

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2018/02

季刊 总第124期



京都律师事务所
King & Capital Law Firm



P31 公司高管风险隔离与股权纠纷实务评析

P27 特稿 / 田文昌：蓄志养技，做专业型的律师

P42 京都论坛 / 律动金陵 携手共赢——京都律师事务所南京分所开业盛典暨律师实务高峰论坛

P80 京都实务 / 金融强监管环境下资产管理人的尽职义务简析

P93 京都论法 / 保险资金投资养老地产的合规性研究

京都入选 ALB 2017年 中国国内律所30强



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

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

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

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



从田文昌老师微信中发现的

杨斌



微信改变了我们每一个中国人的生活，既提高了生活的效率，又丰富了生活的内容。从前，“欲观其人先观其友”；现在，“欲解其人先观其微信”。也就是说，要去了解一个人，就去看看他在朋友圈里都转发了哪些文章和内容。

田文昌老师是京都人的榜样和导师，他的思考和言行时刻影响着我们这些京都晚辈。他的微信和朋友圈自然备受大家关注，虽然他只用了三年的时间，而且转发的文章也不多，但我从田老师微信上发表或转发的文章和内容中“窥探”到一位资深法律人在关注什么，思考什么，支持什么，反对什么。

我将田老师微信中发表或转发的文章主要归纳出四大类。

第一类：知青往事，反思文革

田老师是老三届，又是下乡知青，对那个特殊时代的那段特殊经历有着极其特殊的感受和感悟。譬如《周大伟：“红色海洋”中的童年记忆》《张鸣：垮掉的一代》《米鹤都：反思文革不应先追究未成年人》《泣血而书：民国与文革中知识分子的命运》《集体遗忘文革，无疑是一种更深远的民族公耻》《反思文革是全社会的救赎》《张鸣：没有反思就没有人性的复苏》……此类文章自然是他关注的重要内容之一，而且数量很多。不同的人、不同的作者从政治、历史、人性、制度、法律等多角度书写知青往事，反思文革罪与罚。

第二类：呼唤法治和改革

田文昌老师是文革结束之后，改革开放之初，开始学习法律、研究法律、践行法律。他自然成为20世纪80年代呼唤法治和社会改革的急先锋。田老师说：为什么在那个时候，全社会都在追求法治，就是因为在文革期间，很多老干部和知识分子受到了不公正的待遇和没有法治的苦头，大家都有

相同的苦难经历，痛定思痛，所以就非常迫切需要改革，呼唤法治。这也正是四十年之后，田老师他们这一代人要反思文革，警惕文革卷土重来的意义所在，也是田老师在朋友圈转发《张军：你所不知道的中国改革》《中国要大变，要站在正义一方》《解剖当代中国：改革开放以来大陆政治与社会思潮谱系汇编》此类文章的初衷。

第三类：为刑辩律师布道，为中国律师呐喊

田文昌老师说：“没有律师就没有法治。”法治要求尊重和保障人权，法治也要求通过程序正义去实现这种尊重和保障。律师又是具体的实践者，他们通过有力有效的辩护来具体维护人的生命和自由。江平老师也曾说“律师兴则国家兴”。两位老师异曲同工，道出了法治与国家的关系，法治与律师的关系。这也正是我们追求法治的意义。田老师在他的朋友圈里一遍遍转发这样的文章：《人民日报：让律师说话，天不会塌下来》《让律师在法治社会堂堂正正立足》《中国律师的使命》《司法部部长张军登门“夜话”，68位刑辩律师首次与部长面对面》《没有社会责任就不是合格的法律人》……就是在为刑辩律师布道，为中国律师呐喊。

第四类：关注外星人和暗物质

除了上面三大类文章，我惊奇的发现田老师居然对外星生命和暗物质充满着好奇心，他转发《全息宇宙：物质背后的探秘——颠覆你的世界观》《人类未解之谜：厄尔尼诺与UFO》《量子科学，触及到了灵魂世界》《生命证明有神，科学不能造生命》……

我把田老师微信中关注的这些文章简单归纳成上面四大类。连在一起再来阅读，突然又发现，他关注的所有文章都是对人的过去、现在和未来的思考，都是对个体生命的尊重和群体发展得失的总结。🔗



专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

主办 京都律师事务所
承办 京都律师事务所品牌建设部
编辑委员会

主任 田文昌

编委

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

主编 杨大民

编辑 孟妮 白绪玲

美编 独角兽工作室 臧晓飞

地址 北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座22-23层

邮编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

业务咨询电话 010-85253900

传真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

南京分所电话 025-85231119

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

目录

卷首语

从田文昌老师微信中发现的 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

田文昌：蓄志养技，做专业型的律师 田文昌 / 27

封面主题

公司高管风险隔离与股权纠纷实务评析

关于股东与公司“人格混同”的法律后果和股东个人风险的预防

王宪森 / 32

公司董事的权利、义务及责任 赵岐龙 / 34

股权回购模式下的对赌协议法律性质探析 张立琼 / 37

因“借名”而引发的股东资格认定问题 张力岩 / 40

京都论坛

律动金陵 携手共赢

——京都律师事务所南京分所开业盛典暨律师实务高峰论坛 / 42



追求卓越 不负重托

致辞 / 43

高峰论坛 / 47

主题演讲 / 55

京都实务

金融强监管环境下资产管理人的尽职义务简析 肖树伟 游乐 / 80

标准新时代，竞争新维度

——从实操角度解读新标准化法 白宝恩 / 84

类REITs产品成“新宠”，律师解读法律合规要点 木煜 / 88

京都论法

保险资金投资养老地产的合规性研究 孟冰 邓玮 / 93

应当依法规定律师介入留置程序 朱勇辉 / 106

中兴被制裁，一个中国式错误的后果 邹佳铭 / 110

透过鸿茅药酒的跨省抓捕，看刑事法律是“药”还是“酒”？ 张启明 / 112

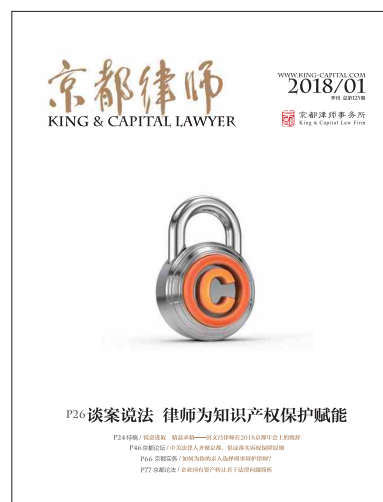
律师·生活

存在主义的问题在于什么是真实的存在

——《麦克雷计划》读后杂感 孟冰 / 114

京都律师

封面题字 江平



2018年第1期
总第123期 季刊

业绩

京都入选兴业国际信托有限公司律师库

近日，由韩良律师、肖树伟律师和刘敬霞律师率领的京都金融业务部和刘敬霞律师率领的京都金融业务部接到兴业国际信托有限公司通知，京都律师事务所（以下简称“京都”）入选该公司律师库，主要为该公司提供家族信托及相关业务法律服务。

兴业国际信托有限公司成立于2009年9月，现有注册资本为人民币50亿元，是经国务院同意以及中国银行保险监督管理委员会批准设立的我国第一家银行系信托公司，也是我国第一批引进境外战略投资者的信托公司。截至2017年末，兴业信托管理资产规模达11325.51亿元，是我国最大型的信托公司之一。

本次入库，一方面得益于京都多年为中信银行、北京银行、建设银行、各信托公司和资产管理公司等金

融机构提供法律服务过程中所积累的丰富的业绩经验；另一方面，也与韩良律师、肖树伟律师和刘敬霞律师带领的金融律师们多年在家族信托及相关领域深耕细作密不可分。京都金融业务部由精于金融法、信托法、公司法、婚姻家庭法、税法以及离岸金融法律方面的专业律师组成，与境内外财富管理机构、信托机构、私人银

行、家族办公室一起，为高净值财富人群客户提供量身定制的境内外家族信托架构设计、投资基金与慈善基金架构设计、税收筹划等专业法律服务，帮助客户实现家族财富增值、风险隔离和永续传承。

京都加入兴业国际信托有限公司律师库后，将根据客户委托，为其提供专业、优质、高效的法律服务。



↑ 韩良律师



↑ 肖树伟律师



↑ 刘敬霞律师

京都所入选招商局金融集团有限公司律师库

近日，由孟冰、秦庆芳律师率领的团队接到总部位于香港的招商局金融集团有限公司通知，京都律师事务所（以下简称“京都”）入选该集团律师库，成为为该集团提供法律服务的律师事务所之一。

招商局金融集团有限公司是香港四大中资企业之一的招商局集团有限公司直属二级公司，从事金融行业的投资和经营，并根据集团授权，对集团内的金融业务施行业务管理和指导。1987年，招商局金融集团有限公司发起创办了中国第一家股份制商业银行——招商银行，1988年参股成立了中国第一家由企业兴办的保险公司——中国平安保险公司。招商局金融集团有限公司现拥有金融企业11家，涉及银行、证券、



↑ 孟冰律师



↑ 秦庆芳律师



业绩

保险、基金以及不良资产等多个行业。

本次入库，一方面得益于京都多年为北京市金融工作局、中信银行、国家开发银行、华夏银行、各资产管理公司等金融机构提供法律服务过程中所积累的丰富经验；另一方面，也与京都专业

化、综合化的服务团队构建密不可分。京都本次法律服务团队由孟冰律师、秦庆芳律师两位高级合伙人带队，团队成员由来自房地产与基础建设部、公司与合规部、资本市场部、金融业务部、知识产权部等不同部门，擅长不良资产

处置、银行业务、基金业务、新三板业务、证券业务、保险业务的多名优秀律师组成。

京都加入招商局金融集团有限公司律师库后，将根据客户委托，为其提供专业、优质、高效的法律服务。

京都总所、京都上海分所联袂进入“招银金融租赁有限公司”律师库

2018年4月5日，京都律师事务所（以下简称“京都总所”）、京都律师事务所上海分所（以下简称“京都上海分所”）接到招银金融租赁有限公司发来的喜讯，通知京都总所和京都上海分所联袂进入该公司2018年度律师库名单。

招银金融租赁有限公司是国务院首批批准设立的五家银行系金融租赁公司之一，于2008年3月经中国银行业监督管理委员会批准成立，由招商银行全资设立，注册资本金60亿元，其注册地上海，业务遍布国内外。

本次入库，突出的是京都所团队化、专业化、综合化的服务优势，团队成员由曾研究、从事过金融（融资）租赁类业务并有相关业绩成果的京都高级顾问王宪森先生，六名合伙人律师（赵岐龙、郑建鸥、吕志轩、林敏捷、张立琼、贾站格），三名资深律师（金美华、雒鸿政、欧阳锐）和三名律师助理（徐伟、徐玉杰、赵晨）组成。其中，王宪森顾问曾任最高人民法院高级法官，参与过最高人民法院关于“合同法适用”“担保法适用”“公司法适

用”“最高人民法院审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释”和“金融资产公司清收不良债权”等司法解释的起草、修改工作，具有较深厚的理论造诣和丰富的实践经验。其他律师在融资租赁项目运作、争议解决、资产处置方面均有非常丰富的经验。

京都总所、京都上海分所顺利入库，以后招银金融租赁有限公司的所有争议解决案件均从律师库中选择委托代理人，京都律师团队将以在金融租赁领域的丰富经验提供优质的服务。

京都深圳分所成功入选深圳市金融办法律服务政府采购预选供应商

2018年4月8日，深圳市人民政府金融发展服务办公室发布预选供应商名单，并进行公示。京都律师事务所高级合伙人吕志轩率领京都互联网金融律师团队与侯志纯主任带领的京都深圳分所律师团队合作，成功中标入选法律服务预选供应商名单。

吕志轩律师主管下组建了一支专业、高效、敬业、诚信的特色创新法律服务团队，该团队多年来在政府法律服务及互联网金融法律服务中有良好的声誉，特别为政府对互联网金融的监管提供了优质的法律服务，同时为互联网金融企业风险控制、电商平台风险防范、资产管理法律风险控制、非法集资预防、证券、私募股权等领域提供卓越的法律服务。



吕志轩律师



侯志纯律师

业绩

京都所入选北京基金小镇第一批基金业第三方服务机构

近日，京都律师事务所与北京基金小镇签署了合作协议书，京都被北京基金小镇列入基金业第三方服务机构。京都可与北京基金小镇入驻机构签署合作协议、为入驻机构提供咨询服务、定期依据要求为北京基金小镇入驻机构提供

相关业务培训服务并参加北京基金小镇组织的各项活动。

北京基金小镇位于北京市西南，总面积18平方公里。北京基金小镇已列入北京市“十三五”规划，是北京市推进

京津冀协同发展重点项目。经住建部、发改委、财政部共同认定，是中国唯一以基金为主导产业的国家级特色小镇。经国家标准委认定，是中国唯一国家级基金小镇标准化试点。

孟冰律师入选中国保险行业首席律师团

根据中国保险行业“千人计划”核心人才项目人才库管理办法，以及中保协《关于印发〈中国保险行业核心人才千人计划实施方案〉的通知》（中保协发〔2014〕328号）和《关于报送中国保险行业核心人才千人计划人选的通知》（中保协发〔2015〕343号）精神，经公司推荐、中保协严格审核评定，中国保险行业协会3月30日在其官网公示了中国保险行业“千人计划”2018年度核心人才——中国保险行

业首席律师团评选结果。本次公示了20位律师，京都律师事务所高级合伙人孟冰律师成功入选。

孟冰，京都高级合伙人，中华全国律师协会民事业务委员会委员，北京市律师协会合同法专业委员会委员，中国政法大学法学院兼职教授，北京交通大学法学院研究生兼职导师，上海证券交易所独立董事资格。专业领域：保险、银行、信托等金融业务，房地产与基础设施，公司与合规。全国律协民事专业

委员会关于《民事诉讼法》修改的课题组成员，《房产纠纷诉讼流程与办案技巧》主编等。2005年被评为北京市优秀律师，2007年被评为全国影响室内环境保护行业发展十大杰出人物之一。曾担任多家公司和金融机构的法律顾问，如光大银行总行、中华联合财产保险股份有限公司、远洋地产集团、香港APMG公司等。国电联合动力包头公司重组项目、国家图书馆二期项目等项目总法律顾问。

京都入选中国航空工业集团有限公司律师库

近日，京都律师事务所（以下简称“京都”）接到中国航空工业集团有限公司通知，京都入选该集团律师库，成为为该集团提供法律服务的律师事务所之一。

中国航空工业集团有限公司是由中央管理的国有特大型企业，是国家授权

投资的机构，于2008年11月6日由原中国航空工业第一、第二集团公司重组整合而成立。集团公司设有航空武器装备、军用运输类飞机、直升机、机载系统与汽车零部件、通用航空、航空研究、飞行试验、航空供应链与军贸、资产管理、金融、工程建设、汽车等产



杨柳律师



业绩

业，下辖100余家成员单位、近27家上市公司，员工逾45万人。

本次入库，一方面得益于京都多年为中国航空工业集团有限公司下辖成员单位提供法律服务过程中所积累的丰

富业绩经验；另一方面，也与京都专业化、综合化的服务团队构建密不可分。

该项目由合伙人杨柳律师牵头，来自公司与合规部、刑事诉讼部、涉外业务部的张振祖、周振国、郑建鸥、张启明、

孙迪等擅长不同业务领域的优秀律师共同参与。

京都加入中国航空工业集团有限公司律师库后，将根据客户委托，为其提供专业、优质、高效的法律服务。

六日内夏俊律师帮助三位刑事案件当事人成功取保候审

5月10日-15日，京都律师事务所合伙人夏俊律师承办的三起案件，包含一起非法吸收公众存款案、一起受贿案、一起失火案，当事人相继被取保候审。当事人重获自由，律师也因此深获当事人的信任和感激。

夏俊律师致力于各类经济犯罪和职务犯罪的辩护，有着丰富的刑事辩护经验。日常工作中，以认真负责的工作态度、勤勉拼搏的敬业精神、扎实严谨的专业水平，力求最大限度地维护当事人的合法权利。



夏俊律师

汤建彬律师五日内三起死刑案件辩护成功

京都律师事务所合伙人汤建彬律师专业从事毒品犯罪案件辩护及死刑复核案件辩护，积累了丰富的辩护经验。3月16—20日，汤建彬律师担任辩护人的三个死刑案件均取得辩护成功的满意结果。三个案件分别为：

一、辽宁田某某等人贩卖毒品案，二审法官当庭将田某某全部有罪供述作为非法证据排除，田某某由死刑立即执行改判为死缓。

二、青岛莫某某贩卖毒品死刑复核案，同案被告人的立功行为导致莫某某被加重了刑罚，最高人民法院承办法官在听取辩护律师意见后，不核准死刑并改判为死刑缓期执行。

三、湖南阳某某贩卖毒品死刑复核案，阳某某零口供，在可能存在的监听录音未经质证的情况下证据不足，通过律师的精细化辩护，最高人民法院不核准阳某某死刑发回一审法院重审。



汤建彬律师

活 动

刑辩大咖汇聚广州，面对面传授执业技巧



部分与会嘉宾合影

刑事案件律师辩护全覆盖是大势所趋，也意味着我国刑事律师的业务量要增加近5倍，为了保证刑事辩护的效果，提高律师的业务能力，3月24日，京都联合广东省法学会刑法学研究会、广州市律师协会共同举办“京都刑辩论坛广州站——刑事辩护实务研讨会”，十多位重量级的讲师莅临现场传授经验，吸引了近400位刑辩同仁参会。

广州市律师协会会长邢益强做开场致辞。

邢益强会长首先代表广州律师协会

向参加研讨会的各位领导、各位来宾、各位同行表示热烈的欢迎，并对京都同行到广州分享经验、传经送宝表示衷心的感谢。

其次，邢会长介绍了广州律协将其刑辩业务委员会拆分成五个业务委员会的情况，明确拆分的目的是希望律师走专业化的道路。他指出，刑辩的专业化分工，能够为当事人提供更优质、更有效的法律服务。他同样认为广州律师是学习型的律师，想学习、爱学习、能学习。在刑事辩护全覆盖的今天，

刑辩律师有了更大的舞台和空间，将有更大的作为，并希望广州的刑辩律师以精湛的专业、娴熟的技能和高尚的职业操守，最大化地依法维护当事人的权益。

最后，邢会长认为律师最终价值目标是法律的正确实施、公平正义的实现，这才是刑辩律师的情怀、使命、责任和担当。

邢会长的发言既体现广州刑辩律师如何进一步走专业化的探索，又有对广州刑辩律师如何提高政治站位、如何更好地依法维护辩护人合法权益的期许。

中美刑事法律专家、美国律师协会（American Bar Association）法治项目前中国主任虞平做嘉宾致辞。

虞平教授结合中美两国司法交流和学术交流的亲身经历，讲述了自己对刑事辩护律师的认识。他以O.J.辛普森案件为例，表明刑事辩护在美国也是有争议的。并借用田文昌律师的话“律师既不是天使，也不是魔鬼”，将律师定位成一批为法律默默奉献的人，是守住司法底线最后一道屏障的人。接着他从两个角度进一步讲了对刑事辩护律师的认识：其一，刑事辩护律师是公共事务的参与者，其从事的职业与法官、检察官没有区别。其二，刑事辩护律师是一个孤独的思想者，要期待或者要有一种心理准备，刑辩律师做的是一件孤独的事情。

虞平教授的股份从不同的视角展示了刑事辩护律师的角色。



邢益强会长



虞平教授



活 动



田文昌律师

京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌主讲“蓄志养技，做专业型的律师”，引发与会者的思考。

田文昌律师从我国律师制度发展的历史切入，与大家分享了自己从业几十年来的体会：要成为一名合格的律师，特别是一名合格的刑辩律师，必须在功底、能力、智慧、责任这四个方面不断完善自己。他认为，要把律师做好，不仅要学好法理，掌握基本的原理、原则，还必须加强实务培训，不断提升实务技能，同时在办案过程中还要有智慧、讲策略。最后，他还提出，律师必须要有责任心，首先要对我们的委托人高度负责，同时还要承担相应的社会责任。

最高人民法院刑五庭原庭长高贵君主讲“关于办理黑社会性质犯罪案件中应注意的几个问题”，让与会者受益匪浅。

高贵君先生从“坚持法定的证据标准”“准确把握法律的标准”“准确把握死刑的适用标准”“要注意对涉案财产的处置”等几个方面展开论述。在讲述“坚持法定的证据标准”时，高贵君先生提示：一是要强化证据意识。在事



高贵君律师

实证据上，要同样坚持事实清楚、证据确实充分，要符合法定的标准，不能因为搞专项斗争而放松或者降低了证据的标准。二是在办理案件当中，应该注意防范冤假错案的发生，使案件能够经得起历史的检验。三是在办案当中还要严格执行最高法院最近发布的三项规定，对于非法取得的证据，还是应该坚持依法排除。四是办理黑社会案件应该与办理其他案件一样，应该坚持疑罪从无的原则。五是在这次专项斗争当中，律师在办案当中还应该处理好配合与依法辩护的关系。

在阐述“要注意对涉案财产的处置”时，他提醒：一是在判处被告人，没收被告人个人全部财产的时候，应该注意区分犯罪分子的个人财产和他家庭其他成员的财产。二是要将他个人的财产和他公司的财产进行区分。

高贵君先生的发言高屋建瓴、条理清晰，受到刑辩律师的热烈欢迎。

广东省人大常委会监督司法专家，广东省人民检察院检委会原专职委员、公诉处处长徐新励解读“角色与担当”。

徐新励女士的发言围绕“公心、匠心、真心、恒心”展开。她说了几



徐新励律师

点体会：

第一点体会，公心敢为。公诉人和律师虽然分工不同，但在维护司法公正和公民人权的目标上都是一致的，共同承担着维护宪法和法律尊严的使命，同样具有“公”的属性。无论公诉人也好，律师也罢，公心是履职之本，公心是尽职之基。律师在具备专业素养的同时，应当具有专业思维和专业行为，由过去的随意辩护向规范辩护转化。

第二点体会，匠心善为。她讲到，公诉、辩护是运用证据认定事实、适用法律裁判行为的精细化活动，非有“工匠”精神、“匠心”善用不可。精细决定质量、精细塑造公信、精细发展是刑辩的科学发展。所以，律师在办案中要精细化观察、精细化思考、精细化分析和精细化管理。

第三点体会，真心愿为。刑辩律师办案是与人打交道的活动，案结事了是一种追求，让人民群众在司法案件中感受到公平正义更是一种责任。刑辩律师在职业过程中既是为犯罪嫌疑人或者为被告人辩护，避免冤假错案的发生，同时也是为维护人的基本权利。律师不是为坏人说话，也不是与公检法对着干，更不能说律师没有立场，律师是社会良

活 动



朱薛峰律师

知的守护者、底线正义的捍卫者，是推进诉讼程序公正与文明不可或缺的重要参与者，这是刑辩的思维理念。

第四点体会，恒心作为。办案阅卷、提审、取证、开庭循环往复，需要持之以恒的精神，只有坚持，才能产生对事物的深刻理解和认识，才能感受到法律的厚重、法理的重要，获得与众不同的感悟和洞察。

最后一点体会，她分享了一句话“平庸与优秀之间的差别不在于天赋，而在于长期的坚持和持续的投入”与律师共勉。

徐新励女士的分享发人深省，为刑辩律师的规范化、专业化、精细化发展指明了方向。

上海瀚元律师事务所主任、上海市律师协会刑事业务研究委员会副主任朱薛峰主讲“从信任基础到有效辩护”。

朱薛峰律师提到，可能有些律师接触不到大案要案，还没有收到过一个无罪判决。当下的法庭没有交叉询问，不能让律师淋漓尽致展示辩才，也没有陪审团等待被律师打动。但是，律师不能坐等风来，可以从可能实现的每宗案件的细节开始努力，从与检察官、法官的有效沟通开始。只要律师做足充分的准



公丕国律师

备，怀有诚意，一定可以建立起与检察官、法官之间的信任基础，律师的观点一定可以被有效的听取。第一次电话、第一次阅卷、第一次听取意见，对搭建信任基础、有效传递辩护观点、达成有效辩护都至关重要。

京都律师事务所高级合伙人、民商业务部主管合伙人，北京市律师协会公司法委员会委员公丕国分享“刑民交叉案件中民事合同的效力分析”。

公丕国律师讲到，犯罪所涉及的民事合同是否有效，直接影响到刑事案件直接或关联的当事人的民事责任的承担与财产权益的实现。公丕国律师以“刑民交叉案件中民事合同效力分析”为话题，为大家讲解了犯罪涉及的合同不必然无效的法理原因，总结了该类案件中民事合同效力的判断原则——双方有犯罪通谋的合同无效、无犯罪通谋的是单方欺诈属于可撤销的合同效力待定、违反强制性规定必须是效力性规定等，并以最高法院的公报案例为例论述了借贷担保、职务犯罪、股权转让等常见刑民交叉案件中民事合同的效力认定。公律师还强调，随着刑事辩护全覆盖及律师收费价格放开的政策落地，刑民交叉案件会成为刑辩律师高收费的市场，需要



曹树昌律师

律师既谙熟刑法和辩护技巧，又要深入研究民法理论及商法规范，或者刑事、民商律师合作办案，才能更好地维护涉案当事人的人身权利和财产权益。

京都律师事务所高级合伙人曹树昌选了一个热点话题——“狭缝中涉黑案件的律师辩护”。

“狭缝”表明了涉黑案件律师辩护的艰难程度。在我们的司法实践中，特别是在涉黑案件中，律师经常被看作“异己”，甚至是“敌人”，因此在律师履行职务的过程中，障碍重重。“艰难”是本题目的内涵之一。

“狭缝”的第二层含义就是还有空间。律师如何利用这有限的空间履行辩护职责，最大限度地维护嫌疑人（被告人）的合法权利，是律师应该做、也是有可能做的，值得律师交流探讨。

观点一，充分利用相关法律法规的规定，明确、大胆地履行辩护职责，努力维护嫌疑人（被告人）的基本权利。

观点二，进行适当地繁简处理，争取较好的庭审效果。在涉黑案件的辩护中，对定罪量刑有较大影响的个案、客观的无罪证据较为充分的个案全面展开、充分论证；其他部分要观点明确、言简意赅。



活 动



谭森律师

观点三，深刻领会《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》的精神，认真学习相关法律法规，借助“以审判为中心的刑事诉讼制度改革”的力量，共同努力，撑大涉黑案件律师辩护的空间，拥抱法治的阳光。

北京市炜衡律师事务所合伙人、北京市律师协会刑法专业委员会副主任谭森传授“刑辩律师发现事实之道”。

谭森律师表示，一个案件无非是事实问题和法律问题。在科学立法和从严惩治犯罪的新时代，法网日趋严密，当前从法律角度进行辩护的空间空前缩小。刑辩律师应当清醒地意识到这个重大变化。事实胜于雄辩，只有高度重视对案件事实的挖掘和分析，寓观点于叙事之中，紧扣案件事实阐述辩护意见，有效辩护方有可能。

谭森律师运用一个个生动的案例，介绍了发现事实真相、进行有效辩护的六大思维方法，即“化整为零，化繁为简”“分子不应大于分母”“简化与抽象”“从编年体到纪传体”“动宾结构”和“以偏概全”。

最后，谭森律师倡议律师们，面对现实，忠于理想，做一个务实的理想主义者，善于务虚的实干家。只要全体刑



金杰律师

辩律师共同努力，刑辩事业的春天终将会实现。

京都律师事务所高级合伙人，曾任高级法官、高级检察官的金杰带来“探讨审查起诉阶段的沟通技巧，力争不起诉”的实务知识。

金杰律师表示，刑事诉讼中非常重要的诉讼环节是刑事案件侦查终结后提起公诉前，这是人民检察院履行检察职能的重要阶段。

审查起诉阶段，辩护律师具有发挥作用的空间。如果律师能够充分认识到自己在这一阶段的诉讼地位和作用的特殊性，可以增强辩护的有效性，加大不起诉的几率。力争能够在审查起诉环节解决的问题，不到法庭上去研究。要注意把握：积极约见多沟通，抓准要害理论足，化整为零细咀嚼，以诚相待消戒备，把握分寸赢主动，力争诉前是非明。

每个刑辩律师都需要坚持和坚守！法庭是刑辩律师的战场，不能轻易退庭，律师退庭如同战士退出了战场，就失去了胜利的希望！他敬佩那些“死磕”的刑辩律师，刑辩律师需要这种勇气和精神，但是不能磕死。留着青山在才能有柴烧！



肖文齐律师

广东粤通律师事务所主任、广东省律师协会职务犯罪辩护委员会副主任肖文齐细说了“刑事辩护的魅力”。

肖文齐律师结合自己十几年来办理的刑辩成功案件，特别是几个判决无罪案件，来分享刑事辩护的魅力。他认为：一、刑事辩护的最大魅力在于维护的是人的自由乃至生命，人的自由和生命是无价之宝！二、刑事辩护的独特魅力之处在于刑辩律师总是勇立潮头，在社会关注度高的案件，如政治类的职务犯罪、经济类的集资诈骗、名人犯罪、名人子女犯罪等热点案件里，如何表现刑辩律师独特的魅力考验着每位律师的智慧。三、刑辩的另外一种魅力是，只要律师通过不断的努力，不轻易放弃，总能获取意想不到的收获，鼓励着律师在每一个案件中不轻言失败。四、刑事辩护最为动人的魅力在于永恒的学习，不学习寸步难行，业务扎实，业绩就会全面开花。

最大限度地维护委托人的权益，是辩护律师追求的目标，而有效地说服裁判者作出有利于委托人的诉讼决定，是律师辩护的基本归宿。要成为一名散发魅力的刑辩律师，要有内在修为和道德素养。忠于法律，忠于事实，维护正

活 动



王九川律师

义，诚信尽责，同业互助，回馈社会，参加公益！

面对危机而找到契机，面对磨难而不畏艰难，面对风险而发现风光，正是刑事辩护的魅力所在。

京都律师事务所高级合伙人、中华全国律师协会刑事专业委员会委员王九川主讲了“控方庭外证言的问题与辩护对策”。

在论坛上，王九川律师以“控方庭外证言的问题与辩护对策”为题发表自己的见解。他认为，当前以询问笔录为主的控方证言的主要问题是：证人神秘化、证言获取秘密化、证言笔录格式化和证言高度采信化。由于庭外证言可以替代庭上证言，被告人少有当庭对质的机会，辩护人难以施展询问技能，不敢调查取证，而体现在刑事裁决中，就是经常大量罗列庭外证言笔录内容，加以采信，缺少说理评判，难免出现错判。这里有侦、控、审诉讼职能的设置等原因，但刑法对庭外证言赋予证据能力以及法官对证人是否出庭的无限裁决权



邹佳铭律师

是直接原因。在介绍部分应对策略后，他强调，在现有的规则空间内，辩护律师要打好组合拳，充分、灵活运用非法证据排除、申请调取证据、调查取证、申请证人出庭和法庭质证等方法，来尽力消解对被告人不利的庭外证言的作用，以辩护实践来推动有关证人证言规则的修改。辩护律师不仅要会读、写，更应重视听和说，要参加法庭交叉询问技能的训练，不要等证人出庭成为常态时力不从心。

京都律师事务所高级合伙人、京都刑事辩护研究中心主任邹佳铭阐述了“涉黑犯罪同一事实重复处理问题”。

邹佳铭律师以其辩护的一起组织、领导黑社会性质组织犯罪为例，分析了在涉黑案件中同一事实重复处理的问题。她首先指出，与一般个罪主体、客体、主观方面和客观方面四个平面、耦合的犯罪构成不同，组织、领导黑社会性质组织罪的构成是个立体的模式，包括罪数这个横向的定量维度和纵向的四个特征的定性维度。如果不能充实一

定的犯罪行为，这个罪名就不能成立，所以实践中经常存在将同一被告人的同一行为重复处理的问题，以拼凑犯罪个数。其次，她谈到国际公约和各国法律都禁止同一事实重复处理，大陆法系“一事不再理”原则即是为了维护法院生效判决的权威，英美法系“禁止双重危险”是为了限制公诉权的膨胀，所以在有生效判决的情况下不得重复起诉，并应严格限制或禁止提起对被告人不利的再审，我国关于刑法的司法解释也有相应规定，所以再审程序是被告人的非常救济程序，重复追诉会使被告人陷入不安境地，我国司法应切实保障被告人人权。最后，她以案例中存在的对同一事实，已有生效判决未撤销，重新起诉；通过提起审判监督程序，发回重审后，撤销原起诉，重新起诉；撤销原不起诉决定，重新起诉；之前做治安案件或双方达成民事赔偿协议处理后，再作为刑事案件起诉的四种情况，逐一进行分析。条理清楚，逻辑缜密，启发了大家的思考，让人受益匪浅。

相关介绍

为加强和律师同仁的学习与交流，推动和提高刑事辩护律师的理论研究和实务能力，京都律师事务所刑辩团队发起“京都刑辩论坛”全国巡回研讨公益活动。2017年论坛走过了青岛、南京、温州，2018年开年，论坛来到了“云山叠翠、珠水夜韵”的美丽羊城——广州。



活 动

京都冠名北大系列讲座，促进刑法跨学科交流

2018年4月16日晚6点30分，“北大刑法跨学科沙龙系列讲座”第七场在北京大学法学院凯原楼303会议室举行。北大刑法跨学科沙龙系列讲座的举办，旨在促进法学与其他人文社会科学，以及刑法学和法学内部其他二级学科之间的交流对话。自本场活动起，本系列沙龙活动由京都律师事务所提供学术资助，冠名为“北大·京都跨学科沙龙系列讲座”。

本场活动以“刑法与刑诉法的交汇”为主题，由北京大学法学院车浩副教授主持。到场的学界嘉宾包括：北京大学法学院院长张守文教授、北京大学法学院陈瑞华教授、北京大学法学院梁根林教授、中国政法大学证据科学研究院吴洪淇副教授、中国社科院法学研究所李强助理研究员。

参加活动的实务界嘉宾包括：京都律师事务所名誉主任田文昌律师、京都律师事务所主任朱勇辉律师、京都刑辩研究中心主任邹佳铭律师、京都律师事务所高级合伙人王九川律师等。讲座吸引了各界人士前来聆听，现场座无虚席。

京都律师在讲座现场发表了精彩观点。

首先发言的是田文昌律师。田文昌律师从其多年的教学与实务经历谈起，认为法学教育存在“两个脱节”。

一是理论与实务的脱节。一方面，法学院的理论和案例教学，均与实务操作相距甚远；另一方面，实务人员也很少注重理论的提升。田文昌律师还表示，法学院对法理学教学重视不足，学



田文昌律师

生学习到了表象的法律知识，却未深刻理解法律原则，易致从实务工作后僵化适用法律。

举例来说，在彭宇案及类似案件中，双方就救助者应否承担赔偿责任产生分歧，部分司法工作人员据此认为若非救助方负责，被救助方就构成敲诈勒索罪。这种观念实为对证明责任规则的误解——发生此类情况应由被救助者承担举证责任（《深圳经济特区公民救助行为保护条例》即有此规定），此时标准应为优势证据；而若要认定被救助者成立敲诈勒索，则控方须达到刑事案件中的排除合理怀疑标准。故而“非此即彼”的做法并不合理。

非法证据排除的适用问题与此同理。部分司法机关人员认知中，排除非法证据意味着追究侦查人员责任的概念，是非法证据排除难的根源所在。但事实上，排除仅意味着存在非法取证的可能性，与追究刑讯逼供罪要求的排除合理怀疑标准仍相去甚远。

二是学科间的脱节。一方面，刑民



邹佳铭律师

交叉案件大量发生，但实践处理因相互误解而出错的现象却屡见不鲜。另一方面，刑事一体化的构想远未实现。田律师以立法举例，认为刑法的操作困难很大程度上源于立法对程序操作问题的忽视。而司法和理论研究中，同类现象更是亟待解决。

综上，田律师表示实务界和学术界、不同学科的从业者应注重交流，共同走出“两个脱节”的困境。

邹佳铭律师从两方面表达了自己对本次主题的看法。

首先，邹律师谈及刑辩工作与规范化法律适用间的巨大差异，指出实践中最大的问题是事实构建而非法律适用。另外，邹律师还将个案正义与普遍正义、看得见的正义与看不见的正义作为实体法与程序法价值的区别之处，强调了程序正义的重要意义。

其次，邹律师从辩护实践的角度出发，提出程序较之实体更易实现过滤非罪案件的机能。我国实体法上，构成要件表述常具有模糊性，如描述黑社会

活 动



王九川律师

性质组织特征中的“为非作歹”“称霸一方”“欺压残害民众”“严重破坏社会经济秩序”等语词。此种语境下，以实体法限制权力滥用十分困难。相较之下，从规范侦查手段，考虑证据合法性及证明标准，严格依照程序正义侦查、审判角度入手，更易实现非罪过滤。

最后，邹律师表示，强调程序正义虽可能使个别人逃脱法网，却更有利于



朱勇辉律师

保护每个公民的基本安全。

王九川律师从实务角度，简要表达对刑法和刑事诉讼法交汇的看法。

王九川律师首先谈到自身进行刑事辩护的手段，着重介绍了其从实体辩护到证据辩护，再兼顾程序辩护的发展过程。另外，他通过亲身经历的实务案例，从证明标准的角度探讨了认罪认罚从宽制度实施不力的问题。并以诈骗犯

罪和持有型犯罪为例，论及被告人翻供对主观构成要件认定的重大影响。

朱勇辉律师就主观构成要件与非法取证的关系表达了独特的见解。

朱勇辉律师赞同陈瑞华教授部分淡化或虚化主观构成要件的观点。进一步讲，目的等主观构成要件表面上为辩方提供了辩护空间，实际上却导致控方在此要件上证明途径的欠缺，恰恰是滋生刑讯逼供等非法取证的根源。朱勇辉律师认为，以客观事实限制甚至代替主观要件，可以从源头上遏制非法证据的产生。

此外，朱律师对刑法和刑事诉讼法的关系进行总结：若刑法想要得到落实，则应更多的从可被证明性角度进行构成要件的研究；相应的，诉讼法应关注如何从限制实体法成立的角度，进行科学合理的程序设计和推定逻辑设计。

西北政法大学刑事辩护高级研究院在京都开展刑辩律师培训

2018年4月20日—22日，西北政法大学刑事辩护高级研究院在京都律师事务所，对京都律师事务所和尚权律师事务所的30名年轻刑事辩护律师进行培训。

开班仪式上，西北政法大学刑事辩护高级研究院院长、京都律师事务所名誉主任田文昌先生致辞，并全程指导。

本次培训共计三个专题：庭前会见、向证人发问、向被害人发问。20日上午的培训内容为“破冰与模式带入”，由西北政法大学刘仁琦副院长和



参与本次培训的嘉宾合影



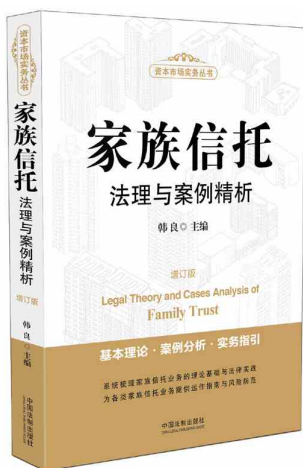
活 动

韩哲律师共同完成教学任务。20日下午的培训内容为“庭前会见”，由蔡华、张成、徐莹三位律师共同完成教学任务。21日全天的培训内容为“向证人发问”，由门金玲教授和汪少鹏、焦鹏

两位律师共同完成教学任务。22日全天的培训内容为“向被害人发问”，由杨照东、柳波、梁雅丽三位律师共同完成教学任务。课程设计和教学过程，理论与实务巧妙融合，结合实务案例，以问

题为导向，学员分组全程参与，教师与学员紧密互动，实现导出问题、发现问题、解决问题并提升学员辩护实务技能之目的。

《家族信托法理与案例精析》新书见面会在北京举行



1 《家族信托法理与案例精析》（增订版）



韩良律师（站立者）

2018年4月3日，京都家族信托法律事务中心主任、南开大学资本市场研究中心主任韩良律师主编的《家族信托法理与案例精析》（增订版）新书见面会在北京广播大厦酒店举行。

见面会现场，韩良律师以“CRS背景下的离岸家族信托架构设计”为题，做了一场精彩的分享。他的分享从信托与CRS、通过委任特殊受托人的信托架构设计、通过转换财产形式进行信托

架构设计、通过转换财产持有人进行信托架构设计等四个方面展开，收到与会一百多名读者的欢迎。

《家族信托法理与案例精析》第一版于2015年面世，被很多金融机构和第三方理财机构将作为培训教材使用，更是被具有广泛国际影响力的信托与财产规划师协会（STEP）作为重要的中文读物推荐给读者，第一版虽经两次印刷，依然售罄。京都家族信托团队对《家族信托法理与案

例精析》第一版进行了全方位的修订，其中韩良律师任主编，肖树伟律师、柏高原律师、高慧云律师任副主编。本书主要立足于中国视角，系统探讨了家族财富管理传承中的法律风险、风险管理工具、家族信托的功能、家族信托的设立与运作、股权家族信托、动产家族信托、不动产家族信托、离岸家族信托、私人基金会以及FATCA和CRS下的家族信托等全方位的家族信托业务。

活 动

中国国际经济贸易仲裁委员会领导与京都律师座谈， 共同探讨仲裁难题

4月2日下午，中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称贸仲委）副主任兼秘书长王承杰率领贸仲委立案咨询处处长谷岩、监督处处长姚俊逸、业务处副处长李云、事业发展处副处长贾坤、事业发展处工作人员周思言等来到京都律师事务所进行座谈。

京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌应邀出席，京都律师事务所高级合伙人韩良、孟冰、公丕国、秦庆芳、肖树伟、郭庆、吕志轩、周振国、陈东利，合伙人瞿丽红、张立琼、云优等出席了座谈会。

朱勇辉主任首先对贸仲委一行来京都座谈表示热烈欢迎，并向贸仲委与会人员介绍了京都近年来在国际经济贸易领域办理仲裁类案件的基本情况。贸仲委副主任兼秘书长王承杰在座谈中表示，近年来京都律师在贸仲委代理了一批重大疑难复杂案件，在仲裁领域具有一定代表性，希望面对面地听取各位律师对仲裁委工作的意见建议，进一步推进贸仲委工作机制的改革和完善，不断提升当事人及其代理人对贸仲委工作的满意度。

座谈期间，双方坦诚交流，开诚布公，互



参与座谈的部分京都律师与贸仲委的领导合影

动良好。京都律师们表示，近年来，贸仲委各项工作成效显著，特别是随着中国综合经济实力的发展，国外客户对于贸仲委的认可度越来越高。京都律师们还结合自己担任贸仲委仲裁员或者代理贸仲委案件的经验，对贸仲委的仲裁程序、规则、工作机制等提出了具体的意见和建议。贸仲委各处的领导对于京都律师提出的问题进行了真诚、详细的答复，对有关意见和建议予以积极回应。

座谈结束后，双方在京都合影留念，并共同期待业务领域的更多探讨与交流。

中国政法大学第六届“京都杯”刑事模拟法庭大赛正赛决赛落幕

2018年4月22日下午，第六届“京都杯”刑事模拟法庭大赛正赛决赛在中国政法大学明法楼203顺利进行。

京都律师事务所高级合伙人曹树昌律师应邀担任审判员，北京市昌平区人民法院刑庭庭长欧春光担任审判

长，北京市昌平区人民检察院公诉处副处长王雪鹏担任审判员。

中国政法大学刑事司法学院分团委书记杨冉明和刑事司法学院分团委指导老师徐瑞苑也参加了本次模拟法庭大赛。

本次比赛由乙组三队控方对阵甲组三队辩方，经过开场陈述、提问答辩和总结陈词环节的精彩表现，两支参赛队伍将对案例细致的分析、法条深刻的理解与对实际的把握通过场上的言辞呈现给合议庭。本次活动最后，为冠军、亚军、



活 动



曹树昌律师（左六）与本次决赛的评委、选手合影

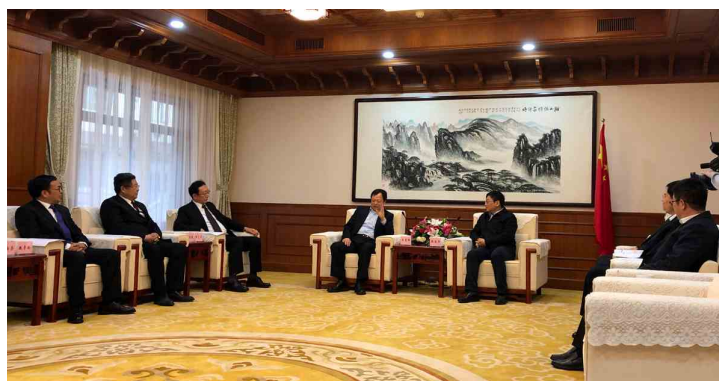
季军、最佳辩手、最佳文书举行了颁奖仪式。

新型模拟法庭教学法和其他教学方法相比具有实践性、综合性、表演性等特点，已成为法律实践性教学的重要方式。京都律师事务所高度重视学生的新型模拟法庭系列活动，近年来对于中国政法大学的模拟法庭进行了独家支持。在第六届“京都杯”中国政法大学大赛期间，汤建彬律师、智艳军律师、孙广智律师、李梓豪律师等也参与了大赛的不同阶段的活动，贡献了律师的实务经验与智慧。

田文昌律师受邀出席全国首家法律服务产业园推介会

4月14日，在南京市河西·建邺法律服务产业园推介会上，全国首家法律服务产业园——河西·建邺法律服务产业园正式挂牌亮相，与此同时挂牌的，还有南京市首家区级律师协会。中华全国律师协会刑事专业委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌律师受邀出席本次推介会。

与会法律界专家围绕法律服务国际化趋势与发展等主题进行了主旨演讲。南京市委副书记、市长蓝绍敏等领导出席了推介会。



左三为田文昌律师

梁雅丽律师受邀参加“现代科技在刑事诉讼中的运用与律师辩护”论坛

2018年4月14日，“中国刑事诉讼法学研究会刑事辩护专业委员会2018年会暨现代科技在刑事诉讼中的运用与律师辩护研讨会”在浙江大学光华法学院举行。

来自中国法学会、中国刑事诉讼法学研究会、浙江省人民检察院、浙江省高级人民法院、浙江大学及其光华法学院、中国刑事诉讼法学研究会刑事辩护专业委员会等机关、院校、单位的领



梁雅丽律师

活 动

导、专家、学者、检察官、法官和律师共计100余名代表参加了本次会议。

京都律师事务所高级合伙人梁雅丽

受邀参加论坛，在“现代科技在刑事诉讼中的运用对律师辩护的影响与应对”

会议环节，以“VR技术对法庭审判和

刑事辩护的可能影响”为题发表了精彩演讲。

孟粉顾问受邀与教育矫治服刑机构座谈

近日，京都律师事务所孟粉顾问接受北京市刑事执行检察院的邀请，参观了刑事执行检察院三部驻所的北京市第三看守所分所及沐林、团河教育矫治所，并就下一步培训合作事宜进行了座谈。

座谈中，三方也对未来监管场所的需求及合作培训的模式进行了研讨。孟粉顾问表示，基于原有工作经验，结合现在刑民交叉律师业务的专业优势，愿意为监管干警和服刑人员提供更加有针对性的讲座，同时结合司法改革的要求，依据中央“谁执法、谁普法”普法责任制要求，希望能与刑事执行检察院的检察监督工作形成合力，共同为维护监管场所的安全稳定做出贡献。



孟粉顾问（右二）与于晓澎律师助理（左二）北京刑事执行检察院三部领导及团河教育矫治所领导合影

纵向垄断协议研讨会在京都召开，金毅律师做主题发言

5月22日下午，京都律师事务所携手国际商会中国国家委员会在京都北京总部举办纵向垄断协议研讨会。企业代表、律师、高校教授及学生等共计60多人，参加了本次研讨会。本次会议旨在帮助企业理解并掌握纵向垄断协议法律责任体系的相关情况，维护公平有序的市场竞争秩序，促进纵向垄断协议法律责任体系的不断完善。

国际商会中国国家委员会秘书局副局长喻敏主持了本次会议。京都合伙人律师金毅、中粮集团高级法律顾问周多做主题发言，分析纵向分销体系的反垄断合规，并从企业的角度围绕纵向垄断协议的法律效力展开讨论。

自2007年开始从事反垄断业务的金毅律师，身兼中国国际商会竞争委员会委员、北京市律师协会竞争与反垄断委员会委员等职务，拥有丰富的反垄断实务经验。金律师的发言围绕“纵向分销体系的反垄断合规”展开，并以企业需求为导向，层次清晰，重点突出。他从纵向协议、纵向协议反垄断分析框架、企业分销中常见的价格问题、企业分销中常见的非价格问题、纵向协议导致的其他问题、纵向协议的司法实践、企业反垄断合规工作等方面进行分享。他重点强调，纵向协议的反垄断合规是一个相对复杂的问题，企业应结合自身所处行业的竞争格局，以及企业自身的市场



金毅律师

地位、业务模式等因素，建立有效的合规方案。



活 动

王菲律师主讲网络游戏领域的商业标识侵权

2018年5月23日，在京都知产沙龙第八期活动现场，王菲律师主讲“网络游戏中商业标识侵权认定与责任承担”。王菲律师根据商标法、反不正当竞争法、广告法、专利法的相关规定，从商业标识侵权的一般原理出发，结合网络游戏领域的具体情况和既有的司法案例，分析网络游戏侵权的认定标准、侵权者的责任承担和维权及应诉策略。

王菲律师特别用案例深度分析了

网络游戏中商业标识侵权认定中的几个概念：商标性使用、类似商品或服务判断、近似标识认定。其后，王律师以网络游戏开发运营中不同角色、不同分工图为基础，与参会企业代表讨论了侵权责任承担比例的合理性问题；以游戏开发到上线运营工作阶段为基础，为参会企业提供了游戏开发运营中的知识产权风险规避建议。



王菲律师

京都举办房地产开发与房地产基金专题讲座，提升律师服务能力

2018年5月23日下午，京都律所房地产与基础建设部邀请高和资本合伙人、环信投资管理有限公司合伙人陶民先生对房地产开发与房地产基金基础知识进行专题讲座。讲座在京都律师事务所22层多功能厅举行。

讲座开始，房地产与基础建设部高级合伙人孟冰律师对陶民先生进行了详细的介绍并对其到来表示热烈的欢迎。

陶民先生从房地产分类、房地产开发流程、房地产开发过程中涉及的法律文件、房地产基金的形式、房地产基金的特点、有限合伙企业、房地产基金的分

类、基金管理人的风险、GP与LP、LP的分层等十个方面进行全面深入的讲解。陶民先生根据自己多年实践经验，对房地产开发过程中所涉及的一系列问题以及房地产基金风险防范等方面提出了自己的建议。整个讲座观点鲜明、深入浅出、内容丰富、紧密联系实际，对提升律师的业务能力具有很强的指导作用。

讲座互动环节，在场的律师提出了自身办案过程中所遇到的疑惑，陶民先生针对疑惑进行了耐心的分析和解答。本次讲座持续了将近两个小时，最终在掌声中圆满落幕。



陶民先生



孟冰律师

活 动

王春军律师出任中国公路学会筑机分会 第八届常务理事并做主题演讲



王春军律师的证书



左起：李磊律师、王春军律师、吕岩律师

2018年3月27日-29日，中国公路学会筑机分会第八届理事会会议在河南许昌举行，京都律师事务所合伙人王春军律师受邀出席会议做专题报告，并被选为新一届的常务理事。

京都合伙人王春军律师就公路建设工程施工纠纷法律解决要点做了专题报告。王春军律师的报告围绕合同性质和效力问题、工程的质量问题、工程量的确认、工程款的确认、工程纠纷产生的

过错责任、利息、管辖问题等几个热点方面展开，内容详实、案例丰富，得到与会领导、专家和企业代表一致好评。此外，京都律师李磊、吕岩也参加了本次会议。

京都律所勇夺远洋光华国际第九届客户拔河比赛亚军

2018年5月25日，“绿色健康生活——远洋光华国际第九届客户拔河比赛”在远洋光华国际广场上如期举行。京都律师事务所代表队在小组赛与决赛中过关斩将，连续第六年夺得亚军。

本次比赛的8支参赛队由入驻远洋国际中心A座、B座、C座写字楼的公司组成。经过三轮激烈的对抗，最终京都律师事务所代表队获得亚军，也对外展现了京都律所成员的凝聚力与团队协作精神。





荣誉

京都和3位律师分别获得法制晚报年度大奖

3月8日，国内知名媒体《法制晚报》举行“2017年度优秀律所律师”和“2017年度公益普法奖”颁奖礼，京都律师事务所被授予“2017年度优秀律所”的殊荣，京都律师事务所梁雅丽、瞿丽红、汤建彬三位律师荣获“2017年度公益普法奖”，梁雅丽律师还荣获“2017年度刑辩律师奖”。

3月8日下午，法制晚报社副社长栗玉晨向梁雅丽、瞿丽红、汤建彬三位律师颁发了荣誉证书和奖杯，感谢获奖者在普法中作出的努力和贡献，并勉励获奖律师们继续积极发挥在公益普法宣传中的重要作用，树立中国律师“专业、公益并富有社会责任感”的良好形象。



梁雅丽律师荣获“2017年度刑辩律师奖”



瞿丽红律师荣获“2017年度公益普法奖”



汤建彬律师荣获“2017年度公益普法奖”



京都律师事务所荣获“2017年度优秀律所”的奖杯

刘铭律师受聘为国家文创实验区知识产权服务专委会主任委员

国家文化产业创新实验区由文化部于2014年7月31日批复设立，以文化产业改革探索区、文化经济政策先行区和产业融合发展示范区为建设目标，是文化产业政策先行先试的试验田。目前，注册创企业已达37601家，引进68家上市文创企业，9个国家众创空间。

知识产权是推动文化产业发展的核心内容，为加快文创实验区知识产权建设，国家文创实验区持续致力于完善知识产权保护体系，其中，组建知识产权专家委员会，即为国家文创实验区完善知识产权保护体系的七项系列举措之



右四为京都高级合伙人刘铭律师

荣 誉



↑刘铭律师的聘书

一。4月20日，在国家文化产业创新实验区“4·26”知识产权服务活动周启动仪式上，京都高级合伙人刘铭律师被聘为国家文创实验区知识产权服务专业委员会主任委员。中国版权协会秘书长孙悦、朝阳区人民法院知识产权庭庭长林子英、北京科技大学文法学院副院长张武军被聘为国家文创实验区知识产权服务专家顾问。今后，将由这10位专家学者组成的顾问智囊团直接对接文创实验区重点园区、企业，点对点提供专业培训、法律咨询等知识产权保护服务，在实操层面解决企业发展中遇到的实际问题。

京都“泉计划”与田纪华律师荣获 “2017法律服务产业公益爱心奖”

2018年3月11日，由上海交通大学凯原法学院与律新社共同主办的“2018第二届公益法律服务高峰论坛暨法律服务产业十大感动公益故事颁奖仪式”在上海交大凯原法学院东方会堂举行。来自全国的重量级嘉宾、国内主流媒体及数百位法律服务产业代表共同参会。

会上，京都律师事务所的公益项目——“泉计划”与田纪华律师荣获“2017法律服务产业公益爱心奖”。

公益之于法律服务行业，是职业担当，也是社会担当。京都的“泉计划”是京都与房山法院共同发起的公益助学活动，七年来共对十名学子及其家庭提供了帮助。“泉计划”致力于向优秀学子提供物质及精神的双重支持，除提供经济帮助外，更注重对学子及父母家人的引导，帮助他们建立乐观、自信的生活态度，鼓励他们通过自身的努力创造自己的未来。

京都律师在公益道路上坚持奉献与真诚。田纪华律师是京都法律援助律师的优秀代表，对法律援助案件具有高度的负责精神。她执业11年来，承办上百起民事、商事诉讼、仲裁案件，积累了丰富的诉讼经验。在身怀六甲行动不便的情况下，田纪华律师仍然认真、高效地办理法律援助案件，得到受援人和法院一致认可与表扬。



↑泉计划的荣誉证书



↑田纪华律师的荣誉证书



媒体

田文昌律师做客央视，以刘忠林案为视角 谈案件纠错



司法案件的纠错在这几年的时间里，已经由最初的特大新闻变成了常态新闻，人们的这种惊奇感已经不像以往这么大了。但是，从吉林高院传出的关于刘忠林案的再审宣判还是让人感慨万千。为什么呢？因为这个宣判距离该案再审已经过去了6年的时间，而距离当事人背负故意杀人罪已经过去了28年的时间，当他被宣判无罪的时候他已经刑满出来两年多的时间了。

4月20日，中央电视台《新闻1+1》栏目制作专题“案件纠错，也要跑‘马拉松’吗？”并邀请了中华全国律师协会刑事专业委员会的主任田文昌作为嘉宾参与节目讨论。

以下内容根据田文昌律师与央视主持人白岩松的节目现场对话整理。

对话一

白岩松：田主任，您好！

后，要想认定这种刑讯逼供的事实确有难度。但是，任何人都都会想，这么一个案子，这么重的判决，申诉了这么多年的一个认罪认罚的案件，为什么认罪？别说是法律人，法外人也难以相信他是会自愿认罪的，所以可以说这个判决是个不彻底的判决。

白岩松：但是因为时间太长，比如说相关的证人甚至有的都已经离世了，相关的证据已经不见了，您觉得这个时候大家期待能够追责会不会也万分艰难？

田文昌：追责很难，但是毕竟你要查，至少你可以去调查，不应当封住这个口，把刑讯逼供也否认了，把程序违法也否认了，那既没有非法取证又没有程序违法，这么大大案子凭什么翻过来？就根据靠口供定罪就翻过来了吗？不是这么简单。

白岩松：嗯，接下来您觉得这个刘忠林获取国家赔偿会很顺利吗？

田文昌：您好！
白岩松：关于刑讯逼供，再审宣判的时候并没有被认定，当然也解释了为什么没认定，您接受它的解释吗？您怎么看待这一点。

田文昌：可以说这么说，这个判决书的解释反映了一种难言之隐，因为时过境迁

田文昌：赔偿我估计不会太难，因为这只是个数量大小的问题。按照赔偿法，他应当获得赔偿，但是这个赔偿对他来讲，实在是太晚了。

对话二

今天，从刘忠林入狱到获得无罪判决，28年已经过去了。而这场被舆论称为“马拉松”式的再审，能随着这一纸宣判，划上句号吗？

白岩松：继续连线中华全国律师协会刑事专业委员会的田文昌。田主任，您看，刑事诉讼法上都明确的规定，这样再审的时候，期限最多六个月，但是一下子就拖了六年，刑事诉讼法上都明确规定会有六个月，为什么会用六年呢？那这样刑事诉讼法还有什么用呢？您怎么看？

田文昌：这种现象充分反映了申诉纠错过程的艰难，这是个很现实的问题。但是，我觉得这还不是真正难的问题，更难的问题是申诉立案的艰难。这么多年来，我们刑诉法规定申诉的权利非常广泛，申诉的门槛很低。但是现实当中，申诉立案可以说堪比蜀道之难，难于上青天。这是当前我们亟待要解决的非常重大的问题。

白岩松：这您谈到了一个难，从某种角度来说都觉得刘忠林已经感到很幸运了应该。

田文昌：对，他已经算非常幸运的人了。

媒体

白岩松：您怎么看待在这个过程中当中律师讲的，六个月拖成六年很重要的因素是人呢？要向领导请示，要领导研究定时间等等。

田文昌：这应当说我们整个的申诉纠错的程序现在没有得到有效的落实。我们的立法、我们的司法解释虽然做出了很多比较有意义的规定，但是正像这位律师说的，由于这些规定缺乏救济性的措施，这个问题也是我们整个刑法刑事诉讼当中普遍的存在的问题，由于很多立法条文缺乏救济性的措施，所以使得许多程序流于一纸空文，得不到落实。

白岩松：这是我们必须要破的一个局。有一个问题，您可以先简单的给我们一个回答，这几年大家会很“高兴”，看到很多冤错的案件被纠错，那我们希望老账都被了了，可是别出新账。您觉得，要想不出新账，我们现在面临什么样的难题和挑战？

田文昌：问题就在于，纠错重要，防错更重要。我们不断地纠错，不断地出错，为什么出现这样的问题？就像刚才谈到的，连刑讯逼供的问题、程序违法的问题都不能正面的对待，不能正视它，这就很难避免继续出现新的错误。在当前的司法实践当中，虽然进行了这么多深度的司法改革，但是我们现实当中排除非法证据也可以堪比蜀道之难，难于上青天。

白岩松：这也是一个难，排除非法证据。

田文昌：排除非法证据难，不仅如此，还有证人出庭难。

白岩松：证人出庭难到什么程度？

田文昌：难到现在可能连1%都做不到。

白岩松：99%都不出庭？

田文昌：可以这么说，至少我办的案子是这样。包括这个案子，我看了一审判决，对于证人证言的宣读，他没有办法质证。证人不出庭，只靠宣读证人证言，对纸张进行质证，这是违反诉讼规律的。

白岩松：您已经提出了三难，一个是立案难。

田文昌：申诉立案难，排除非法证据难，证人出庭难。

白岩松：好，接下来我们就继续关注，如果想要把过去的账都结了，把这个冤错案都能够纠了，但是不出新的冤错案又该如何。

对话三

2014年11月，最高人民检察院公布《人民检察院复查刑事申诉案件规定》，首次明确受理申诉两个月内应决定是否立案复查。2017年12月，最高人民检察院印发了《人民检察院刑事申诉案件异地审查规定》，明确了五类刑事申诉案件可异地审查。面对相关政策的出台，从申诉到再审，难点究竟该如何解决？

白岩松：难点该如何解决呢？继续连线田文昌主任。田主任，就是再审这个申诉立案非常难，原因就是你要向原审判决的这个法院来申诉，等于说“我申诉你错了”那它当然要变成一堵墙，怎么破局，能不能有专门的机构？

田文昌：现在这个问题是个很大的难题，就是立法和司法解释上虽然有了这样的规定，但是实际落实不了。那就是说对这种机制本身我们值得研究。

我觉得最重要的问题，无论是刑事申诉也好，无论是排除非法证据也好，还是证人出庭也好，目前的法律表面上文字上都有规定，但是需要加强两个问题：一个是增加刚性条款，我们的条款太抽象，再一个是要有救济措施。

白岩松：就它一定得是必须的。

田文昌：必须的。

白岩松：同时不能有变通的方式。

田文昌：比如说动不动就是法庭认为有必要的等等，这样的规定，法庭的自由裁量权太大，再一个就是没有救济措施。如果这两个问题不解决，刚性条款的问题不解决，救济措施问题不解决，那么这三难问题还会长期地难以解决。在这种情况下，何谈可以让人民群众在每一个具体的司法案件当中感受到公平正义？

白岩松：我这最后还有一个问题，怎么能够做到让证人能够出庭，而不是像您说的几乎只有1%这样一个让人感到惊呆了的数据。

田文昌：其实非常简单，我早就提出过。对于涉及到对定罪量刑有重大关系的证人必须出庭，不出庭证人的证言不得作为定案的依据。如果这样规定的话，完全可以解决问题。国外的法庭是采用直接言词原则，不出庭的证人证言是没有任何价值的。可是我们现在主要是靠对证人证言的宣读来认定犯罪，这是有严重后果的。

白岩松：套用一个小品的语言今天倒变的非常严肃了，是不是您刚才说的这三难要真正破解它都得是它（法律规定）变成刚性的，也就是“必须的”，没有任何可以变通的那种余地，今后要改变这一点。



媒体

田文昌：应当是这样。如果不是这样，就你刚才说得，你会想起一句话，“犯了再改，改了再犯”，恶性循环，

难以打破。

白岩松：当然，话可能说得重，但问题是我们的期待不是这样，而真正的能

够向好的方向去改变。

好了，感谢田主任带给我们的解析。

郭庆律师接受央视《法治在线》采访， 解读首起“特斯拉自动驾驶”车祸致死案

2018年4月19日，中央电视台《法治在线》栏目播出《首起“特斯拉自动驾驶”车祸致死案进展》，随后央视网网站制作《法治封面》专题，对于该案进行了详细解读。京都律师事务所高级合伙人郭庆律师作为原告代理律师之一，在栏目里首次解读了本案的最新进展和部分细节。

车辆鉴定难成共识，律师与当事人坚持到底

2017年年初，高巨斌代理人王贝贝律师邀请有着丰富涉外法律业务经验的郭庆律师加入了高巨斌的代理律师团队。对于是否进行车辆鉴定，双方始终没有达成共识。被告提出，在车主手册中已经提示驾驶人：无论驾驶人是否使用“自动驾驶”模式，驾驶人都要对车辆的行驶行为承担最后的责任，因此他们认为即使当时车辆在自动驾驶的模式下发生事故也还是驾驶人来承担责任，进行鉴定没有必要。

郭庆律师表示，在技术上没有对车辆故障进行排除和甄别的情况下，就认定事故由驾驶人来承担责任不妥。不做鉴定，肯定不能得出一个明确结论。要对车辆当时的状况进行确认，然后才能讨论后面的问题。

经过原被告双方持续近半年的讨论，法院采信了原告方的观点，决定对事故车辆进行司法鉴定。

郭庆律师认为，对这个事情怎么去调查，调查到什么程度，是否同意或者驳回原告方调查的申请，“在这点上法院的作用和决心起到最关键的作用”。

对于将车辆委托给哪家机构进行鉴定的问题，原被告双方分别提出了不同的观点。最终法院决定由北京中机车辆司法鉴定中心对涉案的特斯拉轿车进行检测，对当时车辆是否处于自动驾驶状态进行司法鉴定。

2017年10月18日，在法官的主持及原被告双方的见证下，经过一天多的时间，北京中机车辆司法鉴定中心的工作人员对车辆进行了检验并从车中取出了记录有车辆行驶状态数据的存储卡。在取出这张珍贵的存储卡之后，法院对这张卡进行了封存，但是这仅仅是案件向前推进的一小步，数据还需要传回美国解读。

为保护唯一的证据，车辆鉴定被郭庆律师申请暂停

2017年年底几方人员来到位于北京亦庄的特斯拉交付中心准备进行数据传输。然而，正当鉴定机构的技术人员准

备将存储卡插入一台普通的笔记本电脑中进行复制时，郭庆律师临时叫停了这个动作。

对此，郭庆律师解释到：“因为这是这辆车唯一的一张卡，记录了这个车的状态，也是高巨斌这后半辈子绝对不能容许有任何闪失和差错的一个信息的载体。”郭庆律师提出，这个存储卡的备份必须以国际通行和承认的镜像备份的方式进行复制。她当场向法官提出，取消当天的数据传输，委托双方认可的专业机构对存储卡的内容做镜像备份。镜像备份获得的存储卡可以视同为原卡，原告、被告和法官将各持一份。这样，如果万一在特斯拉体验店进行数据上传的过程中卡片损坏，其他各方手中的卡可以继续解读；如果对本次特斯拉方面解读的结果存在疑问，理论上今后还可以通过其他渠道解码这个卡片中记载的内容。这样的决定意味着鉴定的结果又要被延后至少一两个月的时间。“这个流程又走了好几步，用了很长的时间，但是我们在所不惜。”郭庆律师如此表示。

最终确认事故发生时车辆处于“自动驾驶”状态

2018年2月26日，春节结束后的第

媒体



一个周一，几方人员再次来到了特斯拉交付中心将存储卡内的数据传回美国。第二天下午两点，朝阳法院的法官、中机车辆司法鉴定中心的工作人员以及原被告双方再次来到这间办公室查看回传结果。针对回传的数据结果，特斯拉的工程师现场配合了解读，最终确认车辆处于“自动驾驶”状态。

虽然目前本案取得了进展，但是这场官司距离真正的尘埃落定可能依然遥远，还有更长的诉讼之路需要郭庆律师与当事人一起坚持。✎

“飞单”客户告银行败诉，瞿丽红律师提示警惕入伙协议

有一些银行员工在利益驱使下，会私下帮私募基金公司代销基金，这样的行为被称为“飞单”。张女士在银行理财经理王某的推荐下，购买了300万元的理财产品，没想到该产品是王某私售的基金。此后，基金公司因涉嫌非法吸收公众存款被查，王某也被抓，张女士的钱全部打了水漂。为此，她将银行告上法庭，要求赔偿损失。近日，这起涉及银行“飞单”的纠纷案在北京市法院二审落判，驳回了张女士的诉讼请求。京都律师事务所高级合伙人瞿丽红律师在接受《北京晨报》采访时表示，“飞单”行为与投资者签的协议基本上是入伙协议，协议条款写明入伙。这点需要引起投资者的注意。

京都律师事务所的瞿丽红律师说，如果发生“飞单”投资受损，很多客户会认为，自己在银行客户经理推荐下买的理财产品，出了问题就应该由银行担责。但客户经理私下推荐产品属于个人行为，有的还可能涉及到犯罪，需由个

人承担责任。银行若尽到了注意义务、对客户尽到了风险提示义务，也对客户经理尽了教育义务，银行对于客户私下与客户经理个人之间的买卖行为无需担责。

瞿律师提醒说，“飞单”行为与投资者签的协议基本上是入伙协议，协议条款写明入伙，相当于客户成为股东，而不是购买产品，它与银行代销的保险、信托类产品的合同完全不同。有些私募公司为了迷惑投资者，后期会出具承诺书，保证一年有一定比例的回款，但在合同里又注明入伙期限10年。在写法上，故意将10年写成120个月，让投资者误以为是12个月，在合同细节上做手脚。

此外，银行客户经理为避免露出马脚，往往让投资者通过网银而不是到银行柜台转账。如果投资者注意，收款方绝不会是银行或者信托公司。“有关‘飞单’所有履行的合同文件，从头至尾没有银行关联的内容，



↑京都合伙人瞿丽红律师

投资者需擦亮眼睛注意。”瞿律师说。根据银监会的规定，为防范银行工作人员误导销售、私售“飞单”，目前银行在销售理财产品过程都同步录音录像以固定证据。

本文转载《北京晨报》，记者颜斐，发布时有编辑。✎



田文昌：蓄志养技，做专业型的律师

■ 田文昌 / 文



田文昌律师

很高兴又有机会来广州和各位同行近距离地交流。对于律师来讲，这种交流机会非常需要，也非常难得，所以我今天特别高兴。

今天为什么要讲这个问题？因为中国的律师制度有一种非常独特的现象，这也正是我们中国律师地位卑微的一种历史性原因。在世界历史上，律师制度发展了几千年，最早的雏形可追溯到古罗马时期。到了资本主义社会，达到了发展的高峰，律师和律师制度成了人类文明史上不可缺少的一个重要部分。而在中国的历史上，非常遗憾，律师制度却只有一百年出头的历史，这是非常独特的现象。

中国几千年的古代史，没有律师，只有讼师。有人管律师叫“大状”，其实这个说法并不准确。“大状”是指过去的讼师，没有正当的地位，不能在法庭上发言，只能在街头支个桌子，铺几张纸，帮人家代写诉状，俗称“刀笔吏”。用现在的话来说是“非法经营”，没有任何官方认可的身份，所以中国几千年的历史上从来没有真正的律师。

直到“辛亥革命”以后，孙中山任临时大总统的时候，起草了一个“中华民国律师暂行条例”，这个条例起草完了

还没来得及发布，袁世凯就篡权了。袁世凯在1912年颁发了孙中山主持起草的这个暂行条例，也就是说在中国历史上，直到1912年才有政府认可的律师制度出现，实在是太晚了。然而，1912年以后，由于内忧外患，军阀混战，我们的律师制度没有得到健康的发展，虽然出现了施洋、史良、章士钊等几个著名的大律师，但是到了1949年就结束了，这是第一个阶段。

从1949年到1954年，中国是没有律师的阶段，1954年开始筹划要学习苏联的模式，建立中国的律师制度。大家都知道，我们的前辈张思之老先生就是1954年在北京受命组建第一个法律顾问处的奠基人之一。到1957年之前，当时在中国全国范围内据不完全统计有将近2000名左右的律师。但是一个“反右”风暴，律师全部被打成“右派”分子，理由很明确，给坏人辩护的人也是坏人。因此，从1957年开始，律师制度又没有了。又过了20多年，一直到1979年，国家恢复法治建设，才开始提出恢复组建律师队伍。从1979年到现在已经走过了将近40年，这40年在中国的历史长河当中，分量很重，这是中国历史上律师制度得到正常发展的最长的时间。

如果说1979年到现在的40年是中国律师的生成期，那么从今往后应该说进入了中国律师的发展期。发展期的律师应该怎么样？生成期的律师是各领风骚、各显其能，不知道怎么干，摸着石头过河。但是，他们有不可磨灭的贡献，他们为中国律师制度的发展铺垫了道路。

那么，下一步律师制度怎么发展？1996年，第一次刑事诉讼法修改的时候，司法部办了几期全国刑辩律师高级培训班，我去讲课。我跟当时的司法部的主管副部长提了一个建议，我说现在我们律师培训不能还停留在单纯讲授知识的这个层面，我们要有技能性的培训，要告诉大家怎么做律师。部长说那你就给大家讲吧。我苦笑了一声，我说谁又给我讲过啊？技能培训，这是中国律师的一个空白。

我们过去的一种误解，以为大学毕业了，法律学完了，就可以做律师、做法官、做检察官了。实际上那只是基础理

论的学习，真正实践工作需要重新培训，直到今天这个问题仍然存在。所以，直到今天，我还经常能在我们的法庭上看到五花八门的各种乱象。我也很理解，不怨我们的律师，没有这种历史、没有这种经验、没有系统训练，不是我们个人的责任，是历史的原因。

但是，下一步怎么走？回到今天的题目上，怎么样才能做一个合格的专业型律师？经过几十年的思考，根据我个人的体会，有8个字与大家分享：功底、能力、智慧、责任。我想，只要做好了这8个字，我们就可以成为一个比较合格的专业律师，特别是对刑事辩护而言，这8个字更为重要。

一、功底

什么叫功底？对“功底”两个字的理解也有各种各样的解读。我前几年写过几篇文章，批评现在的大学教育。因为我是搞教育出身的，我太了解中国教育制度的失败之处了，尤其是法学教育。我们在学校里到底学了什么？大家每个人都可以自省一下，我们在学校读本科、读研、读博士，学了什么？我一再告诫我的学生，学习法律要掌握的是它的精髓、本质，或者说原理和原则，这才是最关键的。我们绝不能停留在一些皮毛的认识上，只是机械地对法条的熟练掌握，那是没有用的。

实践证明，到今天为止，我们很多控辩审三方面的专业人员，在最基本的原理、原则上还是经常犯错误。比如说举证责任是最基本的原则，谁主张谁举证，这个道理谁都懂，这个概念谁都会说，但是在许多具体案件当中还是会经常出现低级错误。

比如，大家都知道的彭宇案，这是民事案件。在彭宇案出现的前十年，同样在南京出现了一个跟彭宇案类似的案件，当时中央台请我去做点评，事先没有告诉我案情，到了演播室了，跟我说案情，叫我点评。幸好我很慎重，我说你这么说不行，在中央台做点评我得负责任，能不能放一放庭审的记录？我看了一下记录，一个中年妇女是案件的原告，她起诉的理由是，她在一个闹市区看到了一个摔倒在地的老太太，她做好用自行车把她驮到医院，帮她挂号，还办理了住院手续，预付了2000元。办好以后老太太的子女都来了，结果老太太和子女们都一口咬定是她撞倒老太太。经过了半年多的争论，老太太病也好了，花了2万多元的治疗费。其间，她跟老太太子女要垫付的2000元住院费，而老太太则要她赔付2万元的治疗费。后来，这个妇女把老太太

告上法庭，要求退还垫付的2000元。法庭根据“谁主张谁举证”原则，让原告举证没有撞倒老太太，原告找了三个证人也说清楚到底撞没撞到，然后再让老太太举证证明她被这个妇女撞倒，老太太也找了三个证人也说不清楚，最后以原告证据不足为由驳回原告起诉。

当时，中央台想让我作为专家点评，批评这位妇女撞倒人了不给钱，而且还要赖。大家想想，这是典型的举证责任倒置。错在什么地方？这个法官只知道谁主张谁举证，他不知道主张什么举什么证。后来这个低级错误10多年以后在彭宇案中又犯了。在彭宇案正在讨论得如火如荼的时候，在最高院审判理论研究会的年会上，多数的法官还在为彭宇案的法官叫屈。当时我很气愤，我在会上就跟他们讲，我说你们用一个错误的判决导致了全国公众道德的沦丧，“雷锋”没有了，做好事没有了，人倒都不敢扶了，多负面的社会效应啊！记得当时参会的王利明、张卫平等几位学者与我的观点一致，但多数法官都不理解。接下来，经过全国讨论以后，深圳市率先立法，明确规定凡是发生这种情况时由被救助者举证，应该说这是一个重大的进步。

但是，不久后，四川又发生了一个同类案件。三个小学生扶一个老太太，又被老太太给赖上了，结果判三个小学生不负责任。这个判决没有错，但是，反过来，却把老太太的儿子抓起来拘留了，说他敲诈勒索。大家想想，又犯了另一个错误，你认定这三个小孩撞倒老太太证据不足，不能承担民事责任，这是有问题的。可是你认定这个老太太和她儿子讹诈，证据就足了吗？大家注意到没有，前几年春晚有一个很有名的节目，是一个骑自行车的人和倒地的老太太发生纠纷。这个节目我一直认为设计得非常好，把整个场景描绘到最后谁都是好人。老太太先是咬定骑车人撞倒了自己，后来明白过来了就认错了。这说明有的时候人会发生某种幻觉的，老太太未必就是坏人，她受到猛烈刺激后可能会误认为你把她怎么着了，明白过来以后有可能就好了。那么，这就不能排除老太太对小孩产生误解，而并非成心讹诈的可能性。在这种情况下有什么理由在证据不充分的情况下又把老人的儿子抓起来？一定要非此即彼吗？

同理，现在我们排除非法证据为什么这么难？正因为你要排除非法证据，侦查机关的办案人员就有可能面临着承担刑讯逼供的责任。但是实际上，排除非法证据的原则是认为有非法取证的可能性就要排除，那么可能性能等于必然性吗？能否依据可能性就给办案人员定罪呢？如果只有可能性，即使排除了非法证据，也不应给办案人员定罪。因为追



究刑讯逼供罪的责任也同样要依据无罪推定、疑罪从无的原则。如果认识到这一点，是不是就能减少很多排除非法证据的障碍呢？

这些都是常识性的问题，是基本的原理、原则，但是很多人，很多时候却不明白。我特别希望大家能回过头，重温一下法理学，注重掌握法律的原理、原则，包括部门法的原理、原则。去年我们京都所专门请了社科院的法理学专家李步云老先生给我们讲了一次法理课，目的就是要回过头来学习这些基本的原理、原则，深入理解一下法律的精髓。法律条文谁都会背，现在信息这么发达，现翻也来得及，但是法律原理必须搞清楚，这就是功底。没有这个功底，你读了多少本书都没有意义。

所以，我们要把律师做好，首先要把法理学好，要把原理、原则学好，照葫芦画瓢、照猫画虎永远画不像，越描越黑。我们很多冤假错案的出现，与对法律原则的错误理解有很大的关系。做律师也同样不能犯这种错误，而且我们还要善于帮助其他人纠正这种错误。

我一再强调，一定要有深厚的功底，否则成不了一个好律师。

二、能力

能力是什么？是做律师的技能。刚才我讲了，学了法律不等于就会当律师、当法官、当检察官，还要有专门的培训。我们现在在中国律师最缺少的就是技能培训，我们几个人真正会开庭的？我们的法庭交叉询问、质证你会吗？没有几个真正会的。怨谁？不怨我们，证人出庭机会都没有，怎么练啊？

我曾经参加过两个项目的模拟法庭，都是交叉询问的。其中有一个是几年以前在南京搞的。美国、香港、中国大陆分别组成了三个法庭，对一个很简单的案件进行交叉询问。美国和香港的法庭两个多小时问得不厌其烦，但是总是有话，问完了之后基本不用辩论，会说的不如会听的，大家都听清楚了。而大陆的法庭却是没话找话，问了半个小时，实在没得问，然后控辩双方各拿出一打纸，都是事先写好的辩论意见，开始打口水仗。我后来点评，我说人家是以问为主、以论为辅，我们是以论为主、以问为辅，我们不会问。

我们的法庭，大家都知道，自问自答的、自说自话的，问答一大串，自己都忘了什么内容却让人家回答的，这些情况经常发生，这就是没有训练。光讲是不行的，我给你讲再

多，你没有练的机会，你还是学不会。

比如，交叉询问中一个最基本的技巧，是怎么拆分提问。我在美国参加一个培训，训练者从兜里掏出一支笔看了一眼放在桌子上，就这个问题让大家提问，最多提出了24个问题，就这一个动作提了24个问题。那么，就这个简单动作把它拆分到不能再拆分的程度，为什么？第一，固定了证据，使他人没有产生异议的余地了；第二，再现了当时的行动轨迹，相当于录像回放，通过问话把这个行为过程都再现了，这就是技巧和它的作用。

至于法庭辩论、阅卷、调查等一系列实务问题，我们都缺乏这样的训练。最近西北政法大学搞了一个刑辩高级研究院，请我去主持。我们现在搞了一个项目，结合美国诊所式的培训，加以细化、改造，做了一个从第一次会见当事人开始，一直到整个审判过程的实务培训。二三十个人参加，每一个专题都是人人参与，完全进入头脑风暴式的培训，效果很好。我们希望学员经过这种培训以后，就能够直接上场、直接操作。但是问题在于，这种培训的人数不能多，多了没法参与，就只能二三十个人。所以，我也一直在考虑将来怎么把这种培训放大，一个地区一个地区地搞了以后，由培训者再培训培训者，一步一步地往下推。这个问题必须解决，国外有，而我们中国没有，这是不行的，前面说了我们的律师制度现在已经进入发展期了，我们的实务培训必须要落实、加强，只有这样中国的律师才能真正地成长起来。

三、智慧

再接下来，讲讲智慧，尤其对刑辩律师来讲，智慧太重要了。非诉律师业务上有点小毛病还有修正的机会，刑辩律师在法庭上说出去的话就像泼出去的水，收不回来了，没有修正的机会。所以，智慧非常重要，因为，我们经常要在法庭上斗智斗勇，这样的例子很多。

《三国演义》里头有一句话，我记得很清楚，孔明说张昭没有应变能力，说他“坐议立谈，无人可及，临机应变，百无一能”。也就是说像他这种能力的人只能做谋士，不能做律师。

可是话说回来，如果单有能力和智慧行不行？这里又要引出一个话题，在我们律师制度发展的初期，在我这个时代，我见过中国很多很有名的律师，有些名字我说了可能大家都知道，他们很有智慧，他们的语言很犀利，他们的思维很敏捷，他们的逻辑很强大，他们经常在法庭上叱咤风云。



但是非常遗憾，他们中有些人不是学法律出身，他们经常在言语中犯低级错误，犯原则性错误。在中国律师发展的初级阶段，在人们对律师的作用还缺乏了解的时候，这些人确实一度占据了法庭的高端，外行看热闹，受到了很多当事人的追捧，可是他们的问题也是确实确实存在的。以后，随着法治建设的发展，随着人们对律师要求的不断提升，再这样下去就不行了。

我已经听说很多新生代律师对这些大腕们提出质疑了，这很正常，因为他们生长在那个时代，他们没有经过理论的系统培训，他们用他的能力和智慧赢得了一些人的认可，但是却不能长久。所以没有功底，再有能力、再有智慧也不行，时代已经不同了。

我曾经说过，一篇好的论文不一定是一篇好的辩护词，但一篇好的辩护词应当同时是一篇好的论文。所以律师不好做，又得有理论功底，又得有才能，又得有智慧，不是那么简单的。

当然，律师还应该有着相当的尊严和地位，但是这一点我们还差得比较远，这是我们要争取的。

四、责任

除了以上三点，我还要讲第四个问题——责任。做律师必须要有责任心，律师绝不是简单的熟练工，绝不是挣钱混饭吃的人。不是所有人都是高大上，都是活雷锋，但是律师一定要有责任心。因为你肩负着当事人的重担。

有人说雷锋太假，但是我要说的是，雷锋这个人 and 事是确实存在的，我是跟雷锋握过手的。律师是社工，我们面对的是我们的客户，要承担的是一种社会责任。律师首先要对我们的委托人高度负责，同时还要承担相应的社会责任。

可能会有人说你又说大了，老说大话。我告诉大家，一个没有社会责任感的人，是不可能对自己的当事人高度负责的。一个对当事人没有责任心的人，更不可能有社会责任感。而一个没有责任感的人，能力再强，本事再大，也不是一个合格的好律师。不是我说大话，历史摆在那儿。美国总统有一半左右都是律师出身，为什么？他没有社会责任，他能成为总统吗？所以我常说“律师是政治家的摇篮”，为什么？因为律师面对的事务最复杂、面对的人群最复杂，承担的责任很重大，所以要求他具备的能力很高，特别是要有很强的综合能力。有一句名言说“不想当将军的士兵不是好士兵”，我也可以说“不想当总统的律师不是好律师”。可能夸大了一点，但是没有理想，就不可能会成功。

以上就是我总结的8个字：功底、能力、智慧、责任。只要做好这8个字，相信大家都会成为一个合格的律师，一点个人体会与大家分享，也与大家共勉。

谢谢！

（本文根据田文昌律师在3月24日举办的“京都刑辩论坛广州站——刑事辩护实务研讨会”上的主题发言整理而成。）



公司高管风险隔离与 股权纠纷实务评析



关于股东与公司“人格混同”的法律后果和 股东个人风险的预防

■ 王宪森 / 文

公司法是商法中典型的组织法、团体法，具有明显的“内、外法律关系”双线规则，以及组织构架、规范运行的“拟制人格”特征，这与其他交易法（如合同法）相比，是显著不同的。研讨公司实务问题，也不可避免地要谈谈一些有关公司制度的基本理论。对于公司法的基本理论框架、几条制度“红线”，应有基本的认识和共识，这是讨论问题的基础。

“公司”是企业家和股东们谋取个人商业利益的最佳方式和有效工具。它的优点是：风险可控、可分担，又可鼓励冒险。同时它也是现代社会的财富“蓄水池”和“增长源”。当今全球绝大多数的财富是控制公司的名下，亦是由公司创造出来的。如今，“公司”既属私权领地，又承担着社会责任，亦是社会公共秩序的重要组成部分。故，现代社会之“公司”，本已是私权和公权的交汇地，而并非只是股东和企业家们个人隐居的“世外桃源”。

公司的独立人格与有限责任制度，是现代公司制度的基石，也是公司得以生存及股东权益保护、风险隔离的“防火墙”。但是，这种“风险隔离”不是绝对的、无条件的。一旦出现“公司”

和“股东”的人格混同的情形，法律即认为“公司”已成为股东任意操纵的躯壳，则“有限责任”这道防火墙将失去风险隔离作用，股东个人的财产就有可能成为公司债权人追索

王宪森



吉林大学经济法硕士学位，加拿大蒙特利尔大学法律硕士（DESS）。最高人民法院原高级法官、民二庭资深审判长。王宪森在最高法院从事民事案件审判及司法解释调研工作长达20余年，兼任《民商审判指导》执行总编。审结数百件各类复杂民商事纠纷（二审、再审、再审审查及请示）案件；参与最高人民法院制定的有关“公司法适用”、“担保法适用”、“合同法适用”、“金融资产公司清收不良债权”、“银行卡纠纷案件”等司法解释的起草或相关调研工作。

的目标。具体而言，当股东与公司“人格混同”时，面对债权人的权利主张，法官要适用“人格否定”理论（或称“揭开公司面纱”理论），来保护债权人的合法权益，原本可以有效控制股东投资风险的“隔离墙”就失效了。

根据我国公司法第二十条第三款以及公司法司法解释的有关规定，并结合公司诉讼的审判经验，实务中认定“人格混同”、适用“揭开公司面纱”的主要表现形式有以下几类：

1. 股东的财产与公司的财产出现了混同。目前来看，这是司法实务中适用“人格否定”理论、判令股东对公司不能清偿债务承担连带责任时，最具“抓手”的事实，可操作性较强。在公司的经营活动中，每一笔资金都有明确的来源和去处，其走向是否合法合规，通过查账或者审计，便可一目了然。债权人一旦发现公司财产被股东非法侵占的事实存在，“人格否定”的基础事实就出现了。所以，“财产混同”是法官们认定“股东与公司人格混同”的常见形式。

2. 母子公司、关联公司、集团公司与其下属公司等存在严重的管理层“人员混同”现象。目前国内的法院以管理

层人员混同为由适用“人格否定”的案例很少见，国外存在类似判例。但不排除以后会出现个案说理上的突破。实际上，在多个高管人员混同的情况下，管理层的智力资源、管



理能力已经不能专一地服务于一家公司了。尽管从财务账目上反映不出管理层的“分心”，但其存在违反对公司忠诚义务以及“智力及管理资源混同”的事实，却无可辩驳。

3. 股东存在严重的出资瑕疵、抽逃出资。前者是出资不到位，属于违反约定；后者，抽逃出资，属于商事侵权，侵害公司财产。国外判例中，严重的瑕疵出资及抽逃出资构成了适用“人格否定”规则的一种情形，且股东对公司不能清偿债务承担的是连带责任。面对同样情况，国内法院通常只是判决“补足出资本金并支付利息损失”，严格讲，这不属于公司法第二十条第三款规定的“股东应承担连带责任”之情形。这样的简单处理，实际是严重低估了“资本的创造和再生价值”，尤其是针对“严重的瑕疵出资、抽逃出资”来说，它完全掩盖了给债权人造成损失的“严重程度”。

此外，在2013年国家修改公司法后，对于股东认缴出资期限等条件的松绑，带来了市场管理方面的混乱，甚至出现的“零出资”“50年认缴期限”的公司。于是出现了当公司进入破产或解散清算程序时，股东认缴的巨额出资是否“加速到期”的问题。司法解释也已经明确，此时的认缴而未缴的出资，属于该公司的“清算财产”。

4. 公司的经营资本及账目管理混乱，交易证据与实际交易活动不符。当公司的资金走向及账目记载、管理等出现混乱时，一旦公司不能清偿到期债务，债权人就会提出合理的理由，认为股东已将公司的财产混入到了个人的财产之中。此时，如股东不能举证证明公司的财产独立，则商业的逻辑和法律的推理，二者的结论均不会支持股东的抗辩。因此，股东的远见应该体现在：公司资本规范运营，账目记载准确无误，做到账账相符、款账相符、账物相符。

5. 股东以明显不实的价格与公司进行交易，低买高卖，或高买低卖（“反向刺穿面纱”情形），进行利益输送，使公司躯壳化。实务中，如何判断交易价格“明显不实”？法官在掌握这一判断标准时，是留有充分余地的，只是对那些“价格相差巨大”的交易活动才可认定为“明显不实”。此外，法官还要结合其他主客观因素，如股东的主观认知程度（是否构成恶意）、市场价格变化情况等，作出判定。

6. 非法转移、隐蔽公司财产。无需过多解释，这是严重侵害公司财产的行为。如股东实施了这些行为，显然是滥用了“公司人格独立及有限责任原则”的表现。

7. 股东未在法定期限内成立清算组进行清算，造成公司资产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人可主张股东在造成

损失范围内对公司的债务承担赔偿责任。这是公司法司法解释二第十八条第一款的规定，属于固定损失范围的赔偿责任，不属于“连带责任”情形。

8. 当股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件灭失，导致公司无法进行清算时，债权人可主张股东对公司债务承担连带清偿责任。这是《公司法司法解释二》第十八条第二款内容，属于典型的适用公司法第二十条第三款规定的“连带责任”情形，足以认定（推定）股东的财产与公司的财产出现了混同。

9. 在公司解散后，股东恶意处置公司财产给债权人造成损失，或未经清算，以虚假的清算报告骗得公司注销登记，股东应就给债权人造成的损失，承担赔偿责任。这是公司法司法解释二第十九条规定的“固定损失赔偿”情形。

10. 公司未经清算即办理了公司注销，导致公司无法再进行清算。与第8种情形类似，同属于股东对公司债务承担连带清偿责任的情形。这是公司法司法解释二第二十条第一款的明确规定。

根据上述理论及实务类举，为有效解决股东个人责任及风险的预防问题，我们应在以下环节，对股东的商事活动予以特别的警示，并依据公司法及其司法解释的规定，做出明确而具体的规范建议，主要包括：公司设立活动（如出资管理，认缴出资期限安排及履行）；公司运营、治理活动（董事会、股东会决策程序规范）；管理层的构成及公司的关联交易规则；公司财产的流转、收益、安全等交易合规与真实性掌控；股东权利（收益权）实现的合法途径（公司利润分配的法定程序）；不可忽视的债权人利益保护；公司人格消灭的唯一途径：破产程序或解散、清算程序。

以上是就股东个人财产与公司财产的隔离问题，以及股东如何预防个人的投资风险，避免因适用“人格否定”规则而使个人财产遭受巨大损失所提示的部分注意要点，仅为参考。

此外，自2013年我国公司法中部分有关“公司资本制度”的内容修订以来，在“公司设立”及“公司运行市场监管”方面出现了一些新情况，诸如“一址多照”“注册资本公示误导”“认缴资本期限过长、资本虚化”，对“公司人格”的形成及存在构成一定影响，且已给部分诉讼活动、债权人利益保护等带来新的难题，希望企业在处理公司实务纠纷中予以关注并予研究解决。

公司董事的权利、义务及责任

■ 赵岐龙 / 文

一、公司治理概述

公司治理是指公司的股东、董监高的权利如何分配并制衡。英美法的公司治理参照了宪政主义，即三权分立的法治思想，将公司治理分为意思形成机关（股东会）、意思执行机关（董事会）、监督机关（监事或独立董事）。我国的公司治理的四个特点，也反映了我们国家公司法发展的一个轨迹，即股东会中心主义、董事会中心主义、经理层中心主义、董事会主义的回归。在股东会中心主义中，因为大多数公司都是有限责任公司，股东较少，且公司的董监高也是由股东来兼任，股东和高管的身份高度重合，公司的业务管理和经营管理基本上都是由股东来完成。

董事会中心主义，一般指大的有限责任公司或者股份有限公司，股东相对比较多，股东没有精力参与公司的经营管理，股东推选自己认为比较合适的管理层，组成董事会，由董事会进行管理公司，董事基于这种授权和代理，管理公司的重大事务，这个时候就完成了所有者与经营者的分离，公司经营管理变成了董事会中心主义。

随着我国经济的发展，我国的上市公司不断发展壮大，上市公司越来越多。由于上市公司管理的事务非常宽泛，作为董事会没有精力管理所有的事项，就把重大的权力交给了

赵岐龙律师简介



赵岐龙律师于2007年加入京都，现为高级合伙人，中国政法大学民商法硕士，北京市律师协会仲裁法委员会委员。1990年进入吉林省某法院系统工作，历经刑事审判庭、民事审判庭、执行庭工作，曾任庭长职务。2004年开始从事律师工作，专注于民商事诉讼与仲裁、刑民交叉经济犯罪辩护、企业法律风险控制等业务。赵岐龙律师从事法律行业20余年，办理了大量的刑事、民商事纠纷案件，熟悉各种案件的法律流程及办案技巧，深谙法官审判心理，尤其在办理重大疑难案件方面具有丰富的实践经验。

经理层，比如说CEO等，很多事情都是CEO来主持。这种情况下，总裁的权力非常大，不但股东难以控制这个经理层，甚至连董事会对经理层的控制都是失控的状态，很多董事的提名权都掌握在总经理的手里，董事会有时形同虚设，因此，这个阶段是经理层中心主义。

第四个阶段就是董事会主义的重新回归。现在的上市公司更加重视董事会的作用，而不是把所有的权力都交给经理人。董事会由于事务的不断加大，董事会的管理就变得更加细化，目前上市公司的董事分很多专业的董事会，比如说战略委员会、审计委员会、提名委员会、薪酬和考核委员会，而这些委员会都是由董事组成，甚至有一些专门委员会都是由独立董事会来组成，比如说审计委员会，在审计委员会中还要求个别独立董事具有会计师资格。

二、董事的权利

董事仅有权利，但没有权力，董事会享有权力，董事会的权力通过董事行使权利而实现。董事至少享有三项权利，第一个是知情权，董事在发表意见之前，首先对公司的事务享有知情权，

他有权查阅公司财务账簿和信息以及检查公司财产状况。行使了知情权后，才能更好地参与表决，维护公司的利益。当然董事的知情权也是有限制的，当公司认为董事行使与董事



的职责和义务的履行没有合理的联系，譬如属于商业秘密的范畴，获取该项信息会使得公司承担不适当的负担或费用，或者董事想利用获取的信息从事对公司的背信的行为等，公司都可以拒绝董事的知情权要求。第二个是表决权 and 代理权，董事会表决权奉行的是人头主义，每个董事享受一票的表决权。代理权就是如果董事缺席，可以委托其他董事进行表决。第三个是异议权，如果董事不同意董事会决议的事项，需要投反对票，并且书面记载在董事会决议当中，如果发现没有记录，需要事后立即提交书面的反对意见。如果董事会决议因错误产生赔偿责任，只有投反对票的董事且记载于董事会决议中才能免除赔偿责任。

在董事中，有一种董事比较特殊，是总公司派驻到子公司来的，没有通过派驻公司的股东会选举或者选举仅为形式。这时候派驻董事具有双重身份：公司的董事，对公司负有法定义务，委派单位的代理人，委派单位的利益代表，具有委托代理的契约义务。这两种利益有时会出现冲突，如何平衡公司和委派股东的利益。按照《公司法》第147条规定，董事对公司承担的是法定义务，即应当遵守法律、行政法规和章程的规定，对公司履行忠实义务和勤勉义务，这个义务是来源于法律的规定，而不是来源于约定。但是外派的董事基于股东的派驻，跟股东之间又形成了另外一个法律关系，相当于民法的代理或者是合同法的委托合同，他们之间产生了契约上的义务。委派的董事往往没有独立的表决权，所有的事项在表决之前要请示委托人，根据委托人的意志进行表决，他类似于信使，就是传达信息，不能独立表达自己的意思。这时就会出现权利的冲突，公司有大股东与小股东或公司的利益冲突，派驻的董事代表大股东的利益，这时董事要肩负到两个义务，首先在表决的时候，既要考虑到公司全体股东的利益，同时更重要的还要考虑到派驻股东的利益。过于注重派驻股东的利益，有可能损害了公司或其他股东的利益，对公司或者其他股东承担赔偿责任。这种情况下价值冲突如何衡量？外派董事是维护公司的利益还是维护委派股东的利益？如何进行协调？我个人认为，首先，法律义务是优先的，派驻董事要遵守法律的规定，违反了要承担赔偿责任。另外约定义务也不能忽视，如果违反了可能就会被解职。如果你要遵守约定的义务，就要跟委派股东协商好，因为一旦因遵守约定义务而违反了法定义务，可能面临着赔偿的问题，这个赔偿由于是执行委派股东的意见产生的，系职务行为，需要派驻股东予以补偿，或者代为承担。委派股东也可以影子董事身份直接承担。

三、董事的义务

董事负有两大义务，即忠实义务和勤勉义务。忠实义务是指克服董事、高级管理人员的贪婪和自私的行为，具体体现在两个方面：1. 董事、高级管理人员将自己利益置于公司和股东利益之上；2. 董事、高级管理人员利用职权为自己谋利。具体体现在自我交易、关联交易、管理报酬、公司机会、同业竞争等。

勤勉义务是指善良管理人的注意义务（勤勉、注意和技能义务），指公司高管在从事公司经营管理活动时应当恪尽职守、敬业精进、深思熟虑，尽到普通谨慎的同行在同类公司、同类职务、同类相关情形中所应具有的经营管理水平。判断是否尽到勤勉义务，应采取客观为主，主管为辅的标准。首先，应当以谨慎的高管在同类公司、同类职务、同类相关情形中所应具有的必要、知识和经验程度作为衡量标准。其次，如果有证据证明高管的知识、经验和资格明显高于此种标准的证明时，应考虑高管是否诚实的贡献了他实际拥有的全部能力作为衡量标准。忠实义务是首要的诚信义务，勤勉义务居其次。重大德、固小过是评价公司高管的重要价值判断标准。

（一）忠实义务

董事违反忠实义务主要规定在《公司法》第148条当中，具体有八项义务，这里仅讨论关联交易。关联交易是一个中性的概念，公司法并不禁止关联交易，因为关联交易带来了四大好处：1. 降低竞争；2. 利于资源优化配置；3. 节约交易成本；4. 减少投资风险。当然关联交易的弊端也很大，主要体现在以下五个方面：1. 限制、阻碍竞争的开展；2. 给国家经济发展和社会经济秩序带来不利影响；3. 交易双方可能滥用有限责任逃避债务；4. 控股股东滥用控股地位转移利润，损害小股东、债权人利益；5. 扭曲资本市场资源配置的功能，损害投资者利益。所以公司法要尽量控制关联交易，在关联交易当中我们的公司法规定得比较僵化，只有公司的章程或者是股东会同意才可以进行关联交易，这个规定是非常严格的。在实务中可以参照英美法，首先经过董事会决议是否可以进行关联交易，如果董事会无法进行表决，再由股东会进行表决。另外，公司也可以不经董事会、股东会的决议进行关联交易，只要能证明这个交易是公平性，即使未经过董事会或股东会的决议，也是可以得到法律认可的。

（二）勤勉义务

勤勉义务比较重要，因为，忠实义务比较容易做到，是最低的义务，作为任何一个董事，我们稍加注意就可以履行忠实义务，但是勤勉义务囿于自身条件不一样，有的人已经尽力了，但是没有达到勤勉义务的标准。勤勉义务的条件要求，第一，在履职的时候，首先是善意，这个善意比较抽象。善意实际上就是一种轻过失，并不是故意或重大过失。第二个就是高度的注意义务，即同样的人在同样的位置、面临同样的事情都会这么做。第三个就是符合公司最佳利益，他在做决策的时候，有理由认为当时的决策是符合公司的利益，当然行为人需要举证他做出这个决策，必须是依据自己拥有知识、经验、技能等管理才能，或者虽然不具备相关技能，但查阅相关的报告，查阅了一些数据，参考了一些专业部门的意见，比如说审计事务所、律师事务所的意见等，这样才算尽到了勤勉的义务。

违反勤勉义务的情形，基本上分四类情况，第一种情况是董事在决策的时候，根本不过问公司具体经营情况。第二，在决策的时候草率做出决定。第三，在表决不认真，不坚持自己的意见，导致决议的错误。第四，不行使知情权，每个董事在表决前要事先要查阅相关的资料，这样的表决才符合公司的最佳利益。

四、商业判断规则

英美法在判断董事是否勤勉尽责，是否尽到注意义务，主要参照英美法的商业判断规则，也叫经营判断规则。我国在司法实践当中，有的法院也采纳了这个规则，但是在立法上还没有明确这个规则。如果董事在表决时履行了商业判断规则，尽管事后判断是错误的决议，也不承担责任。商业判断规则的条件如下：第一，董事与所判断的事项没有利害关系，比如说不存在关联交易；第二，该董事有正当的理由相信当时的情况下，掌握了有关经营信息，充分、妥当、可靠。董事在表决的时候，一定要参照第三方资料，如参照一些专业机构的意见，譬如律师法律意见书、会计事务所报告和市场调研报告等。第三，该当事人有理由认为经营判断符合公司的最佳利益。第四，作出该项商业判断时，董事会遵循了正当决议程序与权限；第五，作出该项商业判断时，董

事尽到了普通正常人所应尽到的注意，即在一个普通的、审慎的人处于相同地位或相似背景下都会给予的注意。

无论在立法上还是实务上引进商业判断规则非常必要。首先，经营判断规则符合公司经营业务的复杂性特点。公司涉及的对内、对外关系非常复杂，要求董事样样精通不现实，也没有必要。其次，经营判断规则符合商业决策的自身特点。

商业机会稍纵即逝，倘若强求每一项经营判断的正确性，势必会延误商业机会，降低公司经营效率。再次，经营判断规则符合董事会这一公司治理机构的运作特点。董事会会议不可能天天举行，董事会审议的事项特别多，不可能就每一个问题都进行长时间、深入细致的研究和讨论，要期待董事在很短的工作时间内，对各种经营判断所需的有关信息都了如指掌，也是不现实的，要求董事会的经营判断件件正确，未免苛刻；最后，也是最主要的原因，经营判断规则有利于鼓励董事在公司经营中放开手脚，大胆经营。否则，不消除董事的畏缩心理，公司的经营也会因此而裹足不前。

五、董事执业的补偿与保险

最后是涉及到董事补偿问题，我们在实际当中见到的比较少，公司也没有这一方面的规定，特别是一些派出的董事，如果造成了损失，如何进行补偿没有规定。首先是雇主责任，雇员在从事雇佣活动当中，如果造成或遭受损失的，肯定由雇主承担。如果董事在履行职务过程中做出的决策，对公司其他股东或债权人造成损害，公司是赔偿主体，或者委派股东是赔偿主体，可以视为雇主的责任，由公司给予董事进行补偿。但是也有例外，如果是董事违反了忠实义务，不得要求补偿，因为忠实义务是一个道德义务。如果董事被追究刑事责任或被行政处罚了也不适用补偿原则。换句话说，只有违反了勤勉义务，才可以要求公司进行补偿。另外，建议董事一定要通过章程或聘用协议约定补偿的范围以及离职后因承担董事任职期间的赔偿责任应由公司承担，以保障自己的合法权益。另外，公司为了转嫁董事的补偿责任，可以通过投保董事的责任保险分散执业风险。通过这一系列的措施，最终的目的就是鼓励董事放心大胆去从事经营活动，不会因为自己的过失遭受损害，从而影响董事的积极性。



股权回购模式下的对赌协议法律性质探析

■ 张立琼 / 文

鼓励追逐个体商业利益的经济学家亚当·斯密认为，“追逐个人私利有助于实现公共福祉”，商业利益最大化具有道德上的优越性和正当性。自由市场经济状态下，“自利”价值追求与实现已成为经济人的道德拥趸，而该等情形在股权投融资领域表现得殊为可观。

股权投资人基于“自利”动机的股权投资行为，是以坚持追逐商业利益最大化作为投资行为的出发点和目标，坚持契约精神的价值参与市场博弈。投资人在商业投资活动中坚持意思自治以实现商业利益最大化，将不可避免地与市场交易秩序的宏观管理或法律规制发生冲突与矛盾，如何解决，成为股权投融资法律领域不能回避的话题。

一、据以分析的案例

上市公司A与自然人B（以下或称“投资人”）订立《C矿业有限公司股权转让及回购协议书》（以下简称“《股权转让及回购协议书》”）协议约定，自然人B收购A股份公司所持有之C矿业有限公司20%股权，股权转让价款6000万元。合同同时载明，A公司承诺C矿业公司矿脉应在一年内逐次探明，并以探明之储量、含量及矿石品味等指标测算C公司资产。一年持股期届满日，自然人B所持有的C矿业有限公司股权评估值应超过9000万元市值，在任何情况下，自然人B可在一年期限届满之日起30日内要求A公司回

张立琼律师简介



张立琼律师，京都律师事务所合伙人，执业领域为商事诉讼及仲裁法律事务。张律师专注于股权投资争议、基金投资、金融及衍生利益保护等商事领域，在处理复杂商事纠纷及再审程序案件方面具有可资借鉴的经验。张律师曾提供服务的主要客户包括海通证券股份有限公司、中国城市建设集团控股公司、平安银行股份有限公司、中融国际信托公司、吉利集团公司、兰州银行股份有限公司、深圳神舟电脑公司、首钢水城钢铁集团、中国信达资产管理公司、建信金融租赁公司等。

购其持有的C矿业公司20%股权，回购价格为9000万元的固定价格或不低于9000万元的股权评估市值。回购价格条款表明，自由投资人B将不承担股权投资的损益风险。合同订立后，自然人B经工商行政管理部门登记备案，持有C矿业公司20%股权，享有股东权利但并未实际参与C公司经营管理。至一年期限届满日前，C公司拟开采矿脉逐次探明，已经探明的黄金储量、Ag含量、平均品位均符合预期，探明储量可能超出购买股权时市值预期。与此同时，自然人B向A公司主张股权回购，经协商，双方订立《股权转让备忘录》。约定自由投资人B在备忘录签订之日起12个月内给予A股份公司其持有股权的优先受让权。标的股权之回转价格由双方自签订正式股权转让协议时另行确定。相关文件订立后，投资人B向A股份公司提出9000万元的股权转让回购价款付款主张，双方未就转让价款达成共识，争端遂起。其时，笔者及所在的律师团队接受委托解决前述争议。

二、案涉股权回购交易模式下的股权估值调整之法律性质及法律适用性分析

案例中的股权转让及回购的交易安排显示，投资人B与A股份公司订立以投资为目的契约。订立之时，由于双方特别是投资人B对于投资标的C公司未来勘探的矿产资源状况无

法确定，双方就在投融资协议中约定一定的条件(C矿业公司所持有矿产资源价值作为标准)，如果约定的条件出现，由投资方行使估值调整权利，以弥补实现其预期盈利目的。双方约定的这种机制被称为“估值调整机制”。司法实践中，包含这种机制的条款一般被称为“对赌条款”，包含“对赌条款”的协议被称为“对赌协议”。在投融资领域，尤其是股权投资基金领域中，投资项目由投资方与融资方签署对赌协议是常见的商业操作方式，该方法可以从结果控制角度解决投资人和被投资人之间信息不对称问题，是规避投资风险的一种行之有效的手段和方法。

众所周知，我国法律并未将对赌协议予以明确规定。从外观上看，对赌系属股权转让协议，是股东之间的一种合意安排，其目的是以股权反复转移的形式来体现股权权益增值，而最终实现投资收益，可见，对赌协议是投资方实现股权投资利益的手段。司法实践中，自对赌协议出现在我国投资领域时起，理论界对其性质及法律适用的争议却一直未有停息，莫衷一是。结合理论界对对赌协议法律性质的各种解释，笔者将其归纳为以下几种观点。

1. 附条件民事法律行为说

该观点认为对赌协议属于附条件合同，当合同约定的业绩目标或利益目标条件成就时，合同约定的股权转让、回购的给付义务生效并开始履行，双方应依合同约定进行股权转让或反向流转。

2. 担保行为说

该观点认为，虽然对赌协议与担保合同在适用范围、构成要件方面存在明显差异，但却具有担保合同履行的核心共识。对赌合同安排保障了投资行为，保障的手段是估值调整，最终目的亦是以股权质押担保形式保障投资方的商业利益。

3. 射幸行为说

该观点认为，对赌合同各方当事人均具有获得利益或者损失的可能。对赌合同具备射幸合同的一般属性，亦可将其理解为射幸合同。目前，在我国法律尚未对对赌协议或射幸合同予以明确规定的情况下，很多学者基于法学理论上将对赌协议也应归类为射幸合同。

4. 综合说

司法实践中很多人认为，私募股权投资或投融资领域中，对赌协议既不是附条件民事行为，亦非不规范担保行为或射幸行为，而是一个基于各方当事人意思表示一致而建立的包含多种法律关系在内的契约意思。该契约既具有行为

激励、利益博弈下担保功能实现等民法属性，也具有股权投资、投融资成本分摊等高法属性，不应以现有有名合同关的法律关系进行区分定义。

笔者认为，对赌协议的法律性质对于厘清法律关系及权利义务认定甚为重要，但纠结于对赌协议的法律性质并不具争议解决的现实意义。一般而言，对赌协议是投融资双方之间关于权利义务的约定，亦即一种合同行为，虽然目前对赌协议尚无明确法律规定，但其属于合同或意思自治范畴应无争议，遵循意思自治原则下探讨其合法性也许更为重要。无论民事行为之法律关系或性质如何，只要民事行为不违反法律强制性规定，就不会导致其无效之判断，也许争论其法律性质几何在专业操作层面将无关宏旨。

案例中投资人B受让目标公司C的股权，除股权转让交易对价之外，另有投资权益保障条款约定，该约定是投资人B股权投资权利不可分割的一部分。A公司对C公司在将来某个时点的公司资产价值或盈利承诺等条件是交易权利义务安排：在将来约定的时间内，如果条件成就，承诺方应该履行一定的义务，也就是按约定对价回购。以案例中之对赌协议约定，如果股权投资预期收益条件没有成就，则投资人不仅不承担风险，还有权要求原股东对其赔偿或者以固定价格条件转让股份。实践中，有人认为这是投资的保底条款，与共同出资、共享收益、共担风险的原则相悖，因此对协议的效力提出质疑。

三、承办代理视角下的对赌协议法律实务操作

从维护当事人商业利益的角度可以认为，案涉股权投资之估值调整约定系投资人实现无风险高额收益的方式或手段，协议隐藏的意思表示实为资金的占有及回报收益安排。

投资人B与A公司之股权转让与回购行为并非以股权投资为目的，投资人B通过给付金钱获得高额且任何无风险的投资收益或回报，A公司则通过承诺未来的资产收益而占有使用资金，双方之间形成的是借贷法律关系，而非股权转让法律关系，应以借贷法律关系的法律规定判断当事人之间的投资收益的合法性。

依公司法规定，股东以其出资额为限对公司承担有限责任，股权投资亦应当遵循共负盈亏，共担风险的原则。案例中之投资人B依据《股权转让及回购协议》中股权“回购”价格的确定并非参照C矿业公司全部资产及负债的公允价值



确定股权转让价格，而9000万元及以上估值价款的约定保证了投资人B的投资的最低回报金额及固定收益，投资人B的投资在任何情况下均不受损失，且其未参与共同经营管理。可见，B投资目的只为取得所投资金在一段时间的利息收益，股权转让不过是取得利息收益的手段，投资人B不用承担任何风险，因此《股权转让及回购协议》中的约定股权回购条款就是资金的变向借贷行为。依《民法总则》规定，行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。案例中股权转让及回购系隐藏借款行为，应以借贷法律法规适用法律。

若《股权转让及回购协议》适用借贷法律规定，则双方在《股权转让及回购协议》中关于股权回购以9000万元固定价款或固定价款以上款项的约定与我国公司法及金融法规悖悖，存在履行障碍。

最高人民法院《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十六条规定，借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。

案例中，投资人B受让股权出资为6000万元，而一年后回购价款约定为9000万元，且未参与经营管理，其净投资收益为3000元，年化投资收益率为50%。双方对于投资回报以及回购股权等约定已超过了法律对借款合同利率收益的保护范围，故《股权转让及回购协议》中投资回报等超过法律保护范围的约定或因违反法律强制规定而无效，投资人B要求若主张以《股权转让及回购协议》所载之9000万元价款股权转让的主张不一定得到人民法院支持。

我们分析后认为，案例中所载之《股权转让及回购协议》以股权投资为名，但其隐藏的意思表示为资金的占有及回报约定，估值调整约定系为满足投资人B实现无风险高额收益的方式或手段。鉴于《股权转让及回购协议》有关资金占用是收益安排有损A公司依法享有之权益，故对案例中以股权转让为名而实施的隐藏借贷合意之行为的合法性质疑或否定性评价是承办此案的重要路径。笔者在此基础上深入分析论证，广泛查阅并检索利益估值调整的裁判文书，有相关

裁判案例支持笔者对分析案例中法律适用的观点，其中福建省高级人民法院（2015）闽民终字第822号民事判决书、广东省深圳市中级人民法院（2012）深中法涉外初字第51号民事判决书中说理充分，具有判例指导意义。

在前述承办方案指引下，律师团队代表A股份公司与投资人B进行了回购价款定价磋商谈判，议定交易价款。在多轮谈判磋商中，投资人B对其回购权利主张进行了实事求是的法律评价评估，并表现出通过磋商的形式解决争议的意愿。此后，当事人双方同意在综合评估C公司资产价值以及贷款利息共同作为考虑因素，以确定一个双方可接受的和解范围。此后，在经双方通过磋商努力弥合差距，最终在友好协商的基础上以公司估值的公允价值确定了股权回购价款金额。最终，原《股权转让及回购协议》约定之股权估值调整价格条款并未得到认可并履行，定分而止争。

结 语

虽然在本文案例中，双方当事人基于合同法律评价的担忧和不确定性商业风险考虑，对股权估值调整协议进行了变更而使之更为公平合理。在司法实践中，肯定对赌协议效力，不轻易否定合同效力原则更符合经济发展和司法政策导向。对赌协议中的股权估值调整机制通过独特的调整目标公司估值和投资价格的技术性手段，降低了投资方在投资时误判公司价值的投资风险，达到促进投资交易、推动融资方努力改善经营管理的目标，推动经济发展和社会财富的积累。随着我国创新驱动发展战略的推进和经济发展方式的转变，股权投资估值调整协定作为市场化资源配置的创新机制之一，在直接融资领域，尤其是在中小型、成长型企业投融资活动中具有重要作用。同时，该项投融资方式契合了党中央提出的“要使市场在资源配置中起决定性作用”的精神，对于该种符合经济发展趋势和市场规律的机制创新，秉持宽容扶持的态度。

司法实践中对于对赌合同的合法性审查，司法机关将以意思自治为原则，以不违反法律法规的强制性规定为阻却条件，合同效力评价以符合民法、合同法规定的一般效力规范要求为法律评价准则。对赌协议中的承诺目标的估值调整安排，具备合同有效要件的将认定其效力，而不会轻易予以否定。

因“借名”而引发的股东资格认定问题

■ 张力岩 / 文

“股东资格确认纠纷”是“公司诉讼”中较为常见的一类纠纷案件。众所周知，我国公司法直至2006年才允许自然人设立一人有限责任公司，这也导致此前出现了较多通过“借名”方式设立两“人”有限责任公司。对于此类因“借名”而引发的股东资格的认定，也成为了司法审查与裁判中较为疑难的问题。本文将结合一个案例进行实务探讨。

一、案例

1. 基本事实

2004年初，甲计划独资设立一人有限责任公司，因当时的公司法不允许自然人设立一人有限责任公司，故甲“借用”乙的身份证设立了A公司，甲出资750万元，乙出资250万元。乙对甲设立A公司的过程完全不知情。

2006年，甲与乙协商将乙名下“代持”的25%股份变更至甲名下，乙不同意“无偿”转让。经多次磋商，甲同意给予乙近三千平米的房产作为乙名下25%股份的转让对价。此后，因甲并未向乙交付上述房产而引发双方股权转让合同纠纷，并经一审、二审和再审后均判决甲败诉，将房产过户给乙。

2013年起，甲又提起股东资格确认纠纷之诉，请求确认乙名下A公司25%股份的实际股东系甲，乙仅为名义股东。

张力岩律师简介



京都律师事务所合伙人，理学博士学位，原中科院国家天文台副研究员，曾从事月球与深空探测近十年。从事律师工作以来，一直专注于疑难、复杂商事争议解决领域的研究和实务处置，目前在最高人民法院、中国国际经济贸易仲裁委员会代理了50余件商事争议案件，取得了较好的效果。张力岩律师在金融、担保、公司、合同等商事争议解决领域拥有较为丰富和全面的法律实操经验，先后为多家央企及金融机构提供过争议解决法律服务。

本案两次一审（发回重审一次）均判决甲胜诉，最终二审判决甲败诉，驳回其诉讼请求。

2. 一审、二审概要

本案一审法院的两次判决结果相同，两次的裁判思路和理由亦几乎一致。一审法院均将本案的争议焦点归纳为乙是否为A公司的实际股东，并依据公司法解释三第一条和第二十二条，审查乙是否实际出资，以及乙在公司章程及高管人员任职证明文件上的签名是否为乙本人的签字。最终，一审法院依据乙并未实际出资，且乙并未签署公司章程及高管人员任职证明文件等为由，判定乙为名义股东，甲为实际股东。

二审法院的裁判思路与一审法院截然相反，二审法院认为：根据公司法解释三第二十二条的规定，甲要求确认其为原登记于乙名下的A公司25%股份的实际出资人，应当提供证据证明其已经就该股份依法向A公司出资。同时，由于甲、乙对该股份的归属存在争议，甲要求确认乙仅为名义股东，还需证明其与乙之间存在隐名出资关系。基于此，二审法院审查的是甲就乙名下的25%股份是否实际出资以及甲、乙之间是否存在

隐名出资关系。最终，二审法院认定A公司设立时甲、乙的出资均为“过桥资金”（验资后即转出），双方均未实际出资；同时，甲没有证据证明与乙之间存在书面的、口头的亦或是事实上的隐名出资关系，故驳回了甲的诉讼请求。



二、案例评议

1. 关于举证责任分配问题

从本案的一审法院和二审法院的裁判思路来看，一审法院将本案的举证责任分配给乙，由乙对自己实际出资以及其与甲合意设立A公司承担举证责任，进而证明其为涉案股份的实际股东；而二审法院将举证责任分配给甲，由甲举证证明其就乙名下25%股份已经实际出资以及其与乙之间存在隐名出资关系。

就本案而言，一、二审法院将举证证明完全分配给一方均有些偏差，如由甲承担主要举证责任，同时兼顾乙承担一定的举证责任，则更为公平、合理。也就是说，在审查甲是否系乙名下股份的实际出资人外，亦应兼顾审查乙是否具备实际股东的要件事实。尤其是，本案二审法院在已查明乙自始至终未实际出资的情况下，却未对乙是否系A公司实际股东进行任何说理分析，致使其判决结果存在理论上不能令人完全信服之处。

2. 关于本案审查的重点“甲是否实际出资”问题

本案审查的重点是甲是否实际出资，一审法院认定甲实际出资，二审法院认定甲未实际出资。一审法院认定的理由是：A公司的设立完全是甲委托他人设立的，甲筹措的“过桥资金”（垫资款）亦属其实际出资，而乙对“过桥资金”提供人及公司设立过程完全不清楚，故不能认定乙实际出资。对此，二审法院认为“过桥资金”不应认定为实际出

资，故甲亦未实际出资。对于公司设立时利用“过桥资金”验资后即转出，当然不属于股东实际出资。因此，二审法院对于A公司设立时，甲未实际出资的认定是正确的。

但是，对于公司设立后，甲是否已经补足出资款问题，二审法院却未做实质审查和说理，即做出甲没有证据证明补足了其所主张的1000万元出资款的认定。从甲提交的证据可以看出，A公司经营过程中所需近亿元资金，几乎均是由甲筹措的，其中一笔1000万元资金系甲以个人名义对外借款并汇入公司账户，该笔借款由甲另行偿还。甲主张该笔资金即为其补足的1000万元出资款。那么，对于甲的该项主张，二审法院却未予任何评述，实为遗憾。笔者认为，该笔资金可以认定为甲补足了其主张的1000万元出资款，否则A公司该笔资金的性质无法解释。

三、实务探讨

本案二审时，合议庭询问双方，乙已经退出公司，甲现在提起股东资格确认纠纷的目的是什么。正如乙所述，甲提起股东资格确认纠纷案的目的是希望通过本案达到否定乙作为A公司股东资格的目的，并以此判决推翻股权转让合同纠纷案的生效判决。本案二审合议庭同样持此意见，故其审理和裁判本案时，势必会考虑其做出的二审判决不能与此前其上级法院做出的股权转让合同纠纷案的生效判决相“抵触”。因此，不排除二审法院受“有罪推定”错误认识的影响，先定裁判结果，再寻找裁判理由的可能。

此外，笔者认为，甲实现取回乙名下股份这一目标而言，最佳的诉讼策略是：甲应当在双方协商不成的情况下，先行提起股东资格确认之诉，而不是在同意给付乙巨额财产作为股权转让对价后，再行主张乙是名义股东。而且，即使甲未先行主动提起股东资格确认之诉，亦应在乙提起股权转让合同纠纷时，以股东资格确认纠纷为由提起反诉，由法院在审查股权转让合同纠纷时，一并审理乙名下股份的实际股东究竟是谁。如果甲采用上述诉讼策略，既可以避免前述二审法院的“有罪推定”的认识，也可能会取得与本案完全不同的裁判结果。✎



南京市司法局副局长陈宣东（左二）、清华大学教授张卫平（左三）、清华大学教授张建伟（左五）、南京市律师协会会长张利军（右三）、京都律师事务所名誉主任田文昌（左四）、京都律师事务所主任朱勇辉（左一）、南京宁卫医药有限公司董事长陈亮亮（右二）、京都律师事务所南京分所主任陈宇（右一）共同启动开业庆典。本次庆典由陈烈律师主持（左一）

律动金陵 携手共赢

——京都律师事务所南京分所开业盛典暨律师实务高峰论坛

2018年4月22日，“律动金陵 携手共赢——京都律师事务所南京分所开业盛典暨律师实务高峰论坛”在南京建邺区华泰万丽酒店成功举办。来自清华大学、南京大学的学者，来自南京市司法局、南京市建邺区司法局、南京市律师协会的领导，企业家代表，京都律师

事务所和其他律所的顾问、律师共计近300人见证了京都南京分所的成立并参加了高峰论坛。

南京分所的成立是京都稳步推进分所战略的一个重要标志。京都23年的管理经验和诉讼、非诉业务经验融汇到京都南京分所，必将为京都南京分所的

发展提供一个较高的起点。

当天的高峰论坛“有实务，有理论，有程序，有实体，从理念到问题，从抽象到具体，问题很多，容量很大”。

现整理论坛现场部分嘉宾的讲话，以飨读者。



致 辞

朱勇辉：合作共赢，携手前进

尊敬的张卫平教授、张建伟教授、孙国祥教授，尊敬的陈宣东副局长、丁勇处长、殷宝如副处长，尊敬的严兴中局长、仵宝良副局长、唐盛春主任，尊敬的张利军会长、蒯滨秘书长及各位副会长、副监事长，尊敬的田文昌老师、高贵君老师、王宪森老师以及尊敬的现场各位嘉宾、律师同仁、媒体朋友们：

今天，南京春意盎然，华泰万丽酒店高朋满座，我们很荣幸地邀请到了各位嘉宾与京都人齐聚一堂，共同见证京都律师事务所扎根南京的重要时刻！在此，请允许我代表京都律师事务所近500名律师，对各位嘉宾在周末放弃休息时间莅临京都南京分所的开业盛典，表示最热烈的欢迎和最衷心的感谢！

南京作为“六朝古都”“十朝都会”，不但经济发达，而且文化底蕴深厚，尤其是法律人才辈出，众多优秀的南京法律人推动着南京法治乃至中国法治的发展和进步，这是京都选择在南京开设分所的重要原因！因此，来到南京，我首先要向南京的全体法律人表示由衷的敬意！

在京都南京分所筹建的过程中，我们得到了南京市司法局、建邺区司法局、南京律师协会的有关领导和相关部门的热忱关心和大力支持，在此，我谨



京都律师事务所主任朱勇辉

代表京都向你们表示最诚挚的谢意！

京都自1995年成立，在创始人田文昌老师带领下，在数百位京都人的共同努力下，从创始之初刑事辩护一马当先，到后来刑事辩护、民商诉讼两翼齐飞，再到如今刑事、民商和非诉三驾马车并驾齐驱，历经23年，已经发展成为一家“综合化、专业化、团队化、国际化”的大型律师事务所，不但在传统的刑事、民事诉讼领域，而且在金融证券、资本市场、房地产、公司业务、知识产权、政府法律服务、涉外业务等非诉领域都取得了骄人的成绩。京都所成立了刑事辩护研究中心、民商诉讼研究中心、企业风险控制中心、文化产业事务中心、非洲法律事务中心等各类法律实务研究部门，出版了数十本业务专

著。多年来，京都不但在业务上突飞猛进，还积极践行社会责任，举办各类公益论坛，参与立法、修法研讨，参与扶贫助学等公益活动，在社会上赢得了良好的口碑和声誉。应当说，京都23年的发展所取得的成绩，离不开各地、各界朋友们的长期关心和支持。今天，值此京都南京分所开业之际，我谨代表京都律师事务所，向一直以来关心京都成长、支持京都业务、关注京都发展的各位专家老师、公检法司领导、业界律师同仁、媒体朋友等京都的老朋友、新朋友表示衷心的感谢！

京都发展至今，在分所的设立上，我们步履稳健、质量为先，走直投直管的自营模式，先后在上海、深圳、大连、天津等地开设分所，南京分所是京都的第五家分所。京都南京分所的建立，是京都走向更大规模、更高水准的一个重要里程碑。我相信，在南京市、南京市建邺区两级司法局和律协的关爱和领导下，在南京各界朋友的关心和支持下，京都南京分所必将秉承京都“追求卓越、不负重托”的一贯精神，以“专业、诚信、理性、执着”的执业理念，在自身发展的同时，充分利用京都总所和各分所的优势资源和力量，百尺竿头，更进一步，为京都客户提供更高

质量的法律服务，并与南京地方律所密切交流，互通有无，合作共赢，携手前进！

最后，我想说的是，正如江平老师所说，律师兴，则法治兴；也正如田文昌老师所说，没有律师，就没有法治。

改革开放四十年来，国家法治长足进步，历史也赋予了律师更多的责任和使命。在我国法治国家、法治政府、法治社会三位一体的建设过程中，律师是其中不可或缺的重要力量！未来，中国律师业将会迎来更好的市场机遇和更大的

发展空间，在此，让我们共同庆祝京都南京分所的成立，并祝福南京的律师同行们，也祝福所有的中国律师，更祝福中国法治！！

再次感谢各位的莅临，谢谢大家！🌹

张利军：南京律协致力于打造温暖友好、共同进步的律师之家

尊敬的田老师，尊敬的各位来宾，尊敬的各位律师朋友，大家上午好！

我很荣幸地接受邀请与在座的各位一起庆祝京都律师事务所南京分所的盛大开业，这是南京市法律服务发展历程中的一件盛事。在此，我谨代表南京市律师协会表示热烈的祝贺！也向关心支持我市律师行业发展的各位老师、社会各界嘉宾表示由衷的感谢！

党的十九大报告提出“中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡、不充分发展之间的矛盾”。人民群众对于民主、法治、公平、正义的要求日益增长，中国的法律服务业在面临更多的发展机遇的同时也面对高品质供给不足的挑战。以南京为例，现有398家律师事务所，6375名律师，整个律师行业也面临从高速度发展向高质量发展的转型要求。

今天，在行业享有卓著声誉的京都选择在南京开办分所，是京都之志，也是行业之幸。可谓顺应趋势，恰逢其



↑南京市律师协会张利军会长

时。南京作为国务院定位的“华东地区特大城市”，占地6587平方公里，常住人口833万，2017年南京的GDP达到11700亿元。位于南京的最高人民法院第三巡回法庭办案数量和案件标的额均居各巡回法庭之首。因此，京都在南京一定可以收获众多的高品质客户。

其次南京自古为“天下文枢”，高校林立，人文荟萃，相信京都在南京一定能够招募到更多的事业传承和发展的优秀律师和合伙人。

南京市律师协会致力于打造温暖友好、共同进步的律师之家。我也很高兴

地看到今天开会的主题“律动金陵，携手共赢”。我相信凭借京都律师专业的法律服务技能和规范精致的优秀管理，京都律师事务所南京分所一定会成为南京律协大家庭的成员。

各位律师、各位朋友，我们身处一个伟大的时代，伟大的时代需要伟大的思想，伟大的时代需要伟大的实践。作为一名南京律师，我真诚地希望京都律师事务所南京分所的同事们，能够秉持京都总部的高品质服务标准，围绕南京经济社会发展中的重点、难点问题，围绕社会痛点问题提供精准服务，为领导管理风险，为客户创造价值。

希望京都律师事务所南京分所利用总部的知识管理体系，积极研发适应南京市场的法律服务新产品，为南京律师业的发展提供专业上的京都样板和管理上的京都经验，与全体南京律师共创南京律师业更加美好的未来。

最后，我预祝京都律师事务所南京分所事业兴旺、专业精进、开业大吉。谢谢大家！🌹



陈亮亮：律师为企业护航

尊敬的各位领导、各位律师、各位嘉宾，大家早上好！

在此草长莺飞、春花缭绕之际，各位齐聚在秦淮河西，同庆北京市京都律师事务所南京分所的开业，我作为南京市政协委员、南京的企业家向京都律师事务所致以热烈的祝贺！

南京是六朝古都，人杰地灵。习总书记前两年将南京定位为特大城市，南京江北新区、最高院第三巡回法庭落户等一系列利好信息也预示着南京未来的进步和开放。在依法治国的历史潮流之下，南京的发展和开放离不开南京各行各业内部管理和外部交易法律方面有更适应的对接。上周，河西法律服务产业园宣布建立，各位市领导、法律行业内部顶尖律师，包括田老师都应邀出席。这说明南京法律市场的发展不仅是我们南京企业所确实需要的，更是党和



南京宁卫医药有限公司董事长、南京市第十四届政协委员、2017年江苏省领军型新生代企业家陈亮亮

政府希望看到的。

今天我是作为企业家代表发言，在商言商，以前我一直认为律师是我们商人遇到了问题再来解决问题的。但是自从我与京都的陈宇律师相识，他不仅能解决问题，还能在企业合规等方面为我

们预防问题。我才明白律师可以介入商业活动的方方面面，并为贸易的有序、正常进行提供帮助。自此开始，我也对京都律师格外关注。北京市京都律师事务所所在业界享有极高声誉，都是各位京都律师业务能力高的结果。创始人田文昌老师更是国内知名的大律师。在这样一个历史时刻里，京都这样一个律师事务所所在南京设立分所，可以极大地推动南京法律服务产业的发展，从而帮助南京各行各业进一步开放，推动整个南京城市的发展。

因此，京都律师事务所必将在南京一展宏图，振翅高飞。

最后，我再次代表南京市政协、南京各界企业家和南京宁卫医药群体员工表示热烈祝贺！并祝在做的各位通达四海、鹏程万里，谢谢！



京都南京分所开业典礼现场

陈宇：招贤纳士，共求卓越



京都律师事务所南京分所主任陈宇

感谢各位的发言，以及各位给予京都南京分所的鼓励和帮助！我是京都南京分所主任陈宇律师。从计划建所至今，我们在南京深感到金陵城文化中深厚的底蕴、经济上旺盛的活力和金陵人的亲切和热情。在此，我代表京都南京分所再次感谢江苏省和南京市的司法局、律协在京都南京分所的筹办过程中给予我们的帮助。

我简单向来宾介绍一下刚成立的

京都南京分所。为传承京都23年的律所管理经验及案件承办经验，南京分所由京都总所直投、直营、直管。南京分所则实行分级、分部，统一管理，统筹协调。分级是律师助理、律师、合伙人级别管理；分部则是律所内部划分为业务一、二、三部及法律服务中心，业务发展部；统一管理，统筹协调则是指案件和项目由分所管理和开卷委员会统一立项、结案，对分所各部门负责人统一指导、监督、协调、管理。

南京分所的业务类型主要是合规业务、诉讼业务、TMT行业的投融资业务、以及家族办公室所从事的家事纠纷和家族信托业务、法律顾问服务。

特别介绍下我本人，因为这个问题关系到即将开业的京都所南京分所招募“贤才能人”。我在京都已经工作十二个年头，2007年起从一名四级薪金制律师做起，逐渐成长为分成制二级合伙人，并有幸于2014年起成为京都总所

的高级合伙人，如今更有幸被任命为南京分所的主任。京都现今已经发展成为一家综合化大所，法律服务的业务领域囊括金融、投资、TMT、合规、政企顾问、信托、诉讼及仲裁等各个领域。十二年来我所感受到的京都文化，是鼓励和支持律师自主发展，在京都可以自由选择专精的领域，无论哪个领域都有这一领域的专家可以带领你，都可以有足够的资源帮助你积累经验，并获得收益。京都有传帮带，老带新的传统，我本人因此受益匪浅，如今已经走出来，成了带领年轻律师办案的资深律师。而我希望能将京都的经验、我的经验分享给更年轻的律师。京都在南京初来乍到，我们希望能招贤纳士，吸引更多南京本地的律师加入我们，共同“追求卓越，不负重托”。我们相信在南京各界的关心和京都所有人的努力下，京都金陵城一定能枝繁叶茂，马到功成。

谢谢大家！🌹



300多位嘉宾参加了京都南京分所开业盛典暨律师实务高峰论坛



高峰论坛

张卫平：新时代与律师思维的转型

今天与谈的这个主题是“新时代与律师的发展与责任”的问题。我想谈的这个话题是“新时代与律师思维的转型”。

我要先讲一个小故事，我到南京来除了参加这个活动以外，紧接着，是明天参加在天津的一个活动。我的思维有这样一个定式，我是去天津，根据我的思维定式，起点就定在了北京。去天津就应该是从北京去天津。从北京到南京后这路径就应该是从南京再回到北京，再从北京去天津。昨天下午有南京的律师提出这样的疑问，为什么不能从南京直接去天津呢？南京律师有这样的疑问，是因为他们没有我这样的思维定式。他们出发点是南京。这就是一个思维定式的问题。

我觉得我们律师的思维也有一个如何随着新时代、新社会的到来转型的问题。为什么要转型？原来传统的思维定式、思维方式是什么？我的概括：我们原来的律师思维，包括我们一般的思维，就是一个“关系思维”“政策思维”“擦边球思维”和“政治思维”这四种思维的集合。为什么会是这样一种思维方式呢？因为我们的意识、我们的思维，总是由我们所在的社会历史和现实环境所决定的。也就是马克思所说的，社会意识由社会存在所决定，这是



清华大学法学院教授、中国民事诉讼法研究会会长张卫平

我们一直所学到的唯物论的基本常识，我觉得这一点是能成立的。

为什么是一个关系社会呢？这是因为我们这样一个社会，传统的社会是一个熟人社会。我在这个地方推荐一本书，美国法哲学家、法社会学家弗里德曼所撰写的《选择的共和国》，1990年出版。这本书明确对社会进行分析，认为传统的社会是熟人社会，而今后和现在发展的趋势是陌生人的社会，也就是现代社会。熟人社会是不需要显性规则的，我们彼此之间是熟悉的，是了解的。我们可以靠伦理，靠伦理关系的扩张来处理很多问题。但是在一个陌生人的社会中就不一样了，我们都不认识，这个社会靠什么来稳定呢？靠规则，靠法律。因此，再靠我们的关系思维、政

策思维、政治思维和擦边球思维就有问题了。

为什么我们有一种擦边球思维呢？这就是因为中国社会的剧烈变动和发展往往是求快，其中也就往往是求险。我们有一句传统的话“富贵险中求”。我们现在转化为另外一句话叫作“弯道超车”，弯道超车从交通规则而言实质是违法、违章和违规。然而如果我们不弯道超车，我们在直道的时候是很难超车的。我们的意识，包括现在，包括我们的主流文件，提的都是弯道超车，这是一种非规则思维的典型事例。

为什么我们会注重政策思维呢？因为在我们现阶段甚至过去主要是靠政策和法律双重调整，而往往政策调整是为主的。我们更看重的是比较模糊、抽象、随时变动和调整的政策，更能反映上面意志的政策。所以我们的思维一定是看政策是怎么做的，至于法律是怎么做的实际上并不是我们所看重的。

我们另外一个思维就是政治思维。我们从政治方面来考虑，我们会考虑政治责任、政治环境、政治意识形态，这是我们所考虑的。我们看中兴事件，中兴事件即使受到追究，即使处在风口浪尖上，它依然是政治思维，一定是打国家牌、打文化牌、打民族情感牌，这是最典型的政治思维，而不是讲规则，尤

其是法律规则。不是说在法律上我们应当怎么做，这就看出来是传统思维。在美国等西方国家中，由于法治思维具有一定主导性。因此，我们如果不注意就可能发生冲突和麻烦。

我们今后应该怎么办呢？那就是思维要转型，转向规则思维，转向法律思维，转向技术思维，转向专家思维，技术思维实际就是专家思维、专业思维。因为我们打交道的人不仅仅是在国内，面对国内的纠纷、国内的企业和商业交往。我们会跨出国门和国际打交道，和大量的西方国家打交道，尤其是面对开

放的发达国家，而发达国家已经从一种政治思维的方式为主导完全转化为规则思维，或者说，由于历史的差异，这些国家从来就不像我国那样具有如此重的政治思维特色。而这些国家是一种传统的法治国家，而法治国家，按照法国政治学家托克维尔的说法，最典型的表现就是所有纠纷最终会通过法律来解决，哪怕是政治，哪怕是教育，哪怕是伦理，哪怕是总统竞选，所有的都会最终转化为法律纠纷，通过法律程序来加以解决。因此当我们面对这些国家，这样的思维和这样语境的情况下，我们应该

怎么来调适呢？怎么转变我们的思维呢？这是我们需要讲的。

当然与谈当中，我们不可能讲太多技术性的问题，也不可以用讲课的方式来给大家讲一些专业的术语，这是不合适的。我只是想在与谈中讲一讲我们应该怎么注意我们思维方式的转化，不要像我这样的思维方式，从北京出发，还要回到北京，应该是多元和多点的一种思维方式。律师思维方式如何转型是一个大的话题，需要我们在实践中不断摸索，不断适应。

时间到了，谢谢大家！🌹

孙国祥：新时代背景下刑事辩护律师面临的挑战

非常高兴能够参加京都律师事务所南京分所开业盛典，也很高兴参加这个论坛。京都律师事务所南京分所必然会给南京法律市场，特别是南京的刑事辩护水平的提升带来推动作用。今天这个论题是“新时代背景下中国律师业的发展和责任”，在此，我讲一下新时代背景下刑事辩护律师面临的挑战。

新时代下的人权保障

新时代应该是一个人权保障的时代。刑事辩护是人权保障的一个重要的途径。习总书记也多次强调，“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。对刑事案件而言，这个公平正义可能来得更直接，人民群众的感受可能更深。今天刑事辩护的全覆盖应该是拓展了刑事辩护的空间。



南京大学教授、江苏省法学会刑法学研究会会长孙国祥

新时代下的刑事辩护发展

新时代的形势及司法改革的持续，也为律师的刑事辩护发展提供了一个契机。近几年来，出台了刑事改革的举措，量刑的精细化、规范化等内容都为刑事辩护提供了一个契机，提供了一个机遇，提供了不少空间。

新时代对刑事辩护的要求

新时代对刑事辩护提出了更高的要求。发展到今天，我觉得刑事辩护不是在追求形式上的辩护权，而是追求刑事辩护如何更有效，也就是有效辩护的问题。即使是刑事辩护全覆盖，但是如果不能提供有效的服务，那这个还是空的。这也对今天的刑事辩护提出了更高的要求。我觉得刑事辩护近几年的发展有这么几个关系需要关注。

第一是程序辩护与实体辩护的关系。怎么提高刑事辩护的能力？这几年讲了很多，也有很多的培训，一些律所、部门、机关或者事务所对提高律师的刑事辩护能力也很用心。但是总体上来讲，我觉得既往的培训侧重的是程序，主要是排除非法证据能力的提高。在我们国家，有重实体轻程序的一个传统。今天在我们弘扬社会主义法治的过



程中，强调这个程序辩护，我觉得并不为过。但是程序辩护只是辩护的一个方向，强调程序辩护的同时不能忽略实体辩护能力的提高。我个人感觉，这几年来，律师实体辩护能力的提高并不显著。举个简单的例子，前一段时间，围绕《监察法》、监察委，我们讨论什么？我们的讨论主要围绕程序的正当性、刑事辩护怎么去介入、程序法的变化会影响到实体等方面，但是《监察法》对实体法的影响被掩盖了，关注这方面的人比较少。

近几年，我个人觉得一些案例的处理，主要涉及的不是程序问题，而是实体问题。比如无锡的假药案、天津大妈非法持有枪支案、内蒙古王力军收购玉米案、山东于欢正当防卫的案子。此类案件之所以被改判，主要不是程序的问题，而是实体问题。像王力军的案件，律师没有真正把握贩卖玉米的行为到底构不构成犯罪。程序性问题看上去激烈，对抗性比较强，当然也吸引眼球，也确实考验一个律师的反应能力与勇气。但是，实体上的辩护更考验一个律师的专业化水平，特别是他的刑法理论水平和本基本功。

我个人并不反对程序辩护，但是我们应该提倡多元辩护，至少是程序和实体并重。

第二个是无罪辩护和量刑辩护的问题。无罪辩护、量刑辩护应该是两种不同性质的辩护。因为无罪辩护涉及性质，量刑不涉及案件的定性，是涉及定量的辩护。过去，律师的刑事辩护往往有一个很大的误区，把无罪辩护作为一个衡量辩护的标准。所以律师认为刑事辩护重点是做无罪辩护，甚至认为如果为被告人做无罪辩护，即使最后法院定罪也会考虑给被告人一个从轻处罚，也就是法院会妥协，所以一开

始律师要把调子定得高一点。在这种思想逻辑支配之下，有些律师通过攻击公诉审判程序的合法性来逼迫法院进行宽大刑。当然我不排除一些偶然的，也可能被告人选择了一个无罪辩护，最后可能起到了一个辩护的效果。但是大部分案件并非如此，实际上没有无罪辩护的空间。最高人民法院的最新工作报告反映出，过去的五年，公诉案件无罪判决是2943人。如果分到各个省每年也就是30多个人，分到基层法院实际上不到1个人。法院的无罪判决绝对是一种稀缺资源。我觉得无罪辩护不容易。虽然我主要搞教学，搞研究，但是参与辩护也几十年了，真正通过辩护来达成无罪的，一年也就不到一起，所以无罪辩护有一定的难度。所以，量刑辩护应该是一个辩护的常态，对于大部分被告人而言实际上也不指望能够无罪脱身的，他就指望能少判一点刑。当然，对司法人员而言，对律师而言，量刑多少，多一年少一年觉得没什么。但是对被告人而言，在监狱里面，他是一天天数的，他是度日如年的。所以我觉得现在更应该提高辩护律师的量刑辩护的能力，不是用简单的几句“被告人初犯”“被告人偶犯”就打发了。有些被告人受贿好几年，受贿十多次、二十多次，你做无罪辩护有什么意义呢？

第三是轻罪辩护和量刑辩护的问题。起诉书指出重罪，辩护人认为是轻罪。比如说起诉认为是贪污罪，辩护人认为是职务侵占这一类的。轻罪辩护的性质问题仍然是有争议的，它到底是一种量刑辩护还是一个定性的辩护？当然你从理论的角度上来讲，他是构成案件要素的辩护，应该是一个定性的辩护，而不是一个量刑的辩护，但实际上它可能起到一种量刑的效果。实际上按照我们国家相关的规定，法院是直接可以改

罪名的，而不是说你否定那个罪名就不能定了。我觉得这是一个问题。

第四是刑事辩护中的规范性思维和刑法理论思维的关系。律师的刑事辩护首先依据的是法律条文，这没错。首先有规范性思维，就是要树立一个最新法的意识，民法的思维跟刑法的思维不一样，刑法是只要法律上没有规定的就不得量刑。但是，规范性思维不能倒过来，不能认为法有明文规定就一定要定罪。我们知道对出罪而言，刑法规定在一定程度上是开放的，对入罪而言肯定是没有的不能定为犯罪。刑法出罪除了有规范性的事由以外，还有超规范的事由。按照规定，只要100毫升血液中达到80毫克的酒精量就是构成危险驾驶。但是对于出罪而言，如果情节轻微的，按照司法解释相关规定还可以不定罪。所以这是一个问题。尽管罪刑法定原则已经耳熟能详，但罪刑法定原则的司法化仍不太理想。

同时我觉得现在新时代的法律一定要强调辩护思维。我们的辩护思维更是刑法理论的思维，刑法规范是抽象的，这个刑法规范到底怎么理解，知道这个条文不一定知道背后到底是什么东西，它就要靠刑法理论做分析。刑法理论，实际上就是已经被抽象，是被归纳出来帮助我们解决刑法问题的一种思维的框架、一种思维的模式。因为刑法理论实际上是把文本中的刑法变成生活中刑法的一个桥梁，把抽象的刑法变成个案刑法的一个渠道。如果没有学刑法或者只有粗浅的刑法，看到法律条文，凭老百姓的知识就能解决这个问题？刑法理论那么复杂，从犯罪和刑法两个概念衍生出来很多概念，这些概念都是为我们今天解决刑法理论，也为刑事辩护提供一个基础。

这几年，检察机关、法院是非常

重视刑法学习的。但是律师，我从一些辩护意见上没看到运用最新的刑法理论去分析。检察机关分析案件，用阶层犯罪论的理论去解决，用了最新的刑法理

论。刑法、刑法理论都印着时代特征，刑事辩护也要紧跟时代的发展。

我们现在有了更广阔的空间，怎么

去把握这个机遇乘势而上，提高刑事辩护的水平？应该是一个挑战。

我讲的不一定正确，谢谢大家！

张利军：中国律师业的发展与责任

各位嘉宾、各位律师朋友：

很高兴就“中国律师业的发展和责任”这个话题谈一点浅显的认识，与各位探讨。

第一，中国律师业获得了很大的发展

（一）从律师人数来讲

最近几年，尤其是十八届四中全会确定全面推进依法治国之后，律师行业应当说有了非常大的发展。中国律师人数在2017年末超34万，超出了当年小平同志提出来的建设小康社会要有30万律师的目标。尤其是越来越多的法学院的学生选择加入律师行业，使得行业未来更充满期待。

（二）从律师业收入的角度来分析

2017年全国律师业收费的增长是17%。而大家知道，我们国家2017年GDP的增长是在6.9%，17%的增长率是GDP增长率的两倍多。如果法律服务业中对律师事务所的开办，没有特许律师开办的要求，允许向社会公众开放，我想律师事务所一定是中国投资的一个非常热的点。所以我说过去的这几年时间，中国律师业得到了很大的发展。



↑南京市律师协会会长张利军

（三）党委和政府高度重视关心律师业

“春江水暖鸭先知”，作为工作在一线的执业律师以及律师协会的工作参与者，我明显感觉到过去几年党委和政府对我们律师行业也更加重视了。这个重视就体现在各级党委和政府召集的和律师行业有关的会议越来越多了。今天作为律师协会的会长，我明显地感到和四年前有很大的不同。党委政府召集的关于法律服务行业，关于政治、经济、社会治理等方面需要律师参与的会议更多了。第二，政府出台的与行业有关的文件也更多了，在过去几年当中我们看到陆续出台了律师参与刑事辩护全覆盖办法、律师参与调解制度，并且中国律师参与“一带一路”走出去的法律服务，可见，国家对于律师作用的发挥有了更多的期待。

（四）律师业要积极响应国家的发展方向

律师业要发展，怎么谋求一个正确的发展方向？从律师业务拓展的角度来说，我们要遵循党和国家的方针政策的指引，我们要看十九大报告的内容，我们要看“两会”当中李克强总理所作的政府工作报告的内容。作为一个律师，我一直觉得我们不能仅仅埋头关注我们专业上的“一亩三分地”，我们必须把律师行业，把个人的成长和整个国家的发展，整个民族的复兴结合起来。所以我认为只要关注国家的大政方针，就能看得出我们律师行业拥有非常广阔的发展前景。

应该说当前各行各业正在谋划着服务“三大攻坚战”的问题，律师业首要参与的就是重大风险的化解。今天我们提到的中兴在美国受罚的问题，实际上这就是中国企业走出去面临的合规问题。除了我们在科技，尤其是基础科技领域的薄弱应当重视之外，作为一个法律人，我们应当更多地从法律角度分析这件事。中兴受到这样的重大处罚，固然是有美国贸易战寻机找碴的成分，但中兴是否也要反省企业的合规是否存在问题？据报道，在中兴公司法务总监已经向中兴前CEO提出此种做法不可取的情况下，中兴的高管团队依然选择以小聪明的规避方法和伊朗进行交



易，通过这样的事我感觉到我们法律人任重道远。首先，企业当中法律人的地位何在？这个法务总监在公司的地位和作用可能还不是很。当他提出这样一些合规的建议，在经济目标面前，在赚钱面前可能就被忽视掉了。所以我真心地希望未来我们有更多的律师能够深入地参与到企业发展的重大决策当中，法务总监在合规问题上应该要有一票的否决权，这是一个惨痛的教训。

另外，不能说我们的企业高管如中兴的高管不优秀，他们是科研的专家，管理的高手，但是法律意识依然还是薄弱的，对契约精神的维护和遵守还是有待提高的。我想我们法律人还需要尽更大努力向社会普及法治理念和法治思维。

第二，律师业的责任

（一）对国家的责任

我觉得我们律师的责任在每一个律师成为律师的那一天起，就已经明确。在我们宣誓的律师誓词当中其实已经清晰地表明了律师的责任。律师的誓词当中，首先有对国家的责任，誓词规定了我们作为一名律师要忠于祖国、忠于人

民，拥护中国共产党的领导，拥护社会主义的制度。我们律师行业全体成员必须对这个问题要有清醒的认识，我觉得我们身处在一个伟大时代，应当清晰地了解和认同我们国家基本的制度和国情，我们每个行业谋生存、求发展必须要顺应整个国家发展的趋势，根据趋势谋发展才能获得大的发展。

（二）对客户的责任

客户是我们的衣食父母，我们要依靠我们的专业知识，要勤勉尽责地维护当事人的合法权益，为客户管理风险，为企业创造价值

（三）对社会的责任

我们要积极参与社会的治理，要维护国家法律的正确实施，维护整个社会的公平正义。律师业是现代服务业的一个重要组成部分，但是又不能把它仅仅等同于一般的企业，一般的企业创造GDP，完成它的商业利润。我们律师业有三种属性，首先是商业属性，律师通过专业服务来为客户管理风险、创造价值。当前我们中国律师业仍然需要提升我们的核心技术。以江苏地区为例，2017年度江苏律师业的收入当中85%来

自诉讼业务的收入，这个数字实际上低于2016年的状态。2016年江苏地区非诉讼业务收入应当占到20%，2017年反而降低了。诉讼的业务无论是重大疑难的刑事辩护，还是传统的民事诉讼，可能也有很多疑难复杂的内容，也有很多经典的辩护和代理。但是我觉得从行业响应整个国家经济发展的角度，我们还有更多的工作要做。如，怎样帮助企业融资？怎样帮助企业对接资本市场？怎么样更好地研发知识产权保护体系？怎样帮助更多的响应“一带一路”走出去的企业保护好自己合法权益？在这些方面整个律师业可能都需要进行研发的。

其次，我们律师业有它的政治属性。我们律师行业要广泛地参政议政，积极地参与到国家的立法、修法当中，要通过参与规则制定来影响整个社会。

再次，我们律师业还有很重要的社会属性。我们要积极普法，要积极地参与社会矛盾纠纷的化解，分析和化解整个行业、整个社会存在的和不和谐的声音。通过律师业和其他社会上各行各业的努力，共同创造一个更加伟大繁荣的国家，共同创造一个更加和谐美好的社会。

张建伟：法律人明天会怎样？

我们今天的主题是“律师的发展和责任”，有一个修饰词，就是“新时代”。新时代是一个政治概念，但是也可以把它移用来做科技发展的概念。尤其是最近几天，新时代的新都可以写成“芯片”的芯了。

我想在后面讲律师的发展和责任，这个话题从何说起呢？我想从两本书来

切入，一本书是理查德·萨斯坎德写的一本书《法律人的明天会怎样？——法律职业的未来》。这本书预言了法律的未来世界，包括职业泛化的法律市场、法律服务大宗商品化的外包、基于网络的模拟、法律职业以及全新的机遇等等。他预言未来二十年，律师的工作将会出现急剧的变化，将会出现全新的法

律方式。那些富有创新精神、创造力的年轻律师，会找到新的、更多的机遇。他认为驱动力之一就是信息技术，法律服务可以像商品一样，可以分解为文件审阅、诉讼支持、电子披露、谈判等等。

英国早期的法律发展到现在大约分为两种律师：一种是出庭律师，一种是

事务律师。事务律师可以进行庭外的调查活动，但是不能出庭，他们把这些证据交给出庭律师，保持出庭律师的职业荣耀。未来的信息技术可能会使律师的工作进一步分解，所以我觉得这个是很意思的话题。

法律领域至少存在13种颠覆性的新技术，这是萨斯坎德的观点，包括自动文件组装、无间断互联、电子法律集市、电子学习、在线法律指导、法律开源、封闭的法律社区、工作流程和项目管理、嵌入型法律知识、在线纠纷解决、智能法律检索、大数据、基于人工智能的问题解决。萨斯坎德认为未来的律师行业发展会有这13项技术的应用。如果无法适应，很多传统的法律机构必将淘汰出局。这是萨斯坎德在《法律人明天会怎样？——法律职业的未来》开篇提出的警告。

这些年信息技术在司法的应用，公安机关是走在前端的。去年，全国有一个会议在贵州召开，主题是信息技术大数据在司法中的应用，展现了贵州方面所做的努力。有一个外国人说这个技术到底怎么样，他跟警方合作做了一个试验：警方把他的资料通缉上网，他走出去，看到有些地方布置的监控探头，他在计算警察多长时间会出现在他面前，试验表明6分钟。这个试验给与会人留下非常深的印象。因为贵阳方面还在做一件事，就是将大数据的分析应用在犯罪的预测和犯罪的发现上。他们还做一些工作，就是试图将各种案件的类型、证据制定出电子规格。公检法三级机关的电子互联网将来连通在一起。警察在办案的时候必须按照电子规格去搜集证据，如果缺了一项就没有办法向上提交，通过这种方式来加强司法的规范化。

但是，我对此很有疑虑，担心会造



清华大学教授张建伟

成司法的僵化，加剧机械司法的现象。所以信息技术的应用既有可喜的一面，也有可忧的一面。

我们看到检察机关、法院都非常热衷于信息技术的使用。这些年来，最高法院推动法律文书上网、庭审直播。一些地方，像杭州的法院搞智慧法院。我不太喜欢智慧这个词，我觉得应该是智能法院更妥帖。总之，司法机关在有意地运用智能技术。

前段时间我在北京市第一中级人民法院看公开庭。北京市检察院一分检他们在做市政系统的演示，他们尝试在使用的技术之一，就是虚拟空间技术。最近看到一个电影是《头号玩家》，那就是虚拟空间技术在大银幕上的展现。我记得在好几年前，有一位台湾的检察官跟我说过，有一次开庭他发现律师在应用新技术方面比检察官走在前面。其实是一个小儿科的小技术，就是把IPAD直接拿到法庭。过去讲到某一个判例，有的时候不能马上提交给法庭，只能庭后再提交。现在律师带着助手，助手带着IPAD，涉及证据马上进行检索，检索出来之后马上提交给法庭。

关于智能技术，大家现在也非常感兴趣。去年，北京大学一位外籍教授给学生展示了机器人教授，机器人讲课，

讲完课之后学生提问，它对学生的提问能够回答。所以我觉得未来二十年或者二十年以后，我跟张卫平老师可能不需要在课堂上讲课了，用机器人给学生讲，而且它储备的知识又准确又丰富，也可以进行回答，它不会出现知识的缺漏和知识的错误。

乔布斯曾经有一个想法，就是把世界著名大学的一些著名课堂全都弄下来放到云端里，以后没有大学的概念，你想学什么可以直接下载、自己看。当然这个创造性的、发展的东西还需要活人，不可能完全被机器所取代。所以这里面未来像智能技术在司法中的应用也会有的，法院也在思考将来在司法当中智能技术该怎么用，智能机器人将来可能成为律师办案的助手。所以，未来律师可能面临着更强的司法科技化，也可以说，中国当下的刑事司法当中科技化程度太低了。我们看到，欧洲有很多庭审现场像科学的盛会，但是我们的法庭审判很少见到这样的场景。未来，在司法领域科学比重、科学成分肯定会进一步增加。

宋慈在宋代就写了《洗冤集录》，但是大家看我们现在的破案、诉讼证明都焕然一新。

这些技术的应用，就让我们想到未来的司法会有它的数据库，律师是自己要建数据库吗？还是建立一种制度，律师可以畅通无阻地去使用司法的数据库？这些都是非常重要的、未来的司法前景。还有我们现在法院、检察院推行新的诉讼系统，所以司法的科学化问题未来一定影响律师的服务。

很多智能科技让我们看到未来司法的前景和律师服务新的前景。当然对于这些问题，我了解不多，现在也是刚刚在学习，所以我想把这本书《法律人的



明天会怎样?——法律职业的未来》介绍给大家,大家可以了解这位美国学者的预测。

第二本书很简单,是美国教授哈利·法兰克福写的一本小册子,书的名字三个字《论扯淡》。对于自己不了解

的东西又要显得很了解、侃侃而谈,所以往往就是扯淡。所以为了不显得太扯淡,我就讲到这里。

高贵君:律师面对新时代,机遇与挑战并存

改革开放几十年了,中国社会也经历了历史上从来没有过的巨大变化。伴随着经济发展,国家的法治建设和我们的律师事业也发展得非常快。应该就是三十几年前,记得我1978年上大学的时候读法律,当时还没有律师这个职业。几十年的时间,律师事业就从无到有,从小到大迅速地发展。律师的人数、律师事务所的数量、规模和律师业务领域的拓展,发展得很快,而且律师的服务质量、广度和深度也在不断地发展。

按照现在的说法,中国进入了中国特色社会主义的新时代。随着经济、社会的发展,人们不仅对物质文化生活提出了更高的要求,而且在追求民主法治、追求正义公平、追求权利保障这些方面的要求也在日益增长。应该说,人们对于法治的追求是在逐步觉醒、扩大。人们要求法治,要求权利保障,要求社会的公平正义,律师应该顺应这种要求。

在新时代,律师事业面临着难得的发展机遇。但同时,我们也要意识到在机遇面前也面临着挑战和风险的考验。在整个社会法律服务领域,变化还非常深刻,刚才几位老师也都讲到这个方面。

“一带一路”倡议不仅给中国的企业走出去提供了发展的机会,带来了蓬勃的商机,同时也给我们律师事业带来很大的发展机遇。



最高人民法院刑五庭原庭长高贵君

再比如说,从刑事的角度看,现在提出了刑事案件律师辩护全覆盖,提出了律师的法律援助值班制度、认罪认罚从宽制度,都为我们的刑事律师提供了很大的空间和机遇。现在正在开展的扫黑除恶专项斗争和反腐败斗争的深入发展,一方面会为我们刑辩律师带来大量的案源,同时也对刑辩律师提出了更高的要求,应该说机遇和挑战是并存的。

在新的机遇和挑战面前,律师如何适应时代要求,如何建功立业,更好地尽到自己的职责,这是我们需要认真思考的问题。就刑事辩护而言,我觉得有这么几个方面是需要考虑的。

首先,刑辩律师工作应该向前延伸,做好刑事合规和风险防范工作。

今天的中国发展机遇是很大的,但是同时企业面临的风险也是很大的。刚才几位都讲了,不仅企业发展的民事

方面风险越来越大,刑事的风险也是很大的。现在不少企业与企业家都有一种担忧,怕自己在经营过程当中触犯了刑事法律,会受到刑事追究。这些年不少企业、企业家受到了刑事追究。一旦受到刑事追究,这个企业就会面临灭顶之灾,整个事业都归于零。

企业的风险防范跟治病一样,要治未病。防病要胜于治疗本身。对于企业来说,为了避免将来发生的刑事风险,应该更好地做好事先的预防工作,这就需要大量的刑事律师进入到刑事合规领域。这方面的空间应该是很大的。

第二,应该向横向拓展,要从传统的领域向新兴的领域发展。

现在社会在飞速发展,各种新兴的领域不断涌现。我们律师应该适应这个时代的发展,调整自己的工作领域。

现在各种新类型犯罪不断地在增加,国家对这些新类型犯罪的惩处力度也是在不断加强,新的刑事法规不断地出台。刑辩律师,在做好传统刑辩业务的同时,也要了解新的领域,做好新领域的法律服务工作。金融证券犯罪、网络犯罪、知识产权犯罪,都是我们要关注的,这些领域里会有很大的工作空间。

第三,应该向深度发展,就是提升律师办案的质量。

中央出台了以审判为中心的诉讼制

度改革的决定，最高法院出台了“三项规程”，以及“疑罪从无”的理念正在逐步深入人心，这为我们刑辩律师提供了更好发挥作用的空间。

随着时间的推移，我相信刑辩律师的发展空间会越来越大，对此应该要有信心。我们相信法治在进步，社会在发展，人权的保障也会逐步地得到落实。关于律师的任务、工作的职责，我记得田文昌老师讲过：我们要使无罪的人不受冤枉，要还给他清白；要使罪轻的人能够受到较轻的处罚；即使是罪重的人，他也应该得到公正的处罚，而且他的合法权益也应该得到保障。比如说保障他不被刑讯逼供，他的家属不被“株连”，他的财

产不被非法剥夺。这都是我们刑辩律师可以努力去做的工作，不能说一个罪重的人他的合法权益我们就不考虑了，这需要律师去为他据理力争。

而且从过去到现在发现的冤错案件来看，那些被冤判的人、被错判的人，在当时都是没有获得很好的律师辩护。我是在2004年和2013年的时候，组织过两次冤错案件的调查，发现冤错案件发生的原因之一就是被告人没有获得很好的律师辩护。在最高法院工作时，当时主管刑事的张军副院长，也是我的主管领导，经常跟我们讲在防范冤假错

案上律师是法官的同盟军，在保障案件的公正审理上律师也是法官最可信赖的朋友。一个法官就应该树立这样一个观念，只有律师有效的辩护，尽职尽责的辩护，才能够保障法官真正地做到居中的、公正的裁判。

第四，提醒刑辩律师在履行职责的时候，还是应该注意维护自己的权益，防范自身的法律风险。



论坛现场

在我国目前的现实情况下，律师在整个社会体系当中还是处于一个弱势的地位。律师在行使职责的时候，可能会遇到不少的困难。我也听到律师朋友的很多抱怨，说自己在行使辩护权的时候受到很多的干扰，甚至有些比较粗暴的对待。所以说律师要注意去争取、保护自己的合法权益，提升自己的地位。当然，律师地位的提升是与法治的进步连在一起的，不是自己单方面就能够获得地位的提升。随着中国法治进程的发展，律师地位才会随之逐步提高。同时，另外一方面，律师还要注意自身的

风险防范。律师在履行职责的时候还是要遵守法律，不能够去挑战法律的底线，触犯违纪违法的红线。律师为当事人服务必须是以遵守法律为前提，只能在现行法律的框架下，在法律允许的范围去维护当事人的合法权益，为其争取利益的最大化。而不是去突破法律的底线，去帮助当事人与法律相抗衡。对此我们应该有一个比较清醒的认识。

有些个别的律师，愿意剑走偏锋，

游走在法律界线的边缘去进行刑辩，我觉得这样做可能是有比较大的风险。因为我们必须要分清坚守法治理念，坚持依法履职，依照法律为当事人争取合法权益而去据理力争，要与故意钻法律空子，找碴扰乱法庭秩序，拖延庭审，甚至攻

击、诋毁司法机关的区别。这个界线必须要划清。因为如果做不好的话，我们律师不但没有为当事人争取到合法权益，自己也会招致法律风险。

这是我给大家提的一个醒。

我自己是从法院出来的，我感觉不能说律师很执著的坚持是错误的，只要符合法律规定，律师很执著地去坚持法律信仰，去维护法治的尊严，去为当事人争取合法利益，这都是应该的，但是千万不能去触碰法律的红线。

我就简单地讲这么几点，供大家参考。



主题演讲

卡夫卡城堡：国家监察法与刑事辩护

我今天要演讲的题目是“卡夫卡城堡：国家监察法与刑事辩护”。

一、国家监察制度和律师辩护的简本和繁本

国家监察制度和律师辩护有一个简本和繁本。简本很简单，就是如卡夫卡的作品《城堡》。整个小说就是描述主人公来到一个地方，千方百计想进到某个城堡里面去。国家监察法就像卡夫卡城堡，现在律师就是如法进入。因为国家监察法根本没有规定律师有权在监察委侦查的案件中介入，只能在调查案件结束之后移交给检察机关起诉才能介入。所以这就是一个简本的《城堡》。

繁本的就是调查对象获得律师帮助的权利。大家知道监察制度显然是从中国的传统文化汲取制度的灵感。还有一些制度也是从古代制度当中获得的灵感，像中央巡视制度，就是古代的皇帝亲自或者遣使巡视，有的是明察，有的是暗访，包括巡回的这种调查。

二、从传统文化汲取制度灵感

监察百官的制度，在中国古代就是监察制度。监察制度很有趣，最早的时



清华大学教授张建伟

候是跟在国王身边的史官，记录国王说的话和做的事，久而久之史官和国王很亲近。国王觉得很信任他，就给他一个任务，就是替国王盯着文武百官，由此产生古代的监察制度。古代的监察制度有一个大的问题：御史监察文武百官，谁来监察最高领导人，也就是国王呢？当然御史不能够以监察的权力来监察国王。国王有过错怎么办？于是就有谏官制度。当年钱穆先生在大陆时就说中国古代其实是有民主制度的，他指的就是这个监察制度、谏官制度。

古代是没有权力各自分立的。立法权、行政权、司法权，古今国家的政府都曾行使过，不过，在帝王专制时代，三权都集中在一人的手里，皇帝是享有所有的权力。在帝王专制时代的中国，一切立法、行政、司法都由他一人包

办，虽然有很多人替他办事。

明朝很注重防止腐败，朱元璋在明朝立国之后就反腐。当时对贪官采取的办法是剥皮植草。把人皮挂在衙门上，警告后面的官员不可以贪腐。那时候抓的官员多了，接任的官员来不及到任，案件要处理怎么办？让已经下马的官员，有的甚至是戴着脚镣处理案件。虽然那个时候有如此残酷的反腐措施，但是明朝仍然是一个非常腐败的朝代。明朝的皇帝更糟糕，很多人都是有问题的。

朱元璋说“国家立三大府，中书总政事，都督掌军旅，御史掌监察，朝廷纪纲尽系于此，而台察之任尤清要”，就知道当时朱元璋对什么重视了。

历史学家唐德刚对于孙中山的五权分立表达看法：孙中山先生去古未远，他老人家看中了祖宗遗教中最可取的两大制度，“考试制度”和“监察制度”。他要把它们延续下去，于三权之外另设“考试权”和“监察权”，殊不知这对难兄难弟，都只是“农业社会”和“中央集权”前提下的天才发明。至于监察权就更不值一提了。我国传统上的“御史”也，“言官”也，“参劾”也，都是专制政体中的看家狗罢了。

民国时期的周鲸文先生在《论监察权》中有两句评价，第一是“经不起政

治科学的检验”。他说有一个反对的政治力量时时刻刻地盯着你，虎视眈眈盯着你。司法又可以曝光权力者，所以不需要古代的监察制度在现代国家建立。所以他第二句话是“不知为何监察可以专成一权”，所以孙中山的五权分立民国时期不是没有争议的。

三、现代监察制度的超越与优势

现在的监察制度如何超越古代的监察制度？如何把古代监察制度的弊端遏制住，发扬它的优点？我认为这是非常值得考虑的问题。古代监察制度是为皇帝服务的，现在的监察制度应该为民主服务，应该落实宪法规定的“国家的一切权力来自人民”。如果国家监察权由人民掌握，来体现人民的意志，这个就跟古代的监察制度有了超越性。

纪检监察权力运作有其优势。第一个是纪委掀起廉政风暴，有中央强有力的支持。第二是纪委作为党的机构，有身份上的优势。第三是不仅调查违纪问题，也调查违法问题，能够运用调查权将党员干部的贪腐一查到底，直到水落石出，然后分别根据情况作出处理。第四是没有来自刑事诉讼程序的限制，较为灵活。第五是纪委可以调动其他力量作为自己的助力。所以，他可以调动检察官来帮助他办案，甚至也可以让警察来协助他办案，这样的话可以形成纪检监察权的优势。

四、香港、新加坡是否是必选项？

我们知道曾经有不少的学者写文章期待建立香港、新加坡式的廉政机制，香港机制就是廉政公署，新加坡机制就

是反贪调查局，现在就是将检察机关的监察权转到新的国家监察委员会中去。这样一种制度安排，一些学者认为是有一定的学术基础的。

香港廉政公署成立于1974年2月17号，原称是“总督特派廉政专员公署”，在香港70年代掀起廉政风暴。新加坡反贪调查局更厉害，反贪调查局直属于总理办公室，由局长、副局长、局长助理组成，需要总统任命，但是向总理负责。1960年《防止贪污法令》赋予反贪调查局充分的自主权和广泛的特权，比如不需要事先取得逮捕证就可以逮捕嫌疑人；有权检查和冻结嫌疑人的银行账户，甚至可以查其家人的账目；有权入室搜查、检查和扣押认为可以作为证据的任何物品；有权进入各部门、机构，要求其官员和雇员提供调查人员认为需要的任何物品、文件、内容资料等。所以监察制度使香港和新加坡在国际范围内的廉政指数排名都非常靠前。

新加坡的反贪调查局背后的理论基础、思想观念是新权威主义。所谓新权威主义是李光耀的主张，主张政治上专制、经济上自由的政策，这种政策据称代表了亚洲价值，被认为是亚洲国家经济发展的成功模式。按照李光耀的说法，“敬重当权者和愿意为了社会的利益牺牲个人利益”，其经济特征被形象地描述为“英明的政府官僚确定路线，而敬重当权者的勤勤恳恳的工人则辛勤劳作，创造国家财富”。

亚洲有很多国家价值曲线并不一样。有一个例子说，曾经有一个美国教授在新加坡大学教书。这位教授写文章在美国报纸上批评新加坡，结果有一天晚上两个警察上门来跟他谈话。当两个警察走了之后，这位美国教授赶紧收拾行囊立即奔赴机场，马上回国了。回国之后跟记者讲，他不敢待在新加坡，怕

被逮捕。这就是新加坡的新权威主义之下的一种状况。

大家讲我们要学香港，学新加坡，实际上很多人都没有注意到香港和新加坡都是英美法系，它们的检察制度是不发达的，而大陆法系检察制度发达。看韩国总统，朴槿惠刚刚被定刑，李明博又被调查。韩国由检察机关来查办总统的腐败问题，不论在职还是卸任。同属于大陆法系的台湾地区也同样。陈水扁在任时，就有检察官查他的夫人，陈水扁一卸任就来查他。在反腐败当中，我们其实不只有一个选项，除了像香港、新加坡那样成立一个专门的反腐败机构，还有另外一个选项，就是重新武装检察机关。需要特殊程序可以设立特殊程序，调整精简关系，新设调查局受检察院的指挥，就像台湾成立了“廉政署”，但是“廉政署”是受“检察署”指挥的。当然我们最后采取的是成立新的国家监察委员会，现在已经成立，正在运作。

五、国家监察委员会的影响与权力

国家监察法规定的国家监察委员会将原有的刑事诉讼格局打破。刑事案件原本就有启动、审判以及侦查制度的机制。现在国家监察委员会调查案件，调查完才适用刑事诉讼法，所以刑事诉讼法全国的统一适用会被打破，整个刑事诉讼的格局因为案件的类型不同而产生变化。

（一）调查权与侦查权无异

在制度设计当中，我们注意到，调查权与侦查权实际上很难做区分的。在汉语当中我们还可以区别调查权与侦查权，而在英文当中，调查和侦查根本



是同一个词，没有办法区分。其他的一些西方文字也是如此。这样的一个调查权，实质上是具有与侦查权同等的意义。

国家监察法规定的调查权内容比较丰富，名为调查，实际上跟刑事侦查权区别不大，包含了解情况、收集、调取证据；委托有关机关、人员进行谈话或者要求说明情况；要求被调查人就涉嫌违法行为做出陈述；讯问权；查询、冻结涉案单位和个人的存款、汇款等权力。

（二）留置权

留置权来自日本，但是关于留置，涉及宪法当中人身自由权保障的问题，宪法中的“逮捕”概念应该做广义理解，不能等同于刑事诉讼法的“逮捕”。凡是与逮捕有关的实质统统使用逮捕，否则换一个名字，就不受人民检察院、法院约束。如果以广义的“逮捕”的概念来理解宪法中“逮捕”一词，留置这种概念，其实质跟逮捕一样，就应该受宪法规定的走检察院批准或者法院决定的程序，并受限制。

这一个留置权涉及现代法治国家背后的一个权力，就是司法权独占性与监禁权的不可让渡性。这是带有刑事法的特征，只有司法机关才能有权做决定。如果司法机关就是指法院，所以法院才有逮捕决定权、羁押决定权。如果以这样的原则来衡量留置权的话，就会产生问题。国家监察机关不是司法机关，如果不是司法机关，就不能行使羁押权。

现在国家监察机关定位为是政治机关，但实际上是政治、经济、文化社会这个逻辑关系下的概念，回避了立法、行政、司法、国家机关的这个概念区别。如果在国家机关当中的立法、行政、司法的体系中，监察权该是什么

权？如果要是突破三权分立的观念，比如说像孙中山的五权分立，也就是说在行政、司法、立法之外，国家监察机关行使的权力就是监察权。如果是政治机关，以政治、经济、文化、社会的角度来衡量，政法机关、法院、检察院哪一个不是政治机关？所以这个从逻辑上，要看你在哪个逻辑语境之下来选择，来做定位的。

国家监察法规定的留置措施，还是有一定的限制的。比如说集体决定、上级批准，留置时间不得超过三个月，在特殊情况下可以延长一次，延长不得超过三个月。延长留置时间应当报上一级监察机关批准，公安机关应当依法予以协助。我觉得这个由司法行政机关下设留置场所比较合适，现在基本上交给公安机关放在看守所。如果不放在看守所，肯定造成更大的问题，国家监察机关是不是要自己设留置场所，是不是在看守所之外还要自己设立留置场所？

（三）立案制度与不起诉

监察法第三十九条有立案制度，“经过初步核实，对监察对象涉嫌职务违法犯罪，需要追究法律责任的，监察机关应当按照规定的权限和程序办理立案手续。立案调查决定应当向被调查人宣布，并通报相关组织。涉嫌严重职务违法或者职务犯罪的，应当通知被调查人家属，并向社会公开发布。”这种立案是否代替刑事立案呢？这是一个模糊的、需要做司法解释的内容。

监察法第四十七条：“对监察机关移送的案件，人民检察院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》对被调查人采取强制措施。人民检察院经审查，认为犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定。人民检察院经审查，认为需要

补充核实的，应当退回监察机关补充调查，必要时可以自行补充侦查。对于补充调查的案件，应当在一个月内补充调查完毕。补充调查以二次为限。”

原本规定由检察机关直接审查起诉，后来因为有些不同的声音、不同的观点，把“直接”两个字拿掉，最后规定成了这个样子。也就是说还是由检察机关对于自己的起诉与否的决定有垄断权，不需要经过国家监察委的同意；但是国家监察委对于不起诉的决定，有意见可以提出，向上一级检察机关提出复议。还规定了检察机关很关心的一个问题，能不能退回补充调查？规定了两次，每次不超过一个月，在这个基础上检察机关也可以自行补充侦查。但是一方面是退回补充调查，自己调查的话就是补充侦查，形成了刑事诉讼法、国家监察法用语的冲突和矛盾。

（四）监察权覆盖法院、检察院

监察权由于覆盖法院、检察院，刑辩律师其实比较担心的是法院在办理国家监察委案件，这种审判是刑事审判还是形式审判呢？能不能实现审判的实质性呢？实际上就国家监察法规定的内容来看，像二十三条规定了监察机关规定收集的证据应当与刑事审判关于证据的要求相一致。像这些规定，实际上检察机关和法院办理案件都有相应的依据。

六、其他

相关的对于国家监察权的行使程序的规范运作，有些条款还是不错的，像监察法第四十条、第四十一条，关于调查中的一些情况都是有些规定。在办理案件的时候，关于非法证据这一块，我觉得在反腐败的这些案件当中，最突出的一个问题是需要警惕司法人质现象，

有时候比刑拘还有效，就是把人家家属当人质用，强迫其驯服。甚至有些案件把人家家属放到被调查人面前，你要是不合作，统统抓起来。所以像这种司法人质的现象是我们在办案当中特别要加以关注的。

认罪、认罚从宽处理机制里面就展现了辩诉交易。这里面有一个问题，

就是刑事辩护全覆盖引出的辩护质量问题。怎么实现实质和充分的辩护，体现有效辩护？律师如何有效辩护承担起相应的责任？我们知道辩护权的发展走向是注重国家责任，走向国家责任与辩护人责任兼顾的状况。有效辩护在美国主要是律师责任的问题，而在中国是针对无效辩护。有律师不尽责的问题，也

有律师尽职尽责，但是你辩你的我判我的，造成律师辩护无效的问题。

另外还有一些蒋干型律师，与当事人见面是来劝降的，所以公检法是刘关张桃园三结义的关系，律师却是来劝降的，这当中还有很多问题值得思考。

我说这么多，谢谢！🌹

刘敬霞：PPP项目如何在合规下前行

大家下午好！非常高兴有这个机会跟大家来交流一下PPP模式。

我分享的内容分成三个部分，一个是PPP的现状，另一个是给大家介绍一下PPP的过去，再看一下它的来生会是什么样的。

一、PPP的现状：热与冷

PPP模式，大家虽然做得比较少，但是听的应该不少。从2013年底开始，尤其是到2016年、2017年PPP非常热。我每到一个地方大家都在讲PPP，各种



刘敬霞律师

从业人员与机构，不管是律师、会计师、政府官员、咨询公司、金融机构

都在谈PPP，我感觉它太热了，但是去年以来的各种新规后，似乎PPP又有点冷。

PPP由热到冷，是有原因的，因为PPP的项目非常复杂。没有一个长期的积淀，没有一个多学科的知识，实际上做PPP的项目难度非常大。

PPP热在哪里呢？这是财政部在一月份统计出来的，2017年12月末，PPP项目在全国范围内能够达到14000多个。大家从这个总量上来看，仿佛并不大，因为全国范围内，地方政府要做的事情很多。我们来看一下这个投资额，18万亿，大家肯定听过2008年的金融危机之后我们国家4万亿的刺激政策，当时觉得4万亿就很大了。而PPP项目投资额能够达到18万亿，这是什么概念？就是2014、2015、2016、2017年四年累计的数字能够达到这么大。

再来看一下它的构成是什么呢（见图1）？排在第一位的是市政工程。市政工程是什么概念？以北京为例，二环路、三环路、四环路、五环路都是不收费的路，大家都要从这个道路上通行，每个人都在享受这个道路所提供的服务，但是我们不付费，这就是最常见的市政工程。市政工程还包括还有广场、公



图1



园，它的特点就是没有收费。所以它必然会导致一个结果——政府付费。

根据PPP界比较专业的公司“明树数据”统计的数字，2017年底财政部发文开始清理PPP项目库，到今天为止，退库的项目达到2329个。如果大家还记得我前面统计的那个数字，14000多个PPP项目的话，我们可以看出来六分之一是退掉了。但是大家还可以看到一个情况，同期，新入库的项目又增加了2017项。这表明什么呢？有的在退，还有的在增，所以这就给PPP留了新希望。

热和冷，就是PPP当下的现状。

二、PPP的模式

我们都在谈PPP，但是PPP到底是什么东西，其实它的概念还是比较复杂，我就简单讲一下。PPP是Public-Private-Partnership这几个英文词的简称。这个图是公共服务和基础设施类的项目，政府和社会资本方手拉手来合作。大家在以后的项目当中会发现，其实PPP模式的具体形式非常多，但是我们要掌握三个要点。

一是定位在两个方面，就是说公共基础设施和公共服务项目。我们的房地产开发，一个外资企业进来设一个工厂，投资方也是要跟政府合作的，为什么它们不是PPP呢？就是因为它们没有公共产品的性质。

二是PPP的项目一定要采用市场化的竞争机制，大家现在经常看到的就是公开招投标，此外还有竞争性谈判等，如果在这个领域大家有过接触的话，就知道在2016年的时候财政部还推出来了“竞争性磋商”方式，但是只要带有“工程及与工程相关的货物”的项目，建议还是要采用招投标的方式来做。因

此对于公共基础设施项目和公共服务项目给谁不给谁，是在竞争中产生的中标方。

三是要通过合同的形式，把政府和社会资本方的关系确定下来，这个就是我们律师擅长的市场。

我们再来看一下公共基础设施和公共服务包括哪些。其实它的类别非常多，也就给PPP项目带来一个很大的市场、很多机会，但是它也带来了另外一面，就是好多时候边界不清晰，容易产生混乱。为什么大家看到这个片子的时候标题下面没有字，是这样一幅图呢（见图2）？我给大家稍微介绍一下，可以看到这是一条路，如果它是收费公路的话，这叫使用者付费的项目，比方说在北京，机场高速路都是收费的，但是政府并不付费，是我们所有从机场高速上通行的人要交高速费，这个大家都熟悉。如果是我们使用者并不付费的环城公路的话，这是什么呢？这就是一个政府买单的项目，纯粹的市政工程项目，这类项目现在在财政部是限制采用PPP模式的。

然后我们再来看，比如左下边的这个区域，我们假说把它看作一个

特色小镇、一个片区的开发，也是可以采用PPP的方式来做的。现在的趋势就是地方政府都希望找一家有实力的社会资本方来合作，它的好处是什么呢？责任主体明确，政府不用对多头，做好了是这家企业的功劳，做坏了政府就只对一个单位追责，使得合作方的权利义务关系清晰。而且从管理效率上来讲，一家企业来做或者是一个联合体来做，因为它是一个主体，就可以把它所有的聪明才智用统一的思路、一张蓝图绘到底，也可以把一个工程干到底，因此这是地方政府希望的一种模式。我想可能在座的各位律师朋友们以后在大量的业务中肯定会遇到园区开发类的或者片区开发类的或者特色小镇推行PPP的模式。这是打包的项目。

另外一方面，还可以把大的项目分成若干个包，比方说片区，把公园等公益性项目拿出来，把有经营性的如燃气、热力等可以分类拿出来用PPP模式单做，所以它有很大的灵活性。

我们看到远处的高楼，这种可能就不在我们PPP的范围内了，为什么呢？开发商来做了，它是一个私人的项目，它不是一个公共的基础设施，也不是一



图2

个公共的服务。

PPP模式的适用领域比较广，在国外，可能不排除将来国内也会这样，就是监狱、码头、看守所也可以采用PPP的模式来做的。包括我们的养老、绿化，刚才我们看到的大面积的水域的开发利用。

三、国家期望通过PPP模式实现的目标

国家为什么要推行PPP呢？其实初衷是非常美好的，要实现这么几个目标（见图3）。第一个目标，因为财政的钱毕竟是有限的，来自纳税人的收入毕竟是有限的，因此要把有限的财政资金用到刀刃上，希望能够有四两拨千斤的效果。在PPP项目上政府可以出资，也可以不出资，而且出资的情况下可能出得不多。比方说，前几天我们有一个项目政府就出了3%，但是他在这个项目当中就有了一个股东的身份，可以要一个董事的身份，在监事会当中也有一席之地。关键在律师发挥作用的时候，我们怎么样让一票否决制在公司的运营当中合法地把它落实下来，它是有详细的机制的，律师一定要发挥专业解决方案优势。

第二个目标，通过PPP这种方式能够保障公共物品和公共服务的供给。下面我会给大家介绍为什么会提到这个问题。

第三个目标，就是要转变政府的职能，过去这样的项目都是政府自己立项、自己投资、自己干、自己运营管理，我们也看到好多低效的结果。

还有一个，就是提升国家的治理能力。这个话题说起来似乎比较简单，其实非常大、非常重要。今天可能前面各位嘉宾交流过的，比方说我们刑法领域的东西，其实也体现了我们这个国家，我们这个官僚机构怎么治理国家，能力怎么样去提升。PPP项目当中可能贯彻得更多一些，因为时间原因就不跟大家更多交流了。

第四个目标，让市场在资源配置中起决定性作用。大量的资源实际上是掌握在政府手里的，谁有资格配置？市场，就是社会资本方，你怎么介入进来，怎么能够通过市场的机制胜出？只有占有了资源才有资格来配置资源，而且真正有实力的机构才能在配置资源中起到决定性的作用。

第五个目标，是一直提的政企分开，“把市场的给市场，政府的归政府，各尽其能”，这也是一个大目标，

比较宏观。但是它其实在PPP整个运作机制当中非常重要，在项目实施细节当中是有体现的。

四、推行PPP模式的背景

我们来看一看这几年来为什么要推PPP？其实是有核心的因素在里头的，过去我们改革开放积累的一些问题其实并没有解决掉，到了2008年的时候金融危机来了以后，当时有句话叫做“信心比黄金更重要”，怎么样给大家增强信心呢？过去是靠投资、消费、进出口三驾马车，当时的信心是要靠投资拉动的。如果我们过去跟政府项目接触多的话就知道，对于中央给的资金，地方是要配套的，好多时候地方是没有能力解决中央配套资金的，出现了各种各样的地方政府平台公司设立。设立的结果怎么样呢？我们来看一下2011年6月审计署做的审计结果，2010年底，地方政府债务性余额达到10万多亿，到了2013年的时候数字更大了。如果按照这个节奏持续下去，2014、2015、2016三年不新增任何政府债务，到2016年底地方政府性债务余额为17.9万亿，好多地方政府都要破产了，所以必须有一个创新机制出来。

这是一个原因。

第二个原因，我想大部分律师都应该接触过这个文，就是《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》（国发〔2014〕43号），这是至今依然影响深远的文。核心来讲就是清理地方政府债务，把发债的权力上收，进行地方政府债务的清理。

第三个原因是《预算法》深刻变革了政府投融资体制。这几年大家有一个感觉，就是政府花钱更难了，给政府部门提供服务，可能我们的钱好久才能收



国家期望通过PPP模式实现的目标

- ◆ 把有限的财政资金用在刀刃上
- ◆ 保障公共物品和公共服务供给
- ◆ 转变政府职能，提升国家治理能力
- ◆ 市场在资源配置中起决定性作用
- ◆ “市场的给市场，政府的归政府，各尽其能”

图3



到，没有列到预算里面的没法支出了。

因此在这些大背景下，推出PPP模式是必然的一个结果。这个能够起到什么样的作用？在2013年底提出来，可以用时间来换空间，如果是2014、2015、2016三年国家的整个经济状况有所改善的话，政府在这个期限内是有很好的积累。而且如果2014年PPP项目开始实施，因为建设项目通常有两到三年的建设期，2017年的时候财政状况就缓解了，可能前面讲到地方政府的负债情况就会发生改变。

五、PPP模式面临的挑战

PPP项目太复杂了，怎么来讲呢？就拿前面我给大家放的一张图，一个片子上只有一张图的，大家可以回忆一下，就是一个项目太多元了。比方说南京市建一条地铁，地铁是一个公共的基础设施，它提供的也是公共服务。这样的一个项目，我们光从立项、调研、规划、设计、建设、运营管理，大家想想它有多复杂，我们的PPP项目就有多复杂。

项目的主体是多元化的，比方说刚才说的地铁项目，几乎政府的所有部门都会涉及到里面去，还有，社会资本方参与进来，它往往是联合体，也是一个多元的主体。这给我们律师带来很多的业务机会，在这么多主体当中必然形成复杂的法律关系，怎么样去架构这个法律关系？所以法律关系处理不当也是导致PPP项目变冷的一个原因。

PPP目前是一个政策驱动的模式，没有专门的法律。大家如果在这个领域有所了解的话，包括出现争议的时候到底是一个民事纠纷还是一个行政争议，这个问题现在都没有解决掉。

PPP模式面临的另外一个挑战是项

目主体能力建设的挑战，这是非常大的。对于政府来讲，过去可能是自投自建自己运营管理。现在需要社会资本方去投资建设了，别人拿着钱在做，政府怎么样去管呢？在提供服务的时候，实际上价格都是政府定的，我们使用者却要付费，这个关系怎么建立呢？对政府来讲是一个管理能力的挑战，对社会资本方也是一样的，社会资本方过去好多都是施工做惯了，但是现在却要投资、建设、运营全生命周期负责了，许多社会资本还没有把角色转换过来、能力没有建设起来。在2016、2017年的时候好多原来做施工的央企国企高歌猛进拿下PPP项目，但是如果转型没有做好，风险很大。

最后一个挑战是项目盈利模式的挑战，有的项目是由使用者付费的，有的项目依然没有使用者买单。前面介绍的树状图，大家记得的话，那个市政工程，正如北京的二环路、三环路是没有使用人付费的，但是又不能不修，这个问题到底怎么去解决呢？

六、合规——PPP项目前行的保障

从这些情况给大家分析下来，实际上PPP虽然它过去很热，现在遇冷了，但是还会继续往前走。从2017年开始叫做规范年或者叫合规年，今年合规的要求就更严了（见图4）。

第一个，政府怎么样合规？第二个，社会资本方怎么样去保证自己是合规的？这几天都在谈中兴通讯，它虽然不是PPP项目，但对合规来讲，道理是一样的。第三个是金融机构的合规保障，因为做这样的项目没有钱是做不下去的，而且一个地铁的项目几百亿太常见了，所以金融机构的合规保障也是一个核心。第四个，大量的PPP项目是靠咨询公司在提供服务的，咨询公司怎么样让自己的流程是合规的？现在大量的咨询公司都是什么呢？文本抄抄抄，没有创新。法律其实它是一个思维，并不是说你拿着一些文本过来就可以复制，可以



合规——PPP项目前行的保障

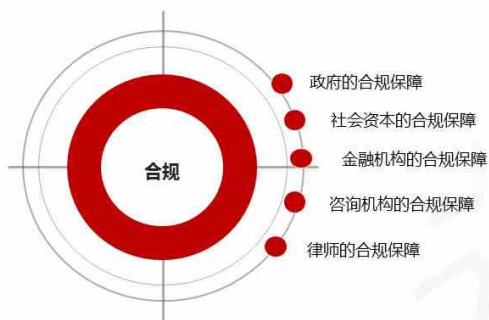


图4

粘贴，就可以把项目做完的。第五个是律师在这个当中怎么样发挥合规保障的问题，这都是给了我们很大的空间。

七、PPP模式将在规范中继续发展

这是我们总结的PPP项目的一些新趋势（见图5）。

过去有的项目是政府兜底，今后产业要托底。包括江苏，我们前段时间去看，非常好的园区，建起来七年了，依然在那儿晒太阳，就是因为过去是用政府托底的方式来做的，产业没有在这个当中起到作用，如果没有产业，这个园区活不了。

过去是做单体项目，比如说污水处理厂、港口、码头等单一项目，但是今后是综合性服务。比方说我们的特色小镇、产业园区，要提供一个综合的服务。

过去我们仅做好工程就行了，今后必须依托技术的效果服务。

第四，可能过去我有一技之长，就

能做这个项目，但是今后就需要跨界资源整合的能力了。

要想合规，请大家关注一下这两个文件，一个是92号文，一个是今年刚公布的23号文。92号文是在清库，所以它是一个负面清单，好多不合适的项目在这个过程中就被清理出去了，但是符

合要求的PPP项目还会继续。23号文有一个核心的原则，就是资本穿透，过去的什么名股实债等，这些项目都不允许了，守住这个底线。

因为时间有限，所以我就先讲到这里，如果大家有什么问题的话我们再具体地交流一下。



PPP模式将在规范中继续发展

- ◆政府兜底VS 产业托底
- ◆单体设施服务VS 一体化综合服务
- ◆工程化服务VS 依托技术的效果服务
- ◆专业服务VS 跨界资源整合服务

图5

张卫平：民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理

我要讲的这个主题是“民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理”。在实务界，有一个耳熟能详的提法，就是当民事诉讼与刑事诉讼交叉时，应当先刑后民。人们将这个所谓的“先刑后民”作为一个处理民刑或刑民交叉关系诉讼基本的原则来加以运用。

通过我对法律根据，包含司法解释、法律以及最高法院判例的分析，我认为“先刑后民”不是处置民事与刑事诉讼交叉关系的基本原则。在某些情况下应当先刑后民，而有的情形下即使民事案件和刑事案件有交集有交叉，也不



清华大学法学院教授、中国民事诉讼法研究会会长张卫平

应当先审理刑事诉讼，或者说驳回民事诉讼、中止民事诉讼。

关于“先刑后民”是怎么来的呢？为什么会成为一种没有限制的“先刑后民”这样一个原则呢？应该说这样一种认识最早源于最高法院、最高检和公安部1985年的一个通知。也就是说在审理经济案件的时候，一旦遇有经济犯罪，应当移送公安机关的移送公安机关，应当移送检察机关的移送检察机关。一旦从法院当中把他移送给了公安机关和检察机关，显然民事案件就不能再继续审理了。那么民事案件究竟应当是法院



驳回还是应当诉讼终止？这个结论不明确。

除了1985年的这个通知以外，1987年《关于尽快处理刑事犯罪案件》的通知，也进一步强化了所谓“先刑后民”。即在经济纠纷案件当中，如果发现有经济犯罪时，应当全案移送。既然全案移送了，就意味着这个案件不在法院的民事审判中审理，要等待经济犯罪的审理。

到了1997年、1998年最高法院的两个司法解释——《最高人民法院关于审理存单纠纷案件的若干规定》和《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》，这两个解释依然强调如果在承办案件当中以及后来遇到的一般的经济纠纷案件当中遇有经济犯罪时，如果民事争议和刑事责任能够区分开来的应当分案审理，如果不能区分，已经认定了是刑事案件的，就应当驳回起诉。这里明确对民事案件是驳回，案件并没有中止。

我分析是基于这样一系列的司法解释，实际上就是确认了应当是“先刑后民”。

我们从法条来看，实际上在1994年的《民事诉讼法》以及更早的1982年的《民事诉讼法（试行）》当中就有关于民事诉讼案件当中遇有刑事诉讼时，应当怎么来处理的规定。这个规定一直延续到2012年新的《民事诉讼法》，该法第150条第五项非常明确地规定，如果本案需要与另一案的审结为前提时，本案应当中止。本案在审理当中显然就是指民事诉讼在进行当中，如果遇有另一案，这个“另一案”是指什么呢？没有明确，从法理上来理解的话，从文本解释来讲，这个“另一案”应当包含刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼，也就是说这个“另一案”是包含刑事诉讼、民

事诉讼和刑事诉讼三大类案件，而没有特指某一类案件。

这个法条的规定是本案应当以另一案的审理为前提。按照我们的理解，对于处理民事诉讼遇有刑事诉讼时，它的处理规则应当是先决关系，只有刑事案件的审理是民事诉讼审理的前提时，民事诉讼才应当中止，这一点是非常明确的。

我们讲刑事诉讼和民事诉讼交替，实际上是指同一个生活事件涉及刑事犯罪，而关于刑事犯罪公安机关已经在进行侦查或者说检察机关已经在侦查，但是民事诉讼正在进行当中，是一种事实上的交叉。如果说这个案件的性质，是民事案件的性质，包括所有权，包括使用权、租赁权，以及其他权利的确认，需要通过刑事诉讼来确定的话，刑事诉讼就成为正在进行的民事诉讼这个案件的前提了，必须中止。如果中止，民事诉讼案件做出了判决，就有可能和刑事诉讼做出这个案件的前提是矛盾的。民事诉讼裁判认为有所有权，而刑事诉讼裁判的结果是在事实上认定是犯罪行为，而没有所有权的。这就可能导致了司法当中的矛盾，而追求司法统一，是我们司法公正价值追求之一。所以我们可以理解在这种情况下，应当是“先刑后民”。

但是我们的问题出在哪里呢？实践中往往是说刑事责任的主体和民事责任或者是民事责任的主体根本不是同一个主体，但依然还要停下来。为什么还要中止？就是因为对于被告来讲，在民事诉讼当中只要推迟判决就意味着推迟执行，对被告总是有利的。

律师是一个在对抗机制为双方当事人服务的，因此如果你是被告人的律师，当然你要想办法尽可能地推迟诉讼。比较好的理由就是“先刑后民”，

甚至在实践当中为了阻止民事诉讼的判决可能较早的做出，会找公安机关启动一个刑事诉讼。有的律师来找我，问有什么办法来阻止一个民事诉讼程序的推进。我说从法理上如果你能够启动一个刑事诉讼，而且这个刑事诉讼又是本案前提，那么民事诉讼可能会中止，你不妨去尝试一下。我提供的法理是根据150条并项，究竟能不能成为本案民事诉讼的前提，要看事实。我们只是提供法理，只是提供法条理解的依据。

如果你作为原告律师，你就应当要尽可能地阻止对方利用“先刑后民”来延迟民事诉讼的审理。这也是要注意的。

我们现在是从制度规定来看，是从现行的法条来看。从判例的情况来看，事实上承认绝对的“先刑后民”和承认先决关系的我所谓的相对的或者有限制的“先刑后民”，两种判例都存在。例如在2015年的最高法院的判例中，就既有认可无限制“先刑后民”，就是只要民事案件当中遇有刑事犯罪，事实上有牵连，不管它是不是两种法律关系、两种责任主体，通通“先刑后民”。这是一种情形。但是他们承认的“先刑后民”，一般是指在驳回再审申诉的时候是当原则看的。同样最高法院的判例也认为在具体的案件审理当中“先刑后民”不是原则。注意，最高法院之间的判例有时候也是相互之间存在矛盾的。

从法理上应该怎么来处理？法条上它的前提是处于先决关系时，作为被决定的诉讼应当中止。但是从法理上实际上先决关系也不是绝对和唯一的。如果民事诉讼中止时间太长，而刑事诉讼依然没有结果时，从法理上讲应当恢复民事诉讼，而不应当再等待刑事诉讼，哪怕是先决关系。它是先决关系，你还要继续审理，恢复民事诉讼，最后有矛盾

怎么办呢？这个地方是司法当中必然存在的一种紧张关系。但从法理上，各个法院的审判庭对于自己有管辖权的案件都有独立进行审判的权利。刑事案件的生效判决对其他后诉的民事诉讼没有既判力。反过来也是如此。无论是刑事审判庭还是民事审判庭对于单纯的案件事实都有认定的权力。

任何法院都没有义务等待另一个法院的判决，为什么？因为每一个审判庭都有独立的依据事实和适用法律对每一

个案件独立做出判决的权利，这是司法独立的另一个方面。既然如此，我根本不需要等，你做你的判决，我做我的判决，判决最后的冲突是需要其他机制来加以解决的。设想如果一个民事诉讼的案件高达十几个亿，一个小小的刑事诉讼只是判两三年就可以阻止一个民事案件不迅速地做出判决，这个损失该有多大？我们想过这个问题吗？

现在很多碰到一个大的民事案件可能要败诉，需要等待时机来恢复公司企

业元气的时候，那就有可能千方百计地找一个刑事案件，哪怕很小，利用人们存在的“先刑后民”的认识来阻止民事诉讼进行，达到迟延履行民事诉讼的目的，一旦中止两三年，被告就有可能已经活过来了。我们律师在实践当中如果能够了解法律，而且对这方面有深入的领会和实际运用的话，对于当事人而言，作用是非常大的。

我的主题发言就到这里，谢谢大家！🌹

公丕国：犯罪涉及的民商合同的效力认定

各位老师、各位朋友，大家下午好！

我讲的题目是“犯罪涉及的民商合同的效力认定”，这也是一个民刑交叉的话题。民刑交叉案件比较难办，不仅缘于它的法律关系复杂需要律师既懂得民事又懂得刑事，更因为这类案件的社会性，比如说公权力对私权力压制甚至是剥夺。在实务中不管是刑事律师、民事律师还是非诉律师都有所接触，感觉比较难。难怎么办？难也得去办。我本身是做商事诉讼的，但是我想和大家共同探讨一下这个难题。

民刑交叉案件中“先刑后民”问题是一个老生常谈的话题，但它只是一个程序问题，案件中中止了还是要去审理的，还是要解决实体问题的。而在民刑交叉案件中合同效力的问题是必须面对的实际问题，它关系到涉案当事人的民事责任承担和财产权益实现的实体问题。

我的讲解分三个部分，第一部分简单提一下“先刑后民”的程序问题；第



京都律师事务所高级合伙人、京都民商业务部主管合伙人公丕国律师

二部分讲一下犯罪涉及的民事合同的效力认定的评判要点；第三部分，以案说法来总结民刑交叉案件中民事合同的效力评定原则。

一、刑民先后的程序问题

现在的司法规范已经趋同于民刑并行、抑制“先刑后民”。前面张卫平教授给大家讲民刑交叉案件诉讼关系的原理和规则，已经说到了“先刑后民”并

不是一个司法原则，甚至不符合司法原理，它是我们国家司法实践中的一个习惯做法或者说习惯思维。因为它不符合法律原理，所以就出现了很多问题，导致了很多人冤假错案。律师们都知道“先刑后民”这种司法乱象所带来的严重后果，这里不展开讲。

实际上，拥有最终司法权的最高人民法院早在2014年7月就出台了《关于审理民刑交叉案件若干问题的规定》（征求意见稿）。这个意见稿中最高人民法院把“先刑后民”问题、民刑交叉的实际问题做了一些详细的规定。例如，在“先刑后民”问题上强调民事案件在立案审查的过程中遇到刑事问题可以去控告，但是符合《民事诉讼法》立案条件的应当立案，此即“民刑并行”。但是意见稿一直得不到通过，为什么？原因很多，其中有一个原因是在民刑交叉案件中的一个主角——公安部不发表意见，这个意见稿就一直是意见稿，没法颁布，没法实施。最高人民法院只能在其他的司法解释中做相关



的一些提示，如2015年出台的《关于民间借贷案件适用法律问题的规定》，明确“犯罪涉及的合同不必然无效”的司法规则。最高人民法院民二庭在2015年也出台了《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》，再一次明确了刑民并行的规则，同时最高法院通过公布大量的指导案例来指导全国法院践行刑民并立、刑民并行的司法规则。

但是，这些远远不够。大家知道最近几年民间投资的热度是急剧下降。有一个数据说民间投资在前几年每年的增长速度是20%以上，到了2015年是11%，而到了2016年1到5月份的统计数据是3.9%。钱都哪儿去了？跑到国外去了。先刑后民、经济纠纷刑事化等等司法乱象，最大的一类受害人是民营企业和个人。在人身安全、财产安全得不到保障的情况下，没办法的就进监狱去了、上访、信访去了，真正有实力的就把资本投到了国外、移居国外。这种大量民间资本的海外流失和富豪们移居国外的现象，已经影响了中国经济和社会的稳定发展，引起了高层的重视。所以，在2016年8月中共中央国务院就出台了《完善产权保护制度平等保护产权的意见》，就是保护私营产权的，国有产权本来就很强不用保护。最高法、最高检甚至中央政法委也陆续出台了关于保护民营企业产权、保护民营企业权益的司法文件，从司法实务角度来讲，就是解决“先刑后民”的问题。

2017年11月，公安部、最高检终于出台了一个《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》（见图1）。这个规定，总的原则是刑民并行、抑制“先刑后民”。我们来看其中主要的两条：第20条“涉嫌经济犯罪的案件与人民法院正在审理或者作出生效裁判文书的民事案件，属于同一法律事实或者有关联但不属同一法律事实的，公安机关可以立案侦查，但是不得要求人民法院移送案件、驳回、中止诉讼”等，这一条也非常务实。也就是说，刑民案件有关联但不同一法律事实的，公安机关可以立案，但是不能要求人民法院撤销或者说不中止民事诉讼执行程序

刑民先后的程序问题，司法规范已趋同于“刑民并行”

最高检、公安部

2017年11月《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》

- **第20条**：涉嫌经济犯罪的案件与人民法院正在审理或者作出生效裁判文书的民事案件，属于同一法律事实或者有关联但不属同一法律事实的，人民检察院依法通知公安机关立案的，或者公安机关认为有证据需要追究刑事责任，经省级以上公安机关负责人批准立案的，公安机关立案后，应将有关法律文书及案件材料抄送正在审理或者作出生效裁判文书的人民法院并说明立案理由。在侦查过程中，不得妨碍人民法院民事诉讼活动的正常进行。
- **第22条**：涉嫌经济犯罪的案件与人民法院正在审理或者作出生效裁判文书以及仲裁机构作出裁决的民事案件有关联但不属同一法律事实的，公安机关可以立案侦查，但是不得要求人民法院移送案件、驳回起诉、中止诉讼、驳回诉讼请求、中止执行或者撤销判决、裁定，或者要求人民法院撤销仲裁裁决。

犯罪行为与民事纠纷不是同一事实，虽有事实牵连但不是同一法律关系，刑民并行。无论是“刑民并行”还是“先刑后民”，人民法院有权依法作出选择，公安机关无权以刑事程序的立案妨碍民事诉讼程序正常进行。

图1

关系，人民检察院依法通知公安机关立案，或者公安机关认为有证据需要追究刑事责任，经省级以上公安机关负责人批准立案的，公安机关立案后，应将有关法律文书及案件材料抄送正在审理或者作出生效裁判文书的人民法院并说明立案理由。在侦查过程中，不得妨碍人民法院民事诉讼活动的正常进行。”下划线的两段红字是很重要的，第一段是经省级以上公安机关负责人批准立案的，第二段是在侦查过程中，不得妨碍人民法院民事诉讼活动的正常进行。这些规定是有很大进步的，省级以上公安机关负责人批准立案，很大程度上抑制了部分地方政府、地方公安插手经济纠纷的司法乱象。第22条强调“涉嫌经济犯罪的案件与人民法院正在审理的案件，有关联的但不属同一法律事实的，公安机关可以立案侦查，但是不得要求人民法院移送案件、驳回、中止诉讼”等，这一条也非常务实。也就是说，刑民案件有关联但不同一法律事实的，公安机关可以立案，但是不能要求人民法院撤销或者说不中止民事诉讼执行程序

总的来讲，犯罪行为与民事纠纷不是同一事实，虽有事实牵连但不是同一

法律关系，刑民并行。这个文件最大的进步是，不论是刑民并行还是“先刑后民”，法院有权做出选择，公安机关无权以刑事程序的启动来妨碍民事程序的正常进行。关于“先刑后民”这个老话题，我认为到现在为止，公安部、检察院、法院在很大程度上是取得了统一意见的，刑民并行，抑制“先刑后民”，虽然不能够彻底解决先刑后民、重刑轻民的问题，但是大家要相信有司法文件在这儿，肯定对这类乱象的解决起到一个很大的司法规范的基础作用。

二、犯罪涉及的民事合同效力判断要点

犯罪涉及的民事合同效力问题是刑民交叉案件的一个实体问题，要解决涉案当事人的民事责任或者财产权益，首先要对相关的合同效力做出一个判定。先明确一个观点，犯罪所涉及的合同不必然为无效，这是一个定论。为什么？因为刑法是对违反法律行为规范的管理和制裁，而行为规范是由民法、行政法等法律确立的，也就是说刑法不直接规定行为规范，例如故意杀人罪，故意杀人罪它所管制的民事行为规范来源于

《民法总则》规定的生命权、健康权，涉税类犯罪管制的行为规范来源于《税法》的规定。刑法不规定、不调整行为规范，它也就不直接评价民事行为的效力。民事行为的效力评价来源于民法，比如合同的效力判断是主要是《合同法》第52条规定的无效情形，恶意串通的、损害第三人利益的、违反法律行政法规等。

在单一的民事纠纷案件中，合同无效的情形的认定争议小一些。但是在民刑交叉案件中，因为出现了刑事审判和民事审判的价值追求不一样、证据规则标准不一样、审判思维不一样等，在民刑交叉案件中合同效力的无效情形就出现了很多争议。

探究立法本意，总结司法意见，现在通行的观点是：涉案当事人是否有犯罪通谋，是犯罪涉及的民事合同效力的判断要点。也就是说，双方有犯罪通谋合意，涉及的合同无效，没有犯罪通谋，涉及的合同的效力有效或效力待定。

双方有犯罪或虚假的通谋合意，刑事概念叫共同犯罪，民事的概念叫共同虚伪行为（《民法总则》146条），典型的如逃避税收或监管的阴阳合同、名股实债、融资性贸易等。民事合同是双方或多方主体的意思表示，在合同效力问题上，无论是恶意串通、损害第三方利益还是以合法形式掩盖非法目的的，均以双方是否存在通谋为判断要件。这在最高法的《民刑交叉征求意见稿》26条中做了明确规定，以合同诈骗为例，涉及刑事犯罪的合同的效力，恶意串通的或者相对人明知道对方违法签订合同的合同无效；如果是没有通谋，合同相对人因行为人的欺诈行为在违背真实意思情况下签订的合同，属于单方欺诈合同，是属于可撤销、可变更的合同。

最高法院（2013）民二终字第51号案件，最高法院认为，借款人构成骗贷罪，银行的工作人员构成非法发放贷款罪，双方存在通谋，所以借款合同无效，担保合同无效。

如果双方没有犯罪通谋，民事合同的效力是待定。最高法院（2013）民二终字第136号案是个典型判例。这个案子中借款人构成了骗贷罪，但是没有证据证明银行参与犯罪，法院认定在民事诉讼程序中只构成合同欺诈，受害人享有是否主张撤销权的选择权，银行不行使撤销权，借款合同有效、担保合同有效。这是无犯罪通谋的，受害人行使撤销权则合同无效，不行使撤销权则合同有效。

实践中，此类合同的受害人（债权人）一般不会行使撤销权，那么主合同有效，担保合同有效，担保人就成了“冤大头”。如果你代理担保人，有什么办法减免担保人的担保责任？和大家分享一个我们团队承办的实际案例。银行起诉借款人和担保人，公安以骗贷罪对借款人的法定代表人立案，法院认为骗贷罪是单方的犯罪银行没有参加是单方欺诈，银行不行使撤销权，借款合同、担保合同有效。即，个人涉嫌骗贷罪不影响借款人（单位）和担保人的担

保合同效力。另外大家也知道，骗贷罪是以银行实际损失为构成要件的，在担保人有实力承担担保责任、银行没有损失的情况下，骗贷罪不成立。这种情况下大家可以考虑一下合同诈骗罪的思路。借款人用虚假的财务报表骗了银行，也骗了担保人，我们就以这样的理由去说服公安机关把个人骗贷罪改成了单位合同诈骗罪，公安发函给法院，法院已经审理完的四个案件中中止执行，正在审理还没结案的四个案件中中止审理。

三、民刑交叉案件中民事合同的效力评定的原则

第三个问题，以河北衡水银行和长春农商行资管受益权远期转让合同纠纷案为例，谈几个民刑交叉案件中民事合同的效力评定原则（见图2）。这个案件网上报道很多，山东公安立合同诈骗罪，衡水检察院立职务侵占罪，河北高院民事一审，最高法院二审。

案情简单讲，是新胜煤场向衡水银行贷款，衡水银行没法贷给它，因为煤碳企业是重污染行业受到贷款限制，衡水银行也受到贷款额不能超过流动金额75%的监管规则限制不能直接贷款。于是几位金融高手就“金融创新”：衡



图2



水银行找了长春农商行和兴业银行、联讯证券签订一个定向资金管理计划，把钱放下去；然后联讯证券和山东信托签订信托合同，用信托贷款的方式把2.2亿放给煤厂；长春农商行和衡水银行站前支行签了一个受益权转让协议，实际意思就是，如果有关的受益权益实现不了，衡水银行站前支行要回购，可以通俗地理解是兜底担保。这是金融界常见的金融通道业务。后来煤厂就是还不上款了，有关的刑事案件包括衡水银行副行长涉嫌伪造公章、站前支行的行长赵某和用资人肖某都是涉嫌合同诈骗罪。争议的焦点就是犯罪涉及的这个转让协议是否有效。

第一，犯罪涉及合同效力问题，用前面讲的“是否有犯罪通谋”为判断要点，本案的受益权转让合同是有效的，理由是：长春农商行未参与犯罪，长春农商行不行使撤销权。衡水银行的负责人不管怎么涉嫌犯罪，长春农商行是未参与犯罪的，也就是说不构成犯罪通谋，不行使撤销权，合同有效。

第二，关于违反强制性规范合同无效的问题，必须是违反法律、国务院规章的规定。银监会（2013）8号文规定“禁止商业银行为非标债务担保”，本案中的资管受益权转让合同存在衡水银行兜底担保的问题，确实违反了该规定。但是银监会的文件是部门规章，不

属于法律、国务院规章规定，所以本案受益权转让合同有效。

第三，说到违反强制性规范合同效力的问题，必须是违反效力性规范才导致合同无效，这是《合同法》司法解释（二）明确的规定。强制性规范分管理规范 and 效力规范：管理性规范是为了管理设置，不针对行为内容本身，如《公务员法》规定的公务员不能参与经营，《公司法》规定的高管每年的股权转让权不能够超过25%，这都是管理性质的规定，违反这样的规定可以行政处罚，但不能影响相关合同的效力；而效力性规范，是针对行为内容的，违反规定则无效。例如前面提到最高法（2013）民二终字第51号案件中，担保合同中有“不管借款合同是否有效、是否有问题，担保人都要承担担保责任”的条款，这样的约定独立于借款合同之外，叫独立担保。这种条款是无效的，因为《担保法》明确规定“担保合同是从合同，主合同无效，从合同无效”，这种独立担保实际上是违反《担保法》立法本意的，无效。

第四，个人职务犯罪对单位合同效力的影响问题。衡水银行副行长、支行行长单方的个人职务犯罪，不影响单位签署的合同效力，单位对外承担民事责任。这是“个人基于单位职务的民事行为由单位承担民事责任”的民法规则，

也是最高法在《关于审理经济纠纷案件涉及犯罪嫌疑若干问题的规定》第三条的明确规定。

我们律师承办案件想收费高，要多参加复杂的商事纠纷案件，像金融、证券、公司犯罪案件。但是这类的案件多数都涉及到民刑交叉问题，比较难。而很多律师强调专业化，做刑事的不做民事，做民事的不做刑事，在这种民刑交叉复杂案件中就出现了专业化的弱势。怎么办？一个是加强学习，一个是律师之间的合作，刑事和商事律师一起合作，在民刑交叉案件中想法去研究法律规则设计可行的方案，加大对当事人的涉案财产的保护，这才能够体现出我们实际的办案效果。不仅为当事人谋取更大的权益，也是为不特定的社会公众去谋取更大的利益。这也就是上午我们所讲的律师的职责和责任，把个案做好就能够让更多的人去受益。

“传播理念，共享经验，促进律师整体行业水平的发展”，这是田老师一直提倡的京都理念，也是每一个京都人的行动和理想。不管是京都律师所总所还是南京分所，欢迎各位律师积极合作，共同研究，共同发展，把我们的法律服务水平整体提升，来完成我们律师的责任和担当。

谢谢大家！

李秀娟：刑事辩护中证据学的运用

各位领导、各位来宾大家下午好！

我们都知道，打官司打的是证据。律师在刑事辩护中，运用证据证明自己的主张是有效辩护的核心环节。这里将引申我要谈的主题“刑事辩护中证据

学的运用”。

在刑事诉讼过程中，无论是侦查人员还是我们辩护律师，都要通过收集证据来还原案件的真实面貌。建立在认识论基础上的“证据学”，不仅包含证据

的法律资格、证明机制，证据的收集、归纳、规则分析等范畴。还应吸收诸多学科的知识 and 理论，将其理论体系奠基心理学、逻辑学、概率统计学以及多种相关自然科学的理论成果之上。



| 京都律师事务所合伙人李秀娟

结合自身实践,下面谈一下如何运用证据法学提高有效辩护的问题

第一个问题：辩驳论——证据理论融入法

证据理论包含了很多内容,受时间限制不能在这里一一展开说。我想重点谈一下刑事诉讼八大证据之一的鉴定意见。

鉴定意见被称为证据之王。注重鉴定意见的规则运用,推翻不利我方的鉴定意见,是打蛇七寸的“要害”。

这是我经办的一起案例:嫌疑人在冲突中打伤了对方,被检方以故意伤害罪提起公诉。经过阅卷、会见及全面调查,我发现案卷中的言辞证据矛盾重重,不仅被告人供述与被害人陈述之间存在矛盾,甚至被害人陈述本身存在前后矛盾、被告人供述中也有大量前后不一致之处。

而此案中,控方据以定罪的关键证据是构成轻伤的法医鉴定意见。这个鉴定意见提取的材料是间隔很长时间后收集的,而对被害人的人身检查也是间隔年久后进行的。

据此,我提出从证据力方面入手,质疑鉴定意见合法性的辩护思路。

请看法医鉴定应该规范的程式图

法医鉴定规范程式



| 图1

(见图1):

鉴定的客体:鉴定客体指的是客观证据的载体,凸显鉴定材料的提取、保存、利用等客观性、科学性。

鉴定的行为程式:鉴定人对鉴定客体的审视、察验或鉴别等行为。鉴定的方法、手段、步骤以及过程问题进行。

鉴定结论(鉴定结论是案发当时的证据种类,现在称为鉴定意见),即鉴定程式所制造出来“产品”及结果:指鉴定人受司法机关委托或聘请,运用专门知识和技能对案件中需要解决的专门性问题进行鉴别后作出的书面结论性意见。

从上图我们可看到,鉴定是结论的基础,是客观的,结论是对鉴定的分析,是主观的。鉴定与结论二者之间存

在着逻辑关系,没有鉴定就不存在结论,否则,这种结论就是无源之水无本之木,是纯主观上的妄想。

下面我们再看一下本案法医鉴定实际程式图(见图2):

这个鉴定意见的缺陷就在于有“本体”(证人证言、人身检查)、有结论(分析及意见)没有鉴定过程:如外界因素对人体直接造成的原发性损害及后果的病历,依据原始病历科学检测环节,没有鉴定人对鉴定客体的审视、察验或鉴别等行为,而是将案卷材料所述内容作为前提,直接推断出结论。与其说是科学检验,不如说是鉴定人对侦查机关所获各种材料的综合评论。这个鉴定方法及得出来的结论从属性上看不是规范的鉴定意见,而是一种司法认定。



本案鉴定实际程式

鉴定的客体

询问笔录,人身检查。

鉴定行为程式

缺失

鉴定结论

依据言辞证据和对被害人9年后的身体检查进行主观分析得出的结论——轻伤。

京都律师事务所
King & Capital Law Firm

| 图2



而司法认定不是鉴定机构的职能所在。

在以上分析的基础上，我提出：此鉴定意见具有左右案件结论的重大作用。因鉴定过程不符合法律要件及程序的规定，其得出鉴定意见应归于无效。此鉴定意见因缺乏合法性故不具有证据能力的辩护意见。

第二个问题：防御论——实证判例分析法

刑事辩护律师应提前对法庭辩护的攻防焦点进行梳理分析，结合案件发生的社会背景、犯罪的构成要件符合性、违法性及有责性等要素，运用理论及实证的方法综合分析，做好相应的材料准备，构筑起防御“堡垒”。

下面我介绍的案例是几年前在全国范围内影响较大的一起警察涉嫌刑讯逼供、非法拘禁案，该案当时引发了媒体高度关注争相报道。我和京都律师事务所精干、优秀的张振组律师共同作为被告的辩护人代理此案。

庭上公诉人指控了两个罪名，一是非法拘禁罪：理由是警察在未经正式立案情况下就对犯罪嫌疑人进行了拘押，而检察院做出不予批捕的决定后，警方没有立刻变更强制措施，而是继续超期羁押达99天。二是刑讯逼供罪：理由是警察在侦查过程中存在捆、绑、打等问题。

针对第一个指控即非法拘禁罪，我们采取的是犯罪构成理论分析及犯罪背景实证研究相融合的策略，将公诉人认定的非法拘禁行为重新定义为“超期羁押”，并将超期羁押发生的原因归结于单位行为和不利司法环境下的结果。

据此，我首先从犯罪构成理论分析提出指控罪名错误的辩护意见：

非法拘禁罪的客观行为必须以非法性为前提，即抓人阶段和拘禁阶段——

两个阶段均是非法的，从主体上看，构成该罪的是无权拘禁和无因拘禁的一般主体。

而此案中的警察是在执法办案过程中，对嫌疑人采取刑事拘留强制措施并不是其个人有权做出的，其代表的是公安机关，做出刑事拘留决定的真正主体也是公安机关，所谓羁押只是刑事拘留的附带性后果。警察对嫌疑人拘传到案的过程是合法的，采取刑事拘留措施也经过了相应审批流程。因此，上述行为不具备非法拘禁罪中“非法性”特征。当然，我们认可在检察院不予批捕之后警察没有变更强制措施，在这一点上，警察行为是非法的。也就是“拘”是合法的，“押”是非法的。因此，警察行为应定性为超期羁押而不是非法拘禁罪。

其次，就超期羁押存在的社会背景做了深入调查和实证分析，并据此提出对被告免责的辩护意见：

在警察侦办案件的时间结点，全国政法机关每年清理超期羁押数5-8万。正因为如此，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合下发了《关于严格执行刑事诉讼法关于对犯罪嫌疑人、被告人羁押期限的规定，坚决纠正超期羁押问题的通知》，并相继开展了几次纠正超期羁押问题的执法、司法大检查工作。由此可见，在当时的执法环境下，超期羁押是普遍存在的现象，虽然是司法实践中的顽疾，在当时这样一种大环境下，法律不应当强人所难地要求一个普通民警拥有坚持原则、以一己之力对抗司法环境的觉悟；同时，一个普通办案民警，仅仅是整个侦查行为的执行者，对于是羁押还是放人本身就没有事实上的决定权。因此，刑法对于他对嫌疑人及时解除羁押缺乏期待可能性。

综合以上实证分析，我们承认超期羁押行为本身违法性，但在当时的司法环境下，这种行为缺乏追究刑事责任的必要性，因而并不足以构成犯罪，更遑论是给其强加一个缺乏构成要件符合性的“非法拘禁罪”来追究警察刑事责任。

第三个问题：方法论——逻辑演绎推理法

应用证据证明案件事实的整个过程都离不开逻辑规则和逻辑法则的应用。这个过程就是以已知事实推出未知事实的逻辑推理过程。因此，律师应熟练掌握逻辑规则对证据的运用。

例如，在上述的非法拘禁案辩护过程中，通过假言推理的逻辑推理技巧，提出公诉人指控犯罪的逻辑大前提错误。

公诉人的逻辑是：大前提，凡是参与超期拘押的办案警察都是非法拘禁罪；小前提，我的当事人是超期拘押的办案警察；结论，警察构成非法拘禁罪。

显而易见，公诉人的逻辑大前提与客观实际不相符，大前提虚假，据以得出的结论必假无疑。

这就是用事实推断与逻辑推断相结合的证明方法进行辩护的过程。运用逻辑推理，就是敢于在指控的定论中，发现其谬误的地方，而后进行新的推理，从而确定新的结论。

除此之外，律师辩护中适当使用情景证据引入心理学分析，证明说理，以增加法官的内心确信。

例如，在警察非法拘禁案中，我们向法院提供了警察立功受奖材料及曾经在追捕逃犯时被穷凶极恶的犯罪分子开枪射击，造成腓骨粉碎性骨折的证据。

通过情景证据的运用，提示被告人原是功劳显赫的人民卫士，犯罪分子当然有仇视和愤恨的心理，而这一心理状况可能诱发虚假陈述的动机。

据此，当庭提出：“如果犯罪分子枪口射击他造成的是身体损伤，那么用惩罚犯罪的刑事法律，来处罚有错误但不构成犯罪的优秀警察，无疑是射向他心灵的枪口。由此引发的心灵创伤和痛苦要远远大于犯罪分子射击所带来的粉碎性骨折。这是与其为之效力、为之敬业为之守卫尊严的法律的公正性、威严性所相悖的，也不是法律惩恶扬善的价值所追求的……”

以上三个问题是我结合辩护实务总结出的一些证据学运用心得。此外，借此机会与大家分享几点体会：

第一，理性是正义的守护者，逻辑是理性的支持者。理性之法具有天然的逻辑诉求。重视此种诉求，构建符合法律实践的逻辑推理是刑辩律师辩护之道。

第二，间接证据是查明个案事实的重要途径。它来源广泛，收集容易，是法庭论证的重要依据。

第三，律师辩护的重点应在证据的证明力上做文章。证明力不像证据力那样法定的门槛，而主要由法官在诉讼中做出判断。如今随着法治化水平的提升

及执法人员违法成本的加大，律师实务中排除非法证据的机率越来越小，这是法治进步的好事。然而律师也要与时俱进，在注重案件证据力考量的基础上，在证据证明力上做好功课。

第四，在辩护实践中，应注重综合运用逻辑学、心理学、统计学以及理论分析、实证研究等宽领域的证据学原理，从证据力、证明力两个维度，抓住证据这个核心，取得辩护的成效。

最后强调，我们刑辩律师追求的不仅结果的成与败，辩护的过程也要精彩。

谢谢！🌹

孙广智：律师办理黑恶势力犯罪案件规范执业与辩护心得

各位来宾，大家下午好！非常荣幸有机会跟大家分享今天的专题：“律师办理黑恶势力犯罪案件规范执业与辩护心得”。

在分享之前，我先给大家做一个简单的说明，因为“黑恶势力”既有“黑”（黑社会性质组织）又有“恶”（恶势力），为了能在有限的时间内，集中探讨一些比较典型的问题，今天专题中所提到的“黑恶势力犯罪案件”仅指“黑社会性质组织犯罪案件”。

2018年1月，中共中央、国务院发布了《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》。随着通知的出台，相信很多律师同行可能都有一种“山雨欲来风满楼”的感觉，未来与“黑恶势力犯罪案件”有关的辩护代理工作可能会大幅度地增加。

为了更好地贯彻、落实上述通知，



京都律师事务所合伙人孙广智律师

两高两部出台了《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（法发〔2018〕1号）（以下简称“《1号意见》”），中华全国律师协会出台了《关于律师办理黑恶势力犯罪案件辩护代理工作若干意见》（律发通〔2018〕9号）（以下简称“《9号文件》”）。两个意见分别从法律理解与适用及律师

规范执业的角度，为我们依法开展“黑恶势力犯罪案件”的辩护代理工作提供了相应的指引。接下来，我将根据《9号文件》和《1号意见》中的相关规定内容，结合自己的辩护工作经验，与大家进行今天的专题分享。

一、学习9号文件：进退有度方能挥洒自如

中华全国律师协会出台的《9号文件》中关于规范律师执业的内容非常丰富，为了方便大家理解和把握其中的核心内容，我对该文件做了一个简单的梳理，可以概括为三个方面，即“摆正位置”“遵循流程”“满足要求”（主要有4点要求）。

我们首先说一下“摆正位置”。过去因为个别历史和现实的原因，坊间对



于律师在“黑恶势力犯罪案件”办理过程中的地位和作用存有一些偏见，其中有两种比较“典型”：一种是“律师无用论”，认为律师的辩护代理工作在这类案件中起不到什么作用；另一种是“坏人帮凶论”，认为律师的辩护代理工作在这类案件中起到了“不好”的作用，律师不是“好人”，而是黑恶势力的“帮凶”。

这些偏见和错误的认知反过来又在一定程度上影响了律师依法办理此类案件的积极性和主动性，有的同行甚至“谈黑色变”。

针对上述情况，这次的《9号文件》对律师在办理黑恶势力犯罪案件中的地位和作用，作出了一个准确、客观、权威的描述，即“律师是社会主义法治工作者，依法开展黑恶势力犯罪案件辩护代理，使扫黑除恶专项斗争经得起历史的检验、人民的检验、社会的检验，是实现扫黑除恶专项斗争政治效果、法律效果、社会效果相统一的必然要求”。

据此我们可以看到，在“黑恶势力犯罪案件”（也包括其他刑事犯罪案件）的办理过程中，律师依法开展的辩护代理工作具有重要的作用和意义。要想让刑事案件经得起检验，实现应有的政治效果、法律效果、社会效果，离不开控、辩、审任何一方的参与和努力。

因此，在“黑恶势力犯罪案件”的辩护代理工作中，律师首先要摆正自己的位置，不要妄自菲薄，谈“黑”色变，而是应当依法、依规，全心全意地履行自己的辩护代理职责。

接下来，我们谈一下“遵循流程”中的“委托备案”，以及《9号文件》中就“依法接受委托”所提出的相关要求。

根据《9号文件》的规定，“律师

事务所受理黑恶势力犯罪案件后，应当于五日内同时报律师事务所所属律师协会和案件管辖地律师协会备案”。

同时，为了防止利益冲突，《9号文件》在“依法接受委托”上，也提出了新的要求。我们都知道，根据《刑事诉讼法》的相关规定，一名律师不得为两名或两名以上的同案（或者虽未同案处理，但涉嫌的犯罪存在关联的）犯罪嫌疑人、被告人辩护。同时，根据过往的辩护工作经验，我们可以看到这样一种情况，即在“黑恶势力犯罪案件”的办理过程中，往往存在多名被告人分别委托同一律师事务所的多名律师担任辩护人。应当说，这种情况并不违反上述《刑事诉讼法》的相关规定，但为了更好地防范潜在的利益冲突，《9号文件》针对上述这种情况专门强调了“同一律师事务所在接受两名或两名以上的同案犯罪嫌疑人、被告人的委托，分别指派不同的律师担任辩护人的，须告知委托人并经其同意”。

我个人理解，《9号文件》的上述安排和要求让律师接受委托的情况更加公开、透明，也保障了委托人的知情权，有助于防止、避免潜在的利益冲突。

下面，我再谈一下《9号文件》对律师辩护代理工作提出的第2点要求：依法依规执业，不搞“盘外招”。关于“盘外招”这个说法，我最早是在足球新闻里面看到的，我觉得放到这里来比喻还是很生动的。我们都知道足球比赛应当在赛场上上一决胜负。可是在有些比赛开打之前，会有一些球迷故意聚集在对手球队下榻的酒店外面通宵达旦地唱歌、跳舞、狂欢，通过这种干扰对手正常休息的不正当手段为自己支持的球队谋求赛场上的竞争优势。这类做法往往就被戏称为是“盘外招”。

而在刑事诉讼案件中，有关案件的是非认定也应当是在法庭上予以解决。如果我们律师脱离了庭审，也去搞一些所谓的“盘外招”（如《9号文件》中提到的，对正在办理的案件进行歪曲、有误导性地宣传和评论，恶意炒作案件；以串联组团、联署签名、发表公开信、组织网上聚集、声援等方式或者借个案研讨之名，制造舆论压力，攻击、诋毁司法机关和司法制度；煽动、教唆和组织当事人或者其他人员到司法机关或者其他国家机关静坐、举牌、打横幅、喊口号、声援、围观等），以此干扰正常诉讼活动的进行，不仅难以取得所谓的“辩护效果”，而且还会严重侵害当事人的诉讼权利及合法权益。

因此，根据《9号文件》的精神和要求，更为了真正维护当事人的合法权益，律师在办理黑恶势力犯罪案件中应当依法依规执业，不要搞“盘外招”。

如果律师在开展辩护代理工作过程中，遇有执业权利遭受侵犯时怎么办？带着这样的问题，我们再看一看《9号文件》对律师辩护代理工作提出的第3点要求，“平和沟通，理性对抗”以及与此相对应的“报告”制度。

最近几年里，在刑事案件的办理过程中，律师和检察官、法官的良性沟通越来越多，律师的意见也越来越多地被检察官、法官所重视、采纳。因此，平和沟通无疑是律师开展辩护工作，实现辩护效果的一大“利器”，也正因此，《9号文件》也明确提到“要善于与当事人、法官和公诉人就案情进行必要的沟通，以理性平和的心态做好辩护工作，保证律师作用充分发挥和庭审顺利进行”。

那么，假如律师在办理黑恶势力案件中遇有执业权利遭受侵犯，需要维权的时候应当怎么办？对此，《9号文

件》在整合《刑事诉讼法》相关规定的基礎上，站在律師“娘家人”的角度作出了如下規定：“律師認為辦案機關及其工作人員明顯違反法律規定，阻礙律師依法履行辯護、代理職責，侵犯律師執業權利的，可以向辦案機關或者其上一級機關投訴，向同級或者上一級人民檢察院申訴、控告，向註冊地的市級司法行政機關、所屬設區的市律師協會申請維護執業權利。”

與此相對應的是，《9號文件》規定的“報告”制度，即律師在履行委託備案之後，遇有重要問題和需協調解決的緊急事項要及時向所屬律師協會報告。

據此，圍繞“規範執業”，《9號文件》既有要求，也有保障，希望我們律師和律協、司法行政機關的共同努力之下，可以使上述規定內容得到切實地貫徹、落實，讓律師的執業權利能夠真正得到保障並依法、充分行使。

最後，我談一下《9號文件》對律師辯護代理工作提出的第4點要求，“集思廣益，專業為王”，以及案件辦結後的“總結”。

根據《9號文件》的規定：“辦案過程中，做無罪辯護或改變案件定性時，律師事務所要組織集體研究，依法提出案件處理方案和辯護代理意見，確保掃黑除惡專項鬥爭工作精神和要求以及有關制度規定得到正確貫徹和執行。”

據此，《9號文件》明確了律師事務所對於所辦理的黑惡勢力犯罪案件，可以組織集體研究，通過集思廣益的方式，對案件的辯護代理意見進行專業把關。我們都說“三個臭皮匠賽過諸葛亮”，我也相信我們專業的法律人在集體研究、探討案件時所迸射出的思想火花，無疑更加能夠保證並提高辯護代理

意見的專業水準。

另外，《9號文件》還明確提到：“律師辦理黑惡勢力犯罪案件辯護代理工作，應當高度重視庭前準備工作，依法依規進行會見、閱卷、調查取證，提出高質量的辯護代理意見。確有證據證明偵查機關違法收集證據的，要依法申請排除非法證據；對於可能影響案件事實認定的證人證言，應當依法申請證人出庭作證；對於重要證據，應當依法調取。在庭審程序中準確把握庭審發問質證規律，掌握充分的法庭辯論技巧，切實提高庭審辯論能力。律師庭上辯護工作要做到觀點鮮明、條理清楚、邏輯嚴密、論證有力。”

據此，《9號文件》對律師辦理黑惡勢力案件中的辯護代理工作提出了很高的要求，而只有滿足這樣的要求，律師才能够真正提出高質量的辯護代理意見，也才能够維護當事人的合法權益。

最後，《9號文件》提到，律師在案件辦結後要向所屬律師協會提交書面總結。案件辦結也意味著卸下一份重擔，及時總結經驗教訓，對於律師今后的辯護代理工作具有重要的指導意義，做事不僅要“有始有終”，更要“善始善終”，及時完成書面總結，也為一次規範執業畫上圓滿的句號。

二、個別“打黑”淪為“黑打”的主要原因

上午的論壇活動中，田文昌老師特別提到律師通過依法開展辯護代理工作來追求正義。為什麼要追求正義呢？我個人理解，一定程度上，正是因為有了不正義的事情發生，所以我們才需要追求正義。因此，對於司法個案中一些不

正義的情形，比如這裡提到的“打黑”淪為“黑打”的問題，我們不要迴避，更不要逃避，而是應當在梳理、總結的基礎上，發掘造成這些問題的主要原因，一方面避免此類問題重複出現，另一方面，也為我們以後審視此類案件，開辟辯護空間提供一些的思路和建议。

下面，我僅根據我個人代理的涉黑案件及從公開渠道了解到的其他案件的有關情況，為大家簡單總結一下個別“打黑”淪為“黑打”的主要原因。

原因之一：非法證據。從目前了解到的冤假錯案平反情況來看，非法證據無疑是造成冤假錯案的萬惡之源。在刑事案件中，對案件處理結果影響最為惡劣的非法證據無疑就是以非法方法逼取的犯罪嫌疑人、被告人的供述，也就是我們常說的“刑訊逼供”。

現有司法實踐顯示，刑訊逼供多數發生在犯罪嫌疑人、被告人被帶離羈押的場所之後，而可以將（應當）在押人員帶離羈押場所的措施主要有“指定居所監視居住”和“外提”。雖然現行的法律、法規、司法解釋對於這兩種措施的適用條件及執行方式都提出了要求，但是從部分個案來看，仍然不能完全排除個別辦案機關、辦案人員利用該兩項措施將犯罪嫌疑人、被告人置於不受監督的“法外之地”接受審訊的情形，而一旦到了“法外之地”，“非法方法”的實施往往會變得肆無忌憚。

原因之二：重複評價。我們都知道，最終被起訴到人民法院的“黑惡勢力犯罪案件”，往往包含了在較長的一段時間內的多起違法犯罪事實。需要強調的是，在部分“黑惡勢力犯罪案件”中，總會出現一些已經在案發當時接受過處理（刑事審判或治安處罰）的違法犯罪事實，對於這些事實，在處理完結之後，圍繞該事實的社會危害性的評



价应当已经完结。如果在时隔多年之后，再将该事实作为“黑恶势力犯罪案件”中的违法犯罪事实，以该事实“涉黑”“涉恶”为由再进行一次评价，并将该事实作为认定“黑恶势力”存在的根据和理由，则明显存在重复评价的嫌疑，而重复评价势必夸大案件的社会危害性，基于被夸大的社会危害性所做出的案件处理结果显然不能称得上一个客观、公正的处理结果。

原因之三：拼凑罪行。在“黑社会性质组织”中有一个“对立统一的存在”，那就是组织成员个人和“黑社会性质组织”。虽然“黑社会性质组织”由组织成员个人组成，但组织成员个人并不等同于“黑社会性质组织”，组织成员的个人罪行也不必然就是“组织所犯罪行”。实践中，有一些“黑恶势力犯罪案件”就没有很好地将组织成员的个人罪行与“组织所犯罪行”进行准确的识别和区分，从而导致在罪行数量上的盲目拼凑。怎么说呢？这种感觉就好像给一个瘦子裹上很多件衣服，然后告诉别人这个瘦子是个胖子。

原因之四：混淆是非。从司法实践来看，有相当一部分“涉黑”案件中的违法犯罪事实往往都发生在公司、企业的经营、竞争活动之中，甚至很多的企业主、公司经营者也因此被指控为黑社会性质组织的组织、领导者。而这些涉案的公司、企业之所以会在经营、竞争活动中去实施违法犯罪活动，很多时候并非出于为非作恶、称霸一方的非法目的，而是基于同业竞争者的不正当竞争或所谓“被害方”的严重过错。

在我所代理的一起“涉黑”案件中，被告人因其经营的一家房屋拆迁公司在拆迁过程中发生的若干起打砸事件而被指控“涉黑”。但是经过仔细阅卷，我发现，在多起打砸事件中，被害

人一方都存在着严重的过错。这些被害人很多都是被当地人称为“房耗子”的“专业钉子户”。他们专门挑选一些面临拆迁的小户型房屋，在该房屋被拆迁前与房主商议好，将房屋过户到他们自己名下，然后再以各种理由拒绝配合房屋拆迁，并向开发商索要远远超出正常补偿额度的房屋拆迁补偿金。如果动迁人员上门劝说、动员，他们便对动迁人员非打即骂，而如果动迁人员因此与他们发生肢体冲突，则就以此为由就到处上访闹事。

客观来讲，拆迁中发生打砸确实不对，也应当承担相应的法律责任，但是面对这样的“被害人”，房屋拆迁公司及相关人员的打砸行为显然不是为了称霸一方、为非作恶，更不是为了欺压残害群众，而将这样的企业和企业主作为“涉黑”组织和“涉黑”组织的组织、领导者进行指控、审判，显然也有待商榷。而遗憾的是，在部分“涉黑”案件的办理过程中，类似于本案之中“被害人过错”的重要情节，则往往会被“弱化”甚至“无视”，仿佛所有的过错和责任都应当由被告人一方独自承担。这种混淆是非的评判显然不能使案件经得起检验，也显然不能实现政治效果、法律效果和社会效果的统一。

以上个别“打黑”沦为“黑打”的主要原因就先为大家介绍到这里。

三、办理黑恶势力犯罪案件的辩护心得

如一开始我对各位嘉宾所做的简要说明，在这部分专题内容中，我将集中介绍“黑社会性质犯罪案件”（以下简称“涉黑”案件）的辩护心得。

根据法律规定，认定是否存在“涉黑”组织，要看是否具备我国刑法所

规定的四个特征（即“组织特征”“经济特征”“行为特征”“危害性特征”），因此，围绕“涉黑”案件的辩护也应当围绕四个特征的辩护予以展开。下面向大家依次介绍如下：

1.关于“组织特征”的辩护心得

（1）成立时间不清、存续时间不明的组织难以成为“涉黑”组织。根据刑法第二百九十四条关于“组织特征”的规定，涉黑组织应当是一个稳定的犯罪组织，可是实践中往往出现这样一种情况，即“组织形成时间不清，组织存续期间不明”。在这种情况下，所谓“涉黑”组织就很难难成其为一个稳定的组织。这一事实认定上的难题恰恰也是我们的辩护空间所在，通过对“涉黑”组织形成、存续时间的质疑、辩论，我们不仅可以论证一个组织是否属于“涉黑”组织，同时也有助于将“组织”形成前发生的“罪行”从组织所犯罪行中予以“移除”，从而实事求是的减轻“涉黑”案件中相关被告人的罪责，使其罚当其罪。

对于“涉黑”组织的成立时间的认定问题，《1号意见》第6点作出了相应的规定：“黑社会性质组织未举行成立仪式或者进行类似活动的，成立时间可以按照足以反映其初步形成非法影响的标志性事件的发生时间认定。没有明显标志性事件的，可以按照本意见中关于黑社会性质组织违法犯罪活动认定范围的规定，将组织者、领导者与其他组织成员首次共同实施该组织犯罪活动的时间认定为该组织的形成时间。”

据此，除了举行成立仪式或者进行类似活动的时间以外，“标志性事件”的发生时间，与“组织者、领导者与其他组织成员首次共同实施该组织犯罪活动”的时间，都可以被视为“涉黑”组织成立的时间。

由于《1号意见》出台不久，上述规定内容中提到的“标志性事件”，以及共同实施组织犯罪活动的认定标准的实际适用情况及效果还有待实践检验，站在律师辩护的角度，上述规定内容对于我们理清、判断组织的成立、存续时间也提供了新的思路。

(2) 对组织成立目的的探究是判断组织“黑”与“不黑”的关键所在。如前所述，“涉黑”组织是一个犯罪组织，即以实施违法犯罪活动为主要活动的组织。因此，我们在办理相关案件过程中，对于被指控“涉黑”的组织（以公司、企业居多）性质的判断就离不开对组织成立目的的探究。一般来讲，根据该被控组织的活动内容可以大致判断出该组织的成立目的以及是否属于犯罪组织。实践中，有一些公司、企业，虽然在生产、经营活动中实施了一些违法犯罪活动，但这种非法活动相对于其合法经营行为而言并不是主要活动，也不是这些公司、企业赖以生存、发展的主要手段。甚至很多时候，这些非法活动的发生很多情况下是因同业竞争对手的不正当竞争或者部分被害人的过错所引起的，在这种情况下，对于这样的公司、企业就不应当将之认定为是一个犯罪组织，更谈不上是一个“涉黑”组织。

(3) 组织成员间的关系是判断是否具备“组织特征”的重要根据。根据刑法的相关规定，从一般的共同犯罪到犯罪集团，再到“涉黑”组织，这三种犯罪形态的社会危害性无疑是逐步升级的，但它们的本质归根结底还应当是共同犯罪。因此，我个人认为，涉黑组织中的组织成员间的基础关系应当是一个共犯关系，而非其他社会关系。而在某些“涉黑”案件中，维系组织成员的关系并不是共犯关系，而是亲友关系、雇

佣关系等一般正常的社会关系，在这种关系的维系下，各成员之间并不存在为实施违法犯罪活动的共犯联系，因而也很难出现有组织地多次实施违法犯罪活动的情形。在这种情况下，不应认定具备所谓的“组织特征”。

(4) 注意区分“帮规戒律”和“劳动纪律”。我们不否认在一些“涉黑”案件中存在着纪律规约、组织惯例等“帮规戒律”，但是需要明确的是，这些“帮规戒律”是组织成员在实施组织所犯罪行时所应遵照的规则，而实践中存在这样一种错误的认定，即将公司、企业的劳动纪律混淆为“帮规戒律”。

在我参与承办的一起涉黑案件中，被指控为“组织、领导者”的被告人是一个沙厂的经营者，在自己承包的土地范围内雇佣工人采沙，而这些工人又被指控为“涉黑”组织的参加者。那么这个“黑老大”对工人们有什么要求呢？我印象中包括：统一着装、保持电话畅通、保管好沙厂的铁锹和钉耙。这属于典型的劳动纪律要求，结果这些劳动纪律要求后来也被指控为是“涉黑”组织的“帮规戒律”了。

因此，我们在对组织特征进行辩护时，一定要注意区分“帮规戒律”和“劳动纪律”，对于混淆二者的错误认定一定要向办案机关及时指出并要求纠正。

2. 关于“经济特征”的辩护心得

根据刑法关于“涉黑”组织的经济特征的规定内容，我认为，该特征的辩护涉及两个问题，一个是组织的“经济实力”从哪里来？另一个问题是组织的“经济实力”到哪里去？

对于第一个问题，这次两高两部的《1号意见》有着相对明确、具体的规定。根据《1号意见》第7点之规定：

在组织的形成、发展过程中通过以下方式获取经济利益的，应当认定为“有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益”：

(1) 有组织地通过违法犯罪活动或者其他不正当手段聚敛；

(2) 有组织地以投资、控股、参股、合伙等方式通过合法的生产、经营活动获取；

(3) 由组织成员提供或通过其他单位、组织、个人资助取得。

那么，通过上述3个主要途径取得了“经济利益”是不是就意味“经济特征”已经具备了？当然不是。认定是否具备经济特征，还应当看这些“经济利益”是否用以支持该组织的违法犯罪活动，也就是我们前面提到的第2个问题，组织的“经济实力”到哪里去了？

实践中，对于组织的“经济利益”用以支持组织活动的认定主要表现为以下两种情形：

(1) 用于承担违法犯罪活动的经济成本，如购买违法犯罪所使用的工具（砍刀、棍棒等）、承担为实施违法犯罪活动所产生的其他开销（如组织成员因参与犯罪活动被打伤后的治疗费用）；

(2) 用作对违法犯罪活动的报酬、奖励（如因组织成员在违法犯罪活动中表现积极，而给予该成员钱、物或其他经济利益的情形）。

据此，围绕“经济特征”的辩护，既要看被控的“涉黑”组织是否具备一定的“经济实力”，更要看这些“经济实力”是否用以支持组织的违法犯罪活动。如果只是基于劳动关系和正常的劳务活动而发放的劳动报酬，则不应将此视为支持组织活动。对此，在实际的辩护工作中，应当注意区分。

3. 关于“行为特征”的辩护心得



对于“行为特征”的辩护工作主要集中在甄别“涉黑”案件中的一系列违法犯罪活动是否(哪些)属于“组织所犯罪行”。而对于何为“组织所犯罪行”，这次两高两部的《1号意见》提供了以下判断标准。

根据《1号意见》第10点之规定：为确立、维护、扩大组织的势力、影响、利益或者按照纪律规约、组织惯例多次实施违法犯罪活动，侵犯不特定多人的人身权利、民主权利、财产权利，破坏经济秩序、社会秩序，应当认定为“有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众”。

符合以下情形之一的，应当认定为是黑社会性质组织实施的违法犯罪活动：

(1)为该组织争夺势力范围、打击竞争对手、形成强势地位、谋取经济利益、树立非法权威、扩大非法影响、寻求非法保护、增强犯罪能力等实施的；

(2)按照该组织的纪律规约、组织惯例实施的；

(3)组织者、领导者直接组织、策划、推挥、参与实施的；

(4)由组织成员以组织名义实施，并得到组织者、领导者认可或者默许的；

(5)多名组织成员为逞强争霸、插手纠纷、报复他人、替人行凶、非法敛财而共同实施，并得到组织者、领导者认可或者默许的；

(6)其他应当认定为黑社会性质组织实施的。

据此，我们针对上述情形规定，在具体的辩护工作中，可以尝试参考一下标准，甄别出“非组织所犯罪行”的情形，具体包括：

(1)并非有组织实施，也没有为组织谋取利益或者为组织扩大非法影响的个人罪行；

(2)组织成立之前，组织成员所实施的罪行；

(3)组织、领导者既没有参与，也没有认可或者默许的组织成员所犯罪行。

这里需要说明的是，组织、领导者对于某项罪行的认可或者默许需要以他本人知晓该罪行的存在为前提，实践中，有些组织、领导者对于组织成员所实施的个别罪行完全不知情，这种情况下，显然也就不存在所谓的“认可或者默许”。

4. 关于“危害性特征”的辩护心得
相较于刑法第二百九十四条及此前的司法解释、座谈会纪要等规范性文件，两高两部的《1号意见》对于“危害性特征”作出了更为具体的规定。根据《1号意见》第11点内容的规定：

通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者不依法履行职责，放纵黑社会性质组织进行违法犯罪活动的行为，称霸一方，并具有以下情形之一的，可认定为“在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序”：

(1)致使在一定区域内生活或者在一定行业内从事生产、经营的多名群众，合法权益遭受犯罪或严重违法活动侵害后，不敢通过正当途径举报、控告的；

(2)对一定行业的生产、经营形成垄断，或者对涉及一定行业的准入、经营、竞争等经济活动形成重要影响的；

(3)插手民间纠纷、经济纠纷，在相关区域或者行业内造成严重影响的；

(4)干扰、破坏他人正常生产、经营、生活，并在相关区域或者行业内造成严重影响的；

(5)干扰、破坏公司、企业、事业单位及社会团体的正常生产，经营、工作秩序，在相关区域、行业内造成严重影

响，或者致使其不能正常生产、经营、工作的；

(6)多次干扰、破坏党和国家机关、行业管理部门以及村委会、居委会等基层群众自治组织的工作秩序，或者致使上述单位、组织的职能不能正常行使的；

(7)利用组织的势力、影响，帮助组织成员或他人获取政治地位，或者在党政机关、基层群众自治组织中担任一定职务的；

(8)其他形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序的情形。

据此，我们在开展有关“危害性特征”的辩护工作时，首先要注意审查相关案件中是否存在上述《1号意见》规定的情形，并审查据以证明相关情形的事实、证据是否确实、充分。

同时考虑到《1号意见》所规定的上述情形包含着一定的“程度要求”，如“重要影响”“严重影响”等，我们在辩护时也可以对案件中所存在的“危害性特征”的危害程度、危害后果进行适当的定量分析，例如：引发相关情形的违法犯罪活动是否已经被处理（刑事处理或行政处理），所引发的社会矛盾是否已经平息、和解，所造成的损失是否已经赔偿、弥补等。另外，在证明“危害性特征”的证据中，往往会掺杂很多评价性的言辞证据，这些言辞证据中的评价性内容是否客观、公允，是否具备相应的事实及证据支持，也是我们对案件危害程度、危害后果进行定量分析的工作重点。

以上是我对“黑社会性质组织”犯罪案件中“四个特征”的一些辩护心得，由于时间有限，今天就先为大家介绍到这里。供大家参考，谢谢大家！

邹佳铭：如何理解黑社会性质组织的四个特征

各位嘉宾下午好！今天之所以跟大家分享这个主题，是基于我在做涉黑案件辩护中一个深切的感受：涉黑案件的辩护很难。从定性来讲，涉黑案件的辩护就是一个问题，案件是否满足了黑社会性质组织的四个特征难以判断。这四个特征很大程度上讲不是一个有无的问题，而是一个程度的问题。但是在立法条文上，我们很难看到法律对于四个特征的程度的关注。

一、组织、领导黑社会性质组织罪的构成模型

先看1997年刑法关于组织、领导、参加黑社会性质组织罪的规定，在这个规定中间，我们看到了大量的主观判断或者说带情感色彩的描述。比如说“称霸一方、为非作恶、欺压残害群众”，这种立法技术是很不成熟的，因为作为一个犯罪构成要件，这些词语很难对应一个明确、具体的犯罪行为。如果很难找到一个确切的对应的犯罪行为的话，到底满不满足这个犯罪构成要件，可能就是一个很有自由裁量空间的主观判断，这就对我们律师的辩护提出了一个挑战。

虽然1997年刑法中关于组织、领导、参加黑社会性质组织罪的条文已经取消，但是立法解释关于四个特征的规定还是存在类似的问题。在2018年1月“两高”发布的《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》中，大量地使用了“恶势力”“黑恶势力”这样



京都律师事务所高级合伙人、京都刑事辩护研究中心主任邹佳铭

一些非法律用语，并且明确说“‘恶势力’团伙和犯罪集团向黑社会性质组织发展是一个渐进的过程，没有明显的性质转变的节点，故对黑社会性质组织存在的时间、成员人数问题不宜作出‘一刀切’的规定”。这就进一步模糊了恶势力、犯罪集团和黑社会性质组织的界限。虽然从刑事政策上我们可以提出“打早打小”，但是在立法和司法上我

们都不能否定黑社会性质组织与其他组织之间的界限，否则就违背罪法定原则，不适当地扩大了犯罪圈。在全国开展扫黑除恶专项斗争的背景下，律师更应该坚持依法辩护，维护被告人的合法权益。

律师要建立一个概念，黑社会性质组织罪的构成与普通的个罪构成是不一样的。我们看到一般个罪是由主体、客体、主观方面、客观方面四个方面构成的，刑法称其为平面、耦合的犯罪构成模式（见图1）。刑法中还有一种情节犯，就是在这四个要件的基础上提出了一个情节严重的程度要求，但是这种情节犯不是普遍存在的。但是在组织、领导黑社会性质组织罪，有定量和定性两个维度的要求，我把它描述成一个立体的模型（见图1）。它的底面代表黑社会性质组织犯罪，必须有多个数量，实施多个犯罪行为才能够构成，这是定量的问题。在定性方面是四个特征，但是

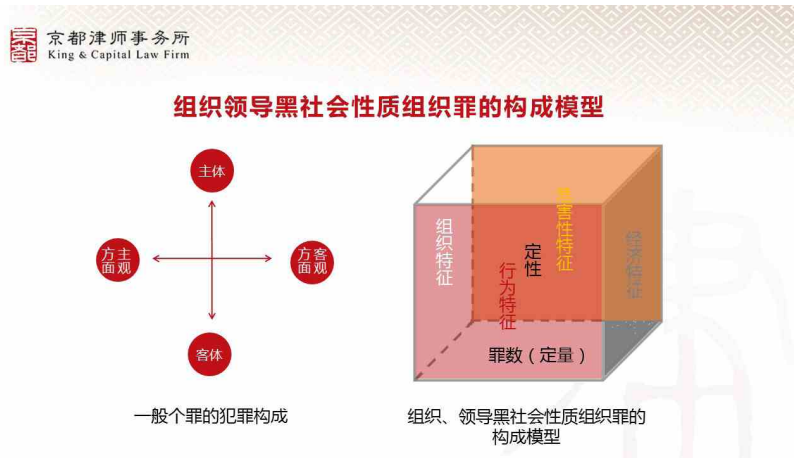


图1



这四个特征不是具备就行，还必须达到一定程度才构成，下面我要跟大家逐一分享的是这四个特征程度方面的问题。

二、黑社会性质组织四个特征的认定本质上是程度的判断

(一) 黑社会性质组织的组织特征。黑社会性质组织毋庸置疑是一个共同犯罪，在刑法中间关于多人犯罪存在几种形态（见图2）。首先是共同犯罪，是要求两人以上有共同的意识联络，这是最低级的多人犯罪形态。更高级的是犯罪集团，是要求有三人以上，以实施某一种或多种的犯罪为目的。犯罪集团体现了多人之间的相对固定的联系，这一点是跟共同犯罪不一样的。最高级的形态是有组织犯罪，黑社会犯罪在有的国家就是等同于有组织犯罪，它跟其他共同犯罪的区别在于它的稳定性和控制性，就是前面所讲的人员是相对固定的。在人员相对固定的基础上，它还具有严格的层级性，黑社会性质组织正是通过逐级的控制，实现了组织对人员强大的控制力。有人把这种控制性称为成员对组织的人身依附性，同时也表现为加入了组织的成员是不能随便退出的。这是有组织犯罪的一个特点。

那么是通过什么来维系组织的运转和发展呢？纪律和规约。在最高人民法院于审理黑社会性质组织犯罪的纪要里面，有一个纪要强调过组织的纪律和规约，认为它确保了黑社会性质组织的生存和发展。但是我们在看到在司法实践中有将黑社会性质组织的纪律和规约与普通组织的纪律相等的现象，刚才孙律师跟我们分享的案例中涉案公司关于统一着装、管理好相关财物的规定，是一个商业组织保障其商业运作而作出的

规定，与黑社会性质组织的纪律和规约完全不同。后者是为了更高效地实施犯罪和有效地规避惩罚，这也是黑社会性质组织能够坐以成势、发展壮大的原因。通过纪律和规约，松散的个人才会紧密地联系成一个有控制的团体，实施后面一系列的行为，达到对社会的非法控制。

(二) 黑社会性质组织的行为特征。在涉黑案件中，暴力还是具有一定普遍性的，但是黑社会性质组织的暴力和其他暴力不同之处在于，一般的暴力是在特定条件下的临时起意，人员也是因为暂时实施犯罪而纠集起来的（见图

3）。黑社会性质组织是一种有组织的暴力，不仅表现在实施犯罪时的有计划性和强制性，效率很高，也表现在实施犯罪之后有计划地规避惩罚。这些计划性和强制性又来自于它的组织架构和规约是稳定的、层级性的，通过纪律和规约对组织成员的控制，保障黑社会性质组织高效、有组织地实施暴力。

(三) 黑社会性质组织的经济特征。首先我们关注到一个事实，据有关材料统计，涉黑案件的被告人90%左右的都是企业，这就涉及一个很重要的问题，有涉嫌违法犯罪行为的商业组织和黑社会性质组织有什么区别（见图

京都律师事务所
King & Capital Law Firm

黑社会性质组织的四个特征认定本质上是程度的问题



图2

京都律师事务所
King & Capital Law Firm

黑社会性质组织的四个特征认定本质上是程度的问题



图3

4)？最高人民法院刑事审判参考2010年第3辑有一个指导意见，是从成立目的、经济特征、行为特征、非法控制特征四个方面来进行划分。简单地说，商业组织一般初始就是依法成立的，有明确的宗旨和经营范围，黑社会性质组织很多时候是在发展壮大过程中成立一些商业组织，前者有稳定的运行模式和经营收入，后者很多时候经营的是高利贷、赌博、贩毒等以暴力为支撑的灰色或者黑色领域，所以有一句话说黑社会性质组织的经济特征是“以黑养黑”。从行为特征来讲，商业组织的暴力行为不具有经常性，他主要还是以合法的经营模式作为利益的来源，黑社会性质组织是以经常性的、普遍性的犯罪作为它盈利和解决纠纷的手段，这是行为上的特征。最后，从非法控制特征来讲，黑社会性质组织对一定区域和行业形成非法控制，但是商业组织可能会有一定的违法犯罪行为，但是不会达到对社会的非法控制。

简单地来讲，我们说涉嫌违法犯罪组织的商业组织，犯罪的最终目的是为了赚钱，在正常的生产经营过程中因为种种原因跟利益相对方产生了争执，可能有一些不当的行为涉嫌犯罪，但是它最终是为了实现商业目的——赚钱。黑社会性质组织的经济特征是为了支持组织的发展，并进一步非法控制社会，所以这两个因果关系是完全颠倒的，后者赚钱的目的是为了犯罪。

(四) 黑社会性质组织的危害性特征。我们根据立法解释很难对危害性特征有一个本质的了解，因为其中使用了大量抽象的、需要主观判断的词汇，而且这些词汇没有对应的具体行为（见图5）。我在这里引用了一段康树华教授

后盾的法律秩序中建立以暴力等犯罪手段为后盾的反社会秩序。”在西方一些国家，“黑社会”翻译过来中文的意思是“地下社会”，与它相对应的是地上社会，地上社会就是合法政府。合法社会是以刑罚权为后盾来管理社会、控制社会秩序，这是一种合法的控制。相对应的，黑社会性质组织的非法控制是以非法暴力为后盾，形成一种反社会的秩序，这个就叫作非法控制。

在相关的司法解释中间，对这个要件使用了三个词语。影响，什么是影响？一个行为在一定的区域和行业里面有犯罪行为，必定对社会的经济关

系或者说社会关系产生影响。这是普遍存在的，只要有一定的犯罪行为都会有影响。在这个影响之上，还会有重大影响。重大影响是什么？他需要有一系列的违法犯罪行为，而且这一系列的违法犯罪行为必须对社会的影响达到一定的广度和深度。我们在很多案件中间会看到在公诉机关对非法控制特征进行取证的时候，实际上就是把所有的犯罪行为一一罗列一遍，然后把所有的犯罪行为所在的行业 and 所在的区域认定为是他的非法控制的行业或者是区域。这实际上跟立法的规定是完全背道而驰的，就完全取消了在非法控制特征中间程度性的要求，只



图4



图5



在相关的司法解释中，对于黑社会性质组织的危害性特征出现了“影响”“重大影响”和“非法控制”三个递进关系的表述，任何犯罪行为的发生都会对社会关系产生影响，但是只有发生一系列的犯罪行为，对社会的影响达到一定的深度和广度，才是“重大影响”。

是讲到这个行为本身存在。

在相关的司法解释中，对于黑社会性质组织的危害性特征出现了“影响”“重大影响”和“非法控制”三个递进关系的表述，任何犯罪行为的发生都会对社会关系产生影响，但是只有发生一系列的犯罪行为，对社会的影响达到一定的深度和广度，才是“重大影响”。最严重的程度是“非法控制”，就是刚才我跟大家解释的已经达到了政府对社会的控制，某种程度上是任意操纵的程度，这就是黑社会性质组织的本质特征。所以，从程度上来讲，黑社会性质组织对社会必须达到“重大影响”和“非法控制”的程度。

三、黑社会性质组织的四个特征是有机、统一的联系

黑社会性质组织的四个特征是有机、统一的联系，这个观点借鉴了系统论。系统论认为这个系统中各个组成要

素最后产生的效用，不是各个要素之间简单的相加，而是各个要素相加之后的一个扩大的效应。比如说在前面所讲到的犯罪集团也有一定的组织特征，也满足一定行为特征，但是它并不一定就对社会达到非法控制。黑社会性质组织的四个特征有着有机的联系：组织特征是黑社会性质组织的基本特征，体现为一定人数的稳定性和控制性，以此为基础，它能够有组织地实施暴力和揽财。

暴力行为和经济能力，又反过来支持组织的发展，让它不断地壮大、发展，最后长成了一棵大树，这棵大树就是对社会形成的非法控制，这就是黑社会性质组织四个特征之间有机、统一的联系。

所以在涉黑案件的辩护中，我们应该注重各个特征的程度性要求，把握各个特征之间有机、统一的联系，这是我个人理解黑社会性质组织四个特征的一点心得，供大家参考。谢谢大家！

京都律师事务所
King & Capital Law Firm

黑社会性质组织四个特征是有机、统一的联系



图6

金融强监管环境下 资产管理人的尽职义务简析

■ 肖树伟, 游乐 / 文

由 中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局四部门联合发布的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（以下简称“资管新规”）已正式实施，资管新规中明确规定金融机构不得对资管产品进行“刚性兑付”，强调“卖者尽责、买者自负”的理念。“刚性兑付”的顽疾一旦破除，当资管产品出现违约，投资者遭受损失时，投资者以资产管理人未履行尽职义务为名，要求管理人承担赔偿责任的纠纷势必增加。投资者“自负”的前提应当是管理人的“尽责”，当管理人未履行尽职义务导致投资者损失则应当承担相应的赔偿责任。

一、资产管理人 尽职义务概述

资产管理业务中，资产管理人担任的角色是“受人之托、代人理财”，投资者与管理人之间的法律关系本质上应该属于信托关系。由此，决定了管理人应当按照诚实信用、勤勉尽责的原则对投资者交付的财产进行管理，即我们通常所说的管理人应当履行尽职义务。

此前，资管业务相关的法律法规对资产管理人的尽职义务均有所涉及，比如《信托法》《证券投资基金法》。此次资管新规的出台，也明确了“金融机构为委托人利益履行诚实信用、勤勉尽责义务”的原则，并规定了金融机构应当履行的职责以及不得从事的行为。此外，资管新规明确规定“金融机构未按照诚实信用、勤勉尽责原则切实履行受托管理职责，造成投资者损失的，应当依法向投资者承担赔偿责任”，为金融机构未履行尽职义务时，投资者向金融机构主张损失赔偿提供了依据。

肖树伟律师简介



京都律师事务所高级合伙人。主要业务领域为公司法律顾问、企业法律风险控制、国有资产法律事务、民商事争端解决、涉外法律服务。1987年毕业于中国政法大学。1989年开始从事律师工作。现为中国法学会会员、中国政法大学兼职教授、中国国际贸易促进会/中国国际商会调解中心调解员、国家开发银行贷款委员会路演独立委员、北京市律师协会理事及北京市执业纪律与执业调处委员会主任。因其优秀的法律服务被中国司法部评为党员律师标兵，被北京市律师协会评为北京市优秀律师。



对“诚实信用、勤勉尽职”的含义和要求如何理解，如何对资产管理人是否按照“诚实信用、勤勉尽责”的标准履行职责进行衡量和判断，一直属于实践中的重点和难点。在目前金融强监管的形势下，这一问题显得更加重要。根据资管新规等相关规定并结合实践经验，笔者认为，管理人的尽职义务存在于资管产品募集、运行、终止等各个阶段。

二、资产管理人具体的尽职义务

（一）募集阶段

募集是资管产品成立前的阶段，这一阶段管理人需要履行的尽职义务主要包括：

1. 尽职调查。金融机构设立资管产品前，应就可行性分析、合法性、风险评估、有无关联方交易等相关事项开展尽职调查；金融机构将其管理的资管产品委托给其他机构进行投资时，也应当对受托机构开展尽职调查。

2. 合格投资者的审核。私募产品的投资者应当符合“合格投资者”的界定：（1）合格投资者需要具备相应的风险识别能力和风险承受能力；（2）合格投资者投资于单只资管产品不低于一定金额，具体为：投资于单只固定收益类产品的金额不低于30万元，投资于单只混合类产品的金额不低于40万元，投资于单只权益类产品、单只商品及金融衍生品类产品的金额不低于100万元；（3）如投资人为自然人的，应具有2年以上投资经历，且满足一定的资产或收入要求，如投资者为法人单位的，在最近1年末净资产不低于1000万元。

3. 投资者适当性管理。金融机构应当向投资者销售与其风险识别能力和风险

承受能力相适应的资管产品，禁止欺诈或误导投资者购买与其风险承受能力不匹配的资管产品。此外，金融机构不得通过拆分

游乐律师简介

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



的方式，向风险识别能力和承担能力低于产品风险等级的投资者销售资管产品。

4. 向投资者明示资产管理产品类型。资管产品按照投资性质的不同，分为固定收益类、权益类、商品及金融衍生品类和混合类四类产品，金融机构在发行资管产品时应当向投资者明示资管产品的类型，并按照确定的类型进行投资，并且通常在产品存续期间不得擅自改变产品类型。

5. 不得违规推介。管理人委托的代理销售资管产品的机构应为具备相应资质的金融机构，并且在销售中应当进行充分的风险提示，不得有承诺保本保收益，向不特定社会公众推介私募产品等违规推介行为。此外，还应当核查投资者的资金来源等。

（二）运行阶段

资管产品成立后，在资管产品的运行阶段管理人需要履行的尽职义务主要包括：

1. 依法合规按照合同约定进行投资。（1）公募产品投资范围要符合规定，私募产品的投资范围要符合合同约定；（2）投资债权类资产时应当符合规定。比如，投资的标准化债权类资产应当符合一定条件；投资非标资产应当遵守限额管理、流动性管理等监管标准；不得将资管产品资金直接投资于商业银行信贷资产；（3）不得直接或间接投资法律法规和国家政策禁止进行债权或股权投资的行业和领域；（4）不得通过为单一融资项目设立多只资管产品的方式，变相突破投资人数限制或其他监管要求，遵守多只资管产品投资同一资产的资金总规模上限；（5）每只资

管产品所投资资产的风险等级与投资者的风险承担能力相匹配，每只产品所投资资产构成清晰风险可识别，且应当控制投资证券、证券投资基金、上市公司股票等资产的集中度；（6）根据不同产品类型对资管产品设定负债比例上限，并且同类产品适用统一的负债比例上限，严控产品杠杆；（7）不得对公募产品和开放式私募产品进行份额分级，并且分级私募产品应当按照不同类型产品的风险程度设定分级比例，同时不得通过分级对优先级提供保本保收益的安排；（8）不得以资管产品的资金与关联方进行不正当交易、利益输送、内幕交易和操纵市场。资管产品投资本机构、托管机构及其控股股东、实际控制人或者与其有其他重大利害关系的公司发行或者承销的证券，或者从事其他重大关联交易的，应当建立健全内部审计机制和评估机制，并向投资者充分披露等等。

2. 进行信息披露。金融机构应当主动、真实、准确、完整、及时披露资管产品相关信息，包括但不限于募集信息、资金投向、杠杆水平、收益分配、托管安排、投资账户信息和主要投资风险等。当然，不同的资管产品类型还应当符合细化的信息披露内容以及信息披露周期、形式的规定。

3. 建立、完善管理体系与制度。（1）建立与资管业务发展相适应的管理体系和制度，公司治理良好，风险管理、内部控制和问责机制健全；（2）健全业务人员的资格认定、培训、考核评价和问责制度，确保从事资管业务的人员具有专业知识、行业经验和管理能力，对法律法规、监管规定以及资管产品的法律关系、交易结构、主要风险和风险管控方式进行充分了解，遵守行为准则和职业道德标准；（3）完善托管制度，并且对每只产品单独管理、单独建账、单独核算，不得开展资金池业务；（4）确保资管业务与其他业务之间、资管产品与代销产品之间、资管产品之间以及资管业务操作与其他业务操作之间相互分离；（5）对所投资资产情况予以广泛、持续性的关注，当出现投资风险或可能导致投资者损失的情形时及时采取相应法律措施；（6）金融机构委托其他机构进行投资的，也应当加强对受托机构的管理，受托机构也应当履行主动管理的职责并不得进行转委托；（7）对资管产品实行净值化管理；（8）强化资管产品久期管理，降低期限错配风险；（9）保存受托财产管理业务活动的记录、账册、报表和其他相关资料，以便投资者进行查阅等。

（三）终止阶段

资管产品到期或符合一定退出条件时，资管产品进入终止阶段，这一阶段管理人的尽职义务主要包括：

1. 按约分配收益。资管产品终止，金融机构应按照产品合同约定确定的收益分配方案，及时向投资者分配收益，当然，不能进行刚性兑付。

2. 向适格主体分配收益。通常应当将受托资金及收益返回投资者名下账户或是合同约定的受益人的账户。

3. 不得违规进行展期。对于约定了明确存续期限的资管产品，金融机构不得单方对产品存续期限进行延长，以拖延向投资者分配投资收益的时间。

三、管理人未履行尽职义务 的常见 情形及完善尽职义务履行的 建议

实践中，投资者常常基于如下情形主张管理人未履行尽职义务，金融机构应当不断完善尽职义务的履行，避免因“不尽职”导致投资者资产受损。

1. 未进行充分的尽职调查。实践中，不少金融机构业务人员为了“揽业务”，并不关心用资企业的实际经营状况、资产负债情况，不重视资管产品设立前的尽职调查工作，使得尽职调查成为了“走过场”，未能从源头上对风险进行把控。在某信托公司被投资者起诉的案件中，投资者提起诉讼的主要理由中就包括项目未做尽职调查。因此，金融机构应当重视尽调工作，建立及完善企业内部尽调工作制度，加强对工作人员的培训，对通过尽调发现存在风险的项目审慎进行投资或者不予投资。

2. 对合格投资者的资格认定存在问题。实践中，金融机构通常采取让投资者签订承



诺书的方式来认定投资者是否“合格”，但这一方式一直以来存在争议。投资者自己做出承诺，金融机构是否就无需采取措施对投资者是否适格进行认定？而且，如果金融机构需要采取措施，应当采取怎样的措施，比如，如何对投资者或是其家庭的金融资产金额进行认定，是通过评估还是其他方式。此外，资管新规明确了自然人投资者需要具备2年投资经历的要求，“投资经历”如何界定、如何判断，都是实践中需要解决的问题。这一难题的破解，一方面需要相关部门尽快出台细化的规定，另一方面也需要金融机构在实践中不断探索完善认定方式。

3.违反投资者适当性管理义务。实践中，在投资者进行投资前，金融机构通常会要求投资者填写调查问卷，通过问卷结果判断投资者的风险偏好类型以及风险承受能力，然后根据投资者所属的类型推介相应的产品。但在资管产品违约后，投资者往往会以金融机构向投资者销售与其风险识别和承担能力不符的资管产品导致投资者损失为由，将金融机构诉至法院。由此，需要金融机构细化、完善向投资者调查了解其风险承受能力的内容、方式，以便对投资者的风险承受能力进行更加准确的判断，避免将不合适的产品销售给投资者。

4.违规推介。违规推介是实践中被投资者诟病最多的行为之一。包括委托非金融机构代销产品，销售人员对产品承诺保本保息，销售人员未对产品的风险进行合理充分的提示和履行告知义务等。比如，在某信托公司发行的集合资金信托计划违约后，投资者起诉该信托公司未尽职的理由便是存在违规推介行为，通过高额回报、收益稳定、政府担保等口号夸大项目的投资价值，对不稳定因素和各种风险未进行明确提示或说明，诱使投资者做出错误判断。因此，实践中，应当加强对销售人员风险意识的培养，杜绝违规推介行为，同时严格规范做好录音、录像工作并保存好营销记录等。

5.违反信息披露义务。违反信息披露义务也是投资者诉管理人未履行尽职义务的“重灾区”。披露内容不全面、有选择性地披露、不及时进行披露等问题时常存在。在某信托公司被投资人起诉的案件中，投资人主张该信托公司从未真实、准确、完整地披露被投资企业的情况，并且在重大事项发生时未及时进行临时性披露致使投资者对无法取得预期收益的估计不足，未能及时通过行使信托合同规定的受益权份额转让，要求赎回等方式提前退出，丧失将资金投资其他领域获取收益的机会。因此，金融机构对信息的披露必须符合法定及约定的周期和情形，而且，披露内容必须全面、真实、准确、及时，以使投资者充分了解产品的运营情况，从而能够做出合理的判断并采取相应行动。

6.投资管理混乱。实践中，违反约定的用途、范围、方式进行投资，投资后未对项目保持应有的关注，未对资管产品进行单独管理，将资管产品间相互进行交易，违规设立资金池等行为时有发生。因此，管理人改变资金用途、投资范围应当在提前取得投资者同意的基础上，依法依规进行。同时，对每只资管产品进行单独管理，避免发生违规行为。此外，还应当要求用资企业或实际控制人等人员定期向管理人汇报企业及相关项目运营情况、资产负债情况，并且在用资企业或实际控制人等人员出现经营困难或其他影响投资者权益的情形时，及时采取行动，以避免或减少投资者损失。

7.违规处置资产，违规展期。管理人单方对产品进行展期，擅自将有固定期限的产品变更为无固定期限的产品，在与投资者约定以现金形式分配收益的情况下，不及时对资产进行变现处置等行为也较为常见。管理人调整产品期限，需按照合同约定进行，比如合同约定需要召开受益人大会或是以其他形式征得投资者同意的，应当通过该形式进行。此外，如果合同约定以现金形式分配收益的，资管产品到期前，管理人就应当做好将非以现金形式存在的资产变现的准备，以便产品到期后尽快将收益分配给投资者。

在当前金融强监管的背景下，金融机构应当按照资管新规等相关规定严格履行有关职责，切实担负起资产管理人的责任，这样才能使得投资者形成风险自担的健康的投资理念，我国的资管业务、金融业务才能进入一个良性循环，才能有效防止系统性金融风险的发生。

标准新时代，竞争新维度

——从实操角度解读新标准化法

■ 白宝恩 / 文

新修订的《中华人民共和国标准化法》（以下简称“新法”）已于2018年1月1日起施行。本次修订，对于我国标准化工作具有划时代和里程碑式的重要意义，将极大地促进我国标准化进程、提高我国产品和服务质量、提升人民物质文化生活的满意度。

本文主要是从标准合规的实操视角对本次修订进行解读并提出一些看法，供企业在实际生产经营活动中参考，以便更好地适应标准的新变化，满足标准的新要求，避免出现相关风险，并充分利用新法提供的新机会取得更好的发展。

一、三个重大变化

（一）新法解决了标准化法适用范围过于狭窄的问题，奠定了我国经济社会全面标准化的法律基础

修订前的《中华人民共和国标准化法》（以下简称“旧法”）在适用方面极为狭窄，只是规定在工业产品、建设工程和环境保护等领域需要统一的技术要求应当制定标准，而其他需要制定标准的项目，由国务院规定。根据《中华人民共和国标准化法实施条例》（国务院令第五十三号）和《中华人民共和国标准化法条文解释》（国家技监局令第12号），我们可以看到这些“‘其他需要制定标准的项目’，包括信息、能源、资源、交通运输的技术要求，交通运输和工农业生产、工程建设的管理技术要求，互换配合的技术要求”。但实际上，国务院各行业主管部门根据各自工作需要制定了数量庞大的行业标准，比如，国家质量监督检验检疫总局制定了4884项行业标准，公安部制定了2133项行业标准，国家新闻出版广电总局制定了190项行业标准。而这些标准并不属于旧法适用范围，也不是国务院规定的标准化项目，法律基础存在先天

白宝恩律师简介



京都律师事务所合伙人，在税务领域经验丰富，为国内大客户提供了大量涉及税务咨询、税务调查和税务行政复议等方面的服务；在外商投资领域，曾主办或参与了多个国际公司在境内企业设立、公司重组、并购事宜；在公司合规以及人力资源领域，曾为多个大型国际公司或机构提供相关法律咨询服务。

不足。

新法规定只要是“农业、工业、服务业以及社会事业等领域需要统一的技术要求”就可以制定标准，从而在根本上解决了标准覆盖面不足以及部分标准缺乏法律依据的问题，为标准大发展和我国经济社会全面标准化奠定坚实的法律基础。



新法体系下，标准由国家标准、行业标准、地方标准、团体标准和企业标准组成。根据是否具有强制性，国家标准可再分为强制性国家标准和推荐性国家标准，而行业标准和地方标准（除限定领域外）都归为推荐性标准。根据制定主体不同，国家标准、行业标准和地方性标准可归为政府标准，而团体标准和企业标准可归为市场标准。

（二）新法重新厘定各种标准的适用范围，并形成彼此相互衔接的标准化体系

新法体系下，标准由国家标准、行业标准、地方标准、团体标准和企业标准组成。根据是否具有强制性，国家标准可再分为强制性国家标准和推荐性国家标准，而行业标准和地方标准（除限定领域外）都归为推荐性标准。根据制定主体不同，国家标准、行业标准和地方性标准可归为政府标准，而团体标准和企业标准可归为市场标准。

与旧法体系下各级政府标准在适用范围上相互重叠不同（没有国家标准的，可以制定行业标准，没有国家标准也没有行业标准的，可以制定地方标准），新法对各级标准的适用范围做了重新设置和功能区隔，这体现在：强制性国家标准限于“保障人身健康和生命财产安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要的技术要求”；推荐性国家标准限于“满足基础通用、与强制性国家标准配套、对各有关行业起引领作用等需要的技术要求”；行业标准则是作为推荐性国家标准的补充而存在（在没有推荐性国家标准的情况下才制定），而地方标准将仅限于“为满足地方自然条件、风俗习惯等特殊技术要求”才制定。

与旧法规定在企业生产的产品没有国家标准和行业标准的情况下，应当制定企业标准并要求向标准化主管部门备案不同，新法非常重视市场标准，大幅提高了市场主体参与制定标准的自主性：在不低于强制性国家标准的前提下，新法一方面鼓励学会、协

会、商会、联合会、产业技术联盟等社会团体协调相关市场主体共同制定满足市场和创新需要的团体标准，由本团体成员约定采用或者按照本团体的规定供社会自愿采用；另一方面允许企业根据需要自行制定企业标准，或者与其他企业联合制定企业标准。无论是团体标准还是企业标准，均无须再向标准化主管部门备案，只需按法律规定向社会公开即可。企业可根据自身的实际情况选择适用推荐性国家标准、行业标准、自己的企业标准，或者在符合相关团体的要求的情况下，适用团体标准。

（三）建立标准化协调机制和强制性标准实施情况分析报告制度

我国标准管理实践中，不同层级标准之间内容相互重叠、指标相互冲突的问题最为严重也最为突出，尤其是地方标准与国家标准间、行业性标准存在冲突的情况比比皆是。尽管旧法希望通过标准替代机制（即公布一项国家标准后与其相应的行业标准即行废止，公布一项国家标准或行业标准后，与其相应的地方标准即行废止）加以解决，但实际执行情况却很不乐观，原因在于两方面：一方面自行废止机制本身缺乏行之有效的落实途径（标准化主管部门不会公布被废止的行业或地方标准，企业为避免被卷入纷争往往也不愿去判断和触碰）；另一方面是国家标准、行业标准与地方标准本身往往是标准名称和具体内容规范又不完全相同，难以直接取代，在要在每一条具体要求层面上进行判断才能得出结论。

其实，标准间的冲突往往与强制性标准相关（推荐性标准可以选择，问题不大），新法将强制性标准限缩到国家标准范围这一变革本身就在实体意义上大幅减少或避免了冲突的出现，而建立标准化协调机制则在程序上给出了解决路径，企业可以在遇到冲突问题时随时向标准化机构反馈并由其及时协调解决。

二、两个主要问题

（一）强制性标准改革存在保留项

新法对于强制性标准的改革并不全面和彻底，新法通过第十条第五款规定“法律、行政法规和国务院决定对强制性标准的制定另有规定的，从其规定”的方式，对既有的强制性标准制定模式做出了保留。根据《深化标准化工作改革方案》（国发〔2015〕13号，下称“13号文件”）的规划，保留项存在以下三种：

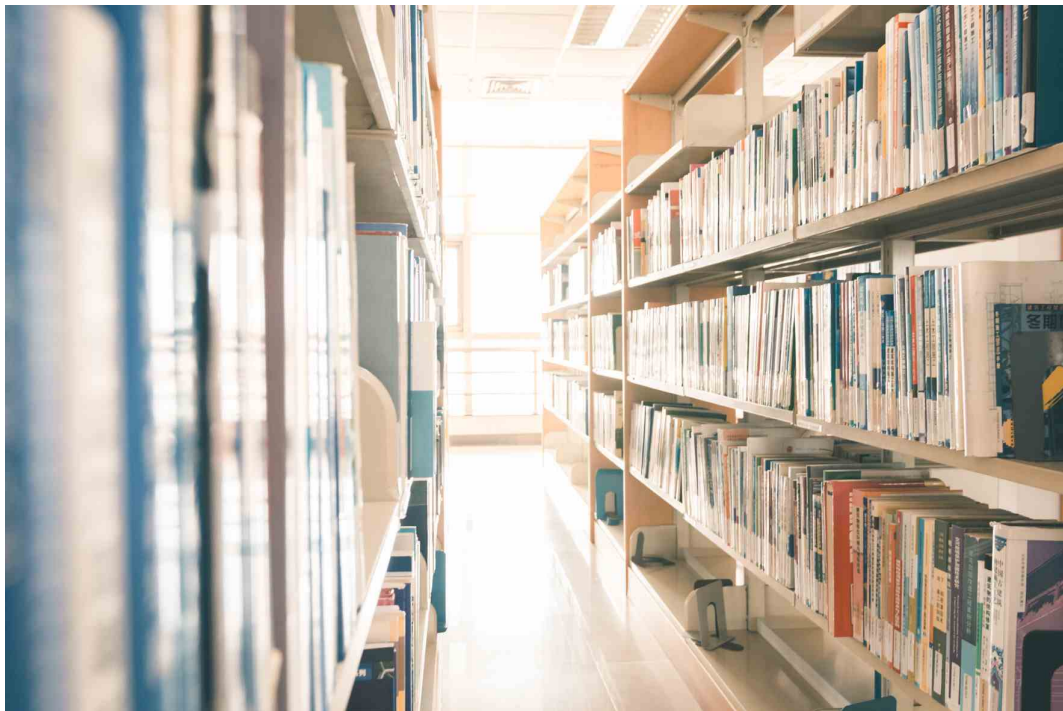
- 1.环境保护、工程建设、医药卫生强制性国家标准、强制性行业标准和强制性地方标准，按原有模式管理。
- 2.安全生产、公安、税务标准暂按原有模式管理。
- 3.核、航天等涉及国家安全和秘密的军工领域行业标准，由国务院国防科技工业主管部门负责管理。

军工标准不在探讨范围，我们暂且不提。新法在环境保护、工程建设、医药卫生等领域继续保留了原有管理模式，就意味着在这些领域中原有的强制性行业标准和强制性地方标准将会继续存在，新的强制性行业标准和强制性地方标准还会由于相关行政主管部门和地方政府（省级）制定而出现。换句话说，新法的变革并不彻底，而是根据

我国实际情况做了过渡安排，我们期望在不久的将来，能够结束这种双轨结构，所有的标准都统一到新法体系当中。

（二）标准体系还未完全理顺

根据13号文件精神，国务院标准主管部门、国务院有关行政主管部门以及省、自治区、直辖市人民政府标准化行政主管部门要对既有的强制性行业标准和地方性标准进行逐个甄别，视具体情况分别做出处理：或者整合成为强制性国家标准，或者保留为推荐性标准，或者予以公告废止。国家标准化委员会（以下称“标准委”）早在新法通过之前就已经着手相关工作，例如通过2017年第6号公告和2017年第7号公告分别废止了396项强制性国家标准和将1077项强制性国家标准转化为推荐性国家标准。但是，从目前查询全国标准信息公共服务平台（<http://www.std.gov.cn/>）的各种标准的情况来看，新法的完全落实还有相当长的路要走，这体现在以下两个方面：





1.部分行业标准和地方标准仍然显示为强制性标准，如行业标准《评定纺织品白度用样卡》（ZBW 0416-1989）和河南地方标准《珠宝玉石贵金属饰品》（B41/T436-2006）就是如此。这明显与新法第二条第二款的规定不符。

2.地方性标准中那些不属于地方性特殊要求的标准（如河南地方标准《珠宝玉石贵金属饰品》（B41/T436-2006））依然大量存在，这又与新法第十三条第一款规定不符。

理顺标准体系对于施行新法、建立全国统一大市场，以及释放企业积极性和能动性来说是一项核心基础工作，也是目前各标准制定主体最迫切最重要的任务。

三、给企业的建议

鉴于目前新法刚刚实施不久，标准体系仍未理顺，在标准适用上（除了那些保留原有管理模式的领域）特别要注意那些强制性行业标准和强制性地方标准的转化结果以及在这样的条件下如何选择执行标准方面的问题。具体而言，我们有以下建议：

（一）关注标准公共信息服务平台，及时了解标准动态

为了全面推行标准战略，国家建立了全国标准信息服务平台，网址：<http://www.std.gov.cn/>。关于各级各种标准的信息和动态都会在及时在平台上公布。建议企业，尤其是那些由于旧法体系下标准冲突而有合规方面问题的企业，对这一网络平台多加关注，很可能根据平台上发布的标准公告，之前的冲突已不存在或者有了解决方案。

（二）在新法条件下，重新评估和确定执行标准

以往由于强制性行业标准，特别是强制性地方性标准的存在，企业可能为了进入某一市场而不得不强行对自己的产品的某些性

能规格参数进行调整，以适应这些强制性标准的要求。而这一过程往往导致生产成本上升，产品整体性能下降等不利后果。现在由于强制性标准范围的调整，企业有机会在符合强制性国家标准的情况下，重新选择最适合自己的产品的标准，甚至根据自己产品的性能特点制定自己的企业标准，大大增加了企业的自主性和灵活性。企业一定要好好地把握和利用这样的机会，以最优状态投入市场竞争。

（三）按新法要求，公开企业执行标准

如果执行国家标准、行业标准、地方标准和团体标准的，企业应公开相应的标准名称和标准编号；如果企业生产的产品和提供的服务所执行的标准是本企业制定的企业标准，企业除了公开相应的标准名称和标准编号，还应当公开企业产品、服务的功能指标和产品的性能指标。这里的公开可以是在产品包装或服务说明上公开，也可以是在标准信息公共服务平台上的公开。

（四）可能的情况下，尽量制定自己的企业标准或者参与制定各级标准

对于技术领先的企业来说，除了选择和执行国家标准、行业标准、地方标准外，还应当主动制定或参与制定标准，即要尽可能地制定自己的企业标准，或者参与制定团体标准、行业标准，甚至国家标准。企业这样做，至少会在以下三个方面受益：

1.在符合国家强制性标准要求的基础上，以最贴合本企业生产工艺技术条件或者服务水平条件的标准组织生产或提供服务，从而以本企业成本质量最优状态将产品或服务投入市场；

2.技术领先的情况下，可以制定较高的企业标准或团体标准，通过在标准信息公共服务平台上公布或者在产品包装上注明功能和性能指示的方式突出显示，建立更高的企业质量信誉；

3.在技术领先的情况下，可以引领和提高行业标准和国家标准（尤其是强制性国家标准），为行业建立一个较高的门槛，促进行业整体技术进步和健康发展，并且避免和减少行业低水平重复建设和竞争。

新法不但在标准的制定上放开了企业手脚，更鼓励企业积极参与制定标准。将来的竞争，必将增加标准上的竞争这一维度，谁抢占了标准先机，掌握了标准制定权，谁无疑就掌握了竞争优势，掌握了通向成功的钥匙。✎

类REITs产品成“新宠”， 律师解读法律合规要点

■ 木煜 / 文

2018年4月，万科推出全国首个企业自持租赁住房项目——万科翡翠书院，这是2016年北京提出“鼓励房地产开发企业自持部分住宅作为租赁房源”后，入市的首批“企业自持租赁住房”，但该项目一经推出便因“月房租1.5万元起”和“十年租金180万元起”的高昂租金引发各方关注，并面临“以租代售”的质疑声音。与此同时，万科方面却对定价感觉十分委屈，万科曾对外披露一组数据：翡翠书院项目地价109亿元，建安成本、人力成本、资金成本和70年持有成本总共约50亿元。如此估算下来，项目总投入在160亿元左右。即使按照满租的情况，现有月租金标准带来的净运营收益回报率也不到3%。万科曾公开表示房地产信托投资基金（REITs）进展缓慢给租赁住宅项目推进带来了巨大资金压力。

而随着2018年4月25日，中国证监会、住房城乡建设部联合发布了《关于推进住房租赁资产证券化相关工作的通知》（下称“《通知》”），房屋租赁企业面临的融资渠道问题有望在一定程度上得以缓解。

两部委在《通知》中明确提出加快培育和发展住房租赁市场特别是长期租赁，支持专业化、机构化住房租赁企业发展，鼓励发行住房租赁资产证券化产品，并提出“试点发行房地产投资信托基金（REITs）”。本文便结合上述背景对国内长租公寓REITs项目在《通知》出台后可能面临的问题略加分析。

一、国际意义上的REITs （标准REITs）与我国的类REITs产品

REITs（Real Estate Investment Trusts）即房地产信托投资基金，是一种通过发行股份或受益凭证汇集资金，由专门的基金托管机构进行托管，并委托专门的投资机构进行房地产投资经营管理，将投资综合收益按比例分配给投

木煜律师简介



木煜，京都律师事务所合伙人，于2006年开始执业，其专业领域为法律顾问、投融资和资本运作、金融证券等领域的诉讼及非诉讼法律事务。执业期间，木煜律师担任多家大型企业的法律顾问，熟悉企业经营及日常运作模式，服务客户范围涵盖私募基金、政府投资平台、房地产、商业银行等多种类型。同时，木煜律师作为项目负责人成功办理了多起公司并购、债券发行、私募股权投资基金设立、公司改制及新三板上市等项目，在企业法律服务和投融资领域均具有丰富的实践经验。



投资者的一种信托基金。房地产信托投资基金通过集中投资于可带来收入的房地产项目，例如购物中心、写字楼、酒店及服务式住宅，以租金收入和房地产升值为投资者提供定期收入。REITs是由美国国会在1960年的不动产投资信托法案中定义并授权的。美国的REITs是一个业务聚焦在房地产领域的免税的特殊目的载体，可以是公司，也可以是信托。

北大光华《中国公募REITs发展白皮书》显示，国际意义上的REITs在性质上等同于基金，少数属于私募，但绝大多数属于公募。REITs可以封闭式或开放式运行，也可以上市交易流通，类似于我国的封闭式基金与开放式基金。REITs的主要特征体现在公开募集、流动性、税收中性、资产组合、主动管理、分红派息与杠杆政策等。

由于我国尚未制定严格意义上REITs的相关法律法规，因此目前在市场上发行的产品均是部分符合了国外成熟市场REITs的标准，

由于我国尚未制定严格意义上REITs的相关法律法规，因此目前在市场上发行的产品均是部分符合了国外成熟市场REITs的标准，因此称其为类REITs产品，该产品同成熟市场REITs产品相比在交易结构、税负水平、运营方式收入来源、收益分配方式、募集范围等方面均存在一定差异。

因此称其为类REITs产品，该产品同成熟市场REITs产品相比在交易结构、税负水平、运营方式收入来源、收益分配方式、募集范围等方面均存在一定差异。目前，我国大部分的类REITs产品均采用资产支持专项计划的形式，以向合格投资者募集资金、嵌套基金等方式直接或间接投资于不动产资产，尚没有发行公募REITs。

二、国内现有长租公寓的主要运营模式

现有长租公寓的运营模式，从资产集中度的角度，主要分为集中式长租公寓和分散式长租公寓；从资本运作的角度，主要有重资产运营和轻资产运营两种模式。

●集中式长租公寓

一般是指将整栋楼或物理上集中的房屋改造成为公寓楼，对外统一出租。集中式长租公寓因为房源集中，管理统一，节省人力，有助于提升资产价值。目前现有集中式长租公寓通常由商业、工业物业等非住宅物业改造而来，因而对运营商获取和改造物业的能力要求较高。市场上YOU+、冠寓、泊寓、魔方、窝趣、红璞、领寓国际、城家、自如寓以及新派公寓均为集中式长租公寓的代表。

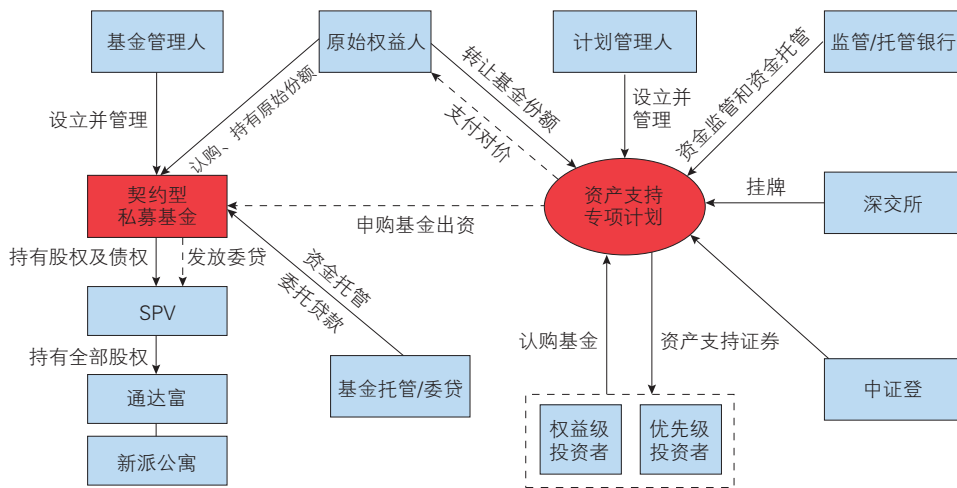
●分散式长租公寓

则是以房间为单位，分散于城市不同地段不同楼宇，由运营商将房源进行整合后提供整体的、标准化的改造与服务。分散式长租公寓大部分是从个人房东手中获得闲散房源(其中又以二手房居多)，房屋原来格局各有特点，并不统一。分散式长租公寓的产品层次更为丰富，但因服务

半径大，人员成本较高。市场上自如、相寓、青客公寓、优客逸家、爱上租、寓见、美丽屋、水滴、蘑菇公寓、蛋壳公寓均为分散式长租公寓的代表。

●重资产运营方式

指运营商通过自建、收购等方式获取并持有房源，对外出租，主要通过收取租金获取利益的模式。重资产运营对资金要求较高，要求运营商拥有融资优势，又具备物业改造能力，因此重资产运营模式下的房源多为集中式物业。



1 “新派公寓权益性房托资产支持专项计划”交易结构图

●轻资产运营方式

指运营商并不持有物业，而是通过长期租赁或受托管理等方式集中获取房源，通过转租（包括对物业升级改造后转租）获得租金价差和/或通过输出品牌、提供租务管理、物业管理等服务，获得管理报酬的模式。轻资产运营方式下的房源可能是集中式长租公寓，也可能是分散式长租公寓。

分析《通知》中提到的“重点支持住房租赁企业发行以其持有的不动产作为底层资产的权益类资产证券化产品”和“支持住房租赁企业依法依规将闲置的商业办公用房等改建为租赁住房并开展资产证券化融资”，可以看出本次的政策利好偏向于“重资产集中式”长租公寓，不过在长租公寓的运营领域，重资产运营和轻资产运营并不矛盾，反而是相辅相成的经营模式。

三、目前长租公寓权益类REITs采用的典型模式

以2017年10月11日在深交所正式获批发行的“新派公寓权益性房托资产支持专项计划”为例，该项目被称为国内首单权益型公寓类REITs，发行目标规模为2.7亿元，分为优先级和权益级两档。优先级资产支持证券发售规模为人民币1.3亿元；权益级资产支持证券发售规模为人民币1.4亿元。期限为5年，其中前3年为运营期，后2年为处置期。优先级资产支持证券评级为AAA，未借助第三方进行

增信。“新派公寓权益性房托资产支持专项计划”交易结构图如下：

该项目采用的是目前权益型类REITs的典型结构，即租赁物业的原始权益人设立私募基金，由私募基金直接或间接持有项目公司的股权，同时由私募基金向项目公司或项目公司股东发放委托贷款，项目公司持有标的物业；另行设立资产支持专项计划募集合格投资者的资金，用以收购和持有私募基金份额，进而持有项目公司股权及债权，间接享有标的物业产权。该资产支持专项计划的基础资产为私募基金份额，标的物业经营净收益用以分配资产支持证券投资人预期收益，基础资产的处置所得用以分配投资者本金。

四、《通知》发布后长租公寓项目REITs的风险关注要点

《通知》规定，发行住房租赁资产证券化产品应当符合下列条件：一是物业已建成并权属清晰，工程建设质量及安全标准符合相关要求，已按规定办理住房租赁登记备案相关手续；二是物业正常运营，且产生持续、稳定的现金流；三是发起人（原始权益



人)公司治理完善,具有持续经营能力及较强运营管理能力,最近2年无重大违法违规行为。结合上述条件以及住宅租赁项目的特殊性,长租公寓项目REITs应主要关注以下几个方面的风险。

(一) 基础资产合法合规问题

据报道,2018年2月,新派公寓运营的新国展店,因为签署长租租约前物业存在抵押,在运营过程中,物业被法院查封并强制执行,导致业主变更。因新业主与新派公寓未能就租金等达成一致,新业主将新派公寓运营的物业停水停电,严重影响了新派公寓的正常运营。

依据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》,租赁房屋在出租前已设立抵押权,因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的,承租人无权请求房屋受让人继续履行原租赁合同的。根据新派公寓案件公开的信息可知,其抵押在前,租赁在后,“买卖不破租赁”原则对其并不适用,根据相关司法解释,新派公寓很难维护自身权益。

由此可见,基础资产的合法合规是长租公寓类REITs产品设立的基石。根据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务信息披露指引》,管理人应当在计划说明书中披露有关基础资产的相关信息,包括但不限于基础资产的真实性和合法性、权利归属及其负担情况、基础资产构成情况、基础资产的运营及管理、风险隔离手段和效果等。

如物业资产为住房租赁企业自持所有,基本上可以避免权属及权利负担等问题,但如企业系通过先行购买物业再进行租赁,则在购买资产时仍需重点关注租赁物业的权属是否清晰、是否存在抵质押等权利负担或潜在纠纷、是否存在可能引发租赁合同无效的法律风险。同时,集中式长租公寓通常会面临对物业进行整体装修改造的问题,企业在此过程中应重点关注装修改造的审批手续、

消防验收、工程质量等可能对基础资产质量及安全标准造成影响的事项。

根据2017年7月18日,住建部下发的《关于在人口净流入的大中城市加快发展住房租赁市场的通知》(建房〔2017〕153号),鼓励住房租赁国有企业将闲置和低效利用的国有厂房、商业办公用房等,按规定改建为租赁住房;改建后的租赁住房,水电气执行民用价格,并应具备消防安全条件。因各地方对此执行的具体标准不同,企业在执行前述规定时应关注当地政府的具体规定,且关注当地对改建后住宅的配套设施设置是否有限制性规定。

(二) 土地使用权问题

住房租赁资产证券化,不论以何种业务模式,都是以住房租赁为载体,必然会涉及土地类型、土地使用权等问题。2017年8月28日,国土部和住建部发布了《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》的通知,宣布村镇集体经济组织可以自行开发,也可以通过联营、入股等方式建设运营集体租赁住房,而不必经过土地征收再招拍挂出让的过程。此次《通知》更是明确住房租赁资产证券化业务优先支持利用集体建设用地建设租赁住房试点城市的住房租赁项目。对于企业取得的在集体土地上建设的租赁物业,则需关注物业所使用的集体土地的性质,是否属于集体建设用地,是否符合《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》中的规定。

(三) 租赁备案问题

根据《商品房屋租赁管理办法》第十四条规定,房屋租赁合同订立后30日内,房屋租赁当事人应当到租赁房屋所在地直辖市、市、县人民政府建设(房地产)主管部门办理房屋租赁登记备案。现《通知》明确将租赁物业应已按规定办理住房租赁登记备案手续作为住宅租赁资产证券化项目开展的必备条件之一。因此,企业在将物业出租后应及时办理备案登记,并将租赁合同备案文件作为基础资产审查材料的一部分。

(四) 应收账款质押登记问题

按照REITs产品的结构设计,如涉及原始权益人将底层资产应收账款质押予专项计划或SPV的问题,根据《物权法》及《应收账款质押登记办法》,以应收账款出质的双方当事人应当订立书面质权合同,并须到信贷征信机构



办理出质登记后质权才设立，因此应关注底层资产应收账款质押是否已在人民行动产融资统一登记系统进行登记。

（五）重点产品条款

对于长租公寓REITs产品条款，应该重点关注账户设置体系、信用触发机制、增信措施安排、退出方式设计等方面。在账户设置方面，应关注现金流划转能否及时，回收款账户与上游账户是否对应真实交易，计划管理人对各账户是否具备有效的监管手段或查询权限等；在信用触发机制方面，应关注加速清偿条款、违约条款等是否对基础资产或原始权益人信用恶化有足够的灵敏度，相关条款触发后的后续动作是否具备可行性；在增信措施安排方面，应关注差额支付承诺、第三方担保等外部增信条款效力；在退出方式方面，应关注所设计的优先收购权人收购、REITs上市及第三方收购等方式是否具备政策方面的可执行性。

五、资管新规的修改对长租公寓REITs项目的影 响

2018年4月27日，经国务院同意，由中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局联合印发的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（下称“资管新规”）正式发布。

资管新规第三条明确规定，依据金融管理部门颁布规

则开展的资产证券化业务，不适用本意见。因此，对于资管新规中规定的期限匹配、多层嵌套和合格投资者认定等规则限制，对资产证券化产品均可以豁免。

综上，发展租赁住房，尤其是长租公寓，是建立租购并举住房体系的重要一步，长租公寓REITs能够拓宽住房租赁企业融资渠道，有助于盘活住房租赁存量资产、加快资金回收、提高资金使用效率，引导社会资金参与住房租赁市场建设。

2018年4月25日，《通知》发布当日，由华泰证券资管担当管理人的华泰佳越-中南寓见资产专项计划获深交所评审通过，成为国内首单由专业化机构托管的长租公寓类REITs。根据公开信息，截至2018年4月25日，深交所已通过7单住房租赁资产证券化产品，拟发行金额253.5亿元。

根据《通知》内容及发布背景，可以判断出，我国类REITs向标准REITs的转变很可能在以长租公寓为底层资产的证券化产品中首先取得突破。根据第一财经日报在2018年4月30日的报道，REITs法律监管体系的完善和税收制度的调整正在筹划中，相信关于标准公募租赁住房REITs试点发行的相关细则文件近期就会相继推出。✎



保险资金投资养老地产的合规性研究

■ 孟冰, 邓玮 / 文

一、保险资金投资的现状

(一) 保险资金统计数据及配置现状

根据保监会统计数据显示,近年来我国保险业发展大幅提速。截至2017年年底,保险保费收入为36581.01亿元,同比增长18.16%;总资产为167489.37亿元,较年初增长10.80%;净资产为18845.05亿元,较年初增长9.31%;保险资金投资余额为149206.21亿元,较年初增长11.42%。在保险资金(以下或简称“险资”)的投资方向中,银行存款占比12.92%;债券占比34.59%;股票和证券投资基金占比12.3%;其他投资占比40.19%。

从上述数据不难看出,险资的投资方向主要集中于银行存款或债券等低风险低收益的固定收益类资产,这是因为险资运用必须考量投资资金的安全性。相较于最大化净值,险资的配置逻辑往往是:在尽可能满足资产负债与久期匹配、流动性要求与风险资本要求的前提下,最大化长周期收益率(注:久期也称持续期,是指债券各期现金流支付所需时间的加权平均值)。其中,资产负债与久期匹配往往通过投资期限确定、收益固定、风险极低的固收类资产完成配置。因此,作为最核心的资产,固收类资产甚至可占比80%以上,而其他类别的投资品仅作为整体资产配置中的浮盈工具。目前险资投资方向较为传统单一,行业整体投资收益率约为5.77%,同比其他类别金融机构的投资收益率尚有较大的增值空间,这也为险资寻求新的投资风口奠定了基础。

(二) 险资投资新风口——养老地产

我们认为,养老地产正是险资投资的下一个风口。保险机构进军养老地产有诸多优势,总结起来主要有如下3点。

1. 我国面临老年时代,养老需求陡增

自1999年进入老龄社会以来,我国60岁以上的老年人口以年均3%的速度递增,其中80岁以上的高龄老人逾1100万,

孟冰律师简介

孟冰,京都律师事务所律师高级合伙人。1994年开始从事律师工作,1998年加入京都律师事务所,执业二十余年,办理了大量诉讼和非诉讼业务。孟冰律师担任多家公司和机构的法律顾问,如光大银行总行、中信银行总行、国电联合动力公司、国寿地产公司、中交地产公司、香港APMG公司等,并协助这些企业完成诸如常规业务审核、土地使用权转移或获取、股权转让、资产并购、市场推广、争议解决等法律问题的处理。孟冰律师代理了大量由最高人民法院、中国国际经济贸易仲裁委员会审理的疑难案件,大多获得了胜诉或和解的结果。



并以年均5%的速度递增。截至2017年年底,我国60岁以上人口达2.41亿,65岁以上人口达到1.58亿,是世界上唯一一个老年人口过两亿的国家。而老龄人口占比也从2000年的7%上升至2017年的11.4%。据估算,到本世纪中叶,我国60岁以上的老年人口将达到4.4亿左右,约占亚洲老年人口总数的36%,占世界老年人口总数的22.3%,80岁以上老人超过1亿,其中失能老人增加至9750万。可以说,中国的老年人口规模之大,老龄化速度之快,高龄人口数量之多,都是世界人口发展史上前所未有的,曾经的人口红利已逐渐转换成沉重的养老负担。然而,无论是福利性养老地产,亦或是营利性养老地产,国内养老地产的开发供应量都严重不足。根据

全国老龄工作委员会的预测，2030年我国养老产业的规模有望达到22万亿元，前景可观，巨大的商业潜力等待开发。

2. 险资投资的稳定性要求恰能匹配养老产业所需的长周期，养老地产与保险产品捆绑可获双赢

由于保险资金具有体量大、回报要求低、投资周期长的资金性质，相较于其他来源的资金更适合投资养老地产。一般而言，保险公司寿险资金中约有48%是20年以上的长期资金，25%为5年至20年的中期资金。鉴于寿险负债久期多为15年，往往与养老地产10年以上投资回报周期不谋而合。实践中，地产商对于房地产开发的预售时间往往只有2-3年，若保险公司能将产品与社区居住权相结合，把地产运营的预售期提前至自然人中年投保时，便可直接对接产品端与投资端，提前锁定已购保险入住者的现金流。这一合作模式使社区开发资金能够在早期回笼，有利于经营的稳定性。资产长短错配的时间优势也能够更好地满足险资对于投资回报长期与稳定性的需求。另一方面，保险公司大量长期资金需要寻找具备稳定回报的投资方向，养老地产经营稳定，周期波动小，更多与人口结构变化有关，可预期性强，现金流稳定。加之养老保险产品与当地养老地产的客户群高度一致，也利于寿险产品的销售与养老地产的灵活经营。

3. 保险企业投资养老地产能打通保险业上下游产业链通道，进一步挖掘投资潜力

养老社区向上衔接养老险、护理险、医疗险等保险产品，向下可带动下游的老年医疗、护理服务、老年科技产品等产业，能够有效延长产业链，实现从摇篮到天堂的个人生命周期全覆盖。目前国内保险公司介入养老地产多采取自建养老社区的形式，即拥有所有权，出租居住权。自建“独立王国”也意味着更大的商业空间，比如保险机构可通过持续引进建设医疗护理等配套设施与机构，或发行专项保险产品支持实体机构运营等措施将高净值客户吸入，并将其主要消费行为固定在自有社区内，进一步挖掘投资潜力。

二、保险资金投资养老地产的政策背景

养老地产脱胎于不动产，与不动产业的发展息息相关。而养

邓玮



京都律师事务所实习律师。

老产业作为传统意义上的福利事业，一直较易获得政策支持。2018年3月5日，李克强总理所做的政府工作报告就10次提及“养老”。毫无疑问，政策利好将为险资介入养老地产保驾护航。

(一) 中央与地方大力鼓励养老产业，完善建设多层次的养老体系

1. 中央相关养老政策

早在2011年9月，国务院印发的《中国老龄事业发展“十二五”规划的通知》中就关于老年社会保障的主要任务，提及要发挥商业保险补充性作用。2013年9月，国务院印发了《关于加快发展养老服务业的若干意见》，针对养老服务业的投融资提出政策导向：要吸引更多民间资本，培育和扶持养老服务机构和企业；要逐步放宽限制，鼓励和支持保险资金投资养老服务领域；要开展老年人住房反向抵押养老保险试点，鼓励养老机构投保责任保险，保险公司承保责任保险。其中的“发展目标”更是指出，到“2020年，全国社会养老床位数达到每千名老年人35-40张”。在比例设定上，国务院规划中对于机构养老占全养老格局的要求为3.5%以上。而国外发达国家的前述比例一般为5%-7%，我国的机构养老尚处于新兴成长阶段。2014年6月保监会出台了《关于开展老年人住房反向抵押养老保险试点的指导意见》。2015年4月发改委办公厅又印发了《养老产业专项债发行指引》，出台相关金融类措施，将募集资金占养老产业项目总投资比例由60%放宽至70%。对于保险行业的远景规划，在2015年1月由保监会和发改委共同印发的《中国保险业信用体系建设规划（2015-2020年）》中指出：“到2020年，保险业信用制度体系、信用评价基本规则和标准体系要完成基本建立。”

2016年是关键的一年，它既是我国“十三五”规划开局之年，更是养老产业发展的关键之年。该年3月通过了《国民经济和社会发展第十三个五年规划（2016-2020年）》（以下简称“《十三五规划》”）将发展养老服务业的指导性意见融入《十三五规划》的发展中，从顶层设计上突出了养老产业的地位。2016年7月，民政部、发改委出台《民政事业发展第十三个五年规划》，明确了未来5年要重点发展医养结合型养老机构，鼓励医疗机构将护理服务延伸至家庭、社区和养老机构，建设医养结合试点项目。中央出台的



政策内容已逐步由往年的宏观引导转为着眼于专项领域，尤其是对养老领域发展的引导。关于养老金融、医养结合、土地、人才、技术及服务等专项政策正逐步完善。

纵观2016年全国及地方省市关于养老产业“十三五”相关发展规划的各项措施，不得不提国家对土地的政策支持。根据《物权法》第149条的规定，“住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期”。在《国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》也做出了同样回应。国家对于土地使用权期满后自动延期的确认，及时打消了保险公司对于房屋长期产权风险的担忧，也为后续养老挂钩地产提供了基础保障。2016年初，国土部发布的《关于下达〈2016年全国土地利用计划〉的通知》中就明确提出要逐步减少新增建设占用耕地，加大盘活存量用地和补充耕地，落实最严格的耕地保护制度和节约用地制度。同年10月，民政部、发展改革委等11部门也联合印发了《关于支持整合改造闲置社会资源发展养老服务的通知》，明确提出要推动闲置社会资源整合改造，为养老服务业发展提供更大支持，为扩大养老服务消费提供更多保障。11月，国务院办公厅印发《关于进一步扩大旅游文化体育健康养老教育培训等领域消费的意见》，将整合改造闲置社会资源发展养老服务列为了全面提升养老消费

的重要举措之一。在供给侧结构性改革的导向下，盘活存量用地和闲置资源将成为缓解养老设施供应的主要渠道，未来养老金融或许将上升至国家战略层面。

自《十三五规划》后，从中央到地方出台养老政策的频率更为频繁，支持力度也变大。2017年6月21日，国务院常务会议部署促进分享经济健康发展，确定加快发展商业养老保险的措施，助力老有所养，鼓励商业养老保险资金以投资新建、参股、托管等方式兴办养老机构，支持发展适应养老机构经营管理风险要求的责任保险。2017年7月4日国务院办公厅发布的《关于加快发展商业养老保险的若干意见》也指出：要更好地发挥政府引导和推动作用，给予商业养老保险发展必要政策支持，创造良好政策环境。到2020年，基本建立商业养老保险体系，让商业养老保险成为个人和家庭商业养老保障计划的主要承担者。2017年8月21日财政部、民政部、人社部联合发布《关于运用PPP模式支持养老服务业发展的实施意见》则要求地方政府运用多种方式，包括授权经营、资本金注入、土地入股、运营补贴、投资补助等对养老项目进行支持，允许社会资本配套建设符合规定的医院、康养中心、疗养院及附属设施等经营性项目，提高项目综合盈利能力。

表1：中央发布重要养老政策一览（部分）

发布部门	发布时间	政策文件
国务院	2006-02-09	《国务院办公厅转发全国老龄委办公室和发展改革委等部门关于加快发展养老服务业意见的通知》
全国人大	2011-03-14	《十二五规划纲要》，鼓励社会资本兴办具有护理功能的养老服务机构，提倡“适居养老”概念。
国务院	2011-09-17	《中国老龄事业发展“十二五”规划的通知》，在关于老年社会保障的主要任务中，提及要发挥商业保险补充性作用。
国务院	2013-09-06	《关于加快发展养老服务业的若干意见》，保障养老服务设施用地供应，规范养老用地开发服务管理。
住房和城乡建设部、国土部、民政部、全国老龄工委	2014-01-28	《关于加强养老服务设施规划建设工作的通知》，提高认识，合理规划，强化监督，开展检查。
国土部	2014-04-17	《养老服务设施用地指导意见》，出让或租赁养老服务设施用地，可设定抵押权，减缓资金压力。
民政部、国土部、财政部、住建部	2014-05-28	《关于推进城镇养老服务设施建设工作的通知》，加强居家和社区养老服务设施建设。
保监会	2014-06-17	《关于开展老年人住房反向抵押养老保险试点的指导意见》，拓宽养老保障资金渠道，有利于保险业进一步参与养老服务业发展。

发布部门	发布时间	政策文件
发改委、民政部、财政部、国土部、住建部、卫生计生委、人行、税务总局、体育总局、银监会	2014-09-12	《关于加快推进健康与养老服务工程建设的通知》，加快养老服务体系建设和。
商务部	2014-11-14	《关于推动养老服务产业发展的指导意见》，扩大养老服务产业规模，推动养老服务产业化发展。
国务院	2014-11-16	《关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见》，积极推进养老等事业单位，完善优惠政策。
国土部、住建部	2015-03-25	《关于优化2015年住房及用地供应结构促进房地产市场平稳健康发展的通知》，增加养老产业用地。
发改委	2015-04-07	《养老产业专项债券发行指引》，加大债券融资方式对健康与养老服务重大投资工程与养老健康消费等领域的支持力度。
卫生计生委、民政部、发改委、财政部、人社部、国土部、住建部、老龄办、中医药局	2015-11-18	《关于推进医疗卫生与养老服务相结合的指导意见》，建立健全医疗卫生机构与养老机构机制。
国务院	2015-11-19	《国务院关于积极发挥消费引领作用加快培育形成新供给新动力的指导意见》，引领养老服务消费升级。
一行三会、民政部	2016-03-21	《关于金融支持养老服务业加快发展的指导意见》，要积极创新专业金融组织形式，探索建立养老金融事业部制、组建多种形式的金融服务专营机构。
商务部	2016-07-14	《商务发展第十三个五年规划纲要》，养老服务将从深度便利化、行业融合、大众化社区综合服务等方面着重发力。
民政部	2016-07-06	《民政事业发展第十三个五年规划》，全面建成以居家为基础，社区为依托，机构为补充、医养结合的多层次养老服务体系，创新投融资机制。
人社部	2016-06-27	《关于开展长期护理保险制度试点的指导意见》
保监会	2016-07-15	《关于延长老年人住房反向抵押养老保险试点期间并扩大试点范围的通知》
民政部、财政部	2016-07-13	《关于中央财政支持开展居家和社区养老服务改革试点工作的通知》，安排中央专项彩票公益金，通过以奖代补方式，进行居家和社区养老服务改革试点。
民政部、发改委	2016-09-06	《关于开展以公建民营为重点的第二批公办养老机构改革试点工作的通知》，以公建民营为重点，开展第二批公办养老机构改革试点工作。
民政部、发改委、教育部	2016-10-9	《关于支持整合改造闲置社会资源发展养老服务的通知》，明确提出推动闲置社会资源整合改造，为养老服务业发展提供更大支持。
中央全面深改小组	2016-10-11	《关于全面放开养老服务市场提升养老服务质量的若干意见》，全面放开养老服务市场。
中共中央、国务院	2016-10-25	《“健康中国2030”规划纲要》，确立了“以促进健康为中心”的“大健康观”“大卫生观”。
国务院	2016-11-20	《关于进一步扩大旅游文化体育健康养老教育培训等领域消费的意见》，将整合改造闲置社会资源发展养老服务列为了全面提升养老消费的重要举措之一。
/	2016-12	中央工作经济会议推动养老保险制度改革。



发布部门	发布时间	政策文件
国务院	2017-03-06	《“十三五”国家老龄事业发展和养老体系建设规划》
国务院	2017-05-16	《关于支持社会力量提供多层次多样化医疗服务的意见》，放宽市场准入，简化优化审批服务，促进投资与合作。
/	2017-06-21	国务院常务会议部署确定加快发展商业养老保险的措施，鼓励商业养老保险资金以投资新建、参股、托管等方式兴办养老机构。
国务院	2017-07-04	《关于加快发展商业养老保险的若干意见》，部署推动商业养老保险发展工作。
工信部、民政部、卫计委	2017-07-27	《关于开展智慧健康养老应用试点示范的通知》，支持建设一批示范企业、示范街道、示范基地。
财政部、民政部、人社部	2017-08-21	《关于运用PPP模式支持养老服务业发展的实施意见》，鼓励运用政府和社会资本合作模式推进养老服务业供给侧结构性改革。

2. 地方政府相关养老政策

上至中央，下至地方政府，各方均意识到了养老问题的紧迫性与养老产业的巨大空间。地方政府可谓诚意十足，通过包括金融扶助、场所保障、税费减免、财政补贴在内的多种方式支持养老发展。

北京：根据2017年5月4日北京市民政局、北京市财政局印发的《北京市街道（乡镇）养老照料中心建设资助和运营管理办法》，2020年除偏远山区乡镇外，每个街道（乡镇）要建设一所养老照料中心。新建和改扩建项目每新增一张床位资助2万元，最高资助300万元。鼓励开发适老社区、腾退厂房校舍优先用于养老、保障房试点，老人与子女同步进

房、养老卡覆盖范围扩大至60岁、创设长期照护保险制度。

上海：要建立形成“3-2-1”三级老年医疗护理机构布局，以护理院、护理站、养老机构设置医疗机构为三大托底、老年医学专科和区域老年医疗中心为两大支撑、上海市老年医学中心为一大引领，按照户籍老年人口数1.5%的标准推进老年护理床位建设，其中医疗机构和养老机构设置的老年护理床位各占0.75%。

福建：发布《福建省加快推进健康与养老服务工程建设行动计划（2015-2020）》，确定2017年度健康与养老服务工程重大项目158个，续列项目108个，新增项目50个，总投资543.5亿元。

表2：地方政府发布重要养老政策一览（部分）

发布区域	发布时间	政策文件
北京市	2016-05-18	《北京市支持居家养老服务发展十条政策》
北京市	2016-07-19	《关于贯彻落实<北京市居家养老服务条例>的实施意见》
北京市	2016-08-30	《北京市“十三五”时期老龄事业发展规划》
北京市	2017-05-17	《北京市街道（乡镇）养老照料中心建设资助和运营管理办法》
上海市	2017-03-02	《上海市老年医疗护理服务体系发展“十三五”规划》
福建省	2016-08-04	《关于加快推进城乡社区居家养老专业化服务的通知》《“十三五”社区居家养老服务补短板实施方案》
福建省	2017-06-15	《加快推进居家社区养老服务十条措施》《进一步促进养老机构健康发展十条措施》
广东省	2016-05-10	《关于做好开发性金融支持社会养老服务体系建设的通知（征求意见稿）》
广东省	2016-08-08	《养老服务体系“十三五”规划（征求意见稿）》
河北省	2017-07-17	《河北省人民政府办公厅关于进一步扩大旅游文化体育健康养老教育培训等领域消费的实施意见》
江西省	2016-10-13	《江西省推进全省养老服务设施建设》
云南省	2016-09-12	《云南省养老服务体系建设“十三五”规划》
南京市	2017-06-18	《关于开展社区居家养老综合护理中心建设试点的意见》
合肥市	2017-04-05	《合肥市“十三五”养老服务业发展规划》
成都市	2017-04-10	《成都市养老服务业发展“十三五”规划》

在政策和地方政府支持的背景下，商业养老保险发展潜力巨大，产品养老化创新将成为未来保险业的发展趋势。

（二）政策利好中的新亮点

1. 国家试水老年人住房反向抵押，鼓励保险挂钩养老社区

2014年6月23日保监会发布《关于开展老年人住房反向抵押养老保险试点的指导意见》设立了北京、上海、广州以及武汉四个试点城市，为期2年，投保人群为60岁以上拥有房屋完全独立产权的老年人，单个保险公司业务规模不得超过总资产的一定比例。与之前的“以房自助养老”和“倒按揭”，或者“反向住房抵押贷款”等提法不同，上述文件明确将以房养老定义为老年人住房反向抵押“养老保险”，确立了产品的保险属性，将巨大的养老融资市场划拨给保险公司。

2. 寿险费率提高保险业收入

2013年8月2日保监会发布的《关于普通型人身保险费率政策改革有关事项的通知》，开启了寿险费率放开的新轨

道。根据该通知，寿险费率改革试点先从放开普通型人身保险预定利率开始，不再执行2.5%的上限限制。普通型人身险评估利率从2.5%上升到3.5%，同时保监会对国家政策鼓励发展的养老保险业务实施差别化的准备金评估利率，支持保险公司参与多层次养老保障体系建设。改革后新签发的普通型人身保险保单法定责任准备金评估利率，不得高于保单预定利率与3.5%的较小者，意即养老年金的评估利率可上调至4.025%，幅度不可谓不大。政策大幅调高保险的收益加强了保险产品的长期性和保障性，体现出保险与其他理财产品的异质性，较高的费率也将提升行业整体收入。

3. 投资渠道解缚，险资进入不动产领域监管放松

在保监会关于保险机构投资的具体政策中，2014年1月23日保监会向保险及保险资管公司下发了《关于加强和改进保险资金投资比例监管的通知》，明确保险资金投资监管将实施大类比例监管，减少了针对具体投资品种的投资比例限制。

表3：保险资金比例征求意见稿新旧对比

旧规定项目	旧规定比例	新规定大类	新规定比例	新规大类包括
活期存款 政府债券 央行票据 货币基金	>=5%	流动性资产	>=5%	包括现金、货币型基金、活期存款、通知存款、剩余期限不超过1年的政府债券和准政府债券、逆回购协议等
举例：无担保非金融企业（公司）债	<=50%	固定收益类资产		包括普通定期存款、协议存款、具有银行保本承诺的结构性存款、剩余期限在1年以上的政府债券和准政府债券、金融企业（公司）债、非金融企业（公司）债、债券型基金等
股票 股票型基金	<=20%			包括股票、股票型基金、混合型基金等上市权益类资产，以及未上市企业股权、股权投资基金等未上市权益类资产
未上市企业股权 股权投资基金	<=10%	权益类资产	<=30%	其中，投资上市权益类资产的账面余额，不高于本公司上季末总资产的20%，投资非上市权益类资产的账面余额，不高于本公司上季末总资产的10%
非自用型不动产 基础设施债权计划	<=20%	不动产类资产	<=30%	包括基础设施投资计划、不动产及不动产投资相关金融产品，以及房地产信托投资基金（REITs）等境外品种
理财产品、信贷资产支持证券、集合资产信托计划、专项资产管理计划和项目资产支持计划	<=30%	其他金融资产	<=20%	包括商业银行理财产品、银行业金融机构信贷资产支持证券、信托公司集合资金信托计划、证券公司专项资产管理计划、保险资产管理公司项目资产支持计划、没有银行保本承诺的结构性存款等

资料来源：公司数据、招商证券



根据原规定，保险公司购置自用性不动产和重大股权投资可使用资本金、资本公积金、未分配利润等自有资金，购置非自用性不动产投资和非重大股权投资，可以运用自有资金、责任准备金及其他资金。而本次新规则大幅放开资金来源限制，改为保险公司投资购置自用性不动产的账面余额，不高于本公司上季末净资产的50%。这无疑为险资进入地产领域增添了资金筹码。

回顾政策历史不难发现，自2010年8月保监会发布《保险资金投资管理暂行办法》至今，险资投资政策历经多次松绑。而各项比例上限中唯一持续放松监管的就是不动产领域。从最初完全禁止险资投资不动产，到2010年投资不动产不得超过公司上季末总资产10%的投资比例，投资不动产相关的金融产品不得超过3%的投资比例，再到2012年7月不得超过公司上季末总资产的20%的投资比例，再到2014年2月不得超过总资产的30%的投资比例，险资投资不动产的投资比例不断增加。但作为本次新规中唯一一个比例调升的大类资产，其发展却极其缓慢。目前全行业在不动产领域的投资占比不足1.5%。比肩美国、英国、日韩三地区的不动产投资比例分别为1%~4%、4%~8%、3%~9%，该领域尚属于蓝海市场。

4. 打造养老产业“9073”新格局

为应对老龄化，国家提倡“9073”的养老目标，即90%的老年人居家养老，7%的老年人社区养老，3%的老年人机构养老。早在2007年，上海市就已宣布计划在“十一五”期间构建“9073”的养老新格局。此后又陆续出台了《上海市人民政府关于加快发展养老服务业推进社会养老服务体系建设的实施意见》《上海市养老设施布局专项规划》《上海市养老护理人员队伍建设（专项）规划（2015-2020年）》等规划。继上海后，北京也效仿上海做法提出“9064”格局，要求4%的老年人在机构养老。成都也在2011年底提出了《成都市城乡养老事业发展“十二五”规划》，到2015年要初步形成“9073”养老格局。各地区为打造这一养老格局，均对需要外界力量的3%的部分推出专项政策加以支持。

以成都为例，在《成都市加快社会化养老机构发展的意见》中，政府对参与养老事业的社会化养老机构在项目用地保障、财政资金补贴以及相关费用减免方面给予了全方位政策扶持。具体包括：

- （1）用地保障：对2013年底前确定的社会化养老机构建设项目用地，优先安排年度用地计划指标。
- （2）财政补贴：统一补贴标准，对新建的社会化

养老机构，将按照每张床位1万元的标准给予一次性建设补贴。对利用社区设施、自有资产改（扩）建的社会化养老机构，按照新建（增）一张床位5000元的标准给予一次性建设补贴。对社会化养老机构收住成都户籍老年人的，还将按照每人每月100元的标准给予服务性床位补贴。

三、保险资金投资养老地产的方式

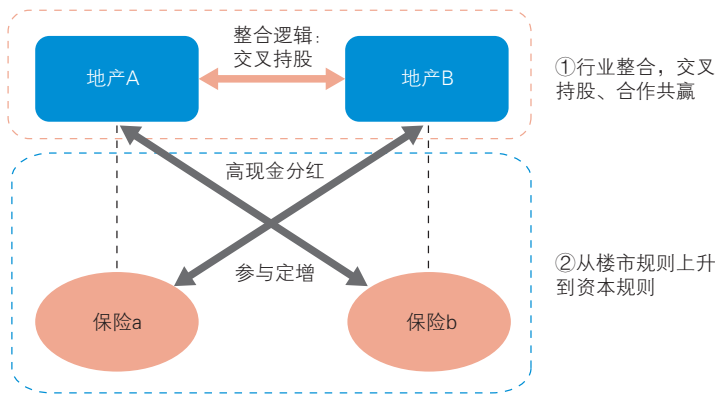
（一）保险与地产的传统合作模式

保险业与地产业具备天然的联动潜力。目前保险与地产行业的结合模式主要有以下几种：

1. 直接投资上市房企的股权。例如金地集团、万科A、南湖中宝、金融街、华侨城A等上市房企的股东中，都有保险公司的身影。

2. 通过购置商业地产、物业获取租金回报，为运营这些自用物业，险企通常设立房地产子公司。保险机构热衷于收购运营成熟、租约较长的商用物业，以便能和保险资金到期兑付的现金流匹配。仅2014年就有超过20家保险公司合计控制了超过100家非保险类子公司，这些非保险类子公司中最多的正是房地产类公司，数量超过50家，占据所有子公司的半壁江山。

3. 交叉持股模式是指地产公司A/B下设保险公司a/b，再用保险公司b对地产公司A融资、保险公司a对地产公司B融资，让保费通过资本市场流向房地产领域。同时，地产公司需要提高分红率作为回报，将保险公司b/a投入到地产公司A/B的资金再导回资产负债表和现金流量表。近年市场频现“地产公司成立保险公司、保险公司举牌地产公司”这一现象的原因也在于此。新版交叉持股模式及交叉现状可参考如下图：



资料来源：华泰证券研究所

经梳理确认，截至2018年3月26日，地产公司通过设立或收购方式持有保险公司股份的部分案例列表如下：

表4：地产公司下设的保险公司

地产公司	设立的保险公司	注册资本 (亿)	出资额 (亿)	持股比例
深圳市中洲置地有限公司	爱心人寿保险股份有限公司	17	2	11.76%
新华联控股有限公司	三峡人寿保险股份有限公司	10	2	20.00%
重庆迪马工业有限责任公司（重庆市迪马实业股份有限公司的子公司）	三峡人寿保险股份有限公司	10	1.5	15.00%
广东珠江投资控股集团有限公司	珠江人寿保险股份有限公司	67	20.2	38.55%
深圳市盈德置地有限公司	富德生命人寿保险股份有限公司	117.52	17.95	15.27%
北京中关村科学城建设股份有限公司	农银人寿保险股份有限公司	29.5	6.49	21.99%
江西恒茂房地产开发有限公司	百年人寿保险股份有限公司	77.95	2	8.48%
大连一方地产有限公司	百年人寿保险股份有限公司	77.95	2	8.48%
大连国泰房地产开发有限公司	百年人寿保险股份有限公司	77.95	0.9	3.82%
黑龙江中兵矿业投资集团有限公司	弘康人寿保险股份有限公司	10	0.57	19.00%
恒大地产集团（南昌）有限公司	恒大人寿保险有限公司	10	39.39	50.00%
新华联控股有限公司	亚太财产保险有限公司	40	8	20.00%
北京金融街投资（集团）有限公司	长城人寿保险股份有限公司	28.14	3.12	13.28%
北京金昊房地产开发公司	长城人寿保险股份有限公司	28.14	3.27	13.90%

可以看到，上述几种合作模式均源自较为传统的保险+地产的组合逻辑。保险机构买入地产股的理由也较为直接，主要包括：（1）保险资产体量大吞并能力强。大资金买重资产并不是重视投资收益率而是着眼于投资收益。地产股也需要足够的体量来吸纳保险的大量资金。（2）回报率稳定。一方面地产股是较高分红的价值型蓝筹股，高股息能提供稳定收益。另一方面，保险买入高净资产价值折价的地产公司，也是一笔相当划算的买卖。按照一般房企2-3年的开发年限、4-5年的结算年限，不考虑新增拿地，4-5年后房企将成为纯现金公司，不应对其二级市场估值打折扣。（3）保险业与地产业联动潜力巨大。尽管保险业目前在养老、社区等方面的合作并没有特别成功的案例，但两大龙头行业的合作无疑将激发“1+1>2”的商业潜力。此外，近期REITs（房地产信托投资基金）已开始新的试点，保险和地产或许可借此尝试新的合作模式。

（二）保险与地产的创新合作模式——养老地产

保险与地产的创新合作模式着眼于养老地产。养老地产作为一种房地产混合开发模式，通过向老年群体在特定区域内提供定制化的居住、餐饮、护理、医疗、康复等服务，打造接近于高端住宅但标准更为特殊的养老产业集群，将住宅地产、商业地产和高端服务三者有机结合。目前市场上的各大保险机构也纷纷布局养老产业。

1. 泰康人寿打造：“保险与医养实体跨界结合”的新兴战略

我国保险产品与养老社区挂钩的创新商业模式首单于2012年4月底问世，泰康人寿将其命名为“幸福有约终身养老计划”。该计划由泰康人寿的“乐享新生活养老年金保险（分红型）”保险和泰康之



家的“入住养老社区确认函”共同组成（泰康之家是泰康人寿设立的专业从事养老社区投资与经营的子公司）。项目通过将传统的养老保险与现代的养老社区相结合，为客户提供涵盖养老财务规划和养老生活安排的一揽子解决方案。据《投资者报》报道：首单的基本条款为43岁开始缴费十年，每年交38万元，70岁开始进入养老，在养老院可以从70岁养到95岁，95岁可以把本金还给投保人。泰康模式将养老居家与保险紧密联系，提前为客户锁定居住成本，以保险方式抵御房租涨价的风险。

2016年，泰康进军西南地区。当年9月，泰康之家·蜀园正式对外开放。11月，泰康保险集团与云南省人民政府签署战略合作协议。蜀园项目填补了西南地区高品质医养市场空白，落地实践“医养融合”模式，提供活力康复、记忆障碍及长期照护康复等服务，已于2018年年初正式投入运营。2017年1月，泰康之家·粤园在广州萝岗开业运营。目前泰康之家已在北京、上海、广州、三亚、苏州、武汉、成都、杭州等多个重点城市开展项目，形成“三亚看海、阳澄观湖，龙坞望山”的泰康特色八城联动养老社区布局。

此外，2016年11月，泰康还与国际先进养老社区管理者NorthStar Realty Finance Corp.（北星地产金融公司）签订合作协议，进军国际医养市场。

2. 中国人寿的“大资管、大健康、大养老”战略

针对养老社区，中国人寿也开发出一系列与其对接的保险产品，客户除享有正常的保险保障之外，还享有保证入住权、优先入住权、费用减免权、体验入住权四大权益。中国人寿首个养老养生基地——国寿（廊坊）生态健康城于2011年11月在河北廊坊开工，占地约4平方公里，计划通过养生产业总部管理及商业区、医疗产业区、养生居住区、活力居住区等功能片区的建设。该项目被确定为河北省2011年重点建设项目。到2016年5月，中国人寿旗下健康养老品牌“国寿嘉园”面世，该项目位于苏州阳澄湖半岛，被命名为“国寿嘉园·雅境”。中国人寿与华为公司还举行了智慧养老联合创新实验室签约仪式，今后将在智慧养老创新方面展开多项合作，构建具有中国人寿特色的健康养老服务创新模式。此外，中国人寿也联手美国最大的非上市养老运营机构魅力花园公司，尝试共同建设复合型养老养生社区。

3. 新华保险的新华家园健康管理中心

新华保险将开发养老和健康产业列入公司发展的重点。目前新华保险在西安、武汉建立的两个健康管理中心项目，在北京延庆和密云建设两个养老项目。另外，新华保险还计

划独资设立新华家园尚谷（北京）置业有限责任公司，作为延庆养老社区前期建设工作的开发主体。延庆养老核心区已于2017年12月正式揭牌，集合居家、社区、机构三种养老模式，可为老人提供健康护理、养老助餐、紧急呼叫、生活照料、精神关怀、文化娱乐等“一站式”服务。按预测，该项目投资收益在6.5%以上，超过长期保险投资收益率。新华特色是将终身寿险而不是年金险与地产相结合，并允许非被保险人入住社区，通过先开发高净值客户，量少以保证入住率，价高以速成现金流，逐步开发围绕旅游和气候主题的候鸟式度假养老社区，达到与各地保费的协同效用。

4. 合众人寿的持续健康退休社区

2012年11月，合众人寿推出一款分红型两全保险，凡是在2012年11月20日至2013年11月19日期间投保并最终承保合众人寿优年养老定投两全保险（分红型）且保费达到约定标准的保险客户，在未来可以享受由合众健康产业武汉合众优年生活养老社区提供的增值优惠入住养老社区的服务。合众通过被保险人入住社区后保险金额增值返还的方式将保单与地产联系在一起，其特色是依托地产股东背景，选在二线省份建立社区，建筑面积和客户容量远大于其他公司，定位中端养老，门槛稍低。合众人寿推出的这项合众优年生活·持续健康退休社区借鉴美国CCRC养老模式，核心理念是家的氛围，已获取的土地区域包括沈阳、武汉、合肥、南宁等。

合众人寿也是与海外合作的先行者。2015年10月，合众人寿与美国Summit Healthcare REIT公司合资收购美国南卡罗来纳州、俄勒冈州和弗吉尼亚州的6处养老社区，成为我国保险资金出海收购养老社区的第一个成功案例。2016年11月，合众人寿联合信泰资本、Welltower, Inc发起一笔约9.3亿美元（约合人民币63.24亿元）的投资，用于收购美国13个州的39家养老护理社区。2016年12月底，合众人寿斥资2亿元收购了长三角地区共7家养老院，成为国内首家收购养老院股权的保险公司。

5. 中国太平集团的候鸟式养老

“太平梧桐人家”是中国太平集团投资兴建的首个养老社区旗舰店，目前与中国太平推出的终身年金养老保险产品“悦享金生”进行捆绑式的销售，即购买“悦享金生”或达到一定标准的新款养老产品，前5000名客户可获得保证入住资格和有限入住资格。入住后，返还的年金可以冲抵养老费用。2015年11月，保利地产和太平人寿达成战略合作，在健康养老产业进行全面合作；2016年6月，太平养老产业管

理有限公司与美国水印公司合资组建的太平水印（上海）养老企业管理有限公司正式成立，对接中国太平上海“梧桐人家”大型养老社区项目。2016年12月，中国太平保险集团与一方集团合作的太平一方大健康产业股权投资基金正式成立，总规模为8亿元。

四、保险资金投资养老地产的问题与困难

保险机构投资养老地产虽然好处多多，但因缺乏直接规范养老地产的相关法规，目前投资各方仍处于探索阶段，这就给实操带来一定困难。鉴于养老地产应归类于不动产的大类范畴，此处参照监管部门对于不动产的相关规定分析如下：

（一）保险资金可以投资不动产的有关规定

根据2010年9月5日保监会印发的《保险资金投资不动产暂行办法》（以下简称“《投资不动产暂行办法》”），其中明确规定保险资金能够投资不动产，其中的不动产是指

土地、建筑物及其他附着于土地上的定着物。因此，保险资金可以投资基础设施类不动产、非基础设施类不动产及不动产相关金融产品。根据2010年9月5日保监会印发的《保险资金投资股权暂行办法》，保险资金直接投资股权，仅限于保险类企业、非保险类金融企业和与保险业务相关的养老、医疗、汽车服务等企业的股权。意即允许保险资金直接投资养老企业的股权。

根据前述文件，保险资金可以投资符合国家规定的不动产及不动产相关金融产品，且险资直接进入养老领域也已获得相关政策支持。

（二）保险资金投资不动产的问题与困难。

尽管如此，险资投资不动产仍存在诸多问题与困难，主要包括：

1. 险资不得直接参与房地产开发建设，禁止销售不动产

《投资不动产暂行办法》在明确险资可投资不动产领域的同时，也明确指出：禁止保险公司投资开发或者销售商业住宅、禁止直接从事房地产开发建设（包括一级土地开发）；禁止投资设立房地产开发公司或投资未上市房地产企





业股权（项目公司除外），禁止以投资股票方式控股房地产企业。而已投资设立或者已控股房地产企业的保险机构应当限期撤销或者转让退出。2012年7月16日保监会发布的《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》规定保险公司投资不动产，不得以投资性不动产为目的，运用自用性不动产的名义，变相参与土地一级开发。保险公司可以根据需要，自主调整转换自用性不动产和投资性不动产，但应当在30个工作日内及时向中国保监会报告。上述各文件均规定险资不得直接参与房地产开发建设。

在2018年1月26日，保监会围绕服务实体经济、防控金融风险、深化金融改革三项任务完成《保险资金投资管理暂行办法》的修订工作，出台了《保险资金投资管理办法》（以下简称“《管理办法》”）。《管理办法》自2018年4月1日起实施，明确指出险资投资的白名单包括投资设立不动产、基础设施、养老等专业保险资产管理机构，投资应符合保监会比例监管要求。险资投资的黑名单包括投资不符合国家产业政策的企业股权和不动产、直接从事房地产开发建设以及向他人提供担保或者发放贷款（个人保单质押贷款除外）等行为。

回归到养老地产，目前我国常见的养老地产盈利模式分为：（1）持有型，即项目的产权仍在经营者手里，出售使用权给消费者，运营模式又细分为押金制、会员制、保单捆绑制。（2）销售型，即经营者直接出售房产。（3）出售与持有相结合型，即仅就部分房产进行销售。鉴于保监会的相关规定，险资不得直接参与房地产开发建设，禁止销售不动产，我们建议保险公司采取第一类的持有型盈利模式，争取通过长期自持以保障项目的管理效果和服务水平，并根据市场反应调整运营策略，积累项目口碑和知名度，获取持续稳定的投资回报。

2. 养老地产使用土地需见缝插针，分散型养老致使土地性质混乱

由于过往部分企业曾以“养老设施”之名行“地产开发”之实，靠养老故事圈地销售后留下“养老地产”空转，消极运营，2014年4月23日国土资源部出台《养老服务设施用地指导意见》，明确规定养老用地的属性及出让方式。养老服务设施用地登记为医卫慈善用地，出让最高年限50年，不是房地产开发用地的，转变土地性质必须缴纳土地出让金。防范以养老用地为名变相“圈地”“囤地”，带医院的项目一次供地不能超过5公顷，不带医院的项目一次供地不能超过3公顷。营利性养老服务设施用地，原则上以租赁方

式为主。鼓励盘活存量用地用于养老设施，已建成住宅小区增加非营利养老设施建筑面积的可不增收土地款。显然，政府并不鼓励占地规模动辄上千亩的“集中型”或“圈地型”养老，而是鼓励“居家型”“社区型”“分散型”养老，这也与我国“十三五”规划结合国情提出要“建立以居家为基础、社区为依托、机构为补充的多层次养老服务体系”要求相匹配。《关于运用PPP模式支持养老服务业发展的实施意见》中重点鼓励的三类养老项目均为分散型。

但实践中养老项目用地性质混乱，目前已建成和已运营的项目的用地五花八门。如太平梧桐人家、上实瑞慈花园、上海鸿泰乐景璟会为医疗慈善用地；北京福山寿海为工业用地；绿城乌镇雅园为住宅用地；万科随园嘉树为旅游用地；远洋椿萱茂、万科幸福汇为商住用地；杭州金色年华为政府划拨公共事业用地，北京太阳城一期为划拨土地，二三期低价配套取得土地；北京将府庄园为租赁集体土地，北京爱慕家租用军产建筑设施改造；北京曜阳国际因红十字会参与，按公益项目取得70年产权。可以说，养老项目土地来源五花八门，随机性较强。用地性质的不规范可能导致项目在建设开发中日照采光、楼板强度等建设指标存在弹性空间，后续运营中也存在税收、物业管理、公共事业等收费难以统一的问题，加大了项目投资开发风险。

因此，监管机构虽进一步放开险资投资不动产的限制，但未出台清晰明确的操作指南，养老地产哪些能做哪些不能做尚处于摸索阶段。

五、保险资金投资养老地产的合规要求

鉴于立法状态模糊不清，而养老地产属于不动产的范畴，我们根据现有法律法规对险资投资不动产的相关规定，及“法无禁止皆自由”的原则，总结出我国险资投资养老地产实操要点如下：

（一）保险机构开展不动产投资，需满足资质条件，不动产投资的形式以及用途应当符合保监会的规定

根据2010年9月5日保监会下发的《保险资金投资不动产暂行办法》，保险机构的资质要求包括公司治理、投资能力、团队要求、最低偿付能力、最低净资产及近三年是否存在违规行为等。具体包括：建立完善的公司治理、管理制度、决策流程和内控机制；实行资产托管机制，资产运作

规范透明；资产管理部门拥有不少于8名具有不动产投资和相关经验的专业人员，其中具有5年以上相关经验的不少于3名，具有3年以上相关经验的不少于3名；保险公司投资股权或者不动产，不再要求上一会计年度盈利，上一会计年度净资产的基本要求均调整为1亿元人民币计算；偿付能力充足率的基本要求调整为上季度末偿付能力充足率不低于120%；具有与所投资不动产及不动产相关金融产品匹配的资金，且来源充足稳定；最近三年未发现重大违法违规行为等。

（二）保险公司投资不动产项目需委托进行开发建设

根据2012年7月16日，保监会下发的《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》，保险公司应当明确投资人定位，委托具备相应资质的开发机构代为建设，不得自行开发建设投资项目，直接参与一级开发建设，不得将保险资金挪作他用。

（三）险资介入不动产投资的基本方式包括债权、物权与股权

根据《投资不动产暂行办法》的有关规定，保险资金投资不动产，除政府土地储备项目外，可以采用债权转股、债权转物权或者股权转让等方式。投资方式发生变化的，应当按照本办法规定调整管理方式。保险资金以多种方式投资同一不动产的，应当分别遵守《投资不动产暂行办法》的规定。

据此，总结险资进入地产行业的各方法如下：

1. 以债权方式投资不动产

用债权投资的逻辑较为简单，值得一提的是2017年5月4日保监会发布了《关于保险资金投资政府和社会资本合作项目有关事项的通知》，明确保险资金可以通过基础设施投资计划的形式，向PPP项目公司提供融资。投资计划可以采取债权、股权、股债结合等可行方式，投资一个或一组合格的PPP项目。此外，若投资计划涉及一带一路、京津冀协同发展

展、长江经济带、脱贫攻坚和河北雄安新区等符合国家发展战略的重大项目的，保监会将建立专门的业务受理及注册绿色通道。我们相信监管标准的完善将带给险资极大的参与热情，预计在政策持续利好的带动下，未来将会有越来越多的保险资金和社会资本参与PPP项目融资。

2. 以物权方式投资不动产

2016年5月4日保监会在印发的《保险公司资金投资信息披露准则第4号：大额未上市股权和大额不动产投资》中允许保险公司在境内外通过物权或持有项目公司股权的方式开展大额未上市股权投资和大额不动产投资。此处的大额不动产投资，是指直接投资境内不动产和以物权方式投资境外的单项不动产金额累计超过50亿元，或者以股权方式投资境外单项不动产，权益投资金额累计超过10亿元。

3. 以持有项目公司股权方式投资不动产

保险公司可以通过用自设项目公司或入股地产公司已设的项目公司，通过项目公司直接持有不动产的方式完成不动产投资。实践中，以入股地产公司旗下的项目公司的形式完成投资的居多。

保险公司持有项目公司股权时，应注意被投资公司应是境内依法设立和注册登记，且是未上市的股份有限公司或有限责任公司。拟投资的项目公司应当为不动产的直接所有权人，且该不动产为项目公司的主要资产。项目公司应当无重大法律诉讼，且股权未因不动产的抵押设限等落空或者受

损。同时，项目公司不得对外进行股权投资。保险公司还要规范项目公司名称，限定其经营范围，派驻董事、高级管理人员及关键岗位人员，并对项目公司的股权转让、资产出售、担保抵押、资金融通等重

若投资计划涉及一带一路、京津冀协同发展、长江经济带、脱贫攻坚和河北雄安新区等符合国家发展战略的重大项目的，保监会将建立专门的业务受理及注册绿色通道。我们相信监管标准的完善将带给险资极大的参与热情，预计在政策持续利好的带动下，未来将会有越来越多的保险资金和社会资本参与PPP项目融资。

大事项发表意见。

此外，保险公司投资未上市企业股权的账面余额，不高于本公司上季末总资产的5%；投资股权投资基金等未上市企业股权相关金融产品的账面余额，不高于本公司上季末总资产的4%，两项合计不高于本公司上季末总资产的5%。直接投资股权的账面余额不超过本公司净资产，除重大股权投资外，投资同一企业股权的账面余额，不超过本公司净资产的30%；



在保险公司持有项目公司股权的方式投资时还需经过评估。根据2017年9月28日保监会发布的《保险资金投资内部控制应用指引（第5号）（征求意见稿）》的规定，保险机构投资不动产时，应收集与项目相关的基本资料，并对项目进行充分的评估。保险机构自用性不动产转换为投资性不动产的，应当符合投资性不动产的相关规定，并经过必要的授权和决策。保险资金直接投资股权，应当聘请有关专业机构，提供尽职调查、投资咨询及法律咨询等专业服务。

（四）险资投资的不动产的权证要求应清晰明确，但养老地产不受限制

保险资金投资的不动产也有相应权证要求。不动产应当产权清晰，无权属争议，相应权证齐全合法有效；地处直辖市、省会城市或者计划单列市等具有明显区位优势的城市；管理权属相对集中，能够满足保险资产配置和风险控制要求。保险资金可以投资不动产包括：（1）已经取得国有土地使用权证和建设用地规划许可证的项目；（2）已经取得国有土地使用权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证的在建项目；（3）取得国有土地使用权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证及预售许可证或者销售许可证的可转让项目；（4）取得产权证或者其他权证的项目；（5）符合条件的政府土地储备项目。

而保险资金采用债权、股权或者物权方式投资的不动产，仅限于商业不动产、办公不动产、与保险业务相关的养老、医疗、汽车服务等不动产及自用性不动产。且通过物权方式投资只能投资前述（3）-（4）的不动产资产；通过股权方式投资只能投资前述（1）-（4）的不动产资产，债权方式投资可以选择（1）-（5）的不动产资产。值得关注的是此处的规定对养老地产进行了豁免，投资养老不动产不受第十一条关于不动产权证齐全的相关限制。尽管如此，有关投资也必须遵守专地专用原则，不得变相炒地卖地，不得利用投资养老和自用性不动产（项目公司）的名义，以商业房地产的方式，开发和销售住宅。投资养老、医疗、汽车服务等不动产，其配套建筑的投资额不得超过该项目投资总额的30%。

此外，保险资金投资不动产，除（5）政府土地储备项目外，可以采用债权转股权、债权转物权或者股权转物权等方式。投资方式发生变化的，应当及时调整管理方式。

（五）保险公司投资股权和不动产应符合内部规范

保险公司在投资股权与不动产时，应当制定完善的管理

制度、操作流程、内部控制及稽核规定，防范操作风险、道德风险和利益输送行为，杜绝不正当关联交易和他项交易。保险公司高级管理人员和相关投资人员，不得以个人名义或假借他人名义，投资该公司所投资股权或不动产项目。

（六）保险公司投资不动产的资金要求

保险公司重大股权投资和购置自用性不动产，除使用资本金外，还可以使用资本公积金、未分配利润等自有资金。保险公司非重大股权投资和非自用性不动产投资，可以运用自有资金、责任准备金及其他资金。

（七）险资投资不动产5年内不可转让

保险资金投资不动产，需要合理安排持有不动产的方式、种类和期限。以债权、股权、物权方式投资的不动产，其剩余土地使用年限不得低于15年，且自投资协议签署之日起5年内不得转让。此处的例外原则为当保险公司内部转让自用性不动产，或者委托投资机构以所持有的不动产为基础资产，发起设立或者发行不动产相关金融产品的除外。

六、关于合规性的结论

综上，保险资金在投资不动产，尤其是养老地产时，我们总结了“一鼓励一红线，两允许两禁止”原则。“一鼓励一红线”是指国家鼓励险资投资养老地产，禁止保险公司从事不动产销售。“两允许两禁止”是指允许险资投资不动产资产，投资房地产项目公司，禁止险资投资未上市房企股权，禁止控股上市房企。

具体来说即国家鼓励保险机构进入不动产投资领域，但禁止保险机构越俎代庖，从事房地产企业的不动产的一级开发与商业销售。在具体投资方式上，允许保险机构投资不动产资产与房地产项目公司。允许投资不动产资产是指允许保险机构直接持有投资土地或者建筑物；允许投资房地产项目公司是指保险机构可以通过设立专门的房地产项目公司或通过入股房企下设的项目公司投资于某个固定的房地产项目，但该项目公司不得向外再次投资。项目公司与普通房企的区别在于，它的成立完全服务于某个项目，自身并不是一个完整的房地产企业。禁止险资投资未上市房企股权，禁止控股上市房企的监管要求是因为险资作为特殊的资金主体，若允许地产、保险两大资金直接往来互持，投资综合的房地产企业，将为监管带来诸多障碍。

应当依法规定律师介入留置程序

■ 朱勇辉 / 文

2018年3月20日，第十三届全国人大第一次会议通过了《中华人民共和国监察法》。这是国家法治的进步，是国家深入开展反腐败工作的需要，是推进国家治理体系和治理能力的有力举措。

在监察法的条文中，没有律师介入监察工作的相关规定。那么，律师能否介入监察工作，尤其是律师能否会见被采取留置措施的被调查人（特指对涉嫌职务犯罪公职人员的留置，不包括对严重职务违法公职人员的留置），成为各界关注的话题。本文对监察法规定的留置措施进行了相关解读，提出应当让律师介入监察工作，并探讨了通过立法让律师介入留置程序的可能性。

一、监察法中关于留置的相关规定及问题

（一）留置的决定和批准机关

监察法第二十二条规定采取留置措施须“经监察机关依法审批”，第四十三条规定“由监察机关领导人员集体研究决定”，还规定了设区的市级以下监察机关采取留置措施要报上一级监察机关批准，省级监察机关决定留置的要报国家监察委备案。

从上述审批的相关严格规定看出，立法机关在立法本意上对留置措施的适用还是持严格控制和慎重态度的。当然，留置是不是能被慎用，还需在实践中进一步观察。

朱勇辉律师简介



朱勇辉，京都律师事务所主任，2000年在京都律师事务所专职从事律师工作至今。执业十余年来专注于刑事辩护，办理国内各省市刑事案件数百起，积累了丰富的工作经验，被《方圆律政》杂志誉为京都“刑辩八杰”之一。朱勇辉律师办理的多位著名企业家涉嫌犯罪的案件备受社会关注，对公司、企业的刑事法律风险有深入了解，担任多家公司的刑事法律专项顾问，曾在美国纽约大学法学院参加刑事辩护培训，被聘为北京大学法学院“刑事辩护实务”暨北京市律师协会“北大刑辩课堂”课程授课律师、中国青年政治学院法学院“刑事辩护律师实务”课程任课教师，并曾被聘为北京吉利大学法学院客座教授、美国国际司法桥梁（IBJ）“刑事辩护培训专家”。

（二）留置的对象

根据监察法第二十二条第二款，有三类人可以被留置：第一类人是监察对象中被立案调查、有留置必要的被调查人；第二类人是涉嫌行贿犯罪的涉案人员；第三类人是共同职务犯罪的涉案人员。其中第二类、第三类人特别值得关注，这两类人可以是公职人员，也可能不是公职人员。从理论上讲，任何人都可以被留置，而不要求他必须是公职人员，因为只要他涉嫌第二类、第三类人情，就都可以被留置，包括党员、非党员，干部、非干部，公权人员、非公权人员，中国人、外国人。外国人在中国行贿，监察机关也可以对其留置。所以留置的对象很广泛。

（三）适用留置的条件

根据监察法第二十二条，留置只有在特定的条件情形下才可以适用。

首先，被调查人系“涉嫌严重职务违法或者职务犯罪”。所以，对因一般职务违法而被立案调查的人，不适用留置措施。

其次，监察机关“已经掌握其部分违法犯罪事实及证据”。这里须注意立法用词是“事实及证据”，不是线索，也即一般被举报但尚未掌握证据的，不得先行适用留置。

其三，必须具有如下四种情形之一：一是涉及案情重大、复杂的；二是



需要特别注意的是，虽然监察法规定了监察机关对被调查人采取留置后的通知义务，但又规定了一个“但书”，即存在除外的情形，并且这个“除外”并非针对特定罪名，是一律可以除外。

可能逃跑、自杀的；三是可能串供或者伪造、隐匿、毁灭证据的；四是可能有其他妨碍调查行为的。

（四）决定留置的流程

监察法第二十二条第一款只是规定了“经监察机关依法审批，可以将其留置在特定场所”，也就意味着监察机关只要审批之后就可以依法对被调查对象进行留置。当然，留置被调查人也要根据监察机关的立案程序，遵守一定的流程。

首先是立案。根据监察法第三十八、三十九条，这分两步走，第一步要经过核查组的初步核实，然后第二步按规定的权限和程序立案。在被正式立案之前，那些仅仅被举报、尚处于初步核实阶段的人，是不应该被留置的。

其次是专题会议研究决定。根据监察法第三十九条第二款，立案后，监察机关要“召开专题会议，研究确定调查方案，决定需要采取的调查措施”。而留置显然属于调查措施中的一种，可见，在立案后的“专题会议”召开并研究决定之前，留置不得适用。

具体的留置程序可能在将来会有类似“监察法实施细则”或者“具体适用监察法的若干问题的解释”之类的细化的法律规范加以规定。

（五）留置的通知

监察法第四十四条规定：对被调查人采取留置措施后，应当在二十四小时以内通知被留置人所在单位和家属，“但有可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供等有碍调查情形的除外”。需要特别注意的是，虽然监察法规定了监察机关对被调查人采取留置后的通知义务，但又规定了一个“但书”，即存在除外的情形，并且这个“除外”并非针对特定罪名，是一律可以除外。尽管从条文看，监察法规定通知为原则，不通知为例外，但仍然让人担心在实践中“不通知”会不会成为普遍的做法，因为监察机关办案人员显然不愿意承担被调查人“毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串

供”等有碍调查行为的责任。而如果留置后一律不通知，后果会比较严重。一个人突然“失踪”，没回家，电话也不通，家人不知道他去哪儿了，是不是出车祸了还是溺水死了，问谁都不告诉你，无法进行查询。如果这样，这恐怕说是一个倒退，因为相比较而言，刑法中的拘留、逮捕都有比监察法中的留置有更加强制性的通知义务。

好在监察法第三十九条规定了“立案调查决定”应当向被调查人家属通知，并向社会公开发布，这一条没有“但书”的规定，也就是要求一律通知。但遗憾的是，该条款没有规定立案调查决定通知家属的具体时间和期限，则实践中监察机关能不能及时履行通知义务，还有待观察。如果办案单位能及时对家属通知立案调查决定，那么被调查人在被调查期间如果哪天突然不见了，家属还可以推定他可能是被监察机关留置了。其实，对监察机关规定一个留置后的强制通知义务是必要的，因为万一被调查人在被调查期间突然自杀了、逃跑了，家属不知道，以为人还在监察机关留置，可能引发矛盾和纠纷。

（六）留置的时间

根据监察法第四十三条，留置的时间不得超过三个月，在特殊情况下，可以延长一次，延长时间不得超过三个月，即留置总共不能超过六个月。省级以下监察机关延长留置时间的，需报上一级监察机关批准。

从上述规定看，留置时间以三个月为原则，以六个月为特殊。可见立法原意同样是控制留置的延长适用的。当然，实践中何为“特殊情况”，将来需要明确，否则，这种“特殊情况”也有可能成为常态。

（七）决定留置后未到案的后果

根据监察法第二十九条，依法应当留置的被调查人如果在逃，监察机关可以决定通缉，由公安机关发布通缉令，追捕归案。

（八）留置场所的设置、管理和监督

根据监察法第二十二条第三款，对留置场所的设置、管理和监督问题，监察法只是规定“依照国家有关规定执行”，没有做具体的规定，应该说这是一个缺陷，急需明确。我们看到，在监察法第三十三条第三款规定了“以非法方法收集的证据应当依法予以排除，不得作为案件处置的依据”，第四十条第二款规定了“严禁以威胁、引诱、欺骗及其他非法方式收集证据，严禁侮辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚被调查人和涉案人员。”应当说，这些规定都有非常积极的意义，体现了法治精神和保障人权的原则，但是，如果没有对哪些场所可以成为留置场所、如何对留置场所进行管理以及如何有效防止以非法方法收集证据等问题进行具体规定，监察法良好的立法本意就可能无法很好的得到落实，实践中就有可能在留置环节中出现以非法方法收集证据的问题，被调查人的合法权益保障问题将面临一定考验，因此，建议对涉嫌犯罪的被调查人的留置应该在看守所进行。如果留置场所不是在看守所，如何对留置进行有效的管理和监督，是我们应当充分重视的问题。

二、留置的性质和律师介入的必要性

（一）留置的性质

有观点认为，监察机关不是司法机关，监察调查不是刑事诉讼中的侦查活动，而是独立的监察活动，适用监察法而不适用刑法。应该说，这样的看法并无问题，但从监察调查替代刑事侦查的功能来看，其实也可以把监察机关对职务犯罪案件的调查活动理解为是另一种形式的侦查活动，或者说本质上是一种侦查活动，从这个意义上讲，留置就可以被认为是刑事侦查活动中的另一种形式的强制措施。这可以从监察法在以下几个方面的规定来得到印证。

1. 调查后直接移送起诉机关，不再设立侦查机关

根据监察法第四十五条第一款第（四）项，“犯罪事实清楚，证据确实充分的，制作起诉意见书”，“移送人民检察院依法审查、提起公诉”。可见，职务犯罪案件经监察机关调查后，直接移送起诉，不再经过其他环节，也即以监察机关取代了侦查机关。

2. 调查的证据直接在司法中作为证据使用，无需转化

根据监察法第三十三条第一款，监察机关依法收集的各类证据材料“在刑事诉讼中可以作为证据使用”。而我们

知道，在刑事诉讼法中，侦查机关之外的有关机关取得的材料，在刑事诉讼中并非一律直接使用，有的是需要转化的，但现在监察机关取得的材料则是无障碍使用，可见，监察机关的调查实际是一种司法取证行为。

3. 调查的证据标准与司法中使用的证据标准相同，没有区别

根据监察法第三十三条第二款，“监察机关在收集、固定、审查、运用证据时，应当与刑事审判关于证据的要求和标准相一致”。应当说，从二者的“要求和标准相一致”，看出二者功能相同。

4. 如果涉及非法证据同样排除，没有例外

根据监察法第三十三条第三款，“以非法方法收集的证据应当依法予以排除，不得作为案件处置的依据”。这也与刑事诉讼法相关规定一致。

5. 留置时间折抵的刑期，与拘留、逮捕相同

根据监察法第四十四条第三款，被留置人员被判刑的，“留置一日折抵管制二日，折抵拘役、有期徒刑一日”。留置时间折抵刑期的计算与刑法关于刑事侦查中拘留、逮捕强制措施羁押期折抵方法相同，可见立法者认为监察中的留置的人身羁押性与刑事侦查中的拘留、逮捕相同，比指定居所监视居住更严厉（指定居所监视居住两日才折抵拘役或有期徒刑一日）。

从监察法的上述规定理解，可以认为监察调查和刑事侦查功能是一致的，留置和刑事诉讼中的羁押措施是同一个性质。

（二）律师介入留置的必要性

1. 保障留置措施的程序正义

监察工作不仅仅要体现实体正义，更应当体现出程序正义的价值，在留置阶段，被调查人面临最长可达六个月的羁押调查，期间其合法权益应当得到保障。律师的介入，可以依法监督、规范监察人员的工作，有效避免违法违规监察（尤其可以有效避免非法证据的出现，而不用等到审判阶段再去想办法排除非法证据）。相反，如果在留置的全过程中没有一个第三方（律师）来为被调查人提供权益保护，这样的调查程序显然存在缺失，即使被调查人最终在实体上被认定是一个罪犯，但是在程序上仍然难以让人信服。如果程序正义缺失，与我们国家改革开放四十年来强调法治的走向是相悖的。任何一个调查机关，如果做封闭的调查，它能不能做好自我监督、接受各种监督，值得思考。我们应该更相信制度，而不是相信个人，不能把有效监督仅寄希望于监察



监察工作不仅仅要体现实体正义，更应当体现出程序正义的价值，在留置阶段，被调查人面临最长可达六个月的羁押调查，期间其合法权益应当得到保障。律师的介入，可以依法监督、规范监察人员的工作，有效避免违法违规监察（尤其可以有效避免非法证据的出现，而不用等到审判阶段再去想办法排除非法证据）。

人员的个人素质上，而应该设定更加科学、完善的监督机制。程序正义是第一位的，律师的依法介入，更能够体现程序正义。

2. 帮助实现调查的实体正义

律师是司法机关的助手，这在刑事诉讼中已达成共识。同样，律师也可以当好监察机关的助手。对于涉嫌构成犯罪的案件，律师的介入，发表补充的意见，可以协助监察机关发现遗漏，提高案件质量；对于不构成犯罪的案件，律师的介入，发表不同的意见，可以促成监察机关尽早结案，提高办案效率。因此，无论是立法机关、司法机关，还是监察机关，都应当欢迎律师的介入，因为律师介入监察程序不是来捣乱了，而是能更加促进监察法的准确、高效实施。

三、律师介入留置的立法依据及可能性

从监察法条文看，没有直接规定律师可以介入监察工作，所以应该说，按照公权力“法无授权不可为”的原则，监察机关目前无法接纳律师介入监察工作。但是，监察法也并没有明文禁止律师介入监察工作，所以按照私权利“法无禁止即可为”的原则，律师也可以进行相关工作，所以律师在现阶段接受被调查人及其家属咨询、代理申诉应该没有问题。但是律师对留置的介入，必须要有法律对监察机关的明确授权，而目前监察法这种既没肯定、又没否定的状态，形成了现在认识不一，将来还可能做法不一的尴尬局面。因此，通过立法来明确规定律师介入监察工作、介入留置程序，非常必要，也非常迫切！

通过立法（修法、法律解释、细则等）让律师介入监察工作是有相关法律规范依据的，体现在以下几个层面：

第一，我国参与的国际公约中关于保护人权、辩护权的

相关约定。

第二，我国《宪法》中有关人权保护的原则、公民申诉控告权利的规定。

第三，监察法中关于对监察活动进行“监督”的规定。

监察法第五条规定“国家监察工作严格遵照宪法和法律”，第八条规定“国家监察委接受全国人大及其常务委员会的监督”，第九条规定“地方各级监察委接受本级人大及其常务委员会和上一级监察委的监督”，第五十四条规定监察机关要“接受民主监督、社会监督、舆论监督”。

从监察法上述关于监督的条款看，立法机关显然欢迎各界力量对监察工作进行监督，而律师的介入就是落实这些监督条款的一个具体、有效的措施，因此，通过立法、修法（刑法）或者出台监察法实施细则等方式让律师介入监察工作，于法有据。

关于这一点，第十三届全国人民代表大会宪法和法律委员会在2018年3月15日《关于〈中华人民共和国监察法（草案）〉审议结果的报告》中指出：“需要说明的是，一些代表还对监察对象的具体范围、派驻或者派出监察机关的权限、监察官的任职资格条件、实施留置措施的规范监管、监察机关与检察机关的工作衔接、加强对监察机关和监察人员监督等提出意见建议。对这些问题，有的在监察法起草审议过程中经过了反复研究，有的可以在修改刑事诉讼法等有关法律时予以解决，有的需要通过制定有关配套规定予以细化，有的还需要在具体实践和有关工作中进一步探索、深化认识，不断总结实践经验，逐步发展完善”。

可见，立法机关已经发现相关问题，并列入了立法规划。如果将来立法机关能够参照刑事诉讼法中侦查阶段的相关规定对律师介入监察工作、介入留置程序进行具体制度设计，则相关问题可迎刃而解，监察法也能实现与相关法律之间的无缝衔接，监察法将得到更好的实施。

中兴被制裁，一个中国式错误的后果

■ 邹佳铭 / 文

自2016年3月8日，美国商务部工业与安全局针对中兴通讯及其三家关联公司实施出口管制，到2017年3月9日，美国商务部等政府部门与中兴通讯达成和解协议，对其罚款8.9亿美元，暂缓七年出口禁运，再到2018年4月16日美国商务部长Wilbur L. Ross宣布对中兴通讯激活拒绝令，限制及禁止中兴通讯申请、使用任何许可证，或购买出售美国出口的受美国出口管制条例约束的任何物品。

从立案调查到第三次处罚，历时六年，尘埃虽未落定，但是中兴遭受重创已成定局。

激活拒绝令的消息一出，国内舆论哗然，因为正处于中美贸易摩擦升温时期，不少人将该事件置于贸易战乃至美国的中国威胁论之下解读，一时间群情激奋。但是“上帝的归上帝，凯撒的归凯撒”，作为一个法律人，我认为所有的讨论应该建立在美国商务部裁决所依据的事实是否客观真实这一基础上。否则，剥离了事实的讨论只是情绪和情感的发泄，这一事件给我们的深刻教训和反思将会被情绪所蒙蔽，而这才是中兴事件的真正意义所在。

美国政府认为自2010年1月至2016年4月，中兴在明知美国对伊朗长期实施制裁的情况下，违背保密和禁运协议，将合同金额数亿美元的内含美国制造的受限类配件和软件产品出口到伊朗。美国政府对中兴通讯提出的三项指控包括串谋非法出口、阻挠司法以及向联邦调查人员做出虚假陈述。

2012年美国德克萨斯州法院最先给中兴通讯在美国的子公司发出传召函，对中兴涉嫌向伊朗出口受美国出口管制条

邹佳铭律师简介



邹佳铭律师，京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任。邹佳铭律师1996年取得律师资格，1997年开始执业。2002年至2009年一直脱产研习刑法，武汉大学刑法学博士。专业领域是刑事辩护，擅长复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的效果。2015年，邹佳铭律师获得了ALB评选的“ALB2015年最佳女律师”称号；2017年，邹佳铭律师被ALB评选为“2017年中国十五佳诉讼律师”。

例约束的产品立案调查。2013年11月，在美国监管机构调查期间，中兴以无锡一家上市公司为隔离公司，恢复将受限物品出口到伊朗。

2016年中兴向美国政府提出和解，根据美国商务部网站上公开的信息，在该和解期间，中兴通过种种手段试图隐瞒相关信息，包括：将“卡塔尔”代称“伊朗”，清除设备上的商标；组成13人小组，删除与伊朗交易的数据和邮件，销毁证据；与涉及伊朗交易的员工签署保密协议，掩盖罪行；2017年11月中兴发函美国商务部表示按照和解协议启动内部调查和整顿，并在2017年7月交出了一个39人的处罚名单。

2018年2月美国商务部要求中兴提供受处罚的39人的现况，中兴不得不承认其违背了和解协议，除开除4名高管外，其余除1人之外，都拿到了2016年的全额奖金。对此，美国商务部相关人员公开宣称，中兴在被列入黑名单、暂缓起诉和考察期内一再对美国政府撒谎，被暂时搁置的拒绝令被激活，悬在中兴头上的达摩克利斯之剑终于掉了下来。

与此相对应，我们看不到中兴的任何质疑和辩解，只是表示：“已获悉美国商务部对公司激活拒绝令，公司正在全面评估此事对公司可能产生的影响，与各方面积极沟通及应对。”个中原委，不言自明。

在以上事实基本能坐实的情况下，我们很难相信这是一个在国内通讯业排行第二，国际排行第四的中国上市公司所犯下的一系列低级错误。难道是中兴没有预见其行为的后果？

但是网上热传的2011年中兴法务部给公司高管的报告及规避



方案表明，中兴不仅预见到可能被调查及美国产品供应链断掉的风险，还预计到被美国制裁可能对欧洲市场产生的影响，明知故犯的行为背后折射出中兴为追求经济利益对诚信的漠视。

中国老话说：“不信不立，不诚不行”，一个有着二十年悠久历史的高科技跨国公司没有倒在腥风血雨的商场，却为自己掩盖一个错误所滋生出来的一系列不该有的错误，付出了惨痛的代价。在这个过程中，我们看不到一个成熟现代企业应有的合规体系和风险应对机制，只有一再对规则的违反，背离解决问题的方向越来越远。

中兴法务部在2011年就认识到该出口管制业务的商业和法律风险，但是它没有履行其应有的职责，而是反其道而行之，向公司高层提出了一个详尽的规避方案。作为公司内部部门的法务部也许很难有独立性，但是如果法务部不能独立于决策层，就会成为商业利益的附庸，它所应有的对风险防控能力就会丧失殆尽。

成熟的企业合规体系应该有独立运行的合规机制，首席合规官应该由董事层级的高管担任，并且有直达首席合规官的举报通道，这样合规体系才能真正发挥企业风险防控的作用。遗憾的是，中兴的法务部不仅完全失灵，而且在中兴的商业错误上叠加了一个法律错误，让中兴在错误的方向越走越远。这警示我们一个独立和专业的合规体系的重要性。

在建立一个独立运行的合规体系之后，更重要的是要让它真正运行起来。中兴在考察期内，根据和解协议于2016年设立了由CEO领导的“合规管理委员会”，将合规职能与法律部门分离，并聘请原美国工程公司的律师担任首席出口合规官。但是这个体系建立之后中兴的所作所为没有透漏一丝合规的信息，而是沿袭老路越走越远。

这给我们的启示是，比合规架构更重要的是合规文化，如果我们不转变原有的旧思想，所有的新制度只不过是新瓶装旧酒而已。再完美的制度如果不实行，不仅没有效果，更是没有诚信的表现。全球经济一体化带来的还有商业规则的一体化，中国企业要走出去，就必须遵守国际市场的规则。如果还按照中国原有的逻辑行事，只会被国际市场无情地抛弃。

平心而论，2017年中兴与美国商务部达成的和解协议，是中兴最好的一次对内整顿公司治理结构，对外重塑公司形象、修复外部关系的机会。让人大跌眼镜的是，中兴又一次撕毁和解协议，将这一机会拱手相让。从全球范围来看，我们也很难找到如此明目张胆地违背和解协议导致和解失败，重回制裁程序的案例。

违背的事项也仅仅是向美国政府承诺取消30多个员工的

年终奖不被遵行。如此低级错误的背后反映的是中兴对契约和契约精神的漠视，而这正是将全球经济联系起来的纽带和基础，无怪乎美国商务部终于挥舞利剑，激活拒绝令，让事情发展到难以挽回的地步。

其实，每一次危机背后都暗藏一个机会，就看我们如何认识和利用这个机会。

西门子子公司因为“贿赂门”被美德政府罚款13.4亿美元之后，花了两年的时间，投入20多亿欧元，在全球重建合规体系，合规团队从2007年的173人激增到2009年的620人。

从2008年第二季度开始，全球有460多个举报被查实，重建的合规体系赢得美国司法部的高度评价和业内的高度认可。西门子重建合规体系之初，也面临订单下降、收入减少的质疑，但是西门子严格履行和解协议，信守了其对违规行为“零容忍”的承诺，其在华业务不降反升。这正印证了北宋著名哲学家邵雍的名言：“君子改过，小人饰非；改过终误，饰非终迷；终误福至，终迷祸归。”

在全球经济市场一体化的背景下，比企业短期经济利益更重要的是这个市场的接纳。只要我们展示诚信和诚意，长远以看，这个市场还会回馈我们信任和由此产生的利益。企业危机处理的水平，展现的不仅仅是一个公司的公关能力，更是它的商业经营理念。

法国著名作家大仲马说：“一两重的真诚，等于一吨重的聪明。”中国企业经历四十年的艰难起步之后终于在国际市场享有一席之地，要获得长远健康的发展，必须更新理念，遵守规则，积极顺应全球企业合规经营的潮流，真正成为全球经济市场的主体。

中兴被制裁事件，是中国企业走向国际市场遭遇违规处罚的典型案列，它对中国通讯业的打击是沉重的。但是痛定思痛之余，我们更应该从中吸取教训，获取经验。中兴遭遇的合规风险，给中国企业上了一堂生动、深刻的企业合规课，也是我国全面推行企业合规的契机。

从更长远的角度来看，只有通过跨国公司和走出去企业的带领，在中国本土企业全面推行合规制度，才能重建一个诚信、公平、透明的市场经济环境，内生出合规的土壤和文化，制度与文化之间的良性互动，才会建立真正的市场经济。在这个过程中，立法的完善、司法的配合、政府的推行都必不可少。

中国企业真正走向国际市场，比资金、技术更重要的是理念和制度的更新，这还有很长的路要走，但是只要我们认准了方向前行，永远都是对的时机，也许就在中兴事件发生的此刻。

本文原载于“财富中文网”（FortuneChina-WeiXin）。✉

透过鸿茅药酒的跨省抓捕， 看刑事法律是“药”还是“酒”？

■ 张启明 / 文

大史公曰：“人固有一死，或死于嗑药，或死于喝酒”。中医云：“脾可医，气可医，脾气不可医；药能吃，酒能喝，药酒不能说”。

偏偏是广东医生谭秦东有脾气，说了鸿茅药酒是“来自天堂的毒药”，被内蒙古凉城县警方千里拘捕，随之而来的是对鸿茅药酒铺天盖地的质疑。假如我是这部戏的编剧，此刻恰是剧情反转的好时机，凉城县检察院可以立刻做出一个不起诉决定：谭秦东并非出于损害鸿茅药酒商品声誉的目的，而是基于医生、消费者对于药品疗效的质疑，且其言论与鸿茅药酒企业损失之间没有必然的因果关系，情节显著轻微，社会危害性不大，不构成损害商品声誉罪。工商部门配合着对网传的鸿茅企业2630次广告违法进行处罚。故事的结局自然如同白蛇传、孟姜女哭长城、神笔马良……，一番波折之后正义最终实现，欺压良善的恶霸遭到严惩。

如果把我们的思绪向未来穿越数十天，在鸿茅事件后思考：这刑事法律到底是“药”还是“酒”？

第一，公安机关是跨省追捕 还是地方保护？

难道鸿茅案中凉山警方跨省追捕莫非真的于法无据吗？显然不是。按照刑事诉讼法的规定，损害商品声誉罪由犯罪地的公安机关立案管辖，而犯罪地包括行为发生地和结果发

张启明律师简介



京都律师事务所张启明律师，毕业于中国人民大学法学院，刑法学硕士，主要执业领域为涉黑案件、金融犯罪、职务犯罪刑事辩护，曾获得省级“十佳公诉人”“优秀公诉人”等称号，曾办理过“巨鑫联盈”非法吸收公众存款案和北京市首例老鼠仓犯罪案件等一系列重特大刑事案件。

生地，由鸿茅药酒企业所在地的凉城县公安机关管辖并无不可。根据《公安机关办理刑事案件程序规定》，异地执行拘留、逮捕的，由执行人员持证办理，协作地公安机关予以配合。简言之，异地抓捕逃犯本是公安机关工作的常态：绑架犯张子强被抓于广东，大兴灭门案的李磊在三亚被抓，云南杀人的马加爵被抓捕于海南。

鸿茅案中，人们愤恨的并不是跨省抓捕，而是怀疑可能存在地方权贵企业与公安机关的沟通，质疑警察是否沦落为企业的“家丁”，公权力是否作为企业的“私器”？基于保护公共秩序的千里追凶自然受到大家的颂扬，如果出于地方保护的跨省抓捕自然会受到质疑。

第二，谭秦东是医生的 质疑、消费者吐槽还是 损害商品声誉犯罪？

本案的核心还是要从实体法上认定，网络发文说鸿茅药酒是“来自天堂的毒药”，是医生对药品的质疑，是消费者的吐槽，还是对商品声誉的损害。我国刑法第二百二十一条规定，捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的，构成损害商品声誉罪；全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》规定，利用互联网损害商品声誉，构成犯罪的，依法追究刑事责任。典型的案件就是震惊京城的记者訾北佳捏造纸



实际上谭秦东文章遭审查的是武断断定药酒是“来自天堂的毒药”，而不是对药企虚假宣传的质疑；药企违法广告是否存在，并不能成为我们以恶制恶的理由。正如《水浒传》的泼皮牛二即便欺压良善一千次，也不会成为杨志一刀结果他性命的合法理由。

馅包子案。

损害商品声誉罪有两个核心的要素：是否实施了捏造并传播虚伪事实的行为；是否造成企业五十万元以上的损失。

不可否认，说鸿茅药酒是“来自天堂的毒药”确有不妥，即便是专家、学者，也不能在互联网上武断地判定获取国家批文的某种药品是“毒药”，那么，“毒药”一说是不是必然属于刑法意义上捏造虚伪事实的行为？首先，我们应通篇考虑文章的意涵而不能断章取义词句的片段，鸿茅药酒一文，“毒药”用语固然有博人眼球的嫌疑，但全文是从医理的角度论证药酒对部分中老年人的危害，在一定程度上有些文不对题；其次，应重事实的判断而不是词句的表述，谭秦东在行文中既没有捏造药酒的成分、虚构药酒的毒性，也没有讹传饮用药酒的后果，“天堂的毒药”这一文艺表述固然夸大服用药酒的危害，并没有在行文中进一步捏造、夸大事实；再次，对网络言论的判断不能背离文章的背景，谭秦东显然不是为了向企业勒索财物，或者是帮助其他企业恶意竞争，而是基于医生的专业知识提出对药酒功效的质疑；最后，要综合评判言论是否超出企业商誉所能容忍的范围，任何一种商品都要接受市场的评判，消费者的质疑在一定程度上能够警示生产者关注产品的质量并向消费者澄清商品的功效，显然鸿茅的商誉并未赢弱到如此不堪一击的程度。

虽然鸿茅企业硬气回应已造成827712元的经济损失，但难以掩盖刑事法律上判定损失底气的不足：经济损失到底是否存在，合作企业是否真的遭到退货，或者销量出现下滑；经济损失与鸿茅文章是否存在因果关系，退货的企业是何人在什么时间浏览了谭秦东的文章，如何决定退货？我们不能根据企业的一面之词，或者在此之上加了一层审计机关的嵌套，就断言造成企业巨额的经济损失。

第三，药企广告违法能否成为阻却犯罪成立的事由？

据媒体报道，鸿茅企业违法广告达2630次并未遭受处罚，媒体自然会得出这样的结论：对这样一个习惯虚假宣传的企业，自然是人人有权唾弃之。但实际上谭秦东文章遭审查的是武断断定药酒是“来自天堂的毒药”，而不是对药企虚假宣传的质疑；药企违法广告是否存在，并不能成为我们以恶制恶的理由。正如《水浒传》的泼皮牛二即便欺压良善一千次，也不会成为杨志一刀结果他性命的合法理由。

第四，鸿茅事件，再次拷问刑事法律到底是“药”还是“酒”？

如同辱母杀人案、天津老太涉枪案、李天一强奸案、药家鑫杀人案等舆情关注的案件一样，舆论将再次成为伸张正义的侠客，群众参与其中获得了反转的快感，司法机关自然是知错就改或者迷途知返，这件事随着时间的推移和新的事件的出现将被人们丢进记忆的垃圾堆。在实现这些个案正义的背后，我们不妨思考一下，作为抽象出来的规则的刑事法律，对于这个社会而言，到底是医治社会创伤的不可或缺的“药”，还是作为点缀的狂欢助兴的“酒”？

如果说刑事法律是医治社会创伤的“药”，是否应该铭记“法律应在任何方面受到尊重而保持无上的权威”“刑罚如两刃之剑”？凉城县的警方在开这副药方时，是否应该怀着“但求世上人无病、何愁架上药生尘”的理念，是否应当向家属、公众进行一定的病理阐释？凉城县的检察机关在开这副药方时，是否应记得“良药苦口利于病”的古训，批捕部门对这病为何没有“未有形而除之”？公诉部门又缘何“治不病以为功”？又有哪一个医生能够拿出“虽千万人吾往矣”的勇气，告诉我们这个案件用刑事法律这副药是基于什么病理，药量为什么要这样把握？

存在主义的问题 在于什么是真实的存在

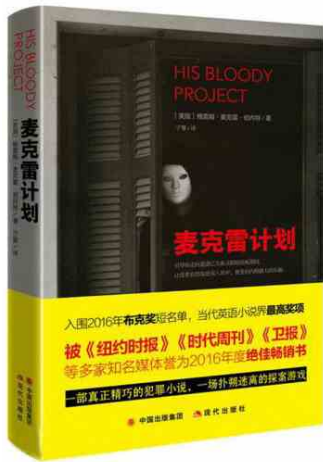
——《麦克雷计划》读后杂感

■ 孟冰 / 文

在说这本书之前，我先说说另一件事。

前几天作为管委会的成员，我复试了一位民商诉讼部的助理。他自我介绍说，本科是在政法大学读的心理。我也是政法大学毕业，上学时也看过一些心理学的书，所以正式面试之后，我很快把话题转向了他的第一专业。

时光倒退30年，那时我正读大二，终于明白了大学的学习不靠上课，而靠读书。我先囫圇吞枣地读了些中国古代思想著作，看到《论语》就停了下来。因为我觉得所有人生在世的道理，已经被孔圣人讲透了，像“君子远庖厨”之类的行为指南，会让你啥都不耽误，还毫无心理负担。但他“六合之外存而不论”所不论的东西，却是我那个年龄特想知道的事。所以，我又转而读西方的著作。我先从那时候最时髦的佛洛伊德的性本能开始，到荣格的集体无意识，再从叔本华的悲观主义，到尼采的永劫回归。最后到了萨特的《存在与虚无》，实在读不去了。那本书我从图书馆借了3次，每次读不过100页，实在



不知所云，只好举手投降。如今，30年后，面对一个刚刚学过心理学的人，我很想知道，在荣格之后，心理学又出了什么新的理论。

答案很让我失望。那学生说自荣格之后，心理学已转向研究行为，心理学理论并无新的发展。由此我不禁想到，我当时没看懂的存在主义，现在又是个什么样子？然后我又想起前一段时间看过的一本小说，英国作家格雷姆·麦克雷·伯内特所著的《麦克雷计划》，在它封底的推介词中有一句“时隐时现的存在主义色彩”，现在回想，我当时又在书中看到了什么呢？

我可以很负责任地说，以我的欣赏水平而言，《麦克雷计划》无论从哪方面来说，都是一部非常棒的小说。

故事说的是在1869年的苏格兰高地农村，17岁的罗德里克·麦克雷残忍地杀害了村中警员（也是该村村民）及其15岁的女儿和年仅3岁的儿子。但对他真实的杀人动机，却众说纷纭，而作者在小说结尾也没有给出答案。该书曾作为现象级神作轰动世界文坛，如同一千个读者眼中就有一千本《红楼梦》，不同的人也应该能从这本书中看到不同的东西。

文学爱好者会获得阅读的快乐。小说的文笔应该是非常优秀的，虽然我看的中文译本，但书中毫不拖泥带水的叙述，还是很快使我仿佛置身于100多年前的苏格兰高地，天空阴郁而辽阔，大海善变又寒冷。作者冷静地对凶杀过程和凶杀现场的描写，表面不动声色，却给人心理更大的冲击。这种文风，中国作家里我只在余华的作品中读到过。

小说的结构是纪实文学方式，全书分为序言、前言、证人证言、被告人自述、尸检报告、心理医生回忆录、庭审纪实、后记几个部分，读者仿佛正在研读一部古老的案件资料，手不释卷，常



常忘了看的仅仅是一部虚构的小说。

历史学家会通过小说了解19世纪苏格兰的土地制度、地主行使土地所有权的方式、代理人制度、警员的民主选举方式、民间纠纷的解决方式、宗教对稳定社会的作用和对普通人生活的影响。这本书完全称得上是一部19世纪苏格兰农村的百科全书。

社会学家更是能马上发现当时社会无处不在的阶级压迫，了解到统治阶级及其走狗的飞扬跋扈，被压迫者的愚昧、隐忍以及忍无可忍之后的反抗。他们会高呼麦克雷的父亲就是苏格兰版的祥林嫂。

法律学者感兴趣的是当时的刑事程序，包括取证、尸检内容、辩护律师与被告人的关系、专家证人的作用、陪审团制度和诉讼程序的历史沿革。比如我，除了对当时刑事案件尚无二审程序觉得落后外，对其他诉讼程序的完备程度不禁惊叹。

当然，更多人从书中看到的是爱情，是少男少女情窦初开时的跃跃欲试和羞涩胆怯。或许每个男人都会对麦克雷求爱不成后的狂躁和无助感同身受，

或许每个女人都能从警员女儿在理智与情感之间的犹豫中，看到自己的影子。所以从这个意义上讲，这又是一本不折不扣的爱情悲剧小说。

然而，它推介词中提到的存在主义，又在哪里呢？

三

存在主义就在小说的故事情节中，就在作者没有给出答案的麦克雷的犯罪动机中。

我们先来看看什么是存在主义。

（以下两段文字晦涩且拗口，不喜者可直接跳过。）

百度百科的解释是：存在主义可以指任何以孤立个人的非理性意识活动当作最真实存在的人本主义学说。存在主义以人为中心，尊重人的个性和自由。人是在无意义的宇宙中生活，人的存在本身也没有意义。但人可以在原有存在的基础上自我塑造、自我成就，活得精彩，从而拥有意义。

知乎的解释是：存在主义是一种反实证主义，强调人类情感与体验，在存

在模糊性的同时而努力解释混沌且偶然的世界的终极伦理的一种理性主义，它认为人存在的意义是无法经由实证而得到答案，以强调个人、独立自主和主观经验。其最突出的命题是，世界没有终极目标，人们发现自己处于一个隐隐约约而有敌意的世界中，世界和我们的处境的真相最清楚地反映在茫然的心理不安或恐惧的瞬间。

啊，终于找到了！麦克雷不就一直处于茫然的心理不安或恐惧的瞬间之中吗！

并且慢，这种茫然的心理不安或恐惧的瞬间，只不过是存在主义关于世界和我们的处境的真相的一种表述，存在主义的核心不是人本主义吗？那麦克雷的人本，或者说麦克雷的真实存在到底是什么？具体点说，麦克雷的杀人动机到底是什么？正像前面说到的，对此众说纷纭，当然麦克雷在自述中暗示了一种动机，但这种说法又与行凶过程情理难通。存在主义以人为中心，尊重人的个性和自由，但首先得弄清人的真实想法，才能再尊重人在这种想法支配下的行为吧。但麦克雷的最大问题是，他自己也不知道自己的真实想法是什么！

四

这又让我想到了我此前读过的另一本书——《未来简史》。

《未来简史》是以色列学者赫拉利的作品，是对人类社会未来50年的预测，其中专门有一章写到人文主



回到这本《麦克雷计划》，它其实讲的就是存在主义的困境。你连麦克雷的真实想法都弄不清楚，又怎么对他的行为进行道德评价呢？但是，他杀了人是客观事实，杀了人就应受到惩罚。所以当麦克雷终于被执行死刑后，大家都长出了一口气。就像那个应聘者说的，心理学本是想通过行为研究其心理成因，结果转了一圈，又回到了研究行为本身。

义。人文主义就是人本主义，它和存在主义一样都强调以人为中心。作者在书中指出了人文主义的困境和破产。因为首先人的真实想法并无法确定，科学研究发现，即使是同一个人的左右脑的想法也不一样，人之所以做出某一行为，是大脑不断进行信息交换和计算的结果，而这种计算要受到很多偶然因素的影响。随着科技的发展，人们会有意或无意地越来越多地依赖互联网大数据的建议做出决定。因为大数据比你更了解自己。所以人文主义必将破产，社会在不久的将来会进入到数据中心主义。

再将时光向后快进30年，我们用了多年的积蓄，终于买了一张去月球旅行的机票。当我们登上航天飞机的一瞬间，我们欣喜若狂，我们终于实现了儿时的梦想，我们终于可以到月亮上寻找桂树和嫦娥。但我们不知道，有人比

我们更高兴，因为我们去月球旅行的决定，其实是他们通过互联网植入我们大脑的，起因是最近月球旅游公司的业绩有所下滑。那时他们很容易做到这点，因为那时整个世界就是一个巨大的互联网，我们每个人只是网络中的一个元素，连操控互联网的人也不过是互联网让他们以为自己在操控而已。那时存在主义的不知何为真实存在的难题终于破解，因为已没有真实存在。萨特先生如果再世，他可以再写一本书，书名就叫《存在即虚无》。

回到这本《麦克雷计划》，它其实讲的就是存在主义的困境。你连麦克雷的真实想法都弄不清楚，又怎么对他的行为进行道德评价呢？但是，他杀了人是客观事实，杀了人就应受到惩罚。所以当麦克雷终于被执行死刑后，大家都长出了一口气。就像那个应聘者说的，心理学本是想通过行为研究其心理成


因，结果转了一圈，又回到了研究行为本身。

五

最后再说几句这部小说的书名。

这本书的英文名称是《His Bloody Project》，直译应为《他的血腥计划》。而译者把它改为《麦克雷计划》，这简直是神来之笔。因为血腥计划仿佛真有个计划，而麦克雷计划其实是麦克雷根本就没有计划。

我又想到《飘》的书名。它的英文原名为《Gone With The Wind》，直译为《随风而逝》，一个“飘”字，一下又把书提升了一个档次。

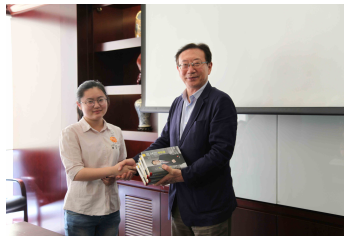
“此中有真意，欲辨已忘言。”佩服！

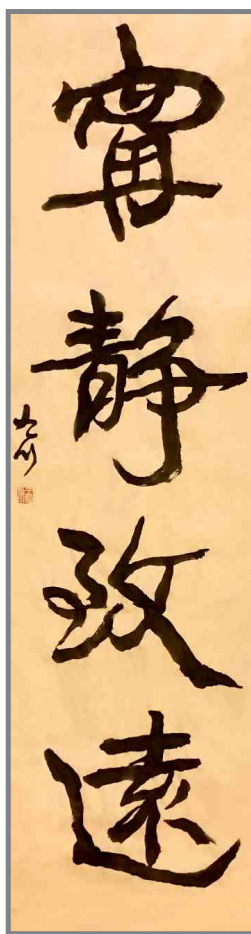


政法、人大学子参访京都，开启“书香之旅”

3月29日，5月9日，中国政法大学20多名学子、中国人民大学法学院30名学子分别来到京都律师事务所北京总部开启一段“书香之旅”。京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌律师，主任朱勇辉，合伙人孙广智、彭吉岳、汤建彬、冯诏锋，顾问孟粉，律师叶静、徐伟等参加了两次活动，与学子们进行了座谈，提供了学习、执业等方面的宝贵经验，并针对学子们关注的热点问题进行了解答，此外，京都运营支持部总监安继辉、市场发展部总监田一夫也参加了与人大学子的座谈。

田文昌律师、朱勇辉律师分别代表京都对人大学子、政法学子赠书，鼓励学生打好坚实的知识基础。





书法作品：宁静致远
作者：王九川律师



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座22-23层
邮编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86-10) 57096000
传真：(86-10) 85251268
邮箱：info@king-capital.com

大连分所

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

深圳分所

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

天津分所

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

上海分所

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

南京分所

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