

# 京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2015/04

季刊 总第113期



京都律师事务所  
King & Capital

## P23 并购基金专项问题解析

P16 特稿 / 审判中心主义的实现与保障

P34 京都论坛 / 中韩自贸协定和对韩投资机遇

P41 京都实务 / 让我们好好谈谈“互联网金融”的刑事法律风险及防控

P71 京都论法 / 民事再审案件的律师审查





国际化、国际化的大型综合性律师事务所

追求卓越 不负重托

## 目录

### 卷首语

只争耕耘 莫问收获 杨大民 / 01

### 京都资讯

品牌建设部 / 04  
 特稿  
 审判中心主义的实现与保障 田文昌 徐莹 / 15

### 封面主题

**并购基金专项问题解析 / 22**  
 国有企业并购问题解析 丛彦国 郝璇 / 23  
 并购项目中的劳动问题解析 严新雨 滕杰 / 25  
 并购中的知识产权解析 余慧华 于川 / 27  
 涉外私募投资基金税收法律环境与风险防范 高慧云 / 29

### 京都论坛

中韩FTA 贸易投资研讨会在京成功举办 / 32  
 中韩自贸协定和对韩投资机会 金燕 / 34

### 京都过客

让我们好好谈谈“互联网金融”的刑事法律风险及防控 孙广智 / 48

双诉记——布局维权，以诉备诉 / 54

关于家族信托对接上市公司股票增持方案的相关法律问题解析 余慧华 滕杰 / 58  
 如何审核海关稽核证明书 肖永成 / 61

### 京都论法

从讼师到律师之路有多远 邹佳铭 / 66  
 民事再审案件的律师审查 公丕国 / 69  
 公司创立初期的法律建议 瞿丽红 / 75  
 工程量清单计价、结算与支付 王秦军 / 78

### 所庆·征文

我与京都的第一次相遇 牛支元 / 84  
 永远的老师 肖树伟 / 88  
 寸草春晖——赞京都律所二十年 宇文鸿雁 / 89

### 律师·生活

我为什么喜欢画画 刘铭 / 91

品牌建设部

白冬枫  
 杨照东  
 秦庆芳  
 张振祖  
 钟延红  
 肖树伟  
 刘铭

品牌建设部  
 广南街5号  
 座23层

86000  
 700 3900  
 33900

411066-1099

2226588

866299

ital.com

京  
 都  
 律  
 师  
 事  
 务  
 所

封

京都  
 KING & CAI



2

律师事务所秦庆芳、易蓓律师代理汪峰起诉卓伟名誉侵权案



由于双方不同意调解，本案将择期宣判。

**律师观点：**关于“赌坛先锋”的含义，应从涉诉微博信息接受者的角度去理解和判断。中国相关法律法规均将赌博界定为一种违法犯罪行为，并且中国社会大众对赌博的普遍理解和认识也是赌博属

于违法犯罪活动，因此卓伟在中国大陆这个对赌博有特定理解的地域称呼汪峰为“赌坛先锋”，将汪峰与赌博联系在一起，却未基于任何事实依据，应当属于恶意的诋毁和诽谤，而非正常的人物评论。

虽然卓伟主张其是以互联网上传播的一般信息为由称呼汪峰为赌坛先锋，但是该辩解理由并不正当，也不充分。任何单位和个人在引用互联网上的传闻信息时，必须首先确认信息来源及

信息的真实性，经过科学论证并节制表达，否则将会导致互联网发展环境堪忧，也严重违背了国家关于互联网管理的法律规定。卓伟作为新浪微博“V”用户，在娱乐八卦新闻行业具有巨大影响力，其同样是一名公众人物，在未经调查、核实的情况下，更应当慎重发布言论，否则其造成的损害后果也将更为严重。如果言论失实，且包含贬损性、诽谤性的内容，损害了他人的人格尊严，造成他人的社会评价降低，同样也构成侵犯名誉权，依法应当承担侵权

忽略“我无罪”的陈述，以偏概全。卓伟只是对媒体报道的汪峰赌博的行为作如实陈述，故不存在主观恶意侮辱。汪峰代理人秦庆芳律师则认为，卓伟并未在其微博中解释“赌坛先锋我无罪”一词的解读方式，对卓伟方的说法不认可。秦庆芳律师还补充，江苏省扑克大赛是合法的体育赛事，且有政府监管，原告之所以参与是基于对其公信力的信任，“至今没有证据显示汪峰在此次比赛中参与了赌博”。

“如果卓伟方无法证实相关媒体报道已经明确把汪峰的行为定性为赌博，则被告方侵权”。汪峰方代理人秦庆芳律师称，卓伟未经调查核实这些媒体报道就称汪峰为“赌坛先锋”，其个人微博粉丝数很多，严重误导了公众对汪峰的评价，给汪峰的名誉权带来了难以磨灭的损害。秦庆芳律师还认为，卓伟系自媒体“全民星探”和风行工作室的创始人，其在微博分享自媒体“全民星探”文章，并且评论称“赌坛先锋我无罪，影坛后妈有情”，系对其自己

京都（上海）胡佳蓉律师、李新律师协助客户新三板挂牌

京都（上海）律师事务所客户江苏舒茨测控设备有限公司股票于2015年5月成功挂牌新三板，取得股票代码（832393），并在挂牌同时定向增发股份。本所律师胡佳蓉律师、李新律师、律师助理黄鹏为江苏舒茨测控设备有限公司提供了相关尽调、改制、挂牌、增发全程法律服务。江苏舒茨测控设备股份有限公司，由归国留学人员创办的高新技术企业。在2010年4月成立于江苏常熟国家级经济技术开发区。公司主要从事微量气体分析仪器的研发、生产及销售，致力于环境监测及工业过程分析领域，提供完

京都（上海）律师事務所陳魯寧、周富毅律師成功助力上海科技信息系統股份有限公司掛牌新三板

2015年4月30日，由京都（上海）律師事務所陳魯寧律師、周富毅律師承辦並提供專項法律服務的上海金藍絡科技信息系統股份有限公司獲得全國中小企業股份轉讓系統有限責任公司核准，同意其股票在全國中小企業股份轉讓系統掛牌。上海金藍絡科技信息系統股份有限公司是一家以建築工程為核心領域的智能化綜合解決方案服務，業務鏈涵蓋正在為上海幾個重大海外投資建設項目提供智能化綜合解決方案等服務。公司盈利能力穩定，營業收入預計將會在2015年成爆發性增長。



柳波律師  
日前，京都律師事務所合伙人柳

京都律師柳波律師辦理的朱某涉嫌巨額

北京市檢察院某分院依法作出不起訴決定。

偵查机关认为2010年5月至2011年11月，犯罪嫌疑人朱某伙同他人虚构事实，骗取被害人人民币1900余万元。柳波律师接受委托后，在仔细分析本案证据材料的基础上，提出了“应对朱某不起诉”的律师意见。北京市检察院某分院依法讯问了朱某、询问了被害人、听取了辩护人意见，于2015年4月

柳波律师  
尤其专长于刑

犯罪等刑事案件  
第一大走私案  
险驾驶案、质  
的广东许某夫  
等案件。本  
受赠无罪案  
余元无罪案之



所荣膺“中国优秀股权和创业投资最佳法律服务机构”

中国创投委主行业评优表彰会议召开。经中尤表彰评审委，北京市京都优秀股权和创，京都所合取了证书和奖



部门正式审批注册（社证字第41222-9号）的全国性股权和创业投资行业协会组织。

关键律师作为中国创投委的副会长、总法律顾问，发挥了京都所金融和资本市场服务优势，积极为行业建言献策，不仅承担着中国创投委行业自律办



关键律师

公室、企业综合投融资服务促进中心、与股转公司合作的新三板投融资路演中心等工作，还与近千家优质股权和创业投资机构保持联系与沟通，及时提供专业法律咨询和专项服务。

京都大连分所华洋律师当选大连市第七届律师协会副会长，陈立群律师当选副监事长



大连市第七届律师代表大会第一次会议于6月11日下午在大连市棒棰岛宾馆圆满闭幕。会议上，京都大连分所华洋律师当选大连市第七届律师协会副会长，陈立群律师当选副监事长。

京都律师事务所大连分所“非公党建”命名

6月24日，大连市委组织“非公党建示范点”命名活动工委成立以来组织的首次非公党建示范点命名活动。京都律师事务所大连分所党支部是

本支部成立于2004年，党支部书记。支部成立十多年来，深入推进律所党建工作，为“非公党建示范点”，将再接再厉，切实发挥表率作用，带领党员坚定信念，爱岗敬业，团结群众，务实创新，为推动“两先区”建设贡献新的更大的力量。

佳铭律师荣获“ALB 2015年中国最佳女律师”称号

佳铭律师为法律服务领域用心、严谨全面、周到5年中国最佳女律师。佳铭律师在行业内各个自己申报以及执业时间，易和案件以及业内15名优秀律所。佳铭律



佳铭律师

博士。2009年至2012年在北京师范大学刑事法律科学研究院做博士后研究，攻读博士和博士后研究期间，兼职从事律师工作。现为专职刑辩律师，同时兼任高校刑法学硕士生导师。佳铭律师专业领域是刑事辩护，擅长复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的效果。多次接受《人民网》《新京报》《法治晚报》等媒体采访，为《财新网》为专栏作家。

起单位行贿案、串通投标罪案、受贿案、诈骗罪等案件提供法律服务。刑事辩护而言，既是梦想，也是享受，她说：“刑事辩护在中国是一个艰难的职业，对于女性尤其甚，作为女性，我时常在工作中感受到自己

客户对佳铭律师有着很高的评价，客户认为佳铭律师拥有“很高的刑事取得律师资

2009年至2009

京都律所成功竞聘为北京市金融工作局2015-2016年度常年法律顾问 专项法律服务备选机构

京都政府服务同仁的努力下，继续以合伙人吕志轩律师作为政府法律服务项目组组长，成员董宇琼等律师组成专业化政府法律服务团队。在众多参与竞聘的律所中，京都成功应聘并升格为2015-2016年北京市金融工作局常年法律顾问机构并继续被聘为专项法律顾问备选机构。


继2013年京都律师事务所通过竞聘成为北京市金融工作局的专项法律服务单位以来，连续两年，合伙人吕志轩律师率领军团队为政府部门提供优质服务。高冰、张振祖、王卿芸各位合伙人指导及



吕志轩律师

2015年，京都律师事务所

## 律师现身《经济与法》 庭继承纠纷案例

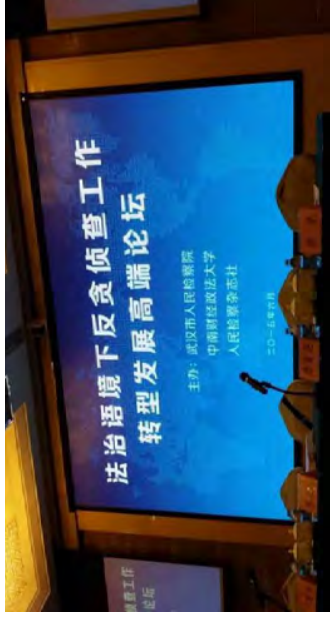
中央电视台财经频道《经济与法》栏目纠纷典型案例——“难以平静的身”事务所王春军律师作为该栏目的专家进行了专业法律分析及点评。




## 田文昌律师参加“反贪侦查工作转型发展高端论坛”

湖北省武汉市检察院、中南财经政法大学共同举办的“法治语境下反贪”在武汉召开，京都律师事务所律师嘉宾参加论坛并发表了“反贪”的主题演讲。

提到，应对以审判为中心的司法非法证据程序的落实和直接言词面临挑战。检察机关必须完成两式，注重物证，避免非法取证；把握公诉机关在诉讼活动中的定罪疑罪从无、证据真实和保障人权



的原则，正确把握侦查思维（怀疑一切）与定罪思维（排除一切合理怀疑）的区别与界限。

## 京都律师梁雅丽参加中国法律文书学研究会学术年会



5月24日，中国法学会法律文书学研究会2015年学术年会在武汉成功召开，本次年会的主题是“阳光司法与法律文书”。北京市京都律师事务所知名刑事辩护律师梁雅丽受邀参加并在发言中指出，“阳光司法”的一个重要标志是应该在裁判文书中把道理说透讲明白。


此次学术年会在位于武汉的全国知名政法院校中南财经政法大学举办，吸引了全国多位专家和法律界人士参加，会议期间，代表们主要针对“阳光司法的法治思维”，“阳

“法律文书大家谈”等话题积极发表了各自见解。

作为参会的律师代表，北京市京都律师事务所知名刑事辩护律师梁雅丽发言时指出，司法实践中，刑事裁判文书普遍存在的问题，是只对被告人的行为性质进行格式化罗列，对于证据的采信理由不进行说明，尤其是对辩护律师的质证意见几乎不触及。对于被告人的辩解及辩护律师的辩护意见常常用“不予采纳”四个字简单地“盖棺定论”。对于证据的采信问题，刑事案件质证程序往往是很重要的环节，辩护律师尽管对证据做了十分详尽的质辩，但在判决书中很少针对律师的质证意见进行采信与否的说理，这在格式化的刑事法律文书中比较常见。

梁雅丽律师认为，阳光司法，就是让司法权的行使、司法程序在公开透明的状态下进行。而裁判文书是司法程序的载体，裁判文书充分说理也是让当事人以及社会公众



从内心信服、接受裁判结果的重要一项重要标志，就是要让司法裁判文书“如何说理”、“说什”也是阳光司法的应有之义。

## 涓涓清泉润人心，潺潺细流送关爱 ——京都“泉计划”助学帮扶金发放仪式



2015年8月29日，京都所与房山区法院共同举办助学金发放仪式，向同学们发放了助学金，表现突出的同学颁发奖学金。其中，有一位同学的努力，考入了北京市西城区三十五中。她被推荐助学金昔，认为“泉”计划是令她具有坚定信念的源泉，情到深处，几度哽咽。大家也不禁唏嘘，痛，被她所拥有的坚强和勇敢深深打动。

“泉”计划成立于2012年，迄今已经历时经历了共同成长过程，“泉”计划所帮助的学生名，范围由房山区扩展到河北省，第一批同学大学生，并且有一名同学已经顺利升入高校、即将到来的一年里，我们不仅与孩子们结下了深厚的友谊，中，向他们提供法律援助，提供最新的教育信息分；在这四年里，“泉”计划由京都所党支部牵心，同时也将这份爱传递到下一代，员工子女将缺的一项内容，与孩子们结为好友，彼此鼓励，奇伟瑰怪常在于险远，而“泉”计划予人



### 王良、高慧云律师参加2015中国离岸金融（深圳）年度峰会



司执行董事刘有辉一起参与了“为中国第一代高净值客户的财富规划安排”为主题的小组讨论，她重点讨论了根据中国客户是安排退休、公司上市或出售业务的不同情况，搭建个性化定制化的离岸结构所包含的税务驱动因素，以及用于代际财富交接的主要结构及安排进行比较后，税务上的优势与劣势。她的发言思路清晰，语言简洁务实，获得了与会者的阵阵掌声。

高岸股权信托的治理，他以精湛清晰和有深度的激情演讲，获得了与会者的一致好评；高慧云律师与瑞盟信托集团主席Alan Chick、亚太区家族办公室协会暨大中华地区私人银行家协会创办人及主席孟君、上海瑞岸投资管理有限公

会议主办方的调研问卷显示：京都律师事务所两位律师的发言非常精彩，谈吐气质代表了中国律师对股权信托和税法的独到见解。这充分展现了北京市京都律师事务所所在离岸金融、家族信托领域的卓越实力。

### 律所邹佳铭律师受邀参加“5.9”错案警示日座谈会



专家、学者就以审判为中心视角下，如何切实贯彻证据裁判原则，发挥庭审证据审查功能，有效防范和及时纠正冤错案件，充分发表了自己的独到见解，对于河南法院在新时期、新形势下进一步凸显审判中心地位，构建控辩平衡的诉讼结构，发挥庭审决定性作用，堵塞冤错案件发生的制度漏洞，提出了积极的建议和很好的思路。其中，邹佳铭律师以《论庭审中的控辩平衡》为题，在座谈会上发言。

及人民法院联合研究中心共同开展座谈，京座受邀参加。座席四中全会提出的诉讼制度改革，人民法院《人诉法》（2014-河南高院连教育。以审判为

### 中华司法研究会在北京隆重成立



2015年7月4日，中华司法研究会成立大会在北京人民大会堂隆重举行，最高人民法院院长周强出席，常务副院长沈德咏主持了成立大会。最高人民法院副检察长姜建初、司法部副部长张彦珍等部级领导及来自国内各省高级人民法院的院长、台湾法曹协会名誉理事长高育仁、香港终审法院首席法官李国能、律政司前司长梁爱诗、澳门立法会前主席曹其真、国际刑事鉴定专家李昌钰等海峡两岸和港澳海外法律界350余人出席了成立大会。

来自美国、加拿大、意大利、英国、意大利的16名华人律师作为海外代表出席了成立大会。我所张玉人律师作为日本唯一的华人律师代表出席了成立大会。

最高人民法院院长周强当选为中华司法研究会会长，最高法院常务副院长沈德咏、中司法部副部长张彦珍、中国法学会副会长张文显、最高法院审委会

专职委员胡云腾、中国政法大学校长黄进、华东政法大学前校长何勤华、北京大学港澳台法律研究中心主任饶戈平当选为副会长。张玉人律师当选为中华司法研究会首届理事会理事。最高人民法院经过一年多的精心准备于7月4日成立了中华司法研究会。

右一为张玉人律师

### 京都律所合伙人李秀娟应邀出席实施《广告法》座谈会

第十二届全国人大常委会第十四次会议修订的《广告法》自2015年9月1日实施。为了贯彻实施《广告法》，消费者权益保护法研究会于2015年9月7日在北京紫玉饭店召开座谈会。

来自最高人民法院、北京市高级人民法院、中国消费者权益保护法研究会、中国技术监督情报协会、中国质量网、中国政法大学、等单位的领导、专家、及法制日报等新闻媒体代表进行广泛座谈。

中国消费者权益保护法研究会常务理事、我所合伙人李秀娟博士应邀出席会议并做了发言。

她指出，新的《广告法》亮点颇多。如增加了对虚假广



于维护诚信文明的广告市场秩序。座谈会上，与会者还以个案

中华司法研究会命名的同仁法研究会的港、澳门司法实践及司法文化理论，推动司法研究会由两岸暨港澳科座高端交流研究课题，学术交流，为专家学者进行学术交流建立中华网优势。张玉人能够作为中华司法研究会与中华司法研究会并通过对中华司法研究会内外推广京

## 审判理论研究会举行，京都律所田文昌律师发表讲话

理论研究会在此前就是确保审判活动的独立性。我国《宪法》第126条虽然规定：‘人民法院依照法律规定行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。’明确了法院审判权的独立性。但是，事实上，我国法治建设三十多年来，独立审判的这一宪法权力并未得到真正落实。多年来，以打击犯罪为中心的诉讼理念，侦查、公诉机关的强势地位，各种公权力的层层干预，使得审判机关经常处于左右为难、无所适从的尴尬境地。在这种境况中，审判机关既不可能有独立性，也不可能有权威性，更不能确保其审判活动的客观公正性。其审判活动的重要性必然会遭到削弱甚至被虚化，以至于在整个诉讼程序中不能发挥主导作用。这也是审判中心地位在我国长期无法实现甚至不被认可的深层原因。因此，审判中心主义的实现必以独立审判为前提。”

田文昌律师的演讲引发强烈反响，沈德咏当场高度肯定并代表法院表示感谢。研究会由最高人民法院副院长、中国审判理论研究会副会长李少平主持开幕式，最高人民法院审判委员会副秘书长委员杜万华出席并作主旨演讲。青海省常委、政法委书记张光荣，青海高院院长董开军先后致辞。

## 荷兰人权研究所所长汤姆·茨瓦特到访我所

荷兰人权研究所所长、乌特勒瓦特博士和乌特勒支大学在金融集团纪检监察室意图到访我“接洽。

行了荷兰在人权保护和信息公开其最新参与的“替无辜者申安机关对在中国犯罪的外国人施；我所李彬、褚轶就律师在负的责任，反腐形势下的人权换了意见，进行了深入探讨，更好地保护人权达成了共



# 审判中心主义的实现与

■ 田文昌 徐莹 / 文

审判中心主义本是刑事司法活动的题中应有之义，然而，在曲折发展的法治环境之下，她却在风雨飘摇中姗姗来迟。今天，在法治化进程已经走过了30多年之后，我们终于迎来了这种迟来的回归。十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》确定了以审判为中心的诉讼制度改革方向，理清和明确了刑事诉讼程序的重心，使审判活动从形式回归向实质。下一步，如何在理念和制度层面上使审判中心主义得到切实贯彻，则成为

## 一、独立审判是实现审判中心主义

审判中心主义的目标是司法公  
有独立裁判权。

## 1、审判中心主义的集中体现

理论界普遍认为，审判中心

，在审判环  
对全案证据  
上审在我  
的全部证据  
是不完全的  
环节而言，  
心；其三，  
等都是为了  
可以说，审  
在一审程序

## 田文昌律师简介



京都律师事务所创始人，原主任，现  
京都律师事务所名誉主任。中华全  
国律师协会常务理事，西北政  
法大学刑事法学院名誉院长，中  
政法大学、北京大学、清华大学、社  
科院法学所等多所高校兼职教授。  
2002年被美国刑事辩护律师协会授  
予“终身荣誉会员”证书，2013年  
被评为“CCTV2013年度法治人  
物”。

## 独立审判为

，是使庭审  
质，消除审  
、判者不审  
根本前提就  
。我国《宪  
“人民法院  
，不受行政  
干涉。”明  
。但是，事  
多年来，独  
未得到真正

审为中心的诉讼理念，侦查、公  
将独立审判落到实处。在  
况下，法院的独立审判将会成  
歧途。简言之，独立审判只有  
审判的作为自然人的某个具体  
审判的实际价值。  
由此可见，实现审判中心主义  
法官独立则是独立审判中应有  
实现起来多么困难，我们都只  
审中心主义就会沦为空谈！

## 是法官独立

立和法官独立两层含义。法院  
凡不受其他社会公权力影响的  
立，则是指在法庭审判权之下  
审判中心主义的突出特征：是

件的权利，同时对自己的不正确或  
误裁判承担完全责任的一种审判  
制度。”就法院独立与法官独立  
者的关系而言，法院独立是法官  
的前提，法官独立则是独立审判  
标。

关于法院独立问题，虽然在法  
律和政策上已有明确规定，但实  
来仍然阻力重重。所以，能否  
重重阻力，是实现法院独立审判  
要前提。而关于法官独立问题，  
则更为严峻。因为至今为止，  
这个问题还没有形成广泛的共  
又是迈向独立审判进程中一个  
易破解的难题。

影响和制约独立审判的原因  
综复杂。外部原因来自于法院  
各种因素，包括公权力因素、  
素、利益因素等等，内部原因  
于法院内部，主要体现在法院  
权力配置。如：审判委员会和  
庭长的职能配置关系。

然而，不容置疑的是，任何  
力都不足以成为阻碍独立审判  
由，而只有实现法官独立，才  
理，而在审与判分离和责任不  
情，否则，在审与判分离和责  
况下，法院的独立审判将会成  
歧途。简言之，独立审判只有  
审判的作为自然人的某个具体  
审判的实际价值。

由此可见，实现审判中心主义  
法官独立则是独立审判中应有  
实现起来多么困难，我们都只  
审中心主义就会沦为空谈！

## 二、侦控审权力配置的合理化是实现审判中心主义的制度保障

审判中心主义的突出特征：是

实现审判中心主义必须以独立  
提，而法官独立则是独立审判  
之意。因此，无论这个目标实  
么困难，我们都只能面对而别  
否则，庭审中心主义就会沦为

是，我国现行体制对司法机关  
动的最高权威性，可以说存在

## 1、检察机关对审判活动的监督权限制了司法权的独立性

在我国现行立法框架中，检察  
监督职能，而且在庭审活动中  
配置不仅有悖于审判中心主义  
罕见的。检察机关的基本职能  
指控方同时享有对审判活动的  
运动员与裁判员的双重角色。  
然会使法官在审判活动中难以  
响已经在司法实践中一再得到  
判中心主义，就应当在机制设  
的监督权。

根据诉讼活动的规律和国际  
关的监督权应当前移至侦查阶  
监督以确保侦查活动的合法性  
权的配置方式，其客观效果有  
查中心主义。

## 2、检察机关对职务犯罪案件的自侦权违反侦、控、审分离原则

在刑事诉讼中，侦查、起诉、  
是维刑事诉讼程序公正性的重要  
系的首要前提，是每个机构都  
体制中，在检察机关设置对职  
侦与公诉虽然分属于检察机关  
一检察机关的内部机构，在同  
下。在外处理具体案件时，即

侦、控、审相分离原则，不可  
的制约关系。

更尴尬的问题还在于，检察  
也包括对法官犯罪的侦查权。  
督法官的审判活动，另一方面  
罪，形成了对法官两面夹击的  
中与公诉机关的意见相佐时，  
得不迁就公诉机关的意见，甚  
序审理案件或者违心地作出判  
任何理由都无法否认，处于

## 3、公、检、法三机关的关系

在我国提出依法治国初期，  
了公、检、法三机关的权力配  
提高了半格而高于公安机关，  
机关一直居于高位的状况。这  
事诉讼活动的规律和制约原则  
检、法三机关层层把关的制约  
计，构建了我国刑事诉讼结构  
战略性设计中具有标志性意义  
力配置突然又恢复到文革前的

在一个国家中，警察权与司法  
人治与法治相区别的制度性标  
机构本身无关，而是与法治社  
讼程序而言，侦查活动是第一  
环节，在证据标准的要求上，  
个阶段的标准也是越来越严格。

决定，办案机关既当运动员又当裁判员。

审判应当是以法官为核心，控辩双方平等对抗，各司其职，从指控和辩护两方面进行证据的博弈。任何一方力量的不均衡，都会导致司法天平失衡，使审判失去实质意义。

侦查中心主义强调惩治犯罪和治理效率，容易忽视人权保障。在侦查强权地位之下，正常的诉讼结构被打破，检察院审查起诉只是对侦查证据的形式化审查，法院审判对侦查证据也往往会全盘接受，难以出现否定侦查证据和事实的无罪判决。因此，对侦查证据和事实提出质疑的行为往往被否定，犯罪嫌疑人、被告人的辩解被当做拒不认罪，律师的辩护被视为替坏人说话。由于在侦查中心主义之下，事实上并不存在诉讼构造中真正的控辩平等对抗，法院审判缺乏实质性。所以辩护人发表意见往往成为一种形式上的点缀，而并不为办案机关真正需要。

进行约束。干预司法治构成犯罪自由中国具有对独立司法否落实，是前提。

### 3、辩护

什么审判？“审判”？审判双方平等和辩护一方力量的失衡，在时期著名有了裁判

## 徐莹律师简介



2008年开始从事律师工作。执业以来，本着业务专业化的理念，主要办理各类疑难刑事案件，在刑事辩护领域深入研究探索，最大限度维护当事人合法权益。

## 2、权力干预下的司法审判排斥

律师

领导批示、政府发函、红头文件等案外权力因素干预司法，在我国司法实践中长期存在，甚至早已形成无法自拔的怪圈：人们在反对权力干预司法的同时，又不得不去寻求另一种权力，形成了以干预反干预的恶性循环。究其原因，一是由于司法权不独立，司法机关对权力的干预没有防御力。二是由于对权力干预司法的行为没有惩罚性规定，对干预行为有恃无恐。三是由于权力寻租的机会成本过低，对权力干预形成利益驱动。受到权力干预的司法审判丧失中立性，无法进行中立的裁判。而在丧失中立性的审判中，案件结果早有预判，律师怎么说，说什么，已经都不重要了。相反，律师说得越好，对事实和理由阐述得越清楚，辩论越精彩，就越会增加审判的难度，使先入为主的判决陷入被动。因此，在权力干预导致司法不独立的法治环境下，审判排斥律师，将律师视为审判的绊脚石，某种意义上具有一定必然性。因为它需要的是律师的配合和“表演”，而不是律师的实质性辩护。

2015年，中办、国办正式下发《领导干部干预司法活动

或是国民裁判，怎样可以没有辩护尔哈之地去攻击被告人么？让法官由心证么？因此所发生的种种不良受着损害。”律师的有效辩护是部分，是为了与公诉权进行抗衡，律师的有效辩护，就不可能实现罪轻的证据和观点，帮助法庭审查有律师的参与，法律的天平就难以活动真正具有实质性意义，而且法论是出于对当事人负责还是对法官声和地位负责，法官为了得出经结果，都必须并且愿意充分听取和不会排斥律师的辩护只听控方一中心的庭审活动中，律师的辩护中，绝对的客观需求，而绝不会成为被告

## 三、有效辩护是实现审判中心主义的需求

辩护因需求发生，没有需求的辩护反而会碍手脚。

### 1、侦查中心主义不需要律师

审判中心主义的概念，在西方法治国家的法律语言中无处可寻，英文表述中也没有关于审判中心的专门术语，只能说，这是中国法治化进程中的特殊产物。究其原因，是因为在我国长期以来的诉讼结构中，侦查程序具有强势地位，侦查、起诉和审判呈现以侦查为中心的线性关系。在侦查中心主义之下，侦查机关掌握着对案件事实和证据的全面性、实质性调查的权力，审判只是对侦查证据和事实的确认，失去实质意义。

一个正常的诉讼结构，应当是控辩审三方构造，控审分离、控辩对抗、审判中立。因此，在制度设计上，律师的辩护权集中体现在审判阶段，以实现和保障诉讼的平等对抗性。在侦查、起诉阶段虽然也赋予了律师会见权、阅卷权、调查取证权和向办案机关递交律师意见的权利，但是，因为

效，甚至会流于形式。相反，在国外通行的侦查与羁押相分离的制度模式中，这种制约关系则变得简单而有效。因为在没有上下级所属关系和亲缘关系的情况下，两个独立机构各自所遵循的就只有法律而不是权力。

综上所述，以上四个方面的制度性缺陷已经是摆在审判中心主义面前的严重障碍，成为我们只能面对而无可回避的问题。这些问题如果不能合理解决，审判中心主义即使推行起来，也难以取得实效，或许会面临夭折的危险。

## 反侦查与羁押相分离原则

的原则一样，侦查与羁押相分离的原则。多年来，关于看守所归属各备受质疑，但这个问题至今未能解

了诸多改进措施，效果比较显著。但是，在机制这种改进仍然难以从根本上解决问

有个别的看守所公然违法拒绝律师会见，甚至发生发生在审判阶段，其理由就是办而办案机关之所以有此权力和影响属于公安机关。安机关管辖更大的弊端集中反映在司法实践中，监所外提讯、提讯不一致、讯问的录音录像不完整、利用同监室人员虐待嫌疑人等现象非法取证手段之所以难以遏制和调看守所与侦查部门属于同一个主管

对于各自独立的机构之间的

人的现实危害性。

## 完善规则是 审判中心主义的基础

现于法庭审理阶段，但是，迄今为乱却象丛生，并且冲突不断。虽然直接的原因是缺乏规则。

司的问题上，控审之间商定开庭时方则成了选择性条件。实践中，虽人商定开庭时间，但不乏有些法庭无

**任何一种成功的操作都离不开科学而完善的规则。法律本身就是一种规则，在法律实施的层面则需要更具体的规则。**

显。多年来，这审双方，以至于时常成为引发双审前，最高法院对此做出了明确审过程中还有一系列问题没有解上能否有纸和笔并且为应对质证事后再能否旁听？法庭质证中控辩双才意见？提出反对前是否要先经法庭质证？质证方发言为一轮的结束？还是以质证？法庭质证中的一证一质一辩原告如何加以区别？对于控方未出示的证据质证方应否出示并经过当庭质证排除非法证据程序能否在庭前会程序质证时相关证明主体，如被告或是否不能在庭？单次讯问的全程是否法规定的全程同步录音录像？法官言权以及在何种情况下可以打断或无法正堂行使辩护权情况下有无退

乎是过于浅显甚至不值得一提。然而，多年来这些问题却经常不断地发生在全国各地的法庭上，引起无休止的争议。

这些问题发生的根源出自于理念和水平，而直接原因还是缺乏科学而明确的规则。尤其在我国法治建设的历史尚短，经验不足的情况下，无论是对于控辩审任何一方，规则的作用都是非常重要的。在庭审中心主义的语境下，规则的意义就更加重大。

对于庭审中的问题，感受最深，了解最全面者莫过于律师，因为律师的执业范围遍及全国，有机会见识和感受到更多的庭审情况。前些年，全国律协刑事业务委员会曾在广泛调研的基础上，总结了全国

各地刑事法庭上存在的问题，起草了一份《刑事案件庭审规则建议稿》，并以全国律师协会的名义提交了最高法院。虽然审判中心主要体现在法庭审理阶段，但是它并不仅仅局限于法庭审理阶段。所以，《庭审规则》只是其中的一部分。若要保证审判中心主义的有效落实，则需要从侦查阶段开始，直到死刑复核阶段，逐步制定出一系列具有操作价值的具体规则。

无规矩不成方圆，任何一种成功的操作都离不开科学而完善的规则。法律本身就是一种规则，在法律实施的层面则需要更具体的规则。而在向法治化迈进的初级阶段，这种操作性规则的确立就更显得格外重要！

## 五、阳光司法是审判中心主义的必 由之路

实现审判中心主义的前提是独立司法，而独立司法所引发的最大的担忧是如何保证司法的公正性。多年来，不支持独立司法的主要理由就是出自于对监督权的考量，于是，便形成了各种形式的众多的领导机构和监督机构。在法院的外部，有人大、政法委以及党政机关的各级领导；在法院内部，有审委会和院、庭两级领导。然而，如此复杂的监督手段却仍然收效甚微，这就必然引起人们对独立司法前景更深远的忧虑。这种忧虑很容易使人们对审判中心主义的推行疑虑重重，望而却步。

法官的权力由谁来约束？在多重监督，集体决策下还会发生冤假错案，合议庭和法官的独立判断是否会更加不可靠？徇私舞弊，枉法裁判的现象是否会更加严重？如此等等。这一系列的困惑不仅会遭到全社会的质疑，而且还会引起作为操作主体的法官自身的不安。对于从来没有运用过独立审判权的法官来说，有些人不仅对自己缺乏自信，而且也不敢担负起相应的责任。可以说，审判中心主义在中国的提出和推行，足以引发起业内外的一场震荡！因为人们的心理准备严重不足，因为更多的人还是停留在长期以来已经习以为常的惯性思维之中。

面对这些困惑，需要深思的问题是：多年来，我们虽然设计了名目繁多的监督机构，却唯独排斥了司法活动的公开性，连法律明文规定的公开审判都没有真正做到。由于缺乏透明度，无论是司法活动自身还是监督机制的运行，都离开了公众监督的视野。于是，一方面，会由于不透明而引发更多不必要的猜疑；另一方面，在暗箱操作中监督权也会发生变质。

事实上，司法公开是维护司法公正最有效的监督方式。以法治发达国家为例，不仅一切审判活动都公开进行，而且一切判词和相应资料都可以对社会公开，媒体的评论更是淋漓尽致。美国前些年著名的辛普森涉嫌杀妻案和不久前发生的警察枪杀黑人案，尽管在全球引起轰动和责难，却无法撼动法院的判决。在那里既没有政法委也没有审委会，即使是法官个人也能够承受住暴风骤雨的舆论压力，其重要原因之一就是审判活动的公开透明。相反，如果某一项判决确有

问题或者在程序上出现失误，一旦暴露则无法逃避责难。我国法律上虽然也明确规定了公开审判制度，但事实上有些案件的审理却并不公开。我们设置了很多监督机构，却不能有效地发挥监督作用。我们一方面在媒体面前顾虑重重，担心舆论影响审判；一方面又缺乏自信甚至迁就舆论做出违心的判决。这一切现象，其实都集中反映了一个问题，没有认识到阳光下司法的重要性 and 必要性。

其实，与任何监督手段相比，公开性都是最有效的方式。一方面，在阳光下进行的活动，可以理直气壮地排除一切不必要的疑虑和猜测。另一方面，在阳光下进行的活动，可以防止暗箱操作中容易发生的徇私舞弊。

阳光下司法最有效的监督应该是媒体监督。首先，媒体监督是一种外部监督，与司法机关既无瓜葛也无利益交集，“不记庐山真面目，只缘身在此山中”与内部监督相比

具有更自由的话语权。其三，媒体声音相互碰撞，可以避免舆论一是防止暗箱操作最有效的方式，下。

但是，令人遗憾的是，媒体质疑和排斥。其中，怕见阳光，驳。然而，对于媒体监督的另一就是舆论左右司法的问题。

媒体如水，既能载舟，也能覆舟，这反映出媒体存在的巨大力量。但是，由于媒体通过舆论通过舆论的作用，主要和评论。这些报道和评论虽然客观向，但是它并不能改变法律，决。如果司法机关顾忌媒体的存在而更加谨言慎行，本身就如果面对媒体的评论，司法机关果所在。相反，如果媒体的报道影响。但有一个重要的前提，公开、透明、在阳光下进行的法证明自己的清白而陷于被动。

有观点认为，媒体的参与而主张应当限制媒体对司法活动问题的在于，限制媒体的负面作用监督手段。司法机关的正确选择动暴露阳光之下，欢迎包括媒体督。而恰恰是这种公开性，使得依法行事而免受舆论的干扰。

至于媒体自身的问题，当然道当然不当允许，但其评论的官权力的提升。然而，任何一效的监督。古今中外的无数事实公开行为，才能得到最有效的公心主义需要在阳光下推行，或者心主义的必由之路。





员工变更劳动合同进行必要的  
异议；二是用人单位提前30日书面  
劳动者一个月工资，该选择在用人  
求；三是按照员工在本单位的工作  
经济补偿。

《劳动合同法》第四十三条的规定，用人单  
当事人将理由通知工会。用人单位  
或者劳动合同约定的，工会有权要  
立应当研究工会的意见，并将处理

(二) 与工龄相关的劳动权益保护与并购方用工成本  
股权并购中，劳动关系继续履行，这使目标企业员工  
的工龄将被连续计算。在劳动关系中，有诸多事项与工龄挂  
钩，例如医疗期、年假、与员工签订无固定期限劳动合同  
的可能性以及经济补偿金等。因此在股权并购之前，需要将  
上述用工成本考虑在并购计划内。

## 三、并购后续事项

### (一) 离职手续

1、离职交接：《劳动合同法》第五十条规定，离职员  
工应当按照与用人单位的约定，办理工作交接。《劳动合  
同法》还将经济补偿金的支付与工作交接联系起来，如果  
用人单位因劳动合同的解除或终止应当向员工支付经济补  
偿的，在办结工作交接时向员工支付。即用人单位与员工最初  
在签订劳动合同时可以将具体的工作交接条款放在其中。如  
果离职员工未能如约履行工作交接义务的，用人单位可以视  
工作交接未完成而暂时不支付经济补偿。

2、人事档案和社会保险关系转移：《劳动合同法》明  
确规定了用人单位的此项义务。用人单位应当在解除后终止  
劳动合同时出具解除或终止劳动合同的

证明，并在15日内为离职员工办理档  
案和社会保险关系转移手续。用人单位  
违反规定未向劳动者出具解除或终止劳  
动合同书面证明的，将可能承担下列法  
律责任：一是行政责任；二是赔偿责任  
(例如劳动者因此未能及时足额享受失  
业保险待遇，或影响其重新就业)。

### (二) 外国人就业手续变更

并购完成后，如果涉及外国人的就  
业单位、就业区域发生变更的，并购企  
业应当依法申请变更或重新申请外国人  
就业许可并获得批准，用人单位应当在  
10日内到当地公安机关办理居留证件的  
变更手续。涉及与被聘用的外国人解除  
劳动关系的，用人单位应及时报劳动保  
障部门、公安部门备案，同时交还该外  
国人的就业证和居留证件，并到公安机

## 滕杰律师简介



执业范围为互联网金融、银行、信  
托、基金等法律服务领域。参与了  
某民营银行设立法律服务、某文化  
金融公司法法律服务、某家族信托设  
立法律服务、非洲国家投资指南法  
律服务项目，参与了多部著作的  
编写工作，并发表多篇研究成果。

国有股东的  
制制的改变，  
国有企业改制  
业性质变更为  
《公司法》实施之  
“断工龄”的  
出台后的国企  
更无须支付  
劳动合同的约定  
及人民法院、  
会关于适用  
《劳动合同  
》（粤高法发  
会规定，“用  
人、主要负  
劳动合同的履  
连续计算。劳  
由用人单位  
的不支

# 并购中的知识产权解析

余慧华 于川 / 文

知识产权资产所占比重较大的并购交易中，经常  
会把知识产权与企业管理架构、财务状况等其他  
法律关系区分开来，作为一项独立的法律关系加  
以考察。

## 一、并购项目可能涉及的知识产权

当今国际上普遍认可的知识产权种类主要有：版权或  
著作权、邻接权、专利权、工业设计权、商标专用权和商号  
权、科学发现权、集成电路布图设计专有权、地理标志权、  
商业秘密权、反不正当竞争权，此外还有动物新品种权、域  
名权等。

在我国，专利和工业设计以专利的形式来保护，商标  
专用权和地理标志权以商标的形式来保护，著作权和邻接权  
以著作权的形式来保护，而商业秘密权、商号权和域名权则  
被纳入反不正当竞争范畴来保护。目前我国与知识产权保  
护有关的专门法律法规主要有：《专利法》、《商标法》、  
《著作权法》、《反不正当竞争法》、《集成电路布图设计  
保护条例》（国务院令2001年第300号）、《植物新品种保  
护条例》（国务院令2013年第635号）等。

## 二、知识产权权利转移的法定要求和程序

### (一) 专利权或专利申请权的转移

基于合同关系转移专利权或专利申请权的行为，在我国  
《专利法》中被称为专利权或专利申请权的转让行为。《专  
利法》第十条规定，“转让专利申请权或者专利权的，当事  
人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国  
务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让  
自登记之日起生效”。根据上述规定，如果并购交易双方

局办理相关的转让登记手续，则必  
专利权资产。一旦目标公司又与  
利专利申请合同并向专利局办  
人可以依法取得相关专利权或专  
目标公司的违约责任，而不能直  
张权利。

如果资产并购项目涉及国外外  
利权或专利申请权的转让，则这  
要符合《技术进出口管理条例》  
号)。对于因公司合并而发生的  
新设公司或存续公司需要根据《  
令2010年第569号)第十四条的

部门出具的公司合并证明文件向  
专利权或专利申请权转让手续  
的专利代理机构办理。由于公司  
请权转移则可由新设公司（或  
理机构办理。

### (二) 商标专用权的转移

对于基于合同关系发生的注册  
商标权的转让，《商标法》第四  
标的，转让人和受让人应当签订  
提出申请。受让人应当保证使用  
让注册商标的，商标注册人对  
的商标，或者在类似商品上注  
当一并转让。对容易导致混淆  
商标局不予核准，书面通知申  
标经核准后，予以公告。受让  
权”。

对于因公司合并转移注册商  
注册商标专用权的新设公司（存

合同并证明  
用权转移手

专用权转让  
上的具体手  
商标代理机  
主商标专用  
移的手续可  
或其委托的

十五条规  
上应当订立  
又法实施条  
(633号)第  
转让合同可  
备案。这表  
并不需要登  
转让合同所  
作权即发生  
协议时,需  
些,不要遗漏重要的权利类型。  
并非作者享有著作权的必要条件,  
登记的作品,也可能拥有未经登记  
又登记的作品,如果收购方或新设  
者著作权的转移情况进行登记,可  
主体变化进而导致新的权利人难以  
比最好向原登记机构进行权利转移  
作品,特别是一些重要的作品,建  
公司)也向登记机构办理著作权

## 余慧华律师



西北政法学院法学硕士,天津大学法学院讲师,金融业务资深律师。承担和参与了多项国家级和省部级课题研究工作,长期从事银行法与信托法的研究工作,同时为国内商业银行及信托公司提供财税业务法律服务,专长于银行及票据业务。

设计登记部门办理转移手续。布图设计  
专有权的转移手续与专利权相似,可参  
考专利权转让。

### (五) 商业秘密权的转移

中国目前尚无法律规定商业秘密  
的转移条件,一般认为商业秘密的转移  
可以依照合同法的相关原则来确定商业  
秘密转移的效力。在实践中,交易  
双方一般会根据知识产权尽职调查所查  
明的商业秘密载体种类、数量来规定与  
商业秘密有关的资料移交和技术支持事  
宜,并设定商业秘密转移生效的条件。  
当转让协议所设定的转移条件成就时,  
可以认为相关商业秘密的转移生效。

如果并购项目涉及国外企业与国  
内企业之间的技术秘密的转让,会涉及  
技术进出口的问题,也需符合《技术进  
出口管理条例》的相关规定。国内公司  
需要取得国务院商务主管部门的技术进  
出口许可(适用于限制进出口的技术)

或者技术进出口合同备案证明(适用于  
自由进出口的技术),否则无法办理外汇、银行、税务、海  
关等相关手续。

### (六) 其他知识产权的转移

对于由中国互联网信息中心负责管理的CN域名和中  
文域名,已注册域名的出让人应当按照中国互联网络信息中  
心于2012年5月28日发布并于2012年5月29日实施的《中国  
互联网信息中心域名注册实施细则》的规定,向域名注册  
服务机构提交域名转让申请,经域名注册服务机构核准后,  
由域名注册服务机构予以变更运行。

对于植物新品种的转让,《植物新品种保护条例》规  
定,植物新品种的申请权和品种权可以依法转让。中国的单  
位或者个人就其在国内培育的植物新品种向外国人转让申请  
权或者品种权的,应当经审批机关批准。国有单位在国内转  
让申请权或者品种权的,应当按照国家有关规定报经有关行  
政主管部门批准。转让申请权或者品种权的,当事人应当订

# 涉外私募基金税收法律环 风险防范

■ 高慧云 / 文

## 一、涉外并购基金的税收法律环境

在涉外并购基金中,法律环境不仅要考虑境外的税收,  
更重要的是要看中国对涉外并购基金注册地的反避税措施。

### (一) 对关联交易的反避税措施

对关联交易的反避税,国家税务总局主要依据国税发  
【2009】2号《特别纳税调整实施办法(试行)》进行。该  
办法涉及的内容包括:关联申报、同期资料管理、转让定价  
方法、转让定价调整及调查、预约定价安排管理、成本分摊  
协议管理、受控外国企业管理、资本弱化管理、一般反避税  
管理、相应调整及国际磋商、法律责任等。该办法对企业的  
关联交易影响很大。

### (二) 对境外转让股权的反避税措施

境外间接转让中国企业股权是规避中国税收的有效手  
段之一。但国税函2009年698号文《国家税务总局关于加强

### (三) 全球情报交换的协议

目前国家税务总局在陆续  
订关于税收情报交换的协议,20  
边税收征管互助公约》(尚未生  
共同协作进行反避税。

非居民企业股权转让所得企业所  
定,境外投资方(实际控制方)  
权,如果被转让的境外控股公司所  
于12.5%或者对其居民境外所得不  
让合同签订之日起30日内,向被  
所在地主管税务机关提供资料。境  
通过滥用组织形式等安排间接转  
具有合理的商业目的,规避企业所  
务机关层报税务总局审核后可以  
交易重新定性,否定被用作税收  
在。

表5-8 我国签署的税收情报交换协定一览表

序号 Serial No.	国家或地区 Jurisdiction	签署日期 Signed on	生效日期 Effective fr
1	巴哈马 Bahamas	2009-12-01	2010-08-28
2	英属维尔京 the British Virgin Islands	2009-12-07	2010-12-30
3	马恩岛 the Isle of Man	2010-10-26	2011-08-14
4	根西 Guernsey	2010-10-27	2011-08-17
5	泽西 Jersey	2010-10-29	2011-11-10
6	百慕大 Bermuda	2010-12-02	2011-12-31
7	阿根廷 Argentina	2010-12-13	2011-09-16
8	开曼 Cayman	2011-09-26	2012-11-15
9	圣马力诺 San Marino	2012-07-09	2013-04-30
10	列支敦士登 Liechtenstein	2014-01-27	2014-08-31



# 贸易投资研讨会在京成功举办



成果。

韩国大使馆  
参赞李镐俊  
针对研讨会主题

“FTA时代，中韩  
经济合作的新变化和  
新机遇”发表了演讲。

李镐俊先生提到，本次研讨会是继9月2日朴槿惠总统和习近平主席首脑会谈后，两国机关首次共同举办的韩中FTA研讨会。韩中自由贸易协定的签订，大大提高了两国提出的新国家发展战略成功的可能性。韩中自由贸易协定既是两国解决所面临困难和挑战的起始点，也是刺激两国经济市场，实现两国经济及产业发展的质的飞跃的战略选择。通过韩中自由贸易协定，世界最大消费市场将成为韩国新的内需市场。通过本次协定，将之前以贸易和投资为中心的合作领域扩大到金融、服务贸易、电子商务等多个方面合作，谋求新的成长机会。中国，则通过首次与贸易规模较大的国家签订自由贸易协定，将强化制造业的竞争力、在扩大全球市场占有率上占据有利的地位。而且，在知识产权保护、竞争政策、环境等新的领域上树立世界级标准，实现经济模式纪律制度的重建。期待各位专家和企业家在研讨会上自由交换意见，提出运用韩中自由贸易协定推进两国经济合作的建设性意见。

韩国贸易协会北京代表处首席代表  
崔容敏在讲话中  
强调FTA能够  
消除关税和非  
关税壁垒，  
不仅会给企业



惠，这是FTA最根本的目的。但企业必须主动提出申请，且产品符合优惠目录和原产地标准，才能获得关税优惠。

国务院发展研究中心对外经济研究部主任研究员许宏强博士发表了“建立中韩自贸区的经济影响”的主题演讲。许宏强博士称此次自贸协定内容实现了“高水平、全面、利用大体平衡”等标准，并且，中韩贸易协定是中国迄今为止签署的自由

贸易协定中涉及贸易额“第一”的协定、首次承诺国民待遇和负面清单模式开展服务



贸易和投资谈判、首次将双方关注的重点合作领域设立合作条款、“第一”个东北亚地区自贸协定。中韩自贸协定的签署和实施，将在中韩之间形成一个人口高达13.5亿、GDP高达11万亿美元的共同市场，将对两国和区域经济发展产生多重共赢效应。中韩自贸协定为两国企业创造了更大的市场，奠定了更好

华为技术  
有限公司韩国  
分公司主管  
WAN SOOK



她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

资发展的过

拓、与本地

通、与本地

等方面。FT

的企业进军

市场对中国

在韩国市场

金燕律师就中

国企业对韩

行了讲解。金

方面，中国

的零关税政

韩国，在韩

原产地产品

税、物流等

成本，还可

开对中国

的贸易壁

她提到华为有

的偏见并占据

# 韩自贸协定和对韩投资机遇

■ 金燕 / 文

## 金燕律师简介



京都律师事务所合伙人

金燕律师毕业于中国政法大学后赴韩国梨花女子大学和明知大学分别攻读法学硕士和法学博士。2000年开始执业以来结合国内法律和在韩国学习和工作的经验为在中国投资的企业和个人提供有关外商投资、企业法务、中国企业对外投资的法律服务。

始进行谈判，直至2015年6月1日正式签署了协定。预计通过双方国家的内部审批程序，将于今年年底正式生效。

### 3. 主要内容

中韩自贸协定是我国迄今为止对外签署的覆盖范围最广、涉及国别贸易额最大的自贸协定，对中韩双方而言是一个互利、双赢的协定，实现了“利益大体平衡、全面、高水平”的目的。

### 签署过程

4年9月份开

节，包括初始条款和定义、国民待遇和货物市场准入、原产地规则和原产地实施程序、海关程序和贸易便利化、卫生与植物卫生措施、技术性贸易壁垒、贸易救济、服务贸易、金融服务、电信、自然人移动、投资、电子商务、竞争、知识产权、环境与贸易、经济合作、透明度、机构条款、争端解决、例外、最惠国待遇。此外，《协定》还包括货物贸易关税减让表、服务贸易具体承诺表等18个附件。

## 二、中韩自贸协定对两国的影响

### 1. 意义

据中国海关统计，2014年，中国和韩国双边贸易总额为2895亿美元，同比增长5.9%。其中，中国对韩国出口总额为1003.4亿美元，同比增长10.1%；对韩国进口总额为1901.5亿美元，同比增长3.9%。自2014年起，中国成为韩国的第一大贸易伙伴，占据韩国对外贸易的20%。而韩国也是中国的第三大贸易伙伴。中韩自贸协定将扩大两国市场，刺激本就活跃的双边贸易，促进中韩两国企业的合作，增加进出口商品种类和范围，重组过热的竞争行业，为工业领域的研发和其他形式的合作提供动力。同时，中韩自贸协定也

随着中韩自贸协定的正式生效，未来5年中韩贸易规模将达到4000亿美元，利用自贸协定的有利地位的双边投资也会日益增加。

国民待遇和负面清单模式开展服务贸易和投资谈判，第一次纳入电子商务等新议题，第一次涉及地方经济合作。

中韩自贸协定的重要意义主要体现在三个方面：

一是将推动中韩两国经贸关系迈上新台阶。中韩两国地理相邻、经济互补性强，发展经贸合作具有得天独厚的有利条件和巨大潜力。建立中韩自贸区后，两国间商业活动和经贸往来会更加自由、便利和规范，这将成为两国进一步发挥经贸合作潜力的重要契机，推动中韩经贸关系实现更大飞跃。

二是将促进中韩经济和产业链的全面融合。中韩自贸区的建立将使两国企业享受到更低的关税，拥有更大的共同市场。更重要的是，两国间贸易壁垒的取消和降低将促进两国经济和产业链的全面融合，从而充分利用各自优势，共同提升在全球市场的竞争力，携手向全球价值链的更高端迈进，在互利共赢的基础上实现共同发展。

三是将推进区域经济一体化实现新发展。中韩自贸区作为整个东北亚地区的第一个自贸区，为推进中日韩自贸区、《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）乃至未来亚太自贸区，走出了重要一步，将对加快东亚和亚太区域经济一体化进程产生积极的示范效应。同时，中韩自贸区也是中国“一带一路

和欧亚大陆经济融合具有重要的推动作用。

### 2. 贸易方面

从总体开放水平看，中韩双方绝大多数产品和贸易将实现零关税。经过最长20年过渡期后，中国91%的产品将对韩国实现零关税，这些产品覆盖中国自韩国进口总额的85%；如再加上部分降税产品，中方参与降税的产品将达到92%，覆盖中国自韩国进口总额的91%。同时，韩国92%的产品将对中国实现零关税，这些产品覆盖2012年韩国自中国进口总额的91%；如再加上部分降税和关税配额等产品，韩方参与降税的产品将达到93%，覆盖韩国自中国进口总额的95%。

中韩自贸协定生效后，中韩两国将分别有1649种和6108种商品的进口关税立即减免，当年零关税商品分别达到691种和1983种。中国与韩国的经济贸易、人员往来、交通出行、文化交流都将有一个质的飞跃。

### 3. 服务贸易方面

中韩两国服务贸易目前主要集中在旅游、运输、通信、金融和事业服务上，其中旅游和通信占据主导地位。根据统计资料，2000年韩国赴中国入境人数为134.47万人次，而2014年该数据达到418.17万人次，增长超过3倍，同样中国赴韩国入境人数也是

且也使得往来自自贸区对两国起到巨大支柱作用和通信行业贸易一样，两国服务贸易易减或取消。自贸协定对于中国很有可出，这对于中国一个有效途径

本次的式明确了国市场，将金融等领域韩国对韩国在零售业、演艺业、演度。

### 定义

英文Free或为多国间具有在于促进经济消除贸易壁垒家间自由流可能是关税，

### 签署过程

4年9月份开

采取措  
人信息，并  
可公众提供  
子贸易管理  
于法律效力；就  
示规范和最佳实  
助研究和培训  
业间交流合  
多论坛中加

### 三、中韩自贸协定与韩国投资机会

#### 1. 中国对韩投资额逐年增加

1992年中韩建交后，韩国对中国投资额逐年增加，到2012年达到65亿美元，相比起来，中国对韩国的投资额比较少。从2013年开始，随着中国“走出去”政策的扩大，中国对韩国的投资逐年递增。根据市场调查企业

(Mergemarket)的调查显示，2013年中国企业对韩投资额为1.33亿美元，2014年达到6.31亿美元，同比增长了374%，到了2015年，安邦保险收购韩国东阳生命等大型投资项目的加入，中国企业对韩投资已经超过了2014年的2倍。

此外，中国商标的韩国注册数从2010年的1246件大幅增加，到了2014年达到2622件，自贸协定生效后增速会加快。

#### 2. 中国对韩投资新趋势

随着对韩投资额的增加，中国企业对韩投资领域也发生了变化。之前投资的主要领域为贸易业、餐饮业、批发零售等服务行业、制造业，其特征为饮食业和服务业的项目数比较多，但是制造业的投资额比较大。近几年中国对韩投资新趋势如下：

首先，韩国实施房地产投资移民政策后，中国房地产企业在韩国投资房地产的项目快速增加。2014年中国企业买人的济州岛土地面积由2011年的142万m<sup>2</sup>增加到2014年的834万m<sup>2</sup>。目前韩国政府推出的房地产投资移民政策的区域有济州岛、釜山2个区域、仁川经济特区、平昌等5个区域。

其次，信息技术和文化产业投资增多。利用韩国领先的通讯技术，通讯

已经有30多家网游公司在韩国设立了办事机构。

再次，利用“韩流”的影响和品牌效应，服装、化妆品、文化娱乐产业的投资在逐步增加。

最后，投资方式呈现出多样化趋势，从单纯的新设方式逐步延伸到通过并购、参股、战略合作等多样化投资模式共同发展。

#### 3. 中韩自贸协定与对韩投资新机遇

中韩自贸协定的签署不仅在双边贸易方面给两国企业带来了优惠，也在投资领域给企业带来了诸多的机会。

首先，从服务贸易方面，韩国开放了快递服务、建筑承包领域。中国企业可以在韩国不设立办事机构的前提下从事快递业务、承包建设项目，并免除了之前的建设项目须给当地企业带来的限制。在保险等金融领域，也免除了高管必须常驻的限制，使企业可以灵活进行运营。

其次，利用双边贸易的关税减让和韩国在全球自贸协定的枢纽地位，企业可以降低产品成本，还可以避开欧美国家对中国产商品的贸易壁垒。

韩国目前与世界73%的经济圈签署了自贸协定，与三大经济圈中国、美国、欧盟均签署了自贸协定，中国企业可以利用韩国在自贸协定的有利地位，通过以下方式进行对韩投资：

原材料出口国（中国或其他国家）境外直接投资国（韩国）进口国（中国或美国或EU）

这种方式为，中国企业在韩国设立企业后，将原材料从中国或者与韩国签署自贸协定的其他国家出口到韩国，由中国企业在韩设立的公司进行加工后以“韩国原产地”商品出口到中国乃至

既可以通过减少关税来降低产品成本，也可以避开欧美国家对中国产品的贸易壁垒。

### 四、对韩投资程序及优惠政策

#### 1. 韩国投资环境

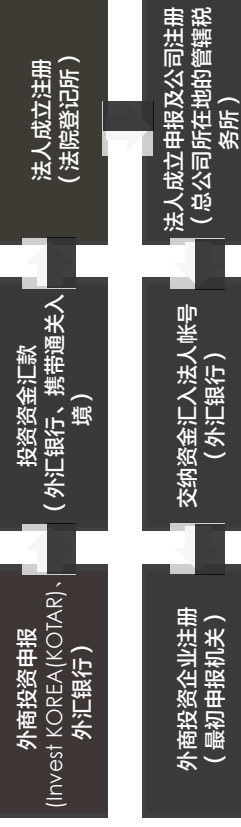
2014年6月，韩国贸易振兴公社通过对世界各国企业高管的问卷调查，统计了亚洲7国的投资环境。因为在调查项目中韩国在市场（市场潜力、市场接近性等）、基础设施（通讯、水电等）、研发（政府支援、研发人员等）、选址等项目得到了较好的评价，综合成绩非第二名，超过了日本和香港。

#### 2. 产业准入政策

按照《外商投资促进法》规定的韩国标准产业分类，总共1,145个行业中，外商投资在公共行政、外务、国防等共60个行业受到限制（禁止行业），此外在共1,085个投资对象行业中有29个行业限制了外商投资比率。下列表格中未明示的产业，是可以自由投资的领域。

#### 3. 投资程序

##### (1) 雇佣支持



#### 1. 设立程序

##### 1) 法人

成立当地法人的程序同于外商投资程序，即包括外商投资申报、法人成立登记、公司注册、外商投资企业注册等步骤。

##### 2) 分支机构

外国公司如要在大韩民国从事经营活动，必须指定大韩民国国内的代表，和在大韩民国国内设立营业所，此外，必须有1名以上代表的地址位于大韩民国国内。

#### 4. 优惠政策

##### 1) 税收减免制度<sup>1</sup>

韩国的综合税制大约在19%左右，这在OECD国家(平均34%)中是比较低的税制。根据外商投资企业人地区、行业分类、投资金额等因素，韩国政府对外商投资赋予不同的优惠政策，其中包括法人税、所得税减免7年(最初5年减免100%，之后两年减免50%或减免5年(最初3年减免100%，之后两年减免50%)的政策，以及购置税、注册税、财产税等地方税收政策及关税上的减免。

##### 2) 其他招商引资优惠政策

韩国《外商投资法》规定，外商投资企业在最长6个月内提供教育培训有

名以上每超过10名再提供相同额度的

(2) 分支机构

在韩国国家产业园区投资企业，投资费用减免优惠。

(3) 优惠政策

韩国政府加强国内产业影响的“生产率”投资量事业实施的、生产资料以提高生产率于“现金资源”的配件材料而且，c. 外商投资30%的外国金资助。但，须是从事制造业固定职工人数金额的30%为核心的上限定为资助的现金总额研究设施而费用、租赁费、建筑费、工厂设施或研究的生费用、工厂设施电力、通信费用雇佣补助金与

现金资助。但，须是从事制造业固定职工人数金额的30%为核心的上限定为资助的现金总额研究设施而费用、租赁费、建筑费、工厂设施或研究的生费用、工厂设施电力、通信费用雇佣补助金与

申请设立分支

外汇银行

批准受理分支成立申报

<sup>1</sup> 非内容参考

## 的防范措施。

- 1) 对韩投资外国企业的风险  
根据韩国政府对在韩投资外商投资企业进行的调查问卷,在韩外国企业在韩国遇到困难的顺位如下:
  - 劳资关系
  - 法规及许可等行政手续的繁琐
  - 人才的缺乏(熟练的技能工、外语人才、研究开发人才等)

- 投资者的要求比较高
- 国内市场的相对闭塞性和特殊性
- 原材料供应困难
- 外国人居住环境问题
- 高价的运输费
- 资本融资困难
- 信息不足
- 其他配套设施问题

- 2) 对风险的防范
  - 做好投资前的规划和调查工作对项目的准入政策、环保政策、优惠政策要进行事先调查和规划,如果利用自贸协定的优惠规定进行投资,就要对关税、外汇、海关、保税区等方面的法规进行事先了解。对政府的优惠政策,一定要落实到纸面上。

- 如果以并购方式投资,一定要了解工会关系,应该将工会事宜和股权并购事宜做统一规划,对企业持续发展的规划和基金有统筹安排。

- 适当安排投资股权结构
  - 无形资产投资,可考虑独资
  - 制造业和服务行业中需要品牌投资的,可考虑控股或独资
  - 资源投资,可考虑参股
  - 另外,因韩国资本市场比较稳定,可考虑上市、债权投资等方式

- 依法遵守劳动法规
- 通过本地化经营化解经营风险
- 建立全面考虑中国和韩国市场

## 2. 中韩FTA中的纠纷解决程序

FTA争端解决机制的适用范围为,除非协定另有规定<sup>2</sup>或者缔约双方另外达成一致,否则其适用于解决缔约双方关于协定的所有争端,或者一缔约方认为另一缔约方的措施与协定项下的义务不一致或者另一缔约方未能履行协定项下的义务的情形。FTA争端解决程序如右<sup>4</sup>

### 3. 中韩FTA中的投资争端解决

投资争端是指一缔约方与另一缔约方投资者之间的争端,前一缔约方被指违反其与投资者或其在前一缔约方领土内的涵盖投资相关的任何义务致使或导致该投资遭受损失或损害。

违反FTA投资相关规定的争端,首先应该通过协商解决的方式,即缔约一方投资者向对方国家相关机构(韩国为司法部国际法律事务司,中国为商务部条约法律司)提交书面请求,收到请求的缔约方可以及时要求投资者完成国内行政复议程序,如果行政复议程序自提交之日起四个月内未能完成,应视为已经完成,投资者可以将投资争端提交如下机构:

- 1) 争端缔约方的管辖法院
- 2) 依据《国际投资争端解决中心公约》(ICSID)进行仲裁,如可适用该公约;
- 3) 根据《ICSID附加便利规则》进行仲裁,如可适用该规则;
- 4) 根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL)进行仲裁;或

<sup>2</sup> 该中心网站为: [www.investkorea.org](http://www.investkorea.org)

<sup>3</sup> 第17章《经济合作》中17.3规定,“本章下产生的任何事项,任何缔约方不得诉诸第一审(或争端解决)程序。”

### 磋商

- 收到请求磋商后10日内以书面形式答复,30日内被诉方领土内进行磋商。
- 被诉方未答辩、未进行磋商,请求方可直接请求设立专家组。

### 成立专家组

- 被诉方未答辩、未进行磋商,请求方可直接请求设立专家组。
- 收到请求磋商后60日内未解决纠纷的,可请求成立专家组。

### 成立专家组

- 中期报告提交后45日内,提交最终报告。
- 最终报告提交后,除决定不公外,15日内向公众公开。

### 中期报告

- 指定最后一名专家组成员后120日内提交中期报告。
- 各缔约方在中期报告提交15日内提交书面评论。

### 最终报告的执行

- 立即或合理期限内消除最终报告认定的不一致

### 一致性审查

- 合理期限内执行的措施与本协定一致性存在分歧,原专家组决定该争端。
- 专家组应在事项提交后60日内提交报告。

### 后中止程序

- 被诉方认为已消除专家组认定不符之处,可以书面通知起诉方,起诉方对此有分歧60日内提交原专家组,否则起诉方应立即停止中止减让或其他义务。
- 专家组60日内提交报告

### 中止减让或其他义务

- 起诉方应当在中止减让或其他义务前30日通知被诉方。
- 被诉方对中止措施不认同,向原专家组提出书面申请。
- 专家组收到被诉方上述申请后60日内作出裁定。
- 专家组裁定前,起诉方不可中止减让或其他义务。

5) 经争  
仲裁规则进行  
4. 个人  
除了适  
式以外,如  
纷,可通过  
1) 协商  
协商是  
同就纠纷进  
的方式。

2) 调停  
调停是  
纠纷解决程  
事人的纠纷  
3) 外国  
国投资者纠  
外国投  
府设立在韩  
个机构,主  
企业遇到的  
业务建议和  
业的疑难问  
国投资者On  
调停和仲裁  
ADR(替代  
善解决纠纷

4) 仲裁  
中国国  
大韩商事仲  
机构,且中  
于承认和执  
加入国。所  
均可以在对  
5) 诉讼  
韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

韩国是  
法律既有相  
之处,与中  
四级二审终  
定制度

# 是股权投资还是民间借贷

——一个外资企业迷雾重重的连环诉讼案

■ 吕志轩、董宇琼、樊韩华、郝京/文

和事务所董宇琼律师一起办理了一起比以往的连环诉讼案件，案件的特别之处除了法律上的争议点，最关键的是给自己从业生涯上了一课，现将心路历程及办案经过过程及同仁分享。

## 民间借贷纠纷第一案：为投资，实为借贷

华人，其作为实际控制人及股东在美国投资公司，随后又以在美国注册的公司为投资大陆投资设立了一家实际控制人李xx的北京xx公司”，而本案原告马xx系居住技术人员，自2003年就入职成为实际整

## 师简介

京都律师事务所合伙人，北京市律师协会金融衍生品专业委员会委员，北京市朝阳区民事专业研究会会员。主要执业领域：金融及金融衍生品、金融互联网法律风险控制、公司日常民商事法律风险控制、房地产、基础设施，公司上市、并购、重组、股权转让、企业清算、破产等综合性法律服务

服务和专项法律服务等  
业务、刑事案件辩护及  
刑事风险控制。

2014年底又在深圳成立另一家公司，将xx工业(北京)有限责任公司的全部资产及主营业务也转移给深圳公司，北京只保留办事处。导致xx工业(北京)有限责任公司成为负债的空壳公司。xx工业(北京)有限责任公司依然拖欠员工工资及材料供应商的货款不兑付，且转走xx工业(北京)有限责任公司全部资产及全部业务，导致员工失业，为此xx工业(北京)有限责任公司的员工近30人在朝阳区劳动仲裁庭集体维权申请进行劳动仲裁，但作为该公司的股权激励投资人马xx除了与其他员工一起进行申请劳动仲裁外，在股东投资权益方面亟待维护，本案马xx以什么样的法律关系及诉讼技巧进行维权呢？本案的办理经过将一步步揭示。

## 找准方向、迂回前进、正确维权

当笔者接受马xx这份沉甸甸的股权投资纠纷诉讼委托之后，着手对本案从证据上、法理上及诉讼结果预判方面进行详细的研究，感觉到这是一个比较复杂的诉讼案件，对于这起股权投资纠纷究竟从哪个角度进行诉讼其结果会更好呢？笔者与其它资深律师进行了深入的分析和讨论。由于本案是外商投资企业，该公司至今尚未为马xx办理股权变更登记，且本案涉及的目标公司财产已经通过关联公司的“合法”途径转移，公司已经成为空壳公司，本案进行股权类纠纷诉讼比较容易，但却不能最大限度的实现委托人的诉讼目的，因为本案如果案由确定为主张股权类纠纷诉讼，目标公司为外商独资企业，股权转让不但需要美国控股公司股东会决议，而且还需要中华人民共和国政府部门的审批文件，以上文件是否公司拥有，作为马xx无法查询，上述文件的取得与否会直接影响到本案的股权转让是否有效。若一旦法院判决确定有效，本案已经成了空壳公司，公司实际控制人远走海外及他乡，股权诉讼又是一个连环诉讼，是一个遥遥无期

股东股东的合法权益也无法得到有效保障  
讼维权困境，笔者认为应当从有利于最终合法权益出发，以借贷纠纷诉讼。

## 立案的尴尬与困惑

本案笔者最初以案由为借贷纠纷进行立案时，立案庭对证据进行形式审查有借贷证据，不能以借贷纠纷诉讼，不予如何进行解释，本案最终被口头告知不予立案进入诉讼程序，笔者暂时选择了案在法院进行诉讼，但投资纠纷在民事案由笔者的解释，一位老法官最终同意以“投资案。很感谢这位老法官对于案情的理解及马xx的诉讼请求：1、请求返还投资2、请求给付投资分红20万元（经过参照历史测算）；3、诉讼费用被告承担。

由于本案法律关系比较复杂，合同据交换，并初步询问了原告的起诉理由由。

在证据交换过程中被告xx工业(北京)出了答辩理由：1、马xx投资为股权投资，投资是合法有效的投资；2、马xx投资后马xx投资不抵债，马xx2008年投资的公司在本案诉讼后委托审计，审计结果显示亏损仅剩70000元。

面对被告如此的答辩及证据材料，纠纷案由进行诉讼，本案极有可能出现扭扭捏捏的判决结果，那么按照以往的经验，利润共享的判决结果，那么按照以往的经验，该公司已经亏损，财产已经转移，呈现比较困难。面对如此难的选择，必须谨慎。

## 调整航向、长风破浪

面对被告的证据及答辩对于原告作为代理人及时调整诉讼策略，在庭前询问原告有无诉讼请求变更时，及时提出。对于本案笔者认为本案的性质是“借贷”，因此笔者作为代理人立即将本案诉

请求依法返还借款239750元及利息”

时并未得到授权，也不了解具体案情，但出于朋友之托，笔者与xx工业(北京)有限责任公司法律顾问见面，询问了案情。但令笔者没有想到的是简短的询问谈话内容却被该律师录音了，并且对谈话内容进行了篡改和节删作为庭审的录音证据。

(2) 一审法院深陷迷雾，察言观色中错过判罚

当本案马xx接到起诉状后，无法相信这个诉状的真实性，当时就慌了手脚，自己的239750元投资款不但尚未拿回，还被另案起诉返还借款170000元，假若被诉170000元借款诉讼败诉，对于马xx来说是雪上加霜，叠加一起就是400000元的损失，这种结果无论如何作为一个工薪家庭是无法承受的。

一审法院的庭审，作为本案的原告李x代理律师在庭审时只是拿出了伪造的几份证据复印件及录音复制品，对此笔者作为本案的被告方代理人提出了抗辩，理由为本案原告的诉讼请求无法得到其提供的证据支持；原告的主要证据为复印件；原告的录音证据无原始载体，庭审中提供的录音证据光盘属于复制品且有修改删节的痕迹，内容属于传来证据；原告出借款项无相应的款项来源证明；原告的证人属于与原告有密切联系一方，是原告单位的职工，其证明有瑕疵，且均表示未在借款现场出现，属于道听途说。一审庭审后，笔者认为原告李x的证据不足，应当是笔者代理的马xx胜诉，但一审判决判令笔者大跌眼镜。

一审法院蹊跷的判决：一审法院判决认定原告李x提供的本案主要证据属于复印件不予以采纳，但录音证据及通过庭审中庭审法官通过对被告马xx代理人即笔者庭审中察言观色以及对于案情的熟悉程度，可以推定笔者作为代理人知晓借款情节，因此判决被告马xx支付原告李x的170000元款项，本判决宣判后，马xx情绪非常低落，虽然

疚，因一次不该帮忙的见面谈话导致朋友承担了不该承担的责任，这是笔者从业20多年第一次遇到。对于同行律师的行为从取证角度来讲我很佩服他的精神，但这并不符合律师的职业道德，这种偷录并篡改录音载体的行为也是不规范、不合法，这种证据在诉讼中很难让法官采信。对于一审不公的判决，笔者还需要继续代理继续上诉才有可能挽回败局，才能实现公平公正。

## 连环诉讼、拨云见日、扭转乾坤

在一审判决后，笔者就一直在思索，如何扭转乾坤，反败为胜，给委托人一个交代，实现本案的公平公正。通常，二审审理有可能是书面审理，法官从双方上诉状及答辩状中考量和研判本案是否有失公正，上诉审案件也许上诉后连法官面都见不着，维持原判的裁定就到手了，因此写好上诉状是本次上诉成败的最关键因素。

于是笔者就一直在反复阅读判决，深入分析案件材料，整理上诉思路，一定要写出一份能晓之以理、动之以情、适之以法的上诉状。这份上诉状既要能指出，又能依法、依证据充分辩驳一审判决的错误之处。这份上诉状在法官阅读之后认为本案确实有问题，通知开庭。庭审中笔者又提出了本案的几个疑点：原告伪造证据复印件及录音复制品，被告方代理人在与李x律师见面时根本无代理权限；原告的录音证据无原始载体，且有修改删节的痕迹，证人证言不真实且均未在借款现场出现，道听途说，属于传来证据；且原告无款项来源。

庭审后，二审法院再次组织开庭并当庭宣判，“撤销一审判决。改判驳回原告一审诉讼请求”。

至此，本案二审彻底完胜，该案出现了180度的大反转，一锤定音，笔者一下子释然了。判决后我的委托人当场控制不了情绪，竟仰天长啸，迟来的判决让其彻底释

诉，可以长舒一口气，迟来的胜利、迟来我国正在迈向法治时代。

## 本案的评析

本案的审理和判决，一审和二审合议庭，但深入案情会发现，一审判决脱离案件的证据进行研究，甚至对录音内容没有其矛盾性，而是靠感觉、靠生活经验法官法官很年轻，生活经验难免出现偏差法律的判决难以实现公平和公正。

二审判决中庭法官对案件证据调查和研究后依法判决，严格从代理关系决体现了公平正义和法治精神。本案一审审理时，庭法官应当先对其代理调查，但一审既没有对代理人是否得到请求提交公证或者认证的授权文书；而二审从程序上、实体上都力求公平、公正一个经典判例。

## 后记

虽两个民间借贷纠纷案件都已结清，xx与李x及xx工业(北京)有限责任公司租赁纠纷、劳动仲裁纠纷、差旅费报销纠纷案件的利好判决结果能够得到全面执行一点慰藉，毕竟马xx人生最美好的年的曾经效力的公司；也愿经过此次诉讼的增强，投资人在投资时能够让律师参与增强，企业家能够诚信公平的对待小股东合法权益，才是企业成长壮大的动力和合法利益，美、很美。

当笔者连续两天完成这个稿件时，给炎热的北京注入一丝凉意。风雨过后美、很美。

## 附件：连环诉讼第二案的

## 民事上诉状

决，本案属于名为投资实为借贷，本案关系，本案以借贷纠纷判决，被告返还原息。在判决后由于被告不服提起上诉，北京市第三中级人民法院，北京市第三中级人民法院终审判决驳回上诉人（被告）的上诉，委托马xx对于本判决很是满意，并委托两位代理律师。

司在原告马xx资时起草了章程及人资标公司属于外商独资企业，依照法律法规在股权转让时，依照《外商投资企业股权转让规定》第三条“企业投资者股权变更法律、法规，并按按照本规定经审批机关批准变更登记。未经审批机关批准的股权变更无效企业投资者股权变更必须符合中国法律、各的规定和产业政策要求”。所以本案的股权尚未变更的情况下应当是无效法律对笔者及时调整诉讼方向，变更诉讼请求正确的诉讼方向。

## 纠纷第二案：维权路上姊妹连环诉讼案的始末

马xx进行诉讼的同时，外商独资企业xx责任公司的实际控制人利用伪造的借款合同以民间借贷纠纷另案起诉马xx归还借理由是前案中马xx诉讼的239750元投资关系向xx工业(北京)有限责任公司的实际个人民间借贷。因此以李xx为原告，以马xx为被告，诉讼请求为：1、要求承担利息损失。

### 一审败北

是戈，无法防备的使诈成为败北的诱因。实为借贷纠纷委托笔者诉讼之前，xx王公司律师马x要见投资人马xx,但投资人基于笔者是马xx的好友，马xx由告

## 2、一审法院对录音证据内容错误理解

2013年3月19日 xxx 只为上诉人马xx入股与分红问题，与被上诉人李x控制的xx工业（北京）有限公司代理人律师张x谈话，张x当是代理法人xx公司而非自然人李x谈话。在两人谈话中张x拿出伪造的协议摘录让xxx看，并偷偷做了录音记录，但庭审中出示的是经过加工和剪裁的录音复制品，其内容与借款没有关系。现在对庭审中录音复制品分析如下。

一审法院引用录音，双方对话总共有四句话，但从这四句对话中根本无法得出是双方否存在真实的借贷关系，而一审法院却错误的认为在该录音中xxx是对借款认可的，这一认定与其引用的录音四句话根本不符，且脱离了对话的语境和李x代理人让xxx看摘抄协议内容这一情境。

一审引用的2014年3月19日录音如下：

第一句： 张：总共他应当出了19万，17万（口误、更正），23万9750元”；（这指马xx出资）

里甲x楼x门x室。

李x，男，汉族，1961年x月x日生，美利号：xxxxxxxx

借贷纠纷

北京市朝阳区人民法院（2014）朝民初字第19706号民事判决书，依法改判驳回诉讼请求。

法判决撤销北京市朝阳区人民法院判决书第19706号民事判决书，依法改判驳回诉讼请求。

一审判决费用由被告承担。

## 上诉理由

一审判决认定事实不清、判决上诉人承担返

证据不足

认定上诉人应当承担返还的借款的依据阶段伪造签字的《借款须知》和《借款人证言及所谓的xxx律师与被上诉人律师北上上诉人认为一审在查明事实方面及证据子细研究证据的内容和采纳上诉人的一意偏袒被上诉人，在对事实认定及证据认定的错误。理由如下：

款关系不成立的理由  
人恶意伪造马xx签字的《借款须知》和（复印件）做为诉讼证据，一审法院剥夺xxx的申请鉴定权。

投资  
起诉讼到法院返还，被上诉人为了达到不的目的，通过制造本案虚假诉讼且利用《借款须知》的复印件及《借款合同》的复印件均不是上诉人马xx亲笔所签），滥被上诉人既没有借据原件，且复印件上马告签名。上诉人曾在一审庭审中提出对该并提交了申请，而一审法院法官当庭认定，当庭驳回了鉴定申请，并说明无法进书中却以此作为认定的证据进行判决，错不要求鉴定为据进行判决，一审法院的做件不能作为有效证据且上诉人一再提出

L： 对

第二句：张：他实际出了6万，完了我当时法人李x借了17万9750元；

L：“恩”

第三句：张：“退的时候公司可能打算把原值给他，他不同意”

L：恩

第四句：L：“他08年的时候钱总共是打了23万多元多，中间有李x的借款，然后以分红返还款，协议上是这么写的”

现上诉人对四句话分析如下

第一句，被上诉人李x代理人认为马xx出了23万9750元投资款，这句话与借款没有关系。

第二句及第三句，李x代理人单方面叙述，xxx只是“恩”，这个恩是双方谈话时的一种语气助词，有礼貌的让对方把话讲完，通常人们听话时也习惯这样，这个“恩”的意思丝毫看不出有认可借款的表示。

第四句话，由于李x代理人来见面的时候拿了个手摘抄写的协议让xxx看（录音对话中有此叙述），xxx当时对该摘抄的文字重复念了一遍，而且明确说明念的是李x代理人摘抄协议上这样写的内容。从第四句话中也根本无法得出xxx认可借款关系，只是照别人的协议念一遍，就被认为是借款，一审法院对这句话根本没有仔细研判。

上诉人认为一审法院对这四句话没有深入推敲和理解，这四句话无论如何得不出上诉人马xx本人与被上诉人李x之间的借款关系存在的事实。

3、一审法院对录音证据形式要件认定错误

其一、从形式上，被上诉人在庭审中提交的是录音证据的复印件且有节删痕迹，对于原始录音的载体未在庭审出示。对此在一一审庭审中上诉人提出过，但一审法院当时未理会。显然对于该证据一审未依法审查

上述这些对话前提是建立在被上诉人基础上，对话根本不能证明借款关系，用此在的可能性是十分错误的。

其二、一审判决对当时对话的语境未

对于2013年3月19日偷录音证据，用此设置圈套、采用诱导的形式询问，在当时语境下律师拿着摘录的借据，xxx出于礼节和与马xx与xx工业（北京）有限公司之间股份万多的全部投资款，不想产生冲突，礼个应答是在上诉人律师提供虚假借据书及当时，xxx误认为可能存在借款的前提下，上诉人马xx本人核实的情况下对该书面文字马xx借款了的基础上做的回应，但这个回有对借款做出肯定认可，被上诉人向法庭录音文字，是经过剪辑，节删、修改的对话内容不相符。

被上诉人举证形式不符合法律规定合法，属于偷拍偷录，被上诉人律师在证据下，侵犯了xxx知情权，依法不能作为证据2001年12月颁布的《关于民事诉讼证据（以下称《规定》）中对此问题作出了司法解释第六十八条规定：“以侵害他人合法权益禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”。最高法院1995年3月《关于当事人私自录制其谈话取得的资料不能作为证据认为：“证据的取得必须合法，只有经过当事人证据才能作为定案根据。未经对方当事人谈话，系不合法行为，以这种手段取得的证据不能作为证据使用”

其三、一审法院对马xx授权xxx的录音证据谈话中的一方xxx当时并未xxx授权，事后也未追认，且xxx对是否存有情，“在首次提交证据中没有提交此证据认为“在首次提交证据中没有提交此证据法院并未组织证据交换，被上诉人并未所以本案最初也无必要提交上诉人与律所票来证明委托时间辩驳。但马xx委托xxx本案立案时就提交到法院，这个委托书就托时间在录音之后 委托时还开且交费

上诉人还未书面授权xxx，xxx不能代表上诉人，内容属于无权代理，对于谈话内容上诉人马xx属于无权代理。（注：另案诉讼的与公司有关纠纷“代理民事行政诉讼授权委托书”时间11日；股权纠纷的立案发票时间是2014年4月28日，发票是2014年4月28日）。而录音3月19日，录音时还未授权，属于无权代理。法院认为上诉人提交的委托时间证据有瑕疵，认定有错误。至少上诉人在本案立案时提交委托书就能充分证明委托时间在谈话之后，不应该否认。

录音证据属于传来证据，非对上诉人马xx本案证据效力上极其弱，且内容矛盾，是经过加工不具有证据效力，一审认定为定案证据显然错误。律师如果要取得录音证据，应当从马xx处，x不是当事人，对借款是否真实并不知情，是被上诉人非法取得传来证据，无证明力。法院认为“通过观（xxx）其后参与相关诉讼解除相关事实，作为判决认定的理由。

的认定是片面的，李x诉本案借款之前，日xxx才得到授权，只代理上诉人马xx起诉（）有限公司返还投资款一案已经另案诉讼于案之后，对于本案及相关诉讼才比较了解，19日谈话当时确实未经授权对案情不了解，，一审法院以此作为推论，显然不符合逻辑。被上诉人庭审中出示的所有证据无法证明，更为重要的是无法证明其借款来源。其证不能形成证据链。

一、一审中主张的主要证据《借款须知》和伪造上诉人马xx签字的复印件；录音证据是完整，录音对话内容不能确定有借款关系；被告供17万元款项来源；证人证言虚假且不在现有证据链的证据，无法证明产生借款关系。

除伪造借款复印件外，在庭审中一再认为始终未出示李x当时借款款项来源，及取

国人的习惯不用大量现金，而用卡或账户交易，被上诉人说当天借给马xx17万元，这显然与其生活习惯不相符。被上诉人声称借给马xx大额现金，但庭审中既拿不出借款收据原始凭证证明，也举证不出自己17万元的款项来源，这说明被上诉人借款事实是虚构的。而且根据被上诉人提供的证据显示，在同期被上诉人借给其他人款项累计将近40万元（包括借给马xx17万元），那么请问借款现金的来源在哪里？何处取款、证据何在？被上诉人无法回答，一审判决中也无此说明。一审判决中对被上诉人证据的虚假性及瑕疵未公平研判。

所以一审法院在被上诉人一审出示的主要借款证据系伪造且为复印件，其它证据自相矛盾且不能形成证据链情况下就判决上诉人还款承担利息，显然是错误的。

（三）、一审对证人、证言认定有错误。本家中证人表示未在借款现场，在庭审中回答提问自相矛盾，所以证人、证言具有虚假性不能证明借款关系的存在。庭审中上诉人的两个证人 1、证人不适格，其身份与被上诉人相当亲密，其证言多处自相充满矛盾，一个证人是与被上诉人在xx公司任职执行副总经理，与被上诉人有特殊的关系；另一个是被上诉人的司机，是被上诉人为其发放工资；同时其在本次出庭前，上班时间内导致车祸，被上诉人为其行为垫付被撞人医药费16000元，上述两证人均与被上诉人有亲密、利益关系。2、其证言多出呈现自相矛盾，且其2人也未亲眼见过有借款行为发生，只是道听途说，属于传来证据，不应作为定案依据。

## 二、本案的被上诉人诉讼明显超过诉讼时效

依照被上诉人提交的伪造诉讼借款须知内容，证据日期是2008年12月15日，依照伪造诉讼借款须知上说“每年还1/3，分

有追缴情形。退一步讲，即使法院错误认定有借款，也应当考虑本案依照虚假的诉讼借据上的日期，应当依法驳回。

## 三、本案对于本金及利息的判决不公，对虚假借款须知上法律问题未完全处理

退一步讲，如果法院认定虚假的借款成立，本家中依据被上诉人提供的虚假的诉讼证据《借款须知》中的描述，用分红还借款，那么被上诉人现在将全部公司财产搬走，（包括机器、设备、仪器、原材料等，在2014年4月23日凌晨1点左右开始装6辆17.5米拖车发往深圳市xx实业有限公司，有110报警记录可证实），李x搬走公司财产，拿走分红拿走，不进行清算，对于借贷分红到底冲抵多少借款本金及利息，一审并未清算、一审法院应当对分红抵偿所谓借款额及应当确认和处理后再计算利息，而一审法院却将此割裂开，错误认为借款存在而对分红抵偿借款不做任何处理，显然是不符合公平合理原则的，至少未按照虚假的借款须知完整的表述来公正判决本案，严重损害了马xx的合法权益。

## 四、如果法院认定借款成立，那么本案应当将xx工业追加为第三人或被告

依据虚假的《借款须知》，即使依照一审错误认定借款关系成立的话，该款项也直接进入到了李x设立并控制的外商独资公司xx公司，本案应当追加xx公司并判决该公司承担返还李x借款的义务，本案应当将xx工业公司追加为被告或第三人承担责任。

## 五、一审判决使用法律不当、判决明显不公

一审判决利用被告虚假的证据复印件及不真实的证人证言，利用非法的且不存在、不客观的录音复制品，错误认定事实本存

被上诉人向法院上对借款事实存在有效证据。其一、借据是虚假的复印件；无法举证借款来源；其三、传来证据不件，自相矛盾，不能作为定案依据。

## 六、被上诉人利用美籍华人的身份欺骗中国员工

被上诉人利用自身强势地位和员工违法制作《高管持股章程》让员工签字，的借款须知和借据，并利用虚假的证人证明借款关系的录音来证明借款关系存在的。

被上诉人利用公司章程以配股为诱饵日让马xx加班加点，而且不给予任何加班费且伪造借据17万元，企图抵消上诉人已投资款。投资一直未在工商局变更登记，能成为公司股东，还要承担亏损，向上诉至今不兑现，而且将公司所有资产转移，被过关联公司转移公司利润，将公司有意做他人利用伪造的借据复印件及伪造的借款上诉人主张17万元借款及利息，上诉人无法收回，还要被上诉人扼走17万元，女是，上诉人家中的年迈父母及不到十岁的工作的妻子就无生活。

上诉人利用其美籍华人地位，在国外投资公司，轮换、搁置转账使用，转移据，批诈中国员工事实，上诉法院应当驳回成立，也要考虑本案诉讼时效已经过期，追加xx公司作为第三人或被被告承担责任，红冲减本金也需要一并处理。

希望法庭考虑到本案现实情况，能判决支持上诉人的上诉请求，维护司法公正的合法权益，请求依法改判或发回重审。

此致

# 门好好谈谈“互联网金融”的 刑事法律风险及防控

■ 孙广智 / 文

连接你我，不断改变着我们的生活和我们生活的这个世界。金融活动是当今人类社会重要的资源配置手段之一，它驱使金钱不限度的提高资金的使用效率，从而创造更至精神财富，推动社会的发展，改善我们前所未有的速度和规模在传递和分享信息对金融资源的配置也离不开对相关信息的那种背景下，互联网与金融宿命般的交融互联网金融。

年来，社会各界对互联网金融的业务模式红线等重要议题津津乐道，但却一直苦范指引可供参考，而对于“互联网金融”问题也似乎总是围绕着“四条红线”、“非法集资”等个别问题兜来转去。

8月18日，中国人民银行、工业和信息化部、国家工商总局、国务院法制办、中国证监会、中国证券监督管理委员会、中国保监会、国家互联网信息办公室联合印发了《互联网金融健康发展的指导意见》（银发〔

融是传统金融机构与互联网  
互联网技术和信息通信技术  
融通、支付、投资和信息中  
新型金融业务模式。

2015〕221号，以下简称《指导意见》）。可以说，《指导意见》的出台，为我们对“互联网金融”及其刑事法律风险的认识和理解提供了迄今为止最为全面、权威的参考。

借此机会，笔者希望通过对《指导意见》的梳理和解读，结合自己的法律服务经验，就“互联网金融”刑事法律风险的理解和防控，提供一个全新的读本。

## 一、关于互联网金融

在谈“互联网金融”的刑事法律风险之前，我们首先来了解一下互联网金融。在这里，笔者将结合《指导意见》，对与互联网金融相关的主要内容做简单的梳理和介绍。具体包括以下几个方面：

### 1、什么是互联网金融

互联网金融是传统金融机构与互联网企业（以下统称从业机构）利用互联网技术和信息通信技术实现资金融通、支付、投资和信息服务的新型金融业务模式。互联网与金融的融合，促进了金融创新，提高了金融配置效率，但也存在一些问题 and 风险隐患。

### 2、互联网金融的主体及业务类型

## 孙广智律师



京都律师事务所合伙人

孙广智律师的工作方向主要为针对经济犯罪案件、有组织犯罪及商业贿赂犯罪案件的刑事法律服务。在针对经济犯罪案件所提供的刑事法律服务中，孙广智律师在涉及及侵害企业财产权、妨害金融管理秩序、金融诈骗及涉及企业高管人员渎职案件方面积累了丰富的刑事法律服务工作经验。

分是银行、证券、保险等传统金融机构，另一部分则是新兴的互联网企业。就业务类型而言，前者主要依托互联网技术，实现对传统金融业务与服务转型升级，通过建设创新型互联网平台开展网络银行、网络证券、网络保险等业务；而后者则是通过依法合规设立互联网支付机构、网络借贷平台、股权众筹融资平台等方式来实现对互联网金融业务的创新。与此同时，国家也鼓励金融机构与互联网企业之间相互合作，实现优势互补。

### 3、互联网金融的基本业务规则及监管职责划分

该《指导意见》对“互联网支付”、“网络借贷”、“股权众筹融资”等互联网

分作出了相应的规定。就业务规则而言，方面内容：

一、“互联网支付”、“网络借贷融资”等互联网金融业务是为了更好的满足个人的投融资需求，进一步拓展普惠金融二、相关业务的开展应遵守现行法律法规解释和监管规定。

三、相关中介机构平台（如股权众筹网络借贷平台）应当坚持平台功能，明确质，切实履行相关信息披露义务、风险控制互联网金额的合格投资者制度，提升投资非法集资。

四、建立有效的风险隔离机制和制，采取有效的风险防范措施，妥善保护信息。

五、应当采取有效措施识别客户身份报告可疑交易，妥善保护客户资料和交易机关和司法机关依法、及时查询、冻结安机关和司法机关做好取证和执行工作。

在监管职责划分上，“互联网支付”行负责监管；“网络借贷业务”和“互联网消费金融业务”由银保监会负责监管；“互联网消费金融业务”由银保监会负责监管；“互联网保险业务”由银保监会负责监管；“互联网基金销售业务”由

## 二、“互联网金融”的刑

这里的刑事法律风险主要是指，可活动及相关金融管理秩序、从业机构和引发刑事犯罪，特别是可能会导致从业人员被追究刑事责任的相关事件（“风险事件”）。主要包括：

### 1、信息网络安全事件

自互联网诞生以来，信息网络安全关注的重要问题。不法主体对计算机信息及对系统数据的非法获取及使用，严重打

坏计算机系统，非法获取计算机信息为涉嫌触犯“非法侵入计算机系统获取计算机信息数据、非法控制计算机”“破坏计算机信息系统罪”等罪名。

此外，很多情况下，上述犯罪行为的实施并“终点”，而是为了实施其他犯罪的“手段”。根据刑法第287条之规定，利用计算机盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或依照本法相关规定定罪处罚。

金融发生深度融合后，上述因信息网络领域的刑事法律风险也势必会蔓延至金融领域，发生不仅严重破坏金融管理秩序，而且也侵害客户的财产权利、个人隐私、商业秘密和破坏。

据报道，早在2007年，浙江省丽水市人Q币大盗分别判处有期徒刑13年和15年，该报道显示，嫌疑人通过侵入原单位计算方式，非法获取系统内的Q币，并将窃取获利。

从中，我们可以看到，犯罪分子通过非法系统的方式，窃取了具有财产属性的虚拟货币。互联网金融活动中，客户个人信息及财产的资金及管理信息、商业秘密等一系列金融机构网络系统中的一组组数据。因此，当金融机构的信息系统，并大肆获取其中的数据机构及其客户将极有可能遭受不可估量的

### 风险事件

“流动性风险”？根据银监会2014年1月17日《中国流动性风险管理办法（试行）》（中国银监会令2014年第2号，以下简称《管理风险》规定，“本办法所称流动性风险，是指合理成本及时获得充足资金，用于偿付到其他支付义务和满足正常业务开展的其他资

实践中，引发资金链断裂的原因很多，但并非都会引向刑事犯罪，从刑事法律风险的防范角度出发，应重点关注以下情形：

（1）从业机构及/或其从人员利用职务之便，挪用、侵占机构资金。这里的资金既包括从业机构的自由资金，也包括存放在从业机构或其控制、管理账户中的客户资金。试想，如果从业机构的相关人员，擅自将具备特定用途的资金予以侵占或挪作他用，从而导致相关资金流失或难以及时“回笼”，则极有可能引发从业机构出现“资金链断裂”的流动性风险。与此同时，相关从业机构及/或其从业人员的该等行为也涉嫌构成我国刑法所规定的职务侵占罪、挪用资金罪、贪污罪、挪用公款罪、背信运用受托财产罪等犯罪。

（2）非法的“期限错配”。部分中介机构（如“P2P网络借贷平台”、“股权众筹融资平台”）未能恪守自身信息中介的地位，未能坚持自身平台功能，假借平台的名义搞“资金池”，然后对资金池中的资金进行“期限错配”，将相应的资金或拆分、或组合后，再进行对外借贷或投资活动。在此过程中，往往会出现由于“期限错配”不当或借款对象违约、所投资项目亏损等原因所导致的“资金链断裂”的后果。

在这种非法的“期限错配”活动中，相关从业机构背离了作为信息中介平台的基本立场，其行为属于“不当而为为之”，在这种情况下，相关主体往往因涉嫌非法集资类犯罪、金融诈骗类犯罪而被追究刑事责任，而在这些从业机构进行投资、放贷的客户们也往往因此面临本本无归的苦果。

（3）“庞氏骗局”的出现。所谓的“庞氏骗局”实际就是“拆东墙、补西墙”，也就是我们经常提到的“借新还旧”。行为入往往以“高额回报”为诱饵引诱他人投资，并将后加入者的投资中的相当

前加入的投资者，如此循环下去，营造一种投资获利的“假象”，直至资金链断裂。

“庞氏骗局”因查尔斯·庞兹而得名，此人是一名意大利投机商，在20世纪初移民美国后，采取上述手段诱骗人们不断向一家子虚乌有的企业投资，最终导致资金链断裂。现今，“庞氏骗局”往往出现在非法集资犯罪及传销犯罪之中。

互联网金融虽然为机构及个人的投融资创造了极大的便利，但也不可避免的会为部分不法分子所利用，通过让人眼花缭乱的业务“业务创新”以及高额回报对“庞氏骗局”进行包装、美化，并引诱部分缺乏投资经验及风险意识的投资者上当受骗。

### 3、非法集资事件

在我国，“P2P网络借贷平台”和“股权众筹融资平台”（以下简称“两个平台”）从出现开始就伴随着是否涉及“非法集资”的争议。实践中，平台倒闭、跑路事件也屡见不鲜，有的平台已因涉嫌非法集资犯罪活动被依法追究刑事责任。甚至有人认为，这两个平台的业务实际就是“非法集资”，只不过在国家鼓励金融创新的大背景下，监管部门对此“睁一只眼，闭一只眼”而已。

在笔者看来，对于上述两个平台的合法性论证，还是应当结合“非法集资犯罪”的本质特征来进行探讨。事实上，我国刑法并没有“非法集资罪”这样的罪名，根据《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2010〕18号），“非法集资犯罪活动”主要是指刑法第176条规定的“非法吸收公众存款罪”和刑法第192条规定的“集资诈骗罪”。而常使两个平台陷入合法性争议的，往往就是“非法吸收公众存款罪”。

笔者认为，片面的强调资金的“吸收”、“汇集”往往会使我们忽略“非法集资”

象的资金所具有的“存款”特征。

根据《商业银行法》第三条之规定“存款”、“发放短期、中期和长期贷款”等业务和主要业务，该等业务的经营需能实施。而商业银行的这种“吸收放贷”也是银行信用的体现。

由此，如果其他主体（单位或个体）批准，擅自进行“吸存放贷”，则无谓冒充银行的信用，在不具备相应的防御能力的情况下，贸然经营银行业务。仅严重妨害了银行业监督管理机构的管理市场秩序，也给社会公众的存款金融风险。笔者认为，这才是认定非法吸收公众存款社会危害性并构成犯罪的关键所在。

结合以上分析，我们再看一看上，无论是早期银监会为P2P网贷平台线，还是《指导意见》对两个平台规则，都提出了明确平台的信息中介功能，不得提供增信服务等要求。这些要求是互联网金融中，两个平台并不是提供信用是传递信息的平台，这样的平台仅仅为提供信息交互、撮合、资信评估等中介公众存款，因而也就不涉及刑事犯罪。

综上，在笔者看来，两个平台本身违法性，其所实施的业务也并非当然的“活动”。只有当平台不再坚持平台功能中介，而是信用提供者时，不再是投资方或融资方的一方主体时，才有可能涉及“非法集资犯罪活动”法律所不能容忍的犯罪行为。因此，在融活动中，相关平台应当避免“非法现。

### 4、欺诈投资者事件

社会发展至今，欺诈行为仍然是金融的顽疾，在金融领域中，欺诈投资者不鲜，说句玩笑话，“如果上帝也投资无疑是人神共愤的事情了。”

日前，我国理法已经针对欺诈投资者

## 互联网金融鼓励创新，而创新在拓宽金融服务业务范围、提高服务水平，带来新的利润增长点之外，也在一定程度上隐含着逾越监管的法律风险。

第161条规定的“违规披露、不披露重要信息”、第181条规定的“编造并传播证券、期货虚假信息”、“诱骗投资者买卖证券、期货合约”、《指导意见》在涉及“股权众筹融资基金销售”、“互联网保险业务”的规定诸如“不得误导或欺诈投资者”、“不得以利益方式吸引客户”、“切实履行风险披露义务”等，都是从业机构在具体业务开展过程中，应当严格遵守的法律风险事件。

“欺诈投资者事件”既是主管部门明令禁止的，也是从业机构在具体业务开展过程中，应当严格遵守的法律风险事件。

顾名思义，就是将“赃款”洗白，给其披上合法外衣。根据我国刑法第191条关于“洗钱罪”的规定，洗钱罪的主要行为手段几乎均和金融活动密切相关。《刑法》第191条规定：“明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益，通过各种转账或者其他结算方式协助资金转移，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”

《刑法》第191条还规定：“明知是前款规定的犯罪所得及其产生的收益，帮助转账或者汇往境外的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”

互联网金融从业机构不仅要严格杜绝参与洗钱活动，更要避免被不法分子利用，成为洗钱的“通道”。同时，也要积极建立反洗钱的内控机制，防范洗钱风险。

法做好取证和执行工作，从而防范、杜绝因洗钱事件所引发的刑事法律风险。

受制于文章篇幅，笔者仅向大家简单介绍以上风险事件，我们可以看到，这些事件既相互独立，也存在交叉，他们虽然不能涵盖涉及互联网金融刑事法律风险的所有风险点，但均具有一定的典型性，值得我们大家关注和思考。接下来，笔者将结合互联网金融刑事法律风险的成因，就相关刑事法律风险防控措施向大家做简要的介绍。

## 三、“互联网金融”的刑事法律风险控制

### 1、相关风险成因

针对上述风险事件，笔者认为，相关风险成因主要包括以下三个方面：

第一，从业机构人员的原因。在包括互联网金融在内的一切社会生产经营活动中，人员始终是最活跃的因素。但正所谓“成也萧何，败也萧何”，当从业人员出现问题的时候，往往也是从业机构陷入法律风险漩涡的时候。例如，从业人员利用职务之便，非法获取、买卖客户信息，侵占单位资产，挪用客户资金等，均可能引发前文列举的法律风险事件。

第二，从业机构自身的原因。从业机构是互联网金融活动的主体，如果从业机构存在违法、违规经营，或者未能及时识别

现时未能采取合理的应对措施，则无疑会对从业机构的业务活动造成严重不良影响，更有甚者，会给从业机构造成毁灭性的打击。

第三，第三方的原因。作为外因，第三方的原因往往会与内因（即来自从业机构及其从业机构的原因）相结合，共同导致刑事法律风险事件的发生。以P2P网络借贷平台为例，当平台上的融资方利用平台进行非法集资，而平台未能及时识别，或者有意配合，或者未能向投资人进行合理的信息披露及风险提示的话，则对平台而言，轻则承担损害赔偿责任，重则承担刑事责任。

### 2、相关风险控制措施的建议

针对前述互联网金融的刑事法律风险事件及其成因，结合自己的法律服务经验，笔者认为，我们可以通过（包括但不限于）以下措施，协助从业机构进行刑事风险防范。

第一，加强对从业人员的法律培训及警示教育。人们常讲“无知者无畏”，而法制观念的淡薄和侥幸心理的存在也往往是诱发某些从业机构触犯监管红线，引发风险事件的主因。因此，有针对性的对相关从业人员开展法律培训、进行警示教育，对于提高守法意识、引导依法从业，以及防范、杜绝违法行为的发生均具有十分重要的意义。

第二，协助从业机构建立、完善相关风控制度。

根据《指导意见》，开展互联网金融活动应当建立健全各项制度，包括“客户资金第三方存管制度”、“信息披露、风险提示和合格投资者制度”、“消费者权益保护制度”、“网络与信息安全制度”、“反洗钱和防范金融犯罪制度”等各项制度。

上述各项制度既是监管部门对从业机构的基本要求，也是提高从业机构抵御、防范风险能力的重要风控制度。因此，于情于理、于公于私，从业机构都应当积极建立、完善上述制度。在此过程中，律师可以为从业机构提供法律风险防范方面的专业支持，帮助从业机构建立健全各项风控制度，提高从业机构的法律风险防范能力。

第三，起草、审核相关协议、文件。在具体的业务开展过程中，往往涉及签署及文件发布活动。这些协议、文件单位意志，也会对从业机构产生相应的法律后果。协议中存在逾越或疑似逾越则势必会置从业机构于危险境地，甚至可能使其从业机构追究刑事责任的理由和依据。

因此，从业机构有必要慎重对待其发布的文件，必要时应当安排专业法律人士起草、审核工作，努力确保从业机构的合规，严格控制法律风险。

第四，针对具体业务事宜开展专项互联网金融鼓励创新，而创新在拓宽业务范围、提高服务水平，带来新的利润增长点”本身就意味着冒险。蜘蛛和螃蟹都保证自己永远是第一个吃螃蟹的人，而人呢？因此，针对具体业务事宜开展的论证，不但有助于防范法律风险；更有助于业务创新。

第五，对特定风险事件及时开展应急预案。我们不能完全排除特定风险事件的发生。从业机构应当及时组建应对工作。包括但不限于：（1）协助事件的相关事实，明确事件成因及责任归属；（2）协助从业机构积极调查工作；（3）作为从业机构的代理人，与因风险事件引发的诉讼案件，依法维护从业机构的合法权益，维护从业机构的法律尊严；（4）协助从业机构积极调查工作；（5）协助从业机构积极调查工作；（6）协助从业机构积极调查工作；（7）协助从业机构积极调查工作；（8）协助从业机构积极调查工作；（9）协助从业机构积极调查工作；（10）协助从业机构积极调查工作。

以上就是笔者对于互联网金融的一些理解和思考，希望可以为大家提供一些有益的参考，也希望从业机构和从业机构提供有益的参考，希望大家信任和沟通的桥梁。

笔者相信，互联网金融的未来一定是美好的，但在繁花似锦的美景之下，也不免有荆棘。请记得我们与您相处的点点滴滴，请记得我们与您相处的点点滴滴，请记得我们与您相处的点点滴滴。

# 双诉记

——布局维权，以诉备诉

## 交易之初

从事物流仓储服务的美联公司（化名）的扩大，开始寻找适合提供仓储服务的仓

承人，在物度的邦德公司要将该仓库转合，随即开始邦德公司承诺租赁期限内，给美联公司。

同时，双方协约的方式订立《》，即在租赁“仓库租赁公司如要求续行期限届满前公司，在美联租金及相关费方以原《仓库条件续签租赁

效后，美联公司对仓库进行修极与国内知名光公司接洽，服务协议》，星光公司提供拓展的如此顺摩拳擦掌，欲

度。

然而，谁都没有料到，幸福来得太突然，危机却也悄悄的伴随而来，与星光公司订立《仓储服务协议》不久，美联公司欲将公司的注册地址变更小庄仓库，在前往工商行政管理局时得知，小庄仓库所在区域因被列入征收拆迁范围，以该区域内的不动产为登记地址的工商变更手续均已暂停办理。美联公司开始意识到事态不妙，其在合同订立之初并不知道小庄村即将拆迁的情况，一旦正式拆迁，其与邦德公司订立的《仓储租赁合同》就无法继续履行，几个月的业务拓展和资金投入都将付诸东流。

被突如其来坏消息打乱了发展节奏的美联公司随即与我们取得联系，希望获得补救的机会。

## 维权之殇

根据我国相关法律法规的规定，因拆迁致使美联公司遭受停产停业等经营损失，在拆迁所涉及的众多补偿项目中，美联公司本可依据其实际使用人的地位，通过与拆迁部门订立拆迁补偿协议的方式直接获得补偿。同时，美联公司还可以依据其与邦德公司存在租赁关系的事实，通过与邦德公司分

### 律师团队成员：

殷俊茹，毕业于清华大学，经济管理学院  
李彬，毕业于中国政法大学，法学院  
周海琼，毕业于北京师范大学，心理学院



殷俊茹



李彬



周海琼



割拆迁补偿的方式，或者依据其与邦德公司订立的转租协议，以向邦德公司追索损失赔偿的方式间接获得补偿、赔偿。但经过我们对美联公司整个交易过程及《仓库转租协议》内容的梳理，我们发现美联公司的维权之路障碍重重。

## ——拆迁补偿对象认定的法律规制

首先，虽然美联公司实际使用小庄仓库进行经营活动，但在我国司法实践中，对于拆迁时不动产使用人的认定主要依据的是以该不动产为注册地址的工商登记主体。在双方交易之初，美联公司并未及时办理公司注册地的工商变更，而小庄仓库上注册登记的公司仍为邦德公司。且在邦德公司将仓库转租给美联公司时，小庄仓库已经列入拆迁范围，工商行政管理局停止办理营业执照及工商变更登记。这使得美联公司根本无法成为拆迁补偿对象，直接获得拆迁补偿。

其次，根据美联公司事后的调查，在邦德公司与其订立《仓库转租协议》前，拆迁部门即已经对小庄仓库进行了测绘评估，相关拆迁补偿均已确定，美联公司此后取得小庄仓库使用权的事实根本无法得到拆迁部门的认可，其自然无法自拆迁部门得到任何的拆迁补偿款。

## ——拆迁补偿分割的合同限制

1. 邦德公司在与美联公司磋商转租事宜之前就已经知道小庄仓库被列入拆迁范围的事实，其与美联公司订立《仓库转租协议》的目的是为了在得到拆迁营业损失补偿的同时，通过转租收取租金将正式拆迁前的营业损失转嫁给美联公司。故此，其所拟定的《仓库转租协议》自然是字斟句酌，极尽可能的排除美联公司分割拆迁补偿的权利。为此，邦德公司在《仓库转租协议》中明确约定“如遇政府征收拆迁等不可抗力，导致本合同无法继续履行时，本合同自行终止

所有拆迁补偿归邦德公司所有。”。如根本无法作为小庄仓库的实际使用人，《协议》向邦德公司主张分割拆迁补偿。

雪上加霜的是，上述条款中“本合同双方互不负违约责任”的约定使得邦德公司时，完全免除了违约责任。美联公司同的约定，以邦德公司为被告提起租赁其主张违约责任。

不可抗力的一方因此免除赔偿责任。

2. 如遇政府征收拆迁等不可抗力，导致本合同无法继续履行时，双方互不负违约责任，因政府拆迁所获得的所有

面临凡此种种障碍，美联公司自打开局，而其中的始作俑者邦德公司却通过计得以置身事外。如何维护美联公司的度的弥补其遭受的损失？

## 布局

经过对美联公司与邦德公司所订立的《协议》内容的反复研究，我们发现，虽然的内容对美联公司极度不利，但因为双方续租的方式订立书面转租合同，而合同新订立《仓库转租协议》时只要能够对改，美联公司在这场本无力抗争的博弈机会。而修改的难点在于邦德公司的同定要看似无关痛痒，不触动邦德公司的要颠覆合同约定的内容，给美联公司的此，我们反复推敲，最终选定了整个租赁期限。

在我们的安排下，美联公司在续签邦德公司发送磋商函，要求续订《仓库时，以希望得到邦德公司在其剩余的租

第三条 租赁期限  
房屋租赁期间1年，乙方如要求续租，应在合同履约

甲方，在乙方不存在欠费情况及相关费用结清的情况下，甲

原房屋所有权利人同意转租的声明》(合同附件二)。

公司的书面承诺原合同中“仓库租赁合同如美联公司如合同履行期限届满，由邦德公司，在欠缴租金及在以下，双方以原《约定条件续租期限条款租赁期间1年，赁期间1年，赁，应在合同前3个月通知美联公司不存在费用的情况下，剩余租赁期限

。小的改动，小限由原来的1公司的剩余租赁无甚痛痒，但明了美联公司租协议》时，车即将拆迁的订立长达5年一方面，在能公司明知小庄的前提下，该

邦德公司明知无法转租5年，却仍然与美5年的转租合同，其在订立《仓库转租协议》时，构成同隐瞒了小庄仓库即将拆迁的事实，构成美公司承担违约责任，赔偿美联公司因拆小庄仓库而遭受的损失。

避开了邦德公司在原《仓库转租协议》尝及合同终止等核心条款。不明就里的邦其中的奥妙所在，故此欣然的接受了美联所签订了《仓库转租协议》。

库转租协议》这个最棘手的维权障碍转有利的维权武器，美联公司开始稳住阵逐步展开。



曾静音



任视宇



高琨



陈宇

## 律师团队成员：

曾静音，毕业于中国人民大学，法学院任视宇，毕业于吉林大学，法学院高琨，毕业于吉林大学，法学院陈宇，毕业于中国政法大学，法学院

## 对 弈

2012年12月3日，小庄仓库实际拆迁在实际，邦德公司索性撕下了“友好合作伙伴”的面纱，发来一纸通知函，声称仓库面临征收搬迁，双方之间的合同应依据《仓库转租协议》的约定自行终止，请美联公司一个月内自行搬离。美联公司随即向邦德公司回函称，因邦德公司刻意隐瞒小庄仓库即将被拆迁的事实，致使《仓库转租协议》无法继续履行，应赔偿美联公司由此遭受的损失。自此，美联公司的维权之争拉开序幕。

### ——前提未现、损失未明

虽然我们已通过合理的布局使得美联公司具备了向美联公司追索损失的基础，但在美联公司的维权之路上，还存在两个障碍。

其一、正如前文提到的，利用重新订立的《仓库转租协议》来证明邦德公司故意向美联公司隐瞒征收拆迁事实，欺诈美联公司的成立取决于一个前提条件，即证明邦德公司在订立《仓储转租协议》时明知小庄仓库即将拆迁的事实。如果无法证明上述事实，只要邦德公司主张自己也不知道征收拆迁，其就可以从欺诈的始作俑者摇身一变成拆迁征收受害者，而5年的租赁期限因缺少邦德公司明知征收拆迁的环节，而失去证明德邦公司隐瞒拆迁事实的效力。然而，美联公司虽然心中明知在双方订立《仓库转租协议》时，邦德公司不但已知晓小庄仓库即将拆迁的信息，但其并没有扎实的证据证明

其二、根据我国合同法的相关规定，当事人一方违约给对方造成损失的，损失赔偿范围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，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到的或者应该预见到的因违反合同可能造成的损失。基于该规定，邦德公司的赔偿金额将限于美联公司所能证明的损失数额。因修缮改建、提前搬迁所遭受的损失自不用说，而双方争议的的关键在于“合同履行后可以获得的利益”。对于美联公司来说，如果《仓库转租协议》继续履行，其每月均可依据与星光公司订立的《仓储服务协议》赚取高额服务费，而其每月的服务费与支付的租金差额即为《仓库转租协议》履行后可以获得的利益。经计算，在剩余租赁期限内，仅此一项就高达400余万元。然而，同样基于上述法律的规定，该损失的赔偿需以邦德公司在订立合同时预见或者应该预见为限。一旦双方发生纠纷，邦德公司必然主张其无法预见合同履行后美联公司可以获得利益，并援引上述法律规定提出抗辩。

因为预先规划、整体布局，我们早已预料到美联公司与德邦公司发生纠纷时案件进展的每一步的关节点，并早早作出安排及应对方案。

### ——另起一案，以诉取证

关于证明邦德公司在订立《仓库转租协议》时即已明知小庄仓库即将拆迁的证据收集。根据美联公司的调查，邦德公司在订立《仓库转租协议》前即已经参与了拆迁评估测绘，那么相关测绘评估资料中必然存在邦德公司参与拆迁评估测绘的证据。

为取得上述证据材料，在美联公司与德邦公司公开对立后，我们并没有急于提起租赁合同纠纷之诉，而是另起一案，以小庄仓库的所有权人为被告向法院提起诉讼

庄仓库的事实，要求小庄仓库的所有权人赔偿。当然，正如上文所述，因为法律的限制，美联公司并无法追索拆迁补偿的目的是为了在诉讼中得到拆迁补偿测绘材料。此次维权最为关键的一战就此展开针对美联公司的诉求，为查明事实，从拆迁补偿的估价结果通知单、搬迁测绘图等证据材料，而拆迁文件中所有对涉诉事项显示，邦德公司参与了整个征收拆迁补偿公司早在与美联公司签订租赁协议的事就心知肚明！

### ——步步为营，埋设伏笔

关于证明邦德公司在订立《仓库转租协议》履行《仓库转租协议》可前文所述，在重新订立《仓储保管协议》通过函件的方式与邦德公司反复磋商排，美联公司在往来函件中一再的强调立《仓储保管协议》的事实，并以此为其承诺的租赁期限落实在新订立的《仓储保管协议》中，在美联公司向邦德公司磋商函中，我们将《仓储保管协议》发送给邦德公司。邦德公司早在重新订协议》前即已明知并可以预见合同履行后的证据就此固定下来。

## 结 局

2013年4月，美联公司正式向北京交起诉状，状告邦德公司违反《仓库转租协议》向其赔偿损失。

经过早期的布局铺垫，以及正确而邦德公司违约的证据链条已经牢不可破定，“2012年《仓库转租合同》签订日行拆迁测绘，邦德公司对于诉争房产将被知情，而在邦德公司明知诉争房产将被与美联公司订立为期5年的2013年《仓此可知，邦德公司存在欺诈的故意”。

# 家族信托对接上市公司股票增持方案的相关法律问题分析

■ 余慧华 滕杰 / 文

2015年7月8日，证监会发布《关于上市公司大股东及董事、监事、高级管理人员增持公司股票有关事项的通知》（以下简称“增持规定”），上市公司的大股东或董监高人员加入或计划股票增持。实际上，对于正在增持的上市公司大股东或董监高人员来说，以股票增持方案，在能够提振投资者信心、稳定股价的同时，还可以达到财富传承及股权间接转移的目的。

## 一、信托对接上市公司股票增持方案简介

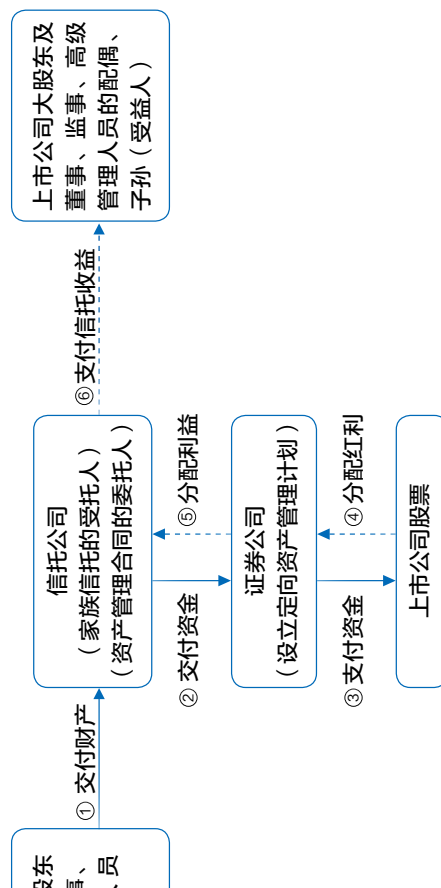
接上市公司股票增持方案，是由上市公司大股东、监事、高级管理人员作为委托人，将其持有的上市公司股票（即信托财产）设立家族信托，再由信托公司签订定向资产管理计划，将信托财产注入资产管理计划购买该上市公司股票，

以达到增持上市公司股票的目的。该方案的基本结构如下图所示：

## 二、该方案的优点

### （一）资产隔离

该方案中，作为委托人的上市公司大股东或董监高人员，将其个人财产交付给信托公司设立信托，即实现了财产所有权的转移。根据我国《信托法》的规定，信托财产既不得被当作委托人的个人财产而被执行，也不得作为受托人的固有财产而受到影响。因此，委托人用以设立家族信托的资产即实现了资产隔离的目的。需要说明的是，尽管名义上是由信托计划持有上市公司股票，实际上持有上市公司股票的仍为上市公司大股东及董事、监事、高级管理人员，因此，仍适用《关于上市



公司大股东或董监高人员增持本公司股票相关事项的通知》的规定。

## （二）财富传承

家族信托设立的根本目的，是使子孙后代享有信托利益，实现自身财富的传承。而以信托计划持有上市公司股票，可以将上市公司股权直接纳入传承的财富之中，从而更好的实现财富传承的目的。

我国信托公司发行的绝大部分信托计划均为自益信托，即信托的受益人与委托人同一人，并无财富传承的相关功能。但在本方案中，通过对家族信托受益权分配需要进行合理、巧妙的设计，可在实现家族财富保全的同时，传承至家族后代。

## （三）股权间接转移

通过该方案，委托人以其个人财产设立家族信托后，再通过定向资产管理计划购买上市公司的股票，即将该部分财产转变为上市公司股票。未来一旦需要减持，可仅出让其个人名下的股权，实现了个人名下股权向家族信托的股权间接转移。

## 三、相关法律问题分析

### （一）关于信息披露问题

在该方案中，需要注意的是，根据《通知》，上市公司大股东或董监高人员增持上市公司股票应按照《证券法》、《上市公司收购管理办法》、《上市公司信息披露管理办法》等法律法规相关规定，及时履行报告和信息披露义务。具体来说，该方案涉及如下信息披露问题：

根据《公开发行证券的公司信息披露内容——权益变动报告书》(2014年修订)(“变动报告书”)第二十四条的规定，通过管理方式导致信息披露义务人在上市公司股份变动达到法定比例的双方当事人，应当就其资产管理安排的主要内容，包括信託的具体方式、信託管理权限(包括上列股份的行使等)、涉及的股份种类、数量及占股份的比例、信託或资产管理费用、合同终止的条件、信託资产处理安排、合同变更特别条款等。

其次，信息披露义务人是上述条款信託或其他资产管理方式导致信息披露义务人拥有权益的股份变动达到法定比例的情况下，关于“达到法定比例”，根据《上市公司法》，投资者及其一致行动人在上市公司到下列比例时，负有编制下列权益变动报告书；不是上市公司的第一大股东或者拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份的5%的，应当编制简式权益变动报告书；达到或者超过该公司已发行股份的5%，达到或者超过一个上市公司已发行股份30%的，应当编制详式权益变动报告书。上市公司中拥有的权益，包括登记在其名下但其名下但投资者可以实际支配的权益，其原来持有的上市公司股票和通过本公司股票应合并计算。如在一个上市公司你达到上述比例，则相关当事人需根据相关规定履行上述信息披露义务。

## （二）关于配资问题

在该方案中，证券公司可以提供转

# 如何审核海关稽核证明

■ 肖永成 / 文

我国信托公司发行的绝大部分信托计划均为自益信托，即信托的受益人与委托人同一人，并无财富传承的相关功能。

在办理走私普通货物、物品案件中，如何正确审核海关出具的《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》

在涉嫌的走私普通货物、物品犯罪案件中，我们无一例外都能看到海关关税计核部门出具的《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》(以下简称:核定证明书)。

《核定证明书》是海关计核人员根据国家及海关总署颁布的规定和规范，依海关缉私部门报送的基础材料，以走私行为案发时走私货物、物品应适用的税则、税率、汇率和审定的完税价格，计算走私行为偷逃应缴税款数额而最后出具的证明文件。

最高人民法院《关于审理走私刑事案件

件具体应用法律若干问题的解释》规定:走私偷逃的应缴税额,以海关出具的证明为准,海关出具的证明文件,及所反映的走私物品,是法院衡量被告人涉嫌走私普通货物、罪重与罪轻,及量刑的主要依据。

同样,海关出具的《核定证明书》为走私犯罪嫌疑人、被告人或其辩护人质证,未经查证属实,不能作为定罪证明文书》有异义的,可申请重新鉴定。

笔者所见的有关走私普通货物、物品案件中,部分案件的代理律师由于受国际没有完全理解《核定证明书》叙述的规定书》得出的鉴定结论没有依相关的规定书》进行必要的审核。当发现问题时,以致错过,也没有申请法院重新核定,以致错过。

## 肖永成律师



京都律师事务所律师。肖永成律师具有英语、法学教育背景,并有长达十年的国际贸易实务经验和十多年的律师执业经历。主要执业领域为国际贸易、公

偷逃税款送核表》。

《送核表》主要内容有:走私货物、物品已缴纳税款情况;涉嫌走私物品、牌号、规格、型号、原产地、数量及查获的时间、地点等。

其他收入等具体情况通过协议来合理安排受益权及信托利益分配制度,使家族财富得到较好地传承。

### (四) 关于股权间接转移问题

根据前文分析,本文所述方案的优点之一,是可实现个人名下股权向家族信托的股权间接转移。那么,在股票增持之后,什么情况下,持有人可以转让其名下的其他股票?

首先,《通知》第一条规定:“在6个月内减持过本公司股票的上市公司大股东及董事、监事、高级管理人员,通过证券公司、基金管理公司向资产管理等方式购买本公司股票的,不属于《证券法》第四十七条规定的禁止情形。通过上述方式购买的本公司股票6个月内不得减持。”根据该规定,在6个月内受限的仅为增持中通过规定所述方式购买的本公司股票,但持有人在增持前以其他方式持有的本公司股票可以转让。

其次,《通知》第二条规定:“上市公司股票价格连续10个交易日累计跌幅超过30%的,上市公司董事、监事、高级管理人员增持本公司股票且承诺未来6个月内不减持本公司股票的,不适用《上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份及其变动管理规则》(证监会公告〔2007〕56号)第十三条的规定。”从该条规定来看,并未强调禁止减持的对象为“通过上述方式购买的本公司股票”,由此来看,根据第二条规定增持股票后,持有人持有的所有本公司股票在6个月内不得减持。但是,根据该《上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份及其变动管理规则》第三条,上市公司董监高所持本公司股份,是指登记在其名下的所有本公司股份;当时证监会有关负责人还专门对此进一步做了解释说明,指出《规则》中的“持有”以是否登记在其名下为准,不包括间接持有或其间接控制方式。因此,持有人间接持有的本

意如下问题: 第一, 2015 证监会紧急发布《关于清理证券业务活动的意见》, 对于了清理, 严禁账户持有人及子账户、分账户、虚拟账户进行证券交易; 第二, 进行配户增持股票的实际持有人应股东或董监高人员。因《通上市公司大股东及董事、监事增持本公司股票的情况。股票的实际持有人并非上市公司董监高人员, 或不仅仅是上市公司董监高人员, 则不能适用该

### 家族信托受益权分配问题

, 之所以设立家族信托, 是为了在增持上市公司股票委托人的财富传承目的。因同时需要对家族信托受益合理、巧妙的设计。享有自由裁量权的信托中按照下列四种方式特别是一次性特别指示、持续性指示和结合指示。前两种委托入明确指示分配特定利益给受益人, 后两种分配人一定的自由裁量权, 可按照信托文件的约定来向受益。在实践中, 委托人应当

## 海关出具的证明文件，及所反映的偷逃应缴税额大小，是法院衡量被告人涉嫌走私普通货物、物品，罪与非罪、罪重与罪轻，及量刑的主要依据。

涉嫌走私的货物、物品的报关单、合同、(海运)单、保险单、国内增值税发票以及其涉嫌走私的货物、物品的价格、规格、市场材料；涉嫌走私的货物、物品的说明书及技有关计税所需的单证或者材料。同时，缉私配合计税核部门进行查验取样、提取资料、鉴定等工作。

门收取上述材料后，以走私行为案发时适用税率、税率、汇率，并根据海关货物、物品的完税价格，计算走私货物、物品计算应缴税额的方式主要为从价计税价格为标准征收关税，计算方法为：  
应缴进出口货物（或物品）数量×单位税率。  
法中，“单位完税价格”和“适用税率”尤为重要。

“”由国务院关税税则委员会确定，以《税率》的方式对外颁布。但国家经常调整海关总署通常以公告的方式发布调整过的出口税率，或暂定税率。

应根据走私行为发生时当年度《海关进出口货物税率或调整的税率进行确定。海关“价格”由海关计税部门进行审定。海关和人民共和海海关计税核走私的货物、行办法》规定了海关审核完税价格的方法办法，审定计税价格首先应以货物的实际在成交价无法确定的情况下，海关以下办法审定完税价格：（1）海关所掌

似进口货物在国际市场的正常成交价格、（4）国内有资质的价格鉴证机构评估的涉嫌走私货物的国内市场批发价格减去进口环节税及其占计税价格 20%的进口后的利润和费用后的价格、（5）涉嫌走私的货物或者相同、类似货物在国内依法拍卖的价格减去拍卖费用后的价格、（6）按其他合理方法确定的价格认定等。

海关计税核部门依据缉私侦查部门填报的《送核表》，及随附的有关单据或材料，并依照《海关进出口税则》所确定的走私商品的税率，审定后的完税价格，核算出走私货物或物品所偷逃的应纳税额，并最终形成《涉嫌走私货物、物品偷逃税款海关核定证明书》。海关的《核定证明书》叙述了案件名称、送核机关、送核时间、计税结论、计税依据和计税方法等，并随附计税资料清单。

上述海关计税部门鉴定和计算偷逃税款的过程和方法说明，《核定证明书》的计税基础来源于案件的证据，事实，依赖于送核单位所提供的证明材料。

但是海关计税部门和海关缉私侦查部门通常属于一个行政单位，因各种原因，海关计税部门在鉴定过程中并不能完全保持独立和中立，这势必影响核税证明的客观性和准确性。

最为重要的是，海关计税部门进行鉴定的基础材料，并不包括案件的其他证据材料。如被告人供述、证人证言及其他书

我们知道，被告人供述往往并不稳定。被告人对于走私货物的方式，货物的品名、规格、价格、数量、以及走私日期的供述与海关计税部门掌握的基础材料可能存在矛盾；被告人的供述与证人证言也可能存在冲突；案卷中的其他书证，如货物运输合同、付款凭证、检验证书、装船通知、及往来函电，也有可能与计税部门所拥有的基础资料存在不同。加之，国家随时调整进出口货物税率，汇率也不断进行变化。这就要求我们对于海关计税部门出具的《核定证明书》进行必要的核实。如果发现有问题，应及时提出异议，并提出重新进行鉴定的申请。

笔者认为，审核海关计税部门出具的《核定证明书》，应采取如下的方法和步骤：

### 1、审核《核定证明书》所适用的税率、汇率是否准确

海关《证明书》注明了涉嫌走私货物应适用税率的依据，如《海关进出口货物税则》、《关税实施方案的公告》，或海关当年公布的《关于对部分商品进出口暂定税率进行调整》的公告等等。

在进出口贸易过程中，关税税率通常分为：最惠国税率、协定税率、特惠税率、普通税率、暂定税率等。

海关计税核部门随附的《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款计税资料清单》列明了涉嫌走私的货物应适用的税率。对此，应审核计税资料清单所适用的税率、及税率的种类是否准确。

我国相关司法解释规定，“走私货物、物品所偷逃的应缴税额，应以走私行为案发时所适用的税则、税率、汇率和海关审定的完税价格计算”。此规定限定了所适用的税率应以案发时国家规定的税率为准。

我国经常对部分进出口商品税率进行调整，而每次调整也规定了适用期限。如对于暂定税率的调整，通常规定“本公告

行”。调整前后的税率可能存在的很大的不同。走私案件时，应首先审查案发的确切时家所规定的涉嫌走私货物应适用的税率，了调整，调整税率适用的起止时间等。笔走私案件案发的前几天，国家已调整了所海关证明书仍以调整前比较高的税率计算走私十几起，或几十起后才被海关缉私部门海关计税核部门通常将嫌疑者几年来，每起适用的税率分别列明在《计税资料清单》私时间跨度较大，国家可能在这期间已将进行了多次调整，所以在审核《计税资料注意所适用的税率是否和当时国家颁布导致。如果发现税率已进行了调整，而《适用过去的税率，对此就应该及时指出，鉴定。

走私案件的支付手段主要是外币等。但海关计税核部门要以人民币核算偷漏就要求将所涉及的外币换算为人民币。币率经常变化。应当核实海关所适用的汇率的汇率。如果发现与当天银行公布的外汇时提出异议。

税率和汇率的审核，主要依走私行布的税率和当时的银行汇率为准。但有《单》并没有注明走私行为的确切时间。卷的其他材料中仔细寻找并确定每笔走期，如合同、提单、装箱单、商业发票，函等。如果我们在相关的案卷材料里，证人证言中无法确定走私行为的确切时间海关计税核人员进行说明。

### 2、《核定证明书》审定的完税价格

海关计税核部门所适用的税率和汇率依据国家颁布或调整的税率，及人民银行认定走私数额大小的关键是走私货物的解释规定，走私货物的计税价格完全由海海关计税核人员根据所报送的基础材料确定走

对于完税价格，海关通常以走私货物来确定，即以买卖双方实际执行的价格来

伪装、藏匿等欺骗手段，瞒过海关的监管。如签订阴阳合同、提供虚假或不真实的报关单等。即以虚假的合同和进行申报，而以真实的合同再行结算。

人员自然不会对嫌疑者报关时留底的报关单等审定走私货物的实际价格。海关计核人查部门提供的其他案卷材料来确定走私货物。如果海关的《计核资料清单》上注明的介绍确定的完税价格，我们应该结合案卷计核的依据是否有相应的真实合同、发贸易单证材料，或款项的来往凭证、业务

的走私嫌疑者走私行为完成后，会将过费。海关所确定的“实际成交价”可能仅一个“口供”、一个“证人证言”，或单个“说明”。但“口供”和“证人证言”须经法庭审理查明后才能认定。海关以“证人证言”审定的完税价格是不准确的，应以“实际成交价”，而是以其他的价

格资料”、“国内拍卖价格”确定完税价格。该《计核资料清单》所确定的计核价格是确定次序。海关总署颁布的《涉嫌走私的税款暂行办法》对计核价格确定了7种先后顺序。如果海关的《计核资料清单》不

“价”审定计核价格，而是以7种方式之一说价格，我们就应当向海关计核部门对方式进行充分说明，并提供依据。

## 走私货物品名、规格、数量、原产地是

进出口税则》对进出口商品品名做了极为洋名通常依据商品性质、商品的加工程度，进行分类。每一个分类的商品均有一个税则号，每一个税则号均对应了一个税率。商品

则号不同，对应的税率可能不同。或规格源于货物的加工程度，程度不同。同样的货物品名由于成份和规格不同。我们不仅要审核走私货物的品

货物的规格和型号。

如，合同、运输单据、装箱单、商业发票等。应该审核相关单证对货物品名和规格描述的一致性。实践中，有的走私货物已不存在，或已灭失，对于海关《核定证明书》已确定的走私货物品名及规格，应结合卷中材料，及被告人供述、证人证言、往来函电等进行审核，特别是相关的货物检验证书等。

但是，走私嫌疑者经常将不同品名和规格的货物拼装在一个集装箱内，价值比较低的货物堆放在集装箱口，价值较高的货物放在集装箱深处，并以低价值的货物品名和规格进行报关。这种走私行为的目的就是为了偷逃价值较高货物应缴纳的关税。海关在审定此类走私货物的完税价格时，自然不会以报关时所提供的较低货物的相关单证为依据。但问题是海关会不会以货值较高货物的

价格统一核算集装箱内不同品名和规格的所有货物；海关是否将混装在一个集装箱内的所有货物分别注明了其不同的品名、税则号和税率，并分别计算了完税价格。由于走私嫌疑者仅向海关提供了一套价值较低货物的报关资料，那么海关审定较高价值货物的完税价格的依据是什么，海关如何确定货物的

“实际成交价”？这就需要以案卷的相关资料，包括被告人供述，证人证言，及其他材料进行必要的核实。如果发现海关所审定的“实际成交价”缺乏依据，就应当向提出从新鉴定的申请。

在核实过程中，也应对《核定证明书》所确定的走私货物数量进行审核，这关系到偷逃关税的总额。走私嫌疑者通常以低保货物数量的方式进行走私，这就需要反映出货物数量的单证进行核对，包括报关单、合同、装运单据、货物装箱单、发票、付款

凭证、往来信函，以及被告人供述和证人证言等，如果海关核税证明认定的数量有误，应要求重新计核。

在审核货物的品名、规格、数量的同时，我们也要核实走私货物的原产地。在

时

求对方提供货物的原产地证书。由于我国实行的是差别税率，对来自不同国家的货物实行不同的税率，如最惠国税率、协定税率、特惠税率等。同样，对于走私货物也要审查原产地。

在实践中，有的走私货物在报关时提供了原产地证书，有的却没有注明原产地。这就要求我们审核海关《核定证明书》所确定走私货物原产地及适用税率的依据，而这一点往往被辩护律师和审判人员所忽视。

## 4、应审核海关的《核定证明书》是否具备法定的形式要件

海关总署颁布的《海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》对《核定证明书》的形式要件有明确的规定。我国《刑事诉讼法》及司法解释对鉴定结论的构成也有要求。当被告人或辩护律师看到海关出具的《核定证明书》后，就应当审核该《证明书》否注明了案件的名称、送核机关、送核时间、计核结论、计核依据和计核方法，是否有计核人员的签署、计核单位及计核部门的盖章，是否附有计核资料清单等。但实践中，有的海关出具的《核定证明书》并不完全依此办理。在要求的“计核依据和计核方法”一栏里，有的《核定证明书》显示的是空白，或仅仅注明其法律依据为《海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》。此类方式均不规范。我们知

道，计算偷逃税款的主要依据为货物的适用税率。如果在该栏目中没有注明走私行为发生时国家公布的适用税率，我们如何判断其计算的数额是否正确。进出口商品的税率并不是恒定的，国家经常对税率进行调整，特别是“暂定税率”。如果《核定证明书》没有注明适用税率，应及时要求海关进行释明。

## 5、如何提出异议及申请重新鉴定

海关《核定证明书》通常在最后一栏中注明：“如对本结论有异议，应参照《海

关《核定证明书》的计核结论是否客观、实海关《证明书》的计核结论是否客观、才能

使案件得到公正的审判，并最终

到重审。

到重审。

办法》第十二条、第十三条的规定办理。第十三条规定：“走私犯罪嫌疑人、被告人出具的《证明书》有异议的，应当向办案机关提出申请，经海关走私犯罪侦查机关、人民检察院同意后，由原送核单位按照规定的程序重新核定。”由此说明，被告有权对海关出具的《核定证明书》提出异议并

定的申请。但需要注意的是，《核定证明书》请，与其他刑事案件针对《鉴定书》的重大不同。其他刑事案件再次鉴定，或委托其他鉴定机构进行。但对《证明中

法院包括检察院只能通过原海关缉私侦查组核部门重新送核。即法院只能向原海关建议。侦查机关同意该建议后，海关计核定，如果侦查机关拒绝法院的建议，重新提起。

在对《核定证明书》审核过程中，论缺乏充分的事实和依据，或所适用的理论

误，我们也可申请法院传唤海关计核人员要求计核人员说明其计核结论所依据的情况，符合我国《刑事诉讼法》规定的情况下，到庭，我们应要求法庭对该计核结论不予新计核。

我们应该明确，海关《证明书》属刑事诉讼过程中仅属于待确认的证据，而实本身，只有经法庭查证属实，才能作为基础材料，运用国家颁布的有关税则规范

定意见。计核人员在认定过程中，存在着活动，可能还受到客观条件的限制，计核失误不可避免。

笔者认为，在办理走私普通货物中，除强调犯罪的构成、法条的理解、等意见以外，还应充分注意海关出具的并依据卷宗材料和国家颁布的有关海关关

实海关《证明书》的计核结论是否客观、才能

使案件得到公正的审判，并最终

到重审。

# 人讼师到律师之路有多远

■ 邹佳铭 / 文

国“依法治国”的开局之年，也有的多事之秋。当前路不甚清晰地，头看看来路，能让我们更坚定地

## 文化中自生的“讼师”形象

以追溯到公元前二、三世纪的古希腊，而是因为古罗马有发达的小商品民主制度。但是我国缺少律师制度论，在我国漫长的自然经济或半自给封闭性和保守型，使得社会生产产品交换的不发达使得维护交易安求并不明显；从政治上而论，传统君权神授，神圣不可侵犯。行政时的权威个人纠纷。各级官吏对于周处为原则解决纠纷。对于严重违法只是被审判的对象，没有任何权利儒家学说在中国长期居于主导地位主张“礼优于法”，认为用法律治国之道，血缘情感、伦理道德等精神和规则。当法律都无用武师职业的需求。相反，在儒家思想中“讼终凶”的法律观念，并使得，一直处在历史的幽暗处，无法

“棍”，是中国律师制度产生之前，欠缺的人。这一职业从未得到中国法律都以严酷的刑罚禁止以助人

政治民主、权利平等和个人自由。以此为思想武器，在资产阶级对封建等级制度、宗教特权和司法专横的民主革命斗争过程中，现代律师制度也得到较大发展。资产阶级革命成功之后，各国都用宪法或法律肯定了辩护制度，确定了律师的法律地位。比如，1791年《美国宪法修正案》规定被告人在一切刑事诉讼中享有律师为其辩护的权利。法国十九世纪的政思想家托克维尔在《论美国的民主》中认为律师是“平衡民主的最强大力量”，在“行将诞生的民主政治社会负有重大使命”。由此可见，现代律师制度完全契合了资产阶级对政治民主和个人权利的追求，从而内化为其社会制度中的一个重要组成部分，并得到充分、持续地发展。由此，律师与检察官、法官共同组成法律职业共同体，在维护社会公平和正义方面具有同等重要的地位，其以保障人权、体现司法民主和法治精神为基本价值取向。正是基于此，律师在西方社会享有较高的社会地位，在美国更有“律师治国”的传统。

相较于西方现代律师制度的发展自生于社会思想和政治变革的需求，我国的现代律师制度肇始于清末变法改制仿效西方典章制度，其目的是消除西方列强在中国的治外法权以重整治权，可以说完全是迫于外部压力不得已而为之的“舶来品”。自清政府1912年颁布实施《律师暂行章程》算来，中国确立现代律师制度已有百年历史，但是其间并未得到持续发展。新中国建立后取缔了国民党时期旧律师制度，1955年开始在全国范围内建立新的律师队伍。但受1957左倾思潮影响，律师制度受到很大冲击，1959年司法部被撤销，律师制度随之夭折，直至1978年12月中共十一届三中全会后恢复重建。由此可见，我国的律师制度不仅很难说有历史传承，可谓“先天不足”。在后天的发展中，更是因为它与中国传统文化的抵触，而处于一种“后天失养”的状态。

## 扰乱法庭秩序

文化是一个民族在漫长的历史血脉中的集体记忆。如果说制度容纳制度的、无所不在的柔性氛围响。与文化相融的制度能够得到排斥或者在异质的制度则会受到排斥或是在文化的作用也是不容忽视的。确立，并不是一种自发的选择，计。但是无可否认，现代律师制度利意识的大门，也构建了律师

## 邹佳铭律师简介



### 京都律师事务所合伙人

法学博士、博士后。邹佳铭律师专业领域是刑事辩护，擅长复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的效果。多次接受《人民网》《财新》《新京报》《法治晚报》等媒体采访，为《财新网》专栏作家。







公司注销后其权利义务有制衣厂与后来两人签订的《合伙协议》矛盾决定事实的新证据”。

由申请再审的案件，律师除了更应该慎重地审查研究该新证据冲突、是否足以推翻原审认定的事实当事人在原审期间没有提供该证据”，法院会要求申请人说明逾理由或理由不成立的，可能会受到

下目前法院对再审程序的内部职能的各个阶段如何内部分工，即再审理、审查、审理，这也是多数律不我国各高院再审职能分工模式主庭审审理、立案庭登记+民庭审查并审查+民庭与审监庭共同审理等4年对再审案件的职能分工和办理

最高人民法院对于再审案件的职登记+审查+民庭审理”的模式。案二庭被撤销，最高法院改变了目前采取的模式是：立案庭登记受理庭（民一、民二、民三、民四及自分工进行审查并审理；最高法院终审判决引发的再审案件和最高人最高法院的巡回法庭对于再审案

387条：人民法院应当责令再审申请人；拒不明理由或者理由不成立的，二款和本解释第一百零二条的规定处

02条：当事人因故意或者重大过失不予采纳。但该证据与案件基本事实并依照民事诉讼法第六十五条、第以训诫、罚款。当事人非因故意或者以诬陷、毁灭证据、胁迫证人予以作



应当注意的是，最高法院对于再审案件的职能分工，对于律师代理当事人再审案件有着特殊的意义。由于最高法院对于再审案件的审查和审理均由一个业务庭办理，这意味着通过再审查进入再审理的案件，其改判率会保持一个较高的比例，这对于律师代理再审案件的谈案与收费有着直接的价值。

从立法角度讲，民事再审程序已经成为一审、二审之后的第三审程序；从司法角度讲，再审程序已经具有较强的可操作性，当事人申请再审的诉权保障及再审案件改判率已经有了极大的提高，律师代理再审案件的专业发挥空间和成功率也极大提高。律师应该改变过去的观念，大胆接谈再审案

# 公司创立初期的法律建议

■ 瞿丽红 / 文

近日，闹的沸沸扬扬的“西少爷股权纠纷”事件使人们纷纷感叹中国合伙人现实版再演的同时，也给了当代致力于创业的年轻人一记警钟。那么，在创业伊始该如何注意，防范这些法律纠纷的发生呢？

## 第一、作为具有创新精神的创业者，要具有基本的法律意识和遵守契约的精神

公司创始人应严格按照法律关于公司设立的相关规定来创立公司。《公司法》第23条规定：设立有限责任公司，应当具备下列条件：（一）股东符合法定人数；（二）符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额；（三）股东共同制定公司章程；（四）有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；（五）有公司住所。其中，每一项又有若干相应详细的法律规定。如果对法律规定不十分清楚，应咨询专业律师，以最大限度消除日后纠纷隐患。另外，在公司设立时，应及时签订合同，以法律文件落实各出资人权利义务。各股东应严格遵循签订的合同，行使权利履行义务。

## 第二、应及时制定公司章程，并以其作为公司的自治规范约束公司董事、监事、管理人员的行为

就实质而言，公司章程是约定公司、公司股东、特别是大股东和公司高级管理人员的行为规则，是公司的自治规则。根据《公司法》第23条规定：股东成立有限责任公司应当共同制定公司章程；第25条规定：有限责任公司章程应当载明下列事项：（一）公司名称和住所；（二）公司经营

（五）股东的出资方式、出资额和机构及其产生办法、职权、议事规则人；（八）股东会会议认为需要载明在公司章程上签名、盖章。公司章程但仍旧建议合伙人聘请专业律师拟治条款理顺公司架构，划定董事、围。

西少爷纠纷的产生源于主要职责明晰的合同及公司章程，导致之“人”是出资购买股权还是借款，舟餐饮管理（北京）有限公司还是致股权结构混乱，致使最后纠纷师

## 第三、对公司法定加以限制

首先，在公司章程中对法定任止其滥用权力的最主要方式。《理规定》第5条：企业法定代表人符合法律、行政法规和企业法人法定代表人应当在法律、行政法规的职权范围内行使职权。可见，有约束规范作用。公司股东在公利用公司章程的自治权明确规定免日后法定代表人利用其职位优势次，可以通过董事会或股东会对束。根据《企业法定代表人登记限责任公司或者股份有限公司更会、股东大会或者董事会召开公





# 工程量清单计价、结算与支付

■ 王春军 / 文

“清单计价法”世界上只有中国、俄罗斯在使用，国际上通行的工程造价及都不依赖于政府颁布定额和单价，机械等费用价格都是根据市场行情

主要依据是工程量和单价两大要素，工程造价管理基本体制主要体现在“量”和“价”这两个方面的管理和控制

看，工程造价管理的主要模式有：一是由政府颁布定额和单价，二是由市场竞争性市场经济的管理体系

定工程的“量”，根据市场行情确定由市场决定。为及时总结我国实施工程量清单计价以来的实践经验

由于工程造价的主要依据是工程量和单价两大要素，所以任何国家或地区的工程造价管理基本体制主要体现现在对于工程项目的“量”和“价”这两个方面的管理和控制模式上。

新常态下统一建设工程工程量清单的编制和计价行为，实现“政府宏观调控、部门动态监管、企业自主报价、市场形成价格”的宏伟目标，住房和城乡建设部及时对《建设工程工程量清单计价规范》GB50500-2008进行全方位修改、补充和完善。修订后的《建设工程工程量清单计价规范》GB50500-2013已于2013年7月1日颁布实施。

招标控制价、投标报价、计算或流

一。首先，招标的工程量清单应

其次，招标工程量清单的编制

## 第一部分 工程量清单计价

### 一、工程量清单计价的一般原则

1、建设工程发承包及实施阶段的工程造价应由分部分项工程费、措施项目费、其他项目费、规费和税金组成；

2、招标工程量清单、招标控制价、投标报价、工程计量、合同价款调整、合同价款结算与支付以及工程造价鉴定等工程造价文件的编制与核对，应由具有专业资格的工程造价人员承担；

3、使用国有资金投资的建设工程发承包，必须采用工程量清单计价。非国有资金投资的建设工程，宜采用工程量清单计价；

4、工程量清单应采用综合单价计价；

5、措施项目中的安全文明施工费、规费和税金必须按照国家或省级、行业建设主管部门的规定计算，不得作为竞争性费用；

6、建设工程发承包，必须在招标文件、合同中明确计价中的风险内容及其范围，不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定计价中的风险内容及范围；

7、建设工程发承包及实施阶段的计价活动应符合国家法律、法规及强制性标准，遵循客观、公正、公平的原则。

### 三、招标控制价

招标控制价的定义是招标人

主管部门颁发的有关计价依据和办法

和招标工程量清单，结合工程具体

高投标限价。

招标控制价依据规定编制，不

文件时公布  
控制价及有  
与该工程管  
造价管理机

示响应应招  
示价工程量

自主报价，  
三十三三条之  
本的报价竞  
量的成本价  
较较大，此  
于招标投标制  
量清单单填  
名称、项目

必须与招标工程量清单一致。  
的工程，应采用单价合同，即发承  
及其综合单价进行合同价款计算、  
工合同；建设规模较小，技术难度  
和设计已审查批准的建设工程可采  
方约定以施工图及其预算和有关条  
整和确认的建设工程施工合同；紧  
特别复杂的建设工程可采用成本  
定以施工工程成本再加合同约定  
算、调整和确认的建设工程施工  
呈合同价款，应在发承包双方认可  
发承包双方在合同中约定。

款中对下列事项进行约定：预付工  
抵扣方式；安全文明施工措施的支  
量计量与支付工程进度款的方式、  
调整因素、方法、程序、支付及时  
的程序、金额确认与支付时间；承  
以及超出约定内容、范围的调整办  
与核对、支付及时间；工程质量

## 王春军律师简介



王春军律师2004年起在建筑施工企  
业从事法务工作，2006年开始从事  
律师工作，执业七年，办理了大量建  
设工程施工合同纠纷的诉讼和非诉讼  
业务。

款争议的解决方法及时间；与履行合  
同、支付价款有关的其他事项等。

## 六、合同价款的调整

合同价款的调整可分为：法律法  
规的变化；工程的变更；工程变更，工  
项目特征不符，工程量清单缺失，工  
程量偏差，计时工；物价变化，暂估  
价；工程索赔；不可抗力，提前竣工  
（赶工补偿），误期赔偿，索赔；现  
场签证；暂列金额；发承包双方约定  
的其他调整事项。（具体内容见其他  
词条）

## 七、工程量

工程量必须按照相关工程现行国  
家计量规范规定的工程量计算规则计  
算，即上文所述的九个工程量计量国  
家标准（GB50854-2013---GB50892-2013）。工程计量可  
选择按月或按工程形象进度分段计量，具体计量周期在合同  
中约定。

工程计量又分为单价合同计量和总价合同计量。

## 第二部分 工程量清单计价中工程款的 结算与支付

工程款结算与支付是指发承包双方根据合同约定，对合  
同工程在实施中、终止时、已完工后进行的合同价款计算、  
调整、确认及支付。

工程价款结算应按合同约定办理，合同未作约定或约定  
不明的，发、承包双方应依照下列规定与文件协商处理：国  
家有关法律、法规和规章制度；国务院建设行政主管部门、  
省、自治区、直辖市或有关部门发布的工程造价计价标准、  
计价办法等有关规定；建设项目的合同、补充协议、变更签  
证和现场签证，以及经发、承包双方认可的其他有效文件；其  
他可依据的材料等。包括期中结算、竣工结算、合同解除的  
结算。

工程款结算与支付是指发承包双方根据  
合同约定，对合同工程在实施中、终止  
时、已完工后进行的合同价款计算、调  
整、确认及支付。

和方法，根据工程计量结果，办理期中价款结算，支付进度  
款。

1、预付款：在开工前，发承包人按照合同约定，预先支  
付给承包人用于购买合同工程施工所需的材料、工程设备，  
以及组织施工机械和人员进场等的款项。

承包人的预付款必须用于施工合同工程，包工包料工程  
的预付款的支付比例不低于签约合同价（扣除暂列金额）的  
10%，不宜高于签约合同价（扣除暂列金额）的30%，预付  
款给付过低不利于承包人组织施工，预付款给付过高可能会  
产生承包人挪用合同工程款项的问题。一般情况下，承包  
人向发承包人申请支付预付款，发承包人没有按合同约定按时支付  
预付款的，承包人可催告发承包人支付；发承包人在预付款期  
后的7天内仍未支付的，承包人可在付款期满后的第8天起暂  
停施工。发承包人应承担由此增加的费用和延误的工期，并应  
向承包人支付合理利润。预付款应从每一个支付周期应支付给  
承包人的工程进度款中扣回，直到扣回的金额达到合同约定  
的预付款金额为止。

2、安全文明施工费：在合同履行过程中，承包人按照  
国家法律、法规、标准等规定，为保证安全施工、文明施  
工，保护现场内外环境和搭拆临时设施等所采用的措施而发  
生的费用。

发承包人在工程开工后的28天内预付不低于当年施工进  
度计划的安全文明施工费总额的60%，其余部分应按按照提前  
安排的原则进行分解，应与工程进度款同期支付。发承包  
人应特别注意，若没有按时支付安全文明施工费的，承包人可催告  
发承包人支付；若发承包人在付款期满后的7天内仍未支付，发  
生安全事故的，发承包人承担相应责任。当然，承包人对安全  
文明施工费用必须专款专用，在财务账目中应单独列项备查，  
不得挪作他用，否则发承包人有要求其限期改正；逾期不改  
正造成的损失和延误工期的，由承包人承担。

同约定对付款周期内承包人完成  
项，也是合同价期中结算支付。

进度款支付周期应与合同约定  
已标价工程量清单中的单价项目申  
认的工程量和综合单价计算；综  
包双方确认调整的综合单价项目申  
中的总价项目，承包人应按合同申  
分别列入进度款支付申请中的安  
付的总价项目的金额中。一般情  
照合同约定，按期中结算价款总  
90%。发承包人应在收到承包  
内，根据计量结果和合同约定申  
向承包人出具进度款支付证书。  
目的计量结果出现争议，发承包  
结果向承包人出具进度款支付证  
支付证书后一定期限内，按照支  
支付进度款。发现已签发的任何支  
数额，发承包双方有权予以修正，  
经发承包双方复核同意修正的，  
付或扣除。

## 二、竣工结算与支付

发承包双方依据国家有关法  
照合同约定确定的，包括在履行  
的合同价款调整，是承包人按合  
后，发承包双方应给予承包人的  
由承包人或受其委托具有相应  
并经过发承包双方或一方对工  
对。当发承包双方或一方对工  
文件有争议时，可向工程造价管

发包人在收到承包人竣工结算文件后的28天内，不核对竣工结算或未提出核对意见的，应视为承包人提交的竣工结算文件已被发\\包人认可，竣工结算办理完毕。

工程管辖权的行业管理部门的工程  
结算文件应作为工程竣工验收备

与复核

复核应依据下列文件：国家标准规范  
方实施过程中已确认的工程量及其  
双方实施过程中已确认调整后追加  
工程设计文件及相关资料；投标文

项目中的单价项目依据发承包双  
工程量清单的综合单价计算；发生  
从调整的综合单价计算；措施项目  
个工程量清单的项目和金额计算；  
又又方确认调整的金额计算；计日工  
又又方的事项计算；总承包服务费应依据  
算；发生调整的，应以发承包双方  
音费用应依据发承包双方确认的索  
签证费用应依据发承包双方签证资  
金额应减去合同价款调整（包括索  
如有余额归发\\包人；规费中的工

不境保护部门规定的标准缴纳后按  
施过程已经确认的合同工程量和工

交竣工验收申请的同时向发\\包人  
未在合同约定的时间内提交竣工  
后14天内仍未提交或没有明确答复  
料编制竣工结算文件 作为办理

发\\包人在收到承包人竣工结算文件后的28天内，不核  
对竣工结算或未提出核对意见的，应视为承包人提交的竣工  
结算文件已被发\\包人认可，竣工结算办理完毕。当然，在实  
践中，发\\包双方应在合同专有条款中明确约定。发\\包人收  
到的应在28天内核对，发\\包人经核实，认为承包人应进一步  
补充资料和修改结算文件，应在上述时限内向承包人提出核  
实意见，承包人在收到核实意见后28天内应按照发\\包人提出  
的合理要求补充资料，修改竣工结算文件，并应再次提交给  
发\\包人复核后批准。收到再次提交的结算文件28天内，发\\包  
人应予复核，并将通知结果通知承包人；无异议的，七日双  
方签字；有异议的，协商，协商不成按合同争议解决处理。

### 3、 结算款的支付

承包人根据之前已办妥的竣工结算文件向发\\包人提交竣  
工结算款支付申请。申请的内容包括：竣工结算合同价款总  
额；累计已实际支付的合同价款；应预留的质量保证金；实  
际应支付的竣工结算款金额。

发\\包人7日内审核承包人提交的竣工结算申请，签发竣  
工结算支付证书；7日内未审核的，视为认可。审核后，14  
天内支付工程结算款。特别注意：发\\包人未按上述情形规定  
支付竣工结算款的，承包人可催告发\\包人支付，并有权获得  
延迟支付的利息。发\\包人在竣工结算支付证书签发后或者在  
收到承包人提交的竣工结算款支付申请7天后的56天内仍未  
支付的，除法律另有规定外，承包人可与发\\包人协商将该工  
程折价，也可直接向人民法院申请将该工程依法拍卖。承包  
人应就工程折价或拍卖的价款优先受偿。

### 4、 质量保证金及最终结算

质量保证金是指发\\包双方在工程合同中约定，从应付  
合同价款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内履行缺陷  
修复义务的全部。



照合同约定履行属于自身责任的工程缺陷修复义务的，发\\包  
人有权从质量保证金中扣除用于缺陷修复的各项支出。经查  
验，工程缺陷属于发\\包人原因造成的，应由发\\包人承担查验  
和缺陷修复的费用。

最终结算是承包人对已交付使用的合同工程承担合同  
约定的缺陷修复责任的期限终止后，即缺陷责任期终止后，  
承包人应按照国家合同约定向发\\包人提交最终结清支付申请。发  
\\包人对最终结清支付申请有异议的，有权要求承包人进行修  
正和提供补充资料。承包人修正后，应再次向发\\包人提交修  
正后的最终结清支付申请。缺陷责任期终止后，依最终结清  
返还质量保证金，质量保证金不足的，承包人应承担补偿责  
任。

### 三、 合同解除的工程价款结算与支付

合同解除的工程借款结算与支付是指发\\包双方协商解  
除、发\\包人违约解除、承包人违约解除及不可抗力致使合同  
无法履行的解除合同情况下，发\\包双方依约或依规范办理  
结算及支付。

1、发\\包双方协商一致解除合同的，应\\按照达成的协  
议办理结算和支付合同价款。

2、因发\\包人违约解除合同的，发\\包人除应由发\\包人承  
担的向承包人支付各项价款外，应按合同约定约定核算发\\包人应  
支付的违约金以及给\\承包人造成损失或损害的索赔金额等费

商定后的7天内向承包人签发支付证书。  
致的，应\\按照合同约定的争议解决方

3、因承包人违约解除合同的，发\\包人应在合同  
支付任何价款。发\\包人应在合同  
除时承包人已完成的全部合同价款  
至现场的材料和工程设备叠货款，  
支付的违约金以及造成损失的索赔  
人。发\\包双方应在28天内予以核  
结算合同价款。如果发\\包人应扣除  
额，承包人应在合同解除后的56  
人。发\\包双方不能就解除合同后  
合同约定的争议解决方式处理。

4、因不可抗力解除合同的，  
法履行解除合同的，发\\包人应向承  
已完工程但尚未支付的合同价款  
额；已实施或部分实施的措施费  
工程合理订购且已交付的材料和工  
现场所需的合理费用，包括员工工  
工设备撤离现场的费用发\\包人应  
任何合理费用，且该费用未包括  
等。发\\包双方亦应就结算合同价款  
前发\\包人应向承包人收回的价款。  
还。

# 我与京都的第一次相遇

■ 牛克元 / 文



十年前与田文昌律师合影

我一路领跑，始终第一。

人生往往就是这样，有心栽花花不开，无心插柳柳成荫。我最终与这家集团擦肩而过，但却开启了通往京都的大门，我与田老师的师徒名分也从此厘定。

随后的日子，我从新华书店、图书馆找来了田老师发表的所有专著，并通过一个做数据库的朋友，收罗了田老师多年来公开发表的所有文章，我封闭自己，潜心研读。一度时间，我曾经把田老师的精彩语言背的滚瓜烂熟，论文专著直翻到面目皆非。通过学习、了解，田老师的形象在我心目中逐渐清晰、完整起来。在我看来，田老师不但是一刑辩大师，而且是管理专家；不但是法学大家，而且具战略眼光；不但是我事业上的导师，更是我做人的楷模。

北宋教育家程颢说：“古者，自天子达于庶人，必须师友以成其德业”。

——京都都是我拜师的平台。

## (二)

第一次走进京都，是在2006年的初夏。

五月的北京，鲜花盛开，万木葱茏。我怀揣着自己写作的自传体小说《风雪梅山》，来到了位于人寿大厦8楼的京都律所，请田老师斧正我的作品。田老师热情地接待了我。

我向田老师汇报了我的作品，并聊起了我的写作生涯。说起来我的写作，纯属于走到那里、写到哪里、胡乱画、自娱自乐。上大学的时候，我学的是工科，但是每天抱着《资本论》读来读去。参加工作到了青海，当了矿务局团委书记，又在业余研究起了《孙子兵法》。每天给基层团干部答疑：“道天

是在2005年，端坐在正也紧张。说莫已就不应该紧张，从来都

1/4全县高考理科第一名成绩学毕业后于取得法学专业法律考第一名

1993年以优等成绩获得硕士学位，选副厅级干部，考试成绩第一，法考副司主任，法考司名列各，直到后来去法律顾问得

辈子书，学拿了多半

市委副书记，适逢东欧剧变、苏联解体，又读起了国际共运史，写出了近20万字的《历史的沉思》。1993年到南开大学师从比较经济学家张仁德教授

读研，我又写出了将近20万字的《政府职能比较研究》，受到了导师的较高评价。后来1996年到市委办公厅当副主任，1998年再到阳泉郊区担任区委副书记，白天瞎忙乎，晚上又研究起领导学、管理学，写出了诸如《如何当好领导干部》、《如何做好农村党支部书记》、《农村经济发展思考》等一大堆实务性文章。2000年担任省政府法制办副主任、政府法制编委会常务副主任后，又学开了行政法、法制史，并借依法治国的春风，写出了10多万字的《走向法治》。走出政府衙门，写下了20多万字的《风雪梅山》。到了企业工作，业余又开始了上五台山钻研儒道释、进档案馆翻看明清史的生活。

我的岗位就像走马灯，我的随笔也像一阵风。我爱人批评我是“半瓶醋”、“万油精”，学习实用化，知识碎片化，什么都懂，什么都不懂。每天不务正业，心猿意马，没有恒心，一事无成。

带着迷茫，我听取了田老师的教诲和开导。田老师告诉我：“没有方向，就没有生活”。简单的事情重复做，你就是专家；重复的事情用心做，你就是赢家。人生成熟悲喜后，是非经过不知难。只有经过事情，才会在经历中增长人生的智慧；只有经过失败，才会在失败中寻找成功的经验。“心在一艺，其艺必工；心在一职，其职必举。”学术成功需要专一，事业成就需要韧劲，只要坚持不懈地向着一个方向走，必然会积沙成塔。

田老师和葛可辛、循循善诱地开

其志凝。故其世之落拓生涯也。”

第一次在五彩斑斓的金秋。在那公。其时，我京都的一员。



# 永远的老师

■ 肖树伟 / 文



图中右二为肖树伟律师

我举，安排我  
所成立二十  
成惶诚恐，  
根本没有资格  
律师的美意又  
我的期待诚恳  
色。前一段读  
君的关于江平  
《》，给了我  
熟悉，但是京  
主任，我的大  
！！1983年我  
就师从田老  
我有幸结识  
是有这篇拙  
我大学时的老  
下工作，继续  
师身上，我不  
重要的是学  
对律师事业的  
这些是永远  
都以前，我  
刑事专业律  
师第一人  
才富，在律师  
么还那么干劲  
田老师的第  
解开了我心  
日老师是我永

京都的念头。当时踌躇不决。主要是想自己年近半百，事业算不上辉煌，也还马马虎虎吧！生活上还不至于吃了上顿没下顿。凑合干到退休年龄就算了，别再去一个自己不熟悉的的地方去闯冒险了。第一次在京都见到田老师时，我就流露出这种想法。老师听了这话以后，狠狠批评了我一顿。由于批评的内容很深刻，所以记忆犹新。

老师的意思归纳起来如下：树伟，你才五十不到，就有了这种消极的想法，太不应该了！政法大学整整培养了你四年，国家多大的投入啊！你干律师也二十几年了，通过自己的奋斗，也积累了工作经验，目前正是当打之年，正是为社会出力的时候，你不想把自己的业务进一步提高，做大做强，为社会多做些贡献，却眼睛只看到自己的脚下，想着过舒服的日子，说轻了是目光短浅，怕苦怕累，说重了是社会责任感

师工作有二十多年经验的律师啊！你看我都六十多岁的人了，还在拚着老命干，我图什么啊，还不是尽我们法律人的职责，为中国的法治做点自己力所能及的事吗！按照你的想法我早就该休息享受了！我是真心希望再大干几年，把你们带起来，然后把京都传承给你们，使我们京都的为社会担当尽责的精神一代一代的传下去啊！

是啊，正是老师的这种社会责任感，对社会高度负责的精神，激励着老师不断的追求。正像老师在2013年京都事务所年会上讲的那样，老师一生追求法治的精髓，即民主、平等、规则。老师容忍不了破坏平等、民主、规则的现像。作为法律人，平等、民主和规则是我们事业所追求的目标。在重大疑案敏感甚至有生命危险案件面前，老师从不退缩，总是挺身而出。无论是代理震动全国乃至世界的刘涌的黑社会案，还是吴英的非法集资案！在关乎国家法治的重大事件面前，屡屡仗义执言！对周永康案件的谏言，对中共十八届四中全会法制建设的建言，对废除行政收容制度的直言，无不体现了一个法律职业人的良知和责任。社会对老师的这种为中国法治建设无私奉献也给予了高度的评价，老师作为唯一的律师当选CCTV 2013年十大法治人物之一。

这就是我的老师，值得我自豪和

# 寸草春晖

——赞京都律所二十年

■ 宇文鸿燕 / 文

2015在这个春风拂面桃花绽放的季节，与京都律师事务所律师相遇、相识、相知也有七个大头了，京都于我而言就像当下的春日阳光——温暖而有力量，具有里程碑的意义；在这里我通过了千军万马争过独木桥的司法考试，在这里荣升为律所的合伙人。不得不讲京都律师事务所是我的福地，更是一方肥沃的土地，使我们年轻律师沐浴阳光和雨露，茁壮成长！

## 法律梦想源何而来？

小学五年级，临近毕业的最后一堂课上，班主任武老师请每个小学生说出自己的梦想，自己的梦想，或自己以后想成为什么样的人。五年级的孩子，十二三岁的青春年华，还真的就只是个孩子而已，对社会学的东西知之甚少，除了学业的压力就是童年撒野似的玩耍，肆无忌惮的挥霍着青春。

课堂上，有的同学说我要当科学家，有的说我要做歌星，有的说我想做演员，做武打明星，有的说我要做医生，有的说我要做和我爸爸一样的人！轮到这时，我很坚定的说：武老师，我要做侦探（其实当时是想说做一名便衣警察）！老师愣了，侦探是什么？

80年代初，作家海岩的代表作《便衣警察》热映，1987年版电视剧



搏激流”铮铮铁骨般的旋律鼓动下，揣着懵懂和憧憬认为做一名侦探，挖掘事实真相，维护正义，扶弱扬善那就是我的理想了。

于是在初中毕业后，也即90年代

伙食费，毕业  
决衣转非的向  
线都比普通高中  
择比当年重点  
中专院校，以

校司法学员真心的有种么是法学，开始的。

## 为律师

律帅事务所师内是业内京都律所也成为。

京朝阳门的楼下大厅每到

我作为一个北京除了老师所有；还不知道来，什么是规是懵懂的。唯想在律所工

感时时任京赵律师，当时

各，要求名校资格证书。而一年323分的

而赵律师经过

了京都律帅后，面临的压力小伙伴们都仅仅过了司

业证了。赵律帅案例研讨或小

的学习。小伙伴受鼓舞。

司法考试必须一五六个小时求了捷报，第

据赵律师讲整个过

担任业务部主管合伙人杨律师；一直感谢赵律师；一直鼓励那些早就通过司法考试的小伙伴们，说你不行！你肯定能过！

那一晚是我请客但是我忘记了结账，那一晚我躺在楼下的草丛里数星星，那么明亮，那一晚我终于拿到了律师职业的第一枚胸章，那一晚幸福满怀！

## 梦想升华，成为合伙人

2012年世界末日没有来，可爱的宝宝来了，宝宝的出生一成为我不断要求提升工作效率的催化剂，80后的父母们都知道宝宝的3岁之内是最需要妈妈陪伴的，可我与小宝整天24小时相伴的时间只有半年之约。产假复出后在离开宝宝的每一分钟里，我要做更多的事，更有价值的事，最大限度的提升时间的利用率以减少不能陪伴小生命成长的挫败感。

律帅执业之路少不了资深律师的传、帮、带，年轻律师的成长是需要伯乐、导师、需要小伙伴们扶持。于我而言，很庆幸加入到京都律帅民商部大家庭中收获了满满的爱与鼓励。

多少个挑灯夜战的夜晚，多少个夜晚听着宝贝的呢喃梦呓，完成一个又一个的诉讼文书，多少次做的法律文书被资深律帅修订的祖国山河一片红……年轻律帅要成长就是需要代价的，这个必经的过程，我们承受也更加享受这个过程。事实证明，付出终会有收获的。

2014年末京都律帅总会上，宇文律帅的名字出现在年会各名单上，这次京都律帅所给予我的荣誉是合伙人！我认为合伙人是律帅执业生涯中的至高荣誉

这一路走来要感恩的人太多，感谢民商部的公律帅、郭律帅、赵律帅；感谢儒雅的王律帅，帅气的张律帅，端庄的相律帅等等我的可爱的律帅同仁们；民商部的主管合伙人公律帅以前是教师出生，最大的特点就是育人精神，不仅要求个人发展，更加注重团队的建设，要求每个律帅定位专业领域并把业务做到极致！往往苦口婆心、三令五申要求专业、敬业、精致的执业、常常把我们“传唤”办公室，一讲就是一小时，被我们戏称为“京都老公公”。

京都律帅的合伙人这个荣誉对我而言是沉甸甸的，却也是充满力量的；在我心中，京都律帅的创始人田老师方才是京都律帅的合伙人，而我在田老师面前还是个黄毛丫头。

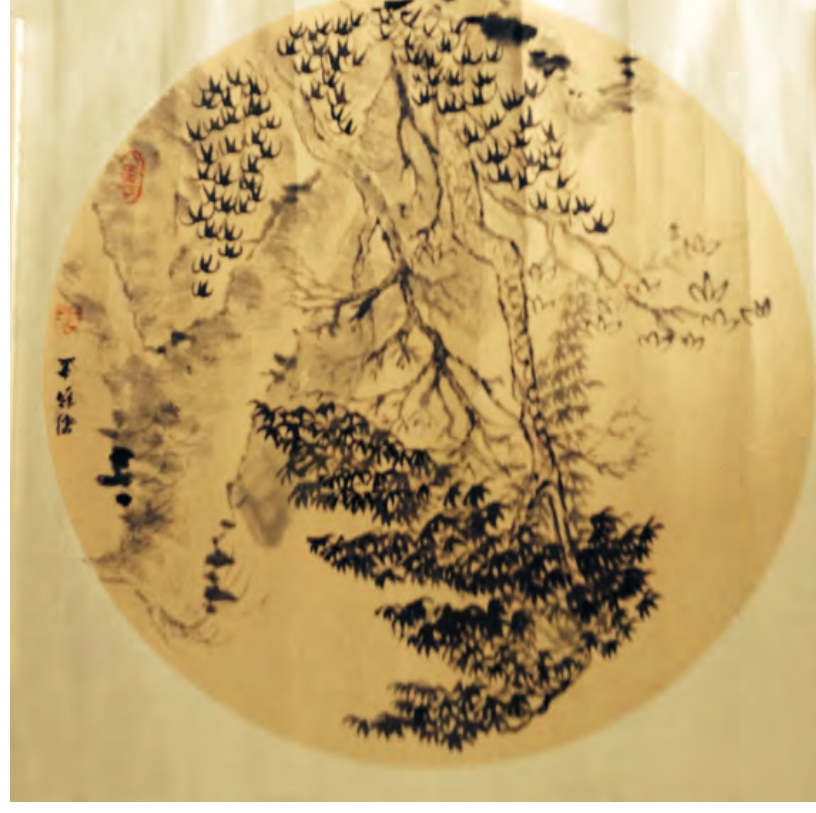
于是那天的合伙人会议，我没有敢发言，却早早的已经准备好发言稿：“感谢京都，感谢一路走来京都同仁的厚爱和信任！”

那一年我就是一颗小草，稚嫩，微小而单薄；京都都是参天的大树，我们在大树的怀抱中成长，也遥望着大树，在她的庇佑下躲过风雨也贪婪的吸收着她的养分，希望有一天自己也能长大；

七年后我已是一枚小树，京都都是我成长依赖的沃土，京都律帅所有梦想、有担当的合伙人就是雨水和阳光，我们在这里茁壮成长着，也孜孜不倦的耕耘着。

在不远的未来，我已然是一个大树，不仅要完善自身，更要肩负“京都梦”的重任。京都就是我的根，我们要成为一颗有担当的大树，“不断的去创造，去丰富，去描绘，去追寻”。

所谓寸草报春晖；所谓滴水之恩，当以涌泉相报；谨以此文，并秉承低头干活抬头看路的精神呈给京都律帅



# 我为什么喜欢画画

■ 刘铭 / 文

律帅研习法律和画画一样可为生活。画画可以滋养我的灵魂。

滴墨铺纸那一刻起，就会把你引领至平和安静，这是一段安静的旅程，我迷恋这种安静。

画画过程是愉快的，没有功利追求，就不会有任何负担勉强，只是心灵的一段旅程，只会让你感到快乐平静。

人成熟的标志是了解自己，但了解真实的自己并不容易，你以为所追求的会让你快乐，但往往会感叹被生活欺

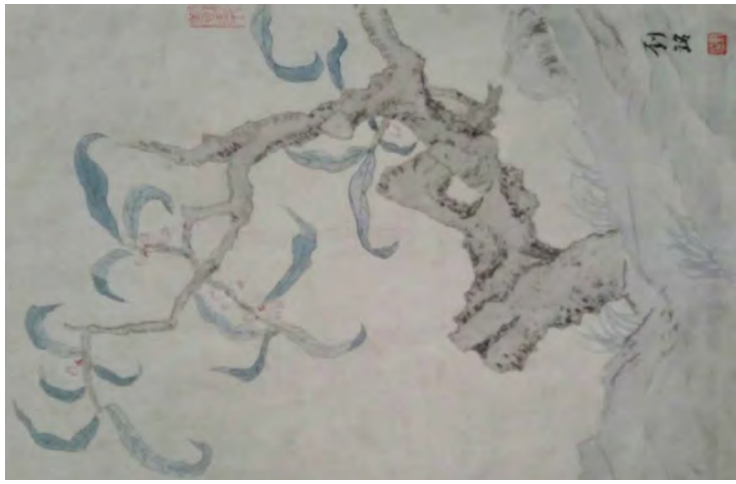


人是不断发现自己的过程，但想

种过滤后的约  
真正喜欢和植  
不会和真实的  
灵的归属。

律帅的  
经事阅人多，  
恶美丑、不可  
体痛感也会多  
但也会让你  
过。这时会浩  
理想世界来安

尘世的净土，



人不太可能  
既然无处可  
净土，不如静  
人有静气、

之道，可涵养  
上时间缓慢，  
平和淡定。  
是生命的本  
效多大的事。  
欲望过多，但  
王认识到这一

的。  
和，让你明  
少一些昏沉  
多了，欲望少  
也就多了。

洗心灵的过  
直我 曾相

要洗心革面？

### 画画也是一种艺术的表达

“谁能思不歌，谁能饥不食”，  
人再安静平和，也不可能脱离社会，不  
染尘埃。总会有内心的悲伤孤独。不平  
则鸣，情绪总要有疏导，但你的负面情  
绪直接表达出来就不美，对自己没有帮  
助，对别人、社会也不会有意义。没有  
人会喜欢祥林嫂，虽然她值得同情，  
林妹妹在红楼梦里冰清玉洁，在生活中  
你也不见得喜欢。但如果你移情言物，  
通过诗词、画画、音乐表达就是艺术，  
就是美。唐诗宋词是忧愁的艺术吧！按  
王国维讲：“欢愉难工，愁苦易巧”，  
但忧愁本身也并不美，你心情不好，你  
说我很愁苦，难过得不得了，这不会有

高的善

远更生”，你说“莫道不消魂，帘卷西  
风，人比黄花瘦。”就会让人感受到绵  
绵不尽的情绪，对这种无奈会有心灵的  
感应和理解，这就产生了美。

艺术的表达即将疏导了情绪，也  
诗化了悲伤，美化了自己和生活。

有一个故事，诗人拜伦在一个盲  
人乞者的牌子上写下：“春天来了，可  
是我却看不见”。路之人一时间纷纷解  
囊。这说的是同样的道理，艺术的表达  
会有心的共鸣。

画画是艺术，由画而人生，人生  
也是一种广义上的艺术，每个人的生命  
都是他自己的作品，会生活的人就是艺  
术家，他的工作、生活就是艺术品。艺  
术是情绪的活动，艺术的生活就是情绪  
丰富的活动。无所为而为的玩家即是最  
高的善



## 你我同心，共

2015年9月10日—13日，  
立20周年之际，京都所全体员工  
市烟台，开启了一段令人难忘  
动中，小伙伴们积极配合，彻  
长岛海上游，海鸥随船逐浪，  
优美。蓬莱仙山之旅，又颇  
“仙气”。

# 書道結緣

2015年癸巳中華



## 北京總所

地址：北京市朝阳区景华南街5号远洋光华国际C座23层  
邮编：100020  
全国免费咨询电话：400 700 3900  
办公电话：(86-10) 57096000  
传真：(86-10) 85251268  
E-mail: info@king-capital.com

## 深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号  
新华保险大厦1701室  
邮编：518048  
电话：0755-33226588  
传真：0755-33226566  
E-mail: shenzhen@king-capital.com

## 上海分所

地址：上海市南京西路580号  
(南证大厦)3903A室  
邮编：200041  
电话：021-52341066 52341099  
传真：021-52341011  
E-mail: shanghai@king-capital.com

## 大连分所

地址：大连市沙河口区中山路572号  
星海旺座603室  
邮编：116023  
电话：0411-85866299  
传真：0411-84801650  
E-mail: dalian@king-capital.com

## 天津分所

地址：天津市河西区友谊路5号  
北方金融大厦14层A座  
邮编：300201  
电话：022-88351750  
传真：022-28359225  
E-mail: info@king-capital.com