

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

2020年 第2期 | 总第068期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊

ZHH
ZHH & Robin



全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

【律师论坛】

请好法律顾问可以让
您的企业乘风破浪，
基业常青！

再审中的证据失权
规则认定与适用

参与分配程序中执行行为异议
与执行分配方案异议
之诉救济途径之路径选择

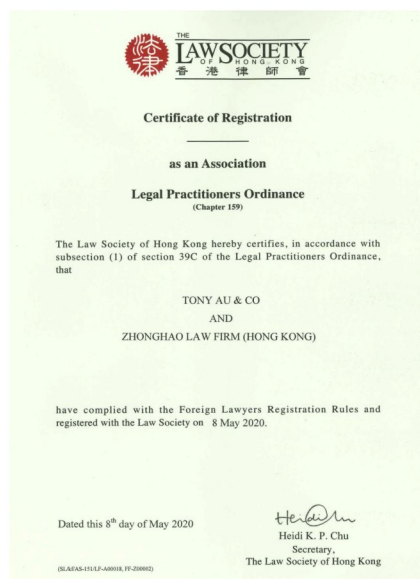
建设施工合同
解除权的行使

【法理天地】

在商场内的商户储值
消费商户撤场后可否
要求商场先行赔付

香港律师会批准 中豪香港分所与区兆康律师行联营

5月8日，香港律师会正式批准并颁发了中豪律师集团（香港）事务所与区兆康律师行（Tony Au & Co）联营证书，标志着两所经过多年“恋爱”长跑后，正式获准“联姻”。联营后，中豪将依托内地7个办公室的广阔资源与区兆康律师行多年深耕香港法律服务的专业优势，实现1+1>2的协同效应，为两地企业的跨境业务提供“一站式”法律服务。中豪与区兆康律师行此前已合作多年，共同为内地与香港两地客户提供了跨越两地不同法域的优质法律服务。合作过程中，两所不断融合、互信日益精进，最终达成联营，通过香港法与内地法律项下的双向联营，从而更好地实现内地与香港两个市场、两种资源的整合与协同。



“One World | 疫情下12国律师为您全球护航” 系列直播讲座顺利收官

ONE WORLD
疫情下12国律师为您全球护航
系列直播讲座



为了给我国企业疫情期间在境外的投资与运营提供及时帮助和防范建议，4月28日至6月11日，中豪联手渝企走出去服务港、LAWorld国际法律联盟等，成功举办了“One World | 疫情下12国律师为您全球护航”系列直播讲座。来自美、德、意、泰、印尼、瑞士、越南、以色列、新加坡、阿联酋、马来西亚、澳大利亚的12家外国律所的25名演讲嘉宾进行了精准分享，开启了国内国外、成渝双城合作新模式，为我国走出去企业提供了及时和有价值的帮助。



中豪之窗
ZHONGHAO EXPRESS
总第068期 2020年 第2期 双月刊
(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主编：袁小彬
执行主编：杨青
编委：

张涌	陈晴	邵兴全
宋涛	王辉	宋琴
卜海军	陈伟	张晓卿
涂小琴	李东方	范珈铭
俞理伟	朱剑	夏烈
汪飞	郑毅	黎莎莎
崔冽	陈心美	吴红遐
傅达庆	张德胜	郑继华
文建	刘军	郭凌嘉
柯海彬	李燕	红天晓
赵明举	梁勇	邓辉
李永	周尽	冉春红
刘文治	李静	宁思燕
周鹏	王必伟	杨敏
陈任重	青苗	邓舒丹
谢敏	肖东	程地昌
赵晨	郑鹏	柴佳
文奕	曹阳	伍伟

责任编辑：明皓
美编：王先
主办：中豪律师事务所

Web: www.zhhlaw.com
Twitter: @zhhlawfirm
Weibo: weibo.com/zhhlawfirm
Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS 目录

直击中豪 NEWS

要闻摘选 1

律师论坛 FORUM

请好法律顾问可以让您的企业乘风破浪，基业常青 杨青 李慕乔 2

再审中的证据失权规则认定与适用 梁勇 刘卉灵 13

参与分配程序中执行行为异议与执行分配方案异议
之诉救济途径之路径选择 刘帅 21

建设工程施工合同解除权的行使 杨敏 周顺 26

法理天地 THEORY

在商场内的商户储值消费商户撤场后可否要求商场先行赔付 邓舒丹 30

5月14日,为了给外资企业提供及时有效的风险防范建议,帮助外资企业合法合规渡过难关,由欧盟商会主办、中豪协办的“疫情期间外资企业法律风险防范指引”线上专题讲座成功举办。国际业务部合伙人杨青和文奕从劳动用工、合同履行等方面进行解析,并有针对性地提出了具体法律操作指引与风险防范建议。

5月20日,重庆两江商事调解中心在市律师协会正式挂牌成立。成立后,在10家律师事务所设立调解工作室,并向首批调解员颁发聘书。中豪律师事务所被授牌设立调解工作室,董事合伙人陈晴被聘请为调解员,聘期为2020年5月20日至2024年5月19日。

2020年5月,LAWorld国际法律联盟新一届执委会完成组建,来自北美、欧洲、亚太、拉美、中东、非洲70多家成员律所推荐的律师经过严格遴选,共选出5名区域董事组成新一届执委会,中豪合伙人杨青成功当选为新一届LAWorld执委会亚太区域董事。

6月16日,原在大都会东方广场办公的律师同仁迁往江北区江北嘴街道金融城2号T2栋9层和11层办公,中豪合署办公剪彩仪式在内陆国际金融中心江北嘴金融城隆重举行。董事局主席袁小彬、党委书记张涌、董事合伙人郑毅、陈晴以及律所同仁出席,共同见证这一值得纪念的重要时刻。

自新冠疫情发生以来,律师行业积极投入常态化疫情防控工作,号召和引领律师投身公益、为企业排忧解难,在疫情防控方面发挥了积极作用。6月17日,市律协发布了关于表彰重庆市律师行业新冠肺炎疫情防控工作先进集体和优秀个人的决定,中豪荣获“新冠肺炎疫情防控工作先进集体”称号。

中豪新闻



2020年6月,《中华人民共和国城市房地产管理法解读与适用》一书正式出版并上线销售。该书由中豪荣誉合伙人邵兴全博士、浙江省宁波市海曙区人民法院傅勇院长及全国人大常委会法制工作委员会施春风处长共同主编,中国法制出版社出版。

6月29日,首届新时代四川律师行业党建论坛及成都论坛成功召开。论坛对为服务成都市市委市政府中心工作尤其是疫情防控、营商环境建设等方面做出突出贡献的先进党组织进行了通报表彰,中中共中豪律师集团(四川)事务所支部获评“四川省党建标准化律师事务所党组织”,并荣获“服务大局冲锋党组织”称号。

为维护律师行业良性竞争秩序,维护律师职业形象,保障高品质的专业服务,推进律师行业转型升级和高质量发展,6月9日,重庆市律协发出《抵制最低价中标竞争行为倡议书》。从2020年7月1日起,中豪将严格遵守并执行市律协的倡议内容,维护律师服务行业公平竞争的市场秩序,维护律师职业尊严。

为庆祝中国共产党建党99周年,重温党的光辉历史,中豪党委于7月1日在党建会议室开展“久久初心、砥砺前行”主题活动,在党委书记张涌的带领下,全体党员重温入党誓词。主题活动的开展让每一名党员律师以坚定的理想信念投入到工作之中,成为推动社会进步、国家发展、民族复兴的重要力量。

为纪念中国共产党成立99周年,积极推进“律所党建惠营商”“法律服务进功能区”行动,响应市司法局、市律协“创新提能·服务营商”十大举措,成都办公室党支部于7月1日与中共金堂县委“两新”工委联合开展了金堂县“党旗领航·律所助企 共优产业功能区营商环境”主题党日活动。

我相信大家可能都读过关于扁鹊三兄弟治病的故事：

一次，魏文王问扁鹊说：“你们家兄弟三人，都精于医术，到底哪一位最好呢？”

扁鹊答：“长兄最好，中兄次之，我最差。”

文王又问：“那么为什么你最

出名呢？”

扁鹊答：“长兄治病，是治病于病情发作之前，由于一般人不知道他事先能铲除病因，所以他的名气无法传出去；中兄治病，是治病于病情初起时，一般人以为他只能治轻微的小病，所以他的名气只及本乡里；而我是治病于病情严重之时，一般人都看到我在经脉上穿针管放血，在皮肤上敷药等大手术，所以以为我的医术

高明，名气因此响遍全国。”

看了这个故事，很多人认为是扁鹊谦虚，但其实他说的是大实话，他告诉我们一个道理，身体疾病关键在于预防于未然，而不是等得病后去治愈，即使能治愈，也可能因此遭受痛苦，还可能会留下后遗症。

企业风险防控的道理也是如

请好法律顾问可以让您的企业 乘风破浪，基业常青

◎ 文 / 杨青 李慕乔 / 重庆办公室





杨青 | 合伙人

专业领域：海外投资与并购、外商
投资、基金
手机：+86 182 0309 3176
邮箱：eagleyang@zhhlaw.com



李慕乔 | 律师助理

专业领域：海外投资与并购、国际贸
易与运输、跨境争议解决
手机：+86 158 0233 2710
邮箱：james.li@zhhlaw.com

此，最好的风险防控是防范于未然，而不是等风险转化成纠纷甚至重大纠纷后通过打官司才去解决。因为一旦打官司，只可能是两败俱伤，无论哪方输赢，都会有损失，只是损失大小而已。

遗憾的是，现实中，大部分企业都是在发生纠纷后需要打官司时，才想到找律师；但实际上，成本最小、性价比最高和防控效果最好的企业风控是聘请法律顾问做好日常风控，防范企业日常经营和管理中的各种风险于未然，这才是最好的风控。所以，法律顾问是企业基业常青的护航人和良师益友。

没有误解就没有伤害

在多年服务企业过程中，我发现很多企业对于法律顾问和法律风控的价值和作用存在不少误解或误区，比如：

1. 低价说

持这种观点的企业认为，法律顾问的作用主要是审查合同，企业日常经营和管理过程中偶尔咨询下法律顾问，这些服务内容几乎所有律师都能做，请谁做效果都差不多，所以价格越低越好。持这种观点的企业聘请的法律顾问一般费用很低，法律顾问也只能提供低质服务。这样的企业一般处于野蛮生长和极不规范的状态，让法律顾问审查合同主要是寻求心理安慰，至于合同审查的好与坏，他们一般不管，主要是走走过场。

2. 官司说

持这种观点的企业一般只有在发生纠纷后，迫不得已需要打官司时，才想到找

律师。他们也习惯性认为律师只能打官司，所以他们一般不会请法律顾问为企业的日常经营和管理把控风险。但其实法律顾问的最大价值在于帮助企业预防风险，尽可能避免纠纷；因为一旦实际发生纠纷，只要打官司，对各方来说，损失已经不可避免。

3. 效益说

持这种观点的企业认为，不同于商业项目，短期来看，法律顾问的价值是难以看到的。而且法律风控做得越好，企业发生纠纷甚至打官司的可能性就越小，企业更是看不到法律风控带来的价值，似乎律师的作用只有在打官司时才能体现出来。而商业项目不同，一般很快会有收益。

持这种观点的企业，在其经营和管理过程中容易发生纠纷，习惯于通过诉讼方式防控风险。但一旦发生重大纠纷，企业可能因此遭受重大损失，甚至破产；所以有远见的企业家就会明白，法律风控是商业项目顺利运营和取得良好收益的保障，没有诉讼或少有诉讼，其本身就是为企业盈利。

4. 侥幸说

可能是人性的弱点，很多人对待风险都会心存侥幸心理，他们不相信风险会实际发生在自己身上。风险的发生看似是概率事件，其实具有必然性。持侥幸心理的企业，风险似乎更青睐于他们。这就像很多人，在身体没有生病之前，他们一般不注重平时保养，只有生病后才知道日常保养的重要性。

企业经营过程中，风险其实无处不



在，只是可能风险比较小或运气好，最终没有转化为大的风险；但企业的风险防控不能凭侥幸、凭运气。只有真正做好日常风险防控，才可能有效防范重大纠纷，从而避免遭受重大损失。

所以，企业预防风险的关键在于，当风险还处于萌芽阶段时就应及时采取防范措施防范好风险，所以真正有水平的律师是能帮助企业预防风险于未然，而不是在风险演变为重大纠纷后，通过诉讼手段去赢得官司。

5. 代价说

多年服务企业的过程中，我遇

到过很多企业一开始时不重视法律风控，都是在付出沉重代价后，才明白法律风控的重要性。其实在很多失败案例中，企业遇到的法律问题并不是很复杂且无法避免，绝大多数都是因为企业没有聘请日常法律顾问或轻视法律风险没有及时咨询律师，最后硬生生演变成重大法律纠纷，因此遭受重大损失。

我帮很多企业算了一笔账，他们在某个重大纠纷中遭受的损失足以让企业支付几十年的法律顾问费。但在付出这样的沉重代价之前，很多企业却不愿意花少量的钱请法律顾问做好风控，只有在付出这样的沉重代价

后才明白，聘请法律顾问做好企业日常法律风控，才是最划算的风控方式。

每当遇到这样的情形，在替企业惋惜的同时，也让我认识到，我国企业的法律风控之路真的任重道远。这并不是因为法律风控本身很难、很复杂，而是企业老板的风险意识和风控观念难以改变，这也许是我国企业做强、做大过程中必须要交的学费。在这方面，欧美日资企业要比我国大部分企业做得好得多。下文我会进一步阐述我的观点。

法律顾问是企业的护航人，也是企业的良师益友

对企业来说，法律顾问到底有何价值和作用？多年服务企业的经验让我认识到，法律顾问是企业发展过程中的护航人和良师益友。

1. 法律顾问可帮助企业构建风险防控体系

对企业而言，在其经营的整个过程中，风险无处不在。企业要想真正全面、长久做好风险防控，就需要法律顾问站在顶层设计的至高点，结合企业实际情况帮助企业构建风险防控体系。比如，制定风险防控战略，制定完善、健全的企业内部规章制度，以及业务、人事、用工、法人治理等方面的合规指引，从而全方面帮助企业打造风险防控安全网，全方面帮助企业堵住各种风险漏洞。

2. 法律顾问可助力企业进行重大决策论证并提供参考建议

虽然法律顾问不可能帮助企业防范经营和管理过程中的所有风险，但优秀的法律顾问肯定可以帮助企业防范重大法律风险。比如，企业拟开展重大投资项目或作出重大决策时，法律顾问可从法律、合规等角度进行充分论证，就项目和决策的合法性、合规性及可行性提供法律意见和风险防范建议。

如果某个重大项目或重大决策缺乏法律论证而遗漏重大法律风险，对

企业来说就是“定时炸弹”，一旦转化为现实风险，对企业将是致命打击，企业一定要避免出现这样的重大风险。

3. 法律顾问可以帮助企业打造优秀的法务团队

法律顾问无论怎么尽职尽责，都不可能为企业防范好每一个风险；但法律顾问可以通过帮助企业培训和打造一支优秀的法务团队，提升法务团队的风控能力和水平，并借助法务团队的作用，全面提升企业高管和业务人员的法律风控意识，从而帮助企业实现更好的全面风控。只有让企业的所有高管和重要员工从思想上认识到法律风控的重要性，他们才能在企业经营和管理过程中敏锐地发现风险，并通过咨询法律顾问意见来防范好风险，让每一名重要员工都成为企业的风控员。

4. 法律顾问可以帮助企业精心设计和拟定完善的常用合同范本

签署合同或协议是企业开展业务的一项重要内容。法律顾问可结合企业实际情况，帮助企业梳理、设计、拟定和完善常用的合同、协议范本，根据企业业务的实际情况和交易模式，精心设计好条款，以保护企业合法权益；即使真的发生纠纷，也能帮助企业保护好自身的合法权益，从而把损失降到最低。

我曾帮助一位客户（虎牙直播）赢得其与印尼某主播的合同纠纷案在香港国际仲裁中心的全面胜诉。这个





件之所以能胜诉，最为重要的是在虎牙直播与该印尼主播签署合同时，我们团队帮助虎牙直播精心设计好了对其有利的合同条款，当后续发生纠纷后，使得我们能根据这些有利的合同条款赢得仲裁，从而保护了虎牙直播的合法权益。虎牙直播通过该仲裁案件获得的赔偿款足以支付几十年的法律顾问费。

可见，法律顾问通过帮助企业设计和拟定完善的合同范本和条款对企业防范风险和保护其合法权益是何等重要。

5. 法律顾问可以为企业提供多方面的增值服务

有人说，律师最有价值的东西有两样：一是其专业法律意见，二是其广泛的资源。当今，如果律师仅仅懂法律是很难成为一名优秀的法律顾问的，而且也难以获得企业真正的认可。除了专业法律服务外，律师还要充分发挥其资源广的优势，帮企业对接有价值的资源，比如项目、业务、人才、融资渠道等，从而帮助企业实现更快的发展。只有这样，法律顾问才可能与企业建立长远和深度合作，实现共赢。

当然，法律顾问的价值与作用远不止于上述几方面。

它山之石可以攻玉

多年来，我服务过很多外资企



业，通过对比外资企业特别是欧美日资企业在法律风控思维、观念、做法等方面的差异后发现，欧美日资企业在法律风控方面有很多地方值得我国企业学习和借鉴。

1. 将合法与合规思维作为企业的核心价值

由于法治观念的影响，很多欧美日资企业把法治思维也融入企业治理和管理当中，将合法和合规作为企业长远发展的核心价值，并将其融入到企业的文化、制度构建、人才培养、企业治理及经营和管理的各方面，让企业的每一位员工都有强烈的合法和合规意识。无论企业股东、董事及其他高管，还是企业员工，几乎不约而

同地将合法和合规作为基本行为准则，他们不是被动地守法，而是主动和自觉地尊重法律，敬畏法律。企业法律风控成为企业良性和稳健发展的保障。

2. 欧美日资企业将法律服务费纳入企业的年度预算和硬性支出成本

欧美日资企业在每年年初制定年度预算时，一般将占企业上年度收益的1%—3%作为本年度法律风控费用纳入企业年度预算，并且制定详细的法律服务费使用计划，以保障企业业务、经营等各个方面的顺利开展。他们首先考虑的是如何通过有效的法律风控以保障企业的稳健运营，而不是从商业角度考虑法律风控支出的成本



是否划算。法律风控的目的是为了保障和维护商业利益，而非本身直接盈利。

比如我曾服务麦当劳多年，麦当劳每开一个家新店，甚至只是一个几平方米的甜品店，都需要请律师对新店物业权属的真实性、合法性及可能存在的法律风险开展法律尽职调查并出具法律意见书，他们不会因为一个几平方米的甜品店业务小而放弃法律风控。相比之下，国内很多连锁企业一般只有商业团队进行可能性分析，一般极少请律师开展法律尽职调查。

3. 欧美日资企业聘请律师首先考虑的是律师的专业能力，绝不会把低价作为选择标准

外资企业选择律师首先考虑的不是律师费率多少，而是律师的专业能力及完成该法律事项请什么律师最合适，专业能力过硬的法律顾问才能最大程度为企业防控好风险。但国内很多企业聘请法律顾问时，虽然也重视考察法律顾问的专业能力，但很多情况下，特别是采取招投标方式遴选法律顾问时，虽然他们没有明说价格是首要考虑的因素，但很多情况下都是“最低价中标”。这种方式选出的法律顾问也必然是低质服务，不仅损害了律师服务的专业价值和职业形象，而且也严重损害了企业自身的利益。

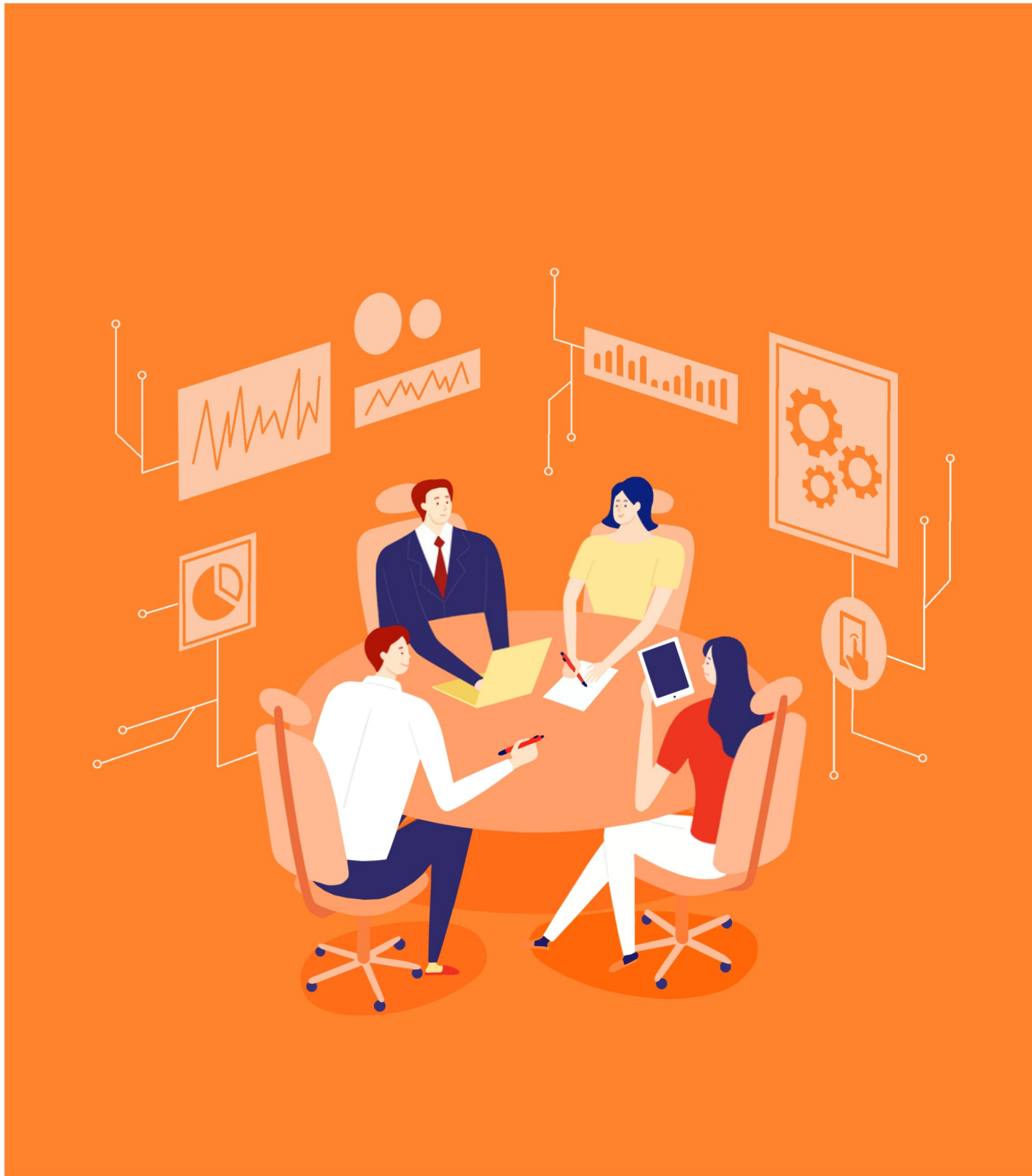
所以，建议企业聘请法律顾问时一定要放弃低价思维，否则，最终为低质买单的还是企业自己。

企业聘请法律顾问的目的是帮助企业全面防范好风险，为企业合法、合规和规范运营提供保障。如果把低价作为首要标准，那就与企业聘请法律顾问的目的背道而驰。虽然看似节约了一点顾问费，但企业可能因此付出的代价要昂贵得多。

4. 律师意见在欧美日资企业重大决策中起决定性作用

欧美日资企业开展对外投资项目或做出重大决策时，法律顾问的专业意见起决定性作用，即使商业、技术团队认为项目可行，但如果法务团队或法律顾问认为项目存在合法性风险或其他重大风险，且无法通过合法有效手段进行防范时，那企业会毫不犹豫地放弃该项目。

比如，外资企业在我国投资前，一般首先会寻求律师的专业意见，把项目的合法合规风险永远放在最重要的位置，只有在合法合规的前提下，再来探讨商业上的可行性。而我国很多企业则刚好相反，很多时候法律顾问的意见只是走走形式，或者因为政府监管部门要求提供法律意见，或者为了避免领导的行政责任，而非真正为了防范风险需要提供法律意见。我国大部分企业习惯性把商业上的可能性放在决定性地位，即使存在法律风险，只要商业上可行，企业仍然会推进项目，从而导致部分项目可能因此



遭受重大损失。

此外，欧美日资企业极其重视律师的专业意见，遇到任何问题，他们首先想到的是找律师从法律角度提供专业意见和解决方案，而不像很多国内企业首先想到的是找熟人找关系。后者可能因此留下重大风险隐患，运气好的时候，这种风险隐患可能不会转化为真正的风险；运气不好的时候，企业可能因此遭受重大损失，甚至很多企业老板或高管因此锒铛入狱，失去自由。

5. 法律顾问在欧美日资企业构建合规管理体系中发挥主导作用

近几年，由于中兴事件等类似事件的发生，让很多国内企业认识到合规管理对企业发展的重要性。企业合规管理体系涉及多方面的内容，比如企业组织架构、治理结构、规章制度、标准与流程、风险评估与监控、违规与奖惩等，完善和合理的合规管理体系对保障企业的长远、稳健发展至关重要。欧美日资企业都很重视企业合规管理体系的构建，法律顾问在其中发挥着主导和建设性作用。今后，随着我国企业转型升级的不断深入推进及国内外竞争日益激烈，企业发展过程中面临的风险将会更多，建议企业根据自身的实际需求，聘请法律顾问构建好合规管理体系，从而为企业的长远和可持续发展提供充分的保障。

什么样的法律顾问才是好顾问？

什么样的法律顾问才是好顾问？很多企业曾问了我这个问题。由于目前我国国内并没有制定行业广为认可的律所和律师评价体系，对于那些对律师行业不太了解的企业来说，要想从40多万律师中挑选出适合企业发展需要的好顾问真不是一件很容易的事情。结合多年服务企业的经验，下面我把行业中的几点小秘密告诉大家，希望企业都能请到心仪的好顾问。

1. 选择有责任心的法律顾问

之所以把责任心放在最重要的位置，这与我国目前法律服务市场不规范的现状密切相关。在欧美发达国家，勤勉尽责地为企业提供服务本是律师的基本职业要求和应有的服务态度，但在我国这可能是企业抱怨最多的地方。日常法律顾问事务一般来说比较复杂、比较多，很多情况下，企业咨询的法律问题并不是很复杂，最重要的是服务的律师要有责任心。

比如，审查一份一般性的合同，其本身难度并不大，但如果要真正审查和修改好一份合同，需要考虑企业和交易对手各自的利益诉求、谈判地位、企业真正关心的实际风险点等各方面的因素，需要法律顾问与企业相关负责人进行详细沟通了解清楚具体情况及企业的实际需求后，才可能帮助企业设计好合同条款。在此过程中，法律顾问的专业能力虽然重要，但最重要的是法律顾问的责任心。

又比如，作为法律顾问，为了给企业提供针对性强和实用的法律建议，需要定期拜访企业，向企业老板、高管及法务了解企业的最新状况及经营管理过程中遇到的相关法律风险，从而准确把脉企业发展过程中的风险，并及时采取应对措施，从而帮助企业防范风险于未然。因此，法律顾问是积极主动为企业服务，还是被动和应付式服务，之间的差别正是法律顾问的责任心。

2. 选择专业对口的法律顾问

随着企业业务精细化程度越来越高，法律服务分工也朝着逐步精细化的方向发展。过去说“隔行如隔山”，如今应该说“隔业如隔山”，不同的业务领域，彼此之间的差异相当大，企业只有找到与其业务领域对口的律师，才可以获得质量高的专业意见。比如，企业从事的主要业务是国际贸易，那就需要找到擅长国际贸易业务领域和精通英语的律师担任法律顾问，而不能聘请只熟悉国内业务和英文不好的律师，否则企业很难获得专业的建议。当然，相比北上广深，西部城市律师的专业领域分工还没有达到很精细的程度，但至少法律顾问擅长的主要业务领域应与企业业务领域一致。

3. 选择能提供团队化服务的法律顾问

与个人服务相比，团队服务具有明显优势，特别是服务大型企业时，只有团队化服务才可能满足其需求。

其一，由于律师事务多，可能会经常发生时间上的冲突，团队服务则可以避免这种冲突，比如服务律师有AB角，A律师有事，B律师可以服务，从而避免仅依赖某位服务律师，当事情紧急时可能因为时间冲突无法及时给企业提供服务。

其二，很多企业特别是大型集团企业的业务涉及多个领域，“万金油”律师肯定无法满足这类企业对服务专业性、高质量的要求，一个律师不可能什么业务领域都精通，服务这类企业时，就需要安排擅长不同业务领域的律师组成团队，共同为企业提供服务。比如，中豪是渝富集团的法律顾问，渝富的业务领域涉及投资、金融、地产、涉外等多个领域，因此我们安排了投资、金融、地产、涉外领域的多名合伙人和律师组成的团队共同为其提供服务。

4. 选择具有严格质量监管的法律顾问

不少企业报怨，谈代理合同时都是经验丰富的合伙人出面，到了具体服务时却都安排的初级律师甚至律师助理。由于目前我国律所管理模式多样且不规范，不同于欧美发达国家大部分律所都采取一体化管理模式，我国大部分律所都是提成制律所，律师与律所的关系都比较松散。甚至少数平台律所，律师与律所类似于挂靠关系，除了向律所缴纳办公租金和由律所代为缴纳税金外，律所是管不到其律师的，当律师服务企业时，就完全依赖于律师的个人责任心了。运气好

的时候，企业聘请的法律顾问尽责；运气不好的时候，企业只能自认倒霉。

此外，我国有占比不到1%的律所实行公司化管理，公司制律所就类似于欧美律所的一体化律所，所有律师都是律所的员工，律所都有比较完善的风控机制与服务质量监督体系，所有律师都要遵守律所制度和服从律所统一管理。

比如，中豪建立了律师/律师助理-合伙人-分管合伙人/业务主任三级风控机制，律师不能单独出具法律文书，必须要经过合伙人的审查，重要文书还需要经过分管合伙人/业务主任甚至董事局主席的审查后才能对外出具，不同层次律师站在不同角度和高度对法律文书进行质量把控，从而最大程度保证法律服务的质量；但部分律所，可能是律师甚至律师助理直接出具法律文书，其质量自然大打折扣。因此，建议企业选择具有严格风控和质量监管要求的律所担任法律顾问，通过律所和律师双层监管机制保障法律服务质量。

5. 选择能为企业提供增值服务的法律顾问

企业发展过程中必然需要各种资源，而执业年限久的律师一般都拥有比较丰富的资源。通过提供日常顾问服务，法律顾问一般对企业的实际需求很熟悉，法律顾问可以发挥自身的资源优势，帮助企业对接和推荐企业发展需要的其他资源，比如帮助企业

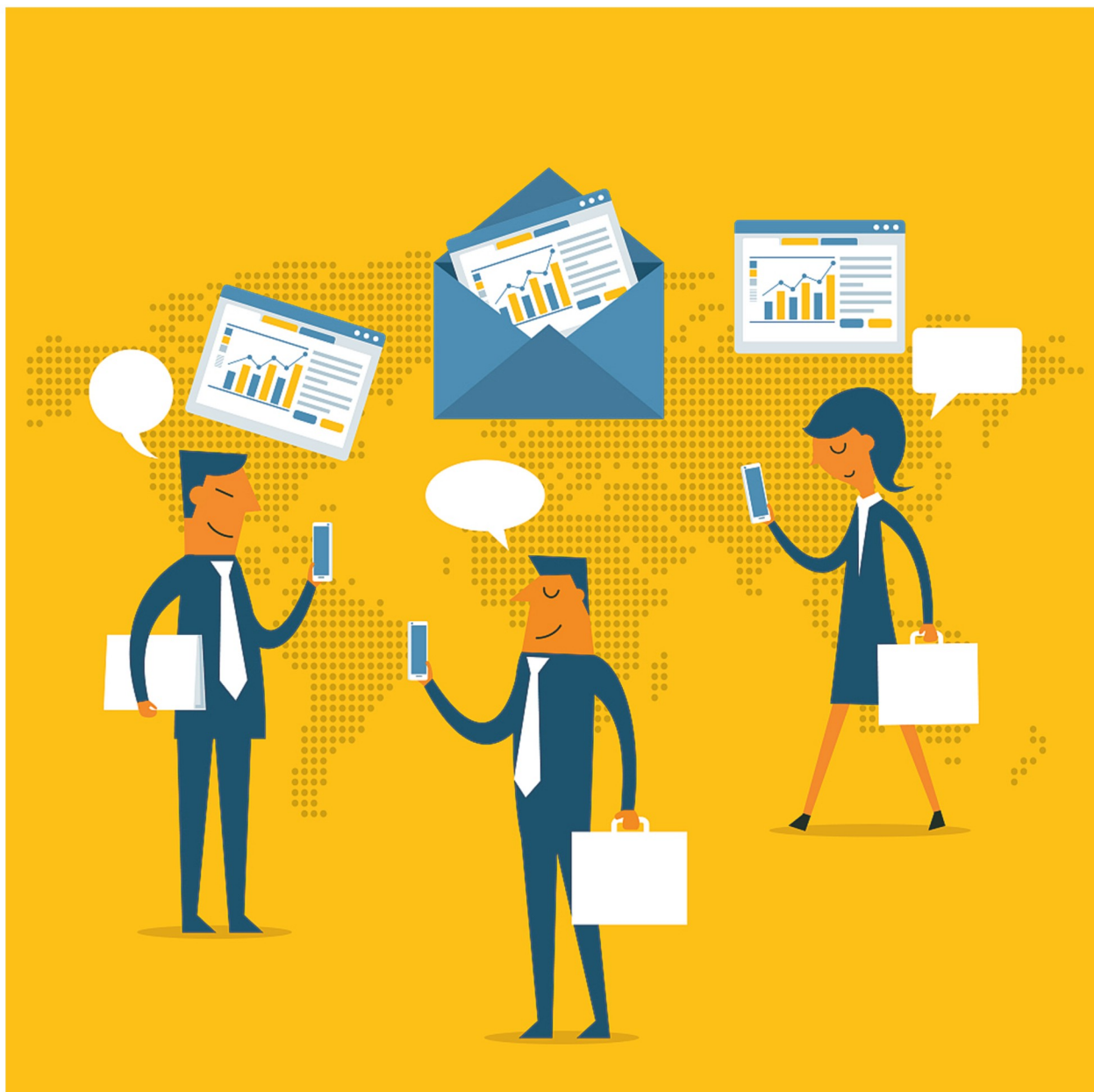
培养法务团队，助力企业整体提升企业风控水平。如果企业是投资类公司，可以帮助企业推荐优质项目；如果企业需要融资，可以向企业推荐融资渠道等，从而为企业提供增值服务。

公司制律所在资源方面具有明显优势。由于公司制律所采取一体化管理，不仅是具体服务律师可帮助企业对接资源，而且整个律所的资源都可以分享给企业。比如，中豪会定期举办法律培训、分享会或论坛，合伙人会定期撰写专业性实务文章等，这些资源都可以分享给中豪的客户。因此，聘请能提供增值服务的法律顾问，企业除了获得专业法律服务外，还可以分享律所的优质资源，从而为企业发展提供更多助力。

结语

当前，疫情仍在全球蔓延，几乎全球企业都遭遇了前所未有的困境与挑战，我国企业也无法独善其身。疫情只不过是企业发展过程中遇到的一次重大风险而已，但不可能是唯一的一次。企业只有居安思危，随时为可能发生的重大风险作好准备，为企业发展构建完善的风险防控体系，才能在风险真正来临时，不但不会被击垮，反而在经受住风险考验后会变得更强。

中国有句俗语：“宜未雨绸缪，毋临渴掘井。”法律风险防控如同疾病预防，关键在于日常预防。对于企



业来说，风险防控是一场马拉松长跑，建议企业把风险防控作为企业发展的常态化机制，纳入企业的日常经营和管理之中，把合法合规发展贯彻到企业发展的方方面面，要让员工建立起强烈的风控意识，坚决放弃凭侥幸、碰运气的想法和做法。建议企业在法律顾问的帮助和指导下，构建好

完善的风险防控体系，防范好企业日常经营和管理过程中的各种风险特别是重大风险，从而为企业实现合法合规、规范、稳健和可持续发展提供充分保障。

聘请法律顾问做好日常法律风控，防范风险于未然，其实代表的是

企业老板经营和管理企业的一种思维方式和价值选择，如能一以贯之并形成习惯、渗入企业文化，相信您的企业必将乘风破浪，基业常青！

【摘要】 再审程序中的新证据应为二审庭审结束后新发现的证据。重庆同登商贸有限公司（以下简称同登公司）提交的银行转账凭证形成于本案诉讼之前，故同登公司提交的转账凭据不属于再审程序中的新证据，其再审申请被最高院驳回。

【关键词】 案例分析 再审程序 新证据

再审中的证据失权 规则认定与适用

——以重庆同登商贸有限公司与肖勤波、重庆鸿昇行贸易有限公司等民间借贷纠纷再审案为例

◎ 文 / 梁勇 刘卉灵 / 重庆办公室



案情回放

2015年1月4日，案外人重庆华陵工业有限公司（以下简称华陵公司）与同登公司签订了两份《借款合同》，约定：华陵公司向同登公司提供借款本金7000万元。2015年2月10日，华陵公司与同登公司签订了《还款协议书》，就华陵公司向同登公司出借7000万元的担保、本息计算、还款期限及方式等作出具体约定。2015年6月18日，华陵公司作为债权人（甲方），肖勤波作为债权人受让人（乙方），同登公司作为债务人（丙方），刘智勇、文波作为担保人（丁方）共同签订了《债权债务转让协议书》，约定华陵公司将债权转让给肖勤波。2015年1月4日甲方向丙方支付7000万元的转款凭证视为乙方履行《借款协议》支付借款的凭证。

2015年6月18日，同登公司作为借款人（甲方），肖勤波作为出借人（乙方），悍途商贸公司、楚恒永盛公司、鸿昇行贸易公司、刘智勇、文波作为担保人（丙方）共同签订了《借款合同》，约定：1.乙方借给甲方7000万元，该款于2015年1月4日已经交付给甲方。2.借款利息：如果甲方在2015年12月31日前偿还乙方7000万元，则乙方免除利息，否则甲方应向乙方支付利息，以未结清之借款为基数，从2015年6月30日起，按年利率百分之六支付至余款付清时止。3.担保：（1）悍途商贸公司用位于重庆市江北区的两套房屋承担抵押担保责任；（2）楚恒永盛公司用位于重庆市万盛区房屋承担抵押担保责任；（3）鸿昇行贸易公司用位于长寿区房屋承担抵押担保责任。

（一）一审情况

因重庆同登公司未能按期还款，悍途商贸公司、楚恒永盛公司、鸿昇行贸易公司、刘智勇、文波等担保人也未履行担保责任，肖勤波遂向重庆市第一中级人民法院提起诉讼。一审法院判决：1.同登公司偿还肖勤波借款本金7000万元及利息；2.肖勤波对悍途商贸公司提供的抵押物享有优先受偿权；3.肖勤波对楚恒永盛公司提供的抵押物享有优先受偿权；4.鸿昇行贸易公司、刘智勇、文波对同登公司的全部债务承担连带清偿责任。

（二）二审情况

刘智勇向重庆市高级人民法院提起上诉，请求撤销原审判决第一项，改判同登公司偿还肖勤波借款本金6990万元。主要事实及理由：刘智勇对原审判决认定借款本金7000万元中的6990万元没有异议，但认为已经偿还了10万元本金。请求二审法院在查明事实的基础上依法改判。

二审法院认为，本案二审的争议焦点是：刘智勇承担连带保证责任的范围问题。刘智勇对本案借款合同法律关系真实成立，且7000万元借款本金已实际出借的事实没有异议，但其认为已经偿还了10万元借款本金，其仅应当在6990万元债权范围内承担连带保证责任。但刘智勇并未举示证据证明借款本金10万元已偿还的事实，应当承担举证不能的责任。判决驳回上诉，维持原判。

（三）再审情况

同登公司申请再审称，现发现两组新证据，足以推翻二审判决对本案借款金额的认定。（一）3000万银行转账凭证。2014年年



梁勇 | 合伙人

专业领域：金融、公司法律事务
手机：+86 139 0837 7991
邮箱：liangyong@zhhlaw.com



刘卉灵 | 律师

专业领域：金融、公司法律事务
手机：+86 139 8368 0151
邮箱：liris@zhhlaw.com

底，申请人与案外人华陵公司商讨借款事宜，于2014年12月11日向华陵公司支付了3000万元利息，华陵公司收到申请人支付的3000万元利息后，于2015年1月4日向申请人支付了7000万元借款。因此，本案借款本金应扣除预先支付的3000万元，按实际借款4000万元计算。（二）1500万元银行转账凭证。应华陵公司要求，申请人于2015年1月20日通过案外人重庆东宝物资有限公司向华陵公司还款1500万元，该1500万元通过银行转账方式转款到了重庆东宝物资有限公司银行账户，并备注了“还华陵工业款”，该1500万元也应在借款本金中予以扣除。由于双方往来账目频繁，申请人在原审中未能发现该证据，现申请人工作人员清查账目过程中才发现该笔款项的流水账目。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第一项之规定，申请再审。

肖勤波提交意见称，原审判决认定事实清楚，请求驳回同登公司的再审申请。其主要观点为：1.同登公司对按自动撤诉的二审裁定申请再审违反法定程序，不符合再审申请的受理条件；2.同登公司已预先支付3000万元利息的说法没有事实和法律依据；3.同登公司向案外人重庆东宝物资有限公司转账1500万元，与本案没有任何关联。

再审裁定：同登公司的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第一项规定的应当再审





的情形，裁定驳回重庆同登商贸有限公司的再审申请。

律师策略

（一）争议聚焦

本案审查的焦点在于同登公司再审申请提交的“存款金融交易明细查询（含对手信息）”与“华夏银行电子银行转账凭证”是否属于民事诉讼法及相关司法解释所规定的新证据，是否能够证明原判决认定基本事实或者裁判结果错误。

（二）思路突破

再审申请人同登公司向华陵公司借款7000万元，后被申请人肖勤波从华陵公司处受让该笔债权。肖勤波与同登公司约定的该笔借款年利率为6%，相比市场融资利率是偏低的，因此同登公司向最高院申请再审的目的纯系拖延时间，以达到延期还款的目的。肖勤波委托本所代理本案再审的基本诉求是维持原审判决，更重要的是希望最高院再审审查程序尽可能简短，以便本案判决进入执行程序后能实质推进。

基于客户的委托目的，本所律师拟从程序和实体两方面分别来反驳同登公司的再审理由。在程序方面，同登公司对一审判决曾经提交了上诉状，但因未缴费而被重庆高院按自动撤回上诉处理。同登公司对按自动撤诉的二审裁定申请再审违反法定程

序，不符合受理再审申请的条件，应当驳回申请。并且同登公司所提交的证据形成时间在本案一审起诉之前，而同登公司在本案一审和二审程序中均未提交该证据，因此其并不属于民事诉讼法规定的新证据。在实体方面，同登公司与原债权人华陵公司曾经合作密切，有大量的资金往来。同登公司申请再审所提交的两份转账凭证实际是与华陵公司的其他交易，与本案争议的7000万元借款没有关联性。为此，本所律师也将该两笔转账凭证所对应的同登公司与华陵公司之间的合同及往来函件等证据向法院提交，以便法院确信该两笔转款的性质的确与本案无关。

（三）代理意见

1.同登公司对按自动撤诉的二审裁定申请再审违反法定程序，不符合受理再审申请的条件，应当驳回申请

肖勤波与同登公司民间借贷纠纷一案一审判决后，同登公司提起上诉。但因未预交案件受理费，被二审法院裁定按自动撤回上诉处理。同登公司的再审申请违反法定程序，应当裁定驳回申请，理由如下：

第一，同登公司对按自动撤诉的二审裁定申请再审，其提出的理由非针对二审裁定的理由，而是针对一审判决的理由，同登公司的再审申请不符合民事诉讼法第二百条规定的法院应当再审的十三种情形。

第二，同登公司再审申请所提出

的证据并非新证据，两份转账凭证均生成于本案一审之前，因此该证据不属于新证据，不符合受理再审的要求。

第三，同登公司在二审中未交纳受理费，系其自动放弃上诉权利的真实意思表示，现又申请对自己的真实意思表示行为所导致的裁定结果予以否定，违反禁止反言原则。

第四，一审、二审到再审是连续性的审判程序，同登公司在本案二审中没有缴纳上诉费，放弃了其上诉的权利，此次直接申请再审违反民事诉讼法相关程序的规定。如果受理其再审申请，则会开创一个不好的先例，导致之后对一审判决不满的诉讼当事人都会跳过需缴纳上诉费的二审程序，直接向更高级法院申请再审。如此一来，我国民事诉讼制度中的二审程序将会名存实亡。

2.同登公司已预先支付3000万元利息的说法没有事实和法律依据

同登公司声称双方在实际借款中采用了事先预付3000万元利息，即所谓“砍头息”的借款方式。这个说法没有任何的书面证据加以证明，也不符合交易习惯，并且违背交易常识。同登公司所称的3000万元“砍头息”涉及金额巨大，而本案中双方之间却无任何有关“砍头息”的书面约定，是不符合交易习惯的。同时，同登公司声称其提前一个月先行支付了3000万元的利息，而其实际借款本金

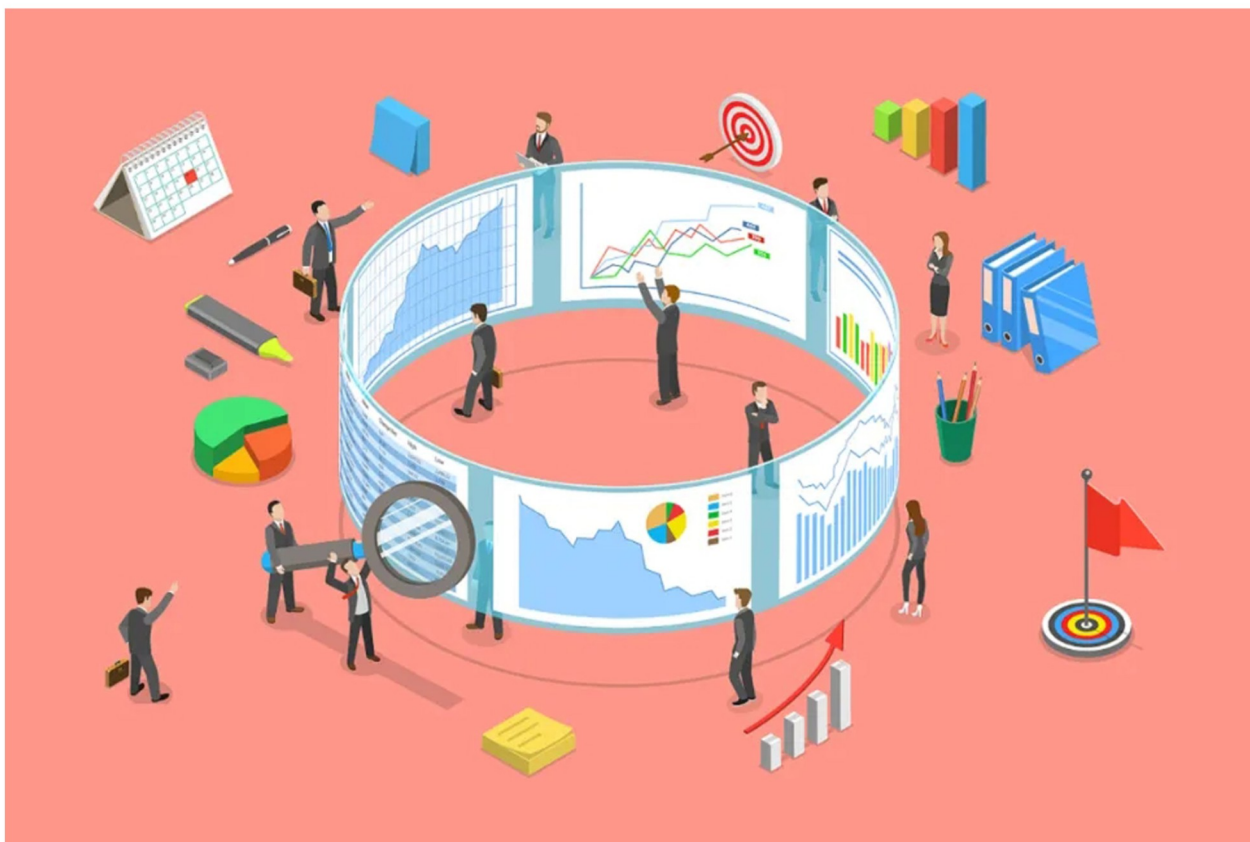
只有4000万元，其利息与本金之比完全不符合常理，而提前一个月支付利息的做法更是不符合基本的逻辑，纯粹系为申请再审而编造的理由。

3.同登公司向案外人东宝公司转账1500万元，与本案没有任何关联

同登公司2015年1月20日向东宝公司转账1500万元，系其与东宝公司之间的资金往来，与本案并无任何关联。该转账发生在2015年1月20日，但2015年2月10日经双方签字确认的《还款协议书》，所载明的借款金额仍为7000万元。因此，同登公司其2015年1月20日偿还了借款1500万元的理由无法自圆其说，该笔款项与本案无关。

（四）办案心得

本案为民间借贷纠纷，其基础法律关系相对简单，通常只需借款合同、划款凭证及借据等，即可证明双方的债权债务关系。本案的特殊之处在于借款人同登公司与原出借人华陵公司有频繁的资金往来，存在大量同登公司向华陵公司的划款。因此，代理律师在实体方面必须提供证据证明这些划款系双方的其他往来，与本案争议的借款无关，以此消除承办法官的疑惑和顾虑。在此基础上，代理律师再从程序方面指出同登公司在再审申请中举示的两份证据并非新证据，并且与本案没有关联性。从实际效果上看，以上代理思路非常成功，该主张得到最高院的认可，并据此驳回同登公司的再审申请。



法理探讨

(一) 裁判要点

再审程序中的“新的证据”应为二审庭审结束后新发现的证据，申请人由于自身的疏忽导致未能在原审程序中提交的证据不属于“新的证据”。

(二) 裁判思路

1. 再审程序与二审程序存在较大不同，并非申请人提出申请即可启动，只有符合《民事诉讼法》第二百条规定的情形，人民法院才会启动再审。

2. 再审程序中的“新的证据”系指原审庭审结束后新发现的证据，或

者在原审庭审结束前已经存在，因客观原因于庭审结束后才发现的，或因客观原因无法取得，或者在规定的期限内不能提供的。申请人由于自身的疏忽导致未能在原审程序中提交的证据不属于“新的证据”。

3. 一审、二审到再审是连续性的审判程序。如再审申请人放弃了一审上诉权利，其直接申请再审违反民事诉讼法相关程序的规定。法院受理其再审申请，则会开创一个不好的先例，导致之后对一审判决不满的诉讼当事人都会跳过需缴纳上诉费的二审程序，直接向更高级法院申请再审。如此一来，我国民事诉讼制度中的二审程序将会名存实亡。

(三) 指导意义

我国《民事诉讼法》第二百条规定：“当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：(一)有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；……”而在司法实践中，如何认定再审程序中的“新的证据”，向来是一个看似简单但容易产生争议的话题，涉及到从举证时限制度的沿革到证据举示的正当性等一系列问题。

举证时限制度，是指负有举证责任的当事人应当在法律规定和法院指定的期限内提出证明其主张的相应证据，逾期不举证则承担证据失效法律后果的一项民事诉讼期间制度。超过举证时限举证的法律后果，即证据失

权。证据失权是举证时限制度的核心，是指负有提交证据责任的一方当事人若未能按照约定或者规定的时间向法院提交证据，则视为放弃举证权利，其提交的证据不再予以组织质证，也不能作为认定案件事实的依据。证据失权的实质是丧失证明权。

在我国的民事诉讼法中，关于举证时限制度的规定从“证据随时提出主义”到“证据限时提出主义”再到“证据适时提出主义”，相应“新的证据”的判断标准也随之而变，在实践中要结合新证据形成的时间、证据与待证事实的关系、举证人的主观状态等因素进行综合判定^①。

在举证时限制度的沿革过程中，实务界长期对于证据的举示时间采取一种宽松的态度，即当事人可以在诉讼的任何阶段提出相关证据。这种态度导致了当事人常常在庭审前不按规定提交证据，而在庭审中或出于主观故意进行“证据突袭”，或出于过失未能按时质证，导致审判效率降低，正常进行的诉讼活动受到干扰。同时，如果对再审新的证据认定标准过宽，则举证时效制度形同虚设，会导致《民事诉讼法》第二百条实质上被架空，同时也损害了诉讼程序的及时终结性。

本案代理律师从程序上提出，申请再审方所提交的证据形成时间在本案一审起诉之前，而同登公司在本案

一审和二审程序中均未提交该证据，因此其并不属于民事诉讼法规定的新证据。这一主张得到了最高院的支持，最高院认为，“新的证据”是与原审证据比较而言的，“新的证据”应当理解为原审中没有出现的证据，但是并非原审中没有出现的证据都是审判监督程序中的“新的证据”，只有原审庭审结束前不能提供的事由不可归责于当事人，非主观上不想提供、不愿提供的证据才能被认定是“新的证据”，因此裁定驳回了再审申请。最高院的这一裁定表明，司法实践中对于“新的证据”的认定标准趋严，人民法院在进行再审审查的过程中，应当结合客观事实与当事人主观心理，严格对当事人举示的相关证据进行判断。对于当事人逾期提交的证据，根据情节轻重和案件的具体情况依法不应予以采纳的，一般不应再认定为新证据。

参考法条

《民事诉讼法》

第二百条 当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：

- (一) 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
- (二) 原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；
- (三) 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；
- (四) 原判决、裁定认定事实的



主要证据未经质证的；

(五) 对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；

(六) 原判决、裁定适用法律确有错误的；

(七) 审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的；

^① 奚晓明、张卫平：《新民事诉讼法条文精释》，人民法院出版社2012年9月版，第393页。



(八) 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人事由，未参加诉讼的；

(九) 违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的；

(十) 未经传票传唤，缺席判决的；

(十一) 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的；

(十二) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；

(十三) 审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2008整理版）

第四十四条《民事诉讼法》第一百七十九条第一款第（一）项规定的“新的证据”，是指原审庭审结束后新发现的证据。

当事人在再审程序中提供新的证

据的，应当在申请再审时提出。

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

第三百八十八条 再审申请人证明其提交的新的证据符合下列情形之一的，可以认定逾期提供证据的理由成立：

（一）在原审庭审结束前已经存在，因客观原因于庭审结束后才发现的；

（二）在原审庭审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或者在规定的期限内不能提供的；

（三）在原审庭审结束后形成，无法据此另行提起诉讼的。

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，但原审人民法院依照民事诉讼法第六十五条规定不予采纳的除外。

第三百九十五条 当事人主张的再审事由成立，且符合民事诉讼法和本解释规定的申请再审条件的，人民法院应当裁定再审。

当事人主张的再审事由不成立，或者当事人申请再审超过法定申请再审期限、超出法定再审事由范围等不符合民事诉讼法和本解释规定的申请再审条件的，人民法院应当裁定驳回再审申请。

【摘要】 在强制执行程序中，如涉及同一债务人有多债权人情形，则可能启动参与分配程序。在参与分配程序中，当事人所提出的异议可分为程序性异议和实体性异议：程序性异议情形表现为不应适用参与分配程序但法院适用的、能否作为债权人参与分配（应列为分配债权人未列的）、分配金额错误、漏载、分配方案未在法定的或者合理的时间内作出并送达当事人等；实体性异议情形表现为申请参与分配的债权是否存在、债权数额问题、债权受偿顺位问题等。程序性异议的救济应当采用异议-复议的救济模式；实体性异议的救济应当采用分配方案异议-异议之诉的救济模式。在选择救济程序时，应当重点把握坚持遵循执行效率优先原则和审执相分离原则。

【关键词】 强制执行 参与分配 异议 救济原则

参与分配程序中执行行为异议 与执行分配方案异议之诉 救济途径之路径选择

◎ 文 / 刘帅 / 贵阳办公室



参与分配制度的含义

因异议的情形均发生在参与分配过程中，在论证参与分配程序中异议采用何种救济途径之前，首先应当清楚参与分配制度的含义。

（一）广义的参与分配制度和狭义的参与分配制度

参与分配制度的含义有广义说和狭义说。所谓广义的参与分配制度，是指对被执行财产强制执行所得款项，其他金钱债权人请求予以平均分配以实现自己的金钱债权，且认为参与分配制度是执行竞合的一种表现，广义的参与分配制度含义并未以被执行人财产不足以清偿全部债务为前提。狭义的参与分配制度，是指执行程序开始后，债务人其他已经取得执行依据或者已经提起诉讼或者仲裁的债权人发现债务人的财产不足以清偿其所欠所有债务时，向法院申请参与执行程序中就债务人财产平均受偿的制度。国内学者大多坚持狭义的参与分配制度。比如，张卫平教授认为，参与分配是指在执行程序中，债务人的财产不能清偿债权人的全部债权，其他债权人依照生效的法律文书参加到已经开始的执行程序中，与申请执行人一起就被执行人的财产变价公平受偿的制度。台湾地区的学者一般认为参与分配并非以债务人财产不足以清偿所有债权人所有债权为前提，他们认为参与分配即指其他债权人向执行法院提出请求就债务人财产已被强制执行的所得金额公平受偿的制度。也有少数学者认为参与分配程序的启动需要以债务人财产不足以清偿所有债权人全部债权为前提，如果各债权人的全部债权均可以受到清偿，虽然法院会做出债权分配

表，但此分配表并非所谓的“分配”。

（二）我国法律规定的参与分配之梳理

参与分配制度最早在1992年颁布的《民事诉讼法意见》第297条和298条中有所提及，《民事诉讼法意见》第297条规定：“被执行人为公民或者其他组织，在执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的或者已经起诉的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的，可以向人民法院申请参与分配。”第298条规定：“申请参与分配，申请人应提交申请书，申请书应写明参与分配和被执行人不能清偿所有债权的事实和理由，并附有执行依据。参与分配申请应当在执行程序开始后，被执行人的财产被清偿前提出。”随后，在1998年颁布的《执行规定》第90条、92条、93条详细进行了规定，第90条规定：“被执行人为公民或其他组织，其全部或主要财产已被一个人民法院因执行确定金钱给付的生效法律文书而查封、扣押或冻结，无其他财产可供执行或其他财产不足清偿全部债务的，在被执行人的财产被执行完毕前，对该被执行人已经取得金钱债权执行依据的其他债权人可以申请对该被执行人的财产参与分配。”第92条规定：“债权人申请参与分配的，应当向其原申请执行法院提交参与分配申请书，写明参与分配的理由，并附有执行依据。该执行法院应将参与分配申请书转交给主持分配的法院，并说明执行情况。”第93条规定：“对人民法院查封、扣押或冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以申请参加参与分配程序，主张优先受偿权。”2015年新颁布的《民事诉讼法解释》第508条和509条又作出了不同于《执行规定》的规定。第508条规定：“被执行人为公民或者其他组织，在



刘帅 | 律师

专业领域：金融、房地产、公司
手机：+86 183 0256 8206
邮箱：Andy@zhhlaw.com

执行程序开始后，被执行人的其他已经取得执行依据的债权人发现被执行人的财产不能清偿所有债权的，可以向人民法院申请参与分配。对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保物权的债权人，可以直接申请参与分配，主张优先受偿权。”第509条规定：“申请参与分配，申请人应当提交申请书。申请书应当写明参与分配和被执行人不能清偿所有债权的事实、理由，并附有执行依据。参与分配申请应当在执行程序开始后，被执行人的财产执行终结前提出。”以上条文虽然经过多次修改，但参与分配的启动前提意思表示始终为被执行人的财产不足以清偿所有债权人的债权。

以上分析和梳理可知，无论是学术界还是实务界，狭义的参与分配制度为主流观点。狭义的分配制度融于立法之中应该是借鉴了《企业破产法》关于破产理由的表述，《企业破产法》第2条规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏偿债能力的，依照本法规定清理债务。”无论是参与分配制度还是破产制度，在启动的前提时，均采用了客观的标准，但在实践操作中却存在不可操作性的问题，比如如何认定债务人的所有的财产，如何认定债务人的所有的债务问题。因此问题不属于本文的重点，故不再此详细赘述。

参与分配异议的形式和种类

前文已经分析论述了参与分配制度的含义，其功能亦不言自明，即当同一债务人存在多个债权人，债务人所有财产不足以清偿债权人的全部债权时，在同一执行程序中一并清偿债权人的债权，使得债务人的债务同时归于减少或者消灭，体现了执行效率。所有参与分配的债权人以及债务人的在潜意识里大多存在互相排斥的心理，即，债权人希望其他债权人少分，自己多分，被执行人则希望债权人都可以少分。因此，在该种心理作用下，极易导致对法院出具的债权分配表不满意等情形的发生，无论是申请参与分配的债权人，还是被执行的债务人，在对法院作出的债权分配方案不服时，均可向作出债权分配的法院提起异议。根据异议人提出的异议内容的不同，可以将异议从形式上分为程序性的异议与实体性的异议。程序性异议主要包含不应适用参与分配程序但法院适用的、能否作为债权人参与分配（应列为分配债权却未列的）、分配金额错误、漏载、分配方案未在法定的或者合理的时间内作出并送达当事人；实体性异议主要包含申请参与分配的债权是否存在、债权数额问题、债权受偿顺位问题等。

参与分配异议救济方式选择的基本原则

参与分配是在强制执行程序中，

且在我国现存立法体例下的参与分配制度。一般情形为债务人的全部财产不足以清偿债权人的全部债权，在此种情形下，既要追求执行的高效率又要兼顾公平原则，在效率与公平之间选取一个合理的平衡点，使得权利人的权利既能充分得到救济，又不至于影响执行的高效率。在此前提下，笔者认为处理好对参与分配异议的权利救济应当遵循执行程序的效率优先原则以及申请执行相互分离的原则。

（一）执行程序的效率优先原则

当事人的争议经过审判，有可能经过一审、二审或者再审，最终获得一份生效的可供执行的法律文书，最终进入执行程序。执行程序与审判程序具有根本的不同，执行乃法律终局之果实，为的是能够及时迅速地使得债权人的债权能够得到清偿，兑换胜诉判决所确定的债权人的合法权益，使得社会关系回归正常。强制执行的根本目的就是使得债权人判决确定的合法权益能够迅速得以实现。在强制执行程序中，如果权益实现的高效化与权益实现最大化相互冲突，高效则是强制执行的灵魂所在。故，强制执行程序的设计应当以高效率为原则，审判、仲裁阶段应当以公正为价值追求，强制执行程序以高效率为价值追求，公正与效率互为辩证统一，执行效率越高，权利实现越快，公正程度越高。强制执行程序应当快速、简单、明了。参与分配作为强制执行程序中的一部分，不



应当设计得“大而全、广而密”。能够通过执行审查程序解决的绝不诉诸于诉讼解决，因为相比于诉讼解决，执行审查更加快速地给与当事人以救济、更加能够保障执行程序的进行。从这个角度而言，执行审查，即异议-复议的救济途径更加符合执行程序的效率优先原则。

（二）审执相互分离原则

执行分配方案异议之诉的设计，

主要因为审执相互分离的原则，认为涉及实体问题，应当通过诉讼程序解决，那么在执行程序中不免会出现实体性的争议，执行异议之诉成了不可替代的程序。无论是执行异议还是执行异议之诉，亦或执行分配方案异议之诉，其实质上均为执行救济。而不得否认的是，很多执行救济的启动是由于执行行为违法或者执行措施不当所引起，学术界常把执把执行救济区分为程序上的救济和实体上的救

济。实际上，执行救济具有复合型和竞合性的特点，即当事人或者案外人认为某个执行行为侵害了其合法权益，其既可以提出程序上的救济，亦可提起异议之诉，或者通过一般的诉讼维护其合法权益。这在本身并不相悖，但我国立法受到台湾地区立法的影响，并不承认执行异议程序的竞合。对于违法的执行行为，给予程序性救济即可；对于因欠缺实体法上的权利导致的不当

执行，因不容易判别，故推至诉讼解决。所以，参与分配异议的救济途径的选择，应当只是立法政策或者立法选择的问题；但我们终归应当在警惕执行权利滥用的同时，反对“诉讼帝国主义”的倾向，不能将一切争议推至诉讼程序解决。如果把能够通过执行程序解决的问题推至诉讼程序解决，无疑是对“失信者的奖励，对守信者的惩罚”。因此，关于参与分配异议救济的选择，应当遵循审执相互分离的原则。

参与分配异议救济的途径论证

（一）采用异议-复议救济途径的异议事由

基于上述参与分配异议救济途径选择的所应遵循的基本原则分析，采用异议-复议救济途径的异议事由主要为程序上的异议，即无需通过诉讼程序解决。只用通过执行审查程序，即可以快速给与异议人以救济，主要包括：不应当适用参与分配程序而法院适用、能否作为债权人参与分配（应列为分配债权却未列）、分配金额错误、漏载、分配方案未在法定的或者合理的时间内作出并送达当事人，以上情形均属于执行行为异议的范畴。比如，能否作为债权人参与分配，实践中有些法院因不同理由而不同意其他债权人参与分配。比如，未被同意参与分配的债权人有其他抵押物作为担保，法院认为其无必要参与分配，如该类债权人已经获得了有效

的执行依据，实际是执行行为剥夺了其参与分配的权利，其应当对不当的执行行为采用异议-复议的方式进行救济。分配金额错误、漏载等参与分配的异议，执行法院应当进行审查，及时作出更正以弥补程序上的瑕疵。对于该类异议，异议人均可以依照《民事诉讼法》第225条之规定，适用异议-复议之救济程序模式。

（二）采用分配方案异议-异议之诉救济途径异议的事由

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第25条规定：“多个债权人对同一被执行人申请执行或者对执行财产申请参与分配的，执行法院应当制作财产分配方案，并送达各债权人和被执行人。债权人或者被执行人对分配方案有异议的，应当自收到分配方案之日起十五日内向执行法院提出书面异议。”第26条规定：“债权人或者被执行人对分配方案提出书面异议的，执行法院应当通知未提出异议的债权人或被执行人。未提出异议的债权人、被执行人收到通知之日起十五日内未提出反对意见的，执行法院依异议人的意见对分配方案审查修正后进行分配；提出反对意见的，应当通知异议人。异议人可以自收到通知之日起十五日内，以提出反对意见的债权人、被执行人为被告，向执行法院提起诉讼；异议人逾期未提起诉讼的，执行法院依原分配方案进行分配。”

上述司法解释所提到的程序救济

情形实际为实体上的异议，即债权是否存在、债权数额的多少、债权分配受偿的顺序等。关于债权是否存在，主要包括两个问题：第一，执行依据本身的真实性问题。在司法实践中，会存在债务人与其他人恶意串通、虚构债权进行诉讼后执行参与分配以获得非法利益，执行法官在参与分配时如果发现该问题，基本采用的方法是由执行机构的负责人向主管的副院长提出异议，然后通过法院审委会同意启动再审，以解决问题。第二，债权是否存在抵消、清偿、免除等情形。关于债权数额问题，该类问题主要涉及债权是否部分清偿、利息和迟延履行金的计算等问题，该类问题涉及到实体问题。关于债权的分配顺序，主要是异议人不同意其他债权人先行分配或者优先分配，该类异议涉及到实体性问题，应当根据上述法律规定先提起分配方案异议，再提起分配方案异议之诉。

【摘要】 本文以一起施工合同纠纷为研究对象，其主要焦点在于建设单位能否依据《合同法》第九十四条规定的“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”行使单方解除权。该案中，施工单位无正当理由停工，建设单位及监理单位均发函催告，施工单位仍未复工，最终建设单位发函要求单方解除合同。

【关键词】 单方解除权 建设工程施工合同

建设施工合同 解除权的行使

——以A公司与B公司建筑工程施工合同纠纷案为例

◎ 文 / 杨敏 周顺 / 成都办公室





杨敏 | 合伙人

专业领域：建设工程和房地产、
国有企业风险控制

手机：+86 136 8800 2635
邮箱：amber.yang@zhhlaw.com



周顺 | 律师助理

专业领域：公司商事、房地产、
争议解决

手机：+86 188 8383 7504
邮箱：archie@zhhlaw.com

案情介绍

2016年8月，A公司通过四川某网，以“固定价”比选的方式，确定B公司为“A公司某县分公司室外附属工程”（下称工程）的施工单位，双方于2016年10月签订《建筑工程施工合同》（下称《施工合同》）。

合同约定由B公司负责工程的施工，计划开工日期为2016年9月20日，计划竣工日期为2017年2月18日，工程总日历天数为150天，合同价为1087715元，并且《施工合同》于2016年10月25日在建设行政主管部门备案生效。

B公司入场施工后，要求基础换填，工程设计单位于2017年4月给出设计建议书和非正式变更指令，并于2017年6月给出正式变更指令。其间，B公司未经监理单位和A公司的同意，于2017年4月停工。之后，各方多次交涉，B公司亦未恢复施工。

2017年8月1日，监理单位向B公司书面发函要求B公司收到函件后3个日历日内无条件进场施工。B公司亦未复工。其后，A公司向B公司发送解约函，行使单方解除权，要求解除双方的《施工合同》。

随后，A公司向某仲裁委员会提起仲裁请求。同时，B公司亦提出了反请求。经过仲裁庭审理，最终仲裁庭认定A公司与B公司的《建筑工程施工合同》已经依法解除，A公司单方解除B公司的合同关系，系行使其单方解除权。后B公司不服仲裁裁决，遂向某中级人民法院申请撤销本案的仲裁裁决，经过该中级人民法院审理，驳

回了B公司的诉讼请求。

法律分析

合同单方解除权是指一方当事人存在合同约定解除情形或者法定解除情形时，另一方当事人可单方解除合同。而单方解除，是指解除权人行使解除权将合同解除的行为，不必经过对方当事人同意，只要解除权人将解除合同的意思表示直接通知对方，或通过人民法院或仲裁机构向对方主张，即可发生合同解除的效果。单方解除权有约定解除和法定解除之分。法定解除权是一种形成权，即一方当事人享有仅凭法定事由作出的意思表示即可使当事人双方间现成的法律关系消灭的权利，其行使无须征得对方当事人的同意。约定解除是一种双方法律行为，是通过双方协商或事先约定解除的条件。

《合同法》第九十三条规定了约定解除的情形，即“当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。”

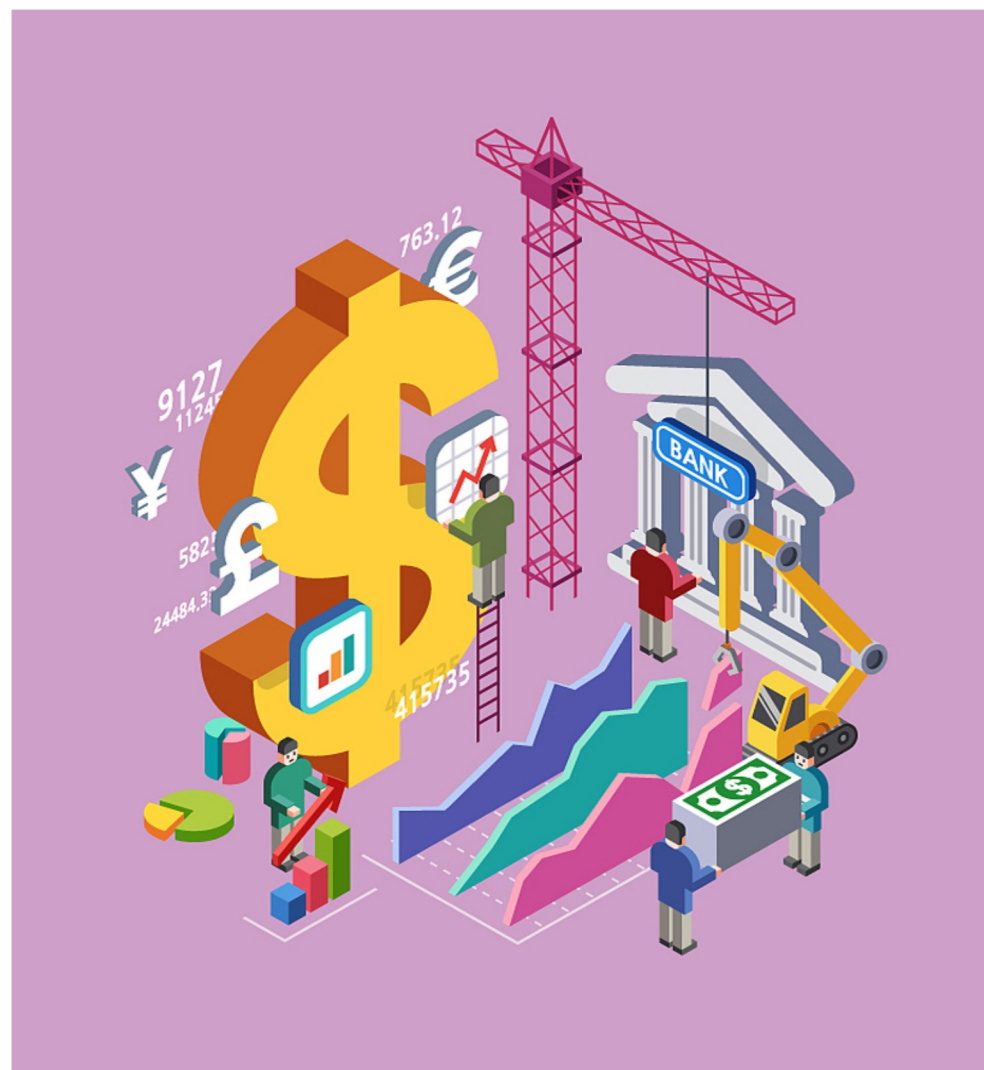
《合同法》第九十四条规定了合同的法定解除情形，即“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。”

《合同法》第九十六条规定了如何行使解除权，即“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。”

前述案例，B公司无正当理由停工，拒不履行合同义务，案涉工程监理单位以及建设单位均向B公司书面发函要求限期恢复施工，B公司仍不履行合同约定义务，最终建设单位A公司向B公司发函要求单方解除《施工合同》。上述情形符合《合同法》第九十四条第三款规定的法定解除情形，即“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”。故A公司向B公司发函单方解除《施工合同》符合法律规定，系行使其合法的单方解除权，能够发生解除合同的法律效果。

案例小结

《合同法》在第九十三条和第九十四条均有规定解除权，第九十三条规定的约定解除权，第九十四条规定的法定解除权。本案中，因未约定解除权，A公司只能适用第九十四条的法定解除权。然而第九十四条规定的法定解除权又有五种情形，在没有具体案件事实的情况下，法律条文只是本本上的条文。



这个案件已经完结，单从最后的结果看，案件事实并不复杂，法律适用也无多大困难。但是，律师行业的经验往往无法通过本本得来，而是在做的过程中习得。这个案子之所以能够在仲裁和法院阶段都支持建设单位，与律师在案前、案中的准备不无关系。

该案系顾问单位A公司的真实案件，将该案进行分享，主要基于两方面考虑：一是如何在类似案件中适用

《合同法》第九十四条规定的合同解除权，以维护自身权益；二是如何更好发挥律师在纠纷解决中的作用。《合同法》第九十四条规定了各种不同适用解除权的情形，但具体如何适用，还要根据具体案情决定。在正常的市场交易过程中，合同往往是确定各方主体权利义务的根本，很多情况下，纠纷能够通过合同拟定来预防；但是在合同履行过程中，虽然有合同约定的规则约束，但合同履行过程又是一场博弈，因为在合同履行过程

中，权利义务是以一种动态的不确定的状态存在，那么就需要当事人密切关注合同履行过程中的情况。当然，律师在合同履行过程中不但能够起到预防纠纷的作用，更重要的是协助当事人拟定更优的策略，以应对各种可能的争议。

前述案例，很好地说明了律师在诉讼中维护当事人权益的重要作用。在律师正式介入该案前，该建设工程已经停工有一年之久，B公司虽多次表示复工，但始终未见其付诸实施，并且采取各种方式给A公司施压（敲竹杠/要挟），要求增加工程款项，而A公司则面临骑虎难下的境地。

我们的律师介入该建设工程合同纠纷后，向A公司提出了两个循序渐进的方案：一是继续履行《施工合同》，且A公司与B公司需要就复工期限形成书面记录；二是若方案一不能及时实施，那么A公司依法行使单方解除权。当然，在提出这两个方案后，我们的律师向A公司同时分析了各方案的利弊和风险。A公司对我们提出的方案表示认同。

其后，我们全程参与了《施工合同》的磋商和诉讼。在《施工合同》磋商阶段，我们参与了关于《施工合同》继续履行的数次沟通会，但磋商无果；与此同时，我们准备了A公司行使单方解除权所需的相关文件，双方签字的沟通文件、过程性文书等。为了最大限度地保护A公司的权益，在最终发出解除合同书面函件之前，我们

对《施工合同》文本、法律规定进行了全面梳理，对《施工合同》履行有关事实进行了整理，对可能的风险以及结果进行了预判和论证。这为后续进入诉讼阶段赢得主动权提供了坚实的基础。进入诉讼阶段后，有了前期的准备，我们占据了案件的主动权。案件经历了仲裁和诉讼两个阶段，与我们预判的一致。依据《合同法》第九十四条第三款规定“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”的法定解除情形，最终达到了依法解除合同的目的。

同时，在办理该案过程中，还有一个相关法律问题值得在类似案件中注意，那就是“异议期限”。《合同法》并未对异议期限作出规定，而是在最高法的司法解释文件中有规定。《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十四条，当事人对《合同法》第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。从该解释看，异议期限有约定和法定两种，有约定从约定，无约定的异议期限为三个月。异议期限的设置是为了最大限度地促使市场交易顺利进行。因此，法院在适用上述异议期限的规定时，都采取审慎态度。最新的《全国法院民商事审判工作会议纪要》也明确要求人民法院审慎适用

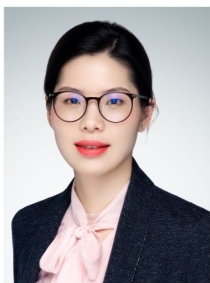
合同解除制度，该纪要第四十六条规定：“人民法院在审理案件时，应当审查发出解除通知的一方是否享有约定或者法定的解除权来决定合同应否解除，不能仅以受通知一方在约定或者法定的异议期限届满内未起诉这一事实就认定合同已经解除。”因此，在类似合同纠纷中，即使相对方未在异议期内提出异议，也应当收集和留存能证明存在《合同法》第九十四条所规定之事项的相关材料，并做好充分的应诉准备。

【摘要】 伴随着人们日常生活消费需求的多样化，众多商业综合体应运而生，购物、亲子、美食等一站式、体验式服务的商超日渐融入人们的生活，出入理发、美容、健身、少儿培训、早教、游乐场免不了充值办理会员卡。对于消费者而言，少量储值成为会员换取长期的优惠不失为一种省钱之道；对于商户而言，预付充值不仅充实了现金流，还长期锁定了客流。然而，生活中不乏有经营不善的商户悄然关门或卷款“跑路”，加之2020年新冠疫情的影响，实体店铺的经营更是面临着严峻的考验。那么在商户提前离场的情况下，消费者可否向商场主张赔偿呢？

在商场内的 商户储值消费商户撤场后 可否要求商场先行赔付

◎ 文 / 邓舒丹 / 成都办公室





邓舒丹 | 合伙人

专业领域：商业地产、国资监管
手机：+86 186 2807 1360
邮箱：bella.deng@zhhlaw.com

商场的主要经营模式

(一) 自营模式，商场自己组织货源和采购、自己销售；

(二) 联营模式，商场与一些经销商联合经营，经销商采购货物，在商场的经营场所销售，由商场统一收银；

(三) 租赁模式，商场与商户签订租赁柜台、店铺合同，由商户自行采购货物并销售，实行统一收银或商户自行收银。

自营模式由商场自主经营、自负盈亏，相应法律责任由商场自行承担。联营模式，商场对经销商统一管理，并与经销商共享利润；笔者认为在此种模式下要求商场先行承担赔偿责任符合立法本意。但随着现代商业综合体的不断兴盛，租赁模式的购物商场已成为主流模式，这类商场都是正式登记注册的市场主体，通过招商租赁吸纳众多独立运营的经营者进驻经营，此类经营者提前撤场，消费者可否要求商场先行赔付值得商榷。

消费者主张商场先行赔付惯常引用的法律依据

《消费者权益保护法》第四十三条：“消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。展销会结束或者柜台租赁期满后，也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。”

适用前述规定要求出租者赔偿，需满足几个条件：1.消费者在展销会、租赁柜台消费；2.消费者的合法权益受到损害；3.展销会结束或柜台租赁期满。

商业综合体內的独立品牌商户是否属于租赁柜台？商户租期未滿提前撤场是否可直接适用《消费者权益保护法》第四十三条？

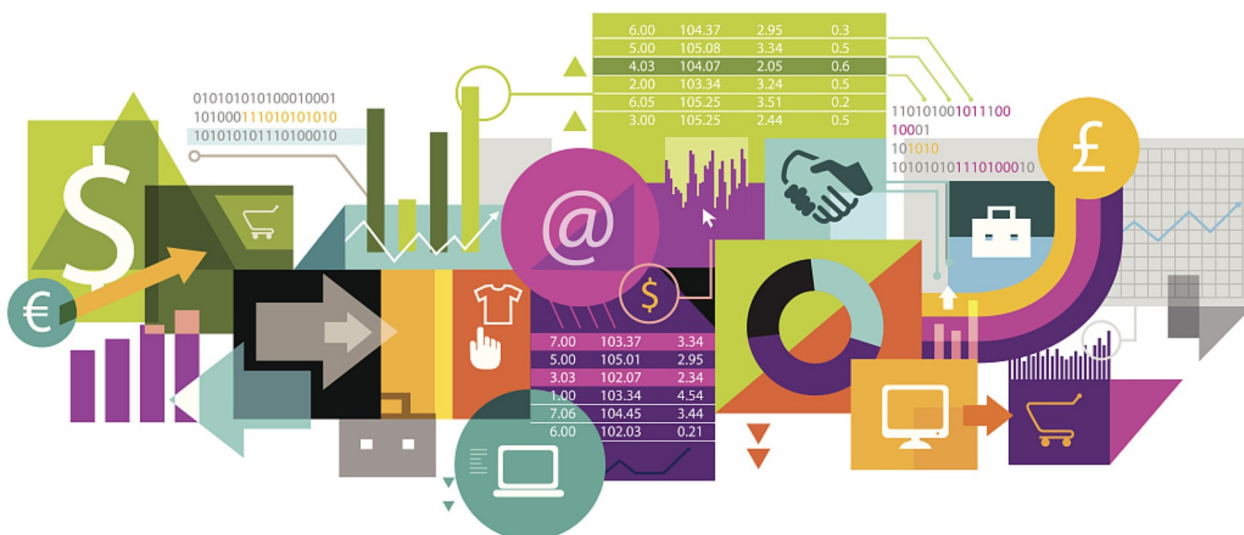
司法判例

司法实践中，各法院对于商业综合体內的独立品牌商户是否属于租赁柜台、商户提前撤场的责任承担认知不一，主要有以下几种情形：

(一) 判令商场承担责任的情形

1.出租者与商户虽签订《商铺租赁合同》，但出租者对收银、物业、营业数据、优惠活动等进行统一管理，与“租赁柜台”并无本质上的区别，出租者向商户收取的租金，实质上是与商户共同分享销售利润。出租者负有保证商户在租赁柜台期间经营活动符合法律规定的义务，对商户在此期间内损害消费者合法权益的行为，出租者应负有一定的责任。商户在租赁合同未到期时，便自行撤场，损害了消费者的合法权益，故出租者应承担先行赔付的责任。〔（2019）鲁01民终12161号〕

2.商户在出租人经营管理的家居广场设立了“美斯塔衣柜”柜台，出租人称其与商户签订的是长期租赁合同，但并未就此提交合同书面文本，无法知晓其中约定的具体内容，又结合出租人陈述的商户所承租的商铺与其他商铺相互独立，每个商户



之间均为隔断封闭经营等内容，可以证明该商铺租赁也符合柜台租赁的特征。目前，因该柜台已撤除而实际停止营业，导致消费者的合法权益受到损害，现消费者基于侵权法律关系要求上述柜台出租者赔偿损失，符合《中华人民共和国消费者权益保护法》第四十三条的规定。〔（2019）川民申5186号〕

3. 商户是在出租方建材馆经营，商户与消费者交易时，向消费者出具了由出租方统一印制且印有出租方标记的销售单，出租方作为柜台的出租者依约收取展位租金，实质是与承租者共同分享销售利润，其对承租者的资信状况、守法经营、依约经营等情况负有的核查义务不仅是其实现经营目的的内在需要，也是其作为柜台出租者对外向消费者承担先行赔付责任的财产基础。〔（2017）苏06民终381号〕

4. 从出租方与商户所签《专柜合

约》的内容来看，商户系在出租方经营场所内短期设立专柜并在该期限内接受出租方的统一管理和安排，该经营形式符合柜台租赁的特征，可以认定出租方属于《消费者权益保护法》所规定的柜台的出租者。

（二）判令商场不承担责任的情形

1. 商户应诉，消费者直接向其主张权利并无任何妨碍，出租方不符合按《中华人民共和国消费者权益保护法》第四十三条承担法定责任的条件。〔（2019）川01民终8012号〕

2. 消费者就培训事宜（包括课时、合同总价款等）单独与商户协商约定，消费者直接向商户支付合同款项，商户以自己名义出具收款凭证，可以认定商户系独立经营，自负盈亏的主体，其与出租者之间系商铺租赁合同关系，商场运营方作为出租方的授权管理方，两家公司均未直接参与并影响商户的经营管理，收取商铺运营收益，故本案不属于适用《中华人

民共和国消费者权益保护法》第四十三条的情形。〔（2016）粤0303民初6450号〕

3. 从商户与消费者签订服务合同并收取费用，商户与出租者签订商铺《租赁合同》并自行装修、负担水电费等事实可知，商户独立核算，自主经营，仅向出租方支付租金和房屋管理费，并不上缴收益。因此，其与商户之间的商铺租赁关系当属房屋租赁合同关系，而不属于《中华人民共和国消费者权益保护法》第四十三条中的柜台租赁关系，故本案纠纷不适用该规定，出租方不对案涉债务承担连带给付责任。〔（2016）辽02民终01989号〕

4. 出租方与商户订立的《商铺租赁合同》与柜台租赁合同不同，按照《商铺租赁合同》的约定，出租方仅向商户提供场地，对其生产经营活动不具有支配和控制权，亦不参与经营，不属于柜台租赁合同范畴，故不



能适用《中华人民共和国消费者权益保护法》第四十三条规定来认定出租方承担连带赔偿责任。〔（2018）津01民终1120号〕

5.一方面，本案中消费者系以服务合同纠纷起诉，根据合同的相对性原则，出租方并非其合同的相对方；另一方面，商户所经营的商铺尽管位于出租者广场内，但系封闭式商铺，相应款项也是由商户直接收取，故不属于《中华人民共和国消费者权益保

护法》第四十三条中的展销会或租赁柜台。〔（2017）川0191民初1779号〕

6.第一，商户系独立法人，消费者系向商户购买了畅游卡并支付了相应费用，消费者自认其与出租方之间不存在任何直接的交易往来，消费者与出租方不存在服务合同关系。第二，出租方将上述场地出租给吴善良，商户在上述场地进行实际经营，该场地本身规模较大，有独立的门面

及装修，并非临时的摊位而属于较为固定的经营场所，并非《中华人民共和国消费者权益保护法》第四十三条中约定的展销会或者租赁柜台的情形。〔（2016）京03民终493号〕

消费储值建议

从上述判例可以看出，判断商场是否担责，主要在于区分商户与商场之间的真实的运营关系，而未过多地关注租期是否届满。柜台、商铺与商场之间的运营关系主要区别在于：1.商户是否服从商场的统一管理和安排；2.商场是否参与商户的经营管理；3.商铺是否封闭形成独立的、固定的经营场所。

在如今的大型商业综合体的运营中，大都系独立的法人主体与商场签署租赁合同，在商场能够提供证据证明其与商户之间仅系单纯的租赁关系，商户有合法的品牌授权或独立经营资格，且商户均自主经营、独立收银的情况下，消费者依据《中华人民共和国消费者权益保护法》第四十三条主张商场承担责任难以得到支持。因此，在实际消费过程中，建议消费者尽量了解、核实经营者的资质、经营状况等，根据自己的实际需求选购服务，尽量避免一次性的大额投入。同时，要求与商户签署书面的合同，明确约定服务有效期、地点、服务内容、退/转卡条件等，一旦出现纠纷才更有利于维护自身合法权益。

重庆仲裁委副主任齐文一行莅临中豪调研指导

6月23日，重庆仲裁委副主任齐文带领各处室负责人一行，莅临中豪调研指导，董事局主席袁小彬、党委书记张涌、董事合伙人郑毅、陈晴等进行热情接待，双方就重庆仲裁委的发展思路、仲裁机构与律师在办案中的配合与协调以及如何推广仲裁服务等内容进行座谈交流。齐文副主任从合作的广度、深度、维度和温度四个角度，探讨了仲裁机构与律师的合作。袁小彬主席表示，中豪将积极推进多元化纠纷解决机制，提高纠纷解决效率，降低纠纷解决成本，同重仲共同营造共商、共建、共享的健康法律生态。



市委第七巡视组涂放姑组长一行莅临中豪调研指导



6月29日，市委第七巡视组组长涂放姑一行莅临中豪对党建工作进行调研指导，市司法局副局长熊世明、律师工作处处长彭建军陪同调研。董事局主席袁小彬、党委书记张涌、党委委员青苗等进行热情接待并参与汇报座谈会。涂放姑组长在对此次调研指导进行总结时指出，中豪坚持在党的领导下开展各项工作，同时保持社会使命感及回馈之心，强化对年轻力量的培养，这样的发展思路值得高度肯定。袁小彬主席表示，中豪将一如既往地支持党建工作，继续发挥中豪党委在事务所工作开展中的带头指引作用。



中豪律师集团

重庆

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8088 E-mail: cq@zhhlaw.com

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 E-mail: hk@zhhlaw.com

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富国际广场10层 邮编: 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 E-mail: gy@zhhlaw.com

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 邮编: 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: nyc@zhhlaw.com

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588 E-mail: sh@zhhlaw.com

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 邮编: 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098 E-mail: bj@zhhlaw.com

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 邮编: 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988 E-mail: cd@zhhlaw.com



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com