

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2018/01

季刊 总第125期



京都律师事务所
King & Capital Law Firm



P26 谈案说法 律师为知识产权保护赋能

P24 特稿 / 锐意进取 精益求精——田文昌律师在2018京都年会上的致辞

P46 京都论坛 / 中美法律人齐聚京都，倡议落实诉权保障原则

P66 京都实务 / 如何为你的亲人选择刑事辩护律师？

P77 京都论法 / 企业国有资产转让若干法律问题简析

京都入选 ALB 2017年 中国国内律所30强



2017年11月,《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business简称ALB)公布了2017年度亚洲律所50强、中国国内律所30强,京都律师事务所入选两个榜单。京都律所连续多年入选亚洲律所50强,这成为京都律所规模化的标志之一。

京都律师事务所成立于1995年,是国内较早设立的合伙制律师事务所之一。经过二十多年的发展,京都不仅在诉讼领域居于全国领先地位,并且在金融、公司事务、证券与资本市场、投融资与并购、房地产与基础设施、能源与环保、风险控制、涉外及国际业务、海商海事等方面为客户提供优质的法律支持与服务。截至2016年末,京都律所拥有近500名执业律师,并在上海、深圳、大连和天津设有分支机构。

作为规模化、专业化、综合化的大型律师事务所,京都律所在不断提高律师专业化的基础上,提倡服务综合化,顺应逐渐增长的多元化法律服务需求,为客户提供全方位、高水准的法律支持与服务。

亚洲法律杂志(Asian Legal Business)是汤森路透旗下的尖端法律杂志,是全球最具影响力的法律媒体之一。其针对从事法律业务的律师事务所、公司法务以及其他法律专业机构进行权威评选,每年评选一次,其奖项授予在各专业领域表现最为出众的律所。该评选根据各律所的律师总数、律师人数、合伙人数等数据排名得出。👉



身先士卒 锐意进取

楊斌



2018年3月6日中午，田文昌老师从江苏省徐州市中级人民法院与相憬晶律师、印波律师、王馨全律师、马立喜律师一起开完庭前会议，就立刻赶赴浙江省杭州市。3月7日下午，率刘洋律师、高琨律师和我在浙江省高级人民法院，为著名金铜佛像收藏家李巍先生和中国佛教协会副会长道慈大和尚任院长的普陀山佛教造像研究院被侵犯名誉权一案出庭。70岁的田文昌老师为该案，去年曾到舟山市中级人民法院立案庭立案，并赶往到舟山市中院和浙江省高院两级法院出庭，发表掷地有声、有理有据的律师代理意见。

庭审结束已经临近傍晚，田老师匆匆吃碗阳春面，又赶往机场乘坐晚上9点的飞机飞往泉州市与柳波律师会合。3月8号上午到看守所会见泉州案当事人。当天午夜，又独自飞到南京，3月9日上午为江苏省检察系统的干警主讲“控辩双方职责定位及相关关系”的专题，然后接受近一个多小时的媒体采访。

作为学生，我见证了田文昌老师短短几天的律师工作行程和超常的工作强度。70岁的田文昌大律师一直都在辩护律师的第一线工作、思考、讲座并发表关于法治、关于律师、关于权利保障的真知灼见，为具体的人、具体的案发表具体的律师辩护意见和代理意见。

说句心里话，田老师这种风尘仆仆、全身心投入的工作状态和积极忘我的工作态度，令我等晚生既膜拜又心疼。毕竟他已经是70岁的长者啊。我们劝他要减少工作量，注意休息，不能事必躬亲。对此，他总以“完全身不由己”为借口一笑而过。门金玲律师说，田老师勤奋地工作在律师行业的第一线，作为京都人，我们每一个人没有懒惰的理由。

诚然，我们有幸生活工作在依法治国的新时代，我们更有幸在大律师田文昌老师的带领下从事律师工作，他的敬业精神鼓舞着我们，他的专业精神鞭策着我们。所以，对法治的理解，对律师的理解，对辩护的理解又多了一些不一样的思考与体会。田老师经常对我讲，他是经历过

“文革”的人，他们这一代人几乎都见过无法无天的人性之恶，懂得没有法治的人命之轻。“文革”结束之后，改革开放之初，为什么我们国家开始制定各种法律，恢复律师制度，急切呼唤法治？就是因为，复出任职的老干部们在“文革”期间吃尽了没有法治的苦，他们要亡羊补牢，建立法治，不希望他们的后代再经历那些人为制造的苦难与不幸。

田老师也正是在1980年开始到西北政法大学本科攻读硕士学习法律，1983年毕业之后到中国政法大学执教法律，1995年创建京都律师事务所实践法律。直至今日，近40年的时间里他都在践行法律，思考法律，研究法律。他知道法律、法治、辩护和律师都是为了保护人的生命、自由与尊严。

有一位西方的法学家说，因为有了法律、有了法治、有了律师和辩护，人才更像是人，人才脱离了“动物”性，而具有了“人”性，法律是人类自己发明的一项伟大的制度，它让人成了人，具有了人的高贵性。我想，这可能是田文昌老师忠于法律、痴迷辩护、四处奔波，为当事人的合法权益辩护代理的原动力。这亦是京都律师事务所发展20多年，依然不断壮大，蓬勃向上，开拓发展的主要理由。

2018年京都人将在改革目标既定的道路上继续锐意进取，精益求精。如何做到精进？田老师在京都年会上说，希望京都人能够明确目标，做一个志同道合的创业者。道不同者，不相为谋。中国律所的发展模式多种多样，各有千秋，没有优劣好坏之分，但是各有各的选择。京都人选择了综合化、团队化、专业化、国际化的模式，20多年来也一直朝着这个模式发展。来到京都的人，加入京都的人，都要有个共同的奋斗目标。他希望京都人能够明确目标，同舟共济，完成京都的发展大业。

其实，田文昌老师自己的言传身教、所言所行就是对精进最好的诠释，《京都律师》一篇篇专业文章亦是对精进的最有力的解读。



专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

主办 京都律师事务所
承办 京都律师事务所品牌建设部
编辑委员会

主任 田文昌

编委

曹树昌	孟冰	白冬颀
蔡景丽	杨照东	金杰
朱勇辉	秦庆芳	王九川
张振祖	公丕国	杨大民
钟延红	郭庆	韩良
肖树伟	邹佳铭	刘铭
陈宇	吕志轩	金燕
张雁峰	梁雅丽	刘敬霞
陈东利	王胜全	周振国
赵岐龙	李波	唐利君
牛支元	柳波	孙巾力
孙艳辉	佟杉杉	郑建鸥

主编 杨大民

编辑 孟妮 白绪玲

美编 独角兽工作室 臧晓飞

地址 北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座22-23层

邮编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

业务咨询电话 010-85253900

传真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

南京分所电话 025-85231119

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

目录

卷首语

身先士卒 锐意进取 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

锐意进取 精益求精

——田文昌律师在2018京都年会上的致辞 田文昌 / 24

封面主题

谈案说法 律师为知识产权保护赋能

“台湾正名运动”引发的知识产权纷争 钟延红 / 27

“商标合理使用”抗辩——以“新浪拍客案”为例 刘铭 / 31

商标案件中驰名商标保护条款适用条件分析 王菲 / 34

标准必要专利禁令救济的司法实践 金毅 / 37

打开判断著作权侵权的思路——以琼瑶诉于正案为例 常莎 / 42

京都论坛

中美法律人齐聚京都，倡议落实诉权保障原则 / 46

美方专家发言 / 47

中方专家发言 / 52



追求卓越 不负重托

京都律师

封面题字 江平

京都实务

- 如何为你的亲人选择刑事辩护律师? 曹树昌 / 66
- 三千万诈骗被告宣告无罪, 辩护思路很重要 张小峰 / 68
- 从被控贪污到免除刑事处罚
——谈辩护历程的确幸与遗憾 张庆生 刘娜 / 74

京都论法

- 企业国有资产转让若干法律问题简析 肖树伟 游乐 / 77
- 市场化银行债权转股权需理性 柏高原 李子龙 / 81
- 《2017年度互联网法律服务行业调研报告》发布! 机构增速放缓,
融资情况好转 陈宇 任视宇等 / 87
- 刑事律师辩护技巧与法庭职业素养探究 袁方臣 / 90

律师·生活

- 慢慢走 刘铭 / 95
- 律师功夫 智艳军 / 96



2017年第4期
总第122期 季刊

业绩

邹佳铭、高慧云、聂素芳律师办理的某国企及法人涉嫌 虚开增值税专用发票罪案被做出不起诉决定

2015年9月，京都律师事务所接受委托，分别指派事务所高级合伙人邹佳铭律师以及合伙人聂素芳律师担任天津某国企及法人涉嫌虚开增值税专用发票罪案的辩护人（聂素芳律师为单位辩护人，邹佳铭律师为单位法定代表人辩护人）。涉案单位及法人被指控虚开增值税专用发票1459份，价税合计15.7亿余元。

接受委托后，辩护人通过会见当事人以及查阅分析案卷材料，发现了诸多案发过程中的疑点。在此前提下，辩护人多次前往天津调查取证，了解情况，最终根据会见情况、案卷材料及调查了解的情况，提出了无罪的辩护意见，并多次与检察机关进行了沟通。经过前期有效沟通，单位法

定代表人已于2016年8月被取保候审。

在此过程中，为了理清案件涉及的专业税务问题，事务所还指派专业兼职税务律师高慧云对涉案税务问题进行了梳理，并形成了专业的分析意见与当地税务稽查部门进行了沟通，取得了良好的沟通效果，将企业损失

降到了最低，企业非常满意，没有引发后期的行政复议和行政诉讼，为刑事辩护打下了良好的基础。

经过律师两年多的反复沟通、不懈努力，公诉机关经两次退查，最终于2018年2月2日对上述案件作出了不起诉决定。



邹佳铭律师



高慧云律师



聂素芳律师

运用“三栖”思维，讲究沟通艺术， 金杰律师辩护一起诈骗案，检察机关做出不起诉决定

京都律师事务所高级合伙人金杰律师代理的一起被告人宋某涉嫌诈骗540万元案件，日前检察机关对宋某依法做出不起诉决定。至此，这起历时两年，反复曲折的刑事案件终于画上了圆满的句号。

金杰律师曾经做过高级法官、高级检察官，“控辩审”集于一身，被誉为“控辩审三栖法律人”。他运用“控辩审”三种思维相结合的辩护策略，成功地代理多起重大、复杂和疑难案件。

2010年，赵某委托宋某代为办理探矿手续，并先后付给宋某代办费540万元。双方约定，由赵某提供探矿地点，宋某联系有关方面与赵某共同勘查确定。经多次勘查后确定了探矿地点，并申办了探矿手续。但经有关方面与赵某进一步勘查，探矿地点不具有开采价值。赵某认为没有获利，随即找宋某要求退回代办费。经双方多次协商，于2013年7月1日达成书面协议，赵某明确认可探矿地点不具有开采价值，是由于本人考察不到位，致

使探矿地点不准确，探矿手续自愿放弃。双方约定，宋某弥补赵某损失185万元，此事与宋某再无任何关系。但时隔不久，赵某及背后的真正投资人又共同向公安机关控告宋某诈骗。

金杰律师接受委托后，运用侦查思维、公诉思维和审判思维研究案件，分析研究卷中材料后认为，本案不是刑事案件，而是普通的民事委托纠纷，且当事人双方已经书面达成协议，妥善处理完毕。同时，发现了案件存在的重大虚假控告问题。据此，



业绩



金杰律师

金杰律师从刑事控告书证的虚假性、控告人证言的不真实性、控告人的不讲诚信、证据的矛盾性、控告方与被告宋某签订书面协议的真实确定性等诸多方面，提出了证据分析意见和无罪的辩护意见。金杰律师结合自己从事法官和检察官的司法实务，注意讲求沟通艺术，采取多类型书面意见和多角度、多层次交流探讨等多种方式，与检察机关

进行了良性沟通，促使检察机关与侦查机关反复多次核对证据，两次退回补充侦查，最终检察机关采纳了辩护人的意见。检察机关认为，经检察院审查并退回补充侦查，检察院仍然认为侦查机关认定的犯罪事实不清，证据不足，不符合起诉条件，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十一条四款的规定，决定对宋某不起诉。

李杰利律师当选为金正大独立董事

2018年1月3日，深交所上市公司金正大生态工程集团股份有限公司（证券代码：002470，证券简称：金正大）召开2018年第一次临时股东大会，会上选举京都律师事务所高级合伙人李杰利律师为独立董事，任职期限为自股东大会决议通过之日起至第四届董事会任期届满之日止。

金正大生态工程集团股份有限公司是全球最大的缓控释肥生产基地及国家

创新型企业、国家重点高新技术企业、国家技术创新示范企业。本次选举李杰利律师为独立董事，是对李杰利律师专业能力的高度认可。

李杰利律师1999年取得律师资格，现任京都律师事务所高级合伙人，李律师擅长公司境内外上市、并购重组、投融资法律业务，已为几十家客户提供法律服务。



李杰利律师

京都上海分所受聘为福象新江湾城老年福利院常年法律顾问

2017年12月，京都上海分所被聘请为杨浦区福象新江湾城老年福利院2017—2018年度的常年法律顾问。

本项目由京都上海分所张康亮律师、沃增明律师等团队成员提供常年法律顾问服务。张康亮律师及其团队多年来沉淀于养老业务领域，积累了丰富经验，能够提供优质服务。本次竞聘成



张康亮律师



沃增明律师

业绩

功，是其实力的充分证明

杨浦区福象新江湾城老年福利院项目是中国太平保险集团旗下的太平养老

产业管理有限公司承接的公建民营养老项目运营管理的第一单。该项目建筑面积约9000平方米，并已如期于2017年12

月正式开业，接收上海市户籍且照护评估达到“4级”及以上的“保基本”服务对象。

动态

京都喜迎六位高伙，合力谱写新篇章

人和心齐，家和事兴。2017年在全体京都人的共同努力下，京都业绩再创新高。新一年开局之际，京都喜迎六位高级合伙人，为京都2018年的持续腾飞注入了巨大能量。我们期待所有京都人在2018年齐心协力、同心同德谱写新篇章。

新加入的孙艳辉律师（合伙人注册手续正在办理中）为民商诉讼部高级合伙人。孙艳辉律师1990年毕业于吉林大学法学院，毕业后先后就职于司法系统及隶属于央企的信托投资公司。孙艳辉律师是民商法、经济法领域资深律师，从业至今20多年，主要业务领域为证券发行、民商、地产、仲裁、刑事、资产管理公司的资产处置、并购、上市公司法律事务。

孙艳辉律师曾参与苏州工业园区某投资中心与黑龙江某公司股权转让纠纷、标的12亿的某集团与某房地产公司合作开发及股权纠纷、江苏某建设有限公司与某热力公司建设工程施工合同纠纷等，并调解结案。

新加入的佟杉杉律师（合伙人注册手续正在办理中）为公司与合规部高级合伙人。佟杉杉，北京市律师协会国有资产法律专业委员会秘书长。律师执业十余年，主做公司法律事务，为上百家



孙艳辉：民商诉讼部

著名中外客户提供了多种形式及内容的法律服务。擅长外商投资、国企改制、国有资产交易三大主要领域，为中外公司设立、变更、改制、外资并购、兼并重组、清算等提供专项法律服务，为客户提供从商务方案策划到方案具体实施的全程一站式商事法律服务。

多年来，佟律师凭借其专业的法律知识及丰富的法律服务经验，为美国强生、美国安格、UPS、壳牌石油、松下电器、日本川崎重工、荷兰飞利浦、SOHO中国、中远集团、首开集团等众多中外客户提供精准、高效的法律服务，获得了客户的高度认可。

牛支元律师为刑事诉讼部高级合伙人。牛支元律师系北京钢铁学院工学学士、南开大学经济学硕士、山西大学



佟杉杉：公司与合规部

法律系法学专业毕业（高等教育自学考试），拥有律师资格、法律职业资格、独立董事任职资格、机械工程师任职资格，历任某省辖市团市委副书记、市委办公厅副主任、区委副书记、省政府法制办公室副主任、政府法制编委会常务副主任、某大型企业集团副总经理、某资产管理公司董事长、某房地产投资公司董事长等职，擅长职务犯罪刑事辩护、行政诉讼、商务仲裁、企业并购重组、企业风险防范和危机处理，对重大疑难复杂问题的处理有一定经验。

柳波律师为刑事诉讼部高级合伙人。柳波律师是中国政法大学刑法学硕士，曾在法院工作多年，现兼任中国政法大学语言与证据研究中心研究员、中国政法大学刑事司法研究中心研究员、



动态



牛支元：刑事诉讼部



柳波：刑事诉讼部



孙巾力：民商诉讼部



郑建鸥：公司与合规部

北京市律师协会刑法专业委员会副秘书长，专注于职务犯罪、经济犯罪、财产犯罪类刑事案件的辩护。

办理过国家能源局煤炭司原副司长魏某某被控巨额受贿和巨额财产来源不明案、原济南军区原副参谋长张某某被控贪污受贿案、山东刘某某被控受贿滥用职权无罪案、河南梁某某被控合同诈骗2亿余元无罪案、北京朱某某涉嫌诈骗1900余万被不起诉案、全国手机走私大案——珠海黄某某被控走私普通货物案(涉案金额78亿余元)、广东许某某被控组织领导黑社会组织等罪案(一审开庭连续两个多月)、山西关某军关某民组织领导黑社会性质组织系列案等在内的刑事案件数百起。

孙巾力律师为民商诉讼部高级合伙人。孙巾力律师曾就职于中国四大AMC

之一的中国信达资产管理股份有限公司，具有十余年不良资产收购、处置经验，擅长对各类疑难、复杂的不良资产处置项目设计整体解决方案。曾代理多起重大、疑难的金融机构债权债务纠纷案件。此外，为资产管理公司、信托、基金公司等金融公司对外直接投资业务提供多年的非诉讼法律服务，为客户重大投资提供全程法律服务，涉及的资产规模已达几百亿元。

多年来，孙律师凭借其专业的行业知识及丰富的法律服务经验，为中国信达资产管理有限公司、中国长城资产管理股份有限公司、中国东方资产管理股份有限公司、平安信托有限责任公司、平安银行、首都机场集团等多家金融公司、国企客户提供专业、严谨的法律服务，获得了客户的高度认可。

郑建鸥律师为公司与合规部高级合伙人。郑建鸥律师执业十余年，处理各类民商事诉讼、仲裁案件三百余起，为国电联合动力、中车租赁、中车物流、通号物资、金谷信托、中航国际等知名企业的重大案件提供代理服务。代理并购重组项目百余起，为中航工业、中信银行、神华集团等提供法律风险防控，在风险发现与交易结构设计领域具备较丰富经验。曾为中国华融资产管理公司、北京现代汽车金融公司提供《公司法解释四》、《反垄断法》等专题培训，擅长处理股权纠纷、小股东权益保护等案件。

目前为国电科环集团、国电联合动力公司、清控人居光电院、北工大投资公司、北工大科发院、中视国际、宁算科技集团、贝能达控股等企业法律顾问。

京都南京分所拿到执业许可证 深入发展法律服务市场

2018年1月16日，北京市京都（南京）律师事务所正式拿到“身份证”！

当天下午，京都南京分所负责人陈宇律师前往南京市司法局，从律管处长丁勇手上领到了《律师事务所分所执业许可证》。

陈宇表示，京都南京分所获批是京都稳健发展二十多年历程中的一个重要里程碑，这也是京都设立大连分所、上海分所、深圳分所、天津分所后开设的第五家分所。

京都南京分所位于南京市建邺区

庐山路188号新地中心40楼，新地中心是河西CBD标志性建筑之一，该楼定位为金融总部经济的载体。京都南京分所落户在这里，彰显了京都把南京分所做好、做强的决心。

京都律师事务所创始合伙人、名誉

动态



南京市司法局律管处长丁勇（图中），京都南京分所负责人陈宇律师（图右）



京都南京分所内部场景效果图



田文昌律师



南京市律师协会会长张利军

主任田文昌律师介绍，京都始终坚持公司化、团队化、专业化、国际化的发展方向，坚持稳健发展。南京分所采取总部直营直投的方式运营，保持与京都总所的紧密关联性，并在人才招聘、市场策略、管理机制、客户体验等方面坚持高品质定位。

早在2017年10月26日，京都律师事务所就联合南京市律师协会举办“民刑诉讼律师实务论坛”，谋划设立南京分所。

那次论坛，来自南京及周边城市的500多位律师参加。

论坛现场，南京市律师协会会长张利军对京都落户南京表示欢迎。

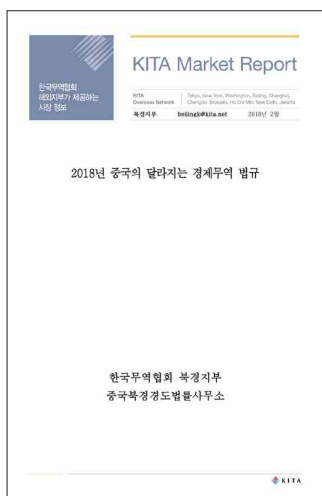
京都南京分所将和南京当地律师紧密配合，深入发展法律服务市场，共同为客户提供高端服务，提升律师行业水平。

活动

京都携手韩国贸易协会共同发布 《2018年贸易相关中国法律变化报告》（韩文版）

近日，京都律师事务所与韩国贸易协会北京分会共同发表《2018年贸易相关中国法律变化报告》（韩文版），韩国多家主流媒体都特别报道了这份报告。

报告书共介绍27部有关经济贸易法律的变化及解析。这些27部法律涉及环境、行政法规、进出口贸易等内容。具体介绍环境保护税、水污染防治法、生态环境赔偿制度等新的制度、海关货物进出口有关法规的变化、原规定截止2017年年末的海外购进口产品免税期限延长至2018年末等内容。



《2018年贸易相关中国法律变化报告》（韩文版）首页

本报告书主要通过韩国贸易协会发布到数万家该协会的会员企业，为这些企业对华贸易及投资相关的法律问题起到预防作用。

京都韩国业务团队分别由国际投资、争议解决、国际税务等专业领域具有专业知识和丰富实务经验的法律专家组成。他们不仅具备了精湛的专业知识，而且与京都300余名精通各领域的专业律师开展紧密合作，与联合国内外知名律所、会计师事务所、资产评估机构等，为客户提供全方位、一站式专业法律服务，满足不同行业客户的不同需求。



活 动

京都成功举办《2017年度互联网法律服务行业调研报告》发布会



许身健教授



田文昌律师



朱勇辉律师



陈宇律师

“人工智能”概念已经普遍被互联网服务所运用，在“互联网+法律”领域中此提法也屡见不鲜，那么现实情况“互联网+法律”领域和人工智能之间融合情况如何呢？人工智能真的可以代替律师的工作吗？这些疑问在2018年1月29日的《2017年度互联网法律服务行业调研报告》发布会上得到了明确回复。

本次发布会以新视野、新思维、新变革为主题，由京都律师事务所携手中国政法大学法学院大数据和人工智能研究中心、法律科技公司iCourt及知名法律新媒体律新社联合召开。

本次发布会由京都律师事务所主任朱勇辉主持，中国政法大学法学院副院长许身健，京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌等法学专家出席。会上来自iCourt、数联惠法、律新社、人人法、法天使等知名互联网法律机构的大咖们带来精彩的主题演讲，就技术驱动法律、大数据司法应用探索、法律服务产品的应用之路、法律服务的互联网思考、律师如何利用工具提高工作效率等热门话题进行专业、深入、独到的剖析。

许身健教授在致辞中提到，近年来，大数据、人工智能等信息技术

迅猛发展，以前所未有的速度、广度和深度影响人类生活，这已经并将继续给人类社会生活带来前所未有的重大变革。在上述背景下，人类社会全面回应新技术革命。这一革命给全球法治带来了巨大的挑战和机遇。此外，许教授对中国政法大学大数据和人工智能法律研究中心进行了介绍，并表示该中心将集中、深入、系统地开展前沿科技与法律的交叉研究、课程改革、人才培养、跨领域交流和国际合作，以更加积极的姿态回应新科技革命给法治带来的挑战和机遇。

田文昌律师说，过去的社会发展是以百年、千年来分析计算的，现在是以每年，甚至每月来计算的，现在科技发展的速度之快，之神速，很大程度上可以说决定性的因素取决于互联网的出现。所以在这个时代，每个行业，包括每一个人适者生存，不进则退，每个行业都离不开互联网。

发布会现场，京都律师事务所高级合伙人，京都（南京）律师事务所负责人陈宇律师介绍了《2017年度互联网法律服务行业调研报告》的情况。《2017年度互联网法律服务行业调研报告》分为互联网法律机构变化情况介绍、互联网法律机构的变化、2017互联网+法律新特点、未来的互联网+法律等四个部分，以行业内共计251个互联网法律机构作为样本，着重分析

活 动

模式创新与技术革命带给互联网法律行业的变化，并对未来“互联网+法律”变革和发展的可能性方向进行预测。这也是京都第二次发布年度互联网法律服务行业调研报告。

此外，律新社CEO王凤梅主讲“法律服务产品的应用之路”，iCourt 合伙人郑玮以“技术驱动法律”为题做了分析，成都数联惠法科技有限公司总经理王方分享了“大数据司法应用探索”，人人法 CEO刘霁辉带来“法律服务的互联网思考”，法天使创始人常金光就“律师如何利用工具提高工作效率”发言。

随后，陈宇律师主持了圆桌讨论环节，与会嘉宾围绕大数据、人工智能的发展对互联网法律行业有哪些影响，如何看待资本市场对互联网法律行业的关注，公检法及政府部门与民间互联网法律机构相互合作将对行业产生什么影响，传统法律人如何应对和参与“互联网+法律”行业的发展等问题展开了讨论。

与会嘉宾达成共识，“互联网+法律”初见变革之路。虽然到目前为止，仍然没有看到哪一个机构处于完全的优势地位，但这正意味着“互联网+法律”领域机会无限，期待互联网法律机构的颠覆性创新与变革。

革。

本次研讨会现场，嘉宾以开放的思路、特定的主题共话互联网法律服务行业，进一步深化了大家对互联网+法律的认识，取得了圆满成功!



发布会现场，部分嘉宾合影。左起：法天使创始人常金光，iCourt 合伙人郑玮，京都高伙、南京分所负责人陈宇，律新社CEO王凤梅，京都律所主任朱勇辉，中国政法大学法学院副院长许身健，成都数联惠法科技有限公司总经理王方，人人法 CEO刘霁辉

精益求精

——中国律师远赴纽约大学法学院提升诉讼能力

由纽约大学法学院和京都民商诉讼研究中心联合组织的“中美民商律师诉讼技能高级培训班”于2018年1月8日在纽约大学法学院Lipton大厅如期举办，来自全国各地的32名律师参加了此次培训。

此次培训内容主要为美国民事纠纷解决制度中的律师实务，侧重于民商事诉讼律师的技能培训，包括美国民事司法制度、草拟商事合同、负债融资的管理、律师执业技巧、交叉询问技巧等律师思维、诉讼技巧等实务内容。授课过

程采用实际演练和知识性授课相互穿插的方式，让律师们学以致用，深刻领悟课程内容。期间，学员参观了美国律师事务所和法院，旁听实际庭审，与法官交流，并再次回到课堂对法庭旁听进行讨论。具有实际操作性的培训能够高效



活 动



↑ Helen Hershkoff教授（站立者）为中国律师授课



↑ 中国律师在纽约东区联邦法院留影，前排左一为纽约东区联邦法院法官哥德，前排右一为联邦法官郭佩宇

提升国内民商律师的诉讼思维和技能。

培训的前两天，Helen Hershkoff教授为律师们讲解美国民事司法的基本制度，包括普通法渊源和对抗性特点，如何将基本制度运用到问题识别、事实发展、法律分析和辩护中。另外，Helen Hershkoff教授还介绍了级别管辖、对人管辖权、诉讼程序和复杂的诉讼尤其是集体诉讼。课程后半部分侧重于纠纷解决、法律分析、事实整合、诉讼处置实务中律师扮演的各种角色及不同的思维方法和技巧。

第三天，中国律师团旁听案件，与法官共进午餐零距离交谈，与美

国律师座谈业务，直接体验美国司法制度，学习美国律师实务经验。中国律师团到纽约东区联邦法院旁听了由首位台湾出生的纽约地区联邦法官郭佩宇审理的案件，主管调解的Robyn Weinsten法官向学员介绍美国ADR调解制度（替代性纠纷解决办法）。联邦法院开庭的规范高效、代理律师的职业表现、法官的专业耐心和优越的职业荣誉感，给中国律师留下了深刻的印象。下午，律师团来到DORSEY（德汇）律师事务所。双方律师热烈探讨了国际争议解决尤其是美国企业在中国、中国企业在美国的法律实务问题

和业务合作的市场空间。

第四天，律师们学习商务合同的起草、交叉询问的律师技巧。上午，纽约大学法学院教授、商事交易法律事务高级研究员Naveen Thomas讲授的课程是起草商务合同——条款及救济。下午，纽约大学法学院研究生律师项目副主任Irene Ayers教授向律师们讲解了如何在庭审前解决纠纷——协商调解的策略。紧张的一天学习后，项目顾问虞平教授带领律师们来到位于华尔街街区的Sher Tremonte律师事务所进行交流。

培训活动的最后一天学习负债融资的管理和构成，由纽约大学国际交易实习中心主任Deborah Burand教授授课。律师们积极参加模拟演练、分组讨论，逐步掌握了负债融资中当事人协商方法、常用文件、债务重组协商方法、财务报告解读等实务知识，脑洞大开。

当天课程结束后，纽约大学法学院培训部为中国律师团举行了结业典礼暨送别酒会。让中国律师惊喜的是，国际上著名的法学家、社会活动家科恩教授



↑ 中国律师团在Sher Tremonte律师事务所交流



↑ 右一为纽约大学国际交易实习中心主任Deborah Burand教授

活 动



| 最高院原高级法官王宪森（图中）领取证书



| 中国律师在国会山前合影

光临酒会现场。

培训结束后，中国律师团进行了以了解美国法律文化为主题的“宪法之旅”活动。律师们参观了自由女神、游览大都会博物馆，奔赴费城、华盛顿，瞻仰了美国独立宫、华盛顿纪念碑、杰佛逊纪念堂、林肯纪念堂等历史名迹。之后，中国律师团赴美学习交流活动的压轴大戏——参观美国参议院、拜会美国联邦最高法院阿利

托大法官，如期进行。

京都律师事务所联合中外法律机构合作成立的京都民商诉讼研究中心，秉持“实务研究和理论探讨相结合”的原则，以民商诉讼仲裁案例研究为基础，以实务研究推动法立法司法制度完善为理念，为中国民商律师搭建一个提升法律理念、加强诉讼技能、开阔职业视野的新平台。这次与

美国纽约大学法学院合作的律师培训活动，是该中心为中国民商律师提升诉讼能力而精心策划的活动之一。内容丰富、专业深入的课程，冲击着中国律师的每一根神经，层次之高让所有成员倍感幸运，直呼过瘾。据悉，京都民商诉讼研究中心将陆续开展更多主题明确、形式多样的培训课，请拭目以待。✿

邹佳铭律师赴德参加“中德国际视野下的反洗钱与资产追回研讨会”

2017年11月20日至21日，由北京师范大学刑事法律科学研究院、G20反腐败追逃追赃研究中心与德国马普外国刑法与国际刑法研究所共同举办的“中德国际视野下的反洗钱与资产追回研讨会”在德国弗莱堡成功举行。来自北京师范大学刑事法律科学研究院、G20

反腐败追逃追赃研究中心、华中科技大学法学院、京都律师事务所等的中国专家代表，以及来自德国马普外国刑法与国际刑法研究所、瑞士伯尔尼大学刑法与犯罪学研究所、意大利博洛尼亚大学的外国专家代表30余人参加了本次研讨会，与会代表就反洗钱与资产追回的主

题进行了深入而热烈的讨论。

本次会议分为五个单元，分别就“反洗钱：概念与规制模式”“反洗钱立法”“资产追回的理论与实践问题”“资产追回的实践问题”“从预防的视角讨论反洗钱问题”进行了深入探讨。在“从预防的视角讨论反洗



活 动



1 邹佳铭律师在“从预防的视角讨论反洗钱问题”单元发言

钱问题”单元，京都律师事务所高级合伙人、G20反腐败追逃追赃研究中心兼职研究员邹佳铭律师对反腐败与企业合规的关系进行了反思，提出对单位犯罪进行立法完善的建议。

2017年正值德国担任G20反腐败工作组共同主席国，本次研讨会是G20反腐败追逃追赃研究中心成立以来举办的第一次双边学术研讨会。此次学术探讨会充分展示了中德在反洗钱和资产追回方面的成果、分享了先进的立法经验，进一步加强了北师大刑科院与德国马普外国刑法与国际刑法研究所的交流与合作，得到了中德双方的肯定和欢迎。

“赢在风口——私人财富管理业务”交流会在京都召开 韩良律师做主题分享

2017年12月21日，由京都律师事务所、京都家族信托法律事务中心、富厚学苑和笨鸟俱乐部联合主办的“赢在风口——私人财富管理业务”交流会（京都律所站）在京都律所举行。

本次活动由笨鸟俱乐部发起人贾明军律师首先带来精彩分享，他以“财富管理、内训与业务创新”为主旨，通过“财富管理业务中，律师的角色”“中国财富管理资金分布与机构需求”“通过案例看财富基本构成与需求”“从财富管理机构需求看律师业务拓展”“律师如何赢在风口、抓住机遇？”等五大部分进行深度探讨，通过对当下的热点事件的生动分析、行业的最新动态、律师业务的多样化合作等将专业知识传授给同行。

2016年被业内人士称为财富管理的“规范元年”，在快速发展的过程中，难免会出现一些误区。富厚学苑创

始人刘长坤老师针对“财富管理业务的常见误区与预防”就“金融机构与财富管理律师合作的目的”“财富管理律师对于金融机构的价值”“律师和金融机构的合作主要存在的问题”以及“律师和金融机构的合作的发展方向”方面带来精彩分享。

京都家族信托法律事务中心是国内首批家族信托法律事务中心之一，韩良律师为京都金融业务总监。本次他以“家族信托律师的机遇与挑战”为主题进行分享。他从“家族信托业务中律师面临的机遇”“家族信托的设立以及面临的挑战”“防范家族信托无效及被撤销的风险”等三个方面展开，阐述如何才能紧跟时代的脚步，涉足目前火爆的财富管理业务。

在三位导师精彩的分享后，笨鸟俱乐部的两名老成员——知名讲师左飞

飞老师和北京策略律师事务所合伙人郑春杰律师也参与了本次交流会的讨论，分享了自己对“私人财富管理”的经验与行业看法。

现场还有其他嘉宾进行了分享，不同的思想碰撞出了激烈的火花，本次交流会圆满结束。



1 京都金融业务总监韩良律师

活 动

刘敬霞律师出席中国PPP咨询机构论坛第一届理事会 并做强化PPP合同意识发言



刘敬霞律师

2017年12月22日，由中国国际工程咨询公司主办的“中国PPP规范发展专题研讨会暨中国PPP咨询机

构论坛第一届理事会第一次会议”在北京召开。国家发展改革委投资司副司长韩志峰、中国工程咨询协会会长肖凤桐、中国国际工程咨询公司总经理王安院士、PPP咨询业内知名专家学者等共计160余位嘉宾和代表参会。

京都律师事务所入选中国PPP咨询机构论坛理事单位，高级合伙人刘敬霞律师出席本次论坛并做主题为“全面坚固合同意识，推进PPP模式健康发展”的发言。

“中国PPP咨询机构论坛”由中国国际工程咨询公司倡议发起成立，目前论坛会员单位218家，其中第一届理事会理事单位64家。

“中国PPP咨询机构论坛”是从事PPP咨询服务的专业咨询机构共同发起设立的公益性专业联盟平台，目的是通过举办各类专业活动，为论坛成员单位搭建相互交流的专业平台，为行业发展提出倡议，为咨询机构与政府主管部门和社会资本方搭建沟通联系渠道，引导我国PPP咨询行业健康发展。

赵岐龙、牛星丽律师主讲“民事诉讼庭审实务与 证据适用疑难问题”

为提升律师在民事诉讼实务中证据适用的能力和技巧，正面解析和深入探讨证据适用的疑难问题和方法，2017年12

月26日，由京都民商诉讼研究中心主办的“民商律师诉讼技能训练营”第二期“民事诉讼庭审实务与证据适用疑难问题”

在京都律师事务所成功举办。本次活动由京都高级合伙人公丕国律师主持，邀请前法官、资深出庭律师赵岐龙和前检



公丕国律师



牛星丽律师



赵岐龙律师



活 动

察官、资深出庭律师牛星丽共同主讲。

牛星丽律师以“民事诉讼庭审实务与证据适用”为题首先开讲。她认为代理思路与出庭技巧是律师职业技能中的核心技能。在介绍代理思路时，她说：“审判实践常常将认定事实与法律适用作为两个不同阶段，但我们应当在事实认定之前对案件作出初步定性，将目光往返于事实与法律之间：既要通过事实来寻找可能适用的法律，也要通过可能适用的法律来调查与本案有关的事实”。介绍出庭技巧时，牛律师强调，律师出庭的核心技巧是要掌握举证证明责任分配原则。她指出，律师要通过直接证据和间接证据还原事实真相，让法

官达到“内心确认”的标准，才会取得胜诉的结果。

赵岐龙律师主讲的题目是“民事诉讼证据疑难问题解析”。他在讲座中提到，民事诉讼中的证明是民事诉讼的难点，其中的证明责任又被称为“民事诉讼脊梁”。民事诉讼中的证明一般包括三部分：证明对象、证明责任、证明标准。证明责任是手段，证明对象是目的，证明标准是检验是否到达目的的检验手段。证明对象解决的是法院裁判的基本事实，也是当事人诉请所依据的事实，这些事实会影响法律关系或权利的产生、变更或消灭。对于证明责任，以往的司法实践中，多秉持“谁主张，谁

举证”的原则，没有区分主观证明责任和客观证明责任，而客观证明责任才是法院解决待证事实真伪不明时的利器。

“举证之关键，败诉之所在”，举证责任的分配事关当事人切身利益，不能由法官自由裁量，应按照权利发生规范和权利反对规范的标准来进行固定分配，最终举证一方提供的证据达到了高度盖然性，就可以认定待证事实存在，从而产生影响法律关系或权利的法律效果。

牛星丽、赵岐龙两位律师的讲座以具体案例为切入点，汇总多年的出庭经验，为京都和其他律所的律师破解庭审实务与证据适用难题，受到了与会者的热烈欢迎。

春节前夕 京都律师为“泉计划”资助的同学送温暖

2018年2月7日，京都所律师及员工与房山区法院的法官，共同看望了“泉计划”帮助的学子及其家庭，给他们送去了新春的祝福。经过七年的相处，京都所律师与这些学子和家长之间，已经结下了深厚的友谊。

当天，京都律所的钟延红、郭庆、金毅、王丹、钱屿及其女儿、霍文培等与房山区法院的法官作为一队前往“泉计划”帮扶的两位学生家庭，送去了新春礼物与祝福。

秦庆芳、李毅然、欧洋携手房山区法院的法官组成另外一队看望了受“泉计划”资助的三位学生。



活 动



“泉计划”是京都所与房山法院共同发起的公益助学活动，七年来共计对十名学子及其家庭提供了帮助。“泉计划”致力于向优秀学子提供物质及精神的双重支持，除提供经济帮助外，更注重对学子及父母家人的引导，帮助他们建立乐观、自信的生活态度，鼓励他们通过自身的努力创造自己的未来。此外，京都律师还利用自身的专业特长，为他们提供了许多法律援助。

技术许可有风险 王菲律师说措施

2018年1月31日，“京都知识产权公益沙龙”第七期在京都律所北京总部举行。王菲律师以“技术许可过程中的知识产权管理及风险防范”为主题，从技术许可合同的规范使用及注意事项、技术许可中应注意的相关法律规定及解析、技术许可过程中的多发纠纷及规避建议等三个方面进行了详细阐述。

在重点阐述技术许可过程中的多发纠纷及规避建议时，王菲律师展示了一份最近五年的技术许可合同相关案由

数量排名表，根据排名表显示，侵害技术秘密纠纷、发明专利实施许可合同纠纷、实用新型专利实施许可合同纠纷位列前三，需要企业高度重视。针对高发的纠纷雷区，王菲律师给出了切实可行的建议：一、熟悉并遵守相关法律法规，二、树立公平竞争意识，三、合同约定清楚明确，四、深入了解相关行业惯例及许可技术，五、许可流程完整规范，六、竞调严谨细致。



王菲律师

金毅律师应邀参加第二届中国竞争与反垄断实务论坛 并做主题演讲

2018年1月22日至23日，由广东省律师协会联合北京、上海、广州、深圳

四地律师协会共同主办的“第二届中国竞争与反垄断实务论坛”在广州举行，

京都律师事务所合伙人金毅受邀作为演讲嘉宾参加本次论坛。



活 动



金毅律师

在“反垄断调查与合规”环节，金毅律师结合近年来参与反垄断行政调查的实务经验，针对反垄断执法常态化下的企业合规做了主题演讲。金毅律师建议，随着反垄断执法工作的逐渐深入，企业应基于所处行业及本企业的实际经营情况，建立有效的合规机制，降低反垄断合规风险。

来自全国各地反垄断执法机构、高校、研究机构、律师事务所、中外企业的代表逾200人参加了本次论坛。



澳大利亚昆士兰大学法学院师生一行参观京都

1月11日澳大利亚昆士兰大学法学院Enshen Li老师及其学生共计15人一同参观了京都律师事务所，京都律师事务所印波律师接待并就中国的律师制度、京都律师事务所的业务状况、刑事辩护领域的业绩、中澳两国在法律领域的合作前景予以介绍。

昆士兰大学法学院的师生对当前中国司法改革对律师业务产生的影响、京都律师事务所的远景规划、刑事辩护业务的前景等方面提出了许多问题。印波律师予以一一解答，并且提议昆士兰大学法学院的学生在中澳跨境犯罪、中资企业在澳洲上市等领域加强关注，积极开辟新兴律师业务领域，为中澳两国的法律业务合作作出更大的贡献。



昆士兰大学法学院的师生与印波律师在京都合影

荣誉

田文昌、朱勇辉律师出席桂客年会， 京都荣列“年度十佳刑辩律所”

2018桂客年会“中国律所管理高峰论坛”于1月11日在北京丽亭华苑酒店成功举办。

全国律协刑委会主任、京都律师事务所创始人田文昌律师受邀担任该论坛高峰对话“刑辩市场新机遇，刑辩专家话刑辩”的点评嘉宾。京都律师事务所主任朱勇辉律师应邀参加对话，阐释京都的发展现状与先进理念。

本次活动中，京都律师事务所被评选为“年度十佳刑辩律所”，朱勇辉律师代表京都领取奖杯，并表示，京都将在保持刑辩业务强项的基础上，加速推进专业化、团队化、国际化的大型综合法律服务平台的建设，在2018年继续发力，与客户、同仁、友人携手同发展，创新谋未来。



京都律师事务所荣获“年度十佳刑辩律所”的奖杯 | 田文昌律师（左六）、朱勇辉律师（左四）在颁奖典礼现场

梁雅丽律师荣获中国企业报 “2017助力金融风险防范人物”大奖



梁雅丽律师荣获“2017助力金融风险防范人物”称号

2017年12月12日，在《中国企业报》主办的中国企业发展论坛上，梁雅丽律师获得“2017助力金融风险防范人物”荣誉称号，这也是全国唯一获得该荣誉的专业律师。

这些年，梁雅丽律师带领她的团队一直致力于法律风险防范的研究，她本人也经常受邀为国内知名企业、商会、协会做法律

风险防控讲座。梁雅丽律师表示，“企业家们将法律意识摆在第一位，企业才能长治久安。企业无论大小，都要注意防范法律风险，不仅老板与管理层要有法律意识，每个员工也应提高法律意识。”梁雅丽律师说，考察一位企业家是否具备现代企业家的素质，很重要的一点就是看他是否具有企业法律风险意识。如果企业对法律风险估计不足或处理不当，会带来相当严重的法律后果，有时甚至是“颠覆性的灾难”，这样的案例不胜枚举。

近年来有一个可喜的现象，企业家们越来越重视法律顾问的作用，很多大企业、大集团都设立了总法律顾问制度，这对于防范企业法律风险起到积极的使用。但建立更有效的企业法律风险防控体系，则需要有经验丰富、业务全面的律师团队执行实施，“一招鲜”的律师团队是无法胜任的。梁雅丽律师和她的团队，在刑事案件及民事事疑难复杂案件、知识产权案件都有丰富的办案经验，并能为企业提供全面有效的法律风险防控解决方案，在客户中形成了较好的口碑。



荣誉

吕志轩律师被聘为互联网金融科技委员会首届政策委员会专家顾问

2018年1月4日，京都律师事务所高级合伙人吕志轩律师受邀参加了由中国信息通信研究院指导，互联网金融科技委员会主办的行业高端闭门会议“互联网金融合规自律与科技创新峰会暨互联网金融科技委员会成立大会”，会上吕志轩律师被聘为互联网金融科技委员会首届政策委员会专家顾问，并作了题为“科技创新与互联网金融风险控制”的主题报告，报告取得了良好的效果。



吕志轩律师



吕志轩律师的聘书

刘铭律师参加民盟法治论坛并获奖



刘铭律师

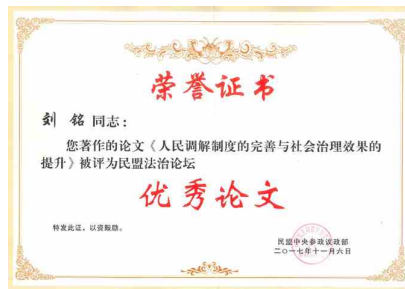
2017年11月6日，由民盟中央法制委员会和民盟四川省委员会主办，民盟四川省委社会法制工作委员会和民盟成都市委员会承办的民盟法治论坛在四川成都举行。

论坛专家研讨环节中，李玉兰、李德恩、董玉明、邹汉江、秦飞雁、刘铭、李先龙，唐正彬、陈山、潘传平、马天轶等11位专

家盟员分别围绕“现实语境下的司法改革”“社会治理的思考与实践”“以法治方式推进社会治理现代化”三个分论坛主题作了精彩发言。

本次论坛收到民盟各级组织提交的论文共137篇，经论坛组委会组织专家严格评审，评选出优秀论文46篇，民盟北京市委委员、法制委副主任、京都律师事务所高级合伙人刘铭提交的《人民调解制度的完善与社会治理效果的提升》被评为优秀论文。

本次论坛以“司法改革与社会治理”为主题。来自最高人民法院、最高人民检察院、民盟中央法制委员会、民盟各级组织的领导、盟员专家及四川省相关领域的领导、法律专家学者和代表约220人出席了论坛。



刘铭律师的荣誉证书

荣誉

京都大连分所荣获“大连市优秀律师事务所”称号 多位律师获嘉奖



京都大连分所被大连市律师协会授予“优秀律师事务所”的奖牌



左起：李祥律师，王淑香（财务），张彤律师，华洋律师，陈立群律师，许俊律师，赵明律师

2018年1月6日，大连市律师协会举办“不忘初心·逐梦前行”纪念大会，大连市500余名律师欢聚一堂，共享盛会。

会上京都大连分所荣获“优秀律师事务所”称号，多位律师分别获得嘉奖。大连分所主任华洋律师获“30年行业特别贡献奖”，副主任陈立群律师和张彤律师获“30年行业发展贡献奖”，合伙人王秀宏律师获“行业发展贡献奖”，许俊律师获“大连市优秀律师”称号，李祥律师获“大连市优秀青年律师”称号。

满载的荣誉是行业协会和业界对京都大连分所的肯定更是对京都大连分所律师的认可。

京都大连分所主任华洋律师入选财政部PPP专家库



华洋律师

2018年1月15日，京都大连分所主任华洋律师通过财政部政府与社会资本合作中心的审核，成功入选财政部政府与社会资本合作中心专家库（以下简称财政部PPP专家库）。

截至2018年1月28日，财政部PPP专家库入库专家共455人，其中法律类69人。该专家库是2017年财政部为规范推广政府和社会资本合作（PPP）模式，充分发挥PPP领域专业人士的重要作用，保证PPP项目评审活动的公平、

公正、科学、严谨设立的。

华洋律师自2008年开始从事公共事业特许经营（BOT）相关业务，负责和参与了20多个特许经营项目，主要涉及市政交通、污水处理、燃气特许经营等方面。多次担任项目负责人，为政府方与社会资本方提供法律服务，解决项目建设过程中遇到的问题；也曾多次作为专家组成员，对政府相关项目中遇到的问题进行研究和论证。



荣誉

田纪华律师出色代理法律援助案件 获北京四中院表扬



田纪华律师

2017年12月26日，北京市第四中级人民法院刑事审判庭向京都律师事务所发来表扬信，对田纪华律师提出表扬。

田纪华律师在身怀六甲行动不便的情况下，仍然认真、高效地办理法律援助案件，得到受援人和法院一致认可。

表扬信称“田纪华律师对案件的负责和担当，是该案圆满审结的重要保障，田律师有孕在身略显‘笨重’的身影是2017年度里刑事法庭里最美丽的身

影，她令合议庭成员为之感动，也让情绪激动的被害人家属看到了法律人的付出，并由衷的表示赞许”。

田纪华律师2006年开始从事律师工作，执业11年，承办上百起民商事诉讼、仲裁案件，积累了丰富的诉讼经验。她是京都法律援助律师的优秀代表之一，京都律师对法律援助案件都具有高度的负责精神。

媒体

田文昌律师呼吁：涉黑案件应充分有效地保障律师的权利

扫黑除恶是一场人民战争，更是对“保护伞”的深挖。2018年2月6日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部就依法严厉打击黑恶势力违法犯罪相关事项发布通告。对于为黑恶势力违法犯罪人员充当保护伞的国家机关工作人员，将坚决依法依纪查处，不管涉及谁都要一查到底，绝不姑息。2月6日，中央电视台《新闻1+1》制作专题“黑恶势力的“保护伞”，怎么打？”。栏目直播过程中，主持人电话连线了京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌律师。田文昌律师呼吁“此次扫黑除恶的依法推行也包括着依法保障律师的各项诉讼权利”。

田文昌律师说：“我们呼吁希望在涉黑案件当中，尽量充分有效保障律师的会见权。再有就是律师能够切实行使辩护权，包括行使辩护权之前的调查取证权，这些都很重要。因为涉黑案件很复杂，涉及到的证据比较多，涉及到的人数也比较多，所以希望能够重视律师的作用，特别是不要限制律师



图为《新闻1+1》栏目电话采访田文昌律师

辩护权的行使，这是非常重要的。”

据悉，目前全国律协已经成立了扫黑除恶专项工作律师辩护代理业务指导委员会，将加强对此类案件指导。随着扫黑除恶行动的持续开展，在保证扫黑绝不手软的同时，办案机关与辩护律师都遵守法律程序，依法办案才能最终保证确保把每一起案件都办成铁案。

媒体

金杰律师做客央视《谈事说理》： 《人民的名义》与《暗箱》有实质性区别，不存在抄袭！

2017年，一部横扫老中青三代的热播大戏《人民的名义》，可谓是红遍大江南北，而事后却又无端陷入了一场版权纠纷案。《暗箱》的作者刘三田女士要求对方索赔金额1800万元，而《人民的名义》编剧周梅森先生另案起诉，要求对方赔偿1元。双方索赔金额相差巨大，案件又将如何反转？

近日，京都律师事务所高级合伙人、作家周梅森《人民的名义》著作权案代理律师金杰，《人民的名义》总监制总发行李学政，著名剧评人李星文，CCTV特邀评论员张荆等做客《谈事说理》再谈《人民的名义》的著作权问题。

在《谈事说理》现场，金杰律师表达了如下观点：小说《暗箱》与《人民的名义》之具有实质性区别，二者没有可比性。他从以下几个方面进行分析：

第一，《人民的名义》和《暗箱》在核心事件上完全不同。《人民的名义》的核心事件围绕检察官侯亮平为代表的检察官查处腐败案件展开。侯亮平临危授命，调任汉东省检察院任反贪局局长，与腐败分子进行了殊死较量，展现了当代检察官的风采，以及党和国家反腐高压下的汉东省的政治生态。查办丁义珍、祁同伟和高育良等腐败案件，是《人民的名义》的核心事件。《暗箱》围绕企业改制和省长刘云波与女记者季子川之间的情人关系展开，是这个小说的核心事件。

第二，小说的叙事结构完全不同。



左起：cctv《谈事说理》主持人叶美毅，《人民的名义》总监制、总发行李学政，京都律师事务所高级合伙人、作家周梅森《人民的名义》著作权案代理律师金杰

《人民的名义》是从检察官侯亮平查处贪污案件开始，从查处丁义珍的腐败案件入手展开小说。《人民的名义》的电视剧，因为时间和空间很有限，把大风厂的纠纷和风波放在了首位，突出这个矛盾。《暗箱》的叙事结构，主要展示了一个官商腐败和腐败官员的问题，并没有投笔墨描写反腐败。这是《暗箱》最突出的一个特征：它展示腐败，没有明确地展示反腐败。

第三，《人民的名义》与《暗箱》中的人名也不同，没有一个相同的名字。但是，原告提到一个人名，《人民的名义》里面有一个蔡成功。原告一方说蔡成功是《暗箱》里面两个人名的合成。《暗箱》有一个省委书记是陈思成，另外一个人物叫吴胜利，他捡到了陈思成的信息后冒充陈思成的弟弟陈思功，与腐败市长崔长青的儿子一起坑骗企业，做违法的事情。这个人物和蔡成功没有任何联系。《人民的名义》里的

蔡成功是大风厂的董事长，对方说陈思成和陈思功最后两个字拿出来组成了《人民的名义》里的蔡成功，我们觉得非常荒唐。这三个人物没有任何的联系，怎么能说那两个人的名字的尾字组成了蔡成功的名字？我们认为在这几个方面，两本小说具有本质、实质性的差异。

《人民的名义》总监制总发行李学政表示：“开始我们都不知道《暗箱》这部小说，就因为刘三田老师起诉了我们之后，才知道《暗箱》。”现在是法治社会，是一个自由表达的时代。作为《人民的名义》的总监制、总发行人，也是当事者，他尊重刘三田老师的想法。但是对于陈有西律师提到的为了否定刘三田老师是“碰瓷”没有在《人民的名义》播放的时候起诉、如果起诉《人民的名义》就有可能被停播的说法，予以了坚决反驳。对于对方说不是蹭热度的说法，他反问：“如果不是



媒体



左起：CCTV特邀评论员张荆，著名剧评人李星文，cctv《谈事说理》主持人叶美毅，京都律师事务所高级合伙人、作家周梅森《人民的名义》著作权案代理律师金杰

为了炒作，不是为了蹭热度，那我就问一句，起诉之后为什么在我们没有收到任何材料的情况下，突然间在媒体上公布。”李学政表示可以与对方在任何一个场合下公开地辩论。

著名剧评人李星文表示《人民的名义》有三个特点：一、这是涉及到反腐层级最高的一部剧；二、电视剧演绎的是一场自上而下的、居高临下的反腐行

动，引发了一连串的事件；三、非常深入地描述了现在的一些官场生态。这三个特点是属于周梅森老师非常独创的一些东西。他说：“周梅森老师是一个骄傲的人，这个骄傲来自于著作本身的这么一个成就，也来自于他始终跟腐败现象不屈不挠的斗争，来自他的正气。抄袭这件事情，对他来说，第一，完全不在考虑之内的一件事情；第二，他是完

全不屑于去做这样一件事情。”

CCTV特邀评论员张荆教授表示：“双方各说各的道理，可能最后还是我们讲民法或者说是著作权法，证据是著作权法之王，或者证据是民法之王，要根据最后双方的证据，经过法院的公平的审理最后得出一个结论。”同时，他说刘三田女士曾在《谈事说理》现场说（两部小说）有多数故事的桥段是相似的，他认为这个可能是在法律上用词不是特别地妥当。因为桥段一般是指比较经典的或者是流行的影视的一些表现的手段，如果是作为一个影视的表现手段或方法的话，它不应该受著作权保护，是著作权保护范围之外的。

在栏目的结尾，CCTV《谈事说理》主持人叶美毅表示：“我们尊重每一位艺术创作者，尊重每一部作品，同时，我们也尊重中国的法律，我们也期待这个案件最终法律会给出一个真相大白的那一刻。”

李秀娟律师做客央视 深度剖析江歌案背后的法律热点问题



李秀娟律师

近日，中央电视台《谈事说理》节目做了一期名为“深度剖析江歌案背后的真相”的专题。曾参与《刑事诉讼法》等国家重大立法研究与论证的京都律师事务所合伙人李秀娟就社会广泛关注的“江歌案”进行点评。

节目中她深入分析了中日刑事法律的对比，日本刑法对死刑的适用，以及法律、道德、舆情等问题对审判的影响，并就中日两国司法管辖、被告人能否引渡回国审判等问题深入进行了剖析。

锐意进取 精益求精

——田文昌律师在2018京都年会上的致辞

■ 田文昌 / 文



田文昌律师在2018京都年会现场致辞

首先对各位嘉宾、各位新老朋友表示感谢，也是跟京都人说几句心里话。

2017年，我讲的主题词是两个字——腾飞。2015年，在京都20年所庆的时候，我说过，经过20年的努力，我们向综合化、团队化、专业化、国际化方向迈进，实现了第三次创业。经过两年的务实准备，2017年我们提出了“京都发展加速度”的新目标。因为京都已经插上翅膀，开始全面腾飞了，所以，2017年我讲的主题词是腾飞。

那么，今年，2018年我要讲的主题词还是两个字——精进！就是要在改革目标既定的道路上继续锐意进取，精益求精。

2017年，京都在改革方案设计上取得了实质性进展。我们进行了分配机制的改革，完成了业务分类的调整，实现了律师专业的归集，搭建了部门化管理的模式。通过以上四个方面的动作，京都完成了管理模式改革的结构性调整，为2018年的发展奠定了坚实的基础。

2018年是实施新政的起始之年，我们经过反复的探索研究，制定了整个京都所管理和发展模式的新方案。所以，2018年，我们应当在新的改革发展大方向的基础上锐意进取，精益求精。

如何做到精进？

一是更新观念，同舟共济。希望京都人能够明确目标，做一个志同道合的创业者。“道不同者，不相为谋”，中国律所发展模式多种多样，各有千秋，没有优劣好坏之分，但是各有各的选择。我们京都人选择了综合化、团队化、专业化、国际化的模式，我们20多年来也一直朝着这个模式发展。来到京都的人、加入京都的人，都要有这个共同的奋斗目标。所以，在改革方案初步形成的基础上，希望大家能够明确目标、同舟共济，完成京都的发展大业。既然明确了既定的方向，就一定要有一致的理念，没有理念的一致，就不

2017年，京都在改革方案设计上取得了实质性进展。我们进行了分配机制的改革，完成了业务分类的调整，实现了律师专业的归集，搭建了部门化管理的模式。通过以上四个方面的动作，京都完成了管理模式改革的结构性调整，为2018年的发展奠定了坚实的基础。



可能有快速的发展。

二是坚定信心，不断进取。在改革中发展，在发展中改革。任何改革都没有固定的模式，都是在不断探索中求发展。虽然我们有了一个初步的模式，但是还要在这个模式的基础上不断地修正，不断地探索。我们现在的模式绝对不是最完美的模式，不可避免地还会存在一系列的问题、分歧和不足。但是，我们不能等待，不能因为有困难、有分歧就停滞不前，必须要在改革中发展。只有在不断改革中前进，才能与时代保持一致的步伐。对此必须有坚定的信心。

三是同心协力，各领风骚。在理念相同、大方向一致的前提下，要百花齐放，各显其能。京都历来主张、提倡大家充分发挥各自的能动性和创造力。只有这样，京都才能一直保持活力。共同创业，是要求同存异，绝不是要千篇一律，这也是京都发展历程中的一个重要风格。

四是优胜劣汰，质量为本。京都发展到今天，不论是我们自己还是外界对我们的评价，都认为我们既有扎实的理论基础、又有坚实的业务功底，是一个朝着正规化方向发展的律所。所以，我们的质量关一定要把好。刑事业务是京都的领军业务，先从刑事业务部做起，必须通过不断培训、考核来提高质量，要设定出明确的标准。今年刑事业务部的独立出庭资格

已经施行了，要持证上岗。没有刑事业务部颁发的出庭资格证书的人，就不能独立出庭。不仅出庭如此，庭下也应有标准，达不到设定标准的，可以通过学习提高。京都都会给大家提供平等的机会，给每个人去不断提高的机会，如果到了一定时限达不到标准，就只能“优胜劣汰、适者生存”。

其他部门也应该逐步按照这个方式去发展。京都人绝对不能在质量上出问题。对于京都律师，我们要在理论功底、实操能力、服务质量和职业道德等各个方面，提出严格的要求。京都一定要实施优胜劣汰的机制，大家要做好充分的心理准备，但是我们会给大家充分的时间和空间。我相信，每一个京都人经过自身的努力一定会达到京都的标准，每一个将要来到京都的人也一定会到达京都所的要求。在这个基础上，我们一起走向良性发展的道路，京都所的前景自然就会越来越好。

总而言之，2018年，希望大家共同抓住机遇，迎接挑战，同心协力，在实行新政的基础上通过共同努力，能够共同感受并且享受到管理出效益的丰硕成果。对此，我有坚定的信心，相信大家在2018年底的时候能够看到这样的成果。

我更希望在2019年的时候，京都所能迎来更大的转变，在管理体制、业务发展上取得更加辉煌的成果。✎

谈案说法

律师为知识产权保护赋能





“台湾正名运动”引发的知识产权纷争

■ 钟延红 / 文

2018年2月28日，台湾国际造船股份有限公司的代理律师收到北京市高级人民法院就“CSBC”商标异议复审行政纠纷一案送达的终审判决。至此，因“台湾正名运动”所引发的围绕“CSBC”知识产权纷争在中国大陆的争议也终于落幕。客户对于凝聚无数人心血、感情的企业商号和商标在险些失去后又终于回归百感交集，代理律师对于代理案件过程中了解到的一场政治运动给企业带来的纷争和经济损失也实在是无语。仅此回顾一下案件始末，唯望政治家的视角能投放到国计民生上。

一、“台湾正名运动”

“台湾正名运动”于2002年5月11日正式启动，又称“511台湾正名运动”。

“台湾正名运动”的重点在于区别“台湾”与“中国”的关系，目标为去除所有表示“本国”代表“中国”的名称，该运动在2006年至2008年期间到达高峰。

2007年1月29日，“台湾当局”修改历史教科书内容，将中国史和台湾史分开，并把“我国”“本国”“大陆”改称“中国”。

时任“台湾当局领导人”的陈水扁2004年12月曾说“把国际上容易与中国混淆的单位正名，首先由公营事业着手。”2007年2月，“台湾地区行政管理机构”重启此议案，并从“台湾经济事务主管部门”所属企业开始正名，其中，中国石油股份有限公司更名为台湾中油股份有限公司，

钟延红律师简介



钟延红，京都律师事务所高级合伙人。钟延红律师1993年开始从事律师工作，执业二十余年，办理了大量诉讼和非诉讼业务。钟延红律师担任多家公司和机构的法律顾问，如信达投资有限公司、信达地产股份有限公司、民生银行总行、中国国际金谷信托有限公司、北京安惠汽车服务有限公司等，并协助这些企业完成诸如常规业务审核、股权转让、资产重组、市场推广、争议解决等法律问题的处理。自2013年开始涉足企业新三板挂牌法律服务。钟延红律师作为北京市涉入知识产权领域较早的律师之一，在著作权、商标权、反不正当竞争等方面有较深入的研究和实践经验。

中国造船股份有限公司更名为台湾国际造船股份有限公司。根据在此期间的相关媒体采访报道，曾有工会对更名提出抗议，中国石油股份有限公司在名称变动不大、相关设施不全部更换等情况下的更名费用约新台币7000万元，而中国造船股份有限公司估算硬设备及网站更名费约新台币2000万元。

二、中国造船股份有限公司的更名

中国造船股份有限公司成立于1973年，英文名称为CHING SHIPBUILDING CORPORATION，是蒋经国先生推行的十大经济建设之一，专营造船，并一直以英文简称“CSBC”作为企业及产品标识。

2007年3月1日，中国造船股份有限公司就更名为台湾国际造船股份有限公司（英文名称CSBC CORPORATION，TAIWAN）事宜召开临时股东大会并表决通过该更名议案。

之后，公司股东赖比瑞亚商开隆航业公司（持股比例0.393959%）起诉至法院，要求确认上述股东会决议不成立，其主要理由为代表控股股东经济部（持股比例92.8286%）出席股东大会人员的指派文件存在瑕疵且不具有法律效力，扣除该部分股份数及表决权数后，上述

股东大会出席股份总数尚未达到可做出决议的比例。法院驳回了赖比瑞亚商开隆航业公司的诉讼。法院在判决书中提到，该股东曾在股东大会期间要求公司就更名是否将增加营

运营成本并导致公司遭受损害表示意见。

三、更名之后在台湾的知识产权纠纷

1. “CSBC”之争

根据台湾国际造船股份有限公司提交的公司历史沿革资料，许某曾作为股东赖比瑞亚商开隆航业公司的代表参加公司股东会并当选为公司第七届董事。

2000年5月19日，许某在台北成立伟利船务代理股份有限公司。

2007年，伟利船务代理股份有限公司在中国造船股份有限公司更名为台湾国际造船股份有限公司之后，即向台湾“智慧财产局”申请注册“CSBC”商标，申请类别为第12类船舶及其零组件、轮船等商品；第35类船舶零售及船舶零件配备零售服务；第37类造船服务、船舶修缮及安装服务等服务；第39类船舶运输等服务。

2008年，“台湾智慧财产局”就上述商标申请出具核驳审定书并予以公告。在核驳审定书中，“台湾智慧财产局”认为，该商标图样上的外文“CSBC”为台湾国际造船股份有限公司（前身为中国造船股份有限公司）沿用已久的英文名称China Shipbuilding Corp.的简称，且经查中国造船股份有限公司于1973年成立，为一众所周知之著名国营企业，并一向以英文简称“CSBC”作为行销国内外业务之标示。因企业正名政策，虽于2007年3月2日将其名称改为台湾国际造船股份有限公司，但仍以原来的英文简称“CSBC”为其英文LOGO，其各项权利、义务及业务经营均概括承受。并于更名程序进行中即已透过新闻媒体大力报导，堪认该商标知名度于本件商标申请日前业已广为国内相关事业或消费者所普遍认知而达到著名之程度。且申请人为一个从事船务代理的公司，其业务关联性非常密切，依一般经验法则判断，对其相应商品或服务之行业咨询更应有所接触，实难认为不知该商标早已存在并否认其所产生之著名性。申请人以相同外文“CSBC”作为商标申请注册，并指定使用于与其营业项目相同或类似之商品/服务，客观上自有可能使相关消费者产生联想，造成本件商标所申请注册之商品/服务系由台湾国际造船股份有限公司所参与、授权、加盟或赞助之印象，而使相关公众对其所表彰之商品/服务来源或生产制造主体发生混淆误认之虞。

2009年1月12日，台湾国际造船股份有限公司向“台湾智慧财产局”申请注册“CSBC”商标，并于2009年8月16日

在第12、35、37、39及42类获得注册。

2. “中国造船”之争

2007年8月，台湾国际造船股份有限公司向“台湾智慧财产局”申请注册“中国造船”商标并陆续获得注册。

2009年2月9日，许某在台北设立中国造船股份有限公司。

台湾国际造船股份有限公司以中国造船股份有限公司侵害其商标权为由起诉至法院，要求中国造船股份有限公司不得使用相同或近似于“中国造船”的字样作为其公司名称的特取部分，并应办理公司名称变更登记。该案历时4年，法院终审判决支持台湾国际造船股份有限公司的诉讼请求，责令中国造船股份有限公司更名。2016年，中国造船股份有限公司更名为中华国际造船股份有限公司。

另，鉴于许某设立中国造船股份有限公司后在相关杂志、网站使用“CSBC”标识发布与船舶建造、维修相关的广告，台湾国际造船股份有限公司以许某为被告提起侵犯商标权刑事自诉，法院终审判决许某有期徒刑6个月。

四、更名之后在中国大陆的知识产权纠纷

1. 商标申请及复审

（1）中国造船股份有限公司在中国大陆的商标申请及复审

2009年5月5日，中国造船股份有限公司在中国大陆提出“CSBC”商标申请，指定使用在第37类造船、船舶保养及修理服务（第7372021号）及第12类的船等商品上（第7372022号）。

在法定异议期内，台湾国际造船股份有限公司向国家工商行政管理总局商标局（以下简称商标局）提出异议申请。

就第7372021号“CSBC”商标，商标局于2012年7月31日作出（2012）商标异字第45102号裁定书，认为台湾国际造船股份有限公司异议理由不成立，被异议商标予以核准注册。

就第7372022号“CSBC”商标，商标局于2012年5月15日作出（2012）商标异字第26625号裁定书，认为台湾国际造船股份有限公司异议理由不成立，被异议商标予以核准注册。

台湾国际造船股份有限公司不服，向国家工商行政管



理总局商标评审委员会（以下简称商标评审委员会）申请复审。复审主要理由为被异议商标的注册损害了台湾国际造船股份有限公司的在先商号权益，并构成以不正当手段抢先注册台湾国际造船股份有限公司在先使用并具有一定影响的商标。复审阶段证据包括台湾国际造船股份有限公司企业简介及公司登记资料、公司更名过程的互联网报道资料、公司“CSBC”商标在台湾地区的注册资料、重要船舶杂志上的宣传报道、参加会展照片及合约、2006年与德国汉堡船模实验室订立的合约、2007年与江苏某公司签订的委托生产合约、中国造船股份有限公司的企业登记资料和商标注册资料、“CSBC”及“中国造船股份有限公司”的网络搜索结果。

2014年3月24日，商标评审委员会作出商评字（2014）第40049号关于第7372021号“CSBC”商标异议复审裁定书（以下简称第40049号裁定），裁定被异议商标不予核准注册。

2014年12月31日，商标评审委员会作出商评字（2014）第116667号关于第7372022号“CSBC”商标异议复审裁定书（以下简称第116667号裁定），裁定被异议商标不予核准注册。

（2）台湾国际造船股份有限公司在中国大陆的商标申请及复审

2009年9月1日，台湾国际造船股份有限公司在中国大陆提出“CSBC”商标申请，指定使用在第12类的船等商品上（第7662816号）。

鉴于在相同或类似商品上存在中国造船股份有限公司的第7372022号“CSBC”引证商标，台湾国际造船股份有限公司的第7662816号“CSBC”商标申请被商标局驳回。

台湾国际造船股份有限公司在法定期限内申请复审。2013年11月11日，商标评审委员会做出商评字（2013）第85802号《关于第7662816号“CSBC”商标驳回复审决定书》（以下简称第85802号决定），鉴于至审理之际引证商标仍为有效在先商标注册申请，对申请商标予以驳回。

2. 行政诉讼一审

（1）中国造船股份有限公司第7372021号“CSBC”商标

中国造船股份有限公司不服商标评审委员会第40049号裁定，于法定期限内向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼，台湾国际造船股份有限公司作为第三人参加诉讼并委托北京市京都律师事务所律师代理该案。

律师在整理案卷材料过程中发现复审阶段提交的部分证据存在瑕疵，例如域外证据未办理公证认证手续、英文材料未按要求提交翻译文本等。律师将关于证据规则的相关法律规定提交当事人并提示其完善证据，但当事人没有予以重视也未补充完善证据。

2015年12月16日，北京市第一中级人民法院出具（2015）一中行（知）初字第94号行政判决书，判决认定“CSBC”为台湾国际造船股份有限公司更名前的英文企业简称，更名后继续作为企业英文名称的显著识别部分，

属于其企业商号。但是，鉴于部分证据存在瑕疵，综合全部在案证据并不足以认定在被异议商标申请注册日之前，“CSBC”作为台湾国际造船股份有限公司的商号和商标经使用已在中国大陆地区取得了一定知名度，因此判决撤销第40049号裁定，商标评审委员会就第7372021号“CSBC”商标异议申请重新做出裁定。

（2）中国造船股份有限公司第7372022号“CSBC”商标

中国造船股份有限公司不服商标评审委员会第116667号裁定，于法定期限内向北京知识产权法院提起行政诉讼，台湾国际造船股份有限公司作为第三人参加诉讼并委托北京市京都律师事务所律师代理该案。

在该案的行政诉讼过程中，当事人吸取第7372021号“CSBC”商标复审行政纠纷案件的教训，弥补证据瑕疵，并补充提交了关于许某身份的证据、伟利船务代理股份有限公司在台湾抢注“CSBC”商标被核驳的证据、中国造船股份有限公司在台湾被判决要求更名的法院判决等，以此证明中国造船股份有限公司在中国大陆地区抢注“CSBC”商标的主观恶意。

本案相关诉权和主体资格问题的审理适用2001年《中华人民共和国商标法》。本案其他问题的审理适用2014年《中华人民共和国商标法》第32条，即“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。”该条所称的在先权利包括在先商号权利，其适用要件之一是该商号在与被异议商标指定适用的相同或类似商品或服务上具有一定的知名度。以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标应当为未注册商标（注：商标权保护适用属地原则，台湾国际造船股份有限公司未获得“CSBC”在中国大陆的商标注册），该未注册商标经过他人先使用并具有一定的知名度或具有及于申请注册商标的申请人的影响力，且该知名度或影响力所在的行业与申请注册商标指定使用的商品或服务所在行业相同或近似。

2016年10月28日，北京知识产权法院出具（2015）京知行初字第2428号行政判决书。判决认定，在案证据能够证明“CSBC”为台湾国际造船股份有限公司的企业商号且在被异议商标申请日前在船舶等商品上具有一定知名度，双方当事人同为台湾地区企业，该知名度能够及于中国造船股份有限公司，被异议商标与“CSBC”商号相同且在类似商品上申请注册属于侵害他人先权利的情形。在案证据能够证明

“CSBC”商标为台湾国际造船股份有限公司大量使用并在造船行业具有一定知名度的未注册商标，被异议商标指定使用的商品与台湾国际造船股份有限公司“CSBC”商标实际使用的船舶等商品属于类似商品，被异议商标的注册申请属于以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标的情形。为此，判决驳回中国造船股份有限公司的诉讼请求。

（3）台湾国际造船股份有限公司第7662816号“CSBC”商标

台湾国际造船股份有限公司不服商标评审委员会第85802号决定，于法定期限内向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼。

2014年12月19日，北京市第一中级人民法院出具（2014）一中行（知）初字第7012号行政判决书，判决认定引证商标的异议复审程序尚未结束，引证商标仍为有效在先注册商标，且台湾国际造船股份有限公司的在案证据不足以证明申请商标经过使用获得一定的知名度足以和引证商标相区分，因此判决维持商标评审委员会的应诉决定。

3. 行政诉讼二审

台湾国际造船股份有限公司不服北京市第一中级人民法院的两份判决，中国造船股份有限公司不服北京知识产权法院的判决，双方均上诉至北京市高级人民法院。

2018年2月22日，针对中国造船股份有限公司（已更名为中华国际造船股份有限公司）不服北京知识产权法院（2015）京知行初字第2428号行政判决提出的上诉，北京市高级人民法院出具（2018）京行终534号行政判决书，驳回中国造船股份有限公司（已更名为中华国际造船股份有限公司）的上诉，维持原判，即案件最终结果为中国造船股份有限公司在第12类船等商品上的第7372022号“CSBC”商标不予核准注册。

2018年2月23日，针对台湾国际造船股份有限公司不服北京市第一中级人民法院（2014）一中行（知）初字第7012号行政判决提出的上诉，北京市高级人民法院出具（2015）高行（知）终字第904号行政判决书，鉴于引证商标已被不予核准注册，其不再构成申请商标注册的权利障碍，在申请商标是否应予核准注册的事实基础发生变化的情况下，对被诉决定及原审判决的结论予以纠正，因此，判决撤销被诉决定和原审判决，由商标评审委员会就台湾国际造船股份有限公司针对第7662816号“CSBC”商标提出的驳回复审申请重新作出决定。



“商标合理使用”抗辩

——以“新浪拍客案”为例

■ 刘铭 / 文




一、案情简介和判决

1. 案情简介

“拍客”系指互联网时代下,利用各类相机、手机或DV摄像机等数码设备拍摄的图像或视频,通过计算机编辑处理后,上传网络并分享、传播影像的人群。“拍客无处不在”“谁都能做拍客”,拍客逐渐成为一种非常流行普及的文化现象。

2007年9月至2008年8月,经商标局核准注册,李某、韩某分别取得第4441141号“拍客”文字商标,核定使用商品第9类;取得第4441142号、第4420915号“拍客”文字商标,核定使用商品第41类、42类。

2014年4月11日,李某、韩某以新浪公司在新浪网及新浪微博推出“拍客”客户端、拍客小助手等程

序软件(“拍客 用镜头启示生活”“拍客开发商+”“拍客”“”等),侵犯其商标权为由提起诉讼,要求新浪公司承担停止侵权、赔偿使用“拍客”商标费用360万元等。

刘铭律师作为新浪公司的代理律师代理案件,以“新浪拍客为合理使用”“新浪拍客不构成商标混淆”等作为主要抗辩理由。案件审理历时近三年,经过一审、二审和再审,最终新浪公司取得全部胜诉。

因案件在“商标合理使用”中的典型性,被《知识产权报》等多家媒体报道,并评为海淀法院“知识产权审判二十

刘铭律师简介



京都律师事务所高级合伙人,毕业于北京大学、长江商学院EMBA 27期,教授(兼职)、独立董事、北京市政府特约人员、民盟北京市委委员、朝阳区政协委员、政府监察员、检察院监督员、法学会理事、中央电视台《社会与法》频道特约评论员,北京市司法局副处级挂职(2014年),担任部委、政府、国际知名公司、国有企业、民营企业法律顾问,代理众多复杂诉讼、非诉讼案件,在公司事务、知识产权、资本市场、公司并购重组等有深入的法律实践,具有很高的行业知名度。

年涉互联网经典案例”。

2. 判决结果

本案一审法院在判决中支持了被告代理人“商标合理使用”的抗辩理由。

首先,肯定了“拍客”一词已构成“通用词汇”:

类似“X客”的称呼由来已久,如“门客”“说客”等,可见汉字中“客”前冠以一定的词语来指称一类人的习惯古已有之。进入互联网时代以来,伴随网络技术的发展,网络传输和存储技术不断增强,互联网应用日益增多,网民的参与意识逐渐增强,催生了一批“X客”新称呼,如“黑客”“博客”“播客”“威客”“极客”“醒客”等新兴语言不断出现,“X客”的组词方式逐渐成为网络热门新词产生方式,专门用以指称与互联网技术或应用紧密相关的一类人。“拍客”一词正是在此环境下应

运而生的,用以指称用具有拍照功能的设备,以图片的形式随时随地记录生活内容并上传至网络空间与他人进行交流和分享的人。百度百科对“拍客”词条的解释为互联网时代下,利用各类相机、手机或DV摄像机等数码设备拍摄的图像或视频,通过计算机编辑处理后,上传网络并分享、传播影像的人群。“拍客”逐渐成为一种社会文化现象,并通过各大网站的使用和传播形成了一定的知名度,被告新浪公司提交的证据显示,多家网站将“拍客”作为网站的频道或者服务名称使用,也有专家学者对“拍客”一词进行了专门的阐释,并著述如何成为一名拍客。可见,“拍客”一词在使用中已经具有了社会公众普遍接纳的通用含义,应属于现阶段公有领域中具有特定

含义的词语。¹

另一方面,法院认为本案涉诉的“拍客”文字商标也存在“淡化”从而丧失显著性的可能:

虽然“拍客”一词于注册之时可能具有一定的显著性,但并非二原告独创的词语,而是网民智慧的结晶。二原告未提交证据证明其经过其商标性使用使得“拍客”一词具有更高的显著性、可识别性,为公众所熟知,具有了区别于其原来含义的商品或服务来源的第二含义。相反,因为网民的普遍使用使得该词语在描述一定内容时具有了通用的含义而使商标的显著性明显减弱,也使得该商标与商标权人所谓特定商品或服务之间的联系日益模糊化。商标的本质是符号,而符号有时具有指代人群、产品、功能等作用。本案中“拍客”一词经过市场相关公众广泛使用,已经成为通用词汇,指称一类人或一类技术工具,二原告虽在2007年经申请取得涉案商标,但其怠于使用及主张该商标权利,并由于大众对该词汇的使用使其成为具有特定人群指向性的特殊词而进入公有领域之中,致使“拍客”一词逐步淡化,成为通用词汇,其指示商品或服务来源的功能降低,故商标权人对该商标的使用应当受到一定的限制,不能禁止他人对该词语正当的合理使用。²

上诉审程序中,北京市知识产权法院基本坚持了系争商标是通用词汇的认定,并印证了前述《商标法》59条1款的“门槛作用”:

鉴于商标法规制的侵权行为系商标使用行为,在被上诉人新浪公司的使用行为不属于商标性使用的情况下,对于第三个焦点问题是否构成商标侵权则无进一步探讨的必要。上诉人李某某、韩某某关于一审法院并未对系争商标是否构成相同、近似进行实质审查,属于事实认定不清,适用法律错误的上诉理由没有依据,本院不予支持。³

另一方面,二审法院则推翻一审判决的“淡化”认定——“无论从法定还是约定俗成的角度来看,‘拍客’一词均不能被认定在计算机软件产品(手机客户端)上已成为通用名称”,但亦提供了适用“商标淡化合理抗辩”所应满足的条件,具有很高的操作参考价值:

关于“拍客”一词是否构成涉案计算机软件产品(手机客户端)的通用名称的问题,本院认为,人民法院在判断诉

争商标是否为通用名称时,应当审查其是否属于法定的或者约定俗称的商品名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的,应当认定为通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的,应当认定该名称为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典列为商品名称的,可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场较为固定的商品,在该相关市场内通用的称谓,可以认定为通用名称。⁴

二、“商标合理使用”之分析

因案件在“商标合理使用”抗辩中具有较强的理论性和争议,并有典型性。笔者基于对该案件代理对此作科简要梳理探析。

“合理使用”(Fair Use)是一个舶来词汇,作为一个特定的法律概念,其最早诞生于美国著作权领域的司法实践。该原则可以理解为,法律允许有限地使用他人享有著作权的作品,而不必以权利人的许可为前提。“合理使用”原则,旨在保护著作权人利益的同时,亦使广大社会公众得以有效、自由使用智力成果,即在前述的利益冲突中寻求平衡。如《中华人民共和国著作权法》23、24条即规定了大量“可以不经著作权人许可,不向其支付报酬”而使用作品的情况,但同时亦“应当指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利”。

与成为各国通行法律制度的“著作权合理使用”相比,“商标合理使用”则并非一个较为成熟的概念,这也是由“商标”这一概念本身所决定的。

根据世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS Agreement)的定义,“商标”是“任何能够将一企业的商品或服务与其他企业的商品或服务区分开的标记或标记组合”,而“标记”一般指“文字(包括人名)字母、数字、图形要素、色彩的组合,以及上述内容的任何组合”。故一般意义上的“商标”是一种可视化的标志,其作用则是指代特定的商品或服务,通过不断在市场中使用以形成二者间的固定联系,并最终影响消费者的消费心理。⁵

对享有商标权的商事主体而言,商标是作为“工具”存在

1 参见(2014)京海民初字第14715号判决。

2 李亮:《商标侵权认定》,中国检察出版社2009年版,第152-153页。

3 参见(2015)京知民终字第00114号判决。

4 魏森:《商标侵权认定标准研究》,中国社会科学出版社2008年版,296页。

5 参见彭学龙:《商标法的符号学分析》,法律出版社2007年版,第111-113页。



的：其符号本身并未蕴含重大商业价值（符号的美学价值不在本文探讨之内），而符号所代表的商品品质、信誉保证等与其他同类商品的差异化信息，即“商誉”才是商标的价值源泉。商事主体保护自身商标，实际目的即在于保护自身商誉。正如学者所言，“（商标）本身不是其财产价值的源泉，它的价值，来源于所标记的商品或服务，来源于它所标记的工商业主体的商业信誉”。⁶

正是由于商标的价值单纯源于商誉，即某一符号必须与商誉结合才可称为学理意义上的“商标”，故学界亦有观点认为“商标合理使用”实际上是一个假命题：由于商事领域中的“商誉”是无法基于公共利益而让渡的，故“所谓的商标合理使用，是指对一些和商标相同的符号的正当使用”。⁷实际上，目前学界对“商标合理使用”的通说与前述观点并无本质性分歧，同样是针对商标的符号展开讨论的。具体而言，“商标合理使用”理论所涵盖的范畴可以分为三类：

1. 叙述性使用

由于日常社会生活中的常用词汇是有限的，商标中包含通用词汇的现象非常普遍，商家应当充分享有对自身商品进行描述的自由，包括“对商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量、产地、形状或者生产者的名称或姓名及其他特点予以说明，从而使消费者明了商品的特性、使用方法等”。⁸而《TRIPS协议》第17条亦规定：“成员可规定商标权的有限例外，诸如对说明性词汇的合理使用之类，只要这种例外顾及了商标所有人及第三方的合法利益。”

2. 驰名商标淡化合理使用

驰名商标淡化合理使用又被称为“文化意义上的使用”，即商标权人的驰名商标淡化为商品的通用名称，从而丧失显著性。社会公众“仅在‘通用名称’意义上使用该标志，就不是使用商标（因为没有利用该商标的所指——商誉），更谈不上侵犯商标权”。⁹如强生公司的商标“Band-Aid”、拜耳公司的商标“Aspirin”、联合利华公司的“Vaseline”等商标在美国就存在大量的淡化合理使用现象。

3. 指示性合理使用

指示性使用是指“在自己的商品或服务上或广告宣传中使用他人的商标以指示该他人的商品”¹⁰。该原则源自美国


1992年New Kids案，做出该案终审判决的联邦第九巡回法院认为，构成“指示性合理使用”需满足三个要件：“a.如果不使用原告的商标，其商品或服务将无法被指称；b.这种指称是合理且必要的；c.使用者不能暗示与商标权人之间存在赞助、许可或合作关系”。¹¹

简言之，“商标合理使用”并非是未经允许使用他人商标的侵权豁免；而实际上是以反向列举的方式，明示不构成“商标使用”的特定情况，从而在根本上不构成商标侵权。

现行《中华人民共和国商标法》中“商标合理使用”的范围涵盖了“描述性使用”，即59条1款：“注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。”同时，“驰名商标淡化合理使用”在本条中也存在抗辩成立的可能。

值得注意的是，虽然目前“指示性合理使用”在我国缺乏成文法基础，但个别案件的审理实际上已采用了这一原则。如北京市海淀区私立新东方学校与（美国）教育考试服务中心侵犯著作权和商标专用权纠纷一案，北京市高级人民法院在（2003）京高民终字第1393号判决中即做出了此类认定：

本案中，虽然ETS在出版物、录音磁带上合法注册了TOEFL商标，新东方学校在“TOEFL系列教材”、“TOEFL听力磁带”上突出使用了“TOEFL”字样，但新东方学校对“TOEFL”是在进行描述性或者叙述性的使用。其目的是为了说明和强调出版物的内容与TOEFL考试有关，是为了便于读者知道出版物的内容，而不是为了表明出版物的来源，并不会造成读者对商品来源的误认和混淆。一审判决认定新东方学校的相关行为侵犯了ETS的商标专用权应属不当，本院予以纠正。

但就实务领域而言，大量商标侵权纠纷可能仅是对商标的“描述性使用”而引起的，侵权抗辩并不需要对争议事实进行“混淆可能”的法律认定。在“混淆”认定具有高度弹性且须投入较大诉讼成本的前提下，应充分发挥商标法59条1款“描述性合理使用”的门槛作用，从而识别明显不构成侵权的争议事实。

6 刘春田主编：《知识产权法》，高等教育出版社、北京大学出版社2007年版，第15页。

7 李琛：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第76页。

8 李亮：《商标侵权认定》，中国检察出版社2009年版，第152-153页。

9 熊文聪：“商标合理使用：一个概念的检讨与澄清——以美国法的变迁为线索”，《法学家》2013年第5期，第155页。

10 魏森：《商标侵权认定标准研究》，中国社会科学出版社2008年版，296页。

11 参见彭学龙：《商标法的符号学分析》，法律出版社2007年版，第111-113页。

商标案件中驰名商标保护 条款适用条件分析

■ 王菲 / 文

驰名商标这一法律概念，最早由《保护工业产权巴黎公约》提出。我国于1985年3月19日成为该公约成员国，其时公约实施文本为1967年斯德哥尔摩修订文本，对驰名商标保护有明确规范。公约现行文本第六条之二对驰名商标保护规范为以下内容：“(1)本联盟各国承诺，如本国法律允许，应依职权，或依有关当事人的请求，对商标注册或使用国主管机关认为在该国已经属于有权享受本公约利益的人所有而驰名、并且用于相同或类似商品的商标构成复制、仿制或翻译，易于产生混淆的商标，拒绝或取消注册，并禁止使用。这些规定，在商标的主要部分构成对上述驰名商标的复制或仿制，易于产生混淆时，也应运用。(2)自注册之日起至少五年的期间内，应允许提出取消这种商标的请求。本联盟各国可以规定一个期间，在这期间内必须提出禁止使用的请求。(3)对于依恶意取得注册或使用的商标提出取消注册或禁止使用的请求，不应规定时间限制。”

我国现行法规对于驰名商标概念的明确，见于《驰名商标认定和保护规定》第二条第一款的内容：“驰名商标是在中国为相关公众所熟知的商标”，该条第二款并对相关公众范围进行了明确：“相关公众包括与使用商标所标示的某类商品或者服务有关的消费者，生产前述商品或者提供服务

王菲律师简介



京都律师事务所合伙人。王菲律师2006年从事知识产权法律服务工作，执业至今在知识产权、公司法律事务方向积累了丰富的工作经验。工作风格严谨专业，为客户设计诉讼或项目方案重调查重需求，致力于提供务实、及时、科学、有效的法律服务。所服务客户行业多样，涉及政府科研机构，科技公司、地产公司、医药公司、文化公司、商务俱乐部、多元化集团公司等类型。

的其他经营者以及经销渠道中所涉及的销售者和相关人员等”。除这一专门调整驰名商标的行政规章外，我国《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国商标法实施条例》等法律法规以及最高院司法解释中亦从不同方面对驰名商标保护进行规范和调整。概括而言，我们驰名商标保护遵循“个案认定，被动保护”原则，根据个案不同情况给予驰名商标跨核准类别、跨权利类别、跨一般时效维权等高于普通注册商标的特别保护。这种特别保护为持有较高知名度美誉度商标的权利人提供了更全面及时的救济途径，为社会公平正义实现提供了更多可能性。同时，也使商标案件本身是否应当适用驰名商标保护条款成为该类案件承办实务的首要难点。

笔者认为，尽管商标案件在行政程序与在司法程序中呈现要点有所不同，且基于请求保护的商标是否已经核准注册，承办考量要素也应具体分析。仍然可以抽出共性来，从以下方

面分析案件是否应当适用驰名商标条款：

一、标识本身是否相同或近似

商标案件的起因大多在于不同的权利人使用相同近似的商业标识进行商业活动，且请求保护商标权的一方认为另



一方使用人所获取的商业利益是基于对自身商标影响力的不当分享，或另一方使用人的商业标识使用行为侵害其正当权益。因此，权利人各自申请或持有、使用的商业标识本身是否相同近似是所有商标案件要解决的基本问题。实务中一般将商业标识是否相同近似比照商标的审查标准进行：首先从视觉上对比双方标识有无差别，构成标识的字形、读音、含义是否相同近似，组成标识的图形构图、着色、外观是否近似，或者文字和图形组合的整体排列组合方式和外观是否近似；其次还应从标识本身的形、音、义和整体表现形式等方面，以相关公众的一般注意力为标准，采取整体观察与比对主要部分的方法进行判断分析。对于立体三维标识、声音标识还应考虑形状外观感知、听觉感知或整体音乐形象等因素。

需要特别注意的是，在可能适用到驰名商标条款的商标案件中，应充分重视商标或标识本身显著性、知名度对相同近似判断的影响。如果请求保护的商标或标识本身显著性不强，基于尊重相关经营者利益的考量，相同近似认定应以相对高的标准进行。如果请求保护的商标或标识有足够强的知名度，基于保护在先权利，鼓励良性竞争的考量，则可以用相对低的标准来进行近似判断。

二、核准或使用内容是否相同或类似

商标核准内容或标识使用内容是否类似一般以《商标注册用商品和服务国际分类表》《类似商品和服务区分表》为参考标准。类似商品是指在功能、用途、主要原料、生产部门、销售渠道、销售场所、消费群体等方面相同或者具有较大关联性的商品，类似服务是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同或者具有较大关联性的服务。同一种商品或者服务可能名称相同，也可能名称不同但指同一事物或者内容的商品或者服务。从核准或使用内容是否相同类似群组这个方面分析是否应当适用驰名商标条款，以下几个问题应更多关注：

1. 交叉检索导致的类似群组识别

因为《商标注册用商品和服务国际分类表》《类似商品和服务区分表》版本升级、群组移项、国内国外少数商品名称不一致等原因，商标存在不同类别部分群组标注为交叉检索的情形，此类交叉检索群组一般当然认定为类似群组。在可能适用驰名商标条款的商标案件中，应首选识别是否存在

此类情形，以免误将可以直接适用注册商标保护条款解决的问题去寻求驰名商标的跨类保护，造成法律适用不当。

2. 非规范商品或服务如何归类

由于商品和服务项目不断更新发展，交易方式也在快速变化，在具体商标案件中偶有发生争议一方或双方标识所使用的商品或服务名称未归入区分表的情况，则需要通过商品的功能、用途、主要原材料、成分、销售渠道、销售场所、生产者、消费者、主要零部件、服务的目的、内容、方式、对象、人群消费习惯等方面进行分析，先确定申请保护的标识应归入哪一群组，为案件事实分析、法律适用创造基础条件。

3. 特定情形下商品与服务构成类似

通常的商标案件中商标核准内容是否构成类似群组，是商品与商品、服务与服务之间进行比较识别的。而在可能适用驰名商标条款的案件中，基于涉案商标或标识的较高知名度，可能会发生商品与服务类似的情形。判定商品与服务是否类似，应当综合考虑商品与服务之间联系的密切程度，在用途、用户、通常效用、销售渠道、销售习惯等方面的一致性，当某种商品与某服务间具有较大关联性，易使相关公众认为商品和服务由同一市场主体提供时，可以判定为商品与服务构成类似。

4. 请求保护商标是否已经核准注册

商标法第十三条规定：“为相关公众所熟知的商标，持有人认为其权利受到侵害时，可以依照本法规定请求驰名商标保护。就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。就不相同或者不类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。”我们分析条款内容可知，在可能适用驰名商标条款的具体商标案件中，请求保护的商标为注册商标时，法律提供的保护是可以及于不相同或不类似的群组的，对于双方涉案标识所代表的商品或服务范围较为广泛。如果请求保护的标识为未注册商标，仅能适用于相对方与驰名商标权主张人双方标识所代表的商品或服务内容属于相同或类似群组的情形，保护范围相对窄小。因此请求保护的商标是否经核准注册，亦是判断商标案件能否适用驰名商标条款的一个重要参数。

三、请求保护的商标或标识为相关公众所熟知

依据商标法第十四条规定，驰名商标应当考虑下相关公众对该商标的知晓程度，该商标使用的持续时间，该商标的宣传工作的持续时间、程度和地理范围，该商标作为驰名商标受保护的记录等因素。在实务中，我们一般通过提交商标申请注册文件、包材广告等连续使用证明、商标所获荣誉、企业所获荣誉、使用商标的商品或服务销售量、市场占有率等文件来证明请求保护的商标或标识已为相关公众所熟知，符合驰名条款设定要求。

这种实务模式下，相关公众范围成为所举证据是否具有足够证明力度的重要参照背景。案件证据材料固定的前提下，相关公众范围越小，现有证据的证明力度就会越强。比如第43类餐饮类商标，权利人平均年流水0.9亿-1亿元，如将相关公众范围划定为大餐饮行业，则行业年流水可能是以万亿为单位，两个数字差距悬殊，市场占有率证明效果弱；如分析权利人商标所代表的服务具体特点，将相关公众范围根据菜品特色、客户群体、经营场所等进行明确和固定，比如限制为连锁咖啡馆，则行业流水总额会比照大餐饮行业发生几何级下降。权利人流水总额这个分子不变的情况下，分母小了，得出数字大了，证明效力自然会增强。在案件分析阶段，基于事实基础科学合理的构建一个立得住的相关公众范围，是商标案件能否适用驰名商标条款的必要前提，亦是保证条款适用成功的重要保障。

四、存在较高的混淆误认可能性

两件商标或标识间是否存在混淆误认的可能性，一直是商标案件中的争议的焦点，也是审理机关裁决提供商标保护的前提，驰名商标条款的适用也一样要符合这一普遍前提。而混淆误认的可能性是一种主观判断，如何使这种主观判断成为几方当事人和审理者的共识？需要足量的客观证据去支撑，更需要通过严谨的逻辑关系去推导。在这个逻辑分析过程中，有两个参数值得关注：

1. 相关公众重叠程度

根据商标评审第三十九条的证据规则，对于众所周知的事实，已知事实和日常生活经验法则，以及据此能推定出的另一事实，当事人无需举证证明。本文开头部分我们介绍了

在商标案件中经常会出现的“相关公众”这个概念，是指有关的消费者、生产前述商品或者提供服务的其他经营者以及经销渠道中所涉及的销售者和相关人员等。在商标案件中争议双方商标或标识所代表的商品或服务有关的生产人员、经营渠道人员、消费人群这部分相关公众是客观存在的状态，容易搞清楚，且大多为众所周知的事实。这就使的这部分相关公众重叠程度成为分析判断争议双方标识被混淆误认可能性的一个有效参数，且这个有效参数的特性天然决定了其中的大部分不需要举证证明，为请求保护的权利人减少诉讼负担的同时能起到事半功倍的效果。

2. 普通相关公众一般注意

商标案件中争议双方的标识是否存在混淆误认可能性，是以普通相关公众施以一般注意为参考的，相关公众个体情况不同，一般注意程度如何确认？比如双方争议的商标或标识所代表的商品或服务价格低，则相关公众的一般注意程度应该是处于一个相对低的阀限；反之如果购买价格昂贵的商品或服务，普通相关公众必然会施以较高级别的一般注意。笔者认为在普通相关公众一般注意义务这个参数分析中应对商品或服务价格可能对相关公众注意程度产生的影响以及特定的社会文化背景下所形成的消费习惯等因素结合来进行判断。

五、不存在其他优先适用的法律条款

法律赋予驰名商标较高级别的保护，这种优待决定了驰名商标条款的适用应当是特殊的、个别的。在商标案件中能否适用驰名商标条款进行保护，除考虑前述一至四项内容外，驰名商标的援引是否符合法律条款适用的顺序，亦是必须考虑的问题。只有当且仅当适用驰名商标条款才能保护权利人利益时，才应当在案件中援引驰名商标条款进行商标保护。

在知识产权日益重要的今天，商标作为企业品牌的重要载体，企业精神的代表符号，正在经济活动中扮演越来越重要的角色。同时，科技的飞速发展使得商标权被侵害的地域限制技术限制趋无，侵害形式更为错综复杂形式多样。擅用驰名商标条款已经成为在过去的商业活动中积累了较高知名度美誉的经济主体必备技能。以上，是笔者根据商标案件承办经历，从具体个案中抽离出的适用驰名商标条款应遵循的普遍共同点，本文的成文过程亦可以看作是笔者实务经验总结中特别到一般的归纳，供参考。



标准必要专利禁令救济的司法实践

■ 金毅 / 文

一、标准必要专利和FRAND原则

根据我国国家标准GB3935.1-1996《标准化和有关领域的通用术语》，标准是指为在一定的范围内获得最佳秩序，对活动或其结果规定共同的和重复使用的规则、导则或特性的文件。该文件经协商一致制定并经一个公认机构的批准。技术标准是指对一个或几个生产技术设立的必须得符合要求的条件以及能达到此标准的实施技术。技术标准具有强制性，其实质上是一种统一的技术规范，能保障重复性的技术事项在一定范围内得到统一，以保证产品或服务的互换性、兼容性和通用性，从而降低生产成本，并且消除消费者的“替换成本”以保护消费者的利益，并促进技术进步。¹根据《北京市高级人民法院专利侵权判定指南（2017）》，标准必要专利是指为实施技术标准而必须使用的专利。

技术标准与专利相结合时，其带来的好处和弊端都是明显的。标准的制定可以促进新技术的开发与推广，并有利于产品或服务的兼容性和通用性，从促进创新、避免浪费以及提高消费者福利角度都有其积极的一面；而从另一方面看，其带来的弊端也十分明显：对于非标准必要专利而言，当权利人寻求过高的许可费，或提出不合理的许可条件时，由于市

金毅律师简介



金毅，京都律师事务所合伙人。金毅律师自2007年开始从事反垄断业务，代理的案件涉及反垄断诉讼、调查、经营者集中申报审查以及企业合规等多个方面。金毅律师曾代理多起反垄断诉讼，其中包括由最高人民法院审理的北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位案，该案2017年入选最高人民法院指导案例。

场上有很大可能存在替代选择，潜在被许可人可以通过寻找第三方技术或自行研发替代技术，避开权利人的专利，因此非标准必要专利的权利人通常难以获得市场支配力；但标准必要专利则不同，当某一行业中的技术标准被确立之后，产品制造商为了使其产品符合标准，必须实施标准必要专利，别无选择。这就带来了标准必要专利许可中的专利劫持和许可费叠加问题。

专利劫持的概念最早由美国学者马克·莱姆利(Mark A. Lemely)和卡尔·夏皮罗(Carl Shapiro)提出，他们认为“永久禁令极大提高了专利权人的谈判能力，从而导致专利许可费超过了正常的基准范围……如果法院延缓永久禁令的效力，给予被告企业时间重新设计他们的非侵权产品，那么，因永久性禁令而引起的劫持问题就会减轻。”²专利权人通过将其专利纳入标准，使潜在被许可人无从寻求替代技术，从而掌握了专利许可市场上的支配力，并因此获得要求明显高于该专利被纳入标准之前的专利许可费的能力，这就造

成了专利劫持的问题。

许可费叠加的产生原因是当某一标准由多个专利组成，而组成标准的专利分属于不同的权利人时，标准的实施就必须获得多次授权，多次支付许可使用费，从而可能导致标准实施人的产品最终负担的许可费过高的问题。例如在通信产品领域，标准中的必要专利动辄成千上万，许可费叠加的问

1 广东省高级人民法院（2013）粤高法民三终字第305号民事判决书。

2 Mark A. Lemley & Carl Shapiro, Patent Holdup and Royalty Stacking, Texas Law Review, 1991, 85: 1991-1993.

题尤为突出。

“FRAND”是英文“Fair, Reasonable and Non-Discriminatory”的缩写。FRAND原则即公平、合理、无歧视原则，是目前被各标准组织普遍采纳的，对加入标准化组织的成员所要求的必须遵守的原则，其内涵在于要求标准必要专利权人以公平、合理、无歧视的条件，将其标准必要专利授权给所有潜在被许可人使用。其目的在于平衡标准必要专利权人与被许可人之间的利益，对标准必要专利权人加以制约，阻止其滥用权利，从而减轻专利劫持和专利费叠加问题。

国际标准化组织例如欧洲电信标准化协会（European Telecommunication Standards Institute，简称ETSI）、美国电气及电子工程师学会（Institute of Electrical and Electronics Engineers，简称IEEE）等在其专利政策中都规定了FRAND条款。ETSI知识产权政策第6.1条规定：当与某特定标准或技术规范有关的基本知识产权引起ETSI的注意时，ETSI总干事应当立即要求知识产权所有者在三个月内以书面形式给予不可撤回的承诺，该承诺须说明知识产权所有者将准备根据该知识产权中所规定的公平、合理和无歧视条件来授予不可撤销的许可，并且至少涉及以下范围：制造，包括制造或代工用于制造符合被许可人自行设计标准的定制组件和子系统；出售，出租或以其它方式处置按此方式制造的设备；维修、使用、或操作上述设备；以及使用方法。³IEEE在其标准委员会章程第6.2条中也规定了类似的承诺要求，并进一步规定：已经向IEEE做出FRAND许可声明的标准必要专利权利人不得请求禁令或者请求执行禁令，除非当一方在合理期限内向有权认定合理许可费率及其他合理许可条件；裁判专利有效性、可执行性、必要性、以及侵权；判决损害赔偿；审理被告的抗辩及反诉请求的法院提起诉讼时，标准实施人不参与诉讼程序，或拒不执行判决。⁴

二、标准必要专利禁令救济的域外实践

无救济即无权利。标准必要专利权人请求禁令是最为常见，也最有杀伤力的救济手段。如果禁令请求成立，则被诉侵权人的产品将面临退市、召回等极为不利的局面。各司法辖区由于知识产权保护水平以及法律体系的差异，对禁令请求的处理有所不同。并且随着司法、执法实践的发展，同一司法辖区对禁令的处理方式也在发展和变化。以欧盟为例，欧盟成员国法院、欧盟委员会及欧洲法院近年来处理了一系列具有代表性的涉及标准必要专利的案件，从2009年德国联邦最高法院审理的“橙皮书标准”案，到2015年欧洲法院对华为与中兴专利纠纷案的先行裁决，欧盟对禁令救济的实践经历了几个阶段的变化。

在2009年的“橙皮书标准”案中，德国联邦最高法院对被告阻却权利人禁令请求成立提出了较高的要求，要求被告在协商谈判中应提出“无条件的、真实的、合理的和易于被接受的要约”，尤其明确要求被告的要约不能以专利有效和证明实际侵权为条件，并且要求被告应预期履行其合同义务，包括向原告提供相关财务记录、提存专利使用费等。⁵德国法院在此后的摩托罗拉诉苹果案⁶、摩托罗拉诉微软案⁷中，对“橙皮书标准”案中确立的原则加以引申，进一步提高了被诉侵权人挑战禁令成立的难度。

而在2012年启动的两起分别针对摩托罗拉公司和三星公司的反垄断调查中，欧盟委员会对禁令的态度与德国法院出现了不同。在2014年4月29日做出的裁决中，欧委会认为，在苹果公司已明确表示愿意接受第三方裁定的FRAND费率的前提下，摩托罗拉公司继续寻求禁令的行为构成欧盟竞争法所禁止的滥用市场支配地位行为。⁸同一天，欧委会接受了

3 参见欧洲电信标准化协会（ETSI）知识产权政策：<http://www.etsi.org/about/how-we-work/intellectual-property-rights-ips>（最后访问日期：2018年3月1日）

4 参见美国电气及电子工程师学会（IEEE）标准委员会章程：<http://standards.ieee.org/develop/policies/bylaws/index.html>（最后访问日期：2018年3月1日）

5 German Federal Supreme Court, 6 May 2009, KZR 39/06- “Orange-Book-Standard”

6 Motorola v. Apple, 2012, Higher Regional Court of Karlsruhe, Federal Republic of Germany, Case No. 6 U 136/11

7 Motorola v. Microsoft, 2012, Regional Court of Mannheim, Federal Republic of Germany, Case No. 2 O 240/11

8 European Commission, Antitrust: Commission finds that Motorola Mobility infringed EU competition rules by misusing standard essential patents. [EB/OL] (2014-04-29)



三星公司做出的承诺，停止了对该公司的反垄断调查。对涉及标准必要专利许可的谈判框架，三星公司在承诺中提出：

(1) 双方应进行为期12个月的谈判；(2) 如未达成协议，应由任一方选择的法院或双方选择的仲裁机构确定FRAND条款。⁹欧委会在摩托罗拉案中正式为标准必要专利许可谈判确立了“安全港”原则，即：如果潜在被许可人愿意遵守FRAND原则进行谈判，并在谈判破裂后，接受法院或仲裁机构的裁决，那么标准必要专利权利人就不得向法院请求对在许可人实施禁令。三星承诺书中提出的谈判框架，对上述安全港原则进行了进一步细化。

2015年7月16日，欧洲法院就华为诉中兴案做出先行裁决，该裁决进一步发展了欧委会在上述两起案件中确立的原则。欧洲法院认为，在满足以下两个条件的前提下，权利人寻求禁令

的行为不应视为《欧盟运行条约》第102条所禁止的滥用市场支配地位行为：1. 专利权利人在提出

专利诉讼前，应首先警告侵权人，指明其所侵犯的专利权及侵权方式；在侵权人表达了按照FRAND条件缔结标准必要专利许可协议的意愿之后，向侵权人提供一份具体的书面要约，其中要特别说明许可费及其计算方法。2. 侵权人继续使用涉案专利，且没有根据业内普遍认可的商业惯例和诚实信用原则对专利权人的要约给予积极回应。对此进行判断时，法院应考虑案件中的具体客观因素，尤其要考量侵权人是否故意采用拖延策略。¹⁰可以看出，欧洲法院的上述裁决试图站在较为中立的立场上，平衡权利人与被许可人之间的利益，并对标准必要专利许可谈判的双方提出“意”谈判的模式。

各司法辖区由于知识产权保护水平以及法律体系的差异，对禁令请求的处理有所不同。并且随着司法、执法实践的发展，同一司法辖区对禁令的处理方式也在发展和变化。

三、我国法律对标准必要专利禁令救济的相关规定及司法实践

禁令救济是英美法系中的概念，在我国侵权责任法中对应的概念为责令停止侵权行为。我国司法实践中对标准必要专利侵权纠纷中停止侵权的判定也经历了一定的演变。

最高人民法院受理的首个涉及标准必要专利的案件是辽宁省高级人民法院就季强、刘辉与朝阳市兴诺建筑工程有限公司专利侵权纠纷的请示一案。该案涉及建筑领域的一项标准。最高人民法院在(2008)民三他字第4号复函(以下简称“2008年4号复函”)中认为，“鉴于目前我国标准制定

机关尚未建立有关标准中专利信息的公开披露及使用制度的实际情况，专利权人参与了标准的制定或者经其同意，将专利纳入国家、行业或者地方标准的，视为专利权人许可他人在实施标准的同时实施该专利，他人的有关实施行为不属于《专利法》第十一条所规定

的侵犯专利权的行为。专利权人可以要求实施人支付一定的使用费，但支付的数额应明显低于正常的许可使用费；专利权人承诺放弃专利使用费的，依其承诺处理。”¹¹该复函虽仅对个案生效，但曾一度被解读为首次规定了标准必要专利的“默示许可”。不应忽视的是，最高人民法院的这个复函是在我国当时标准必要专利信息披露制度建设不足，专利披露不充分的背景下做出的，一定程度上具有推动标准必要专利信息披露的目的。

随着标准必要专利披露制度的逐步完善，司法实践也发生了相应的变化。2012年，最高人民法院在张晶廷与衡水子牙河建筑工程有限公司等侵害发明专利权纠纷案(最高人

9 European Commission, Antitrust: Commission accepts legally binding commitments by Samsung Electronics on standard essential patent injunctions. [EB/OL] (2014-04-29)

10 Court of Justice of the European Union, Case C-170/13

11 最高人民法院(2008)民三他字第4号复函

民法院（2012）民提字第125号）中，做出了与2008年4号复函不同的认定。本案与前案最主要的区别在于，原告张晶廷参与了涉案推荐性标准的制定，主动将其专利技术纳入该标准，并履行了披露义务。因此，最高人民法院认为“本案2006年规程为推荐性标准，张晶廷履行了专利披露义务，在被告侵权施工方法所依据的2006年规程前言部分，明确记载有识别的专利技术和专利权人的联系方式。该规程的实施者不能从中推断出，2006年规程不包含专利技术或者专利权人向公众开放了免费的专利使用许可的意图。实施该标准，应当取得专利权人的许可，根据公平合理无歧视的原则，支付许可费。在未经专利权人许可使用，拒绝支付许可费的情况下，原则上，专利侵权救济不应当受到限制。”¹²该判决的要点在于，对于推荐性标准，在标准必要专利信息已经明示的前提下，专利权人请求专利侵权救济不受所谓“默示许可”的限制。

2013年12月19日，国家标准委、国家知识产权局发布了《国家标准涉及专利的管理规定(暂行)》（以下简称“暂行规定”），对国家标准制定过程中涉及的专利信息披露、实施许可声明等进行了详细规定。但暂行规定中对强制性国家标准如何处理未做明确规定，这也直接影响了最高人民法院于2016年公布的专利司法解释。

2016年《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》（以下简称司法解释二）第二十四条第二款规定：“推荐性国家、行业或者地方标准明示所涉必要专利的信息，专利权人、被诉侵权人协商该专利的实施许可条件时，专利权人故意违反其在标准制定中承诺的公平、合理、无歧视的许可义务，导致无法达成专利实施许可合同，且被诉侵权人在协商中无明显过错的，对于权利人请求停止标准实施行为的主张，人民法院不予支持。”该条规定的两个前提是：1.推荐性标准；2.标准对所涉必要专利信息进行了明示。其判断是否支持权利人请求停止标准实施行为主张的两个核心因素是：专利权人是否履行了公平、合理、无歧视的许可义务；被诉侵权人在协商中有无明显过错。但该司法解释未涉及强制性标准，也未对国际标准组织制定的标准进行规定¹³；对于是否颁发禁令的条件，也仅以负面列举的方式给出了专利权人无过错，被诉侵权人存在明显过错下不予支持停止侵权主张的一种情形，对

双方均无过错、双方均有过错，以及专利权人无过错，被诉侵权人有过错三种情形下如何判定，均未给出答案。对如何判断专利权人故意违反FRAND义务，以及如何判断被诉侵权人具有明显过错，亦未论述。

2017年4月20日生效的《北京市高级人民法院专利侵权判定指南（2017）》（以下简称侵权判定指南）对司法解释二进行了进一步的补充。与标准必要专利相关的内容规定在该指南第六部分“专利侵权抗辩”的“不停止侵权抗辩”一节中。侵权判定指南第149条首先对司法解释二第二十四条第二款的适用范围进行了补充，将国际标准组织或其他标准制定组织制定的标准中，专利权人按照标准组织章程明示且做出FRAND声明的标准必要专利纳入适用范围；第150条对请求FRAND许可的被诉侵权人提出了依诚信原则积极协商的要求。

指南第152条、第153条分别补充了双方均无过错或均有过错情形下，对于专利权人请求停止标准实施行为的主张的处理原则；并且分别对如何认定专利权人故意违反公平、合理、无歧视的许可义务，以及如何认定被诉侵权人在标准必要专利许可协商过程中存在明显过错进行了细化。从以下表格可以看出，指南对双方谈判义务的设置几乎是一一对应的：

权利人违反FRAND义务	被诉侵权人存在明显过错
未以书面形式通知被诉侵权人侵犯专利权，且未列明侵犯专利权的范围和具体侵权方式。	收到专利权人的书面侵权通知后，未在合理时间内积极答复的。
在被诉侵权人明确表达接受专利许可协商的意愿后，未按商业惯例和交易习惯以书面形式向被诉侵权人提供专利信息或提供具体许可条件的。未向被诉侵权人提出符合商业惯例和交易习惯的答复期限。	收到专利权人的书面许可条件后，未在合理时间内积极回复是否接受专利权人提出的许可条件，或在拒绝接受专利权人提出的许可条件时未提出新的许可条件建议的。
在协商实施许可条件过程中，无正当理由而阻碍、拖延或中断许可协商。	无正当理由而阻碍、拖延或拒绝参与许可协商的。
在协商实施许可过程中主张明显不合理的条件，导致无法达成专利实施许可合同。	在协商实施许可条件过程中主张明显不合理的条件，导致无法达成专利实施许可合同。
专利权人在许可协商中有其他明显过错行为的。	被诉侵权人在许可协商中有其他明显过错行为的。

¹² 最高人民法院（2012）民提字第125号民事判决书

¹³ 如上文所述，2013年《国家标准涉及专利的管理规定(暂行)》中未对强制性国家标准涉及专利如何处理做出规定。司法解释二为与暂行规定保持一致，对此亦未做规定。

与欧洲法院在华为中兴案中确立的原则接近，侵权判定指南意在通过为专利权利人和潜在被许可人设立善意许可谈判的程序性指南，引导双方在诚信基础上进行善意协商，但并不反对权利人在无法通过善意协商达成许可协议的情况下，通过诉讼要求对方停止侵权。侵权判定指南给出的谈判指引，概括而言可以分为两方面，即：1.谈判程序应符合商业惯例，不存在恶意拖延；2.许可要约及反要约应当合理。与欧洲法院的前述判决不同，侵权判定指南并非从竞争法视角出发，而是从专利法视角出发，并进一步将谈判程序和许可要约是否合理，作为评判禁令请求是否成立的依据。

四、标准必要专利禁令救济制度尚待解决的问题

由上述分析可见，我国在标准必要专利禁令救济问题上的司法实践发展基本与国际接轨，甚至更进一步地给出了判定禁令请求是否成立的具体标准。然而由于标准必要专利的复杂性，仍有很多问题尚待解决。

从谈判程序角度看，是否不合理拖延谈判是指南关注的重点。但在不同规模的专利许可谈判中，如何判断合理的答复期限以及一方是否拖延并非一概而论。例如大型交叉许可谈判往往会持续数年，双方的谈判范围、专利实力对比在谈判期间经常会随之发生变化，由于这些变化导致许可协议无法及时达成，是否构成拖延？从许可要约和反要约的合理性看，双方对合理许可费的报价是重中之重。然而由于专利定价本身就是一个公认的难题，其至少包含技术和市场两个评判维度，而标准必要专利谈判过程又往往伴随着技术的演进和市场的变迁，就使得确定合理费率的问题更加困难。司法实践中经常使用的“可比协议

法”“由上而下法”等方法，由于可比协议难以获得、论证可比性存在难度，以及专利必要性评判复杂耗时、贡献值的计算方法缺乏公认标准等原因而经常遇到阻碍。

司法解释二和侵权判定指南结合国际经验及我国司法实践给出的解答绝非完美，但相信随着司法审判实践经验的进一步积累，我国标准必要专利禁令救济制度与规范、高效的谈判制度会逐步成熟、完善起来，形成符合我国知识产权保护和竞争、产业政策的理论、实践体系。



打开判断著作权侵权的思路

——以琼瑶诉于正案为例

■ 常莎 / 文

琼瑶诉于正抄袭案曾引起轩然大波，一方面是由于琼瑶和于正都属于知名人物，自带热点，另一方面是本案的判决对认定类似的情况是否构成侵犯著作权具有里程碑式的意义。

事实上，琼瑶诉于正案全貌与媒体的报道以及一般公众的印象存在一定出入，主要有以下两点：第一，在一般人观念中，抄袭意味着侵犯著作财产权中的复制权，但事实上琼瑶的请求权基础是于正侵犯了其对《梅花烙》剧本享有的改编权；第二，本案严格来说并不是琼瑶诉于正，因为除了陈喆（琼瑶）和余征（于正）之外，被告还有湖南经视文化传播有限公司、东阳欢娱影视文化有限公司、万达影视传媒有限公司、东阳星瑞影视文化传媒有限公司，琼瑶还起诉这几家公司侵犯了其享有的摄制权，且最终的判决结果是由五被告共同承担侵权赔偿责任。

由于主体众多且存在多部作品，除剧本侵权纠纷外，还涉及《梅花烙》小说和剧本的著作权归属、四家影视传媒公司之间的合作协议等，鉴于篇幅有限，下文仅立足于琼瑶与于正之间著作权权属纠纷，就著作权法的保护客体以及如何认定作品相似两方面围绕合理使用与著作侵权的界限展开讨论。

常莎律师简介



京都律师事务所专职律师，北京经济法学会理事，中国社会科学院研究生院兼职教师，北京市律师协会信息网络与电信邮政委员会委员，北京市朝阳区律师协会知识产权研究会委员。主要执业领域为公司业务、知识产权、民商事诉讼仲裁。同时担任多家公司和机构的法律顾问，精通内外资企业知识产权战略管理规则，承办了大量诉讼及仲裁案件，拥有丰富的司法实践经验，赢得客户的广泛好评。

一、著作权保护的客体

著作权保护制度起源于英国1710年之《安妮法案》（The Statute of Anne），作为印刷业者为保护其商业利益的产物，著作权保护制度自诞生之日起便和商业利益密不可分。作为思想、创意的客观化表达，作品的“复制物”“重制物”甚至较其原始创作更为著作权所关切。因此，有学者将著作权称为“控制如何复制著作之权利”（a right of control over copying of the work）。¹ 随着科学技术的发展，录音机、电视机、互联网等作品的新载体和新传播方式的不断出现，著作权的外延不断丰富。目前我国《著作权法》规定了17种著作权人能够享有的权利，包括4种著作人身权，13种著作财产权，广义上讲还包括多种著作邻接权。

但是不论如何，著作权保护制度的核心并未发生改变，即著作权保护具有精神权利和财产权利的双重性，

保护的客体对象必须有可复制性且需要遵循“思想和表达的二分法”，即只保护表达而不保护思想。TRIPs协议第9条第2款规定，版权的保护应只延及表达方式，而不延及思想、程序、操作方法或数学概念本身。思想指客观存在反映在人

1 (英) LESSIG, supra note 56, at 124. GOLDSTEIN, supra note 57, at 4.



的意识中经过思维活动而产生的结果，即内在的意愿，包括概念、术语、原则、客观事实、创意、发现等。表达指对内在思想观念的各种形式或方式的外在表述，如文字的、音符的、数字的、线条的、色彩的、造型的、形体的、动作的表述或传达。表达所形成的才是作品，才能受到著作权法的保护。

著作权制度之所以只保护表达不保护思想有其必然性，著作权制度之所以保护表达是因为作品的表达集中体现了作者的个性与风格，其独创性的表达是其智力活动的成果，保护该独创性表达能够激发作者的创作激情，促进文化市场的繁荣。之所以著作权制度不保护思想主要原因有三：第一，思想非法律所能及，难以进行保护，虽然理论上专利制度能够保护思想，但是实际操作中其依旧需要有外在的展现；第

即将一部文学作品中的内容比作一个金字塔，金字塔的底端是由最为具体的表达构成，而金字塔的顶端是最为概括抽象的思想。当著作权人起诉他人侵害其作品的著作权时，需通过对比的方式予以确认，则可参照相似内容在金字塔中的位置来判断相似部分属于表达或思想：位置越接近顶端，越可归类于思想，位置越接近底端，越可归类于表达。在思想与表达之间有一个临界点，临界点之上是思想，临界点之下是表达。该判断方法虽然比起早期的模糊的感觉判断法更为清晰，但是其依旧没有特定的公式或者标准。如何确定金字塔的临界线会受到法官的主观认知、专业素养、工作学习环境等因素的影响。不过这一方法依旧是现今各国司法实践中最常用也最为有效的判断方法。³

在琼瑶诉于正案中，法院认为具体化的人物设置，如

之所以著作权制度不保护思想主要原因有三：第一，思想非法律所能及，难以进行保护，虽然理论上专利制度能够保护思想，但是实际操作中其依旧需要有外在的展现；第二，保护思想会阻碍社会进步，保护思想意味着作者不能与他人沟通交流，否则另一方一定会侵权；第三，不同的作者可就相同的思想重新进行具有独创性的表述，例如爱国这一主题，吴京可以通过《战狼2》表述，林超贤也可以通过《红海行动》表达。

二，保护思想会阻碍社会进步，保护思想意味着作者不能与他人沟通交流，否则另一方一定会侵权；第三，不同的作者可就相同的思想重新进行具有独创性的表述，例如爱国这一主题，吴京可以通过《战狼2》表述，林超贤也可以通过《红海行动》表达。

本案中，于正最主要的抗辩理由即以原理为基础，提出“这些桥段（琼瑶诉于正抄袭的21个桥段）被告不承认是作为作品的表达，在本案中这些桥段也是原告根据自己的想象归纳出的思想，不是作品的表达。”

区分思想和表达的方法主要有减除测试法、抽象测试法、模式测试法和功能目的测试法和抽象一过滤一对比测试法等。²本案在此问题的判断上，法院采用的是抽象概括法，

“父亲是王爷而儿子是贝勒但两人并非真父子”“哥哥是偷换来的贝勒而弟弟是侧福晋的儿子”“情侣双方是因偷换孩子导致身份颠倒的两个特定人物”，无疑处于金字塔结构的相对下层；如果再将特定事件安插在存在特定关系的人物之间，则无疑又是对人物设置及人物关系的更为具体化设计，这样的设计又会体现在金字塔更加底层的位置。因此，法院认定琼瑶创作的《梅花烙》中的这些人物设置与特定事件和特定顺序结合在一起，已属于表达的范畴，受著作权法的保护。

但是，并不是只要属于表达的范畴，作品就一定受到著作权法的保护，著作权保护制度的功能是两方面，除了通过授予作者著作专有权以激励其创作外，还必须使一般公众能够接近作品。⁴在著作权法几百年的发展，大趋势是对个

2 卢海君：《论作品实质性相似和版权侵权判定的路径选择——约减主义与整体概念和感觉原则》，载《政法论丛》2015年第1期，第138-145页，2015.1。

3 左海峰：《著作权思想与表达的区分方法及其适用》，载《吉林工商学院学报》第32卷第1期，第81、82页，2016.2。

4 冯晓青：《著作权合理使用之正当性研究》，《现代法学》第31卷第4期，第30页，2009.7。

人财产权益的保护不断加强，公众接触到作品的难度越来越大。为了平衡个人利益与公共利益，著作权法除了规定合理使用和法定使用制度之外，也规定了一些不受著作权法保护的表达。

在文学领域，不受保护的表达主要有公共素材、有限表达和特定情境等，其中完全不受著作权法保护的是成为公共素材的内容，例如在“火柴人”与“黑棍小人”侵权纠纷案中，二审法院便是以此类“线条小人”形象已经进入公有领域，成为著作权法意义上的公共素材，不得由特定人所垄断，虽然“火柴人”有一定的原创性，但是其原创性较低，任何人都可以进入公共领域的“线条小人”为基础创作相关“小人”形象。有限表达的保护之所以受限制主要原因还是在于平衡私人利益与公众利益，当表达特定思想的方式只有一种或极其有限的几种时，可以认为此时表达与思想重合，因而即使存在实质相似，也不构成侵权。但一般而言，即使表达有限，出现完全相同的内容的可能性依旧较低，如果两作品一模一样还是可能构成侵权。特定情境也被称为场景原则、必要场景，其原始定义为：对于处理一个特定题目而言在实际上不可或缺或至少是作为标准性的事物、人物或场景，包含了两层含义：一是在特定的情境中所“必须”包括的场景，另一则是作为某些场景的固定“标准”或“套路”。对特定情境的保护之所以受限制主要是由于其有高度的功能性，与一般的表达相比更类似一种惯性的思想。⁵在本案中，于正团队也就此进行了答辩：“原告指控被告侵权的人物关系、所谓‘桥段’及‘桥段组合’属于特定场景、公有素材或有限表达，不受著作权法保护。”通过判决书可以发现，法院在这个问题上部分接受了于正团队的答辩意见，法院认定琼瑶方提出的《梅花烙》剧本中侵权的21桥段中，情节6弃女失神，养亲劝慰；情节14纳妾和情节17福音询问弃女过往，誓要保护女儿，这三个情节属于公知素材，不受著作权法保护，因此在判断侵权时将以上桥段排除在外。

二、如何认定作品相似

相较于判断某一表达是否构成作品或者是否为受著作权法保护的内容，认定作品是否相似难度更大。在本案中该问

题尤为突出，因为于正并没有进行一般意义上的抄袭，即原封不动的复制，于正的行为只是侵犯改编权，换句话说《宫锁连城》是于正在琼瑶《梅花烙》的基础上创作的具有独创性的作品，其本身也具有著作权，琼瑶方与于正方共识是没有侵犯复制权，双方都承认两部作品确实有很多地方不一样。六神磊磊与周冲互相指责对方“洗稿”事件其实与本案有很多相似点。

判定作品是否相似的基本准则是“接触+实质近似”，在本案中对于是否有接触争议较小，一是《梅花烙》电视剧在上世纪九十年代便在大陆播出过，二是二审时琼瑶方提出于正曾经两次发微博赞扬《梅花烙》小说。说明于正不但有客观上接触的可能性而且有接触的事实。对于是否实质近似一般会从“质”和“量”两个层面判断，如果相似的内容达到或者超过了一定的比例，则属于侵权；如果相似内容为作品的核心，则可能引用几句话便可以构成侵权。一般情况下相似部分在原告作品中越有价值，那么数量的影响就越小，反之，数量影响就越大。剧本类的文学虚构作品一般由题材、人物、对话、情节、背景、感情基调、速度等七要素构成。题材是整个故事的核心，情节则是故事的基本框架，而人物、对话、背景的描述是附着于框架之上的填充材料。因此，文学作品的实质性相似认定，应以情节为检验的主要内容，同时结合其他构成要素的具体情况综合判断。⁶本案中，原告委托的专家辅助人汪海林在一审时就剧本创作在何种情况下构成相似发表了意见，其指出剧本的核心价值体现于精彩的情节段落设计，具体的人物设置、人物关系、具体情节及桥段、以及由情节串联而成的剧情均可作为剧本的创作表达。而对于相关情节，如用于比较的两部作品在部分细微环节存在差异，则需要考虑发生差异的部分是否仍保持着同样的戏剧功能，如戏剧功能未发生实质变化，则不能简单排除前后作品的相似关系。即首先从整体上把握两者的相似度，而后再从细节着眼判断相似的细节是否发挥了相似的作用，最后再将两者结合起来观察是否构成实质相似。此外，本案法院也提到在细节层面一些不符合合理的情节近似需要着重考虑，因为不同的作者在相似的地方创作不符合合理的相似情节的概率很小，因此出现这种情况很可能会被认定为实质性相似。

⁵ Hartman v. Hallmark Cards, Inc., 833 F.2d 117 (9th Cir. 2987). See also WILLIAM F. PATRY, COPYRIGHT LAW AND PRACTICE (1994), at 337-338.

⁶ 黄小洵：《作品相似侵权判定研究》，西南政法大学2015年博士论文。



而对于相关情节，如用于比较的两部作品在部分细微环节存在差异，则需要考虑发生差异的部分是否仍保持着同样的戏剧功能，如戏剧功能未发生实质变化，则不能简单排除前后作品的相似关系。即首先从整体上把握两者的相似度，而后再从细节着眼判断相似的细节是否发挥了相似的作用，最后再将两者结合起来观察是否构成实质相似。

本案法院两审对于是否侵权的判断主要基于21个相似桥段的比对进行，即先从两部作品中用类似于提取公因式的方法把最重要的情节部分摘录出来，再把属于公知素材的3个情节桥段排除掉之后比对两者的相似度。一审法院经过比对，得出剩余的情节中，9个情节构成实质性相似，另外9个情节不构成实质性相似，二审法院在审理过程中以情节1偷龙转凤为例再次进行了分析，最后的出与一审相同的结论，驳回了于正方方的上诉。考虑到对实质性相似的检验可能会因为主体的不同而得出不同结论，除了法官和专业人员的判断之外，在二审时法庭还参考了“普通观察者”即网民对两作品是否构成相似的投票，投票结果显示在新浪网、新浪微博、网易娱乐等主要门户网站中均有90%左右的一般民众认为于正的行为构成抄袭。这一结果虽然不能作为判决的主要意义，但对于案件的结果也有一定的影响。

事实上对于文学虚构作品而言，就单一的情节、素材进行对比是很难得出准确的结论的。法院在判断于正是否侵权时虽然是通过提取情节比对的方式，但是在比对过程中法院还就不同情节之间的联系、相似情节起到的功能、使用素材的必要性结合作品的整体架构进行判断。法院认为即使单一的情节本身不具有足够的独创性，但是如果情节之间的衔接、不同素材的取舍能够反映出作者的独立性思考，也可以认为该作品为原创作品，受著作权法保护。足够具体的人物设计、情节结构、内在逻辑串联无疑是应受著作权法保护的重要元素。例如今何在的《悟空传》具体的情节大多来自于《西游记》，但是通过创造性的编排、删改使得《悟空传》成为了受著作权法保护的单独作品。与之相对，单纯的智力机械劳动和智力技艺劳动完成的劳动产品则均不能认为存在独创性。例如临摹的美术作品，即使其具有很高的艺术水准，也不能认定为是新的具有独创性的作品。

三、结论

现阶段原封不动抄袭的情况已较少发生，即使发生只要能够及时固定证据，确定两作品创作完成或者发表的时间便能够得出基本的结论。琼瑶诉于正一案除了解决了本案原被告之间的纠纷，还为如何处理类似的案件提供了一个思路。在之前的许多判例中，认定两作品是否相似，感觉判断占了很大比重。该案判决中所展示出的先确定某一表达是否受保护，再通过定量和定性相结合的方式分析是否构成实质性相似，有值得借鉴之处。此外，法院在判断两作品是否构成相似时，也可以参考判断作品是否构成合理使用时的一些方法，如Trips协议所采用的“三步判断法”或者美国版权法采用的“四要素判断法”。随着法官团体法律素养的不断提高、我国立法技术的不断完善以及民众著作权意识的日益觉醒，相信著作侵权案件会得到越来越公正、合理的判决。

【参考资料】

- 1.北京市第三中级人民法院（2014）三中民初字第07916号民事判决书。
- 2.北京市高级人民法院（2015）高民（知）终字第1039号民事判决书。
- 3.来小鹏：《知识产权法（第三版）》，中国政法大学出版社，2015.3。
- 4.黄小洵：《作品相似侵权判定研究》，西南政法大学2015年博士论文。
- 5.卢海君：《版权客体论（第二版）》，知识产权出版社，2014.11。



中美法律人齐聚京都， 倡议落实诉权保障原则

2018年1月7日，京都刑事辩护研究中心举办“审判中心主义视野下诉权保障原则之落实研讨会”，并邀请美国四位法律专家与我国十几位知名刑法学者、刑事辩护律师一起就该问题进行座谈。

本次研讨会由京都刑辩研究中心主任、高级合伙人邹佳铭律师主持。研讨会紧紧围绕中国律师所提出的辩护权保障不足、法官自由裁量权过大、庭审虚化等问题展开讨论，美方专家介绍了在美国的司法体系中，如何通过法官的独立、控辩平等对抗、权利的救济、对滥用权力的制裁等制度来实现程序的公正。到会的中方专家指出应该站在历史进程、观念博弈的角度看待我国刑事诉讼中存在的一些诉权保障不力的现象，司法的权威需要控辩双方共同尊重，更应该通过法庭的中立和公正来建立。

“以审判为中心”的诉讼制度改革是一个逐步迈进的过程，我们需要树立司法尊严的观念、调整诉讼结构、细化和明确相关立法，从而落实诉权保障原则。

除了下文做主题发言的嘉宾外，北京大成律师事务所高级合伙人韩嘉毅、北京市德恒律师事务所合伙人王兆峰、北京典谟律师事务所主任王誓华律师、北京市尚权律师事务所合伙人高文龙、京都律师事务所高级合伙人金杰等做了分享，最高人民法院刑五庭原庭长高贵君，京都律师事务所主任朱勇辉，高级合伙人肖树伟、郭庆、张雁峰等也出席了研讨会。

与会嘉宾以开放的思路、包容的心态从不同的视角阐释了观点与建议。现场观点交锋、气氛热烈、进一步深化与会人员对诉权保障原则的认识，探讨了从制度上落实这一原则的具体措施，取得了圆满成功。

下文将分享部分嘉宾的主题发言，以飨读者。



美方专家发言

美国内华达联邦法院前院长： 美国司法独立背景下的控辩审关系

非常感谢被邀请参加今天的研讨会，与中国的各位律师、法官、教授一起探讨问题，通过对话我们可以相互了解彼此的司法程序。

一、美国宪法所确立的 联邦司法体系决定了 法官的独立地位

美国的宪法诞生于1787年，这是一部非常古老的法律，在司法程序发展过程当中，我们越来越了解什么是法庭，法庭就是人们来试图公平地解决冲突异义的地方。我们的宪法建立了一个联邦司法体系，法院必须独立于执法部门及立法部门，法官在做出决定的时候要有独立性，不能因为其他方面影响法官作出公正判决。

美国司法体系非常重视案件能够得到公正审理，保证当事人的权利不会被侵犯。当然，中国也非常关注这方面。Michael Johnson作为控方，Mary Jo Barr作为辩护律师，他们也同意我的观点，他们代表当事人努力维护他们的权利。那么作为法官，我们如何独立地作出公平裁决？我担任法官时，我不觉得我要偏袒一方，但Mary Jo Barr或者Michael



美国联邦资深法官、内华达联邦法院前院长Philip M.Pro

Johnson可能会觉得法官偏袒一方，这是正常的，因为我们是人，也有自己的观点、价值观。但是在我们的联邦司法体系当中，法官一直在非常努力地确保他们能够独立地根据法律及证据裁决案件。我身为一个法官，不用担心我今天作出的裁定是不是受欢迎，会不会受到媒体的批评，会不会受到有权势的人批评，因为美国实行法官终身制。法官能够不在意这些影响，这是一件非常好的事情。

所以基于这样一些保护，法官可以独立地作出裁定，当然法官也可能犯错，但是最重要的是法官不必受到他人

的影响。大部分美国法官都有自己的独立性，因为在美国我们非常重视利益冲突，不管是联邦法院，还是各州法院。尽管每个州都有一定的司法主权，有自己的法院系统、行政部门，甚至有自己的立法部门，但是每州的结构和作用与联邦是非常类似的。法官必须每年提供他们的财务报表，不能参与任何政治活动，与案件有利害关系的要回避等等，尽量避免利益冲突。

二、美国法官不当行使 权利时律师如何救济

在我们的法庭当中，管辖是另一种意义。法庭如认为其无权审判案件则需驳回起诉，案件要么重新起诉，要么转移到另一个有管辖权的法庭。控辩双方对管辖权有异议也可以提出上诉。

在美国有联邦最高法院，还有中上级上诉法院，根据美国各个区域进行分配。有时刑事案件会由陪审团来做裁判，约三分之一的民事案件也会用陪审团。那么，法官会不会滥用力，是否给双方足够的准备时间，法官如何管理案件，法官的不当行为是否会受到惩罚，遇到利益冲突是否必须被排除，这

些都是我们要探讨的问题。

我不知道我们的做法是否可以直接适用于中国或者其他国家，但是可以向大家简单介绍一下美国的做法。在美国，不管是证据规则还是审判规则，都是由法官集体拟出，再通过各个不同的委员会制定。这些委员会有检察官、学术专家、辩护律师，大家一起参与并发表意见。这些规则既是对230年来一些经验的总结，同时也必须符合宪法的规定，目的是要确保双方在证据开示、了解案情、质询证人、提出动议等方面机会均等，我们正是通过这一系列的规则来管理案件，有时会以会议的方式进行讨论。

在美国，如果律师认为法官裁判不公，律师可以质疑法官不合格，也可以要求重审，律师如果轻易放弃这些权利，受伤害最大的是当事人。控辩双方

权利挣扎总会有的，法官能做的是尽量对被告人不作有罪判决，除非控方能够排除所有合理怀疑。

三、美国如何实现司法公正

在美国如何尽量做到公平公正？首先，我们在挑选法官的时候，尽量挑选有资格的人来当法官，当然也并不是百分之百都成功；第二，必须针对法官进行培训；第三，基于宪法的保护，法官可以独立作出裁判，以有效的方式管理案件、保护所有人的权利；第四，在这些基本的考量之外，专业上我们也有一定的要求。以上这些使得我们的系统能够非常好地运作，这好比三只脚的凳子，我们需要各方都把自己的事情做

好，辩方和控方尽到他们的责任，法官也尽到法官的责任，我们这个系统才能够好好地运作。

美国有超过200年的历史，这个系统是从立国撰写宪法的时候开始的，现在这一套系统也是美国文化、历史、经验相互作用的结果。我认为所有的司法系统、法律系统都必然与其国文化历史息息相关，所以在某个国家适用的做法在其他国家和地区未必行得通。全世界有那么多国家，我相信不仅从美国，从其他国家也可以学到一些对你们比较有用的东西，我们也可以从中国学到一些比较有效的方法，但是整个过程是非常漫长的，我们必须付出很多努力才能最终构建公平的审判系统，我是非常有信心的，相信你们也如此。🍷

“白水门案”主控检察官： 美国控辩双方诉讼地位及权利救济通道

首先感谢邀请我参与这个非常重要的讨论，老实说我不确定能否回答刚才提出的所有问题，我会尽量把这些问题与美国的系统做一个比较。

第一，美国的司法系统及其法官裁判权

在美国，司法部门与行政部门、立法部门是完全独立的，这种三权分立的结构帮助我们解决了很多大家刚才提到的问题。显然，这三个系统对我们来说也是比较独特的，美国建国才200多年，而中国有5千多年的历史，所以与中国相比，美国还像一个小孩子，尤其

讲到这方面的经验。但是，这不代表到目前为止我们没有找到解决这一问题的办法，同时，我们虽找到了一些做法，但也不代表就毫无这方面的问题，而这些问题都需要根据整个司法系统的结构来解决。

美国有50个州，每一州都有自己独立的主权，有自己的一套法院系统，同时还有一套联邦系统，所以总共有51个系统，这些系统都必须符合宪法规定，宪法是指导和指引这个系统的总则，当然这51个法院系统都有其不同的做法。

联邦又分成94个不同的区域，所以有各种规定，案子需要在哪审理、交由州法院还是联邦法院、法院有无特定的

管辖权，这些都是我们会遇到的一些系统问题，最后都由法官来决定。如果一方当事人对法官的裁定不满意，他们可以上诉，但不管是哪一个层级的法院，都是由法官作出裁定。

第二，检察官与辩护律师遵循相同的职业道德标准

我们非常重视控辩双方的权利，我们做系统的结构，会尽量平衡这一权利，不管是向法官提出动议，还是获得信息方面，双方都是平等的。宪法关于刑事案件的一些规定，特别是被告人的一些权利如沉默权等，都属于我们结构



的一部分，主要是为了取得平衡。

在美国，所有的检察官都是律师，与辩护律师一样，他们同属于律师协会。检察官与辩护律师属于同事，只是有不同的工作职能，但是道德标准是同样的，因为道德标准是与他们所从事的职业有关的，但这并不妨碍他们会持不同的意见，对庭上所遇到的挑战也会有不同的看法，这些冲突都可以通过系统解决。比如前面提到的管辖权问题，就是通过法院系统和上诉系统来解决的。当然，这不等于说控辩双方完全平等，因为作为控方，我们会有更多的资源与财力，比辩方的资源要多很多。

第三，律师权利受到侵犯时的救济途径

我们的司法体系也不是完美的，也



美国前总统克林顿“白水门案”主控检察官、联邦司法部前资深诉讼专家Michael Johnson

会存在大家提到的问题，我以个人的经历来解释一下我们是如何解决的。我之前是检察官，主要工作是调查警察的不合规案件，如果警察被发现有不合规行为，就会被提起刑事诉讼。1980年，我

就对某些警察提起了不良行为的刑事诉讼，而此案法官不希望这些人被提起诉讼，在庭审中就把我和我的两个下属驱逐出法庭，并驳回了诉讼，这是一件非常严重的事情，就像中国现在各位律师面对的事情一样，那么这个是如何解决的呢？我们去上诉法院，对这个法官的裁决提出了上诉，然后上诉法院裁决这个法官滥用了他的权力。同时，当时这个事情是发生在新奥尔良州，而法官根据辩方要求把这个案件移到另一个地方庭审，因为他有权转移管辖权。

通过这个故事可以看到中国面对的这些问题在我们的体系中也会发生，只是说我们的体系存在救济方式，但也不是对所有情况都有一系列的救济措施，所以整个体系并不是毫无问题的，只是对于多数情况我们是有解决方式的。

美国资深刑事辩护律师： 司法改革需要各方共同参与不断推进

非常感谢大家邀请我们来参加此次研讨会，我来讲述一下关于这个话题的看法。

第一，司法改革需要各方共同参与

今天在座的有法官、教授、律师。如果要进行司法改革，受司法改革影响的多方力量都要共同参与。多方力量参与其中，提出自己的观点，这是非常重要的。因为如果一个体系当中的一方被排除在外，那么他们肯定会有所保留，肯定会有所不同意，所以大家聚集在一起交流意见，我觉得这个

是非常有意义的。

Michael Johnson和Philip M.Pro也提出了我们的司法体系不是由结果驱动的，正义不是一个结果，这个理念对于我们规则的建立也是非常重要的。不管大家的目标是什么，我们推行正义，是为了确保整个过程的完整性和公平性，这个是非常重要的。

第二、律师群体应该集体发出声音

辩护律师应该怎么做，应该如何行使我们的权利？我觉得在美国的司

法体系中，如果我擅自离开法庭，法官肯定会把我逮捕，我会被指控藐视法庭，对我来说也是不符合职业道德的，所以说我就不会这么做，我也觉得美国的律师也不会这么做，即便他们可以这么做。因为变革是随着时间进程慢慢推进的，即便在美国也是一样。我们的司法体系也是在逐渐发生着变革，这个过程很艰难。虽然我对我们的司法体系非常骄傲，但是对于辩方律师来说，要影响变革、改变议事规则、改变一个错误的庭审对我们来说也会非常艰难，需要我们去坚持。可能一个律师的声音是不够的，需要很多律师共同发声。我们国家有

刑事律师协会，是一个全国的协会，我们会聚在一起，讨论我们的司法体系中发生的一些事情，会针对自己管辖区内和全国管辖区内的事情，通过这些组织和机构发出声音，提出哪些需要改变。

辩方律师要聚集起来，汇集许多的声音。这个需要律师们分享信息，来明确讨论的主题与目的。我要说的是身为一个辩护律师，当你在决定要为你的案子辩护或者澄清的时候，要用非常明智的做法，选择合适的时间和地点去做，很多时候要视国



美国资深刑事辩护律师、加州圣地亚哥郡公设辩护人Mary Jo Barr

家情况而定。就像我刚才提到了很多转变是慢慢来的，在合适的政治和社会气候下才有可能发生。我们只能不断地去关注这些信息，分享信息，用明智的方式做出选择，同时更重要的就是要坚毅不挠。我觉得对你们最大的打击往往就是到最后没有决心再继续尝试或努力，就算有人不断否定你们现在所做的东西，你们仍须不断尝试，才能最后取得成功。我对大家所面临的挑战真的感到非常震撼，但是我鼓励大家不断继续努力。

中美刑事法律专家：如何建立司法公信力

谢谢各位，今天这个话题很沉重，涉及的问题太多，党律师退庭是一种冲突，反映了在法治进程中遇到的一些问题，其中有很多是我们价值观的问题，也有一些是传统理念与现实矛盾的问题。问题很多，不可能一一去讲，我讲几个突出的问题，最重要的就是我们现在的司法公正或者司法公信力怎么建立的问题。

第一，善意执法是建立司法公信力的条件

我们经常会忽略的一个问题，就是善意这个问题，我们制定一个法律规则，建立一个法律制度，司法从业人员或者法律从业人员是不是在善意执行法律是非常重要的。善意在英文里面比较好理解，叫good faith，是指诚心诚意地适用法律的意思，不是以个人的其他私心杂念去曲解甚至是阻挠法律的实施。

美国著名法学家富勒在20世纪60年代提出了著名的法治定义，把这一条放在其八项原则当中最后一条。官方的执法行为必须是善意的，是诚心诚意理解法律并诚心诚意执行法律。因为我们的语言，特别是日常语言并不精确，在描述时更是充满了模糊歧义，如果一个司法机构或者法律从业人员并不按照正常的含义去理解，而是利用语言的模糊性上下其手，就会为法律的执行增加极大的难度。而且，法律并不解决每个人的看法问题，对同一个规则个人的看法可能不同，但是这个看法必须是一个真心实意的看法，不是一道屏障、一道烟幕去遮掩我们的真实目的。

将来的讨论或跟同司法机构的交流中，我们律师一定要提这个问题：法官真的是在执行法律，是按照法律的理解来审理案件吗？这个问题要反复问。

我想特别强调善意的执法机构和系统。如果缺失善意，我们没有办法来妥

善处理律师退庭事件，而且会非常容易进入对抗，并形成恶性循环。

第二，我们的审判不是为了对抗而对抗，它是通过控辩的对抗达到一个说理的过程

律师代表被告人到法庭，是来干什么的？律师不是来打架的，是来说理的，法庭是一个说理的地方，这是常识，也是法律的要求。党律师退庭事件，表面上看是损害了律师行使辩护权利以及伤害了当事人享受的法律辩护权，但是更不幸的是它损伤了法院的公信力、整个法治的公信力。这是整个法律人和司法机关要深入思考的问题。我们不知道当庭具体发生了什么，但是党律师退庭给公众的印象是：法院不讲理了，他于是退庭了。在一个不讲道理的法庭了，司法是没有公信力的。



第三，党律师退庭事件是一个各方皆输的局面，对司法乃至整个政府的公信力损伤很大

党律师退庭到底是对谁的损害最大？在美国，如果律师的行为出现了差错，要对他进行惩罚，但不能因为惩罚律师而损害当事人的利益。但是在党律师这个案件中，我们可以很清醒地看到，实际上第一个输家就是当事人，因为他失去了当时的正常法律待遇，没有律师替他在法庭上做应有的辩护。

控方也是输家，检察官的职责是代表国家起诉和出庭，目的有两个，一个是要惩罚犯罪，一个是要教育社会。通过这个案件，部分人们对起诉的公正性发生了怀疑，所以检方也是输家。

法院可能是最大的输家，在一个可以说理的地方不能说理，在一个需要解释的地方不去解释，在需要给救



中美刑事法律专家、美国律师协会（American Bar Association）法治项目中国主任Daniel P. Yu

济的地方不给予救济，司法公信力能实现吗？

然而没有“最”，只有“更”，更大的输家是谁？实际上是政府。在中国，人们把法院和政府看作一体，法院失去了公信力，就等于整个政府失去了公信力。这也是为什么很多人经常会把应当在司法领域内解决的问题提交到行政部门来解决的原因。

基于以上分析，我个人有一些建议；首先，律师界乃至整个法律界应该强烈呼吁并向有关部门提出：律师退庭的最大的输家绝对不是律师。当事人是一个明显的输家，检察院也是输家，法院更是输家，最大的输家就是政府。其次，不能简单地惩罚律师。律师退庭固然存在着瑕疵，有惩戒的必要。在这个信息比较发达、开放、透明的社会里，没有事情可以得以彻底隐瞒。对党律师退庭情况，如果有关部门认为仅仅靠惩罚律师就可以解决问题，那就大错特错了。这种想法不仅非常幼稚，而且相当危险。因为这样做不仅不可能阻止冲突，反而会引发未来更多的冲突，辩审的冲突只会加剧。当庭审过程被认为不再是一个讲道理的过程时，可以想见会有更多的律师出来做非理性的抗争，恐怕还不仅仅限于退庭这样简单的抗争了。当然这只是我个人的预测。



中方专家发言

樊崇义：以发展的眼光认识诉权保障原则 落实中的问题，调整诉讼结构加强立法



著名法学家、中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长樊崇义

杭州律师退庭事件及今天会议提出的所有问题，希望大家把它们放到依法治国的发展进程当中，特别是以审判为中心的诉讼制度改革的进程当中来思考。不能只从个案的角度讨论此案，而应借由此案做更冷静、更深度、更具建设性的思考。通过这次会议可以提出我们的理性分析，并提出立法上的建议，让这个会议更具建设性意义。

按照这个思路，我想讲以下几点：

第一，要从观念形态和理念认识上来看待这个问题

今天与会的有美国律师也有中国律

师。我们在借鉴美国经验的时候，应当看到两国国情的差异。美国拥有200多年的历史，中华民族拥有5千年的历史，历史文化、思想观念、意识形态、法治发展进程都存在众多差异。我们在比较两国对律师退庭行为的不同态度时，应认识到两国司法观念、司法环境，以及依法治国的进程不同。

第二，要放到贯彻十八届三中全会、十八届四中全会、十九大精神，贯彻以审判为中心的诉讼制度改革的过程当中来认识这个问题

杭州案件中律师退庭的两条理由我认为基本上是站不住脚的。首先，就管辖权来说杭州中院进行管辖是合法的。其次，就不让证人出庭问题，律师没有讲清楚证人出庭作证与辩护的关联性所在，更何况法庭审理的进程还没到证人出庭的阶段。总之，这个退庭是毫无根据的，我不支持他。但是，在以审判为中心的制度改革进程当中，考虑到制度上确实存在一些不足之处，我认为明确指出他的问题的同时，处理上要有宽容

的态度和作法。

第三，以“两个发展之中”审视诉权保障的必要性

要在“两个发展之中”，一个是依法治国的发展进程当中，一个是诉讼制度改革的发展过程中，特别是以审判为中心的改革的发展进程中来认识这个问题。社会是不断发展和进步的，司法实践已经证明我国的法治水平在不断完善，而且我有信心它会一天一天更好起来的。譬如，“证据不足不能认定有罪”的规定在1996年写入刑事诉讼法第162条第三项，很长一段时间并没有得到良好的执行，直到十八届三中全会、四中全会之后，通过平反一些冤假错案，这个问题逐渐得到了解决。今日之中国，证据不足不能认定有罪已基本形成了一个共识。这也证明很多诉讼的规则和制度都有一个逐步发展、深入认识、转变观念的过程。希望我们在处理这些问题的时候，不要仅凭感情只看到问题的当下，还要看到发展前景，以发展的眼光来认识这个问题，这是我总的立场和观点。



第四，研讨会引发的 两点启示

1. 着眼于“控辩审”三者诉讼结构的调整

以审判为中心的诉讼制度改革，按照顶层设计是分三步走，第一步解决庭审实质化的问题，第二步解决诉讼结构调整的问题，第三步修改刑诉法。这项改革要有一个过程。除了观念性的调整以外，我们要做些什么？就是要着眼诉讼结构的调整，建设一个新型的诉辩关系、诉审关系还有审辩关系。律师退庭反映了这三个关系发生了尖锐的冲突，所以要调整诉讼结构，要把诉辩审三个关系当前出现的一些突出矛盾调整过来，走向正规化、常态化。

2. 强化司法的尊严和公信力

在观念形态上，重点要解决法官、检察官、律师的地位和尊严，就是司法的尊严和公信力的问题。对于律师来讲，一定要维护法官的尊严、司法的权威，审判的权威和尊严一定要树立起来，不能动辄退庭，甚至藐视法庭。对于法官和检察官来说，律师的地位和尊严也得树立起来，什么叫以审判为中

心？我总结为七句话：侦查是基础，证据是核心，公诉是主导，辩护是必须，审判是中心，监督作保障，智能为辅助。我们要按照这样一个体系把以审判为中心的制度改革建构起来，将来律师的执业状况就会很好。

第五，五个需要解决的 立法问题

1. 加强律师伦理行为规范的立法

希望全国律协刑辩委员会继续推进立法，加强规范律师的执业行为。最近我们虽然颁布了律师执业规则，但律师执业伦理方面的规定还很薄弱，还要加强立法。

2. 限制检、法过度的自由裁量权

对于检察官和法官来讲，我们要解决过大自由裁量权的问题，这是一个重大的课题。我们可以用各种审判的规则，包括证据规则来进行限制。对于法官决定开庭时间、管辖、回避、证人是否出庭等，如何通过刑诉法修改限制其过大的裁量权，对于刑诉法中关于什么是“必要”，什么是“必要的时候”，这些虚化的抽象的规定，要作出具体的

比较精细的规定或解释。

3. 完善涉及管辖权的立法

通过杭州保姆案律师退庭事件，我们再次认识了关于管辖权的休眠条款，什么叫“全国性”“全省性”“有影响的案件”都是抽象的，这也造成了实务人员的手足无措。如果这些条款规定制定得足够清晰，能够避免很多问题。还有指定管辖的问题，据我们统计，职务犯罪的管辖，当前就有数十个问题需要解决，所以要加强这方面的立法。

4. 细化庭审中的各类情形

要解决退庭、拒辩、藐视法庭等概念和认定标准，以此规范法官、检察官、律师的职业行为。

5. 明确不予调取证据的情形和后果

2012年刑诉法规定律师有权申请法院调取证据，但是律师申请了，法院不予调取的后果却没有。杭州这个事件以后，这几天我一直在思考这个问题，必须要借助这个事件，把不予调取的情形、应该调取没有调取的后果予以明确规定。

最后，我希望我们这次会议开得有声有色，并形成有益成果。

田文昌：保障诉讼权利，化解辩审冲突

今天我们研讨会讨论的话题，是由近日发生的律师退庭事件所引起的。但是，我们今天不针对个案，只针对现象，主题就是审判中心主义背景下的诉讼权利保障，其中最重要的就是如何解决辩审冲突问题。

一、关于辩审冲突的原因

任何一种现象的发生，都离不开具体的环境背景。为什么中国会发生律师退庭的问题？这个现象发生的主因是什么？法治发达国家很少出现这种情况，为什么中国却频频发生？

中国发生这种现象的深层原因，我认为辩审冲突所导致的。据我了解，辩审冲突在法治发达国家是没有的。那么，为什么中国会出现辩审冲突，而且近几年来还不断升温？这也是值得我们深入思考的问题。

具体来说，我认为主要有这么几个方面的原因：

一是法官的自由裁量权过大。毋庸置疑，任何一个国家的法官都应当有相应的裁量权。但是，我们国家法官的裁量权究竟是不够，还是过大？我们的立法，我们的司法解释，采用了一系列模糊性的弹性条款，比如证人出庭问题、鉴定人出庭问题、调取证据的问题、排除非法证据等一系列的问题，都是以“法庭认为有必要”为前提，都把这个权力赋予了法官。但是，绝大多数情况下都是法官认为没有必要。

我就遇到过很多的类似情况。刑事诉讼明确规定，关键证人要出庭，但是法官认为没有必要；刑事诉讼法和司法解释都明确规定要排除非法证据，但法官认为没有必要；刑事诉讼法和司法解释明确规定控方没有提交的证据，辩方有权申请法院调取，但是多数情况下，法官都认为没有必要；刑事诉讼法规定专家证人可以出庭，可以协助质证，可是法官常常认为没有必要或者认为即使专家证人出庭也不能发言，如此等等。在我代理的案件中，证人出庭率连百分之五都不到。很多时候证人就等在法庭外面，法官就是不让出庭，其理由是法庭认为没有必要。还有的时候，法庭甚至剥夺辩护律师最基本的发言权，随意粗暴打断甚至完全禁止律师发言。这种情况我就经历过，这都属于一些基本诉讼权利被剥夺的情况。

关于辩审冲突的原因，两方面应当各自检讨，首先律师应当加强自律，恪守职业道德。我从来都不认为在辩审冲突中律师没有责任，而且在有些时候、有些律师也确实有很大责任甚至做得过分。对此，律师界自身需要深刻反省和严格规制。但是，对于辩审冲突的深层原因更值得深入剖析。

二是法官不中立。有很多冲突是发生在法官不中立的前提下，由于法官失



京都律师事务所创始人、全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌

去了基本的中立性，就不可能正常、合法地行使他的权力。这种情况下律师如何维护当事人的诉讼权利？

三是法官不独立。尽管随着司法改革的不断深入，关于独立审判和禁止权力干预的政策频频出台，但现实中法官权力受限的问题并未明显改变。而法官权力受限也是其打压律师的原因之一。有人可能会说，一方面说法官权力受限；另一方面又说法官权力过大，岂不是自相矛盾？其实，这种现象不仅并不矛盾，而且恰恰具有一定的内在联系。法官的权力越是不独立，就越容易偏离其中立性，而越是偏离中立性，就越容易打压律师，而有些时候正是由于被干预才不得已而为之。所以，在不同语境下谈论法官的权力自然会得出不同的结论。作为律师，我们可以理解法官的苦衷，但是，作为辩护人，我们则有义务捍卫当事人的权利。

我认为，从总体上看，辩审冲突的主要责任在法官。理由很简单，因为法官是法庭的主宰者。律师只有通过法官的认可，才能发挥辩护作用，所以通常情况下律师是不会主动去找法官闹事的。如果律师去找法官闹事，无异于耗

子找猫闹事，自讨苦吃。个别情况不能排除，但绝不具有普遍性。在这种背景下，保护律师权益，一个非常重要的前提就是首先要规范法官的权力。没有尊重法律的法官，怎么会有尊重法官的律师？

二、如何借鉴国外的经验？

今天在座的有律师、法官、检察官，也有国内和国外的专家。如何借鉴国外一些成熟的经验，我想提出一个问题供大家参考。

我们历来都非常尊重国外的经验，但是又不能照搬照抄。我以前在国外考察的时候提了很多问题，国外的专家听了都很不理解，觉得很奇怪，不可思议。这是两种不同的环境和语境所造成的。

我们一直在强调中国特色，这个中国特色就特在它有特殊的中国的环境背景。所以，我觉得我们今天研究的问题，应当注意到如何来分析这些特色和共性之间的区别和联系，这非常重要。国外没有退庭，因为国外没有辩审冲突。所以，要解决好中国的退庭问题，首先要化解辩审冲突。这样才能从根本上解决问题。

三、律师如何恪守职业道德？

那么，面临以上种种问题，律师应该如何恪守职业道德，如何保障当事人应有的诉讼权利？大家可能会认为我是资深律师，在法庭上会很受尊重。但实际上我在法庭上也经常被法官呼来唤去，甚至侮辱来侮辱去，还有的法官教育我说连常识都不懂，发言不让发，甚



至一句话都不让讲。

在那种情况下，我们是无条件地遵从、配合享有无限权威的法官？还是坚持原则、以理抗争？如果遵从了、配合了，在明知道辩护权完全无法行使的时候，我还是坐在法庭上去遵从，去配合，甚至参与虚假的质证，去帮助控方证明非法证据的合法性，或者自欺欺人地说服被告人去违心的认罪。那么，我们是恪守了律师的职业道德还是违反了职业道德？是在维护法律还是在亵渎法律？我想这个问题是值得我们深入思考的。

律师法、刑诉法都有规定，律师要遵守职业道德，但是当我们基本权利被剥夺的时候，我们该怎么做？

在一些法治发达国家，有完善的救济程序，律师可以启动各种救济措施来维权。而且，更重要的是它完全公开在媒体舆论的监督之下，任何人都难以肆意妄为，所以我坚持认为审判中心主义的保障前提必须是阳光下司法。

但是，目前在我们尚不具备这些条件的情况下，我们恪守职业道德的方式

和底线又应当如何定位？

其实诉讼权利不是律师自身的权利，而是被告人的权利，律师可以不说话，可以屈服，可以无条件遵从。但是，倘若如此，律师的职业道德哪里去了？能不能尽到有效辩护的责任？

如果说律师必须服从法庭，法庭有绝对的权威，那么法庭的权威是法律的权威还是法官的权威？这个法官能不能完全代表法律，或者说，有什么样的机制可以监督和限制法官违法？这也是需要我们思考的问题。

一方面，对律师的行为必须严格规制，尊重法庭是律师起码的行为规范，这一点毋庸置疑。但另一方面，如果只是单方面地限制律师，要求律师在任何情况下都只能无条件服从法庭，则会不会由于法官的任性而导致律师的职业道德失守，进而导致对当事人合法权益的侵犯？

反过来，如果律师需要抗争，需要充分维护当事人的辩护权，那么要采取什么样的方式来维护？能不能制定一些

可以约束辩审双方的严格保障性措施？能不能引入第三方介入的处置机制？能不能真正实现阳光下司法而将司法过程置于全社会的监督之下？我觉得这也是我们今天要研究的问题。

四、结语

对于以上问题，我没有结论，我只是提出问题。我认为，如果不解决这些问题，中国以审判为中心的司法改革进程，将受到严重的干扰。

所谓的退庭事件不是一个孤立的事件，它涉及到的是制度改革的问题，也突显了个案推动立法的重要启示。这个启示就是要进一步加强对诉讼权利的保障，具体来说就是要进一步加强对于辩护权的立法保障和理念更新。否则，我们整体的司法环境就会因为辩审冲突的蔓延而恶化，这是我们不愿意看到的结果，也是对以审判为中心的司法改革大方向的一种背离。

希望这些问题能引起大家的进一步思考，谢谢！

刘广三：控辩平等下的司法权威及自由裁量权的限制

专家们的发言都很有启发，我根据律师们提出的问题谈谈一点自己的看法。

第一，狭义的司法权威是法院权威

我觉得大家可以换位思考一下，一个法官面对刚才一位律师所讲的十几次回避要求，他会有什么感受？律师所

提的回避申请是否满足法律所规定的条件？如果律师反复地使用这个权利，是不是也有点滥用诉权？我们要讨论的这件事，律师是不是带有情绪化？

如果一个法庭总是充满情绪化，这是不太合适的。法庭应该是理性、客观、公正的。律师提的问题非常好，法官要求公诉人调取录像的通知都发了，公诉人就拒绝提供录像，他可以蔑视法庭的权威，我为什么不可以？

司法的权威，如果把它狭义理解就是法院的权威，我们当然希望以审判为中心的诉讼制度改革背景下，法官的权威至高无上。但是在中国，检察机关、公安机关，有时候也说自己是司法机关，或者说执法机关。所以说在中国要狭义定义司法的权威就是法院的权威。检察机关作为法律监督机关，在法庭上也应该尊重法官。

公诉人和律师作为控辩双方，在法



| 北京师范大学刘广三教授

庭上应该是平等的。在英美法系国家，公诉人和辩护律师都是律师，大家就是诉讼观点不同而已，中国的公诉人却和律师完全不能等同。在这种诉讼结构中，律师要理解法官的无奈。我发现大

家特别希望树立法院的司法权威，这也是我很期待的一件事。

第二，自由裁量的立法限制和中国的程序性救济措施

有律师提到法律规定中诸如“人民法院认为有必要的”这一类的模糊语言，导致法官自由裁量权过大。这是立法问题，刑事诉讼本来是一个操作性的法律，如果立法不明确就存在权力滥用的空间，所以我们应该让立法更明确。同时，应该赋予律师权利救济措施，刑事诉讼规定了律师可以上诉，但是我们又没有独立的程序性上诉。等一审程序都走

完了再上诉，这种救济是不力的。我希望在实体结果没有出来之前，有一个独立的程序性上诉。

独立的程序性制裁在我国诉讼法是完全缺失的，这大概跟中国程序法发展水平有关，归根结底就是整个社会的程序法理念还没有更新，我们的刑事立法也没有精细到这个程度。因为这个制度需要巨大的投入和成本，甚至我们的财力难以支撑这样一个非常冗长的程序。如果每个回避申请都要休庭、回应，有些案子大概三四年未必能审完，我们法庭还没有能力支撑如此精细的诉讼程序。

只能说我们在一个法治化的进程当中，展望未来的中国程序法制会更加完备，我也充满着期待。谢谢！

张建伟：审判中心主义下的诉权保障

审判中心主义，已经成为我们多个讨论议题的语境，我们讨论的主题是诉权保障，也是置于审判中心主义这个语境中的一个议题。

一、作为语境的审判中心主义

以审判为中心，或谓之审判中心主义，有四个对应的概念：第一个概念是审判空洞化，指的是庭审空洞化，日本人称之为庭审形骸化，就是像一堆白骨，没有血肉。这种空洞化的庭审，一定连接着空洞的辩护，或者叫虚化的辩护。没有实质化的审判，也成就不了实质化的辩护。第二个概念是诉讼阶段论，这是从苏联学来的诉讼程序总体结构，这个结构在现在的司法改革中并

没有被触动。因此，与诉讼阶段论对应的审判中心论方面的改革并没有发动起来。第三个概念是以侦查为中心，中国刑事诉讼的重心在侦查，侦查当中要求将案件查到事实清楚、证据确实充分，即把案件查个水落石出，才向下一个阶段移送，这跟一些国家起诉的标准定在预期能够定罪，也就是说有50%以上的定罪把握就可以起诉，完全不同。所以，在中国这种诉讼总体构造下，辩护的重心放到了审判，可是整个诉讼重心却在侦查，就形成了一种错位。第四个对应的概念，是警察国家，以审判为中心在抽象意义上就是让法官发挥推进民权、保障人权的作用，防止警察国家的形成。辩护力量的增长同样有助于推进民权和改善人权，当法院通过审判发挥民主国家的自由权利保障的平衡轮作用



| 清华大学法学院张建伟教授

的时候，律师发挥积极作用的条件也会有很大改善。这四个概念都跟我们今天论及的辩护权保障有密切关系，所以，辩护权保障的话题，放在审判中心语境之内进行讨论，应当与前述四个方面对应的司法机制和审判的功能定位联系起



来进行思考。

二、诉权的概念和现状

最高人民法院“三项规程”中多次用了“诉权”的概念，但究竟什么是诉权，诉权与诉讼权利是不是一回事，似乎没有人去深究。诉讼权利与诉权是有关联的概念，但是这两个概念不完全是同一回事。诉权，通常是指某一纠纷发生之后，将该纠纷诉诸司法加以解决的权利。诉权可以分解成起诉权和胜诉权。

有关诉权的讨论，过去集中于民事行政领域，这个领域往往存在诉权保障不周的问题，法院这么多年的司法改革，也在试图解决诉权保障不足的问题。在我国，法院有一个权力，就是自己来选择对什么案件加以受理，这就是划分案件受理范围的权力，现在法院通过登记立案制，而不是审查备案制，试图去解决告状难问题。这一改革，也造成了很多法院的民事行政诉讼领域的法官叫苦不迭。明显的变化是案件大量增加，加剧了案多人少的矛盾。耐人寻味的是，法院自己划定受理案件范围的权力没有受到触及，这使人联想到在国际司法标准当中，有一项人权跟诉权有关，那就是人们有权利将自己的争端在依别的方式解决不了的情况下，去诉诸法庭，这一诉诸法庭的权利就是诉权。

法国思想家托克威尔在他的名著《论美国的民主》中曾言，在美国，任何纠纷在无法自行解决的情况下，最终都可以诉诸法庭，由法庭来解决，法庭不能不受理。这值得我们思考，在行政民事领域，法院到底能不能以没有法律依据为理由拒绝受理案件？法国民法典第四条规定，法官不能以法律不健全为理由拒绝受理案件，否则会构成拒绝审

判罪，这就为诉权保障提供了坚实的基础。

在刑事诉讼中，诉权问题不是太严重，因为刑事当中的诉权主要涉及到公诉权、自诉权和反诉权，在公诉案件当中被害人的控告权和报案权，以及推进诉讼进程以期达到自己期望的诉讼目标的权利，涉及诉权问题。在公诉领域，诉权主要体现为检察机关的公诉权，这项权利的保障较为充分，其他方面的诉权保障多少还是有提升的空间，但从诉权角度的讨论不是特别突出。在刑事司法领域，有一个犯罪嫌疑人的权利是跟诉权有关的，那就是犯罪嫌疑人有受公正、公开、独立的司法审判的权利。在我们中国人的法律观念当中，说起一个人被起诉法庭去了，他就是一个审判的对象，受审判如何成为一项权利？其实，真正法治成熟的社会，接受公开、公正、独立的审判本身就是一种权利，美国影片《NUTS》（中文片名《我要求审判》）就反映出这样一种理念。在诉权中，除涉及的起诉权之外，还有胜诉权。胜诉权更多还是事实、证据问题，在事实和证据基础上，还要看相关的法律是否支持当事人的主张。

三、辩护制度改革三个切入点

我们今天讨论的诉权保障，其实不是严格意义上的诉权问题，确切说，应该是诉讼权利保障，进一步言之，是辩护权保障。因此，我下面所言，围绕辩护权保障进行。

当今中国的辩护制度改革，有三个方面的切入点：第一个切入点，是独立辩护问题。独立辩护包括两方面的内容，一方面是独立于当事人，在学界这个问题有了一定的混乱，辩护律师独立

于当事人，与辩护律师的特殊角色有关。辩护律师既要维护当事人的个人权益，也承担一种社会的功能，就是维护司法公正，所以他可以独立对案件的事实、证据、涉及的法律来做出自己的判断，不受当事人意思表示的约束，如果被告人在法庭上认罪，辩护律师仍然可以做无罪辩护，但是独立辩护不能损害当事人的利益，形成辩护内部的内奸，所以被告人做无罪答辩，辩护律师不可做有罪辩护。另外一方面，独立辩护更重要的是独立于政府，不受政府的干预。例如有一些案件，社会关注度很高，政治敏感度很强，有的律师辩护前被打预防针，被告诫不能做无罪辩护，以及哪些话不能在法庭上讲，这就使律师失去了独立于政府的机制保障。在这种情况下，有的律师如果不合作，那么公权力机关也有解决方法，就是强迫被告人更换辩护人，去安排跟公权力机关合作无间的协同派律师做辩护人，他们会乐于提供迎合性的辩护。

第二个切入点是强制辩护问题。现在的司法改革取得一定进展，在全国八个省市正在搞刑事辩护权全覆盖的试点，这是一个非常积极的司法改革走向。这一改革未来要向全国铺开，涉及科学化问题，就是说全国将来铺开，是否所有地区都有足够的律师去承担辩护工作，即是否能够在技术上实现全覆盖，条件是不是具备。另外，形式上做到全覆盖，实质上能否也做到全覆盖，也是个问题。

第三个切入点，是有效辩护问题。有效辩护在我国最突出的问题是国家责任问题。在美国，无效辩护的概念，涉及的是律师责任问题，即律师不尽心，不尽职，可以引发相应的诉讼后果。在中国，有效辩护多是国家责任的问题，是因为长期存在的“你辩你的，我判我

的”还没有消除。这涉及法官在法庭上是否有认真倾听辩护意见的需求，有了这种需求，法官当然会主动去倾听，这个需求来自于哪里？显然是跟庭审实质化有关。庭审本身是空洞的，就没有认真听取辩护意见的必要。

四、辩护律师的 罢辩权问题

对于实质性审判来说，辩护人有充分发表意见的权利，法官有倾听的义务。如果法官不想倾听，怎么来解决？过去长期存在的“你辩你的，我判我的”现象，需要多管齐下加以解决，包括裁判文书说理论证，对于不采纳律师意见必须说明理由，有助于增强法官倾听律师意见的义务感和司法需求。辩护律师对于现在法庭不满，还有法官即席裁决的恣意性问题。我国司法改革要解决的问题之一，是让法官知道在什么情况下要行使权力，以及在什么情况下不行使权力，也就是说，要克制自己，坚守一种司法克制主义，不可以肆意妄为。有的问题源于立法，即立法本身有缺陷，如证人出庭的立法就是一种糟糕的制度设计，控辩双方对于证人证言有争议，该证人证言对于司法公正有重要影响，这两个条件就构成了证人出庭的必要性，可是立法当中在两个条件具备的前提之下，还规定了由法官来决定是不是有必要，这种画蛇添足式的规定，为法官肆意行使不让证人出庭的权力预设了空间。立法之外，司法也存在问题：法官认为不必要去听证人讲什么，甚至没有必要耐心听律师讲什么，这样一种司法状态，有时候确实挤压出律师一种激烈的反应，这种反应的极端状态就是罢庭，拍案而起，拂袖而去。

这里可以思考一个问题：检察官、

法官，还有律师，在法治成熟的社会，本来都被认为是职业高尚的人士，为什么在司法某些时候，某些环节当中会出现某些“贱民司法”的特征？另外，还可以进一步做专业讨论的是辩护律师有没有罢辩权，以及不应该有罢辩权？比如说杭州保姆纵火案审判中，党律师罢庭，是否可以视为一种权利？司法行政机关要不要对罢辩的律师进行处罚？我认为，罢庭离开的辩护律师确实冒着一种风险，因为《律师法》当中确实没有授予律师这个权利，罢庭无法无据，如果司法行政机关和法院是软柿子，不做反应，或者做出让步，那你就成功了。但是现在的律师职业环境，从公权力加强管控趋势来讲，已经有变化了，党律师这样做的时候，风险变大了，从专业的角度，他是没有、也不可能有什么罢辩权的。

对于罢辩权，进一步延伸思考，可以将其分为个人的罢辩权和集体的罢辩权，所谓个人的罢辩权就是这个案件，辩护律师提出诉求，当得不到满足时，就不跟你合作，就离开法庭，让这个法庭审理秩序受到干扰，直接的效果就使法庭无法顺利审理下去。集体罢辩权是大家共同杯葛方式，这个案件一个辩护律师罢辩，全国的律师为他支持，没有人接手此案再去出庭，如果这是强制性指定辩护的案件，必须要有辩护人，这种以集体罢辩来推动法庭必须满足律师的要求，会有效的，但是实际上做不到。律师是各种各样的类型，有协作派的律师，也有抗争派的律师，不可能团结起来共同杯葛。

罢辩可能导致两种结果，一种是会刺激司法权，使他强化司法的中立性和独立性，来改善与辩护方的关系，避免审辩冲突。另外一种，是这样一种辩护的极端方法或者叫另类方式，会激起

公权力系统的管控焦虑，导致对于律师管控的加强。罢辩的做法最终起到的效果如何，要看审辩攻守之势，仿佛不是东风压倒西风，就是西风压倒东风。我觉得辩护方在当下整个国家大的环境之下，是有一种危机的。

五、庭审法官恣意妄为的 成因及规制建议

为什么有些法官在法庭上给人以恣意妄为的观感？有几个原因：第一，是法官没有建立起独立的、公正的司法品格。这种司法品格之所以没有建立起来，与官僚司法体系有关。在这种情况下，当你跟一个法官对抗的时候，你对抗的实际上是整个司法体制。

第二，是司法的专业化程度还不够高。虽然现在通过司法考试制度，以及法官、检察官常年滚动式的培训，检察官和法官的专业水平已经有明显的提升，但是还有很多的知识漏洞，例如关于诱导性询问，最高法院司法解释当中规定禁止诱导性询问，可是你会发现，没有哪个国家会做到全部禁止诱导性询问。美国的证据规则是很严整的，主询问当中也不是绝对禁止诱导性询问，与案件的主要案情没有关系的一些边缘性事实，是可以诱导性询问的；还有将证人的证言拉到案件的争议问题上来的时候，也可以诱导性询问；控辩双方任何一方进行诱导性询问，对方没有反对的情况下，法官也不会主动去干预，等于可以诱导性询问。诱导性询问，是质证的必要方法，所以禁止诱导性询问的司法规定，根本是错误的。这个问题折射的是一个专业化程度不足的问题。

第三个因素，关于法官职权滥用的问题，就是庭审流于形式。有的案件，上边指示法官开庭简洁明快，限时



要审完，这种情况下辩护律师请证人来出庭，还要发表长篇大论的辩护意见，就成了捣乱，法官当然就要控制你，这种庭审根本就空洞化的。在这种案件审理中，法官扮演空心人的角色，他根本没有带心来，就像婚礼上那种司仪的角色，把结婚这个过程形式化搞完了就好了，结婚并不是他。

我觉得要改善这一状况，可以从以下几个入手：

第一，真正使国民参与司法的制度建设并有效运转起来，使陪审制度变成实质化，变成真的。日本以审判为中心，最终怎么实现的？就是靠现在实行的裁判员制度，以前的起诉一本主义都没有解决好庭审实质化问题，裁判员制度才解决了这个问题。我觉得，我国未来应当局部的引入陪审团制度，并完善现在的参审制度，把审判权分割，由不同的审判主体来分掌审判权，即事实的

认定让非职业法官的国民参与，对于现在司法空洞化弊端能够起到一定的改善作用。

第二，诉讼规则和证据规则要完整。现在动辄几百条刑诉司法解释，看起来很丰富，实际上很多都是内部操作规程，根本不具有司法解释的性质，真正该解释的，却有的没有解释。还有一些规则缺位，如品格证据规则、传闻证据法则、自白任意性规则等，都没有确立。法庭上，法官该怎么做，没有后面的规则做依据，自然就随便来了，所以诉讼和证据规则体系应该建立。

还有就是要把我们的司法体制进行大力的改革，要重塑司法人员的司法品格。

最后一项我觉得也很重要，台湾地区的司法经验对大陆来说值得借鉴，就是实行控辩审三方评鉴制度。律师评鉴法官、检察官，检察官评鉴律师和法官，法官评

鉴律师和检察官，实行三方分别互相评鉴，把评鉴的结果形成报告，甚至向社会公开。不仅如此，未来还可以把这种评鉴制度进一步延伸到对于侦查机关的评鉴，以及对于司法行政机关的评鉴。这种评鉴制度可以实现的是，对一个法官的评价不是司法官僚体系内的评价，而是外围的评价，这对法官公正行使权力和自我克制会有帮助。

另外，案件的裁判出来之后，对于判决书可以交付专家评鉴，台湾地区的做法是，律师可以把判决书交给几位比较中立、客观、水平高的专家学者，让他们去做评鉴，把评鉴意见公开，这一做法，不是在诉讼过程中试图影响法官，而是法官已经做出裁判之后，对法官的判案质量交由专家评鉴，促进司法的改善和判决质量的提高。我觉得，这些做法可能都有助于改善我们现在的审辩关系。谢谢！

门金玲：从“律师退庭”事件看辩审冲突

备受关注的杭州保姆纵火案开庭，被告人辩护律师党琳山在庭前会议中提出管辖异议、申请新的证人出庭、针对证言笔录存在的问题申请证人出庭三项申请被拒绝之后，向最高人民法院寄送了管辖异议申请，在未得到回复之前，2017年12月21日，杭州中院开庭审理，党琳山再提出上述三项申请，被驳回，党琳山以退庭表达抗议，引起律师界关于执业伦理与诉讼权利保障的广泛热议。笔者拟从以下几个层面与同仁们分享。

一、管辖权之争引起的 辩审冲突

业内主流声音认为，根据《中华人

民共和国刑事诉讼法》（以下简称刑事诉讼法）第二十条关于中级人民法院职能管辖的规定，杭州中院对于“保姆纵火案”拥有管辖权。而辩护人党琳山则认为本案属于全省乃至全国有影响力的案件，应当适用刑事诉讼法第二十一条或者第二十二条的规定，杭州市中级人民法院没有管辖权。在庭前会议中辩护律师提出该异议被驳回后，党琳山将管辖异议以寄送的方式提交最高院。由于我国没有关于程序性问题的上诉和裁判机制，在异议人没有收到任何回复的情况下，杭州中院的开庭让异议人不服。

我国刑事诉讼法明确规定了根据案件影响力而提升级别对一审案件审理管

辖的法律规定，难道就是一纸具文吗？

对于“全省有影响力的案件由高级人民法院一审”，“全国有影响力的案件由最高人民法院一审”的法律规定，如果将其视为职能管辖在不同级别法院之间的一般规定的话，上一级法院的法定管辖应当对下级法院的管辖权构成排除，而不是共同管辖。刑事诉讼法第十九条规定基层法院管辖范围时也明确规定了“上级法院管辖的除外”。刑事诉讼法第二十五条规定优先管辖时也是强调了“几个同级”人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民法院审判。据上，可以得出刑事诉讼法在不同级别法院之间不存在一般共同管辖。也就是说对于杭州保姆案，在上级法院和

杭州中院之间，只能是有一个法院有管辖权。对于刑事诉讼法第二十条与第二十一条、第二十二条的关系，也有人主张是一般和特殊的关系，将刑事诉讼法第二十一条、二十二条看作是对职能管辖的特殊规定，即将其视为区别于中级人民法院管辖一审案件之外的特殊规定，那么，按照特殊优于一般的原则，也应该是得出排除中级人民法院管辖的结论。

据此，杭州保姆纵火案如果真的是一个全省或者全国有影响力的案件，中级人民法院是不是无管辖权呢？管辖权遵循法定原则，诉讼要件告诉告诉我们“无管辖则无审判”，法院开庭审判的前提是有法定管辖权，对于没有管辖权的案件，审判是无效的。故而，现在对于出现了基于本案是否具有具有一定影响力的案件的管辖争议，需要在开庭之前进行一个程序性裁决，以解决法院审判的正当性问题。我国目前立法的缺位导致对于管辖权争议不具有可诉性，那么其所承载的正义无法实现。面对这种被诉讼法学专家樊崇义教授称之为“休眠”的管辖条款，是不是经过党律师的抗争能够被唤醒呢？我们期待能迎来管辖异议的程序裁判机制。

二、申请证人出庭的裁决

党律师提出的第二个问题是关于申请证人出庭的问题。在这个问题上辩护冲突的焦点就是“必要性”裁判的问题。我们的刑事诉讼法对于法院裁判权行使的规定带有行政化的色彩，在规定证人出庭问题上，规定了“法院认为有必要的”的条件，这一规定极易导致裁判恣意。于是，什么是“有必要”就成为辩审之间争议的焦点。常见的就是公



中国社会科学院大学副教授、京都兼职律师门金玲

说公理婆说婆理，辩护律师认为“有必要”法官认为“没必要”。立法规定已然如此，如何通过司法解释，让这个“必要性”裁判变得理性呢？那就是加强程序性规制措施。裁判者即便需要裁判“出庭必要性”，必不能是任性的、恣意的。如果裁判不准许，是需要附具理由的驳回，这个“驳回理由”按照诉讼的应有之义是必须公开的，并且这个裁定还要接受上诉的审查：我国刑事诉讼法第二百二十七条明确规定了一审违反法定程序案件的处理，“剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的，应当裁定撤销原判，发回重审”。其中，对于根据案情需要“有必要”出庭作证的证人，申请被裁定驳回的，完全属于法定的“剥夺或者限制当事人诉讼权利，可能影响公正审判”的情形。那么，关于“必要性”争议的裁判就至关重要。杭州保姆纵火案中，绿城物业的管理与消防设施及救助是否属于参与导致死亡结果的因素？因为笔者掌握的案件信息有限，无从判断，如果不能排除有这些因素对死亡结果施加了影响，则调查就具有必要性。目前，被害人、被害人代理律师、被告人、被告人的辩护人，皆要求查明消防设施及救助

和绿城物业等在纵火发生时的行为有无不当，本是对立地位的几方都提出了这个空前一致的诉求。

关于“必要性”裁判，不可恣意，司法不可专横，这里的“法官认为有必要”也必须解释为法官必须“公开的”“附具理由的”“依据经验和逻辑”来裁判“必要性”。人类的理性发展到今天，我们创设了诉讼这种解决纠纷的机制，就是因为我们有一个关于人类可以对“合理性、必要性”等判断有一个共识的推定之下的选择，是一个我们能够判明何为必要性何为合理性的前提之下创设的纠纷解决机制。比如宪法有比例原则，比例原则的核心就是合理性和必要性的裁判，法治发达国家每天都在裁判执法的比例原则，为什么到了我们这里成了没有共识无法裁判的呢？根本原因在于我们对司法恣意的程序性制约机制缺位。防止司法恣意，最好的办法就是“公开”“说理”，法官在个案中对依据事实标准裁量的事项是自由的没错，但是“心证的理由必须公开”，其所依据的“经验和逻辑”是需要经受考验的，其裁决结论才有了正当性基础。法官的自由裁量从来都不是自由的。这里的自由的含义是其裁量的标准因为是事实标准，不能用法律规范的形式固定下来，需要根据个案的不同情形做出不同裁判的自由，是相对于其不受行政权力干涉的自由，是其不受其他上级法官、法院干涉的自由，但是，这个自由必须接受经验和逻辑的约束，必须接受公开的考验。所以，根本问题不是我们中国人不聪明，不能裁判什么叫“必要性”的问题，而是制度层面程序性裁判机制缺位，对裁判权的制约机制缺位，裁判才会恣意。



三、退庭与执业 伦理的拷问

关于律师是否可以擅自退庭？首先，从应然层面审视，问题的答案是明确的。中立裁判者的权威不容挑战，理性的司法裁判理应被维护，作为律师有义务维护法庭权威。法庭秩序至上，律师退庭是对法庭权威的挑战，严重者可构成蔑视法庭罪。每一个诉讼参与人都负有义务积极推进诉讼。律师退庭也会对当事人利益带来损失。这些都是毋庸置疑的结论。其次，从实然层面看，似乎也可以有另一个选择。如果这个法庭审理是违法的呢？我们讨论的律师退庭恰恰是指当辩护律师诉讼权利被侵犯时，这个法庭审理是违法的时候，能不能用退庭的方式表达抗议的问题。因为继续参与庭审是否也意味着帮助一个不合法的法庭审理完成程序？这是执业伦理里应有的规范吗？如果这个裁判者的权威不是理性的权威，是专制的权威呢？也要尽力去维护吗？换言之，司法的专横也要无条件维护吗？谁能说这不是一个值得深思的问题。我们都知道裁判权的属性是中立、被动，所以才有“不告不理”，与行政权比，没有行政权力的力量；与立法权相比，没有立法权的民意基础。请问这么一个属性的司法裁判凭什么担纲“实现社会正义的最后堡垒”，“纠纷解决的终局权威”的呢？其正当性基础就是在其理性，即司法裁决必须说理，必须接受程序规制，必须不能恣意，要受到各种约束。裁判过程中，律师和被告人的诉讼权利时时刻刻都要约束到裁判权，裁判权的行使是亦步亦趋，在众多纷杂的程序规制中审慎地得出结论，才具有正当性的基础。

在这个问题上，有人以西方国家对于律师退庭会遭受惩戒严厉为据，认

为这是不容讨论的。诚然，就像只要有人的地方就有犯罪一样，不管在哪个国家，诉讼权利被侵犯，都是存在的。即便是在程序正义较发达的美国也不例外。然而，必须透过现象看本质。要看问题背后的成因究竟是由于某个自然人的人性的恶导致的，还是因为制度性的原因所致。原因不同，实践不同，采取的做法自然可以不同，评价自然也不同。此问题与彼问题，看起来是一样，但本质上又是不同的。在实现了“裁判中立、控审分离、控辩平等”的诉讼形态现代化的国家，出现律师退庭，须严惩没有问题。但我们的本质问题是出在，制度上尚未彻底建立“裁判中立、控审分离、控辩平等”的诉讼架构。裁判者在控审之间不是中立的，而是与控方有着天然的近亲联系，控审不分。目前我们的司法实践中频频发生辩审冲突，其本质是因为法官作为裁判者不中立，庭审中经常是“公诉人”上身，在庭审中或多或少地出现法官混淆自己中立裁判之职的情况，要么在行使庭审指挥权时对辩护律师和公诉人不是平等对待，要么自己直接就充当公诉人对被告人进行“质问式的审讯”。律师的“死磕”更多的是基于对法官程序违法的无奈抗争。这种制度性的原因导致的对辩护律师诉讼权利的剥夺或限制，在法治发达国家鲜有发生，偶尔出现的侵犯律师诉讼权利的情形是有着本质不同的。

当前的大讨论让笔者想起微博上看到的一个新闻，好像是有人主张在遇到警察违法执法时，公民应该配合执法，然后再通过合法途径维权。因为警民关系在应然层面很清楚，警察执法必须服从，否则构成袭警，这是毋庸置疑的。但是，由于司法实践中对于警察违法执法的救济机制不完善，公民在配合了“违法执法”之后往往是无可奈何，

因此，这个要求“公民配合”的答案强烈地冲击着大家朴素的公平感。有一个人便画了一幅漫画来揶揄这一主张。画的是武大郎和潘金莲，并配图附文：大郎，先把药吃了等身子好了再说……这个方式的追问实在是太精妙：身子还能好吗？同样，面对司法专横，怎么办？配合一场不合法的审判，帮助一个违法审判的法庭完成程序是正义？还是发出自己的抗议退庭是正义？这真的很难说有一个标准答案。目前律师在司法实践中大概有三种方法：一种方法就是“忍”术。就是“先把药吃了”，没有救济机制，裁判结果也少有更改的余地和机会。第二种，是“太极”术。就是利用其他合法的程序规定，达到让法庭开不成的目的。比如让当事人当庭解除委托，还有的利用申请公诉人回避需要检察长批准的规定，导致法庭休庭，等等；第三种方法是“直拳”，自杀式。像党律师这种，直接退庭。前两种方法不会给律师自身带来什么风险，自然也不会引起社会大讨论。第三种方法会让律师自身陷入执业伦理的窘境，因为按照我国的规定，律师擅自退庭是要接受停止执业和罚金的处罚。但是，也会引起关注和探讨，其社会意义是巨大的。也因此，我们在这里探讨分享辩护权利保障问题，讨论管辖中何谓“全国有影响”的案件，讨论如何解决管辖争议。党律师退庭一举，于己，是失！其不可避免要面临律协的惩戒。党律师退庭对于司法改革，是得！引起了如此广泛的关注和反思，其带来的社会效应不容忽视。但愿党律师的退庭能够引起大家以及当局对如何解决程序性裁判恣意问题的关注，愿审判中心主义的春天早日到来。

刘仁琦：从两个退庭案例看控辩双方尊重法庭权威的重要性

在西北政法大学任教期间，学校规定，年轻教师必须要做法官或者检察官。我做了两次，一次是法官，一次是检察官。跟大家分享一位律师被驱逐和一位检察官被驱逐的例子。

一、律师被驱逐出法庭的案例分析

做法官期间，我驱逐了一位律师，我分享一下当时为什么要驱逐这位律师。被害人和被告人两个帮派，在抢夺一块因城中村拆迁需要重建的工地。被告人是两兄弟，叫许大和许二，被害人在一次械斗中被打成了下肢残疾。许大和许二在羁押的过程当中，我们了解他的母亲是没有人赡养的，就把这个许二放出来，放出来还没有到一个礼拜，被害人就把许二的下肢就给打残了，其实是非常恶性的。这个案子耗费两年左右的时间，在处理过程当中，我们想让双方来积极和解，最终通过多方努力，和解终于达成了，不过需要重新再开一次庭。这个案件有一个小细节，用来打人的是一根很粗的实心铁棒，被告人很狡猾，打人的时候用白色的纸把铁棒缠绕起来了，唯一一个中立证人就是一位看门的老人，老人说当时他们拿着荧光棒，就是日光灯去打人的。我们在开庭的过程当中，因为已经开过了庭前会议，其实辩护律师已经知道了我们的意图。在处理过程当中，这个辩护律师还在说一些细节性的问题，比如说打人的东西到底是什么，荧光棒为什么没有在



西北政法大学刑事法学院刘仁琦副教授

当地找到碎片，这个看门的老人到哪里去了等等。合议庭为减少矛盾，加快和解进程，就说数次打断律师的辩护，并指示细节性的问题不去说了。这两个年轻的女律师，生气了，站起来就说，你影响到了我的辩护权，剥夺了我的辩护权，我们抗议。合议庭说没有剥夺你的辩护权，但你应该按照合议庭的指示进行法庭发问。后来这两个辩护律师就说要退庭，就准许退庭。合议庭准许其退庭后，我们就继续审理。正在审的时候，她们两个人就敲门，又要进来了，合议庭认为，进来可以，但是要坐旁听席，不允许说话。不过，两位律师坐在后面，有开口表示这说得不对，说了两次，第三次的时候，我们就让法警把她驱逐到法庭之外，而且告诉她们不能再进入法庭了。再后来，当地司法部门通过观看庭审录像等资料，确认律师违规，给予两位律师行政处罚。

二、检察官被驱逐出法庭的案例分析

前几年在西安的时候，一起盗窃案审理过程中，也有一起检察官被轰出法庭的事件。检察官在出庭的时候，辩护律师就拿出来了几个证据，大概的意思是说，行为人表现一向良好。在他们之前开过庭前会议，于是这个检察官就说你搞证据突袭，我们的证据都给你看了，你不给我看就不行。法官讲，人家也没有必要非得给你看，凭什么要求给你看，检察官坚持认为这不合理。于是法官和检察官就在庭上争起来了。检察官说我是监督你的，你现在违法了。法官说监督权是事后权，应该先把庭开完。检察官不听，退庭走人了，庭审不得不暂时停止。后来，通过调取当时的庭审录像，发现法官当时的处理没有问题。

综合上述两个真实案例，我觉得核心问题是有关司法权威的问题，有关法庭权威和法官权威的问题。我很同意刚才几位老师所说的，法庭之上谁最大，其实是法官最大的。在我国现有体制之下，如果律师贸然退庭，会不会对你以后的职业会产生一些风险呢？除了退庭之外有没有一些好的解决办法？我觉得，如果你的诉讼权利和辩护权利得不到任何形式的行使，不让你说任何话，不让你发表任何辩护意见，就可以退！但如果一直纠结于细枝末节的东西或者在开庭之后、休庭之时可以跟法官沟通和交流的问题，律师想通过退庭解决这类问题，可能会适得其反，被告人的权利和辩护律师的权利可能双受其害。☞



邹佳铭：徒法不足以自行，保障诉权重在权利救济和程序制裁

尊敬的各位老师、律师同仁和媒体朋友们：

大家早上好！京都刑辩研究中心在2018年开门见喜，喜迎各位中外嘉宾，首先我代表京都所对大家的莅临表示热烈的欢迎。在此新年来临之际，我们要衷心感谢这些年来对京都刑辩论坛一直给予大力支持和帮助的中方专家、律师同仁和媒体们，是你们让我们的声音更加有力，并且传播得越快越远。今天还要特别感谢的是，虞平教授和三位美方专家，您们不远万里，不仅为中国律师带来了精彩的交叉询问课程，还在连续一周每天十多个小时的授课后，今天又将为我们无私奉献美国相关司法制度的介绍，对您们为中美法律文化交流所作出的努力我们表示诚挚的敬意和感谢！

自2014年党的十八届四中全会提出以“审判为中心”的诉讼制度改革以来，最高人民法院发布了一系列法律文件，并在今年1月1日试行的“三个规程”中明确提出要在庭审中坚持“程序公正、诉权保障”原则，但是徒法不足以自行，中国法庭的现状是：控辩没有真正对抗，因为真正的对抗是建立在平等武装的基础上的，我国的控方不仅有强大的取证能力，而且非法取证行为长期得不到有效遏制。辩方则难以调查取证，由于证人不出庭，对控方的证据几乎没有质证能力，这就导致庭审虚化。



京都刑辩研究中心主任、高级合伙人邹佳铭律师

另一方面，辩审却存在不正常的冲突，律师退庭或被撵出法庭的现象时有发生，其根源也在于庭审虚化，庭审虚化的本质就是律师的缺位，不是角色的缺位，而是权利的缺位，所以律师会为争取权利而抗争。如果一个律师不能维护他的执业权利，我们如何指望他能维护当事人的合法权益。当然任何权利都有其边界，法庭的权威必须维护，但是我们更应该强调，法庭的权威是建立在中立和公正基础上的。

苏力教授曾说：“对法律活动来说，也许重要的不是承认权利，而在于如何恰当地配置权力，并因此给予恰当地救济。也正是由于这个原因，普通法上的权利一直同司法救济相联系，有

‘无救济就无权利’之说法”。所以，诉权的保障不仅仅是立法上对权利的承认，更是权利被侵犯时，当庭和庭后能够获得有效救济。如果法官对辩护人的申请和异议拥有不可质疑的权力，则辩护人就没有真正的权利。

当诉权得不到有效保障时，会直接影响当事人的利益，则诉讼结果的公正性值得质疑。美国有基于外部原因导致辩护人不能有效行使辩护权，判决归于无效的无效辩护制度。我国的陈瑞华教授也提出程序性制裁理论，即通过对在刑事侦查、公诉和司法裁判的过程中，相关办案人员违反刑事程序法的行为宣告为无效，使其不再产生所预期的法律效果的方式，来惩罚和遏制违法行为，主要包括排除规则、撤销起诉和撤销原判等。其实我国非法证据排除规则和刑事诉讼法第227条关于一审程序违法，发回重审的规定，都是典型的程序性制裁措施。它与权利救济措施实际上是从正反两方面来保障权利。所以，诉权保障原则的落实不仅需要承认对权利的承认，更需要对权利的救济以及滥用力量的程序制裁。

美国在这两个方面都有比较成熟的制度和实践，我们期待今天中美法律制度和实践的对话，能够碰撞出思想的火花，为我们诉权保障原则的落实提供制度性的借鉴。

梁雅丽：面对法庭上的不公，律师怎么办？

当司法机关违法或不公正，律师怎么办？众所周知，按照现有制度设计，律师几乎状告无门，于是乎出现了按照法律规定死磕的律师、自杀式辩护的律师（例如党律师就选择了目前法律所不允许的“退庭”，这样一种自杀式的抗争方式）等等。我一直在思考为什么会出现这样一种现象？目前，我认为有以下两个重要的原因，一是现行的程序性规则大多没有明确规定司法机关违法的具体法律后果，二是没有畅通律师在因公权力违法而使诉权遭受侵害时寻求救济的途径。

简单举几个大家熟知的例子，例如，根据《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》（以下简称登记立案规定）第2条之规定（注：登记立案规定第2条：“对起诉、自诉，人民法院应当一律接收诉状，出具书面凭证并注明收到日期。”），律师和当事人递交立案材料后，法院不能当场立案的，应该给当事人打收条，但实践中很多地方法院是不给打收条的。尽管该规定第13条（注：登记立案规定第13条：“对立案工作中存在的不接收诉状、接收诉状后不出具书面凭证，不一次性告知当事人补正诉状内容，以及有案不立、拖延立案、干扰立案、既不立案又不作出裁定或者决定等违法违纪情形，当事人可以向受诉人民法院或者上级人民法院投诉。人民法院应当在受理投诉之日起十五日内，查明事实，并将情况反馈当事人。发现违法违纪行为的，依法依纪追究相关人员责任；



京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师

构成犯罪的，依法追究刑事责任。）规定了一定的救济途径，但却没有规定明确的法律后果。这就导致该规定出台之后，很多法院依然没有按规定及时立案（注：登记立案规定第8条：“对当事人提出的起诉、自诉，人民法院当场不能判定是否符合法律规定的，应当作出以下处理：（一）对民事、行政起诉，应当在收到起诉状之日起七日内决定是否立案；（二）对刑事自诉，应当在收到自诉状次日起十五日内决定是否立案；（三）对第三人撤销之诉，应当在收到起诉状之日起三十日内决定是否立案；（四）对执行异议之诉，应当在收到起诉状之日起十五日内决定是否立案。人民法院在法定期间内不能判定起诉、自诉是否符合法律规定的，应当先行立案。），有的甚至几个月或一年才

正式立案，或者有的法院甚至否认收到过律师和当事人的立案材料。精明的律师遇到这种现象后，为了保存已提交材料的证据，不得不在当面递交材料后，又通过EMS再快递一份立案材料给法院。

再以《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》（以下简称严格排除非法证据规定）为例，其中第36条明确规定，“人民法院对证据收集合法性的审查、调查结论，应当在裁判文书中写明，并说明理由。”然而“遗憾的是，严格排除非法证据规定并没有规定人民法院在裁判文书中如果出现‘有法不依’时（如对‘排非’的申请置之不理、或者启动后又予以驳回且不说明理由、或者部分采纳时避重就轻等）应当如何处理——而这个问题如不能得到有效解决，势必影响到‘排除非法证据’法律制度的顺利实施。”尽管最近生效的《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》（以下简称非法证据排除规程）对此问题有了部分救济措施的规定（第28条 人民检察院、被告人及其法定代理人提出抗诉、上诉，对第一审人民法院有关证据收集合法性的审查、调查结论提出异议的，第二审人民法院应当审查。第32条 第一审人民法院对被告人及其辩护人排除非法证据的申请未予审查，并以有关证据作为定案的根据，可能影响公正审判的，第二审人民法院可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。）但这些规定并不详细具体（比如裁判文书



美国嘉宾与部分京都律师合影留念

未对证据收集合法性的审查、调查结论说明理由，应该如何处理呢？），而且没有对故意违反规定的法官规定制裁措施，也就未能彻底解决该问题。

又比如，最近生效的《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程》（以下简称法庭调查规程）第2条第2款规定，“人民检察院应当随案移送并当庭出示被告人有罪或无罪、罪轻或罪重的所有证据，以及证明取证合法性的证据材料，不得隐匿证据或者人为取舍证据。”但纵观该规定全文，也找不到如果检察院违反该规定后的具体法律后果。

其实上述这种现象可以从法理学法律规则的逻辑结构理论进行反思。我们都知道，一个完整的法律规则包括三个部分：假定条件、行为模式和法律后

果。我们的实体法规则基本都是一个完整的法律规则，对相应的行为模式都规定了否定或肯定式的法律后果。然而我们的程序规则，尤其是针对司法机关的刑事诉讼程序规则，却往往只规定司法机关应该做什么，不能做什么，而没有规定司法机关“应做不做”或“不能做却做了”的法律后果。而这种法律后果应该包括了两个方面，一是针对违法办案人员的明确的否定性后果即明确的惩罚措施；二是赋予因司法机关违法办案而被侵权的律师和当事人以具体的救济途径。如果针对司法机关的程序性规则没有规定这两类法律后果，那么这样的规则就根本不是法律规则。因为“徒法不足以自行”，没有制裁的规则只是没有牙齿的老虎，没有救济的权利就不能称之为权利。这就可以解释为什么

中央各机关对于“司法机关违法”虽然“三令五申”，甚至接连几年发布多个保护律师权益的规定，却仍然收效甚微，因为这些规定都没有长牙齿！

因此建议，今后中央各机关在制定相应的程序规则时，务必规定明确的法律后果，包括对违反程序的制裁措施和对受侵害权利者的具体救济途径。具体到非法证据排除规则，最高人民法院应进一步细化强制规定法官裁判文书的说理公开责任，如果法官不按规定在判决书中公开详细回应当事人的诉求，尤其是非法证据排除的诉求、证人出庭接受质询的请求，应该承担什么样的具体责任。如果程序性制裁不明确和权利救济机制不完善，可以预见，今后死磕律师、自杀式辩护律师仍然会层出不穷。^[1]

如何为你的亲人 选择刑事辩护律师？

■ 曹树昌 / 文

家里一旦有亲人涉嫌犯罪而被刑事追究，天仿佛就突然塌了下来，你会手足无措，不知道该怎么办。经过向办案机关了解情况、与亲友们商量后，你会想到为他聘请一个律师、一个最好的辩护人。但如何选择辩护律师呢？对于从未经历过此事的你一定有些茫然。这里提醒你几个应当考虑的问题。

律师队伍和其他人群差不多，也是形形色色。当你找到律师事务所开始和律师探讨你的亲人涉嫌的案件时，多数律师会根据你所介绍的情况帮你分析案情及相关可能性。有的分析得会比较客观，但不一定太乐观；有的分析得会乐观一些；甚至有的律师向你拍胸脯、打包票……。经验告诉我们，所有这些都不能完全相信。下面几个问题是你在为亲人确定辩护律师前需要考察的。

一、专业的考察

随着我国法治的不断发展完善，律师队伍也在向专业化的方向发展，以前那种万金油（什么案件都做）的律师日趋减少，多数律师、特别是优秀律师越来越专业化了，很多优秀律师甚至只接某一类案件。其实道理很简单，人脑非计算机，什么都会做可能什么都做得不会太精。因此，在为你的亲人选择辩护人的时候，主要做民商事业务、房地产业务、金融业务等的律师，没有特殊情况应首先从你的视线里移除；在专做刑事业务的律师中，业务领域也在逐渐细化，有的律师更侧重职务犯罪的研究，有的侧重毒品犯罪，有的则更关注青少年犯罪……。仅就专业而言，你所选择的律师的专业及侧重领域越接近你的亲人涉案的领域，有效辩护的可能性会越大。

二、沟通能力的考察

良好的沟通能力是一个好的刑事辩护律师的基本素质。刑事辩护律师的具体工作离不开和人打交道，沟通能力的强弱在各个阶段都会影响辩护的效果。首先，刑事辩护律师的工作会见犯罪嫌疑人（或被告人），这是了解案情、发现有效辩护线索的重要途径，也是指导犯罪嫌疑人（或被告人）配合有效辩护的机会。律师沟通能力的好坏会影响会见工作的效果。我曾见过律师被嫌疑人赶出会见室的情况，也见过一些律师虽然沟通顺畅但却是被嫌疑人（或被告人）牵着鼻子走，不能给予嫌疑人（或被告人）较专业的指导。所有这些都达不到辩护律师会见的真正目的，当然也一定会不利于有效辩护。其次，辩护人要侦查机关、审查起诉机关的办案人员打交道。实践中，有些案件是在该阶段“消化”掉或起到积极作用的。有的案件由于律师的介入、沟通，纠正了案件的侦查方向，将有利于嫌疑人（或被告人）的证据成功收集并入卷。有些案件由于律师出具的法律意见书使得审查起诉机关改变甚至放弃了某一罪名的起诉。再次，也是最重要的是律师同审判人员的沟通。兼听则明，多数审判人员是愿意听取辩护律师的意见。由于在法庭上法官要主持庭审，不能全神贯注地听取辩护律师的意见。另外，也由于法庭上一般是单向沟通，辩护律师很难了解法官已经解决的问题和还有疑惑的问题，发表的意见针对性



曹树昌律师简介



曹树昌，京都律师事务所高级合伙人。曹树昌律师致力于经济犯罪的研究和各类刑事案件的辩护，至今从事专职律师工作已经三十多年。他以自己的综合实力和敬业精神最大限度地维护可能受到刑事追究或已经受到刑事追究的委托人的合法权利。曹律师具有深厚的法学功底和社会经验，曾经从事企业管理、法学教学和法律研究工作。

不强，不能有的放矢。因此，庭下的沟通往往比庭审更重要。

辩护律师的沟通能力如此重要，你应当如何考察呢？

你在了解他的知识结构后一定要和他见面谈相关委托事宜，他也一定会让你说一下相关案情。当你介绍情况的时候他能够认真倾听并适时提出问题而不是无礼打断你的讲话，可以体现他“会听”的能力；你介绍完情况他能够很快、无遗漏地将复杂的案情归纳出几个关键问题，可以体现他头脑清晰的程度。我们常说能够把复杂问题简单化表明他睿智，如果是相反你就要另做判断了。法官不愿意听取辩护律师的意见也是有原因的。实践中我也经常和审判人员探讨，问其为什么不愿意听辩护律师的意见？法官们回复“我不愿意听他说话”“他说的不在行，

我没工夫听他的废话”……。可见说话不只是体现一个人的知识结构，还包含了他的沟通技巧与能力。如果你和你对面的律师沟通不顺畅、不愿意听他说话也不愿意和他多说话，表明你不能认可他的沟通能力。他所说的连你都说服不了，相信他和你的亲人、和办案人员的沟通效果也不会好到哪儿去。对辩护律师沟通能力的考察主要靠你的感觉和判断。

三、综合实力的考察

一个刑辩律师的综合实力包括了他的知识结构、沟通能力、表达（包括文字表达）能力，更包括他的敬业精神。再有能力、再“好”的刑辩律师，如果心思没有完全用到你的案件上，或者畏首畏尾，不敢或不愿意得罪办案机关（本地律师会出现的个别现象），也不会收到良好的辩护效果。那么应当如何考察他的综合实力呢？

我们的刑辩团队吸收新同行加入的时候，先要由人力专员考察其教育背景、工作背景、言谈举止、仪容仪表等，符合要求后再由本部门两名以上的合伙人与之面谈。而后，还要为其主持一个模拟法庭：给其指定一个案件，让其熟悉卷宗材料后，为该案件的被告人模拟辩护。这一过程其实都是在考察他的综合素质。在综合素质合格的基础上，我们还会要求其提供几个其以前承办过的案件，通过《起诉书》《案卷材料》《辩护词》《判决书》等对其进行进一步考察。

《辩护词》是刑辩律师的工作结晶，也是其综合实力的体现。《辩护词》的行文是否流畅，语言是否言简意赅、通俗易懂，说理是否充分有力可以体现其沟通、表达能力；《辩护词》中引用的法律依据是否准确完整、相关证据的分析判断（肯定的或否定的）是否合理得当，可以体现其专业水准和实务操作能力；……。建议你在为你的亲人选择辩护律师前，认真地用心读一下他所承办案件的《辩护词》。虽然该《辩护词》可能与你的亲人涉嫌的案件并不完全相同，但你可以从中感受到他的专业水准，实务操作能力，还可以从字里行间感受到他的敬业精神。

笔者从业30多年，了解为亲人寻找刑事辩护律师的急切与慌张，也深知刑事辩护律师良莠不齐的素质差距，希望本文能够帮助你找到优秀的刑事辩护律师以便更好地维护犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的合法权益。☞

三千万诈骗被宣告无罪， 辩护思路很重要

■ 张小峰 / 文

一、案情介绍

河北省某市人民检察院指控：2009年11月份，唐山市政府对包括A厂在内的陡河沿岸建筑物进行拆迁改造。A厂法定代表人冯某某（以下简称：F）及其儿子（以下简称：F2）为在拆迁过程中骗取高额补偿款，由F找他人制作了虚假的窑炉建造合同及相关票据，交由F2签字后提供给北京中兴源资产评估有限公司，致使该六份虚假窑炉合同上记载的九座窑被北京中兴源评估有限公司评估为人民币2952.7615万元。后经唐山市价格认定中心鉴定，该九座窑价值为696.6万元。同时，在政府确定拆迁并经对全厂两次评估勘查后，被告人F在已勘查的车间内建造隧道窑一座，并将载有该窑的查缺补漏清单交由F2，并由F2将该补漏清单报给政府相关部门。唐山东正房地产评估有限公司受指派于2010年3月21日对该厂进行补漏项评估时，被告人F2再次将补漏清单提供给了评估人员，并带领评估人员对原勘查过程中不存在的该新抢建的隧道窑进行了现场勘查，导致该抢建的隧道窑被评估为人民币618.76万元。后当地政府相关部门依据以上评估数额发放了补偿款。

二、案件辩护方向的确定

针对公诉机关的指控，辩护人对本案的证据进行了认真的分析判断，根据本案的证据，辩护人注意到，政府发放拆迁补偿款的依据并非被告人的自我申报，而是评估机构的评估，而评估机构的评估是依据现场的实物，同样与被告人的自我申报无关，故而本案中涉及的合同是否虚假的问题与是否构成诈骗罪无关。同时，针对唐山市价格

认定中心所作出的鉴定，无论是评估依据还是评估程序均存在重大问题。故而，在此基础上，依据我国法律关于诈骗罪的相关规定，确定了最终的辩护思路，并针对本案涉及诈骗罪的关键环节进行了有效的辩护，最终河北省某市中级人民法院认可了辩护人的辩护意见，宣告被告人F和F2无罪。

三、本案的具体辩护思路

针对已经确定的辩护思路，根据本案定罪的关键环节，辩护人从八个方面对本案重点问题进行了客观分析判断，从而得出公诉机关指控不能成立的结论。具体分析如下：

1. 从诈骗罪的犯罪构成角度分析，F不构成诈骗罪

根据《中华人民共和国刑法》的规定，诈骗罪的犯罪构成包括5个要素和环节：一是行为人欺骗，二是对方产生误解，三是对方因为误解而交付财物，四是行为人得到财物，五是对方失去财物，且环环相扣，缺一不可。这其中的欺骗对象必须是具有思想活动的自然人，是自然人因为受骗而产生误解从而交付财物。因此，如果要证明国家机关等单位的受骗，就必须证明其工作人员受骗，因为国家机关财物的交付必须通过人来实施。根据该前提，在我国法律规定的前提下，结合本案事实，公诉机关的有罪指控缺乏事实依据。



张小峰律师简介



张小峰律师，京都律师事务所合伙人。张律师2004年参加工作，在山东某检察院从事公诉、反贪工作，2007年加入京都。从业期间办理了大量的刑事案件及部分民事案件。其执业宗旨：当事人的利益永远是第一位的。

其一，某区政府的补偿依据是评估公司的评估结果，而非A厂所提交的六个合同和补漏清单。庭审中，公诉机关仅以A厂提交的六个合同和补漏清单就认定政府工作人员被骗，显然是错误的。

正如前面所强调的，诈骗罪的成立必须有人因被骗而交付财物，反之，如果财物的交付与被骗无关，则不成立诈骗罪，这是毋庸置疑。具体本案中，政府支付拆迁补偿的依据是政府指定的评估公司做出的评估数额。且在本案涉及的拆迁过程中，某区政府为了保证拆迁的进行，也指定了专门的评估机构如：东正、宏大和中兴源三家评估机构先后对被拆迁对象进行拆迁评估，并且做出了评估数额，这个数额才是政府签订补偿协议的依据。因此，无论是F委托F2提交的六个合同，或者是提交的补漏清单均不是政府补偿的依据。这意味着F报多少或者合同金额载明多少并不等于政府就要补偿多少。如果仅仅以合同载明的金额作为最终的评估依

据也是不科学的。举个简单的例子：张三2004年在北京三环附近买一套100平米的房子也就40万左右，而到2016年购买同样位置、同样面积至少要500万。那么如果该房屋涉及拆迁的话，按照合同金额给付肯定是不合理，也显然是荒谬的。故而，在涉及本案这种拆迁案件中，合同仅仅是权属的证明，而不代表补偿的金额。同时，如果A厂没有这些实际存在的窑炉，而仅仅有建造合同，那么政府是不给任何补偿的。故而，一个显而易见的道理是，合同上载明的金额与本案的补偿金额没有任何关系。

其二，评估公司的评估依据是现场勘查的资料，而非A厂所提交的六个合同和补漏清单，评估公司的工作人员不存在被骗的可能。

根据上述分析我们得知，政府补偿的依据是评估公司的评估结果，那么本案中F是否对评估人员有隐瞒的情况，有虚构事实的情况呢？评估人员的评估是否完全依据A厂所提交的六个合同和补漏清单呢？答案显然是否定的。根据评估公司的人员和政府工作人员均证实了去A厂进行现场勘察的事实。这也充分说明了，被拆迁人的申报并非补偿的依据，而评估公司的评估结果是基于现场调查的材料稽核市场评估所作出的，与合同所载明的金额无关，而这也是符合客观事实，符合常理的。而如果仅仅依据合同进行评估，那么就没有必要现场调查。

其三，F、F2也不可能存在虚构事实、隐瞒真相的行为。

根据证据显示，政府部门、评估公司人员对A厂的资产也进行了现场核查，并且进行了现场的勘察与拍照，对于涉案资产的建设情况是一清二楚；F、F2本人并不存在任何掩饰、隐瞒窑炉的行为。客观上讲，其也掩盖不了资产的客观情况，工作人员不会被骗，也不可能被骗，F、F2没有虚构事实。而实际上也虚构不了事实。既然如此，那么本案明显缺乏诈骗的本质特征，不存在因为政府工作人员被骗而交付财物的行为，因此，公诉机关的指控明显错误。

其四，退一步讲，即使F具有多得补偿款的想法，而公诉机关的指控逻辑，也系错误地将F想多得补偿的想法倒推为非法占有的诈骗故意。

作为被拆迁方的F，主张自己的权利是法律所赋予的合法权利，符合民事合同的本质要求，不具有任何的可责性。即使F具有想多得补偿款的想法仍与诈骗无关。在拆迁过程中想多得补偿款的想法与诈骗罪所要求的非法占有

的目的是不同的。如果想多得补偿就认定为非法占有的目的，那么每次拆迁至少有百分之九十以上的人或者企业都可以认定为非法占有了，而这显然是荒谬的。鉴于本案中并不存在政府工作人员被骗而产生误解从而交付财物的行为，故而被告人不符合诈骗罪的构成要件。因此，F即使有想多得补偿款的想法也与刑事诈骗无关。本案的指控中，公诉机关单纯地考虑了F想多得补偿款的想法，而忽视了诈骗罪的构成要件，导致指控逻辑错误。

况且，根据上述分析看，F也不具有多得补偿款的想法。第一次评估明显差评，严重侵害了A厂的利益，那么主张重新评估是法律赋予的权利。而关于补漏清单的问题，也是正当地维护自己的权利，与纯粹的想多得补偿款无关（具体理由将在后面阐述）。因此，公诉机关的指控不仅逻辑错误，且其论证的前提也是错误的。

根据上述四个方面的分析，公诉机关的指控明显是不成立的，缺乏事实和法律依据。

2.关于A厂提供六个合同的问题分析

根据庭审证据仅仅能够证实该六个合同是后补的，而没有任何证据证明合同中所载明的信息是虚假的。首先，根据评估公司现场勘查的情况看，合同中所载明的窑炉信息是真实存在的，不存在虚假的问题。而关于合同的金额问题，不仅与当前询价的情况相当；而且与补偿金额无关；更何况目前也无法否定合同金额就一定不是当时建造窑炉的花费。故而，根据现有证据，不能证实A厂所提交的六个合同就是完全虚假的，只能说是事后补的。

退一步讲，即使合同金额存在一定的虚假，也与F、F2无关。根据F供述看，其是找人建窑的人索要合同，而没有要求相关人员制作虚假的合同。且公诉机关也没有提供充分证据证实，该合同是F与F2所虚假制作。

再退一步讲，即使合同金额存在一定的虚假，即使是F2代替F在合同上签字，也不等于两人实施了诈骗行为。正如之前所分析，六个合同在评估中的作用最多是一种权属的证明，对于评估窑炉的价值不具有实质意义。这点无论是根据评估的依据还是证人证言，均予以证实。根据证据显示，评估公司评估的主要依据是报价手册、市场询价等，而不是合同。对此，证人赵建奎也证实，即使没有合同，也是可以评估的，这充分说明评估公司的评估依据是实物，是窑炉本身，而不是合同。所以，这六个合同无论是真的还是虚假的，均与本案最终所取得的补偿款数额无

关。既然与补偿的数额无关，则当然与诈骗无关。

故而，根据上述分析得出一个结论就是：公诉机关以合同是虚假，提交合同就意味着具有诈骗故意的论点明显是缺乏事实和法律依据的。

3.关于是否存在抢建隧道窑及抢建隧道窑是否等同于诈骗的问题分析

其一，A厂不存在抢建隧道窑的问题。

根据本案的证据看，补漏清单中所涉及的隧道窑在2009年6月-7月左右就已经开始筹建了，有购买原材料的相关凭证予以证实。同时，两次评估勘察照片显示：熔池大砖车间存在货物，而这些货物就是建补漏隧道窑的耐火保温砖、莫来石耐火泥等。（见评估照片）《宏大房地产评估有限公司》的赵建奎证言：“熔池大砖车间内有货物……”以上这些建隧道窑材料，宏大和东正的《勘察评估明细》均未予评估。这充分说明A厂想要建设补漏清单中的窑以及为建窑购买原材料要早于第一次现场勘查的时间，不存在第一次勘查后抢建的问题，不存在为了非法占有而故意抢建的问题。

其二，从补漏隧道窑建设的地点看，很明显，新隧道窑开始建设的地点在拆迁红线的基点之外，至少目前证据无法排除这一事实。

首先，拆迁红线是确实存在的，这个问题有被告人的供述以及证人闫闯新和陈宏斌的证言予以证实。

其次，根据被告人的供述和本案的其他证据证实，该新隧道窑是建设在红线之外，故而，在宏大和东正公司对A厂评估的时候并没有评估大溶池车间内的物品。

再次，根据A厂建设隧道窑所购买的材料以及建设的情况看，其完全按照能够使用的标准建设，这也充分说明隧道窑是建设在拆迁范围之外的，如果其是为了骗取钱财所建，则没有必要建得这么好。



最后，根据王志增的证言，其在证言中强调，如果拆迁新建的隧道窑就搬走，这说明了A厂在新建隧道窑的时候并不知道这里将要拆迁。我们结合拆迁红线的问题以及建设的质量问题可以充分地说明建设隧道窑的地点在拆迁红线之外，所以不存在为了拆迁，为了多得补偿款而抢建的问题。

其三，A厂建设新隧道窑具有客观原因，并非想多得补偿款。

根据辩护人所搜集的证据证实，A厂的订单很多，拆迁势必造成企业不能生产，为了企业不违约失信，在本厂划定的红线外建起了一座新的隧道窑。建设新的隧道窑的目的是为了保证生产完成外贸的合同订单，而不是为了骗取补偿款，与诈骗罪无关。

其四，退一步讲，即使A厂存在抢建行为，也不等于F、F2就构成诈骗罪。

抢建的目的是为了多拿补偿款，而在拆迁过程中，作为被拆迁方的A厂，即使具有想多得补偿款的想法仍与诈骗无关。想多得补偿款的想法与诈骗罪所要求的非法占有的目的是不同的。况且本案中并不存在政府工

作人员被骗而产生误解从而交付财物的行为，不符合诈骗罪的构成要件。因此，即使F有想多得补偿款的想法也与刑事诈骗无关。况且，补漏清单也并非政府补偿的依据。因此，即使F要求F2提交了补漏清单，也不等于实施了诈骗行为。

综上所述可见，公诉机关所强调的因为存在抢建从而构成诈骗罪的意见，明显缺乏事实和法律依据。

其五，公诉机关提到A厂建设可移动隧道窑的目的就是为了骗取拆迁款的意见，不合常理，且缺乏证据支持。

从隧道窑的特点看，能移动是一个美丽的神话，根本不可能实现，整体搬走从理论上是不存在的。从补漏隧道窑的结构和材料上看，拆除拆迁过程就是报废过程，拆除后没有任何的使用和经济价值。隧道窑属于浆砌耐火砖结构，类似公路的石拱桥建设，浆砌耐火砖的抗拉强度极低，无论是整体式隧道窑，还是分体式隧道窑，只能使用液压顶进行缓慢地近距离的水平位移，分体式只是比较容易水平位移而已。这些隧道窑，没有安装上吊转移的钢架结构，用吊车上吊，如同人被提着头离开地面一样，会造成不可逆转的永久结构损害，窑炉窑体会造成浆砌结构损害发生变形而报废。如果装车运输，需要上吊下放，运输过程中车辆的上下颠簸，左右摇动、前拥后挤，必然形成窑内砌体受到连续的拉应力，超过窑内砌体抗疲劳强度，

也会直接造成窑内保温砌体结构的根本损害而报废，这是一个常识问题。具体本案中，涉案的隧道窑虽然搬至新厂址，但是已经失去了使用价值。F多年经营窑炉，对于窑炉的情况非常清楚，而对于这样的常识，F也不可能不知道。所以，F不可能为了拆迁而故意建造能够移动的隧道窑。

综上可见，A厂不存在抢建的问题，补漏清单所涉及的隧道窑建设在第一次评估时的红线外，也即拆迁范围之外。同时，退一步讲，即使存在抢建，那么补漏清单也不是政府补偿的依据。

4.关于九座窑炉的价值问题，中兴源公司的评估数额具有一定的合理性，而唐山市价格认证中心的鉴定意见明显不具有真实性

其一，相对而言，中兴源公司的评估数额具有一定的合理性。

根据本案的证据看，中兴源公司评估九座窑炉的价值是2900多万元，而公诉机关并没有提供证据证明中兴源公司的评估是错误的。相对于唐山市价格认定中心作出鉴定意见，中兴源公司的评估无疑更接近于合理。

根据辩护人向法庭提交的证据看，但就146米窑的重建问题，根据报价显示从1300多万到1900多万不等，而中兴源的评估价格是1300.687万元，明显与实际差不多，这也说明中兴源的评估并非没有依据。相反，宏大公司和唐山市价格认定中心的意见则明显离谱，且差得太多，所作出的结论明显偏离实际。

其二，唐山市价格认证中心作出的意见不具有真实性、合法性，不能作为本案的证据所使用，故而，公诉机关以唐山市价格认证中心所作出的结论作为指控犯罪的依据，明显是错误的。

唐山市价格认证中心的鉴定意见不具有真实性、合法性的理由如下：

第一，唐山市价格认证中心不具有资产评估的资质。

第二，唐山市价格认证中心不具有评估1000万以上资产的资质，本案涉及的评估应该由省级的鉴定部门进行。

第三，鉴定人员不具有资产评估的资质，且不具有窑炉的专业知识，庭审中鉴证人员已经自行证实。

第四，该鉴定所依据的法律错误。评估依据的是拆迁补偿办法，而唐山市价格认证中心明显没有依据该拆迁办法。虽然庭审中，鉴证人员说已经依据拆迁办法，但是根

据该鉴证意见中所载明的法律依据，明显没有。故而，鉴证人员明显说了假话。

第五，对所评估标的物的属性认定错误。根据证据显示，窑炉属于设备，而唐山市价格认证中心明显是按照构筑物所评估，标准错误。而这也证实说明相关人员不具有窑炉评估的资质，不懂窑炉，这与鉴证人本人当庭证词相互吻合。

第六，鉴定所依据的材料不合法。根据鉴证人员证实，唐山市价格认证中心作出价格的依据是公安机关所提供的材料，而公安机关所提交的材料来源于无鉴定资质的人员所现场勘查调取，其所获取的资料不具有合法性，前提错误，其结论也是错误的。

第七，评估价格明显不符合常理，偏离实际。具体前面已经分析。

综上可见，唐山市价格认证中心的鉴定意见明显不能作为本案的证据使用。公诉机关据以指控的依据不复存在。

5. 评估人员或者国家工作人员的玩忽职守行为不等于被F、F2所欺骗

本案中，根据苗有然和赵建奎的证言证实，北京中兴源资产评估有限公司的工程师苗有然出具的评估报告前没有去现场勘察，同时赵建奎在现场评估时也没有对完成窑的长度进行测量，但这只能说明相关人员的玩忽职守，但绝不是被人欺骗。况且根据本案的证据看，也没有证据证明评估人员与F、F2存在共谋。故而，评估人员或者国家工作人员的玩忽职守不等同于F诈骗，这与诈骗罪的因果关系截然不同。

6. 关于共同犯罪的指控问题

公诉机关指控F和F2系共同犯罪，但明显缺乏相关的证据予以支持。无论是六个合同还是补漏清单。那么两个人是如何预谋的？如何实施的？明显缺乏证据支持。根据本案证据显示，六个合同是F和建窑的索要的，与F2不存在任何的沟通。况且对于合



同的内容不仅两人不存在沟通，也没有证据证实F要求建窑的人员制作虚假的合同。而关于补漏清单的问题，F2仅仅是代A厂提交而已，而对于补漏清单的内容，无证据证实两人之间存在共谋，两人之间存在诈骗的共谋。

退一步讲，正如前面分析的一样，无论是提交的六个合同还是补漏清单均不是政府补偿的依据，即使存在问题，也不等人两个人存在诈骗的共同犯罪。

7. 本案的特殊性——拆迁的特殊性和政府公信力问题

拆迁补偿活动极其特殊，十分复杂，同样的情况，获得不一样补偿的情形比比皆是，获得超出国家标准的补偿情形也比比皆是。个中原因相当复杂，这与动迁本身就存在许可讨价还价，甚至为了早期完成动迁而故意多给补偿的特殊性密切相关。这正所谓的一事一议的原则。因此，我们在处理这类案件的时候，必须考虑到动迁的特殊背景。

本案发生在2009年，至今动迁工作早已完成。时隔四年之后，旧事重提，属于典型的“找后账”。案件提起本身已危机政府公信力。案件的处理有着重大的社会影响，备受社会各方关注，是动迁这一特殊事务中考验政府诚信和公信力，关涉政府有无“秋后算账”之嫌，对于同类案件具有司法风向标意义。如果该类案件增多，无疑导致政府失信于民，同时会直接影响今后的政府拆迁工作的进行。也许到时候涉及拆迁的时候，政府给上一个亿、两个亿都没有人动。为什么？因为怕追究刑事责任，诈骗或者敲诈勒索。辩护人不是危言耸听，而是可能会真实发生。想想当初，路上倒了人我们会去搀扶，但现在却不会，为什么？因为怕赖上我们。为什么怕呢？因为之前有法院的判决。可见，一纸判决在人们心中的影响是多大。本案也不是一个个案，其实是一个系列案件，

一旦处理不好，处理不公，那么造成的社会影响以及将要产生的破坏力将远远超出我们的想象。

8. 本案存在拆迁违法

拆迁公司拆迁陡河上下游（开平段），公诉机关并没有提供规划许可证拆迁许可证，这意味着本次拆迁行为本身就是违法的。那么在一个违法拆迁的大前提下，且政府可以打压价格，违法评估，导致被告人的合法权益受到了很大的损失。在庭审中，被告人已经向法庭提交了证据做了说明。虽然在本次拆迁过程中A厂拿到了一定数额的钱款，但是该钱款远远不能弥补违法拆迁行为给企业造成的损失。A厂由一个蒸蒸日上的企业，变成了如果面临破产的企业，这就是政府违法拆迁所造成的直接后果。不仅如此，现在还要追究F的刑事责任，那么法律的公平何在？

综合本案涉及八个方面的问题，针对公诉机关的指控逻辑做出有效的反驳，从而得出公诉机关的指控缺乏事实和法律依据。而本案中提到的拆迁违法的问题，也是庭审前反复考虑才决定加入的，目的是为了提示法庭本案的不寻常的环节，引起法庭的注意。而从实际上看，效果比较明显。

四、法院认定

本案从2013年7月9日到2017年12月28日，在经过一审、二审、发回重审的一审后，河北省某市中级人民法院终于采纳了辩护人的辩护意见，认可了本案指控所存在的问题。最终法院认为，虚假的合同不必然导致九座窑炉的评估价格虚高；无法确定拆迁红线的具体范围及划定时间；唐山市价格认证中心的鉴定违反程序，故而公诉机关指控被告人F和F2构成犯罪缺乏事实和法律依据，并依法宣告两被告人无罪。

本案的结果是积极的，但是追寻正义的道路是曲折的，在被告人和多名辩护人的共同坚持、努力下，终于等到了迟来的正义。笔者希望以后这种正义能够早来一些，不要让当事人等得太久，这也是所有法律人所共同的期望。

最后，对于本案中某市中级人民法院及审判人员的公正审判点赞。👍

从被控贪污到免除刑事处罚

——谈辩护历程的确幸与遗憾

■ 张庆生, 刘娜 / 文

第一回合：发轫之始

2017年2月的某天，春寒料峭，空气中还夹带着春节的气息。这一天笔者接待了一位愁眉紧皱的当事人……

笔者刚刚坐下当事人便操着一口家乡话一股脑说了太多，“国有资产”“国家工作人员”“拿了几万块钱”，乍一听上去，控诉贪污不无道理。于是笔者开始耐心询问这位当事人，得知案件的被告王某某是鲁能集团XX煤电公司（以下简称煤电公司）XX煤矿矿长。一个多小时的对话下来，笔者对事情的经过已然做到了心中有数。

第二回合：明若指掌

搞清案件的基本来龙去脉后，笔者接下了这个案子，初步判断当事人不构成贪污罪，及时赶赴郓城县进行调查取证和阅卷。

2012年XX煤矿进行1310工作面探放水工程（以下简称1310工程），这项工程由鲁能集团XX招标公司进行招标，XX煤田地质第三勘探队（以下简称第三勘探队）中标。

在施工过程中，第三勘探队进度拖后，经王某某多次催促仍不能到位。为不影响1310工程，王某某安排XX煤矿的总工程师吴某某、地质测量科长马某某让防冲工区施工一部分探放水钻孔。施工期间，第三勘探队在与XX煤矿协商后，愿根据XX煤矿的防冲队参与的工作量支付给XX煤矿100万工程款，双方签订了书面协议。

2013年下半年，王某某派吴某某、马某某、仇某某（经营管理科科长）找第三勘探队催要工程款。因XX煤矿属于煤电公司的下属单位，没有独立账户。若第三勘探队将款项打到煤电公司，则XX煤矿不能自行支配。经协商，

张庆生律师简介



张庆生律师2001年开始从事律师工作，先后在山东君诚仁和律师事务所、山东君诚仁和（上海）律师事务所、京衡律师集团上海律师事务所，2014年加入京都上海分所，执业十五年，办理了大量诉讼和非诉讼业务，具有丰富的诉讼和非法经验。张庆生律师先后担任多家公司和机构的法律顾问，拥有投资项目分析师、心理质询师资格，上交所独立董事资格，中国政法大学硕士学历，上海交大、复旦大学私募与金融课程班结业，张庆生律师现为京都上海分所合伙人。

第三勘探队答应将这笔款项分期支付到仇某某的个人账户中，并于当年支付50万元。

收到50万元后，XX煤矿召开了周例会，参加人员为煤矿副总工程师以上的干部，共计15人。在这次周例会上，王某某介绍了第三



刘娜



刘娜，京都上海分所实习律师。

勘探队的工程款已经到位了50万元，提议发放25.1万元作为奖金，与会的人员全部同意。具体发放名单由经管科制定后，经王某某签字。

2014年仇某某向王某某汇报，收到第三勘探队的20万元。王某某又像上次一样，经协商后同意发放12.2万元奖金。2015年底，XX煤矿又收到10万元的承兑汇票，因种种原因，第三勘探队一直没有支付剩余的20万元。

2017年2月6日，郓城县人民检察院以贪污罪对王某某等4人提起诉讼。后撤回对他3人的指控，仅起诉王某某一人。

第三回合：观衅伺隙

经过调查和阅卷，笔者发现检察院在这个案子里，对很多问题定位不准，尤其是以下两个方面最明显。

贪污罪的客观方面为，利用职务之便，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为，一般具有秘密性。而XX煤矿的100万元是经集体研究讨论决定并通过内部科室列明发放清单后发放的，且向上层领导多次汇报，是公开透明的，不具有秘密性。

第一，作为奖金发放的37.3万元，不属于国有资产。

XX煤矿100万的收入并不是国家资产，而是煤矿职工付出超额劳动所得，是其应得的劳动报酬，XX煤矿有权发放福利。根据1993年国家国有资产管理局颁布的《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》第12条规定：上缴税金以后的利润留成或事业单位、人民团体通过市场取得的不体现政府职能的经营、服务性收入，按规定缴纳税金、管理费用后，不属于应当上交国家的国有资产，单位有权作出分配，不构成私分国有资产罪。

第二，王某某并不符合贪污罪的客观构成。

贪污罪的客观方面为，利用职务之便，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为，一般具有秘密性。而XX煤矿的100万元是经集体研究讨论决定并通过内部科室列明发放清单后发放的，且向上层领导多次汇报，是公开透明的，不具有秘密性。

尽管有很大的把握将王某某的贪污罪辩护成功，但笔者对做到无罪辩护还是有些焦虑。多年的经验告诉笔者，凡事都要未雨绸缪。

第四回合：未雨绸缪

开庭的日子如期而至，由于罪名定性不当，公诉机关在控辩过程中明显节节败退。不出意料，庭审过后合议庭告知罪名可能变更为国有公司滥用职权罪，幸好的是：早有准备。

对于滥用职权罪的规定想必大家极为熟悉，这里便不加赘述。那王某某是否构成国有公司滥用职权罪呢？当时主要抓住了以下几点：

首先，发放奖金是经过集体开会决定的，会议记录、证人证言都可以相互印证，并不是“一言堂”的决定。其次，XX煤矿集体研究后，王某某作为单位负责人给分管领

导张某某汇报多次，张某某也领取过这两次奖金。王某某并没有滥用职权，而是“请示+汇报”的结果。最后，上文也提到过，奖金发放是通过内部科室列明发放清单后发放，案涉款项都经过煤电公司计划经营部和承包单位审核的，这又何来滥用职权一说？

合议庭认为可能构成滥用职权罪，关键在于滥用职权罪的立案标准。2001年《最高人民法院公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第16条第一项：国有公司、企业、事业单位的工作人员，滥用职权，现下列情形之一的，应予立案追诉：（一）造成国家直接经济损失数额在三十万元以上的。而王某某发放福利的款项为37.3万元。

貌似37.3万元确实在30万元以上，但是以中国经济的发展水平，16年前的30万远远高于现在的37.3万。平常人都会意识到的问题，司法部门不仅早已意识到，且已颁布司法解释。2017年《最高人民法院常见犯罪的量刑指导意见》附则，2016年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》中规定：部分罪名按照关于受贿罪、贪污罪相对应的数额标准规定的二倍、五倍执行。因此，滥用职权罪的立案标准也

应更高。

第五回合：白璧微瑕

最终，法院的判决并未宣布王某某无罪，而是构成滥用职权罪，但因情节轻微免除刑事处罚。被免除牢狱之灾的王某某在得知这个消息后，总体还是比较满意，考虑到如无罪判决可能追究相关人员的责任就没有上诉。

记得红楼梦中有这样一句“在美满之中，仍有缺憾之处叹人间，美中不足今方信”。此句用来形容笔者的心情，确实恰到好处。

虽然王某某从一开始被控诉贪污罪，可能面临着几年的牢狱之灾到被免除刑事处罚，已令他感激不已。但笔者作为一个律师仍心存遗憾，毕竟他本可无罪。但反而观之，心情便又获得几分舒畅，中国的法治不就是在一次次实际案例的推动中不断前行吗！





企业国有资产转让若干法律问题简析

■ 肖树伟, 游乐 / 文

导言：近年来，国家多次提出要加快完善社会主义市场经济体制，加快国有经济布局优化、结构调整、战略性重组，促进国有资产保值增值，推动国有资本做强、做优、做大。同时也多次强调，在这一过程中，要有效防止国有资产的流失。国家也陆续出台了《中华人民共和国企业国有资产法》《企业国有资产监督管理暂行条例》《企业国有资产交易监督管理办法》《企业国有产权交易操作规则》等法律、法规、规章以及规范性文件，为企业国有资产的监督和管理，防止国有资产流失提供法律依据。结合这一背景，笔者以企业国有资产转让为视角，在本文中对企业国有资产转让的若干法律问题进行了梳理。

一、企业国有资产及其转让的概述

（一）企业国有资产

《中华人民共和国企业国有资产法》（以下简称企业国有资产法）第二条规定：“企业国有资产，是指国家对企业各种形式的出资所形成的权益。”《企业国有资产监督管理暂行条例》（以下简称监督管理条例）中也对企业国有资产进行了界定，即企业国有资产是指，国家对企业各种形式的投资和出资所形成的权益，以及依法认定为国家所有的其他权益。

从企业国有资产法、监督管理条例对企业国有资产的定义中，可以看出，除依法认定为国有资产的情形外，判断企业资产权属的标准即是看该资产的出资人，如果该资产由国家出资或因国家出资所形成，则该资产为国有资产。资产形式包括有形资产以及相关权益。

根据企业国有资产法的规定，国家出资企业包括：国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司等几种形式。换言之，国有独资企业、国有独资公司的资产属于国有资产，国有资本控股公司、国有资本参

肖树伟律师简介

京都律师事务所高级合伙人。主要业务领域为公司法律顾问、企业法律风险防控、国有资产法律事务、民商事争端解决、涉外法律服务。1987年毕业于中国政法大学。1989年开始从事律师工作。现为中国



法学会会员、中国政法大学兼职教授、中国国际贸易促进会/中国国际商会调解中心调解员、国家开发银行贷款委员会路演独立委员、北京市律师协会理事及北京市执业纪律与执业调处委员会主任。因其优秀的法律服务被中国司法部评为党员律师标兵，被北京市律师协会评为北京市优秀律师。

股公司中的国有出资部分及其形成的权益属于国有资产。

（二）企业国有资产转让

企业国有资产法中对国有资产转让的概念也进行了界定，即“国有资产转让，是指依法将国家对企业的出资所形成的权益转移给其他单位或者个人的行为；按照国家规定无偿划转国有资产的除外。”

《企业国有资产交易监督管理办法》（以下简称监督管理办法）中进一步对国有资产转让的概念及形式进行了明确，国有资产转让具体是指：1.履行出资人职责的机构、国有及国有控股企业、国有实际控制企业转让其对企业各种形式出资所形成权益的行为（企业产权转让）；2.国有及国有

游乐律师简介

游乐律师，中国政法大学法律硕士。执业领域：企业法律风险控制、民商事尤其是金融及投资领域的争议解决。游乐律师自执业以来，为金融与投资行业、建筑与房地产行业、能源行业、农业、科技行业等多种行业的众多企业以及个人提供了法律服务，积累了丰富的实践经验。



游乐律师自执业以来，为金融与投资行业、建筑与房地产行业、能源行业、农业、科技行业等多种行业的众多企业以及个人提供了法律服务，积累了丰富的实践经验。

控股企业、国有实际控制企业的重大资产转让行为（企业资产转让）。同时，监督管理办法还对“国有及国有控股企业、国有实际控制企业”进行了明确，包括：1.政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业（公司），以及上述单位、企业直接或间接合计持股为100%的国有全资企业；2.政府部门、机构、事业单位、国有独资企业单独或共同出资，合计拥有产（股）权比例超过50%，且其中之一为最大股东的企业；3.国有独资企业（公司）、国有控股企业（公司）对外出资，拥有股权比例超过50%的各级子企业；4.政府部门、机构、事业单位、单一国有及国有控股企业直接或间接持股比例未超过50%，但为第一大股东，并且通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业。

根据监督管理办法的规定，企业国有资产转让的主体为：1.履行出资人职责的机构；2.国有独资企业（公司）；

3.国有控股企业（公司）；4.国有实际控制企业（公司）。转让的标的为：国有独资企业（公司）的资产，国有控股企业（公司）、国有参股企业（公司）、国有实际控制企业（公司）中属于国有资产的部分，国有独资企业（公司）、国有控股企业（公司）对外出资，拥有股权比例超过50%或实际控制的各级子企业中的国有资产。

从上述规定可以看出，国家在对企业国有资产转让的监管中，重点是对国有独资企业（公司），国有控股企业（公司），国有实际控制企业的资产转让进行监管。

二、企业国有资产转让的重要环节及有关问题

企业国有资产的转让是关系企业国有资产出资人权益的重大事项，企业国有资产的转让流程必须合法、合规，才能避免在此过程中出现国有资产流失的情况，才能真正体现资产转让对国有企业改革及发展的积极意义和应有价值。对企业国有资产的转让而言，在资产转让流程中最重要的是决定、报批、评估、进场交易等几个环节。

（一）决定

企业国有资产的转让由履行出资人职责的机构决定。履行出资人职责的机构包括：国务院国有资产监督管理机构；地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构；国务院和地方人民政府根据需要，授权的其他部门、机构；国有独资企业（公司）以及国有控股企业（公司）。

具体而言，对于国有独资企业、国有独资公司，除依照有关法律、行政法规以及企业（公司）章程的规定，由履行出资人职责的机构决定的以外，国有独资企业由企业负责人

对于国有独资企业、国有独资公司，除依照有关法律、行政法规以及企业（公司）章程的规定，由履行出资人职责的机构决定的以外，国有独资企业由企业负责人集体讨论决定，国有独资公司由董事会决定；而国有控股公司、国有参股公司，则依照法律、行政法规以及公司章程的规定，由公司股东会、股东大会或者董事会决定。



集体讨论决定，国有独资公司由董事会决定；而国有控股公司、国有参股公司，则依照法律、行政法规以及公司章程的规定，由公司股东会、股东大会或者董事会决定。

（二）审批

国有资产的转让通常需要报请有关机构的批准，审批机构通常为国有资产监督管理机构，但履行出资人职责的机构决定转让全部国有资产的，或者转让部分国有资产致使国家对该企业不再具有控股地位的，应当报请本级人民政府批准。

需要说明的是，法律、行政法规和本级人民政府规定应

的公告期限内未征集到意向受让方，转让方可以在不低于评估结果90%的范围内设定新的挂牌价再次进行公告。如新的挂牌价低于评估结果的90%，转让方应当重新获得相关机构批准后，再发布产权转让公告；2.经征集，产生两个及以上符合条件的意向受让方的，由产权交易机构按照公告的竞价方式组织实施公开竞价。公开竞价方式通常包括拍卖、招投标、网络竞价等方式。3.经公开竞价竞得的受让方与转让方进行签约。但如经征集只产生一个符合条件的意向受让方的，由产权交易机构组织交易双方按挂牌价与买方报价孰高原则直接签约。

通常资产挂牌价不得低于经备案或者核准的转让标的资产评估结果。如在规定的公告期限内未征集到意向受让方，转让方可以在不低于评估结果90%的范围内设定新的挂牌价再次进行公告。如新的挂牌价低于评估结果的90%，转让方应当重新获得相关机构批准后，再发布产权转让公告。

当由履行出资人职责的机构报经本级人民政府批准的资产转让，履行出资人职责的机构在作出决定或者向其委派参加国有资本控股公司股东会会议、股东大会会议的股东代表作出指示前，应当报请本级人民政府批准。

（三）评估

国有资产转让通常应当委托有资质的评估机构对拟转让资产依法进行评估。经依法评估后，以履行出资人职责的机构认可或者由履行出资人职责的机构报经本级人民政府核准的价格为依据，合理确定最低转让价格。

（四）进场交易

国有资产的转让应当遵循等价有偿和公开、公平、公正的原则。因此，通常情况下，除按照国家规定可以直接协议转让的以外，国有资产转让应当在依法设立的产权交易场所公开进行，即“进场交易”。

企业国有资产进场交易即我们通常所说的国有资产转让的“招、拍、挂”程序，大致为：1.由转让方对外发布转让有关信息，征集受让方，即“挂牌”。通常资产挂牌价不得低于经备案或者核准的转让标的资产评估结果。如在规定

三、国有资产转让中的违法行为及相关法律责任

在国有企业的改制、重组过程中往往涉及大量的国有资产转让行为，而这也成了相关机构和人员违法犯罪行为的“重灾区”。2017年，上海地产(集团)有限公司原副总裁、上海虹桥经济技术开发区联合发展有限公司原董事长辛某某，因涉嫌贪污罪、受贿罪、徇私舞弊低价出售国有资产罪被有关机关立案侦查并采取强制措施。鄂尔多斯市委原副秘书长、农村牧区工作部部长高某某，也因违规履职，低价转让国有资产，造成国有权益重大损失等行为，被依法追究刑事责任。由此可见，相关机构以及人员应当依法履行其职责，坚决杜绝违法行为，避免因违法行为导致国家损失，导致自己付出惨痛代价。

（一）违法行为

根据有关规定，相关机构及工作人员在企业国有资产转让过程中通常涉及如下违法行为：

1.违反法定的权限、程序，决定国有资产转让事项，造



成国有资产损失。

2.在企业改制、财产转让等过程中，违反法律、行政法规和公平交易规则，将企业财产低价转让、低价折股。

3.利用职权收受贿赂或者取得其他非法收入和不当利益。

4.贪污、挪用、玩忽职守、滥用职权，徇私舞弊。

5.违法与本企业进行交易。

6.不如实向资产评估机构、会计师事务所提供有关情况和资料，或者与资产评估机构、会计师事务所串通出具虚假资产评估报告、审计报告。

7.履行出资人职责的机构委派的股东代表，未按照委派机构的指示履行职责，造成国有资产损失。

（二）相关责任

1.行政责任。相关机构及工作人员存在上述违法行为的，通常会由国家依法对机构直接负责的主管人员和其他直接责任人员、该工作人员给予处分。企业国有资产法第六十八条至第七十一条均有对相关机构及工作人员给予处分的规定。监督管理办法第五十九条中也对此进行了规定。

此外，对于“董、监、高”等特定人员，企业国有资产法也特别做出了规定。第七十一条中规定，履行出资人职责的机构任命或者建议任命的董事、监事、高级管理人员有上述违法行为，造成国有资产重大损失的，由履行出资人职责的机构依法予以免职或者提出免职建议。第七十三条中

规定，国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的董事、监事、高级管理人员违反有关规定，造成国有资产重大损失，被免职的，自免职之日起五年内不得担任国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的董事、监事、高级管理人员；造成国有资产特别重大损失，或者因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序被判处刑罚的，终身不得担任国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的董事、监事、高级管理人员。

2.民事责任。相关人员有上述违法行为，造成国有资产损失的，还应当承担赔偿责任。企业国有资产法第七十条、第七十一条以及监督管理办法第五十九条均对此进行了规定。此外，《中华人民共和国公司法》第一百四十九条也规定，董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

3.刑事责任。企业国有资产法第七十五条明确规定，违反该法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。在企业国有资产转让中通常会涉及如下犯罪：徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪，国有公司、企业、事业单位人员失职罪，贪污罪、受贿罪、私分国有资产罪、滥用职权罪、玩忽职守罪等。如《中华人民共和国刑法》（以下简称刑法）第一百六十九条对徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪进行了规定，即国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七以下有期徒刑；再如，刑法第三百九十七条规定了滥用职权罪、玩忽职守罪，即国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七以下有期徒刑。国家机关工作人员徇私舞弊，犯滥用职权罪或玩忽职守罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。



市场化银行债权转股权需理性

■ 柏高原, 李子龙 / 文

国务院于2016年发布了《关于市场化银行债权转股权的指导意见》(国发〔2016〕54号,以下简称“54号文”),其中将市场化银行债权转股权(以下简称“市场化债转股”)作为供给侧改革中“去杠杆”任务的一个重要手段。目前,市场化债转股已经开展一年有余,但多家媒体报道显示,无论是去杠杆还是债转股,进程均较为缓慢。国资委在新闻发布会上提供的数据显示,2017年末中央企业平均资产负债率为66.3%,同比下降0.4个百分点。同时,市场化债转股启动至今,出现了签约意向规模与实际落地情况差距较大的现象。例如,东方资产管理公司统计信息显示,截至2017年6月9日,本轮债转股共签约56个项目,涉及45家企业,签约规模7095亿元,但是已成功落地的项目只有10个,涉及金额734.5亿元,占签约规模的11%;山东银监局数据显示,2017年10月末辖区内银行业签约债转股项目规模1138亿元,落地仅180亿元,落地率只有15.8%;在上次“债转股”中完成了约半数任务量的信达资产管理公司,在此次债转股中虽业绩亮眼,但总量也是相对较小,截至2017年11月份时,签约的4个项目,而实际投放的债转股资金仅有54亿元。债转股项目签约多但落地少的原因在于一方面对于债转股执行的细节政策上仍然不明确;另一方面供给侧改革后,上游周期性行业经营情况改善、债务压力下降,做债转股的动力也随之下降。

在54号文出台后,多个部门分别制定政策推动降杠杆和

柏高原律师简介



柏高原,京都律师事务所兼职律师,于2006年开始从事律师工作,2013年加入京都律师事务所,办理了大量非诉讼业务。柏高原律师担任多家公司和机构的法律顾问,如中信银行总行、国家开发银行总行、民生银行总行、金谷信托、民生信托、建设银行天津市分行、国家开发银行天津市分行、天津投资集团公司等。担任法律顾问期间,柏高原律师协助这些企业完成诸如金融产品法律架构设计与审查、金融产品合同设计与起草、业务流程及法律框架创新、公司重组、常规业务审查等法律问题的处理。

债转股。如:(1)国务院办公厅发布的《国务院办公厅关于同意建立积极稳妥降低企业杠杆率工作部际联席会议制度的函》(国办函〔2016〕84号),就积极稳妥降低企业杠杆率工作部际联席会议制度相关内容进行规定;(2)财政部和国家税务总局联合发布的《财政部、国家税务总局关于落实降低企业杠杆率税收支持政策的通知》(财税〔2016〕125号),就降低企业杠杆率相关税收问题进行规定;(3)国家发展改革委办公厅发布的《市场化银行债权转股权专项债券发行指引》(发改办财金〔2016〕2735号),就有序推进市场化银行债权转股权工作相关内容进行规定;(4)中国保监会发布的《中国保监会关于保险业支持实体经济发展的指导意见》(保监发〔2017〕42号),前述指导意见提到“支持保险资金发起设立债转股实施机构,开展市场化债转股业务。支持保险资产管理机构开展不良资产处置等特殊机会投资业务、发起设立专项债转股基金等”;(5)中国银监会发布的《<商业银行新设债转股实施机构管理办法(试行)>(征求意见稿)》,就商业银行新设债转股实施机构相关内容进行规定。

2018年1月26日,由国家发改委、央行、财政部、银监会等七部门联合印发的《关于市场化银行债权转股权实施中有关具体政策问题的通知》(发改财金〔2018〕152号,以下简称“152号文”),从债转股模式、资金来源、参与主体、债转股范围等方面,做出了明确的政策指引,以释放市

场潜力和鼓励金融机构参与。152号文旨在解决市场化债转股在工作中遇到的具体问题和困难，如债转股项目签约多但落地少的现象。下面，京都律师将对152号文中重点条文进行解读。

【条文】一、允许采用股债结合的综合性方案降低企业杠杆率。各实施机构可根据对象企业降低杠杆率的目标，设计股债结合、以股为主的综合性降杠杆方案，并允许有条件、分阶段实现转股。鼓励以收债转股模式开展市场化债转股，方案中含有以股抵债或发股还债安排的按市场化债转股项目报送信息。

【京都解读】

“允许采用股债结合的综合性方案降低企业杠杆率”

152号文第一条第一句提出“允许采用股债结合”。在此前的54号文中，降杠杆的主要途径包括七个，分别是：积极推进企业兼并重组、完善现代企业制度强化自我约束、多措并举盘活企业存量资产、多方式优化企业债务结构、有序开展市场化银行债权转股权、依法依规实施企业破产以及积极发展股权融资。从七个降杠杆率的主要途径可见，市场化银行债权转股权是降杠杆率的主要途径之

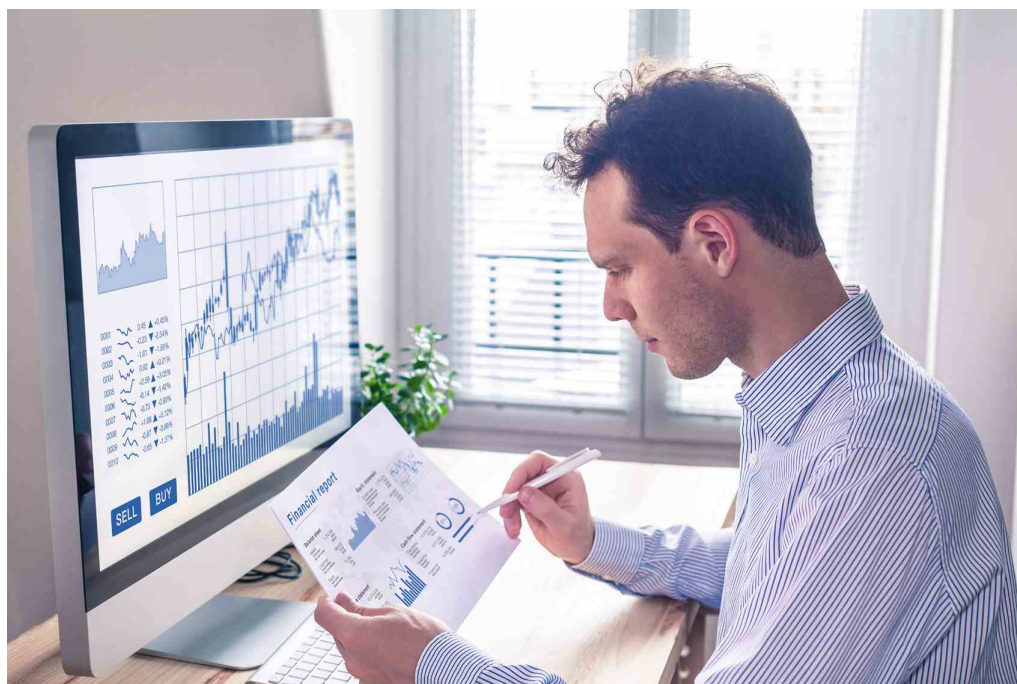
一，在54号文的附件《关于市场化银行债权转股权的指导意见》中，国务院又对市场化银行债权转股权的基本原则、实施方式、相关程序等进行了强调和明确。显然，常规意义上，银行债权转股权并不包括“股债结合”，此前更没有明确可以股债结合，仅规定自主协商确定市场化债转股价格和条件。因此，此次的“股债结合”可看作是丰富了债转股的内涵。

而从市场实践来看，股债结合并非为政策首创，在信达资产管理公司参与的市场化债转股项目中，中国重工的债转股操作就是采取了股债结合的方式。因此，152号文更适合理解为对既有探索的认可。2017年8月，中国重工引入中国信达等八家投资者，通过债权出资及现金增资方式，向大船重工、武船重工合计注资218.68亿元。2017年10月，中国重工发布公告，向中国信达等八名交易对方非公开发行股份，交易完成后大船重工和武船重工重新成为中国重工的全资子公司。目前中国重工的债转股项目已经完成工商注册，中国重工公告股份购买方案的相关工作也在稳步推进中。

“各实施机构可根据对象企业降低杠杆率的目标，设计股债结合、以股为主的综合性降杠杆方案，并允许有条件、分阶段实现转股。”

“实施机构”是国务院明确的债权转股权的运作主体，

但其内涵与外延并非确切。54号文在其第16项中明确实施机构包括金融资产管理公司、保险资产管理机构、国有资本投资运营公司、银行符合条件的所属机构（包括已有的和新设的机构）等。根据相关信息，因银行不良资产的巨大的市场和行业高涨的热情，原本四大AMC垄断的局面已经迅速地演变为“4+2+N+银行系”的多元化格局。所谓“4+2+N+银行系”，“4”是指四大AMC，“2”是指每个省份可以有两家地方AMC，“银行系”则是由银行设立的AMC，“N”是指民营的持牌或不持牌的AMC。根据统计，





截至2017年6月下旬，全国已有近50家地方AMC正式成立，其中有14个省级行政区域至少已拥有两家地方AMC，浙江、广东、山东、福建4省更是拥有3家地方AMC。“银行系”AMC则迅速抢滩，如2017年3月，兴业银行参与设立的兴业AMC作为“银行系”首家资产管理公司落地福建；7月，建行旗下子公司建信投资正式获银监会批准，同月，农银金融资产投资有限公司获批。保险资管此前专注于保险资产管理，此次放开债转股，则又引入新的竞争者。至于银行所属机构，54号文早已明确表态：支持银行利用现有所属机构，或申请设立新机构开展市场化债转股。从AMC版图的巨大扩展，其实已经不难发现，银行信贷资产的收购处置已经不再仅属于金融机构的“独食”。因此，实施机构的外延已经极大扩展。

此外，就地方资产管理公司，较为罕见地出现在了发改办财金〔2016〕2735号文中。放眼“实施机构”，基本上以不具备发行企业债的可能性，因为金融资产管理公司、保险资产管理机构等均归属于不同的金融监管部门管理。这些“实施机构”发行企业债，一来并无资金需求，二来其各自主管部门与国家发改委间的协调工作，看来是一项不可能完成的任务。而谁又能作为发债主体呢，唯有“国有资产投资运营公司”不是金融机构，尚满足入门条件，但为了这个主体的发债事宜单独发文，似乎不太“值得”或曰“合适”，其他又无人可提及。恰好“地方资产管理公司”不是金融机构，至少初步满足条件。所以行文中才会出现“包括但不限于国有资本投资运营公司、地方资产管理公司等”这样尴尬的提法。

“鼓励以收债转股模式开展市场化债转股，方案中含有以股抵债或发股还债安排的按市场化债转股项目报送信息。”

结合本文其他条款规定，152号文第一条所规定的信息报送，是指应当向部际联席会议办公室报送信息。国务院办公厅已于2016年10月18日，发布了《国务院办公厅关于同意建立积极稳妥降低企业杠杆率工作部际联席会议制度的函》（国办函〔2016〕84号），规定联席会议办公室设在发展改革委，由发展改革委、人民银行、财政部、银监

李子龙



李子龙，京都天津分所实习律师。

会派员参加。

“收债转股模式”应指实施机构先从银行收购债权，再进行债权转为股权。该模式有利于债权的流动，增加实施机构的参与性。例如：云南锡业集团（控股）有限责任公司（以下简称“云南锡业”）与中国建设银行在北京签订了市场化债转股投资协议，作为首单地方国企债转股落地，该案例具有较强的示范性，会暗示着本次市场化债转股的发展方向。在该案例中，云南锡业所转股的债权全部为正常类贷款，并且本次债转股并不涉及建设银行的贷款，该情况出乎多数人的意料。

【条文】二、允许实施机构发起设立私募股权投资基金开展市场化债转股。各类实施机构发起设立的私募股权投资基金可向符合条件的合格投资者募集资金，并遵守相关监管要求。符合条件的银行理财产品可依法依规向实施机构发起设立的私募股权投资基金出资。允许实施机构发起设立的私募股权投资基金与对象企业合作设立子基金，面向对象企业优质子公司开展市场化债转股。支持实施机构与股权投资机构合作发起设立专项开展市场化债转股的私募股权投资基金。

【京都解读】

“允许实施机构发起设立私募股权投资基金开展市场化债转股。各类实施机构发起设立的私募股权投资基金可向符合条件的合格投资者募集资金，并遵守相关监管要求。”

如前所述，实施机构的外延可能越来越广，加之本条允许其设立的私募股权投资基金开展市场化转股，因此债转股的实施主体和方法将更为多样化和灵活。据相关新闻报道，2018年1月份，农银金融资产投资有限公司与湖北省高新技术产业投资有限公司联合成立农银高投（湖北）新兴产业债转股专项基金，这是湖北省第一家债转股专项基金。武钢集团和云南锡业的方案也均采用了“子公司设立基金”模式：在武钢集团的方案中，建信信托和武钢集团等出资成立了武汉武钢转型发展基金合伙企业（有限合伙）；在云南锡业的方案中，建行或其管理方设立基金进行增资，基金的管理人

也来自于建信信托。

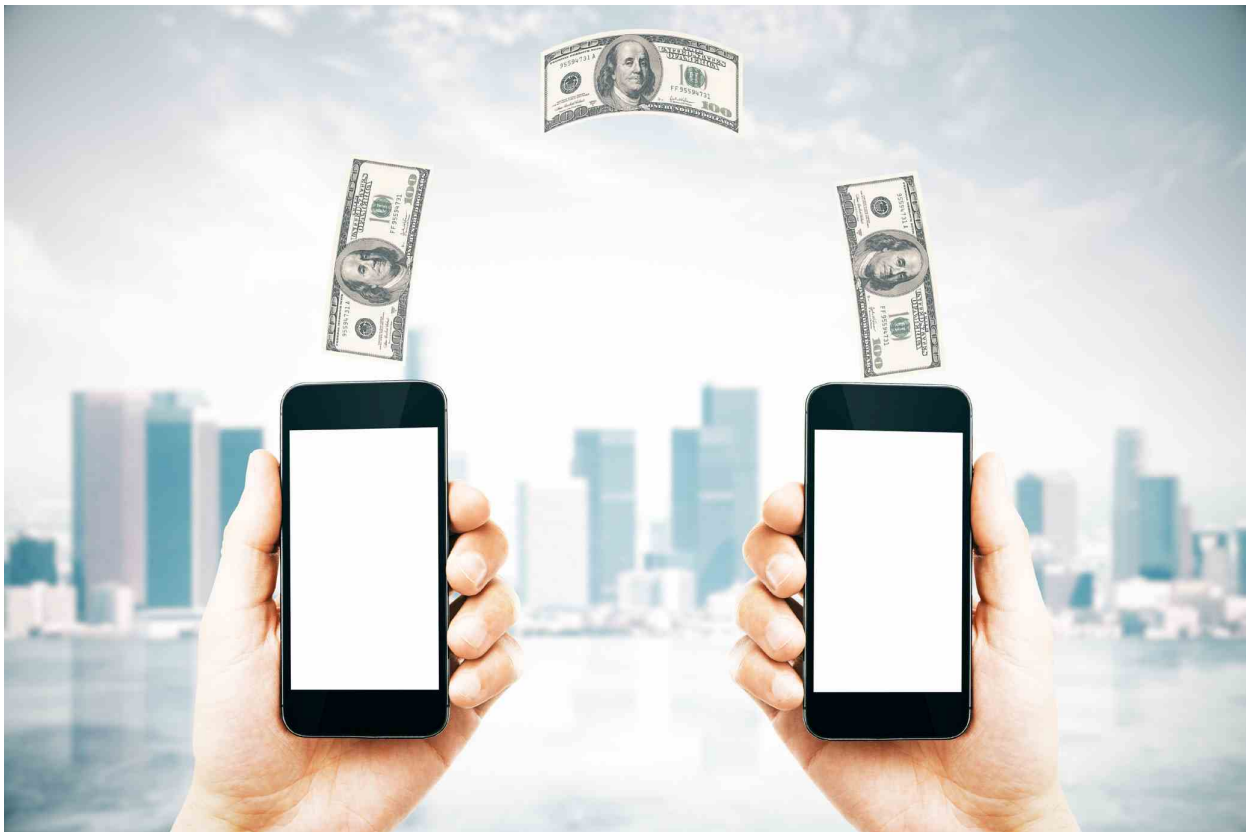
但是，私募股权投资基金从事债转股业务，是否会面临其他政策障碍呢？笔者注意到，在152号文颁布的7天前，证券投资基金业协会发布了《私募投资基金备案须知》（以下简称“须知”）。须知明确“私募基金的投资不应是借贷活动”，须知进一步明确下列不符合“投资”本质的经营活动不属于私募基金范围：1.底层标的为民间借贷、小额贷款、保理资产等《私募基金登记备案相关问题解答（七）》所提及的属于借贷性质的资产或其收（受）益权；2.通过委托贷款、信托贷款等方式直接或间接从事借贷活动的；3.通过特殊目的载体、投资类企业等方式变相从事上述活动的。《私募基金登记备案相关问题解答（七）》规定“对于兼营民间借贷、民间融资、配资业务、小额理财、小额借贷、P2P/P2B、众筹、保理、担保、房地产开发、交易平台等业务”的，因前述业务与私募基金属性相冲突，因此不予登记。前述备案解答所提及业务，是对业态的初级描述，且相关业态经营也并非规范，其中前述中多项业务均可能涉及借贷。

但152号文所鼓励的私募股权投资基金进行债转股，是

否会违反前述须知，尚难确定。须知的目的在于对从事借贷活动的基金不予备案。从目的解释的角度出发，不应从事借贷活动，意味着也不应“变相”或“间接”从事借贷，即私募股权投资基金通过收购已有债权的方式规避须知，也应为禁止之列。因此，根据上述须知的规定，私募股权投资基金在受让债权时，存在因债权不属于私募基金范围而导致无法进行私募投资基金备案风险。倘若如此理解，那么152号文有关鼓励私募股权投资基金从事债转股的政策，则难以落地。

“符合条件的银行理财产品可依法依规向实施机构发起设立的私募股权投资基金出资。”

152号文首次明确银行理财产品可以投资于私募股权投资基金，表明了监管机构对于银行理财产品投资于私募股权投资基金所持有的积极、鼓励的态度。然而，鉴于该条款明确只有“符合条件”的理财产品“依法依规”才可以投资于私募股权投资基金，由于我国监管机构对理财产品的投资具有较多限制，在监管机构未明确什么样的理财产品属于“符





合条件”的理财产品，什么样的投资行为才是“依法依规”的情况下，该条款的实施依然有很大的障碍，具体而言：

一方面，理财资金不可以投资未上市企业股权和上市公司非公开发行或交易的股份。《中国银监会关于进一步规范商业银行个人理财业务投资管理有关问题的通知》（银监发[2009]65号）十九规定：理财资金不得投资于未上市企业股权和上市公司非公开发行或交易的股份。虽然152号文鼓励开展的是市场化债转股活动，但是鉴于理财资金不得投资于未上市企业股权和上市公司非公开发行或交易的股份的规定，该理财产品是否为“符合条件”的银行理财产品、是否“依法依规”尚不明确。

另一方面，理财资金投资于信贷资产同样受到限制。2009年《关于进一步规范银信合作有关事项的通知》（银监发[2009]111号）规定：银信合作理财产品不得投资于理财产品发行银行自身的信贷资产或票据资产，明确禁止理财产品通过信托渠道投资于发行银行自身的信贷资产。2010年《关于进一步规范银行业金融机构信贷资产转让业务的通知》（银监发[2010]102号）进一步规定：银行业金融机构应当严格遵守信贷资产转让和银信理财合作业务的各项规定，不得使用理财资金直接购买信贷资产。因此，理财资金直接购买信贷资产受到限制。2016年银监办颁布《关于规范银行业金融机构信贷资产收益权转让业务的通知》（银监办发[2016]82号），规定：出让方银行不得通过本行理财资金直接或间接投资本行信贷资产收益权。出让方银行通过本行理财资金直接或间接投资本行信贷资产收益权的行为受到限制。

另外，多数市场人士认为，银行理财资金由此多了一条潜在的投资渠道，理财产品的投资范围会有所扩大。但是，债转股项目的实施期限较长，理财资金进入还存有一定的局限性，目前债转股项目也缺乏一个市场普遍认可的公允价值定价。

另外需要注意的是，2017年11月17日人民银行《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见（征求意见稿）》规定：金融机构不得将资产管理产品资金直接或者间接投资于商业银行信贷资产，该规定虽然尚未生效，但是也已经充分表明了监管机构对资产管理产品资金直接或者间接投资于商业银行信贷资产限制的态度。由此可见，理财产品通过私募股权投资基金投资于银行信贷资产可能存在不“符合条件”、未“依法依规”的问题。

“允许实施机构发起设立的私募股权投资基金与对象企业合作设立子基金，面向对象企业优质子公司开展市场化债

转股。”

对象企业，应理解为债务人。根据54号文的规定，对象企业应当具备以下条件：发展前景较好，具有可行的企业改革计划和脱困安排；主要生产装备、产品、能力符合国家产业发展方向，技术先进，产品有市场，环保和安全生产达标；信用状况较好，无故意违约、转移资产等不良信用记录。如债权人与对象企业进行债转股，则意味着债权人以其持有的债权转化为对对象企业的出资，债权作为对对象企业的出资后，则归为对象企业名下，债权债务因归为同一人而混同导致权利义务归于消灭。此处的“合作设立子基金”、“面向对象企业优质子公司”开展市场化债转股，实难理解。对象企业的负债率会因此而降低吗？子基金中，对象企业用何种资产出资？

【条文】三、规范实施机构以发股还债模式开展市场化债转股。实施机构在以发股还债模式开展市场化债转股时，应在市场化债转股协议中明确偿还的具体债务，并在资金到位后及时偿还债务。

【京都解读】

152号文第三条规定要规范实施机构以发股还债模式开展市场化债转股，即实施机构采用发股还债时要注意其他有关部门发布的限制性规定，依法合规开展市场化债转股。

【条文】五、允许将除银行债权外的其他类型债权纳入转股债权范围。转股债权范围以银行对企业发放贷款形成的债权为主，并适当考虑其他类型债权，包括但不限于财务公司贷款债权、委托贷款债权、融资租赁债权、经营性债权等，但不包括民间借贷形成的债权。银行所属实施机构开展市场化债转股所收购的债权或所偿还的债务范围原则上限于银行贷款，适当考虑其他类型银行债权和非银行金融机构债权。

【京都解读】

“允许将除银行债权外的其他类型债权纳入转股债权范围。转股债权范围以银行对企业发放贷款形成的债权为主，并适当考虑其他类型债权，包括但不限于财务公司贷款债权、委托贷款债权、融资租赁债权、经营性债权等，但不包

括民间借贷形成的债权。”

54号文规定“转股债权范围以银行对企业发放贷款形成的债权为主，适当考虑其他类型债权”，152号文对此进一步明确和细化，详细列举了其他类型债权的范围，并明确了民间借贷形成的债权除外。

但在实践中，如企业通过引入金融机构资金偿还了此前企业所负的部分民间借贷，则企业的负债类型发生变化，由民间借贷形成的债务转化为了对金融机构的债务。此时，能否通过债转股呢？政策并非很明朗。如果此种情形不加以限制，则152条的限制性规定很容易会被架空。

“银行所属实施机构开展市场化债转股所收购的债权或所偿还的债务范围原则上限于银行贷款，适当考虑其他类型银行债权和非银行金融机构债权。”

前述规定虽然要求银行所属实施机构所收购的债权或偿还的债务原则上限于银行贷款，但规定可以适当考虑其他类型的债权，且没有对“适当”进行规定细化，以金额界定？还是以比例界定？语焉不详。

【条文】六、允许实施机构受让各种质量分级类型债权。银行所属实施机构、金融资产管理公司、国有资本投资运营公司、保险资产管理机构可以市场化债转股为目的受让各种质量分级类型债权，包括银行正常类、关注类、不良类贷款；银行可以向所属实施机构、金融资产管理公司、国有资本投资运营公司、保险资产管理机构以债转股为目的转让各种质量分级类型银行债权，包括正常类、关注类、不良类贷款；银行应按照国家公允价值向实施机构转让贷款，因转让形成的折价损失可按规定核销。

【京都解读】

“允许实施机构受让各种质量分级类型债权。银行所属实施机构、金融资产管理公司、国有资本投资运营公司、保险资产管理机构可以市场化债转股为目的受让各种质量分级类型债权，包括银行正常类、关注类、不良类贷款……”

54号文中并未对转让的债权类型进行明确，仅规定“转股债权质量类型由债权人、企业和实施机构自主协商确定”。152号文第六条的规定明确了可转让债权的类型，包括银行正常类、关注类、不良类贷款。因此，152号文的规定可以看作是变相放开了不良贷款的收购处置。加之资产管

理公司已经形成“4+2+N+银行系”的格局，此处又进一步放开，对地方资产管理公司是个利空信号，提升了市场的透明度，但也增加竞争压力。

第一次的政策性债转股目的在于缓解银行系统的不良贷款压力，因此适用的债权主题限定为不良类贷款。本次市场化债转股旨在降低企业杠杆率，而正常类、关注类的贷款转换成股权同样可以实现降杠杆的目标。如云南锡业所转股的债权全部为正常类贷款。

【条文】七、允许上市公司、非上市公众公司发行权益类融资工具实施市场化债转股。符合条件的上市公司、非上市公众公司可以向实施机构发行普通股、优先股或可转换债券等方式募集资金偿还债务。

八、允许以试点方式开展非上市非公众股份公司银行债权转为优先股。根据《意见》中实施机构和企业自主协商确定转股条件等相关规定，实施机构可以将债权转为非上市非公众股份公司优先股；在正式发布有关非上市非公众股份公司发行优先股政策前，对于拟实施债转股优先股的非上市非公众股份公司市场化债转股项目，实施机构须事先向积极稳妥降低企业杠杆率工作部际联席会议（以下简称部际联席会议）办公室报送方案，经同意后以试点方式开展。

【京都解读】

152号文第七、八条规定实施机构在市场化债转股中，可利用优先股工具。但京都团队认为，债转股中优先股的运用可能有限。例如，对于陷入困境的企业，如银行债权等债权人转为优先股股东，其表决权受限且分红需在企业利润完税后方可实现优先分配。此类企业如无法正常偿还债务，何以盈利？没有盈利，何以支付优先股股息？因此，优先股并不见得是有价值的债转股工具。而对于经营状况较好的企业，债转股则意味着企业控制权的出让，这是对企业原所有权的巨大侵蚀。因此，寻找到适合以优先股方式进行债转股的对象企业，可能会颇费周折！

152号文是继54号通知后一份“重磅”文件，其内容覆盖面之广、规则之细，是前所未有的，或许这也是在降杠杆的背景下的举措。当然，这份文件中也有个别之处有待相关监管部门进一步细化甚至需要调整既有政策，相关监管部门间的相互协调也有待加强。



《2017年度互联网法律服务 行业调研报告》发布！ 机构增速放缓，融资情况好转

律师团队

陈宇，毕业于中国政法大学，法学院

任视宇，毕业于吉林大学，法学院

梁成栋，毕业于北京大学，法学院

梁卓卿，毕业于北京大学，法学院

吴希瑞，毕业于西南政法大学，民商法学院

陈泽宇，毕业于Florida state university，法学院

苗天宇，毕业于西南政法大学，民商法学院

周海琼，毕业于北京师范大学，心理学院



陈宇



任视宇



梁成栋



梁卓卿



吴希瑞



陈泽宇



苗天宇



周海琼

2018年1月29日，京都律师事务所携手中国政法大学法学院大数据和人工智能研究中心、法律科技公司iCourt及知名法律新媒体律新社特别召开《2017年度互联网法律服务行业调研报告》发布会，以行业内共计 251个互联网法律机构作为样本，着重分析模式创新与技术革命带给互联网法律行业的变化，并对未来“互联网 + 法律”变革和发展的可能性方向进行预测。这已是京都律师事务所第二次发布互联网法律服务行业调研报告。

一、2017年度互联网+ 法律行业新特点

（一）互联网法律服务行业增速放缓，服务领域更 细分

自2014年开始，互联网法律机构上线进入上升阶段，至2016年达到高峰（该年上线数104），2017年互联网法律

机构上线数量有明显回落，跑马圈地各占山头的高峰已经过去。

与此相对，新互联网法律企业中呈现了与之前不同的特点。新企业鲜有试图建立行业巨无霸的野心，而更多针对的是新的细分领域。如小组美国法律咨询，针对的是美国移民等法律问题咨询。律驾宝针对交通事故提供家庭法律服务。同时，许多新互联网法律机构有强大的合作伙伴为其发展提供资源。如法家云，在其上线伊始，就有“阿里系”的支付宝和钉钉作为其入口，还有两家律师事务所的背景，着实不一般。

其成因可能是互联网法律的创业市场已经到了转折点，各个领域的先行者已经建立了其领先优势，对于后来者构成了壁垒。所以新玩家若非另辟蹊径，或是拥有强大的资源作为支撑，很难在牌桌上拥有一席之地。

（二）互联网法律服务行业融资情况好转

2016年8月前调研的互联网法律机构涉及的互联网法律运营主体为129家，其中23家获得融资，占比为18%。本次调研的互联网法律机构涉及的运营主体共计239家，其中57家获得融资，占比25%，有所上升。2017年度，“互联网+法律”机构除了在融资比例上增长外，融资金额也大幅度增加，千万、亿级的融资已屡见不鲜。

（三）公检法等“国家队”入场“互联网法律”

2017年3月，最高法院通过《最高人民法院信息化建设

工作领导小组2016年工作报告及2017年工作重点》《最高人民法院关于加快建设智慧法院的意见》《人民法院信息化项目建设管理办法》《最高人民法院信息化项目建设管理办法》《法院信息化基本术语》等文件，加速将新的信息科技用于法庭审判过程中。

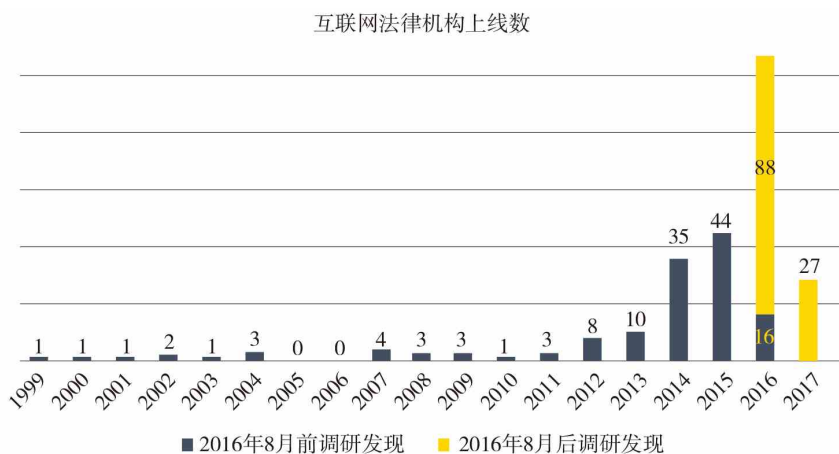
2017年6月，最高检印发《检察大数据行动指南（2017-2020年）》，全国检察机关将统筹推进大数据应用。全国检察机关将依托大数据及智能语音等前沿科技，统筹利用以司法办案数据为核心的检察数据资源，建立检察大数据总体架构，营造大数据应用良好生态，打造“智慧检察”。

而相对的，为公检法服务的一批互联网法律企业应运而生，它们通常在大数据和智能语音等领域，提供办案智能辅助系统，为检察官和法官书写文书，为定罪量刑提供数据和模板的辅助支持，同时推进大数据语音识别技术应用，在庭审合议庭评议等活动中全程同步记录。

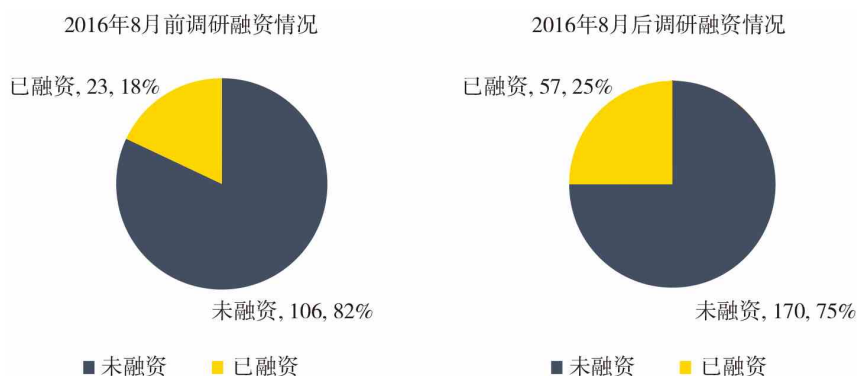
而相对于其他面向当事人或律师的互联网法律机构，这些为检察院和法院服务的互联网法律机构可以接触到大量有效的数据。同时，因公检法机关资金充足，有足够的付费意愿，其盈利模式熟悉而稳健。

二、未来互联网 + 法律行业发展新趋势

《2017年度互联网法律服务行业调研报告》指出，变化



图一：互联网法律机构上线数量变化图



图二：互联网法律机构融资情况对比图

及创新已成为互联网法律机构存续及发展的必要条件，从现存较为成功的互联网法律机构中，总结了以下互联网法律机构进一步发展的几个趋势，或可为尝试。

（一）服务领域进一步细分

伴随着互联网法律机构对于法律服务各细分领域的跑马圈地，互联网法律机构面对着一片红海，越发地难以找到切入市场的突破点。这种情况推动了法律服务的进一步细分。自2016年8月以来，新设立的互联网法律机构几乎没有综合性的电商平台，大多数均将自己的服务定位在法律服务垂直领域的进一步细分上，以期实现以有限的资源将某一法律服务内容做到极致，并以此来抢占市场。

（二）“互联网+法律”覆盖范围扩大

以最高人民法院近期推出的“法信”为例，其服务的对象起初为广大的司法人员，其后扩展到面向社会公众。又如我国许多法院运用互联网进行庭审，运用人工智能记录开庭笔录，甚至筹备组建第一家互联网法庭。

政府的参与对于“互联网+法律”的影响仅仅是个开端，政府作为服务提供者所带来的技术及政策支持，作为服务需求者所带来的用户市场，以及作为合作方所带来的服务模式创新将引起涟漪效应，在条件具备时终将引起“互联网+法律”覆盖范围在我国社会各领域的进一步扩张。

（三）技术驱动之路从“大数据”走到“人工智能”

目前所谓“人工智能”互联网法律产品多集中在人工智

能审合同领域。就其试用情况而言，虽然已经能够做到秒速审合同或生成合同，但往往存在很多错漏，需要客户再次审核，其智能程度实在堪忧。

“互联网+法律”领域的人工智能离我们还很远。现阶段“互联网+法律”领域的最新技术驱动还是“大数据”技术，但不可否认的是，人工智能是“互联网+”领域必然会迈入的发展阶段。前述的互联网法律产品对于将人工智能的概念引入“互联网+法律”领域可谓功不可没。

此外，报告还总结了互联网法律机构的地域分布、媒体平台，对过去一年中互联网法律产业的变化、以及大数据与人工智能对互联网法律行业的影响进行了分析。互联网法律服务机构正在变革的道路上不断前进，“互联网+法律”的变革趋势已经初步呈现，在模式创新以及技术变革的推动下，这条路似乎已有一点明确的方向。虽然到目前为止，仍然没有看到哪一个机构处于完全的优势地位，但这正意味着“互联网+法律”领域机会无限，让我们继续期待互联网法律机构的颠覆性创新与变革。

手机扫描二维码，下载报告全文



刑事律师辩护技巧与 法庭职业素养探究

■ 袁方臣 / 文

引言

英国著名律师麦克米兰忧心忡忡地描述了这样一个画面：“一些律师兴致勃勃地走进法庭，他们讲话适度、有力，举止得当，并在各方面都展示了所谓‘良好外貌’。他们离开法庭时，受到了初级律师的祝贺及其当事人的感谢。这一切似乎运转良好。但是，法官说了：‘当我晚上回家研究如何撰写判决的时候，发现我面对的是一片空白。表面上看来是那么成功的说法竟然一点也无助于实现我的职责。他细一分析，那些说法主要是由一些俗套和无需证明的东西所组成。’相反，能够赢得法官的信任并为法官提供了他们所需要的材料的倒常常是这样一种不流畅的发言，这种发言带有各种各样的礼仪与姿态上的缺陷，但却明显是全面研究与仔细思索的结果。”¹法庭辩论礼仪是必要的，但更为重要的是要在庭辩中体现律师的对于所代理的案的关键看法，要展现的是自己的职业素养。

袁方臣律师简介



袁方臣，京都律师事务所合伙人，1994年开始从事律师工作，2015年加入京都律师事务所，执业二十余年，办理了大量诉讼、非诉讼业务。袁方臣律师担任多家公司的法律顾问，如山东泰山能源股份有限公司、浙江佰泰控股集团有限公司、北京莎菲尔儿童时装有限公司等，并协助这些企业完成诸如常规业务审核、参与企业对外、对内投融资，股权转让、并购重组、市场推广、争议纠纷等法律问题的处理。2016年，袁方臣律师被北京市“走进崇高”研究院邀请担任专家指导委员会专家。

一、以审判为中心 加强了律师的辩护权

在我国司法改革的大背景下，刑事诉讼程序的重点也从侦查逐渐转移到了审判，这一改革是我国刑事诉讼程序的一项重大改革，也是我国在刑事诉讼领域人权保障制度的一大进步。以审判为中心的转变使得刑事辩护律师在法庭上的职业素养成为了至关重要的一部分，这意味着辩护律师需要较高的职业素养和技能才能应对这一转变。

这种庭审中心主义的制度改革主要体现在三个方面：

第一，控辩双方的对抗性加强。尽管有观点把对抗制看作是刑事诉讼制度的核心内容，但对抗制不足以使美国的刑事司法制度与其他国家与地区，诸如欧洲、日本等国家的刑事诉讼模式相区分。因为在现代社会中，在共同的司法理念与原则诸如无罪推定、非法证据排除、律师广泛参与等的号召下，控辩平等对抗是刑事诉讼程序发展的方向与内在需求。我国的刑事诉讼制度改革也在此趋势之中。以审判为中心就是将刑事案件的

¹ [英]麦克米兰：《关于辩护艺术》，载[印]米尔思等著：《律师的艺术——如何赢得你的案子》，刘同苏、侯君丽译，中国政法大学出版社1992年版，第52页。



举证、质证等程序更加规范化,更加发挥各程序所应有的作用。这种制度改革,为辩护律师提供了更多发挥辩护能力的机会,对辩护律师的刑事法学的理论功底、实践经验、对案件的熟悉程度/庭前的准备情况以及随机应变的能力提出更高要求。

第二,辩护权保障加强。所谓“刑事诉讼的历史就是扩大辩护权的历史”。²辩护权是法律赋予犯罪嫌疑人、被告人针对指控进行辩解,以维护自己合法权益的一种诉讼权利,它是犯罪嫌疑人、被告人各项诉讼权利中最基本的权利,并在各项权利中居于核心地位。一方面,以审判为中心的司法改革实际上使得辩护权的内容增加了,辩护律师可以发挥的空间也大大加强了扩大了辩护权的实际行使效果,是对律师辩护权的一种保障。这种制度上的保障从另一个侧面也反映了刑事诉讼程序增加了对被告人的人权保障,是以权利为本位的立法精神的体现。另一方面,以审判为中心的司法改革也使得辩护权的行使更加受到了辩护律师本身职业素养的制约和限制。如果辩护律师没有及时面对这种变革而及时作出调整和改变,必将影响庭审的效果和被告人权利的行使和保障。因为被告人一般情况下并不具有法律职业的专业知识和职业经验,对于庭审所需的知识和技能,他们是非专业的,而被告人权利的行使更多的是依赖于辩护律师的职业技能,所以,以审判为中心的刑事诉讼制度的改革对于辩护权的保障实质上是对被告人人权的保障,而在具体的司法实践中,这种人权在刑事诉讼程序中如何得到有效的贯彻很大程度上取决于刑事辩护律师的职业素养。

第三,律师有效参与的扩展。从刑事司法制度角度来看,律师制度是刑事司法制度的重要组成部分,公安机关、法院、检察院和律师被学者称为是国家法治建设所不可或缺的四个车轮。³本次改革高度重视律师作用,中央政法委书记孟建柱在2015年8月20日全国律师工作会议上指出,律师制度是一个国家法律制度的重要组成部分,是法治文明进步的重要标志,“律师依法在诉讼每一个环节上较真、在案件每一个细节上挑毛病,有利于司法人员的认识更符合事情的本

来面目。”⁴辩护律师的有效参与意味着辩护律师在对案件事实、法律适用以及证据等方面的细节的把握要更加准确,在庭审上的表现会直接对庭审效果产生影响。

这些趋势将为刑事诉讼带来较大改变,庭审作用将得到进一步凸显,律师参与下的法庭辩论地位也将会进一步显现。因而,这为刑事辩护律师带来机遇,同时也带来一定挑战,也都要求刑事辩护律师积极提高自身素养实现对庭审环节的更为有力的把握与更为有效的参与,以适应以审判为中心的诉讼制度改革这一历史进程。

二、以审判为中心对 律师职业素养的要求

法庭辩论是控辩双方在法庭上的较量,这就要求出庭的辩护律师不仅要具有雄厚的法学理论基础,而且要具有扎实的法律条文记忆与援引功底,同时还要求辩护律师能言善辩。庭辩对于律师而言,是一门艺术。与其他任何门类的艺术一样,这门艺术需要禀赋。

美国前律师协会主席贝纳特·马利克总结要成为优秀辩护律师应当有这样几点基本职业素养:1.个性;2.能够驾驭语言;3.优雅的嗓音,这是辩护不令法官反感与厌倦的重要因素;4.充分自信;5.进行清晰和有逻辑思考的能力;6.能够简洁、清楚有条理地表达自己的思想。7.适宜的态度,某些律师好斗的态度只会招致法官的反感,无益于赢得法官的同情,但也有美国律师认为,律师就应该是好斗的,“如果你没有好斗的性格,你最好请好斗的律师来办理这个案子”⁵;8.从事艰苦工作的能力;9.了解对手和法官,并赢得法官信任的能力;10.根据庭审氛围调整辩论策略的能力。⁶

英国著名律师麦克米兰认为要想庭辩取胜,辩护律师应当:1.具有了解案子本身,以及了解法官的能力;2.理解并合理恰当陈述事实的能力;3.清晰地和准确地引证法律规则的能力;4.幽默;5.具有文学的意识,能够恰当引用文学遗

2 [日]田口守一:《刑事诉讼法》,法律出版社2000年版,第89页。

3 冀祥德:《公、检、法、律四轮缺一不可》,《中国律师》2007年第9期。

4 参见《孟建柱:依法保障执业权利切实规范执业行为》,载正义网:http://news.jcrb.com/jxsw/201508/t20150821_1537849.html,最后访问日期2016年1月12日。

5 [美]马丁·梅耶:《美国律师》,胡显耀译,江苏人民出版社2001年版,第30页。

6 参见[美]贝纳特·马利克:《最佳辩护》,载林正主编:《完美的辩护(上)》,中国法制出版社2016年版,代序言。

产；6.恰当安排辩论方向与策略的能力。⁷

艾伦·德肖维茨则尤其强调一点，对接受委托的案件的全力以赴，“用一切合理合法的手段让我的当事人无罪开释，不管产生什么后果”，不会因为之前为之辩护的委托人再次杀人而内疚，尽管会替受害者难过，就像医生不该为医治好的病人去杀人而感到悔恨一样。⁸

我国律师法学上通常认为，律师应该具备在实践中解决问题的知识和能力，包括具备相应的知识体系、科学的思维方式、较强的文字表达能力、精确的语言表达能力、雄辩的才能、较强的应变能力以及良好的人际交往能力。科学的思维方式要求律师具备分析判断、综合推理的严密的逻辑思维能力；较强的文字表达能力，要求律师在制作法律文书时做到字迹工整、用词贴切、表述准确、条理清楚、层次分明；精确的语言表达能力，要求律师在执业活动中具有正确、流利地表达自己看法和观点的才能；雄辩的才能，要求律师在参与谈判以及法庭辩论中，做到有理有节、动之以情、晓之以理、据之以法；较强的应变能力，要求律师在开展业务的过程中，对于发生的新情况、新问题，能够以马列主义基本原理为指导，以法律为准绳，果断地做出相应而妥善的处理；良好的人际交往能力，是指律师在人际交往中坚持平等、互利、诚实信用、宽容等原则。⁹

总结来看，辩护律师在法庭辩论中应当体现的职业素养可以分为两类。

一类是基础性的，即基本的法庭辩论展开的能力，这类素养包括：

1.专业的态度。法庭辩论的根本属性是法律专业性，律师的辩论成效与被告人权利密切相关，所有应当慎重，专业态度是指律师对待委托人、对待刑事案件、对待法庭辩论都应该用专业的态度对待，不应根据个人喜好或者价值判断对被告人权利有所减损，辩护律师的唯一目的就是充分替被告人也是自己案件的委托人考虑，维护被告人的合法权益。

2.扎实的法学功底和法律知识。法庭辩论区别于一般的辩论，是以法律适用为目标展开的，因而辩护律师应当具备扎实的法学和法律功底。

3.高超的信息收集、处理、呈现能力。这里的信息包括一

切与案件有关的信息，包括证据材料、案件事实、法律解释、法官态度、控方观点等等信息，这些都与庭辩息息相关，并且这些信息既不明显也不易获取与加工，同时信息收集与处理的目的在于在法庭辩论中予以合理表达，因而信息恰当呈现也是辩护律师应当具备的能力，具体而言又包括在遣词造句、言词表达、逻辑思维、应变、思辨等方面以及表演等各方面的能力与才能，也同样对辩护律师的智力与勤奋程度有所要求。

另一类是增益性的，即有助于法庭辩论的效果提升的素养。这类职业素养包括：1.良好的声音与语音语调的掌握，这有利于提升辩论意见的传递效果；2.幽默的风格，庭辩中，控辩审三方的注意力都高度集中，精神高度紧张，适度的幽默可以取到更好的效果；3.适当的文学功底，这有利于在用词准确精练的基础上提升语言的表达效果；4.把控庭审的能力，可以根据庭审节奏适当调整辩论策略，这对于辩论效果的提升有重要作用，但并不是一朝一夕可以形成的，建立在智慧与经验的基础上。

三、目前实践中比较突出的问题

关于庭辩中的律师素养以及技巧问题，在我国目前刑事辩护律师界常发的有以下几类问题：

1.专业能力欠缺、庭辩经验匮乏。律师界中不乏勾兑律师、红顶律师，诚然，如有律师所言，他们也代表了律师职业所需要的一种职业能力，但刑事辩护律师，其基本的专业素养应当具备。一些律师，大多是年轻律师专业能力还有所欠缺。当然，除了对专业能力的高度需求，庭辩中辩护律师作用的充分发挥更需要的是经验，一些律师的庭辩经验相对匮乏，只有在日常的模拟演练中以及大大小小的庭辩“实战”中，职业技能才能进一步提高，庭辩技巧才能进一步被掌握。

2.职业态度消极。比专业能力欠缺、经验匮乏更为可怕的是职业态度的消极，刑事辩护的目的在于寻找控方证据链中的不足，包括程序瑕疵、非法、缺乏逻辑性、关联性、可采性等问题，以打断控方证据链，使人对案件的事实与证据产生怀疑，目的在于说服法官来维护当事人的权利，实现当事人利益最大化。因而，庭辩需要辩护律师的积极主动的作为，

7 参见[英]麦克米兰：《关于辩护艺术》，载[印]米尔思等著：《律师的艺术——如何赢得你的案子》，刘同苏、侯君丽译，中国政法大学出版社1992年版，第52页。

8 参见艾伦·德肖维茨：《最好的辩护》，唐胶东译，法律出版社2014年版，第3页。

9 参见谭世贵主编：《律师法学》（第3版），法律出版社2008年版，第44-48页。



需要辩护律师在庭前做好充足准备，对法庭辩论中可能出现的问题进行预案规划，并尽可能地主动出击寻找“战机”，被动消极的职业态度不可能真正维护当事人的利益。

3.庭辩技巧还有不足。自现代刑事司法体系建立以来，刑事辩护作为一门专业学问不断得到发展，法治发达国家的律师在刑事辩护领域积累了丰富的经验与高超的技巧，人们将充分利用辩护技巧的律师被称为“技术型”律师。在庭辩领域也是如此，技巧因素占据重要作用。在过去的一段时间里，囿于我国的司法环境，技术型的辩护律师作用还不彰显，对于庭辩技巧的要求也并不太高。因而，在刑事辩护中，具有丰富内涵的庭辩技巧成为一个盲区。随着法治国家的建设，庭辩对于技巧的需求只可能愈发增强。

四、辩护律师法庭辩论技巧梳理

与其他任何门类的艺术一样，法庭辩论的艺术也有技巧。一般来说，法庭辩论技巧指各方当事人及其代理人在庭前诉讼活动中，为保自方合法权益，达到预期目的或效果，在依据事实和法律的基础上，就自己的诉讼主张所做出的全盘计划和实施的方式、方法及谋略。对于辩护律师来说，掌握庭辩技巧对于恰当维护被告人权益具有重要意义，绝对应该予以重视。

（一）进行充分的庭审前准备

哈姆雷特说，“准备就是一切”，就法庭辩论而言，基本上所有的律师或者法官都特别强调律师对于庭审进行充分的准备是庭辩技巧得以施展的基础。印度阿拉哈巴德邦高等法院前首席法官格雷姆沃德·米尔思爵士也称：“清晰论证所必须的首要事情就是完全地了解你自己的案子”。如果没有充分的庭前准备，很可能在辩论的关键问题中卡壳，或者忽略重要的地方。¹⁰信息的传递不是直接由律师的大脑到嘴再传递至控方、法官，而是必须先经历从大脑到律师的笔记本上这一过程，进过组织、整理、加工、润色，这一过程既是对既有问题的整理，也是发现新问题的过程。所以，律师就辩论而言，要做的准备是：1.列出关键问题所在；2.列出全部可能涉及的法律法规；3.列出控方证据以及对己方有力

的证据；4.列出辩论提纲，思考何种问题为该重点辩论的，自己应当陈述怎样的观点；5.整理辩论思路和辩论材料，确实自己充分了解自己的思路；6.思辩控方会如何反驳；7.进一步思考在重点问题该如何反驳控方的反驳，这是一种博弈的过程，否则面对控诉人很可能是茶壶里装饺子——有货倒不出。只有进行充分准备，法庭上发生的一切才可能如自己设计好的电影脚本一样，一一上演。

（二）法庭辩论技巧的梳理

就法庭辩论技巧而言，马卡律师认为在庭审中发言有以下规则：一是，不要夸大案情；二是不要为当事人或者案情的任何方面表示歉意；三是不要把毫无证据的东西说成是事实；四是不要在自己的论据之外徒增繁文缛节；五是不要等待对手首先提出论据中不足之处；六是要强调是在请求在陪审团帮助下使得案件进行公平裁决；七是请求陪审团在听完所有意见并接受法官指示前不要接受裁决；八是要以不偏不倚的口吻向陪审团表达你将在最后辩论中对证据进行更充分的论述。¹¹当然，美国的经验并不能全部接受，因为条件不同，美国律师的辩护主要是为了说服陪审团，这是一群由普通人组成的对被告人进行有罪与否判定的临时机构，所以吸引他们的注意力或者引发他们的同情感尤为重要。但在我国，辩护则是面向法官——专业司法人员，所以不仅是在辩论语言的选取、辩论方式上都有较大不同。《成功辩护》一书中简略总结我国法庭辩论四个方面的技巧：一是，论点要简明扼要，语言要精练，用词要准确；二是，辩论内容要层次分明，口齿要清晰，语调要柔和起伏，以理服人，不要以声或以势压人；三是，要善于抓住时机，有的放矢；四是，推理要符合逻辑，运用法律要有强烈的针对性。¹²

实际而言，辩论技巧可能从多种维度展开，涉及内容与形式多个方面：

从形式上来看，重点是：1.充分准备的材料应当随携带，出庭时放置于桌上，有需要时随时可以获得，不至于停顿来临时翻找；2.准备笔、纸，以方便随时记录灵感以及对对方辩论要点以及矛盾、错误、问题；3.合理利用语音语调变化以及肢体语言进行表达，声音要清晰并且要能传递至离自

10 [印]米尔思：《如何赢得你的案子》，载[印]米尔思等著：《律师的艺术——如何赢得你的案子》，刘同苏、侯君丽译，中国政法大学出版社1992年版，第12页。

11 参见林正主编：《哈佛辩护》，世界图书出版公司2001年版，第82页。

12 李运午：《成功辩护》，机械工业出版社2005年版，第168页。

己最远的人，眼神要表现出自信，恰当与被告、控诉人、法官、旁听人员进行眼神交流，讲述法理时与法官目光交汇，讲述对案情不同观点时与控诉人眼神交流，支持被告观点时，用眼神安慰被告，偶尔目光扫至旁听人员尤其是家属；4.最好脱稿或部分脱稿，充分展示自己对案情的熟悉程度以及信心；4.充分把握时间来表达自己核心观点，不要重复与拖沓；5.合理流露自己的情感，但要善于控制情绪，律师操作的情感就是经过理智语言处理过的辩论情感、法律语言情感；6.举止自信、大方得当，不卑不亢、不骄不躁。

（三）辩护内容的精心准备

从内容上来看，重点是：1.准备好辩护词，辩护词应当用词准确、严谨，在结构上要妥当、环环相扣，但在辩论时要根据法庭实际进展充分进行压缩或扩展，该舍就舍，该增就增，详略得当；2.准备的所有论点不要一次性抛完，等待对手反驳，要有节奏地抛出，根据案情需要来先声夺人或者后发制人；3.耐心倾听控方、被告人或者其他共同被告辩护人意见，对庭审节奏与内容进行把握；4.要勇于放弃自己观点不要固守残缺，有些观点被控方支持了或者被充分驳斥了，应对及时放弃；5.归纳控方观点，及时发现矛盾点，并适时进行有效攻击，不要轻率毫无准备地应战；6.对辩论的关键进行充分阐述，但不要揪住控诉人的口误、笔误不放；7.对于胜利明显但对方一味不认账的地方要果断不与纠缠，铿锵有力进行还击但不重复，或者拒绝在此问题上继续发言；8.对于明显不利之处要避实就虚，也不要进行纠缠，不能输的过于难看；9.在法庭辩论最后阶段，要归纳自己的观点，尤其是核心之处，但不要重复，可以在辩论基础上提出问题或者提出要求。

五、辩护律师法庭职业能力的 发展和完善

由于刑事辩护需要较高的专业知识和技能，对辩护律师的各方面能力的要求很高，建立刑事辩护律师出庭的准入制度是对整个刑事辩护律师职业队伍的一种专业上的提升，也是出庭的辩护律师的职业能力与法官和检察官相匹配的一个有效途径。一般来说，实践中存在很多辩护律师在庭审过程中讲不清楚、对事实的认定以及证据的运用存在很多瑕疵。另一方面，与之相对应的是由于公诉检察官和庭审法官庭审经验丰富，专

业化程度高，在处理某一类案件过程中能够很好地把握，而由于我国缺乏出庭律师的准入制度，造成真正能够在庭审中展现出优秀的辩护能力的律师并不是常态，尤其在是与在检察官进行辩论时并不是及时有效的应对，容易使得庭审效果较差。因此，我国应当建立严格的出庭律师任职标准，使得出庭应诉的刑事辩护律师更加职业化、专业化和现代化。

英国的出庭律师可以在刑事高等法院以及上诉法院等执业，出庭律师往往是某一个领域里的专家或者精通某类案件，他们不仅通过辩护为当事人提供法律服务，而且回答事务律师们提出的疑难问题。而且从发展趋势来看，专业分工越来越精细。除此之外，英国的出庭律师还必须经过四大法学院的学习，只有在林肯法学院、内殿法学院、中殿法学院以及格兰法学院学习并考核合格者才可以成为出庭律师。由于出庭律师的专业化程度非常高，经过英国国王授予皇家律师荣誉的出庭律师还有机会成为英国高等法院和上诉法院的法官。

在我国建立辩护律师出庭资格许可制度是建立全面的出庭律师制度的积极探索，有利于促进我国庭审制度的发展，有利于提高庭审效率，提高庭审的专业化水平，从而有利于促进以审判为中心的刑事诉讼程序发展和完善。

结语

柏拉图说，“审判从来都不是一件无关紧要的事件，相反它常常与他人性命攸关”，尽管柏拉图带有敌意地认为律师将会变得见机行事，但也不得不承认最终律师将成为“智慧的主人”。法庭辩论既是律师智慧增强的场所，也是律师智慧充分彰显的场所。法庭辩论是庭审中不可或缺的一部分，实践中的经验非常丰富，但也存在不少令人生疑的问题，过去由于庭审的虚化，法庭辩论中隐藏的更多问题未能得到体现，也未能得到重视，理论上的总结与回应都尚且不够。在以审判为中心的诉讼制度改革中，由于庭审地位的凸显，相关问题在司法实践中得到进一步呈现。在这种背景下对于法庭辩论问题进行研究，一方面具有一定紧迫性；另一方面，也具有明显的实践意义。可以说，一个属于庭审的时代已经到来，掌握法庭辩论的基本权利义务与行为规范，提升法庭辩论的技能及思维形式，运用庭审策略与技巧，遵守法庭辩论的基本礼仪等一系列庭审功能素质的提高，已经是刑事辩护律师不容回避的一个严峻现实。¹³

13 参见王顺义：《辩诉对抗论》，中国检察出版社2003年版，第24页。



慢慢走

■ 刘铭/文

每天
慢慢走

今天的事
繁杂又从容
明天要做的事
先写在纸上
不着急
也不拖沓

每个不经意的努力
像每天守时的日出日落

慢慢走
也慢慢老
看得见的日子
看不见的白发
都藏在风里

慢慢走
就像慢慢地画一幅画
相遇
也许
就在那个恰当的时间



律师功夫

■ 智艳军 / 文

陆游诗有云：汝果欲学诗，功夫在诗外。

律师之功夫，也概莫能外。犹如一叶轻舟，泛入一片海。仅掌握了舟的知识和驭舟之术，虽是基础，但还远远不够。舟所处的汪洋大海，更是要掌握的领域。

律师仅熟悉法律和运用法律的技能，也是远不够的。还要意识到学习法律之外的知识，才能更好地服务于律师业务，才能有功夫把“诗”做好。

两年之前在春节刚过不久，赵晓东律师、张殿龙律师和我一起前往山东滨州办理一起传销大案，因涉案资金多和影响较大在当地引起公检法的高度重视，几十名被告人和几十名律师参与诉讼，旁听席也人满为患。这样的案件，因为有比较才会有鉴别，所以对律师功夫的检查是非常全面和容易的。印象深刻的是这次我们的团队发挥了庭审互补的战术，从发问的角度和深度，以及代表的被告人角色的不同，有条件从不同的“点”“线”结合成同一幅“面”，效果非常好，体现出的不再是个体的叠加，而是整体的共振。

这次庭审对我们的启发在于，再一次让我们确信战术的讨论和运用的必要性，不仅对律师个体有效，而且在团队中发挥得会更加明显。另外，对于美术知识的借鉴和融入，有助于将美感带入法律，引向法庭。

去年的秋季，我在苏州的一次谈判中也进一步地认识到单纯谈论法律

智艳军律师简介



智艳军，京都律师事务所合伙人，执业十余年，承办了大量案件，在诉讼领域拥有为政府官员、企业高管、社会公众提供优质法律服务的丰富经验和辉煌经历。智艳军律师偏爱诉讼，擅长办理各类大案要案，近年来成功承办了多起国内有影响的重大、特大刑事案件的辩护，部分典型案例被编入《北京刑事辩护师典型案例选编》，撰文被《中国律师》杂志刊载。

的局限性，而是应当将视野扩大，用更多的知识来辅助法律。

说来也是巧合，在第三轮谈判的时候，已经不再涉及到法律事宜，而是单纯对数字的谈判，通俗来讲就是讨价还价，但是还得让对方接受我们的数字又无法反驳。当时，对方赔偿我方数字的区间在60到70之间，我提议69。对方当然会说高，要往下压价。我就在考虑，苏州这个地区的人会在意风水吗？我的答案是似乎是是的。有肯定的内心确认后，我就开口讲，69这个数字真的是

天合之作，没有比这更好的数字，你看中国的老祖宗讲阴阳，易经里6这个数字代表阴，9这个数字代表阳，69就代表着最纯正的阴阳，阴阳一体，大善大美。我一说完，大家都乐，气氛很融洽。虽然他们口里念念有词，但是我看得出来，老祖宗还是很厉害的，他们心里开始自我说服了。

一会儿，他们问我说，那66也不错呀，六六大顺呀？！我就跟他们讲，六六因为不顺，所以才叫六六大顺。他们嬉笑说我没道理。其实我们有些成语是这样的，比如出远门的时候，都会说一路平安。难道真的会平安吗？因为是要出远门，可能会不平安，所以才会说一路平安的。还有一帆风顺也是这个道理，因为老早以前在海上那有什么顺利的。还有逢考必过，也是因为遇到考试了，很可能过不了，所以才祈祷逢考必过。其实我讲的没错。

后来，谈判以69结束。

其实，每一个执业律师都会有故事，这些故事支撑着我们，丰富人生，练好功夫，远足“他乡”。

诉讼领域，很少有完全类似的案件，或多或少都有差异，而这些细小的差异，可能在法律人的眼里，就是一片新的“他乡”。将案件标准化的提法和律师工匠的称号，只是懒惰在作怪而已，别当真。如果当真了，就没有故事了，就真成了工匠了，我们原本都应该是法律艺术家的，是可以有功夫的。

远足的乐趣，可能是，走过的路上，会留下一串串脚印。



2018京都年会盛典

——走进“创新、共赢、同发展”的新时代



2018年2月4日，立春，“立春一日，百草回芽”，万物紧随立春的脚步亟待复苏，京都年会踏着紧凑的脚步闪亮登场。



以“2018京都新时代：创新、共赢、同发展”为主题的京都年会在北京伯豪瑞庭酒店盛大举行。北京总部与各地分所的京都人及京都朋友们齐聚一堂，同喜同乐！





书法作品：吉犬菊香图
作者：刘铭律师



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座22-23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
邮箱：info@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区体坛路22号
诺德大厦19层01-02室
邮编：116021
电话：0411-85866299
传真：0411-84801650
邮箱：dalian@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17楼
邮编：518048
电话：0755-33226588
传真：0755-33226566
邮箱：shenzhen@king-capital.com

天津分所

地址：天津市南开区长江道金融街
中心A座1708
邮编：300037
电话：022-88351750
传真：022-28131519
邮箱：info@king-capital.com

上海分所

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

南京分所

地址：南京市建邺区庐山路188号
(新地中心)4004室
邮编：210019
电话：025-8523 1119
邮箱：nanjing@king-capital.com