

# 京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2017/04

季刊 总第122期



京都律师事务所  
King & Capital Law Firm



## P24 四种常见经济犯罪的辩护与建言

P48 京都论坛 / 京都携手南京律协举办“民刑诉讼律师实务论坛”

P81 京都实务 / 行走法律悬崖边缘的冒险者——现金贷

P107 京都论法 / 划转国有资本充实社保基金(49号文)的实施对私募基金的影响

# 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。👍



# 日日精进 精益求精

杨斌



2017年10月28日，我陪田文昌老师回到古城西安，参加西北政法大学建校80周年纪念活动。

西北政法是田文昌老师的母校，他曾经在—篇回忆文章中写道“1980年，我以同等学力破格考取了西北政法学院的刑法硕士研究生。那一年我已经是33周岁，过了而立之年。我阔别了学生生活十五年后，第一次迈进大学的校门，我由一名对法律几乎一无所知的人变成了第一批法学硕士研究生，我一生中第一次被媒体报道称为自学成才的典型。自此，我有了自己的专业，确立了为之奋斗的人生目标。后来，我成了中国政法大学的教授，成了中国的著名律师，中央电视台专访报道的‘东方之子’……直到今天，这一切都开始于西北政法大学。任何时候，我都会感慨万分地说，西北政法是我人生事业的起点”。

10月28日的校庆纪念大会上，田文昌老师作为唯一的校友代表发言祝福母校80华诞。他回忆了自己求学时期的难忘经历，呼吁全体校友要始终如一、以实际行动为母校争光添彩，以实际行动传承母校精神，以实际行动支持母校发展。田老师的发言全程脱稿，6次被掌声打断。现场的校友说田师兄说出了我们的心里话，他的发言来自本心，来自情愫，来自真诚。

田文昌老师说“对我来说，事业犹如生命，而我事业的起点，就是西北政法大学。希望每一位从西北政法大学走出来的人，都把自己的辉煌当成母校的辉煌”。

校庆纪念大会的第二天，《田文昌谈律师》新书首发式就在西北政法大学如期隆重举行。

“昨天，田文昌老师在这里呼吁全体西北政法校友要以实际行动为母校争光添彩，支持母校发展。今天他自己就以实际行动来实践他的诺言”。当说完这句主持词的时候，作为新书首发式的主持人和《田文昌谈律师》的编者，我才真正理解田文昌老师把新书首发式放到西北政法大学的用意与真心。他就是要把自己的辉煌当成母校的辉煌。

不仅如此，在80周年校庆纪念大会的第二周，即2017年11月5日至11日，西北政法大学刑事辩护高级研究院第一

期师资研修班也在雁塔校区顺利开班。全国刑事辩护领域众多顶尖律师汇聚一堂，共同参与本次研修。该研究院是为打造中国刑事辩护“黄埔军校”的刑事辩护高级研究机构，是田文昌老师以实际行动支持母校西北政法大学发展而做的具体尝试；也是在司法改革的大背景下，在推进审判中心主义、庭审实质化、刑事辩护全覆盖等一系列改革要求之下，为了适应改革的需求和刑事辩护的发展，改变过去以理论传授为主的填鸭式教

学，注重理论深度兼顾刑事辩护的专业性和实操性，对中国刑事辩护进行的系统梳理和研究。首期研修伊始，田文昌老师就强调：“此次研修身份不分主次，答案不设标准，资源充分共享，课程充分参与，人人高度烧脑。”

果然，在田老师的带领和鼓励下，每一位参与研修的资深律师都积极主动，把自己在律师执业过程中，在刑事辩护的各个阶段所遇到的各种各样的问题进行罗列、梳理、答疑、复盘。仅会见一项内容，研修班就热火朝天研究讨论了整整三天，几乎把律师会见所能够遇到的所有问题和困惑全部穷尽。然后根据我们的研究和理解总结出正确有效的方法和答案。

“我们就是需要通过这样烧脑的方式，汇集集体的智慧，进行精细的梳理，总结正确的方法把刑事辩护这门技能提高、提升，创造出一套行之有效的全新的律师培训模式。”田文昌老师说。

刑事辩护事关人的生命与自由，它是一门技能更是一项事业，需要扎实的法学理论功底、熟练的法律应用技能、精准的语言表达能力。田文昌老师37年前到西北政法大学学到这门“武功”，37年来他日日精进，曲不离口，拳不离手，现在已经达到“人剑合一”的最高境界。37年后，田文昌老师以《田文昌谈律师》和“刑事辩护高级研究院”这一书一院回报母校，更是希望将他37年来关于律师、关于法律、关于刑事辩护的所学所悟所感通过系统化精细化研究传于后学。

我等晚生更应当珍惜时间抓紧努力，刻苦学习，学中干，干中学，不断提升律师执业技能，日日精进，精益求精。■



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
瞿丽红	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	方堃	

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

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

## 目录

### 卷首语

日日精进 精益求精 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

### 特稿

刑事辩护全覆盖的问题与对策 田文昌 / 22

### 封面主题

四种常见经济犯罪的辩护与建言

虚开增值税专用发票罪的司法困境与立法建言

曹树昌 齐晓伶 韩瑞奇 李靖宇 / 25

非法集资案常见问题及辩点 杨照东 / 29

浅谈高利转贷罪的辩护策略 夏俊 / 35

论虚开增值税专用发票行为的税法与刑法意义 韩瑞奇 / 39

玉米案再审改判无罪的引申思考 常秀娇 / 45

### 京都论坛

京都携手南京律协举办“民刑诉讼律师实务论坛” / 48

民商业务论坛 / 49

刑事业务论坛 / 68



追求卓越 不负重托

# 京都律师

封面题字 江平

## 京都实务

- 行走法律悬崖边缘的冒险者——现金贷 吕志轩 徐玉杰 / 81  
不良贷款催收中诉前财产线索排查方法浅谈 秦庆芳 范颖慧 / 86  
谁的“荣华”？一起跨时11年的商标案过去与未来 王菲 / 90  
“累犯”涉嫌贩卖毒品还能不起诉，律师如何做到的？ 汤建彬 / 94  
浅议挂牌公司年度股东大会规范性问题（下） 王秀宏 曲承亮 / 97

## 京都论法

- “农村集体土地无须征地即可入市”系误读  
——兼论“集体经营性建设用地入市”政策及前景 孟冰 木煜 / 103  
划转国有资本充实社保基金(49号文)的实施对私募基金的影响 肖小保 / 107  
刻不容缓！幼儿园虐童事件的制度预防与干预 印波 / 110  
孩童绝非一座孤岛 陈宇 任视宇 / 113

## 律师·生活

- 京都篮球王者归来  
——无兄弟不篮球 徐伟 / 116



2017年第3期  
总第121期 季刊

## 业绩

### 刘铭律师被聘为张家口银行独立董事

2017年8月22日，张家口银监局根据《中国银行业监督管理委员会中资商业银行行政许可事项实施办法》规定，作出“关于核准刘铭等董事任职资格的批复”[张银监复〔2017〕57号]，核准宋文胜、白波、郭建鸾、刘铭、东小杰、孙强和刘悦张家口银行股份有限公司董事的任职资格。其中：白波、郭建鸾和刘铭为独立董事。

张家口银行于2003年3月8日挂牌成立，2015年11月10日经中国银监会河北银监局批准由“张家口市商业银行”更名为“张家口银行”，连续七年入围全球银行1000强。为更好规范银行发展，完善治理结构，并基于对白波、郭建鸾、刘铭等人的专业和行业认可度，聘其为独立董事。刘铭律师也表示将诚信、勤勉尽职，发挥好独立董事的作用。



京都律师事务所高级合伙人刘铭律师

### 李杰利律师当选为凯瑞环保独立董事

2017年9月6日，凯瑞环保召开2017年第四次临时股东大会，会上采用累积投票方式选举京都律师事务所高级合伙人李杰利律师为独立董事，任职期限为自股东大会决议通过之日起至第三届董事会任期届满之日止。

凯瑞环保表示，因原独立董事许智慧女士辞职，根据《公司法》及《公司

章程》的规定，公司增补李杰利先生为公司独立董事。

凯瑞环保科技股份有限公司是亚洲最大的树脂催化剂生产企业，是国内知名的石油化工工艺技术开发单位。本次选举李杰利律师为独立董事，是客户对李杰利律师专业能力的高度认可。



京都律师事务所高级合伙人李杰利律师

### 瞿丽红律师获北京仲裁委员会续聘

近日，北京仲裁委员会发布第七届仲裁员名单，京都律师事务所高级合伙人瞿丽红律师获该会续聘，成为本届仲裁员。

北京仲裁委员会是以仲裁的方式，独立、公正、高效地解决平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷的常设仲裁机构，在国内享有广



京都律师事务所高级合伙人瞿丽红



## 业绩

泛声誉，在国际上亦有一定地位和影响。北京仲裁委员会对仲裁员的选任和考评非常严格，要求是精通法律、道德

品行良好且在经贸等相关领域中具有一流专业水准的资深专家和学者。瞿丽红

律师表示将发挥专业优势，勤勉尽责地完成这项工作。☞

### 京都大连分所助力山河智能募集资金近20亿

京都（大连）律师事务所以王秀宏、曲承亮律师为核心的证券非诉团队所经办的山河智能装备股份有限公司2015年非公开发行暨境外收购加拿大Avmax Group Inc.100%股权项目，已经中国证监会证监许可[2017]922号《关于核准山河智能装备股份有限公司非公开发行股票批复》核准，同意山河智能非公开发行不超过 298,475,415 股新股。

2017年9月21日，山河智能完成本次非公开发行股票事宜，募集资金总额约1,978,891,999.70元，扣除发行费用后全部用于境外收购加拿大Avmax Group Inc.100%股权项目。2017年10月13日，山河智能本次非公开发行股票上市。

山河智能本次募集资金投资项目的实施将使公司可以借助被收购对象在航空领域的市场地位和飞机相关技术积累，将海外先进的飞机运营、维护、管

理经验和公司在飞机研发制造领域的技术积累相结合，加快公司在航空产业领域的发展步伐，提升公司的盈利能力，加快公司产业多元化经营的发展战略；同时，通过本次募集资金可以优化公司资本结构和业务结构，为公司的健康、稳定发展奠定基础。

京都（大连）律师事务所以王秀宏、曲承亮为核心成员的非诉业务律师团队，是专注于证券业务的资深专业团队，伴随中国证券市场建立和发展二十余年，具有丰富的证券从业经验。该团队成功采用股权融资、证券发行上市融资、并购重组等多种方式为其服务企业解决融资问题，迄今为止已为多家企业提供了证券融资和证券发行上市法律服务。山河智能2015年非公开发行股票申请获得中国证监会的核准，正是京都律师服务上市公司融资及企业境外投资收购的又一成功范例。☞



王秀宏律师



曲承亮律师

### 京都上海分所受聘为上海民航龙华机场常年法律顾问

近日，京都上海分所被聘为上海民航龙华机场常年法律顾问。

民航华东地区管理局机关服务中心于2017年8月22日发布关于上海民航龙华机场常年法律顾问选聘公告，共29家

律师事务所参与选聘。经过机关服务中心组织评选委员会评估和竞争性面谈，京都上海分所脱颖而出，被上海民航龙华机场聘为2017-2018年常年法律顾问。

本次顾问律师团队由京都所合伙人杨琳律师，以及欧阳锐、黄鹏、刘昆仑等律师组成。京都上海分所将以其在国有企业法律风险控制领域的专业经验为上海民航龙华机场提供法律服务。

## 业 绩

上海民航龙华机场是中国民用航空华东地区管理局局属国有企业，始建于1917年，是全国最早建成的机场之一。

未来，龙华机场将以龙华直升机场、航汇大厦为依托，以建立华东通航服务中心为核心，发展成为覆盖华东地区的完

整的通航产业管理体系，将助力中国民航、通航两翼齐飞。

### 京都深圳分所受聘为“中国汽车100小时耐力赛”专项法律顾问

近日，中国汽车100小时耐力赛组委会聘请京都深圳分所担任其主办的“中国汽车100小时耐力赛”专项法律顾问。

本次顾问律师团队由京都深圳分所主任侯志纯律师，以及江华锋、高晓杰、宋歌、陈博深、沈桂铭等律师组成。京都所将以其在大型体育赛事运营

法律风险控制领域丰富的专业经验为中国汽车100小时耐力赛组委会提供专业的法律服务。

中国汽车100小时耐力赛是全球首创，具有完全自主知识产权的全球民用量产汽车的极限挑战赛，由中国汽车摩托车运动联合会支持，选秀网、云南卫视、中国工业报社联合主办。赛事指定

电视合作伙伴是中央电视台。首届中国汽车100小时耐力赛将于2017年12月16日-20日在广东国际赛车场隆重举行，中央电视台体育频道和云南卫视将实况转播开幕式和闭幕式盛况。新华社、中新社、新浪网、腾讯网、网易、搜狐、今日头条、爱奇艺、优酷等数家海内外媒体将现场报道。

### 经王馨全律师成功辩护， 一起诈骗案、两起非法吸收公众存款案件当事人成功取保

一位投资公司的业务经理，被公安机关以涉嫌非法吸收公众存款罪刑事拘留后，在京都律师事务所刑事业务部王馨全律师提供了专业、及时、有效的法律服务后，最终检察机关采纳了王馨全律师的辩护意见，对该业务经理做出不予以批准逮捕的决定，当日该业务经理重获自由，与家人团聚。

这是2017年度内王馨全律师第三次通过自己的专业法律服务帮助羁押于看守所的当事人重获自由，在侦查阶段即为当事人成功办理取保候审。前两

例成功取保候审的案件分别是涉案金额200余万元的诈骗案和个人涉嫌吸收投资额700余万元的非法吸收公众存款案件。

王馨全律师以其专业细致的法律服务，根据每个案子的具体情况，制定出个性化、有针对性、有效的辩护策略，与办案机关和涉案人员积极良性沟通，为当事人争取最大利益。王馨全律师认真负责的工作得到了当事人及其家属的广泛好评。



王馨全律师



## 活 动

### “京都刑辩论坛”在青岛成功启航，刑辩大咖分享实务经验

2017年9月9日，京都律师事务所联合青岛市律师协会举办的“京都刑辩论坛青岛站——刑事辩护实务研讨会”在青岛府新大厦会议中心举行。300多名刑辩律师从全国各地齐聚青岛，聆听刑辩大咖的精彩讲授，与全国知名刑辩律师面对面交流、畅谈。

青岛市律师协会副会长刘均致欢迎辞，他代表青岛市律师协会和青岛市律师向与会人员表示欢迎和感谢，同时赞誉青岛有一批热情好客、团结好学的刑辩律师。

出席论坛，他表示“京都律师事务所某种程度上是全国刑辩界的旗帜，田文昌律师是中国刑辩律师的旗手”，京都刑辩论坛首航站选在青岛是山东刑辩界和青岛刑辩界的荣幸。他说，青岛引领着山东省的刑辩往前走，形成了一支庞大、水平比较高的队伍，并赞誉青岛刑辩是近几年山东刑辩的“桥头堡”。

京都律师事务所高级合伙人、刑事业务部主管合伙人杨照东致辞。他表示，京都刑辩团队是由田文昌律师一手打造出来的，特别注重理论和实践的结



刑辩论坛现场



青岛市律师协会副会长刘均



山东省律师协会刑事业务委员会主任宋洪昌



青岛市律师协会刑事专业委员会主任侯彬



京都律师事务所合伙人袁方臣

合，非常注重在实践中提高刑辩律师的技巧。同时，京都律师具有责任感、使命感，希望把自己的经验分享更多的法律人，共同推动中国法治的进步，因此京都律所启动京都刑辩论坛这艘全国巡讲的大船。

上午和下午的论坛分别由青岛市律师协会刑事专业委员会主任侯彬和京都律师事务所合伙人袁方臣主持。

论坛上，京都律师事务所高级合伙人、刑事业务部主管合伙人，曾办理过吴英案等许多大案、要案的律师杨照东主讲了《非法集资案辩护策略和技巧》。他从“非法吸收公众存款罪”“集资诈骗罪”两个方面展开，由浅入深，结合案例，娓娓道来，颇具大将风范。

中国青年政治学院法学院副教授、



京都律师事务所高级合伙人、刑事业务部主管合伙人杨照东



中国青年政治学院法学院副教授、京都律师事务所兼职律师门金玲



京都律师事务所高级合伙人梁雅丽



京都律师事务所高级合伙人金杰

## 活 动



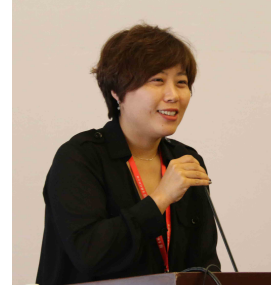
| 青岛市律师协会刑事专业委员会副主任于凯



| 京都律所高级顾问孟粉



| 沈阳市律协刑事专业委员会副主任赵培文



| 京都律师事务所合伙人朱娅琳



| 广东省律师协会职务犯罪辩护专业委员会副主任肖文齐



| 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授印波



| 京都律师事务所合伙人徐莹



| 京都律师事务所律师汤建彬

硕士生导师门金玲律师主讲了《非法证据排除之术》。她回归辩护的本源，从“法律适用的逻辑”“非法证据排除的规范目的”“非法证据的认定”“‘瑕疵证据’的‘补正’与‘解释’”“证明责任分配与排除程序”等几个方面展开，把枯燥的理论问题讲得生动活泼，很接地气，赢得了阵阵掌声。

京都律师事务所高级合伙人梁雅丽主讲了《律师有效辩护的策略》。梁雅丽律师表示“以审判为中心，以审前为核心，以有效辩护为初心，构建新型诉讼关系”是律师有效辩护的总体思路。她还分享了律师有效辩护的四大策略，用案例的方式分享了有效辩护的具体方法。

京都律师事务所高级合伙人金杰主讲了《探讨沟通艺术避免庭审冲突》。他结合曾担任高级法官和高级检察官

的经历，总结了常见的冲突形式，分析了冲突的原因，提出在“庭前沟通、庭审沟通、庭后沟通”三个时间段尽力沟通、避免冲突的方法。

青岛市律师协会刑事专业委员会副主任于凯、京都律所高级顾问孟粉、沈阳市律协刑事专业委员会副主任赵培文、京都律师事务所合伙人朱娅琳、广东省律师协会职务犯罪辩护专业委员会副主任肖文齐、北京师范大学刑事法律



| 京都律师事务所主任朱勇辉



| 会议场景图



## 活 动

科学研究院副教授印波、京都律师事务所合伙人徐莹、京都律师事务所律师汤建彬等作为与谈人，畅谈了自己的感受、分享了自己的办案经验，用睿智的语言和中肯的观点博得阵阵掌声。

在会议的互动环节，各地律师提出了管辖权异议、毒品犯罪能否根据口供定罪等问题，京都律师进行了一一回答。在微信群聊里，也有律师提出了执业过程中遇到的疑难问题，京都律师同样给予了专业的回复。与京都律师进行直接交流，与会律师表示受益匪浅，也对自己的职业更有信心与动力。

京都律师事务所主任朱勇辉在会议总结阶段，对青岛市律师协会强有力的组织工作、山东省律协的大力支持、山东照岳律师事务所刘均主任及伙伴的付出、300多位嘉宾的出席表示衷

心的感谢。此外，他表示了“刑辩业务是律师业务中的主战场”“刑辩律师是律师中的战斗机”“法治的实现需要刑辩律师的坚守”三方面的感慨。

“京都刑辩论坛青岛站——刑事辩护实务研讨会”现场全天座无虚席，主讲人、与谈人从各个角度分享

了能够给予律师执业可靠指导的干货，受到了与会人员的高度评价。研讨会现场，来自各地的律师纷纷邀请京都律师前往各城市开展第二站、第三站、第四站的研讨活动。京都刑辩论坛将在全国陆续展开，为全国律师带来高端、务实、精彩的课程。



研讨会合影

## 京都律所：打造联合平台，助力企业走进巴西

身为“金砖五国”之一的巴西是南美洲最大的国家，世界第七大经济体。2013年以来，中国以企业并购形式对巴西的直接投资持续增加，至2016年中企并购额达119.2亿美元，中国首次超过美国成为对巴西并购最大来源国。2017年，中企并购势头不减，中国继续成为巴西最大的投资来源国。对于中国投资者来说，虽然巴西投资前景广阔，但其复杂的法律环境仍是中国企业在巴西投资并购取得成功所必须克服的障碍。

在此背景下，9月15日-16日，京都律师事务所联合巴西KMAA律师事务所、巴西亚洲商贸投资事务所主办“金



图右为巴西KMAA律师事务所合伙人Murilo Machado，图左为巴西亚洲商贸投资事务所负责人刘薇玲，图中为京都律师事务所主任朱勇辉

## 活 动



中国社科院拉美研究所巴西中心  
行政秘书长周志伟博士



京都律师事务所管理合伙人方堃先生



巴西贸促局中国代表处前首代  
于醒虎先生



中国驻巴西使馆前公使衔经济商务  
参赞王庆元先生

“金砖国家命运共同体：法律护航 走进巴西”研讨会，本次研讨会旨在解读巴西投资环境，帮助企业抓住机遇，把控投资风险，理顺投资流程。会议吸引了中国驻巴西使馆前参赞、众多熟悉巴西投资环境的专家、学者等近百人的参与。

会议期间，京都律师事务所主任朱勇辉律师代表京都与巴西KMAA律师事务所、巴西亚洲商贸投资事务所签订三方合作协议，决定打造三方合作平台，整合资源为中南双方企业的相互投资提供便利。

9月15日的研讨会由中国社科院拉美研究所巴西中心行政秘书长周志伟博士主持。会上，京都律师事务所管理合伙人方堃先生致辞。他表示，京都涉外

法律部人才济济。京都律师了解中国及世界许多国家的现行法律制度，能够以专业的服务帮助企业选择合适的投资方式、组织形式和市场进入策略，顺畅地为客户提供全程的跨境法律服务。京都非常荣幸能够在巴西总统特梅尔访华、中巴两国提升战略合作的重要时期组织本次会议，与参会嘉宾一起探讨提升企业在巴西的法律能力。

巴西贸促局中国代表处前首代于醒虎先生介绍了他眼中的巴西投资机会。在巴西居住40年的于醒虎先生对中南两国之间的贸易如数家珍，娓娓道来。他说，最近巴西刚刚推出57个特营经济项目，其中最主要的是基础建设，如港口、公路、机场等，很多中国企业都想

去投资这些项目。企业如何投资？他建议企业在巴西投资一定找一个好的合作伙伴。合作伙伴有可能是律师事务所。他提到巴西的法律比较复杂，呼吁企业要了解并遵守巴西的法律，企业跟律师事务所合作可以保护企业的项目。中国的居民在巴西差不多有30万人。他们了解中国和巴西文化，能够帮忙中国企业在巴西投资，企业可以找巴西当地的中国人对接一起做项目。

中国驻巴西使馆前公使衔经济商务参赞王庆元先生以中国前外交官身份解读巴西投资环境。他说当前中巴经贸合作势头良好，主要表现在三个方面：一是两国经贸关系基础扎实，发展稳定。二是中国自巴西进口增长迅速，进出口



北京贝达化工股份有限公司  
总经理何京华女士



KMAA律师事务所合伙人  
Murilo Machado



KMAA律师事务所合伙人  
Filipe Kuster



KMAA律师事务所合伙人  
Tiago Hodecker Tomaszczski



## 活 动

商品更趋多元化。三是经贸合作领域更加广阔。此外，王庆元先生重点介绍了巴西的税费体系。他说巴西税收种类较为复杂，共有各种捐税58种，按行政可以分为联邦税、州税和市税三级。除此之外，企业还要交纳各种社会性费用，具体包括社会保险金、工龄保障基金、社会一体化计划费、社会安全费等。王庆元先生把巴西与美国、中国进行比较，并列出生动形象的案例说明各国文化、法律的差异，赢得了与会人员的阵阵掌声。

北京贝达化工股份有限公司总经理何京华女士作了题为《巴西宏观框架下的投资案例分享》的发言。她表示巴西本地有着非常强的本土文化和游戏规则，在巴

西投资要找对人，与巴西进行人文文化的融合很重要。此外，企业在巴西投资取得律师事务所的支持也很重要，能够给予投资者更多的保障与信心。

KMAA律师事务所的合伙人Murilo Machado对巴西目前的投资状况进行了分析。Murilo Machado首先对KMAA律师事务所的历史与业务概况进行了解读。他分析到巴西政府对于中国企业的投资持非常欢迎的态度，巴西的基础设施，如港口、铁路，对于中国企业来说都是非常潜力的投资机会。他提示，巴西的税务是非常复杂的，所以非常需要专业性的律师来协助企业解决问题。

KMAA律师事务所合伙人Filipe Kuster重点介绍了中国投资在巴西的发

展。他表示在过去的四年中间，中国去巴西投资并购的趋势比较明显。2016年，整个的投资额已经达到了210亿美元，比2015年增长67%。中国企业在巴西的投资领域广泛，大部分主要集中在能源、矿产、基础设施、农业、财政金融以及汽车行业。他说，巴西政府公布了57个特许经营权项目，这是对于外国投资者来说是一个非常好的机会。

Tiago Hodecker Tomaszewski先生重点介绍了巴西投资的法律环境。他从税务规划的角度介绍了去巴西投资的几种方式。他提示，中国企业如果想去巴西投资，最好先索要被收购公司的税收和劳工方面的信息，以降低企业被卷入劳工纠纷、税务纠纷当中的风险，保证并



| KMAA律师事务所合伙人Milton Kuster Júnior



| 京都律师事务所高级合伙人刘敬霞律师



| 京都律师事务所合伙人孙靖宇律师



| 亚洲商贸投资事务所负责人刘薇玲女士

购以及投资的行为更加顺畅。

KMAA律师事务所合伙人Milton Kuster Júnior律师出席了会议并与京都律师事务所的律师进行了交流。

京都律师事务所高级合伙人刘敬霞律师作了题为《境外基础设施投资机遇与法律风险防控》的分享。刘律师从国内基础设施的新近发展状况角度，提示企业应该随着国家“一带一路”战略“走出去”，并分析了企业到境外进行基础设施投资的机遇、挑战以及可能会面临的法律风险，并向与会嘉宾介绍了国内基础设施PPP模式的运作形式、基础设施项目的收费模式、核心环节、关键风险控制等。在法律风险防控



| 国际能源合作专家秦云锦先生



| 京都律师事务所合伙人肖虹律师

## 活 动

方面，刘律师重点提到合同漏洞问题、项目资本金及债务融资、合作伙伴选择、项目建设手续、项目准入程序等问题，并提出了防控措施建议。

京都律师事务所合伙人孙靖宇律师介绍了中国企业对外投资流程。中国企业对外投资主要经过四个部门的备案，（普通的地方性企业的只涉及三个部门）第一是发改委部门的核准或者备案，第二商务部门核准备案，第三是外汇部门的外汇登记手续。国有企业，可能会涉及到国有资产部门的核准与备案。除了详细梳理每个环节外，孙律师解读了中国关于对外投资的最新规定。在企业投资过程中，孙靖宇律师从协助选聘境外律师、沟通协调、监督境外律师、节省律师费四个方面阐述了企业聘请国内律师的作用。

亚洲商贸投资事务所负责人刘薇玲女士为15日当天的活动做总结，她对与会嘉宾表示感谢。她说，在资源整合的时代，本次会议为中巴双方律所、企业

的对接搭建了一个良好的平台。

9月16日，论坛活动精彩继续，在京都律师事务所肖虹律师、国际能源合作专家秦云锦先生的主持下，在京都律师事务所举办了巴西投资环境介绍与项目对接会议。会议现场KMAA律师事务所的律师与刘薇玲女士一起介绍了巴西的11个项目，引发了中国企业的兴趣。此外，中方企业代表也纷纷做了主题发言，传达出愿意走进巴西，与巴西企业携手开拓国际市场的愿望。

本次研讨会现场，中巴双方的专家从投资的角度提供了务实的经验，与会企业受益良多，各个讨论环节对话热烈、商谈良好。本次研讨会以务实的风格、精彩的分享、可操作的对接项目赢得了参会企业的高度认可。参会企业嘉宾对于京都律师事务所与巴西KMAA律师事务所、巴西亚洲商贸投资事务所下一步打造的三方合作平台表达出衷心的祝福，也给予厚望。🐱

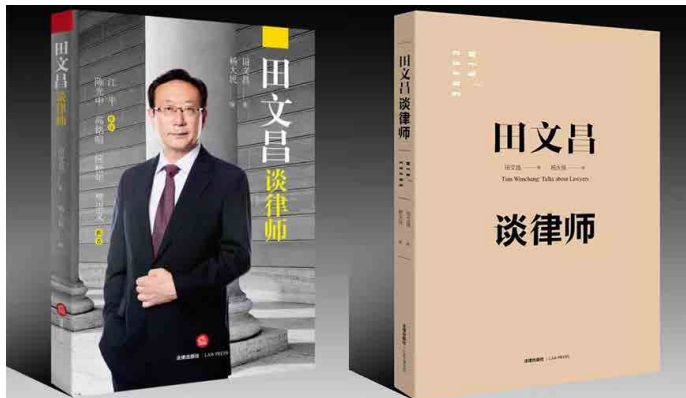


会议现场

## 《田文昌谈律师》新书首发仪式在西北政法大学隆重举行

10月29日，正值西北政法大学八十周年华诞之际，由西北政法大学刑事法学院、法律出版社、西北政法大学刑事辩护高级研究院、诉箭网联合主办的“田文昌谈律师”——暨《田文昌谈律师》新书首发式在西北政法大学长安校区图书馆二楼报告厅成功举办。

活动伊始，西北政法大学校长杨宗科致辞。他对参与此次活动的领导、校友、同学表示衷心的感谢。作为田文昌



《田文昌谈律师》



## 活 动

老师的朋友、粉丝，他说，田文昌老师是一位真正的法律学人，是在西北政法大学上过学并且学校引以为荣的人，做人、做事、立言、立功令人十分敬佩的人。

随后，西北政法大学北京校友会会长程相会、西北政法大学上海校友会会长张为民相继上台对此次新书发布会以及田文昌个人送上美好的祝福。

而后田文昌对于《田文昌谈律师》这本书的创作历程给大家做了简单介绍。他表示，中国律师发展渊源流

长，发展之路艰辛坎坷，现今社会没有律师就没有法律，律师应恪守一个正确的法律理念，律师既不是天使也不是魔鬼，既不代表正义也不代表邪恶，律师只是依照法律为准，通过合法方式维护和体现正义，它不能成为正义的化身，只有将法律理念、原则贯彻到实际行动中去，才称得上是一个合格的律师。

西北政法大学校长杨宗科，北京校友会会长程相会，上海校友会会长张为民，知名律师许小平，诉箭网董事长阮

伟锋、总裁毕家亮，各地西北政法的校友，学校教师代表出席了发布会。京都律师事务所高级合伙人杨大民、法律出版社编辑杨大康担任本次新书发布会主持人。

田文昌发言完毕后，针对校友、学生提出的问题，结合自身经历一一解答。《中国律师》、《中国法律评论》、法律出版社、中国律师网、法律读库、桂客留言、西北政法大学官网等媒体对于《田文昌谈律师》新书首发仪式均给予关注报道。



1 《田文昌谈律师》新书发布现场。左起：骆世明律师，驻港部队原首任检察长程相会，田文昌律师，西北政法大学校长杨宗科，杨大民律师，诉箭网董事长阮伟锋，西北政法上海校友会会长张为民



1 左二为田文昌律师，左一为杨大民律师，右一为法律出版社编辑杨大康

## “京都杯”中国人民大学法学院第三届模拟法庭大赛掠影

11月12日下午，“京都杯”中国人民大学法学院第三届模拟法庭大赛决赛圆满结束。经过近一个月的激烈比拼，来自北京大学的杜中华、陈卓唯组成的40号代表队作为公诉方和来自中国人民大学的康秉国、廖涵组成的3号代表队作为辩护方一同进入决赛。京都律师事务所高级合伙人王九川律师、北京市海淀区人民法院法官

姜楠、中国人民大学法学院教授付立庆、中国人民大学法学院副教授程雷担任本次决赛的评委。

经过激烈角逐，最终控方获胜，杜中华和陈卓唯同学获得冠军，康秉国和廖涵同学获得亚军，其余两组四强选手获得季军。“京都杯”中国人民大学法学院第三届模拟法庭大赛圆满落幕！

京都律师事务所支持高校学生通

过模拟法庭的方式学以致用，开阔视野。京都律师们一直坚持抽出宝贵的时间参与模拟法庭活动，以律师的力量促进学生学术进步、推动教学与实践相结合。赛前，合伙人孙广智律师对选手进行培训指导，此外，李梓豪律师应邀担任“京都杯”中国人民大学法学院第三届模拟法庭大赛的点评嘉宾。

## 活 动



王九川律师（左一）为冠军选手颁奖



姜楠法官（左一）为亚军选手颁奖



付立庆教授（右一）和程雷副教授（左一）为季军选手颁奖



参与决赛的部分选手、嘉宾合影



右二为孙广智律师



李梓豪律师

## 法大学子参观京都，为法律执业取经

10月31日，中国政法大学国际法学院的30多名学生来京都参观学习。

京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌，涉外业务部的高级合伙人郭庆律师及刘元兴、王子鹤、孙逊等律师，业务管理部雒鸿政主任，刑事辩护业务部的李志广、李靖宇律师接待了学生，并鼓励学生理论与实践并重，认真学习，打好基础，纷纷向同学们传授经验，并回答了学生提出个各种学习、工作问题。

此外，律师事务所精心准备了由田文昌律师撰写的著作赠予学生。活动最后，学生们参观律所环境，了解京都“三宝”并合影留念。通过本次参观活动，学生们了解了京都的发展历程，领悟了京都行业领先的执业精神。



部分京都律师与参观京都的中国政法大学学生合影



## 活 动

### 北京师范大学国际生参观京都，深入了解中国律师

9月26日 北京师范大学国际生参加京都，京都律师事务所高级合伙人郭庆、邹佳铭、梁雅丽，高级顾问孟粉，律师王爽等参与了会见，管理合伙人方堃先生主持了本次活动。

参与本次交流的留学生分别来自法国、意大利、肯尼亚、坦桑尼亚、巴基斯坦等国家，他们对于中国律师的执业特点、中国法治环境等问题非常感兴趣，并提出了很多具体的问题。京都律师们对于留学生的问题做了详细回复，并着重强调了中国律师地位在逐步提升、中国法治环境改善等变化。🐱



部分京都律师与参观京都的北京师范大学国际生合影

### 朱勇辉律师主讲“北大刑辩讲堂”新学期第一课， 开启律师授课新模式

2017年9月11日，京都律师事务所主任朱勇辉律师前往北京大学第三期“刑事辩护实务”暨“北大刑辩讲堂”新学期第一次课程现场进行授课。

“刑事辩护实务”暨“北大刑辩讲堂”，是由北京大学法学院和北京市律师协会合作开设的新式课程。课程旨在通过对于真实案件的研讨，实现刑法理论与刑辩实务的相互促进与深度融合，从而进一步推动我国刑事辩护整体水平的提升。相较于传统课程，刑事辩护实务课程的探索创新之处，主要表现为以下三个方面：第一，知名刑辩律师与刑法教授同堂授课；第二，北大在校生与

青年刑辩律师同堂听讲；第三，课上的大班讲授与课下的小组讨论及每周的作业训练相结合。

当天探讨的案例是一起故意杀人案。在授课过程中，京都律师事务所主任朱勇辉律师对控辩双方的表现进行了点评。朱勇辉律师表示，本案是其多年之前亲自办理的一起真实案件。尽管过程曲折，但最终的结果，为其带来了作为刑辩律师的荣誉感和责任感。

朱勇辉律师的授课得到北大法学院刑法学副教授车浩的赞赏，也受到听课学生的好评。🐱



朱勇辉律师

## 活 动

### 刘敬霞律师应邀参加第二届中国城市地下综合管廊技术研讨暨工程观摩会

8月31日第二届中国城市地下综合管廊技术研讨会在宁夏回族自治区银川市举办。会议邀请国内外300余名专家、学者、工程师等，围绕地下综合管廊项目深入探讨。

京都律所高级合伙人刘敬霞律师应邀参加“第二届中国城市地下综合管廊技术研讨暨工程观摩会”，并做了主题为《城市地下综合管廊PPP项目投资及收费机制实证研究（以多个项目为例）》的主题发言。

刘敬霞律师从PPP模式核心理念及运作架构、PPP项目经济类型、运作形式、回报机制、社会资本招选程序、PPP项目“519流程”操作中政府

和社会资本在项目推动中的主要工作职责、PPP项目的核心要素，以及国家关于地下综合管廊项目的专门规定、管廊PPP项目的收费机制、管廊PPP项目关键风险防范、实施地下综合管廊项目面临的挑战、管廊PPP项目的合同体系等做了深入细致的剖析，倡导政府把有限的财政资金用在刀刃上，转变政府职能，提升国家治理能力，让“市场的给市场，政府的归政府，各尽其能”，市场在资源配置中起决定性作用，通过PPP模式向社会资本释放市场机会，基于特定管廊项目、通过市场机制、以合同形式与社会资本建立长期合作的伙伴关系，保障公共物品和公共服务供给，



京都律师事务所高级合伙人刘敬霞律师在做主题分享

提升服务效率和质量。

刘敬霞律师的发言切合热点，实务经验丰富，受到与会人员的高度关注。

### 袁方臣律师为北师大学生主讲“审判中心主义视野下的一审辩护”

2017年11月6日，京都律师事务所合伙人袁方臣律师走进北京师范大学，为学生做主题为“审判中心主义视野下的一审辩护”的分享。

袁方臣律师从审判中心主义改革的历史背景和主要内容、审判中心主义改革对一审辩护的影响、如何更好的履行辩护职责等三个方面展开他对于辩护的讲解。他认为，法庭辩护与其他任何门类的艺术一样，也是有技巧的。辩护律师掌握庭辩技巧并能够自如应用，对于恰当维护被告人权益具有重要意义。

作为京都律师事务所合伙人，袁方臣律师长期专注于刑事辩护业务，曾参与多起重大疑难刑事案件的辩护工作，并办理了大量民商诉讼业务。这些宝贵的从业经验，让袁方臣律师的分享更具有操作性和引领性，受到了学生们的欢迎。



袁方臣律师（左六）、印波律师（左五）与部分听课学生合影



## 活 动

### 高慧云律师为天津滨海新区律师讲授涉税案件的法律服务思路

2017年11月12日，京都律师事务所金融部高慧云律师做客由滨海新区司法局主办的“滨海律师课堂”，就“涉税案件的行政和刑事处理”进行专题讲座。

高慧云律师从当前纳税人的刑事风险分析，尽而围绕涉税案件法律服务思路进行五部分的讲解。首先她结合业务实践，以行政、刑事处罚为核心，向大家介绍了实践中常见的涉税案件类型及对应行政、刑事处罚；第二部分为大家详细讲解了税务稽查的基本程序，并结合案例阐述律师如何在日常法律顾问工作中预防企业逃税罪；第三部分通过对虚开增值税专用发票行为进行界定，结合案例提出对可能涉案的企业领导、业务人员及会

计人员法律保护的建议。第四部分她站在以“谋取不正当利益”作为行贿罪认定的视角，解析“不正当利益”不仅包含实体的不正当利益，也包含程序的不正当利息两个层面，同时结合案例，指导律师们在对行贿罪进行辩护时的服务思路；最后高慧云律师通过专业解析何谓走私罪中的“明知”，结合对应案例，向大家讲解增值税的计税原理及不同纳税人的

计算方法。

高慧云律师的讲解让每个人都收益匪浅，受到了在场律师的一致好评，律师们期待高慧云律师下一次开讲，与大家分享更多专业性的知识。



高慧云律师（右四）与部分律师合影

### 汤建彬律师走进体育场路中学 帮助青少年抵制违法犯罪

为增加青少年法治意识，养成知法守法用法好习惯，11月7日，京都律师事务所律师、《法制晚报》校园普法团专家汤建彬走进北京市朝阳区体育场路中学，以“预防校园欺凌抵制违法犯罪，从我做起”为主题，教导学生如何面对校园欺凌，学会运用法律武器保护合法权益。

在此次讲座中，汤建彬律师对“校园欺凌”“青少年犯罪预防”“青少年自我保护”等话题进行深入讲解，结合青少年犯罪的典型案例进行点评及释法析理，生动形象地向学生们介绍了青少年犯罪的特点及原因，用案例警示学生们要遵纪守法，并详细讲解了青少年如何加强对犯罪的自我防范的知识。

讲座后，汤建彬律师与在场学生进行了交流讨论，同学们纷纷表示此次讲座增强了他们的法治观念和守法意识，认识到了法律法规的重要性和必要性。



汤建彬律师（第二排左六）与学生合影留念

## 活 动

### 冯诏锋律师为北大法律学子讲解法律检索方法与运用

10月21日上午，京都律师事务所的冯诏锋律师作为第一期律师讲座的嘉宾，做客北京大学法律实务训练营。本次讲座的主题为“法律检索方法的介绍与运用”，训练营和部分法学院的同学参加了本次讲座。

冯诏锋律师的讲座以“四海剧团诉五洲公司案”为背景，在点评学生搜集整理有关本案法条的基础上，重点讲解实务中的法律检索方法与运用问题。冯诏锋律师进行了现场检索示范，讲授了法律检索的基本思路，并就该案涉及的“合同相对性”问题进行了大量延伸。

整场讲座氛围轻松，互动频繁。针对同学们的提问，冯诏锋律师都一一回应，做出了清晰的解答。通过这次活动，同学们初步掌握了法律检索的思路和方法，激发了学习法律、运用法律的热情，受益匪浅。



冯诏锋律师在北京大学法学院

### 京都客户国际竹藤组织成立二十周年 习近平致信祝贺

11月6日，京都律师事务所提供常年法律服务的国际竹藤组织成立20周年，国家主席习近平向国际竹藤组织致贺信。

习近平指出，国际竹藤组织成立20年来，为加快全球竹藤资源开发、促进竹藤产区脱贫减困、繁荣竹藤产品贸易、推动可持续发展发挥了积极作用。

习近平强调，中国共产党第十九次全国代表大会提出，中国坚持人与自然和谐共生，致力于建设生态文明，走绿色发展之路，建设美丽中国。中国将继续支持国际竹藤组织工作，愿同国际社会一道，积极落实2030年可持续发展议程，推动全球生态文明建设，推动构建人类命运共同体，共同建设更加美丽的世界。

国际竹藤组织成立于1997年，是第一个在中国设立的政府间国际组织。京都律师事务所在2013年成为该组织的



中央电视台《新闻联播》报道习近平致信祝贺国际竹藤组织成立二十周年



## 活 动

常年法律顾问。京都律师事务所高级合伙人郭庆律师具体负责该项目，高级合伙人公丕国律师参加了当时的签约仪式。四年来，京都律所为国际竹藤组织提供了专业、优质、高效的法律服务。

今年5月，国际竹藤组织与联合国环境规划署世界保护监测中心在北京总部举办“一带一路发展愿景对话”，国际竹藤组织现任总干事费翰思先生邀请京都律师参加了会议。



2013年4月23日，京都律师事务所高级合伙人郭庆（前排图右）与国际竹藤组织时任总干事古珍女士（前排图左）签订《常年法律顾问协议》

## 荣 誉

### 京都律所荣获“2017年度家族财富管理业创新之星”大奖

2017年9月12日—13日，“亚太财富论坛·2017年度国际私人财富管理中国风云榜颁奖典礼”在上海举行，京都律师事务所合伙人柏高原律师代表京都出席并领取“2017年度家族财富管理业创新之星”大奖。

2017年度国际私人财富管理中国风云榜的评选委员会由波士顿咨询公司、贝恩公司以及中国社会科学院等机构的权威专家组成。历经5个月的激烈角逐，京都律师事务所斩获“2017年度家族财富管理业创新之星”大奖，这是评

选委员会以及行业各界对京都律师事务所的认可和肯定。

京都律师事务所成立于1995年，目前已经步入专业化、国际化、综合化发展的快车道。本次获奖得益于京都律所二十多年的业绩积累、行业口碑，



京都律师事务所合伙人柏高原律师（右四）代表京都律所领取奖项



“2017年度家族财富管理业创新之星”奖杯

## 荣誉

也得益于京都家族信托法律事务中心（FTLAC）的卓越工作。京都家族信托法律事务中心（FTLAC）是我国大陆地区最早专门从事家族信托法律事务研究与服务的机构之一。FTLAC与境内外信托机构、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订制的

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、风险隔离和传承。京都的家族信托律师团队分别是金融法、信托法、公司法、婚姻家庭法、劳动法、税法以及离岸金融法律方面的专家和资深人士，

且均具有参加大型金融创新项目、金融法律服务项目的经验，已为诸多超高净值客户出具个性化的资产规划方案，并帮助多位客户落地了离岸家族信托、境内家族信托、基金会等资产管理与传承方案。

### 肖树伟律师荣获“北京市司法行政系统十九大维稳安保工作先进个人”荣誉称号

10月30日上午，北京市司法局隆重召开全市司法行政系统十九大维稳安保工作总结表彰暨学习宣传贯彻十九大精神动员部署会。

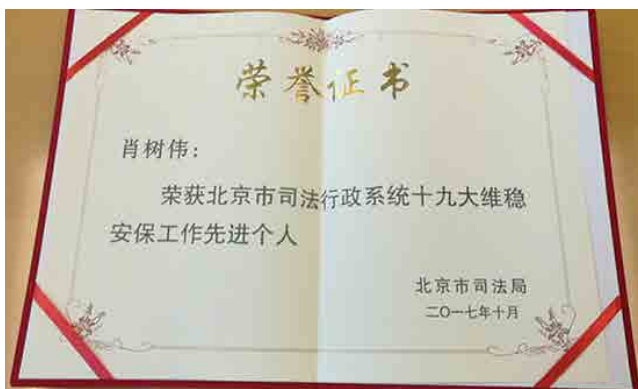
北京市司法局党委委员、政治部主任谢尚河宣读了《北京市司法局关于表彰北京市司法行政系统十九大维稳安保工作先进集体和先进个人的决定》，全市司法行政系统201个集体和575名

个人，分别荣获北京市司法行政系统十九大维稳安保工作先进集体和先进个人等称号。市司法局领导班子成员为受到表彰的先进集体和先进个人代表颁奖。

京都律师事务所高级合伙人肖树伟律师荣获“北京市司法行政系统十九大维稳安保工作先进个人”称号。



肖树伟律师



肖树伟律师的荣誉证书



肖树伟律师的奖章



## 媒体

### 梁雅丽律师做客《法律大讲堂》，讲解企业为何要重视法律风险防范

随着全球经济一体化，市场竞争更加激烈，在给企业带来发展机遇的同时，也带来了日益增多的法律风险和挑战。市场经济是法治经济，作为企业领导者和管理者，必须要学会建立健全企业法律风险防范体系，这样企业才能健康、有序、可持续地发展，才能做大、做强、做久。

2017年10月14日上午，法制晚报举行了第101期《法律大讲堂》栏目视频直播，京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师受邀走进法制晚报直播间，进行了“企业法律风险防控系列讲座”第一讲——“企业为何要重视法律风险防范？”，10万余名网友通过网络观看了这场生动的法律课。

直播开场后，梁雅丽律师对“什么是企业法律风险”先做了一次法律科普：对于企业而言，如果企业预期结果与实际出现的结果可能发生差异，而这种差异又将给企业带来损失或损害，这就是风险。企业风险按照不同的属性具有多种类型，主要包括自然风险、商业风险和法律风险等。其中前两种风险分别是以不可抗力和市场波动影响为特征的，而法律风险则是以承担相应的法律责任为特征的。

关于企业法律风险形成的原因，梁雅丽律师认为，一般企业在实际运行当中的法律风险成因主要有四种：

第一种为决策违规。企业重大战略、经营决策和重要经济活动违反决策程序，不经过法律论证，被迫承担法律后果。例如有的企业违规出借资金、对外担保，形成法律风险。

第二种为经营违法。有的企业从事经营活动，违反强制性规定，例如违规建设的项目，未经环保部门、城市规划部门批准，失去法律保护，受到执法部门查处和法律制裁。

第三种为民事违约。企业订立与履行合同不规范，违反约定导致经济纠纷，被对方起诉承担违约责任。有的企业因未能偿还到期债务，被银行起诉，造成企业资产被法院强制执行。

第四种为遭受不法侵害。企业维权意识不强，经营行为存在漏洞，防范机制不健全，遭受不法侵害、恶意诉讼或突发危机时，被动应付。

在直播中，有网友提问：企业法律风险有哪些常见的表现形式？梁雅丽律师解答说：“企业法律风险主要包含企业设立中的法律风险、合同法律风险、企业并购法律风险、知识产权法律风险、人力资源管理法律风险、企业税收法律风险”。

梁律师还特别强调：“如果企业对法律风险估计不足或处理不当，会带来相当严重的法律后果，有时甚至是颠覆性的灾难。”

企业为什么要重视法律风险防范？梁雅丽律师表示，改革开放以来，特别是我国特色社会主义市场经济的日趋完善，为适应经济全球化和市场一体化，建立企业法律风险防范已经迫在眉睫。欧洲大公司、大集团普遍重视企业总法律顾问制度。西方国家大公司、大集团建立企业总法律顾问制度，是在日趋激



图右为京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师，图左为《法制晚报》资深记者李奎

烈的市场竞争环境中的自觉选择。随着经济全球化的加剧，市场竞争进一步激烈，企业法律顾问的作用得到越来越多企业的认可。这是企业法律风险防范的有效途径。

在此次直播中，梁雅丽律师还结合自身办理过的典型案例事件，将企业法律风险问题进行了详细的分析。梁律师特意指出，企业无论大小，都需要注意防范法律风险，不仅老板与管理层要有法律意识，每个员工也要提高法律意识。

在直播过程中，梁雅丽律师与广大网友进行了多次互动，不少网友对梁律师作出的专业法律解答和分析纷纷点赞。

本期直播通过腾讯直播、凤凰直播、一直播三大权威平台直播，并得到凤凰新闻、腾讯新闻、天天快报的重点推荐，观看量突破10万。视频直播最后，作为主持人的法制晚报资深记者李奎，代表法制晚报社向栏目嘉宾梁雅丽律师致谢，感谢梁律师为广大网民送上的“法律好声音”。

# 刑事辩护全覆盖的问题与对策

■ 田文昌 / 文

## 导语

10月中旬，司法部联合最高法院推出刑事案件律师辩护全覆盖试点，规定没有委托辩护人的犯罪嫌疑人可在审判阶段免费获得法律援助律师的帮助，北京、上海、浙江、安徽、河南、广东、四川、陕西八省份开展为期一年的先行试点。这项政策一旦推开，将意味着，中国刑事案件审判阶段的辩护率将由原先不足30%提高到100%，实现全覆盖。

中国刑事辩护和人权保障的“春天”真到来了吗？2017年11月3日，中国政法大学公共决策研究中心举办第107期“蓟门决策”论坛，全国律协刑事专业委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌主讲，王公义、何兵、刘卫东、门金玲、周泽、王誓华、杨名跨、周海洋、李轩等律师、学者就刑事辩护全覆盖的议题各抒己见。

论坛现场，京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌主讲“人权新突破——刑事辩护全覆盖的问题与对策”。以下内容根据田文昌律师的现场讲座整理。

刑事辩护全覆盖这个问题具体的安排和操作的细节，可能连设计者本身目前也不太清楚，一切还需要探索。所以今天主要是讨论，由我开头引起话题，大家一起探讨。

首先我认为这是改变中国刑事辩护现状的一件大事。作为一个法治国家，我国恢复律师制度的近40年时间里，刑事辩护率低于30%（据不完全统计），有些地区甚至低于20%，这是个很严重的问题。我在美国做了多次考察发现，美国刑事辩护主要由社区律师（也就是李轩说的公职律师）完成。美国的律师一种是社区律师，另一种是私人律师。私人律师的数量比社区律师少很多，因为90%的案子是由社区律师完成的。社区律师很有意思，有些律所有点像我们的街道办事处，律所主任有些是和蔼可亲的老太太，设有值班律师等配套设施，居民一有事也可以打电话请律师帮忙。律所还帮助解决治安案件、交不起律师费的案件与帮助青少年进



田文昌律师

行社区矫正。

回到今天主题，我看了司法部发的文，体现了几个方面：第一，最大最根本的问题是扩大法律援助的覆盖范围。比如除了第一二条的第2款，其他适用普通程序审理的一审、二审、审判监督案件和简易程序、诉裁程序的案件都应当通知法律援助律师辩护，基本可以实现全覆盖。第二，资金支持，政府拿出几个亿支持这个事，在全国各地有实现的可能性。第三，《规定》的条款更具体。大家知道我们国家立法有一个通病：过于抽象、空泛，缺乏救济条款。而我注意到《规定》有一个通知条款，法律援助机构指派律师或者被告人委托律师为被告人提供律师服务前，被告人可以提出法律援助请求，如果没有及时通知和委派，本人家属可以提请求，人民法院应当通知。第四个问题是把法律援助设定为一个必要条件，比如第11、12条就有规定，二审人民法院发现一审法院未履行辩护职责，导致被告人审判期间没有律师辩护的，应当认定符合刑事诉讼法第27条第3项规定的情形，裁定撤销原判，发回重审。未履行通知辩护职责或者法律援助机构未履行律师指派职责导致没有获得律师辩护的依法追究。这两条连在一起形成了一个必要条件的要求。这个“必要条件”的设置接近有效辩护规则的设定，但不完全，相当于设定了类似有效辩护的一个门槛。

通过这几个方面说明什么问题？说明我们的适用范围和操作规定有了明晰的设计。这样的一种规定，如果真正实现了全覆盖，具体作用有哪儿方面体现？我觉得有这样几个方面：

第一个是强化了律师辩护的作用。这么多年来我们律师辩护的作用微乎其微，我1985年做兼职律师，1995年做专职，兼专职加起来三十多年了，费尽了心血，外界传我有好多轰轰烈烈的案子，许多好的成果，但先不说跟我的投入相比，就跟我办过案件的数量相比都微乎其微，我没救成的人远远几倍多于我救成的人。这是我的遗憾，更是中国刑事辩护的遗憾，这不是我个人的问题。我们刑事辩护的数量比例



很低，这是一个方面，而我们律师的作用更低，很低比例的辩护活动当中真正发挥作用的比例更低。

现在通过全覆盖解决刑事辩护数量的同时，相应的会影响到辩护的作用、辩护的质量，因为整体的辩护数量多了，会引起要说的第二个问题：全社会的刑事辩护认识观念的改变。过去认为刑事辩护没有什么意义，所以对辩护律师的辩护职能没有兴趣。可是刑事辩护难度非常大，中国律师在辩护当中投入的精力和承担的风险要远远高于法治发达国家。本来按照投入的力度来收费应当是理直气壮的，可是中国的现状是，不管律师花费多大力气，最后没起作用，不仅当事人有想法，律师自己感到也很内疚。律师本事再大，却不让你去有效发挥，这就很麻烦，律师自己内心也有很多冲突。所以刑事辩护全覆盖的实现，辩护率提高了，律师的作用大了，也会引起人们观念上的更新，这是第二点。

第三点，分流律师群体中的业务分配。全覆盖以后，很多年轻律师在法律援助机构里承担百分之六十到八十的案子，另一部分重大疑难案件可能分流到资深律师中去。过去是一把抓，都混在一起，很难区分，对律师的培养很不利。过去曾提出过要给律师分级，遭到律师界普遍反对。律师本来就“没大没小”，要依靠市场调节，考核分级标准是什么？不能简单通过考核分级来看这个问题。而这种自然分流就比较符合市场规律。

第四点，扩大了青年律师的发展空间。现在很多律师没业务做，到处去找业务。由于环境问题造成了一些律师边缘化、非正规化，如果全覆盖有了出路以后，年轻律师有工资拿了，有案子接了，在做的过程中自然成长起来，会形成自然成长的发展空间。

第五，改善控辩关系。美国社区律师的工资和检察官差不多，我拿工资你也拿工资，检察官可能明天就去干律师了。心态平衡就没有互相较劲的事。如果我们将来真这么做，这些问题就也会得到很大程度的缓解。

第六，收费差别正常化。刚才李轩教授谈了指导价，我从来没接受这个问题，民商、非诉不设卡，偏偏给刑事案件设卡。这是重大误区，刑事案件涉及到人的生命权、自由权，结果对律师收费要设卡。在许多场合，有些律师常常自称自己从事的业务是高端业务，如IPO业务、涉外业务、与网络有关的业务等等。我认为这是对律师定位认识的误区。有些为高端产业服务的律师业务并不等于其本身就是高端业务，有些新兴的律师业务也不等于高端业务，新业务与高端业务也不是一回事。

我从未说过，也未听过刑事辩护如何高端。而如果一定要

讲高端，我倒是认为刑事辩护是可以称之为高端。这是因为，刑事辩护业务所维护的权益最重要，责任最重大。刑事辩护业务关系的是人的自由权、生命权，其他权利都不能高过这两种权利！所以，从这个角度来讲，若说刑事辩护是律师的高端业务，恐怕并不为过。但我并不赞同对律师业务做出什么高端、低端的定位。把刑事诉讼代理限得这么严格是有问题的。如果承认它是高端、是重要的，就不能贬低它的价值。一旦实现全覆盖以后可能引起在全国范围内很大震动，对总体是非常有利的。

目前还有两个突出的问题要解决，得一步一步来。

首先是经费的问题。六七个亿在全国一洒就没了，援助律师待遇很低，这是我们面临的问题。试点下来，我认为这个费用应该提高，否则没有积极性。我觉得这个问题应当引起重视，同时律师也要呼吁，如果高层看到全覆盖的作用了，钱涨几倍应该是没有问题的，我认为这对于国家来说应该不会有太大的问题。一个律师年收入有个十万、八万的，月收入达到万儿八千的，这就说得过去了，很多年轻律师也就比较稳定了。所以我觉得试点有好处，我相信多拿出几个亿不是个事，这个我们要多呼吁。

第二个问题，实现全覆盖有好处，但质量得好，这又涉及到有效辩护规则的设立问题。我们现在没有有效辩护规则，我们有效辩护的概念跟美国完全是两码事，美国的有效辩护有形式要求和实质要求。我专门到美国考察过《死刑辩护纲要》，这个纲要是律师公会制定的，制定出来以后，控、辩、审三方都实施。比如死刑辩护，由四个人组成，两名职业律师，一名减刑专家，一名社会调查员，这四个人如果缺少一个，不管怎么辩都无效，这是形式要件。当然还有实质要件，如果发现你的要件不齐备，法院可以撤销。我们还差得很远。我们国家还有一个最大的问题，我们有效辩护的前提不是辩护要素是否齐备，而是让你充分发挥作用的问题。这个前提就有问题了。全覆盖以后，数量解决了，辩护的效果究竟如何来保证？我认为我们保证的辩护效果比美国多了一个条件，除了辩护形式要素和实质要素之外，还有辩护权的有效实现。所以我们接下来要研究的是一旦实现刑事辩护全覆盖，如何保护辩护权的有效实施问题。所以要逐步制定有效辩护规则。

接下来给大家介绍一个情况，是一个好事。虽然我们刑事辩护律师地位这么低，效果这么差，但现在有一个比较好的情况，司法部决定把刑事辩护专业委员会撤销，变为“刑事辩护协会”，这是很大的一件事，超出我的预想，我想，刑辩协会的应运而生和全覆盖问题结合起来，可能会对中国刑事辩护带来一定的好处，如同何兵说的，“春天在哪里”，我们在等待！

# 四种常见经济犯罪的 辩护与建言





# 虚开增值税专用发票罪的 司法困境与立法建言

曹树昌, 齐晓伶, 韩瑞奇, 李靖宇 / 文

## 一、导言

在当前的刑法学术界和司法实践中,关于虚开增值税专用发票的行为如何认定,是否一概定罪、定何罪以及如何界定虚开增值税专用发票数额从而进行量刑等问题存在很大争议。同案不同判的现象大量存在,不仅影响了个案公正,也使法官无所适从。之所以出现如此之局面,一是刑法第二百零五条的关于虚开增值税专用发票罪的规定使用了简单罪状,而虚开增值税专用发票罪并不像故意杀人罪那样犯罪构成特征明确、易于被人理解和掌握,于是导致简而不明,给理解和执行该条规定造成不必要的困难和混乱。二是实务中出现了大量的新类型案件,比如不以抵扣税款为目的的虚开增值税专票行为,比如为他人的实际交易开具增值税专票行为,这些都超出了立法时法条预设的情境。三是因刑法修正案增设了虚开发票罪带来的法条适用问题。这些问题,看似增加了法官自由裁量的空间,其实是增加了“错案”和被改判的危险。实务中,适用法律的过程,更多的是法官在个案中具体解释法律的过程。法律文本的粗线条,现存立法、司法解释以及复函混乱矛盾,都给法官造成了困境。在现有的局面下,法官只能仔细研读这些解释或文件中所函括的立法本意,作出符合刑法精神的实质化判断,最大化地实现实质正义。从长远看,为增强裁判结果的确定性和可预知性,减少法官的恣意,呼吁有关国家机关及早出台立法或司法解释,统一认识。

## 曹树昌律师简介



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

## 二、案例与问题: 公正的诉求

案情简介如下:

2010年至2014年,被告人刘某在担任宁夏某甲煤业集团有限责任公司(以下简称甲煤业集团)煤矿物资供应站站长期间,未经授权,以煤矿的名义与安徽某乙公司签订《工业品买卖合同》并接受货物,因安徽乙公司不是甲煤业集团的中标供应商,供货后无法正常结算货款,刘某等人遂通过银川某丙公司为安徽某乙公司走账,由安徽某乙公司先将货物销售给银川某丙公司,银川某丙公司再加价20%左右销售给甲煤业集团,由安徽某乙公司向银川某丙公司开具增值税专用发票,银川某丙公司向甲煤业集团开具增值税专用发票,银川某丙公司与甲煤业集团结算货款后再向安徽某乙公司支付货款。在2012年至2014年2月间,银川某丙公司共为甲煤业集团开具增值税专用发票376份,金额2965万余元,销项税额504万余元,价税合计3469万余元。其中,在2013年3月至2014年2月间,因部分所供货物不在银川某丙公司的中标供货范围内,刘某遂向甲煤业集团虚报《采购计划》,甲煤业集团再以《采购订单》的形式,要求银川某丙公司按照《采购订单》列示的货物名称,在实际供货金额范围内,更改“货物名称”,开具了部分与实际销售货物名称不符的增值税专用发票。

2017年6月22日,银川市某区人民法院判决被告人刘某犯虚开增值税专用发票罪,判处有期徒刑十年六个月,并处

罚金人民币十五万元。目前此案正在二审审理中。

本案中，开票行为是建立在实际货物交易的基础上的，并不属于“虚开”，未造成发票接受方甲煤业集团多抵扣税款，未对国家税款造成损失，亦未危害国家税收利益，因此并不存在法益遭受侵害的事实，一审判决有违实质公正。鉴于实践中存在大量的因法官理解不一而判决混乱的此类案件，我们认为有必要对刑法第二百零五条虚开增值税专用发票罪进行认真梳理。

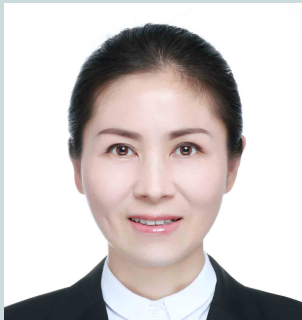
### 三、立法进程与法律文件效力困境

虚开增值税专用发票罪作为一种新型的经济犯罪乃是市场经济繁荣之下的衍生物。在我国，与故意杀人等传统犯罪相较，虚开增值税专用发票罪产生时间不长，因而也如一些传统犯罪那么稳定，需要经过实践试错与不断修正才能臻于完善。不仅如此，虚开增值税专用发票犯罪类型的不稳定性及缺乏立法或者司法解释的境况还会带来其适用上的困境，并由此导致其适用功能的负面效应问题。

从罪名沿革历史上看，虚开增值税专用发票罪显然是带着历史使命而来的。市场经济体制的建立，催生了我国税制改革，实行增值税专用发票抵扣税款制度，而在市场经济初级阶段，一些人也利用了这些税制制度的特有功能或者天然漏洞实施了虚开增值税专用发票行为，以套取国家税款。这些行为已然具备了严重的社会危害性以及需要类型化处理的现实基础。为此，在1979年刑法没有相关罪名规定的情况下，1995年10月30日全国人大常委会出台单行刑法《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》（以下简称《决定》），首次涉及这一罪名。

随之，最高人民法院1996年10月17日出台《关于适用〈全国人大常委会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》（以下简称【法发[1996]30号司法解释】），该解释规定：具有下列行为之一的，属于“虚开增值税专用发票”：（1）没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务而为他人、为自己、让他人

## 齐晓伶律师简介



京都律师事务所律师，北京师范大学博士后，中国人民大学刑法学博士，专业刑辩律师。

自己、介绍他人开具增值税专用发票；（2）有货物购销或者提供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具数量或者金额不实的增值税专用发票；（3）进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票。

其后，1997年刑法典吸收了全国人大常委会《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》的基本内容，虚开增值税专用发票罪就此入刑。

针对实践中的理解问题，2005年12月29日第十届全国人大常委会第十九次会议通过《关于〈中华人民共和国刑法〉有关出口退税、抵扣税款的其他发票规定的解释》，明确了刑法规定的“出口

退税、抵扣税款的其他发票”指的是具有出口退税、抵扣税款功能的收付凭证或者完税凭证。

2014年11月27日，最高人民法院研究室对西藏自治区高级人民法院《关于如何适用法发[1996]30号司法解释数额标准问题的电话答复》（以下简称【法研[2014]179号答复】），该答复中指出，对虚开增值税专用发票案件的量刑数额标准，可以不再参照适用1996年《最高人民法院关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉若干问题的解释》（即【法发[1996]30号司法解释】，笔者注）。在新的司法解释制定前，对于虚开增值税专用发票案件的定罪量刑标准，可以参照《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定执行。

2015年6月11日，最高人民法院研究室向公安部经济犯罪侦查局作出了《〈关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质〉征求意见的复函》（以下简称【法研[2015]58号复函】），对如何认定挂靠开票及其他代开发票的行为是否构成虚开增值税专用发票以及对法发[1996]30号司法解释的适用问题作出了指导性的解释，同时也对有关虚开增值税专用发票罪争论较多的传统问题表达了观点。提出以下几点意见：一、挂靠方以挂靠形式向受票方实际销售货物，被挂靠方向受票方开具增值税专用发票的，不属于刑法第二百零五



条规定的“虚开增值税专用发票”。二、行为人利用他人的名义从事经营活动，并以他人名义开具增值税专用发票的，即便行为人与该他人之间不存在挂靠关系，但如行为人进行了实际的经营活动，主观上并无骗取抵扣税款的故意，客观上也未造成国家增值税款损失的，不宜认定为刑法第二百零五条规定的“虚开增值税专用发票”；符合逃税罪等其他犯罪构成条件的，可以其他犯罪论处。另外，对于法发[1996]30号司法解释中关于“进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票”也属于虚开的规定，与虚开增值税专用发票罪的规定不符，不应继续适用；如继续适用该解释的上述规定，则对于挂靠代开案件也要以犯罪论处，显然有失妥当。

至此可见，有关本罪的《决定》虽已被纳入刑法，但《决定》本身并未被明令废止，法发[1996]30号解释也未被宣布废止，该解释中引发最大争议的问题则在于“进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票”的行为属于“虚开增值税专用发票”的规定。如何排除这一条文的适用成了摆在法官面前最棘手的问题。【法研[2014]179号答复】意指在新的司法解释制定前【法发[1996]30号解释】在定罪上和量刑上都不再予以适用，问题在于，最高法研究室的一个答复能否宣布最高法的一个司法解释退出历史舞台？而【法研[2015]58号复函】在这一问题上更是与【法发[1996]30号解释】存在着直接的对立冲突。由于【法研[2014]179号答复】与【法研[2015]58号复函】在性质上都只是类似司法解释的文件，并不具有比肩司法解释的地位，虽代表了最新最科学的刑法理论和司法实务观点，却也存在着法官难以直接适用的尴尬局面。

根据1997年《最高人民法院关于认真学习宣传贯彻修订的〈中华人民共和国刑法〉的通知》（以下简称【法发[1997]3号通知】）规定，“修订的刑法实施后，对已明令废止的全国人大常委会有关决定和补充决定，最高人民法院原作出的有关司法解释不再适用。但是如果修订的刑法有关条文实质内容没有变化的，人民法院在刑事审判工作中，在没有新的司法解释前，可参照执行。其他对于与修订的刑法规定相抵触的司法解释，不再适用。”由于该通知的含糊其辞，以及同样存在着的法律地位的问题，【法发[1996]30号解释】的效力问题仍然模糊不清。

## 四、犯罪构成方面的厘定

### （一）客观要件方面

虚开增值税专用发票罪在客观方面表现为未实际销售货物或没有提供应税劳务而开具增值税专用发票或者虽有货物销售或者提供应税劳务但开具内容不实的增值税专用发票，数额较大的行为。那么，“虚开”行为以及本罪所指“增值税专用发票”如何界定？

#### 1. 何为“虚开”？

虚，即虚无，不实，与实相对，辞书之祖《尔雅》中解释“虚，空也”，因此，“虚开”应意指没有实际交易作为依托或基础，单纯地凭空开具。应包括（1）没有真实交易的虚开行为；（2）有真实交易，但超过真实交易金额进行虚开。有真实交易，但让他人代开增值税专用发票；或者有真实交易，金额也与实际一致，但货物名称不符，此两种情形，都因行为人主观上并无骗取抵扣税款的故意，客观上也未造成国家增值税款的损失，没有法益受到侵害，则不应以虚开论处。

#### 2. 何为“增值税专用发票”？

增值税专用发票是只限于增值税一般纳税人领购使用的，作为纳税人反映经济活动中的重要会计凭证又是兼记销货方纳税义务和购货方进项税额的凭证。那么，可否机械理解，只要虚开的是“增值税专用发票”，即构成“虚开增值税专用发票罪”？刑法第二百零五条规定：“虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的……”该条以“或者”为连词而形成一个并列关系，“增值税专用发票”与“用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票”应属于“用于骗取出口退税、抵扣税款的发票”项下的分类。2005年12月29日第十届全国人大常委会第十九次会议通过《关于〈中华人民共和国刑法〉有关出口退税、抵扣税款的其他发票规定的解释》也印证了这一理解，解释指出，“刑法规定的‘出口退税、抵扣税款的其他发票’，是指除增值税专用发票以外的，具有出口退税、抵扣税款功能的收付款凭证或者完税凭证”。如果虚开增值税专用发票只是出于虚构利润使账目好看，增强谈判砝码等目的，并未向税务机关申请退税，这种被抽掉抵扣联，没有发挥抵扣功能的增值税专用发票已与普通发票无异，对于此种虚开行为完全可

以适用刑法第二百零五条之一，以虚开发票罪定罪处罚。同时构成逃税罪的，与2002年9月17日最高人民法院《关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第九条的规定“实施骗取出口退税犯罪，同时构成虚开增值税专用发票罪等其他犯罪的，依照刑法处罚较重的规定定罪处罚”同理，应该依照虚开发票罪与逃税罪择一重罪论处。

## （二）主观要件方面

虚开增值税专用发票罪主观方面需出于故意，对此理论与实务界均没有争议，但对于该罪是否要求特定目的，则争议日久。从本罪罪状上看，刑法并没有明确规定本罪为目的的犯，因此，本罪的主观故意只能解释为行为人在主观上明知增值税专用发票与真实交易不符而仍然追求虚开的结果，至于行为人主观上是否必须以抵扣税款为目的，则并未被法条所涵摄。【法研[2015]58号复函】对此虽未作清晰答复，但多次提到“主观上骗取抵扣税款的故意”，并且指出“虚开增值税专用发票罪的法定最高刑为无期徒刑，系严重犯罪，如将该罪理解为行为犯，只要虚开增值税专用发票，侵犯增值税专用发票管理秩序的，即构成犯罪并要判处重刑，也不符合罪刑相适应原则”。复函还提到《刑事审判参考》刊登的“芦才兴虚开抵扣税款发票案”。该案例提出，虚开可以用于抵扣税款的发票冲减营业额偷逃税款的行为，因主观上明知所虚开的运输发票均不用于抵扣税款，客观上使用虚开发票冲减营业额的方法偷逃应纳税款，其行为不符合虚开用于抵扣税款发票罪的构成要件，属于偷税行为。可见【法研[2015]58号复函】持目的犯观点，这也是笔者基于刑法谦抑性、宽严相济刑事政策以及罪刑相适应原则考量后所作出的选择。

刑法及刑罚作为最严厉的制裁方法，决定了刑法不可轻易动用。同时，刑法的谦抑立场还要讲求刑罚的效用性，即力求用最少的刑罚乃至不动用刑罚以获得更多的法律效益和社会效益。或者说，刑法的谦抑性和经济性等特性决定刑罚手段的最后性。特别在涉及经济与行政违法行为时，更应当驻足守望，为行政处罚和经济制裁等非刑罚措施留有足够的调整空间。诸如虚开发票本属于行政违法行为，入罪之后乃

## 李靖宇



京都律师事务所实习律师。

行政犯罪，原本可以寻求多种法律救济渠道。并且考察刑法设置虚开增值税专用发票罪主要是为保护国家税制以及经济运行的畅通，遏制与打击的重点是利用增值税制度漏洞抵扣或者骗取国家税款的行为。因此，当行为人主观上不具有抵扣或骗取税款之目的，对客观上的虚开增值税专用发票行为运用最高刑为无期徒刑的重罪予以规制，是对罪刑法定原则的机械遵循，实际上有违罪刑相适应原则。既然适用法律的过程就是解释法律的过程，而现代法治理念要求司法工作者在对法条的适用中既要追求形式合理性，又要对裁判结果进行成本收益分析，因此，法官在对法条作出文本解释的同时，还应以“效用最大化”作为标准，让各执一词的“公正”，建立在看得见的制度选择的基础之上，毕竟，诸多案件裁判结果的争论，最终都转化为价值判断的争论。

## 五、立法建言

对于存在真实交易让他人代开增值税专用发票行为，或者虚开增值税专用发票并未用于抵扣税款，即使实务中可以援引大量无罪案例以推导和论证，但是我国并非判例法国家，严格来说各级法院的个案判决对后续的司法裁判并无法律约束力。即使是对最高法院而言，除非个案被作为“指导性案例”，否则也不是一个具有约束力的案例，其抽象出来的裁判要旨并不能作为一条确定的法律规则而产生约束效力。同样，理论界的观点更是因其众说纷纭而难以为司法实务作出明确指引。

鉴于此，本文建议在刑事立法时，能够对刑法第二百零五条进行修正，采用叙明方式表述虚开增值税专用发票罪，以尽可能地消除实践中人们理解上的任意性和偏差。在近期无法修改法条的情形下，应当及早出台立法或司法解释对该罪构成要件予以细化，本着宽严相济刑事政策以及罪刑相适应原则、刑法谦抑原则妥善解决本罪的认定问题，特别是通过限缩解释的方式明确增值税专用发票的内涵以及外延，明确虚开行为性质与内涵，明确虚开增值税专用发票罪与其他罪名之间的界限。针对影响量刑的犯罪数额，也需要明确其在不同诉讼阶段的变化及计算准则。🐶



# 非法集资案常见问题及辩点

■ 杨照东 / 文

律师都有自己的领悟、自己的认识、自己的优点和长处，笔者本着相互交流的态度总结集资类犯罪中几个方面的问题。

## 第一部分 非法吸收公众存款罪

### 一、出资人中的特定对象是否应当剔除

**相关条文：**《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》法释【2010】18号第一条第二款：未向社会公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。

我们经常会遇到这样一种现象，被告人集资的对象可能上百人几千人，但是这里边既有特定对象又有不特定对象。我们应不应当把其中的那些特定对象剔除？

刑法规定的“非吸”明确讲的是“针对不特定公众”。从这一表述中，我们应该有这样的理解：非吸的对象只限定在“不特定”的那个群体，那么，只要这个群体中有特定对象，就必须得剔除，这就是我最朴素的一种理解和认识。法律就是这么规定的，任何人不能扩展它的外延。法律规定了针对社会不特定公众吸存构成犯罪，言外之意，针对特定对象吸存就不构成本罪。

我希望我们以后再遇到这样的事情的时候，都能够坚持这样的观点。不管其中的特定对象多与少，都要主张剔除。这是作为一个法律人应有的理解，不能对控方不加区别的指

### 杨照东律师简介



京都律师事务所高级合伙人。杨照东律师执业20余年，先后担任过中国大陆前首富黄光裕内幕交易案、浙江亿万富姐吴英集资诈骗案等国内重大刑事案件的辩护，在职务犯罪和经济犯罪领域有深入的研究并取得了显著的业绩，被媒体誉为“大要案专家”、“最低调的大律师”。2013年获《亚洲法律评论》十佳诉讼律师大奖。

控姑息或者顺从。

还有我们要搞清楚什么是“亲友”。这也是在实践中控辩双方包括我们跟审判人员之间经常有分歧的地方。父子、兄弟、姐妹这好理解，这是亲友。这个范围就不好说了，其外延比较大。在刑事辩护实务中，可以从认识时间的长短、两个人之间的交往程度，从这个角度来论述是否为朋友关系。

这里边可能还有一个值得注意的问题，就是“因借款认识，之后成为了朋友，然后又发生了借款”，这样的关系是不是本罪中的“友”，这恐怕比较难以界定，这就是仁者见仁、智者见智的问题了。

### 二、关于“公开宣传”中的“明知”、“放任”

**相关条文：**【2010】18号第一条第二款：通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办

理非法集资刑事案件适用法律若干问题的解释》（2014年4月1日）二、关于【2010】18号文“公开宣传”包括以各种途径向社会公众传播吸收资金的信息，以及明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任等情形。

对于非吸罪，我们在实践中的辩护无非就两个辩点：一个是是否进行公开宣传；一个是对象是否为不特定。

法释【2010】18号文对“公开宣传”的表述是“行为人通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传”。对于这个“等”字如何理解，实践中控方基本上将其理解为“口口相传”，认为只要债权人之间是经过口口相传

作为控方，你必须要有确实充分的证据来证明被告人“明知”这个信息向社会扩散，并且“放任”这一信息的扩散。这一点控方不太好证实。从我们代理过的案件中可以看出，侦查机关往往容易忽略关于被告人“明知”“放任”这方面证据的收集，而这一点毫无疑问可以作为我们的一个辩点，一个突破口。我们也可以就此进行取证。

的方式了解相关集资信息的，就算是被告人向社会进行了公开宣传。

在吴英案中，吴英确实没有采取那些【2010】18号文列举的方式去向社会公开宣传，一审中控方就是以“口口相传”来指控吴英向社会进行了公开宣传，我们则是以“法律并没有规定‘口口相传’就是公开宣传”为由予以了反驳。在二审过程中，《意见》出台了，明确规定公开宣传“包括以各种途径向社会公众传播吸收资金的信息”。这个《意见》在“公开宣传”的认定上基本上把辩方的全部可能的辩护角度给封死了，当然也就把我在吴英案一审中提出的前述观点给否定了。

但我们要注意到一个问题，《意见》规定了“以及明知吸收资金的信息向社会公众扩散而予以放任等情形”，那么，关于“明知”和“放任”的认定，控方是负有举证责任的。作为控方，你必须要有确实充分的证据来证明被告人“明知”这个信息向社会扩散，并且“放任”这一信息的扩散。这一点控方不太好证实。从我们代理过的案件中可以看出，侦查机关往往容易忽略关于被告人“明知”“放任”这方面证据的收集，而这一点毫无疑问可以作为我们的一个辩点，一个突破口。我们也可以就此进行取证。

### 三、关于犯罪数额的认定——转单

所谓转单就是在所借款项到期后没有还本付息的情况下，将应付利息转做本金，收回原有借据，给债权人重新开具借据，新借据上的金额即为本息合计之金额。

现在吸存的案件数额是越来越大，过去的时候几千万觉得是个大案子，现在几个亿都不算个事儿，不达到几十个亿，几百个亿，都不会引起各方重视。但在大部分案件中关

于吸存数额或未归还数额的认定上都有水分。有的钱还了，收条没有收回去，债权人拿着收条报案登记，还有的就是转单。我刚才说到的哈尔滨那个案件8个亿的犯罪数额，实际上真正借钱的本金不到1.8个亿，几次转单之后就达到了8个亿。为了证实转单现象的存在，我找了好多的出资人开了个会，了解吸存的具体情况。而且为了避免出现什么其他的问题，我找到了一个媒体记者对一些出资人进行了采访，后来那个记者把这个案件中存在大量转单的事给报出来了。我收集了很多关于转单的证据，信心满满的递交给司法机关，意在把犯罪数额降下来，但结果未尽人意。

但是我还是想说，真理永远是真理，我们还是应当坚持这种认识，确实应该把它分清，把利息的那部分减掉，按照吸收存款的本金认定犯罪数额。

### 四、诉前（或诉外）服务——债权人会议的召开

刑辩律师能做什么？在传统意义上，可能大多数老百姓都会认为你们刑辩律师不就是上法庭给被告人辩护吗？如果只做这样的一种理解，我们刑辩律师服务的市场就太窄了。其实除了法庭上辩护，我们还有一个很广阔的市场。在法庭上，我们相当于一个手术医生，病人哪里出了问题，我们就针对这个病情去医治，但是我们还可以去当一名保健医，去给人们日常保健，对疾病进行事前预防。在企业的经营过程中就介入进去，为企业家们提供刑事方面的法律帮助，当好参谋，有效的帮助企业家们防控好经营中可能存在的刑事法律风险。

具体到非吸案件中，我们除了为被告人做辩护外，还可以帮助集资人或集资单位去召开债权人会议，协商还债事宜等。

我代理过一个厦门李宝华非法集资的案子，她是在被刑



事立案前找的我，当时公安机关还没有找她，她因为在社会上借了很多钱，企业资金链断了，她不敢面对众多的债主，希望我能帮助她处理和债权人之间的一些事情。我们组织了一个律师团队，到了厦门之后，给他组织了债权人会议。她拿出了一些资金，我们根据债权人及债务的具体情况，用这些资金偿还了部分债务，对余下债务制定了让债权人认可的还债方案。在一定程度上化解或减弱了债权人的敌对情绪。当然，面对有限的资金，还给谁不还给谁是要斟酌的。对于那些刚刚加入集资队伍还没有获得回报的债权人，尤其是拿出一生积蓄来集资的债权人，必须要优先偿还。而对于那些所得利息早已远远超过本金，早已赚得钵满盆满的债权人，则可以协商减免余下债务。我们可以告诉他们，如果进入刑事诉讼，根据《意见》的规定，他们已经得到的利息应该被追缴。基于利益的考虑，这部分债权人一般都会同意减免余下债务。我们这样做，只是陈破利害，促成协商一致，化解矛盾，没有任何的违法嫌疑。

说到违法嫌疑，我还需要重复和强调一下，就是前面谈到的非吸案件中没有被害人的问题。李宝华的这个案子我们的工作是在诉讼之前，如果是在刑事诉讼中，可能问题就来了，如果把非吸案件中的债权人定位为被害人，那么我们作为辩护人是不能擅自接触这些所谓的被害人的，检法机关一般也不会批准我们接触他们，我们也就无法开展这些诉外的工作。所以，必须明确在非吸案件中，出资人只是债权人，不是刑法上的被害人。

以上是我关于刑辩律师为委托人提供非诉类服务的一些经验和体会，供大家参考。其实即便是在非吸案件中，我们的市场也不仅限于召开债权人会议，我们还可以参与到企业资产的盘活，介入到与地方政府的沟通等等。

## 第二部分 集资诈骗罪

### 一、“非法占有为目的”的认定中常见问题及辩点

**相关条文：**《最高人民法院关于印发〈全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要〉的通知》法（2001）8号（1）明知没有归还能力而大量骗取资金的；

【2010】18号（一）集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的；（二）肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的；（三）携集资款逃匿的；

#### （一）立法的变化

在2010年18号司法解释出台之前，认定集资诈骗罪中“非法占有为目的”，一般都是依据前述2001年8号《座谈会纪要》中的（1）明知没有归还能力而大量骗取资金的。司法实践中，控方往往先是论证被告人资金链断裂，企业经营濒于崩溃，然后论证被告人在这种情况下明知自己没有偿还的能力，最后得出结论，被告人向社会集资时就没有还款的想法，主观上具有非法占有的目的。

仔细分析后我们能够发现，这样的规定及论证是有缺陷的。一个企业能否脱离经营困境，能否东山再起，不同的人会有不同的认识。可能在有些人眼里，这个企业已无回天之力，投入再多的钱也赚不回来，投得越多亏得越多，最终根本无法偿还集资款。而在有些人眼里，可能会觉得只要注入资金，我的企业完全可以重生，完全可以赚钱把集资款还上。正所谓仁者见仁，智者见智。或者是当局者迷，旁观者清。每个人的认知水平不同，法官、检察官认为我已经没有偿还能力，而我自己偏偏就认为有偿还能力，所以以裁判者

在法庭上，我们相当于一个手术医生，病人哪里出了问题，我们就针对这个病情去医治，但是我们还可以去当一名保健医，去给人们日常保健，对疾病进行事前预防。在企业的经营过程中就介入进去，为企业家们提供刑事方面的法律帮助，当好参谋，有效的帮助企业家人防控好经营中可能存在的刑事法律风险。

的认知来判断被告人的明知是不准确的。所以说，在被告人将集资款投入生产经营的情况下，（2001）18号这种主观评价标准是不够科学的。

2010年18号司法解释很好地解决了这个问题。将“明知没有偿还能力”这一不够科学的主观评价标准改为“集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能退还的”这样一种客观评价标准。

简单说，就是看你将集资款用在了什么地方。如果主要用于生产经营，虽然最终亏掉了不能偿还了，也不能因此认定被告人主观上具有非法占有的目的。这样的评价标准是科学的。经验告诉我们，如果一个人将集资款全部或主要用于生产经营，那么，他一定是认为能够赚回来，恐怕只有傻子才会在明知道赚不回来的情况下继续投资。

以款项用途判断行为人主观目的是科学的。但是在2010年18号文出台已经数年后的今天，仍然有控方以被告人“明知没有偿还能力而继续借款”为由，主张被告人主观上具有非法占有的目的，进而指控集资诈骗罪。这样的情况并不罕见，究其原因，我想恐怕不完全是控方不熟悉法律的变化，不排除控方为了回避被告人将集资款主要用于生产经营的事实，故意老调重弹。各位如果遇到了这样的情况，首先就应当主张适用2010年18号解释而不能适用（2001）8号纪要。

## （二）关于肆意挥霍

2010年18号解释将“肆意挥霍集资款，致使集资款不能退还的”作为认定被告人有非法占有目的的依据。这里面要注意的是“肆意”二字的存在。立法的时候把这两个字加进去，就是告诉我们，如果只是一般性的挥霍，尚达不到肆意挥霍的程度，就不能以此认定行为人主观上有非法占有的目的。

在集资类案件中，被告人将部分集资款用于个人消费甚

至挥霍的情况较为普遍。在吴英案件中，控方认为吴英用集资款买了保时捷跑车，还买了价值百万元的女式包及服装，属于“肆意挥霍”，据此认定其主观上有非法占有的故意。而我认为，吴英购买保时捷跑车是为了旗下婚庆公司经营之用，并非个人座驾，不能算作挥霍。虽然吴英花了百余万元购买高档女式包及服装，但作为一个具有相当规模的企业的老板，其如此包装一下自己也并不为过，谈不上挥霍，更谈不上“肆意挥霍”。

那么，究竟什么才是“肆意挥霍”，尽管现阶段没有明确的解释，但我想应该从具体消费情况及挥霍金额与集资金额的比例上进行判断。如果像吴英这样购买服饰，在包装自己的同时也提升了自己企业的形象，恐怕就不能认定是在肆意挥霍，相反如果将集资款用于个人豪华旅游、超常规享乐且数额巨大，就应该是肆意挥霍。就比例而言，如果像吴英这样，消费金额仅占集资额的千分之一，恐怕就不能算是肆意挥霍。

在以“肆意挥霍”认定非法占有目的时，还应该注意一个重要的问题——“因果关系”。18号解释规定的是“肆意挥霍集资款，致使集资款不能退还的”，很显然，仅有“肆意挥霍”还不够，还需要因“肆意挥霍”导致“集资款不能退还”。如果不能退还集资款的原因在于其他方面，如经营亏损，意外损失等，跟肆意挥霍没什么关系。那就不能以他肆意挥霍来认定非法占有目的。

## （三）关于携款逃匿

这里面值得注意的一个问题是：所携款项的金额与集资款的比例。尽管18号解释在“携带集资款逃匿”的后面，没有加注“致使集资款不能退还的”字样，但这并不意味着，不论携带的款项多少，是否因携款逃匿导致不能退还集资款，完全是一刀切，哪怕是携带一元钱的集资款逃匿也要以此认定为有非法占有的目的。如果这样理解未免太机械了。



我不能判断18号解释中为什么没有在“携带集资款逃匿”后面加注“导致集资款不能返还”，包括第四项的“将集资款用于非法犯罪活动的”，但是我认为应该做这样的理解。携带金额的多少当然反映着逃匿者的主观心态，如果携带大部分集资款逃匿，显然就是不想返还；如果将大部分集资款用于生产经营，为了逃债而出逃，携带少量集资款是为了逃亡中的必要生活，又怎么能说其是为了占有集资款呢？

还有一个同样的问题也是“因果关系”。如果携款逃匿不是导致“集资款不能返还”的原因，就不能以“携款逃匿”作为认定非法占有的依据。理由和“肆意挥霍”部分是一样的。

## 二、“诈骗”的认定中常见问题及辩点

### （一）隐瞒真实用途

实践中往往控方都这样说，你跟这个人借钱的时候，没有告知对方真实的用途，因此你对贷款人也就是债权人构成了欺诈。那么在这种情况下，我们应该怎么看？我个人认为，“隐瞒用途”不当地构成欺诈。没有哪个法律规定说，借款人向贷款人去借钱的时候，必须明确的告知借款的用途，不告知就是隐瞒事实真相，就构成欺诈。从罪刑法定的原则出发，以没有告知用途认定欺诈是不可以的。当然，如果人家贷款人要求你告知用途，那么你就不能隐瞒。

### （二）改变用途

有控方认为，被告人在取得借款后，并没有将款项用于合同中约定的用途，而是改变了用途，因此构成欺诈。对此，请大家注意，最高法院2001年8号《纪要》中在“要严格区分贷款诈骗与贷款纠纷的界限”一节中十分明确地讲到：对于合法取得贷款后，没有按规定的用途使用贷款，到期没有归还贷款的，不能以贷款诈骗罪定罪处罚。这就告诉我们，改变了贷款用途，是不能以此认定为是欺诈的。这个“纪要”所反映出的立法初衷应该同样适用于集资诈骗罪的认定，并且这个纪要今天仍然有效。

### （三）未声明负债

常遇到公诉人说，被告人在跟人家借钱的时候，已经负债累累，但你没告诉人家，你隐瞒了负债这个真相，因此构成了诈骗。那么，隐瞒负债或者没有声明负债，到底不属于隐瞒了事实真相？我们说在诈骗系列犯罪中，所谓的隐瞒事实真相应该是指隐瞒了“有义务告知的事实真相”。首先它应该是你在和对方签约的时候应该披露的一个内容。其次，你披露的这个内容足以影响贷款人做出是否借钱给你的

判断。事实上，很多贷款人并不在意也不需要知道你是否负有负债，他也不需要你跟他这些东西。他在意的往往都是你是否提供了有效担保，是否具有还款的能力和保障。既然贷款人不要求声明或告知负债情况，就不能说借款人未声明未告知就是隐瞒事实真相。

在贷款人明确要求告知负债的情况下，借款人的未告知也不当地构成诈骗。这其中同样存在着因果关系的问题。诈骗犯罪中的诈骗行为与被害人做出错误的判断，“自愿”将财物交给行为人之间一定存在着法律上的因果关系。在集资诈骗案中，虽然借款人隐瞒了负债的事实真相，但并没有影响出资人决定是否同意借钱，此时的“隐瞒负债”就不能成立刑法意义上的诈骗。

### （四）被害人明知

我们在实践中也经常遇到，被害人明确知道被告人弄虚作假，隐瞒事实真相。我曾经代理过这样一个贷款诈骗案。一个房地产企业到银行去贷款，因为建设的写字楼还没有竣工，不能办理产权证，也就不能用产权证办理贷款抵押手续。于是这个企业就伪造了竣工报告，用这个竣工报告去办理了产权证，又用这个产权证办理了贷款抵押。这个写字楼工程在大庆当地非常有名，是一个地标性的建筑，当地人都知道。办理贷款手续的过程中，银行从上到下，无论是领导还是信贷员每天上下班几乎都要经过这个在建中的写字楼，都能看到写字楼外面还搭建者脚手架，都知道还没有完工。但是这个企业在当地的银行信用非常好，银行非常想放款给他，于是就在明知道贷款手续有瑕疵的情况下发放了3200万元的贷款。一审以贷款诈骗罪判处企业法定代表人无期徒刑，二审认为银行明知贷款手续有瑕疵，贷款企业没有实施诈骗，改判无罪。

好多案子里都存在这种现象，信贷员为了急于把款放出去，要完成任务，他非常希望一个信用等级AAA级的企业到他这贷款，但是这个企业的贷款手续有一些不完备，银行对此不仅明知甚至还会帮助借款人共同作假完善相关的手续，进而放款。这个现象非常常见。这就是内外勾结，被告人和银行一起共同做了一套假的借款手续。

银行对这些手续的虚假心知肚明，在这种情况下，你说被告人有没有造假？有。你说他欺骗银行了吗？我说没有。因为银行知道被告人造假甚至参与造假，银行没有被骗。银行也没有因为被告人的造假行为做出错误的判断，即便被告人的行为属于欺骗，该行为与银行同意借款及最终的借款损失之间也没有因果关系。在集资诈骗案中，在被害人明知的

情况下，被告人的隐瞒真相或虚构事实行为不构成刑法意义上的诈骗。

### 三、“犯罪数额”认定中需注意的问题

**相关条文：**【2010年】18号 第五条第三项：集资诈骗的数额以行为人实际骗取的数额计算，案发前已归还的数额应予扣除。行为人为实施集资诈骗活动而支付的广告费、中介费、手续费、回扣，或者用于行贿、赠与等费用，不予扣除。行为人为实施集资诈骗活动而支付的利息，除本金未归还还可折抵本金以外，应当计入诈骗数额。

#### （一）扣除利息

根据这个规定，在诈骗数额的认定上，被告人的有一些支出是能够从中扣除的。举个例子，被告人诈骗了某人100万元，案发前向该人支付了10万元利息，未还本金。认定犯罪数额时应从100万元中扣除已付利息10万元，犯罪数额为90万元。

#### （二）司法会计鉴定

集资诈骗案的犯罪数额往往都是由司法会计鉴定确定的，所以我们要特别关注这个司法会计鉴定。

要关注鉴定机构及鉴定人的资质。我代理过的一个传销案件中，侦查机关委托的鉴定机构及鉴定人均不在当地司法行政部门备案中，都没有司法鉴定资质。还有的是鉴定机构或鉴定人的执照过期没有及时更换，因此也丧失了鉴定的资质，昨天胡志强老师在抱柱讲课时也提到了这样的案例。

要关注据以鉴定的检材。我代理过的一个集资诈骗案中，侦查卷中的所有集资凭证都是复印件，这其中有的是被害人手中就没有借条的原件，是拿复印件报的案，还有的可能是侦查机关收案后把原件返给了被害人，不管怎样，鉴定机构就是以此些复印件计算出了集资款的数额，而这些复印件的真伪没有在法庭上得以辨别。诉讼中被告人对这些复印件的真实性提出质疑，但侦查机关及被害人均拿不出原件。就此我们主张该司法会计鉴定的结论无效。

### 四、注意事项——消除敌意、自我保护

最后一个问题是在办理集资案件中律师同仁们要注意自我保护。不仅仅是办理集资案件中，办理杀人、伤害、抢劫等人身侵权案件时也要注意这个问题。大家注意到没有，这些案件有一个共同的特点，就是都有苦主，有被害人。而且这些人往往都在一定程度上受到了被告人的侵害，或是财产侵害或是人身侵害。他们对为被告人作无罪或罪轻辩护的律

师也会产生一定的敌对情绪。

在我代理过的集资案件中，曾经有好几个律师在休庭后被旁听者辱骂，有的还被殴打。这不难理解。本来社会上的一些人就对刑辩律师有偏见，认为我们是专门为坏人说话的，还有人认为律师收谁的钱就为谁说话，没理也得讲出理。他自身的利益受到了侵害，他对被告人恨得咬牙切齿，你却在庭上慷慨激昂为被告人脱罪，他怎么可能不对你产生敌对情绪？

面对这样的案件，我们该怎么样去做才能消除被害人的敌对情绪，保护自己呢？

其实也很简单，注意说话的方式就可以了。有一句话叫做“一样的话十样的说法”，同样的话，不同的表达方式会产生不同的效果。如果我们在为被告人辩护的同时，也考虑一下被害人的感受，我们就应该知道以怎样的方式去表达你的辩护意见了。

我曾经代理过一起因两拨黑社会火拼导致的杀人案。起诉指控是杀人罪，我做的是伤害（致死）的辩护，很多被害人家属坐在旁听席上。在发表辩护意见的时候，我做了这样的开场白，“作为一个普通的公民，我和在座的每一位一样，对本案中的犯罪行为深恶痛绝，但是作为辩护人，从切实维护我的委托人合法权益的角度出发，在今天的法庭上，我仍然要说被告人没有杀人，他犯的是故意伤害罪。在阐述具体辩护意见之前，请允许我代表被告人向所有被害人及被害人的家属表达真诚的歉意，无论此案如何定性，毕竟是被告人的行为造成了他们的痛苦”。

在一起非吸案件中，我在发表无罪辩护意见之前这样讲到“在庭前的会见中，被告人曾再三嘱咐我代表他向本案的每一位出资人致歉，是他的行为导致了各位出资人的财产损失，他愿意竭尽所能筹款还债”。

实际上，被告人不曾有这样的意思表示，但我这样的一番表达，不仅消除了旁听的出资人对我的敌意，也或多或少地消除了他们对被告人的怨恨，同时也赢得了公诉人及法官的好感，在后面的庭审中，他们一直注意听我的发言，任由我洋洋洒洒地讲了近一个小时。庭后，被告人及其家属对我的如此表达也给予肯定。这其中没有什么深奥的理论，只需要换位思考就可以了。👍

本文根据杨照东律师9月23日在抱柱大学课程授课内容整理。



# 浅谈高利转贷罪的辩护策略

■ 夏俊 / 文

**编者语：**每一位刑辩律师都有同感，用心地去办理一起案件，会倾注很多心血。就像园丁培育一株树木一样，园丁为树木施肥、松土、浇水，刑辩律师则是从拿到案卷材料后，反复阅读卷宗，寻找问题、摸索问题、解决问题，直至从案卷中形成思路清晰的辩护思路，这个过程和培育树木一样，看似容易但其实并不简单。办案的过程中，我们会面临困境，会惴惴不安，但丝毫不敢懈怠，必须迎难而上。不管案件的最终结果会如何，律师都想尽最大的努力让案件结果理想一些，再理想一些。笔者代理的这起案件，在当地属于有一定影响力的案件，由于还涉及到其他罪名以及众多同案人员，案情相对复杂，本文将重点围绕高利转贷罪展开。这起案件从一审到二审，时间跨度为两年，直到今年下半年，案件二审结果才尘埃落定，单就高利转贷罪这一项罪名，二审判决刑期减少一年，罚金刑减少九百万，结果尚算理想。笔者写这篇文章并非谈经验，只是将自己已办案件做一个总结，谈谈体会和感想，粗浅之处还请同行及朋友们多提宝贵意见。

**案情简介：**被告人李某甲在一审判决中被认定关于高利转贷罪的两笔事实，一笔是2010年11月份，被告人李某甲帮助其亲属李某乙以自家糖酒公司的名义到当地银行办理三千万贷款手续，后该款出借给当地某区财政局。李某乙从中获利二百六十万三千五百零一元七角七分。2012

## 夏俊律师简介



法律硕士，京都律师事务所合伙人。曾在检察院等政法机关工作多年，加入京都后从事律师业务近十年，具有丰富的实践工作经验和扎实的理论功底。夏俊律师很注重法学实务研究，所写文章曾被《律师文摘》等杂志刊登转载，并著有法学专著《侵犯财产类犯罪辩护流程与办案技巧》，在法律出版社出版。夏俊律师致力于经济犯罪的研究和各类刑事案件的辩护，以认真严谨的工作态度、勤奋拼搏的敬业精神最大限度地维护委托人的合法权利，所办案件均能得到委托人的认可并取得良好的辩护效果。

年9月份，被告人李某甲帮助李某乙以其糖酒公司的名义到银行办理了二千五百万贷款手续，李某乙又将该款出借给某区财政局二千万。李某甲帮助李某乙到该区财政局签订借款合同、收取借款利息。李某乙从中获利一千二百三十六万九千三百三十三元三角八分。一审判决认定，李某甲以转贷牟利为目的，伙同他人从金融机构贷款后转贷，违法所得数额巨大，其行为构成高利转贷罪，判处有期徒刑两年，并处罚金一千五百万。经过二审判决，关于高利转贷罪改判为判处有期徒刑一年，罚金刑六百万，相对一审判决，二审减少了刑期一年，罚金刑减少了九百万元。

众所周知，金融是国民经济体系和社会经济生活的中心。随着经济全球化、金融电子化的快速推进，加上金融立法的不完善，金融机构监管的不到位，金融领域中的各种犯罪呈高发态势，金融犯罪也因此成为律师辩护的常见领域。高利转贷罪是金融犯罪中的常见罪名，笔者想结合近期刚办结的一起高利转贷案件，谈谈在承办高利转贷案件过程中的一点辩护心得和体会。

## 第一部分 事实部分的辩护思路

笔者认为对于高利转贷罪的事实部分辩护应当将重心放在攻克两大壁垒上，一个是高利转贷犯罪构成要件相关要

但需要强调的是，我国刑法虽然对“高利”没有明确的规定，但即使高利转贷罪中“高利”不能以民间高利贷的标准作为衡量标准，也应当以金融机构同期贷款利率作为参照标准，只有在高于这一标准进行转贷的情况下，才可视为高利转贷罪，反之，不应当认定为高利转贷罪。

点，即罪与非罪的问题；另一个是高利转贷罪与其他相近罪名的区分上，即此罪与彼罪的问题。这两大壁垒攻克了，才能让我们的辩护方向和思路豁然开朗。

#### 一、通过梳理犯罪构成要件来找准辩护的切入点

《刑法》第175条对高利转贷罪明确规定：“以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。”

##### （一）高利转贷罪侵犯的客体是国家对信贷资金的发放及利率管理秩序

根据我国有关金融管理法规的规定，凡通过编造假去向、假用途、假担保套取信贷资金者，本身即属违反信贷资金管理法规的金融不法行为；另一方面，任何单位不得在央行规定的贷款利率幅度以上发放贷款，否则，亦属违背我国信贷资金发放利率管理秩序的高利转贷行为。从客体方面来看，律师辩护时要重点关注被告人实施相关行为是否侵犯了以上提到的两个客体，如果没有侵犯到相关客体，当然也就不构成高利转贷罪。在这起案件第一笔事实中，被告人李某甲虽然提供了公司印鉴、手续给亲属李某乙去银行办理贷款，但申请贷款之后转借给第三方，都是李某乙在操作，对转贷一事，李某甲并不知情。辩护人据此提出了相关辩护意见。

##### （二）高利转贷罪的客观方面表现为实施套取信贷资金，高利转贷他人的行为

本罪是结果犯，没有达到数额较大不构成犯罪。借款人在申请贷款时，即使有虚构贷款用途和高利转贷意图，但后来没有实施高利转贷行为的，也不构成本罪。所以，本罪必须有高利转贷和非法获利行为的实际发生，并且数额较大的才构成犯罪。

在客观方面，需要格外关注的以下几个重点，这也是本罪辩护点的“富矿区”：

#### 1. “套取”金融机构信贷资金的认定

高利转贷罪成立的要件首先表现为行为人套取金融机构信贷资金。根据相关法律规定，贷款人申请金融机构信贷资金，必须符合贷款条件，且应尽到按借款用途使用贷款的义务。《贷款通则》第17条规定了贷款条件：借款人申请贷款，应当具备产品有市场、生产经营有效益、不挤占挪用贷款资金、恪守信用等基本条件。笔者认为，本罪中“套取”的行为不能单纯理解为编造虚假理由骗取贷款的行为，重点应当是行为人不按照规定使用贷款、用于转贷他人牟利。也就是说，仅有套取行为，没有转贷牟利行为，是不构成本罪的。另外，需要注意的是，虽发生了转贷行为，但未牟利的也是不够罪的。

#### 2. 关于“高利转贷”中的“高利”的判断标准

目前，刑法未对“高利”做出明确规定。司法实践中通常有两种观点。一种观点是，根据有关司法解释（即最高人民法院于1991年8月13日通过的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第六条），民间借款合同中所约定的利率可以适当高于银行的利率，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍。因此，该观点认为，在确定高利的标准时，可参照该司法解释进行。另一种观点是，认定“高利”是指将银行信贷资金以高于银行贷款的利率转贷他人。具体高出银行贷



款利率多少，不影响本罪的成立。

笔者倾向后一种观点。但需要强调的是，我国刑法虽然对“高利”没有明确的规定，但即使高利转贷罪中“高利”不能以民间高利贷的标准作为衡量标准，也应当以金融机构同期贷款利率作为参照标准，只有在高于这一标准进行转贷的情况下，才可视为高利转贷罪，反之，不应当认定为高利转贷罪。

根据刑法规定，高利转贷罪的客观方面必须是套取信贷资金，“高利”转贷给他人。如果仅仅有套取信贷资金后的转贷行为，但其转贷利率并非属于“高利”，则只属于一般违法行为，不构成本罪。

实践中，从是否是“高利”着手，可为我们提供了一个很好的辩护角度。如果行为人无偿出借给他人或者低于自己向银行贷款的利率、甚至和银行同期利率一样出借给他人，只要不高于银行贷款利率，就不属于“高利”，那么就不应当构成本罪。

本案中涉及到的一笔三千万的贷款，辩护人通过阅卷发现一份借款单位出具的情款说明，说明写到“该借款由2011年12月15日偿还叁仟万元（3000万元），2011年12月16日支付某糖酒商行利息371.22万元，按银行利率计算，利息为年息371.22万元”。这份说明的关键点在于，这笔贷款被转借给第三方时，支付的利息和银行贷款利率一致，那么这就不属于“高利”，不应当认定为高利转贷罪，本人也以此为辩点提交了相关的辩护意见。

**（三）本罪的主体为特殊主体，即借款人是经工商行政管理机关或主管机关核准登记的企（事）业法人、其他经济组织、个体工商户或具有中华人民共和国国籍的具有完全民事行为能力的自然人**

按照相关规定，本罪主体还应当符合下列要求：有按期还本付息的能力，原应付贷款利息和到期贷款已清偿；没有清偿的，已经做了贷款人认可的偿还计划。除自然人和不需要经工商部门核准登记的事业法人外，应当经过工商部门办



理年检手续。已开立基本账户或一般存款账户。除国务院规定外，有限责任公司和股份有限公司对外股本权益性投资累计额未超过其净资产总额的50%，借款人的资产负债率符合贷款人的要求。申请中期、长期贷款的，新建项目的企业法人所有者权益与项目所需总投资的比例不低于国家规定的投资项目的资本金比例。

那么主体是否适格也是我们辩护的一个思路。

**（四）本罪的主观方面只能是故意，并且以转贷牟利为目的，过失不构成本罪**

高利转贷罪的主观故意有两个具体内容：一是故意虚构贷款用途；二是故意将取得的贷款转借给他人牟利。举个例子，贷款人在申请贷款时，没有虚构贷款用途，也没有准备转贷，取得贷款后，因生产生活的客观原因发生变化，不再需要使用贷款，不以牟利为目的，将贷款转借给他人，这一行为虽然违反贷款合同约定，但不构成高利转贷罪。实践中，主观意图虽很难判断，但办案机关会结合案件相关事实予以认定。本案中，高利转贷罪涉及两笔事实，第一笔三千万贷款的事实，无充分证据证明被告人李某甲有以上两个主观故意，除了提供给亲属李某乙公司的印鉴等，未实施其他行为，因此辩护人主张被告人李某甲没有高利转贷的主观故意。

综上，我们通过梳理犯罪构成要件，对案件中存疑的点进行分析判断，以寻找有用的辩护要点，拟定完善的辩护策

略。

## 二、高利转贷罪与其他易混淆罪名的区分

事实部分的辩护还有另外一方面，即，准确把握高利转贷罪与其他易混淆罪名的此罪与彼罪也是非常重要的，这也会为律师提供更广阔的辩护思路。

下面将高利转贷罪与几个常见罪名予以区分：

### （一）高利转贷罪与挪用资金罪的区别

二者的区别主要在于两罪侵犯的客体不同。挪用资金罪的客观表现中，有一种情形为公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大，这容易与高利转贷罪混淆。两者的差别在于，高利转贷罪的行为人尽管套取资金的行为违法，但是在套取后行为人就获得了对该资金的支配权，而挪用资金罪的行为人自始至终没有获得对资金的支配权。高利转贷罪侵害的是国家对信贷资金发放及其贷款利率管理秩序，挪用资金罪则是侵害了单位财产所有权。

### （二）本罪与贷款诈骗罪的区别

二者本质的区别在于，侵犯的客体是不同的。贷款诈骗罪是对贷款所有权的侵犯，行为人的主观故意是为了占有贷款，实施占有贷款的行为；高利转贷罪是对贷款使用权的侵犯，行为人编造虚假贷款项目申请贷款，只是为了高利转贷以赚取高额利息差，并没有侵占贷款不还的主观意图，该罪本质上是对贷款使用、收益等权益的侵犯。

在实践中，挪用资金罪、贷款诈骗罪等罪名容易与高利转贷罪产生混淆，分清此罪与彼罪的目的在于，可以让辩护人准确把握涉案行为的定性，从有利于被告人的角度，往轻罪、无罪方向展开辩护。

## 第二部分 证据方面的辩护思路

由于每一个案子的证据情况都不尽相同，我们根据案件具体情况有的放矢。在笔者代理的这起高利转贷案件中，主要有以下几个辩护思路：

### 一、提出非法证据排除

辩护人将本案现有的录像调取并逐一观看，查找出诸多非法证据情况，经过近两个月的反复查看，辩护人将录像情况整理成完备的材料提交给办案机关。申请非法证据排除也

是辩护的一个重要思路。当然这一点要根据每个案件的具体情况予以提出。

## 二、从本案中的书证中查找问题，找出辩点

高利转贷罪中肯定会涉及到银行及借款单位出具的相关书证，以及会计师事务所出具的专项审计报告。这些文件非常重要，辩护人应从中仔细查找辩点：比如出具专项审计报告的机构是否符合资质，报告中关于高利转贷收益的计算方法是否正确，计算数字是否正确，银行及借款单位出具的材料是否能证明被告人实施了高利转贷行为，是否转贷牟利等等。

一份份看似枯燥的书证文件，其中暗藏很多可为辩护所用的点。在这起案件中，通过反复揣摩案卷材料，笔者发现了书证中的如下辩点：

1.本案的专项审计报告计算方法不科学、数额不准确，客观真实性存疑。专项审计报告报告将借款方归还借款支付的利息与李某甲的糖酒公司归还银行的贷款利息做一个简单的相减，将得出数字确定为高利转贷的收益，这种计算方法没有考虑到借款期限、以及贷款产生的逾期利息、违约金等等诸多因素，将二者做简单的相减，无法得出准确的数额。

2.另外辩护人 also 发现该报告出现了明显的书写错误，非常不严谨，令人对专项审计报告的客观真实性产生怀疑。

3.在借款方某区财政局提供的情款说明当中，我们发现3000万的借款利息是按照银行同期利率支付的，这是一份强有力的证据。该份证据证明了这笔3000万的贷款不属于“高利”，那么相对应的，这笔事实就不应当认定为高利转贷罪。

以上就是笔者在承办这起高利转贷案件中的一点体会，观点可能粗浅，很多细节也无法全部尽述。我们都知道，办理一起刑事案件所需的时间很长，仅凭文字无法囊括律师所做的全部工作，数不清的会见、反复的阅卷、以及多次与办案机关的沟通，工作量是非常大的。在这起案件中，所幸的是办案机关最后还是认真地听取了律师的意见，案件的结果得到了改判，让律师的辛勤工作实现了价值。

收到二审判决的那天，得知案件改判，笔者长舒了一口气。但作为一名刑辩律师，心情很快又处于高压状态，毕竟，未来还有一个个刑辩案件还等着我们去全力以赴！！



# 论虚开增值税专用发票行为的 税法与刑法意义

■ 韩瑞奇 / 文

【摘要】虚开增值税专用发票罪是行政犯，因此，深刻理解增值税计税原理，方能正确理解虚开增值税专用发票行为，进而有助于准确认定虚开增值税专用发票罪。本文从增值额入手阐述增值税计税原理，展开对虚开增值税专用发票行为的论述，得出如下结论：1.销项税额在税法上应评价为卖方代国家向买方收取的税款、增值税专用发票具有“完税凭证”的性质；2.用虚开的进项税额抵扣销项税额在刑法上应评价为偷逃国家税款。

## 一、进项税额抵扣计征是 增值税独有的制度

增值税专用发票除具有普通商业发票的商业交易和记账功能外，其独有的“抵扣联”设计表明这种发票还具有抵扣税款功能。这一功能是我国现行增值税抵扣计征制度赋予的，因此，抵扣计征制度就成为理解虚开增值税专用发票行为的基础。探究增值税抵扣计征制度不仅有助于理解抵扣税款功能，也是当前学术界和实务界研究增值税专用发票犯罪不曾有的角度。

理论上一般认为增值税是一种商品税，与其他商品税如消费税相比，增值税的进项税额抵扣计征制度是其独有的。

### 韩瑞奇律师简介



京都律师事务所刑事业务部资深律师，毕业于北京大学法学院，硕士学位，2002年开始律师执业，业务领域为涉税犯罪、行政诉讼法律事务。

### 1.理论增值额与法定增值额

理论上，增值税的计税依据是货物和应税劳务在流通过程中产生的增值额。<sup>1</sup>因此，增值额成为理解增值税的关键所在。

增值额又可以分为理论增值额与法定增值额。理论增值额是指货物和应税劳务在流通过程中新创造的价值，是商品价值C + V + M中的V + M部分，即货物和应税劳务在流通过程中活劳动创造的价值，其表现形式为工人工资、企业利润、租金和利息等。<sup>2</sup>理论增值额对于理解增值税的本质是非常重要的。法定增值额是指各个国家的政府根据各自的国情、政策而在本国的增值税制度中人为确定的增值额。<sup>3</sup>法定增值额是在理论增值额的基础上为体现国家的财政、经济政策和统一计算税额等需要而通过法定形式、人为确定的增值额。法定增值额

与理论增值额的不同主要体现在对外购生产资料，尤其是固定资产已纳增值税额的扣除范围和扣除方式上，<sup>4</sup>据此又形成了生产型增值税、收入型增值税和消费型增值税的区分。生产型增值税是指纳税人在计算增值税应纳税额时，不允许扣除外购固定资产已纳增值税额；收入型增值税是指允许扣除外购固定资产折旧部分已纳的增值税额；消费型增值税是指允许一次性扣除外购固定资产全部已纳的增值税额。<sup>5</sup>从理论

1 参见汤贡亮主编：《税收理论与政策》，经济科学出版社2012版，第229页。

2 参见于福钦著：《新增增值税理论与实务》，中国财政经济出版社1994年版，第4页。

3 同前注1，第229页。

4 参见全国人大常委会预算工作委员会编：《增值税法律制度比较研究》，中国民主法制出版社2010年版，第8页。

5 参见严才明著：《增值税的效率分析》，中国财政经济出版社2008年版，第69—72页。

上讲，增值税是对增值额，即劳动者新创造的价值V+M部分进行征税，但是从各国增值税实践的情况来看，增值税的征税对象并非理论增值额，而是法律规定的法定增值额。<sup>6</sup>

法定增值额虽然是增值税的征税对象，但是，增值额是一个模糊的概念，在实践中是难以准确计算的。在计算增值税应纳税额时，如果需要先计算各个流转环节的增值额，再依据税率计算应纳税额，将是一件非常困难的工作，甚至是难以完成的。因此，增值额这一概念只具有理论上的意义，对于理解增值税的原理是重要的，但在实际计税过程中并不发挥直接作用。<sup>7</sup>

## 2. 增值税的计税依据

正是由于准确计算增值额几乎是不可能的，因此，大多数实施增值税制度的国家无论以哪种法定增值额——生产型增值税、收入型增值税或消费型增值税——作为课税对象，在实际计算增值税应纳税款时都不直接以增值额作为计税依据，而是采取从总销售额的应纳税款中扣减外购项目已纳增值税额的税款抵扣法。<sup>8</sup>税款抵扣法又被称为间接计税法，之所以被称为间接计税法是因为以此种方法计算增值税应纳税额的计税依据不是增值额（包括理论增值额和法定增值额），而是以货物或应税劳务的销售收入为依据计算得出的，其基本计算公式如下：<sup>9</sup>

$$\begin{aligned} \text{当期应纳税额} &= \text{当期应税销售收入额} \times \text{增值税适用税率} \\ &\quad - \text{当期法定允许扣除的外购项目已纳增值税额} \\ &= \text{当期销项税额} - \text{当期进项税额} \end{aligned}$$

在这个公式中，无论是销项税额，还是进项税额，都无需计算增值额：销项税额通过销售收入和适用税率即可计算得出，进项税额只需凭外购项目获得的增值税专用发票所载明的税额即可确定。更为重要的是，进项税额抵扣不仅使增值税应纳税额的计算大大简化，而且成为增值税这一税种的独特标志，增值税专用发票成为增值税制度的关键要素之一。我国自1994年增值税制改革以来即实行上述税款抵扣

法，增值税一般纳税人凭增值税专用发票抵扣进项税额。

综上所述，理论上，增值税应纳税额应当通过计算各个流转环节的增值额后再适用相应的税率而获得，但是，由于准确计算增值额几乎是不可能的，所以，实践中引入了税款抵扣法。在税款抵扣法的计算方式下，增值税应纳税款的计税依据是销售收入——以销售收入代替了增值额；同时，结合进项税额抵扣就大大地简化了增值税应纳税额的计算，使得快速、准确地确定增值税纳税人的纳税义务成为可能。由于被扣减的进项税额只需凭外购项目获得的增值税专用发票即可确定，因此，以增值税专用发票为载体的进项税额抵扣计征制度就成为增值税不同于其他税种的独特标志。

## 二、进项税额抵扣计征在税法与刑法上的意义

增值税专用发票的使用和管理，直接关系到整个增值税制度能否正常、有效运作，关系到增值税的税收功能能否实现，<sup>10</sup>因此，增值税专用发票就成为了增值税制度的关键要素。增值税专用发票既是确定卖方纳税义务的依据，也是确定买方抵扣数额的根据，<sup>11</sup>这是税款抵扣法计税方法的必然结果。正是由于税款抵扣法使得增值税专用发票具有抵扣进项税额的功能，我国才形成了“凭票抵扣，以票控税”的增值税征管模式，在实践中，增值税专用发票往往被形象地称为“完税凭证”<sup>12</sup>或“第二完税凭证”。<sup>13</sup>因此，增值税进项税额抵扣的法律意义就是增值税专用发票上所载明的增值额的法律意义。

### 1. 真实交易情形下的销项税额与进项税额

销项税额和进项税额同买方与卖方一样是一对对生的概念。根据《增值税暂行条例》的规定，卖方出售货物或应税劳务，向买方收取价款，同时随价款收取的增值额是销项税额；买方购进货物或应税劳务，向卖方支付价款，同时随价款支付的增值额是进项税额。因此，销项税额与进项税额是同

6 同前注4，第8页。

7 参见全国税务师职业资格资格考试教材编写组编：《税法（I）》，中国税务出版社2017年版，第64页。

8 同上注，第64页。

9 同前注1，第235页。

10 张守文著：《税法原理》，北京大学出版社2016年第7版，第170页。

11 参见[美]艾伦·A.泰特编：《增值税：管理与政策问题》，刘翠微译，中国财政经济出版社1995年版，第66页。

12 参见李永君著：《税收犯罪认定处理实务》，中国方正出版社1997年版，第120页；曹康、黄河主编：《危害税收征管罪》，中国人民公安大学出版社1999年版，第121页；张民智：《浅谈增值税、增值税专用发票以及相关的犯罪》，《人民司法》1995年第9期，第3页。

13 参见杜彦明：《增值税专用发票与普通发票的基本区别》，《湖北财税》1994年第4期，第28页。



一笔钱在卖方和买方的不同称谓。增值税专用发票上载明的税额对卖方而言是销项税额，对买方而言是进项税额。

既然是同一笔钱，那么，销项税额与进项税额如何实现抵扣功能呢？这主要是因为销项税额与进项税额所处的流转环节不同以及对卖方和买方而言性质不同。根据《增值税暂行条例》第五条<sup>14</sup>的规定，销项税额是卖方销售货物或者应税劳务时向买方收取的增值额。由于只有国家才享有征税权，所以，销项税额实质上是卖方依据《增值税暂行条例》代国家向买方收取的税款。增值税制度下，只要货物或者应税劳务实现应税销售，就要对增值部分课税，这一课税是通过两个步骤完成的：第一步，卖方随销售行为向买方收取增值额。在这一步，国家（税务机关）是不参与的，卖方代国家收取税款，即销项税额。第二步，卖方将收取的销项税额上缴税务机关（国家），完成增值税纳税义务。如果在这一步，卖方以不正当理由不上缴销项税额，则是不履行纳税义务，会涉嫌偷逃税款。

增值税具有明显的转嫁性。买方可以将卖方已征的税额在下一环节征税时扣除，<sup>15</sup>增值额的这种道道征税、环环抵扣的特征，决定了就某一流转环节的销项税额而言可以看作是货物或应税劳务在那一环节的整体税负。

因此，销项税额在税法上具有两重意义：（1）销项税额是卖方依据法律规定代国家向买方收取的税款；（2）销项税额是货物或应税劳务在某一流转环节的整体税负。

理论上，买方支付的税额可以在再次销售时从下游获得补偿，转嫁给下游，<sup>16</sup>因此，进项税额的实质是买方的临时税负，该税负随流转环节逐节转移，直至进入消费领域由最终消费者承担。所以，有的研究者认为进项税额是买方代最终承担该批货物税负的人（即消费者）预先垫付的款项，不无道理。<sup>17</sup>买方向卖方支付进项税额，意味着承担了货物或应税劳务在此环节的整体税负，因此，其获得的增值税专用发票

也就具有了“完税凭证”的性质。这也是进项税额允许抵扣的原因。

因此，进项税额在税法上也具有两重意义：（1）进项税额在未转嫁出去之前，是买方承担的货物或应税劳务在上一环节的整体税负，且是临时税负；（2）记载进项税额的增值税专用发票对买方而言具有“完税凭证”的性质。

本文以一个小例子进一步说明增值税抵扣制度：甲公司销售一批货物给乙公司（假设增值税税率为17%，下同），价税合计117万元（其中价款100万元，增值税税额17万元），甲公司为生产这批货物外购生产资料价税合计70.2万元（其中价款60万元，增值税税额10.2万元）；乙公司再将这批货物销售给丙公司，价税合计为175.5万元（其中价款150万元，增值税税额25.5万元）。

在这个例子中，对甲公司而言，向乙公司销售货物并收取的17万元增值税税款是销项税额。由于这17万元销项税额是代国家收取，所以，甲公司扣除临时税负，即进项税额10.2万元，余额6.8万元应当上交国家。这部分余额就是甲公司销售这批货物的增值税应纳税额。

对乙公司而言，向甲公司支付的17万元是进项税额，是临时承担的这批货物在上一个流转环节的整体税负。乙公司向丙公司收取的25.5万元是销项税额，是这批货物在当前流转环节的整体税负。所以，乙公司用本环节的整体税负25.5万元减上一环节的整体税负17万元，其差额8.5万元就是乙公司在本环节的增值税应纳税额。

## 2.虚开增值税专用发票时的增值税纳税义务

一般情况下，一般纳税人销售货物或者提供应税劳务应当向买受人开具增值税专用发票。<sup>18</sup>增值税是对合同标的物的课征。从合同法的角度看，一般纳税人交付货物或者提供应税劳务是履行合同的主给付义务，而开具发票则是从给付义务，<sup>19</sup>我国《合同法》对于这一从给付义务也做出了相应

14 《增值税暂行条例》第五条：纳税人销售货物或者应税劳务，按照销售额和本条例第二条规定的税率计算并向购买方收取的增值额，为销项税额。

15 同前注5，第66页。

16 现实中却并非如此，买方能否转嫁以及转嫁多少取决于供求弹性，但这不是本文的论述内容，不赘述。

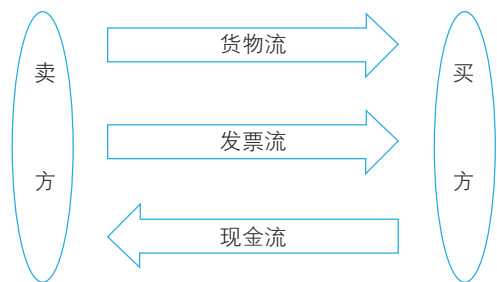
17 参见赵青海，王家欣著：《增值税专用发票虚开的判定与预防》，中国经济出版社2016年版，第39页。

18 《增值税暂行条例》第二十一条第一款：纳税人销售货物或者应税劳务，应当向索取增值税专用发票的购买方开具增值税专用发票，并在增值税专用发票上分别注明销售额和销项税额。

19 主给付义务是指合同关系所固有的、必备的，并为之决定合同类型的基本义务；从给付义务是指债务人负担的主给付义务以外的给付义务，从给付义务不能决定合同类型，但为完全满足给付上利益所必须，且债权人可以独立诉请债务人履行的义务。参见朱广新著：《合同法总论》，中国人民大学出版社2012年第2版，第328页。

规定。<sup>20</sup>由于从给付义务本身不能独立产生与存在，<sup>21</sup>因此，主给付义务不存在，从给付义务也必然不存在，从给付义务与主给付义务具有一致性。所以，从合同法角度来看，所谓的虚开增值税专用发票行为是指在合同相对性的约束下，不承担主给付义务的出卖人向买受人所为的从给付行为。

我国税法对于增值税专用发票的开具也做出了明确的规定。综合《发票管理办法》和《增值税专用发票使用规定》的相关规定，<sup>22</sup>可以看出，税法视野里的虚开增值税专用发票是指开具与实际经营业务情况不符的专用发票。如何判断与实际经营业务情况是否相符？税务实务中普遍的观点是“三流一致”——资金流、货物流和发票流要一致，简单地说，就是在增值税应税行为中销售方、收款方和开票方必须是同一主体，国家税务总局对此也做出过规定。<sup>23</sup>“三流一致”的基本结构如图所示：



“三流一致”基本结构图

“三流一致”实际上表明的是买方和卖方的直接交易关系，这是最基本、最典型的交易关系。但是，在市场经济高度发达的今天，更多的交易不再是直接交易关系，而是随着大量的第三方介入，出现了向第三方履行和由第三方履行等交易形式，国家税务总局的有关“三流一致”的规定显得滞后了很多。本文认为，对于如何判断增值税专用发票的开具与实际经营业务情况是否相符还是应该回到合同关系上，从合同的相对性以及主、从给付义务的一致性上来判断。

首先，只有真实的应税交易才能开具增值税专用发票。对交易双方而言，应税交易最重要的表现形式是合同义务，合同义务是合同履行的基点，<sup>24</sup>增值税应税交易中交付合同标的物与收取合同价款是主给付义务，开具增值税专用发票等是从给付义务。根据合同的相对性原则，不管是主给付义务还是从给付义务都存在于合同的债权人和债务人之间，因此，在真实交易的情况下，增值税专用发票的开具一定是和合同的履行主体、履行标的等相匹配的。

其次，向第三人履行和由第三人履行的合同履行特殊方式，并未突破合同相对性原则。我国《合同法》规定的合同履行主体，除了债权人、债务人外，还有履行辅助人，《合同法》第六十四条、第六十五条<sup>25</sup>规定的第三人就是履行辅助人。履行辅助人协助债务人履行合同，不承担合同义务，也不享有合同权利，<sup>26</sup>增值税应税交易中，交易双方约定向第三人履行或者由第三人履行合同的主给付义务是符合《合

20 《合同法》第一百三十六條：出賣人應當按照約定或者交易習慣向買受人交付提取標的物單證以外的有關單證和資料。

21 參見韓世遠著：《合同法總論》，法律出版社2011年第3版，第244頁。

22 《中華人民共和國發票管理辦法》第二十二條：開具發票應當按照規定的時限、順序、欄目，全部聯次一次性如實開具，並加蓋發票專用章。任何單位和個人不得有下列虛開發票行為：（一）為他人、為自己開具與實際經營業務情況不符的發票；（二）讓他認為自己開具與實際經營業務情況不符的發票；（三）介紹他人開具與實際經營業務情況不符的發票。

《增值稅專用發票使用規定》第十一條：專用發票應按下列要求開具：（一）項目齊全，與實際交易相符；（二）字跡清楚，不得壓線、錯格；（三）發票聯和抵扣聯加蓋財務專用章或者發票專用章；（四）按照增值稅納稅義務的發生時間開具。

23 國家稅務總局《關於加強增值稅徵收管理的若干問題的通告》（國稅發[1995]192號）第一條第（三）項：購進貨物或應稅勞務支付貨款、勞務費用的對象。納稅人購進貨物或應稅勞務，支付運輸費用，所支付款項的單位，必須與開具抵扣憑證的銷貨單位、提供勞務的單位一致，才能夠申報抵扣進項稅額，否則不予抵扣。

24 參見朱廣新著：《合同法總則》，中國人民大學出版社2012年第2版，第335頁。

25 《合同法》第六十四條：當事人約定由債務人向第三人履行債務的，債務人未向第三人履行債務或者履行債務不符合約定，應當向債權人承擔違約責任。

《合同法》第六十五條：當事人約定由第三人向債權人履行債務的，第三人不履行債務或者履行債務不符合約定，債務人應當向債權人承擔違約責任。

26 同前注24，第336頁。



我国《刑法》所规定的虚开增值税专用发票行为的客观内容也应当以合同法和税法的评价为基础来认定，当然，仅有虚开行为尚不足以构成虚开增值税专用发票罪，还必须具备其他犯罪构成要件。

同法》规定的，出现货物流或者资金流在买卖双方不一致并不违法。

最后，开具增值税专用发票这一从给付义务是债务人的法定义务，不得由履行辅助人履行。法定义务之“法定”有两方面的含义：其一，义务的产生由法律规定，不依当事人意定；其二，义务的内容由法律规定，当事人必须遵守且无权处分。<sup>27</sup>纳税义务人从事经营活动开具发票是行政法规的强制性规定，<sup>28</sup>从合同法的角度来看，是专属债务人自身的债务，不得转移，<sup>29</sup>也不能由履行辅助人履行。因此，开具增值税专用发票这一从给付义务只能由债务人履行，所谓的发票流只能是销售方开具给买受方。

我国《刑法》所规定的虚开增值税专用发票行为的客观内容也应当以合同法和税法的评价为基础来认定，当然，仅有虚开行为尚不足以构成虚开增值税专用发票罪，还必须具备其他犯罪构成要件。

国家税务总局规定虚开增值税专用发票的行为人应当按照虚开金额补缴增值税，<sup>30</sup>本文认为这一规定是错误的。《增值税暂行条例》规定的增值税的应税范围是销售货物、

进口货物和提供应税劳务，<sup>31</sup>显然没有将虚开增值税专用发票行为纳入应税范围；即使是“营改增”之后，增值税的应税范围扩大了，但是相关规定也没有将虚开行为纳入应税范围。国家税务总局的“虚开即纳税”的规定，不仅违反了国务院的上位法，还有违反《立法法》所确立的税收法定的嫌疑。另外，诚如学者所言，国家税务总局的这一规定造成了我国增值税法上的一大弊端：国家税务总局视交易主体的合同关系于不顾，将合同交易与发票开具分离，使得一个交易变成两个中心——一个是合同关系，一个是发票关系——都可以认定增值税的归属！<sup>32</sup>

其实，国家税务总局的这个规定是没有搞清楚增值税纳税义务的归属导致的。对于增值税纳税义务的归属，增值税法采取的是“给付——对价——直接性联结”的分析模式。<sup>33</sup>首先，增值税法上的给付必须是应税给付，而构成应税给付则必须同时满足：给付行为属于应税行为、应税行为发生在中华人民共和国境内、给付行为必须有对价、给付行为与对价之间必须有直接性联结。<sup>34</sup>其次，增值税法上的对价包括了货币、实物或者服务，乃至还包括如承诺等消极服务。<sup>35</sup>

27 参见张广兴著：《债法总论》，法律出版社1997年版，第123—124页。

28 《中华人民共和国发票管理办法》第二条：在中华人民共和国境内印制、领购、开具、取得和保管发票的单位和个人，必须遵守本办法。

《中华人民共和国发票管理办法》第三条：本办法所称发票，是指在购销商品，提供或者接受服务以及从事其他经营活动中，开具、收取的收付款凭证。

《中华人民共和国发票管理办法》第十九条：销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应当向付款方开具发票。

29 《合同法》第八十六条：债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

30 《关于纳税人虚开增值税专用发票补征税款问题的公告》（国家税务总局公告2012年第33号）。

31 《增值税暂行条例》第一条：在中华人民共和国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人，为增值税的纳税人，应当按照本条例缴纳增值税。

32 参见杨小强、叶金育著：《合同的税法考量》，山东人民出版社2007年版，第289页。

33 参见杨小强、吴玉梅：《增值税法中的第三人考量》，《法学家》2007年第4期，第85页。

34 同上注，第72—73页。

35 同上注，第73页。



增值税专用发票不会破坏抵扣链条的完整性。所谓增值税抵扣链条是指在间接计税法下，增值税纳税人凭借向上道环节支付的进项税额和下道环节收取的销项税额计算当期的增值税应纳税额。抵扣链条的完整性取决于销项税额和进项税额两端均完整、有效，缺乏任何一端都不仅会导致无法计算增值税应纳税额，还可能会导致重复征税，这就是抵扣链条发生了

最后，关于直接性联结，我国税法没有明确的规定，但税法和刑法均要求发票与交易之间有真实的交易关系。<sup>36</sup>本文认为，这种直接性联结应当从合同的相对性以及主、从给付义务的一致性上来衡量。


虚开的进项税额抵扣在刑法上应评价为偷逃国家税款。纳税人行使进项税额抵扣权必须拥有增值税专用发票，但仅凭拥有专用发票是不能认定抵扣合法的，因为，发票只是抵扣的形式要件，对于拥有发票而行使抵扣权的合法限制主要来源于两类情形：交易不存在下开具的发票和开具错误的发票。<sup>37</sup>这里的交易不存在下的发票开具就是本文所称的虚开增值税专用发票，在此情形下，虚开专用发票的持有人由于缺乏合同的主给付义务，发票上记载的进项税额是不能抵扣因真实交易收取的销项税额的。销项税额是纳税人依据《增值税暂行条例》代国家收取的税款，这部分税款如果没有真实的进项税额进行抵扣，那么是应该上缴给税务机关的。纳税人以不真实的进项税额冲减真实的销项税额，使应当上缴给税务机关的税款减少，实质上是一种偷逃国家税款的行为。

最后，有研究者认为虚开增值税专用发票会破坏抵扣链条的完整性，<sup>38</sup>实务中也不乏这样的认识。本文认为虚开增

断。在虚开的情形下，卖方会因虚开而导致形式上的纳税义务增加，所以，专用发票用被虚开后，会在形式上造成上游的增值税应纳税额增加，下游的应纳税额减少；但是，由于形式上的销项税额和进项税额都具备，并且买方进项税额增加一个单位，卖方销项税额也相应增加一个单位，因此，在整个抵扣链条上，增值税应纳税额不增也不减，更不会导致重复征税。相反，根据学者的研究，流转环节的免税政策会使抵扣链条中断，导致重复征税；<sup>39</sup>另外，在真实交易的情况下，应当开具而不开具增值税专用发票，买方因无票而缺少进项税额不能抵扣，也会导致链条中断。

### 三、结语

增值税专用发票除了普通商业发票功能之外，最重要的就是抵扣税款功能，这一功能不仅根源于我国现行增值税制度，也是我国刑法规定增值税专用发票犯罪的基础。

虚开增值税专用发票行为，在税法和刑法上的评价是不同的，如上文所述，税法视野里的虚开行为只有在行为人利用抵扣税款功能侵害国家税款安全时，才能构成刑法意义上的虚开。

36 同上注，第75页。

37 参见翁武耀：《论增值税抵扣权的行使——基于中欧增值税法的比较研究》，《国际商务—对外经济贸易大学学报》2015年第5期，第115页。

38 参见黄海：《我国增值税链条完整性的分析》，厦门大学硕士学位论文，2006年5月，第29页。

39 同前注5，第78页。



# 玉米案再审改判无罪的引申思考

常秀娇 / 文

王力军玉米案本是一个普通的刑事轻罪案件,但由于该案在当事人未申诉、检察院未抗诉的情况下,最高人民法院主动决定再审,这在全国尚属首例,而引起了全国范围内的广泛关注与讨论。无论是理论界、实务界还是普通民众对该案基本持肯定的态度,并对这一案件的示范带动意义寄予厚望。笔者认为,从“有罪”到“无罪”,该案在规范非法经营罪“兜底性条款”适用、厘清行政违法性与刑事处罚性关系以及最高司法机关纠正错案以实现个案公正方面的积极意义不言而喻,但在“大喜过望”之后,虽然该案已尘埃落定但仍需对其展开进一步的冷静思索。

## 常秀娇



京都律师事务所实习律师,北京师范大学刑法学博士,全国优秀刑法学博士论文二等奖获得者。

过程,由此非法经营罪的司法实践,特别是兜底条款的适用,将发生显著的转变。具体适用条件指:一是形式性条件,即相关行为需有法律、司法解释的明确规定;二是实质性条件,即行为具备与刑法第225条前三项明确列举的非法经营行为相当的社会危害性和刑事处罚必要性。只有这两个条件同时具备,才能适用非法经营罪的兜底条款。但笔者看来,此种观点过于乐观,无论是形式条件还是实质条件,都只是在个案上实现了“破冰”,还需以此为契机,进一步固化、深化。

第一,司法解释明确规定形式条件。虽然最高人民法院发回再审指令中明确指出“相关行为需要法律、司法解

释明确规定”,但这毕竟是针对个案,我国是成文法国家,最高法院针对该案的指令不具有普遍的约束力,不能作为法官“释法研判”的法律依据。从法律效果和社会效果看,无论是理论界还是实务界都对“兜底性条款”适用的此形式条件,持肯定态度,认为符合“罪刑法定”的基本精神,为法官的自由裁判权厘定了较为合理的边界,体现了刑法的谦抑精神。因此,最高司法机关可尽快通过司法解释将形式条件确定下来,并在时机成熟时,将经历司法实践考验的好的司法规则上升为法律。

第二,实质条件的进一步细化、固化。最高人民法院发回再审指令中强调,适用兜底性条款,要“具备相当的社会危害性和刑事处罚的必要性”,对此,笔者认为有两点需进一步讨论:

一是实质条件并非从“无”到“有”,而是具体个案中的运用与强调。纵观我国刑法典,非法经营罪的“兜底性条款”在立法技术上并非特例,刑法分则中的很多罪名均采取此种“列举+兜底”的立法方式。对于此种立法,无论理论

## 一、非法经营罪“兜底性条款” 司法适用困境的“破冰”

王力军玉米案适用法律的依据为我国刑法第225条规定的非法经营罪。而该罪名自写入刑法典以来,就一直饱受争议,被称为新的“口袋罪”:一方面由于该罪名的罪状表述过于笼统、模糊,且在列明罪状的款项中,存在兜底性的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”条款,司法自由裁量的空间过大;另一方面这个罪名是典型的法定犯,是“有形的手”干预市场经济的产物,在法律工具主义者看来具有实用性,容易出现有违立法原意的司法滥用。而司法实践中,司法工作者面对多元、创新的市场经营行为,如何把握“兜底性条款”的标准来判定非法经营罪,司法解释没有予以明确说明,这确实是一个难题,玉米案一审做出有罪判决就是典型的例证。

对于玉米案的改判,一些学者反响比较乐观,认为此举实现了“兜底性条款”的司法适用标准“从无到有”的

界还是实务界都存在共识，列举的行为方式虽具体表现形式不同，但具有相当的社会危害性，而兜底的“其他”行为并不能无限扩大，而是以前述列举行为为参照，要求社会危害性要同样“相当”。基于同样的考量，实质条件也应尽快通过司法解释甚或法律形式予以固化。

二是实质条件的具体标准仍有待进一步细化。实质条件虽表述为要具有“相当的”社会危害性和刑事处罚必要性，但如何判断“相当”，仍没有明确的标准。我国在立法倾向上为尽量缩小司法工作者的自由裁量权，当然并不是完全否定自由裁量的空间，但与英美法国家相比，确实以小范围的自由裁量权为合理目标，且司法工作者在司法实践中对司法解释等具有较强的路径依赖，所以具体判断标准不明确确实给司法实践带来较大的困境。鉴于此，最高司法机关应尽快调研出台相关司法解释，进一步明确非法经营罪中的“其他”行为与前款“相当”的判断标准，为司法裁判提供确切依据，为合法经营者提供行为预期。

第三，将慎用“兜底性条款”上升为刑事政策层面的表达。玉米案再审无罪，对于司法工作者确实是一个信号，即在法律适用上，要慎用“兜底性条款”来追究行为人非法经营罪的刑责，这是本案的重要意义。玉米案虽然轰动，但再轰动也只是个案，而我国不是判例法国家，这种慎用上的强调会否随着关注度的下降而使非法经营罪的“兜底性条款”再度面临滥用的危险。笔者强烈建议，将慎用“兜底性条款”上升为刑事司法政策层面的表达，使司法裁判者牢固树立“慎用”的理念，援引“兜底性条款”司法裁判要不得已而为之，案件事实要确实、足以认定犯罪构成，使案件经得起历史的考验。

## 二、行政违法性与刑事处罚性区分的进阶思辨

据媒体报道，在玉米案审理过程中，公诉方与辩护人就王力军的行为是否具有行政违法性进行了深入的论辩，这是本案的焦点之一。笔者看来，非法经营罪是法定犯，构成犯罪以行政违法性为前提，关于王力军是否构成犯罪需查明其行为是否违反了行政法规。根据行为当时法律，王力军无证收购玉米，确实违反了《粮食流通管理条例》的规定，属于行政违法行为。但行政违法性不等于刑事处罚性，换句话说，两者不是充要关系，即行政违法性是刑事处罚性的前提，所有构成刑事犯罪的行为都是违反行政法规的行为，但

并不是所有违反行政法规的行为都构成犯罪，只有社会危害性达到刑事法评价的程度，才能科以刑罚。这一点在理论上再明确不过，但一旦到了刑事司法实践中，往往由于社会危害性判断标准上的模糊性而陷入困境，应该看到，司法实践中确实存在一种倾向，即以行政法规为依据硬性切割，将一般的行政违法行为作为刑事犯罪来处理。玉米案的无罪判决中，明确指出了王力军的行为违反了行政法规，但未达到刑法规定的社会危害性，不构成刑事犯罪，这是将行政违法性与刑事惩罚性相区分的典型案例。但仅看到要区分是不够的，还应在此基础上进一步思考如下三个问题：

第一，“行政违法”违反的是何法的问题。非法经营罪的罪状表述上为“违反国家规定”，那么，何为国家规定？我国的法律渊源分为不同的层级，是否对任何层级法律规范的违反都构成非法经营罪中的“违反国家规定”呢？虽对此学界仍有争议，但笔者认为答案应是否定的，理由在于：

其一，刑法是最后法，以国家刑罚权的强制力为保障，惩罚的是严重的“反社会”行为，具有谦抑性，所以刑法评价中的违反“国家规定”也应是对国家重要法律、法规的违背，具体体现在法律渊源的层级限定上。

其二，那么应该限定在何种层级上呢？笔者认为，非法经营中的“国家规定”应指宪法、法律和行政法规为宜。刑法第225条列举具体行为方式时明确采用了“法律、行政法规规定”的表述，而刑法典是一个内部统一的自治的整体，从体系解释出发，法律和行政法规应纳入“国家规定”，那么，层级更高的宪法当然应纳入。

其三，如果将地方性法规、行政规章和自治法规等均纳入刑法上的“国家规定”范畴，可能会带来司法上的困境。我国的地方性法规和行政规章等体系浩杂，有的还存在相互冲突矛盾的情况，立法机关一直在做法规的修订、清理工作，正是为了实现法律体系的内部和谐统一。如果将地方性法规、行政规章和自治法规等均纳入刑法上的“国家规定”范畴，且不论规范的识别所需耗用的大量司法资源，还很有可能出现无法认定的结果，而最终有损司法权威。

第二，“严重扰乱市场秩序”的实质判断。法治是人类探索的最成功的社会治理方式之一，但存在无法克服的缺陷，即法律的滞后性，一部法律自其制定出台之日起，便“落后”于时代了。因此，司法工作者在“依法”裁判时，应有突破法律形式上滞后性的意识，即当适用法律明显不符客观实际和公平正义时，应通过法律解释等方法，对客观事实进行实质判断。玉米案中，王力军的行为不仅没有严重扰



乱市场秩序，还是客观上对国家粮食市场化改革有利的，减轻了农民的卖粮负担，活跃了粮食流通市场。

第三，从社会危害性的动态性实现司法上的非犯罪化。结合上述分析，在玉米案中，即使王力军的行为在行为时违反了《粮食流通管理条例》，但从实质上判断，至少不能认定为刑法上的“严重扰乱市场秩序”。司法工作者能够将社会看作一个持续发展的形态，对社会危害性进行实质判断，客观上，实现了司法上的非犯罪化，这是刑事政策科学运用的应有之义。

### 三、“最高法纠正错案使每一个公民感受到公平正义”的路径

王力军非法经营案的案情并不复杂，之所以获得如此关注，很重要的原因是由于该案是最高人民法院直接作出决定，指令有关法院进行再审的。对此，社会公众普遍一片叫好之声，认为这是我国最高司法权力机关切实贯彻十八大以来的司法改革精神，努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。该案在纠正错案，保障王力军权益方面的积极意义，必须肯定，但笔者更想强调两点：

第一，最高法纠正错案的启动机制需制度化。玉米案之所以得到如此关注的很重要原因之一就是该案是在当事人没有申诉的前提下，最高人民法院主动作出再审决定的。众所周知，我国的生效判决要想启动审查监督程序是非常困难的，尤其是刑事案件。近年来，再审改判的案件基本上都是出现了“真凶现身”“亡者归来”等非常偶然的因素，或者



是当事人经历了漫长而艰辛的申诉之路，而玉米案是一个大大的例外。笔者希望这种例外除了个案价值外，能够开启我国错案纠正的制度化之路，降低偶然因素在纠正错案中的影响力，使得错案纠正制度成为悬在我国司法工作者头上的“达摩克里斯之剑”，倒逼提高我国的司法审判质量，开辟保障公民诉讼权益的常规路径。

第二，使公民在案件中感受到公平正义的重心在一审。法有谚语，迟到的正义非正义。虽然由最高人民法院再审改判无罪，为当事人王力军实现了最终的正义，但据有关媒体的报道，自一审有罪判决以来，王力军笼罩在“罪人”的阴影中惶惶度日，在再审判决前夕更是经受彻夜难眠的精神煎熬，这些都不会因最高人民法院的一纸判决而抹去痕迹。发生了错案及时纠错固然重要，但更为重要的是在未然时避免错案的发生，这也是“人民司法”的郑重承诺。因此，就玉米案而言，能够在再审中实现正义虽值得庆贺，但为何一审出现错案却更值得深思，使普通公民在每一个案件中感受到公平正义的重心应在一审。相关司法机关应反思经验，深挖产生错案的原因，是司法标准的问题还是司法工作者的释法问题等，并有针对性的解决问题，对于确有案外因素干预造成的错案，应依法落实相关人员的责任。🐾

# 京都携手南京律协举办 “民刑诉讼律师实务论坛”

随着《民法总则》的生效实施，我国社会进入了“民法典”时代。为积极应对新时代社会迅速发展引发的律师诉讼领域的新问题，更新诉讼理念、提升诉讼技能，10月26日，南京市律师协会和京都律师事务所共同组织的“民刑诉讼律师实务论坛”在南京召开。全国人大代表孙宪忠教授、全国律协刑事委员会主任田文昌律师、南京大学博士生导师孙国祥等法界大咖到会报告，最高法院原高级法官王宪森等京都律师团队讲解民刑诉讼领域诸多难题和诉讼技术。

京都律师事务所名誉主任、全国律协刑事业务委员会主任田文昌，南京市律师协会会长张利军到会致辞。

除了众多致辞、主讲、点评嘉宾外，南京市司法局副局长陈宣东，南京市司法局律管处处长丁勇，南京市司法局律管处副处长殷宝如，南京市建邺区司法局主任唐盛春，南京公安警察学校政委方传新，江苏浙江商会副会长黄林忠，江苏世界总商会秘书长吴新华，南京湖州商会会长马美荣，京都律师事务所律师上海分所主任王众及部分律师，京都律师事务所高级合伙人张振祖、陈宇，合伙人孙广智、任视宇，管理合伙人方堃，韩瑞奇律师等也出席了论坛。

本次论坛吸引了来自江苏、浙江、山东、广州等地的500多名律师参与。

论坛分为民商业论坛和刑事业务论坛两个环节。京都律师事务所高级合伙人、京都民商诉讼部主管合伙人公丕国主持了上午的民商业论坛，京都律师事务所高级合伙人、京都刑事业务部主管合伙人杨照东主持了下午的刑事业务论坛。

(以下嘉宾按照出场顺序排序)



公丕国



张利军



杨照东



# 民商业务论坛

## 孙宪忠：中国《民法总则》分析

《民法总则》于2017年3月完成制定并表决通过，于同年10月颁布实施。

《民法总则》的出台标志着中国民法典编撰迈过“第一步”，正在迈开“第二步”即民法典编撰的其他工作。

### 一、民法典编撰采取“两步走”方案

我曾在2013年至2014年的立法议案中提出“两步走”的方案，即第一步完成《民法总则》的制定，第二步陆续完成各分则的编撰，立法采纳了这一提案。之所以采取“两步走”的方案，其原因有两个方面，一是1986年制定的《民法通则》已严重滞后脱离现实需要，通过实证研究发现《民法通则》中156个法律条文真正被司法适用所援引的不过十几条，而且多数是涉及宣告失踪、宣告死亡等特别程序事项的。其他条文或者被废止，或者被新的法律所替代，制定《民法总则》替代《民法通则》已经成为历史趋势，而且从法律编纂的角度看，《民法总则》的制定是一个重新制定的步骤。另一方面是其他分则法律规范情况不统一，像《合同法》《物权法》等法律制定时间不长，需要修改的部分不多，像《家庭法》《继承



全国人大代表、社科院研究员、  
博士生导师孙宪忠教授

法》等法律虽制定时间较长，但争议相对较小，因此这个过程需要根据不同立法进程和迫切程度分别编纂，它是一个法律修订的过程。

### 二、民法在整个法律体系中的地位

民法在整个法律体系中究竟是作为一个部分法而存在，还是作为一个基本法而存在，这不仅仅是一个学术问题，而是一个对民法主体制度发展起到重要意义的问题，我们对此的认识和界定不是很统一。前苏联将民法视为部门法，因为在计划经济体制下，人被视为一种劳动资源而存在，是社会机器中的螺丝，钉服务于国家机器的运转，由国家

计划安排而没有发挥自己意识的机会。但从市场经济发展的角度来看，民法中的人应当是意识的主体，是意思自治的载体，而婚姻、合同、物权等民事法律关系又是建立在意思自治的基石之上。民法是保护私人利益的法律，人民的权利是内生性的权利，这是个基本意识形态的问题，需要国家投入更大精力来保护这一权利。我曾著《所有权的历史分析》，其中有我在这方面多年研究后的成果。因此，我认为民法在整个法律体系中具有基本法的地位，民法总则不仅应该是民法的统领，也是商法、社会法等大司法的总则，起着贯穿性、基础性、全局性的作用。

### 三、世界性民法典化运动的启示

世界上存在着民法典化的趋势，17-18世纪欧洲有些国家开始有了民法典，后来形成了世界上著名的民法典，例如法国民法典、德国民法典，其中法国正是通过民法典的编纂从一个落后封闭的国家变成了繁荣强盛的国家，于是欧洲国家都开始编纂民法典，这一趋势进而推广到亚洲、非洲、拉丁美洲。亚洲的日本、韩国在很早的时候就开始编纂民法典，中国在1904年（清末）也开

始编纂民法典。之所在世界范围形成民法典化的运动，在于“国家治理”的核心使命，民法就是要把立法者推进社会进步或者是改造社会的思想观念，变成一个个以特定的主体、特定的个体、特定的权利为要素的社会规范，法院以这样的规范裁判，把立法者推进社会进步的思想观念落在实处。这些先进的观念包括：一是人人平等，解决人的主体资格问题；二是事权神圣，说明权利与生俱来；三是意思自治，应当由契约市场来理解婚姻、合同等基础法律关系；三是过错责任，以过错责任取代身份制责任是历史进步。这些观念其实可以上升到宪法层面，对于改造社会，推进社会

进步起到了基础性作用。

#### 四、中国民法典的体系与前瞻

从立法角度来看，民法典体系提升了法律包容能力，我预计将来中国民法典将会由一千五六百条文组成，这些条文不能杂乱无章，而需要体系化，从立法上实现亲民。从司法角度来看，在民法典的体系之下，法官的培训也简便易行，法官可以通过成文法典迅速锁定具体的法律依据。相对于判例法需要从浩瀚的判例中总结依据，民法典立法体

系具有天然和巨大的优势。此外，我们还应明确民法典与其他特别法之间的关系，民法是关于一般民事主体、一般民事活动和一般民事权利的法律，而现实中还有很多其他特殊的民事主体、民事活动和民事权利，例如商法、知识产权等，这里仍然要坚持特别法优先于一般法适用的原则。但是，如果特别法没有规定，我们就仍然要回到民法的适用范围，正如《民法总则》第128条规定，特殊人群享有特别的权利，适用特殊的法律，但這些法律关系又都受民法的托底保护，是具有进步意义的。🐶

## 王胜全：融资性贸易纠纷探究

融资性贸易是最近几年产生的一个新的提法，2012年的时候华东地区出现钢贸危机，当时大量的融资性买卖产生纠纷，也有很多的央企、国企涉及其中，比如说中国铁建、中软公司、中铁公司、中外运等等这一部分企业都参与其中。后来国资委也非常重视，专门研究这个问题。据我了解，现在还有很多国企、央企还在做这个生意，这个生意确实能够给他们带来利润，但是也产生了巨大的风险，也产生了很多的纠纷。

对这些纠纷的处理，以前我们搞实务的人都知道，以所谓的名为为什么实为什么什么来处理。比如说名为买卖，实为借贷，名为典当，实为借贷，名为投资，实为借贷。这种处理办法当时看来是必要的，也是合理的，现在看来就比较落后了。我们的《民法总则》出来以后，第146条就作



京都民商诉讼研究中心主任，最高人民法院原高级法官王胜全

为我们处理这些纠纷的法律依据。146条的规定是这样，行为人与相对人之间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。

今年10月11号广东高院出台一个地方性文件，第12条就说当事人为套

取银行贷款而签订虚假的房屋买卖合同的话，要按照《民法总则》第146条规定来处理，这样的房屋买卖合同效力是无效的，而当事人为了套取银行贷款合同那是一个隐藏行为，它认为是无效的。我们惊喜地发现现在很多高院在运用《民法总则》来进行工作。

### 一、适用要件

(一) 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。因为当事人之间没有真实的意思表示，两个人就是想玩假的，不是真的，当事人没有受效力约束，所以是无效的。

(二) 隐藏的民事法律行为的效力。有的虚伪表示有隐藏民事法律行为，有的是没有民事法律行为。比如说签订一个虚假的房屋买卖合同，没有一个隐藏行为，但是绝大部分是有隐藏行



为的，比如刚才说的名为什么，实为什么。这个隐藏行为的效力如何呢？是不是因为他隐藏了虚假意识表象就一定无效呢？这个不一定。要依据相关法律来进行处理，有的是有效的，有的是无效的。比如名为什么实为什么的，这个范畴中有的的是民间借贷，现在司法领域大部分是无效的，但是也有少部分是有效的。

（三）基于信赖利益保护的原则或者交易安全的考虑，不能对抗外部善意第三人。

（四）隐藏的民事法律行为如为有效，不得以其有效对抗善意第三人。

（五）如果是隐藏的民事法律行为为有效，所产生的担保合同效力不受影响。这个观点可以参照最高人民法院的102号判决书，为数额表示所做的担保，如果这个隐藏的行为有效的话，这个担保也是有效的。这个民法的解释原则尽量把合同解释为有效。当然了，如果数隐藏行为也无效的话，这个担保肯定也是无效的。

## 二、融资性贸易的特点

融资性贸易，这个看起来高大上，它实际上是不符合商业逻辑，第一个，自卖自买。就是一个交易看起来某一个人他先卖给别人，过一段时间他又买过来，或者他不买过来，他让他的关联企业买过来。这个就很奇怪，自卖自买。

第二个，是做亏本生意，他往往低价卖出，高价买进。

第三个，是流单不流货，或者叫走单不走货。有单据的流动，但是没有货物的实际交付，更没有变动所有权。

第四个，这个交易中多有中间人托盘介入，这样的话法律关系就复杂了，可能会出现连环买卖合同。

这就是融资性贸易的四大怪。我们

说看起来这些很奇怪的现象，实际上隐藏着一个真实的交易过程和模式。我们比对一下，最初出卖人为用人，最初买受人为出资人，货款即为借款。这个价差就是借贷利息，所有的收货确认单实际上是虚假的，没有真正收到货。我们做了一个比对，可以看出真实对应的关系。

融资性贸易为什么在实际生活中产生？第一个原因就是早期认定企业之间的拆借，违反金融管制无效。现在会减少一些，因为现在企业之间偶尔的借贷没必要去走那么复杂的形式，两个企业之间直接签一个借贷合同就可以了。

第二个，利用国企的信用，国企作为“托盘人”介入。有的时候两个企业之间不信任，为了促进这个效果，往往采取国企托盘人介入，国企一进来这个交易就能够促成。而国企为了获得这个好处费，他们也愿意参加进来。

## 三、司法对融资性贸易纠纷的态度

各地法院对融资性贸易纠纷有一个不断认识的过程。

（一）绝大多数案件被当做买卖合同处理。这个需要法官的经验、学识，更需要法官的责任心。因为有的法官基于商事乐观主义的原则，不愿意做过多的判断，你们是买卖就按照买卖来判处，里面的买卖是否符合交易习惯、交易逻辑等等，他不愿意判断。当然这个也很安全，也很省事。

（二）个别的案件被当作企业之间的借贷处理。我们也发现2010年的时候，最高法就有2010第110号，这个是上海一个企业跟江苏常熟之间一个企业的纠纷，最高法说你通过虚假贸易的形式来行使非法贸易的交易，最后判定这

个交易无效。我们还欣喜地看到江苏高院的一个意见，约定买方向卖方付款，再由买方向卖方购回。双方没有真实意思表示和行为的，应当认定合同无效。我们江苏高院有出台这么一个文件，他已经意识到这个问题，已经按照借贷合同来处理。

（三）民间借贷司法解释出台之后，基本上按照民间借贷处理。

## 四、融资性贸易的类型分析

融资性贸易的类型分析，我们说主要有两大类。

（一）无真实的贸易背景型。这种类型存在一个资金空转，细分为有标的货物型和无标的货物型。

1.有标的货物型和无标的货物型。实际上这个标的和合同的价值是不对应的。明明可能只值100万的东西，他要卖出1个亿，这个一看虽然有标的有货物，但实际上这个价值完全不对等。无标的货物型，比如当时买一个东西说是某某钢材，但实际上钢材在哪里谁也不知道，买一个房产，房产在哪里谁也不知道，谁也不关心。

2.直接买卖型和托盘买卖型。比如说张三和李四两个企业之间为了融资做了一个买卖合同，实际上是民间借贷行为。托盘买卖型，有另外一个买卖合同，所以叫托盘买卖型。

（二）有真实贸易背景型的融资性贸易。这个问题就是双方之间是有真正的交易目的，有真正的交易标的物。但是它这个东西也很奇怪，也有一些不符合商业逻辑的地方。比如说它有一个委托代理协议，买入人往往委托托盘人去向出卖人购货，托盘人还要代为垫付资金。这种贸易背景型的融资性贸易，

是不是融资性贸易？这个是有争议的，争论还很激烈。我也观察到贵州高院曾经有一个判例，就是110号案件中，他认为买方和托盘方签订协议代理垫付货款，这个已经上诉了，不知道最高法二审会有什么样的态度？我们拭目以待。有委托代垫协议，有代垫资金，可以按照委托合同纠纷来处理。

## 五、国企参与融资性贸易的方式

我们知道国企往往是弯道超车，他参与的话往往是有一些动机或者扩大营业额，为了获取微薄的利润。但是在这个过程中他不做什么事，但是产生的风险也很大，产生的纠纷也很多。国企或者作为出资方，或者作为托盘方参与融资性贸易。如，国企作为出资方，贷钱给一个民企，收取利息14%，这个是央企愿意干的事。国企也作为托盘方来参与交易，他收取微薄的差价来作为利润。

## 六、国企从事融资性贸易的法律风险防范

国企从事融资性贸易的法律风险防范范围，第一是避免成为他人合同诈骗的牺牲品。第二是避免追偿无门，做足担保措施。第三是避免落入非法经营罪的陷阱，也就是避免以从事民间借贷为常业。第四是避免虚开增值税发票。因为你的融资性贸易是走单不走货，走单的话涉及到发票，但是有的企业会被追求虚开增值税发票的刑事责任。

## 七、融资性贸易合同的效力

第一是关于买卖合同的效力。第二是关于民间借贷的效力。第三是担保合同的效力，就是我们刚才讲的一般是有效的。第四是国企在融资性贸易中的责任。这个有三种承担责任的方式，第一个就是在最高法院2013年的15号案件当中说托盘人国企要承担50%的责任。第二个判决，也是说承担三分之一的

责任。2015年的案件中判决托盘人有责任，什么责任？按照同期存款利率来计算托盘人的责任。最高法的三个案例中是不同的裁量观点，空间很大，这个我们以后可以深入探讨。

## 八、审理融资性贸易纠纷的程序问题

第一是法院是否应当突破合同相对性，将连环买卖合同统一整体考虑。我认为在合同无效的情况下，突破合同相对性有一定的法律基础，因为在合同无效的情况下应该按照无效来进行处理。

第二是当事人变更诉讼请求与法院行使释明权。

第三是“刑民交叉”程序的处理。一旦产生责任了，往往就是以合同诈骗为由报案受骗，往往国企就参与立案。这是一个很好的策略，能够帮助当事人找到很多的证据。如果是诈骗的话，能够帮助国企找到很多有利于国企的证据，这也是一个很好的策略。

## 叶金强：谈虚伪表示与融资性贸易

《民法总则》第一百四十六条规定：“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。”《合同法》中关于恶意串通的规定，实际上是对《民法通则》的延续，均缺乏对虚伪表示的规范。《民法总则》规定了虚伪表示，填补了这一空白，毫无疑问这是《民法总则》的一处进步。

《民法总则》可能出于某种考虑，



南京大学法学院院长、教授、博士生导师叶金强

对恶意串通进行了保留。实际上，恶意串通中的“串通”和“虚伪”是重合的。加了一个“恶意”，可能会指向于对它效力的评价。过往案件当中，常用恶意串通的规则来解决各种类型的问题，这一现象是好是坏这里不做评价。

关键这里面往往有隐藏的东西。隐藏如果出于一种不法的目的，藏的东西就因为不法性或者没有妥当性而无效。所以，《民法总则》第一百四十六条规定要依照有关法律规定来处理，也



就是要求根据相关法律的规定，审查隐藏行为的效力。如果隐藏行为存在效力瑕疵，就可以否定该行为的法律效力。在隐藏行为和虚伪表示当中，立法是非常清晰的。简单来讲，虚伪即没有一个意思的支撑，就是无效的。而隐藏就针对其行为本身去判断。

由于真实的融资的安排和金融管制规范可能存在冲突，融资性贸易的存在是为实现其最终的商业目的。随着现在管制逐步放开，我认为可能将来这种融

资性贸易量会减少。

说到融资性贸易，可能我们容易联想到发展迅猛的融资租赁。融资租赁实际上是融资，之所以采用租赁形式，是为了实现担保。通过所有权的担保，解决了这一类型当事人的需求。在早期，融资租赁只是当事人的一种安排，直至1999年它被作为有名合同设立起来。我认为，融资租赁也许可理解成融资性贸易。

实践中，为了融资而规避的方式千变万化。因此，这一类纠纷很难单一

化，最高院或各级法院想统一规则是有困难的，还是要看具体个案当中当事人怎么约定的。每个案件当事人的个别协议都有差异，会涉及不同的法律问题。比如担保的问题。我认为担保的问题还是应当从《担保法》本身来进行考量，其实这与我们实践当中的另外一类以物抵债类似。再如证据问题，证据是认定法律事实的基础，假如当事人无证据证明其中存在隐藏的交易，就只能按买卖处理。

## 马绍恒：建筑工程中的疑难问题——“三包一靠”

### 一、何谓“三包一靠”？

“三包”，即分包、转包、内包  
“一靠”，即挂靠。

#### (一) 分包

1.按照分包的内容可分为：专业工程分包与劳务分包。

共性：两种分包都需要具有相应资质且必须在资质等级许可范围内从事活动。

2.按照法律效力可分为：合法分包与违法分包。

合法分包是指除了违法分包之外的分包。

违法分包：

(1) 国务院《建设工程质量管理条例》第七十八条第二款规定了四种情形：分包给不具备相应资质的单位、分包主体结构、再分包、总包合同中未有约定又未经建设单位认可的分包部分建设工程（把这种情形也规定为违法分包有待商榷，我认为应当是违约分包，而不是违法分包。当然，如果把契约看作



京都律师事务所律师顾问、江苏省  
高级人民法院原法官马绍恒

是当事人之间的法律，则违约等于违法，违约分包也是违法分包。然而，即使如此，这种情形毕竟不同于前三种情形。);

(2) 住建部2016年11月17日《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法（征求意见稿）》第九条列举了五种情形（分包给不具备相应资质或安全生产许可的单位或个人、分包主体结构但钢结构工程除外、分包专业工程后将其中的非劳务作业部分再分包、劳务作业承包人将

其承包的劳务再分包以及除计取劳务作业费用外还计取主要建筑材料款和大中型施工机械设备费用的）和法律法規规定的其他违法分包行为。

劳务分包企业只具备劳务作业资质，只能接受劳务作业的分包，不能接受工程分包，故以劳务分包为名行工程分包之实的分包，属于分包给不具备相应资质的单位的违法分包。

可见，二者规范有所不同，《办法》实施后，面临着与《条例》调适的问题。

#### (二) 转包

1.转包不存在合法与否，只能是非法的。

2.依据上述《条例》第七十八条第二款的规定，承包方将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为，也属于转包。

除此之外，上述《办法（征求意见稿）》第十一条第一款还列举了九种转包情形（但有证据证明属于挂靠或其他违法行为的除外）和法律法規规定的其

他转包行为；第二款还规定了在联合承包工程的联合体之间视为一方将承包的工程转包给其他方的情形（双方约定或者在实际施工过程中一方不施工也不进行组织管理并收取管理费或其他类似费用）。

3. 劳务分包是否属于“劳务转包”？《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第7条规定：“具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。”，可见，劳务分包并非“劳务转包”。

### （三）内包（内部承包）

承包人将其承接的建筑工程交给其内部机构甚至个人进行施工建设。

#### 1. 实务表现

分公司承包、内设项目部承包、工程队承包、包工头个人承包。

#### 2. 性质与效力

关于内部承包的性质与效力，实务中一直有两种截然不同的认识和做法。其一是认为内部承包是转包的一种形式和变种，应为无效；另一是认为内部承包的次承包方是承包人的分支机构或内设机构或职工，属于承包人的组成部分，不具有独立的人格，不属于“第三人”的范畴，不是转包，应为有效，其行为后果由承包人承担。

笔者认为，两种认识的分歧关键在于对以下两个问题的判断：

1. 在签订内部承包合同时，承包人的分支机构或内设机构或职工相对于承包人，究竟是否有独立人格？如果没有，又如何能与承包人签订内部承包合同？又如何能够成为内部承包合同的一方当事人？因此，不同于组织法的是（在组织法上，承包人的分支机构或内

设机构或职工相对于承包人来讲自然为其组成部分，不具有独立的人格），在同承包人签订内部承包合同时，不承认承包人的分支机构或内设机构或职工具有相对于承包人而言的独立人格是不符合实际情况的，从合同法等行为的角度的解释也是解释不通的。

2. 承包人的分支机构或内设机构或职工的施工行为是否为一种职务行为？不承认其具有相对独立的人格，接下来的结论就是，承包人的分支机构或内设机构或职工的施工行为就应该是其履行职务的职务行为，因为其既然不具备独立的人格，那么其实施的施工行为就不可能是其自己的行为，而势必与其人格一道被承包人这一企业法人所吸收。而实施职务行为的成本应来自于承包人，实施职务行为的后果也应由承包人所承担。但实际情况果真如此吗？实际的情况是：施工的成本投入来自于这些承包人的分支机构或内设机构或职工等实际施工人，施工的成果（工程款）最终归属于这些实际施工人，施工的后果（责任）最终也由这些实际施工人所承担。因此，很难说施工行为是其履行职务的职务行为。

综上，第二种意见显然与实际情况不符，而且与法理不通，第一种意见看到了问题的实质，与实际情况相符，应属正确。

### （四）挂靠

1. 挂靠的特征在于：被挂靠人并不参与工程的施工与管理，但需要向挂靠人提供营业执照、组织机构代码证、印章、资质证书、安全生产许可证、税务登记证、账户等工程建设所必要的资料 and 文件。挂靠人的操作行为日益隐蔽，与转包的区分愈发困难，要结合个案的具体情况来具体判断。

2. 挂靠的情形：《办法（征求意见稿）》第十一条规定了三种情形的挂靠和法律法规规定的其他挂靠行为。其中第（三）项规定的是第十一条第一款列举的有证据证明属于挂靠的九种转包情形，前后呼应。

值得讨论的是第（二）项的规定：有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括资质等级低的借用资质等级高的，资质等级高的借用资质等级低的，相同资质等级相互借用的。

## 二、“三包一靠”的区别与法律后果

### （一）分包与转包的区别

1. 工程范围上：合法分包，分包的是主体结构工程之外的工程，转包的是全部工程；至于肢解分包，属于名为分包实为转包。

2. 承包人是否进行施工管理：除肢解分包的以外，承包人都进行施工管理；而转包情形下，承包人并不进行施工管理。

3. 法律效力上：分包给不具备相应资质的单位或个人是违法的，转包给有相应资质的单位也是非法的。

### （二）转包与内包的区别

内包为转包的一种形式和变种，与一般意义上的转包的区别只在于：次承包人是否隶属于承包人，为承包了的组成部分。

### （三）转包与挂靠的区别

由于挂靠愈发隐蔽，与转包往往难以区分。

1. 工程承接上：挂靠是挂靠人自己自建建设单位处承揽到工程，但是苦于不具备相应的施工资质，而不得不借助别



挂靠的特征在于：被挂靠人并不参与工程的施工与管理，但需要向挂靠人提供营业执照、组织机构代码证、印章、资质证书、安全生产许可证、税务登记证、账户等工程建设所必要的资料 and 文件。挂靠人的操作行为日益隐蔽，与转包的区分愈发困难，要结合个案的具体情况来具体判断。

人的资质（名义）订立《建设工程施工合同》，挂靠人往往在该合同上以被挂靠人的委托代理人或项目经理等身份出现。而转包则是承包人自己从建设单位处承揽到工程，以自己的名义签订《建设工程施工合同》，合同中并不出现次（转）承包人的身份信息，出现的委托代理人、项目经理等为承包人自己的工作人。

2.施工名义上：转包是次（转）承包人以自己的名义在施工（包括为施工而购买建筑材料、租赁建筑设备、借款等）。

挂靠人则是以被挂靠人的名义展开一切施工合同，这就给人以代理的错觉，容后详述。

3.法律关系上：转包是两手法律关系，分别是发包人与承包人之间的发包—承包关系和承包人与次（转）承包人之间的承包—次（转）承包关系，两个关系相互独立，是所谓债的相对性，但最高法院为了保护次（转）承包人的利益（所谓的实际施工人），在上述《解释中》第二十六条第二款突破了这一相对性，赋予了次（转）承包等实际施工人对发包人的受限的请求权，实为代位权制度的运用，但自发包方角度观察，不得不谓已结成两层法律关系矣！

而挂靠则是挂靠人借用被挂靠人的资质以及为此又不得不借助的被挂靠人的名义向发包方承接工程，与之签订《建设工程施工合同》。因此，经由挂

靠，挂靠双方结为一体，与发包方之间仅结成一层法律关系。

### 三、“三包一靠”的法律责任

#### （一）违法分包、转包、内包

《建筑法》第六十七条第二款规定：承包单位有前款规定的违法行为的（指违法分包和转包），对因转包工程或者违法分包的工程不符合规定的质量标准造成的损失，与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。

对于工期延误给发包方所造成的损失呢？对此，没有法律规定承包单位需负连带责任。但工期延误给发包方所造成的损失与工程不符合规定的质量标准给发包方所造成的损失，都有违发包人的合同目的——如期地保质保量地获得施工成果，故对因转包工程或者违法分包而造成的此两种损失，应做同一处理，承包人应对此负同一责任，也就是，对于工期延误给发包方所造成的损失，承包人也应与接受转包或者分包的单位承担连带赔偿责任。

内包形如转包，应与转包作同一处理。

#### （二）挂靠

《建筑法》第六十六条规定：建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工

程的，……。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失，建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任。

1.对于工期延误给发包方所造成的损失呢？对此，建筑施工企业也应与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任，其法理同前。

2.挂靠人为了施工而以被挂靠人的名义购买建筑材料、租赁建筑设备、借款等的行为后果由谁承担？

对此，有意见认为：挂靠人的此类行为构成对被挂靠人的表见代理的，由被挂靠人承担；否则，由挂靠人自己承担。应该说，这种意见只看到了挂靠人与被挂靠人之间表层的法律关系，而没有看到其深层次的法律关系：如果挂靠人的此类行为不构成对被挂靠人的表见代理，双方之间是否就没有任何别的法律关系了？显非如此！双方之间还存在着挂靠关系，这是双方之间最初的、原始的、深层次的法律关系。由于双方之间存在着这一关系，挂靠人才能以被挂靠人的名义实施上述的购买、租赁、借贷等法律行为，才具备了代理的表象——以被代理人的名义实施法律行为，才有可能构成表见代理。因此，并不能因为不构成表见代理而将双方之间原本就已经存在的作为有可能衍生出表见代理关系的基础的挂靠关系就抹杀掉，并不能因此而否定挂靠关系及其法律后果——挂靠双方的连带责任。■

## 张梦虹：招标通知书的效力问题及挂靠问题

对建筑工程这一块，我原先在中院的时候也搞这方面的审判，对这一块专业有所有了解。这一次《司法解释二（征求意见稿）》出来以后，我们也做过相应的研讨。在民事审判中，建设工程方面的案子，虽然我们不能说高大上，但最起码也是高大难的一部分。

我现在谈的，就是提供给大家，特别是我们在座的很大一部分都是律师，在实务当中可能会碰到的问题。尤其是《司法解释二（征求意见稿）》出来以后，我自己思考的两个问题，现在提出来，在下次我们有机会会有研讨会的时候来相互交流。

第一个问题，就是我们在《司法解释二》当中的第一条，招标通知书的效力问题。在学理上，当初的招标通知书有三种学说，一种是承诺说，第二种是预约说，第三种是本约说。但是《司法解释二》里面采用了两种意见：预约说跟本约说，并且把预约说放在了第一种意见内。据法律界的人分析，《征求意见稿》中的第一种意见往往会被正式稿所确定。我对第一种意见进行探讨研



南京市中级人民法院原民事法官张梦虹

究，当中有一个棘手的问题就在于，对预约合同的违约责任承担的确定实务界是不一致的，没有一个明确的标准。有机会大家去搜索一下相关的案件，我自己经过搜索：无锡、北京地区的判决对预约合同违约责任的承担，与上海地区预约合同违约责任的承担有很大的差异。根据招标人、中标人双方的权利义务平衡以及人民法院裁判标准的统一，我个人观点采用本约说可能较为妥当。这个问题希望大家能够在下次交流当中，把这个相

关的、你们的认知以及你们的意见、高见反馈给我。对这种两者之间的差异，如何统一或支持。这是第一个问题。

第二个，就是关于刚才马老师提到的挂靠问题。其实挂靠问题，由于准入的强制性标准要求，是肯定存在的。但是有一个实务问题，我一直在思考，大咖级的律师在他的讲座当中也曾经提到过。就像我们中铁、中建等，他们多少局多少局上面有其他的一个总的公司存在，以总的公司承包下来的工程，给下面局进行施工，总公司收取管理费。该行为到底是属于违法转包，还是挂靠？这是一个非常值得研究的问题。

据说当初有审判部门参加的学术研讨会上，由于涉及各方面的利益，人民法院对该行为没有进行定性。从法律意义上来讲，中铁、中建下设的局是独立的法律主体，也是独立的会计主体，从这个点分析，下设的局其主体资格是独立的。总公司将其所承包的工程收取管理费后交给设有独立法律资格的下设局施工，是不是属于违法转包？全国人大法工委就这个问题不久前发布了一个意见，对于如何认定问题授权给了各级人民法院，由各级法院在审判中根据实际情况掌握。由于最高人民法院没有作出统一，可能在各级审判机构作出的认定也会有不同。请大家分析研讨。

今天我把这两个问题提在这个地方，欢迎大家发表你们的高见，在微信或者其他的渠道可以进行互动和交流。

谢谢大家！👍



民刑诉讼律师实务论坛现场



## 冯诏锋：商务合同中违约金的条款设计与司法认定

违约金是商务合同中的重要内容，恰当的条款设计能够敦促各方信守承诺，担保合同履行，弥补守约方损失。然而在实务中，合同各方关于违约金的约定与司法机关的认定存在较大偏差，守约方请求支付约定违约金往往难以得到司法机关的全额认定和支持，司法机关酌减约定违约金的现象较为普遍。

### 一、司法机关调整违约金的理论基础与实践现状

约定违约金是合同当事人的意思自治的表现，司法机关应当予以尊重和保护。但是，若完全放任当事人的意思自治，至少可能导致三个问题：第一，合同一方利用优势地位迫使对方接受不合理的违约金条款，如格式合同；第二，合同履行过程中存在影响公平原则和诚实信用原则的情节，如守约方有重大过失；第三，约定违约金与守约方损失存在重大偏差，例如已采取有效补救措施。因此，约定违约金虽为民事主体意思自治，但也需要必要的司法干预。

从立法上看，《民法总则》沿用了《民法通则》的规定，仍将支付违约金与赔偿损失并列为民事责任承担方式，而结合《合同法》第114条以及相关司法解释、指导意见的规范，可将立法精神和裁判观点归结为四点：第一，违约金低于或过分高于实际损失的，司法机关可予以调整；第二，司法机关调整违约金，必须基于当事人请求，而不能依职权主动调整；第三，调整违约金须以实际损失为基础，兼顾合同的履行情



京都律师事务所冯诏锋

况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量；第四，违约金过高的标准可参考超出实际损失30%，但需要个案灵活认定。

从司法实践中看，当前普遍存在一些认识偏差和客观因素共同导致了司法机关频繁调整约定违约金：第一，法律规范强调违约金补偿性，以及30%的参考标准，使部分法官存在“宁可少判，不能多判”的倾向；第二，守约方难以充分举证证明实际损失，或者部分损失本身即难以有形化和货币化；第三，部分法官常通过酌减违约金的方式平衡双方心理预期，反过来又滋长了违约方有枣没枣打一杆子的心理。从罗昆教授通过裁判文书抽样调查取得的实证数据可以发现，近年来人民法院酌减违约金的案件数量和比例双双呈现明显上升趋势，尤其是在2013-2015年期间，该类案件比例均在70%以上，可见司法机关酌减违约金已成为常态。

笔者认为，司法机关对约定违约金的过度干预会产生负面效果：第一，各方在签订合同时难以形成明确预期，在设计违约金标准时往往水涨船高，甚至为司法机关酌减预留空间，形成恶性循环；第二，违约金是合同主体对预期利益风险平衡的一种预设，司法机关并非合同预期利益、实际损失的最佳判断者，难以实现真正的公平；第三，司法机关调整违约金的裁判标准和尺度较为模糊，且判决书往往并不明示计算方法和理由，缺乏公开性和透明度。

### 二、司法机关调整违约金应受必要限制且遵循合理标准

笔者认为，当前司法机关调整违约金应受必要限制和规范，具体而言包括四个方面：

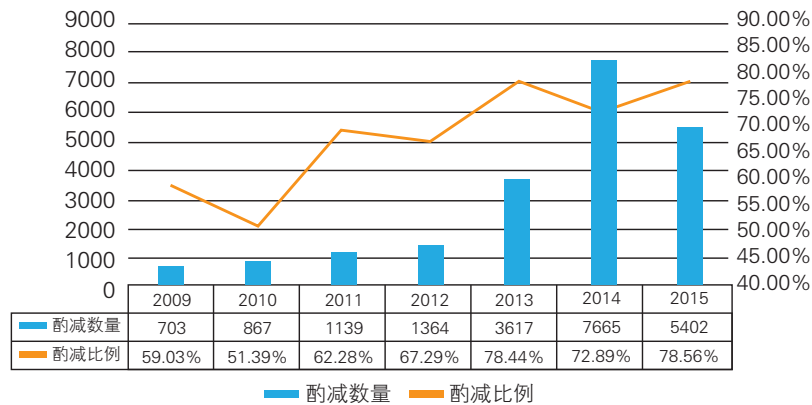
第一，违约金应以当事人约定为原则，以司法机关调整为补充且限于必要。约定违约金是当事人对合同收益风险的综合判断后所预先达成的一致，从而免除了守约方对实际损失举证负担，如果司法干预过于频繁和积极，或将其严格限定于实际损失，约定违约金的价值将会落空而陷入唯损害赔偿的窠臼。司法机关调整违约金应主要考量其是否符合双方真实意思表示，是否符合公平和诚实信用原则。

第二，司法机关调整违约金应以当事人明确请求为前提。当前司法解释赋予当事人通过反诉或抗辩的形式请求调整违约金，这一规定经常被误解为，当

事人虽未明确请求调整违约金，但只要其提出合同无效、否认违约、不承担违约责任或提起反诉都可视为其已请求调整违约金。笔者认为虽然当事人提出无责、免责抗辩与请求调整违约金同样可起到减免其法律责任的效果，但二者的依据和基础完全不同。在笔者亲历的案件中，常遇见合同双方互诉违约，均要求对方按照约定支付违约金，这种情况更应视为双方对违约金认可无异议，司法机关调整违约金明显不妥。

第三，请求调整违约金一方应承担违约金低于或过分高于实际损失的举证责任。在实践中，能够证明实际损失的证据通常由守约方持有，法官往往要求守约方提供相关证据，顺其自然就将举证责任分配给了守约方，大量判决以守约方未举证证明其实际损失为由，认定违约金金额过高并酌减。笔者认为，由请求调整违约金的一方承担举证责任是符合诉讼法和证据规则的，应当严格执行，但可适当兼顾其主观能力和客观条件。相对合理的做法是适当降低证明标准，即请求调整一方提供一定程度的证据使法官产生一定程度的内心确信即可，守约方也应积极举证予以对抗，但如果最终仍无法达到证明标准，请求调整一方应承担不利的结果责任。

第四，司法机关应逐步规范裁判标准和考量因素。当前关于违约金是否过高可参照司法解释中高于实际损失30%的标准，但这一标准不应绝对化而应当结合具体类型案件综合考量。例如，在一些借贷案件中的金钱给付义务迟延履行违约金，存在以同期贷款利率或罚息1.3倍作为参考标准，但民间借贷本身即一种民间融资，其成本高于金融机构贷款，如以金融机构贷款利率为基数进行调整难以威慑违约方履行合同，在



2009-2015年酌减违约金案例数量比例

民间借贷司法解释已将借款利率过高的标准界定为24%的情况下，应将违约金和利息统一纳入该标准予以认定。司法机关还可针对特定类型案件例如房屋买卖、租赁合同的违约金制定参考标准，规范裁量因素，统一对差价、预期利益、交易机会成本的认识，同时加强判决书说理。

### 三、关于商务合同违约金条款设计的思考

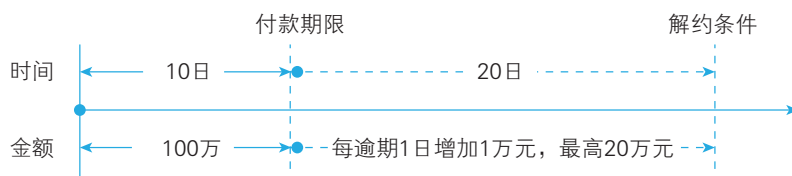
从律师执业的角度来看违约金的条款设计，笔者认为在商务合同违约金条款设计应遵循一个观念、两个衔接、三个覆盖、四个合理性的原则。其中一个观点，即系统化的全局观，违约条款并非孤立存在，而是建立在合同双方权利义务基础上，即所有合同义务均应有相应违约责任作为保障，违约责任应存在方向、层次和领域的区分。两个衔接，一是具体违约责任与概括违约责任应予以衔接互补，一方面违约责任条款应尽可能细化各种违约行为以避免模糊，另一方面又要设计相应的概括性违约责任条款避免遗漏；二是迟延履行违约责任

与根本违约责任应予以衔接协调，当迟延履行达到一定程度时可视为根本违约从而赋予守约方追究其根本违约责任的权利。三个覆盖，即违约金的标准应覆盖守约方的实际损失实现弥补功能，应覆盖合同目的实现的预期利益实现保障功能，应覆盖违约方因违约所获收益实现威慑功能。四个合理性，一是协商过程合理性，尽可能不采用格式合同，而应在合同中记载具体的交易背景、目标和利益考量；二是法律地位合理，违约责任的设计应做到形式上的对等，避免显著差异区别对待从而被认定为违反公平原则；三是幅度标准合理，违约金切忌一味追求高标准，应根据违约严重程度、预期损失进行层次化设计，以达到举重明轻的作用；四是计算理由合理，为违约金标注合理理由，例如注明迟延供货将导致生产线停运损失以及不能向采购方及时交货的责任损失。

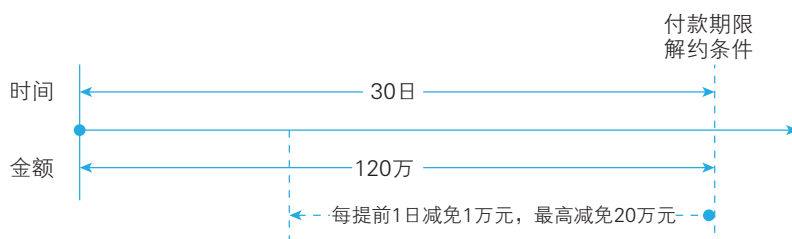
既然司法机关调整违约金必须以当事人请求为启动条件，是否可以在条款设计时预先约定双方放弃这一权利，从而避免司法机关调整违约金。对此，理论上存在争议，实践中既能找到认定的



原方案：



转换方案：



判例<sup>1</sup>也能找到不予认定的判例<sup>2</sup>。但笔者注意到最高院的一个判例<sup>3</sup>值得我们深入解读，其阐明违约金不得调整的约定应以不违反公平原则为限，表面来看其并未明确认定该类约定为无效，但却限定了不违反公平原则的限度，笔者认为可将其解读为“公平原则优先于意思自治”的司法观点。此外，《人民法院报》也曾刊登过文章表达对该类约定应认定为无效的倾向。<sup>4</sup>

笔者认为，合同各方约定放弃调整违约金的请求权是无效的，理由有三：第一，请求司法机关调整违约金具有诉权性质，从其可以通过反诉形式提起即

可得到印证，其效力如同在合同中预先约定各方放弃向法院起诉权利；第二，司法机关对违约金进行调整的目的在于修正当事人的过度意思自治，并基于公平原则对不合理的约定作出变更，如允许事先约定放弃则与该制度的初衷背道而驰；第三，可以预见，实践中如承认该类约定效力，其结果会是大部分合同在签订时，均会附上这一内容成为格式条款或标准内容，一概排除司法干预。

但是，笔者认为虽然该类约定在法律上应属无效，但并非完全没有价值。譬如，合同中载明双方均已知悉和理解本合同签订的背景和目的，本合同作为

某项目的核心环节，对后续合同签订和商业合作具有重要影响和商业价值，如一方根本违约导致合同目的无法实现，守约方将产生难以估量的损失，双方对本合同顺利履行的重要性有充分理解和预期，且已在合同价款中予以考量。如一方违约将严格按照约定支付违约金，且不得以实际损失为由请求调整违约金。该约定虽不能直接产生排除当事人请求调整的权利，但至少可说明双方在签订合同时对合同履行的预期利益以及违约将产生的实际损失达成一致且具有合理性，从而减轻守约方举证负担，同时也为法官坚持约定违约金提供了很好

1 参见(2014)青民一初字第1784号民事判决书，该判例裁判观点是：(1)调整约定违约金属当事人的实体权利，根据意思自治原则当事人有权处分；(2)合同双方均放弃了这一权利，权利义务对等并无不公；(3)随着时间的推移，逾期付款造成守约方的经济损失还将增加，违约金未必超出合理范围。

2 参见(2014)新民二初字第65号民事判决书，该判例裁判观点是：法律赋予当事人调整违约金的权利在于防止以意思自治为由而放任当事人约定过高或过低的违约金，从而保护当事人的利益，避免利益失衡，因而当事人申请调整违约金的权利应不允许事先放弃，故双方之间关于放弃关于违约金的抗辩的约定无效。

3 参见(2016)最高法民申1780号民事裁定书，该判例裁判观点是：违约金是对守约方因对方违约造成损失的补偿，不主要体现惩罚功能，故关于违约金不得调整的约定应以不违反公平原则为限。

4 参见朱新林：《放弃违约金调整请求权约定之效力探讨》，载《人民法院报》2014年3月5日。

的裁判理由，在一定程度上可以控制和降低约定违约金被司法机关调整的风险。<sup>5</sup>

此外，笔者还提出另一种约定违约金的设计构想以供读者开拓思路，即通过对价款和付款期限进行重新组合，将违约金转换为合同价款。譬如：原合同总价款为100万元，预期付款期限为10天，最长迟延履行期限为20天，约定违约金标准为日百分之一，则其效果是付款方应在10日内付清100万元，逾期每超过一天支付1万元的违约金，最多可能支付20万元的迟延履行违约金。但该20万元违约金存在不确定性，它的计算比例过高，有可能被司法机关调整酌减。

于是，笔者尝试转换方案，约定合同价款为120万元，付款期限为30日，同时鼓励付款方提前履行，若付款方提前付清则给予价款上的减免，每提前1天付款金额减免1万元，以此类推，最低可减至100万元。如付款方在10日内付款，其实际支付金额将是100万元，如超出10天其实际合同价款将每日增加1万元，直至120万元，违约金转换为了合同价款但效果却相同。同理，在根本违约金设计中也可设想相应的处理，譬如，实际总价款为80万元的合同，可约定合同总价款为100万元，同时约定如依约履行合同义务实现合同目的，合同

总价款最终按八折结算，其效果与租赁合同中约定租赁期间没有违约的赠送装饰装修期，或者转让合同中约定依约完成过户转让方实际支付的税费由受让方承担相近，类似于一种履约保证金。当然，需要特别强调，笔者对以上情形并未找到先例，亦未进行验证，其设计不具有普遍适用的价值，也存在被司法机关认定以合法形式排除一方权利或规避司法审查的风险。但笔者认为该类设想或可拓展我们思维方式，跳出违约金条款的框架来看待违约金的实现，其表现形式和实际效果均有待于执业律师们大胆设想和小心验证。🐱

## 解亘：关于违约金问题的几点思考

当前司法机关依职权调整当事人约定违约金的现象较为普遍，其背后存在着一些深层次理论问题值得深入思考。

### 一、契约自由和契约正义谁更重要？

当前国内普遍存在一种观点，即契约正义优先于契约自由，这一观点与我国强调公平的传统观念不谋而合被广泛接受。据我了解，在司法实践中，即使当事人在签订合同时对于违约金条款特意设计为惩罚性约定，双方均明知且自愿，法院裁判时仍然按照30%的上限对违约金予以调整。这种做法就是“给付均衡比缔约过程更为重要”的体现，即无论缔约双方在约定违约金条款时是出于为了督促履约，还是为了保障收益、



南京大学法学院教授，博士生导师  
解亘

填补损失，一律认为只要违约金比例约定超过30%，就应当扣减。在这种理论基础之上，我觉得律师能够操作的空间比较小。但是，实际上契约自由比契约正义具有更重要的价值。

### 二、“民商合一”背景下的交易结构冲突

在“民商合一”的大背景下，司法机关往往并不考虑交易双方是否存在结构对称，而适用同样的标准，予以实体审查限制意思自治。个人认为，应当根据合同双方是否存在结构上的对称性作出区分，如合同双方处于不对称的结构，可以适用上述原则加以干预，以实现契约正义的目标；但若合同双方是结构性对称的主体，其约定如确系当事人自由合意而达成，则惩罚性违约金属于其私人之间的惩罚，司法机关对于他们订立契约中的约定应当尽可能地尊重，才更为合理。

5 这一观点可以在最高院（2016）最高法民终106号民事判决书中得到印证，其裁判观点是：约定违约金是双方当事人就案涉工程施工已经发生较大矛盾并造成停工的情况下，在当地政府主持下达成高额违约金的约定，其主要目的在于预防双方再次出现违约行为，激化双方矛盾。该违约金约定对双方公平适用，其约定并未超出双方当事人应当预见的范围。现上诉人主张违约金标准过高，一方面未举证证明实际损失，另一方面与其签订协议时约定高额违约金的目的明显不符，故原判决违约金符合双方约定，不予支持上诉人请求。



### 三、违约金约定应置于整体交易中审查

当前，关于违约金问题的审查认定，通常仅针对某一违约金条款是否合理来认定，而忽略了合同总体上的均衡。对违约金约定是否合理应具有全局观，故应综合相关条款系统地审查。换言之，合同主体在设定违约金时可通过不同方式，在某些条款设计时赋予其惩罚性，同时在另一些条款中作出让步以作为对价，从而在出现纠纷甚至诉讼时，提醒法官合同总体上是达到给付均

衡的，不能仅从某一个条款来判定是否应当介入违约金的条款。

### 四、守约方的损失如何科学计算和认定

实践中，围绕守约方的损失认定也存在模糊的认识。在当前民间借贷融资成本比较高的背景下，债权人相信合同如果能顺利履行会给自己带来收益，为该合同作资金准备而另行融资的成本是否可计入损失？这可能还是有争议的。假若甲是一名开发商，乙承诺可给甲提供土地，甲为了取得土地的开发权，

借了很多钱，可是乙后来未能完成拆迁工作，导致甲拿地失败。此时甲的实际损失如何计算？单纯因合同未履行给甲造成的损失，其实不一定是甲融资的成本。因为甲融资以后，乙依照约定完成了拆迁，有可能房地产价格非常好，甲能赚很多很多钱，但也有可能刚好房地产行业进入低迷状态，即使乙履行了合同，合同利润还不足以弥补甲的融资成本。因此，在计算甲的损失时，应该是以其预期得到的利润为准。在证明损失时，应当对预期利润与融资成本进行区分。当然，如此一来，举证就变得更为困难。此处还待进一步研究。✎

## 方士明：调解与和解内容不具强制执行性的风险梳理

如果说生效裁判是“法律果实”的话，那么执行就是将果实落实到口袋。而事实上大量的裁判文书，因其裁判调解的主文内容的不具可执行性而使当事人面临“竹篮打水一场空”的风险，特别是司法调解书很难启动再审，当事人的救济途径将严重受阻。对于代理律师而言，轻者风险代理费落空、声誉受损，重者被当事人诬蔑、控告、纠缠。现就执行调解书与和解书的不具执行性与大家作警示性探讨。最高院的司法解释明确规定：申请执行的法律文书有给付内容，且执行标的和被执行人明确。

什么是给付内容：即债权债务共同指向的对象。包括金钱、物、一定可为行为等。

1998年最高院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第3—18条明确：人民法院受理执行案件应当符合下列六个条件：

（1）申请或移送执行的法律文书



江苏省高级人民法院三级高级法官  
方士明

已经生效；（2）申请执行人是生效法律文书确定的权利人或其继承人、权利承受人；（3）申请执行人在法定期限内提出申请；（4）申请执行的法律文书有给付内容，且执行标的和被执行人明确；（5）义务人在生效法律文书确定的期限内未履行义务；（6）属于申请执行的人民法院管辖。

### 一、执行和解内容需特别注意的事项

执行和解内容本身并不具有强制执行性，但和解协议未履行部分，属于申请人放弃或不增加对方负担的条款可以作为申请依据进行强制。执行和解理论上还具有可诉性，对此各地法院做法不一。和解形式上又可区分为和解协议与和解条款。前者为双方合意签订的书面协议，可自行签订也可在法院主持下签订。后者一般是在法院主持下的笔录中反映，这样的和解要特别区分是还款计划还是和解条款，实际作用是不一样的，效果、后果也完全不同。和解协议相对调解要简单得多，在此不作重点探讨。需要强调的是，90%的执行和解得不到履行，成为被执行人逃避执行的合法渠道。为此，特别提醒两点：

1. 负连带责任的当事人，未经其他

全部当事人同意的转按份（或比例）履行，对未同意者不产生效力。按份履行了确定比例债务仍然可能要承担全部责任，承担后向其他人追偿。

例（2017）苏0831执恢xx号朱某某案：某市法院执行的朱某申请执行李某某、徐某80万借款案。朱某某与李某某执行中约定李某某偿还80%即64万本息，余款由朱某某向徐某主张。李某某偿还后，现还有房屋财产，而徐某除工资被另案执行外，无财产可供执行，徐某可要求法院先拍卖李某某房产执结案件，再向李补偿，法院也可拍卖李某某房产。

2.超出生效文书内容的和解内容，除自愿履行外，不具有强制性。

实践中存在的大量的以执代审，以执行代替确权现象。所以，和解的基础是生效法律文书，超出文书之外的内容，属于双方新的合意，除自愿履行外，导入不了执行程序，实践中需分清彼此。

特别启示：执行和解不但会迟缓执行节奏，更易节外生枝，其超出生效文书主文内容的并不具强制执行力。

## 二、司法调解书不具执行性的情形

司法实践中司法调解不具执行力，即不符合“金钱、物、一定可为行为等”这一执行条件。存在着大量不可为行为，钱或物不清、不可分等客观不能情形，常见的概括起来有以下常见情形。

### 1.合同化的调解书

执行本身具有单行性特征，如同诉求，总是要求对方承担责任，因为被执行人只应承担义务。一旦调解书合同化，即我们通常所说的，把调解书写成

了合同书。因其内容双方均有一定的履行或配合义务，即给了对方先履行抗辩权，将引发许多实体争议，造成执行不能。

例1：某市法院执行的王某某与朱某某、国蟹公司的公司解散案《民事调解书》：达成如下一揽子调解协议：

（一）王某与黄某将其持有的公司合计55%股权以3800万元的价格转让给朱某；（三）为保证朱某按期足额向王某与黄某支付股权转让款，朱某同意以其所持的公司45%股权作担保。如果朱某不能按本协议约定的时间与金额向王某与黄某支付，则造成王某与黄某的一切损失由朱某承担，且朱某放弃对公司的股东身份与经营管理权，将所持股权转让给黄某和王某；（六）黄某收到全部股权转让款当日，双方到工商部门配合朱某办理股权转让变更登记手续。……（八）违约责任：任何一方当事人如有违约，均需向对方承担500万元违约金。本协议经双方签字并且王某与黄某2015年10月15日收到1000万元股权转让款时发生法律效力。

存在问题：一是互负义务，非单方义务，且转让系有偿还是无偿不清，无法执行；二是配合变更系行为，不具强制性，不履行如何办没有；三是违约责任约定双方责任，这一责任涉及实体，内容非经审理无法执行；四是司法调解自签字生效，不能另附生效条件；五是转让后有限公司成一人公司，违反公司法。案件最终被驳回执行申请。此调解书除了第一判（项）其他均不具有执行力。

例2：某市818号船以物抵债协议。调解书中有这样的条款：

（一）陈某一方向承诺在2015年10月15日前给付杨某500万元，并承诺同意和协助在2015年10月15日前将“镇xx

号”轮过户给杨某一方向……（八）双方约定，如陈某一方向完成上述第一条承诺后，在2015年10月15日前签订船舶管理协议，并将（2014）盐民初字第0046号民事调解书中债务进行结算。

此执行和解，分别给双方同时设置了任务责任。一方不配合过户或以理由故意造成管理协议，那又是谁的过错？过错如何界定。结果必然造成争议。

### 2.审批型的行政协助事务

如协助过户、继续签定劳动合同、公积金提取、保险续缴、办理（或协助办理）拆迁安置房、移送审计材料、非金钱给付的继续履行等等，因涉及职能部门的多个审核，一旦审批不过关或不合法律法规，仅仅某一个环节的执行到位并不能实现调解书所确定的目标，往往演变成不具可执行。

### 3.份额类的权益比例分割

权益分割必须明确清晰，要具有可分割可分配，否则，则不具执行力。比如离婚的财产分割，各自占一套房产的百分之几份额而不出售的，享有部分经营权（管理权）而要经营的，共同物的使用等，都是基于财产的整体性、功能的整体性、物的不可分性或物的修理维护特点等而无法执行。如一离婚调解书确认：女方拥有该农村房产的1/5。无论该1/5在该房的何处，都无法单独隔离，五年多此案执行不了。

### 4.“四至”不清的土地分割

某县法院调解执行的返回13人农村承包地案。因每个人在这块地中的东南西北边界不清，无法执行被驳回。案件只能通过再审解决。现实中此类案件法官很少会去现地核准。时过境迁，土地四至往往与现地不符，况且很多文书都未有明确四至。

### 5.确权性的不可移动财产权益

围墙、树木、地役通行，因其不可



移动性，不具强制搬动执行性。确权的不动产，没有交付时间、方式的，也不具有执行性。房产证载项与实际面积或“四至”不同的也不可执行。

某区经调解的围墙确权案，要求执行，而围墙如何执行？

#### 6.不可分性的整体性行为

现实中很多行为因归属于一人承担，另一人承担经济责任，如共同修理水渠，修理围墙等。某边疆法院对一隔离墙纠纷形成调解书：由双方分别承担起起墙任务，其中张三起下半部一米五，李四起上半部一米五，但没有起墙时间、顺序、厚度的约定。结果张三申

请执行，要求李四起墙。

#### 7.不可强制的人身人格行为

常见的有老人强制儿女探望、离婚父母强制节日探视未成年子女，强制对方赔礼道歉等，因其人身行为不得非法强制，人格尊严不得侵犯而不具行为的强制性。

#### 8.违法违规和内容不清的调解

虚假诉讼的、规避执行的、主体不符的、标的不明的都不具可执行。调解内容不清、不具体、不明确的，经补正或双方释明仍不清晰的，也不具有执行性。

通过上述几种常见不具可执行性的

分析概括，我们可以得出以下综合性启示：

1.任何调解书的内容，只能是单方义务，才有执行强制性。

2.对于非金钱确定类的行为类、人身性、履行性等，均应附加不履行后果的替代债权性、金钱类执行条件。

3.对于物权变动、股权变更的内容，必须写明履行方式、时间、中介机构，并附之于强制变动申请执行的时

间、条件。  
4.极力避免人身性、不可分物、份额类等的非金钱化行为设置。☞

## 黄文艺：防控执行依据不明确的风险，掌握这些要点

### 一、实践中执行依据明确性瑕疵问题比较突出

刚才方庭长给大家展示了一个非常全面的关于生效法律文书可执行性方面的报告。方庭长前前后后给我们传递很多信息，我们回顾一下，如方庭长说50个执行积案中有10个是执行依据不明确的问题，比例是多少？20%。说明什么？说明这个问题在执行实践中是一个很普遍的问题。但是方庭长一开始开宗明义说了，这不是一个热点问题，为什么不是热点问题？因为造成这个问题的主要原因是法院内部审执不协调的问题，但是这个问题在法院内部是比较忌讳的，不好说，律师也不好评判，理论研究界也搞不清法院内部具体的运作，所以才没有热起来。但是这个话题其实在法院，以我在最高法院15年的工作经验来看，它其实至少在关注度上，在



最高人民法院执行局原法官、中国民生银行总行法规部负责人黄文艺

解决的思路等方面，不是一个冷话题，相反讨论得非常热烈。实际上在2015年《民事诉讼法解释》起草的前后（当时我也是起草人之一）对此，有过深入的讨论，大家可以看一下463条，专门就这个问题专门增加一个条文，有两款，第一款是讲申请要求当事人明确、给付内容明确。第二款，对于继续履行合同的判决，要求履行的内容明确具体。

虽然从最高法院出来两年多了，我现在不是最高法院的法官，但是站在这里，听到熟悉的民事执行问题的讨论，我感觉思维有些错乱——在法官和法务工作者的角色转换上，频道转换得似乎还没有那么快。今天听了方庭长这个很好的演讲，他的基本观点我都非常赞同，但也使我比较错乱。为什么呢？因为如果站在最高法院法官的立场，从原来我做司法解释的经验和理解来讲，一些观点，一些内容，我可能从规范的角度讲，可能会不是特别赞同。但是我出来两年之后，我做法务，做风控，我会认为方庭长的建议是实践中最好的方案，在实务中，从商务谈判开始，到签订协议，履行协议，乃至发生纠纷，诉诸诉讼等程序的整个过程，都应该坚持方庭长所总结的观点，也就是在法务工作中，从最严格把控风险的角度，非常需要我们这样操作。当然，下级法院执行一线的法官也希望执行的是这样的生

效法律文书，因为按照这样的思路，不太可能出现执行力有瑕疵的生效法律文书。

## 二、执行依据明确性瑕疵的理论分析

先从规范法学的角度来梳理。我在最高法院期间，曾公派留学去日本学习三年，系统学习过日本法，在我脑海里装着很多民事执行法体系的东西。比如提到生效法律文书的明确性问题，马上反应出它是执行依据可执行性问题的一个方面，马上反射出它要求的其实是两个最主要的方面，一个是执行主体的确定和适格，第二个是执行标的的明确具体。执行主体的确定，就是当事人的确定，首先要搞清楚是谁，是不是法律文书记载的当事人，然后要看这个人是不是法律规定的可执行的对象。“执行标的”这个名词在执行法里面和诉讼法中讲的诉讼标的，内涵不一样，诉讼标的指的是法律关系，而执行标的就是执行行为指向的对象，包括物或者是行为。执行标的明确，要求执行所针对的对象，无论履行确定的行为，还是交付特定物，或者是为一定金钱给付，都需要清楚明白地在法律文书中加以记载。

对于生效法律文书不明确的，针对执行依据本身的错误，对于法院裁判，一般通过再审程序来解决；对于其他执行依据，根据其自身的救济渠道解决。而我们讨论的此处执行力的不确定的问题，指的是执行程序性的瑕疵，因而，在大陆法系中用的是简单的一个判决的补正程序。在日本、中国台湾地区用的是出具执行文的程序来明确。作出生效法律文书的部门，经过申请执行人的申请，明确在文书生效后过了一段时间，债务人应向债权人履行的标的，通过执

行文的赋予程序把执行依据的明确性问题就解决了。所以这个体系不一样的，在我们国家现在没有这样的制度，我们的诉讼相对是很复杂的。1992年民诉法解释以及2015年的民诉法更进一步明确了关于裁判文书的瑕疵的补正程序。大家都知道针对的是表述、数额、诉讼费的笔误和误算等等，可以来补正。所以才导致现在我们面临这个问题，有执行依据明确性瑕疵的生效执行法律文书进入了法院，法院该怎么办？就有了执行规定的18条和民诉法解释463条的规定。

这个里面还涉及到几个典型的问题，比如说确认判决的执行力问题。我们一般讲给付判决才有执行力，但是确认判决是否一定就不认可其执行力，至少在我国在实践中是争议很大的。最高法院在指导下级法院的几个执行案例中，大家倾向于认为，如果确认判决对债权数额、比例、对象确认的非常清楚，不必然需要再提起一个给付之诉，徒增诉累，一般法院如果执行了的，不认为是错案需要纠正。又比如，执行标的是行为，根据执行法理论是有可执行性的，强制执行方法有替代履行、间接强制、拟制执行等，如探望权的执行。另外还有一个核心的问题，继续履行合同类的法律文书，争议很大，这也是当前理论和实践中面临的一个关键性的问题。463条第二款规定也好，包括最高法院的讨论结果也好，结论是原则上不具有执行力。但是执行中，如果执行当事人双方自己能够明确，或者执行机构在审查的过程中发现其实这个条款是可以明确的。比如说刚才用我所说的的那些间接强制、代替执行这样一些行为法院能够明确的话，你把它做成功了，上级法院在监督你的时候，一般是不反对的。

## 三、实务中全面防控执行依据不确定风险的路径

要讨论的是，实务中我们这些法律实务人员，在商务谈判当中，在提供法律意见书过程中，在代理相关案件的过程中，怎么去谈判，怎么把今天这些原则和具体措施，运用其间，以最大限度确保不出现风险的问题。

方庭长前前后后讲了十几个案例，归纳了几十个应当注意的内容，既有我们搞执行的人都耳熟能详的内容，如共有份额的处分、“四至”不清的执行，还有双务对待履行的合同的继续履行等等，他都讲得很深刻，相信会对大家颇有帮助。尤其是所谓的行政化审批的这样一些义务放在里面的问题，我有切身体会。我自己原来也办过几个相关案例。比如说最典型的，一个是类似刚才我们王主任说到的，“名为什么实为什么”，名为股权转让实为土地使用权买卖的合同，中间就涉及到一方要去调整容积率、要去拆迁等等义务，然后把股权转让。最后到执行程序打得一塌糊涂，因为中间说不清楚到底谁先履行谁后履行，行政机关不支持无法办理的事项能否免责等，最终只能通过调解做工作了结。同样的情况，有的法院则介入得比较深，如一个判决继续履行合同的案件中，银行和房地产商之间的纠纷，执行法院通过一个审计报告的形式，对执行阶段双方权利义务、到底欠多少钱、各自要履行什么义务、都以金钱的形式确定下来，最后确定这个房地产商要给付银行多少多少钱。这个案件房地产商申诉了十几年，现在还在处理之中。像这样的一些问题，我们在做法务，做风控的过程当中，可能意识不到、预防不到，不能不引起注意。此



外，像上面提到的几个没有最终结论的问题，如确认判决的执行性问题、继续履行合同的执行性问题，因为都没有最终明确的规定，我们可以在法务工作中，本着对公司、当事人最有利的原则，提出相应的主张，争取最好的结果。

还有一个遗留问题，就是执行规定18条也好，民诉法解释463条也好，有一个尾巴没有解决，是把生效法律文书不确定的程序处理和救济问题，18条和463条规定如果发现不具可执行性的话，是不予受理的。如果是在执行程序中发现这个问题的，怎么办？司法解释

讨论过程中，一度规定以驳回申请的方式处理，后来又觉得不合适，还是由权利人提出异议的方式解决更好，因此，如果执行程序中发现这样的问题，权利人（往往是被执行人）可以提出异议，如果异议成立，裁定驳回执行申请。🐶

## 王宪森：民商诉讼律师的思维方式和庭审技巧

民商法在理论上“博大精深”，在诉讼案件实务上可谓“精彩纷呈”。掌握民商诉讼的正确思维方式和基本庭审技巧，提高诉讼工作质量和效率，是在座各位都很关心的问题。

### 一、“民商诉讼思维”应对的问题、工作目标及实务方法

我们这里讲的“思维”，简单说，取其狭义内容，是指解决民商事诉讼争议问题的基本思路和方法。从广义上划分，逻辑学上的“思维”，还有线性思维和非线性思维等划分方法。我们这里不谈其“广义上”的内容。

关于民商诉讼案件所应对的法律关系问题。大家都知道，一个民商诉讼案件的产生，实际上就是当一个民商事法律关系受到侵害、破坏后，权利人依法主张权利，并通过人民法院以司法救济手段进行修复的过程。民商法的实体法很多，粗略一算也有十多个，这些基本法的常用知识和内容，在座的各位经过严格的考试都已经过关了。我们需要解决的只是如何在实践中办好每一个民商事纠纷案件。具体而言，就是在个案中能够准确判定、确认争议问题所对应的



京都律师事务所高级顾问、最高人民法院原高级法官王宪森

“民商事法律关系”。经过长期的职业经验积累，相信这已经成为许多法官、律师朋友们的一个思维习惯和基本技能。

在诉讼实务中，按照民法的基本理论，民商诉讼思维应重点应对两个问题：一是民商诉讼争议的法律关系性质，另一个就是民商事法律规范所保护的“权利”对象。也就是《民法总则》第2条、第3条的纲领性规定。不管是什么类型的争议，我们一定要把对应的法律关系理清楚，一个“法律关系争议”就形成了一个或一类特定的案件。如果律师在实务中把握不准，则所提出的诉讼请求内容就可能偏离案件争议的实质和解决途径。其结果，要么被法院驳

回，要么被告知另行主张。这样的错误，实践中并不鲜见。第二，关于民商事法律所保护的对象的对象问题，那就是“民事权利”。通常有这样一句话，民法就是为保护“民事权利”而存在。在座的各位民商律师的主要工作，也就是为了维护被代理人（客户）的合法民事权利而工作。这就是我们应首先明确的两点：民商诉讼的思维方法和工作目标。

第三个问题，是关于民商诉讼思维方式和方法的具体内容。时间关系，这里只能简单提炼一下，不详细展开。

关于实现民商事权利的思维路径，首先要想到的是“权利的来源”，即解决某一纠纷应适用的实体法问题，也就是民商法中常见的那些基本法和部门法内容。其次，解决商事纠纷，依据的成文法条文毕竟有限，包括《司法解释》的内容也是有限的，难以解决所有的操作问题，更多的商事规范则来自当事人协商一致后的约定。所以，一定要重视商事活动中交易双方约定，这些“约定内容”使商事交易的模式类型及权利、义务关系更加具体入微、丰富多彩，尤其是处在当今的交易创新时代。

有了“权利”的法定依据，权利人如何通过诉讼去实现它，涉及个案的法律适用问题。法律人的实务思考“路

径”，主要是依据法律规范和原理而展开。在实务内容构成上，一部分是对“法律规定”的重复，另一部分是对“法律空白的填补”。法律规定，即来自实体法和程序法现有“条文”表述的规则、规范，这是保护民事权利的最直接的依据，不必多讲。对法律空白的填补，则是对法律适用的创新，这法律人智慧的体现，也是在座各位律师应积极参与的社会工作。通过解决个案争议的方式，完善交易规则，为维护社会交易秩序积累实务经验，必将为完善立法发挥积极的推动作用。这些“填补”，均是对民商法的基本法理、原则、价值、理念等在实务操作层面的细化，也是解决纠纷的重要依据。民商事法律领域，可以说“新规则、新规范”层出不穷。现今实施的许多司法解释，大都直接来源于法官、律师、学者等多年的实务探索和研究，无疑是对司法实践经验的客观记录和总结。总之，实现民事权利的“思维路径”，要抓住争议“法律关系”这条主线，围绕“保护民事权利”而展开。民商事诉讼律师要发挥主观能动性、创造性，熟练掌握诉讼操作技能，做好司法服务工作，为完善我国民商事立法及交易规则提供有益的经验积累。

在实务操作中，为解决好诉讼案件中的复杂争议问题，我们还需要掌握一些具体的“判断和推理”方法。归纳一下，通常采用以下几种方法，即：法条逻辑推理法、法理原理推理法、判例推理法、利益平衡法、自然科学原理法、数学算法、交易成本法等。例如，对于某一诉讼案件，无论法官调解还是律师推进当事人和解，其主要价值支撑点都是“基础交易成本”，寻得双方共赢的解决方案，才是好的方案。法官和律师应用的推理模式是一致的，通常采用“三段论”式推理，即“大前

提-小前提-结论”。事实上，我们思维的模式并不复杂，案件的“难点”主要是来自“社会经济关系”内容的复杂性，以及社会中多重“价值”之间的矛盾和冲突。所以，这才有了民商法律规范的“博大精深”。

实践中，为使表达更加简洁，更符合思想交流的习惯，我们常会不自觉地省略部分推理“要素”，但不会影响对所得“结论”的表达和理解。

## 二、关于“庭审表现”的几点建议

每位律师都希望自己在庭审中有好的表现。要做到这一点，除了专业技能外，还要了解法官的职业角色、办案思路和庭审心理状态。所以，民商事案件的庭审对律师的“良好表现”是有特殊要求的，这一点与刑辩律师有所不同。

在民商事法官眼里，什么样的庭审才是“好的庭审”呢？按照通常的职业标准，“好的庭审”至少要具备三个要素：第一，符合法定程序规则要求；第二，完成了庭审任务；第三，合议庭和诉讼参加人“满意”。诉讼参加人“满意”，主要指对法官的“公正”及“中立裁判者”的地位予以认同。具备这三个条件，就应该是“好的庭审”。此外，对于那些疑难复杂、关系错综的商事案件，如法官思路清晰，有序驾驭，对疑难问题处理精准，中立而不越界；代理人（律师）亦言之有据，合乎法律逻辑，能击中要害，说服力强；那就更精彩了。这就是我们的工作目标。

实践经验表明，要完成一个“好的庭审”，特别是较为复杂的商事案件的庭审，也同样须具备三个要素：一是法官的能力（专业技能+职业修养），二是律师的水平，三是良好的庭审环境和

氛围。而良好的庭审氛围，正是由优秀的法官和出色的律师共同“营造”的。

在庭审中，法官充当着两个职业角色（特别是主审法官），既是推进庭审程序的“总导演”，又兼任“主要演员”，面对复杂的案件事实，如没有过硬的专业技能和职业经验，是很难胜任的。即使对于经验丰富的法官而言，庭前做较充分的准备，在庭审时其心理也会处于“紧张”状态。这种“心理状态”能够保证其全神贯注、思维敏捷，及时应对庭审中的各种疑难问题，是其驾驭好庭审的职业必需，并不是坏事。所以，职业诉讼律师，此时亦应在临场心理上尽快进入“庭审状态”，集中精力，及时融入这种庭审“环境”之中。

由于主审法官的双重角色，决定其庭审时思维活动要保持“双重路径”：路径一，把控庭审程序的顺利推进，及时解决程序问题；路径二，跟进案情进展，思考实体争议，确认请求事项和争议焦点。这两个“思维路径”时而并行，时而交叉，需要主审法官统筹兼顾、推进实施。例如，对关键证据的质证环节，在倾听当事人发表意见时，即应对举证责任分配、鉴定程序是否启动、证据对案件实体判决有无影响等问题有所考虑，并及时对当事人的“意见”作出回应和安排。

现结合个人的一些工作体会，就民商事法官如何做好“庭审程序推进”这一话题，总结几点操作注意事项：

1.清晰而简洁的庭审序幕，营造好的庭审氛围；阐明“两针”：指南针（介绍案件来源、性质、案由及庭审总的程序）和预防针（庭审规则、纪律要求），让大家先对“庭审”心中有数。

2.法官的“开场白”不应太长，要及时让当事人（代理律师）进入“诉讼参加人”的角色（陈述案件事实、诉讼



论坛现场

请求等内容)。

3.法官的指挥棒(法槌)不是“大棒”，应按规定使用，不能乱挥；在营造“庭审氛围”方面，主审法官起关键作用。

4.准确把握争议法律关系的“主线”(质证、举证、辩论)，做到“脉络清晰”，主从兼顾，及时纠偏。

5.程序推进应注意承上启下，关键之处应注意“重复”“提醒”“强调”。

6.“最后陈述”环节应适当提示、引导，给当事人(代理律师)一个提升“能力”的机会，也就是“概括全案争议及法律适用”的能力。

7.“调解程序”并非多余。庭审结束前启动该程序，有利于消除争议双方的紧张心态，平衡其利益关系，为“调解解决争议”打开方便之门。

8.概括结束语；做好庭审后“相关事项”的安排。

以上几点仅供参考。当然，每个法官都决不会打“无准备之仗”的，充分的庭前准备工作是一个“好的庭审”的

基本保障。

参照上述法官推进庭审程序的几个要求，为了更好地实现被代理人的诉讼目的，在此也向诉讼律师朋友们提几点庭审工作建议，仅供参考：

1.庭审前要全面熟悉、研习案件材料，尤其对案件涉及法律关系的特点、难点，以及案件的争议焦点问题、法律依据，应重点把握。

2.庭审中，应树立“可信赖的律师”形象，在着装、语言、语气、举止等方面，全面反映你的气质和自信，展示出良好的职业形象。

3.庭审中，要保持专注，珍惜你的发言机会，言之有物，不浪费宝贵时间；能够发现并抓住发言的时机，不要错过你的发言机会。当对方发言时，不要擅自打断。重要的观点、细节，要注意强调，提示书记员准确记录。

4.庭审时思路清晰，要紧跟庭审进度。表达意见，注意言简意赅，准确无误，不遗漏重要观点、证据和法律依据。

5.做好“手动、眼看、脑思考”三

者结合。对疑难问题、证据、观点、庭后待决问题等，及时予以标注、记录；不能及时作出回应的，应明确庭后予以补充。

6.庭审结束前，应快速回顾庭审全过程，发现遗漏事项或问题及时向法庭提出。认真阅读、核对庭审笔录，对不真实、不全面的表述文字，及时更改、补充、完善。同时，对于对方当事人的修改内容，也应注意阅读。庭后及时完成相关的工作事项，如：补充证据、启动必要程序、撰写代理意见等。

总之，一件复杂的商事案件庭审，对每一位民事诉讼律师来讲，都是一个极具挑战性的特殊工作过程。最后，有必要强调一句，民商事诉讼纠纷案件类型多样，法律的立、改、废较为频繁，诉讼律师应及时更新知识，提高操作技能。法律职业，是一个需要不断学习、不断进取的职业。

以上是本人从事民商诉讼工作的一点体会，不当之处敬请指正。

谢谢大家！🙏

## 刑事业务论坛

### 邹佳铭：警惕刑事辩护中的佩里·梅森陷阱

佩里·梅森是上个世纪五六十年代在美国热播的一部法庭侦探剧中的的人物，他可以说是史上最成功的律师，271集只输了四场官司。更让我们羡慕的是，他有高超的法医学知识，所以他总能在法庭快要定案宣判的紧急时刻，提出新的证据，推翻控方的指控，为蒙冤者脱罪。这部电视剧之所以大获成功，除了剧情跌宕起伏、演员演技精湛之外，最主要的还是它满足了我们每一个人内心深处的英雄和正义情节。一个律师单枪匹马，以一己之力找出真凶，让蒙冤者洗清冤屈，这可以说是胜诉的最高境界。

但是，剧本是丰满的，现实却是残酷的。我们执业一生，可能也难以遇到一个真凶出现的案件。在中国现有的司法环境中，辩护律师的取证能力十分有限，大多数情况下，我们都只能根据控方提供的素材展开辩护。佩里·梅森的胜诉离不开他丰富的法医学经验和法律为律师调查取证所提供的支持，离开这些背景照搬他人的做法可能适得其反。

如果以两军交战来形容中国司法环境下，控辩双方在法庭上的对抗，控方更像是一个重兵把守、防备森严的城堡，它用强大的国家资源调取证据，向法庭全面展现构成犯罪的每一个事实。辩方则像是一个孤身闯入者，在悬殊



京都律师事务所高级合伙人，京都  
刑辩研究中心主任邹佳铭

的力量对比面前，他必须找到一个突破口，才能破城而入。这就是说，辩方只需向法庭证实某个犯罪构成要件不成立，指控的犯罪就不能成立。所以在刑事诉讼中，认识到控辩双方的优劣势，是采取正确辩护策略的前提。控方虽然拥有强大的取证能力，也需承担沉重的证明责任。辩方虽然势单力薄，却可以单点击破。如果我们妄想所有的案件中都全线攻破控方的堡垒，就需提出一个新的事实，这样就会强加自己的证明责任，从而陷入事实证明的泥潭中难以脱身。

一般人在被指控犯罪时会有一种本能的反应，我要证明这件事不是我干的，但是我证明不了，所以我要证明是他人干的，这就是佩里·梅森陷阱的逻辑：

因为是其他人干的，所以被告人是无辜的。但是在现实生活中我们很难完成这个证明难题，如果你向法庭提出另有他人实施了犯罪，却又无法完成这个证明时，佩里·梅森陷阱的逻辑就会反过来伤害你的当事人：因为不能证明是其他人干的，所以是被告人干的。

虽然从逻辑上讲，不能证明他人犯罪，并不能推导出就是被告人犯罪。但是现实的情况是，我们辩护的资源是有限的，当你用力证明他人犯罪时，必将忽视指控被告人犯罪证据中的漏洞。最后的结果可能是顾此失彼，什么都没有说清楚。更为被动的是，一旦你把法官的注意力引向到是他人犯罪的方向上，而你又证明不了时，法官很容易有一种潜在的想法，因为是你干的，你才会推卸责任到其他人身上。我们千万不要忽视这种潜在的想法，因为有研究表明，法官判案并不是我们所理解的根据证据做出判决，而是相反，他是先在内心形成一个判断，才回过头去采信证据。所以，一旦法官在内心形成了这样一个潜在的想法，在很大的程度上就会做出符合这个想法的判决。

其实，遇到证据材料显示有他人犯罪的嫌疑时，我们只需据此指出无法排除他人犯罪的合理怀疑即可，在没有进一步确凿证据的情况下，无需做过多



的展开。因为你说得越多，又没有证据支撑，法官会对你的职业素养提出质疑，从而影响对整个辩护意见的看法。不能排除合法怀疑本身就意味着控方的证据达不到法律要求的“确实、充分”标准，指控的犯罪就不能成立，空谈再多都是画蛇添足。律师一定要有强烈的证据意识，我们在庭上说的每一个观点都应言之有据，这样才能赢得法官的认可。几年前，我和田老师曾经办理过指控一个留学生杀人案件，我们就一直抓住被害人死前手里握着的一缕头发没有检验结果的关键事实，主张不能排除他人作案的合理怀疑，达到了很好的辩护效果。

佩里·梅森陷阱还表现在共同犯罪的辩护中，由谁实施了导致严重后果的行为无法查清的案件，比如致人死亡或者重伤的行为到底是谁实施的事实不清。在这种情况下，有的律师会尝试证明是其他共犯实施了这个行为，其实这种辩护已经完全偏离了辩护人的职责，在指控犯罪。我们要清醒意识到，侦查人员查不清的事实，我们在没有确凿证

据的情况下，也不能更不应去主张他人实施了这种行为。在事实不清的情况下，任何人都应对严重后果负责。当我们把利剑射向他人时，我们也会成为他人的靶子。共犯之间实际上是安危与共的关系，内讧只能让公诉人坐收渔翁之利。

佩里·梅森陷阱的背后实际上是一种全面推翻控方指控的战略，除以上试图证明他人犯罪这种比较典型的情况之外，还有一种思路就是对控方所有的指控进行全面反击。简单地说，就是凡是控方所主张的，就是我所反对的。有的辩护律师在一个案件的辩护中动辄提出十几个辩护理由，从表面上看，我们在寸土必争，似乎占了上风，实质上却是被控方的思路牵着鼻子走，失去对辩护的主导权。当你什么都想赢的时候，可能什么都赢不了。

在司法实践中，我们会发现有时候控方的证据很混乱，没有清晰的逻辑可循，这可能是因为他们没有充分的证据证明犯罪必须的构成要件事实，所以不得已塞进去一些似是而非的东西。这

些东西也许能证明被告人有道德上的瑕疵或职业操守上的缺陷，或者实施了民事违约或者行政违法的行为，但是唯独不能证明指控的犯罪。控方抛出这些证据就是为了偷偷地转换证明的主题，当我们跟着这些证据走时，就会被控方牵制，偏离犯罪构成要件越来越远，让控方浑水摸鱼。最后的结果可能是，我们什么都说了，就是没有说清楚最关键的一个问题，构成犯罪的哪些要件不能满足，罪轻的理由是什么。所以在辩护中，以犯罪构成要件筛选案件事实，紧扣不构成犯罪或罪轻的核心问题，才能掌握辩护的主动权，避免全面交战的混乱。

中国有句古话“欲盈则亏”，不仅是一种生活的哲学，也是我们辩护的哲学。好的辩护思路，应该立足于律师可为之处，并将它做到极致，让法庭没有不采纳的任何理由。刑事辩护要取得成功，一定要紧扣构成要件，抓住定罪量刑的关键事实，重点突破。佩里·梅森的成功是让人艳羡的，但是我们一定要警惕通向看似完美结局的路上可能暗藏陷阱。🐱

## 孙国祥：辩护过程的事实认定

我觉得邹律师演讲的这个主题非常好。一开始，我和在座的大多数人一样，既不知道更没有看过这部电视剧，但听邹律师的介绍以及与大家分享的体会，律师确实应该认真处理好辩护与发现事实真相的关系。在邹律师演讲的启迪下，我以为这一关系的处理有三点值得注意的。

第一，辩护律师有揭露真相的权利，没有发现和揭露事实真相的义务。在确信被告人的无辜的情况下，

如何选择辩护策略，寻找最终的真相当然是一种途径。聂树斌是不是强奸杀人犯，如果认定了王书金是作案者，当然聂树斌也就是无辜的，这是洗冤屈的是彻底的方式。但是，大部分情况下，寻找真相的选择是有风险的，一些案件的真相发现是非常困难的。因为，人的认识能力局限性，并不是所有的案件都能水落石出的，况且，辩方所能掌握的寻求真相的资讯也是十分有限的。辩护律师没有查

明真相的义务，一旦要承担发现真相的责任，就陷入了一个圈套，你说不是你干的，那是谁干的？不知不觉就承担起发现真相的责任。这就陷入了邹律师所提到对律师的“陷阱”，如果发现不了真相，反过来反而印证了控方的指控。作为辩护人，常常需要论证的是，指控犯罪的证据是否充分，有没有达到排除合理怀疑的程度，至于是到底是谁实施的，通常是没有必要费力。我曾经辩护过一个杀

人案，一个村支书被指控抢劫杀人，一审判死刑，不服上诉。二审中，我发现尽管上诉人有罪供述中对作案经过讲的与现场勘查情况一致，但被告人作为村支书，案发后第一时间带领侦查人员到现场的，熟悉案件现场情况，故其供述描述的情况与现场勘查一致并不奇怪。而上诉人供述其作案工具（一把水果刀）以及抢劫的钱包这些重要的无物证都没有发现。上诉人称作案后扔到河里去了，侦查机关动用了探雷器等工具打捞但始终未能发现。我认为该案定罪量刑的证据不足，二审发回重审后改判无罪。此案中，我不可能去发现谁是真正的罪犯。对辩方而言，既然提出合理怀疑就能获得成功，也就没必要设定更高的工作目标。所以，律师用不着充当私人侦探的角色，聂树斌是不是强奸杀人，不是建立在王书金是否杀人基础上的，而是指控聂树斌杀人是否有充分的证据。王书金虽然自认真凶，撬动了长达十余年的聂树斌案申诉复查和再审程序，但在终结程序的聂树斌改判判决中，却并未分析王书金自认有罪对本案的影响，也未将其作为改判根据。无罪案件中大部分也不见得是因为发现了真相，更多的可能是因为证据不足。很多纠正的案件到现在都没有破案。这种陷阱实际上在罪名辩护中也同样存在。被告人作为国家工作人员的特定关系人被指控作为受贿罪的共犯，如果认为被告人不构成共同受贿，那就对此进行论证就可以了，不要画蛇添足，不要去说被



南京大学教授、博士生导师孙国祥

告人实际上是构成利用影响力受贿罪。这在案件中并不是非此即彼的关系，而且，特定关系人作为受贿罪的规范一般是从犯，其实际获刑并不一定比单独构成利用影响力受贿罪重。

第二，律师用合法的手段质疑“事实真相”。美国著名辩护律师艾伦·德肖微茨教授在其名著《最好的辩护》一书中曾说到：“被告人辩护律师，特别是在为确实有罪的被告人辩护时，他的工作就是利用一切合法的手段来隐瞒‘全部事实’。对被告人辩护律师来说，如果证据是用非法手段取得的，或该证据带有偏见，损害委托人的利益，那么他不仅应当反对而且必须反对法庭认可该证据，尽管该证据是完全真实的。”我的理解，所谓用合法的手段质疑“事实真相”：一是质疑非法证据。例如，控方提供的非法取得的证据，即使该证据一定程度上能够反映案件事实，证实被告人犯罪，律师也应当努力依法将其排除。二是不能作为控方的协助

者。律师无疑是司法的协助者。但作为协助者的辩护律师，他的责任是单向的，仅在有利于犯罪嫌疑人、被告人这方面协助司法机关发现真实，而没有站在不利于犯罪嫌疑人、被告人这方面协助司法机关发现真实查明事实真相的义务。一个在法庭上竭力否认受贿的被告人即使私下曾向律师承认过受贿的事实，律师也没有必要劝被告人认罪，只要控方提供的案件事实没有达到确实充分的程度，就应当为被告人做证据不足不构成犯罪的辩护。

第三，律师不能以积极的作为方式非法掩盖事实真相。说律师可以质疑案件的“事实真相”，必须强调手段的合法性。律师不能以积极作为的方式掩盖、歪曲事实真相，尽管律师界对刑法第306条辩护人妨碍作证罪一直有异议，辩护人妨碍作证罪有无单独规定的必要性也确实值得商榷，但现实中，也确实有一些人利用辩护人身份通过积极的作为妨碍作证，各国国家对律师的这种妨碍作证的行为都有禁止性的规定。例如，在美国，律师也不得向法庭提供明知的虚假的证据。所以，近几年，晚近以来发生的辩护人妨碍作证的案件，不能说所有的案件都定罪准确，但大部分案件，涉案的辩护律师确实存在着违规违法的现象，这同样是需要警惕的。

总之，邹律师的演讲给了我们很多的启迪，谢谢她与我们分享！👍



## 曾静音：从控辩对比看优秀律师的素质养成

作为刑事诉讼的两造，公诉人和辩护人在角色分工上有着天然对抗的成分。正因为是争锋相对的对手关系，因此双方在工作内容、工作方法方面有融融共通、可资相互学习借鉴的成分。因此，今天借此宝贵机会，结合自己从事公诉和辩护的工作经历和各位同仁一起探讨，分析控辩双方的工作有哪些差异，探讨从公诉人的工作中我们能获得哪些启示，从而为提升辩护律师的整体素质和能力提供一些思路和参考。

首先，我们来分析控辩双方的工作差异。

### （一）业务领域

公诉人的业务类型很单一，就是办理刑事案件，刑事附带民事程序都不需要参与。专业化办案分工后，公诉人个人所接触的案件类型就更狭窄。司法体制改革完成以后，在一些案件量比较大的检察院，公诉部门除了传统的普通公诉部、轻罪部以外，还细分出很多专业化办案部门，例如，职务犯罪检察部、金融犯罪检察部、知识产权犯罪检察部等。在普通的公诉部内部又可以划分出若干专业化办案组，例如，诈骗组、毒品组、发票组、风化组等等。这种专业化办案的优势在于：有利于培养出十分专业的公诉人。公诉人在短时间内可以积累大量类案办案经验，也有丰富的案件资源进行调研分析，从而总结出类案的办案规律，成为这个领域的业务专家。但是长期只接触刑事案件，甚至圈定在一类或几类案件类型上，弊端也是显而易见的。容易出现知识结构短板，



京都律师事务所合伙人曾静音

思维方式的局限性和固化，对案件事实的判断容易经验主义，比较教条，脱离实际。而律师可以提供各种法律服务，业务领域涉及诉讼与非诉、民事与刑事等等，全面接触社会生活，分析看待问题的视角会更加多元、更加全面。但是由此也会带来的问题就是，广度有余，而深度不足。

### （二）工作内容

就具体工作而言，公诉人的重点工作内容就是制作审结报告和出庭支持公诉，从时间和精力分配看，这两项工作占到公诉人工作量的80%以上。审结报告是公诉人非常重要的办案文书，内容非常全面，囊括了诉讼进程梳理、全案证据摘录以及对案件的全面分析意见等。一份制作良好的审结报告能做到在紧急情况下，例如，公诉人因故不在岗，开庭时间又无法调整，其他之前没有接触过该案的公诉人拿着审结报告就能直接去出庭。在出庭工作方面，公诉队伍正在尝试建立“出庭考核系统”，即，由公诉人申报最近将要开庭的具有

代表性的案件，由公诉部门指派资深的公诉人跟庭考核，并把出庭的视频资料放到内网上供大家学习点评。从工作内容上可以看出来，公诉人的工作都是紧紧围绕对案件的审查进行的，工作内容的集中能够保证公诉人投入更多的时间和精力对案件进行全面深入的分析，确保案件质量。但是对案件的审查仅限于书面材料，这种方式可能导致公诉人对案件的起因、背景等情况了解不够深入，尤其是在侦查工作带有倾向性，甚至造假的情况下，通过书面审查很难发现问题。对于辩护律师而言，除了案头工作以外，还需要花费大量时间和精力去会见当事人、和家属沟通、找相关人员了解情况或取证，甚至还需要花时间处理一些和案件本身没有太多关系的事情，例如，安抚当事人和家属的情绪、和故意刁难的司法人员斗智斗勇、往来交通等等。工作内容的分散使得辩护人很难集中精力对案件材料进行仔细分析和思考，尤其是遇到案件事实比较复杂，卷宗材料较多的案件时，可能会影响辩护质量。但是辩护人的这种亲历性的办案模式，使得我们有机会更加深入了解案件背后的故事，比公诉人更加接近案件的真相。如果能以合适的方式将我们在办案过程中的所想所见、所思所感呈现给司法机关，影响他们的判断，将会为辩护提供有力支撑。

### （三）团队协作

公诉机关办案以办案组为单位，每个办案组由员额检察官、助理和书记员组成。人员搭配比较固定，职责分工明

确，而且长期磨合，形成默契，工作效率很高。在最高检提出公诉一体化的思路以后，对于有重大社会影响力的案件，可以在全市、全省或全国范围内调配公诉人，极大地增强了重点案件的办案力量。提前介入制度的施行，使得公诉部门和侦查机关的配合更加紧密。总之，体制决定了公诉机关更容易集中力量办大案，办要案，办精品案。这和辩护律师单打独斗、单兵作战模式形成鲜明对比。

#### （四）人才培养

检察机关在专业化队伍建设方面的工作力度很大，主要体现在教育培训的系统性和长期性。在常规培训方面，针对不同层级的公诉人，如，新入职人员、检察官助理、员额检察官都有一整套相对比较成熟的培训课程体系。培训方式上，将网络学分、公诉实训、岗位练兵等结合起来。值得一提的是公诉部门的以赛促训模式。三年一度的公诉人比赛，从市到省到全国，培养和锻炼一批优秀公诉人。集中化、高强度、知识爆炸式的赛前封闭训练使参训者水平在短时间内有一个飞跃式的提升。为了保证人才接力，检察系统推出了“检察官兼职教师”制度，选派各个业务领域的优秀检察官到检察官学院做兼职教师，并定期举行兼职教师的比武，提高教学质量。以“检察官教检察官”的方式确保人才成长的连续性。

通过上述对比，不难看出，控方的优势主要体现在：专业能力强，类案经验丰富，更容易出精品案件，传帮带能力强。而辩方的优势在于：综合能力强，深入案件本质，更贴近社会真实需求，自学能力超强。他山之石可以攻玉。从控辩双方的工作优势对比中，我们可以得到启示，刑辩律师可以从以下方面着力提升业务能力和素养：

#### （一）法学理论功底

除了要对刑事实体法和程序法精通精进之外，还要强调建立完备的法学知识体系，对各个部门法做到融会贯通。通过之前的对比可见，与公诉人相比，辩护人的知识优势不在于深，而在于广。对各个部门法的融会贯通体现了律师对社会结构、社会运作方式和社会需求的全面认知。如果运用全面的知识体系对案件事实进行分析，会使得辩护观点更加立体和丰满。对于一些法律定性有争议的，尤其是涉及刑民交叉的案件更容易作出准确的分析和判断。

#### （二）审查判断证据和出庭辩护等实操能力

不讳讲，公诉人的案头工作普遍比律师做得细。辩护人在准备出庭辩护的过程中可以借鉴公诉人在审查判断案件时的思维路径和思维模式。例如，之前所说的审结报告，辩护人可以学习借鉴优秀的审结报告模板，作为我们制作阅卷笔录时的参考。借鉴的目的，不是为了阅卷笔录形式上更完备，而是为了学习模板中所体现的思考案件的方向、角度，甚至方法。在出庭能力的培养方面，律所也可以借鉴公诉部门的出庭考核制度。目前京都律所正在探索建立的“出庭资格考察”制度，就为代表京都律所辩护人身出庭的律师们设置了一道门槛，有利于律师们重视并提升出庭实战水平。

#### （三）沟通说服能力

我在做公诉人时，认为律师的辩护意见通常存在两大问题：一是辩护意见没有超出公诉人思考的范畴，没有提供新的观点，也没有提供新的论证思路；二是辩护意见所述的内容与案件的定罪

量刑无关。在成为一名辩护人以后，我反过来思考，要想真正打动司法人员，影响他们对案件的判断，就要预设公诉人没有关注到或者没有深入理解，但对于案件的定罪量刑又具有重要意义的事项，充分阐明观点，例如，案件背景、行业惯例和现状、行业规范等等。但在论述时要注意，要与案件事实充分融合，围绕犯罪构成展开，否则容易被认为是与本案无关的内容而被忽略。

#### （四）总结调研能力

单纯从办案到办案，没有总结和思考，容易沦为办案机器，也很难有进步和提升。如前述，公诉人的优势在于坐拥丰富的案件资源，便于进行类案的深入研究，总结办案规律。比如，调研一个“非法吸收公众存款案件”的专题，从案件系统中可以调出几十、上百个案件的相关法律文书进行分析。律所内部和律所之间也可以探索建立案件信息共享系统，在不违反保密规定的前提下共享办案信息；也可以尝试和司法机关开展联合调研，从各自不同的角度对同一法律问题、法律现象、类罪进行分析和研究。

#### （五）教学传承能力

与公诉人相比，律师的工作内容缺乏明确的层级区分。新入职律师、成熟律师、大律师都在办案，工作内容大同小异，区别主要在于案件的复杂程度和收费标准。从律师队伍的整体发展来看，办案年限和经验达到一定层级的律师，应当把教学传承能力的培养提上日程。律协和律所可以对不同层级的律师的工作内容和重点进行规划，从体制和机制上引导高层级的律师把精力和时间从一些具体的办案工作中抽离出来，进行教学和传承。🍷



## 蔡道通：辩护律师专业功底、法学素养的重要性

首先要表达我个人的特别谢意，感谢让我有机会在南京出席京都所主办的高层论坛。因为机缘的原因，田文昌老师在政法大学做教授的时候，我是他的研究生，所以我可以自豪地说在座的京都所的哪怕是高级合伙人，你都不一定见证当时京都创办的过程，但是我经历了。当时田文昌老师离开法大的时候，包括创办京都所的过程都历历在目。就此而言，我特别荣幸。

第二，我想表达一个敬意，因为这个专场是刑辩方面的内容。在当下中国，做刑事辩护，不仅仅需要各方面的能力，更需要智慧，有的时候甚至需要勇气。就此而言，我想呼应田文昌老师多年前讲过的一句话，刑辩是律师最高端业务，因为刑事辩护在当下中国太重要了。最近开展的刑事辩护业务全覆盖，是最大的意义所在。

第三点，刚刚曾律师谈到了从控辩双方的角度来看，一个优秀的刑辩律师素质的养成，我觉得大会主办方选人选得格外好，为什么？因为在法庭上，在当下中国的刑事案件的法庭上，形式上来说，控辩双方是平等的，但事实上是不对等的。从一个优秀的检察官转型为刑辩律师，她深深知道当下公诉人队伍当中有哪些优秀的品行、素养、人才结构等。同时，她也知道律师，特别是刑辩律师有哪些优秀的品质。她会深刻地感受到各自的优缺点。我觉得大会选曾律师来做报告，真是选对人了，因为她有最深刻的感受，一般人很难体会到她的认识。当然，如果从另外一个角度来说，如果大会同时邀请一个从刑辩律



南京师范大学法学院院长、博士生导师  
蔡道通教授

师到检察院做检察官的人来讲效果会更好。当然现在看来不太可能。前天晚上有位做兼职律师的教授发了一条微信，大意是：现在想见一个检察官特别难，给检察官打电话，检察官说在外地出差。他总感觉检察官应该在院里，所以就给已经做了中层干部的学生打电话，让学生看看那位检察官在不在。结果一会儿工夫，办案的检察官下来了说，不好意思，不好意思，老师。后来有位检察官发感慨，凭什么律师一定要见检察官，凭什么律师想什么时候见都可以。这位检察官说，第一，见有没有必要。第二，见做什么。第三，如果不见也可以解决，为什么一定要见。

北京的一位检察官的公众号叫“反贪人”，他里面有一句话非常值得我们关注：在当下中国法律职业共同体的构建其实路途还很遥远。按照当下的话说叫还在路上，就是说彼此之间的那种不友好甚至有敌意，我觉得这可能是我们刑事辩护要特别注意的一个当下的环境。

第四点，在我看来，我结合曾律

师讲的内容，怎么样才能是一个优秀的刑辩律师，包括素养的养成。前面孙国祥老师也谈到，我个人觉得所有的技巧都是可练的，但是有一点我觉得是最重要的，特别是要成为一个优秀的刑辩大律师，我们的专业功底、法学素养，我觉得是最重要的。就像检察官如果办类案办多了，他可能视野就非常窄，另外一个案子他可能很难跳出刑法的某一个条文，而很难从刑法的全局甚至整个法律的全局看这个问题，所以往往会发生偏差。我们律师一定要克服这种缺陷，要成为一个优秀的律师，首先要在法律功底，特别是刑事法律功底上体现你的专业水平。很多时候技巧很重要，但是有的时候技巧可能仅仅是给当事人或者当事人家属看的，有的时候并不一定是取得了事实性的进展。当我们的法律功底很深的时候，见多识广的时候，我们在碰到相关证据、案件事实，以及法律适用的时候，你会很敏感地发现检察官没有注意到的，或者注意到没有深入展开的，这时候你要最大限度地说服法官觉得你说的是有道理的，这种道理要建立在法理基础上。律师能不能通过对基本法理的理解去分析证据、事实和法律适用，从构成要件的方面来说明和认定有罪或者无罪，此罪彼罪、罪重或者罪轻，我觉得这可能是特别需要的。

我曾经听过一些大律师的辩护案件，有的时候可能是气场很强，表演的成分更高一点，但是听完之后真正让你能够深入心底，认同他对事实的认定，对法律深入的理解的不多。就此而言，我觉得学习很重要，就像刚刚曾律师所

讲，检察院在这一点上确实很厉害，它的人才培养是有计划地在进行。当然它也为我们的律师队伍输送了大量的人才，好在我们是一个法律职业共同体，人才基本的素养和素质可以对抗，专业功底可以对

抗。在当下控辩双方可能不完全对等的情况下，刑辩律师从一定意义上来说必须高于公诉人，你的刑辩效果，你的最终的说服法官的能力才能达到预期，才能最大限度地从另外一个角度维护当事人的合法权

益，最大限度地捍卫人权，为我们共同的法治理想做出我们的职业贡献。就此而言，包括我们做教师的怎么去培养，包括我们未来的刑辩人怎么去培养法律职业共同体都值得思考。👍

## 柳波：代理涉众类集资案件，刑辩律师要做好这四点

### 一、实体法上的思考： 集资类案件投资人的法律 定位——被害人还是 证人，及其对案件的 定性、量刑的影响

#### （一）投资人定位的法律意义

投资人是被害人还是证人，对案件的定罪、量刑有一定的影响。涉众型非法集资犯罪，实务中常见的罪名有两个，一是集资诈骗罪，一个非法吸收公众存款罪。如果投资人是被害人，因受到欺骗而交付财物，被告人可能涉及集资诈骗罪。如果投资人是证人，不是被害人，被告人可能涉及非法吸收公众存款罪。假如被告人构成非法吸收公众存款罪，投资人是否受到欺骗蒙蔽，体现了犯罪手段的恶性不同，也会影响到对被告人的量刑。

#### （二）实践中的争议

司法实务实践中对此颇有争议，存在被害人、证人、投资人三种不同的界定、定位。而且，目前被追缴回来的集资款一般都发还投资人；最高法、最高检、公安部的相关文件中使用了“集资参与者”这一概念，未对投资人的身份进行明确界定；使实践中争议不断。



北京市律师协会刑法专业委员会副秘书长、  
中国政法大学语言与证据研究中心研究员、  
刑事司法研究中心研究员柳波

#### （三）我的观点

具体情况具体分析。因为有的投资人对金融、法律都比较精通，对法律风险控制也有研究。如果我们把金融业务比做一个游泳池的话，这些人是善泳的鱼。这些人自甘风险，无论是从刑事被害人的正当性，还是从法律、判决的指引作用，以及从实事求是的角度出发，不宜认定为被害人。

### 二、程序上的思考： 庭前会议

对于此类重大、复杂、涉及人员众多、案卷多、耗时长案件，如何既能保障当事人诉权，保证公正，又实现高效，怎么解决这个矛盾，庭前会议是个

很好的解决方案。

#### （一）应否召开庭前会议

这是重大复杂案件客观现实的需要，也有利于法庭明确案件争议焦点，便于控辩双方交锋，便于辩方集中精力、兵力，精准辩护。

比如，我办理的国家能源局原副局长魏鹏远受贿、巨额财产来源不明案件，400多本案卷，200多起事实，都集中放到庭上解决？可以，但不高效，也不一定必要。因此经过控辩审充分沟通，我们召开了两次庭前会议，进行了证据开示，明确了案件争议焦点，避免了无谓的争议。之后，庭审只用了一天时间顺利结束，既保障了诉讼权利，又让庭审重点清楚，详略得当，高效高质。

可能有的律师同行对此有顾虑，认为召开了庭前会议，把自己的想法披露出来了，会不会让控方有所准备，对其观点成立存在影响？其实这个顾虑大可不必。如果辩护观点能够经得起检验，经得起推敲，披露是一个引导法官进行思考的契机。反之，早暴露早调整未必是坏事。像刚才孙广智律师也谈到通过庭前会议，他也摸到了控方的“脉”。因此，庭前会议是一个对多方互赢的方案，应该召开。



## （二）如何召开

保持控辩审三方构造，保证被告人参与，进行证据开示、解决程序问题如管辖、回避、申请证人到庭等，整理争议焦点，主要是解决程序问题，为庭审做准备。

## （三）实践中的误区

总的来说，实践中让庭前会议承载了太多的使命，甚至赋予它与庭审同等的法律效力。比如，有的在庭前会议中直接确定控辩双方对证据的意见了，庭审时对双方无争议的证据不再出示、听取意见了。再比如，对于排非申请，庭前会议直接作出是否启动排非程序的决定，甚至直接作出排除与否的决定；之后如果无新线索、新证据，一概不予受理，甚至不准许再提类似申请。又比如，如果辩方在庭前会议未提出排非申请，之后不准许再提。其实，这些做法都不妥当，都值得商榷。因为证据是诉讼的基础，也是诉讼的灵魂。现代司法奉行证据裁判主义，无证据不裁判。尤其是排非与否，直接决定证据的采信与否，影响到案件事实的认定，应该放到庭审中解决，不能在只解决程序问题的庭前会议中解决。

## （四）我的建议

根据以审判为中心、庭审中心主义、庭审实质化的原则和要求，举证在当庭，质证在当庭，证据形成在当庭，事实认定在当庭。非法证据排除事宜属于证据采信与否的重大问题，排除与否应该在正式的庭审中解决。即便是庭前会议中控辩无争议的案件，也需要在庭

审中综合、简要举证质证。

## 三、关于刑辩律师的思考：刑辩律师的“一二三四”

对于此类重大、涉及人员众多、案卷浩瀚的集资类案件，刑辩律师应该怎么做？什么样的刑辩律师才能胜任、适应案件的要求？对此，我总结了刑辩律师最起码应该具备的“一二三四”。

（一）坚持一个理念：无罪推定。刑辩律师自己不具备该理念，无法影响说服他人，无法引导、说服法官。

（二）注重两大程序：庭前会议、法庭审理。在法庭审理过程中，刑辩律师必须要讲好你的辩护故事。

（三）用好三大法宝：事实、证据、法律。尤其证据这一“宝中之宝”。我们分析案件和辩护，尤其要关注证据，这是控辩对话的基础、说服法官的基础。刑辩律师尤其要深入透彻地分析控方的证据，我把控方证据比喻为：案件的起源，控方指控的故乡，法庭审理查明的世界，辩方汲取辩点的海洋，对其应整合好、吸收好、运用好。

（四）具备四种精神（意识）：学习、质疑、平等、沟通。

### 1.学习精神

现在高铁、微信、支付宝、共享单车都成了中国的新四大发明，社会发展日新月异，新型犯罪、新型案件不断出现。认罪认罚从宽制度、刑事案件辩护全覆盖、国家监察法等新制度、新规定应运而生，要求我们律师不断学习。刑辩律师不学习不能适应社会发展，不

能胜任案件的要求。一天不学习，自己知道；一个月不学习，对手知道；一年不学习，委托人、旁听群众就会知道。刑辩律师，要不断学习，经历业余到专业，专业到专家达人的提升过程，而且学习永远在路上。当然至于如何学习，方法多种多样，旁听观摩都是学习，对自己办过的案件进行反思也是学习。刑辩律师对自己办案也需时常“妆罢低眉问夫婿，画眉深浅入时无”。

### 2.质疑精神

刑辩律师不仅对控方指控、证据要有质疑精神，对委托人的辩解、提供的材料等，也要有质疑精神，不能采取一概的拿来主义，对其中的矛盾之处不回避。这种精神下所作的辩护意见才能入情人理，才能让法官入耳。

### 3.平等精神

平等精神体现在多个层面。首先，控辩平等，面对控方不卑不亢，法庭辩论主动平和。其次，当事人和刑辩律师平等，维护当事人的合法权利，但不一味盲从，要树立“当事人是客户”的心理定位。再次，对于合议庭成员，刑辩律师也要有平等精神，牢记“人格平等”，不宜妄自菲薄。

### 4.沟通意识

因在座的都是行家里手，对此均有深入的理解，我不再展开。

当然，实践是检验真理的唯一标准。一个好的律师、检察官、法官都是案件“堆”出来的，刑辩律师要“从案件中来，到案件中去”。

以上是我的三点思考。

谢谢大家！

## 赵恒志：税收征管手段综合化，增值税或许是阶段性产物

刚才韩律师对虚开增值税专用发票犯罪是否属于非法定目的犯进行了解析，个人赞同应该是要有偷逃税款目的构成要件的，最初这个罪名本身就是从偷逃税款演变而来的。所以不管从刑法条文演变历史也好，还是从现实法益的保护也好，韩律师给出的意见是有道理的。

如果不考虑这个犯罪目的构成要件，则虚开罪的打击面会有点大的“离谱”。在我们朴素的社会观念中，常见的“对开”“环开”“虚增收入”应该没什么危害，客观上国家的税款没有受到影响，不应是犯罪，最多是行政违法；但是依据刑法似乎就是虚开，需要定罪量刑，并且刑罚很重。社会观念跟刑法存在着差距。一般观念认为，只要你没有骗取国家税款，少交税的话，可以不作为犯罪处理，就根据一般的发票行政管理来进行处罚，就可以了。

回顾历史的长河，历史会给我们什么样的启示呢？在世界范围内，增值税在1950年以前完全停留在概念上，直到1954年法国国税总局助理的出现，增值税才落到实处。当时推行增值税的目的很简单，就是为了解决营业税和产品税重复征税问题。因为营业税每个环节来征税，不管你的营业额怎么样；当时是为了解决重复征税问题，所以才设置了增值税，只对增值额进行征税。当然了，理论的增值额在会计核算上是非常困难的，所以这位天才，就想出来了一个叫间接计税抵扣的方法，请注意不是发票抵扣。

最初是为了消除重复征税才设置



江苏省律师协会财税业务委员会委员赵恒志

的增值税，经过一段时间运行后，政府惊奇发现这个税是非常好的，可以雁过拔毛，保证财政收入，只要有流转，总会有进销差价，如果说没有差价，税务局回过头来认为你卖低了不合适，再给你调上来，这个增值税总能收上来。从1954年法国设置增值税，到上世纪70年代，最初全世界范围内仅有20几个国家有增值税，但是到上世纪末世界范围内100多个国家或地区纷纷设置了增值税。

当然了，增值税保障财政收入优势明显，不过它的弊端也非常明显，当经济处于上行阶段的时候不明显，企业有利润，交一部分没问题了；但是如果经济处于下行的时候，不管企业有没有所得，政府都要征收增值税。因为增值税税制中有一部分天然是要征税的，就是劳动创造的价值部分，毕竟劳动力没有发票可以抵扣，无论如何商品总有增值，有增值就要征税。在经济下行的时候，它明显是不合适的。但是为了保障国家税源，增值税是不考虑这些的。至

于金融业、建筑业，国外好像没有实行增值税，不过我们进行了“营改增”。这对我们也是一个考验，看看究竟是利多一点还是弊多一点，当然还有待于用时间进一步来审视。

回过头我们再看一看国内增值税历史。增值税是1994年的分税制改革的产物。在1994年之前，国内财政普遍实行“包干制”，也就是地方政府每年向中央财政上交一定的税收，剩下的都归为地方，当时中央财政是非常紧张。朱镕基总理下定决心一定要搞增值税改革，增值税属于国税，税收属于中央财政，印象中增值税实行不到两年，大约到1996年中央的财政收入开始富余，而地方财政则开始吃紧，才有了后来的土地财政。

1994年分税改革之后，才有了增值税专用发票。1995年开始增值税发票、虚假发票特别猖獗，尤其是广东沿海一带，当时曾开出天价数量的增值税发票，国家税款流失严重，关乎到经济体制改革的成败。为了打击虚开增值税专用发票偷逃税款，增设了这个罪名，目的就是为了解决利用增值税进行偷逃税款。1996年最高法院出台了司法解释，2005年全国人大常委会出台解释，均是针对可以抵扣增值税税款的发票凭证。

在中国语境下，发票犯罪罪名不仅多，而且刑罚重，国外是否也是如此呢。比如美国，在他们看来，增值税是一个流转税、间接税，雁过拔毛税，不能体现量能课税，不能体现公平，是一种比较落后的税制，直接税制更为先进、公平。现阶段，国内的税制改革，



似乎也朝着直接税制、所得税迈进，推动所得税改革。从这个角度讲，过了10、20年之后，我们的所得税，像美国一样全面铺开以后，有可能就不会有增值税发票犯罪了，有可能增值税就是一个阶段性产物。

“他山之石，可以攻玉”，即便是实行了增值税的这些国家，是不是像我们“以票控税”管理税收呢？我看未必是，国内也未必是。其实在国内就有一个行业基本上就不是靠发票进行征收管理的，那就是加油站。它有一个税控机，可以按照流量控制的，不是按照发票来的。另外，我们到国外旅游，经营者直接向我们开具销售清单。税金由经营者自己申报就可以了，企业自己来定，只要把税额税金写清楚就行了，没有专门的增值税发票抵扣。虚开增值税专用发票犯罪设立的背景，是我们国家

当时为打击虚开增值税发票，国家税务总局提出“以票控税”的税收征管手段。发达国家是通过培育纳税人诚信、监控银行账户、交易信息等手段保障税费不流失，应该讲效果还是不错的，我们可以借鉴。

小结一下，我们看看设立增值税的初衷，中国增值税立法沿革来讲，还有社会观念的偏差来讲，偷逃税款这个目的还是要讲的，要不然打击面真的太大了。

同时，韩律师的演讲也给我们一种触动，作为专业律师，在行业日益融合复杂的今天，知识的复合非常重要。记得我刚执业的时候，曾经经办一起官员受贿案。最初检察院认定行贿企业的员工用一张假发票把钱套取出来，然后去行贿。不过，检察机关用于指控犯罪的发票是地税局代开的正规发票，是真实

的发票；并且根据代开发票的规定，申请代开发票单位或个人必须向税务机关说明其已经收到某某单位劳务费或者咨询费多少钱；调取到了这个证据，就说明第三方确实收到这个钱了，当然也就不存在行贿企业的员工套取现金、然后再用现金行贿的事了。就因为检察机关指控的行贿资金的来源存在疑问，二审法院在拖了一年之后才判决，严重超过审理期限。

听说耶鲁大学法学院，不讲解法律是什么，而是看重法律应该是什么。分析弊端，看看实践，回顾历史，我们把法律应该怎么样搞清楚，对在当下解决不了的问题，通过我们全体法律人或者法律共同体的努力，也许可以为后续解决方案垫定基础。

不当之处请大家批评指正，谢谢！🙏

## 田文昌：走出刑事诉讼中的理念误区

为什么要讲理念？因为这么多年来我们的很多基本理念问题并没有得到解决。

京都所在几个月前专门请了中国法理学大家、社科院的李步云教授给我们讲了一堂法理课。有人说我是律师，听什么法理？那么空！其实要真正做好律师，不懂法理行吗？法律最根本的东西不懂不行！法理之外，各个部门法的原理，不懂更不行！基本的原理吃透了，我们就可以一通百通。

比如，关于举证责任的问题，从字面上看非常简单，却有很多人弄不清楚，甚至出大笑话。多年前南京彭宇案引起全国争论，最后基本达成一致，认为应当由被救助者承担举证责任。深圳



京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌

市率先制订了地方法规，凡是这种情况发生的，由被救助者承担举证责任，这是一件好事。

紧接着在四川又发生了三个小学

生被一个老太太诬赖的事，深圳有立法了，四川根据被救助者举证的原则，把三个小学生解脱了。但是，接下来他们又把老太太儿子给拘留了，说他讹诈。弄得老太太又诅咒发誓，大闹不止。这样一来，又涉及刑事案件的举证责任问题了。是不是一定就是非黑即白？非此即彼？是不是老太太就一定讹诈呢？在这种情况下，根据举证责任原则，首先不能够无端地让救助者举证。接下来当怀疑有讹诈嫌疑的时候，也要有相应的证据，不能没有证据就把人抓起来。这就是不懂基本的原理。春晚有个小品郝建演得非常好，演一个老太太摔倒的事，最后老太太也明白是自己误解了。

同样的道理，比如，我们现在都在

讲排除非法证据，但是为什么排除的阻力这么大？原因有很多，其中一个重要的原因就是办案人员抵触非常强烈，因为排除了非法证据他怕被追究责任。

那么，为什么一旦排除就一定要追究办案人员的刑责？是不是一定要追究呢？排除非法证据排除的是一种可能性，你能根据可能性去给人家追责定罪吗？其实很简单，就是原则没搞清楚。所以，我建议大家，回过头去多研究一些法理问题，同时要搞清各个部门的原理原则，这一点非常重要。

以前面几个例子开头，我简单讲讲我们刑事诉讼当中一些理念上的冲突与误区。

### 一、既不要无罪推定也不要 有罪推定的冲突问题

无罪推定喊了这么多年，但是到今天我们的《刑事诉讼法》也没有明确规定无罪推定。为什么？根本性问题没解决，认识上还有差别。

在20世纪80年代初期，无罪推定原则在我国是被视为反动理论而遭到批判的，而批判无罪推定原则最自信的理由也是最响亮的口号就是“实事求是”。声称我们“既不要无罪推定，也不要定罪推定，只坚持实事求是”。但是，批判者却没有认真地思考过，这种“既不要无罪推定，也不要定罪推定”的观点在逻辑上却是一种冲突，而这种在否定无罪推定基础上所形成的冲突，所导致的后果却往往是定罪推定。因为，在无罪推定与定罪推定之间并没有中间道路可走，这种“超越”论只能是一种脱离实际的愿望而已。而司法实践中的无数事实已经不断地证明，有罪推定的倾向之所以长期以来在我国占据主导地位，正是我们否定和批判无罪推定原则所带

来的直接后果。几年前，我们国家的被告人上法庭还要戴械具、穿囚服，这种做法实际上就是有罪推定。现在理论上基本是解决了无罪推定的问题，但是头脑深处的理念还没解决。

### 二、既不冤枉一个好人 也不放过一个坏人的 冲突问题

接下来和实事求是的这种目标相似的另一个崇高目标，就是既不冤枉一个好人，也不放过一个坏人，我们是不枉不纵。可是当你的证据出现争议，争执不下的时候，怎么解决呢？和实事求是的原则一样，谁嘴大谁说了算？最后归到任意性，主观随意性，权力。

在确立法律原则时，一个需要遵循的前提是：法律作为一种治国方略是一门科学，而绝不是一种理想化的口号，更不能意气用事。“既不冤枉一个好人，也不放过一个坏人”，作为一种理想化的目标是无可非议的。但是，由于其在现实条件下的不可操作性，在逻辑上却形成了无解的冲突。

冲突导致的结果就出现一个导向，因为你问题没解决，你要实事求是，你要不枉不纵，最后谁权大谁说了算。要想避免这种冲突，就必须提出更具体、更具有可操作性的原则，就要在疑罪从有与疑罪从无中作出选择。所以我说这些问题不仅仅是法律的原理和原则，还涉及到逻辑的原理和原则。

在定罪原则上的“不枉不纵”论与“实事求是”论一样，由于抽掉了以方法论为支撑的具体操作原则，最终必然会导致以话语权为中心的主观随意性。所以，我们应当在理性思考中摒弃那些响亮的空洞口号，回到切实可行的现实中来。只有不折不扣地坚守无罪推定原

则和疑罪从无原则，才能夯实司法公正的坚实基础。

### 三、证据真实与客观真实 并重的冲突问题

再比如，证据真实和客观真实的冲突。过去我们不讲证据真实，都讲的客观真实。客观真实是最终极的真理，客观真实谁敢说错？但是，客观真实的标准在哪里？古往今来人们为了追求客观真实经历了惨烈的探索，神明裁判、大刑伺候，直到今天的刑讯逼供，都是为了什么？可以说，目标都是为了追求客观真实。但是，直到现在，我们做到没做到？还没做到。今天我们仍然没有办法像摄像机、心电图那样去完全再现和描述一个犯罪现场、犯罪事实，包括DNA也只能说是99.9%的准确性，也做不到100%。没有任何一种能够100%认定证据的科学手段。也许将来会发现，但是现在还没有。

没办法怎么办？就要提出一个证据规则，这个规则就是证据真实，当问题解决不了，人们对于客观真实的认识不能达成一致的时候，要用规则来确定。

证据就一定准吗？不一定。但是第一，它有个统一的标准，不管准不准，标准一致，同案不同判的情况可以避免。第二，虽然不准，但不会冤枉一个人，因为这个标准以疑罪从无为前提。应当说到目前为止，证据真实的原则是最可行的一个原则。

但是问题又出来了，我们从理念上没有解决，我们的学术界还出现了争论。一开始否定证据真实，现在承认证据真实了，但是又提出来证据真实与客观真实并重，二者不可缺少。又出现冲突了，大家说说能并重吗？二者必选其一，必须有一个选择。



## 四、打击犯罪与保障人权并重的冲突问题

自1979年我国第一部刑事诉讼法问世以来，一直将打击犯罪作为刑事诉讼活动的首要任务。直至2012年出台的刑事诉讼法修正案，才首次将尊重和保障人权写入刑事诉讼法的条文之中。

过去一直说刑诉法的任务是打击犯罪、保护人民，其实这也是个误区。因为保护人民是刑法的任务而不是刑诉法的任务。我们看看历史，刚刚有法律的时候有程序法吗？根本没有，用不着。有监狱吗？人们还没房子住，哪儿修监狱去？人类社会开始有法就是《刑法》，没有程序法，你犯罪了就把你杀掉。在中国古代“刑”与“法”是同字同音，“刑”的含义是什么？就是杀戮、伤残，所以，开始的法就是你破坏大家的规则了，就把你给杀了，后来才变成身体刑和残废刑、自由刑，逐步越来越轻。

随着人类的进步、文明的发展，人们觉得抓人、杀人也要有规则，不能太随意。为了避免冤判、冤杀，需要遵守一定的程序。程序法的起源是这么来的。从它的起源我们就可以看出来，程序法解决的是什么？就是要通过正常、合理的程序来保障实体法的正当性。所以，保护人民不是程序法的任务，而是实体法的任务。

2012年刑诉法做了修改，但是问题又来了，由打击犯罪、保护人民变成打击犯罪与保障犯罪嫌疑人、被告人的人权并重，这是一大进步。但是，又出现了二者并重的冲突问题。有观点认为，“并重”说更全面，并无不当。也有观点认为，“并重”说是一种缓冲、过渡，可以给人们留出更多思考的空间，还能减少争议。可问题在于，有些冲突是无法

绕过的，回避矛盾并不是解决问题的有效方式。例如，在刑事诉讼过程中，严厉打击、从重从快、平息民愤与无罪推定、疑罪从无、排除非法证据，显然是矛盾冲突的两个方面。是强调在确保打击犯罪的前提下，有效地保障犯罪嫌疑人、被告人的人权？还是强调在确保犯罪嫌疑人、被告人人权的前提下有效地打击犯罪？这是两种不同的价值选择，是不可能并重的。若选择前者，就只能以打击犯罪为主，若选择后者，就只能以保障人权为主。二者不能两全，这是一个无法回避的现实。

## 五、被告人、犯罪嫌疑人对案件知情权的问题

这个问题争论了多少年，简单说就是被告人有没有阅卷权？十多年前我提出这个问题，遭到几乎所有人的反对，包括理论界的学者，为了这个问题我是每会必谈，经过反复的讨论，现在学界达成一致认识。

最明显的进步是在刑诉法修改中体现了，我当时明确提出来，应表述为“可以向犯罪嫌疑人、被告人出示案卷内容，核对证据。最后把“出示案卷内容”拿掉了，变成了“核对证据”。但即使如此，也还是有人反对。现在还有人发文章说律师不能给犯罪嫌疑人、被告人看案卷。其实道理很简单，我们是法治社会，我们给人定罪，人家有没有质证权？为什么不能给准备质证的时间？有些人说怕串供，审判就是要以庭审为主，你不让人家行使质证权，还是基本的理念没有改变，还是以侦查为中心的思维。

对这个问题，我做了详细的考察，美国、德国、英国等国家都有明确规定，嫌疑人有完全的阅卷权，阅卷权的

实现由律师帮助。如果没有聘请律师，由公诉人负责提供全部案卷，就是这么明确。

## 六、辩方证据合法性问题

我们都知道证据有三性，其中合法性最重要。

从我1980年读研的那天起，一直到今天为止，我们课堂上一直在讲证据“三性”。但是，没有人讲证据“三性”是不是对控辩双方都有用？简言之，辩方证据有没有合法性问题？这个问题没有实践就想不到。

多年前，我跟一位教授合作一个案子，投机倒把罪，倒卖汽车、摩托车。被告人说有批文，公诉人说没批文，一审定罪了。在二审期间，被告人的朋友从公安机关的文件柜中把批文偷了出来，交给律师，偷出来的批文合法吗？但是真实可靠，被告人被改成无罪了。

由此引出一个问题，辩方证据要不要以合法性为条件。就是说辩方取证不合法的不利后果，能不能由被告人来承担，这是一个重大原则问题。

一个杀人犯，重大杀人案，已经马上要定罪了，突然律师通过了一个很不合法的手段取得了证据，可以证明被告人无罪。那么，能不能由于取证不合法，还得判他死刑？能不能这样做？既然不能，为什么不能正视辩方证据合法性的问题呢？

有人说对辩方证据不要求合法性不公平，怎么理解？道理很简单，控方代表的是国家行为，侦查机关行为产生的不利后果就应当由国家来承担。但律师是私权的代表，他的行为由被告人个人来承担。如同放过一个可疑的被告人只是一个个案，只是污染了河流，但是制造一个错案，则是污染了水源。

两种权利不一样，代价也不一样，我也进行了考察，国外的规定在排除非法证据中都没有排除辩方证据。

我们在法庭上经常被公诉人质问，你的证据来源不清楚、不合法，建议法院不采纳，也用合法性标准来要求辩方证据。这个问题至今没有解决，这是个很值得重视的问题。

当然，这么说并不是鼓励律师非法取证，而是说对于辩方证据不应当以合法性作为能否据以定案的前提。这个问题到现在没有解决，还有争议。学界包括律师界本身还有不少人不赞成我的观点。但是我的理由很简单，不同意没有关系，但是你要解决这个难题。这个逻辑冲突你能不能解决？

## 七、辩护权独立性的问题

我在几个法庭上都遇见过这样的尴尬情况：被告人坚持不认罪，律师坚持做有罪辩护，还振振有辞，说律师依法独立行使辩护权。

这也是基本理念错了，什么叫独立辩护权？辩护权独立性的真正含义是不受除被告人之外的其他因素干扰，比如法外因素干扰，人的干扰，权力的干扰等等。相反，必须完全忠实于你的委托人的意志，律师的权利来源是什么？人家出了钱委托你来给人家辩护，你还违反人家的意愿来跟他反着干。这种独立



性的根据是什么？律师可以放弃辩护，但是律师没有权力跟当事人对抗。这次在我们修改的《律师办理刑事案件》规范里把这个问题明确写上了。最核心的表述是：律师不得违背当事人的意志，提出不利于当事人的辩护意见。

## 八、律师保密义务的问题

关于保密义务的问题，本来是很明确的问题，但至今没有彻底解决。原来不敢提，后来提出来了，还争论了好几年。最后，总算在《律师法》里写上了，后来在刑事诉讼法中也规定了，但至今还是被曲解。我遇到过好几次，侦查机关找到律师和律所，要调查律师费的情况，要看合同，要看卷宗，甚至要看原来几年前办过的其他民事案件。我们跟他们争论，最后公安机关说，保密义务不能对抗侦查权。这又完全是一个误区。如果保密义务不能对抗侦查权

那还要法律规定吗？法律规定保密义务就是为了对抗侦查权，就是免作证权。这个问题大家一定要弄清楚。大家都知道保密义务，律师和医生、神父三种人都有免作证的权利，这是全世界的通例。

我们的律师如果没有保密义务，当事人怎么信任我们？这是律师制度赖以生存的一大根基。另外一大根基，当事人能不能靠揭发律师来获得从宽处理？这种事如果蔓延下去，我们的律师还有安

全感吗？只要一个人想免死，就揭发律师，这就使我们律师没法相信任何一个当事人，这是维持律师制度的另一个根基。所以，可以说是律师跟当事人互信原则是维护律师制度赖以存在的根基。

我们的律师制度时间太短，很多基本理念得不到理解，情有可原，但是必须尽快解决这种现状。不解决，我们律师制度怎么发展？我们的基本理念、原理如果不能得到尽快的解决，发展就会进入一个瓶颈，走入死胡同。我们作为律师制度恢复后的第一拨律师，这些问题如果解决不好，我们就愧对后来者，我们没有给他们打下良好的基础。我们的律师制度走过将近40年了，铺路过后差不多该上柏油了。虽然石子都已经上好了，但是下一步我们还是要一起努力把这条路修好，这就是当前我们律师的共同责任。

时间关系，简单讲到这儿，有争论的部分以后我们还可以进一步讨论。🐶



# 行走在法律悬崖边缘的冒险者 ——现金贷

■ 吕志轩, 徐玉杰 / 文

近一段时间, 现金贷已经成为人们生活中特别关注的话题, 人们日常平静的生活被现金贷的促销电话、快速贷款的小广告、网页中的刷屏、关不掉的贷款弹窗、网剧中植入“迅速借钱”的X站所侵扰。不久前以“趣店”为代表的几家现金贷公司以骄人的盈利业绩在美国纳斯达克成功上市。一时间似乎整个世界已经进入了普惠金融的狂欢之夜, 而现金贷已经成为这个舞台中央最璀璨的新星, 受到众人的追捧。而当我们沉静下来仔细对现金贷这一现象进行思考, 这场狂欢和当年野蛮生长的P2P的成长过程是何等的相似, 一样的疯狂, 一样的备受热捧。也许繁华过后是满地鸡毛。

马克思说过, “一有适当的利润, 资本就胆大起来。如果有10%的利润, 它就保证到处被使用; 有20%的利润, 它就活跃起来; 有50%的利润, 它就铤而走险; 有100%的利润, 它就敢践踏一切人间法律; 有300%的利润, 它就敢犯任何罪行, 甚至冒绞首的危险。”现金贷在“普惠”“创新”的光鲜外表下隐藏着的是一个行走在法律悬崖边缘的冒险者, 一步踏错, 迎来的将是深渊!

——题记

现金贷是互联网小额现金贷款业务的简称, 起源于美国的“发薪日贷款”业务, 是一种无担保、无抵押、无场景的信用贷款。随着国内消费市场的迅速发展, 自2014年进入我国市场以来, 现金贷已逐渐成为了新的

## 吕志轩律师简介

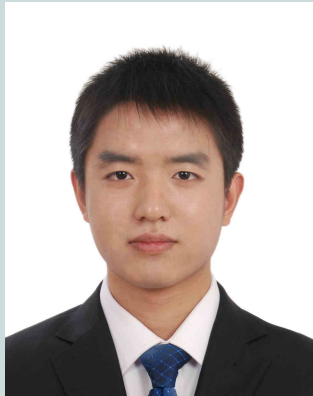


京都律师事务所高级合伙人, 北京市朝阳区民事专业研究会会员。主要执业领域: 政府法务、金融及金融衍生品、金融互联网法律风险控制、刑事案件辩护及刑事风险控制。公司日常民事法律风险控制、房

地产, 基础设施, 公司上市、并购、重组、股权转让、企业清算等综合性法律服务和专项法律服务等业务。

互联网金融热点。在我国, 现金贷具有金额小、期限短、频率高、利率高、没有明确用途等特点。现金贷依托互联网, 免去了银行借贷繁琐的审贷流程, 凸显了放款迅速、操作便捷的优势, 很快吸引了一大批急需用钱的年轻拥趸。根据网贷之家统计, 目前我国已有1000多家平台从事现金贷业务, 市场规模在6000亿到10000亿之间。然而, 目前我国还没有对现金贷实施有效的监管, 现金贷趁着监管空窗期开始了野蛮生长。这几年的实践证明, 如果没有强有力的监管, 互联网金融产品极易迅速的走向异化, 前者有P2P、校园贷之鉴。而如今的现金贷也已处在舆论的风口浪尖。一方面大量的资本奋不顾身地投入到现金贷的狂欢之中, 另一方面“嗜血高利贷”的恶名则加附其身, 现金贷的合法性开始受到了严重的质疑。现金贷到底是天使还是魔鬼? 是应当支持还是强力监管呢?

## 徐玉杰



京都律师事务所实习律师

## 一、现金贷的本质属性

人们常常将现金贷与消费贷<sup>1</sup>混为一谈，或者将现金贷认为是消费贷的一种，其实不然，现金贷与消费贷在本质上存在着重大的差别，消费贷必须和消费结合在一起，也就是说消费贷存在着“消费场景”，消费贷是为了满足个人消费而提供短期小额借贷业务的金融产品，而现金贷则不然，现金贷并不依托于场景，也就是说借款人未必具有明确的消费需求即提前进行了借款，借来的是“现金”而非直接用于了消费，借款人将有权自主决定“现金”的用途<sup>2</sup>。那么在借款合同上，消费贷已经注明了借款的用途即消费，而且借款人必须将贷款用于这笔消费。否则，根据《合同法》第203条的规定，借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。而现金贷则无此项限制，借款人将具有自由支配这笔资金的权限。

至于P2P（peer to peer），是指点对点网络借贷，即个

人与个人通过网络直接进行借贷的模式，而网络借贷信息中介平台则是人们常说的P2P平台，仅仅从事借贷信息推广与撮合业务，也就是说属于借贷信息中介机构。P2P平台本身不能成为放贷者，但是并不妨碍其成为现金贷利用的平台，事实上也有不少P2P平台正在进行现金贷的业务，只要借款人经过平台的审核之后，即可在平台上发布小额纯信用借款标，只要有人买标，那么就实现了所谓的现金贷。除了借道网络借贷平台实现的现金贷，更多的是网络小贷公司、消费金融公司甚至众多普通企业等机构利用自有资金实施的网络放贷行为。

由此可见，现金贷的放贷主体既包括了金融机构<sup>3</sup>或者类金融机构<sup>4</sup>，同时也可能是普通的单位或个人<sup>5</sup>。因此所谓的现金贷既可能是金融借贷行为，也可能是民间借贷行为，但都属于无确定用途的纯信用网络小额贷款。

## 二、现金贷放贷主体的要求

如上文所述，现金贷存在着不同的模式，既包括机构或平台以自有资金实施放贷的模式，也包括民间资金利用P2P平台实现点对点借贷的模式。关于前者，由于这些现金贷平台将网络放贷的业务作为了其主要经营内容，而非偶尔进行的借贷行为，因此已经脱离了“民间借贷”的概念范畴，涉及了金融业务范围，原则上应当经过相关金融监管部门的许可方能经营<sup>6</sup>。虽然目前尚无明文规定这种行为属于违法（实际上普通企业在其工商注册登记的经营范围内已经明确注

1 包括各种消费分期。

2 从这个意义上说，与银行信用卡业务更为贴近的是消费贷。

3 如商业银行、贷款公司、消费金融公司等。

4 如网络小额贷款公司。

5 如购买P2P平台上的“现金贷”借款标，从而实施“现金贷”放贷行为。

6 事实上在2012年广东省高院向最高院征询非金融机构放贷问题之前，非金融机构放贷一般都是按照非法经营罪处理的。现在虽然不涉及犯罪，但是普通企业的经营范围内均有不得经营放贷业务的字样，因此是否合规存在争议。



现金贷本身具有资金流向不确定的特点，因此天然的风险较高，为了获得收益，就必然用较高的利息来抵消高风险。因此，现金贷的利息必然较普通贷款更高。但是现金贷的利息仍然要在法律规定的范围之内，否则就是“高利贷”了。

明了禁止经营放贷），但是至少在民间借贷合同的效力上存在一定的法律瑕疵。因此从规范的意义来讲，专业网络放贷的平台要么属于金融机构，要么也要具有网络小额贷款牌照。但是目前大量的平台仍属于“无照经营”，根据“第一消费金融”统计的相关数据显示，全国范围内总共才有237张网络小贷牌照以及22张尚在发起状态的网络小贷牌照<sup>7</sup>，而持牌的消费金融公司也仅有26家，也就是说全国范围截至2017年10月24日数据。

内最多只有263家现金贷平台拥有完全合规的网络放贷资格，其他的平台则属于裸奔状态。

而对于借助P2P放贷的民间借贷模式，对其放贷主体尚无规定，也就是只要是资金充足且具备完全民事行为能力主体均可以通过P2P平台实现放贷。

### 三、关于收费的问题

现金贷的收费情况是受到舆论诟病的主要方面，目前现金贷平台纷纷被打上了“高利贷”的标签。连刚刚在美国上市的“趣店”股价也在“高利贷”的声讨中猛跌。那么现金贷真的就是披着网络外衣的“高利贷”吗？从上文分析，现金贷本质上是无确定用途的纯信用网络小额贷款。相比消费贷等有场景的贷款，现金贷本身具有资金流向不确定的特点，因此天然的风险较高，为了

获得收益，就必然用较高的利息来抵消高风险。因此，现金贷的利息必然较普通贷款更高。但是现金贷的利息仍然要在法律规定的范围之内，否则就是“高利贷”了。根据《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26条第2款的规定，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。值得注意的是，该法律解释仅适用于民间借贷，对于经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构则不适用该项规定。也就是说民间借贷的利息不得高于36%，而作为金融机构理论上是不受36%红线的规制的。

在我国，金融机构包括银行类金融机构和非银行类金融机构，后者中又包括各种消费金融公司、贷款公司、融资担保公司等，但是小额贷款公司，以及网络小额贷款公司<sup>8</sup>是否属于金融机构并不明确。今年4月，银监会发布《关于银行业风险防控工作的指导意见》，将现金贷纳入了整治范围，并提出要严格执行最高法院关于民间借贷利率的有关规定。由此看来，银监会倾向于将小额贷款公司以及网络小额贷款公司等从事的现金贷认定为民间借贷。从而也是从侧面将这两种公司排除在金融机构之外。

为了规避给借款人带来利息过高的印象，并能够保证盈利，不少现金贷平台以高昂的手续费、管理费代替了利息，在宣传的过程中只宣传较低的“利息”而对高昂的其他费用绝口不提。那么这些其他费用到底属于什么性质呢？根据2016年10月，最高人民法院发布的《关于依法审理和执行民事商事案件保障民间投资健康发展的通知》的规定，要严格执行借贷利率的司法保护标准，对商业银行、典当公司、小额贷款公司等以利息以外的不合理收费变相收取的高息不予支持。由此看来，这些不合理的其他

7 截至2017年10月24日数据。

8 小额贷款公司以及网络小额贷款公司由地方金融局（办）发放牌照，不受银监会监管。



费用将被认定为利息<sup>9</sup>。现金贷平台常常在贷款的同时先行扣除这部分费用，如笔者在某某贷借款10万，各种服务费达到5000，那么我实际到手的本金则是9.5万。一旦这些费用被认定为利息，那么这些平台的作为就涉嫌砍头息，根据《合同法》第200条的规定，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。此外，大量的平台对于利息的披露并不规范，往往以日息、月息代替年息进行宣传，给借款人造成利息低廉的错觉。如某粒贷宣传日息万分之3.5，看似非常低，但是实际的利息仍然达到了12.78%。

#### 四、资金来源问题

作为放贷平台，资金端一直以来是平台赖以生存的生命线，从事高风险次级贷的“现金贷”更不例外。因此，“现金贷”会寻求各种途径寻求到资金。然而，吸收资金时往往涉及到诸多的法律风险，一不小心甚至会触犯刑法。在这里笔者列举几种典型的法律风险类型，以便大家充分防范。

##### （一）吸收公众资金后发放贷款

这是典型的非法吸收公众存款行为，在我国只有商

业银行有权一边进行吸收存款，一边进行放贷业务，而其他机构，即便是其他金融机构也无权吸收存款后进行放贷。在前期进行互金整治的过程中就曾经发现有个别平台将投资人（出借人）的投资形成资金池后进行放贷，显然已经涉嫌了非法集资。当前，现金贷非常火热，不排除有一些平台利用吸收的公众资金从事放贷业务。吸收公众资金的手段非常多，既包括常见的直接吸收存款的行为，也包括利用预付卡、股权众筹等手段吸收资金。在实践中，有不少现金贷平台通过与P2P平台进行对接，从P2P平台获取资金后从事放贷，实质上涉嫌了非法吸收公众存款。总之，应当防范非法集资的风险。

##### （二）非法转贷的风险

所谓非法转贷是指以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金再高利转贷给他人，违法所得数额较大的行为。当前，只有金融机构以及持牌的小额贷款公司（包括网络小额贷款公司）有权进行转贷业务，而其他单

<sup>9</sup> 对于P2P模式下P2P平台额外收入的中介服务费不属于此项不合理费用，但不排除一些P2P平台利用助贷的商机获取高利，由于P2P平台并非借贷合同的主体，因此不宜作为利息计算。



位和个人未经有关部门的许可是无权进行转贷的。但是行业中通过获取低息贷款进行高息放贷的行为却屡禁不止，常常有金融机构的工作人员与外界人员相互勾结进行非法转贷，相关的判决也屡见不鲜。因此应当警惕某些现金贷平台通过转贷来获取资金，一旦通过转贷进行牟利则可能涉嫌高利转贷罪。

### （三）洗钱的风险

在一些极端的情况下，一些贷款平台可能利用他人上游犯罪获取的资金进行放贷，将放贷平台作为为他人掩饰犯罪所得的洗钱工具，那么就涉嫌洗钱罪或掩饰隐瞒犯罪所得犯罪所得收益罪。

## 五、网络信息安全问题

网络信息安全问题实际上是整个互联网金融的共通问题，由于互联网金融汇集了大量用户个人信息，因此难免成为犯罪分子觊觎的对象。在现金贷平台表现较为严重的首先就是冒名注册问题，一些不法分子假冒他人身份注册并进行贷款，恶意逾期进行骗贷或诈骗，给他人轻则造成个人信用受损，重则牵扯民事纠纷。其次，现金贷平台网络系统由于不够完善往往存在各种漏洞，很容易成为犯罪分子网络攻击的目标，而且，不同于商业银行信用卡，现金贷平台往往设置了豁免自身信息安全保障义务的规定，如《趣店用户注册协议》明确规定：“您应对账户信息及密码承担保密责任，因您未能尽到信息安全和保密责任而致使您账户出现任何问题的，您应承担全部责任。”这样一来，一旦用户被盗号，极易遭受严重损失，而且维权艰难。此外，还有一些网贷平台为了开拓用户，往往直接购买大量个人信息，进行电话、广告、短信等高频次的推销，或者将本平台的用户信息打包出售获取利益等。

## 六、暴力催收屡见不鲜

从校园贷开始，网贷暴力催收问题随着媒体的集体曝光，渐渐浮现在了世人的面前，暴露了互联网金融畸形发展的一面。“网络催客”、“职业催债人”与互联网金融形成了畸形的共生链，暴力催收形成了网贷背后庞大的灰色产业，也成为互联网健康发展的毒瘤。2017年5月4日，深圳市互联网金融协会向全市各网贷平台下发《深圳市网络借贷信息中介机构催收行为规范》（征求意见稿），这是国内首份针对催收问题治理的地方性文件。对网贷催收进行了规范。北京市发布的网贷整改“148条”中也明确将暴力催收列为了禁止性事项。暴力催收的手段层出不穷，不仅包括直接实施“武力”、非法拘禁等传统的暴力手段，还包括泄露个人隐私、电话骚扰、雇佣艾滋病人上门催债等胁迫手段，其违法行为对社会危害重大，不仅涉及民事侵权，严重的还可能涉嫌犯罪。现金贷作为高风险的信贷产品，在缺乏良好的风控的情况下其逾期率必然较高，因此部分平台选择了暴力催收来挽回损失。暴力催收是互联网金融繁荣之下隐藏毒瘤，一旦任其发展，必然严重威胁到互联网金融的健康发展。

## 七、乱象必须治理，呼吁 监管政策尽快出台

现金贷在发展过程中，尽管产生诸多的社会问题，涉及到诸多的法律风险，甚至大量的平台已经踩着法律、政策的红线在营运，但是既然存在，而且在我国金融市场中发展的风生水起，那是因为有其存在的社会需求。因为有大量的市场需求，有大量的人关心的是能够融资的机会，而并非融资的成本，往往机会比成本更为珍贵。现金贷解决了大量急需用钱人的窘境，为他们提供了一个可以接受的融资选择，有其积极的社会意义。但是，现金贷暴露出来的各种社会问题，负面问题、尤其金融风险更加不容小视，需要尽快出台监管政策进行强力监管，应当和P2P一样尽快的由相关部门开展监管整顿措施，积极引导其健康规范的发展，现金贷才能真正的实现普惠金融，造福社会。🐱

# 不良贷款催收中 诉前财产线索排查方法浅谈

■ 秦庆芳, 范颖慧/文

不良贷款清收一直是银行贷后管理的重要环节，司法实践中日益突出的执行难问题，更是为银行催收工作加大了难度。笔者结合为银行客户服务过程中了解到的客户需求，根据代理银行清收诉讼及执行案件的经验，整理了不良贷款案件在诉讼、仲裁前摸排借款人、担保人财产的范围和方式。

## 一、银行催收案件中涉及较多的财产类型

1. 土地使用权/住宅、商用房、办公楼、厂房及各类房产所有权；
2. 机动车；
3. 股权；
4. 境内上市公司股票，特别是可流通股；
5. 我国新设立代办股权转让系统（俗称“三板”）股票；
6. 存款；
7. 仓单、提单；
8. 基金份额；
9. 债券等其他有价证券；
10. 金银等贵金属；
11. 矿产权益；
12. 知识产权（专利权、商标权、著作权）；
13. 应收账款；
14. 到期债权、法院裁判权益；
15. 其他有较高变现价值的财产。

## 二、排查方法及渠道

### 1. 内部查询

- (1) 信贷档案中留存的财产线索

### 秦庆芳律师简介



京都律师事务所高级合伙人。秦庆芳律师担任国家开发银行、华夏银行、中信银行、哈尔滨银行、航天长峰股份有限公司、北京天街集团公司、北京兆丰工业开发中心、北京宝鸿房地产开发有限公司等数家企业的法律顾问，专注房地产与建设工程领域，此外，秦庆芳律师在公司与合规管理、并购与重组、矿产资源权利获取与转让、金融及银行业务合同审核、BOT及PPP重大贷款授信项目法律评审、不良资产清收与处置、破产重整等方面积累了丰富的法律服务经验，多年为电影电视制作及汪峰等演艺界人士的法律服务，积淀了文化传媒产业知识产权保护的专业特长。

- (2) 工商档案资料中出现的财产或权益
- (3) 与第三人签署的相关协议中出现的财产或权益



(4) 与第三人诉讼司法文书中确认或载明的财产或权益

## 2. 外部查询

(1) 权利登记机关网站公示或现场查询

(2) 查询法院网站、走访其他执行法院了解其控制的财产线索

中国裁判文书网：<http://wenshu.court.gov.cn/Index>

全国法院被执行人信息查询：<http://zhixing.court.gov.cn/search/>

中国执行信息公开网：<http://shixin.court.gov.cn/?from=singlemessage&isappinstalled=0#rd>

人民法院诉讼资产网：<http://www.rmfysszc.gov.cn>

省级法院公开平台

各地方法院官网

## 三、具体财产排查方式

立足于上文所述的排查方法，笔者整理了各类型财产排查的具体方式（此处涉及走访行政管理部門的，均暂以北京地区为例）。

### 1. 土地使用权/住宅、商用房、办公楼、厂房及各类房产所有权

#### (1) 网站公示

① 北京市规划和国土资源管理委员会：<http://www.bjgtj.gov.cn/col/col1905/index.html>

② 北京市住房和城乡建设委员会：<http://www.bjjs.gov.cn/bjjs/bszn/cxzx/index.shtml>

③ 人民法院诉讼资产网：<http://www.rmfysszc.gov.cn/>

#### (2) 现场走访不动产登记机关

各地不动产登记中心是土地使用权、房屋所有权的登记机关。实践中，各登记机关房屋信息查询方式及范围也是略有不同。走访前应先行电话咨询确认查询所需手续。

## 范颖慧律师简介



京都律师事务所房地产与基础建设部执业律师。范颖慧律师在京都所工作期间，先后为国家开发银行、华夏银行、中信银行、哈尔滨银行、航天长峰股份有限公司、北京天街集团公司、北京兆丰工业开发中心、北京宝鸿房地

产开发有限公司等数家企业提供法律顾问服务，熟悉公司各项商务合同谈判、起草、审核、修改等非诉业务。在诉讼领域，范颖慧律师代理的案件涉及贷款清收、股权转让、企业间借贷、房屋买卖、公房腾退、执行异议等较多方面。

以北京地区为例，各区不动产登记中心均要求查询他人或其他企业土地使用权/房产所有权信息，律师需要携带人民法院签发的调查令及律师证。但在查询范围上却有所不同。朝阳区不动产登记事务中心（电话85839922）仅能查询到朝阳区范围内的房产信息；海淀区不动产登记事务中心（电话60609304）要求律师查询必须提供所查房屋地址信息，且明确仅公检法机关有权根据企业名称或个人信息查询其名下所有房产信息；通州区不动产登记事务中心（电话80889961）则可查询通州区范围内及2008年后北京市范围内的房产信息，且如无法院签发文件，亦可口头告知具体房产的抵押登记情况。

### 2. 机动车

律师携带律师事务所出具的档案查询公函原件以及律师证可到北京市公安局公安交通管理局查询他人或其他企业名下车辆信息。银行工作人员无法自行查询他人或其他企业名下车辆信息。

### 3. 股权

#### (1) 网站公示

企业工商登记信息由国家企业信用信息公示系统（<http://www.gsxt.gov.cn/index.html>）

进行公示，但该系统并不公示企业对外投资股权情

况，建议可先使用天眼查、企查查、启信宝等辅助网站、APP，检索企业名称或个人姓名，查询其股权持有情况，再按该查询结果至国家企业信用信息公示系统查询相关企业股东信息，进行反向查询印证。最终结果以国家企业信用信息公示系统公示内容为准。

#### (2) 现场走访

如通过网站公示查询到债务人、保证人持有的其他公司股权，可进一步前往工商行政管理局查询工商底档确认债务人、保证人是否为其股东以及具体的持股比例。但需注意，工商局对律师查询企业工商底档的手续要求较为严格，除律所介绍信、律师证原件以及加盖公章的复印件外，多还要求提供被查询企业的授权委托书。

### 4. 境内上市公司股票

#### (1) 网站公示

巨潮资讯网：<http://www.cninfo.com.cn/cninfo-new/index>，可查询境内上市公司股票，但巨潮资讯网只公布持股前十位的股东，如债务人、保证人持有的境内上市公司股票份额较低，未达到披露要求的，则可能无法从巨潮咨询网上查询到其持有的股票情况。

#### (2) 现场走访

查询他人或其他企业上海证券交易所名下股票需携带人民法院出具的调查令以及律师证至上海证券交易所查询；查询他人或其他企业深圳证券交易所名下股票需携带人民法院出具的调查令以及律师证至深圳证券交易所查询。

### 5. 三板股票

#### (1) 网站公示

全国中小企业股份转让系统：<http://www.neeq.com.cn/disclosure/stockissue.html>，可查询三板发行的股票。

#### (2) 现场走访

查询他人或其他企业三板股票需携带人民法院出具的调查令以及律师证至北京市全国中小企业股份转让系统有限责任公司查询。

### 6. 存款

通过公开渠道查询银行账户信息难度较大，可从银行现有的信贷资料、工商档案、被查询人与第三方签署的合同、其交易相对方掌握的信息、被查询人涉及的其他执行案件的执行法院掌握的信息中，排查对方的账户信息。

### 7. 仓单、提单

仓单、提单、提货单是具体交易各方之间签发的书

面凭证，不需要公示，主要可通过债务人、保证人与第三方签署的合同中摸排相应的财产线索。

对于已经质押的仓单、提单，可注册并登陆动产融资统一登记系统（<http://www.zhongdengwang.org.cn/zhongdeng/index.shtml>）查询。

### 8. 基金份额

#### (1) 公募基金

中国证券登记结算有限公司不设有基金查询柜台，如需查询其他企业或他人名下公募基金，需携带律师证以及人民法院出具的调查令并且注明被查询人全称（姓名）、营业执照或法人注册登记证书号码（身份证号码）、查询事项等内容，至中国证券登记结算有限责任公司北京分公司查询。

#### (2) 私募基金

根据私募基金不同组织形式，在公司型与有限合伙型私募基金中，企业或个人对基金的投资，会以对外股权投资形式显现，这一部分财产统一显示在对外股权投资部分中，可参照股权排查的方法进行。契约型私募基金并非公开交易，不存在投资人公示形式，契约型私募基金投资人信息无法公开查询。

### 9. 债券等其他有价证券

中央国债登记结算有限责任公司（咨询电话：88170655）是债券查询的相对单位。但除公检法机关外，其他个人、机构无权查询第三方的债券持仓情况。

### 10. 金银等贵金属

因贵金属交易平台较多，各平台管理要求不同，是否允许查询、查询范围、查询条件等均不相同。如天津贵金属交易所（4009220100）即要求只有平台会员才可进行查询。因此，在排查具体债务人、保证人财产线索时，需要先行根据已经了解的情况，摸排其可能持有的贵金属类型、交易平台等，再向具体的交易平台查询具体持有情况。



诉前可以采取的财产摸排方式，主要分为两种，一种是通过已有财产线索，如银行前期掌握的信贷资料、工商档案、交易记录等查询；另一种是通过公开途径（网站公示及现场走访）查询。但通过网站公示查询的结果，因网站公示的延迟性或区域性、查询内容的不准确性，可能导致查询结果的遗漏或错误，可将网站公示查询为初步摸排渠道，再通过现场走访主管部门进行确认。

### 11. 矿产权益

企业采矿权、探矿权等矿产权益可通过中华人民共和国国土资源部矿产资源管理网站以及全国各地国土资源部门官方网站查询。因中华人民共和国国土资源部矿产资源管理网站查询系统中权利公示结果并非覆盖全国所有矿产权利信息，需注意使用其他省市地区国土资源部门网站进行补充查询。

（1）国土资源部矿产资源管理网站：  
<http://www.mlr.gov.cn/kczygl/>

（2）地方国土资源部门网站查询方法（以北京市为例）——北京市规划和国土资源管理委员会网站：<http://www.bjgtj.gov.cn/index.html>

### 12. 知识产权

（1）专利权：企业、个人的专利信息可以进入中华人民共和国国家知识产权局网站中国及多国专利审查信息查询入口（<http://cpquery.sipo.gov.cn/>）进行查询。

（2）商标权：商标信息可通过国家工商行政管理总局商标局网站商标查询系统（<http://sbj.saic.gov.cn/>）进行查询。

（3）著作权：企业或个人著作权信息可通过中国版权保护中心网站公告查询系统（<http://www.ccopyright.com.cn/>）进行查询。

### 13. 应收账款

可通过核查债务人、保证人与第三方签署的合同，获取应收账款信息，此外，注册并登录动产融资统一登记系统（<http://www.zhongdengwang.org.cn/zhongdeng/index.shtml>）可查询债务人、保证人名下已质押的应收账款。

### 14. 到期债权、法院裁判权益

可通过核查债务人、保证人与第三方签署的合同，获取应收账款信息；同时，可登录裁判文书网、执行信息公开网核查债务人、保证人的到期债权及法院裁判权益。

### 15. 其他有较高变现价值的财产

机器设备、古玩字画等变现价值较高的财产，通过动产融资统一登记系统可查询到已质押登记的机器设备，但对于未质押登记的机器设备及债务人、保证人持有的古玩字画等财产，只能通过前往债务人、保证人经营场所、住所地等走访或询问关联关系主体进行摸排。

综上，诉前可以采取的财产摸排方式，主要分为两种，一种是通过已有财产线索，如银行前期掌握的信贷资料、工商档案、交易记录等查询；另一种是通过公开途径（网站公示及现场走访）查询。但通过网站公示查询的结果，因网站公示的延迟性或区域性、查询内容的不准确性，可能导致查询结果的遗漏或错误。因此，可将网站公示查询为初步摸排渠道，再通过现场走访主管部门进行确认。另外，因各地行政管理的要求不同，同一机构在不同时期的监管要求也不尽相同，在就具体债务人、保证人的具体财产类型进行排查前，可先行咨询当地行政管理部门的可查询范围及查询条件。

## 四、建议

如上文所述，现场走访时多数行政主管机关均要求携带法院出具的调查文书，因此在正式进入法院司法程序之前，债权人自行调查或委托律师调查债务人、保证人的财产线索，存在较大难度。为了增加诉前财产线索摸排的可能性，银行在贷前风险管理阶段，应当加强对债务人、保证人财产线索的收集，如聘请律师对债务人的资产、经营状况进行尽职调查；要尽可能多地要求债务人提供其资产状况；要求债务人提供容易变现且变现价值较高的财产担保等。

# 谁的“荣华”？ 一起跨时11年的商标案的过去与未来

■ 王菲/文

2006年10月16日，荣华饼家有限公司（以下简称香港荣华）、东莞荣华饼家有限公司（以下简称东莞荣华）以中山市今明食品有限公司（以下简称今明公司）、广州市好又多（天利）百货商业有限公司（以下简称广州好又多）、广州市好又多（天利）百货有限公司世博分公司（以下简称世博分公司）未经许可，生产、销售的月饼商品侵犯其“花好月圆”系列注册商标、“荣华”未注册驰名商标以及“荣华月饼”知名商品特有名称权益，构成侵犯注册商标权及不正当竞争行为为由，向广东省东莞市中级人民法院（以下简称一审法院）提起诉讼，拉开了这场旷日持久的商标权侵权与不正当纠纷案件的诉争帷幕。

该案历经一审、二审、再审、抗诉四个阶段，数月前进入了第五个阶段：抗诉再审。据悉，最高院将于11月初开庭审理。漫长的诉讼历程中重要主体关系如下：

主体	审理阶段	诉讼角色	诉讼请求
香港荣华 东莞荣华	一审	原告	停止侵权、赔偿损失、赔礼道歉
	二审	被上诉人	
	再审	被申请人	
	抗诉	审监程序申请人	
	抗诉再审	审监程序申请人	
今明公司	一审	被告	
	二审	一审被告	
	再审	一审被告	
	抗诉	一审被告	
	抗诉再审	一审被告	
广州好又多 世博分公司	一审	被告	
	二审	上诉人	撤销一审判决、驳回一审原告诉讼请求
	再审	二审上诉人	
	抗诉	二审上诉人	
	抗诉再审	二审上诉人	
苏国荣	一审	第三人	
	二审	上诉人	撤销一审判决、驳回一审原告诉讼请求
	再审	申请人	撤销二审判决第二项，由香港荣华和东莞荣华负担诉讼费用
	抗诉	再审申请人	
	抗诉再审	再审申请人	

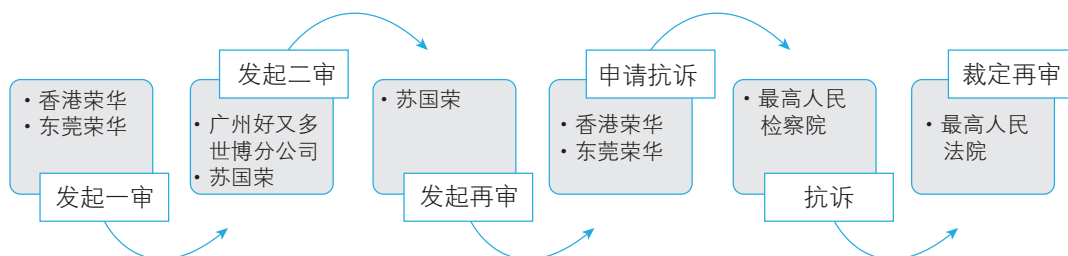
## 王菲律师简介



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

从上表中可看出，双方当事人以不停接力的形式完成了本案审理升级工作，并且最高人民检察院较为罕见地在民事案件中行使了检察监督权推动本案进入了抗诉再审阶段：

已完成的案件各阶段诉讼请求及裁判结果对比如下：



审理阶段	诉讼请求	裁判结果	认定事实
一审	停止侵权、赔偿损失、赔礼道歉	一、今明公司、世博分公司立即停止侵犯第1567181号、第1567182号、第1567183号、第1567184号注册商标专用权的行为 二、今明公司、世博分公司立即停止对“荣华”未注册驰名商标的侵权行为 三、限今明公司于判决生效之日起七日内，向香港荣华赔偿经济损失人民币100000元；四、驳回香港荣华和东莞荣华其他诉讼请求	原告“荣华”未注册商标达到驰名状态
二审	撤销一审判决、驳回一审原告诉讼请求	一、维持一审判决一、三、四项 二、变更一审判决第二项为：今明公司与世博分公司立即停止对一审原告“荣华”月饼知名商品特有名称的侵权行为	撤销“荣华”未注册商标在月饼产品上的驰名状态认定，认定“荣华月饼”为知名商品特有名称
再审	撤销二审判决第二项，由香港荣华和东莞荣华负担诉讼费用	1. 维持二审判决第一项 2. 撤销二审判决第二项	认定今明公司依苏国荣533357号商标授权在其产品所使用“荣华月饼”文字为产品名称是合理使用，撤销香港荣华“荣华月饼”为知名商品特有名称的认定

从上表内容对比可以看出，在本案长达20余年的诉讼活动中，诉争的核心已经从最初的一审原告与被告的商标权侵权问题，演化为一审原告香港荣华与一审第三人苏国荣之间知名商品特有名称与商标权的对抗问题。最高法再审判决正是基于对第三人商标权正当使用的尊重，做出了撤销对于香港荣华“荣华月饼”知名商品特有名称的认定。

香港荣华不服最高法再审判决，向最高检提起审判监督申请。最高检经审理认为：“最高人民法院（2012）民提字第38号民事判决认定“今明公司在被诉侵权产品上使用‘荣华’文字的行为具有正当性”，并撤销广东省高级人民法院（2007）粤高法民三终字第412号民事判决第二项内容，即今明公司、世博分公司立即停止对香港荣华公司、东莞荣华公司‘荣华月饼’知名商品特有名称的侵权行为，认定事实和适用法律均有错误”，以第“高检民抗[2016]1号”抗诉书向最高法提起抗诉。

本案抗诉再审开庭在即，我们认为以下问题值得思考推敲：

## 一、本案审理范围如何确定？

关于抗诉再审案件的审理范围，民诉法审判监督程序的司法解释的规范原文为：“人民法院应当在具体的再审请求范围内或在抗诉支持当事人请求的范围内审理再审案件。当事人超出原审范围增加、变更诉讼请求的，不属于再审审理范围。但涉及国家利益、社会公共利益，或当事人在原审诉讼中已经依法要求增加、变更诉讼请求，原审未予审理且客观上不能形成其他诉讼的除外”依前述规范结合本案案情，检察机关认为一审原被告实际使用的商品标识相近似，足以造成两者产品混淆误认，该案存在对香港荣华公司“荣华月饼”是否构成知名商品特有名称司法认定的必要性，认为再审中确认今明公司基于苏国荣第533357号“荣华”商标的授权以“荣华月饼”为商品标识为正当使用属认定事实与适用法律错误，并且认为不予香港荣华“荣华月饼”知名商品特有名称的司法保护确有

不当。分析可见，检察机关支持的当事人的诉讼请求为：香港荣华“荣华月饼”构成知名商品特有名称，我们认为本案的审理范围会被限定在：审理查明香港荣华“荣华月饼”是否构成知名商品特有名称这一范围内。

## 二、本案繁多的事实与程序问题 如何进行法律适用？

本案自原告发起诉讼至今时间跨度已达11年，案件相关的法律、法规如民事诉讼法、侵权责任法、商标法及实施条例、反不正当竞争法等均发生了不同程度的变化，尽管在新旧法适用方面一直以“事实从旧，程序从新”为原则，但本案已完成的几个审理阶段期间，部分案件相关法律版本亦是不同的。比如本案中检察机关抗诉理由中亦援引不正当竞争民事案件审理司法解释中认定与知名商品特有名称、包装、装潢相同或近似，可以参照商标相同或近似的判断原则和方法。而商标相同或近似的判断原则和方法通常依《商标审查及审理标准》

中的规范进行，该标准历年来经过了多次版本的修订。且商标法修改后，国家工商总局办公厅关于商标法新旧法衔接适用问题的通知中又对不同情况的商标案件规范了不同的适用规则，根据这些不同的规则，所指向适用的标准亦会发生变化。加之本案当事人一方为香港主体，我们认为厘清本案仅在适用法律法规一项上就会为审理工作产生大工作量。

## 三、本案核心争议点所涉及的 字号权、商标权、知名商品 特有名称权等多种权利冲突 如何解决？

通览案件，我们将案件中与“荣华”文字相关的权利状态归纳如下图所示：

从下表可以看出：

权利名称	主张权利的主体	产生时间	所属地域	权利状态	权利证明
“荣华”字号权	香港荣华	1950年	香港	有效存续	企业商业登记证
	东莞荣华	1994年	广州东莞	有效存续	企业注册登记证书
	苏国荣	1983年	广州佛山	有效存续	个体工商户登记记录及变更记录
“荣华”第30类商标权	苏国荣	1990年核准1997年受让取得	中国内地	有效存续	533357号商标证书
	香港荣华 东莞荣华	不清晰	中国内地	无效撤销	本案二审、再审判决
“荣华月饼”知名商品特有名称权	香港荣华 东莞荣华	待查明	中国香港 中国内地	待查明	待查明

1.关于企业字号权，再审程序中两方权利人主体在企业字号权方面香港荣华早于苏国荣，苏国荣早于东莞荣华，普通企业字号效力范围仅及于该字号登记所在地的基层行政区划范围。本案中香港荣华字号权范限于香港注册地，苏国荣的“荣华”字号权效力及于佛山注册地，东莞荣华的字号权效力及于东莞注册地，三地分属不同行政区划，且本案中诉争各方并未提供自身字号有超出登记地行政区划范围影响力的主张和证据，故我们认为字号权的考量对本案核心争议点无参考效果。

2.关于第30类月饼产品上商标权，根据诉争方在本案历次审理中提供的证据，结合一审、二审、再审判决认定的事实，香港荣华“荣华”未注册商标驰名状态认定在二

审中已被撤销认定，且再审支持了该撤销，可见本案中香港荣华在第30类月饼产品上并不享有“荣华”商标权，显然是苏国荣所持有的533357号“荣华”商标更为稳定、完整。

3.关于知名商品特有名称权，依我们前述分析，香港荣华“荣华月饼”是否构成知名商品特有名称，极有可能是本案抗诉再审核心争议点，我们认为可以从以下几个方面考量：

(1) 该商品名称是否知名？

鉴于商品名称知名程度依赖于相关公众的主观认识，且基于知识产权地域性特性且中国内地与香港属于不同法域，我们应当将



本案的商品特有名称是否知名放在中国内地这个法域前提下进行考量。

根据本案一审判决书中所列香港荣华关于在中国内地地区知名程度的举证主要自2001年9月起至2006年8月6日商业技能鉴定与服务中心、上海包装协会、中国焙烤制品糖制品工业协会等协会和机构评比颁发的名牌月饼、月饼口味经典奖等产品荣誉共八项，此类荣誉的评名因只涉及到少量专业从业者为相关公众且荣誉数量较少，我们认为该证据不足以证明香港荣华“荣华月饼”在内地的知名程度。

#### (2) 该商品名称达到知名程度的时间

结合三次审理中法院查明的产品销售证明、报纸广告、赛事冠名等信息，1994年12月东莞荣华成立后持续在广东、北京、福建等地销售产品，1995、1996两年香港荣华两次冠名“荣华月饼杯”世界女排大奖赛，直至2006年全国均有销售网点，我们认为在案资料能够证明“荣华月饼”名称在1996年在内地有一定范围知名度，在2006年达到较高的知名状态。如此事实状态下，确认“荣华月饼”在何时达到知名状态亦会成为本案难点。

#### (3) 该商品名称与权利人之间的对应关系紧密程度

比对分析本案在案证据，我们发现产品销售证明、报纸广告两类证据上，可以同时体现“荣华月饼”名称与权利人名称，而冠名类证据中，未能体现权利人具体信息。由此分析，在2006年以前，全国销售网点未建设完成，“荣华月饼”商品名称与其权利人香港荣华之前并未在相关公众中形成明确稳定的单一对应关系。

#### (4) 该商品名称是否存在与其他在先权利混淆误认的可能性

这一问题可以说是本案关键问题之一，基于前述(1)(2)(3)分析，我们目前无法确认香港荣华“荣华月饼”商品名称与苏国荣所持有的“荣华”商标两个权利产生的时间先后顺序。仅从相同近似程度来判断，两权利显然存在混淆误认可能。

如果与我们分析一致，审理中认定“荣华月饼”2006年在内地达到广泛知晓的知名程度，那么香港荣华使用“荣华月饼”的行为，就可能构成对苏国荣持有的注册于1990年的“荣华”商标权的侵权行为，一旦该定性成立，必将引发另一起侵权诉讼，持续20余年的侵权行为，价值几何？

如果审理认定“荣华月饼”在1994年进入内地成立东莞荣华时已在中国内地达到广为知晓的知名程度，其时苏国荣还未受让取得533357号商标，是否香港荣华“荣华月饼”知名商品特有名称就构成相对于苏国荣“荣华”商标权的合法在先权利？结合本案中查明的香港荣华1991年曾在内地提起过“荣华”商标注册申请因与当时还被案外人永乐糖果厂持有的533357号商标相同被驳回的事实，我们认为香港荣华在明知有一个在先的相同商标权，仍以相同标识为同类产品名称的行为，实为恶意商标侵权行为，不当应当基于该侵权行为广为宣传，持续持久而形成一项合法的知名商品特有名称权。

#### (5) 该知名商品特有名称认定是否会产生不良影响？

本案查明的事实可知，苏国荣“荣华”商标为一个核准有效并持续使用存续的商标权，如果审理认定“荣华月饼”知名商品特有名称权利成立，以“荣华月饼”与“荣华”相同近似程度而言，两者同样使用在月饼产品上，有较高的可能性导致相关公众发生混淆误认的情形，不利于市场主体建立良性的竞争关系。商标的基本功能就在于标识商品或服务不同来源，认定“荣华月饼”为香港荣华知名商品特有名称会使苏国荣持有的“荣华”商标权丧失其应有的权利完整性。从案件裁判结果的指导意义出发，有可能动摇我国商标法“注册在先”原则的公众确信。

最后，还有一个本案不能绕开的一个问题：今明公司使用“荣华月饼”为产品名称是否具有正当性？我们认为从产品名称其概念内涵外延及GB7718-2004《预包装食品标签通则》第5.1.1.1“应在食品标签的醒目位置，清晰地标示反映食品真实属性的专用名称。”并第5.1.1.2“可以标示‘新创名称’、‘奇特名称’、‘音译名称’、‘牌号名称’、‘地区俚语名称’或‘商标名称’，但应在所示名称的邻近部位标示5.1.1.1规定的任意一个名称”两条内容之规范，今明公司获得533357号“荣华”商标许可，在其商品上标明商标与商品属性结合而成的商品名称，实为正当使用。

前述浅见，仅为学习讨论，我们拭目以待本案抗诉再审审理结果。👉

# “累犯”涉嫌贩卖毒品还能不起诉， 律师如何做到的？

■ 汤建彬/文

日前，笔者办理的被告人刘某某涉嫌贩卖毒品罪一案有了令人满意的结果。北京市人民检察院第二分院对被告人刘某某作出了不起诉的决定。本案中被告人刘某的犯罪情节虽然较轻，但毕竟涉嫌“贩卖毒品罪”这一重罪名，且具有累犯情节。在存在这种不利因素的情况下，刘某最终得以通过认罪认罚程序取得不起诉的结果，辩护律师做了充分、细致、全面的工作。

## 基本案情：涉嫌贩卖毒品罪， 犯罪情节较轻

笔者在侦查阶段接受刘某某委托，通过会见、阅卷等工作，归纳出如下案件事实：

刘某某与小二姐（张某某）是老乡且是好友，张某某将其朋友贩卖毒品人员张某介绍给了刘某某认识。

2017年2月25日凌晨，刘某某为了自己吸食毒品（冰毒），联系张某并向张某购买了“一个”冰毒（1克左右），价格是1100元（含100元路费），凌晨两点多，张某将刘某某购买的毒品送到位于昌平的交易地点并将这“一个”冰毒给了刘某某。

张某给刘某某毒品时说还要给张某某“一个”冰毒，并当着刘某某的面给张某某打电话，问她是否方便来拿冰毒，张某某说不方便，张某某说：“我和你老乡刘某某在一起，要不要把这‘一个’冰毒放在刘某某这里？”，张某某同意先将这“一个”冰毒放在刘某某这里，于是张某将张某某的这“一个”冰毒交给了刘某某，后刘某某开车离开。

2月25日18点左右，刘某某给张某某发微信问她的“一个”冰毒是给她送过去还是她过来取？张某某说过来取，刘某某就把位置发给了她，张某某给刘某某发微信说到了，刘某某下楼后就被办案警官给抓获了。

## 汤建彬律师简介



京都律师事务所刑事诉讼部律师。汤建彬律师承刑诉大师，专长于毒品犯罪辩护和死刑复核辩护。汤建彬律师被《法邦网》聘请为首席刑事辩护律师，担任《毒品犯罪辩护网》首席律师，《毒品犯罪辩护适用法律规范大全》编委。

刘某某被抓后，向办案警官检举了贩毒人员张某和彭某某，并在办案警官的安排下向二人购买毒品，将二人约出，配合办案警官先后抓获了二人。

## 辩护难点

在刘某某涉嫌贩卖毒品罪这一重罪，且如果被定罪就属于累犯的情况下，想要争取到不起诉的结果，必须在事实、证据或法律适用上找出足以影响定罪的理由，同时全面



根据本案情况，在定性方面迅速把握“帮助购买毒品”与“帮助贩卖毒品”的区别这一争议焦点，认为刘某某的行为可能属于帮助他人购买毒品，从而动摇定罪的基础；在量刑方面着重论证刘某某的行为即使构成贩卖毒品罪，也属于情节较轻。在其同时具有两个立功情节的情况下，依法可以不判处刑罚。

挖掘有利于刘某某的量刑情节，难度很大。

## 律师工作

根据本案情况，在定性方面迅速把握“帮助购买毒品”与“帮助贩卖毒品”的区别这一争议焦点，认为刘某某的行为可能属于帮助他人购买毒品，从而动摇定罪的基础；在量刑方面着重论证刘某某的行为即使构成贩卖毒品罪，也属于情节较轻。在其同时具有两个立功情节的情况下，依法可以不判处刑罚。

笔者在接受委托后第一时间会见了刘某某，听取了其对案件事实的陈述。在侦查阶段，根据刘某某对案件事实的陈述，辩护人围绕着“刘某某的行为属于帮助张某某购买毒品，不属于帮助张某某贩卖毒品”这一核心意见，向公安机关提交了对刘某某变更为取保候审强制措施申请书。在审查起诉阶段，辩护人通过阅卷，结合全案案卷材料，围绕“刘某某的犯罪情节轻微，根据刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”这一核心观点，向北京市人民检察院第二分院递交了不起诉申请书，着重从以下几个方面进行了论证：

### 第一，刘某某购买毒品为了自己吸食购买毒品，不构成犯罪

依照相关法律规定，为了贩卖而购买毒品的行为才能认定为贩卖毒品罪，刘某某为了自己吸食购买毒品，不能认定为贩卖毒品罪。

### 第二，刘某某主观认识不清，贩卖毒品的犯意模糊

根据案件事实和证据，虽然张某某和张某均表示刘某某帮助张某某向张某某转交了毒品，刘某某也供认其知道张某某向张某某购买了一个毒品并将这一个毒品转交给了张某某，但是从刘某某的主观方面来讲，其贩卖毒品的犯意仍然十分模糊。

一方面，从帮助买方购买毒品与帮助卖方贩卖毒品的区别来看，这两者在法律性质上有明显的不同，前者不构成犯罪，后者则构成贩卖毒品罪的共犯。但是从事实的角度来看，很难将两者截然区分开。本案中，刘某某显然无法明确的区分帮助张某某购买毒品与帮助张某某贩卖毒品之间的区别，更无法认识到二者在法律性质上存在如此重大的差异。因此，即使认为刘某某构成贩卖毒品罪，其主观认识也非常模糊，没有明确的帮助张某某贩卖毒品的故意，主观恶性很小。

另一方面，从刘某某与张某某、张某某的关系来看，刘某某与张某某是朋友且是老乡关系，明显比刘某某与张某某的关系更亲近。刘某某认识张某某本身就是基于张某某的介绍，张某某高价卖给刘某某毒品。因此，从刘某某的角度来说，其与张某某没有利益关系，其缺乏帮助张某某贩卖毒品的动机。相对而言，刘某某帮助张某某购买毒品的动机更为明显。

综合以上两方面，即使认定刘某某与张某某构成贩卖毒品罪的共犯，其主观方面贩卖毒品的故意也十分模糊，主观恶性很小。

### 第三，刘某某属于本案中的从犯，应当减轻处罚或者免除处罚

即使认为刘某某与张某某构成贩卖毒品罪的共犯，其

在这一次毒品交易中仅仅起到转交毒品的作用，作用轻微，明显属于从犯。根据我国刑法第二十七条第二款的规定，对于从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚。辩护人提出，本次毒品交易的数量只有大约1克，在刘某某主观上犯意模糊，客观上作用轻微的情况下，完全可以减轻处罚或者免除处罚。



#### 第四，刘某某向办案

警官检举了张某、彭某某的贩卖毒品行为，协助办案警官分别抓获了二人，具有两个“立功”情节

刘某某向协助警方抓获了张某和彭某某。根据在案证据，张某实施的犯罪属于可能被判处无期徒刑以上刑罚的犯罪。刘某某协助警方抓获张某的行为应构成重大立功。因此，刘某某具有一个重大立功情节，一个一般立功情节。

第五，涉及刘某某的这次毒品交易属于警方钓鱼执法，对于张某和刘某某都应该从轻或者减轻处罚

根据张某某的供述，她是在警方的控制和安排之下向张某约购毒品的，警方的目的是利用这次交易抓获张某。因此，本次毒品交易中存在犯意引诱的情形，对参与此次交易的刘某某也应该从轻或者减轻处罚。

第六，刘某某归案后一直如实供述自己的犯罪事实，具有坦白情节

刘某某在归案后一直如实、稳定地供述了毒品交易的过程，认罪态度好，具有刑法第六十七条第三款规定的坦白情节，依法可以从轻或者减轻处罚。

综合上述理由，笔者向检察机关提出了刘某某的犯罪情节轻微，根据刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的辩护意见。

### 最终结果

北京市人民检察院第二分院针对刘某某适用了认罪

认罚从宽程序，在笔者全程参与的情况下，由刘某某签署了《认罪认罚具结书》。2017年11月22日，北京市人民检察院第二分院作出不起诉决定：刘某某实施了《中华人民共和国刑法》第三百四十七条规定的贩卖毒品行为，但犯罪情节轻微，且具有立功情节，自愿认罪认罚，根据《中华人民共和国刑法》第三十七条的规定，不需要判处刑罚，依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十三条第二款，决定对刘某某不起诉。

### 辩护亮点

笔者结合案件事实与证据，提出的刘某某的行为可能属于帮助他人购买毒品，不构成犯罪的观点足以动摇人民检察院以贩卖毒品罪对刘某某提起公诉的基础。另一方面，笔者还根据案件事实和证据，仔细、全面地挖掘了有利于刘某某的各种情节和因素，最终论证了刘某某的犯罪情节轻微，不需要判处刑罚，并得到检察机关的采纳，为刘某某争取到了不起诉这一成功的结果，刘某某于2017年11月22日被释放。🐶



# 浅议挂牌公司年度股东大会 规范性问题（下）

■ 王秀宏, 曲承亮/文

《浅议挂牌公司年度股东大会规范性问题》因为篇幅过长，分上下篇刊登。上篇刊登在121期《京都律师》，请扫码查看完整文章。



## 6.关于公司董事长不主持股东大会而委托或指派、授权董事、董事会秘书或其他人主持会议问题

笔者参加多家挂牌公司2016年度股东大会会议，发现有两家公司存在董事长不主持股东大会会议而指派、授权公司董秘或其他人员主持会议的情形，为确保公司年度股东大会召开的规范性，避免律师出具见证法律意见书而承担不必要的法律责任风险，律师及时指出并纠正了公司董事长不主持股东大会会议而委托、指派他人主持会议的错误。

根据《公司法》和《公司章程》的规定，公司股东大会会议由董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。因此，董事长主持股东大会是法定职权，不能委托、指派或授权他人行使；如

## 王秀宏律师简介



王秀宏律师1990年从事律师工作，曾供职于大连市刘宝有律师事务所，担任副主任一职。2003年加入北京市京都（大连）律师事务所，执业二十七年来办理了大量的非诉讼业务，先后为吉林敖

东、紫鑫药业、江苏飞力达、智云股份、宁城老窖、大连金牛、大连控股、大化B股等股份公司股票发行与上市、股份转让、资产并购、股权激励等提供了法律帮助。为天成股份、中核辐照等非上市公司在全国中小企业股份转让系统挂牌“新三板”提供了法律帮助。

果董事长不能履行职务或者不履行职务的，公司设有副董事长的，应由副董事长主持；公司未设副董事长的，应由半数以上董事共同推举一名董事主持。所以，公司董事长委托、指派或授权他人主持股东大会会议是违背《公司法》《公司章程》的不规范行为，应当予以纠正。

## 7.关于年度股东大会不审议或不主要审议公告的预定议案而审议非通知事项问题

笔者参加挂牌公司年度股东大会，发现有的挂牌公司年度股东大会会议拟不提交或不审议公司年度股东大会通知公告中列明的议案，而提交和审议会议现场临时提案；理由是相关议案已经公告告知了各位股东或在场的股东多为公司董事已经了解了议案内容，没有必要重复宣读或审

议；临时提案（非依法律或章程规定的程序并由临时提案权的股东提交的议案）内容，或为公司上一年度经营事项的补充说明、或为了公司下一年度或未来经营规划等情况。

笔者认为，一是根据挂牌公司章程的规定，股东大会通知中未列明的提案，股东大会虽然可以审议，但不得进行表决并作出决议；二是年度股东大会具有法定的和章程规定的审议表决事项（或议案），应以审议表决召开年度股东大会通知中列明的议案为会议的主要议程，不应审议未经规范程序提交的临时提案；三是关于公司经营事项，属于上一年度的应当列入公司董事会、监事会工作报告及年度财务决算报告、利润分配方案中，或者作为年度报告的内容，上述报告已基本涵盖了公司年度所有的经营事项，不必也不应存在额外的补充说明；四是临时提案如果涉及公司未来年度经营计划、规划，涉及商业秘密的提前泄露问题，同时过早地透漏公司的计划或规划，在市场、政策存在诸多不确定性的情况下很容易造成未来无法实现而带来的被动或尴尬局面，以致于在下一年度股东大会或公司年度报告、信息披露时无法解释。因此，从规范和谨慎的要求出发，召集人或董事会对于未列入年度股东大会的议案不应提交年度股东大会审议，更不能付诸表决。

笔者发现上述问题后，均及时予以指出和纠正，避免不规范情形发生或持续。

#### 8. 关于公司对年度股东大会不重视而董事长、董事、监事、高管缺席或不出席会议问题

许多挂牌公司都属于民营控股企业，野蛮生长，任性惯了，缺乏对非上市公众公司法人治理机制规范运营重要性的深刻意识，往往认为年度股东大会审议事项已经董事会、监事会审议通过，提交股东大会审议表决就是走形式，不予重视，在股东大会召开日都照常安排出差，即使未出差也没有出席的意思。

根据《公司法》《公司章程》的相关规定，股东大会召开时，公司全体董事、监事和董事会秘书应当出席会议，总经理和其他高级管理人员应当列席会议。在年度股东大会上，董事会、监事会应当就其过去一年的工作向股东大会作出报告。董事、监事、高级管理人员应当在股东大会上就股东的质询和建议作出解释和说明。公司股东大会及董事、监事、高级管理人员应当切实、充分保障股东质询权、建议权的享有和实现，如实、及时、充分地回答

## 曲承亮律师简介



1989年2月考取律师资格，2002年12月取得独立董事资格。2003年2月，加盟京都（大连）律师事务所，曾先后主持或参与多家公司股票发行上市、并购重组、融资或再融资、合并分立、股权投资、企业改制、股权激励、公司治理、债券发行、私募基金设立等非诉讼法律事务，现担任多家上市、挂牌公司的法律顾问。独立发表及合作发表多篇有关公司治理、企业改制与产权交易等方面的论文。

股东的质询，必要时应提供相关证据资料。股东大会对提案进行表决前，应当确定计票人和监票人组成的监票计票小组；监票计票小组负责股东投票的监督和统计事务；监票人和计票人应当由两名股东代表及监事共同组成。出席股东大会会议的董事、监事、会议召集人或召集人代表、会议主持人、董事会秘书应当在会议记录上签名。因此，公司董事、监事、高管有义务出席、列席股东大会会议，这是法律 and 公司章程关于股东大会召开的规范性要求，其中董事、监事、高管列席股东大会并接受股东质询是一项法定义务，不能无故缺席或逃避。

笔者在一家挂牌公司召开年度股东大会前日先行探询中了解到类似情况后，及时敦促公司董秘通知公司董事长及其他董事、监事、高管取消出差计划，必须回公司主持、



出席年度股东大会，否则，律师将无法出具公司年度股东大会规范性的见证法律意见书，公司将面临监管机构和股转系统的问责、调查或处罚。公司董事长感到问题的严重性，立即取消外地活动，在股东大会召开前连夜乘机赶回出席并主持第二天的年度股东大会会议，其他董事、监事、高管也随之出席了会议，避免了公司股东大会无法召开或不召开的违规情形。

挂牌公司没有律师出席或见证的股东大会是如何召开的我们暂时不知，但公司委托或需要律师出席并出具见证法律意见书的股东大会，一定要合法规范，出现不合法、不规范的情形一定要及时予以纠正，这关系到律师和律师事务所的专业诚信、社会公信力和责任风险，必须要求公司股东大会召开规范合法，否则，律师不应出具或应拒绝发表合规性意见并出具法律意见书。

#### 9.关于年度股东大会非公司股东、董事、监事、高管等外来人员参加会议的规范性问题

年度股东大会是挂牌公司一年度中重要的会议和活动，有些挂牌公司基于各种考虑或情况会邀请或允许诸如政府官员、主管部门领导、行业协会成员、投资机构研究人员、准投资人、企业朋友或中介机构等非公司股东或股东代表出席年度股东大会，而股东大会在年度股东大会决议公告披露之前，会议拟审议、表决的部分议案及表决结果尚属于处于保密阶段的内幕消息，不应为非公司股东提前知悉或了解，不应通过非信息披露渠道发布，不应在非规定时间披露。公司邀请或允许公司非股东或股东代理人出席公司年度股东大会，如同公司信息在指定平台正式披露之前已被部分人提前获悉，造成内幕消息的提前泄露，甚至会被一些投机人或投资机构所利用，掌握了市场运营的先机从中获取利益，损害公司及其他投资人或股东的权益。

根据中国证监会《非上市公众公司监

督管理办法》（证监会令第96号）规定，公司及其他信息披露义务人应当按照法律、行政法规和中国证监会的规定，真实、准确、完整、及时地披露信息，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；公司及其他信息披露义务人应当向所有投资者同时公开披露信息；公司的董事、监事、高级管理人员应当忠实、勤勉地履行职责，保证公司披露信息的真实、准确、完整、及时。《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》及《全国中小企业股份转让系统挂牌公司信息披露细则（试行）》规定，年度股东大会决议应当在年度股东大会后两个转让日通过指定的全国股份转让系统指定信息披露平台（www.neeq.com.cn或www.neeq.cc）发布和披露；挂牌公司及相关信息披露义务人应当及时、公平地披露所有对公司股票及其他证券品种转让价格可能产生较大影响的信息；挂牌公司披露重大信息之前应当经主办券商审查，公司不得披露未经主办券商审查的重大信息；挂牌公司在其他媒体披露信息的时间不得早于指定披露平台的披露时间；挂牌公司召开股东大会，应当在会议结束后两个转让日内将相关决议公告披露。披露是指挂牌公司或者相关信息披露义务人按法律、行政法规、部门规章、规范性文件、信息披露细则和全国股份转让系统公司其他有关规定在全国股份转让系统公司网站上公告信息；及时是指自起算日起或者触及信息披露细则规定的披露时点的两个转让日内披露；公平是指公司及相关信息披露义务人应当同时向所有投资者公开披露重大信息，确保所有投资者可以平等地获取同一信息，不得私下提前向特定对象单独披露、透露或者泄露。据此，挂牌公司允许或邀请非公司股东或股东代理人出席年度股东大会，违背了信息披露的保密、及时和公平原则。律师发现挂牌公司年度股东大会允许或邀请非公司股东或股东代理人出席、列席年度股东大会情形，应当及时提请公司纠正。

#### 10.关于表决程序中的计票监票问题

年度股东大会各项议案审议完毕后进入表决程序，主持人应首先确定计票监票小组成员及其负责人。根据挂牌公司章程的通常规定，计票监票小组通常有两股东代表、一名监事组成，并确定一人为负责人。如果律师出席会议，也可以参与计票审核工作。但在会议表决程序中，有的挂牌公司有关计票监票小组组成上和表决方式上却未按照其公司章程的规定组成并实施相应的计票监票工作，导致表决程序中的计票监票环节存在瑕疵。如：

### （1）易信科技（836356）2016年度股东大会

《易信科技章程》第七十九条规定，股东大会对提案进行表决前，应当推举两名股东代表参加计票和监票。股东大会对提案进行表决时，应当由股东代表与监事代表共同负责计票、监票，并当场公布表决结果，决议的表决结果载入会议记录。《易信科技股东大会议事规则》第四十条规定，股东大会对提案进行表决前，应当推举两名股东代表参加计票和监票；股东大会对提案进行表决时，应当由律师、股东代表与监事代表共同负责计票、监票。可见，易信科技股东大会计票监票小组应由两名股东代表、监事组成，律师出席会议的参与计票监票工作。

根据易信科技2016年度股东大会见证律师出具的法律意见书，本次股东大会采取现场记名方式投票表决，由1名股东代表和1名监事监票，由见证律师核查，并当场公布表决结果。若非律师描述缺陷问题，易信科技年度股东大会计票监票小组组成存在股东代表欠缺的瑕疵。

### （2）赛诺科技（837042）2016年度股东大会

《赛诺科技章程》第八十四条规定，公司股东大会采取记名方式投票表决。根据赛诺科技2016年度股东大会见证律师出具的法律意见书，股东大会对于《会议通知》中的议案以举手方式表决。不符合《赛诺科技章程》的相关规定，存在表决方式违背公司章程规定的瑕疵。

纵观挂牌公司2016年度股东大会的召开情况，多数较为合规，存在或发生的问题应引起见证律师的高度重视。见证律师应提高专业的敏感性和责任心，以专业见识、技能、经验确保挂牌公司召开年度股东大会的规范性，降低、避免律师见证法律风险。

## 三、关于挂牌公司召开年度股东大会的规范性基本要求

根据《公司法》等法律、法规，中国证监会《非上市公众公司监督管理办法》（证监会令第96号）等规范性文件及股转系统《全国中小企业股份转让系统挂牌公司信息披露细则》（股转系统公告[2013]3号）、《全国中小企业股份转让系统业务规则》（股转系统公告[2013]40号）、《全国中小企业股份转让系统挂牌公司年度报告内容与格式（试行）》（股转系统公告[2013]6号）等规则 and 公司章程通用版关于召开年度股东大会的相关规定，结合笔者参与挂牌公司年度股东大会见证的经验，归纳了挂牌公司规

范召开年度股东大会的基本条件和流程，仅供参考。

### （一）股东大会的召集

1.挂牌公司董事会应通过召开年度股东大会的决议

2.董事会应在通过召开年度股东大会决议后的两个转让日内通过全国股份转让系统指定信息披露平台（www.neeq.com.cn或www.neeq.cc）发布《召开XXXX年度股东大会通知公告》，确定召开年度股东大会的时间、地点、出席会议的股东（股权登记日）及其他人员（董事、监事、高管及见证律师）和拟审议决议案等事项

（1）股权登记日与会议日期之间的间隔应当不多于七个工作日；股权登记日一旦确定，不得变更。

（2）挂牌公司年度股东大会审议表决的议案一般为：

- ①关于公司XXXX年度董事会工作报告；
- ②关于公司XXXX年度监事会工作报告；
- ③关于公司XXXX年度财务决算报告；
- ④关于公司XXXX年度财务预算方案；
- ⑤关于公司XXXX年度利润分配方案；
- ⑥关于公司XXXX年度报及其摘要；
- ⑦关于确认公司XXXX年度日常性关联交易的议案（若有）；
- ⑧关于预计公司XXXX年度日常性关联交易的议案（若有）；
- ⑨关于聘请公司XXXX年度财务审计机构的议案；
- ⑩其他议案或临时提案。

### （二）出席年度股东大会会议人员和召集人、主持人资格

#### 1.召集人资格

挂牌公司年度股东大会的召集人应为董事会。



## 2. 主持人资格

(1) 根据《公司法》和挂牌公司章程的通常规定, 年度股东大会的主持人一般为董事长。

(2) 特殊情况下的主持人, 可能为下列人员:

公司董事长不能履行职务、不履行职务或者因换届选举、辞职、被撤职或免职及其他原因缺位时, 若设置副董事长的, 由副董事长主持; 若副董事长不能履行职务、不履行职务或者因辞职、被免职及其他原因缺位时, 由半数以上董事共同推举一名董事履行职务。

监事会自行召集的股东大会, 由监事会主席主持。监事会主席不能履行职务、不履行职务或缺位时, 由半数以上监事共同推举的一名监事主持。

如果是股东自行召集的年度股东大会, 由召集人推举代表主持。

召开年度股东大会时, 会议主持人违反大会议事规则使股东大会无法继续进行的, 经现场出席股东大会有表决权过半数的股东同意, 股东大会可推举一人担任会议主持人, 继续开会。

## 3. 出席年度股东大会现场会议人员资格

根据《公司法》及挂牌公司章程的规定, 出席公司年度股东大会的人员主要分三部分:

(1) 股权登记日登记在册的公司股东或股东授权代理人。股东或股东授权代理人的确定以中国证券登记结算有限责任公司北京分公司出具的股权登记日之《证券持有人名册》为依据, 凡是在股权登记日之《证券持有人名册》中的股东或股东授权代理人并在《召开XXXX年度股东大会通知公告》规定的报到日办理出席会议登记手续的股东或股东代理人, 均有权出席挂牌公司年度股东大会会议。

(2) 挂牌公司的董事、监事、高级管理人员

## (3) 召集人委托的见证律师

上述人员均具备出席挂牌公司年度股东大会会议的资格。

根据《公司法》和挂牌公司章程的通常规定, 挂牌公司的董事、监事、高级管理人员应当出席年度股东大会, 董事、监事、高级管理人员应当在股东大会上就股东的质询和建议作出解释和说明, 切实、充分保障股东质询权、建议权的享有和实现, 如实、及时、充分地回答股东的质询, 必要时应提供相关证据资料。因此, 董事、监事、高级管理人员出席股东大会是《公司法》及公司章程规定的忠实与勤勉义务, 不得轻视、忽视或懈怠、逃避。

## (三) 年度股东大会临时提案的提交与审核

根据《公司法》和挂牌公司章程的通常规定, 单独或者合计持有公司3%以上股份的股东, 可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面提交召集人。召集人应当在收到提案后2日内发出股东大会补充通知, 公告临时提案的内容。除前述情形外, 召集人在发出股东大会通知公告后, 不得修改股东大会通知中已列明的提案或增加新的提案。股东大会通知中未列明或不符合章程规定的提案构成条件的提案, 股东大会不得进行表决并作出决议。据此确定:

1. 年度股东大会具有临时提案权的提案人应为持股3%以上的公司股东;

2. 提交临时提案时间为年度股东大会召开10日前;

3. 召集人应当在收到提案后2日内对临时提案人提交的临时提案进行审查, 认为符合提案人资格、在提案提出的规定时间和提案内容符合章程的规定等条件满足时即发出股东大会补充通知, 公告临时提案的内容, 并将临时提案列入年度股东大会拟审议的议案中。

召集人审查临时提案, 应注重以下三个方面的审核:

(1) 临时提案人资格审查;

(2) 临时提案提出时间合规性审查;

(3) 临时提案的内容审核。临时提案应当属于股东大会职权范围、有明确议题和具体决议事项, 并且符合法律、行政法规和公司章程的有关规定。

召集人(或董事会)应当就临时提案的审查、审核情况出具意见和说明。

## (四) 表决程序

1. 确定计票监票小组成员及其负责人



计票监票小组一般由三人组成，其中：股东代表二人和监事一名组成，可确定任何一人为组长。若律师出席股东大会并见证的，律师可以参与监票计票工作。

2.主持人应特别提示与说明：本次会议表决议案，有无关联交易和关联人，股东是否存在应当回避表决的情形，然后主导股东投票表决

#### 3.股东及股东代理人投票表决

年度股东大会关乎公司股东投资权益，出席会议的股东及股东代理人应采取记名投票方式表决，不宜采用举手等缺乏存档留证的方式表决。

#### 4.监票和计票

出席会议的股东及股东代表投票结束，计票监票小组进行计票，并由计票监票小组组长负责向主持人提交计票结果。

5.主持人公布股东表决结果，并根据表决结果宣布股东大会决议

### （五）签署会议决议、记录

根据挂牌公司章程的一般性规定，出席股东大会会议的董事、监事、会议召集人或召集人代表、会议主持人、董事会秘书应当在会议记录上签名。

### （六）律师见证与出具法律意见书

挂牌公司召开年度股东大会时应当聘请律师对以下问题出具法律意见并公告：①会议的召集、召开程序是否符合法律、行政法规、公司章程；②出席会议人员的资格、召集人资格是否合法有效；③会议的表决程序、表决结果是否合法有效；④应公司要求对其他有关问题出具的

法律意见。

见证律师出席挂牌公司年度股东大会进行见证并发表见证意见及出具法律意见书，一般采用以下做法：


第一种做法：在年度股东大会会议开始前，见证律师就年度股东大会的召集、召开程序和召集、出席会议人员资格事项发表意见，召集、召开程序符合规定时即开会；在表决程序结束后，再就临时提案、会议的表决程序与表决结果事项发表意见，并在会后出具法律意见书。

第二种做法：公司年度股东大会表决结束后，见证律师当场就公司年度股东大会的召集、召开程序和召集、出席会议人员资格、临时提案、会议的表决程序与表决结果事项发表一个结论性意见，并在会后出具法律意见书。

第三种做法：公司年度股东大会开会之前、表决结束后，不当场发表见证意见，而在公司年度股东大会结束后直接出具法律意见书。

具体采用何种做法，尊重召集人的意见。

### （七）及时公告

董事会应当在年度股东大会会议结束后两个转让日内将年度股东大会决议公告披露。年度股东大会公告中应当包括律师见证意见。



# “农村集体土地无须征地即可入市”系误读

——兼论“集体经营性建设用地入市”政策及前景

■ 孟冰, 木煜 / 文

2017年8月28日, 国土资源部、住房城乡建设部联合发布了《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》(以下简称“《试点方案》”), 并宣布将北京、上海、沈阳、南京、杭州、合肥、厦门、郑州、武汉、广州、佛山、肇庆、成都13个城市纳入试点。

此举作为农村土地改革的重要举措及楼市调控的重大措施, 自发布之日就引发了房地产流量公众号的狂欢, 在争相发文解读的同时, 也出现了一系列的误读, 其中诸如“农村集体土地无须经国家征地即可进入市场”、“集体土地入市租赁引发楼市跳水”这样单纯只为吸粉抓住眼球的标题层出不穷。针对此类误读情形, 本文展开说明并对“集体经营性建设用地入市”政策加以简单解读。

## 一、集体建设用地不等同于“农村集体土地”

在此, 有必要明确几个概念。

(一) 集体土地。现行《土地管理法》第八条第二款规定, 农村和城市郊区的土地, 除由法律规定属于国

### 孟冰律师简介



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。

家所有的以外, 属于农民集体所有; 宅基地和自留地、自留山, 属于农民集体所有。该法第十条规定, 农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的, 由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理; 已经分别属于村内两个以上农村集体经济组织的农民集体所有的, 由村内各该农村集体经济组织或者村民小组经营、管理; 已经属于乡(镇)农民集体所有的, 由乡(镇)农村集体经济组织经营、管理。

(二) 集体建设用地, 又叫乡(镇)村建设用地或农村集体土地建设用地, 是指乡(镇)村集体经济组织和农村个人投资或集资, 进行各项非农业建设所使用的土地。集体建设用地分为三大类: 宅基地、公益性公共设施用地和经营性建设用地。集体建设用地所有权归集体所有, 农民享有使用权, 使用期限无规定。

(三) 集体经营性建设用地, 是指具有生产经营性质的农村建设用地。农村集体经济组织使用乡(镇)土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业或者与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同兴办企业所使用的农村集体建设用地。在中

国银监会、国土资源部联合印发《农村集体经营性建设用地使用权抵押贷款管理暂行办法》中明确提出农村集体经营性建设用地是指存量农村集体建设用地中，土地利用总体规划和城乡规划确定为工矿仓储、商服等经营性用途的土地。

通过明确上述概念可知，集体建设用地并不等同于农村集体土地，集体土地包括为三种，农用地（包括基本农田、林地、草地、水利用地，以农田为主）、建设用地和未利用地，而《试点方案》在标题中就明确写明，该方案的适用于“集体建设用地”，不适用于农用地，也不适用于未利用地。

集体建设用地在审批时需履行严格的政府审批手续，《土地管理法》第六十条规定，农村集体经济组织使用乡（镇）土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业或者与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业的，应当持有关批准文件，向县级以上地方人民政府土地行政主管部门提出申请，按照省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准；其中，涉及占用农用地的，依照按照规定办理农用地转用审批手续。

## 二、并非所有农村集体土地均可直接进入市场

“农村集体土地无须经国家征地即可进入市场”这一说法实际上是偷换了“集体经营性建设用地入市”的概念，为阐明这个问题，本文对“集体经营性建设用地入市”的相关政策加以简单的介绍：

### （一）集体经营性建设用地入市政策回顾

2014年11月20日，中共中央办公厅、国务院办公厅发布

## 木煜律师简介



木煜律师于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。

《关于引导农村土地经营权有序流转发展农业适度规模经营的意见》，此意见提出“三权分置”概念，即归集体的土地所有权、归农户的承包权和归实际经营者的经营权。

2014年12月30日，国务院办公厅发布《关于引导农村产权流转交易市场健康发展的意见》，明确将土地经营权分离出来。

2015年1月，中共中央办公厅和国务院办公厅联合印发了《关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点工作的意见》，这标志着，我国农村土地制度改革即将进入试点阶段。试点工作将于2017年底完成。该意见中，针对农村集体经营性建设用地，明确提出，建立农村集体经营性建设用地产权制度，赋予农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股权能；明确农村集体经营性建设用地入市范围和途径；建立健全市场交易规则和服务监管制度。

2015年2月27日，全国人民代表大会常务委员会作出《关于授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》，在33个试点县（市、区）行政区域暂时停止土地管理法、城市房地产管理法关于集体建设用地使用权不得出让等的规定，明确在符合规划、用途管制和依法取得的前提下，

允许存量农村集体经营性建设用地使用权出让、租赁、入股，实行与国有建设用地使用权同等入市、同权同价。试点行政区域内只允许集体经营性建设用地入市，非经营性集体建设用地不得入市。入市要符合规划、用途管制和依法取得的条件。入市范围限定在存量用地。

2016年4月18日，财政部、国土资源部发布《关于印发<农村集体经营性建设用地土地增值收益调节金征收使用管理暂行办法>的通知》，对农村集体经营性建设用地土地增值收益管理做出规范。

2016年6月，中国银监会、国土资源部联合印发《农村



集体经营性建设用地使用权抵押贷款管理暂行办法》，在坚持土地公有制性质不变，耕地红线不突破，农民利益不受损的前提下，开展农村集体经营性建设用地使用权抵押贷款工作，落实农村集体经营性建设用地与国有建设用地同等入市、同权同价。

2016年12月，国土资源部下发《关于进一步加快宅基地和集体建设用地确权登记发证有关问题的通知》，进一步加快农村宅基地和集体建设用地确权登记发证工作，有效支撑农村土地制度改革。

通过回顾农村集体经营性建设用地入市制度相关政策的出台历程，可以看出只有“集体经营性建设用地”方属于“入市制度”中可以入市的土地类别，宅基地和公益性公共设施用地均不存在“入市”的政策。

## （二）《试点方案》的规定与“集体经营性建设用地入市”概念是有很大的区别的

### 1. 从政策出台的目来看

国土资源部、住房城乡建设部此次发布的试点方案主要目的是为了“增加租赁住房供应，缓解住房供需矛盾”、“拓展集体土地用途，拓宽集体经济组织和农民增收渠道”，属于房地产调控的主要措施，以建立购租并举的住房制度、构建城乡统一的建设用地市场、建立健全房地产平稳健康发展长效机制为目的。而“集体经营性建设用地入市改革”作为我国农村土地改革的重要组成部分，其目的是为了盘活农村存量建设用地；激活农村土地资产，增加农民财产收入；促进城乡要素流动，推动就地城镇化和新农村建设。

### 2. 从政策出台背景来看

2017年7月27日，住房城乡建设部会同国家发展改革委、公安部、财政部、国土资源部、人民银行、税务总局、工商总局、证监会等八部门联合印发了《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》，要求在人口净流入的大中城市，加快发展住房租赁市场。8月28日，国土资源部和住建部联合发布了《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》。可以看出，七月份的政策和八月份发布的《试点方案》解决的都是房屋租赁的问题，区别在于七月份的政策针对的是城市，八月份的政策针对的是农村。

反观“集体经营性建设用地入市”政策，自2014年以来，在农村土地制度改革的背景下，针对农村集体经营性建设用地权能不完整，不能同等入市、同权同价和交易规则亟待健全等问题，中央及各主管部门公布的一系列政策文件，

旨在建立农村集体经营性建设用地入市制度及相关配套制度，完善农村集体经营性建设用产权制度，赋予农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股权能，明确农村集体经营性建设用地入市范围和途径，建立健全市场交易规则和服务监管制度。

### 3. 从实施客体上看

《试点方案》明确指出“利用集体建设用地建设租赁住房”，而“集体经营性建设用地入市”鲜明地表明实施客体仅限于“集体经营性建设用地”。本文已在第一部分分析了两个概念的不同之处，可以看出《试点方案》的实施客体范围比入市制度更加宽泛，毕竟集体建设用地不仅包括了经营性建设用地，还包括宅基地和公益性建设用地。

### 4. 从具体实施方式上

《试点方案》允许村镇集体经济组织可以自行开发运营，也可以通过联营、入股等方式建设运营集体租赁住房。北京市作为集体土地建设租赁住房试点较早的城市，从2011年起，北京市先后在朝阳区平房乡、海淀区唐家岭、温泉镇3-3街区351地块、昌平区北七家镇等5个集体用地上开展了租赁住房项目试点，建设租赁住房1.28万套，有效解决了北京供地紧张之困。

根据《关于授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》，集体经营性建设用地入市方式被简单描述为“存量农村集体经营性建设用地使用权采用出让、租赁、入股，实行与国有建设用地使用权同等入市、同权同价”。作为农村集体经营性建设用地入市政策试点地区，北京市大兴区在全国率先提出了集体经营性建设用地入市“镇级统筹”模式。2016年1月，北京赞比西房地产开发有限公司以8.05亿元竞得大兴区一块土地40年的使用权，成为北京第一宗通过招拍挂形式出让的集体经营性建设用地。

可见，入市制度解决的是土地使用权流转的问题，而《试点方案》中则明确要求“不得以租代售”，项目建成后集体建设用地的使用权人并不发生变化。

综上，通过上述分析可见，《试点方案》的规定从政策出台的目的、背景、实施客体、操作模式等方面均与农村集体经营性建设用地入市政策存在本质性差别。事实上，在我国农村现有建设用地中，宅基地至少占70%以上，另外还有部分乡村公益用地，从而剩下的建设用地所占比例很小，其中的经营性建设用地比例就更小了。因此，不论是根据《试点方案》还是“集体经营性建设用地入市”制度，直接断言

入市制度解决的是土地使用权流转的问题，而《试点方案》中则明确要求“不得以租代售”，项目建成后集体建设用地的使用权人并不发生变化。

上述政策的出台即意味着“农村集体土地不用经过国家征地环节，可直接进入市场”，“政府向社会大规模转让土地红利”，实属对政策主观误解及夸大其词。

### 三、根据现有政策，集体经营性建设用地上市需具备的条件

在对集体经营性建设用地制度简单介绍后，根据目前已出台的集体经营性建设用地上市政策，在试点范围内，如农村集体经营性建设用地需要上市流转，需具备哪些条件呢。

虽然各试点区域在操作过程中均根据本区域的不同情况设立了不同条件、标准以及操作方法，但在整体上，农村集体经营性建设用地上市条件基本可分为以下两类，一类是尚未入市但已依法进行不动产登记并持有权属证书，符合规划、环保等要求，具备开发利用的基本条件。同时，所有权主体履行集体土地资产决策程序同意抵押，试点县（市、区）政府同意抵押权实现时土地可以入市的。另一类则是尚未入市但改革前依法使用的农村集体经营性建设用地，依法进行不动产登记并持有权属证书，按相关规定办理入市手续，签订土地使用合同，办理变更登记手续的情形。

### 四、《土地管理法（修正案）》 针对集体经营性建设用地上市 改革作出重大修订

2017年5月23日，国土资源部将《土地管理法（修正案）》草案向全社会公开征求意见，社会各界共计向国土资源部提出262人次、累计840条修改意见。在征求意见结束之后，国土资源部对修正草案进行了18处修改，并在7月27日将《土地管理法（修正案）》送审稿正式上报国务院审议。

此次修订涉及现行《土地管理法》的41个条文，而农村土地制度改革（包括农村土地征收、集体经营性建设用地上市和宅基地这三方面内容），在修改补充条款中占了18条。

为农村集体经营性建设用地上市扫清法律障碍，被认为是此次《土地管理法（修正案）》的最大亮点之一，主要体现在：

1.在《土地管理法（修正案）》中删去了现行《土地管理法》第四十三、六十三条关于建设用地必须使用国有土地、集体土地不得用于建设用途的规定。

2.《土地管理法（修正案）》新增第六十三条规定“国家建立城乡统一的建设用地市场。符合土地利用总体规划的集体经营性建设用地，集体土地所有权人可以采取出让、租赁、作价出资或者入股等方式由单位或者个人使用，并签订书面合同。按照前款规定取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、出租或者抵押。集体经营性建设用地出让转让的办法，由国务院另行制定”。

这部分修订为农村土地制度改革消除了最根本的立法障碍。根据国土资源部关于本次《土地管理法》修订的说明，这一改动体现将集体经营性建设用地与国有建设用地市场交易制度相衔接，实现同地同权的基本思路。在新增的第六十三条中对集体经营性建设用地上市的范围、条件等进行了原则规定，同时该条第三款规定集体经营性建设用地出让转让的具体办法，将由国务院另行制定。

由于国有与农村集体经营性建设用地上市在主体和目标尚有较大差异，对农村集体经营性建设用地上市管理不能完全照搬套用国有建设用地供应管理制度，目前，集体经营性建设用地上市制度的具体办法尚未制定。对此，国土资源部表示，在《土地管理法（修正案）》基本确立了农村集体经营性建设用地上市制度后，国土资源部将研究制定相关具体办法。👉



# 划转国有资本充实社保基金（49号文） 的实施对私募基金的影响

■ 肖小保 / 文

近日国务院出台《划转部分国有资本充实社保基金实施方案》（国发〔2017〕49号）文，对PE界犹如惊天春雷，很多PE业界资深大佬表达该方案中规定《国务院关于印发减持国有股筹集社会保障资金管理暂行办法的通知》（国发〔2001〕22号）和《财政部 国资委 证监会 社保基金会关于印发〈境内证券市场转持部分国有股充实全国社会保障基金实施办法〉的通知》（财企〔2009〕94号）等现行国有股转（减）持政策停止执行对PE行业的重磅利好，这主要是由于财企〔2009〕94号文第六条规定的凡在境内证券市场首次公开发行股票并上市的含国有股的股份有限公司，除国务院另有规定的，均须按首次公开发行时实际发行股份数量的10%，将股份有限公司部分国有股转由社保基金会持有，国有股东持股数量少于应转持股份数量的，按实际持股数量转持赋予的国有股转持义务。

长期以来，财企〔2009〕94号文等现行国有股转（减）持政策极大地挫伤了国资参与PE投资的积极性，主要原因是该等国有股转（减）持政策罔顾基金行业投资的特点，其只看到基金投资的单个目标公司IPO成功而获得的收益，而没有考虑基金整体投资的风险带来的损失，没有整体全面地核算投资收益，未扣除风险投资本身所具有的投资损失，仅就某单个成功IPO的股权投资收益直接划转，无疑给国有出资人个体造成不公，犹如被割韭菜，极大地挫伤了国有出资人参与私募基金投资的积极性，实务中更是国有出资人参与基金的各种规避财企〔2009〕94号文的方略和措施。

## 肖小保律师简介



京都律师事务所合伙人，北京市律师协风险投资与私募股权法律专业委员会委员，具有证券从业资格（证券发行与承销）。肖小保律师先后在公司、律所工作十余年，专注于基金、资本市场及公司法律事务，在私募基金、新三板、IPO（首次公开发行上市）、公司并购重组、投融资、员工股权激励、互联网金融和诉讼等方面具有丰富的法律服务经验。

另一方面，人口老龄化在加剧，职工基本养老保险基金出现缺口，为充分体现代公平和国有企业发展成果全民共享，国务院出台了国发〔2017〕49号文，加大了国有企业股权划转社保基金充实的力度；同时，本轮国企改革（含混改）推出以管资本为主，加强国资监管的改革进程，并出台了《关于深化国有企业改革的指导意见》，强调以管资本为主加强国有资产监管，改革国有资本授权经营体制，组建若干国有资本运营公司，支持有条件的国有企业改组为国有资本投资公司，提高国有资本配置和运营效率，建立国有资本布局 and 结构调整机制，推进国有资本优化重组，建立健全国有资本收益管理制度。

而财企〔2009〕94号文等现行国有股转（减）持政策无疑已成为上述国有资本参与基金投资、国有资本投资的弊端，在此背景下，国发〔2017〕49号文孕育而生。

纵然PE界主流观点对国发〔2017〕49号文中对暂停执行财企〔2009〕94号等现行国有股转（减）

持政策解读为重大利好，但我们应从长远、整体来分析判断国发〔2017〕49号文和后续国发〔2017〕49号文实施细则对PE的影响和应对措施，本文试图从以下方面讨论分析，以供参考。

## 一、划转与转持的对比分析

国发〔2017〕49号文对划转部分国有资本充实社保基金的规定与财企〔2009〕94号文对国有股转（减）持政规定比

较如下表所示：

项目	国发〔2017〕49号文	财企〔2009〕94号文	备注
划转/转持范围	中央和地方国有及国有控股大中型企业、金融机构；公益类企业、文化企业、政策性和开发性金融机构以及国务院另有规定的除外	在境内证券市场首次公开发行股票并上市的含国有股的股份有限公司	49号文范围大于94号文，但对于国有控股的上市公司都在二者范围之内
划转/转持标的	中央和地方国有及国有控股大中型公司制（包括股份有限公司和有限公司）股权和非公司制的国有控股企业集团所属一级子公司（包括股份有限公司和有限公司）股权	上市公司股票	均限定为符合《公司法》下的有限责任公司股权和上市公司股票、非上市公司股份；未完成改制的非公司制的国有企业，暂未纳入划转主体
划转/转持的义务主体	持有拟划转国有及国有控股企业、金融机构股权的国有出资人	持有上市公司股票的国有股东	
划转/转持的时点	国有资产监督管理机构提出方案，由财政部、人力资源社会保障部、国务院国资委审核确认后实施	上市后，拟转持股份自公告之日起，中国结算公司在收到国有股转持通知后15个工作日内	
划转/转持的比例	标的企业国有股权的10%	标的上市公司首次公开发行时实际发行股份数量的10%，国有股东持股数量少于应转持股份数量的，按实际持股数量转持	如有国有控股企业或多家国有控股企业，各自转持比例应具体的测算（见下文举例），划转到具体比例测算有待进一步公布实施细则
划转/转持程序	提出方案，审核确认划转方案，划转实施	国有股东身份和转持股份数量进行初步核定，发布转持公告，划转及进行结算公司变更登记	
划转/转持后的管理	财务投资为主，行使收益权和处置权，不参与公司经营管管理，原则上不派董事，3年以上禁售期及原持股主体的限售义务	按照上市公司管理规定	

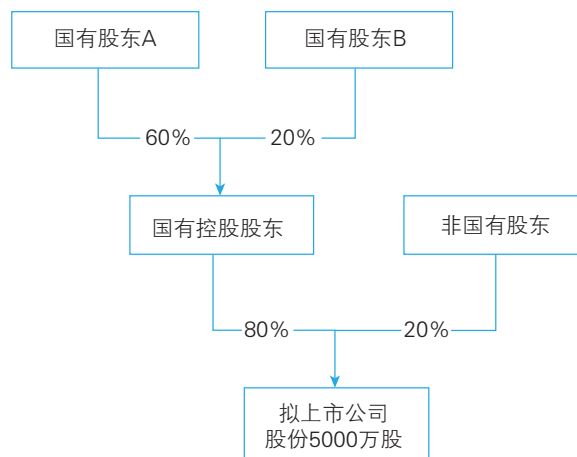
## 二、划转与转持对持有上市企业权益的影响

国发〔2017〕49号文并没有终止或废止财企〔2009〕94号文的法律效力，仅是停止实施。从国发〔2017〕49号文的基本原则和指导思想分析，该文并不是豁免国有股相关主体的划转义务和责任，而是暂停实施，等待后续〔2017〕49号文的进一步规定，从上对比分析，〔2017〕49号文的适用场景应当是涵盖了财企〔2009〕94号文的适用场景，后续若由〔2017〕49号文替代执行财企〔2009〕94号文，二者对上市公司股份转持和划转的权益影响是有差别的，为便于分析，仅以如下假定的条件为例：

假定拟上市公司上市后股份总数为5000万股，其中首次新发行1250万股，国有股东结构如下图所示：

1.按照财企〔2009〕94号文规定，国有股东应转持的股份数为：

国有股东A应转持的股份数为： $1250 \text{ 万} \times 10\% \times 80\% \times 60\% = 60 \text{ 万股}$ ；



国有股东B应转持的股份数为： $1250 \text{ 万} \times 10\% \times 80\% \times 20\% = 20 \text{ 万股}$

2.假定按〔2017〕49号文的规定国有股东A和B均应履行划转义务，则国有股东应划转股份数为：

国有股东A应转持的股份数为： $5000 \text{ 万} \times 10\% \times 60\% = 300 \text{ 万股}$ ；



国有股东B应转持的股份数为： $5000 \text{万} \times 10\% \times 20\% = 100 \text{万股}$

上述按〔2017〕49号文规定的算法中，假定标的国有股权的10%是以整个标的公司股权作为基数（还是以国有股东持股比例80%为基数的10%，需进一步明确，有待后续实施细则出台），此处按照财企〔2009〕94号文逻辑做的测算，可知，就财企〔2009〕94号文适用的场景，改适用〔2017〕49号文，是加大了国有股转持义务之负担，当然就国有股东的整体权益和其他划转场景对国有股东的影响应另行分析。

若图中的拟上市公司为非国有控股上市公司，按〔2017〕49号文，则标的非国有控股上市公司层面不再纳入直接划转的范围。

综上所述，〔2017〕49号文对财企〔2009〕94号文的停止实施，并非必然利于国有出资股东，对国有出资主体整体的经营业绩和投资收益的影响应综合判断，具体情况具体分析。

### 三、对私募基金行业的利好、不足及应对

如前述，〔2017〕49号文实施的利好，PE界资深人士从PE资金募集端、投资端分别阐述了各种重大利好，简而言之就是增加了PE的募资资金来源渠道（地方政府产业转型升级的需求，政府产业引导基金可以更具参与股权投资的积极性，尤其是国有创投机构的积极性），将投资标的拓展到偏后期甚至是拟IPO项目，有力地扩大了国有成分基金的投资标的范围等。

〔2017〕49号文的实施，除了看到停止执行财企〔2009〕94号文的各种利好，但也应看到〔2017〕49号文的实施对国有股划转可能给基金投资带来的不利影响：

1.存在重复划转的风险。原则上〔2017〕49号文的实施的划转是自最顶端/层的国企集团（或一级公司）层面进行国有股权划转，对国企集团下属二级、三级等子公司不应再进行划转，否则就是重复划转；但也不排除未来根据社保基金亏空划转扩大到二级、三级子公司层面。对于国企集团的交叉持股或者国企之间参股不同的一级国企集团的情形，如何界定或避免重复划转，有待于〔2017〕49号文实施细则进一步明确。

2.〔2017〕49号文的实施的结果是未来社保基金将直接或间接大面积持有基金份额、非上市公司股权，相比财企〔2009〕94号文主要持股上市公司股票而言，社保基金持股/持有基金份额的范围和阶段覆盖标的企业的各个不同发展阶段，这就涉及社保基金持有基金份额/标的公司股权期间（主

要是非上市阶段）如何行使股东权利，实现〔2017〕49号文定位的财务投资者的资本管理和收益管理职能，对基金募投管退各个展业环节的影响，包括价格公允的认定（投资及退出的价格），国有资产保值增值的要求和责任划分，国资审批程序，非上市退出（招拍挂）及标的企业/基金的清算各个环节问题，虽然原则上可参照既有的国资监管体系，但目前国资监管体系又不完全兼容（如社保基金基本为参股性质，参与投资的价值判断和国有资产保值增值与投资损失风险如何界定、免责等），尤其是社保基金参与的基金及国有创投机构，按目前的国资监管相关法律规定，对其退出（如投资标的非上市退出）应当履行的程序和决策机制等未明确，也暂无法判断是否能按照基金市场化运行机制执行，其降低了基金或企业的投资运营效率，可能对基金投资展业受到更多约束。

鉴于上述的问题及〔2017〕49号文的实施细则的不明朗，我们建议现阶段做基金结构设计时应考虑如下要点，以更好地应对〔2017〕49号文的实施可能带来的后续影响：

1.尽可能采用三级以上子公司作为国资成份出资到基金的主体，如此避免其投资的基金份额未来直接划入到〔2017〕49号文划转的范围；

2.目前阶段国资出资仍应保持参股而不是控股比例的基金份额出资，避免基金本身认定为国有股东身份而带来的纳入到划转主体范围的风险，且财企〔2009〕94号文并未效力终止，因此仍负有财企〔2009〕94号文课以的转持的应然义务；

3.国有创投基金尽量符合政府产业基金相关规定，即财政部《政府投资基金暂行管理办法》（财预〔2015〕210号）和国家发展改革委的《政府出资产业投资基金管理暂行办法》（发改财金规〔2016〕2800号）文规定，如此更利于适用产业基金市场化运行机制的规定，不排除后续按此进行分类监管；

4.对社保基金持有的基金份额/股权出资部分设定非上市公司退出机制，必要时仍应以原被划转主体国企集团成员回购或持有为佳，以便简化或适用国有出资处置或重组相关程序和审批规定。

综上，〔2017〕49号文的实施，将国有股划转统筹到国有控股大中型企业、金融机构集团层面划转，且拉长了社保基金持股的时间段。〔2017〕49号文实施细则未出台，且目前并没有废除财企〔2009〕94号文，二者之间如何衔接，尤其是财企〔2009〕94号文项下现行国有股划转持社保基金持有是上市退出的方式，最利于社保基金实现收益的方式，不可能完全不予考虑，有必要等待进一步动向加以分析判断。🐶

# 刻不容缓！幼儿园虐童事件的制度预防与干预

■ 印波 / 文

幼儿园虐童事件频频见诸报端，引发社会各界的广泛关注。幼儿、暴力、虐待，一个个字眼、一张张图片、一段段视频不断刺痛着公众的神经。近日，前有携程亲子园殴打幼童、强喂芥末事件，后有红黄蓝幼儿园针扎幼童事件，各大媒体纷纷报道，引发舆论及有关部门的强烈关注。身为父母者更是惶恐不安，对虐童者及监管不力者咬牙切齿、愤恨不平。

幼儿园中的暴力不仅会对幼童的身体造成一定伤害，更会对幼童心理健康产生长期的负面影响。心理学研究表明，幼儿时期的暴力会使受害者形成心理阴影，极不利于人格的正常发育。同时，在缺乏及时制止和惩治的情况下，施暴行为往往会愈演愈烈，对幼童产生更大的伤害。基于其严重性与普遍性，幼童的人身保护及幼儿园的监管问题俨然变为一个重大的社会问题，亟待解决。因此，不论从保护幼童身心发展的角度，还是从社会稳定的角度来看，对幼儿园虐童事件的预防与干预都刻不容缓！

## 一、反思，不容忽视的制度缺失

然而，相比于问题的紧迫性与现状的严峻程度，现有制度与措施却难以应对现实之需要。具体而言，表现为如

### 印波律师简介



北京师范大学刑事法律科学研究院副教授，京都律师事务所刑事业务部兼职律师，英国阿伯丁大学法学博士（金奖），德国马普外国刑法与比较刑法研究所访问学者，中国行为法学会新闻监督行为研究会副秘书长、研究员，中国银行法学研究会理事。公开发表论文50余篇，著作三部。专业领域主要为刑事辩护，擅长重大、复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中出具论证意见，取得撤案、改判轻罪的效果。多次接受中央电视台、新华社、中国国际广播电台、《法制日报》、《民主与法制周刊》、《方圆律政》等媒体采访。

下几点：

#### 1. 法律监管之短板

幼儿教育作为学前教育，理论上属于教育体系的一部分，应当受到有关法律与相关部门的规制与监管。然而目前来看，这一领域的法律监管尚属盲区，缺乏制度化、机构化的监管。规范幼儿园的法律法规仅有国务院1989年出台的《幼儿园管理条例》，针对幼教人员的规范尚付阙如，明显不满足现实的需求。

法律监管缺失的情况下，早教市场的混乱程度令人堪忧。由于现实需求与供给矛盾突出，民办幼儿园和民办培训机构的数量迅猛增长：以红黄蓝幼儿园为例，据媒体公开报道，截至2017年6月30日的数据显示，红黄蓝有80所直营园、175所加盟园、853所亲子园（直营+加盟模式）。这其中不少培训机构，资质不够、经验不足，为了攫取利益，趁机通过种种手段混迹其中。在缺乏监管的情况下，难以期待其进行合理、有效的管理。

另一方面，幼教人员的资质问题也缺乏法律监管。实践中，大部分幼教人员文化不高，受过高等教育的寥寥无几，职业水平更是良莠不齐。虐童事件涉事机构多为资质不全或无证机构，涉事人员的资质

也多存在问题，不可谓不是法律监管缺失所致。



实践中，大部分人员推定幼儿园内部为安全场所，并未将其视为治安管理的主要场所。很多地区虽然在探索校园警务，但显然幼儿园并不在其监管范围之内。这种监管盲区，使得幼儿园内安全保障及园内暴力预防上缺位。

## 2. 家庭功能之缺位

家庭是儿童的避风港，对保护儿童免受暴力之侵害而言，更具有着无可替代的作用。实践中，大部分虐童事件的发生都与家庭功能的缺位密切相关。

这种类型的家庭有两大突出特点：一方面，父母多忙于讨生计，往往缺乏对儿童的悉心照管；另一方面，部分父母的文化水平相对较低，缺乏基本的法律意识。由于前者，父母难以及时发现幼童受虐待的表征，无法起到前置的预防作用；基于后者，虐待事件发生后，家长们难以有效固定证据、及时链接司法资源，后置的处理不当。由于家庭功能的缺位，虐童事件亟至为公众所知便十分严重，相关机构的处理便更为滞后。

## 3. 监管主体干预之不足

从《未成年人保护法》到《刑法修正案（九）》扩大虐待主体范围，儿童保护在立法上并不缺位。虐待被监护、看护人罪就是用于威慑那些负有监管、看护职责的人，防止其对包括未成年人在内的弱势主体加以虐待。

但是，实践中监管主体干预的不足会令制度落实大打折扣。实践中，大部分人员推定幼儿园内部为安全场所，并未将其视为治安管理的主要场所。很多地区虽然在探索校园警务，但显然幼儿园并不在其监管范围之内。这种监管盲区，使得幼儿园内安全保障及园内暴力预防上缺位。并且一旦事发，经媒体曝光、引发诸多部门介入的虐童事件是个别案例，大多数虐童案件仍是由地方相关部门直接处理。由于家长的法律意识淡薄、固定证据能力不强，公安机关往往难以形成充分的重视，无法进行妥善的后置干预。

## 二、转变：全社会都需要行动起来

尚处学前阶段的孩子们，作为祖国的花朵，理应受到悉心的照料与呵护。频发的虐童事件必须引起我们的警醒，从制度层面加以改变。针对前述存在的诸多问题，有必要从如

下三个方面加以转变。

### 1. 加强法律监管

首先，幼儿园作为管理幼童的场所，始终是法律监管的主要目标。应当首先从规范层面填补现有的规范漏洞，出台相应的法律法规对早教机构及幼教人员加以管理。

其次，针对早教机构与幼教人员，设立相应的准入门槛，建立健全完备的资质审查程序。从入口加以限制，能有效规制目前市场中存在的鱼龙混杂现状。

第三，各地教育行政机关应当将辖区内的幼儿园纳入定期督导与抽查的范围，同时公开举报热线，形成全面的监管体系，及时掌握园内的安全情况。

第四，对幼教人员进行持续监管。各地教育部门有必要出台相关规范，设置幼教人员的评价体系：相关人员在上岗前及在职中，应当持续接受防范园内暴力的培训以及评估，尤其是心理健康的培训与考核，对于不合格人员应当及时淘汰。

### 2. 提升家庭功能

儿童遭受幼儿园暴力后，家庭往往是最先获知的主体，在问题的应对上具有着无可比拟的地位。对此，应当首先转变家庭在保护儿童方面的意识：儿童在幼儿园中并非绝对安全，幼教人员的行为也并非绝对可靠。

妇联、共青团等群团组织在进行有关宣传时，应当将儿童安全与权利的保障纳入重点宣传范围，着重提升家庭对幼儿园暴力的观察意识、发现意识以及处置意识。同时，对有需求的家庭提供获取相关培训的途径，对高风险的家庭进行强制的亲职教育。在培训的过程中，着重加强对家长如何固定相关证据、如何有效处置方面的培训。

并且，相关部门应当为家长设置相应的举报途径，为家长提供充分的救济途径。就未成年人作特殊保护的需求，应开设专门的举报网站和举报热线，开启一站式举报受理。家长不仅可以就自己的孩子遭受的虐待行为进行举报，还可以



就发现的虐待其他儿童的行为予以举报。

### 3. 完备公安干预

公安干预是国家强制力的代表，应当采用行之有效的干预措施，充分发挥公安在防控幼儿园暴力中的作用。具体而言，首先，公安机关应当转变观念，将幼儿园作为安全监管的重点领域之一，对其进行积极干预。其次，从提前预防的角度来看，应当进一步建立健全警校合作机制，在信息沟通、应急处置等方面加强协作，健全联动机制。在具体做法上，有必要将幼儿园特定场所的视频监控系统接入公安机关、教育部门的监控平台，并与公共安全视频监控联网共享；同时，公安机关应当安排专人对幼儿园进行巡查，以做到提前掌握、快速应对。最后，对于可能存在暴力情况或相关举报信息，公安机关应当形成充分的重视，并启动相应的预警措施与处置措施。

## 三、不幸遭遇，家长如何应对

上述论述从制度层面确立基本的框架，落实于实践，若

是家长真正遇到类似的事件该如何处理，是否有一个可供遵循的固有模式呢？在笔者看来，实践中的情况纷繁复杂，难以确立一劳永逸的处理方案。但万变不离其宗，在儿童遭受暴力后，需要遵循一些基本的做法。

父母应当对儿童的身心成长进行及时关注，若是发现孩子有遭到侵害的可能，应当及时对伤情进行证据固定：对十分轻微的部位进行拍照取证，对较为严重的应当及时到医院诊治并保留相关证据。其次，对于可以自主表达的儿童，应当及时进行录音取证，适时还可以进行录像，防止日后因不断询问而导致的二次伤害。证据固定之后，家长应当及时向地方教育部门及公安机关报告相关情况，确保国家机关的及时介入。

十九大报告明确指出，要保障儿童的合法权益。联合国《儿童权利公约》也将“儿童利益最大化”作为儿童保护的基本准则。如何有效贯彻对儿童的利益保障，不仅是一个国家问题，更是一个国际性问题。幼儿园应当远离暴力与欺凌，回归童真与祥和。孩子们属于未来、属于明天，保护儿童就是保护社会的未来，也正是保护国家的明天！🐶



# 孩童绝非一座孤岛

■ 陈宇, 任视宇 / 文

“这个孩子, 既听不到声音, 也说不了话, 这个孩子的名字, 叫民秀”。如果摘取韩国电影《熔炉》中最令人刻骨铭心的一句话, 想必各位会与我同样。

就在几天前, 一部中国版的“熔炉”正在悄然上演, “幼教虐童”逐步占据了国人的视野。RYB幼儿园是一家遍布北京市各区县的学前教育机构, 被曝出涉嫌虐待儿童, 该事件几经传播, 引发了社会的强烈反响。

## 事件回溯

2017年11月22日下午, 北京市朝阳区管庄派出所接到了该区RYB幼儿园(新天地园区)八名幼儿家长的集体报警。家长们陈述, 其儿女称在园期间被扎针, 同时疑似发生被喂食白色不明药片、褐色药浆, 以及脱光衣服罚站、关小黑屋的情况。2017年11月25日17时, 朝阳警方通过官方微博发布通报称, RYB幼儿园(新天地园区)一位刘姓教师因涉嫌虐待被看护人, 已被依法刑事拘留。2017年11月29日21时45分, 朝阳警方再次通过其官方微博发布了“RYB新天地幼儿园事件”的最新调查情况。该通报称, 教师刘某某用缝衣针扎不睡觉儿童以示管教, 涉嫌虐待被看护人罪已被刑事拘留, 但“群体猥亵儿童”系编造。

该事件并非我国涉嫌虐童事件的首例。就在不久前, 吉林省也同样发生过一起虐童事件。2016年10月, 吉林省四平市RYB幼儿园的4名教师, 因涉嫌以针扎等方式虐待儿童, 获刑二年四个月至十个月不等。无独有偶, 该案件的主角四平市RYB幼儿园恰恰与北京涉事幼儿园属同一公司旗下。这家公司规模庞大, 到目前已发展成为遍布中国300多个城市, 拥有1300多家亲子园和近500家高品质幼儿园的“巨无霸”。不仅如此, 尤为引人注目的是该公司已于2017年9月27日在纽交

## 律师简介

陈宇, 毕业于中国政法大学, 法学院  
任视宇, 毕业于吉林大学, 法学院



陈宇



任视宇

所挂牌上市, 成为国内首家独立上市的学前教育企业。<sup>1</sup>

短短的一个月, 象征神圣身份与高贵地位的教师职业正经受着诸多质疑, 而作为法律从业者的我们也在从不同的角度进行反思: 我国今天的法律已经为儿童们做了什么? 我国明天的法律又应该为儿童们做些什么?

“我国今天的法律已经为  
儿童们做了什么?”

RYB幼儿园虐童事件发生后, 通过各主流媒体的相关报道及社交平台的公众言论, 我们所听到的大部分呼声与呐喊均为“法律严惩”。作为法律职业从业者, 无论从法律或是道德角度衡量, 我们也赞同涉案幼师及幼儿园应承担应有的责任与处罚, 但依据我国现有法律的规定, 相关涉案主体可能遭受的惩罚力度及所衍生的法律威慑力究竟如何? 我们可

<sup>1</sup> 数据参考来源: “亲子园-RYB-亲子园”官网 (<http://www.rybbaby.com/phome>) 首页“关于RYB”。



陈宇律师与他的爱子

以从我国关于未成年人权益保护仅有的一部专门立法《未成年人保护法》的相关规定中窥之一二。

我国《未成年人保护法》第六章“法律责任”项下第六十条规定：“违反本法规定，侵害未成年人的合法权益，其他法律、法规已规定行政处罚的，从其规定；造成人身财产损失或者其他损害的，依法承担民事责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。该条款从行政责任，民事责任及刑事责任三个方面阐述了未成年人权益遭受损害时的责任体系。

然而，行政法规最严厉的处罚仅止于行政拘留及吊销执照，民事责任对儿童与其他民事主体毫无区分，《宪法》及《民法通则》中针对儿童保护的条款悉为缺乏可操作性的总纲性规定更是不值一提。唯一硕果仅存的刑法虽然在《刑法修正案（九）》中新增针对儿童权益保护的“虐待被监护、看护人罪”，但犯罪构成情节标准高、量刑力度弱使得其后劲不足。不能说我国现行法律体系没有或无法保护受害儿童的权益，但至少是与当前社会发展不相适应的。

从更深层次的角度讲，经济活动最根本的就是谈得失，法律或者道德都会被量化成数字纳入得失进行考量。而这样令人痛心事件的发生真的只是因为商家的监管缺失么？是否可以更深一步的理解为因为进一步加强监管或者聘用更加好

的教师需要更多的资本，所以商家宁愿去赔偿单个儿童的损失而非去改善自己的行为。不仅如此，在这次事件中，也许暴露的虐童事件仅仅是冰山一角，实际社会的损害可能会无比巨大。那么如果确实有这样事件发生，一旦法院给予的惩戒数额不如商家所得的利益，那么商家还是会一如既往地选择去无视自身的不足。

不得不说，我国法律体系的滞后及制裁措施的失衡，造成了虐童事件的屡禁不绝。我国今天的法律已经为孩子们做了什么，回答只能是“远远不够”。

## 我国明天的法律应为 儿童们做些什么？

同世界上任何伟大的解决机制的诞生一样，反复的试错与坚毅的探索二者不可或缺。我国明天的法律应为全体儿童们做些什么？我们可以从美国有关儿童保护领域法律建设的相关历程及举措得到不错的启迪。

### ——美国防虐童法律建设的前世今生

美国社会第一次对虐童问题有所觉醒是19世纪末，一个叫



任视宇律师与他的爱女



玛丽·艾伦·威尔逊的孤儿在寄养家庭不断受到鞭打，人们试图救援她时才发现当时的美国竟没有防止虐童的组织。消息几经传播，令一些在防止虐待动物协会工作的律师站了出来。他们提出，我们都有保护动物的法律，为什么竟然没有保护孩子的法律？自此，美国走上了努力保护儿童的漫漫长途。

1874年，纽约成立了美国第一个防止虐童协会；

1912年，美国国会创建了美国儿童局；

1960年，纽约州首先立法由州政府建立儿童收养机构，很快扩展至全美；

1974年，美国国会通过了《防止和处置虐童法》。

到今天，美国50个州都有与儿童保护立法机构，虐童在大部分州被视为一项重罪，处罚措施根据各州规定以及情节严重程度来确定，虐童者最高会面临终身监禁的处罚。<sup>2</sup>

而对于学校、幼儿园等对儿童负有保护义务的机构组织的责任归集，美国司法判例采用了对高标准带来的社会负担和低标准带来的社会损失予以比较的“符合标准的制度”<sup>3</sup>的界定方式，确立如果学校没有采取符合标准的防范制度，学校及幼儿园等机构就需要担责的制度标准。在惩戒力度上，美方法院秉持了英美体系一贯的传统，保留了集体诉讼以及惩罚性赔偿的制度。在很多案件中，如若美国法院发现学校恶意的不作为，美国法院可以数十倍地要求学校进行赔偿。不仅如此，美国受害者家庭可以进行集体诉讼来和大型企业进行博弈以得到更高的赔偿。

### ——我国防虐童法律建设的明天

#### 颁布儿童保护的专门立法——给儿童一个“家”

针对特殊群体予以专门立法可以在强度与力度上将该群体的权益保护真正上升成为社会乃至国家关注与保护的重点。

根据我国政府于1992年批准的《儿童权利公约》中的规定，儿童可为不满18周岁的任何人。而在最高人民法院、最高人民检察院、公安部1984年3月31日发布的《关于当前办理拐卖人口案件中具体应用法律的若干问题的解答》中则对儿童的年龄划分进一步加以明确，确定不满十四岁的为儿童。从该规定的定义出发，《未成年人保护法》并算不上针对儿童的专门立法，我国在儿童保护专门立法的领域中实际是一片空白。在《未成年人保护法》的基础上，为儿童权益保护专门立法，是加强儿童权益保护，打造全方位的儿童保

护法律体系必不可少的一环。

### 完善刑法的惩治标准与力度——将法律“拉近”

儿童是不具备自我保护能力的人群，对成年人而言很小的损害于儿童都可能是场终身的灾难。从罪责刑相适应原则的角度出发，对于儿童的侵害应科以更严重的刑罚。然而，我国刑法中对于虐待被监护、看护人罪需符合情节恶劣的客观标准，且最高刑仅止于三年以下有期徒刑，针对儿童权益保护的苛刻，刑法罪名之稀少，惩罚力度之不足直接导致其法律威慑性较低，更加体现出对于儿童保护的重视欠缺。将儿童没有得到必要的照顾和监管设定为构成犯罪的情节标准，提高法定刑幅度，是修正我国刑法在儿童保护领域高高在上的现状的必然之举。

### 推行强制报告制度——把伤害“说出来”

实际效用是检验制度体系的最高标尺。儿童由于缺乏行为能力，对于自身所遭受的损害多数不具备认知能力，要其承担举报责任的可能性较低。而我国“严师出高徒”“家丑不可外扬”“棍棒底下出孝子”等传统理念，更使得很多家长没有对儿童的身心保护具备正确的意识和足够的重视，仅依靠监护人的自觉及通过事后规责体系的完善并无法形成有效的保护机制。

“强制报告制度”以设定学校、幼儿园等社会主体的报告义务为手段，将儿童保护的主体责任扩大至社会责任层面，有效的调动社会力量，使得儿童保护成为社会普遍义务。借鉴美国“强制报告制度”的概念，推行“强制报告制度”是我国建设儿童保护法律制度落地生根的必由之路。

## 结 语

时间是最强大的终结者，RYB“幼教虐童案”会随时间流转而法槌定音，旋即告一段落，甚至走出人们的视野，但其背后留给社会大众的思考却不应就此终结。案件背后所牵动的法律、社会乃至人性问题都须为全体国人所警醒、所反思。

“不要用满腔的愤怒和眼泪结束，  
要凝视真实直到最后”

——孔枝泳（《熔炉》作者）

2 参考自“观察者”网2017年11月25日刊登《美国是怎么保护孩子的》（[http://www1.guancha.cn/LiTengXinYi/2017\\_11\\_25\\_436411.shtml](http://www1.guancha.cn/LiTengXinYi/2017_11_25_436411.shtml)），作者：李藤新一

3 参见United States v. Carrol Towing Co. 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947)。



参与北京市朝阳区律师协会第七届男子篮球赛决赛的京都篮球队员。左起：赵晓东，李靖宇，何驰翔，杨琨，徐伟，郭顺祺，赵岐龙，朱坤，苏鹏，林敏捷，杨博

# 京都篮球王者归来

## ——无兄弟不篮球

■ 徐伟/文

### 引言

律师留给大众的印象往往都是西装革履、CBD办公，举手投足白领范儿十足。

京都律师事务所有一群律师每周五下了班，脱下西装、皮鞋，穿上球衣、球鞋，奔跑在篮球场，这就是——京都篮球队队员！

### 篮球队介绍

京都篮球队成立于2007年，距今10年历史。球队创始人是大哥级人物——赵岐龙律师。他是著名民商诉讼律师，京都高级合伙人，京都篮球队创始人之一。创队之初，赵岐龙律师与韩嘉毅律师分工协作，如果韩嘉毅律师是篮球队的班长，赵岐龙律师就是政委。赵岐龙律师与韩嘉毅律师都是年近50的大哥，队友们亲切称他们为“玄冥

二老”，但是他们对篮球执着的热情却让80、90后小伙们感到汗颜，只要周五有空，赵律师雷打不动出现在篮球馆。他热爱篮球的方式，不是坐在电视前看比赛，而是上赛场与一群80、90后实实在在干一场，酣畅淋漓去体验运动、生活甚至生命的意义。他曾感慨：“从小时候偷偷打篮球被父亲以为逃避干活屁股挨踢，到学生时代痴迷篮球无视青春萌动，再到一入官门流觞岁月、四体



不勤、大腹便便而远离球场，在骨质疏松、人至中年之际突然惊诧于还能回归球场与90后同场竞技、激情四射，这就是热爱篮球的作用吧”。他是我们的政委，更是我们“无兄弟，不篮球”的精神领袖。

### 比赛规则介绍

朝阳区篮球比赛将参赛的所有队伍分为甲级与乙级联赛，甲级联赛的队伍实力整体要比乙级联赛的稍微强一些，甲乙各自内部争夺冠军，每年的甲级后两名会在来年跌落到乙级，相反乙级的前两名会升级到甲级。每个联赛内部采取小组赛出线，再淘汰争夺冠军亚军。

京都篮球队自诩是具有甲级实力的队伍，但是律师的篮球赛不仅比的是实力，有时候也比出勤率，如果主力队员刚好碰上出差或者开庭，队伍的实力会大大受损。

遗憾的是，自2010年举办联赛以来，京都一直在乙级联赛内徘徊，甚至小组赛都没有能够出线，这不得不说是球队的一个遗憾。



赵晓东律师在运球

## 徐伟



京都律师事务所实习律师。

### 王者归来

2017年的比赛比以往来得晚一些。

京都今年的优势在于新生力量多了，而今年的劣势也比较明显，乙级联赛队伍的数量由去年的个位数变成了今年的16支队伍，主力队员张殿龙律师也因为家中添丁大喜不能够参加比赛。

今年的参赛队员：赵岐龙、赵晓东、林敏捷、苏鹏、张殿龙、张启明、徐伟、郭顺祺、杨博、朱坤、何驰翔、杨琨。

今年赛程一共六场，全部安排在了工作日，最早的比赛早上8点半就开始，那意味着大家都需要披星戴月赶往球场，下面就重点战役与人物做概括介绍。

### 首战长歌

小组赛第一场，由人称“东哥”的赵晓东律师任教练。10点半比赛正式开始，因为是第一场比赛，大家都紧张，导致了开场进攻打得不是很流畅，双方的比分在第一节咬得很紧。第二节开始，我们的防守强度就体现出了威力，对方失误连连，下半场比分差距拉开到了2位数，最终首场比赛

轻松获胜。

东哥自今年升级为教练后，热情更高，赛前加班加点研究战术，每天在队员群至少要发送5个以上战术教学。首场比赛的胜利，东哥功不可没。东哥是除了龙哥以外的元老级人物，他对篮球的热爱不光体现在赛场上，也体现在对两个儿子日常的教育培训上。他平时除了发战术教学就是他教儿子打球的视频了，运球绕桩、投篮示范、反手上篮等等。东哥虽然年纪较大，动作不如年轻人快，但是战术素养全队第一，也是队里公认的防守悍将，进攻强硬，当他强硬地在对手禁区内上篮抢板时，你不会想到，他已经是两个大儿子的爹了！

苏鹏律师，本场比赛出场效率当属第一人。比赛分数拉开后，他闲庭信步来到场上，不急不慌，过了半场，慢悠悠来到他最舒服的三分45度角，接后卫球后，见没有人上来贴防，自信地微微一笑，带着一股范儿，张手就是一记三分！球进了！对方个个睁大了眼。没想到来了一个神射手！2分钟过后，又是一记三分！苏鹏律师是我们队伍里的专职三分射手，在日常训练中他是一个开心果，是大家在激烈比赛中发生摩擦时的粘合剂。同时他也是一个性情中人，在队友受外人欺负后，他会第一时间冲上去解围。真性情，真汉子。

### 三战济和

二战轻取东元后，三战济和。济和是历史强队，具有甲级实力，旁人都认为我们会败在济和的手上。组织后卫何驰翔律师没有能够来参加，让我们在全场进攻中少了几份威胁。值得高兴的是“大腿”张启明律师参加了这场在早上8点半就开打的比赛！经过一场激烈的战斗，京都再次取得了本场的胜利，喜获三连胜！



苏鹏律师在控球

张启明律师司职中锋或者大前锋，进攻欲望强烈，战术意识优秀，有一手稳定的半截篮，在本场比赛如砍瓜切菜般肆虐对方内线，直至对方崩溃。比赛结束后，他拿上自己的东西，微笑着摆摆手说，有事我先走一步。你轻轻地走，正如你轻轻地来，那么含蓄低调却让京都篮球队成为了小组第一，历史性



张启明律师投球

地突破了小组赛！往年，张启明律师曾因为对手啦啦队使出奇怪的手段干扰他关键的2次罚球没进，导致小组出线失败而懊悔不已。我相信，今年的他将不会再有这样的遗憾。

林敏捷律师，在何驰翔律师不在时，只身一人担任专职控卫。林敏捷律师虽然在比赛中得分不突出，但是他的首发地位一直

却非常稳固，为什么？因为篮球是5个人的运动，每个人的角色不一样，如果张启明律师是本场比赛最长的矛，林敏捷律师就是本场比赛最强悍的盾，他的防守紧逼造成对手后卫失误频频，但又不会造成自己犯规。6场比赛全部出勤的出勤率也让队员津津乐道，并值得学习，特别是有一场比赛他临时有个会

议，本来已经参加不了比赛，硬是想办法提前了会议，参加了第二天早上的比赛。无兄弟，不篮球，即使只有一场8:30的比赛能参加，张启明律师也早早地到场帮助球队获胜，即使突发的工作冲突，林敏捷律师也要努力挤出时间参赛，队员们一个个凝聚队员人心的实际行动，让我们心与心绑在一起，取得了今年优异的成绩。

打完这场比赛，我们终于以小组第一名的优异成绩出线了，这离不开所有队员的努力，能否如凤凰浴火重生般冲击冠亚军，升级到甲级联赛还需要拭目以待。

#### 四战兰台

这场进入复赛的首场淘汰赛的比分咬得最紧，双方最终比分仅仅差了三分。比赛当天兰台只有5人出战，在终场2分钟前，对方一名球员5次犯满被罚下，我们将3分的领先优势一直保持到比赛结束。对方4人比赛的精神值得肯定，但是篮球不是4个人的运动，完整的队伍才能笑到最后。

郭顺祺律师，曾在京都实习，后



林敏捷律师进球



郭顺慎律师投篮

转到国浩所，因为国浩没有参赛所以用外援的身份加入了我们。他原来是学皮划艇的，一身腱子肉，打球突破就像推土机一样，无人可挡，抢断更是像风一样，嗖一下就飞了出去，然后让防守人跟在身后目送上篮得分。“社会我郭哥，人狠话不多”就是对他最好的描述了。他曾上场连得7分，瞬间拉开比分差距让对方心如死灰。值得一提的是，

本场比赛郭律师上午出差归来，下了飞机直奔比赛场馆，没有热身，直接上场开干，以一人之力，干翻一队。

朱坤律师，司职得分后卫，一手标准的中远投，每场比赛必有他快攻欢快的身影，“快攻第一人”的称呼送给他，没毛病。朱律师心理素质强悍，遇强则强，没有进不了的球，只有不想进的球。在与甲级联赛第三名金杜打热身赛的时候，他一人连续投进3分，让对手直呼，这明明就是甲级的水准。“他人笑我太疯癫，我笑他人看不穿”是对他比较贴切的形容。每一次的快

攻得手后的蜜汁微笑，让对手胆寒，球场上戏谑对手的好戏总会上演，他微笑着说“我最喜欢看着对方从天上飞过去再投篮的感觉。”

何驰翔律师，稳健的控球后卫，全场比赛的大脑，也属于球风比较低调的一类选手，一手标准中投，但鉴于组织后卫的定位，第一选择是给队友输送炮弹，牺牲了自己的得分数据。他热爱篮

球的程度应当在全队中属前三位了，记得2017年酷暑的一天，38度的天气，只有我还有何律师坚持参加训练，可见其对篮球的热爱！

### 决战大成

决战大成前，对战两高，因为对方人员不齐，并没有太花精力，上午打完两高，下午接着打大成，我们的心理预期是打出自己的风采，大成原不属于朝阳区，这是第一次参加比赛，但是他们的实力在圈内早有耳闻，十分强悍。

所里为了给我们撑腰，朱勇辉主任、方堃领着所内的帅哥靓妹一同来给我们加油助威，比起大成冷清的旁观席，我们瞬间很受鼓舞。比赛的结果与我们预期一致，虽然最后一场败了，但是已经没有遗憾，唯一的遗憾是没有能够在如此庞大的啦啦队及领导们面前取得胜利。

这场比赛东哥投进了一个完美的三分，为今年的教练经历画上了圆满的句号。

赵岐龙律师在啦啦队的助威下，进了一球，潇洒的球风，精神的榜样，还有骚气的科比11橘黄色的篮球鞋，都给



朱坤律师在快攻



何驰翔律师在控球



| 杨博律师持球突破



| 杨坤律师连续得分的瞬间

在座的各位留下了深刻的影响，龙哥永远是我们心中最棒的射手！

杨博律师，在今年的比赛中充当了中锋的角色，连续6场比赛都有得分，是队内数一数二的得分手。他有一手标准的中投，动作优美，罚篮精准，是每场对手的眼中钉，肉中刺，在6场比赛中常常被当做“下黑手”的对象，而作为回敬，他总能以稳定的罚球得分让对方苦恼。壮的不如他快、准，矮的不如他壮、稳。他是一个脸上总带着一股忧伤气息的男子。比赛前的训练中，常跟我们讨论的话题就是放心不下只做到一半的工作，表态即使训练也不能对工作有所放松，每次训练完、比赛完又立刻投入到了工作中。但他拿起球跟对方厮杀的时候，所有的疲惫、对工作的担忧都抛诸脑后，眼里只有杀气与对胜利的渴望。在这场比赛中因为激励的争抢他还与对方发生了激烈的冲突。冲突之后他用强硬的得分手段让对方彻底闭嘴。

杨琨律师，司职大前锋，全队篮板王、盖帽王、挡拆王，球队中“脏累”的话，他做的最多。大家口头不说，但是对他在队中的首发大前锋的地位是十分肯定的。运动方面，他每天从石景山骑自行车到朝阳区的单位，每天花1个

小时，骑行20多公里来上班，让大家津津乐道，这也是为何他一直在高强度的工作下，身体还能保持如此好状态的原因。在性格方面，他的幽默、开朗、与世无争，队员对他的评价都非常高。因为得分欲望不是很强烈，他在前几场比赛中得分都不高，在本场比赛中，自杨博律师被对方恶意犯规后，他也彰显出了自己血性的一面，连续得分！

最终，我们取得了乙组亚军的好成绩，明年顺利升入甲级组。这样的成绩离不开每个队友的艰辛付出，无兄弟，不篮球，这样的精神将会一直在京都篮球队传承下去。只要你参与不管都无法否认，篮球比赛是最典型的团队运动，是血性和男人的运动！这世界不是你的也不是我的，但篮球是属于你、我的！勇敢面对、拼尽全力才是我们最高荣

誉，其他皆是虚妄！致所有热爱篮球的兄弟！

感谢大家的努力拼搏，律师犹如篮球队员，现在律师单打独斗的时代即将过去，更多的是如篮球队员一般的默契配合，互相弥补，树立同一个目标，并锲而不舍的追求，在此过程中，相互宽容与谅解，最终取得更优异的成绩。

预祝明年我们依旧能够取得好成绩！🐶



| 京都篮球队的代表领奖，左起：赵岐龙，朱坤，徐伟

## 月满中秋 情暖京都



当律师们玩起猜谜语、包月饼的游戏，气氛立刻闹腾起来，一阵阵欢声笑语从京都律师事务所总部的咖啡厅里传出。

9月27日，北京国贸CBD核心区域的京都律师事务所总部特意把咖啡厅装饰一新，年度猜灯谜、包月饼的活动从这里开始。

在致辞环节，朱勇辉主任说，在京都律所待了18年，他一直把京都当家，也希望大家把京都当家。管理合伙人方堃先生说，来京都后感受到团队的力量在日益强大，也参与了京都越来越多的形式多样的活动，感谢律师们对律所的付出与支持。

猜灯谜真是一个拼智商、活跃气氛的游戏。律师们看到符合脑容量的谜语赶紧撕下来，然后核对答案，领取礼品。

包月饼环节，京都律所运营支持部的同事们把熟的面皮、熟的馅料、各种工具提前准备好。月饼达人跟大家仔细讲解包月饼的工序，然后，各位律师下手了——不论男女。他们那种认真劲透过指尖渗透出来。纯手工的月饼展示过程中，大大的京都LOGO分外夺目。

欢乐因人而生。活动现场，高级合伙人们也拿出珍藏的酒水，供大家畅饮。

这些欢乐的背后，是很多人的默默付出，运营支持部的伙伴们很早就开始策划本次活动。漂亮的场地，精心的装饰都是他们的真诚付出换来的。京都的团队行动能力、凝聚力就在一次次精彩的活动中提升。



道天崇法

法崇天道 释文  
刘亚谏于冬申丙

书法作品：法崇天道

作者：刘亚谏，国家一级美术师

（作品系作者在2017年京都年会现场撰写并赠与京都）



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号远洋光华国际C座22-23层

邮编：100020

全国免费咨询电话：400 700 3900

办公电话：(86-10) 57096000

传真：(86-10) 85251268

E-mail: info@king-capital.com

深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号

新华保险大厦17楼

邮编：518048

电话：0755-33226588

传真：0755-33226566

E-mail: shenzhen@king-capital.com

上海分所

地址：上海市南京西路580号

（仲益大厦）3903A室

邮编：200041

电话：021-52341066 52341099

传真：021-52341011

E-mail: shanghai@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区体坛路22号

诺德大厦19层01-02室

邮编：116021

电话：0411-85866299

传真：0411-84801650

E-mail: dalian@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

E-mail: info@king-capital.com

www.king-capital.com