



中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德

法律
评论

2023年12月





近日，由北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、刑事法研究院院长许波律师，北京师范大学法学院刑事法律科学研究院博士生导师黄晓亮教授主编，中伦文德多家分所资深刑辩律师共同参与编写的《刑事正义的追求：中伦文德刑事辩护典型案例精选》一书，由中国政法大学出版社正式出版发行。



2023年10月14日上午，北京市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、人工智能法律专业委员会主任徐云飞律师受邀在北京师范大学京师法律伦理大讲堂开展第二十四讲“数据合规业务中的职业能力和职业伦理”讲座。本次讲座由北京师范大学法学院暨刑事法法律科学研究院廖明副教授主持，逾200余名同学参加。



2023年10月17日-21日，INTERLAW国际律所联盟2023年全球年会在中美洲国家哥斯达黎加举行。来自世界各地近200多位律师齐聚这个美丽的中美洲国家，在五天的时间里共同分享各自法域的执业经验。中伦文德律师事务所作为INTERLAW在中国大陆法域唯一的成员律所，此次派出由林威博士、周力思律师、梁新越律师、蔡芸律师、付嫣然律师组成的代表团全程参与此次年会。



2023年10月24日，中伦文德（天津）律师事务所高级合伙人娄爽律师担任辩护人的“郑州男子意外碾死躺道闸杆下老太案”二审宣判，郑州铁路运输中级法院采纳娄爽律师所提“被告人张中华的行为不构成过失致人死亡罪”的辩护意见，驳回了检察院的抗诉，维持了原判，宣告张中华无罪。这是娄爽律师执业以来收获的第二份无罪判决。



2023年10月27日，中伦文德（成都）律师事务所青年合伙人穆佳律师收到青羊区法律援助中心受援人刘荣送来的锦旗，受援人对穆佳律师认真负责、耐心细致的工作态度表示极大赞扬，并对穆佳律师倾力维护受援人的合法权益表示真诚感谢。



为深入学习贯彻习近平法治思想，推动实现党组织的优势互补，在全面提升国有企业职工法律意识、法律知识水平的同时，推动业务发展与交流，努力构建“资源共享、优势互补、互相促进、共同提高”的党建工作新格局，2023年11月7日，云南烟草国际有限公司部分党支部与北京市中伦文德（昆明）律师事务所党支部联合开展“以学正风强党性，踔厉奋发铭初心”为主题的党建共建交流活动。

目录

CONTENTS

Zhonglun W&D
Law Firm

12/2023

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 2023-12

事 务 所 文 化 论 坛

- 3 逻辑流——法律的非线性叙事 姜耀雄

公 司 与 证 券 法 律

- 6 走进新《公司法》，深入剖析改革要点
及对资本市场的影响 曹春芬 孙一民
14 股东除名问题的实务困境与思考 桂少华 周绍丰

私 募 基 金 法 律

- 19 私募股权投资与重整企业投资的法律关注要点对比 蒲攀宇

国 际 业 务 法 律

- 24 “一带一路”投资小贴士（二）
——“中亚大国”哈萨克斯坦 林 威 帕丽丹·艾赛提
29 “一带一路”投资小贴士（三）
——“丝路明珠”乌兹别克斯坦 林 威 帕丽丹·艾赛提

民 商 事 法 律

- 35 城燃企业及经营 LNG 的企业是否应当办理
危险化学品经营许可证？ 郝 伟 田卓亚
38 抵押合同约定的抵押期限届满，
抵押人能否免除抵押责任？ 陈禄堂 夏玉峰

知 识 产 权 法 律

- 40 AI 生成图片的权利性质及其归属问题初探 甄庆贵 魏巧霞



CONTENTS

刑事法律

- 44 | 丁某旺涉嫌非法捕捞水产品罪、寻衅滋事罪案
发回重审二审阶段辩护词 陈 建
- 57 | 盗窃天然气应当如何定罪 郝 伟 田卓亚

网络安全与数据合规法律

- 60 | 数据出境系列文章之二——数据出境安全评估制度概要、
法律责任及合规提示 徐云飞

医药健康法律

- 66 | 从行业特性看法律尽职调查关注要点
——人工智能医疗器械行业 蒲攀宇

人文风采

- 70 | 咏赞中伦文德诗四首 方登发

事务所快讯

- 71 | 事务所快讯 编辑部

姜耀雄，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。

逻辑流——法律的非线性叙事

□ 姜耀雄/文

“在逻辑中没有纯粹是可能的事情。逻辑涉及每一种可能性，而一切可能性都是逻辑的事实。”^[1]

——维特根斯坦



姜耀雄

逻辑流是法律叙事的一条明线；法律文书必须沿着这条线展开。一篇严谨的法律文书的每一句都是可以被预见的，作者接下去要写的正是读者所期待的。原因是二者同时沿着一条逻辑流行走，每个“下一步”都会高度一致。

按照时间叙事，也就是流水账（线性化时间），是小学生写记叙文的基本功。初中时，开始写抒情文，叙述沿着感情线，时空穿越、情绪连贯（线性化情绪）。抒情过程中，不同时间、场景的刺激推动着情绪变换。这就是意识流，时空变换，唯思绪连贯（线性化意识），简单说就是，想到哪，写到哪，记录思维流淌中不断涌现的各色场景。高中时，开始写议论文，围绕观点展开，逻辑是连续的；所有描写、叙述、煽情、说明，都随逻辑走向而变换，这就是逻辑流。逻辑流以论证或驳斥的逻辑需求而产生，被证明或证伪的布局而推进。证明或证伪过程中的说明、记述、感慨都是不确定时空的，都是应论证的需求来安排的。在论证中，意识（情绪）和时空都是可以跳跃的，唯有逻辑连续。

除非叙事，时间是没有意义的。叙事过程中，即使不按照事件发生的先后顺序推进，比如倒叙或插叙，时间也是叙事的必要元素。然而，抒情和论证就与时间无关了。抒情时，感情的生发按照意识流的先后铺陈，意识流的每一帧虽有先后，

但内容并无时间标签。意识流像一条河，其内容像水里随时冒出的气泡，灵光乍现震碎了时间。论证时，通篇为捍卫或驳斥一个观点，立论或驳斥都根据说理的需要展开，与时间无关。以判例法系的判决书为例。排除煽情(属于非逻辑推理)，说理被限定在逻辑的框架内，要么归纳，要么演绎。归纳沿着未知-已知-未知的近路，即列举两个案例足够多的共性，推定二者本质相似(未知-已知)，于是，待审案件也应该具有先例的其他方面的特征(已知-未知)。演绎就是三段论，从已知(法条)到未知(判决结果)的推理，这是法典制下判决书的固定格式。

可以比照意识流来理解逻辑流。在意识流中，主体的意识(思绪)是连贯的，按照思绪的流淌次序，脑海里涌现什么就记录什么，被描绘的也许是推动思绪流动的因，也许是思绪流淌时脑细胞作用生出的果。所有流淌之物看起来风马牛不相及，但有一个共同点，即思绪间的关联性。思绪是线性流动的，是沿着关联性推进的。后帧场景，只有在某个视角下，与前帧场景相关，才可能从前帧场景生发出来。意识流是按照思绪关联性展开的，如果作者和读者的生活境遇、社会经验、文化程度、语言习惯等人文环境类似，即二者同属一个文化共同体，读者就可以从作者给出的前帧场景猜测到后帧场景，所以，意识流在文化共同体内是可预测的，后帧看似风马牛不相及，

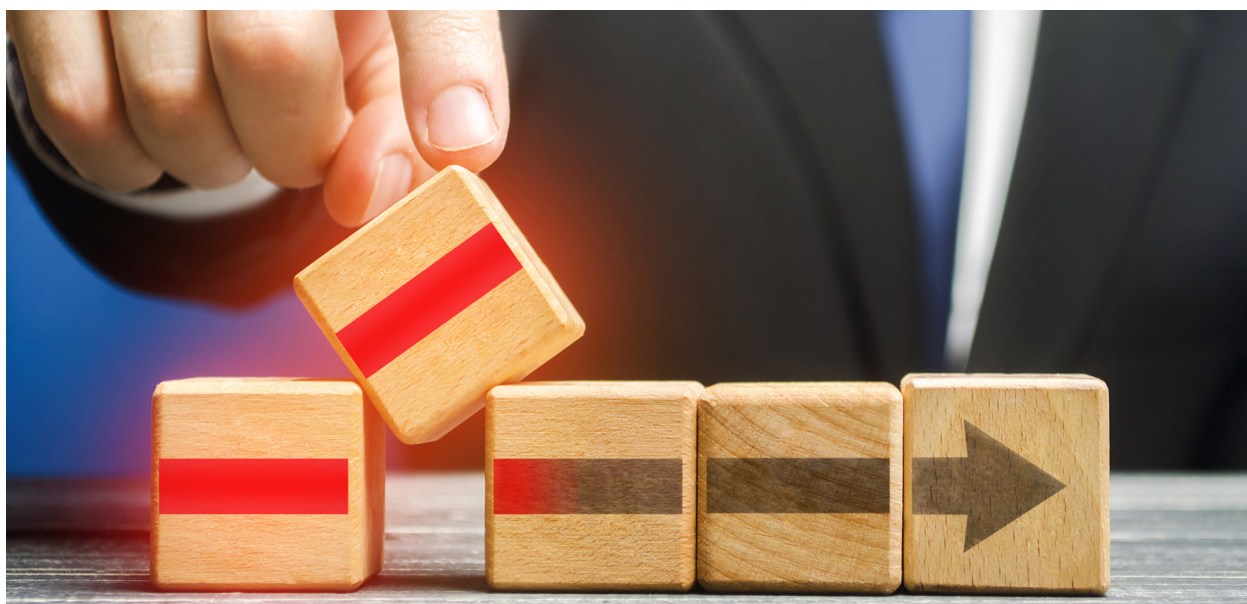
但与前帧具有逻辑关联。这种关联通常是常识性的，是文化共同体内每个人都可以意识到的。举个例子，皑皑白雪上一直孤雁在飞(帧1)——人生孤单(帧2,通感联想)——“枯藤老树昏鸦，断肠人在天涯”(帧3,孤单的具象化)——“天涯”论坛(帧4,相同发音联想)——博鳌论坛(帧5,同类物联想)——今年去博鳌论坛的民营企业比去年少多了(帧6,事件联想)——民营企业不景气(帧7,结论)。思维像一只野马，四处狂奔，但每一次迈步都与上一帧有关联，因此，关联性是意识流的核心，是意识流的动力，是串起前后帧的主线。

论证是法律叙事的主线，逻辑流沿着推理的进程流淌。法律叙事是被逻辑推动的，与论证无关的描写、抒情、说明不应出现在法律文书中。

诉讼文书的书写，可以看做一个大三段论，通篇都是为最后的演绎推理布局。逻辑铺陈沿着以下进程展开：

(1) 事实查明。这是一个非逻辑推理的说服过程，包含表演、演说、煽情等打动性的情感表达，这种非逻辑表达有着明确的逻辑指向——我的故事版本最可信。这个阶段，叙述的方式是非逻辑的说服，但目的是逻辑的——用证据和想象力建构一个事实，用以触发对自己有利的规则。

(2) 规则选择。这是对比事实和规则的假定部分的逻辑过程，选出其假定部分与事实最本质





相似的那个规则，从而触发该规则。这个过程由抽象（发现本质）和类比组成。

（3）三段论推理。这是典型的逻辑推理过程。规则是大前提，事实是小前提，结论就是判决。

非诉讼文书的书写可以分为两大类，法律意见和起草合同。法律意见就是写一篇论文，立论或者驳斥一个观点，遵循论述或驳斥的一般叙述模式，根据法律、判例、法理分析，得到一个结论。合同的逻辑流有些特别，既要遵循一般的合同格式，也要展开一场逻辑规划下的头脑风暴。

合同的标准格式包括三部分：

（1）历史（鉴于部分），锁定本合同签订之前与本合同相关的事实；

（2）当下，通常只有一句话，表达签订合同并愿意受其约束的合意；

（3）未来（合同主文），设计出一个应然王国，包含各种权利（“可以”、“有权”）、义务（“应该”、“必须”、“不得”、“得”、“须”）和责任（违反义务后的次级义务，即违反“应该”后的第二阶“应该”）。

合同设计中的头脑风暴，是指为了应对未来种种可能，天马行空地设想各种未来场景下的风险，并为之建立规则。这个过程类似于意识流，贯穿其中的是法律规定和未来风险。律师应该及时把头脑风暴中的各种风险写下来，并以当事人利益最大化为核心价值，建立防范机制和处理措施。上述过程中，头脑风暴看起来零散，即每一个风险都是独立存在的、风险间没有关联，然而，对风险的处理却是逻辑的，即以当事人利益为核心价值，以公平、合法、节省成本、处理高效为次阶价值目标进行制度设计（建立权利义务和责任）。合同设计者的理性体现在对上述各价值目标的平衡。律师要考虑各价值目标的权重、事实发生的可能性、谈判成本、解决方案的可接受度，以及隐藏某些风险而待对方就范，或者放弃在发生概率极低的风险中取得的利益等。这个阶段的逻辑不是归纳、演绎等推理，也不是非逻辑推理地说服，而是深谋远虑、高瞻远瞩、追求应然世界完美和穷尽风险规划的谋略。

如果说，在诉讼法律服务中律师的逻辑流是如何解释过去，即证明一个事实版本的可信度大

于对方的版本，从而维护当事人利益；那么，在非诉讼法律服务中，律师的逻辑流就是如何设计一个应然世界，穷尽式预见各种风险并做出制度安排，从而让当事人利益最大化。

算法

星空和地球有自己的算法，
一个叫牛顿的孩子发现了它。
光和量子有自己的算法，
爱因斯坦和普朗克发现了它。
细菌和肿瘤有自己的算法，
放疗和化疗说明人类尚未发现它。

小时候，仰望天空，
先贤们立在上头，教导我们“诚者，天之道也”。
长大后，被人踩到地上，仰望权贵，
听懂了“兵不厌诈”。

星球玩家用细胞制作了人类，
就像我们用半导体制作 AI。
他老人家创造了大自然的算法，
在人类到此一游前，
数学原理和物理定律就已经存在，
1+1 就等于 2。
不过，他把社会算法留给我们创造。
于是，就有了圈子、阶层、民族、国家、共同体；
就有了民主和独裁、文明和野蛮。
我们还发明了暗算法——
能做的不能说，能说的不能做。
我们称为潜规则。

星球玩家见惯了星球如沙粒般缘聚缘灭，
但搞不懂这道题——
如果说，诚是文明的基础，
那么，在一个撒谎成为习惯法的系统，
是否可以诞生出文明？

注释：

[1] 【奥】维特根斯坦著、贺绍甲译：《逻辑哲学论》，商务印书馆出版社，1996 年 12 月第 1 版，第 26 页。



□ 曹春芬/文

曹春芬，中伦文德合伙人律师，中共党员，北京大学法律硕士，公司与证券专业委员会副主任，国有资产管理专业委员会副主任、能源与环保专业委员会副主任，中伦文德证券业务风险控制委员会委员、私募基金业务风险控制委员会委员，北京多元化调解中心调解员，担任两家上市公司独立董事。曹春芬律师是资本市场资深合伙人律师，经办过诸多IPO、上市公司再融资、上市公司重大资产重组/收购等项目。



□ 孙一民/文

孙一民，毕业于黑龙江大学，获法律硕士学位。业务领域：证券发行、投资并购、私募基金、争议解决、常年法律顾问等。

走进新《公司法》，深入剖析改革要点 及对资本市场的影响

2023年12月29日，十四届全国人大常委会第七次会议表决通过新《公司法》，自今年7月1日起施行。业界普遍认为本次修改是自1993年颁布以来修订规模最大的一次。

本次修订，新《公司法》进行了哪些变革？对资本市场有何影响？下面，笔者带您走进新《公司法》，深入剖析改革要点及对资本市场的影响。

笔者认为，整体而言，新《公司法》更为强调企业信用，强调控股股东、实际控制人和董监高等关键人员的责任，强调中小股东保护；同时，在公司架构、治理、经营方面更为灵活、自由、便捷，总体导向是既有利于公司高效运作。本次修订有利于市场环境改善，对我国资本市场有着积极影响。

第一篇：公司资本制度改革

一、完善资本充实制度

本次公司法修改最大的亮点之一是夯实了资本充实制度。资本充实制度在有限责任公司和股

份有限公司层面有不同体现。

（一）有限责任公司

1、五年实缴期限

新《公司法》第四十七条，新增有限责任公司股东认缴出资应在五年内缴足的规定。同时，该条中增加“法律、行政法规以及国务院决定可以对股东出资期限作出特别规定”，为设定短于五年的认缴期限预留空间。

对于对新法施行前已登记设立的有限公司，授权国务院制定具体办法，对新法施行前已登记设立且出资期限超过本法规定期限的公司设置过渡期，要求其将出资期限逐步调整至本法规定的期限以内。

此次增加有限责任公司股东认缴期限规定，源于在实践经验上完善认缴登记制度、维护资本充实与交易安全的需求。事实上，自2014年修改《公司法》实施注册资本认缴登记制，取消出资期限、最低注册资本和首期出资比例以来，方便了公司设立，激发了创业活力，公司数量增加

迅速。但实践中也出现股东认缴期限过长，影响交易安全、损害债权人利益的情形。

2、股权失权制度

在强化有限责任公司股东出资责任方面，新《公司法》还增加了股东失权制度。新《公司法》第五十二条规定，缴纳出资宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议可以向该股东发出书面形式的失权通知，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。

股东失权制度主要针对不出资的股东，法律赋予董事会通过决议将其除名的权力。实践中不少公司会被个别“老赖”股东困扰，一则严重影响公司运营，损害公司和其他股东的利益，二则侵害债权人的权益。股东失权制度给问题的解决提供了一条通道，有利于纠纷化解。

3、股东认缴出资加速到期制度

新《公司法》第五十四条规定，公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。

新《公司法》规定了公司不能清偿到期债务，股东出资加速到期。在新《公司法》之前，关于股东出资加速到期主要体现为《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）第6条。《九民纪要》原则上不支持股东出资加速到期，仅规定了两种例外情形下允许加速到期：一是公司作为被执行人的案件中法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因但不申请破产的；二是公司债务产生后，股东会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

基于新《公司法》的规定，只要公司不能清偿到期债务，即可要求股东提前缴纳认缴的注册资本，这一规定加大了债权人的权益保护力度。

（二）股份有限公司

新《公司法》将股份有限公司的出资方式调整为实缴制，明确股份有限公司发起人应当在公司成立前全额缴纳股款。新《公司法》第九十八条第一款规定，发起人应当在公司成立前按照其认购的股份全额缴纳股款。

认缴制容易导致公司注册资本的金额虚夸而

实缴金额却难以监管，新修订的《公司法》回归实缴制，让公司的注册资本重新成为公司信用和实力的象征，降低了市场对公司信用的判断难度。随着这种调整，后续可能有不少注册资本虚高的公司做减资的动作。

二、扩大可用作出资的财产范围，明确股权、债权可以作价出资

新《公司法》第四十八条第一款规定，股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

新《公司法》明确将股权、债权纳入用于出资的财产范围，但同其他非货币财产出资一样要经过评估作价，这一新规增加了公司出资方式的灵活性。

三、引入授权资本制度

在股份发行与转让安排方面，新《公司法》还在股份有限公司中引入授权资本制度，允许董事会发行股份。新《公司法》第一百五十二条规定，公司章程或股东会可以授权董事会在三年内决定发行不超过已发行股份百分之五十的股份。

授权资本制度，是指公司设立时，在公司章程中确定注册资本的总额，发起人只需认购部分股份，公司就可以成立，其余的股份，授权董事会可以根据公司的经营情况和证券市场的行情再随时发行的公司资本制度。

该项调整旨在提高筹资灵活性。该制度的意义主要是让公司发行新股更为灵活、简便，可以根据公司的经营需要随时发行且程序简单，无需一次性就发行完毕。

四、引入无面额股和类别股，打破同股同权，与融资市场接轨

新《公司法》第一百四十二条规定，公司的全部股份，根据公司章程的规定择一采用面额股或无面额股，采用面额股的，每一股金额相等；采用无面额股的，应当将发行股份所得股款的二分之一以上计入注册资本。第一百四十四条规定，

公司可发行与普通股权利不同的类别股，包括优先或劣后分配利润或剩余财产的股份、每一股的表决权数多于或少于普通股的股份、转让受限的股份、国务院规定的其他类别股。

面额股与无面额股、普通股与类别股，这些制度的确立是本着实事求是的态度，将现实中已经存在的、合理而又不违法的做法纳入《公司法》赋予股东更多的意思自治，以及公司在治理上更多的自主权。

尤其是类别股，该制度让公司的管理层与资本之间的关系、不同资本之间利益和风险划分的关系等多个方面的处理都有了更多的选择，将有利于资本市场的完善，有利于纠纷的解决和避免，相信后续会越来越多出现。

五、创设灵活减资制度：允许非同比减资

新《公司法》第二百二十四条第三款规定，公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。

根据上述规定，公司减资原则上股东出资或持股比例应当同比减少，但同时留有公司自治的空间，特定情况下允许公司作出非同比减资的决定：一是法律另有规定；二是有限责任公司全体股东另有约定；三是股份有限公司章程另有规定。

第二篇：公司治理篇

一、公司治理结构优化

新《公司法》对公司治理的优化主要体现在三会运作方面，如选设单层制（审计委员会可替代监事会）、修订股东会职权，突出董事会治理地位、取消董事会人数限定，以及完善职工代表参与公司治理等规定。

（一）新增“可选设单层制”治理结构的条款

新《公司法》第六十九条规定，有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会

的职权，不设监事会或者监事。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。新《公司法》第一百二十一条第一款规定，股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。新《公司法》第一百七十六条规定，国有独资公司在董事会中设置由董事组成的审计委员会行使本法规定的监事会职权的，不设监事会或者监事。

该制度允许公司只设董事会、不设监事会，在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使监事会职权。审计委员会作为重大制度创新，不仅促进公司内部权力的妥善运行，还将提升公司治理的效率与透明度，为上市公司和资本市场注入能动性。

（二）修订了股东会职权，突出董事会治理地位

新《公司法》删除股东会“决定公司的经营方针和投资计划”职权，下移至董事会层级，留给公司章程灵活安排；删除董事会人数上限规定，三人以上即可；在董事会职权方面，删除“制定公司的年度财务预算方案、决算方案”职权，即公司章程可以将该项职权由“制定”改为“决定”，新增股东会可授予董事会其他职权。

新《公司法》规定，公司关联交易根据《公司章程》由股东会或董事会审议。

新《公司法》规定的“股东失权制度”由公司董事决议。根据《公司法》第五十二条规定，缴纳出资宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议可以向该股东发出书面形式的失权通知，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。

新《公司法》新增的授权资本制度亦体现了董事会的职权。新《公司法》第一百五十二条规定，公司章程或股东会可以授权董事会在三年内决定发行不超过已发行股份百分之五十的股份。

（三）强化了职工代表在公司治理中地位

新《公司法》还进一步对职工代表参与公司治理作出了制度性的设计。如新《公司法》第

六十八条规定，职工人数三百人以上的有限责任公司，除依法设监事会并有公司职工代表的外，其董事会成员中应当有公司职工代表。第六十九条规定，公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。

二、加强股东权利尤其是中小股东保护

（一）股东知情权

《公司法》第五十七条、第一百一十条规定，在股东知情权保护方面，新《公司法》扩大了股东查阅材料的范围，允许公司股东查阅会计凭证；同时，股东对相关资料查阅权、复制权扩大到公司全资子公司。

此外，考虑到有的股份公司（如上市公司或非上市公众公司）存在公众股东的因素，新《公司法》规定符合的持股时长、比例条件（连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份）的股东可以查阅公司及全资子公司的会计账簿、会计凭证。

（二）完善股份有限公司股东请求召集临时股东大会会议的程序，完善股东临时提案权规定，强化股东民主参与公司治理

新《公司法》第一百一十五条第二款规定，单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股

东，可以在股东会会议召开十日前提出临时提案并书面提交董事会。临时提案应当有明确议题和具体决议事项。董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东会审议；但临时提案违反法律、行政法规或者公司章程的规定，或者不属于股东会职权范围的除外。公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。即，新《公司法》将股份公司股东临时提案权的持股比例由百分之三降低为百分之一。

（三）完善异议股东退出路径

新《公司法》第八十九条第三款规定，公司的控股股东滥用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。

三、强化了控股股东、实际控制人和董监高的责任

（一）界定了“忠实义务”和“勤勉义务”的概念

现行《公司法》中，仅对前述两项义务进行了原则性规定，并未规定违反义务的具体情形。

新《公司法》第一百八十条规定，董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用



职权牟取不正当利益。董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定。

新《公司法》对“忠实义务”、“勤勉义务”具体履职要求有了明确规定。勤勉义务作为积极义务，其核心是“执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”，“忠实义务”作为消极义务，其核心是“不得利用职权谋取不正当利益”。

该项修订为今后公司的三会运作以及董监高的日常工作提供了指引，同时，亦为司法审判实务提供了董监高的履职尽责要求的法律依据。

（二）进一步强化对控股股东和实际控制人的约束机制

在公司经营过程中，存在控股股东、实际控制人虽然没有董事身份，但实际行使董事职权，成为公司“事实董事”“影子董事”的情况，如何规范他们的行为，一直是实务中的难点。新公司法对此进行了规定：

新《公司法》第一百八十条规定，董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务。公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定。

对于实际控制人利用对董事和高级管理人员的控制，而共同损害公司利益的，新《公司法》第一百九十二条规定，公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。

（三）董监高责任进一步加重

新《公司法》赋予董事更大职权的同时，也赋予了更重的法律责任。

1、加强对董事、监事、高级管理人员与公司关联交易等的规范，增加关联交易等的报告义务。

新《公司法》第一百八十二条第一款规定，董事、监事、高级管理人员，直接或者间接与本

公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。

2、强化董事、监事、高级管理人员维护公司资本充实的责任。

新《公司法》第五十一条规定，有限责任公司成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的，应当由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资。未及时履行前款规定的义务，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。

新《公司法》第五十三条规定，公司成立后，股东不得抽逃出资。违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。

新《公司法》第二百一十一条规定，公司违反本法规定向股东分配利润的，股东应当将违反规定分配的利润退还公司；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

新《公司法》第二百二十六条规定，违反本法规定减少注册资本的，股东应当退还其收到的资金，减免股东出资的应当恢复原状；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

3、规定董事、高级管理人员执行职务存在故意或者重大过失，给他人造成损害的，应当承担赔偿责任。

新《公司法》第一百九十一条规定，董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任。

第三篇：对国有公司的变革及对上市公司的影响，本次改革体现的效率、便捷，以及几点思考

一、完善国家出资公司治理

1、设国家出资公司组织机构的特别规定专

章，将适用范围由国有独资有限责任公司，扩大到国有独资、国有资本控股的有限责任公司、股份有限公司。2、坚持党对国有企业的领导，强调国家出资公司中中国共产党的组织的领导作用。

新《公司法》第一百七十条规定，国家出资公司中中国共产党的组织，按照中国共产党章程的规定发挥领导作用，研究讨论公司重大经营管理事项，支持公司的组织机构依法行使职权。

3、要求国有独资公司董事会成员中外部董事应当过半数。

新《公司法》第一百七十三条第二款规定，国有独资公司的董事会成员中，应当过半数为外部董事，并应当有公司职工代表。

4、规定国有独资公司在董事会中设置由董事组成的审计委员会行使监事会职权的，不设监事会或者监事。

该处改革与新《公司法》下的其他有限公司和股份有限公司保持一致。

5、增加国家出资公司应当依法建立健全内部监督管理和风险控制制度的规定。

新《公司法》第一百七十七条规定，国家出资公司应当依法建立健全内部监督管理和风险控制制度，加强内部合规管理。

二、对上市公司的影响

本次新《公司法》修订将对上市公司在公司治理结构、中小股东权益保护、投资者关系管理，以及“关键少数”人员责任的夯实等方面产生影响。

（一）治理结构优化

1、加强对董事会控制权

新公司法的改革宗旨是股东会 / 股东大会放权给董事会，董事会的职权加大，所以，对于上市公司而言，实际控制人对董事会的控制权显得更为重要。

2、单层治理制度选择：或继续保持董事会监事会治理结构，或不设监事会，董事会下设审计委员会？

个人认为，当前选择单层治理结构的公司不

会太多：审计委员会运作机制？审计委员会成员是否需要会计背景人员？这些均需要一定的实践探索。

另，从控股股东实现董事会层面控制权角度分析：职工人数三百人以上的，如果不设监事会，则董事会成员中应当有公司职工代表。而上市公司董事会席位中，独立董事席位要占董事会三分之一以上比例，职工董事占一名，如果有其他机构投资者也要董事名额，那留给实际控制人 / 控股股东的董事推荐名额会减少。

3、因新公司法取消了董事人数上限，公司实际控制人为了实现对董事会层面的控制，未来上市公司可能会设置人数较多的董事成员。

（二）注重中小股东权益保护

新《公司法》在第一百一十五条、第一百四十五条、第一百八十九条等条文中的修订体现了对中小股东权利保护的重视。

第一百一十五条将股东提案的持股比例限制降低为“单独或者合计持有公司百分之一以上股份”，并强调“公司不得提高临时提案股东的持股比例”，降低了行权门槛，保障了中小股东的提案权。第一百四十五条以“公司章程应载明类别股的特定内容”要求，发行类别股的公司应在章程中规定保护中小股东权益的措施。第一百八十九条新增第四款，将股东代表诉讼的被告范围扩张到全资子公司的董事、高级管理人员，疏通了企业集团内部公司利益保护机制，有利于保护母公司中小股东的利益。

这些规定为在常规控股股东控制下的公司股权结构下保护中小股东权利“添砖加瓦”，既是对过去我国公司治理实践的经验总结，也是进一步优化公司内部权力制衡、促进股权资本化流动、维护市场投资信心的必要举措。

（三）投资者关系管理

新《公司法》加强了对中小投资者合法权益的保护，包括临时提案股东资格条件降低、股东查阅权、知情权扩展等，将为投资者关系管理带来一些挑战。

“亲爱的董秘，投资者若想去公司的账本，

需要去北京总部还是在杭州远洋大厦浙文互联集团？”1月3日上午，浙文互联（600986.SH）收到了一条特殊的投资者提问。

当然，对于公众股东而言，查阅权的门槛还是比较高的，须为“连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东”。如果上市公司章程对持股比例有较低规定的，从其规定。

（四）对实际控制人、控股股东和董监高的职业培训需进一步强化

如前所述，新公司法进一步夯实了董监高、控股股东和实际控制人等“关键少数”的义务与责任，进一步明确了他们的忠实、勤勉义务。对于上市公司而言，其责任尤为重大。因此，上市公司应进一步加强对上述人员的培训，使实际控制人、控股股东和董监高人员切实做到忠实和勤勉尽责，避免出现被追责的情形。

三、优化登记流程，提高登记效率和便利化水平；与时俱进，充分利用信息化

便捷与效率是新公司法的亮点。具体体现在以下几点：

1、新设公司登记一章，明确公司设立登记、变更登记、注销登记的事项和程序；同时要求公司登记机关优化登记流程，提高登记效率和便利化水平。

2、充分利用信息化建设成果，明确电子营业执照、通过国家企业信用信息公示系统发布公告、采用电子通信方式召开会议和表决的法律效力。

此次新增的无纸化、电子化的会议与表决方式凸显时代潮流，为上市公司与资本市场注入了时代性。

3、增加简易注销和强制注销制度，方便公司退出。

四、有关新《公司法》的几点思考

纵观本次公司法修改，可以说是展现了焕然一新的进步，存在诸多可圈可点之处。但是，笔者认为，亦有个别规定或值得商榷或需进一

步明确。

（一）关于股东取得股权的时点？

新《公司法》第八十六条第二款规定，股权转让的，受让人自记载于股东名册时起可以向公司主张行使股东权利。根据该规定，股东行使股东权利始于记载于股东名册之时。

就股权交易来讲，股权交割使受让方真正取得股权并成为公司股东，股权交割完成受让方即可向公司主张行使股东权利。

在股权交易过程中，股权交割决定着股权交易能否完成以及股权交易的目的能否实现。就股权转让的双方当事人来说，交割时点通常依双方的约定而确定，双方未有明确约定的，应依股权转让合同的相关内容推定，核心要点为股东财产权和股东表决权权利的实质转移。

司法实践中，公司股东名册未及时变更的现象普遍存在。而根据新《公司法》的规定，可能会出现股权交割完成但股东无法行使股东权利的现象产生，这对于受让方而言会陷于被动、不公平的境地。

笔者认为，股东名册为公司内部记载文件，不应该赋予如此强的法律地位。一方面，其与公平自由交易原则在一定程度上相背离，另一方面，股东名册的形式仅为公司加盖公章，很容易被掌握公章的人篡改，而一旦被篡改，则在新公司法框架下，影响恶劣。期待立法机构或司法机构后续出台相关细则或司法解释予以平衡。

当然，在新《公司法》框架下，如果我们做为股权转让交易中受让方的律师，会建议受让方在交易文件中约定将“受让方记载于公司股东名册”作为支付股权转让价款的前提之一。

（二）关于股东失权制度

新《公司法》第五十二条规定，缴纳出资宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司董事会决议可以向该股东发出书面形式的失权通知，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。

新《公司法》将董事会决议作为股东失权的前提条件。实践中如果大股东控制董事会无法形

成董事会决议应该如何处理？新《公司法》关于这一内容未做规定，一定程度上可能影响股东失权制度的实施效果。

此外，“股东失权”与“加速到期”之间如何权衡，亦需要实践检验。

（三）关于“加速到期”制度

新《公司法》第五十四条规定，公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。

根据新《公司法》规定，只要公司存在到期未清偿债务，对应的债权人即可以要求公司股东出资“加速到期”。该条款在执行过程中可能遇到以下问题：

1、“到期债权”的债权金额与“加速到期出资”的出资金额是否须具有一定的匹配度？

如到期债权金额仅10万元，而股东未届出资期限的出资为1000万元，那么是全部加速到期还是在债权金额范围内加速到期？如全部加速到期，则存在不公允、侵害股东出资期限利益的问题。同时，亦会导致债权人对该权益的滥用，进而侵害公司和股东的利益。

2、如公司同时存在不同出资期限的认缴出资，是按照出资届满期限先后“加速到期”，还是按比例“加速到期”？

接上述第1个问题，在按照“到期债权金额”与“加速到期出资金额”相匹配原则执行的情况下，如公司同时存在不同出资期限的认缴出资，是按照出资届满期限先后“加速到期”，还是按比例“加速到期”？

上述问题均需后续出具相关细则或司法解释予以明确。否则，可能会导致债权人对“加速到期”权力的滥用，侵害股东出资期限利益，并可能给公司股权结构和公司经营造成混乱、侵害公司利益。

（四）职工代表监事或是职工代表董事？

新《公司法》第六十八条规定，职工人数三百人以上的有限责任公司，除依法设监事会并有公司职工代表的外，其董事会成员中应当有公

司职工代表。

职工代表董事不再只是对国企的要求，而是职工人数300人以上的公司除了已设职工监事的都需要设置。

现行我国的职工董事制度还处于发展初期阶段，在职工董事的适用范围、设置、任职资格以及实践应用等各方面均存在不足，随着立法的不

（五）关于无面额股，类别股

新《公司法》第四十二条规定，公司的资本划分为股份。公司的全部股份，根据公司章程的规定择一采用面额股或者无面额股。采用面额股的，每一股的金额相等。公司可以根据公司章程的规定将已发行的面额股全部转换为无面额股或者将无面额股全部转换为面额股。采用无面额股的，应当将发行股份所得股款的二分之一以上计入注册资本。

新《公司法》第一百四十四条规定，公司可以按照公司章程的规定发行下列与普通股权利不同的类别股：（一）优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份；（二）每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份；（三）转让须经公司同意等转让受限的股份；（四）国务院规定的其他类别股。公开发行股份的公司不得发行前款第二项、第三项规定的类别股；公开发行前已发行的除外。

新《公司法》引入类别股、无面额股制度是公司法的重大变革，就目前而言，新《公司法》对于类别股、无面额股制度仍仅作出较为框架性、原则性的规定。对于从事资本市场业务的律师而言，类别股东并不陌生，我们经常在企业A轮、B轮、C轮的融资中为不同时期进入的股东设置不同的权利。本次新《公司法》引入类别股，属于吸收企业融资实践经验的结果。而对于无面额股，就国内而言，尚属新鲜事物，在实际适用中将不可避免的出现需进一步解决的问题，需要在配套的行政法规、部门规章中作出进一步的完善和补充。

中伦
文德



□ 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，毕业于中国政法大学，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。

股东除名问题的实务困境与思考

现行公司法对有限责任公司的股东的约束措施主要包括限制股东财产性权利和股东除名。限制股东财产性权利主要是限制、延迟或取消股东对公司享有的利润分配请求权，这在公司治理实践中已经有了较为明确的规则；但股东除名问题仍然缺乏较为明确的实操路径，实务中面临着一定困境，尤其是有限责任公司完成股东除名程序，但市场监管部门不予认可，不予办理股东工商变更登记。

一、股东除名的适用条件

股东除名，是指有限责任公司对怠于履行出资义务的股东，可催告其在一定期限内缴纳出资，若逾期仍不缴纳，经股东会决议，公司可以将其除名的制度。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（2020年修订）第十七条规定，有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不

予支持。在前款规定的情形下，人民法院在判决时应当释明，公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前，公司债权人依照本规定第十三条或者第十四条请求相关当事人承担相应责任的，人民法院应予支持。该条规定是股东除名问题的重要依据，对股东除名的流程与方式初步作了规定。

二、股东除名的操作程序

股东除名应严格按照《中华人民共和国公司法》和公司章程的规定，履行决策程序，否则将容易产生效力纠纷。

（一）公司向未实缴股东发出催缴通知书

催告是股东除名的前置程序，若不催告而直接将股东除名，可能会导致除名行为无效。催告应以书面形式作出，催告的内容应包括股东认缴出资数额、实缴情况、出资宽限期、未实缴的法律后果，以及股东向公司的申辩权利等。

2023年12月修订的《中华人民共和国公司法》

(2024年7月1日起开始实施)第五十二条规定:股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资,公司依照前条第一款规定发出书面催缴书催缴出资的,可以载明缴纳出资的宽限期;宽限期自公司发出催缴书之日起,不得少于六十日。宽限期届满,股东仍未履行出资义务的,公司经董事会决议可以向该股东发出失权通知,通知应当以书面形式发出。自通知发出之日起,该股东丧失其未缴纳出资的股权。依照前款规定丧失的股权应当依法转让,或者相应减少注册资本并注销该股权;六个月内未转让或者注销的,由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。股东对失权有异议的,应当自接到失权通知之日起三十日内,向人民法院提起诉讼。

(二) 公司召开股东会会议审议股东除名事项

在公司履行完毕催告程序后,若股东在宽限期内仍未出资的,公司才能召开股东会会议审议股东除名事项。公司股东会会议应严格按照《中华人民共和国公司法》及公司章程的规定进行,否则将存在股东会会议决议文件无效的风险。

实践中,有限责任公司股东会会议的流程主要是:董事会召开会议,就是否召集股东会会议作出决议;公司通知全体股东将召开股东会会议;董事会召集股东会会议,董事长主持股东会会议;在股东会召开会议之前,已实缴股东提交股东除名提案;股东会会议对股东除名事项进行决议。

有限责任公司应通知被除名股东参加股东会会议,但被除名股东不得参与股东会会议上的除名表决。最高人民法院在“(2018)最高法民再328号”民事判决书中指出,被除名的股东不享有表决权,主要理由为:一是股权来自于出资,在被除名股东没有任何出资或者抽逃全部出资的情况下,其不应享有股权,自然也不享有表决权;二是除名权是形成权,在符合一定条件下,公司即享有单方面解除未履行出资义务或抽逃全部出资股东的股东资格的权利。

股东会会议通知的时间、地点应符合公司章程规定,通知的内容应包含解除股东资格的决议事项,被除名股东只是对其是否除名没有表决权,

而不应被排除接收会议通知与参加会议的权利。

(三) 公司通过减资方式,或其他股东、第三人代为实缴方式促成被除名股东退出

有限责任公司按照《中华人民共和国公司法》公司章程规定召开股东会会议、作出决议后,股东会会议决议文件即生效,无论被除名股东是否签字确认。在股东会会议关于股东除名的决议文件生效后,公司可通过减资方式,或其他股东、第三人代为实缴出资方式,促成被除名股东退出。

1. 减资方式

根据《中华人民共和国公司法》第一百七十七条规定,若公司采用减资方式,需要履行下列程序:(1)股东会会议决议决定减资;(2)编制资产负债表及财产清单;(3)采取及时有效的方式通知债权人,对于已知的债权人,公司应该在做出减少注册资本决议之日起10日内通知,并且需要登报公告(公告期不少于45日),以确保债权人有机会在公司责任财产减少之前作出相应的权衡并作出利益选择;(4)公司根据债权人的要求进行清偿或者提供担保;(5)变更登记。

此外,公司需要减少注册资本时,必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内,未接到通知书的自公告之日起四十五日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

2. 其他股东、第三人代为实缴方式

若不采取减资方式,公司还可以通过股权转让方式,实现被除名股东退出,即:公司要求被除名股东与其他股东或第三人签署股权转让合同,由其他股东或第三人代为实缴。若被除名股东不配合签署股权转让合同,公司可以向人民法院提起诉讼,要求被除名股东配合办理股权转让手续。

根据《中华人民共和国公司法》第七十一条规定,有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权,应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意,其他股

东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

股权转让完成后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

（四）修改公司章程，变更公司高管

被除名股东退出后，有限责任公司的股东与股权结构将发生变更，此时可以通过股东会会议决议或股东决定的形式修改公司章程、变更公司高管。

（五）工商变更登记

在按照《中华人民共和国公司法》和公司章程规定履行股东除名程序后，公司应办理股东工商变更登记手续。对于办理股东变更工商登记手续所需提交的材料，公司应当事先征求当地市场监督管理部门的意见。

根据《中华人民共和国市场主体登记管理条例》第二十四条规定，市场主体变更登记事项，应当自作出变更决议、决定或者法定变更事项发生之日起30日内向登记机关申请变更登记。市场主体变更登记事项属于依法须经批准的，申请人应当在批准文件有效期内向登记机关申请变更登记。

三、股东工商变更登记无法办理情况下公司的权利救济

实践中，股东除名问题面临的一个重大困境就是，市场监管部门可能不予认可股东除名决议文件，不予办理股东工商变更登记手续。若市场监管部门以申请材料不符合规范或缺乏配套登记

规范等为由，不予办理股东工商变更登记，有限责任公司可以采取以下方式要求完成股东工商变更登记。

（一）有限责任公司有权提起行政复议，甚至行政诉讼

实践中，市场监管部门可能会要求有限责任公司提交被除名股东签字确认的股东会决议文件，否则不予办理股东工商变更登记。根据《中华人民共和国公司法》第四十二条规定，“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。”该法第四十三条规定：“股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”按照前述规定，有限责任公司按照公司法、公司章程规定召开股东会、作出决议后，股东会决议文件即生效，无论被除名股东是否签字确认。

安徽省滁州市中级人民法院在（2017）皖11行终30号《滁州市工商行政管理局、盛吉辉工商行政管理（工商）二审行政判决书》中指出：关于争议焦点1，《最高人民法院〈关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）〉》第十八条规定了“股东除名”制度，该条规定：“有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格”。从该条规定看，“股东除名”的前提条件有“股东未履行出资义务”或者“抽逃全部出资”，而并未将“未全面履行出资义务”作为前提条件。“股东除名”所产生的法律效果是被除名的股东不具有股东资格，并因而引起公司股东发生变更，与股权转让而引起的公司股东发生变更从结果上讲并无差别，存在差别的是引起公司股东发生变更的原因不同。因此，“股东除名”与股东变更不是同一位阶概念，而是原因与结果的位阶关系，从发生的法律效果来看，“股东除名”引起的变更登记属于股东变更登记范围。股东变更为公司变更登记事项，工

商部门办理股东变更登记属于其履行法定职责行为。关于争议焦点 2，本案变更登记属于股东变更登记范围，根据《中华人民共和国公司登记管理条例》第二十七条规定，公司申请变更登记，应当向公司登记机关提交下列文件：（一）公司法定代表人签署的变更登记申请书；（二）依照《公司法》作出的变更决议或者决定；（三）国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。而国家工商行政管理总局《内资企业登记提交材料规范》中《公司变更登记提交材料规范》规定，“变更股东的，股东向其他股东转让全部股权的，提交股东双方签署的股权受让协议或者股权交割证明。……人民法院依法裁定划转股权的，应当提交人民法院的裁定书”，显然该规范中须提交的股权转让协议或人民法院裁定书是针对股权转让行为引起股东变更应提交材料的要求，而并不是针对“股东除名”引起股东变更应提交材料的要求。因此，本案股东变更登记须提交的材料不应适用《公司变更登记提交材料规范》的规定。国家工商行政管理总局对于“股东除名”引起股东变更应提交的材料并无相应的规范要求，在此情况下应适用相应的法律、法规规定，工商部门不能以国家工商行政管理总局无相应的规范要求而拒绝履行其法定职责。关于争议焦点 3，《中华人民共和国公司法》第三十二条第三款规定，公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登

记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。可见，股东变更登记是对股东变更事实的一种确认，对外具有公示公信效力，该变更登记并不具备解除普遍禁止的性质，与行政许可行为具有不同的性质。对股东变更登记申请如何进行审查，应从现有法律、法规等规定及合理行政原则确定审查的标准。2012 年 5 月，最高人民法院《关于审理公司登记行政案件若干问题的座谈会纪要》第 2 条有关“登记机关进一步核实申请材料的问题”的规定可以看出，登记机关有权也有义务对申请材料进行核实确认。此外，《中华人民共和国公司登记管理条例》第五十三条第二款也赋予登记机关对提交的申请材料核实的权力。合理行政原则其中一项重要内容就是行政行为应建立在正当考虑的基础之上，该原则要求行政机关在依法作为的同时应尽到应有的、合理的注意义务，以防止有可能损害行政相对人或其他利害关系人合法权益的危害结果的发生。综上考虑，对股东变更登记申请进行审查，工商部门应尽到审慎合理的审查义务，这种审查既不是纯粹的形式审查，也不同于实质审查，而是不仅对申请材料的形式和数量进行审查，而且还应在专业能力范围内审查申请材料的真实性、合法性，对股东会决议的审查，不仅要审查签字等是否符合形式要求，同时还要审查股东会议的召开、议事和表决程序等是



否符合《中华人民共和国公司法》等法律和公司章程的规定，而不能仅对申请的材料是否齐全进行审查。工商部门在履行审慎合理的审查义务后，相关人员对实体仍存在争议的，对于符合条件的股东变更申请仍应依法予以变更登记，而不能以相关人员对实体有争议而怠于履行法定职责，也不能将人民法院生效的裁判文书作为变更登记的必备申请材料。工商部门可以告知相关人员可以通过诉讼途径或其他方式解决实体争议，但不能将其作为变更登记的前置程序，且该告知也不是应当履行的职责行为。

从上述案例可以看出，市场监管部门接到有限责任公司申请后，除了应对申请材料的形式和数量进行审查，还应在专业能力范围内审查申请材料的真实性、合法性，进而履行受理股东工商变更登记申请的法定职责。若市场监管部门不予受理的，有限责任公司有权提起行政复议，甚至行政诉讼。

（二）有限责任公司有权向人民法院提起公司决议效力确认纠纷之诉，并要求被除名股东配合办理股东工商变更登记

《民事案件案由规定》第 270 条设置了“公司决议效力确认纠纷”之诉，实践中，此类案由多样，还包括股东资格确认纠纷、请求变更公司登记纠纷、股东出资纠纷等。若股东会作出股东除名决议后，被除名股东不配合办理股东工商变更登记的（如不在减资协议或股权交割证明文件上签字），而通过行政复议甚至行政诉讼无法实现股东工商变更登记的情况下，有限责任公司可以考虑选择向人民法院提起公司决议效力确认纠纷之诉，要求被除名股东配合办理股东工商变更登记。当然，若被除名股东对股东会除名决议不服的，也可以向人民法院提起公司决议撤销纠纷之诉。

山东省烟台市中级人民法院在（2020）鲁 06 民终 6370 号《山东汇浦房地产开发有限公司、烟台绿发房地产开发有限公司等公司决议效力确认纠纷民事二审民事判决书》中指出：本院认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十七条规定：有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部

出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。本案依庭审查明的事实及当事人所提供的证据分析，首先，上诉人汇浦公司未依案涉协议约定和上诉人绿发公司的公司章程的规定履行出资义务，事实清楚，上诉人也不持有异议。其次，被上诉人依法向上诉人汇浦公司应当履行的出资义务履行了催告程序，上诉人绿发公司的监事吴福林也依法发布了 2019 年第 1 次股东会临时会议召开的会议通知。再次，上诉人汇浦公司作为绿发公司股东未履行出资义务，且已届满，已构成出资违约，依公司法及股东会决议对上诉人汇浦公司作为公司的股东权利作出限制并认定股东会决议有效，法理有据；况且，双方已形成僵局，所涉案的工程项目已事实不能，僵持下去必造成社会资源的浪费，也不符合当事人缔约的真实目的。一审据此判决，于法有据，并无不当。上诉人所称浦金公司与原股东吴福林采取欺骗手段使汇浦公司签订协议书，理由不当，证据不足，也非不履行出资义务的法定理由，本院不予采信。综上所述，上诉人的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决^[1]正确，应予维持。

从上述案例可以看出，在被除名股东拒绝配合办理股东工商变更登记的情形下，有限责任公司有权向人民法院提起诉讼，要求被除名股东配合变更工商登记，并要求审查确认股东会决议有效。

需要注意的是，有限责任公司在进行上述每一步操作时均应予以书面留痕，例如发送通知可选择公证或中国邮政方式寄出并保留公证书或邮寄回单，确保极端情况下进入司法程序后能提供相应的书面证据材料，以向法院证明公司的股东除名程序合法合规。

注释：

[1] 一审法院判决结果：涉案股东会会议的召集和主持人、召集程序、表决方式、决议内容均符合法律规定及公司章程约定，涉案股东会决议以 100% 表决权同意并通过，应属有效，原告的诉讼请求于法有据，法院予以支持。被告汇浦公司股东资格被解除后，绿发公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或第三人缴纳相应的出资。



□蒲攀宇/文

蒲攀宇律师，中伦文德北京总所合伙人律师，北京大学商法硕士、中国政法大学法学学士，主要业务领域为投融资并购、不良资产以及争议解决，为多家金融机构、上市公司提供过法律服务，涉及的行业包括医药健康、能源矿产、人工智能和房地产等。

私募股权投资与重整企业投资的法律关注要点对比

前言

在当前市场上，除了大量处于创业、扩张阶段的发展中企业外，也存在着许多处于困境中的企业亟需盘活，这些企业出于不同目的都有着融资需求。而对于不同境况下的企业，投资人所需关注的法律要点虽有共性，但也存在着较大区别。笔者拟结合过往项目经验对私募股权投资（下文主要指对非上市的发展中企业的投资）与重整企业投资的法律关注要点进行对比介绍（下文主要从股权/股份投资路径对比，未包括债权投资、资产投资的路径），以期抛砖引玉，为相关行业人员提供参考。

一、在投资逻辑方面的对比

本文拟主要介绍私募股权投资与重整企业投资的法律关注要点，但在此之前需对这两类投资的投资逻辑予以厘清，方能进一步把握整体的法律关注要点。

虽然上述两类投资以实现盈利为核心目的，但私募股权投资侧重于“发展业务、扩大规模”，看好被投企业业务发展的潜在增长空间；而重整企业投资侧重于“解决困境、盘活资产”，看好被投企业现有资源（如稀缺资质、上市资格、核

心资产等）、且目前企业价值被低估。

此外，上述两类投资的投资人类型都可以分为产业投资人和财务投资人，产业投资人主要指与被投企业存在一定的业务协同性、或者能对被投企业的产业能力、业务发展、技术水平等提供经验，且大多希望取得被投企业控制权的投资人；而财务投资人主要指拟通过财务投资并在适当的时候退出被投企业、从而取得经济回报，且希望获得更多优先权的投资人。实践中，从被投企业的角度看，发展中企业更倾向于引入财务投资人，借助其资金、资源和公司治理等能力的同时，保留创始人更多的控制权；而重整企业大多受限于自身的发展困境，如有产业投资人带来业务协同，则更有利于企业重整成功，当然如果被投企业体量过大，往往还需要联合财务投资人一并参与重整投资。

作为投资交易律师，对于一项投资，最核心的两项工作是对被投企业进行法律尽职调查、以及协助起草投资协议。因此，下文拟从这两方面进行初步对比。

二、在法律尽职调查方面的对比

对被投企业进行法律尽职调查，既有固定的规程和方式，同时也非常考验律师的专业能力和职业经验。如前文所述，私募股权投资侧重于“发

展业务、扩大规模”，而重整企业投资侧重于“解决困境、盘活资产”，因此这两类投资的法律尽调关注要点也会有所区别，笔者下述主要从股权/股份受限情况、业务开展情况、债务与资产情况三方面进行对比介绍。

（一）股权/股份受限情况

发展中企业多为非上市公司，其股权/股份（为便于表述，下述统称“股权”）主要需考虑如下情形：（1）冻结情况：通常不会出现，但一旦出现股权被冻结，则投资人一定要格外留意，往往是企业股东之间出现了重大纠纷、或者是企业股东存在大额第三方债务未能偿还等；（2）质押情况：需要具体情况具体分析，既有可能是股东借款的担保措施，也有可能是股东之间为业务发展而做出的特殊安排（如设置 VIE 架构）；（3）代持情况：可能发生，需与被投企业及创始人了解发生原因，如属于股东资格受限、还是作为员工股权激励池等；（4）前轮股东的特殊权利条款：如企业已存在前轮融资，则大概率会存在该类条款对创始人股权及后续融资予以限制，此时需重点查阅前轮投资协议，以便决定本轮投资的相关程序及实质方案。

重整企业的股权受限情况也需考虑上述情形，只是实践中重整企业往往是具有较高重整价值的企业，且投资人更倾向于投资的是处于重整状态的上市公司，而作为上市公司，股份代持和股东特殊权利条款会被要求清理，以保证股权清晰。因此，投资重整企业的关注重点更多集中于股权冻结和质押情况，而且当被投企业处于重整状态时，其实际控制人或大股东有时也会处于资不抵债状态或者深陷争议纠纷之中，这是因为在被投企业融资时其实际控制人或大股东通常会向债权人一并提供连带责任保证。

（二）业务开展情况

发展中企业吸引投资人的核心优势即是其业务发展的潜在增长空间，因此在法律尽调时，要重点关注其是否已取得运营业务所必须的资质证书（比如医药行业的医疗机构执业许可证、药品或者医疗器械的注册证、经营许可证，能源矿产

行业的矿产资源勘查许可证、采矿许可证、安全生产许可证，等等），是否已完成相关主管部门（如发改委、环保、消防）的审批、核准、备案或登记程序，如果尚未取得的，是否有明确的办理计划、预计的完成时间等。此外，从业务合同角度出发，也需关注其重要的供应商与客户，是否合作稳定以及无任何争议纠纷，合同中是否存在任何对业务发展或者股权变更等进行限制的条款，是否存在关联关系，供应商或者客户是否过于集中等。

重整企业的业务资质（包括上市资格）也可能是吸引投资人的重要因素之一，因此要关注业务资质的稳定性及可持续性、对股东有无特殊要求等等。就业务合同而言，重整企业可能已停产、但也可能处于破产不停产的状态；如果是停产企业，那么主要是对业务合同所产生的债权债务进行分析；而如果业务尚在开展中，那么还要关注业务合同中有限制性条款，管理人是否解除还是继续履行合同、以及具体原因。

（三）债务与资产情况

发展中企业的债务情况更多关注的是贷款融资及对外担保情况，一般是企业正常经营过程中发生的，很少出现严重逾期或违约问题。同时，资产情况主要关注资产是否能有效支持业务运营，比如轻资产公司（如药品研发公司）主要关注核心技术和知识产权等情况，是否拥有资产所有权、还是被授权取得使用权，是否存在任何侵权情况，是否存在任何资产担保或权利受限情况；而重资产公司（如药品生产公司）还需关注其生产厂房、重大生产设备是否属于自有、还是租赁取得，是否能持续稳定使用，是否有搬迁风险，是否存在任何担保或权利受限情况。

重整企业往往存在资不抵债或明显缺乏清偿能力的情况，整个重整程序也是围绕着如何有效解决重整企业的债务问题而发生的，资产作为偿债资源统筹考虑。《中华人民共和国企业破产法》中对债务和资产有一些特殊规定，下述列示部分内容：

序号	《中华人民共和国企业破产法》的规定	所涉事项
1	第一百零九条 对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。	担保债权人优先受偿权的规定。
2	第七十五条 在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。但是，担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的，担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权。 在重整期间，债务人或者管理人为继续营业而借款的，可以为该借款设定担保。	重整期间担保权暂停行使和恢复行使的规定。
3	第一百一十三条 破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；（三）普通破产债权。 破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。 破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。	破产财产的清偿存在优先、劣后顺位的规定。
4	第三十五条 人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。	债务人出资人的出资加速到期的规定。
5	第四十六条 未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。 附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。	债权加速到期、以及停止计息的规定。
6	第十九条 人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止。 第二十条 人民法院受理破产申请后，已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止；在管理人接管债务人的财产后，该诉讼或者仲裁继续进行。	保全措施解除、执行程序中止的规定。 诉讼、仲裁中止和继续的规定。
7	第三十一条 人民法院受理破产申请前一年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：（一）无偿转让财产的；（二）以明显不合理的价格进行交易的；（三）对没有财产担保的债务提供财产担保的；（四）对未到期的债务提前清偿的；（五）放弃债权的。 第三十二条 人民法院受理破产申请前六个月内，债务人有本法第二条第一款规定的情形，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。 第三十三条 涉及债务人财产的下列行为无效：（一）为逃避债务而隐匿、转移财产的；（二）虚构债务或者承认不真实的债务的。 第三十四条 因本法第三十一条、第三十二条或者第三十三条规定的行为而取得的债务人的财产，管理人有权追回。	债务人财产相关行为的撤销、无效，以及追回财产的规定。
8	第五十六条 在人民法院确定的债权申报期限内，债权人未申报债权的，可以在破产财产最后分配前补充申报；但是，此前已进行的分配，不再对其补充分配。为审查和确认补充申报债权的费用，由补充申报人承担。 债权人未依照本法规定申报债权的，不得依照本法规定的程序行使权利。	未申报债权处理方式的规定。

上述三方面已提及的内容仅是对法律尽职调查的关注要点予以例示，并未穷尽全部关注点，在具体开展法律尽职调查工作时，需结合投资人的商业安排、被投企业的实际情况等综合分析，并发现法律风险、提出有效的防范及解决措施。

三、在投资协议方面的对比

经过对被投资企业进行尽职调查后，如果尽职调查结果令投资人满意，那么将会进入投资协议的起草和谈判过程，在这项工作中，笔者拟从如下三方面初步对比私募股权投资和重整企业投资的不同情况：

（一）审批程序不同

在内部审批程序上，投资人参与投资除了需经过自身内部的审批程序外，被投资企业也要经过特定的程序，私募股权投资中被投资企业通常需要经过董事会、股东会的审议；而重整企业投资中，因为重整企业处于资不抵债或明显缺乏清偿能力的状态，股东权益的保护应适度让位于债权人，所以包括重整投资方案在内的重整计划需经过债

权人会议审议、以及人民法院裁定批准。当然，在外部审批程序上，两类投资都需要根据自身情况予以判断，比如是否需要经过经营者集中的申报程序、是否需要经过国资审批 / 备案程序、是否需要经过行业主管部门审批 / 备案程序等。

（二）参与主体不同

私募股权投资中，参与主体主要是投资人、被投资企业及其股东、实际控制人等，但重整企业投资除了上述主体外，还要考虑重整企业管理人、债权人（包括有财产担保债权人、职工债权人、税款债权人、融资类普通债权人、经营性普通债权人等）、人民法院以及证券监管部门（如涉及上市公司）的相关意见，存在更复杂的利益相关方。

（三）投资协议中对投资人的保护力度不同

私募股权投资中，投资人一般会要求在投资协议中约定不同类型的特殊权利条款，保障自身投资、治理、退出等各方面的权利，下述列示部分特殊权利：

序号	权利条款名称	特殊权利内容
1	业绩补偿条款	如果被投企业的实际经营业绩低于事先约定的标准，则创始人或特定股东向投资人补偿；或者反向激励，即被投企业的实际经营业绩达到或高于事先约定的标准，则投资人向创始人或特定股东给予一定奖励（股权或现金）。
2	分期投资条款	根据被投资企业完成特定交割先决条件的进度或者根据时间安排，投资人分期将投资款支付给被投资企业或转让股权的股东。
3	反稀释条款	本轮融资后，如果企业在后轮融资时每股价格低于本轮融资时每股价格，则通过调整本轮融资时的每股价格使本轮投资人获得更多股权。
4	一票否决权	被投资企业股东会、董事会审议特定事项时必须取得某一投资人或其委派董事的同意。
5	优先购买权	被投资企业股东向第三方转让股权时，投资人在同等条件下有权优先购买。
6	优先认购权	被投资企业发行新股、新增注册资本时，投资人在同等条件下有权优先认购。
7	优先清算权	被投资企业发生法定清算或视同清算事件时，投资人有权优先于其他股东获得清算收益的权利。
8	随售权	如果创始人或特定股东向第三方转让股权的，则投资人有权按照创始人或特定股东与第三方达成的价格和协议条款共同参与出售其在企业中所持股权。
9	拖售权	投资人有权要求其他股东和自己一起向第三方转让股权，其他股东必须按照投资人与第三方谈好的价格和条件一起向第三方转让。
10	回购权	当协议约定的特定情形出现时，投资人有权要求创始人或特定股东回购投资人所持有的股权。



但重整投资协议（特别是涉及重整的上市公司）中难以加入上述条款，而且重整企业的管理人一般不会作出相关陈述与保证、而债务人也难以有承担违约责任的能力，在许多重整投资人招募公告中，都会明确写明投资人依赖于自身的尽职调查和判断结果作为决策依据。此外，重整投资协议后续还可能根据人民法院及 / 或证券监管部门的意见予以调整及修改，如各方无法再协商一致，投资人能获得的也仅是退还的已支付款项；而且，更甚者会约定管理人拥有特别解约权，指即使各方签署了重整投资协议，但在重整计划草案提交债权人会议正式表决之前，如果有第三方以更优条件提出投资，则管理人有权解约，并退还已交款项及利息即可；当然，从投资人角度出发，这类条款即使加入也应作出更多限制，以平衡各方利益。因此，在重整企业投资中如何充分保护投资人的权益，需要届时根据尽调结果、结合与管理人、债权人及法院的沟通情况，在重整投资协议中尽可能地作出必要的安排。

四、结语

结合前文所述，可以看出私募股权投资和重整企业投资既有投资的共性、也有各自的特性，

目前私募股权投资中对于投资人的保护更完善，充分地尽调和完善地投资协议能有效规避许多投资风险；而重整企业投资则更依赖于投资人专业的尽调能力，被投企业和管理人通常按照现状交付、买者自负的原则签署投资协议，当然未来如出于吸引更多投资人拯救困境企业的目的，重整投资协议是否允许投资人加入各方均能接受的特殊权利条款（比如分期投资条款、业绩补偿条款等），也未可知，有待更多实践。

同时，反而观之，通过重整企业投资的发展，企业陷入困境的原因（比如盈利能力差、资产负债率高、现金流短缺、公司治理僵局、战略决策失误等）也能被越来越多的投资人和创业者所了解，以史为鉴，从而更审慎的投资和发展，实现稳步前进、各方共赢的结果。

上述仅为笔者的一点思考，尚有不尽完善的地方，也有许多细节暂未提及；笔者在此抛砖引玉，以期各位指正、共同探讨。

中伦
文德



□ 林 威/文

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



□ 帕丽丹·艾赛提/文

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

“一带一路”投资小贴士（二） ——“中亚大国”哈萨克斯坦

哈萨克斯坦^[1]是中亚国家中经济发展最好、投资环境最优的国家。其基础设施良好，电信行业发展也在中亚地区属前列，近日以来，电信运营商已经开始在哈萨克斯坦的两大直辖市进行5G网络的测试。哈萨克斯坦的电力市场化程度较高，国内发电仍以燃煤电站为主，占全国发电量的70%以上，电价低廉。与此同时，由于中国国内限电措施导致电价上涨，浙江近日从哈萨克斯坦采购13.6万吨优质煤炭用于救急，其成本甚至远低于从澳大利亚进口的成本。

据联合国贸发会议（UNCTAD）统计，截至2021年7月，哈萨克斯坦利用外国直接投资规模继续领先其他中亚国家。作为外商投资友好型国家，哈萨克斯坦吸引外国投资者的特色产业包括传统采矿业、加工工业和建筑业。而最近因中国国内对虚拟货币挖矿的全面禁止，哈萨克斯坦又成为了数字矿企转移阵地的优选，包括中国数字矿企比特大陆已进驻哈萨克斯坦。

哈国幅员辽阔，无论从国土面积还是从经济总量上来看，都是中亚最大的，因而本文梳理了

在哈投资的相关指南及应注意的风险，以供有意赴哈的投资者参考。

一、法律体系

哈萨克斯坦的法律制度深受伊斯兰法和罗马法的传统影响。其法律来源主要包括：宪法、法律、普通法和条例、其他法规、规范性法令及国际条约。哈议会是国家最高代表机构，行使立法职能，推行两院制（上下两院分别称为参议院和马利日斯）。

《哈萨克斯坦宪法》在1995年8月30日经全民投票批准成立。宪法宣布哈萨克斯坦为总统制单一制共和国，宪法具有最高法律效力，是哈萨克斯坦国家法律体系及立法进一步发展的核心和基础。

哈萨克斯坦国内局势稳定，这得益于法律制度的完善。特别是1992年版宗教法，该法颁布于哈萨克斯坦建国之初，是一部体现政府对宗教高度宽松的宗教法规。此后，考虑到1992年版宗教法的不足，为应对建国二十年来恐怖事件频发的状况，2011年，哈萨克斯坦议会通过了《宗教活动与宗教组织法》表达了政府在宗教自由与国家

安全之间谋求平衡的诉求。

哈萨克斯坦涉及贸易投资领域的法律相对稳定，此领域的法律主要有《工商登记法》《劳动法典》《税收法典》《外汇调节法》《许可证法》《反倾销法》《知识产权法》《银行和银行业务法》《投资法》《企业经营法典》《海关事务法典》《金融租赁法》《居民就业法》《商标、服务标记及原产地名称法》《国家直接投资保护法》等。

此外，还值得一提的是，哈萨克斯坦对投资者有一套完备的投资者权益保护体系，这个体系建立在总统层面，并设有外国投资者理事会会议，通过这个会议，可以和外国投资者交流更多的投资问题。此外，哈萨克斯坦政府设有专门的机构制定政策来改善投资环境。

二、投资政策与规定

• 哈萨克斯坦对外国投资有何优惠？

1. 优惠政策框架

哈萨克斯坦于 2003 年颁布新的《投资法》规定对国内外投资者一视同仁，实行统一的特惠政策，不存在只针对外商直接投资的优惠政策。

2017 年底颁布的新《税法典》又对税收优惠条件重新界定和完善。在改善税收优惠和税款支付政策方面，一是取消拍卖手续费；二是取消通航水道使用费；三是取消无效的增值税优惠。在优化经济特区税收优惠方面，针对所有经济特区，更改“90/10”收入比率条件，将企业享受优惠业务同其他业务的收支分开核算，优惠期限从企业注册时起算；针对创新型经济特区，将治外法权制度时限延长至 2028 年，更改社会税优惠适用条件，将“劳动力成本不低于年收入总额的 50%”替换为“劳动力总成本占支出总额的比率为 70%”。

对于外国投资者来说，虽税收优惠取消，但关税优惠条件仍然保留。凡与哈萨克斯坦投资委员会签订投资合同的外国投资者可以享受的特惠包括：（1）投资者进口生产用设备免关税；（2）哈国可给予外国投资者以土地使用、房产、机械设备、计算机，测量仪器，交通工具（小汽车除外）等方面的一次性实体资助。

2. 地区鼓励政策

哈萨克斯坦鼓励向首都努尔苏丹、曼格斯套州、阿拉木图州、南哈萨克斯坦州、阿特劳州、北哈萨克斯坦州、阿克莫拉州、卡拉干达州、巴甫洛达尔州、江布尔州等投资。哈萨克斯坦地方各州（市）严格遵守《哈萨克斯坦经济特区和工业园区法》《哈萨克斯坦投资法》等法律规定。

3. 经济特区法规

哈萨克斯坦首批经济特区设立于 1991 年。2019 年 4 月，哈萨克斯坦出台《经济特区和工业园区法》明确规定经济特区和工业园区从设立到撤销的全周期管理办法，明确工业和基础设施发展部作为经济特区、工业园区的主管部门，引入了新的经济特区和工业园区入驻企业土地使用机制。相关土地交由管理公司临时使用，再由管理公司移交入驻企业使用，从而缩短土地审批时间。该法律还对管理公司融资和强化责任等内容作出规定，要求只有在管理公司股 100% 属于国有的情况下，政府才能提供融资支持。

4. 经济特区优惠政策

对所有经济特区内的企业：免企业所得税；免土地税；免短期（不超 10 年）土地租赁费；免财产税。根据政府制定的经济区内实行零增值税的商品、劳务和服务名单，返还企业已征缴的增值税。此外，对到特区投资的企业，简化入驻程序，实行“单一窗口”服务，方便办理许可证件；实行“自动同意原则”，即投资者如果在法律规定的期限内没有得到否定答复，则自动成为经济特区企业；简化特区企业使用外国劳务手续。

• 在哈萨克斯坦投资设立企业有哪些规定？

1. 登记注册制度

赴哈萨克斯坦投资或经商的中国企业或公民可根据需要办理三种形式的注册：哈萨克斯坦法人实体、外国公司的分公司和外国公司的代表处。哈萨克斯坦国内各处受司法部委托的“居民服务中心”或主管机关负责审核登记文件，出具证明及决定是否颁发登记注册证。

2. 企业登记注册的相关资料

在哈萨克斯坦设立法人实体的形式主要是股份有限公司和有限责任公司。设立分支机构的主要形式是分公司和代表处。其中有限责任公司和

分公司是较为常见的两种实体形式。

(1) 设立有限责任公司所需的文件包括：

- 公司章程（俄语和哈语）；
- 创建协议（对两个或两个以上合伙者而言）；
- 创建者关于创建公司的决议或全体合伙人会议纪要；
- 关于公司法定地址的证明函；
- 国家注册申请；
- 公司法人的税务登记号；
- 注册手续费缴纳收据。

(2) 外国法人注册有限责任公司还应补充以下文件：

- 经过认证的外国法人创建文件的副本；
- 经过认证的证明创办者外国法人合法身份的工商登记注册或其他文件；
- 哈萨克斯坦税务机关出具的法人已纳、未纳税费或其他应缴费用情况的证明。

外国自然人注册有限责任公司还应补充外国自然人护照复印件及经过公证的英语译文的其他能证明其身份的文件。

(3) 设立注册分公司或代表处所需的文件包括：

- 按照哈萨克斯坦司法部规定格式填写的申请；
- 外国法人盖章确认的创建分公司（代表处）的决定；
- 经外国法人确认的分公司（代表处）章程文本，哈文、俄文各一份；
- 章程合法副本及法人国家注册的证明；
- 法人给分公司（代表处）负责人的委托授权书（社会及宗教社团除外）；
- 法人缴纳国家注册缴费的证明文件；
- 分公司（代表处）所在地的确认文件。

拟在哈萨克斯坦登记注册公司或代表处的中国法人或自然人，有关文件须到哈萨克斯坦驻华使馆进行认证，相关人员入境哈萨克斯坦后，可以委托当地的律师或律师事务所到哈萨克斯坦司法部门完成登记注册。

3. 信息报告制度

在哈萨克斯坦从事非商业性活动的分公司或代表处应每年在报刊上公布活动情况，包括注册人信息、资产状况、支出来源及去向等事项。

4. 进出口企业相关税收相关规定

自 2010 年 1 月 1 日起，俄罗斯、白俄罗斯、哈萨克斯坦三国关税同盟启动，后升级为欧亚经济联盟，实施统一的进口关税税率。自此，哈萨克斯坦的进口税收体制统一归属到同盟框架之下，按照同盟共同制定的进口税率征收。此外，哈萨克斯坦仅对石油、石油产品、废旧金属和动物皮毛等部分出口商品征收出口关税。

税收规定方面还值得一提的是，在哈萨克斯坦，进口药品和医疗用品免征增值税。免征增值税的医药用品包括：药品，医疗（兽医）用品，包括修复整形用品、聋哑盲人器械和医疗（兽医）器械；用于生产各类医药用品的材料、设备和配套设施，包括药、医疗（兽医）用品和器械。

5. 风险提示

首先，哈萨克斯坦的法律体系较为完备，但变化较大，行政政策作用有限。

法律和规章制度缺乏一定的稳定性，这已成为赴哈萨克斯坦投资企业所面临的重要风险之一。哈萨克斯坦政府每年都会根据经贸数据、国内预算、产值等情况，对某些税种的税率和征税对象做出调整，对某一行业或地区实施新的税收优惠政策，或临时颁布专门的税收法规，给外国投资者带来一定影响。

举例来讲，哈萨克斯坦近日通过了税法修正案，决定自 2022 年 1 月 1 日起根据用电量按 1 坚戈 / 千瓦时收取挖矿税。这一举措自然吸引了不少数字矿企入驻哈萨克斯坦，但导致哈萨克斯坦的电力行业不堪重负。最近，哈萨克斯坦政府又发布了新的命令草案，内容包括今后新申请注册的加密货币矿企，将对其耗电量将进行限制。

因此，赴哈投资的企业如果事先没有充分了解哈萨克斯坦的税收制度，也没有实时关注其最新的税收政策变动，就会造成税收优惠应享未享或违反税收政策等后果。企业应提高对哈萨克斯坦税收制度的重视程度，充分掌握境外税收环境。

此外，中国企业还应注意在哈萨克斯坦设立子公司存在纳税申报风险。《哈萨克斯坦公司法》将子公司视为独立的法人实体。中国企业在哈萨克斯坦设立子公司，应考虑当地的税收优惠适用性及将款项汇出时产生的预提所得税影响（如股息、利息及特许权使用费等），并进行纳税申报。在纳税

申报中，子公司须参照居民企业的相关规定。

通常来说，非居民在哈萨克斯坦设立的常设机构与哈萨克斯坦税收居民适用相同的法规，需要注意的是，通过分支机构在哈萨克斯坦开展经营活动的纳税人也属于哈萨克斯坦的增值税纳税人。

• 哈萨克斯坦对外国公司承包当地工程有何规定？

1. 许可制度

根据 2001 年 7 月《关于在哈萨克斯坦境内从事建筑设计、城市建设工程和建筑工程法》的规定，凡在哈境内承建当地工程项目的外国企业须持有国外工程项目承包执照。在参加工程招标时，可以凭借总公司的资质购买标书，中标后同哈萨克斯坦招标委员会签订合同，并在哈萨克斯坦正式注册外国企业的子公司或独立的合资公司以执行项目。

2. 禁止领域

哈萨克斯坦《建筑法》规定，外国投资者可以合资形式进入哈萨克斯坦建筑业市场，但外资在合资企业中的持股比例不得超过 49%。如 100% 外资控股的哈萨克斯坦本地企业作为一个主体参与建筑业合资企业，则外资持股比例可以超过 49%。

3. 要点提示

(1) 慎重选择承包工程项目。中国企业应做好前期调研工作，详细了解项目背景，仔细研究项目业主单位情况、资金来源等。许多项目对投资形式、投资比例、项目实施等有特殊规定。

(2) 有效雇用当地劳动力。承包工程企业需充分研究哈萨克斯坦劳务许可规定，严格遵守哈法律法规，为中方员工办理合法劳务签证，最大限度雇用当地劳动力，尽可能确保中、外方员工薪酬及工作条件平等，杜绝各类歧视行为。

• 哈萨克斯坦对旅游领域投资有何规定？

2019 年新修订的《旅游活动法》引入了投资优惠政策，规定由政府确定重点旅游区，投资者在区内建设酒店、娱乐场所等旅游设施可享受税收、实物补助等优惠政策，将投资项目认定门槛由 50 亿坚戈下调至 50.5 万坚戈。

• 哈萨克斯坦对外资参与当地林业投资合作有何规定？

《哈萨克斯坦土地法典》明确规定，外国个人和企业只能租用林业土地 25 年，不能拥有土地的所有权。

三、特殊的“国中国”——阿斯塔纳国际金融中心

(一) AIFC 的成立

2018 年 12 月，哈萨克斯坦总统签署命令，将投资发展部改组为工业和基础设施发展部，将制定国家引资政策职能移交国民经济部，将实施国家引资政策职能移交外交部。根据上述文件，外交部被指定为负责协调出口促进领域相关活动的机构。同时，授权政府将投资发展部投资委员会划归外交部，将国家投资公司（Kazakh Invest）股权控制及使用权划归外交部。

2019 年 4 月，哈萨克斯坦政府将哈萨克斯坦投资公司职能移交阿斯塔纳国际金融中心（AIFC）管理局。AIFC 是哈吸引外资和推广投资形象的唯一协调机构，未来将成为区域性投资枢纽。

AIFC 是哈萨克斯坦划定的一个特殊区域，能够实现独立的监管，是哈萨克斯坦为吸引外国投资建立的一个友好生态。在 AIFC 的金融科技监管规则下，这里也允许在合规的前提下建立加密货币交易所。针对比特币挖矿活动，AIFC 建立了 IT 园区。自 2017 年成立以来，AIFC 已经成为吸引加密货币挖矿企业的中心。

(二) AIFC 法律制度

AIFC 不仅仅在投资领域举足轻重的地位，其享有相应的配套法律制度，足以称之为“国中国”。2017 年 12 月，AIFC 法院及其仲裁法庭（以下简称 IAC）应运而生，2018 年 1 月 1 日起，AIFC 法律制度开始实施。

虽然地处哈萨克斯坦境内，AIFC 法院却不适用哈萨克斯坦本国法，而适用英国和威尔士普通法进行裁判。AIFC 法律制度与哈萨克斯坦本国法属于不同法系，在司法过程中，AIFC 法院独立

开展司法活动，不受哈萨克斯坦司法制度的限制。它移植了普通法，成功地实现了在一国“经济特区”内实施他国法律。

实际上，除普通法及其判例外，AIFC 法院的法律渊源还包括：

- a. AIFC 宪法规约；
- b. AIFC 制定的法律规则；
- c. 各方都同意适用的法律，但前提是不得违背哈萨克斯坦的公共政策与秩序；
- d. 法院认为适当的法律；
- e. AIFC 法院的生效裁决；
- f. 其他普通法司法管辖区的判例。

这些规定扩大了 AIFC 法院的援引范围，也给予了诉讼双方更多的法律适用空间。除此之外，IAC 在仲裁员选拔上，考虑了不同国家投资者的需求，在全球各地进行选聘。AIFC 法院也在本国“经济特区”聘用大量外国高素质法官。此举向当事人释放出的一个信号是，IAC 将秉承公正原则，不歧视他国客户，中立裁判，使外国投资者对哈萨克斯坦的司法环境增强信心。

四、争议解决的主要途径及风险提示

（一）解决途径

根据哈国《投资法》的规定，非投资争议应由哈国法律管辖，双方可以通过在哈萨克斯坦的法院起诉或仲裁机构仲裁的方式解决争议。而在哈萨克斯坦发生投资合作纠纷时，一般先由双方谈判协商解决；如通过谈判无法解决时，可通过双方在签订投资协议中规定的国际仲裁法庭解决，如未约定国际仲裁法庭的，也可以诉诸于哈国法院。

哈萨克斯坦是《承认及执行外国仲裁裁决公约》（又称《纽约公约》）的缔约国。因此，一般具有涉外因素的商事纠纷可以由当事人协议提交境外仲裁机构解决争议，并在哈萨克斯坦法院申请外国仲裁裁决的承认与执行。此外，根据《中华人民共和国政府和哈萨克斯坦共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》中国投资者与哈萨克斯坦政府之间发生有关征收补偿数额的争议，可以依据该双边协定规定的争议解决机制予以解决。

同时，哈萨克斯坦也是《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》（又称《华盛顿公约》）的缔约国，因此上述投资者与政府间的争议也可以适用 ICSID 仲裁规则申请国际投资争端仲裁解决，并在哈萨克斯坦法院申请承认与执行。

（二）适用法律

在哈萨克斯坦^[2]发生的商务纠纷解决适用哈萨克斯坦的法律法规。但如果哈萨克斯坦本国法律法规与投资国缔结或参加的国际公约相冲突，则适用国际公约。《哈萨克斯坦投资法》规定，哈萨克斯坦参加的国际协议优先于哈萨克斯坦国家法律。在本国法与国际公约都没有规定的情况下适用国际惯例。

（三）可否仲裁

可以各方约定请求仲裁。哈萨克斯坦仲裁制度在解决纠纷时已不再区分国内纠纷或国际纠纷。

仲裁当事人还可通过 IAC 推出的在线仲裁平台，通过电子传输的方式，在世界各地向 IAC 申报材料，无需亲自到阿斯塔纳，实现高效的远程仲裁。

（四）风险提示

哈萨克斯坦主体参与订立的合同，必须有哈萨克语或俄语文本，否则可能导致交易文件无效或不可强制执行；但这一规则并不影响双方约定以英文或其他外文作准。

注释：

[1] 本文亦简称“哈”、“哈国”。

[2] 除了发生在或涉及到阿斯塔纳国际金融中心外，在该等情形下，可以参照前述第三条第 2 项的规定处理。

参考文章：

1. 对外投资合作国别（地区）指南 哈萨克斯坦（2020 年版）
2. 中国居民赴哈萨克斯坦投资税收指南
3. 哈萨克斯坦——中国比特币“矿工”的新大陆
4. 哈萨克斯坦 AFC 法律制度述评
5. 哈萨克斯坦已在两大直辖市开展 5G 测试
6. 难堪电力重负！哈萨克斯坦开始清理整顿数字矿企
7. 哈萨克斯坦吸引外国直接投资增速领先独联体国家
8. 及时雨来了！哈萨克斯坦的煤炭直接运送到中国，路线非常值得关注！
9. 纳扎尔巴耶夫如何驯服哈萨克斯坦的宗教极端势力
10. 走进哈萨克斯坦的“光明之路”
11. “带路”俄语国家法律 ABC——哈萨克斯坦篇
12. 中国企业在哈萨克斯坦投资纠纷的法律解决方法



□ 林 威/文

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



□ 帕丽丹·艾赛提/文

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

“一带一路”投资小贴士（三） ——“丝路明珠”乌兹别克斯坦

乌兹别克斯坦^[1]，因其独特的地理位置被誉为欧亚十字路口，早在公元前就成为中亚文明发祥的重要地区，具有独特的地缘优势和人文优势。乌兹别克斯坦有凝聚中亚两千年文化及历史遗迹之中亚最大的城市塔什干，也有中亚最美的古城撒马尔罕，还有被誉为“露天博物馆”的希瓦古城。乌兹别克斯坦，这颗古丝绸之路的璀璨明珠更被美国《孤独星球》杂志评为2020年亚洲最佳旅行地。近年来，乌国对旅游行业非常重视，还专门创建了“丝绸之路”国际旅游大学，此项目是由北京第二外国语学院承担统筹组织的“一带一路”中乌国家合作项目。

乌兹别克斯坦不仅是各种文化交汇之地，还拥有丰富自然资源，乌国盛产的“四金”——黄金（乌拥有世界上最大的金矿）、“白金”（棉花）、“乌金”（石油）、“蓝金”（天然气）是国民经济主要支柱产业。乌兹别克斯坦还是中亚地区最大的水果和蔬菜生产国，乌兹别克斯坦近日宣布还将出台果蔬产业发展新体制，进一步扶持果蔬生产行业。乌国的支柱和重点行业包括过境运

输业，油气领域，农业领域，及汽车工业。另外值得一提的是，乌国去年公布2020-2030年能源和电力战略规划后，清洁能源产业发展持续加速，其有望成为中亚清洁能源新星。

当前中国已成为乌兹别克斯坦第一大贸易伙伴国和第一大投资来源国。中乌双边贸易连续多年保持两位数增长。据乌方统计，中国对乌兹别克斯坦累计投融资超过90亿美元，截至2020年5月1日，在乌中企1701家，投资合作领域涵盖油气、化工、纺织、电力、煤炭、水泥、钢铁、玻璃、农业、水利、金融、物流、工业园区和国际工程承包等诸多领域。中乌市场规模和资源禀赋优势各异，发展前景广阔，产业互补性强，合作潜力巨大。因此，本文将梳理乌兹别克斯坦投资相关法律制度，供有意赴乌国投资的中国企业参考。

一、法律体系

（一）立法体系

乌兹别克斯坦宪法规定，国家政治体制实行

立法、行政和司法三权分立。最高会议即议会行使立法权，总统领导的内阁行使国家行政权，法院系统履行司法权。

乌兹别克议会在 2004 年 12 月的第三届选举中将议会改为了两院制，由参议院（上院）和立法院（下院）组成。上院共有议员 100 人，下院 120 人，均由职业议员组成。两院议员的任期均为五年。议会批准的任何国际条约都高于国内立法，换言之，凡乌兹别克斯坦做出的国际承诺，即成为该国不可分割的法律体制部分，并对政府所有各分支部门有约束力。

立法院主要从事立法工作，有权解决涉及立法院工作的有关问题及其他乌内政、外交问题，并按照乌总检察长的建议剥夺立法院议员的豁免权。

（二）司法体系

乌兹别克斯坦最高法院是全国最高司法机关。乌兹别克斯坦司法体系分为宪法法院，对民事、刑事和自然人行政案件具有管辖权的普通法院体系，对经济活动纠纷和企业行政案件具有管辖权的经济法院体系，以及对军人犯罪、涉军商事纠纷、国家秘密等案件具有管辖权的军事法院体系。

（三）确保保护人权的一般法律制度

立法部门中监测对人权尊重情况的主要机制是，议会的人权事务专员（监察专员）。其监测并且跟踪所收到的每一份报告。监察专员将其一年期间的活动编撰成报告，提交政府最高机构批准。在司法部门中，各类法庭，刑事、经济和民事法庭的法官被授权监测对人权的尊重情况。在执法部门中，发挥监督性作用的总检察厅是负责监测对公民权利和自由尊重情况的主要机构。

二、贸易、投资政策与规定

（一）贸易相关政策

（1）进口关税

按照世贸组织的分级标准，乌兹别克斯坦税率制度可归入“开放”类。在现行税率中进口关

税税率分 5 级：0、5%、10%、20% 和 30%。乌兹别克斯坦《关税税率法》规定，对与乌兹别克斯坦签订最惠国待遇协定的国家的进口商品关税税率最高水平由法律确定，对未与乌签订最惠国待遇协定的国家进口商品或无原产地证明的进口商品，进口关税税率增加一倍。乌兹别克斯坦共与 45 个国家签订了最惠国待遇协定。乌兹别克斯坦不采用世贸组织运用的特惠税率体制。

（2）禁止进口

乌兹别克斯坦政府会根据本国经济发展形势和需要颁发政府令，禁止进口个别商品。例如，2020 年 4 月 23 日，乌兹别克斯坦政府颁发命令，决定自 2020 年 5 月 1 日起至 12 月 31 日禁止进口白水泥和其他硅酸盐水泥。主要原因是受新冠肺炎疫情影响，乌兹别克斯坦内需萎缩，为保护本国水泥行业，政府临时禁止水泥进口。

（3）鼓励支持行业

乌国对无线电电子、电脑配件、轻工业、丝绸制品、建材、禽肉及蛋类生产、食品工业、肉乳业、渔产品加工、化学工业、石化、医疗、兽医检疫、制药、包装材料、可再生能源利用、煤炭工业、五金制品、机械制造、金属加工、机床制造、玻璃陶瓷业、微生物产业、玩具制造等行业持鼓励支持态度，并给予免除法人利润税、财产税、社会基础设施营建税、共和国道路基金强制扣款及小微企业统一税等优惠政策。

（二）外商投资制度

乌兹别克斯坦主管投资及外国投资的机构主要为投资与外贸部、经济工业部和财政部。

自 2020 年 1 月 27 日起，乌国颁布的《投资和活动法》（《On Investments and Investment Activity》）正式施行。该法律是由过去在外商领域施行 20 多年的三法《外国投资法》《外国投资人权利保障和保护措施法》《投资活动法》合成的。《投资和活动法》共计 12 章、69 条，全面规定了投资行为、投资保护、投资管理、投资促进、投资优惠政策、外商投资、对外投资等基本制度，在保留原三法优惠措施外，新增投资税收贷款、投资补贴两项优惠措施。乌兹别克斯坦没有出台禁止、限制外国投资的法律

法规。

2018年以来，乌兹别克斯坦引资力度进一步加大，对外资进入相关行业的限制逐步减少。目前，电力、石油天然气领域上游发电和油气开采对外资开放，但国家输电网、国内天然气输气管网由乌兹别克斯坦国有企业完全垄断，不对外资开放。乌兹别克斯坦对国家垄断行业，如能源及重点矿产品（如铀）开发等领域有股权限制，外资所占股份一般不超过50%；对航空、铁路等领域则完全由国家垄断。

（三）投资相关规定

（1）股权规定

根据乌兹别克斯坦现行法律，外国投资者可以设立合资企业、100%外资企业、获取私有化企业部分或全部股份。符合以下条件的外国投资企业视为再投资：企业注册资本不少于30万美元或等价物；企业参与者之一为外国法人；外资份额不少于企业注册资本的15%。

（2）出资方式

外国直接投资的方式可以是物质、非物质财富等，包括知识产权。

（3）投资形式

外国投资在乌兹别克斯坦境内可以各种形式实现，包括：与乌法人或自然人共同设立的经营公司、合伙公司、银行、保险机构及其他企业，并持有法定资本；设立并发展外国投资者全资经营公司、合伙公司、银行、保险机构及其他企业；获得财产、股份及其他有价证券；投入知识产权，包括著作权、专利、商标、外观设计专利权、工业品外观设计权、商号及新技术、商业信誉；获得自然资源的租赁合同，包括勘探、开采、采掘或利用；获得贸易标的、服务领域、居所连同宅基地的所有权，以及土地（包括租赁的）及自然资源的支配和使用权。

外国投资者还可以通过并购乌国企业的方式进行投资。按照乌兹别克斯坦国有资产管理委员会的相关法规，外国投资者主要通过以下3种方式并购乌兹别克斯坦企业或国有资产：通过竞标方式获得企业的部分或全部股份；通过塔什干交易所购买企业股票；通过建立合资企业持有企业

股份。

同时，投资企业还必须做出投资承诺，即在一定的期限内保证投入承诺的资金或先进的工艺设备。有时乌方会将破产或停产的企业以零价格出售给外国投资者，但投资者必须做出相应的投资承诺。据现有资料，暂无中企在乌兹别克斯坦并购遭遇阻碍的案例。

• 乌兹别克斯坦对外国投资有何优惠？

（1）行业优惠

乌兹别克斯坦政府给予在塔什干市和塔什干州以外地区的外国直接投资企业各种税收优惠政策，如免缴法人财产税、统一税费等。前提是外资注册资本比重超过30%，投入的是可自由兑换货币或新型技术工艺设备、收入50%以上用于再投资等，且没有政府担保。享受优惠的行业包括：无线电电子、电脑配件、轻工业、丝绸制品、建材、禽肉及蛋类生产、食品工业、肉乳业、渔产品加工、化学工业、石化、医疗等。

（2）地区鼓励政策

乌兹别克斯坦给予在偏远地区投资设厂的外资企业3年、5年、7年和10年不等的税收优惠待遇。

（3）自由经济区优惠政策

乌兹别克斯坦政府将自由经济区视为招商引资的重要平台，大力发展各类自由经济区。截至2020年5月1日，乌兹别克斯坦共有25个自由经济区，其中，工业自由经济区11个，制药自由经济区8个，其他自由经济区还包括农业自由经济区、旅游自由经济区、渔业自由经济区、体育自由经济区等，以及156个小工业区。

乌兹别克斯坦自由经济区、各地方及行业吸引投资优惠政策相同，具体政策可参考“行业鼓励政策”中所属优惠措施。当地暂无其他国家和国际组织援建的工业园区。

（4）风险提示

中资企业在乌国应实地考察了解投资所在地配套基础设施情况，选择配套设施齐全的地方投资，慎重在缺少输变电路、天然气管网和交通不便利的地区投资，勿轻信任何人的口头承诺。在此建议企业就投资活动可能涉及的利润汇出、

劳务许可、享受优惠政策等问题在项目启动前与乌方伙伴商定，并写入投资协议，通过出台“总统令”予以确认，以保证自身合法权益。

• 在乌兹别克斯坦投资设立企业有哪些规定？

(1) 设立企业的形式

乌兹别克斯坦《企业经营主体国家注册、办理登记及办理许可文件程序条例》规定，外国投资企业可在乌兹别克斯坦注册：股份公司、有限或补充责任公司、无限或合伙公司、单一制企业、私营企业、生产合作社、农场、法人形式的农户、其他商业单位。

(2) 受理机构

乌兹别克斯坦《企业经营主体国家注册、办理登记及办理许可文件程序条例》规定，受理企业注册的机构为：(1) 乌兹别克斯坦司法部；(2) 卡拉卡尔帕克斯坦自治共和国司法部；(3) 各州司法局；(4) 区（市）政府所属企业经营主体注册检查局。

(3) 注册企业的主要程序

乌兹别克斯坦《企业经营主体国家注册、办理登记及办理许可文件程序条例》规定的企业注册程序：

① 准备注册文件（可由乌兹别克斯坦工商会或咨询公司提供协助）；

② 向注册机关提交注册文件；

③ 注册机关对文件进行审核并做出是否同意企业注册的决议（同时交税务局、统计局办理登记），并向内务部申领刻制企业印章和印记许可；

④ 注册机关向注册企业发放注册证及内务部同意其刻制企业印章。

(4) 风险提示

中资企业在乌国寻找合作伙伴时，应对合作企业的情况作全面深入的了解，不听信单方面介绍和保证。慎重商签合同，不轻信合作伙伴口头承诺，将所有谈判内容落实在合同中，同时对合同文本进行仔细推敲，做到每项条款的表达准确，责任分明，避免在后期交涉中陷入被动。不随意签订任何书面约束性的文件。

• 乌兹别克斯坦对外国公司承包当地工程有何规定？

(1) 许可制度

乌兹别克斯坦《关于继续深化基建经营改革主要方向的总统令》《关于个别经营种类的许可制管理法》《关于完善基建经营关系机制的措施决议》《关于批准建筑领域许可证条例的决议》等法律法规规范了承包商行为及许可制度。

对于3类工程，如桥梁和隧道设计、建设、运营和维修；军事、国防设施设计、建设、运营及维修；高风险及潜在危险生产部门项目的设计、建设及运营须获得许可证后才有资格竞标。

(2) 禁止领域

乌兹别克斯坦关于工程承包的法律法规没有规定禁止外国承包商进入的领域，但在实际操作中，凡是乌兹别克斯坦国内施工队伍有能力承建的土建工程，必须由国内施工单位完成。

(3) 招标投标

工程招标的方式主要有两种：开放式和封闭式。对承包商的要求主要表现在专业方面，如流动资金额不低于竞标项目总额的20%，或有同等金额的银行保函，公民的权利能力及签订合约的委托书，注册资本金，具有类似施工经验，独立完成施工项目的业绩（施工量）报告。发包人还可向承包商提出其他要求，如有些项目要求承包商首先获取许可证。目前，乌方倾向于采取国际公开招标方式，让竞标企业充分竞争。

• 乌兹别克斯坦对外资参与当地林业投资合作有何规定？

(1) 土地法的主要内容

按照649号总统令，无论是乌兹别克斯坦国内法人还是外国投资者使用乌兹别克斯坦土地，都需要申请办理土地使用许可。按照282号内阁令，土地使用许可由乌兹别克斯坦地质部门组成委员会进行审查，由乌兹别克斯坦内阁批准。取得土地使用许可后，用地单位应与土地所有者签署合同，并向当地政府申请批准。当地政府以决议方式批准，双方按要求签署文件，支付费用即可。按照736号内阁令，签署合同后，用地单位

应到乌兹别克斯坦地质部门办理土地使用注册。

(2) 外资企业获得土地的规定

按照用地时间的长短，征地方式分为临时征地和永久征地。

临时征地：最长为3年。实际征地过程中，征地时间为1年，到期后办理延期。外国投资者可通过签署合同的方式取得土地使用权。使用土地的法人组织应按照合同向土地所有者支付费用。

永久征地：用地时间为3-10年。10年之后需办理延期，办理方法同临时征地。不同的是，使用土地的法人组织应按照282号内阁令的规定向税务部门纳税，而且应按照736号内阁令的规定，到有关国家机关登记注册。

乌兹别克斯坦不允许外资获得农业耕地所有权，但可以获得经营耕种权。乌政府鼓励外资进入农业领域，特别是鼓励对农业领域的种植、养殖、加工、包装、仓储、运输、出口贸易等全产业链投资。

乌兹别克斯坦不允许外资获得林地所有权，但可获得承包经营权。乌政府鼓励林业领域投资合作，2017年专门成立了国家林业委员会，主要负责合理利用森林资源、推广林业领域科技成果、积极吸引外资投资、发展生态旅游等。

(3) 风险提示

在办理征地过程中，经常发生土地补偿费用之外的费用，土地所有人或农场主有时会索要更多的费用。如果所征用的土地处在城市，也会发生一些问题，如

• 乌兹别克斯坦对文化领域投资有何规定？

(1) 当地关于文化产业的主要法律法规

目前，乌兹别克斯坦尚无关于文化产业的专业法律法规。关于文化领域的法律主要有：《关于利用和保护文物古迹的法律》《关于官方语言法》《电影法》等，主要涉及保护现有历史古迹，维护乌兹别克斯坦语官方语言地位，发展电影艺术，弘扬乌传统文化等。

(2) 外资企业投资文化产业的规定和限制

根据乌兹别克斯坦《投资法》，外资可以进入乌教育、广播电视、网络媒体等领域投资。根

据乌兹别克斯坦《大众传媒法》，外资企业允许在乌开办报纸、杂志、新闻社、电视台、电台、网站等，但不得以独资企业形式存在，传媒领域合资企业外资占比不得超过15%。大众传媒企业不得有损乌兹别克斯坦政体和领土完整，不得宣传战争、暴力、民族和宗教仇恨、不得泄露乌国家秘密，不得从事触犯乌刑法的其他活动。

三、争议解决的主要途径及风险提示

(一) 解决途径

2020年1月27日生效的《投资和投资活动法》第63条新设置了四级投资争端解决制度。中乌双方产生投资争端后，应当首先通过谈判协商解决，协商不成的应当通过调解解决；调解不成的，应当由乌兹别克斯坦有管辖权的法院判决；而当协商、调解和法院审理均无法解决投资争端的，才可以将投资争端按照乌兹别克斯坦缔结的国际条约、投资协议规定提交国际仲裁。

对于中乌两国投资者因在对方国家从事投资活动而与对方国家政府产生的投资争议，还受到《中华人民共和国政府和乌兹别克斯坦共和国政府关于促进和保护投资的协定》（下称“《中乌BIT协定》”）的保护。因此对于与乌兹别克斯坦政府发生的投资争议，中国投资人可以选择将投资争议提交诉诸有管辖权的法院、提交解决各国和其他国家的国民之间的投资争端中心（下称“ICSID”）进行投资争议仲裁、或提交根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》组建的仲裁庭进行仲裁，但乌兹别克斯坦政府有权要求投资人在将投资争端提交前述争议解决机构前，穷尽东道国行政复议程序（exhaust the domestic administrative review procedures）。

(二) 适用法律

根据乌兹别克斯坦的法律规定和相关司法实践，乌兹别克斯坦主体之间的交易无论是否具有涉外因素，均应当由乌兹别克斯坦法律管辖而不得约定外国法作为协议的适用法律。除此以外，其它情形下原则上当事人可自行约定协议的适用法律。



此外，中国投资人还可适当利用“treaty shopping”规则，根据乌兹别克斯坦与其他主要投资来源国之间的双边投资保护协定有关条件，结合税收筹划、资金归集、公司设立和治理成本等因素，妥善考虑投资乌兹别克斯坦的中间平台公司设立地。

（三）仲裁方式

除行政、家事、劳动、破产、部分知识产权争议等少数法定争议类型外，经济法院管辖的案件在大多数情况下亦可由当事人协议约定诉诸仲裁。乌兹别克斯坦境内较为知名和具有一定公信力的仲裁机构包括乌兹别克斯坦工商会国际商事仲裁院（International commercial arbitration court under the Chamber of Commerce and Industry）和塔什干国际仲裁中心（TIAC）。

乌兹别克斯坦是《承认和执行外国仲裁裁决公约》生效缔约国，对于不属于经济法院上述专属管辖、且具有涉外因素的商业纠纷，当事人可以自由约定将争议提交境外仲裁机构或境外临时仲裁庭进行仲裁。境外仲裁机构做出的生效裁决，应当向有管辖权的经济法院申请承认和执行。

（四）风险提示

2011 年的中乌 BIT 协定是在 1992 年的中乌 BIT 协定基础上，为更好的发展一带一路政策更新而来的，其内容更全面，对中国投资者的保护标准更高。但中国投资人是否可基于《中乌 BIT 协定》的规定，当然豁免《投资和投资活动法》规定的调解、诉讼前置程序，将未能在 6 个月内协商解决的投资争端，在穷尽乌兹别克斯坦国内行政复议程序的前提下，提交上述争议解决机构进行最终解决，可能存在一定的不确定性。

注释：

[1] 本文亦称为“乌”、“乌国”。

参考文章：

1. 乌兹别克斯坦—对外投资合作国别（地区）指南（2020 年版）
2. 中国居民赴乌兹别克斯坦投资税收指南
3. “带路”俄语国家法律 ABC—乌兹别克斯坦篇
4. 乌兹别克斯坦仲裁制度 | 德恒研究
5. 乌兹别克斯坦投资法律体系 | 德恒研究
6. 乌兹别克斯坦将出台果蔬产业发展新体制
7. 乌兹别克斯坦这所新型大学，二外专家全程参与创建
8. 走，我们去乌兹别克斯坦搞矿！
9. 乌兹别克斯坦大范围取消许可证件，大幅度简化许可办理程序
10. 在乌兹别克斯坦投资和经营发生争议纠纷时该如何解决？



□ 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。

城燃企业及经营 LNG 的企业是否应当办理 危险化学品经营许可证？

前言

危险化学品是指具有毒害、腐蚀、爆炸、燃烧、助燃等性质，且对人体、设施、环境具有危害的剧毒化学品和其他化学品。通常来讲，天然气属于危险化学品，但根据我国《危险化学品经营许可证管理办法》的第二条规定，民用爆炸物品、放射性物品、核能物质和城镇燃气的经营活动，并不需要办理危险化学品经营许可证。但是在实践中，城燃企业是否需要办理危险化学品经营许可证还要区分不同情况，不能一概而论。本文将对城燃企业及经营 LNG 企业是否应当办理危险化学品经营许可证进行分析和总结。

一、危险化学品的定义

危险化学品，是指具有毒害、腐蚀、爆炸、

燃烧、助燃等性质，对人体、设施、环境具有危害的剧毒化学品和其他化学品。根据我国《危险化学品经营许可证管理办法（2015 修正）》规定，在我国境内从事列入《危险化学品目录》的危险化学品的经营（包括仓储经营）活动的企业，应当依照取得危险化学品经营许可证，未取得经营许可证，任何单位和个人不得经营危险化学品。危险化学品目录，由国务院安全生产监督管理部门会同国务院工业和信息化部、公安、环境保护、卫生、质量监督检验检疫、交通运输、铁路、民用航空、农业主管部门，根据化学品危险特性的鉴别和分类标准确定、公布，并适时调整。

根据《危险化学品经营许可证管理办法》的规定，城镇燃气的经营活动并不需要办理危险化学品经营许可证，故对于如何认定城镇燃气的范围就显得尤为重要。

二、城镇燃气的范围

根据《城镇燃气管理条例》的规定，城镇燃气是指作为燃料使用并符合一定要求的气体燃料，包括天然气（含煤层气）、液化石油气和人工煤气等。天然气、液化石油气的生产和进口，城市门站以外的天然气管道输送，燃气作为工业生产原料的使用，沼气、秸秆气的生产和使用，不属于城镇燃气。根据《燃气经营许可管理办法（2019 修订）》的规定，从事燃气经营活动的，应当依法取得燃气经营许可，并在许可事项规定的范围内经营。城镇燃气经营许可的申请、受理、审查批准、证件核发以及相关的监督管理等行为，也适用本办法。

2018 年，GB/T13611-2018《城镇燃气分类和基本特性》国家标准作出更新，第 3.1 条写明城镇燃气一般包括人工煤气、天然气、液化石油气、液化石油气混空气、二甲醚气、沼气。天然气包括矿井气、混空轻烃燃气、干井气、油田气、煤层气、页岩气、煤制天然气、生物天然气，这一具体表述与热值和密度有关。该标准也针对城镇燃气也作出了更加明确的定义“符合规范的燃气

质量要求，供给居民生活、商业（公共建筑）和工业企业生产做燃料的公用性质的燃气。”

三、不同类型的城燃企业应当如何办理危化品许可证？

（一）经营民用燃气的企业

该类企业按照规定应当持有燃气经营许可证，其经营的甲烷、丙烷等燃气，主要供给为居民生活及商业等作为燃料的公用性质的燃气。根据最新出台的《城镇燃气分类和基本特性》国家标准，虽然对于城镇燃气的定义与《城镇燃气管理条例》有明显区别，《城镇燃气管理条例》定义是列举式说明，不便理解和使用，新标准的定义明确提出“城镇燃气是作为燃料用的公用性质的燃气”。这说明无论是卖给工厂、商场还是居民，只要是用作燃料，就无需前置办理《危险化学品经营许可证》。仅需住建部门后置许可的燃气是“燃料用途”即可。

（二）经营工业燃气的企业

该类企业主要经营工业燃气，很多燃气管理



部门认为其使用风险大，多地燃气管理部门与安监部门沟通后，将工业用丙烷等燃气纳入危化品管理范畴，按照《危险化学品经营许可证管理办法（2015修正）》的规定，要求该类企业必须办理持有危险化学品经营许可证。

（三）经营综合气体的企业

该类企业既经营纳入危化品管理范畴的工业气体，同时又经营大量天然气、液化石油气等，根据《城镇燃气管理条例》及《危险化学品经营许可证管理办法（2015修正）》的规定，应当同时取得“燃气经营许可证”及“危化品经营许可证”。

四、经营 LNG 应当如何办理燃气经营许可证及危险化学品经营许可证？

从物理形态上看，LNG 是天然气气体经过净化后，通过压缩降温，冷却移走热量，并除去其中的氮气、二氧化碳、固体杂质、硫化物和水，再节流膨胀而得到 -16°C 以液态形式存在的天然气，其物理形态与《城镇燃气管理条例》对“城镇燃气”的规定不同。

从城镇燃气供给系统上看，城镇燃气是指城市范围内，进入城市供给系统后，由城镇燃气经营单位（如燃气公司）直接供应给生活、生产所使用的天然气、液化石油气、人工煤气等。而实践中，LNG 贸易商从上游采购 LNG 运输到终端用户的商品始终是 LNG，而终端用户自身对 LNG 的使用（直接使用或气化后使用）与 LNG 贸易商之间显然并没有直接关系。

综上所述，LNG 不属于城镇燃气。所以，只要 LNG 贸易商不参与 LNG 气化成天然气后的经营活动，经营 LNG 显然不需要办理燃气经营许可证。但是，LNG 属于《危险货物名称表》中所明示的危险化学品，依据《危险化学品管理条例》第二十七条^[1]和《危险化学品安全管理条例》第三条^[2]的相关规定，经营 LNG 需要办理危险化学品经营许可证。

五、经营 LNG 点供应当办理燃气经营许可证还是危险化学品经营许可证？

在 LNG 点供的经营资质管理上，国家层面上至今未出台统一的政策，从而导致各地的规定不尽相同。从调查来看，目前全国在 LNG 点供的经营资质管理上仍然存在两种不同的模式：

第一种模式：向 LNG 点供工业用户提供 LNG 的贸易商，需要办理危险化学品经营许可证。例如浙江省通过规范性文件的形式确定 LNG 点供不属于城镇燃气，主管单位不是住建部门，而归属于应急部门，这就意味着向 LNG 点供工业用户提供 LNG 的贸易商需要办理危险化学品经营许可证。^[3]

第二种模式：向 LNG 点供工业用户提供 LNG 的贸易商，需要办理燃气经营许可证。2020 年 8 月 7 日，湖南省应急管理厅对湘西自治州安全生产委员会办公室的《关于工贸行业企业自建液化天然气站安全监管工作的复函》明确表示 LNG 点供属于城镇燃气，必须取得燃气经营许可证。

综上，对于经营 LNG 的贸易商来说，无论其经营的 LNG 是否作为燃料使用，如果气化站是由终端用户自建和运维，该 LNG 在气化之前均不属于城镇燃气的范围，显然不需要办理燃气经营许可证，仅需要按照《危险化学品管理条例》和《危险化学品经营许可证管理办法》的相关规定取得危险化学品经营许可证即可；对于经营 LNG 点供的贸易商来说，除了参考综上所述两种模式的规定外，还应该遵守当地政府主管部门的规定。

注释：

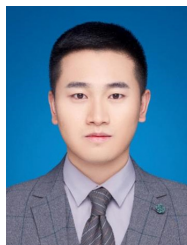
- [1] “国家对于危险化学品的经营销售实行行政许可制度，未经许可获得危险化学品经营许可证，任何单位和个人都不得经营销售危险化学品。”
- [2] “本条例所称危险化学品，是指具有毒害、腐蚀、爆炸、燃烧、助燃等性质，对人体、设施、环境具有危害的剧毒化学品和其他化学品。”
- [3] 《浙江省安全生产委员会办公室关于印发省级有关部门推进城市安全发展重点任务分工细化方案的通知》（浙安委办〔2019〕26号）

中伦
文德



□ 陈禄堂/文

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



□ 夏玉峰/文

夏玉峰律师，北京市中伦文德律师事务所执业律师。北京市债法学会破产法专业委员会委员。执业领域为：民事商事争议解决及执行业务、不良资产处置业务、投融资类业务、破产与清算业务、公司常年法律顾问业务。

抵押合同约定的抵押期限届满， 抵押人能否免除抵押责任？

一、问题的提出

设立抵押权是商事活动中常见且典型的担保措施，是推动经济关系流转，促进经济发展的重要组成部分。依据《民法典》第388条的规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。”通常抵押人与债权人会在抵押担保合同中约定抵押期限，认为保证期间届满后，即使主债权尚未届满，抵押人对债权人的保证责任消灭。此时抵押人能否以抵押担保合同中约定的期限届满为由，主张无需承担保证责任？抵押权人是否会在抵押担保期间内未向抵押人主张担保责任，从而丧失抵押权？

二、案件法律分析

本所律师将从代理的一个诉讼案件中针对该问题展开深入的分析：北京某公司与吕某于2017年3月签订《抵押担保合同》，该合同约定吕某以河北某处房产为河北某公司欠付北京某公司的

债务承担抵押担保责任。案涉抵押房产于2018年11月在登记部门办理了抵押登记，双方签订的抵押合同约定的担保期限为2017年3月至2019年12月。现北京某公司为实现其对河北某公司的债权，对河北某公司及吕某提起诉讼，要求吕某以其抵押财产为限对河北某公司的债务承担抵押担保责任。吕某辩称，在合同约定的担保期间内，北京某公司并未向吕某主张承担保证责任。因此，吕某不再承担抵押担保责任。由于合同约定抵押期已过，北京某公司是否对案涉抵押物享有抵押权？

三、本所律师代理意见

（一）抵押权在效力上依附于主债权

担保物权是为了担保债权受偿而设定的，从属于所担保的债权。《民法典》第388条第一款规定：“设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、

质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,担保合同无效,但是法律另有规定的除外”。《民法典》第407条规定:“抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的,担保该债权的抵押权一并转让,但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。《民法典》第419条规定:“抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权;未行使的,人民法院不予保护”。依照上述法律规定可知,抵押权在效力上依附于主债权,抵押权具有从属性。

原《中华人民共和国担保法》若干问题的解释第12条第一款规定:“当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间,对担保物权的存续不具有法律约束力”。依照该司法解释和《民法典》第419条规定可知,抵押期间不是独立的期间,而是抵押权从属性的一种具体表现。具体到本案中,北京某公司与吕某签订的《抵押担保合同》中约定的抵押期限不具有法律约束力,吕某以北京某公司在担保期间内未向其主张承担担保责任为由,故其不再承担担保责任的抗辩事由最终未能得到法院的支持。

(二) 担保期间届满不是担保物权消灭的法定事由

《民法典》第393条规定:“有下列情形之一的,担保物权消灭:(一)主债权消灭;(二)担保物权实现;(三)债权人放弃担保物权;(四)法律规定担保物权消灭的其他情形”。《民法典》在此规定了担保物权消灭的原因,其中并未规定担保物权会因约定的担保期间届满而消灭。因此具体到本案中,北京某公司与吕某约定的抵押担保期间届满并不属于抵押权消灭的法定原因,抵押权并不因此消灭。由此可知,不动产“抵押权期限”为不动产抵押登记生效之日起至主债权合同的债权消灭之日止。

不动产抵押期限与抵押权期限的区别在于两者终了之日不同。不动产抵押期限的终了之日依赖于主债权合同约定的债务履行期限。因主债权合同债务履行期限已经合同约定,所以不动产抵押期限一般是确定的。而不动产的抵押权期限的

终了之日依附于主债权合同债的消灭。因主债权合同债的消灭之日往往与合同约定的主债务履行期限并不一致,所以不动产抵押权的期限是待定的。

不动产抵押期限与抵押权期限的联系:不动产抵押期限、抵押权的期限均始自不动产抵押权的登记生效之日。在抵押期限内,债务人履行了债务,抵押权随之消失;在抵押期限届满时,债务人往往未履行主债务清偿义务,抵押权期限超过抵押期限而继续存续,直至主债权合同之债消灭。

具体到本案中,因北京某公司对河北某公司享有的主债权合同之债并未消灭。因此,即使存在抵押期限届满的情况,但因为河北某公司并未履行主债务的清偿义务,北京某公司对吕某享有的抵押权继续存续,直至主债权合同之债消灭。

综上所述,本所律师认为吕某关于北京某公司未在抵押期限内向其主张权利而导致抵押权消灭的抗辩主张无法成立。吕某应当按照抵押合同的约定继续向北京某公司承担抵押担保责任,直至主债权合同之债消灭。

四、案件最终判决结果

一审法院认为案涉房屋的抵押权自办理抵押登记时设立,在河北某公司不履行还款义务的情况下,北京某公司有权主张吕某在抵押房屋担保的范围内承担担保责任。关于吕某抗辩担保期间内北京某公司未向其主张承担保证责任、故其不再承担担保责任之意见法院不予采纳。一审法院认为,抵押权具有从属性,当事人约定的或者登记部门要求登记的担保期间,对担保物权的存续不具有法律约束力。抵押权人应当在主债权诉讼时效期间内行使抵押权。现主债务诉讼时效期间尚未届满,北京某公司作为抵押权人有权向吕某主张行使抵押权。

一审法院最终判决北京某公司对吕某所有的案涉抵押的房屋折价、拍卖或者变卖的价款,在河北某公司欠付北京某公司债务的范围内,按照抵押登记顺序享有优先受偿权。

中伦
文德



□ 甄庆贵/文

甄庆贵律师，中伦文德北京总所资深高级合伙人、原事务所副主任，北京大学法学、哲学双学士、对外经贸大学国际法硕士、美国伊利诺伊理工大学芝加哥肯特法学院知识产权法硕士，曾任最高法院知识产权案例研究指导（北京）基地咨询委员会专家，从事专职律师工作二十八年。主要业务领域为知识产权、公司与并购、投融资、房地产与建设工程、私募股权投资基金、破产及资产重组等。



□ 魏巧霞/文

魏巧霞律师，中伦文德总所非权益合伙人，毕业于西北政法学院，2008年开始执业，从业15年，具有证券从业资格。主要业务领域为：国有资产管理、企业合规、房地产与建设工程、劳动法、诉讼与仲裁等。

AI 生成图片的权利性质及其归属问题初探

2023年11月27日，北京互联网法院针对使用AI生成图片的权利性质及其归属作出一审判决，再次引起知识产权法律界关于使用AI生成图片的权利性质及其归属问题的争论。据悉该案为使用AI生成图片被认定侵犯著作权第一案。

该案基本案情是：原告李某使用AI生成涉案图片并发表在“小红书”平台。被告刘某在其“百家号”“我是云开日出”发表名为《三月的爱情，在桃花里》文章，并配图使用了原告使用AI生成的图片。原告遂将被告起诉到北京互联网法院。

北京互联网法院经审理后认为：涉案AI生成图片具有“独创性”，体现了作者“独创性”的智力投入，应当被认定为作品，受到著作权法保护。为此，法院作出被告赔偿原告“500元损失”、登报“赔礼道歉”的一审判决。

一审作出前述判决的基本法律逻辑如下：

1、关于使用AI生成图片是否属于“智力成果”：“从原告构思涉案图片起，到最终选定涉案图片止，整个过程来看，原告进行了一定的智

力投入，比如设计人物的呈现方式、选择提示词、安排提示词的顺序、设置相关的参数、选定哪个图片符合预期等……故涉案图片具备了智力成果要件。”

2、关于AI生成图片是否具有“独创性”：“原告对于人物及其呈现方式等画面元素通过提示词进行了设计，对于画面布局构图等通过参数进行了设置，体现了原告的选择和安排。另一方面，原告通过输入提示词、设置相关参数，获得了第一张图片后，其继续增加提示词、修改参数，不断调整修正，最终获得了涉案图片，这一调整修正过程亦体现了原告的审美选择和个性判断……在无相反证据的情况下，可以认定涉案图片由原告独立完成，体现出了原告的个性化表达。综上，涉案图片具备独创性”。

3、关于AI生成图片是否属于“作品”：“当前，新一代生成式人工智能技术越来越多的被用来进行创作……包括没有绘画技艺的人士在内，很多人在尝试运用这些新的模型来生成内容，把自己的创意、设计进行有形呈现……应当讲，生成式



人工智能技术让人们的创作方式发生了变化……智能手机的照相功能越来越强大……但是只要运用智能手机拍摄的照片体现了摄影师的独创性智力投入就仍然构成摄影作品……人工智能生成图片，只要体现出了人的独创性智力投入，就应当认定为作品。”

4、关于使用 AI 生成作品是否属于“文学艺术领域”：“涉案图片是以线条、色彩构成的有审美意义的平面造型艺术作品，属于美术作品。同时，涉案图片在可以归属到具体作品类型时，没有适用其他作品条款保护的必要性，其不属于符合作品特征的其他智力成果”。

最终，一审法院得出如下结论：“原告是直接根据需要对涉案人工智能模型进行相关设置，并最终选定涉案图片的人，涉案图片是基于原告的智力投入直接产生，且体现出了原告的个性化表达，故原告是涉案图片的作者，享有涉案图片的著作权。”

对于北京互联网法院的上述一审判决，可谓仁者见仁智者见智。为回答 AI 生成图片是否为作品，使用 AI 生成图片的人是否是作者并享有著作权，还是应该从《著作权法》的规定中寻找答案。

2020 年 11 月 11 日，十三届全国人大常委会第二十三次会议表决通过《关于修改著作权法的决定》并于 2021 年 6 月 1 日正式施行。随着科学技术的进步，客观上讲，作品从创作方式、创作类型到传播方式等都发生了巨大变化，网络游戏、短视频、VR、VI 等新型创作形态对作品以及权利归属的认定都提出了挑战。

《著作权法》保护的客体是作品。对于作品的认定与权利归属是《著作权法》的核心问题。《著作权法》明确规定“著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果”。对是否构成作品，关键词是“智力成果”“独创性”、“文学、艺术和科学领域”以及“一定形式表现”。同时，2020 年《著作权法》将原“法律、行政法规规定的其他作品”修改为“符合作品特征的其他智力成果”。《著作权法》的这一修订对于作品类型的确定方式，从相对封闭型转变为开放型，越来越多的创作物被

确认为新类型作品。这一规定在激励作者进行创新型创作的同时，也增加了法官的自由裁量权，但也有被滥用的风险。

一、关于 AI 生成图片是否属于作品并受著作权法保护

（一）关于 AI 生成图片是否属于“智力成果”

事实上，对于 AI 形成物是否属于作品的争议由来已久。其争论点之一就是使用 AI 形成的图片是否属于智力成果。作为智力成果，并不仅仅要求其具有一定的智力创造，而且需要体现有人类的情感。

使用 AI 形成的图片是否体现人类的情感，是否有智力创造的成分。显然 AI 作品能够体现人的智力创造，能够体现人类的情感，因为 AI 生成的图片不是 AI 这个“机器”自动生成的，需要自然人去操作，而且每个人都有自己的爱好与取舍。不同人的操作、同一人的不同的“想法”（或许有些人的“想法”可能构成“创意”）会生成不同的图片。就如一审判决就本案 AI 生成图片所述“从原告构思涉案图片起，到最终选定涉案图片止，这整个过程来看，原告进行了一定的智力投入，比如设计人物的呈现方式、选择提示词、安排提示词的顺序、设置相关的参数、选定哪个图片符合预期等”“涉案图片体现了原告的智力投入，故涉案图片具备了智力成果的要件”。

（二）关于 AI 生成图片关于是否属于“文学、艺术或科学领域”与“一定形式表现”

对于作品的构成，理论上一直有“创意”与“表达”二分法。传统著作权法理论认为，著作权法保护的是作品的“表达”形式而非“创意”。作品的完整表述应是应属于“文学、艺术或科学领域”并富有一定的美感，只具有实用性或功能性而无美感的物品，可能落入专利法保护范畴。

具体到本案，显然，本案 AI 形成的图案“以线条、色彩构成的有审美意义”，是以画作形式表达的可复制图画。

至于是否属于一审法院判定的“美术作品”，笔者认为，“美术作品”应该是指仅能够供人们

观赏的独立的艺术作品，比如油画、国画、版画、水彩画、钢笔画等人力创作。与 AI 形成的图片不同。因此，对于一审法院认定该 AI 形成的图画属于“美术作品”的认定，笔者不敢苟同。因此，如果 AI 形成图片属于作品，也是一种新的作品形式。

(三)关于 AI 生成图片是否均具有“独创性”

独创性至少包括两个方面：一是作品的形成并非抄袭他人；二是作品的表达应体现一定程度的创造性。对于“独创性”的标准，英美法系国家有一个从“额头流汗标准”到最低程度的创造性标准的转化，而大陆法系则采取严格的独创性标准，要求作品须体现作者的个性。我国法律对此并无统一规定。因此，司法实践中，各地法院采纳的标准不一，对于作品标题、人物名称、网游、角色形象、赛事节目、短视频等是否构成作品产生了很大争议。

在回答 AI 形成图片是否具有“独创性”前，需要对 AI 本身作出深入解析。AI 形成物，即生成式人工智能是指基于人工智能的技术方法，通过已有数据的学习和识别，以适当的泛化能力生成相关内容的技术。AI 技术的核心是利用人工智能算法通过训练模型和大量数据，生成式人工智能可以根据操作者输入的条件或指导，生成与之相关的内容。AI 生成图片的基础是数据库，是在已有数据库内容基础上通过背后的技术算法形成新的产出。

本案“原告对于人物及其呈现方式等画面元素通过提示词进行了设计，对于画面布局构图等通过参数进行了设置，体现了原告的选择和安排”。在这里，一审法院表达了这样一个观点，即：AI 图片的生成体现是原告利用 AI 技术进行选择 and 安排的结果，其呈现的图片无证据表明是抄袭他人作品，具备“独创性”特征之一。

但作为“独创性”特征的另一个标准是“有一定程度的创造性”。具体到本案，正如一审判决所述“包括没有绘画技艺的人士在内，很多人在尝试运用这些新的模型来生成内容，把自己的创意、设计进行有形呈现”。也就是说，没有艺术技能甚至没有艺术细胞的人，也能利用 AI，

输入“想法”（还不一定是“创意”），就可以在大量图片数据库的基础上产出新的图片，完全可以说是原有图片的排列组合，“一定程度的创造性”，即“独创性”体现在哪里？如果具有“独创性”（即有“创意”而不仅仅是“想法”），也是 AI 本身通过学习而取得的，并非是人。2019 年美国版权局就曾作出一份裁决，认定一位作者用绘画软件 MIDJOURNEY 创作的插画不享有著作权，理由是插画是机器创作的而不是人。

一审判决为支持其结论，继而论述“鼓励创作，被公认为著作权制度的根本目的。只有正确地适用著作权制度，以妥善的法律手段，鼓励更多的人用最新工具去创作，才能更有利于作品的创作和人工智能的发展。在这种背景和技术现实下，人工智能生成图片，只要能体现出人的独创性智力成果，就应当被认定为作品，受到著作权法保护”。

现实问题是，如果没有艺术技能甚至艺术细胞的人利用 AI 生成图片也能获得著作权法保护，谁还会去“费心费力”“绞尽脑汁”的进行“原创性”的作品创作？如果没有人去进行“原创性”创作，都利用 AI 技术进行所谓的“创作”，AI 图片数据库充斥的是历史作品以及在这些历史作品上“嫁接”出来的图片，“近亲繁殖”，绘画不再有“原创性”，没有创新与突破，只满足于对现有作品的使用和应用，作为 AI 技术之基础的图片数据库是否会成为“无源之水，无本之木”？这样的著作权法律制度安排是真的在鼓励创作吗？

至于一审判决提及的利用智能照相机拍摄图片版权，与 AI 生成图片不同。尽管智能照相机也有人工智能成分，但照相机，无论是智能的还是机械的，不恰当的说就如同农夫山泉广告语“只是大自然的搬运工”。尽管摄影作品也体现了拍摄者的取舍，但摄影作品权利是著作权规定的法定权利，与本案 AI 形成图案是不同的，不能相提并论。

二、关于使用 AI 生成图片的权利及其权利保护问题

AI 生成图片虽然在一定程度上具有作品的某些特征，但因其可能不具有“独创性”或有些



作品虽具有“独创性”，但因其在原有图画数据库基础上产生的，该作品最多只能算是演绎作品。在判断 AI 形成作品其是否具有“独创性”问题上，对于法官而言具有极大的挑战性。

因此，对于 AI 形成的图片是否属于作品并受著作权法保护，存在很大的不确定性，需要具体问题具体分析，不能一概而论，不能对全部 AI 形成图片予以著作权法保护。且因为其是基于图片库基础而形成，可能涉及侵犯他人著作权。

退一步讲，即使 AI 生成图片属于著作权法意义上的作品，《著作权法》第二条第一款规定“中国公民、法人或者非法人组织的作品，不论是否发表，依照本法享有著作权。”AI（人工智能）本身显然不属于中国公民、法人或者非法人组织，不能享有著作权。而开发 AI 程序的人或组织，因其只是开发了一种可以按照使用者意图

生成图片的工具，对于使用者利用该工具生成的图片，AI 程序开发者也没有主张图片权利的法律依据。对于使用 AI 生成图片是否属于作品并受著作权法保护，需要具体问题具体分析。

但无论如何，对于使用 AI 生成图片的人而言，其付出了一定的财力购买了 AI 软件和电脑等硬件，使用者既付出了财力又付出了一定的脑力劳动，同时为了鼓励技术创新，对于 AI 生成图片虽可能不属于作品并受著作权法的保护，但也应属于使用者财产性的权利，受到法律的保护。

基于 AI 生成图片具有智力成果的特征，具有可复制性，不适宜用物权法或债权法行保护。为此，在法律没有明确规定 AI 生成图片为何种权利或是否属于一种新的作品形式的前提下，笔者认为，可以尝试用《反不正当竞争法》进行保护。



□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。

丁某旺涉嫌非法捕捞水产品罪、寻衅滋事罪案 发回重审二审阶段辩护词

尊敬的审判长、审判员：

本所接受上诉人丁某旺的委托，指派我担任上诉人丁某旺的辩护人。首先，对于法庭和检察员在整个庭审过程中，为保障上诉人和辩护人的诉讼权利所表现出的耐心和理性，表示衷心的感谢。也希望合议庭充分理解上诉人的委屈和困惑，严格按照法律的规定和查清的事实，作出一个经得起法律和历史考验的判决，改判上诉人丁某旺无罪。其次，辩护人认为重审一审法院认定上诉人丁某旺构成非法捕捞水产品罪、寻衅滋事罪、恶势力团伙的纠集者，事实不清、证据不足，且法律适用错误，理由如下：

一、发回重审一审法院认定上诉人丁某旺构成非法捕捞水产品罪，事实不清、证据不足，法律适用错误，丁某旺依法不构成非法捕捞水产品罪。

1、岚政（2012）99号通告应认定为福建省平潭县人民政府作出的一种抽象行政行为，不属于《中华人民共和国刑法》（以下简称“刑法”）第三百四十条规定的保护水产资源法规。

首先，根据《中华人民共和国立法法》（2015

修正）（以下简称“立法法”）第二条规定，法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例以及国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止依照该法执行。根据该法第七条、第六十五条、第七十二条、第八十条、第八十二条规定，法律由全国人民代表大会及其常务委员会制定，行政法规由国务院制定，地方性法规由省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定，自治条例和单行条例由民族自治地方的人民代表大会制定，部门规章由国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构制定，地方政府规章由省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府制定。

本案中，根据立法法的规定，从制定主体及制定的时间来看，平潭县人民政府2012年7月23日作出的岚政（2012）99号通告不属于法律、行政法规和地方性法规，也不属于地方政府规章，只能认定为针对不特定的人和事制定普遍适用的其他一般规范性文件的行為。

其次，我国刑法第三百四十条规定的保护水产资源法规包括国家有关对水产品保护的法律法规。根据刑法体系解释规则之一的上下文解释，联系刑法第三百四十条，与九十六条：“本法所

称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”,应当将第三百四十条“违反保护水产资源法规”中的“法规”解释为法律和行政法规,以达到刑法谦抑性与当前严法重法治理生态要求之间的平衡。具体而言,“违反保护水产资源法规”中的“法规”只限于全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和国务院制定的行政法规,因此违反县级人民政府作出的规范性文件相关规定的行为,不属于我国刑法第三百四十条规定的非法捕捞水产品罪客观方面行为构成要素即不属于违反保护水产资源法规。根据我国刑法第三条罪刑法定原则的规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。”,结合本案,这里的法律规定应当包含行政法犯罪的前置法即非法捕捞水产品罪规定的保护水产资源法规,因此根据刑法的谦抑性和罪刑法定原则,对违反县级人民政府作出的规范性文件相关规定的行为不应定罪处罚。

综上,岚政【2012】99号通告应认定为福建省平潭县人民政府作出的一种行政行为,不属于我国刑法第三百四十条规定的保护水产资源法规,对违反县级人民政府作出的规范性文件相关规定的行为不应定罪处罚。

2、平潭县人民政府未根据海洋功能区划设立保护区,新设立的保护区未进行新的设立程序属于程序违法,在上诉人丁某旺海域使用权有效期内禁止原有生产者进行采挖,皆违反了我国法律和有关规定,因此通过岚政(2012)99号设立保护区的行政行为无效,该份文件不能作为定案根据。

(1)平潭县人民政府未根据海洋功能区划设立保护区,违反《海洋特别保护区管理办法》第十四条规定,通过岚政(2012)99号设立保护区的行政行为无效。

本案中岚政(2012)99号通告中划定的中国仙女蛤保护区范围为(从上楼确山、经塔屿、小营、龟模屿连线的海域:119°48′33″,25°32′04″;—119°49′11″,25°31′57″;—119°49′21″,25°30′58″;—119°48′37″,25°30′

41″;—119°48′27″,25°31′40″)(参见卷宗14P239页),《国务院关于福建省海洋功能区划(2011-2020)的批复》、平潭综合实验区海坛湾国家级海洋公园总体规划和平潭综合实验区海洋功能区划中仙女蛤保护区域为海坛湾海洋保护区(海坛湾海域,东至119°51′40.3″E、西至119°49′29.2″E、南至25°29′22.6″N、北至25°31′51.1″N。)(参见卷宗14P237页),2004年福州市批准设立的海坛湾仙女蛤繁育特别保护区区域为(东经119°49′15″,北纬25°32′11″;东经119°49′00″,北纬25°32′40″;东经119°49′50″,北纬25°29′30″;东经119°49′00″,北纬25°31′35″;东经119°49′00″,北纬25°32′02″)(参见卷宗14P224),以上区域位置以及上诉人丁某旺养殖区域位置图详见附件一。

根据《海洋特别保护区管理办法》(2010)第十四条:“沿海县级以上人民政府海洋行政主管部门根据海洋功能区划、海洋资源环境状况、海洋经济发展状况,选划并申报建立海洋特别保护区。……”岚政(2012)99号通告(参见绘制图表中中国仙女蛤保护区位置)未按《国务院关于福建省海洋功能区划(2011-2020)的批复》、福建省近岸海域环境功能区划(修编)(2011-2020)、福建省海洋环境保护规划(2011-2020)、平潭综合实验区海坛湾国家级海洋公园总体规划以及平潭综合实验区海洋功能区划(以上文件划定的用于保护仙女蛤的位置参见绘制图表中海坛湾海洋保护区的位置)海洋功能区划要求划定中国仙女蛤保护区域,违反了国务院以及省级人民政府作出的行政决定,因此平潭县人民政府作出的岚政(2012)99号通告该份规范性文件无效,不应作为定案依据。

(2)平潭县人民政府新设立的保护区未进行新的设立程序,违反《海洋特别保护区管理办法》(2010)第十三条规定,属于程序违法,通过岚政(2012)99号设立保护区的行政行为无效。

根据《海洋特别保护区管理办法》(2010)第十三条规定:“……地方级海洋特别保护区的建立由沿海县级以上人民政府海洋行政主管部门提出申请,经地方级海洋特别保护区评审委员会评审后,报沿海同级人民政府批准设立……。”

根据绘制图表（平潭县人民政府划定的中国仙女蛤保护区位置与2004年福州市人民政府划定的平潭岛礁海洋特别保护区中海坛湾仙女蛤繁育特别保护区的位置），我们可以看出，2004年福州市人民政府批准设立的福州平潭岛礁海洋特别保护区中海坛湾仙女蛤繁育特别保护区区域与岚政（2012）99号通告中划定的中国仙女蛤保护区不在同一位置，重合部分很少，2004年至2012相隔八年时间海洋资源环境状况、海洋经济发展状况都发生了很大的变化，因此对于平潭县人民政府通过岚政（2012）99号通告建立新的中国仙女蛤保护区需要重新走新的设立程序，平潭县人民政府新设的中国仙女蛤保护区未遵守相关的法定程序，违反了《海洋特别保护区管理办法》相关规定，作出的行政行为无效。

（3）平潭县人民政府作出的岚政（2012）99号通告在上诉人丁某旺海域使用权有效期内禁止原有生产者丁某旺进行采挖，实质上剥夺了原有生产者丁某旺对养殖海域使用、收益的合法权益，减损了其在该片养殖区域的养殖收益权益，违反了法律的相关规定，通过岚政（2012）99号设立保护区的行政行为无效。

根据《立法法》第八十二条规定：“……没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。”

本案中平潭县海洋与渔业局2010年9月29日出具的关于丁某旺海域使用权证书期限至2013年12月31日的证明，平潭县人民政府又于2012年7月23日作出岚政[2012]99号通告，禁止包括原有生产者丁某旺等一切单位和个人进行采挖仙女蛤。根据《中华人民共和国海域使用管理法》等法律的相关规定，养殖权人在海域使用权期限内，当然享有占有、使用、收益的权益。此外，平潭县人民政府作出的规范性文件的效力低于地方政府规章的效力，更应当遵守立法法的相关规定。因此，平潭县人民政府超出法律、行政法规等规定范围，剥夺、减损公民合法权益，不仅违反了有关规定，作出的该通告属于无效的行政行为，因此该份通告也不应当作为定案根据。

3、平潭县人民政府未对上诉人丁某旺所持

有的海域使用权证进行续期，违反了《中华人民共和国海域使用管理法》第二十六条规定，平潭县人民政府主管部门应当对上诉人丁某旺的海域使用权证书进行年审续展。

（1）本案中无根据公共利益或者国家安全需要收回海域使用权的情形，原批准用海的人民政府应当批准续期。

根据《中华人民共和国海域使用管理法》（2001）第二十六条规定：“海域使用权期限届满，海域使用权人需要继续使用海域的，应当至少于期限届满前二个月向原批准用海的人民政府申请续期。除根据公共利益或者国家安全需要收回海域使用权的外，原批准用海的人民政府应当批准续期。准予续期的，海域使用权人应当依法缴纳续期的海域使用金。”

按照本条的规定，在公共利益需要、国家安全的需要这两种情况下，海域使用权可以提前收回。对于公共利益，辩护人认为如果因海域使用权人的使用，对该海域产生严重污染，造成海域水质和生态环境恶化，影响该海域生态系统安全的，辩护人认为这种情况可以视为影响了公共利益，原批准用海的人民政府就可以不必等到海域使用权到期，而依法提前收回该海域的海域使用权（关于根据公共利益需要收回海域使用权的情形解释参见《中华人民共和国海域使用管理办法》第30条释义。）对于国家安全，通常包括为抵御分裂活动、外国入侵等国家领土主权完整受到侵害等情况。在这种情况下，原批准用海的人民政府也可以不等到海域使用权到期，而依法提前收回海域使用权。

本案中，丁某旺在平潭县渔业主管部门的监督和指导下，与厦门海洋职业技术学院合作开展中国仙女蛤的研究、育苗、养殖、投放等，大大增加了该片海域中国仙女蛤的数量，使原本濒临灭绝的中国仙女蛤重获生机，为当地的仙女蛤的繁衍作出了不可磨灭的贡献，其实施的作业活动并没有破坏该片海域的水产资源和水域生态环境，因此并没有影响到公共利益。其次，根据附件一图表，上诉人丁某旺的养殖区域未在《国务院关于福建省海洋功能区划（2011-2020）的批复》海坛湾海洋保护区内，且继续进行仙女蛤养殖、

增殖完全符合福建省海洋功能区划的要求，因此不存在损害公共利益的情形。

再次，本案中平潭县辖区境内也不存在国家安全需要，需要收回海域使用权的情形。此外，根据2012年9月25日的强烈要求《海域使用证》年审，依法保护合法权益的报告以及丁某旺的庭审供述，丁某旺在海域使用权证书期限届满前（平潭县海洋与渔业局2013年12月31日期限的证明）曾多次前往主管部门申请续期，根据《中华人民共和国海域使用管理法》（2001）第二十六条规定，原批准用海的人民政府应当批准续期。

（2）海域使用权证期限届满前后，丁某旺主动多次前往平潭县主管部门申请续展，未收到限期办理的通知，对于海域使用权证书未续期，丁某旺主观上不具有过错。

根据《中华人民共和国海域使用管理法》（2001）第四十五条规定：“违反本法第二十六条规定，海域使用权期满，未办理有关手续仍继续使用海域的，责令限期办理，可以并处一万元以下的罚款；拒不办理的，以非法占用海域论处。本案中，上诉人丁某旺无论是在海域使用权证书期限届满前还是期限届满后都多次前往平潭县人民政府主管部门申请续期，且在海域使用权期限届满后多次前往主管部门也并未收到限期办理的通知，对于海域使用权证书未续期，丁某旺主观上不具有过错。

平潭县人民政府主管部门以配合平潭综合实验区规划为由从2011年至2020年行政不作为，对上诉人丁某旺等人的海域使用权证不予续展违反了《中华人民共和国海域使用管理法》的相关规定。

4、上诉人丁某旺作为集体经济组织岚城乡上楼村燕夏山养殖场成员承包该片海域用于养殖生产完全符合法律规定。

根据《中华人民共和国海域使用管理法》（2001）第二十二条规定：“本法施行前，已经由农村集体经济组织或者村民委员会经营、管理的养殖用海，符合海洋功能区划的，经当地县级人民政府核准，可以将海域使用权确定给该农村集体经济组织或者村民委员会，由本集体经济组织的成员承包，用于养殖生产。”

本条是关于农村集体经济组织可以依法取得海域使用权，并由本集体经济组织的成员承包经营用海的规定。按照本条规定，农村集体经济组织或者村民委员会可以作为海域使用权人，将海域承包给本集体经济组织的成员，从事养殖生产。农村集体经济组织或者村民委员会取得海域使用权需要满足以下六个条件：（1）从时间上讲，在本法实施前，即在2002年1月1日前，该海域已经由农村集体经济组织或者村民委员会在经营、管理；（2）该海域的生产经营项目只能是海水养殖，如果进行的是旅游、拆船、采砂等生产经营活动，就不能按照本条的规定取得海域使用权；（3）本法实施后，该海域依照本法规定批准的海洋功能区划仍然用于海水养殖；（4）农村集体经济组织或者村民委员会要取得该海域的使用权，还必须经过当地县级人民政府的核准；（5）农村集体经济组织或者村民委员会取得该海域后，只允许将其承包给本集体经济组织的成员，而不得承包给本集体经济组织以外的单位和人员；（6）农村集体经济组织或者村民委员会取得该海域的使用权后，该海域的用途不得改变，只能用于海水养殖，不得改作他用。

结合本案，丁某旺作为岚城乡上楼村村民，祖祖辈辈皆在上楼村对应海域即流水镇后田村与岚城乡上楼村交界线上游溪（一条沟）以南红岩山庄海域讨生活，其本人自上世纪八十年代末九十年代初开始就与本村一百多名村民对上楼村对应的红岩山庄海域进行拓荒养殖并成立了集体经济组织燕夏山养殖场。后该集体经济组织几十名成员因生存压力无法维持生计退出了养殖，并指派代表与集体经济组织成员丁某旺签订了承包协议，将上楼村对应的该片海域承包给了丁某旺。丁某旺后以集体经济组织成员名义（注：农村农业部2018年10月底才启动农村集体经济组织的登记工作以及2020年11月4日才印发《农村集体经济组织示范章程（试行）》的通知，客观上无法以集体经济组织名义申请）申请了海域使用权证，经平潭县人民政府核准发放了海域使用权证书，根据《中华人民共和国海域使用管理法》（2001）第二十二条规定，丁某旺在上楼村对应海域进行养殖生产完全符合该法的规定。（注：

参见上诉人丁某旺与燕夏山养殖场签署的承包期自1999年6月1日至2022年的数份承包协议书以及其他材料)。

5、平潭县人民政府未对上诉人丁某旺所持有的水域滩涂养殖证进行续展,违反了农村农业部的有关规定,平潭县人民政府主管部门应当对上诉人丁某旺的水域滩涂养殖证续展。

根据农业部关于印发《完善域滩涂养殖证制度试行方案》的通知(2002)规定:“……集体水域滩涂或全民所有集体经济组织使用的水域滩涂养殖证有效期应与承包合同期限一致……。”

农业部《关于稳定水域滩涂养殖使用权推进水域滩涂养殖发证登记工作的意见》(农渔发[2010]25号)规定:“……三、认真做好水域滩涂养殖发证登记工作(四)鼓励集体所有或者国家所有由集体使用水域滩涂养殖权人办理发证登记。对符合发证登记条件的养殖权人,不得以任何理由拒绝办理发证登记手续,也不得附加任何条件……。”

农业农村部《关于进一步加快推进水域滩涂养殖发证登记工作的通知》规定:“……三、严格发证程序,加快发证进度:……对符合发证登记条件的申请人,不得以任何理由拒绝办理发证登记手续,也不得超越《水域滩涂养殖发证登记办法》附加任何条件,不应将其作为申领《水域滩涂养殖证》的前置条件。……养殖证不能设置年检,应依法及时办理养殖证的期限延展,维持水域滩涂养殖权长期稳定。”

农业部《水域滩涂养殖发证登记办法》(农业部令2010年第9号)第十六条:“因被依法收回、征收等原因造成水域滩涂养殖权灭失的,应当由发证机关依法收回、注销养殖证。”第十八条:“水域滩涂养殖权期限届满,水域滩涂养殖权人依法继续使用国家所有的水域、滩涂从事养殖生产的,应当在期限届满60日前,持养殖证向原发证登记机关办理延展手续,并按本办法第五条规定提交相关材料。因养殖水域滩涂规划调整不得从事养殖的,期限届满后不再办理延展手续。”从以上规定,我们不难看出因依法收回、征收原因才会造成水域滩涂养殖权丧失,且应当收回和注销养殖证。其次,水域滩涂养殖权人在养殖证

期满后继续使用国家所有的水域滩涂从事养殖生产的,提出申请如果不是因为养殖水域滩涂规划调整,主管机关应当予以办理延展手续。

本案中,上诉人丁某旺无论是在水域滩涂养殖使用证期限届满前还是期限届满后都多次前往平潭县人民政府主管部门申请延展,且在水域滩涂养殖使用证期限届满后多次前往主管部门并未收到养殖水域滩涂规划调整不得从事养殖的通知,客观上直至案发该片海域养殖水域滩涂规划也未调整。平潭县人民政府主管部门以配合平潭综合实验区规划为由从2011年至2020年行政不作为,对上诉人丁某旺等人的水域滩涂养殖证不予续展违反了农业部的相关规定,且丁某旺所养殖区域的养殖功能区划并未发生调整禁止养殖,因此平潭县人民政府应当对上诉人丁某旺所持有的水域滩涂养殖使用证进行续期,对于水域滩涂养殖使用证未延展,丁某旺主观上不具有过错。

综上,结合以上几点及全案卷宗材料,辩护人认为无证据证明上诉人丁某旺实施了违反了保护水产资源法规的行为。

6、福建省平潭县人民政府设立的中国仙女蛤特别保护区不属于我国刑法及相关司法解释规定的禁渔区,发回重审一审法院将中国仙女蛤特别保护区类推解释为禁渔区违反了我国刑法罪刑法定的规定,属于法律适用错误。

(1)根据渔业法有关规定,禁渔区或禁渔期由国务院渔业行政主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府渔业行政主管部门规定,平潭县人民政府属于县级人民政府,其通过岚政[2012]99号通告划定的中国仙女蛤保护区不是渔业法规定的禁渔区。

根据《中华人民共和国渔业法》(2013修正)(以下简称“渔业法”)第三十条规定:“……重点保护的渔业资源品种及其可捕捞标准,禁渔区和禁渔期,禁止使用或者限制使用的渔具和捕捞方法,最小网目尺寸以及其他保护渔业资源的措施,由国务院渔业行政主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府渔业行政主管部门规定”。福建省实施《中华人民共和国渔业法》办法第三十七条规定:“禁渔区、禁渔期依法由省人民政府渔业行政主管部门规定并及时向社会公布”。从以

上规定,我们不难发现福建省辖区内的禁渔区、禁渔期由福建省人民政府渔业行政主管部门规定并发布。根据原审一审审判卷一 P205,福建省并无发布有关平潭县境内禁渔区的规定。

其次,尽管根据《中华人民共和国渔业法实施细则(2020修订)》(行政法规)第二十一条:“县级以上人民政府渔业行政主管部门,应当依照本实施细则第三条规定的管理权限,确定重点保护的渔业资源品种及采捕标准。在重要鱼、虾、蟹、贝、藻类,以及其他重要水生生物的产卵场、索饵场、越冬场和洄游通道,规定禁渔区和禁渔期,禁止使用或者限制使用的渔具的捕捞方法,最小网目尺寸,以及制定其他保护渔业资源的措施。”县级人民政府有权规定禁渔区。但是该条规定与《中华人民共和国渔业法》(2013)(法律)第三十条:“……重点保护的渔业资源品种及其可捕捞标准,禁渔区和禁渔期,禁止使用或者限制使用的渔具和捕捞方法,最小网目尺寸以及其他保护渔业资源的措施,由国务院渔业行政主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府渔业行政主管部门规定。”相矛盾,根据立法法的有关规定,当行政法规的规定与法律规定相冲突的时候,法律效力优先,因此只能优先适用法律,禁渔区只能由国务院渔业行政主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府渔业行政主管部门规定,县政府无权规定禁渔区。

本案中,2004年福州市人民政府批准建立的福州市平潭岛礁海洋特别保护区以及2012年平潭县人民政府建立的中国仙女蛤保护区从设立的法律依据以及设立机构的层级来看,与我国渔业法规定的禁渔区有着本质的区别,不属于我国刑法第三百四十条及相关司法解释规定的禁渔区。

(2)发回重审一审法院将中国仙女蛤特别保护区类推解释为禁渔区违反了我国刑法罪刑法定的规定。

根据我国刑法第三条罪刑法定原则的规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。”根据该条规定,对于刑法分则没有明文规定的犯罪,禁止比照刑法分则最相似的规定定罪量刑即禁止类推解释。类推解释一般是指解释

结论完全超出刑法用语可能具有的含义。从实质的角度来看,禁止类推解释实际上是要禁止一切违反民主主义与预测可能性的不合理解释。禁止类推解释是专门针对司法者所提出的,它旨在维护民族的价值与国民预测可能性。不难看出,允许通过类推解释对法无明文规定的行为进行处罚,实际上是将司法者的主观意志强行置于由立法机关所代表的最高民意上,这必然违反法律专属性原则,违反作为罪刑法定思想渊源之一的民主主义;同时,它也意味着是对事先没有明文禁止的行为在事后进行处罚,从而背离禁止溯及既往原则所捍卫的宗旨。禁止类推解释表明国家刑罚权的行使是有节制的。除刑法明文规定的行为之外,即使某些行为与刑法规定为犯罪的行为具有类似的社会危害性,只要刑法没有将其规定为犯罪,便不允许运用类推的手段追究行为人的刑事责任。

本案中,发回重审一审法院将中国仙女蛤特别保护区类推解释为禁渔区违反了我国刑法罪刑法定的规定,属于法律适用错误。

此外,综合全案卷宗材料来看,辩护人认为无证据证明本案中原审被告人蔡某太以及另案处理的涉案人员丁某祥采挖仙女蛤所在的红岩山庄海域为禁渔区或者有禁渔期相关规定。

综上,辩护人认为福建省平潭县人民政府设立的中国仙女蛤特别保护区不属于我国刑法及相关司法解释规定的禁渔区。

7、本案中原审被告人蔡某太以及另案处理的涉案人员丁某祥采挖的仙女蛤系人工养殖的仙女蛤,不属于我国刑法第三百四十条及相关司法解释规定的“水产品”。

(1)非法捕捞水产品罪中的“水产品”只能是自然野生的水产品,不包括人工养殖的水产品。

从非法捕捞水产品罪的客体定位角度来看,本罪设置于“破坏环境资源保护罪”一节,其客体为国家保护水产资源和水域生态资源的法益。本罪的立法设置主要着眼于自然水产资源的稀缺性。显然,对“人工养殖”的水产品非法捕捞更多是对养殖人财产所有权的侵犯,而不会造成对自然水产资源的破坏,因此只能按相应的财产犯罪来处理。刑法中设立非法捕捞水产品罪的目的

是为了保护国家水产资源，主要基于水产资源作为环境资源的稀缺性，因此，刑法中的“水产品”显然是针对天然的自然水产品而言，不能包括人工养殖的水产品。

(2) 原审被告蔡某太以及另案处理的涉案人员丁某祥采挖的仙女蛤系人工养殖的仙女蛤。

本案中，上诉人丁某旺与本村一百多名村民自上世纪九十年代，就在红岩山庄海域从事仙女蛤养殖，至今已在该片海域投放仙女蛤数量达几千万粒，从2012年至2018年投放的仙女蛤数量就高达1560万粒（参见卷宗平潭县水产养殖及苗种销售记录及卷宗三P1-4周某文证言）。因上世纪90年代该海域仙女蛤濒临灭绝，该海域的天然野生仙女蛤数量微乎其微且原审被告蔡某太以及另案处理的涉案人员丁某祥采挖仙女蛤只在养殖区域范围内，结合全案卷宗材料来看辩护人认为无证据证明本案原审被告蔡某太以及另案处理的涉案人员丁某祥所采挖的仙女蛤为自然野生的水产品。所以在无相关证据证实原审被告蔡某太以及另案处理的涉案人员丁某祥采挖的仙女蛤系为天然野生仙女蛤的情况下，应当推定该二人采挖的仙女蛤系人工养殖的仙女蛤。

综上，辩护人认为原审被告蔡某太以及另案处理的涉案人员丁某祥采挖的仙女蛤系人工养殖的仙女蛤，不属于我国刑法第三百四十条及相关司法解释规定的“水产品”。

8、上诉人丁某旺在红岩山庄海域开展中国仙女蛤的研究、育苗、养殖、投放等渔业作业活动，并未侵犯非法捕捞水产品罪所保护的法益即水产资源和海域生态环境法益。

本案中上诉人丁某旺1989年便开始对海坛湾一带仙女蛤进行养护工作，2008年在平潭县渔业主管部门的监督和指导下，与厦门海洋职业技术学院合作开展中国仙女蛤人工育苗试验，2011年成功培育的中国仙女蛤苗种180万粒，当年达到投放条件，并全部投放海坛湾。上诉人丁某旺对中国仙女蛤的研究、育苗、养殖、投放等，大大增加了该海域中国仙女蛤的数量，使原本濒临灭绝的中国仙女蛤重获生机，为当地的仙女蛤的繁衍作出了不可磨灭的贡献，其实施的作业活

动不仅没有侵犯该海域的水产资源和海域生态环境，反而大大丰富和改善了该海域的水产资源和海域生态环境，对仙女蛤自然资源的恢复、增殖和养殖生产的开发具有重大的社会效益和经济效益。

此外，结合全案卷宗材料来看，辩护人认为无证据证明上诉人丁某旺在红岩山庄海域开展中国仙女蛤的研究、育苗、养殖、投放等渔业作业活动破坏了该海域的水产资源和海域生态环境。

综上，发回重审一审法院以岚政【2012】99号通告为依据，认为丁某旺在海域使用权证、养殖证未续展的情况下，在平潭县人民政府违法划定的中国仙女蛤保护区范围内雇佣丁某祥、蔡某太采挖仙女蛤构成非法捕捞水产品罪，严重违反了我国刑法罪刑法定原则的规定，属于法律适用错误。辩护人认为上诉人丁某旺客观上未实施违反保护水产资源法规，在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品的行为，主观上不具有实施违反保护水产资源法规，在禁渔区、禁渔期或者使用禁用的工具、方法捕捞水产品的故意，根据主客观相统一的原则，上诉人丁某旺不构成非法捕捞水产品罪。

二、发回重审一审法院认定上诉人丁某旺构成寻衅滋事罪，事实不清、证据不足且法律适用错误，丁某旺依法不构成寻衅滋事罪。

(一) 上诉人丁某旺等人主观上并非为了寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横、无事生非。

根据刑法第二百九十三条【寻衅滋事罪】有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：……(二)追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；……。纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处罚金。

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》(自2013年7月22日起施行)(法释[2013]18号)：“第

一条 行为人为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等，无事生非，实施第二百九十三条规定的行为的，应当认定为“寻衅滋事”。

根据以上规定，寻衅滋事罪是指出于寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横，在公共场所无事生非，起哄闹事，随意殴打他人、追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，强夺硬要，任意损毁，占用公私财物，破坏公共秩序，情节恶劣、后果严重的行为。

结合本案中发回重审一审法院认定的2018年10月21日、2018年10月22日、2018年10月23日、2018年12月20日几起寻衅滋事事实，辩护人认为发回重审一审法院认定的以上几起寻衅滋事罪的犯罪事实并不符合我国刑法寻衅滋事罪主观方面构成要件，上诉人丁某旺等人并没有寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横、无事生非。

首先，根据岚政【2012】99号通告及平潭综合实验区农业农村局关于协助核查平潭县人民政府岚政【2012】99号通告相关情况的复函（卷五P33），上诉人丁某旺为通告中认定的原有生产者。该通告发布前该片红岩山庄海域一直由上楼村集体经济组织燕夏山养殖场经营使用并且丁达旺也承包了该片海域，涉案的流水镇后田村和松南村村民也不属于通告中认定的原有生产者。此外，通告中规定该保护区由相关乡镇、村和原有生产者共同负责管理即上楼村对应的仙女蛤保护海域由岚城乡、岚城乡上楼村以及丁某旺为代表的上楼村养殖户共同管理，这里的管理当然包括对于盗采仙女蛤的行为人进行劝返。

其次，涉案的流水镇后田村和松南村村民长期在岚城乡上楼村对应的红岩山庄丁某旺养殖海域从事盗捕仙女蛤活动且长期使用使仙女蛤绝产的渔具进行捕捞，不仅侵犯了合法养殖权人丁某旺的合法财产权益，还对该片水域仙女蛤的持续繁衍造成了恶劣影响，并且经过原有生产者丁达旺的多次劝返，屡教不改。

因此，上诉人丁某旺等人针对实施偷挖抢夺仙女蛤的行为人进行法律规定限度内的劝返，并非寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横、无事生非，而是为了国家、公共利益、本人财产免受侵害，属于正当防卫。发回重审一审法院认定上诉人丁某旺构成寻衅滋事罪属于法律适用错误。

（二）发回重审一审法院认定的几起寻衅滋事事实皆由被害人故意引发或者被害人对矛盾激化负有主要责任，一审认定上诉人丁某旺等人构成寻衅滋事罪属于法律适用错误。

根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》（自2013年7月22日起施行）（法释[2013]18号）第一条：“……行为人因日常生活中的偶发矛盾纠纷，借故生非，实施刑法第二百九十三条规定的行为的，应当认定为“寻衅滋事”，但矛盾系由被害人故意引发或者被害人对矛盾激化负有主要责任的除外……”。

本案中一审法院认定的几起事实皆由被害人翁某太1、黄某梯、林某就、翁某太2、李某同、李某康等人到岚城乡上楼村红岩山庄丁某旺养殖海域盗挖抢夺仙女蛤所引起。根据全案卷宗材料来看，丁某旺作为红岩山庄海域的原有生产者以及中华人民共和国公民，有权利也有义务去维护自己合法财产权益以及国家利益，对于侵犯自己合法财产权益以及国家利益的违法犯罪行为，有权利也有义务去作斗争。

因此，几起矛盾系由被害人故意引发或者被害人对矛盾激化负有主要责任，一审法院认定上诉人丁某旺等人构成寻衅滋事罪属于法律适用错误。

（三）上诉人丁某旺等人与几起事实中的被害人之间产生的矛盾系民间纠纷，丁达旺等人并未破坏社会秩序不应认定构成为寻衅滋事。

根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》（自2013年7月22日起施行）（法释[2013]18号）第一条：“……行为人因婚恋、家庭、邻里、债务等纠纷，实施殴打、辱骂、恐吓他人或者损毁、占用他人财物等行为的，一般不认定为“寻衅滋事”，但经有关部门批评制止或者处理处罚后，继续实施前列行为，破坏社会秩序的除外……”。

上诉人丁某旺等人与几起事实中的被害人之间因采挖仙女蛤发生的纠纷系民间纠纷，一般不

应认定为“寻衅滋事”。此外，丁某旺作为红岩山庄海域的原有生产者及中华人民共和国公民，对在该片海域实施偷窃抢夺仙女蛤的行为人进行劝返，恰恰是维护了该片海域的公共秩序，也不属于寻衅滋事。

从这个角度来看，一审法院认定构成寻衅滋事罪仍然属于法律适用错误。

(四) 发回重审一审法院认定上诉人丁某旺实施持凶器追逐、拦截、辱骂、恐吓他人的行为，事实不清、证据不足。

1. 原审二审法院以上诉人丁某旺等人持凶器追逐、拦截、辱骂、恐吓他人事实不清、证据不足发回重审后，发回重审一审法院采信有关补充证据违反了刑法的有关规定，相关证据不应作为定案根据，丁某旺等人持凶器追逐、拦截、辱骂、恐吓他人仍然属于事实不清、证据不足。

原审二审发回重审后，补充的证据材料有林某就、黄某梯、翁某太1、李某同、郭某芳、翁某平、张某玉的询问笔录。辩护人认为发回重审一审法院采信以上证据违反了刑法有关证据采信的相关规定，理由如下：

首先，根据《刑法解释》第八十七条规定：“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)证言之间以及与其他证据之间能否相互印证，有无矛盾。”

第一百四十三条：“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”。

根据发回重审一审阶段收集的林某就、黄某梯、翁某太、李某同、郭某芳、翁某平、张某玉的询问笔录，这些人与上诉人丁某旺因采挖仙女蛤事由，彼此之间存在完全对立的利益冲突，因此，无其他证据印证其证言真实性或与本案其他证据存在重大矛盾，都不应作为定案根据。具体而言：

(1)、证据卷(P7)林某就证言：“……用刀砍了我的锚绳后，还拿刀指着我们，说还不走就

接着砍……丁某旺到松南村我的家中去威胁我的家人，说要砍断我的手脚。”林某就该份证言供述的被丁某持刀威胁没有提到具体日期，且与林某就之前的证言卷四(P53-56、P57-60)、卷十二(P62-65)：“……将我船舶的锚绳砍断之后丁某旺等3人就开船离开现场(卷4P54)……将我的锚绳砍断之后他们就开船离开了……(卷4P58)”，以及与2018年12月20日的拍摄的视频材料现场相互矛盾，无其他证据印证其真实性；该份证言供述丁某旺到其家中威胁其家人，其信息来源于其儿媳翁某平，因在其家中在场的人只有丁某旺和其儿媳，其儿媳翁某平所陈述的情形无法核实其真实性，林某就的证言也就无法核实其真实性，因此林某就的证言就丁某旺是否存在持凶器威胁恐吓内容相互矛盾，林某就证言无其他证据印证其真实性，因此全部不能作为定案根据。

(2)、证据卷(P9)黄某梯证言：“……丁某旺会用菜刀砍我们船只的锚绳，并且拿着菜刀指着我们威胁说：“如果你们再到这边挖红哈的话手脚都把你砍掉。”……主要是用来砍我们船只的锚绳，还有就是拿菜刀威胁我们……丁某旺砍完我们船只的锚绳后，就拿着砍完锚绳的菜刀指着我们威胁说：“如果你们再到这边挖红哈的话就把你们手脚都砍掉。”黄某梯该份证言供述的被丁某旺持刀威胁没有提到具体日期，且与黄某梯之前的证言卷四(P1-9)：“……整个过程他什么都没说，砍断了锚绳就把船开走(P8)……相互矛盾，无其他证据印证其真实性，因此黄某梯的证言全部不能作为定案根据。

(3)、证据卷(P14-15)翁某太证言：“……问：丁某旺砍断锚绳后，刀是拿着手里的，还是放回船上，答：丁某旺砍完锚绳后，刀是拿着手里的，他持着菜刀还用言语威胁我们。如果还在这里捕捞红哈，就把我们的船只砸了，接着他开船去找另外船只了……问：除了拿菜刀砍你的锚绳并威胁你们，丁某旺还有拿什么工具吗？答：丁某旺还拿着保安的钢钎(两米长，前面有一个半圆)，指着我们，并威胁我们……后来有一次丁某旺等人还到我家里去威胁我的家人，说如果还去捕捞，就要我没手没脚。”翁某太该份证

言供述的被丁某旺持刀威胁没有提到具体日期,且与翁某太之前的证言卷四(P16-19, P20-24, P25-28):“……砍断之后他们就开小快艇离开了(p21)……”、卷十二(P2-5)相互矛盾,无其他证据印证其真实性;翁某太证据卷该份证言供述的被丁某旺持钢钎威胁没有提到具体日期,且与证人李某雄证言(卷十二 P7-9)、证人钟某斌的证言(卷十二 P11-14)、证人林某凤的证言(卷十二 P16-19、P20-23)、证人陈某峰的证言(卷十二 P25-28、P29-32)、证人亢某国的证言(卷十二 P34-36、P38-41)、证人何某兴的证言(卷十二 P43-46、P47-49)等人证言以及2018年12月20日拍摄的视听资料显示的情况相互矛盾,无其他证据印证其真实性;证据卷该份证言供述丁某旺到其家中威胁其家人,全案证据材料来看无其他证据予以印证,无法核实其真实性,因此翁某太的所有证言不应作为定案根据。

(4)、证据卷(P18)李某同证言:“……丁某旺会开着快艇到海面上来驱赶我们,向我们砸石头,还拿菜刀把我的锚绳砍断,有一次跟保安一起来出海驱赶我们时,还拿着保安的钢钎威胁我们……丁某旺砍锚绳的刀是从船上拿出来的,把我锚绳砍完后,还拿着刀指着我们说还不走,他会接着砍,说完就去找另外的船只去了……丁某旺拿钢钎指是什么情况?答:就是那次丁某旺请了几个保安一起出海时,丁某旺拿着保安配的那种钢钎指着我们,威胁说我们不回去,就让我们断手断脚……大概是2019年5月的一天早上,丁某旺开着皮卡车来到后田村新奥奥口的岸边,对我们准备出海的船民说,如果还去那边捕捞红蛤,就让我们全家死光光……”李某同该份证言供述的被丁某旺持刀威胁没有提到具体日期,且与李某同之前的证言卷四(P40-43),卷十二(P52-55)相互矛盾,无其他证据印证其真实性;李某同该份证言供述的被丁某旺持钢钎威胁没有提到具体日期,且与证人李某雄证言(卷十二 P7-9)、证人钟某斌的证言(卷十二 P11-14)、证人林某凤的证言(卷十二 P16-19、P20-23)、证人陈某峰的证言(卷十二 P25-28、P29-32)、证人亢某国的证言(卷十二 P34-36、P38-41)、证人何某兴的证言(卷十二 P43-46、P47-49)等人

证言以及2018年12月20日拍摄的视听资料显示的情况相互矛盾,无其他证据印证其真实性;该份证言供述2019年5月某一天丁某旺到田村新奥奥口的岸边对其进行威胁,全案证据材料来看无其他证据予以印证,无法核实其真实性,因此李某同的所有证言不应作为定案根据。

(5)、证据卷(27-28)翁某平(系林某就儿媳,林某老婆)证言:“当时我就一个人在家……问:今天早上,有无其他人跟“九仔”去你家里?答:没有,就“九仔”一个人……。”证据卷(22)郭某芳(翁某太1之妻)证言:“到了早上7点15份我们同村人翁某平打电话给我说……有,我有听我丈夫说过……。”证据卷(33)张某玉证言:“……问:“九仔”是几个人来的?答:就他一个人……问:当时现场还有没有其他人?答:没有,当时就我和“九仔”站在那边说话……”。以上三份证言,现场只有丁某旺和证人,因此证言的真实性无法核实,且全案卷宗材料来看也无其他证据予以印证。且多为猜测性、评论性、推断性证言,真实性无法核实,因此根据刑法解释七十五条,该三份证言也不应作为定案根据。

综上,辩护人认为原审二审发回重审后,发回重审一审法院采信补充的证据材料即林某就、黄某梯、翁某太2、李某同、郭某芳、翁某平、张某玉的询问笔录,违反了刑法有关证据采信的相关规定,发回重审一审阶段补充的这些证据都不应作为定案的根据。因此,发回重审一审法院认定丁某旺等人持凶器追逐、拦截、辱骂、恐吓他人仍然属于事实不清、证据不足。

2. 发回重审一审法院认定丁某旺等人持凶器追逐、拦截、辱骂、恐吓他人仍然属于事实不清、证据不足。

(1) 2018年10月21日,丁某旺、施某、丁某祥驾驶船舶到“红岩山庄”海域,用菜刀将黄某梯、翁某太1、翁某太2和李某康的锚绳砍断,经鉴定锚绳和锚价值1950元。

(2) 2018年10月22日,丁某旺、施某、蔡某太和丁某祥驾驶快艇到“红岩山庄”海域,用菜刀将翁某太2、翁某太2的锚绳砍断。

(3) 2018年10月23日,丁某旺、施某、蔡某太驾驶快艇到“红岩山庄”海域,用菜刀将李

某同、翁某太2、黄某梯和林某就的锚绳砍断。

根据丁某旺、施某、丁某祥、蔡某太的供述和丁某旺、蔡某太的当庭陈述以及被害人黄某梯（卷4P1-9、卷11P85-87）：“整个过程他们什么也没说，砍断了锚绳就把船开走（卷4P8）”，翁某太1（卷4P30-33、P34-38）：“之后什么也没说就走了，也没有把砍断的锚绳和船锚带走（卷4P36）”，翁某太2（卷4P16-19、P20-24、P25-28）：“砍断之后他们就开快艇离开了（卷4P21）”，李某康（卷4P11-15）：“砍断之后就开船离开现场（P12），李某同（卷4P1-9）：“砍断之后就开船离开了现场（P41）”，林某就（卷4P53-56、P57-60）：“之后丁某旺等人就开船离开现场了（P54）……之后他们就开船离开了（P58）”的陈述无证据证据证明上诉人丁某旺等人实施了持凶器追逐、拦截、辱骂、恐吓他人。

根据丁某旺、施某、丁某祥、蔡某太的供述及丁某旺和蔡某太的当庭陈述，这三次对方过来十几条乃至二十多条船过来偷挖仙女蛤，对方人数也有二十来人甚至三十人左右，上诉人丁某旺一方只有三四个人且只有一条船，如此大的力量悬殊上，也无法实施追逐、拦截和恐吓的行为，根据全案卷宗证据材料，也没有实施辱骂行为。

其次，由平潭综合实验区市场监督管理局出具的《关于锚绳、船锚的价格认定结论书》（卷5P61-63），因该结论仅以被害人口述被砍断锚绳特征作为鉴定依据，并无实物或其它证据相佐证，该结论缺乏客观性、真实性，不符合相关法律规定，因此发回重审一审法院将该份证据作为定案根据与法律规定不符，价格认定结论书不应作为定案根据。

（4）2018年12月20日，丁某旺以“红岩山庄”海域为仙女蛤保护区、禁止捕捞仙女蛤及钙海域仙女蛤为其投苗养殖，仙女蛤应归其所有为由，纠集丁某祥及5名保安，在平潭县红岩山庄海域驱赶、恐吓在附近捕捞仙女蛤的渔民，并持刀砍断渔民穿上的锚绳。

根据丁某旺、施某、丁某祥、蔡某太的供述和丁某旺、蔡某太的当庭陈述以及证人李某雄证言（卷十二P7-9）、证人钟某斌的证言（卷十二P11-14）、证人林某凤的证言（卷十二P16-19、

P20-23）、证人陈某峰的证言（卷十二P25-28、P29-32）、证人亢某国的证言（卷十二P34-36、P38-41）、证人何某兴的证言（卷十二P43-46、P47-49）等人证言以及2018年12月20日的拍摄的视频资料，被害人翁某太1（卷12P2-5），李某同（卷12P52-55），林某就（卷12P62-65）、翁某龙（卷12P57-60）等人的陈述与客观事实严重不符，证据之间无法相互印证，无证据证据证明上诉人丁某旺等人实施了持凶器追逐、拦截、辱骂、恐吓他人的行为。

根据丁某旺等人的供述、丁某旺的当庭陈述以及2018年12月20日的视频材料，这次对方过来七八条船过来偷挖仙女蛤，对方人数也有十来个人左右，上诉人丁某旺一方只有一条船，丁某旺一方并没有实施追逐、拦截、辱骂、恐吓的行为，而对方实施了追逐、拦截、辱骂、恐吓行为，并用提前准备好的石头对丁某旺一方进行攻击长达2分钟左右。

综合以上几点，一审法院认定的寻衅滋事几起事实与客观事实严重不符，属于事实认定错误，且证据不足。

三、发回重审一审法院认定上诉人丁某旺系恶势力团伙的纠集者，事实不清、证据不足且法律适用错误，丁某旺不构成恶势力团伙的纠集者。

1、发回重审一审法院认定丁某旺系恶势力团伙的纠集者事实认定错误。

（1）辩护人认为发回重审一审法院认定上诉人丁某旺抢占平潭县流水镇“红岩山庄”海域属事实认定错误，上诉人丁某旺等人并不存在抢占流水镇“红岩山庄”海域这一行为。辩护人经过走访有关部门和单位，了解到平潭县岚城乡与平潭县流水镇两乡镇签字盖章确认的边界划分图可以清晰界定“红岩山庄”海域历来对应岚城乡上楼村，流水镇后田村和松南村与岚城乡上楼村对应海域有着明确的区界线。无论是从名称上称作流水镇红岩山庄，还是流水镇有使用经营的权利（参见承包协议），都与客观事实严重不符。

（2）根据上述非法捕捞水产品罪、寻衅滋事罪部分论述，上诉人丁某旺等人不构成非法捕捞

水产品罪、寻衅滋事罪。

(3) 发回重审一审法院认定上诉人丁某旺对岚城乡上楼村对应海域滥开滥采与客观事实严重不符。具体而言,在平潭县渔业主管部门监督和指导下,厦门海洋职业技术学院提供科研技术条件下,丁某旺在上楼村对应的该片海域对中国仙女蛤经过多年的有序育苗、养殖、投放,中国仙女蛤的数量急剧增加,使原本濒临灭绝的中国仙女蛤重获生机,为当地的仙女蛤的繁衍作出了不可磨灭的贡献。

(4) 发回重审一审法院认定上诉人丁某旺为非作恶、欺压百姓与客观事实严重不符。辩护人经过走访有关单位和个人了解到,在仙女蛤非繁殖期,退潮时上楼村村民及邻村村民前往上楼村对应的该片海域进行捕捞仙女蛤,丁某旺并没有进行驱赶,且丁某旺为人正直善良乐于助人,并没有实施为非作恶、欺压百姓的行为。另外,丁某旺等人对在红岩山庄养殖海域进行偷挖仙女蛤、破坏仙女蛤生态资源的行为人进行劝返,恰恰是保护了该片海域的仙女蛤资源,并不存在为非作恶、欺压百姓的行为。

(5) 发回重审一审阶段认定的几起违法事实证据不足、事实不清,具体而言:1.2018年12月20日将翁某太2、翁某龙所乘坐的渔船的锚绳砍断,在上诉人丁某旺2019年5月29日因同一事实涉嫌刑事犯罪被拘留后,于2019年9月27日对其进行行政处罚,违反法律规定,属于重复评价,且根据2018年12月20日的视听资料,翁某太2、翁某龙用提前准备好的石头对丁某旺一方攻击长达2分钟,丁某旺等人并没有实施违法行为;2.2018年1月19日,丁某旺、丁某祥、郑某、陈某为了维护红岩山庄仙女蛤养殖权益,出海对前来偷挖仙女蛤的黄某泉、黄某梯进行劝返,被对方辱骂、殴打,不得已才还手,主观上并不具有寻衅滋事的故意,因此该笔事实也不应当认定为违法行为。2018年1月19日丁某旺、丁某祥与黄某泉、黄某梯之间的纠纷已经经过自愿调解达成一致意见,公安机关于2019年9月27日平潭县公安局对丁某旺再次以寻衅滋事、故意毁坏财物分别处以行政拘留十五日,合并执行行政拘留二十日(未执行),属于重复评价,违反法律

相关规定;4.2012年8月31日丁某旺在平潭县红岩山庄海域殴打捕捞仙女蛤的蔡某生,根据施某生(卷11P8-11)和蒋某杰(卷11P12-15)证言、丁某旺(卷11P4-7)、丁某祥(卷11P16-18)的供述,丁某旺并没有实施殴打蔡某生的行为,且根据平潭县公安局刑事科学技术室法医学活体检验鉴定书(卷13P7-8)显示送审材料为无,因该结论仅以照片作为鉴定依据,且无法证实蔡某生照片上的伤口系丁某旺殴打所致,因此该结论缺乏客观性、真实性,不符合相关法律规定,因此发回重审一审法院将该份证据作为定案根据与法律规定不符,该份鉴定书不应作为定案根据。其次,上诉人丁某旺的海域使用权期限至2013年12月31日,蔡某生前往丁达旺养殖区域进行盗挖仙女蛤活动,属于违法犯罪行为,丁某旺等人为维护自己合法养殖权益对其进行劝返并没有超过必要限度,因此不应当认定丁某旺等人行为是违法行为。

(6) 发回重审一审法院认定上诉人丁某旺培育养殖仙女蛤以及劝返偷盗抢夺仙女蛤行为人为造成较为恶劣的社会影响与客观事实也严重不符。丁某旺自上世纪九十年代初就在岚城乡上楼村对应的红岩山庄海域,搞起了仙女蛤养殖捕捞,凭着一腔热血和对仙女蛤的情有独钟,他潜心研究,逐步摸索出仙女蛤养殖方法,并大胆开展育苗试验,硬是在空泛的海域打造一片适宜仙女蛤生长的乐土。经过多年探索实践,他的仙女蛤人工养殖和繁育终于取得成功。2008年,丁某旺与厦门海洋职业技术学院合作,开展仙女蛤人工育苗试验,并大获成功。至今投入苗种累计达1500万粒以上,为仙女蛤自然资源的恢复和增值做出了积极贡献。2017年参评福建省十大渔业品牌入选,同年被福建电视台经济频道采访报道,2018年先后多次接受《今日八闽》《平潭时报》《平潭电视台》专访,2019年3月19日《中央电视台》第七套农业节目专门播放对旺达水产养殖有限公司的采访,对打造平潭渔业品牌、推介宣传平潭做出了应有贡献。其次,对于劝返偷盗抢夺仙女蛤行为人为人恰恰保护了该片海域的仙女蛤水产资源,且客观上维护了该片海域的社会管理秩序。

因此,辩护人认为丁某旺不构成恶势力团伙

的纠集者，发回重审一审法院认定丁某旺构成恶势力团伙的纠集者事实不清、证据不足。

2、发回重审一审法院认定丁某旺系恶势力团伙的纠集者，法律适用错误。

根据最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》（法发【2018】1号）：“4. 恶势力，是指经常纠集在一起，以暴力、威胁或者其他手段，在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动，为非作恶，欺压百姓，扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，但尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织。”

首先，本案中上诉人丁某旺因培育、养殖、投放仙女蛤，招募另案处理的原审被告人丁某祥、蔡某太、原审被告人施某提供劳务服务，蔡某太属于临时杂工，平时根据丁某旺的要求采挖仙女蛤用于育苗，每月工作时间七八次左右，其还有自己的主业；原审被告人施某于2018年才被丁某旺邀请来公司帮助运送养殖仙女蛤用的饲料，工资日结。

根据人员组成及工作性质来看，本案几名当事人并非为了在一定区域活着行业内实施违法犯罪活动而经常纠集在一起，因此不符合恶势力的行为特征。

其次，上诉人丁某旺等人也并未实施为非作恶、欺压百姓的行为。具体而言，本案被害人黄某梯、翁某太2自2001年起开始就在丁某旺养殖区域盗挖仙女蛤，被害人翁某太1、李某康、李某同、林某就、翁某华、翁某龙、证人李某华、吴某彩、李某宝、蔡某生、李某华、李某发、黄某泉、翁某兴等人长期多次有组织前往丁某旺养殖区域实施盗挖抢夺仙女蛤活动，致使丁某旺多年苦心经营的仙女蛤事业毁于一旦。另外，2018年10月21日至23日，同一批二十几条船上三十个人对丁某旺等人出海的一艘船进行拦截、围堵、打砸，从常识来看，丁某旺等人无法实施为非作恶、欺压百姓的行为。2018年12月20日，七八艘船十几个人再次来到丁某旺养殖区域实施盗挖仙女蛤活动，用船上提前准备好的石头对前往劝阻的丁某旺船只的人进行追逐、堵截、打击，因此这次丁某旺等人也没有为非作恶、欺压百姓。

丁某旺等人实施的劝返行为不具有恶势力团伙为非作恶、欺压百姓的本质特征。

最后，丁某旺等人出海劝阻前来盗挖抢夺仙女蛤的行为人，并未扰乱社会、经济秩序，恰恰维护该区域的经济秩序。

综上，上诉人丁某旺等人不构成恶势力团伙，丁某旺不构成恶势力团伙的纠集者。

因此，辩护人认为发回重审一审法院判决认定丁某旺构成非法捕捞水产品罪、寻衅滋事罪、构成恶势力团伙的纠集者事实不清、证据不足，法律适用错误。

最后，辩护人认为该案是一个彻底的冤假错案，丁某旺毫无疑问是一个无罪之人，辩护人希望法庭坚持罪刑法定原则，对于法律没有规定为犯罪的行为，依法宣告上诉人丁某旺无罪。坚持证据裁判原则，认定案件事实，以证据为根据，依照法定程序审查、认定证据。认定上诉人有罪，适用证据确实、充分的证明标准。在定罪证据不足的情况下，坚持疑罪从无原则，依法宣告上诉人丁某旺无罪，不降格作出“留有余地”的判决。对于恶势力的认定，严格贯彻中央扫黑除恶专项斗争，不构成恶势力的，坚决不拔高不凑数。辩护人最后再次请求二审法院依法改判上诉人丁某旺无罪，予以释放。

以上辩护意见，供法庭审理本案时参考并采纳。

辩护人：陈建

年 月 日

注释：

- [1] 本案辩护律师在发回重审二审阶段介入，经过数月辩护工作的艰难开展，福建省福州市涉恶案件主犯丁某旺非法捕捞水产品罪、寻衅滋事罪案实现了成功辩护，丁某旺于发回重审二审阶段获得改判，数罪并罚后总和刑期由原审一审、发回重审一审（一审法院审判委员会研究讨论决定）判处的八年三个月改为四年六个月，其中寻衅滋事罪由七年改为三年。
- [2] 本案遗憾未能实现彻底无罪的目标，但在三年扫黑除恶专项斗争以及扫黑除恶专项斗争化大刑事政策背景下以及本案其他众多当事人都已服刑完毕，已处于发回重审二审阶段的情况下，能实现主犯量刑大幅度的减轻已非常不易，已做到了极致。该案系当地乃至全国为数不多的在发回重审二审阶段对当事人刑期进行大幅改判的涉黑恶案件。

中伦
文德



□ 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。

盗窃天然气应当如何定罪

前言

近十几年以来，全国各地区盗窃天然气行为时有发生，部分地区已经到了较为猖獗的程度，少数掌握一些天然气技术的不法分子，肆意教唆、传授犯罪方法协助窃气。相比较于普通的盗窃行为，盗窃天然气的行为更具有社会危害性，不仅容易造成严重的经济损失，还可能引发燃气爆炸等严重的公共安全事故。所以，打击盗窃燃气行为必须严肃对待，不能简单采取治安处罚的方式草草结案。

2018年9月28日，最高人民法院、最高人民检察院及公安部发布了《关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件适用法律若干问题的意见》针对盗窃油气、破坏油气设备等犯罪的认定、刑事责任、损失的认定等进行了规定。

本文将依据我国现行的法律规定，结合近几年的司法判例，对盗窃天然气的定罪问题进行分析。

一、盗窃天然气可能构成哪些犯罪？

（一）盗窃罪

1、盗窃罪的认定标准

根据《中华人民共和国刑法》第264条的规定，盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第3条的规定，盗窃油气或者正在使用的油气设备，构成犯罪，但未危害公共安全的，依照刑法第264条的规定，以盗窃罪定罪处罚。

2、偷盗气未遂也将追究刑事责任

根据《关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件适用法律若干问题的解释》及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件具体适用法律若干问题的解释》的规定，着手实施盗窃油气行为，由于意志以外的原因未得逞，具有下列情形之一的，以盗窃罪（未遂）追究刑事责任：

- （1）盗窃油气，数额巨大但尚未运离现场的，以盗窃未遂定罪处罚；
- （2）以数额巨大的油气为盗窃目标的；
- （2）已将油气装入包装物或者运输工具，达到“数额较大”标准三倍以上的；
- （3）携带盗油卡子、手摇钻、电钻、电焊枪等切割、打孔、撬砸、拆卸工具的；
- （5）其他情节严重的情形。

（二）破坏易燃易爆设备罪

1、破坏易燃易爆设备罪的认定标准

根据《中华人民共和国刑法》第118条、第119条的规定，破坏电力、燃气或者其他易燃易爆设备，危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。造成严重后果的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。过失破坏易燃易爆设备构成犯罪的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

2、危害公共安全的认定

《关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件适用法律若干问题的解释》中对于“破坏易燃易爆设备罪”中危害公共安全的认定明确了以下情形：

（1）在实施盗窃油气等行为过程中，破坏正在使用的油气设备，采用切割、打孔、撬砸、拆卸手段的，但是明显未危害公共安全的除外，应当认定为危害公共安全。

（2）在实施盗窃油气等行为过程中，破坏正在使用的油气设备，采用开、关等手段，足以引发火灾、爆炸等危险的，应当认定为危害公共安全。

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于

办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第4条的规定，盗窃油气同时构成盗窃罪和破坏易燃易爆设备罪的，依照刑法处罚较重的规定定罪处罚。

二、盗窃天然气共同犯罪的问题

根据《关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，在共同盗窃油气、破坏油气设备等犯罪中，实际控制、为主出资或者组织、策划、纠集、雇佣、指使他人参与犯罪的，应当依法认定为主犯；对于其他人员，在共同犯罪中起主要作用的，也应当依法认定为主犯。

在输油输气管道投入使用前擅自安装阀门，在管道投入使用后将该阀门提供给他人盗窃油气的，以盗窃罪、破坏易燃易爆设备罪等有关犯罪的共同犯罪论处。

行为人与油气企业人员勾结共同盗窃油气，没有利用油气企业人员职务便利，仅仅是利用其易于接近油气设备、熟悉环境等方便条件的，以盗窃罪的共同犯罪论处。

三、盗窃天然气数额如何计算？

（一）司法实践中的认定方法

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条第3款的规定，盗窃电力、燃气、自来水等财物，盗窃数量能够查实的，按照查实的数量计算盗窃数额；盗窃数量无法查实的，以盗窃前六个月月均正常用量减去盗窃后计量仪表显示的月均用量推算盗窃数额；盗窃前正常使用不足六个月的，按照正常使用期间的月均用量减去盗窃后计量仪表显示的月均用量推算盗窃数额。

（二）各地区不同的认定标准

在司法实践中，盗窃罪定罪量刑始终存在盗窃数额难以认定的问题。在现行法律规定中，法院裁判依据大多是《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条，但在实践中还是存在盗窃天然气

的实际数额及认定数额存在差异。

基于此，我国各地区出台了相应的规范性文件，针对如何计算盗窃天然气的数额进行了详细的规定。例如，北京市、上海市、天津市、大连市、周口市、郑州市、邯郸市、平顶山市等地方均出台了规范性文件。虽然以上各地区颁布的规范性文件并非法律规范，不能作为法院裁判的依据，但在司法实践中，应当作为法院裁判的重要参考。

（三）直接经济损失认定问题

根据《关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定，“直接经济损失”包括因实施盗窃油气等行为直接造成的油气损失以及采取抢修堵漏等措施所产生的费用。

对于直接经济损失数额，综合油气企业提供的证据材料、犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人等所提辩解、辩护意见等认定；难以确定的，依据价格认证机构出具的报告，结合其他证据认定。油气企业提供的证据材料，应当有工作人员签名和企业公章。

四、经典案例

【盗窃罪－吉林省张某、姜某通过偷接天然气管线从而盗取天然气案】

案号：（2019）吉 0723 刑初 151 号

（一）基本案情

2018 年 10 月某日，被告人张某伙同被告人姜某在乾安县中星油气销售责任有限公司东 70 米处，私自在吉林油田销售公司天然气管线偷接分线进入中星油气销售责任有限公司天然气压缩机房，用于出售。2018 年 10 月至 2019 年 3 月 13 日，盗窃吉林油田销售公司价值人民币 894344.05 元的天然气 643624.79 立方米。

（二）法院认定及判决

被告人张某、姜某以非法占有为目的，秘密窃取公私财物价值人民币 894344.05 元，数额巨大，其行为已构成盗窃罪。在共同犯罪中，被告人张某起主要作用，是主犯；被告人姜某起次要作用，是从犯，应当从轻或者减轻处罚。

最终法院判决：被告人张某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币 5 万元。被告人姜某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币 2 万元。

【破坏易燃易爆设备罪－吉林省张某某多次通过剪齿轮的方式将天然气表改动从而盗窃天然气】

案号：（2014）长刑初字第 283 号

（一）基本案情

2012 年至 2014 年期间，被告人张某、孙某、时某某、王某某多次通过以剪齿轮的方式将天然气表改动、对消耗燃气指数及指针进行调整等方式将天然气表改动，从而盗窃天然气。

（二）法院认定及判决

被告人张某、孙某、时某某、王某某在盗窃天然气的过程中，采取拆卸手段破坏正在使用的天然气设备，危害公共安全，尚未造成严重后果，其行为已构成破坏易燃易爆设备罪。

最终法院判决：被告人张某犯破坏易燃易爆设备罪，判处有期徒刑五年。被告人孙某犯破坏易燃易爆设备罪，判处有期徒刑三年六个月。被告人时某某犯破坏易燃易爆设备罪，判处有期徒刑一年六个月。被告人王某某犯破坏易燃易爆设备罪，判处有期徒刑一年。

中伦
文德



□ 徐云飞/文

徐云飞 律师，中国人民大学法学硕士，北京市中伦文德律师事务所合伙人，EXIN认证数据保护官（DPO），中伦文德网络安全与数据合规专业委员会主任、人工智能法律专业委员会主任、东亚法律业务专业委员会主任。入选2020年度、2022年度LEGALBAND网络安全与数据合规领域中国律师特别推荐榜15强，2021年度、2022年度、2023年度（第一梯队）LEGALBAND网络安全与数据合规领域中国顶级律师排行榜，Exterro ACE 2021年度Top 15 Data Privacy Lawyers、2022年度TOP 15 Legal Tech Lawyers。

数据出境系列文章之二—— 数据出境安全评估制度概要、法律责任及合规提示

正如我们在《数据出境系列文章之一——数据出境的立法历程、基本逻辑及合规路径概述[徐1]》中所做的分析，经过数年间不断地探索，我国数据出境已经形成了三种主要的路径，并且该等路径已经开始落地。三种路径中最为核心和重要的路径是数据出境安全评估，监管机关通过安全评估对重要数据和个人信息出境的安全性做出评价，以确定允许该等数据/信息的出境是否会导致国家安全和公共利益、个人信息权益受到侵害或威胁，在此基础上促进数据的跨境安全、自由流动。

《数据出境安全评估办法》（以下简称“评估办法”）作为《网络安全法》（以下简称“网络安全法”）《数据安全法》（以下简称“数据安全法”）《个人信息保护法》（以下简称“个人信息保护法”）所规定的出境的核心配套法规，其出台经历了2017年《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》（以下简称“2017年《征求意见稿》”）、2019年《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿）》（以下简称“2019年《征求意见稿》”）、2021年《数据出境安全评估办法（征求意见稿）》等一系列立法探索的过程。最终，国家互联网信息办公室（以下简称“国家网

信办”）于2022年7月7日正式发布了评估办法，并确定于2022年9月1日起正式生效。《评估办法》为符合条件的数据出境提供了详细的、可供实操的指引，同时也确立了适用安全评估的数据出境和不适用安全评估的数据出境的区分标准。

本文将结合我们对评估办法的理解以及我们办理安全评估业务的实务经验，对评估办法的主要内容进行初步梳理，并在此基础上做出一定程度的合规提示，希望能够为涉及数据出境的企业、实体或者机构（包括其内部的法务、合规、技术人员等）判断及办理数据出境业务提供一些参考！

一、数据出境的界定

实务中，关于是否适用《评估办法》第一个难点是判断所涉场景是否构成法律上的数据出境。只有构成法律上的数据出境，才有可能构成需要申报安全评估的数据出境，但是判断是否构成法律上的数据出境则涉及到对数据出境定义的理解。

关于数据出境的定义，《信息安全技术 数据出境安全评估指南（征求意见稿）》（2017年8月30日发布）（以下简称“安全评估指南（征求意



见稿)”)第3.7条规定:网络运营者通过网络等方式,将其在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据,通过直接提供或开展业务、提供服务、产品等方式提供给境外的机构、组织或个人的一次性活动或连续性活动。安全评估指南(征求意见稿)进一步从正反两个角度对数据出境的外延做出了界定。根据该征求意见稿,以下情形属于数据出境:向本国境内,但不属于本国司法管辖或未在境内注册的主体提供个人信息和重要数据;数据未转移存储至本国以外的地方,但被境外的机构、组织、个人访问查看的(公开信息、网页访问除外);网络运营者集团内部数据由境内转移至境外,涉及其在境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据的。以下情形不属于数据出境:非在境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据经由本国出境,未经任何变动或加工处理的,不属于数据出境;非在境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据在境内存储、加工处理后出境,不涉及境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据的,不属于数据出境。

2022年7月7日,国家网信办正式发布了评估办法,有关负责人就评估办法相关问题回答了记者提问(以下简称“答记者问”)。在该答复中,国家网信办有关负责人表示:《数据出境安全评估办法》所称数据出境活动主要包括:一是数据处理者将在境内运营中收集和产生的数据传输、存储至境外。二是数据处理者收集和产生的数据存储在境内,境外的机构、组织或者个人可以访问或者调用。

2022年08月31日,国家网信办公开发布《数据出境安全评估申报指南(第一版)》(以下简称“申报指南”)。申报指南基本上重申了国家网信办答记者问中陈述的数据出境的定义,仅略有修改。根据申报指南第1条第2款,以下情形属于数据出境行为:(一)数据处理者将在境内运营中收集和产生的数据传输、存储至境外;(二)数据处理者收集和产生的数据存储在境内,境外的机构、组织或者个人可以查询、调取、下载、导出;(三)国家网信办规定的其他数据出境行为。

据此,我们认为,认定是否构成数据出境,

应以申报指南的定义为准,申报指南的定义中未明确的部分,可以参考安全评估指南(征求意见稿)的定义。

二、《评估办法》的适用范围(即是否适用安全评估的判断标准)

《网络安全法》《数据安全法》和《个人信息保护法》均提及在符合某些情况的前提之下,数据出境需要履行安全评估等义务,但是,该等规定较为笼统、模糊,缺乏操作空间,《评估办法》首次完整地规定了安全评估的具体适用范围。

《评估办法》第四条规定了应当进行数据出境安全评估的4种情形,其中第4项“国家网信部门规定的其他需要申报数据出境安全评估的情形”为兜底条款。对于这4种情形,数据处理者向境外提供数据的,应当通过所在地省级网信部门向国家网信部门申报数据出境安全评估,本文在此对前述适用情形进行探讨:

(一)数据处理者向境外提供重要数据

《数据安全法》明确了重要数据的处理者定期开展风险评估并向主管部门报送的义务^[1],《评估办法》与《数据安全法》相衔接,再次强调了重要数据出境的情形下需要履行数据出境安全评估的义务。

关于何为“重要数据”,现行法律法规没有给出明确定义。不过,《网络数据安全条例(征求意见稿)》(以下简称“网数条例”)与《信息安全技术 重要数据识别指南(征求意见稿)》(以下简称“重要数据识别指南”)中,均提供了重要数据的识别标准,我们理解可以此作为参考。

《网数条例》指出“重要数据是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用,可能危害国家安全、公共利益的数据”,此外,《网数条例》第七十三条列举了重要数据的类型,未公开的政务数据、出口管制数据、国家基础数据、重点行业的安全生产数据等均被纳入重要数据的范围之内;《重要数据识别指南》指出,重要数据是以电子方式存在的,一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用,可能危害国家安全、公共利益的数据,《重要数据识别指南》特

别注明了重要数据一般不包括国家秘密和个人信息，同样地，《重要数据识别指南》也给出了重要数据的识别因素，例如反映国家战略储备、应急动员能力的数据、关系科技实力、影响国际竞争力的数据等。可以看到，重要数据的类型是无法穷举的，《网数条例》与《重要数据识别指南》提出的重要数据的类型有重合也有不同之处，但唯一可以明确的是判定重要数据最重要的标准是造成的“危害后果”。

《数据安全法》第21条^[2]提出，由国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门制定重要数据目录，进一步参考《网数条例》和《重要数据识别指南》未来相关数据处理者需要根据各地区、各主管部门的规定去识别重要数据的具体类别和详细特征。此外，另一个需要注意的问题是《评估办法》并未规定重要数据出境的数量标准，也就是说只要出境重要数据的，不论数量多寡，都应当履行安全评估义务。

（二）关键信息基础设施的运营者（以下简称“CIIO”）向境外提供个人信息

本项落实了《网络安全法》第37条^[3]提出的“安全评估”义务，即符合CIIO认定规则的主体，确需向境外提供数据，不论数据类型是个人信息还是重要数据，也不论提供数量的多少，都应当按照本条的要求履行安全评估义务。

不过，CIIO应当如何界定，目前法律法规尚未明确。《关键信息基础设施安全保护条例》第9条^[4]把制定关键信息基础设施认定规则的权限赋予给了行业、领域的相关部门。重要行业和领域的主管、监管部门可以结合本行业、领域实际，制定关键信息基础设施的认定规则并据此界定何为CIIO。

目前，实务中，部分企业已经收到了行业和领域的主管、监督管理部门发出的认定通知。就该部分企业，如果涉及到数据出境，应按照《评估办法》的规定申报安全评估，不需要再去界定自身是否属于CIIO。但是CIIO的认定工作是动态的过程，没有收到认定通知并不意味着一定不是CIIO。因此，即使没有收到认定通知，我们仍然建议相关主体根据自身业务和数据处理活动

的具体情况进行内部的预评估。如初步判断符合CIIO的认定标准，则我们建议就数据出境进一步征询相关主管、监管部门的意见。

（三）处理个人信息达到100万人的个人信息处理者向境外提供个人信息

本项从主体与行为两个维度来划定适用范围。其中，主体维度是：处理个人信息达到一百万人次，行为维度是：向境外提供个人信息。我们理解，只要相关主体处理个人信息达到一百万人次的，向境外提供个人信息，不管数量如何，都应申报安全申报，该标准要求较低，实务中很容易落入《评估办法》规制范围之内，我们建议相关方密切关注本项要求下的申报义务。

（四）自上一年度1月1日起累计向境外提供超过十万人以上个人信息或者一万人以上敏感个人信息

本项规定的制定经过了三个阶段：第一个阶段是2017年《评估办法》第九条要求的含有或累计含有50万人以上的个人信息应当报请行业主管或监管部门组织安全评估；而后由于门槛过低可能会给监管部门造成巨大压力，《评估办法》征求意见稿将门槛提升到了100万人，但并未明确累计计算的方法《评估办法》最终确定了滚动、累计计算的模式，也即从数量维度上来看，数据处理者数据出境数量计算最长以两年为周期。

根据我们的实务经验，只要曾经向境外提供过个人信息，或敏感个人信息，达到本项规定的标准，就应当履行申报义务。但是，需要留意的是，上述人数的计算可以去重（通常省级网信办在完备性审查阶段会要求申请人对相关个人信息进行去重），如经去重后累计向境外提供个人信息的人数不再满足上述要求，则不符合本项规定的申报条件，不需要按照本项规定申报安全评估。

三、数据出境风险自评估与数据出境安全评估

（一）数据出境风险自评估成为申请数据出境安全评估的前置程序

《评估办法》延续了2019年《征求意见稿》



的评估体系，要求数据处理者在事先开展数据出境风险自评估（以下简称“自评估”）后再申请数据出境安全评估（以下简称“安全评估”）。结合第6、7条的规定不难发现，设置这一前置程序不仅有利于推动数据处理者自行建立数据出境合规体系，也能减轻网信部门审核的压力。自评估因此成为了数据处理者申报数据出境安全评估的前置程序。

（二）《评估办法》中自评估与安全评估的异同点

《评估办法》第5条规定了自评估的重点评估事项，第8条规定了安全评估的评估事项，二者要求较为类似，但也存在一定程度的差异，我们以表格的形式总结了具体差异如表1。

通过比较，我们发现，相较于自评估事项，安全评估更为宏观一些，主要增加事项包括出境目标地法律环境要求以及境外接收方的数据保护

水平要求。申报指南进一步修正了上述内容，其附件自评估报告（模板）中明确要求就“境外接收方所在国家或地区数据安全保护政策法规和网络安全环境情况”做出说明，附件申报表中明确要求就“遵守中国法律、行政法规、部门规章情况”做出说明。我们认为，自评估报告增加该部分内容是合理的，能够充分向监管机关说明情况，有利于推动安全评估流程更快进行。

（三）安全评估所需材料与评估流程

1. 根据申报指南，安全评估需要提交如下材料：

- （1）数据处理者的基本资料，如统一社会信用代码证件影印件、法定代表人身份证件影印件、经办人身份证件影印件、经办人授权委托书等；
- （2）数据出境安全评估申报书，包括承诺书+数据出境安全评估申报表；
- （3）与境外接收方拟订立的数据出境相关合

表1

自评估事项	安全评估事项	差异点
数据出境和境外接收方处理数据的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性	数据出境的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性	自评估比安全评估增加了境外接收方处理数据的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性
出境数据的数量、范围、种类、敏感程度，数据出境可能对国家安全、公共利益、个人或者组织合法权益带来的风险； 数据出境中和出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、转移或者被非法获取、非法利用等的风险，个人维护个人信息权益的渠道是否通畅等	出境数据的数量、范围、种类、敏感程度，出境中和出境后泄露、篡改、丢失、破坏、转移或者被非法获取、非法利用等风险	要求基本一致。但自评估事项的规定更为具体。例如，特别强调了“个人维护个人信息权益的渠道是否通畅等”。
境外接收方承诺承担的责任义务，以及履行责任义务的管理和技术措施、能力等能否保障出境数据的安全	数据安全和个人信息权益是否能够得到充分有效保障	安全评估事项中未明确规定履行责任义务的管理和技术措施、能力方面的要求，但是从整体上提出了保障要求。
与境外接收方订立的数据出境相关合同是否充分约定了数据安全保护责任义务	数据处理者与境外接收方订立的合同中是否充分约定了数据安全保护责任义务	要求一致
/	境外接收方所在国家或者地区的数据安全保护政策法规及网络安全环境对出境数据安全的影响；境外接收方的数据保护水平是否达到中国法律、行政法规的规定和强制性国家标准的要求	安全评估增加了出境目标地法律环境要求
/	遵守中国法律、行政法规、部门规章情况	安全评估提出了合法合规要求
其他可能影响数据出境安全的事项	国家网信部门认为需要评估的其他事项	/

同或者其他具有法律效力的文件影印件。目前可以参考《个人信息出境标准合同规定（征求意见稿）》附件《个人信息出境合同》拟定

（4）数据出境风险自评估报告，重点内容可以参考上表；

（5）其他材料。

2. 申报评估的流程：

一般为，境内数据处理者自评估→省级网信部门初审→国家网信部门正式评估，具体请见图1。

3.《评估办法》的一些新变化

（1）细化了备案性审查的流程

《评估办法》在《评估办法》征求意见稿的基础上增加了“省级网信部门应当自收到申报材料之日起5个工作日内完成完备性查验”，我们理解当数据处理者交材料递交给省级网信部门时，省级网信部门会对材料进行形式审查，如果材料齐全，省级网信部门会进一步上报国家网信部门，若不齐全，会被“打回”，要求重新补正材料。

（2）取消了安全评估时间的上限

《评估办法》征求意见稿原来规定一般应当在45个工作日内完成安全评估，最长不超过60日，但是《评估办法》删除了60日的上限，这

一改动可能增加安全评估全流程的时间，给数据处理者带来更长的安全评估时间。我们提示相关方，尤其是处理大量、复杂数据的相关方要预估好业务开展周期，避免因评估时间的不确定性给业务带来影响。

（3）增设异议流程

根据《评估办法》第13条，数据处理者对评估结果有异议的，可以在收到评估结果15个工作日内向国家网信部门申请复评，需要注意的是，复评结果为最终结论。

四、法律责任

《评估办法》采用了引致的方式规定了违反《评估办法》的法律责任。根据《评估办法》第18条，违反本办法规定的，依据《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等法律法规处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

我们以表格的形式整理了部分法律责任条款供相关各方参考（见表2）。

五、结语

虽然数据出境安全评估是相对独立的法律要求，但是根据我们的实务经验，数据出境安全评

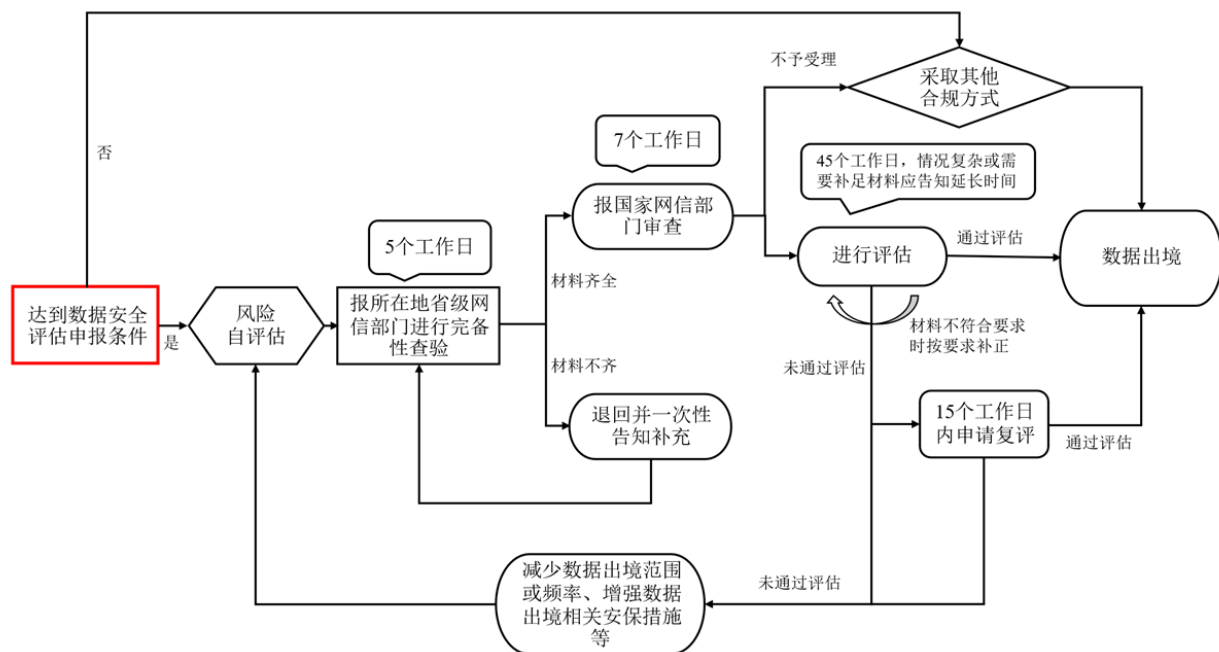


图1

表 2

法律条文	违法行为	法律责任
《个人信息保护法》 第 66 条	1. 违法向境外提供个人信息 2. 向境外提供个人信息未履行保护义务	- 由履行个人信息保护职责的部门责令改正，给予警告，没收违法所得，对违法处理个人信息的应用程序，责令暂停或者终止提供服务；拒不改正的，并处一百万元以下罚款； - 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。 - 情节严重的，由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所得，并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照； - 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。
《数据安全法》 第 46 条	违法向境外提供重要数据	- 由有关主管部门责令改正，给予警告，可以并处十万元以上一百万元以下罚款。 - 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处一万元以上十万元以下罚款。 - 情节严重的，处一百万元以上一千万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。 - 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款。
《网络安全法》 第 66 条	CIIO 1. 违法在境外存储数据 2. 违法向境外提供数据	- 责令改正，给予警告，没收违法所得，处五万元以上五十万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照； - 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。 - 国家互联网信息办公室会同相关部门起草、并于 2022 年 9 月 14 日发布了《关于修改〈中华人民共和国网络安全法〉的决定（征求意见稿）》其中加大了对 CIIO 的处罚力度，将罚金上限调整为“上一年度营业额的百分之五”。

估工作实际上是与企业的合规体系搭建工作息息相关的。如果企业在申报安全评估前已经进行了较为完善的或者至少是一定程度的数据合规体系搭建工作，则安全评估工作也会较为顺利；但是如果企业在申报安全评估前完全没有进行过数据合规体系的搭建工作，则需要补课，相对的工作难度会大很多，所需的时间也会更多。

如果贵公司、企业涉及到数据出境安全评估业务，则我们建议尽快启动数据合规体系的搭建工作或至少参照《评估办法》的要求搭建数据出境自评估体系，以解决迫在眉睫的数据出境安全评估的问题。即便是建立数据出境自评估体系，也不是一项简单的工作，不仅需要符合《评估办法》的要求，也需要参照《网络安全法》《数据安全法》和《个人信息保护法》等相关法律法规的规定，使该体系能够有效运转，需要对出境数据进行分类分级，实现对于分类分级后相关数据的精细化安全管控，需要审查与境外数据接收方

合同的合法合规性，并参照《个人信息出境标准合同》对合同条款进行完善等。

需要特别留意的是，与搭建数据合规体系相同，数据出境安全评估工作也需要组织全方位的支持，需要组织人力、物力、财力、资源等全方位的支持方可顺利进行。如相关各方计划启动数据出境安全评估的申报工作，则对此问题应有充分的、清晰的认知，否则未来工作可能面临众多意想不到的问题。

注释：

- [1] 《数据安全法》第三十条 重要数据的处理者应当按照规定对其数据处理活动定期开展风险评估，并向有关主管部门报送风险评估报告……
- [2] 《数据安全法》第 21 条 国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门制定重要数据目录，加强对重要数据的保护……各地区、各部门应当按照数据分类分级保护制度，确定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据具体目录，对列入目录的数据进行重点保护。
- [3] 《网络安全法》第 37 条 ……因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估……
- [4] 《关键信息基础设施安全保护条例》第 9 条 保护工作部门结合本行业、本领域实际，制定关键信息基础设施认定规则，并报国务院公安部门备案……



□蒲攀宇/文

蒲攀宇律师，中伦文德北京总所合伙人律师，北京大学商法硕士、中国政法大学法学学士，主要业务领域为投融资并购、不良资产以及争议解决，为多家金融机构、上市公司提供过法律服务，涉及的行业包括医药健康、能源矿产、人工智能和房地产等。

从行业特性看法律尽职调查关注要点 ——人工智能医疗器械行业

前言

随着人工智能（AI）的迅速发展，人工智能作为底层赋能技术，应用场景不断拓展，在“AI+医疗”领域，我国对人工智能医疗器械的监管法规也在逐步完善中，包括但不限于《医疗器械监督管理条例（2021修订）》《医疗器械注册与备案管理办法》《医疗器械生产监督管理办法》《医疗器械经营监督管理办法》《人工智能医疗器械注册审查指导原则》。本文拟结合人工智能医疗器械相关法律法规及实务经验，探讨投资人工智能医疗器械项目的法律关注要点，以期为相关行业人员提供参考。

一、人工智能医疗器械的认定

根据《人工智能医疗器械注册审查指导原则》（适用于人工智能医疗器械的注册申报，包括第二类、第三类人工智能独立软件和含有人工智能软件组件的医疗器械）的规定，人工智能医疗器械是指基于“医疗器械数据”，采用人工智能技术实现其预期用途（即医疗用途）的医疗器械。

根据上述定义，人工智能医疗器械的核心要素包括三项，即：“医疗器械数据”、“人工智能”、

“医疗用途”，具体说明如表1。

二、投资人工智能医疗器械项目的法律关注要点

投资人工智能医疗器械项目，除了通常需关注的历史沿革、股权情况、资产负债、劳动人事、诉讼处罚外，本文拟结合该等项目的业务特性探讨投资人工智能医疗器械项目的法律关注要点，具体如下：

（一）医疗器械注册监管

（1）首次注册

根据《人工智能医疗器械注册审查指导原则》的规定，从医疗器械软件角度看，人工智能医疗器械可分为人工智能独立软件和人工智能软件组件，故其类型划分可参考医疗器械软件指导原则相关维度。

进一步参考《人工智能医用软件产品分类界定指导原则》可知：A、该原则中的人工智能医用软件是指基于医疗器械数据，采用人工智能技术实现其医疗用途的独立软件。含人工智能软件组件的医疗器械分类界定可参考该原则。B、该类软件的管理类别应结合产品的预期用途、算法

表 1

核心要素	定义	参考文件
医疗器械数据	医疗器械数据是指医疗器械产生的用于医疗用途的客观数据，如医学影像设备产生的医学图像数据（如 X 射线、CT、MRI、超声、内窥镜、光学等图像）、医用电子设备产生的生理参数数据（如心电图、脑电、血压、无创血糖、心音等波形数据）、体外诊断设备产生的体外诊断数据（如病理图像、显微图像、有创血糖波形数据等）；在特殊情形下，通用设备（非监管对象）产生的用于医疗用途的客观数据亦属于医疗器械数据，如数码相机拍摄的用于皮肤疾病诊断的皮肤照片、健康电子产品采集的用于心脏疾病预警的心电数据等。	《人工智能医疗器械注册审查指导原则》
人工智能	人工智能是指机器表现出与人类智能相关行为的能力，通常是指通过感知周围环境做出合理行动以达到预期目标的计算机软件或系统。人工智能技术从发展驱动要素角度是基于模型 / 数据和算力的算法，其中模型 / 数据是人工智能技术的基础，算力是人工智能技术的保证，算法是人工智能技术的核心。人工智能算法作为人工智能医疗器械的核心，其设计主要考虑算法选择、算法训练、算法性能评估等要求。	《人工智能医疗器械注册审查指导原则》
医疗用途	结合医疗器械的目的，即指：（一）疾病的诊断、预防、监护、治疗或者缓解；（二）损伤的诊断、监护、治疗、缓解或者功能补偿；（三）生理结构或者生理过程的检验、替代、调节或者支持；（四）生命的支持或者维持；（五）妊娠控制；（六）通过对来自人体的样本进行检查，为医疗或者诊断目的提供信息。	《医疗器械监督管理条例（2021 修订）》

成熟度等因素综合判定。对于算法在医疗应用中成熟度低（指未上市或安全有效性尚未得到充分证实）的人工智能医用软件，若用于辅助决策，如提供病灶特征识别、病变性质判定、用药指导、治疗计划制定等临床诊疗建议，按照第三类医疗器械管理；若用于非辅助决策，如进行数据处理和测量等提供临床参考信息，按照第二类医疗器械管理。对于算法在医疗应用中成熟度高（指安全有效性已得到充分证实）的人工智能医用软件，其管理类别按照现行的《医疗器械分类目录》和分类界定文件等执行。

因此，参考上述规定，如果符合相关认定标准，标的企业应就人工智能医疗器械产品申请第二类或第三类医疗器械产品注册，并取得《医疗器械注册证》。如果企业存在生产、经营未取得医疗器械注册证的第二类、第三类医疗器械的情形的，根据《医疗器械监督管理条例（2021 修订）》的规定，可能会受到相应处罚，包括但不限于没收违法所得、没收违法生产经营的医疗器械和用于违法生产经营的物品、罚款、责令停产停业等。

假如标的企业处于医疗器械研发 / 申请注册阶段，那么可重点关注其临床评价资料（免于进行临床评价的除外），比如是否开展临床试验、临床试验是否按照医疗器械临床试验质量管理规范的要求进行、是否在具备相应条件的临床试验

机构进行、是否取得药品监督管理部门批准 / 备案、是否进行伦理审查、是否取得受试者书面知情同意，等等。

（2）变更注册

根据《人工智能医疗器械注册审查指导原则》的规定，如下两点值得注意：

A、人工智能算法更新是否需进行变更注册：“人工智能算法特别是基于数据的算法，具有快速迭代更新的特性。人工智能算法更新属于软件更新范畴，故遵循软件更新的基本原则及要求：人工智能算法更新若影响到人工智能医疗器械的安全性或有效性则属于重大软件更新，应申请变更注册；反之，人工智能算法更新若未影响到人工智能医疗器械的安全性和有效性则属于轻微软件更新，通过质量管理体系进行控制，无需申请变更注册，待下次变更注册时提交相应注册申报材料。”

B、持续学习 / 自适应学习相关事项：“在当前法律法规体系和技术水平条件下，持续学习 / 自适应学习应关闭自学习功能，或者虽开放自学习功能但不得投入使用，即用户始终使用产品原有功能，自学习功能仅用于算法训练或医学科研。注册申请人应按照质量管理体系要求，对自学习功能所产生的产品更新的安全有效性进行验证与确认，必要时申请变更注册，待批准后方能将自

学习功能所产生的产品更新投入使用。”

（二）医疗器械生产监管

根据《医疗器械监督管理条例（2021 修订）》的规定，如标的企业从事第二类、第三类医疗器械生产的，应当向所在地省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门申请生产许可，当然医疗器械注册人/备案人也可以委托符合条件的企业生产医疗器械（具有高风险的植入性医疗器械不得委托生产），并与受托生产企业签订委托协议，明确双方权利、义务和责任。

同时，根据《人工智能医疗器械注册审查指导原则》的规定，人工智能医疗器械生存周期（又称生命周期）过程可基于软件生存周期过程予以建立，具体要求详见医疗器械独立软件生产质量管理规范及其现场检查指导原则；且《医疗器械生产质量管理规范附录 独立软件》亦规定该附录适用于独立软件，软件组件参照执行，其中：独立软件指“具有一个或多个医疗目的，无需医疗器械硬件即可完成自身预期目的，运行于通用计算平台的软件”；软件组件指“具有一个或多个医疗目的，控制、驱动医疗器械硬件或运行于医用计算平台的软件”。

因此，人工智能医疗器械生产企业除应取得生产许可外，还需遵守相关生产质量管理规范。

（三）医疗器械经营监管

根据《医疗器械监督管理条例（2021 修订）》的规定，如标的企业从事第二类医疗器械经营的，向所在地设区的市级人民政府负责药品监督管理的部门备案（按照国务院药品监督管理部门的规定，对产品安全性、有效性不受流通过程影响的第二类医疗器械，可以免于经营备案）；如标的企业从事第三类医疗器械经营的，向所在地设区的市级人民政府负责药品监督管理的部门申请经营许可。同时，从事医疗器械经营，应当依照医疗器械经营质量管理规范的要求，建立健全与所经营医疗器械相适应的质量管理体系并保证其有效运行。

此外，需注意的是，根据《医疗器械经营监督管理办法》的规定，医疗器械注册人、备案人

在其住所或者生产地址销售其注册、备案的医疗器械，无需办理医疗器械经营许可或者备案，但应当符合规定的经营条件；在其他场所贮存并销售医疗器械的，应当按照规定办理医疗器械经营许可或者备案。

（四）科技伦理审查

根据《科技伦理审查办法（试行）》的规定，包括但不限于如下内容：

（1）开展以下科技活动应依照该办法进行科技伦理审查：A、涉及以人为研究参与者的科技活动，包括以人为测试、调查、观察等研究活动的对象，以及利用人类生物样本、个人信息数据等的科技活动；B、涉及实验动物的科技活动；C、不直接涉及人或实验动物，但可能在生命健康、生态环境、公共秩序、可持续发展等方面带来伦理风险挑战的科技活动；D、依据法律、行政法规和国家有关规定需进行科技伦理审查的其他科技活动。

（2）从事生命科学、医学、人工智能等科技活动的单位，研究内容涉及科技伦理敏感领域的，应设立科技伦理（审查）委员会。科技伦理（审查）委员会人数应不少于7人，设主任委员1人，副主任委员若干。

（3）一般程序项下，科技伦理（审查）委员会对审查的科技活动，可作出批准、修改后批准、修改后再审或不予批准等决定。科技伦理（审查）委员会作出的审查决定，应经到会委员的三分之二以上同意。

（五）技术类相关协议

根据《人工智能医疗器械注册审查指导原则》的规定，“人工智能算法编程框架（以下简称算法框架）从开发者角度可分为自研算法框架和现成算法框架，其中自研算法框架即注册申请人自行研发的人工智能算法框架，属于自研软件；现成算法框架是指注册申请人所使用的由第三方开发的人工智能算法框架，视为现成软件，现成算法框架开发者视为医疗器械供应商。”

因此，关于技术类相关协议，就自研算法框架，需关注核心技术人员的相关协议（如知识产



权归属、保密、竞业限制协议)、与其他机构的合作研发协议等;就现成算法框架,需关注现成软件采购协议、外包软件协议等。前述协议的核心关注点,包括但不限于:人工智能医疗器械的核心技术和知识产权的归属、相关权益安排、以及是否存在任何争议;标的企业是否有权就所涉医疗器械申请注册、以及是否有权持续稳定使用相关算法框架/软件;相关协议是否存在任何股权变更、业务开展等限制性条款;相关知识产权是否存在任何授权、许可、转让、质押安排等,以及是否涉及技术进出口问题。

(六) 数据合规

人工智能医疗器械的研发需要基于医疗器械数据,因此,需充分关注标的企业是否在数据方面建立了有效的合规管理,是否符合《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》《国家健康医疗大数据标准、安全和服务管理办法(试行)》等相关规定。

结合《人工智能医疗器械注册审查指导原则》的规定,可以要求标的企业:“提供数据来源合

规性声明,列明数据来源机构的名称、所在地域、数据收集量、伦理批件(或科研合作协议)编号等信息”、“若数据来自公开数据库,提供公开数据库的基本信息(如名称、创建者、数据总量等)和使用情况(如数据使用量、数据质量评估、数据分布等)”等。同时,建议投资人结合商业安排及标的企业自身情况进一步考虑对数据合规情况进行专门梳理及评估。

三、结语

目前我国人工智能医疗器械产业发展迅速,人工智能作为底层赋能技术,为医疗器械行业发展带来了新的助力。投资人在投资该等项目时,除了关注其商业机会及业务运营,亦需了解相关政策法规,与标的企业共同实现合作共赢,促进人工智能医疗器械行业稳健发展。

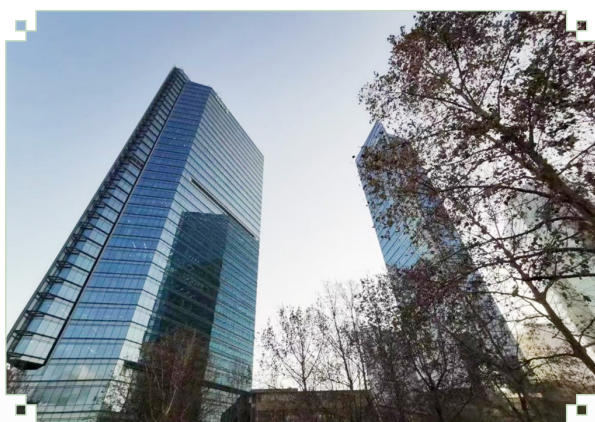
上述仅为笔者的一点思考,尚有不尽完善的地方,而且实践中标的企业存在各自不同的商业运营安排,本文暂列明部分核心关注要点,未列明全部监管或合规事项,投资交易时仍需具体情况具体分析。笔者在此抛砖引玉,以期各位指正、共同探讨。

中伦
文德

咏赞中伦文德诗四首

方登发/文

中伦文德成立二十周年庆典在北京万豪酒店隆重举行。中伦文德 2.0 正式开启。我们即将告别二十年创业奋斗的金泰大厦，在新的征程上，中伦文德必将迎来新的辉煌！以《咏赞中伦文德》记录这一难忘的历史时刻。



咏赞中伦文德之一·亮马星光

泊舟亮马望星辉，曙色初开晓露微。
潮涌江河融暮雪，浪冲霄汉震春雷。
貂裘锦帽旌旗奋，宝剑雕弓瀚海飞。
犹忆惜别挥手日，相约依旧少年归。

咏赞中伦文德之二·坝河远航

西坝河边金泰港，香河园里锦帆扬。
秋来霜染双桥醉，冬去花飞两岸香。
才俊四方还旧部，声名一夜度重洋。
柳芳袅袅传佳话，碧水悠悠更远航。

咏赞中伦文德之三·土城揽胜

烟笼土城紫气来，大都东阙九天开。
金戈铁马挥师地，古道雄关点将台。
胜迹流连空叹咏，新章谱就亦别裁。
文飞四海云霞涌，德誉三江雨润怀。

咏赞中伦文德之四·金泰夕照

光熙门内坝河边，隐隐城垣柳似烟。
无怨寻他千百遍，有缘共我二十年。
文才载道时称善，德信为先世赞贤。
金泰挥别夕照里，明朝共绘彩霞天。

事务所快讯

- ▲ 2023年10月9日，汤森路透旗下国际知名法律媒体《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business)公布了“2023年度ALB印度尼西亚法律大奖”(ALB Indonesia Law Awards 2023)的入围名单，中伦文德律师事务所荣获“年度印尼业务中国律师事务所”(PRC Law Firm, Indonesia Practice of the Year)大奖提名。
- ▲ 近日，由北京市中伦文德律师事务所高级合伙人、刑事法研究院院长许波律师，北京师范大学法学院刑事法律科学研究院博士生导师黄晓亮教授主编，中伦文德多家分所资深刑辩律师共同参与编写的《刑事正义的追求：中伦文德刑事辩护典型案例精选》一书，由中国政法大学出版社正式出版发行。
- ▲ 2023年10月9日，中伦文德武汉分所乔迁新址武昌襄阳大厦16楼重新开业。襄阳大厦为武昌中北路地标、国际5A甲级写字楼，由襄阳市千亿国资公司—汉江国投投资25亿元在武昌打造，紧邻武汉长江二桥、沙湖大桥，飞速抵达武汉三镇，地铁4号线无缝接驳，交通便捷，四通八达。襄阳大厦处于武汉华中金融城轴心，背靠湖北省政府机关，辐射武汉华中金融城与滨江商务区，周边大型金融机构、省属国资公司林立，优享顶级商务资源。
- ▲ 为持续性提升本所律师的执业素养、拓展法律服务新思路，10月13日下午，第三期刑辩沙龙活动在北京市中伦文德(西安)律师事务所如期举行。本次沙龙以“从近期热点事件看企业刑事合规”为主题，从多维度探讨在当前市场环境下如何识别、评估和预防企业面临的刑事风险，并制定相应的计划和措施。
- ▲ 2023年10月14日上午，北京市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、人工智能法律专业委员会主任徐云飞律师受邀在北京师范大学京师法律伦理大讲堂开展第二十四讲“数据合规业务中的职业能力和职业伦理”讲座。本次讲座由北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院廖明副教授主持，逾200余名同学参加。
- ▲ 2023年10月14日上午，“缘起华大，缘聚安徽”华侨大学安徽校友会成立大会暨就职典礼于在合肥市书法大厦顺利举行。北京中伦文德(合肥)律师事务所副主任江亮律师当选为华侨大学安徽校友会首任会长，高级合伙人梁异律师当选为华侨大学安徽校友会副秘书长，韩朋飞律师当选为华侨大学安徽校友会监事。
- ▲ 为引进高校人才，提高律所人才储备，强化校企合作，2023年10月16日，应安徽大学法学院邀请，北京中伦文德(合肥)律师事务所等二十余家律师事务所共同参加了安徽大学法学院专场招聘会。我所高级合伙人谢泽海律师，行政主管丁晓倩参加了此次专场招聘活动。
- ▲ 2023年10月17日，北京中伦文德(南昌)律师事务所梁成意律师受国家电投江西公司邀请，为企业相关中层领导干部讲授《国企合规：基本原理、主要内容与实践运用》讲座。2023年10月19日，梁成意律师受江西省国资委邀请，为各地市国资委领导讲授《国企合规：基本原理、主要内容与实践运用》讲座。
- ▲ 2023年10月18日上午10时，中伦文德(天津)事务所在融汇广场A座37层举行扩租办公室揭牌及启用仪式，37层办公室完成了装修等一系列前期工作，正式投入使用，事务所创始合伙人温志胜律师、肖青律师，高级合伙人周景伟律师、刘志刚律师、唐震律师、张世明律师、邓懿律师、董萌律师、刘冬军律师、娄爽律师、孙娜律师、吴惠方律师及高级顾问季庆庸出席参加。
- ▲ 2023年10月19日，为落实山西焦煤霍州煤电集团“学法、懂法、用法”及企业合规管理要求，霍州煤电集团沁安煤电有限责任公司特邀北京中伦文德太原律师事务所任瑞琳、杨晗律师开展企业合规专题法律培训，霍州煤电集团沁安煤电有限责任公司高度重视，全体领导班子成员参加培训。
- ▲ 2023年10月19日至20日，北京市中伦文德(大连)律师事务所为增强员工的身心健康，加深团队合作，在律所精心准备下，开启了此次两天一夜的本溪团建活动。
- ▲ 2023年10月20日，北京市中伦文德律师事务所在东方明珠乡村俱乐部成功举办“庆祝中伦文德成立20周年暨2023中伦文德·瑞众杯(第八届)高尔夫友谊赛”。本届友谊赛大咖云集，十余家国内头部律所，包括金杜、中伦、天元、大成、北大法学院校友高尔夫球队、中国政法大学校友高尔夫球队等同道、同行，以及众多与本所长期合作的客户共80余名选手，同场竞技，共贺中伦文德成立20周年。

- ▲ 为发挥党建引领作用，积极履行社会责任，切实提高社区居民的法律意识，2023年10月21日，北京中伦文德（合肥）律师事务所律师梁异应邀参加由笔架山街道综治中心、荷叶地派出所、天鹅湖社区主办的“天鹅湖社区‘六情’大走访活动”，对社区居民疑惑进行普法。
- ▲ 2023年10月24日，中伦文德（天津）律师事务所高级合伙人娄爽律师担任辩护人的“郑州男子意外碾死躺道栏杆下老太案”二审宣判，郑州铁路运输中级法院采纳娄爽律师所提“被告人张中华的行为不构成过失致人死亡罪”的辩护意见，驳回了检察院的抗诉，维持了原判，宣告张中华无罪。这是娄爽律师执业以来收获的第二份无罪判决。
- ▲ 2023年10月17日-21日，INTERLAW国际律师联盟2023年全球年会在中美洲国家哥斯达黎加举行。来自世界各地近200多位律师齐聚这个美丽的中美洲国家，在五天的时间里共同分享各自法域的执业经验。中伦文德律师事务所作为INTERLAW在中国大陆法域唯一的成员律所，此次派出由林威博士、周力思律师、梁新越律师、蔡芸律师、付嫣然律师组成的代表团全程参与此次年会。
- ▲ 近日，教育出版全产业链技术服务商杭州云梯科技有限公司宣布完成近亿元B+轮融资，本轮融资由安吉政府产业基金领投。本轮融资前，云梯科技已经完成由上市公司掌阅科技、启创资本（QC Capital）、羲融创投、科发资本、天使湾创投、银杏谷资本等多家知名创投机构数亿元的融资。中伦文德高级合伙人张彦周律师、项目组成员赖丹、丁成铭、孙嘉璐组成的律师团队为本轮融资提供了全程法律服务，在交易文件审阅和修改、交易谈判、交割等环节提供了全面的支持和协助。
- ▲ 2023年10月20日，第三届AMWC China世界美容抗衰老大会在成都天府国际会议中心盛大开幕，经成都市医疗美容产业协会组织专家审查通过的《医疗美容广告发布规范》（T/CMAIA 001—2023）团体标准正式发布。中伦文德成都分所医药健康团队罗凯伦律师，凭借在医药健康行业的多年法律实务经验，全程讨论并参与了该《医疗美容广告发布规范》团体标准的起草及编制工作，规范通过了国家标准委全国团体标准信息平台批准，并在该平台正式发布。罗凯伦律师作为我所代表荣获成都市医疗美容产业协会颁发的“全国团队标准起草人证书”。
- ▲ 经过严格的招投标及评审程序，2023年10月25日，河北银行股份有限公司正式发布招投标结果，经过公示期，中伦文德石家庄分所成功中标河北银行2023年个人授信业务清收服务商入围项目。
- ▲ 2023年10月26日，香港凌永山律师行（Ling & Lawyers）凌永山律师等一行受邀到访北京市中伦文德（深圳）律师事务所，中伦文德集团副董事长、深圳分所创始合伙人洪国安律师、中伦文德深圳分所主任程海群律师、中伦文德深圳分所党支部书记、高级合伙人张若鸿律师、高级合伙人陈康康律师、高级合伙人刘瑞娜律师等对香港凌永山律师行（Ling & Lawyers）一行的到来表示热烈欢迎，双方举行座谈并达成战略合作协议。
- ▲ 2023年10月26日上午，由山西省建筑业协会主办，北京中伦文德太原律师事务所、山西成诚律师事务所协办的建设工程示范文本修改研讨会在北京中伦文德太原律师事务所大会议室隆重召开。
- ▲ 为了丰富律师的知识体系，提升执业专业素养，为法律工作提供更多指导和启发，2023年10月27日，北京市中伦文德（重庆）律师事务所特邀平安集团私人财富管理师、高级营业部经理、MDRT（美国百万圆桌会员）万兵，在本所举办“私人财富管理及家族信托”知识分享专题讲座。
- ▲ 2023年10月31日至11月2日期间，由北京市司法局、内蒙古自治区司法厅、江苏省司法厅、河南省司法厅及四省市区律师协会共同主办，内蒙古自治区司法厅和律师协会承办的京蒙苏豫涉外法律服务研讨会暨专题培训班在满洲里市成功举办。中伦文德（郑州）律师事务所张碧舟律师参加研讨会，其论文荣获三等奖。
- ▲ 作为中伦文德成立二十周年所庆系列活动的一部分，也为了进一步提升中伦文德全体青年律师和律师助理的职业技能与律所凝聚力，中伦文德总所执委会决定开展第一期青训营活动。2023年11月2日-4日在这个如诗如画的秋季，我们邀请中伦文德全国各地的一百余位青年才俊共同在北京怀柔参与一届充实、活泼的系列培训交流活动。
- ▲ 随着社区建设的快速发展，社区法律服务的领域不断扩大，服务内容也更加丰富，为更好地交流社区法律服务心得、提升法律服务品质，2023年11月3日14:30中伦文德成都分所所在律所会议室举行了“基层社区法律服务”沙龙活动。本次沙龙会由高级合伙人代渠阳律师主持，肖雅升律师、方毅律师、胡策律师分别给大家带来专业领域的分享。



- ▲ 为深入学习贯彻习近平法治思想，推动实现党组织的优势互补，在全面提升国有企业职工法律意识、法律知识水平的同时，推动业务发展与交流，努力构建“资源共享、优势互补、互相促进、共同提高”的党建工作新格局，2023年11月7日，云南烟草国际有限公司部分党支部与北京市中伦文德（昆明）律师事务所党支部联合开展“以学正风强党性，踔厉奋发铭初心”为主题的党建共建交流活动。
- ▲ 2023年11月7日，北京市中伦文德（成都）律师事务所主任王志坚律师应邀为北京市中伦文德（南昌）律师事务所作《产品化医药法律服务》法律讲座。会议由管委会主任闵光柏主持。
- ▲ 2023年11月9日下午，北京市中伦文德律师事务所副主任、高级合伙人李敏律师受邀参加2023年清华大学法学院奖学金颁奖典礼，为李勇德、孙鹏、林之梁、徐嘉莹、韩俭俭、廖雨歆、孙乙可、陈沁心、胡润奇、王诺、尹芳婷、林佳镛等12名获奖学生颁发“中伦文德奖学金”。参加颁奖典礼的还有清华大学法学院党委副书记陈杭平老师等代表。
- ▲ 2023年11月10日，北京市中伦文德（成都）律师事务所王志坚医药健康团队罗凯伦律师受四川省药品监督管理局的邀请，为相关处室和各检查分局执法人员开展了主题为“行政强制措施实务讲解”的专题讲座。本次参会人员包括药品生产监督管理处、药品流通监督管理处、医疗器械监督管理处、化妆品监督管理处、政策法规处、各检查分局负责人及业务骨干各1人。
- ▲ 为了满足社区居民日益增长的法律服务需求，发挥律师职业特性和党员党性，推动法律服务下基层。11月10日，中共北京中伦文德（济南）律师事务所党支部受邀与甸柳社区街道举办的“你好·街坊”公益活动，为居民提供普法宣传和咨询。
- ▲ 近日，中伦文德律师事务所与中国机械科学研究总院集团有限公司正式签订《法律顾问合同》，受聘担任中国机械总院的常年法律顾问。中国机械总院的前身是机械工业部机械科学研究院，成立于1956年。是国务院国资委监管的中央直属科技型企业集团，拥有18家全资（控股）子公司。
- ▲ 为充分发挥党建引领普法宣传新活力，进一步强化社区居民法律意识，弘扬法治精神，2023年11月11日，北京中伦文德（合肥）律师事务所党员律师袁圣琮应邀参加由笔架山街道综治中心、荷叶地派出所、天鹅湖社区主办的“天鹅湖社区‘六情’大走访活动”，将优质的法律服务送到社区居民身边。
- ▲ 法学理论是法律实务的基础，法律实务则是法学理论的展现。为深入推进校所共建，培养高校法学生的理论结合实务的法律思维，2023年11月15日下午，北京中伦文德（合肥）律师事务所高级合伙人、刑法与刑事诉讼法律事务部主任汪剑律师，应安徽皖西学院法学院的邀请进行专题授课。
- ▲ 2023年11月17日上午，中伦文德太原分所张蕊律师受邀在山西一建集团有限公司为所属项目经理开展专题培训，集团总法安泽玉主持。张蕊律师以《从建设工程争议解决谈项目法律风险管控》为题，围绕建设工程司法实践中的主要争议解决，如建设工程管辖争议、诉讼主体地位争议、合同效力争议、工期争议等全方位针对性地提出了具体法律风控措施。
- ▲ 为提升学生的法律意识，杜绝校园欺凌，维护校园安全，11月17日下午，石家庄一中东校区特邀中伦文德石家庄分所王培力律师，为初一年级学生带来《拒绝校园暴力，抵制校园欺凌》专题讲座。
- ▲ 2023年11月18日下午，中伦文德大连分所合伙人金雪莲律师受邀参加大连市朝鲜族企业家协会第五届第一次法律知识讲座。作为本次受邀的讲师之一，金雪莲律师分享了关于《董监高的禁止行为》为主题的法律知识讲座。
- ▲ 2023年11月18日至11月20日，智合论坛2023“勇敢者归来”于上海陆家嘴国际会议中心隆重展开。全球专家学者、行业领军人物、商业领袖代表、法律业界贤达齐聚黄浦江畔，2000多位“勇敢者”们共同参与了为期3天的“知识和朋友的法律嘉年华”。北京市中伦文德律师事务所作为论坛支持单位，由事务所负责人和主任夏欲钦、副主任李敏、执委会执委李政明、执委会执委胡高崇、监委会委员武坚，以及中伦文德天津、上海、西安、大连、常州等分所的多位主任和律师出席了此次盛会。
- ▲ 根据天津市司法局相关要求，鼓励天津市律师事务所发展海事业务，充分发挥优秀海事业务律师事务所的示范带头作用，市律协于11月25日开展海事海商法律服务示范机构律师事务所评审工作。由评审小组对律师事务所提交的示范机构申请材料进行综合评审。经过严格评审，中伦文德（天津）分所成功入选“海事海商法律服务示范机构”。
- ▲ 2023年11月20日，权威法律媒体《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business）公布了“2023年ALB China中国最大30家律所”（Top 30 China Domestic）榜单。北京市中伦文德律师事务所凭借卓越的市场表现和强大的业务能力已连续7年荣登该榜单。

- ▲ 为进一步加强中伦文德律师事务所的专业化建设以及总分所业务合作，促进总分所联动发展，2023年11月20日上午9时至12时，中伦文德律师事务所北京总所与天津分所、常州分所、苏州分所、西安分所、大连分所到上海分所办公室开展座谈交流。
- ▲ 北京中伦文德（合肥）律师事务所自成立以来，一直聚焦社会责任，关心教育事业。为激发广大学生的学习积极性，培养学生成为知识、能力、素养三位一体的复合型法律专门人才。中伦文德合肥律所与安庆师范大学法学院合作，设立了“中伦文德奖学金”。
- ▲ 2023年11月22日，由深圳市律师协会福田区律师工作委员会主办，福田区律工委律师事务所发展与管理工作中中心、人才发展与行业建设工作中中心、公益事务工作中中心联合承办的“走近福田律所”系列活动第九期“走近中伦文德所”在福田区深业上城写字楼A座26楼北京市中伦文德（深圳）律师事务所顺利举办。
- ▲ 近日，昆明市召开2023年新的社会阶层人士实践创新基地、工作站、联络点授牌仪式，北京市中伦文德（昆明）律师事务所荣获市级2023年新阶实践创新基地、工作站、联络点授牌。
- ▲ 2023年11月23日下午，中伦文德太原分所陈建军律师受晋城市农村商业银行股份有限公司邀请，为所属担保业务骨干及领导进行金融担保业务合规审查与风险防控专题培训讲座。
- ▲ 近日，北京市中伦文德（西安）律师事务所高级合伙人周敏律师受邀前往蒙古国驻华大使馆与参赞满都哈先生交流。双方就法律合作、商业法律环境以及两国法律制度的发展等方面进行了深入而友好的探讨。
- ▲ 北京时间2023年11月27日上午，由中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）主办，北京市中伦文德律师事务所联合举办的“国际商事仲裁裁决在拉丁美洲的承认与执行”专题线上研讨会成功举行。中伦文德胡百全（前海）联营律师事务所（P&Z）拉丁美洲法律事务部负责人、合伙人梁新越律师担任本次研讨会主持。
- ▲ 为进一步加强校园安全管理，杜绝校园欺凌的发生，提高学生的法治意识。2023年11月28日下午，北京中伦文德太原律师事务所杨振华律师走进海边街小学，以“向校园欺凌说不！”为主题，为近百名同学及老师们带来了一堂生动活泼、实用性强的法治课。
- ▲ 为学习时代楷模，汲取榜样力量，厚植爱国主义情怀，2023年11月29日，中共北京市中伦文德（昆明）律师事务所支部委员会党支部联合中共云南省金东方律师事务所支部以电影党课的形式，观看以时代楷模张桂梅同志为原型的电影《我本是高山》引导党员学习张桂梅同志对党忠诚、忘我奉献、乐观坚韧、艰苦奋斗的精神品格。
- ▲ 2023年12月2日，中伦文德律师事务所在北京市维景大酒店成功举办了“中伦文德20周年系列主题活动之一—证券资本市场沙龙活动”。本次活动由中伦文德证券资本市场资深合伙人曹春芬律师发起并组织，中伦文德总所证券资本市场团队刘晓琴律师、李志平律师、汪艳祯律师及杭州分所张彦周律师团队参与筹备
- ▲ 近日，北京市中伦文德（福州）律师事务所高级合伙人张忠富律师及许偲博士应顾问单位中石油昆仑燃气有限公司福建分公司、中国石油天然气股份有限公司天然气销售福建分公司邀请，为两家顾问单位提供2023年度法律知识讲座。
- ▲ 近日，江西省司法厅印发《关于通报表扬全省优秀律师事务所和全省优秀律师的决定》其中北京市中伦文德（南昌）律师事务所肖文军律师被评为全省优秀律师。
- ▲ 2023年12月4日为国家宪法日，北京市中伦文德律师事务所合伙人曹春芬律师受邀为北京京能科技有限公司及下属企业开展宪法相关讲座。该公司采用线上线下相结合的方式参加培训。
- ▲ 为了提高学生的综合素质和职业能力、培养更优秀的法律人才，2023年12月4日，北京市中伦文德（石家庄）律师事务所与河北政法职业学院国际法商系举行《校企合作协议书》签约仪式，本次签约仪式在学院会议室举行，双方代表就合作细节进行了深入交流和探讨达成了“校企合作，共育英才”的主旨。
- ▲ 2023年12月5日下午，北京市中伦文德（青岛）律所副主任、高级合伙人马伟中、王文贵，律师刘广苑、王震走访北京市中伦文德（长沙）分所，与长沙分所党支部书记、主任田学军、党委副书记彭维汉，管委会主任王涛，副主任魏旭兰，涉外国际部主任段优进行座谈交流。
- ▲ 2023年12月6日上午，北京市中伦文德（青岛）律师事务所律师刘嘉回到母校初中蓬莱市大辛店中学进行普法宣讲，组织学生们参与模拟法庭并学习预防未成年人犯罪知识。

- ▲ 2023年12月6日下午14:30,由云南省民政厅、云南省司法厅联合主办,盘龙区联盟街道金江路社区承办,盘龙区人民检察院、盘龙区人民法院、北京市中伦文德(昆明)律师事务所、同德商场、辖区居民等近500人参与的“宪法进社区”主题活动,在同德A区小广场正式开幕。
- ▲ 2023年12月6日,为积极贯彻习近平法治思想,传承宪法文化,弘扬法治精神,响应12.4宪法日宣传号召。同时为了加强企业建设施工法律意识,有效预防法律风险,霍州煤电集团沁安煤电有限责任公司特邀请中伦文德太原分所杨晗律师开展专题讲座。
- ▲ 为深入学习贯彻党的二十大精神,贯彻落实习近平总书记关于全面依法治国的重要论述,充分展现律师责任担当,助力法治清徐建设,中伦文德太原分所协同清徐县人民检察院、清徐县人民法院、县司法局各政法单位联合成立“清阳宣讲团”2023年12月7日,北京中伦文德太原律师事务所张冬丹、杨晗律师作为“清阳宣讲团”成员前往清徐县西谷乡开展宣讲活动,本次宣讲活动在西谷乡政府召开。
- ▲ 2023年12月7-8日,出海全球化顶级智库EqualOcean主办的「2023出海全球化百人论坛」(GGF2023)在上海长宁区圆满落幕。EqualOcean于论坛期间重磅发布《2023中国出海全球化方向法律服务机构Top10榜单》。该榜单旨在发现和表彰积极支持源自中国的优秀企业家/创新企业走向全球并助力其行稳致远的10家法律服务机构,中伦文德律师事务所成功入选EqualOcean2023中国出海全球化方向法律服务机构Top10榜单。
- ▲ 为全面贯彻落实党的二十大精神,充分发挥先进典型表率示范作用,推动山东律师行业高质量发展,2023年5月,省律师行业党委、省律师协会开展了第五届“山东省优秀律师”评选活动,中伦文德济南分所主任付春律师荣幸获评第五届“山东省优秀律师”光荣称号。
- ▲ 近日,北京市中伦文德(昆明)律师事务所中标云南省交投集团下属云南省公路工程监理咨询有限公司法律服务项目,双方于2023年11月20日正式签订协议。由高级合伙人谢佳融律师、高级顾问汪黎律师,以及专职律师顾欢、李源、文水莲、杜宋李、龙健云、韩霞、吴杰、彭朝政、孙侗、马雨琦(实习律师)组成的专业法律服务团队将为监理咨询公司提供专业的法律服务。
- ▲ 中伦文德北京总所于2023年6月受聘成为自然资源部常年法律顾问律所,近日,中伦文德太原分所合伙人李飞律师团队经过山西省自然资源厅公开招投标程序,最终也中标成为山西省自然资源厅2024年度法律顾问。
- ▲ 2023年12月9日,由中国种子协会举办的企业法律培训班在杭州成功举办。北京市中伦文德律师事务所合伙人、税法专业委员会主任朱传炉律师,作为中国种子协会法律顾问团专家成员受邀参加了本届法律培训大会。朱传炉律师演讲主题为《企业财务管理法律风险防范与控制》。朱传炉律师与参会会员就普遍关注的实务问题展开答疑和讨论,现场反响热烈。
- ▲ 2023年12月9日,由中伦文德天津分所协办的天津市法学会知识产权法学研究会2023年年会、“知识产权津门论坛”暨“京津沪渝知识产权论坛”于天津政协俱乐部圆满召开,本所五名律师代表包括创始人主任律师温志胜、合伙人律师黄冀蒙、合伙人律师王西巧仙、律师刘媛、律师助理赵瀛瑄受邀参会。并且,在本次召开的理事会中,合伙人黄冀蒙律师被增补为理事。
- ▲ 2023年12月9日下午,苏州市吴江区律师协会第五届二次律师大会暨2023年度会议在吴江宾馆召开。中伦文德苏州分所冯运晓律师在会议上作2023年度吴江区律师协会工作报告。在随后的年度评优活动中,中伦文德苏州分所肖波律师和尤恒昱律师因今年10月,由江苏省律协组织“民法典与相关司法解释的理解与适用专题研讨会”中,所撰写的论文分别获优秀奖、入选研讨会论文集。冯运斐律师被评为本年度吴江律协“优秀撰稿人”被评为本年度吴江律协“先进个人”。
- ▲ 2023年12月12日至15日期间,北京市中伦文德(成都)律师事务所王自英团队成功帮助华阳街道矛调中心调解了一起关于网吧店长意外死亡纠纷。这是一起涉及网吧投资人与死者家属的纠纷,经过多方努力,最终达成了调解协议,成功化解了矛盾。王自英律师团队长期担任华阳街道矛调中心调解员,今年以来已成功化解了多起纠纷,受到了中心的一致肯定。
- ▲ 2023年12月14日,中伦文德上海分所合伙人段庆喜律师受邀赴张家港,为张家港港务集团各子公司法务风控部门工作人员提供证据法培训授课。这次培训的主题为“港口企业如何加强单证管理,做好证据收集”。段律师的培训内容涵盖证据的概念和种类、举证规则、举证标准和证据的证明力、收集证据的技巧及注意事项、案例分析等。

- ▲ 12月17日,“江西省企业法律顾问协会2023年理事会工作会暨法律知识培训会”在江西宾馆顺利举办。本次会议由江西省企业法律顾问协会主办,北京市中伦文德(南昌)律师事务所协办,江西省水投文化教育咨询有限公司承办。江西省江铜股份有限公司、新余钢铁集团有限公司、江西省国有资本运营控股集团有限公司、江西省大成国有资产经营有限公司、江西省建工集团等省属国有企业参加了本次会议。北京市中伦文德(南昌)律师事务所曾被选为副会长单位。
- ▲ 2023年12月19日,重庆市律师协会第八次律师代表大会隆重召开。为树立行业标杆,推动职业化、专业化成长,促进行业规范拓展,激励全市律师事务所和广大律师在全面依法治国的新征程上奋勇争先,在服务高质量发展创造高品质生活中担当作为。会上,市律师协会对表现突出的律所及律师进行了表彰,曾杰书记被授予重庆市律师协会“2019-2022年度重庆优秀律师”荣誉称号。
- ▲ 2023年12月20日,北京市中伦文德(深圳)律师事务所姚为一律师、张茜律师,受邀为法律顾问单位深圳市深业泰富广场商业有限公司开展“商场运营管理相关合规要点”法律讲座。深业泰富物流集团股份有限公司、深圳市深业家之福家居建材有限公司部分领导同事共同参加本次活动。
- ▲ 2023年12月19日下午,西南政法大学企业合规论坛第11期、法学与科学融通型博雅人才成长营第2期第7次跨学科讲座以“企业合规体系建设与贯标认证一以医药企业为例”为主题在毓才楼3323圆满举行。北京市中伦文德(成都)律师事务所主任王志坚律师担任主讲嘉宾。
- ▲ 北京市中伦文德(石家庄)律师事务所于2023年12月22日应邀参加庄窠社区“零工落地,便利惠民生”的大型帮就业服务活动,该活动由长安区就业局主办、长安区灵活用工市场承办。该活动对零工市场进行资源整合、提升零工市场的规范程度;加快帮助企业释放工作量,提升核心竞争力;有效为政府解决零工市场管理工作的难题。
- ▲ 2023年12月23日,中国廉政法制研究会第三次会员大会暨2023年年会在北京成功召开。本次大会由中国廉政法制研究会主办、北京师范大学法学院承办。本次会议宣读了《中国法学会关于中国廉政法制研究会换届请示的批复》,表决通过了《中国廉政法制研究会换届选举办法》,选举产生了中国廉政法制研究会第三届理事会。经过选举,中伦文德合伙人陈建律师当选理事。
- ▲ 为帮助青年律师解决执业过程中遇到的实际问题,通过分享职场技巧与法律实践经验,帮助青年律师更好地适应职场环境、提升实务技能和综合能力,同时充分发挥资深律师对青年律师和实习律师的“传帮带”作用,12月25日下午,《青年律师职业发展与法律实务经验分享》讲座在北京中伦文德(合肥)律师事务所会议室成功举办,所内多名青年律师参加。
- ▲ 近日,最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例若干问题的解释》和涉外民商事案件适用国际条约和国际惯例典型案例。中伦文德(天津)律师事务所高级合伙人律师袁伟明、合伙人律师林新华、律师孙宁婕办理的“西湖橡塑科技有限公司(SEI WOO POLYMER TECHNOLOGIES PTE. LTD)与西湖(天津)橡塑制品有限公司国际货物买卖合同纠纷案”和“北京康捷国际货运代理有限公司与三星财产保险(中国)有限公司天津分公司、大韩航空公司代位求偿权纠纷案”两案入选。
- ▲ 2023年喜逢中伦文德二十周年华诞,于新年即将开启之际,中伦文德律师事务所二十周年庆典于12月28日在京隆重举行。本次庆典活动以“行稳致远·拓启新篇”为主题,汇聚各级领导、专家学者、客户、媒体代表、中伦文德总所及26家分所主任及合伙人、律师、中后台人员等共400余人,携手参与此次盛典,一同见证中伦文德二十年踔厉风发的成果与喜悦。

中伦
文德



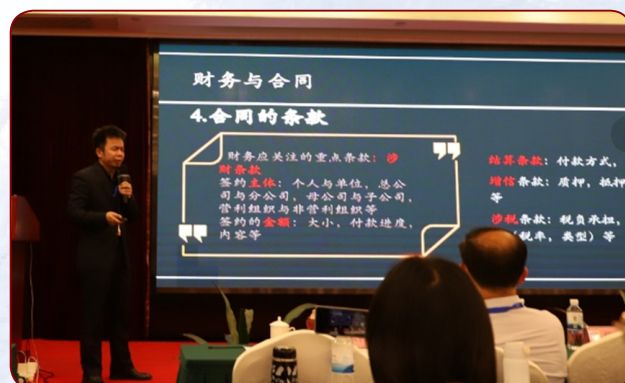
2023年11月9日下午，北京市中伦文德律师事务所副主任、高级合伙人李敏律师受邀参加2023年清华大学法学院奖学金颁奖典礼，为李勇德、孙鹏、林之梁、徐嘉莹、韩俭俭、廖雨歆、孙乙可、陈沁心、胡润奇、王诺、尹芳婷、林佳铭等12名获奖学生颁发“中伦文德奖学金”。参加颁奖典礼的还有清华大学法学院党委副书记陈杭平老师等代表。



2023年11月20日，权威法律媒体《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business)公布了“2023年ALB China中国最大30家律所”(Top 30 China Domestic)榜单。北京市中伦文德律师事务所凭借卓越的市场表现和强大的业务能力已连续8年荣登该榜单。



2023年12月4日为国家宪法日，北京市中伦文德律师事务所合伙人曹春芬律师受邀为北京京能科技有限公司及下属企业开展宪法相关讲座。该公司采用线上线下相结合的方式参加培训。



2023年12月9日，由中国种子协会举办的企业法律培训在杭州成功举办。北京市中伦文德律师事务所合伙人、税法专业委员会主任朱传炉律师，作为中国种子协会法律顾问团专家成员受邀参加了本届法律培训大会。朱传炉律师演讲主题为《企业财务管理法律风险防范与控制》，朱传炉律师与参会会员就普遍关注的实务问题展开答疑和讨论，现场反响热烈。



2023年12月23日，中国廉政法制研究会第三次会员大会暨2023年年会在北京成功召开。本次大会由中国廉政法制研究会主办、北京师范大学法学院承办。本次会议宣读了《中国法学会关于中国廉政法制研究会换届请示的批复》，表决通过了《中国廉政法制研究会换届选举办法》，选举产生了中国廉政法制研究会第三届理事会。经过选举，中伦文德合伙人陈建律师当选理事。



2023年喜逢中伦文德二十周年华诞，于新年即将开启之际，中伦文德律师事务所二十周年庆典于12月28日在京隆重举行。本次庆典活动以“行稳致远·拓启新篇”为主题，汇聚各级领导、专家学者、客户、媒体代表、中伦文德总所及26家分所主任及合伙人、律师、中后台人员等共400余人，携手参与此次盛典，一同见证中伦文德二十年踔厉风发的成果与喜悦。

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

北京、上海、成都、石家莊、天津、西安、太原、瀋陽、廣州、深圳、香港、重慶、長沙、昆明、雲南、貴州、陝西、湖南、湖北、安徽、江蘇、浙江、福建、廣東、廣西、四川、河南、山東、山西、遼寧、吉林、黑龍江、內蒙古、新疆、青海、西藏、陞格達

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