

2024 年度优秀法律文书汇编



郑州市律师协会

二〇二五年五月

序 言

法律文书是律师的基本专业技能，是律师为客户和当事人提供法律服务的主要成果，是律师专业服务智慧的结晶，集中展示了律师运用法学理论知识解决现实法律问题的思路、方法和方案，体现了律师专业性和规范性。

郑州市律师协会始终倡导律师在提供法律服务过程中勤勉尽责、精益求精、追求卓越，积极推动律师专业化发展，高度重视律师出具法律文书的质量和水平。为进一步提高郑州律师的法律服务质量和法律文书撰写技能，促进郑州律师之间的专业交流，2024年12月16日，郑州市律师协会发出《开展2024年度优秀法律文书、优秀法律论文评选活动》的通知。截止2025年1月20日，郑州市律师协会共收到参选法律文书187篇，其中：刑事类48篇，民商类118篇，行政类13篇，非诉类8篇。郑州市律师协会组成评审委员会，按照评审规则和评审标准，从选题、格式与结构、语言表达、说理分析、法律适用、社会效果等六个方面对参选法律文书进行了综合评审。经过初审、复审、专家评审等程序，最终综合评定优秀法律文书44篇，其中：一等奖5篇，二等奖18篇，三等奖21篇。

为发挥优秀法律文书的示范作用，促进郑州律师和律师事务所的业务交流与互动，提升郑州律师的执业能力和服务水平，践行律师的专业精神，郑州市律师协会决定将2024年度优秀法律文书汇编成册，供郑州律师学习借鉴和参考。

在评审过程中，得到了郑州大学刘德法教授、吕明瑜教

授以及其他优秀同行的无私支持，在此一并表示感谢！

因时间仓促，汇编难免存在疏漏，欢迎大家批评指正。

郑州市律师协会
二〇二五年六月

编辑委员会

顾问	杨雷法				
主编	赵虎林				
副主编	冯明辉	李 韬	白永理	朱秀峰	李燕燕
	朱 丹	李国旺	王 宏	王振洋	史浩洁
编辑	何红艺	余文锐	郭超毅	生 辉	李梦翔
	李红新	冯振国	李桂萍	李连武	刘薇薇
	田 兵	黄荣士	杨成斌	袁 伟	高 华
	董 彬	代福华	袁军房	王水力	赵书瑞
	何淑娟	李祥文	孟淑慧	唐建科	寇 华
	金 洁	张静静	郑培乐	司爱军	刘 宾
	吕林坡	张祖勤	李新颖	张文凤	陈红岩
	马娜娜	杨 琛	苗伟峰		

目 录

非 诉 类

1. XX 股份有限公司向特定对象发行 A 股股票的法律意见书
——河南仟问律师事务所 高恰 时玉珍.....2
2. 关于河南省 B 文化旅游集团有限公司的法律尽职调查报告
——北京天元(郑州)律师事务所 田兵 焦永涛 李玉龙 李军伟.....27
3. 关于信阳 B 家居有限公司法律尽职调查报告
——北京高文(郑州)律师事务所 肖正海 刘琛 高振杰 郭艳敏
(实习)178

行 政 类

4. 原告广西××管道燃气有限公司诉被告一南宁××区人民政府、被告二××区住房和城乡建设局、第三人××燃气投资(中国)有限公司、第三人南宁××燃气有限公司政府特许经营许可纠纷一案代理词
——河南德问行律师事务所 李新颖 王晶晶..... 205
5. 某房地产开发有限公司与某市人民政府、某市自然资源和规划局返还征收补偿款纠纷案再审代理词
——北京市京师(郑州)律师事务所 李振东..... 215
6. A 房地产开发有限公司诉某市政府解除行政协议纠纷一案二审代理词
——河南千知鼎律师事务所 侯景艺.....225

民 商 类

7. 杭州 ZB 服饰有限公司和崔某某诉卢某损害公司利益责任纠纷一案代理词	
——河南正臻律师事务所 李永强 李晓明.....	235
8. 张某与 B 公司房屋买卖合同纠纷一案代理词	
——北京大成（郑州）律师事务所 赵静 杨贺飞.....	243
9. 河南 A 公司与江西 B 公司等侵权纠纷案二审代理词	
——河南成务律师事务所 冯明辉 张亮亮.....	247
10. 张某 1、张某 2 对李某申请人身安全保护令案件代理词	
——金博大律师事务所 刘南南 周珂.....	252
11. 邓某诉尚某、孙某民间委托理财合同纠纷一案代理词	
——北京天元（郑州）律师事务所 史俊涛.....	259
12. A 公司与 B 公司民间借贷纠纷案件代理词	
——北京市天同（郑州）律师事务所 赵剑英 史凯贤 曲金亮 苏海潮.....	264
13. 北京某文化传媒有限公司劳动争议案件二审代理意见及补充代理意见	
——北京德恒（郑州）律师事务所 陈星星 王少帝.....	270
14. W 公司诉孙某、R 公司侵害商业秘密纠纷案件一审代理词	
——金博大律师事务所 常宏伟 苏文.....	288
15. 张某刚与张某成破产债权确认纠纷再审审查代理词	
——河南金学苑律师事务所 岳冬菊 宋卓林.....	296
16. 河南某某农商行与张某红、某某供水公司房屋买卖合同纠纷与第三人撤销之诉合并审理案件再审代理词	
——河南博云天律师事务所 杨玲玲 曹洁.....	303
17. 李某文诉某某中国某银行股份有限公司郑州分行、支某宝公司等银行卡纠纷案件代理词	

——河南路德律师事务所 翟慎海.....	318
18. 张某某与苗某、河南某某置业有限公司项目收购纠纷一案 二审代理词	
——河南成册律师事务所 李贺.....	325
19. 河南 A 置业有限公司诉被告 B 地产集团郑州有限公司、被 告平顶山恒某置业有限公司合同纠纷案件代理词	
——北京市盈科(郑州)律师事务所 刘岱.....	332
20. 河南组织某有限公司与河南中英某某有限公司、河南省遗 传某有限公司、韦某合同纠纷一案代理词	
——上海锦天城(郑州)律师事务所 李韬 李林.....	339
21. 刘某某诉宋某某追偿权纠纷一案代理词	
——河南仟问律师事务所 高晓星.....	344
22. 张某与中国某建筑工程有限公司劳动争议纠纷一案代理词	
——上海中联(郑州)律师事务所 郭永娟.....	352
23. 再审申请人中国建筑**局与被申请人中国电建**公司、** 示范区交通局建设工程施工合同纠纷案件再审代理词	
——河南千业律师事务所 杨成斌 石会敏.....	357
24. 某某县 B 经济产业园有限公司与北京 A 环境工程有限公司 建设工程施工合同纠纷案件二审代理词	
——河南仟问律师事务所 金鹏飞 孙军辉.....	362
25. 某某县供销社财产清算领导小组与霍某明租赁合同纠纷案 件再审代理词	
——北京市金台(郑州)律师事务所 丁保勇.....	368
26. 某资产管理股份有限公司河南省分公司与某股份有限公司、 某科技有限公司、某建设股份有限公司追加、变更被执行人 异议之诉案二审代理词	
——河南九君律师事务所 安启超 刘梦浩.....	372

27. 河南某某实业发展有限公司与华电某某煤电有限公司合同纠纷一案二审代理词	
——河南鼎德律师事务所 刘阳 樊亚丹.....	378
28. 党某某诉某某建设集团有限公司、湖北某某装饰建设工程有限公司劳动合同纠纷一案代理词	
——北京京都（郑州）律师事务所 潘行.....	383
29. 谢某东与商城 A 医院民间借贷纠纷案件再审代理词	
——河南荟智源策律师事务所 曾淑娟.....	388
30. 河南 B 建设工程有限公司与河南 C 房地产开发有限公司、河南 D 置业有限公司等房地产开发经营合同纠纷案答辩状	
——河南法本律师事务所 付洋.....	392
31. 原告杨某、段某与被告郑州某装饰公司、濮阳某银行建设工程施工合同纠纷案件一审代理词	
——金博大律师事务所 谢新朋.....	397
32. 郑某诉 S 公司劳动仲裁案件代理词	
——金博大律师事务所 孙凯.....	407
33. 庞某诉河南 GQ 公司、北京 GQ 公司特许经营合同纠纷案件代理词	
——金博大律师事务所 闫崇博 陈宝名.....	413
34. 河南 A 融资租赁股份有限公司诉周口 B 医院破产债权确认纠纷案件二审代理词	
——河南仟问律师事务所 袁彬 袁锦锐.....	421

刑 事 类

35. 刘某某涉嫌销售伪劣产品罪一案辩护词	
——河南信基律师事务所 丁晓旭.....	426

36. 西峡 HT 橄榄石有限公司涉嫌非法采矿罪免予刑事处罚案件辩护词	
——上海锦天城（郑州）律师事务所 李林.....	435
37. 向某涉嫌诈骗罪案件辩护词	
——北京市京师（郑州）律师事务所 刘兆庆 李志.....	443
38. 关于李某某不构成敲诈勒索罪的辩护词	
——上海市海华永泰（郑州）律师事务所 张金凤 王玉光.....	458
39. 李某某涉嫌诈骗罪案件二审辩护词	
——北京天元（郑州）律师事务所 李俊峰.....	463
40. 关于犯罪嫌疑人王某某涉嫌诈骗罪的法律意见书	
——河南元相律师事务所 胡良瑞 胡良托.....	470
41. 关于杨某 1 涉嫌故意杀人罪一案辩护意见书	
——河南林起律师事务所 姜拴胜 郑斌.....	477
42. 程某某涉嫌诈骗罪一案二审辩护词	
——北京天元（郑州）律师事务所 王永贞.....	486
43. 关于樊某辉涉嫌虚假诉讼罪案件的二审辩护词	
——河南中豫律师事务所 刘成宏.....	508
44. 关于陈某占故意杀人一案死刑复核阶段的辩护词	
——北京市兰台（郑州）律师事务所 王金良.....	519

非 诉 类

XX 股份有限公司向特定对象发行 A 股股票的 法律意见书

——河南仟问律师事务所 高怡¹ 时玉珍²

项目简介：

发行人拟向特定对象发行股票，根据《上市公司国有股权监督管理办法》第六十三条及第七条等规定，国有股东所控股上市公司发行证券，应当在股东大会召开前取得批准。如发行证券未导致国有股东持股比例低于合理持股比例，由国家出资企业审核批准，其他情形报国有资产监督管理机构审核批准。根据发行数量上限进行测算，本次发行后发行人控股股东持股比例预计不低于省财政厅确定的合理持股比例，因此发行人应在审议本次发行事项的股东大会召开前，取得国家出资企业的审核批准。

本法律意见书从发行人主体资格、控股股东和实际控制人情况、发行方案、本次发行实施后对控股股东控制权的影响、本次发行的授权与批准等方面进行分析并发表法律意见，随其他材料一起上报，发行人顺利取得国家出资企业关于本次发行的批复。

1 高怡律师 2018 年进入仟问律所执业，主要从事公司、证券、金融、国有股权管理、资产重组、兼并收购等法律事务。

2 时玉珍律师 2015 年进入仟问律所执业，主要从事公司、证券、国有资产、兼并收购等法律业务。

目 录

第一部分 引言	6
一、释义	6
二、律师声明事项	7
第二部分 法律意见书正文	8
一、发行人的主体资格	8
（一）发行人基本情况	8
（二）发行人设立及上市情况	8
（三）发行人上市后历次股权变动情况	9
（四）发行人目前依法存续	12
二、发行人控股股东及实际控制人情况	13
（一）控股股东	13
（二）实际控制人及变更情况	14
三、本次发行的方案	14
（一）本次发行股票的种类和面值	15
（二）发行方式及发行时间	15
（三）发行对象及认购方式	15
（四）定价基准日、发行价格及定价原则	15
（五）发行数量	16
（六）募集资金用途及数额	16
（七）限售期	16
（八）本次发行前的滚存未分配利润安排	17
（九）上市地点	17
（十）本次发行决议有效期	17
四、本次发行的实质条件	17
（一）本次发行符合《公司法》的相关规定	17
（二）本次发行符合《证券法》规定的向特定对象发行股票的相关条件	17
（三）本次发行符合《注册管理办法》规定的向特定对象发行股票相关条件	17

（四）本次发行符合《关于首发及再融资、重大资产重组摊薄即期回报有关事项的指导意见》的相关规定	20
五、发行人前次募集资金使用的有关情况	21
（一）前次资金募集的募集及存放情况	22
（二）前次募集资金实际使用情况	23
（三）募集资金变更情况	23
六、本次发行实施后对发行人国有控股股东控制权的影响	23
七、本次发行对公司经营管理和财务状况的影响	23
（一）对公司经营管理的影响	23
（二）对公司财务状况的影响	24
八、本次发行的授权与批准	24
（一）本次发行已经取得的授权与批准	24
（二）本次发行尚需取得的授权与批准	25
九、结论性意见	25

致：XX 股份有限公司

河南仟问律师事务所（以下简称“本所”）接受 XX 股份有限公司（以下简称“发行人”、“公司”或“XX”）的委托，担任发行人 XX 年度向特定对象发行 A 股股票的特聘专项法律顾问，为其本次向特定对象发行 A 股股票提供专项法律服务。

本所律师根据《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国证券法》《上市公司证券发行注册管理办法》《上市公司国有股权监督管理办法》《律师事务所从事证券法律业务管理办法》《律师事务所证券法律业务执业规则（试行）》及其他有关法律、法规和规范性文件的规定，按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，对发行人本次向特定对象发行 A 股股票所涉及的相关法律问题进行了合理、必要及可能的核查与验证，并在此基础上出具本法律意见书。

第一部分 引言

一、释义

在本法律意见书中，除非文义另有所指或另有说明，下列词语具有下述含义：

发行人、上市公司、XX、公司	指	XX 股份有限公司
本次发行	指	XX 年度向特定对象发行 A 股股票
募投项目/本次募投项目	指	本次发行募集资金投资项目
A 股	指	每股面值人民币 1.00 元，以人民币认购及交易的公司人民币普通股股票
募集资金	指	本次发行所募集的资金
XX 集团	指	XX 集团有限公司
中国证监会	指	中国证券监督管理委员会
深交所	指	深圳证券交易所
XX 省政府	指	XX 省人民政府
XX 省国资委	指	XX 省人民政府国有资产监督管理委员会
XX 省发改委	指	XX 省发展和改革委员会
本所、本所律师	指	河南仟问律师事务所及签字律师
法律意见书	指	本所关于 XX 股份有限公司 XX 年度向特定对象发行 A 股股票的法律意见书
《公司章程》	指	XX 股份有限公司章程
股东大会	指	XX 股份有限公司股东大会
董事会	指	XX 股份有限公司董事会
监事会	指	XX 股份有限公司监事会
《公司法》	指	《中华人民共和国公司法》
《证券法》	指	《中华人民共和国证券法》
《注册管理办法》	指	《上市公司证券发行注册管理办法》
《上市规则》	指	《深圳证券交易所股票上市规则》
安永会计师	指	XX 会计师事务所（特殊普通合伙）
报告期	指	2020 年、2021 年、2022 年及 2023 年 1-X 月

最近三年	指	2020 年、2021 年、2022 年
元、万元、亿元	指	人民币元、人民币万元、人民币亿元

二、律师声明事项

为出具本法律意见书，本所律师声明如下：

（一）本所律师根据本法律意见书出具日之前已经发生或存在的事实，根据中华人民共和国现行法律、法规和规范性文件的要求对本次发行的合法性及相关法律问题发表法律意见，保证本法律意见书中不存在虚假记载、误导性陈述及重大遗漏。

（二）本法律意见书仅就本次发行有关的法律问题发表意见，并不对有关会计、审计、资产评估等专业事项发表意见。本法律意见书中对有关财务报表、审计报告、评估报告或其他业务报告中某些数据和结论的引述，并不意味着本所对这些数据、结论的真实性和准确性做出任何明示或默示的保证。对于该等数据、报告的内容，本所以及本所律师并不具备核查和做出评价的适当资格。

（三）本所律师就本次发行所涉及的有关问题进行了必要的审慎调查，对与出具本法律意见书有关的事项及文件资料进行了审查。

（四）本所律师在出具本法律意见书之前，有关当事人已向本所作出承诺和保证，并提供了为出具本法律意见书所必需的、真实、完整、有效的原始书面材料、副本材料或口头证言，且无任何隐瞒、虚假、重大遗漏或误导之处，上述所提供的材料如为副本或复印件，则保证与正本或原件相符。

（五）对于出具本法律意见书至关重要而又无法得到独立证据支持的事实，本所律师依赖于有关政府部门、XX 以及本次发行相关主体对有关事实出具的声明和承诺或其他证明文件。

（六）本所同意将本法律意见书作为本次发行向有权国资主管部门或其授权机构的申报文件之一，随其他申报材料一起上报，非经本所书面同意，不得用作其他目的。

第二部分 法律意见书正文

本所律师按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，对有关各方提供的相关文件和事实进行了核查和验证，现就本次发行方案的有关事项出具如下法律意见：

一、发行人的主体资格

（一）发行人基本情况

公司名称：	XX 股份有限公司
英文名称：	XX
法定代表人：	XX
A 股股票上市地：	深圳证券交易所
A 股股票简称：	XX
A 股股票代码：	XX
注册资本：	XX 万元人民币
注册地址：	郑州市 XX 区 XX
办公地址：	郑州市 XX 区 XX
邮政编码：	XX
电话：	XX
传真：	XX
统一社会信用代码：	XX
网址：	XX
经营范围：	XX（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）
营业期限	XX 年 XX 月 XX 日至无固定期限

（二）发行人设立及上市情况

公司是经 XX 省 XX 委 XX 号文和国家电力工业部（1997）第 209 号文批准，由 XX、XX、XX 和 XX4 家发起人以其共同拥有的 XX 期扩建工程部分经营性净资产评估后按 1:X 的折股比例折为发起人股 XX 万股，采取募集方式设立的股份有限公司。

XX 年 XX 月 XX 日，中国证监会证监发字 XX 号和证监发字 XX 号文件正式批

准 XX 股份公司（筹）向社会公开发行 XX 万股 A 股股票。XX 年 XX 月 XX 日，公司股票在深交所上网定价发行，发行价格 XX 元/股，共募集资金 XX 元。发行完成后，公司的注册资本为 XX 万元。XX 年 XX 月 XX 日，XX 股份有限公司 XX 万股 A 股股票在深交所挂牌上市，证券简称“XX”，证券代码：“XX”。

公司设立时的股本结构如下：

股东名称	股份数量（万股）	持股比例
XX 公司	XX	XX%
XX 公司	XX	XX%
XX 公司	XX	XX%
XX 公司	XX	XX%
上市流通股	XX	XX%
其中：公司职工股	XX	XX%
股份总数	XX	100.00%

经核查，本所律师认为，发行人的设立符合当时的各项法律、法规的规定，发行人为依法设立并有效存续且其股票在深圳证券交易所上市的股份有限公司。

（三）发行人上市后历次股权变动情况

1. 股票简称及证券代码变更

XX 年 XX 月 XX 日，公司 XX 年第一次临时股东大会通过决议，将公司更名为“XX 股份有限公司”，股票简称变更为“XX”。根据中登公司深圳分公司的相关规定，公司的证券代码由原来的“XX”变更为“XX”，公司更改后的证券代码从 XX 年 XX 月 XX 日起正式启用。

2. 股权分置改革

XX 年 XX 月 XX 日，公司股权分置改革实施完成。全体流通股股东获得非流通股股东送出的 XX 万元现金对价，合每 10 股流通股获送 XX 元现金对价，其中 XX 万元现金对价由 XX 承担，其它非流通股股东按各自持股比例合计承担 XX 万元现金对价。根据协议安排，其它非流通股股东承担的 XX 万元现金对价暂由 XX 垫付，股权分置改革完成后，其它非流通股股东以股份或以现金方式向 XX 偿还代其垫付的现金对价。公司股权分置改革方案实施后首个交易日，公司非流通股股东持有的非流通股份即获得 A 股市场的上市流通权。

公司股权分置改革实施后的股权结构如下：

股份类别	股份数量（万股）	持股比例
有限售条件流通股	XX	XX%
无限售条件流通股	XX	XX%
股份总数	XX	100.00%

截至本法律意见书出具日，公司股权分置改革方案实施已满 3 年，股改限售股已按照股改承诺解除限售。

3. XX 年重大资产重组

XX 年 XX 月 XX 日，XX 收到中国证监会证监许可 XX 号《关于核准 XX 股份有限公司重大资产重组及向 XX 有限公司发行股份购买资产的批复》，核准 XX 将其拥有的 XX 和相关资产及其他负债与控股股东 XX 集团拥有的 XX 公司 XX% 股权和 XX 公司 XX% 股权进行置换，同时，XX 向 XX 集团非公开发行 A 股股票 XX 股，剩余对价 XX 元将以现金支付。XX 年 XX 月 XX 日，公司非公开发行的 XX 股股份在中登公司深圳分公司完成股份登记；XX 年 XX 月 XX 日，该部分股份在深交所上市；XX 年 XX 月 XX 日，公司在 XX 工商行政管理局办理完毕工商变更登记，注册资本由 XX 元变更为 XX 万元。

前次重大资产重组完成后，公司的股权结构如下：

股东名称	股份数量（万股）	持股比例
XX 有限公司	XX	XX%
其他流通股东	XX	XX%
股份总数	XX	100.00%

4. XX 年非公开发行股票

XX 年 XX 月 XX 日，XX 非公开发行股票事项经中国证监会证监许可 XX 号文核准，公司向 XX 名投资者合计发行 XX 股股份，发行价格 XX 元/股，募集资金总额 XX 元，扣除发行费用 XX 元后，募集资金净额为 XX 元。上述非公开发行的股票自发行结束之日起 12 个月内不得转让。

发行完成后，公司注册资本由 XX 元变更为 XX 元，公司的股权结构如下：

股东名称	股份数量（万股）	持股比例
XX 集团有限公司	XX	XX%

其他流通股东	XX	XX%
股份总数	XX	100.00%

5. XX 年重大资产重组

XX 年 XX 月 XX 日，中国证监会核发《关于核准 XX 股份有限公司向 XX 集团有限公司发行股份购买资产并募集配套资金的批复》（证监许可 XX 号），核准 XX 以发行股份及支付现金购买资产的方式购买 XX 集团持有的 XX 公司 XX%股权、XX 公司 XX%股权和 XX 公司 XX%股权并募集配套资金。其中，XX 公司 XX%股权、XX 公司 XX%股权的交易对价以发行股份的方式支付，XX 公司 XX%股权的交易对价以支付现金的方式支付；同时 XX 向 XX 名特定投资者非公开发行股份募集配套资金，配套资金总额不超过 XX 万元，扣除本次交易税费和中介机构费用后用以支付购买 XX 公司 XX%股权的现金对价。XX 年 XX 月 XX 日，公司非公开发行的 XX 股股份在中登公司深圳分公司完成股份登记；XX 年 XX 月 XX 日，该部分股份在深交所上市；XX 年 XX 月 XX 日，公司在 XX 工商行政管理局办理完成工商变更登记，注册资本由 XX 元变更为 XX 元。

前次重大资产重组完成后，公司的股权结构如下：

股东名称	股份数量（万股）	持股比例
XX 集团有限公司	XX	XX%
其他流通股东	XX	XX%
股份总数	XX	100.00%

6. XX 年重大资产重组

XX 年 XX 月 XX 日，XX 收到中国证监会核发的《关于核准 XX 股份有限公司向 XX 集团有限公司发行股份购买资产并募集配套资金的批复》（证监许可 XX 号），核准 XX 向 XX 集团发行 XX 万股股份购买相关资产；核准 XX 发行股份募集配套资金不超过 XX 元。

XX 年 XX 月 XX 日，公司非公开发行的 XX 股股份在中登公司深圳分公司完成股份登记；XX 年 XX 月 XX 日，该部分股份在深交所上市；XX 年 XX 月 XX 日，公司在 XX 市场监督管理局办理完成工商变更登记，注册资本由 XX 元变更为 XX 元，公司的股权结构如下：

股东名称	股份数量（万股）	持股比例
------	----------	------

XX 集团有限公司	XX	XX%
其他流通股东	XX	XX%
股份总数	XX	100.00%

XX 年 XX 月 XX 日，公司募集配套资金的新增的 XX 股股份在中登公司深圳分公司完成股份登记；XX 年 XX 月 XX 日，该部分股份在深交所上市；XX 年 XX 月 XX 日，公司在 XX 市场监督管理局办理完成工商变更登记，注册资本由 XX 元变更为 XX 元，公司的股权结构如下：

股东名称	股份数量（万股）	持股比例
XX 集团有限公司	XX	XX%
其他流通股东	XX	XX%
股份总数	XX	100.00%

经本所律师核查，截至本法律意见出具日，除上述股本及其结构变动外，发行人股本及其结构无其他重大变化。

本所律师查阅了发行人工商档案，审查了发行人历次股东大会的决议及公告、有关上述股本演变经相关有权部门予以批准的文件、发行人历次变更的公司章程及企业法人营业执照，本所律师认为，发行人历次股权变更均已依法履行了相应批准程序，并按照当时相关法律法规的要求，获得了有关部门的批准文件，发行人历次股权变更合法、合规。

（四）发行人目前依法存续

根据发行人提供的《营业执照》《公司章程》以及设立至今的工商登记资料及历次股东大会决议，并经本所律师核查，截至本法律意见书出具日，发行人不存在根据《公司法》等相关现行有效的法律、法规、其他规范性文件及《公司章程》第 XX 条规定的公司应当解散的下列情形：（一）本章程规定的其他解散事由出现；（二）股东大会决议解散；（三）因公司合并或者分立需要解散；（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；（五）公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权 10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司，发行人目前依法存续。

本所律师认为：截至本法律意见书出具日，发行人为依法设立、合法存续

且其股票在深圳证券交易所交易的上市公司，不存在依据《公司法》等法律、法规、其他规范性文件及《公司章程》的规定需要终止或解散的情形，发行人符合《公司法》《证券法》《注册管理办法》等相关法律法规及其他规范性文件所规定的上市公司向特定对象发行 A 股股票的主体资格条件。

二、发行人控股股东及实际控制人情况

（一）控股股东

截至本法律意见书出具日，发行人总股本为 XX 股，XX 集团持有公司 XX 股，占公司股份总数的 XX%，为公司控股股东。

XX 集团前身 XX 是根据 XX 省人民政府《印发省体改委等部门〈XX 体制改革方案〉的通知》（XX 号文）的精神，XX 年 XX 月 XX 日成立的政策性国有投资公司。XX 年 XX 月，根据 XX 省发改委《关于 XX 增加注册资本的意见》，XX 注册资本变更为 XX 亿元。XX 年 XX 月 XX 日，XX 省人民政府办公厅下发《XX 省人民政府关于组建 XX 集团有限公司的批复》（XX 号），以原 XX 为基础，吸收合并 XX 开发公司组建成现在的河 XX 集团有限公司，注册资本变更为 XX 亿元，XX 年 XX 月 XX 日完成工商登记变更。

XX 集团基本情况如下：

名称	XX 集团有限公司
类型	有限责任公司
法定代表人	XX
注册资本	XX 万元
住所	XX
办公地址	XX
成立日期	XX 年 XX 月 XX 日
统一社会信用代码	XX
经营范围	XX（以上范围凡需审批的，未获批准前不得经营）
登记机关	XX 场监督管理局

经核查，本所律师认为，XX 集团为依法设立并有效存续的国有 XX 公司，具有相关法律、法规和规范性文件规定的出资人主体资格。

（二）实际控制人及变更情况

1. 实际控制人

XX 省财政厅依法持有 XX 集团 XX% 的股权，XX 省财政厅系受 XX 省人民政府委托，代 XX 省人民政府履行出资人职责，为发行人的实际控制人。股权结构关系如下：

XXXX

截至本法律意见书出具日，公司的控股股东为 XX 集团，实际控制人为 XX 省财政厅。

2. 实际控制人变更情况

XX 年 XX 月 XX 日，XX 收到 XX 集团《关于 XX 集团出资人变更进展情况的告知函》，具体内容如下：XX 集团收到 XX 号《XX 省人民政府关于变更 XX 集团有限公司履行出资人职责机构的批复》，内容如下：根据《中共 XX 省委 XX 省人民政府关于印发〈XX 省省属国有非工业企业〉的通知》（XX 号）精神，授权 XX 省财政厅对 XX 集团履行出资人职责。

XX 年 XX 月 XX 日，公司收到 XX 集团转来的中国证监会下发的《关于核准豁免 XX 省财政厅要约收购 XX 股份有限公司股份义务的批复》（证监许可 XX 号），核准豁免 XX 省财政厅因国有资产行政划转而控制 XX 公司 XX 股股份（占比 XX%）而应履行的要约收购义务。XX 年 XX 月 XX 日，XX 发布《XX 股份有限公司关于控股股东出资人收到中国证监会核准豁免要约收购义务批复的公告》（公告编号：临 XX）。

XX 年 XX 月 XX 日，公司发布《XX 股份有限公司关于控股股东完成工商变更登记的公告》（公告编号：临 XX），公司收到控股股东 XX 集团《关于 XX 集团完成出资人变更的告知函》。XX 年 XX 月 XX 日，XX 集团就上述变动完成了工商变更登记手续。公司实际控制人由 XX 省发改委变更为 XX 省财政厅。

鉴于 XX 省发改委及 XX 省财政厅同属于 XX 省政府部门，因此该事项不会导致发行人实际控制关系的变化，也不会对公司日常生产经营活动构成重大影响。

三、本次发行的方案

根据发行人第 X 届董事会第 X 次会议审议通过的《关于公司向特定对象发行 A 股股票方案的议案》《关于公司向特定对象发行 A 股股票预案的议案》，发行人本次发行方案的主要内容如下：

（一）本次发行股票的种类和面值

本次发行的股票种类为境内上市的人民币普通股（A股），每股面值为人民币 1.00 元。

（二）发行方式及发行时间

本次发行采取向特定对象发行的方式，公司将在经深圳证券交易所审核通过并获得中国证监会关于本次发行同意注册文件的有效期内选择适当时机实施。

（三）发行对象及认购方式

本次向特定对象发行股票的对象为不超过 XX 名特定投资者，包括符合法律法规规定的法人、自然人或者其他合法投资组织。证券投资基金管理公司、证券公司、合格境外机构投资者、人民币合格境外机构投资者以其管理的两只以上产品认购的，视为一个发行对象。信托投资公司作为发行对象的，只能以自有资金认购。

最终发行对象将在本次发行申请获得中国证监会同意注册后，由公司董事会根据股东大会授权，按照相关法律、法规和规范性文件的规定，根据询价结果与保荐人（主承销商）协商确定。

本次向特定对象发行股票所有发行对象均以现金方式认购本次发行的股票。

（四）定价基准日、发行价格及定价原则

本次向特定对象发行股票的定价基准日为发行期首日。

发行价格不低于定价基准日前 20 个交易日公司股票交易均价的 80%（定价基准日前 20 个交易日股票交易均价=定价基准日前 20 个交易日股票交易总额÷定价基准日前 20 个交易日股票交易总量），且不低于本次发行前公司最近一期末经审计的归属于母公司普通股股东的每股净资产（资产负债表日至发行日期间发生除权、除息事项的，每股净资产将进行相应调整）。

如在本次发行的定价基准日至发行日期间，公司股票发生派息、送股、资本公积金转增股本等除权、除息事项的，本次向特定对象发行股票的发行底价将作相应调整。

具体发行价格将在本次发行申请获得中国证监会同意注册后，由公司董事会根据股东大会的授权，按照相关法律、法规和规范性文件的规定，根据认购对象申购报价的情况，与本次向特定对象发行的保荐人（主承销商）协商确定。

（五）发行数量

本次向特定对象发行股票的数量为募集资金总额除以本次向特定对象发行股票的发行价格，且不超过本次发行前公司总股本的 30%，即不超过 XX 股（含 XX 股）。

若公司在本次向特定对象发行董事会决议公告日至发行日期间发生送股、资本公积金转增股本等除权事项或者因股份回购、股权激励等事项导致公司总股本发生变化，本次发行股票数量上限将作相应调整。

最终发行数量上限以中国证监会关于本次发行的同意注册批复为准。在前述范围内，最终发行数量将由公司董事会根据股东大会授权，按照相关法律、法规和规范性文件的规定，根据发行情况与保荐人（主承销商）协商确定。

（六）募集资金用途及数额

本次发行拟募集资金总额 XX 万元（含本数），募集资金扣除发行费用后的净额用于下述项目：

单位：万元

序号	项目名称	投资总额	拟使用募集资金金额
1	XX 项目	XX	XX
2	XX 项目	XX	XX
3	补充流动资金及偿还银行贷款	XX	XX
合计		XX	XX

在本次发行募集资金到位之前，公司将根据募投项目进度的实际情况以自有资金或自筹资金先行投入，并在募集资金到位后按照相关法规规定的程序予以置换。若实际募集资金净额少于上述项目拟投入募集资金金额，在最终确定的本次募投项目范围内，公司将根据实际募集资金净额，按照项目的轻重缓急等情况，调整并最终决定募集资金的具体投资项目、优先顺序及各项目的具体投资额，募集资金不足部分将由公司以自有或自筹资金解决。

（七）限售期

发行对象认购的本次发行的股票，自本次发行结束之日起 6 个月内不得转让，之后按照中国证监会及深交所的有关规定执行。若后续相关法律、法规和

规范性文件发生变更的，则限售期相应调整。

在上述股份限售期内，发行对象所认购的本次发行的股票因上市公司送股、资本公积金转增股本等事项而衍生取得的股票，亦应遵守上述股票限售安排。

（八）本次发行前的滚存未分配利润安排

公司本次发行前滚存的未分配利润，由本次发行后公司的新老股东按照发行后的持股比例共享。

（九）上市地点

本次发行的股票将申请在深交所上市交易。

（十）本次发行决议有效期

本次发行决议的有效期为自公司股东大会审议通过之日起 X 个月。

本所律师认为：发行人本次向特定对象发行股票的方案及相关发行事项符合《公司法》《证券法》《注册管理办法》等法律、法规和规范性文件的规定。

四、本次发行的实质条件

（一）本次发行符合《公司法》的相关规定

1. 本次向特定对象发行股票的股份为同种类股票，即人民币普通股，每股的发行条件和价格均相同，发行人本次向特定对象发行股票的发行价格超过票面金额。符合《公司法》第一百二十六条及第一百二十七条的规定。

2. 根据审议通过的《关于公司符合向特定对象发行股票条件的议案》及其他与本次向特定对象发行股票发行相关的议案，对本次向特定对象发行股票的种类和面值、发行方式和时间、发行对象和认购方式、定价基准日、发行价格和定价原则、发行数量等均作出了规定，符合《公司法》第一百三十三条的规定。

（二）本次发行符合《证券法》规定的向特定对象发行股票的相关条件

根据发行方案，发行人本次系向特定对象发行 A 股股票，未采用广告、公开劝诱和变相公开方式实施本次发行，未违反《证券法》第九条第三款的规定。

（三）本次发行符合《注册管理办法》规定的向特定对象发行股票的相关条件

1. 发行人不存在《注册管理办法》第十一条规定的不得向特定对象发行股票的情形

（1）根据发行人确认并经本所律师查验发行人最近三年审计报告、最近三

年年度报告并经验发行人三会会议文件资料及相关公告信息，发行人不存在擅自改变前次募集资金用途未作纠正，或者未经股东大会认可的情形；

（2）根据 XX 会计师事务所（特殊普通合伙）出具的（XX）审字第 XX《审计报告》及发行人确认，发行人最近一年财务报表的编制和披露在重大方面不存在不符合企业会计准则或者相关信息披露规则的规定的情形；发行人最近一年不存在财务会计报告被出具否定意见或者无法表示意见的审计报告的情形；最近一年不存在财务会计报告被出具保留意见的审计报告，且保留意见所涉及事项对上市公司的重大不利影响尚未消除的情形；

（3）根据发行人现任董事、监事和高级管理人员填写的调查表并经本所律师核查中国证监会等网络公开信息，发行人现任董事、监事和高级管理人员不存在最近三年受到中国证监会行政处罚，或者最近一年受到证券交易所公开谴责的情形；

（4）根据发行人确认、发行人现任董事、监事和高级管理人员填写的调查表并经本所律师核查中国证监会、裁判文书网等网络公开信息，发行人及其现任董事、监事和高级管理人员不存在因涉嫌犯罪正在被司法机关立案侦查或者涉嫌违法违规正在被中国证监会立案调查的情形；

（5）经本所律师核查裁判文书网、中国执行信息公开网、证监会-证券期货市场失信记录查询平台、信用中国等网络公开信息，控股股东、实际控制人最近三年不存在严重损害上市公司利益或者投资者合法权益的重大违法行为的情形。

（6）根据发行人确认并经本所律师核查国家企业信用信息公示系统、裁判文书网、中国执行信息公开网、证监会-证券期货市场失信记录查询平台、信用中国等网络公开信息，发行人最近三年不存在严重损害投资者合法权益或者社会公共利益的重大违法行为的情形。

2. 发行人符合《注册管理办法》第十二条的规定

（1）根据本次发行方案，本次向特定对象发行股票拟募集资金总额 XX 万元（含本数），扣除发行费用后，募集资金净额将全部用于募投项目、补充流动资金及偿还银行贷款，符合国家产业政策和有关环境保护、土地管理等法律、行政法规规定，具体详见本法律意见书“三、本次发行的方案”之“（六）募集资金用途及数额”；

(2) 根据本次发行方案并经发行人确认，本次募集资金使用不为持有财务性投资，不直接或者间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司；

(3) 根据本次发行方案并经本所律师核查，本次募集资金项目实施后，不存在与控股股东、实际控制人及其控制的其他企业新增构成重大不利影响的同业竞争、显失公平的关联交易，或者严重影响公司生产经营的独立性的情形。

3. 本次发行符合《注册管理办法》第三十条的相关规定

根据发行人近三年审计报告、近三年年度报告、发行人的陈述并经查验发行人的相关生产经营资质和许可及相关业务合同等，发行人的业务符合国家产业政策和板块定位，符合《注册管理办法》第三十条的规定。

4. 本次发行符合《注册管理办法》第五十五条的相关规定

根据本次发行方案、发行人的公告文件及相关会议决议，发行人本次发行对象为不超过 35 名特定投资者，包括符合法律法规规定的法人、自然人或者其他合法投资组织。证券投资基金管理公司、证券公司、合格境外机构投资者、人民币合格境外机构投资者以其管理的两只以上产品认购的，视为一个发行对象。信托投资公司作为发行对象的，只能以自有资金认购。最终发行对象将在本次发行申请获得中国证监会同意注册后，由公司董事会根据股东大会授权，按照相关法律、法规和规范性文件的规定，根据询价结果与保荐人（主承销商）协商确定。发行对象符合股东大会决议规定的条件，且不超过三十五名，符合《注册管理办法》第五十五条的规定。

5. 本次发行符合《注册管理办法》第五十六条的相关规定

根据本次发行方案、发行人的公告文件及相关会议决议，本次发行价格不低于定价基准日前 20 个交易日公司股票交易均价的 80%，若发行人在本次发行定价基准日至发行日期间发生派发现金股利、送股、资本公积金转增股本等除权、除息事项，本次向特定对象发行的发行价格将作相应调整，符合《注册管理办法》第五十六条的规定。

6. 本次发行符合《注册管理办法》第五十七条第二款的相关规定

根据本次发行方案、发行人的公告文件及相关会议决议，本次向特定对象发行股票的定价基准日为公司审议本次发行股票事项的第 X 届董事会第 X 次会议决议公告日（即 XX 年 XX 月 XX 日），符合《注册管理办法》第五十七条第二款的规定。

7. 本次发行符合《注册管理办法》第五十九条的相关规定

根据本次发行方案、发行人的公告文件及相关会议决议，本次发行对象所认购的股票自本次发行结束之日起 18 个月内不得转让，符合《注册管理办法》第五十九条的规定。

8. 本次发行符合《注册管理办法》第六十六条的相关规定

根据发行人的承诺，发行人不存在向发行对象做出保底保收益或者变相保底保收益承诺、直接或者通过利益相关方向发行对象提供财务资助或者其他补偿的情形，符合《注册管理办法》第六十六条的规定。

9. 本次发行符合《注册管理办法》第八十七条的相关规定

截至本法律意见书出具日，公司控股股东 XX 集团持有公司 XX 股股份，占公司总股本的 XX%。按发行数量上限进行测算，本次发行后公司总股本为 XX 股，XX 集团有限公司持股比例预计不低于 XX%，仍为公司的控股股东，因此本次发行不会导致公司控制权发生变化，符合《注册管理办法》第八十七条的相关规定。

（四）本次发行符合《关于首发及再融资、重大资产重组摊薄即期回报有关事项的指导意见》的相关规定

根据《关于首发及再融资、重大资产重组摊薄即期回报有关事项的指导意见》的要求，发行人已召开第 X 届董事会第 X 次会议审议通过了《关于公司向特定对象发行股票债券摊薄即期回报、采取填补措施及相关主体承诺的议案》。

发行人全体董事、高级管理人员已出具承诺：

“1. 本人将忠实、勤勉地履行职责，维护上市公司和全体股东的合法权益。

2. 本人将尽最大努力促使上市公司填补即期回报措施（如有）的实现。

3. 本人不会无偿或以不公平条件向其他单位或者个人输送利益，也不采用其他方式损害上市公司利益。

4. 本人全力支持及配合上市公司对董事和高级管理人员职务消费行为的规范，本人的任何职务消费行为均将在为履行本人对上市公司的职责之必须的范围内发生，本人严格接受上市公司监督管理，避免浪费或超前消费。

5. 本人将严格遵守相关法律法规、中国证监会和深圳证券交易所等监管机构规定和规则以及公司制度规章关于董事、高级管理人员行为规范的要求，不会动用上市公司资产从事与履行本人职责无关的投资、消费活动。

6. 本人将尽责促使由董事会或薪酬委员会制定的薪酬制度与上市公司填补回报措施的执行情况相挂钩，并在上市公司董事会和股东大会审议该薪酬制度议案时投赞成票（如有投票/表决权）。

7. 若上市公司未来实施员工股权激励，本人将全力支持上市公司将该员工激励的行权条件等安排与上市公司填补回报措施的执行情况相挂钩，并在上市公司董事会或股东大会审议该员工股权激励议案时投赞成票（如有投票/表决权）。

8. 本承诺出具后，如监管部门就填补回报措施及其承诺的相关规定作出其他要求的，且上述承诺不能满足监管部门的相关要求时，本人承诺届时将按照相关规定出具补充承诺。

9. 若本人违反上述承诺，将在股东大会及中国证监会指定报刊公开作出解释并道歉；本人自愿接受深圳证券交易所、上市公司协会对本人采取的自律监管措施；若违反承诺给上市公司或者股东造成损失的，依法承担补偿责任。”

发行人控股股东已出具承诺：

“1. 本公司承诺不滥用控股股东地位，不会越权干预发行人经营管理活动，不会侵占或采用其他方式损害发行人利益；

2. 在中国证监会、深圳证券交易所另行发布填补被摊薄即期回报的措施及承诺的相关意见及实施细则后，如发行人的相关规定及本公司的承诺与该等规定不符时，本公司承诺将立即按照中国证监会及深圳证券交易所的规定出具补充承诺，以符合中国证监会及深圳证券交易所的要求；

3. 本公司若违反上述承诺或拒不履行上述承诺，给发行人或者投资者造成损失的，本公司愿意依法承担对发行人或者投资者的补偿责任，并同意接受中国证监会及深圳证券交易所等证券监管机构按照其制定或发布的有关规定、规则，对本公司作出相关处罚或采取相关管理措施。”

综上，本所律师认为：本次发行符合《公司法》《证券法》《注册管理办法》等有关法律法规及规范性文件关于上市公司向特定对象发行股票的各项规定和条件。

五、发行人前次募集资金使用的有关情况

根据发行人第 X 届董事会第 X 次会议审议通过的《前次募集资金使用情况报告》和 XX 会计师事务所（特殊普通合伙）出具的 XX 号《关于前次募集资金

使用情况的鉴证报告》，发行人前次募集资金使用的有关情况如下：

（一）前次资金募集的募集及存放情况

1. 前次实际募集资金金额和资金到账情况

经中国证券监督管理委员会核发的《关于核准 XX 股份有限公司向 XX 集团有限公司发行股份购买资产并募集配套资金的批复》（XX 号文）核准，公司获准向特定投资者非公开发行股份募集配套资金不超过人民币 XX 元。

公司于 XX 年 XX 月 XX 日通过深圳证券交易所非公开发行每股面值人民币 1.00 元的普通股 XX 股，发行价格为人民币 XX 元/股，募集资金总额为人民币 XX 元；扣除发行费用后的募集资金净额为人民币 XX 元。上述募集资金已于 XX 年 XX 月 XX 日全部到位，XX 会计师事务所（特殊普通合伙）对公司本次发行的募集资金到位情况进行了审验，并于 XX 年 XX 月 XX 日出具了 XX 号《验资报告》。

2. 前次募集资金专项账户存放情况

公司严格遵循《募集资金管理制度》的规定，在国家开发银行 XX 分行开立了募集资金专户，用于存放 XX 年 XX 月 XX 日非公开发行股票所募集的资金。截至 XX 年 XX 月 XX 日，前次非公开发行募集资金专用账户所存放的募集资金已按规定用途使用完毕，为规范募集资金账户的管理，公司于当日对募集资金专项账户进行销户，并将结余资金（含利息收入扣除手续费后净额）XX 元转入公司自有资金账户用于永久性补充流动资金，具体情况详见公司于 XX 年 XX 月 XX 日披露的《关于募集资金专户完成销户的公告》（公告编号：临 XX）。

开户银行名称	银行账号	账户类别	初始存放金额（人民币元）（注）	XX 年 XX 月 XX 日存放余额（人民币元）
国家开发银行 XX 分行	XX	协议账户	XX	-
合 计			XX	-

注：募集资金专项账户初始存放金额包含未支付或未置换的承销费等发行费用人民币 XX 元。

（二）前次募集资金实际使用情况

截至 XX 年 XX 月 XX 日，公司累计已使用募集资金人民币 XX 元，募集资金专户结余金额人民币 0.00 元。

（三）募集资金变更情况

截至 XX 年 XX 月 XX 日止，前次募集资金实际投资项目与所披露的募集资金运用方案一致，无实际投资项目变更情况。

经核查，发行人前次募集资金使用用途未发生变更，不存在擅自改变用途而未作纠正或者未经股东大会认可的情形。发行人前次募集资金的核准、使用均符合有关法律法规的规定。

六、本次发行实施后对发行人国有控股股东控制权的影响

截至本法律意见出具日，XX 集团直接持有 XX 公司 XX 股股份，占公司股份总数的 XX%，为发行人的控股股东。

XX 省财政厅依法持有 XX 集团 XX%的股权，受 XX 省人民政府委托，代 XX 省人民政府履行出资人职责，为公司的实际控制人。

根据 XX 省财政厅《关于 XX 集团调整控股上市公司合理持股比例的意见》，XX 集团对 XX 的合理持股比例为 XX%。截至本法律意见书出具日，XX 集团对公司的持股比例高于 XX 省财政厅确定的合理持股比例 XX%。

按发行数量上限进行测算，本次发行完成后公司总股本为 XX 股，XX 集团有限公司对公司的持股比例预计不低于 XX%，未导致其持股比例低于 XX 省财政厅确定的上述合理持股比例，XX 集团仍为公司的控股股东，XX 省财政厅仍为公司的实际控制人。

本所律师认为：本次发行完成后，XX 集团持有公司的股份比例预计不低于 XX 省财政厅确定的合理持股比例，仍为发行人的控股股东，XX 省财政厅仍为实际控制人，本次发行不会对发行人国有控股股东的控制权造成实质性的影响，不会导致公司控制权发生变化。

七、本次发行对公司经营管理和财务状况的影响

（一）对公司经营管理的影响

本次向特定对象发行股票募集资金在扣除相关发行费用后的净额，将用于 XX 项目、XX 项目、补充流动资金及偿还银行贷款项目，其中：（1）XX 项目的建设符合我国能源发展趋势以及双碳目标，具有良好的市场发展前景和经济效

益，该募投项目的实施有助于进一步增强公司多能互补领域的竞争地位，为公司可持续发展奠定坚实基础，符合公司长期发展需求及股东利益；（2）XX项目的建设符合国家能源发展战略，具有良好的市场发展前景和经济效益，该募投项目的实施将扩大公司发电规模、巩固和提升公司风电业务竞争优势；（3）通过补充流动资金及偿还银行贷款，公司可以提升营运资金规模、降低资产负债率、优化财务结构、减少财务费用、增强抗风险能力。

以上项目的实施有利于增强公司持续发展能力以及整体竞争实力，符合公司长期发展需求及股东利益。

（二）对公司财务状况的影响

本次发行完成后，公司的净资产及总资产规模均将有大幅提高，资产负债率将有所下降，有利于公司优化财务结构，提高偿债能力，降低财务风险，增强公司抗风险能力和盈利能力。

本次发行的募投项目具有良好的经济效益，但是考虑到项目建设期的影响、向特定对象发行股票使得公司总股本将有所扩大等因素，不排除公司短期内每股收益被摊薄的可能。募投项目顺利实施后，预计将产生良好的经营效益，因此从中长期来看，公司的盈利能力将得到进一步提升。

八、本次发行的授权与批准

（一）本次发行已经取得的授权与批准

XX年XX月XX日，发行人召开第X届董事会第X次会议，审议通过了与本次发行相关的以下议案：

1. 《关于公司符合向特定对象发行A股股票条件的议案》；
2. 《关于公司XX年度向特定对象发行A股股票方案的议案》；
3. 《关于公司XX年度向特定对象发行A股股票预案的议案》；
4. 《关于公司XX年度向特定对象发行A股股票方案论证分析报告的议案》；
5. 《关于公司XX年度向特定对象发行A股股票募集资金使用的可行性分析报告的议案》；
6. 《关于公司XX年度向特定对象发行A股股票摊薄即期回报及采取填补措施和相关主体承诺的议案》
7. 《关于公司前次募集资金使用情况报告的议案》
8. 《关于公司未来三年（XX年-XX年）股东回报规划的议案》

9.《关于提请股东大会授权董事会或董事会授权人士全权办理本次向特定对象发行 A 股股票相关事宜的议案》

10.《关于召开 XX 第一次临时股东大会的议案》等。

（二）本次发行尚需取得的授权与批准

本次发行尚需取得国家出资企业审核批准。

《上市公司国有股权监督管理办法》第六十三条规定：“国有股东所控股上市公司发行证券，应当在股东大会召开前取得批准。属于本办法第七条规定情形的，由国家出资企业审核批准，其他情形报国有资产监督管理机构审核批准。”

第七条规定：“国家出资企业负责管理以下事项：……（三）国有控股股东所持上市公司股份公开征集转让、发行可交换公司债券及所控股上市公司发行证券，未导致其持股比例低于合理持股比例的事项；国有参股股东所持上市公司股份公开征集转让、发行可交换公司债券事项……”。

按发行数量上限进行测算，本次发行后公司总股本为 XX 股，XX 集团有限公司持股比例预计不低于 XX%，未导致其持股比例低于 XX 省财政厅确定的 XX% 合理持股比例，因此该事项属于《上市公司国有股权监督管理办法》第七条规定的应由国家出资企业负责管理事项，发行人应在审议本次发行事项的股东大会召开前，取得国家出资企业即 XX 集团的审核批准。

本所律师认为：本次发行已经履行的授权与批准程序符合相关法律、法规及规范性文件的规定；发行人本次发行尚需获得 XX 集团批准、公司股东大会审议通过、深交所审核通过并经中国证监会同意注册决定后方可实施。

九、结论性意见

综上所述，本所律师认为：

（一）发行人具备实施本次发行的主体资格；

（二）本次发行方案及相关发行事项符合《公司法》《证券法》《注册管理办法》等相关法律、法规及规范性文件的规定，发行人符合有关法律、法规及规范性文件关于上市公司向特定对象发行股票的各项规定和要求，具备本次发行的资格和条件；

（三）发行人前次募集资金的核准、使用均符合有关法律法规的规定；

（四）本次发行完成后，XX 集团仍为发行人的控股股东，本次发行不会对发行人国有控股股东的控制权造成实质性的影响，不会导致公司最终控制权发

生变化；

（五）本次发行已经完成了现阶段必要的授权和批准程序，尚需获得 XX 集团批准、公司股东大会审议通过、深交所审核通过并经中国证监会同意注册决定后方可实施。

本法律意见书正本一式五份，无副本，经本所负责人、经办律师签字并加盖本所公章后生效。

（以下无正文）

关于河南省 B 文化旅游集团有限公司的法律 尽职调查报告

——北京天元(郑州)律师事务所 田兵³ 焦永涛⁴ 李玉龙⁵ 李军伟⁶

项目简介：

某风景名胜区是是某某山世界地质公园、国家 AAAAA 级旅游景区、国家级自然保护区、省级风景名胜区、省级文物保护单位、省级标准化示范单位。河南省 B 文化旅游集团有限公司是某风景名胜区的景区运营单位，某文旅集团拟通过股权收购方式收购该景区。该景区涉及总资产达 10.5 亿。

北京天元（郑州）律师事务所接受委托后，指派经办律师田兵、焦永涛、李玉龙、李军伟律师组成项目组，从股权情况、经营许可、业务开展情况、资产情况、重大债权债务、公司内控情况、劳动用工情况、诉讼仲裁情况、行政处罚等方面对项目公司及景区情况进行了法律尽职调查，并出具了法律尽职调查报告。该尽职调查报告的全面性、完整性、专业性等获得委托人和标的公司的一致好评。

3 田兵，自 1997 年开始从事律师工作，律所管委会主任，担任多个政府法律顾问专家库专家、双汇发展独立董事职务。

4 焦永涛，自 2010 年开始从事律师工作，律所合伙人，主要从事资本市场、国资国企、并购重组、投融资等业务。

5 李玉龙，西南政法大学法律硕士（法学），拥有证券从业资格，主要从事股权并购重组、投融资等业务。

6 李军伟，注册会计师、税务师，省律协涉外律师骨干人才，主攻公司治理、国资国企、投资与并购及诉讼等领域。

目 录

释 义	30
第一节 引言	33
一、律师应声明的事项	33
二、本报告的使用	33
第二节 重大法律风险提示	35
（一） B 景区概述	35
（二） 公司股权方面法律风险	35
（三） 公司资产方面法律风险	39
（四） 公司业务方面法律风险	39
（五） 公司重大债权债务方面法律风险	42
（六） 公司建设开发方面法律风险	45
（七） 主体及内控方面法律风险	48
（八） 公司劳动用工方面法律风险	49
（九） 其他方面法律风险	51
第三节 正文	53
一、B 文旅集团及其下属子公司概况	53
二、B 文旅集团及其下属子公司的历史沿革	57
三、B 文旅集团及其下属子公司的股东及股权情况	79
四、B 文旅集团及其下属子公司的法人治理结构	90
五、B 文旅集团及其下属子公司的业务	97
六、B 文旅集团及其下属子公司的主要财产	111
七、B 文旅集团及其下属子公司的财务及重大债权债务	128
八、B 文旅集团及其下属子公司的重大资产变化及收购兼并	167

九、B 文旅集团及其下属子公司的劳动用工与社会保障	169
十、B 文旅集团及其下属子公司环境保护、消防安全情况	172
十一、B 文旅集团及其下属子公司的独立性	173
十二、B 文旅集团及其下属子公司诉讼、仲裁及行政处罚情况	175
附件（略）	

释 义

本报告中，除非文义另有所指，下列词语或简称具有下述含义：

贵公司、委托人、洛阳A集团	指	洛阳A投资集团有限公司
B文旅集团、公司、B生态旅游	指	河南省B文化旅游集团有限公司[曾用名：河南省B生态旅游开发有限公司]
B实业	指	河南省B实业有限公司
B实业快捷酒店	指	河南省B实业有限公司快捷酒店
B旅游公司	指	河南省B旅游发展有限公司
B置业	指	河南省B置业有限公司
C工贸	指	××县C工贸有限公司
D工贸	指	××县D工贸有限公司
E矿业	指	××E矿业有限公司
洛阳F文旅	指	洛阳××××发展有限公司
《中华人民共和国民法典》	指	《民法典》
《中华人民共和国公司法》	指	《公司法》
《中华人民共和国土地管理法》	指	《土地管理法》
《中华人民共和国森林法》	指	《森林法》
《中华人民共和国防洪法》	指	《防洪法》
××县市场监管局、××县工商局	指	××县市场监督管理局、××县工商行政管理局
报告期	指	2021年、2023年、2023年、204年1月-6月
元、千元、万元	指	人民币元、人民币千元、人民币万元
本所	指	北京天元（郑州）律师事务所

注：本报告中若出现总计数与各分项数值之和尾数不符的情况，均为四舍五入所致。

北京天元（郑州）律师事务所

关于河南省 B 文化旅游集团有限公司的 法律尽职调查报告

致：A 文化旅游投资集团有限公司

北京天元（郑州）律师事务所（以下简称“本所”）接受 A 文化旅游投资集团有限公司（以下简称“洛阳 A 集团”、“贵公司”或“委托人”）委托，作为贵公司拟和河南省 B 文化旅游集团有限公司（以下简称“B 文旅集团”或“公司”）进行股权合作相关事宜（以下简称“本次交易”）的专项法律顾问并对 B 文旅集团开展法律尽职调查工作。

接受委托后，本所迅速组建了法律尽职调查工作小组，并于 2024 年 7 月 30 日正式进场开展工作。本所律师通过审阅公司所提供的相关资料、查阅相关政府网站公示信息、与公司相关负责人员访谈等方式对公司开展了尽职调查工作。

本所律师根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国旅游法》等有关法律以及《风景名胜区条例》《风景名胜区建设管理规定》等有关法律法规、规范性文件的规定，按照律师行业公认的业务标准、道德规范和勤勉尽责精神，出具本法律尽职调查报告（以下简称“本报告”），以供贵公司参考。

第一节 引言

一、律师应声明的事项

对本报告的出具，本所律师声明如下：

（一）为出具本报告，本所律师拟通过审阅 B 文旅集团与本次尽职调查至关重要的相关资料、与相关人员正式访谈、进行实地调查等方式对相关事项进行交叉验证。但因时间紧迫且受尽职调查条件限制，B 文旅集团未能提供尽职调查所需之完整资料，亦未能完全配合本所律师拟定的核查验证程序，核查手段受到相应的限制。本报告系通过有限的材料及通过公开网络渠道的核查而完成，部分事项未能得出明确性意见或结论性意见。

（二）本报告的作出系以 B 文旅集团所提供的文件、资料及口头陈述、电子文档真实、准确、完整，不存在误导性陈述和重大遗漏为前提和基础。若 B 文旅集团提供的文件、资料、电子文档、披露的事实以及承诺、声明、保证的内容出现伪造、错误、不完整或与原件不符等情况，致使本报告所依据的假定事项不成立，导致本报告无效、出现错误的，本所将不承担因此引起的责任。

（三）本所律师并非商业、财务和税务等方面的专业人士。因此，在本报告中，本所律师仅对本次交易过程中涉及的相关法律事项进行审查并发表法律意见，不对有关财务、会计、审计、评估、税务、交易价格等专业事项进行审查。本所律师在本报告中引用有关财务报表、审计报告、评估报告等材料中的数据或结论以及因报告内容需要本所律师根据财务报表等资料自行计算部分未经审计的数据时，并不意味着本所律师对这些数字或结论的真实性和准确性作出任何明示或默示的保证。

（四）本次尽职调查核查截至日为 2024 年 8 月 9 日，除非有特别说明，本报告所作事实描述及法律分析（包含正文所称“截至本报告出具之日”相关表述）均系以核查截至日前本所律师已获取的相关资料或公开查询的相关信息为依据。委托人在使用本报告时，应当关注自核查截至日后本报告有关事实描述是否发生变化。

二、本报告的使用

（一）本报告仅供委托人内部决策参考所使用，委托人对本报告相关内容有独立判断之权利和义务。

（二）未经本所书面同意或授权，任何人在任何情况下不得分发、流转、

援引、依赖本报告的内容或将本报告散布、交付给任何第三方。

基于以上说明，本所律师出具如下报告，以供贵公司参考。

第二节 重大法律风险提示

为便于委托人迅速了解本所律师在本次尽职调查中发现的问题，本部分将有关重大法律风险列示如下：

（一）B 景区概述

B 风景名胜区位于河南省××县城东区，面积××平方公里，是××世界地质公园、国家 AAAAA 级旅游景区、国家级自然保护区、省级风景名胜区、省级文物保护单位、省级标准化示范单位。

B 风景名胜区由 B 文旅集团负责整体运营管理，B 文旅集团成立于 2007 年 8 月 31 日，由 B 林场与 D 工贸共同出资设立。截至本报告出具之日，B 文旅集团股东为李××、洛阳 F 文旅，其中李××持股 80%，洛阳 F 文旅持股 20%。

B 文旅集团日常主要负责 B 旅游景区管理、索道运营管理、停车场管理、滑道运营管理、××县地质博物馆运营管理及导游服务、旅客乘车服务、商铺出租、景区场地出租等；B 文旅集团下设控股子公司 B 实业，负责 B 风景区三产业务运营管理。

B 风景区 2021 年度接待游客数量××××人次，2022 年度接待游客数量××××人次，2023 年度接待游客数量××××人次、2024 年 1-6 月接待游客数量××××人次。

截至 2024 年 6 月 30 日，B 文旅集团总资产××××元，总负债××××元，净利润××××元。B 文旅集团 2024 年 1-6 月业务收入××××元，其中门票收入××××元，索道收入××××元；业务成本××××元。

截至本报告出具之日，B 景区管理人员合计××××人左右，其中 B 文旅集团有员工××××人，B 实业有员工××人。

（二）公司股权方面法律风险

1. 股东李××、洛阳 F 文旅持有的 B 文旅集团的股权已全部质押

经登录国家企业信用信息公示系统查询并与公司相关人员访谈，截至 2024 年 8 月 1 日，B 文旅集团现有股东所持公司股权存在质押或被冻结情形如下：

序号	出质人	质权人	出质股权 数额（万 元）	债务人	借款余 额（万 元）	股权出质 设立登记 日期

序号	出质人	质权人	出质股权 数额（万 元）	债务人	借款余 额（万 元）	股权出质 设立登记 日期
1	李××	××××	××××	××××	××××	××××
2	洛阳××	××××	××××	××××	××××	××××
	××发展 有限公司					
合计		---	××××			---

《民法典》第四百四十三条规定：“以基金份额、股权出质，质权自办理出质登记时设立。基金份额、股权出质后，不得转让，但是出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。”

鉴于李××、洛阳 F 文旅所持 B 文旅集团的股权已全部质押，依照前述规定，在股权质押未解除或未征得质权人同意的情况下，B 文旅集团的股权无法进行转让。

本所律师建议：1. 先行与股东及质押权人沟通，通过担保置换方式解决公司股权质押问题。2. 如确无法进行担保置换的，贵公司可考虑以“带押过户”方式实施本次股权收购，即与债权人沟通在征得债权人同意的情况下进行股权转让。若采取该种方案（建议提前与市场监督管理部门沟通实操事项），股权过户后债权人仍对质押股权享有优先受偿权进而导致股权可能会被强制执行；并且，“带押过户”也将直接影响 B 文旅集团后续融资安排，敬请贵公司予以关注。

2. ××县 B 林场、D 工贸（E 矿业）未完全依照合作开发协议约定履行

2007 年 8 月 23 日，××县 B 林场与 D 工贸签订《合作开发 B 景区合同》（鉴证单位：××县国有资产管理办公室，未盖章），约定：在 B 林场现有景区的基础上吸纳 D 工贸作为股东参与经营，双方共同投资设立“××B 生态旅游开发有限公司”，××县 B 林场以现有景区内实物资产（林木资源、上山公路、土地除外）以评估价值投入新公司，D 工贸用货币资金投入新公司，合作经营范围为原属××县 B 林场已经国家相关部门批准在 B 开发生态旅游的区域和相关附属设施。新公司注册资本 2,000 万元，××县 B 林场以现有资产评估净值（林木资源、上山公路、土地除外）约 1,375 万元投入新公司，占新公司

20%的股权，D 工贸以 6,300 万元货币资金投入新公司，占新公司 80%的股权。上述投资款中××县 B 林场投入的实物资产以及 D 工贸投入的货币资金在注册资本比例以内部分应在新公司设立时一次投入新公司，D 工贸投资款超出注册资本以外部分于 2007 年 12 月 31 日前全部投入新公司。

2009 年 11 月 18 日，××县 B 林场与 E 矿业签订补充协议约定：1. 鉴于原协议，甲方投入新公司的××元，以 20%计算，双方总投资额应为××元，E 矿业 80%应投资××元；2. 现在新公司注册资金增至 16,000 万元，按原协议甲、乙双方应投入××元，甲、乙双方同意另有××元属新公司筹措资金，新公司按筹措资金提取财务费用，纳入成本核算；3. 原协议到期终止进行清算分配时，新公司应退林场股金××元，E 矿业股金××元，偿还注册筹措资金××元。

经与公司相关人员访谈确认，D 工贸依照约定将第一笔费用 800 万元投入 B 文旅集团，并计入实收资本；××县 B 林场将 1,375 元实物出资中的 200 万元计入实收资本，剩余 1,135 万元出资实物计入长期应付款，后续经 D 工贸、××县 B 林场与 B 文旅集团三方债权债务冲抵的方式对该长期应付款进行了处理，B 文旅集团账上不再显示该笔应付款项。D 工贸（E 矿业）及××县 B 林场均未完全依照协议约定期限将后续投资款如期投入项目公司。本所律师建议各方就 B 文旅集团前期出资情况的现状及相关处理情况进行补充约定，避免后续出现因股东前期出资事项而产生争议或纠纷。

3. B 实业股东层面存在股权代持情况

2023 年 1 月 1 日，实际出资人×××、×××、×××、×××与名义出资人赵××签订《实际出资人委托名义出资人入股协议书》，约定：实际出资人实际出资金额为 40 万元，占股 40%，B 实业由赵××自愿接受实际出资人的委托，以名义股东之身份登记于 B 实业。实际出资人持有的股份禁止转让、售卖、质押、担保，如在 B 文旅集团或下属子公司离职，赵××退还其实缴的出资本金，则相应的股东权利及股份随之消灭。

随后，×××、×××、×××等人代表 26 人与赵××签订《实际出资人与名义出资人补充协议书》约定：B 实业注册资本由人民币 100 万元增加至人民币 500 万元。新增注册资本 400 万元。赵××以银行存款 160 万元新增投资，加上原出资人民币 40 万元，共计 200 万元，占公司增资扩股后注册资本的 40%。实际出资人因人数发生变化，相应出资额、股权比例随之变化，具体明细如下：

序号	实际出资人	出资额（元）	出资比例（%）
1	×××	×××	×××
2	×××	×××	×××
3	×××	×××	×××
4	×××	×××	×××
5	×××	×××	×××
6	×××	×××	×××
7	×××	×××	×××
8	×××	×××	×××
9	×××	×××	×××
10	×××	×××	×××
11	×××	×××	×××
12	×××	×××	×××
13	×××	×××	×××
14	×××	×××	×××
15	×××	×××	×××
16	×××	×××	×××
合计		2,000,000	40.00

经本所律师与相关人员确认，赵××持有的 B 实业 40%的股权系代李××、杨××、望××等 26 名自然人持有。本所建议对前述股权代持情形进行规范，由代持人与被代持人签署正式的代持协议，明确各方出资额及股权比例，同时明确股权代持的管理及代持股东退出、新股东进入等相关内容。

4. 子公司 C 工贸注册资本尚未实缴

经本所律师核查，C 工贸注册资本 50 万元，B 文旅集团持有 C 工贸 51%的股权，即 25.5 万元出资额。经本所律师与公司人员访谈确认，C 工贸原拟开展矿石业务，后续未实际开展经营，注册资本未实际缴纳。C 工贸股东后续需依照公司法的规定实际履行实缴出资义务。经本所律师核查，C 工贸未开展实际经营，本所律师建议贵公司在正式合作前由 B 文旅集团办理 C 工贸的注销手续。

（三）公司资产方面法律风险

5. B 景区内部分资产未在 B 文旅集团名下

2007 年 8 月 23 日，××县 B 林场与 D 工贸签订《合作开发 B 景区合同》约定：在××县 B 林场现有景区的基础上吸纳 D 工贸作为股东参与经营，其中××县 B 林场以现有景区内实物资产（林木资源、上山公路、土地除外）以评估价值投入新公司，其中××县 B 林场投入资产不包含 B 景区林木资产、无形资产、土地使用权和已完工未结账的××殿、××门及××路与××路中间资产。经本所律师核查，除××路与××路中间资产变为市政道路外，前述资产还在景区范围内，B 文旅集团日常正常使用。本所律师建议可选择 B 文旅集团与政府相关主体签署协议约定或由××县人民政府出具会议纪要等方式，明确后续使用及费用支付等相关事宜。

6. B 文旅集团部分车辆登记于公司员工及关联方名下

经本所律师核查，B 文旅集团有四辆汽车登记于 E 矿业、杨××、王××、高××名下。经与公司相关人员访谈确认，将车辆登记于个人名下系因购车时享受相应政府购车补贴，日常车辆保养及车辆保险费用由 B 文旅集团承担。本所律师建议依照国有资产监督管理的规定，将相关车辆过户至 B 文旅集团名下。

7. B 文旅集团目前使用办公楼系归××县文化广电和旅游局所有

经与公司相关人员访谈确认，B 文旅集团目前办公使用的房产系归属于××县文化广电和旅游局所有，××县文化广电和旅游局投资建设了房屋主体工程，内部装修及日常维护由 B 文旅集团负责，双方未签署任何协议文件，B 文旅集团亦未支付任何费用。

鉴于该房产系归属于××县文化广电和旅游局所有，为国有资产，后续不排除××县文化广电和旅游局随时收回或依照国有资产管理相关法律规定要求 B 文旅集团缴纳相关使用费用的风险。本所律师建议可选择 B 文旅集团与政府部门签署协议约定或或由××县人民政府出具会议纪要等方式，明确后续使用及费用支付等相关事宜。

（四）公司业务方面法律风险

8. B 文旅集团取得景区经营权未依法履行招投标程序

2007 年 8 月 23 日，××县 B 林场与 D 工贸签订《合作开发 B 景区合同》，约定：在 B 林场现有景区的基础上吸纳 D 工贸作为股东参与经营，双方共同投

资设立“××B生态旅游开发有限公司”，××县B林场以现有景区内实物资产（林木资源、上山公路、土地除外）的评估价值投入新公司，D工贸用货币资金投入新公司，合作经营范围为原属××县B林场已经国家相关部门批准在B开发生态旅游的区域和相关附属设施。合同有效期为七十年。

2008年9月20日，××县人民政府出具《关于B景区合作开发有关问题的通知》（×政文〔2008〕××号），同意将××B景区的经营权整体移交给河南省B生态旅游开发有限公司，期限为七十年。

《风景名胜区条例》第三十七条第二款规定“风景名胜区内的交通、服务等项目，应当由风景名胜区管理机构依照有关法律、法规和风景名胜区规划，采用招标等公平竞争的方式确定经营者。”

根据上述规定，B文旅集团系通过协议方式取得B景区特许经营权，未通过招标等公平竞争的方式获得景区收益权，则可能由于合作形式不合规而出现法律障碍。本所律师建议：在本次收购过程中，由××县政府出具专门文件，本着尊重历史情况的原则，依照原协议规定要求，继续由B文旅集团继续运营管理。

9. 景区门票收入直接纳入公司业务收入不符合相关法律规定

截至本报告出具之日，B文旅集团目前主要收入来源为景区门票收入、索道收入、停车费收入、滑道收入等。

《风景名胜区条例（2016）》第三十七条规定：“进入风景名胜区的门票，由风景名胜区管理机构负责出售。门票价格依照有关价格的法律、法规的规定执行”；第三十八条规定：“风景名胜区的门票收入和风景名胜资源有偿使用费，实行收支两条线管理。风景名胜区的门票收入和风景名胜资源有偿使用费应当专门用于风景名胜资源的保护和管理以及风景名胜区内财产的所有权人、使用权人损失的补偿。”

按照上述法律规定，B景区作为河南省风景名胜区，景区门票收入应归属于风景区管理机构所有并纳入政府非税收入管理，经查询，国内其他一些风景名胜区门票收入也存在直接纳入经营公司业务收入的情况，为普遍存在情形，但并不排除后续政府相关部门予以规范的可能，请公司予以关注。

10. 景区旅游客运存在未获得道路客运许可的风险

（1）根据《道路旅客运输及客运站管理规定》规定，“（三）旅游客运是指

以运送旅游观光的旅客为目的，在旅游景区内运营或者其线路至少有一端在旅游景区（点）的一种客运方式。”旅游客运按照营运方式分为定线旅游客运和非定线旅游客运。定线旅游客运按照班车客运管理，非定线旅游客运按照包车客运管理，均需获得道路客运经营行政许可。

经与公司相关人员访谈确认，B 文旅集团目前有旅游观光车 10 辆，主要用于票务中心至景区大门口的旅游客运，B 文旅集团名下另有宇通牌纯电动客车 5 辆、宇通牌柴油客车 5 辆，日常实际对外载客。经本所律师核查，B 文旅集团曾于 2010 年 7 月 23 日取得洛阳市道路运输管理部门核发的《道路运输经营许可证》（豫交运管许可洛字××号），地址为××县××乡××村 B 景区，经营范围为县内、景区内旅游客运。经本所律师核查，截至本报告出具之日，B 文旅集团尚未取得道路运输经营许可。

《道路旅客运输及客运站管理规定》第九十三条规定“违反本规定，有下列行为之一的，由交通运输主管部门责令停止经营；违法所得超过 2 万元的，没收违法所得，处违法所得 2 倍以上 10 倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足 2 万元的，处 1 万元以上 10 万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）未取得道路客运经营许可，擅自从事道路客运经营的；（二）未取得道路客运班线经营许可，擅自从事班车客运经营的；（三）使用失效、伪造、变造、被注销等无效的道路客运许可证件从事道路客运经营的；（四）超越许可事项，从事道路客运经营的。”根据上述规定，B 文旅集团未取得道路客运经营许可，不排除被道路运输管理部门行政处罚的风险。

11. B 文旅集团后续需对景区停车场向城市管理部门备案

《洛阳市停车管理条例》（2024 年 9 月 1 日起实施）第二十二条规定：“从事停车设施经营服务的，应当依法办理市场主体登记等相关手续，取得营业执照十五日内向城市管理部门备案。经营者应当对所提交材料真实性和合法性负责。本条例施行前已经投入使用的公共停车设施，经营者应当在本条例施行之日起三十日内向城市管理部门备案。备案内容发生变更的，经营者应当在变更之日起三十日内向原备案机关变更备案。停车设施终止营业的，应当告知备案机关，并及时向社会公布。”

根据上述规定，B 文旅集团负责 B 景区 26 个停车场的运营管理工作，建议在《洛阳市停车管理条例》实施后，及时向城市管理部门备案。

12. B 实业宾馆业务未取得特许经营许可的风险

《旅馆业治安管理办法（2022 修订）》第四条规定，申请开办旅馆，应取得市场监管部门核发的营业执照，向当地公安机关申领特种行业许可证后，方准开业。第十五条规定，违反本办法第四条规定开办旅馆的，公安机关可以酌情给予警告或者处以 200 元以下罚款；未经登记，私自开业的，公安机关应当协助工商行政管理部门依法处理。

经与公司相关人员访谈确认，B 实业目前经营一家青年旅社，日常除自己员工使用外，部分房间对外经营，但并未取得特种行业经营许可，存在被行政处罚的风险。

13. B 景区内尚未搬迁的村民

经与公司相关人员的访谈，B 景区范围内有 2 个行政村，分别为××村、××村，B 文旅集团与部分村民签署了相关租赁协议，被公司租赁房屋或土地，但部分村民仍在景区内居住生活。

村民在景区内生活，一方面对景区环境和安全经营的管理存在影响，另一方面如村民以游客为自家亲戚等名义将游客带入景区，将会直接影响 B 文旅集团的门票收入，给景区的正常经营带来不便。

另外，B 景区内还存在村民以自有房产从事酒店、宾馆运营情况，如后续 B 文旅集团开展类似业务，也将对该类业务的后续开展造成一定影响。

（五）公司重大债权债务方面法律风险

14. B 景区收费权已被质押

经查阅 B 文旅集团对外提供的融资担保合同，为保证 B 文旅集团对外贷款，B 文旅集团已将 B 景区的门票、所有索道及停车场等的收费权质押给了金融机构，若后续 B 文旅集团未能如期偿还对外借款，存在质押权人行使质押权后导致 B 景区相应收费权被强制执行的风险。

《民法典》第四百四十五规定，以应收账款出质的，质权自办理出质登记时设立。应收账款出质后，不得转让，但是出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

依照前述合同约定及法律规定，在实施本次股权收购前，B 文旅集团应当通知质权人，制定相应的债务处置方案，或征得金融机构的同意。本所律师特提请贵公司关注前述情形，提前与相关主体沟通，并在股权转让过程中与金融

机构对接相关事宜。

15. B 文旅集团存在大额对外融资、担保的风险

根据 B 文旅集团提供的资料并与相关工作人员访谈确认，截至本报告出具之日，B 文旅集团及 B 实业尚有××万元对外大额融资未偿还，担保金额中有××万元（其中为公司自身融资担保金额为××万元，为关联方河南××公司借款担保××万元）尚未偿付，存在大额对外借款、担保情形。

B 文旅集团与工商银行签订的《固定资产借款合同》（××××-2015 年××字 0006 号）、《固定资产借款合同》（××××-2019 年××字 00072 号）约定：“在还清当年贷款本息前，借款人不得向股东分红或进行其他形式分配；在项目贷款期内，价款人经营、股权等若发生重大变化，如主要股东变更、对特定资产进行重组等，应事先征得工行××支行同意并落实债权，否则我们将有权宣布贷款提前到期。”B 文旅集团与建设银行签署的《人民币流动资金借款合同》（HT××××）约定：“甲方进行合并、分立、股权转让、对外投资、实质性增加债务融资等重大事项前，应征得乙方的书面同意。但乙方的书面同意，并不影响日后乙方认为上述行为可能危及乙方债权安全时采取本合同约定的救济措施的权利。”公司其他借款合同中均由类似约定。

依照前述合同约定及法律规定，在实施本次股权收购前，B 文旅集团应当通知金融机构，制定相应的债务处置方案，并按约定征得金融机构的同意。本所律师特提请贵公司关注前述情形，提前与相关主体沟通，并在股权转让过程中与金融机构对接相关事宜。

16. B 文旅集团与公司员工存在大额资金拆借情形

经查阅 B 文旅集团提供的财务资料并与相关工作人员访谈确认，2014 年底，为修建 A 索道，B 文旅集团先后向公司××名员工筹集工程款××余万元。2024 年 5 月 17 日 B 文旅集团决议显示：“根据 2024 年 5 月 17 日召开的××××索道集资领导小组会议研究决定：结合 2023 年度 B 索道收支情况，决定对 2023 年度的 B 索道集资款按月息 3%计算，财务代扣缴纳个人所得税。”

根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，上述约定利息超过了一年期贷款市场报价利率的四倍，远超法律保护利率的上限，请贵公司予以关注。

17. B 文旅集团存在大量公司员工借款未收回

经与公司相关工作人员访谈了解，为解决员工上下班乘坐班车问题，公司为鼓励大家购买车辆，允许员工可以在×万元/人限额内向公司无息借款，还款期限不作强制性要求。由于公司与具体借款人没有签订相应的借款合同，没有就还款期限、利息及违约责任等进行约定，仅口头约定借款员工在公司取得奖金收入时可协商抵扣借款，前述借款一直未收回，截至报告期末，B 文旅集团账面显示的员工借款余额约××万元左右。

另，2020 年 1 月，××县林业科学院向公司借款××万元，目前仍有××万元尚未偿付；2020 年 6 月，王××向公司借款××万元尚未偿付，经与公司相关工作人员访谈确认，该两笔借款的借期仅为 3 个月、2 个月，目前已严重超过还款期限，未收回。

18. B 文旅集团存在大额集资建房款未收回情形

经与公司相关工作人员访谈了解，公司在修建 C 索道、停车场时占用了当地部分村民的宅基地，为补偿并安置该部分村民，公司为村民在置换后的宅基地上代建了安置房，并约定按照××元/平方米的标准向村民收取建房款。经与公司财务人员访谈，截至报告期末，账面显示有××元尚未收回（具体欠付名单未提供），目前该笔款项公司挂账在了××村二组组长孙书生名下。根据河南××会计师事务所（普通合伙）的审计结果显示，前述款项经审计处理和抵消后的余额约有××万元左右。前述欠款的期末余额及欠款人员名单以审计机构的审计结果为准。建议 B 文旅集团与相关安置村民签署协议确定各方具体欠款金额及后续支付节点，避免后续发生争议。

19. B 文旅集团需依照协议约定支付资源补偿费

2007 年 8 月 23 日，××县 B 林场与 D 工贸签订《合作开发 B 景区合同》，约定：B 文旅集团在第一年至第五年内每年向××县 B 林场交纳十万元道路有偿使用费，第六年至第二十年内每年向××县 B 林场交纳五万元道路有偿使用费。2009 年 10 月 10 日，B 林场与 E 矿业签订《补充协议》，将其中“道路有偿使用费”变更为“资源补偿费”。经本所律师查阅公司提供的资料文件，该资源补偿费支付至 2021 年。B 文旅集团仍需依照协议约定按每年度伍万元计提资源补偿费。同时，建议可选择 B 文旅集团与政府相关主体签署协议约定或由××县人民政府出具会议纪要等方式明确后续使用及费用支付等相关事宜。

（六）公司建设开发方面法律风险

20. B 文旅集团存在违规占地情形

为在景区内开发建设索道、构筑物、停车场、道路等项目设施设备，B 文旅集团与当地××村、×××村村民签署了大量租赁土地协议，由于在租赁土地协议中并未说明所租用土地的性质，但根据报告期内××县自然资源局、××县水利局、××县林业局对 B 文旅集团、B 实业作出的行政处罚决定书，B 文旅集团在景区建设开发过程中，存在未经政府相关部门审核同意，擅自违法占用当地村民耕地、林地及其他土地情形，B 文旅集团在利用村民土地开展项目建设开发过程中，并未严格按照相关法律法规的规定，履行向政府相关部门建设用地的审批手续。

《土地管理法》第五十九条规定，乡镇企业、乡（镇）村公共设施、公益事业、农村村民住宅等乡（镇）村建设，应当按照村庄和集镇规划，合理布局，综合开发，配套建设；建设用地，应当符合乡（镇）土地利用总体规划和土地利用年度计划，并依照本法第四十四条、第六十条、第六十一条、第六十二条的规定办理审批手续。第七十七条规定，未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，由县级以上人民政府自然资源主管部门责令退还非法占用的土地，对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款；对非法占用土地单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《森林法》第三十七条 矿藏勘查、开采以及其他各类工程建设，应当不占或者少占林地；确需占用林地的，应当经县级以上人民政府林业主管部门审核同意，依法办理建设用地审批手续。第七十三条规定，违反本法规定，未经县级以上人民政府林业主管部门审核同意，擅自改变林地用途的，由县级以上人民政府林业主管部门责令限期恢复植被和林业生产条件，可以处恢复植被和林业生产条件所需费用三倍以下的罚款。

《防洪法》第二十七条规定，建设跨河、穿河、穿堤、临河的桥梁、码头、道路、渡口、管道、缆线、取水、排水等工程设施，应当符合防洪标准、岸线规划、航运要求和其他技术要求，不得危害堤防安全、影响河势稳定、妨碍行

洪畅通；其工程建设方案未经有关水行政主管部门根据前述防洪要求审查同意的，建设单位不得开工建设。前款工程设施需要占用河道、湖泊管理范围内土地，跨越河道、湖泊空间或者穿越河床的，建设单位应当经有关水行政主管部门对该工程设施建设的位置和界限审查批准后，方可依法办理开工手续；安排施工时，应当按照水行政主管部门审查批准的位置和界限进行。第五十七条规定，违反本法第二十七条规定，未经水行政主管部门对其工程建设方案审查同意或者未按照有关水行政主管部门审查批准的位置、界限，在河道、湖泊管理范围内从事工程设施建设活动的，责令停止违法行为，补办审查同意或者审查批准手续；工程设施建设严重影响防洪的，责令限期拆除，逾期不拆除的，强行拆除，所需费用由建设单位承担；影响行洪但尚可采取补救措施的，责令限期采取补救措施，可以处一万元以上十万元以下的罚款。

根据××县相关政府部门做出的行政处罚决定，B 文旅集团、B 实业因擅自违法占用当地村民耕地、林地及其他土地建设索道、房屋、停车场、道路等行为，多次受到行政处罚，后续不排除 B 文旅集团再次受到行政处罚的可能。

21. B 文旅集团在开发建设过程中，未履行相应报批报建手续，亦未取得相应不动产权属证书

经与相关人员确认，B 文旅集团在风景名胜区内建设房屋建筑物时未履行相关报批报建手续。

《风景名胜区建设管理规定》第五条规定：“凡在风景名胜区进行的各项建设都应由建设单位填写《建设选址审批书》，分级上报建设行政主管部门审批。下列建设应从严控制，严格审查：1. 公路、索道与缆车；2. 大型文化、体育与游乐设施；3. 旅馆建筑；4. 设置中国国家风景名胜区徽志的标志建筑；5. 由上级建设主管部门认定的其它重大建设项目。第六条规定：“对前条所列的五类建设项目选址，实行分级审批。属于国家级风景名胜区的由省级建设主管部门审查后报国务院建设行政主管部门或其授权部门审批；属于省级和县（市）级风景名胜区的报省级建设行政主管部门或其授权部门审批。在各级风景名胜区进行前条所列五类以外的其它建设项目选址，由省级建设行政主管部门或其授权部门审批。”第八条规定：“经审查批准的项目，由建设单位持经批准的《建设选址审批书》，按国家规定报有关部门办理立项等有关手续。”第十二条规定“工程竣工后，审批该项目选址的建设行政主管部门应参加验收。”

根据上述规定，B 文旅集团在开发建设过程中应办理建设选址、立项等相关手续。B 文旅集团开发建设过程中未履行相关手续，不排除被建设主管部门行政处罚的法律风险。

22. B 文旅集团建设开发过程中存在大量违法占用林地、耕地情况，部分建筑物、构筑物被罚没

经本所律师核查，B 文旅集团在开发建设 B 景区过程中存在未依法依规履行相应选址、环境影响评价、规划许可等审批手续，截至本报告出具之日，B 文旅集团多次受到政府相关部门的行政处罚。罚没资产主要针对索道站房、景区内商业用房及景区内道路等房屋建筑物及附属构筑物，B 文旅集团对罚没的违规建筑目前仍登记于账面固定资产中，未做处理。根据 B 文旅提供的行政处罚决定书，报告期内，B 文旅集团被罚没主要财产情况如下：

序号	处罚日期	处罚单位	违法事由	罚没财产范围
1				
2				
3				
4				
5				
6				
7				
8				
9				
10				
11				
12				
13				

B 文旅集团未能提供部分行政处罚决定书，不排除报告期内存在其他资产被罚没的情况。

23. 景区内游乐设施未履行建设审批手续、未取得经营许可的风险

根据《中华人民共和国旅游法》第四十七条规定，经营高空、高速、水上、潜水、探险等高风险旅游项目，应当按照国家有关规定取得经营许可。

《风景名胜区建设管理规定》第三条规定，任何单位或者个人在风景名胜区内建设房屋或其它工程等，应经风景名胜区管理机构审查同意。风景名胜区的土地、资源和设施实行有偿使用。第五条规定，凡在风景名胜区进行的各项建设都应由建设单位填写《建设选址审批书》，分级上报建设行政主管部门审批。下列建设应从严控制，严格审查：公路、索道与缆车；大型文化、体育与游乐设施……第十二条规定，工程竣工后，审批该项目选址的建设行政主管部门应参加验收。

经查阅公司提供的资料并与相关工作人员访谈确认，截至本报告出具之日，B 景区已投入运营的索道、滑道、云顶扶梯、步步惊心、玻璃水滑、高空溜索、高空飞翔等高空经营项目均未提供关于经营许可、选址审批及验收审批的相关资料。如 B 文旅集团及其子公司未能获得前述许可或审批，则存在被行政处罚的风险。

24. B 文旅集团未办理相关消防手续

经与相关人员访谈，B 文旅集团尚未取得相关消防安全等资料文件。另外景区内相关房屋建筑物、公司办公楼装修等均未办理相关消防验收手续。不排除 B 文旅集团被消防主管部门行政处罚的风险。

（七）主体及内控方面法律风险

25. B 文旅集团存在违规分配利润情况

2023 年 2 月 28 日，B 文旅集团召开股东会并作出决议：会议讨论并通过了利润分配方案，同意本次分配金额为××元，2022 年度税后利润不够分配的部分，借用 2023 年度利润××元进行预分配，本次分配后公司累计应弥补亏损××元由以后年度利润弥补。

《公司法》第二百一十条规定，公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可以不再提取。

公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照前款规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。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。

经查阅 YX 会计师事务所有限公司出具的 B 文旅集团 2022 年度《审计报告》（X 会审字（2023）第××号），B 文旅集团 2022 年末分配利润为××元。经与 B 文旅集团相关人员访谈了解，因××县 B 林场出现资金缺口，为解决资金周转问题，××县 B 林场通过向上级部门反应，要求 B 文旅集团进行利润分配以缓解其资金缺口问题，故，B 文旅集团在 2022 年度未分配利润为亏损，且 2023 年度税后利润未先行弥补以前年度亏损的情况下，进行了利润分配，违反了《公司法》的相关规定，存在相关股东需返还违规分配利润且负有责任的董事、监事、高级管理人员需承担赔偿责任的风险。

26. B 文旅集团内控制度需完善

经与相关人员访谈确认，B 文旅集团未制定董事会议事规则、监事会议事规则、总经理工作规则等内控管理制度，未制定公司内部授权管理制度文件，亦未就公司借款、融资、投资、担保等事项设置有较为明确的权责清单及内部审批权限，公司决策事项均系通过召开集体会议的方式讨论决定，并由具体人员及部门负责执行。

本所律师认为，B 文旅集团存在内部制度不健全、管理不规范、制度执行监督不足等情形。为防范后续类似事件的发生，本所律师建议：依据《公司法》及国有企业管理相关法律法规的规定制定和完善公司内控管理制度，建立全面的内控管理体系，同时加强对内部管理制度的执行监督。

27. B 文旅集团下属子公司及其分公司处于停业、经营异常状态

经本所律师核查，B 文旅集团 C 工贸 51%的股权，持有 B 旅游公司 60%的股权，其中，C 工贸未开展实际经营；B 旅游公司目前未开展实际经营，B 旅游公司已经决议解散，依法成立清算组，并在国家企业信用信息公示系统网站发布了债权人公告，目前正在办理注销登记手续。B 实业分公司-B 实业快捷酒店被××县市场监管局列入经营异常名录，B 实业快捷酒店目前未开展实际经营，正在办理注销登记手续。

（八）公司劳动用工方面法律风险

28. B 文旅集团与员工未及时签订劳动合同情况

经本所律师查阅 B 文旅集团提供的《B 文旅集团关于职工社会保险缴纳的

相关规定》“B 景区为了巩固 AAAAA 成果，确保管理规范有序，同时保障全体员工的切身利益，对符合以下条件或规定的员工陆续签订劳动合同。第一条、在 B 景区工作满 36 个月，在本职岗位表现突出的，时间计算以上一年的 12 月 31 日为截至点，向前推 3 年。第二条、一个月以上的假期（含一个月）不计入工作时间内。第三条、在工作期间违反公司管理制度或职工劳动纪律的，推迟签订劳动合同。有较重违纪一次，延期一年。有严重违纪的按照新进景区的职工对待。第四条、签订劳动合同的职工必须是 B 景区的正式职工。临时工、天天工不予签订。第八条、符合条件的职工，需经董事会研究同意并签字后，人力资源部方可按照规定缴纳。”经与公司相关人员访谈，员工一般需在 B 文旅集团工作满三年，再签订劳动合同。

根据《劳动合同法》第十条规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。”第八十二条规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”

根据上述规定，B 文旅集团未及时与员工签订劳动合同，存在支付双倍工资的法律风险。

29. B 文旅集团、B 实业未及时未缴纳社会保险的情况

经本所律师查阅 B 文旅集团提供的《B 文旅集团关于职工社会保险缴纳的相关规定》并与公司相关人员访谈，公司员工一般需在 B 文旅集团工作满三年后，再签订劳动合同并依法缴纳社会保险，同时公司依照最低缴纳基数标准为员工缴纳社会保险。

根据《中华人民共和国社会保险法（2018 修正）》及《住房公积金管理条例（2019 修订）》，用人单位应当自用工或录用之日其三十日内为其职工办理社会保险、向住房公积金管理中心办理缴存登记及办理住房公积金账户设立或者转移手续。如用人单位未按照相关规定办理社会保险登记、办理住房公积金缴存登记或者办理公积金账户设立手续的，相关部门有权要求用人单位限期整改，如逾期不改正将处以罚款。

B 文旅集团、B 实业未完全为员工按照工资标准缴纳社会保险、缴纳住房公积金，存在被相关主管部门责令限期缴纳或被处以行政处罚风险。

30. B 文旅集团存在为××县 B 林场职工支付报酬的情况

经本所律师与相关人员访谈确认，因 B 林场 4 名员工日常主要负责 B 林场的管理工作，对 B 景区熟悉，有助于协助 B 景区进行管理，且该 4 名员工快到退休年龄，B 文旅集团对其返聘，由其负责员工日常管理，并向该 4 人发放相应报酬。B 文旅集团与 B 林场存在少量人员混同的情况。

（九）其他方面法律风险

31. B 文旅集团与关联方存在较多关联交易的情况

经本所律师核查，B 文旅集团存在与关联方即公司高管公共参与投资的情况，如 B 文旅集团与 26 名自然人股东（B 文旅集团高管）共同投资 B 实业的情况，B 实业租赁 B 景区内××块场地开展经营（每年收取××万元的租赁费用），B 文旅将部分房产租赁给关联方河南省××文化旅游有限公司使用（××酒店）等情况，另外，B 文旅集团部分高管租赁 B 文旅集团名下商铺开展经营的情况，B 文旅集团与关联交易定价与市场价格之间可能存在偏差，关联交易定价公允性问题尚需以会计师事务所意见为准。

32. 景区内合作经营项目承担连带赔偿责任的风险

根据《旅游法》第五十四条规定，景区、住宿经营者将其部分经营项目或者场地交由他人从事住宿、餐饮、购物、游览、娱乐、旅游交通等经营的，应当对实际经营者的经营行为给旅游者造成的损害承担连带责任。

经与公司相关人员访谈确认，B 文旅集团将景区内的住宿、餐饮、娱乐等项目交由了第三方经营，B 实业与第三方存在大量合作经营项目，包括步步惊心、高空溜索、高空飞翔、云顶扶梯等 20 余个项目。按照上述法律规定，如上述项目后期出现安全事故，B 文旅集团、B 实业存在需要承担损害赔偿连带责任的风险。

33. 其他主体行政处罚实际由 B 文旅集团承担的情况

经本所律师核查，报告期内，河南省××文化旅游有限公司、洛阳 B 会展服务有限公司、洛阳 B 影视传媒有限公司、孟××等主体因未经审批擅自占用林地、耕地、村集体土地，进而被行政主管部门处罚。该行政处罚罚金部分实际由 B 文旅集团最终承担。经与公司相关人员访谈确认，前述行政处罚涉及的违法行为实际实施主体为 B 文旅集团，因 B 文旅集团行政处罚较多，行政部门最终处罚其他主体，罚金由 B 文旅集团承担。

34. B 文旅集团涉及的相关行政处罚未实际执行

经本所律师核查，B 文旅集团因未经审批擅自占用林地、耕地、村集体土地，进而被行政主管部门处罚，前述行政处罚措施包含罚金、限期拆除、罚没。B 文旅集团仅缴纳了罚金，未依照行政处罚决定书要求拆除违规建筑，仍正常使用。

35. B 文旅集团在景区内开发建设需向当地村委会缴纳配合费

经本所律师核查，B 文旅集团与××村村委会签署《××景区开发协议》，约定 B 文旅集团每年需向××村委会缴纳××万元的资源承包费，经与公司相关人员沟通确认，B 文旅集团每年均已按时缴纳。另，根据上述协议约定，公司在 B 景区内开展工程项目建设时，同等条件下有优先使用××村村民进行施工的义务，且需向××村村委缴纳工程配合费，具体标准按工程标的××万元的 3%、××-××万元的 4%提取，一次性交给××村村委会。经与公司相关人员沟通确认，公司未曾支付该笔费用，请贵公司予以关注。

第三节 正文

一、B 文旅集团及其下属子公司概况

为开发建设 B 景区，在 B 林场原有景区的基础上，××县 B 林场与 D 工贸于 2007 年 8 月 31 日合资设立 B 文旅集团，后经股权变动，李××持有 B 文旅集团 80%的股权，洛阳 F 文旅持有 B 文旅集团 20%的股权。

截至本报告出具之日，B 文旅集团下属三个控股子公司，分别为 B 实业（另设分公司 B 实业快捷酒店）、B 旅游公司、C 工贸，其中 B 旅游公司、C 工贸、B 实业快捷酒店未开展经营业务。B 文旅集团及其下属分、子公司概况如下：

（一）B 文旅集团概况

截至本报告出具之日，根据 B 文旅集团持有的××县市场监管局核发的《营业执照》并经本所律师登录国家企业信用信息公示系统网站查询，B 文旅集团的基本情况如下：

名称	河南省 B 文化旅游集团有限公司
统一社会信用代码	914×××××
住所	××县××乡×××村
法定代表人	×××
注册资本	16,000 万元
类型	其他有限责任公司
经营范围	××××××
成立日期	2007 年××月××日
营业期限	长期
工商登记股权结构	李××80% 洛阳××××发展有限公司 20%
董事、监事、高级管理人员	董事：×× 监事：×× 财务负责人：××
登记状态	存续（在营、开业、在册）

（二）B 文旅集团子公司概况

1. B 实业概况

截至本报告出具之日，根据 B 实业持有的××县市场监管局核发的《营业执照》并经本所律师登录国家企业信用信息公示系统网站查询，B 实业的基本情况如下：

名称	河南省 B 实业有限公司
统一社会信用代码	914×××××
住所	××县××乡七里坪
法定代表人	××
注册资本	××万元
类型	其他有限责任公司
经营范围	××××××
成立日期	2011 年××月××日
营业期限	长期
工商登记股权结构	河南省 B 文化旅游集团有限公司 60% 赵××40%
董事、监事、高级管理人员	执行董事兼总经理、财务负责人：××
	监事：××
登记状态	存续（在营、开业、在册）

2. B 实业快捷酒店概况

截至本报告出具之日，根据 B 实业快捷酒店持有的××县市场监管局核发的《营业执照》并经本所律师登录国家企业信用信息公示系统网站查询，B 实业快捷酒店的基本情况如下：

名称	河南省 B 实业有限公司快捷酒店
统一社会信用代码	914×××××
住所	河南省洛阳市××××
负责人	×××
类型	有限责任公司分公司（自然人投资或控股）
经营范围	住宿服务；餐饮服务。
成立日期	2016 年××月××日

营业期限	长期
登记状态	存续（在营、开业、在册）

本所律师注意到：经查询，B 实业快捷酒店在国家企业信用信息公示系统网站公示的“2022 年度报告”中显示 B 实业快捷酒店企业经营状态为“停业”。另外，2024 年 7 月 2 日，因未依照《企业信息公示暂行条例》第八条规定的期限公示年度报告，B 实业快捷酒店被××县市场监管局列入经营异常名录。经与公司相关人员访谈了解，B 实业快捷酒店目前未开展实际经营，正在办理注销登记手续。

3. B 旅游公司概况

截至本报告出具之日，根据 B 旅游公司持有的××县市场监管局核发的《营业执照》并经本所律师登录国家企业信用信息公示系统网站查询，B 旅游公司的基本情况如下：

名称	河南省 B 旅游发展有限公司
统一社会信用代码	914××××
住所	河南省洛阳市××县××乡×××村 21 组
法定代表人	×××
注册资本	100 万元
类型	其他有限责任公司
经营范围	×××
成立日期	2022 年××月××日
营业期限	长期
工商登记股权结构	河南省 B 文化旅游集团有限公司 60% 张××40%
董事、监事、高级管理人员	执行董事兼总经理、财务负责人：×××
	监事：×××
登记状态	存续（在营、开业、在册）

本所律师注意到：经查询，B 旅游公司在国家企业信用信息公示系统网站公示的“2023 年度报告”中显示 B 旅游公司企业经营状态为“停业”。经与公司相关人员访谈了解，B 旅游公司目前未开展实际经营，B 旅游公司已经决议解

散，依法成立清算组，并在国家企业信用信息公示系统网站发布了债权人公告，目前正在办理注销登记手续。

4. C 工贸概况

截至本报告出具之日，根据 C 工贸持有的××县市场监管局核发的《营业执照》并经本所律师登录国家企业信用信息公示系统网站查询，C 工贸的基本情况如下：

名称	××县 C 工贸有限公司
统一社会信用代码	914××××××
住所	××县××乡×××村
法定代表人	杨××
注册资本	50 万元
类型	其他有限责任公司
经营范围	××××××
成立日期	2012 年 11 月 21 日
营业期限	长期
工商登记股权结构	河南省 B 文化旅游集团有限公司 51% 杨××19% 李××15% 杨××15%
董事、监事、高级管理人员	执行董事兼总经理：杨×× 监事：杨××
登记状态	存续（在营、开业、在册）

经与公司相关人员访谈确认，C 工贸目前未开展实际经营。

（四）有效存续情况

1. B 文旅集团有效存续情况

根据 B 文旅集团现行有效的《营业执照》《公司章程》，并经本所律师登录国家企业信用信息公示系统网站查询，B 文旅集团的营业期限为长期。

经登录中国裁判文书网、全国企业破产重整案件信息网、中国执行信息公开网、国家企业信用信息公示系统、中国市场监管行政处罚文书网、信用中国

网站查询，并与 B 文旅集团相关人员访谈确认，截至本报告出具之日，本所律师未发现 B 文旅集团存在股东起诉解散公司或法院依法受理重整、和解、破产申请、宣告破产、被强制执行等情形，未发现其存在被吊销营业执照、责令关闭、被撤销情形，亦未发现 B 文旅集团存在股东决定解散、股东申请解散等情形。

2. B 文旅集团子公司有效存续情况

根据 B 实业现行有效的《营业执照》，并经本所律师登录国家企业信用信息公示系统网站查询，B 实业、C 工贸营业期限为长期。经登录中国裁判文书网、全国企业破产重整案件信息网、中国执行信息公开网、国家企业信用信息公示系统、中国市场监管行政处罚文书网、信用中国网站查询，并与相关人员访谈，截至本报告出具之日，本所律师未发现 B 实业、C 工贸存在股东起诉解散公司或法院依法受理重整、和解、破产申请、宣告破产、被强制执行等情形，未发现其存在被吊销营业执照、责令关闭、被撤销情形，亦未发现 B 实业、C 工贸存在股东决定解散、股东申请解散等情形。

经本所律师核查，C 工贸、B 旅游公司、B 实业快捷酒店未开展实际经营；B 旅游公司已经股东会决议解散。经与公司相关人员访谈确认，截至本报告出具之日，B 旅游公司、B 实业快捷酒店正在办理注销登记手续。

综上，本所律师认为，截至本报告出具之日，B 文旅集团、B 实业、C 工贸系依法设立的有限责任公司，并依法取得了市场监督管理部门核发的营业执照；未发现 B 文旅集团、B 实业、C 工贸存在被吊销营业执照、责令关闭、被撤销等影响其有效存续的情形；B 文旅集团、B 实业、C 工贸依法设立并有效存续。C 工贸、B 旅游公司、B 实业快捷酒店未开展实际经营；B 旅游公司已经股东会决议解散，B 旅游公司、B 实业快捷酒店正在办理注销登记手续。

二、B 文旅集团及其下属子公司的历史沿革

（一）B 文旅集团的历史沿革

1. 2007 年 8 月公司设立

2007 年××月××日，YX 会计师事务所有限公司出具 X 会事评字（2007）010 号《资产评估报告书》，本次评估系为××县 B 林场与杨××双方拟进行资产重组提供公允的价值咨询意见，评估对象为××县 B 林场申报评估的 B 景区资产（评估范围为××县 B 林场申报的房屋、购置物、道路及附属设施，不包

括 B 景区林木资产、无形资产、土地使用权和已完工未结账的××殿、中天门及君山路与方皮路中间资产，具体评估明细详见附件），经评估，截至 2007 年 5 月 31 日，委托资产的评估价值为 35,911,148 元。

2007 年××月××日，××县 B 林场与 D 工贸签订《合作开发 B 景区合同》，约定：在 B 林场现有景区的基础上吸纳 D 工贸作为股东参与经营，双方共同投资设立“××B 生态旅游开发有限公司”，××县 B 林场以现有景区内实物资产（林木资源、上山公路、土地除外）以评估价值投入新公司，D 工贸用货币资金投入新公司，合作经营范围为原属××县 B 林场已经国家相关部门批准在 B 开发生态旅游的区域和相关附属设施。新公司注册资本 2,000 万元，××县 B 林场以现有资产评估净值（林木资源、上山公路、土地除外）约 1,375 万元投入新公司，占新公司 20%的股权，D 工贸以 6,300 万元货币资金投入新公司，占新公司 80%的股权。上述投入资金超出注册资本部分作为新公司的经营资金使用。上述投资款中××县 B 林场投入的实物资产以及 D 工贸投入的货币资金在注册资本比例以内部分应在新公司设立时一次投入新公司，D 工贸投资款超出注册资本以外部分于 2007 年 12 月 31 日前全部投入新公司。本协议中约定的××县 B 林场股权比例 20%和 D 工贸股权比例 80%在双方合作期内永久不变。具体协议内容详见本报告正文“七、B 文旅集团的财务及重大债权债务”之“（二）B 文旅集团重大合同”之“1. 合作开发 B 景区合同”。

2007 年××月××日，河南省工商行政管理局出具编号为（豫工商）登记内名预核字[2007]第 00XXXX 号的《企业名称预先核准通知书》，预先核准企业名称为“河南省 B 生态旅游开发有限公司”。

2007 年 8 月 28 日，公司召开首次股东会并作出决议：“1. 审议通过公司章程；2. 决定设立董事会，选举李××、杨××、张××、赵××、孙××为公司董事，3. 决定设立监事会，选举望××、杨××、徐××为公司监事；4. 确认 D 工贸以货币出资 800 万元，××县 B 林场以实物作价出资 200 万元。”

2007 年 8 月 28 日，D 工贸与××县 B 林场签订了《河南省 B 生态旅游开发有限公司章程》。

2007 年 8 月 28 日，××县 B 林场与河南省 B 生态旅游开发有限公司签订《租房协议》，约定：××县 B 林场自愿将自建的办公楼一栋面积共××m²无偿租赁给河南省 B 生态旅游开发有限公司使用，租赁期限同合作协议期限。

2007 年 8 月 29 日，公司召开董事会并作出决议：选举杨××为公司董事长。

2007 年 8 月 30 日，××县 B 林场将价值××元的资产移交给 B 文旅集团，并制作移交明细表。具体移交明细详见本报告“三、B 文旅集团的股东及股权情况”之“（二）股东出资情况”。

2007 年 8 月 30 日，YX 会计师事务所有限公司出具 X 会验字（2007）第××号《验资报告》，经审验：“截至 2007 年 8 月 30 日止，贵公司（筹）已收到全体股东缴纳的注册资本（实收资本）合计人民币（大写）壹仟万元。以货币出资 800 万元，以净资产出资 200 万元”。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《有限公司设立登记申请书》。2007 年 8 月 31 日，××县工商局根据设立申请核准了设立登记并核发了《企业法人营业执照》，该营业执照载明：企业名称为河南省 B 生态旅游开发有限公司，住所为××县××乡×××村，法定代表人为杨××，注册资本实收资本为 1,000 万元，经营范围为“旅游产品开发，销售”，营业期限自 2007 年 8 月 31 日至 2010 年 8 月 30 日。

公司设立时股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	××县 D 工贸有限公司	800.00	800.00	80.00	货币
2	××县 B 林场	200.00	200.00	200.00	非货币
合计		1,000.00	1,000.00	100.00	----

2. 2008 年 6 月股权转让

2008 年 6 月 18 日，公司召开股东会并作出决议：1. 原股东 D 工贸将持有公司 80%的股权全部转让给 E 矿业。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

2008 年 6 月 20 日，D 工贸与 E 矿业签订《出资转让协议》，约定 D 工贸将在公司 800 万元的出资全部转让给 E 矿业，转让金额为 800 万元。同日，D 工贸与 E 矿业出具《收付款项证明》。

2008 年 6 月 20 日，公司向工商行政管理部门提交了《有限公司变更登记申请书》，2008 年 6 月 23 日，工商行政管理部门核准了本次变更登记。

本次变更后，公司的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	××E 矿业有限 公司	800.00	800.00	80.00	货币
2	××县 B 林场	200.00	200.00	200.00	非货币
合计		1,000.00	0	100.00	---

3. 2009 年 5 月增加注册资本

2009 年 5 月 24 日，公司召开股东会并作出决议：增加公司的注册资本，注册资本由原来的 1,000 万元增加至 6,000 万元。

2009 年 5 月 25 日，E 矿业与××县 B 林场签订了新的《河南省 B 生态旅游开发有限公司章程》。

2009 年 5 月 27 日，YX 会计师事务所有限公司出具 X 会验变字（2009）第××号《验资报告》，经审验：“截至 2009 年 5 月 26 日止，贵公司已收到甲方、乙方缴纳的新增注册资本（实收资本）合计人民币（大写）伍仟万元。股东以货币出资 5,000 万元”。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《有限公司变更登记申请书》，2009 年 5 月 31 日，工商行政管理部门核准了本次变更登记并核发了新的《企业法人营业执照》。

本次变更后，公司的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	××E 矿业有限 公司	4,800.00	4,800.00	80.00	货币
2	××县 B 林场	1,200.00	1,200.00	20.00	非货币、货币
合计		6,000.00	6,000.00	100.00	---

4. 2009 年 11 月增加注册资本

2009 年 11 月 10 日，公司召开股东会并作出决议：增加公司的注册资本由原来的 6,000 万元增加至 16,000 万元，××县 B 林场增加投资 2,000 万元，E 矿业增加投资 8,000 万元。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

2009 年 11 月 16 日，E 矿业与××县 B 林场签订了新的《河南省 B 生态旅游开发有限公司章程》。

2009 年 11 月 19 日，YX 会计师事务所有限公司出具 X 会验变字（2009）第××号《验资报告》，经审验：“截至 2009 年 11 月 18 日止，贵公司已收到以上二位法人股东缴纳的新增注册资本（实收资本）合计人民币（大写）壹万万元。股东以货币出资 10,000 万元”。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《有限公司变更登记申请书》，2009 年 11 月 20 日，工商行政管理部门核准了本次变更登记并核发了新的营业执照。

本次变更后，公司的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	××E 矿业有限 公司	12,800.00	12,800.00	80.00	货币
2	××县 B 林场	3,200.00	3,200.00	20.00	非货币、货币
合计		16,000.00	16,000.00	100.00	---

5. 2010 年 3 月变更经营范围

2010 年 3 月 10 日，公司召开股东会并作出决议：经营范围变更为旅游产品开发、销售；客运、架空索道服务。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《有限公司变更登记申请书》，2010 年 4 月 21 日，工商行政管理部门核准了本次变更登记并核发了新的《企业法人营业执照》。

6. 2010 年 8 月变更经营范围、变更营业期限

2010 年 8 月 10 日，公司召开股东会并作出决议：1. 经营范围变更为旅游

产品开发、销售；县内、景区内旅游客运；架空索道服务；钼、铁、铅锌矿产品购销；2. 经营期限变更为自 2007 年 8 月 31 日至 2020 年 8 月 29 日。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《有限公司变更登记申请书》并经工商行政管理部门核准。

7. 2015 年 3 月变更经营范围

2015 年 3 月 24 日，公司召开股东会并作出决议：经营范围变更为旅游景区管理服务、索道客运服务；旅游客运服务；工艺美术品（文物除外）、土特产品、钼、铁、金、银、铜、铅、锌矿产品（金银制品、危险化学品及国家限制的进出口业务除外）销售；预包装食品零售。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《企业登记（备案）申请书》，2015 年 3 月 30 日，工商行政管理部门核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

8. 2016 年 1 月变更经营范围

2016 年 1 月 7 日，公司召开股东会并作出决议：经营范围变更为游览景区管理服务、索道客运服务；公路旅客运输；旅游观光客运服务；休闲健身场所服务；矿产品（危险化学品除外）、工艺品、土特产品、预包装食品销售。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《企业登记（备案）申请书》，2016 年 1 月 11 日，工商行政管理部门核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

9. 2016 年 9 月董事、监事变更

2016 年 9 月 9 日，公司召开股东会并作出决议：1. 免去孙××董事职务，选举望××为公司董事，由望××、杨××、赵××、李××、张××组成新一届董事会；2. 免去望××公司监事职务，选举任××为公司监事，由任××、杨××、徐××组成新一届监事会。

2016 年 9 月 9 日，公司召开董事会并作出决议：1. 选举望××为公司董事长，任公司法定代表人；2. 免去杨××公司董事长职务，不再担任公司法定代表人；免去孙××公司总经理职务。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《企业登记（备案）申请书》，2016年9月9日，工商行政管理部门核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

10. 2017年2月变更企业名称、变更经营范围、变更营业期限

2007年2月10日，洛阳市工商行政管理局出具《企业名称变更核准通知书》，核准变更后的企业名称为“河南省B文化旅游集团有限公司”。

2017年2月17日，公司召开股东会并作出决议：“1. 公司的企业名称变更为“河南省B文化旅游集团有限公司”。2. 经营范围变更为游览景区管理服务；索道客运服务；公路旅客运输；旅游观光客运服务；汽车租赁服务；休闲健身场所服务；矿产品（危险化学品除外）、工艺品、土特产品、预包装食品销售。3. 公司营业期限变更为长期。”

2017年2月17日，E矿业与××县B林场签订了新的《河南省B文化旅游集团有限公司章程》。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《企业登记（备案）申请书》，2017年2月21日，工商行政管理部门核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

11. 2019年6月变更经营范围

2019年6月18日，公司召开股东会并作出决议：经营范围变更为游览景区管理服务；索道客运服务；旅游客运；包车客运（凭有效许可证经营）；汽车租赁服务；休闲健身场所服务；矿产品（国家专控产品及危险化学品除外）、工艺品、土特产品、预包装食品销售。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《企业登记（备案）申请书》，2019年6月19日，工商行政管理部门核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

12. 2019年12月变更经营范围

2019年12月31日，公司召开股东会并作出决议：经营范围变更为游览景区管理服务；索道客运服务；旅游客运；包车客运（凭有效许可证经营）；汽车租赁；餐饮服务；住宿服务；休闲健身场所服务（高尔夫球场除外）；矿产品销售（国家专控产品、煤炭及危险化学品除外）；工艺品、土特产品、预包装食品销售。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，公司向工商行政管理部门提交了《企业登记（备案）申请书》，2019

年 12 月 31 日，工商行政管理部门核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

13. 2020 年 4 月股权转让

2020 年 4 月 26 日，公司召开股东会并作出决议：同意 E 矿业将所持有的公司 80%的股权共计 12,800 万元等额转让给李××

2020 年 4 月 26 日，李××与 E 矿业签订《股权转让协议》，约定：E 矿业将持有的公司 80%的股权共 12,800 万元出资额以 12,800 万元转让给李××

2020 年 4 月 26 日，李××与××县 B 林场签署了新的《河南省 B 文化旅游集团有限公司章程》。

随后，公司向××县市场监管局提交了《企业登记（备案）申请书》，2020 年 4 月 26 日，××县市场监管局核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

本次变更后，公司的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	李××	12,800.00	12,800.00	80.00	货币
2	××县 B 林场	3,200.00	3,200.00	200.00	非货币、货币
合计		16,000.00	16,000.00	100.00	---

14. 2021 年 6 月董事、监事变更

2021 年 6 月 24 日，公司召开股东会并作出决议：1. 免去望××董事职务，股东李××委派 3 名，××县 B 林场委派 1 名，新一届董事会成员为高××、杨××、赵××、李××、张××；2. 免去任××公司监事职务，股东李××委派 1 名，××县 B 林场委派 2 名，新一届监事会由望××、杨××、徐××组成新一届监事会。

2021 年 6 月 24 日，公司召开董事会并作出决议：1. 免去望××为公司董事长职务，不再担任公司法定代表人；2. 选举高××为公司董事长兼总经理，并担任公司法定代表人。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，公司向××县市场监管局提交了《企业登记（备案）申请书》，2021

年6月28日，××县市场监管局核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

15. 2021年11月股权转让、董事变更、监事变更

2021年5月10日，××县人民政府出具《县长办公会议纪要》（第6号），决定按照2020年第22次常务会议要求，成立洛阳××××发展有限公司，随后再将××县B林场持有的B文旅集团20%的股权无偿划拨纳入洛阳F文旅，随后由洛阳F文旅将股权质押给河南省中豫投资担保有限公司，用于天业公司发展企业债券。

2021年6月11日，××县人民政府国有资产监督管理委员会出具《关于变更洛阳×××文化旅游发展有限公司注册资本金的通知》[栾国资（2021）×号]，决定：将河南省××发展有限公司100%的股权和B文旅集团20%国有股权无偿划入洛阳F文旅，依据××县伊祥会计师事务所审计报告，将河南省××发展有限公司所有者权益11,481,121.82元、河南省B文化旅游集团有限公司国有股权净资产××元，合计××元，作为县国资委以实物方式出资注入洛阳F文旅。

2021年11月16日，公司召开股东会并作出决议：1. 根据《关于成立洛阳××××发展有限公司有关问题的县长办公会议纪要》（××县人民政府县长办公会议纪要2021年第××号）及《关于变更洛阳××文化旅游发展有限公司注册资本金的通知》[栾国资（2021）××号]，同意股东××县B林场将其持有公司20%的股权3200万元出资额无偿转让给洛阳F文旅，股东李××放弃优先购买权。2. 董事会增加一名董事，由洛阳F文旅委派的金××担任董事，新一届董事会有高××、李××、金××、杨××、赵××、张××六人组成，仍有高××继续担任公司董事长、经理及法定代表人。3. 监事会增加一名监事，由洛阳F文旅委派的李××担任监事，新一届监事会由徐××、杨××（职工代表监事）、望××、李××四人组成，仍由徐××继续担任监事会主席。

2021年11月16日，××县B林场与洛阳F文旅签订《股权转让协议》，约定：××县B林场将其持有的公司20%的股权共3,200万元出资额以零元转让给洛阳F文旅。

2021年11月16日，李××与洛阳F文旅签署了新的《河南省B文化旅游集团有限公司章程》。

随后，公司向××县市场监管局提交了《企业登记（备案）申请书》，2021年11月18日，××县市场监管局核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

本次变更后，公司的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	李××	12,800.00	12,800.00	80.00	货币
2	洛阳××××发展有限公司	3,200.00	3,200.00	20.00	非货币、货币
合计		16,000.00	16,000.00	100.00	---

16. 2022年1月董事变更、监事变更

2022年1月13日，公司召开股东会并作出决议：1. 免去高××董事职务，股东李××委派4名，洛阳F文旅委派1名，新一届董事会成员为汤××、杨××、赵××、李××、张××、金××；2. 监事会成员4名，股东李××委派2名，洛阳F文旅委派1名。职工代表监事1名，由望××、杨××、徐××、李××组成新一届监事会。

2022年1月13日，公司召开董事会并作出决议：1. 免去高××公司董事长兼总经理职务，不再担任公司法定代表人；2. 选举汤××为公司董事长兼总经理，并担任公司法定代表人。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，公司向××县市场监管局提交了《企业登记（备案）申请书》，2022年1月18日，××县市场监管局核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

17. 2024年4月董事、监事变更

2024年4月24日，公司召开股东会并作出决议：“1. 同意免去赵××、张××、金××公司董事职务；由股东李××聘任潘××、杨××为公司董事；由股东洛阳F文旅委派许××为公司董事。新一届董事会成员为汤××、杨××、李××、潘××、杨××、许××；2. 同意免去徐××、杨××、李××公司监事职务；由股东李××聘任高××为公司监事；由股东洛阳F文旅委派崔××为公司监事；由职工代表大会选举杨××、洪××为公司监事，新一届监

事会成员为高××、望××、杨××、崔××、洪××。3. 同意监事会会议决议，免去徐××监事会主席职务，选举高××为公司监事会主席。4. 同意职工代表大会会议决议，免去杨××职工代表监事职务，选举杨××、洪××为职工代表监事。5. 聘任杨××为公司财务负责人。”

2024 年 4 月 24 日，公司召开职工代表大会并作出决议：免去杨××职工代表监事职务，选举杨××、洪××为职工代表监事。

2024 年 4 月 24 日，公司召开监事会并作出决议：免去徐××监事会主席职务，选举高××为公司监事会主席。

2024 年 4 月 24 日，李××与洛阳 F 文旅签署了新的《河南省 B 文化旅游集团有限公司章程》。

随后，公司向××县市场监管局提交了《企业登记（备案）申请书》，2024 年 4 月 28 日，××县市场监管局核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

（二）子公司的历史沿革

1. C 工贸的历史沿革

（1）2012 年 11 月设立

2012 年 11 月 12 日，C 工贸召开股东会并作出决议：1. 审议通过公司章程；2. 选举杨××为公司执行董事；3. 选举杨××为公司监事；4. 确认李××、杨××、杨××进行出资（未具体说明出资情况）。

2012 年 11 月 15 日，C 工贸与 B 文旅集团签订《房屋租赁协议》，约定：B 文旅集团将原办公楼二层南头第二间房屋租赁给 C 工贸使用，面积 25 平方米，租赁期限为三年，自 2012 年 11 月 15 日至 2015 年 11 月 14 日止，租金每年 12,000 元。

2012 年 11 月 19 日，××县工商局出具（栾工商）登记名预核准字[2012]第 348 号《企业名称预先核准通知书》，核准企业名称为“××县 C 工贸有限公司”。

2012 年 11 月 19 日，李××、杨××、杨××签订《××县 C 工贸有限公司章程》。

2012 年 11 月 21 日，YX 会计师事务所有限公司出具 X 会验字（2012）第 149 号《验资报告》，经审验：“截至 2012 年 11 月 20 日，贵公司（筹）已收到

全体股东缴纳的注册资本（实收资本）合计人民币伍拾万元。股东以货币出资 50 万元”。

随后，C 工贸向××县工商局提交了《公司设立登记申请书》，2012 年 11 月 21 日，××县工商局根据设立申请核准了设立登记并核发了《企业法人营业执照》，该营业执照载明：企业名称为××县 C 工贸有限公司，住所为××县××乡×××村，法定代表人为杨××，注册资本实收资本为 50 万元，经营范围为选矿设备、机械配件、钼、铁、铜、锌、铅、矿产品销售。营业期限自 2012 年 11 月 21 日至 2016 年 11 月 20 日。

C 工贸设立时，股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	杨××	20.00	20.00	40.00	货币
2	李××	15.00	15.00	30.00	货币
3	杨××	15.00	15.00	30.00	货币
合计		50.00	50.00	100.00	---

（2）2015 年 3 月变更经营范围、变更营业期限

2015 年 3 月 20 日，C 工贸召开股东会并作出决议：1. 公司经营范围变更为“钼、铁、铜、铅、锌矿产品（危险化学品及国家限制的进出口业务除外）、选矿专用设备、机械设备销售。”2. 公司营业期限变更为长期。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，C 工贸向××县工商局提交了《企业登记（备案）申请书》，2015 年 3 月 24 日，××县工商局核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

（3）2017 年 2 月股权转让、变更经营范围

2017 年 1 月 16 日，C 工贸召开股东会并作出决议：1. 同意李××将持有的 C 工贸 15%的股权共计 7.5 万元转让给 B 文旅集团，同意杨××将持有的 C 工贸 15%的股权共计 7.5 万元转让给 B 文旅集团，同意杨××将持有的 C 工贸 21%的股权共计 10.5 万元转让给 B 文旅集团；3. 变更公司经营范围为“矿产品销售（危险化学品除外），选矿专用设备、机械设备销售”。

2017 年 1 月 16 日，李××、杨××、杨××、B 文旅集团签订新的《××

县 C 工贸有限公司章程》。

2017 年 2 月 9 日，李××与 B 文旅集团签订《股权转让协议》，约定：李××将持有的 C 工贸 15%的股权共计 7.5 万元以 7.5 万元转让给 B 文旅集团。

2017 年 2 月 9 日，杨××与 B 文旅集团签订《股权转让协议》，约定：杨××将持有的 C 工贸 15%的股权共计 7.5 万元以 7.5 万元转让给 B 文旅集团。

2017 年 2 月 9 日，杨××与 B 文旅集团签订《股权转让协议》，约定：杨××将持有的 C 工贸 21%的股权共计 10.5 万元以 10.5 万元转让给 B 文旅集团。

随后，C 工贸向××县工商局提交了《企业登记（备案）申请书》，2017 年 2 月 10 日，××县工商局核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》，营业执照载明：公司经营范围为“矿产品销售（危险化学品除外）、机械设备销售”。

本次变更后，C 工贸的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	河南省 B 生态旅游开发有限公司	25.5	25.5	51.00	货币
2	杨××	9.50	9.50	19.00	货币
3	李××	7.50	7.50	15.00	货币
4	杨××	7.50	7.50	15.00	货币
合计		50.00	50.00	100.00	---

(4) 2017 年 3 月股东名称变更

2017 年 3 月 8 日，C 工贸召开股东会并作出决议：同意股东名称由“河南省 B 生态旅游开发有限公司”变更为“河南省 B 文化旅游集团有限公司”。公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，C 工贸向××县工商局提交了《企业登记（备案）申请书》，2017 年 3 月 16 日，××县工商局核准了本次变更登记并核发了新的《营业执照》。

2. B 旅游公司的历史沿革

本次法律尽职调查过程中，B 旅游公司未能提供完整的工商档案资料文件。经本所律师登录国家企业信用信息公示系统查询，B 旅游公司成立于 2022 年 3

月 31 日，未显示进行过工商变更登记。

经与公司相关人员访谈确认，截至本报告出具之日，B 旅游公司正在办理工商注销登记手续。

3. B 实业的历史沿革

(1) 2011 年 4 月设立

2011 年 3 月 15 日，工商行政管理部门出具（豫工商）登记名预核准字[2011]第 2758 号《企业名称预先核准通知书》，核准企业名称为“河南省 B 实业有限公司”。

2011 年 3 月 18 日，B 实业召开首次股东会并作出决议：1. 审议通过公司章程；2. 选举杨××为公司执行董事；3. 选举郑××为公司监事；4. 决定杨××以货币出资 900 万元，郑××以货币出资 100 万元，并于 2011 年 4 月 3 日前足额缴纳完毕。

2011 年 3 月 18 日，杨××与郑××签署了《河南 B 实业有限公司章程》。

2011 年 4 月 6 日，YX 会计师事务所有限公司出具 X 会验字（2011）第 38 号《验资报告》，经审验：“截至 2011 年 4 月 3 日止，贵公司（筹）已收到全体股东缴纳的注册资本（实收资本）合计人民币壹仟万元。股东以货币出资 1,000 万元”。

随后，B 实业向××县工商局提交了《有限公司设立登记申请书》，2011 年 4 月 8 日，××县工商局根据设立申请核准了设立登记并核发了《企业法人营业执照》，该营业执照载明：企业名称为河南省 B 实业有限公司，住所为××县××乡×××村，法定代表人为杨××，注册资本实收资本为 1,000 万元，经营范围为铅、锌、钼、铜、铁、金、银矿产品、农副产品、旅游产品、工艺品、宗教用品购销；广告设计、策划、制作；物流咨询、旅游服务。营业期限自 2011 年 4 月 8 日至 2015 年 4 月 7 日。

B 实业设立时，股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	杨××	900.00	900.00	90.00	货币
2	郑××	100.00	100.00	10.00	货币

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
	合计	1,000.00	1,000.00	1,00.00	---

(2) 2011 年 10 月变更经营范围

2011 年 9 月 10 日，B 实业召开股东会并作出决议：1. 公司经营范围变更为“铅、锌、钼、铜、铁、金、银矿产品、农副产品、旅游产品、工艺品、宗教用品购销；广告设计、策划、制作；物流咨询、旅游服务；零售预包装食品。”公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，B 实业向××县工商局提交了《有限责任公司变更登记申请书》，2011 年 10 月 13 日，××县工商局根据变更申请核准了变更登记并核发了《企业法人营业执照》。

(3) 2013 年 12 月股权转让、监事变更

2013 年 12 月 9 日，B 实业召开股东会并作出决议：1. 郑××将其持有的公司 10%的股权即 100 万元出资额转让给李××；2. 免去郑××公司监事职务，选举李××为公司监事。B 实业公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

2013 年 12 月 9 日，郑××与李××签订《股权转让协议》，约定：郑××将持有的公司 10%的股权即 100 万元出资额以 100 万元转让给李××。

随后，B 实业向××县工商局提交了《公司变更登记申请书》，2013 年 12 月 10 日，××县工商局根据变更申请核准了变更登记并核发了《企业法人营业执照》。

本次变更后，B 实业的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	杨××	900.00	900.00	90.00	货币
2	李××	100.00	100.00	10.00	货币
	合计	1,000.00	1,000.00	1,00.00	---

(4) 2015 年 3 月变更董事、监事及法定代表人、变更营业期限、变更经营范围

2015 年 3 月 13 日，B 实业召开股东会并作出决议：1. 免去杨××执行董事

兼经理职务，不再担任公司法定代表人，免去李××监事职务，选举李××为公司执行董事兼经理，担任法定代表人，选举杨××为公司监事；2. 公司经营范围变更为“铅、锌、钼、铜、铁、金、银矿产品（金银制品、危险化学品及国家限制的进出口业务除外）、土特产品、工艺美术品（文物除外）、日用品百货销售；广告设计、制作、发布、代理服务；货物运输信息服务；货运代理；旅游景区管理服务；预包装食品零售”；3. 变更营业期限为长期。B实业公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，B实业向××县工商局提交了《公司登记（备案）申请书》，2015年3月31日，××县工商局根据变更申请核准了变更登记并核发了《营业执照》。

（5）2016年3月变更经营范围

2016年3月28日，B实业召开股东会并作出决议：公司经营范围变更为“矿产品（危险化学品除外）销售；土特产品、工艺品、日用品百货、预包装食品销售；广告服务；货物运输信息服务；货运代理；游览景区管理服务；餐饮服务；住宿服务。”B实业公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，B实业向××县工商局提交了《公司登记（备案）申请书》，2016年4月5日，××县工商局根据变更申请核准了变更登记并核发了《营业执照》。

（6）2017年2月股权转让

2017年1月16日，B实业召开股东会并作出决议：1. 李××将其持有的公司5%的股权即50万元出资额等额转让给河南省B生态旅游开发有限公司，杨××将其持有的公司46%的股权即460万元出资额等额转让给河南省B生态旅游开发有限公司。

2017年1月16日，河南省B生态旅游开发有限公司、杨××、李××签订了新的《河南B实业有限公司章程》。

2017年2月9日，李××与河南省B生态旅游开发有限公司签订《股权转让协议》，约定李××将其持有的公司5%的股权即50万元出资额以50万元转让给河南省B生态旅游开发有限公司。

2017年2月9日，杨××与河南省B生态旅游开发有限公司签订《股权转让协议》，约定杨××将其持有的公司46%的股权即460万元出资额以460万元转让给河南省B生态旅游开发有限公司。

随后，B实业向××县工商局提交了《公司登记（备案）申请书》，2017年

2月10日，××县工商局根据变更申请核准了变更登记并核发了《营业执照》。

本次变更后，B实业的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	河南省B生态旅游开发有限公司	510.00	510.00	51.00	货币
2	杨××	440.00	440.00	44.00	货币
3	李××	50.00	50.00	5.00	货币
合计		1,000.00	1,000.00	100.00	---

(7) 2017年3月股东名称变更、变更经营范围

2017年3月8日，B实业召开股东会并作出决议：1. 股东“河南省B生态旅游开发有限公司”名称变更为“河南省B文化旅游集团有限公司”；2. 经营范围变更为“矿产品（危险化学品除外）销售；土特产品、工艺品、日用品百货、预包装食品销售；广告服务；货物运输信息服务；货运代理；旅游景区服务；餐饮服务；住宿服务；为小微企业提供企业孵化服务。”B实业公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，B实业向××县工商局提交了《公司登记（备案）申请书》，2017年3月16日，××县工商局根据变更申请核准了变更登记并核发了《营业执照》。

(8) 2022年10月股权转让、变更董事、监事

2022年10月15日，B实业召开股东会并作出决议：1. 同意李××将持有的公司5%的股权共计50万元等额转让给B文旅集团，同意杨××将其持有的公司4%的股权共计40万元等额转让给B文旅集团，同意杨××将其持有公司40%的股权共计400万元等额转让给赵××；2. 免去执行董事、经理职务、不再担任法定代表人，免去杨××监事职务；3. 选举赵××为公司执行董事、经理职务，并担任公司法定代表人，吴××为公司监事；4. 选聘赵××为财务负责人。

2022年10月15日，李××、B文旅集团签订《股权转让协议》，约定：李××将持有的公司5%的股权共计50万元以50万元转让给B文旅集团。

2022年10月15日，杨××、B文旅集团签订《股权转让协议》，约定：杨

××将持有的公司 4%的股权共计 40 万元以 40 万元转让给 B 文旅集团。

2022 年 10 月 15 日，杨××、赵××签订《股权转让协议》，约定：杨××将持有的公司 40%的股权共计 400 万元以 400 万元转让给赵××。

2022 年 10 月 15 日，B 文旅集团、赵××签署了新的《河南 B 实业有限公司章程》。

随后，B 实业向××县市场监管局提交了《公司登记（备案）申请书》，2022 年 10 月 17 日，××县市场监管局根据变更申请核准了变更登记并核发了《营业执照》。

本次变更后，B 实业的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	河南省 B 生态旅游开发有限公司	600.00	600.00	60.00	货币
2	赵××	400.00	400.00	40.00	货币
合计		1,000.00	1,000.00	1,00.00	---

(9) 2022 年 12 月减少注册资本

2022 年 11 月 3 日，B 实业在国家企业信用信息公示系统公告了减资公告信息，公告内容为“公司已于 2022 年 11 月 2 日作出减少注册资本决议，由 1,000 万元减至 100 万元，请本公司债权人自本公告公布之日四十五日内，与公司联系，要求清偿债务或提供相应的担保”，公告期限自 2022 年 11 月 3 日至 2022 年 12 月 17 日。

2022 年 12 月 19 日，B 实业召开股东会并作出决议：1. 同意变更公司注册资本由 1,000 万元变更为 100 万元，本次减资 900 万元，股东 B 文旅以货币方式减资 540 万元；股东赵××以货币方式减资 360 万元；减资于 2022 年 11 月 03 日在公示系统公告信息减资。

2022 年 12 月 19 日，B 文旅集团、赵××签订新的《河南 B 实业有限公司章程》。

随后，B 实业向××县市场监管局提交了《公司登记（备案）申请书》，2022 年 12 月 26 日，××县市场监管局根据变更申请核准了变更登记并核发了《营业执照》。

本次变更后，B 实业的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	河南省 B 生态旅游开发有限公司	60.00	60.00	60.00	货币
2	赵××	40.00	40.00	40.00	货币
合计		100.00	100.00	1,00.00	---

(10) 2023 年 1 月变更经营范围

2023 年 1 月 16 日，B 实业召开股东会并作出决议：变更经营范围为“一般项目：金属矿石销售；非金属矿及制品销售；农副产品销售；工艺美术品及礼仪用品销售（象牙及其制品除外）；日用品销售；广告设计、代理；广告发布；广告制作；信息咨询服务（不含许可类信息咨询服务）；国内货物运输代理；旅游开发项目策划咨询；农村民间工艺及制品、休闲农业和乡村旅游资源的开发经营；游览景区管理；休闲观光活动；创业空间服务；服装服饰零售；针纺织品销售；玩具、动漫及游艺用品销售；文具用品零售；文艺创作；电子产品销售；组织文化艺术交流活动；体验式拓展活动及策划（除依法须经批准的项目外，凭营业执照依法自主开展经营活动）。许可项目：食品销售餐饮服务；住宿服务；出版物批发；出版物零售；旅游业务（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动，具体经营项目以相关部门批准文件或许可证件为准）”。B 实业公司章程以章程修正案的形式进行了修改。

随后，B 实业向××县市场监管局提交了《公司登记（备案）申请书》，2023 年 1 月 17 日，××县市场监管局根据变更申请核准了变更登记并核发了《营业执照》。

(11) 2024 年 2 月变更董事、监事

2024 年 2 月 27 日，B 实业召开股东会并作出决议：1. 免去赵××执行董事兼经理职务，不再担任公司法定代表人，免去赵××公司财务负责人。2. 聘任望××担任公司执行董事兼经理，并担任公司法定代表人。同意聘任望××为公司财务负责人。同意继续聘任吴××为公司监事。

随后，B 实业向××县市场监管局提交了《公司登记（备案）申请书》，2024 年 2 月 28 日，××县市场监管局根据变更申请核准了变更登记并核发了

《营业执照》。

(12) 2024 年 5 月增加注册资本

2024 年 5 月 22 日，B 实业召开股东会并作出决议：1. 同意变更公司注册资本由 100 万元变更为 500 万元，本次增资 400 万元；股东 B 文旅集团以货币方式增资 240 万元，赵××以货币方式增资 160 万元，于 2029 年 4 月 30 日前缴纳完毕。2. 同意继续聘任望××担任执行董事兼经理职位，并担任公司法定代表人，同意继续聘任吴××担任公司监事。3. 同意出资时间由“2011 年 4 月 3 日”变更为“2029 年 4 月 30 日”。

2024 年 5 月 22 日，B 文旅集团、赵××签订新的《河南 B 实业有限公司章程》。

随后，B 实业向××县市场监管局提交了《公司登记（备案）申请书》，2024 年 5 月 23 日，××县市场监管局根据变更申请核准了变更登记并核发了《营业执照》。

本次变更后，B 实业的股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	河南省 B 生态旅游开发有限公司	300.00	300.00	60.00	货币
2	赵××	200.00	200.00	40.00	货币
合计		500.00	500.00	1,00.00	---

本所律师注意到：B 实业股东层面存在股权代持情况

2023 年 1 月 1 日，实际出资人望××、张××、张××、高××、杨××、潘××、李××、杨××、赵××、望××、吴××与名义出资人赵××签订《实际出资人委托名义出资人入股协议书》，约定：实际出资人实际出资金额为 40 万元，占股 40%，B 实业由赵××自愿接受实际出资人的委托，以名义股东之身份登记于 B 实业。实际出资人持有的股份禁止转让、售卖、质押、担保，如在 B 文旅集团或下属子公司离职，赵××退还其实缴的出资本金，则相应的股东权利及股份随之消灭。各实际股东出资情况如下：

序号	实际出资人	出资额（元）	出资比例（%）
----	-------	--------	---------

序号	实际出资人	出资额（元）	出资比例（%）
1			
2			
3			
4			
5			
6			
7			
8			
9			
10			
11			
12			
13			
14			
15			
16			
17			
18			
19			
20			
合计		400,000.12	40.002

2023年3月21日，B实业召开股东会并作出决议：审议通过《关于河南省B实业有限公司发起人出资情况的议案》《关于河南省B实业有限公司章程》《关于选举河南省B实业有限公司第一届董事会董事的议案》《关于选举河南省B实业有限公司第一届监事会监事的议案》《关于河南省B实业有限公司经营领导班子分工的审议》《关于河南省B实业有限公司2023年度经营计划的议案》。

选举杨××、高××、潘××、赵××为B实业第一届董事会董事。选举望××、张××、李××为第一届监事，推举望××为监事会主席。

2024 年 5 月，B 实业增资过程中，杨××、潘××、张××、杨××等人代表 26 人与赵××签订《实际出资人与名义出资人补充协议书》约定：B 实业注册资本由人民币 100 万元增加至人民币 500 万元。新增注册资本 400 万元。赵××以银行存款 160 万元新增投资，加上原出资人民币 40 万元，共计 200 万元，占公司增资扩股后注册资本的 40%。实际出资人因人数发生变化，相应出资额、股权比例随之变化，具体明细如下：

序号	实际出资人	出资额（元）	出资比例（%）
1			
2			
3			
4			
5			
6			
7			
8			
9			
10			
11			
12			
13			
14			
15			
16			
17			
18			
19			
20			
21			
22			

序号	实际出资人	出资额（元）	出资比例（%）
23			
24			
25			
26			
合计		2,000,000	40.00

经本所律师与公司确认，赵××持有的B实业40%的股权系代李××、杨××、望××等26名自然人持有。本所建议对前述股权代持情形进行规范，由代持人与被代持人签署正式的代持协议，明确各方出资额及股权比例，同时明确股权代持的管理及代持股东退出、新股东进入等相关内容。

4. B实业快捷酒店的历史沿革

在法律尽职调查中，B实业快捷酒店未能提供完整的工商档案资料文件。

经本所律师登录国家企业信用信息公示系统查询，B实业快捷酒店成立于2016年4月8日，未显示进行过工商变更登记。

经与B实业相关人员访谈确认，截至本报告出具之日，B实业快捷酒店正在办理工商注销登记手续。

三、B文旅集团及其下属子公司的股东及股权情况

（一）B文旅集团的股东

经查阅B文旅集团工商登记资料，并经本所律师登录国家企业信用信息公示系统网站查询，截至本报告出具之日，B文旅集团股东为李××、洛阳F文旅两名股东，其基本情况如下：

1. 李××，男，满族，1947年××月××日出生，住址：河南省××县××乡×××村十组72号，身份证号：410××××××。

2. 洛阳××××发展有限公司

洛阳F文旅系于2021年5月12日成立的有限责任公司，现持有××县市场监管局核发的统一社会信用代码为91410324MA9GTMTE5H的《营业执照》。洛阳F文旅的基本情况如下：

名称	洛阳××××发展有限公司
统一社会信用代码	914××××

住所	××县文化艺术中心
法定代表人	许××
注册资本	××××万元
类型	有限责任公司（非自然人投资或控股的法人独资）
经营范围	××××××
成立日期	2021 年 5 月 12 日
营业期限	长期
工商登记股权结构	××县城乡建设发展有限公司 100%
董事、监事、高级管理人员	董事：×××× 监事：×××× 财务负责人：××××
登记状态	存续（在营、开业、在册）

（二）股东出资情况

1. B 文旅集团的股东出资情况

经本所律师核查，B 文旅集团注册资本系通过货币、实物两种方式进行了实缴，具体情况如下：

（1）2007 年 8 月公司设立注册资本 1,000 万元实缴出资

2007 年 6 月 12 日，YX 会计师事务所有限公司出具 X 会事评字（2007）××号《资产评估报告书》，本次评估系为××县 B 林场与杨××双方拟进行资产重组提供公允的价值咨询意见，评估对象为××县 B 林场申报评估的 B 景区资产（评估范围为××县 B 林场申报的房屋、购置物、道路及附属设施，不包括 B 景区林木资产、无形资产、土地使用权和已完工未结账的××殿、××门及××路与××路中间资产，具体评估明细详见附件），经评估，截至 2007 年 5 月 31 日，委托资产的评估价值为××元。

2007 年 8 月 23 日，××县 B 林场与 D 工贸签订《合作开发 B 景区合同》，约定：在 B 林场现有景区的基础上吸纳 D 工贸作为股东参与经营，双方共同投资设立“××B 生态旅游开发有限公司”，××县 B 林场以现有景区内实物资产（林木资源、上山公路、土地除外）的评估价值投入新公司，D 工贸用货币资

金投入新公司，新公司注册资本 2,000 万元，××县 B 林场以现有资产评估净值（林木资源、上山公路、土地除外）约 1,375 万元投入新公司，占新公司 20%的股权，D 工贸以 6,300 万元货币资金投入新公司，占新公司 80%的股权。上述投资款中××县 B 林场投入的实物资产以及 D 工贸投入的货币资金在注册资本比例以内部分应在新公司设立时一次投入新公司，D 工贸投资款超出注册资本以外部分于 2007 年 12 月 31 日前全部投入新公司。

2007 年 8 月 30 日，××县 B 林场将价值 13,758,247.00 元的资产移交给 B 文旅集团，并制作移交明细表。具体资产移交明细如下：

建筑物及构筑物投资移交明细表				
序号	名称	建筑结构	建筑面积	评估值（元）
1		仿木桩		
2		砖混		
3		砖混		
4		砖混		
5		砖混		
6		砖混		
7		砖混仿古		
8		砖混仿古		
9		仿木桩		
10		砖混		
11		砖混仿古		
12		仿木桩		
13		砖混		
14		砖混		
15		砖混		
16		砼		
17				
18				
19				

20					
21					
22					
23					
24					
25					
26					
27					
28					
小计					
家具及设备投资移交明细表					
序号	名称	规格型号	单位	数量	评估值
1	电动门				
2	秋千等设施				
3	石凳				
4	石元桌				
5	转角镜				
6	垃圾箱				
7	标牌				
8	高压线路	10Kw			
9	高压线路	10Kw			
10	变压器	SP-160KVA/10			
11	配电箱	ZDM			
小计					
合计					

注：经与X会事评字（2007）××号《资产评估报告书》比对，××县B林场本次未纳入资产移交范围资产价值为××元，分别为××售票房-评估价值××0元，公路-评估价值××元，××牌坊（拟拆除），环保厕所（报废）。

2007年8月30日，YX会计师事务所有限公司出具X会验字（2007）第××号《验资报告》，经审验：“截至2007年8月30日止，贵公司（筹）已收到全体股东缴纳的注册资本（实收资本）合计人民币（大写）壹仟万元。以货币出资800万元，以净资产出资200万元”。

经与相关人员访谈确认，B文旅集团设立时，××县B林场以实物200万元注入公司注册资本，剩余11,758,247元计入公司长期应付款科目。

（2）2009年5月新增注册资本5,000万元实缴出资

2009年5月27日，YX会计师事务所有限公司出具X会验变字（2009）第××号《验资报告》，经审验：“截至2009年5月26日止，贵公司已收到甲方、乙方缴纳的新增注册资本（实收资本）合计人民币（大写）伍仟万元。股东以货币出资5,000万元”。

（3）2009年11月新增注册资本10,000万元实缴出资

2009年11月19日，YX会计师事务所有限公司出具X会验变字（2009）第××号《验资报告》，经审验：“截至2009年11月18日止，贵公司已收到以上二位法人股东缴纳的新增注册资本（实收资本）合计人民币（大写）壹万万元。股东以货币出资10,000万元”。

截至本报告出具之日，B文旅集团股东及实缴出资情况如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 （万元）	实缴出资额 （万元）	认缴出资比例 （%）	出资方式
1	李××	12,800.00	12,800.00	80.00	货币
2	洛阳××××发展有限公司	3,200.00	3,200.00	200.00	非货币、货币
合计		16,000.00	16,000.00	100.00	---

综上，本所律师认为，截至本报告出具之日，B文旅集团的注册资本16,000万元已经全部实缴到位。

2. 下属子公司的股东出资情况

（1）C工贸的股东出资情况

经本所律师查阅工商资料显示，2012年11月21日，YX会计师事务所有限公司出具X会验字（2012）第××号《验资报告》，经审验：“截至2012年12

月 20 日，贵公司（筹）已收到全体股东缴纳的注册资本（实收资本）合计人民币伍拾万元。股东以货币出资 50 万元”。

经本所律师与公司人员访谈确认，C 工贸原拟开展矿石业务，后续未实际开展经营，注册资本未实际缴纳。

综上，截至本报告出具之日，C 工贸注册资本 50 万元未实缴缴纳。鉴于 C 工贸未开展实际经营，本所律师建议履行对 C 工贸的注销手续。

（2）B 实业的股东出资情况

① 2022 年 12 月减少注册资本 900 万元后剩余 100 万元注册资本实缴情况

经本所律师查阅 B 实业提供的资料文件并与公司相关人员访谈确认，2022 年 12 月 19 日，B 实业注册资本由 1,000 万元变更为 100 万元，本次减资 900 万元，股东 B 文旅集团以货币方式减资 540 万元；股东赵××以货币方式减资 360 万元。减资后赵××以货币方式认缴出资 40 万元，B 文旅集团以货币方式认缴出资 60 万元，前述认缴出资实缴情况如下：

序号	姓名	缴纳出资实缴	出资金额（万元）
1	河南省 B 生态旅游开发有限公司	2022/11/14	60.00
2	赵××	2022/11/10	40.00
合计		---	100.00

经与相关人员访谈确认，赵××缴纳的 40 万元出资系由望××等 20 名实际出资股东按照各股东出资比例缴纳。

② 2024 年 5 月增加注册资本 400 万元实缴出资

2024 年 5 月 22 日，B 实业注册资本由 100 万元变更为 500 万元，本次增资 400 万元；股东 B 文旅集团以货币方式增资 240 万元，赵××以货币方式增资 160 万元，本次增资各股东实缴出资情况如下：

序号	姓名	缴纳出资实缴	出资金额（万元）
1	河南省 B 生态旅游开发有限公司	2024/5/24	160.00
2	赵××	2024/5/21	240.00
合计		---	400.00

经与 B 实业相关人员访谈确认，股东赵××实缴的新增注册资本 400 万元系由望××等 26 名实际出资股东依照出资比例完成的实缴出资。

截至本报告出具之日，B 实业股东及实缴出资情况如下：

序号	股东姓名	认缴出资额 (万元)	实缴出资额 (万元)	认缴出资比例 (%)	出资方式
1	河南省 B 生态旅游开发有限公司	300.00	300.00	60.00	货币
2	赵××	200.00	200.00	40.00	货币
合计		500.00	500.00	1,00.00	---

综上，本所律师认为，截至本报告出具之日，B 实业的注册资本 500 万元已经全部实缴到位。

（3）B 旅游公司的股东出资情况

经与公司相关人员访谈确认，B 旅游公司未开展实际经营，B 旅游公司注册资本 100 万元未实际出资。

经本所律师核查，2024 年 6 月 27 日，B 旅游公司发布简易减资公告，随后又予以撤销。经与公司相关人员访谈确认，前述撤销系公司内部工作安排，目前，B 旅游公司正在办理注销登记手续，公司税务已经注销完毕。

（三）股权权利限制情况

经登录国家企业信用信息公示系统查询并与公司相关人员访谈，截至 2024 年 8 月 1 日，B 文旅集团现有股东所持公司股权存在质押或被冻结情形如下：

序号	出质人	质权人	出质股权 数额（万元）	债务人	借款余额（万元）	股权出质 设立登记 日期
1	李××	中国工商银行股份有限公司 洛阳分行	12,800	B 文旅集团	11,200	2020/4/30
2	洛阳×× ××发展有限公司	河南省中豫融 资担保有限公司	3,200	×× 县天 业投	发行 4 亿元企 业债券	2021/11/26

序号	出质人	质权人	出质股权 数额（万元）	债务人	借款余额（万元）	股权出质 设立登记 日期
				资有限公司		
合计		---	16,000			---

1. 李××持有的 B 文旅集团 80%的股权质押

2020 年 4 月 29 日，B 文旅集团召开股东会并作出决议：同意股东李××将所持有的公司 12,800 万元股权（或 80%股份）质押给××银行股份有限公司洛阳分行，作为偿还借款（贷款）债务的反担保（或担保）。

2020 年 4 月 28 日，李××与××银行股份有限公司洛阳分行（以下简称“中国银行洛阳分行”）签订《最高额质押合同》（合同编号：2020 年洛工银栾质字第××号），约定：为了确保中国银行洛阳分行债权的实现，李××自愿以其持有的 B 文旅集团股权（价值 12,800 万元）向中国银行洛阳分行提供最高额质押担保。担保的主债权为自 2020 年 4 月 27 日至 2029 年 6 月 30 日期间（包括该期间的起始日和届满日），在人民币 16,000 万元的最高余额内。中国银行洛阳分行依据与 B 文旅集团签订的本外币借款合同、外汇转贷款合同、银行承兑协议、信用证开证协议/合同、开立担保协议、国际国内贸易融资协议、远期结售汇协议等金融衍生类产品协议、贵金属（包括黄金、白银、铂金等贵金属品种，下同）租赁合同以及其他文件（下称主合同）而享有的对债务人的债权，不论该债权在上述期间届满时是否已经到期，也不论该债权是否在最高额质权设立前已经产生。质押担保范围包括主债权本金（包括贵金属租赁债权本金及其按贵金属租赁合同的约定折算而成的人民币金额）、利息、贵金属租赁费、复利、罚息、违约金、损害赔偿金、贵金属租赁重量溢短费、汇率损失（因汇率变动引起的相关损失）、质物保管费用、因贵金属价格变动引起的相关损失、贵金属租赁合同出租人根据主合同约定行使相应权利所产生的交易费等费用以及实现质权的费用（包括但不限于诉讼费、律师费、拍卖费、变卖费等）。

2024 年 4 月 30 日，××县市场监管局核准了本次股权质押登记。

2. 洛阳 F 文旅持有的 B 文旅集团 20%股权质押

2021 年 11 月 26 日，B 文旅集团召开股东会并作出决议：同意股东洛阳 F 文旅将其持有的 B 文旅集团 20%的股权，金额为 3,200 万元的出资额，质押至河南省中豫融资担保有限公司，为××县天业投资有限公司的 4 亿元企业债券提供担保。

2021 年 11 月 26 日，洛阳 F 文旅与河南省××融资担保有限公司签订《股权质押反担保合同》（合同编号：中豫担保质字（2020）057 号），约定：鉴于××县××投资有限公司已发行“2020 年××县××投资有限公司公司债券（第一期）（品种二）”债券发行总额为不超过人民币肆亿元，期限不超过 7 年（以国家发改委及相应审批机关最后批复的期限和金额为准），为确保河南省××融资担保有限公司担保债权的实现，洛阳 F 文旅自愿以其享有 B 文旅集团 20%的股权提供质押反担保。

2021 年 11 月 26 日，××县市场监管局核准了本次股权质押登记。

本所律师注意到：股东李××、洛阳 F 文旅持有的 B 文旅集团的股权已全部质押

《民法典》第四百四十三条规定：“以基金份额、股权出质，质权自办理出质登记时设立。基金份额、股权出质后，不得转让，但是出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。”

鉴于李××、洛阳 F 文旅所持 B 文旅集团的股权已全部质押，依照前述规定，在股权质押未解除或未征得质权人同意的情况下，B 文旅集团的股权无法进行转让。

本所律师建议：1. 先行与股东及质押权人沟通，通过担保置换方式解决公司股权质押问题。2. 如确无法进行担保置换的，贵公司可考虑以“带押过户”方式实施本次股权收购，即与债权人沟通在征得债权人同意的情况下进行股权转让。若采取该种方案（建议提前与市场监督管理部门沟通实操事项），股权过户后债权人仍对质押股权享有优先受偿权进而导致股权可能会被强制执行；并且，“带押过户”也将直接影响 B 文旅集团后续融资安排，敬请贵公司予以关注。

（四）日常分红情况

1. B 文旅集团分红情况

（1）2023 年 2 月 28 日分红

2023 年 2 月 28 日，B 文旅集团召开股东会并作出决议：会议讨论并通过了利润分配方案，同意本次分配金额为一亿元，2022 年度税后利润不够分配的部分，借用 2023 年度利润××元进行预分配，本次分配后公司累计应弥补亏损××元由以后年度利润弥补。

利润分配方案：①分配原因：在三年疫情旅游行业遭受巨大重创的形势下，公司却能逆势增长，通过本次分配增强股东的投资信心；另一方面是保证国有股份保值增值。②分配金额：本次分配金额一亿元，其中：洛阳××××发展有限公司分得 2,000 万元；李××分得 8,000 万元。③资金筹集：2022 年度实现税后利润××元，本次分配一亿元，差额××元不足部分借用 2023 年度利润。④税款交纳：洛阳××××发展有限公司所得利润不需交纳税款，李××所得利润需交纳个人所得税 1,600 万元，该税款由公司代扣代缴。⑤分配后结余：本次分配后账面累计应弥补亏损××元，由以后年度实现的税后利润弥补。

（2）2023 年 10 月 25 日分红

2023 年 10 月 25 日，B 文旅集团召开股东会并作出决议：1. 会议通过了 2023 年前三季度的财务报告；2. 会议讨论并通过了本次利润分配方案，同意本次分配金额为 1 亿元整，剩余部分待 2023 年年度企业所得税汇算并清缴结束后再进行分配。

利润分配方案：①分配原因：根据第三季度的财务数据，账面未分配利润为 2.6 亿元。为了稳定股东投资信心及国有股份保值增值。②分配金额：本次分配金额 1 亿元。其中洛阳××××发展有限公司分得 2,000 万元，李××分得 8,000 万元。③资金筹集：从 2023 年实现的利润中用于本次分配 1 亿元，剩余部分待 2023 年年底企业所得税汇算并清缴后再进行分配。④税款交纳：李××分得的利润需交纳个人所得税 1,600 万元，该税款由公司代扣代缴。

（3）2023 年 12 月 27 日分红

2023 年 12 月 27 日，B 文旅集团召开股东会并作出决议：1. 会议决定并通过了河南省 B 文化旅游集团有限公司在本年年度再分配 1.25 亿的利润分配方案。2. 剩余部分待 2023 年年度企业所得税汇算并清缴结束后再进行分配。

利润分配方案：①分配原因：根据 11 月份财务数据，账面未分配利润为 3.19 亿元，为使国有股份保值增值。②分配金额：本次分配金额 1.25 亿元。其中洛阳××××发展有限公司分得 2,500 万元，李××分得 10,000 万元，剩

余部分，待 2023 年年底企业所得税汇算并清缴后再进行分配。③税款交纳：李××分得的利润需交纳个人所得税 2,000 万元，该税款由公司代扣代缴。

2. B 实业分红情况

2024 年 6 月 25 日，B 实业召开股东会并作出决议：1. 会议审查并通过河南瑞同凯桥税务师事务所出具的 2023 年度财务报告，认定 2023 年弥补往年亏损后账面未分配利润为××元 2. 会议讨论并通过了本次利润分配方案，同意本次分配金额为 400 万元整，其中 B 文旅集团占股 60%分得 240 万元，赵××占股 40%分得 160 万元。

经与公司相关人员访谈，报告期内，除上述分红外，未有其他分红，前述分红款已及时支付给各实际股东。

本所律师注意到：

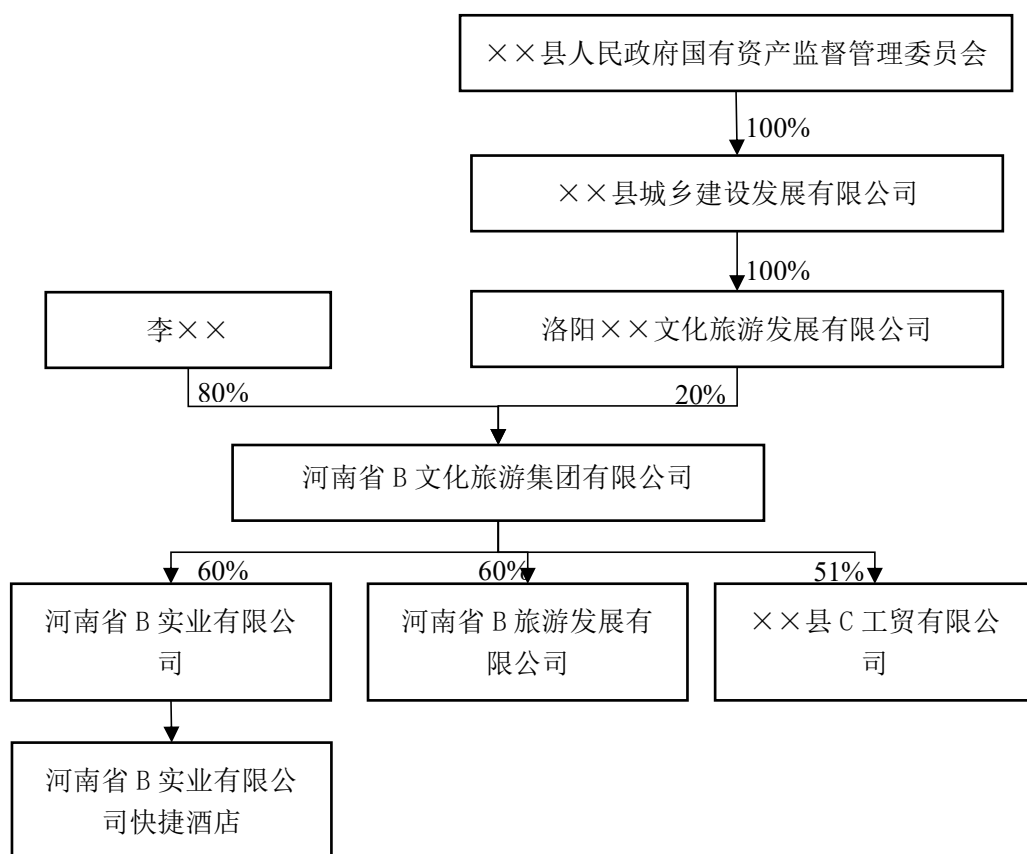
《公司法》第二百一十条规定，公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可以不再提取。

公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照前款规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。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。

经查阅 YX 会计师事务所有限公司出具的 B 文旅集团 2022 年度《审计报告》（X 会审字（2023）第××号），B 文旅集团 2022 年末分配利润为-××元。经与 B 文旅集团相关人员访谈了解，因××县 B 林场出现资金缺口，为解决资金周转问题，××县 B 林场通过向上级部门反应，要求 B 文旅集团进行利润分配以缓解其资金缺口问题，故，B 文旅集团在 2022 年度未分配利润为亏损，且 2023 年度税后利润未先行弥补以前年度亏损的情况下，进行了利润分配，违反了《公司法》的相关规定，属违规分配利润情形，存在相关股东需返还违规分配利润且负有责任的董事、监事、高级管理人员需承担赔偿责任的风险。

（五）B 文旅集团的控制情况

经本所律师核查，B 文旅集团的股权控制关系情况如下：



经本所律师查阅 B 文旅集团的公司章程及工商档案资料，B 文旅集团董事会实行一人一票和按出席会议的董事人数少数服从多数记名表决制度。B 文旅集团董事会共有成员 6 人，其中由股东李××任公司董事，由股东李××聘任 4 名，由洛阳 F 文旅委派 1 名。

综上，李××持有 B 文旅集团 80%的股权并实际控制公司董事会，B 文旅集团的控股股东及实际控制人为李××。

四、B 文旅集团及其下属子公司的法人治理结构

（一）组织架构

经本所律师核查 B 文旅集团的《公司章程》、组织架构图并与相关人员访谈确认，B 文旅集团根据《公司法》的规定，设置了董事会、监事会及总经理，并分为营销（营销部）、运营（B 实业、D 索道、C 索道、B 索道、博物馆、金顶滑道、玻璃水滑、旅游车队）、财务（财务部）、行政（综合办公室、人力资源部）、五大区（游客中心大区、追梦谷大区、××大区、中天门大区、金顶大区）、接待（安保部、导游部）、工程建设（工程建设部）、网络（网络宣传、网络维护）共八个板块，截至本报告出具之日，B 文旅集团的组织架构如下：

XXX

B 实业下设的组织架构如下：

XXX

注：1. 博物馆系××县自然资源局委托 B 文旅集团管理的××博物馆，具体情况详见本报告正文“七、B 文旅集团及其下属子公司的财务及重大债权债务”之“（二）B 文旅集团及其子公司重大合同”之“2. ××博物馆托管协议”。

2. B 文旅集团庙管会已经取消。

B 文旅集团各部门职能情况如下：

部门名称	部门职责
营销部	2007 年 8 月 23 日成立市场营销部。在主管领导的带领下，根据公司的整体规划和年度经营计划，在游客统计、市场分析的基础上，负责制定营销目标和营销策略、组织市场开发宣传、开展公司品牌管理、进行营销费用预算及使用等营销管理工作，保证公司业务稳定开展，提高景区的知名度，加强游客吸引，确保年度经营计划的实现。
B 实业	属公司下属机构，自负盈亏，自主经营，独立核算。原实业公司成立于 2007 年，2016 年 6 月成立创客中心，负责旅游产品的开发与经营。
D 索道	2009 年 12 月成立 D 索道站，主要负责检票、站务、安全运营及救援、索道设备管理及技术改造等工作，认真落实“安全第一，服务至上”的宗旨，做好游客的索道交通服务工作。
C 索道	2017 年月成立 C 索道站。主要负责检票、站务、安全运营及救援、索道设备管理及技术改造等工作，认真落实“安全第一，服务至上”的宗旨，做好游客的索道交通服务工作。
B 索道	2015 年 6 月成立 B 索道站。主要负责检票、站务、安全运营及救援、索道设备管理及技术改造等工作，认真落实“安全第一，服务至上”的宗旨，做好游客的索道交通服务工作。
博物馆	2021 年成立，主要是一座集地质科普、城市规划、研学体验和红色文化等功能为一体的综合性博物馆，也是××县第一

部门名称	部门职责
	座博物馆，集中展示了××地质地貌、××特色矿产、××城市规划、××旅游、领袖人物风采等 十多个专题陈列，常设展品约 160 多件。
旅游车队	2007 年 8 月 23 日公司成立 B 旅游车队，主要负责游客进入 B 景区的换乘工作。2009 年 12 月 D 索道开通试运营后,主要负责落实 “安全第一，服务至上”的宗旨，做好游客的交通服务工作，包括区间小交通的各项管理，同时为公司内部办公、接待用车做好服务工作。做好车队的对外创收工作。
财务部	2007 年 8 月 23 日成立财务管理部。主要职能是在财务总监的领导下，根据公司的年度经营计划和年度财务管理目标,负责公司的资金管理、财务核算、投资管理与资本运作、物控管理、票务管理、食堂管理等工作，真实反映公司的运营数据，确保资产安全运行，推动公司内部控制体系建设，促进公司财务管理目标的实现。
综合办公室	（董事会办公室、创建办办公室、标准化管理办公室）：2007 年 8 月建立综合办公室。主要负责公司综合管理、计划管理、会务管理、行政文书、法律事务、合同管理、统计管理、景区文化研究、企业文化管理、印章证件管理等工作，以保障公司各项管理工作的顺利进行。
人力资源部	主要负责公司人力资源开发与管理，具体包括人力资源规划与计划、组织建设、员工招聘与配置、绩效管理与考核、员工培训与开发、员工关系等管理工作，为公司发展战略的实现提供人力和智力支持。
游客中心大区	2015 年 3 月成立游客中心管理部。其区域包括票务中心、游客中心、地质广场停车场、卫生间等；主要负责游客进入景区后的咨询、引导、购票工作、多媒体展示、监控调度指挥、医疗救护等工作，负责辖区内的卫生管理，为游客营造良好的第一印象，提升景区形象。

部门名称	部门职责
××大区	2020 年成立××管理区。主要负责××区域内的游客接待工作（包玻璃水滑接待），做好游客在景区内的路线引导；协调相关部门，做好辖区内卫生间管理工作；负责辖区内的卫生管理，为游客营造良好的旅游环境，提高景区的服务水平。
××大区	2011 年 8 月成立××管理区。主要负责景区东大门的安全保卫、交通秩序、停车场管理、景区检票、停车收费等工作，及时发现和打击违法犯罪活动，保护景区设施安全、财产安全及人身安全，确保秩序井然，打造良好的运营环境。
××大区	20 年成立××管理区。主要负责××区域内的游客接待工作，做好游客在景区内的路线引导；协调相关部门，做好辖区内卫生间管理工作；负责辖区内的卫生管理，为游客营造良好的旅游环境，提高景区的服务水平。
××大区	2014 年 3 月公司成立××管理。主要负责从中天门到金顶以及××区域内的游客接待工作（包括金顶滑道管理、运营工作），做好游客在景区内的路线引导；协调相关部门，做好辖区内卫生间管理工作；负责辖区内的卫生管理，为游客营造良好的旅游环境，提高景区的服务水平。
安保部	2007 年 8 月 23 日成立安全保卫部。主要职能是负责景区的安全保卫、交通秩序、停车场管理、景区检票、游客投诉、游客救援、景区商户管理等工作，及时发现和打击违法犯罪活动，保护景区设施安全、财产安全及人身安全，确保秩序井然，打造良好的运营环境。
导游部	2007 年 8 月 23 日公司成立导游部。主要职能是按照《导游人员管理条例》，为游客提供优质的向导和讲解服务，保护游客的人身和财产安全，保持游客与景区的良好沟通，负责引导、协调游客在景区内的购物和娱乐，负责收集、反映游客的意见和要求，努力改进服务水平和质量；做好政务接待讲解及礼仪服务工作，积极配合公司文艺汇演工作，丰富员工文化生活。

部门名称	部门职责
工程建设部	2007 年 8 月 23 日成立工程建设部。主要职能是优质、高速、高效完成景区的各项工程建设任务，负责组织工程的招投标、项目预决算、项目管理、工程监理管理、工程质量管理、工程安全管理，并负责景区内的环境保护工作，对景区内水、电、公路、办公设施等系统的正常运转提供维护，打造和维护好公司的核心旅游资源。
网络部	网络部包括网络宣传、网络维护。2014 年 3 月从综合办公室分离出来。主要负责公司系统及网站的维护、信息设备管理、网络维护、监控系统的维护、门禁系统、电子商务、通讯报道、照相与录像等工作。

（二）董事会、监事会、高级管理人员

经本所律师查阅工商档案资料、登录国家企业信用信息公示系统查询并与相关人员访谈确认，截至本报告出具之日，B 文旅集团的董事会、监事会、高级管理人员情况如下：

1. 董事会成员

B 文旅集团的公司章程规定：公司设董事会，成员 6 人，其中由股东李××任公司董事，由股东李××聘任 4 名，由洛阳 F 文旅委派 1 名。董事任期三年，任期届满，可连选连任。董事任期届满前，股东会不得无故解除其职务。截至本报告出具之日，B 文旅集团共有 6 名董事，各董事基本情况如下：

序号	姓名	委派方	备注
1	汤××	李××	董事长
2	杨××	李××	
3	李××	李××	
4	潘××	李××	
5	杨××	李××	
6	许××	洛阳 F 文旅	

截至本报告出具之日，鉴于 B 文旅集团尚未能提供上述董事详细简历，公司董事的简历情况不再单独披露。

2. 监事会成员

B 文旅集团的公司章程规定：设监事会，由 5 人组成，由股东李××聘任 2 名，由洛阳 F 文旅委派 1 名，由职工代表选举 2 名。监事的任期每届为三年，监事的任期届满，可连选连任。截至本报告出具之日，B 文旅集团共有 5 名监事，各监事基本情况如下：

序号	姓名	委派方	备注
1	高××	李××	监事会主席
2	望××	李××	
3	崔××	洛阳 F 文旅	
4	杨××	职工代表大会	职工代表监事
5	洪××	职工代表大会	职工代表监事

截至本报告出具之日，鉴于 B 文旅集团尚未能提供上述监事详细简历，公司监事的简历情况不再单独披露。

3. 高级管理人员

经本所律师查阅，B 文旅集团提供的中层人员情况如下：

（1）大区经理：贾××（××大区经理）、李××（安保大区经理）、谭××（××接待部大区经理）、张××（游客中心大区经理）。

（2）部门经理：刘××（××大区任副经理）、吴××（网络部经理）、李××（财务部）、璩××（网络部副经理）、谭××（博物馆馆长）、汤××（行政办副主任）、张××（网络部经理）、李××（D 索道任副站长）、王××（B 索道站站长）、朱××（B 索道站副站长）、李××（财务部经理）、杨××（旅游车队队长）、贾××（旅游车队副队长）、贺××（D 索道站站长）、周××（营销副总监）、尤××（人力资源部副经理）、张××（安保部副经理）、邢××（××大区副经理）、郭××（C 索道副站长）、杨××（D 索道副站长）、王××（游客中心大区）、杨××（人力资源部经理）、赵××（营销部副经理）、郝××（××大区管理部副经理）、杨××（××水滑副经理）、杨××（工程部副经理）、张××（车队副队长）、吴××（车队副队长）、王××（导游部副经理）、莘××（地质博物馆）。

截至本报告出具之日，鉴于 B 文旅集团尚未能提供上述高级管理人员详细

简历，公司高级管理人员的简历情况不再单独披露。

B 实业高级管理人员的简历情况如下：

张××：男，出生于 1989 年 1 月，现年 35 岁，研究生学历，毕业于河南科技大学工商管理专业，2013 年进入 B 景区工作，先后担任 B 景区网络部经理、营销部经理；2016 年起就任实业公司总经理一职，现任 B 文旅集团副总经理，B 实业总经理。2020 年以来，先后获得××县百名优秀人才、××县创业标兵、2023 年全省乡村文化和旅游带头人等荣誉称号。

潘××：女，出生于 1988 年 4 月，现年 36 岁，本科学历，毕业于河南财经政法大学工商管理专业，2008 年进入 B 景区工作，先后担任 B 景区导游部经理、政工部经理，2016 年起就任 B 实业副总经理一职，现任 B 文旅集团党支部分书记、副总经理，B 实业副总经理。自参加工作以来，先后获得河南导游大赛优秀奖、市级导游大赛一等奖、二等奖等荣誉，是洛阳市第十二届党代会代表、××县第十三届党代会代表。

赵××：男，出生于 1989 年 11 月，现年 35 岁，本科学历，毕业于中北大学财务管理专业，2011 年进入 B 景区工作，曾担任 B 景区 C 索道副站长一职，2019 年调至 B 实业，现任 B 实业副总经理，主抓实业公司安全运营、项目建设、5A 复核提升等工作。拥有特种设备安全管理证、索道电器维修证等技能证书，熟悉特种设备各项法律法规及项目各项操作规程。

谭××：女，出生于 1984 年 12 月，现年 40 岁，大专学历，毕业于南阳师范学院会计电算化专业，2021 年进入实业公司，现任 B 实业财务部经理一职，负责公司财务全面工作。曾在××县瑞达矿业担任会计工作 16 年，具备全面的财务管理专业知识和丰富的账务处理经验，精通财务及税务相关法律法规，熟练掌握财务管理软件和办公软件。拥有中级会计职称证书、初级助理会计师职称证书、会计证、电算化证。

望××：女，出生于 1988 年 10 月，现年 36 岁，本科学历，毕业于河南财经政法大学工商管理专业，2014 年进入 B 景区工作，2016 年调入 B 实业，现任 B 实业办公室主任一职。主要负责办公室全面工作、人力资源工作、文创研发业务以及电商业务；申报成功国家级星创天地、市级专业化众创空间等荣誉；开辟果酒电商运营渠道；开发 B 文创产品三十余种。

吴××：男，出生于 1989 年 1 月，现年 35 岁，大专学历，毕业于商丘科

技职业学院会计电算化专业，2009 年进入 B 景区工作，先后在财务部、营销部工作，2016 年调入 B 实业，现任 B 实业财务部副经理一职，主要负责财务部涉外工作；协助申报成功国家级星创天地、市级专业化众创空间等荣誉。

（三）治理情况

经本所律师核查，就公司日常经营事项，B 文旅集团制定了《管理制度汇编》（2020 版），对行政、财务、人力资源管理、核心业务流程、运营管理、印章使用等方面进行规定。

经与相关人员访谈确认，B 文旅集团未制定有董事会议事规则、监事会议事规则、总经理工作规则等内控管理制度，未制定公司内部授权管理制度文件，亦未就公司借款、融资、投资、担保等事项设置有较为明确的权责清单及内部审批权限，公司决策事项均系通过召开集体会议的方式讨论决定，并由具体人员及部门负责执行。

综上，本所律师认为，B 文旅集团前期存在内部制度不健全、管理不规范、制度执行监督不足等情形。为防范后续类似事件的发生，本所律师建议：依据《公司法》及国有企业管理相关法律法规的规定制定和完善公司内控管理制度，建立全面的内控管理体系，同时加强对内部管理制度的执行监督。

五、B 文旅集团及其下属子公司的业务

（一）B 文旅集团及其下属子公司的经营范围

经核查，截至本报告出具之日，B 文旅集团及其下属子公司的经营范围如下：

序号	企业名称	经营范围
1	河南省 B 文化旅游集团有限公司	游览景区管理服务；索道客运服务；旅游客运；包车客运（凭有效许可证经营）；汽车租赁；餐饮服务；住宿服务；休闲健身场所服务（高尔夫球场除外）；矿产品销售（国家专控产品、煤炭及危险化学品除外）；工艺品、土特产品、预包装食品销售。
2	河南省 B 实业有	一般项目：金属矿石销售；非金属矿及制品销售；

	限公司	农副产品销售；工艺美术品及礼仪用品销售（象牙及其制品除外）；日用品销售；广告设计、代理；广告发布；广告制作；信息咨询服务（不含许可类信息咨询服务）；国内货物运输代理；旅游开发项目策划咨询；农村民间工艺及制品、休闲农业和乡村旅游资源的开发经营；游览景区管理；休闲观光活动；创业空间服务；服装服饰零售；针纺织品销售；玩具、动漫及游艺用品销售；文具用品零售；文艺创作；电子产品销售；组织文化艺术交流活动；体验式拓展活动及策划（除依法须经批准的项目外，凭营业执照依法自主开展经营活动）许可项目：食品销售；餐饮服务；住宿服务；出版物批发；出版物零售；旅游业务（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动，具体经营项目以相关部门批准文件或许可证件为准）
3	河南省 B 实业有限公司快捷酒店	住宿服务；餐饮服务。
4	河南省 B 旅游发展有限公司	许可项目：餐饮服务；住宿服务（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动，具体经营项目以相关部门批准文件或许可证件为准）一般项目：游览景区管理；农副产品销售；工艺美术品及收藏品零售（象牙及其制品除外）；创业空间服务；广告制作；广告发布；公园、景区小型设施娱乐活动；食品销售（仅销售预包装食品）（除依法须经批准的项目外，凭营业执照依法自主开展经营活动）
5	××县 C 工贸有限公司	矿产品销售（危险化学品除外）；机械设备销售。

（二）B 文旅集团及其下属子公司的资质、许可等

1. 景区经营权

1994 年 5 月 13 日，××市人民政府出具《关于公布第××批省级风景名胜区的通知》（豫政〔1994〕××号），决定：××—××风景名胜区为第××批省级风景名胜区。

2007 年 8 月 10 日，××县人民政府出具《××县人民政府县长办公会议纪要》（第 7 号），就 B 景区改制有关问题进行专题研究，决定：1. 县政府把 B 合作开发作为全县旅游产业升级、转型的龙头项目来抓，对 B 林场同 D 工贸合作投资开发 B 景区的意向予以肯定，专门成立“B 景区合作开发领导小组”，加强对此项工作的组织领导和协调服务，相关部门要委派专人负责，切实提高服务质量和效率，为景区合作开发创造良好的外部环境。2. 为了保证有序开发，对××路南，东至××河，西至××，南至××的土地，在新的规划出台以前维持现状，不得审批新的用地手续，规划出台以后，由政府对上述土地进行征用，交由景区使用，进行配套设施建设；对现景区售票房以内土地，根据规划由政府进行严格控制，杜绝私搭乱建行为，今后景区发展需要征用现景区售票房以内土地的，由政府负责征用，交景区开发建设，征地费用由新公司承担。3. 为保证景区开发的顺利进行，由县政府组织于年底前按新景区规划对景区售票房附近有碍观瞻和影响规划的 12 户群众实施搬迁；如按申报世界地质公园的要求，对景区内再需搬迁的居民，由县政府负责组织实施。4. B 景区合作双方应充分认识 B 开发的重要性和紧迫性，尽快签订合作协议，并根据伏牛山生态旅游发展规划和全县旅游发展规划，紧扣 B 提升全案策划，编制出高起点的开发规划，上报县旅游领导小组评审和县人大批准。景区内新建庙宇必须实行统一规划、统一建设、统一管理；对现有庙宇需要改建、扩建的，由县政府负责协调解决有关事宜。五、县旅工委、发改委、水利、林业、财政等部门，在政策性资金使用方面继续对景区给予重点支持。B 林场要确保争取到的政策性资金，用于景区开发建设。6. 县政府将对景区开发过程中的资源保护、资金投入及规划实施情况等实行有效监督。投资方应牢固树立环保意识，严格按照规划进行科学、合理开发，保证两年内投资不低于 1.5 亿元，尽快实现 B 景区做大做强的目标。

2007 年 8 月 23 日，××县人民政府出具《关于 B 景区合作开发有关问题的批复》（××政文〔2007〕××号），原则上同意你单位与××县 D 工贸有限公司合作开发 B 景区。你单位要严格按照企业改制有关规定实施，搞好 B 景区

合作开发，为打造精品景区和“旅游强县”做出更大贡献。

2007年8月23日，××县B林场与D工贸签订《合作开发B景区合同》，约定：在B林场现有景区的基础上吸纳D工贸作为股东参与经营，双方共同投资设立“××B生态旅游开发有限公司”，××县B林场以现有景区内实物资产（林木资源、上山公路、土地除外）以评估价值投入新公司，D工贸用货币资金投入新公司，合作经营范围为原属××县B林场已经国家相关部门批准在B开发生态旅游的区域和相关附属设施。合同有效期为七十年。具体协议内容详见本报告“七、B文旅集团的财务及重大债权债务”之“（二）B文旅集团重大合同”之“1. 合作开发B景区合同”。

2007年9月2日，××县人民政府出具《关于对B林场与D工贸有限公司合作开发B景区的批复》（栾财国资〔2007〕4号），经××县人民政府“栾政文〔2007〕××号××县人民政府关于对B景区合作开发有关问题的批复”及“××县人民政府常务会议纪要”（2007）2号第九条关于B景区合作开发问题的文件精神。根据国务院国有资产监督管理委员会和财政部令第3号“企业国有产权转让管理暂行办法”第二章第八条“国有资产监督管理机构对企业国有产权转让履行下列监督职责第八款”的有关规定和第四章企业国有产权转让的批准程序，第二十五条“转让企业国有产权不再拥有控股地位的，应报本级人民政府批准的”，第二十六条重要子公司企业的重大国有产权转让事项，应当报同级国有资产管理机构会签财政部门批准的规定，经我局研究同意你公司以现有资产评估净值（林木、土地、上山公路除外）××万元与D公司合作建立新公司。在具体操作过程中严格按照有关法律程序办事，严格履行双方合作条款，妥善安排好分流职工安置，确保国有资产保值增值。

2008年9月20日，××县人民政府出具《关于B景区合作开发有关问题的通知》（×政文〔2008〕××号），根据《××县人民政府关于B景区合作开发有关问题的批复》（栾政文〔2007〕××号）和××县人民政府《关于B景区合作开发的县长办公会议纪要》（2007年第7号）有关文件精神，同意将××B景区的经营权整体移交给河南省B生态旅游开发有限公司，期限为七十年。

2. 经营资质、许可

截至本报告出具之日，B文旅集团及其下属子公司取得的相关经营资质、许可情况如下：

序号	公司名称	许可证编号	许可证名称	有效期	许可机关	许可内容
1	B 实业	××× ×××	食品经营许可证	2025/4 /2	××县市场监管局	主体业态：食品销售经营者（网络经营） 经营项目：预包装食品销售（不含冷藏冷冻食品）散装食品销售（不含冷藏冷冻食品，不含散装熟食销售），特殊食品销售（保健食品），自制饮品制售（含自酿酒制售，不含【现制现售生鲜乳饮品】）

截至本报告出具之日，B 文旅集团取得荣誉证书情况如下：

序号	公司名称	颁发机关	证书内容
1	B 文旅集团	全国旅游景区质量等级评定委员会	洛阳××B·××景区为国家 5A 级旅游景区
2	B 文旅集团	河南省文化和旅游厅	智慧景区
3	B 文旅集团	国家标准化管理委员会	国家级服务业标准化试点单位

本所律师注意到：

（1）景区旅游客运存在未获得道路客运许可的风险

根据《道路旅客运输及客运站管理规定》规定，“（三）旅游客运是指以运送旅游观光的旅客为目的，在旅游景区内运营或者其线路至少有一端在旅游景区（点）的一种客运方式。”旅游客运按照营运方式分为定线旅游客运和非定线旅游客运。定线旅游客运按照班车客运管理，非定线旅游客运按照包车客运管理，均需获得道路客运经营行政许可。

经与公司相关人员访谈确认，B 文旅集团目前有旅游观光车 10 辆，主要用于票务中心至景区大门口的旅游客运，B 文旅集团名下另有宇通牌纯电动客车 5 辆、宇通牌柴油客车 5 辆，日常未实际对外载客。经本所律师核查，B 文旅集团曾于 2010 年 7 月 23 日取得洛阳市道路运输管理部门核发的《道路运输经营

许可证》（豫交运管许可洛字××号），地址为××县××乡×××村 B 景区，经营范围为县内、景区内旅游客运。经本所律师核查，截至本报告出具之日，B 文旅集团尚未取得现行有效的道路运输经营许可。

《道路旅客运输及客运站管理规定》第九十三条规定“违反本规定，有下列行为之一的，由交通运输主管部门责令停止经营；违法所得超过 2 万元的，没收违法所得，处违法所得 2 倍以上 10 倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足 2 万元的，处 1 万元以上 10 万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）未取得道路客运经营许可，擅自从事道路客运经营的；（二）未取得道路客运班线经营许可，擅自从事班车客运经营的；（三）使用失效、伪造、变造、被注销等无效的道路客运许可证件从事道路客运经营的；（四）超越许可事项，从事道路客运经营的。”根据上述规定，B 文旅集团未取得道路客运经营许可，不排除被道路运输管理部门行政处罚的风险。

（2）B 实业未取得特种行业经营许可

经与公司相关人员访谈确认，B 实业目前经营一家青年旅社，除自己员工使用外，有部分房间对外经营。《旅馆业治安管理办法（2022 修订）》第四条规定，申请开办旅馆，应取得市场监管部门核发的营业执照，向当地公安机关申领特种行业许可证后，方准开业。第十五条规定，违反本办法第四条规定开办旅馆的，公安机关可以酌情给予警告或者处以 200 元以下罚款；未经登记，私自开业的，公安机关应当协助工商行政管理部门依法处理。

根据上述规定，B 实业未取得特种行业经营许可从事宾馆住宿业务，存在被行政处罚的风险。

（三）B 文旅集团及其下属子公司业务开展情况

1. B 文旅集团业务概况

B 风景名胜区位于河南省××县城东区，面积××平方公里，是××世界地质公园、国家 AAAAA 级旅游景区、国家级自然保护区、省级风景名胜区、省级文物保护单位、省级标准化示范单位。

B 古号××山，因××归隐修炼于此而得名；是八百里××主峰，海拔××米。B 形成于十九亿年前的大陆造山运动，造就了其千姿百态、群峰竞秀，拔地通天、气势磅礴的景观；塑造了“华夏绿色心脏，世界地质奇观”的主题形象。

B 庙宇道观群历史悠久，道教文化源远流长，自北魏建××庙以来，已成为中原香客朝拜中心，明万历十九年颁赐 B 道经诏谕，封为“天下名山”。已建成××殿、××殿、××殿、××庙、××府等庙宇群落，且文物古迹众多。

B 集自然景观与道教文化与一身，终以其雄险奇秀的神采成为中华大地的瑰宝。目前已开发建成了八大景区，138 个景点，是旅游观光、祭拜朝圣、休闲度假、科考探险、动植物观赏的理想目的地。B 景区全景导览图详见本合同“附件九 B 景区全景导览图”。

经查阅公司财务资料并与相关工作人员访谈，B 文旅集团的主要营业收入主要包括门票收入、索道收入、停车费收入以及滑道收入等。

（1）景区管理

B 集自然景观与道教文化与一身，先后投资超××亿元，建成了具有国内领先水平的旅游交通、悬空栈道、空中缆车、庙宇集群、智慧旅游等 100 多项重大基础设施项目，创出了具有超越时代，跨越巅峰的 B 建设，目前已形成了以 B 为主线，以××、××为两翼，以游客中心综合服务区、老子文化苑体验区、××道观祭拜朝圣区、××精品游览区、××自然观赏区、××原始生态探险区、××养生休闲度假区等七大游览区。

（2）索道运营管理

目前 B 景区内运营索道有 3 条，分别为 D 索道、B 索道和 C 索道，另有 1 条中鼎索道目前正在升级改造中。

D 索道于 2008 年 8 月动工，2010 年 1 月竣工并运营。索道水平长度为 1,913.65 米，斜长 2,113.59 米，垂直高差 875 米，35 个客运吊厢，2 个检修吊箱，最大运行速度为 6 米每秒，每小时最大运量可达 1,200 人，单程运行时间为 6.85 分钟。沿线共建有 12 个支架。因经营需要，B 文旅集团于 2021 年 4 月 D 索道进行升级改造，升级改造后的运力提高到 1,700 人/小时，吊箱增加到 44 个。

C 索道于 2016 年 1 月动工，2018 年 2 月竣工并运营。索道水平长度为 2,470 米，斜长 2,669.47 米，垂直高差 970.5 米（下站海拔高度 864 米，上站海拔高度 1,838.5 米），88 个客运吊厢，2 个检修吊箱，最大运行速度为 6 米每秒，每小时最大运量可达 2,400 人，单程运行时间为 13 分钟，沿线共建有 17 个支架。

B 索道于 2014 年 6 月动工，2015 年 5 月竣工并运营。索道水平距离 695 米（下站海拔高度 1,840 米，上站海拔高度 2,049 米），垂直高差 209 米，最高运行速度 5 米/秒，全线共 8 根支架，运力 1,500 人/小时，因经营需要，2021 年冬季对索道进行升级改造，升级后的运行速度提高到 6 米/秒，运力提高到 2,100 人/小时，吊厢由原来的 21 个，增加到 26 个。

（3）停车场运营管理

B 景区修建了游客中心停车场、办公区停车场、××停车场、灵××停车场、D 索道停车场等 26 个规模不等的停车场，可容纳 5,973 多辆大小车辆。具体情况见如下表：

序号	停车场名称/位置	停车位数量 (个)	运营管理机构	备注
1	1 号停车场/D 索道	××	B 文旅集团	
2	2 号停车场/D 索道	××	B 文旅集团	
3	3 号停车场/D 索道	××	B 文旅集团	
4	4 号停车场/D 索道	××	B 文旅集团	
5	5 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
6	6 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
7	7 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
8	8 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
9	9 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
10	10 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
11	11 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
12	12 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
13	13 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
14	14 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
15	15 号停车场/C 索道	××	B 文旅集团	
16	16 号停车场/××老大 门	××	B 文旅集团	
17	21 号停车场/灵官殿	××	B 文旅集团	

序号	停车场名称/位置	停车位数量 (个)	运营管理机构	备注
18	22 号停车场/灵官殿	××	B 文旅集团	
19	23 号停车场/追梦谷	××	B 文旅集团	
20	24 号停车场/追梦谷	××	B 文旅集团	
21	25 号停车场/追梦谷	××	B 文旅集团	
22	26 号停车场/平洋广场	××	B 文旅集团	
23	27 号停车场/新大门内	××	B 文旅集团	
24	新大门停车场/新大门 外	××	B 文旅集团	免费
25	游客中心停车场/游客 中心	××	B 文旅集团	免费
26	××停车场/博物馆	××	B 文旅集团	免费
合计	26	××		

本所律师注意到：B 文旅集团后续需对景区停车场向城市管理部门备案

《洛阳市停车管理条例》（2024 年 9 月 1 日起实施）第二十二条规定：“从事停车设施经营服务的，应当依法办理市场主体登记等相关手续，取得营业执照十五日内向城市管理部门备案。经营者应当对所提交材料真实性和合法性负责。本条例施行前已经投入使用的公共停车设施，经营者应当在本条例施行之日起三十日内向城市管理部门备案。备案内容发生变更的，经营者应当在变更之日起三十日内向原备案机关变更备案。停车设施终止营业的，应当告知备案机关，并及时向社会公布。”

根据上述规定，B 文旅集团负责 B 景区 26 个停车场的运营管理工作，建议在《洛阳市停车管理条例》实施后，及时向城市管理部门备案。

（4）滑道运营管理

除索道项目外，B 文旅集团在景区内还运营了滑道和玻璃水滑项目，其中金顶滑道全长 500 米，二条四滑道，每条宽为 2.2 米，南侧为芝麻灰花岗岩材质，北侧为玻璃材质，为游客提供了沉浸式体验项目；玻璃水滑项目全长 1,800 米，落差 66 米，一个高空玻璃漂流。水滑采用钢结构框架，透明钢化玻

璃为槽体，有 S 型、O 型弯道，途中经过数百米的鲜花长廊、时空隧道，三层大旋转，过山车似的速度如吸水巨龙，气势磅礴，水花四溅。

（5）博物馆运营管理

××博物馆主体工程由××县人民政府主导施工，2018 年 8 月 9 日由政府委托 B 文旅集团装修并投入运营。2019 年 12 月室内装修及布展动工，2021 年 7 月竣工并运营。总建筑面积 8,000 平方米，馆内负一层为研学馆，一层及夹层为地质馆，二层为城市规划馆，三层为红色文化馆。主要是一座集地质科普、城市规划、研学体验和红色文化等功能为一体的综合性博物馆，也是××县第一座博物馆，集中展示了××地质地貌、××特色矿产、××城市规划、××旅游、领袖人物风采等十多个专题陈列，常设展品约 160 多件。馆外停车场占地面积约 7,000 平方米（约 104 亩），在博物馆的前方因势建设两层商业建筑，建筑面积 3,000 平方米。博物馆建成后××县人民政府委托 B 文旅集团负责具体运营管理，具体详见本报告“七、B 文旅集团及其子公司的财务及重大债权债务”之“（二）B 文旅集团及其子公司重大合同”之“2. ××博物馆托管协议”。

（6）其他运营项目

除前述运营项目之外，B 文旅集团还有导游服务、旅客乘车服务、商铺出租、景区场地出租等收入项目。

（7）景区内宗教活动运营情况

经本所律师登录国家宗教事务局的“宗教基础信息查询系统”查询，B 景区内的宗教活动场所基本信息如下：

宗教	派别	场所名称	地址	负责人姓名
道教	全真	××庙	河南省洛阳市××县××乡×××村 B	李××

经与相关人员访谈确认，B 上宗教事务及宗教活动所产生的相关收益由国家宗教事务局直接管理，与 B 文旅集团无关。

2. B 景区运营收入情况

（1）接待游客数量情况

根据 B 文旅集团提供的相关统计资料，B 文旅集团管理的 B 风景区 2021 年

度、2022 年度、2023 年度、2024 年 1-6 月接待游客数量如下：

单位：人次

期间	总人数
2021 年	××××
2022 年	××××
2023 年	××××
2024 年 1-6 月	××××

（2）景区及景区内收费项目定价文件

截至本报告出具之日，B 文旅集团取得的定价文件情况如下：

序号	发文机关	文件名称	主要内容
1	××县发展和改革委员会	《关于延续河南省 B 文化旅游集团有限公司门票价格及服务收费价格的通知》 （栾发改〔2024〕×号）	1. B 风景区门票价格：100 元/张。 2. B 景区 D 索道、C 索道服务价格：上行 70 元/张，下行 65 元/张，往返 130 元/张。 3. B 金顶二级索道服务价格：上行 45 元/张，下行 40 元/张，往返 80 元/张。 4. B 峰林滑道服务价格：20 元/人次。 5. 停车服务价格： （1）黄牌汽车 20 元/辆 （2）蓝牌汽车 10 元/辆 （3）新能源汽车按照《关于明确新能源汽车停车费优惠政策的通知》（洛发改收费〔2019〕×号）优惠政策执行。
2	××县物价局	关于河南省 B 生态旅游开发有限公司导游服务费的函	1. 游客服务中心——老子文化苑——D 索道——××画屏——马鬃岭——金顶庙宇道观群，导游服务费 150 元/批次； 2. 游客服务中心——老子文化苑——追梦谷——老君天瀑，导游服务费 100 元/批次； 3. 游客服务中心——老子文化苑，导游服务费 50

			元/批次； 4. 游客服务中心——老子文化苑——××登天峡，导游服务费 100 元/批次； 5. 游客服务中心——老子文化苑——××洞天瀑，导游服务费 100 元/批次。
3	××县 发展和 改革委 员会	××博物馆收费 项目	讲解员讲解费用 268 元/团 虚拟过山车 58 元/人 球幕影院 58 元/人 鞋套使用费 5 元/双

经与相关人员访谈确认，除上述项目政府定价收费外，景区内其他项目属于市场行为，政府未规定具体收费标准。

（3）景区收入及成本情况

经查阅 B 文旅集团历年审计报告，B 文旅集团目前主要业务收入包括门票收入、索道收入、停车费收入、滑道及玻璃水滑收入、乘车费收入、导服收费及其他业务收入等。根据 YX 会计师事务所有限公司出具的 B 文旅集团 2021 年至 2023 年度审计报告，以及公司提供的 2024 年 1-6 月财务统计数据，B 文旅集团业务收入具体情况如下：

单位：元

项目	2021 年度	2022 年度	2023 年度	2024 年 1-6 月
门票收入	××	××	××	××
索道收入	××	××	××	××
导服费收入	××	××	××	××
停车费收入	××	××	××	××
乘车收入	××	××	××	××
博物馆门票收入	××	××	××	××
滑道收入	××	××	××	××
玻璃水滑收入	××	××	××	××
租赁收入	××	××	××	××
其他业务收入	××	××	××	××

项目	2021 年度	2022 年度	2023 年度	2024 年 1-6 月
合计	××	××	××	××

B 文旅集团 2021 年至 2023 年度、2024 年 1-6 月主要业务成本具体情况如下：

单位：元

项目	2021 年度	2022 年度	2023 年度	2024 年 1-6 月
税金及附加	××	××	××	××
销售费用	××	××	××	××
管理费用	××	××	××	××
财务费用	××	××	××	××
合计	××	××	××	××

3. B 实业业务开展情况

(1) B 实业业务概况

经 B 实业公司相关工作人员介绍，B 实业主营业务主要分为 4 部分：

①借助国家“大众创业、万众创新”政策号召，先后在 2016-2019 年期间，建设国家级星创天地 1 个、市级众创空间 1 个、市级企业研发中心 1 个，孵化企业共计 50 余家，全面助力小微企业发展。截至本报告出具之日，该部分业务已经停止。

②利用闲置空间，在 C 索道一楼、追梦谷等场地内改建云景集市等项目，对外出租商铺，吸纳商户，有效提升游客购物体验。

③建设和引进户外娱乐项目，2017 以来，通过自营及合作经营方式，建设和引进了××攀岩、腾云栈道、高空溜索、中天门滑道、职工之家、高空飞翔、飞天魔毯、步步惊心等各类项目 25 个，其中 4 个为自营项目，21 个为合作经营项目。具体情况详见本报告“附件三：B 实业经营合作项目情况”。

④研学业务及文旅文创开发业务，研学业务自 2022 年开展以来，受疫情影响，先后接待省内外研学团队三千余人，开设特设课程 23 节，其中 1 节课程被评为精品课程，通过近年来的运营，B 研学基地先后获得河南省中小学专项性社会教育基地、河南省研学旅行基地、洛阳市研学旅行基地、洛阳市优秀研学

基地等荣誉称号；文旅文创业务现在正在开展。

（2）B 实业收入及成本情况

B 实业 2021 年至 2023 年度、2024 年 1-6 月主要业务成本具体情况详见本报告“七、B 文旅集团及其子公司财务及重大债权债务”之“（一）B 文旅集团及其子公司财务情况”之“2.B 实业财务情况”。

本所律师注意到：

①景区门票收入直接纳入公司业务收入不符合相关法律规定

截至本报告出具之日，B 文旅集团目前主要业务收入来源为景区门票收入、索道收入、停车费收入、滑道收入等。

《风景名胜区条例（2016）》第三十七条规定：“进入风景名胜区的门票，由风景名胜区管理机构负责出售。门票价格依照有关价格的法律、法规的规定执行”；第三十八条规定：“风景名胜区的门票收入和风景名胜资源有偿使用费，实行收支两条线管理。风景名胜区的门票收入和风景名胜资源有偿使用费应当专门用于风景名胜资源的保护和管理以及风景名胜区内财产的所有权人、使用权人损失的补偿。”

按照上述法律规定，B 景区作为河南省风景名胜区，景区门票收入应归属于风景区管理机构所有并纳入政府非税收入管理，经查询，国内其他一些风景名胜区门票收入也存在直接纳入经营公司业务收入的情况，为普遍存在情形，但并不排除后续政府相关部门予以规范的可能，请贵公司予以关注。

② B 景区内尚未搬迁的村民

经与公司相关人员的访谈，B 景区范围内有 2 个行政村，分别为×××村、××村，B 文旅集团与部分村民签署了相关租赁协议，被公司租赁房屋或土地，但部分村民仍在景区内居住生活，且存在经营民宿、餐饮及其他不规范商业行为，对景区集中管理造成一定影响。

村民在景区内生活，一方面对景区环境和安全经营的管理存在影响，另一方面如村民以游客为自家亲戚等名义将游客带入景区，将会直接影响 B 文旅集团的门票收入，给景区的正常经营带来不便。

另外，B 景区内还存在村民以自有房产从事酒店、宾馆运营情况，如后续 B 文旅集团开展类似业务，也将对该类业务的后续开展造成一定影响。

六、B 文旅集团及其下属子公司的主要财产

经本所律师核查，B 旅游公司、C 工贸未开展实际经营，未拥有相关财产。

B 文旅集团及 B 实业公司名下主要财产情况如下：

（一）土地使用权

经与相关公司相关人员访谈确认，截至本报告出具之日，B 文旅集团及下属子公司未拥有土地使用权。

经本所律师核查，截至本报告出具之日，B 景区内因修建道路、索道、停车场等占用当地村民土地，B 文旅集团租赁当地村民土地的情况，具体土地租赁情况详见本报告“七、B 文旅集团及其下属子公司的财务及重大债权债务”之“（二）B 文旅集团及其子公司重大合同”之“4. 租赁村民土地情况”。

（二）房产建筑物

1. B 文旅集团名下房产建筑物

经本所律师查阅 B 文旅集团提供的固定资产明细表、资产价值清单，截至 2024 年 6 月 30 日，B 文旅集团名下房屋建筑物共计 173 座（包括公厕、商铺、办公楼、庙宇等），面积合计××平方米。房屋建筑物具体情况详见“附件六：房屋建筑物情况”。经本所律师核查，截至本报告出具之日，B 文旅集团未取得任何不动产权属证书。

本所律师注意到：

（1）B 文旅集团在开发建设过程中，未履行相应报批报建手续，亦未取得相应不动产权属证书。

经与相关人员确认，B 文旅集团在风景名胜区内建设上述房屋建筑物时未履行相关报批报建手续。

《风景名胜区建设管理规定》第五条规定：“凡在风景名胜区进行的各项建设都应由建设单位填写《建设选址审批书》，分级上报建设行政主管部门审批。下列建设应从严控制，严格审查：1. 公路、索道与缆车；2. 大型文化、体育与游乐设施；3. 旅馆建筑；4. 设置中国国家风景名胜区徽志的标志建筑；5. 由上级建设主管部门认定的其它重大建设项目。第六条规定：“对前条所列的五类建设项目选址，实行分级审批。属于国家级风景名胜区的由省级建设主管部门审查后报国务院建设行政主管部门或其授权部门审批；属于省级和县（市）级风景名胜区的报省级建设行政主管部门或其授权部门审批。在各级风景名胜区进

行前条所列五类以外的其它建设项目选址，由省级建设行政主管部门或其授权部门审批。”第八条规定：“经审查批准的项目，由建设单位持经批准的《建设选址审批书》，按国家规定报有关部门办理立项等有关手续。”第十二条规定：“工程竣工后，审批该项目选址的建设行政主管部门应参加验收。”

根据上述规定，B 文旅集团在开发建设过程中应办理建设选址、立项等相关手续。B 文旅集团开发建设过程中未履行相关手续，不排除被建设主管部门行政处罚的法律风险。

（2）B 文旅集团目前使用办公楼系归××县文化广电和旅游局所有

经与公司相关人员访谈确认，B 文旅集团目前办公使用的房产系归属于××县文化广电和旅游局所有，××县文化广电和旅游局投资建设了房屋主体工程，内部装修及日常维护由 B 文旅集团负责，双方未签署任何协议文件，B 文旅集团亦未支付任何费用。

鉴于该房产系归属于××县文化广电和旅游局所有，为国有资产，后续不排除××县文化广电和旅游局随时收回或依照国有资产管理相关法律规定要求 B 文旅集团缴纳相关使用费用的风险。

（3）B 文旅集团建设开发过程中存在大量违法占用林地、耕地情况，部分建筑物、构筑物被罚没

经本所律师核查，B 文旅集团在开发建设 B 景区过程中存在未依法依规履行相应选址、环境影响评价、规划许可等审批手续，截至本报告出具之日，B 文旅集团多次受到政府相关部门的行政处罚，且相关违章建筑被行政部门予以罚没。罚没资产主要针对索道站房、景区内商业用房及景区内道路等房屋建筑物及附属构筑物，B 文旅集团对罚没的违规建筑目前仍处于账面固定资产中，未做处理。根据 B 文旅提供的行政处罚决定书，报告期内，B 文旅集团被罚没主要财产情况如下：

序号	处罚日期	处罚单位	违法事由	罚没财产范围
14	××	××	××	××
15	××	××	××	××
16	××	××	××	××

序号	处罚日期	处罚单位	违法事由	罚没财产范围
17	××	××	××	××
18	××	××	××	××
19	××	××	××	××
20	××	××	××	××
21	××	××	××	××
22	××	××	××	××
23	××	××	××	××
24	××	××	××	××
25	××	××	××	××
26	××	××	××	××

鉴于 B 文旅集团未能提供报告期内全部行政处罚决定书，报告期内不排除存在其他资产被罚没的情况，具体 B 文旅集团资产情况，请以会计师事务所盘点、审计结果为准。B 文旅集团具体行政处罚情况详见本报告“十二、B 文旅集团及其下属子公司诉讼、仲裁及行政处罚情况”之“（三）行政处罚情况”。

2. B 实业名下房屋建筑物

经本所律师查阅，B 实业提供的固定资产清单，截至本报告出具之日，B 实业名下房屋建筑物情况如下：

序号	资产名称	存放地点	账面净值（元）
1	攀岩售票房	山顶	××
2	滑道票房	中天门滑道	××
3	酒厂板房仓库	酒厂	××
4	高空溜索地基	溜索	××
5	中天门滑道	中天门滑道	××

（三）其他固定资产

1. B 文旅集团名下其他固定资产

经本所律师查阅 B 文旅集团提供的固定资产明细表、资产价值清单，截至 2024 年 6 月 30 日，除上述“（一）土地使用权，（二）房产建筑物”所述资产

外，B 文旅集团其他固定资产情况如下：

序号	资产分类	资产原值（元）	资产净值（元）	备注
1	办公设备	××	××	茶桌、文件柜、办公桌等
2	电子设备	××	××	电脑、音箱、空调、打印机等
3	构筑物	××	××	水池、栈道、步道、桥等
4	管道沟槽	××	××	水管、雨污水管道等
5	机械设备	××	××	变压器、高压线路、装载机、水泵、路灯等
6	机器设备	××	××	公路划线机、挖掘机、变压器、除雪铲、除雪滚
7	运输设备	××	××	观光车、电动客车、三轮摩托车等
8	其他设备	××	××	厨余垃圾处理器、除臭机、体外除颤仪
9	其他	××	××	根雕工艺摆件、绿化、景观石、工艺品等
合计		××	××	---

经本所律师核查并与相关人员访谈，B 文旅集团拥有的特种设备有 3 条索道，设备类型为客运索道，设备类别为客运架空索道，设备品类为单线循环式客运架空索道，并均已取得特种设备使用登记证，特种设备使用登记手续取得情况如下：

序号	证书名称	证书编号	单位内编号	发证单位	发证日期
1	特种设备使用登记证	索（10）豫 C036052 （19）	B 索道	××县市场监管局	2019/11/5
2	特种设备使用登记证	索（10）豫	D 索道	××县市	2019/11/5

序号	证书名称	证书编号	单位内编号	发证单位	发证日期
	证	C036053 (19)		场监管局	
3	特种设备使用登记证	索(10)豫 C036051 (19)	C 索道	××县市场监管局	2019/11/5

截至本报告出具之日，本所律师未能取得索道项目立项过程中的报审文件，经与公司相关人员访谈确认，B 文旅集团日常依照法律规定对索道进行定期检查，并检验合格，检验合格证情况如下：

序号	证书名称	设备名称	使用单位	设备代码	下次检验日期
1	安全检验合格	河南洛阳 BB 索道	B 文旅集团	9120410300 2015060001	2025/4
2	安全检验合格	河南洛阳 BC 索道	B 文旅集团	9120410300 2017040002	2025/4
3	安全检验合格	河南洛阳 BD 索道	B 文旅集团	9120410300 2010040001	2025/9

2. B 实业公司名下其他固定资产

经本所律师查阅 B 实业提供的固定资产清单，截至 2024 年 6 月 30 日，B 实业名下其他固定资产情况如下：

序号	资产分类	资产原值 (元)	资产净值 (元)	备注
1	办公家具	××	××	仿古家具、档案柜、众创空间办公家具等
2	办公设备	××	××	收银机、电脑、冰箱、打印机等
3	电子设备	××	××	无人机、相机、电视机等
4	机械设备	××	××	蹦床公园设备、酒坛、电

序号	资产分类	资产原值 (元)	资产净值 (元)	备注
				动三轮摩托车、高空溜索等
合计		××	××	××

经本所律师与相关人员访谈确认，B实业拥有的特种设备有2套高空滑/溜索设备并均办理了特种设备使用登记手续，截至本报告出具之日，本所律师未能取得特种项目立项过程中的报审文件。经与公司相关人员访谈确认，B实业依照法律规定对前述特种设备定期检查，并检验合格，特种设备使用登记手续取得情况如下：

序号	证书名称	设备种类	设备类别（品种）	登记证编号	单位内编号	登记机关	下次检验日期
1	特种设备使用标志	大型游乐设施	滑索系列	游 20 豫 C01657 (21)	B 高空滑索	××县市场监管局	2024/12
2	特种设备使用标志	大型游乐设施	滑索系列	游 E4 豫 C01656 (21)	B 高空溜索	××县市场监管局	2024/12

（四）在建工程

经本所律师查阅 B 文旅集团提供的 2024 年 6 月在建工程明细表，截至 2024 年 6 月 30 日，B 文旅集团账面在建工程情况如下：

序号	在建工程	期末余额（元）
1	竹溪苑	××
2	龙君河地产	××
3	平阳广场周边附属物	××
4	××地产	××
5	××西沟浆砌堰	××
6	山顶二期工程	××

序号	在建工程	期末余额（元）
7	地质博物馆	××
8	预付工程款	××
9	地质博物馆室外配套工程	××
10	金顶二期铜宝顶工程	××
11	孙书生房后浆砌堰	××
12	景区内土地使用权	××
13	B 光影秀	××
14	B 灯光亮化工程	××
15	中鼎索道	××
合计	---	××

经本所律师核查，B 文旅集团在进行上述开发建设时，未办理任何建设额开发手续。B 文旅集团下属子公司名下未有在建工程项目。

（五）运输设施

1. 车辆

经本所律师查阅 B 文旅集团提供的 2024 年 6 月固定资产明细，截至 2024 年 6 月 30 日，B 文旅集团账面运输设备有 60 台，账面资产原值为 10,882,413.46 元，账面资产净值为 3,092,812.78 元。B 文旅集团名下运输设备情况如下：

序号	资产名称	数量 (台/ 辆)	开始使用日期	资产原值	资产净值
1	五菱双排座货车	1	2020-12-31	××	××
2	观光车	10	2021-02-28	××	××
3	雷克萨斯商务车	1	2021-03-31	××	××
4	轿车	1	2021-04-30	××	××
5	北方永盛牌三	1	2021-05-31	××	××

序号	资产名称	数量 (台/ 辆)	开始使用日期	资产原值	资产净值
	轮摩托车				
6	猎豹越野吉普	1	2007-09-30	× ×	× ×
7	双排座轿车	1	2010-08-28	× ×	× ×
8	塞纳商务车	1	2010-12-26	× ×	× ×
9	柯斯达车	1	2012-06-16	× ×	× ×
10	洒水车	1	2012-09-20	× ×	× ×
11	LED 车	1	2013-08-28	× ×	× ×
12	房车	1	2014-04-30	× ×	× ×
13	工程部三轮摩托车	1	2015-03-25	× ×	× ×
14	安保部旅游警察摩托车	2	2016-04-21	× ×	× ×
15	厢式运输车	1	2016-08-31	× ×	× ×
16	宇通牌纯电动客车	5	2016-11-30	× ×	× ×
17	宇通牌柴油客车	5	2016-12-31	× ×	× ×
18	纯电动轿车	1	2017-12-31	× ×	× ×
19	塞纳多功能乘用车	1	2018-05-23	× ×	× ×
20	尼桑皮卡车	1	2019-09-30	× ×	× ×
21	五十铃车载货汽车	1	2020-03-31	× ×	× ×
22	巡逻车	1	2020-04-30	× ×	× ×
23	电动汽车	1	2020-05-29	× ×	× ×
24	电动汽车	1	2020-05-29	× ×	× ×

序号	资产名称	数量 (台/ 辆)	开始使用日期	资产原值	资产净值
25	五菱双排载货汽车	1	2023-02-26	××	××
26	五菱双排载货汽车	1	2023-02-26	××	××
27	丰田柯斯特商务车	1	2023-11-25	××	××
28	轿车	1	2023-12-31	××	××
29	塞纳混合动力多功能乘用车	1	2024-01-31	××	××
30	安保部电动摩托车	6	2024-04-30	××	××
31	纯电动车	1	2022-02-25	××	××
32	纯电动轿车	1	2022-02-28	××	××
33	丰田混合动力乘用车	1	2022-07-31	××	××
34	三轮摩托车	1	2022-11-30	××	××
35	五十铃载货汽车	1	2022-12-30	××	××
36	塞纳混合动力多功能乘用车	1	2023-02-24	××	××
37	柯斯达客车	1	2023-02-24	××	××
合计		60	—	××	××

经本所律师核查，B 文旅集团拥有 28 辆已取得产权的车辆，具体情况如下：

序号	所有人	车牌号	车辆类型	厂牌型号	使用性质	登记日期	备注
1	B 文旅	××	轻型	五菱牌	非营	2016. 7.	租赁给

序号	所有人	车牌号	车辆类型	厂牌型号	使用性质	登记日期	备注
	集团		厢式货车	WLQ5029XXYPDY	运	14	B实业使用
2	B 文旅集团	××	轻型普通货车	五十铃牌 QL10408FWR	货运	2011. 6. 1	登记在E矿业名下
3	B 文旅集团	××	小型轿车	哪吒牌 TH27000BEVS112	非营运	2022. 3. 2	登记在杨××名下
4	B 文旅集团	××	小型轿车	哪吒牌 TH27000BEVS113	非营运	2022. 3. 2	登记在王晓伊名下
5	B 文旅集团	××	小型轿车	北京牌 BJ7001BPHA-BEV	非营运	2018. 12 . 24	
6	B 文旅集团	××	小型轿车	北京牌 BJ7001BPHA-BEV	非营运	2018. 12 . 21	
7	B 文旅集团	××	大型普通货车	考斯特 JTGFK5180B4	非营运	2012. 5. 18	
8	B 文旅集团	××	大型普通货车	柯斯达牌 SCT67066GRB53LB	非营运	2023. 2. 15	
9	B 文旅集团	××	轻型非载货专项作业	程力威牌 CLW5040XXC4	非营运	2013. 8. 1	
10	B 文旅	××	轻型	五菱牌	非营	2020. 12	

序号	所有人	车牌号	车辆类型	厂牌型号	使用性质	登记日期	备注
	集团		栏板货车	LZW1028ST6	运	. 22	
11	B 文旅集团	× ×	轻型栏板货车	五菱牌 LZW1029SEQWA	非营运	2023. 2. 24	
12	B 文旅集团	× ×	小型普通客车	塞纳 5TDD23DC	非营运	2018. 5. 10	
13	B 文旅集团	× ×	小型普通客车	丰田牌 GTM6520SHEVM	非营运	2023. 2. 15	
14	B 文旅集团	× ×	轻型栏板货车	五菱牌 LZW1029SEQUA	非营运	2023. 2. 24	
15	B 文旅集团	× ×	小型普通客车	丰田牌 TV650047HEV	非营运	2022. 7. 26	
16	B 文旅集团	× ×	小型普通客车	德宝塞纳 5TDGSKFC	非营运	2022. 8. 3	
17	B 文旅集团	× ×	大型普通客车	宇通牌 ZK6808BEVQ1	旅游客运	2016. 11 . 23	
18	B 文旅集团	× ×	大型普通客车	宇通牌 ZK6808BEVQ1	旅游客运	2016. 11 . 23	
19	B 文旅	× ×	大型	宇通牌	旅游	2016. 11	

序号	所有人	车牌号	车辆类型	厂牌型号	使用性质	登记日期	备注
	集团		普通客车	ZK6808BEVQ1	客运	. 23	
20	B 文旅集团	× ×	大型普通客车	宇通牌 ZK6808BEVQ1	旅游客运	2016. 11 . 23	
21	B 文旅集团	× ×	大型普通客车	宇通牌 ZK6808BEVQ1	旅游客运	2016. 11 . 23	
22	B 文旅集团	× ×	大型普通客车	宇通牌 ZK6816H5Y	旅游客运	2016. 12 . 13	
23	B 文旅集团	× ×	大型普通客车	宇通牌 ZK6816H5Y	旅游客运	2016. 12 . 13	
24	B 文旅集团	× ×	大型普通客车	宇通牌 ZK6816H5Y	旅游客运	2016. 12 . 13	
25	B 文旅集团	× ×	大型普通客车	宇通牌 ZK6816H5Y	旅游客运	2016. 12 . 13	
26	B 文旅集团	× ×	大型普通客车	宇通牌 ZK6816H5Y	旅游客运	2016. 12 . 13	
27	B 文旅集团	× ×	轻型普通货车	长安牌 SC1022SAN	非营运	2010. 8. 16	登记在高××名下
28	B 文旅	× ×	轻型	五十铃牌	非营	2023. 1.	

序号	所有人	车牌号	车辆类型	厂牌型号	使用性质	登记日期	备注
	集团		栏板货车	QL1041MVHW	运	9	

经本所律师核查，B 实业拥有 1 辆已取得产权的车辆，具体情况如下：

序号	所有人	车牌号	车辆类型	厂牌型号	使用性质	登记日期	备注
1	B 实业	××	小型普通客车	丰田牌 GTM6521 SWHEVR	非营运	2014. 7. 22	

本所律师注意到：B 文旅集团部分车辆登记于公司员工及关联方名下。

经本所律师核查，B 文旅集团有四辆汽车登记于 E 矿业、杨××、王晓伊、高××名下。经与公司相关人员访谈确认，将车辆登记于关联方及个人名下系因购车时享受相应政府购车补贴，日常车辆保养及车辆保险费用由 B 文旅集团承担。

2. 特种车辆

经核查，B 文旅集团拥有 10 辆五菱内燃观光车辆，设备类型为非公路用旅游观光车辆，主要用于景区内观光，属于特种车辆，均已取得特种设备使用登记证，具体情况如下：

序号	证书名称	证书编号	单位内编号	发证单位	发证日期
1	特种设备使用登记证	车（20）豫 C03445 （21）	××	××县市场监管局	2021/3/30
2	特种设备使用登记证	车（20）豫 C03442 （21）	××	××县市场监管局	2021/3/30
3	特种设备使用登记证	车（20）豫 C03444	××	××县市场监管局	2021/3/30

序号	证书名称	证书编号	单位内编号	发证单位	发证日期
		(21)			
4	特种设备使用登记证	车(20)豫 C03443 (21)	××	××县市场监管局	2021/3/30
5	特种设备使用登记证	车(20)豫 C03439 (21)	××	××县市场监管局	2021/3/30
6	特种设备使用登记证	车(20)豫 C03440 (21)	××	××县市场监管局	2021/3/30
7	特种设备使用登记证	车(20)豫 C03441 (21)	××	××县市场监管局	2021/3/30
8	特种设备使用登记证	车(20)豫 C03470 (21)	××	××县市场监管局	2021/3/30
9	特种设备使用登记证	车(20)豫 C03473 (21)	××	××县市场监管局	2021/3/30
10	特种设备使用登记证	车(20)豫 C03463 (21)	××	××县市场监管局	2021/3/30

(六) 注册商标、专利、著作权等无形资产

1. 专利权

经本所律师登录相关网站查询，截至本报告出具之日，B 实业拥有专利权情况如下：

序	发明名称	专利	证书编号	专利号	授权公告	发明	法律
---	------	----	------	-----	------	----	----

号		类型			日	人	状态
1	一种光线辅助雕刻方法及其辅助设备	发明	第 3476346 号	ZL201810301002.2	2019/8/2	潘× ×	授权

经本所律师核查，除上述专利权外，B 文旅集团及下属子公司未拥有其他授权专利。

2. 注册商标

经本所律师登录相关网站查询，截至本报告出具之日，B 文旅集团拥有注册商标 90 项，正在申请的商标 2 项，驳回待复审 4 项；B 实业拥有注册商标 23 项，正在申请的商标 1 项。B 旅游公司及 C 工贸未拥有注册商标。B 文旅集团、B 实业拥有的注册商标情况详见“附件七：注册商标、著作权”。

3. 著作权

经本所律师登录相关网站查询，截至本报告出具之日，B 文旅集团拥有作品著作权 42 项（其中 41 项美术类别作品著作权，1 项其他类别作品著作权）。B 文旅集团下属子公司没有著作权。B 文旅集团拥有的著作权情况详见“附件七：注册商标、著作权”。

4. 自媒体公共号

经本所律师核查，截至本报告出具之日，B 文旅集团自媒体公共号情况如下：

序号	账号名称	开设平台	粉丝量
1	河南 B 风景名胜区	抖音	××
2	B 风景名胜区	快手	××
3	B 风景名胜区	微信服务号	××
4	B 景区	微信订阅号	××
5	B 风景名胜区	视频号	××
6	B	小红书	××
7	B 风景名胜区	网站域名××	
8	河南 B	新浪微博	××

注：经本所律师登录工业和信息化部政务服务平台查询，B 文旅集团名下网站域名未能在 ICP 备案查询板块检索到。

（七）对外投资

经本所律师核查，B 文旅集团持有 B 实业 60%的股权，持有 B 旅游公司 60%的股权，持有 C 工贸 51%的股权。B 文旅集团对外投资子公司的基本情况及历史沿革情况详见本报告“一、B 文旅集团及其下属子公司概况”“二、B 文旅集团及子公司的历史沿革”。

（八）景区内文物

经本所律师查阅《B 山志》（河南省 B 志编纂委员会编著），B 原有古建筑已荡然无存，原山上存有大量的铁铸文物、碑碣及木、纸、铜残片，极其珍贵。主要有嘉靖十八年（1539）铁铸造像 14 尊，文殊菩萨和普贤菩萨铁像残片；清乾隆十二年（1747）三月铸造铁质“放光金殿”小庙 1 座；明万历十九年（1591）大铁钟和历代各类铁瓦 400 余个；老子骑牛红铜片；铁佛像；13 块碑碣，其中保存基本完好的一通明万历皇帝颁经谕旨碑，字迹仍清晰可辨；另有修复的六丁六甲铁像 12 尊等。经与相关人员访谈确认，目前上述文物归文物管理部门管理。

（九）主要财产权利限制情况

1. 抵押情况

经本所律师核查，截至本报告出具之日，B 文旅集团及其下属子公司未有资产抵押情况。

2. 质押情况

截至本报告出具之日，B 文旅集团权利质押情况如下：

序号	出质人	质权人	质押物
1	B 文旅集团	中国××银行股份有限公司××支行	B 景区收费权
2	B 文旅集团	××银行股份有限公司洛阳分行	B 景区门票及所有索道收费权
3	B 文旅集团	××银行股份有限公司洛阳分行	B 风景区门票、索道、停车场收费权

4	B 文旅集团	中国××银行股份有限公司×× 县支行	B 景区门票及索道收 费权
5	B 文旅集团	中国××银行股份有限公司×× 支行	B 景区 C 索道
6	B 文旅集团	××银行股份有限公司洛阳分行	门票索道收费权
7	B 文旅集团	××银行股份有限公司洛阳分行	B 景区门票及全部索 道收费权
8	B 文旅集团	××银行股份有限公司洛阳分行	B 景区门票、一、二 级索道收费权

3. 融资租赁

经本所律师与公司相关人员访谈确认，截至本报告出具之日，B 文旅集团及其下属子公司未有融资租赁情况。

4. 租赁房产、场地

经本所律师核查 B 文旅集团提供的统计资料并与相关人员访谈，截至本报告出具之日，B 文旅集团共对外出租房屋（商铺）102 家，B 实业对外出租商铺 30 家。具体租赁房产情况详见本报告“七、B 文旅集团及其子公司的财务及重大债权债务”之“（二）B 文旅集团及其子公司重大合同”之“3. 房屋（商铺）租赁情况”。

2023 年 1 月 1 日，B 文旅集团与 B 实业签署《场地租赁协议》，约定 B 文旅集团将坐落于 B 景区内的二十七项场地出租给 B 实业。具体场地租赁情况详见本报告“七、B 文旅集团及其子公司的财务及重大债权债务”之“（二）B 文旅集团及其子公司重大合同”之“3. 房屋（商铺）租赁情况”。

另外，B 文旅集团将办公楼两间房屋无偿给关联方河南省××文化旅游有限公司使用，双方未签署相关租赁协议文件。

5. 车辆租赁

B 文旅集团与 B 实业签订《租车合同》，约定 B 实业因业务需要，租用 B 文旅集团箱货车车牌为××一辆，租车期限：从 2016 年 7 月 14 日至 2031 年 7 月 14 日止。免费租赁无租金，车辆行驶过程中发生的保险费、汽油费、停车费、过路费、洗车费、维修费等车辆发生的一切费用由 B 实业承担。

七、B 文旅集团及其下属子公司的财务及重大债权债务

（一）B 文旅集团及其子公司财务情况

1. B 文旅集团财务情况

根据经河南××会计师事务所（普通合伙）审计的公司财务数据及公司历年《审计报告》，B 文旅集团主要财务数据情况如下：

（1）资产负债情况

单位：元

科目	2024. 6. 30	2023. 12. 31	2022. 12. 31	2021. 12. 31
总资产	××	××	××	××
其中：货币资金	××	××	××	××
总负债	××	××	××	××
净资产	××	××	××	××
其中：未分配利润	××	××	××	××

（2）利润表情况

单位：元

科目	2024 年 1-6 月	2023 年度	2022 年度	2021 年度
营业收入	××	××	××	××
营业成本	××	××	××	××
税金及附加	××	××	××	××
销售费用	××	××	××	××
管理费用	××	××	××	××
财务费用	××	××	××	××
净利润	××	××	××	××

（3）现金流量表情况

单位：元

科目	2024 年 1-6 月	2023 年度	2022 年度	2021 年度
经营活动现金净流量	××	××	××	××
其中：经营活动现金流入	××	××	××	××
经营活动现金流出	××	××	××	××
投资活动现金流量净额	××	××	××	××
筹资活动现金流量净额	××	××	××	××
现金及现金等价物增加额	××	××	××	××

备注：上表中公司的现金流量情况仅根据公司提供的 2021 年至 2023 年审计报告及 2024 年 1-6 月份现金流量表统计，具体请参照会计师事务所审计数据。

2. B 实业财务情况

根据经河南××会计师事务所（普通合伙）审计的 B 实业财务数据及公司财务数据，B 实业的主要财务数据情况如下：

（1）资产负债情况

单位：元

科目	2024. 6. 30	2023. 12. 31	2022. 12. 31	2021. 12. 31
总资产	××	××	××	××
其中：货币资金	××	××	××	××
总负债	××	××	××	××
净资产	××	××	××	××
其中：未分配利润	××	××	××	××

（2）利润表情况

单位：元

科目	2024 年 1-6 月	2023 年度	2022 年度	2021 年度
营业收入	××	××	××	××
营业成本	××	××	××	××
税金及附加	××	××	××	××
销售费用	××	××	××	××
管理费用	××	××	××	××
财务费用	××	××	××	××
净利润	××	××	××	××

备注：经与 B 实业财务人员访谈了解，B 实业一直未编制现金流量表。

（二）B 文旅集团及其子公司重大合同⁷

本所律师查阅了 B 文旅集团提供的财务报表、科目余额表、合同台账、相关合同原件或复印件等资料，并与公司相关人员进行了访谈确认，对公司已签订的重大合同进行了核查。B 文旅集团及其下属子公司部分重大合同情况如下：

1. 合作开发 B 景区合同

2007 年 8 月 23 日，××县 B 林场与 D 工贸签订《合作开发 B 景区合同》（鉴证单位：××县国有资产管理办公室，未盖章），约定：在 B 林场现有景区的基础上吸纳 D 工贸作为股东参与经营，双方共同投资设立“××B 生态旅游开发有限公司”，××县 B 林场以现有景区内实物资产（林木资源、上山公路、土地除外）的评估价值投入新公司，D 工贸用货币资金投入新公司，合作经营范围为原属××县 B 林场已经国家相关部门批准在 B 开发生态旅游的区域和相关附属设施。新公司注册资本 2,000 万元，××县 B 林场以现有资产评估净值（林木资源、上山公路、土地除外）约 1,375 万元投入新公司，占新公司 20% 的股权，D 工贸以 6,300 万元货币资金投入新公司，占新公司 80% 的股权。上述投入资金超出注册资本部分作为新公司的经营资金使用。新公司根据发展需要投资规模超出现有预算部分由新公司自行筹措，新公司筹措资金不能到位时，由双方按股权比例以货币资金继续投资，但新公司在发展过程中超出本约定投

⁷ 本报告列举的重大合同为老君山文旅集团在尽职调查过程中向本所提供的相关合同台账、合同文本、财务凭证等材料所作，不排除因老君山文旅集团未如实披露而存在遗漏的可能。

资总额而另行增加的投资部分；无论投资主体是谁，均不得享受原始投资待遇。上述投资款中××县 B 林场投入的实物资产以及 D 工贸投入的货币资金在注册资本比例以内部分应在新公司设立时一次投入新公司，D 工贸投资款超出注册资本以外部分于 2007 年 12 月 31 日前全部投入新公司。本协议中约定的××县 B 林场股权比例 20%和 D 工贸股权比例 80%在双方合作期内永久不变。

新公司所用员工由新公司自主选聘，并遵照《劳动法》的规定与职工签定劳动合同。在不违背《公司法》及《劳动法》前提下，新公司对原景区职工通过双向选择竞争上岗的方法优先选用，所用职工应接受新公司的管理，与新公司其他职工享受同等待遇。

鉴于××县 B 林场资金困难，新公司从上述投资款中支付给甲方 800 万元，用于新公司在合同期内对××县 B 林场未投入新公司的资产使用费。××县 B 林场将该款项用于支付债务。

新公司在第一年至第五年内每年向××县 B 林场交纳十万元道路有偿使用费，第六年至第二十年内每年向××县 B 林场交纳五万元道路有偿使用费。

景区内林木资源、上山公路及土地产权归××县 B 林场所有，新公司对其享有使用权，但无权转让、拍卖、抵押。新公司在经营过程中遵守《森林法》的相关规定，并协助××县 B 林场对林木资源进行保护，××县 B 林场应对新公司森林保护情况进行监督检查。新公司在开发经营过程中涉及占用林地的，须报经××县 B 林场及其相关部门批准后方可实施，报批手续由××县 B 林场负责办理，报批过程中产生的合理费用由新公司承担。

景区内的林木资源及土地新公司有权开发利用，在开发利用过程中形成的实物资产、商标商誉等无形资产以及收益均归新公司所有。

D 工贸在约定时内达不到约定投资额的，年度利润分配时按实际投资额分配。若 D 工贸由于经济发展的变化而致中途失去投资能力时，××县 B 林场有权重新寻找投资合作伙伴，新投资方按照 D 工贸的投资净值以货币资金退还给 D 工贸。

若××县 B 林场投入的实物资产因新公司设立前的不可预料因素而导致的无法有效使用、正常使用或不能成为新公司的法定资产，××县 B 林场必须在事情发生时将该部分资产按照评估价值以货币资金足额弥补给新公司。

本合同有效期为七十年，新公司继承原景区签订的与景区经营有关的合同

协议。新公司若经营不善达到法律规定的破产程序时，本合同自行终止，新公司进入破产程序，但本合同中约定的投资总额以内部分按股权对待，超出投资总额以外部分按普通债权对待。

2009年10月10日，B林场与E矿业签订《补充协议》，约定：甲、乙双方《合作开发B景区合同》第七项第（三）款约定：“新公司在第一年至第五年内每年向甲方交纳十万元道路有偿使用费；第六年至第二十年内每年向甲方交纳五万元道路有偿使用费”，根据合作实践和实际情况，经甲、乙双方协商同意，将其中“道路有偿使用费”变更为“资源补偿费”。经本所律师查阅公司提供的资料文件，该资源补偿费支付至2021年。

2009年11月18日，××县B林场与E矿业签订补充协议约定：1. 鉴于原协议，甲方投入新公司的××元，以20%计算，双方总投资额应为××元，E矿业80%应投资××元；2. 现在新公司注册资金增至16,000万元，按原协议甲、乙双方应投入××元，甲、乙双方同意另有××元属新公司筹措资金，新公司按筹措资金提取财务费用，纳入成本核算；3. 原协议到期终止进行清算分配时，新公司应退林场股金××元，E矿业股金××元，偿还注册筹措资金××元。

经与公司相关人员访谈确认，D工贸依照约定将第一笔费用800万元投入B文旅集团，并计入注册资本；××县B林场将1,375万元实物出资中的200万元计入注册资本，剩余1,135万元出资实物进入长期应付款，后续经D工贸、××县B林场与B文旅集团三方债权债务冲抵的方式对该长期应付款进行了处理，B文旅集团账上不再显示该笔应付款项。D工贸（E矿业）及××县B林场均未完全依照协议约定期限将后续投资款如期投入项目公司。本所律师建议就各方就B文旅集团前期出资情况的现状及相关处理情况进行协议约定，避免后续出现因股东前期出资事项而产生争议或纠纷。

2. ××博物馆托管协议

（1）《托管协议》

2018年8月9日，B文旅集团（乙方）与伏牛山世界地质公园××园区管理处（甲方）签署《伏牛山世界地质公园××博物馆托管协议》，约定甲方将伏牛山世界地质公园××博物馆（以下简称“××博物馆”）委托乙方进行托管。

①托管内容分两大类：

A. 规划施工类

政府及发改部门批准建设的伏牛山世界地质公园××博物馆建设一期工程及附属设施。

B. 管理维护类

a. 对博物馆及辖区内其他投入使用的不动产设施及内部场地进行统一规划、管理。

b. 对博物馆及其辖区内所有附属设施进行维护、管理。

c. 对室内的相关文物及物品进行日常维护及管理。

d. 消防安全管理。

协议期限：本协议期限为 50 年，自签订之日起有效。

②双方主要权利义务

A. 地质博物馆的功能设计，应采取“多馆合一”模式。B 文旅集团具体负责，并按照县委、县政府审定的设计方案实施。

B. 地质公园博物馆辖区内的场地、道路、绿化、景观环境等由县政府负责实施，停车场及换乘系统由 B 文旅集团负责规划设计，应与整体景观协调。

③投资主体及实施方式

A. 地质公园博物馆前期所欠费用，由甲方报请政府财政部门负责筹资、清付，后续建设工程约定的馆内一层展厅加层增加面积、消防、电梯工程、馆外供电供水工程由乙方统一组织施工，甲方按政府投资工程以实结算拨付。资金从向上级争取的保护专项资金中列支，不足部分由县财政予以补贴，争取上级资金过程中，县委、县政府给予协调支持。

B. 工程施工由乙方依照专家评审通过并经县委、县政府同意后的布展方案投资并具体实施展馆的布展、施工等。

C. 地质公园博物馆的后续工程建设和综合展馆的布展设计、施工由县政府成立工作领导小组，加强领导、全面协调。馆外道路绿化和馆内布展的设计、施工、采购等建设活动的立项、招投标及其他建设手续办理按照“谁投资、谁负责”的原则，由乙方负责，并按照县政府所确定的时间节点按时完成。

D. B 文旅集团按照县政府批复的方案，负责综合展馆及室外环境的管理、使用、运营及维护。

④所有权约定

在托管期限内，地质公园博物馆范围内主体建筑及县域附投资或筹资建设

购置的资产设施归××县人民政府所有，由县国资办按照《国有资产管理办法》进行管理。乙方投资购置的资产或投资建设的设施归乙方所有。

托管期届满，所有资产归××县人民政府所有。

（2）《托管协议》之补充协议

2020年6月1日，××县自然资源局（甲方）与B文旅集团（乙方）签署《伏牛山世界地质公园××博物馆托管协议》补充协议，约定：

①将“伏牛山世界地质公园××博物馆”更名为“××博物馆”。

②将原托管协议中的甲方主体“伏牛山世界地质公园××园区管理处”变更为“××县自然资源局”。

③将馆区规划面积由约80亩调整为101.5457亩。

④项目投资

“××博物馆”室内装修、场馆外停车场及附属配套设施的建设投资按以下方式进行：

A. 场馆外停车场、道路、绿化、消防、供电、亮化、给排水、公厕等设施建设在符合总体规划的前提下，乙方主导进行设计及评审，按政府投资市政工程建设的规定及程序确定工程施工合同价款，乙方负责具体施工管理，待工程竣工验收后，甲方按财政建设项目相关规定依实结算并支付工程款。

B. 后续馆内装修及布展在甲方认可前提下由乙方负责委托相关单位进行设计，并按照评审通过的设计方案实施，甲方负责地质馆内“××恐龙动物群保护项目”的设计（含两具恐龙模型）及投入专项资金850万元，并按财政项目相关规定及程序实施并支付费用。其它项目由乙方负责按设计图纸投资并施工。

C. 在本项目规划区内根据政府批准的规划方案需要建设的其它配套附属设施由乙方自行投资建设，接受甲方的总体管理。

D. 博物馆主体工程建设过程中遗留项目费用78万元，暂由乙方垫付，后期作为博物馆外停车场建设项目的一部分，由甲方按相关规定结算付款。

E. 乙方负责施工过程中的工程安全、质量事故等责任。

⑤委托经营管理

在本项目规划区内根据政府批准的方案建设的配套附属设施委托乙方经营管理的期限为40年，期满后乙方在同等条件下享有优先权。

乙方在经营管理期间博物馆中的“规划馆区”及“地质馆区”按照规划地

质馆的相关管理办法，免费向游客及观众开放，最大限度发挥其社会公益性，其他设施乙方可以根据政府指导价或市场价进行收费。室外停车场、配套用房及其他收益用于补充博物馆运营费用。乙方根据发展需要可在符合规划的情况下，在停车场周边合适位置投资建设配套的公共服务设施，由乙方管理、使用。

⑥项目产权归属

A. 本项目规划区内现在已建成的及后期续建的设施，无论谁投资，其产权与土地使用权均归××县人民政府所有，甲方代表政府对其进行管理。

B. 乙方在经营管理期间，对所有的博物馆内外及设施享有管理权，甲乙双方按不动产的相关法律规定处理相关事宜。

C. 委托经营管理期届满，所有设施无偿移交给××县人民政府。

3. 房屋（商铺）租赁情况

根据 B 文旅集团提供的统计汇总资料并与相关人员访谈，截至本报告出具之日，B 文旅集团共对外出租房屋（商铺）102 家，全年租金收入 4,956,040.00 元左右；B 实业对外出租商铺 30 家，全年租金收入 487,438.00 元左右。具体情况详见本报告附件一“B 文旅集团房屋（商铺）租赁情况”、附件二“B 实业房屋（商铺）租赁情况”。经本所律师抽查签署的租赁协议样本，约定的双方权利义务情况如下：

（1）B 文旅集团

截至本报告出具之日，B 文旅集团未能提供已签署的商铺租赁的协议样本，本所律师未能对商铺租赁协议约定的双方权利义务情况进行核查。

（2）B 实业《中原旅游商品星创天地云景集市管理协议》

2023 年 11 月，河南 B 实业有限公司与××县××盛宴土特产经营部签署《中原旅游商品星创天地云景集市管理协议》（以下简称“《管理协议》”）就乙方承租甲方所拥有的中原旅游商品星创天地云景集市商铺（以下简称：云景集市商铺）收取管理费事宜，达成如下协议：

①房屋位置：坐落于 B 景区 C 索道一楼的云景集市。具体位置：C 索道一楼云景集市 6 号商铺。

②租赁面积：该商铺面积为 3 平方米。

③租赁用途：商品售卖，销售范围：农产品。

在租赁期内未征得甲方书面同意前，不得擅自改变商品销售范围，不得转

让，商铺不应经营人的改变而发生改变。如需增加经营类目，须书面请示云景集市商铺管理处，批准后，方可经营。乙方经营中所需特殊要求及设施，经甲方书面同意后由乙方自建，其费用由乙方承担，甲方概不负责。

④承租期限：2024 年 1 月 1 日起至 2024 年 12 月 31 日止。乙方可在向甲方缴纳管理费后，使用该房屋。

⑤履约保证金：乙方应于本合同签订之日起 7 天内支付人民币××元，作为承租上述房屋的履约保证金。在本合同签订后乙方单方面解约的，此保证金不予退还。

乙方在经营期间，由景区统一管理。遵循商户管理制度。各种商品都要明码标价，并服从物价部门对商品价格的统一管理。禁止欺客、宰客、尾追兜售，不得出售假冒伪劣等不合格商品。文明经商、诚信服务，不得欺行霸市，强行招揽游客。各商户必须管理好自己的卫生区，保持室内货物摆放整齐，商铺前清洁无垃圾，严禁店外经营。对于公司划段经营的商户，必须在公司规定的区域内经营，不得超范围经营。广告牌和各种招牌必须有公司统一规划、设计制作，严禁私设广告牌和招牌，广告牌制作费用由商户承担。对于不服从管理及违反本制度管理者，公司有权利视情节严重程度进行处罚，初次警告、二次停业整顿并扣除相应管理费。

⑥房屋管理费：采取按年度为单位缴纳，管理费按每平方××元，根据集团公司房屋管理费涨幅比例，2024 年管理费在既定基础上涨幅 20%，2024 年管理费为共计 2 元（该管理费不含履约保证金）。管理费应于该协议签订 3 日前交清。乙方可在向甲方缴纳管理费后，使用该房屋。逾期支付的，逾期一日，则乙方需按年管理费的千分之五支付滞纳金。管理费自缴纳之日起，商铺不得要求退还。若需要退还，则应把退还的管理费相应的税金按照公司上交税局的税率进行扣除，具体扣除费用由财务部门进行计算，该项费用由商铺承担。乙方每年缴纳卫生费（按照大区标准收取）元，收取乙方质保金（按照大区标准收取）元用于约束乙方优质服务和安全管理，如全年不发生任何投诉、纠纷以及安全事故，年底如数退还）。

⑦双方权利义务：乙方租赁期间，使用该商铺所发生的水、电、通讯等费用，设备、商铺维修、物业管理费和其他有关费用由乙方承担。甲方保障乙方在经营期间水、电、路畅通，维护乙方经营权利。水、电缴纳方式为：自用+公

摊，收费标准与景区收取一致，一月一交。乙方租赁期间，如 C 索道运营，商户必须开门营业，全年累计超过 30 天不开的，第二年不在续签合同。云景集市对外开放时间为 9:00-18:00，租户最晚不得超过上午 9:00 开门。乙方租赁期间需服装统一，由此产生的费用由乙方承担。

乙方同意，有下列情形之一，甲方书面通知乙方解除合同，并不担责：

乙方不服从管理，超过两次不参加公司组织的行政性会议；未经公司批准，擅自更改营业范围；乙方未征得甲方同意改变商铺用途，致使商铺损坏，造成损失的；乙方应承担修理商铺所产生费用的二倍以上赔偿金。因乙方原因造成商铺主体结构损坏的；并承担修理商铺所产生费用的二倍以上赔偿金。乙方擅自转租商铺、或与他人交换各自承租的商铺的，转让或交换无效，并上交非法转租所得，事先经甲方书面同意者除外；如乙方在甲方约定的时间内不能向甲方交清租金及其他费用造成其单方违约的，甲方有权单方清除乙方所租商铺内的所有物品且可自行处理；乙方逾期不支付租金累计超过二十天的；并承担所约定的一切费用；乙方引起游客投诉的，甲方有权对乙方进行相应的处罚，超过三次以上，直接解除合同，情节严重者，甲方按旅游法有关条款之规定执行。乙方违法经营，受到政府处罚，给景区造成不良影响的。乙方不服从甲方相关部门管理、不与景区配合、影响景区信誉，不按时缴纳各类费用并有店外经营等行为的。

4. 租赁村民土地情况

根据 B 文旅集团提供的资料并与相关人员访谈，B 景区内因修建道路、索道、停车场等占用当地村民土地，为此 B 文旅集团与当地村民签署了相应的土地租赁协议，根据 B 文旅集团提供的赔付清单，B 文旅集团与当地村民及村民组织达成 270 余份赔付协议，每年需赔付金额××元左右。租赁协议内容如下：

B 文旅集团（甲方）因开发需要，需租用 XXX（村民，以下简称“乙方”），经甲乙双方充分协商，村委会同意在甲方同村委订立景区开发协议的基础上，双方特订立如下租地协议：

①乙方同意将自己位于××村一组下坑的坡产地土地，东至刘××林坡边界西至刘××林坡边界南至刘××林坡边界北至刘坪耕地，共 2.03 亩，租给甲方使用，租用期限为 50 年，租用期满后，租用范围内地面上的建筑物归甲方所有，甲方仍需租用，双方另行签订协议。

②赔偿标准及付款办法：赔偿标准为每亩每年 500 元，每年 12 月 31 日之前付清租地款。

③根据甲乙双方协商，地上附属物一次性赔偿标准为 15,000 元/亩，附属物一次性赔偿款共计××元整，赔偿到位后，乙方不得以任何理由干涉甲方在此范围内的建设行为，若因乙方干涉造成的损失均有乙方承担。

④租用期内，如政策变化，土地调整本协议继续有效，甲方所付土地租用费可由村组分配解决。

××县××乡××村民委员会作为见证方，亦在双方协议上进行了签章确认。

本所律师注意到：B 文旅集团存在未经政府相关部门审核同意，擅自违法占用当地村民耕地、林地及其他土地情形。

由于 B 文旅集团与村民签署的租赁（占用）土地协议中并未说明所租用土地的性质，但根据报告期内××县自然资源局、××县水利局、××县林业局对 B 文旅集团、B 实业作出的行政处罚决定书，B 文旅集团在景区建设开发过程中，存在未经政府相关部门审核同意，擅自违法占用当地村民耕地、林地及其他土地情形，B 文旅集团在利用村民土地开展项目建设开发过程中，并未严格按照相关法律法规的规定，履行向政府相关部门建设用地的审批手续

《土地管理法》第五十九条规定，乡镇企业、乡（镇）村公共设施、公益事业、农村村民住宅等乡（镇）村建设，应当按照村庄和集镇规划，合理布局，综合开发，配套建设；建设用地，应当符合乡（镇）土地利用总体规划和土地利用年度计划，并依照本法第四十四条、第六十条、第六十一条、第六十二条的规定办理审批手续。第七十七条规定，未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，由县级以上人民政府自然资源主管部门责令退还非法占用的土地，对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款；对非法占用土地单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《森林法》第三十七条 矿藏勘查、开采以及其他各类工程建设，应当不占或者少占林地；确需占用林地的，应当经县级以上人民政府林业主管部门审核

同意，依法办理建设用地审批手续。第七十三条规定，违反本法规定，未经县级以上人民政府林业主管部门审核同意，擅自改变林地用途的，由县级以上人民政府林业主管部门责令限期恢复植被和林业生产条件，可以处恢复植被和林业生产条件所需费用三倍以下的罚款。

《防洪法》第二十七条规定，建设跨河、穿河、穿堤、临河的桥梁、码头、道路、渡口、管道、缆线、取水、排水等工程设施，应当符合防洪标准、岸线规划、航运要求和其他技术要求，不得危害堤防安全、影响河势稳定、妨碍行洪畅通；其工程建设方案未经有关水行政主管部门根据前述防洪要求审查同意的，建设单位不得开工建设。前款工程设施需要占用河道、湖泊管理范围内土地，跨越河道、湖泊空间或者穿越河床的，建设单位应当经有关水行政主管部门对该工程设施建设的位置和界限审查批准后，方可依法办理开工手续；安排施工时，应当按照水行政主管部门审查批准的位置和界限进行。第五十七条规定，违反本法第二十七条规定，未经水行政主管部门对其工程建设方案审查同意或者未按照有关水行政主管部门审查批准的位置、界限，在河道、湖泊管理范围内从事工程设施建设活动的，责令停止违法行为，补办审查同意或者审查批准手续；工程设施建设严重影响防洪的，责令限期拆除，逾期不拆除的，强行拆除，所需费用由建设单位承担；影响行洪但尚可采取补救措施的，责令限期采取补救措施，可以处一万元以上十万元以下的罚款。

根据××县相关政府部门做出的行政处罚决定，B 文旅集团、B 实业因擅自违法占用当地村民耕地、林地及其他土地建设索道、房屋、停车场、道路等行为，多次受到行政处罚，后续不排除 B 文旅集团再次受到行政处罚的可能。

5. B 文旅集团与 B 实业场地租赁协议

2023 年 1 月 1 日，B 文旅集团（甲方）与 B 实业（乙方）签署《场地租赁协议》，约定甲方将坐落于 B 景区内的部分场地出租给乙方，具体内容如下：

场地位置：

序号	场地位置
1	游客中心二层办公区域
2	××广场办公室后酒作坊
3	××广场一楼 5 号门面房

序号	场地位置
4	××高空飞翔、魔毯、步步惊心、松鼠园经营场地
5	××殿牌坊处七彩滑道
6	D 索道下站官方一号店
7	××云景商场一楼大厅云景集市
8	游客中心、××谷、××、××广场区域共享电动车停车场地
9	中天门德克士奶茶店
10	××下站官方二号店
11	中天门高空溜索所有经营场地
12	中天门滑道所有经营场地
13	××攀岩经营所有场地
14	腾云栈道所有经营场地
15	××王太极迷宫网红拍照点场地
16	××岭玻璃观景台太极迷宫拍照地
17	××航拍经营场地
18	金顶商店
19	共享纪念币机器占用所有场地
20	××峰至山顶电梯经营场地
21	二道岗露营基地
22	××台、××顶两处 720 全景拍照场地
23	共享充电宝景区内经营场地
24	××文化苑元辰殿、养生食府××文化研学教室
25	博物馆负一楼研学教室
26	××停车场 1.2.3.4.5 号门面房
27	金顶二期金顶青旅

甲方以以上场地现状，出租给乙方经营。乙方经营中所需特殊要求及设施，经甲方书面同意后由乙方自建，其费用由乙方承担，甲方概不负责。租赁期满

后，乙方恢复原状，交还甲方，期间乙方添置的活资产（如电视机、空调等）由乙方自行处理。

②乙方的承租期限为 20 年，从 2023 年 1 月 1 日起 2043 年 1 月 1 日止。租赁期满。甲方有权收回该房屋，乙方应如期返还房屋，乙方需要继续承租该房屋的，则应于租赁期届满前两个月，向甲方提出续租要求，在同等条件下优先照顾乙方，经甲方同意后新签订租赁合同，租金及租赁条件主要依据景区发展情况做相应调整，调整原则以本年度租金基数为准，根据景区发展速度、规模，产值增长比例确定下年度租金。

③甲、乙双方约定，该房屋租金（含税价）为：××，租金一年一收，先交后占，租金应于每年 3 月 1 日前交清全年租金。逾期支付的，逾期一日，则乙方需按年租金的千分之五支付滞纳金。乙方每年缴纳卫生费（按照大区标准收取）元，收取乙方质保金（按照大区标准收取）元用于约束乙方优质服务和安全管理，如全年不发生任何投诉、纠纷以及安全事故，年底如数退还。

④乙方租赁房屋需承担以下义务：根据公司商户管理规定，乙方租赁房屋需承担本户周围 50 米内大环境卫生。租户租赁期间，使用该房屋所发生的水、电、煤气、通讯等费用，设备、房屋维修、物业管理费和其他有关费用由乙方承担。甲方保障乙方在经营期间水、电、路畅通，维护乙方经营权利。乙方租房期间应自觉提高防火意识、安全防池意识、环境保护，结合景区制度，依法经营，不得擅自经营与庙宇有关的香、裱等道教用品，不得从事与旅游无关的业务。如因乙方原因出现的一切大小事故，（如火灾、伤亡、被盗等），由此引起的法律责任和经济责任应由乙方自行承担，甲方概不负责。

⑤乙方同意，有下列情形之一的，甲方书面通知乙方解除本合同，同时甲方不承担任何责任：乙方未征得甲方同意改变房屋用途，致使房屋损坏，造成损失的，乙方应承担修理房屋所产生费用的二倍以上赔偿金。因乙方原因造成房屋主体结构损坏的，并承担修理房屋所产生费用的二倍以上赔偿金。乙方不服从甲方相关部门管理、不与景区配合、影响景区信誉，不按时缴纳各类费用并有店外经营等行为的。如乙方在甲方约定的时间内不能向甲方交清租金及其他费用造成其单方违约的，甲方有权单方清除乙方所租房屋内的所有物品且可自行处理。乙方逾期不支付租金累计超过二十天的，并承担所约定的一切费用。乙方引起游客投诉的，超过三次以上，甲方有权单方解除合同并对乙方进行相

应的处罚，情节严重者，甲方按旅游法有关条款之规定执行。乙方违法经营，受到政府处罚，给景区造成不良影响的。

本所律师注意到：B 文旅集团将景区的 27 处场地出租给 B 实业，存在关联交易定价不公允情况。

根据 B 文旅集团（甲方）与 B 实业（乙方）签署《场地租赁协议》，B 文旅集团将景区的 27 处场地出租给 B 实业，每年仅收取 40 万元的租赁费用，相较 B 实业后续对外转租收费情况及 B 文旅集团自己对外出租商铺收费情况，存在关联交易定价不公允情形。因 B 实业不属于 B 文旅集团的全资子公司，除 B 文旅集团股东外，另有一名自然人股东，关联交易定价不公允，存在间接损害 B 文旅集团整体利益的可能。

6. B 实业经营合作项目情况

根据 B 实业提供的相关资料，目前 B 实业在运营的项目共 25 个，其中有 4 个项目为自主经营，21 个属于对外合作经营项目，合作方式为合作相对方投资建设并运营，B 实业抽取收入分成的模式，具体项目合作运营情况详见本报告“附件三：B 实业经营合作项目情况”。合作协议约定内容情况如下：

（1）B 实业与河南××旅游资源开发有限公司××分公司高空电梯合作开发合同

2023 年 7 月 1 日，B 实业（甲方）与河南××旅游资源开发有限公司××分公司签署《合同书》，就乙方在 B 景区内开发建设马鬃岭电梯事宜达成如下协议：

①B 景区××岭游线上，拟增加一个游客参与项目：高空电梯。该项目位于××峰服务区与××岭山洞游线之间，长约 200 米，宽不小于 1 米；整体由乙方自主选定方案，自主选择有资质的设计单位设计，具有法人主体的单位投资建设。项目建成后，由双方合作经营。

②该项目建设列入景区总体规划，体现生态环保理念。经营期内，因乙方设计施工原因造成的安全问题，致使该项目不能正常运营的，乙方必须无条件进行整改直至符合有关要求。乙方选址后的具体位置和施工方案必须经甲方审核同意后方可动工。

③双方责任：A. 甲方责任：甲方负责提供该项目所需场地，给乙方提供水、电等便利，费用由乙方承担；项目建成后，甲方协助乙方办理相关手续，费用

由乙方承担；合同期内，甲方不得随意改变游客游览路线，保证现有的游线畅通（特殊情况除外）；甲方允许乙方在合适位置建设工作用房，或甲方直接提供给乙方所需住房，费用由乙方承担。在合作经营期间不得在景区××殿以上步行线路上建设重复性项目。B. 乙方责任：该项目由乙方自主设计投资并经营，乙方在经营过程中必须确保安全，不管任何原因引起的安全事故均由乙方负责，与甲方无关；该项目建成后，乙方必须办理完整的检验验收手续（甲方协助），达不到营运标准的不得运营；在正常情况下，乙方超过一年不对项目履行常规维修和正常营业的，视为乙方自动放弃，合同终止，甲方另行安排营业；在合同期内，无论任何情况，乙方不得将本项目的经营权进行出租、转让；乙方应服从甲方管理，自觉遵守甲方的管理制度，维护甲方的管理秩序，接受景区的统一管理，按时缴纳各类税费，按照景区规定缴纳卫生费、水电费用及其他费用；乙方在经营过程中，严禁强行揽客、宰客，必须按照景区服务标准接待和经营，不得出现投诉情况，凡游客投诉造成的损失均由乙方负责，在暗访工作中出现扣分情况的，两分以下，按照每分 500 元罚款，五分以下的按照每分 1000 元罚款，五分以上的按照要求，停业整顿。合同期内，因为乙方违规经营造成互联网上对 B 品牌有影响的舆情，乙方负责处理并承担相关后果；乙方必须给员工购买保险，合同期间员工出现任何意外，均有乙方负责。

③合作方式：A. 经营期限：该项目自正式建成运营算起，合作期限为 15 年，自 2023 年 6 月 1 日至 2038 年 6 月 1 日。合同到期后，该项目的所有设施、设备的产权及经营权无条件归甲方所有。B. 双方合作分成办法：甲方安排收银人员售票并按月给乙方结算，约定为每月 10 号为结账日。分配办法：合同开始之日起至 2024 年 2 月 29 日期间甲方抽取销售额 15%，2024 年 3 月 1 日至 2024 年 12 月 31 日前甲方抽取销售额 30%，2025 年 1 月 1 日起至合同结束，甲方抽取销售额 40%，如与景区其他产品打包套票，双方另行协商。如甲方连续两个月未给乙方结账，由乙方安排人员售票，并由乙方给甲方进行结算，按分配办法提取销售额。本合同乙方经营权不受甲方经营主体变更、法人变更、景区转让而改变，本合同仍然有效。

（2）B 实业与××县××摄影工作室 B 景区航拍摄影合作协议

2024 年 B 实业与××县××摄影工作室签署《B 景区航拍摄影合作协议》，就 B 景区无人机拍摄项目达成如下协议：

①甲方将B山顶区域的航拍摄影项目交由乙方独家经营，并提供拍摄经营场地，具体机位由乙方自行掌握；乙方投入人员、设备、技术，负责经营。

②分成比例和结算方式：分成比例：总营业额的35%归甲方收入，总营业额65%归乙方收入。收款方式：不接受现金收款，由甲方提供独立的收款码进行收款，收入款项暂入甲方账户。结款方式：每月月底结算，乙方核对无误后甲方每月15号以前将上月营业额的65%汇入乙方账户。

③双方权利义务：A. 甲方权利义务：甲方对乙方有监督、管理、处罚权力，给乙方制定相关管理条例，乙方一旦违反条例，甲方有权执行权力。甲方对此项目财务有监管权，一旦发现乙方违反收款方式、私自收取费用，甲方有权执行处罚权利，发现第一次，罚款1000元，发现第二次，罚款5000元，发现第三次，甲方视为乙方违约，有权终止协议。甲方给乙方提供拍摄经营场地，保证经营活动正常进行。甲方维护乙方独家经营权限以及合同期限，承诺保证不在同区域上线同类经营项目。甲方协调乙方经营过程中员工进出景区、乘坐索道等事宜，费用由乙方自行承担。B. 乙方权利义务：乙方具有自主经营权，承担员工工资、食宿交通、经营设备、拍摄技术、等一切经营费用。乙方必须合法诚信经营，自觉遵守景区制定的商户管理制度，服从金顶大区管理，按时缴纳卫生费、质保金。乙方经营期间必须做到明码标价，航拍摄影××元/次，按照公平合理的价格秉承游客自愿的原则，不得强迫游客消费，不得欺客、宰客。如若引起游客投诉，根据情况进行罚款，如若情节严重，经查证属实，可取消其经营权。乙方承担经营活动的一切风险，包含设备损失、员工伤亡。乙方必须给员工办理人身保险，乙方员工出现任何意外情况，乙方自行承担。如游客需要，乙方应向游客提供发票。乙方有义务在旅游旺季安排更多员工。在景区正常开放经营期间，乙方无故两个月不经营航拍项目，视为自动放弃，甲方有权利解除本合同。

③合同期限：本合作协议有效期4年，自2024年4月10日至2028年4月09日年期满后，乙方有意继续经营，同等条件下，乙方具有优先权。

本所律师注意到：

(3) 景区内游乐设施未取得经营许可

截至本报告出具之日，B景区已投入运营的高空类项目包括索道、滑道、步步惊心、玻璃水滑、高空溜索等娱乐项目。

根据《中华人民共和国旅游法》第四十七条规定，经营高空、高速、水上、潜水、探险等高风险旅游项目，应当按照国家有关规定取得经营许可。

《风景名胜区建设管理规定》第三条规定，任何单位或者个人在风景名胜区内建设房屋或其它工程等，应经风景名胜区管理机构审查同意。风景名胜区的土地、资源和设施实行有偿使用。第五条规定，凡在风景名胜区进行的各项建设都应由建设单位填写《建设选址审批书》，分级上报建设行政主管部门审批。下列建设应从严控制，严格审查：公路、索道与缆车；大型文化、体育与游乐设施……第十二条规定，工程竣工后，审批该项目选址的建设行政主管部门应参加验收。

本所律师注意到，截至本报告出具之日，B 景区已投入运营的索道、滑道、步步惊心、玻璃水滑、高空溜索等经营项目均未提供关于经营许可、选址审批及验收审批的相关资料。如 B 文旅集团及其子公司未能获得前述许可或审批，则存在被处罚的风险。

（4）合作经营项目承担连带责任赔偿的风险

根据《旅游法》第五十四条规定，景区、住宿经营者将其部分经营项目或者场地交由他人从事住宿、餐饮、购物、游览、娱乐、旅游交通等经营的，应当对实际经营者的经营行为给旅游者造成的损害承担连带责任。。

经与公司相关人员访谈确认，B 文旅集团将景区内的住宿、餐饮、娱乐等项目交由了第三方经营，B 实业与第三方合作存在大量合作经营项目，包括步步惊心、高空溜索、高空飞翔、云顶扶梯等 20 余个项目。按照上述法律规定，如上述项目后期出现安全事故，B 文旅集团、B 实业存在需要承担损害赔偿连带责任的风险。

7. 建设工程施工合同

鉴于 B 文旅集团未能提供正在履行的建设工程施工合同台账及正在履行的建设工程施工合同文本及施工资料，本所律师未能对 B 文旅集团的建设工程施工合同履行情况进行核查，B 文旅集团在建工程情况详见本报告“六、B 文旅集团的主要财产”之“（三）在建工程”。

经与相关人员访谈确认，截至本报告出具之日，B 文旅集团签署的建设工程施工合同都正常履行，不存在欠付工程款的情况，合同履行过程中不存在争议或潜在纠纷。

8. 媒体推广合作协议

(1) B 文旅集团与河南××网络科技有限公司合作协议

2024 年 1 月 1 日，B 文旅集团（甲方）与河南××网络科技有限公司（乙方）签署《推广合作协议（2024）》，约定乙方为甲方提供景区推广服务，具体内容如下：

①服务项目：××B 风景名胜区。

②具体内容：乙方安排专业团队，以专业的视角找出景区最切合短视频推广的元素推广景区，提升景区网红属性，通过短视频大量曝光景区；乙方派遣视角独特、技术精良拍摄及剪辑团队，结合景区自身产品制作一批有爆红精彩短视频；乙方根据 B 本身特点，为景区特别打造文化号、视频号等专业领域账号，以不同风格不同角度全方位主体景区再上一个新台阶；乙方安排强大的运营推广团队，抖音每天产出精彩视频，高效、高产地推动景区的短视频热度，增加甲方短视频账号用户访问量；关键节点，乙方组织邀请国内、省内头部旅行达人，实地拍摄、带动流量、全年总计不低于 30 位；结合景区全年的营销活动，乙方协助景区策划、执行有利于短视频传播的关键环节，促进主题活动传播的最大化；依托景区现有资源，乙方配合景区策划、包装一些花钱少，效果好的网红打卡点，吸引粉丝前来打卡，形成带动效应，提高本景区游客拍摄抖音活跃度；合作期间，乙方确保甲方在抖音短视频平台总流量不低于 8 亿次，所有平台综合不低于 11 亿次。

费用及支付方式：服务时间为 2024 年 1 月 01 日至 2024 年 12 月 31 日。在服务时间内甲方抖音主账号 B 风景名胜区 id:843815614，快手主账号 id:Lis0379-66838888, 微信：B 旅行，合作期内主账号及辅助账号矩阵（辅助账号包括乙方其它短视频矩阵账号及合作达人账号等）抖音平台总视频播放量不低于 8 亿次，所有短视频平台（包含抖音和其它合作账号）总播放量不低于 11 亿次，超出部分不计费用。

费用标准：甲方拟以短视频 APP 数据运营、活动策划、景区短视频热度维护为付费标准，作为给乙方的酬劳共计××元整(大写：××万元整)，即根据乙方在短视频平台的播放量人次安排相应的付款。

(2) B 文旅集团与河南省××文化传媒有限公司短视频摄制运营合同

2024 年 1 月 1 日 B 文旅集团（甲方）与河南省××文化传媒有限公司（乙

方) 签署《短视频摄制运营合同》，约定乙方为甲方提供短视频摄制及运营服务，具体内容如下：

①服务内容：短视频内容创作、景区新媒体策划、创意剪辑制作、热点打造与跟踪；配备专业团队（摄像、编导、后期制作、运营、策划及培训）。

②合作时间：自 2024 年 1 月 1 日起开始执行，至 2024 年 12 月 31 日止。

③合同价款及支付方式：视频制作及运营服务款项共人民币（大写）伍拾万圆整（小写）××（含税）。第一次付款为 2024 年 5 月 25 日支付首款视频制作运营费用××元；第二次付款为 2024 年 12 月 31 日支付尾款视频制作运营费用××元。

④违约责任：乙方不能按时保质保量地为甲方提供推广服务，则应向甲方支付逾期违约金，每日按合同总价的 3%计收逾期违约金，直至违约金达到合同总价的 30%或逾期超过 10 日，甲方有权解除合同。甲方不能按时向乙方支付合同款项，应向乙方支付逾期违约金，每日按合同总价 3%计收逾期违约金。

(3) B 文旅集团与郑州××文化传播有限公司营销策划品牌推广合作协议书

2024 年 1 月 B 文旅集团（甲方）与郑州××文化传播有限公司（乙方）签署《营销策划品牌推广合作协议书》，约定乙方为甲方提供宣传策划推广服务，具体内容如下：

①服务时间：2024 年 1 月 1 日至 2024 年 12 月 31 日。

②服务内容：乙方对于甲方的重点工作给予宣传策划推广。乙方为甲方进行网络推广服务，重大事件，可以在网易、百度、新浪、搜狐等搜索引擎搜索到乙方为甲方推广的信息。乙方适时为甲方进行策划重大影响的营销活动推广。全年为乙方提供营销活动中的决策参考。帮助乙方推广有价值的活动信息。

③合同费用：在本协议签定后，甲方应向乙方支付协议总金额人民币××万元(大写：××元整)的策划推广资金。

9. 采购合同

经查阅 B 文旅集团提供的相关资料，B 文旅集团近期重大采购合同情况如下

序号	合同名称	采购人	销售方	采购内容	合同金额 (万元)	签署时间	履行情况
1	××	××	××	××	××	××	××
2	××	××	××	××	××	××	××
3	××	××	××	××	××	××	××
4	××	××	××	××	××	××	××
5	××	××	××	××	××	××	××
6	××	××	××	××	××	××	××
7	××	××	××	××	××	××	××
8	××	××	××	××	××	××	××
9	××	××	××	××	××	××	××
10	××	××	××	××	××	××	××
11	××	××	××	××	××	××	××
12	××	××	××	××	××	××	××
13	××	××	××	××	××	××	××
14	××	××	××	××	××	××	××
15	××	××	××	××	××	××	××
16	××	××	××	××	××	××	××
17	××	××	××	××	××	××	××
18	××	××	××	××	××	××	××

10. 保险合同

(1) 景区公众保险

B 文旅集团向中国人民财产保险股份有限公司投保了公众责任险，具体内容如下：

①投保人信息：投保人：B 文旅集团，被保险人：B 文旅集团。

②保障内容：

A. 按照《公众责任保险条款（1999 版）》：

保障项目：公众责任（1999 版），保险金额：¥7,500,000.00 元，累计责任限额：¥7,500,000.00 元，每次事故每人人身伤亡责任限额：¥800,000.00 元，每次事故每人医疗费用责任限额：¥80,000.00 元，每次事故责任限额：¥4,500,000.00 元，每人医疗费用免赔额：¥500.00 元，每次事故财产损失责任限额：¥5,000.00 元，每人医疗费用免赔率：10.00%；

B. 按照《公众责任保险（1999 版）附加广告及装饰装置责任保险条款》：

保障项目：公众责任（1999 版）附加广告及装饰装置责任，保险金额：¥7,500,000.00 元；

C. 按照《公众责任保险附加食品、饮料责任条款》：

保障项目：公众责任保险附加食品、饮料责任，保险金额：¥7,500,000.00 元，累计责任限额：¥7,500,000.00 元，每次事故每人责任限额：¥800,000.00 元，每次事故免赔额：¥500.00 元，每次事故责任限额：¥4,500,000.00 元，每次事故免赔率：10.00%；

D. 按照《公众责任保险附加娱乐设施条款》：

保障项目：公众责任保险附加娱乐设施责任，保险金额：¥7,500,000.00 元；E. 按照《公众责任保险自然灾害扩展条款》：

保障项目：公众责任扩展自然灾害，保险金额：¥7,500,000.00 元；

F. 按照《责任保险附加无过失补偿责任保险条款》：

保障项目：责任保险附加无过失补偿责任，保险金额：¥7,500,000.00 元，无过失补偿责任限额：¥7,500,000.00 元；

③保障期间：自 2024 年 06 月 24 日零时起至 2025 年 06 月 23 日二十四时止。

④保险费：人民币（大写）伍拾陆万元整¥：560000.00 元（其中：不含税保险费总计：528301.89 元，增值税额总计：31698.11 元）。

⑤特别约定：本保险附加限定医保范围医疗费用责任保险条款：在保险期间内，发生主险保险责任范围内的保险事故时，被保险人依法应承担的受害人因就医治疗所支出的医疗费用，保险人按照国家基本医疗保险和工伤保险的药品目录，以及工伤保险诊疗项目及住院服务标准计算赔偿

投保人、被保险人需在知道或应当知道保险事故发生后的 48 小时内向保险人报案。超过 48 小时向保险人报案的，保险人有权依法不承担赔偿责任或扣减

相应赔偿金

A. 兹经投保双方协商同意，对于本保单保险场所内的住户、承租户所有、占有、使用、管理、看护或保管下的任何财产所遭受的损失，保险人不负责赔偿。

B. 兹经投保双方协商同意，对于本保单项下未列明投保的场所（包括游泳池、停车场）及特种设备（包括电梯等升降装置）引起的赔偿责任不予承担每次事故（每人医疗费用）免赔额为（500 元或损失金额的 10%，两者以高者为准。附加滑道、索道和水滑项目。其中滑道和水滑项目心脏病，高血压患者乘坐所发生事故本保险均不予负责。身高 1.2 米以下的青少年乘坐滑道和水滑需有监护人陪同，否则发生事故本保险均不予负责。滑道项目绝对免赔额 1000 元或赔偿金额的 12%，两者以高者为准。滑道具体地址：金顶滑道限 B 自建的金顶滑道。附加无过失补偿责任保险条款，仅承担游客突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡，被保险人已经履行相应职责或义务，行为并无不当，但依据人民法院判决书仲裁裁决书、县级及以上人民政府的行政决定书，或者经保险人认可的调解书，被保险人仍需对受害人给予适当经济补偿的，保险人按照本附加险合同的约定负责赔偿，每人责任限额为 3 万元。）

承保具体区域：河南省洛阳市××县××乡 B 风景区。

承保面积：26660000 平方米。

涉水区域周围 3 米要安全防护措施及警示牌，如因安全防护措施不到位或未设置警示牌造成的事故，赔偿限额减半。

每次事故医疗免赔（500）元或损失金额的（10）%，两者以高者为准。

（2）停车场责任保险

B 文旅集团向中国人民财产保险股份有限公司投保了停车场责任保险，具体内容如下：

①投保人信息：投保人：B 文旅集团，被保险人：B 文旅集团。停车场车位数 500。

②保障内容：按照《（机动车辆）停车场责任保险条款》，保障项目：（机动车辆）停车场责任，保险金额：¥1,000,000.00 元，累计责任限额：¥1,000,000.00 元，每次事故每个车位责任限额：¥200,000.00 元，全车非盗抢每次事故每个车位免赔额：¥300.00 元。

③保险费：人民币（大写）肆万元整¥：40000.00 元（其中：不含税保险费总计：37735.85 元，增值税额总计：2264.15 元）

④保险期间：共 12 个月，自 2024 年 06 月 24 日零时起，至 2025 年 06 月 23 日二十四时止。

⑤特别约定：每次事故（每个车位）免赔额为（300 元或赔偿金额的 5%，两者以高者为准）。全车被盗窃、被抢劫、被抢夺每次事故每个车位免赔率：如投保机动车盗抢险该险种负责盗抢、被抢劫、被抢夺等事故，按照机动车折旧后的实际价值的 70%进行赔付。

11. 融资担保合同

（1）金融机构融资担保情况

经本所律师核查，截至 2024 年 8 月 1 日，B 文旅集团及 B 实业尚需偿还的融资金额为××万元，其中 B 文旅集团××万元，B 实业××万元。B 文旅集团对外担保余额为××万元（其中为公司自身融资担保金额为××万元，为关联方河南××文化旅游有限公司借款担保××万元）。B 文旅集团及 B 实业融资情况详见“附件四：融资合同情况”；担保情况详见“附件五：担保合同情况。”

（2）民间借贷情况

2014 年 11 月 27 日，B 文旅集团印发《B 景区 A 索道集资方案》（豫老（2014）××号），决定让职工筹集部分资金用于 A 索道的建设，具体办法如下：

①参与集资人员范围：凡参加景区工作的在册人员，且具有两年以上工龄的职工（临时工、特聘工、天天工不在本次集资范围），即 2012 年 12 月 31 日前进入景区工作的正式职工。

②本着自愿的原则，职工最高允许五万元，中层最高允许十万元，高层最高允许二十万元。集资款一次性付清。

③根据该索道的总投资，除职工本火等资外，缺口资金由公司统筹，该资金由统一管理使用。

④本次集资属公司让利职工，所以该集资不得随意转以职工名义代为集资或卖，禁止掺夹社会成分。如若发现，与社会人员存在利益分配行为的，则取消该职工的集资资格。若有退资的按照实际天数、按照银行同期存款利率计算利息部分。

⑤凡集资的职工若离开景区，凡在公司工作不满五年，该职工的集资款可

继续保留一年，工作满五年以上该职工的集资款可保留三年。若不愿继续保留，可以退资。以后凡新进职工视其在景区的工作表现按早晚顺序，在有原职工退资的情况下，方可补充入资，否则不再扩资。

⑥成立集资领导小组：人员组织，根据集资比例大小，由公司领导、职工代表等 3-5 人组成，该机构负责每年度审查收支情况，决定每年度利率执行方案。

⑦根据每年的收支情况决定当年的利率执行标准，最低不得低于集资资金月利息 1.5 分，最高不高于集资资金月利息 3 分。

⑧个人利息所得的税费由公司代扣，由个人承担。

⑨若公司的股东、法人发生变化，不得影响本协议的执行。政策性发生变化使本次集资协议无法延续实施的，该索道的集资款项由公司负责清算退回，本协议终止。

⑩本次集资到 2015 年 1 月 1 日前截止，过期不候。

本所律师注意到：

（1）存在大额对外融资情况

根据 B 文旅集团提供的资料并与相关人员核实，截至本报告出具之日，B 文旅集团及 B 实业公司尚有××万元对外大额融资未偿还，存在较大的偿债压力。且公司与工商银行签订的《固定资产借款合同》（0170500023-2015 年××字××号）、《固定资产借款合同》（0170500023-2019 年××字××号）约定：“在还清当年贷款本息前，借款人不得向股东分红或进行其他形式分配；在项目贷款期内，价款人经营、股权等若发生重大变化，如主要股东变更、对特定资产进行重组等，应事先征得工行××支行同意并落实债权，否则我们将有权宣布贷款提前到期。”B 文旅集团与建设银行签署的《人民币流动资金借款合同》（HTZ410680000××××）约定：“甲方进行合并、分立、股权转让、对外投资、实质性增加债务融资等重大事项前，应征得乙方的书面同意。但乙方的书面同意，并不影响日后乙方认为上述行为可能危及乙方债权安全时采取本合同约定的救济措施的权利。”其他借款合同中均由类似约定。

依照前述合同约定及法律规定，在实施本次股权收购前，B 文旅集团应当通知金融机构，制定相应的债务处置方案，并按约定征得金融机构的同意。本所律师特提请委托人关注前述情形，提前与相关主体沟通，并在股权转让过程

中与金融机构对接相关事宜。

（2）存在大额对外担保情况

经查阅 B 文旅集团提供的资料并与相关人员核实，截至本报告出具之日，B 文旅集团对外担保金额中尚有××万元（其中为公司自身融资担保金额为××万元，为关联方河南××文化旅游有限公司借款担保××万元）未偿还。

（3）景区收费权已被质押

经查阅 B 文旅集团提供的相关资料，为保证 B 文旅集团对外贷款，B 文旅集团已将 B 景区的门票、所有索道及停车场等收费权质押给了金融机构，若后续 B 文旅集团未能如期偿还对外借款，存在质押权人行使质押权后导致 B 景区相应收费权被强制执行的风险。

《民法典》第四百四十五规定，以应收账款出质的，质权自办理出质登记时设立。应收账款出质后，不得转让，但是出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

依照前述合同约定及法律规定，在实施本次股权收购前，B 文旅集团应当通知质权人，制定相应的债务处置方案，或征得金融机构的同意。本所律师特提请委托人关注前述情形，提前与相关主体沟通，并在股权转让过程中与金融机构对接相关事宜。

（4）公司与员工间存在大额资金拆借情形

经查阅公司提供的财务资料并与相关工作人员访谈，因修建 A 索道，B 文旅集团先后向 127 名员工筹集工程款 1100 余万元，2024 年 5 月 17 日，B 文旅集团决议：“根据 2024 年 5 月 17 日召开的 B 索道集资领导小组会议研究决定：结合 2023 年度 B 索道收支情况，决定对 2023 年度的 B 索道集资款按月息 3% 计算，财务代扣缴纳个人所得税。”

根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，上述约定利息超过了一年期贷款市场报价利率的四倍，远超法律保护利率的上限，请公司予以关注。

12. 其他重大合同

（1）北京易行出行旅游有限公司《河南 B 电子票合作协议》

B 文旅集团（甲方）与北京易行出行旅游有限公司签署《河南 B 电子票合作协议》，就有关河南 B 景区票务销售推广事宜达成合作协议，具体内容如下：

①票务政策：

门票+一级索道窗口价 230 元/人，建议零售价 220 元/人，结算价 210 元/人；

门票（成人）窗口价 100 元/人，建议零售价 96 元/人，结算价 90 元/人；

门票（半价）窗口价 50 元/人，建议零售价 48 元/人，结算价 43 元/人；

半价票型需配合相关优惠证件使用。

门票、套票均为：自游玩日期起两天内有效（索道票仅可使用一次）。

实名制购票：游玩日期内一个身份证仅可购买一张门票或套票。

提前预约：游玩日期当日 0 点前预订。

检票：凭身份证及订单二维码验证检票入园（特殊票型需出示相关优惠证件）；所有票型，如一单多人的，需多人一同验证入园、乘坐索道。

退票：未验证使用的，可申请自动退票；因不可抗拒因素异常退票的，需经景区专职审核人员审核后，判定是否退票。

②双方结算方式：乙方需向甲方账户支付 50000 元预付款，乙方在互联网上售出并在景区验证过的票务款项从预付款中扣除；在合作期内，当预付款不足 1000 元时，乙方须再次向甲方支付预付款 50000 元；当预付款不足单张票型结算价时，甲方有权暂停合作销售；终止合作后，退还剩余预付款。

③发票开具：乙方按照客人支付的金额向客人开具发票；每个结算周期，甲方按照乙方消耗的预付款金额向乙方开具发票。

④合作期限：2024 年 1 月 1 日至 2024 年 12 月 31 日，本协议有效期届满，双方未提出异议，本协议自动顺延一年，顺延次数不限。

（2）杭州××国际旅行社有限公司《河南 B 电子票合作协议》

B 文旅集团（甲方）与杭州××国际旅行社有限公司签署《河南 B 电子票合作协议》，就有关河南 B 景区票务销售推广事宜达成合作协议，具体内容如下：

①票务政策：

门票+一级索道窗口价 230 元/人，建议零售价 220 元/人，结算价 210 元/人；

门票（成人）窗口价 100 元/人，建议零售价 96 元/人，结算价 90 元/人；

门票（半价）窗口价 50 元/人，建议零售价 48 元/人，结算价 43 元/人；

半价票型需配合相关优惠证件使用。

门票、套票均为：自游玩日期起两天内有效（索道票仅可使用一次）。

实名制购票：游玩日期内一个身份证仅可购买一张门票或套票。

提前预约：游玩日期当日 0 点前预订。

检票：凭身份证及订单二维码验证检票入园（特殊票型需出示相关优惠证件）；所有票型，如一单多人的，需多人一同验证入园、乘坐索道。

退票：未验证使用的，可申请自动退票；因不可抗拒因素异常退票的，需经景区专职审核人员审核后，判定是否退票。

②双方结算方式：乙方需向甲方账户支付 10000 元预付款，乙方在互联网上售出并在景区验证过的票务款项从预付款中扣除；在合作期内，当预付款不足 5000 元时，乙方须再次向甲方支付预付款；当预付款不足单张票型结算价时，甲方有权暂停合作销售；终止合作后，退还剩余预付款。若前期合作还有剩余预付款未用完则继续进行消耗

③发票开具：乙方按照客人支付的金额向客人开具发票；每个结算周期，甲方按照乙方消耗的预付款金额向乙方开具发票。

④合作期限：2024 年 1 月 1 日至 2024 年 12 月 31 日，本协议有效期届满，双方未提出异议，本协议自动顺延一年，顺延次数不限。

（3）河南××智科旅游有限公司《河南 B 电子票合作协议》

B 文旅集团（甲方）与河南××智科旅游有限公司签署《河南 B 电子票合作协议》，就有关河南 B 景区票务销售推广事宜达成合作协议，具体内容如下：

①票务政策：

门票+一级索道窗口价 230 元/人，建议零售价 220 元/人，结算价 210 元/人；

门票（成人）窗口价 100 元/人，建议零售价 96 元/人，结算价 90 元/人；

门票（半价）窗口价 50 元/人，建议零售价 48 元/人，结算价 43 元/人；

半价票型需配合相关优惠证件使用。

门票、套票均为：自游玩日期起两天内有效（索道票仅可使用一次）。

实名制购票：游玩日期内一个身份证仅可购买一张门票或套票。

提前预约：游玩日期当日 0 点前预订。

检票：凭身份证及订单二维码验证检票入园（特殊票型需出示相关优惠证件）；所有票型，如一单多人的，需多人一同验证入园、乘坐索道。

退票：未验证使用的，可申请自动退票；因不可抗拒因素异常退票的，需经景区专职审核人员审核后，判定是否退票。

②双方结算方式：乙方需向甲方账户支付 20000 元预付款，乙方在互联网上售出并在景区验证过的票务款项从预付款中扣除；在合作期内，当预付款不足 2000 元时，乙方须再次向甲方支付预付款 20000 元整；当预付款不足单张票型结算价时，甲方有权暂停合作销售；终止合作后，退还剩余预付款。若前期合作还有剩余预付款未用完则继续进行消耗

③发票开具：乙方按照客人支付的金额向客人开具发票；每个结算周期，甲方按照乙方消耗的预付款金额向乙方开具发票。

④合作期限：2024 年 1 月 1 日至 2024 年 12 月 31 日，本协议有效期届满，双方未提出异议，本协议自动顺延一年，顺延次数不限。

（4）青岛××国际旅行社有限公司《河南 B 电子票合作协议》

B 文旅集团（甲方）与青岛××国际旅行社有限公司签署《河南 B 电子票合作协议》，就有关河南 B 景区票务销售推广事宜达成合作协议，具体内容如下：

①票务政策：

门票+一级索道窗口价 230 元/人，建议零售价 220 元/人，结算价 210 元/人；

门票（成人）窗口价 100 元/人，建议零售价 96 元/人，结算价 90 元/人；

门票（半价）窗口价 50 元/人，建议零售价 48 元/人，结算价 43 元/人；

半价票型需配合相关优惠证件使用。

门票、套票均为：自游玩日期起两天内有效（索道票仅可使用一次）。

实名制购票：游玩日期内一个身份证仅可购买一张门票或套票。

提前预约：游玩日期当日 0 点前预订。

检票：凭身份证及订单二维码验证检票入园（特殊票型需出示相关优惠证件）；所有票型，如一单多人的，需多人一同验证入园、乘坐索道。

退票：未验证使用的，可申请自动退票；因不可抗拒因素异常退票的，需经景区专职审核人员审核后，判定是否退票。

②双方结算方式：乙方需向甲方账户支付 150000 元预付款，乙方在互联网上售出并在景区验证过的票务款项从预付款中扣除；在合作期内，当预付款不足 1000 元时，乙方须再次向甲方支付预付款 10000 元整；当预付款不足单张票

型结算价时，甲方有权暂停合作销售；终止合作后，退还剩余预付款。若前期合作还有剩余预付款未用完则继续进行消耗

③发票开具：乙方按照客人支付的金额向客人开具发票；每个结算周期，甲方按照乙方消耗的预付款金额向乙方开具发票。

④合作期限：2024 年 1 月 1 日至 2024 年 12 月 31 日，本协议有效期届满，双方未提出异议，本协议自动顺延一年，顺延次数不限。

(5) ××（上海）旅行社有限公司《河南 B 电子票合作协议》

B 文旅集团（甲方）与××（上海）旅行社有限公司签署《河南 B 电子票合作协议》，就有关河南 B 景区票务销售推广事宜达成合作协议，具体内容如下：

①票务政策：

门票+一级索道窗口价 230 元/人，建议零售价 220 元/人，结算价 210 元/人；

门票（成人）窗口价 100 元/人，建议零售价 96 元/人，结算价 90 元/人；

门票（半价）窗口价 50 元/人，建议零售价 48 元/人，结算价 43 元/人；

半价票型需配合相关优惠证件使用。

门票、套票均为：自游玩日期起两天内有效（索道票仅可使用一次）。

实名制购票：游玩日期内一个身份证仅可购买一张门票或套票。

提前预约：游玩日期当日 0 点前预订。

检票：凭身份证及订单二维码验证检票入园（特殊票型需出示相关优惠证件）；所有票型，如一单多人的，需多人一同验证入园、乘坐索道。

退票：未验证使用的，可申请自动退票；因不可抗拒因素异常退票的，需经景区专职审核人员审核后，判定是否退票。

②双方结算方式：乙方需向甲方账户支付/元预付款，乙方在互联网上售出并在景区验证过的票务款项从预付款中扣除；在合作期内，当预付款不足/元时，乙方须再次向甲方支付预付款 100000 元整；当预付款不足单张票型结算价时，甲方有权暂停合作销售；终止合作后，退还剩余预付款。若前期合作还有剩余预付款未用完则继续进行消耗

③发票开具：乙方按照客人支付的金额向客人开具发票；每个结算周期，甲方按照乙方消耗的预付款金额向乙方开具发票。

④合作期限：2024 年 1 月 1 日至 2024 年 12 月 31 日，本协议有效期届满，

双方未提出异议，本协议自动顺延一年，顺延次数不限。

(7) 河南××文旅旅游集团有限公司《B 抖音票务代运营合作协议》

2024 年 2 月 B 文旅集团（甲方）与河南××文旅旅游集团有限公司（乙方）签署《B 抖音票务代运营合作协议》，就乙方为甲方提供抖音票务代运营相关事宜达成合作协议，具体内容如下：

甲方委托乙方为 B 抖音票务代运营的合作方（代运营销售推广渠道包括但不限于 poi、官方账号、直播、短视频、KOL、团购达人等）

①合作期限：2024 年 2 月 25 日至 2026 年 2 月 24 日。

②合作内容：A. 门店运营：负责 B 抖音 poi 门店的运营工作，包括门店版面优化、图片更新、评论维护、产品上下架、门店运营分维护、后台在线咨询运营、客诉订单协助处理、门店数据分析等。B. 官号运营：B 官方旗舰店账号和 B 攻略账号的整体代运营工作。官号策划：根据两个账号的运营方向定位，进行账号主页面、功能栏装修，制定官号的运营计划和方向；C. 官号直播：每天不低于 8 小时，直播方向以带货售票、客服解答为主；D. 官号短视频：每天更新发布 1 条，内容以推广 B 产品、出游指南攻略、信息发布为主；E. 客源地达人运营：针对 B 国内主要客源地城市，进行专门的达人对接运营，配合 B 的营销策略，为 B 提供达人客源地达人营销，招募客源地达人在当地进行短视频创作、直播售票等工作。E. KOL 达人运营：针对国内优质的 KOL 达人，进行主动对接建联，邀请其为 B 进行高质量宣传视频创作，提升 B 品牌和市场影响力。F. 团购达人运营：以河南为核心，周边陕西、山西、山东、河北、湖北、湖南等临近省份为重点区域，进行不间断的团购达人招募，为 B 持续提供稳定且优质的团购达人视频的创作发布。G. MCN 机构运营：以京津冀、江浙沪、珠三角、东三省这类发达且人口集中区域，主动对接当地头部抖音 MCN 机构，与机构旗下的网红、艺人、优质账号达成针对 B 全年推广运营的合作。H. 门票+民宿项目运营：通过抖音平台推进 B 门票+民宿产品组合，并进行持续性的宣传推广。

第一阶段：选择 5-10 家优质民宿，先进行产品组合售卖，跑通交易链路、发现运营问题，快速完善实现顺畅的运营模型；

第二阶段：面对 B 全量民宿进行合作招募，全面实现 B 门票+民宿产品的覆盖；

通过抖音平台推广宣传和售卖门票及门票+民宿产品，区别于其他 OTA 纯售

卖模式，将围绕产品招募达人/网红进行专项宣传。

I. 客服与客诉服务

组建专职团队，负责 B 抖音渠道的客服客诉接待处理工作售前客服工作

通过抖音直播间/短视频等形式，为游客在出游前提供出游攻略、问题咨询等工作；

售后客服工作：处理抖音购票游客的售后工作，例如退票问题、开发票问题等；

客诉处理工作：处理抖音购票游客的客诉工作，如游客差评、游客投诉等；

J. 负面信息处理

乙方联动抖音官方，协助甲方处置抖音平台的非官方信息，如未经授权售卖门票+客房产品、未经授权使用 B 品牌词等。

③合作费用：本次合作乙方按约定比例抽取抖音平台售卖并核销门票的佣金，甲方不再单独支付乙方合作费用。乙方承担甲方 3%的抖音平台佣金。乙方将和抖音官方按季度或年度签订目标框架协议，完成目标后抖音平台会奖励一定金额，奖励款项会打款至甲方账户，届时甲方需将奖励金额支付给乙方。

佣金比例(佣金比例等同于其他 OTA 平台)：

成人门票：抖音售价 96 元，结算价 88 元，乙方佣金比例为 8.3%；

半价门票：抖音售价 48 元，结算价 43 元，乙方佣金比例为 10.4%；

成人门票+一级往返索道：抖音售价 220 元，结算价 205 元，乙方佣金比例为 6.8%；

如有新增商品，另行约定乙方佣金比例，佣金结算由抖音平台自动分账结算。

(8) B 研学课程设计合作协议

2024 年 4 月 22 日，B 实业（甲方）与河南××旅行社有限公司（乙方）签署《B 研学课程设计合作协议》，约定乙方为甲方提供全国研学基地认定课程设计服务，具体内容如下：

乙方负责本项目的核心课程开发，并与甲方共同研发完成。甲乙双方共同享有本项目中有关培训课程、主题设计等内容的知识产权，共同享有本项目中有关研学及接待行程的知识产权。双方共同构成本项目完整的知识产权。

乙方负责本项目研学课程研发设计，一整套的研学课程包含内容：研学策

划案、研学行前 PPT、研学手册（加设计）、研学导师执行教案、学生行后评价表、研学物料单(价格、采购地点)、课程设计完成后，现场两天执行指导培训、乙方辅助甲方申报全国研学基地的资料进行整理。

课程设计费用：研学课程为 2 套不同主题方案，每套价格人民币 30000 元（人民币叁万元整），合计费用人民币 60000 元（人民币陆万元整）；费用包含发票。

（三）B 文旅集团往来账款情况⁸

经本所律师查阅 B 文旅集团提供的财务资料，截至 2024 年 6 月 30 日，B 文旅集团主要往来账款情况如下：

1. 应收账款

截至本报告出具之日，B 文旅集团不存在应收账款。

2. 预付款项

单位：元

序号	债务人名称	款项性质	期末余额
1	××	××	××
2	××	××	××
3	××	××	××
4	××	××	××
5	××	××	××
6	××	××	××
	合计		××

3. 其他应收款

单位：元

序号	债务人名称	款项性质	期末余额
1	××	××	××

⁸本部分内容仅根据老君山文旅集团提供的财务资料进行统计，仅供参考，具体以审计机构出具的审计报告为准。

序号	债务人名称	款项性质	期末余额
2	××	××	××
3	××	××	××
4	××	××	××
5	××	××	××
	合计		××

本所律师注意到：

（1）公司存在大量员工借款情形

经与公司相关工作人员访谈了解，为解决员工上下班乘坐班车问题，公司为鼓励大家购买车辆，允许员工在××万元/人限额内可以向公司无息借款，还款期限不作强制性要求。由于公司与具体借款人没有签订相应的借款合同，没有还款期限、利息及违约责任等的约定，仅口头约定借款员工在公司取得奖金收入时可协商抵扣借款，前述借款一直未收回，截至报告期末，B 文旅集团账面显示的员工借款余额约××万元左右。

另，经查阅公司与××县林业科学院、××签订的借款协议并与相关人员访谈了解，该两笔借款时间分别为 2020 年 1 月和 6 月，借期也仅为 3 个月、2 个月，已严重超过还款期限，款项一直未收回。

（2）公司存在大额集资建房款未收回情形

经与公司相关工作人员访谈了解，公司在修建 C 索道、停车场时占用了部分村民的宅基地，为补偿并安置该部分村民，公司为村民在置换后的地上代建了安置房，并约定按照××元/平方米的标准向村民收取建房款。经与公司财务人员访谈，截至报告期末，账面显示有××元尚未收回（具体欠付名单未提供），目前该笔款项公司挂账在了××村二组组长孙书生名下。根据河南××会计师事务所（普通合伙）的审计结果显示，前述款项经审计处理和抵消后的余额约有××万元左右。前述欠款的期末余额及欠款人员名单以审计机构的审计结果为准。建议 B 文旅集团与相关安置村民签署协议确定各方具体欠款金额及后续支付节点，避免后续发生争议。

4. 应付账款

单位：元

序号	债权人名称	款项性质	期末余额
1	××	××	××
2	××	××	××
3	××	××	××
4	××	××	××
	合计		××

5. 预收账款

单位：元

序号	债权人名称	款项性质	期末余额
1	××	××	××
2	××	××	××
3	××	××	××
	合计	---	××

6. 其他应付款

单位：元

序号	债权人名称	款项性质	期末余额
1	××	××	××
2	××	××	××
3	××	××	××
4	××	××	××
5	××	××	××
6	××	××	××
	合计	---	××

(四) B 实业往来账款情况⁹

经查阅 B 实业提供的财务资料，截至 2024 年 6 月 30 日，B 实业主要往来账款情况如下：

⁹ 本部分内容仅根据老君山实业提供的财务资料进行统计，仅供参考，具体以审计机构出具的审计报告为准。

1. 应收账款

单位：

元

序号	债务人名称	款项性质	期末余额
1	B 文旅集团	-	××
合计			××

2. 预付款项

单位：元

序号	债务人名称	款项性质	期末余额
1	××	-	××
2	××	-	××
3	××	-	××
4	××	-	××
合计			××

3. 其他应收款

截至本报告出具之日，B 实业其他应收款为 13,920.60 元。

4. 应付账款

截至本报告出具之日，B 实业没有应付账款。

5. 预收账款

单位：元

序号	债权人名称	款项性质	期末余额
1	××	-	××
2	××	-	××
合计		-	××

6. 其他应付款

单位：万元

序号	债权人名称	款项性质	期末余额
1	××	—	××
2	××	—	××
3	××	—	××
4	××	—	××
5	××		××
合计			××

(五) 关联交易

1. 关联方

经本所律师核查，截至本报告出具之日，B 文旅集团的主要关联方情况如下：

(1) 关联法人

序号	企业名称	关联关系
1	洛阳××××发展有限公司	B 文旅集团股东
2	河南省 B 实业有限公司	B 文旅集团持股 60%
3	河南省 B 实业有限公司快捷酒店	B 实业分公司
4	河南省 B 旅游发展有限公司	B 文旅集团持股 60%
5	××县 C 工贸有限公司	B 文旅集团持股 51%
6	××E 矿业有限公司	李××持股 30%，杨××持股 40%，杨××持股 30%，望××任监事
7	××县 D 工贸有限公司	李××持股 30%，杨××持股 40%，杨××持股 30%
8	××县瑞达矿业有限公司	李××任董事，杨××任监事，××E 矿业有限公司持股 15%
9	河南省××文化旅游有限公司	杨××持股 99%并担任监事
10	河南省 B 置业有限公司	杨××持股 90%并担任监事
11	××投资合伙企业（有限合	杨××持股 9.3750%

序号	企业名称	关联关系
	伙)	
12	洛阳 B 会展服务有限公司	望××持股 25%

(2) 关联自然人

序号	姓名	关联关系
1	李××	B 文旅集团董事、实际控制人
2	杨××	B 文旅集团董事，与李××
3	杨××	与李××
4	汤××	B 文旅集团董事
5	潘××	B 文旅集团董事，B 实业实际股东、B 实业快捷酒店负责人
6	杨××	B 文旅集团董事，B 实业实际股东
7	许××	B 文旅集团董事
8	高××	B 文旅集团监事，B 实业实际股东
9	望××	B 文旅集团监事，B 实业实际股东
10	崔××	B 文旅集团监事
11	杨××	B 文旅集团监事
12	洪××	B 文旅集团监事
13	××	B 实业实际股东
14	张××	B 实业实际股东
15	××	B 实业实际股东
16	××	B 实业实际股东
17	××	B 实业实际股东，持股 B 旅游公司 40%，任 B 旅游公司执行董事兼总经理、财务负责人
18	××	B 实业实际股东
19	××	B 实业实际股东
20	××	B 实业实际股东
21	××	B 实业实际股东
22	××	B 实业实际股东

23	李××	B 实业实际股东
24	杨××	B 实业实际股东
25	赵××	B 实业实际股东，工商登记名义股东
26	望××	B 实业实际股东，执行董事、总经理、财务负责人
27	吴××	B 实业实际股东、监事，B 旅游公司监事
28	××	B 实业实际股东

2. 主要关联交易

(1) 与关联方共同投资

经本所律师核查，B 文旅集团存在与关联方即公司高管公共参与投资的情况，如 B 文旅集团与 26 名自然人股东（B 文旅集团高管）共同投资 B 实业的情况。

(2) 关联租赁

经本所律师核查，B 文旅集团存在将 B 景区内 27 块场地租赁给 B 实业并由其开展经营活动的情况（每年收取 40 万元的租赁费用）；B 文旅集团将部分房产租赁给关联方河南省××文化旅游有限公司使用（××酒店）的情况；另外，B 文旅集团存在部分高管租赁 B 文旅集团名下商铺开展经营活动等情况。B 文旅集团与关联方之间的关联交易定价与市场价格之间可能存在偏差，关联交易定价公允性问题尚需以会计师事务所意见为准。

(3) 关联方担保

截至本报告出具之日，B 文旅集团尚未履行完毕的关联方担保情况如下：

担保方	被担保方	担保金额 (万元)	担保余额 (万元)	担保到期日
B 文旅集团	B 实业	××	××	××
E 矿业	B 文旅集团	××	××	××
洛阳××科技有限公司	B 文旅集团	××	××	××
B 置业	××	××	××	××
B 文旅集团	××	××	××	××

注：B 文旅集团为河南××文化旅游有限公司××万元银行借款担保合同未提供。

八、B 文旅集团及其下属子公司的重大资产变化及收购兼并

经本所律师查阅公司提供的资料文件并与相关人员访谈确认，报告期内，B 文旅集团及下属子公司主要存在以下重大资产变化及收购兼并活动：

（一）××景区合作开发项目

2011 年 8 月 25 日，××乡××村民委员会（甲方）与 B 文旅集团（乙方）签署《××景区开发协议》，就深度开发建设××景区事宜达成协议，具体情况如下：

1. 开发景区范围：××行政村管辖的所有地域，包括道路、林坡、土地、水源等。
2. 开发经营年限：自 2011 年 8 月 30 日开始，至 2081 年 8 月 31 日止，时间 70 年。
3. 承包金额及付款办法：乙方每年足额向甲方交纳伍万元的资源承包费，并约定每年 12 月 10 日前付清。
4. 协议成立后，甲乙双方不得以任何一方法人变更而影响本协议的正常执行或变更协议的个别条款。
5. 协议生效后，甲方区域内的民房建筑、一切设施的建设，都必须服从乙方深度开发的整体规划，未经双方共同认可的私搭乱建，都视为违约建筑，责成拆除并不予赔偿。
6. 景区内的所有土地、林坡、河流，未经景区同意不得单方向外承租、买卖、开发。
7. 规划范围内的土地，由村委统一置换交乙方使用，乙方按每年每亩壹仟元置换费交村委分发给群众（若粮价上涨，付款金额双方协商而定）。
8. 开发建设过程中涉及需要毁坏农户的树木，由村委按照统一十元、伍拾元、壹佰元，大树最高不得高于叁佰元的价格予以赔偿。用材林木应依据情况付给伐树费，限期伐掉。
9. 景区工程建设等方面用工，同等条件下优先安排甲方人员，普通建设用工，以甲方人员为主（指垒堰、修路、打坝等）。个别大型土建工程，技术条件有严格要求的、涉及安全系数较强的工程，可有乙方自主选择具有资质的施工

队，通过招投标，按标的给甲方提取：100 万元的 3%、200-300 万元的 4%的配合费，按标的一次性交给甲方，未交前不得动工，交款后甲方不得以任何理由阻碍施工，否则造成一切损失将有甲方负责。

10. 乙方进入之前的所有遗留问题，已有甲方同乙方接收之前的开发商进行了清算，因此乙方没有承担以前遗留问题的责任，一切与乙方无关。

11. 协议到期后，双方共同协商续签协议的具体内容，但同等条件下，乙方有优先选择的权力。

12. 乙方经营期间新建和改建的所有工程设施，均归乙方永久所有，合同到期后仍有乙方自主处置。甲方有意接收，乙方应优先照顾，按照评估价一次性付给乙方。

13. 协议履行期间，若因不可抗拒的自然灾害或国家重大政策调整，造成合同不能履行的，双方可协商终止，乙方自行处置自己的资产，甲方不得干涉，损失与甲方无关。

14. 乙方因经营不善造成停业破产的，无论乙方如何处理，首先应保证甲方及所在地群众的欠款及复耕费；否则甲方有权阻止、转让或处置，待甲方一切遗留欠款结算完毕，甲方无疑虑后，乙方自行处理，与甲方无关。

本所律师注意到：（1）根据上述协议约定，B 文旅集团每年需向××村委会缴纳伍万元的资源承包费，经与公司财务人员沟通确认，B 文旅集团每年均已按时缴纳。（2）根据上述协议约定，公司在 B 景区内开展工程项目建设时，同等条件下有优先使用××村村民进行施工的义务，且需向××村村委缴纳工程配合费，具体标准按工程标的 100 万元的 3%、200-300 万元的 4%提取，一次性交给××村村委会。经与公司相关人员沟通确认，B 文旅集团未曾支付过该笔费用，请贵公司予以关注。

（二）××索道收购项目

2023 年 11 月 10 日，B 文旅集团（甲方）与洛阳 B 旅游索道有限公司（乙方）签署《索道转让协议》，就 B 景区××门的索道转让事宜达成以下协议：

1. 乙方位于 B 景区××门的索道，因年久失修，已严重损坏，没有修复利用的价值，经双方协商达成如下转让协议。

2. 索道概况：该索道下站位于 B 景区××门××殿西北侧的山顶上，上站位于马岭，全长约 900 米，高差约 220 米，88 个吊厢，双人吊厢往复式索道，

建设于 2003 年，于 2017 年停运至今。

3. 转让价格：双方约定转让价格为××万元，支付方式：该转让款乙方委托“泰安市索道安装公司”办理票务及款项问题。

4. 本合同签订后，乙方按照上述第三款要求开具增值税专用发票，甲方付清全部款项后，该索道产权永久归甲方所有。

5. 本合同签订后，乙方应提供该索道全部的技术资料及前置资料，确因年久找不到的，要协助甲方办理，因乙方不配合或者阻挠办理的，一切损失由乙方负责。

6. 特别约定：甲方收到乙方发票 7 日内付清全部款项，乙方必须保证：该索道产权清晰，有完整的相关合法使用权，保证四址边界无争议，未被抵押出租变卖或被司法查封，并不受第三人责任追溯，若出现以上情况，乙方按本合同标的额三倍赔偿给甲方。

7. 本合同签订后，乙方不得以任何理由阻碍甲方对该索道的建设经营行为，由此造成的损失由乙方全额负责。

九、B 文旅集团及其下属子公司的劳动用工与社会保障

（一）劳动用工

1. B 文旅集团劳动用工情况

本所律师查阅了 B 文旅集团的工资表、员工花名册等资料，并与相关人员访谈，核查了 B 文旅集团劳动用工情况。经与公司相关人员访谈确认，B 文旅集团日常劳动用工方式主要为分为已签订劳动合同和缴纳社保的劳动合同用工、未签订劳动合同和缴纳社保的劳动合同用工及临时用工（保洁、安保等）。截至 2024 年 8 月 6 日，B 文旅集团有员工××人，其中已签订劳动合同××人，未签订劳动合同××人，B 文旅集团各部门具体员工配置情况如下：

序号	所属部门	人数
1	班子	××
2	行政办	××
3	人资部	××
4	游客中心	××
5	网络部	××

序号	所属部门	人数
6	博物馆	××
7	导游部	××
8	营销部	××
9	财务部	××
10	工程部	××
11	安保部	××
12	追梦谷	××
13	××大区	××
14	C 索道	××
15	D 索道	××
16	B 索道	××
17	中天门	××
18	金顶大区	××
19	车队	××
合计	—	××

2. B 实业劳动用工情况

经本所律师查阅 B 实业提供的工资表、员工花名册等资料并与相关人员进行访谈，截至 2024 年 8 月 5 日，B 实业有员工 60 人，均签署了劳动合同，B 实业各部门具体员工配置情况如下：

序号	所属部门	人数
1	经理办	××
2	办公室	××
3	财务部	××
4	××店铺	××
5	共享 2 号店铺	××
6	金鼎店铺	××
7	文创店	××

8	××门区域	××
9	××项目	××
10	职工之家	××
合计		××

（二）社会保险和住房公积金

经本所律师查阅公司提供的资料文件并与相关人员访谈确认，截至 2024 年 6 月 30 日，B 文旅集团为员工缴纳社保有××人，B 实业为员工缴纳社保有××人。

本所律师注意到：

1. 公司与员工未及时签订劳动合同情况

经本所律师查阅 B 文旅集团提供的《B 文旅集团关于职工社会保险缴纳的相关规定》，“B 景区为了巩固 AAAAA 成果，确保管理规范有序，同时保障全体员工的切身利益，对符合以下条件或规定的员工陆续签订劳动合同。第一条、在 B 景区工作满 36 个月，在本职岗位表现突出的，时间计算以上一年的 12 月 31 日为截至点，向前推 3 年。第二条、一个月以上的假期（含一个月）不计入工作时间内。第三条、在工作期间违反公司管理制度或职工劳动纪律的，推迟签订劳动合同。有较重违纪一次，延期一年。有严重违纪的按照新进景区的职工对待。第四条、签订劳动合同的职工必须是 B 景区的正式职工。临时工、天天工不予签订。第八条、符合条件的职工，需经董事会研究同意并签字后，人力资源部方可按照规定缴纳。”经与公司相关人员访谈，员工一般需在 B 文旅集团工作满三年，再签订劳动合同。

根据《劳动合同法》第十条规定：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。”第八十二条规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”

根据上述规定，B 文旅集团未及时与员工签订劳动合同，存在支付双倍工资的法律风险。

2. 公司未及时未缴纳社会保险的情况

经本所律师查阅 B 文旅集团提供的《B 文旅集团关于职工社会保险缴纳的

相关规定》并与公司相关人员访谈，员工一般需在 B 文旅集团工作满三年后，再签订劳动合同并依法缴纳社会保险，同时公司依照最低缴纳基数标准为员工缴纳社会保险。

根据《中华人民共和国社会保险法（2018 修正）》及《住房公积金管理条例（2019 修订）》，用人单位应当自用工或录用之日起三十日内为其职工办理社会保险、向住房公积金管理中心办理缴存登记及办理住房公积金账户设立或者转移手续。如用人单位未按照相关规定办理社会保险登记、办理住房公积金缴存登记或者办理公积金账户设立手续的，相关部门有权要求用人单位限期整改，如逾期不改正将处以罚款。

B 文旅集团、B 实业未完全为员工按工资标准缴纳社会保险、缴纳住房公积金，存在被相关主管部门责令限期缴纳或被处以行政处罚的风险。

3. B 文旅集团存在为××县 B 林场职工支付报酬的情况

经本所律师与相关人员访谈确认，因 B 林场 4 名员工日常主要负责 B 林场的管理工作，对 B 景区熟悉，有助于协助 B 景区进行管理，且该 4 名员工快到退休年龄，B 文旅集团返聘，由其负责员工日常管理，并向该 4 人发放的有报酬。

十、B 文旅集团及其下属子公司环境保护、消防安全情况

（一）环境保护

经本所律师与相关人员访谈确认，B 文旅集团在日常开发建设过程中未办理相关环评手续。经本所律师核查并与公司相关人员访谈，报告期内，未发现 B 文旅集团存在被环保部门行政处罚的情形。

《中华人民共和国环境影响评价法》第二条规定：“本法所称环境影响评价，是指对规划和建设项目实施后可能造成的环境影响进行分析、预测和评估，提出预防或者减轻不良环境影响的对策和措施，进行跟踪监测的方法与制度”。第十六条第一款规定：“国家根据建设项目对环境的影响程度，对建设项目的环境影响评价实行分类管理。”第三十一条规定：“建设单位未依法报批建设项目环境影响报告书、报告表，或者未依照本法第二十四条的规定重新报批或者报请重新审核环境影响报告书、报告表，擅自开工建设的，由县级以上生态环境主管部门责令停止建设，根据违法情节和危害后果，处建设项目总投资额百分之一以上百分之五以下的罚款，并可以责令恢复原状；对建设单位直接负责的主

管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分。建设项目环境影响报告书、报告表未经批准或者未经原审批部门重新审核同意，建设单位擅自开工建设的，依照前款的规定处罚、处分。建设单位未依法备案建设项目环境影响登记表的，由县级以上生态环境主管部门责令备案，处五万元以下的罚款。”

根据上述规定，B 文旅集团在日常景区开发建设过程中未办理相关环评手续，不排除被环保部门行政处罚的法律风险。

（二）消防安全

经与相关人员访谈，B 文旅集团尚未取得相关消防验收及安全等资料文件。另外景区内相关房屋建筑物建设、公司办公楼装修等均未办理相关消防验收手续。不排除 B 文旅集团被消防主管部门行政处罚的风险。经与相关人员访谈并经本所律师核查，报告期内，未发现 B 文旅集团存在因消防违法违规而受到相关部门消防行政处罚的情形。

十一、B 文旅集团及其下属子公司的独立性

（一）业务是否独立

经本所律师核查，B 文旅集团主要负责景区管理、索道运营、停车场运营管理、滑道运营管理、博物馆运营管理及导游服务、旅客乘车服务、商铺出租、景区场地出租等业务；B 实业主要负责 B 景区第三产业的开发工作，具体业务情况详见本报告“五、B 文旅集团及其下属子公司的业务”之“（三）B 文旅集团及其下属子公司业务开展情况”。

根据对 B 文旅集团及 B 实业公司业务开展情况的分析，B 文旅集团与 B 实业公司的业务之间具有较强的协同效应，业务相对独立。

（二）资产是否独立

经本所律师核查，B 文旅集团主要资产为 B 景区的经营管理权和景区内的设备及景观工程等，B 文旅集团主要资产具有独立性。

（三）财务是否独立

1. 公司印章情况

经本所律师核查，B 文旅集团目前拥有四枚印章，分别为公章、财务章、法人章、发票章；B 实业目前拥有四枚印章，分别为公章、财务章、法人章、发票章；C 工贸目前拥有三枚印章，分别为公章、财务章、法人章。

2. 银行账户情况

经核查，截至本报告出具之日，B 文旅集团及其下属子公司开立银行账户情况如下：

序号	企业名称	开户行	账号	账户性质	备注
1	B 文旅集团	××	××	基本存款账户	2016. 3. 22 销户
2		××	××	一般存款账户	2016. 3. 23 销户
3		××	××	一般存款账户	
4		××	××	一般存款账户	
5		××	××	一般存款账户	2018. 11. 22 销户
6		××	××	基本存款账户	
7		××	××	一般存款账户	
8		××	××	一般存款账户	2019. 10. 29 销户
9		××	××	一般存款账户	
10		××	××	一般存款账户	2021. 7. 29 销户
11		××	××	一般存款账户	
12		××	××	非预算单位专用存款账户	
13		××	××	一般存款账户	
14		××	××	一般存款账户	
15		××	××	一般存款账户	
16		××	××	一般存款账户	
17		××	××	一般存款账户	
18		××	××	一般存款账户	
19		××	××	一般存款账户	
20	B 实业	××	××	基本存款账户	
21		××	××	一般存款账户	2023. 10. 12 销户
22		××	××	一般存款账户	2023. 9. 25 销户
23		××	××	一般存款账户	

序号	企业名称	开户行	账号	账户性质	备注
24		××	××	一般存款账户	
25		××	××	一般存款账户	
26	C 工贸	××	××	基本存款账户	

经本所律师核查，B 文旅集团与 B 实业分别设置有财务部门并聘请有财务人员，独立核算。经与公司相关人员访谈确认，鉴于 B 旅游公司、C 工贸未开始业务经营活动，日常税务申报时，B 文旅集团财务人员会协助编制相关财务文件及纳税申报文件。

（四）人员是否独立

经本所律师核查，截至 2024 年 8 月 6 日，B 文旅集团有员工 381 人，其中 4 名员工系 B 林场人员，经访谈，因 B 林场 4 名员工日常主要负责 B 林场的管理工作，对 B 景区熟悉，有助于协助 B 景区进行管理，且该 4 名员工快到退休年龄，B 文旅集团返聘，由其负责员工日常管理，并向该 4 人发放的有报酬。B 文旅集团与 B 林场存在少量人员混同的情况。

经本所律师核查，截至 2024 年 8 月 5 日，B 实业有员工 60 人，B 实业与员工签订的有劳动合同，人员薪酬独立核算。B 实业部分高级管理人员与 B 文旅集团存在兼职的情况。

（五）机构是否独立

经本所律师核查，B 文旅集团、B 实业不存在与关联方机构合署办公的情况，B 文旅集团、B 实业机构独立。

十二、B 文旅集团及其下属子公司诉讼、仲裁及行政处罚情况

本所律师通过查阅 B 文旅集团提供的相关文件，与 B 文旅集团相关人员访谈，并登录中国裁判文书网、中国执行信息公开网、人民法院公告网、国家企业信用信息公示系统网站、信用中国等网站进行查询，对 B 文旅集团及下属子公司的诉讼、仲裁及行政处罚情况进行了核查。

（一）涉诉案件情况

经核查，截至本报告出具之日，B 文旅集团及其子公司报告期内已审理终结的涉诉案件情况详见本报告之“附件八：诉讼情况表”。

经本所律师核查，截至本报告出具之日，B 文旅集团未决诉讼情况如下：

1. 刘××人身损害纠纷案

因刘××在进入 B 景区游玩时，因景区道路积雪严重，景区未及时进行清理，也无防滑措施，致使在原告下山时摔倒受伤，原告以 B 公司未尽到安全保障义务，造成原告人身损害，应当承担相应的违约赔偿责任为由向××县人民政府提起诉讼，请求依法判令被告 B 文旅集团赔偿原告医疗费××元，其他营养费、伙食补助费、伤残赔偿金、精神抚慰金、误工费、护理费等各项费用待鉴定后另行变更。2. 请求依法判定被告中国人民财产保险股份有限公司洛阳市分公司在保险限额内对上述第一项诉讼请求承担连带责任。截至本报告出具之日，该案件正在诉讼过程中。

2. 郝××人身损害纠纷案

因郝××在进入 B 景区游玩时乘坐滑道受伤，向××县人民政府提起诉讼，请求依法判令被告 B 文旅集团、中国人民财产保险股份有限公司洛阳市分公司赔偿原告伤残赔偿金、医疗费、误工费、护理、营养费、住院伙食补助费、精神抚慰金、交通费等各项费用共计××元。截至本报告出具之日，该案件正在诉讼过程中。

3. 曹××人身死亡纠纷案

2018 年 8 月 16 日，原告关××与配偶曹××在洛阳××B 景区旅游，曹××在途径“追梦谷”景点游玩时不知所踪；2024 年 2 月 2 日，上蔡县人民法院宣告曹××死亡。关××、关现龙向××县人民法院提起诉讼，判令驻马店市××园旅游有限公司、河南省××国际旅游有限公司、B 文旅集团向原告支付死亡赔偿金××元、丧葬费××元、精神损害抚慰金××元。合计××元。截至本报告出具之日，该案件正在诉讼过程中。

（二）涉及被执行人、失信被执行人情况

经本所律师核查并与公司相关人员访谈，B 文旅集团及其下属子公司不存在被列入被执行人或失信被执行人的情况。

（三）行政处罚情况

经本所律师核查，截至 2024 年 6 月 30 日，B 文旅集团及其下属子公司（含景区内相关建设开发活动主体）受到主管部门行政处罚情况详见“附件九：B 文旅集团及其下属子公司行政处罚情况”。

经本所律师核查，除前述行政处罚外，报告期内，本所律师未发现 B 文旅集团及子公司存在其他行政处罚情况。

本所律师注意到：

1. 其他主体行政处罚实际由 B 文旅集团承担的情况

经本所律师核查，报告期内，河南省××文化旅游有限公司、洛阳 B 会展服务有限公司、洛阳 B 影视传媒有限公司、孟庆文等主体因未经审批擅自占用林地、耕地、村集体土地，进而被行政主管部门处罚。该行政处罚罚金部分实际由 B 文旅集团最终承担。经与公司相关人员访谈确认，前述行政处罚涉及的违法行为实际实施主体为 B 文旅集团，因 B 文旅集团行政处罚较多，行政部门最终处罚其他主体，罚金由 B 文旅集团承担。

2. B 文旅集团涉及的相关行政处罚未实际执行

经本所律师核查，B 文旅集团因未经审批擅自占用林地、耕地、村集体土地，进而被行政主管部门处罚，前述行政处罚措施包含罚金、限期拆除、罚没。B 文旅集团仅缴纳了罚金，未依照行政处罚决定书要求拆除违规建筑，仍正常使用。

（以下无正文）

关于 B 家居有限公司法律尽职调查报告

——北京高文（郑州）律师事务所 肖正海¹⁰ 刘琛¹¹ 高振杰¹² 郭艳敏（实习）¹³

项目简介：

2024 年 5 月底，A 投资有限责任公司针对与 B 家居有限公司股权合作一事，委托北京高文（郑州）律师事务所出具法律尽职调查报告。该项目系国有投资公司与地方实体企业进行股权合作投资实体经济的重要项目，总投资约为 5 亿人民币，体量大、风险高。

高文郑州律所接受委托后，立即组建肖正海、刘琛、高振杰等尽调团队进场，建立“双轨核查机制”。通过现场勘查与大数据检索交叉验证关键信息，对目标公司的主体资格、公司资产状况、正在实施的重大项目、劳动人事、债权债务、担保、诉讼仲裁、行政和刑事处罚情况进行线上线下核查，召开专项研讨会 11 次，最终形成详实的法律尽调报告及可视化分析图谱。

该法律文书针对标的公司股权结构、债权债务、知识产权等七大核心板块展开全景式法律剖析，通过 1100 余项数据核查与 60 多份重要文件比对，构建起结构严谨、论证缜密的尽调体系。报告不仅精准识别潜在法律风险，更创新性提出“分段式风险化解方案”，将法律研判与企业战略深度融合，为当事人实现风险控制与商业价值的动态平衡。经项目组专家审核后，报告被全部认可、采纳，获得较好的社会效果和法律效果，达到委托人预期。

10 肖正海，高文郑州律师事务所律师，硕士生导师，检察院人民监督员，调解员、仲裁员、争议评审中心评审专家，特邀行政执法监督员。

11 刘琛，高文郑州律师事务所律师，街道办村居法律顾问、高校兼职导师、红十字会法律志愿者，专注公司、知产、金融、非诉业务。

12 高振杰，高文郑州涉外部负责人，省律协涉外律师人才库领军人才，调解员、高校兼职导师、专注涉外、建工、基金、投融资、股权业务。

13 郭艳敏，北京高文（郑州）律师事务所实习律师。

致：A 投资有限责任公司

北京高文（ZZ）律师事务所（以下简称：本所）接受 A 投资有限责任公司（以下简称：贵公司）委托，基于贵公司与 B 家居有限公司（以下简称：B 公司）合作投资相关项目之目的，对 B 公司的主体资格、公司资产状况、正在实施的重大项目、劳动人事、债权债务、担保、诉讼仲裁、行政和刑事处罚情况进行法律尽职调查。

本所根据现行有效的《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国律师法》等法律法规的规定、B 公司向本所律师提供的资料及本所律师前往工商、车辆、不动产等主管部门调取的相关材料，出具本《法律尽职调查报告》（以下简称：本报告）：

第一，本次法律尽职调查的主要内容仅限于 B 公司的主体资格、公司资产状况、正在实施的重大项目、劳动人事、债权债务、担保、诉讼仲裁、行政和刑事处罚情况。前述列示以外的 B 公司其他情况，包括但不限于公司近三年的财务报表、银行资金流水账、纳税申报情况、财务会计、资产评估、经营管理等非法律专业事项，不在本次尽职调查范围之列；如本报告涉及该等事项，均为严格引述有关部门/机构出具/提供的资料/报告，对该内容的引述不表示本所对引述内容与数据的真实性、合法性、完整性做出任何明示或默示的保证或确认，对于前述内容本所律师并不具备核查和做出判断的合法资格。

第二，本次尽职调查所采用的基本方法仅限于审阅截至 2024 年 6 月 7 日 B 公司提供给本所的文件资料和信息、与 B 公司有关人员会面和交谈并制作接待谈话笔录或进行电话及微信沟通、至 B 公司工厂现场拍照、查阅从相关主管部门依法调取到的材料及查询相关网站（包括但不限于国家企业信用信息公示系统、国家知识产权局、中国裁判文书网、中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统、国家税务总局河南省电子税务局、信用中国、企查查、中国执行信息公开网）。

第三，本所律师提请本报告使用人特别注意以下事项：（1）因网络查询平台存在信息滞后或者信息不全的可能性，本所不承诺网络查询显示的 B 公司信息是完整、全面的；（2）本所律师依法调查取证的工作受制于相关政府等部门的许可和配合程度，调查取得的工商内档、不动产及车辆信息等均以相关部门出具的书面材料为准，本所律师不对其完整性作出任何承诺；（3）关于本报告

中涉及到的 B 公司可能存在的境外投资情况，本所律师因受制于现有核查方法的限制，无法对该等事项进行核实确认，仅根据 B 公司反馈的信息客观记录。

第四，本所律师已严格履行法定职责，遵循了勤勉尽责和诚实信用原则，对 B 公司提供的与出具本报告有关的文件资料的复印件进行合理的初步审查；在 B 公司提供的文件资料真实、有效、完整的情况下，本报告不存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。

第五，本所律师出具本报告以下列情形为必要前提：（1）B 公司提供的副本、复印件或影印件均与正本、原件相符，是真实、完整、有效的；（2）本所律师审阅的全部文件的印章、签字均是真实、有效的；（3）所有已签署或将签署文件的各方，除个人及政府机构以外，均为依法存续并取得了适当的授权，已签署和提交该等文件，并履行文件项下的义务；（4）所有已签署或将签署文件的各方履行文件项下的义务将不会违反任何来自于该等文件以外的其他规定或约定；（5）所有 B 公司对本所作出的有关事实的阐述、情况说明、谈话笔录、声明、保证（无论是书面的还是口头做出的）均为真实、准确和可靠的；（6）描述或引用法律问题时涉及的事实、信息和数据是截止到 2024 年 6 月 7 日 B 公司提供给本所的受限于前述规定的有效的事实和数据。

第六，本报告系初步的调查结果，并不代表本所对该等问题的最终判断。本所律师仅依据本报告出具日以前获知的已经发生或已经存在的事实及相应事实发生时有效的中华人民共和国的法律、行政法规、规范性文件的规定，不能保证在本次尽职调查完成后 B 公司的某些情况不会发生变化。若 B 公司提供其他相关文件资料、完善相应法律手续，本所保留对本报告中某一已披露事项或结论进行修改、补充或变更的权利。

目 录

释 义	183
一、定义	183
二、调查基准日	183
正 文	184
一、主体资格	184
二、重大历史沿革	184
三、股东及股权结构	190
（一）股东及持股情况	190
（二）股权质押情况	190
（三）无犯罪记录证明	190
四、行政许可	191
五、对外投资及在建工程	191
（一）对外投资关系	191
（二）在建工程	191
六、主要资产	192
（一）不动产（土地）	192
（二）不动产（厂房）	194
（三）车辆	194
（四）知识产权	194
（五）设备	195
七、重大债权债务	195
（一）债务情况	195
（二）债权情况	202
八、关联关系	202
九、劳动用工与社会保障	202
（一）员工基本情况	202
（二）社保缴纳情况	202
十、税务及优惠政策	203

十一、重大诉讼、仲裁及行政处罚	203
（一）涉诉情况	203
（二）仲裁情况	203
（三）被执行及失信被执行信息	203
（四）行政处罚	203
附件（略）	

释 义

一、定义

本法律尽职调查报告中，除上下文另有特别解释外，下列词语或简称的明确含义如下：

1. 本所：指北京高文（ZZ）律师事务所。
2. 贵公司：指 A 投资有限责任公司。
3. B 或 B 公司：指 B 家具有限公司。
4. 本报告：指本法律尽职调查报告。
5. 淮河新区分局：指 SY 市市场监督管理局（变更前为工商管理局）淮河新区分局。
6. 中原银行 SY 分行：指中原银行股份有限公司 SY 分行。
7. 邮政储蓄 SY 分行：指中国邮政储蓄银行股份有限公司 SY 市分行。
8. 中信银行 ZZ 分行：指中信银行股份有限公司 ZZ 分行。
9. 光大银行 XS 街支行：指中国光大银行股份有限公司 ZZXS 街支行。
10. 境内：为本报告之目的，特指除中华人民共和国拥有主权的香港特别行政区、澳门特别行政区以及台湾地区之外的中华人民共和国领土。
11. 境外：与“境内”对应，指“境内”以外的国家，以及中华人民共和国所属的香港和澳门特别行政区及台湾地区。
12. 元：指人民币。
13. 公司法：指截至本报告出具日之时有效的《中华人民共和国公司法》。

二、调查基准日

本次尽职调查的基准日为：二零二四年六月十四日。本所律师出具本报告依据的是该基准日之前 B 公司已发生或存在的客观事实。

正 文

一、主体资格

经本所律师核查国家企业信用信息公示系统，B 公司最新基本信息如下：

公司名称	B 家具有限公司		
统一社会信用代码	910000000000000000		
公司类型	有限责任公司（自然人投资或控股）		
注册资本	伍仟万圆整	法定代表人	张 Y
成立日期	2013 年 12 月 6 日	核准日期	2023 年 11 月 24 日
登记状态	存续（在营、开业、在册）	经营期限	长期
经营范围	一般项目：家具制造；家具零配件生产；木材加工；人造板制造；货物进出口；纸和纸板容器制造；互联网销售（除销售需要许可的商品）；非居住房地产租赁；物业管理；体育用品及器材批发；智能家庭消费设备制造；智能家庭消费设备销售；五金产品制造；五金产品批发（除依法须经批准的项目外，凭营业执照依法自主开展经营活动）。		
登记机关	SY 市市场监督管理局淮河新区分局		
住 所	淮河新区新城大道与纬北二路交叉口西北角（SY 市国际家居产业小镇）		

根据上述信息显示，截至本报告出具之日，B 公司处于依法设立并有效存续状态。

二、重大历史沿革

根据 B 公司和淮河新区分局提供的资料，以及本所律师核查国家企业信用信息公示系统，显示公司重大历史沿革情况如下：

（一）2013 年 12 月 6 日，B 公司成立

2013 年 11 月 27 日，SY 市工商行政管理局出具《企业名称预先核准通知书》（（信工商）登记名预核准字[2013]第 17AA 号），核准企业名称为“B 家具有限公司”。

2013 年 12 月 3 日，SXX 召开首次股东会并作出决议，决议通过公司章程；选

举徐某用为公司执行董事等事宜。

2013 年 12 月 5 日，自然人股东梁芳某、方甲、徐某用签署《公司章程》，确定执行董事为法定代表人；公司营业期限 20 年。同日，B 公司申请设立，注册资本 1000 万元。其中，徐某用认缴出资 250 万元，持股 25%；方甲认缴出资 250 万元，持股 25%；梁芳某认缴出资 500 万元，持股 50%。

2013 年 12 月 6 日，SYWX 会计师事务所出具的《验资报告》（WX 会验字[2013]第 154 号）载明：经审验，截至 2013 年 12 月 6 日止，B 公司（筹）已收到徐某用、方甲和梁芳某首次缴纳的注册资本（实收资本）合计人民币贰佰万元。其中，徐某用出资 50 万元，方甲出资 50 万元，梁芳某出资 100 万元，出资方式均为货币资金。

同日，B 公司成立。经营范围：家具生产、加工、销售（以上经营范围凡涉及行政许可的凭有效资质方可开展经营）；营业期限自 2013 年 12 月 6 日起至 2023 年 12 月 5 日止。

公司成立时，股东及股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额(万元)	持股比例	实缴出资额(万元)
1	徐某用	250	25%	50
2	方甲	250	25%	50
3	梁芳某	500	50%	100
合计		1000	100%	200

（二）2013 年 12 月，实缴出资

2013 年 12 月 9 日，SYWX 会计师事务所出具的《验资报告》（WX 会验字[2013]第 156 号）载明：经审验，截至 2013 年 12 月 9 日止，B 公司已收到徐某用、方甲和梁芳某的第 2 期出资，即本期实收注册资本人民币 800 万元。其中，徐某用以货币出资 200 万元，方甲以货币出资 200 万元，梁芳某以货币出资 400 万元。截至 2013 年 12 月 9 日止，B 公司累计实缴注册资本为人民币 1000 万元，占已登记注册资本总额的 100%。

同日，B 公司申请变更工商登记，将实收资本从 200 万变更为 1000 万元并提交章程修正案。

实缴完成后，公司股东及股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额(万元)	实缴出资额(万元)	持股比例
1	徐某用	250	250	25%
2	方甲	250	250	25%
3	梁芳某	500	500	50%
合计		1000	1000	100%

(三) 2015 年 11 月，第一次股权转让

2015 年 11 月 16 日，梁芳某与梁明某签订股权转让协议，梁芳某将其持有的 SXX36%的股权以 360 万元转让给梁明某；徐某用与梁明某签订股权转让协议，徐某用将其持有的 SXX21%的股权以 210 万元转让给梁明某；梁芳某与方甲签订股权转让协议，梁芳某将其持有的 SXX9%的股权以 90 万元转让给方甲。2015 年 11 月 18 日，B 公司召开股东会，决议通过上述股权转让事宜。

2015 年 11 月 30 日，工商登记变更后，公司股东及股权结构具体如下：

序号	股东姓名	出资额(万元)	持股比例	是否实缴
1	徐某用	40	4%	已实缴
2	方甲	340	34%	已实缴
3	梁芳某	50	5%	已实缴
4	梁明某	570	57%	已实缴
合计		1000	100%	已实缴

(四) 2017 年 2 月，第二次股权变更

2016 年 12 月 20 日，梁明某与梁芳某签订股权转让协议，梁明某将其全部持有的 SXX57%的股权以 570 万元转让给梁芳某。2016 年 12 月 25 日，B 公司召开股东会，决议通过上述股权转让事宜。股东会决议无梁明某签字，但已完成工商变更登记。

2017 年 2 月 24 日，工商登记变更后，公司股东及股权结构如下：

序号	股东姓名	出资额(万元)	持股比例	是否实缴
1	徐某用	40	4%	已实缴
2	方甲	340	34%	已实缴
3	梁芳某	620	62%	已实缴
合计		1000	100%	已实缴

(五) 2017 年 6 月，第三次股权变更

2017 年 6 月 14 日，梁芳某与方 X 雨签订股权转让协议，梁芳某将其全部持有的 SXX62%的股权以 620 万元转让给方 X 雨。2017 年 6 月 15 日，B 公司召开股东会，决议通过上述股权转让事宜。

2017 年 6 月 23 日，工商登记变更后，公司股东及股权结构如下：

序号	股东姓名	出资额(万元)	持股比例	是否实缴
1	徐某用	40	4%	已实缴
2	方甲	340	34%	已实缴
3	方 X 雨	620	62%	已实缴
合计		1000	100 %	已实缴

(六) 2020 年 5 月，增资扩股

2020 年 4 月 22 日，B 公司召开股东会，决议通过了变更公司经营范围为“家居产品生产、销售；家具家居产品进出口业务；木材收购与加工；纸箱、纸板生产与销售（国家限定经营或禁止进出口的商品和技术除外；家具家居产品网上经营业务；房屋租赁）”；注册资本由 1000 万元变更为 5000 万元；修改公司章程。

根据本次工商登记变更中 SXX 提供的公司章程显示，股东认缴出资额分别为徐某用认缴 200 万元、方甲认缴 1700 万元、方 X 雨认缴 3100 万元，认缴出资时间为 2023 年 11 月 30 日前；根据淮河新区分局提供的 SXX 企业基本信息显示，2020 年 5 月 6 日，变更后股东持股比例为徐某用 4%、方甲 34%、方 X 雨 62%。综合上述情况，B 公司注册资本增至 5000 万元后，股东及股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额(万元)	持股比例	认缴出资时间
1	徐某用	200	4%	2023 年 11 月 30 日前
2	方甲	1700	34%	2023 年 11 月 30 日前
3	方 X 雨	3100	62%	2023 年 11 月 30 日前
合计		5000	100%	/

(七) 2020 年 9 月，第四次股权变更

2020 年 8 月 10 日，徐某用与张 Y 签订股权转让协议，徐某用将其持有的 SXX 2%的股权以 100 万元转让给张 Y。同日，B 公司召开股东会，决议通过上述股权转让事宜，并将原法定代表人及执行董事徐某用变更为张 Y。

2020 年 9 月 2 日，工商登记变更后，公司股东及股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额(万元)	持股比例	认缴出资时间
1	徐某用	100	2%	2023 年 11 月 30 日前
2	方甲	1700	34%	2023 年 11 月 30 日前
3	方 X 雨	3100	62%	2023 年 11 月 30 日前
4	张 Y	100	2%	2023 年 11 月 30 日前
合计		5000	100%	/

(八) 2022 年 8 月，第五次股权变更

2022 年 8 月 10 日，方甲与刘某菲签订股权转让协议，方甲将其全部持有的 SXX34%的股权以 1700 万元转让给刘某菲。同日，B 公司召开股东会，决议通过上述股权转让事宜。

2022 年 8 月 15 日，工商登记变更后，提交备案的公司章程营业期限显示为 2023 年 12 月 5 日，公司股东及股权结构如下：

序号	股东姓名	认缴出资额(万元)	持股比例	认缴出资时间
1	徐某用	100	2%	2023 年 11 月 30 日前
2	刘某菲	1700	34%	2023 年 11 月 30 日前
3	方 X 雨	3100	62%	2023 年 11 月 30 日前
4	张 Y	100	2%	2023 年 11 月 30 日前
合计		5000	100%	/

2023 年 11 月 17 日，B 公司召开股东会，决议将公司营业期限变更为长期，并将新的公司章程提交工商登记变更备案。

(九) 实缴问题

1、本所律师与 B 公司人员面谈时被告知，公司注册资本金已实缴 4840 万元。但经本所律师核查淮河新区分局提供的所有工商档案，除了 SYWX 会计师事务所出具的第 154 号和第 156 号两份《验资报告》以外，没有发现其他验资报告。

2、根据 B 公司补充提供的股东方 X 雨、刘某菲及方甲三人的中原银行股份有限公司《客户转账业务回单》显示，三人分别向 B 公司账户（收款人账户：4115140101XXXXXX01；收款人名称：B 家具有限公司；收款人开户行：中原银行 SY 羊山支行）共计转款 3840 万元，每笔转款的客户附言均为“投资款”。具体转款时间及金额如下：

(1) 股东方 X 雨（共计转款 2480 万元）

2022 年 4 月 8 日，转入 1000000 元；2022 年 4 月 13 日，共转入 2 笔款项，分别为 800000 元及 1000000 元；2022 年 4 月 22 日，共转入 2 笔款项，分别为 500000 元及 1000000 元；2022 年 4 月 26 日，转入 140000 元；2022 年 5 月 11 日，转入 5000000 元；2022 年 5 月 13 日，转入 5000000 元；2022 年 6 月 7 日，共转入 3 笔款项，其中 2 笔均为 500000 元，另外 1 笔为 1100000 元；2022 年 6 月 8 日，转入 1500000 元；2022 年 6 月 9 日，转入 1000000 元；2022 年 6 月 17 日，转入 950000 元；2022 年 6 月 20 日，转入 900000 元；2022 年 6 月 28 日，共转入 2 笔款项，分别为 650000 元及 100000 元；2022 年 6 月 29 日，转入 1390000 元；2022 年 7 月 6 日，转入 500000 元；2022 年 7 月 8 日，转入 900000 元；2022 年 7 月 11 日，转入 150000 元；2022 年 7 月 13 日，共转入 2 笔款项，分别为 120000 元及 100000 元。

（2）股东刘某菲（共计转款 641 万元）

2022 年 8 月 24 日，转入 600000 元；2022 年 8 月 29 日，转入 290000 元；2022 年 8 月 30 日，共转入 2 笔款项，分别为 279415 元及 120000 元；2022 年 9 月 5 日，转入 150000 元；2022 年 9 月 6 日，转入 760000 元；2022 年 9 月 7 日，转入 1000000 元；2022 年 9 月 8 日，转入 1000000 元；2022 年 9 月 9 日，转入 790000 元；2022 年 9 月 14 日，转入 530000 元；2022 年 9 月 15 日，转入 300000 元；2022 年 9 月 16 日，共转入 2 笔款项，分别为 280000 元及 310585 元；

（3）股东方甲（共计转款 719 万元）

2022 年 7 月 19 日，共转入 2 笔款项，每笔均为 500000 元；2022 年 7 月 21 日，转入 500000 元；2022 年 7 月 22 日，共转入 2 笔款项，每笔均为 500000 元；2022 年 7 月 29 日，共转入 2 笔款项，每笔均为 500000 元；2022 年 8 月 1 日，共转入 2 笔款项，每笔均为 500000 元；2022 年 8 月 5 日，共转入 3 笔款项，分别为 300000 元、200000 元以及 500000 元；2022 年 8 月 9 日，转入 200000 元；2022 年 8 月 10 日，转入 500000 元；2022 年 8 月 11 日，转入 40000 元；2022 年 8 月 15 日，转入 500000 元；2022 年 8 月 17 日，转入 300000 元；2022 年 8 月 24 日，转入 150000 元。

3、针对 B 公司注册资本是否实缴的问题，本所律师认为，除了验资报告已确认实缴的 1000 万元注册资本以外，股东方 X 雨、刘某菲及方甲三人转入的 3840 万元“投资款”应同时提供对应的公司财务收据，证明前述款项均已作为注册资

本金入账，并提供实缴注册资本金所缴纳印花税的完税凭证。

三、股东及股权结构

（一）股东及持股情况

1、B 公司目前股东为 4 个自然人，基本如下：

方 X 雨：男，汉族，1970 年 X 月 X 日出生，户籍地：河南省 X 县 X 镇 X 村 X 组，身份证号 413026XXXXXXXX3019；

刘某菲：女，汉族，1981 年 X 月 X 日出生，户籍地：河南省 X 县 X 镇 X 大街 64 号，身份证号 413026XXXXXXXX0040；

张 Y：男，汉族，1981 年 X 月 X 日出生，户籍地：X 市 J 区 X 路 X 号院 X 号楼 X 单元 X 号，身份证号：413026XXXXXXXX2158；

徐某用：男，汉族，1968 年 X 月 X 日出生，户籍地：河南省 X 县 X 乡 X 村组，身份证号：411528XXXXXXXX713X。

2、B 公司股权结构如下图：



（二）股权质押情况

经本所律师核查国家企业信用信息公示系统、中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统及从淮河新区分局调取的工商档案资料，未发现 B 公司股东存在股权出质登记信息。

（三）无犯罪记录证明

1、B 公司目前股东有张 Y、徐某用、方 X 雨、刘某菲四人，现 B 公司仅向本所提供了张 Y、方 X 雨、刘某菲三人的无犯罪记录证明，具体如下：

2024 年 2 月 19 日，DZ 市公安局 JS 分局未来路派出所出具《无犯罪记录证明》（郑公金(未)证字(2024)465 号），载明：被查询人张 Y，国籍中国，在 1981 年 2 月 8 日至 2024 年 2 月 19 日未发现有犯罪记录。

2024 年 4 月 8 日，SY 市公安局 HH 分局家居小镇派出所出具《无犯罪记录证明》（申淮公(家)证字(2024)109 号），载明：被查询人方 X 雨，国籍中国，在 1970 年 10 月 14 日至 2024 年 4 月 8 日未发现有犯罪记录。

2、本所律师在中国裁判文书网搜索徐某用、刘某菲二人姓名，分别显示“徐某用”有1个刑事案件、“刘某菲”有7个刑事案件，但因法律文书不显示身份证号码且存在重名的可能性很大，所以无法确认是否与SXX股东徐某用、刘某菲系同一人。

四、行政许可

根据B公司提供的资料及本所律师核查国家企业信用信息公示系统、信用中国网站显示，B公司共获得14项行政许可决定文书，具体详见本报告附件一。

五、对外投资及在建工程

（一）对外投资关系

B公司法定代表人、执行董事张Y及财务负责人周杰芮声明公司暂无重大投资事项。针对B公司对外投资关系，本所律师核查信息如下：

1. 境内投资

经核查国家企业信用信息公示系统及企查查，未发现B公司在境内设立有分支机构或存在对外投资关系。

2. 境外投资

根据B公司提供的《B家具有限公司情况介绍》显示，B公司在美国洛杉矶、西班牙马德里设有营销办公室，在泰国开办有工厂。另核查到，2022年12月3日，B公司召开股东会并决议通过在香港设立子公司。前述情况属于境外投资项目，囿于核查手段，本所无法查询到具体信息。

（二）在建工程

1. B公司提供的资料显示如下：

2014年12月4日，SY市某区环境保护局出具《关于B家具有限公司年产各式家具23000套项目环境影响报告表的审批意见》（XX环审[2014]XX号），载明有效期为5年（注：截止目前已过期）。

2015年12月31日，SY市某区规划管理局颁发两个《建设用地规划许可证》，许可证号分别为：地字第41XX01新20XXXXX46号及地字第41XX01新201XXXX47号。

2018年8月20日，B公司备案“B家具产业园”项目，建设地点：SY市产业集聚区农林大路以北，新城大道以西；建设性质：新建；建设规模及内容：项目占地约232亩，总建筑面积235089.12平方米；项目总投资50000万元。同日，S

Y市某区规划管理局颁发《建设工程规划许可证》，许可证号：建字第411501新201XXXX8A号、201XXXX3A号。

2018年12月21日，SY市某区规划管理局颁发《建设工程规划许可证》，许可证号：建字第41XX01新20XXXX38号。2020年12月9日，SY市某区规划管理局颁发两个《建设工程规划许可证》许可证号：建字第4115002XXXXXX26号及建字第4115002XXXXXX27号。2021年5月17日，SY市某区规划管理局颁发《建设工程规划许可证》许可证号：建字第4115002XXXXXX13号。

2. 针对B公司提供的公司名下国有土地建设使用权材料[具体详见本报告第六条“主要资产”第（一）项不动产（土地）项下内容]及上述许可证的内容，本所律师对B公司法定代表人张Y进行面谈，被告知公司名下两块土地上的建设项目基本完成，开工及竣工时间符合政府相关税收政策要求，不存在违约情况。

经本所律师现场巡查B公司现有厂区，未发现有其他在建工程。

六、主要资产

（一）不动产（土地）

根据B公司提供的资料及本所律师至SY市不动产登记中心查询，B公司名下土地使用权情况如下：

1. 宗地编号为2015-1109的土地

（1）2015年9月16日，出让人SY市国土资源局与受让人B公司签订了关于宗地编号为2015-1109地块国有土地建设使用权《成交确认书》，确认B公司竞得该块宗地的国有土地建设使用权。

（2）2015年9月26日，出让人SY市国土资源局与受让人B公司签订了一份《国有建设用地使用权出让合同》（合同编号：豫(信)出让(2015)第672号）。合同项下出让宗地编号为2015-1109，出让宗地面积为97254.94平方米，宗地坐落于淮河新区经北二路与纬北二路交叉口东南角；出让宗地用途为工业用地。同时，该合同第八条约定，出让宗地的国有建设用地使用权出让价款为28690207元。

根据SY市财政局出具的土地出让划拨收入专用票据（No. 0002618）显示，B公司缴纳土地出让价款28690207元，缴款日期为2015年11月4日。

（3）2016年1月21日，SY市人民政府颁发国有土地使用权证（X市国用(2016)第6XXXX3号）。土地使用权人为B公司，位置座落于淮河新区经北二路与纬北二路交叉口东南角，地类（用途）为工业用地，使用权类型为出让，终止日期

为 2065 年 9 月 26 日，使用权面积为 97254.94 m²。

(4) 截至本报告出具之日，从 B 公司提供的资料及本所律师至 SY 市不动产登记中心查询综合来看，该块宗地的国有土地使用权已经由于土地分割的原因进行了变更。现该块宗地（原权证号：X 市国用(2016)第 6XXXX3 号）存在 13 个国有建设用地使用权权属证（取得方式均为出让，用途为工业用地），具体如下：

①基本信息（表格略）

②关于第 20240015561 号国有建设用地详细情况

根据 B 公司提供的不动产权证显示，第 20240015561 号国有建设用地使用权信息如下（表格略）：

根据 SY 市不动产登记中心的资料，上述国有建设用地使用权抵押情况如下（表格略）：

2. 宗地编号为 2015-1502 的土地

(1) 2015 年 12 月 9 日，出让人 SY 市国土资源局与受让人 B 公司签订了关于宗地编号为 2015-1502 地块国有土地建设使用权《成交确认书》，确认 B 公司竞得该块宗地的国有土地建设使用权。

(2) 2015 年 12 月 16 日，出让人 SY 市国土资源局与受让人 B 公司签订了一份《国有建设用地使用权出让合同》（合同编号：豫(信)出让(2015)第 679 号）。合同项下出让宗地编号为 2015-1502，出让宗地面积为 57309.80 平方米，宗地坐落于淮河新区新城大道与纬北二路交叉口西北角；出让宗地用途为工业用地。同时，该合同第八条约定，出让宗地的国有建设用地使用权出让价款为 16906391 元。

根据 SY 市财政局土地出让划拨收入专用票据（No. 0002763）显示，B 公司缴纳土地出让价款 16906391 元，缴款日期为 2016 年 1 月 19 日。

(3) 2016 年 1 月 8 日，SY 市人民政府签发《SY 市人民政府关于办理 B 家具有限公司 2015-1502 号宗地用地手续的批复》（信政土[2016]7 号）。批复确认上述宗地由 B 公司竞得，宗地净用地面积 57309.8 平方米，土地用途为二类工业用地，出让年限为 50 年；宗地成交总额为 16906391 元，B 公司已按期全额缴纳土地出让金。批复同意为 B 公司办理国有建设用地使用权出让手续。

(4) 2016 年 1 月 21 日，SY 市人民政府颁发国有土地使用证（信市国用(2016)第 600004 号）。土地使用权人为 B 公司，位置座落于淮河新区新城大道与纬北二路交叉口西北角，地类（用途）为工业用地，使用权类型为出让，终止日期为

2065 年 12 月 16 日，使用权面积为 57309.8 m²。

(5) 截至本报告出具之日，从 B 公司提供的资料及本所律师至 SY 市不动产登记中心查询综合来看，该块宗地的国有土地使用权已经由于土地分割的原因进行了变更登记。现该块宗地（原权证号：信市国用(2016)第 600004 号）权属证情况如下（表格略）：

上述国有建设用地使用权抵押情况如下（表格略）：

（二）不动产（厂房）

根据 B 公司提供的资料及本所律师至 SY 市不动产登记中心查询的情况，B 公司名下共有 15 个不动产权证（厂房），其中 10 个不动产权证存在抵押信息，具体详见本报告附件二。

另根据 B 公司提供的资料发现，中原银行 SY 分行委托河南尺度房产土地资产评估有限公司对 B 公司的部分房地产抵押价值进行评估，该评估公司于 2021 年 6 月 17 日出具《房地产抵押估价报告》（豫郑尺度评字[2021]063040 号）。报告显示，该评估公司接受委托，对位于河南省 SY 市淮河新区纬北二路与经北二路交叉口东南角 B 家具有限公司 3#-10#、11#、12#厂房，建筑面积共 52542.97 平方米的房产以及占用的 97254.94 平方米的土地进行抵押价值评估，同时估价对象含室内装饰装修，但不含室内可移动的动产及债权债务等。价值时点为 2021 年 2 月 23 日，房地产价值合计为 11738.21 万元。

（三）车辆

根据 B 公司提供的资料及本所律师至河南省 SY 市公安局交通警察支队车辆管理所调取的材料，B 公司名下共有 11 个车辆信息，车辆使用性质均为非运营，具体如下（表格略）：

（四）知识产权

1. 软件著作权

SXX 共提供 10 份计算机软件著作权登记证书，权利取得方式均为原始取得，享有全部著作权权利；首次发表日期均为 2018 年 8 月 24 日。其他信息如下（表格略）：

2. 商标

经本所律师查询国家知识产权局官网并结合 B 公司提供的资料，B 公司名下共 8 个商标记录（1 个被驳回，已失效），共有情况均为“否”，其他信息如下

（表格略）：

（五）设备

B 公司提供的《2024 年 3 月设备明细》表格显示，公司现有共 149 项机器设备、办公设备、机械设备及运输工具等在使用（包含车辆），但未列明具体设备型号、品牌等，公司也未提供设备采购合同，故本所律师无法核实设备具体数量等详细信息。

根据表格显示，该 149 项设备（包含车辆）原值共计 10616209.89 元，预计净残值 5%共计 530810.55 元。

七、重大债权债务

根据 B 公司提供的资料，公司重大债权债务情况如下：

（一）债务情况

1. 相关贷款合同

（1）中国邮政储蓄银行股份有限公司 SY 市分行

①2021 年 2 月 19 日，B 公司与邮政储蓄 SY 分行签订《小企业授信额度合同》（编号：41000110100121020103），授信额度为 1260 万元整。授信额度存续期为 72 月，自 2021 年 2 月 19 日至 2027 年 1 月 10 日；额度存续期内前 60 月为授信额度使用期，自 2021 年 2 月 19 日至 2026 年 1 月 10 日。该合同由 SXX 提供最高额抵押担保（合同编号：41000110100421020103）；自然人张 Y、彭某明、梁某某、丁莉、方 X 雨、马光群、方甲、徐某用提供最高额保证担保（合同编号：41000110100621020103）。同时，双方签订《小企业流动资金借款合同》（编号：41000110100221020103），该合同为上述授信额度合同项下的单项合同，合同借款金额 1260 万元整；用途为补充流动资金；合同项下单笔借款期限最长不超过 12 个月；贷款利率由贷款人逐笔定价。

同日，自然人张 Y、彭某明、梁某某、丁莉、方 X 雨、马光群、方甲、徐某用签订《小企业最高额保证合同》（编号：41000110100621020103），该合同为上述授信额度合同及授信额度合同项下单项协议的从合同。主债权确定期间自 2021 年 2 月 19 日起至 2029 年 1 月 10 日；保证期限自本合同生效之日起至主合同项下债务履行期限届满之日后两年止。

2021 年 4 月 17 日，B 公司与邮政储蓄 SY 分行签订《小企业最高额抵押合同》（编号：1341000110210417000101），该合同为上述授信额度合同及授信额度合同

项下单项协议的从合同。主债权确定的期间自 2021 年 4 月 17 日起至 2029 年 1 月 10 日；抵押财产清单上权属证书编号为豫（2021）SY 市不动产权第 0006131 号，共用宗地面积 57309.8 m²，房屋建筑面积 4071.36 m²。

②2022 年 12 月 21 日，B 公司与邮政储蓄 SY 分行签订《小企业授信业务额度借款合同》（编号：0141000110221221207892），合同项下借款额度为 1000 万元整。存续期为 72 月，自 2022 年 12 月 21 日至 2028 年 12 月 20 日止；额度存续期间内前 36 月为额度使用期，自 2022 年 12 月 21 日至 2025 年 12 月 20 日止。借款期限内单笔借款最长期限 36 个月。合同约定由 B 公司提供最高额抵押担保；自然人张 Y、彭某明、梁明某、丁莉、方 X 雨、马光群、刘某菲提供最高额保证担保。

同日，张 Y、彭某明、梁明某、丁莉、方 X 雨、马光群、刘某菲共同签订《小企业最高额保证合同》（编号：0741000110221221038857），该合同为上述授信借款合同及授信借款合同项下单项协议的从合同；主债权确定期限自 2022 年 12 月 21 日起至 2028 年 12 月 20 日；保证期间为自主合同债务履行期限届满之日起三年。同时，B 公司签订《小企业最高额抵押合同》（编号：0741000110221221038856），该合同为上述授信借款合同及授信借款合同项下单项协议的从合同；主债权确定期限自 2022 年 12 月 21 日起至 2028 年 12 月 20 日；抵押物权属证书编号为豫（2022）SY 市不动产权第 0036843 号（现不动产权证号已变更为 20240001033 号），房屋建筑面积 9344.13 m²。

③2023 年 9 月 5 日，B 公司与邮政储蓄 SY 分行签订《小企业授信业务额度借款合同》（编号：0141000110230905289739），合同项下的借款额度为 5664000 元整。存续期为 72 月，自 2023 年 9 月 5 日至 2029 年 9 月 4 日止；额度存续期间内前 36 月为额度使用期，自 2023 年 9 月 5 日至 2026 年 9 月 4 日止。借款期限内单笔借款最长期限 36 个月。合同约定由 B 公司提供最高额抵押担保；自然人张 Y、彭某明、梁明某、丁莉、方 X 雨、马光群、刘某菲提供最高额保证担保。

同日，张 Y、彭某明、梁明某、丁莉、方 X 雨、马光群、刘某菲共同签订《小企业最高额保证合同》（编号：0741000110230905419950），该合同为上述授信借款合同及授信借款合同项下单项协议的从合同；担保债权确定期限自 2023 年 9 月 5 日起至 2029 年 9 月 4 日；保证方式为连带责任保证，保证期间为自主合同债务履行期限届满之日起三年。同时，B 公司签订《小企业最高额抵押合同》（编号：0741000110230905419947），该合同为上述授信借款合同及授信借款合同项下

单项协议的从合同；担保债权确定期限自 2023 年 9 月 5 日起至 2029 年 9 月 4 日；抵押物清单所列权属证书编号为豫（2022）SY 市不动产权第 0036847 号（现不动产权证号已变更为 20240001033 号），房屋建筑面积 4071.36 m²。

（2）中国银行股份有限公司 SY 分行

2022 年 2 月 22 日，B 公司与中国银行股份有限公司 SY 分行签订《流动资金借款合同》（编号：XYH202201021）。借款本金 500 万元整，浮动利率；借款期限 12 个月；借款用途为经营周转。合同同时约定，自然人梁明某、张 Y（本人）、方 X 雨、方甲、徐某用（本人）与贷款人签订了编号为 BXYH20E2022021《最高额保证合同》，由其提供最高额担保；自然人丁莉、梁明某与贷款人签订了编号为 DXYH20E2022021《最高额抵押合同》，由其提供最高额担保。

（3）中原银行股份有限公司 SY 分行

①2022 年 10 月 10 日，B 公司与中原银行 SY 分行签订《出口订单融资业务合同》，融资金额 1000 万元整，融资利率为年 5%。融资款用途：仅限于订单项下货物采购、生产和运装，订单号码为 YHX-LP-1335024-55354，订单金额 3210000 美元。合同融资期限自 2022 年 10 月 10 日（放款日）起至 2023 年 4 月 7 日（融资到期日）止，共 179 天。合同第六条约定，由 B 公司提供抵押担保，自然人梁明某、丁莉、方 X 雨、方甲、徐某用提供保证责任，均单独签订最高额抵押/保证合同。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。同时，根据该合同约定，合同期限已届满。

②2022 年 11 月 8 日，B 公司与中原银行 SY 分行签订《出口订单融资业务合同》（编号：中原银（SY）出口订单字 2022 第 10015797 号），融资金额 700 万元整，融资利率为年 4.3%。融资款用途：仅限于订单项下货物采购、生产和运装，订单号码为 YHX-LP-1335522-52429，订单金额 2803000 美元。合同融资期限自 2022 年 11 月 8 日（放款日）起至 2023 年 5 月 5 日（融资到期日）止，共 178 天。合同第六条约定，由 B 公司提供抵押担保，自然人梁明某、丁莉、方 X 雨、方甲、徐某用提供保证责任，均单独签订最高额抵押/保证合同。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。同时，根据该合同的约定，合同期限已届满。

③2022 年 11 月 29 日，B 公司与中原银行 SY 分行签订《出口订单融资业务合同》（编号：中原银（SY）出口订单字 2022 第 10017118 号），融资金额 700 万元整，

融资利率为年 4.3%。融资款用途：仅限于订单项下货物采购、生产和运装，订单号码为 YHX-LP-1335024-55354，订单金额 2730000 美元。合同融资期限自 2022 年 11 月 29 日(放款日)起至 2023 年 5 月 26 日(融资到期日)止，共 178 天。合同第六条约定，由 B 公司提供抵押担保，自然人梁明某、丁莉、方 X 雨、方甲、徐某用提供保证责任，均单独签订最高额抵押/保证合同。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。同时，根据该合同的约定，合同期限已届满。

④2022 年 12 月 7 日，B 公司与中原银行 SY 分行签订《出口订单融资业务合同》(编号：中原银(SY)出口订单字 2022 第 10017765 号)，融资金额 790 万元整，融资利率为年 4.3%。融资款用途：仅限于订单项下货物采购、生产和运装，订单号码为 YHX-LP-1335024-55368，订单金额 3120000 美元。合同融资期限自 2022 年 12 月 7 日(放款日)起至 2023 年 6 月 2 日(融资到期日)止，共 177 天。合同第六条约定，由 B 公司提供抵押担保，自然人梁明某、丁莉、方 X 雨、方甲、徐某用提供保证责任，均单独签订最高额抵押/保证合同。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。同时，根据该合同的约定，合同期限已届满。

⑤2022 年 12 月 14 日，B 公司与中原银行 SY 分行签订《出口订单融资业务合同》(编号：中原银(SY)出口订单字 2022 第 10018681 号)，融资金额 610 万元整，融资利率为年 4.3%。融资款用途：仅限于订单项下货物采购、生产和运装，订单号码为 YHX-LP-1335024-55396，订单金额 2604000 美元。合同融资期限自 2022 年 12 月 14 日(放款日)起至 2023 年 6 月 12 日(融资到期日)止，共 180 天。合同第六条约定，由 B 公司提供抵押担保，自然人梁明某、丁莉、方 X 雨、方甲、徐某用提供保证责任，均单独签订最高额抵押/保证合同。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。同时，根据该合同的约定，合同期限已届满。

⑥2023 年 11 月 16 日，B 公司与中原银行 SY 分行签订《国内信用证开证合同》(编号：中原银(SY)国内证字 2023 第 00169099 号)。信用证开证日为 2023 年 11 月 16 日，有效期至 2024 年 5 月 14 日，金额为 700 万元整。合同第六条约定，由 B 公司提供抵押担保，自然人梁明某、丁莉、方 X 雨、方甲、刘某菲、徐某用提供保证责任，均单独签订最高额抵押/保证合同。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。同时，根据该合同的约定，合同期限已届满。

⑦2023 年 11 月 27 日，B 公司与中原银行 SY 分行签订《出口订单融资业务合同》（编号：中原银(SY)出口订单字 2023 第 00170238 号），融资金额 700 万元整，融资利率为年 4.3%。融资款用途：仅限于订单项下货物采购、生产和运装，订单号码为 YHX-LP-1335024-20231119，订单金额 2237200 美元。合同融资期限自 2023 年 11 月 27 日(放款日)起至 2024 年 5 月 24 日(融资到期日)止，共 179 天。合同第六条约定，由 B 公司提供抵押担保，自然人梁明某、丁莉、方 X 雨、方甲、刘某菲、徐某用提供保证责任，均单独签订最高额抵押/保证合同。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。同时，根据该合同的约定，合同期限已届满。

⑧2024 年 1 月 2 日，B 公司与中原银行 SY 分行签订《出口订单融资业务合同》（编号：中原银(SY)出口订单字 2023 第 00195086 号），融资金额 610 万元整，融资利率为年 4.3%。融资款用途：仅限于订单项下货物采购、生产和运装，订单号码为 YHX-LP-1335024-20231229，订单金额 1780000 美元。合同融资期限自 2024 年 1 月 2 日(放款日)起至 2024 年 6 月 21 日(融资到期日)止，共 171 天。合同第六条约定，由 B 公司提供抵押担保，自然人梁明某、丁莉、方 X 雨、方甲、刘某菲、徐某用提供保证责任，均单独签订最高额抵押/保证合同。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。根据该合同的约定，合同期限尚未到期。

⑨2024 年 5 月 30 日，B 公司与中原银行 SY 分行签订《人民币流动资金借款合同》（编号：中原银(SY)流贷字 2024 第 10131925 号），合同项下贷款金额 1290 万元整；利率为年 3.98%，按月结息，每月第 20 日为结息日；贷款期限 12 个月，自 2024 年 5 月 30 日至 2025 年 5 月 30 日；合同采用定期付息、到期还本的还款方式；贷款用于购买实木。同时，合同第八条约定，由方 X 雨、梁明某、丁莉、徐某用、方甲、刘某菲提供保证担保，分别签订《最高额保证合同》；由 B 公司提供抵押担保，签订《最高额抵押合同》。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。根据该合同的约定，合同期限尚未到期。

经本所律师与 B 公司人员访谈了解到，SXX 针对该笔贷款所提供的抵押物为

豫（2024）SY市不动产权第 0015745、0015747-0015751 号的厂房。

（4）SY市明河区农村信用合作联社营业部

①2023 年 1 月 13 日，B 公司与 SY 市明河区农村信用合作联社营业部签订《流动资金借款合同》（编号：借 201000562200212023011001），贷款金额为 300 万元整，用于购买实木板；贷款期限 24 个月，自 2023 年 1 月 13 日起至 2025 年 1 月 13 日止；贷款利率为年 8.82%。还款方式为按月付息，不定期还本；付息日为每月 21 日，贷款到期日利随本清。该笔贷款由 B 公司提供抵押担保（合同编号：抵 201000562200212023011001）。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。根据该合同约定，合同期限尚未到期。

②B 公司与 SY 市明河区农村信用合作联社营业部签订《流动资金借款合同》（编号：借 201000562200212024022701），贷款金额为 500 万元整，用于购买实木板；贷款期限 36 个月，自 2024 年 2 月 27 日起至 2027 年 2 月 27 日止；贷款利率为一年期 LPR 基础上加 75 个基点。还款方式为按月付息，不定期还本；付息日为每月 21 日，贷款到期日利随本清。该笔贷款由 B 公司提供抵押担保（合同编号抵 201000562200212024022701），梁明某、方 X 雨提供保证担保（合同编号保 201000562200212024022701）。

因 B 公司未提供上述担保合同，具体担保期限、担保范围、担保责任及担保条款效力等内容不详。根据该借款合同的约定，该合同期限尚未到期。

经本所律师与 B 公司人员访谈了解到，SXX 针对该笔贷款所提供的抵押物为豫（2024）SY市不动产权第 0001033 号的厂房。

（5）中信银行股份有限公司 ZZ 分行

①2023 年 3 月 24 日，B 公司与中信银行 ZZ 分行签订《国内信用证融资主协议》（编号为 2023 银国内证字第 2314036 号），融资额度根据双方另行签订的具体业务文件而定，协议有效期至 2024 年 3 月 17 日。合同第七条约定，由自然人梁明某、丁莉提供保证担保，均签有《最高额保证合同》。

因 B 公司未提供上述最高额保证合同，具体保证期限、保证范围、保证责任及保证条款效力等内容不详。同时，根据该协议的约定，协议期限已届满。

②2023 年 7 月 25 日，B 公司与中信银行 ZZ 分行签订《国内信用证融资主协议》（编号为 2023 银国内证字第 2314092 号），融资额度根据双方另行签订的具体

业务文件而定，协议有效期至 2024 年 3 月 17 日。合同第七条约定，由自然人梁明某、丁莉提供保证担保，均签有《最高额保证合同》。

因 B 公司未提供上述最高额保证合同，具体保证期限、保证范围、保证责任及保证条款效力等内容不详。同时，根据该协议的约定，协议期限已届满。

（6）中国光大银行股份有限公司 ZZXS 街支行

2024 年 3 月，B 公司与光大银行 XS 街支行签订《综合授信协议》（编号：光 XXX 支 ZH2024009），最高授信额度为 900 万元整，有效试用期从 2024 年 3 月 27 日至 2025 年 3 月 20 日。

保证人方 X 雨、张 Y 于 2024 年 3 月 27 日分别签订《最高额保证合同》（编号：G 光 XXX 支 ZB2024009A/B）；B 公司签订《最高额抵押合同》（编号：光 XXX 支 ZD2024009），附件所列抵押物权属证明名称编号为豫（2024）SY 市不动产权第 0000549 号。

同日，B 公司与中国光大银行股份有限公司 ZZXS 街支行签订《流动资金贷款合同》（编号：光 XXX 支 DK2024026）。该合同项下贷款金额为 900 万元整，采取固定利率，即年利率 4%，每月 20 日为结息日；贷款期限自 2024 年 3 月 28 日起至 2025 年 3 月 20 日止；该贷款仅用于流动资金周转。同时，合同第十五条约定，B 公司应于 2025 年 3 月 20 日一次性偿还全部贷款本金；第二十条约定，由自然人方 X 雨、张 Y 提供连带责任保证担保，B 公司提供土地使用权抵押担保，均单独签有最高额保证/抵押合同（见上段正文合同编号）。

根据上述合同约定，该笔贷款及担保均未到期。

2. 征信查询

根据 B 公司提供的 2024 年 3 月 7 日生成的中国人民银行征信中心《企业信用报告》（自主查询版）显示，B 公司相关信贷交易情况如下：

（1）概要（表格略）

（2）未结清信贷（表格略）

备注：上述表格中金额类数据项单位均为万元。

3. 其他合同

除本报告第五条“重大债权债务”项下第（一）条 上述贷款合同外，B 公司向本所提供有《采购框架协议》（编号：XY22123000013）、分布式光伏发电项目合同能源管理协议》、《激光切割机订购合同》（编号：BDDM-2023080543）、《购销合

同》（编号：SDHR2023-05-25-01）等对外签订的合同，本所律师发现存在部分合同未盖章、无签订日期等情形，且很多合同为 B 公司单方制作的表格，未经双方签章确认，存在真实性及效力方面的问题。

4. 车辆抵押

经本所律师核查动产融资统一登记公示系统显示，B 公司名下有一笔融资租赁信息：承租人为 B 公司，出租人为 HCJT（天津）融资租赁有限公司；租赁合同号码 HC2022020712，租赁期限 2022 年 3 月 1 日至 2024 年 3 月 1 日；租赁财产价值 172000 元；租赁物为 2 台蓄电池平衡重式叉车，型号 CPD20-AXEY2-1。根据登记信息来看，该笔融资租赁期限已届满。

（二）债权情况

1、根据 B 公司制作并提供的最新 2024 年 3 月《资产负债表》显示：应收账款期末余额为 123986495.9 元。

2、因公司提供的本条款第（三）条项下的合同存在真实性及效力方面的问题，故无法核实 B 公司是否享有相关债权及金额等情况。

八、关联关系

经本所律师核查国家企业信用信息公示系统及企查查等网站，并经 B 公司确认，该公司关联方情况如下：

（表格略）

九、劳动用工与社会保障

（一）员工基本情况

根据 B 公司提供的公司人员信息表显示，公司目前共有在职人员 853 名，均签订劳动合同并缴纳社保。

经本所律师与 B 公司人员接洽提供劳动合同原件等事宜，截至本报告出具之日，B 公司仅提供了 12 份劳动合同，但存在打印的劳动用工期限与手写期限不一致、公司未盖章等情况。

（二）社保缴纳情况

经本所律师向 B 公司人员询问社保缴纳凭证情况，B 公司人员回复因公司正在办理社保账户变更（由原明河区转为 SY 市），故目前无法提供全部职工社保缴纳证明。

经本所律师核查国家企业信用信息公示系统上 B 公司对外公示的最新的 2022

年度报告显示，B 公司社保信息为城镇职工基本养老保险 29 人、职工基本医疗保险 14 人、生育保险 14 人、失业保险 20 人、工伤保险 67 人。

十、税务及优惠政策

经本所律师查询国家税务总局河南电子税务局官网，显示 B 公司 2023 年信用等级为 A 级纳税人、2023 年欠税公告第四期无欠税信息。

根据 B 公司提供的河南 JX 会计师事务所（普通合伙）于 2024 年 1 月 23 日出具的 B 家具有限公司《2023 年度审计报告》（豫 JX 审字(2024)第 A132 号）显示，报告期内无税收优惠情况事项。经本所律师了解，因 B 公司涉及产品出口业务，所以可能存在出口退税的情况，但因 B 公司未提供出口退税单据或其他优惠政策的相关材料，本所律师暂时无法核查。

十一、重大诉讼、仲裁及行政处罚

B 公司在《相关情况书面声明》中称：除中国裁判文书网及企查查上公开披露的诉讼案件外，公司不存在其他尚未了结的重大诉讼、仲裁及行政案件。

本所律师核查具体情况如下：

（一）涉诉情况

经查询中国裁判文书网、企查查等网站，B 公司涉及诉讼案件共 50 件，其中民事案件 27 件、刑事案件 1 件、执行案件 22 件，但前述案件能够通过中国裁判文书网核查到具体案件情况的见本报告附件三。

（二）仲裁情况

1. 劳动仲裁

经核查中国裁判文书网，未发现 B 公司存在劳动争议仲裁案件。

2. 商事仲裁

因商事仲裁裁决书不对外公开，故本所律师无法核查 B 公司是否存在商事仲裁情况。

（三）被执行及失信被执行信息

经核查中国执行信息公开网显示，在全国法院（包含地方各级法院）范围内没有找到 B 公司相关的被执行人及失信被执行人信息。

（四）行政处罚

经核查国家企业信用信息公示系统显示，暂无 B 公司的行政处罚信息。

【以下无正文】

行政类

原告广西××管道燃气有限公司诉被告一南宁市×× ×区人民政府、被告二××区住房和城乡建设局、 第三人××燃气投资(中国)有限公司、第三人南宁 ××燃气有限公司政府特许经营许可纠纷一案代理词

——河南德问行律师事务所 李新颖¹⁴ 王晶晶¹⁵

案情简介：

2006年南宁市××公司通过政府招商引资与××县住建局签订《××县管道燃气特许经营协议书》，2008年本案原告注册成立，承担该县管道燃气工程的建设并经营管道燃气业务，2019年南宁市××公司将特许经营权概况转让给原告后登记注销，上述两公司之间无股权投资关系，且均未取得燃气经营许可证。因南宁市××公司及原告长期无证经营，存在多项重大安全隐患等违法问题，区住建局及相关职能部门多次对其处罚，多年来双方诉讼不断，行政案件高达8件，判决结果均对区住建局不利，造成该区域的燃气用户长期处于重大安全隐患当中。为保障供气安全，2018年区住建局作出《关于撤销与南宁市××公司签订的〈××县管道燃气特许经营协议书〉的决定》并重新公开招投标，第三人通过招投标取得了该行政区域管道燃气特许经营权，与区住建局依法签订了《××区管道特许经营协议》，成立项目公司南宁××燃气公司并取得了燃气经营许可证。原告以区政府、区住建局授予第三人特许经营权违法等为由提起本案诉讼。

庭审中代理人从起诉期限、原告主体资格、司法权与行政权的职权范围、第三人取得特许经营权的合法性、社会公共利益等角度全面发表代理意见，原告对我方代理意见充分认可，法官对相关观点也予以确认和肯定，庭后原告自愿撤诉。本案为实质性化解行政争议的典型案例，具有极强的指导和借鉴意义。

14 李新颖，河南德问行律师事务所创始合伙人、主任，中共党员，高级律师，河南省律师协会宪法与行政法律专业委员会主任。

15 王晶晶，河南德问行律师事务所专职律师，中国政法大学国际法硕士，英语专业八级，河南省涉外律师骨干人才。

尊敬的审判长、审判员：

河南德问行律师事务所接受本案第三人××燃气投资（中国）有限公司（以下简称××燃气公司）、第三人南宁××燃气有限公司（以下简称南宁××公司）的委托，指派李新颖律师、王晶晶律师担任原告广西××管道燃气有限公司诉被告一南宁市××区人民政府、被告二××区住房和城乡建设局、第三人××燃气投资（中国）有限公司、第三人南宁××燃气有限公司政府特许经营许可纠纷一案的一审诉讼的委托代理人。代理人在庭前充分了解了本案的相关事实和法律适用，庭审中又参加了法庭调查，为忠实履行代理职责，现发表代理意见如下：

一、原告起诉已超过法定起诉期限，应当依法驳回起诉

《中华人民共和国行政诉讼法》第四十六条规定：“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内提出。法律另有规定的除外。因不动产提起诉讼的案件自行政行为作出之日起超过二十年，其他案件自行政行为作出之日起超过五年提起诉讼的，人民法院不予受理”；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第六十四条规定：“行政机关作出行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道行政行为内容之日起最长不得超过一年”，第六十五条规定：“公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该行政行为内容之日起计算，但最长不得超过行政诉讼法第四十六条第二款规定的起诉期限”。原告起诉状中自认：“2018年10月，被告一对××区行政管辖权前管道燃气特许经营权进行公开招投标，原告及××公司立即向被告一、被告二提出异议”，同时，原告提供的证据10（签约图片），以及第三人提供的招投标公告等证据足以证明原告于2018年10月已经知道被诉管道燃气特许经营协议的内容，其2024年5月才提起本案诉讼，已经超过一年的法定起诉期限。退一步讲，即使原告不知道行政行为的内容，其提起本案诉讼已经超过法定最长五年的起诉期限，应当依法驳回起诉。

二、原告诉讼主体资格不适格，应当依法驳回起诉

（一）原告不是被诉《南宁市××区管道燃气特许经营协议书》的当事人，其也没有证据证明其已合法取得××行政区域的管道燃气特许经营权，其与被诉的行政行为没有法律上的利害关系。依据《中华人民共和国行政许可法》第十二

条：“下列事项可以设定行政许可：…（二）有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项；…”；《广西壮族自治区燃气管理条例》第十四条第二款：“燃气经营实行许可制度。在本自治区行政区域内从事燃气经营活动的，应当依法取得燃气经营许可，并依照经营许可的区域、类别、期限和规模等从事燃气经营活动。个人从事瓶装燃气分销经营活动，可以加入已取得许可的燃气经营企业，作为该企业的瓶装燃气分销点，并纳入该企业的燃气经营和安全管理体系”，第十六条：“管道燃气经营实行特许经营制度。从事管道燃气经营的企业，除具备燃气经营企业应当具备的条件外，还应当具备国家和自治区规定的市政公用事业特许经营条件”；

《南宁市燃气管理条例（2013年修订）》第十一条：“管道燃气实行特许经营制度。取得特许经营权的管道燃气经营企业应当与市、县人民政府或者其授权的行政管理部门签订协议。未取得特许经营权的，不得从事管道燃气经营业务”等相关规定，管道燃气的特许经营应当依法与行政主体签订特许经营权协议并取得管道燃气经营许可证，原告既没有与被告签订管道燃气特许经营协议，也未提供证据证明其已合法取得管道燃气经营许可证，原告诉讼主体资格不适格。

（二）原告以2006年××县规划建设局与××公司签订的《××县管道燃气特许经营协议书》为依据提起本案诉讼，其不是该协议的相对人，其诉讼主体资格不适格。该协议的当事人是××公司，不是原告，原告和××公司的公司工商登记信息显示，原告与××公司始终没有股权投资关系，原告不是××公司设立的项目公司，也不是××公司权利义务承受人。并且××公司已于2019年注销，依据《中华人民共和国民法通则》第三十六条第二款规定：“法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭”，第四十六条规定：

“企业法人终止，应当向登记机关办理注销登记并公告”，××公司的民事权利能力和民事行为能力已经消灭。因此原告诉讼主体资格不适格。

（三）原告提供2019年4月10日，其与××公司、何×签订的《关于××区管道燃气特许经营项目的权益确认书》（以下简称确认书）主张其享有特许经营权，该主张不应支持。《确认书》约定的主要内容为“将南宁市××管道燃气发展有限责任公司于2006年7月31日与原南宁市××县规划建设局签订的《××县管道燃气特许经营协议书》项下的全部权利义务由乙方××公司及丙方何×承继

并履行……”，该确认书约定对《××县管道燃气特许经营协议书》权利义务的概括性转让。依据《中华人民共和国行政许可法》第九条：“依法取得的行政许可，除法律、法规规定依照法定条件和程序可以转让的外，不得转让”；《市政公用事业特许经营管理办法（2004年）》第十八条：“获得特许经营权的企业在特许经营期间有下列行为之一的，主管部门应当依法终止特许经营协议，取消其特许经营权，并可以实施临时接管：（一）擅自转让、出租特许经营权的；（二）擅自将所经营的财产进行处置或者抵押的”；《中华人民共和国合同法》第五十二条：“有下列情形之一的，合同无效：…（五）违反法律、行政法规的强制性规定”，第七十九条：“债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：（一）根据合同性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让”，第八十四条：“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意”，第八十九条：“权利和义务一并转让的，适用本法第七十九条、第八十一条至第八十三条、第八十五条至第八十七条的规定”的规定，以及《武鸣县管道燃气特许经营协议书》第3.6条：“在特许经营期间，除非甲乙双方另有约定，乙方不得将本特许经营权转让、出租、质押和抵押给任何第三方”，第9.4条：“乙方义务……（4）有普遍服务和持续经营义务，未经甲方同意，不得擅自决定中断供气、解散、歇业或将经营的财产进行处置、抵押”，第9.6条：“临时报告……（5）乙方签署可能对公司特许经营业务有重大影响的合同、协议或意向书；…（7）其他对公司特许经营业务有重大影响的事项”的约定，依据上述法律规定和合同约定，《××县管道燃气特许经营协议书》的权利义务不得转让。退一步讲，××公司与原告对《××县管道燃气特许经营协议书》的权利义务予以概括性转让，也未经合同的相对人被告同意，该转让行为不成立，不产生法律效力。原告提供的证据4《××县政府会议纪要》《关于在××区注册成立广西××管道燃气专门负责××县管道燃气工程开发建设问题的答复》及证据5《临时建设许可证》《××县燃气工程竣工验收记录》《建设工程消防验收意见书》《建设工程消防设计审核意见书》《安全检验报告》等证据不能证明被告对该转让行为进行了依法确认，被告也没有与原告签订管道燃气特许经营协议，该转让行为严重违反了法律规定及特许经营协议书约定，故《确认书》不能证明原告享有××区管道燃气特许经营权。

原告在没有工商登记资料支持的情况下主张其是××公司设立的项目公司，同时又提供该《确认书》来证明原告是××公司与被告签订的《××县管道燃气特许经营协议书》的权利义务承受人，自相矛盾，如果原告是××公司的项目公司特许经营权就不需要通过协议的方式转让，直接作为项目公司承继即可，既符合相关规定，也是行业惯例，且转让行为未经被告明示同意，不产生转让效力，因此原告的主张均不应支持。

另，《确认书》系原告与××公司及案外人何×三方达成的协议，若该确认书对原告的权益造成影响，原告可通过民事诉讼向××公司和何×主张权利，而不是提起行政诉讼。

（四）原告提供相关法院的行政裁判文书与本案被诉管道燃气特许经营权协议的合法性审查，没有关联性，不能证明原告主体资格适格。原告提供法院的行政裁判文书被诉的行政行为是行政主体对××公司管道燃气特许经营权协议的撤销、解除的行政行为，以及对原告违法经营予以行政处罚的行政行为，法院司法权行使的是事后监督权，依据《行政诉讼法》第六条：“人民法院审理行政案件，对行政行为是否合法进行审查”之规定，司法审查的范围是被诉行政行为合法性，依照《行政诉讼法》第七十条的规定行政作为案件的审查，主要审查：主要证据是否充分、适用法律法规是否准确、是否符合法定程序、是否超越职权、是否滥用职权等内容，以此认定被诉行政行为的合法性，但司法权不能代替行政权直接认定应当由行政程序认定的事实，否则，行政裁判文书会对行政行为的重新作出等产生羁束，从而干预行政权。就本案被诉的管道燃气特许经营协议是《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第一条：“行政机关为了实现行政管理或者公共服务目标，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十项规定的行政协议”规定的政府特许经营协议。该协议既有行政性，又有契约性，需要行政主体与被授予主体通过法定程序协商一致而签订。原告提供的行政裁判文书若有对政府特许经营权权利归属的认定，也属司法权代替行政权，该裁判文书不能证明原告享有合法的政府特许经营权，也不能作为原告诉讼主体适格的依据。

退一步讲，原告提供的判决文书在没有工商登记资料支持的情况下，特许经营权协议权利义务概括性转让没有经过合同相对方明示同意的情况下，对原告

是××公司的项目公司、××公司特许经营权的转让进行事实认定，该认定是错误的，也超出了法院就案件司法审查的范围。依据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第七十条：“生效的人民法院裁判文书或者仲裁机构裁决文书确认的事实，可以作为定案依据。但如果发现裁判文书或者裁决文书认定的事实有重大问题的，应当中止诉讼，通过法定程序予以纠正后恢复诉讼”和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条：“下列事实，当事人无须举证证明：（六）已为人民法院发生法律效力裁判文书所确认的基本事实；前款第二项至第五项事实，当事人有相反证据足以反驳的除外；第六项、第七项事实，当事人有相反证据足以推翻的除外”之规定，原告提供的判决书不能作为本案事实认定的依据。

（五）原告没有证据证明被诉行政行为涉及其公平竞争权。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第十二条规定：“有下列情形之一的，属于行政诉讼法第二十五条第一款规定的“与行政行为有利害关系”：（一）被诉的行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的”。本案中，被告于2018年对××区管道燃气特许经营项目公开招投投标时，原告没有证据证明其参与招投标或者涉及其公平竞争权，因此原告不是被诉行政行为的利害关系人，其无权提起本案诉讼。

三、××燃气公司签订的管道燃气特许经营协议合法有效，应当依法保护

（一）被诉的管道燃气特许经营协议的行政主体及被授予主体适格。《城镇燃气管理条例》第五条第二款规定：“县级以上地方人民政府燃气管理部门负责本行政区域内的燃气管理工作”；《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十四条规定：“县级以上人民政府应当授权有关部门或单位作为实施机构负责特许经营项目有关实施工作，并明确具体授权范围”；《市政公用事业特许经营管理办法》第四条第三款规定：“直辖市、市、县人民政府市政公用事业主管部门依据人民政府的授权（以下简称主管部门），负责本行政区域内的市政公用事业特许经营的具体实施”。南宁市人民政府办公厅印发《关于明确××撤县设区后相关政策》的通知（南府办【2016】××号）明确：“在服从全市发展大局的前提下，给予××撤县设区5年过渡期（2016-2020年）。过渡期内，××在享受市辖城区相应政策的同时，继续保留原××县经济社会发展主要管理权限并享受相关优惠政策”。以上对

行政主体资格做了明确规定，××区住房和城乡建设局依据上述法律规定和××区人民政府的授权，与××燃气公司签订《××区管道特许经营协议》，其行政主体适格。××燃气公司和南宁××公司均是依法成立且存续的公司法人，主体资格完全符合招标文件、特许经营权协议的要求，其被授予政府特许经营权的主体适格。因此特许经营协议的签订主体均符合法律规定。

（二）被诉的管道燃气特许经营协议签订的程序合法。2018年10月，被告对××区管道燃气特许经营权通过公开招投标选定第三人中标，双方依据《城镇燃气管理条例》《市政公用事业特许经营管理办法》《基础设施和公用事业特许经营管理办法》《广西城镇燃气管理条例》《南宁市燃气管理条例》和《广西壮族自治区燃气经营许可证管理办法》规定的相关程序，于2018年10月23日签订《南宁市××区管道燃气特许经营协议书》，符合法定程序。

（三）被诉的管道燃气特许经营协议的内容符合法律规定，不存在无效的情形。依据《基础设施和公用事业特许经营管理办法（2015版）》第十八条的规定，被诉的政府特许经营协议对特许经营方式、区域、范围和期限等内容进行了明确约定，不存在《合同法》第五十二条和《行政诉讼法》第七十五条规定的无效情形，且南宁××公司依法取得了《燃气经营许可证》，被诉政府特许经营协议合法有效。

（四）被诉的管道燃气特许经营协议不存在重复授权问题。××公司与被告签订的《××县管道燃气特许经营协议书》已于2018年1月5日被××区住建局作出《关于撤销与南宁市××管道燃气发展有限责任公司签订的〈××县管道燃气特许经营协议书〉的决定》予以撤销。××公司不服，对行政主体的撤销行为提起了行政诉讼，根据《行政诉讼法》第五十六条：“诉讼期间，不停止行政行为的执行。但有下列情形之一的，裁定停止执行：（一）被告认为需要停止执行的；（二）原告或者利害关系人申请停止执行，人民法院认为该行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害国家利益、社会公共利益的；（三）人民法院认为该行政行为的执行会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的；（四）法律、法规规定停止执行的”的规定，诉讼期间不停止行政行为的执行，法院也未作出停止行政行为的执行的裁定。2018年10月第三人与被告签订特许经营协议时，××公司与被告签订的《××县管道燃气特许经营协议书》已被撤销，故被诉政府特许经营权不存在重复授权问题，该协议合法有效。

四、原告请求司法确认其独家享有管道燃气特许经营权，没有法律依据，不属于行政诉讼的受案范围，不符合法定的起诉条件，法院应当依法驳回起诉

依据《行政许可法》《城镇燃气管理条例》《市政公用事业特许经营管理办法》《基础设施和公用事业特许经营管理办法》等相关法律、法规及规章的规定。管道燃气特许经营权的授予（取得），被授予的主体需要提供证据证明其符合法定的授予条件，并参与竞争和提出申请后，经具有法定职权的行政主体依照法定程序，采用竞争方式，依法审核确认后，签订管道燃气特许经营权协议，并核发管道燃气经营许可证。该权利的确认和授予属于典型的行政权。况且，管道燃气特许经营协议同时具有“行政性”和“契约性”的双重属性，需协议双方当事人达成“合意”，在协商一致的基础上签订，其“契约性”的属性不容其他权力干预。行政诉讼的司法监督，是行政诉讼法授予法院（司法权）的事后监督权。故，原告第一项诉请法院确认其在××区享有管道燃气特许经营权，没有法律依据，不属于行政诉讼的受案范围，原告不应通过司法权予以确认。另，原告也没有证据证明其已向行政机关提出确认申请及在法定起诉期限内提起本项诉讼请求，不符合法定起诉条件。法院应当依法驳回原告该项起诉。

五、原告提出第三项诉讼请求，其诉讼主体资格不适格，也不符合法定的起诉条件，应当驳回起诉

（一）原告提出第三项诉讼请求，其诉讼主体资格不适格。依据《行政诉讼法》第二条：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼”和第二十五条第一款：“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼”之规定，原告提起行政诉讼应当同时满足以下条件：一是，主张自己的权益受到侵害；二是，主张的权益受法律保护；三是，与被诉行政行为有法律上的利害关系。原告没有与行政主体签订管道燃气特许经营协议，没有取得管道燃气经营许可证，非法经营管道燃气业务，对广大燃气用户、公共安全和公用事业造成重大损害，其不是行政行为的相对人，主张的权益不合法，与被诉行政行为没有法律上的利害关系，其诉讼主体资格不适格（上文已做了详细表述，在此不做赘述）。相反，第三人依法签订了管道燃气特许经营协议，依法取得了管道燃气经营许可证，合法经营，并全面履行了约定和法定的义务，原告才是真正

的侵权人，第三人是真正的受害人，政府相关部门应当对原告的违法行为依法查处，保护第三人的合法权益。

（二）原告提出第三项诉讼请求，不符合法定的起诉条件。原告第三项诉请：“判令被告一、被告二以职权责令第三人南宁××燃气有限公司立即停止在××区行政管理辖区内的管道燃气工程的施工”。该诉请，依据《行政诉讼法》第十二条第一款第六项：“人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：……

（六）申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的……”之规定，属于行政不作为案件。依照《行政诉讼法》第三十八条第一款：“在起诉被告不履行法定职责的案件中，原告应当提供其向被告提出申请的证据……”之规定，原告应当提供其向被告提出申请的证据，否则，应当依法驳回起诉。即使原告有证据证明其向政府相关部门提出过申请，依据《行政诉讼法》第四十七条第一款规定：“公民、法人或者其他组织申请行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关在接到申请之日起两个月内不履行的，公民、法人或者其他组织可以向人民法院提起诉讼……”，也应当在法定的起诉期限（关于起诉期限的规定不再赘述）内提起诉讼。

六、第三人全面履行特许经营协议义务，按照经营计划进行了巨额投资，保障了社会公共利益的实现及公用事业安全、有序发展

第三人取得特许经营权以来，积极全面的履行合同约定义务和法定义务，投入大量人力、物力、财力，组织有序建设、经营和管理等，保质保量服务××区居民、工商业和公福用户，确保公共安全，以及××区公用事业健康有序发展。截至2023年12月31日，南宁××公司已建有双桥天然气综合站1座，已通气运营市政中压主干管网80.78公里，截至目前，累计签约用户数30849户。2023年11月1日，南宁××公司与广西××天然气管网有限公司签订了《天然气基础设施新增下载点分输设施接入协议》，并按合同约定已向广西××天然气管网有限公司出具了1000万元履约保函，保障该气源顺利投产。现双方燃气管网均已建设完成，2024年9月30日前可正式运营，使××区拥有了充足、稳定地气源。从社会公共利益保障的角度，维护被告授予第三人的管道燃气特许经营权，能切实保障了社会公共利益的实现和公用事业安全、有序发展。若撤销第三人的特许经营权，违背××区数万用户的真实意愿，对广大用户享有优质、价廉的管道气源及

安全可靠供气服务造成严重影响，严重损害社会公共利益。同时，会打破了××区正常的社会经济秩序，也会使国有资产遭受重大损失。

七、原告非法经营存在重大安全隐患，应当依法查处，第三人目前投资建设的设施设备完全能够按照政府的要求和接管预案对非法供气的用户实施无缝对接，有效接管

（一）原告的非法经营存在重大安全隐患，应当依法查处。原告没有与行政主体签订管道燃气特许经营权协议，没有依法取得燃气经营许可证，非法经营管道燃气业务，在其非法经营过程中更是存在相关人员无证上岗、未建立安全生产事故应急救援预案、燃气管道严重腐蚀等问题，根据住建部《城镇燃气经营安全重大隐患判定标准》的规定，均属于安全重大隐患，严重扰乱了××区管道燃气市场秩序，对广大燃气用户、公共安全和公用事业造成重大危害，对此，政府相关部门对原告和××公司的违法行为多次查处，并责令其立即停止非法经营。因原告的非法经营行为存在重大安全隐患，现实迫切需要符合条件的第三方对其违法行为予以有效接管。

（二）第三人完全能够按照政府的要求和接管预案对非法供气的用户实施无缝对接，有效接管。第三人根据《招投标文件》第 12.4 条第（11）款规定及《南宁市××区管道燃气特许经营协议书》第 14.4 条（11）款的约定，第三人负有接管××公司资产的义务，为保障××区用户安全、持续、稳定的用气，南宁××公司就××公司及原告已非法供气用户的接管问题制定了详细、可实施的接驳复供方案，并完成了市政中压管与小区进气主管网碰接的建设，可随时安全、高效地实现接驳复供，保证降低非法经营被查处对居民用户造成的影响，确保用户供气的安全稳定和公用事业的有序运转。

综上所述，原告的诉讼主体不适格，起诉已超过起诉期限，应当依法驳回原告的起诉。第三人与被告签订的《南宁市××区管道特许经营权协议书》合法有效，应当依法予以保护。

以上代理意见，供合议庭评议时参考！

某房地产开发有限公司与某市人民政府、某市自然资源和规划局返还征收补偿款纠纷案再审代理词

——北京市京师（郑州）律师事务所 李振东¹⁶

案情简介：

某房地产开发有限公司诉某市人民政府、某市自然资源和规划局返还征收补偿款一案，原告某某房地产公司一二审均败诉。某某房地产公司不服河南省高级人民法院（2020）豫行终* *号行政判决，于2021年向最高人民法院申请再审，并委托北京市京师（郑州）律师事务所李振东律师代理本案。最高人民法院立案后组成合议庭进行了再审审查，案件经最高人民法院第四巡回法庭听证询问，后经最高人民法院行政庭合议庭审查，经多次听证询问，最终于2024年12月9日作出（2021）最高法行申* *号行政裁定书，认定原审判决错误，应予纠正，裁定由最高人民法院提审本案。

¹⁶ 李振东，北京市京师（郑州）律师事务所执业律师，建设工程与房地产法律事务部主任，郑州市律师协会建筑委员会委员，南阳仲裁委仲裁员、焦作仲裁委仲裁员，南阳建设工程争议调解评审中心专家。李振东律师在房地产、建设工程领域拥有丰富的诉讼和非诉讼法律服务经验，多年来坚持诚信、专业、敬业、高效、严谨、规范的原则，带领团队成功办理了大量房地产及建设工程领域民事、行政疑难复杂案件，深受当事人、办案单位、政府和社会各界的好评。

尊敬的审判长、审判员：

北京市京师（郑州）律师事务所受某地产开发有限公司（以下简称“某公司”）的委托，指派李振东律师担任其与某市人民政府（以下简称某市政府）、某市自然资源和规划局（以下简称某市自规局）返还征收补偿款纠纷一案再审阶段的诉讼代理人。代理人根据本案事实、证据及相关法律规定，并结合本案的审查听证情况，现发表以下代理意见，望合议庭采纳。

总体意见：原审认定事实不清，据以认定事实的主要证据不足，适用法律错误，违反法定程序，符合《行政诉讼法》第 91 条第三、四、五项规定的应当再审情形，请求贵院对再审本案，撤销河南省高级人民法院（2020）豫行终 XXX 号行政判决书及某市中级人民法院（2020）豫 13 行初 XXX 号行政判决，并改判支持申请人的原审全部诉讼请求。

具体代理意见：

一、被申请人作为行政机关对增加的征收补偿款负有法定支付义务，某公司系受被申请人委托才与被征地群众签订案涉调解协议，其法律后果应归属于被申请人承担，原审认定调解协议未对某市政府设定责任和义务是错误的

（一）被申请人是法定征地主体及征地补偿费用法定支付义务承担主体，某公司之所以与被征地群众签订调解协议、代付征地补偿费用系因被申请人主导、授意和委托

根据《土地管理法》第 47、48 条之规定，土地征收是行政机关的权力和职责，支付征地补偿费用和青苗补偿费都是实施土地征收的行政主体应当承担的责任。故本案所诉费用包括增加的征地补偿费和青苗补偿费毫无疑问是行政机关在征地过程中应当向被征地群众支出的费用，该费用的根本性质和法定支付义务主体均是不可改变的，法定支付义务主体理应是行政机关而并非企业。

在本案一审庭审中，被申请人明确承认当时出现村民闹事和起诉以及确实存在被申请人欠付征地款的事实，被申请人还陈述：“这个地已经给老百姓补偿过一次了，后来是老百姓说补偿的价格太低，又请求再次补偿，等于是二次补偿了。”

“按照土地管理法及土地管理法实施条例征收补偿款和青苗补助费应该是由某市人民政府承担的”（见一审卷正卷第 56 页庭审笔录）。因此，被征地群众不享有向某公司主张征地补偿款的请求权基础，某公司本身也并没有处理案涉地块征地补

偿事宜及向被征地群众支付相应征地补偿款的责任和义务，该责任和义务本应由被申请人承担。故某公司与被征地群众达成该调解协议系受被申请人委托，某公司因该调解协议支出的征地补偿费用亦是代被申请人垫付。因此，该调解协议所设定的付款责任和义务本属于被申请人。

（二）本案被申请人在与被征地群众的行政诉讼中败诉是后来形成调解协议的前因及背景，原审法院在分析案情时将调解协议和被申请人败诉这两个事实割裂开来、孤立看待，未查明二者之间的因果关联关系就在此基础上错误地认定事实，符合应当再审的法定情形

根据本案事实，某公司与被征地群众（某市 X 城区枣林办事处白河居委会第三、四组（180 户土地承包户）、第一、七组及某市 X 城区枣林办事处白河居民委员会）签订调解协议的前因及背景，系由于被申请人在（2009）豫法行终字第 XX 号行政案件中败诉，该生效判决主文中确认被申请人的被诉行政行为违法，并明确要求“对涉案的土地使用权某市人民政府应当依法作出进一步处理”。

此外，根据某公司与被申请人的土地出让合同，被申请人本应依约向申请人交付符合开发条件的净地，但由于被申请人未能妥善的处理与被征地群众之间的征地补偿问题，导致被征地群众的不满，引发被征地群众对被申请人提起行政诉讼以及申请人就该地块的开发建设受到阻挠，无法正常开工，被申请人未能按照土地出让合同的约定全面、适当的履行向某公司交付净地的合同义务，构成严重违约。

可见，调解协议签订前，被申请人面临着行政诉讼败诉、出让行为违法、出让合同无效、收回土地使用权、完善征地手续、重新挂牌、退还申请人已经缴纳的土地出让金、承担违约责任、赔偿申请人的经济损失等一系列法律责任。正是在这种背景下，被申请人为了弥补和减少涉诉行政行为违法和被撤销所造成的损失、减轻自身的违约责任，才委托某公司代其与被征地群众达成和解，并积极促成调解协议的签订，试图通过调解解决相关征地和补偿问题，这正是形成调解协议的背景和前因。要想正确、全面的把握本案事实，必须充分考虑各相关事实之间的因果关联关系。

（三）调解协议实际处理的是被申请人当时面临的问题，原审没有查明调解协议中设定的责任和义务与被申请人的关系，仅从调解协议形式上没有直接给被

申请人设定权利义务就认定不能将某公司的签约视为受政府委托，存在严重的事实认定错误

关于调解协议形成的前因，如前所述。关于调解协议形成的过程，从 2009 年 8 月 10 日被申请人在与被征地群众行政诉讼案件败诉开始，到 2010 年年 7 月 22 日被申请人某市政府 49 号办公会议纪要第五条明确授权“同意某公司就 TG2006-02 号地块补偿问题与被征地群众达成的协议，由某公司在原补偿标准基础上增加补偿，被征地群众撤销在省高级人民法院的上诉”，到 2012 年 4 月 22 日被申请人某市政府在某公司与被征地群众签订的调解协议上盖章确认，再到 2012 年 7 月 12 日被申请人在【2012】110 号公文中明确表示“我局同意某公司就 TG2006-02 号地块补偿问题与被征地群众达成的土地补偿协议”可以看出被申请人某市政府对于该调解协议的形成过程、协议内容和最终签订的结果起到了关键的主导作用，被申请人某市政府之所以主导，根本原因正是因为该调解协议涉及的责任和义务实际上正是被申请人自身本应承担的责任和义务。

（四）调解协议条款也明确阐述了协议签订的前因以及与被申请人的内在逻辑关系，其内容中已经明确涉及到被申请人责任和义务

案涉调解协议首部明确表述“甲方与乙方因白河村河下地行政诉讼及赔偿纠纷一案，某市中级人民法院和河南省高级人民法院先后下发了（2008）南行初字第 XX 号行政判决书和（2009）豫法行终字第 XX 号行政判决书。甲方认为，依照最高人民法院（法释【2000】8 号）第 58 条、第 59 条司法解释的相关规定，即使涉案行政行为违法，但撤销该行政行为将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成重大损失的，可不撤销该具体行政行为，应责令被诉行政机关采取相应的补救措施。此外，依照高级人民法院的行政判决书，要求某市人民政府对涉案的土地使用权作出进一步处理。为此，为妥善解决有关涉案土地争议，某市人民政府同意涉案土地仍有甲方开发建设，甲方和乙方就河下地补偿问题，由甲方在原补偿标准基础上增加补偿，通过双方协商达成协议。同时，某市国土资源局配合市政府为妥善解决被征地村组的有关遗留问题”。

上述内容均显示了该调解协议解决的核心问题实际上是被申请人在被诉行政行为被确认违法后如何采取补救措施（对被征地群众增加征地补偿费用）以及如何妥善处理涉案土地使用权的问题，其处理的问题均是被申请人应承担的责任和

义务。对此，被申请人某市政府在协议的右上角加盖了印章，也进一步说明其对此是予以认可的。

由此可见，被申请人某市自然资源和规划局对于该调解协议的达成原因、过程和内容均是明确认可甚至是主导的。以上种种也可以进一步证实，案涉调解协议设定的增加支付征地补偿款的责任和义务实际上归属于被申请人，某公司系在被申请人授意、委托下代被申请人与被征地群众签订了案涉调解协议并代被申请人支付了案涉征地补偿款项，故而某公司有权主张被申请人返还。

二、某公司的原审诉请具有充分、正当的请求权基础，原审认定被申请人相关政府公文中的处理意见系政府预通过政策性优惠就某公司所产生的费用给予补偿，并不对某公司构成返还款项的承诺，据此驳回某公司主张返还征收补偿款的诉讼请求，属于事实认定和法律适用错误

被申请人在 X 政纪〔2010〕49 号办公会议纪要、X 国土资文【2012】110 号文件、X 国土资文【2013】48 号文件、X 国土资文【2016】261 号文件、X 自然资文【2019】176 号文件中明确认可某公司代其垫付征地补偿费用的事实，并多次明确承诺“对某公司额外增加补偿费用和造成的经济损失，由市政府有关部门在容积率、配套费等政策上给予优惠、补偿”、“建议：一、作为征地补偿安置费，建议同意某某公司增加支付的征地补偿安置费 1658 万元、青苗补偿费 24.7676 万元和围墙施工费纳入征地成本予以退还或政策优惠予以补偿”。

由此可见，被申请人在调解协议签订前后，多次明确承诺对某公司的损失以政策性优惠措施进行补偿或纳入征地成本予以退还，但事实上，被申请人并未向某公司兑现其承诺的容积率、配套费等政策优惠，原审一审庭审中，法庭也就此问题向被申请人核实，被申请人亦当庭明确承认其向某公司承诺的相应政策优惠均未实际兑现（详见一审正卷第 58 页）。鉴于某公司已经完成了案涉地块的开发建设工作，被申请人承诺的容积率、配套费等优惠政策既未兑现亦不存在兑现的可能性，故而，只能通过被申请人承诺的“纳入征地成本予以退还”才能弥补某公司的经济损失、实现对某公司的权利救济。因此，原审认定被申请人“预通过”政策优惠等形式对某进行补偿不能视为对某公司返还征收补偿款的承诺，与事实严重不符，且其未充分考虑被申请人承诺的政策优惠等未实际兑现且不存在兑现可能性的情况下某公司的损失如何得到救济得问题。

本案中，某公司代被申请人支付征地补偿款而遭受了巨大经济损失、被申请人存在严重过错（未能依约交付净地、涉诉行政行为被确认违法、承诺的政策优惠未能兑现）、被申请人的过错与某公司之间的损失具有法律上的因果关系，故而，某公司理应对被申请人享有追偿权。

三、某公司与被申请人构成行政委托代理关系，某公司代被申请人签订调解协议的法律后果应归属于被申请人承担，原审认定某公司主张返还征收补偿款缺乏法律依据显属法律适用错误

某公司对被征地群众支付征地补偿款的前提：一是政府败诉并附有处理义务，二是 X 政纪（2010）49 号办公会议纪要，参加人是诉讼双方代表，双方形成委托代理合意；三是政府在调解协议上盖章确认代理结果；四是 2012 年 7 月 12 日作出 X 国土资文【2012】110 号文件同意补偿协议，7 月 30 日某公司申请撤回再审申请。

根据《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第二十七条之规定：“人民法院审理行政协议案件，应当适用行政诉讼法的规定；行政诉讼法没有规定的，参照适用民事诉讼法的规定。人民法院审理行政协议案件，可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定，”本案调解协议解决的问题实际上是被申请人在行政诉讼中败诉后关于土地征收补偿标准重新确定的问题，被申请人作为征收补偿款支付义务人，故该调解协议实际属于行政协议，可以参照适用民事合同的相关规定。

根据《中华人民共和国民法通则》第六十五条之规定：“民事法律行为的委托代理，可以用书面形式，也可以用口头形式。”根据《中华人民共和国合同法》第三十六条之规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。”2010 年 7 月 6 日，受某市委常委、副市长陈某某的委托，市政府副秘书长李某召开会议，会议研究了关于 TG2006—02 号地块有关问题，被申请人在会上明确达成委托合意，授权某公司代为处理与征地群众协调、协商、增加补偿标准等相关事宜，又于 2010 年 7 月 22 日印发某市政府 X 政纪（2010）49 号办公会议纪要予以进一步明确，又在调解协议上加盖某市人民政府的公章予以确认，足以证明某公司与被申请人存在委托代理关系。

根据《中华人民共和国合同法》第四百零二条规定：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”本案中尽管某公司并未与被申请人签订书面的委托代理合同，但是被申请人已在调解协议上加盖公章，被征地群众作为第三人在签订调解协议之时也清楚的知道某公司系代被申请人处理案涉地块的征收补偿事宜，故而该调解协议中设定的增加征收补偿款的支付义务应归属于被申请人承担。在某公司代被申请人实际支付了上述征地补偿费用后，某公司已经履行了被申请人托付的主要义务，被申请人先后多次通过公文对某公司代付征地补偿款事宜予以认可和接受，故而能够认定某公司与被申请人之间的委托合同成立，某公司的原审诉讼请求享有充分的法律依据。

四、被申请人承担返还某公司垫付的征地补偿费用及资金占用费的责任，既是其本应当承担的法定责任，也是其承诺的义务，更是建设法治政府、树立政府诚信、强化政府公信力的必然要求

根据本案事实，被申请人因征地行为违法，引发相应行政诉讼并且在该诉讼中败诉后，为协调解决被申请人在判后面临的一系列问题和应承担的法律责任，在被申请人主导、同意、承诺和委托之下，申请人出面与被征地群众签署调解协议，增加补偿款项，从而解决了被申请人判后面临的困境。该遗留问题本应由被申请人解决完毕后向申请人交付净地，但在某公司代被申请人与被征地群众协调并垫付相应征地补偿费用，且在被申请人此前有会议纪要明确承诺及授权的情况下，被申请人应当遵守诚信原则向申请人返还案涉款项以兑现其承诺。

在本案一审庭前调解和证据交换过程中，法官阐明：“这个费用原告某公司垫付是顾大局的，当时他们摘牌进不去，造成这样的有两个原因，一是政府给的不是净地，某公司进不去，这是政府的责任；二是在批复过程中有问题，让老百姓抓住了。在申诉过程中，某公司是第三人，愿意解决纠纷，某公司先行垫付这么多钱，这1600多万。这个应该是问题解决了，政府征地这些权利都保护了，政府应该及时返还某公司。”（见一审卷正卷第44页）这足以说明，一审法庭当时已经清楚地认识到本案的真实情况了，对于申请人替被申请人垫付案涉款项的事实和该款项应当返还给申请人都有了基本正确的认知和判断。

申请人主张的资金占用费是申请人代被申请人垫付相应补偿款项后迟迟得不到被申请人返还所遭受的损失，被申请人自然应当赔偿申请人主张被申请人按照同期同类银行贷款利率和同业拆借中心公布的贷款市场报价利率支付资金占用费符合法律规定，即便如此，实际上也不足以弥补申请人的全部损失，但该请求有充分的事实和法律依据，理应得到支持。

守信践诺是建设法治政府、诚信政府的必然要求，也是强化政府公信力、优化营商环境的必然要求。根据《优化营商环境条例》（国务院令 第 722 号）第三十一条之规定：“地方各级人民政府及其有关部门应当履行向市场主体依法作出的政策承诺以及依法订立的各类合同，不得以行政区划调整、政府换届、机构或者职能调整以及相关责任人更替等为由违约毁约。因国家利益、社会公共利益需要改变政策承诺、合同约定的，应当依照法定权限和程序进行，并依法对市场主体因此受到的损失予以补偿。根据《河南省优化营商环境条例》第二十五条之规定：“各级人民政府及有关部门应当保持政策的连续性和稳定性，履行与市场主体依法签订的合同，兑现以会议纪要、批复、文件等书面形式承诺的优惠条件，不得以政府换届、相关责任人调整或者当地政府政策调整等为由不履行、不兑现，或者延迟履行、延迟兑现。因各级人民政府及有关部门责任导致依法签订的合同不履行、不完全履行、延迟履行，承诺的优惠条件不兑现、延迟兑现，给市场主体造成损失的，应当予以赔偿。”

某公司之所以同意与代被申请人与被征地群众达成调解协议、代被申请支付数千万元的征地补偿款，系基于对被申请人政府公信力的信赖，但被申请人未能信守承诺，未能兑现向某公司作出的政策优惠承诺，使得某公司遭受了巨大的经济损失，某公司有权要求被申请人补偿、赔偿，某公司的原审诉请于法于理均应当得到支持。

申请人在被申请人授意下代被申请人垫付了案涉补偿款项后，经申请人多次申请返还，亦经被申请人某市自然资源和规划局多次呈报请示返还，但被申请人某市人民政府对于返还时间及返还方式迟迟没有明确具体的处理意见，至今不予返还，这不符合党中央、国务院关于建设法治政府、诚信政府的要求，必然导致申请人及社会公众对行政机关公信力的怀疑。在本案一审庭前调解及证据交换笔录（一审卷宗正卷第 43 页）中，被申请人某市自然资源和规划局陈述：“时间比

较长，市里也同意给钱，但是记不清多少钱了，想着通过诉讼来解决。”这足以说明被申请人对应当返还案涉补偿款项是明确认可的。

在某公司按照调解协议约定向被征地群众支付完毕相应款项后，被申请人并未向某公司兑现其承诺优惠政策，被申请人对此也已经认可。因此，关于被申请人对某公司优惠政策和补偿的承诺，只能通过返还垫付款和补偿损失的方式来兑现，对于某公司因被申请人违反诚信原则而遭受的实际损失及信赖利益损失，也只能通过向被申请人主张返还代其垫付的征地补偿款的方式得到救济。

本案既然申请人诉诸法院请求司法裁判，司法机关应当承担起应有的担当，全面客观地审查案件事实，尊重事实，尊重证据，尊重历史，正确适用法律，做出公平公正、合法合理的裁判。

五、二审法院未经开庭审理，未查清案件事实便径行作出判决，违反法律规定的程序，妨碍了某公司行使诉讼权利，影响本案公正审判

本案一审判决作出后，某依法提起上诉，河南省高级人民法院受理后，申请人二审另行委托的诉讼代理人于2020年12月3日、12月11日、12月13日多次电话联系承办法官，表明代理人身份并请求递交诉讼代理人委托代理手续和案件新证据材料及代理意见，法官告知先不用递交，待开庭时再提交。但是，河南省高级法院既没有联系申请人或代理人进行调查询问，也未通知申请人某公司，也不接收代理人要求提交的材料，也未告知申请人或代理人不予开庭的决定，未经开庭审理，便径行于2020年12月15日作出二审判决。

根据《行政诉讼法》第八十六条之规定：“人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以不开庭审理。”由此可见，行政诉讼案件二审开庭审理应是常态，不开庭审理的径行判决只是特殊情形下的“非常态”。对照法律规定的可以不开庭审理的特殊条件，再结合本案事实分析，明显可以看到，本案不属于可以不开庭审理的特殊情形。

第一，不开庭审理必须经过阅卷、调查和询问当事人，这是二审审理案件的基本工作，也是对于确定是否存在新的事实、证据或者理由的前提。本案二审合议庭并没有对申请人某公司进行任何形式的调查和询问，尤其是在申请人新委托了二审诉讼代理人并且代理人已经联系到承办法官的情况下，拒绝接收二审代理

手续及相应的证据材料、代理意见，也没有向代理人进行任何形式的调查和询问，没有征求二审诉讼代理人的意见，直接作出二审判决，明显违反了上述法律规定。

第二，不开庭审理必须建立在没有新的事实、证据或者理由的基础上。实际上，申请人在递交的书面上诉状中，已经明确提出一审认定事实不清，并且申请人已经着手调取新的证据（至少包括与本案有关的（2012）豫法行申字第 XXX 号再审案卷宗材料）。同时，因一审适用法律不当，二审代理人将根据新调取的证据提出新的上诉理由和代理意见。申请人在二审中准备调取、提交的新证据和新的事实理由对于查明案件事实和正确适用法律至关重要，对于支持申请人上诉请求至关重要。但是，二审合议庭不经调查和询问当事人，对诉讼代理人的请求置之不理，草率书面审理，径行作出判决，限制了申请人某公司就新的事实、证据和理由进行阐述、说明和辩论的权利，直接妨碍了申请人诉讼权利的行使，因此，二审程序严重违法，也直接导致了实体上认定事实的错误。

第三，在不符合上述不开庭审理的条件情况下，二审案件均应当开庭审理。对于申请人某公司代理人已经提出新的意见和请求的情况下，二审合议庭认为不需要开庭审理，并拒绝接受代理手续、书面材料和新证据，明显缺乏依据，明显违反法律规定

此外，根据《行政诉讼法》第八十七条之规定：“人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的判决、裁定和被诉行政行为进行全面审查。”可见无论是否开庭审理，二审法院均应对一审法院的判决、裁定及被诉行政行为进行全面审查。同时，根据《最高法印发《关于加强人民法院审判公开工作的若干意见》的通知》第 13 条之规定：“民事、行政二审案件不开庭审理的，人民法院应当全面审查案卷，充分听取当事人意见，核实证据，查清事实。”因此，根据上述法律规定并结合本案原审审判实际情况，二审法院不经过开庭审理和全面审查便径行作出判决，明显违反法定程序，严重影响了公正审判。

综上，原审判决认定事实错误，适用法律不当，程序严重违法，判决结果显失公正。根据《行政诉讼法》第九十一条第三、四、五项之规定，申请人的再审申请符合法律规定的应当再审情形，请求贵院对再审本案，撤销原审判决并改判支持再审申请人的原审各项诉讼请求。

A 房地产开发有限公司诉某市政府解除行政协议纠纷 一案二审代理词

——河南千知鼎律师事务所 侯景艺¹⁷

案情简介：

A 开发公司在 2018 年 5 月 15 日，与某市人民政府签署《项目投资框架协议》，随后 A 开发公司向某市人民政府预先支付了征地补偿款、补充耕地指标费、占用林地及林木补偿费等约 1.1869 亿元。2019 年 12 月 2 日，双方正式签署《某旅游度假区项目投资协议》。A 开发公司已预先支付前期垫资款约 1.1869 亿元，但项目进展缓慢，疫情之后，A 开发公司决定不再投资，并希望某市政府退还前期垫资款约 1.1869 亿元，但某市政府坚持履行合同。

A 开发公司咨询本律师之后，本律师认为本协议因政府违约，已达到法定解除权的条件，可以诉请解除协议且不承担违约责任。同时鉴于本案涉及政府土地开发，本案既可以通过民事诉讼，也可以通过行政诉讼（行政协议纠纷）解决。行政诉讼加重了被告某市政府的举证责任，节省了巨额的诉讼费（节省一百余万的诉讼费），并避免属地保护，本律师建议 A 开发公司通过行政诉讼解决本案。本律师代理 A 开发有限公司以行政诉讼的路径起诉某市政府解除行政协议纠纷，要求解除 A 开发有限公司与某市政府的投资协议，退还 A 开发有限公司已支付的 1.1869 亿元及利息。本案历经一审、二审均支持了 A 公司的诉请，解除了 A 开发与某市政府的投资协议，退还 A 开发公司已支付的 1.1869 亿元并支付利息。

¹⁷ 侯景艺律师，河南千知鼎律师事务所高级合伙人，自执业以来，致力于多元争议解决，成功处理了数起单个标的额均在一亿元以上的案件。担任的社会职务有郑州市金水区律工委执委、郑州市金水区法律援助中心值班律师、河南省法学会非公经济法治研究会理事、郑东新区认罪认罚见证律师郑东新区调解委员会调解员。

尊敬的审判长、审判员：

河南千知鼎律师事务所接受被上诉人 A 开发公司的委托，指派侯景艺律师担任其与某市政府解除行政协议纠纷一案二审的诉讼代理人参加诉讼。现结合本案二审庭审情况及证据材料，针对本案争议焦点，代理人发表如下代理意见，恳请法庭采纳。

一、二审当中上诉人某市政府声称已做好了后续土地供应的计划，与实际不符，协议签订 5 年来，上诉人某市政府至今没有履行案涉项目已报批土地的征地工作及后续土地的报批义务

案涉项目自双方洽谈开始、签署框架协议、签署正式投资合作协议至今已长达 5 年之久，因上诉人的各种拖延行为使得被上诉人背负了极大的资金沉淀成本的压力，上诉人若真有所谓的后续土地供应计划为何迟迟未曾向被上诉人告知？为何一审庭审时不向一审法院告知？直至本案一审判决时，上诉人也从未表示有所谓的后续土地供应计划，上诉人在本案二审庭审中所声称的后续土地供应计划完全是为了提起上诉、拖延退款、拖延本案判决生效的不符合实际的虚假理由！退一万步说，即便上诉人在本案二审庭审后拿出一个新做的所谓的“后续土地供应计划”，那没有任何意义，土地开发建设的第一环节土地组卷报批是需要省人民政府批复的，就算上诉人拿出所谓后续土地供应计划但没有经省人民政府批复同意，该计划没有任何效力。

若都像上诉人一样，被上诉人也能声称后续有 10 个亿、100 个亿的乃至更多的案涉项目全部 7000 余亩土地资金供应计划，被上诉能作出 10 个、100 个不同的资金供应计划，但没有更进一步的付款行为等的辅助配套证明谁又能够相信资金供应计划能够真正实现呢，同理，上诉人在二审庭审中声称所谓的后续土地供应计划的说法完全经不起推敲。

此外，关于二审当中上诉人提出的三份证据并非新证据，被上诉人也完全不予认可。

其证据一的一系列所谓照片并非一审判决后新形成的，且也非证据原件，均是复印件，被上诉人也不认可其真实性，关于案涉项目的现状目前仍处于正常村庄的生活状态，被上诉人已在一审中提交了大量照片、视频进行证明（第五组证据的证据 13、14），且上诉人已在一审中对被上诉人提交的案涉项目现状照片、视频的 evidences 的真实性予以认可，该证据经一审法院认可。

证据引用：被上诉人第五组证据的证据 13、14



上诉人证据二、三两份民事判决书的判决时间远远早于被上诉人起诉本案之前，且上诉人在一审庭审中已就该两份判决涉及的案件作为被告的抗辩理由进行了说明，可知上诉人在一审庭审时已知悉该二案的判决，请二审法院详看一审庭审笔录。退一万步来说，即便二审中上诉人的证据二、三被认定为新证据，该两份证据不也恰恰说明了被上诉人为了拟开发建设案涉项目做出了前提工作准备并承担了额外的建设成本吗？不正说明了被上诉人为了拟开发建设案涉项目做出了积极的履约行为吗？

二、值得说明的是，上诉人也已无实际履行本协议的意思表示了，案涉项目从框架协议、上诉人垫资到双方签订案涉投资合作协议至今已达七年之久，案涉项目未有寸土之功。且自本案一审立案起，上诉人与被上诉人调解的主要事项也是如何退款、退多少款的事情，从没谈过继续履行案涉协议的事情

在一审法院的主持下，双方曾多次协商解决此事。上诉人自己及委托镇政府都向被上诉人表示因政府资金紧张，不能一次性退还全部费用，愿意分期退款，会尽快制作出退款方案，被上诉人也多次表示理解，并希望上诉人尽快拿出退款方案并实际退还大部分款项。一审庭审后至一审判决前，一审法院、被上诉人多次催促上诉人尽快拿出退款方案并退还部分款项，但是此后上诉人以各种理由推脱，迟迟没有拿出退款方案，直至一审法院作出一审判决。

通过本案一审、二审庭审也查明，被上诉人缴纳的征地补偿预存款 3550 万元仍在账上，5000 万建设保证金没动，3000 万占补平衡费***市政府使用了 2308 万购买了指标。因此，被上诉人向上诉人支付的款项中尚有 9000 多万资金在上诉人

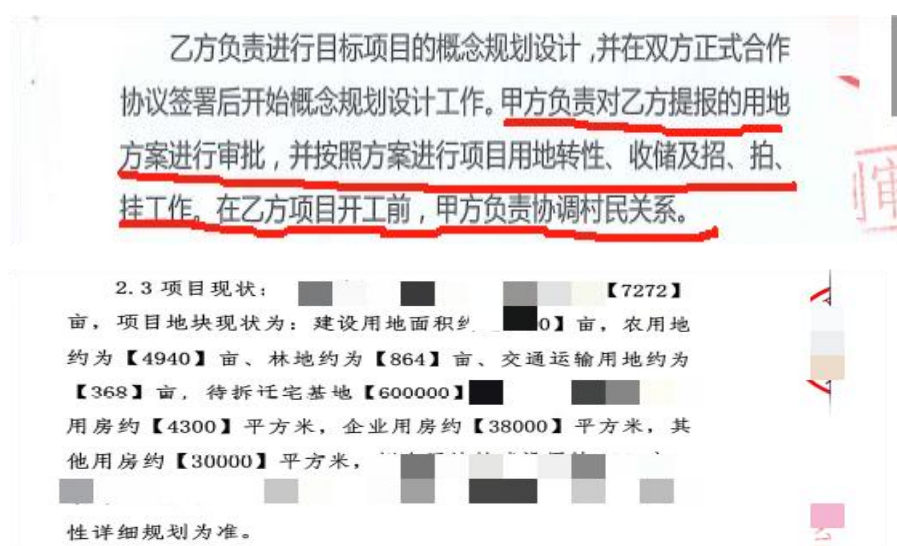
指定账户中未动，这一方面与上诉人庭审中说钱不够用，需要继续交钱的说法不攻自破。另一方面与上诉人在一审中说资金紧张、无法一次性退款的事实也相矛盾。

诚实守信原则是行政法的基本原则之一，但是上诉人在庭审上就关键问题语焉不详，就双方履约问题前后矛盾，无疑上诉人的当庭表述是不真实的，有违行政法的诚实守信的行政法基本原则，不利于政府的权威构建，恳请法院发挥司法审判的教育指导职能，推动上诉人法治政府的构建，树立政府权威，从而达到诉源治理的效果。

三、因上诉人迟延履行投资合作协议的各项义务长达五年之久，导致案涉项目长时间无法落地，案涉投资合作协议的目的已经无法实现，应当依法解除

（一）2018 年双方就案涉项目已经开始合作，且双方在项目投资合作协议中明确约定案涉项目整体规划用地约 7272 亩。且投资合作协议确认被上诉人已向 XM 市政府缴纳项目建设保证金、征地补偿预存款、占补平衡费、林地迁移费用等共计 11869 万元。但是上诉人并未根据双方签订的框架协议第二条的约定以及项目投资合作协议第二条 2.3 第二款及第六条 6.2、6.3 的约定就该七千余亩土地进行项目用地转性、收储（拆迁安置补偿等）及招、拍、挂等工作。

证据引用：



（二）案涉项目规划用地 7272 亩，上诉人在 2019 年仅就其中的 128 亩土地完成了组卷报批义务，剩余的六千余亩土地，至今没有进行任何组卷报批。被上诉人通过政府行政信息公开，从河南省资源管理厅获悉，上诉人在 2019 年仅就白

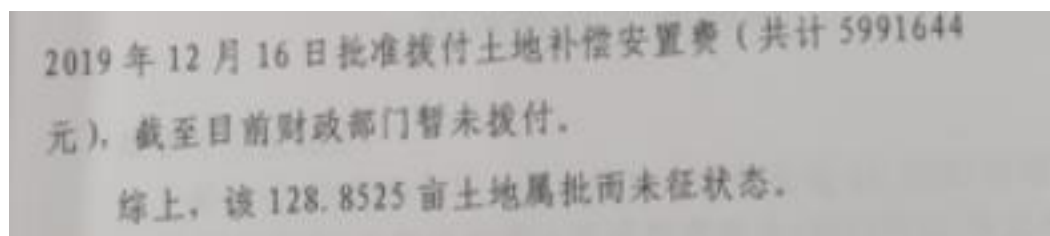
寨镇报批了 128 亩土地后，对于剩余的土地没有再进行过任何组卷报批工作（详见附件河南省自然资源厅政府信息公开），迟延履行至今。

证据引用：



（三）对于 2019 年省政府批准的 128 亩土地，上诉人在 RYL 公司支付的土地征地预存款资金充足的情况下，至今没有进行征地，更不用说进行后续的土地收储及招拍挂等工作。上诉人的下属机构 XM 市土地收储中心明确该 128 亩土地批而未征（见一审当中证据 XM 市土地收储中心于 2023 年出具的《情况说明》）。没有征地的原因之一是已于 2019 年被批准应当支付的征地补偿费用 500 余万元，XM 市财政局至今没有拨付。故该 128 亩已经组卷报批过的土地，上诉人至今也没有进行征地程序（拆迁安置工作），上诉人更没有进行土地平整、收储及招拍挂工作，导致该 128 亩土地从 2019 年被省政府批准后至今，RYL 公司都无法开发建设。

证据引用：



上诉人与被上诉人自 2018 年协商拟开展案涉项目的土地开发，规划面积七千余亩土地，建设用地面积不少于两千余亩，被上诉人 RYL 公司除向上诉人支付了 1 个多亿的现金支出外，就拟开发案涉项目已经前期投入了几千万元的开发建设成本，但是至今被上诉人未能获得哪怕一亩的开发土地。且因上诉人的迟延履行，



将项目拖延至今无法履行，且当下房地产经济下行，各项资金及建设指标收紧，现客观上已经无法继续履行本协议。

四、案涉项目的规划条件远远低于双方投资合作协议约定的标准，上诉人已经无法提供满足投资协议相关案涉土地规划条件的合同义务。一审当中上诉人 XM 市政府举出的证据 14 中 “受整体规划的限制” 的表述也自认了其已无法按照投资合作协议提供约定的土地

（一）根据双方项目投资合作协议第二条 2.4、2.5 “约定规划编制应满足：项目规划总用地面积约 7272 亩，其中居住及商业商务用地不少于 2000 亩。本项目规划的商住地容积率在 1.0-3.5 之间，建筑密度 35%-50%左右，建筑高度不高于 150 米”。

证据引用：……

（二）***市自然资源与规划局于 2021 年 10 月份发布某市城乡总体规划（2018-2035），第 27 条 “重点发展城镇控制” P15、P16 某镇区规划远期城镇人口为 3 万人，建设用地规模为 4 平方公里，即 6 千亩；而案涉投资规划总用地面积为 7272 亩，商住用地不少于 2000 亩；某镇某村规划建设用地 106.65 公顷，约等于 1590 亩；某镇某村规划村域建设用地 117.14 公顷，约等于 1755 亩；某镇某村村域建设用地 98.15 公顷，约等于 1470 亩；上述规划用地，除某村外的白寨镇其他村用地共计已不少于 6815 亩。而根据某市城乡总体规划（2018-2035）的规划要求，案涉协议关于某镇村规划用地面积的约定已无法实现。

证据引用：

4、 区

真区在现状城镇建成区基础上适度扩展，完善城镇功能和空间形态。结合良好生态基础以及现有的产业基础，发展低污染低能耗工业，成为副食品生产和旅游服务为主的示范中心镇。规划远期城镇人口为3万人，建设用地规模为4平方公里。

结合上述约定的开发规划条件与实际的规划条件可知，案涉项目的规划条件远远低于双方投资合作协议约定的标准。上诉人客观上已经无法提供满足投资合作协议相关案涉土地规划条件的义务，上诉人已构成根本违约，并导致被上诉人签订案涉协议的合同目的无法实现，已符合法律规定的解除条件。

双方订立案涉项目合作协议的目的是为了尽快开发利用涉案土地，涉及的是土地高效、合规合理利用的土地管理国家利益和土地开发单位的合法利益，但因上诉人***市政府的过错明显无法实现，让双方继续囿于一份合同目的已无法实现的协议关系中，已不符合国家利益和拟开发建设单位，即被上诉人 RYL 公司的合法利益。相反，确认涉案协议的解除效力，使协议当事人重归协议签署之前的原点，避免土地资源的继续闲置浪费，才更符合土地管理的国家利益和原拟开发建设单位的利益。

五、上述一至四项均可以证明因上诉人违约，导致双方案涉协议订立的目的已经无法达成，被上诉人解除案涉协议具有法律依据

（一）《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第十七条：“原告请求解除行政协议，人民法院认为符合约定或者法定解除情形且不损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益的，可以判决解除该协议。人民法院审理行政协议案件，可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定。”

（二）《中华人民共和国民法典》第五百六十三条规定：有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（上诉人至今都没有履行征地义务，经我方多次催告发函后，其仍未履行征地义务，故被上诉人有权解除案涉协议）；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的（上诉人迟至今日仍没有履行征地义务，导致案涉地块至今无法开发，其迟延履行案涉协议义务的行为，已经导致本

合同目的不能实现)。

六、案涉协议鉴于部分明确载明被上诉人已向上诉人缴纳各项费用共计 11869 万元，案涉协议解除后，上诉人根据投资合作协议约定及法律规定，应当退还被上诉人为本项目支出的全部费用并支付相应资金利息

(一) 一审双方提交的证据结合案涉协议可以证明，就案涉土地的合作开发工作，被上诉人向上诉人指定的账户缴纳了项目建设保证金、征地补偿预存款、占补平衡费、林地迁移费用等共计 11869.1295 万元。上诉人称部分费用未支付给上诉人账户故不应退还与事实不符，实际上部分费用是被上诉人根据上诉人的指示进行支付的，上诉人在投资合作协议鉴于部分中也予以书面认可。

证据引用：案涉协议鉴于部分“乙方已向甲方缴纳项目建设保证金、征地补偿预存款、占补平衡费、林地迁移费用等共计 11869 万元。”

(二) 案涉项目中 3000 万占补平衡费***市政府使用了 2308 万购买了指标，但该指标***市政府在案涉地块乃至***市范围内的其他地块仍可以使用，又可以与其他政府单位进行置换指标、现金等，完全不会造成浪费。被上诉人使用上诉人支付的费用享受到相应的指标利益，在解除项目投资协议的情况下，上诉人享有的指标利益并没有丧失，故上诉人必然要退还该 3000 万占补平衡费，上诉人不可能既享受相应的指标利益，又不退还被上诉人为上诉人购买该指标支付的 3000 万元。同时占用林地及林木补偿费 319 万余元是被上诉人为上诉人的土地整理支出的必要费用，上诉人已经实际享有该占用林地及林木补偿对应的权利，且上诉人在后续开发中也不会再重复支出该笔费用，被上诉人无法享有该上述权利，故上诉人理应将上述指标及权利的费用退还给上诉人。

(三) 根据项目投资合作协议第三条 3.7、3.8 (垫付的土地整理资金：包括但不限于项目建设保证金、拆迁补偿金等) 以及第五条的约定，被上诉人支付的 11869.1295 万元实际上是上诉人作为土地整理主体应当支出的土地整理费用，上诉人是案涉土地整理费用的法定支出主体，被上诉人的上述费用是代上诉人垫付土地整理资金，故被上诉人退出案涉项目后，其相应资金理应全部退还给被上诉人。

(四) 双方项目投资合作协议第三条 3.8 约定“若因甲方原因，乙方没有成功摘牌，甲方应在项目地块竞买结束后 60 日内一次性将其前期所垫付的土地整理资金 (包括但不限于项目建设保证金、拆迁补偿金等) 支付至乙方指定账户

（并按中国人民银行公布的同期贷款利率支付占用期间的利息，计算周期自上述资金实际到账之日起至实际返还之日止）。”

举轻以明重，上诉人自始就没有履行供地义务，造成该地款根本无法达到竞拍条件，无法履行案涉项目合作协议的违约责任应更有重于前者，故更应适用本条约定，上诉人不但应当退还全部款项，还应该向被上诉人支付资金占用利息（按中国人民银行公布的同期贷款利率，计算周期自上述资金实际到账之日起至实际返还之日止）。

法律依据：

《中华人民共和国民法典》第五百六十六条：“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。”

综上，一审法院认定事实清楚，适用法律正确，应当予以维持，恳请二审法院维护被上诉人的合法权益，尽快判决。

民 商 类

杭州 ZB 服饰有限公司和崔某某诉卢某损害公司利益责任纠纷一案代理词

——河南正臻律师事务所 李永强¹⁸ 李晓明¹⁹

案情简介：

原告杭州 ZB 服饰有限公司成立于 2022 年 11 月 29 日，原告崔某某和被告卢某均为杭州 ZB 服饰有限公司股东。其中，原告崔某某任杭州 ZB 服饰有限公司的执行董事兼经理，被告卢某任杭州 ZB 服饰有限公司的监事。2023 年 10 月起，被告卢某因与原告崔某某合作理念不同产生纠纷，被告卢某未经任何法定程序在 2023 年 11 月 1 晚至 2023 年 11 月 2 日凌晨前往原告杭州 ZB 服饰有限公司位于浙江省湖州市吴兴区织里镇富康路 1188 号 5 幢 3 楼东仓库砸锁破门私自拉走原告杭州 ZB 服饰有限公司的全部库存货物，并自行在原告杭州 ZB 服饰有限公司的“易金晶”销售系统中将上述库存货物以吊牌价*0.05 的价格销售给被告卢某本人，给二原告造成巨大经济损失。在原告崔某某多次向卢某发函要求尽快返还货物无果的情况下，二原告依法以股东损害公司利益责任纠纷为由向公司的住所地杭州市临平区人民法院提起诉讼，请求判令被告卢某赔偿二原告货物损失 10119094 元及资金占用利息，利息以 10119094 元为基数，自 2023 年 11 月 2 日起按照全国银行间同业拆借中心公布一年期贷款市场报价利率的 1.5 倍计算至二原告的以上损失全部清偿完毕之日止。经过我方代理后，法院最终判决原告杭州 ZB 服饰有限公司，并支持被告卢某赔偿原告杭州 ZB 服饰有限公司损失 3603754.8 元。

18 李永强，毕业于郑州大学，法律硕士，河南正臻律师事务所合伙人、专职律师，三级律师，濮阳仲裁委员会仲裁员。

19 李晓明，毕业于河南警察学院，法学本科，河南正臻律师事务所专职律师。

尊敬的合议庭成员：

河南正臻律师事务所依法接受原告杭州 ZB 服饰有限公司和崔某某的委托，指派李永强和李晓明律师作为其与被告卢某损害公司利益责任纠纷一案中的代理人，参与本案一审诉讼活动。本案经过法庭调查和原、被告双方举证、质证，案件事实已经清楚，现代理人依据案件事实及相关法律规定，发表代理意见如下：

一、本案为股东损害公司利益责任纠纷，杭州 ZB 服饰有限公司作为原告提起本案诉讼主体适格

庭审中，卢某认为杭州 ZB 服饰有限公司的公章为自行刻制，以杭州 ZB 服饰有限公司名义起诉存在瑕疵，代理人认为，卢某的上述抗辩理由明显不能成立，具体理由如下：

首先，《中华人民共和国民事诉讼法》第五十一条规定，公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。就本案而言，崔某某作为杭州 ZB 服饰有限公司的法定代表人，本身就有权代表杭州 ZB 服饰有限公司进行相应的诉讼活动，即使杭州 ZB 服饰有限公司没有刻制公章，也不影响崔某某代表杭州 ZB 服饰有限公司提起本案诉讼。

其次，杭州 ZB 服饰有限公司起诉时使用的公章是经登报公告、向公安机关申请、备案等合法程序刻制，该公章为杭州 ZB 服饰有限公司现行有效公章，杭州 ZB 服饰有限公司有权使用该公章对外办理业务，包括办理与本案诉讼有关的业务。

最后，杭州 ZB 服饰有限公司在贵院受理的卢某诉杭州 ZB 服饰有限公司股东知情权纠纷案件【案号：（2024）浙 0113 民初 XXXX 号】中提交的委托书等材料上加盖的公章和本案加盖的公章为同一枚印章，卢某在 2024 年 6 月 11 日上午该案件庭前会议中对杭州 ZB 服饰有限公司委托代理人的出庭资格等并未提出任何异议。同时，本案庭审中，卢某对杭州 ZB 服饰有限公司委托代理人的出庭资格亦无异议。因此，杭州 ZB 服饰有限公司作为原告起诉主体适格。

二、退一步说，即使杭州 ZB 服饰有限公司作为原告起诉存在瑕疵，崔某某作为占股 50%的股东，同样有权为了杭州 ZB 服饰有限公司的利益，以自己的名义直接向贵院提起诉讼

《中华人民共和国公司法》（2018 修正）第一百五十一条规定，董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以

书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。就本案而言，卢某为杭州 ZB 服饰有限公司的监事，明显存在《中华人民共和国公司法》（2018 修正）第一百四十九条规定的情形。崔某某作为杭州 ZB 服饰有限公司持股 50% 的股东，在作为公司监事的卢某存在《中华人民共和国公司法》（2018 修正）第一百四十九条规定的情形时，依法有权请求杭州 ZB 服饰有限公司的执行董事向人民法院提起诉讼，而崔某某本人就是杭州 ZB 服饰有限公司的执行董事。不仅如此，杭州 ZB 服饰有限公司经营着服装、服饰的批发和零售业务，11 月份正是冬季服装销售的关键时期，但是公司生产的冬季服装却被卢某私下砸门撬锁于 2023 年 11 月 2 日凌晨全部拉走，该情形也符合情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的情形。根据以上法律规定，即使杭州 ZB 服饰有限公司存在卢某所述的因公章等原因无法提起诉讼的情况下，崔某某本人也依法有权以自己的名义向人民法院提起诉讼。因此，无论是以杭州 ZB 服饰有限公司还是以原告崔某某名义提起本案诉讼均符合法律规定，杭州 ZB 服饰有限公司和崔某某作为原告起诉均具有相应的权利。

三、卢某未经杭州 ZB 服饰有限公司和崔某某同意，强行拉走杭州 ZB 服饰有限公司仓库内的全部库存货物，损害杭州 ZB 服饰有限公司利益的事实清楚，法律依据充分

（一）卢某作为杭州 ZB 服饰有限公司的监事，对杭州 ZB 服饰有限公司负有忠实义务，依法不得侵占杭州 ZB 服饰有限公司的财产

《中华人民共和国公司法》（2018 年修正）第一百四十七条规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。《中华人民共和国公司法》（2023 年修正）第一百八十一条第一款亦规定，董事、监事、高级管理人员不得有下列行为：（一）侵占公司财产，

挪用公司资金。根据上述法律规定，卢某作为杭州 ZB 服饰有限公司的监事，对杭州 ZB 服饰有限公司负有忠实义务，依法不得侵占杭州 ZB 服饰有限公司的财产。

（二）卢某无任何证据证明其拉走杭州 ZB 服饰有限公司仓库内的全部库存货物取得了杭州 ZB 服饰有限公司和崔某某同意，其侵占杭州 ZB 服饰有限公司财产的事实清楚

二原告提交的证据 3，即湖州市某区某镇某路某号某幢某楼东仓库 2023 年 11 月 1 日晚至 2023 年 11 月 2 日凌晨的监控视频，足以证明卢某在 2023 年 11 月 2 日凌晨 0 点 39 分左右使用电钻等工具将仓库门锁强行破坏进入仓库和同日凌晨 1 点 11 分左右起带领多人进入仓库将仓库内服装货物全部拉走的事实。庭审中，卢某辩称因仓库房租到期，崔某某承诺让其把货物拉走，卢某才带人将仓库货物全部拉走，卢某的该辩解理由显然不能成立，且明显有悖常理。具体理由如下：

首先，2023 年 10 月 21 日，卢某和崔某某的聊天记录仅仅证明了崔某某告知卢某近几日前往公司将所有物品包括货物、设备、生产资料进行盘点，盘点后根据实际情况进行分配，分配后属于各自的各自拉走，并且卢某在聊天记录中也回复等律师来了进行会谈，会谈之后再说。上述聊天内容足以证明卢某和崔某某当时并未就货物分配及拉货等事宜达成一致意见，崔某某聊天的内容更不构成同意卢某将仓库货物全部拉走的承诺。

其次，根据二原告提交的证据 3 湖州市某区某镇某路某号某幢某楼东仓库 2023 年 11 月 1 日晚至 2023 年 11 月 2 日凌晨的监控视频显示，卢某等人进入仓库搬货前，公司仓库货物整齐摆放，并且数量巨大。卢某带领七八个人从 2023 年 11 月 2 日凌晨 0 点 38 分开始，打包拉走货物的时间持续近 4 个小时，如此数量巨大的货物，继续储存在原仓库显然最符合经济效益。将仓库所有货物从湖州拉往温州 400 余公里，单运费花费就不低于 9000 元，加之仓储成本，费用更高，而织里仓库每月的仓储费用仅 8000 多元，卢某辩称将所有库存货物打包拉往温州另行找寻仓库进行储存是为了减少开支，明显有悖常理。

最后，卢某于 2023 年 11 月 2 日凌晨 0 点 38 分左右通过使用电钻等工具强行砸锁破门进入案涉仓库，其进入仓库的方式和带领七八人拉货的时间点足以证明卢某拉走杭州 ZB 服饰有限公司货物的行为并未得到杭州 ZB 服饰有限公司和股东崔某某的同意，否则也不会出现在仓库货物丢失后，杭州 ZB 服饰有限公司工作人员当即进行报警的情况。

综上所述，卢某无任何证据证明其拉走杭州 ZB 服饰有限公司仓库内的全部库存货物取得了杭州 ZB 服饰有限公司和崔某某同意，其侵占杭州 ZB 服饰有限公司财产的事实清楚。

（三）卢某拉走的货物为季节性商品，且卢某经过崔某某多次催告后仍不予返还，卢某现在再返还原货物已经无法弥补杭州 ZB 服饰有限公司的损失，依法应当折价赔偿杭州 ZB 服饰有限公司的损失

卢某砸锁破门私自拉走杭州 ZB 服饰有限公司全部库存货物后，崔某某遂于 2023 年 12 月 4 日向卢某发送《终止合作通知函》，限卢某收到函后三个工作日内将盗走的双方合作期间位于湖州市某区某镇某路某号某幢某楼东仓库内的全部库存货物返给至原仓库，或者按照“易 J 晶”系统显示的全部货物的吊牌价赔偿损失。卢某于 2023 年 12 月 6 日收到崔某某发送的《终止合作通知函》后，并未按时返还上述任何货物，崔某某于 2023 年 12 月 15 日再次向卢某发函，限卢某尽快返还杭州 ZB 服饰有限公司全部货物或者按照“易 J 晶”系统显示的全部货物的吊牌价赔偿杭州 ZB 服饰有限公司损失，卢某收到函后，亦未按时返还上述任何货物。鉴于卢某拉走的货物为季节性商品，且卢某经过多次催告后仍不予返还，卢某现在再返还原货物已经无法弥补杭州 ZB 服饰有限公司的损失，故卢某依法应当折价赔偿杭州 ZB 服饰有限公司的损失。

四、杭州 ZB 服饰有限公司依据公司“易 J 晶”系统载明的货物库存数量以及货物吊牌价计算卢某给杭州 ZB 服饰有限公司造成的损失，合理合法，应予支持

首先，通常而言，任何公司付费使用库存管理软件系统记录数据一定是为了系统数据的准确、直观和便捷。对于本案而言，杭州 ZB 服饰有限公司使用“易 J 晶”系统就是方便公司各岗位员工依据相应的权限可以随时查看库存数据、销售单据、销量等准确信息，以便进行发货、结算、补货等行为。二原告没有任何理由和动机去伪造数据，或者故意造成数据的错误导致后续发货、结算、补货出现问题，二原告提交的证据 9 和证据 10 足以证明，截至 2023 年 11 月 1 日 22:00 时，杭州 ZB 服饰有限公司的库存件数合计为 27363 件，吊牌价合计金额为 10119094 元。卢某辩称其仅拉走了 1 万余件货物，不仅和二原告提交的证据 11 载明的卢某自行开单的货物数量就高达 23413 件的记载相悖，而且也未提供充足的证据予以证明。众所周知，如果卢某拉走的货物仅 1 万余件，其只会在系统自行开单的数

额低于或者等于 1 万余件，而不可能将自行开单的数额确定为 23413 件。同时，即使“易 J 晶”系统库存数据和仓库库存的数据存在差距，也不至于相差 1 万余件，若真如此，则杭州 ZB 服饰有限公司付费使用“易 J 晶”系统就毫无意义。因此，杭州 ZB 服饰有限公司使用的“易 J 晶”系统显示的截至 2023 年 11 月 1 日 22:00 时杭州 ZB 服饰有限公司的库存件数合计为 27363 件，吊牌价合计金额为 10119094 元的数据，可以作为确定卢某拉走货物数量 and 价值的定案依据。

其次，根据证人姜家文的庭审陈述，其作为生产助理监督货物的入库，在仓库管理人员宋起立将包装好的成品货物清点完毕向“易 J 晶”系统录入数据前，需要与生产助理姜家文核对，姜家文将宋起立上报的成品数据与残次品数据相加保证和“裁床”数据一致。同时，宋起立报来的成品数据与货物包装数据一致，在数据双重一致后证人姜家文向仓库管理人员宋起立反馈可以进行入库系统登记。随后，姜家文再根据“裁床”数据、残次品数据以及包装数据与各方进行结算付款。因此，杭州 ZB 服饰有限公司要求的上述操作流程，足以保证生产助理、质检人员和仓库管理人员各司其职，并相互监督，从而最终确保仓库库存数据和“易 J 晶”系统记载的数据实时同步，并保持数据准确一致。同时，根据卢某的证人宋起立的庭审陈述，其作为仓库管理人员，在成品货物入库时确实需要将全部信息输入“易 J 晶”系统，且在法官询问是否会存在差别时，又模糊回答总体差别不大，但是又无确凿的证据证明相差的是具体哪些货物。同时，宋起立庭审陈述，其发货时均是依据“易 J 晶”系统的销售单据进行发货。因此，根据证人姜家文和宋起立的庭审陈述，能够进一步证明“易 J 晶”系统数据的准确性。

再次，为反证杭州 ZB 服饰有限公司仓库库存数据和“易 J 晶”系统记载的数据存在不一致的情况，卢某提交了部分聊天记录，并通过该聊天记录中载明的编号为“JYD3188”的货物的销售单据来印证杭州 ZB 服饰有限公司仓库库存数据和“易 J 晶”系统记载的数据存在不一致的情况，但根据湖州织麻开门信息科技有限公司出具的关于销售单号为 XSDD23XXXXXX03 的销售订单的后台数据证明和销售单号为 XSDD23XXXXXX03 的销售订单后台数据图片等证据，足以证明杭州 ZB 服饰有限公司开具的销售单号为“XSDD23XXXXXX03”的订单为作废订单，订单状态为“未发货”，卢某提供的该证据不能反证杭州 ZB 服饰有限公司仓库内的存货与杭州 ZB 服饰有限公司使用的“易 J 晶”软件系统的数据不一致，更不能依据该订单的价格推算出杭州 ZB 服饰有限公司销售的货物价格远低于吊牌价。卢某辩称崔某

某有超级管理员账号，能够随时修改数据，但卢某没有任何证据证明崔某某使用的账号为超级管理员账号。相反，根据卢某提供的第三组补充证据 5 和 6，反而能够证明卢某所使用的“易丁晶”系统账号才为超级管理员账号。更重要的是，卢某非法拉走仓库的所有货物纯属偶然事件，不在杭州 ZB 服饰有限公司的预料范围内，杭州 ZB 服饰有限公司没有提前修改系统库存数据的可能性和提前预知能力。

最后，卢某拉走的货物上载明吊牌价格虽然为杭州 ZB 服饰有限公司自行定价，但卢某作为杭州 ZB 服饰有限公司占股 50%的股东，亦参与了上述货物吊牌价格的制定，卢某无任何证据卢某拉走的货物上载明吊牌价格严重偏离市场价格。同时，卢某拉走的货物为当季待销售的新品，卢某无任何证据证明杭州 ZB 服饰有限公司按照吊牌价格销售不具有可能性。更重要的是，崔某某和卢某自 2022 年 9 月开始合作投入资金，2022 年 11 月办理营业执照，至 2023 年 1 月份均处于纯投入的亏损状态，直到 2023 年 2 月份开始销售，也仅销售了夏季和秋季两季的服装，上述两季服装销售的全部回款完全不能弥补前期的大量资金投入。众所周知，冬装销售是服装行业的旺季，也是服装行业整年主要的盈利季节，而卢某拉走的货物绝大部分是 2023 年冬装，公司原本确定的冬装销售均价不低于吊牌价的 3.3 折（33%），但卢某拉走全部库存货物后，导致公司在销售旺季一直处于无货可卖的严重亏损状态。不仅如此，崔某某还要垫资支付前期冬装生产过程中应付的供应商货款以及支付经销商的索赔款，现在即使按照原确定的销售均价不低于吊牌价的 3.3 折（33%）的价格销售，也远不能弥补给公司造成的巨大损失。

综上所述，杭州 ZB 服饰有限公司依据公司“易丁晶”系统载明的货物库存数量以及货物吊牌价计算卢某给杭州 ZB 服饰有限公司造成的损失，合理合法，应予支持。

五、二原告主张的资金占用利息损失合法有据，应予支持

《中华人民共和国民法典》第四百六十八条规定，非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外。第六百四十六条规定，法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照适用买卖合同的有关规定。就本案而言，本案为股东损害公司利益责任纠纷，本质上属于侵权之债，依法应当适用有关该债权债务关系的法律规定，在债权债务关系的法律规定中对侵权损失的资金占用利息损失没有规定的情况下，亦可参照适用买卖合同的有关规定。而

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十八条第四款规定，买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法，出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失，违约行为发生在2019年8月19日之前的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算；违约行为发生在2019年8月20日之后的，人民法院可以违约行为发生时中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率（LPR）标准为基础，加计30—50%计算逾期付款损失。根据以上规定，卢某于2023年11月2日凌晨将杭州ZB服饰有限公司库存货物全部拉走，二原告要求卢某以10119094元为基数，自2023年11月2日起按照全国银行间同业拆借中心公布一年期贷款市场报价利率的1.5倍支付杭州ZB服饰有限公司资金占用利息损失至以上损失全部清偿完毕之日止，合法有据，应予支持。

综上，二原告的诉讼请求应得到全部支持。

以上代理意见，望合议庭在合议案件时采纳。

张某与 B 公司房屋买卖合同纠纷一案代理词

——北京大成（郑州）律师事务所 赵静²⁰ 杨贺飞²¹

案情简介：

A 公司为方便其公司员工生活，成立了某项目建设指挥部，组织员工设立 B 公司，由员工集资建设案涉项目。项目于 2015 年开工建设，2019 年 11 月房屋交付，2023 年 8 月取得竣工验收备案表，2024 年 4 月部分房屋已办理不动产权证书。

2019 年 12 月 20 日，B 公司与张某补签《商品房买卖合同》，主要约定：张某购买 B 公司开发的案涉项目的房屋一套，同时约定“出卖人应当在商品房交付使用后 720 日内，持办理权属登记需由出卖人提供的资料到产权登记机关备案。出卖人在约定时限内未报送上述申报资料或报送资料不齐未被房地产行政主管部门受理的，按日向买受人支付总房款的 0.05%违约金。”因 B 公司一直未能按照约定时间办理案涉房产的不动产权证，张某遂于 2023 年 9 月诉至法院，要求 B 公司立即办理不动产权证并支付违约金 250,624 元（暂计）。

20 赵静，北京大成（郑州）律师事务所高级合伙人、一级律师，河南省律协、郑州市律协房地产委员会副主任，郑州大学法学硕士。

21 杨贺飞，北京大成（郑州）律师事务所律师，郑州大学法学学士，德国明斯特大学法学硕士，持有建筑房地产专业律师证。

尊敬的审判长、审判员：

原告张某与被告B公司合同纠纷一案，受被告委托，北京大成（郑州）律师事务所指派律师赵静、杨贺飞作为该案被告的代理人，结合庭审活动，代理人就本案发表如下代理意见，请予以采纳。

一、原被告之间并非商品房买卖合同关系，而是集资建房合同关系，《商品房买卖合同》仅是集资所建房屋产权办理至集资人员名下的实现路径，并非确定双方真实权利义务的依据，原告不能据此向被告主张权利

（一）案涉项目是员工集资自建房项目，并非市场化销售的普通商品房项目，双方是集资建房合同关系，合同目的是员工集资建房并由员工获取房屋和收益，而非市场化销售的商品房买卖关系

案外人A公司系列文件中明确显示：案涉项目系A公司空勤、地勤人员的生活保障基地，项目建设资金由全体员工集资，建成后全面向内部员工以成本价格分配使用，不对外销售；被告的“工作人员”均非自己员工，而是从原单位A公司抽调，成立指挥部专职负责案涉项目建设工作，项目完成后撤销指挥部及被告B公司（见被告原第一组证据第35、36、39页，及补充证据两份会议纪要）。

（二）该项目设立和运营不是以盈利为目的，而是以最终满足A公司员工住房为目的，A公司员工为全体业主，共同承担风险和盈亏

2019年7月和8月A公司两份会议纪要明确显示：本项目为零利润项目，采取零利润开发模式，按照成本价向员工收取项目开发建设费用。2019年12月20日原被告之间的《〈商品房买卖合同〉补充协议》中也明确显示：被告公司是专门为开发案涉项目而特别设立；项目建设最终汇算产生的税金、运营成本费用及其他不可预测费用均为项目整体成本组成部分，原告同意在公共部分收入无法弥补的情况下，按照其房屋实测面积出资分担；被告公司运营终止、注销时，被告公司所剩余财产由原告按照其房屋面积分享。

以上A公司文件和补充协议原告当庭无异议，且表示愿意按照《〈商品房买卖合同〉补充协议》承担其应承担的责任和义务。结合案涉房屋系先交房、后补网签手续（2019年11月案涉房屋完成交付后，2019年12月20日补签的用于办证的《商品房买卖合同》中第八条交房日期显示为2019年11月28日）的事实可知，案涉项目并非市场化销售的商品房项目，而是集资建房项目。

原告张某及配偶李某夫妻二人在选房阶段就已经参与本项目，并以A公司员

工 X 名义参与选房，最终在完成更名手续后，以原告自己名义签订关于集资建房的《〈商品房买卖合同〉补充协议》，原告自始知道本项目为集资自建房项目的事实，并非市场化销售的商品房买受人。原告从 A 公司员工 X 处受让集资名额后，与被告形成了集资建房合同关系，双方的合同目的是原告作为集资之一出资给被告，建房后获取房屋和收益，而非买卖商品房屋，该种法律事实从《补充协议》《选房通知单》《委托书》《更名承诺书》等证据中可以得到印证。

3. 《商品房买卖合同》是办理产权证必须的制式模板和必要文件，是实现集资建房、办理权属证书的实现路径，并非履行依据

案涉集资建房项目实施过程中，为将集资房屋过户至集资人员名下，需套用商品房开发销售路径，即先网签《商品房买卖合同》、后续将房屋产权登记至集资人员名下。而《商品房买卖合同》仅是集资人员的集资收益的实现路径，并非确定双方实际权利义务的依据。实际上，在办理网签《商品房买卖合同》手续之前，2019 年 11 月作为准内部集资人员的原告就已经占有使用案涉房屋，其集资收益已经实际实现和享有。

原被告之间既是集资建房合同关系，原告作为案涉房地产项目集资人员之一，实际亦为投资人员，其拥有的是投资和收益的权利，也必须按照《补充协议》承担风险责任，包括承担产权证书办理可能滞后的责任，故不能依据投资收益实现路径中的《商品房买卖合同》向被告主张所谓的办证逾期的权利。原告作为案涉项目集资建设投资主体，享有投资收益的同时，亦负有承担集资、投资及风险责任的义务，即使原告可以向被告主张权利，最终责任亦是由作为集资主体的原告及其他集资人员共同承担，且无端增加案涉项目成本，亦可能导致项目公司陷入群诉甚至经营停滞困境，最终损害全体集资人员合法权益。

二、原告不存在任何损失，反而在案涉项目集资建设费用低廉、实际获益巨大的情况下，无视集资建房的客观事实，径行依据《商品房买卖合同》向被告主张权利，明显违反诚实信用和公平原则，不应予以支持

（一）案涉项目实际为 A 公司为员工建设的福利用房，由全体员工集资建设并面向内部员工分配使用，案涉项目及被告公司的运营不以盈利为目的，且客观上获得了 A 公司人员、办公等无偿使用的成本支持。案涉房屋集资价格约四千余元/平方米，仅为房屋建筑安装成本，远低于当时周边约九千元/平方米的市场价（例如：《商品房买卖合同》的房屋价格含有车位价格的原因，即是该合同项下房

屋价格过低，无法在房地产主管部门备案，不得已才将车位价格融入房屋价格，但原告至今仍欠付被告车位费 1.4 万元）。

（二）案涉房屋早在 2019 年就已经交付原告使用至今，原告实际集资收益已经实现，其没有发生任何损失，反而因案涉项目集资建设费用低廉而实际获得较大利益。原告无视集资建房的客观事实，径行依据《商品房买卖合同》向被告主张权利，明显违反诚实信用和公平原则，不应予以支持。

（三）另外，案涉房屋初始登记已经完成，集资人员个人产权证书办理工作也正在有序快速推进，大量集资人员已陆续取得个人产权证书，集资利益已经完全实现，根本不会对包括原告在内的全体集资受益人产生任何影响。

综上所述，原被告之间是集资建房合同关系，并非商品房买卖合同关系，原告不能依据《商品房买卖合同》向被告主张权利，其诉讼请求没有事实和法律依据，请求贵院依法驳回其全部诉讼请求。

三、初始登记时间延后是由于不可抗力和非被告责任所致

退一步讲，即使从商品房买卖合同关系角度看，本项目初始登记时间延后的原因在于疫情、政府各项政策变更及职能转变等不可抗力和非因被告原因导致本项目长期无法正常办理竣工备案和初始登记（庭审中被告已提交和出示了大量疫情相关证据和政策变更系列文件），初始登记时间应相应予以顺延，被告就此不存在逾期办证违约情形，且原告至今仍欠被告房款（量化为车位费 1.4 万元），故被告不应承担任何违约责任。

河南 A 公司与江西 B 公司等侵权纠纷案

二审代理词

——河南成务律师事务所 冯明辉²² 张亮亮²³

案情简介：

河南 A 公司为工程发包人，黑龙江 C 公司为总承包人，黑龙江 C 公司将部分工程分包给齐某，齐某与霍某合作施工。后齐某因挪用资金无力施工，从而编造将总承包人变更为江西 B 公司的谎言，并私刻河南 A 公司的印章，伪造了河南 A 公司与江西 B 公司之间的总承包合同，骗取江西 B 公司为案涉工程支出款项。

江西 B 公司发觉被骗后，以侵权纠纷提起本案诉讼，诉求河南 A 公司、黑龙江 C 公司、齐某、霍某共同返还其垫付的工程费用 2800 余万元及资金占用利息。南昌中院一审认定四被告均不构成侵权，但认定河南 A 公司、齐某、霍某构成不当得利，以不当得利为由判令河南 A 公司、齐某、霍某承担返还责任。

河南 A 公司对上述判决提起上诉，并委托河南成务律师事务所冯明辉、张亮亮律师代理参加二审诉讼，经江西高院依法审理后采纳了律师的代理意见，认定河南 A 公司不构成侵权，同时认定南昌中院以不当得利进行审理不当，改判河南 A 公司无需承担责任。

²² 冯明辉律师，男，中共党员，河南成务律师事务所高级合伙人，二级律师。

²³ 张亮亮律师，男，河南成务律师事务所专职律师。

尊敬的合议庭：

河南成务律师事务所依法接受河南 A 公司的委托，在其与江西 B 公司等侵权责任纠纷一案中，指派冯明辉、张亮亮律师担任其二审阶段的代理人，现代理人根据合议庭总结的争议焦点，发表代理意见如下：

一、本案只能是侵权纠纷。不当得利纠纷或合作纠纷都不属于本案审理范围，一审判决超出诉讼请求审理案件系错误适用法律、违反法定程序

（一）江西 B 公司以侵权纠纷起诉，本案应当以侵权纠纷进行审理

在多个请求权发生竞合的情况下，江西B公司选择以河南A公司与黑龙江C公司、齐某、霍某共同侵权为由提起诉讼，其诉状中的事实和理由、其证据和证明目的等均主张四被告构成共同侵权，故应当以江西B公司是否证明四被告具有共同侵权的故意和行为、共同侵权行为与损害后果之间是否具有因果关系作为裁判依据。

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2019 修正）》第五十三条的规定，诉讼过程中发生当事人主张的法律关系性质与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不仅人民法院应当将法律关系性质作为焦点问题进行审理，当事人也应当根据法庭审理情况变更诉讼请求。

而一审法院不仅在庭审中明确仅按照侵权之诉作为争议焦点进行审理，江西B公司也从未提出变更该侵权之诉的诉讼请求，故本案只能以侵权之诉进行审理。如果法院查明的事实如一审所述各被告均不构成侵权，则应当驳回江西B公司的全部诉讼请求。

（二）江西 B 公司从未在诉讼请求中提起不当得利之诉，一审法院超出诉讼请求审理案件，适用法律错误、违反法定程序

江西 B 公司仅在庭审发言中主张“如果侵权纠纷不能成立则应当以不当得利纠纷进行实质审理”，但江西 B 公司从未以不当得利纠纷提起该诉讼请求，甚至未提起该预备之诉。

固然人民法院经审理查明当事人起诉的法律关系与实际诉争的法律关系不一致的，可以相应变更个案案由，但根据《最高人民法院关于印发修改后的《民事案件案由规定》的通知（2020）》第五条第 4 项的规定，“在请求权竞合的情形下，人民法院应当按照当事人自主选择行使的请求权所涉及的诉争的法律关系的性质，确定相应的案由。”侵权之诉与不当得利之诉不是单纯的是否同一法律关系的判断，而是完全不同的请求权竞合，江西 B 公司没有提起不当得利之诉，一审法院以不

当得利之诉作出裁判，超出诉讼请求、适用法律错误、违反法定程序。

（三）合作纠纷不是本案审理范围

如前所述，江西 B 公司起诉四被告侵权，则无论江西 B 公司与齐某、霍某之间是否合作或合伙关系、是否存在合作纠纷，均不属于本案审理范围，江西 B 公司应当另案提起诉讼。

二、侵权行为人是齐某，而河南 A 公司没有实施侵权行为，各被告之间更没有共同侵权的意思联络

（一）江西 B 公司没有证据证明河南 A 公司与其他方当事人具有共同的侵权行为和意思联络

河南 A 公司没有与其他方当事人侵权的意思联络。首先江西 B 公司的说辞就前后反复变化，互相矛盾，江西 B 公司一方面称与河南 A 公司、黑龙江 C 公司、齐某、霍某四方共同进行了协商，另一方面又称江西 B 公司从未出面，是齐某代表江西 B 公司与河南 A 公司、黑龙江 C 公司进行了协商。而齐某却一方面称，是与河南 A 公司的一个副总和黑龙江 C 公司的一个分公司经理协商过，另一方面，齐某自身在之前的庭审中称并没有达成变更总承包的协议、所以伪造了总承包合同给江西 B 公司。可见，江西 B 公司及齐某均是为了达到自身的不法目的、为转嫁或推卸责任才编造的相关谎言，其前后矛盾的说辞根本没有证据予以证明，不应被法庭采信。

（二）齐某是侵权行为人，而河南 A 公司没有对江西 B 公司实施任何侵权行为

从全案证据及已查明的事实来看，齐某伪造河南 A 公司与江西 B 公司签订的总承包合同，江西 B 公司自认未向河南 A 公司核实齐某提供的总承包合同的真假；江西 B 公司基于该假合同向河南 A 公司汇款 770 万元保证金，次日又通过齐某要求河南 A 公司退还 770 万元保证金到齐某账户；齐某收到该 770 万元保证金、以及收到黑龙江 C 公司支付的 3000 余万元工程款后，挪用了相关款项而没有通报给江西 B 公司；又继续欺骗江西 B 公司向第三方支付了 2000 万余元材料款和人工工资，以填补其挪用资金后的窟窿。江西 B 公司自始至终都是受到的齐某单方欺骗，一审法院认定齐某不构成侵权，让人匪夷所思。

河南 A 公司的总承包合同相对方只有黑龙江 C 公司。江西 B 公司自认，关于向材料商和工人支付费用，从未通报给河南 A 公司；江西 B 公司虽以齐某项目部

的名义派驻了财务、技术人员，但其与齐某均承认并未将江西 B 公司进场事实告知河南 A 公司与黑龙江 C 公司，未声明过江西 B 公司是总承包人；江西 B 公司提供的证人、所谓项目经理敖某在一审法庭作证称系以齐某委托的管理人员的身份与黑龙江 C 公司进行工作对接，与河南 A 公司及监理沟通时仍以黑龙江 C 公司项目部人员的身份出现。因此，江西 B 公司以个位数计的几份河南 A 公司误盖章的文件否定上千份的黑龙江 C 公司总承包文件体系，伪称与河南 A 公司形成实际上的总承包关系，既无事实依据也无法律依据，不应采信。

三、河南 A 公司依法依约取得建设工程成果，不构成不当得利

（一）河南 A 公司支付了合同约定的全部工程款，足以覆盖黑龙江 C 公司向齐某和霍某支付的其应得工程款

河南 A 公司向法庭提交证据证明，自工程 2014 年开工至 2018 年 9 月主体封顶，累计支付工程款 11000 多万元，已经涵括了主体封顶之前发生的全部工程量。而根据黑龙江 C 公司与齐某之间的内部承包合同，不仅齐某在主体封顶之前应垫资并无权索取工程款，而且齐某中途撤场、没有完成主体封顶的工程量，黑龙江 C 公司在工程复工后与齐某结算并支付了全部工程款，并由第三方完成主体封顶工作。江西 B 公司所谓河南 A 公司和黑龙江 C 公司因缺乏资金而欺骗其支付材料款和工人工资的说法，只是江西 B 公司为掩盖被齐某单方欺骗的事实而制造的谎言。

河南 A 公司在工程复工后向黑龙江 C 公司支付新发生工程量对应的工程款，与齐某无关，更与江西 B 公司无关。江西 B 公司称应予查明河南 A 公司全部工程付款情况，更是说明一审法院要求河南 A 公司提交工程款支付凭证已经超出侵权纠纷或不当得利纠纷的审理范围，同样说明在侵权之诉中试图查明包括未参加诉讼第三方在内的建设工程纠纷是另有不正当目的的。

（二）河南 A 公司取得的建设工程成果是合同对价，具有充分的法律依据和合同依据，河南 A 公司不构成不当得利

河南 A 公司与黑龙江 C 公司之间是总承包合同关系，河南 A 公司依据施工合同约定，仅应向黑龙江 C 公司支付工程款，且足额支付了工程款。河南 A 公司取得的建设工程成果是合同对价，具有充分的法律依据和合同依据，完全不能满足不当得利的构成要件。

一审判决为了开启不当得利审查，在齐某明显构成侵权的情况下，竟然认定

各被告均不构成侵权。江西 B 公司为了实现不正当目的，竟然称其支付的材料款、工人工资已经物化到建设工程中，河南 A 公司是非法获得其投入的成果。

对以上荒谬的请求和认定，最高法院在另一起与本案案情、所涉当事人、法律关系极为相似的江西 B 公司诉黑龙江 C 公司、河南 A 公司侵权案（2020）最高法民申 4454 号民事裁定书中是这样论述的：

“江西 B 公司申请再审称，……黑龙江 C 公司作为案涉工程合法承包人，齐某所购钢材实际用于案涉工程，黑龙江 C 公司作为实际受益者理应对案涉工程所发生的债务承担法律责任。……”

本院认为，连带责任具有严格的适用条件，非基于法律法规的明文规定或当事人的明确约定，不产生连带责任之债。同时，基于合同的相对性，亦不能因物的性质或流转方向发生变化而突破合同相对性，让非合同相对方承担本应由相对人承担的责任。”

综上所述，河南 A 公司不构成侵权或不当得利，一审法院审理不当得利纠纷超出案件审理范围，请求二审法院依法支持河南 A 公司的上诉请求。以上代理意见请合议庭考虑。

张某 1、张某 2 对李某申请人身安全保护令一案

代理词

——金博大律师事务所 刘南南²⁴ 周 珂²⁵

案情简介：

2014 年初张某与李某经介绍后相恋，2017 年 7 月二人登记结婚，二人婚后常年在上海市黄浦区生活工作，且于婚后育有女儿张某 1、儿子张某 2。

2024 年 3 月末，张某前往幼儿园接张某 1、张某 2 放学，均被老师告知两个孩子已经被其母亲李某带离。张某联系李某无果，便向当地派出所报警。张某连夜赶回李某老家寻找、向李某的父母询问、求助，李某父母推诿责任、拒不告知张某。张某向李某老家的派出所报警寻求帮助，民警介入联系上李某后，李某告知民警，其在张某 1、张某 2 身边照顾。期间张某无法与李某取得联系，张某 1、张某 2 也一直没有返校上课。无奈之下，张某再次向李某老家的派出所报警，派出所所以夫妻纠纷为由，不予处理。张某通过微信向李某发送消息，恳请其将张某 1、张某 2 送回上海市黄浦区上学、生活并及时复查病情，不要因为夫妻二人的矛盾影响到两个孩子的健康和教育。李某拒不理会，拒绝张某见孩子的请求。

24 刘南南，中共党员，中央司法警官学院法律硕士，金博大律师事务所律师，律师中级职称。专长刑事辩护、民商事合同纠纷。

25 周珂，郑州升达经贸管理学院法学本科，金博大律师事务所律师。专长刑事辩护与代理、民商事争议解决。

尊敬的审判员：

申请人张某 1、张某 2 与被申请人李某等申请人身安全保护令案件，金博大律师事务所接受张某的委托，指派刘南南、周珂律师担任其代理人。代理人现根据案件的事实和证据材料以及法律规定，发表如下意见。

一、李某临时、强行变更子女居住环境，擅自中断其学业、生活，伤害了孩子的心理健康、破坏了其正常成长的环境

李某的行为是《中华人民共和国反家庭暴力法》《河南省反家庭暴力条例》《江苏省反家庭暴力条例》《河北省反家庭暴力条例》等法律法规中所指的家庭暴力，法院应该依法出具人身安全保护令，责令李某等将张某 1、张某 2 交由张某带至上海市 xx 区正常生活、接受教育。

2014 年初，张某（男）与李某（女）经亲友介绍相识并恋爱，于 2017 年 7 月 5 日办理结婚登记，双方感情基础深厚，生活和睦。自 2014 年至今，张某与李某一直在上海市 xx 区生活，居住在张某的在上海市 xx 区 xx 街道 xx 路 xxx 弄 xx 号 xxx 室。

张某与李某共育有一女一子，2017 年 10 月 15 日女儿张某 1 出生于上海市虹口区衡山虹妇幼医院，2019 年 8 月 18 日儿子张某 2 也在该院出生。

张某 1、张某 2 出生后一直随父母居住生活，家庭日常生活的开支主要依靠张某，家庭事务由张某的母亲王某承担，为了帮衬李某照料孩子，张某 1、张某 2 从小由王某照料，一直跟随某生活。

2024 年 3 月 28 日李某以家中临时有事为由向老师告假，先后前往上海市 xx 区 xx 幼儿园、上海市 xx 区 xx 路幼儿园接走了正在上课的张某 2、张某 1。张某在接张某 2、张某 1 放学时才得知李某在上课时间内接走了张某 1、张某 2。张某随即多次联系李某被拒绝。张某情急之下向上海市公安局 xx 分局 xx 派出所报警，寻求帮助无果后，张某随即连夜返回李某的户籍地寻找。

2024 年 3 月 29 日，张某前往李某的父母家（河南省 xx 县 xx 街道）请求长辈帮助，李某父母李某 1、许某明知李某及张某 1、张某 2 的去向，仍表示不知道、不清楚。张某无奈向河南省 xx 县公安局 xx 派出所报警后，民警电话联系李某，李某告知民警张某 1、张某 2 在她身旁现在由其照顾。

2024 年 4 月 10 日，张某担忧女儿张某 1 的病情，再次选择报警，最终公安机关以夫妻纠纷为由，不予处理。截至目前，张某始终无法得知张某 1、张某 2

真实的生活环境如何，更无法得知张某 1、张某 2 是否接受教育以及接受教育的质量如何。2024 年 9 月份，张某 1 将要在上海 xx 区开始上小学，接受义务教育。

张某提供的张某 1、张某 2 的医保本及相关教育记录可以证明，张某 1、张某 2 自出生后一直长期居住在上海市 xx 区，张某 1、张某 2 的成长环境、教育模式已经形成。李某及张某 1、张某 2 在住房、教育、社会福利、医疗等物质方面享受的是与上海市民同等的待遇。李某独自将张某 1、张某 2 带离，直接侵害了张某 1、张某 2 正常接受教育的权利。

根据《中华人民共和国反家庭暴力法》第二条的规定“本法所称家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。”第二十三条的规定“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人，或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。”

以及《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》第一条的规定“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，依照反家庭暴力法向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。向人民法院申请人身安全保护令，不以提起离婚等民事诉讼为条件。”第八条的规定“被申请人认可存在家庭暴力行为，但辩称申请人有过错的，不影响人民法院依法作出人身安全保护令。”

张某作为张某 1、张某 2 的法定代理人有权代为申请人身安全保护令，同时本案的事实以及相关证据也符合法院出具人身安全保护令的条件，请求法院出具人身安全保护令，责令李某将张某 1、张某 2 交由张某带至上海市 xx 区正常生活、接受教育。

二、李某将子女带离学校并拒绝张某及其家人与之见面，剥夺了张某作为父亲的监护权，给张某及其家人造成了无尽的焦虑和痛苦，法院应该依法出具人身安全保护令

截至目前，李某带着张某 1、张某 2 离开近两个月，张某每天都向李某发送微信消息表示不要因为家庭琐事影响到孩子的成长和发展，同时也发起语音或者视频通话恳请李某能希望能够让自己看到、知晓张某 1、张某 2 目前的生活条

件和心理状况。李某明确表示不可能让张某看到张某 1、张某 2，更不会对李某和张某 1、张某 2 联系交流，也拒绝告知张某 1、张某 2 的现状。更是跟幼儿园的老师回复说：“什么时候让张某 1、张某 2 返回学校不能确定。”

根据《中华人民共和国民法典》第二十六的规定：“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。”父母双方的监护权是平等的，即使是在婚姻关系存续期间，一方行使监护权时亦不应当侵害、阻止另一方行使权利。李某未经夫妻双方协商一致擅自将张某 1、张某 2 带走藏匿，此后对张某探望孩子的要求一度持消极态度并带走隐瞒住所，致使张某长期不能探望孩子，李某的行为不仅对未成年子女的身心健康发展造成损害，也是对张某平等监护权的不当侵害。

李某的行为严重侵犯了张某作为张某 1、张某 2 父亲的合法监护权，给张某及其家人造成了无尽的焦虑和痛苦，法院应该依法出具人身安全保护令，责令李某将张某 1、张某 2 交由张某带至上海 xx 区，使张某 1、张某 2 及张某的家人回归到之前稳定、幸福的生活，依法保障张某的监护权。

三、李某拒绝张某提出的带张某 1 定期复诊、进行医学治疗的请求，延误了张某 1 的最佳诊疗时间，严重侵犯了未成年子女的身心健康权

2020 年在张某 1 婴幼儿时期，其经常流鼻涕，张某作为父亲十分忧心，便预约了上海市 xx 医院呼吸科专家顾某某，经检查张某 1 被确诊为：鼻炎，腺样体中度肥大，扁桃体肥大。医生建议：针对张某 1 中度的腺样体肥大采取观察和保守的药物治疗，日常无异常至少每两年进行复查。为了减轻张某 1 因腺样体肥大导致的呼吸不畅，也为了让张某 1 能够得到科学、先进的诊疗，在张某 1 第二次进行就医复查前，张某打听询问，最终选择 xx 专科声誉排行第一的某某大学附属眼耳鼻喉科医院作为张某 1 治疗腺样体肥大的医院。2022 年 6 月张某 1 顺利在某某大学附属眼耳鼻喉科医院进行复诊、检查。此次复查结果为：腺样体轻度肥大。医生开具了外用药物，同时要求父母带张某 1 定期、按时复查，存在不适或者情况恶化要及时来院接受进一步治疗。按照医嘱，李某、张某作为张某 1 的父母应当及时带领张某 1 前往某某大学附属眼耳鼻喉科医院进行复查。

2024 年 3 月 28 日，李某因生活琐事便擅自带离未成年子女张某 1、张某 2 离开上海 xx 区。

2024 年 4 月 7 日，李某通过微信要求张某将张某 1 的医保本邮寄至李某父母处，并称因张某 1 腺样体肥大近几天要进行手术。张某担忧张某 1 病情无法得到

先进、科学的医疗保障，便提出保留好张某 1 的检查结果，自己马上接张某 1 回到上海治疗。李某不给予正面回复。张某认为上海的医疗条件比老家好，孩子应该不应该做手术，不能让李某一人决定。李某直接表示张某 1 进行腺样体肥大的手术只是通知一下作为父亲的张某，并对张某要求见张某 1 的要求直接拒绝。张某在李某及张某 1、张某 2 可能出现的地方一直打听、寻找没有收获。为了能够及时让张某 1 得到原本应有的医疗条件，2024 年 4 月 10 日张某回到河南省 xx 县公安局 xx 派出所报警，派出所所以夫妻之间的纠纷为由，不予处理。

李某在明知女儿张某 1 腺样体肥大加重需要遵医嘱返回日常就诊的某某大学附属眼耳鼻喉科医院接受治疗的情况下，仍拒绝张某要求带张某 1 回上海就医的请求。李某极度不负责任的行为导致张某 1 无法获得专业、权威的医疗救治，对张某 1 的身体健康产生严重的不利影响，张某 1 目前面临着前往某某大学附属眼耳鼻喉科医院接受治疗、手术的紧迫性，法院应该考虑张某 1 作为未成年人的合法权益以及张某作为父亲的监护权依法出具人身安全保护令，责令李某将张某 1 带至上海交由张某，由张某安排其前往某某大学附属眼耳鼻喉科医院接受治疗。

四、张某有能力给张某 1、张某 2 提供更好的生活、医疗、教育环境，能够保障张某 1、张某 2 健康的成长

第一、张某对家庭有极高的责任心，张某通过个人打拼不仅保障了一家四口在上海的经济开支，同时为了给家人提供更好的生活保障坚持自学提升学历，经过多年努力其居住证积分达到标准分值，妻子李某、子女张某 1、张某 2 因此享受到了与上海市民同等的社医保、中高考等一系列福利。

张某自小生活在上海市 xx 区，其小学就读于上海市 xx 区某某路某某小学，初中就读于上海市某某学校，初中三年级因上海市中考政策的限制，张某无法参加上海市的中招考试，临时被父母送回户籍地河南省 xx 县插班参加中招考试。因沪、豫教育教学机制的不同、升学率竞争激烈差异，加之张某未及时调整好学习节奏，张某在河南的中考成绩不如人意。2010 年 7 月张某再次返回上海生活后，便暗下决心要努力提升自身能力，为家人提供更好的、更有质量的生活。为此张某一直坚持接受学习教育，2014 年 4 月张某完成了在上海市 xx 专业学校工商行政管理事务专业的教学计划，被授予成人中等专业学校的毕业证书；2016 年 7 月张某完成了上海 xx 大学商务英语专业的教学计划，被授予高等教育的毕业证书；2019 年 1 月张某完成了国家 xx 大学法学专业的教学计划，被授予国家 xx 大学的

本科毕业证书及学士学位证书。

十五年来，张某所有的动力都是为了以后让子女有稳定的教育环境，不被地域差异和教育政策限制发展，有尊严、有质量的在上海迎接更美好的人生。

第二、张某在上海市 xx 区有自有住房，能为孩子提供良好的生活、医疗、教育。

根据上海市房屋土地资源管理局出具的沪房地黄字（xxxx）第 00xxxx 号房地产权证显示，上海市 xx 区 xx 路 xxx 弄 xx 号 xxx 室的房屋建筑面积为 121.96 平方米，权利人系张某。张某、李某相识后一直在此居住，后张某 1、张某 2 出生后也一直在此生活、成长，该房屋建筑是张某 1、张某 2 一直以来长期、稳定的居住环境，是完全能够满足张某 1、张某 2 今后安稳的生活、健康的成长。

第三、张某没有任何不良习惯，作为父亲除了处理工作事务外其余时间都投入到家庭教育中，张某 1、张某 2 出生后张某十分关注孩子的成长。

在生活方面，张某 1、张某 2 自出生后的生病、入学办理、教育投资都是张某安排办理；在陪伴方面，其经常和张某 1、张某 2 互动、交流，陪伴孩子成长，在工作日经常接送张某 1、张某 2 上下学，周末假期休息时张某会带李某、张某 1、张某 2 娱乐、散心。

在教育理念方面，张某有意识的引导孩子关注自身的兴趣爱好，尊重并支持孩子参加兴趣培训教育；在孩子重要、有意义的人生节点张某从不缺席，对孩子有纪念意义的物品都会帮孩子留存。

五、最高人民法院发布的人民法院反家庭暴力典型案例（第二批）之一：蔡某某申请人身安全保护令案，与本案属于类案，法院应该依法参考并对本案依法出具人身安全保护令

最高人民法院发布的人民法院反家庭暴力典型案例（第二批）之一：蔡某某申请人身安全保护令案，与本案属于类案，均为未成年子女被暴力抢夺、藏匿。

案例指出，人民法院经审查认为，国家禁止任何形式的家庭暴力。家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令，人民法院应当受理。蔡某某在父母离婚后，经法院依法判决，由母亲唐某某直接抚养。蔡某在探望时采用暴力方式抢夺蔡某某，并当着蔡某某的面殴打其母亲唐某某，对蔡某某的身体和精神造成

了侵害，属于家庭暴力。据此依法出具了人身安全保护令，禁止蔡某抢夺、藏匿蔡某某。

根据《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》第四条的规定：“类案检索范围一般包括：（二）最高人民法院发布的典型案例及裁判生效的案件；” 以及第九条规定：“检索到的类案为指导性案例的，人民法院应当参照作出裁判，但与新的法律、行政法规、司法解释相冲突或者为新的指导性案例所取代的除外。检索到其他类案的，人民法院可以作为作出裁判的参考。” 前述案例与本案属于类案，法院应该依法出具人身安全保护令，责令李某将张某1、张某2交由李某带至上海市xx区继续正常生活、就医、求学。

综上所述，父母是孩子的第一任老师，更是家庭教育的第一责任人，本案李某仅因家庭琐事便将正在学校接受教育的张某1、张某2擅自带离，导致张某1、张某2被迫离开从小到大生活的稳定环境，变相降低张某1、张某2的生活质量，其行为使张某1、张某2的诸多权益造成了不可弥补的损害，同时也损害了李某作为父亲基本的监护权、抚养权。法院应该以有利于孩子健康成长为首要原则，依法责令李某将张某1、张某2交由李某带至上海市xx区继续正常生活、就医、求学。

以上代理意见，请审判员予以考虑并采纳。

邓某诉尚某、孙某民间委托理财合同纠纷一案代理词

——北京天元(郑州)律师事务所 史俊涛²⁶

案情简介：

2023年9月，（甲方）尚某、（乙方）邓某签订《托管协议》，约定乙方委托甲方进行证券投资，合作资金为800万元。甲方有义务保证乙方本金不受损失，若合作账户亏损幅度达到740万元时，甲方有义务补齐初始资金800万元。

合同履行过程中，尚某将案涉证券账户交由孙某实际操作。后账户出现亏损，尚某、孙某先后共向证券账户补充资金185万元。邓某在微信中多次表达对风险的担忧，特别强调不允许购买港股。但孙某并未遵从邓某要求，导致账户进一步亏损。截至2024年2月26日，证券账户资金余额为4724829.14元。

²⁶ 史俊涛，法学硕士，三级律师，北京天元（郑州）律师事务所合伙人。主要执业领域：公司、金融等商事诉讼。

尊敬的审判长、审判员：

受原告邓某委托和北京天元（郑州）律师事务所的指派，本人担任邓某诉尚某、孙某民间委托理财合同纠纷一案[案号：（2024）豫 0724 民初 XXXX 号]的诉讼代理人。现发表以下代理意见，供参考：

一、《托管协议》关于尚某有义务保证邓某本金不受损失及亏损时补足初始资金的约定，合法有效，对协议双方具有拘束力。更重要的是，在案涉账户实际发生亏损之后，尚、孙二人仍承诺补足资金，不让邓某承担损失，故无论从“事前承诺保本条款”，还是“事后承诺负担亏损”角度，尚、孙二人均应当向邓某全额赔偿本金损失 2675170.86 元

（一）从协议约定看，“保本条款”合法有效

《托管协议》第九条约定：“甲方（尚某）有义务保证乙方（邓某）本金不受损失，如果合作账户亏损幅度达到 7.5%即 740 万时，甲方有义务补齐初始资金 800 万元”。该约定系协议双方真实意思表示，不违反法律法规强制性规定，亦不存在违反公平原则导致双方权责严重失衡的现象，故约定应当认定有效[参见：

（2018）最高法民申 4114 号]。另，尚某系专业从事证券投资的人员，其对投资风险有充分预估、对承诺的法律后果有充分认识，故该条款合法有效。

（二）从协议履行看，“保本条款”已在履行过程中

1. 《托管协议》第二条约定：“为保证乙方本金安全，甲方同意提供 60 万元作为担保金”，2023 年 9 月 20 日、25 日，尚某分别向邓某转款 40 万元、20 万元，共计 60 万元，实际履行了关于担保金的合同约定。

2. 在案涉账户实际发生亏损后，尚某分别于 2023 年 9 月 25 日、10 月 24 日、11 月 20 日向邓某转账 20 万元、65 万元、100 万元，孙某于 2024 年 1 月 15 日向邓某转账 20 万元，用于补仓，邓某收到补仓资金后均转入案涉证券账户，尚、孙二人均在以自己的行为实际在履行“保本条款”中补齐资金（但未补足）的约定。

（三）亏损时承担赔偿责任，与参与盈利分红，符合权利义务对等的合同法基本原则

作为操盘手的尚某实际参与了盈利分红（2023 年 10 月 10 日分红 17.5 万元），若对于账户亏损不承担赔偿责任，明显违背权利义务对等的基本原则。

（四）且不论《托管协议》中“保本条款”的效力如何。因案涉账户实际发生亏损之后，尚、孙二人仍承诺补足资金，不让邓某承担损失。此亏损后所作承

诺，与《托管协议》中“保本条款”不同，目的在于弥补邓某已经客观发生的资金损失，而非诱导邓某误判投资风险，系尚、孙真实意思表示，合法有效，故尚、孙二人亦应向邓某全额赔偿本金损失。

尚、孙二人答辩称“保底条款”因“免除了委托人应承担的部分投资风险，使民事权利失衡，不符合民法上委托代理法律制度的构成，也违背民法之公平原则”，故无效。对此，应当重点说明的是，本案的特殊性在于，除了《托管协议》中“保本条款”的约定之外，在案涉证券账户实际发生亏损之后，尚、孙二人多次明确承担亏损、确认欠款，包括但不限于：

1. 尚某 2023 年 11 月 16 日 9:34 表示：“今明天补齐 800，放心，这边已经在安排资金了，不会让你承担损失的”，同日 20:57 表示：“明天会给你补上去，补齐 800，不用担心风险，赵军的，一分钱没少，都给他补上了”，11 月 20 日 9:23 在邓某说“亏了 2300000”之后表示：“会补你的，不会让你承担，放心，已经跟孙总沟通，让安排资金了”，2024 年 2 月 7 日 13:08 表示：“会补上的，放心”。

2. 孙某 2023 年 11 月 20 日 15:45 表示：“在调资金，不过请放心，不会亏你这边的钱”，11 月 21 日 12:33 表示：“亏多少，全部承担”，11 月 21 日 13:02 表示：“不必担心，不会让你亏一分钱”，2024 年 1 月 8 日 12:09 表示：“账号到 740 等于就不差你钱了，对吧”，2024 年 1 月 31 日 14:57 表示：“目前欠你 202”，2 月 6 日 13:30 在邓某说“孙总请补一下仓”时表示：“我在想办法，我知道”，2 月 6 日 15:03 表示：“我会补”。直至 2 月 7 日向邓某出具 400 万元《欠条》，以及在本案诉讼过程中多次同意偿还欠款 267 万元。

据上，在已经实际发生亏损的情况下，尚、孙二人明确表示补齐资金、确认债务，这种“事后负担亏损”式承诺，并不存在违反公平原则的问题，应当认定合法有效，尚、孙二人应当全额承担亏损债务。

二、尚某在操作案涉股票账户时，存在重大过错，应对邓某的本金损失承担赔偿责任

（一）未经邓某同意，尚某擅自将证券账户操作权限交给孙某，并直接导致亏损 230 万元（截至尚某向邓某披露孙某时）

《托管协议》第四条约定“该账户内的股票交易由甲方（尚某）负责”，然而尚某却在未征得邓某同意的情况下，将证券账户交由孙某共同操盘，直至2023年11月20日才向邓某告知此事，而此时案涉证券账户已亏损达230万元。

（二）在邓某多次明确告知其不能买入港股的情况下，仍违反委托人邓某要求，大量买入港股，导致巨亏

邓某提交的微信聊天截图明确显示，2023年11月20日9:35邓某向尚某表示：“我的股票不可以炒港股，你告诉孙总”，尚回复“好，我给孙总传达，港股不受涨跌幅限制，确实风险比A股大点，意思，我给孙总传达”。但邓某提交的《资金对账单》却明确显示，当日、次日证券账户多达11次买入港股“联合XX集团”（证券代码：004XX），成交股数分别为11万股、13.6万股、30万股、30万股、50万股、50万股、50万股、22万股、30万股、526.8万股、519.4万股，合计达1332.8万股之巨！随即而至的是，尚某11月24日9:26表示：“主要是港股这次闪崩，亏了”。这充分证明，案涉证券账户的亏损，与尚、孙二人违反邓某要求巨量买入港股存在直接关联。

三、孙某在操作案涉股票账户时，存在重大过错。且在亏损实际发生后，通过多次在微信上承诺并出具《欠条》等方式确认偿还亏损所形成的债务，应与尚某共同承担赔偿责任。其在本案开庭前后先后多次与邓某达成调解协议，又多次撕毁，极度缺乏诉讼诚信

（一）擅自更改证券账户密码，在尚、孙二人操盘产生亏损的情况下，邓某无法登录账户及时看到账户盈亏，无法及时止损

《托管协议》第四条约定“乙方（邓某）不得擅自操作”，但并不等于尚、孙有权随意更改账户密码，更不存在“定期更改密码”的“惯例”。事实上，尚、孙二人在操盘案涉证券账户的绝大部分时间都处于亏损状态，而尚、孙二人更改密码后邓某无法改回密码，更无法操作账户，导致一亏再亏。

（二）在邓某多次明确告知其不能买入港股的情况下，仍违反委托人邓某要求，大量买入港股，导致巨亏

2023年11月20日邓某添加孙某的第一天，邓某即向孙提出4点要求：（1）补齐资金；（2）不要炒港股；（3）不能改登录密码；（4）安全少赚最重要。11月21日又向孙提示：“港股票还没出手，先停下来”，11月24日再次向孙提示：

“港股还在呢，我说让你停下港股”。但事实上，孙却置邓某要求于不顾，买入巨量港股，导致巨亏。

四、“菲林 XX”股票的卖出是孙某要求邓某所卖出，尚、孙二人称邓某“擅自修改账户密码后，不听建议，提前清仓，导致亏损”，与客观事实不符

（一）邓某 2024 年 1 月 30 日修改密码的背景是，案涉证券账户已亏损达 160 万元，而尚、孙二人迟迟未补齐资金，修改密码目的在于避免损失进一步扩大，不存在“擅自”修改的问题。

（二）邓某提交的微信聊天记录明确显示，针对案涉证券账户中的“菲林 XX”股票，2024 年 2 月 26 日 10:29 孙某表示：“卖吧，全挂出来”，邓某在孙的指令下卖出，不存在邓某“不顾阻拦、私自清仓”的问题。

（三）《民法典》第一百八十条第二款规定：“不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”“股灾”属于股票市场风险范畴，显然不属于不可抗力，况本案证券账户亏损并非因“股灾”导致，而是尚、孙二人操盘时存在重大过错所致。

以上代理意见，请充分考虑并予以采纳，并在查清事实的基础上，依法支持原告邓某的诉讼请求！

A 公司与 B 公司民间借贷纠纷案件代理词

——北京市天同(郑州)律师事务所 赵剑英²⁷ 史凯贤²⁸ 曲金亮²⁹ 苏海潮

案情简介：

D 公司因参与建设用地使用权竞拍，向 C 公司借款 5000 万元。C 公司根据 D 公司的指示，将款项直接转至关联公司 B 公司账户，B 公司随机将该款项转至 A 公司账户。A 公司接受 D 公司的委托参与竞拍。由于 D 公司经营情况恶化，C 公司为保障出借资金的安全，通过股权转让，实际控制了 A 公司及其拍得的建设用地，并且，A 公司就 D 公司的借款向 C 公司提供连带责任保证。后因 D 公司无法及时还款，C 公司以 D 公司、A 公司为被告诉至法院，并获得胜诉判决。但 B 公司已经抢先以民间借贷纠纷为由起诉 A 公司，并查封了 A 公司名下土地。由于 B 公司是首封权利人，若 A 公司败诉，则 C 公司无法就该建设用地获得清偿。

C 公司以第三人身份加入诉讼，主张案涉款项是其向 D 公司出借的资金，B 公司仅是款项流转的通道方，并非实际出借人，B 公司与 A 公司之间不存在借款关系。A 公司答辩称，案涉款项并非 B 公司的自由资金，而是 C 公司向 D 公司出借的款项，B 公司仅是款项流转的通道方，并非出借人。

一审法院认为，B 公司提供的转账凭证、协调记录足，以证明 B 公司向 A 公司转账的 5000 万元，是 B 公司向 A 公司出借的款项，判决 A 公司承担还款责任。

二审法院认为，5000 万元并非 B 公司自有资金，负有举证责任的 B 公司就其提供的协调记录作出合理解释，仅凭转账凭证不足以认定 B 公司与 A 公司存在借款关系。最终撤销一审判决，改判驳回 B 公司全部诉讼请求。

27 赵剑英律师，北京市天同律所高级合伙人，天同郑州分所负责人。毕业于中国政法大学，一级律师，拥有二十年以上的法律从业经验，专注于重大疑难复杂商事诉讼和仲裁案件的解决。

28 史凯贤律师，北京市天同（郑州）律师事务所合伙人，曾在最高人民法院及各级法院代理各类民商事诉讼、仲裁等案件，有丰富的争议解决经验。

29 曲金亮律师，三级律师，毕业于厦门大学，获法学硕士学位。专注于民商事争议解决领域，曾在最高人民法院、省高院等四级人民法院办理数百起各类民商事诉讼与仲裁案件。

尊敬的法官、合议庭：

A 公司 B 公司民间借贷纠纷二审案，贵院已经开庭审理。我们作为上诉人 A 公司的代理人，针对本案审理中您关注的问题，发表如下代理意见：

一、案涉款项是 D 公司计划用于竞拍土地的款项，B 公司仅是 D 公司找来的款项流转的通道方。案涉款项中的 5000 万部分，在转入 B 公司账户后便立刻转至 A 公司账户，B 公司并非该笔款项的所有权人，更非款项出借人

2020 年 5 月郑州 HG 法院发布拍卖公告，拍卖 E 公司名下位于河南省郑州市 HGX 路西侧的土地、房产及其他建筑物，竞买款支付时间为 2020 年 6 月 22 日前。D 公司此前已经在和 E 公司洽谈购买其名下的该不动产，并已经支付了部分对价，但因该不动产被迫进入司法拍卖程序导致 D 公司必须经过司法拍卖才能取得，D 公司为解决竞买资金问题找到 C 公司融资。

2020 年 6 月 22 日，C 公司（作为出借人）与 D 公司（作为借款人）签订了《借款合同》，C 公司向 D 公司出借 5000 万元。同时，D 公司在当天向 C 公司出具转款委托书，委托 C 公司直接把款项转至 B 公司。在 2020 年 6 月 22 日，C 公司向 B 公司转款 5000 万元，随机，B 公司将该款项转至 A 公司，A 公司向郑州 HG 法院账户转款，完成竞买款的支付。前述转账都是在同一时间、同一办公场所完成的。案涉款项从 C 公司转至 B 公司，再经 B 公司转至 A 公司，并最终转入法院指定专户，全部是在 C 公司办公场所以电子转账的方式完成的，D 公司、B 公司方面办理转账的人员为同一人，名叫张某。

2024 年 4 月 19 日，郑州高新技术产业开发区人民法院就 C 公司诉 D 公司借款纠纷案作出（2024）豫**民初**号民事判决书，该判决书已生效，该判决已经查明了 C 公司和 D 公司关于 2020 年 6 月 22 日该笔 5000 万借款关系的真实性且查明了 D 公司委托 C 公司将 5000 万元借款转至 B 公司的事实。

综上所述，上述 2020 年 6 月 22 日当天连续转款的行为是一个整体，目的是实现 D 公司竞买不动产、支付拍卖款的目的，B 公司仅是 D 公司为实现此目的找来的款项流转的通道方，其并非案涉款项的所有权人，更非款项的出借人。现 B 公司提取转款中的一个环节发起本案诉讼无事实和法律依据，且恶意明显，其诉请不应得到支持。

二、B 公司不是案涉款项中 908 万元部分的转账主体，其不是该笔款项的出借人，并且，其中的 300 万元的收款人也并非 A 公司。此外，B 公司关于该笔

908 万元的解释前后矛盾，不足以证明其是出借人。所以 B 公司无权要求 A 公司返还该笔款项

案涉转账凭证中的三张浦发银行转账凭证，金额合计 908 万元，转账主体是名为孙某的自然人，而非 B 公司。并且，其中 300 万元的收款人也并非 A 公司，与 A 公司没有任何关系。针对该笔 908 万元款项，B 公司未提供任何能够直接证明存在借贷法律关系的借据、收据或借款协议等债权凭证。

本案一审的庭审过程中，B 公司关于该笔款项的解释更是前后矛盾，不足以证明其是出借人。针对案涉 908 万元的转账主体问题，B 公司最初的解释是，“虽然案涉 908 万元的转账主体是孙某，但孙某将其对 A 公司的债权转让给了 B 公司，也即 B 公司是基于债权转让，取得了对 A 公司的债权”。但是在后续的审理过程中，B 公司又称“孙某是 B 公司的员工，是代表 B 公司向 A 公司的转账，也即 B 公司对 A 公司就案涉 908 万元存在借贷关系，并非债权转让关系”。B 公司的陈述前后矛盾，足以说明案涉款项并非 B 公司向 A 公司出借的款项，B 公司的主张没有任何事实依据。

三、B 公司与 A 公司自始至终不存在任何借款合意，也未签订任何借款协议，二者之间不成立借贷法律关系。B 公司无权要求 A 公司偿还借款

B 公司主张其与 A 公司之间存在民间借贷关系，但并未提供出借款项时双方签订的，能够证明双方存在借款合意的借款协议或借据等债权凭证。与自然人的借贷不同，B 公司与 A 公司都是公司法人，皆是从事商业活动的商主体，对于交易风险的预判能力、预见能力应当远高于普通自然人。B 公司主张出借的款项为 5908 万元，该款项数额巨大，根据一般的商业交易习惯，倘若 B 公司对外出借该巨额款项，理应与借款人签订相应的借款协议。

然而，在本案中，B 公司在出借款项时，却未与 A 公司签订任何有关借款的协议，此不但符合商事交易习惯，也与日常生活经验法则相违背。事实上，之所以双方未签订任何有关借款的协议，是因为 B 公司从未以出借人的身份向 A 公司进行转账，B 公司与 A 公司之间自始至终不存在任何借款合意，经 B 公司账户转至 A 公司的款项，并非 B 公司的出借款，而是 D 用于竞拍土地的款项，B 公司仅是款项流转的通道方。

此外，根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条第一款规定：“借贷双方没有约定利息，出借人主张支付利息的，人民

法院不予支持。”根据该条规定，在借贷双方没有约定利息的情况下，出借人无权主张利息。即使B公司主张其与A公司成立民间借贷法律关系，但B公司与A公司之间根本不存在任何借款协议，也未有关于利息的任何形式的约定，A公司实际上也从未向B公司支付过任何类似利息的款项。因此，根据该法律规定，B公司无权要求A公司支付所谓的借款利息。

四、《协调记录》不但未明确是A公司向B公司的借款，反而是强调A公司收到的是B公司的“转借款”。对于“转借款”是何意，B公司在庭审过程中无法回答。B公司作为主张借贷关系成立的一方，应当进行充分的举证，若其无法解释《协调记录》这一关键证据的内容，则应当承担举证不能的后果

依据一审法院出具的《律师调查令》调取的B公司银行流水记录显示，在2020年6月22日当天，其银行账户中仅有一万余元余额。在收到C公司转款5000万元后，B公司便立即将该5000万元转账至A公司账户，据此足以说明B公司主张的案涉5000万元款项并非其自有资金。

《协调记录》从未明确载明案涉款项是A公司向B公司的借款。从该文件表述来看，仅仅载明A公司收到的是B公司的“转借款”。如案涉款项是其出借给A公司的款项，为何不在该文件中直接写明“借款”，反而写成有歧义的“转借款”？由于A公司现股东并未参与，因此在庭审过程中A公司就该“转借款”是何意、“委托方是谁”等问题向B公司发问，但B公司并未回答。B公司既然依据《协调记录》主张案涉款项是其出借的款项，理应能够解释其中的用语含义，然而事实却是，B公司一个问题都回答不上来。

B公司作为主张借款关系成立的一方，根据“谁主张，谁举证”的原则，对于《协调记录》中模糊不明之处，应当承担举证证明的责任。《协调记录》作为B公司证明本案借款关系存在的关键证据，若B公司无法清楚解释该文件的用语含义导致文件内容不明，则该文件无法作为B公司主张本案借款法律关系存在的有效证据，B公司应当承担举证不能的法律后果。

五、《协调记录》是B公司、D公司与A公司的原股东恶意串通所形成的，严重损害了A公司及C公司的合法权益，依法应为无效

（一）《协调记录》落款时间为2022年12月，此时D公司已被列为失信被执行人。由B公司与A公司原股东制作该文件属于明显恶意逃避债务、损害第三人合法权益的情形，依法应属无效

在 2022 年及以后 D 公司已被相关人民法院多次列为失信被执行人，在《协调记录》落款时 D 公司已经明显丧失债务清偿能力。此时签订《协调记录》，明显系 D 公司与 B 公司以及 A 公司的原股东恶意串通达成的意向，目的系为逃避 C 公司的债权，为 C 公司对 D 公司的借款债权回收制造障碍。实际上 2023 年 6 月 D 公司在所借 C 公司的款项到期后也未能清偿，导致了 C 公司在 D 公司已被列入失信被执行人的情况下，已实际无法正常回收所出借的款项。因此，《协调记录》构成《民法典》第一百五十四条所规定的“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效”之情形，依法应认定为无效。

此外，因案涉 5000 万元款项在由 C 公司根据 D 公司的委托付款指令支付至 B 公司后，B 公司系根据 D 公司的指示实际转入 A 公司。即使认定为所谓的“转借款”，债权人也应为 D 公司。而 D 公司与 B 公司串通，由 B 公司起诉本案，形式上属于 D 公司向 B 公司转让了相关债权。根据最高人民法院在相关典型案件中确立的司法裁判规则（如：（2022）最高法执监 407 号案件），在 D 公司依法多次被相关人民法院列为失信被执行人的情况下，其对外进行的债权转移行为应属无效。因此，基于该情形，《协调记录》亦应认定为无效。

（二）B 公司庭后提交的《“协调记录”签订经过的说明》（以下简称“《说明》”）存在与事实不符、自相矛盾及虚假陈述的现象，不能说明《协调记录》的真实性

在 B 公司提交《说明》之前，无论是本案的一审还是二审，B 公司从未明确主张其向 A 公司转账，是其委托 A 公司代其竞拍案涉土地，而是多次主张案涉款项是直接向 A 公司出借的款项。

事实上，案涉土地是 D 公司计划参与竞拍，并因此向 C 公司借款。由 A 公司参与竞买并取得相关土地及建筑物的所有权，是为了保障 C 公司出借给 D 公司的资金的安全。经 D 公司同意，先由 C 公司原法定代表人郭某先指定 A 公司参与竞买并取得相关土地及建筑物的所有权，待 D 公司向 C 公司清偿完毕借款后，再将土地及建筑物所有权变更至 D 公司名下，而并非如 B 公司所称由其委托竞拍并将土地最终过户至其名下。

B 公司此前庭审中也从未主张由其竞买土地，该《说明》内容表述与其此前的陈述主张相矛盾，属于明显的虚假陈述，依法应予处罚。

B 公司就《协调记录》所提交的《说明》，其内容与事实严重不符，存在明显

的虚假陈述现象。《说明》里的相关陈述反而能证明 B 公司并非基于借款关系向 A 公司转账。《协调记录》明显是 D 公司、B 公司和 A 公司原股东恶意串通签订的，且实际损害了第三人的合法权益，构成《民法典》第一百五十四条之情形，依法应为无效。

六、本案系 D 公司、B 公司和 A 公司原股东等相关主体串通发起的虚假诉讼，其目的是为了逃避 D 公司欠 C 公司的借款

如前所述，D 公司向 C 公司借款用于竞买土地、建筑物的时间为 2020 年 6 月，2022 年以后 D 公司多次被列为失信被执行人，截止 2022 年 9 月 30 日，未履行的金额达 30792760.49 元，截止 2023 年底该金额更是巨大，且该等被执行的债务金额不含 D 公司欠 C 公司的债务。

在此背景下，如 D 公司要求 A 公司将竞买的土地过户到其名下，则其需要先归还 C 公司 5000 万借款及利息等债务，但其却无该还款能力，甚至还要需要 C 公司持续向其融资才能维持其生产经营。退一步讲，即便其归还了 C 公司借款，A 公司将土地过户给 D 公司或者将 5000 万元归还 D 公司，又因其外部仍有巨额债权，过户的土地或收到的现金也将被其他债权人执行走，这便是前述主体串通发起本案诉讼的动机。可见，D 公司、B 公司和 A 公司原股东等相关主体串通发起的虚假诉讼的行为不仅损害 C 公司的利益，也可能损害其他不特定债权人的利益。

根据《最高人民法院关于深入开展虚假诉讼整治工作的意见》（法〔2021〕281 号）第二条规定，D 公司、B 公司和 A 公司原股东等相关主体的行为已经涉嫌虚假诉讼。

北京某文化传媒有限公司劳动争议案件二审代理意见 及补充代理意见

——北京德恒（郑州）律师事务所 陈星星³⁰ 王少帝³¹

案情简介：

王某系网络主播，其创建并运营的自媒体账号主要有抖音和快手。2020年3月，王某与北京某文化传媒有限公司（以下简称北京某传媒公司）签订《独家经纪合同》，约定：王某授权北京某传媒公司在合同有效期内独家为其提供自媒体平台图文、音频视频事务有关的经纪服务和商务运作，担任王某在抖音、快手等自媒体平台图文、视频事务的独家经纪公司；王某主要收入为按照月交易金额获取收益，王某的保底费用和提成根据月交易金额的不同而不同，扣除相关必要费用后的全部收入由双方按比例分成；北京某传媒公司将收入分配支付给王某，王某有权对收入分配结算提出异议；王某须按照北京某传媒公司安排，准时抵达工作场所，按约定完成工作事项，不得私自行动或擅自离开工作岗位；该合同为合作服务合同，并非劳动合同，双方并不因签订本合同而建立劳动关系。

在合同实际履行过程中，王某按照双方约定参与运营自媒体账号，王某每月收入并不固定，取决于双方合作经营的抖音等平台的广告收入等，北京某传媒公司应王某要求代缴社会保险与住房公积金，费用由王某自行承担。

王某在与北京某传媒公司签订《独家经纪合同》之前已有近百万的粉丝，合同签订后，王某创建并运营的自媒体账号由其与北京某传媒公司共同运营管理，粉丝量逐步涨至两百多万，王某在北京某传媒公司推荐下参与广告制作和发布、综艺演出等活动。在签订《独家经纪合同》之前，王某曾与案外某公司签署过经纪合同。

合同履行过程中双方发生争议。

³⁰ 陈星星，北京德恒（郑州）律师事务所合伙人、管委会执行委员、民商事诉讼研究中心主任。

³¹ 王少帝，北京德恒（郑州）律师事务所青工委主任、执业律师、CCAI 认证企业合规师。

尊敬的合议庭：

北京天某文化传媒有限公司（以下简称“天某公司”）与王某劳动争议纠纷一案【案号（2023）京 03 民终 7051 号】天某公司委托诉讼代理人邱富民律师、陈星星律师参加了 2023 年 4 月 24 日的线上谈话，现代理人结合合议庭关注的问题以及双方的意见，发表如下代理意见，请法庭采纳：

从案涉《独家经纪合同》的签订过程、合同的内容和履行情况看，王某与天某公司之间的法律关系性质是委托、居间和服务合同的混合法律关系。一审法院认定天某公司与王某之间形成的是经纪合作关系正确。王某提起本案上诉，没有任何事实和法律依据，具体理由如下：

一、《独家经纪合同》是经过双方反复沟通确认的内容，双方形成的是经纪合作关系，实际履行的也是经纪合作关系

谈话中，王某主张，王某到天某公司应聘的是运营岗，王某不想继续做网红了，双方建立的是劳动关系，双方签订《独家经纪合同》的目的是将该合同上传到小红书平台，双方从未实际履行该合同。天某公司认为，王某的主张明显与事实不符，具体理由如下：

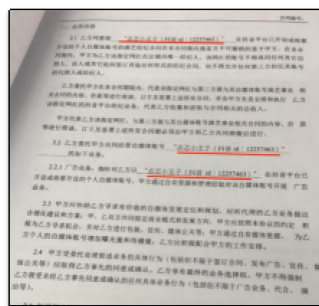
（一）从双方的缔约过程看：在双方签订《独家经纪合同》之前，王某曾是霍尔果斯容艺公司和北京二咖传媒公司的原签约网红达人³²，有一定的粉丝基础，其与前公司建立的是经纪合作关系，王某对于经纪合作关系的权利义务内容是非常清楚的。正是因为如此，天某公司通过抖音平台与王某联系，希望双方建立经纪合作关系，王某主张其到天某公司应聘运营岗，明显与事实不符。

32 详见一审天某公司反驳证据第 44-47，反驳证据册第 1-22 页。

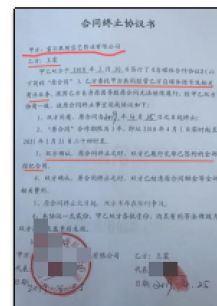
王人是北京传媒公司的原签约网红达人，对于经纪合作的权利义务内容以及达人解约流程非常清楚。



证据45: 王人与前经纪公司解约过程的《微信聊天记录》，反驳证据册P10。



证据46: 王人与前经纪公司的《合作协议》，反驳证据册13。



证据47: 王人与前经纪公司的《合同终止协议书》及《合作解除协议》，反驳证据册21。

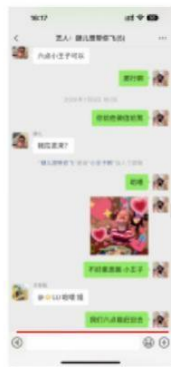
王人对经纪合作的解约并不同于劳动者的离职非常清楚 (劳动者离职无需签订合同或合作解除协议)

(二) 从双方的洽商过程看,《独家经纪合同》是经过王某与天某公司多次面谈和微信反复沟通确认的内容,王某对合同的内容提出了修改意见,双方沟通的重点是合作分成比例,双方自始沟通的就是建立合作分成关系,从未表达过任何建立劳动关系的意思表示。³³王某主张,双方签订《独家经纪合同》的目的是上传到平台,明显与事实不符。

《独家经纪合同》是经过北京公司陈与王现场多次沟通确定,并经过王在线上多次考虑、沟通后才确认的,双方自始沟通的就是合作分成而非劳动关系。



证据44: 王人与前经纪公司的微信名片,反驳证据册1、2、3。



证据48: 王人与前经纪公司的《合作协议》,反驳证据册24。



证据49: 王人与前经纪公司的《合同终止协议书》及《合作解除协议》,反驳证据册28。



王人与北京公司签订《独家经纪合同》,经过面谈沟通、逐条合同、线上反复确认,明确双方合作的内容以及各自的权利义务。

(三) 从《独家经纪合同》的内容看,1、合同的第1条约定,合同的主要内

33 详见一审天某公司反驳证据第48-51,反驳证据册第23-69页。

容是王某委托天某公司为其提供独家经纪服务和商务运作；2、合同第2-7条涉及的事项是名称、肖像、名誉权和知识产权；3、合同第8-10条约定，王某通过参加演艺活动获得收入，并按照约定的比例与天某公司进行分配；4、合同第20条明确了双方的合意内容，合同性质为服务合同，而非劳动合同。³⁴由此，王某与天某公司建立的是委托、居间和服务的混合法律关系。

王某与天某公司签订《独家经纪合同》，系经纪合作合同，与公司员工《劳动合同》在合同内容方面存在显著差异

证据1: 《独家经纪合同》, 答辩证据册P1

王某与天某公司《经纪合同》内容: 独家代理, 名称、肖像和名称权, 著作权、收益和税的分担。

证据15: 《劳动合同》, 答辩证据册P88

公司员工《劳动合同》内容: 合同期限、工作岗位、工资、工作时间等

经纪合同与劳动合同内容、收益来源不同!

王某和北京天某公司签约洽商过程中, 王某对于与经纪公司合作的模式以及合作的权利和义务内容明确知晓, 其自始要和北京天某公司形成的是经纪关系, 对于分配比例有过着重沟通, 王某非常清楚获得的是合作分成, 而非劳动收入。

《独家经纪合同》洽商稿vs签订稿

删除

证据50: 《独家经纪合同》洽商过程稿, 反驳证据册P32.

增加

证据51: 《独家经纪合同》双方签章稿, 反驳证据册P57.

王某对于续约以及收益分成十分关注, 其明知收入来源于双方合作账号的粉丝的关注度, 而非北京天某公司。

(四) 从双方的实际履行看:

1、天某公司为王某提供经纪服务, 对外代表王某接洽演艺活动的合作, 介绍王某参与大型综艺节目录制, 为王某成功接洽了诸多知名产品的广告拍摄, 争取的是王某个人演艺事业的开拓;³⁵

³⁴ 详见一审天某公司答辩证据1, 证据册第1-18页。

³⁵ 详见一审天某公司答辩证据21-28, 证据册第149-156页。

王XX的收入来源为合作运营王XX形象所获得的广告等收益，而非来源于北京XX公司，也不取决于北京XX公司。

结算对账单

结算单号: 0010001

结算单位: 北京XX文化传媒有限公司

结算周期: 2020/03/01 - 2020/03/18

结算金额: 80.00元

付款日期: 2020/03/18

结算对账单

结算单号: 0010002

结算单位: 北京XX文化传媒有限公司

结算周期: 2020/03/18 - 2020/05/12

结算金额: 200.00元

付款日期: 2020/05/12

日期	项目	金额
2020/03/01	广告收入	80.00

日期	项目	金额
2020/03/18	广告收入	200.00

客户须知

结算单位: 北京XX文化传媒有限公司

客户名称: 北京XX文化传媒有限公司

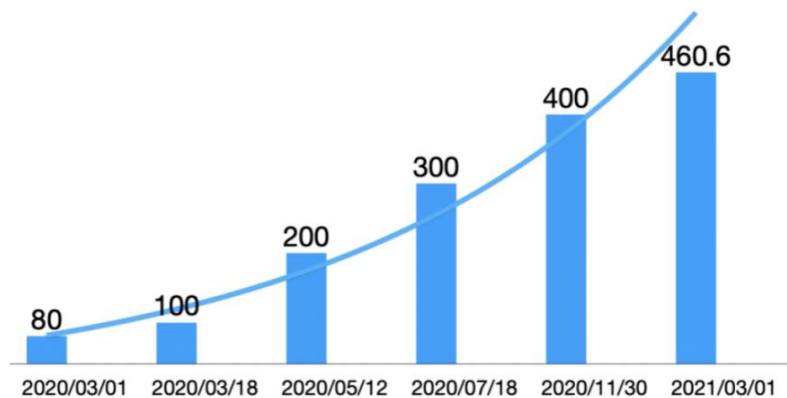
开户银行: 招商银行北京分行

账号: 6010000000000000000

结算周期: 每月18日结算

证据18: 《北京XX公司抖音账户等收取的广告收入结算单》, 答辩证据册P115-P138

王XX账号粉丝量变化图



北京 公司履行《独家经纪合同》义务，向综艺节目组推介王 介绍王 参与“ 说”、“ 季”、“百变 等”等大型综艺节目录制，提高的均是王 个人的知名度，扩大的均是王 个人的影响力。



证据4:《北京 公司推介王 参加“奇葩说”节目信息截屏》,答辩证据册P39

北京 公司积极推介并为王 争取到参加“ 说”节目的机会。



证据5: 司代表 寸外洽谈与乔杉合拍的消息截屏》,答辩证据册P46

北京 公司为王 寻求与知名演员 合拍的机会。

北京 公司履行《独家经纪合同》的经纪服务义务，为王 成功接洽了包括麦当劳、欧莱雅在内的诸多知名产品的广告拍摄，扩大的是王 个人的曝光度、增强的是王 个人的影响力和关注度。



证据13:《北京耀莱公司与 编导商谈拍摄广告细节的信息截屏》,答辩证据册P79

北京 公司积极履行合同约定，为王 争取到拍摄 列护肤品、 小心胶原软糖、 麦当劳等知名品牌广告的拍摄。

2、通过天某公司的运营，将双方合作的抖音账号粉丝量从最初的 80 万增长至 400 余万，³⁶大大提高了王某个人的知名度；

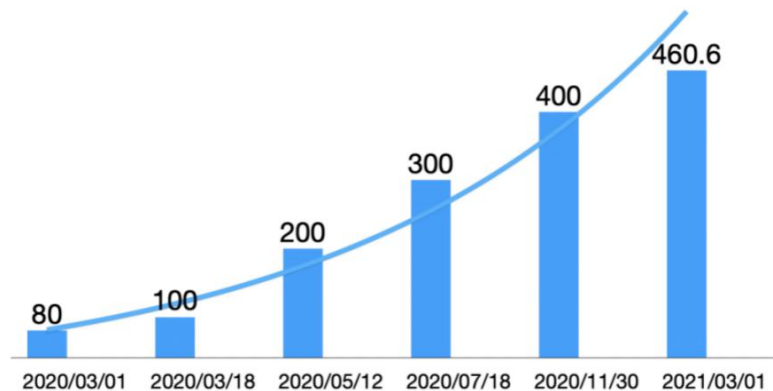
36 详见一审天某公司答辩证据 17:《王某的抖音粉丝截图、北京耀莱公司微信截图》，证据册 106-114 页。

通过北京 司运营，王 粉丝量自签订合同时的80万左右，增长至400万，随着王 粉丝上涨，收入增长。



证据17：《 的抖音粉丝截图、 公司微信截图》,P答辩证据册106-P114

王 账号粉丝量变化图



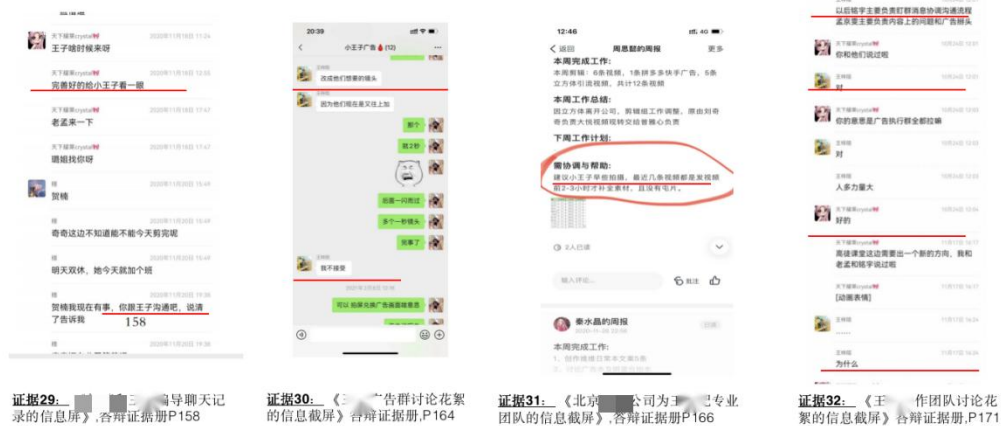
3、在经纪合作过程中，天某公司为王某配备专业团队，该小组有运营、文案等工作人员，为王某打造个人 IP，工作中以王某为中心，王某对视频的内容具有决定权，王某不是从事运营工作。

双方的收入来源为合作运营王某P形象所获得的广告等收益，而非来源于北京公司，也不取决于北京公司。



证据18:《北京公司运营抖音账户等收取的广告收入结单》,答辩证据册P115-P138

从双方合作的具体内容上看,王某一个人对视频拍摄的内容具有决定权,王某与天下公司之间为平等协商的合作关系。



证据29:《王某与王子皓聊天记录截图》,答辩证据册P158

证据30:《王某与小王聊天记录截图》,答辩证据册P164

证据31:《王某与周思慧聊天记录截图》,答辩证据册P166

证据32:《王某与王子皓聊天记录截图》,答辩证据册P171

在经纪合作过程中,王某具有极高的话语权,北京公司充分尊重王某的想法和意见,并非是具有人身和人格从属性的劳动关系。

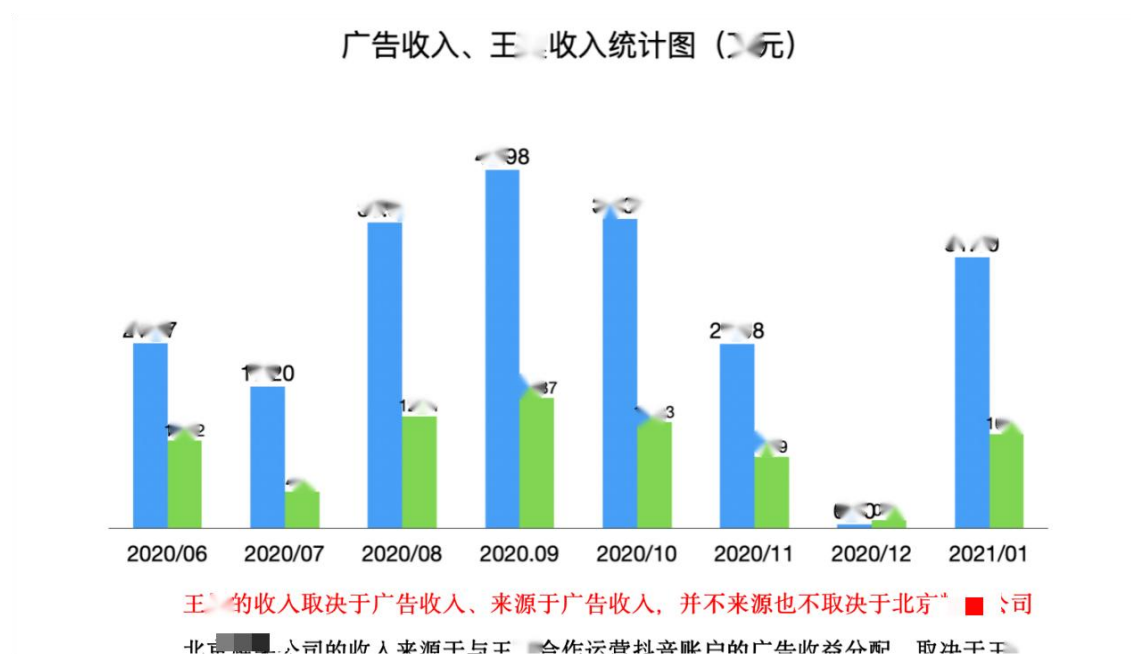
因此,无论是从合同的签订过程、约定内容,还是合同的履行看,王某与天某公司之间建立的是经纪合作关系,而非劳动关系。王某主张其到天某公司做运营岗,明显与事实不符。

二、从《独家经纪合同》的履行看,双方并无人身、经济和组织上的从属性,双方之间形成的是平等的经纪合作关系

(一)王某与天某公司之间没有经济上的从属性

王某主张,王某每月领取固定收入,天某公司为其缴纳社保。王某的陈述与事实严重不符,具体如下:

第一，从收入来源看，王某并不从天某公司处领工资，王某的收入是广告商打给天某公司后，天某公司扣掉必要的成本费用，按经纪合同约定的比例进行收益分配支付王某，这是和王某在平台的受欢迎程度和广告收入挂钩，不同于劳动者的固定收入。



第二，王某领取的并非每个月固定工资 1 万元，从银行流水看，王某每个月收入从低的几千到十几万不等，³⁷而王某主张从天某公司领取固定工资每月 1 万元，与事实严重不符；

第三，王某要求公司代扣代缴社保，因此，银行流水显示每月固定收入 1 万元“工资”是为了替王某缴纳社保而制作的工资支付记录，而这些以“工资”名义支付的费用和社保的款项，实际上全部由王某个人负担，并从合作收益中扣除。双方签订的《独家经纪合同》第 8.1 条对此有明确约定，王某对此也是知情。

³⁷ 详见一审天某公司答辩证据 1：《独家经纪合同》，证据册第 8 页。

王××与北京×××公司合作运营抖音账户等所取得的收益由×××公司代为收取。北京×××公司已将双方合作取得的广告收益按照合同约定进行分配，发放给王××。

招商銀行戶口歷史交易明細表

日期:	2020/05/24	受理行:	北京市分行南城支行
地址:	北京市「國家文化藝術博物館」	收款銀行戶口號碼:	6214030102700005
業務類型:	企業代客匯款	幣別類型:	全币种
		資料時間:	2020/05/18 - 2020/05/24

流水號	交易時間	客戶戶口號碼	客戶戶口姓名	交易金額	交易幣別種類	客戶摘要
701704101	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	2,902.61	「王世忠」存款
700846709	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	4,341.96	「王世忠」存款
700846802	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	9,792.00	「王世忠」存款
700846844	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	1,054.05	「王世忠」存款
700847060	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	8,462.19	「王世忠」存款
700847205	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	7,120.42	「王世忠」存款
700847310	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	1,060.67	「王世忠」存款
700847376	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	36,630.58	「王世忠」存款
700848163	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	11,190.32	「王世忠」存款
700848216	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	34,320.56	「王世忠」存款
700770027/9	2020/05/24	6214030102700005	王世忠	CNY	16,748.00	「王世忠」存款

证据19: 《 司以代发工资方式向王 二付其应得广告收入分配和 答辩证据册,P139

证据20:《第三方公司以代扣代缴税费方式向王二付其应得广告收入分配利润凭证》,答辩证据册P141-148

北京[]公司和第三方公司分别以代发工资和代扣代缴税费的方式向王[]支付其按照约定应得的广告收入利润。

(二) 王某与天某公司之间没有人身上的从属性

王某主张，天某公司对王某进行严苛的管理，王某接受的是上下班打卡考勤管理，与其团队工作人员一样打卡上下班。王某的主张明显与事实不符，具体如下：

第一，案涉《独家经纪合同》第 9.1.15 条、第 9.2.2 条³⁸明确约定，天某公司可以对王某进行管理，这一约定是基于演艺经纪行为所衍生出的管理行为，是王某作为签约艺人，履行最基本的合作要求，并非劳动关系中具有人身依附性的管理行为。

第二，虽然王某存在钉钉打卡记录，但是对比王某与天某公司员工的打卡记录可知，王某的出勤天数及工作时长严重少于赵某宇，但其并没有因出勤天数较少遭受公司的严重处理，³⁹并且王某的工作时间相对自由，请假也不需要像其他员工一样经过 OA 审批和公司负责人同意，天某公司对王某的管理与对劳动者进行人身管理的行为存在本质区别。

38 详见一审天某公司答辩证据 1:《独家经纪合同》,证据册第 8 页。

39 详见一审天某公司答辩证据 33-39，证据册第 174-186 页。

对比王 与其他员工的管理方式，王 的出勤天数及工作时长严重少于赵 但其并没有因出勤天数较少遭受公司的严肃处理，且王 请假不需要经OA流程审批，北京 公司对于员工的考勤管理并不适用于王

月度汇总表 统计日期: 2021-01-01 至 2021-01-31													
姓名	考勤组	部门	工号	User ID	出勤天数	工作时长	迟到次数	严重迟到次数	早退次数	早退时长	下夜班次数	矿工次数	请假天数
王	王	王	王	王	18	158:00	0	0	0	0	0	0	11
赵	赵	赵	赵	赵	25	205:00	0	0	0	0	0	0	13

证据33:《王 2021年1月打卡记录》,答辩证据册P174

月度汇总表 统计日期: 2020-11-01 至 2020-11-30													
姓名	考勤组	部门	工号	User ID	出勤天数	工作时长	迟到次数	严重迟到次数	早退次数	早退时长	下夜班次数	矿工次数	请假天数
王	王	王	王	王	21	179:00	0	0	0	0	0	0	5
赵	赵	赵	赵	赵	23	190:00	0	0	0	0	0	0	1

证据35:《王 赵 2020年11月打卡记录》,答辩证据册P175

月度汇总表 统计日期: 2020-12-01 至 2020-12-31													
姓名	考勤组	部门	工号	User ID	出勤天数	工作时长	迟到次数	严重迟到次数	早退次数	早退时长	下夜班次数	矿工次数	请假天数
王	王	王	王	王	19	158:00	0	0	0	0	0	0	10
赵	赵	赵	赵	赵	25	205:00	0	0	0	0	0	0	2

证据34:《王 2021年1月打卡记录》,答辩证据册P175

与其他员工相比，王 的出勤时间天数严重少于其他员工，但其并不需要请假审批，而且并没有向其他员工一样接受考勤管理和处罚。

对比王 与其他员工的管理方式，王 的出勤天数及工作时长严重少于赵 但其并没有因出勤天数较少遭受公司的严肃处理，且王 请假不需要经过oa流程审批，北京 公司对于员工的考勤管理并不适用于王



证据36:《北京 公司考勤与请假制度管理》,答辩证据册P177-180



证据37:《关于调整工作日及规范调休加班请假制度的通知》,答辩证据册P182



证据38:《OA系统中王 请假审批流程的消息截图》,答辩证据册P183-P184

与其他员工相比，北京 公司对员工考勤有制度规定，请假必须在公司oa系统申请，审批通过后方可请假或调休。但是该管理制度仅仅约束公司员工，并不约束王

(三) 王某对天某公司不存在组织从属性

王某主张在对外关系上，广告业务是直接以公司名义对外承接，再安排演员完成广告任务。

天某公司认为，所有的经纪合同都是如此运行的，天某公司按照约定，对外代表王某个人接洽演艺活动，推荐王某参加知名演艺活动，争取的是王某个人演艺事业的开拓，提高了王某个人的知名度，用户识别的是王某个人，而非是公司。

三、王某提起本案诉讼的原因是逃避违约责任，攫取天某公司全力包装打造的IP形象利益

王某主张，其到天某公司应聘的是运营岗，不想再做网红。由于王某追讨扣发奖金无果，被禁止到公司上班，所以提起本案诉讼。王某的陈述与事实严重不符，具体如下：

与同时期签约的网红达人相比，王某假借身体原因为由，拟单方面毁约，并对外宣称账号停更，实质上是为了自己开设小号引流涨粉铺垫。



证据39: 《《独家经纪合作》之 解约协议》



证据40: 《微信聊天记录（王某与天某公司陈璐）》，答辩证据册P187。



证据41: 《微信聊天记录（王某与天某公司陈璐）》，答辩证据册P189。

虚构理由、逃避责任

同期网红达人：按照协议约定进行解约。

王某私自更改自媒体平台的商务联系方式、擅自另行开设并运营其他抖音短视频账号，违反双方签订的《独家经纪合同》第12.4.2条的约定，构成严重违约。



证据40: 《公证书》【(2021)京公证字第1422号】答辩证据册P187。



证据41: 《公证书》【(2022)京公证字第12754号】答辩证据册P188。



证据42: 《微信聊天记录（王某与天某公司陈璐）》，答辩证据册P190。

恶意毁约、大号引流

王某将双方合作运营的抖音账户改为“王”，将自己的小号名称设定为合作运营的

私自更改自媒体平台的商务联系方式、私下洽谈商务合作，擅自开设并运营其他抖音短视频账号。

2021年3月，王某假借身体为由，长期不与公司联系，拟单方面毁约⁴⁰，恶意将王某与天某公司共同运营的抖音账号的名称从小王子改为王，自己新开设小号命名为“小王子”，为自己开设小号引流涨粉铺垫，利用天某公司全力包装打造的IP形象攫取收益。⁴¹王某明知双方并无劳动关系意思，其提起本案诉讼的核心

40 详见一审天某公司答辩证据40：《微信聊天记录（王某与天某陈璐）》，证据册第187-188页。

41 详见一审天某公司答辩证据41-43，证据册第186-324页。

目的就是逃避违约责任。

王 利用北京 公司享有知识产权并付出巨额经纪成本打造的IP形象在其小号中使用，并引流、洽商并赚取广告。

证据41: 《公证书》
【(2022)京长安内证字第12754号】, 答辩证据册P300

人物1: 王 (id: 12257403) 小号: 王子豪 (id: 12257403)
人物2: 崔化祥 (名字一样, 左图为大号形象, 右图2、3、4为小号形象)

人物3: 任国苗 (名字一样, 左图为大号形象, 右图2、3、4为小号形象)

人物4: 崔爱梅 (名字一样, 左图为大号形象, 右图2、3、4为小号形象)

北京 公司大号打造的 “ ” IP形象。 保留追究侵权的权利 王 另行开设小号所使用的 “ ” IP形象。

需要特别说明的是，盛某字（肆儿）与王某属于同一时期一起与天某公司合作的网红达人，王某不仅是在盛某字（肆儿）的介绍下与前经纪公司解约，更是在盛某字（肆儿）的介绍下与天某公司合作。盛某字（肆儿）与天某公司解除合作，已经按照《独家经纪合同》的约定支付150万违约金，这是已经形成的交易惯例。⁴²而王某为了逃避责任，不仅虚构解约理由，而且企图通过诉讼认定劳动关系的方式逃避违约金，法院不应当支持这种不诚信的行为。

与北京 公司解约，已经按照《独家经纪合同》的约定支付150万违约金，这不仅是北京 公司的惯例，而且是经纪公司网红达人之间的市场惯例。

证据53: 盛某字（肆儿）与北京耀莱公司之间的《解除协议》，反驳证据册P91。

证据54: 向北京耀莱公司支付150万元解约金，反驳证据册P94、95。

与北京 公司签订解约合同并支付150万元赔偿金，主要是赔偿北京耀莱公司为培养达人所付出的成本以及双方合作账号所增长的粉丝未来收益。

42 详见一审天某公司答辩证据 52-54，证据册第 73-95 页。

综上所述，王某与天某公司之间不存在劳动关系，双方通过签订《独家经纪合同》建立的是委托、居间和服务合同的混合法律关系。一审法院认定事实清楚，适用法律正确，请求依法驳回上诉人王某的全部上诉请求。

补充代理意见

尊敬的合议庭：

北京天某文化传媒有限公司（以下简称“天某公司”）与王某劳动争议纠纷一案【案号（2023）京03民终7051号】，天某公司代理人结合合议庭关注的问题，补充发表代理意见如下，请法庭采纳：

一、天某公司对王某的“钉钉”考勤是基于独家经纪合同衍生出来的经纪管理，与劳动管理不同

王某与天某公司签订的是《独家经纪合同》，形成的是委托、居间和服务合同的混合法律关系。独家经纪合同与劳动合同都会包括一定的管理，但是独家经纪合同中经纪公司对达人进行的管理，是为了保证经纪合同的顺利履行进行的经纪管理，与劳动管理不同。劳动管理具有很明显的人身从属性，学者一致认为“劳动者受雇主控制程度较高而失去独立人格，即劳动者从事何种劳动、运用何种手段劳动、工作时间和地点等事项，受到雇主比较高程度的控制”，⁴³具体来说，劳动管理包括用人单位对劳动者进行领导、考核、调配、组织、安排、使用、绩效评价、职务晋升、奖惩制度等一系列的管理。

1.从双方合作的具体内容上看，王某人对视频拍摄的内容具有决定权，天某公司之间为平等协商的合作关系。

证据29：王某人聊天记录的信息屏，答辩证据册P158

证据30：王某人微信群讨论花絮的信息截屏，答辩证据册P164

证据31：《北京天某文化传媒有限公司》团队的信息截屏，答辩证据册P165

证据32：王某人工作团队讨论花絮的信息截屏，答辩证据册P171

在经纪合作过程中，王某人有极高的话语权，北京天某公司充分尊重王某人的想法和意见，并非是具有人身和人格从属性的劳动关系。

页导

和控制。相反，为与王某进行顺利的合作，获得较高的视频流量，天某公司为王

43 沈建峰：《论劳动关系的法律属性：继续性债之关系的回归》，载《环球法律评论》2023年第4期。

某个人组建了专业拍摄团队，天某公司与王某共同策划短视频的内容创意，王某对于具体内容有决定的权利。这与劳动合同关系中，劳动者完全听从公司的调配、组织和使用的不同。因此，不能仅以王某进行“钉钉”打卡，就认定天某公司对王某进行劳动关系管理。

二、天某公司对王某的“钉钉”考勤是为了确保双方顺利进行合作、天某公司为履行合同投入的资金不至亏损而作出的约定

第一，天某公司对王某的管理行为是基于演艺经纪行为所衍生出的管理行为。随着网络达人数量的剧增，互联网上对于流量注意力的争夺十分激烈。一个达人的迅速发展，需要背后的经纪团队作为支持，天某公司为履行合同付出了大量的资金，如果王某无需受任何约束，则无法保证天某公司投入的资金能够有收益。案涉合同约定的经纪管理是为了保证王某在天某公司的团队、资源协助下能够发布有质量的视频，吸引稳定的流量，提升王某自身知名度与影响力，进而使双方获益，这并非劳动关系中具有人身依附性的管理行为。

第二，案涉《独家经纪合同》不同于劳动关系中，因劳资双方力量不平衡，用人单位利用自己的强势地位与劳动者订立的合同。案涉合同是王某与天某公司反复协商沟通确认的内容，而任何的合同都会对双方的义务进行约束，王某对于合同第9.1.15条、第9.2.2条⁴⁴关于管理的约定是明确知道并且认可的，这是双方真实意思表示。在不违反法律、行政法规强制性规定情况下，该约定是有效的，且不影响合同性质。

三、天某公司对王某的达人考勤管理与对劳动者的考勤管理存在显著不同，王某的收入与其考勤并不直接挂钩

第一，虽然王某打卡，但是对比王某与天某公司员工赵某宇的打卡记录可知，王某的出勤天数及工作时长严重少于赵某宇，例如，2020年11月王某的工作时长为119小时27分钟，而赵某宇的工作时长为166小时55分钟；2020年12月赵某宇的出勤天数为25天，而王某的出勤天数仅为16天；2021年1月，赵某宇出勤25天，王某的出勤天数仅为18天。

44 详见一审天某公司答辩证据1：《独家经纪合同》，证据册第8页。

2.对比王 与其他员工的管理方式，王 的出勤天数及工作时长严重少于赵 ，但其并没有因出勤天数较少遭受公司的严肃处理，且王 请假不需要经OA流程审批，北京 公司对于员工的考勤管理并不适用于王 。

月度汇总表 统计日期: 2021-01-01 至 2021-01-31																
姓名	部门	工种	User Id	出勤天数	工作时长	迟到次数	严重迟到次数	早退次数	严重早退次数	旷工次数	下夜班次数	停工次数	外出次数	请假次数	病假次数	事假次数
王加人	运营部	运营	2942054	18	6	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
王加人	运营部	运营	1212404	25	9	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

证据33: 《王加人 2021年1月打卡记录》,答辩证据册,P174

月度汇总表 统计日期: 2020-11-01 至 2020-11-30																
姓名	部门	工种	User Id	出勤天数	工作时长	迟到次数	严重迟到次数	早退次数	严重早退次数	旷工次数	下夜班次数	停工次数	外出次数	请假次数	病假次数	事假次数
王加人	运营部	运营	2942054	21	6	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
王加人	运营部	运营	1212404	23	6	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

证据35: 《王加人 2020年11月打卡记录》,答辩证据册,...

月度汇总表 统计日期: 2020-12-01 至 2020-12-31																
姓名	部门	工种	User Id	出勤天数	工作时长	迟到次数	严重迟到次数	早退次数	严重早退次数	旷工次数	下夜班次数	停工次数	外出次数	请假次数	病假次数	事假次数
王加人	运营部	运营	2942054	18	6	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
王加人	运营部	运营	1212404	25	9	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

证据34: 《王加人 2021年1月打卡记录》,答辩证据册,P175

与其他员工相比，王 的出勤时间天数严重少于其他员工，但其并不需要请假审批，而且并没有向其他员工一样接受考勤管理和处罚。

第二，通过以上对比，可以明显的发现王某的打卡具有一定的随意性。劳动者每月的正常平均工作时间为 21.75 天，而王某的出勤天数远少于劳动者。王某进行打卡，只是为了确保王某作为合作的艺人按照合同约定履行拍摄任务，吸引足够的流量，该打卡行为对王某不具有严格约束力，故仅凭打卡这一行为不足以认定天某公司对王某进行劳动管理。尽管王某的出勤天数明显少于劳动者，但是其并没有因出勤天数较少遭受公司的严肃处理。⁴⁵并且，通过王某的收入统计可以看出，王某的收入与其考勤并不挂钩，王某的收入是依据其拍摄广告的提成所决定的，与天某公司并无直接关联。

此外，王某与天某公司之间也不存在经济上的从属性。劳动关系中，用人单位掌握生产资料，劳动者处于经济弱势地位。而王某的收入取决于其承接广告的收入，王某作为达人带来的经济收入也是构成天某公司的主要经济来源和盈利，天某公司依赖于王某，而并不是说王某对天某公司存在经济上的依赖关系，这与劳动关系明显不同。

综上所述，随着互联网的兴起，短视频拍摄作为新产业、新业态蓬勃发展，在“人人都想成为网红的时代”，培养一个达人更是面临着巨大的竞争，更需要投入大量的资本。王某从一个只有 80 万粉丝小网红成为一个有将近 500 万粉丝的知名网红，天某公司为此付出了大量的人力、物力和财力。双方合作期限未满，王某因有了一定的粉丝基础，便擅自开设小号接拍广告攫取利益，王某此次诉请法

45 详见一审天某公司答辩证据33-39，证据册第174-186页。

院确认双方存在劳动关系目的就是通过否认双方签订的经纪协议效力，以逃避向天某公司支付违约金的责任。请法院综合考虑案涉合同的签订和履行过程，考虑天某公司为与王某合作所付出的成本，公正作出裁判，维护天某公司的合法权益，更为促进新型行业的发展创造一个持续、健康、稳定的良好环境。

W 公司诉孙某、R 公司侵害商业秘密纠纷案件

一审代理词

——金博大律师事务所 常宏伟⁴⁶ 苏文⁴⁷

案情简介：

河南 W 公司是省内一家销售大型机械设备的对外贸易公司。2024 年初，W 公司陆续收到合作客户的反馈，称公司前业务员孙某通过社交平台和电话联系 W 公司客户，承诺给客户低价并主动提出拜访客户等。接到上述反馈后，W 公司意识到公司的客户信息可能被孙某违法披露、使用。后经律师与 W 公司共同梳理证据确认，W 公司的客户信息同时具备秘密性（不为公众知悉）、价值性、保密性（对公司客户信息采取了保密措施），应属商业秘密。孙某系与 R 公司共同侵害 W 公司商业秘密谋利，W 公司遂将孙某与 R 公司诉至法院，诉请孙某及 R 公司停止侵害 W 公司商业秘密，并赔偿 W 公司的损失及维权合理支出。

一审法院判决认定孙某、R 公司侵害 W 公司商业秘密，判决二被告停止侵权行为，并酌定孙某、R 公司向 W 公司赔偿损失 3 万元及维权支出，二审法院维持一审判决。

⁴⁶ 常宏伟律师，金博大律师事务所合伙人，专注企业并购、投融资、公司治理及重大商事纠纷。

⁴⁷ 苏文律师，郑州大学法律硕士。专注各类经济合同、公司、不正当竞争纠纷的争议解决。

尊敬的审判长：

金博大律师事务所接受原告 W 公司的委托，指派常宏伟、苏文律师作为 W 公司与被告孙某、R 公司侵犯商业秘密纠纷一案一审阶段的代理人。现代理人根据本案庭审争议焦点，发表如下代理意见，敬请法庭考虑并予以采纳为盼。

法庭归纳的本案争议焦点为：

第一，本案是商业秘密纠纷还是竞业限制纠纷；

第二，原告主张的客户信息是否构成商业秘密；

第三，二被告是否侵害原告主张的商业秘密；

第四，构成侵害商业秘密前提下，侵权责任的承担。

根据法庭归纳的争议焦点，代理人结合本案庭审举证、质证及辩论情况，就本案争议焦点发表代理意见如下：

第一部分：本案法律事实与法律关系的定性问题

一、本案是侵害经营秘密的侵权责任纠纷

本案是因被告孙某利用其在原告 W 公司工作期间掌握的 W 公司客户信息，违反保密义务、违反 W 公司要求其保守商业秘密的要求，向 R 公司披露、使用 W 公司客户信息营利，给 W 公司造成损失而引发的纠纷。加害行为是二被告故意为之，给原告造成了损失，且损失与加害行为有因果关系，实质上是侵权责任。

而违反竞业限制纠纷则是劳动者或用人单位违反竞业限制条款或合同而引发的纠纷，承担的事违约责任。也即违反竞业限制的前提是，双方之间签订有竞业限制协议或条款，约定限制劳动者离职后的自由择业权，用人单位给付相应的竞业限制补偿金。本案中，原告 W 公司未与被告孙某签订竞业限制协议，双方的劳动合同中亦未约定竞业限制条款，因此本案并非竞业限制纠纷。

二、本案的法律事实不导致责任竞合的情况，原告可以向被告主张侵权责任

主张侵害商业秘密的侵权责任与主张违反竞业限制的违约责任，所依据的法律事实并不相同，故并不存在请求权的竞合或重复起诉的问题。不论法庭对被告孙某作为劳动者应否对原告 W 公司承担竞业限制的义务作何种认定，W 公司都可以选择诉讼追究二被告侵犯商业秘密的侵权责任。

第二部分：原告 W 公司主张的客户信息是否构成商业秘密

《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条第四款规定：“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术

术信息、经营信息等商业信息”。

原告 W 公司所主张的商业秘密是公司客户信息，包含外籍客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容、价格承受能力在内，根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条的规定，上述信息属于经营信息。

一、原告 W 公司的经营信息不为公众知悉

原告 W 公司获取客户信息的路径复杂，非公开渠道能够取得。

原告 W 公司从事大型机械设备对外贸易，从销售产品的性质以及服务客户的类型来看，此类产品市场需求相对较低，购买者往往需要对交易相对方有充分的了解与高度的信任。W 公司主要通过老客户/熟人转介绍、线下展会、阿里国际站等平台线上询盘等渠道获取客户资源。以阿里国际站的获客渠道为例，该渠道的获客路径一般为：

（一）客户通过 W 公司在阿里国际站平台上展示的公司资质、商品信息、产品参数、工厂规模、顾客好评等内容，对 W 公司产品产生初步购买意愿，进行自主询盘（咨询）；（二）询盘沟通中建立初步信任后，双方交换联系方式，买方进一步告知具体需求，卖方 W 公司根据需求进行详细的产品介绍、服务介绍、甚至个性化定制，并进行报价；（三）最后为促成交易，W 公司通常需要指派工作人员到买方所在国进行拜访，或出具商务邀请函邀请买方到我国供货工厂进行参观，以达成最终交易。

至此，W 公司才能够取得一位新客户的名称、地址、联系方式、意向、交易习惯、价格承受能力等客户信息。由此可见，W 公司获取客户信息不是简单地从公开渠道直接获取，而是通过评估、筛选、反复触达、实地拜访、邀请考察等全方位的努力才得以获得这个客户信息，这些信息是不为公众所知悉且不易获得的信息。

二、原告 W 公司的客户信息能够给公司带来经济利益，具有商业价值

（一）W 公司的客户与 W 公司具有信任基础

良好的信任基础是获得交易机会的前提。W 公司在数十年如一日的诚信经营中积累了良好的商业信誉和声誉，在与客户的长期沟通与交易中让客户感受到了 W 公司的产品质量、服务水平、售后效率，双方通过长期的交往磨合产生了信任基础，也使 W 公司获得持续交易的机会。

（二）W 公司的客户信息形成了公司的竞争优势

W 公司作为一个对外贸易公司，销售是公司盈利的根本，销售对象的信息必然是公司盈利的重要基石。W 公司客户的具体信息、定制化需求和价格承受能力是 W 公司竞争对手难以获取的关键信息，属于 W 公司的竞争优势。

（三）W 公司的客户交易稳定，客户信息能够给公司带来经济利益

W 公司的客户多为在其所在国从事机械设备销售的企业或代理，客户复购率较高。结合本案中 W 公司提交的证据，第六组证据中的伊朗客户 Ali 便长期、多次与 W 公司进行交易；第八组证据中的菲律宾客户 Errol 也是与 W 达成一次交易后，继续与沃德利公司沟通，寻求更大的合作；第九组证据中的墨西哥客户 Oscar 则是与 W 公司明确表明其定制化需求，W 公司根据其需求出具了定制版图，双方已进入议价环节。

足以见得，以上这些非公知信息具有商业应用的价值，能够持续给 W 公司带来经济利益和竞争优势。

三、原告 W 公司的客户信息具有保密性

W 公司为了保守公司客户信息等商业秘密，采取了一系列的保密措施，如：1. 公司在与员工签订的劳动合同中均约定了保密条款（合同第 4 条）；2. 除销售平台自带的客户管理系统外，W 公司还使用专门的软件管理后台客户信息，登陆公司客户管理系统需要有密码，不同业务员只能查询个人子账号系统下的客户信息，本案 W 公司提交的证据中涉及的客户，均为被告孙某在职期间其子账户下对接的客户；3. 公司规定业务员与客户交流需要使用公司业务手机，业务账号，不能私自使用其他联系方式与客户交流。

W 公司向法庭提交的证据 3-4，就能够证明被告孙某在 W 公司工作期间（2019 年-2023 年 9 月），使用手机号码为“1913741****”的公司业务手机以及该手机号注册的各类软件（如微信、WhatsApp 等即时通讯软件，阿里平台等）开展各项业务，且被告孙某代理人也自认该手机号码及账户确系被告孙某在职期间使用。因此，上述措施足以证明 W 公司为了保守公司客户信息采取了一系列严格的保密措施。同时亦能够证明 W 公司提交的证据中，聊天记录时间为 2023 年 9 月前，聊天人显示为“Emma”的聊天记录，均指被告孙某。

综上，W 公司的客户信息同时具备商业秘密的“秘密性、价值性、保密性”三要件，是符合上述三要件的经营信息，系“经营秘密”。

第三部分：本案二被告侵害商业秘密行为的成立与侵权责任的承担问题

一、本案二被告实施的行为属于侵害 W 公司商业秘密的行为，构成侵权

（一）被告孙某负有保守 W 公司商业秘密的义务

孙某利用其在原告 W 公司任业务员的职务便利，除了获取 W 公司的客户名称、地址、联系方式、意向、交易习惯、价格承受能力等客户信息外，还获取到 W 公司的报价信息、甚至部分下游供应商信息（原告提交的证据 6-3）。

为保守上述经营秘密，W 公司在与被告孙某签订的劳动合同中，明确约定了孙某保守公司商业秘密的义务，公司向孙某支付的工资即包含了其保守客户信息等商业秘密的对价。其次，孙某作为业务人员，负责产品销售，根据其岗位的性质、职责以及行业惯例，孙某知道或者应当知道客户信息属于 W 公司的商业秘密。

除 W 公司与孙某签订的合同中约定了保密义务外，W 公司对公司客户信息仍持续采取其他一系列保密措施，。故只要 W 公司未主动将公司的客户信息、报价及供应商信息公之于众，这些信息自始属于 W 公司的商业秘密。那么孙某便有义务保守以上商业秘密，不得擅自披露、使用、允许他人使用。

（二）二被告系共同侵犯原告的商业秘密

1. 被告孙某在从 W 公司离职前便与 R 公司有特殊关联。

（1）被告孙某从 W 公司离职前就有向 R 公司披露、允许使用 W 公司商业秘密的行为。

W 公司在孙某离职前使用的电脑中发现一份以 R 公司名义给 W 公司客户“Tommy”制作的报价单 PDF 文件，该报价单显示日期为 2023 年 7 月 17 日，与文档属性中的“创建时间”日期一致（证据 4-1）。此外还有一份授权委托书（证据 2-1），委托书上载明授权孙某（身份证号 410222*****）为 R 公司总经理，落款日期 2023 年 8 月 10 日，该份文件有被告 R 公司用印及当时 R 公司法定代表人杨某某的签名。

以上两份材料均能够证明早在孙某自 W 公司离职前，就有向 R 公司披露、允许使用 W 公司商业秘密的侵权行为。

（2）R 公司对孙某违法披露 W 公司商业秘密的行为系明知。

据 R 公司的企业信用信息公示报告：R 公司成立于 2023 年 7 月 13 日，原始股东为杨某某、郭某某。2023 年 11 月 22 日，公司股东变更为被告孙某、案外人吴某某，法定代表人由杨某某变更为被告孙某。

本案法庭调查阶段，孙某某代理人自认郭某某系孙某母亲，杨某某系孙某弟媳。也就是说，R公司的筹备、设立是在孙某从原告公司离职前两个月左右就开始。R公司成立后，孙某于2023年8月向原告公司提出离职，原告公司挽留未果，后孙某于2023年8月下旬进行工作交接，并于2023年9月正式离职。结合原告在孙某离职前使用的公司电脑中发现的文件不难看出，孙某早就为离开原告公司做好了准备，而R公司也对孙某系违法披露W公司客户信息的事实明知。

2. 二被告构成共同侵权。

庭审还查明R公司与W公司的经营范围高度重叠或类似。

从被告R公司的设立时间、原始股东与孙某的关系、孙某成为R公司股东及法定代表人的事实以及R公司经营范围进行分析，能够推断R公司成立的目的就是使用孙某获取的W公司商业秘密，不正当的谋得竞争优势和交易机会，谋取非法利益。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条的规定，二被告均实施了侵犯W公司商业秘密的行为，系共同侵权。

3. 二被告以买方自愿与离职员工达成交易抗辩，应当对客户“自愿选择”进行举证，并承担举证责任。

对于二被告关于买方自愿与孙某及R公司达成交易的抗辩，被告未提交任何证据证明系客户主动联系二被告，并与其进行交易。反之，原告W公司提交的证据中能够看出，均系孙某利用其在W公司获取的客户信息，代表R公司主动与客户联系。在与客户联系过程中，孙某存在不明确告知客户其已经从W公司离职的事实以混淆客户；利用其了解的W公司报价，以低价诱导客户进行不正当竞争的行为。

原告W公司自2017年成立至今，一直从事机械设备出口业务，而被告R公司作为一个新成立的公司，在产品质量、价格、技术等综合实力上，并不比W公司占“明显”优势，甚至不占优势。原告W公司的客户并无“自愿”选择与二被告进行交易的基础。故二被告的抗辩不应得到支持。

综上，二被告的抗辩不能成立，二被告系共同侵害W公司商业秘密。

二、被告侵权责任的承担问题（本案赔偿金额计算依据）

《中华人民共和国民法典》第一千一百六十八条规定，“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任”。《中华人民共和国反不正当竞争法》第十七条规定：“经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承

担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。

经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。”

（一）根据 W 公司的损失计算赔偿金额

W 公司成交利润基本系最终成交价格的 20%-30%。本案 W 公司提交的证据中包括与部分客户的历史交易信息，其中有客户成交金额以及 W 公司采购金额，根据上述信息，W 公司向法庭提交公司利润率计算表（附件一）以及损失计算表（附件二）以供法庭参考。

原告目前掌握的公司客户与二被告达成交易的情况包括：①二被告与 W 公司伊朗客户成交攻丝机（证据 6-3）。②与菲律宾客户成交压瓦机（第八组证据），但无法得知实际成交数量。菲律宾客户此前向原告公司表达的购买意向为 6 台机器，原告也向其出具了 6 种版型图，报价 38000 美元/套（证据 8-2 序号②、序号③）。③与墨西哥客户成交 Y3150 滚齿机。

并且原告目前掌握的信息也并不全面，二被告实际给 W 公司造成的经济损失或远超过本案中 W 公司主张的金额，并有可能持续扩大。

（二）应当对二被告适用惩罚性赔偿

根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第十七条、《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第十九条、第二十条的规定，二被告共同、恶意侵犯原告公司商业秘密的行为明确，已有多位外国客户向 W 公司反馈二被告行为，且二被告利用了解的 W 公司报价进行低价竞争的行为，也给原告公司的商誉带来较大影响，情节严重，建议法院对二被告进行惩罚性赔偿。

（三）二被告对 W 公司的赔偿数额还应当包括原告为制止侵权行为所支付的合理开支

二被告构成侵权行为，根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第十七条以

及《中华人民共和国民法典》的规定，侵权人应当赔偿权利人因制止侵权行为的合理开支。W 公司为制止二被告侵权行为，聘请律师代为进行诉讼，因该诉讼案情复杂，证据较多，律师收取**元代理费，该收费标准符合相关规定。此外，W 公司为证明对客户信息采取了保密措施，特申请公证机构对客户平台登陆系统的流程进行公证，支出公证费 1000 元；又因本案涉及对外贸易，交易对象为外国客户，沟通语言为英语，故 W 公司委托专业翻译机构翻译人员对本案证据进行翻译，共花费翻译费 1250 元，以上共计 12250 元，均系原告为制止被告侵权行为的合理支出，并有发票以及支付凭证证明实际支出金额，以上支出应当由二被告承担。

综上，二被告共同侵害了 W 公司的商业秘密，侵权行为给 W 公司造成了经济损失，依法应予赔偿。请求法院依法采纳代理人的代理意见，支持原告的诉讼请求。

附件（略）

张某刚与张某成破产债权确认纠纷再审审查代理词

——河南金学苑律师事务所 岳冬菊⁴⁸ 宋卓林⁴⁹

案情简介：

本案系破产债权确认纠纷，张某成、张某刚均为 LX 公司的债权人，本案中张某成的债权被破产管理人确认为优先债权，张某刚不服遂提起本案破产债权确认之诉。本案一审确认张某成的债权为普通债权、二审予以维持，后通过新乡中院院长发现程序使本案再审，二审法院撤销一、二审判决，将本案发回一审法院重申，一审法院确认张某成的债权为优先债权、二审法院予以维持。张某刚不服遂委托我们向省高法申请再审。我方认为，本案的核心争议点有三。其一，张某成系作为实际施工人的身份从 LX 公司项目工程的承包人 HX 公司处获得本案债权，其是否享有建设价款优先受偿权。其二，HX 公司在向 LX 公司主张债权时并未行使优先受偿权，其行使该权利时是否已过除斥期间，本问题的实质为建设价款优先受偿权应从何时起算、计算多久的问题；其三，建设工程价款优先受偿权能否通过受让的方式取得。我方认为实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权，张某成主张工程价款优先受偿权时是以实际施工人身份主张，破产管理人也是依据张某成的申请将其普通债权调整为优先债权，但原判认定张某成是以债权受让人而非以实际施工人的身份主张建设工程价款优先受偿权，系歪曲事实。此外，本案应当依据当时《合同法》第 286 条规定和当时正在生效施行的《优先受偿权问题的批复》的规定，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算 6 个月的除斥期间，张某成行使优先受偿权时早已经过除斥期间，其优先受偿权消灭。省高法经审理后采纳了我方的观点，裁定再审本案并由河南省高法提审，我方当事人历时 4 年的诉讼历程终见曙光。

⁴⁸ 岳冬菊，女，河南省金学苑律师事务所高级合伙人，郑州仲裁委员会仲裁员，河南省民法学研究会常务理事。

⁴⁹ 宋卓林，女，河南省金学苑律师事务所专职律师。

尊敬的审判长：

河南金学苑律师事务所接受本案张某刚的委托，指派我担任张某刚与张某成破产债权确认纠纷申请再审阶段的诉讼代理人，依法出庭参与诉讼，现依据事实和法律，发表如下代理意见：

一、实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权，张某成主张工程价款优先受偿权时是以实际施工人身份主张，破产管理人也是依据张某成的申请将其普通债权调整为优先债权，但原判认定张某成是以债权受让人而非以实际施工人的身份主张建设工程价款优先受偿权，系故意歪曲事实

LX 公司破产一债会确认张某成的债权性质为普通债权后，张某成向破产管理人提出债权异议申请书，其主要理由是：张某成是 LX 公司 3 号厂房的实际施工人，3 号厂房是由张某成全部垫资完成的，根据合同法第 286 条和《最高法关于建设工程价款优先受偿权的批复》第一条的规定，建设工程款优先受偿权属于优先于抵押权的法定优先权。可见，张某成在申请建设工程价款优先受偿权时是以实际施工人的身份主张建设工程价款优先受偿权，而且依据的是《最高法关于建设工程价款优先受偿权的批复》，而不是以债权受让人的身份主张工程价款优先受偿权，也不是依据《2018 年司法解释》。故二审判决认定的“张某成以债权受让人而非以实际施工人的身份主张建设工程价款优先受偿权”完全是歪曲事实。另外，和张某成一起提出债权异议的还有力新重工公司 1 号、2 号厂房的实际施工人李习勇和孙振杰，他们二人也是以实际施工人的身份主张工程价款优先受偿权。破产管理人也是依据他们的申请认定他们享有建设工程价款优先受偿权，延津县人民法院关于孙振杰案件的裁判文书也明确认定“实际施工人享有工程价款优先受偿权”。但实际施工人不享有工程价款优先受偿权是最高法在（2015）民申字第 2311 号案件中就明确的裁判观点，之后《2018 年司法解释》第 17 条进一步明确享有建工价款优先受偿权的权利主体仅限于与发包人订立建设工程的承包人，且在最高法民一庭编著的《〈2018 年司法解释〉的理解与适用》中进一步阐明，实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权（367 页）。2021 年《九民会议纪要》再次明确“因违法分包、转包等导致合同无效，实际施工人请求按照依据《合同法》第 286 条规定对建设工程价款行使优先受偿权不予支持，地方各级人民法院有关实际施工人享有优先权问题的意见，凡与本解释相悖的，应当立即自动停止”。可延津县法院完全无视上述规定，仍以孙振杰实际施工人享有优先受偿权为由确认

孙振杰的债权为优先债权。可见，延津县法院为了维持破产管理人关于孙振杰、张某成债权性质的确认，完全丧失法律和道德底线。

二、案涉工程价款优先受偿权应从何时起算的问题

1. 案涉工程价款优先受偿权期限依法应自 2013 年 12 月 31 日起算，计算至 2014 年 6 月 30 日止。

本案原审查明的事实是：恒翔公司与 LX 公司签订案涉建设工程施工合同的日期为 2012 年 10 月 21 日，竣工时间为 2013 年年底，双方就工程价款支付达成《会议纪要》的日期为 2014 年 12 月 2 日，恒翔公司起诉 LX 公司的时间为 2016 年 3 月 22 日，法院作出民事调解书的日期为 2016 年 5 月 6 日，恒翔公司申请强制执行的时间是 2016 年 6 月 14 日，第一次在执行中行使优先受偿权，时间为 2016 年 8 月 25 日，但法院没有准许，同时也未查封案涉 3# 厂房，而是于 2016 年 11 月 1 日作出执行裁定书终结本次执行。由此可知，本案恒翔公司与 LX 公司建设工程施工合同的签订、履行、诉讼、调解、执行及价款优先受偿权产生和消灭的所有法律事实均发生在《2018 年司法解释》的颁布施行前。没有任何一个法律事实落入《2018 年司法解释》施行后，只有当一个法律事实落入两个司法解释的有效施行期间时才会产生新旧法的适用问题。也就是说，某个法律事实横跨新旧两部法律的施行期间，才会产生新旧法的适用问题。所以，该案承包人恒翔公司向发包方 LX 公司主张工程价款优先受偿权的行使期限起算点，依据当时《合同法》第 286 条规定和当时正在生效施行的《最高法关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（2002 年 6 月 27 日）（下称“《优先受偿权批复》”）第四条规定：“建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日计算。”根据原审法院查明的事实，案涉工程实际于 2013 年底竣工，那么依据上述司法解释的规定，恒翔公司行使工程价款优先受偿权的期限起算点至少应当为 2013 年 12 月 31 日，计算六个月至 2014 年 6 月 30 日止。据此，该建设工程价款优先受偿权，从 2013 年 12 月底工程实际竣工之日起算，已超过了 6 个月的法定行使期限，故其优先受偿权消灭。

在恒翔公司不享有建设工程价款优先受偿权的情况下，张某成作为恒翔公司的债权受让人自然不可能享有建工价款优先受偿权，后手的权利不可能大于前手。

其一，恒翔公司早在 2016 年 5 月 6 日就已获得了延津县人民法院作出的具有普通债权性质的生效裁决。其是在多次申请执行 LX 公司未果的情形下，才在

2018年4月1日与张某成签订了《债权转让协议》，将其对LX公司享有的工程价款债权转让给了张某成。因在双方签订《债权转让协议》时，恒翔公司早已丧失了建设工程价款优先受偿权，所以恒翔公司并没有也不可能将《转让协议》中将其并不享有的建设工程价款优先受偿权转让给张某成。张某成从接受恒翔公司债权转让时起，自始即不享有建设工程价款优先受偿权。所以破产管理人在一债会议上将张某成的债权均确定为普通债权。

其二，在恒翔公司与LX公司的建设工程施工合同纠纷终审数年之后，在恒翔公司和LX公司双方都未申请再审的情形下，破产管理人在二债会议上依据张某成的申请确认张某成的债权为优先债权，且法院在本案诉讼中依据2019年2月1日才生效施行的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（下称“《2018年司法解释》”），重新确认张某成享有建设工程价款优先受偿权，让后手的权利大于前手，推翻和否定早已生效的裁判文书，荒唐至极。

3. 本案依法本不应适用《2018年司法解释》22条规定，即使适用该条规定，无论是从2014年12月2日起算，还是2015年6月30日起算6个月的优先受偿权行使期限，恒翔公司于2016年8月25日行使优先受偿权，均已超过了法定行使期限

如前所述，本案依法本不应适用《2018年司法解释》22条规定，即使退一万步说按照张某成自认的、原审判决适用的《2018年司法解释》第22条规定（“承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付工程价款之日起算”），关于应当给付建设工程价款之日的确定，最高法民一庭编著的《〈2018年司法解释〉理解与适用》和《〈新建设工程施工合同司法解释〉的理解与适用》中进行了明确的释明：首先，建设工程施工合同对付款时间及方式有明确约定的且合同已经正常履行完毕，应当遵从当事人约定。本案张某成代表恒翔公司与LX公司于2014年12月2日签订了《关于厂房工程款支付问题的会议纪要》（下称“《会议纪要》”）确认，工程款总价466.641万元，LX公司已支付136万元，尚欠330.641万元，LX公司承诺于2015年元月2日前支付100万元，于2015年2月10日前支付100万元，剩余款项于2015年6月30日前结清。那么本案的应付款之日应是双方对工程款的确认之日即2014年的12月1日起算（因为该纪要充分证明恒翔公司对该建设工程早已竣工并交付），计算六个月至2015

年的5月1日。即使按照张某成所主张的最有利于张某成的方式计算，至迟也应当自2015年6月30日起算，计算到2015年12月30日止。据此，即使依据《2018年司法解释》22条规定，无论从2014年12月2日双方签署《会议纪要》的前一日起算，还是付款期限的届满日2015年6月30日起算，恒翔公司于2016年8月25日行使建设工程价款优先受偿权，均已超过了6个月的法定行使期限，故其优先受偿权同样消灭。

4. 原审判决认为“恒翔公司行使优先受偿权的起算点以《2016民事调解书》确认的恒翔公司应付工程款最后届满日为准”是恶意误读法律

关于应当给付工程价款之日的确定，无论是最高法民事审判一庭编著的《〈2018年司法解释〉的理解与适用》^{【1】}还是《最高法新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》（421-426页）中对关于应当给付建设工程价款之日的确定问题均进行了明确的阐述，即法院裁判文书确定的工程款的付款之日不能作为应付工程款之日。因为若如此行使，则承包人需要重新与发包人协商或申请法院将工程拍卖，程序繁琐，时间拖延，不利于督促承包人积极行使优先受偿权及纠纷的解决。全国法院学的都是这本教材，为什么新乡中院会作出完全不同于法律规定、不同于最高法权威观点的解读呢？

5. 原审判决书主文一方面认定恒翔公司行使优先受偿权的起算时间应以2016年8月10日为准，另一方面在反驳申请人的上诉理由时又认定应以2015年6月30日作为行使优先权的起算点，明显自相矛盾

本案一审法院为了将张某成的债权认定为优先债权，竟故意违背基本法律常识，错误适用《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）第41条规定，认定恒翔公司行使优先受偿权的行使期限为18个月，从《会议纪要》约定的最终付清工程款的期限即2015年6月30日的次日即2015年7月1日起起算，认为恒翔公司2016年8月25日行使优先受偿权不超过18个月。可这一裁判观点违背了法不溯及既往的基本原则，违背了该解释规定的有利溯及的条件和程序。特别是《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第18条规定的如适用有利溯及则必须“经本院审判委员会讨论后层报省高法、最高法审判委员会讨论”这一程序规定。二审法院无法突破上述程序规定，但其既要达到维持原审判决的目的，又囿于建设工程价款优先受偿权的除斥期间为6个月且恒翔公司于2016年8月25日主张工程价款优先受偿权这一

事实，所以二审法院除了在行使优先受偿权的起算点上做文章外，别无他法。

也正因此，原审判决在裁判结果已定的情况下，故意错误适用恒翔公司行使优先受偿权时尚未颁布施行的《2018 年司法解释》，认定优先受偿权起算点为应付工程款之日。但即便如此，无论从合同约定的应付工程款之日或《会议纪要》约定的第一次应付工程款之日起算，还是从最终付清工程款之日起算，恒翔公司在 2016 年 8 月 25 日行使优先受偿权时都已超过了 6 个月的除斥期间。二审法院维持原判的目的仍不能达到，于是二审法院就以 LX 公司与恒翔公司在诉讼中法院作出的裁判文书确认的最终还款日期 2016 年 8 月 10 日作为恒翔公司行使优先受偿权的起算点。但是，原审判决在反驳申请人的上诉理由时一不留神，就真相毕露，又自认为应以 2015 年 6 月 30 日作为恒翔公司行使优先权的起算点。

三、关于建设工程价款优先受偿权是否能够通过受让方式取得，目前尚无法律和司法解释的明确规定，但原审判决认定张某成以债权受让人身份主张工程价款优先受偿权，符合法律规定，完全是主观臆断、无中生有

关于建设工程价款优先受偿权能不能通过受让方式取得，最高法在《〈2018 年司法解释〉的理解与适用》一书中关于第 17 条的理解与适用审判实务中应注意的问题（373 页）明确阐明：“请求发包人支付建设工程价款的债权转让后，受让人是否享有优先受偿权尚无定论”。最高法在《〈2021 年新建设工程司法解释〉理解与适用》一书中关于第 35 条的理解与适用审判实践中应注意的问题（366 页）再次明确阐明：“建设工程价款债权转让后，受让人是否享有优先受偿权在现行司法解释中尚无定论”。另外，最高人民法院在（2019）最高法民申 3349 号民事裁定书中明确指出：“建设工程价款优先受偿权为法定优先权，专属于承包人，在建设工程价款债权转让时，该工程价款的优先权是否随之一并转让，并无明确的裁判意见。就本案而言，张黎明通过债权受让取得的债权可以被认定为普通债权”。此外，最高人民法院在（2021）最高法民申 2486 号案件中再次明确指出：“《2018 司法解释》第 17 条规定的对建设工程价款享有优先权的‘承包人’仅指与发包方存在直接合同关系的承包人。建设工程价款优先受偿权并不是一种合同权利，不是由当事人协商确定的权利，而是直接依据合同法享有的法定优先权，不能通过受让取得”。根据上述司法解释及最高法裁判观点，原判认定张某成以债权受让人身份主张工程价款优先受偿权，符合法律规定，完全是主观臆断、无中生有，实在不知原审法院认为的符合法律规定是符合哪一条规定。

综上，本案符合《民事诉讼法》第二百一十一条规定的再审情形，故申请人特依法申请再审。请求贵院依法对本案进行再审，再审期间中止原判决的执行，并撤销一、二审法院民事判决书，改判确认被申请人张某成所享有的债权为普通债权，以维护申请人及众多债权人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社会的公平正义！

河南某某农商行与张某红、某某供水公司房屋买卖合同纠纷与第三人撤销之诉合并审理案件再审代理词

——河南博云天律师事务所 杨玲玲⁵⁰ 曹洁⁵¹

案情简介：

2013 年，某某供水公司与某某农商行签订 5000 万元的《流动资金借款合同》，供水公司以其名下一栋在建工程抵押并办理抵押登记。2015 年 2 月 2 日，供水公司未经抵押权人某某农商行同意，将抵押物中的部分房屋（商铺）出售给张某红。后张某红依据商品房买卖合同起诉并胜诉，生效判决要求供水公司交付房屋。

2016 年 8 月供水公司借款期满后未能偿还，某某农商行将该笔金融债权转让给晟丰商贸、亿诚实业两家公司，该两家公司又从某某农商行和杞县农商行贷款 4500 万元，并将受让的上述对供水公司金融债权以应收账款质押给某某农商行。后，供水公司破产，某某农商行申报了债权。供水公司管理人在管理抵押物时发现上述张某红与供水公司的房屋买卖合同纠纷，损害了抵押权。某某农商行遂提起第三人撤销之诉，买卖合同纠纷案也通过院长发现程序指定再审，两案合并审理。经审理后，历经多次程序，法院依旧判决房产归张某红所有。

博云天律师遂代理某某农商行申请再审，首先解决某某农商行提起三撤资格的问题，又举证张某红与供水公司及其关联公司存在多笔借贷，购房款并未支付的事实，并从房屋为商品房且买卖未经时任抵押权人同意的角度出发，认为买卖合同纠纷判决损害某某农商行利益，最终省高院裁定撤销买卖合同案判决，发回重审。

50 杨玲玲律师，河南博云天律师事务所合伙人，主要从事金融、公司、财税、执行、破产等诉讼、非诉法律业务。

51 曹洁律师，河南博云天律师事务所财经部副主任，三级律师，主要从事金融民商事诉讼、非诉法律业务。

审判长、审判员：

根据《民事诉讼法》第六十一条、《律师法》第二十五条之规定和河南博云天律师事务所指派，我们接受本案再审申请人河南某某农商行股份有限公司（下称某某农商行）的委托，以其一般诉讼代理人身份，参加本案的诉讼活动。我们认为，（20**）豫 02**民初***号、（20**）豫**民终 71**号民事判决错误认定房屋买卖合同法律关系并支持向张某红支付房屋且配合办理登记的诉讼请求，损害了某某农商行的权益，某某农商行提起第三人撤销之诉请求依法撤销该判决有事实和法律依据，根据《民事诉讼法》第二百零七条第（二）项、第（六）项之规定，改判驳回张某红的诉讼请求。主要代理意见如下：

一、 本案的基本经过

2011 年 8 月 25 日，某某供水房地产开发有限公司（下称供水公司）从原某合作联社（后改制为某某农商行）贷款 5000 万元，期限两年，至 2013 年 8 月 29 日止，并以其开发的 XX 家园土地和在建工程设立抵押担保。2012 年 12 月 5 日，某某农商行向开封住建局出具证明，同意供水公司办理预售许可证并进行销售（许可证有效期 1 年：2013.1.11-2014.1.11）。

2013 年 8 月 27 日，供水公司偿清上述借款本息，后重新又于 2013 年 9 月 11 日向某某农商行借款 5000 万元，借款期限两年，并以供水公司 XX 家园 17 号楼部分房屋重新办理抵押。期间，供水公司通过一房一卖一解押的模式向某某农商行申请解押售出 20 套房并偿还了本金 500 万元，下余 4500 万元贷款经双方协商展期一年。2016 年 8 月借款展期届满后，供水公司仍未能偿还，某某农商行将该笔金融债权转让给 X 丰商贸、X 诚实业两家公司，两家公司又从某某农商行和河南杞县 X 银行股份有限公司（下称杞县 X 行）贷款共 4500 万元用于支付上述转让款，并将上述受让的金融债权（应收账款）质押给某某农商行。

2015 年 2 月 2 日，即上述贷款尚未到期之前，张某红因其 2014 年 4 月与中房天元公司、供水公司签订的借款合同，约定金额 5000 万、实际出借金额 4000 万（3500 万张某红、500 万京北公司代付），约定借款期限 180 天，利率 4%，为保证借款偿还，其与供水公司签订《商品房买卖合同》，约定购买 XX 家园 17 号楼 5、6、7、8 号商铺，一次性支付总价款 27,659,660 元。张某红在诉讼中称其以自己 and 妻子可某的名义先后转给供水公司房款 448 万元、832 万元，其余 14,759,660 元以供水公司所欠的借款本息抵债（但从现有证据显示，上述所谓

“购房”款是不真实的，并未实际支付)。该房屋买卖，并未告知抵押权人，也未获同意。张某红于 2015 年向开封市 J 区法院提起房屋买卖合同诉讼，明知存在再审申请人抵押的情况下故意隐瞒抵押情况，而开封 J 区法院竟也未审查案涉房产上存在的抵押情况于 2016 年 5 月经行作出（20**）豫 02**民初***号判决确认上述买卖合同有效，判令供水公司交付房产并协助办证。

2017 年 12 月 28 日，开封中院裁定受理供水公司破产重整。某某农商行向破产管理人申报担保债权并经开封中院 2020 年 11 月 20 日裁定确认。供水公司管理人在帮助某某农商行实现担保债权的过程中发现了上述生效判决，经反映，J 区人民法院对该案依法裁定进行再审，同时，某某农商行也提起了第三人撤销之诉，请求依法撤销上述生效判决和相应的执行裁定书。J 区法院将该两案件合并审理，仍然判决维持原判。后经某某农商行上诉，开封中院裁定认定原判事实不清，发回重审。开封示范区法院重审后仍然判决确认《商品房买卖合同》未侵害某某农商行合法权益，判令供水公司交付房屋给张某红，并协助办证。某某农商行为此提出上诉，开封中院撤销示范法院一审判决，但仍维持金明法院的原判，为此，某某农商行申请再审。

二、某某农商行作为债权人（债务人 X 丰商贸、X 诚实业）暨 4500 万元应收账款（债务人供水公司）质权人，有权提起第三人撤销之诉，主张 4500 万元相关的权利

（一）某某农商行作为 X 丰商贸、X 诚实业债权人有权代位行使债务人 X 丰商贸、X 诚实业所享有的债权和从权利（即本案房屋抵押权），并已得到供水公司破产案件法院确认债权

2013 年 9 月开封市市区农村信用合作联社营业部（现某某农商行）向供水公司发放贷款 5000 万元，抵押物系供水公司开发的“XX 家园”17 号楼部分房屋。贷款到期后，贷款本金剩余 4500 万元，上诉人某某农商行将该笔债权以 4500 万元转让给 X 丰商贸、X 诚实业。二公司从某某农商行及杞县农商银行处贷款共计 4500 万元用于支付上述转让款。为保证贷款偿还，二公司又将其受让的对供水公司的应收账款质押给某某农商行。

《民法典》第五百三十五条第一款规定“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的

除外”。2023年1月10日，刘某祥专委在全国法院金融审判工作会议上的讲话也传达了相关精神，即“就债权人代位权制度而言……民法典将代位权的行使范围扩张到‘与该债权有关的从权利’，主要是指担保权利；”“三是增加规定了债权人的保存行为，……债权人可以代位向债务人的相对人请求其向债务人履行、向破产管理人申报或者作出其他必要的行为”。

某某农商行系X丰商贸、X诚实业的债权人，X丰商贸、X诚实业通过债权转让受让供水公司债权后未向供水公司主张债权，也未向法院诉请供水公司偿还债务，怠于主张到期债权，直至2017年12月28日开封中院裁定受理供水公司破产重整。上诉人某某农商行的债权实现明显受到阻碍，因此上诉人某某农商行作为债权人依法行使代位权，向供水公司管理人申报债权。2020年11月20日，开封中院作出（2017）豫02破XX号之三民事裁定书，确认上诉人某某农商行的债权，并附有无争议债权表。

（二）某某农商行还是应收账款的质权人，有权直接请求出质债权的债务人即供水公司履行相关义务

最高人民法院在（2019）最高法民终1023号青岛秦鲁海联国际贸易有限责任公司、国家开发银行质权纠纷二审一案中认定：“第一，关于本案诉讼主体问题……根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第一百零六条关于‘质权人向出质人、出质债权的债务人行使质权时，出质人、出质债权的债务人拒绝的，质权人可以起诉出质人和出质债权的债务人，也可以单独起诉出质债权的债务人’之规定，国家开发银行作为质权人，可以选择单独起诉出质债权的债务人青岛秦鲁公司……质人行使质权时有权直接要求应收账款债务人给付相应款项……本院发布的《福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷案》（指导案例53号）认为，特许经营权的收益权依其性质不宜折价、拍卖或变卖，质权人主张优先受偿权的，人民法院可以判令出质债权的债务人将收益权的应收账款优先支付质权人。参照上述指导案例，一审判决关于应收账款质权人可以请求确认其对所涉应收账款享有优先受偿权，但无权请求应收账款债务人直接向其支付所涉应收账款的认定确有不当”。

参照上述案例及最高院指导案例53号裁判精神，某某农商行作为X丰商贸、X诚实业对供水公司应收账款的质权人，在出质人X丰商贸、X诚实业及出质债权

的债务人供水公司拒绝履行时，上诉人某某农商行可以单独起诉出质债权的债务人即供水公司，要求其履行相关义务，该相关义务当然也包括供水公司为履行债务提供的抵押担保。因供水公司破产，上诉人某某农商行向供水公司的管理人申报了债权并经法院裁定确认。

（三）4500 万元应收账款均质押在某某农商行名下，某某农商行有权主张 4500 万元相关权益

X 丰商贸、X 诚实业接收某某农商行对供水公司的 4500 万元债权后，X 丰商贸向某某农商行借款 2600 万元、X 诚实业向杞县 X 行借款 1900 万元，将共计 4500 万元借款支付完毕债权转让款。为了保证上述 2600 万元、1900 万元借款的偿还，X 丰商贸、X 诚实业又将其接收的某某农商行对供水公司 4500 万元债权全部质押给某某农商行，并在中国人民银行征信中心办理动产权属统一登记，登记证明编号 0326 3073 0003 XXXX XX61。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第四条规定：“有下列情形之一的，当事人将担保物权登记在他人名下，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人或者其受托人主张就该财产优先受偿的，人民法院依法予以支持：（一）为债券持有人提供的担保物权登记在债券受托管理人名下；（二）为委托贷款人提供的担保物权登记在受托人名下；（三）担保人知道债权人与他人之间存在委托关系的其他情形”。

某某农商行、杞县 X 行分别发放给 X 丰商贸、X 诚实业的 2600 万元、1900 万元贷款属于社团贷款，某某农商行为牵头行，根据上述规定，杞县 X 行将对应其债权相应的质押物委托登记在某某农商行名下，某某农商行可对该 4500 万元应收账款质押主张优先受偿。

（四）案涉债权转让系单户转让，可通过协议转让给社会投资者，债权转让合法有效

案涉债权转让系单户不良资产转让，不属于批量转让，不必须转让给资产管理公司，可通过协议转让转给社会投资者，上述转让合法有效。相关依据如下：

《银监会办公厅关于商业银行向社会投资者转让贷款债权法律效力有关问题的批复》【银监办发[2009]24 号】答复：“一、对商业银行向社会投资者转让贷款债权没有禁止性规定，转让合同具有合同法上的效力。社会投资者是指金融机构以外的自然人、法人或者其他组织”。《河南省农村信用社联合社关于印发〈河南省农村

信用社不良资产转让管理办法（试行）的通知》第三条规定：“不良资产转让的受让主体是资产管理公司和社会投资者……社会投资者是指金融机构以外的自然人、法人或者其他组织以及农信社员工（含退休员工）”。第四条规定：“协议转让是指与特定的第三方通过协商方式定价并实施资产转让的方式”。第六条规定：“批量转让是指各市区行社对 3 户/项及以上的不良资产进行组包，公开定向转让给资产管理公司的行为”。

三、张某红所谓的房屋买卖并非真实交易，所谓转让款也未实际支付，原判决认定事实错误

（一）案涉商品房买卖合同是为了担保借款的偿还，并非真实交易

二审判决（P41）认定“供水公司称其与张某红之间系借款关系，案涉商品房买卖合同是为了保证借款的偿还，并不是商品房买卖关系，其未提交充分证据证明其主张”，与事实不符。供水公司管理人一审提交的证据一“管理人 2021 年 6 月 9 日对供水公司实际控制人张楠所作的询问笔录”，已经说明了商品房买卖合同的真实目的是提供担保，非真实交易。

供水公司管理人在履职过程中，为调查张某红与供水公司之间的债权债务关系，对供水公司的股东、实际控制人张楠进行询问并制作《询问笔录》，询问时，管理人问“你们双方是否有买卖房屋的真实意思？”，张楠回复“因为欠（借）他的钱时间比较长了……想要签一个房屋买卖合同做担保。当时商品房买卖合同是我跟他们签订的，我们双方说的是，如果我最终还了钱，这个房屋他要给我退回来的”。

该询问笔录能证明张某红与供水公司之间存在的是借贷法律关系，双方不存在真实的房屋买卖的意思表示。实际上，截至签订房屋买卖合同时，向张某红借款 4000 万按月付息已实际支付了利息 1120 万、还本 200 万。

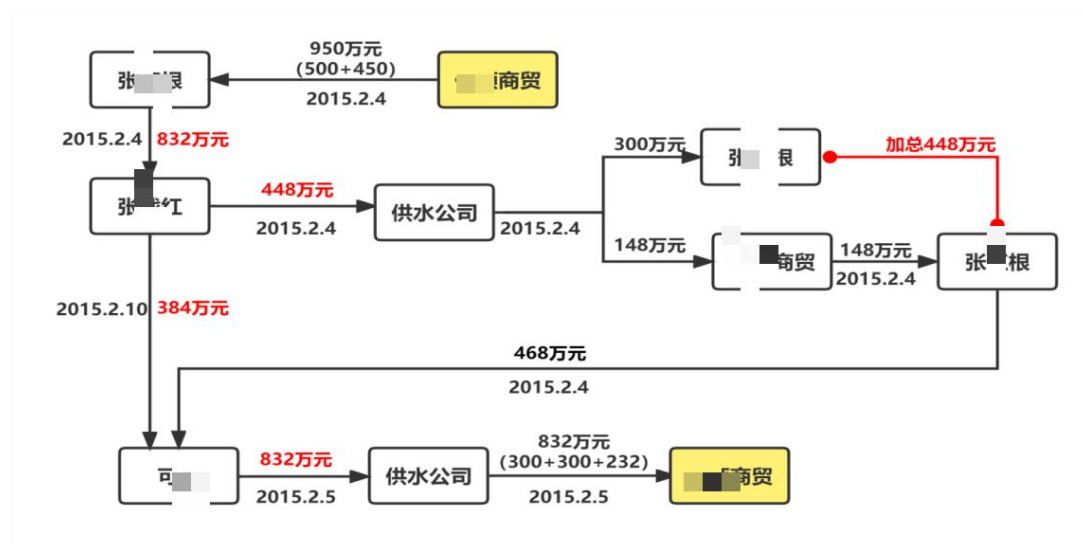
支付张 红本金、利息清单(利息按2.5分/月)										
2014年4月16日—2017年5月31日										
序号	日期	本金 (万元)	还款金额 (万元)	剩余本金 (万元)	计息天数 (天)	利息 (万元)	扣除利息后 的本金(万 元)	实际偿还本 金金额	利息 (万元)	备注
1	2014-4-16	4000								
2	2014-5-16		160		30	100.0000	3940.0000	60.0000	100.0000	支付张红
3	2014-6-17		160	3940.0000	30	98.5000	3878.5000	61.5000	98.5000	支付张红
4	2014-7-18		160	3878.5000	30	96.9625	3815.4625	63.0375	96.9625	支付张红
5	2014-8-11		160	3815.4625	23	73.1297	3728.5922	86.8703	73.1297	支付张红
6	2014-9-10		160	3728.5922	30	93.2148	3661.8070	66.7852	93.2148	支付张红
7	2014-10-6		160	3661.8070	25	76.2876	3578.0946	83.7124	76.2876	支付张红
8	2014-10-31		200	3578.0946	25	74.5436	3452.6383	125.4564	74.5436	支付张红
9	2014-11-6		160	3452.6383	5	14.3860	3307.0243	145.6140	14.3860	支付张红
10	2015-6-12		500	3307.0243	216	595.2644	3402.2887	-95.2644	595.2644	支付张红
11	2015-10-21		384	3402.2887	129	365.7460	3384.0347	18.2540	365.7460	支付张红 物贸公司
12	2015-10-27		346.2538	3384.0347	6	16.9202	3054.7011	329.3336	16.9202	支付张红 物贸公司
13	2016-9-1		300	3054.7011	304	773.8576	3528.5587	-473.8576	773.8576	支付张红
14	2017-5-31			3528.5587	270	793.9257	4322.4844	-793.9257	793.9257	支付张红
15				4322.4844						
16	合计	4000	2850.2538	4322.4844		3172.7382	4322.4844	-322.4844	3172.7382	

说明:共计还款:2850.2538 元;按2.5分计算的利息是:3172.7382 元;实际还欠利息是:322.4844 元。

最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》要求“通过穿透式审判思维，查明当事人的真实意思，探求真实法律关系”，但是，原审判决却未探究当事人的真实意思表示，未结合张某红与供水公司双方的借款以及以房抵债担保情形来综合认定，仅根据双方签订购房合同的表象来审理本案，进而导致认定的本案基本事实错误。

(二) 购房资金 1280 万元未实际支付，原审判决却认定无证据证明未真实交付，认定事实错误

申请人二审提交的新证据证明，被申请人张某红所称的 1280 万元的购房款并未实际支付。所谓购房款中的 448 万元（转入供水公司后，供水已转给张某根）、832 万元转账实际上只有 832 万元在空转，且资金来源于卖方供水公司实际控制人张楠开办的关联企业开封市 YS 商贸有限公司（下称 YS 商贸公司），后流转一圈后又回到了 YS 商贸公司，即所谓购房款张某红并未出分毫，并未真实支付。



具体流水情况是：2015年2月4日亿硕公司转给张某根（张某红堂弟）950万，张某根随即转给张某红832万（收款前张某红账户余额为4480元），张某红收到后将其中448万转给供水公司（余额384万被设置为活期转定期），供水公司收到448万将其中300万转给张某根，148万转给亿硕公司由亿硕公司又转给张某根，再由张某根转给可某（张某红配偶）468万，次日2月5日可某凑够832万转给供水公司，供水公司转回给亿硕。2月10日，张某红将4日收到的832万款项中剩余的384万改回定期转活期并转给可某。

（三）本案并无任何证据证明供水公司与张某红之间达成14,759,660元借款抵偿购房款的合意以及抵债已合法履行

二审庭审（笔录P26）与再审庭审（笔录p10）中，被申请人张某红均承认其主张用于抵账的14,759,660元与在张某红与河南ZF置业有限公司、开封JH置业有限公司民间借贷纠纷【案号（2016）豫02民初XX9号】案件系同一笔债权，14,759,660元系2015年2月2日购房前的借款利息。张某红此说法并不成立，与事实不符。

一是，在张某红与ZF置业、JH置业借贷案中【（2016）豫02民初XX9号】，河南ZF置业有限公司提交了2014年4月16日至2017年5月31日之间的《支付张某红本金、利息清单》，其中并无2015年2月2日偿还/抵扣张某红利息14,759,660元的记录。显然，供水公司及其关联公司始终都无14,759,660元用于抵偿购房款的意思表示，所谓的抵债只是张某红的单方说辞。且，在张某红与供水公司房屋买卖合同纠纷案件审理过程中，供水公司从未认可抵债，而是始终

坚持房屋买卖是为借款提供的担保。另，张某红于开封 JH 置业有限公司破产案件中，将与供水公司之间的全部债权进行了申报，并未剔除上述“抵债”部分。

由此可见，供水公司自始至终并无以借款冲抵购房款的意思表示，张某红也未实际进行抵债，所谓的借款冲抵购房款根本就不存在。二审判决（P41）却仅仅以“金额为 3500 万元，该金额大于本案抵扣金额”为由，认定购房款已实际支付，与事实严重不符。

二是，张某红主张的借款本金 4000 万元，而 2014 年 4 月借款至 2015 年 2 月购房合同签订时供水公司的关联公司 ZF 置业已实际付款八次合计 1320 万元【七次还息 1120 万元、一次还本 200 万元（此时不欠息，180 天借款已满应是还本）】，到购房合同签订时根本已不欠息。

支付张 红本金、利息清单(利息按2.5分/月)										
2014年4月16日—2017年5月31日										
序号	日期	本金 (万元)	还款金额 (万元)	余本金 (万元)	计息天数 (天)	利息 (万元)	扣除利息后 的本金(万 元)	实际偿还本 金金额	利息 (万元)	备注
1	2014-4-16	4000								
2	2014-5-16		160		30	100.0000	3940.0000	60.0000	100.0000	支付利息
3	2014-6-17		160	3940.0000	30	98.5000	3878.5000	61.5000	98.5000	支付利息
4	2014-7-18		160	3878.5000	30	96.9625	3815.4625	63.0375	96.9625	支付利息
5	2014-8-11		160	3815.4625	23	73.1297	3728.5922	86.8703	73.1297	支付利息
6	2014-9-10		160	3728.5922	30	93.2148	3661.8070	66.7852	93.2148	支付利息
7	2014-10-6		160	3661.8070	25	76.2876	3578.0946	83.7124	76.2876	支付利息
8	2014-10-31		200	3578.0946	25	74.5436	3452.6383	125.4564	74.5436	支付利息
9	2014-11-6		160	3452.6383	5	14.3860	3307.0243	145.6140	14.3860	支付利息
10	2015-6-12		500	3307.0243	216	595.2644	3402.2887	-95.2644	595.2644	支付利息
11	2015-10-21		384	3402.2887	129	365.7460	3384.0347	18.2540	365.7460	支付利息
12	2015-10-27		346.2538	3384.0347	6	16.9202	3054.7011	329.3336	16.9202	支付利息
13	2016-9-1		300	3054.7011	304	773.8576	3528.5587	-473.8576	773.8576	支付利息
14	2017-5-31			3528.5587	270	793.9257	4322.4844	-793.9257	793.9257	支付利息
15				4322.4844						
16	合计	4000	2850.2538	4322.4844		3172.7382	4322.4844	-322.4844	3172.7382	

说明:共计还款:2850.2538 元;按2.5分计算的利息是:3172.7382 元;实际还欠利息是:322.4844 元。

经计算【见附表】，无论是按照协议约定的 4 分还是按法定已付最高利率 3 分，供水公司截至 2015.2.2 实际上并不欠息，甚至付超二十万或三百万。即便 2014.10.31 那笔不视为还本而作为还息，则按照 4 分，供水公司仅欠息一个多月 230 万，按照按法定已付最高利率 3 分则供水公司利息也是付超的。但是，一审法院未经审查径直认定 147596600 元购房款都由借款利息抵偿，事实上是将违法高息合法化，与最高人民法院第 72 号指导性案例汤龙等诉 XJ 鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案，明确认定“在当事人请求司法确认和保护购房者合同权利时，人民法院对基于借款合同的实际履行而形成的借款本金及利息数额应当予以审查，以避免当事人通过签订商品房买卖合同等方式，将违法高息合法化。经审查，双方之间借款利息的计算方法，已经超出法律规定的民间

借贷利率保护上限。对双方当事人包含高额利息的欠款数额，依法不能予以确认”完全相悖。

指导案例72号：汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案

来源：最高人民法院网 发布时间：2017-01-03 10:18:48 字号： 打印本页

指导案例72号

汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案

(最高人民法院审判委员会讨论通过2016年12月28日发布)

关键词 民事/商品房买卖合同/借款合同/清偿债务/法律效力/审查

裁判要点

借款合同双方当事人协商一致，终止借款合同关系，建立商品房买卖合同关系，将借款本金及利息转化为已付购房款并经对账清算的，不属于《中华人民共和国合同法》第一百八十六条规定禁止的情形，该商品房买卖合同的订立目的，亦不属于《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条规定的“作为民间借贷合同的担保”。在不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条规定情形的情况下，该商品房买卖合同具有法律效力。但对转化为已付购房款的借款本金及利息数额，人民法院应当结合借款合同等证据予以审查，以防止当事人将超出法律规定保护限额的高额利息转化为已付购房款。

裁判理由

法院生效裁判认为：本案争议的商品房买卖合同签订前，彦海公司与汤龙等四人之间确实存在借款合同关系，且为履行借款合同，双方签订了相应的商品房预售合同，并办理了预购商品房预告登记。但双方系争商品房买卖合同是在彦海公司未偿还借款本息的情况下，经重新协商并对账，将借款合同关系转变为商品房买卖合同关系，将借款本息转为已付购房款，并对房屋交付、尾款支付、违约责任等权利义务作出了约定。民事法律关系的产生、变更、消灭，除基于法律特别规定，需要通过法律关系参与主体的意思表示一致形成。民事交易活动中，当事人意思表示发生变化并不鲜见，该意思表示的变化，除为法律特别规定所禁止外，均应予以准许。本案双方经协商一致终止借款合同关系，建立商品房买卖合同关系，并非为双方之间的借款合同履行提供担保，而是借款合同到期彦海公司难以清偿债务时，通过将彦海公司所有的商品房出售给汤龙等四位债权人的方式，实现双方权利义务平衡的一种交易安排。该交易安排并未违反法律、行政法规的强制性规定，不属于《中华人民共和国合同法》第一百八十六条规定禁止的情形，亦不适用《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条规定。尊重当事人嗣后形成的变更法律关系性质的一致意思表示，是贯彻合同自由原则的题中应有之意。彦海公司所持本案商品房买卖合同无效的主张，不予采信。

但在确认商品房买卖合同合法有效的情况下，由于双方当事人均认可该合同项下已付购房款系由原借款本息转化，且彦海公司提出该欠款数额包含高额利息。在当事人请求司法确认和保护购房者合同权利时，人民法院对基于借款合同的实际履行而形成的借款本金及利息数额应当予以审查，以避免当事人通过签订商品房买卖合同等方式，将违法高息合法化。经审查，双方之间借款利息的计算方法，已经超出法律规定的民间借贷利率保护上限，对双方当事人包含高额利息的欠款数额，依法不能予以确认。由于法律保护的借款利率明显低于当事人对账确认的借款利率，故应当认为汤龙等四人作为购房人，尚未足额支付合同约定的购房款，彦海公司未按照约定时间交付房屋，不应视为违约。汤龙等四人以彦海公司逾期交付房屋构成违约为事实依据，要求彦海公司支付违约金及律师费，缺乏事实和法律依据。一审判决判令彦海公司承担支付违约金及律师费的违约责任错误，本院予以纠正。

(生效裁判审判人员：辛正郁、潘杰、沈丹丹)

可见，一审判决对购房款支付情况的认定，不仅与事实不符，也违反法律规定，应当依法予以撤销。

四、案涉房屋的买卖未经当时抵押权人某某农商行同意，依法律规定买卖行为无效，原判决认定事实、适用法律错误

2013年9月11日，供水公司向申请人某某农商行借款5000万元，借款期限两年，并以供水公司XX家园17号楼部分房屋办理抵押。张某红与供水公司房屋买卖合同签订于2015年2月2日，供水公司的借款尚未偿还，案涉房屋的抵押也未解除，案涉的房屋转让并未取得当时的抵押权人某某农商行任何同意。

（一）申请人在 2011 年旧贷款抵押权下出具的同意预售证明不能作为放弃 2013 年新设立抵押权的证据，案涉房屋转让无效，原判决认定事实错误

案涉房屋买卖前已经抵押给某某农商行，且是为了担保 2013 年 9 月某某农商行与供水公司新贷款而重新办理的抵押登记，与某某农商行在原 2011 年贷款时出具的同意预售的证明毫无关系。所谓同意销售与否，完全是在特定的抵押合同中抵押权人的权利，离开特定的合同关系，抽象地谈同意没有任何意义。某某农商行 2012 年的同意证明是针对 2011 年的贷款及抵押合同出具，但是该笔贷款已经清偿，所有的法律关系终止。2015 年 2 月张某红签订买房合同时的贷款是 2013 年的新办贷款，且抵押也是原抵押注销后重新办理登记的抵押，抵押物发生变化，在该笔贷款和抵押关系中，农商行从未同意过可以随意对外销售。

物权法第 191 条第二款规定“抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外”。担保法第 49 条第一款规定“抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效”。供水公司和某某农商行的《抵押合同》第六条第 6 项约定：“抵押人在抵押期间有偿转让抵押物，应征得抵押权人同意，转让抵押物所得价款，应向抵押权人清偿债权”。根据上述法律规定及合同约定，抵押物转让需经得抵押权人同意，且“同意”应为抵押权人基于代价清偿合意表达的放弃抵押权之意思表示，但案涉转让并未经某某农商行同意也未清偿贷款，所谓的以物抵债既不产生价款，也无代价清偿抵押权的意思表示，违反合同约定，未经某某农商行同意，供水公司与张某红的房屋买卖行为均属无效。

最高人民法院在（2022）最高法民终 15 号判决中认定“抵押权人同意债务人出售抵押物，并非对抵押权的放弃，而是基于其对抵押物转让价款享有控制权和求偿权，以通过将其可支配权的客体从物转移到价款来保证抵押权的实现”。可见，2012 年出具的同意销售证明，也并非放弃抵押权的意思表示。但二审判决

（P43）却认定“而 2012 年某某农商行向开封市住房和城乡建设局出具证明显示，同意案涉 17 号楼办理预售许可证并进行销售、办理房屋登记手续，即抵押权人某某农商行同意出售抵押物，故根据现有证据不能证明供水公司向张某红出售案涉房屋侵害了某某农商行享有的抵押权”，是混淆了前后两笔贷款先后不同抵押下有无出具证明的不同，且错误理解出具证明的意思表示，申请人从未放弃抵押权，

更未同意张某红的房屋买卖。

（二）申请人作为应收账款质权人有权行使代位权、主张应收账款 4500 万元贷款下的抵押权，原判决已认可，但仅认定 2600 万元的权利，系认定事实错误

二审判决（P43）认定“其（某某农商行）行使应收账款质权时，可以主张抵押权，但仅享有 2600 万借款的抵押权”。对此，原审已认可案涉房屋的转让将影响某某农商行对抵押权的主张，（2016）豫 0291 民初 517 号判决认定买卖合同有效交付房屋事实错误，某某农商行有权诉请撤销。

但是，对于可主张抵押权的金额，二审判决认定事实错误。2016 年 12 月 30 日《应收账款质押合同》的签订主体是，出质人开封市 X 诚实业有限公司、开封市 X 丰商贸有限公司二公司，质权人河南汴京农村商业银行股份有限公司。《应收账款质押合同》第一条之 1.1 约定：“出质标的为：经转让受让的对某某供水房地产开发有限公司 4500 万元贷款债权（以下称“应收账款”）。可见，原 4500 万元贷款债权均质押给了某某农商行，根据质押合同约定，某某农商行可主张 4500 万元贷款下的抵押权。

（三）某某农商行二审提交的新证据能证明，抵押后的房屋销售需经某某农商行同意才解押售出，原判决却将申请人对其他房屋出售的同意视为对张某红购买房屋的同意，认定事实错误

申请人某某农商行在二审庭审中提交了从开封市不动产登记中心查取的 2014 年 8 月 19 日《XX 家园项目撤押清单（第 1 次）》、2015 年 5 月 19 日《XX 家园项目撤押清单（第 2 次）》，上述清单也印证了，抵押期间销售模式是一房一卖一解押的模式，需申请人办理注销抵押权登记，才能视为申请人同意抵押物转让，与一审判决认定的 2012 年同意销售的证明根本无关。

且买卖不动产之前查询产权登记状况是基本常识，张某红在签订买卖合同时对抵押情况至少知道或者是应当知道的，但却未向当时的抵押权人某某农商行核实，也从未经某某农商行同意，否则案涉房屋也不会至今未解押。

但是二审判决（P42）却认定“且供水公司在 17 号楼超出预售许可证期限后，供水公司继续出售 17 号楼房屋，并将部分购房款向某某农商行支付，故一审法院认定张某红与供水公司的商品房买卖合同有效并无不当”，该认定实属“张冠李戴”，将对其他房屋经过清偿债务才同意解押的附条件销售，视为对张某红购买房屋转让的同意，认定事实严重错误。

五、根据《商品房买卖合同》之约定，在房屋未在规定期限内取得权属证书的，应当按照合同约定退房退房款

张某红与供水公司签订的《商品房买卖合同》第十五条约定：“出卖人应当在商品房交付使用后 180 日内，将办理权属登记需由出卖人提供的资料报产权登记机关备案。如因出卖人的责任，买受人不能在规定期限内取得房地产权属证书的，双方同意按下列第 1 项处理：1. 买受人退房，出卖人在买受人提出退房要求之日起 90 日内将买受人已付房价款退还给买受人，并按已付房价款的 0.5%赔偿买受人损失”。

本案系买卖合同纠纷与第三人撤销之诉合并审理之诉，从买卖合同纠纷本身来说，未在合同约定期限内完成备案，且房产存在抵押无法办理权属证书，应该按照合同第 15 条约定，买受人张某红退房，出卖人供水公司退还张某红已付房价款。（20**）豫 02**民初***号判决认定基础事实不清，错误认定房屋买卖合同法律关系并支持向张某红支付房屋且配合办理登记的诉讼请求，应当撤销，本案应当改判驳回张某红的诉讼请求。

六、张某红购买的系商业房，不属于消费者生存权的保护范畴，不能对抗抵押权，无论从何角度都不应予以支持，原判决适用法律错误

《执行异议和复议规定》第二十七条规定“申请执行人对执行标的依法享有对抗案外人的担保物权等优先受偿权，人民法院对案外人提出的排除执行异议不予支持，但法律、司法解释另有规定的除外”。第二十九条规定“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十”。

抵押权具有优先性是基本原则，能够排除执行的商品房消费者应当仅限于《执行异议和复议规定》第 29 条规定的商品房消费者。张某红购买商铺，具有鲜明的投资属性，不属于消费者生存权的保护范畴，不能参照适用《执行异议和复议规定》第二十九条之规定，其物权期待权不足以对抗抵押权。最高人民法院在（2021）最高法民再 189 号红岭创投与吴英莲、邝必才、定安新永秀房地产开发等案判决中也认为“实践中需要严格审查和把握，以免动摇抵押权的优先性基础。

《执行异议和复议规定》第二十九条规定正体现了对商品房消费者物权期待权的

优先保护。本案中，吴英莲、邝必才所购标的物为永秀国际小区 A 栋一层 01 商铺，具有鲜明的投资属性，不属于消费者生存权的保护范畴，不能参照适用《执行异议和复议规定》第二十九条之规定。”

七、以物抵债并不优先于一般债权，更不能优先于抵押权，原判决却未注意到该点

张某红所谓“抵债”的 14,759,660 元并无证据证明，即便如其所称，所谓的以物抵债，也不优先于一般债权，更不能优先于抵押权，理由如下：

第一，根据《物权法》第 191 条，同意转让抵押财产的前提是转让所得价款向抵押权人清偿或者提存，但是抵押人的以物抵债明显不可能会让抵押权人获得清偿。从此方面理解，抵债行为侵害了抵押权人的合法权益，该行为不应优于抵押权而受到保护。

第二，以物抵债实际是代物清偿，替代清偿物的物权必须已经完成变动时才能达到消灭债权的目的。张某红起诉时甚至截止目前，涉案房屋的产权并未登记至张某红名下，张某红基于房屋买卖合同和抵债协议，享有的是债权，不能直接享有物权。在银行抵押权系一种已经明确予以公示的担保物权情况下，银行抵押权的实现应优先于以房抵债之尚未完成清偿之债权。

第三，银行抵押权作为一种担保物权，是一种明确予以公示的风险，以房抵债的债权人权利作为一种普通的债权，在抵偿债权人对其风险未予以审慎注意的情况下，该种权利自然不能优先于已经登记公示的担保物权。

第四，以房抵债的债权人非善意的情况下，基于民法上的诚实信用原则，不应将该权利置于优先于抵押权的保护地位。

另外，最高人民法院在（2019）最高法民终 842 号闵小洋与王嘉庸、云南金福地房地产开发经营有限公司、云南海运房地产开发经营有限公司一案判决中也认定“基于以物抵债而拟受让不动产的“买受人”，在完成不动产权属转移登记之前，仅凭以物抵债协议并不足以形成优先于一般债权的权益”。因此，张某红所称的以物抵债尚不能优先于一般债权，更不能优先于抵押债权，应予撤销。

综上，我们认为，（20**）豫 02**民初***号、（20**）豫**民终 71**号民事判决，错误认定房屋买卖合同法律关系，且违反《商品房买卖合同》应当退房的约定，支持向张某红支付房屋且配合办理登记的诉讼请求，损害了某某农商行的权益，认定事实不清，适用法律错误，给某某农商行的合法权益造成巨大损害，

损害了金融资产的安全性，应当撤销。建议将本案裁定提审，并改判驳回张某红的诉讼请求。

以上代理意见，敬请参考并采纳。

李某文诉某某中国某银行股份有限公司郑州分行、支某宝公司等银行卡纠纷案件代理词

——河南路德律师事务所 翟慎海⁵²

案情简介：

李某文诉称，2024年4月20日其三银行账户以及支某宝账户遭遇盗刷三百余次，8日后原告才报警。李某文认为银行卡发卡行、支某宝公司应对存款人账户安全负有保管、通知、审核义务，遂将中国某银行股份有限公司郑州分行、某大银行、支某宝公司等诉至法院。代理人提出，本案系典型的“刑民交叉”案件，应移交公安处理；被告主体不适格，应诉开卡行；提出管辖权异议；案情复杂，由简易程序成功申请为普通程序审理；本案标的小、意义大，经多次评议研究，判决驳回原告诉讼请求，避免了成千上万电信诈骗案件的“民事化”处理。

⁵² 翟慎海，河南路德律师事务所合伙人，省律协经济犯罪委员会执委等，擅长刑事辩护、刑民交叉及金融纠纷代理。

尊敬的审判长：

根据法律规定，河南路德律师事务所接受中国某银行股份有限公司郑州分行（以下简称：某行郑州分行）之委托，指派翟慎海律师担任其与李某文银行卡纠纷案一审诉讼代理人，现发表代理意见如下：

一、某行郑州分行并非本案适格被告，应驳回原告对某行郑州分行的起诉

本案中，某行郑州南阳路支行能够依法以自己的名义在总行授权范围内依法开展业务、从事民事活动，拥有相当数额、规模的资产，具有承担民事责任的能力，可作为民事诉讼主体。某行郑州分行在性质上属于管理机构，并不负责执行具体的经营活动。

本案李某文在某行的开卡（借记卡）支行分别是某行郑州建文支行和某行郑州北环支行，也即李某文直接与某行郑州建文支行和某行郑州北环支行分别建立了储蓄存款合同法律关系，因本案银行卡为借记卡，原告诉请存款减少，故本案案由实质为“储蓄存款合同纠纷”；又因案涉银行卡，本案案由也可为银行卡纠纷。

根据合同相对性原则，本案原告列某行郑州分行为被告，主体不适格，应驳回原告对某行郑州分行的起诉（详见某行郑州分行答辩状 1-2 页，不赘述；相关证据见某行第一组证据）。

二、本案应当移送公安机关处理

（一）在盗刷事实尚未确定，对本案进行实体审理，有违“先刑后民”基本原则

本案诉请前提为：“银行卡被盗刷”。这一关键事实的认定，需要依赖公安机关通过刑事侦查程序来予以明确，公安机关有更多的技术侦查手段。李某文银行卡“盗刷”是否存在、是否系本人操作不当、是否被电信诈骗、是否密码泄露、是否身边熟人操作、是否被黑客攻击、是否卡号身份证件等验证信息泄露，具体涉案款项转出的操作情形，是否存在串通、违规操作或者系遭受新型技术诈骗手段等，均应以刑事案件的查明和审理结果为准。若案涉损失系案外人犯罪行为导致，可通过刑事追赃程序挽损。如直接对本案进行实体审理并作出赔偿责任判决，违反了“刑民交叉”案件“先刑后民”的基本原则，显失公平。

根据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条规定，本案不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑，法院应依法将材料移送至公安机关立案侦查。

（二）相较法院，公安机关有更多的技术侦查手段

在处理银行卡盗刷案件时，公安机关的侦查手段更为直接和主动，如公安机关有经侦、网监、反诈等组织机构设置，可运用大数据技术收集和分析海量信息、电子数据取证、甚至跨境执法合作等等。这些手段能够更加准确、高效判定是否存在银行卡被盗刷这一基础事实。相较之下，法院的职责是依据公安机关提交的确凿盗刷证据，依法进行审理、判决，确定责任承担。

将本案移送至公安机关立案侦查，能够确保案件能够得到全面、专业的调查，为法院审理提供充分的证据和事实基础，从而保障司法公正性和法律秩序。

三、原告诉请的“损失”数额，均存在计算错误

（一）针对李某文的诉请一，要求某行郑州分行赔偿原告 185759.53 元及利息，存在计算错误

2023 年 4 月 20 日，9297 卡初始余额为 5867.68 元，第一笔交易系转入 16026.96 元，转入后卡内余额为 21894.64 元。原告在庭审中称 9297 卡初始余额为 21894.64 元系计算错误。故，李某文尾号 9297 银行卡初始余额为 5867.68 元，最终余额为 1178.92 元，差额为 4688.76 元。

2024 年 4 月 20 日，2008 卡最初余额为 183847.79 元，10 点 45 份第一笔支出 19593.01 元，在庭审中与李某文核实确定，该笔交易系李某文个人操作，用于偿还支付宝花呗借款。故在因“盗刷”而造成的“损失”时，应当以 164254.78 为初始余额（ $183847.79 - 19593.01 = 164254.78$ ）。故，李某文尾号 2008 银行卡初始余额为 164254.78 元，最终余额 309.78 元，差额为 163945 元。

上述两张某行银行卡减少金额共计 4688.76 元+163945 元=168633.76 元，李某文诉请 185759.53 元及利息，系计算错误。

（二）针对李某文的诉请二，要求某大银行赔偿原告 15900 元及利息，存在计算错误

根据李某文提供的尾号 6590 某大银行卡流水显示，2024 年 4 月 20 日该账户第一笔资金变动时，账户初始余额为 0.01 元。2024 年 4 月 20 日该账户最终余额为 12777.15 元。该某大银行卡账户余额并未减少，反而增加了 12777.14 元。

根据交易流水显示，案涉钱款在李某文四个个人账户之间频繁转入转出，包括，从尾号 9297、2008 某行银行卡提现到支付宝账户，再从支付宝账户提现到尾号 6590 的某大银行卡、从支付宝账户直接提现至 9297、2008 的某行银行卡等等交易方式。

经过对尾号 2008、9297 两张某行银行卡、李某文支付宝账户、尾号 6590 某大银行卡流水的分析可知（详见某行郑分行对原告证据四的质证意见，第 3-4 页，庭审已提交），这笔增加的余额系源自尾号 2008 和 9297 两张某行借记卡的资金转入。目前上述某大银行卡内所增加的 12777.14 元仍由持卡人李某文控制。

故，在计算两张某行银行卡资金减少额时，应当将某大银行卡内增加的 12777.14 元予以扣除。

（三）针对李某文的诉请三，要求支付宝公司赔偿原告 52601.01 元及利息，某行郑州分行对其中的 31500.01 元承担连带责任，某大银行对此项中的 2200 元承担连带责任，均存在计算错误

第一，李某文支付宝账户流水显示，2024 年 4 月 20 日，支付宝账户的首笔资金变动发生时，账户的初始余额为 1.00 元。至当日 22:29 分，账户的最终余额为 82.5 元。可见，李某文支付宝账户余额非但没有减少，反而增加 81.5 元。其诉请支付宝公司赔偿损失 52601.01 元，无事实依据。

第二，同样，李某文要求某行郑州分行对 31500.10 元承担连带责任没有法律依据。李某文支付宝账户余额并未遭受损失，却要求支付宝公司赔偿其 52601.01 元及相应利息，并要求某行郑州分行对其中 31500.1 元承担连带责任，于法无据。

第三，李某文支付宝账户在 4 月 20 日 16 点 59 分有一笔 16042.89 元转入，系 4 月 20 日当日李某文支付宝账户的第一笔大额交易，其合法性无法认定。某行代理人比对三张银行卡流水及李某文支付宝账户的流水，未找到该笔资金的来源。随后该笔资金便以支付宝账户为媒介，在李某文名下三张银行卡内进行多次转入转出，这些行为可能涉及洗钱或其他非法金融活动。

四、关于盗刷事实的认定：现有证据无法证明案涉银行卡被“盗刷”

对于盗刷事实的认定，本案存在的诸多疑点（详见某行答辩状：三、针对原告诉讼请求一的答辩，3-6 页，不赘述）。

就庭审中双方争议的几个问题发表代理意见如下：

（一）关于地区号显示为 03602、04600 的问题

2008 银行卡的交易流水显示，该张银行卡交易所地区号共有 1702、4600、3602 三种，对于原告代理人在庭审中称：“4600 对应的地区为广西百色市，3602 对应的地区为广东广州市”。地区号显示为 4600 的 9 笔支出，对方户名为“Apple.com/bill……”，系通过无卡支付。地区号显示 3602 的 3 笔支出，对方户名为“cloud dateservice inc”，同样系无卡交易。与某行专业人员核实后了解，该流水中所显示的地区号并不能直接代表交易场所，地区号大概率是平台服务器地址，因案涉交易采用线上交易，地区号对本案不具有参考意义！

（二）三笔交易系通过指纹验证方式进行

根据支付宝公司提交的证据 6：案涉交易核身记录截图显示，4 月 20 日当天，共有三次交易的场景为“钱包指纹登录场景”、核身方式为“本地生物登录”、核身结果“通过”，即在 4 月 20 日的交易过程，共有三笔交易系通过指纹验证方式进行的。

指纹支付的安全性较高。指纹支付作为一种生物识别技术，具有唯一性、不可复制性、活体性和高度保密性，其采用的是活体指纹识别技术，无法通过简单的照片或模具来复制。只有真实、活体指纹才能通过严格的安全验证，从而确保支付过程的安全性。反之，如果复制的指纹图片或死体指纹能轻易突破指纹支付防护，该支付方式早就被废止了！

本案中，“李某文”指纹登录三次成功通过，说明在每次支付时都进行了有效的指纹验证，足以证明案涉交易操作系李某文自身行为或授权他人行为，而非银行卡遭到盗刷。

（三）案涉交易中的英文网站系正当合法的交易平台

对于尾号 2008 银行卡中涉及户名为“Apple.com/bill……”及“cloud dateservice inc”的 11 笔交易，该网址对应的支付系统为苹果支付平台及银联支付平台，而非原告在庭审中所称的其他不正当的第三方境外网站。

（四）案涉三家金融机构系统安全性极高，同时遭到攻破的可能性极低

本案中，某行、某大银行、支付宝公司作为我国金融行业的龙头领军企业，均拥有顶尖的技术研发团队，投入巨量资金研发安全防护技术，各自拥有独立且先进的安全体系，包括但不限于防火墙、入侵检测系统、数据加密技术等，确保了各自系统的稳固与安全。由于每家公司的安全策略和技术各具特色，同时攻破这三家公司的安全系统，一般情况是不可能的，不仅需要极高的技术水平，还需

耗费巨大的资源。因此，本案极有可能系本人、熟人操作或原告泄露密码所引发的，而非系统被外部攻击所致。

（五）推定案件存在盗刷事实，显失公平

实践中，对于盗刷事实的认定有两种情况：一是有充足的直接证据可以证明盗刷事实的发生，如公安侦查结论，有关刑事判决书认定的盗刷事实；二是法院推定存在盗刷事实。这种推定的成立，依赖于基础事实与推定事实之间的高度盖然性联系。李某文仅提交了涉案银行卡的交易流水和一张非正式的《接警证明》，并未提供最基本的报案回执、报警记录或挂失记录等关键证据。案件存在诸多疑点，现有证据不足以证明案涉银行卡遭遇盗刷。若在此情况下推定盗刷事实的存在，并作出实体判决，显失公平。

五、关于责任承担问题

（一）某行已对原告资金尽到足够的安全保障义务

对于订阅了“工银信使”服务的尾号 2008 银行卡，系统共向李某文名下的移动手机号码 158XXXXXX08 发送了 26 条个人余额变动短信通知、5 条“某某快捷支付协议签订成功”的通知短信（见某行第四组第 11 号证据，第 84-116 页）。

对于没有订阅账户变动短信通知的尾号 9297 银行卡，银行在检测到可能存在风险的交易行为时，也采取了额外的措施来通知持卡人，尽到了风险提示的义务（见某行第四组第 10 号证据，第 84 页）。

若李某文主张自己并未接收到上述短信通知，根据民事诉讼中的“谁主张，谁举证”原则，需要承担相应的举证责任。

（二）李某文存在过错，应当承担责任

第一，李某文对银行卡、密码、验证码等身份识别信息、交易验证信息未尽妥善保管义务，存在过错（具体观点在答辩状 8-9 页中已详述，不赘述）；

第二，李某文未及时采取挂失、报警等措施防止损失扩大，应自行承担扩大损失责任（具体观点在答辩状 8-9 页中已详述，不赘述）；

第三，李某文的身份决定她对自己的银行账号、支付平台的安全，应有更加谨慎注意义务。出于对原告隐私的尊重，代理人在庭审过程中并未深入探询、盘问李某文的个人情况。庭审可知，李某文系 80 后，担任某上市公司的人事行政主管，年收入数十万元。李某文理应具备对本人银行卡账户、微信及支付宝账户等

的资金变动、交易验证、第三方快捷支付平台绑定银行卡等情况的敏锐度，并保持密切关注；

另，法庭请注意，李某文庭审时说有一位 15 岁儿子，平时有玩电子游戏的习惯。故，本案不排除熟人操作案涉账户的可能性。

六、本案标的虽小，但示范意义重大

本案标的虽小，但事关银行及支付宝、微信等第三方支付平台的切身利益，对于其他同类型案件具有参考、借鉴意义。

随着科技发展，支付验证方式日新月异，盗刷案件每天全国成千上万。如网上银行的支付验证历经 U 盾、指令牌、密码、人脸识别、微信验证、支付宝验证、图形等，第三方支付平台支付验证方式有密码、人脸支付、小额免密、指纹、图形等。第三方支付绑定银行卡，第三方支付验证方式泄露，进而导致银行卡内资金被恶意支付受损。现如今，电诈分子花样翻新，如共享屏幕、钓鱼网站、木马病毒、杀猪盘、虚拟拨号等，支付验证方式的泄露防不胜防，电诈和银行卡被盗刷案件，全国每天成千上万。银行卡被盗刷后当事人第一反应是前往公安机关报警，被盗刷一定是刑事案件，应刑事立案，“公安机关对于案涉银行卡是否被盗刷有更多的侦查手段”。

本案庭审时，李某文本人及其代理人均承认，是公安接警人员故意把本案引导致人民法院来的！！本案实质是把公安机关的侦查职能强加到法院。这个口子如开，将导致成千上万的本应由公安侦办的涉银行卡“电信诈骗”刑事案件，被某些不负责任的工作人员引导转化为人民法院不得不审理的银行卡“盗刷”民事案件，也必将导致成千上万电信诈骗被害人涌入法院寻求民事救济！这个口子如开，也必将导致更大的社会资源的浪费（本案不但浪费了法院宝贵的司法资源，也浪费了金融机构巨大的企业资源，本案金融机构为此案投入的人力物力可能已远超案件标的）！

综上，请法庭将本案报请员额法官专业会议讨论，必要时报请贵院审判委员会研究决定！总之，请依法将本案移送公安机关、或驳回其对某行郑州分行的起诉或诉讼请求！

以上代理意见，请法庭参考，谢谢！

张某某与苗某、河南某某置业有限公司股权转让纠纷 一案二审代理词

——河南成册律师事务所 李贺⁵³

案情简介：

2020年12月18日，苗某与张某某、代持方李某燕就案涉项目收购签署《协议书》。案涉协议书约定，案涉协议交易模式以郑州市某物业服务有限公司为目标公司，以案涉项目为目标项目，收购方张某某等人通过苗某以50万元价格收购由李某燕代持张某某在目标公司郑州市某物业服务有限公司全部股权，实现对置业公司（项目公司）全部股权及置业公司开发的案涉项目所有权。案涉协议书签订前，苗某一方通过某实业公司委托律师事务所、税务师事务所等第三方专业法律机构、审计机构就收购案涉项目开展法律尽调和财务尽调。基于收购方张某某和苗某等人税务筹划要求，各方对案涉项目转让款11000万元变通处理，案涉协议书关于11000万元债务及相关约定是各方当事人真实意思表示，该11000万元约定合法有效。协议签订后，双方就置业公司及案涉项目的经营证照、印章、财务账目等进行交割，目标公司郑州市某物业服务有限公司的股东依约完成工商变更登记，苗某一方实际经营案涉项目。苗某一方仅支付部分款项，为达到不再支付协议书约定余下款项目的，苗某一方起诉请求确认11000万元约定无效，并请求张某某承担违约金及赔偿损失。本案生效判决驳回苗某、置业公司的诉讼请求。

本案通过穿透式审判思维，结合各方缔约背景、交易目的、交易结构、履行行为等事实，综合认定各方合同目的是以股权转让方式实现案涉项目的整体转让，苗某一方确认以11000万元价格受让案涉项目，11000万元实为项目转让款。

⁵³ 李贺律师，河南成册律师事务所党支部书记。专注领域：房地产与建筑工程、民商事争议解决与风险防范、公司综合类业。

尊敬的审判长、审判员：

河南成册律师事务所接受上诉人张某某的委托，指派李贺律师担任其与苗某、河南某某置业有限公司（以下简称置业公司）股权转让纠纷一案二审诉讼代理人，经全面收集案件证据材料，参与本案庭审全过程，现发表如下代理意见，恳请合议庭采纳：

一、案涉《协议书》关于 11000 万元借款及相关条款约定合法有效，苗某、置业公司欠张某某 11000 万元债务合法有效

（一）案涉诉争事项事实上是基于 2020 年 12 月 18 日《协议书》所产生的案涉项目收购纠纷，案涉《协议书》是各方真实意思表示，不违反法律法规的强制性规定，合法有效。案涉协议书第三条约定，案涉协议交易模式以郑州市某物业服务有限公司为目标公司，以案涉项目为目标项目，收购方张某二等人通过苗某以 50 万元价格收购由李某燕代持张某某在目标公司郑州市某物业服务有限公司全部股权，实现对置业公司（项目公司）全部股权及置业公司开发的案涉项目所有权。因此，本案实为收购方张某二等人以苗某名义合伙收购案涉项目所产生的收购纠纷。

（二）案涉协议书第 1.8 条第（2）款约定：置业公司（项目公司）欠张某某及其关联公司股东借款 11000 万元，本协议签订时对债务清单金额无论是否有转账凭证或手续是否齐全，各方均对该金额予以确认，不存在异议。第 4.2.1 条约定：置业公司（项目公司）对张某某及其关联公司存在 11000 万元的借款债务，双方共同确认，按照本协议约定条件成就时偿还该笔债务。案涉协议书约定 11000 万元债务经各方充分协商、反复确认，并且各方均不存在异议，附件二债务明细表中也已列明，该 11000 万元债务确认是各方真实意思表示。

（三）2021 年 2 月 27 日，张某某财务人员赵某与苗某财务人员交接置业公司记账凭证、手工明细账本、财务专用存储电子账目电脑主机、财务软件加密狗、银行转账单等财务凭证资料，并将相关所有原始凭证资料移交给苗某，双方交接代表分别签字确认。张某某与苗某双方交接的手工明细账本、银行转账单等往来记账凭证也能印证 11000 万元债务合法有效。

（四）结合案涉协议书第 4.2.4 条约定，置业公司或苗某根据置业公司印鉴证照解除监管并交割、案涉项目回购可售房源、案涉项目工程施工进度节点及案涉项目房源恢复网签、可售货值等情况来偿还 11000 万元债务，各方就该 11000

万元债务的支付方式和时间节点进行约定。置业公司、苗某在案涉协议书约定条件成就时偿还部分债务的行为，再次印证 11000 万元债务合法真实有效。

（五）结合案涉协议约定交易模式和实际履行情况，各方诉争基础实为案涉项目收购纠纷，上述 11000 万元债务及相关约定是在置业公司欠张某某及其关联公司、关联方借款真实存在基础上，基于收购方张某二和苗某等人税务筹划要求而对案涉项目转让款的变通处理，是各方当事人真实意思表示，是当事人意思自治的法律体现，该 11000 万元约定合法有效。

二、张某某按未付合同本金数额逐项统计并如实披露楚某军、崔某豪等 15 项涉诉债务信息，不存在披露不实，一审判决认定张某某对披露不实债务差额承担 60%责任明显不当

（一）一审判决认定，苗某一方对楚某军、崔某豪等涉诉债务进行了相关调查。二审中经调取证据确认，苗某一方通过某实业公司委托律师事务所、税务师事务所等第三方专业法律机构、审计机构就收购案涉项目开展法律尽调和财务尽调，苗某一方通过专业审计人员、律师在案涉协议书签订前对涉诉债务等情况进行充分尽调、数轮摸底，事前通过相关裁判文书等足以掌握楚某军、崔某豪等 15 项涉诉债务本息情况，张某某不存在披露不实债务。

（二）根据案涉协议书第 1.8 条、第 5.2 条等约定，协议书约定“出现未披露债务或披露债务不实导致项目公司超出披露债务金额承担债务”中的债务实质上是指附件二债务明细表所列明全部债务，强调的是置业公司实际清偿全部债务数额，应整体看待和横向比较置业公司实际清偿全部债务数额与附件二债务明细表披露全部债务。案涉协议书附件二债务明细表所列明债务基本上打折处理，涉诉债务相关裁判文书判定金额并非苗某、置业公司实际最终清偿债务数额，苗某、置业公司实际清偿债务的交易流水、单据、记账原始凭证等相关凭证材料是查明苗某、置业公司是否存在超出披露债务金额承担债务的关键基础，事关苗某、置业公司损失认定。苗某、置业公司自始没有提交实际清偿债务的交易流水、单据、记账原始凭证等相关凭证材料，在苗某、置业公司没有提供证据证明实际损失的情况下，苗某、置业公司应承担举证不能的不利后果。张某某披露行为没有给苗某、置业公司造成损失，不应对所谓披露不实债务差额承担 60%责任。

（三）一审判决仅凭部分涉诉债务相关裁判文书判定的金额为依据认定部分债务披露不实，既违反协议书约定，也不符合客观实际情况，一审判决认定张某某

某披露不实债务数额错误。其中：

1、庭审中，苗某、置业公司当庭确认置业公司对楚某军的债务最终按照 570 万元结算（其中包含置业公司按照调解书约定于 2019 年 5 月 20 日通过转账方式向楚某军偿还借款本金 10 万元）。张某某一审提供证据 9 第 73 页、第 74 页以及二审提供证据 1 也能够印证置业公司实际清偿楚某军债务金额 560 万元，一审判决认定置业公司对楚某军的债务总额超出实际清偿债务金额，超出金额为 2347000 元（7947000 元-5600000 元）。

2、置业公司实际清偿杨某娟、张某今债务数额为 570 万元，该实际清偿事实由杨某娟、张某今在郑州市 J 区人民法院（2016）豫 **** 民初 ***** 号案件、（2015）金民祭初第 *** 号案件中共同委托代理人刘某锋律师回复确认，一审判决认定置业公司对杨某娟、张某今的债务总额 11,799,306.5 元错误。一审判决认定置业公司对杨某娟、张某今的债务总额 11,799,306.5 元超出实际清偿债务金额，超出金额为 6099306.5 元（11,799,306.5 元-5700000 元）。

3、关于张某某披露置业公司对张某坤债务数额，一审判决多认定债务数额为 558164.1 元（1943964.1 元-1385800 元）。张某某一审提供证据 9、证据 17 能够证实，苗某律师吕某于 2020 年 9 月 24 日向张某某财务人员赵某微信发送表格截图显示未付张某坤合同本金数额 1385800 元，苗某一方已通过专业律师统计确认张某坤债务数额，张某某事前披露张某坤债务数额与附件二债务明细表所列明张某坤债务金额一致，张某某二审提供证据 3 也能印证上述事实，张某某已如实披露置业公司对张某坤债务。

4、关于对张三债务认定。张某某一审补充提供证据 18 第 25 页业务传递单显示，对张三未付合同金额 2190000 元，实际支付金额也为 2190000 元，苗某、置业公司对张三实际清偿债务数额没有超出张某某披露债务数额，一审判决认定张某某就置业公司对张三债务披露不实错误，一审判决多认定债务数额为 3029620 元（5219620 元-2190000 元）。

5、关于对河南某建工集团有限公司债务认定。结合案涉协议书第 1.8 条第（3）项约定，施工单位工程欠款在复工前需要支付 2000 万元，其余工程欠款及复工后新形成的工程款，以项目公司与施工单位达成的新协议为准。置业公司对河南某建工集团有限公司债务作为工程欠款，最终具体欠款数额及清偿金额以达成的新协议为准，河南某建工集团有限公司诉置业公司建设工程合同纠纷案件

（案号：（2019）豫 0105 民初 10537 号、（2019）豫 0105 民初 10539 号）调解书确定工程款数额并非最终清偿数额，一审判决据此认定置业公司对河南某建工集团有限公司债务数额错误。另 2014 年 1 月 7 日，置业公司与河南某建工集团有限公司签订施工合同第 2.4 条约定，承包人河南某建工集团有限公司在施工现场设立施工专用水、电表，承包人施工、生活水电费授权发包人从承包人工程款中扣除。施工期间置业公司先行垫付电费 282000 元，置业公司依约有权从应付河南某建工集团有限公司工程款中直接扣除。置业公司抵扣河南某建工集团有限公司电费后工程欠款低于张某某披露债务数额 3520 万元。因此，张某某不存在披露不实，一审判决多认定债务数额为 201050 元（35401050 元-35200000 元）。

三、张某某已披露置业公司对河南某建设工程造价咨询有限公司债务信息和对张某四债务信息，一审判决认定张某某存在未披露债务及未披露债务数额错误

（一）张某某已披露对河南某建设工程造价咨询有限公司债务信息。张某某一审提供证据 12 能够证明张某某已披露河南某建设工程造价咨询有限公司债务信息，一审判决认定张某某未披露置业公司对河南某建设工程咨询有限公司债务 517282.5 元与事实不符，认定张某某承担未披露损失 517282.5 元错误。

首先，张某某财务人员赵某分别于 2020 年 9 月 2 日、2020 年 9 月 3 日通过微信向苗某一方律师张某五、审计人员靳某某提供了列明有置业公司与河南某建设工程造价咨询有限公司签订建设工程造价咨询合同信息的相关合同目录；其次，2020 年 12 月 7 日，张某某通过微信向万某提供“其他工程款”明细表中也载明有河南某建设工程造价咨询有限公司债务信息；同时，案涉协议书附件二债务明细表序号 6“其他工程”债务中包含有置业公司对河南某建设工程造价咨询有限公司债务。

（二）张某某已披露张某四债务信息。案涉协议书附件二债务明细表序号 145“张某四”一栏披露有置业公司对张某四所负债务 147 万元，张某某已披露张某四债务。一审判决认定张某某承担未披露对张某四债务的损失 1868370 元错误。

四、苗某、置业公司在二审中当庭认可事前已知悉案涉项目 29 套房产（以下简称 29 套房产）司法查封、拍卖情况，张某某已如实披露 29 套房产被巩义市人民法院司法拍卖情况，不存在多披露债权，一审判决认定张某某未披露 29 套房产被司法拍卖情况错误，认定张某某承担所谓多披露债权造成损失 8998800 元错误

（一）苗某一方律师吕某于 2020 年 9 月 24 日通过微信向张某某财务人员赵某某发送截图内容显示有冯某志（含杨某林）案件拍卖房产信息，张某某财务人员于 2020 年 9 月 25 日也如实提供冯某志案件材料。巩义市人民法院拍卖裁定明确：此次拍卖房产均系在建工程，不具备交房条件，当时处于停工状态，此次拍卖系现状处置，后续建设费用、各项税费缴纳等由买受人自行承担。鉴于此，案涉项目完工交付后，该 29 套房产的买受人接收房产时还需要按建成后价格向置业公司补齐差价，对于买受人最终补齐差价数额、最终是否接收房产亦或是买受人是否悔拍退回所竞买房产、最终以何种价格退回房产等均处于不确定状态。无论最终以何种方式处理，置业公司利益均能得到保障，不存在所谓损失，不排除置业公司为此反而获益。29 套房产被拍卖之前，前期已经有部分房产出售、抵债等，并且巩义市人民法院以现状处置方式拍卖相关房产不属于正常销售行为，张某某将该部分房产按前期客观销售情况披露并无不当。庭审中，苗某、置业公司当庭认可事前已知悉 29 套房产拍卖情况，苗某、置业公司在案涉协议书签署之前对置业公司所负债务项下 29 套房产查封拍卖情况完全知悉并对后续如何处理均有充分评估。张某某结合上述种种因素对 29 套房产如实披露，并无不当。

（二）该 29 套房产关联到冯某志（含杨某林）案件，是冯某志（含杨某林）案件中所采取强制执行措施，张某某也将 29 套房产所关联的冯某志、杨某林案件涉诉债务信息已如实披露。综上所述，置业公司、苗某主张骤然减少 29 套房产显然与客观事实不符，应不予采信。一审判决认定张某某承担所谓多披露债权造成损失 8998800 元错误，应予纠正。

五、张某某关于案涉项目幼儿园租赁给李某军等事实已进行披露，一审判决认定张某某未披露幼儿园出租事实错误

（一）张某某一审提供证据 13 能够证明：2020 年 9 月 8 日，张某某通过财务人员赵某以微信方式向苗某一方律师吕某提供李某军租赁合同；张某某于 2020 年 12 月 5 日通过微信向万某提供了列明有案涉项目幼儿园收款 6122000 元的资金收支表，该收支表中包含幼儿园租赁给李某军并收取李某军租金 470 万元。张某某已披露案涉项目幼儿园租赁给李某军等事实，一审判决认定张某某承担 620 万元损失明显不当。

（二）另该资金收支表列明幼儿园收款 6122000 元款项中包含原承租人张某某四因违约被解除租赁合同时置业公司已收取的 147 万元，附件二债务明细表序号

145 列明张某四债务 147 万元，即对已收取张某四 147 万元不再退还而统计为应向张某四清偿 147 万元债务，债务明细表与该资金收支表列明幼儿园对应款项（置业公司收取李某军租赁幼儿园租金 470 万元+147 万元-4.8 万元（其中于 2020 年 1 月已退还李某军租金 48000 元）=6122000 元）能够相互印证。一审判决认定张某某未披露幼儿园租赁给李某军并承担解除损失 620 万元错误。

六、一审判决酌定张某某在苗某、置业公司所谓损失基础上承担 20%违约金 5,733,707.61 元，违反公平原则，明显不当

张某某不存在披露不实债务、未披露债务及多披露债权，也没有给苗某、置业公司造成实际损失，不应承担违约责任。违约责任的承担原则为“补偿性为主，惩罚性为辅”。依照《民法典》第 585 条规定：当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。违约金和损失赔偿一般不能同时适用，二者只能择一主张，一审判决并行认定承担违约金和赔偿损失没有事实和法律依据，张某某不应承担违约责任。

七、苗某一方收购案涉项目后，案涉项目已经进入实质销售阶段

2023 年 3 月，苗某、置业公司采用贴牌的模式，将案涉项目变更案名后进行宣传推广，案涉项目以新的案名进行线上线下全面营销推广，并已展开实质销售，苗某、置业公司主张 11000 万元及相关条款约定无效并要求支付赔偿款、违约金的行为违背诚信原则，应不予支持。

综上，张某某已经依约履行案涉协议书，不存在违约行为，上诉人张某某认为苗某、置业公司上诉请求缺乏事实和法律依据，请求贵院查明事实，依法驳回苗某、置业公司的上诉请求，依法改判支持张某某上诉请求。

以上代理意见供案件合议时参考！

河南 A 置业有限公司诉被告 B 地产集团郑州有限公司、 被告平顶山恒某置业有限公司合同纠纷案件代理词

——北京市盈科(郑州)律师事务所 刘岱⁵⁴

案情简介：

2017 年初，河南 A 置业有限公司与 B 地产集团郑州有限公司签订了《合作开发协议》，双方约定对平顶山恒某置业有限公司（以下简称项目公司）进行增资入股，共同开发位于平顶山市某城中村改造项目。

但在地块开发具体运营过程中，B 地产集团郑州有限公司利用其大股东地位，利用其所控制的项目公司及改造项目，在 2019 年至 2021 年期间，陆续从该项目公司转出巨额资金至其公司及关联方，最终导致改造项目未能如期建设完成和向业主交付房屋，并形成了“烂尾楼”局面，导致群众民怨极大，社会负面影响巨大。

为此，河南 A 置业有限公司认为 B 地产集团郑州有限公司挪用及抽离巨额资金导致项目“烂尾”形成事实的行为，违反了《合作开发协议》相关违约条款的约定，遂起诉至人民法院，要求 B 地产集团郑州有限公司承担 5000 万元的违约责任，最终该诉求得到人民法院的全部支持。

⁵⁴ 刘岱律师，北京市盈科（郑州）律师事务所律师，河南省级政府法律顾问人才库成员，郑州市律师协会企业风险防控法律服务中心综合部副部长。擅长办理民商事、房产建筑、金融不良资产处置等领域案件。

尊敬的审判长、审判员：

接受本案原告河南 A 置业有限公司的委托，特指派刘岱律师担任河南 A 置业有限公司（以下简称 A 置业）诉被告 B 地产集团郑州有限公司（以下简称 B 集团）、被告平顶山恒某置业有限公司（以下简称恒某置业）合同纠纷一案的诉讼代理人。接受委托后，通过出示证据，参加庭审，对本案有了较全面的了解。现就本案发表以下代理意见，供合议庭参考。

一、被告 B 集团违反协议约定，擅自挪用、抽逃公司巨额资金，导致项目停工烂尾且损失严重，已造成根本违约，应当按照协议约定承担违约责任，并向原告支付违约金人民币 5000 万元

原告 A 置业与被告 B 集团双方分别在 2015 年 6 月 30 日签订《P 市 X 区 X 村项目合作框架协议》、2017 年 2 月 22 日签订《P 市 YG 项目合作开发协议》及 2018 年 10 月 21 日签订《〈P 市 YG 项目合作开发合作协议〉补充协议》等系列合作协议，协议约定由双方共同合资、合作开发“BYLW”房地产项目，根据双方《框架协议》第 6 条约定，被告 B 集团应负责后续的资金投入、工程建设、公司运营、销售等工作；《合作开发协议》第七条第五款的相关规定，被告以项目公司或地块进行融资，并保证融资款项全部用于项目公司或项目地块的开发建设。但通过原告 A 置业庭审时所出具的证据显示，被告 B 集团在合作项目开发期间，利用其大股东身份及被其绝对控制的被告恒某置业，存在巨额的资金往来和关联交易，以便达到抽逃及挪用“BYLW”项目融资款和售房款的目的，该行为导致项目在基本售卖完在建住宅后（其中从洛阳银行 P 分行长期融资款为 4 亿元被被告挪用，至今仍有约 3.6 亿元未归还；在建 1242 套可售住宅，仅剩 7 套未出售，尤其是将 459 套低价全款售房收入违规绕过 P 市房产事务服务中心的监管，全部被被告 B 集团挪用，详见证据二《审计报告》第 8、9 页）却因资金断裂、经营异常而停工烂尾，根据《中华人民共和国民法典》第一百七十九条“承担民事责任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨碍；（三）消除危险；（四）返还财产；（五）恢复原状；（六）修理、重作、更换；（七）继续履行；（八）赔偿损失；（九）支付违约金；（十）消除影响、恢复名誉；（十一）赔礼道歉。法律规定惩罚性赔偿的，依照其规定。本条规定的承担民事责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。”被告 B 集团的行为即违反协议约定，又属于根本违约，应当承担违约责任。

二、被告 B 集团违反协议约定及公司章程，利用其大股东地位控制被告恒某置业将“BYLW”项目对外转包和联营，导致恒某置业失去经营权，并致使原告无法参与项目经营，损害原告股东权益

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）第十二条 “公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：

（一）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）利用关联交易将出资转出；（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为。”，《中华人民共和国公司法》第二十条 “公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。”

第二十一条 “公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”。根据《九民会议纪要》“11. 【过度支配与控制】公司控制股东对公司过度支配与控制，操纵公司的决策过程，使公司完全丧失独立性，沦为控制股东的工具或躯壳，严重损害公司债权人利益，应当否认公司人格，由滥用控制权的股东对公司债务承担连带责任。实践中常见的情形包括：（1）母子公司之间或者子公司之间进行利益输送的；（2）母子公司或者子公司之间进行交易，收益归一方，损失却由另一方承担的；（3）先从原公司抽走资金，然后再成立经营目的相同或者类似的公司，逃避原公司债务的；（4）先解散公司，再以原公司场所、设备、人员及相同或者相似的经营目的另设公司，逃避原公司债务的；（5）过度支配与控制的其他情形。”原告与被告 B 集团签订系列合作协议后，将原由原告成立的被告恒某置业增资入股，吸收被告 B 集团为该公司股东，并设置该公司为持股及项目公司平台，共同开发“BYLW”房产项目，原告向被告 B 集团出让恒某置业 65% 的股权和变更公司法人后，共同设立公司章程。因双方在《合作协议》第三条第 3 款、第 4 款中约定，完成增资入股及工商变更手续的同时，原告应将项目公司的法定代表人、董事、监事等变更为 B 集团指定人员，并在完成后将公司所有印章、证照及与项目有关的合同文件资料等全部移交给 B 集团公司。为防止 B 集团独断专营，在合资、合作开发项目期间存在损害原告股东利益的行为，《合作协议》

第四条第4款约定原告对项目公司的运作管理享有知情权和监督权，同时约定《平顶山恒某置业有限公司》公司章程第十七条第（1）、（2）款规定，对外投资、对外担保、项目公司合作、联营或承包等影响公司发展经营的重大事宜，应当经过股东双方一致通过方可进行。在项目及公司挪用、抽逃资金，造成停工事实后，原告为保护自身和购房业主的切身利益及督促被告B集团保证项目能够持续施工，多次责令B集团要回流资金并保证项目顺利交工，并不得擅自对项目公司重大事宜做出单方决策，要严格按照项目公司章程进行运营，尤其是原告听闻被告B集团在自身无力保证交房的情形下，在未告知和征得原告意见的情况下，有意利用其大股东身份控制恒某置业将YLW项目擅自签署协议转包给第三方经营管理。无奈之下，原告于2023年1月6日向被告项目公司恒某置业发送《股东告知函》，明确告知其因挪用、抽逃资金造成经营项目烂尾后，应当严格按照公司章程合规经营，尤其是对公司对外投资、子公司分公司设立、资金的调配、资产处置及施工合同签订等重大事宜必须经双方形成股东会决议一致通过后方可执行，且不得擅自处理。但令原告感到愤怒和遗憾的是，在《股东告知函》发送后，被告B集团及其控制的恒某置业仍一意孤行，不知悔改，肆意违反践踏公司章程。最终形成的事实是，B集团利用其大股东身份及控股股东地位，未开办股东会及经全体股东一致决议通过，在没有进行项目评估结算的情况下，擅自控制恒某置业将YLW一二期项目经营权对外与P市RC发展投资集团有限公司联营合作，并将YLW一期剩余8000余万的建设工程转包给RC集团旗下的HY建设公司承建，导致原告即无法核查项目公司有效资产及利润情况，又丧失继续参与经营决策恒建公司的权利，被告B集团的违反协议及公司章程的行为，严重侵害了原告的股东权益，严重影响项目公司的持续经营，导致系列合作开发协议无法继续履行，合作项目最终因其抽逃、挪用资金导致烂尾及无偿将项目转让给第三方经营，而造成原告彻底丧失对合作开发项目的经营和自救自保，努力维持项目交付和运营的权利和事实。被告B集团及其控制的恒某置业独断专权的行为即违反协议约定，又违反公司章程规定，属于根本违约，应当承担违约责任。

三、被告B集团除应向原告支付5000万违约金外，根据《合作协议》及《补充协议》约定，还应当向原告承担违约金和赔偿损失，但因其拒绝向原告及法庭提供相关书面证据材料，致使原告对这部分损失无法单独核算，故原告保留对其继续追索的权利，本案只要求其承担5000万的部分违约金

根据原告与 B 集团双方签署的《框架协议》第 6 条约定，在原告取得项目地块的土地使用权后，B 集团应负责后续的资金投入、工程建设、公司运营、销售等工作；《合作开发协议》第七条第五款的相关规定，B 集团以项目公司或地块进行融资的，应当保证融资款项全部用于项目公司或项目地块的开发建设。同时违约责任第八条第 2 款约定，B 集团应当确保项目公司有充足资金用于日常运营，如期未能及时提供借款（包括融资款）确保正常运营，每逾期一日，B 集团须按逾期金额每日万分之二向原告支付违约金，同时逾期履行本协议其他义务的，应承担因此给原告造成的损失。

按照上述约定，在取得项目地块的土地使用权后，B 集团有义务利用自有资金或融资款项，持续性向开发项目投入资金确保顺利完成合作项目的开发建设，确保在约定时间内向业主交付房屋，但是事实情况是，B 集团不但未能保证项目顺利运营，反而是利用其大股东身份及控股地位，控制恒某置业挪用和抽逃项目融资资金及住房销售款，导致资金断裂，形成项目及协议无法继续履行的事实，亦损害了原告的合法权益。

原告为维护自身合法利益，查明本案事实真相，在本案开庭前，根据自身搜集的客观证据，向法院递交《责令被申请人提交证据申请书》，请求法院向二被告发送裁定书，让二被告向法庭提交本案存在因客观原因原告不能自行收集的证据，且该证据材料一直在二被告的掌控中原告也无法获取到。法庭在开庭前亦向二被告下达了（2023）豫 0402 民初 XXXX-1 号民事裁定书，要求二被告向法庭提供包括项目公司会计账目及银行所有账户往来流水等相关证据。但是二被告开庭后至今未能向法庭提供相关证据，亦造成原告目前掌握证据不足，无法请求第三方会计师事务所核算项目资金运行及盈亏状况，以及除了根据《合作协议》等约定其应当承担 5000 万违约金之外的违约金及损失赔偿的金额，但原告为维护自身权益，在本案暂时先起诉二被告承担 5000 万的违约金责任诉求，请求法庭予以裁判。待时间及证据等资料充足时，原告再另行提起其他诉讼继续保留追索被告违约责任及赔偿损失的权利。

同时 P 市 X 区人民法院 2023 年 9 月 8 日出具的（2023）豫 0402 民初 XXXX—1 号民事裁定书显示，原告已经尽力举证，而与合作、合资开发的涉案项目工程相关的资金及会计账目、保交楼文件、转让协议等书证资料主要由二被告 B 集团、恒某置业掌握的情况下，二被告有义务向法庭提交相关书证，但二被告无正当理由

由拒不提交，因此应当根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第一百一十二条：“书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交。申请理由成立的，人民法院应当责令对方当事人提交，因提交书证所产生的费用，由申请人负担。对方当事人无正当理由拒不提交的，人民法院可以认定申请人所主张的书证内容为真实。”之规定认定原告主张的书证及证据内容为真实，即证明在合资、合作开发房地产过程中，B 控制恒建所有资金及账目，存在挪用、抽逃项目资金导致项目烂尾，及擅自做出重大经营决策等严重违反合作协议约定的行为。因此应当由二被告向原告支付和承担 5000 万违约金。

四、由 X 区政府委托平顶山华英会计师事务所出具的 PH 专审字（2021）第 1-2022 号《审计报告》也证明 B 集团具有抽逃、挪用项目公司资金的事实，具有一定的公信力及参考价值，但原告认为其内容不够全面和完善，同时该《审计报告》及系列协议相关约定亦能证明二被告存在财产及人格混同的事实，因此被告恒某置业对本案亦应当承担连带责任

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）第十四条“股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。”根据《九民会议纪要》“10. 【人格混同】认定公司人格与股东人格是否存在混同，最根本的判断标准是公司是否具有独立意思和独立财产，最主要的表现是公司的财产与股东的财产是否混同且无法区分。在认定是否构成人格混同时，应当综合考虑以下因素：（1）股东无偿使用公司资金或者财产，不作财务记载的；（2）股东用公司的资金偿还股东的债务，或者将公司的资金供关联公司无偿使用，不作财务记载的；（3）公司账簿与股东账簿不分，致使公司财产与股东财产无法区分的；（4）股东自身收益与公司盈利不加区分，致使双方利益不清的；（5）公司的财产记载于股东名下，由股东占有、使用的；（6）人格混同的其他情形。”根据原告与 B 集团签署的三份系列协议及公司章程规定，B 集团不但是项目公司的控股股东，同时还约定项目公司的经营管理权、重要管理岗位如法定代表人、执行董事、监事以及恒某置业的所有印章、合同文件、开设账户等有关项目开发的重要资料等均由其直接掌管和指派，合同约定有“乙方管理”

能够证实 B 集团一直在管控恒某置业，造成财产及人格混同，在项目经营期间抽逃、挪用资金导致项目停工，严重损害原告合法权益。

同时根据 P 市 X 区***街道办事处筹备组委托平顶山华**会计师事务所审计恒建公司的审计报告，亦可以认定被告 B 集团利用其控股身份及控制恒某置业公司，违规将融资款及售房款转入 B 集团和其关联方。（该审计报告具有一定的公信力及参考价值，但原告认为其内容不够全面和完善，因仍有 6.8 亿元的销售房款未能入账核算，须原告在充分掌握相关证据材料后再另行进行独立核算。）尤其是《审计报告》第 10 页显示“根据公司内部财务制度及账面记录，房款收到后均转入了郑州 B 公司”，同时通过原告提供的证据四，2023 年 1 月 12 日由 X 区人民政府在回复号受理编号为 41061 号群众来访信件中，也明确确认二被告存在的共同违法事实：在房屋达到预售许可后，二被告合谋共同将 YLW 项目 459 套购房业主的全部的低价全款购房款绕过 P 市房产事务服务中心监管，未缴纳监管资金，违规抽逃，全部被 B 集团挪走，导致该部分购房业主不能办理网签手续的事实，同时也是最终导致项目资金断裂、停工、无法持续运行的关键核心。因此恒某置业在与 B 集团财产及人格混同的同时，作为被控制人和经营管理失责，亦应当向原告承担连带责任。

五、原告经营损失极其严重，向二被告主张 5000 万违约金正当合理，应当被法庭支持

根据《中华人民共和国民法典》第五百八十四条“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；”，原告根据 PH 专审字（2021）第 1-2022 号《审计报告》相关数据，对 BYLW 项目投资既得利润测算，证明被告 B 集团公司和恒某置业公司对原告造成巨额利益损失，共计多达 33798 万元！具体详见附件明细。

综上，被告抽逃出资、挪用项目资金的行为，违反合同约定，导致合同根本不能履行，违背了诚实信用的原则，破坏市场经济秩序，造成严重的不良社会影响，请贵院根据法律规定及庭审查明的事实，依法裁决，支持原告请求“被告二被告共同向原告支付违约金人民币 5000 万元，诉讼费由被告承担”的诉求，以维护法律的公平、正义！

河南组织某有限公司与河南中英某某有限公司、河南省遗传某有限公司、韦某合同纠纷一案代理词

——上海锦天城（郑州）律师事务所 李韬⁵⁵ 李林⁵⁶

案情简介：

2019年7月1日，原告河南中英某某有限公司与被告河南省遗传某有限公司签订了《中英生物医学创新共享加速器入驻孵化服务协议》。双方主要约定，被告遗传公司入驻原告河南中英某某有限公司位于郑东新区基运投资大厦6-7楼场地；入驻服务期限自2019年7月1日至2021年12月31日；被告河南省遗传某有限公司及其所引进的生物项目企业需完成相应税收指标；如未足额完成年度税收指标，河南省遗传某有限公司应于年度终了20日内按照13万/月向原告河南中英某某有限公司缴纳当年度平台服务费。

期间，河南省遗传某有限公司未按约定缴纳服务费、租赁费仪器设备使用费等。河南中英某某有限公司起诉要求被告河南省遗传某有限公司支付原告服务费、设备租赁费等，同时，以河南省遗传某有限公司与河南中英某某有限公司人格混同为由，要求河南中英某某有限公司对被告南省遗传某有限公司的上述债务承担连带保证责任。

55 李韬，上海锦天城（郑州）律师事务所高级合伙人、郑州市律师协会副会长、郑州市破产管理人协会会长。河南省法学会经济法、房地产、审判管理、食品药品等专业委员会委员。中国政法大学河南省校友会秘书长兼副会长。河南省优秀律师、全国优秀律师。

56 李林，上海锦天城（郑州）律师事务所合伙人，获得河南省律师协会“刑事专业律师”、“省直优秀青年律师”、“中级职称”，郑州市律协首届刑事模拟法庭大赛“亚军”及“最佳风采奖”获得者，担任郑州升达经贸管理学院校外导师、郑东分局经侦大队咨询律师。

尊敬的审判长、审判员：

根据我国《民事诉讼法》和《律师法》的相关规定，上海锦天城（郑州）律师事务所接受河南组织某有限公司（下称“中英公司”）的委托，指派李韬律师、李林律师担任其与河南中英某某有限公司（下称“中英公司”）、河南省遗传某有限公司（下称“遗传公司”）、韦某合同纠纷一案的诉讼代理人，现代理人依据本案案件事实并结合相关法律规定发表如下代理意见：

一、关于中英公司与遗传公司存在人格混同一事缺乏事实与法律依据

（一）原审认定中英公司与遗传公司之间人员、业务、财产高度混同的事实严重错误

首先，在二公司的人员方面，中英公司二审提供的第二组证据已充分证明其原法定代表人张某国从未担任过遗传公司的总经理或者以其他职务实际控制遗传公司，遗传公司的实控人是韦某，总经理是朱某义，一审认定二公司高管混同事实错误。关于一审认定二公司其他管理人员混同的事实，中英公司提供的《劳动合同》等证据能证实有关人员并非同时在二公司之间交叉任职，而是在其中一家公司离职后又入职的另外一家，相关人员与二公司签订劳动合同的时间段及工资发放的时间段均不重叠，在细胞生物领域这个相对小众的行业内属于正常的跳槽行为，而不是人员混同；

其次，在二公司的业务方面，从二者的宣传单页以及审计报告中体现的收入构成来看，遗传公司的主营产品为新生儿干细胞相关产品，收入来自干细胞储存技术服务，而中英公司的主营业务是成人免疫细胞相关产品及技术服务，收入来自免疫细胞、干细胞应用技术服务，二者有明显区别。关于一审认定的二公司共同申请专利的事实，该行为符合《专利法》第八条的规定，是正常的商业行为，不能作为公司业务混同的依据；

最后，在二公司的财产方面，公司财产主要包括公司土地使用权、建筑物、机器设备、应收账款、银行存款、产品及知识产权等，公司财产混同指公司之间上述财产混同。中英公司提供的证据能够证实二公司的股东不存在任何重叠，厂房、设备、产品、知识产权等公司主要资产均产权清晰，不存在任何混同。关于一审认定二公司之间存在较多资金往来的事实，中英公司已经充分说明了每一笔资金往来的性质及依据，均属于正常的业务款及借款，符合双方的合同约定，同时体现在中英公司的财务审计报中。且双方还就借款进行过对账，债权、债

务明确。关于一审认定二公司向同样人员支付报销款的事实，有关人员已出局证明及报销凭证证实是在遗传公司工作期间的报销款项一直未报销，拖延至其在中英公司工作期间进行了报销，而非财务混同所致。此外，公司之间的财产混同不同于公司与股东之间的财产混同，应当全面评估二公司的财产权属情况审慎作出认定，不能仅以资金往来作出认定。一审未对二公司的主要财产的权属进行分析，习惯性以资金往来较多以及向相同人员支付报销款的事实就认定中英公司财产不独立，这种认定逻辑本身就是错误的，混淆了公司间财产混同和公司与股东间财产混同的认定标准。

综上，原审认定二公司之间人员、业务、财产高度混同的事实均是错误的，其据此得出二公司人格混同的结论也同样错误。

（二）原审认定中英公司与遗传公司人格混同不符合相关法律规定

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（2019）254号《全国法院民商事审判工作会议纪要》第十一条第二款规定：“控制股东或实际控制人控制多个子公司或者关联公司，滥用控制权使多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同，利益相互输送，丧失人格独立性，沦为控制股东逃避债务、非法经营，甚至违法犯罪工具的，可以综合案件事实，否认子公司或者关联公司法人人格，判令承担连带责任。”《公司法》（2023修订）第二十三条规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。”以上法律规定可以看出，公司间人格否定制度的立法目的是惩罚股东或实控人滥用股东权利的行为，其本质特征是控制股东或实控人控制多个公司并滥用控制权，使公司间财产边界不清、利益相互输送，最终目的是逃避债务、损害债权人利益。本案完全不符合上述特征，中英公司与遗传公司分别权属于不同的股东及实控人，不存在任何股东或实控人同时对二公司具有支配权并滥用其权利，二公司也从未表现出过共同的意志和人格，事实上恰恰相反，遗传公司一直意图让中英公司为其承担债务，甚至在另案中主动提出申请，这说明二公司分属不同意志下的实控人，上述遗传公司主动配合债权人的情况也能够说明二公司不存在利益输送、逃避债务的事实。因此，本案的基本事实不符合公司间人格否定有关法律规定的本质特征。

（三）原审认定中英公司与遗传公司人格混同不符合目前司法实践中的主流观点

公司之间的人格混同不同于公司与股东之间的人格混同，后者是一种纵向的权属关系，而前者是一种横向的并列关系，公司间人格混同的认定标准要远远高于股东与公司间人格混同的标准，尤其是认定在股权上没有任何交叉的两家公司的人格混同，应当采取更为审慎的态度，即使是人员和业务上存在部分交叉，但没有形成共同的意思表示、共同的利益及共同的财产，也不应认定为公司间的人格混同，上述观点是目前司法实践中的主流观点，如郑州中院作出的(2021)豫01民终26号判决认为：“本院认为，公司之间构成人格混同，名义上各自独立的公司法人，实际上已经丧失了独立性，形成了共同意思表示、共同利益及共同财产，应当对债务承担连带清偿责任……尽管两个公司的营业场所相同，也不足以认定华亮公司和华晶公司组织机构混同……元亨公司仅称两公司的主营业务相同，但业务相同不等于营业混同，也并不必然导致营业混同”；河南省高院作出的(2022)豫民申502号裁定认为：“一、关于天瑞公司与通用公司是否构成人格混同。从通用公司和天瑞公司的营业执照上看，二公司属于相互独立的公司，公司性质和住所均不相同。至于公司法人相同、业务关系关联及部分员工在通用公司注销后到天瑞公司工作，并非公司人格混同、财务混同的必要条件。汝建公司提交的证据不足以证明通用公司和天瑞公司人格混同，应当承担举证不能的法律后果。故天瑞公司不应承担本案的连带责任”。上述判例充分说明二公司之间形成共同的意思表示、共同利益及共同财产是认定公司间混同的核心要旨，人员及业务的部分交叉不必然导致公司混同，本案显然无法达到上述认定标准。此外，以上判例还可以看出公司间人格混同的举证责任应由主张混同的一方承担，而一审判决（p11）在作出认定时却以“被告中英公司所举证据不能充分证明两公司在财务上互相独立”为由认定二公司财产混同，这种倒置的举证责任分配明显错误。因此，一审的认定依据以及举证责任的分配不符合司法实践中的主流观点。

二、遗传公司与中英公司、韦某为转嫁债务恶意串通的事实清楚，应追究其虚假诉讼的法律责任

上诉人提供的证据可以证实且遗传公司、韦某在一审中就不对案件本身的争议作任何辩解，反而与中英公司一致要求上诉人承担责任，遗传公司甚至在另案中也要求追加上诉人为其自身债务买单。

原审原、被告中英公司、遗传公司、韦某之间共同投资、管理的事实清楚，且人员、资金往来密切，已明显表现出利益一致、行动一致的特征。在刚才的答辩以及质证中，仍然可以看出中英公司与遗传公司、韦某的亲密配合，遗传公司对上诉人针对中英公司的证据帮助中英公司辩解，中英公司甚至能够准确说出中英公司 2022 年度的账面净资产，遗传公司甚至在另案中也要求追加上诉人为其自身债务买单，故，原审原、被告三方串通一气、恶意设计本案诉讼的目的已经非常清楚，就是为了将遗传公司自身的债务全部转嫁给中英公司，恳请贵院及时予以纠正，避免上诉人卷入更多与自身无关的诉讼中，同时请求追究有关主体虚假诉讼的法律责任。

综上所述，原审认定中英公司与遗传公司之间人员、业务、财产高度混同的事实严重错误，认定二公司个人混同不符合相关法律规定，其依据以及举证责任的分配也不符合目前司法实践中的主流观点；遗传公司与中英公司、韦某为转嫁债务恶意串通的事实清楚，应追究其虚假诉讼的法律责任。请合议庭充分考虑以上所有情况，依法支持上诉人的上诉请求。

刘 XX 诉被告宋 XX 追偿权纠纷一案代理词

——河南仟问律师事务所 高晓星⁵⁷

案情简介：

被告以案涉房屋作为抵押物，为借款人某公司的银行贷款提供了抵押担保，因借款人无力偿还借款，被银行起诉至法院，在金融借款合同纠纷案件执行过程中，被告的抵押房屋被法院拍卖，所拍卖款项用于向银行偿还欠款本息。执行法院在发布《拍卖公告》时，向竞买人事先明确告知了过户税费承担、缴纳方式、办理程序及申请期限等相关程序及法律后果。原告于 2021 年 11 月通过司法拍卖平台以 522 余万元的价格，竞拍取得了抵押房屋。2021 年 12 月取得了《拍卖成交确认书》。原告在 2023 年 9 月办理过户房产手续时，为被告先行垫付了原权利人应承担的相关税费总计 137 余万元。原告因未在规定的自签收法律文书之日起 15 个工作日内向执行法院提交垫付的税费发票、书面退费申请等材料，导致错过法院退还垫付税费的程序。随后原告起诉，要求被告返还原告为其垫付的全部税费。

本案争议焦点是案涉抵押房产被拍卖所产生的税费如何负担的问题。涉及抵押担保问题、执行程序、以及民法典、拍卖法、税法等相关法律规定，在司法实践中，存在较多争议和不同的审判观点。通过代理律师多角度阐述观点，最终律师意见得到认可，法院判决驳回原告的诉讼请求。

57 河南仟问律师事务所一级合伙人、管委会委员，现任省律协行政委执委。三级律师，行政法专业律师。

尊敬的审判长：

原告刘 XX 诉被告宋 XX 追偿权纠纷一案（以下简称“本案”），高晓星律师接受被告宋 XX 的委托和河南仟问律师事务所的指派，作为其诉讼代理人，参加本案庭审活动，现根据本案事实和相关法律规定，发表如下代理意见，恳请贵院采纳。被告宋 XX 为之前的金融借款合同纠纷案件（以下简称“前案”）的主债务提供的是抵押担保，只应在抵押房屋拍卖款范围内承担担保责任，抵押担保不属于连带责任，对超出抵押物价值的债务不承担责任，故不应再额外负担拍卖房屋过户的税款；原告刘 XX 垫付的税费，理应由保管拍卖房屋款的执行法院优先从拍卖款中退还；因原告刘 XX 自身原因没有及时缴纳税费，没有及时办理房屋过户变更登记手续，没有在规定的期间内向执行法院申请退还已垫付的税费，应自行承担法律后果，故人民法院应当依法驳回原告的诉讼请求。

一、被告宋 XX 承担抵押担保责任，不应额外负担拍卖房屋过户的税费

（一）按照前案判决和合同约定，宋 XX 在抵押担保的房屋价值范围内承担为实现抵押权和债权而产生的全部费用

2017 年 1 月 20 日，XX 银行股份有限公司新乡某支行（贷款人、甲方）与河南 JZ 有限公司（借款人、乙方）签订两份《流动资金借款合同》，编号为郑银流借字第 0112017003000****、0112017003000****号，主要约定：借款金额分别为 3,900,000 元、4,800,000 元，共计 8,700,000 元，借款期限：2017 年 1 月 20 日至 2018 年 1 月 19 日止。担保人：宋 XX，担保方式：房产抵押；担保人：李 X，担保方式：连带责任保证。

同日，XX 银行股份有限公司新乡某支行（抵押权人、甲方）与宋 XX（抵押人、乙方）签订两份《最高额抵押担保合同》，编号为郑银抵字第 0712017003000****、0712017003000****号，主要约定：为确保甲方和河南 JZ 有限公司于 2017 年 1 月 20 日至 2020 年 1 月 19 日期间签订的所有合同及其修订或补充（包括但不限于展期协议）项下债务的履行，乙方自愿以其享有合法处分权的财产为甲方的债权提供抵押担保；合同所担保债权之最高本金余额分别为人民币 4,800,000 元、3,900,000 元，本合同抵押担保的范围包括主债权、利息（含复利和罚息）、手续费、违约金、损害赔偿金以及为实现抵押权和债权而产生的全部费用（包括但不限于公证、评估、拍卖、诉讼、律师代理、差旅费等）；若主合同债务人不履行到期债务或发生甲、乙双方约定的实现抵押权的情形，甲方可以与乙方协议以抵押

财产折价，也可以就拍卖、变卖抵押财产所得的价款优先受偿；抵押财产为抵押物清单上载明的分别是位于郑州市J区JS路**号SM大厦C座1层**号、3层**号房屋。2017年1月25日，宋XX与XX银行股份有限公司新乡某支行办理了不动产登记证明2份，编号为豫（2017）郑州市不动产证明第00129**、00129**号。

因借款人河南JZ有限公司未按约偿还本息，XX银行股份有限公司新乡某支行诉至法院，经新乡市XX区人民法院审理，2021年2月**日作出（2021）豫0702民初2**8号判决，判决：河南JZ有限公司偿还XX银行股份有限公司新乡某支行借款本金8,669,119.20元，利息、罚息、复利2,841,028.69元，并自2020年11月19日起至实际清偿之日止，分别以3,869,119.20元基数，按照编号为01120170030XXXX21的《流动资金借款合同》的约定计付利息、罚息、复利；以4,800,000元为基数，按照编号为011201700XXXX1422的《流动资金借款合同》的约定计付利息、罚息、复利。抵押权人XX银行股份有限公司新乡某支行有权对被告宋XX名下位于郑州市J区JS路**号SM大厦C座1层**室、3层**室的房产（不动产登记证明编号为豫（2017）郑州市不动产证明第00129**、豫（2017）郑州市不动产证明第00129**号）申请拍卖、变卖，并对拍卖、变卖款项在本判决确定的欠付本息的范围内优先受偿。

故依据前案2**8号判决内容和抵押担保合同约定，被告宋XX是以抵押的财物为限承担的担保责任，仅应在抵押担保的房屋价值范围内承担包括主债权、利息（含复利和罚息）、手续费、违约金、损害赔偿金以及为实现抵押权和债权而产生的全部费用（包括但不限于公证、评估、拍卖、诉讼、律师代理、差旅费等），对超出抵押物价值的债务不承担责任，故不应再额外负担其他费用。

（二）根据原告提交的证据显示，在执行法院发布的《网络司法拍卖公告》和《网络司法拍卖须知》中，均事先醒目提示竞买人注意过户税费承担、缴纳方式、办理退费程序及申请期限

2021年10月21日，负责执行案件的新北市XX区人民法院在淘宝网司法拍卖网络平台上发布的《网络司法拍卖公告》第十二条和《网络司法拍卖须知》第九条中向各位竞买人明确告知：“所涉及的由原权利人及买受人承担的税收和费用（包括但不限于增值税及附加、土地增值税、契税、印花税、交易手续费、权证工本费、个人（企业）所得税、房产税和其它相关费用，以相关部门最终核定为准），依照法律、法规规定由原权利人和买受人各自负担，但原权利人负担的部分

由买受人先行垫付，交易双方按照税法规定各自缴纳相应的税（费）。具体税额以税务部门确定的实际税（费）为准。缴纳方式：由买受人先行垫付，垫付后买受人凭税务部门出具的出卖方已缴纳税（费）票据，向本院申请退还已垫付本次交易产生的税（费），但应优先保障本案执行款（仅限抵押房产、保障生活用房租金、诉讼费、执行费等），如无剩余执行款退还已缴纳税（费），买受人可另行主张。买受人自签收法律文书之日起 15 个工作日内向法院提交垫付的税费发票，逾期未提交发票的视为自愿承担所有交易费用。如有注销原权证需公告等情形，由买受人书面向本院提出申请，时间可再次顺延 15 个工作日，逾期未提交申请视为放弃。成交执行裁定书送达买受人之前拍卖标的可能存在的配套费、物业费、水费、电费、车位管理费、物业维修基金等欠费均由买受人承担。未明确缴费义务人的费用也由买受人自行解决。”公告中的上述内容均是用红色和黑色字体加重提醒。故执行法院已经明确告知竞买人，抵押房产过户所涉及原权利人应缴纳的税费由买受人垫付，买受人自签收法律文书之日起 15 个工作日内向法院申请并提交垫付的税费发票，由执行法院退还。故，原告刘 XX 在购买房屋前已经明确知晓办理过户费用缴纳以及退费程序，理应在办理过户手续后按照公告要求，及时向执行法院申请退还已垫付的税费。

二、司法拍卖变更登记的不动产产生的税费，理应从拍卖款中支出，原告应向执行法院申请将先行垫付的税费从执行款项中退还，不应由被告另行负担

（一）法律规定人民法院应当协助税务机关优先从因强制执行活动而被拍卖、变卖财产的收入中征收税款

根据《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第三十条规定：“因网络司法拍卖本身形成的税费，应当依照相关法律、行政法规的规定，由相应主体承担没有规定或者规定不明的，人民法院可以根据法律原则和案件实际情况确定税费承担的相关主体、数额。”，虽然对不动产网络司法拍卖产生的税款与以相关不动产担保的债权在拍卖价款中的清偿顺位问题，没有直接的法律条文规定，但根据国税函〔2005〕869 号文件规定：“四、鉴于人民法院实际控制纳税人因强制执行活动而被拍卖、变卖财产的收入，根据《中华人民共和国税收征收管理法》第五条的规定，人民法院应当协助税务机关依法优先从该收入中征收税款。”，故本案应适用该文件第四条规定，因司法拍卖产生的税收是以拍卖成交款收入为计算依据，该项税收的产生系来自于司法拍卖行为带来的财产增值。且

属于司法拍卖行为的发生费用，理应从拍卖款中支出，不应由实际并未从中获利的原权利人宋 XX 另行承担。

本案并不适用《中华人民共和国税收征收管理法》第四十五条的清偿顺位规则。因为该条规定的税款所指的是纳税人的历史欠税，而本案所争议的原告垫付的是原权利人宋 XX 因本次抵押房产拍卖过户而产生的税费，并非宋 XX 之前所欠的税款，这是不动产司法拍卖环节应缴纳的税款，因司法拍卖而产生，类似于拍卖费用，属于司法拍卖的必要支出，因此本案中的垫付税费应当从拍卖抵押物价款中优先受偿。

（二）案涉房屋系抵押财产，按照法律规定，原告先行垫付的交易税费，应从执行的拍卖款项中受偿，不应由被告另行承担

案涉的《最高额抵押担保合同》是在民法典施行前的 2017 年签订的，应适用当时的法律、司法解释，即最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第七十四条规定：“抵押物折价或者拍卖、变卖所得的价款，当事人没有约定的，按下列顺序清偿：（一）实现抵押权的费用；（二）主债权的利息；（三）主债权。”司法拍卖不动产所产生的税款，属于实现抵押权的费用，应优先于主债权及利息。在执行中优先交付税款也与《税收征收管理法》的规定相一致。同时根据《城市房地产抵押管理办法》第四十七条规定：“处分抵押房地产所得金额，依下列顺序分配：（一）支付处分抵押房地产的费用；（二）扣除抵押房地产应缴纳的税款；（三）偿还抵押权人债权本息及支付违约金；（四）赔偿由债务人违反合同而对抵押权人造成的损害；（五）剩余金额交还抵押人。处分抵押房地产所得金额不足以支付债务和违约金、赔偿金时，抵押权人有权向债务人追索不足部分。”，原告刘 XX 所垫付的税费也属于第（一）项“支付处分抵押房地产的费用”，在抵押房地产所得金额分配中应当优先受偿的。若是执行中不足以支付债务和违约金、赔偿金时，抵押权人只能向债务人追索，而不能再向抵押房产的第三人主张。同理，作出买受人的原告刘 XX 也只能向执行法院主张优先受偿垫付税费，而不能再向抵押房产的宋 XX 主张。

即便按照现行的《中华人民共和国民法典》第五百六十一条规定：“债务人在履行主债务外还应当支付利息和实现债权的有关费用，其给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，应当按照下列顺序履行：（一）实现债权的有关费用；（二）利息；（三）主债务。”，和第三百八十九条规定：“担保物权的担保范围包

括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。”，原告垫付的税款也是为了实现债权和抵押权的有关费用，也是属于在拍卖房屋价款中应优先受偿的范围，应在利息和主债务之前受偿。

另外根据《中华人民共和国民法典》第四百一十三条规定：“抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。”，显然当抵押人是第三人，对抵押权人承担的是一种物的担保责任，其承担责任的范围应限于其提供的抵押财产，而不是负担债务。对抵押财产进行折价或者拍卖、变卖，变价款不足以清偿债务的部分，抵押人不应再承担担保责任。若要求抵押人另行承担拍卖抵押物行为产生的相关税费，实则为要求其超过抵押财产价值范围而额外承担相关义务，等于变相增加了抵押人的法律责任，于法无据。故，抵押人宋 XX 所担保的债权不得超出其抵押物的价值。因此，本案中原告刘 XX 要求被告宋 XX 在承担抵押担保责任而拍卖其抵押房屋之外，还要另行承担拍卖房屋的交易税款，也是于法无据。

（三）案涉拍卖房屋系第三人的抵押财产，不是债务人的房产，不应超出拍卖价款范围之外承担债务和拍卖交易税费

被告宋 XX 是前案的抵押人，不是债务人，承担抵押担保责任，并非连带担保责任。作为第三人的抵押财产，仅在抵押财产范围内代为清偿债务。根据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第三十四条第二款：“委托拍卖、组织变卖被执行人财产所发生的实际费用，从所得价款中优先扣除。所得价款超出执行标的数额和执行费用的部分，应当退还被执行人。”，按照清偿的先后顺序，理应从所得价款中优先扣除委托拍卖、组织变卖被执行人财产所发生的实际费用。故，宋 XX 不应在超出拍卖价款范围之外，额外再承担拍卖交易税费等处分抵押财产费用。

三、原告刘 XX 因自身存在过错拖延时间，没有按照拍卖须知要求及时办理拍卖房屋的过户手续；并因未及时缴纳交易税费而被税务局处罚，缴纳了税费滞纳金；也未在规定期限内向执行法院递交垫付税费发票以及退费申请，理应自行承担全部法律后果

（一）原告取得被告的房产是基于司法拍卖，而不是基于买卖合同，被告没有配合其办理过户的义务

原、被告之间并没有房屋买卖关系，根据《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第一条规定：“本规定所称的网络司法拍卖，是指人民法院依法通过互联网拍卖平台，以网络电子竞价方式公开处置财产的行为。”，故在前案中，处置拍卖抵押财产的主体是新乡市 XX 区人民法院，而不是本案被告宋 XX。原告参与竞拍并获得案涉房屋并不需要被告宋 XX 履行任何约定义务，原被告双方之间也没有任何直接的权利义务关系。

原告依据《拍卖成交确认书》、以及（2021）豫 0702 执 2**8—2 号《新乡市 XX 区人民法院协助执行通知书》和《新乡市 XX 区人民法院执行裁定书》并缴纳契税以及不动产登记费，就可以完成案涉拍卖房屋的过户手续，并不需要被告宋 XX 配合办理案涉房屋过户手续。因此，原告未能及时缴纳交易税费，办理过户手续的责任在其自身，与被告宋 XX 无关。

（二）因原告自己拖延时间，未能及时缴纳交易税费和办理过户手续，导致增加的税费滞纳金应由其自行承担

2021 年 11 月 22 日，买受人刘 XX 通过淘宝网司法拍卖网络平台竞得拍卖的抵押房屋郑州市 J 区 JS 路**号 SM 大厦 C 座 1 层**室，并于 2021 年 12 月 8 日到执行法院签署《拍卖成交确认书》。根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第二十六条规定：“不动产、动产或者其他财产权拍卖成交或者抵债后，该不动产、动产的所有权、其他财产权自拍卖成交或者抵债裁定送达买受人或者承受人时起转移。”，自 2021 年 12 月 8 日起，原告刘 XX 即取得案涉拍卖房屋的所有权，故理应从当日起，原告就应当去税务局缴纳房产过户的交易税费。

因原告自己拖延时间，未按照拍卖公告要求自行及时办理拍卖标的从原权利人过户至买受人名下的手续，而是拖延了长达 21 个月的时间，直到 2023 年 9 月 13 日才去税务局缴纳交易税款，故而被税务局行政处罚，缴纳自 2021 年 12 月 8 日至 2023 年 9 月 13 日期间，产生的 21 个多月的销售不动产增值税滞纳金 37396.52 元、城市维护建设税滞纳金 1308.88 元、土地增值税滞纳金 59744.45 元，共计 98449.85 元。原告刘 XX 因自身存在过错拖延时间而产生的上述税费滞纳金，理应由原告自行承担。

（三）执行法院已经履行了拍卖前的告知义务，是原告未按照《拍卖公告》和《拍卖须知》要求，在规定的期限内向执行法院申请退还垫付的交易税费，应

视为其主动放弃权利，自愿承担所有交易费用

执行法院事先已经明确告知买受人办理缴纳税费、申请退还垫付税费的流程期限和逾期后果。《网络司法拍卖公告》第十二条和《网络司法拍卖须知》第九条里都明确告知买受人：“缴纳方式：由买受人先行垫付，垫付后买受人凭税务部门出具的出卖方已缴纳税（费）票据，向本院申请退还已垫付本次交易产生的税（费），但应优先保障本案执行款（仅限抵押房产、保障生活用房租金、诉讼费、执行费等），如无剩余执行款退还已缴纳税（费），买受人可另行主张。买受人自签收法律文书之日起 15 个工作日内向法院提交垫付的税费发票，逾期未提交发票的视为自愿承担所有交易费用。如有注销原权证需公告等情形，由买受人书面向本院提起申请，时间可再次顺延 15 个工作日，逾期未提交申请视为放弃。”，是原告刘 XX 拖延 21 个多月时间，没有及时向税务局缴纳应先行垫付的交易税费，没有在规定自签收法律文书之日起 15 个工作日的期限内向执行法院提交垫付的税费发票，没有书面向执行法院提出申请，要求退还已垫付的交易税费，视为原告主动放弃权利，自愿承担所有交易费用。执行法院不可能无限期等待原告提交垫付税费票据，在规定期限内没有收到原告的申请，势必会将扣除诉讼费、执行费等本案执行款之后的剩余拍卖款支付给债权人。因此，是原告存在过错，逾期未提交申请视为放弃，自愿承担所有交易费用，故理应自行承担全部法律后果。

四、宋 XX 另一抵押财产已经抵偿给债权人，没有其他抵押财产可供偿还原告垫付税费，故应驳回原告诉讼请求

宋 XX 在前案中的另一抵押财产郑州市 J 区 JS 路**号 SM 大厦 C 座 3 层**室的房产，因无人竞拍而流拍，之后被抵偿给债权人 XX 银行股份有限公司新乡某支行，执行法院为此作出（2021）豫 0702 执 2**8-3 号的以房抵债的执行裁定书，并在 2022 年 4 月 28 日作出的（2021）豫 0702 执 2**8 号的终结本次执行程序的执行裁定书中，列明拍卖成交一套，抵偿一套，共计执行到位 8888434.5 元。显然是原告刘 XX 未能在规定期限内向执行法院申请退还垫付的交易税费，故执行法院认为其放弃，才将剩余执行款支付给申请执行人。现被告宋 XX 已无抵押财产，不应再额外承担原告垫付的交易税费，故应依法驳回原告诉讼请求。

综上所述，被告宋 XX 作为抵押人，仅就抵押物范围内承担担保责任，相关全部费用理应从抵押财产拍卖款中进行扣除，现宋 XX 已无其他抵押财产，不应再额外承担原告垫付的交易税费，人民法院应依法驳回原告的诉讼请求。

张某与中国某建筑工程有限公司劳动争议纠纷一案代理词

——上海中联（郑州）律师事务所 郭永娟⁵⁸

案情简介：

申请人张某于 2021 年 1 月入职中国某建筑工程有限公司，任职预算员，在职期间执行的是综合计算工时制度，申请人认为其在职期间存在加班情形，故主张 2018 年 8 月至 2024 年 9 月期间的休息日加班费、节假日加班费共计五十八万余元。

⁵⁸ 郭永娟律师，执业 12 年。精通劳动合同、工伤赔偿等争议的体系化解决，专注企业劳动管理制度构建与法律风险防范。

尊敬的仲裁员：

上海中联（郑州）律师事务所接受本案被申请人中国某建筑工程有限公司的委托，指派我担任申请人张某与被申请人中国某建筑工程有限公司劳动争议纠纷一案仲裁阶段的代理人。现代理人结合庭审和证据，发表如下代理意见：

申请人无证据证明其存在加班事实，申请人主张被申请人支付休息日加班费、法定节假日加班费无事实及法律依据，依法应当予以驳回。

一、被申请人对申请人实行的是综合计算工时制度，该制度经过人力资源和社会保障部的审批并在劳动合同书中明确约定，对申请人有效，申请人无证据证明其在综合计算周期内实际工作时间超过总法定工作时间，亦无证据证明其在超过总法定工作时间内是在为被申请人提供劳动，或者受被申请人安排

首先，根据庭审中被申请人提供的 2015 年至 2022 年期间人力资源与社会保障部审批的关于中建集团部分岗位实行特殊工时制度的批复文件可知，中建集团公司包括其下属的全资子公司、控股企业均适用该批复文件的内容，被申请人属于中建集团全资子公司，应当适用经过审批的特殊工时制度，即对建筑施工现场的岗位实行以年为计算周期的综合计算工时制。申请人岗位是预算员，主要负责施工项目的招投标、预决算工作，属于“建筑施工现场的岗位”，适用综合计算工时制度，且申请人在与被申请人签订的劳动合同书中亦明确约定“执行综合计算工时制”，该综合计算工时制度对申请人生效且申请人明知。

其次，根据<劳动部关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知>第 62 条规定“实行综合计算工时工作制的企业职工，工作日正好是周休息日的，属于正常工作；……”，申请人执行的是综合计算工时制度，如果其在周休息日有提供劳动的情形，按照前述法律规定，仍属于正常工作。故，申请人主张休息日加班费无任何法律依据。

第三，庭审中申请人提供的合同资料仅有两份有申请人签字，但没有项目部盖章确认，其余均无申请人本人签字，且该合同资料显示的手写日期对应的周天数分别是星期一、星期二、星期四、星期六及星期日，并不存在法定节假日的情形。根据前述规定，申请人执行的是综合计算工时制度，如果其在周休息日有提供劳动的情形，仍属于正常工作，并不属于加班。再者，结合申请人的工作性质，其主要负责施工项目的招投标及预决算工作，该工作内容属于阶段性工作，在项目开始之初或者某一阶段才可能产生，申请人单纯以项目审批签字的日期去证明

其存在加班事实，明显过于牵强更不符合常理。

二、申请人在 2018 年 8 月至 2020 年 12 月 31 日期间为劳务派遣制员工，与被申请人不存在劳动关系。且申请人在 2018 年 8 月至 2024 年 9 月申请劳动仲裁之前，从未要求过被申请人支付加班费，亦没有向被申请人提及过其存在加班情形，更从未对其工资数额、工资标准提出异议，申请人时隔六年主张加班费明显超过仲裁时效，不应当予以支持

《工资支付暂行规定》第六条第三款规定“……，用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查……”，申请人在 2021 年 1 月之前是劳务派遣，申请人的工资由派遣单位发放，与被申请人无关。且申请人与派遣单位签订的派遣员工合同书亦明确约定申请人执行综合计算工时制度，同时约定申请人加班应取得用工单位即本案被申请人的同意，申请人无证据证明其向被申请人申请过加班，且申请人在收到每月工资时从未提出过任何异议，故申请人要求被申请人支付 2018 年 8 月至 2024 年 3 月的加班费无事实及法律依据，且明显超过仲裁时效。

三、申请人提供的考勤表不能证明其存在加班事实，更不能证明申请人在超出总法定工作时间内是在为被申请人提供劳动，或者其加班是由被申请人安排或者经用人单位批准的

首先，从该考勤表的形式上看，申请人提供的考勤表均为打印件，且考勤表上没有被申请人的盖章确认，其真实性不予认可；且从 2022 年起每月的考勤表右上角关于年份及月份的记录均可看出考勤表存在添加、修改或者涂改的印记，例如其中一张考勤表抬头显示“**花园项目部 2023 年 8 月管理人员考勤表”但同时又载明“2022 年 8 月”，诸如此类情况有 2022 年 8 月、9 月、11 月、12 月及 2023 年 1 月、2 月、3 月、4 月、6 月、8 月等。由此可见该考勤表的真实性、合法性及其来源均无法采信，该考勤表不能证明申请人存在加班事实，更不能作为本案定案的依据。

其次，从该考勤表的内容上看，考勤表上记录的人员即便是在当月有事假、调休或者是法定节假日休息的情况下，考勤表上记录的出勤天数依然是“30 天”或者“31 天”，例如 2019 年 2 月考勤表显示 4 日-10 日为“春节休假”，但出勤天数是“31 天”，2019 年 4 月考勤表显示申请人“事假”有 3 天，但出勤天数是“31 天”，2019 年 6 月考勤表显示在申请人有 4 天“事假”记录的情况下，出勤

天数仍然是“31天”，2019年7月考勤表显示申请人有2天“事假”记录，出勤天数依然为“30天”，诸如此类情况有2019年9月、10月、11月，2020年1月、2020年2月春节休假的情况下，出勤依然是“31天”；且，从申请人提供的考勤表看，自2020年2月起至2022年8月将近两年半的时间，该考勤表上记录的所有员工的出勤天数全部都是“31天”或者“30天”，即便是考勤表上记录的有存在请假或者调休的情形，但出勤天数仍是“31天”或“30天”，而自2022年9月至2023年9月的考勤表显示，在包括申请人在内的所有人员存在调休4天或者春节假期、休年假、病假、陪产假、产假的情形下，出勤天数仍是“31天”或者“30天”，包括郑州“7.20”洪水停工期间、疫情全部封控停工停产期间的考勤表记录的出勤天数仍是“30天”、“31天”，由此可见，申请人提供的考勤表明显不真实且不具备合理性，更不符合实际情况和人体机能发展规律。故该考勤表不能证明申请人实际出勤天数，更不能单纯以考勤表证明申请人存在加班事实。

第三，申请人提供的2023年10月至2024年3月的考勤表显示，申请人法定节假日均存在放假的情形，且申请人执行的是以年为计算周期的综合工时制度，申请人提供的考勤表不能证明其在该计算周期内的实际工作时间超过总法定工作时间，且申请人也没有提供其他证据证明其存在加班的事实。

另，申请人工作生活地点均在项目施工现场，考虑施工现场工作人员的特殊性，被申请人向包括申请人在内的所有项目人员按天发放施工津贴，不管项目上的人员是否在岗、是否实际出勤，被申请人均会按照全勤天数发放施工津贴（20元/天，申请人每月均会收到620元或者600元的施工津贴）。故，结合前述情况，考勤表中载明的出勤天数并不能证明申请人当天在提供劳动或者申请人存在加班事实。

再次，申请人系项目施工生产人员，主要负责施工项目的预决算、招投标等工作，申请人的工作地点在建筑施工项目现场的项目部，其生活、住宿、饮食同样是在项目部，申请人无证据证明其法定节假日在为申请人提供劳动。且，因工作性质原因，项目施工现场到春节前腊月二十左右就会停工，项目上的人员亦可根据自己的时间安排年休假及春节假期，被申请人对法定节假日的放假通知也均在oa系统上予以公示。故申请人主张法定节假日加班费无事实及法律依据。

四、被申请人实行的是加班审批制度，申请人无证据证明其所主张的加班费经过审批，更无证据证明其所主张的加班是受被申请人安排或者经被申请人批准

被申请人提供的《薪酬管理制度》第 8.4 条明确规定“员工在正常的工作之外确因工作需要加班的，需提前履行加班审批程序，经审批同意，按国家相关规定核算加班费”，该制度经过民主程序制定，并在 oa 系统上对申请人公示，且申请人在劳动合同书中手写“本人熟知公司各项规章制度和劳动纪律……”，该规章制度对申请人有效。结合被申请人提供的关于加班费的请示及批复文件可知，项目确有加班需求的可以申请加班费发放的请示，批准后可安排加班。申请人无证据证明其存在加班事实，更无证据证明其履行了加班审批程序，申请人主张加班费无事实及法律依据。

五、《劳动争议调解仲裁法》第六条规定，发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。同时根据“谁主张、谁举证”的原则，申请人应当就其加班事实的存在负举证责任

结合本案实际情况，被申请人对申请人执行的是综合计算工时制度，申请人系项目部工作人员，其工作弹性较大，申请人无证据证明其存在加班事实。申请人按照 2018 年 8 月 4 日至 2024 年 3 月 3 日期间所有的周六日天数计算休息日加班费、所有的法定节假日天数计算节假日加班费明显与事实不符，申请人不存在、更加不可能连续六年、每年 365 天或者 366 天全年在岗，申请人此主张明显偏离实际、违背常理，更不符合人体机能发展规律。

最后，代理人想向仲裁庭说明，近几年来，受疫情及疫情防控政策影响，经济形势下行，特别是建筑行业领域，生产经营尤其困难，但即便如此，被申请人也在充分保障劳动者的休息休假、劳动报酬、社会保险待遇等权利，包括申请人在内的所有施工现场上的人员也依然在为被申请人提供劳动。而结合申请人的工作岗位、施工项目现场的特殊性以及被申请人对申请人所给予的所有的各项津、补贴待遇，申请人主张高额的加班费实在令人寒心且无任何事实依据及法律依据。并且，在当前国家大力推行营造、优化良好营商环境的趋势下，该类案件一旦裁决，势必会产生一系列连锁反应，此类劳动争议案件必会增加，难免会引起劳动关系的大范围波动，不但不利于和谐劳动关系的构建，更不利于企业的生存发展。

综上，被申请人认为，申请人的仲裁请求无事实及法律依据，其加班费的计算方法更是无任何依据。同时，申请人的行为也严重影响了被申请人项目施工现场人员的用工管理，请求仲裁委依法予以驳回。

以上意见，供仲裁庭参考和采纳。

再审申请人中国建筑**局与被申请人中国电建**公司、 **示范区交通局建设工程施工合同纠纷案件再审代理 词

——河南千业律师事务所 杨成斌 石会敏⁵⁹

案情简介：

2018年6月，中国建筑**局公司承建的黄河路道路工程施工过程中，在建设单位交通局协调下，由中国电建**公司对已完成部分施工的左幅非机动车道开挖、进行热力管道施工。中国电建**公司于2018年6月30日出具承诺书，承诺对因热力管道施工被破坏的素土、石灰土、雨污水管道按照中国建筑**局图纸恢复。2018年10月18日，中国建筑**局向交通局书面报告称中国电建**公司安装热力管道后未按要求恢复导致存在严重质量隐患，要求交通局督促中国电建**公司进行修复。2019年8月29日，交通局向中国建筑**局发出紧急施工通知，要求中国建筑**局尽快处理损坏部分，工程款由中国电建**公司支付。2020年6月，中国建筑**局向交通局报送修复工程量申报文件，载明修复工程款金额1477.26万元并附有工程量明细，监理单位及交通局均盖章认可。因中国电建**公司不认可上述修复工程金额，中国建筑**局起诉要求中国电建**公司、**示范区交通局支付前述款项。

一审法院认定中国电建**公司损毁已完工程未修复，应予赔偿，但因修复工程量无法确认对中国建筑**局鉴定申请不予受理，以中国建筑**局不能提交有效证据证明修复工程量及造价为由驳回诉讼请求。二审法院维持一审判决。本所律师代理中国建筑**局申请再审，后省高院指令再审。

本案同时涉及建设工程施工合同案件中举证责任分配、施工范围的确认、司法鉴定的启动条件等多个常见疑难、争议较大问题，同时系河南省高院纠正基层

⁵⁹ 石会敏，三级律师，硕士研究生，合规师、建造师，专注公司法人治理、民商事合同、建设工程与房地产等领域。

法院拒绝裁判情形、切实履行定分止争宗旨的直接体现与典范。

尊敬的合议庭：

根据《中华人民共和国律师法》及相关法律规定，河南千业律师事务所依法接受再审申请人中国建筑**局的委托（以下简称中**局）的委托，指派律师杨成斌、石会敏作为再审申请人中**局与被申请人中国电建**公司（以下简称中电*公司）、**示范区交通局（以下简称交通局）建设工程施工合同纠纷一案的授权代理人，并履行出庭职责。

依据庭前对案件事实的了解及庭审调查活动，围绕法庭关注的焦点。代理人认为：在各方确认中**局被破坏并恢复工程应受到赔偿、被申请人交通局及其监理单位已确认修复工程量，且在案图纸、修复方案、破坏前完工计量文件也足以确定修复工程量情形下，原审法院拒绝裁判，导致本案纠纷无从解决，申请人损失丧失有效救济途径。原一、二审判决认定事实缺乏证据证明，适用法律有误且本案存在足以推翻原判决的新证据，符合《民事诉讼法》第二百一十一条第（一）、（二）、（六）项规定的再审情形，具体代理意见如下。

一、中电*公司破坏中局已完工程后未予修复，中**局按交通局要求修复工程量已经交通局及监理单位确认，原审判决认定修复范围不明并据此驳回诉请，基本事实缺乏证据证明、法律适用有误**

（一）原一审判决认定损害事实发生、中电*公司应承担赔偿责任，二被申请人交通局、中电*公司均已对此认可，未提起上诉。原一审法院一方面拒绝启动司法鉴定、一方面又以中**局未证明损害金额为由驳回诉讼请求，导致“损害者无须赔偿，受损者维权无门”的利益严重失衡状况，违背基本的公平原则和法院定分止争宗旨。依据我国《民事诉讼法》第七十九条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百二十一条之规定，当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定；申请鉴定的事项与待证事实无关联，或者对证明待证事实无意义的，人民法院不予准许。具体到本案中，争议的本质即为二被申请人应否付款，应付多少款项。原一审判决在确认中电*公司应对修复费用进行赔偿后，却拒绝对应付款金额这一基本事实予以查明。二审中中电*公司也明确认可破坏施工，最终赔偿多少由司法机关审判（2024年1月23日庭审笔录第17页）。在此情形下，原审法院应依据中**局申请对修复工程造价这一基本待证事实的专业性问题委托鉴定，拒绝鉴定违背法律规定，适用法律有误。

（二）对于修复工程量，交通局、监理单位与中**局已一致确认，原审判决所称的监理人员签署“工程量不实”、修复范围无法认定均与在案证据不符，缺乏证据证明。（1）监理人员潦草意见签署后，监理单位对“形象进度属实”盖章确认。监理人员潦草签字的书写日期为2020年6月11日，监理单位2020年6月14日盖章认可的意见为“形象进度属实，同意上报”。即便原审判决认为潦草字迹有争议，也应依据在后的单位盖章确认“属实”认定修复工程量已经监理单位确认。（2）监理人员潦草签字同时明示“请业主审核”，建设单位在后盖章确认“属实”，足以证明监理人员的意见为属实。如监理人员认为工程量不属实，应返回施工单位重新核实，而非提交建设单位审核，更不会出现建设单位对监理单位认定“不实”的工程量盖章确认“属实”的有悖常理、逻辑不通情形。（3）中**局已经在原二审中提交同项目多份字迹相同的监理人签字、监理单位盖章的计量文件，显示这些含有相同字迹的文件均已经过建设单位、监理单位认可为工程量属实并实际履行；足以证实监理人签字为“属实”而非“不实”。（4）《工程量进度款申报》后附的修复工程量明细经监理人员每页签字确认，对依据明细汇总的总工程量出具的意见明显只能是属实。（5）2024年3月5日原二审庭审笔录最后一页显示，交通局特别授权代理人同时也是主管该项目的交通局领导按法庭要求对修复范围明确描述，中**局公司予以认可。原审判决认定监理人员所签潦草字迹为“工程量不实”缺乏证据证明，据此认定修复工程量无法确定，驳回中**局诉讼请求明显有误。

此外，庭审中法庭曾发问中**局为什么要对中电*公司破坏并负责修复的工程予以修复？除了在案证据显示的建设单位交通局的书面修复通知，还因为中**局作为该工程的施工单位，如被破坏工程迟迟不能修复，工程整体都将无法验收、结算，必然持续、扩大受损。同时道路迟迟不能修复通车，作为施工方的中**局也承受着来自社会和人民群众的巨大压力。在此情形下的垫资修复恰恰反映了国企担当，因此所受损失依据法律及基本的公平正义均应得到赔偿。

二、即便中电*公司不认可交通局及监理单位确认的修复工程量，专业鉴定机构结合图纸、修复方案、破坏前完工计量文件等在案资料也足以确定修复工程量，赔偿金额属于应当且能够查明的基本事实

（一）本案已经产生各方对修复工程的无争议部分，原审法院至少应当委托

司法鉴定机构对修复工程造价作出专业意见。交通局已在二审庭审中与中**局就修复范围一致明确，中电*公司提出的自认破坏范围与交通局、监理单位与中**局确认的范围虽然相差较大，但至少已产生各方确认的无争议部分。鉴定机构结合双方施工图纸、破坏前完工计量文件、修复方案、现场勘验情况及其专业知识，完全能够作出专业意见。原审法院拒绝启动鉴定，涉嫌拒绝裁判。在案证据对破坏及施工范围的描述具体见再审申请书及补充意见，不再赘述。

（二）在案其他证据已经载明中电*公司破坏及中**局恢复施工范围，原审法院认定范围不明缺乏证据证明。（1）2018年6月30日中电*公司出具《关于黄河路因热力管线破路及完工后恢复的承诺书》（中**局一审证据1）第1项即载明：

“因热力管道施工被毁坏的素土、石灰土、雨污水管道全部由我方按照贵司图纸进行恢复，费用由我方承担。”该承诺书说明，在中电*公司进场前即对客观存在、即将破坏的施工范围明知，且恢复施工的标准已明确为中**局施工图。因此即便中**局没有提交经建设单位及监理单位认可的修复工程量（中**局一审证据8），依据中**局及中电*公司热力施工图纸，专业鉴定机构也完全可以确认中电*公司破坏施工及中**局恢复施工范围、工程量及对应工程造价。（2）2018年9月22日《关于中国电建X管道回填质量控制专题会议》（中**局一审证据4）中，第一段载明由于中电*公司热力施工，对中**局已完工并经验收合格的左幅慢车道雨污水工程开挖。第二段载明：由中电*公司对其破坏的工程进行恢复，恢复至进场前状态，即雨污水管道接通，路基素土、石灰土填筑完成并碾压合格。该会议由交通局、中电*公司、中**局各方参加，已对中电*公司公司实际破坏的工程纵向范围一致确认。自此修复工程的横向、纵向范围均已明确。

（三）具备造价资质的“人民法院诉讼资产网”在库鉴定机构依据现有在案材料已出具“案涉修复工程具备造价鉴定的基本条件”的专业意见。中**局已于2024年3月5日庭审中向二审法官提交了前述专业意见。中**局已就修复工程量及赔偿金额充分举证，原审法院不予认定又拒绝启动鉴定，对应当查明且能够查明的案件基本事实拒绝查明，属于明显的拒绝裁判情形，符合依法再审的情形。

三、中**局已向原二审法院提供破坏前完工计量、图纸、鉴定机构专业意见等新证据，原二审法院未予质证，程序违法且依法应将前述证据认定为足以推翻原判决的新证据

2024年1月27日，中**局向原二审法院邮寄提交了《庭审问题回复及补充说明》及附件，包含中电*公司破坏前中**局已完工计量文件、交通局下发的修复通知及修复方案、路面结构设计图等。2024年3月5日二审第二次庭审中中**局提交了具备造价资质的“人民法院诉讼资产网”在库鉴定机构依据现有材料出具的“案涉修复工程具备造价鉴定的基本条件”的专业意见、现场照片等共计9份证据足以证明申请人修复范围，原二审法官以“不需要提交”为由拒绝组织质证，在中**局代理人坚持下仍已交承办法官。

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百八十六条之规定，再审申请人提交的证据在原审中已经提供，原审人民法院未组织质证且未作为裁判根据的，视为逾期提供证据的理由成立。前述中**局提交二审的证据与修复工程造价这一案件基本事实紧密相关，原二审法院拒绝组织质证，程序违法并严重侵害中**局合法权益，依法应认定为符合再审条件的新证据。

综上，原一、二审判决认定基本事实缺乏证据证明，适用法律有误且本案存在足以推翻原判决的新证据，符合《民事诉讼法》第二百一十一条第（一）、（二）、（六）项规定的再审情形，应当予以再审。以上代理意见供法庭参考，如无不妥，敬请采纳。

某某县 B 经济产业园有限公司与北京 A 环境工程有限公司建设工程施工合同纠纷案件二审代理词

——河南仟问律师事务所 金鹏飞⁶⁰ 孙军辉⁶¹

案情简介：

北京 A 环境工程有限公司（以下简称“A 工程公司”）与某某县 B 经济产业园有限公司（以下简称“B 公司”）在 2022 年 6 月之前其控股股东为同一人，双方在 2018 年签署的《河北 A 循环经济产业园环保管家 EPC 总承包合同》以下简称“《EPC 总承包合同》”为关联交易，启迪某某在 2018 年 6 月 27 日发布公告（公告编号：2018-086）《关于签署日常经营关联交易合同的公告》，该公告披露了 B 公司与 A 工程公司之间签订的《EPC 总承包合同》为关联交易。

工程于 2018 年 10 月停工，停工后，双方在控股股东营业场所签署了《会议纪要》，会议纪要对工程款、设备款的承担进行了重新的约定。2022 年 6 月，绿环循环公司被收购后，因财务记账中显示 8230250.03 元，在年底审计时，因审计机构要求向 A 工程公司发送《往来及交易询证函》，A 工程公司依据《往来及交易询证函》向 A 循环公司主张欠付工程款 8230250.03 元，并诉至法院。

本案的争议焦点是《会议纪要》是否构成对《EPC 总承包合同》约定的内容实质性变更，《往来及交易询证函》是否对构成对债务的确认。本案经过一审、二审、再审，认定《会议纪要》构成对《EPC 总承包合同》约定的内容实质性变更，《往来及交易询证函》不构成对债务的确认。该判决书在建筑工程领域具有代表性、指导性。

60 金鹏飞，河南仟问律师事务所专职律师，长期专注解决民商事领域疑难复杂案件。

61 孙军辉，在河南仟问律师事务所专职律师，主要从事民商事诉讼、国资国企、公司并购重组、不良资产等法律事务，目前主要为省属国有企业提供常年法律顾问服务。

尊敬的审判长、审判员：

关于上诉人北京 A 环境工程有限公司（以下简称“A 工程公司”）与被上诉人某某县 B 经济产业园有限公司（以下简称“B 公司”）建设工程施工合同纠纷一案，河南仟问律师事务所接受 B 公司的委托，指派金鹏飞、孙军辉律师代为参加本案庭审活动，现代理律师根据本案的事实及开庭情况，提出如下代理意见，希望予以采纳。

一、B 公司的前身河北 A 循环经济产业园投资管理有限公司与 A 工程公司签订《河北 A 循环经济产业园环保管家 EPC 总承包合同》为关联交易，是为提高上市公司的业绩，合同价款虚高，存在财务虚假记载情形，财务记载并非真实情况，B 公司不存在欠付 A 工程公司工程款的事实

B 公司的前身为河北 A 循环经济产业园投资管理有限公司（以下简称“A 循环公司”），其控股股东启迪 A 环境股份有限公司（上市公司，证券简称：启迪 A，证券代码：000XXX），启迪 A 后来更名为启迪环境。启迪 A 在 2018 年 6 月 27 日发布公告（公告编号：2018-086）《关于签署日常经营关联交易合同的公告》，该公告披露了 A 循环公司与 A 工程公司之间签订的《河北 A 循环经济产业园环保管家 EPC 总承包合同》以下简称“《EPC 总承包合同》”为关联交易，A 工程公司的控股股东为 A 国际有限公司，A 国际有限公司为港股上市公司，证券简称：A 国际，启迪 A 和 A 国际为关联公司。两家上市公司为提高上市公司业绩和对外发债需要，由其控制的 A 循环公司与 A 工程公司进行关联交易，并将关联交易的价款虚高，在财务上进行虚假记载。

2023 年 9 月 19 日，湖北证监局作出编号为【2023】X 号的行政处罚决定书，该决定书中载明，启迪环境在 2017 年-2018 年间，通过伪造虚假分包合同及节点结算单确认成本，虚构了相关 PPP 项目合同完工百分比，提前确认或虚假确认总承包合同收入，导致启迪环境 2017、2018 年报中主营业务收入、主营业务成本等项目存在虚假记载。

案涉的工程合同约定为 2018 年 8 月 31 日完工，由于 A 工程公司挪用资金，导致工程自 2018 年 11 月停工，A 循环公司与 A 工程公司及各自控股股东于 2019 年 3 月 26 日在启迪 A. 固再中心总部 2518 会议室开会，商讨案涉工程后期施工方案，并形成会议纪要，会议纪要载明，考虑合同双方母公司之间债务存在的事实

及目前双方各自资金困难的实际，经会议议定，项目总体工程的两大部分，一是合同中设备款总计 963.74 万元，由建设方 A 循环公司承担，二是除设备款外，合同中其余土建工程、安装调试工程、设计费、辅助工程等所有工程费用由 A 工程公司承担，该部分工程款最终在工程完毕后由双方财务结算确认后，抵消母公司之间债务。

A 循环公司向 A 工程公司支付的款项已达 7016330 元，但是 A 工程公司仅购买了几十万的设备，后续因 A 工程公司拖欠他人款项，被贵院依法强制执行给 A 工程公司的债权人。A 工程公司因资金问题，自停工后未再进行施工，即便施工也是由 A 工程公司承担所有工程费用，所以，A 循环公司不可能存在欠付 A 工程公司工程款的问题。

A 工程公司在本案中所提交的《往来及交易询证函》是信永中和会计师事务所基于虚假的财务记载所发出的询证函，并非真实财务情况，B 公司不存在欠付 A 工程公司工程款的事实。

二、《会议纪要》是对《EPC 总承包合同》内容进行了实质性的变更约定，是双方的一个结算性文件，A 循环公司只承担设备款，A 工程公司承担除设备款外的所有工程费用，A 工程公司所提供的设备价值远远不足 A 循环公司所已支付的设备款，A 循环公司不存在欠付设备款的事实，更不可能存在拖欠 A 工程公司工程款的事实

《EPC 总承包合同》签订后，A 循环公司依约向 A 工程公司支付了 701.633 万元的工程款项，但由于 A 工程公司将部分款项挪用到其他项目上，导致工程于 2018 年 10 月份全面停工，所有施工人员已全部撤场，由于 A 工程公司的停工撤场，严重影响了 A 循环公司产业园招商复园计划。A 工程公司的控股股东、A 循环公司的控股股东以及 A 工程公司、A 循环公司项目人员在启迪 A. 固再中心总部 2518 会议室召开会议，并经会议议定，合同中设备款总计 963.74 万元，由建设方 A 循环公司承担。除设备款外，合同中其余土建工程、安装调试工程、设计费、辅助工程等所有工程费用由 A 工程公司承担，该部分工程款最终在工程完毕后由双方财务结算确认后，抵消母公司之间债务。

该《会议纪要》内容是对《EPC 总承包合同》内容的实质性变更，是双方的一个结算性文件，在《会议纪要》签署后，由于 A 工程公司无法组织资金复工，

合同无法履行，双方终止了协议的履行，在此情况下，A 循环公司不存在欠付工程款的事实。但是，A 循环公司已支付了 701.633 万元，已达到合同约定的设备款总价 963.74 万元的 73%，A 工程公司提供的设备价值仅为 25.875 万元的设备（被上诉人财务记账显示暂估 25.875 万元，与（2020）冀 0434 民初 XX07 号民事判决书中显示的河北 YJ 电力工程公司提供的设备含 16% 的税的价格为 38.9 万元基本一致），与 A 循环公司已支付的 701.633 万元设备款相差甚远，且该设备在后期被 A 工程公司的债权人即河北 YJ 电力工程公司执行走了。所以，A 循环公司在仅承担设备款，A 工程公司案涉项目除设备款后所有的工程费用的情况下，且 A 工程公司提供的设备价值也远远未达到 A 循环公司已支付设备款数额的情况下，A 循环公司不存在欠付设备款的事实，更不存在欠付 A 工程公司工程款的事实。

三、《会议纪要》已对《EPC 总承包合同》的约定进行了实质性变更，A 工程公司的财务记账也从未显示 A 循环公司欠付工程款的事实，询证函是基于虚假的财务记账所形成的，A 工程公司依据询证函提起本案诉讼完全是为了获得不当利益

《会议纪要》的签署是对《EPC 总承包合同》的约定进行了实质性变更，是双方的一个结算性文件，A 工程公司需承担除设备款外所有的工程费用，A 循环公司不存在在欠付 A 工程公司工程款的事实，A 工程公司已在财务记账中已变更了相关的财务记账，且财务记账不显示存在应收的情况。从《会议纪要》签订后至 B 公司因审计需要发送的询证函前，A 工程公司从未主张过工程款的事实来看，双方之间根本就不存在工程款的问题。

在本案的庭审过程中，法官询问 A 工程公司，“在你方收到询证函后，是否向 B 公司回复？”，A 工程公司答复：“不知道回复了没有，但是我方已经入账。”从 A 工程公司的答复可以看出，A 工程公司之前财务根本就不显示 A 循环公司尚欠其工程款未支付，仅仅是依据 B 公司的询证函进行的入账。

案涉的 EPC 项目实际上双方早已自行解决了，只是在 A 循环公司于 2022 年 6 月 21 日被收购后，人员已全部换新，并纳入到城发环境上市公司的管理体系。依据上市公司的管理条例，上市公司需要进行年度审计，在进行年度审计时，由于 B 公司的人员全部换新，不了解情况，收购时间短，未将财务记账进行变更记载，财务记账是虚假记账，没有任何事实基础。审计机构仅是在提取电子版的财务记

账后，根据审计规则向 A 工程公司发送的询证函，由于 B 公司被收购，与 A 工程公司不存在关联关系的情况下，A 工程公司收到询证函后，赶紧将询证函进行财务入账，A 工程公司的意思就是既然你向我发询证函欠我工程款，那我就问你要这个工程款，而且 A 工程公司的起诉数额与询证函中的数额一致，分毫不差，显然 A 工程公司的目的是为了获取不当利益。

四、《往来及交易询证函》是在没有任何事实上基础上，依据虚假的财务记载所形成的，即使依据该《往来及交易询证函》也不构成诉讼时效的重新计算，A 工程公司的主张仍是诉讼时效已届满，不受法律保护

《中华人民共和国民法典》第一百八十八条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。诉讼时效期间自权利人知道或应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。”

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第十九条规定：“诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩的，人民法院不予支持。当事人双方就原债务达成新的协议，债权人主张义务人放弃诉讼时效抗辩权的，人民法院应予支持。超过诉讼时效期间，贷款人向借款人发出催收到期贷款通知单，债务人在通知单上签字或者盖章，能够认定借款人同意履行诉讼时效期间已经届满的义务的，对于贷款人关于借款人放弃诉讼时效抗辩权的主张，人民法院应予支持。”

《中国注册会计师审计准则第 1312 号—函证》第五条规定：“函证（即外部函证），是指注册会计师直接从第三方（被询证者）获取书面答复作为审计证据的过程，书面答复可以采用纸质、电子或其他介质等形式。”第十条规定：“在使用函证程序时，注册会计师的目标是，设计和实施函证程序，以获取相关、可靠的审计证据。”

案涉的 EPC 项目合同约定开工时间为 2018 年 5 月，完工时间为 2018 年 8 月，A 工程公司 2018 年 10 月已全面停工撤场。2019 年 3 月 26 日，双方形成《会议纪要》并对《EPC 总承包项目》内容进行了实质性变更约定，是双方的一个结算性文件，如果 A 工程公司认为 A 循环公司存在欠付其工程款的事实，则 A 工程公司主张权利的诉讼时效应当自 2019 年 3 月 26 日开始计算，计算三年至 2022 年 3 月

26 日至，但是在这三年期间，A 工程公司从未向 A 循环公司主张过权利。

《往来及交易询证函》是信永中和会计师事务所按照《中国注册会计师审计准则第 1312 号一函证》的要求进行询证的，该《往来及交易询证函》的发出日期为 2023 年 1 月份，是在诉讼时效届满后发出的。且《往来及交易询证函》明确载明的信息出自公司账簿记录，本函仅为复核账目之用，并非催款结算。从该询证函的内容可以看出，该会计事务所仅仅是依据账簿记录，虚假的财务记账，并非进行了基础材料的事实审查所形成的，且明确表明仅为复核账目之用，并非催款结算。该《往来及交易询证函》不构成双方就原债务达成新的协议、不具有向对方作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务的意思表示，所以诉讼时效仍是届满的，不受法律保护，应当依法驳回其诉讼请求。

从 A 工程公司向法庭提供的证据《关于河北 A 循环经济产业园污水处理站改扩建项目相关事宜的函》形成时间即 2023 年 4 月 27 日可以看出，该函件是 A 工程公司收到《往来及交易询证函》后，在 B 公司不欠付其工程款的情况下，为获取不当利益，才第一次向 B 公司发函。该函件 A 工程公司明确陈述：“目前该工程贵司尚欠我司约 800 万元相关款项，至今已拖欠 4 年 6 个月，请贵司根据合同条款尽快支付该笔款项。”，该陈述内容更加进一步证明了本案已过诉讼时效，不受法律保护。

综上所述，代理人认为一审法院作出的（2023）冀 04XX 民初 XXX3 号民事判决书事实认定清楚、适用法律正确，应当依法维持原判。

某某县供销社财产清算领导小组与霍某明租赁合同纠纷案件再审代理词

——北京市金台（郑州）律师事务所 丁保勇⁶²

案情简介：

霍某明是原某某县供销社的职工，1997年，原某某县供销社因经营效益不好，为了不再给职工发工资、交社保，采用集资建房的方式，由职工集资建成门面房用于自主经营维持生计。2023年，某某县供销社以双方签订了《先预收租赁承包费后经营的合同书》，某某县供销社与霍某之间是房屋租赁关系，起诉霍某要求解除双方的租赁合同并返还房屋。案件经一审法院审理，支持了某某县供销社的诉讼请求，二审法院撤销了一审判决，驳回了某某县供销社的起诉，某某县供销社随申请了再审。

再审期间，代理人认为，案涉《先预收租赁承包费后经营的合同书》名为租赁，实为职工安置措施，系历史遗留问题，不属于法院管辖范围，并对事情的原委进行了论证，最终再审法院采纳了代理人意见，维持了二审法院的判决。

⁶² 丁保勇，北京市金台（郑州）律所事务所党支部书记，武汉大学法学院硕士研究生，任郑州、鹰潭、三门峡仲裁委仲裁员。

审判长、审判员：

北京市金台（郑州）律师事务所受霍某明（以下简称“被申请人”）的委托，指派丁保勇律师担任某某县供销社财产清算领导小组（以下简称“申请人”）与霍某明租赁合同纠纷案再审阶段的诉讼代理人。代理人发表代理意见如下：

河南省 XY 市中级人民法院作出的（20**）豫**民终 19**号民事裁定书认定事实清楚、适用法律正确，应依法驳回申请人的再审申请。

一、案涉《先预收租赁承包费后经营的合同书》名为租赁，实为职工安置措施，系历史遗留问题，不属于法院管辖范围

（一）案涉《先预收租赁承包费后经营的合同书》的签订背景

霍某明等近 30 名集资建房人系马集供销社的职工。1997 年初，马集供销社因经营效益欠佳无力向职工发放工资，改由职工出资建房，建成后职工可自行经营收益，自谋出路。霍某明等一批职工于 1997 年 3 月起向供销社交纳了建房费，供销社出具载明为“集资建商品房款”的收据。建房费交纳完毕后，供销社为了应付上级检查，与集资建房的职工签订案涉《先预收租赁承包费后经营的合同书》，当时职工们钱已交出，且房子也即将盖好，租赁合同的基础法律关系是职工安置，而非房屋租赁。

（二）案涉《先预收租赁承包费后经营的合同书》无效，也不是双方的真实意思表示，本案是企业内部的集资建房纠纷

1. 被申请人及其他职工与某某县马集供销合作社签订的《先预收租赁承包费后经营的合同书》后一直未交租金，申请人从未催要过租金，也未收取过租金，更谈不上调整租金，双方都认为该合同只是形式，并不是双方的真实意思表示，根据《民法典》第一百四十六条：行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。故案涉租赁合同为无效合同。没有租赁，何谈解除！

2. 案涉房屋由被申请人出资建造，由此形成的物权属于被申请人所有，自己出资建造的房屋再向他人交纳租金，与法不合，与理相悖。

3. 从建房之初到房屋的过程中，双方均认可双方是双方是集资建房关系，房屋的所有权归被申请人。包括被申请人在内的近 30 名集资建房人向某某县马集供销合作社缴纳了集资款，某某县马集供销合作社的出纳王树忠出具的收据，收据

摘要为“交集资建房款”等字样。1999年11月16日，某某县马集供销合作社向霍某明家属王殿霞主张拖欠的建房款。2001年10月9日，某某县马集供销合作社的出纳王树忠向霍某明出具了收据，收据的收款事由为“房地产款”。上述的证据均显示，无论是建房之初，还是后来催要拖欠建房款，双方均认可的本案是企业内部集资建房，而不是租赁。

（三）案涉纠纷系历史遗留问题，不属于人民法院管辖范围

如上所述，马集供销社与霍某明等近30名职工之间签订的合同书名为租赁，实际上是供销社在经营效益不好，无力负担职工薪资的当下对职工采取的安置措施。从霍某明一审时提交的《证明》亦可看出，供销社始终承认案涉房屋系霍某明自有，而不是所谓房屋租赁。

2006年12月，经某某县人民政府决定，马集供销社关闭，但涉及供销社的财产、职工安置、拖欠职工25年的工资、五险一金问题，特别是包括霍某明在内的近30名职工集资建房等重大问题至今没有处理。申请人某某县供销社清算领导小组继受了马集供销社的权利义务，就应当切实了解马集供销社职工集资建房事件的始末，完成马集供销社注销时没有履行的清算义务。霍某明等近30名职工集资建房一事具有特殊历史背景和原因，属于典型的历史遗留问题，不能简单归结为租赁合同法律关系。

根据《最高人民法院关于房地产案件受理问题的通知》第三条之规定，本案属于历史遗留的落实政策性质的房地产纠纷，因行政指令而调整划拨、机构撤并分合等引起的房地产纠纷，因单位内部建房、分房等而引起的占房、腾房等房地产纠纷，均不属于人民法院主管工作的范围，当事人为此而提起的诉讼，人民法院应依法不予受理或驳回起诉，可告知其找有关部门申请解决。

中共中央“中发【2015】11号文件”第13页要求“各级地方政府要按照有关规定，抓紧落实处理供销合作社财务挂账、金融债务、社有企业职工社会保障等历史遗留问题。”马集供销社众多职工包括霍某明在内被欠26年工资、五险一金，申请人置公平正义、社会责任、职工基本生活于不顾，不仅毁约，而且其言其行毫无底线可言，玷污了党和政府的形象。

综上，案涉纠纷是由马集供销社未能妥善处理职工安置问题导致，属于历史遗留问题，不属于法院管辖范围，XY市中级人民法院作出的（20**）豫**民终

19**号民事裁定书认定事实清楚、适用法律正确。

二、申请人置公平正义、社会责任、职工基本生活于不顾，断绝包括被申请人在内的近 30 名职工唯一经济来源

被申请人是马集供销社的职工，半生精力都贡献给供销社，经营效益下滑时期，供销社为职工谋划了集资建房自营创收措施，即便发不起工资也能让职工们有个基本的生活保障。三十年来利用案涉房屋做点小买卖营生，是被申请人家庭唯一的经济来源。现被申请人早已没有重新就业谋生的能力，申请人置公平正义、社会责任、职工基本生活于不顾，断绝包括被申请人在内的近 30 名职工唯一经济来源，无异于断绝了被申请人唯一的生存之路！

案涉房屋系由答辩人被申请人霍某明等职工出资建造，房屋坐落土地的国有土地使用权属于被申请人，经双方协商一致所建房屋为合法财产，二十多年来，房屋市场价值一直在上涨，被申请人在没有取得合法行政许可、没有在与房屋使用人协商一致、按照市场价格进行拆迁安置补偿、没有对霍某明等下岗职工进行依法安置、没有对职工债权依据《破产法》进行确认的情况下，要求交回、拆除案涉房屋，没有事实和法律依据。

三、申请人伪造证据，涉嫌虚假诉讼

马集供销社于 2006 年已经终止“关闭”，主体灭失，案涉国有土地使用权被县政府收回，一审原告却办理了《不动产权利证书》，马集供销社死而复生，土地证无中生有，该证据不具有真实性、合法性，有捏造嫌疑。本次庭审中，申请人陈述“某某县马集供销合作社”已于 2010 年注销，但在本次开庭中却提交了盖有“某某县马集供销合作社”印章的证据。申请人涉嫌虚假诉讼犯罪。

综上所述，案涉纠纷是历史遗留问题未能妥善处理导致的，不属于法院管辖范围。一审法院认定事实有误，适用法律错误，应当依法予以纠正。被申请人只是马集供销社集资建房的数十名职工之一，如果将自建房收回，不仅显失公允，也容易引起群体上访事件。

综上所述，河南省 XY 市中级人民法院作出的（20**）豫**民终 19**号民事裁定书认定事实正确、适用法律正确。申请人的再审请求没有事实和法律依据，应当依法驳回。

以上意见供合议庭时参考。

某资产管理股份有限公司河南省分公司与某股份有限公司、某科技有限公司、某建设股份有限公司追加、变更被执行人异议之诉案二审代理词

——河南九君律师事务所 安启超⁶³ 刘梦浩⁶⁴

案情简介：

承办人在代理某资产管理股份有限公司河南省分公司与某公路大桥有限公司（债务人）强制执行一案中，经调查，发现债务人的股东（某股份有限公司、某科技有限公司、某建设股份有限公司）存在虚假出资，而债务人无财产可供执行，遂从追究债务人的股东未出资责任为切入点，向执行法院提起执行异议，申请追加公司股东为被执行人。

执行异议被法院驳回追加申请后，承办人代理提起追加、变更被执行人异议之诉。经一审、二审，法院判决追加债务人的股东为被执行人，并判决分别在其未缴纳出资范围内就债务人不能清偿的债务承担补充赔偿责任；并判决其相互之间就上述各自的补充赔偿责任承担连带责任。后经执行，最终执行回款 8433 万元。

⁶³ 安启超，河南九君律师事务所律师，合伙人。郑州仲裁委员会第六届仲裁员。主要代理建设工程、金融纠纷诉讼、执行等案件。

⁶⁴ 刘梦浩律师，河南九君律师事务所律师，主要代理民间借贷类、房屋买卖类、金融借款类合同纠纷及不良债权清收等民商事诉讼、执行案件处理。

尊敬的审判长、审判员：

河南九君律师事务所接受某资产管理股份有限公司（以下简称“A 资产公司”）的委托，指派安启超、刘梦浩律师担任其与上诉人某股份有限公司（以下简称“B 公司”）、上诉人某科技有限公司（以下简称“C 公司”）、一审被告某建设股份有限公司（以下简称“D 公司”）及一审第三人某公路大桥有限公司（以下简称“E 公司”）执行异议之诉一案的代理人。接受委托后，代理人参加了本案庭审。现结合本案庭审情况，根据法律和事实，发表如下代理意见：

一、在原执行案件中，B 公司应承担的责任为连带保证责任，系基于合同双方约定而产生的法律责任

因 E 公司向原债权人借款，B 公司作为保证人向原债权人提供连带责任保证，故在 E 公司未履行还款义务的情况下，B 公司应承担的责任为连带保证责任，该责任产生的原因系基于合同双方的约定，属于意定责任。

因 E 公司未履行还款义务，B 公司未承担保证责任，故形成诉讼。在原债权人提起诉讼后，各方当事人达成调解，并由人民法院出具调解书。调解书的约定源于保证合同约定，即 B 公司承担了在保证合同法律关系项下的连带保证责任。

二、在《执行和解协议》中，B 公司承担的责任基础和性质仍为连带保证责任

《执行和解协议》明确载明“鉴于甲方（原债权人）与 E 公司、乙方（B 公司）借款合同纠纷一案，河南省高级人民法院于 2008 年 X 月 X 日作出（2008）豫法民二初字第 S 号民事调解书，甲方依法向河南省高级人民法院申请强制执行，河南省高级人民法院于 2012 年 X 月 X 日作出（2012）豫法执字第**号执行裁定书，指定郑州铁路运输中级法院执行该案，该院于 2013 年 X 月 X 日依法立案执行，执行案号为（2013）郑铁中执字第 Q 号。”从前述协议载明的“鉴于”说明可知，B 公司与原债权人就生效调解书项下 B 公司应当承担的连带保证责任达成和解，并非因其他法律责任或义务达成和解。

前述《执行和解协议》虽约定 B 公司不再承担本案涉及担保及债务清偿责任以及约定原债权人不再向 B 公司主张任何权利，但是该约定的前提是 B 公司承担了部分连带保证责任后，原债权人有条件、有前提的部分免除 B 公司的担保责任。原债权人作出免除责任的表示系基于借款担保法律关系项下原债权人所享有的债权权利，并不涉及其他法律关系项下的权利，且原债权人也未放弃在其他法律关

系中应享有的权利。

三、现 A 资产公司追加股东为被执行人，要求其承担未履行出资义务的补充赔偿责任及对其他股东应承担的补充赔偿责任承担连带责任，系依法要求股东承担侵权赔偿责任

根据《公司法》规定，股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。故股东履行完毕出资义务，其出资的财产属于公司财产。若股东未履行出资义务，不仅侵害公司的财产利益，而且侵害公司债权人的合法利益。故公司股东未履行出资义务，违反公司资本维持原则，侵害公司债权人利益，形成了侵权法律关系。

本案 B 公司、C 公司、D 公司为 E 公司设立时的股东，对 E 公司负有法定的出资义务。若 B 公司等股东实际履行了出资义务，则其出资属于 E 公司的财产。A 资产公司申请执行的标的系 E 公司的财产，而非 B 公司等股东的财产。现 A 资产公司追加 B 公司等股东为被执行人，系根据法律规定要求各股东承担的侵权责任，属于侵权法律关系项下产生的法律后果，与《执行和解协议》项下约定的担保责任，法律关系不同，法律性质不同。故 A 资产公司追加 B 公司为被执行人不违反前述执行和解协议的约定。

四、签署执行和解协议时，B 公司未披露其实际出资情况，原债权人不知晓股东出资情况，也从未表示放弃不再追加股东未出资义务的责任

B 公司作为 E 公司的股东，其是否出资、如何出资、有无出资到位，B 公司是参与者、知情者，且对其他股东应履行的出资义务负有法定的督促义务，但 B 公司未向原债权人披露其出资及其他股东的出资情况。根据 E 公司备案的工商档案，该档案中有会计师事务所出具的验资报告，且 E 公司处于存续经营状态。在此情形下，原债权人不知晓也无从知晓 B 公司等股东未履行出资义务。故在签署《执行和解协议》时，也就不存在放弃追究股东未履行出资义务应承担的责任的情形。协议中原债权人作出不再主张“任何权利”的表示，但并未明确权利类型和指向，且根据协议签署的背景和基础系基于 B 公司应承担的连带保证责任，故原债权人即使放弃相应权利，也不应包括放弃对股东未履行出资义务应当追责的权利。股东履行出资义务，属于法定责任。债权人追加未履行出资义务的股东为被执行人，属于法律赋予债权人的权利。本案原债权人从未表示放弃该项权利。

五、B公司等系E公司设立时的股东，且均未履行出资义务，依法应当对其他未履行出资义务的股东应承担的补充赔偿责任承担连带责任

根据调查，案涉E公司成立时的验资报告非河南ZP会计师事务所有限公司出具，该报告附件中注册会计师名字和照片与真实注册会计师证书不一致；D公司出具的检查书显示E公司成立时出资系虚假，以及中信银行郑州分行营业部回复无法查到案涉验资报告附件进账单的相关信息，以上证据足以证实E公司的股东未履行出资义务。

B公司等股东在E公司成立时，即作为股东签署公司章程、参加公司设立时的股东会并作出决议，毫无疑问是E公司设立时的股东。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）》第一条规定“为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人，应当认定为公司的发起人，包括有限责任公司设立时的股东。”故B公司等股东作为E公司设立时的股东，应认定为公司的发起人，除负有出资义务外，还应当履行公司设立时的职责，包含督促其他股东足额出资。

根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十七条规定：“作为被执行人的营利法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。”以及根据《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）》第十三条第三款的规定：“股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的，人民法院应予支持；公司的发起人承担责任后，可以向被告股东追偿。”本案B公司等作为E公司设立时的股东及发起人未履行出资义务，依法应当对其他股东未履行出资义务应承担的补充赔偿责任承担连带责任。

六、本案关于发起人对其他股东未履行出资义务应承担的补充赔偿责任承担连带责任，不适用诉讼时效的规定

首先，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）》第二十条第二款规定：“公司债权人的债权未过诉讼时效期间，其依照本规定第十三条第二款、第十四条第二款的规定请求未履行或者未全面履行出

资义务或者抽逃出资的股东承担赔偿责任，被告股东以出资义务或者返还出资义务超过诉讼时效期间为由进行抗辩的，人民法院不予支持。”该规定已明确公司债权人要求未履行出资义务的股东承担赔偿责任，不适用诉讼时效的抗辩。该规定中的“赔偿责任”并未区分股东应当承担的补充赔偿责任或连带责任，无论是未出资股东应承担的补充赔偿责任或发起人（包括有限责任公司设立时的股东）对其他被告股东承担的补充赔偿责任应承担的连带责任，均属于赔偿责任范围，故不适用诉讼时效的规定。

关于B公司提交的山东省高级人民法院（2020）鲁民终3XXX号民事判决书。最高人民法院（2021）最高法民申2XXX号民事裁定书对该判决裁判观点已修正，最高人民法院明确指出山东省高级人民法院适用法律存在瑕疵。最高人民法院认为，在当时的法律法规和司法解释没有明确规定时，仅可参照适用。此种参照适用，不能明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期。本案中，B公司作为E公司的发起人，在公司法修正及相关司法解释颁布实施后，已经明确股东未履行出资义务应承担的补充赔偿责任及连带责任的情况下，B公司仍未履行其出资义务，应当对其应承担的法律后果有合理预期。故A资产公司依法要求其承担连带责任，未超出其应当承担的范围，未增加其法定义务，不违反法律规定。

七、一审判决不存在程序错误的情形

（一）一审法院对增加的诉讼请求并作出裁判不违反法定程序

执行异议程序系执行案件中的一个环节，其对追加股东为被执行人的审查仅为形式上的审查；而执行异议之诉系独立完整的诉讼审判程序，A资产公司诉状中明确请求追加股东为被执行人且各被告规定在其未出本息范围内承担补充赔偿责任及对其他被告股东应承担的补充赔偿责任承担连带责任，是明确的诉讼请求，未超出法律的审理范围。且一审法院已给予B公司等充分的举证期限、质证、辩论的权利，不存在剥夺其辩论权利的情形。

（二）一审法院对D公司及E公司缺席审理，不违反法定程序

本案系执行异议之诉案，法律并未规定属于被告必须到庭的案件。也不存在被告不到庭就无法查清案情的情况。一审法院已通知本案各方当事人参加诉讼，且通过公告送达方式对D公司和E公司进行了公告送达，保障了其诉讼权利。

综上，一审判决认定事实清楚、正确，适用法律正确，不存在违反法定程序

的情形。应驳回 B 公司上诉，维持原判。

以上代理意见，恳请合议庭考虑采纳。

河南某某实业发展有限公司与华电某某煤电有限公司 合同纠纷一案二审代理词

——河南鼎德律师事务所 刘阳⁶⁵ 樊亚丹⁶⁶

案情简介：

河南某某实业发展有限公司（以下简称实业公司）与华电某某煤电有限公司（以下简称华电公司）于 2006 年签订《烟尘脱硫除尘岛设计及设备合同》，由实业公司为华电某某煤电公司提供烟尘脱硫除装置及相应的技术方案、系统工程设计、技术服务等，合同签订后，实业公司即按照合同约定开始施工，2007 年实业公司将涉案设备移交给华电公司使用，后华电某某煤电公司一直拖延组织竣工验收，并以质量不合格为由拒绝支付剩余设备款。

65 刘阳，河南鼎德律师事务所主任，担任律协多项职务，荣获多项省、市级荣誉，获得最高人民法院多起胜诉判决。

66 樊亚丹，河南鼎德律师事务所律师，执业中曾被评为年度优秀青年律师，获得多起胜诉判决，为委托人挽回损失。

尊敬的审判员：

河南鼎德律师事务所依法接受原告河南某某实业发展有限公司的委托，指派刘阳、樊亚丹律师作为其与华电某某煤电有限公司合同纠纷的代理人。现根据庭审调查情况并结合各方证据，发表如下代理意见，以供合议庭参考采纳：

一、上诉人河南某某实业发展有限公司已经严格履行了合同义务，交付合格设备，已达到工程款支付的条件，华电某某煤电有限公司应当向上诉人河南某某实业发展有限公司履行付款义务，一审法院忽略上诉人提交的重要的定案证据予以裁判，有枉法裁判之嫌

（一）《燃煤发电机组脱硫电价及脱硫设施运行管理办法》第五条、《建设项目环境保护管理条例 1998》第 23 条规定，涉案设备必须经验收合格，方可正式投入生产或者使用，报经省级价格主管部门审核后，自竣工验收合格之日起执行脱硫加价，一审河南某某实业发展有限公司向法院提交山西省生态环境厅 2007 年 1 月 29 日作出的晋环函〔2007〕XX 号文件（第二组证据 1、2）一份，其文件明确载明涉案设备已建成投产使用，同意华电某某煤电有限公司享受脱硫电价的申请，同时，华电某某煤电有限公司一审中提交的忻州市物价局忻价检处字（2010）1 号行政处罚决定书（证据 3-2）中，亦能说明华电某某煤电有限公司 2009 年已享受了全年脱硫电价，由此可知，涉案设备已投产使用，且后续一直在正常运行中，状态良好；依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第九条第三款之规定，应视为涉案设备已经竣工验收并具备结算条件；

（二）《烟尘脱硫除尘岛设计及设备合同书》10.7 约定“合同设备最后一批交货到达现场之日起 30 个月内，如买方原因该合同设备未能进行试运行和性能验收试验，期满后即视为通过竣工验收，”从山西省生态环境厅出具上述文件可知，涉案设备于 2007 年 1 月即已全部交付，后华电某某煤电有限公司怠于组织性能验收试验，根据涉案合同之前述约定，应视为涉案设备 2009 年即已通过竣工验收，合同约定的付款条件成就；

（三）《烟尘脱硫除尘岛设计及设备合同书》10.3 约定“验收试验由买方组织并委托具有相应资质的第三方负责进行，卖方参加”，作为合同的买方，华电某某煤电有限公司负有组织验收试验的义务，在涉案设备交付后，其怠于合同义务，

应承担由此带来的不利后果，而不应将其违约、违法和不作为的过错责任强加于河南某某实业发展有限公司，并且作为不向河南某某实业发展有限公司付款的理由；

（四）华电某某煤电有限公司辩称，其现在使用的脱硫设备是 2011 年经过上级公司批准后重新改建的，河南某某实业发展有限公司 2007 年已将合格的设备交付，2009 年华电某某煤电有限公司因使用涉案设备享受全年脱硫电价，河南某某实业发展有限公司的合同义务已履行完毕，且交付的设备是合格的，之后华电某某煤电有限公司对涉案设备进行拆除或者改建、扩建，都与河南某某实业发展有限公司无关，不影响河南某某实业发展有限公司已完全履行合同义务及交付设备合格的事实认定；

（五）2010 年 09 月 16 日环境保护部、国家发展和改革委员会发布《对 2009 年脱硫设施非正常运行的山西 GY 煤电有限公司等 8 家单位进行处理的公告》及华电某某煤电有限公司一审中提交的忻州市物价局忻价检处字（2010）1 号行政处罚决定书（证据 3-2）中均载明华电某某煤电有限公司被处罚的原因系“脱硫设施长期不正常运行，不按操作规程添加足量脱硫剂”，与其在庭审中辩称河南某某实业发展有限公司交付设备不合格的陈述明显自相矛盾，亦与《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第十四条之规定相违背；

（六）华电某某煤电有限公司以工程未竣工验收合格为由主张设备款不具备支付条件，在未经验收的情况下，华电某某煤电有限公司擅自使用案涉设备，提前获得该设备的使用价值，行使占有、使用权能，又以设备未经竣工验收为由拒付设备款，不符合公平及等价有偿原则；

（七）山西省生态环境厅 2007 年 1 月 29 日作出的晋环函（2007）XX 号文件（第二组证据 1、2）系上诉人代理人持法院调查令前往山西省生态环境厅调取，已在一审中向法院提交并经双方质证，该证据系证明案件事实的关键证据，一审法院在判决时没有将其作为本案的定案依据，也未说明不采信的理由，甚至对该证据只字未提，一审法院程序违法且故意隐瞒证据，有枉法裁判之嫌。

二、一审庭审中，上诉人河南某某实业发展有限公司提交的证据足以证明存在超出合同之外的工程，即便无法确定超出合同部分的金额，部分事实亦已在庭

审中经双方确认，一审法院应就该部分确认的事实予以认定并根据双方认定的金额判令华电某某煤电有限公司支付

（一）一审河南某某实业发展有限公司向法院提交《烟尘脱硫除尘岛设计及设备合同书》、《脱硫除尘改造设备购销合同》，加之华电某某煤电有限公司提交的补充协议，涉案设备的总价格已远超华电某某煤电有限公司认可的 5055 万元，针对超出合同内容之外的施工，华电某某煤电有限公司也应向河南某某实业发展有限公司足额支付工程款；

（二）2023 年 6 月 5 日，华电某某煤电有限公司向河南某某实业发展有限公司邮寄《企业询证函》一份，该询证函虽载明 XX 会计师事务所审计等内容，但根据《财政部、中国人民银行关于做好企业的银行借款及往来款项函证工作的通知》，询证函是由会计师事务所以被审计单位的名义发出，且企业询证函的落款和盖章也是被审计单位，因此，企业询证函的发函主体为被审计单位华电某某煤电有限公司；

（三）即便法院依据一审上诉人提交的合同无法判定总工程款，但从询证函载明内容及形式来看，该询证函系华电某某煤电有限公司委托有资质的 XX 会计师事务所依据华电某某煤电有限公司账簿所记载而作出，该询证函在“往来账目”一项中明确载明了截止日期、欠款金额等事项。该询证函由华电某某煤电有限公司一方发出，且落款日期处加盖了华电某某煤电有限公司的公章，应视为华电某某煤电有限公司对该询证函所载明内容的审核、确认，并清楚该函件出具后可能产生的法律后果，该函件来源合法、条目清晰、内容具体，应予以确认，并依据该询证函向河南某某实业发展有限公司支付剩余工程款；

（四）华电某某煤电有限公司一审庭审中提交 XX 会计师事务所（以下简称会所）出具的《关于 2023 年 6 月 5 日〈企业询证函〉的声明》一份，该证据属于证人证言，依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条之规定，证人应当出庭作证，接受审判人员和当事人的询问，第七十六条“证人却有困难不能出庭作证，申请以书面证言、视听传输技术或者视听资料等方式作证的，应当向人民法院提交申请书。申请书中应当载明不能出庭的具体原因”。会所既未出庭作证，接受审判人员和当事人的询问，亦未向法院提交不能出庭的申请，仅提供了一份书面声明，依据《证据规定》第六十八条第三款之规定，该声明不得作

为认定案件事实的根据；

（五）上述声明中载明“华电某某煤电有限公司 2019 年 12 月 31 日应付 JG 实业设备款 1548480 元系错误暂估，2020 年 12 月 29 日华电某某煤电有限公司对 JG 实业应付设备款进行账务核销，经检查企业提供的财务核销数据未发现欠 JG 实业设备款”，然华电某某煤电有限公司一审庭审中已自认仍拖欠 1539600 元设备款未付，面对彼此矛盾的证据和说辞，一审法院不仅未进行进一步查实，更是将其作为定案证据，此举严重影响了司法裁决的准确性、公正性，更是加重了上诉人的负担；

（六）即便法院对于上述询证函不予认定，被上诉人华电某某煤电有限公司在庭审中亦自认，华电某某煤电有限公司与河南某某实业发展有限公司于 2006 年 2 月 20 日签订《烟尘脱硫除尘岛设计及设备合同书》，合同总价格为 4998 万元，2006 年 4 月又签订《烟尘脱硫除尘岛设计及设备合同补充协议》，合同金额为 57 万元，两份合同金额总计为 5055 万元，截止 2010 年 6 月 25 日，华电某某煤电有限公司共计向河南某某实业发展有限公司支付 49010400 元，仍拖欠 1539600 元设备款未付，该两份合同已经上诉人、被上诉人双方认可，欠付款项的事实也已经双方确认，就该部分事实，法院应予以认定，直接一刀切的全部驳回无疑会加重上诉人的负担，造成上诉人的诉累，严重损害上诉人合法权益。

综上，上诉人河南某某实业发展有限公司已将合格的设备交付华电某某煤电有限公司使用，华电某某煤电有限公司亦因此享受了脱硫电价，已达到设备款支付的条件，应向河南某某实业发展有限公司支付剩余设备款。望贵院在查明案件事实的基础上，依法改判，维护上诉人的合法权益。

党某某诉某某建设集团有限公司、湖北某某装饰设计工程有限公司劳动合同纠纷一案代理词

——北京京都（郑州）律师事务所 潘行⁶⁷

案情简介：

2022 年，党某某应聘某建设集团施工员，面试通过后被某某建设集团的人事邀请加入某某装饰公司的钉钉系统中，钉钉显示：部门为兴港和昌凌云筑项目，陈某是管理员、经理。

入职后，党某某在兴港和昌凌云筑项目工作，接受项目经理陈某的工作安排和领导，在某某装饰公司的钉钉中参加考勤、与陈某沟通工作。党某某转正申请述职是向某某建设集团人力资源部汇报决策。某某建设集团根据党某某在某某装饰公司的考勤记录向党某某发放工资，某某建设集团与党某某签订书面劳动合同、缴纳社保。

2024 年，陈某口头通知党某某春节假期后不用来上班。

代理人接受委托后，发现某某建设集团存在大量被列为失信被执行人的案件，仅根据劳动合同确定和某某建设集团的劳动关系，向某某建设集团主张权利，即使胜诉，也面临判决无法履行、劳动者权益无法得到保障的风险，遂制定“主张党某某和某某建设集团、某某装饰公司均存在劳动关系，两公司应共同向党某某支付赔偿金等费用”的方案。经网络检索发现“某某建设集团和陈某曾是某某装饰公司的股东”、“某某建设集团是兴港和昌凌云筑项目的中标方”。

某某建设集团和某公司答辩：党某某和某某建设集团存在劳动关系，和某某装饰公司不存在劳动关系，某某装饰公司不应当承担责任。

最终法院支持代理人主张判令：某某建设集团、某某装饰公司均与党某某存在劳动关系，共同向党某某支付赔偿金等费用。

⁶⁷ 北京京都（郑州）律师事务所高级合伙人，中南财经政法大学民商法研究生，执业六年，执业领域：刑事辩护、劳动争议。

尊敬的法官：

原告党某某诉被告某某建设集团有限公司（下称“某某建设集团”）、被告湖北某某装饰设计工程有限公司（下称“某某装饰公司”）劳动合同纠纷一案，案号：（2024）豫 0104 民初 xxxx 号，北京京都（郑州）律师事务所依法接受委托，指派潘行律师担任党某某的诉讼代理人，现提交书面代理词如下：

一、某某建设集团和某某装饰公司是关联公司，存在对党某某共同用工的事实，均与党某某形成劳动关系

从工商登记信息看，某某建设集团与某某装饰公司是法律上的关联公司。某某建设集团曾是持有某某装饰公司 20% 股权的原股东，某某建设集团与某某装饰公司的注册地址相同，经营范围高度一致，某某建设集团的股东、董事长胡某 A 与某某装饰公司的股东、执行董事、法定代表人胡某 B 之间是父子关系。

从招聘入职过程看，某某建设集团和某某装饰公司是一体的。某某建设集团在招聘网站上发布招聘信息，面试党某某的焦某自称是某某建设集团的人事，同时也在某某装饰公司的钉钉系统中也是人事专员身份。党某某通过第一轮面试后，焦威直接将郑州 XINGZHU 项目的经理、某某装饰公司的股东陈某的微信推给党某某，由陈某对党某某进行第二轮复试，二轮面试通过后，焦威直接邀请党某某加入某某装饰公司的钉钉系统。某某建设集团和党某某签订书面劳动合同、缴纳社保、发放工资。

从实际工作情况看，某某装饰公司是某某建设集团下属的装饰公司，党某某同时接受某某建设集团、某某装饰公司的领导和工作安排。党某某入职后一直在郑州 XINGZHU 项目工作，某某建设集团是“郑州 XINGZHU 项目户内及公区精装修工程”的中标方，中标后的工程实际是由某某装饰公司具体负责完成。党某某在工作期间，领取了某某装饰公司发放的员工福利费，参加了某某装饰公司组织的员工体检，接受某某装饰公司经理陈某的工作领导和管理，按照某某装饰公司的规章制度，在某某装饰公司的钉钉系统中进行打卡考勤，某某装饰公司与党某某存在着管理与被管理的隶属关系。某某建设集团为党某某发放工资、缴纳社保，但是工资发放的金额是根据党某某在某某装饰公司的考勤记录确定的。同时，党某某的转正申请是向某某建设集团人力资源部汇报，人事焦某在和党某某沟通转正汇报的 PPT 时，同时使用了某某建设集团和某某装饰公司的 logo 标志。党某某

的工牌记载是“某某建设集团有限公司装饰公司”，疫情期间的工作证明加盖的盖章是“某某建设集团有限公司装饰公司”。

因此，某某建设集团和某某装饰公司作为关联公司，存在对党某某共同用工的事实，形成与党某某的劳动关系，某某装饰公司辩称与党某某不存在劳动关系的主张不成立。

二、陈某否认其是某某装饰公司员工的意见不成立

党某某入职后的领导一直是郑州 XINGZHU 项目的经理陈某，从未发生变化，而陈某既是某某装饰公司的原股东，又是某某装饰公司的钉钉系统中的经理、管理员的角色。虽然陈某否认是某某装饰公司的员工，但是无法合理的解释为何一直在某某装饰公司的钉钉系统中。虽然陈某提交了和某某建设集团签订的书面劳动合同，用于证明：其是某某建设集团的员工，系从某某建设集团离职后才前往某某装饰公司工作的，但是陈某提交的某某建设集团的劳动合同和某某装饰公司的劳动合同，版本完全相同，且在某某建设集团离职的时间和在某某装饰公司入职的时间是无缝衔接，明显不符合常理，也与陈某一直领导党某某的工作关系这一客观事实不相符，也无法解释为何变更公司主体却仍然在同一个项目上工作。

因此，陈某否认其是某某装饰公司的人员，不成立。相反，通过陈某的身份，也能够进一步印证：某某建设集团和某某装饰公司是关联公司，存在人员混同和业务混同，两公司对党某某存在共同用工的法律事实。

三、某某建设集团、某某装饰公司应当共同承担向党某某支付工资、未休年假工资、赔偿金等款项的连带责任

如前所述，某某建设集团、某某装饰公司是关联公司，两公司存在对党某某共同用工的客观事实，均与党某某形成劳动关系，应当共同承担向党某某支付工资、违法解除劳动合同的赔偿金、未休年假工资、加班费等费用的责任。参考案例：重庆市高级人民法院发布的第八批劳动争议十大典型案例之三：丁某与某甲网络科技有限公司、某乙网络科技有限公司劳动争议案，案号：（2020）渝 03 民终 1526 号，详见附件一。南京市中级人民法院发布 2019 年度劳动人事争议十大典型案例：何某诉贵州某信息公司、江苏某信息公司劳动争议案。详见附件二。

本案中，某某建设集团、某某装饰公司利用关联公司的关系，人为的将发布招聘信息的公司主体与实际用工的公司主体相分离，将实际用工的公司主体与缴

纳社保、支付工资的公司主体相分离，工作过程交叉重叠，故意规避劳动关系，使得劳动者党某某对用工主体无法区分辨别，严重违反了劳动法的规定，增加了党某某作为劳动者的维权难度，侵犯了党某某作为劳动者的合法权益。为防止关联公司中的某一家公司没有足够的财产时无法履行判决，造成劳动者的权利得不到有效的救济，两家公司应当共同承担连带责任，这也是对违法用工行为的惩罚。事实上，某某建设集团存在大量的执行未结案件，已被多家法院列为失信被执行人，没有任何能力支付党某某的工资、赔偿金等费用。援引：河南省高级人民法院在 2023 年 9 月 6 日豫法阳光公众号发布的“全了！一文搞懂劳动争议案件审理中疑难问题”中第 13 条的意见，详见附件三。

从公司法的角度看，两公司是关联公司的关系，存在业务混同、人员混同、财务混同，某某建设集团将中标的郑州 XINGZHU 项目交由下属的某某装饰公司负责施工，形成了某某建设集团对外招聘员工、某某装饰公司对内实际用工、某某装饰公司进行员工考勤、某某建设集团支付工资和缴纳社保的高度混同关系，符合《九民会议纪要》第 10 条规定的人格混同情形，应共同承担向党某某支付工资等费用的连带责任。

四、原告党某某主张的工资、赔偿金等诉讼请求，具有事实和法律依据，应当予以支持

（一）党某某主张的赔偿金应当得到支持

党某某在没有违反公司劳动纪律或规章制度的情况下，直接被通知辞退，该事实在原告提交的证据 11、12、20 能够证明，属于被违法解除劳动关系，应当按照双倍经济补偿金的标准支付赔偿金。某某建设集团辩称“是经济性裁员”的说法，没有事实依据，不当采信，事实上在郑州 XINGZHU 项目中被辞退的仅有党某某一人。并且，如果是经济性裁员应当是报工会、劳动行政主管部门审批等法律程序，但是本案中某某建设集团和某某装饰公司均没有履行经济性裁员的程序。某某建设集团称“公司没有工会”的说法是虚假陈述，与客观事实不符，通过企查查等平台均可以查询到某某建设集团的工会组织。

党某某自 2022 年 8 月 9 日入职，至 2024 年 2 月底离职，共计工作一年七个月，应当按照工作二年的标准计算赔偿金，计算赔偿金时应当按照党某某每月的应发工资标准、而非实发工资进行计算，共计为 $8224 \text{ 元} \times 2 \text{ 年} \times 2 \text{ 倍} =$

32896 元。

（二）对党某某主张的 2 月份工资、加班费、未休年假工资，鉴于代理人已在庭审中提交了详细的计算表并进行详细说明，此处不再赘述，以书面计算表为准。

综上，原告党某某的诉讼请求具有事实和法律依据，恳请贵院依法予以全部支持，维护劳动者党某某的合法权益，维护郑州市良好的用工秩序。

谢某东与商城县 A 医院民间借贷纠纷案件再审代理词

——河南荟智源策律师事务所 曾淑娟⁶⁸

案情简介：

商城县 A 医院（后更名为“商城 A 医院”，以下简称“A 医院”）登记的企业性质为个人独资企业，但实为由多人共同投资、合伙经营。2018 年 10 月 20 日，A 医院进行了股权重组，原股权清零。2018 年 10 月 21 日，谢某东与吴某钦、程某签订补充协议，组成新的股东团队，约定了各自的投资金额及比例，并承诺对 A 医院的债权债务承继。该协议签订后，谢某东被登记为新的负责人，但新的股东团队均没有按照补充协议进行再投资。2020 年 1 月 10 日，谢某东将商城县 A 医院转让给陈某，企业性质依然为个人独资企业，2021 年 3 月 11 日 A 医院注销。

2023 年 4 月 5 日，吴某钦向郑州市 G 区人民法院起诉，要求谢某东、陈某共同偿还其向 A 医院出借的款项 30 万元及利息、律师费 2 万元。郑州市 G 区人民法院作出（2023）豫 01**民初**号民事判决书，判决谢某东、陈炜于判决生效之日起十日内偿还吴某钦 30 万元及利息、律师费 2 万元。一审判决后，谢某东不服提出上诉，郑州市中级人民法院作出（2023）豫**民终**号民事判决书，驳回上诉，维持原判。谢某东不服申请再审，郑州市中级人民法院作出（2024）豫**民监**号裁定书，由郑州市中级人民法院再审，中止原判执行。

案件进入再审后，谢某东委托我作为其再审的代理人。为了查明涉案款项是投资款还是借款，我向法院申请了律师调查令调取了程某 3898 和 9271 两个银行卡的流水，通过分析两个银行的流水发现了吴某钦主张其与 A 医院存在借款关系的证据不足。

⁶⁸ 曾淑娟，律师、税务师，自 2007 年开始执业至今，现为河南荟智源策律师事务所合伙人。执业领域：疑难民商事案件代理，公司股权、公司治理的诉讼与非诉业务，涉税争的解决。

审判长、审判员：

本律师作为本案申请人谢某东的诉讼代理人，在坚持庭审意见的基础上，另发表代理意见如下：

一、现有证据并不能证明商城县 A 医院（以下简称“A 医院”）与吴某钦之间存在借款关系

借款法律关系的成立需要借款合意的达成和借款实际交付两个构成要件。本案中，这两个构成要件均不具备：

对于涉案两份“借款”协议存在的矛盾之处，我方已在申请书中予以了详细阐述，在此不再重复。该两份协议不能证明 A 医院与吴某钦之间达成了借款合意。

吴某钦转给程某的 15 万元，是其应付的投资款，并不是委托程某向 A 医院交付的借款。

（一）吴某钦在一审的证据目录中自认其对 A 医院有两次入股，分别是：2017 年 8 月 24 日吴某钦直接向宋某钊购买股份 30 万元；2018 年 1 月 21 日吴某钦通过程某购买宋某钊股份 23 万。

对于第一次购买股份 30 万元，吴某钦提供了其直接支付宋某钊 30 万元的银行凭证，在本案中无争议。对于吴某钦第二次购买宋某钊股份 23 万元的款项问题，则是本案的争议焦点。

（二）吴某钦称其于 2018 年 1 月 22 日转给程某的 10 万元及 2018 年 2 月 1 日转给程某的 5 万元，是其委托程某向 A 医院交付的借款，不能成立。通过分析我方申请调取的程某尾号 9271 和尾号 3898 两个银行账户的流水可知，上述款项实际上是吴某钦通过程某向宋某钊支付的投资款。具体分析如下：

2018 年 1 月 22 日，吴某钦转入程某 3898 号银行卡 50000 元；

2018 年 1 月 22 日，吴某钦转入程某 3898 号银行卡 50000 元；

2018 年 1 月 23 日，D 证券转入程某 3898 号银行卡 70904 元；

2018 年 1 月 23 日，秦某转入程某 3898 号银行卡 4000 元；

2018 年 1 月 23 日，秦某转入程某 3898 号银行卡 6000 元；

2018 年 1 月 23 日，秦某转入程某 3898 号银行卡 50000 元；

2018 年 1 月 23 日，秦某转入程某 3898 号银行卡 40000 元；

2018 年 1 月 23 日，程某发转入程某 3898 号银行卡 25000 元；

2018年1月23日，程某发转入程某3898号银行卡24328.6元。此时，程某3898号银行卡余额为324201.53元。

2018年1月23日，程某3898号银行卡转入程某9271号银行卡30万元。

2018年1月23日，程某9271号银行卡转给宋某钊30万元。

2018年1月30日，秦某转入程某3898号银行卡45000元；

2018年2月1日，吴某钦转入程某3898号银行卡50000元；

2018年2月2日，程某3898号银行卡转入程某9271号银行卡99000元；

2018年2月2日，程某9271号银行卡转入宋某钊50000元；

2018年2月2日，程某9271号银行卡转入宋某钊50000元。

程某在本案中出具的2023年3月7日证明显示：“2018年1月15日，由本人程某、秦某、吴某钦、景某有、宋英民以99万元购买商城县A医院宋某钊156万元的股份，其中宋英民出资20万元，钱直接打给宋某钊；其余程某、秦某、吴某钦、景某有共出资79万元，由本人统一直接把钱打给宋某钊，共分4笔转给宋某钊，分别是30万元、39万元、5万元、5万元。”

综上可知，程某首先是用其3898号银行卡收集包括吴某钦、秦某等人的投资款，然后转入其9271号银行卡，再用其9271号银行卡支付给宋某钊（也包括程某自己应付的投资款）。吴某钦转给程某的15万元是投资款，而非“借款”。

二、本案诉争的款项来源于套取的银行贷款，如果最终认定“借款”成立，依据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十三条第一款之规定，也应无效，利息及律师费不应保护

（一）吴某钦2018年1月22日转入程某3898号账户的50000元，摘要为“循环贷款透支取款”；

（二）吴某钦2018年1月22日转入程某3898号账户的50000元，摘要为“循环贷款透支取款”；

（三）吴某钦2018年2月1日转入程某3898号账户的50000元，摘要为“循环贷款透支取款”；

（四）吴某钦2018年2月12日转入A医院的100000万元，摘要为“循环贷款透支取款”。

最高人民法院民事审判第二庭编著的《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉

理解与适用》第 335 页关于高利转贷规定如下：民间借贷中，出借人的资金必须是自有资金。出借人套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人的民间借贷行为，既增加了融资成本，又扰乱了信贷秩序，根据民间借贷司法解释第 14 条第 1 项的规定，应当认定此类民间借贷行为无效。人民法院在适用该条规定时，应当注意把握以下几点：一是要审查出借人的资金来源。借款人能够举证证明在签订借款合同时出借人尚欠银行贷款未还的，一般可以推定为出借人套取信贷资金，但出借人能够举反证予以推翻的除外。二是从宽认定“高利”转贷行为的标准，只要出借人通过转贷行为牟利的，就可以认定为是“高利”转贷行为。三是对该条规定的“借款人事先知道或者应当知道的”要件，不宜把握过苛。实践中，只要出借人在签订借款合同时存在尚欠银行贷款未还事实的，一般可以认为满足了该条规定的“借款人事先知道或者应当知道”这一要件。

综上可知，涉案款项如被认定为“借款”，也因违反了高利转贷的禁止性规定而无效，利息和律师费不应保护。

三、A 医院虽登记为个人独资企业，但实质上一直是多人合伙经营，各合伙人均应共同对 A 医院的合法债务承担连带清偿责任

（一）庭审已经查明，A 医院从设立到注销，虽历经多次负责人登记变更，但一直是由包括吴某钦、程某在内的多名合伙人共同经营的合伙企业。

（二）2018 年 10 月 20 日，程某、吴某钦劝说谢某东以房屋场地使用权入股 A 医院，谢某东被登记为形式上的负责人。2018 年 10 月 21 日，程某、吴某钦、谢某东签订补充协议，约定新的法人及股东团队承诺对原有债权债务承继。“新的法人”、“新的股东团队”表明，2018 年 10 月 20 日后 A 医院依然是合伙经营。

（三）本案中吴某钦、程某本身就是 A 医院的合伙人，两份“借款”协议均发生于其二人掌控 A 医院期间。两份协议上不仅印章错位而且也无 A 医院经办人签字且款项交付早于协议签订，显然是根据已有银行流水炮制的！

（四）对于 A 医院的合法债务，吴某钦、程某作为合伙人，也应承担清偿责任。现吴某钦作为 A 医院的“债权人”提起诉讼，为了防止道德风险及法律风险，对于其与 A 医院之间是否存在借款关系应提出更高的证明要求。

综上，现有证据不足以认定 A 医院与吴某钦之间存在 30 万元的借款关系，一审、二审判决明显错误，应依法予以撤销并改判为驳回吴某钦的诉讼请求！

河南 B 建设工程有限公司与河南 C 房地产开发有限公司、河南 D 置业有限公司等房地产开发经营合同纠纷案答辩状

——河南法本律师事务所 付洋⁶⁹

案情简介：

2014 年 3 月 26 日，河南 C 房地产开发有限公司（以下简称“C 公司”）与某社区签订《城中村改造项目合作合同》。合作期间，C 公司向南阳高新技术产业开发区财政金融局缴纳项目款 6600 万元。2015 年至 2019 年期间，C 公司与河南 B 建设工程有限公司（以下简称“B 公司”）、路洪昌等多有债权债务等经济往来。2019 年，D 公司通过与 C 公司、中某公司、路某昌等债权债务相互冲抵的方式取得某社区城中村改造项目开发权。C 公司与某社区解除城中村改造合同，D 公司与某社区签订项目合作合同。

2022 年，D 公司与 B 公司签订的《协议》约定，D 公司如未按期偿还款项，则 D 公司享有的某片区开发权及已缴纳的保证金归 B 公司所有。因 D 公司涉及刑事查封及严重违约案涉项目早已停工。2023 年，B 公司以 D 公司为被告向卧龙区人民法院提起诉讼，要求 D 公司缴纳的保证金 6600 万及某片区开发权归其所有，案件经过一审、二审 B 公司均胜诉，B 公司后申请强制执行。执行阶段，卧龙区法院向南阳高新技术产业开发区财政金融局出具协助执行通知书，要求“将被执行人 D 公司存放于南阳市高新技术产业开发区财政金融局 6600 万元保证金变更至申请人河南 B 建设工程有限公司名下”。

第三人南阳 A 置业有限公司（以下简称“科创公司”）系南阳市高新区政府平台公司，2023 年科创公司已经通过公开招拍挂的形式由科创公司竞拍取得土地使用权。

⁶⁹ 付洋，河南法本律师事务所合伙人、三级律师，13837120509。2010 年至今专注办理不良资产清收及商事案件，实战经验丰富。

答辩人（第三人）：南阳 A 置业有限公司，地址：河南省 NY 市中关村科技产业园 E 谷 9 楼，统一社会信用代码：91411300MA9LREPM7H。

法定代表人：焦某琪，执行董事。

贵院受理的河南 B 建设工程有限公司与河南 C 房地产开发有限公司、河南 D 置业有限公司等房地产开发经营合同纠纷一案，答辩人认为：南阳某区某街道办事处某社区居民委员会（下简称“某居委会”）与河南 D 置业有限公司（下简称“D 公司”）签订的《某片区综合改造项目合作合同》涉及重大公共利益，依据合同效力及法律规定为不能转让的合同。因 D 公司涉及刑事查封及严重违约导致某片区开发严重滞后，造成大量群众上访等严重后果。某居委会报请某区管委会及市政府同意后已依法、依规解除与 D 公司签订的《某片区综合改造项目合作合同》，D 公司并不享有某片区开发项目的开发权。案涉某社区土地依法招拍挂时，D 公司并未报名参与竞拍，现某社区土地已被答辩人公开竞拍取得并办妥土地使用权证，答辩人正在依法开发建设案涉某社区土地。河南 B 建设工程有限公司（下简称“B 公司”）与 D 公司签订的《协议》主要内容为某片区的开发权转让，涉及某社区的综合改造建设，直接影响到某社区居民的权益，《协议》的签订从未通知过某社区居民委员会，从未征求过某社区居民委员会的意见，更未取得某社区居民委员会及管委会、市政府的同意，并且 B 建设公司不具备政府征迁项目招投标资质。《协议》从法律上及事实上均不能履行，该自始协议无效。具体理由如下：

一、案涉《某片区综合改造项目合作合同》约定的某城中村集体土地变性收储后，已经通过公开招拍挂的形式由答辩人竞拍取得土地使用权，并在案涉土地上依法开发。D 公司并不享有案涉“某片区开发权”，其与 B 公司 2022 年 1 月 17 日签订的《协议》约定将“某片区开发权”转让的行为无效

（一）D 公司所谓 6600 万元保证金早已被刑事查封，在 D 公司涉及刑事查封的情况下不能进行变更。

依据河南 C 房地产开发有限公司与南阳某区某街道办事处某社区居民委员会签订的《某社区城中村项目合作合同》，2011 年 11 月至 2014 年 9 月，河南宏江房地产开发有限公司及河南 C 房地产开发有限公司分五次将 6600 万元项目款缴纳至南阳某技术产业开发区财政金融局处。项目款的主要目的是推动某项目开发建

设，支付村民过渡费及项目开发建设费用。现南阳某技术产业开发区财政金融局已查明，2018年7月27日至2022年9月30日，已依据某城中村拆迁指挥部申请拨付拆迁款、过渡费、安置费等共计112759573.44元，6600万元的款项早已拨付完毕，并无任何剩余资金。

2022年，D公司因涉及“新财富集团”刑事案件，导致某城中村改造指挥部账户被某城公安局、某县公安局、某市公安局等查封冻结，D公司已无能力承担某片区改造项目建设，也无法履行其与南阳某区某街道办事处某社区居民委员会签订的《某片区综合改造项目合作合同》。D公司所谓6600万元保证金早已被刑事查封，存在刑事案件查封的情况下不能进行变更。

（二）某社区居委会早已按照市政府文件要求解除与D公司签订的《某片区综合改造项目合作合同》，D公司并不享有案涉某城中村项目的开发权。

2022年5月29日，南阳某区管委会做出X开管文（2022）XX号《南阳某区管委会关于某城中村改造项目的紧急请示》，文件显示：“D公司因涉及“新财富集团”非法集资刑事案件，导致某城中村改造指挥部账户被某城公安局、某县公安局、某市公安局等查封冻结，D公司已无能力承担某片区改造项目建设，也无法履行其与南阳某区某街道办事处某社区居民委员会签订的《某片区综合改造项目合作合同》。为妥善解决项目问题，确保按时完成省委省政府、市委市政府交办的拆迁逾期未安置台账任务，经管委会研究，决定按照《NY市人民政府关于中心城区城中村改造遗留项目处置意见》（宛政〔2019〕20号），就某社区城中村改造项目与D置业有限公司解除合作协议，由某投资集团应急接手某城中村改造项目安置房建设。……妥否，请批示。”提请NY市政府批准。2022年6月9日，市政府依法批准同意了南阳某区管委会的请示。

答辩人系南阳某技术产业开发区管理委员会及南阳某投资集团控股的国有全资公司。为落实市政府、管委会相关批示，解决某城中村改造遗留问题，2023年8月17日，答辩人通过全国公共资源交易平台竞拍取得案涉《某片区综合改造项目合作合同》约定的某片区的国有土地使用权，并与NY市自然资源规划局签订《国有建设用地使用权转让合同》。现答辩人开发的综合体项目规划方案、设计方案、施工方案等已通过NY市自然资源规划局、NY市城市更新中心等相关部门的审批。目前，项目正在按照计划施工。

2022年1月17日，D公司与B公司签订的《协议》约定：“D公司将某片区开发权及相关权利义务以3.58亿的价格转让给B公司所有”。D公司无能力承担某片区改造项目建设，也无法履行，某片区城中村土地收储后通过招拍挂程序招标时，并未参加，更未取得某片区的开发权。

二、《某片区综合改造项目合作合同》涉及重大公共利益，不是可以转让的协议，D公司转让合同权利的行为未经过某居委同意，更未经过某区管委会、市政府的批准同意，不具备法律效力。D公司不能据此取得所谓“某片区开发权”

（一）D公司与B公司私自转让开发权的行为违反法律规定。《民法典》第五百五十五条规定：“当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。第五百四十五条：“债权人可以将债权的全部或部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：（一）根据债权的性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。”本案中，B公司与D公司签订的《协议》主要内容为某片区的开发权转让，涉及某社区的综合改造建设，直接影响到某社区居民的权益，《协议》的签订从未通知过某社区居民委员会，从未征求过某社区居民委员会的意见，更未取得某社区居民委员会及管委会、市政府的同意，并且B建设公司不具备政府征迁项目招投标资质。D公司将所谓“某片区开发权”转让的行为并未经过某居委的同意，不产生法律效力。

B公司与D置业公司签订《协议》的主要内容为：“如期限内D公司未偿还“债务”则某社区“开发权”归B公司所有”，该协议的性质为D公司对所欠B公司“债务”提供的保证措施，并非一般意义上的合同权利义务转让。

（二）D公司与B公司私自转让开发权的行为违反行政管理规定，严重侵犯公共利益。B公司未经政府审核且无政府征迁项目招投标资质及房地产项目开发资质，无权进行城中村改造开发。

城中村改造项目是改善群众居住条件，完善城市功能，提升城市品位的民心工程，案涉《某片区综合改造项目合作合同》涉及四个自然村数十万人民群众的基本生存权，涉及重大公共利益。某社区城中村改造项目已被列入省纪委监委台账督办，要求2024年6月至少安置347户，交房压力异常严峻，D公司在被采取刑事措施的情况下不可能完成此任务。如不能按期完成省纪委监委督办任务将严重侵害广大社区居民的合法权益，形成新的群体性事件。

早在 2014 年 NY 市政府就出台了《关于进一步规范中心城区城中村改造工作的若干意见》【X 政（2014）39 号】，确立城中村改造政府主导、市场运作的原则，明确区政府（管委会）作为城中村改造工作的主体。同时在完善准入和退出程序中，严格规定了参与城中村改造房地产企业的准入条件。由此看出，城中村改造并非一般的建设项目、单纯的市场化运作，政府有权对参改企业的信誉度、开发资质、综合实力等多方综合考量后做出选择，以保证城改项目顺利推进。开发、改造该社区的企业需要经过政府严格审核、考察批准与政府相关部门签订相关协议后才能依据合同约定进行。案涉所谓“某片区开发权”不是可以私自转让交付的一般性权利，B 公司未经政府考察论证不具备参与城改项目的准入条件。现 D 公司及 B 公司却将所谓某片区开发权私相授受，意图蒙蔽法院通过合法手段掩盖非法目的。

三、案涉《某片区综合改造项目合作合同》已按照市政府批示依法解除，D 公司无某社区开发权，其转让行为亦无效

2022 年 6 月 27 日，某居委会已按照南阳某区管委会做出 X 开管文（2022）XX 号文件精神，依法通过公证的形式已解除了与 D 公司签订的项目合作合同，D 公司并不享有某片区项目开发权。事实上，D 公司也通过实际行动表示不再参与某城中村开发，未报名参与某城中村土地的公开拍卖程序，不论从法律上还是事实上，某居委会与 D 公司签订的项目合作合同均已无法履行。D 公司将不属于自己的权利转让给 B 公司属于无源之水、无根之木，其转让合同权利的行为更是自始无效。

以上内容为答辩意见，恳请法庭审核。

原告杨某、段某与被告郑州某装饰公司、濮阳某银行 建设工程施工合同纠纷案件一审代理词

——金博大律师事务所 谢新朋⁷⁰

案情简介：

2022年6月7日，濮阳某银行（发包人）与郑州某装饰公司（有资质的承包人）签订《某改造项目施工合同》，将案涉某支行装修改造项目发包给郑州某装饰公司，合同约定案涉争议的工程款以结算审计为准，并约定争议提交濮阳仲裁委员会仲裁。2022年6月11日，郑州某装饰公司与段某签署《某改造项目承包协议》，将案涉项目交由段某（原系郑州某装饰公司员工）承包，协议约定承包方式为大包，郑州某装饰公司收取18%管理费，协议对管辖没有明确约定。段某与杨某合伙承包该改造项目，段某负责工程施工，杨某负责出资，双方五五分成，郑州某装饰公司（承包人）对此明知。2022年9月，该项目通过竣工验收，且投入使用。后郑州某装饰公司因经营不善，拖欠段某、杨某工程尾款。濮阳某银行不承认段某、杨某实际施工人身份，拒绝向段某、杨某支付工程款。

2024年5月，段某、杨某委托谢新朋律师，通过诉讼主张工程款。本案先后解决装饰装修合同纠纷案件适用专属管辖问题、濮阳某银行提出的仲裁主管权异议问题、如何应对濮阳某银行向郑州某装饰公司提前支付工程款问题、本案为非法转包还是内部承包问题、郑州某装饰公司是否有权收取管理费问题、濮阳某银行应否在欠付工程款本金范围内承担责任问题，以及如何促使濮阳某银行自觉履行一审判决等问题，最终取得胜诉结果，各方均息讼服判，一审判决生效，濮阳某银行最后主动向段某、杨某履行了一审判决。段某、杨某向谢新朋律师赠送锦旗，对谢律师高度认可。

⁷⁰ 谢新朋，金博大律师事务所业务指导律师，中南财经政法大学民商法学硕士，郑州市律师协会建筑工程专业委员会委员。

尊敬的审判长、审判员：

金博大律师事务所接受杨某、段某的委托，指派谢新朋律师担任杨某、段某与被告郑州某装饰公司、濮阳某银行之间建设工程施工合同纠纷案件【(2024)豫XXXX民初XXXX号】的代理律师。代理律师按时参加案件审理，全面熟悉案件相关事实，检索涉案法律法规及指导案例、类似司法案例，现发表如下代理意见。

一、郑州某装饰公司以内部承包经营之名行非法转包之实，案涉《项目承包协议》是无效的，郑州某装饰公司将案涉项目整体转给段某的行为，属于非法的转包，而非内部承包经营

(一) 本案不符合内部承包经营的特征，段某承包案涉项目不属于内部承包经营

现有法律法规及司法解释对工程施工领域的内部承包经营，并无明确界定。最高人民法院2022年6月22日在《对十三届全国人大五次会议第3784号建议的答复》中明确表示：依照《中华人民共和国立法法》的规定，司法解释不宜直接就规范和保障建筑企业“内部项目经济责任制承包经营”问题作出规定。同时，最高人民法院亦明确指出：防止一些建筑企业以“内部承包”之名行转包、出借资质（挂靠）之实，“内部承包”人与普通员工的认定标准是否应当有所区别以及如何区别，需要总结实践经验并与行业主管部门协调。

结合目前相关省级高院的指导意见、司法实践、案例等资料，内部承包经营的一般概念为：施工企业与下属分支机构、职能部门或职工之间，因特定工程项目及经营管理模式签署承包经营合同，约定双方权利义务的法律关系，即施工企业与下属分支机构、职能部门或公司职工签订内部承包合同，约定将全部或部分工程交由其施工，分支机构、职能部门或职工在施工企业的监管下，同时利用企业提供的资金、技术、人力等核心支持进行工程施工。

结合本案而言，郑州某装饰公司与段某签署案涉《项目承包协议》，不属于内部承包经营，主要事实与理由如下：

1. 郑州某装饰公司并未举证证明段某接受其任免、调动和聘用，也未举证对段某有任何管理，而且对于案涉项目，郑州某装饰公司对外宣称的项目经理并非段某，而是黄党委，本案不符合内部承包经营的主体特征。

2. 郑州某装饰公司没有举证证明对案涉项目施工所需的人、财、物及资金提

供了任何协调支持，甚至也没有举证对案涉工程有任何监督管理。相反，根据原告的举证，在项目开工时，系由杨某提供资金，购买原材料、发放民工工资，且项目施工中的周计划、现场管理等均由二原告负责。

3. 本案实际施工人不仅只有段某，还有杨某。杨某与郑州某装饰公司没有劳动关系，郑州某装饰公司亦未举证证明杨某接受其任免、调动和聘用，也未举证为杨某缴纳社保、按时发放工资，未举证对杨某有任何管理。然而，根据原告举证，郑州某装饰公司明确知道杨某全程参与案涉项目，且明确知道杨某与段某的分工。而事实上，杨某承接郑州某装饰公司的项目，不仅只有案涉一个项目，还有其他项目，郑州某装饰公司均是知情的、同意的。

4. 案涉《项目承包协议》的具体约定，不符合内部承包经营的特征：

（1）承包方式方面：由段某负责工程项目全部内容，包括材料、拆除、机械、安全、施工手续办理、消防手续办理、安防，甚至包括制图费、决算审计费，以及保险、保修维修费用等等。而正常的内部考核中，管理方仍然是公司，公司对工程项目和内部承包人都有着实际的管理行为和领导关系，会在财务管理、技术指导、质量监督等方面进行管理。若是内部承包关系，公司作为内部发包人，对外承担责任是必然的，而不会是本案中约定的由段某“负责本工程的安全生产，承担本工程工人及工程质量的安全责任”。

（2）结算方式方面：本案中，郑州某装饰公司与段某提前约定高额且固定的18%“管理费”，郑州某装饰公司对工程项目不承担任何亏损责任，而是由二原告自负盈亏，郑州某装饰公司在人、财、物、技术等方面不提供任何协调、支持，这符合转包行为实质构成要件。而内部承包是在施工企业考核内部承包人的项目成果之后，向内部承包人分配一定的绩效奖励，本质是企业的内部绩效管理考核，并非在项目实际施工之前就以固定比例来确定利润分配方式。

（3）在工程管理方面：虽然《项目承包协议》约定郑州某装饰公司负责工程管理及工程资料整理，有权检查、监督段某的施工工期、工程质量、工程材料、安全生产等，但这些均停留在字面上，因案涉项目事实上是转包项目，郑州某装饰公司目的是为了收取高额管理费，所以在事实上并未进行任何工程管理、监督等行为。

5. 即使认定段某在案涉项目施工时系郑州某装饰公司的在职员工，因郑州某

装饰公司投标该项目时，项目经理并非段某，而是黄某，这就充分说明郑州某装饰公司并不是基于项目经理制而实施的项目经理内部承包经营，正如最高法院在《对十三届全国人大五次会议第 3784 号建议的答复》中明确表示：“内部承包”人与普通员工的认定标准是否应当有所区别以及如何区别，需要总结实践经验并与行业主管部门协调。因此，本案中不能仅以段某系郑州某装饰公司的员工，就武断地认定属于内部承包经营。

代理律师检索了人民法院案例库及中国裁判文书网，其中无锡市中级人民法院（2023）苏 02 民终 4039 号民事判决书、XJ 维吾尔高级人民法院（2023）新民再 109 号民事判决书、贺州市中级人民法院（2022）桂 11 民终 929 号民事判决书、枣庄市中级人民法院（2023）鲁 04 民终 1669 号民事判决书、成都市中级人民法院（2021）川 01 民终 1136 号民事判决书，其裁判要旨均明确，即便查明施工企业与个人之间存在劳动合同关系，在查明内部承包合同及实际履行情况时，如施工企业没有对工程投入人力、财力、技术支持，没有对工程施工和管理进行监督、管理，依然不能认定为合法有效的内部承包行为，而应认定为属于以内部承包形式转包给没有建筑施工资质个人的违法行为。

（二）郑州某装饰公司将案涉工程转包给没有工程资质的自然人施工，属于典型的非法转包，案涉《项目承包协议》依法无效

根据《建设工程质量管理条例》以及住房和城乡建设部 2019 年颁布的《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（下称《查处管理办法》），所谓转包，是指承包单位承包工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部工程或者将其承包的全部工程肢解后以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的行为。其中，《查处管理办法》在第八条明确了转包的九项情形。具体到本案中，案涉项目要求具备装饰装修资质、消防资质，郑州某装饰公司具有法定的工程资质（建筑装修装饰工程专业承包一级，防水防腐保温工程专业承包一级，消防设施工程专业承包一级），但却在中标案涉项目后，将全部工程转给没有任何工程资质的段某、杨某，案涉工程的全部工作均由段某、杨某负责，郑州某装饰公司在收取 18% 的管理费之外，未进行任何施工管理，没有承担任何工程费用，是典型的非法转包行为。

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解

释（一）》第一条第二款的规定，“承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效”。因郑州某装饰公司非法转包，其与段某签署的《项目承包协议》当然无效。

二、杨某虽未直接签署《项目承包协议》，但系案涉项目的出资人，负责案涉项目的工程出资、财务管理、材料采购、民工管理等工作，且郑州某装饰公司亦明知杨某参与案涉项目，杨某与段某均为案涉项目实际施工人

根据河南省高院关于实际施工人相关问题的会议纪要，认定实际施工人，不应仅从某一点片面分析，而应结合至少五个方面进行综合审查，这其中就包括审查是否存在组织工程管理、购买材料、租赁机具、支付水电费等实际施工行为，审查审查是否享有施工支配权，如对项目部人财物的独立支配权，对工程结算、工程款是否直接支付给第三人（材料供应商、机具出租人、农民工等）的决定权，审查是否存在投资或收款行为。具体到本案当中，凡是本案中的付款行为，均是由杨某负责实施，比如支付民工工资、购买主材等，因此杨某符合实际施工人的根本特征，应当被认定为案涉项目的实际施工人。

三、项目承包协议应属无效，郑州某装饰公司纯粹通过转包牟利，未实际参与施工组织管理协调，无权收取管理费

因《项目承包协议》无效，且客观上郑州某装饰公司没有履行案涉项目的工程管理、监督义务，没有提供人、财、物、技术等方面的协调支持义务，郑州某装饰公司无权收取所谓 18% 的管理费。对此，最高人民法院第二巡回法庭 2020 年第 7 次法官会议纪要明确指出：对于转包方纯粹通过转包牟利，未实际参与施工组织管理协调，合同无效后主张“管理费”的，应不予支持。

四、濮阳某银行作为发包人，应当无条件地根据最高院司法解释明确规定，在欠付工程款 229416.8 元范围内对杨某、段某承担清偿责任

在本案中，各方对工程总价款达成一致意见，工程总价款金额为 977923.6 元，各方对已收款金额 719169.09 元亦无异议，因本案质保期尚未届满，在暂扣 3% 质保金后，计算濮阳某银行欠付工程款为 $977923.6 \times 0.97 - 719169.09 = 229416.8$ 元。

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条第二款的规定，“实际施工人以发包人为被告主张权利的，

人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任”，因此濮阳某银行应向杨某、段某支付工程款229416.8元。

必须向法庭说明的是，濮阳某银行以本案不符合其与郑州某装饰公司之间的付款条件为由，主张其不应支付案涉工程款，这一抗辩理由是无法对抗原告二位实际施工人的。二原告系根据最高法院前述司法解释的明确规定向邮储银行P市分行主张的责任，该种责任是法定责任，没有设置任何前提条件。濮阳某银行与郑州某装饰公司之间的纠纷，可以而且应当由其双方另行解决。

以上代理意见，恳请法庭参考并采纳。

代理词附件

代理词引用的生效判决书摘录：

一、无锡市中级人民法院（2023）苏02民终4039号民事判决书第16-17页

张某某虽提供了工商登记信息、其与广某公司存在劳动关系等证据，但从《木工班组分包协议》签订主体、合同的履行情况来看，符合挂靠或转包的形式。现有证据尚不能证明在履行合同中张某某接受广某公司的管理调度、广某公司在案涉工程施工过程中向张某某提供了资金、技术和人力等方面的支持，广某公司与张某某之间不符合内部承包的特征。最后，结合张某某的《承诺书》、其与黄某某通话录音分析，其自称为项目的经济负责人，承诺项目全部资金、施工均由本人负责，并自担相应的经济和法律风险，上述行为可以印证张某某与黄某某履行了《木工班组分包协议》，不属于张某某代表广某公司履行职务的行为。综上，黄某某和张某某在一、二审提交的证据，不足以证明《木工班组分包协议》实际由大某公司和黄某某履行，也不能印证张某某所称其在工程项目中仅是广某公司的员工与广某公司系内部承包关系、其行为均是履行职务行为。

二、XJ维吾尔自治区高级人民法院（2023）新民再109号民事判决书第23-24页

关于案涉《内部承包合同》的效力认定问题。《中华人民共和国建筑法》第二十八条规定：“禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。”《最高人民法

院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释（2004）14号）第四条规定：“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。”本案中，江苏天力公司与不具备建设工程施工合同主体资质的自然人陈永利签订《内部承包合同》，因违反上述法律强制性规定，应属无效合同，原审法院关于合同效力认定并无不当。具体分析如下：第一，案涉《内部承包合同》约定的主要内容为：陈永利全面负责和管理江苏天力公司同业主签订的项目施工任务，达到建设方与江苏天力公司约定的验收和交付条件。工程所需准备金、垫资款及工程所需的其他资金由陈永利自行筹措和负担。陈永利根据施工合同造价、工程开票额、工程款到账额三项中最高数额总额2%的比例向江苏天力公司上交管理费。陈永利承包实行盈亏包干责任制。在施工期间因施工组织不到位，现场管理人员不到位等其他因素，造成建设方对江苏天力公司罚款，全部由陈永利承担，江苏天力公司不承担任何责任。从上述合同约定可以看出，陈永利与江苏天力公司签订的《内部承包合同》，系江苏天力公司以内部承包为名将案涉工程违法转包给陈永利，陈永利系案涉工程实际施工人。第二，江苏天力公司在再审期间主张陈永利系其员工，《内部承包合同》系合法有效的合同，并提交《劳动合同书》及《江苏省社会保险权益记录单》证明其主张。陈明茹否认其父陈永利生前与江苏天力公司之间存在劳动关系，江苏天力公司亦未为其父陈永利缴纳过社会保险，对江苏天力公司提交的证据不予认可。对此，本院认为，首先，江苏天力公司在二审中未就一审法院认定案涉《内部承包合同》无效提出异议，其在再审阶段提交的两份证据均形成于本案一审立案前，其在一、二审中均未提供上述证据；其次，《江苏省社会保险权益记录单》显示缴费起始时间为2018年5月，案涉《内部承包合同》签订于2017年7月6日，难以认定陈永利在签订《内部承包合同》时，与江苏天力公司之间存在真实的劳动合同关系；再次，即便依江苏天力公司所述，陈永利系江苏天力公司员工，根据案涉《内部承包合同》的约定内容及实际履行情况，本案实质属于以内部承包形式转包给没有建筑施工资质个人的违法行为。故综合以上，江苏天力公司称其与陈永利之间《内部承包合同》合法有效的再审理由，与法律规定明显相悖，依法不能成立。

三、贺州市中级人民法院（2022）桂11民终929号民事判决书第7页

本院认为，关于本案是否属于法院受案范围的问题，上诉人主张其与郭向阳签订《承包协议》属于内部承包，不属于法院民事诉讼受案范围。根据上诉人二建七公司与被上诉人郭向阳签订的《承包协议》约定，由郭向阳包工包料进行施工，施工所需的流动资金、机械设备、材料、人员薪酬等均由郭向阳负责，郭向阳自行承担项目风险，上诉人向郭向阳收取 2%的管理费。前述约定的实质是郭向阳通过内部承包形式来达到借用施工资质的目的，即使上诉人与被上诉人之间存在劳动关系，本案实际上也是双方在履行建设工程施工合同过程中作为平等主体之间发生的民事法律关系，应属合同法的调整范围，上诉人关于本案不属于法院民事诉讼受案范围的主张，于法无据，本院不予采信。依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第一条第二项规定，应当认定案涉《承包协议》，即《钟山县清塘镇扶贫生态移民安置小区工程项目合伙承包施工协议》无效，郭向阳为案涉工程的实际施工人。一审认定上述协议有效，属适用法律不当，本院予以纠正。

四、枣庄市中级人民法院（2023）鲁 04 民终 1669 号民事判决书第 10-11 页

首先，关于冀*与***公司是否存在劳动合同关系的认定。***公司主张冀*是其员工，提交了社保证明、荣誉证书、建造师资格证书，冀*否认双方系劳动合同关系，主张系***公司借用其一级建造师资质，为其交纳社保费用，并提交了《建造师人才聘用协议》予以反驳。对此本院认为，双方签订的《建造师人才聘用协议》约定，***公司聘用冀*，服务费每年 4 万元，冀*配合***公司进行工程招投标和项目管理工作，在重大时间节点配合***公司安排出场等工作，若冀*在***公司入职后，本协议自动终止。除该协议外，双方并未签订书面的劳动合同，***公司仅是为冀*交纳社保费用，除约定的每年 4 万元报酬外，***公司未能提供出支付工资的凭证、考勤表等，也未能证实冀*接受公司规章制度的统一管理和约束。由此可得出，双方之间并未形成劳动合同关系，本案双方当事人签订的内部考核责任书不符合内部承包合同的主体构成要件。

其次，关于***公司是否对工程投入人力、财力、技术支持，是否对工程施工和管理进行监督、管理的认定。***公司提交的证据不足以证实其对冀*施工的工程实际提供人财力支持和对工程实际进行监督管理。

最后，关于***公司与冀*之间经营利润、工程款分配问题。合同约定，价款

确定为工程合同总价款的 87.5%。工程款收取至 95%时，***公司预留工程管理费用和税金。***公司只是在工程款拨付流程上进行管控，在扣除管理费、税金后拨付工程款给冀*。

综上，***公司与冀*签订的内部考核责任书虽名为内部承包，实为***公司将其承包的工程违法转包给冀*个人施工，违反法律、行政法规的效力性禁止性规定，应为无效。

五、成都市中级人民法院（2021）川 01 民终 1136 号民事判决书第 7-8 页

关于案涉《工程项目管理责任内部承包合同》的效力。本案中，该协议效力的认定基于梓珂公司与陈付员之间的法律关系性质，梓珂公司主张其与陈付员之间为内部承包关系，而陈付员辩称为挂靠关系。对此，本院认为，内部承包，是指建筑企业将其承包的全部或部分工程交由其下属分支机构或在册的项目经理等本企业职工个人承包施工，建筑施工企业对工程施工过程及质量进行管理，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持。梓珂公司与陈付员之间究竟是否为内部承包关系，应结合《工程项目管理责任内部承包合同》的约定内容及是否存在监督管理等履行行为综合分析评断。就本案而言，虽然双方之间签订的协议名称为“内部承包”合同，但第一，依据该协议第二条承包方式“一、……。乙方以包人工、包材料、包机械、包质量、包安全、包工期、包文明施工等的方式，承担全部工程施工，该工程采取由乙方自筹资金、独立核算、自负盈亏，由乙方承担因本项目承包经营和施工所发生的一切税、费以及国家、省、市规定收取的其他有关费用……。该工程的所有债权、债务等均由乙方全部享有和承有”以及第四条甲、乙双方的权利和义务中二、乙方的权利和义务“3. 组织建立项目管理班子，配好工长、预算员、内业技术、质安员、核算员、材料员，明确以上人员的分工和兼职情况，并报甲方职能部门核准备案。建立项目管理机制，制定各类管理人员的职责、权限和适应项目管理的规章制度”等内容，表明陈付员自行组建项目部进行施工、自筹资金、自负盈亏，梓珂公司不承担任何责任；第二，本案中梓珂公司未能提供劳动合同、工资发放等证据进一步证明双方之间存在真实的劳动合同关系，现仅凭其在一段时间内缴纳社保的行为不足以证明陈付员系其职工、双方之间存在隶属关系；第三，本案中亦无充分的证据证明梓珂公司对陈付员所承包的施工过程进行管理监督的事实，不符合内部承包的特征。综上，梓珂

公司提出其与陈付员之间为内部承包的主张不成立，本院不予支持。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外”及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释[2004]14号）第一条“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的”之规定，陈付员系无施工资质的自然人，其与梓珂公司签署的《工程项目管理责任内部承包合同》因违反上述规定而属无效。

郑某诉 S 公司劳动仲裁案件代理词

——金博大律师事务所 孙凯⁷¹

案情简介：

申请人郑某因与 S 公司劳动争议，2024 年到劳动仲裁委员会申请劳动仲裁。

申请仲裁称：2021 年 12 月 20 日郑某入职 S 公司担任车队长，2022 年 2 月 24 日转正，从 2022 年 6 月公司开始为郑某缴纳社保，2024 年 5 月停止缴纳社保，另 S 公司还存在未按照合同约定发放工资的行为。提出仲裁请求：1. 依法解除申请人和被申请人的劳动关系；2 裁决被申请人支付 2022 年 2 月 28 日至 5 月 22 日周六、周日加班费差额 29541 元、法定节假日加工费 2294.46 元；3. 依法裁决 S 公司支付经济补偿金 18000 元；4. 依法裁决 S 公司支付未休年假工资 2294.46 元。

作者作为 S 公司的代理人，认为公司最多只应该为其补 2 天的年休假工资；加班费已超过仲裁时效；S 公司已举证证明支付了加班费；本案劳动关系已经解除。最终劳动仲裁委采纳了代理人的全部意见，仅支持了申请人两天的未休年假工资 1103 元。

⁷¹ 孙凯，金博大律师事务所指导律师，中共金博大律师事务所党委第五支部书记，被省内多家高校聘为校外指导讲师。

尊敬的仲裁员：

金博大律师事务所接受郑某诉 S 公司劳动仲裁一案被申请人 S 公司的委托，指派孙凯律师作为其劳动仲裁阶段的代理人。代理人经过调查、取证并参加了本案的法庭审理。庭审中仲裁员已就将本案的争议焦点归纳为：

- 一、工作不满一年可否享受带薪年假；
- 二、加班费是否受仲裁时效调整；
- 三、诉求加班费劳动者是否应就加班事实进行举证；
- 四、本案劳动关系是否已经解除。

代理人现依据事实和法律，并结合申请人、被申请人庭审中出示的证据和庭审情况，围绕双方的争议焦点，分五章陈述代理意见，供劳动仲裁委参考。

一、郑某入职不满一年期间，不应享受带薪年假

（一）《职工带薪年休假条例》对此有明确规定

《职工带薪年休假条例》第三条：“职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天……”

《企业职工带薪年休假实施办法》第三条：“职工连续工作满 12 个月以上的，享受带薪年假。”

根据以上规定，郑某只有在入职满一年后才享有年休假。本案郑某主张入职当年就开始享有年休假，显然不符合法律规定。

（二）郑某从没有向公司提出过年假申请，S 公司无法为其安排年假

《职工带薪年休假条例》第五条：“单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。”

根据以上规定，年假的安排应尊重劳动者的意愿，即应以劳动者向用人单位申请为前提。如果郑某没有向 S 公司提出过年假申请，S 公司是无法为其安排年假的。

故郑某未享受带薪年假是由其自身未申请造成的，S 公司不应为此承担责任。

（三）本案申请人最多只能享受 2 天年休假

本案郑某 2022 年 2 月入职，2023 年 2 月才工作满一年，2024 年 5 月 24 日离职。因此郑某年假应从 2023 年 2 月开始起算，即只有在 2023 年才享有 5 天年休假。2022 年和 2024 年均不应享受年假。又根据郑某当庭陈述，其在 2023 年已经

休了3天年假。

因此，即使本案郑某应该享有年假工资，S公司最多只应该为其补2天的年假工资即可。

通过上述分析可以得出结论，本案郑某只能从2023年2月开始享受年假，且最多只能补偿其2天年假工资。

二、加班费只能适用一般仲裁时效，即应从权利被侵害之日起开始计算一年仲裁时效

（一）仅因拖欠劳动报酬发生争议才能适用特殊仲裁时效

《劳动争议调解仲裁法》第二十七条：“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。……劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”

本案S公司并不拖欠郑某工资，即双方并不是因为劳动报酬发生争议，因此仅能适用一般仲裁时效，不能适用特殊仲裁时效。

（二）“加班费”不属于“劳动报酬”的范畴

《劳动合同法》第八十五条：“用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；……”

该条可以清楚的反映出《劳动合同法》的立法本意。从该条表述可以看出“劳动报酬”和“加班费”是并列关系，并不是包含关系；如果“加班费”属于“劳动报酬”，该条则不会把“加班费”单独列出来。

由此可以推断出“加班费”不能划入“劳动报酬”的范畴。故加班费只能适用一般仲裁时效，应从权利被侵害之日起开始计算；不能适用“因拖欠劳动报酬发生争议”的特殊规定，即不能从劳动关系终止之日开始计算仲裁时效。

因此，本案郑某主张：“支付2022年2月28日至5月22日周六、周日加班费差额29541元、法定节假日加工费2294.46元；”距今已经超过两年，早已超了一年仲裁时效，不应再受法律保护。

（三）郑某不能以拖欠加班费为由向S公司主张经济补偿金

《劳动合同法》第三十八条规定的“用人单位有下列情形之一的，劳动者可

以解除劳动合同:……（二）未及时足额支付劳动报酬的……”

根据以上结论，既然加班费不属于劳动报酬的范畴，那么同理拖欠加班费同样不属于拖欠劳动报酬的范畴。

因此。郑某不能以此为由向 S 公司主张经济补偿金。加班费不属于劳动报酬的范畴。本案郑某诉请的加班应从拖欠之日开始计算一年仲裁时效，郑某申请仲裁时已经超过了仲裁时效，不应再支持郑某的加班费。并且郑某以 S 公司拖欠加班费为由主张经济补偿金没有法律依据，该项仲裁请求不应支持。

三、本案郑某应对 S 公司拖欠加班费的事实进行举证

（一）用人单位仅需承担初步举证责任

《民事诉讼法》第六十七条：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第一百零八条：“……对一方当事人反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。……”

《劳动争议调解仲裁法》第六条：“发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。”

根据以上规定，郑某需承担主要举证责任；用人单位仅需要承担初步举证责任即可。

（二）S 公司已经举证证明支付了加班费

首先，根据“谁主张，谁举证”的举证原则，申请人认为存在加班事实，应对该事实承担举证责任。虽然郑某提供了钉钉考勤记录可以证明其存在一部分双休日加班和法定节假日加班的情况，但并未证明 S 公司拖欠了其加班费。因此未完成举证责任。

反倒是在庭审中，S 公司提供了郑某的工时明细和工资明细，从工资明细中可以看出 S 公司每月给郑某发放的工资中均包含了 950 元的加班费，足以证明 S 公司不存在拖欠加班费的事实。因此 S 公司已经完成了举证责任。如果郑某对 S 公司的证据不认可，应提交相反的证据。但是郑某既没有提交相反的证据，也无法对加班费组成进行详细说明。按照《民事诉讼法》和最高人民法院关于适用《中

华人民共和国民事诉讼法》的解释应承担不利的法律后果。

所以，S 公司已经举证证明发放了加班费，郑某并不能举证 S 公司拖欠加班费，应驳回郑某主张加班费的申请。

四、双方劳动关系已经解除

（一）郑某已经用自己的实际行动表明主动离职

首先，郑某自 2024 年 5 月 25 日起就一直都没有到岗上班，S 公司曾多次通知其返岗，并向其发送了两次《返岗通知书》，但郑某始终拒绝返岗。时至今日已经四个多月未到岗上班。由此可见郑某已经用自己的实际行动表示主动离职。

其次，郑某提交的《证据目录》和庭审中也认可自己 2024 年 5 月 24 日就已经离职。《劳动合同法》第三十七条和三十八条均赋予了劳动者主动解除劳动合同的权利。既然本案郑某长期不来上班，并且自称已经离职，那么应尊重郑某的意愿，认定双方劳动关系已经在 2024 年 5 月 24 日解除。

（二）郑某在职期间严重违反公司规章制度，S 公司同意与郑某解除劳动合同

S 公司庭审时提交的证据十一至证据十四足以证实：郑某在职期间多次违纪，营私舞弊，损害公司利益。S 公司原本于 2023 年 9 月 22 日、2023 年 10 月 14 日、2023 年 10 月 15 日派各乡镇司机去郑州车管所进行车辆审验，期间往返郑州的过路费均由各乡镇司机先行垫付，垫付金额共 4121 元。

之后郑某统一替司机们向 S 公司申请报销上述费用。公司已于 2023 年 9 月 28 日、2023 年 10 月 19 日将司机垫付的费用转账支付给了郑某，但郑某却拒绝将上述费用支付给各位司机。直至本案开庭前一周，郑某才陆续向司机支付上述费用，但目前仍有 523 元费用未返还司机。

郑某该行为即违反了公司规章制度，又属于营私舞弊，同时还涉嫌职务侵占罪。既然郑某在仲裁请求中明确提出请解除劳动合同，无论双方劳动关系是否解除，本案 S 公司均同意解除与郑某的劳动合同。同时，S 公司保留继续向郑某追究法律责任的权利。

因此，双方劳动关系在 2024 年 5 月 24 日已经解除。

五、关于缴纳社保问题的其他意见

（一）社保争议不属于劳动仲裁委员会的审理范围

原最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）第一条：“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理。”

尽管该司法解释已经废止，但劳动仲裁委员会和人民法院的受案范围依然没有变化，补缴社保应属于社会保险部门行政管理权的范畴，不属于劳动仲裁委员会的受案范围。郑某的该项仲裁请求不属于本案的审理范围。

（二）从总体上看郑某的社保并没有少交

尽管 S 公司自 2022 年 6 月才为郑某缴纳社会保险，少交了 2022 年 3 月、4 月、5 月三个月的社会保险。但郑某自 2024 年 5 月 25 日起就擅自离职，因此公司只应该将郑某的社保缴纳至 2024 年 4 月即可。

但之后 S 公司依然将郑某的社保缴费至 2024 年 7 月，多交了 2024 年 5 月、6 月、7 月三个月的社会保险。该三个月社会保险可以理解为是对之前 2022 年少交三个月社会保险的弥补。从社保缴费总体时长来看，S 公司并没有为郑某少缴纳社会保险。因此，本案公司不存在《劳动合同法》第三十八条“未依法为劳动者缴纳社会保险费”的情况，也不存在需要支付经济补偿金的情形。

所以，本案 S 公司并没有少交社保，也无需支付经济补偿金。

综上所述，代理人已经对本案的争议焦点分别进行了分析并充分发表了观点。本案 S 公司无需向郑某支付加班费和经济补偿金，双方劳动关系也已经解除。应驳回申请人不合理的仲裁请求。

以上意见如无不妥，望依法采纳为盼。

庞某诉河南 GQ 公司、北京 GQ 公司特许经营合同纠纷 案件代理词

——金博大律师事务所 闫崇博⁷² 陈宝名⁷³

案情简介：

本案涉及本诉、反诉。河南省郑州航空港经济综合实验区人民法院于 2024 年 7 月 26 日立案，原告（反诉被告）庞某诉被告（反诉原告）河南 GQ 公司、被告（反诉原告）北京 GQ 公司。

庞某以二被告违约为由向法院诉讼提出：1. 请求判令原告与二被告签署的《特许经营合同》自 2023 年 11 月 11 日解除；2. 请求判令二被告退还原告已支付的综合指导服务费 25000 元、保证金 20000 元；3. 请求判令二被告支付因被告违约给原告造成的损失 102949 元；4. 请求判令二被告支付因被告违约给原告造成的店铺预期经营利润损失 245137.49 元。

作者作为河南 GQ 公司及北京 GQ 公司的代理人向法院提出反诉：1. 依法判决《特许经营合同》自 2023 年 11 月 28 日解除；2. 依法判决被反诉人支付第二年度剩余综合指导服务费 15000 元并按合同约定支付滞纳金 5795 元；3. 判令被反诉人支付违约赔偿金 100000 元。

本案经法院审理，采纳了代理人的大部分意见，法院判决：一、确认庞某与河南 GQ 公司、北京 GQ 公司于 2021 年 11 月 6 日签订的《特许经营合同》于 2024 年 11 月 28 日解除；二、北京 GQ 公司于本判决生效之日起十日内退还庞某保证金 6667 元；三、庞某于本判决生效之日起十日内向河南 GQ 公司支付违约金 20000 元。

72 闫崇博，金博大律师事务所执业律师，主要从事知识产权相关法律业务，办理大量著作权、商标权、不正当竞争案件，目前仍持续为国内多家知名出版机构和创业企业提供知识产权战略保护服务。

73 陈宝名，金博大律师事务所执业律师，目前专注于标准化维权相关法律业务，执业过程中办理大量著作权、商标权案件，每年独立承办的诉讼案件及执行案件上百件，且基本全部为合同纠纷、知识产权与竞争纠纷全流程业务。

尊敬的审判员：

金博大律师事务所接受河南 GQ 公司、北京 GQ 公司的委托，指派闫崇博、陈宝名两位律师作为其与庞某特许经营合同纠纷一案一审阶段的代理人。代理人经过调查、取证并参加了本案的法庭审理。庭审中审判长将本案的争议焦点归纳为：

第一，双方签订的《特许经营合同》的解除时间；

第二，双方在合同履行期间是否存在违约行为；

第三，合同解除后，双方的责任如何承担。

现依据事实和法律，并结合原、被告双方出示的证据和庭审情况，围绕双方的争议焦点，分别陈述本诉和反诉的代理意见，供法庭参考。

一、关于本诉

（一）关于案涉《特许经营合同》的解除时间

代理人认为：庞某与 GQ 公司签订的《特许经营合同》的解除时间应为 2023 年 11 月 28 日。

1. 合同解除时间应为双方达成一致意见的时间

《中华人民共和国民法典》第五百六十二条：“当事人协商一致，可以解除合同。”

《中华人民共和国民法典》第五百六十五条：“当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除；通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。”

2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》48：“【违约方起诉解除】违约方不享有单方解除合同的权利。”

根据以上规定，合同双方可以协商一致解除，守约方也享有单方解除权，一般情况下违约方不享有单方解除权。

2. 庞某作为违约方不享有单方解除权，2023 年 11 月 11 日并非合同解除时间

案涉《特许经营合同》中明确约定（合同 41.2）a. 未按合同约定逾期未付服务费、b. 办理各项证照不合法导致无法继续经营的，存在严重违反合同约定的

行为，GQ 公司有权单方解除合同并要求其承担相应的违约责任。

然而，庞某应于 2022 年 10 月 17 日之前完成第二年度 20000 元服务费的缴纳，但其在 GQ 公司依约提供服务的情形下，经 GQ 公司各种催告，仅于 2023 年 8 月 29 日缴纳了 5000 元。且在合同存续期间内，在应当办理且具备办理食品经营许可证的条件下，庞某因担心对个人身份原因造成影响、其自身不想再继续经营，故持续未履行《食品经营许可证》的办理义务并拒绝了 GQ 公司的办证协助，严重违反了上述合同约定。庞某属于违约方，不享有单方解除权。

尽管庞某于 2023 年 11 月 23 日向河南 GQ 公司和北京 GQ 公司发送律师函称合同自 2023 年 11 月 11 日解除，但鉴于庞某并不享有单方解除权，因此 2023 年 11 月 11 日并非合同的解除时间。

3. 案涉《特许经营合同》应在 2023 年 11 月 28 日正式解除

鉴于庞某存在多项违约行为，河南 GQ 公司和北京 GQ 公司于 2023 年 11 月 28 日通过微信向庞某发送律师函通知解除合同。GQ 公司作为守约方，享有单方解除权，因此《特许经营合同》应于 GQ 公司向庞某发送的解除通知到达庞某之日解除，即 2023 年 11 月 28 日解除。

另外，鉴于本案庞某与 GQ 公司均要求解除合同，虽然双方就合同解除的具体违约原因及责任承担的主张不同，但不影响双方就合同解除达成一致意见。因此本案即使不考虑双方的违约责任，《特许经营合同》也应在 2023 年 11 月 28 日双方达成解除合意时解除。

因此，本案《特许经营合同》无论是按照单方解除还是合意解除，均应该认定在 2023 年 11 月 28 日解除。

（二）关于庞某主张退还的保证金和服务费

代理人认为：GQ 公司并不存在违约行为，庞某无权主张退还已支付的费用。

1. GQ 公司已经按照《特许经营合同》约定履行了自身义务，不存在违约行为

GQ 公司已按照《特许经营合同》合同约定向庞某提供了相应服务，包括派驻人员进行相应的帮扶、指导、对外宣传、广告投放、联系庞某协助办证等。故 GQ 公司已经尽到了合同义务，并且投入了大量成本，不存在任何违约情形，属于守约方。

而庞某未按约定缴纳综合指导服务费、未按约定办理食品经营许可证且拒绝

GQ 公司对此的协助，并擅自闭店导致合同无法继续履行，已构成单方违约。

2. 庞严重违反合同约定，导致案涉店铺闭店，致使合同目的无法实现，无权要求 GQ 公司退还其已支付费用

依据《特许经营合同》第六章 23.3 约定，庞某作为加盟店营业所需的所有证照办理义务人未履行《食品经营许可证》的办理义务，GQ 公司有权依据合同约定单方终止该合同，且 GQ 公司已经收取的各项费用不予退还，如给 GQ 公司造成损失的，庞某还应予以赔偿。

退一步讲，依据催款函及《特许经营合同》约定，在 GQ 公司福利政策激励下，庞某未续交案涉店铺的房租，怠于履行《食品经营许可证》办理义务。同时，据 GQ 公司了解其因公职人员身份原因、无精力经营案涉店铺等主观原因，已经不想再继续经营案涉店铺，其通过怠于履行《食品经营许可证》办理义务，持续拖欠综合指导服务费及其未按期续交房租，才最终导致合同无法继续履行，其本身存在过错。

因此，依据《特许经营合同》约定，庞某无权要求退还保证金和服务费。

(三)关于庞某主张的损失

代理人认为：如前所述本案庞某属于违约方，无权向 GQ 公司主张损失。另外，庞某所称的损失，不属于法律保护范围。

1. 庞某主张的损失属于必要成本，不属于额外损失

《中华人民共和国民法典》第五百八十四条：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。”

本案庞某主张的房屋租金、电费和人工费属于其加盟店铺必要的经营成本；配套设备费用和装修费用均系庞某向案外人所支付。以上费用无论双方是否存在违约行为，合同是否继续履行，均是庞某必须支付的费用，不属于《中华人民共和国民法典》规定的“损失”范围，不应支持。更何况本案合同解除的主要过错在于庞某。

2. 庞某主张的预期收益不属于可得利益

首先，庞某主张的店铺预期收益 245137.49 元，该收益系庞某自行计算，没

有相应的客观证据证实，GQ 公司并不认可。

其次，该预期收益尚未发生，庞某不能将往年的收益类比今年的收益。

再次，商业经营本身就存在风险，收益难以估算，且并不一定能盈利，庞某应对该商业风险是明知的。

最后，导致案涉加盟店无法继续经营的主要过错在于庞某，其属于违约方，违约后果应由其自身承担，其无权主张预期收益。

因此，本案庞某主张的损失和预期收益均没有事实和法律依据。

二、关于反诉

（一）关于庞某的违约行为

代理人认为庞某存在以下违约行为：

1. 庞某未按时缴纳第二年度服务费

首先，《特许经营合同》第四章第 7 条约定“庞某应每年向北京 GQ 公司交纳综合指导服务费贰万元/店，每届满一年庞某均应提前 1 个月向北京 GQ 公司支付下一年的服务费”。庭审中原、被告双方均认可庞某第二年度综合指导服务费 仅支付了 5000 元，剩余 15000 元未支付。

其次，GQ 公司并未同意庞某分四期支付第二年度服务费的方案。庞某代理人庭审中陈述双方于 2023 年 8 月协商分四期支付第二年度服务费的原因是 2022 年 2 月刨肉机争议事件造成了停业损失，但依据 GQ 公司提供的证据 5 可知，当时仅是庞某不当使用刨肉机导致刨肉效果不好，刨肉机本身并无任何质量问题，GQ 公司没有理由据此与庞某协商损失补偿，更没有理由在刨肉机事件过去一年多之久后，突然以此作为由同意分四期支付第二年度服务费。

即便是协商分四期支付第二年度服务费，双方也应当有相应缘由和具体分四期方案（基本应包含每笔分期款的付款时间、每笔分期款的具体金额），甚至该分期付款已经属于合同重要内容变更，应当由合同双方当事人（GQ 公司和庞某本人）的签字盖章确认。然而，庞某不仅没有提供具体分四期方案，提供的分四期支付原因（一年多前刨肉机造成停业损失）明显不合常理，而且也未提供经 GQ 公司盖章确认的任何同意分四期支付材料，更未证明“姜犇”具备变更合同内容的职权或代理权限。

退一步讲，第二年服务期为 2022 年 11 月 17 日至 2023 年 11 月 17 日，若以两万元第二年度服务费分四个月支付为方案，经 GQ 公司催告，2023 年 8 月 29 日庞某支付完 5000 元后，2023 年 9 月也没有履行第二期付款。

因此，庞某欠付第二年度的 15000 元服务费事实清楚。

2. 庞某未履行食品经营许可证办理义务导致违规经营

首先，案涉店铺所售食品范围已经超出预包装食品，且具备办理《食品经营许可证》的条件，应当依法依规办理《食品经营许可证》。根据庞某在庭审中提交的“刨肉机”聊天记录可知，案涉店铺销售有生食类食品制售，销售该食品类型已不再是仅销售预包装食品，根据《食品经营许可和备案管理办法》第四条及第 5 条，案涉店铺也应当办理《食品经营许可证》，结合 GQ 公司提供的补充证据 1-3 可以看出，案涉店铺也具备办理《食品经营许可证》的条件，另外再结合 GQ 公司提交的补充证据 4，GQ 公司多次催告庞某履行办证义务后，庞某并未正面答复办证遇到的困难或说明无法办证的情况，只是在无故拖延履行办证义务。

其次，庞某不能证明案涉店铺无法办理《食品经营许可证》。根据庭审查明事实，庞某经营的案涉加盟店销售的不只有预包装食品，需要办理《食品经营许可证》。庞某主张因经营面积较小无法办理《食品经营许可证》，但根据其提交的与西城区政务中心的通话录音内容，其并未明确告知该中心工作人员店铺的经营模式及销售的食品类型，仅根据通话录音及与“代办人员”的微信聊天记录，无法证明其未办理《食品经营许可证》的原因系 GQ 公司导致，庞某亦未举证证明其曾提交过《食品经营许可证》的办理申请。

再次，GQ 公司提交的证据可以证明庞某店铺可以办理《食品经营许可证》。根据 GQ 公司提交的人民网领导留言板的询问记录，西城区市场局于 2024 年 8 月 26 日明确答复：“经区市场局核实，若确实为特许经营的加盟商门店，使用面积 35 平方米左右可以办理食品经营许可证，详情可参照《食品经营许可和备案管理办法》。”该官方回复足以证明庞某店铺完全可以办理《食品经营许可证》，庞某只不过是在为自己的违约行为寻找借口。

因此，根据庭审中查明的事实及在案证据，案涉店铺符合办理《食品经营许可证》的条件，庞某系怠于行使办证义务，已构成违约。

（二）关于庞某的违约责任

基于庞某的违约行为，GQ 公司有权解除合同，并要求庞某支付逾期利息、违约金。

1. GQ 公司向庞某主张违约责任具有合同依据

《特许经营合同》第四章第 10 条：“未在规定期限内支付合同约定的加盟费、持续性费用、保证金时，按每超过一天加付 0.5%的比例向 GQ 公司支付滞纳金，直至付清为止”。

第十二章 41.2 条、第十三章第 44 条：“庞某逾期支付合同费用超过 30 日的，GQ 公司有权单方解除合同，庞某应偿付违约赔偿金 100000 元”。

第十二章 41.4 条：“在合同履行期间内，因庞某原因导致合同解除的，除合同中约定的违约责任外，庞某所支付的费用均不予退还”。

庞某与河南 GQ 公司、北京 GQ 公司之间签订的《特许经营合同》其性质为特许经营合同，双方签订该合同系真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合同合法有效，双方均应按照合同约定履行各自的义务。

因此，基于庞某的违约行为，GQ 公司有权要求庞某承担相应的违约责任。

2. GQ 公司有权单方解除合同

GQ 公司在庞某拖欠服务费的情形下仍持续为其提供协助经营及帮扶的服务，而庞某却逾期未足额支付第二年度服务费超过 30 日，经催告仍未足额补缴第二年度服务费并在应当办理且具备办理《食品经营许可证》的情况下不积极履行办理义务，已经构成严重违约，依据合同第 23.3 条、第 41.2 条、第 44 条约定 GQ 公司有权单方解除合同。

另外，《中华人民共和国民法典》第五百六十三条：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……（二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；……”

因此，本案无论是合同约定还是法律规定，GQ 公司均有权单方解除合同。

3. GQ 公司有权要求庞某支付滞纳金、违约金

首先，《特许经营合同》第四章第 10 条：“未在规定期限内支付合同约定的加盟费、持续性费用、保证金时，按每超过一天加付 0.5%的比例向 GQ 公司支付滞纳金，直至付清为止”。依据上述约定，庞某应按照日万分之五标准向 GQ 公司支

付滞纳金。其中 2022 年 10 月 17 日至 2023 年 8 月 29 日期间以 20000 元为基数，应支付 3160 元；2023 年 8 月 30 日至 2024 年 8 月 13 日期间以 15000 元为基数，应支付 2617 元；两段时间共计 5777 元。

其次，《特许经营合同》第 41.2 条、第 44 条约定：“庞某逾期支付合同费用超过 30 日的，GQ 公司有权单方解除合同，庞某应偿付违约赔偿金 100000 元”。结合该合同第 1.19 “赔偿损失”约定，庞某作为该合同违约方，应当向 GQ 公司承担由此受到的全部经济损失，包括但不限于直接损失，可得利益损失，处理相应纠纷支付的律师费、调查取证费、差旅费、诉讼费、保全费、执行费等。

鉴于公司为扶持庞某开设店铺，已投入了大量的人力、物力、财力、技术、品牌等成本，庞某的违约行为给 GQ 公司造成了重大损失，为填平该损失，庞某除了应按照合同约定向 GQ 公司支付逾期利息外，还应支付违约金才能填平 GQ 公司的全部损失。

因此，本案 GQ 公司有权单方解除合同，庞某应向 GQ 公司支付逾期利息、违约金。

综上，本案系庞某单方违约，GQ 公司不存在任何违约行为。庞某的诉讼请求没有事实及法律依据，应驳回庞某的全部诉讼请求。GQ 公司的反诉事实清楚，证据充分，应全部支持。

以上意见如无不妥，望依法采纳为盼。

河南 A 融资租赁股份有限公司诉周口 B 医院破产债权 确认纠纷案件二审代理词

——河南仟问律师事务所 袁彬⁷⁴ 袁锦锐⁷⁵

案情简介：

河南省 A 融资租赁股份有限公司（以下简称“A 融资租赁公司”）对周口 B 医院（以下简称“B 医院”）享有 120,568,549.81 元融资租赁业务的租金债权。

2023 年 8 月 31 日，太康县人民法院决定对周口 B 医院（以下简称“B 医院”）进行破产重整并作出裁定，A 融资租赁公司依法向太康县法院指定的重整管理人申报上述债权。B 医院重整管理人认为 B 医院向 A 融资租赁公司出卖的租赁物价值偏低，案涉融资租赁业务的实质是民间借贷，B 医院按照 2021 年 12 月 15 日签订的《融资租赁服务费协议》和《咨询服务协议》向 A 融资租赁公司支付的 1000 万元“融资租赁服务费”和 1000 万元“咨询服务费”是砍头息，因此在《周口 B 医院债权审查报告》将 A 融资租赁公司申报的债权扣减 20,784,635.07 元。后 A 融资租赁公司委托本所代理其向太康县法院提起破产债权确认诉讼，请求法院依法增加确认 A 融资租赁公司对 B 医院享有的 20,784,635.07 元破产债权。太康县法院于 2024 年 5 月 29 日作出（2024）豫 1627 民初 2294 号民事判决书，判令 A 融资租赁公司对 B 医院享有 20,784,635.07 元破产债权。

B 医院对一审判决不服提起上诉，周口市中级人民法院于 2024 年 9 月 11 日作出（2024）豫 16 民终 2979 号民事判决书，判令驳回上诉，维持原判。

尊敬的审判长、审判员：

74 袁彬，男，汉族，河南仟问律师事务所执业律师，二级合伙人。本科毕业于郑州大学法学院，硕士毕业于广东财经大学法学院。

75 袁锦锐，男，汉族，河南仟问律师事务所实习律师，本科毕业于许昌学院。

贵院受理的河南省 A 融资租赁股份有限公司（以下简称“A 融资租赁公司”）诉周口 B 医院（以下简称“B 医院”）破产债权确认纠纷一案，案号为：（2024）豫 16 民终 2xxx 号，河南仟问律师事务所接受 A 融资租赁公司的委托，指派我们担任 A 融资租赁公司的代理人参加本案二审诉讼程序。根据本案的庭审情况和争议焦点，我们提交代理意见如下：

一、本案中 A 融资租赁公司与 B 医院之间是融资租赁法律关系

（一）A 融资租赁公司根据案涉 7 份《融资租赁合同》对 B 医院享有 120,568,549.81 元租金债权

B 医院和 A 融资租赁公司在 2021 年 11 月 12 日至 2022 年 2 月 22 日期间签订了案涉 7 份《融资租赁合同》，约定 A 融资租赁公司出资 9995 万元购买租赁物并提供给 B 医院使用，B 医院向 A 融资租赁公司分期支付租金，租赁期限为 5 年，租金自合同签订之日起每 3 个月支付一期，共分 20 期支付。该 7 份《融资租赁合同》签订后，A 融资租赁公司履行了全部合同义务，共计出资 9995 万元购买租赁物并提供给 B 医院使用，但 B 医院仅支付了 2 期共计 855 万元的租金后就不再支付，导致 A 融资租赁公司在每份《融资租赁合同》中都有 18 期的租金没有收回，这给国有金融企业的债权造成了严重损失。对于 A 融资租赁公司在 B 医院重整案件中申报的 120,568,549.81 元租金债权，应当依法予以保护。

（二）案涉《融资租赁合同》合法有效，B 医院关于案涉融资租赁业务是民间借贷的上诉理由没有事实和法律依据

A 融资租赁公司是经省商务厅和省国税局审批同意开展融资租赁业务的省管国有企业。融资租赁合同是《民法典》第七百三十五条规定的有名合同，是“出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。”

案涉 7 份《融资租赁合同》中有 3 份合同约定的是 A 融资租赁公司向 B 医院选择的第三方公司购买租赁物并提供给 B 医院使用，有 4 份合同约定的是 B 医院将其自有物出卖给 A 融资租赁公司，再从 A 融资租赁公司租回。根据《民法典》第七百三十五条的规定，以及《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条关于“承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一

人为由认定不构成融资租赁法律关系。”的规定，案涉7份《融资租赁合同》均合法有效。

此外，B医院所说的其向A融资租赁公司出卖的租赁物价值偏低，案涉融资租赁业务的实质是民间借贷的上诉理由不能成立。案涉4份“回租”的融资租赁合同均在合同“附件一”中列明了相应的租赁物清单并载明了B医院提供的租赁物发票信息、价值等内容，不存在B医院所说的租赁物价值偏低的情形。退一步讲，如果B医院认为其向A融资租赁公司出卖的租赁物价值偏低，那也只能说明B医院在办理融资租赁业务是缺乏诚信，A融资租赁公司作为善意相对人的合法权益应当依法保护，不能以此为由否定案涉融资租赁合同的合法效力。

二、B医院向A融资租赁公司支付的服务费不应当从A融资租赁公司申报的债权中扣减

（一）《融资租赁服务费协议》和《咨询服务协议》是另行签订且已履行完毕的协议，与案涉7份《融资租赁合同》不是同一法律关系

《融资租赁服务费协议》和《咨询服务协议》是B医院和A融资租赁公司是在案涉7份《融资租赁合同》之外另行签订且已履行完毕的协议，这两份协议是签约双方的真实意思表示，与案涉7份《融资租赁合同》不是同一法律关系。B医院在2021年12月15日向A融资租赁公司支付的两笔各1000万元转账业务回单中分别备注了“融资租赁服务费”和“咨询服务费”。B医院履行另行签订的其他协议支付的2000万元款项不应在A融资租赁公司申报的租金债权中扣减。

（二）《融资租赁服务费协议》和《咨询服务协议》合法有效，若B医院对该两份协议的效力有异议应通过另行提起诉讼解决

根据《民法典》第五百零二条关于“依法成立的合同，自成立时生效。”的规定，B医院和A融资租赁公司签订《融资租赁服务费协议》和《咨询服务协议》是双方当事人的真实意思表示，该两份协议自双方签订时生效。B医院管理人在没有另行提起诉讼重新确认该两份协议效力的情况下，将B医院按照该两份合法有效的协议向A融资租赁公司支付的2000万元从不是同一个法律关系的租金债权中扣减，是单方对该两份协议合法效力的否定，没有事实和法律依据。

B医院管理人在向A融资租赁公司出具的《债权异议复核函》中称“该2000万元系其为了继续从贵公司融资而不得不按照贵公司要求向贵公司转款”。

若 B 医院认为《融资租赁服务费协议》和《咨询服务协议》项下约定的 2000 万元是 B 医院“不得不”支付的款项，认为该两份协议存在可撤销事由，那么 B 医院应当通过另行提起撤销权诉讼解决，这不属于本案审理的范围。

三、其他需要说明的问题

（一）关于双方当事人提交案例的问题

关于 B 医院提交的案例与本案案情不同，对本案不具有参考性的理由，以及 A 融资租赁公司向法庭提交的与本案案情一致的最高人民法院作出的（2022）最高法民申 40 号民事裁定，人民法院案例库公示的“某金融租赁公司诉浙江某公司等船舶融资租赁合同纠纷案”，我们已在二审向法庭提交的《民事答辩状》中详细说明，在此不再赘述。

（二）关于本案审理的是破产债权的问题

B 医院已进入破产重整程序，A 融资租赁公司所申报的债权为破产债权，债权金额有 1.2 亿多元，但在破产程序中实际受偿的金额远远低于账面债权金额，受偿比例甚至连 10%都不到。在 A 融资租赁公司的国有金融债权已经遭受巨大损失的情况下，B 医院管理人没有任何依据的将 A 融资租赁公司的债权金额扣减 2000 多万元对 A 融资租赁公司太不公平。

综上所述，B 医院的上诉理由不能成立，恳请贵院依法驳回 B 医院的上诉请求，维持一审判决。

刑 事 类

刘某某涉嫌销售伪劣产品罪一案辩护词

——河南信基律师事务所 丁晓旭⁷⁶

案情简介：

2024年2月，刘某某涉嫌销售伪劣产品罪案件，榆树市人民法院认为本律师对榆树市人民检察院提供证据异议成立，公诉机关的证据不够确实充分，证据间不能相互印证，未形成完整的证据体系，判决刘某某无罪。榆树市人民检察院不服，并提出抗诉。2024年12月，长春市中级人民法院采纳本律师的意见，认为刘某某未参与销售合同的签订，不具有主观故意，公诉机关不能证明刘某某明知涉案球磨机的质量和使用性能，也不能证明涉案球磨机系不合格、以次充好产品，裁定驳回抗诉，维持原判。

⁷⁶ 丁晓旭，河南信基律师事务所主任，建筑房地产、金融证券保险专业律师，省律协房产委委员，市律协房产委执委。

尊敬的审判长、审判员：

河南信基律师事务所接受被告人刘某某的委托，指派我担任刘某某销售伪劣产品罪一案的辩护人。辩护人详细地查阅了本案卷宗材料，并依法询问了被告人，现结合案件情况，就被告人刘某某不构成销售伪劣产品罪发表辩护意见如下：

一、被告人刘某某没有销售伪劣产品的主观故意

（一）涉案两套案涉球磨机系库存积压产品、试过机的产品，这只能证明案涉两套球磨机生产的时间早，而不能证明案涉球磨机为伪劣产品

2023年3月13日，刘某某讯问笔录（公诉机关的证据卷七）显示：“有时候客户去了就在那试机，不是天天都试机，差不多是从17年到21年都试过机”。刘某某第1次询问笔录（公诉机关的证据卷一26页）问：“那你们给闫某发发的球磨机等设备到底是不是新的？”答：两套球磨机以前在我们厂里试过机，具体哪年试的机我记不清了。问：“两套球磨机试过机是什么意思？”答：就是用户来的时候，用料往机器里放试机，有时试机几十分钟，有时几个小时不等。证据材料卷七P144“问：你们JC公司给YS公司发的球磨机等设备是你们公司什么时间生产的，在你们公司仓库放多久了？答：不是新生产的，是积压产品，一直在厂房仓库里放着，多长时间我记不清楚了”。虽然球磨机为试过机的积压产品，但设备仍能够正常运行，进行生产，库存设备并不是伪劣产品。

型号为1.2*4.5m(干式)的球磨机在进行鉴定时已经由第三人（李某伟）安装使用几个月，直到现在也并未发现有严重缺陷，或造成人身事故、安全事故。

（二）陈Y因急于让JC公司发货，主动要求球磨机上的部分设备可以是旧设备（刷漆继续使用）

根据刘某某家属提供的录音证据，陈Y于2021年6月23日18:26分与刘某某通话（2分46秒处），陈Y说“今天来总说那个是旧设备，我说无论如何你在厂家把漆刷上，表面是新的，里头差点，只要生产不耽误事，那就没问题”，同时其在通话中也提到“在2021年7月1号，Y市招商局局长和主管市长会到YS公司进行查看，看完之后城建局要召集一些开发商开会，说这个项目是国家建设部推荐的一个环保项目，让大家盖楼设计都往这上使劲儿”表明陈Y作为投资人，因急于让JC公司发货，同意球磨机上的部分可以是旧设备（刷漆继续使用），所以双方对产品品质明知。另外，《产品购销合同书》第五条明确约定，产品实行质

量三包，保修期一年。即乙方在使用过中，凡因质量问题出现的故障，在不影响乙方生产为原则，在保修期内，一律免费维修或更换。凡属电机出现故障的若乙方当地有同型号的可立即换掉，换掉的坏电机，妥善保管，待报甲方处理，费用由甲方承担。

（三）被告人刘某某没有销售伪劣产品的动机和故意

刘某某仅仅是JC公司的员工，负责后勤保障工作。为涉案设备刷漆、发货都是JC公司实际控制人安排的，刘某某仅仅是公司的员工，不能决定任何事宜，刘某某没有销售伪劣产品的动机和故意。来X作为合同签订人，发货的经手人，负责人，没有任何刑事责任。那么刘某某更不应该收到刑事处罚。

二、案涉球磨机并非刑法意义上的伪劣产品

（一）案涉球磨机不存在“不合理的危险”或缺乏“应有使用性能”

《最高人民法院、最高人民检察院〈关于办理生产、销售伪劣产品刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉》第一条对生产、销售伪劣产品罪中“掺杂、掺假，以假充真、以次充好，以不合格产品冒充合格产品”的含义作了详尽解释。结合《产品质量法》第二十六条：“产品质量应当符合下列要求：（一）不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；（二）具备产品应当具备的使用性能，但是，对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外；（三）符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。”之规定，可以看出，生产、销售者采用《最高人民法院、最高人民检察院〈关于办理生产、销售伪劣产品刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉》第一条所列的手段，使产品不符合《产品质量法》第二十六条的规定，出现“不合理危险”或缺乏“应有使用性能”，才可以认定成伪劣产品，案涉两套球磨机现已被多次售卖使用，并未出现严重的人身事故和安全事故，并未出现不合理的危险，设备也能正常使用，拥有设备应有的使用性能，不属于伪劣产品。

（二）从罪刑法定原则的要求来讲，作为生产、销售伪劣产品罪犯罪对象的伪劣产品只能是刑法第一百四十条所明确规定的四种情况。所以，并非质量不合格或者不好的产品都是刑法意义上的劣产品，涉案设备并非刑法意义上的劣产品

《产品质量法》第二十六条第三款规定，符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。这一承诺成为

判断其产品是否为伪劣产品的标准。如果产品质量状况与承诺的不符合，就说明行为人存在以次充好或以不合格产品冒充合格产品的行为。《产品购销合同书》第一条约定年产 5 万 M³、第七条约定“甲方对设备的销售售后服务承诺：甲方对销售的全部设备提供...（2）免费为乙方指导安装调试直至投产出合格产品...”，本案的生产线还未建成，鉴定人员仅通过对两套球磨机的观察及分析得出，案涉球磨机设备达不到案涉双方合同约定的鉴定意见是错误的，在生产线未建成的状态下，无法判断涉案设备违背销售者对产品性能、质量作出承诺，本着存疑有利于被告人的原则，不可认定涉案设备是劣质设备。

退一步讲，涉案设备的质量达不到《产品质量法》第二十六条的规定要求，只要行为人销售伪劣产品的行为未达到足以用刑罚苛责的“恶”，就不能用刑罚苛责定性，《刑法》惩治的是严重侵犯产品质量实质要求的产品犯罪，销售伪劣产品罪必然也是对产品质量实质要求的严重践踏，任何产品都不能存在危及人身、财产安全的不合理危险，这是对所有产品的最基本、最起码的要求。本案中，鉴定报告中显示两套球磨机中的减速机、电机为旧设备，但其并未表明案涉两套球磨机存在不合理危险。球磨机在转售后，受让的第三人能正常使用和进行生产，并且持续至今也没有发生人身事故和安全事故。很显然，涉案设备未达到用刑罚足以苛责的程度。

三、鉴定意见书不具有证据效力，不能作为本案证据使用，辩护人已申请重新鉴定

（一）案涉 HHB【2022】质鉴字第 23 号鉴定报告违反相关专业技术要求，鉴定机构、鉴定人不具备鉴定资质和条件

根据《刑诉解释》第 98 条鉴定意见具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：（一）鉴定机构不具备法定资质，或者鉴定事项超出该鉴定机构业务范围、技术条件的；（二）鉴定人不具备法定资质，不具有相关专业技术或者职称，或者违反回避规定的.....之规定，上海 HHB 检测技术有限公司不具备法定资质，刘某军具备工程师(化工设备专业)职称资格，赵某华的专业类别为热能工程，李某瑾的专业为金相热处理，本案所涉球磨机属于矿山机械设备，三位鉴定人员均不具备相关专业资格，对鉴定结论的科学性持有异议。故该鉴定意见不得作为定案的根据。

（二）案涉球磨机的保管过程不合法，不具备鉴定条件

2021年9月9日Y市公安局对本案以合同诈骗罪立案侦查，案涉球磨机作为重要证据，公安机关未在第一时间进行查封扣押，导致案涉两套球磨机被出卖，其中1.2*4.5m(干式)的球磨机被卖至河北省石家庄市L县Z乡与N乡交界处山上李某伟处并已经进行安装使用，而公安机关直至2022年1月12日才对案涉两套球磨机进行登记保存。根据《公安机关涉案财物管理若干规定》第十一条之规定，公安机关没有具有保管条件的场所的，可以委托具有相应条件、资质或者管理能力的单位代为保管。而本案中公安机关将涉案球磨机登记保存后，由无资质的自然人高某飞、李某伟保管，违反了《公安机关涉案财物管理若干规定》第十一条之规定，程序不合法。且涉案球磨机并非原始状态又经过使用，故两台涉案球磨机不具备鉴定条件，不能作为鉴定材料进行鉴定，鉴定结果不科学、不准确，不能作为定案的依据。

（三）鉴定依据适用错误，推荐性标准不能作为刑事案件的鉴定依据

本鉴定意见的鉴定依据为GB/T25708-2010《球磨机和棒磨机》、JB/T 5000.12-2007《重型机械通用技术条件第12部分：涂装》，均为推荐性标准。根据《中华人民共和国标准化法》第三十六条“生产、销售、进口产品或者提供服务不符合强制性标准，或者企业生产的产品、提供的服务不符合其公开标准的技术要求的，依法承担民事责任”、第三十七条“生产、销售、进口产品或者提供服务不符合强制性标准的，依照《中华人民共和国产品质量法》、《中华人民共和国进出口商品检验法》、《中华人民共和国消费者权益保护法》等法律、行政法规的规定查处，记入信用记录，并依照有关法律、行政法规的规定予以公示；构成犯罪的，依法追究刑事责任”之规定，在不符合国家强制性标准的情况下，构成犯罪的依法追究刑事责任，并未规定不符合推荐性标准时需承担刑事责任。鉴定机构以推荐性标准作为刑事案件的鉴定依据不合法，鉴定依据适用错误。

（四）鉴定报告的分析说明指出，案涉的两套球磨机本体目前状态可以认定为“三无产品”，此项鉴定意见超出该鉴定机构的鉴定范围，不应采纳

诉讼文书卷P91，2022年2月11日，上海HB检测技术有限公司对Y市公安局作出的回复函明确表示“我单位可以对设备上是否有相关标识和产品质量合格证明文件等进行查验，但我单位不对是否是“三无产品”进行认定”，却又在鉴定

意见中认定案涉的两套球磨机可视为三无产品，此项鉴定超出该鉴定机构的鉴定范围，不应予以采纳。

（五）仅通过对两套球磨机的观察及分析，就得出案涉球磨机设备达不到案涉双方合同约定，属于“残次品”的鉴定意见错误

上海 HB 检测技术有限公司在质量鉴定报告第 19 页明确说明：残次品是指生产企业在生产过程中产生的有严重缺陷或者达不到出口合同标准，无法复出口的制品（包括完成品和未完成品）。案涉双方合同约定甲方（温县捷诚机械设备有限公司）提供年产 5 万 M3 加气混凝切块生产线设备，但案涉设备并未投入使用，不能证明达不到合同约定。且型号为 1.2*4.5m(干式)的球磨机在进行鉴定时已经由第三人（李某伟）安装使用几个月，直到现在也并未发现有严重缺陷，或造成人身事故、安全事故。因此，鉴定人员仅根据现场对案涉的两套球磨机的观察及分析，就得出案涉球磨机设备达不到案涉双方合同约定，属于“残次品”的鉴定意见是错误的。

（六）鉴定机构在鉴定材料不完整时，没有提出补充材料的要求，而是直接进行鉴定，程序不合法，不能得出客观公正的鉴定结论

根据《司法鉴定程序通则》第十四条第二款“对于鉴定材料不完整、不充分，不能满足鉴定需要的，司法鉴定机构可以要求委托人补充；经补充后能够满足鉴定需要的，应当受理。”之规定，鉴定机构在现场勘验过程中未见设计图纸，未见相关铭牌信息及产品质量合格的文件，但温县捷诚机械设备有限公司已向 Y 市公安局提交产品质量合格的相关文件，而委托机关并未将其作为相关材料提供给鉴定机构。同时鉴定机构也未向委托机关提出补充鉴定材料的要求，在鉴定材料不完整、不充分，不能满足鉴定需要时，仅通过观察、技术分析形成的鉴定意见不够客观公正。

（七）鉴定专家组采用拍照，观察分析，得出案涉球磨机一定程度上可归为不合格产品的意见是错误的

对于鉴定意见通知书附页上所显示的设备存在齿面及齿尖啮合造成的磨损痕迹，因为机器设备在出厂前均需要试机，而试机必然会造成磨损，且如果设备二次销售后被启用，也会造成磨损。涉案球磨机未见相关铭牌信息及产品质量合格的文件，不符合标准 GB/T 25708-2010《球磨机和棒磨机》中“6 检验规则”的要

求；基材表面未进行喷砂处理(抛丸)的情况下进行喷漆等仅是不符合外观标准，将不符合外观标准，经过使用的设备认定为不合格产品是错误的。鉴定内容不应该仅仅对案涉产品是否因不符合外观标准而不合格、是否符合相关标准进行说明，除了鉴定该产品是否合格外，还应该重点对产品的质量上是否存在安全隐患、是否可能侵害消费者的使用性能和安全使用风险进行鉴定和分析说明。现涉案产品致被再次转卖，部分涉案产品至今找不到下落，致无法重新鉴定。

（八）鉴定机构鉴定的球磨机与 JC 公司销售的球磨机并非同一物

一审庭审中，受害单位陈 Y 称 JC 公司销售的球磨机辊筒上有钢丝绳的勒痕，而且勒痕非常明显，但鉴定机构鉴定的球磨机没有任何勒痕。经对比陈 Y 提供的 JC 公司销售的球磨机照片、鉴定机构鉴定的球磨机的照片发现：两个球磨机存在明显的差别，并非同一物。

另外，案涉两套球磨机于 2021 年 6 月经 YS 公司安排工作人员到 JC 公司提货，后产品被卖到河北省保定市和石家庄市 L 县，而且通过吉林 Y 市公安局经侦大队徐 X 与来 X 的微信聊天记录可知，鉴定时间为 2022 年 2 月 22 日。此时距设备从 JC 公司卖出已过 8 个月之久，存在以下可能：二次销售后设备被启用、鉴定时的设备并非原始设备。故在没有证据排除上述情形，不能确保鉴定的设备为厂家出售的同一件设备，即对案涉检材的同一性无法得到证明时，该鉴定意见不具有合法性，其不能作为定案的依据。一审庭审中，鉴定机构、公安机关均认可陈 Y 参与鉴定过程。陈 Y 陪同相关单位到现场后，现场球磨机非常多，公安机关、保管人员均是随意找了一个相像的球磨机作为鉴定材料进行鉴定的。鉴定完，公安机关没有将相关物品及时扣押，导致相关物品经多次流转、多次使用。

综上，刘某某在主观上没有销售伪劣产品的故意，客观上将旧设备售卖，但旧设备并不存在危及人身、财产安全的不合理危险，不属于伪劣产品。刘某某不构成生产、销售伪劣产品罪。

三、本案侦查程序严重违法，公安机关的取得的证据不应当被完全采信

（一）公安机关立案后没有及时扣押涉案产品并及时送检，致使检材不具有同一性

本案早就于 2021 年 8 月立案，公安机关也早就到厂家调查取证。此时公安机关应当扣押、查封涉案产品，并制作扣押笔录，及时送检。但公安机关侦查员违

反上述规定，致使陈 Y 将涉案产品违法转售。然后公安机关在半年后，也就是 2022 年 2 月才开始委托鉴定，致使鉴定的产品不能保证是出厂时没有进一步使用过的原始产品，不能保证检材的同一性。

（二）公安机关违反回避程序，违法办案

刘某范多次举报徐 X 违法插手经济纠纷，而徐 X 作为本案的办案领导，在被举报后始终没有回避，一直指挥和参与抓捕、审讯，故公安机关的取证是非法的，应予排除。

（三）随意扩大打击范围

公安机关将没有具体参与合同也没有上网追逃的张某立刑事拘留，并将只是挂名为法定代表人却从不到厂里也没有从事任何工作的李 G 上网追逃，明显是扩大打击范围，错误将企业作为造假窝点，将工作人员作为造假团伙进行打击，明显属于司法报复。

四、本案应属于合同纠纷，并非刑事案件

2021 年 5 月 1 日，YS 公司与 JC 公司签订《产品购销合同书》。因合同数额较大且闫某发自称和银行关系比较熟悉自愿找银行担保，因此双方在合同第六条约定余款由 YS 公司提供产权或者银行担保。同年 5 月 9 日，JC 公司按约定派技术员到 YS 公司作设备现场规划。因闫某发实控的 YS 公司场地堆放化肥 600 吨无法规划场地，闫某发向 JC 公司出具了误工证明。2023 年 5 月 31 日至 6 月 4 日，JC 公司不得不又派业务员到闫某发的 YS 公司进行了场地规划。2023 年 6 月 14 日和 2023 年 6 月 22 日，在闫某发和 YS 公司员工苑树丰对涉案产品质量进行现场验收合格并签字确认后，YS 公司先后支付了 60 万元货款，JC 公司按约向其发送了 62.7 万元产品。闫某发的 YS 公司明知涉案产品是 JC 公司积压的降价产品因其急于建厂同意发货。陈 Y 于 2021 年 6 月 23 日 18:26 分与刘某范的通话（2 分 46 秒处），陈 Y 说“今天来总（来 X）说那个是旧设备，我说无论如何你在厂家把漆刷上，表面是新的，里头差点，只要生产不耽误事，那就没问题”。

YS 公司应当按照合同第六条的约定向 JC 公司提供 YS 公司的产权证和银行担保，JC 公司才能向 YS 公司发放其余 410 万元的设备，但在 JC 公司多次电话催促下 YS 公司始终没有提供合格担保。JC 公司在降低自己经营风险的情况下，不再发货，YS 公司的投资人陈 Y 以检察院工作人员的身份永提供担保，被 JC 公司拒绝，YS 公司的投资人对此恼羞成怒，后来 JC 公司又在温县法院提起民事诉讼，

双方矛盾升级。即使 YS 公司在发现产品有问题，应当第一时间联系 JC 公司，由 JC 公司负责维修或更换。

根据《最高人民检察院关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》及《关于建立健全检察机关与工商联沟通联系机制的意见》，为优化营商环境，落实“少捕”“少押”“慎诉”的司法理念。适应新时期犯罪形势变化，综合运用刑事追诉和行政处罚、经济处罚措施。依法作出酌定不起诉决定的，要根据案件情况，对被不起诉人予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失。需要给予行政处罚的，提出检察意见移送有关主管机关处理，防止不起诉后一放了之。在办理民营企业负责人、经营管理人员、关键技术人员等涉经营类犯罪的过程中，充分考虑民营企业发展的特点，坚持依法少捕慎诉慎押。严格区分罪与非罪的界限，坚决防止将经济纠纷当作犯罪处理，依法准确适用、及时变更强制措施，保护好民营企业财产权及其经营者的合法权益，促进企业健康发展。根据公安部关于公安机关依法保障和服务民营企业健康发展的指导意见（公通字〔2018〕39号）的规定，坚持罪刑法定、疑罪从无，坚持宽严相济刑事政策，准确认定罪与非罪、违法与犯罪、经济纠纷与经济犯罪的界限，严格遵循罪刑法定等法治原则公正处理，坚决防止刑事执法介入经济纠纷，以程序公正保障实体公正。对认定犯罪证据不足的，坚持疑罪从无。对符合法定撤案条件的，要依法及时撤案，防止案件久拖不决。对违法经营，但尚不构成犯罪的，依法移交相关行政主管部门处理。

综上所述，刘某某不构成销售伪劣产品罪。公诉机关提供的证据不足，指控罪名不成立。Y 市人民法院已认定上述情况，应当裁定驳回抗诉，维持原判。以上辩护意见恳请法院予以采纳。

西峡 HT 橄榄石有限公司涉嫌非法采矿罪免于刑事处罚 案件辩护词

——上海锦天城（郑州）律师事务所 李林⁷⁷

案情简介：

西峡 HT 橄榄石有限公司 2004 年通过国土资源部门拍得某沟矿区并办理了采矿许可证。2014 年采矿证申请延续时发现原采矿证坐标登记错误，案涉西沟矿区未登记在绘图坐标内，但实际面积和储量包含案涉矿区。

案涉西沟矿区坐标此时与西峡 HT 橄榄石有限公司另一探矿权区域重合，县国土部门遂让西峡 HT 橄榄石有限公司在另一矿区“探转采”时一并办理案涉西沟矿区的采矿证，2014 年采矿证延续时仍然没有把案涉矿区纳入采矿证范围。

西峡 HT 橄榄石有限公司从 2015 年正式申请上述另一矿区域的采矿证，但发证机关错误作出不予办理决定，西峡 HT 橄榄石有限公司经过多次行政复议，一直到 2019 年 12 月西峡 HT 橄榄石有限公司取得了包含西沟矿区的采矿证。

西峡 HT 橄榄石有限公司在 2015 年至 2019 年“探转采”出证前因涉嫌无证开采于 2016 年、2017 年受到两次行政处罚。本案公诉机关指控西峡 HT 橄榄石有限公司及其实际控制人马某自 2016 年至 2019 年 12 月 31 日的开采行为构成非法采矿罪。

⁷⁷ 李林，上海锦天城（郑州）律师事务所合伙人，获得河南省律师协会“刑事专业律师”、“省直优秀青年律师”、“中级职称”，郑州市律协首届刑事模拟法庭大赛“亚军”及“最佳风采奖”，担任郑州升达经贸管理学院校外导师、郑东分局经侦大队咨询律师。

尊敬的审判长、审判员：

根据我国《刑事诉讼法》和《律师法》的相关规定，上海锦天城（郑州）律师事务所指派李林律师担任被告单位西峡 HT 橄榄石有限公司（以下简称“HT 公司”）的辩护人。辩护人接受委托后及时查阅了本案的卷宗材料、参与了庭审，现提出如下辩护意见，望采纳。

一、HT 公司依法不构成非法采矿罪

（一）一审对非法采矿罪事实部分的认定不准确、不完整

HT 公司办理案涉矿区采矿证的历史沿革大致分为三个阶段，具体如下：

1. HT 公司于 2004 年已出资购买 YQ 矿山并取得采矿许可，案涉 XG 矿区本应记载于采矿许可证，但由于因国土部门的错误导致记载坐标与实际情况不符。

首先，HT 公司从 1980 年代初就开始由 X 村创办的村办集体企业进行开采，HT 公司 2004 年出资 130 万永久性收购 X 村集体矿山，同年通过国土资源房产管理局的挂牌出让，拍得 YQ 橄榄岩矿 1 号矿段 298.8 万吨储量并于 2004 年 5 月 9 日办理了采矿证（证号 411323041XXXX），该采矿许可已将案涉 HT 公司纳入采矿范围，298.8 万吨可采储量至今仍未采完。但依据 P 县自然资源局出具的《复函》可知，因测绘方式等原因导致当时绘图坐标与实际出让的矿区不一致，导致本应记载于采矿证中的实际采矿区域不在绘图坐标内，因此案涉 HT 公司早在 2004 年就已通过挂牌出让的方式取得了采矿许可，仅国土部门的错误在 2014 年才发现采矿许可证上的坐标与实际不符，未能覆盖案涉矿区；

2. P 县自然资源局在发现坐标错误后未依法对案涉采矿区域及时颁发新的采矿许可证，而是采取了让 HT 公司在 YQ 橄榄岩探矿证“探转采”的过程中一并出证的处理方式。

P 县自然资源局的《复函》中记载，在发现采矿许可证中绘图坐标与实际采矿区域不一致的情况后，本应为实际采矿区域（包含案涉的 HT 公司）颁发新的采矿许可证，但此时 HT 公司实际采矿区域已被其探矿权区域覆盖，为了节省行政成本，P 县自然资源局决定待 HT 公司办理“探转采”时将案涉 HT 公司一并办理采矿许可证，说明国土部门认可 HT 公司对案涉 HT 公司实际上具有采矿权，在发现坐标错误后本应及时对案涉 HT 公司重新颁发采矿许可证，仅仅为了节省行政成本转而让案涉 HT 公司进入了“探转采”程序。

3. HT 公司早在 2015 年就已申请“探转采”，本应在 2015 年取得采矿证，因国土部门的错误导致延期至 2019 年 12 月 31 日才取得采矿证。

因坐标错误问题，案涉 HT 公司同时属于 HT 公司 YQ 橄榄岩探矿证的探矿范围，HT 公司于 2015 年就开始申请办理采矿证，2015 年 8 月 24 日，河南省国土厅错误作出《不予办理采矿登记的通知》，2018 年 2 月 6 日，河南省人民政府作出的《行政复议决定书》认定河南省国土资源厅主要事实不清且援引失效文件作出的不予许可决定属于适用依据错误，撤销了《不予办理采矿登记的通知》。因此，一直到 2019 年 12 月 31 日，HT 公司才取得 P 县 X 镇 X 村 YQ 西沟的采矿证（证号 C4100002019127110XXXXXX），案涉 HT 公司目前登记在上述采矿证的范围内。因此，HT 公司早在 2015 年就完成了出资并申请办理采矿证，依据《矿产资源开采登记管理办法》第六条规定：“登记管理机关应当自收到申请之日起 40 日内，作出准予登记或者不予登记的决定，并通知采矿权申请人”，国土部门如能依据法定的 40 日内办理登记，HT 公司本应在 2015 年就取得采矿证，这样就不可能存在案涉非法采矿的事实，之所以延迟到 2019 年 12 月 31 日才取得采矿证完全是由于河南省国土厅错误作出的《不予办理采矿登记的通知》导致的，河南省政府对此已作出明确认定，不应让 HT 公司承担延迟出证的不利后果。

一审认定的事实不完整，且部分事实有偏差，从而错误的将完成“探转采”作为其合法采矿的前提。一审认定：“被告单位 HT 公司在 2004 年通过招拍挂购买了 P 县 X 镇 X 村 YQ 采矿权……后该采矿证到期，HT 公司申请延证，原 P 县国土局发现因设备老化导致坐标位置错误，实际开采地西沟不在采矿证开采范围内，且西沟采矿点与探矿证范围重叠，现若办理 YQ 西沟采矿证，需到河南省国土资源厅办理探转采”上述事实与实际情况具有偏差，根据 P 县自然资源局的《复函》记载：“HT 公司采矿证到期延续期间，我局发现了上述实际采矿区域与绘图坐标区域不一致的情况，我局本应为 HT 公司的实际采矿区域颁发新的采矿许可证，但此时 HT 公司实际采矿区域已被河南省自然资源厅颁发的该公司探矿权区域所涵盖，为了节省行政成本，我局决定待 HT 公司在办理“探转采”时将该区域一并办理采矿许可证。”因此，一审认定的“现若办理 YQ 西沟采矿证，需到河南省国土资源厅办理探转采”与实际情况不符，实际情况是国土部门发现坐标登记有误之后本应颁发新证予以纠正，但 P 县国土局为了节省行政资源，擅自决定在 HT 公司办理

另一“探转采”时一并纳入采矿证，这样就能省去重新发证的麻烦。因此，案涉区域的合法采矿权 HT 公司从 2004 年就依法取得了，只因国土部门坐标记载错误而未登记在矿证内，又因国土部门懒省事的处理方法没有及时颁发新证予以纠正，其采矿的合法性应得到实质性认可，并不应当以另一矿证“探转采”的完成作为前提，一审认定上述事实与实际情况不符。

（二）一审对非法采矿罪的法律适用错误

一审认为：“本院认为，被告单位 HT 公司，违反矿产资源法的规定，未取得采矿许可证擅自采矿，其行为已构成非法采矿罪……HT 公司在 2014 年采矿证到期即申请续证，却因行政机关原因导致矿证范围与实际采矿区不一致无法续证，又因行政机关原因致使探转采办证手续过分迟延，导致在 2019 年年末才办理采矿证，HT 公司虽有无证开采的事实，但主观上非法采矿的故意不明显……”以上论述错误，具体如下：

1. HT 公司对案涉矿区实际上具有采矿权，不属于刑法意义上“无证”的情形。

如前所述，案涉 HT 公司对西沟区域实际上从 2004 年就具有采矿权，本案所谓“无证”仅仅是因为采矿证测绘坐标错误而形成的外在表象，P 县国土部门在书面《复函》中已经承认了自身的工作失误，司法机关不应再依据错误的测绘图纸得出“无证开采”的错误结论，在司法实践中，权利归属与登记不一致的情况下，最终应以实际情况为准，比如行为人若购买 100 平面积的房子却被错误登记为了 50 平米，虽然不动产证上没有记载，但行为人显然仍对遗漏登记的部分享有权利，司法机关显然也不会仅依据登记情况认定行为人存在非法占有等行为。本案与上述情况类似，应充分考虑 HT 公司对 HT 公司是否实际取得采矿权、没有纳入测绘图的真实原因是什么，而不应机械的适用法条，在案证据已经充分说明了所谓的“无证开采”实际上是由于采矿证记载的测绘坐标与实际权属状态不一致、且国土部门未及时纠正而导致的，不应属于刑法意义上的“无证”。

2. 如上所述，2014 年申请续证时发现矿证范围与实际采矿区不一致后，并非一审认定的“无法续证”，而是国土部分为图省事决定随另一探矿证一并办理，故不能归咎于 HT 公司。

3. 案涉矿区“无证开采”的表象是国土部门造成的，HT 公司自身不存在任何非法开采的故意。

本案中，国土部门作出了一系列的错误行为，不论是坐标错误，还是未依法颁发新的采矿证纳入“探转采”，或是“探转采”延迟出证，均不是 HT 公司的责任，HT 公司不存在任何非法采矿的故意，一审认定 HT 公司“主观上非法采矿的故意不明显”错误，不是不明显，而是根本不存在，HT 公司从始至终应当是国土部门不认真履职的受害者，司法机关不应让 HT 公司对国土部门的错误买单。

4. 现有的裁判案例认为因行政机关的过失导致的、表面上的“无证开采”不应认定为非法采矿罪。

如一审提交的汤立珍、王自强、卢华超犯非法采矿罪一案中，湖北高院经审理认为：“大同司采石场在采矿许可证有效期届满前已向蕲春矿办提出了采矿权延续申请，蕲春矿办受理后在法定期限内未依法作出是否准予延续的决定，逾期后向大同司采石场作出《暂缓通知》，已经人民法院行政判决限期对大同司采石场提出的采矿权延续申请重新作出行政行为，故大同司采石场的采矿权延续申请在本案一、二审期间实际处于行政机关逾期未作出是否准予延续决定的状态。根据《中华人民共和国行政许可法》第五十条第二款的规定，行政机关逾期未作决定，视为准予延续，故汤立珍、王自强、卢华超在采矿许可证到期后的开采行为不属于《中华人民共和国刑法》第三百四十三条规定“未取得采矿许可证擅自采矿”的行为。”本案与上述案例情况类似，案涉 HT 公司本就应该记载于采矿证的范围内，本不需要进入“探转采”程序，“无证”的表象是国土部门一系列工作失误所导致的，若将本案认定为非法采矿罪则对 HT 公司明显不公，实则是让民营企业为国土部门的工作失误承担了不应承担的责任。

5. 司法实践中的主流观点认为未对国家矿产资源造成损失、申请采矿权手续过程中发生的开采行为不宜认定为刑事犯罪。

我国著名刑法学家、清华大学教授周光权在《非法采矿罪的关键问题》一文中认为：“非法采矿罪的保护法益是矿产资源及其合理利用，以及国家对矿产资源的财产所有权。单纯侵害矿产资源管理制度或管理秩序的行为难以构成本罪。在确定行为人是否属于“未取得采矿许可证”时，需要进行实质判断”本案中，HT 公司出资购买的矿山储量并未采完，并未给国家矿产资源造成任何损失，因国土部门坐标登记错误、延迟出证形成的所谓“无证开采”行为最多属于损害矿产资源管理制度的违法行为，国土部门已对其进行了行政处罚，对于 HT 公司是否属

于刑法意义上的无证开采应当采取实质性判断，而不应仅凭错误的测绘图纸进行判断。

2022年12月8日发表于《人民法院报》刑事研究专栏中的《非法采矿罪司法认定的疑难问题》一文认为：“对于仅获得探矿许可而进行开采行为的刑事评价应当慎重。在探矿权向采矿权过渡期间，如在取得探矿权后履行申请采矿权手续的过程中发生的开采行为不宜进行刑事司法认定。原因在于，尽管探矿权和采矿权作为矿业权兼具民事和行政的双重属性，但依法取得相应的采矿权是探矿权人的一项重要民事权利，此处权利的民事属性具有主导性。因此，在矿产资源所有权没有实质性受损的情形下，不应因探矿权向采矿权过渡期间尚未取得采矿许可而追究采矿行为的刑事责任。”本案中，HT公司是在原采矿证坐标错误的情况下被迫进入了“探转采”，后又因国土部门原因延迟出证，在此期间的采矿行为，比上文所述的情况更为特殊，更不应当评价为刑事犯罪。

6. 对HT公司采取刑事处罚将严重破坏当地的营商环境，影响公司的重大招商项目。

近年来，中央出台了《优化营商环境条例》等一些列保护民营企业、优化营商环境的措施，最高人民法院发布相关意见明确要求对民营企业依法慎用强制措施，最大限度降低对企业正常生产经营活动的不利影响。

此外，HT公司与SL集团（香港）有限公司签订了《并购投资协议》，引进香港方资金在P县投资建设“HT镁橄榄石有限公司年产100万吨镁质新材料”项目，根据协议约定SL集团的总投资额高达45亿元。2022年9月9日，上述合作项目取得了《河南省企业投资项目备案证明》，项目总额高达126亿元。目前上述项目的投资合作正在关键时期，如对HT公司错误的进行刑事处罚，这次招商引资合作将彻底失败，这不仅会对当地经济造成不利影响，更会严重破坏P县乃至全河南省的营商环境。

综上所述，恳请二审法院综合考虑全案情况，依法改判HT公司不构成非法采矿罪。

二、一审对违法所得金额的认定错误

一审认定：“经调取HT公司在税务部门开具的矿石销项发票显示：2016年11月10日至2019年12月31日，HT公司在HT公司共对外销售非法开采的镁橄榄

石达 2480.852 万元不含税收”。判令：“被告单位 HT 镁橄榄石有限公司于判决生效后十日内退缴违法所得 2480.852 万元。”无论本案的非法采矿罪最终是否成立，上述认定均明显错误，具体如下：

（一）矿石销售发票不能直接证明本案的涉案金额

依据有关司法解释规定，非法采矿罪的犯罪金额以造成矿产资源破坏的价值为准，本案究竟有没有造成矿产资源破坏，价值是多少，应当交给自然资源主管部门或专业机构进行鉴定，而不能简单以销售发票进行认定，且上述发票金额不能排除 2016 年之前开采的存量矿石，因此一审仅以发票金额进行认定是错误的。

（二）刑法中的“违法所得”与本案“矿产销售金额”是两个截然不同概念，一审将其混为一谈明显错误

根据最高人民法院发布的《关于充分发挥环境资源审判职能作用依法惩处盗采矿产资源犯罪的意见》（法发〔2022〕19 号）第 10 条之规定，“法律、行政法规对同类盗采矿产资源行为行政罚款标准有规定的，决定罚金数额时可以参照行政罚款标准。”因此，非法采矿罪的罚金、违法所得的认定应参考行政罚款标准。

根据 1994 年 01 月 01 日施行的《违反矿产资源法规行政处罚办法》（地质矿产部令第 17 号，已失效），违法所得数额应当按照销售凭据确定，没有销售凭据的，按照决定行政处罚当时、当地的市场价格计算，不得扣除开采成本处以罚款。2014 年《国土资源行政处罚办法》（国土资源部令第 60 号）和 2020 年《自然资源行政处罚办法》（自然资源部令第 6 号）均不再保留“不得扣除开采成本”的规定。

同时，从《自然资源违法行为立案查处工作规程（试行）》相关规定的修改变化来看，在违法所得的认定上也不再禁止扣除开采成本。原《国土资源违法行为查处工作规程》（国土资发〔2014〕117 号）第 9.2.6.2 条规定：“矿产资源违法所得数额应当按照销售凭据确定；没有销售凭据的，按照违法行为发生时当地原矿的市场价格计算，不扣除开采成本。”但 2022 年 11 月 01 日施行的《自然资源违法行为立案查处工作规程（试行）》（自然资发〔2022〕165 号，以下简称《查处工作规程》）删除了“不扣除开采成本”的规定。

2024 年 1 月 31 日，自然资源部公布修订后的《自然资源行政处罚办法》第 4 条规定：“违法所得是指实施自然资源违法行为所取得的款项，但可以扣除合

法成本和投入”上述规定明确了违法所得可以扣除合法成本和投入。

因此，对于非法采矿罪的非法所得的认定应扣除合理成本。这也与最高法院《关于审理生产、销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得数额”的批复》、《关于审理非法出版物刑事案件具体适用法律若干问题的解释》、《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体适用法律若干问题的解释》等司法解释相一致。

（三）本案中 HT 公司早已向国家缴纳开采费用，案涉矿区“无证开采”的表象是国土部门的错误造成的，HT 公司自身不存在非法开采的故意及过错，开采案涉矿产合法、合理，没有给国家造成任何损失。即使最终认定非法采矿罪成立，最多也是从矿产管理的角度作出的认定，HT 公司自身不存在违法所得，不应对其采取收缴手段

综上，一审不考虑开采成本、仅以销售发票确定的金额认定违法所得明显错误，对 HT 公司采取收缴手段明显错误，恳请二审法院依法纠正。

以上意见希望合议庭充分考虑并采纳！

向某涉嫌诈骗罪案件辩护词

——北京市京师（郑州）律师事务所 刘兆庆⁷⁸ 李志⁷⁹

案情简介：

2018年8月，信阳市公安机关对左某国（被害人杨某民配偶）、袁某群等人涉嫌犯罪问题进行调查，左某国、袁某群为逃避处罚，于2018年8月底通过张某敏联系徐某意图寻找关系让信阳公安机关不处理该案，后在徐某的办公室，被告人向某了解左某国、袁某群所请托的事项后，表示其认识有关部门的领导，可以处理该事情。后向某以找有关部门领导插手信阳市公安机关办案为由，向袁某群、左某国及其家人索要钱财。左某国于2018年9月21日通过袁某群、张某敏在郑州市金水区政七街徐某的办公室支付给向某现金30万元，2018年9月28日通过袁某群给向安转账50万元，被害人杨某民于2018年11月2日通过袁某群在郑州市金水区政七街支付给向某现金60万元，共计140万元。本案一审被告人被判处有期徒刑十一年六个月，并处罚金人民币十五万元。二审阶段接受委托后经开庭审理本案成功以事实不清发回重审。

78 刘兆庆，北京市京师律师事务所合伙人，京师全国刑委会副主任，华中区刑委会主任，京师郑州律所管委会委员、刑事法律事务部主任、文化品牌委员会主任，中央电视台《今日说法》新媒体公益律师。

79 李志，中共党员，北京市京师（郑州）律师事务所刑事风险防控部主任，京师华中区刑委会理事，中国法学会会员，河南省教育人才学会法律专家，北京市京师（全国）青工委公益法律服务中心副秘书长。

尊敬的审判长、审判员：

北京市京师（郑州）律师事务所接受向某亲属的委托，指派刘兆庆、李志律师担任向某的辩护人。接受委托后，辩护人通过阅卷、会见向某了解案情，参与庭审，辩护人对一审审理程序、公诉机关指控向某构成诈骗罪罪名、犯罪数额、量刑情节等均有异议，发表如下辩护意见：

一、证人李某东参与一审庭审，发表各项意见，证人左某一旁听一审庭审，严重影响对向某的定罪量刑，一审庭审违反法定程序，本案应当发回重审

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十条规定，开庭的时候，审判长查明当事人是否到庭，宣布案由；宣布合议庭的组成人员、书记员、公诉人、辩护人、诉讼代理人、鉴定人和翻译人员的名单；告知当事人有权对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员申请回避；告知被告人享有辩护权利。

又根据《中华人民共和国人民法院法庭规则》⁸⁰第九条规定，下列人员不得旁听：（一）证人、鉴定人以及准备出庭提出意见的有专门知识的人。第十七条规定，旁听人员不得进入审判活动区，不得随意站立、走动，不得发言和提问。

辩护人认为，根据以上规定，证人不应当旁听、参与庭审，在法庭人员的回避范围之内，证人更不能作为诉讼代理人参与庭审。本案中，存在以下违反法定程序事实：

第一，李某东作为公诉方证人，在法庭回避范围之内，不应当参与庭审，更不能以诉讼代理人的身份参与庭审，其代理受害人参与庭审，应当认定为开庭时受害人一方出庭主体不适格，一审庭审程序违反法律规定。

第二，根据卷宗第3卷第123页载明，李某东作为公诉方证人，其证人证言能够证实向某的律师曾联系李某东沟通退款事宜，向某有退款意愿，主观上不具有非法占有他人财物的目的，不构成诈骗罪，严重影响对向某的定罪量刑。李某东作为证人应当回避而没有回避，反而在法庭上对向某发问，对公诉方证据发表补充意见（其中也包括对李某东自己证言的质证意见），发表代理意见，李某东在法庭上发表的各项意见严重影响对向某的定罪量刑，影响案件的公正审判。

第三，根据二审庭审查明，公诉方证人左某一在一审庭审时旁听案件审理，同样违反法庭规则。

80 发文机关：最高人民法院；发文日期：2016年04月13日；施行日期：2016年05月01日；效力级别：司法解释；时效性：现行有效。

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十八条规定，第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：（一）违反本法有关公开审判的规定的；（二）违反回避制度的；（三）剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；（四）审判组织的组成不合法的；（五）其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。

本案中，李某东作为证人，不应当参与庭审，其作为受害人诉讼代理人致使开庭时受害人一方诉讼主体不适格，李某东在法庭上的诉讼活动、发表的各项意见，均代表受害人一方，具有控告和将向某入罪的倾向性，不仅导致参与审判的主体不合法，违反法庭规则，更严重影响对向某的定罪量刑，影响案件的公正审判，一审程序违反法律规定，严重侵害向某合法权益，应当依法将本案发回重审。

二、向某与林某口供不一致，公安机关曾指控二人共谋诈骗，公诉机关将二人案件分案处理，一审法院未将本案与林某案合并审理，应当依法予以纠正

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第二百二十条规定，对一案起诉的共同犯罪或者关联犯罪案件，被告人人数众多、案情复杂，人民法院经审查认为，分案审理更有利于保障庭审质量和效率的，可以分案审理。分案审理不得影响当事人质证权等诉讼权利的行使。对分案起诉的共同犯罪或者关联犯罪案件，人民法院经审查认为，合并审理更有利于查明案件事实、保障诉讼权利、准确定罪量刑的，可以并案审理。

本案中，公安机关起诉意见书中曾载明“犯罪嫌疑人向某与犯罪嫌疑人林某（刑拘，另案处理）共谋”【详见第3卷第20页】，结合全案卷宗资料，林某涉嫌与向某共谋，并且也因为左某二、杨某民控告向某一事被采取刑事拘留措施，卷宗中附有林某被刑事拘留期间的讯问笔录，但是林某被另案处理。辩护人认为本案应当与林某案件合并审理，更有利于查明本案事实，作出准确的定罪量刑。

第一，林某已经因为涉嫌与向某共谋被采取刑事拘留措施，本案可能属于共同犯罪，并且不属于被告人人数众多，案情复杂的情况，不应当分案审理。

第二，本案中林某笔录均为复印件，且内容与向某笔录、本案其他证据相矛盾，不符合常理和逻辑，不能作为认定案件事实的依据。

第三，在共同犯罪案件中，法院应当结合向某和林某犯罪事实综合认定二人在共同犯罪活动中的地位、作用大小，明确区分主犯、从犯。辩护人认为结合全

案证据，如果二人共谋涉嫌犯罪，那么林某甚至可能被认定为主犯。现由于向某与林某的口供完全相悖，案件事实究竟如何，必要时应当组织二人当庭对质，并由公诉人、辩护人、审判人员对二人发问，方能查明案件事实。

综合上述，辩护人认为，检察机关将涉嫌共同犯罪的向某及林某分案处理，一审法院将共同犯罪案件分开审理，不利于查明案件事实，应当依法予以纠正。

（辩护人提供向某笔录与林某笔录矛盾之处，供合议庭参考）

对比 事项	向某笔录	林某笔录
林某是否冒充中纪委工作人员	一审庭审笔录载明“向某陈述：2017年通过省委办公厅认识的林某，直到在进看守所之前，我还以为他是他告诉我的职位中纪委巡视组的，进去之后才知道他是骗我。林某也是有预谋的接近我，我也是受害者也是被骗者。我也是前几天在看守所才知道林某是骗我的【详见一审庭审笔录第8、11页】。	答：我跟他介绍我是做酒类生意的。向某知道我是做酒生意的。【详见第3卷第62页】
林某是否与向某共谋，接受杨某民委托并收取60	实施诈骗行为除了我还有林某，一直都是林某在背后指我，并让我以联系到北京领导干预案件为由，一并解决3000万的工程款为由，初步跟我商定让袁某群的老板出600万元。之后，林某说以去北京跑关系找领导为由，让我出面要钱，这事之后，林某从我这里共拿走了70万元，全部是现金，分四五次把钱拿走的。【详见第3卷第34页】。	我本身也不认识信阳的人，就跟向某说我没有这种关系，办不了这个事情，向某就让我给他出主意该咋办，我说，要是觉得被公安局冤枉了，可以向公安部写举报信，通过举报的渠道去反映问题。我还专门跟向某说，你要是帮忙可以，但不要拿人家的钱，要是事办不成人家告诈骗就麻烦了。【详见第3卷第59页】 这个事上我被向某敲诈了。因为我帮着向某看了举报信，还从他手里接了钱，虽

万元费用	张某敏和袁某群找到我以后，我先问了林某，林某以中纪委领导干部的身份跟我说，让杨某民家写举报信往公安部中纪委邮寄，林某说写的内也要清楚明确，这些表面上的程序要合规，他再怎么去运作这个案件就不用我管了。林某还说，连案件带 3000 万元的工程款一起解决了，让杨某民家（当时知道是左家）出 600 万元给他。后来他在我公司电脑上修改举报信的内容，让我去邮寄的。【第 3 卷第 39 页】在杨某民家这个事上，我完全是按照林某的指示办得，我也是因为害怕他的身份，被他利用了。【第 3 卷第 40 页】	然我当时就把钱给他了，但是我心虚，觉得我摸钱了，还帮他看举报信了，而且向某还跟我说他手机里保存了我们的聊天记录，这些记录能证明他诈骗人家的事跟我也有关系，我很害怕，所以就不停地给他钱，想让他赶紧把事摆平。【详见第 3 卷第 62 页】
林某是否收取向某款项	这事之后，林某从我这里共拿走了 70 万元，全部是现金，分四五次把钱拿走的。【详见第 3 卷第 34 页】。	没有。从我俩认识到现在，我从没有收过向某的钱。【详见第 3 卷第 62 页】。 向某当时递给我一個布袋让我拿走，还让我找找关系，帮忙把举报信递到公安部、中纪委这些单位，我问也包里是啥，他说是他亲戚家给的。我打开一开有二十三十万的现金，我心里很害怕，对他说我找？这关系，你们要举报告状这事我也不参与，这钱我也不能要，我赶紧把包还给了他，随后就离开了。这事之后向某就没再跟我提过这事。【详见第 3 卷第

		60 页】
林某是否认识左某二、杨某民、左某一	实施诈骗行为除了我还有林某，一直都是林某在背后指我，【详见第 3 卷第 34 页】。	我都不认识，也没有听过说过这些人。【详见第 3 卷第 50 页】
林某是否给向某款项，让向某退还受害人	我记着给人家退钱，跟林某商量过，林某光说要退钱，但是没有给过一分钱。【详见第 3 卷第 39 页】	我凑了 70 万元现金，把钱给了他。答：我手里没有钱，跑到山东莘县老家，找我妹夫张建立借了 30 万元现金、找我堂弟林涛借了 20 万元现金，找同学岳振强借了 20 万元（这个是临时借的 2 分的高息，银行转账给我的，我取成了现金），我拿着这 70 万元给了向某，让他去还钱。……又过了几个月，向某第三次、第四次找我借钱还是信阳杨某民告他诈骗这个理由，我又继续凑钱，陆续借给他了 260 万元。【详见第 3 卷第 61 页】
林某是否给向某安排律师，是否	2021 年 5 月 27 日下午 14: 02 向某向林某发送微信聊天记录，内容为“我刚与丁律师通过电话了，他说与您沟通过了等您落实后再看看怎么决定” 【详见第 4 卷第 155 页】 2021 年 6 月 6 日下午 16: 29	向某被控告后，让我介绍个律师，我介绍了丁义义给向某。他们接上头之后，他们怎么运作、应对人家控告的事情我都不清楚，丁义也不跟我说。【详见第 3 卷第 65 页】

指导 向某 协调 杨某 民控 告事 宜	向某给林某发微信“哥忘了丁律师说等这边消息明天还要给王云回电话，您看看他怎么回比较合适”，林某回复“我考虑考虑”，向某：“好的”【详见第4卷第156页】	
---------------------------------------	--	--

三、向某与徐某、袁某群、张某敏等人合作中国网项目，收取80万元合作费用是双方真实意思表示，向某已经履行合同义务，不存在诈骗行为。一审判决认定向某构成诈骗罪，事实不清，证据不足

（一）80万元款项由张某敏、袁某群支付，并非左某二、杨某民支付给向某

（二）向某向张某敏出具收据，张某敏、袁某群、左某二均没有提出异议

向某收到张某敏款项当天即出具定金收据，明确载明“今收到张某敏申请办理《中国环境新闻网H频道X联络中心》定金30万元（大写：叁拾万圆整），余款50万元（大写：伍拾万圆整）于2018年9月28日前一次付清，……”【详见第1卷第73页】。辩护人认为：如果是为左某二、袁某群协调工程款问题并且款项来自于左某二，收据上应该写左某二、袁某群的名字，而不是张某敏的名字，张某敏、袁某群对定金收据的付款主体、合作事项没有提出任何异议，不符合常理。

（三）向某与中国网存在真实合作关系，并为徐某、张某敏等四人办理工作证件，向某已经履行合同义务，不存在欺诈行为

2018年8月29日，中国网某中心授权北京YC科技有限公司（以下简称“YC公司”）为合作运营方，负责市场推广及广告经营等活动。授权期限为2018年8月25日至2022年8月24日止【详见第1卷第25页】。

2018年10月15日，向某作为代表人的ZC有限公司（以下简称“ZC公司”）与YC公司（授权代表：王某飞）签订《中国网XC合作合同》，约定中国网XC推广，合作时间2018年10月18日至2019年10月17日，费用共计150000元【详见第1卷第24页】。

之后，向某分别于2018年10月22日、2018年10月24日向YC公司授权代表王某飞转账10万元、49999元，共计149999元，并且均备注中国网科学管理

频道合作款。

2018年10月31日，向某根据徐某等人提供的简历以及相关信息，为徐某、张某敏、袁某良、弋某荣四人办理工作证、管理名片、电子名片等手续并交付四人【详见第1卷第78-86页】。2019年3月份，徐某开始利用工作人员身份在中国网发送新闻稿【详见第1卷第77页】。至此，向某已经完成了与张某敏、袁某群等人的合作约定，已经履行完毕合同义务，不存在任何欺诈行为。

辩护人认为，虽然向某与YC公司签订的合同价格仅有15万元，与80万元款项存在差异，但是向某在运作该合作项目时，前期投入交通费、人工费以及其他各项成本约40余万元，累计投入达55万元。商事交易价格本就是合作方综合考虑各项成本和盈利等因素，自愿协商的结果。向某与张某敏等人之间愿意以80万元价格达成此项交易，也是双方自愿协商的结果。不能仅凭价格之间的差额认定向某存在欺诈行为。

综合上述，辩护人认为向某与徐某、袁某群、张某敏等人合作中国网项目，收取80万元合作费用是双方真实意思表示，向某已经履行合同义务，不存在诈骗行为，一审判决认定向某构成诈骗罪，事实不清、证据不足。

四、向某为左某二联系关系人林某，积极协商退款事宜，不具有非法占有他人财物的目的，一审判决认定向某构成诈骗罪，事实不清，证据不足

（一）向某有联系林某（自称中纪委工作人员）协调工程款的客观行为，为左某二提供居间服务，不存在虚构事实，隐瞒真相的行为

根据向某笔录载明“张某敏和袁某群找到我以后，我先问了林某，林某以中纪委领导干部的身份跟我说，让杨某民家写举报信往公安部中纪委邮寄，林某说写的内也要清楚明确，这些表面上的程序要合规，他再怎么去运作这个案件就不用我管了”【详见第3卷第39页】。

根据林某笔录载明“向某就让我给他出主意该咋办，我说，要是觉得被公安局冤枉了，可以向公安部写举报信，通过举报的渠道去反映问题”【详见第3卷第39页】，证明向某确实因此事找过林某帮忙。

根据向某与张某敏微信聊天记录载明，向某和林某确实帮助张某敏等人拟定、修改举报信的相关内容，为左某二等人提供居间服务，不存在虚构事实，隐瞒真相的行为。

（二）向某没有隐匿行踪，委托律师多次联系杨某民等人协商退款事宜，主

观上不存在非法占有他人财物的目的

第一，根据向某笔录载明“我认为杨某民和左某一跟这个钱的事没关系，我想把钱全部退给张某敏和袁某群，并让他们把办理的中国网的工作证交回来，钱我都准备好了，我让丁律师去办，但后来张某敏没出面，这个钱就没退成”。【详见第3卷第28页】“我一直想把钱退给张某敏和袁某群，我没有从杨某民和左某一手里接钱，所以不想跟他们产生关系，害怕把钱退给杨某民和左某一之后，他们以后因此敲诈我。我现在要是凑到了，愿意及时退给张某敏和袁某群，”【详见第3卷第29页】。

第二，根据林某笔录“向某说，他不是从杨某民一家人的手中接的钱，是退只能退给送钱的人，这事就这样耽搁住了”【详见第3卷第64页】。

第三，根据杨某民笔录载明“我们的律师接到过自称是向某律师的电话，对方说他们想协商退一部分钱，我们律师说要向某出面跟我们谈”【详见第3卷第76页】。

第四，根据徐某笔录载明“不久后有个自称是向某律师的人给我打过电话，让我把张某敏袁某群叫到一起商量退钱的事，我跟他说人家那边也有律师，你们可以直接谈，这个事我没参与”【详见第3卷第120页】。

第五，根据杨某民律师李某东笔录载明“2020年9月份，那时候我们已经向公安机关报案了，案件前期调查阶段，向某的律师给我打电话，说要私下协商解决，是以解决经济纠纷的名义，可以退一部分钱。”【详见第3卷第123页】。

以上笔录充分证实，向某确实委托律师丁义义与杨某民及其律师、徐某、张某敏等人联系退款事宜，只是由于当时付款的人是袁某群，而要求退款的人是杨某民，付款人与退款人不一致，向某担心退款之后产生经济纠纷，要求杨某民准备委托书等资料一直没有达成一致意见，再加上疫情原因才一直没有退还。因此，辩护人认为向某主观上有退款意愿，客观上积极联系退款事宜，没有非法占有他人财物的目的。

（三）在司法实践中，相关案例的观点是：行为人有联系处理请托事项的客观行为，且在请托事项无法办成时，同意返还请托费用，不具有非法占有目的，不认定为诈骗罪

1. 蒋道芬诈骗罪案

在该案中，重庆市渝中区人民法院作出（2016）渝0103刑初41号刑事判决，

认定“就本案而言，被告人蒋道芬与周某的涉案事实表现为非典型的居间法律关系。公诉机关应当围绕诈骗罪的构成要件，举示充分的证据以证明被告人蒋道芬是否具有非法占有周某所交付钱款的目的、是否实施了虚构请托事实、隐瞒真相的行为，重点审查被告人蒋道芬是否具备为请托人周某办理请托事项的条件、是否实施了办理请托事项的行为、是否具有归还债务的能力、关键证人的身份等。对此，根据审理查明的事实、证据，公诉机关指控被告人蒋道芬犯诈骗罪的证据不足，指控的犯罪不能成立”。判决被告人蒋道芬无罪。

2. 马艺源犯诈骗罪

在该案中，兴城市人民法院作出（2018）辽 1481 刑初字第 31 号刑事判决，认定“结合本案证据，本院认为，第一，被告人马艺源与王某系相识多年的朋友，彼此了解，马艺源在受王某的请托为其子安排工作时，并无虚构身份信息、吹嘘办事能力的行为。第二，马艺源在收到王某安排工作费用 30 万元之后，从双方的通话、来往、见面等过程来看，马艺源没有携款逃匿、没有拒不归还、亦没有欺诈行为，不能认定马艺源对这笔钱款有非法占有的故意。第三，马艺源在公安机关已将 30 万元返还王某，说明马艺源没有肆意挥霍，具有偿还能力。马艺源辩称为王某办事花费了 10 多万元，王某突然提出不办了，就此事双方一直没有坐下协商，因此没有及时将 30 万元返还，亦符合常理。第四，从本案的报案时间经过上看，赵某报案是因为在酒店偶然遇见马艺源，没有与王某见面就直接到公安机关。赵某提供的短信，也不能证明被告人马艺源是否收到此信息。根据本案现有证据，不能证明马艺源具有逃匿、躲藏的行为。综上，公诉机关指控马艺源犯诈骗罪，从主观非法占有的故意及客观虚构事实等方面证据不足，指控的犯罪不能成立”，判决：被告人马艺源无罪。

3. 杨某某诈骗案

在该案件中，梁平县人民检察院作出渝梁检刑不诉[2019]101 号不起诉决定书，认定“本案现有证据无法证实以下几个方面的问题，一是杨某某是否虚构了事实，存在疑问，本案现有证据可以证实杨某某确系为李某甲、文某某等人的事找过相应的关系人，请求予以关照。二是杨某某是否具有非法占有的目的，杨某某答应退款，但就是否出具收条双方发生矛盾争执，现有证据证实杨某某实施了部分介绍工作的行为，现有证据无法证实杨某某具有非法占有的目的。三是被害人基于认识错误而处分财物，现有证据可以证实李某甲、文某某等人系不法请托，

对请托的事项将来可能办成，可能办不成具有认知，客观上在办不成之后要求杨某某退还相应款项，是否符合诈骗罪中被害人应基于认识错误而自愿交付财物的构成要件上，存在疑问”，认为证据不足，决定对杨某某不起诉。

辩护人认为，在本案中，林某欺骗向某为中纪委的工作人员，向某在与林某沟通，经林某同意之后才接受袁某群等人的委托协调工程款事宜，向某确实存在找关系人协调的行为，并且向某多次联系杨某民及其律师沟通退款事宜，主观上不具有非法占有他人财物的目的，类比上述案例，一审判决认定向某构成诈骗罪，事实不清，证据不足。

五、林某虚构中纪委工作人员身份欺骗向某，向某听从林某安排协调工程款事宜，收取款项并交付林某，一审判决认定向某构成诈骗，事实不清，证据不足

（一）在案证据充分证实林某虚构中纪委工作人员身份欺骗向某

1. 向某在因本案进看守所之前一直认为林某是中纪委的工作人员。

一审庭审笔录载明“向某陈述：2017年通过省委办公厅认识的林某，直到在进看守所之前，我还以为他是他告诉我的职位中纪委巡视组的，进去之后才知道他是骗我。林某也是有预谋的接近我，我也是受害者也是被骗者。我也是前几天在看守所才知道林某是骗我的【详见一审庭审笔录第8、11页】。

2. 马某伟的聊天记录及通话录音、王甲的通话录音、刘某胜及游某涛的证言能够证实向某一直被林某蒙骗。

2019年5月25日，马某伟与向某聊天记录载明：林站涛从马某伟那里拿了点钱，马某伟找向某打听情况，马某伟说林某在中组部上班【详见第1卷第57页】。马某伟与欧阳贝贝通话录音中，林某当时一直说他在中组部上班，从马某伟这借了五万块钱，一直要也是要不过来。他一直都时这样说的，中组部的，中纪委的【详见第1卷第65页】。

欧阳贝贝与王甲的通话录音中，王甲称林某冒充国家工作人员，威胁FC路警察，跟警察说他是中纪委的，林某拿了60万元，林某在FC路派出所都说自己是中纪委的【详见第1卷第60-63页】。

此外，刘某胜、游某涛的证言也能够证明向某被林某所骗，认为林某是中纪委的人【详见第1卷第68、69页】。

（二）在案证据证实向某听从林某的安排，协助林某协调左某二的工程款，林某虚构事件进展，欺骗向某及杨某民等人

根据向某笔录载明“我第一时间找林某汇报了情况，微信上可以看出来，他说可以办理，我才按照他的意思，本来我是想让他们直接对接，但是林某说他是公职人员不方便”【详见一审庭审笔录第6页】“林某以中纪委领导干部的身份跟我说，让杨某民家写举报信往公安部中纪委邮寄，林某说写的内也要清楚明确，这些表面上的程序要合规，他再怎么去运作这个案件就不用我管了。林某还说，连案件带3000万元的工程款一起解决了，让杨某民家（当时知道是左家）出600万元给他。后来他在我公司电脑上修改举报信的内容，让我去邮寄的。在杨某民家这个事上，我完全是按照林某的指示办得，我也是因为害怕他的身份，被他利用了【详见第3卷第39、40页】。工程款都要不来，甲方干扰，林某具体怎么办我也不方便问，整个过程就是按照林某叙述，我就如实传给张某敏，我几次都是用免提。【详见一审庭审笔录第11页】。实施诈骗行为除了我还有林某，一直都是林某在背后指使我，这事之后，林某从我这里共拿走了70万元，全部是现金，分四五次把钱拿走的。【详见第3卷第34页】。

根据张某敏笔录载明“向某当着我的面打了个电话，他说话的声音很小，我没听到他说什么，然后向某让我听电话，我问是谁，向某说是北京的领导，我就和对方通话了，电话里的人是个男子，说一口京腔普通话，他说让我们放心，这个事一定能办成，但需要一段时间”。【详见第3卷第99页】。

（三）向某将涉案款项全部交付给林某，没有获取利益

向某在笔录中称“在办理工程款委托协调上，我按照现在案情，我做了和他们同样的委托关系，在协调费用也是如实转交给当时的干部林某，案件里面也有证据，还额外拿走了我20万元，还有4架茅台酒，还有私人定制的服装价值2万多元。我自己还贴了十多万在里面”【详见一审庭审笔录第3-4、13页】。

辩护人认为，如果林某不冒充中纪委工作人员，不欺骗向某说有协调能力协调工程款事宜，向某作为一名企业家，自身经济条件较好，也不会帮助袁某群协调工程款事宜。向某客观上实施了联系关系人林某的行为，但是由于林某虚构中纪委工作人员身份，骗取向某信任，向某听从林某的安排，协助林某协调左某二的工程款，林某虚构事件进展，欺骗向某及杨某民等人，一审判决认定向某构成诈骗，事实不清，证据不足。

六、根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于规范量刑程序若干问题的意见》第十五条第三款规定，被告人及其辩护人

参加量刑问题的调查的，不影响作无罪辩解或者辩护。本案中，向某被林某欺骗，并且是初犯，从犯，愿意退赔，犯罪危害性和主观恶性不大，不属于情节特别严重的情形，应当对其从轻或者减轻处罚

（一）林某虚构中纪委工作人员身份欺骗向某，向某听从林某指示办事属于从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚

根据《中华人民共和国刑法》第二十七条规定，在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

主犯是指在共同犯罪中起主要作用的人，即实际起到出谋划策、组织指挥、积极实施等重要作用，或者对发生危害结果起重要作用的人。从犯是指在共同犯罪中起次要作用的人，即在整个共同犯罪活动中，处于从属于主犯的地位，对主犯的犯罪意图表示赞成、附和、服从，听从主犯的领导、指挥，不参与有关犯罪的决策和谋划；在实施具体犯罪中，在主犯的组织、指挥下进行某一方面的犯罪活动，情节较轻，对整个犯罪结果的发生只起了次要的作用。

本案中，辩护人认为从事前、事中、事后三个方面，能够充分证实向某为从犯。

事前：林某虚构自己是中纪委工作人员的身份，欺骗向某，袁某群等人请向某帮忙协调工程款时，向某与林某沟通，林某认为此事可行，向某才同意接受袁某群等人的请托。如果向某知道林某不是中纪委工作人员，向某根本不会接受请托。

事中：向某听从林某的安排，包括指导张某敏等人拟定实名举报信向相关部门反映情况，向某都需要向林某汇报，向某也多次当着杨某民和张某敏等人的面给林某打电话，林某虚构中纪委、省领导对案件关注等事实，虚构事项进展，骗取杨某民、张某敏等人的信任。

向某收取的款项也全部交给林某。

事后：微信聊天记录证实林某给向某介绍吴教授、丁义义律师，林某与办案民警李雪沟通，每次都是林某与李雪协调对接，定好时间之后告知向某，向某只是听从林某安排，向某一直催促林某筹措资金退还款项。

综合上述，辩护人认为，如果向某涉嫌犯罪，则可能与林某构成共同犯罪，林某在共同犯罪中起主要作用，应当认定为主犯，向某起次要、辅助作用，可以认定为从犯，应当对其从轻或者减轻处罚。

（二）一审判决认定向某犯罪数额 140 万元，事实不清，证据不足

1. 涉案的 80 万元款项是向某与徐某等人合作中国网收取的费用，属于双方真实意思表示，向某为徐某等人办理了中国网的相关手续，完成了合同义务，该款项不应当认定为向某诈骗犯罪数额。

2. 涉案的 60 万元款项是袁某群为请向某协调工程款事宜支付，向某联系了关系人林某，并在林某的指示安排下，协助徐某、张某敏等人拟定举报信，提供居间服务。林某欺骗向某自己是中纪委工作人员。向某没有非法占有的目的，多次联系杨某民等人退款，只是由于双方手续问题无法达成一致，该 60 万元只能是双方民事纠纷的数额，不应当认定为向某诈骗犯罪数额。

（三）根据刑法宽严相济原则，向某系初犯，偶犯，恳请对其酌情从宽处罚

根据最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》⁸¹第 19 条规定，对于较轻犯罪的初犯、偶犯，应当综合考虑其犯罪的动机、手段、情节、后果和犯罪时的主观状态，酌情予以从宽处罚。本案中，向某在此之前无犯罪记录，系初犯，偶犯，依法可以从宽处罚。

（四）向某积极参与公益活动，荣获表彰，社会表现良好，恳请予以从宽处罚

向某担任中国校园健康行动关心下一代爱心行组委会，副理事长、河南联络处主任，2019 年向某当选 2019 中国关心下一代爱心行十大爱心人物，并在颁奖现场签约一对一精准资助品学兼优的特困生。向某社会表现良好，恳请对其从宽处罚。

七、国家倡导优化营商环境，保护企业家合法权益，向某作为民营企业家，一审判决认定事实不清，证据不足，应当依法予以纠正

2022 年 10 月，党的二十大报告明确提出“营造市场化、法治化、国际化一流营商环境”。2023 年 2 月，河南省政府工作报告明确提出，更大力度打造一流营商环境，深化“放管服效”改革。河南要力争营商环境进入全国第一方阵，让一流营商环境成为高质量发展的鲜亮底色。2023 年 5 月 25 日，河南省政府新闻办举行“河南省政法系统 2023 年爱民实践服务承诺活动”新闻发布会，发布了《2023 年河南省高级人民法院爱民实践服务承诺事项》，其中第四条规定，持续

81 发文机关：最高人民法院；发文字号：法发〔2010〕9 号；发文日期：2010 年 2 月 08 日；施行日期：2010 年 2 月 08 日；时效性：现行有效。

优化法治化营商环境。依法平等保护企业产权和企业家权益，坚持公正高效善意文明司法，保障市场主体正常生产经营。

本案中，向某是民营企业老板，现任多家企业法人的法定代表人，是郑州市二七区政府城中村改造项目——中原百姓广场项目的实际负责人。国家倡导优化营商环境，法院在认定向某是否构成诈骗罪时，应当慎之又慎。一审判决认定事实不清、证据不足，应当依法予以改判或者发回重审。

综上所述，辩护律师认为，向某作为一名民营企业老板，开办多个公司，一直守法，诚信经营，出于帮助朋友解决工程款纠纷的目的，轻信林某的身份，导致成为本案的被告人。其本人受到长期羁押，公司也遭受重大财产损失，可谓教训深刻。但正如习总书记所说，要让人民群众在每一个案件中都感受到公平和正义。向某有错，但错不至罪，本案一审程序严重违法，认定向某构成诈骗罪事实不清，证据不足，恳请二审法院予以改判或者发回重审，维护向某合法权益！

关于李某某不构成敲诈勒索罪的辩护词

——上海市海华永泰（郑州）律师事务所 张金凤⁸² 王玉光⁸³

案情简介：

某区人民检察院指控被告人李某某犯敲诈勒索罪、拒不执行判决、裁定罪，提起公诉。某区人民法院于2024年1月19日作出刑事判决书，判决李某某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑三年又六个月，并处罚金人民币四万元；犯拒不执行判决、裁定罪，判处拘役五个月。决定执行有期徒刑三年又六个月，并处罚金人民币四万元。宣判后，被告人李某某不服判决，提出上诉。某市中级人民法院经审理，于2024年4月3日作出二审刑事裁定书，认为原判认定部分事实不清，撤销判决，发回重审。某区法院依法另行组成合议庭，于2024年10月14日，作出一审判决（发回重审）。对公诉机关指控被告人李某某犯敲诈勒索罪的犯罪事实不予认定。被告人李某某犯拒不执行判决、裁定罪，判处拘役五个月。

82 张金凤，二级律师，现上海市海华永泰（郑州）律师事务所主任。河南省郑州市金水区第12、13、14届人大代表。

83 王玉光，上海市海华永泰（郑州）律师事务所高级合伙人、管委会委员。拥有基金、证券从业资格证。

某市某区人民法院：

上海市海华永泰（郑州）律师事务所接受被告人李某某的委托，指派我担任其涉嫌敲诈勒索罪审判阶段的辩护人。通过查阅卷宗了解基本案情，参加本案的庭审，结合本案的相关证据，辩护人提出以下意见：

【律师综合意见概述】

李某某不构成敲诈勒索罪。

一、李某某本案中的行为不符合敲诈勒索罪的构成要件。敲诈勒索罪是指以非法占有为目的，对被害人使用威胁或要挟、恫吓的方法，强行索要公私财物的行为。所谓威胁或要挟、恫吓方法，是指对公私财物的所有者、管理者以恶言相通告，给予精神上的强制，使被害人足以产生恐惧感和压迫感，但是并没有达到被害人不能反抗的地步，被害人在决定是否交付财物上尚有考虑的余地。本案中李某某发送的裁判文书等材料是真实的、公开的，且人民法院已认定甘雪静不构成重婚罪，这些材料不能对其产生恐惧和压迫感。

二、本案中被害人甘某某在已经控制部分材料继续外传时没有及时停止，而是将李某某邮寄的材料在被追回可控制的情况下，推动邮件继续邮寄，助力上述信息扩大散布，足以说明甘某某精神上未受到任何强制。

三、李某某客观上并没有实施要挟手段。调解是民事诉讼的一项制度，贯穿于民事诉讼的始终，且由执行法官完全主导，调解是双方当事人正当行使民事权利的合法行为。调解中是否做出让步，让步多少，各方意愿完全自由，不受任何强制，不能将法官主导的调解认定为李某某变相敲诈甘雪静钱财的手段。

综上所述，李某某不构成敲诈勒索罪，建议贵院做出李某某无罪的判决。

【观点详细阐述】

一、本案中犯罪嫌疑人李某某没有实施敲诈勒索意义上的要挟行为

敲诈勒索罪的客观方面是采用威胁或要挟的方法，使被害人产生惧怕，强索公私财物的行为。本案中，李某某虽寄送特快专递，但这一行为不属于敲诈勒索意义上的“威胁或者要挟”。

（一）李某某邮寄的“材料”系公开的诉讼材料，不足以使被害人产生惧怕。张某某向云南省景洪市人民法院提起过甘某某重婚罪的自诉案件，这些材料是重婚罪的证据材料，材料本身是真实的，裁判文书也是公开的，李

某某发送上述真实、公开的材料，不会使被害人产生惧怕，不属于以胁迫手段索取公私财物的犯罪行为。

某省某市人民法院（2020）刑初 346 号刑事裁定书对自诉人张某某控诉甘某某犯重婚罪的起诉不予受理，人民法院已作出结论，上述材料客观真实，且依法公开。每个成年人都应对自己的行为负责。对甘某某来说，这些材料本身是旧事重提，没有杀伤力，不足以使其产生恐惧心理。所谓李某某邮寄以上述材料胁迫甘某某索取财物的事实不能成立。

（二）本案的材料扩散被害人本可控制却推波助澜，足以显示材料的内容对其没有任何胁迫性。邮局工作人员、证人周某某两次笔录证明：2020 年 11 月 24 日甘某某和其去大库追回两个快件，当日带走。2020 年 11 月 25 日甘某某又来邮局让把昨天拦住的两个快递原样发走。如果上述材料是甘某某的隐私，会使其产生恐惧和压迫感，她就不想让外人知道，更不会留给他人利用这些材料胁迫她做出某些让步的机会。但是，甘某某就那么坚决地还给邮递员继续邮寄了，将追回来的快递寄给了查封房产的实际所有人朱永发和自己的儿子蔡泽尘。甘某某寄送的行为表明上述材料对其没有任何威胁，可以公开给自己的近亲属，也可以公开给和自己相识的人，其不担心相关材料会对其造成不利影响，不会对其造成精神强制，不会因此而做相关妥协。也就是说李某某邮寄相关材料不具有敲诈勒索罪的要挟作用。

（三）甘某某送回邮件再行寄出的行为具有非常明确的目的，制造压力现象，实现下一步的控告计划。请法院重视这一细节。

综上，本案不存在敲诈勒索意义上的“威胁或者要挟”。

二、李某某没有非法占有的目的，没有在与甘某某的民事案件法院执行环节，变相敲诈甘某某 300 万元

（一）判断被告人主观上是否是以“非法”占有为目的，应当坚持主客观相一致的原则，结合其供述的主观状态及当时的客观事实综合予以判断。

李某某对其当时的主观状态供述的是张某某遭受甘雪静迫害，且有生命危险，李某某为阻止事态进一步恶化，也为让甘某某家人和朋友知道甘某某做错了，劝她迷途知返，其主观目的是劝阻甘某某弃恶扬善、珍惜家庭而邮寄，并非利用该信息敲诈钱财为目的。

李某某的供述有张某某供述、刘某证人证言、电子数据（张某某、甘某某微信聊天记录）相印证，该主观供述真实，足以认定李某某其主观上并非以非法占有为目的，不符合敲诈勒索罪的主观犯罪构成。

（二）调解是民事诉讼的一项制度，贯穿于民事诉讼的始终，调解是双方正当行使民事权利的行为，是否做出让步，各方意思表示自由，不受任何强制，不能将调解认定为李某某变相敲诈甘某某钱财。

调解本质上是双方相互妥协的过程，如果严格执行生效判决，就不存在调解一说。调解必然绕不开协商的一个必经环节——讨价还价，具体的尺度双方当事人或执行法官可以自行把握，具体到本案，减少多少还款数额是李某某、朱某某、执行法官的一个提议，是否同意，同意多少是甘某某的权利，甘某某也享有有拒绝的权利。

本案的执行调解由法官主导，方案提议有合理、正当的事实基础，200万元结案提议是执行法官为结案考虑主动提出的，并非李某某主动提及。执行过程中，案外人朱某某提起执行异议，导致执行标的某大厦1号楼1085平方米商务写字楼暂停拍卖，加之执行过程中，甘某某未及时申请续封，本是首封却变为轮候查封，执行财产不足以清偿其债权才进入调解程序的，调解数额是执行法官为快速结案而主动提出的，案外人朱某某极力主张的是因为涉及到其利益，但事情因李某某而起，李某某便积极协调，推进调解，调解方案是在基于现有财产无法全部清偿甘某某债权提出的，是现实情况下对甘某某的最优、最大保护力度的方案，是为了甘某某的利益而制定的，不仅不会对其权益造成损害，相反还保护了甘某某的利益，不能认定为是敲诈勒索其财物的行为。

（三）2020年11月27日某市某区人民法院（2020）豫执恢146号民事裁定书，准许甘某某撤销执行申请，终结执行，表明其暂时不主张清偿权利，但李某某仍主动配合法院调解，说明其主观上不具有非法占有甘某某财物的目的。

三、本案是一起某公安局利用刑事手段插手经济纠纷，办案人员违反回避规定，违法泄露办案秘密，滥用职权，诬告陷害李某某的冤假错案

（一）前期办案人员违反回避规定，所调查收集的材料应该严格排除；办案人员回避以后仍然插手案件办理，事实上仍指挥侦查进程，回避流于形式，全案证据都应予以排除。

甘某某丈夫名叫蔡东清，蔡东清是中原石油勘探局副书记及工会主席，曾经长期分管油田公安局（未归地方直管前）。本案前主办民警是中原油田公安局刑警大队范东兴，其与蔡东清系同学关系，上下级关系，对案件办理可能造成影响。

双方都知情不报，刻意隐瞒，规避回避规定，属于典型的人情案、关系案。回避以后的侦查进程范东兴仍插手案件办理，每次询问都从旁追回，全程控制侦查进程。

根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部等印发《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的通知第十五条：“对侦查终结的案件，侦查机关应当全面审查证明证据收集合法性的证据材料，依法排除非法证据。排除非法证据后，证据不足的，不得移送审查起诉。侦查机关发现办案人员非法取证的，应当依法作出处理，并可另行指派侦查人员重新调查取证”之规定，本案全案证据应当予以排除。

（二）李某某邮寄的快递被甘某某成功追回后，李某某的客观行为因甘某某的介入已经停止下来，而甘某某将追回的快递再次邮寄，诬告陷害的主观故意明显。

甘某某完全可以将快递追回，阻止事态进一步恶化，相反甘某某却反其道而行之，将个人生活信息散布给查封房产的实际控制人朱某某、儿子蔡某某，其目的是让朱某某等人得知该信息后利用该信息与其谈判，制造朱某某等人敲诈其的假象，寄给自己的儿子是为了让家庭陷入混乱中，以此作为“危害后果”，然后通过控告方式诬告陷害李某某等人。

综上所述，辩护人认为指控被告人李某某敲诈勒索罪事实不清，证据不足，恳请贵院予以充分重视辩护人的辩护意见，本着以事实为根据，以法律为准绳的原则，依法处理，不枉不纵。

以上意见，请合议庭予以重视！谢谢！

李某某涉嫌诈骗罪案件二审辩护词

——北京天元(郑州)律师事务所 李俊峰⁸⁴

案情简介：

2021年3月份，被告人李某某成立某网络科技有限公司，在无股票推荐资质的情况下，招募同样不具备荐股资质及专业知识的被告人杜某担任公司主管，从事向股民推荐股票并向股民收取利润分成的活动。为吸引股民购买其推荐的股票，从而分取股民的盈利款，李某某利用虚构的荐股专业人员身份，隐瞒不具备股票推荐资质事实，使用固定的话术，通过与客户聊天取得客户信任，向客户推荐股票，在客户股票盈利后向客户收取盈利额40%-50%的分成。2024年3月，某县人民法院一审判决认定李某某犯诈骗罪，判处其有期徒刑十年六个月，并处罚金。

一审判决后，二审家属委托李俊峰律师作为李某某二审阶段的辩护人参加诉讼活动。辩护人开庭时从“被害人是否陷入错误认识、被害人最终处分财产与李某某前期的包装荐股账号、隐瞒不具备荐股资质行为没有刑法上的直接因果关系等多个方面提出具体辩护意见。二审出庭检察员当庭认定本案事实不清，建议发回重审。

最终，二审法院合议庭报审判委员会讨论后，采纳辩护人的辩护意见，将诈骗罪直接改判非法经营罪，判处李某某五年有期徒刑，并处罚金，大幅度减轻刑罚。

⁸⁴ 李俊峰律师，西北政法大学法学硕士，郑东新区律工委刑事专业部委员。2016年以来专注于刑事辩护、刑事控告、刑民交叉纠纷处置、刑事危机调查应对、企业内部反舞弊等领域工作。

尊敬的审判长、审判员：

依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第三十三条、第三十七条和《中华人民共和国律师法》第二十五条、第二十八条之规定，北京天元（郑州）律师事务所依法接受本案被告人李某某近亲属的委托，指派李俊峰律师担任本案二审阶段李某某的辩护人。接受委托后，辩护人通过会见李某某及阅卷，对本案有了详细了解。辩护人认为李某某构成非法经营罪而非诈骗罪，且犯罪数额事实不清。为维护李某某的合法权益，现依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第三十七条之规定，发表以下详细辩护意见：

一、本案没有诈骗罪构成要件中“使被害人陷入错误认识，进而处分财产”的事实基础

（一）李某某通过包装专业荐股账号、话术等方式诱导客户进入股票平台交易的行为，不属于诈骗罪中的欺诈行为

从本质上看，诈骗罪中的欺诈行为的内容是使被骗人产生处分财产的错误认识，进而处分财产，丧失对财产的占有。而在本案中各被告人引诱客户投资股票的方式虽有虚假宣传的成分，但客户非常清楚投资股票的风险，不会对股票盈亏存在不确定性的交易本质产生错误认识，进入股票市场交易不存在被骗的问题。李某某等人包装专业荐股账号及使用话术的行为，在定性上更倾向于一种包装、营销、引流行为，单纯的包装荐股账号及使用话术，并未使客户陷入所谓的错误认识而处分财产，仅仅是让客户进入股票市场，因此行为人的上述行为不属于诈骗罪中的欺诈行为。

（二）客户作为资深股民也不会因李某某等人的宣传而陷入错误认识

诈骗罪中虚假表示的内容必须是具体的事实。如果行为人仅仅是抽象、夸张的宣传某支股票能“包赚不赔”，就像声称某种药品能“包治百病”，此类陈述过于夸张和绝对，其目的明显为自我宣传，反而恰恰不足以使他人陷入错误认识。因为非法荐股涉嫌犯罪的案件被害人大多是资深股民，结合其等的年龄、能力、社会经验、知识等各方面情况，可以推定其等应当认识到股市投资存在风险，股票市场行情瞬息万变“保证赚钱”明显背离市场规律。在本案中，客户本身就是股民，进入的也是正规的股票市场，使用的也是正规的股票交易平台软件，因此从诱导客户进入股票市场来看，并未使客户陷入错误认识。且在本案中，李某某

公司员工在与客户交流时也提到股票交易存在风险，不能仅因为“被害人”宣称被骗，即判定相对人产生错误认识，从而认定行为人构成诈骗犯罪。本案的被害人，都是在公安机关主动联系后在相关报案材料上声称自己被骗。辩护人提请合议庭注意，本案中被害人报案材料存在模板化、格式化问题，存在办案单位诱导被害人陈述被骗事实，从而将案件定性为诈骗的嫌疑。

（三）李某某等人在本案中并没有伪造所谓内幕消息和行情分析

李某某等人在本案中并没有通过伪造所谓内幕消息和行情分析或虚构股票投资的分析、预测、建议。李某某等人向客户推荐股票的信息来源于对其他证券分析师公开分享投资信息的分析及建议，并结合当前国家的产业政策及自己的股票投资经验综合得出结论，并未伪造任何足以使客户陷入错误认识的投资信息，且从主观上讲，按照事前约定，在客户盈利的情况下，李某某才会有盈利分成，李某某与客户在利益上具有一致性，所以李某某不存在刻意或者恶意杜撰投资信息，随意或者恶意引导客户投资的主观动机。这一点，也与其他利用虚假交易平台诱导客户充值炒股有明显区别。

（四）本案客户最终处分财产与李某某前期的包装荐股账号、隐瞒不具备荐股资质没有刑法上的直接因果关系

本案中李某某前期确实存在包装荐股账号，隐瞒不具备荐股资质的问题，退一步讲，即便此时客户因为李某某的上述行为陷入错误认识，但是此时客户并未因该错误认识而处分财产。客户后期处分财产向李某某转账分红的行为是基于李某某等人推荐的股票盈利，而非基于对李某某包装荐股账号、隐瞒不具备资质的错误认识；如果依据一审的审判逻辑，客户处分财产是基于对李某某包装荐股账号、隐瞒不具备荐股资质的错误认识，那么无论客户股票是否盈利，客户均会因该错误认识向李某某处分财产，而一审判决认定本案的事实是，客户均是在股票盈利的情况下向李某某处分财产，由此可见，即便客户前期因李某某包装荐股账号、隐瞒不具备荐股资质而陷入错误认识，其最终处分财产的行为也与该错误认识没有刑法上的因果关系。

因此，一审判决认定李某某等人“采取了虚构荐股专业人员的事实，隐瞒了不具有荐股资质的真相，使股民陷入错误认识并最终处置了本属于自己的财产，李某某等人获取的利益与股民的财产损失之间存在刑法意义上的直接因果关系”，

该认定是错误的，他忽略了客户转账是基于股票盈利的事实，单纯的包装、隐瞒行为并不足以让客户处分财产。

二、本案与单纯的“杀猪盘”等荐股类诈骗存在明显区别

依据本案证据材料显示，常某某被诈骗 167 万元案的事实基础是常某某操作的“中信证券”APP 系虚假的证券软件，股票交易平台的虚假、资金池的虚假导致常某某将资金充值进入该虚假证券账户的同时，已经完全丧失了对资金的占有，后续资金的提取和支付，已经完全非本人能够控制，在这一时间点，犯罪分子已经完成了对常某某前期的诈骗活动。至于后期常某某能够有零星的提现活动，完全非因自己能够控制交易平台，而是诈骗分子为骗取常某某更多资金，采取的故意行为。待犯罪分子认为时机成熟，通过虚假交易平台，实现对股票涨跌及资金池的控制，最终限制客户取现，完成对常某某的最终诈骗。一定需要明确一点，常某某被诈骗并非在常某某不能提现时才完成，从时间节点上看是在常某某资金进入虚假交易平台的同时已经完成。

同理，在宜某对常某某 5000 元诈骗活动中，宜某系先私下收取客户 5000 元会员费，但没有提供等值的会员服务。在私下收取常某某 5000 元会员费且不提供相关咨询服务的同时已经完成对常某某的诈骗。

而在本案中，客户交易是在正规的证券交易平台，资金及账户完全由本人控制，客户也仅仅是在股票盈利的情况下按照事先约定对盈利的一种分成，而且该分成完全基于客户的自愿，非李某某等人能够强制，上述分成对客户来讲更多是对李某某荐股盈利的一种感谢。客户后期在办案材料中对李某某等人的“控诉”，更多是对股票下跌导致亏损的一种情绪发泄，而股票市场的下行及亏损，非李某某能够控制，更多是基于市场因素。

三、一审判决认定的犯罪金额与事实不符

本案一审开庭前及二审开庭前，辩护人均申请对李某某案的涉案流水进行司法会计鉴定，但截至本次开庭前，合议庭均未对该申请予以回应。辩护人需要指出，对犯罪数额的统计，不能仅仅是对李某某等人涉案账户流水的简单相加，一审辩护人提出银行流水中存在李某某办理网贷及其他业务及张丽某账户中与杜某民间借贷的资金即杜某账户名下消费等与本案客户无关的支出，及李某某称退还客户的资金均应当在本案犯罪数额认定中予以扣除。且在庭审过程中，李某某与

杜某均供述称案涉收款账户与客户缴费及其他个人消费混用，应当予以区分。客户投入股票市场的资金金额也未查清。如果无法查清，最高只能以侦查机关已经查明的包括赵某等 39 人共计 185492.5 元为准认定本案的犯罪金额。

四、本案李某某等人的行为构成非法经营罪

国务院办公厅《关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》规定：“严禁非法经营证券业务。股票承销、经纪（代理买卖）、证券投资咨询等证券业务由证监会依法批准设立的证券机构经营，未经证监会批准，其他任何机构和个人不得经营证券业务。”

因为非法经营证券业务包含未经中国证监会业务核准而从事证券投资咨询的情形，所以如果行为人未取得相应业务资质，进行证券投资分析、预测或者建议等直接或者间接有偿咨询服务活动的，可被认定为非法经营证券业务。根据《刑法》第二百二十五条第三项，自然人或机构未经国家有关主管部门批准非法经营证券业务，扰乱市场秩序，情节严重的，可能涉嫌非法经营罪。

辩护人认为，不能一提荐股就认为构成犯罪，单纯的推荐股票行为如在亲戚、朋友之间的相关推荐、交流没有任何违法性，如果规模荐股并依靠此作为经营手段，才可能构成违法或犯罪。法律保护的是证券市场的正常经营秩序，在规范秩序的过程中相关人员要严格准入，资质的审查尤为重要。在本案中，李某某等人就是在没有股票推荐资质的情况下，对客户提供投资分析、预测及建议服务，并在事前约定的基础上依据自愿原则对客户的盈利进行分成获利，该行为扰乱了股票交易的正常经营监管秩序，是一种典型的“无照经营”或“无证经营”，因此构成非法经营罪。

五、一审判决认定李某某等人在本案中的行为模式与其他同类案件完全一致，但结果却南辕北辙

本案一审阶段的辩护人提交了全国其他法院关于不具备资质荐股后参与分成被认定为非法经营罪的同类判决，这些判决被一审法院无视，具体的判例在此不做赘述，希望二审合议庭能够审慎对待。

辩护人要着重强调的是与本案有极强牵连关系的山西 Y 市张某某案和 X 市程某某案。在张某某一案中，最终 XX 市人民法院（2024）X0881 刑初 12 号刑事判决书认定“经审理查明：2020 年 8 月至 2022 年 8 月，被告人张某某购置电脑和手

机，先后在Y市Y区某公寓二楼、某园社区大观广告六楼，单独或者雇佣郝某、张某某、郭某等人在没有任何股票分析能力的情况下，冒用网络股票评析名人或者助理的名义，关注其“粉丝”，利用“粉丝”对股票评析名人的信任，向“粉丝”推荐股票并约定获利五五分成，利用张丽某的银行卡及张某某的支付宝收款二维码收取“粉丝”分成款，共收取“粉丝”股民陈国某、殷智某、袁智某等人转入款项755720.28元，张某某支付员工郝某、张某某、郭某等人工资和提成共计683506.5元，其中给郭某发工资4035元，张某某自己得款72213.78元。而本案一审判决查明“2021年3月份，被告人李某某在山西省Y市Y区注册成立“福某网络科技有限公司”。……李某某为了谋取非法利益，明知自己及公司均无股票推荐资质，招募同样不具备荐股资质及专业知识的被告人杜某担任公司主管，李晓霞等人为业务员，从事向股民推荐股票并向股民收取利润分成的活动。”

通过两案认定事实的对比我们可以发现，两案被告人的行为模式均包括以下几点：1、无股票经营相关资质；2、冒用财经名人身份；3、向他人推荐股票；4、事前约定在客户盈利的情况下进行利润分成；5、客户在盈利后进行了利润分成。

其中张某某案被告人张少某供述称（张某某案判决书第25页）：“我通过张某某到国强的公司上班，当时国强的公司的主要业务就是冒充股票分析师等名人给别人推荐股票，获利之后给公司抽成，我在国某公司干了两个月左右，我学会了这些方法后，我就给张某某说我想在永济成立一个和国某一样的公司，采用同样的方式挣钱，我给张某某说了以后，他愿意和我合伙开公司。”由此可知，张少某、张某某等人公司与李某某公司的经营模式是一致的。

辩护人建议，在辩护人提交张某某案判决书的基础上，为进一步对比两案的区别，避免同案不同判及错案发生，建议合议庭向山西省Y市中级人民法院调取张某某案全部卷宗材料。

此外2013年XX市某某区人民法院（2013）X刑初字第61号刑事判决认定“程某虎给员工提供股票信息、广告、成功案例截图等信息发到员工群内，员工将这些信息转发给各自搜寻的好友，对取得联系的好友，员工按培训资料的要求，冒充自己在知名证券公司上班，有分析师团队和操盘团队，能掌握内幕消息股等骗取受害人的信任，向受害人推荐股票，并约定盈利后利润五五分成，让盈利的客户将利润的一半打到名为胡某玉、张某某、张某某、李甲四套账号中的其中一

个账号；对多次盈利的受害人，推荐其做 VIP 客户，先期收取 4800 元以上的费用，再推荐股票，对股票被套的，则让客户持有或补仓。期间，部分客户感觉受骗，主动退出或者删除与其联系的 QQ 号码；部分客户购买推荐的股票赔钱后，程某虎等人只是表示再推荐好的股票赚钱填补亏损，放任客户的股票，直至失去联系。”该案同样被 XX 市 XX 区人民法院判决认定为非法经营罪，相关判决书已经提交法庭，在此也不再赘述。

这两个案件，一个人员组成与本案有极强的牵连关系，一个与本案同属 XX 市辖区人民法院管辖，但本案结果却与上述两案南辕北辙。上述两案判决已经生效，如本案定性为诈骗罪，则法律的威严及公平的尺度就会被肆意破坏，无法让人信服。

六、本案的最终定性直接影响到李某某案的其他人员

本案被告人除李某某、杜某外，还有多名被告人处于取保候审状态，本案的最终定性将对其他人员的定罪量刑有决定影响，本案涉案人员绝大部分为山西运城永济籍人员，对李某某案及张某某案都极度关注，如最终两案判决南辕北辙，必不能使得上述人员心服口服，对后续人员的逮捕、诉讼必将引发一系列的申诉、信访问题，本案绝不是简单的个案，恳请合议庭考虑该案后续可能造成的社会效果。

综上，辩护人认为一审判决适用法律错误，部分事实不清，将本案李某某等人的非法经营行为错误定性为诈骗，对被告人处于极重的刑罚。本案为明显错案，恳请合议庭以事实为依据，以法律为准绳，依法改判或发回重审，真正做到不枉不纵，切实保护各被告人的合法权益！

关于犯罪嫌疑人王某某涉嫌诈骗罪的法律意见书

——河南元相律师事务所 胡良瑞⁸⁵ 胡良托⁸⁶

案情简介：

2021年1月15日左右，王某某到其家中说驻马店有一片树，大概四五十亩地，砍伐证已经办好，但是需要交竞标资金，向给其借八十万，并承诺事后利润平分。2021年1月18日郭某某通过农行向其转账60万，又过两天，王某某说还需要20万，郭某某又通过农行向其转账20万，之后王某某一直以各种理由推脱，也未去驻马店砍过树，并且前几天一个自称刘局的人约其见面，防止王某某之前说的刘局是假的，是一个叫张涛的医生冒充的，张涛向其承认是其冒充的刘局，方知被骗。郭某某以因与王某某合作砍伐树木被人诈骗，向公安机关报案。

公安机关受案后，以王某某涉嫌诈骗80万元采取刑事拘留措施，由胡良瑞律师、胡良托律师共同承办本案。承办人撰写了不构成诈骗罪的《法律意见书》，不构成诈骗罪的观点被检察院采纳，后按照伪造国家机关证件罪批捕。

当事人对伪造国家机关证件供认不讳，检察机关量刑建议一年六个月，罚金五千元。承办辩护律师积极与公诉人和法官沟通应参照河南省常见犯罪量刑指导意见（试行）规定对当事人的刑期量刑应在一年二个月以下，法院采纳辩护意见判处一年两个月，罚金五千元。

因当事人未被诈骗逮捕、判处，报案人一直在信访，办案单位考虑到实际情况决定不适宜缓刑。

85 胡良瑞，河南元相律师事务所副主任，九三社员，中国政法研究生班研修，担任市律协财税委委员、企业合规委委员，河南司法警官职业学院兼职教师。

86 胡良托，元相律所专职律师，中共党员，郑州大学硕士研究生，初级会计师，河南司法警官职业学院外聘导师。

周口市 S 县公安局/人民检察院：

河南元相律师事务所接受犯罪嫌疑人王某某妻子牛某某的委托，依法指派胡良瑞律师、胡良托律师担任犯罪嫌疑人王某某涉嫌诈骗罪一案的辩护律师，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国律师法》之规定，现根据了解的案件事实及现行法律规定，提出如下法律意见：

一、关于案件事实

根据犯罪嫌疑人王某某陈述及我们走访了解情况，得出以下案件事实：

王某某常年做板材生意。2019 年 9 月，王某某通过冯某某认识邢某某，冯某某系邢某某的姨夫。

王某某通过邢某某认识了其朋友高某（音）。邢某某、高某以在 Q 县有林场资源，可通过采伐后出售赚取中间差价盈利。高某对王某某称“此采伐项目需要资金 140 万元，让王某某多准备些，即 200 万元”。

王某某向朋友于某某说明此事，于某某缺少资金并引荐郭某某。后郭某某、王某丽、于某某、王某某一同前往确山博山林场（音）进行考察，郭某某并意向投资。2021 年 6 月份、2022 年 8-9 月份，王某某分两笔收到郭某某的汇款共计 80 万元。王某某向郭某某出具欠条。

邢某某让高某出面与王某某进行业务对接，分别向王某某引荐 Q 县博山林场（音）书记李威、林业局局长赵站（音）、驻马店市政府秘书长马国安（音）等人。对接期间产生有宴请、烟酒、现金等费用 30 万元左右。高某多次向王某某等人称“项目快成了”“需要省里专家来评审”等等。后来邢某某交给王某某一份《林木采伐许可证》，王某某转发给郭某某等人。期间，邢某某以能够取得 Q 县林场采伐项目为由向王某某索要前期费用 59 万元（其中银行转帐 29 万元、现金 30 万元有（音）闫某峰、闫某田、赵某勇、闫某、闫某华在场）。邢某某向王某某索要费用总计达 117 万元（含上述 59 万元）。时至今日，林木采伐项目没有进展。

2022 年，于某某、董继承、郭某某等人开始向王某某分别催要预付款、出借款。其中郭某某想通过王某某约高某一起去见领导被拒，就和王某某一同去见高某。郭某某询问高某“事情到哪一步了？”，高某称“事情快成了，就等着分钱。”见完高某后，郭某某对王某某说“高某这个人挤眉弄眼，太鬼了，不能共事”，郭某某称“不会看错人”。然后就回去了。

2023 年 2-3 月份，王某某通过邢某某的朋友听说“邢某某被判刑了”。2023 年 5-6 月份，郭某某向王某某再次催要欠款，王某某年关向郭某某还款 10 万元。截止目前，王某某尚欠郭某某 70 万元。

综上，债权人董继承、于某某、郭某某分别采取以下措施主张债权：

- （一）董继承向项城市人民法院起诉向王某某主张权利。
- （二）于某某基于和王某某朋友关系，没有起诉。
- （三）郭某某向 S 县公安局控告王某某诈骗，形成本案。

二、本案存在的相关疑问

第一，郭某某在“投资”林场向王某某“出借”款项前，前去 Q 县林场考察，后期林木采伐项目没有进展又与王某某一同见高某本人询问情况且得到高某的答复称“事情快成了，就等着分钱吧”等，能够说明郭某某对王某某从事的林木采伐项目是了解的、知情的，王某某对其没有虚构事实、没有隐瞒相关情况，“投资”出借款项系郭某某自己决定的。

第二，王某某前期给相关当事人出具书面欠条、签署协议等，在林木采伐项目一直没有进展后和多人向王某某催促还款时，王某某没有逃避，而是一直在积极筹钱、想办法还钱。上述均能够证明王某某不具有非法占有他人钱财的目的。多个录音文件中能够体现王某某不符合诈骗罪的构成要件，恰恰能够说明王某某被邢某某、高某等人欺骗的事实。

第三，本案出现“案中案”，Q 县林场李威（音）、林业局赵站（音）、驻马店市政府秘书长马国安（音）、邢某某、高某（音）、等人均在本案中有着决定相关事实的作用。

第四，本案王某某是否存在以非法占有为目的的诈骗？是否存在虚构事实或者隐瞒方法让他人陷入错误认识致使他人受到财产损失？根据上述事实可以得出，郭某某、于某某等人不符合诈骗罪中“受害人”的身份构成要件，王某某也不符合诈骗罪的行为人。案件性质有待商榷。

三、相关法律意见

综合对犯罪嫌疑人王某某的主观心态、本案存在的疑问以及案外人董继承通过民事诉讼起诉主张权利等情况，我们认为办案单位应当慎重考虑对王某某的行为定性，同时建议对王某某变更强制措施为取保候审。

（一）本案核心问题应当重点区分诈骗犯罪与民事欺诈行为二者之间的性质差异

1. 根据《刑法》第二百六十六条之规定，诈骗罪是指以非法占有为目的，采用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。民事欺诈行为则是指在民事活动中，一方当事人故意以不真实情况为意思表示，使对方陷入错误认识，从而达到引起一定民事法律关系的不法行为。《民法典》第一百四十九条对此作了专门规定。

（1）从概念上可见诈骗犯罪与民事欺诈有诸多相同点：

	相同点
借贷型诈骗	1. 行为人主观上都具有欺骗故意，意图使对方陷入错误认识，以谋取一定的非法利益。 2. 行为人客观上都采用来捏造事实、歪曲事实、隐瞒事实真相的手段，都具有欺骗对方的行为。 3. 都发生在日常经济交往过程中，两者都对受害人的财产不法占有。
民事欺诈	

本案中，郭某某向王某某投资林木采伐项目，王某某向其出具欠条，款项用途全部用于Q县林场林木采伐项目活动。王某某不具有非法占有的目的，即便其确有虚构部分事实或者隐瞒真相的行为，但其实施行为并非为了实现非法占有的目的，因此王某某的行为不符合诈骗罪的构成要件。

（2）本案侦办中应从王某某的欺骗内容、欺骗程度和欺骗结果三个方面进行界分：

	借贷型诈骗	民事欺诈
欺骗内容	整体事实或者全部事实的欺骗	个别事实或者局部事实的欺骗
欺骗程度	行为人采用的欺骗手段达到了使他人产生错误认识并处分财物的程度	行为人虽然采用欺骗手段，但并没有达到使他人无对价交付财物的程度
欺骗结果	行为人谋取的是对方当事人的财	当事人主观上有谋取不正当利益的

	物，即使行为人有表面上的“履约”行为也只是掩人耳目或者迷惑对方的行为，是为了犯罪的顺利实施而付出的犯罪成本	目的，但这种利益是通过民事行为实现
--	---	-------------------

根据上述界定要素和内容，我们认为王某某与郭某某之间充其量属于民事欺诈行为，由此王某某与相关债权人产生的纠纷，应通过民事诉讼方式予以解决，不应予以刑事追究。

（二）具体到本案，王某某在欺骗内容、欺骗程度、欺骗结果上不具备刑事诈骗犯罪的实质要件

1. 欺骗内容上。民事欺诈是个别事实或者局部事实的欺骗，诈骗犯罪则是整体事实或者全部事实的欺骗。

（1）本案中，王某某将邢某某交付的《林木采伐许可证》转发给郭某某等其他人的行为，其主观意图是为了缓解债权人向其索要款项，意在解决眼下的经济拮据，并且王某某一直都在向邢某某、高某等人追问“确山林场项目”进展情况。种种迹象表明，王某某是想促成“确山林场采伐项目”进行盈利后积极还款。

（2）关于邢某某向王某某交付的《林木采伐许可证》不真实问题，我们认为在本案中则属于合同欺诈性质，不能简单的归结为刑事诈骗范畴。

2. 欺骗程度上。如果王某某采用的欺骗手段达到了使他人产生错误认识并处分财物的程度，构成诈骗罪；如果王某某虽然采用欺骗手段，但并没有达到使他人无对价交付财物的程度，则可能只构成民事欺诈。一般而言，民事欺诈行为人为减轻责任，可能进行一定程度的辩解，但不会逃避承担责任；而诈骗犯罪的行为人则是要使自己逃避承担责任，最终使对方遭受损失。

（1）本案中，王某某没有逃避债权人索要款项，没有更换手机号码，没有下落不明躲避债务。在董继承民事起诉案中，王某某被项城市人民法院采取司法拘留措施，其依法积极面对承担法律后果的行为，均能够充分表明王某某没有逃避自己的责任。

（2）王某某将邢某某交付的《林木采伐许可证》图片转发给郭某某等人的行为，虽然具有“欺骗”成分，但对于王某某而言依然属于民事欺诈成分，郭某某等人也不是因收到了该证件图片后直接遭受了财物损失。

3. 欺骗结果上。本案应当从王某某主观上是否具有非法占有目的上进行区分。民事欺诈行为中，当事人主观上也有谋取不正当利益的目的，但这种利益是通过民事行为，如通过合同的履行而实现合同的利益；而诈骗犯罪是以非法占有为目的的犯罪，行为人谋取的不是民事行为的对价利益，而是对方当事人的财物，即使行为人有表面上的“履约”行为，也只是掩人耳目或者迷惑对方的行为，是为了犯罪的顺利实施而付出的犯罪成本。

（1）诈骗犯罪中非法占有目的的推定，可以参考《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》综合考虑、审查分析以下几个要素：（1）要看行为人主体身份是否真实，行为实施对象是陌生人群还是熟悉的人甚至是朋友、亲戚；（2）要审查行为人在行为当时有无履约能力，有无归还能力；（3）要审查行为人有无采取诈骗的行为手段，有无实施虚构事实、隐瞒真相的行为；（4）要审查行为人有无履约的实际行动，有无积极准备做相应工作；（5）要审查行为人未履约的原因，是因为意外事件、行为人过失等原因造成不能履约，还是根本不想去履约；（6）要审查行为人的履约态度是否积极，是否按时、按计划履行合约；（7）要审查行为人对财物的主要处置形式，如有无肆意挥霍、有无使用资金进行违法犯罪活动；（8）要审查行为人的事后态度是否积极，如有无抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金，有无在获取资金后逃跑行为。但是以上因素不能孤立地用于证明行为人是否有非法占有的目的，应该坚持主客观相统一的原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，应综合案件各种事实综合考量，审慎判断。

（2）本案中，王某某依上述是不符合诈骗罪中非法占有目的要件的。王某某因受邢某某、高某等人的欺骗，将巨款分多次交付邢某某、高某等人，因确山林木采伐项目没有落实，直接造成郭某某、董继承、于某某等人的欠款没有着落。结合上述背景，实际上属于王某某在面对债权人索要款项时无能力偿还，但并不赖账，此种情况不宜以诈骗罪论处。

（3）本案中，王某某不存在虚构事实等情形。因此退一步来讲，即便在有证据证明王某某在向他人借款时存在欺骗行为的，也不能直接就认定王某某涉嫌诈骗，还应综合考虑其他客观表现，判断其主观上是否具有非法占有的目的。

（三）刑事诈骗与民事纠纷之间无论外观多么相似，仍有着本质区别

1. 我们认为，本案在对刑事诈骗与民事纠纷二者性质进行认定时，既要破除思维惯性，防止对具有民间借贷外观的行为一律作为民事纠纷处理，而应对借款

人的客观行为及其他客观因素进行综合分析判断，对其中具有非法占有目的，符合诈骗罪犯罪构成的行为，应依据刑事法律予以规制。

2. 我们认为，本案要避免单纯根据“借钱不还”后果进行客观归罪。在对王某某“诈骗”行为进行认定时，要符合刑法的谦抑性，坚持主客观相一致原则及罪责刑相适应原则，严格按照刑事证明标准，防止将涉及“借钱不还”情形中没有达到严重法益侵害程度，通过民事法律即可以调整的行为作为犯罪处理。本案能否公正办理，其实只是对常识的检视以及对刑法底线的坚守。违背常识与丧失底线，就是人为在制造冤假错案。

综上所述，犯罪嫌疑人王某某不存在虚构林场树木采伐的事实、也没有隐瞒林木采伐的真相，更不存在非法占有债权人财物。没有以非法占有财物的主观意图和目的，其与控告人郭某某等人之间应属民事经济纠纷，应通过民事诉讼予以解决，而不应通过刑事手段对其打击和评价。

如果本案构成诈骗，我们认为高某、邢某某等人在本案中系关键人员且涉嫌刑事诈骗犯罪，王某某存在被上述人员诈骗的可能。基于此，王某某应为被诈骗的受害人/证人，而不是与郭某某等人中的诈骗犯罪嫌疑人。为此，我们强烈建议并要求将王某某被邢某某、高某等人诈骗行为，与本案一并侦查处理。

以上法律意见，望予酌虑。谢谢！

关于杨某 1 涉嫌故意杀人罪一案辩护意见书

——河南林起律师事务所 姜拴胜⁸⁷ 郑斌⁸⁸

案情简介：

2023 年 11 月 2 日晚，杨某 2 得知其弟杨某 1 女朋友李某与其他人相约吃饭，便与李某闺蜜申某一同寻找李某，期间多次与杨某 1 通话沟通情况。杨某 1 驾车从郑州回到民权，与其兄杨某 2、申某汇合后去寻找其女朋友李某，后在李某家门前碰见送李某回家的郭某。杨某 2 与郭某发生口角，郭某随即打电话喊来吕某，二人一起殴打杨某 2。杨某 2 随即迅速逃离。申某喊来在李某家中的杨某 1 并告知其郭某、吕某正在追逐杨某 2，杨某 1 便驾车撞倒正在骑电动车的郭某、吕某，导致郭某重伤，吕某当场死亡。杨某 1 随后以发生交通事故为由报警，并在现场等候交警处理。现场勘察之后，杨某 1 按照交警要求自行前往交警大队等候处理。交警研究后认为本案涉嫌刑事犯罪，遂将案件移交刑侦大队。杨某 1 在第一次接受刑警审讯时主动交代了全部案发经过。

87 姜拴胜，中共党员，法学硕士，河南林起律师事务所主任，郑州仲裁委员会仲裁员，河南省省级政府法律顾问人才库成员。

88 郑斌，中共党员，河南林起律师事务所专职律师，律所管理委员会秘书。

尊敬的审判长、审判员：

河南林起律师事务所依法接受被告人杨某1父亲杨某的委托，指派姜拴胜、郑斌律师担任本案犯罪嫌疑人杨某1的辩护人。现辩护人依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第三十七条、《中华人民共和国律师法》第三十一条之规定，基于本案现有证据及今天的庭审情况，针对《起诉书》指控的内容，就本案定性及量刑问题发表如下辩护意见：

一、辩护人对公诉机关指控的罪名不持异议，但需要向法庭说明的是本案中杨某1的故意类型属于刑法理论中的间接故意，根据有关规定，应比照直接故意对其从宽处罚

（一）直接故意与间接故意

我国刑法理论根据认识因素与意志因素的内容，将故意分为直接故意与间接故意。直接故意是明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望这种结果的发生的心理态度。间接故意是明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。

（二）本案中认定杨某1为间接故意的理由

首先，从本案证据证实的本案案发起因来看，本案系因二被害人与被告人杨某1的哥哥杨某2发生纠纷，继而殴打、追逐杨某2而引发。被告人杨某1与二被害人不存在直接重大矛盾，更不存在任何的深仇大恨，按照生活常理，其并不存在非要置二被害人于死地的直接杀人故意。

其次，从证据反映出来的杨某1在撞击之前的松开加速踏板、向左打方向盘等操作行为来讲，亦能够说明其主观心态并不希望和积极追求二被害人死亡后果的发生，即使可以评价为放任，也是主观心态上一种有限度的放任。因为从逻辑上讲，向左打方向盘将是起到规避机动车与电动车碰撞、至少是避免二者正面碰撞、减少机动车与电动车的接触面积的作用，这显然是一种有意减轻危害后果的行为表现。从社会一般人的认知出发，若是开车直接故意杀人的情形，应是在撞击之前不会松开加速踏板，甚至撞击之后仍要加速以拖行，且撞击接触点多为车辆正前方以强化撞击的致害性，以确保犯罪目的的实现。

再次，从本案被告人杨某1驾驶的机动车与被害人驾驶的二轮电动车碰撞位置来讲，该位置位于机动车右前大灯附近范围，从当时作为机动车驾驶人的杨某

1 本人的视角看来，其视角中的预想碰撞位置要比实际碰撞位置更靠车辆右侧。这再次表明了杨某 1 真实的主观心态并不希望和积极追求二被害人死亡后果的发生。

最后，从案发后杨某 1 立即拨打 120 电话，积极救治被害人的行为表现上讲，也可以说明其主观上并不希望发生被害人死亡的危害后果。

（三）应比照直接故意，对被告人杨某 1 从宽处罚

直接故意情形下被告人的主观恶性比间接故意要大，人身危险性也要比间接故意要强。最高法《关于审理故意杀人、故意伤害案件正确适用死刑问题的指导意见》第二条中也明确指出“在直接故意杀人与间接故意杀人案件中，被告人的主观恶性程度是不同的，在处刑上也应有所区别。”据此，应比照直接故意，对被告人杨某 1 从宽处罚。

二、辩护人认为本案事实上属于“多因一果”，对被告人量刑时应予以充分考虑

对于本案的损害后果，与被告人的撞击行为之间存在因果关系自不待言，但依法应将以下两点事实一并评价为形成损害后果的原因。

（一）本案现有证据不能排除本案死亡被害人吕某 172.09mg/100ml 的血液乙醇含量与其死亡后果存在因果关系

正如在质证举证程序中辩护人已指出的，本案在有证据证实吕某当晚大量饮酒且其血液中乙醇含量为 172.09mg/100ml 的情况下，死因鉴定意见却只字未提及吕某血液中乙醇含量的事实，即使在“解剖检验”部分对胃内物的描述中亦无乙醇有关的任何记录。特别是，该鉴定意见明确显示有“颅内未见骨折，颅内可见广泛蛛网膜下腔出血”，在法医学上，过量饮酒正是颅内蛛网膜下腔出血的重要诱因之一，该鉴定意见遗漏吕某血液中极高乙醇含量的事实，未就该事实与其颅内蛛网膜下腔出血伤情及其死亡后果之间是否存在因果关系及原因力大小进行评价、鉴定，不能排除合理怀疑。根据存疑有利于被告人的刑法原则，应当认定吕某 172.09mg/100ml 的血液乙醇含量与其死亡后果之间存在因果关系，并在杨某 1 的量刑中充分考虑，对其从宽处罚。

（二）碰撞前被害人郭某在机动车道上载人骑行电动车、并不断向机动车道路中央偏移的行为，客观上与碰撞发生及二被害人损害后果之间也存在事实上的

因果关系

案发视频清晰的显示，碰撞发生前，被害人郭某驾驶电动车在机动车道上载着吕某人骑行、并不断向路中央偏移。结合本案碰撞位置是位于机动车右前大灯附近，以及机动车驾驶人的视角误差问题，郭某的行为客观上增大了小轿车与电动车碰撞的几率、加大了二者的碰撞接触面积，与碰撞发生及损害后果之间存在事实上的因果关系。特别是，本案证据显示郭某的乙醇含量仅为 26.35mg/100ml，并未达到醉酒状态，具有对危险的识别、判断和躲避能力，但是其并未按照道路通行规范要求非机动车道上骑行电动车，并未尽到安全注意义务，也未对后面来车进行理性的躲避，相反，却选择在机动车道上骑行并不断地向路中央偏移。据此，辩护人认为郭某的行为在客观上与碰撞发生及二被害人损害后果之间存在事实上的因果关系。

三、杨某 1 在案发后主动报警并原地等待民警处理，构成自动投案。到案后在第一次讯问时如实供述了全部犯罪事实，系如实供述。因此，杨某 1 构成自首，依法可以减轻或从轻处罚

（一）被告人杨某 1 主动报警，并滞留作案现场等候警方处理的行为，具有自动性，应当视为自动投案

根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条第（一）款的规定：“自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人尚未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向司法机关投案。”本案发生在深夜凌晨 3 点，杨某 1 完全有条件逃离现场，但杨某 1 自愿选择主动拨打报警电话，并在原地等待民警抵达现场，并配合交警及派出所民警调查。现场调查完毕后，杨某 1 又在其父亲的陪同下、二人自行前往交警大队事故科等待处理，系主动将自己置于公安机关控制之下。据此，杨某 1 依法构成自动投案。

（二）杨某 1 到案后接受侦查机关第一次讯问时，对案件事实即作了全面如实供述，属于“自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实”

《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（法释[1998]8 号）第一条第二款规定：“如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实”。刑法设立自首制度的目的，就是鼓励犯罪人自动投案和如

实供述，以达到利用较低的司法成本查明案情，及时进行刑事追诉的目的。杨某1在第一次接受侦查人员的讯问过程中就如实供述了其全部犯罪事实，未对侦查机关查明案情造成任何阻碍，应当认定为“如实供述自己的罪行”。本案侦查机关出具的《起诉意见书》也认定杨某1到案后如实供述自己的犯罪事实。

（三）杨某1如实供述时侦查机关尚未掌握其主要犯罪事实

民权县公安局刑警大队第一次审讯杨某1的时间是2023年11月3日16时，同时民权县公安局刑警大队于2023年11月3日16时45分第一次询问李某，于2023年11月3日16时19分第一次询问申某，于2023年11月3日18时38分第一次询问杨某2。在此之前，仅有一份民权县公安局交警大队于2023年11月3日7时20分对申某的询问笔录，该笔录中申某对于案件事实的陈述极为简单、模糊、片面，与后来查明的案件事实差距极大。由此可知，民权县公安局刑警大队第一次完整了解案件事实即是通过杨某12023年11月3日16时的首次全面的如实供述，该供述为公安机关侦破案件减少了阻碍，节约了司法资源。

（四）被告人在案发现场接受交警的口头询问时未作如实回答，并不影响其自首的成立

首先，这并非是侦查人员的正式的询问；其次，其在2023年11月3日16时10分的侦查人员对其首次讯问时即作了如实全面供述，该时间点距离案发现场交警询问的时间尚不足13小时。第三，《刑法》第六十一条规定：“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条第2款第1项规定“如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实”。我国刑法和司法解释并未对“如实供述”的时间节点做严格限制性规定，杨某1的供述具备及时性和自愿性，且其后续供述、包括当庭供述始终一致、稳定，应当构成自首。

（五）被告人在第三次讯问笔录中对罪名提出异议，属于其对行为性质的辩解，不影响自首的成立

对行为性质的辩解，是指被告人在如实供述主要犯罪事实的基础上，对于自己行为的罪与非罪、此罪与彼罪、罪轻与罪重等问题的辩解，属于法律层面的评价；如前所述，杨某1已经如实供述主要犯罪事实，其对于故意杀人罪名的有关辩解属于对此罪与彼罪的辩解，不影响其构成如实供述的认定。

特别是，在本案中从法律上评价其并非是直接故意，而是间接故意，间接故意的故意杀人与故意伤害致死的罪名的区分、认定，在司法实践中也是难点问题，专业司法人员的意见尚且存在争议，我们当然不能苛责一名 19 岁的只有初中文化程度的不懂法的普通人从法律上准确地评价其行为性质。

四、杨某 1 在侦查阶段至今一直认罪认罚，认罪悔罪态度较好，依法应对其从宽处罚

“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第 6 条规定：认罪认罚从宽制度中的“认罪”，是指犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实没有异议。承认指控的主要犯罪事实，仅对个别事实情节提出异议，或者虽然对行为性质提出辩解但表示接受司法机关认定意见的，不影响“认罪”的认定。

本案中，杨某 1 自愿如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实没有异议。虽然在侦查阶段第三次的讯问笔录中对罪名提出异议，但根据“两高三部”关于认定认罪认罚的规定意见，并不能影响杨某 1 在侦查阶段即认罪认罚的认定。在审查起诉阶段被告人向辩护人表达了坚持认罪认罚的意见，辩护人也向承办检察员沟通了签署认罪认罚具结书的有关情况，当时因考虑到未与被害人方达成全面的谅解及量刑情况最终未能签署。今日庭审中，被告人继续明确表示自愿认罪认罚。

“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第三条第 9 款规定：“在刑罚评价上，主动认罪优于被动认罪，早认罪优于晚认罪，彻底认罪优于不彻底认罪，稳定认罪优于不稳定认罪；认罪认罚的从宽幅度一般应当大于仅有坦白，或者虽认罪但不认罚的从宽幅度。对被告人、被告人具有自首、坦白情节，同时认罪认罚的，应当在法定刑幅度内给予相对更大的从宽幅度。”据此，依法应对杨某 1 从宽处罚。

五、杨某 1 在案发前未受到过刑事处罚，无犯罪记录，平时表现较好，属于初犯、偶犯，依法应酌情予以从宽处罚

根据民权县公安局刑警大队出具的《杨某 1 无犯罪记录证明》杨某 1 对于本次犯罪行为属于初次犯罪、偶然犯罪。根据《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第 19 条规定，对于较轻犯罪的初犯、偶犯，应当综合考虑其犯罪的动机、手段、情节、后果和犯罪时的主观状态，酌情予以从宽处罚。

六、被告人案发后第一时间即拨打 120，积极救助被害人，悔罪表现较好，依法应对其酌情从宽处罚

最高法刑三庭《在审理故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件中切实贯彻宽严相济刑事政策》规定“被告人杀人或伤人后又抢救被害人行行为的，在量刑时应酌情予以从宽处罚。”

本案中，杨某 1 在事发后积极施救表现出了极大的悔罪心理，第一时间即拨打 120 急救电话，10 分钟后又再次拨打 120 电话催促尽快到达现场救治被害人，积极采取措施减轻危害后果，其主观恶性、人身危险性和再犯可能性较低，依法应对其酌情从宽处罚。

七、本案二被害人随意殴打他人，对犯罪行为的发生存在明显过错

如前所述，本案起因系二被害人随意殴打他人继而引发的刑事案件，而杨某 1 在与被害人碰面时持友好态度，杨某 1 离开后，被害人吕某与杨某 1 哥哥杨某 2 言语不和，便随意殴打杨某 2，而后吕某喊来郭某一起对杨某 2 进行殴打、追逐。在这个情形下，本案被告人方介入进来，最终演成本案的刑事案件。根据《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第 22 条：“因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪，应酌情从宽处罚。”据此，应对杨某 1 酌情从宽处罚。

八、本案属于因民间矛盾激化引发的刑事案件，属于激情、临时起意型犯罪，包括撞击前的向左打方向盘等行为，均可体现出被告人的主观恶性和人身危险性较小

本案证据证实本案属于因民间矛盾激化引发的刑事案件，属于激情、临时起意型犯罪，最高法刑三庭《在审理故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件中切实贯彻宽严相济刑事政策》中明确“被告人的主观恶性和人身危险性是从严和从宽的重要依据，在适用刑法时必须充分考虑。主观恶性是被告人对自己行为即社会危害性所抱的心理态度，在一定程度上反映了被告人的改造可能性。一般来说，经过精心策划的、有长时间计划的杀人、伤害，显示被告人的主观恶性深；激情犯罪，临时起意的犯罪，因被害人的过错行为引发的犯罪，显示的主观恶性小。对主观恶性深的被告人要从严惩处，主观恶性较小的被告人则可考虑适用较轻的刑罚。人身危险性即再犯可能性，可从被告人有无前科、平时表现即悔罪情

况等方面综合判断。……人身危险性小的被告人，应当体现从宽的精神。如被告人平时表现较好，激情犯罪，系初犯、偶犯的；被告人杀人或伤人后又抢救被害人行行为的，在量刑时应酌情予以从宽处罚。”，据此，本案中应充分考虑该量刑情节，对杨某 1 从宽处罚。

九、杨某 1 委托其亲属积极主动赔偿被害人及其家属，并取得了被害人或被害人家属谅解，依法应从宽处罚

最高法《关于审理故意杀人、故意伤害案件正确适用死刑问题的指导意见》指出，“对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发、侵害对象特定的故意杀人、故意伤害案件，如果被告人积极履行赔偿义务，获得被害方的谅解或者没有强烈的社会反响的，可以依法从宽判处。”本案案发后，杨某 1 委托其亲属积极主动赔偿被害人及其家属，并取得了被害人或被害人家属谅解，依法应从宽处罚。

十、对于本案的量刑，辩护人认为本案依法不适用死刑，依法应在无期徒刑以下裁量刑罚

如前所述，本案存在被告人属于间接故意、事实上的“多因一果”、被告人具有积极救助被害人、成立自首、具有认罪认罚、初犯、积极赔偿取得被害人或其家属谅解、被害人在案件起因上存在过错等多项法定或酌定从轻减轻处罚情节。

最高法《关于审理故意杀人、故意伤害案件正确适用死刑问题的指导意见》规定：“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑是我国一贯的刑事政策，必须保证这一重要刑事政策适用的连续性和稳定性；要以最严格的标准和最审慎的态度，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子，保证更有力、更准确地依法惩治严重刑事犯罪。”最高法刑三庭《在审理故意杀人、伤害及黑社会性质组织犯罪案件中切实贯彻宽严相济刑事政策》中也明确“对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件，在判处重刑尤其是适用死刑时应特别慎重，除犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重、人身危险性极大的被告人外，一般不应当判处死刑。对于被害人在起因上存在过错，或者是被告人案发后积极赔偿，真诚悔罪，取得被害人或其家属谅解的，应依法从宽处罚，对同时具有法定从轻、减轻处罚情节的，应考虑在无期徒刑以下裁量刑罚。”

另外，虽然案发时杨某 1 已年满 19 周岁，但从整个案发过程来看，其心智并未成熟，完全是在瞬间的情绪冲动下酿成的悲剧。被告人并非是穷凶极恶、无可

救药，案发前也是父母的乖孩子、公司的好员工。所以，在量刑层面，法院仍应坚持“教育、感化、挽救”的方针，对杨某 1 从宽处罚。辩护人恳请法庭能够充分考虑、采纳上述辩护意见，给杨某 1 一个改过自新的机会，对其在无期徒刑以下进行量刑。

程某某涉嫌诈骗罪一案二审辩护词

——北京天元(郑州)律师事务所 王永贞⁸⁹

案情简介：

本案系典型的请托型诈骗疑难复杂案件，历经多次审理，本文系第二次二审阶段的辩护词。

公诉机关指控，2012年，被告人程某某谎称能够帮助于某某等人协调解决外省的刑事案件，多次以送礼等为由，先后骗取于某某人民币3000余万元以及6套房产和公司股权等。法院第一次判决全部采纳了公诉机关的指控，以诈骗罪判处程某某有期徒刑十四年，并退赔巨额的非法所得。

辩护人在第一次二审期间介入，详细阅卷梳理，指出本案的问题，二审法院将案件发回重审。在法院重审期间，辩护人提交了十几项调取证据的申请，详细指出本案的问题，提交了26000余字的辩护意见，一审法院对检察院指控的大部分事实未予认定，对部分事实认定（约4000余万元），以诈骗罪判处程某某有期徒刑十二年六个月，程某某提出上诉。

二审期间，辩护人针对一审未解决的问题，继续发掘辩点，提出调取证据的申请，法院两次开庭审理，辩护人根据本案的事实、证据提出了11方面的大问题、36个具体问题，最终法院仅仅认定现金中的一部分（1000余万元）为诈骗，刑期再次予以降低，退赔金额也大幅下降，最大程度上维护了当事人的合法权益，追求了司法公正。

本案的意义是，请托型诈骗案发原因特殊，被告人与被害人的关系也很特殊，在代理这类案件时，要尤其重视客观性证据，要从纷繁复杂的乱象中去抽丝剥茧找出矛盾、发现问题、提出问题，从而追求司法的公正。

⁸⁹ 王永贞，天元郑州律师事务所合伙人，专注于经济、职务犯罪及刑民交叉等案件的辩护及应对。

尊敬的审判长、审判员：

上诉人程某某涉嫌犯诈骗罪一案，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》和《中华人民共和国律师法》的规定，北京天元（郑州）律师事务所接受程某某的委托，指派王永贞律师担任程某某的辩护人。接受委托后，辩护人经过详细查阅案卷材料，会见上诉人，并参加了庭审，现发表意见如下：

整体说，经过两轮的审理，通过梳理、比较卷宗材料、起诉书与一审判决书的变化可以看出，被害人因非法经营犯罪被 JS 省 JD 司法机关处理完毕后，被害人是满意的，后来因为二套房子部分房款的问题二人关系恶化，被害人先去天津提起行政诉讼，然后又去控告，且在控告时逐步地将所有的与上诉人有关或者有牵连的经济往来都控告为犯罪（控告的脉络：现金、股权—加两套房—加四套房—加王某某、王某 2 等转款），而公诉机关在面对矛盾和相反的证据时，简单的采信了被害人的单方说法。对于这个指控犯罪的过程，因为证言的模糊和笼统，表面上一看被害人似乎言之有理，但是经不起推敲，这中间有很多矛盾和不合理的地方，一审法院本着实事求是原则解决了一部分问题，但是没有彻底解决问题，甚至对根本性问题仍未解决——那就是本案被害人究竟有没有陷入错误认识？被害人有没有被骗？本案究竟是诈骗犯罪还是双方的经济纠纷被不当扩大了？对于这些问题，在二审中仍然需要查清。根据本案的证据，辩护人认为本案诸多事实没有查清，基于双方案发前的关系以及在所谓因诈骗上的涉及的事实来看，本案系双方的经济纠纷，不应作为犯罪处理。

一、本案认定程某某实施诈骗事由的证据属于孤证，于某某一方的证言存在很大的疑问和矛盾

（一）于某某、曹某某声称的“程某某以认识领导人六舅的儿子祈某为由骗取被害人信任，并可以摆平他们在扬州的案件，或者认识江某某的女婿以及多次送礼”的证言属于孤证

本案中，只有曹某某、于某某证明程某某称认识祈某，或江某某的女婿，以及程某某说送礼。程某某对此是否认的，此外再没有其他证人证明此事。而曹某某、于某某是夫妻关系，所以这个诈骗案的前提事由是属于孤证，在没有其他证据印证的情况下，孤证是不能定案的。

（二）于某某、曹某某证言中关于发现被骗的过程存在客观上的矛盾和切实

的疑问

1. 关于程某某何时给曹某某说认识领导人亲属，曹某某说法是矛盾的。根据曹某某在 2016 年 7 月 1 日的报案材料内容看，其称在 2012 年 8 月 15 日程某某来郑州 ZY 花园酒店时，程某某自称能摆平 J 区的案件，并说认识祈某；而在同日的询问笔录中，曹某某称程某某是当面给曹某某说认识祈某并可以帮撤销案件，曹某某当时告诉程某某“虽然我被取保候审，JS 省 JD 公安局警方还要来郑州进一步调查取证，到时候还要我继续配合，程某某就说到时候他也过来...我就相信他了”（公安二卷，第 5 页），根据曹某某的这次陈述看，程某某应该是在来郑州之前说的，也就是 8 月 15 日之前说的，那么就可以看出曹某某在仅有的两次关于程某某给其称找领导人亲属这个事上的说法，时间是矛盾的。2. 根据于某某的陈述（仅 2016 年 7 月 8 日陈述论及此事），在被上网追逃后，于某某当时去了香港，那一段时间程某某去了香港，在聊天的过程中程某某说认识祈某，可以通过祈某和江某某的女婿向有关单位施压摆平案件，就相信他了。从于某某的陈述看，是在香港在逃期间程某某告诉他认识领导人亲属的，至于后续的送钱打点公安等人员，都是程某某与于某某联系的。而于某某是 2012 年 4 月外逃香港，其说法非常笼统，没有明确是在何时、香港的什么地方说的。整体来说，曹某某在事情的起因上说法是矛盾的，而于某某说的又非常笼统，他们的说法是经不起推敲的。

（三）于某某、曹某某在所谓发现被骗的事由上是虚假的，本案的真实起因还是双方的经济纠纷

1. 从涉及的事实上来说，程某某以摆平案件为由涉嫌诈骗的事实从 2012 年 3 月到 2014 年 1 月，这横跨将近 2 年的时间，而曹某某是 2016 年 7 月 1 日去报案，其在解释报案理由时称：近期看到网上公布领导人的家庭成员情况，发现根本就没有六舅这个人，也没有祈某这个人，发现我们被骗了。而于某某称：在今年我看相关电视的报道说领导人就没有六舅，发现被骗（公安卷第 2 卷第 24 页）。他们两个人一个说是通过网上发现被骗，一个说通过电视报道发现被骗。但是，按照我们国家的相关规定及实践操作看，国家领导人的家庭成员信息属于国家机密的性质，是不可能在网或者电视上予以公开报道的。且经辩护人检索，并未检索到关于领导人家庭成员的报道或者相关资料。所以，曹某某、于某某所谓通过电视或网络知道领导人亲属不存在从而发现被骗的说法根本经不起检验，这只是

他们找到的一个理由。

2. 本案的形成恰恰符合程某某的说法，即系双方的经济纠纷引发。程某某在2017年1月7日第一次接受询问时就称：2014年底我和于某某因为经济纠纷不来往了。在2021年7月1日，程某某在讯问笔录中称：2014年8月9日，我与郭某有电话通话38分钟（其中郭某说到：程总，你给他那么多钱，这里的他指的是于某某），其中表述的是我和于某某的经济往来和相关纠纷事情。8月11日，郭某给我发一条信息，意思于某2向我要房子尾款，当天我和于某某联系（有录音），于某某明确表示：怎么还提到房子呢，那些事情早就过去了。在侦查阶段，程某某提交了其与于某某存在经济纠纷的证据材料，在一审阶段也再次提交，且有录音，这恰恰说明了本案的真实起因，那就是于某某认为与程某某存在经济纠纷，双方的帐，特别是涉及房子尾款的事情没有了解，进而去报案引发了本案。所以本案的发生并不是自然的，所谓的发现被骗的事由是一个无法证实的事由，真实原因只是双方的经济纠纷问题。

二、关于第一起事实的现金诈骗部分，鉴证报告存在虚假记载，但是，被害人于某某及关键的证人郭某、姚某某也作出了与鉴证报告虚假记载内容高度一致的证言，这绝不是偶然的错误，由此反映本案的关键证人及鉴定机构的相互串通，因此，本案的发案是人为制造的，被害人一方的证言应予排除

（一）鉴证报告的部分取现金额错误、虚假，但郭某、于某某、姚某某的证言也犯了与鉴证报告同样的错误，这是无法解释的，也反证郭某、于某某等据此作出的证言是虚假，并且这些关键的证据存在相互串通的问题

经仔细核对鉴证报告中郭某取现的金额与郭某的银行账号流水明细，发现存在以下错误：

1. 鉴证报告中鉴定阶段第4条（鉴证报告第5页，公安二卷，112页）称郭某1478账户2012年9月10日取现10万、10万、5万、5万，共30万元。根据郭某1478银行账户明细显示（公安五卷，70页），该日郭某的1478账户仅有ATM取现5000元，并没有另外的30万元取现。鉴证报告内容虚假。

2. 鉴证报告中鉴定阶段第6条（鉴证报告第6页，公安二卷，113页），郭某1478账户2012年9月26日取现80万元，9月28日取现620万，经核对郭某1478银行账户明细，在9月26日，郭某账户没有交易记录，在此前后，仅有一

笔转给姚某某的 620 万，并没有 80 万元的取现或转账记录。（公安五卷，71 页）。而根据郭某证言，由于其在老家，其便把 1478 银行卡上的款打给姚某某，姚某某取现后于 26 日交给程某某 80 万元，程某某打电话给郭某确认收到，郭某又电话告知于某某说 80 万交给了程某某。姚某某、于某某也作了同样的证言。对于一笔根本不存在的 80 万元，为何鉴证报告上显示有，而郭某、姚某某、于某某也都信誓旦旦的说有，且与鉴证报告保持一致，这不仅仅是郭某、姚某某、于某某证言虚假问题，更反映的是这些表面上的有罪证据是在串通作证，故这些证据是无法采信的。

3. 鉴证报告中鉴定阶段第 14 条（鉴证报告第 9 页，公安二卷，116 页），郭某 1478 账户 2013 年 11 月 18 日取现 300 万元，用以证明程某某存现 250 万元。经核对郭某 1478 银行账户明细，该日郭某账户取现 30 万元、ATM 取款 5000 元，并没有 300 万元取现（公安五卷，78 页）。而根据郭某及于某某证言看，都称取了 300 万交给程某某，并称郭某和程某某一起在兴业银行存 150 万元、在交通银行存 150 万元（公安二卷，50-51 页），说得有模有样，但当天仅取现了 30 万元，何来的 300 万元，由此可以看出二人证言的虚假及串通作证的情况。

通过上述分析可以看出一个很值得关注的现象，鉴证报告的部分金额发生了错误或虚假，而于某某、郭某、姚某某恰恰也都在这上面犯了错误，四者的错误高度一致，这是巧合？还是一种证据之间的串通或合谋？根据常识经验及法律规定来说，他们就各自经历的事情去作证，如果是真实发生的事情，他们的证言应该是一致的，但绝不应该在某些没有真实发生的事情上也保持错误的高度一致，只要有常识和法律基本素养的人都不难作出判断，他们为何会发生这么致命的高度一致的错误，所以本案的有罪证据是相互串通后形成的，这些证据属于伪证，也是非法证据，根据《刑事诉讼法》第六十一条的规定，应该予以排除。

（二）鉴证报告不客观，不全面，其系根据程某某的银行存现，用于某某一方的取现去凑数，这种凑数没有全面反映于某某一方的取现情况。表现在（仅举部分情况）

1. 鉴证报告中鉴定阶段第 3 条（2012 年 6 月 21 日于某某一方郭某账户取现 40 万，程某某 6 月 27 日存现 36 万元）（鉴证报告第 4 页），经核对郭某账户，其该日共取现 8 笔，计 128.9 万元，鉴证报告只抽取郭某取现的 4 笔共 40 万元来证

明程某某存现了 36 万元，这缺乏说服力，另外取现的 80 多万元干什么用了？咋能证明这 40 万与程某某存现的 36 万有关呢？

2. 为了凑数，将郭某取现的时间、金额打乱，去凑程某某存现的数额，缺乏合理性。

综合鉴证报告中鉴定阶段第 4 条、第 5 条（鉴证报告中第 5 页）看，为了凑够程某某 2012 年 9 月 18 日存现 100 万的金额，用郭某 9 月 10 日、9 月 13 日、9 月 18 日的共 8 笔取现去凑（其中部分取现就没有），但针对程某某 9 月 14 日存现 500 万的金额，用郭某 9 月 14 日的 3 笔取现去凑。

存在的问题是：按照郭某的说法分两次送给程某某现金，一次 9 月 14 日送 570 万，一次 9 月 18 日送 100 万，但 9 月 14 日送 570 万之前，按照鉴证报告显示，郭某已经取现了 60 万，照常理其送给程某某现金时应该先用这 60 万，不够的话再去取钱，而现在是其放着以前取现的钱不用，9 月 14 日当天取现 570 万元交给程某某，在 4 天后再次送钱时才把以前取现的钱用上交给程某某，这种做法符合常理吗？由此也可以看出，鉴证报告用取现的钱去凑够存现的思路很明显，这就丧失了鉴证报告的客观性标准。

3. 根据郭某的银行账户（6222...1478）明细可以看出，被害人一方经常有大额取现，现在截取其中的部分作为认定程某某犯罪的证据，缺乏标准和说服力。经统计，2012 年 3 月 1 日至 2014 年 6 月 22 日，郭某累计取现至少 5163.835371 万元（公安卷第 5 卷 65 页-87 页）。结合郭某账户的明细看，鉴证报告并没有对郭某的取现进行全面的披露，而只是部分摘抄，一是有时郭某账户一天取现多笔，鉴证报告仅将其中的部分取现列了出来，其他部分则忽略不计（比如 2012 年 6 月 21 日、2013 年 1 月 18 日等），二是更多的对一些大额取现完全忽略（这有很多，将近 2000 万），由此就导致本案始终缺乏一个合理的理由或证据用以证明于某某是如何区分给程某某的以及其他用途的。只有一种解释，那就是根据程某某的存现去对应于某某的存现，而这种倒推法既没有科学根据，也没有合理性，更存在错判的风险。

三、关键证人于某某、郭某在关于给程某某送钱的历次证言，纵向看，存在各自证言前后矛盾，横向看，二人证言存在很大出入，而其他送钱人员姚某某、李某等人的证言也存在矛盾，所以到底有没有给程某某送钱，完全达不到证据确

实充分的标准

（一）被害人于某某关于程某某诈骗其现金 33499900 元的陈述前后矛盾，致使案涉 33499900 元是否交付给程某某、交付多少给程某某均不能排除合理怀疑

整体来说，于某某在侦查阶段有 5 次陈述以及 1 份事实经过，关于案情的主要陈述在前两次笔录中。但如果稍加比对，可以发现其关于被骗的财物，在历次陈述中是不稳定的，其在 2016 年公安机关第一次询问时就被骗的财物进行了详细说明，并提交事实经过，但是在 2017 年 6 月 9 日的询问中，其陈述所送财物以及时间发生了很大变化，前后两次笔录中的办理事项与诈骗金额相同的仅有三件事，涉及金额为人民币 520 万元、美金 5 万元。其余大约 2500 万元的送钱事由、办理过程前后均不一致（详见附件，前后证言对比梳理），如于某某在第一次笔录中提到的合计 1000 万元现金在第二次笔录中只字未提；第一次笔录中称 2012 年 8 月分两次各送 4 公斤黄金，后面则不再说；第二次笔录中的很多送现金情况，都是第一次笔录中未提到其的，其作为被害人，对几千万的现金输送表述差异极大，不符合常理。

常理来说，作为被害人，对于被骗的资金应该是非常清楚的。但本案中，从被害人前后矛盾的陈述可以看出，其对于这些所谓的被骗是不确定的，再加之这些都是大额的现金方式，究竟有没有这些交易，目前看，是存在疑问的。

（二）关键证人郭某共有三次询问笔录，其关于向程某某交付款项的金额、地点等前后矛盾

1. 2016 年 11 月 12 日，郭某明确表示，其提出现金后交给了程某某，但是具体地点、时间、金额实在想不起来了（公安卷第 2 卷第 44 页）。2. 2017 年 6 月 10 日，郭某根据公司相关人员的账单和个人流水十分清楚的说出于某某是如何安排的、去北京的交通工具、与程某某的交付地点、亲眼看见程某某进行了存款等十分详尽的内容（公安卷第 2 卷第 47-51 页）。根据郭某银行流水来看，其有频繁的大额取现，金额远远高于 3000 多万，其是如何区分哪些钱是给程某某的，哪些钱是用于于某某的并没有任何标准或依据，或者直接回避了这个关键问题，从一般生活经验推断，仅凭郭某银行交易明细其根本不可能说出如此详尽细节，这种证言不合常理，这也是本案中表面上看有人言之凿凿的指认程某某，但缺乏说服力的重要原因。3. 2019 年 12 月 4 日，郭某又称取出的现金一部分给程某某了，一

部分给于某某，但是哪笔现金交给程某某哪笔是交给于某某的也记不清楚了，与2017年的笔录大相径庭。并称于某某从2017年开始多方投诉其敲诈勒索、诈骗，其认为于某某这个人不行（公安卷第2卷第68页），这说明不能排除二人有经济纠纷，同时，也对于某某的为人进行了评价，所以本案是否真正就是诈骗，值得警惕。

整体说，郭某关于向程某某交付现金证言的前后反复和变化，既不能起到证明确实向程某某交付指控的3000多万的目的，也进一步说明郭某在2016年10月详细表述向程某某交付现金细节的证言存在很大虚假的可能性。

（三）关于姚某某向程某某交付现金80万元、620万元的指控存在很大的矛盾，实践中也不具有可行性，相关证人证言存在很大的伪证可能性

于某某、郭某、姚某某证言称郭某向姚某某先后转账80万元、620万元，然后由姚某某交给程某某。但是，该事实存在以下疑问与矛盾：

1. 关于郭某向姚某某转账80万元并无客观证据印证。根据郭某的银行账户显示，郭某账户仅于2012年9月28日汇给姚某某账户（1197）6201000元，在此之前不显示郭某向姚某某账户汇过款，那么三人称郭某于9月26日打款80万给姚某某、由姚取现80万交给程某某明显是虚假的，同时，这也进一步说明，卷中附上的姚某某于2012年9月取款的30万，与本案完全没有关系，但指控也把这作为程某某犯罪的一部分，明显不成立。

2. 根据实践，姚某某一个人将620万元放到密码箱交付给程某某根本不具有可行性。根据姚某某的证言显示，2012年9月28日，郭某再次转款后，其分两次共计提现620万元，然后把这些现金装入密码箱。随后，姚某某在嘉里中心楼下的兴业银行门口把620万元现金交付给了程某某。但经向金融行业人员了解以及结合实务看，这个情况根本不可能实现。首先，经向银行人员了解，银行运钞最大的箱子也就是装纳400万，需要两个人抬着。而620万元现金（按全新的100元面值）净重140余斤，用市面上最大的箱子存放，至少要装满两个箱子。而姚某某在证言中却只提到了一个箱子。首先是一个箱子就不可能装下这么多的钞票，其次，即使一个箱子装下，但重量达140斤，一个人能否搬运也存在很大疑问。

其次，根据姚某某的证言显示，其向程某某交付620万元没有陪同人员，是

自行前往交付。从一般人的处理方式看，无论是基于重量，还是基于安全考虑，都不可能一人带 600 多万元现金交给他人（与此可以比对的是，即使在指控李某、常某某、许某某等人将 500 万元交付时，是开两辆车、装两个大箱子交付的）。

（四）于某某、郭某、姚某某事先串通作证，其证言应予排除

1. 根据于某某、郭某二人的证言看，二人在 2016 年作证时证明内容差异很大，但在 2017 年 6 月各作了一次内容详细、高度一致的证言，其中于某某的详细证言是 2017 年 6 月 9 日作出的，郭某的详细证言是 2017 年 6 月 10 日作出的，二人关于送钱的细节，包括具体时间、地点、存入具体银行等几乎完全一致，这非常不合逻辑，不排除二人进行了事先的串通。2. 更为关键的是，如前所述，在关于送现金的事情上，对于鉴证报告中记载错误的共 6 笔合计 410 万元，三人在各自涉及的事情上都做了高度一致的错误证言，这是无法解释的错误，也说明他们在作证之前已经统一了口径，否则不可能犯下这么低级的错误，对于这种串通作证的证言，属于非法证据，应予排除，所以不能仅仅看证言的表象，否则会产生冤错案件。

（五）证人张某某、李某、常某某、许某某、李某 2 及朱某某关于给程某某送钱的证言与于某某证言矛盾

该六名证人系于某某的员工，其虽然证明给程某某送了 500 万，但关于 500 万元的交付地点与于某某的陈述不一致：张某某等六人均表示是在北京 G 中心大厦交付给程某某 500 万元；而于某某声称是在北京市 JBL 大酒店将现金交给程某某。根据地图显示，JBL 大酒店在北京东城区 X 大街与 Y 街处，而 JL 中心则在朝阳区某处，两地直线距离至少有 5 公里以上，在送钱地点上被害人方的说法就不一样，到底有没有送钱，存在很大的怀疑。

（六）关于曹某某有无给程某某送过 5 万美元，5 万美元的来源以及送钱的细节存在矛盾和疑问

根据曹某某的起诉书、笔录中的说法，5 万美元是程某某到郑州后当场提出的要求，曹某某立即于当晚给司机熊某某 35 万现金，换回 5 万美金，用报纸包着，让熊某某送给程某某。而于某某的司机熊某某在 2016 年 7 月 4 日的笔录显示，熊某某先按曹某某的要求换了 5 万美元交给曹某某，过了两天左右的时候曹某某让我去她家拿着 5 万美金送到程某某住的 ZY 花园酒店，随后亲手把钱交给程某某

（公安卷第二卷第 99 页）。从二人证言可以看出，明显存在不一致的地方，1. 从时间上看，根据曹某某证言，是程某某当场提出要钱，然后曹某某安排熊某某换美金后送给程某某，这属于突发情况；而根据熊某某证言，是曹某某事先安排熊某某兑换 5 万美金，过了两天，按曹某某要求送给程某某，所以这个时间上是矛盾的，一个称是当场突发情况，一个称事先准备好的美金两天后再送。2. 关于美金的来源及处理过程，曹某某说是给熊某某 35 万现金兑换美金后直接送给了程某某，而熊某某说兑换美金后又给了曹某某，两天后到曹某某家拿着美金给了程某某，这个美金究竟是当场兑换的还是从曹某某家取出来的，是相互矛盾的。所以该 5 万美金是否真实存在，有很大的疑点。

四、本案不能实行有罪推定，应坚持证据裁判标准，虽然程某某没有准确说出其存现的来源，但是现有证据也不能排除郭某将大额的取现用于于某某一方的可能性，本案完全达不到排除合理怀疑的标准

（一）于某某一方背负至少 2320 万的高利贷债务，其如何归还高利贷本息的不清楚，不排除于某某一方的取现用于归还高利贷的可能性

根据于某某陈述，为了还康某的贷款，其通过程某某将某有限公司的房子卖掉偿还贷款。此外，在认定程某某诈骗收取的现金部分，全部都是以现金形式交付。而程某某一直辩称与于某某有经济往来。所以，双方有没有经济往来，或者这些往来到底是什么性质，应该予以查明。经过对本案中调取的一些账户进行梳理，发现于某某一方确实有多次向康某借款，且金额巨大。具体是：

1. 于某某一方向担保公司借款本金至少 2320 万元，利息不明。2012 年 3 月 13 日，某有限公司从汇金典当借款：380 万、380 万；2012 年 3 月 14 日，某有限公司从康某借款：500 万、240 万。以上计 1500 万。（公安 5 卷，162 页）

2012 年 6 月 12 日，北京某投资公司转账存入康某账户 820 万，当日康某转账给于某 2500 万。2012 年 6 月 13 日，康某转账给于某 2320 万。以上计 820 万。（公安 5 卷，167 页）

通过以上统计可以看出，于某某一方向担保公司借款本金达 2320 万（利息不明）。

2. 对于 2320 万的本金以及数额不明的利息，于某某一方是如何归还的，依旧完全没有查此事实。根据卷宗中于某某的陈述看，所谓程某某诈骗很多都是为了于

某某偿还贷款的理由进行的，所以应该查清于某某一方到底贷了多少款，其还了多少款，还款与程某某是否有关，郭某取现的金额有没有用于还款。经对相关账户梳理，可以判断于某某一方还款大致为：于某 270 万+50 万，锦某还 300 万（来源于王某 2 的 300 万）、张某 2320 万；于某 2 还 40.7 万；郭某（从郝某 2 处来款）760 万，以上约 1540 万元，由此可以看出，部分购房款确实用于于某某一方偿还担保公司贷款了，但这些还的是本金还是利息不清楚，对于余下的款项（本金以及高昂的利息），不显示还款情况。并且经裁判文书网等搜索，也找不到担保公司或康某起诉于某某一方的案例，这就说明 2320 万的本金及数额不明的利息都归还了，否则担保公司不可能不主张权利。对于这些款项是如何归还的，究竟是用购房款归还的，还是于某某一方频繁的大额的取现归还的，这些都没有算清，也没有查清，这也牵涉到于某某一方的大额取现是不是就是给了程某某，对于这个疑问不排除的话，就将郭某的取现理所当然的认为就是给程某某了，这无疑是一种有罪推定（因为于某某、郭某证言是存在矛盾和串通作证的，他们的证言是不可信的，前面已论述），所以本案的这些事实都没查清。

五、一审判决认定于某 2 向王某 2 转账 300 万元是诈骗，系认定错误

（一）根据重审期间调取的王某 2 的招商银行账户历史交易明细显示，2012 年 3 月 26 日，于某 2 向王某 2 转账 300 万元，备注为“还款”（补充侦查 1 卷第 50-51 页）。这就说明，于某 2 和王某 2 此前有个人借款情况，于某 2 在转账 300 万元时故备注“还款”，同时，这就否决了于某某所称“该 300 万元转账是程某某以帮其购买某贵金属交易所和某股权交易所股权的理由让其向指定的王某 2 招商银行转账的”陈述，因为如果是购买股权，于某 2 不可能备注是还款，也说明被害人在作假证。

（二）从王某 2 账户明细可知，在此之前，即 2012 年 2 月 20 日，王某 2 先给于某某转款 300 万元，备注为“李购房款”；2012 年 4 月 25 日，王某 2 又向北京某投资管理有限公司转账 300 万元，备注“李某 3 购房款”。由此可以看出，王某 2 是多次向于某某一方转款的，金额达 600 万元，现在于某某片面拿其中的于某 2 给王某 2 转账的 300 万元称是程某某诈骗，不但与客观证据矛盾，更证明其证言的不客观与牵强附会。

（三）该款去向不清楚，没证据显示与程某某有关。该款是转给王某 2 的，

卷宗中却没有王某 2 的证言；从王某 2 的银行流水看，其收到该 300 万元后也未转给程某某，故在关键人员证言缺失、该 300 万元也未流向程某某的情况下，一审判决却根据于某某的单方证言就将该 300 万元认定为程某某的诈骗事实，这不符合刑事诉讼法关于认定犯罪的法律规定。

六、关于涉案的五套房产交易，于某某关于房产被骗的陈述前后矛盾，且从一审重审补查的证据发现，其故意隐瞒自己分两次收到 500 万元房款的事实，其动机令人怀疑，其陈述不真实；综合房产交易的背景及过程看，买受人都支付了数百万元的房款，房产交易是在于某某知情且同意的情况下进行的，用于某某购买房产的价格作为后续的交易价格，明显无视于某某抛售资产的背景；即使有部分房产没有支付全部价款，但原因需要查清楚，这到底是诈骗还是涉及其与程某某、郭某之间的纠纷，存在很大的疑问；关于房产买卖的一些关键证据仍未调取，故对于涉案的房产交易，属于事实不清，证据不足，不应认定为程某某的诈骗事实

（一）纵观于某某关于几套房的买卖过程，其陈述前后矛盾。在 2021 年以前的历次陈述及其提交的事实经过显示，其认为只有两套房存在问题（张某 2、李某 3 名下房产）。2021 年 8 月 17 日称是为了还康某的贷款，其同意郭某、程某某把 1803（陈某）、1805（王某 3）、2005（丁某某）、2505（王某 3）四套房卖了，但还上贷款后余款没有给其。2021 年 11 月 9 日又称，6 套房均被程某某以筹集江都案件打点经费及置换某贵金属交易所、某股权交易所股权为由被卖了。

从于某某的陈述就可以看出，其关于房产交易的原因及背景，说辞是一直变化的，原来认为没问题，后来说为了还贷款，后又说为了打点案件及股权置换，但不管说法如何变，从他的笔录中可以看出，这几套房交易，其都是知情的。

（二）通过一审重审期间王某 2 银行账户明细，证明于某某故意隐瞒自己曾两次收到 500 万元房款的事实，其动机令人怀疑，其陈述本身就不真实。根据公安机关于 2023 年 8 月 9 日调取的王某 2 的招商银行账户历史交易明细显示，2012 年 2 月 20 日王某 2 向于某某账户转款 200 万元，备注为“陈某购房款”，同日，王某 2 又向于某某账户转 300 万元，备注为“李某 3 购房款”。于某某对于收到的这 500 万元购房款，在历次笔录中均未谈及，如果不是重审期间新调取的证据，

无法发现此情况，这就不得不让人怀疑其隐瞒的动机是什么，对于这种为了控告对方犯罪却连基本的事实都不顾的证言，司法机关能否采信？

（三）于某某是基于害怕房产被冻结的心理急于低价抛售资产，所以不能简单的以价格低就认为是诈骗。关于卖房时价格为何有的那么低，他在 2021 年 11 月 9 日的陈述恰恰作出了解释：“程某某听说我害怕房产被冻结急于出手变现北京某地的房产，于是联系了陈某等人购买”（公安卷九，第 8 页）。这恰恰说明于某某之所以贱卖房子，是因为其自身案件被查处，为了避免资产被冻结所以才贱卖，并不是别人骗他，现在指控以成交价与其从开发商购买价进行比较，明显是无视于某某急于抛售资产的背景，与案件真实情况不符。

（四）从房产交易过程看，房产交易是在于某某知情且同意的情况下进行的，即使房产的差价暂时收不回来，但与诈骗有本质区别。房产交易都有房屋所有权转移登记申请表、存量房买卖合同、存量房交易结算资金自行划转声明等资料，且是在房管局进行的交易，每次交易时房管局都对交易人员进行了拍照取证，郭某都是代表于某某一方参与，所以房产交易是在于某某知情且同意的情况下进行的，而买受人都支付了数百万元的房款，至于这些房款是否是全部房款或者为何未支付剩余房款，从于某某 2021.8.17 的证言来看，世贸宫苑 1803、1805、2005、2505 四套房的出卖与偿还担保公司的贷款有关，程某某和郭某卖掉房子将贷款还上后，余款并没有给于某某，郭某说程某某将余款大部分给了郭某，然后程某某又将钱要走了，程某某称已将余款与郭某结清，两人相互推诿。由此可以看出，这些房子即使于某某没有收到尾款，但原因需要查清，是属于什么原因导致的，钱到底在郭某处还是程某某处，还是与双方的纠纷有关，需要查清，但这与诈骗无关。

（五）根据程某某的录音看，程某某与于某某在北京某地的房子买卖事项上，谈论的范围很广泛，包括底商处理、向开发商主张权利等，明显可以判断出双方不是单纯的介绍关系，应该是合伙关系，在此情况下，即使部分房款拖欠，肯定不能认定为是合伙人单方诈骗。

（六）一审判决对部分房产的交易价格认定错误。

根据房屋所有权转移登记申请表、存量房买卖合同上显示，关于 2005 号房产（丁某 2），2012 年 8 月 23 日，某有限公司与丁某 2 签的合同价格是 853.163 万

元，且有郭某签字，还附有房管局保存的人像识别照片（公安卷一，103 页、114 页、129 页），一审判决按 972.209 万元认定原值不正确，该房产交易价格应该是 853 万元。

1805 号（于某 3、王某 2）房产，根据房屋所有权转移登记申请表、存量房买卖合同、存量房交易结算资金自行划转声明上显示，2012.9.20，光大与王颖签的合同价格是 833.322 万元，且有郭某签字，还附有房管局保存的人像识别照片（重审期间补充侦查卷一，218 页、227 页、235 页），一审认定为 932.527 万元错误，所以房屋交易价格应该认定为 833.322 万元。

（七）河南某会计师事务所出具的司法会计鉴定意见书是明显不能成立的，该意见书存在超范围鉴定、鉴定方法不科学问题，不能作为证据使用。（1）根据河南某会计师事务所营业执照载明的经营范围是：会计服务；审计服务；税务服务；企业管理咨询服务（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）。本案中涉及到的房产价值鉴定，根据《资产评估机构审批和监督管理办法》第二条规定，资产评估机构是指依法设立，取得资产评估资格，从事资产评估业务的机构。本案中，从河南某会计师事务所经营范围看，其从事的只能是有关审计、会计、咨询、税务等方面业务，就没有相关的房地产鉴定资格，其不具备房产价值评估的资质和能力。（2）其鉴定方法完全无视行业规定，方法不当，结论不正确。《中华人民共和国国家标准房地产估价规范》第 5.1 条规定，常见的房产估价方法有：用市场比较法、收益法、成本法、假设开发法、基准地价修正法等方法。并要求对同一估价对象宜选用两种以上的估价方法进行估价。《资产评估执业准则——不动产》（中评协〔2017〕38 号）第十六条规定，执行不动产评估业务，应当根据评估目的、评估对象、价值类型、资料收集等情况，分析市场法、收益法和成本法三种资产评估基本方法以及假设开发法、基准地价修正法等衍生方法的适用性，选择评估方法。在该鉴定意见书中，河南某会计师事务所仅仅是对案涉 5 套房产的过户资料进行一一查阅核对，并未依据上述规定对案涉房产进行专业的价值评估，其鉴定方法错误，结论不正确。

（八）部分房产的付款情况没有查清，也没有客观证据证明程某某收钱，认定为程某某诈骗明显证据不足。根据于某 3 2022 年 2 月 25 日的证言显示，于某 3 称当时以银行转账的方式来支付的购房款。购房资金是找一个叫冯某某的人借的，

当时有担保人是其同事吕某某，当时是 35000 元一平米购买的（公安卷第 13 卷 11 页）。但并没有调取相关账户流水证明其付过款或未付过款。在重审期间的补充侦查中，于某 3 于 2023 年 8 月 8 日作证称：该套房是以 700 万元买的，当时是北京某地宫园开发商的销售人员于某 4 为其操作办理的，不清楚于某 4 拿的 POS 机是属于某有限公司还是开发商的。但本次重审期间依旧没有调取于某 3（王某 2）的刷 pose 机的银行卡记录，也未对于某 4 进行询问，也未对于某 3 的朋友冯某某等人核实取证。目前，也没有证据证明程某某收取了于某 3 的款项，现有证据不能认定该套房系程某某诈骗。

2505 号（王某 3）房产，系王某 3 直接从开发商北京某地房地产发展有限公司购买，一审认定 GD 公司支付购房定金 72 万元仅靠一份 PL 花园的收据复印件，没有某有限公司的付款流水证明，其证据真实性无法核实。且 PL 花园即使收到其 72 万元定金，但该定金是否退还也没查清。

关于 905 号房产（李某 3），买卖的时机不存在于某某一方所称被诈骗的前提。根据重审期间新调取的王某 2 的账户，可以明确的看出该房产是在 2012 年 2 月 20 日即付第一笔款，且是付给于某某。此时于某某的非法经营案尚未案发，这时并不存在程某某诈骗的前提条件，而反观于某某，其在报案材料中对 2012 年 2 月 20 日收取王某 2300 万元购房款一事只字不提，如果不是一审重审期间补查的证据，辩护人也无法发现此情况，这就不得不让人怀疑其隐瞒的动机是什么，对于这种为了控告对方犯罪却连基本的事实都不顾的证言，司法机关能否采信？所以，辩护人一直申请要调取于某某一方的银行账户明细是非常有必要的，以查明其到底还有没有类似隐瞒情况，并进而判断双方到底是经济纠纷还是犯罪。

七、本案指控的事实中一些关键证据缺失，辩护人虽多次提出申请，但这些证据仍没有调取，由此导致事实不清，证据不足

（一）对于指控的事实，缺失的关键证据主要有：程某某的大额存款存单凭证（确定究竟何人签字，是否程某某本人办理）；于某某一方与担保公司的借款及偿还情况（以确定是否与程某某有关，或者其频繁的取现是否用于归还担保公司贷款）；程某某在 2013-2014 年度的出入境记录；王某 2 的证言；于某某、曹某某非法经营罪一案中同案犯的刑事判决书；于某 3、丁某某的付款流水；王某 3 的证言及付款流水。

特别提出的是，为了查清事实、排除合理怀疑，本案需要调取于某某、于某2、曹某某等人名下的银行账户交易明细。在案调取的银行流水都是程某某一方或某有限公司、郭某的银行流水，但是对于某某、于某2及曹某某等人名下银行流水并未调取。通过本次重审期间补查的证据看，王某2的银行流水中明确显示曾两次向于某某个人账户转账300万、200万元，但于某某却隐瞒了这个重要事实，所以为了查清事实，确定于某某一方还有没有其他类似收款行为，或者郭某的大额取现有没有存到于某某一方名下，辩护人继续申请调取于某某、于某2、曹某某等人名下的银行账户交易明细，以确保案件能经得起历史检验、法律检验。

八、在于某某、曹某某非法经营罪一案的处理中，程某某的协商沟通确实起到了重大作用，于某某、曹某某等人已经获得了缓刑的宽大处理，完全达到了目的；程某某不存在故意虚构事实，隐瞒真相的诈骗行为，于某某也不存在因被骗产生错误认识并处分财产的行为

（一）于某某、曹某某的经历及行为表明，二人对于所犯非法经营罪的严重性是有预判的，二人的目的也是明确的

本案中，于某某、曹某某经营多家公司，包括但不限于香港某投资公司、香港某集团公司，某投资有限公司以及天津某经营公司有限公司、某贵金属经营公司有限公司等，作为一名商人，无论从阅历还是经验上来讲，其对各种风险都是有着清晰的判断的。

根据卷宗中在逃人员登记表显示，于某某、曹某某涉嫌非法经营一案，江都公安局于2012年4月7日立案侦查，当日曹某某就逃跑（因材料所限，不清楚于某某何时逃跑），于某某、曹某某一直在香港。从本案中的事实看，无论是郭某还是李某等人，都可以证明于某某虽然人在香港，但仍遥控指挥公司的运营以及公司员工。所以说，对于商人于某某来说，其在案发后立即逃到香港，说明其对自己行为的严重性是有充分预判的，否则无需夫妻都跑到香港，然后利用两地司法制度的不衔接，继续遥控指挥，经过一段时间的沟通后，夫妻分别回来接受审判，而不是一起回来接受审判。可以说，这些过程都是精心设计好的，他们的目的也很明确，那就是如果能得到从轻处理就回来接受处罚，如果不符合预期就继续呆在香港。不夸张的说，即使受过法律教育的专业人士，在案发时未必就有这么周密的应对，所以如果仅以于某某一方所谓的大额支出就认定为其被骗了，这明显

是低估了于某某一方的智商和能力。

（二）有没有所谓领导人亲属或是否给他们送钱，并不是于某某、曹某某关注的，其关注的是自身案件处理结果

于某某一方关注的是自身案件的处理结果，至于是不是存在领导亲属，或者以什么方式获得从轻处理，他们是不关注的。当时江都警方已经立案，他们处于在逃状态，即使按照于某某一方所言，程某某称认识领导人亲属，那么需要明确，找领导人亲属的目的是什么？送钱的目的又是什么？他们是在乎找到领导亲属还是在意自身案件处理？其实，这个问题很好理解，形象的说，今天开庭时有法官、检察官、律师，或者公安，但是走出单位大门，大家都是普通人，可能也要面临孩子上学、亲属朋友就医的问题，这中间也可能会寻求一些熟人帮助，那么问题就来了，比如父母想让孩子上省实验中学，那么父母的需求是不管怎么办只要上实验中学就行呢？还是说必须通过校长的弟弟上实验中学才算成功，如果通过教育局长的实验中学就算被骗？这个问题的答案是显而易见的。所以就本案来说，对于于某某一方来说，毫无疑问其关注的是自身案件处理结果，而非有什么领导亲属。

（三）程某某为二人及公司其他员工从宽处理确实起到帮助作用

无论是程某某，还是江都办案警方，以及于某某都不否认在于某某非法经营案处理期间，程某某多次往返香港、扬州进行沟通协调，并且程某某还代为退赃800万元，其确实为于某某、曹某某案件的处理提供了帮助，最终也使该公司的涉案人员于某某、曹某某及其他人获得缓刑的从轻处理。

与之可以参照的是，通过中国裁判文书网检索江都法院同时期扬州市江都区人民法院办理的非法经营案件以及于某某涉及的关联案件，明显可以看出犯罪事实、涉案金额比他们明显很轻的都了较重的实刑，如陈俊杜、张根彰售卖伪劣香烟金额25万余元，分别被判处有期徒刑五年；王伟涉案金额将近50万，被判三年六个月等等（附相关案例判决）；福建省泉州市丰泽区人民法院审理的陈某某诈骗案，陈某某系香港某投资有限公司有限公司代理商，判决认定陈某某宣传、发展客户投资黄金交易金额共141万余元，丰泽区人民法院于2014年5月20日作出（2013）丰刑初字第284号刑事判决，以诈骗罪判处陈某某有期徒刑十一年。

这足以说明，程某某确实为于某某一方的案件处理起到了实质的帮助作用，

他们也都确实得到了从轻的处理。

（四）于某某、曹某某对案件处理结果是满意的

本案中，曹某某于2012年7月19日回大陆投案，7月20日被取保候审，JS省JD人民法院于2012年12月19日作出（2012）江刑初字第***号刑事判决书，认定曹某某作为香港某投资公司的财务部人员，参与的非法经营数额1.7亿余元，对曹某某判处有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金人民币20万元。曹某某提出上诉，但又撤回上诉，中级法院于2013年1月16日裁定准许其撤回上诉。于某某是2013年9月29日投案并被取保候审，JS省JD法院认定于某某系香港某投资有限公司、香港某集团公司公司负责人，其涉及的犯罪金额达13.9亿元，非法获利近900万元，法院于2014年1月28日判处于某某有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金900万元。于某某就没有上诉，由此可以看出，他们对处理结果是满意的。另外，通过录音也可以看出，其实于某某对路某某等员工的预期是判处三五年有期徒刑都是可以的，现在全部都判了缓刑，应该说这样的处理结果完全超出了于某某的预期，其后来以无法证实、也无法证伪的所谓“找领导人亲属、给办案人送钱”等理由去报案，本身证据就存在诸多问题，即使按于某某所述，也是一种事后的反悔，但这和诈骗有本质区别。

九、本案中，被告人与被害人关系特殊，双方还存在经济纠纷，所以究竟是民事纠纷还是程某某涉嫌犯罪，存在诸多的疑点与矛盾

（一）本案中，程某某与于某某并非陌生人，双方各自主张的财产权益差额不大。自2010年12月21日，郑某、于某某与程某某成立了天津某贵金属经营有限公司，应该说彼此比较了解信任。客观上说，本案涉及的无论是大额现金、还是股权、房产，都不是短时间内或者一次性交易能够完全实现的，于某某一方也自始至终参与其中，对于这些交易，究竟是单方犯罪还是双方存在经济纠纷，于某某称是被骗，程某某则一直辩称与于某某存在经济纠纷，到底谁的说法更准确或合理，需要尊重证据和客观事实。目前看，程某某否认收到于某某的现金，并称与于某某存在以下的经济纠纷，所以如果经济纠纷属实的话，即使指控的金额存在，也需要判定这是否能构成犯罪。根据本案的证据，至少程某某与于某某一方存在以下经济纠纷：

1. 2012年9月10日，杨某出借的404.5万元。

2012年9月10日，杨某向某有限公司出借404.5万元直接转入指定账户北京某担保有限公司的名下账户，由某有限公司出具收据一份，并有郭某的签字确认（公安卷第3卷124页）。对此次签字，郭某也予以认可（公安卷第2卷68页）

2. 2013年9月25日，程某某出借的100万元。

2013年9月25日，于某某从程某某处借款100万元，并出具收款账户一份；2013年9月26日，程某某通过天津某贵金属交易公式将该100万元转至郭某尾号1478的账户；2013年9月30日，于某某签署《借款协议》一份（公安卷第3卷第106-109页）。

《借款协议》、收款账户均有于某某本人的签字，且有相应记账回执相对应。

3. 2014年1月29日，程某某出借给于某某100万元。

2014年1月29日，程某某通过李某4将100万元转入于某某名下的账户100万元，并附有兴业银行汇款单一份（正卷第2卷第155页）。

4. 2013年9月25日，某有限公司委托程某某从李春生处借得人民币200万元。

2013年9月25日，某有限公司与于某2、叶某授权程某某筹借200万元。

2013年9月25日，某有限公司出具收据一份载明：今向出借人李春生借到现金200万元整。

2013年12月26日，某有限公司、于某2又签署《补充协议》一份，约定：乙方（某有限公司）向甲方（李某5）借款200万元，并按每日0.5%计算违约金，延期一个月还款，2013年12月25日至2014年1月25日共计需还款230万元整支付违约金及利息作为回报。（正卷第2卷第165-171页）

5. 于某某欠付程某某的字画等1000万。

根据程某某前期向公安机关提交的收据显示，2012年2月1日，某有限公司从程某某处购买傅抱石、陆俨少山水字画原件共五幅，五幅画的未付款共计1000万元，加盖有某有限公司的公章。

6. 自2011年认识开始，于某某与程某某二人共同参与投资了多家公司，期间因公司的投资经营也发生多起经济纠纷没有解决。

（1）某贵金属经营有限公司有限公司的欠款纠纷。

2011年8月23日，程某某与于某某分别投资2500万元设立某贵金属经营公

司有限公司，并实缴了全部的注册资本金。（正卷第3卷第7-36页）

2011年9月30日，某贵金属经营公司有限公司向程某某借款1000万元整，借款期限为一年，并签订有《协议书》一份。（正卷第3卷第3页）

2011年12月1日，某贵金属经营公司有限公司出具《收条》一份。（正卷第3卷第4页）

（2）某贵金属经营公司有限公司的股权转让款纠纷。

2012年底，于某某让程某某把某贵金属公司的牌照转让给于的侄女婿祈某2，承诺给程某某500万元，但没给完，给程某某打了一张65万元的欠条。（公安卷第3卷第22页）

经查询某贵金属经营公司有限公司企业公示信息显示，2014年5月14日，程某某退出股东身份，由祈某2持有。

2014年6月3日，祈某2出具材料一份载明：本人承诺于2014年6月25日前将人民币65万元转入程某某指定账户用于某贵金属交易所牌照。（正卷第3卷第55页）

程某某关于牌照转让的事实也能够予以印证。

（二）本案系财产犯罪，而从双方相互主张的金额来看，双方各自主张的金额能基本持平，在此情况下，不能单独认定程某某为诈骗。本案中于某某主张的金额是上亿元，一审判决认定程某某诈骗金额共4700余万元，而根据前面的论述，如果双方算账的话，扣掉一审判决认定错误的部分930万元（410万、300万、120万、100万），再考虑双方之间的经济纠纷有2460余万（不含杨某的404万元），此外，程某某为了帮助于某某等人获得从轻处理，多次往返香港、扬州等地，这中间产生的差旅、食宿、务工等费用肯定也是一笔不小的费用，这样算下来，其实双方各自主张的金额差距已经不大，而如果再参照本案于某某控告的上亿金额看，即使这中间略有差距，但这个金额在于某某控告的金额中所占比例恐怕连10%都不到，在此情况下，更不能认定为是刑事犯罪。

十、退一步讲，即使按照于某某陈述，要正确看待双方的争议，到底是程某某的单方诈骗，还是于某某一方的事后反悔要求返还不当得利，目前证据显示，本案存在以刑事手段插手经济纠纷的可能性，本案更应通过民事手段解决

（一）通过上述分析可以看出，在于某某一方的案件处理上，程某某确实起

到了帮助的作用，对于双方之间的经济往来，我们也要站在客观的立场上来看待，不能仅仅因为经济往来金额巨大就认为构成了犯罪，不同的人对于金钱的概念是不一样的，对于普通人来说，10 万元可能是其多年奋斗才能达到的积蓄，对于商人来说，100 万可能也就是自己的一块手表或者一辆车，所以在程某某与于某某的交往过程中，二人发生的这种频繁的经济往来到底是什么性质，是一方对另一方的诈骗，还是一方基于摆脱自己刑事案件的困扰愿意出重金来酬谢，但达到目的后又事后反悔，这是有本质的区别的。目前看，原来都认可的事情，多年后以所谓的发现领导人亲属不存在为由，把双方的经济往来统统往犯罪上去控告，这本身就值得怀疑。

此外，本案的侦查过程是否正常也需要关注。1. 根据相关文书看，本案于 2017 年 6 月 14 日以事实不清为由，不批准逮捕，在 2017 年 12 月 26 日，公安机关又提请批准逮捕且被批准，关键是这期间并没有什么实质性新证据（被告人、被害人的陈述要么此前已经作出，要么是在 2021 年作证），为何会发生这么重大的转向不清楚。2. 根据卷宗材料，从被害人于某某提交的诈骗 6 套房产经过及手段中可以看出，在侦查阶段，被害人在对事实进行陈述时，都有明确的证据分析以及卷宗页码，列明现有证据有哪些，需要继续收集的证据有哪些（公安卷九第 18 页）。令人产生疑惑的是：一是这些详细的信息被害人是如何得到的？能有详细的卷宗页码，说明其查阅过卷宗，这种来源是否合法？二是让人感觉被害人在联合公安机关办案，给公安机关梳理了证据，并指出需要继续侦查的方向，不得不让人产生存在利用刑事手段插手经济纠纷的困惑。3. 从涉及的犯罪事实看，无论犯罪行为地还是结果地，均与郑东新区关系不大，本案仅仅因为一笔 5 万美元在郑州立案，但到底有没有入驻 ZY 花园酒店，连基本的证据都没调查，客观说，本案主要事实主要在北京、江都、香港等地发生，但案件却在郑东新区办理，是否符合规定也需要注意。

十一、即使根据于某某一方陈述，对于这种意图通过金钱去获得从轻处理的行为认定为诈骗，涉案财产不应退还给被害人而应该予以追缴，且其江都司法机关处理的刑事案件应该予以再审

（一）即使根据被害人陈述，本案源起于被害人涉嫌的刑事案件，意图通过程某某找到领导撤销案件或者获得从轻处理，故送了大量的钱财。在此事实中，

被害人意图通过违法手段达到非法目的，其不具有任何的主观善意，更非无辜的被害人。这些财物都属于意图实施违法犯罪行为的工具，根据刑法的规定，是需要收缴的。实践中，大量的类似案例表明，对于类似的找关系摆平案件类中的财物，这些财产应该予以追缴上缴国库，而非退还给被害人。并且，通过梳理也可以看出，被害人一方得到了畸轻的处理，那么是不是应该也对他们生效的刑事判决建议相关司法机关启动再审程序，以做到公平正义。

综上所述，本案的诸多事实仍然不清，还存在很多矛盾和疑点，以至于于某某的报案到底是双方的经济纠纷、不当得利还是确实存在诈骗行为，无法仅凭在案证据作出认定，本案不仅存在客观证据缺失的问题，还有关键的有罪证据之间串通作证的问题，且这些问题对能否认定犯罪具有决定性的影响。鉴于本案存在上述诸多问题，不但达不到排除合理怀疑的基本要求，也远远达不到证据充分的标准，法院应依法作出证据不足的判决，或者本案由双方通过民事手段解决纠纷，或者移送主要犯罪地的法院审理更为合理。

关于樊某辉涉嫌虚假诉讼罪案件的二审辩护词

——河南中豫律师事务所 刘成宏⁹⁰

案情简介：

委托人樊某辉在 2011 年-2013 年间，出借给同案犯于某朝资金 1000 余万元。于某朝为借款人，担保人河南光泰置业有限公司，借款用途为投资铁矿。于某朝面签欠条并加盖担保人公章。因为不能还款，樊某辉于 2014 年分三次向郑州市 G 区人民法院提起民事诉讼。诉讼过程中发现于某朝偷偷把光泰公司股权转让给赵某龙等人，赵某龙等偷偷注销了公司的注册登记。后追加股东为被告，法院判决股东承担补充赔偿责任，并查封了赵丙龙的房产、存款等财产。

被执行人河南光泰置业有限公司为规避执行，向郑州市公安局 S 分局等多个公安局控告樊某辉、于某朝合同诈骗罪、虚假诉讼罪，其中 S 分局于 2019 年 4 月 27 日以不构成虚假罪为由做出《不予立案通知书》，赵某龙没有申请复议或申请检察监督。

2019 年 9 月 20 日，A 市公安局经济侦查支队以樊某辉、于某朝涉嫌合同诈骗罪做出《立案决定书》，因 A 市检察院对樊某辉做出无罪的《不批准逮捕决定书》，A 市公安局又以并案侦查为由，启动樊某辉涉嫌虚假诉讼案件的侦查。侦查终结后未经 A 市检察院，直接移送 HC 市检察院审查起诉。HC 法院一审以虚假诉讼罪判处樊某辉有期徒刑三年零六个月，A 中院审理下发刑事裁定书，以程序违法为由发回重审；HC 市法院再次以虚假诉讼罪判处樊某辉有期徒刑三年零六个月，樊某辉二次上诉，A 中院组成五人合议庭，以 HC 市法院没有管辖权为由再次发回重审，并要求一审法院将案件退还 HC 市检察院，由检察机关移送有管辖权的检察院审查起诉。

⁹⁰ 刘成宏，男，汉族，1969 年 4 月 1 日出生，毕业于河南省委党校，拥有高级律师职称，现任河南中豫律师事务所执行主任。1992 年开始从事律师工作，至今已 33 年，擅长建筑施工合同纠纷、刑事辩护、合同纠纷等各案件类型，同时担任河南省邮政物流股份有限公司、太康县人民政府、豫东建设集团等多家单位的法律顾问。

尊敬的法官：

受被告人樊某辉的委托和河南中豫律师事务所的指派，本律师担任樊某辉涉嫌虚假诉讼案二审的辩护人，参加贵院的庭审活动。辩护人认为，被告人樊某辉无罪，A市的司法机关没有本案的管辖权，一审判决部分认定事实错误、部分认定事实不清，同时存在适用法律错误问题。针对本案控辩双方的争议焦点，辩护人发表辩护意见如下，请合议庭合议时予以重视：

一、一审诉讼程序违法

（一）A市（包括下设的HC市）司法机关不具有樊某辉虚假诉讼案件的地域管辖权。最高法、最高检《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》第十条明确规定“虚假诉讼刑事案件由虚假民事诉讼案件的受理法院所在地或者执行法院所在地人民法院管辖”。虚假诉讼属专属管辖，从法律上排除了其他法院管辖的可能性。一审判决认定的虚假诉讼、执行均发生在郑州市G区人民法院，根据审判和侦查对应原则，郑州市G区公安、检察、法院具有本案虚假诉讼的专属管辖权。HC市人民法院不是涉案民事诉讼的受理法院、执行法院，相应的司法机关依法不具有樊某辉涉嫌虚假诉讼的地域管辖权。

（二）A市公安局立案程序违法

1. A市公安局重复立案。

所谓的受害人赵某龙等人为逃避执行，向A市J分局控告樊某辉、于某朝诈骗罪，该局于2018年2月9日做出《不予立案决定书》。⁹¹

赵某龙向郑州市公安局W分局控告于某朝、樊某辉涉嫌伪造公章罪，该局于2017年11月26日作出《立案决定书》；因涉嫌诈骗罪，该局于2018年6月27日作出《立案决定书》，后因郑州市J区检察院不批准逮捕，该局于2019年10月15日将案件移送A市公安局T分局。而被移送人已经做出不予立案决定书，移送后也没有再次立案。

赵某龙向郑州市公安局S分局控告樊某辉虚假诉讼罪，该局于2019年4月27日作出《不予立案通知书》，赵某龙没有申请复议或申请检察监督。

《公安机关办理刑事案件程序规定》第一百七十五条第三款规定：对于重复报案、案件正在办理或者已经办结的，应当向扭送人、报案人、控告人、举报人

⁹¹ 受害人赵某龙控告于某朝涉嫌合同诈骗罪、虚假诉讼罪时，均于某朝、樊建辉为共同被告人。

作出解释，不再登记，但有新的事实或者证据的除外。

一案不能两立是刑事诉讼的基本原则，在多个公安分局做出不予立案的情况下，假如 A 市公安局认为其他公安机关的不予立案行为不妥，也只能指导当事人通过申诉、申请检察监督的方式解决，而不是自行立案侦查。

2. A 市公安局直接立案侦查樊某辉虚假诉讼案件，违反了级别管辖的规定。《公安机关办理刑事案件程序规定》第二十一条规定：县级公安机关负责侦查发生在本辖区内的刑事案件。

设区的市一级以上公安机关负责重大的危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、涉外犯罪、经济犯罪、集团犯罪案件的侦查。

本案虽然涉案金额千万元，但案情相对简单远不能达到市级公安机关直接立案的地步，特别是明知郑州市公安局 S 分局已经做出“不予立案决定书”的情况下。

3. 虚假诉讼案件没有相应的审批、立案手续。公安机关办理经济侦查案件，无论是工作中发现或是接受当事人的控告、报案，或者是所谓的“并案侦查”，决定立案的均应当按照立案程序填写立案登记表报领导审批，并以市、县（区）公安局的名义出具“立案决定书”。本案没有立案审批表领导审批、立案决定书，视为没有未经领导审批、没有正式立案手续。

4. 法律禁止经济犯罪“并案侦查”，公诉机关称通过“并案侦查”取得管辖权的理由不能成立。

首先，经济犯罪侦查禁止“并案侦查”。2013 年 1 月 1 日起施行《公安机关办理刑事案件程序规定》允许并案侦查，该法第二十一条第二款规定：具有下列情形之一的，公安机关可以在职责范围内并案侦查：（一）一人犯数罪的；（二）共同犯罪的；（三）共同犯罪的犯罪嫌疑人还实施其他犯罪的；（四）多个犯罪嫌疑人实施的犯罪存在关联，并案处理有利于查明犯罪事实的。

该规定实施后，出现了多起全国有重大影响的异地公安机关以并案侦查为名，插手经济纠纷帮助一方当事人追讨债务或推翻人民法院生效判决，造成人民法院民事审判和公安机关经济犯罪侦查的混乱。为根治该问题，最高人民检察院、公安部于 2017 年 11 月 24 日出台《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》，直接删除了并案管辖的规定，且在第十七条明确规定：公安机关经立案审查，同

时符合下列条件的，应当立案：

（一）认为有犯罪事实；

（二）涉嫌犯罪数额、结果或者其他情节符合经济犯罪案件的立案追诉标准，需要追究刑事责任；

（三）属于该公安机关管辖。

其次，卷宗之中没有“并案侦查”公安机关负责人批准并案的手续。“并案侦查”并不是侦查人员随心所欲就可以立案、并案的，也需要制作案件受理表并提出并案的依据，然后报县（区）公安机关领导人批准才能出具“立案决定书”。本案没有制作案件受理表，也没有立案决定书，说明本案不存在“并案侦查”的事实。

综上所述，A市司法机关没有本案的地域管辖权，本案的侦查、审查起诉、一审判决均存在严重的程序问题。管辖权是实体审判的前提和基础，没有管辖权一切审判努力都是无源之水、无本之木。因为HC市法院没有管辖权，贵院应将本案发回重审，由HC市法院以没有管辖权为由退回检察院，并由HC市检察院移送有管辖权的郑州市G区检察院审查起诉。

（三）HC市检察院明知没有管辖权违法立案并提起公诉，未能正确行使法律监督权成为公安机关违法办案的帮凶。

《刑事诉讼法》第一百六十二条规定：公安机关在侦查终结后，应将案件移送同级人民检察院审查决定。

《人民检察院刑事诉讼规则》第三百二十八条规定：负责捕诉的部门收到移送起诉的案件后，经审查认为不属于本院管辖的，应当在发现之日起五日以内经由负责案件管理的部门移送有管辖权的人民检察院。

该条第二款规定：上级人民检察院受理同级公安机关移送起诉的案件，认为属于下级人民法院管辖的，可以交下级人民检察院审查，由下级人民检察院向同级人民法院提起公诉，同时通知移送起诉的公安机关。

该条第三款规定：公安机关移送起诉的案件，需要依照刑事诉讼法的规定指定审判管辖的，人民检察院应当在公安机关移送起诉前协商同级人民法院办理指定管辖有关事宜。

首先，A市检察院、HC市检察院均无本案的管辖权，应当移送而拒不移送违

法。听社会传闻，本案移送 A 市检察院审查起诉后，明知自己没有管辖权又惧怕受⁹²害人赵某龙的权势，不敢依法移送又害怕日后承担法律责任，便动员赵某龙协调 HC 市检察院直接受理。而赵某龙不负 A 市检察院的厚望，利用自己在 HC 市有两个矿业公司的地缘优势和主要领导的帮助，成功说服 HC 市检察院直接受理本案并强行起诉。

HC 市检察院对辩护人的移送管辖请求置之不理。问题是，在庄严的法庭之上，HC 检察院的公诉人无法出示自己有管辖权证据或法律规定，因为该两家检察院和本案无任何法律上的牵连性。

其次，本案 A 市公安局侦查终结后直接移送 HC 市检察院违法。本案由 A 市公安局侦查终结，按规定应当移送 A 市检察院审查起诉，认为没有管辖权应当移送有管辖权的检察院；认为自己有管辖权的案件，但属下级检察院级别管辖的，应当出具“指定管辖决定书”移送下级检察院管辖。

本案的神奇之处就是，A 市公安局终结后直接移送 HC 市检察院审查起诉。卷宗之中没有 A 市检察院的受理决定书，没有指定 HC 市检察院管辖的指定管辖决定书。辩护人在原一审阅卷时，亲眼见到原一审法官和主诉检察官，因为检察院不能提供指定管辖决定书而发生争吵。足以见到 HC 市检察院直接受理本案的违法之严重。

（四）HC 市法院的诉讼程序违法，且属对抗中院生效的刑事裁定书

1. HC 市法院对没有管辖权案件强行受理违法。

《刑事诉讼法司法解释》第二百一十八条规定：对提起公诉的案件，人民法院应当在收到起诉书和案卷、证据后，审查以下内容：（一）是否属于本院管辖……。第二百一十九条规定：人民法院对提起公诉的案件审查后，应当按照下列情形分别处理：（一）不属于本院管辖的，应当退回人民检察院……。对公诉案件是否受理，应当在七日以内审查完毕。

HC 市法院对没有管辖权是明知的。HC 市法院对检察院的公函（在原一审卷宗中），明确表述“你院不能提供指定管辖手续，我院没有管辖权”。A 市中级人民法院对 HC 法院启示的回函（法官曾让辩护人查阅但截止复制）也明确：“你院确实没有管辖权，但考虑到你院已经审理一年之久……”。明知没有管辖权而强行受理，

⁹² 公安机关把于某朝涉嫌合同诈骗罪，于某朝、樊某辉虚假诉讼一并移送审查起诉，检察机关一并提起公诉，于某朝涉嫌合同诈骗罪已经于原一审判决无罪。

损害了被告人樊某辉的合法权益，构成诉讼程序严重违法。

2. HC 市法院应当以没有“双指定”为由不予受理。《人民检察院刑事诉讼规则》第三百二十八条第二款规定：公安机关移送起诉的案件，需要依照刑事诉讼法的规定指定审判管辖的，人民检察院应当在公安机关移送起诉前协商同级人民法院办理指定管辖有关事宜。

该条规定是指检察机关决定指定管辖时，应当协商同级法院同时办理指定管辖手续，俗称“双指定”。本案 HC 市法院没有收到 A 市中级人民法院的指定管辖决定书，不符合受理条件而受理违法。

3. A 市中级人民法院将本案发回重审后，HC 市法院应当将案件退还 HC 市检察院，而不是再次强行判决。HC 市人民法院审理后下发（2023）辽 0381 刑初 xxx 号刑事判决书，被告人樊某辉向 A 市中级人民法院提起上诉，该院审理后下发（2024）辽 03 刑终 6 号刑事裁定书，认为诉讼程序违法而发回 HC 市法院重审。原一审判决除了没有管辖权之外，没有其他程序违法之处，且管辖权一直是控辩双方争议焦点。HC 市法院应当在发回重审后重新审查是否有管辖权，并在法律规定的七日之内做出不予受理决定书。但 HC 市法院利用中院判决“程序违法”具有一定的模糊性，再次受理并强行再次作出实体判决，实质性违反 A 中院生效裁定的要求，构成诉讼程序违法。

二、一审判决认定的基本事实错误

（一）认定担保时股权和探矿权已经转让错误。

一审判决认定：樊某辉“明知 GT 置业公司及其名下探矿权已经转让的情况下……”，指使曾担任 GT 置业法人的被告人于某朝使用伪造的 GT 公司印章签署“借条”，捏造……担保义务。

《民法典》第二百零八条规定：不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记，动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。

于某朝的盖章行为发生在 2012 年 3 月 1 日、6 月 14 日，GT 投资公司的股权变更发生在 2022 年 8 月 14 日，GT 投资公司名下探矿权一直没有发生转让直至公司被注销。也就是说于某朝盖章行为发生时，公司和探矿权均合法存在。公诉机关的起诉书认定起诉书指控樊某辉“明知 GT 置业公司及其名下探矿权已经转让，与卷宗中工商注册登记变更资料、探矿权延续资料不符，与民法典关于不动产物

权的变动规则不符，属认定的基本事实错误。

（二）一审判决认定被告人樊某辉和他人“串通”捏造事实错误。

检察院的起诉书没有指控樊某辉和于某朝构成共犯，也没有引用共犯的法律规定。从一审判决认定的事实来看，没有任何证据证明两人有共同虚假诉讼的犯意。一审判决认定被告人樊某辉和他人“串通”，属认定的基本事实错误。

三、一审判决部分认定事实不清

（一）⁹³同案犯于某朝的供述、证人湛某栓、翟*⁹⁴治的证言存在前后不一、不符合常理等诸多问题，一审判决给予认定造成事实不清。

1. 供述和证言前后不一，而且愈靠后叙述得愈详细。开始只证明樊某辉说为了向股东交待需要公章担保一下，后来逐步变成指控樊某辉明知公司不存在（股权转让）、探矿权已经转让情况下，指使于某朝刻制假章准备欺骗购买公司股权的人。

2. 供述的事情经过和其他证据相矛盾。比如他在笔录供述，2022年3月16日借款时，给樊某辉说“公司没有啦，探矿权也没有啦”，而实际上他仍然是GT公司100%股权持有者，只是公司改变了名字而已。公司名字变更，不影响股东的认定和所有者权利。

3. 于某朝等和被告人樊某辉有矛盾，有明显的打击报复痕迹。于某朝和证人都民事案件的被告、被执行人，双方在催要欠款过程中多次发生纠纷。赵某龙在向河南省反映、控告樊某辉时，于某朝和证人湛某栓等人曾多次亲自到有关单位信访、控告，把樊某辉送进监狱一直是赵某龙、于某朝、湛某栓等人的目标。证人湛某栓在公安机关的笔录明确表示“2017年至今在郑州市公安局、扫黑办、公安部控告樊某辉”，足以说明该小团伙和樊某辉之间的矛盾之深。

4. 于某朝的供述和证人湛某栓、翟银治陈述的指使内容、借钱经过不合常理，甚至是“反智”。民间借贷市场向来都是卖方市场，有时有财产抵押还借不来款。如果樊某辉知道“公司已经没有啦，探矿权也没有啦；2012年5月30日探矿权1000万元卖给A人樊某辉也知道”；在于某朝已经借款近千万元，出卖探矿权回款1000万元没有偿还樊某辉一分钱的情况下，樊某辉还会再借给于某朝232万元

⁹³ 被告人樊某辉出借给同案犯于某朝资金，目的是准备承揽于某朝所有的铁矿运输业务。

资金吗？

如果樊某辉已经知道 GT 置业公司已经更名为 GT 投资公司，想要转嫁债务是加盖已经不存在的 GT 置业公司印章合适，还是更名后的 GT 投资公司合适呢？

如果樊某辉已经知道 GT 置业公司不存在了，在 1001 万元的借条上加盖了 GT 公司印章，落款时间是写到公司变更名称之前有利，或是如实书写落款时间有利呢？

于借条上于某朝注明“矿山建成⁹⁵后，樊某辉优先建厂”，如果樊某辉已经知道公司和探矿权都不存在了，还有必要去争取优先建厂权吗？

国朝三人的这些说法违反逻辑、不合常理甚至是“反智”，充分暴露出三人配合赵某龙诬告陷害樊某辉的急迫心情。

5. 张彬等人证言，能证明不存在樊某辉指使刻制公章行为。证人张彬等三人当庭做证证明：经张彬电话联系，于某朝等三人 2012 年 3 月 16 日上午到樊某辉办公室，在借条上签署担保和加盖 GT 公司的公章担保。证明于某朝三人所说的指使刻制虚假公章的事实不存在。

（二）“公章”的来源、去向及使用情况没有查清

1. 未备案的公章来源、去向没有启动调查程序。

被告人于某朝供述自己在某地看到有刻制印章的小广告，电话联系并等待一两个小时取得私刻的公章，并转账支付 300 元作为报酬。在向樊某辉借款 232 万元借条上加盖印章后丢弃。公安机关没有追查是否有 300 元的转账记录，也没有到刻制印章的现场进行辨认，更没有对这枚印章的去向进行调查。

2. 三枚未经备案公章是否同一枚公章没有查清。

在 GT 置业公司改为名为 GT 投资公司之后，于某朝于 2011 年 11 月份委托“永探公司办公室主任”到 XJ 国土资源厅办理探矿权延续手续，使用了使用和法定名称不一致的印章。2022 年 3 月 16 日，于某朝向樊某辉借款时，使用和法定名称不一致的公章担保。2013 年被告人于某朝又持和法定名称不一致的公章和曹县人民政府签订合同。

三枚公章是否为同一枚公章，对认定于某朝等人供述、翟银志等人证言的真

实性有重大影响⁹⁶，进而本案是否构成犯罪有重大影响，侦查机关没有对此侦查，造成本案事实不清。

四、一审判决适用法律错误，假如被告人实施了虚假诉讼行为，发生在虚假诉讼罪名生效前的虚假诉讼行为不构成虚假诉讼罪

《刑法修正案 9》设立了虚假诉讼罪，该修正案于 2015 年 11 月 11 日生效。而检察机关指控的虚假诉讼，G 区法院（2014）G 民初字第 01203 号判决发生在 2014 年；G 区法院（2015）G 民初字第 02023 号民事判决书发生在 2015 年，两起诉讼发生在“虚假诉讼罪”罪名生效之前。

最高人民法院《关于刑法修正案九时间效力问题的解释》第七条规定：对于 2015 年 10 月 31 日前以捏造的事实提起民事诉讼，妨碍司法秩序或者严重侵害他人合法权益，根据修正前刑法应当以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪或者妨害作证罪等追究刑事责任的，适用修正前的刑法的有关规定。但是，根据修正后刑法第三百零七条之一的规定处刑较轻的，适用修正后刑法的有关规定。也就是刑法的从旧兼从轻原则。假如被告人樊某辉的行为符合虚假诉讼的构成要求，该两起诉讼行为因为发生在罪名生效之前也不构成虚假诉讼罪。

一审判决认定前两起案件的诉讼行为不构成虚假诉讼罪，但执行行为发生在罪名生效之后，仍然构成虚假诉讼。

（一）一审判决认定判决书的申请强制执行行为构成虚假诉讼罪，违反了罪刑法定原则

《刑法》第三百零七条之一规定：以捏造的事实提起民事诉讼，妨碍司法秩序或者严重侵害他人合法权益的，处——。法条罪状中没有规定申请强制执行也构成虚假诉讼。

《虚假诉讼司法解释》第一条第三款规定：向人民法院申请执行基于捏造的事实作出的仲裁裁决、公证债权文书，或者在民事执行过程中以捏造的事实对执行标的提出异议、申请参与执行财产分配的，属于刑法第三百零七条之一第一款规定的“以捏造的事实提起民事诉讼”。该法条中排除了申请强制执行判决书的行为构成虚假诉讼。

（二）指控判决书的申请强制执行行为构成虚假诉讼罪，违反了遵循先例原

则

黑龙江（2019）黑 1221 刑初 32 号刑事判决及其他类案判决均认为，虚假诉讼打击的重点是案件首次进入诉讼程序的行为，行为人在虚假诉讼罪施行前以捏造的事实提起民事诉讼，并因此启动二审程序或者执行程序，虚假诉讼罪名施行后，不属于虚假诉讼罪中的“提起民事诉讼”。

五、假如被告人樊某辉指使于某朝刻制公章的事实存在，樊某辉的行为依法不构成虚假诉讼罪

（一）于某朝是涉案的 GT 公司 100%股权持有者，实际控制人，有权代表公司刻制公章

本案争议的焦点之一是加盖在借条上担保的 GT 公司的公章是否为同案犯于某朝私刻问题。证人张某娟在 2018 年 1 月 8 日公安机关的询问笔录（卷二第 47-49 页）承认，其代被告人于某朝持有 GT 公司 95%的股权，于某朝本人持有 GT 公司 5%股权，自己没有出资没有参与公司管理。受害人赵某龙承认，自己和于某朝协商的购买股权事宜，并且 1000 万元转账给了于某朝个人。于某朝当庭承认，2022 年 8 月 14 日股权转让给赵某龙之前，自己是 GT 公司 100%股权的持有者。所以于某朝有权代表公司刻制公章，所刻制的印章也不叫“假章”，最多是未经备案的公章。现代企业异地经营比较普遍，公司企业刻制多枚印章已经成为常态；部分无良企业，甚至故意刻制多枚公章，对自己不利时便抛出“私刻公章合同无效”论，从而达到责任的目的。

（二）于某朝有权决定 GT 置业公司为自己提供担保

《关于适用民法典有关担保制度的解释》第十条规定：一个有限责任公司为其股东提供担保，公司以违反公司法关于对外担保决议 的规定为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持。GT 公司名义上属两人公司，实际上是于某朝个人持股 100%，属实质上的一人有限公司。民法讲究形式，刑法讲究实质。于某朝个人决定 GT 公司为自己的借款提供担保（实质上也是为 GT 公司名下的铁矿借款），不违反国家强制性法律规定。担保行为在成立时并不侵犯他人权利，为有效民事行为。

（三）樊某辉持于某朝加盖公章的借条提起诉讼，不属于法律所要求的“捏造事实”

所谓捏造事实，根据最高人民法院法官答记者问，虚假诉讼是指凭空捏造根本不存在的民事法律关系和因该民事法律关系产生的纠纷。樊某辉提起民事诉讼的借条加盖的公章，被告人于某朝承认是自己亲自加盖上去的。指使也好、串通也罢，法律后果就是借条上的公章、担保法律关系并非樊某辉伪造、变造。具体担保法律关系是否成立、应否承担民事责任则属于民事审判范围，但该诉讼行为不构成法律意义上的“捏造事实”，不构成刑事犯罪。

从另外角度看，如果于某朝在转让 GT 公司股权时，告诉受让人赵某龙 GT 公司有担保隐性债务，本案还有可能构成虚假诉讼罪吗？于某朝没有告诉受让人担保隐性债务的事实，不是樊某辉的责任，也不能把于某朝没有如实告知的民事违约责任，反推过去由樊某辉来承担。

辩护人认为，法律的最基本功能不是打击犯罪，而是保障无罪的人不受非法追究。据了解，HC 市是受害人赵某龙出生和成长的地方，并且在 HC 市有多家矿山企业，是 HC 市著名企业家、社会活动家。赵某龙利用人脉关系在 A 市公安局立案侦查；又把本案移送到和本案无关联的 HC 市检察院提起公诉，打击樊某辉、逃废千万元债务的意图明显。从基本证据来看，被告人樊某辉涉嫌虚假诉讼是典型的冤假错案。

二审是人民法院纠正冤假错案的最后一个关口，特别是案件已经被贵院发回重审，一审法院已经公然对抗生效裁定书的情况下。建议二审合议庭审慎审查、依法处理，做出对法律负责，对历史负责的二审裁判。

以上辩护意见请合议庭予以重视。

关于陈某占故意杀人一案死刑复核阶段的辩护词

——北京市兰台（郑州）律师事务所 王金良⁹⁷

案情简介：

被告人陈某占因土地补偿款纠纷，于2022年4月24日晚酒后持木棍持续殴打87岁的父亲陈付申，致其全身25处创伤（含头部重创、4处肋骨骨折及胸腔积血），木棍断裂两根。母亲张铁女劝阻时亦被击伤面部。陈某占在父亲头面部大量出血的情况下，向其泼冷水后回房睡觉，次日放任重伤父亲无人照料自行外出，下午返回时发现陈付申已死亡。经鉴定，死因为钝器多次击打致创伤性休克。陈某占长期酗酒无业，曾因寻衅滋事罪、袭警罪两次入狱（2022年3月刑满释放），多次因索财殴打父母，案发前更扬言“让父亲被车撞死”。且司法精神病鉴定证实其作案时精神正常，具有完全刑事责任能力。

河南省平顶山市人民检察院以故意杀人罪提起公诉。2022年12月28日，平顶山市中级人民法院作出（2022）豫04刑初35号判决，认定陈某占构成故意杀人罪，判处死刑。陈某占不服上诉后，河南省高级人民法院于2023年3月30日以（2023）豫刑终62号裁定发回重审，认为部分事实不清。平顶山中院重审后于2023年8月29日作出（2023）豫04刑初10号判决，再次以故意杀人罪判处死刑。陈某占二次上诉，河南高院经开庭审理，于2023年12月26日以（2023）豫刑终346号裁定驳回上诉，维持死刑判决，并依法报请最高人民法院核准。

在死刑复核阶段，司法部法律援助中心指派北京市兰台（郑州）律师事务所王金良律师担任陈某占的辩护人，最终，王金良提交的辩护意见被最高人民法院采纳，并裁定不核准被告人死刑，将案件发回二审法院重审。

97 王金良，北京市兰台（郑州）律师事务所高级合伙人、执行主任，专注刑事辩护20年，河南省刑事律师，多次获得河南省优秀律师、郑州市十佳律师等荣誉，现任全国律协第十届企业合规委员会委员，郑州市管城区人大代表，河南省政府法律顾问库专家。

尊敬的审判长、审判员：

北京市兰台（郑州）律师事务所王金良律师接受司法部法律援助中心指派，担任陈某占故意杀人案死刑复核阶段的辩护人，经过阅卷、会见陈某占，辩护人认为：本案被告人陈某占伤害其父亲，有悖伦理，罪行严重，但案件在事实认定上存在事实不清、证据不足，案件定性不准，不符合必须立即执行死刑的条件，根据“保留死刑、严格控制和慎用适用死刑的政策”，恳请合议庭裁定不予核准死刑立即执行，具体意见如下：

一、案件事实不清，不宜核准死刑立即执行

（一）至今涉案凶器“树枝或者木棍”没有找到，没有证据可以证明案卷宗中展示的木棍是陈某占使用伤害被害人陈某申的凶器

会见陈某占时，陈某占明确否认涉案卷宗中提取的木棍是其伤害被害人陈某申的木棍，在原审审理期间，陈某占也一直否认涉案卷宗中的木棍是其所用；从原审卷五XY市公安局物证鉴定所出具的X公鉴（DNA）（2022）451号鉴定意见，可以确定对于送鉴的木棒表面检出混合STR分析，无法有效分析，因此不能证明涉案凶器（木棒）的上血液属于被害人陈某申的，也就无法证明涉案凶器是被告人陈某占案发时所用工具。据陈某占交代，案发当天陈某占使用的是一根比大拇指稍微粗一点的树枝，并非木棍，陈某占伤害其父亲陈某申的树枝也被其拿出去扔到了陈某占家南边600米左右的麦地里，而该树枝凶器至今也没有到案。因此，对于涉案重要物证“凶器”木棍或者树枝均没有到案，证据链不完整，案件证据存疑。

（二）对于可以证明被告人陈某占主观故意是伤害还是杀人的客观事实，可以对当时案发现场知情人员张某女再次询问，落实案发当晚，陈某占在酒醒之后，是否又回到了被害人陈某申身边，“给陈某申道歉以及询问陈某申有事没事，是否需要去医院，陈某申说没事”的情节，该情节可以证实陈某占在案发当时是杀人故意还是伤害故意，该情节在原审陈某占供述中有所体现，但是侦查机关却没有进行进一步的落实。

二、根据证据证明的事实，辩护人认为此案的定性应为故意伤害（致死）罪，原审认定故意杀人罪，量刑死刑过重

本案中从一审到二审，检察院均认为综合陈某占殴打陈某申的工具、力度、后果及其事后的表现，其主观上明显具有放任陈某申死亡的故意，从而认定其构

成故意杀人罪，辩护人认为本案中陈某占的行为符合故意伤害（致死）罪的构成要件。

区别故意杀人罪同故意伤害罪的关键在于两罪犯罪故意内容不同。故意杀人罪的故意内容是剥夺他人生命，希望或放任他人死亡结果的发生，而故意伤害罪的故意内容只是要损害他人身体，并不是剥夺他人生命。进一步分析，故意伤害致死与间接故意杀人的主要区别则在于：间接故意杀人，是明知自己的行为会造成他人死亡的结果，并且放任这种结果的发生；而故意伤害致人死亡，只是损害他人身体健康，对死亡结果的发生，既不希望，也不放任，而是一种过失的心理状态。

结合本案而言，陈某占的行为虽然造成了被害人陈某申的死亡，但根据案件事实，陈某占与被害人之间存在长期的经济纠纷和家庭矛盾，要充分考虑到陈某占的个人成长环境、与父母之间长期的相处模式等因素的影响。

从犯罪动机来看：陈某占在案发当晚饮酒后情绪失控，其行为可能更多是出于一时冲动而非预谋杀害；从犯罪工具来看：故意杀人罪的犯罪人往往会选择杀伤力较大的器具，如刀具、钢管、绳索甚至枪支等，以谋求更方便、快速地杀害被害人；而故意伤害罪的行为人则可能使用钝器或案发现场常见的器物，本案中的作案工具被告人在情绪激动情况下在门口的柴火堆中临时抽取的一根柴火棍，其杀伤力远不及刀、斧子等工具的杀伤力；从打击的部位与强度分析：故意伤害案件中一般不会出现极强的部位针对性，四肢、肩部、背部、面部皆可成为打击部位，甚至在个别案件中行为人还会有意识地避开要害部位。本案中，被告人打击的部位主要是被害人的背部、双腿以及胳膊，没有直接打击头部；其次，虽然在原审认定上打击的有头部，但是也应当区分该打击行为是被告人刻意打击还是在击打其他部位时失手打击到了要害部位，而不应当不加区分的认定只要打击了受害人的要害部位被告人就一定是存在杀人的主观故意。

从犯罪之后的表现分析：按照常理，若被告人有杀人的主观故意，其在实施打击后应当确认和检查受害人是否已经死亡，若已经死亡，则达成了其故意杀人的目的，一般会选择报警或者逃跑两种行为，但是本案中被告人对受害人进行打击后就回屋睡觉了，说明其主观上认定他的打击行为一定不会导致受害人死亡结果的发生。并且第二天中午，也是被告人第一时间选择拨打120急救电话，其能反映

出陈某占在主观上对被害人死亡结果持反对态度以及其被告人不存在杀人的主观故意或者有帮助或者放任被害人死亡的主观故意。

故综上所述，本案中认定被告人存在杀人故意的证据不足，综合本案的起因、矛盾的激化程度、作案工具、打击部位、力度和频度以及事后施救等案前、案中、案后的各个因素，应当认定被告人构成故意伤害（致人死亡）罪，原审以故意杀人罪判处死刑，量刑过重。

三、本案存在违反法律规定的诉讼程序情形，其在侦查、审查起诉以及法院审判阶段均未依法指派刑事律师为陈某占提供辩护，导致陈某占未能全面行使辩护权

《刑事诉讼法》第三十五条第三款规定“犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑，没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》第九条规定，“犯罪嫌疑人、被告人具有下列情形之一没有委托辩护人的，公安机关、人民检察院、人民法院应当自发现该情形之日起3日内，通知所在地同级司法行政机关所属法律援助机构指派律师为其提供辩护：（一）未成年人；（二）盲、聋、哑人；（三）尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人；（四）可能被判处无期徒刑、死刑的人。”第十六条规定，人民检察院审查批准逮捕时，认为犯罪嫌疑人具有应当通知辩护的情形，公安机关未通知法律援助机构指派律师的，应当通知公安机关予以纠正，公安机关应当将纠正情况通知人民检察院。

本案中的侦查卷宗中没有公安机关通知所在地同级司法行政机关所属法律援助机构指派律师的文书，也没有法律援助机构指派律师的文书，结合卷三材料起诉意见书，可知在侦查阶段办案单位并没有给陈某占指派律师提供辩护工作。

在法院审理阶段，指派执业年限不足三年的律师提供法律援助程序违法。结合卷一材料显示，2023年4月26日P市法律援助中心指派河南QX律师事务所梁某某律师，梁某某律师的律师资格证证号为：A2019410403XXXX，执业证号为：1410420211037XXXX，发证日期为2021年X月X日，从其资格以及执业证号，可知梁某某律师是在2019年取得司法资格证书，2021年取得执业资格，涉案是在2023年进行指派，在指派时执业年限显然不够三年。根据《两高两部法律援助规定》第十三条规定，对于可能被判处无期徒刑、死刑的案件，法律援助机构应当指派具有

一定年限的刑事辩护执业经历的律师担任辩护人，根据《中华人民共和国法律援助法》第26条规定，对可能被判处无期徒刑、死刑的人以及死刑复核案件的被告人，法律援助机构收到人民法院、人民检察院、公安机关的通知后，应当指派具有三年以上的相关执业经历的律师担任辩护人。从庭审记录也可以看出，在法院审理阶段指派的梁某某律师履行的辩护职责并不全面，对于公诉机关提供的证据均无异议，也无发问，对于直接影响定罪量刑的鉴定也是没有任何异议，辩护工作流于形式。

综上，此案在侦查阶段、审查起诉阶段，审判阶段在指派援助律师上没有按照法律规定进行指派，导致陈某占的辩护权没有得到有效保护。

四、洛阳JY精神病司法鉴定所出具的刑事责任能力的鉴定存疑，不能作为证据使用

结合涉案的刑事责任能力鉴定报告即洛阳JY精神病司法鉴定所的鉴定意见，辩护人认为该鉴定意见不能作为认定陈某占完全刑事责任能力的依据，理由如下：

（一）涉案委托鉴定的日期是2023年6月29日，委托人是河南省B县公安局刑侦大队，结合案件审理流程可以看出，2023年6月份这个时间段，案件的流程是在法院的审理阶段，即使说案件需要鉴定，其委托主体应当是审判机关或者具有控诉功能的公诉机关，而事实上委托主体是河南省B县公安局刑侦大队，刑侦大队属于公安机关的内设机构，不具有委托的主体资格，即使委托也应当是河南省B县公安局而非内设机构的刑侦大队，因此该证据来源程序不合法。

（二）该鉴定以及其内容不客观，论述不全面

1. 结合案件事实，委托鉴定的时间是2023年6月29日，鉴定日期是7月11日，而事发日期是2022年4月24日，鉴定日期距事发日期相差1年3个月，被鉴定人员的身体状况、心理状态都发生了重大变化，而本案以2023年7月11日被鉴定人陈某占的身体、精神状态为前提条件推断2022年4月24日案发时精神状态不科学，参考意义不大。

2. 鉴定依据的条件给案发时的条件不一样，没有可比性，因此该鉴定报告不能作为定案依据。

结合案件事实可知，陈某占都是在喝了酒之后，精神失控，患发精神病，到处惹事，多次被司法机关追究。结合本案而言，2022年4月24日，陈某占也是

在中午喝4、5两洋河酒，晚上又喝了二两酒，喝酒后因酒的缘故导致精神失控，产生惨案，因此，如果说鉴定，也应当设置或者创造相当的条件即让陈某占再喝同质同量的酒，让身体状态进入到2022年4月24日事发当日的状态然后再进行鉴定，只有这样才有参考意义。

3. 陈某占酒后精神疾病史是事实：结合北京市C区中西医结合医院的病历显示，2017年陈某占被确诊为癫痫病、痰湿内阻症，经民警查询为公安部全国重性精神病；且在会见陈某占时，陈某占也明确提出自己患有精神病，并且为了治疗这个病，B县卫建委还每月给200元的治疗费，这个费用一直享用了1年多的时间，都是B县卫建委将费用打给陈某占的监护人陈某申的卡上。但是在洛阳JY法医精神病司法鉴定所的鉴定意见中，对此并没有给予任何的描述，因此其内容并不客观，可信度不够。

综上，辩护人认为原审认定的精神病状态以及刑事责任能力的鉴定意见因证据来源不合法，鉴定比对检材不科学，其得出的结论也不具有采信价值。

五、关于量刑问题

《刑法》第四十八条规定，死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。判处死刑立即执行的两个条件：一是罪行极其严重，二是必须立即执行，陈某占不符合上述两个条件。

（一）陈某占虽然构成累犯，但考虑到其与被害人之间的特殊家庭关系，以及其在案发后的表现，请求贵院在量刑时予以从轻处罚

实践中，故意杀人、伤害案件从性质上通常可分为两类：一类是严重危害社会治安、严重影响人民群众安全感的案件，如极端仇视国家和社会，以不特定人为行凶对象的；一类是因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的案件。对于前者应当作为严惩的重点，依法判处被告人重型直至判处死刑。对后者处理时应注意体现从严的精神，在判处重型尤其是适用死刑时应特别慎重，除犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重、人身危险性极大的被告人外，一般不应当判处死刑。

《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》也提出：关于故意杀人案件，要准确把握故意杀人犯罪适用刑的标准。对故意杀人犯罪是否判处死刑，不仅要看是否达成了被害人死亡结果，还要综合考虑案件的全部情况。对于因婚姻家

庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯适用死刑一定要十分慎重，应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别。

本案系因家庭教育不当以及酒后精神疾病引发的惨案：根据案件证据描述可知，陈某占兄弟子妹6人，陈某占最小，从小一直受到父母以及家庭的溺爱，陈某占要啥父母给啥，平时在家庭内部也是经常出现陈某占与父母吵架，甚至打架的事，吵过打过之后又都因是家庭内部的事，其父母也没有真正对陈某占予以教训或者对其正常教育。故而，长期以往，对于陈某占而言与父母发生争执甚至肢体冲突对其而言是家常便饭，其早已习以为常。父母角色的错位、一贯而往的家庭相处模式，再加上陈某占酒后行为控制能力的降低及其精神疾病的不可控制性才导致了本案惨案的发生，虽然陈某占的罪行属实严重，但相比于故意杀害多人、以不特定对象的故意杀人、以危害国家安全或者公共安全的故意杀人等故意杀人行为，陈某占的行为在情节、后果上达不到极其严重的程度，达不到判处死刑立即执行的程度。

（二）陈某占在案发后能够主动配合调查，表现出一定的悔罪态度，请求贵院在量刑时予以考虑

陈某占到案后如实供述自己的犯罪行为，也多次请求家里人谅解，并且也愿意将自己宅基地抵给家里人以表示自己的悔过，表明陈某占仍具有一定的改造空间。

综上所述，本案不属于“犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重”的故意杀人犯罪，陈某占也不属于“主观恶性极深、人身危险性极大”的犯罪分子，不符合最高人民法院明确规定的只有“犯罪情节特别恶劣、犯罪后果特别严重、行为人人身危险性极大的”才应该判处死刑的条件，判处陈某占死刑属于量刑过重，且案件存在事实不清、证据不足的情形，因此建议不予核准死刑。