

# 京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2016/03

季刊 总第117期



京都律师事务所  
King & Capital Law Firm



## P20 看得见的判决，看不见的专业 ——京都刑辩律师办案手记

P15特稿 / 司法鉴定制度亟待改革

P40京都论坛 / 京都刑事辩护研究中心成立仪式暨刑事辩护研讨会成功举办

P61 京都实务 / 酒后戏言还是招摇撞骗——一起被控招摇撞骗罪的成功辩护案例

P103 京都论法 / 通用报告准则（CRS）对中国移民人士纳税的影响

# 为中国刑事辩护站台

杨斌

## 京都入选 英国《律师》杂志亚太地区 50强律师事务所

近日，京都律师事务所成功入选英国《律师》杂志（《The Lawyer》）亚太地区50强律师事务所。2016年6月27日出版的《律师》杂志上刊登了这一消息。京都律师事务所已连续三年入围此奖项。

《律师》杂志（《The Lawyer》）杂志于1987年在英国伦敦创刊，是英国上市公司Centaur传媒的下属刊物，发展至今已成为欧洲乃至全球最知名且历史最悠久的法律行业专业刊物之一。从2014年开始，《律师》杂志的编辑团队开始就亚太地区150强律师事务所进行独立调查、分析，每年评选一次。



2016年9月15日，中秋节，对于京都律师来说是一个特殊的日子。这一天，美国联邦最高法院大法官阿利托访问京都，就在前一天他刚会见中国最高法院首席大法官周强院长。这也是阿利托大法官到中国首次也是唯一一次对中国律师事务所的访问。



阿利托大法官走出美国联邦最高法院庄严的法庭，来到北京，走进京都律师事务所，让我想起了今年1月12日，京都律师在美国联邦最高法院参观学习时，与另一位大法官布雷耶见面交流的情景——一样的温文尔雅，一样的浑身正气，一样的智慧闪光。

美国联邦最高法院是美国最高审判机构，由总统征得参议院同意后任命的9名终身法官组成，其判例对全国具有约束力，享有特殊的司法审查权，即：有权通过具体案例裁决联邦或各州的法律是否违宪。

京都律师在不到一年时间里，分别与九大法官中的两位面对面交流，机会难得。这一次，我们谈得更深入也更具体会。譬如，律师与法官观点冲突问题，中国律师面临的难题与阅卷权问题，以及律师、检察官和法官的人员流动问题等等。阿利托大法官都给出了自己的观点和意见，他说：“在美国，有严格的法律规定要求辩护律师在每一个阶段都有义务为当事人进行全面辩护，要尽所有的努力去得到一个更好的结果。在辩护的每一个阶段，辩护律师都要做出最大的努力。比如，在某些阶段律师可以建议法庭撤销一个案件，如果有法律依据可以撤销案件，而法官没有撤销，后期律师可以以此为由进行上诉。在庭审阶段，辩护律师有权去询问每一个控方证人，对他们进行交叉询问；也可以对控方提出要求，对某些提交法庭的书面证据进行排除。如果他提出的排除证据的要求被检察官反对，最后由法官做出决定，是否在开庭时展示这些证据。在美国的法庭上，律师要非常坚定地坚持自己的观点为当事人辩护，因此律师发表和法官意见不

阿利托大法官的专业态度印象深刻，以非常开放的心态到的一些问题及政

阿利托大法官对中国律所选择京都而京都律师也精心题，热情招待阿利昌律师在欢迎词所节，是中美法律人

实际上，无论是美国大法官人，大家有着共同的理想和追求——析社会问题，解决社会矛盾，平衡工具来限制公权力，保护私权利，京都律师，就是一群受人之托追求卓越的中国律师。

从上世纪90年代初期开始，敏开始，从朱佩金无罪释放开始，20年，厚积薄发，于是决定成立京打造理论与实务相结合的高端平台行政法学泰斗应松年教授、刑法学义教授与京都创始人、名誉主任田辩护研究中心揭牌的那一刻，掌声纷纷用相机、手机记录下这重要的历史学界的前辈，坐在这里跟我们一觉得，五位老前辈是在为中国的法刑事辩护事业的发展。这种行为令们谨记先生的嘱托——

江平：法律人要终身为公平正



国际化、国际化的大型综合性律师事务所

追求卓越 不负重托

## 目录

### 卷首语

为中国刑事辩护站台 杨大民 / 01

### 京都资讯

品牌建设部 / 04

### 特稿

司法鉴定制度亟待改革 田文昌 / 15

### 封面主题

看得见的判决，看不见的专业——京都刑辩律师办案手记

从指控五千万诈骗到判决二十余万行贿 邹佳铭 / 21

刘文刚因涉嫌合同诈骗罪，被羁押三年九个月，终获无罪释放 相榛晶 / 24

央视报道的10公斤贩卖毒品大案，二审为何能够死立改判死缓？

——从《追查哑巴亏》案谈毒品犯罪案件中的常见问题 汤建彬 / 27

重庆市陈某某销售伪劣产品案——我的无罪辩护成功案例 宝永生 / 34

一场借款引出的风波 朱娅琳 / 37

### 京都论坛

嘉宾贺辞 / 41

律师的地位和作用 / 45

以审判为中心的刑事诉讼制度改革背景下的有效辩护 / 51

### 京都实务

酒后戏言还是招摇撞骗——一起被控招摇撞骗罪的成功辩护案例 郭庆 / 61

浅谈律师法庭交叉询问及辩论的语言技巧 李秀娟 张雷 / 70

刑事案件速裁程序实务探究

——从一起故意伤害案谈刑事案件速裁程序 马立喜 / 79

### 京都论法

会计师事务所承担民事侵权责任赔偿相关问题初探 肖树伟 游东 / 88

英文合同制式条款的理解和应用 肖永成 / 93

通用报告准则（CRS）对中国移民人士纳税的影响 高慧云 俞悦 / 103

《2016年度互联网法律服务行业调研报告》解读 陈宇 任视宇 梁成栋 / 108

### 律师·生活

品牌建设部

白冬颀

杨照东

秦庆芳

张振祖

钟延红

肖树伟

陈宇

张雁峰

刘敬霞

华南街5号

座22-23层

5000

00 3900

9900

1066-1099

26588

66299

.com

京都

封

京都  
KING & CAP

PIB 自律監督

2

## 辉、聂素芳律师办理的赵某涉嫌挪用1.5亿元资金案 检察院做出不起诉决定



朱勇辉律师



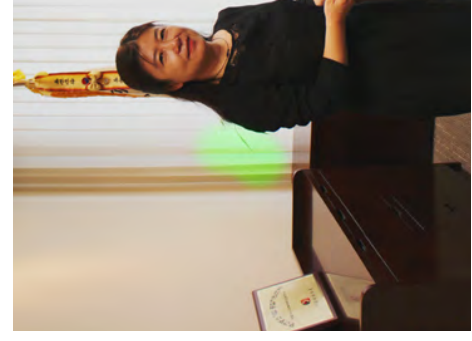
聂素芳律师

子退回。在此期间，涉案公司与政府解除了《合作协议》，归还全部3.4亿元免息借款，双方结算清楚了全部资金，但赵某涉嫌挪用资金案一直悬而未决。

2016年2月，公安机关再次以挪用资金罪将案件移送审查起诉，检察院受理后对赵某采取取保候审强制措施。赵某在万般无助之下找到京都律师事务所，委托高级合伙人朱勇辉律师以及刑事业务部资深律师聂素芳承办该案。两位承办律师在详细查阅全部案件材料后，充分听取当事人的辩解，努力在事实及法律层面寻找辩护突破口。经不懈努力调取到了大量证据，证明项目公司其他股东对1.5亿元资金转款一事知情并且同意，因此涉案款项的使用并非赵某个人擅自决定，赵某显然不构成挪用资金罪。据此，辩护人向检察院提交了赵某不构成挪用资金罪的详细律师意见以及三十余份证据材料，并多次前往当地与办案单位及有关部门反映情况，交换意见。

最终，经过两次退回补充侦查，检察院采纳律师意见，于2016年8月15日对赵某依法做出不起诉决定，并解除了取保候审强制措施，这一因投资纠纷引发的刑事案件在京都律师事务所律师的辩护之下，终于画上了圆满的句号！

然而，时隔1.5亿元转出近一年之后，由于在经营过程中与当地产生纠纷，2013年4月，赵某被他人以合同诈骗、抽逃出资、挪用资金等罪名举报。当地公安机关对赵某立案侦查，并先后对赵某采取刑事拘留、取保候审、监视居住等强制措施。2014年7月，公安机关以赵某涉嫌挪用资金罪将案件移送



图为京都律所高级合伙人金燕律师，图右为先生

司董事长，补陆调查申请，导致国内整个光伏产业进入严冬期，很多光伏项目停滞不前甚至面临破产。本案项目也受到了极大影响，相关审批及配套工程进度缓慢，项目建设无法正常推进，导致项目公司账面上出现大量闲置资金，无法产生效益。在此情况下，政府派驻的资金监管人建议实施理财计划。后经项目公司股东及高管开会研究，最终由赵某审批将项目公司账户累计1.5亿元资金转入涉案公司的全资子公司，按照项目公司所属集团《内部资金集中管理办法》统一进行资产运作，有偿使用，并约定收益归属于项目公司。

然而，时隔1.5亿元转出近一年之后，由于在经营过程中与当地产生纠纷，2013年4月，赵某被他人以合同诈骗、抽逃出资、挪用资金等罪名举报。当地公安机关对赵某立案侦查，并先后对赵某采取刑事拘留、取保候审、监视居住等强制措施。2014年7月，公安机关以赵某涉嫌挪用资金罪将案件移送



图中右三为京都律所高级合伙人刘敬霞律师



太原植物园PPP合同签约仪式

## 京都律师事务所受聘为中国韩国商会法律顾问

2016年9月13日，中国韩国商会聘任京都律师事务所为法律顾问的授牌仪式在中国韩国商会会长室举行。京都律所高级合伙人、韩国业务团队负责人金燕律师从中国韩国商会事务局长金永镇先生手里接过聘任书。韩国业务团队将为中国韩国商会及其会员企业提供法律服务。

中国韩国商会在韩国最大的经济团体(企业协会)——大韩商工会议所(The Korea Chamber of Commerce & Industry, KCCI)的积极协助和韩国企业积极参与下成立和迅速成长起来的。中国韩国商会于中韩建交的次年1993年经商务部的批准成立。现下属地方商会在国内49个韩国企业投资的聚集地区，全国会员企业达6,000多个，中国韩国商会与地方韩国商会一同为促进中国国内韩国投资者的经营和发展提供各种支援，并协助他们维护合法权益。

京都韩国业务团队是目前国内规模最大、最具实力的优秀韩国业务团队之一。韩国业务团队不仅与京都300余名精通各领域的专业律师开展紧密合作，且与国内知名律所、会

## 京都刘敬霞、程光、廖太原植物园一期工程PPP项目

2016年10月10日太原植物园一期工程PPP项目签约仪式在太原植物园举行，京都律师事务所作为太原植物园一期工程PPP项目概算总专项法律顾问咨询单位为项目的落地实施

太原植物园一期工程PPP项目概算总专项法律顾问咨询单位为项目的落地实施。山西省首个PPP项目、山西PPP示范项目库的项目、太原市政府“五个”京都律师事务所以金融部刘敬霞律师、项目的交易结构设计、法律关系梳理、谈判及项目落地全程提供了细致、周到、

## 京都律所协助北京中生金域诊断技术股份有限公司在全国中小企业股份转让系统成功挂牌

京都中生金域诊断技术股份有限公司取得《关于同意北京中公司股票在全国中小企业股份转让系统



钟延红律师

兴和电力新材料股份有限公司、湖北鸣利来冶金机械股份有限公司及安徽和正农牧股份有限公司在全国中小企业股份转让系统。京都中生金域诊断技术股份有限公司、安璟律师团队为北京中生金域诊断系统在全国中小企业股份转让系统。京都中生金域诊断技术股份有限公司取得《关于同意北京中公司股票在全国中小企业股份转让系统



安瑞律师



高文晔律师



孙小云律师

## 连分所协助吉林中核辐射股份有限公司在新三板成功挂牌

吉林中核辐射股份有限公司，成立于2012年，公司前身是吉林中核辐射股份有限公司，2016年2月3日，公司更名为吉林中核辐射股份有限公司。其主营业务为辐射技术开发及服务。该团队由王秀宏、曲成亮、杨姗姗律师组成的团队，常年为企业提供有关证券发行上市等方面的综合法律服务。

海科技股份有限公司（股票代码：832418）、洛阳建龙微纳新材料股份有限公司（股票代码：833540）、吉林派诺生物技术股份有限公司（股票代码：833281）、江苏柯瑞机电股份有限公司（股票代码：832842）、胜利方兰德石油装备股份有限公司（股票代码：830952）、承德天成印刷科技股份有限公司（股票代码：831048）等企业的新三板挂牌。

## 京都大连分所为“齐鲁资管春源热力供热收费收益支持专项计划”保驾护航

2016年7月18日，京都律师事务所大连分所担任全程法律服务机构的“齐鲁资管·春源热力供热收费收益权资产支持专项计划”取得上海证券交易所以签发的上证函[2016]1406号《关于对齐鲁资管春源热力供热收费收

益权资产支持证券挂牌转让无异议的函》。专项计划的资产支持证券优先级份额，近期将在上海证券交易所以挂牌交易。

京都律师事务所大连分所王秀宏、杨姗姗律师为本项目的产品设计

## 京都上海分所协助“巨臣婴童”通过全国中小企业股份转让系统股票挂牌审核

京都（上海）律师事务所提供法律服务上海巨臣婴童服饰股份有限公司（股票代码：838062），近日通过全国中小企业股份转让系统股票挂牌审核。

巨臣婴童改制前名称为上海巨臣制衣有限公司，创建于1994年，是一家集设计、生产、销售于一体的专业儿童服装生产型企业，产品远销欧美国家和地区。

## 京都田文昌律师接受央视采访：强调控辩双方平等对抗才能

9月13日，中央一套节目“特别栏目”里推出“天平上的人权——中国人权司法保障新进展”专题。专题提到“尊重和保障辩护权是新刑事诉讼法的一项重要原则”。对此，京都律师事务所名誉主任田文昌律师接受采访时，发表自己的观点，他说：“公正的判决结果怎么得来？控辩双方平等对抗，兼听则明。这时候，法官也好，审判机关也好，他是需要律师的。”



律师 田文昌  
Tian Wenchang Lawyer

1 联邦最高法院大法官一行到访京都律师事务所

11月15日上午，美国最高法院大法官阿利托、索托马约尔、肯尼迪、斯卡利亚、托马斯、金斯伯格、布雷耶、斯蒂文森、苏尼亚、卡瓦诺、戈萨奇一行，应京都律师事务所的邀请，首次也是唯一一次来到中国。在半个多月的访问中，中美两国在多个方面的交流与合作日益密切。京都律师事务所每个细微之处都体现了对客人的周到服务。



1 参与交流活动的律师与大法官一行的合影

京都律师事务所9名大法官的到访，是京都律师事务所历史上第一次。大法官们在京都律师事务所度过了一个愉快的假期。大法官们在京都律师事务所的访问，是京都律师事务所历史上第一次。大法官们在京都律师事务所的访问，是京都律师事务所历史上第一次。

2006年11月，美国最高法院大法官阿利托、索托马约尔、肯尼迪、斯卡利亚、托马斯、金斯伯格、布雷耶、斯蒂文森、苏尼亚、卡瓦诺、戈萨奇一行，应京都律师事务所的邀请，首次也是唯一一次来到中国。在半个多月的访问中，中美两国在多个方面的交流与合作日益密切。京都律师事务所每个细微之处都体现了对客人的周到服务。

1. 关于律师与法官观点冲突问题

在中国，有时律师在法庭上发表的观点会与法官的观点产生冲突，某些情形下甚至会引发很大的风险，美国不会也有这种情形？美国法官面对律师的不同意见，会如何处理？

田文昌律师：在中国，律师与法官的关系具有特殊性。前几年在中国法庭上陆续出现了一个现象：控辩的冲突延伸成辩审的冲突。过去几十年里，中国的司法制度没有走入到审判中心主义阶段，还停留在侦查中心主义的阶段，所以出现了律师和法官的冲突，其根本原因是法官不够中立。

阿利托大法官：在美国，有严格的法律规定要求辩护律师在每个阶段都有义务为当事人进行全面辩护，要尽所有努力去得到一个更好的结果。在辩护的每个阶段，辩护律师都要做出最大的努力。比如，在某些阶段，律师可以建议法庭撤销一个案件。如果有法律依据可以撤销该案件，而法官没有撤销，后期律师可以以这个为理由去上诉。在庭审

双方针对以下问题进行了探讨：  
1. 关于律师与法官观点冲突问题

方证人，对他们进行交叉询问；也可以对控方提出要求，对某些提交法庭的书面证据进行排除。如果他提出的排除证据的要求被检察官反对，最后由法官做出决定，是否在开庭时展示这些证据。

在美国法庭上，律师要非常坚定地坚持自己的观点为当事人辩护，因此律师发表和法官意见不一的观点很正常，但是必须遵守法庭秩序，遵守法官作出的决定，并要保持专业的态度，不能藐视法庭。

贝克福教授：美国的刑事审判过程跟很多国家的刑事审判过程不一样。在美国的司法系统里，法官更像一个赛场上的裁判员，去确认双方在规则之内进行比赛。中国是大陆法系，法官更多地具有起诉方面的义务，法官担当了类似控方的角色。刚才提到的法官角色改变的问题，有没有详细的情况？

田文昌律师：根据我的了解，中国司法的原则不是完全的大陆法原则。现在的中国司法改革也在更多地学习英美法系的一些原则，这应该是一个明显的趋向。以前中国的法官参与过多，甚至干预过多，也是以侦查为中心倾向的体现。同时，有些甚至参与到了类似于公诉人的角色，这是不正常的现象。这也是本次司法改革当中，各方面包括律师、学者一再提出的问题。如果以审判为中心的原则能够得到落实，相信这种现象会得到改善。

2. 关于中国律师面临的难题与阅卷权

贝克福教授：目前中国律师做刑事辩护时，遇到的最大挑战是什么？比如说，当事人被羁押后，会见当事人是

难？

田文昌律师：过去，中国的律师有“三难”：会见难，取证难，阅卷难。现在，会见与阅卷问题基本得到了解决。取证难仍然存在，中国律师强烈呼吁解决，也正全力争取解决该问题。

贝克福教授：在美国司法系统里有详细规定，律师有权询问证人，可以申请法院发传票让证人出庭作证。在很多法庭里，有机会直接面对证人询问。在中国大部分开庭还是看书面证据，没有证人出庭吗？

田文昌律师：目前证人出庭的比例也很低。

阿利托大法官：在美国，每个州规定不同，但是在我的家乡新泽西州，检察官有义务提交所有的证据给律师。在联邦系统里有规定，检察官要把所有的证人的书面证言，还有证明被告人有罪的证据全部移交律师。

田文昌律师：被告人怎样实现阅卷权？

阿利托大法官：在上海律师团回答了上海律师团



卷权？

阿利托大法官：要求检察官开卷，如果检察官开卷，那么检察官就有责任。法官在联邦系统里

时候，需要留下来言保留下来纹、DNA检

3. 法庭

京都律师事务所要求什么样的表现？

阿利托大法官：做好充分准备而不案件中他所作的所有做好准备而不诚实地回答与

4. 对中国

京都律师

了上海律师团回答了上海律师团

单的总体印象

于中国律师非常感谢中国

我讨论目前中改善工作的方

和法官的人

官,再做法官;我是先做检察官,再做法官,再做律师。做过法官和检察官的律师多吗?

阿利托大法官:在美国也有不少的法官和检察官出来做律师。

贝克福教授补充:美国的法官和检察官出来做律师并不是因为收入问题!

京都律所合伙人邹佳铭、梁雅丽、刘铭、刘敬霞、陈宇、孙靖宇等共30余名律师一起参加了交流活动。最后,阿利托大法官在给京都律所事务所的留言

中写道:“I wish you all the best in serving justice. (祝愿你们在为正义服务的道路上表现得更精彩。)”

众所周知,美国法官尤其是联邦法官一向“深居简出”,和律师的交往更是慎之又慎。而阿利托作为最高法院大法官,在美国司法界素以对律师的表现

要求苛刻著称,他此番特意选在中秋节这天造访京都律所事务所,表现出了他对中国律师的善意和力挺之心。

之间的合作,共同打造法律培训的一个合作平台;最后,欢迎田老师带领京都律师到法官学院新校区参观座谈。

双方就以下问题进行了友好深入的交流。

### 一、关于律师与法官的良性沟通

京都律师们反映,在侦查主义为中心的司法大环境下,律师与法官常常偏向于“对立”的状态。朱勇辉律师提到,律师更希望充当法官的“帮手”。

律师们各自举例,列出自己的经历。如,庭审时有的法院禁止律师带笔记本进入法庭,导致所有出庭的材料都要打印才能带进法庭;律师在庭审中向被告或控方证人提问时,经常遭到法官制止,致使律师在质证环节难以实现交叉询问,不利于查清事实。

关于为什么出现这种情况,双方交换了一些看法。一是在侦查主义仍占

了辩审的矛盾。二是在中国独立审判还很难实现,干扰法官的因素还很多,导致法官无法或者不能真正公正、独立审判案件。三是目前案件增多,法官压力大,每个案件分配的时间有限,因此在庭审环节法官尽量压缩时间,如果律师辩护意见过长,或不够专业,或重复,将被法官制止。

关于如何改善律师与法官的关系,促进双方在庭审环节的良性沟通问题。京都律师们分享了自己的经验。首先,在庭审中,必须充分尊重法官与法庭,营造一个平和的氛围,以探讨的姿态进行沟通。如,杨照东律师说,即使遇到不同意见,也要采取探讨和研究的方式发表意见。二是部分律师确实需要提高自己的专业技能。律师必须充分了解案件,精心准备辩护词。金杰律师举例,在刑事案件当中,对事实和证据问题,要尽量运用现有证据,用简洁的语言表述主要的到问题,让法庭感到辩护人的意见观点明确,重点突出,条理清晰,不需要过多的赘述。

### 二、对于加强法官和律师法庭质询培训的可能性

2016年1月,京都律所组织国内几十名律师前往美国纽约大学接受刑辩技能培训。所有律师对于培训中的交叉质询技能最为推崇,也受益良多。反观国内,庭审环节缺失质证环节,有待弥补与提升。

田文昌律师说,在美国,法庭能够花一上午的时间针对一个小案子进行质证。控辩双方相互询问证人,打破砂锅问到底。质证后,案情比较清晰,非常

证的情况比较尴尬,法官、律师不会提问,证人不会作答,都需要改进。法官学院教授们回应,法官学院曾经做过侦查人员出庭作证的培训,在证人出庭作证方面空白较多。

关于法庭如何保障律师履行辩护职能问题时,金杰律师谈到,今年中秋节,美国联邦大法官塞缪尔·阿利托一行到访京都,谈到律师与法官在庭审中的配合问题时,阿利托大法官说,在美国,法庭必须保障律师全面履行辩护职能;如果法庭没有保障律师全面履行辩护职能,此问题可以成为上诉的理由。我们的法院及法官也应当强化保障律师履行辩护职能的理念和措施,使庭审真正不走过场。

田文昌律师建议国家法官学院对于法官也提供实质询问方面的培训。根据法官身份特点,可以把纽约大学的专家聘请到国内参与到法官培训课程中去。另外,京都律所组织第二期纽约大学培训时可以进行视频录制,结合国内案例分析,打造一套新的教学模式,到时请法官和律师在线学习。

### 三、法官和律师合作培训交流多样化的可能性

国家法官学院原来侧重学历教育与实务教育,现在做了调整和改变,不再进行学历教育,重点关注职业技能教育。京都参与法律实务教育很多年,深知律师的职业技能有待通过培训提高。

双方就新形势下对法官和律师合作培训交流多样化的可能性进行了探讨。之前,法官学院在开展法官的模拟法庭时,更多地锻炼了一种“综合审

更多的可

参与与配合法官具有实战性

国家法官学院

如继续以前面的

跨国家公司的研

空大的培训,

国家法官学院

训的主导力量。

治中国建设

法官、律师的

求。双方在

为法官和律



京都律所组织国内几十名律师前往美国纽约大学接受刑辩技能培训。

## 文昌律师出席第六届华南企业法律论坛研讨会

圳国际仲裁院（华南国际经济贸易仲裁委员会）法律论坛“中国互联时代的法律创新”高科技、互联网、金融、法律等领域的企业律师、学者400多人，围绕互联网背景下经济发展与社会变化对法律服务的要求和挑战

近7亿网民、413万多家网站，互联网已深入生活。互联网的快速变革与发展对传统的法律本次论坛探讨未来互联网背景下法律的创新发展驱动下的产业融合、经济发展与社会挑战，共同展现了一场精彩的思想交流和碰撞。

、名誉主任田文昌律师，高级合伙人陈宇文昌律师在“互联网时代法律服务和争议解决”。

律师事务所推出《2016年互联网法律服务行业了十七年来互联网法律服务行业的历程，指出不同机构的发展类型，也对互联网法律了探讨。该报告一经推出，就受到了法律从



1 图为京都名誉主任田文昌律师，图为京都律所高级合伙人陈宇律师

## 师被聘为北京大学法学院《刑事辩护实务》授课律师

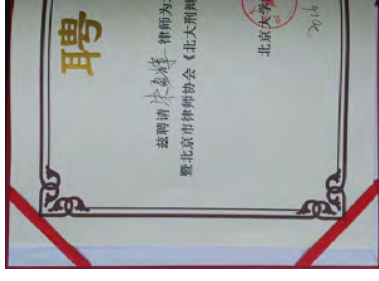


1 北京大学法学院教授梁林教授（左）

10月10日晚，京都律师事务所高级合伙人朱勇辉律师应邀到北京大学法学院授课。该课程由北京大学法学院和北京市律师协会合作开设，聘请高等院校著名法学教授和实务经验丰富的资深刑事辩护律师共同授课，选修该课程的既有北京大学的本科生与研究生产，也包括有志从事刑事辩护的青年律师。当晚，朱勇辉律师以办理该案的亲身体验对案件做了详尽的剖析，并分享了作为一个刑事辩护师在办案中应具备的思维角度和辩护技巧，受到参与课程学习的学生们热烈欢迎。

为朱勇辉律师颁发了聘书，聘请他为北京大学法学院《刑事辩护实务》暨北京市律师协会《北大刑辩讲堂》第二期课程授课律师。

朱勇辉律师执业十六年来专注于刑事辩护，办理国内各省市刑事案件数百起，积累了丰富的的工作经验，对刑事辩护有较深刻的理解和研究，被《方圆律政》杂志誉为京都“刑辩八杰”之一。朱勇辉律师积极参与高校学术活动和国际刑事司法交流，现为北京吉利大学法学院客座教授、中国青年政治学院法学院《刑事辩护律师实务》任课教师、美国国际司法桥梁（IBJ）“刑事辩护培训专家”。



1 朱勇辉律师的聘书

## 邹佳铭律师参加G20反腐败追逃追赃研究中心成立仪式

9月23日，G20反腐败追逃追赃研究中心这是今年G20杭州峰会达成的反腐败重要的高度关注。中共中央书记处书记、中央究中心揭牌仪式。中央纪委、外交部、中央大学负责同志，中央反腐败协调小组国际单位负责同志，二十国集团成员国驻华使华高级代表出席仪式。京都律师事务所律师高参加了研究中心的成立仪式。

作为第一个面向G20成员国开展反腐败将通过专题研究、学术研讨和培训等多种集团成员国开展反腐败追逃追赃合作创造际反腐败合作提供智力支持，推动建立以内容的国际反腐败新秩序。



1 京都高级合伙人邹佳铭律师在G20反腐败追逃追赃研究中心成立仪式现场

## 京都合伙人李秀娟律师应邀参加第六届国际法律、语言与

2016年8月1日-5日，应会议主办 本会议由跨文化法律与语言协会 点立足全球体方以色列海法大学的邀请，京都律师 及国际语言法研究会主办，由以色列海 史学和比较法事务所合伙人李秀娟律师作为大会发 法大学承办，会议以“法律语言的发展 古代中华法系言人，赴以色列参加了第六届国际法 及解释：基于法律文本演进的语言学和 治传统、犹太

基础性问题进行比较研讨。

以色列、中国、波兰、日本、美国国家语言学、法学以及跨学科的司法实务部门60多人参会，他去语言学界研究的前沿现状，是总结和实务交流。

中国唯一一位律师代表，为大会交叉询问及辩论的语言技巧”的发言的战场在法庭，那么法庭讯问与辩论在有充分理论基础和对案件事实条件，律师必须提升法庭讯问和辩论“磨光，擦亮”。她通过案例研究直语言表达技巧对于成功辩护的重要性致勃勃地回答了与会代表提出的



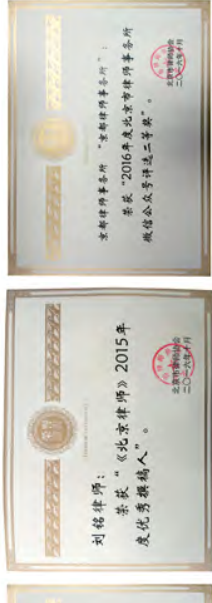
京都合伙人李秀娟律师发表主题演讲

中国司法改革、刑事辩护的现状、证人出庭制度、公检法与律师的关系等问题。

### 都律师》荣获2016年度北京律协所刊评选综合类银奖

律师协会召开了“会刊优秀撰稿人颁奖座谈会”。京都律师事务所《都律师》荣获“2016年度北京市律

人土设计、制作，体现了京都律师事务所和京都律师群体的专业素质、服务精神。《京都律师》每期文章均为京都律师原创，封面内容以当下最热门的法律问题为核心，结合京都律师的丰富经验展开论述，加上



刘铭律师荣获“《北京律师》2015年度优秀撰稿人”称号”。“京都律师”荣获“2016年度北京律协所刊评选综合类银奖”，微信公众号“京都律师”荣获“2016年度北京市律协所刊评选综合类银奖”。

点，独立发声，推动中国法治建设。

刘铭律师，京都律师事务所高级合伙人，2002年开始从事律师工作，对公司事务、知识产权、投资并购、房地产等重大民事、刑事法领域有深入的研究与法律实践。刘铭律师以其深厚的理论基础和丰富的执业经验，致力于法治建



## 司法鉴定制度亟待改

■田文昌/文

司法鉴定是诉讼活动中一个不可忽视的重要环节，直接关系到审判活动的客观公正性。然而，由于我国目前的鉴定体系和制度存在诸多弊端，致使司法鉴定活动缺乏必要的制约并失去中立性，使其成为诉讼程序中一个被忽略的黑洞。因此，认真总结我国司法鉴定活动中存在的问题，研究、借鉴国外司法鉴定制度的有益经验，不仅十分必要，而且十分迫切。本文试就这些问题加以探讨，结论是：我国的司法鉴定制度亟待改革。

段。第一个阶段是在“文革”以前原则，整个社会处在与计划经济体制框架之中。但是，当时也有公、检、法和审判活动，因而也有司法鉴定活动，因而也有司法鉴定原则的基础活动也是作为国家专政活动的组成部分也是作为国家专政活动的组成部分可能具有中立的性质。

“文革”结束后国家开始进行制和司法观念发生了巨大变革，司法的第二个阶段。这个阶段的司法观念的第二个阶段。这个阶段的司法观念

### 一、我国司法鉴定制度的现状

改革并且正在继续改革的背景下，对滞后，与“文革”前的状况相比，这种现象导致了旧的司法鉴定体制正是司法鉴定体制亟待改革的司法鉴定活动主要存在以下五个成为妨碍司法公正的障碍。

#### 垄断性致使其缺乏中立性。

以来，我国的司法鉴定机构基本上之中。目前虽然有了一些民间的少，而且并未得到普遍的认可。除业的鉴定以外，绝大部分鉴定是出机构，法医鉴定和痕迹鉴定等最为然任何人都不能一概否认其鉴定结论任何人也都无法排除其鉴定结论的鉴定体制不具备现代法治原则所

#### 观念助长了司法鉴定活动的任意

的科学性。一个客观公正的鉴定专业知识水平和技术设备的性能，态度和责任心。所以，一般情况性。然而，至今为止，仍有些人这些人认为鉴定结论是具有专门得出的，所以，鉴定结论就必然是中认识不仅存在于一部分社会公众官和检察官之中。在这种认识的基正权和重新鉴定的请求权常常会寸，也助长了司法鉴定活动的任意

#### 体制使司法鉴定环节成为诉讼程

决定了其鉴定结论的权威性，加之对鉴定结论的审查和评价缺乏必要的法定程序，致使律师没有办法去鉴别其结论的真伪与对错，甚至法官对此也同样无能为力。所以，实践中许多情况下鉴定结论都会顺理成章地被采纳，如此，司法鉴定往往成为司法程序中最易突破的薄弱环节。一旦在这个环节做了手脚，就会动摇整个案件的证据基础，直接影响到案件定罪量刑的公正性。这种现象在现实中屡见不鲜。随着司法制度改革逐渐深入，司法程序公开化的重要性已经受到全社会的普遍关注。但是，司法鉴定中的暗箱操作现象却并未引起足够的重视，从而使其成为司法程序中一个被忽略的黑洞。

#### 4. 辩方没有鉴定启动权，致使律师对司法鉴定无所作为。

在目前的诉讼程序中，辩方律师只有对鉴定的请求权，却没有对鉴定的直接启动权。绝大多数情况下，或者是鉴定机构不接受律师提出的鉴定请求，或者是法院拒绝接受律师提交的鉴定结论，所以，律师只能向法院提出要求鉴定或重新鉴定的申请，由法院去委托鉴定。如果法院不接受律师的请求，鉴定程序就无法启动，律师更无权向调查机关和起诉机关调取物证去自行鉴定。由于辩方律师对司法鉴定没有启动权，即使对鉴定结论存有疑问也无法找到依据，甚至在多数情况下根本就无法提出疑问。所以，对于司法鉴定问题，辩方律师基本上处于无所作为的境况之中。

在由控辩审三方共同参与的诉讼活动中，唯有辩方没有司法鉴定的启动权。这种现象充分反映控辩双方的不平等地位，显然是与现代法治社会的诉讼理念相违背的。

#### 5. 鉴定人不出庭接受质证，剥夺了被告方对鉴定结论的质证权。

由于司法鉴定具有很强的专业性，所以，对鉴定结论进行法庭质证意义更加重大。如果法律规定每一个鉴定人都必须在法庭上接受质证并对其所出的结论作出合理解释，不仅使法官得以兼听则明，而且会促使鉴定人更具有责任感和中立性。相反，鉴定人不出庭，不仅剥夺了被告方对鉴定结论的质证权，而且形同虚设，使鉴定人可以对自己作出的结

在由控辩审三方共同参与的诉讼活动中，唯有辩方没有司法鉴定的启动权。这种现象充分反映控辩双方的不平等地位，显然是与现代法治社会的诉讼理念相违背的。

在被告方不具有司法鉴定启动权的前提下，控诉方提出的鉴定人又不出庭接受质证，不仅蔑视了被告方的辩护权，事实上也蔑视了法庭的审判权。因为，既然鉴定结论不必经过对鉴定人的质证即可作为定案的依据，那么，法庭就可以将其作为当然的证据予以采信。这种做法所导致的直接结果是：侦查权代替了审判权。

我国现行司法鉴定制度存在的前述问题表明，这些弊端已经严重妨碍了司法鉴定活动的公正性和中立性，从而也妨碍了审判活动的公正性。因此，全面改革司法鉴定制度，不仅势在必行，而且刻不容缓。

## 二、可借鉴的国外司法鉴定活动的通行模式

纵观各国司法鉴定制度，在普通法国家和大陆法国家中具体做法上虽然各有特色，但其基本原则可以说是大同小异。概括起来，可以归纳出如下几方面的异同之处：

### 1. 普通法国家与大陆法国家司法鉴定模式的特点

虽然普通法与大陆法两大法系国家的诉讼模式有所不同，但其司法鉴定模式却基本大同小异。二者共同之处主要表现在以下三个方面：

#### (1) 没有全国统一的司法鉴定机构。

在英国，共有七个较大的鉴定机构（有的称为法庭实验室）隶属于国家内务部，但独立于公、检、法三机关之外，自负盈亏，具有独立性。此外，还有一些民间的各种鉴定机构。这些机构需要且右资格认证。且每年都要进行资格注



鉴定人出庭作证，在欧洲是一项重要原则，也是直接言辞原则的一个重要体现。

在英国，鉴定人也作为证人，被称为专家证人。专家证人既包括鉴定人，也包括其他具有专业知识的人，当这两种人针对某一专门问题出庭作证时都被称为专家证人。

欧洲大陆法国家，有些是同英国一样把鉴定人也视为证人，有些是鉴定人不作为证人，而是以鉴定人的特殊身份出庭接受质证。在这种情况下，鉴定人的身份比普通证人的身份更重要，尤其是当法庭自行委托鉴定人时，其身份被视为一种完全中立的立场，具有更高的权威性。

共同的是，鉴定人无论是否作为证人，都必须出庭接受质证，当庭陈述其鉴定结论的根据、理由及其合法性。

在比利时时，在法定最高刑九年以上的案件中，证人和鉴定人必须出庭，在九年以下的案件中则有一定的灵活性，但如果对方提出异议时可向法院申请传唤到庭，法庭认为有必要时就必须出庭。

## 2. 普通法与大陆法国家司法鉴定模式的不同点

在英国，当双方鉴定结论有冲突时，法官只采信一方结论，法庭自身并不搞重新鉴定，充分反映出当事人主义色彩。大陆法国家也允许双方各自委托鉴定，但更侧重于法庭委托鉴定。当双方鉴定结论有冲突时，如果法庭认为有必要，则可以委托其他鉴定机构进行重新鉴定。同时，双方也可以从一开始就通过法庭委托鉴定人，或者由法庭自行委托鉴定人。当法庭自行委托鉴定时，费用由法院负担。这些做法反映出大陆法系的职权主义色彩。

## 三、我国司法鉴定制度改革建议

针对我国司法鉴定体制中存在的弊端，结合国外司法鉴定模式中的成熟经验和我国司法鉴定领域的具体条件，我国司法鉴定制度的改革应重点体现在以下五个方面：

### 1. 设立具有司法鉴定权的中立的司法鉴定机构，打破垄断局面。

为保持司法鉴定机构和鉴定人的中立性和公正性，应在

必须彻底打破控诉方对鉴定启动权单方垄断的现状，使辩护方得以直接启动鉴定程序，并有权向侦查机关和起诉机关调取鉴定材料。

机构。这些机构既可以由政府设立也可以是民间组织。这些机构都可以接受包括当事人在内的单位和个人的委托进行鉴定活动。与此相适应，法院内部没有必要设立鉴定机构，而侦查机关内部的鉴定机构只对本部门负责，不能接受外部委托，其鉴定结论只能作为指控证据而不能成为当然的定案依据。

### 2. 对司法鉴定的专业人员应有资格限制，鉴定人应对鉴定结论实行个人负责制。

无论在中立的鉴定机构还是在侦查机关内部的鉴定机构，对于鉴定人都应当具有统一的资格限制。对于资格考核设立明确的法定程序。对于鉴定机构和鉴定人，应当设立全国统一专门管理机构，该管理机构当然也必须独立于司法机关之外。在我国目前的司法鉴定体制中，鉴定结论上虽然也有鉴定人签字，但实际上鉴定机构的部门影响力却显得更加重要，在很大程度上淡化了鉴定人的责任。因此，必须明确规定鉴定人的个人负责制，明确责任划分并且强化鉴定人的责任感，在出具伪证的情况下，必须追究鉴定人的法律责任。

### 3. 赋予辩方对司法鉴定的启动权，重视律师在司法鉴定中的作用。

司法鉴定的启动权是诉讼活动中一项重要权利，控辩双方平等享有该项权利是保证诉讼公正的基础，这一原则在任何法治国家都无一例外。因此，必须彻底打破控诉方对鉴定启动权单方垄断的现状，使辩护方得以直接启动鉴定程序，并有权向侦查机关和起诉机关调取鉴定材料。可以认为，这是司法鉴定制度改革中一个关键性的步骤，也是防止暗箱操

将各自提出的鉴定结论分别呈上法庭，由法庭作出最终裁决。

### 4. 鉴定人必须出庭接受质证并庭审活动的监督与控制之中。

鉴定人出庭问题应当与证人出庭的诉讼模式中，既然不出庭证人由人出庭的问题显然难以彻底解决。必须首先确立直接言辞原则，与证的鉴定结论的证明效力。只有这才有不正常现象。

当然，鉴定人出庭会有一些费用问题、经费问题等等。但这些问题其成本远远低于因妨碍司法公正而

### 5. 法庭可采纳一方的鉴定或重新鉴定。

在我国现行的诉讼模式中，鉴定人出庭仍带有职权主义色彩，一定程度上仍带有职权主义色彩，尚不完善，所以，在对于鉴定结论国家的模式更为现实，即法院可采

改革的完善司法鉴定制度还会这五点是核心，也是关键，因为会的诉讼理念和诉讼原则，从而后一。

(本文写于2001年前后，系作者赴欧

# 从指控五万余万诈骗到判决二十分

■ 邹佳铭 / 文

2012年深秋，寒意渐浓时，我和田文昌老师接待了两位从外地来的客人。女士面露愁容，交谈之后才得知，其丈夫因为自家苗圃被征收，被控涉嫌合同诈骗罪，金额有5400余万元。她曾多方咨询，被告知诈骗罪成立，这个金额可能会判处无期徒刑。尤其是该案是纪委办案案件后移送公安机关的，辩护更是难上加难。但是她无法理解的是，明明是政府要征收她家的苗圃，补偿款也是政府评估确定的，怎么就变成诈骗了呢？在泪洗面中煎熬一段时间，感觉走投无路之后，经人介绍到北京京都律师事务所，后来找田文昌老师。最终由田老师和我一起承办这个案件。

## 一、批邻导察

根据法律规定，拆迁征收的补偿款，应该是政府指定评估后双方协商的结果，能否成立诈骗值得商榷。但是本案既然已经进入司法程序，我们还是选择将辩护重点集中在案件事实。通过阅卷，我们发现和大多数案件一样，这个案件的指控主要是建立在言词证据之上。虽然被告人本人没

## 邹佳铭律师简介



京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任。  
2002年至2009年一直脱产研习刑法，武汉大学刑法学博士。2009年至2012年在北京师范大学刑事科学研究院做博士后研究，在法科学期间，公开发表学术论文20多篇，专著一部。攻读博士和博士后研究期间，兼职从事律师工作。现为专职刑辩律师，同时兼任高校刑法学硕士生导师。  
邹佳铭律师专业领域是刑事辩护，擅长复杂、疑难案件，曾在多起案件中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的效果。2015年，邹佳铭律师获得了ALB评选的“ALB2015年最佳女律师”称号。

清点的员工和大致印证:被告政府工作人员报苗木数量和词证据使我们困境，因为我供的司法环境人虚报的事实敏锐地察觉到存在严重的问题

据家属户占地200亩左右家林木良种繁育万，经营了十树木，但是倾有300多万元。普遍存在的问科学性。该鉴事实，即诈骗不清，我们就头，顺着这个就可以引刃而

确定将司后，我们首先部分土地被征

# 看得见的判决 看不见的专业

——京都刑辩律师办案手记





2012年9月23日，刘文刚因涉嫌合同诈骗罪被石家庄市公安局长安分局刑事拘留。羁押于石家庄市第二看守所。

2012年10月18日，刘文刚因涉嫌合同诈骗罪被石家庄市长安区人民检察院批准逮捕。

2013年4月28日，河北省石家庄市人民检察院冀石检公诉(2013)53号《起诉书》，以刘文刚涉嫌合同诈骗罪，提起公诉至河北省石家庄市中级人民法院。

2013年11月12日，石家庄市中级人民法院(2013)石刑初字第79号《刑事判决书》判决：“一、刘文刚犯有合同诈骗罪，判处有期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。二、赃款赃物予以追缴。”

刘文刚不服一审判决，提出上诉。

2014年11月10日，河北省高级人民法院作出(2014)冀刑二终字第49号《刑事裁定书》：以“原判决认定的事实尚有不清楚，在审理本案过程中，有违反法律规定的诉讼程序的情形”为由，“裁定撤销原判，发回重审”至石家庄市中级人民法院。

2015年10月9日，石家庄市中级人民法院作出(2015)石刑初字第00024号《刑事判决书》，判定：“一、被告刘文刚犯有合同诈骗罪判处有期徒刑13年，剥夺政治权利3年，并处罚金人民币35万元。二、继续追缴被告人刘文刚的犯罪所得，依法返回被害单位。”

刘文刚仍不服重审的一审判决，再次提出上诉。

2016年6月21日，河北省高级人民法院作出(2016)冀刑终字第74号《刑事判决书》以“本院认为：原审被告人刘文刚犯有合同诈骗罪事实不清，证据不足，原公诉机关指控罪名不能成立，上诉理由及省检察院出庭意见应



## 刘文刚因涉嫌合同诈骗罪，终获无罪释放 押三年九个月，终获无罪释放

■ 相憬晶 / 文

北荣艺园林古建有限公司(住所：石家庄市唐县，以下简称“荣艺公司”)为承建方，中标价2685万元。

施工期间，由于荣艺公司滞后提供全部实际施工图纸，在实际施工中，又新增了木制工程和彩绘贴金等施工工程量，加之原建筑基础桩偏位，致使丰景公司工人窝工近一个月，遭受了重大经济损失。丰景公司刘文刚与荣艺公司王立信就上述事宜和需要增加工程价款等问题协商未果。

2012年春节过后，荣艺公司趁冬季无法施工、丰景公司工人也因春节放假回湖北老家过年之机，将工程又另行私自转包给他人。

由于工期紧张，丰景公司刘文刚老家组织近百名施工人员进行驻施工。丰景公司建有活动板房，购置了基本土石方和喷漆等工程，支付了

## 相憬晶律师简介



相憬晶律师，京都律师事务所合伙人，从事律师职业二十多年来，恪守律师职业操守，做事认真踏实，积累了大量实践办案经验，成功地代理了数百起刑事辩护及民商事重大疑难案件，其中有十余起无罪、改变定性的刑事辩护意见被法院采纳，有的案件最终获得国家赔偿。并曾担任多家企业的常年法律顾问，善于处理和解决刑民交叉问题，为企业和个人防范法律风险挽回了巨大的经济损失，最大限度的维护了当事人的合法权益。

(2015)石刑二、上诉人刘文刚判决。”

2016年6月23日被刑释看守所已被宣告无罪后

## 办案

在该案初后，京都律师委托，指派我，该案的律师辩护人我接手了中级人民法院制了全部案卷确定了无罪辩护会见被告，随后提供证据线索卓有成效的证据。以上工作无罪信心。

在2015年作为刘文刚的辩护人，充分论证了刘文刚案存在程序违法问题，认定刘文刚案存在程序违法问题，庭强调指出：刘文刚案件，不单是某些人，为了一己之私，利用司法利，枉法办案，践踏国家法律，公诉人对辩护人的第一轮无罪辩护表反驳的公诉意见。闭庭，在开庭与主审法官又进行了简短的交流，审查此案的法官，能够排除干扰，底线，表示称赞和敬佩。我的意见也情不自禁，当着被告及家属的面

6月24日刘文刚在被羁押了整整三年九个月后，被无罪释放。这样的无罪判决，在当下，尤其是在我国的无罪判决率正呈逐年下降和趋零化的走势的情形下，就更加显得难能可贵和得之不易了。

判决结果。

一个月非常煎熬的、苦苦的等待，等刘文刚的刑期，只是由原来的“无期徒刑。虽然，这次改判，较之前的有达到预期的结果，尽管有这样的失望和痛心！但作为老律师养成的习惯，我便将从沮丧中唤醒。我认真《判决书》，并在上诉期限内，有详尽的《上诉状》，这份上诉状即涵盖和阐述清楚所有无罪的理由，被告刘文刚的家属也都一筹莫展什么希望了！刘文刚在看守所申上也倍受打击，身体更加每况愈下，看到的、听到的也多了，心，深深地感到了绝望，他说他不愿意再拖累家人了，盼着一天出去。同时，他考虑到继续聘请的情况已经是打不起了。他原本包了这个工程，已经垫付了家里的丁了三年多，也已经是债台高筑，那借遍了，已经是举步维艰。

我只好自费去到石家庄第二看守所整整谈了一个下午，帮助刘文刚也坚持提出无罪上诉，继续将案件呈上二审还是判有罪，我会帮他刘文刚听后，激动、高兴地在《上诉状》签好后，我留了一份给他，就拿出来看上几眼，这是支撑他继续

二审时，河北省人民检察院的检察官，在三次提审刘文刚时，与其认真、耐心并逐一地核对了上诉状的提出上诉的事实和理由。还对刘文刚说：“你请的北京律师很有水平”，省院检察官对我在重审一审时的律师工作表示了认可。刘文刚激动得止不住落泪，并给检察官跪下了，他哭着喊冤！并求检察官查明冤案，为其主持公道。

二审开庭时，出庭检察官当庭表示：本案事实不清，证据不足，指控罪名不成立，应该宣告无罪。这样的二审出庭检察意见，真是实属罕见。

随后，2016年6月21日，河北省高级人民法院以：“原判认定上诉人刘文刚犯有合同诈骗罪事实不清，证据不足，原公诉机关指控罪名不能成立，上诉理由及省检察院出庭意见应予支持”，宣判上诉人刘文刚无罪。

6月24日刘文刚在被羁押了整整三年九个月后，被无罪释放。

这样的无罪判决，在当下，尤其是在我国的无罪判决率正呈逐年下降和趋零化的走势的情形下，就更加显得难能可贵和得之不易了。

作为一名执业二十多年的老律师心绪难平，我为河北省检察院、河北省高级人民法院的检察官和法官，能够排除干扰，秉公执法，敢于对事实不清，证据不足，不构成犯罪的案件主张和宣判无罪而点赞！为我的当事人刘文刚获无罪释放而庆幸。

2016年7月19日，刘文刚与其女婿杜文刚一同带着湖北家乡的土特产来到京都，一是：礼轻情意重，感谢相槩品律师，为他的案件能够获得无罪而付出的努力；二是：与京都律师事务所签订了《委托代理合同》，继续聘请相槩品律师、徐莹律师为其代理申请国家赔偿案。

今后，我们仍将一如既往，秉承所训，不负委托人的信任和重托。最大限度维护委托人的合法权益。



## 央视报道的10公斤贩卖毒品二审为何能够死立执改判死

——从《追查哑巴亏》案谈毒品犯罪案件中的常见问题

■ 汤建彬 / 文

### 央视报道展示当地禁毒成果，一审三被告被判处死刑立即执行

2013年11月21日，中央电视台《一线》栏目以《追查哑巴亏》为专题报道了安徽省宣城市郎溪县公安局破获的一起贩卖10公斤冰毒的大案，节目中以现场录像的方式，全程展现了郎溪警方如何获得案件线索、如何对犯罪嫌疑人进行布控、如果进行抓捕的全部过程。

安徽省宣城市郎溪县公安局通过一个吃了“哑巴亏”的零包毒贩，顺藤摸瓜发现了一个在上海的批发毒品的团伙。2013年5月初，该团伙负责人梁世强及成员梁俊携带35万元赴

资存在缺口，梁世强电话指使使同伙汇款给梁俊。经过商谈，梁世强的价格，从“阿伟”处购得冰毒145万元。后梁俊将所购冰毒运至于贩卖。5月17日早晨，经中间人伙同梁捷、梁俊、潘斌在上海市市接洽，以每公斤冰毒13万元的价格“阿勇”（另案处理），并成后，梁世强支付给潘斌介绍费37万元现金交由梁捷、梁俊带回“君君”、“阿勇”、“阿勇”通过潘斌欲

在二审中，通过细致区分本案中各被告人之间的作用，深入挖掘本案中存在的程序及证据方面的问题，通过精细化的辩护，成功地使梁俊、梁捷从死刑立即执行改判为死缓。

为其毒品交易提供参谋，李岩表俊携带40万现金飞赴再进一批梁世强同意，李岩在梁捷处购买4克冰毒、梁捷携带2998.6克冰酒店停车场时被公安机关当场抓获分别分别在梁世强、王珊等人租住司查获冰毒33.88克、氯胺酮5.89梁世强、王珊所租的大中九里库内查获冰毒253.37克、氯胺酮、咖啡因899.18克。

广东购进毒品未被当场抓获的毒毒日，安徽省宣城市中级人民法院认定梁世强、梁捷、梁俊三被比例，三人作用相当，均为贩卖数量特别巨大，致使大量毒品社会危害性极大，罪行极其严重被告人死刑立即执行。

## 案件问题，二审两被 执改判死缓

一审判决后，汤建彬律师接收梁俊梁捷的委托，分别担任二人的二审辩护律师。通过细致区分本案中各被告人之间的程序及证据方面的问题，使梁俊、梁捷从死刑立即执行

基于上述案件事实，梁俊、梁捷的辩护人认为，在本案的贩卖毒品共同犯罪中，梁世强起到了策划、组织、领导的作用，并雇佣了梁俊、梁捷参与毒品犯罪，梁世强虽然做了犯罪分工，但梁世强在本案中起到了主导性作用，梁世强的作用明显大于梁俊、梁捷，梁俊、梁捷起到了辅助和配合梁世强贩卖毒品的作用，基于此，提出了“梁俊、梁捷作用明显小于梁世强，梁俊、梁捷应当认定为从犯，应当从轻处罚”的辩护观点。

对于上述辩护观点，二审判决做了如下回应：“二人虽非毒品的所有人，也不是毒资的出资人，但与梁世强有约定，按照获利的20%分红，且二人在共同犯罪中行为主动，作用积极，故关于其二人系从犯的上诉理由及辩护意见不能成立。但从犯罪行为上看，其二人的作用较梁世强相对明显较小，可酌情予以从轻处罚。”

由此可见，二审法院虽然没有认可辩护人关于认定从犯的辩护观点，但采纳了“梁俊、梁捷作用明显小于梁世强”的辩护意见，并基于此对梁俊、梁捷从轻处罚，从辩护效果上看，辩护人实现了辩护目的。

《大连会议纪要》规定“要从犯意图提起、具体行为分工、出资和实际分得毒赃多少以及共犯之间相互关系等方面，比较各个共同犯罪人在共同犯罪中的地位和作用。在毒品共同犯罪中，为主出资者、毒品所有者或者起意、策划、纠集、组织、雇佣、指使他人参与犯罪以及其他起主要作用的是主犯；起次要或者辅助作用的是从犯。受雇佣、受指使实施毒品犯罪的，应根据其在犯罪中实际发挥的作用具体认定为从犯或者从犯。”

本案中，依照《大连会议纪要》，梁俊、梁捷在本案中不属于“主出资者、毒品所有者或者起意、策划、纠集、组织、雇佣、指使他人参与犯罪”的情形，认定为“起次要或者辅助作用”更为适当。但是，因为“其他起主要作用”与

## 汤建彬律师简介



汤建彬律师毕业于中国政法大学，研究方向为刑事诉讼法学，师承刑诉大师，具有良好的法学理论素养及扎实的专业知识，在十多年的法律研究和实践过程中，形成了娴熟的实务操作经验及良好的社会各界资源，具有较强的分析、处理、应变、解决问题的复杂法律问题的能力，专长于毒品犯罪辩护和死刑复核辩护。

案件中，法官到了毒品犯罪人起到了主两个马仔被的例子。

基于此过程中，如果犯，参与了果符合认定辩护的基础告人与其他所起作用大告人在犯罪刑均衡和刑罚的辩护定为从犯，结果，特别的案件中，的主犯，这行的，这就下来的机会

## (二) 毒品案件的毒品扣押程序瑕疵是否能够影响量刑?

《追查哑巴亏》案中的扣押程序上存在如下问题：

毒品没有当场扣押，扣押笔录记载称查获毒品，没有称量毒品品种及称量；检材提取没有当事人称量；违反了《公安机关缴获毒品管理规定》的有关条款，在案件现场缴获毒品时，应当充分获取、充分取证，对收缴的毒品一般要当场开具《扣押物品清单》，责令毒品由现场两名以上侦查员签字。有多情况进行录像、照相，存入案卷，永久保存，违反了《最高人民法院



定机构资格证书，应当认定本案中的鉴定机构不具有鉴定资格和条件。

案中提供的宣城市公安局司法鉴定中心的鉴定机构资格证书，但两个鉴定中心明显不是一个鉴定机构，也没有证据证明是同一家鉴定机构。所以，该鉴定机构资格证书不能认定宣城市公安局刑侦鉴定中心具有鉴定资格。

《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第二十四条“鉴定意见具有下列情形之一的，不能作为定案的根据：

(一) 鉴定机构不具备法定的资格和条件，或者鉴定事项超出本鉴定机构项目范围或者鉴定能力的；”  
所以本案中的毒品检验鉴定报告不能作为定案证据使用。

2、鉴定机构超范围鉴定  
即使认定本案中的鉴定机构是该宣城市公安局司法鉴定中心，但该鉴定中心的鉴定范围中没有理化检验鉴定，同时毒品净重的鉴定也不属于该鉴定机构的鉴定范围，该鉴定机构在本案中做出的《毒品检验鉴定报告》属于“超出本鉴定机构项目范围或者鉴定能力”的鉴定。

《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第二十四条“鉴定意见具有下列情形之一的，不能作为定案的根据：

(一) 鉴定机构不具备法定的资格和条件，或者鉴定事项超出本鉴定机构项目范围或者鉴定能力的；”  
所以本案中的毒品检验鉴定报告不能作为定案证据使用，不能用于证明案件事实。

3、鉴定机构超出委托事项做出鉴定  
本案中郎溪县公安局委托的鉴定事项为：“上述检材中是否含有毒品成分，如有，其净重是多少？”，可见委托单位并没有委托鉴定机构作出毒品含量的鉴定，所以，鉴定机构作出的毒品含量鉴定超出了委托范围，《毒品检验鉴定报告》中的关于毒品含量的鉴定不能作为定案的证据使用。

4、鉴定机构使用鉴定方法存在问题  
鉴定机构用冰毒的鉴定标准（IFSC-02-07-2011），却鉴定出了氯胺酮、咖啡因等毒品成分，明显在鉴定方法和鉴定过程中出现了问题，致使该鉴定机构的鉴定能力和鉴定专业性、准确性明显存疑。

本案中查获的疑似毒品颗粒，鉴定机构应当按照颜色不同进行分类鉴定，以便于不同毒品的认定。颜色颗粒混同后提取检材，违反了检验程序，上述鉴定报告存在诸多明显瑕疵。

上述鉴定报告存在诸多明显瑕疵，未办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定案证据使用，但本案一审、二审均以该报告为证据使用，由此可见，在死刑案件的难度是非常大的，但法官虽然将报告为证据使用，但却在对被告人在量刑上也是从另一种意义上通过辩护打掉了重罪。

很多毒品犯罪案件中存在重罪（重）的情况，更严重的是使侦查机关的工作委托给鉴定机构，笔者认为对查获的毒品应当进行称量并由侦查人员进行，这是侦查机关必须履行的职责，其他机构可以进行称量并出具报告，同时，对外委托称量以上侦查人员，当面（犯罪嫌疑人不在场）称量，无法保证犯罪嫌疑人称量的准确性。

(四) 新闻媒体的案情报道  
如前文所述，中央电视台《追查吧》的节目对该案破获进行了追踪报道，我们可以看到，侦查机关已从中10公斤毒品）前，侦查机关已进行了24小时秘密监控，并对他们的出行进行了实时监控，当然，很有可能进行了实时监控，世强的先后两次毒品交易，都是梁世强进行的，梁世强等人的一举一动均可通过上述新闻报道的内容可以得知。

1、侦查机关已经通过掌握的物证和跟踪录像都是在公安机关的物证库中，通过节目中的跟踪录像可以得知梁世强的马仔；

2、通过节目中的跟踪录像可以得知梁世强的马仔；

3、通过节目中的跟踪录像可以得知梁世强的马仔；

4、通过节目中的跟踪录像可以得知梁世强的马仔；

基于《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》书证证据审查标准的规定，本案没有见证人签字的扣押笔录，同时也没有办案人员补正和做出合理解释，应当不能作为证据使用；没有当场称量和封存，不可避免在毒品转移过程中被调换和污染的可能性；没有对毒品净重的称量，致使案件指控贩卖毒品的准确数量不清；检材提取没有当事人在场，检材与查获毒品的同一性及检材提取的规范性就难以让被告人信服。

但在目前的毒品案件审判过程中，上述毒品扣押、称量、取样和送检环节违反法定程序造成的证据瑕疵，法官可能不会排除上述证据，不作为定案证据使用，但瑕疵的累积会引起质变，会影响到法官判决时的内心确信，会带来量刑上的从轻的效果，特别是毒品犯罪死刑案件，可能会获得被告人判处死缓的理想辩护效果。

(三) 毒品案件中的鉴定意见能否被打掉？  
《追查吧》中的毒品检验鉴定报告存在重大问题：

1、鉴定机构不具有鉴定资质  
本案中的《毒品检验鉴定报告》是宣城市公安局刑侦鉴定中心出具的，并非由安徽省公安厅司法鉴定中心出具，且鉴定中心出具的鉴定报告存在诸多瑕疵，不能作为定案的根据。

器的重量。毒品称量应由两名以上侦查人员在场，由一名侦查人员操作，另一名侦查人员监督，并拍摄现场照片。查获毒品后，应当由两名侦查人员当场称量，并由一名侦查人员签字，另一名侦查人员监督，并拍摄现场照片。

《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百三十一条第一款规定的，要妥善保管或者封存，不得损毁。任何单位和个人不得非法使用、调换、隐匿、毁弃、涂改或者伪造。

取样和送检等程序瑕疵及证据瑕疵的量刑？笔者认为，上述程序瑕疵的量刑，应当根据案件的具体情况，综合考虑案件的事实、证据、情节、社会危害性等因素，依法予以从轻、减轻或者免除处罚。

斤冰毒），是在公安机关的跟踪侦查中两次毒品交易都是与“君王”交易时间间隔不超过12小时，且笔录及在本案中没有二人的笔录作“君王”、“阿勇”可能是公安机关关

青身份，也可以从第一次3公斤毒布控下完成了的，推断出这3公斤查获录像来看，本家中查获的毒品现场提取检材、现场封存、现场出具侦查机关在毒品物证保管环节的一

为新闻报告能够作为证据使用吗？在本案中，笔者作为辩护人将《追通过公证机关下载进行了公证，制证据提交给了二审法庭。庭审中，内容能否证明案件事实提出了质及报告中侦查机关在跟踪现场、查获为证据使用的《追查哑巴弓》新闻点提供了有力的支撑，取得了较好

## “辩护”能否作为不判处死刑立即执行

而很多贩卖毒品的案件往往是在具奏，为什么侦查机关总能够毒品“辩护”呢，是因为侦查机关在毒品交易技术侦查等手段提前掌握了将要完成了布控，就等毒品交易完成时”就是指上述情形，控制下交付“引诱”或“数量引诱”的结果，但“犯意引诱”或“数量引诱”难度，最明显的效果是可以直接证明“辩护”。

入社会，其社会危害程度大大减轻，在量刑时，应当加以考虑”，该规定认同了控制下交付毒品未流入社会，会大大减轻对社会的危害程度，基于此应在量刑时从轻，因为新的会议纪要的出台，《南宁会议纪要》不再使用，但笔者认为，该条的规定仍具有指导意义。

《刑事审判参考》2009年第2集《总第67集》王佳友、刘泽敏贩卖毒品罪这一指导案例中的裁判要旨：“王佳友被当场抓获并起获全部毒品，毒品没有继续流入社会造成进一步危害，亦应作为量刑情节予以考虑。”，由上述指导性案例可见，最高院认定控制下交付毒品未流入社会造成危害，可以不作为不核准死刑立即执行的理由。

综上所述，控制下交付的辩护点在“毒品未流入社会”，社会危害性大大降低，毒品案件中应当重视该辩护点为被告人争取量刑的利益，在涉及死刑适用的案件中，更应当将此作为不适用死刑立即执行的从轻量刑情节，做出社会危害性没有到达极其严重的程度，没有达到适用死刑立即执行标准的辩护意见。

## （六）毒品数量巨大的情况下如何适用死刑？

在目前毒品犯罪中冰毒等合成毒品占主导地位的情况下，在源头的冰毒的供货价格已经低至2万元一公斤的情况下，十几公斤、几十公斤的毒品案件屡见不鲜，且毒品交易的上、下家一般都有多人参加，

所以，在毒品数量巨大案件中，如何适用死刑？应当判处几个死刑立即执行？律师基于“保命”的目的辩护空间在哪里？这些都是需要认真研究的问题。

结合《武汉会议纪要》的相关规定，笔者认为毒品数量巨大的毒品案件适用死刑立即执行的有以下几种情况：

1、共同犯罪的，原则上判处不超过2个死刑立即执行。《武汉会议纪要》：“涉案毒品数量达到巨大以上，二名以上主犯的罪责均很突出，或者罪责稍次的主犯具有法定、重大酌定从重处罚情节，判处二人以上死刑符合罪刑相适应原则，并有利于全案量刑平衡的，可以依法判处。”

2、上下家可以同时判处死刑，出发点在于“有利于全案量刑平衡”，所以，原则上，上下家各判处不超过1个死刑立即执行。

## 突出未到案被告人的作用，在案被告人作用相对较小，且罪行未达到极其严重的程度，可以为在案被告人争取不判处死刑立即执行。

刑相适应原则，并有利于全案量刑平衡的，可以依法判处。

3、数量特别巨大，上下家同时到案，作用明显大的上家或下家可以判处2个死刑立即执行，作用明显小的上家或下家可以判处1个死刑立即执行。

《武汉会议纪要》：一案中有多名共同犯罪人、上下家针对同宗毒品实施犯罪的，可以综合运用上述毒品共同犯罪、上下家犯罪的死刑适用原则予以处理。

4、在案被告人与未到案被告人均属罪行极其严重，可以对1个在案被告人判处死刑立即执行。

《武汉会议纪要》：对于部分共同犯罪人未到案的案件，在案被告人与未到案共同犯罪人均属罪行极其严重，即使共同犯罪人到案也不影响对在案被告人适用死刑的，可以依法判处在案被告人死刑；在案被告人与未到案共同犯罪人的罪责大小难以准确认定，进而影响准确适用死刑的，不应对在案被告人判处死刑。

从上述内容可见，《武汉会议纪要》体现了少杀、慎杀的原则，不仅规定数量巨大的毒品案件如果适用死刑，还明确了死刑（立即执行）的适用数量，标准明确了，从哪些角度找辩护空间就清晰了。

1、结合《大连会议纪要》的相关规定，共同犯罪做好主、从犯的区别，从犯应当不适用死刑立即执行。

2、共同犯罪中，在无法区分主从犯或法官趋向于都认定为为主犯的情况下，要明确主犯之间也应区分作用大小，从细节入手，拉开各被告人在作用上的差距，显示出判处死刑立即执行不利于“全案量刑平衡”，这样，就为作用较小的被告人争取到了不判处死刑立即执行的机会。

3、要结合上下家在贩毒数量、次数及对象范围，犯罪行为的主动性，对促成交易所发挥的作用，犯罪行为的危害后果等方面的不同，严格区分上下家的作用大小及罪责大小，从“全案量刑平衡”的角度，为作用及罪责相对较小的上家或

4、突出未到案被告人的作用相对较小，且罪行未达到极其严重的程度不判处死刑立即执行。

5、上家或下家未到案，基于宗毒品，对在案上家或下家适用上家或下家的作用和罪责，从少杀慎杀在案上家或下家谨慎适用死刑立即执行。

6、上家或下家的被告人具有立功执行，但不能因此加重没有立功而“死刑指标”降低标准那给其他被告人不一定降低被告人在毒品犯罪中人的处罚明显违法罪刑责相统一的

## （七）如何规避刑事政策对

毒品犯罪一直是我国打击的重点也影响着毒品案件的量刑，比如，各级法院都会重判一批毒品案件，的态度和成果，这个时期的判决重，比如《追查哑巴弓》案，在6并由多家媒体进行报道，所以，执行并不意外。

但作为辩护律师，职责是维护判，所以如何让案件判决避开每年时辩护律师考虑的内容。

可以从两个角度避开重判期、据、程序等问题，让法官难以作为通过诉讼策略将案件拖过重判期，何采取，应该根据案情来具体确定了与法官对抗，如果让法官感觉到而会让被告人承担不利的判决结果

# 重庆市陈某某销售伪劣产品案

——我的无罪辩护成功案例

■ 宝永生 / 文



重庆市九龙坡区人民法院认为，被告单位重庆市益顺油脂有限公司明知系伪劣食用油而购进后予以销售，数额特别巨大，其行为已构成销售伪劣产品罪。被告人杨某、吴某容系被告单位直接负责的主管人员，被告人吴某丽、陈某某系被告单位的直接负责人员，应当以销售伪劣商品罪追究其刑事责任。被告人杨某、吴某容、吴某丽在共同犯罪中起主要作用，是主犯，应当按照其所参与的全部犯罪处罚。被告人陈某某在共同犯罪中起次要作用，依法应当减轻处罚。

一审判决：一、被告单位重庆市益顺油脂有限公司犯销售伪劣产品罪，判处有期徒刑人民币五百万元；二、被告人杨某犯销售伪劣产品罪，判处有期徒刑十五年，并处没收财产人民币二百万元；三、被告人吴某容犯销售伪劣产品罪，判处有期徒刑十五年，并处没收财产人民币二百万元；四、被告人吴某丽犯销售伪劣产品罪，判处有期徒刑十五年，并处没收财产人民币二百万元；五、被告人陈某某犯销售伪劣产品罪，判处有期徒刑八年，并处没收财产人民币一百万元；

二审判决：一、维持重庆市九龙坡区人民法院（2012）九法刑初字第01567号刑事判决第一、二、三、四、五、六项，撤销重庆市九龙坡区人民法院（2012）九法刑初字第01567号刑事判决第五项。三、上诉人（原审被告）陈某某无罪。

辩护过程：北京市京都律师事务所接受委托后指定我担任陈某某销售伪劣产品一案的二审辩护人。接受委托后，辩护人及时联系二审法院，调阅本案的全部卷宗，会见了上诉人，当时，上诉人由于身体原因在看守所医院。辩护律师不辞辛苦，赶到监管医院会见上诉人，结合全部证据材料以及上诉人证人在本案中所起的作用，其他证人证

营，经营范围为销售植物油。泰鑫经营部成立后，日常事务由吴某丽管理，年底进行分红和提成，陈某某辅助吴某丽管理。泰鑫经营部的财务包括货款的支付及收取，杨燕（杨某、吴某容的女儿）负责现金日记账目，泰鑫经营部销售货款全部进入益顺公司账户。

2010年10月，经电话联系后，益顺公司负责财务的工作人员将货款汇至重庆市永川区冠南烽炼油厂（以下简称冠南厂）提供的私人账户后，安排驾驶员从冠南厂拉回地沟油加工而成的伪劣食用油，并在泰鑫经营部予以销售。2010年10月至2011年4月期间，通过上述方式，益顺公司从冠南厂购进了大量用地沟油加工的伪劣食用油，并在泰鑫经营部予以了销售。购货款均由益顺公司通过其开设的杨德显、冉德芳、李方荣、易小明、张治银的农业银行私人账户转账到冠南厂提供的周祖贵、张中秀的农业银行私人账户，共计支付了货款4450944元。

情简介

重庆市九龙坡区人民法院作出一审判决，吴某容系夫妻关系，吴某容与被告陈某某系舅甥关系。

杨某、吴某容在重庆市九龙坡区注册成立重庆市高新技术开发有限公司（以下简称容康经营部），经营者为吴某容。2006年陈某某进入容康经营部，在重庆市沙坪坝区融汇新时代11号重庆市益顺油脂有限公司（以下简称益顺公司）（吴某某的丈夫），由被告陈某某、陈渝（吴某某的丈夫），由被告陈某某负责财务。

陈某某以经营亏损为由申请注销了容康经营部，杨某某在容康经营部经营期间，杨某某在容康经营部（以

主观故意，不构成犯罪。

二审法院采纳了律师的辩护意见，现有证据能证实陈某某2006年在泰鑫经营部主要负责销售等事项。核供述陈某某在泰鑫经营部销售食用油的油是地沟油加工而成。认定陈某某亦没有证据证明陈某某负责管理市场价格的，认定陈某某主观明知系伪劣食用油予以销售的证据不足。陈某某不能证明陈某某应当知道泰鑫经营部制成的伪劣食用油的辩护意见，本

## 附：二审判决书

尊敬的审判员：北京市京都律师事务所本案被告人陈某某本人的辩护人。陈某某本人向贵院提出，我查阅了上诉状人陈某某的庭审笔录，现依据庭审笔录，发表如下辩护意见，请予采纳。

首先，陈某某销售伪劣产品一案，销售伪劣产品质量的伪劣产品另有规定，涉及农产品、农药、兽药、饲料、添加剂等以外的产品，不符合目前生产的产品生产规范的产品生产

## 宝永生律师简介



1997年开始从事律师工作，执业近二十年，司法实践经验丰富，法律功底深厚，法庭技巧娴熟，逻辑思维能力强，执业期间办理了大量的刑事案件，均取得较为理想的结果。宝永生律师主办各类刑事辩护、代理业务，特别是在贪污、贿赂、挪用公款、职务侵占等职务犯罪领域以及经济犯罪领域有着丰富的经验和独到的见解。

结合全部证据材料以及上诉人在本案中所起的作用，其他证人证言等证据材料，辩护人制定了完善的辩护提纲，即上诉人无犯罪的主观故意，不构成犯罪。

报告等证据证明涉案的食用油为不要求为故意，并且一般具有非法牟利充分的证据证明上诉人明知是混淆上述该罪名犯罪构成的几项规范销售伪劣产品处罚是不当的。

辩护人，就一审判决认定的有关事实，对陈某某做出的判罚，辩护人认为上诉人陈某某不构成销售伪劣

产品人陈某某在侦查机关所做的供词非除程序，但是排除理由仅限侦查除了上诉人陈某某在刑事拘留后在讯问所做的供述，而对上诉人陈某某未予排除，恰恰是在这段时间

人（包括陈某某）遭受了刑讯逼供陈某某明确的说出了遭到刑讯逼时间、地点、实施刑讯逼供的侦查

（细节）一审判决对侦查机关是否但未做出任何意思表示是不恰当用事实的情况下，对上诉人因刑讯

销售伪劣产品的故意，从上诉人案中上诉人陈某某作为上诉人某某拿固定的劳动报酬，且不参与泰鑫也就是说泰鑫经营部经营决策、经

人陈某某没有任何关系。泰鑫经营部分配、风险承担都与陈某某在个人销售伪劣产品的故意，更不产品的故意。

人陈某某应当知道经营部销售了食用油是不客观的，辩护人依据

某某明知经营部销售“漏水油”是不客观的、不科学的。另外根据四上诉人一审庭审、及法庭调查当庭陈述均表明，陈某某从未参与所涉嫌的行为。陈某某没有故意实施销售伪劣产品的行为，从上诉人陈某某的工作内容上来说，陈某某在泰鑫经营部负责看守店铺、上油、（就是有送油的车辆来经营部后，在老板的指示下，卸载到指定的油罐）零售、（老板吴某某不在的时候，按老板预定的价格销售油品），以上

诉人陈某某的身份，无权也无义务去过问油品的来源，油品的质量，陈某某只是做了任何一个打工仔应该做的事，这就根本谈不上明知，也谈不上明知而故意销售伪劣产品的问

题。4、根据原一审庭审以及本次上诉庭审调查，上诉人陈某某系个体工商户吴某某雇佣的打工仔，吴某某定期支付陈某某劳动报酬。上诉人陈某某与吴某某系民事上的雇佣关

系，两者不存在劳动关系。陈某某更不是益顺公司的员工，与益顺公司没有任何法律意义上的关联，一审判决认定本案为单位犯罪，依据我国的刑法对单位犯罪的处罚是对单位犯

罪的直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以处罚，那么一审判决对于与益顺公司无任何关联的上诉人陈某某判处刑罚的显然无任何事实和法律依据。

5、本案为重庆市特殊司法环境下定为专案的案件，人为的扩大了打击面，加大了打击力度。请二审法院依法、依据事实，依法改判。彰显有法必依、有错必究的刑法理念。

6、上诉人陈某某身患多种严重疾病，现在仍在治疗过程中，并且需要系统的、完整的治疗，不适合长期羁押。请合议庭会议时予以考虑。

综上，辩护人认为一审法院对上诉人陈某某的处罚是不正确的，恳请二审法院查清事实，撤销一审判决依法改判陈某某无罪。

辩护人：北京市京都律师事务所律师 宁永生

# 一场借款引出的风波

■ 朱娅琳 / 文

“朱律师，我就不明白了，借个钱怎么就犯罪了？怎么职务侵占了？他们抓人合法吗？朱律师，我们该怎么办？”听着家属操着一口福建普通话急切地抛出这一连串的问题，着实懵了一下。耐心倾听之后，我终于厘清了事情的始末。

事件的主人公叫张开族，福建人，与亲属合伙在天津开了一个恒鑫建材销售中心销售钢材。

2012年8月3日，浙江花园建设集团有限公司（以下简称“花园建设集团”）发文聘请何建飞为山东潍坊分公司负责人（以下简称“潍坊分公司”），何云飞（何建飞弟弟）为潍坊分公司承建项目“山东省潍坊市帝景国际”3号、16号、17号楼工程的项目经理。

2012年9月21日，经何建飞同意，何云飞与天津市恒鑫建材销售中心的张开族签订《钢材销售合同》，由张开族对山东省潍坊市帝景国际项目供应钢材。

2012年10月中旬，因潍坊分公司承建工程项目向花园建设借入的200万元款项即将到期，且工程项目其他地方也急需资金，何建飞向张开族提出借款300万元用于偿还花园建设集团及项目开支。双方约定借款期限为二个月，月息1角3分。但由于当时潍坊分公司的公章不在

## 朱娅琳律师简介



朱娅琳律师2004年起任职于中国企业家协会从事法务工作。2008年入职京都律师事务所，专项从事刑事辩护业务并致力于企业家刑事法律风险的防控以及职务犯罪、经济犯罪的研究。现为京都律师事务所合伙人。多年来其积累了丰富的企业法务工作经验和扎实的刑事法学理论基础，使其在刑事辩护领域得心应手，承办了“刘某”百亿元诈骗案；“曾某”诈骗案；“肖某”受贿案；“袁某”受贿案等国内具有影响的重大刑事案件，得到了当事人及相关办案人员的认可。

给张开族收了三分单（实为万元），据。

2012

堂弟分别

万元、100

2013

到期未能

云飞商定

前述同样

建材销售

货款。

鉴于

7月1日，

之一的黄

民法院提

团给付建

补偿金10

万元借款

月26日天

（2013）

事调解书

付钢材款

元。之后

东阳市公

“职务侵

元。之后恒鑫建材销售中心通过法律

东阳市公安局经侦查，认为张开族

罪，向东阳市人民检察院移送审查

元。

罪。

罪。

## 曾经多少次我都在想这样的问题：为什么法院会忽略本案中债权债务这一事实？为什么债权人讨债却过来了一场牢狱之灾？如果张开族没有被羁押一年零两个月，他会不会被判无罪？

采纳了辩护人的观点，在提起公诉时，变更罪名为帮助伪造证据罪。

虽然检察院仍旧提起了公诉，但这对于我来讲，工作已取得阶段性的胜利。因为认定职务侵占罪，420万的数额意味着将在三年以上十年以下获刑，对当事人的家庭和事业将是一场浩劫。而帮助伪造证据罪，相较于职务侵占罪是一个轻罪名，最高刑为三年以下有期徒刑，已经减小了对被告人的伤害，但这并不是辩护人的最终目标。因为变更后的罪名仍然存在诸多问题。

在民事、刑事、行政诉讼中，帮助案件当事人伪造证据，且情节严重时，构成帮助伪造证据罪。

首先，本案中恒鑫建材销售中心是一个拟制的人，所有的民事法律行为须通过其代表实施。张开族作为恒鑫建材销售中心的代表，与潍坊分公司签订《送货单》、借款300万以及为满足债权需要黄清峰作为恒鑫建材销售中心代表向天津市第一中级人民法院提起诉讼，在这一过程中张开族也好黄清峰也罢，其行为性质是相同的，都是恒鑫建材销售中心的行为。张开族伪造的送货单，即是恒鑫建材销售中心伪造，是当事人自己伪造，也就谈不到帮助当事人伪造一说。

其次，很显然张开族伪造《送货单》的行为是发生在借款时。在当时的情况下，花园建设集团作为浙江知名企业有潍坊若大的在建工程正常施工，恒鑫建材材料销售中心无需担心潍坊分公司的还款能力，况且钱是真金白银地借了，花园建设集团也实实在在地用了，有借就应该有还，所以制作《送货单》的目的仅仅是用以证实债权的存在，绝不是加害花园建设集团，让其承担莫须有的法律责任。

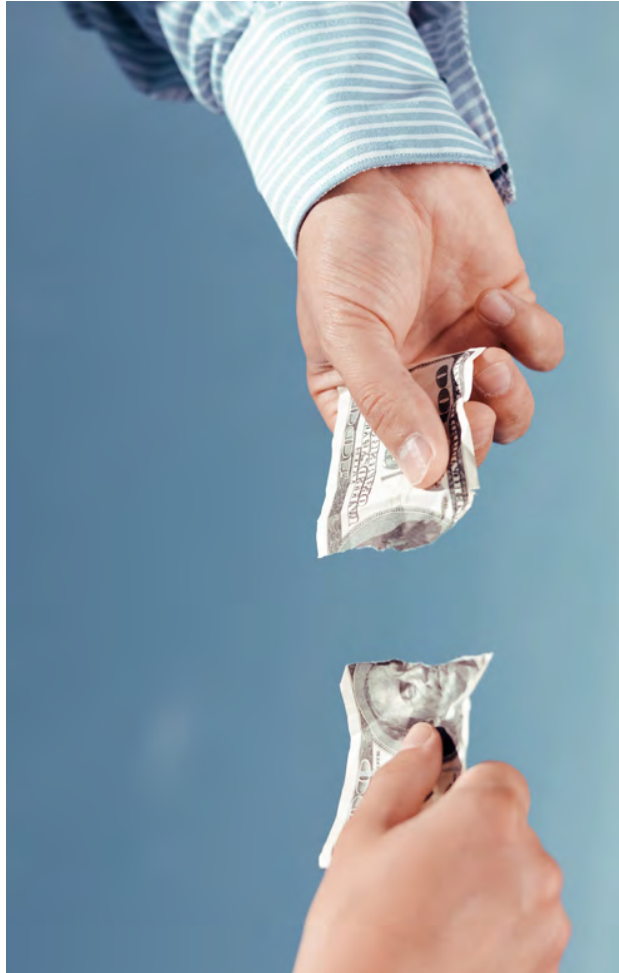
第三，本案中借钱的是花园建设集团，花钱的也是花园建设集团，最终花园建设集团也仅仅是偿还了恒鑫建材销售中心的本金及利息，并未因此支付额外的费用或导致额外的

侵犯到花园建设集团的财产利益。

庭审上，对于我的上述观点，有回应，整个庭审看上去在向着我有利被告人、辩护人似乎都看到了无罪的可能性。东阳市人民法院于2016年8月19日第1699号刑事判决书中。该判决书而是回避了何建飞为潍坊分公司用来归还潍坊分公司向花园建设集团所借费用这至为重要事实。简单地让何云飞及送货员郑开盛等人伪造过活动的客观公正性的现实危险，且于即使被告人何建飞、何云飞等人在中心也可起诉要求花园建设集团张开族构成帮助伪造证据罪，判决书执行以前先行羁押的，羁押一日自执行17日起至2016年6月16日止。

鉴于判决下发前两个月，被告确定的刑期已经执行完毕，故未判决功，方方面也都很满意。可是作为自己的努力改变了原来的职务侵占罪最终的判决结果感到遗憾、纠结！曾经多少次我都在想这样的问题：如果案中债权债务这一事实？为什么何建飞之灾？如果张开族没有被羁押一年零两个月，他会不会被判无罪？如果.....如果.....如果.....

司法改革的聘任重道



第三，欠债还钱，从古至今都是这个道理。由于潍坊分公司没有独立的民事主体资格，其法律责任应由花园建设集团承担，恒鑫建材销售中心收回借款本金，有法可依，有据可查。张开族作为恒鑫建材销售中心的代表不存在非法占有

一说。第四，恒鑫建材销售中心发现潍坊分公司逾期未还款后，向天津市第一中级人民法院起诉花园建设集团，最终通过法院的调解双方达成调解协议。恒鑫建材销售中心最终执行借款本金及利息共计420万元人民币。整个过程，恒鑫建材销售中心依据法定程序收回本息，并未利用何建飞、何云飞的职务便利，甚至与其职务没有任何关联。

第五，420万元的借款本金执行回来后，并未进入张开族的账户，而是进入恒鑫建材销售中心的账，张开族并未占有上述财产。也就是说张开族主观上没有职务侵占的故意，客观上没有实施侵占行为，花园建设集团依法承担民事还款责任，亦未遭受任何损失，所以张开族不构成职务侵占罪。在发现上述问题后，我及时地与办理案件的检察官进行了沟通，阐述了自己的观点，并将上述意见整理成书面文件提交给检察院。最初，承办案件的检察官认为本案事实清楚，证据充分，认定职务侵占罪不存在任何疑问，不同意辩护人的意见。之后，辩护人就钱款的去向、用途以及共同犯

是起诉，那么张开族是花园建设集团还是花园建设集团的员工，那是不是花园建设集团的员工，那是否构成职务侵占罪的行为？300万借款如果是被据为己有，那420万的问题不断地在我脑中浮现。案例探究究竟！

不断地阅卷、反复耐心倾听当事人回忆忽略了几个问题。

恒鑫建材销售集团的员工也不是其潍坊分公司张开族与何建飞、何云飞作为何氏兄弟与张开族从未就占有该款项。一直以来双方都围绕着怎么借这笔细节进行商谈。也就是说三个均不能构成本罪。

证人证言及被告人口供，恒鑫建材销售集团向花园建设集团项目付款，钱并没有进入张开族口袋，更没有非人张开族的腰包

## 京都刑事辩护研究中心成立仪式暨刑事辩护研讨会



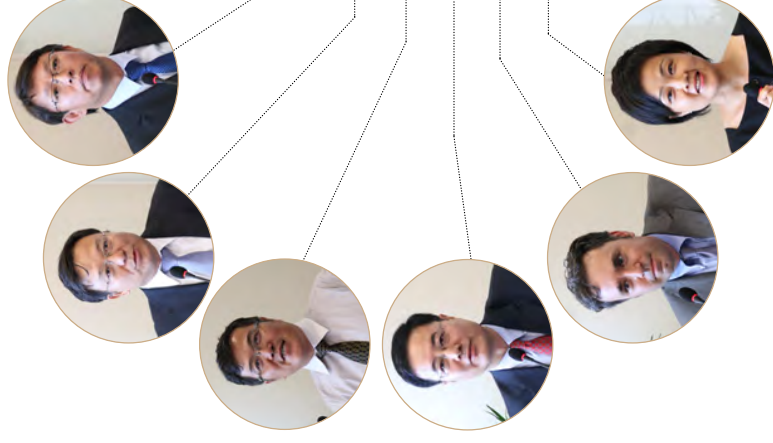
左：应松年、陈光中、江平、高铭喧、樊崇义、田文昌

# 刑事辩护研究中心成立仪式暨刑事辩护研讨会成功举办

8月27日，京都律师事务所新扩租的办公楼里热闹非凡，花香四溢，京都刑事辩护研究中心成立仪式暨刑事辩护研讨会在这里举行。法学界的五位泰斗：江平、高铭喧、陈光中、应松年、樊崇义和京都创始人、名誉主任田文昌律师一起为京都刑事辩护研究中心揭牌，业界众多知名的专家、学者、媒体、律师朋友们齐聚一堂，见证了这一时刻。

同期举行的刑事辩护研讨会更吸引了法律人的关注，与会专家、学者、业内人士分别就“律师的地位和作用”和“以审判为中心的刑事诉讼制度改革背景下的有效辩护”进行了研讨。

# 嘉宾贺辞



### 主持人

杨大明律师：京都律师事务所高级合伙人

### 致贺辞的嘉宾

杨照东律师：京都刑事业务部主管合伙人

王顺安：中国政法大学犯罪与司法研究所

虞平：美国纽约大学项目顾问

唐哲：耶鲁大学中国中心主任

邹佳铭律师：京都刑事辩护研究中心主任

## 杨照东律师：学习、学习、再学习是法律人的立身之本

各位专家、各位同仁、各位朋友：

大家上午好！

今天是个好日子，京都刑事辩护研究中心自今天起就正式成立了。首先我代表全体京都人对各位的到来表示热烈的欢迎和衷心的感谢！

三十多年来，随着律师制度的不断完善，律师在社会生活中的作用越来越得到广泛的认可。作为传统业务的刑事辩护，在推动我国法治进步及人权保护方面做出了不可替代的贡献。人们越

也给予刑事辩护越来越多的权益保障。

可以说，中国的刑事辩护已经沐浴到了法治的春风，社会已经给刑事辩护提供了大展身手的舞台。然而，刑辩之路却并非那么轻松易走，立法的不断更新变化，司法实践中层出不穷的各种问题，时时刻刻考验着刑事辩护师的智慧。有太多的东西需要我们去学习、去讨论、去研究。学习、学习、再学习，理论、实践，再理论、再实践，已经成为每一个刑事辩护律师必须的生活方式和工作方式。立身之

求。

大家都到了成立之初即刑辩学者风格，京辩实战能力和刑事辩护理论方面的都刑事业务博士才，同时在名才，同时在名持下，京都那业研过会



唐哲先生

力地指导了刑事辩护实践，也为国家的立法提供了不少有益的参考。客观地讲，京都刑事辩护队伍在理论和实践上已经具备了相当的功底。

正是在这种外部需求和内在条件兼具的情况下，京都刑事辩护中心应运而生。

京都刑事辩护中心的成立，绝不是为了一块招牌，京都人立志把它打造成一个真正的刑事辩护理论研究中心和人才培养基地，立志拿出实实在在的研究成果，培养出有真才实学的刑事辩护新人。

要实现这样的目标，除了我们自身不懈的努力，还离不开各位专家、同仁

一如既往的关怀与支持。

在此，我再一次代表京都人对今天来到现场和未来到现场的曾经给予京都帮助的朋友们表示衷心的感谢！

关于京都刑事辩护中心的具体工作安排，该中心主任邹佳铭律师将在后面做详细的介绍，我在这里就不过多耽误大家的时间。

最后，祝各位专家、各位同仁、各位媒体朋友顺心如意、健康快乐。祝京都刑事辩护研究中心春华秋实、硕果满枝。



王顺安：中国政法大学犯罪与司法研究中心主任

敬意，谢谢老师的老师们！我要郑重地以中国政法大学犯罪与司法研究中心的名义，热烈祝贺京都刑事辩护研究中心顺利成立。并预祝下午的研讨会圆满成功。

## 虞平：法律人要守住司法公正的底线

我今天非常高兴能有这个机会，亲自参与这样一个盛会，首先让我对与会的前辈们表示衷心的祝愿和非常衷心的感谢！他们的出席是对这个中心最大的支持。作为研究中心的最初策划人之一，它的成立使我感到非常高兴，同时我也代表纽约大学法学院对京都刑事辩护研究中心的成立表示热烈的祝贺！

我个人认为，京都所是中国刑事诉讼界的领军律师事务所，这些年来，京都人对中国的刑事司法制度有非常大的促进作用。我也见证了这个过程，和田文昌教授合作了将近20年，在从美国的法治经验中提炼出对中国有意义的方面上做了很多活动。因为美国是传统的英美法国家，所以存在一个误解，就是美国的经验对中国没有大的借鉴意义，顶多在理论上有一定价值，但实务上差别太大。但今年1月份，京都和纽约大学举办了一场刑事律师培训活动，非常好地展示了不同的文化制度和法制

制度已取得了之不易。虽然也有一些反思，但诉讼界的实务一定要坚守住国家最高领导这个底线。住这个底线。住这个底线。

虞平阅读了纽约大学法学院院长的致辞



虞平：美国纽约大学法学院院长致辞

律是工具，不是公正司法，是为了守住我们的权利。如果要做到这一点，接受当地的学习，接受当地的作用！

## 耶鲁大学中国中心主任Jeremy Daum（唐哲）先生发表



我今天非常荣幸有机会，代表耶鲁大学法学院来这里表示我们的敬意！在这个世界上任何一个国家，作为刑事律师要提供有效辩护都是非常困难的，美国也不例外，我在美国也做过的刑事案件的辩护律师，这也是我的亲身感受：当事人可能不完全了解当时的法律环境，没有办法理解我们作出的选择，法官可能认为律师是在浪费他们的时间，更不用提检察官和警察了，但无

## 加强刑事辩护理论的研究

论形式如何，我们都要为刑事法治和刑事辩护师的理论研究和实务升华这一宗旨而积极参与、努力工作。

京都刑事辩护研究中心有很多梦想，最现实的想法是要做好如下研究工作：一是要做刑事辩护理论的研究。理论是先导，没有伟大的理论，产生不了伟大的实践，包括中国天翻地覆的社会变迁和社会革命一样。研究中心要充分结合田老师将近30年积累的与中国国情相符的刑事辩护理念，做基础理论层面的总结、升华，助力司法改革的顶层设计。二是要将这些理念成果通过培训的方式推广出去，将先进的刑事辩护理念转化为刑事司法和刑事辩护的实践，为刑事辩护搭建一座理论联系实际的桥梁。在这两项工作的基础上，我们希望推动改变我国刑事辩护的梦想实现。

最后，我要对今天到场的以江平



# 律师的地位和作用



郭佳铭：京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任

美国纽约大学举行的法庭交叉询问技能培训，取得了很好的效果。以后我们会将这些活动持续地开展下去。再次，研究中心将不负几位老先生的殷殷期待，进行刑事辩护理论和规范的基础研究。同时通过召开研讨会的形式，让律师和专家学者有近距离的交流，让律师能够有渠道反映司法实践中的问题，不仅可以让学术研究更加面向司法实践中的现实问题，也能够提升律师的法律理念。最后，我们接受委托，针对律师执业中遇到的疑难复杂案件，邀请专家进行个案的研究论证。更重要的是，通过这个平台可以让更多法律的人发声，从而传播法治的理念和信念。

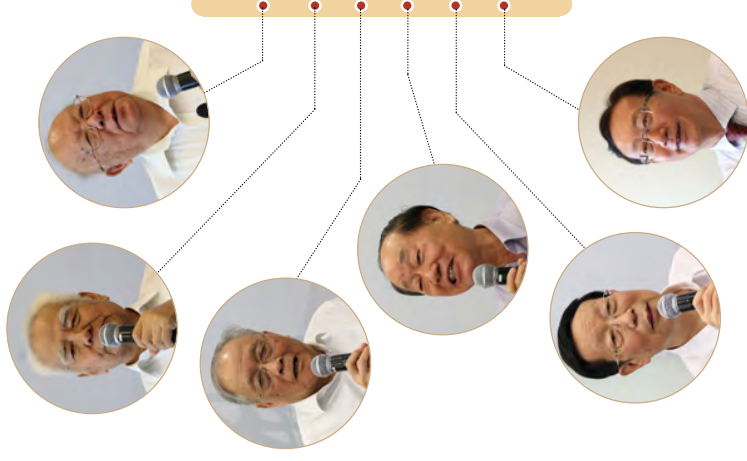
法治发达国家的实践告诉我们：推动法治建设的原动力不可能是政府自上而下的改革，而是来自于每个人权利意识的觉醒。只有公众权利观念的水位不断上涨，政府的法治意识才会不断增强，正是在这种政府和公民、权力和权利良性互动和博弈中才可能逐步实现法治，而律师正是唤醒和践行这种权利观念的先行者。我们意识到我们不仅仅是在为每个个案辩护，更是在社会中倡导和践行一种权利的观念。而正如哈耶克所言：“观念的转变和人类意志的力量，塑造了今天的世界。”今天我们很欣喜地看到老中青、公检法律齐聚一堂，为中国的法治建设发声。我们期待能创造更多这样的机会，为塑造法治中国的明天贡献我们点滴的努力。

京都刑事辩护研究中心是一个不设围墙的机构，敞开大门欢迎每一个人！我们将在微信公众号中公布相关信息，期待你们的关注和加入！

同仁：  
时大家放弃周  
会议，有的是  
是不顾高敏，  
及发声，让我

文昌老师的带  
坚持了二十  
涌现了“京都  
了一批高学  
师，形成了一  
重要的是，  
力立法”的精  
一些问题和思  
这也是今天  
研究中心的初

反映一个国  
又、限制公权  
职责，所以  
户律师是国家  
不可否认，我  
阶段，对于一  
么。比如说普  
么要为“坏  
司：律师有无  
包括今天下  
么是律师的  
一方面凸显我  
的薄弱，另一  
本法治理念的  
律师的定位  
所以我们首先  
身并不代表正  
一端，其作用



江平：著名法学家，中国政法大学终身教授  
高铭喧：著名法学家，北京师范大学刑事法律  
陈光中：著名法学家，中国政法大学终身教授  
樊崇义：著名法学家，中国政法大学诉讼法学  
应松年：著名法学家，中国法学会行政法学研究  
田文昌：京都律师事务所名誉主任，全国律协

## 江平：法律人要终身为公平正义而奋斗

上周中元节，我去呼和浩特呼格吉勒图墓前扫墓，当我站在呼格的墓前，作为一名法律人心中十分感慨：首先，我感到作为法律人的内疚。法律人是要终身为公平正义去奋斗的，为法治中国而奋斗的，这也是我们的承诺。中共十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》号召，

何正义可言，他也没有感觉到审判给他带来的公平正义，这终究是我们法律人的一大缺憾。其次，我觉得掌握公权力的公检法更应该感到内疚。因为，公权力行使的结果是将刀砍在了不应该砍的人身上。虽然世界上各个国家都存在错



差距。对此，更应认真反思呼格案件的升级案件而升。本案被调查，案中搜出大量。对此，我们上辱。

到。需强调，与民法关注公民事权利相比，中国的人权保障更多地不是在民事案件，而是在刑事案件，尤其是刑事辩护。刑事辩护，是关乎中国人权的重大问题，所以京都刑事辩护研究中心的成立，就很有必要。在此衷心地表示祝贺，并希望刑事辩护研究中心的工作越来越有成绩！谢谢大家！

## 刑事辩护律师面临双重困境

刑事辩护而言，最为深刻的是着京都市外户，名扬四。我国对律师直到改革开也逐步建立起。了三十多万。亲身体不。心，我一直十。辩护的重要作。户律师还面临部困境，刑



高格：著名法学家，北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长

如何破题内外困境？京都刑事辩护研究中心的成立就是很有益的探索，很有必要，我表示大力支持。既然作为顾问，我建议刑事辩护中心将来应侧重从如下三方面开展工作：第一，要做理论、理

念层面的研究。要对刑事辩护的基本理念进行研究，同时要将研究成果向律师、公检法机关和全社会推广。第二，要研究制度问题。律师制度本身就是一个重要问题，要把它放在法律职业共同体中展开研究，推动国家刑事诉讼结构改革，实现公平正义。第三，要做个案的研究。律师办案经验丰富，这是优势，要对疑难案件中的法律和证据问题进行规律性、科学性地思考、总结、积累。

衷心祝贺京都刑事辩护研究中心的成立！我相信京都律师团队的力量，相

## 陈光中：刑事辩护中的三大难题

真诚地祝贺京都刑事辩护研究中心今天正式成立！我希望并相信，这个研究中心能够把刑事辩护的实践与理论更好地结合起来，为我国刑事辩护理念上的更新、制度上的改革完善，起正能量的推动作用。

刑事诉讼的人权保障中，犯罪嫌疑人、被告人的人权保障最为关键，因为他面临公权力直接的追究，往往容易是滥用权力的受害者，甚至被刑讯逼供。刑事辩护就是要保护犯罪嫌疑人、被告人的权利，直接关系到人权保障和刑事案件的司法公正，特别是严防冤假错案的关键所在。我们在肯定改革开放以来的、特别是十八大以来，刑事辩护制度所取得进步的同时，也要面对现实，看到仍然存在的问题，主要强调如下三方面：

第一，刑事辩护率明显的偏低。我国的有律师辩护的刑事案件大概占到全部案件的三分之一，那也就是说有三分之二的刑事案件没有律师辩护，那如何保证维护这些犯罪嫌疑人和被告人的权利？刑事辩护率低不单纯的是律师数量不足的问题，很多律师不愿意做刑事案件，主要是因为刑事辩护难度大、收入低、风险大、很难实现自我。我最近发表的关于认罪认罚从宽制度的文章中，就建议，认罪认罚从宽的全部案件一定要有刑事辩护律师参加，法律援助要介入，否则认罪认罚很可能在一定程度上变成冤假错案



陈光中：著名法学家，中国政法大学终身教授

罪认罚从宽才能够真正坚持证明标准，防止错判。

第二，刑事辩护的执业环境使其很难完全发挥有效辩护的作用。这里，举两方面的例子：其一，非法证据排除难。现在要求严格非法证据排除，但实践中很难贯彻。最高法院牵头联合各部

建议认罪认罚从宽的全部案件一定要有刑事辩护律师参加，法律援助要介入，否则认罪认罚很可能在一定程度上变成冤假错案的高风险案件，因为只有律师参加，认罪认罚从宽才能够真正坚持证明标准，防止错判。

门出台关于非法证据排除的文件，但两、三年了，迟迟无法出台，主要问题就是不同部门标准不一致，很难达成共识。司法实践中，像疲劳审问等取得的证据，根本无法排除。其二，证人出庭难。据我所知，我国证人的出庭率，现实

基本没有到庭，最终决定案件定罪很为方有利，法庭，但法庭面的证言质证难，试问有交到有力保障，辩护律师在些被处罚的刑庭，最典型阻碍作证罪。烈的一个案件庭出示，公作，证人说么讲的。然后立案侦查了点：其一，前

假证言。主观故意上吗？其三，被抓捕，案件新。像这类案因考虑到后

## 初心，加强刑辩基础理论研究

究”二字，希望能够将短板补上。既然是顾问，今天就开始上任，我就这个研究中心今后的研究工作，提出两点建议：

第一，希望京都刑事辩护研究中心尽快组织力量研究，出版一本有分量的《辩护原理》。习近平总书记最近提出了我们要有文化自信，那么，辩护文化在中国的状况如何呢？十八大以来，特别是三中全会和四中全会，对律师的定位等问题，上层做了一个很好的设计，但落实下去却遇到很多困难，问题在哪里？人们在观念上还搞不清楚律师制度是一个好制度，还是一个为坏人说话坏制度。所以要尽快研究出版一本《辩护原理》，揭示出刑事辩护的正当性、科学性，让控辩平衡原则、无罪推定原则、无罪推定原则和人权保障问题等基础

本原理成为全民族的共识。

第二，希望研究中心要加强规范化研究，一是刑事辩护规范化手册，一个是法律援助规范化手册，特别是死刑案件中的法律援助标准。首要是集中力量，出版一本有分量的《刑事辩护规范化手册》，让任何一名刑事辩护律师拿到这本手册后，就知道如何入门，每一阶段应该做什么工作，如何做才是有效的辩护等，这是惠及全国30多万律师的大事。

既有原理，又有规范，接下来研究中心就可以按专题来展开研究工作。预祝京都刑事辩护研究中心能够成功且硕果累累！不要辜负各位老师的希望，更不要辜负了田文昌先生的初心。初心不忘，继续前进！

## 要有维护社会公平正义的使命感

义，首先对京研究中心表示祝贺，如果做得好，一研排头兵。

业环境还是然还有很长的季天已经开始律职业共同体法律职业共同和地位都在度也会逐渐完

师，我们要有维护社会公平正义的使命感，并把这种使命感带到律师执业工作中，至少就我了解的行政诉讼方面而言，要努力提高执业水平、能力和技巧，认真真做事，这样自然能大大提高律师在社会上的威望。

京都是全国闻名的以刑事辩护见长的律师事务所，成立这样一个刑事辩护研究中心，顺应了当前社会的现实需要。现实中，法律问题十分复杂，有的问题既是行政法的问题也是刑法的问

老百姓的反对实施强制拆除，一旦老百姓抵抗，就抓起来定个妨害公务罪。希望京都刑事辩护研究中心能够开展刑法与行政诉讼法的交叉学科研究，如可以进行行政处罚和刑事处罚衔接的研究，这是一个很重要的选题。现在刑事司法

面研究的还不够。当前研究行政处罚法的有关学者正在关注这个问题，行政机关希望大幅度扩大行政处罚的范围和深度，是否可行？行政处罚和刑事处罚的界限应如何划分？据了解，京都律师事务所在刑事辩护比较研究上已经与美国

## 田文昌：

## 京都刑事辩护研究中心——打造理论与实务相结合的高

今天是周末的休息时间，这五位学术界的前辈，坐在这里跟我们一起谈刑事辩护，说明了什么？我觉得，五位前辈者，是在为中国的法治呼吁，为中国人权呐喊，为中国的刑事辩护站台，是在支持我们刑事辩护律师和刑事辩护事业的发展！这种行动令人敬佩，令人感动！

这五位学术界的泰斗，不仅是用自己的行动在推进中国的法治建设，而且作为教育界的前辈，他们在培养学生、培养新人方面，一直在呕心沥血，不遗余力，直到今天还没有停歇！说起来，在座的五位都不是我直接的老师，但我而言，他们不是老师胜似老师，我向他们的请教，他们对我的指导，绝对不亚于他们自己的学生，甚至某种意义上超过了自己的学生。

同专业的就不说了，不同专业的江平老师和应松年老师，我经常向他们请教问题，他们都是不厌其烦、毫无保留地对我进行指导。就说写序，我的《辩护代理词专辑》是江老师写的序，江老师是在详细审阅了我的辩护代理词以后



田文昌：京都律师事务所名誉主任，全国律协刑事专业委员会主任

师先后给我写了两本书的序，第一个是1986年的《刑罚目的论》，第二本是现在在有50篇文章的论文集，也是通读了我的书，非得把论文逐篇看了以后才写的序，我都觉得过意不去了。现实中这样认真地书写序言的真是不多，单就写序言这么一件小事，就足以体现一种严谨再严谨的学术精神。

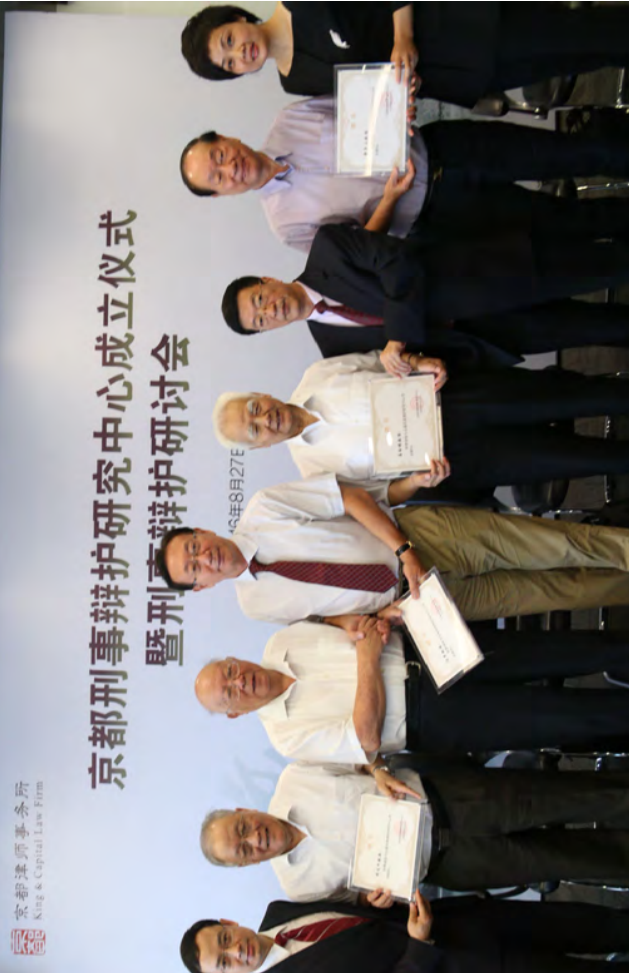
1980年，我在西北政法大学读硕士研究生期间，两位导师是周柏森教授和殷士彬教授，最让我感动以致于终生难忘

纽约大学取得博士学位，我也非常希望能够进一步深入下去。研究中心能够开

无私的博大胸怀，能够多方求教、轮番修书到名家的推荐下，我在国内应该法坛年里，每年一番推荐下，所有教授，北京大学、中国人民大学、中国社会等，一个都漏掉。这些都是心在这里，我也培养也是心里所以能够这样学来的，就没有发扬。带来的这种作

借此机会，希望各位前辈能够进一步深入下去。研究中心能够开

# 以审判为中心的 刑事诉讼制度改革背景下的有

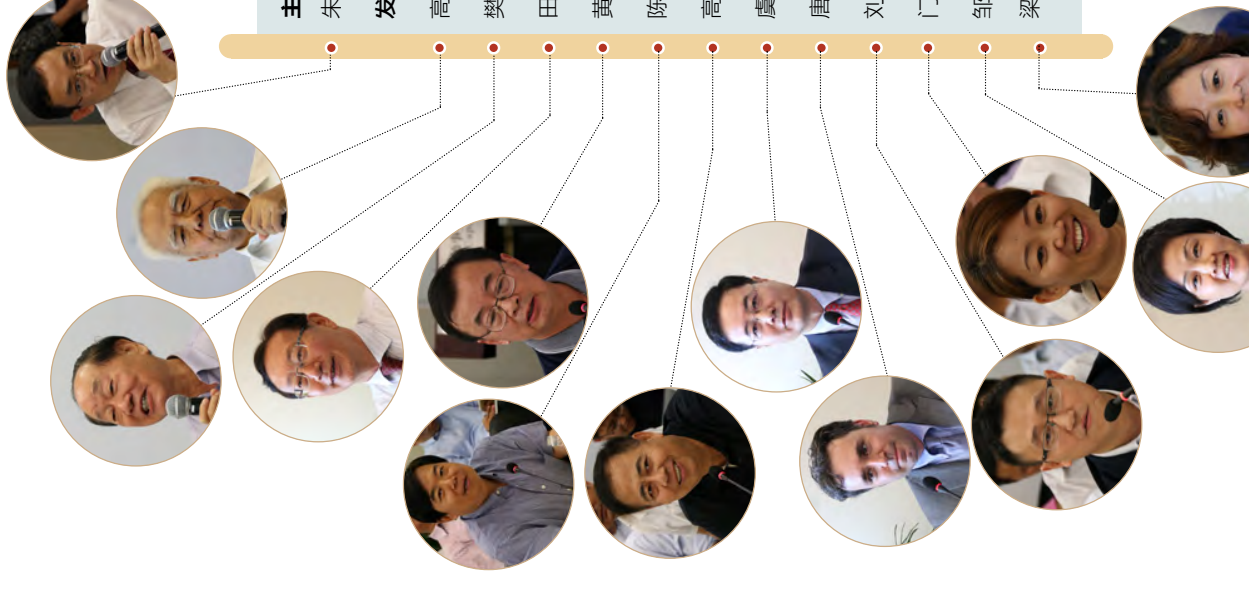


量案件之后，感觉收获胜利似读了一百本书。当我把自己亲自办过的案例搬到课堂上给学生分析讲解的时候，效果就完全不同了。后来随着体会越来越深入，我深深感到接触实践、用活生生的案例来充实自己，再把实践中的体会提升到理论层面进行研究，这样更有价值。

所以，我一直在强调个案推动立法的作用。律师在办理案件当中，把自己办案当中的体会加以研究、分析和总结和提升，同时提出立法修法的建议，提出司法改革的建议，这样就有了更重要的意义。我们不仅办了案子，不仅赚了钱，不仅做好了自我的事业，而且又推动了法治的建设，推动了司法改革的进程。京都律师事务所的绝大部分律师都是秉持着这样的宗旨来做业务，来发展

京都刑事辩护研究中心已是水到渠成。

现在研究中心很多，各种律师事务所和培训机构也很多，这是一件好事。我们现在成立这个研究中心，就是要实实在、扎扎实实地做实事，真正把理论和实践结合起来。我们一直在努力，想要将京都律师事务所打造成为一个理论和实务相结合的高端平台，中国也需要这样一个平台。所以，今天将五位学术界的前辈都请来指导我们的活动，这也是我们的机缘，是我们的幸运！希望今后研究中心的后续工作，能够得到各位前辈和其他专家学者一如既往地关注和支持！同时，也希望得到我们律师同行和新闻媒体等所有朋友的全力支持！在此谨向大家表示由衷的感谢！



## 主持人

朱勇辉律师：京都律师事务所高级合伙人

## 发言嘉宾

高铭喧：著名法学家，北京师范大学刑事法律

樊崇义：著名法学家，中国政法大学诉讼法

田文昌：京都律师事务所名誉主任，全国律

黄太云：中央政法委政法研究所原所长

陈瑞华：北京大学法学院教授

高贵君：最高人民法院刑五庭原庭长

虞平：美国纽约大学项目顾问

唐哲：耶鲁大学中国中心主任

刘毅强：国际法促进中心执行主任

门金玲：中国青年政治学院副教授，兼职律

邹佳铭：京都律师事务所高级合伙人，京都研

梁雅丽：京都律师事务所高级合伙人

# 是一份崇高的事业

钱很少，又是量刑问题，是，今天我参我们的律师还的发展，有很大的力量。是法律人里的硕士、博士、名牌大学毕业非常好。律师可以求助的疾苦、困难的案子里，

对社会做贡献这也是应该挣钱，律师对国家法治发展的。律师本只要这个会开得应该，不是可开不开议的，更不是尽排套话的。今天的会议是北京都刑辩研究中心成立以后开的第一次研讨会。这个研讨会的质量，在我看来是蛮高的。听了今天的会议，我非常满意，很振奋，自己也增长了很多知识。刑法离不开刑事诉讼法，定罪量刑要经过适当的程序。当然，刑事诉讼法审为中心。我之前发表了一篇文章，当时提出的初衷，主要是解决庭审程序实质化、质证形式化的问题。经过这两年的研究，已经开始转变了看法，以审判为中心不是以庭审为中心，以审判

如果没有刑法也不行，程序还是要为刑事诉讼解决实体问题，解决定罪量刑的问题，解决刑重、刑轻的问题，甚至解决有罪、无罪的问题。我认为研究中心可以把今天大家讲的意见再整理，积少成多，将来就是我们的研究成果。

感谢中心的成立，搭建了一个平台，让我也多了解一点程序的问题。有句时髦的话叫刑事一体化，我始终不否认刑事诉讼法的重要性，特别是证据法的重要性。做律师是最好的，你们既懂实体又懂程序，是最全面的。刑事辩护的律师，要精通刑法、刑事诉讼法。

我希望将来国家也能多出一些不仅在国内有影响力，甚至在国外也有知名度的名律师。中国是一个大国，现在有30多万律师，还不算多，数量上还缺很多。所以，律师事业还是大有可为。

研究中心成立后，通过不断积累研究成果，将来成为一个真正的智库，律师方面的智库。通过研究中心，我们把声音传播到各地，传播到全国，乃至国际。我也希望京都律师事务所成为全国的领军所，当然这个不能靠自己吹，要深入研究某些领域的问题，真正在全国起到引领的作用。



“牛鼻子”，一个是审判为中心，一个是责任制，要把这两个“牛鼻子”牵动起来，牵一发而动全身，这是一个系统的工程。

现在侦查权的问题是检察听公安

我们要团结一致，不要把以审判为中心制度改革，看作是一个庭审改革，这是一个系统工程包含公安、检察院、法院和律师四大主体，辩护律师是四大主体之一，要把律师提到一个监督制约的作用。

这些情况大家都非常清楚，可是怎么解决这些问题呢？这个体制上的问题如果解决不了，怎么能实现有效辩护呢？

这是一个重要任务，从顶层设计，到每个法律人都要思考这些问题在中国如何一步一步解决。以审判为中心诉讼制度的改革要分三步走，第一步是解决以庭审为中心的问题；第二步要解决公检法，包括辩护权的职权优化问题，这个优化问题我认为着重就是要解决对侦查权的制约问题，对警察权力制约的问题，包括自己立案、自己侦查、自己逮捕、自己采取强制措施，所以庭审为中心解决完了以后，第二步就要解决职权的优化问题，说白了就是对人权和物权的司法审查问题。法院要介入审前程序，要解决各种强制措施的使用问题，包括秘密侦查问题、技术侦查问题；第三步，完成前两步以后，远期规划就是要启动刑事诉讼法第三次大修。新刑事诉讼法的修改，现在初步的模式，我个人的看法，就是要贯彻以法院为中心，以审判为中心，侦查起诉都要为审判为中心。我认为这个东西虽然没有形成主要的意见，但是在一些大会上，已经把这个问题说了。我非常高兴看到以审判为中心的制度改革，已经从以庭审为中心，发展到对整个诉讼机制的改革。这就是我希望诉讼法一辈子要解决的问题。

我希望大家要有这样的信心，把这个

把以审判为中心制度改革，看作是一个庭审改革，这是一个系统工程。这个系统工程包含公安、检察院、法院和律师四大主体，辩护律师是四大主体之一，要把律师提升到一个监督制约的作用。我们要研究在刑事诉讼制度上，律师怎么样来制约，怎么样来监督。优势的公安，强势的检察，弱势的法院，律师如果加入到这个队伍，这就更好了。

那么，在当前这个阶段，我们要解决以庭审为中心，我们的辩护也要有三个转型。

## 第一个转型，一定要从非理性的辩护转向理性辩护

所谓理性，就是恪守职业，充分发挥职业精神。同时，要尊重司法规律，尊重科学。比如，什么叫排除合理怀疑，标准到底是什么？这个问题谁也说不清楚，为什么呢？因为要综合全部的证据，再加上你的经验判断、逻辑判断，最后才是你的自由裁量权。你要拿出证据来评判，所以律师们也要学习一点马列主义的认识问题，这样才能使辩护走向科学，走向正当性。另外还要尊重我们当前生存在的法治环境，要从现实法治环境出发来搞好辩护，不要一碰到

底、碰死为止，这是没有前途的。

## 第二个转型，要从对抗走向协商

原来我既有接受这个观点，最近我

的诉讼，诉讼性的诉讼，诉讼性的一种是权力诉讼，一种是权力诉讼，权力诉讼的对

有一个定义，功夫是用在法官和律师的沟通

谈判能力。我说教科书上怎么说这个技能，这个技能，要解决这个问题，要会沟通，要走向协商，要有利，我就先把握住。

## 第三个转型，保护向多元保护

这个多元，大概有10多个不同的阶段者各有多元保护，如果能多判由中心的

## 辩护需先解决两个前置条件

上我们国家有

攻辩护的要素  
体现在律师  
上没有以真履  
当然同时也包  
有两个前置条  
一个是权力对  
没有办法去行  
施限制你，就  
力对辩护权的  
这是一个限制

是法院对辩  
中以审判为中  
真正实现的情  
观和排斥。有  
说田律师你  
我没有办  
难题。你说多  
小话，因为他

也无奈。所以当辩护权未能成为审判工  
作和法官的切实需求的时候，就会受到  
漠视和排斥，只有当它真正地独立了，

而且与责任挂钩了，就是当一个错案的出现，和法官的责任挂钩的时候，当法官为了避免自己的责任，必须主动寻求律师有效辩护的时候，这样的辩护权才  
能是受尊重的。我当仲裁员裁决案子的  
时候，就特别希望双方律师都说得越充  
分越好，否则不敢下这个裁决，下了裁  
决，我担不起责任。当法官有这种心态

的时候，独立审判了，又有责任追究的  
风险跟在后面，他肯定会非常急切想听  
一听律师的发言，以保证判决的公正  
性。

所以这两个前置条件非常重要，四中  
全会以后确实从顶层设计上有很大的  
进步，有很大的突破，比如命令限制权  
力干预，发了一系列的文件，中央政法  
委也有文件。如果能够真正避免权力的  
干预，第一个前置条件会减少很多。但  
是可悲的是，到今天为止，文件虽然出  
了，还是不起作用，我在开庭时候经常

遇到这样的问题。虽然有文件出来了，  
虽然上面的调子也定了，但是下面有这  
个惯性还在继续往前走。还一些法官和  
法院甚至还在主动地寻求干预，他不敢  
担这个责任，因为习惯了，生怕有些领  
导或某些权力部门提出责难。一个是被  
动接受干预的惯性，同时也还有积极主  
动寻求权力干预的现象。所以虽然文件  
发了，还不起作用，可能还要有一个过  
程。

第二个问题，以审判为中心，提出  
了那么长的时间，我去年还发表了一篇  
文章“审判中心主义的实现与保障”副  
标题是“迟来的回归”。30多年，才提  
出了审判中心主义，这只是一次回归，  
不是一种创新，可是至今还是回归不  
了。刚才讲了由于很多其他的问题没有  
解决，包括体制问题没有解决，侦查中  
心主义的问题还没有解决，审判中心主  
义还是停留在口号上。所以，我认为必  
须从根本上解决有效辩护的两个前置条  
件，我们才有可能去深入讨论和推动有  
效辩护的问题。✎

第二个问题，以审判为中心，提出  
了那么长的时间，我去年还发表了一篇  
文章“审判中心主义的实现与保障”副  
标题是“迟来的回归”。30多年，才提  
出了审判中心主义，这只是一次回归，  
不是一种创新，可是至今还是回归不  
了。刚才讲了由于很多其他的问题没有  
解决，包括体制问题没有解决，侦查中  
心主义的问题还没有解决，审判中心主  
义还是停留在口号上。所以，我认为必  
须从根本上解决有效辩护的两个前置条  
件，我们才有可能去深入讨论和推动有  
效辩护的问题。✎

不是以专业的法律素养，尽职尽责为当  
事人做到了所能做到的一切。如果感  
到了，即使结果不理想，当事人仍然感  
激你为维护他的合法权益所做的一切，  
这就是有效辩护。另外，有效辩护还体  
现在法官、检察官内心对律师专业素  
养、敬业精神的钦佩。这都需要我们律  
师苦练内功。

第三个问题是能辩护，这也是当前  
迫切要解决的。现在律师的执业大环境  
还不是很好，还有很多可以改进之处。  
律师缺乏一个施展才能的舞台和空间。

以审判为中心的诉讼制度改革不应该仅  
仅限于庭审制度的改革，实际上对侦查  
阶段和审查起诉阶段同样提出了一系列  
的要求。

我们现在的诉讼模式，实际上是  
以侦查为中心的模式，这是在实践中形  
成的。比如，具体在案件中，如果侦查  
机关下了结论，律师提出是非法定据应  
该排除，检察机关不但不敢排除，反而  
还作为起诉或判决有罪的依据，这实际



■黄太宇：中央政法委政法研究所原所长

上就是侦查机关的结论已经制约了这个  
案件的走向。这就是以侦查为中心所带  
来的一个弊端。如果对侦查活动不加制  
约，如果不改变这种办案的理念，出现  
冤假错案就是必然的。

当然，我们律师也要注重在侦查阶  
段或者审查起诉阶段收集证据，不能把  
主要的力量都集中在法院的审判阶段，  
在法庭上滔滔不绝发表辩护词，而是

约关系外，控  
住、取保候  
封、扣押、  
谁决定，谁  
司法审查，  
一个案件刚  
查封扣押冻  
立审判权，  
机关通过  
夺，来挟持对  
义苦衷由不  
的。

## 陈瑞华：侦查中心主义、法律监督中心主义阻碍有效辩护

### 护急需解决的三个问题

他要不要请律师，他拒绝了，因为他想  
在审讯阶段获得一些人道的待遇。

从司法改革的角度来看，提高辩护  
率，需要加大法律援助的力度。但是，  
更重要的是要提高侦查阶段的辩护率。  
辩护权是公民人权保障的一个基本权  
利，不是谁可以赐予或剥夺的，这个理  
念如果不深入到办案人员的心理，要提  
高辩护率恐怕很困难。所以有辩护是

高水平的辩护，要求律师对法律条文要  
有深刻理解和，能很好地把握立法精神，  
有尽职尽责的职业道德。法律规定了律  
师的辩护权利，比如会见、阅卷、调查  
取证，跟办案部门沟通等等。但是，  
有些律师可能会讲，现在调查取证太难  
了，不能以无罪辩护是否被法院采纳来  
评判是不是有效辩护。我个人希望是从

今天下的题目是以审判为中心视  
野的有效辩护，其中有两个关键词一个  
是以审判为中心，一个是有效辩护，这  
两个词都是沉甸甸的。

### 一、真正地审判中心主义改革要 突破两大核心问题

以审判为中心是目前中国司法改  
革一项重大的议题，当初提出这个议题  
的时候，绝对不是今天界定的庭审实质  
化。这种改革的思路是学借鉴了西  
方，在我国公安机关、检察机关侦查  
的。

须突破如下两方面：

#### （一）破除侦查中心主义

公检法三机关分工负责、互相配  
合、互相制约的体制，是我国刑事诉  
讼，乃至刑事司法体制的一个黄金原  
则，是写入宪法的。这个原则确定了中  
国特色的司法体制的同时，也带来了沉  
重的包袱，乃至灾难，它最大的问题是  
三机关分工负责、互相配合、互相制约  
的制度，必然造就侦查中心主义的格  
局。在我国公安机关、检察机关侦查

提前跟办案机  
律师的专业前  
养以外，如何  
门技能。

有些律师  
如法院以案件  
为审判的依  
出庭的问题，  
查取证难等  
庭。新三难  
法庭辩证难  
出庭难、陪  
查难等等恰  
果这些问题  
护？

很可尊重  
院、公安部  
益，为律师  
一个前所未  
高，所以我  
问题会逐步



## 高贵君：律师尽职尽责做有效辩护

被告人获得有效辩护还是比较稀少的，除死刑案件外，很多案件是没有辩护的。即使有辩护律师的案件中，能够真正做到有效辩护的也并不多。有的案件辩护律师提供的辩护词只有两页纸，对案件事实、证据和法律适用等都没有下功夫，基本上都是套话。真正踏踏实实做案子，根据被告人提供的线索去调查取证，然后向法院陈述辩护意见的，并不是特别多。这种现象跟刑事案件收费有很大关系。那么，怎么能做到有效辩护呢？还是得从律师的尽职尽责出发，律师做案子不是为了博名声，要摆事实、讲道理，要抓住辩点，从证据、法律上进行辩护。不见得被告人无罪或案件获得重新处理才是有效辩护，能够

审判中心主义要逐步实现，当前谈全面审判中心主义的时机还尚未成熟，现实地先考虑推进以庭审为中心的实，而审判中心主义可以作为法律人的一个远景目标，不断努力追求之。因审判中心主义的实现触及深刻的体制问题，只有从国家制度设计层面而做大的调整，重新设定公检法机关之间的权力配置，审判中心主义才能实现。另外，庭审中心是观念的转变、制度设计的转变，因此现在提庭审中心主义比提审判中心主义面临的公安机关、检察机关的阻力要小。

当前谈有效辩护问题，同样要立足于现实，还不能在审判中心主义的模式下来探究。就当前的刑事司法实践看，刑事诉讼制度的设计，应该是理性的，而不是拍脑袋的事情。比如美国的制度，与其说是设计出来的，不如说是发展出来的。美国刑事诉讼制度是从英国借鉴过来的，传承到现在，中间有了无数次的改善和改良，甚至是革命性的改变。

美国宪法修正案200年前就规定，每个人都有权获得辩护，但真正实现是在上个世纪50年代后期，因为国家必须要配套提供相应的资源，个人才能获得帮助。中国现在刑事辩护率这么低，本身就反映了犯罪嫌疑人没有获得必要的法律帮助，没有得到有效的辩护。

## 虞平：司法改革要提供能保障公正的公共产品

到今天为止，行政权的任意性是非常大的，而前写博士论文的时候，就研究了一个问题，就是西方现在的行政权有理性化的倾向，现在行政复议都是理性化，这是为了限制行政权的任意性，反过来我们司法本来应该就是理性化的一个过程，却又变成一种行政任务。这是一个非常严重的问题，不符合人类共同的政治文明，不符合这个基础上的制度正当性和公正性。

我个人也见证了中国的刑事司法制度的改革，目睹了很多法律人内心的挣扎。一个制度设计是基于一个多元的立场，要能容忍不同观点，然后在这个基础上建立

度和环境，给律师的执业创造基本的执业条件。今天很多的制度、规则是不利于律师的执业，律师无法展开有效的辩护，所以出现了有效辩护难，乃至无效辩护的问题。这跟体制制度和程序设计有直接的关系。如证人出庭制度是明文写在刑事诉讼法中，但细看法律的规定，法官通过自由裁量可以让任何一个证人不出庭，也不违法。这样的例子还有很多，在此不赘。在这样的一个法院享有无限自由裁量权的体制下，律师的申辩权几乎可以被无理驳回的环境下，律师做不到有效辩护。

### (二) 律师本身尽职尽责的保障

律师本身要尽职尽责。今天的刑事辩护已经到了需要重新整合，重新反思的时候，因此刑事辩护研究中心，有必要研究在现有的体制下，如何挖掘潜力，为客户提供最优良的服务。当前我国的刑事辩护可谓困难重重，例如刑事辩护观念极其落后，刑事辩护的职业伦理操守令人堪忧。现在很多律师竟然还在强调独立辩护人理论，应该说这是律师作为国家法律工作者时期成就的执业伦理，而从世界范围内看，忠实于客户利益是最高的执业伦理，如果这一点做不到，又谈何有效辩护？

总之，要想在中国实现有效的辩护：一方面我们需要推进司法改革，改善律师的执业环境，让整个制度更为科学、人道和人性化；另一方面，我们律师本身也需要反思，如何实现高质量的辩护，如何实现辩护制度的转型。过去那种大辩论会式的辩护模式，已不合时宜。今天辩护的形态已走向多元化，辩护的阶段逐渐前置到侦查、起诉和审判前阶段，出现了大量妥协性辩护的形态，需要律师去沟通，去协商，去谈判，去交涉，去妥协，去维护客户的最大利益。



陈瑞华：北京大学法学院教授

我国1982年宪法规定了被告人获得辩护的基本原则，所以在上个世纪80年代中后期以后，我们国家整个法制理论开始强调刑事辩护律师帮助权，比如法律援助制度建立起来，比如律师的会见、阅卷、调查权逐渐得到强化。但近几年，我们意识到光靠保障被告人的律师帮助权是不够的，即便有律师帮助，辩护效果并不尽如人意。比如无罪辩护基本上是无效的辩护，根据最高人民法院的工作报告，2015年的无罪判决是1142人，其中自诉案件占了三分之一左右，公诉案件无罪判决也就六七百件，而我们整个刑事案件的总字数突破了120万件，我国的无罪判决率应该是全世界最低的。再比如非法证据排除在实践中陷入困境，有些地方陷入绝境。从成文法上看，我国的非法证据排除规则，不比美国差，不比大陆法系国家差，根本问题不是法律条文的问题，是整个制度环境和体制问题。就此背景分析，在当前从美国引进有效辩护的概念，是切合中国刑事辩护实际的。总体而言，有效辩护在中国的实现，要有如下两个基本的保障。

### (一) 良好的司法制度环境保障

不能够把责任都推给律师，有效

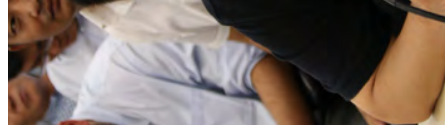
平性问题。听主义

辩护权，这是又，举证权，人一等的地拿在刑辩里面判，只要是检开庭，而被告0%的二审不再审抗诉的，事人提起申问在公诉权的垄断地位的体平等对抗，

还是法律监督的最大敌人。不仅监督公还可以监督法上的。检察机关什么诉辩平什么谈什么法官，是合议辩护的艺术又比，如果法官成性，事事受审判流于形人，要想真正要激活中国的成，实现审判

### 辩护要做到

本土概念，户制度经历了言人有权获得



高贵君：最高人

从被告人的利和论，切实维护辩论，这都是有效辩护



到今天为止，行政权的任意性是非常大的，而前写博士论文的时候，就研究了一个问题，就是西方现在的行政权有理性化的倾向，现在行政复议都是理性化，这是为了限制行政权的任意性，反过来我们司法本来应该就是理性化的一个过程，却又变成一种行政任务。这是一个非常严重的问题，不符合人类共同的政治文明，不符合这个基础上的制度正当性和公正性。

我个人也见证了中国的刑事司法制度的改革，目睹了很多法律人内心的挣扎。一个制度设计是基于一个多元的立场，要能容忍不同观点，然后在这个基础上建立

本土概念，户制度经历了言人有权获得

## 户在美国也是个难题

可以理解为法律援助律师是没有足够的时间去准备的，有的是开庭前五分钟才认识他们的当事人，这样的情况下怎么可能提供一个有效的辩护？

去年美国有140个案件，因为是冤假错案，都被推翻了。当然错案被推翻了，这是一个好事，但是被定罪的人平均坐了12年的牢，案件才被推翻了。这些案件中，有58个是杀人案，都是重大的案件，但还是错判的，虽然他们也有辩护律师。所以美国是有辩护的，但不一定能说是有效辩护。这些被推翻

案子中，其中有75个案件，根本没有案件的 facts，没有犯罪的发生，但是他们还是被判罪。

我提这些是想说虽然美国的制度比较健全，我们也比较信任法院，有法律文化，法律意识也比较强，但还是有这样的问題存在。所以虽然我们的国情不同，但我们追求的目标是一样的，我们都希望有一个公平、公正的司法。只有包括辩护律师在内的整个系统改善了，才能达到这个最终的目标。



## 要对专业、职业充满自信

柬埔寨特别在国际法庭见到的律师都具有很强的地域化特征！一个共性的职业、职业的身体上体现得中国刑事辩护都非常优秀，他们对中国社会、法律制度 and 刑事辩护价值的认知都非常透彻。我国的律师生存在一个比较艰难的环境里，但因为律师们具有这些优秀的品质和潜力，将来就会有无限的可能，对这一点要充分自信。其二，联合国特别法庭审理的刑事案件中，每个被告人都会有一个国际律师一个当地律师辩护。联



刘毅强：国际法促进中心执行主任

合国每年要花几百万在这个柬埔寨特别法庭，这些钱不见得用到最需要的人身，初步觉得这些钱花得不值，但仔细思考，可能这就是文明的意义，是在追求程序所带来的公正。我们应该看到这

## 门金玲：审判中心主义是庭审中心主义的内在应有之义

庭审中心主义意味着所有的裁判结论都来自于法庭，这是整个审判中心主义的改革最终要达到的目标。但当前的改革似乎是反过来说，这是一种实践的智慧和。审判中心主义在改革上包容度更大，需要触及到最根本的部分，包括侦、控、审三机关关系的重新建构。然而当改革触动到权力分配时，会遇到强有力的抵制甚至压制。因此，当前的改革就更多的是从庭审中心主义着力，但审判中心主义是庭审中心主义的内在应有之义，这样慢慢地就可以削弱纵向构造，最终走向审判为中心。

西方国家可以用量化的标准对一个律师的作业进行量定。如果律师没有会

见当事人，在法庭上没有一个关键证据提出来，或者根本没有去调查，量积累到一定程度就可以定性为辩护无效，可能会引起重审等法律后果。但我国的有辩护和西方国家的概念不能做到平等对话，我们只是给律师提了一个有效辩护的概念，但如何衡量，会承担什么后果尚不确定，远未达到西方国家制度水平。我们现在的有效辩护主要就是就两个层级而言：第一，律师在辩护时，只要把该主张的实体问题和程序问題都充分说明了，就是有效辩护。刑事辩护的价值并不是把所有冤案都翻案，而是监督公权力依法运行，不能胡来。第二，在此基础上，刑事辩护律师要做



门金玲，中国

与法官或通能力，用自

## 邹佳铭：平等、及时的司法环境是有效辩护的前提

有效辩护，是当前阶段非常热点的主题。关于这个主题我想谈三点：

第一，有效辩护的前提是存在一个平等、及时的立法、司法环境。美国有无效辩护制度，但这与中国的有限辩护制度还不能说是正反的两方面。美国已经形成了一个相对稳定公平的司法环境，所以如果律师提供的法律服务没有达到效果，或者说律师的辩护质量低，那是由于律师不尽责等个人原因。但在中国还没有客观的司法环境，有太多影响辩护结果的因素，是律师不能够控制的因素，所以不能以结果来判断是否有效的辩护。当前探讨的有效辩护更多是从

到的是平等、及时和有效的辩护，这三者之间是有逻辑关系的。我理解平等和及时是有效的前提。而平等和及时并不只是律师一个人的问题，要看立法和司法环境是否给律师提供了平等帮助、及时介入的条件。在这两个条件满足的情况下，再来谈辩护是不是有效的。在欧洲，有专门的评估机构来评估一个国家是否提供了有效辩护所需的立法和司法环境。

第二，刑事辩护乱象是由客观环境催生的。当前刑事辩护律师自身的一些问題是客观存在，但为什么民商事和非诉领域的律师问題没有这么突出，

催生的。按照是由市场需求就会生产出生事辩护律师存在但这对案件那么这名律师辩律师对出各名辩衰，那是因为我们专业的商业性的律师，之反应场有需求，这量规模。有后选择不停得在这个

高的原因是因为刑事辩护律师素质差吗？我

潮流。那么，主动或被动地去加强业务素养，然后再努力通过自己的专业能力去赢得有效辩护。

第三，刑事程序权益的保障也是有效辩护的重要内容。有效辩护不光是实体上的结果，更是程序上的结果。有效辩护的标准并不是胜诉，或者辩护意见

为法官采纳，保证刑事程序的每一个环节都能依法推进，被告人和辩护律师的权益都依法主张了，也是有效辩护的体现。这里的程序并不仅指庭审程序，有效辩护应从法庭延伸到前置阶段，尤其是公安机关的侦查阶段。



剑，尤其是言词证据不稳定性带来了更大的风险。面对这种情况，我们不能就不去调查取证了，而是尽量减小取证的风险。京都律师事务所的做法是，一是至少两名以上的律师一起取证；二是取证的时候都带着所有录音、录像设备，记录整个调查取证的客观过程。其三，刑事辩护律师工作中要注重、完善沟通方法。沟通不是勾兑，律师在沟通过程中如果能够本着对当事人负责、对相关机关工作人员负责、对自己负责的态度进行，就能够降低沟通的风险，提升沟通的有效性。

由于体制和制度设计方面的因素，当前我们要坚持有效辩护确实存在很多困难，如会见难和非法定证据排除难等。这都是现实的，不可回避的，但我们应该意识到自己作为律师的社会责任，在面对困境的时候，我们不应该总是去埋怨相关部门的问题，而要反思我们是否有积极与相关机关沟通，表达诉求，引起关注，尽到监督社会的责任，引导相关部门在改革的过程中逐步解决问题。我们对司法改革还是要满怀信心，要积极地参与，履行监督职能。相信在我们

## 辩护律师要注重沟通方法

辩护时，经意见是否被采无罪罪等，这跟户是截然不同去体系，所以有效，工作是可否可信，判断良，甚至决定



梁雅丽：京都律师事务所高级合伙人

二，律师调查取证中降低风险的策略。律师享有调查取证权，但刑法第306条规定就像架在律师头顶的达摩克利斯之



# 酒后戏言还是招摇撞骗

## ——一起被控招摇撞骗罪的成功辩护案例

■ 郭庆 / 文

2014年11月5日，京都律师事务所郭庆律师、相憬晶律师在律所的贵宾室，听取了书画家魏君（化名）的家属和朋友所能知悉的案情片段介绍，经过认真梳理、分析后，初步判断此案具有很大的辩护空间，接受了魏君亲属的委托，作为魏君的辩护人，从侦查程序开始介入，展开了刑事辩护律师的代理工作。

## 案情简介

魏君，男，现年49岁，硕士研究生文凭，被捕前系北京市某文化传媒有限公司董事长，住北京市石景山区某小区。

2014年9月因涉嫌招摇撞骗罪被北京市公安局石景山分局刑事拘留，羁押于石景山区看守所。同年10月被北京市石景山区人民检察院批准逮捕。

2014年12月，石景山公安分局侦查终结，移送至检察院审查起诉。

北京市石景山区人民检察院受理后，听取了辩护人和被害人及其代理人的意见，期间退回公安机关补充侦查两次，延长起诉期限两次。

2015年5月，检察院提起公诉至北京市石景山区人民法院。《起诉书》称：“经依法审查查明：2013年，被告人魏君与被告害人胡亮（化名）经人介绍相识后，多次虚构自己系中央直属机关书法家协会成员的身份，使胡亮认为其是中共中央直属机关工作人员。同年10月，魏君在其位

信任，于同年12月18日向魏君账户汇入人民币二百万元。并非中共中央直属机关工作人员魏君退回其投资的二百万元退还部分钱款后胡亮报警。魏君被民警查获。”

## 控方认定的

控方提交给法庭的证

一个事情经过：2013年2月，胡亮从南位姓章的朋友带去吃饭，介绍里“有能量的朋友”，其间，魏君当众自我介绍说他书长（据胡亮报警笔录）；此后几个月的时间里

办事，每次来都联系魏君闲谈、吃饭。直到10月，胡访。魏君跟他提出，他打算网“朗月音乐平台”，依照定只赚不赔，希望他也投资200万元。

12月，胡亮将200万元账户。

2014年4月，胡亮的一“中共机关的通讯录”

一部分后说没钱了，胡亮报警。

## 律师了解到的事实

，律师前往看守所会见魏君21次，并向他了解案件事实。经过大量耐心细致的工作，走向能够产生重大影响的事实渐渐浮出水面。

游广泛的书画家，魏君认识不少各行各业一批朋友设立了华浩公司，是著作权维护，正在寻找资金，魏君很看好这个项目，并参与管理，还请身边的朋友，包括小我投资人。小章把这个信息告诉了小靳，知道他手头有不少资金正在寻找好项目，。胡亮为此专程前来北京谈项目，这样四个人第一次见了面。当时小章向胡亮介绍，书画家，我们都叫他魏老师。并没有任所谓的“中直机关副秘书长”。

甚欢，对项目投资一事一拍即合，魏君很华浩公司，3个月之内，胡亮投资2000万公司的董事长，魏君任执行董事。因为胡亮办公，就委托魏君代为全权处理公司的一

在同一公司共事了半年之后，魏对胡说，这个项目平台再创建一家公司，叫“朗月望胡再投资200万元，胡答应了。因新公执照，就先将投资款打入了魏君的个人账。因为投资款如何使用等问题，二人产生魏君渐渐不满，遂告知魏君自己不想投资’了，让魏君退还投资款，魏君也同意，《关于胡亮投资朗月音乐平台项目支付资（以下简称“处理意见”），确认了退还。但因为已经产生了租用办公场地、网站

投资款几乎已经花费殆尽，魏君并未如期退胡亮找上门威胁魏君未果之后，便报警

国家机关工作人员给编了。本案由此重

## 郭庆律师简介



京都律师事务所高级合伙人、律师，执业领域主要为涉外民商事纠纷解决和涉外刑事案件。郭庆律师能用熟练的英语工作，担任数家外国公司、外资企业法律顾问，承办了大量涉外公司业务，及国际民商事纠纷解决方案，积累了丰富的涉外业务经验。

魏君说在警察讯问他的过程中，他多次说到他与胡亮的认识经过，而且说小章和小靳都可以作证，但警方未做记录。

关于魏君自称中直机关副秘书长一事，魏君承认，自己的确有一次酒后戏言，说自己的书画水平完全不逊色于中直机关书画家协会副秘书长，因为他被某中直机关聘为外聘画师，参加过中直机关的书画比赛；但他从来没有说过自己是中直机关副秘书长。

## 律师搜集、调取的证据

从警方搜集的证据和律师获得的事实线索看，有几个关键事实有待印证：

正是由于司法实践中，存在不合理的政绩观和考核要求，导致该案当事人魏君尚有“不明不白”的疑惑，不敢贸然提起国家赔偿申请，律师也因为一起法院本应该以“事实不清，证据不足”宣判无罪案件，却以“撤回起诉”来了结而心存遗憾。

次见面都有谁在场？到底魏君有没有说过自己是“中直机关副秘书长（据胡亮报警记录及公安机关《起诉意见书》）”，或是“中直机关书法家协会副秘书长（据检察机关《起诉书》）？”

2.魏君说胡亮在向“朗月音乐平台”投资200万元之前，与他在同一公司共事半年，他天天到华浩公司里上班，门口贴着“执行董事长”的水牌，若是他骗胡亮自己是中直机关的领导，怎么可能胡亮不怀疑呢？对这段共事的经历胡亮只字未提，控方证据对此也无任何记录和反映。

控方的主要证据包括被害人的4份陈述、被告人的12份供述、9名证人的证言、魏君账户的银行记录等，其中被告人的12份供述均承认自己曾酒后说过自己是中直机关书法家协会或书画家协会的副秘书长。这一套证据看似环环相扣，非常不利于为被告人做无罪辩护，但经过律师的耐心梳理、逐份比对，不难发现其关键事实模糊、重要线索缺失，且指控被告人犯有招摇撞骗罪并无法律依据。

调查取证的艰难和曲折这里不赘述，辩护律师最终通过魏君的亲朋好友调取到了魏君与胡亮在同一公司参加活动的照片、二人签署的《处理意见》的原件，在网络上查找到了二人一同推广项目举行新闻发布会的公开报道，辗转找到了第一个介绍他们二人

他魏老师”的陈述（这份经证人同意进行成为了本案大反转的关键因素）……

## 激烈的法庭辩论

在法庭审理阶段，本案经历了四次开庭至终拒不认罪，辩护律师坚定地进行了无散落在证据卷宗中的凌乱的时间点、关键理出来，展现给法庭，辩护律师制作出了供证对比表格，用不同颜色的字体标出同当事人甚至同一当事人的矛盾描述；画到反目关系发展的时间轴可视图……依据事实的了解，和对刑法相关法条的深刻理解的，诉讼人在法庭上的辩论如电光火石，各自寸辞的是，审理本案的法官和人民陪审员表示心，倾听和追问了无数细节；而令人深感在侦查本案的过程中，对于被告人无罪罪搜集、不提供，使得许多本该侦查阶段就阶段作，不得不在法庭审理阶段，在辩护律师的支持下，克服了重重困难才得以进行！（《后，请大家指正。》）

为了还原案件事实，辩护人向法院提出申请。小章是魏、胡两个人的介绍人为朋友，对出庭作证表现得很为难，尤其告人魏君和被害人胡亮均将在场时。

北京市石景山区人民法院对于案件性质下判也倍感压力。

最后一次开庭，控辩审三方在法庭上



休庭后，律师将录音内容整理成文字，将录音文件刻盘后寄给了法庭，并在随附的信中写道：“我们深知这份录音材料未经质证，不能作为证据使用。但是证人口口声声说的内容，尤其是被害人与被告人长达半年的共事经历，是网络平台公司很多人都清晰了解的事实，魏君隐瞒真实身份，冒充国家机关工作人员骗取胡亮的投资是没有实施基础的。望法庭参考，并转给公诉人为盼。”

## 法院判决：准许石景山区检察院对魏君撤回起诉的《刑事裁定书》

2015年12月15日，石景山区人民法院开庭宣判。法院作出的《刑事裁定书》叙明：“在诉讼过程中，北京市石景山区人民检察院决定撤回对被告人魏君的起诉。”并称：“本院审查认为，北京市石景山区人民检察院提出的请求符合法律规定，应予准许。”

当法庭宣读裁定时，魏君在被告席上长舒了一口气。被告警带离法庭时，他带着手铐挣扎着扭过身来，用哽咽的声音对着旁听席大声喊：“女儿，等着！爸爸马上就回家了！”

## 石景山区检察院作出《不起诉决定书》

2015年12月17日，北京市石景山区人民检察院作出《不起诉决定书》：“本院于2015年5月28日以招摇撞骗罪向北京市石景山区人民法院依法提起公诉，后本院因证据不足于同年12月14日决定对魏君撤回起诉，同年12月15日北京市石景山区裁定准许本院

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》第一百七十一条第四款和《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第四百零三条，决定对魏君不起诉。”

## 魏君被羁押470天后终于获释

2015年12月17日的下午，北京的天空虽然雾霾散尽，出现了难得一见的阳光明媚，蓝天白云，但依旧是寒冷的。

魏君的家人带着棉衣，与相襟晶律师早早等候在石景山区检察院门口。下午上班的时间一到就走进检察院过安检的接待室里，通过电话与承办案件的检察官联系。检察官称：检察院还要履行相应审批手续，让家人和律师耐心等待。然而，家属的心还是七上八下，心神不定，在极度焦灼的等待中度分如年，不时地向律师问：为什么这么久？会不会发生变故？检察院会不会又反悔了，不同意释放了？

魏君在石景山区看守所被羁押的整整470天里，他在高墙里，家人在铁门外。他的家人朋友总是一次次地抱着希望，盼他早点出来，却随着案件流程不断向前走，一次次地失望，甚至一度到了绝望的边缘，曾提出过让律师动员他认罪，以能够争取到好的认罪态度，能够让法院少判，早点出来，少受点罪。他们渐渐已经对重证清白不再抱有希望了……

将近下班的时间，魏君才被看守所释放出来，被检察官带到家属的面前。魏君与家属见面的场景可想而知，令人动容。这时，检察院的工作人员在旁边一直录像，魏君、律师随后根据检察官的要求，在相应的

给魏君一份提起国家赔偿申请程序的告知去。检察官走进了办公大楼。魏君请求门口拍照留念，他要记住这样一个特别的

## 面对锦旗，律师仍心

魏君被释放后，稍事休整就向京都那两位律师代其提出国家赔偿申请。

虽然，这个案件结果还好，当事人聚，但在追求完美而又较真的承办律师那里，许遗憾。

据“两高法律资讯”陈文飞发表的难：反思我国无罪率趋零化》一文中称：省份判决的无罪人数多则几十个，少则国的无罪判决率正呈逐年下降和趋零的特别是基层法院都实现了零无罪率”的12月，魏君招摇撞骗罪一案在经历了四多轮交锋后，检察院用撤回对魏君的起院的“无罪判决”，这不能不说是或在或超低无罪率的状态下所采取的正义观由于司法实践中，存在不合理的政绩观该案当事人魏君尚有“不明不白”的疑国家赔偿申请，律师也因为一起法院之清，证据不足”宣判无罪的条件，却以结而心存遗憾。

此案反映的不容忽视的问题是：诸而不判无罪，做“撤回起诉”处理的案诉讼程序，损害司法公正的做法。这样自己撤回的结果，面子上好看，不算错接受，也不得罪检察院。在司法实践中过去的“以侦查为中心”到“以审判为改革大潮下，摒弃此类做法就显得尤为远。

路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。个案推动法治”的路途上仍将继续努力

# 君招招撞撞撞罪一案 辩护词摘要

《起诉书》中指控魏君称：“被告人魏君介绍相识后，多次虚构自己系中央直属成员的身份，使胡亮认为其是中央直属成员”。指控所述单位并不存在，被告人无符合招撞撞撞罪的构成要件。

99条1款规定：“冒充国家机关工作人员招徕，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利的，处三年以上十年以下有期徒刑。”中央直属机关书家协会”并不存在，被控成员，但被告人始终也没有提出或承认至笔误。因此，公诉机关指控被告人“虚构不存在的单位中冒充‘成员的身份’招撞撞撞，于法无据。

被告人何时、何地、冒充哪一国家机关工作人员生什么样的谎言，《起诉书》中所指控全不同于被害人举报的情节，亦与公安机《书》中所查明的“事实”不能吻合，且与多份证据存在实质上的矛盾，实在不能视据确凿。

陈述：除了在被告人到案第二天所手写的《书》之外，胡亮共有三份陈述谈到他和被告经谁介绍，但是言辞反复，相互矛盾：

：“2013年2月份我来北京做生意，在一次时候，在饭桌上认识被告人魏君。魏君当时直机关副秘书长；

：“2013年2月底的时候我到北京大学上认识一个叫小章的人，带我去吃饭说给我介绍魏君他自己介绍说：我……目前在中央直机关副秘书长。

：“2013年2月中旬，通过我同学的一个朋友魏君（同学叫什么名忘了，男的，30多岁工作不清楚。电话现在也没了）……当时是中直机关副秘书长。

：“《起诉书》中查明：2013年3月至10

及西单等地，冒充中直机关副秘书长身份。被害人所述的“中直机关副秘书长”也不是一个有效的、可冒充的职位；被害人从未提及“中直机关书家协会”这一名称，公诉机关置之不理，认定被告人冒充了这一组织的成员欺骗了被害人，这一指控令人无法信服。

3.招撞撞撞案件中，被害人与被告人第一次相识时如何互相自我介绍，对是否构成该犯罪的定性至关重要。遗憾的是本案中这一关键事实只有胡亮自相矛盾的陈述，以及证人高建国转述胡亮的不靠谱的传来证言，再无任何其它证据支持。应当说，这一事实完全未查清，根本未能提供据以定罪的证据。

被害人自始至终对能证明当时情景的介绍人的姓名闪烁其辞，对联系方式未提供任何线索；而被告人从第一次接受警方询问至本案侦查终结，共形成了12份口供，除了2014年9月1日《询问笔录》中一笔带过地记录了“2013年12月我和胡亮认识”（时间记录还有误）之外，再无一字一句关于二人如何相识的调查记载。

据辩护人了解，被告人2013年初正在为华浩（北京）科技有限公司（以下简称“华浩”）牵头创建的“网络音像制品监督平台”项目寻找投资人，就将这一信息告诉了多年的朋友小章，小章又告诉了他的朋友小靳，小靳熟识胡亮，正好胡亮想在北京发展事业，就从广州来到北京与被告人见面。二人从认识之初就是谈合作项目的，第一次见面小章和小靳都在场。这一事实，被告人当庭表示其多次向警方阐述却从未被记录下来。辩护人通过被告人的亲友查询到了小章的联系方式（电话186xxxx），已提交法庭，申请法庭核实这一关键事实。

公诉机关举证的高建国的证言中说：

此案反映的不容忽视的问题是：诸如此类本该判无罪而不判无罪，做“撤回起诉”处理的案件，实际上是违反诉讼程序，损害司法公正的做法。

的人合伙做生意，胡亮投资了200万给魏君做一个音乐平台，因为一直没有利润，所以想把钱撤回来。”这一表述，恰恰证明了胡亮将魏君视为生意伙伴，而非国家机关的领导；更彰显了胡亮要撤回投资的原因，是因为没有见到利润，而非发觉被告人骗取了非法利益。

高建国继而说：“我通过中直机关的朋友（姓朱，男，50多岁，其他情况不详）打听了一下，回答说没有魏君这个人。”中直机关是数十个中央直属机关的统称，各自独立，遍布京城。试问谁能查遍这样一个庞大的系统，确认其中有没有某个人？更何况提到这位“朋友”又是姓氏无名，语焉不详？事实是，胡亮与魏君交往了十个月以后才投资朗月音乐平台。交往过程中，他非常清楚魏君根本不是国家机关工作人员，高建国也清楚这一点，所以才放胆说他们查遍了中直机关，没有魏君这个人。

4.被告人承认在认识被害人胡亮一段时间以后，一起喝酒后说过自己的书画成就相当于中直机关书画协会副秘书长的水平，绝不足以使得胡亮误信其是国家机关工作人员。

被告人在酒后炫耀自己的书画水平时吹了牛。虽然当场只有被害人和被告人两人，但被告人在至少5次稳定的供述中都向警方承认了自己的错误，也描述清楚了当

往了一段时间，胡亮早已应当清楚魏君身魏君当时是在谈论自己书画作品的上下文为不具有行骗的故意，更不至于使得胡亮国家机关工作人员；况且中直机关书家协会是公众团体，它不同等于中直机关，更不能倒成员都一定是国家机关工作人员。

5.自始至终，被告人魏君在胡亮相前点名，未提供任何假名片、假证件，被告四十余幅画作，他的身份上网一查便知，任何欺骗的手段误导被害人。

6.胡亮出资2000多万元入股华浩，并在工商登记中变更为公司董事长，魏君事。两人在同一公司共事半年之后，胡亮音乐平台。胡亮明知魏君不是在国家机关工作人员的行为，不是

公诉机关举证的《公司历次工商变更上述出具的证言及所做的笔录，都证明了上述述中极力刻意回避他与魏君均在华浩任职的事实不仅存在于方泉、韩玉明等人的证华浩其他股东和员工所知悉，更出现在方主推的项目进展的公开报道中。

魏君将胡亮介绍进入华浩，该公司广阔时，胡亮便百般否认魏君与这个公司说是与自己从未谋面的方泉牵线搭桥；音乐平台的项目进展不满意时，便割裂前笔投资是魏君招撞撞撞所得。赫然要将一

去，怎么可能不漏洞百出！





# 律师法庭交叉询问及辩论的 语言技巧\*

■ 李秀娟 张雷\*\* / 文

中,当被告人面对代表国家的检察官时,应用不同于日常交流、考试或辩论比赛。刑事辩护的终极目标,主要通过法庭上质证和辩论以查明真相,从而说服法官。因此,质证和辩论的重点是使用语言技巧的刑事辩护。本文通过案例研究并结合作者的办案经验,说明了语言的表达技巧对于一个成功的辩护的重要性并总结了这些语言技能的共同特征。

被告人、证人以及与检察官辩论中体现他们以此来提高辩护效果。鉴于在刑事诉讼中质证去定阶段。因此,刑事审判中的语言技巧

应用不同于日常交流、考试或辩论比赛。刑事辩护的终极目标,主要通过法庭上质证和辩论以查明真相,从而说服法官。因此,质证和辩论的重点是使用语言技巧的刑事辩护。本文通过案例研究并结合作者的办案经验,说明了语言的表达技巧对于一个成功的辩护的重要性并总结了这些语言技能的共同特征。

**关键词: 刑事辩护 法庭辩论 质证 语言技巧**

## 李秀娟律师简介



李秀娟,京都律师事务所合伙人。李秀娟律师曾供职于某纪检监察机关任研究、法规室主任、党委副书记以及某大学法学院院长等。2006年开始从事律师工作并加入京都律师事务所。曾参与《刑事诉讼法》、《消费者权益保护法》等国家重大立法研究与论证。在办理名誉侵权案件中,结合案例提出精神损害赔偿的主张并得到了最高人民法院的支持。成为我国精神损害赔偿的典型案例。在办理诉讼和非诉讼业务中,运用扎实的法学理论融入律师实务中,提高办案及服务质量。所承办的一些案件如:警察李某刑讯逼供案、香港嘉利来集团诉商务部案等在全国产生重大影响。

## 一、引言

刑事辩护是指在刑事诉讼中,辩护律师,反驳控方的指控和证明犯罪行为,希望,罪轻或应当减轻或者免除处罚,以保护合法权益。<sup>1</sup>

现在一致认为辩护律师在刑事诉讼中判的基础。<sup>2</sup>因此,当被告面对代表强大国家有一位经验丰富的辩护律师帮助其争取合法的。虽然典型的辩护技巧一直在发展变化的。如果律师缺乏足够的语言技能将会的状况。

如果说律师的战场在法庭,则法庭律师的武器。因此,在有充分理论基础和实力的基础上,要想赢得案件,律师必须提升自己的能力,将自己的武器“磨光、擦亮”。高法庭讯问和辩论的能力呢?这就需要律师和辩论的语言技巧,以提高自己在法庭讯问语言的表达技巧对于一次成功的辩护的重要性语言技能共同特征。

## 二、律师在交叉询问中的

我国自1996年刑事诉讼法修改后,审问式转向具有一定对抗性的模式,这就带来了更多的机会。

1 黄新民,“论律师刑事辩护策略的选择”,《淮海工学院学报(人文社会科学版)》,2007年第1期。  
2 David A. D. Asper, “Wrongful Convictions in Canada and Defence Counsel: It’s Time for Mandate Education and Competency Safeguards”, (2007) <http://www.doc88.com/p-5846905957344.html> (accessed 李阳:《刑事辩护律师职业伦理反思——在打击黑社会性质组织犯罪实践中对律师制度》,载《重庆科学版》2012年第06期,第51—56页。  
3 Darko Maver, “Defence strategies and techniques of interrogation: Results of Empirical Research CENTRAL AND EASTERN EUROPE: Connecting First-hand Knowledge with Experience from the West 1999

上不论采取什么辩论方式,都必须有效地自己的语言,谨慎地行使着该说什么不该说什么的自由决定权,同时,还要根据不同类型的询问方式。例如,在质证辩方的主要一些开放式问题,因为辩护律师的主要陈述有利于被告人的案件事实。与交叉询问辩护律师通常会知道己方的证人可能会辩方会尽力说服法庭,证明自己一方的证人。一般来说,开放式问题一般是以六个“W”组成的,例如何时、何地、什么、为何等等。如果是控方的证人,辩护律师应该突破或言语的漏洞,从而质疑控方证人所生。通常来说,辩护律师对控方证人质证在法庭上所述并不是非常清楚,开放式的证人的证人留下更多的空间来解释案件情况,封闭式的问题其实更适合交叉询问控方证人,就不会留给证人太多的空间来选择回答的该注意到,辩方可调查取证或掌握的证据处于更为不利的地位。<sup>6</sup>

### 普遍意义的交叉询问技巧

交叉询问技巧,是指既适应于大陆法英美法系的技巧。这样的技巧可以概括为首先,询问时语句要简短,内容明确,使证人不使用那些空洞冗长、抽象难解的设问者难以理解无法回答。如果询问的内容分开询问,一个一个提出,不能像记者发

问那样一次提出多个问题,使被询问者难以回答。在前一个问题尚未清楚的情况下,不要急于问下一个问题。其次,询问的语气保持严肃、平和,严禁装腔作势、疾言厉色,奉承挖苦。律师对被告人的询问应如此,对证人、鉴定人的询问也应如此,尤其是在有证据证明证人、鉴定人有意作伪证的情况下更应如此。不论法庭上律师多么焦急忧虑,外表或语言中都必须平静如水,不温不火。第三,询问中不使用诱导性的语言,尽管律师的询问目的是为了通过被询问的人来证明某个辩护因素,但律师的问话中却不能有任何诱导或暗示被询问者该怎样回答的语句,因为那样的问话必然遭到审判长和公诉人的反对。第四,把握提问的时机。有人把律师在法庭中的频频发问,当作律师工作细致认真的表现,但事实上,律师庭审中询问次数的多少不能与案件效果成正比。重复、无关紧要的询问不仅会使被询问人产生抵触,也会让审判长产生反感。威尔曼在其名著《交叉询问的艺术》中,总结了庭审过程中律师把握提问的重要性。他说:“对一个不诚实的证人进行法庭盘问时,顺序显得非常重要,你不应该冒险提出关键问题,除非你已经打好基础,让证人在面对事实时无法否认或狡辩”。<sup>7</sup>

### (二) 中国特有的交叉询问技巧

交叉询问的语言技巧跟一个国家的交叉询问制度和诉讼文化传统是分不开的。由于中国特殊的制度背景和诉讼文化传统,导

致交叉询问制度有自己的特色。简单来说,中国的交叉询问制度主要内容可归结为:第一,调查被告人、被害人,应当先由他们陈述案情,然后控辩双方可以对其发问,审判人员认为有必要时可以发问。第二,在调查被告人、被害人以后,首先由控方举证,然后辩方举证,对于证人、鉴定人首先由传唤的一方发问,审判长认为有必要时可以发问。第三,在询问证人的过程中要遵循询问证人的规则,如相关性规则、诱导性规则等。

正是由于中国交叉询问及辩论制度的以上特点,中国律师在法庭交叉询问和辩论中的语言技巧主要表现在如下几个方面:

#### 1. 语言简洁具体,切中要害

律师当庭发问最忌“大而无边”的空泛,让被问者摸不着头脑,不知从何说起,或答非所问,使发问的目的大打折扣。因此,律师在法庭上,应注意根据庭审情况,准确地抓住机会,敏捷地找到突破口,用简洁明确的语言,向问话对象发问。这种询问方法适用于事实不清,关键情节不明,证人证言起着“一言九鼎”的重要作用的案件。例如,被告人程某某被控告犯有强迫交易罪<sup>8</sup>,开庭审理时,程某某既是被告方提供的证人,也是公诉机关提供的被害人及证人。在法庭调查过程中,被告的辩护律师抓住时机,手里拿着被告人程某某与被告管

律师在法庭上不论采取什么辩论方式,都必须有效地组织、运用好自己的语言,谨慎地行使着该说什么不该说什么、反对还是赞同的自由决定权,同时,还要根据不同的案件,采取相应变通的询问方式。

某某签字的购买合同问:

辩:“管某某,这份合同上的签名是你的吗?”

管:“是的,是我亲自签的。”

辩:“合同上约定的总价是75万元,你支付给我了?”

管:“分两次给的,已经全部给我。”

辩(提高声音):“管某某,请你面如实地陈述,你到底是否自愿将坑口卖给管(大声回答):“我不仅是自愿的;某,他不买,根本就没有人要。”

强迫交易罪是指一方不愿出卖家货物,迫使卖方违背意愿与之交易的行为。辩护律师以简洁明了的语言,围绕被告人坑口卖给被告人,进行一环扣一环的发问,回答,还案件事实的本来面貌,使公诉人、辩护人难以实现。鉴于法庭在庭审中已经掌握了整个案件的基本信息,法官不需要大论但又没有抓住案件重点的律师。辩护律师主要针对于控方证据的合法性、真实性。

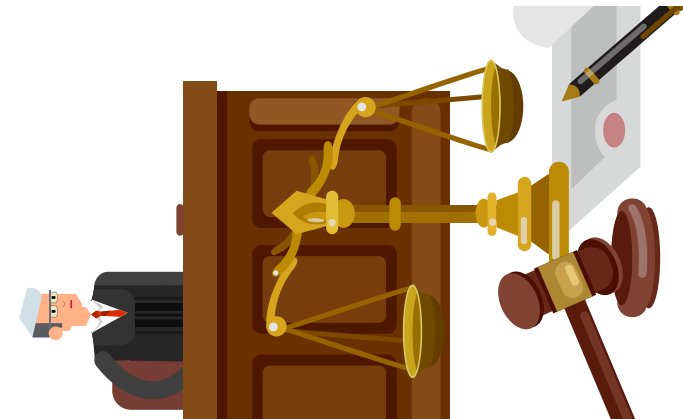
#### 2. 巧妙遣词,揭露虚假

汉语表达方式不同,背景环境不同所产生的作用、所显示的效果也是不同。并不含有多义,但如果将其置于特殊语境作出特殊的解释,也可以析出其他意义。语言界不明的特点,将对方言辞进行挖出其漏洞;或把对方模糊的意思分析出询问中,如能熟练地掌握汉语的特殊

<sup>6</sup> 刑辩为视角谈交叉询问的技巧》,载《中国司法》2008年第04期,第46-48页。

<sup>7</sup> 经验,辩方应在以下几个方面的问题上下功夫,而这些大多是法官们在双方执政时一般不会打断的问题; (2) 控方证人没有提供详细的书面证词的问题; (3) 控方证人与被告人或受害人可能有利益冲突的问题; (4) 可证明证人与被告人或受害人的问题。详细的讨论,参见司莉:《以律师刑事辩护为视角谈证明证人的口头证明或书面证词不可靠的问题》,载《中国司法》2008年第04期,第46-48页。

<sup>8</sup> 载《中国司法》2008年第04期,第46-48页。



辩：“你躺下了吗？”  
证：“没有。我说山上石头太多，会刺破身子的。”  
辩：“他怎么说？”  
证：“他就说，他去找些草来垫。”  
辩：“他去哪里找草？”  
证：“到山脚下村民的草堆上要。”  
辩：“当时你干什么吗？”  
证：“我坐在一块大石头上。”  
辩：“是等他吗？”  
证：“是的。”  
辩：“他去拿草，来回多长时间？”  
证：“有一根烟的功夫。”  
辩：“一根烟的功夫有四五分钟的时间，那你为什么不跑？”  
证：“我……”  
辩：“为什么不跑？”  
证：“我见他身体强壮，模样也好，就喜欢他了。”  
通过辩护律师上述提问设计，我们可以清楚地看到，辩护律师一开始并没有直接询问被告人强奸的具体事实，而是集中于案件的发生经过的具体细节，通过被害人的对具体发生经过的回答，来证明本案缺少强奸罪的构成要件——违背妇女意志。

**3. 揭示影响定罪量刑的主要矛盾**

在刑事审判过程中，由于案件证据要经过侦查人员、检察人员、证人、鉴定人、被害人、被告人等多个部门和人员整理，证据间难免会出现相互矛盾的地方，而就目前笔者的执业经历来看，在法庭审判中，已经遇到关乎定罪量刑的证据之间存在重要矛盾。因此，律师在辩护过程中，应时刻对证据间是否能相互印证保持警觉，一旦发现有矛盾之处，应主动加以利用。

例如，在一抢劫杀人案件<sup>10</sup>中，被告人

供述，他为图财，夜间将某工商所值班员杀死，抢走财物若干；后又为劫财，先后杀死二人。法庭调查时，被告人交代，他在工商所内一刀将被害人捅倒，包起钱物随即逃走。法庭出示现场勘查照片，辩护人猛然想到阅卷时该照片清晰可见死者脖颈上有数个刀痕，显然与被告人仅捅一刀的供述矛盾，于是辩护人向被告先后发问如下：

辩：你捅了他几刀？  
被：就一刀。  
辩：真的是一刀吗？  
被：当然是一刀。  
辩：刚才法庭出示的照片显示死者脖颈处有三个刀痕，怎么可能只捅一刀呢？  
被：……其实，工商所的案子是三个人作案，我在外放风，另两人行劫，事先并未商量要杀人。被捕后想到自己已欠了三条人命，终是一死，不如替他们受过，所以就抖出他们。

该案因此矛盾被及时揭示出来，法庭最终决定进行补充侦查。而且补充侦查的结果也抓获了漏犯。最后，合议庭因为被告人提供了特大犯罪线索，有特大立功表现，决定判处被告人死刑缓期二年执行。

由此可见，在庭前调查过程中，如果辩护人或公诉人发现证据间存在矛盾，一定要及时利用矛盾，通过对矛盾的揭露，最大化地保护被告人的权益。

**4. 避实就虚，迂回包抄**

在庭审辩论中，辩护人无法控制被害人、证人的意志，特别是被害人、证人在公诉人的指导下，有时会刻意陈述出对被告人不利的事实。同时辩护人缺少最直接的证据而难于揭穿被害人、证人陈述的虚假性，使询问陷于被动。此时，辩护律师可采用

用避实就虚法进行答辩，即暂时回避难点问题，抓住对方之“虚”，选择其薄弱点攻到底，把对方的“虚”问题辩论清楚，刃而解。如张某某盗窃一案<sup>11</sup>，张某趁好车实际盗走一辆摩托车，被告人当庭供称是别人没有和被告人在借车与偷车这实质问题上，另辟蹊径地向被告人发问：“你以前去过两次，属实吗？”被告人表示属实，辩师又问：“这两次李家有人吗？”被告后，被害人代理律师乘势出击：“李家借车，家中无人你却将车开走，难道这无人无奈承认了不是借车，从而使偷车这实。

此案受害人的辩护律师就是抓住了去过李家而未提出借车这看似“虚”的事实真相。

### 三、律师在法庭辩论中的

#### (一) 巧用比喻等修辞手法

法庭辩论因为时间紧、问题多，如何将问题阐述清楚、如何使法官接受（观点成为每一个辩护律师必须去面对的问题中，如果能巧用比喻等修辞手法，将复必定能对辩护起到事半功倍的效果。例如都律师事务所主任、中华全国律师刑庭律师，在代理一个因承包经营而指控犯过程中，就被告人是否伪造了两份假文元的问题与检察官进行“对抗”，双方进入僵持的窘境中，田文昌律师机智地法，使争论的问题一下子变得清楚了：孩子？如果公诉人认为私生子就是假孩子？如果是假文件似乎情有可原，否则一个文件是假文件。私生子无非是程序不

<sup>10</sup> 躺下。

<sup>11</sup> 躺下。

如果辩护律师在辩论时表达出自己的同理心，它可能使律师与听众包括受害人在内的心理距离拉近，可以削弱被害人一方的敌意，从而可能会认可律师有关从轻或减轻处罚的建议。

非‘狸猫换太子’，只要生出来的是人，是假的……。”法庭辩论的结果，因田文比喻方法起到了关键作用，双方关于真假结束。

意在辩论中对过渡语的使用。例如，“尽以达到被判处死刑的程度，但他的情形属范围”。这种过渡的语言听起来可能更加力，更容易被人们，无论是法官、公诉人接受。<sup>12</sup>

### 时语速要适中，不能太快

辩论的目的不光是检察官接受律师的观点，接受律师的观点。因此，发言时要抑扬顿挫中，过快或过慢的节奏会使法庭难以听感。同时，发表辩护观点时切忌照文宣生的语言，可以采取慢节奏或重复的方式

一名律师在一起案件中辩护时这样说道：从轻的定罪处罚原则将本案被告之行为显然不妥。既然刑法规定对一般自首都或免除处罚，那么，对于积极抢救又自首处罚显然并不为过。”在本案中，被告人的罪名应该是故意伤害，而非故意杀人也是公众的观点，应该无可争议，这就经判奠定了良好的基础。

辩护律师在辩论时表达出自己的同情心，与听众包括受害人在内的心理距离，可以减轻敌意，从而可能会认可律师有关从轻或例如，“审判长，我们大家今天已经看

到一个不再完整的家庭，看到了流着眼泪的父母，我们不想在不久的将来又看到另一个家庭受到如此沉重的打击，我们不想再看到父母流着泪花的双眼。”这里，“我们”用来掩盖法庭中法官、公诉人与律师之间的不平等三角关系，具有促进沟通并获得当事人和法官信任的效果。此外，律师在辩护中向受害人一方表达同情之意也有可能降低对方在最后量刑阶段的敌对态度。

其次，律师的讲话节奏也需要注意，语速过快或过慢会使法庭辩护效果大打折扣。有经验的律师不会完全照着辩护词来念，而是选择重点来强调自己的观点。

### （三）辩论时的语言表达重点应在主要问题上

有些比较复杂的案件，内容很多也很乱，这时候一定要抓住要害，突出重点，不宜面面俱到，避免冲淡了主题。有些案件很复杂，甚至涉及到十几项、几十项犯罪事实。有的案件涉及的证据内容及其它一些内容太多太乱。如果在有限的庭审时间内不能抓住要害，往往会被告牵着鼻子走，陷入一种难以解脱的境地，不利于把重点问题说清楚。所以，在相互辩论中，律师应始终围绕中心辩论，即围绕着当事人的行为是否合法、是否构成犯罪，犯什么罪，罪责的轻重，以及犯罪事实是否清楚，证据是否确

实等方面展开。<sup>13</sup>对于与案件无关的枝节问题，不必过于纠缠，更不要全面出击，也不必逐条逐点地反驳检察官的答辩。<sup>14</sup>

### （四）巧妙运用情感化语言

人是有感情的，这是人类区别于动物的本质属性之一。在法庭辩论中，虽然应尽量避免感情行事，但是，法官、检察官、受害人仍有可能受到外在感情因素的影响。因此，律师在法庭辩论中应适时使用情感化的语言，通过情感化语言化解对立冲突的氛围，争取被告人利益的最大化。所谓情感化的语言，是指以语言的情感化为基础，根据语言传递的时间、场合、对象，而进行加工过的人情、合情、通情的语言。善于人情入理。语言可以伤人，也可以感人。<sup>15</sup>

用辩论语言伤人，对于律师职责来说则是不道德的。假如对抗式的审判模式包括恶意对抗效果，你们双方之间的这种敌对状态可能会从法庭内延伸到法庭外。<sup>16</sup>为了当事人的利益，并不意味着律师必须冷酷无情。例如在一起恶性交通事故，被告人因为被害人强烈要求搭便车，在大雾天开车，视线不好的情况下，导致2死5伤的严重后果。其辩护律师在发言中，认为本案完全由被害人引起，死亡的后果属于咎由自取。这导致随后的庭审中出现严重混乱，而辩护律师在返回宾馆的路上也受到了攻击。<sup>17</sup>

但律师的辩论语言以情感人，则是可能类似情形，使用恰当的语言情感则可以起到人甚至是被害人的效果。<sup>18</sup>

使用这一语言情感时，必须注意：（1）具体案件的辩论语言情感色彩，要情感基调。（2）绝不能带有当事人的感情的情感就是经过理智智语言处理过的辩论语言的情感。（3）情感措辞应是发而不露、放而不折、含蓄的中性语言。例如“老李”和思完全一样，但感情色彩却有差异。前者的人的一股称谓，后者表现了尊敬的感情。语言功能在于能够唤起听者肯定、积极的和行为的接纳，是促进语言沟通的“催化”语言在人际交往中，起到促进人们的融洽情感交流的作用。

律师辩论在于以理服人，论理手段以情论理，也是常用的手段。此“情”而不是令人折服。辩论中如能恰当巧妙地说言，其能量也是非常大的。例如“被告叶某以结婚为名的欺骗，多次与他发生两性关系，受严重摧残，精神极大痛苦的情况下，才受害的。20xx年底，叶某隐瞒了已同王某恋爱为名，诱骗被告。被告是一名未婚处女知受对方的欺骗而失身，长期被叶某玩弄得知叶某与王某的关系，叶某即向被告出具‘待日结婚’，再次向被告保证‘待日结婚’，持续玩弄被告人的夫妻关系，一面继续玩弄被告人持续不断的夫妻关系，一面继续玩弄被告人不准向领导说实话。被告人在悲伤愤怒

13 李斌：《律师在刑事辩护中应用语言的技巧》，载《云南大学学报·法学版》，1998年第1期第94-104页。  
14 有时候，辩护律师也可以使用控方证据来否认指控以便实现辩护与说服的目的。这一方面的详细讨论，见《论刑事辩护律师的真实义务》，载《扬州大学学报(人文社会科学版)》，2010年第01期第51-57页。  
15 玉梅：《刑事辩护语言的运用技巧》，广西政法管理干部学院学报，2004年11月第19卷第6期，第42-44页。  
16 张青：《刑事辩护的策略及其伦理底线》，载《广州大学学报(社会科学版)》2015年第7期，第42-48页。  
17 刘金华编著：《律师文书写作方法与技巧》，大众文艺出版社，2001年版，pp. 25-28，引自张青《刑事辩护的策略及其伦理底线》，载《广州大学学报(社会科学版)》，2015年第07期，第42-48页。  
18 李辛、董服民：《大案名案辩护词代理词精选》，浙江大学出版社1995年版，pp. 25-28，引自张青《刑事辩护的策略及其伦理底线》，载《广州大学学报(社会科学版)》，2015年第07期，第42-48页。

在相互辩论中，律师应始终围绕中心辩论，即围绕着当事人的行为是否合法、是否构成犯罪，犯什么罪，罪责的轻重，以及犯罪事实是否清楚，证据是否确实等方面展开。

而叶某仍然对被告人纠缠不休，被告不愿听，他准备了硫酸水，被告被恐吓后，精神迫不得已向领导汇报了此事……被告人怀于领导，但没有得到及时处理。又把希望寄托于领导，被告人感到渺茫绝望。于未得到回答，被告人是在身心遭受极大摧报了复伤害。被告人是在身心遭受极大摧的情况下才激愤地伤害叶某的……”<sup>19</sup>

#### 诡辩、狡辩

实较为清楚，构成犯罪的各行也都有左证的，辩护人如何进行辩护？这是另外问题，但是，切忌不能撇开法律与事实。一方面，狡辩、诡辩严重影响法官对的认识；另一方面必将加深法官对被告人的认定。例如，在一起抢劫案件<sup>20</sup>中，被告得现金两万余元，未及出走，被事主归戴被告人，被告人随手拎起一张椅子砸向逃跑中被群众抓获。其行为已从盗窃转化为抢劫罪对被告人提起公诉。被告辩护人主张事主误以为他正从侧门逃跑，从而将事主从正门逃走。被告人主观上并不想使用暴力，因此，其盗窃行为不能转化为抢劫罪，不构成抢劫罪。”辩护人审判长先是一愣，继而露出不耐烦的神情，人的观点有一明显漏洞，即如果被告人是事主引往侧门的话，那么，椅子的去向应

是侧门，而且椅子一般不会翻倒，但到现场照片清晰显示椅子翻倒在正门口，很显然辩护人无视案件事实作了诡辩，公诉人冷静地观察到合议庭的倾向后，确信胜券在握，无需再辩，于是在二轮辩论中简洁地说道：“我们的意见已在起诉书和公诉词中充分阐明，不再重复，请合议庭判决。”从该案例可以看出，律师一方面可能没有仔细研究案件证据，一方面也可能发现无辩护要点之后，干脆采取狡辩、诡辩的方式进行辩护。

实际上，这样的辩护方式必定是不成功的，法官必定会因为律师的狡辩、诡辩而进一步产生被告人认罪态度不好的印象。所以这样的辩护是极为失败的。

#### 四、结语

综上，律师在法庭中的交叉询问和辩论是综合性的知识运用，只拥有正当的理由是不够的，还必须掌握语言运用的技巧，论辩的作用才能充分发挥出来，论辩的效果才能达到最大化，论辩的目的才能得以实现。因此，律师必须掌握简洁语言，能抓住重点。同时，律师法庭询问和辩论的各种语言技巧是建立在律师深厚的法学理论功底、工作经验以及对案件充分的调查取证的基础上的。切不可本末倒置，用询问和辩论的语言技巧代替对案件事实和法律的研究。<sup>21</sup>

# 刑事案件速裁程序实务探

——从一起故意伤害案谈刑事案件速裁程序

■ 马立喜 / 文

刑事案件速裁程序是我国继1996年刑事诉讼法首次确立简易程序以来优化司法资源配置的又一个新的尝试。2014年6月27日十二届全国人大常委会通过的《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件速裁程序的试点工作的决定》（以下简称《决定》），是全国人大常委会首次对司法改革事项进行授权，也被看作是开创了刑事诉讼实验性立法的先河。2014年8月22日最高人民法院、最高人民检察院会同公安部、司法部印发《关于在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的办法》（以下简称《办法》），自2014年起，在18个城市展开的刑事案件速裁程序试点工作正式启动，截至2016年8月22日试点工作到期。随后，2016年9月3日第十二届全国人大常委会第二十二次会议通过《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》，自2016年9月4日起实施，认罪认罚从宽制度使刑事案件速裁程序试点工作按照待出台的新的试点办法将得以继续试行。

可以说，刑事案件速裁程序的产生、延续和不断发展、创新，是我国刑事司法领域目前正在面临的案多人少、整体刑事诉讼效率不高、被告人诉讼权利保障不充分等问题和刑事诉讼体系社会需求的多元化（如繁简分流）、刑罚轻缓化的世界潮流



等改革的现实需要。以上改革的原动力力年的刑事案件速裁程序的试行予以启动萌芽，不能否认速裁程序在一定程度上取得笔者通过承办的北京市朝阳区一起故意伤害（轻伤）案件速裁程序肯定的问题，对现有的刑事案件速裁程序肯定的在运行过程当中的弊端不免担忧。

现笔者谨结合该故意伤害案承办

的具体情节，谈一下刑事案件速裁程序

的

## 案件速裁程序对侦查阶段特别约束，影响了程序的整体运行效率

张某某故意伤害一案，张某某于2015年公安局朝阳分局刑事拘留，2015年11月局朝阳分局取保候审，2016年05月05日市朝阳区人民检察院审查起诉。侦查6个月。张某某本人亦多次直接或通过辩护人，要求诉讼程序尽快推进，尽早结束诉讼，一直处于取保状态而导致出行等受到影响。

条规定：“人民检察院一般应当在受理内作出是否提起公诉的决定。人民法院案件，一般应当在受理后七个工作日内《办法》中具体对检察院工作的要求及规定，可以看出，目前刑事案件速裁程序机关的人民检察院如何实施审查起诉工作的人民法院如何对照简易程序而对庭审查阶段，侦查机关需要承担查获犯罪嫌疑人等大量的基础性工作，也就是说侦查实、最终依法公正裁判起着至关重要的、消耗费的司法资源也应该是最多的，速裁程序对侦查阶段的工作要求和时间限制何具体的规定。

最难以把握的时间段就是侦查阶段，侦查办案的效率将直接影响整个诉讼程序的案件速裁程序适用范围是情节较轻、依下有期徒刑的11种犯罪案件（或者依法，如果不对侦查阶段的时间进行必要的事案件速裁程序的虚设，有违该程序创新案嫌疑人不是取保候审而是羁押状态的刑事案件速裁程序，法官在最终裁判的考虑已经羁押的时间问题，从而“奈”、关多少判多少的司法怪相，进而“挂”、关必然损害到犯罪嫌疑人、被告人的合法

## 马立喜律师简介



马立喜，京都律师事务所律师诉讼部律师，2011年加入京都律师事务所，扎实的法学理论基础，踏实、认真、严谨的工作态度广受委托人的信赖和好评。

部分工机制和三者之间的外部联动机制。即对于符合适用条件的案件，三机关应当在各自的诉讼环节上及时启动，如果能够由单独的部门或专人负责此类案件，实现三个机关内部人员配置、案件分派配置上的繁简分流，再结合三机关之间速裁案件衔接的联动（如公安机关对符合适用速裁程序的案件应提交书面的建议，检察院迅速对之进行审查，符合适用条件的按照速裁程序要求进行该阶段的准备工作，并及时联系法院沟通协调适用事宜）。只有同样的重视了速裁程序中侦查阶段的工作，才能实现刑事案件速裁程序从侦查、审查起诉、到审判的全程提速，切实实现简案快审。

从辩护人角度看，《决定》仅仅规定：“辩护人认为案件符合速裁程序适用条件的，经犯罪嫌疑人同意，可以建议人民检察院按速裁案件办理。”意味着《办法》在

笔者从一名刑事辩护律师的角度认为，只有切实增强法律援助值班律师或辩护人在刑事案件速裁程序中的作用，才能使犯罪嫌疑人、被告人的权益得以充分、有效的保障。

议检察机关向检察院提建议的权利。在以后改革的改革过程中可以将辩护人在侦查阶段的建议权增加进来，要求检察机关实际、有效地听取辩护人意见，并给予辩护人书面答复。辩护人的参与能够更加真实、及时、有效地提出适用速裁程序的意见，对侦查机关及时侦办轻微刑事案件起到了督促作用，同时也提高了刑事速裁程序整体运行效率。

## 二、刑事案件速裁程序对犯罪嫌疑人、被告人“认罪”环节的把握缺乏强有力的制度保障

张某某涉嫌故意伤害一案中，笔者会见张某某时，张某某多次表示：如果不认罪，在侦查机关就不给办理取保；如果不认罪在审查起诉阶段就有可能再次被羁押，就可能出具量刑建议时不能建议适用缓刑；如果不认罪、得不到被害人谅解，在审判阶段就可能被判实刑。而笔者介入该案的时间是2015年11月10日，也就是张某某被刑拘5天后。笔者接受委托后第一时间到北京市朝阳区看守所会见张某某，通过会见了解了案件基本情况，并对其进行讲解故意伤害罪相关法律规定。会见过程中得知，张某某平时表现一贯较好，对法律特别是刑法类法律的规定从来没有接触过，用张某某本人的话说，其本人的行为是否触犯了刑法、是否会被判刑、如果被判刑到底会怎么判等问题的知识储备为零。拿到卷宗

指控其故意伤害罪的所有其本人人口供供份讯问笔录时间是2015年11月9日，也的前一天。即张某某是在对法律毫无知晓了！

《办法》就刑事案件速裁程序的规定“……犯罪嫌疑人、被告人承认自己有所犯罪事实没有异议的当事人对适用法律适用的犯罪嫌疑人、被告人同意人民检察院提出的从规定的内容来看，速裁程序的适用要求被告人对指控事实的认定、法律的适用以刑事处罚都没有异议。笔者认为在缺乏予以规范、约束和保障的情况下，该速裁程序，重要的是它会严重侵害犯罪嫌疑人利益。据此，笔者从一名刑事辩护律师的实增强法律援助值班律师或辩护人在审判中的作用，才能使犯罪嫌疑人、被告人的效的保障，而目前该程序中的法律援助参与现状令笔者堪忧，具体分析如下：

第一、《办法》中关于法律援助值班人权利的规定华而不实

笔者对《办法》中涉及到法律援助值班人的条款进行了梳理，其中一共六处。第二条在能否不适用速裁程序方面，规定的，不得适用速裁程序；第四条规定值班制度，法律援助机构在人民法院、看守所方面，规定辩护人认为案件符合速裁程序方面，规定辩护人认为案件符合速裁程序；第九条规定法院决定适用速裁程

经犯罪嫌疑人同意，可以建议人民检察院办理；第九条规定法院决定适用速裁程

以及辩护人指控的犯罪事实、量刑建议及适用意见；第十二条规定人民法院适用简易程序应当以信息完全为由申请不公开审理，人民法院没有异议的，经本院院长批准，可以不公

合计十八条，涉及法律援助值班律师和辩护人六条，足见最高检、公安部、司法部《办法》时着实已经意识到了发挥法律援助值班在速裁程序中作用的重要性，这点是值得

如果对该六项规定进行逐条、深入的分析，其实它们尚存在诸多问题，现具体分析如

### 作无罪辩护的，不得适用速裁程序的规定不

中适用速裁程序的条件之一是犯罪嫌疑人、已犯罪行，对指控的犯罪事实没有异议，裁程序的。《办法》并没有赋予辩护人适用释权，而在此却规定因辩护人的无罪辩护方人、被告人丧失了自由选择适用速裁程序导致辩护人的辩护行为违背了犯罪嫌疑人、及独立辩护人理论问题，我国传统辩护理人具有独立于当事人意志的“独立性辩护”的义务，并且辩护人的这一公法义务是优

保护的后果等方面存在认识上的缺陷，可效果偏离犯罪嫌疑人、被告人权益保障的又来源于当事人且从属于当事人以及控辩双言，辩护人在提供充分、有效的法律帮助之入作出了符合其真实意愿的选择，辩护人就在合法范围内服务于当事人意志（当然只有在策略性或防御国家权力侵犯等与当事人“个的情况下，辩护人才具备一定的独立性）。事案件速裁程序中，辩护人在提供充分、力之后，当犯罪嫌疑人、被告人仍然选择认即坚持作无罪辩护时，则会直接违背犯罪嫌

辩护人就必须尊重犯罪嫌疑人、被告人本人的选择或者协商解除委托关系。所以实践中当事人认罪，辩护人作无罪辩护的情况，除了当事人认可情况下的诉讼策略所致之外再无它解。由此可知，在实践中中犯罪嫌疑人、被告人选择适用速裁程序之后，辩护人还作无罪辩护导致速裁程序无法适用的情况理论上不会存在。故该规定并无现实意义。

### 2. 法律援助值班律师制度尚待完善

按照《办法》规定，只有在犯罪嫌疑人、被告人申请法律援助的情况下，才指派法律援助值班律师为其提供法律咨询；言之就是不申请，看守所或法院是不会主动为其提供法律帮助的。实践中是否能够让犯罪嫌疑人、被告人都知晓这个制度存在是一个方面的问题，如何确保法律援助律师人数充足能够满足实际需要是另一个方面的问题。目前尚未看到关于法律援助律师制度建设的系统规定，仅在两高的试点中期报告中提到各试点地区的司法行政机关建立了值班律师库，设立法律援助工作站342个，共为17177件案件的犯罪嫌疑人或被告人提供法律援助20930次。但是大体多少值班律师才能满足目前咨询需要，值班律师库中目前已经有多少律师参与，适用简易程序的案件中有多大比例的案件获得了法律帮助等等均没有任何数据。法律援助值班律师制度与刑事案件速裁程序适用情况并没有均衡发展，至少法律援助值班律师制度的发展受到律师参与积极性等因素的影响，这恰恰正是司法机关无法掌控的。目前笔者所在律师事务所的同事还正在积极地加入法律援助值班律师队伍当中，也可以看出整体值班律师制度尚在推进当中。由此可知，刑事案件速裁程序已经试行，但配套的法律援助律师制度等建设尚待完善。

除了以上提及的法律援助工作站、值班

障犯罪嫌疑人、被告人权益方面效果的问题。从目前法律援助运行情况来看，并没有对法律援助律师的执业水准作任何的实质性限制，对法律援助值班律师加入援助律师队伍的门槛限制较低。法律援助值班律师提供的更多的是基本的法律咨询，与一般意义上的辩护律师工作及要求、责任心等相较虽理论上讲应该一致，但不可否认在实际服务内容、服务方式等方面还是有很大的区别的，所以设置法律援助律师准入门槛、加强法律援助律师培训等工作显得尤为重要。因法律援助值班律师制度的建立，使得速裁程序中律师的参与实际上划分了两个阶段，即审前程序的法律咨询和庭审中的辩护，虽然该制度构建了值班援助律师、普通法律援助律师以及一般意义上的辩护律师三种服务选择及衔接，但是因三种服务尚存在服务方式等方面的明显区别，也自然会影响到辩护的及时性和有效性，最终影响辩护效果，甚至有可能损害犯罪嫌疑人、被告人合法权益。相关部门应对此事项再次进行更加深入的研究，以期更好的维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

### 3. 辩护人在是否适用速裁程序和法院决定适用速裁程序过程中的作用有限

《办法》第五条和第九条，规定了辩护人经犯罪嫌疑人同意，可以建议人民检察院按速裁程序办理，以及人民法院决定适用简易程序后，应通知人民检察院和辩护人。从规定内容上来看，经犯罪嫌疑人同意，辩护人仅有建议人民检察院按速裁程序办理的权利，至于最终速裁程序是否能够启动，什么时间启动等问题则辩护人只能等待法院的通知。

也就是说，符合适用刑事案件速裁程序条件的案件，并不都能够最终以适用《办法》对符合适用条件的案件使用的是“可以”适用而不是“应当”适用。所以即便

用，也要看检察院会不会、能不能在八诉讼决定，法院最终会不会同意适用。这留下了空间，为权钱交易提供了温床，用和司法不廉洁的问题。笔者认为既然然据充分，犯罪嫌疑人、被告人又承认自控事实及量刑建议没有异议，当事人（犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼原告人适用法律没有争议，在不存在《办法》用情况的条件下，就应予以直接适用！这和政治权利国际公约》第九条第三项：被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官行使司法权力的官员，并有权在合理被释放。等候审判的人受监禁不应作为一定释放在司法程序的任何其他其他在必要时报明听候执行判决。”的规定程序在节约司法资源、提高诉讼效率、节约惩罚犯罪、保障人权等方面的作用。

### 4. 速裁程序在法庭审理时应听取辩护人意见

《办法》规定人民法院按照速裁程序事实、量刑建议及适用简易程序应当但是该规定首先并没有明确规定辩护人等法律技术类事项的法律后果，这便没有实际意义。

另外，作为简化的诉讼程序，刑事被告人当庭认罪、同意量刑建议和适用刑法庭调查、法庭辩论，也就是说辩护人可以发表意见的重要庭审程序都没有了？见还可以在庭审的哪个环节上展示呢？达意见的庭审环节又何谈法庭听取辩护人人的意见束之高阁，把辩护人作为诉讼三角诉讼结构变为实质的控审诉讼结构义着实难以保障，犯罪嫌疑人、被告人到侵害。

### 5. 辩护人对速裁程序是否公开审理意义

《办法》第十二条规定，被告人以不公开审理，辩护人没有异议的，经法

属于当事人，审理中最大限度的维护被告人最高的追求。在被告人因信息安全问题

时，除非被告人的不公开审理决定是违背和违反公正原则等受外界干扰情况下作出，那会从维护被告人权益的角度出发而不提

果辩护人因不公开审理违背被告人意志等提出异议，那么是否就一定公开审理？对规定；再次，最终是否公开审理的决定权

是，《办法》第十二条关于不公开审理的“信息安全”的内涵与外延的理解问题。如果

规定来严格限制不公开审理案件适用范围

于审判的基本诉讼原则，也会造成部分被

子以及会因法官自由裁量权过大而导致权

交易等腐败现象的产生。

充分、有效地发挥法律援助值班律师和辩

滥用便成为速裁程序运行中决不可忽视的内

### 1. 必须尽快完善法律援助值班律师制度以适应刑事案件速裁程序的现实需要

目前法律援助值班律师制度在落实上不可否认的还存在诸多问题：例如申请值班

律师法律援助比例不高、值班律师法律援助

质量不高、值班律师援助指导性文件缺乏、

值班律师参与案件程度没有规定（如是否出

庭辩护）等。这些问题使得该项制度是否能够

够保障犯罪嫌疑人、被告人做出选择的“自

愿性”值得怀疑。

因此，尽快充实法律援助值班律师数量，提高援助比例，制定援助的指导性文件，提高援助质量成为迫切需要。

### 2. 辩护人在刑事案件速裁程序上被动“缺席”的局面应予改观

适用刑事案件速裁程序的案件，一般诉讼周期都很短。最高法、最高检《关于

刑事案件速裁程序试点情况的中期报告》

显示：“据抽样统计，检察机关审查起诉

周期由过去的平均20天缩短至5.7天；人民法院

速裁案件10日内审结的占94.28%，比

简易程序高58.40个百分点；当庭宣判率达

95.16%，比简易程序高19.97个百分点。如

北京办理的一起盗窃案，从案发到判决仅13

天，另外一起危险驾驶案仅用3天……”，

这么短的诉讼周期固然使得辩护人参与的程度与深度不够，当事人委托律师的可能性变

得更小；加上庭审时不再进行质证和辩论，更使辩护人在庭审中的作用被压缩到了

极致。结合律师以法律援助值班律师身份进

入看守所、法院的制度并没有完善，最终

导致律师或辩护人在速裁程序中被动“缺

席”。即便是形式上出现了辩护人，实质上

也不能发挥什么作用，而沦为摆设！这与当前

倡导的法律职业共同体建设相违背，是对

控辩审三角诉讼模式的冲击。同时可能会阻

碍参与案件程序等方面还是存在重大差异

的根源，适用速裁程序的初衷是优化司法

诉讼效率。当公正与效率等司法价值发

必须坚守“公正优先”的司法理念，决不能

求过快。从《办法》内容来看，通过在去

法律援助值班律师，速裁程序赋予了犯罪

获得法律帮助的权利，但笔者认为值班律

意义上的辩护人，目前两者在工作方式、

参与案件程序等方面还是存在重大差异

的根源，适用速裁程序的初衷是优化司法

诉讼效率。当公正与效率等司法价值发

必须坚守“公正优先”的司法理念，决不能

求过快。从《办法》内容来看，通过在去

法律援助值班律师，速裁程序赋予了犯罪

获得法律帮助的权利，但笔者认为值班律

意义上的辩护人，目前两者在工作方式、

不能因为有了速裁程序的外衣，而舍弃辩护人、被害人及其诉讼代理人意见，特别是不能忽略和解的公诉案件可能出现的最终不起诉的情况而径直向前推进诉讼程序。

犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

由此，应打破目前辩护人参与“缺位”，参与质量不高的局面，尊重并激活犯罪嫌疑人、被告人获得辩护权意识。在目前推行律师讯问在场权、强制辩护权尚不具备现实可行性的情况下，迅速推进律师以法律援助值班律师身份介入案件，及时告知并及

时转达犯罪嫌疑人、被告人委托辩护人的意愿，才能尽最大努力实现在律师或辩护人有效帮助下的“自愿认罪”。

### 三、人民检察院在刑事案件速裁程序中，决定是否提起公诉的时间仅八个工作日，与“当事人和解的公诉案件诉讼程序”可能存在程序选择适用上的冲突，进而可能损害犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权益

张某某涉嫌故意伤害一案-北京市朝阳区人民检察院于2016年05月06日受理该案的审查起诉于2016年05月19日向北京市朝阳区人民法院提起公诉。笔者看了下时间,除去这期间包含的两个周末合计4天,恰好符合《办法》第八条,即速裁程序一般应当在受理案件后八个工作日内作出是否提起公诉的决定。2016年05月06日是星期五,笔者作为辩护人得知案件进入到审查起诉阶段后,第一时间于2016年05月10日到检察院案件管理

告知不在案管,需要另行与承办检察官取得联系,答复是案件下周就起诉到法院,到法院进行拷贝。辩护人在没有看到现实来得及发表意见(哪怕是因案件材料不全意见),特别是犯罪嫌疑人审查起诉阶段(被告人和解的情况下,案件于2016年05月05日被移送向法院起诉。

《办法》要求人民检察院八个工作日提起公诉的决定,最终决定提起公诉的,犯罪嫌疑人定罪量刑的主要犯罪事实已经查清,实的证据真实可靠,证据能够反映案件的主要事实和情节。以下其人力资源尚不富足的情况下,于否洋实地进行了审查核实在此不论,笔者如此短暂的时间内,在符合犯罪嫌疑人被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人又自愿和解,可以适用“当事人和解的公诉案件诉讼程序”的情况下,公诉机关径直选择适用刑

罪嫌疑人、被告人诉讼权益的情况。现在张某某涉嫌故意伤害一案,略谈体会如下

刑事案件速裁程序在适用上,虽尚欠缺权益。正如张某某涉嫌故意伤害一案“当事人和解的公诉案件诉讼程序”中以被“装进”刑事案件速裁程序当中。为了速裁程序的外衣,而舍弃辩护人、被告人意见,特别是不能忽略和解的公诉案件不起诉的情况而径直向前推进诉讼程序,产

害犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权益,产



# 师事务所承担民事侵权赔偿 责任相关问题初探

■ 肖树伟 游乐/文

## 引言

发展，承担资产评估、验资、验证等职责的第三方中介机构在社会重要，尤其是在涉及企业投融资、一些重要的决策甚至需要意见。如中介机构提供的意见不能真况，不仅会因信赖意见而做出决策，甚至是灭顶之灾，也可能导致严重后果。

在《公司法》中，甚至刑事责任。在《公司法》中投资者因相信合作方提交的审计报告而对某项目进行投资，进而追究该会计师事务所的责任。笔者与他人提供专业服务的第三方中介机构中服务人员，在开展工作中理应承担有效预防其自身的职业风险，有效的服务，避免造成客户的损失，健康发展。本文以会计师事务所因承担民事侵权赔偿责任为视角，在民事侵权赔偿责任的现状进行梳理，分析承担民事侵权赔偿责任中的几个问题，并提出现状的建议。

## 事务所承担民事侵权责任 责任的现状

务所因从事业务活动造成他人损失

## 肖树伟律师简介

京都律师事务所高级合伙人

主要执业领域为：公司、合同、信托、基金及国际贸易和投资。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、中国国际经济贸易促进会/中国国际贸易仲裁委员会/中国国际贸易仲裁委员会/北京市律师协会理事及执业纪律与执业调查委员会主任。长期为信托公司和基金公司的募集、投资、管理及退出业务提供法律服务，积累了丰富的经验。曾被司法部评为北京市律师协会评为优秀律师。



## 1. 《中华人民共和国注册会计师法》

《中华人民共和国注册会计师法》（以下简称“《注册会计师法》”）第四十二条规定：“会计师事务所违反本法规定，给委托人、其他利害关系人造成损失的，应当依法承担赔偿责任。”《注册会计师法》第十八条、第十九条规定了注册会计师的回避、保密义务，第二十条至第二十二条对注册会计师的执业行为进行了规范，对注册会计师应当拒绝出具报告的情形以及不得从事的行为等进行了详细规定。同时，第三十一条、第三十二条明确了前述第十八条至第二十条适用于会计师事务所的规定。

由于注册会计师是受会计师事务所的指派进行审计活动，履行职务行为。在因注册会计师违反相关法规定出具不实报告造成他人损失的情形下，侵权行为责任的直接做出者虽然是该注册会计师，但民事侵权赔偿责任的承担者仅为会计师事务所。

责任法》）第二条明确规定侵害民事权益应当承担侵权责任，同时对民事权益的种类进行了规定；第三条也明确了“被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。”此外，《侵权责任法》第十五条规定了包括赔偿损失在内的承担侵权责任的主要方式。

3. 《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》

《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》（以下简称“《会计师事务所侵权赔偿规定》”）对会计师事务所从事审计业务活动中承担民事侵权赔偿责任相关事宜进行了详尽的规定，其中第一条规定：“利害关系人以会计师事务所从事注册会计师法第十四条规定的审计业务活动中出具不实报告并致其遭受损失为由，向人民法院提起民事侵权赔偿诉讼的，人民法院应当依法受理。”第二条对“利害关系人、不实报告”进行了界定。此外，《会计师事务所侵权赔偿规定》对会计师事务所承担侵权赔偿责任适用过错推定原则，此类诉讼案件应当以被审计单位与会计师事务所为共同被告，会计师事务所根据故意还是过失的过错形式应当分别承担连带或补充赔偿责任等进行了明确规定。

4. 《最高人民法院关于会计师事务所为企业出具虚假验资证明应如何承担责任的批复》第二条规定：“会计师

1 《会计师事务所侵权赔偿规定》第二条规定：“因合理信赖或者使用会计师事务所出具的不实报告，与被审计单位进行交易或者从事与被审计单位的股票、债券等有关的交易活动而遭受损失的自然人、法人或者其他组织，应认定为注册会计师法规定的利害关系人”，“会计师事务所违反法律法规、中国注册会计师协会依法拟定并经国务院财政部门批准后施行的执业准则和规则以及诚信公允

事务所与案件中的合同当事人虽然当然于其出具虚假验资证明的行为，担因此，在民事责任的承担上，应当足部分，再由会计师事务所在其过错责任。”

## （二）相关案例

### 1. 杨某某诉中国农业银行股份 吉林博大东方会计师事务所侵权案

**案情介绍：**原告杨某某诉被告公司（以下简称“永和公司”）作高院判决，永和公司应偿还杨某某和公司未履行判决内容，杨某某申程中长春中院查明，永和公司已不明，三位被执行人均未执行。日永和公司注册公司在农运支行（以下简称“翔运支行”）80万，而同日吉林博大东方会计师事务所（以下简称“博大会计师事务所”）给永和公司出万元的验资报告。因此，2013年，会计师事务所为永和公司设立时找会计师事务所，给其造成损失为由诉至一审，会计师事务所连带赔偿本金及利息。

一审法院经审理后，认定永和利80万元，而博大会计师事务所出与实际情况不符，该报告是虚假过程中对博大会计师事务所相关材料

人真审查，出具了虚假验资报告，  
300万元。此外，法院认为因现有  
是供注册资金存款单及《银行询证  
行不应承担责任。因此，法院判  
0万范围内赔偿杨某某借款本金、  
公费等费用。后杨某某不服一审判  
期透支行与博大会计师事务所承担

## 天实业控股集团有限公司、成中国际实业有限公司侵权责任纠纷案

**案情介绍：**2010年，华天实业控股集团有限公司（以下简称“华天公司”）、成中国际实业有限公司（以下简称“成中公司”）拟转让其分别持有的湖南华天铝业有限公司（以下简称“华天铝业”）的股权共计60.87%，华天铝业委托湖南里程有限责任公司（以下简称“里程事务”）、沃克森（北京）国际资产评估有限公司（以下简称“沃克森公司”）对华天铝业的资产进行审计和评估，审计和评估的基准日为2010年8月31日。2010年12月，吉伯益（北京）投资有限公司（以下简称“吉伯益公司”）通过网络竞价的方式，以人民币2335万元竞买到华天铝业60.87%的股权。吉伯益公司受让前述股权后，委托湖南恒信弘正会计师事务所有限责任公司（以下简称“恒信事务所”）对华天铝业截至2010年8月31日止的相关资产进行了审计，审计结果与里程事务所存在差异。2013年1月，吉伯益公司遂以其在股权转让中存在重大误解和显失公平为由将华天公司、成中公司诉至法院，主张调整股权转让合同价格，退还股权转让款。该案件经一审、湖南高院二审，判决驳回了吉伯益公司的诉讼请求。同时，湖南高院认为吉伯益公司在股权转让交易完成后单方委托恒信事务所作出了审计报告，但未提交其他证据佐证，故仅依据该审计报告不足以否定里程事务所审计报告和沃克森公司评估报告内容的真实性和合法性。

2014年6月，吉伯益公司因侵权责任纠纷将里程事务所、沃克森公司、华天公司与成中公司诉至法院，要求几被告连带赔偿吉伯益公司损失人民币1386.494773万元。一审法院经审理后认为，吉伯益公司以其单方委托的恒信事务所出具的审计报告为依据，认定里程事务所审计报告和沃克森公司评估报告为不实报告，依据不足。吉伯益公司没有证据证明里程事务所、沃克森公司存在违反法律法规、中国注册会计师协会依法拟定并经国务院财政部门批准施行的执业准则和规则以及诚信公允的原则，出具具有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的审计报告以及违反有关法律法规规定的情形，故其仅依据恒信事务所审计报告不足以否定里程事务所审计报告和沃克森公司评估报告内容的真实性和合法性。由此，判决驳回吉伯益公司的诉讼请求。吉伯益公司不

明里程事务所、沃克森公司在审计过程中违反法律法规、执业准则及诚信公允的原则，而且在吉伯益公司诉华天公司、成中公司股权转让纠纷一案判决中已认定，吉伯益公司在股权转让完成后单方委托恒信事务所作出的审计报告，因未提交其他证据佐证，不足以否定里程事务所审计报告和沃克森公司评估报告内容的真实性、合法性，并判决驳回其诉讼请求，本案因此亦不存在侵权行为，吉伯益公司主张里程事务所审计报告和沃克森公司评估报告为不实报告的依据不足。此外，吉伯益公司在竞价、签约与交接阶段并没有对竞拍程序和里程事务所审计报告、沃克森公司评估报告提出异议。诉讼中既没有提交证据证明上述报告具有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏等问题，也无证据证明华天公司、成中公司以及里程事务所、沃克森公司及其相关注册会计师存在承担连带责任的情形。故吉伯益公司主张华天公司、成中公司以及里程事务所、沃克森公司存在过错，缺乏事实依据。因此，湖南高院于2016年判决驳回上诉，维持原判。

## 二、会计师事务所承担民事侵权赔偿责任中的几个问题

**（一）会计师事务所承担民事侵权赔偿责任的前提**  
**理当是应符合相应的构成要件，即侵权行为；给他人造成损失；他人的损失与侵权行为间存在因果关系；会计师事务所存在过错。**

前述案例1中，三級法院在认定博大会计师事务所应当承担民事赔偿责任这一点上保持一致，从法院的判决中可以看出，法院在认定博大会计师事务所应当承担赔偿责任时主要对如下情况进行了判断：博大会计师事务所出具了虚假验资报告，存在侵权行为；博大会计师事务所存在未认真审查的过错；因博大会计师事务所出具虚假验资报告导致了和公司设立的不法后果。而案例2中，两审法院因原告吉伯益公司无法提供证据证明里程事务所、沃克森公司的评估报告为不实报告，也没有证据证明吉伯益公司与沃克森公司存在违反法律法规、执业准则及诚信公允的原则等行为，因此认定不存在侵权行为，从而未支持吉伯益公司的诉讼请求。

## （二）侵权赔偿责任的承担者仅为会计师事务所

报告造成他人损失的情形下，侵权  
该注册会计师，但民事侵权赔偿  
务所。

## （三）法律适用因被侵权人 的不同等有所区别

从《注册会计师法》中的规  
害关系人可能成为被侵权人，而  
定》中则规定仅利害关系人具有  
如委托人对会计师事务所提起民事  
情况分析委托人的地位以此决定  
侵权赔偿规定》。此外，如因公  
告而导致他人损失的，法院通常  
会计师事务所为企业出具虚假验  
批复》这一规范性文件。前述案  
即是《最高人民法院关于会计师  
证明应如何承担责任问题的批复  
则是《侵权责任法》《会计师事

## （四）过错认定的原则因侵权 人的不同等有所区别

《会计师事务所侵权赔偿规  
师事务所因在审计业务活动中

## 游乐律师简介



立、股权转让、并购、投资等专  
提供法律服务，为企业和个人处

# Contract

between Mary Smith, 3, Waterstreet, 40 062 New York  
and  
Hans Peter Garden, 53 Residential Street, 51 255 St. J.



会计师事务所及其工作人员在工作中应当严格遵守法律法规的规定，不得从事法律法规明令禁止的行为。此外，还应当遵守执业准则和规则以及诚信公允等原则以及事务所内部的有关制度。

侵权赔偿责任，但其能够证明自己  
人为，根据该条规定，利害关系人  
立适用过错推定原则。但过错推定  
条件，如非利害关系人提起的民事  
十对会计师事务所非审计业务活  
公等则应当根据具体情况依法适用  
、无过错原则等。不过从前述案  
司法实践针对此类案件并没有明  
案例2中湖南高院适用《侵权责任  
侵权责任，应适用过错责任的归责  
过错推定原则也需建立在原告就其主  
二，否则很可能因举证不能承担败

可以看出有关规定尚存在需完善之处，而实践中也需要统一  
此类案件的适用标准。此外，会计师事务所及注册会计师也  
需完善其执业行为，这样才能使会计师事务所及注册会计师  
避免给客户造成损失，也能有效预防其自身的执业风险，避  
免承担赔偿责任。笔者认为，可以从以下几方面对现状进行  
改进：

1.完善相关法律法规的规定。立法机关应对现行的有关  
规定进行梳理，理顺各规定之间的关系以及适用情形。如明  
确在委托人对会计师事务所提起侵权赔偿之诉时的法律适用  
依据，是否适用过错推定原则以及适用的前提条件等，使司  
法机关在处理此类案件时能尽量做到有法可依。

2.准确适用有关规定。司法机关在审理此类案件中应当  
严格依照现行的有关规定对案件进行审理，根据案件不同的  
事实情况准确适用规定，对案件事实相同的案件尽量做到适  
用统一的标准，避免出现同案不同判的情形。

3.完善内部制度和管理。会计师事务所应当制定完善的  
管理制度和工作制度，对执业行为予以规范。会计师事务所  
还应当定期组织工作人员对相关规定进行学习，使工作人员  
对其工作的重要性有深刻的认识。

4.严格遵守有关规定。会计师事务所及其工作人员在工  
作中应当严格遵守法律法规的规定，不得从事法律法规明令  
禁止的行为。此外，还应当遵守执业准则和规则以及诚信公  
允等原则以及事务所内部的有关制度。

5.注册会计师在工作中应当遵守职业道德与执业纪律，  
对委托人的不正当要求，应当严守职业操守，予以拒绝。此  
外，还应当对工作恪尽职守、勤勉尽责，避免过失的出现。

6.注册会计师应养成良好的工作习惯，完整妥善保管工  
作底稿，会计师事务所也应当对有关文件妥善保管，便于纠

## 英文合同制式条款的理解和

■ 肖承成/文

在国际贸易交往中，人们通常用英文书写和签署他  
们达成的协议。由于各自所处的社会、文化、法  
律背景不同，一些外方起草的合同和国内的合  
同，在格式、内容和重点方面有所不同。为此，我们在必  
要了解和掌握英文合同的一些特点和规律。

- (一) 标题 (Title)
- (二) 序言 (Recitals)

- 1. 签约方 (Parties to the contract)
- 2. 签约背景 (Background to the contract)
- 3. 签约时间 (Signature time)
- 4. 签约地点 (Signature place)

- (三) 正文条款部分 (Main Conditions)

- 1. 定义 (Definitions)
- 2. 声明和保证 (Representations and Warranties)
- 3. 具体权利义务条款 (Operative Conditions)
- 4. 有效期 (Terms)

### 一、英文合同的构成

一份完整的英文合同主要有四个部分构成，即标题  
(Title)、序言 (Recitals)、正文条款 (Terms and  
condition)、结尾或签署 (Execution)。多数英文合同还  
有一个封页，上面记载着合同的名称、签约双方、签约时间  
和签约地点等。

### 承担责任的形式的侵权行为的不同等而有

具虚假验资报告造成他人损失时，  
国内承担补充赔偿责任。而在审计  
告的侵权行为造成利害关系人损失  
会计师事务所将与被审计单位承  
偿形式是过失，则承担补充赔偿责  
会计师事务所因出具虚假验资报告  
是补充赔偿责任。

### 事务所承担民事侵权 责任的现状的建议

ality)  
ontract )  
Majeure )  
lement of Disputes )  
tive Law/ Governing Law )  
aneous Provisions )  
( Counterparts )  
dules and Annexes)  
guage )  
ecution )

## 条款可作如下解读

并  
Agreement ( ……协议的修订协  
Agreement to XXX Agreement (……  
m of Understanding) (谅解备忘  
买卖合同)  
合同)  
文一样，并没有实际意义。主要是  
查阅。

als)  
方”和“签约背景”两个方面的内  
同主体。  
ade and entered into in ( place  
( MM) ( YY) by and between  
a company incorporated and

## 肖永成律师

京都律师事务所合伙  
人。肖永成律师具有英  
语、法学教育背景，并  
有长达十年的国际贸易  
实务经验和十多年的律  
师执业经历。主要执业  
领域为国际贸易、公司  
业务、民商业务、刑事  
业务。



of business is at the London (hereinafter referred to as  
“A”)

China XXX International Chemical CO., LTD, a  
company incorporated and existing under the law of the  
People’ s Republic of China, whose registered office is  
at No xxx Road Beijing China (hereinafter referred to as  
“B”)  
American XXX Co.Ltd., a company incorporated  
and existing under NEW YOUK Law, having its  
headquarters domiciled in NEW YOUK (hereinafter  
referred to as “C”)

“签约方”后面主要是介绍公司注册和营业地情况，  
如：依据……法律注册、注册地点、主营业地、及总部等。  
签约方后面的介绍有以下作用：  
( 1 ) 税收方面的影响  
签约方依某国的法律注册或其主营业地在某个国家，意  
味着应在注册地或主营业地进行纳税。

( 2 ) 识别对方属哪个国家，以判断民事法律行为能力  
情况  
各国法律对法人的民事行为能力有不同的规定。如韩国  
适用法人的营业地法，奥地利适用主要事务所在地法。大多  
数国家采用法人国籍法。通过了解签约方的注册地或主营业  
地，就会知道该国对法人的民事行为能力的相关规定，以便  
在合同仲裁，或纠纷解决条款上，就准据法和管辖地的选择  
有相应的准备。

2 签约背景 ( BACKGROUND) : “Whereas” ( 英

英文合同的“签约背景”，通常由“Whereas”字样开  
头的句子组成。有时称为“Whereas Clauses”，即“鉴于  
条款”。

“鉴于条款”主要叙述当事人之间对于某项事实和背景  
的共同认识。有的鉴于条款着重说明双方合同须实现的目的  
等。

实践中，有的“鉴于条款”对合同目的讲得非常清楚，  
但主文条款却含糊不清。如果二者发生争议，通常应以“鉴  
于条款”叙述的为准。

如，在一起铺设地下油管的买卖合同中，鉴于条款约  
定，购买方购置的油管主要用于铺设在北方冻土层。但合同  
主文对于冻土层油管特殊的工艺和规格并没有叙述清楚。如  
果供货方仅依照合同规定的参数或自己通常的理解提供一般  
的油管，可能就构成根本违约，因一般的油管无法实现铺设  
在北方冻土层的合同目的。

英国法律有一个重要的法律原则，即禁止反言  
( estoppel)。签约方在“Whereas”部分所作的事实陈  
述，不得在事后对这些事实加以否认。

英文合同中，经常看到这样的表述：

“The GOODS there of provided by the SELLER  
shall be new, of good quality and fit for the intended  
purpose”

“卖方提供的货物应崭新未用过、质量工艺上乘且满足  
合同欲实现的目的。”

上述例句即可规定在正文中，也可在鉴于条款中表述。  
若违背上述约定，提供的货物是二手的，或曾经使用过的，  
有可能会构成根本违约。

“Whereas”条款在补充协议中比较常见，主要叙述补  
充协议是基于过去已签订了某个合同或协议，并在此基础上  
签订协议。

3. 签约时间和签约地点 ( Signature time /place of  
the contract)

英文合同的签约背景中常列明签约时间和签约地点。签  
约时间涉及到合同的生效问题。如果合同中约定生效时  
间，除法律规定需要经过审批或登记生效以外，签约时间应  
视为合同的生效时间。

合同签订地不仅涉及纳税问题，还涉及到合同争议的管  
辖权问题。如果合同由因为缔约方遵守适用的法律。则签

## (三) 主文部分 (Major Text)

### 1. 定义 (Definition)

在国际贸易中，双方对法律条  
差异，定义条款可以使双方在一些  
识，从而减少争议。

定义条款在英文合同中非常  
合同中具有特殊意义的同一个词语  
“WORK” shall mean all  
including but not limited to di  
services of installation, testing  
EQUIPMENT

对于被定义的词语，通常将  
买卖合同中的“WORK”、“BUY  
“PURCHASE AGREEMENT”  
“WORK”“EQUIPMENT”等  
如：“Work”、“Buyer”、“S  
“Equipment”等。

英文合同被定义的词语，若  
要表述的意义与被定义的词语意义  
大写形式。否则被定义的词语将先  
普通意义来理解。

2. 声明和保证/陈述和保证  
Warrants)

英文合同中，我们经常能够  
保证”条款。主要原因是合同所  
方要求另一方作出声明和保证，  
的信息，以保证合同能顺利履行  
签署合同是否获得授权，公司是  
与本合同事务相关的诉讼等情况。

同时，合同一方会要求对所  
违反了该保证，合同一方将有权采  
的相应措施。如：

“Party A has taken all  
to authorise the execution of th  
this Agreement, Party A’ s  
fully authority to execute and  
Agreement by virtue of a valid p

“甲方已获得所有必要的权力

有的合同约定，合同的生效日期自签署后的第X周开始。但需注意的是，有的国家每周的起止日期与中国的起止日期存在不同。

本协议对甲方构成合法、有效并有义务条件能够得以执行。”

Guarantor hereby undertakes to indemnified the other party for all losses and losses which arises as a Party A or the Guarantor of its liabilities hereunder.”

七承诺，赔偿合同及其他方因甲方违约而产生的所有费用、开支、责任应当是真实的，并且是能够实现承担责任。声明和保证应以实现合同并不带来很多的益处。

通常也是双务，彼此都向对方作

as and warrants that:

### 6. 操作性条款 (Operative Terms and

是合同的实质内容。由于合同的目的和义务自然不同。对此，无具体格式。对于这部分的内容，应根据一个有效期，即约定合同的生效日与有效期应以完成合同所规定的义务规定的期间内完成各自的义务，有效期的延长期限。

日期存在不同。中国一般认为，一周的开始时间为周一凌晨零点始，结束日期为周日午夜十二点止。但有些国家认为一周的起始时间自周日凌晨零点始，结束日期为周六午夜十二点止。若按照中国的惯常理解合同的生效日期，或规定某项事宜须在第X周的第一天开始，那么在具体的履行过程可能会存在纠纷。

### 5. 终止 (Termination)

合同有自然终止和人为终止两种。自然终止主要是合同约定的时间已到期，或双方约定的义务已结束。人为终止是指合同在履行过程中，由于出现某些特殊情况，如果继续履行合同，将导致没有任何过错的一方遭受巨大损失，因此赋予对方的一个救济权利，即终止合同。如下例：

“Either Party shall, subject to 15.2, be entitled to terminate the Contract if the other Party;

(a) subcontracts the whole of the Works or assigns the Contract without the required agreement.”

“如果合同他方有下列行为，合同一方有权根据第15.2款终止合同：

(1) 未按要求经过许可便擅自将整个工程分包出去或转让合同。”

与中文合同一样，英文合同有关终止的条款也约定的比较具体和明确。

但是，在中文和英文合同中，我们经常能看到这样的约定：

“Party A shall have the right to terminate this Contract if Party B commits any breach of the obligation under this Contract”

“乙方违反本合同项下任何义务，甲方有权终止合同。”

实践中，如果一方当事人仅仅依据对方一个小小的违



得有些国家法官或仲裁员的支持。他们认为，合同应向着有效，便于执行去解释，法院并不会由于一个微小的，或任意的违约而支持另一方终止合同的权利。法院衡量的标准主要看是否造成根本性违约或毁约性违约，或者多次违约而无法实现合同目的。

但是，如果在合同中约定了可终止合同的具体事项，如上例，即便没有达到根本性违约，终止合同请求也会得到法官的支持。

合同被人为终止后，自然存在着一些未履行完毕的义务或未曾实现的权利。因此，英文合同除了规定在什么情形下可以终止合同外，还对终止后的某些事项进行了约定。

合同的终止并不意味着合同中有相关法律适用、管辖、保密等条款的规定也随之终止，通常，英文合同有如下类似的规定：

“Upon termination in accordance with Clause XX Subject to clause XX and XX, the right and obligations of the Parties under this Agreement shall terminate and be no further effect, except that Clause Governing Law, written authority and shall ac

remain in full force and effect.”

“如果根据第XX条一旦发生第XX条，本协议签约方的权利和义务，但适用法律、管辖、保密、有效”

终止合同应当通过书面方式进行，允许违约方在宽限期内自行有采取措施，违约方才能实施自己

### 6. 保密 (Confidentiality)

在对外贸易中，由于双方合作向对方披露自己的一些信息，或披露方并不希望有些信息被合同之外方便约定了保密条款。有的英文台也保密信息，而且约定对方的员工也

“Each Party shall treat th of this Agreement as confidential information to any third party written authority and shall ac

ture and shall direct such staff  
attiality.”

本协议内容进行保密，未经另一方  
披露给任何第三人。对于与协议有  
关的员工，应让他们知晓该协议有关事  
项的保密要求。”

简单的做上述规定就确立了关于  
完整的保密条款应规定保密信息的范  
围、保密时间等等。如下例：

“Information” means any and all  
notes, compilation, studies and  
information disclosed directly or indirectly by  
any party relating to or in any way  
connected with the business, whether such information is  
in writing, oral, or by any other means.”

一方直接或间接向另一方披露的与工  
作有关的记录、笔记、编辑、研究或者其  
他任何形式的披露，还是以其他任何方  
式披露的，无论其形式如何，只要其  
与业务有关，即构成保密信息（如技术服务协议），可能还会继  
续构成保密信息，即使合同终止后，保密时间仍在继  
续。”

未经同意，合同一方不得擅自将保  
密信息向第三方披露。任何时候，相  
关信息应当向第三方披露。合同一方  
应予以注意，并进行限制。但合同  
中未作其他规定的除外。

any of the following  
a request by the auditors of a  
legal requirement, including  
court having jurisdiction.”

下列要求为限  
求

管辖法院的传票和命令。”  
经常签署一些《谅解备忘录》  
》(LoI)。《谅解备忘录》和《合  
约》。但对于所涉及到的保密事  
项，则应予以保密。

“This LoI has been signed by both Parties as  
an expression of the current intentions of the Parties  
in respect of the potential cooperation related to the  
Project. Except for Article 6 of Confidentiality, this LoI  
shall no legally binding force or effect.”

“由双方签订的本合作意向书仅仅表达双方有关该项目  
进行潜在合作的意向，除了本意向书第6条保密条款外，本  
意向书不具有法律约束力”。

### 7. 违约 (Breach of Contract)

英文合同中，违约的相关条款经常以大段落的篇幅出  
现。如合同规定了商品的规格、交货的时间、交货的方式，  
付款的期限及保密等条款，若一方违反了上述规定，另一方  
自然会依合同的规定，要求对方承担违约责任。这种以口  
头或书面形式确定的违约责任，通常被称为“明示的违约条  
款”。

但英文合同有时会出现一种“默示的违约约定”，即当  
事人未在合同中明确约定，却被认为隐含在合同条款之中。  
出现“默示违约约定”是因为双方当事人所处的背景、  
文化、及一些生活习惯和思维方式的不同，当合同履行出现  
争议时，双方自然会按照自己的理解去解释合同条款。

衡量英文合同是否隐含“默示约定”，主要是看合同中  
的“满足目的”条款，如果合同中没有约定“满足目的”，  
一般是指“满足通常的目的”。如果合同中明确指出了订购的  
产品将用于某种特殊的目的，则该合同就可能隐含一个“默  
示约定”。如上文我们提到的铺设冻土层下管道案例，若合  
同约定的“满足目的”为铺设在冻土层下的管道，如果供货  
方提供的货物达不到这一目的，供货方可能就违反了“默示  
的约定”。

为了避免出现这种“默示违约约定”，英文合同通常进  
行限定，如下例：

“Unless otherwise specified, Seller warrants that  
the Goods will be fit for the ordinary purpose for which  
such goods are normally used. Seller does not warrant  
that the Goods are suitable for any particular purpose  
for which they may be required.”

“除非另有约定，卖方保证货物符合该类货物通常使用  
之目的。但卖方并不保证货物符合买方要求满足的任何特定  
目的。”

“默示约定”的理解是基于人们的惯例和思维定式。

不可抗力除了法律规定的以外，双方当事人可  
以自由约定哪些情形属于不可抗力事件。在选  
择不可抗力情形时应与自己所购买的保险联系  
在一起，如果不能通过保险进行赔偿的，应尽  
可能地纳入到不可抗力范围内。

实现合同目的，而不是为了破坏合同的完整性。当“默示约  
定”和“明示约定”发生冲突时，自然应首先适用“明示约  
定”。

英文合同有时也会出现“违约免责条款”，也就  
是在合同中规定了免除自己的责任，或者限制自己责任的  
一种保护条款。其目的是为了避免自己因为违反某个合同条  
款而导致整个公司破产，或遭受超出自己预期的损失。如下  
例：

“Notwithstanding any other provision of this  
Contract, neither Party shall be liable to the other  
Party for damages for loss for revenues or profits, loss  
of goodwill or any indirect or consequential damages in  
connection with the performance of non-performance of  
the Contract.”

“无论本合同其他条款有何规定，任何一方均不向另一  
方承担因本合同的履行或不履行而造成的收入或利润损失、  
商誉损失或任何间接或附带性损失的赔偿责任。”

上述例句为一个免责条款，即免除了自己由于违约而给  
对方造成利润或其他间接损失的责任。

所谓限定责任，就是指由于违约而对方的赔偿限定在  
一定的范围内。如下例：

“The aggregate liability of a party for all claims  
for any loss, damage of indemnity whatsoever resulting  
from such Party's performance or non-performance of  
this Contract shall in no case exceed [ ] United States  
Dollars or the RMB equivalent thereof.”

“在任何情况下，一方对因本合同的履行或不履行所致  
的损失、损害或赔偿的总额不得超过 [ ] 美元或等值的人民币。”

有人在订立合同时往往喜欢对  
对方违约时，要求承担高额或双倍  
并不能得到某些国外法院的支持。  
为有限，不能包括间接损失，不  
取利益。某些法国法律不支持“平  
违约金的数额进行了限定，或者  
为可能造成的损失进行最大程度的  
偿金，法院会给予支持。

英文合同中有关违约的这种情  
况，借鉴和学习。

### 8. 不可抗力 (Force Majeure)

英文合同中，不可抗力(Force  
Majeure)条款通常包括不可抗力  
的，不可抗力事件通常不可抗力  
一方通知另一方有关不可抗力事  
项履行等；发生不可抗力后的补  
救措施；不可抗力事件对合同  
的影响、终止合同等；不可抗力  
和不能克服的客观情况。但这个  
事件是否属于不可抗力经常会  
取，即在定义之后，进一步对  
以明确。

依据法律规定，不可抗力主要  
和不能克服的客观情况。但这个  
事件是否属于不可抗力经常会  
取，即在定义之后，进一步对  
以明确。

“Force Majeure  
Definition of Force Majeure  
In this Clause . “Force  
exceptional event of circumstance  
(a) which is beyond a Party  
(b) which such Party could not  
control or prevent.”

or overcome substantially attributable to the include, but is not limited to, circumstances of the kind listed in (a) to (d) above are satisfied whether war be declared or not), enemies, terrorism, revolution, insurrection, civil war, or civil war. phrases such as earthquake, volcanic activity.”

系指某种异常的事件或情况:

不能合理地对其加以预防的合理避免或克服的 合同他方的 条件, 不可抗力包括但不限于 (战争或内战与否)、入侵、外敌行为; 革命、暴动、军事政变或篡夺政权或 台风、台风或火山活动”。

定的以外, 双方当事人可以自由酌 事件。在选择不可抗力情形时应与 一起, 如果不能通过保险进行赔偿 不可抗力范围内。

常由于分包商或其他供应商的原 或迟延履行。就此情形, 有的当事 议。对此, 应根据当事国的法律和 在签订合同过程中, 对于可能发生 其他供应商的原因导致合同无法履 等情形应明确约定在不可抗力范围

自然会涉及到不可抗力的补救措 及的补救条款中经常有这样的措

义务”。但对于“尽力减少不可抗力影响的义务”往往会出 现一些争议。因为合同双方对“尽力”的标准理解不同。对 此, 最好在合同谈判过程中, 在遵循“合理性”的原则下, 将“尽力”的标准进行明确。

不可抗力持续到一定的时间可能会导致合同的终止, 造 成合同目的无法实现, 会影响双方的相关权益。

合同的终止应根据不可抗力持续的时间来确定。合同的 谈判、签订和履行涉及合同各方的许多方面, 及各方的投入 和精力。盲目地终止合同可能对双方造成的损失更大。在确 定不可抗力并提出终止合同的时间方面, 应以合同双方所遭 受的损失最小为原则, 同时也应考虑合同期的长短, 合同标 的种类等因素。合同期越长, 不可抗力持续的时间限制也应 更长, 如一个10年起的建设合同, 应规定不可抗力持续超过 两年, 双方才有权终止合同; 而对于一个交货期为10个月的 合同, 可以规定不可抗力持续2个月, 双方有权终止合同。

### 9. 争议的解决 (Settlement of Disputes)

#### (1) 仲裁 (Arbitration)

任何合同解决争议的方式无非都是三种, 即调解、仲裁 和诉讼, 英文合同也无异。实践中80%的英文合同都将仲裁 作为解决争议的首选。

在英文合同中, 仲裁条款通常具备以下几个要素

仲裁意思表示; 如:

“Both parties agree to have any dispute related to the existence, validity, termination and/or construction of the agreement settled by XXX Trade Arbitration Commission before a sole arbitrator in accordance with its Arbitration Rules

“合同方同意, 将与本协议的存在、效力、终止或解释 方面有关的争议提交XXX经济贸易仲裁委员会, 根据该会仲 裁规则进行仲裁, 仲裁员为一人”。

#### ① 仲裁范围; 如:

“Any dispute, claim or controversy arising from or in connection with this Purchase Order (including any question regarding this Purchase Order's existence, validity or termination) or the breach termination or invalidity thereof

“因本采购订单产生的或与本采购订单有关的任何争 议、索赔 或争议 (包括有关采购订单的存在、效力或终止的 问题) 或违约 终止或无效”



将来对“争议”提出不同的意见。如:

“Dispute” means any dispute or controversy arising out of this Agreement, including a dispute or controversy regarding the existence, validity, interpretation or breach of this Agreement

“争议”指因本协议产生的各种争议和争论, 包括本协 议存在、效力、解释、执行、或违约有关的争议或争论。

#### ② 仲裁机构

英文合同除约定仲裁意思表示和仲裁范围以外, 最主要 的是约定仲裁机构, 目前国际上比较知名的仲裁机构主要有 以下几个:

- A. 国际商会仲裁院ICC
- B. 瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院 (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce)

斯德哥尔摩商会仲裁院没有仲裁员名册, 仲裁双方可以 聘请全世界任何地方、具有相当公正, 有一定知识程度的人 员作为仲裁员。斯德哥尔摩仲裁院隶属于斯德哥尔摩商会, 它没有固定的组织机构, 只设一个秘书处, 也没有固定的书 记员, 每个案件临时从律师事务所聘请有经验的律师担任书 记员。

- D. 香港国际仲裁中心 (HKIAC)
- E. 英国伦敦国际仲裁院 (LCIA)
- F. 中国国际经济贸易仲裁委员会

除上述几个要素外, 英文合同 仲裁地、仲裁规则、仲裁语言和仲裁机构进行 确定了仲裁地点和仲裁规则, 定仲裁规则所在地的仲裁机构进行 果协商不成, 则双方可以去北京作 易仲裁委员会仲裁规则”。这种 裁, 并不能断定由北京的仲裁机构进 际经济贸易仲裁委员会仲裁规则, 际经济贸易仲裁委员会进行裁决。 港国际仲裁中心, 在北京适用中国 的仲裁规则进行仲裁。为此, 应来 规则约定清晰, 比较标准的英文台 的要素。

### (2) 法律诉讼 (Legal Action)

英文合同中也能看到通过诉 例:

“Any claim or dispute arising from this agreement or its interpretation by a court of competent jurisdiction of Delaware.”

“因本协议或与本协议或解释有 向位于特拉华州境内有管辖权的法院 所在地、合同的履行地、合同的签 选择有管辖权的法院来审理可能出 讼法除级别管辖和专属管辖规定外 择法院的权利。但涉外合同提前约 见, 这主要是由于当事人对法院的 很多的顾及, 双方也很难就法院的 实践中经常看到的是, 由于台 仲裁条款被认定为无效, 当出现争 有管辖权的法院提起了诉讼。如果 自然会想起适用中国的法律。但有 法院提起诉讼, 遇到这样的情形, 对, 不知所措。所以, 遇到英文台 以慎重对待

to have been received at 8:00 a.m. on the first day of business thereafter.

通知只有在接收方于其正常工作期间收到方可生效。

通知在下列情况视为收到

- ① 如果采取亲自递送方式，于确认收到之时；
- ② 如果采取传真方式，于确认传输之时；
- ③ 如果采取挂号信或邮政快件方式，于知晓通知之时；
- ④ 如果采取电子邮件方式，于知晓收到电子邮件内容时；（但不包括自动回复）

如果该视为收到的时间不在惯常的工作时间，则该通知应视为在随后第一个工作日早晨 8 点收到。

## (2) 合同语言 (Language)

本文主要是总结英文合同的一些制式和规律，自然合同的语言是英文。在合同履行过程中，如果执行合同的人为非英语国家，那么，在执行方面可能会遇到障碍。我们经常看到合同文本经常由中英文两种文字书写。但两种文本在字面翻译上，有时并不完全对应，自然在合同的解释方面存在偏差，往往各说各理。所以，合同应当约定，两种语言文字的解释出现争议时，应以英文或者中文为准。

但是，有的合同却约定，两种语言文字具有同等效力。这种表述方式未必不可，因合同毕竟约定了仲裁条款，双方可以将这种由于解释的不同而产生的不确定的争议留待以后去解决，或通过仲裁方式解决。

另外，合同约定的语言为英文，但在执行过程中，通过第三方往来的信函、通知，或附件中的技术资料可能为第三国语言。为此，双方也应一并约定，或提供翻译件。

## (四) 合同的签署 (Execution)

合同的签署就意味着合同的结尾。大部分人对合同的结尾部分并不以为然。认为只要在合同最后一页签署并盖章，合同就已完成了。但英文合同的签署与中文合同存在不同，英文合同通常由授权代表直接署名。为此，在合同签署时，应审核对方签署人是否适格。如果是法定代表人签署，应审核对方公司的章程，章程中是否授权法定代表人签署；如果是授权代表签署，应审核该代表是否有授权委托书。另外，合同签署时，要在签署页署全名，同时在合同的每一页都要小签，即在每一页签署上其姓名就可。<sup>103</sup>

(注：本文的部分内容和例句参考于范文祥编著的《英文合同阅读

与文书技巧》法律出版社 2007

# 通用报告准则 (CRS) 对中国移民人士纳税的影响

■ 高慧云 俞悦 / 文

财产收益、经营收入等信息；通用报告准则(CRS)是AEOI标准的自动交换标准的主要内容。而多边报告交换标准主要依据就是通用报告准则。

## 一、通用报告准则 (CRS) 与 AEOI 标准、多边税收征管互助公约的关系

《多边税收征管互助公约》经合组织 (OECD) 发起的，共6章32条，规定的征管协作形式包括情报交换、税收追缴和文书送达，但允许缔约方对税款追缴和文书送达作出保留。考虑到我国现有法律制度及税收征管的实际情况，我国在《公约》批准书中对税款追缴和文书送达（包括邮寄文书）作出了保留。因此，我国税务机关主要与其他缔约方开展情报交换协助。

2013年7月，二十国集团 (G20) 财长与央行行长会议支持经合组织将《多边税收征管互助公约》框架内的税收情报自动交换作为全球税收情报交换的新标准。因此《多边税收征管互助公约》核心创新是“税收情报自动交换”，以前我国签订的双边协议有很多有税收情报交换条款，但基本上都是经请求申报。那么税收情报如何自动交换呢？

税收情报自动交换是有标准的，自从美国《海外账户税收遵从法案》颁布以后，美国的一些国外高净值客户就非常敏感，担心其在中国的金融账户信息被披露。如今，OECD与G20共同配合，在此基础上制订了要求更高的自动交换标准，那就是2014年2月13日OECD发布的《金融账户涉税信息自动交换标准》(Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information,以下简称《AEOI标准》)。

AEOI标准在G20推动下，并经2014年7月15日经合组织理事会批准，要求各主权国家通过金融机构获得信息并实现每年与其他主权国家自动交换这些信息，它规定了金融账户信息交换、金融机构对不同类型的账户和纳税人的报告义务，以及金融机构要履行尽职调查的程序。该标准主要包括四大主要部分：第一部分,主管当局协议范本 (CAA);第二部分,通用报告准则 (CRS)；第三部分CAA和CRS模型。AEOI标准要求金融机构报告的信息包括：利息、股息、特许权使用费、工资薪金、各类津贴、奖金、退休金、佣金、劳务报酬、

## 二、通用报告标准

目前已有逾90个国家(地区)承诺于2017年中逾50个国家(地区)承诺于2017年1月1日实施新的账户开户银行阿姆斯特丹支行就曾在其网站上称“自2015年1月1日起，工银欧洲阿姆斯特丹支行将实施“行”），即将施行通用报告准则（向客户采集数据信息。2014年12月2014/107/EU法案以修正原有命令规定，自2016年01月01日起，信息交换。欧盟成员国应于2015年起，当地税务机关机构提交财务信息并盖账户余额和财政收入。随后，其信息给纳税人。并且，于次年6月度CRS报告为所有银行的义务之一

经国务院批准，我国承诺将

## 高慧云律师简介

京都律师事务所律师，税法教授。为中信银行、信托投资公司、各类基金提供并购、上市、融资等税务和相关法律支持，为企业离岸金融架构提供国际税收支持，擅长投资移民、家族信托的海外税收筹划，为全国各地的财务人员提供税法公开课和税收收

## （二）CRS与FATCA的异同点

CRS和FATCA条款非常相似，它借鉴和使用了很多FATCA条款已经实现的条款和定义。FATCA条款是在各国政府之间签署的框架协议，是政府对政府的。与FATCA条款不同的，CRS的签署方是各国有能力去收税的机关，是各国税务局之间签订的协议。FATCA条款的理论依据是你的公民身份，如果你是美国的税务居民身份，那么，“普天之下，莫非王土”，你在全球的资产都要按照美国税法的规定缴税。那么CRS的原理是，以你的地点为依据。你去不同的地方居住、工作、赚钱，无论你现在在什么地方，你在其他国家的信息都有可能依据CRS的报告要求被报告。假如一个中国人，长期生活在瑞士，同时会在在中国、英国、澳大利亚居住。根据CRS，如果你不向瑞士的税务机关报告你是哪一国的税务居民，那么瑞士的税务机关会根据你在中国、英国、澳大利亚等地的地址、电话等个人信息，认定你的纳税义务。

## （三）CRS下的金融机构 (Financial Institution)

假设一个人建立了一个公司，这个公司持有股票、房产等资产，根据CRS，这个公司被认定为一个金融机构，需要上报公司持有的所有资产的所有人的信息。这个公司为什么会被称为是一个金融机构，是因为它投资的房产（租金收入）和股份（利息收入），都不是进行实业贸易所得到的，所以这个公司会被CRS定义为一个金融机构。在这种情况下，CRS要求进行申报。当然，如果这个公司投资的是各种金融资产，比如证券、利息、保险、年金等，也会被定义为金融机构进行申报<sup>2</sup>。

判断是否为CRS定义下的金融机构，主要是通过以下步骤：首先，要判断该机构是否为一个实体。

第二，要判断该实体是否在已经签署了CRS的国家，如果该实体所在的区域并没有签署CRS的样板本地机构协议，那么这些实体暂时不被CRS定义为金融机构。截止到2016年6月30日，已经有101个国家签署了CRS的样板本地机构协议。第三，要判断该实体是否为金融机构。最后，CRS下应报告的金融机构主要分为储蓄型（银行）、托管型（信托公司）、投资公司和一些特定的保险集团。

CRS根据下图的流程判定一个实体是否

与原来的情报交换相比，有两个突一个是“批量”。所谓自动，就是为人在本国的金融账户信息，按照所谓批量，就是每次主动交换的情说人的单一信息，而是尽可能将掌户信息进行交换。中国承诺成为第), 将于2017年1月1日实施新的账行第一次信息交换。

## 告准则的主要内容

on Reporting Standard (通用员共同推出，是一个全球版的OD (经济合作发展组织) 倡导的宣言)中重要的框架协议。AEOI的且签署生效，CRS的要求就会成为目的非常简单就是保证财富的拥有者都必须进行申报。

分，一部分是CRS的标准部分，定某个人或者公司账户是否需要求、一般尽职调查要求、对已存在对新个人账户的尽职调查要求、要求、对新公司的尽职调查要求、语解释及如何有效地执行CRS的手也机构协议模板，由各国税务局签署就会成为该国本地税法的一部报内容，将被视为违背了该国税

Standards (标准)

Model Competent Authority Agreement(MCAA)  
(样板本地机构协议, 由各国税务局签署)

All Jurisdiction signs and agrees to implement through domestic law the standards (协议一旦签署就会成为本国税法的一部分)

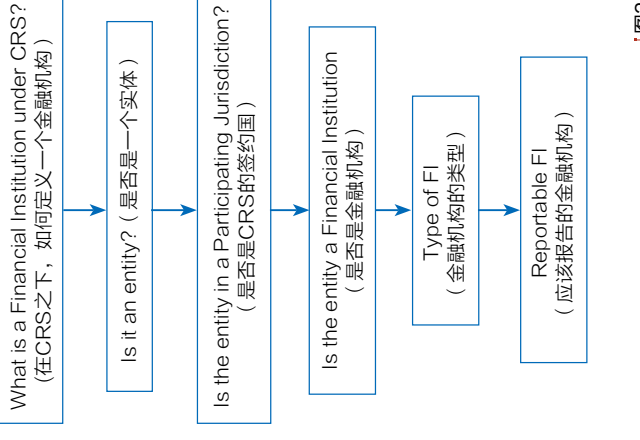


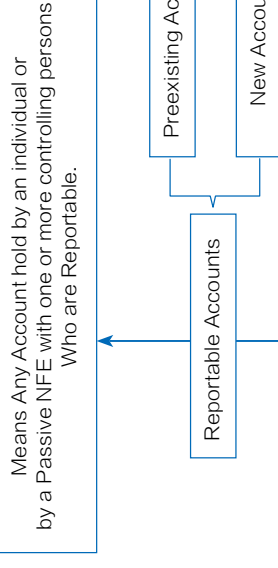
图2

## （四）CRS下的应报告金融机构 (Reportable Financial Institution)

在CRS里我们需要了解两个重要的概念，第一个是非金融 (Non Financial Entity, 非金融公司)。非金融公司是指不做银行、保险、年金、证券等相关业务的公司。非金融公司分为两类，一类是active NFE (主动型非金融公司)，另一类是passive NFE (被动型非金融公司)。被动型非金融公司是指有50%以上的收入来自于被动收入，比如租金、分红、利息等。CRS要求所有的被动型非金融公司进行申报。申报的期限与不同国家的税务申报的时间节点相关。主动型非金融公司是指50%

以下的收入来自于被动收入，比如拥有动产或者进行贸易都不是被动收入。主动型非金融公司不需要向CRS报告。在不同的申报时期，由于主动收入与被动收入比例的变化，那么一个公司可能是主动型也可能是被动型。

对于CRS的报告体



## 1. 应报告账户 (Reportable Accounts)

应报告账户是指账户的持有人

公司，那么这些被动型非金融公司的账户信息是要被报告给CRS的。一类是个人账户，一类是公司账户，也规范了如何分别对个人/公司/公司账户进行尽职调查。个人账户申报无差要求，个人账户里的每一分钱都要起征点相对较高，是25万美金。

可被个人公司, 一个实

可被和新了个户

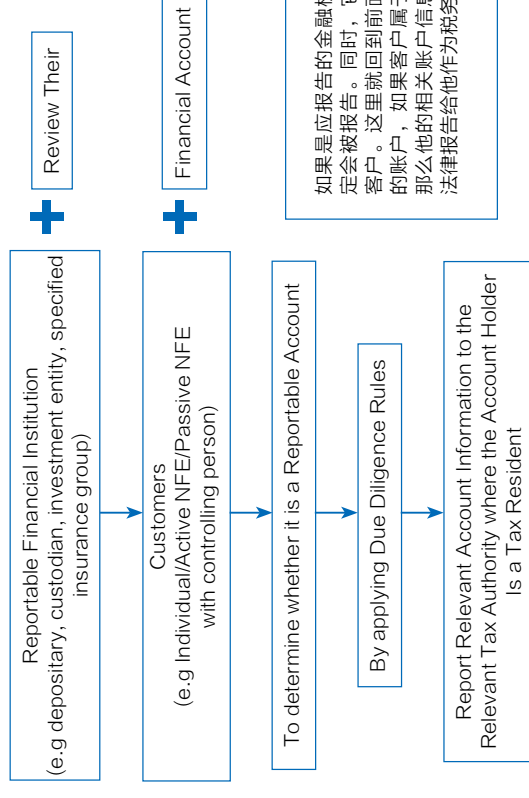


图5

税务居民，如果张先生在美国有账户，则其账户信息银行会自动提供给美国税务机关，美国税务机关会自动交换给中国税务机关。由于CRS实行了全球金融信息的自动交换，则一个移民在全球的资产都会显示在本国税务机关的系统中，对于移民的纳税申报提出了更高的要求<sup>4</sup>。一旦自己申报不准确，可能会面临追诉的风险。因此在CRS背景下要应对中国移民纳税申报问题，应该注意以下几点：

### 1. 选择合适的移民国家

根据实施CRS标准的《公约》来说，并不是所有的税种都会得到中国税务机关的协助。《公约》在我国适用除关税、船舶吨税外的所有税种。根据《公约》规定，缔约方必须按类别列出本国适用《公约》的税种，未列入的税种，缔约方不能向其他缔约方请求征管协助，也不对外提供该税种的征管协助。我国在声明中列出了目前由税务机关负责征收的16个税种。也就是说，《公约》执行后，我国开展国际税收征管协助的范围将由原来的以所得税为主，扩大到税务机关征收的所有税种，税务机关收集纳税人涉税信息的力度将得到大大加强。对于我国未开征的税种，我们不对外提供任何形式的征管协助。比如美国开征的遗产税，我国就不负责征管协助，因此有些税种可以规避。

### 2. 选择合适的金融机构

根据通用报告准则，并不是所有金融机构都具有向有关国家报送信息的职责。需报送信息的金融机构包括存款机构、托管机构、投资机构和特定保险公司等。无需报送信息

退休和养老基金机构、符合条件的合格投资者以及受托人已被记录的合格投资工具以及受托人可以多利用这些机构来协助提供解决方案。

### 3. 选择合适的地区

《公约》仅对主权国家开放，区和澳门特别行政区不能独立签署本法以及我国相关国内法规定，因此在《公约》批准书中声明，行政区和澳门特别行政区。因此移民来做财产规划安排。

### 【参考文献】

- 1 OECD, Standard for Automatic Exchange of Information in Tax Matters [J], OECD
- 2 OECD, Automatic Exchange of Information Works, Benefits, What Remains to Be Done [J], 2012: 5-15
- 3 邵未勋，税收透明度和情报交换国际间 [J], 税务与经济, 2013, 02: 102 - 105
- 4 王月，税收情报交换国际标准的建立 [J], 2015 (27): 181
- 5 崔晓静，国际税收情报交换制度的 [J], 2015 (27): 181

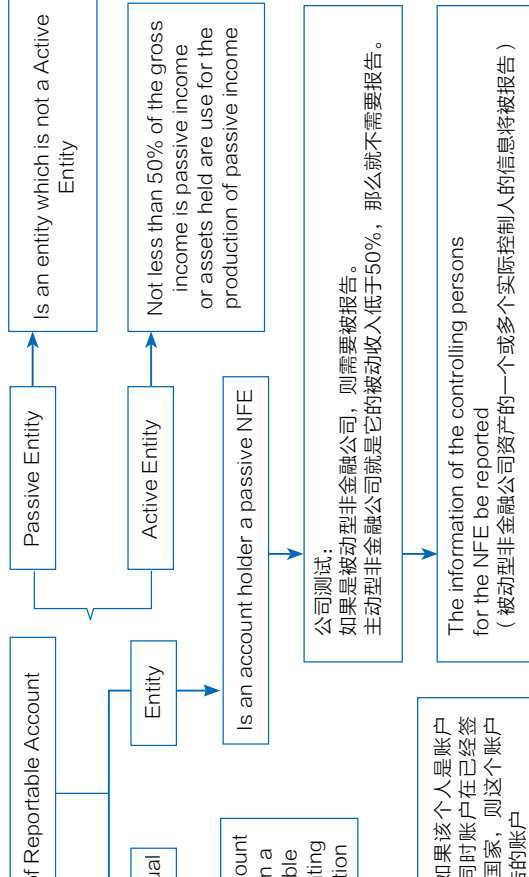


图4

这里可能有人会产生这样的疑问“委托人已经把资产转移给信托公司，受益人还没有拿到信托资产，这时信托的资产是由信托公司代持的，但并不是信托公司的资产（信托资产没有法人主体）。那么信托公司需要向CRS报告的是信托公司的资产，还是信托的资产？” CRS在标准部分中对应报告账户的解释中说明了“被动地非金融公司（信托公司）在CRS下要求报告的不是信托公司的资产，而是信托的资产。”

### (五) CRS的报告期限

每个不同国家的税务局在签署CRS时都会有报告期限。各国可以选择于2017年1月1日，2017年7月1日，2017年12月31日，2018年6月30日及2018年9月1日等时间点开始实施CRS申报。中国现在还没有确定申报的时间，但是最晚也会于2018年开始申报。

如果中国公民张先生取得了美国的国籍，但由于其前期生活在中国，很多财产都存在中国的银行。由于其取得了美国的国籍，则中国的银行会向中国税务机关汇报张先生的财产情况，中国的税务机关将其在中国的财产信息自动交还给美国的税务当局。

## 四、CRS对中国移民人士纳税的影响及应对

如果中国公民张先生取得了美国的国籍，但由于其前期生活在中国，很多财产都存在中国的银行。由于其取得了美国的国籍，则中国的银行会向中国税务机关汇报张先生的财产情况，中国的税务机关将其在中国的财产信息自动交还给美国的税务当局。

如果中国公民张先生取得了美国的国籍，但由于其前期生活在中国，很多财产都存在中国的银行。由于其取得了美国的国籍，则中国的银行会向中国税务机关汇报张先生的财产情况，中国的税务机关将其在中国的财产信息自动交还给美国的税务当局。

# 2016年度互联网法律服务行业 调研报告》解读

事务所高级合伙人  
师事务所律师  
师事务所实习律师

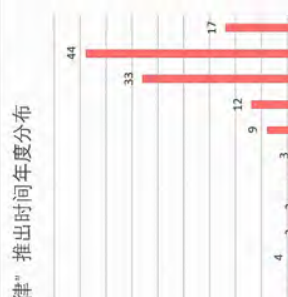


## 、引言

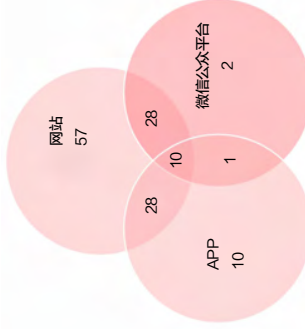
业的发展情况，调研组进行调研并  
去法律服务行业调研报告》，为布局  
帮助律师利用互联网的方式拓宽

依托于信息技术，区别于传统律  
提供服务的机构的现状，特别是  
放了重点描述和分析。报告分析了  
型机构的一些特征，列举了它们的  
服务对象、服务内容、机构标签、  
记，总结出中国互联网法律服务五  
了“互联网+法律”未来发展的四

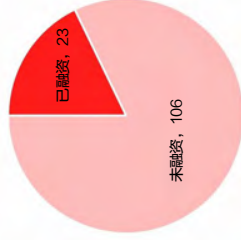
## 、概况



**时间：**在2000年左右，在互联网大潮下，“互联网+法  
律”机构逐渐开始成立。从2012年起，也就是“互联网+”  
概念提出初始，互联网法律机构开始呈现了爆炸性地增长。

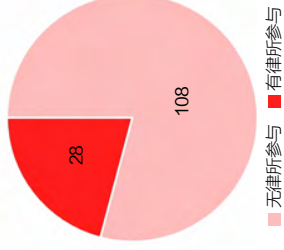


**媒介：**PC端的网站是最传统的媒介，也是目前使用最  
多的媒介。移动端的APP适用于社交通讯的功能。微信公众  
号常用于信息阅读的推送。



**融资情况：**在这129家机构中有23家企业获得融资，即  
17.8%的比例。除2004年成立的中顾网和2008年成立的安存以

已经获得A轮融资，2家B轮，其余均在天使轮和种子轮。



**律所参与：**而近年来越来越多的律所作为一个组织参  
与，并成立了互联网法律机构。在这136家互联网法律机构  
中，有28家有律所背景，占到全部的20.6%，并且全部都是  
2012年之后成立的机构。

## 三、分类

**法律电商：**法律电商目前仍是互联网法律机构的主力。  
目前法律电商主要的经营方式是在网上出售法律服务，如  
合同草拟、合同修改、律师咨询及常年法律服务等业务。在  
136家机构中，有97家都是提供此类服务，占到了71.3%。法  
律电商以互联网为渠道，网罗案源，通过自营或者签约律师  
入驻该平台，提供服务，试图解决律师与客户之间信息不对  
称的问题，帮律师找到客户，同时也帮客户找到律师。

近年来的法律电商不再寻求诉讼案件的委托，转而开始  
做非诉讼文件的写作或专项事务的处理这样标准化的服务。最  
大的变化就是客户更在乎法律服务平台的信誉，而不再关注  
办理案件的律师。在法律电商2.0阶段，大部分互联网法律机  
构不再提供律师库或推荐律师，有些甚至不告诉客户负责其  
工作的具体律师及其履历。

**法律自媒体：**如今可以说每个律所、法律业组织机构，  
甚至不少律师个人都拥有了自己的自媒体，用于与外界沟  
通，宣传自我。法律自媒体确实改变了法律机构宣传的方  
式，特别是通过朋友圈，在同类型人士的范围内集中传播的针  
对性大大提升，比起传统媒体更能让文章直达到目标对象手  
中。

**法律工具：**提供法律辅助服务的互联网机构也是很早就  
有的，法条检索、案例检索等工具早已被律师认同和使用。  
而随着信息科技的进步，近年来还出现了电子签名、电子证  
据保存、大数据等为律师和客户使用的法律工具。

下课程的方式推广，并辅助以线上  
**法律人社区：**法律人社区可  
流、信息共享、合作的平台。

## 四、展

从这些较为成功的互联网法  
互联网法律机构进一步发展的趋势

**细分领域：**律师资源的稀缺法  
宝一样“百货商店”的道路，故专  
一专业领域深耕细作，提供更为  
的细分领域常见的有小微初创类、  
和离婚类。

**模式创新：**所谓运营模式就是  
意之外，在运行过程中为吸引目标  
而采取的方式方法。同样是电商，  
单、方案竞价等方式提高客户与  
上的创新。

**业务开拓：**目前“互联网+法  
成熟的程度，近年来许多原本没有  
现，令人大开眼界。如异地互助、  
律业的新业务。

**技术驱动：**在“互联网+法  
技的进步和运用在发挥了巨大的  
电子证据保全、电子签名和大多  
手段推动的。而目前在互联网法  
正值风口，未来值得期待。

## 五、结

该报告是对目前市场上的互  
能对该行业的参与者具有借鉴作用  
的前进起到一点助力。



# 重上井冈山

■ 吴欣荣 / 文



有人说，井冈山这样的地方，一辈子去一次就够了。可已经去过两次的我，不仅未感到厌倦，反倒对这片土地萌生了一种别样的亲近。

2013年曾与律所的同事们一起到井冈山开展党支部活动，初次看到烟雨之中的翠竹与青山，不禁为此地的风景秀美绮丽而惊叹；参观完毕烈士陵园和博物馆、朱毛旧居后，又不禁为历史的沧桑和沉重而叹惋。这一行程，给我们大家都留下了极为深刻的印象。

三年之后，有幸参加北京市司法局律师行业综合指导处举办的培训班，得以重返井冈山。依然是15个小时的绿皮火车，行程安排也和三年前的差不多，我以为会索然无味。但当我再次踏入烈士陵园看到那些碑文与雕塑，当我再次走进博物馆研读那些文字与图片，当我再次坐在朱毛旧居的读书石上，我仍然感到一种扑面而来的力量，是震撼，也是感染。

如果怀着一种观光的心情，我可能很难对这里产生认同与共鸣，因为风景再好，也不过是山川河流，只有渗入了文化和历史的因素，才可能直指人心。这一次在井冈山，无论是干部学院的老教师，还是现场教学的讲解员，都没有采取说教或背诵的方式。他们在讲述历史时，都带着自身的情感和真诚，自然而

瞬间回到了20世纪二三十年代的风云历史之中，也学到了很多在书本上没有的历史知识。在以“追忆前辈的人生坐标”为主题的红色故事会上，红军将领的子女们回忆父辈的人生道路。王辉球中将之子王浦涛总结出革命先辈的三个共同特质，最后一个“共同的优秀品质”，即“坚定、勇敢、坚韧、自律、忠诚”，这也同样是我们现在需要具备和坚守的品质。

在这一次培训班，最令人难忘的活动自然是重走红军挑粮小道。初到井冈山时，谈及活动安排，大家还开玩笑地问道：“需不需要挑粮食？”老师答道：“不需要挑粮，但是需要穿红军服，可以扶棍子！”那个时候可能没有人预料到迎接我们的是什么样的考验。

当天一早出发，上午艳阳高照，闷热潮湿。我们穿着红军服行走，一会就汗流浹背。衣服湿漉漉地贴在身上，煞是难受。上午的活动结束后，中午一点半到达挑粮小道起点。虽然是林荫路，一点都不凉爽，仍旧酷热难当。一路上坡，基本上都是泥土路或简易的石头路。我们没走多久就挥汗如雨了。正在懊恼伞带得多余，忽然之间就下起瓢泼大雨。天色一下变得昏暗。两侧翠竹密密匝匝。耳边只听见哗哗的雨声，目光所及之处都是一片迷蒙。脚下的流水由



得分外崎岖。一开始，大家还能挑选地踩着稍微干净一点的石头往前走，不久就发现脚下除了泥水之外已经看不到路面，只好深一脚浅一脚地跋涉了。这个

就抵挡不住这山顶，全身上满了水。我举着伞，时间老难熬。时间主下流。又沿着山路上。浑身

越旷野，也雨，而且是淋湿了一层地沁上从酷暑转换到石流，在沿我，早已将这

地时，雨才渐渐停下来。后面的人又过了一两个小时才陆续到达。老师说这是他带班以来第一次遇全程下雨，而且一直下得这么大，所以“教学效果特别好”。大家都觉得辛苦，但也有趣。在等待期间，雨停后，面前的山中缓缓腾起几片云雾。云雾映衬着翠绿欲滴的山峦，真是美到了极点。大家穿着湿漉漉的衣服固然冷，却依然不肯放过这样的好风景，都陶醉于其中了。风雨之后方能见到彩虹，瑰丽奇特常见于险远，这些中学课本中学到的词句，此刻，又重回到了我的脑海中。

这一次培训班，留给我们每一个人



的感悟，可能并不相同。于我而言，我觉得经此一役，我又变得无所畏惧了。当在这重重山峦与层层云雾中，经历暴雨与骄阳的洗礼时；当我静夜里坐在院子里的小凳上，聆听草木细微的簌簌声时；当我站在飞瀑前，凝望水幕中一道道横贯的彩虹时；当我在夜雨中穿越小径，身边有人为我举伞淋湿自己却要护我周全时；当我在山林中踌躇，听到一句“有我在，一切放心”时；我庆幸，我的生命中始终有知心朋友陪伴，给我温暖。

在离开前夜，我坐在院子里许久。四周静寂，一个人也没有。这样纯美的环境，自然能造出纯净的内心。可以忘记一切，放下一切，只剩了万籁相随，同心同意。这样的生活，曾经无限向往，也曾经倾力追寻，但终究还是要离去。我心中默默祈祷，愿我们都永久记住美好，忘却辛劳与烦忧。

回京后这几日，大家都在感悟井冈山精神，总结井冈山之行的收获。我想，无论身处什么年代、什么样的社会环境，一个人，终究要坚守自己的内心。如果不能做到崇高和伟大，至少要保持良知，做到言行一致，作出决定后就应义无反顾地去执行。不以损害他人来满足自己的私欲，能够勇于承担责任和后果，对自己的错误作出诚恳的道歉，无需经受良心的不安与谴责，为自己的行为付出应有的代价。在临死的时候，能够做到心中坦荡，无愧无悔。否则，无论多么堂而皇之的借口，都难以掩盖内心的懦弱和虚伪，更无法拯救卑微的灵魂，更不会得到别人的尊重。这是我们每个人都应当做到的，或者是应当尽一切努力去做到的。这就是我此番经历风雨洗礼之后的一点感悟。



# 凝心聚力 与爱同行

## ——“泉计划”助学帮扶金发放仪式

2016年8月5日，京都律师事务所朱勇辉律师、秦庆芳律师、袁方臣律师、欧洋作为爱心代表们又一次来到房山区法院，为“泉计划”受捐助的孩子们送去了助学帮扶金。房山法院的马绍辉、刘莹、王友娟、马婧妮、魏萌萌、李琳参与了爱心活动。

活动现场，房山法院法官马绍辉讲话，感谢京都律所对孩子的扶持。京都律所代表将助学金、奖学金发放到学生手里，并鼓励孩子克服苦难，坚持学业。学生代表表示将努力学习，以实际行动回报社会。

“泉”计划启动于2012年6月29日，在房山区法院未成年法庭的大力支持下，京都律师事务所的律师和工作人员们持续为房山区的困难家庭的学生提供物质和



# 清言在室

劉銘  


书法：清言在室  
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  
E-mail: info@king-capital.com

## 深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号  
新华保险大厦17楼  
邮编：518048  
电话：0755-33226588  
传真：0755-33226566  
E-mail: shenzhen@king-capital.com

## 上海分所

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

## 大连分所

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

## 天津分所

地址：天津市河西区友谊路5号  
北方金融大厦9层1座  
邮编：300201  
电话：022-88351750  
传真：022-28359225  
E-mail: info@king-capital.com