

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM
2020/04
季刊 总第134期

 京都律师事务所
King & Capital Law Firm



P45 “京都刑辩八杰”十周年论坛， 共话刑事辩护的变化与发展

P36 特稿 / 关于法治理念的深层思考

P72 京都论法 / 正确认识民法典的地位保证民法典的正确实施

P92 京都实务 / 刑事责任年龄调整路在何方？

P109 京都实务 / 遗嘱见证的那些“坑”



庚子之冬谈刑辩

楊斌

庚子年冬天异常的寒冷，好像回到我们小时候，回到没有暖气没有空调的冬天里。天气愈寒冷，人们愈渴望春天，这是生命的本能；极像目前的刑辩空间，越是艰难，刑辩事业就越有价值，这是人渴望自由与尊严的本能。

2020年12月12日，京都刑辩八杰谈刑辩活动在京举行。

刑事辩护，一个重要而又沉重的话题，一个传统而又崭新的事业。重要是因为它关乎人的生命、自由与尊严。沉重是人一旦涉嫌犯罪就会身陷囹圄。传统而言，刑辩是律师的最核心业务之一，历史深远，也是律师职业的价值渊源。所谓崭新，那是因为随着社会的发展，法治进步，文明要求，刑辩在中国已经越来越专业化，越来越规范化、越来越法治化。

众所周知，刑事辩护的专业化进程是伴随着刑法和刑事诉讼法的诞生、修正、司法改革而发生发展的。

从上世纪八九十年代开始，人们最爱讲的一句话是“以事实为依据，以法律为准绳”。无论是法律人还是普通的社会大众，这句话是大家公认的原则和标准。然而，在司法实践中，如何认定事实？法律如何适用？却是一件非常不容易的事。四十年来，刑法和刑事诉讼法一次又一次修正，司法解释一个接一个发布，司法改革一轮又一轮推进。就是为了实现司法原则的可操作性。控、辩、审三方最高代表也一次又一次会谈，出版文集，亦是为努力实现法律职业共同体对同一原则、同一规则、同一程序、同一问题的同一认识和理解。

从刑事辩护的角度看，尤其近十年来，刑事审判已经越来越法治化、规范化和专业化。具体言之，证据有标准，裁判有规则，事实需证据，证据需规制；案件的审理和裁判有法、有据、有标准、有程序。越来越细化，也越来越规范。刑事辩护工作没有一定的专业训练根本无法胜任，由于刑事审判的法治化发展对刑事辩护的专业化程度要求越来越高。

这十年来，刑事辩护的发展有变化也有困惑、有问题也有思考。本期特稿京都刑辩八杰将以各自的执业经历，从不同



同角度畅谈刑事辩护的苦与乐，坚持与希望。

刑辩律师不易，他们是这个寒冷冬天里的一束光一把火。做好刑辩工作更加不易，时刻需要加强以下六个方面的积累。

第一 精通法律

“工欲善其事，必先利其器”，精通法律是刑事辩护的基础，包括实体法和程序法，司法解释，刑事政策，各类指导判例，均是刑辩的利器，只有精通这些武器，才可以游刃有余，对各类刑事案件，庖丁解牛。

第二 熟悉规则

规则，除了熟悉程序法规定的常规规则，更要对证据法关于证据的审查标准，法庭采信证据的标准烂熟于胸。同时还要熟悉法庭审理规则、法庭质证规则、法庭裁判规则。只有掌握了规则，才可以在法庭上利用规则进行有效辩护。

第三 坚持原则

坚持原则就是坚持法律，譬如无罪推定原则、疑罪从无原则、罪法定原则等等。刑辩也是法律原则在个案中的具体运用，通过对原则的坚持来实现对案件的说理与分析。

第四 终身学习

刑事辩护是一项技能，需要不断学习。在实践中学习，在学习中实践。只有不停的学习，日日精进，才能掌握这门技能，并且熟练的运用这门技能，去解决委托人的困惑，去解救委托人于囹圄。

第五 工匠精神

魔鬼在细节之中，刑事辩护是崇尚细节的工作。要有匠心，要精益求精，要具备有意注意，心如尘的心念。再好的理论，再强的技能都要通过细节去发现问题，有时又通过细节去解决问题。

第六 预防风险

刑事辩护有风险，为被告人辩护的时候，法律风险就潜伏在辩护人四周。我们必须时刻保持如履薄冰的谨慎和见叶知秋的敏锐。



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	蔡景丽
杨照东	金杰	朱勇辉
秦庆芳	王九川	公丕国
杨大民	郭庆	肖树伟
刘铭	陈宇	吕志轩
金燕	张雁峰	梁雅丽
刘敬霞	陈东利	赵岐龙
牛支元	柳波	黄雅君
郑建鸥	孙艳辉	徐莹
张启明	王春军	

主编 杨大民

编辑 霍文培

美编 北京龙之月文化

地址 北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座22-23层

邮编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

业务咨询电话 010-85253900

传真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

南京分所电话 025-85231119

天津分所电话 022-58963439

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

目 录

卷首语

庚子之冬谈刑辩 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

关于法治理念的深层思考 田文昌 / 36

封面主题

“京都刑辩八杰”十周年论坛，共话刑事辩护的变化与发展 / 45

王九川：十年来律师刑事业务的九大变化 / 51

朱勇辉：废止指定居所监视居住势在必行 / 55

杨大民：刑辩律师的立场、尊严与底线 / 57

金杰：涉黑辩护路在何方？——谈谈涉黑案辩护的困惑与希望 / 59

柳波：讯问同步录音录像的法庭命运 / 61

曹树昌：认罪认罚从宽在刑事辩护中的运用 / 64

梁雅丽：刑事辩护中民营企业家的权益保护 / 66



追求卓越 不负重托

京都论法

- 正确认识民法典的地位 保证民法典的正确实施 肖树伟 / 72
- “两高三部”《规范量刑程序意见》带来的辩护利益 臧德胜 / 75
- 商业秘密刑事维权正当其时 陈长会 / 78
- 强制执行公证中容易忽视的法律风险及其防范措施 肖树伟 韩冰 游乐 杨琨 / 84

京都实务

- 关于律师独立辩护的几个问题 刘玲 / 89
- 刑事责任年龄调整路在何方? 刘立杰 / 92
- 透过直播的“热闹”看“门道”
——涉MCN的合同纠纷法律分析 陈宇 冯濂 薛茹月 / 101
- 遗嘱见证的那些“坑” 叶静 魏天颖 / 109

律·诗

- 老酒 杨大民
- 关于确定世界的不确定性 孟冰 / 112

京都律师

封面题字 江平



2020年第3期
总第133期 季刊

业绩

京都所助力大唐发电发行45亿元可续期公司债券



| 刘敬霞律师



| 李军霞律师



| 刘为同律师



| 齐超律师

近日，大唐国际发电股份有限公司（证券代码：601991）成功面向专业投资者以簿记建档方式公开发行了2020年可续期公司债券（第一期）（债券简称：20DTFDY1，代码：175485），并于2020年11月26日正式发布了《发行结果公告》。大唐发电主体信用评级为AAA，本期债券评级为AAA，债券发行规模为人民币45亿元，票面利率4.39%，期限为3+N年。

京都律师事务所作为大唐发电的法律顾问，为大唐发电公司本期可续期公司债券的发行提供了专业法律服务，由高级合伙人、金融部主管刘敬霞律师牵头建立法律服务工作组，李军霞律师、刘为同律师为本次发行出具了法律意见书，齐超、刘为同律师现场见证了簿记建档发行过程，肖婷、邓仕举等多位律师和实习律师及其他高级合伙人在此过程中付出了辛苦努力、给予了全面支

持，保障了本所在较短时间内顺利完成了大唐发电本次可续期公司债券发行的各项法律专业工作。

在永煤违约事件发生后，市场整体转冷，多家发行主体纷纷取消或延缓发行计划，在此背景下，大唐发电顺利发行45亿元公司债券，表明专业投资人对优质投资主体的高度信任。

京都所马涛、孙艳辉律师代理的债权人撤销权纠纷案，成功为国企避免近四亿损失



| 马涛律师

近日，京都律师事务所合伙人马涛、高级合伙人孙艳辉律师代理的一起债权人撤销权纠纷案件，成功为委托人国有某房地产企业避免3.8亿元损失。该案对投融资并购过程中有关各方债务承担的约定安排，能否成为债权人行使撤销权的客体，具有重要的实务指导意义。



| 孙艳辉律师



业绩

委托人作为国有大型房地产企业，对外多采取投资并购的方式取得目标公司名下的地产项目。在收购过程中，亦多通过第三方中介机构评估作价的方式，对目标公司的债权债务进行整体考量，并就债权债务承担安排进行明确约定。但正是基于收购协议中的债务承担安排，导致目标公司原有债权人在收购项目已全部交接履约完毕后，向河北省高级人民法院起诉主张撤销委托人与目标公司在收购协议中有关债务承担的约定条款。

在接受上述委托后，围绕撤销权纠纷案由及涉案主协议的投资并购背景，我们形成完整的诉讼方案，提出“诉

请内容不符合撤销权的法定客体（标的）条件，欠缺请求权法律依据；涉案约定作为整体交易安排的先决条件，符合商业收购的市场交易惯例，交易对价公允有偿，不存在侵害任何第三方权益的情形；涉案约定的公允性应基于《合作协议》项下整体交易安排进行考虑。其作为整体收购交易安排的一环及先决条件，不具备脱离整体交易对价被作为撤销权客体的可行性；原告作为造成土地出让价款迟延违约金的过错责任方，其承担因其自有过错产生的土地滞纳金符合过错责任承担原则，不存在恶意增加其债务承担、显失公平的情形；涉案约定不违反任何法律强制性规定。该交

易安排在遵守过错责任承担原则的基础上，符合收购各方对债权债务承担主体设定的自主交易权；及原告行使撤销权的范围不合法”等抗辩意见，并在庭审过程中成为法官总结本案争议焦点的直接依据。

最终，河北省高级人民法院全部采纳我方上述观点，并判决驳回原告的全部诉讼请求，对我们的上述诉讼方案及代理工作给予了最直接的认可。本次债权人撤销权纠纷案件的胜诉不仅对委托人意义重大，有效防止了巨额国有资产的流失，亦必将对投融资并购业务中的风险防控、交易模式等产生重要的积极影响。

京都所顺利完成从事证券法律业务律师事务所首次备案

近日，京都律师事务所顺利完成从事证券服务业务备案手续，首次备案从事证券业务的律师共计85人，其中26人同时负责证券法律业务风险控制。

为落实新《证券法》关于证券服务机构从事证券服务业务应当报国务院证券监督管理机构和国务院有关主管部门备案的要求，2020年7月24日，证监会、工业和信息化部、司法部、财政部联合发布了《证券服务机构从事证券服务业务备案管理规定》（中国证券监督管理委员会公告〔2020〕52号），并自2020年8月24日起施行，该规定第五条要求律师事务所从事证券服务业务应当向中国证监会和国务

院有关主管部门备案。

在京都管理委员会大力支持下，此次备案由金融部主管合伙人、资本市场部高级合伙人刘敬霞律师牵头，联合各分所、业务管理部、运营支持部，在85名首次备案律师及多名助理的积极努力下共同完成。

完成备案后，京都律师事务所可为下列证券活动提供证券服务，并制作、出具法律意见书：

- 1、首次公开发行股票、存托凭证及上市；
- 2、上市公司发行证券及上市；
- 3、上市公司及非上市公司收购、重大资产重组及股份回购；

- 4、上市公司合并、分立及分拆；
- 5、上市公司及非上市公司实行股权激励计划或者员工持股计划；
- 6、公开发行公司债券及上市交易；
- 7、境内企业直接或者间接到境外发行证券或者将其证券在境外上市交易（包括后续增发股份）；
- 8、股份有限公司股票向特定对象转让导致股东累计超过200人，以及股份有限公司申请股票在全国中小企业股份转让系统挂牌并公开转让；
- 9、股份有限公司向特定对象发行股票导致股东累计超过200人，股东人数超过200人的非上市公司向特定对象发行股票，以及向不特定合格投资

业绩

者公开发行股票；

10、其他相关法律服务。

25年来，京都律师事务所已为众多上市公司及拟上市的公司权益资本市

场和债务资本市场提供专业法律服务，赢得了客户的普遍赞誉和信赖，京都将一如既往深耕证券法律服务市场，以专业化、规模化、综合化、国际化理念与

品质与为客户提供优质法律服务，确保客户实现价值提升目标。

京都律师代理的民事抗诉申请案最高人民检察院决定抗诉

近日，京都律师事务所高级合伙人公丕国、合伙人牛星丽、朱坤律师团队代理的广州某公司执行异议之诉纠纷申请最高人民检察院抗诉案件，最高人民检察院决定向最高人民法院提起抗诉。

2001年，广州A公司通过拍卖程序获得中国某资产管理公司广州办事处债权资产包中的a地块土地，双方签署合同，A公司支付价款。因该地块系集体土地尚未办理完毕国有征用手续，土地使用证暂无法办理过户。2004年，资产管理公司将资产包总除a地块的其他资产权益（尚有三块地块）整体转让，受让人几经倒手，最终该资产包（三块地块）落到广州B公司。后，资产管理公司向执行法院申请变更执行申请人，因文字表述瑕疵，《申请书》中没有特别说明a地块不包含在双方转让的资产包中。B公司抓住这一表述瑕疵，申请法院将a地块在内的全部“四块地块”均变更至其名下。广州某中级法院出具执行裁定，确认包括a地块在内的四块土地权益均归B公司。

2005年，A公司向执行法院提出执行异议，被驳回后依法提起执行异议之诉，一审判决驳回，上诉至广东省高院又被驳回，向最高人民法院申请再审，仍被驳回。法院的主要裁判理由为“B公司系善意取得”。2014年始，A公司向最高人民检察院提起抗诉申请，但最



公丕国律师



牛星丽律师



朱坤律师

高检久拖未决。

2019年，A公司委托京都律师事务所代理申请抗诉事宜，律所指派高级合伙人公丕国和牛星丽、朱坤等律师组成律师团队承办该案。律师团队在查阅全部案卷材料、搜集整理证据的基础上，提出“资产公司转让的只是债权、案涉土地并未物权确权，原审裁判认定a地块归B公司系认定事实错误”及“B公司未支付任何对价取得a地块，原审裁判错误适用善意取得制度”等法律意见。律师团队重新向最高检递交申请抗诉《申请书》，整理补充证据材料，多次提交《请求尽快依法决定提起抗诉之申请书》。律师团队多次与承办检察官沟通，最终最高检近日以高检民监【2014】76号《民事抗诉书》向最高人民法院提起抗诉。

本案争议15年之久，申请抗诉已逾6年，执行异议之诉为特殊诉讼，善意取得制度的法律适用也争议颇多。虽然最高人民检察院张军检察长一再强调“加强民行监察力度”，但众所周知，当事人申请最高检抗诉难度极大，最高检每年对民事案件决定抗诉的数量非常有限。京都律师团队代理的这一案件获得最高人民检察院的抗诉决定，再次展现了京都律师的专业综合实力，获得了当事人的高度肯定和赞扬。



业绩

京都所建工团队代理的建设工程施工合同纠纷案终获检察院抗诉支持

京都律所建工团队代理的建设工程施工合同纠纷案件历经波折，最终成功获得山东省人民检察院的抗诉支持，山东省人民检察院经审查已于2020年11月23日以鲁检民监[2020]37XXXXX号民事抗诉书向山东省高级人民法院提出抗诉。

该案是当事人在向山东省高级人民法院提起再审申请被裁定驳回后，才找到京都律所建工团队进行案件咨询，经过几轮深入沟通，当事人与京都律所建工团队建立了充分的信任关系，委托京都律所建工团队继续通过法律途径帮助当事人维护其合法权益。

委托期间，京都律所建工团队对该案的事实和法律问题等均进行了反复研讨，不放过任何一个细节，并与山东省高级人民法院、山东省人民检察院和德州市人民检察院就案件进行反复沟通，除了电话沟通外，团队律师还跑了十数



王春军律师



吕岩律师

趟亲自阅览案件相关材料并与案件相关承办人员进行沟通。最终，不负当事人的重托，不负团队律师的辛苦，该案抗诉终获支持。

希望该案再审能有好结果，京都律所建工团队将一如既往地为了维护当事人的合法权益而砥砺前行!



山东省人民检察院通知书

柳波律师、李志广律师为某企业家成功辩护，最终检察院不批准逮捕



柳波律师

近日，京都律师事务所高级合伙人柳波律师，李志广律师接受委托，担任涉嫌寻衅滋事等罪、“涉恶”的某企业家的辩护人。介入案件后，两位律师多次会见，积极开展辩护工作，在“黄金救援期”的最后一天，当事人被不批准逮捕。



李志广律师

业绩

突出政策要求，占领政治高地

为落实“六稳六保”的政策要求，党中央、国务院、最高法、最高检在针对民营企业合法权益保护问题上，多次强调不得以刑事手段干涉民事纠纷，对民营企业慎捕、慎诉、慎刑。同时，习近平总书记在企业家座谈会上强调“要千方百计把市场主体保护好，激发市场主体活力”，并指出“法治是最好的营商环境”，为从刑事制度层面消解企业家

刑事风险提供了基本路径指引。

辩护人在与承办人沟通过程中，重点强调了政策背景要求，明确指出当事人不具有犯罪的故意，客观上自己未实施任何违法犯罪行为，也没有指使其他人实施任何犯罪行为，根本不具备实施犯罪的时空条件，不符合恶势力的特征，不是恶势力。

主动出击取证，把握案件截点

接受委托后，柳波和李志广两位

律师根据侦查阶段的特点、“黄金救援期”的时间截点，着手开展辩护工作，牢牢抓住“三个第一”：第一时间会见当事人，第一时间约见承办人，第一时间提交不批捕的法律意见。在掌握案件基本情况后，制定多重辩护方案，密切关注侦查方向，随时调整辩护思路，并“主动出击”，搜集有利证据，第一时间反馈给案件承办人。最终检察院采纳了辩护律师的意见，对该企业家做出不批准逮捕决定，当事人被释放。

李秀娟律师五载深耕终结硕果 民营企业十年错判发回重审



李秀娟律师

前不久，京都律师事务所合伙人李秀娟律师办理的一起民营企业涉嫌“非吸”犯罪案件，在辩护人与公检法长达5年的拉锯战后终于取得重大阶段性胜利：二审法院以“基本事实不清、证据不足”为由，推翻了一审十年有期徒刑的“顶格判罚”，将案件发回重审。

2012年前后，被告人张某某因地方政府失信导致投资项目资金链断裂，被



赵晓东律师

迫向亲友借款完成项目建设。2015年，因他人觊觎该项目遭张拒绝后，遂指示社会人员向公安机关报案，公安以非法吸收公众存款罪对张立案侦查。

李秀娟律师接受委托后，经过认真细致地分析研究，认为张某某与亲人间系正常民间借贷关系，不应认定为犯罪。为此与公检法机关展开了长达5年的“拉锯战”。多次向公安、检察院提交了不构成犯罪的律师意见，多次提出



黄凯律师

变更强制措施、羁押必要性审查等律师建议，全力维护法律的公平、正义。

在一审法院认定张某某非法吸收公众存款八千余万并判处有期徒刑十年的不利局面一下，她没有放弃主张，继续全力以赴投入二审。

二审开庭中，她坚持从证据入手，通过大量客观证据指出本案存在“取证程序重大违法”、“认定借款事实存在与否、数额多少、款项用途等基本事



业绩

实不清”以及“全部出借人均承认与张某某系亲友关系，案涉款项均系‘一对一’借款”等事实，在庭上据理力争，与公诉机关展开激辩。最终，在清晰的事实和充分的证据面前，公诉人当庭表示，全部同意并支持辩护人的辩护意见，认为张某某犯非法吸收公众存款罪事实不清、证据不足，建议发回重审。

二审法院也最终采纳了此意见。至此，案件经过5年不懈努力，终于取得了完美的阶段性胜利。被告人家属当庭流下了激动的泪水。

对于此案，李秀娟律师认为，这是团队协作的结果。早期接手案件的时候，赵晓东律师曾参与办案，后期一、二审期间，黄凯律师全程协助办案。

同时，她坚信在党中央大力加强对民营企业家人身权利和民营企业产权保护的政策支持下，刑辩律师要以证据和法律为武器，敢于对所谓的“专案”、“铁案”说不，敦促司法机关用法治思维和方式处理问题，切实保护好民营企业家的合法权益，维护好社会的公平正义。

王馨全律师近期代理的多个刑事案件，均成功为当事人取保候审

近期，京都律师事务所王馨全律师捷报频传，所代理的刑事案件取得了良好的辩护效果，获得了家属和当事人的一致好评。

2020年10月 近5000万合同诈骗案全案取保

近5000万的合同诈骗案件，公安机关前期侦查近2年。多名嫌疑人刑事拘留后王馨全律师作为辩护律师介入。通过京都团队的协作精神，克服了疫情管理下的会见难问题，迅速会见掌握有效案件信息，收集有利证据。报捕期间与承办检察官多次交流，提交意见与关键证据，最终全案取保。

2020年9月 羁押一年开庭后立即全案取保

因涉嫌故意伤害，三名女性被告人被羁押长达一年时间，家中年幼子女思念母亲，严重影响生活和学业。王馨全律师在一审阶段接受委托，根据全案证



王馨全律师

据和当事人的诉求做无罪辩护，法庭审理非常激烈，庭审效果良好。开庭后第二天三位被告人全部取保候审。

2020年8月 非法吸收公众存款案，财务人员成功取保

非法吸收公众存款案件，刑事拘留初期王馨全律师作为涉案公司财务人员的辩护人介入，迅速会见当事人了解案情，与经侦承办警官积极沟通，及时了解提前报送审查批捕的情况，有效地利用了7天黄金批捕期，与承办检察官沟通配合，最终当事人取保候审。

2020年6月 巨额诈骗案成功取保

互联网贷款诈骗案件，公司行政人员涉案。王馨全律师接受委托后，在批捕期提交了不予批捕意见，强调基于公司职权划分、嫌疑人工作内容可知其不了解公司核心业务内容，不具有主观明知的诈骗罪构成要件，最终批捕期成功取保候审。

业绩

撤销案件！徐伟、石因律师为企业家成功辩护

挂靠人利用公司虚开增值税发票，公司负责人是否承担刑事责任？

近日，京都律师事务所徐伟、石因律师为某地建设工程公司负责人Y辩护，审查起诉阶段检察机关全面采纳辩护人意见，退回公安机关补充侦查，随后公安机关撤销了Y的案件。

2018年Z、L欲承接某地工程，因不具备资质，便挂在Y公司名下。施工过程中，Z、L为了少缴税款，通过虚构购销合同、空转银行流水的方式虚开增值税专用发票。起诉意见书中，公安机关将公司负责人Y列为第一被告人。

公安机关认为，Y为虚假合同盖章、为空转流水提供公司账户，主观上有犯罪的故意；Y本人认为，作为公司负责人自己有责任，但对虚开一事



徐伟律师



石因律师

确实不知情，损害结果系自己管理不善导致。

接受委托后，律师及时阅卷，认真聆听了Y的无罪辩解。辩护人认为，本案存在虚开发票的事实，但公安机关指控Y主观明知的证据不足，且Y的无罪辩解可以得到相关证据的证实。

辩护人积极收集了相关证据材料，多次以口头、书面的形式，与检察机关承办人员交流辩护意见。最终，辩护人的意见被检察机关全面采纳，将案件退回公安机关补充侦查，不久后，公安机关撤销了Y的案件。

辩护人认为，作为企业的负责人，在日常经营管理中更应当重视企业的合法合规性管理，以避免类似情况发生。

一审全面胜诉！陈宇、任视宇、林琳律师助私募基金避免数亿元损失



陈宇律师

近日，本所陈宇、任视宇及林琳律师代理的一起股权转让纠纷案，一审取得全面胜诉，为委托人成功避免数亿元损失。

该起案件系投资者与拟上市公司对赌条款触发后，投资者无法顺利退出而引发纠纷的典型案列，对机构投资者应如何设计投资条款，并在无法退出时如何寻求救济均具有较大的参

考意义。

本案委托人系国内知名信托机构旗下有限合伙企业，该合伙企业代表拥有数十名投资人的契约型私募基金向标的公司投资数亿元，并与标的公司及其控股股东、实际控制人约定对赌及业绩补偿条款。回购条款触发后，义务人拒绝履行回购义务，为避免投资损失，委托人拟提起诉讼。本



业绩



任视宇律师

所律师接受委托后，立即对本案全部资料及背景进行详尽分析，为尽可能保障委托人利益，确定了除向义务主体主张全部回购价款及违约金外，还针对标的公司存在的违约行为在本案中一并主张违约责任的诉讼请求，并

在提起诉讼的同时，申请财产保全。

本案于2019年5月立案受理，先后经历了被告为拖延诉讼而提起管辖权异议、被告之一被法院裁定受理破产申请、因疫情及被告故意拖延而无法及时安排庭审等种种波折。其间，代理律师及时申报了破产债权，并结合“九民会议纪要”及破产法的规定对诉讼请求进行了调整，同时在本案组织的线下、线上四次庭前会议及庭审过程中，针对回购价款的计算方式、已补偿的股份价值是否应当扣除、标的公司是否应当承担违约责任等争议焦点进行了充分说明及论证。



林琳律师

最终，本案一审法官采纳了我方全部代理意见，并基本判决支持了委托人全部诉讼请求。这份判决不仅对律师团队细致深入的工作进行了充分认可，更为委托人及其背后的广大投资者成功避免了数亿元投资损失！

任视宇、梁卓卿律师成功辩护：贩毒案被告人一审获免死

近日京都律师事务所任视宇、梁卓卿律师办理的蔡某涉嫌贩卖毒品罪一案，一审法院对公诉机关死刑量刑建议未予采纳，对被告人判处无期徒刑。

另案杨某等五名被告人被认定犯贩卖毒品罪，一人被判处死缓，三人被判处无期徒刑，一人被判处有期徒刑。以上五名被告人均供述受蔡某的雇佣进行犯罪活动。2019年7月，蔡某被公安机关抓获。

2019年8月，任视宇、梁卓卿律师接受委托，担任蔡某的辩护人。接受委托以来，任视宇、梁卓卿律师共会见嫌疑人20余次。经过仔细阅卷并与



梁卓卿律师

嫌疑人核实案情后，辩护人发现，对蔡某指控的证据仅有另案五名被告人的口供，能直接指向蔡某的客观证据几乎未被收集，且另案的办案程序存在诸多瑕疵，在案毒品数量能否被认定为蔡某的犯罪数量无法排除合理怀

疑。为此，辩护人通过制作口供对比表发现五名被告人的供述和其他证人的证言存在相互矛盾、前后矛盾的情况，结合在案的客观证据不足，使得毒品来源、毒品销售、毒资流向以及是否存在雇佣关系等核心犯罪事实无法达到事实清楚、证据确实充分的程度。此外，辩护人通过阅卷后发现，案卷内缺少部分辨认笔录，缺少数公斤毒品的搜查证和搜查笔录，缺少毒品称量、封装、取样、送检笔录等，存在诸多程序性瑕疵问题。更为重要的是，辩护人研究发现关于毒品犯罪的法律规定另案审结后已经发生了许多变化，有许多是有利于行为人的新

业绩

规，还有一些规定是新法严于旧法。为此，辩护人提出应对蔡某的案件适用“从旧兼从轻”的法律适用原则。

经过辩护人的不懈努力，一审法院采纳了辩护人的部分辩护观点，未予采纳公诉机关的死刑量刑建议，最

终对被告人蔡某判处无期徒刑。蔡某及其家属对辩护人的工作表示认可，并表示服从一审判决，不再上诉。

名校博士杀妻案，自首仍难逃死刑 ——王琛、潘南宇、胡慧敏律师成功代理被害人一方



王琛律师



潘南宇律师



胡慧敏律师

近年来的一系列杀妻案，如上海冰柜藏尸案、南京吉星鹏杀妻案、杭州粪池沉尸案等等，无不牵动着人们的神经，引发无数网友热议。由王琛、潘南宇、胡慧敏律师代理被害人一方的名校博士杀妻案，王某某因怀疑妻子出轨，将妻子残忍杀害后自动投案，经三位律师不懈努力，法院终于作出死刑判决，为死者伸张正义。

2019年10月，惨剧发生后，被害人父母悲痛欲绝，联合400余名村民上书司法机关请愿判处王某某死刑，在当地引起轰动。然而本案中，王某某有自首情节，而且被害人父母已经收取了王某某家人20万赔偿，当地检察院基于此提出无期徒刑的量刑建议。在此背景下，被害人父母找到了京都所寻求帮助。

王琛、潘南宇、胡慧敏律师介入案件后，案件已经进入审判阶段。针对检察院已经提出了无期徒刑的量刑建议，三位律师认为必须主动出击，将代理工作开展在庭审前。基于这种执业习惯，三位律师化被动为主动，阅卷后发现控方证据明显不足，便第

一时间向法院申请调取新证据，目的是通过证据材料还原王某某性情暴虐的事实，并积极提交证据线索。在多次与承办法官沟通后，法院决定延期审理，将案件退回检察院补充侦查。代理人多次当面与承办检察官沟通补充新证据，成功说服检察官对新证据予以补充。

在正式开庭审理中，面对王某某辩护人提出的自首、被害人出轨构成过错、被害人父母收取20万赔偿等应减轻处罚的情节，代理人与辩护人展开激烈对抗，主张上述观点均不成立，并提出检察院无期徒刑的量刑建议畸轻，应变更为死刑。最终，法院采纳了代理人意见，判处王某某死刑。判决当日，被害人家属激动万分，对三位律师的专业能力和坚持精神表示一致认可和感谢。

逝者已矣，生者如斯。三位律师在原本极为不利的情况下临危受命，积极开展工作，最终成功扭转局势，站在控方视角匡扶正义，严惩凶手，告慰亡者在天之灵。



业绩

对山寨门头说不，京都律师为委托人挽回损失

近日，京都南京的程秋语律师、薛茹月律师代理了一起因山寨门头引发的不正当竞争纠纷案件，成功为委托人挽回了相应损失。

委托人是某品牌超市的经营者，经过多年苦心经营，在当地设立了多家分店，该品牌也具有了较高的知名度。此时，同业经营者王某发现了“商机”，趁机将自家超市门头装修成委托人经营的超市门头模样，使得购买者误认为是委托人开立的某品牌超市，并持购买后发生质量问题的产品向委托人索赔。自此，委托人才发现王某的傍名牌现象，要求王某停止侵权行为，但王某拒不接受，继续使用该门头，并攫取了大量利润，还因销售产品存在质量问题影响了委托人经营的品牌商誉。

我们认为，王某的行为构成不正当竞争，应当停止侵权并赔偿委托人相应损失，但关键在于三点：一是委托人经营的超市门头是否具有独特性，二是王某经营的超市门头与委托人的是否构成相同或近似，三是委托人经营的门头是否属于知名商品。

首先，我们单独拍摄了委托人经营的超市门头，各部拆分后一一进行说明，委托人的门头选择白色作为底色，红色作为店名颜色，并在店名



程秋语律师



薛茹月律师

两侧均设置三色条纹，表明其装潢文字、图案及其排列组合均具有独特风格，是“特有”装潢。其次，关于二者是否相同或近似，我们选用了商标近似的判断原则和方法来协助法官进行认定，即以一般消费者的一般注意力为标准，在比对对象隔离的情况下，将王某经营的店铺门头与委托人的相比，二者在底色、店名颜色及店名两侧三色条纹上均相同或近似，足

以使得一般消费者将王某经营的店铺混淆为委托人经营的店铺，构成混淆。再者，我们向法院出示了委托人及王某的工商档案、城管许可设立相应门头的审批表及附图，证明委托人经营在先、使用相应装潢在先，依据相关法律规定，在相同市场领域，在先使用的装潢被在后使用的装潢擅自模仿，造成或足以造成消费者混淆误认，妨碍市场公平竞争的，推定在先使用装潢具有知名度，而王某经营的超市与委托人经营超市的住所地在同一城市、设立及使用门头的时间晚于委托人，故委托人经营的品牌门头具有知名度，是知名商品。因此，王某构成不正当竞争。

除了主张王某构成不正当竞争之外，我们还向法院申请调取了王某的财务账簿、税收缴纳记录等材料，以确认王某通过不正当竞争获取的利益数额。在我方提交上述证据及申请调取有关资料的“压力”下，王某当庭要求调解，并提出了立即拆除门头停止侵权、赔偿损失的合理方案，最终与我们的委托人签署了调解书，通过诉讼的方式实现了委托人“定分止争、互利共赢”的目的。

荣誉

2021钱伯斯亚太榜单揭晓 京都荣登榜单，郭庆律师、金毅律师分别荣登个人榜单

北京时间2020年12月15日，著名全球法律评级机构钱伯斯（Chambers and Partners）发布了《2021亚太法律指南》（2021 Asia-Pacific Guide）。京都律师事务所荣登榜单，京都律师事务所高级合伙人郭庆律师、合伙人金毅律师分别荣登个人榜单。

京都律师事务所此次被评选为“争议解决”（Dispute Resolution）第五级别（Brand 5）律师事务所。

京都所自成立以来，秉承“追求卓越，不负重托”的事务所文化，始终以客户的需求为第一位，凭借“卓越的项目管理能力、顶级的律师专业能力、一流的市场资源能力”三大核心竞争力，经过25年的稳健发展，已经从以优秀刑事诉讼业务为主导的律师事务所，逐步发展成为大型综合化律师事务所，此次荣登钱伯斯《2021亚太法律指南》是对京都所多年来努力的肯定。

京都律师事务所高级合伙人郭庆律师凭借出色的工作成果和优质的客户服务，在“争议解决-诉讼领域”（Dispute Resolution: Litigation）上榜。钱伯斯在去年的亚太和全球律师排名中，均将郭庆律师作为受认可律师在该领域向全球客户推荐。

郭庆律师曾就职于新华社和中央电视台新闻中心，2003年通过国家司法考试并成为专职律师。2010年，郭



↑ 郭庆律师

律师经全国律师协会推荐及英国律师公会的选拔，前往英国参加了为期十个月的“英国大法官办公室-中国青年律师培训项目”（LCTS）。在多位英国皇家御用大律师的指导下，郭庆律师对英美法律体系、国际客户需求进行了较深入的了解。迄今，郭庆律师担任政府间国际组织、多家全球500强跨国公司法律顾问，承办了大量涉外民商事纠纷解决案件，是一位不可多得的涉外领域资深律师。

郭庆律师执业17年来，凭借亲和、果敢的执业风格和精湛的专业技巧，在日常工作中发挥着非凡的影响力，广受客户赞誉。客户在评价她时这样说到：“我司法务团队常年与外部律师合作，郭庆律师及其团队是其中最为出色的合作方之一。郭律师的专业素养令人钦佩，其团队的高效协调值得倚重。”



↑ 金毅律师

京都律师事务所合伙人金毅律师首次登榜，入选榜单“竞争和反垄断”（Competition/Antitrust）第四等级（Brand 4）。

金毅律师执业14年，处理过200余件经营者集中申报案件，并代理过多起重大、复杂的反垄断调查及诉讼案件，例如2017年入选最高人民法院指导案例的奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案；三星与华为标准必要专利案；国际集装箱海运、滚装船反垄断调查案等。金律师与多家国际知名律所所有长期合作关系，服务过的客户大部分为跨国企业。

客户这样评价金律师的服务：“他有卓越的法律素养，能够快速熟悉案情，洞悉执法机构的工作方式，并在客户和执法机构间进行大量细致精准的沟通工作，为客户提出务实、有效的指引和建议，是‘优秀的沟通者’。”，“他非常熟悉我们的业



荣誉

务，这使得他的法律服务既专业又有温度，既解决已经出现的问题，也帮助我们预防潜在法律风险，提高了我们整个团队的法律意识。”

此次评选结果彰显了京都律师事务所卓越的实力和影响力，也体现了行业对京都律师事务所和郭庆律师、金毅律师专业服务水准的肯定和褒奖。京都将继续秉承“追求卓越、不负重托”的价值观，一如既往致力于为客户提供全方位且卓越高效的法律服务。

钱伯斯总部位于英国伦敦，是最



权威的国际法律评级机构之一。《钱伯斯法律指南》以20余种语言向全球客户收集市场数据、客户反馈，对全球各地区、各领域的优秀律师事务所及律师个人进行独立评选，其评选结果是全球客户寻求高端法律服务的权

威参考之一。

京都律师事务所连续五年上榜《亚洲法律评论（ALB）》“亚太地区50强律所”和“中国最大30家律所”榜单，并先后获得“北京市优秀律师事务所”、“朝阳区优秀律师事务所”、“年度十佳刑辩律所”、“年度国内私人客户律师事务所”、“中国优秀股权和创业投资最佳法律服务机构”、“年度公益律所”、“最具公信力律师事务所”、“年度全国十佳最受信任律所”等荣誉。

京都律师事务所荣获2020年度“最佳家族信托法律服务机构”大奖



裴斐律师受邀发言

2020年12月1日至2日，京都律师事务所合伙人律师、南开大学资本市场研究中心研究员裴斐受邀并率领家族信托法律事务中心律师团队参加了“2020第七届中国家族企业传承主题论坛暨中欧第九届中国家族传承论坛”。

由《家族企业》杂志和中欧国际工商学院联合主办的

“2020第七届中国家族企业传承主题论坛暨中欧第九届中国家族传承论坛”在厦门特房波特曼七星湾酒店盛大举行。来自欧洲、东南亚、美国、日本以及中国内地、中国香港的家族企业掌门人、接班人、专家学者，就“矛盾与和谐——平衡的艺术”主题，从多重视野角度分享他们家族企业的创新与创业，共同探寻家族企业发展之道。



京都律师事务所荣膺“2020年度最佳家族信托法律服务机构”大奖，裴斐律师代表团队上台领奖

荣 誉

12月1日晚，在白天的议程结束后，论坛迎来了盛大的“第七届最佳传承企业及专业服务机构颁奖晚宴”。京都律师事务所在本论坛上再次荣膺“2020年度最佳家族信托法律服务机构”大奖，裴斐律师代表团队上台领奖。

中国家族企业传承主题论坛自2015年开始每年都会设置传承夜话环节，历年均为人气最高的论坛环节之一。京都家族信托法律事务中心裴斐律师、外贸信托财富管理中心副总经理李珊，中宏保险宏运世家家族办公室负责人陆奇峰受邀作为主讲嘉宾参与本届夜话，从法律、税务、风险管控、资产配置、综合财富管理等角度，就家族宪章在家族治理中的作用、民法典时代传承工具的变革、保险公司家族办公室的差异化、家族信托的运用等话题进行深入探讨，共话传承密码。

裴斐律师表示，在经济发展的大潮中，中国的财富家族还未能形成强有力的文化价值传统以规范家族成员的行为并界定权利义务。正因如此，家族领导者在难以一蹴而就明确责任感、归属感和凝聚力的情况下，应该担当起家族未来的规划师，具文表达自己在长期的经商为人处世中总结出的文化价值理念，建立起富有智慧的家族治理机制，让家族和企业经得起百年的风雨考验。能够全面、完整体现这一切意愿的工具，非家族宪章莫属！

京都家族信托法律事务中心律师团队，坚持“信义精神”与“工匠精神”，一直专注于境内外家族信托法律服务领域的深入耕耘。在家族与家族企业治理、境内外家族信托、税务筹划、投融资、婚姻家事、家族慈善等法律服务领域打造了核心竞争能力，在业界赢得了良好的口碑和声誉，与客户建立了长久的合作信任关系。

京都家族信托法律事务中心将秉承“追求卓越，不负重托”的专业素质和执业理念与您一路前行。



京都律师事务所荣膺“2020年度最佳家族信托法律服务机构”奖牌照片



左起：滕杰律师，裴斐律师，关键律师



活动现场



荣誉

京都知产团队获评中国国际商标品牌节 “2020年度优秀商标代理机构”



2020年度优秀商标代理机构评选颁奖仪式

2020年12月4日至7日，由中华商标协会、南昌市人民政府共同主办的2020中国国际商标品牌节在南昌市隆重举行。

12月4日晚，在第十二届中国国际商标品牌节欢迎会暨颁奖典礼中，京都所知产团队商标组在参选的千余家代理

机构中脱颖而出，获评“2020年度优秀商标代理机构”称号，这是该团队连续第十年获此殊荣。此外，商标组的宋远丽律师、靳菲代理人获得第二批“商标代理金牌服务个人”荣誉称号。



第二批商标代理金牌服务个人评选颁奖仪式



肖树伟律师

肖树伟律师受聘担任北京市公安局 公安交通管理局顾问团成员

北京市公安局公安交通管理局为了进一步做好依法管理工作，充分发挥律师的专业顾问作用，于2020年8月聘请了北京市经验丰富业务过硬的

律师组成了律师顾问团。我所肖树伟律师被北京市公安局公安交通管理局聘请为律师顾问团成员。

肖树伟律师于1987年自中国政法

荣 誉



肖树伟律师被北京市公安局公安交通管理局聘请为律师顾问团成员

大学经济法系国际经济法专业毕业，1989年开始从事律师工作。中国法学会会员，中国贸促会/中国国际商会调解中心商事调解员，海南国际仲裁院仲裁员，中国政法大学法学院兼职教授，中央民族大学法学院客座教授，中华全国律师协会企业合规法律服务专项工作组副组长，最高人民检察院民事行政咨询专家、第十届北京市律师协会惩戒委员会主任。主要业务领域为民商事诉讼与仲裁、金融业务、国际贸易与投资法律事务、企业合规风险防控、刑事业务等。

颜九红律师荣获“北京市先进工作者”荣誉称号

2020年12月22日上午，北京召开市劳动模范、先进工作者和人民满意的公务员表彰大会。会议表彰了北京市664名劳动模范、484名先进工作者、186个模范集体、30名“人民满意的公务员”和10个“人民满意的公务员集体”。其中，来自北京律师行业的9名律师和1个集体获评“北京市劳动模范”“北京市先进工作者”“北京市模范集体”荣誉称号。

北京政法职业学院教授，京都律师事务所兼职律师颜九红，荣获“北京市先进工作者”荣誉称号。该荣誉是对颜九红律师工作的认可与肯定，更是鼓励京都所内律师用模范先进的崇高精神和高尚品格鞭策自己，焕发劳动热情、释放创造潜能，为个人发展与所内建设作出贡献。

颜九红律师是北京政法职业学院众多践行“工匠精神”、默默奉献不求闻达、不计得失海人不倦、爱岗敬业忠于职守的教师队伍中的一名代表，培养了一批又一批在法官、检察官、律师等背后从事着认真严谨辅助性工作的法律人才，孕育着首都政法职业教育的“工匠精神”。有北京大学、中国政法大学、中国人民大学硕博学历的颜九红老师，在北京政法职业学院普通教



京都律师事务所兼职律师颜九红

师岗位上干了一千就是23年。23年来，“春蚕到死丝方尽，蜡炬成灰泪始干”的职业教育工匠精神早已融入她的血脉，她以仁爱之心理解包容学生，以真情实感濡染感动学生，以教学相长、精益求精，不断提升法律理论和实践技能水准。



动态

京都律师事务所25周年宣传片 与法治时代共舞



律者，所以定分止争也。

1995年，是京都律师事务所诞生的“元年”。

25年前，第一代京都律师就在为“匡扶正义，建立法治”的理想而发声呐喊。以“铁肩担道义，丹心筑法治”的热忱，我们25年如一日地维护当事人的合法权益、维护法律的正确实施、维护社会的公平和正义。

如今，砥砺前行25年的京都律师事务所，与国家法治化的进程同行，与时代的脉搏一起跳动。

谨以此片为京都律师事务所二十五周年志。

一、序章，自此而始

1995年，田文昌教授带着一腔热忱投身中国律师行业，“京都”二字在篆刻艺术家杜延平先生的刀下熠熠生辉。

凭借在大邱庄禹作敏案、著名企业家朱佩金、商雎无罪案、西北民航案中法律权威的坚守，京都律师事务所奠定了在刑事辩护领域的领先地位。

但以中国首位民事诉讼法博士、行政法博士、国际法硕士及最年青的民法学副教授等一批在行业内举足轻重的年青学者为创业班底的京都律师事务所，他的基因是综合化的。

京都律师事务所综合化、团队化、专业化的发展战略初现雏形。

二、志合者，不以山海为远

在宣传片中有这样的一句话“回看过去的每一步，面对成就和坎坷，我们不骄不馁”。这是京都律师事务所先后历经“三

次创业”仍旧能够站在行业前沿的最大倚仗。

从1995年定调综合化到1997年重组，再到2001年“忘忧里会议”重启“三化”改革。从2002年首创管理合伙人制度到布局非诉业务，再到2018年重塑管理机制，我们以前所未有之决心，去挑战，去打破，去创造。

改革之路走了近20年，但这一切是值得的。

从1995年的创收200万，到2003年的1800万，再到以年均千万的速度持续增长。从做客《东方之子》，到2005年的北京市优秀律师事务所，再到如今钱伯斯等各大榜单的常客。

25岁的京都律师事务所，风华正茂，对每一个关键节点的成功摸索，成就了他的基业长青。



三、期待同行者

《孟子·尽心上·忘势》中有讲“穷则独善其身，达则兼济天下”。

我们希望用20年的时间探索出适用于中国律所的发展之路，构建起管理合伙人专业化管理模式，十三个细分业务团队的专业领域体系，以综合化为平台，以团队化为支撑，以专业化为保障，充分发挥团队配合的管理优势，确保服务模式的优质、高效，追求业务水平的精益求精。

坚持，是这个时代的奢侈品。

国际化的号角已然吹响，我们还没有停下脚步，肩负着责任与担当，在追求卓越的路上步履不歇。不曾因道路的蜿蜒漫长

动态


而气馁，不曾因身边人的半途折返而动摇。

未来的路还很长，现在我们期待更多的同行者。

四、结语

专业、诚信、理性、执着，是最能体现我们价值观和理念的四个词。

江水奔流，海潮涨落，维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义，京都律师勇于担当。建设法治国家、法治政府、法治社会，我们责无旁贷。

引用宣传片中的最后一句话“我们能做的，就是去迎接一个大时代的到来”。



京都律师事务所举行第三批刑事辩护独立出庭资格授予仪式



部分授牌律师与嘉宾合影

2020年11月27日下午，京都律师事务所第三批刑事辩护独立出庭资格授予仪式在京都所总部举行。此次授牌仪式出席的嘉宾有中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长、中国政

法大学博士生导师樊崇义教授，北京师范大学法学院院长、博士生导师卢建平教授，清华大学法学院博士生导师张建伟教授。京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌律师、京都律师事务所主任朱勇辉律师、京都律师事务所高级合伙人曹树昌、梁雅丽律师，合伙人孙广智律师，京都所的部分同事也来到仪式现场。仪式由京都律师事务所刑事业务部主管合伙人王九川律师主持。

田文昌律师在开场致辞时指出，刑事辩护独立出庭资格的考核是京都所的首创，也是国内的首创，其最重要意义在于提升所内律师的办案水平。通过资格的严格考核和审核，能够保证京都所的刑事辩护律师的业务保持在一个较高的水平之上。他希望京都所的创新与尝试，可以对国内刑辩业务起到重要的引领和推动作用。

关于律师的刑事辩护培训实训，他强调道，京都所培育出了几十人的培训队伍，希望在此基础上开展常态化的培训，使中国的刑辩律师能够提升至更高的层次。关注实务培



动态



田文昌律师



朱勇辉律师

训的同时，资源共享也十分重要。京都所的创新与尝试不仅让所内的每位律师受益，我们也要有一种胸怀，要让全国的刑辩律师受益，要为了使全国刑辩律师能够整体提升，做出我们的一点贡献。

朱勇辉律师对独立出庭资格的价值进行分析。分别从审核、法律服务和培养新人三方面阐述：一是通过对出庭资格的审核，让出庭的律师保持一个高水准的业务水平；二是为客户提供优质的法律服务；三是希望通过这个制度能够培养新人，让更多的律师能够加入刑辩队伍，能够做好刑辩。作为一个刑事律师，出庭的能力是最基本的素质和必须的能力。他认为，独立出庭资格这一制度的尝试，能够为中国刑事律师出庭的经验获取、人才的培养做一些有益的探索。

樊崇义教授首先对第三批获得刑事辩护独立出庭资格的律师们表示祝贺。结合时政，他通过刑辩质量问题和律师团队建设进行发言并提出中肯的建议。樊崇义教授希望，京都所不仅是提出一个资格，也能提出刑辩的一些质量标准，从个案当中总结各类案件的刑事辩护标准，他建议京都所可以就指标体系进行专题讨论。

另外，他提及法律人的概念，在团队建设上强调律师的专业性。法律人具备三个标准：一是有基本的法律知识；二是对先行的法律理解和使用；三是走向理性。他希望在创新的发展下把每个律师都培养成一个有理性的专家型律师。

卢建平教授旁征博引，从文学、历史、哲学、法学多个



樊崇义教授



卢建平教授

动态



| 张建伟教授



| 曹树昌律师、梁雅丽律师



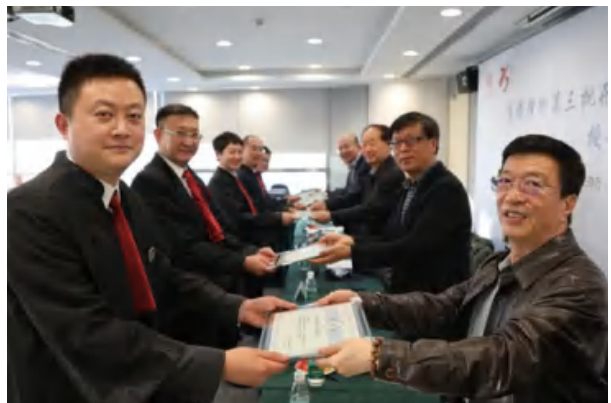
| 孙广智律师

角度对独立出庭资格进行解读。首先他对京都所这项制度表示认可与支持，并看重它对于刚入行的年轻律师起到激励示范和引导作用。随后，他对独立的概念进行了深入解读。独立是相对的，他强调独立与合作，分与合的辩证关系，独立出庭指的是一种资格，是一种见识，是一种水平的象征，也是一种标准化。所以独立出庭的刑辩律师更应该重视合作，他鼓励刑辩律师深入实践摸索，踏实地干出一番事业。

张建伟教授表示，独立出庭资格是京都所倡导专业主义的一种体现。在点评当前律师执业中的一些现象后，他强调，应关注律师群体的独立性。从律师的本质出发，把律师从屈从地位上独立出来，他认为这是所有律师应该要努力做的，当代年轻律师应该把眼界放宽，去思考更广袤的独立性。张建伟教授还强调律师的力量感，律师可以通过出版书刊、接受采访等方式创造自己的名声，同时律师应该增强自身力量，通过社会舆论的作用，能够使自己的事业得到更好的发展。律师需要不断成长，不忘初心，在落实政治法制方面继续发挥律师的积极作用。

京都律师事务所高级合伙人曹树昌律师和梁雅丽律师在讲话中对年轻律师给予祝贺和鼓励，对他们寄予厚望。

在嘉宾致辞后，授予仪式正式开始。孙广智律师表示，刑事辩护独立出庭资格制度让京都刑辩的精神财富在京都人手中得到传承并发扬光大，希望本次被授予资格的同事们能够继续进步，努力兑现“追求卓越、不负重托”的诺言。随后，孙



| 授牌仪式



动态



| 宣誓仪式

律师宣读了本次被授予刑事辩护独立出庭资格的12名优秀律师并就他们的基本情况、执业特点给大家做了介绍，他们分别是刘立杰、彭吉岳、李志广、王馨全、侯佳、翁小平、智艳军、孟粉、李波、陈宇、李荣、齐晓伶。部分律师因开庭等工作原因无法到场。在场参加宣誓仪式的律师身着律师袍，面对《宪法》，庄严宣誓。宣誓结束后他们发表了自己的感言。

最后，王九川律师对此次活动进行总结，对今天到场的



| 王九川律师

嘉宾表示衷心感谢，并对被授予刑事辩护独立资格的律师们表示祝贺。他表示，当初京都所推出刑事辩护独立出庭资格制度，曾带来不同的看法，实行两年多以来，已得到业内普遍的理解，目前已有数十位京都所律师通过资格考核，该内部制度对京都所刑事辩护技能规范化、人才队伍梯队化建设等方面已产生积极作用，京都所今后将会继续总结得失，对该制度进行改进，以给刑事辩护界提供有益的借鉴。

田文昌律师应邀担任第七届全国十佳公诉人业务竞赛决赛评委

2020年9月27日，备受关注的第七届全国十佳公诉人暨全国优秀公诉人业务竞赛在京举行决赛，中华全国律师协会刑事业务委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌应邀担任此次活动的评委之一出席总决赛。

田文昌律师在现场点评时指出：“辩论赛不在于结论，不在于是非，关键在于展示选手们的理论功底、表达能力和应变能力，现场选手们的综合水平越来越高，令人欣慰。通过今天的案例，我们看到在现实中刑民交叉的问题越来越多，在很多案件中刑事责任能否追究，其基础是理清民事法律关系，这就对我们的知识水平提出了更高的



| 田文昌律师在评委席就座

动态

要求。对于法律人来讲，随着科技进一步发展，犯罪手段也进一步提高，变化多端，认定犯罪的难度越来越大，所以法律人要不断提升自身水平，这也是今天辩论赛一个很重要的提示。”

经过6个环节的激烈角逐后，张瑜、李光林、李睿、汤智、李芳芳、黄奕伟、陈禹瞳、魏雪、丁铎、高尚等10名检察官荣获“全国十佳公诉人”称号，王艳等10名检察官荣获“全国十佳公诉人”提名，薛璐璐等65名检察官获“全国优秀公诉人”称号。广东省检察院、重庆市检察院、浙江省检察院、湖北省检察院、陕西省检察院、解放军军事检察院获得优秀组织奖。

最高检党组书记、检察长张军在分享他观赛后的感受时表示“办案须重法理情。检察办案要情同此心、将心比心，换位思考，从当事人和人民群众的感受出发想问题、抓办案，具体案件具体分析，将天理国法人情融为一体，做到政治效果、社会效果、法律效果的有机统一。”

最高检领导童建明、孙谦、陈国庆、潘毅琴，检委会专职委员张志杰出席观摩决赛。全国人大代表伊彤、高子程、李孝轩，全国政协委员刘林、陈双观看决赛并出席有关座谈。



9月27日，第七届全国十佳公诉人暨全国优秀公诉人业务竞赛在京举行决赛（图片来源：最高检微信公众号）



黄永、沈亮、田文昌、卞建林、周光权、林维以及最高检有关部门负责人担任决赛评委（图片来源：最高检微信公众号）

京都刑辩研究中心与中国社科院大学刑辩研究中心成功举办合作签约仪式

2020年12月21日，京都律师事务所刑事辩护研究中心与中国社会科学院大学刑事辩护研究中心合作签约仪式在京都律师事务所举行。

中国社会科学院大学法学院常务副院长吴用、中国社会科学院大学法学院诉讼法教研室副主任孙远、中国社会科学院大学法学院学生工作负责人王晶磊以及中国社会科学院大学刑事辩护研究中心执行主任门金玲出席签约仪式，京都律师事务所名誉主任田文昌、京都刑辩研究中心主任梁雅丽律师、高级合伙人徐莹律师、顾问臧德胜、合伙人刘立杰律师参加了签约仪式。活动由高级合伙人徐莹律师主持。



主持人：徐莹律师



动态



田文昌律师



梁雅丽律师



吴用副院长

田文昌律师在致辞时表示，两个刑辩研究中心建立长期合作非常必要，京都所要打造一个理论和实务结合的高端平台，通过这个平台为中国的理论和实务相结合努力做出一点切身的贡献。我们要避免空谈，做出实效，在解决中国法学界的理论和实务严重脱节的现状问题上推进一两步，才是合作最有价值的地方。

京都律师事务所高级合伙人、京都刑辩研究中心主任梁雅丽律师热烈欢迎各位老师 and 学生的到来，并简要介绍了京都刑辩研究中心的成立背景和组织架构。京都刑辩研究中心成立于2016年，是一个理论和实践相结合的交流平台，中心以个案研究、理论研究、制度研究为基础，关注典型案例后面映射的问题，通过不断发声和研究推动立法。研究中心内设决策管理机构、顾问机构、业务研究机构、职能机构等几大板块，目前由京都高级合伙人梁雅丽律师担任中心主任，全面负责中心工作。副主任由柳波律师、臧德胜、徐莹律师担任，协助主任开展工作，并各自负责牵头一个具体的职能部门。中心还设立了秘书处，由翁小平律师、刘立杰律师负责日常事务。她表示此次和社科院大学律学共建的初衷是想为学生们搭建一个实践的平台，也可以让律师们用实践经验为实践教学贡献一点力量，希望大家通过共建能有新的收获。此次合作协议的签订是双方深度推进青年法学人才培养战略的一次探索与创新，有利于加强法学实务与学院的交流，促进理论教学与法律实务相结合，提升双方的综合实力。

随后，中国社会科学院大学法学院吴用副院长对社科院大学法学院的师资规模、教研实力做了简单的介绍，并表示



签约仪式



第一行左起：门金玲，臧德胜
第二行左起：孙远，刘立杰，王晶磊

动态

这两个中心的合作，能为学生们无论是从教学，以及教学以外的包括模拟法庭等方面提供很好的平台，弥补理论和教学脱节的现象，给学生提供实实在在的帮助。



会议合影

签约仪式前，徐莹律师还对京都律所的现状和发展进行了简要介绍。

签约仪式后，大家围绕着“律学共建”的主题发表了各自的想法和建议。

此次京都刑辩研究中心与中国社科院大学刑辩研究中心开展的实践合作，将充分发挥双方在法律人才培养方面的优势，实现律所与学校之间的优势互补，强强联合。我们将为社科院大学法学院各类学生活动、学术活动提供资金支持和实践平台。在这期间，我们也将指派有经验的律师参与社科院法学院的实践性教学活动。通过法学理论与实践结合开展更深层次的沟通与交流，从而进一步提升法学在校生的专业理论和实务水平。

《智能驾驶乘用车2020年度法律报告》发布

填补国内系统研究相关法律空白

为未来行业标准出台奠定基础

2020年10月23日下午，由对外经济贸易大学法学院和京都律师事务所联合主办的“智能驾驶乘用车法律适用与监管”研讨会暨《智能驾驶乘用车2020年度法律报告》发布会在京都律师事务所成功举行。

《民法典》起草领导小组成员、中国人民大学法学院张新宝教授、清华大学法学院副院长程啸教授、中国标准科技集团汽车事业部部长吴友生、参加和推动了汽车召回与三包制度的汽车行业资深媒体人于童等各界专家参加了发布会和研讨会。对外经济贸易大学法学院院长梅夏英教授与京都所高级合伙人郭庆律师介绍了《报告》的撰写初衷和内容。

对于智能驾驶技术这样一项新生事物，智能驾驶车辆的制造商、监管者、消费者、学术研究者等对该技术的认识仍在持续深化之中，法律自身的滞后性决定了当前任何急于对智能驾驶技术和产业进行法律规范的尝试必将被市场和实践抛弃。因此，作为第一本梳理相关法律制度的专业报告，



会议现场

《智能驾驶乘用车2020年度法律报告》不仅填补了国内系统研究相关法律制度的空白，而且为未来法规的制订和行业标准的出台奠定了基础。该系列法律报告会每年更新，并以开放的心态讨论其可能适用的法律规范路径、方式和力度，为技术和行业发展提供来自法律制度的关怀，也为消费者权益保护预留必要的制度空间，谋求法律上存在但相关当事人可能并未认知到的某种平衡。



动态



郭庆

会议开始前，京都所高级合伙人郭庆律师向在场嘉宾介绍了此次报告会的缘起与背景。随后，在致辞中，对外经贸大学法学院院长梅夏英教授表示，2016年1月发生在中国邯郸的全球首例“自动驾驶”致驾驶人死亡事件引起了境内外公众的广泛关注，此次对外经贸大学与京都所合作就智能汽车的法律事务进行跟踪性的研究，希望倾听各界专家的声音，使今后的报告不断更新和完善。

关于《法律报告》的撰写初衷，京都所高级合伙人郭庆律师表示，在四年前代理高雅宁的家人起诉特斯拉产品责任纠纷的过程中，我们就看到这一全球首例案件缺失很多法律上的标准，这不仅是律师的困惑，也是整个法庭的困惑。重点是直到现在这些标准依然缺失，由此我们想到要去全面梳理相关的法律知识，尤其是法律没有覆盖到的盲区，找到相应的解决方案。面对这个日新月异、令人眼花缭乱的智能驾驶技术发展的时代，我们认为需要专业的法律实务团队，承担起系统研究相关法律和标准的职责。京都律师团队也曾协助车企解决

过数百件客户投诉，面对过度维权的消费者，深知出现纠纷甚至事故绝不是车企所愿意看到的。在智能驾驶技术突飞猛进发展的今天，如何坦诚客观地面对这些法律上尚无先例可循的难题，这正是我们撰写《法律报告》的初衷，对此我们责无旁贷。



王乐兵

对外经济贸易大学法学院院长助理、《经贸法律评论》编辑部主任王乐兵简要介绍了报告的主要内容。他表示，该报告讨论了智能驾驶乘用车的产品安全、数据信息安全、企业经营安全以及消费者使用安全，涉及相关的交通事故责任、产品侵权责任、合同欺诈责任、个人数据和信息保护的刑事和民事责任、反不正当竞争和反垄断等问题。



张新宝

中国人民大学法学院张新宝教授在主旨演讲中表示，智能驾驶技术将是不可阻挡的，既然不可阻挡，我们应当为它提供更好的法治环境，让它更好地发展。我们的社会和年轻人在拥抱新技术的时候，企业应将对人的健康和生命权保护放到更高的位置，这样才能去保护拥抱新技术的人。由软件操作系统来决定汽车的产品是前所未有的，软件进行升级之后，智能程度和安全性更高，这就对管理带来了新的挑战。对智能驾驶车辆产品的监管过程应当是动态的管理过程。



程啸

清华大学法学院副院长程啸教授说，汽车不是一般的生活消费品，它实际上是一种社会产品，它对不特定人群产生影响，涉及到他人的人身安全。如果说没有一个很全面的规范，那么很对于驾驶人本身也好，对于其他的人也好，都将造成极大的风险。将来能不能够要求大家都使用智能驾驶汽车，这个话题其实跟我们现在这种数字化的生活是有很大关系的。关于智能驾驶车辆需要收集的个人信息，按照法律的规定是要得到人家的明确同意的。那么现实操作中你怎么

动态

逐一征得明确同意？你除了给驾驶人一个选项之外，这个车可能还会再采集车外的信息，怎么征得相关人士的同意？这些问题确实在我们这个报告里面都揭示出来了。今后推动法律法规还有相关标准的陆续出台，以及法院对于与智能驾驶有关的个案能够做出公正的裁决，这是最重要的。



丨吴友生

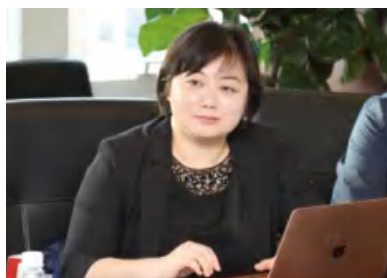
中国标准科技集团汽车事业部吴友生部长在讲话中提出了智能网联汽车的关键词——安全。他说，本来智能网联汽车是因为安全的需求而生的，但是不幸的是在这个发展过程当中，它恰恰发生了一些安全的风险问题。怎么去规避这个问题，仅靠汽车行业可能还是不够的。现在智能网联汽车的竞争，其实各个国家也都是围绕话语权这方面的竞争，所以各个国家也都在纷纷研究制定关于智能网联汽车方面的标准。此外，吴友生部长重点介绍了团体标准的制订过程。

参加过汽车召回与汽车三包两项立法的资深媒体人于童认为：此次法律研究报告填补了国内对相关法律系统研究的空白，为未来的法规和标准的制订奠定了基础。同时他也认为这



丨于童

个报告发布的时机非常好，由于汽车行业发展迅猛，而相关的法律法规是滞后的，正需要这样兼容了理论调研与实务指南性质的报告，对刚刚起步的智能汽车行业进行同步的研究。



丨姚佳

社科院法学研究所研究员姚佳就前面几位专家讨论的问题谈到两种关系。一种是消费者和经营者之间的关系，另一种是技术和人类之间的关系。她强调人们在追求安全和规避责任风险等方面，其实是在追求一定的平衡，希望未来能看到技术与人类共同发展，消费者与经营者之间达成一种共识。

《法学杂志》编审刘宇琼女士也对之前几位专家的观点表示赞同，并分别从事故的原因、自动驾驶汽车的



丨刘宇琼

依靠算法以及保险等方面进行了总结，希望对未来法律报告的更新提供参考。



丨张欣

对外经济贸易大学法学院院长助理张欣副教授进行了最后的发言，她指出撰写法律研究报告的过程其实是对社会的一个关照，这不仅仅聚焦于法律领域，同时也体现了一种很强的社会责任感。她也结合智能驾驶的算法应用现状对智能驾驶场景进行了细致、深入的剖析，并提出在接下来的规制过程中，应当努力和现有的知识产权、商业秘密法规达成一个平衡，对个人信息保护进行系统化的规制。

在“智能驾驶乘用车法律适用与监管”研讨会上，与会专家一致认为：自动化驾驶当前的技术发展水平



动态

在某些场景下并不必然比人工驾驶更安全，以“自动驾驶”四字概括描述处于不同智能阶段的辅助驾驶系统，在很大程度上容易造成制造商的盲目自信、消费者的误解和无辜信任。专家们呼吁相关汽车制造企业在宣传汽车产品功能时，重视消费者的知情权和选择权，向消费者提供充分的警示和培训。



部分与会人员合影

京都律师事务所举行律师诚信合规执业培训



田文昌



肖树伟



王要勤

2020年12月23日下午，“律师诚信合规执业培训”及“讲党课”活动在京都律所举行。京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌律师到会讲话，事务所党总支副书记、高级合伙人肖树伟律师以及业务管理部总监王要勤先后进行了授课培训。现场及网络直播在线的律师共计数百人参加了培训。

为贯彻落实“追求卓越 不负重托”的事务所文化，进一步提升律师风险合规意识，加强对党员律师的党性教育，推动事务所各项工作行稳致远，事务所与党总支联合举行了此次培训活动。

田文昌律师以“坚持原则，严控风险”为题做了开场演讲。他讲到，京都律师事务所历来高度重视律师的诚信

合规工作，诚信合规是律师执业的底线。作为律师，不论什么时候，都要坚持律师职业道德规范，坚持对当事人高度负责，坚持律师的职业原则和立场，维护好当事人的相关权益。另一方面，律师还要高度戒备防控风险，认真学习好、领会好各级司法行政机关、各级律协关于律师从业的各类规范性文件，不要超越行为界限，依法依规履行律师职责，做好自我保护。

事务所党总支副书记肖树伟律师以“守规范、讲诚信、防风险、保安全”为题进行了培训。肖树伟律师从业30余年，曾长期担任律协惩戒委员会主任等职务，处理了大量的律师因违规违纪受到行业纪律处分的案件。他结合大量案例，从守规范讲诚信的意义、规范与诚信的具体内容、

动态

如何防范执业风险三个方面，为参加培训的律师讲了一堂深入浅出、生动实用的风险合规课。肖律师以亲身经历阐释了讲诚信不仅能防范执业风险，保障执业安全，还能赢得当事人的尊重和信任，有利于律师业务的拓展。最后，他希望全所律师诚实守信、勤勉尽责，并从案件宣传、工作留痕等八方面对如何防范执业风险提出了有针对性的建议。

王要勤主管以“诚信合规，远离风险”为题，结合全国各地先后出现的各类律师违规违法事件，对于律师执业易发的风险点、风险事件分类及等级划分、处置流程及防范建议等进行了深入讲解。最后她建议，各位律师要树立政治意识，坚守原则和底线；树立规则意识，自觉遵守各项管理制度；树立风险意识，在执业中把握边界、防范风险；树立专业意识，做诚信合规、卓越负责的专家律师。

会议结束后，参加培训律师纷纷反馈此次培训非常



培训现场

实，大量案例具有很强的警示教育作用，今后将自觉学习律师执业相关的各种规章制度，在执业过程中牢记诚信合规，在法律规则范围内专业、勤勉履职。

郑建鸥律师受邀出席智合论坛2020 “乌卡时代的专业创新”

2020年12月12日，智合论坛2020“乌卡时代的专业创新”在中国上海举办，500余名中外法律精英齐聚，一起探讨全球法律行业面临的共性问题 and 未来趋势，透过不确定性的迷雾，洞悉法律人的未来，京都律师事务所高级合伙人郑建鸥律师出席活动并在商业纠纷增长下的争议解决策略为主题的圆桌对话中发言。

京都律师事务所高级合伙人郑建鸥律师谈到，今年是京都所创立的第25年，事务所在品牌建设方面进行了全新升级，并已经实现了由从初创时的刑事业务为主向如今拥有13个业务领域的综合化律所的全面转型。面对近年来的贸易战和今年的疫情，国际商事纠纷达到了空前的增长幅度。从京都所办理的案件来看，由于疫情导致供应链断裂，造成贸易项目上出现违约，国际商事纠纷方面主要集中在国际货物买卖；其中90%以上的商事纠纷选择了仲裁，且越来越多的中外企业在约定纠纷解决方式时选择了国内



郑建鸥律师

仲裁机构。这也说明中国当事人的谈判地位在逐渐上升。

郑建鸥以律师的角度探讨了对境内外仲裁机构的期待，他表示，作为律师，我认为境外仲裁机构相比境内而



动态



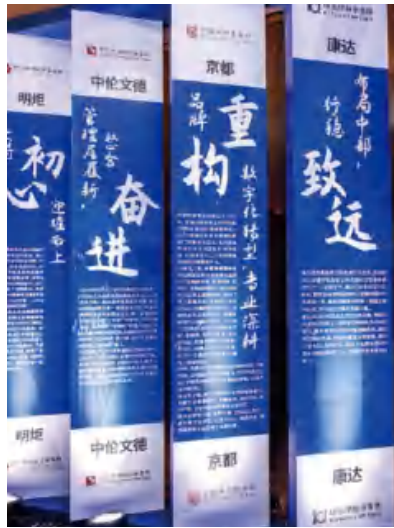
圆桌对话现场



会议现场



京都律所展台



言，在事实发现的程序上更加科学合理。随着中国越来越融入全球贸易与投资，将来在大标的额、疑难案件上，当事人可能更倾向于选择境外仲裁机构。这可能是境内仲裁机构需要注意的一点。

本届论坛由智合主办，北京大学法学院、上海交通大学凯原法学院联合主办，十余家律师事务所及数十家企业参加了此次论坛，京都律师事务所赞助并支持此次论坛的成功举办。人民网、新华社、央广网、法制网、凤凰网等国内30余家主流媒体采访并进行报道。

重温初心 牢记使命——京都党总支赴革命纪念馆参观学习

2020年11月21日，京都党总支组织党员来到北京焦庄户地道战遗址纪念馆、司马台长城进行参观学习。

清晨，京都党支部的党员们便来到了位于燕山余脉歪坨山下的焦庄户地道站纪念馆，首先在肖树伟同志的带

领下，大家观看了纪念馆中陈列的图片、文字、实物和模型，深入了解了焦庄户人民当年开展地道战这一新的战斗形式以及经典战例和辉煌战果，深切感受到了中国人民在中国共产党坚强领导下，英勇奋斗、自强不息、不怕牺牲

动态



| 参观焦庄户地道站纪念馆

的大无畏精神。随后，大家重走当年抗击日军敌寇的延绵地道，亲身在阴冷潮湿的地道中弯腰前进，追忆地道战的抗战历史，深刻感受到中国人民在反侵略战争中创下的不朽业绩，感受当年焦庄户人民抗击日本侵略者的聪明智慧和勇气。

午后，党员们又来到了风光秀美的古北水镇，攀登了司马台长城，司马台长城是唯一一段保留明长城原貌的古长城，雄险奇特，著名长城专家罗哲文教授赞誉道“长城是中国的建筑之最，而司马台长城是中国的长城之最。”在历史上，司马台长城是抵御外部侵袭的重要防御措施。司马台长城历经战火硝烟，在它身上记录着中华民族可歌可泣，不畏强暴的民族精神，让大家对今天的和平倍感珍惜。大家纷纷在此拍照留念，记录下难忘的瞬间。

通过这次活动，京都党支部的党员们不仅感受到了京都党总支对大家的关爱，也深刻接受了一次生动的革命传统教育和爱国主义教育，倍受感染和鼓舞。大家纷纷表示要牢固树立坚定的共产主义理想信念，与党同心共想、同频共振，在未来的路上也将不忘先辈壮志，坚守初心，牢记使命、砥砺前行，以实际行动为实现新时代党的历史任务和目标而努力奋斗。



| 党员合影



| 参观司马台长城



| 党员合影



动态

朱勇辉主任出席第九届“刑辩十人”论坛 聚焦研讨“认罪认罚案件中的控辩审关系”



朱勇辉主任发言

2020年12月19日下午，第九届“刑辩十人”论坛在北京尚权律师事务所成功举办，与会嘉宾聚焦研讨了“认罪认罚案件中的控辩审关系”。京都律师事务所主任朱勇辉律师作为“刑辩十人”论坛发起人之一出席此次活动。

朱勇辉主任从律师与侦查、审查起诉、审判三部门之间的关系入手，就如何发挥律师在认罪认罚案件中的作用提出了他的看法和建议。

朱勇辉主任认为，律师与侦查机关是“监督”的关系，重点监督犯罪嫌疑人认罪认罚的合法性、自愿性，他建议设立律师在场制度；律师与检察院之间是“协商”的关系，他建议完善审查起诉阶段“核实证据”、“证据开示”等制度，加大控方量刑建议的透明度，并提出应该在批捕阶段赋予律师阅卷权；律师与法院之间是“协作”的关系，就被告人是否构成犯罪以及控方量刑建议是否适当，为法院提供兼听则明的意见，他建议重视和保障律师在认罪认罚案件审判阶段的辩护权。

最后，朱勇辉主任呼吁从立法入手，加大对认罪认罚案件被告人的量刑减让程度，改变目前只能从轻而不能减轻处罚的现状，以推动认罪认罚从宽制度的更广泛适用。

与会嘉宾们围绕“认罪认罚案件中的控辩审关系”这一主题，理论联系实际，既充分肯定认罪认罚从宽制度的积极意义，又正视和指出目前存在的问题，并提出了诸多建设性意见。嘉宾的发言高屋建瓴、深入浅出，线下及线上的观众反响良好，相信本届论坛的研讨成果有助于推动认罪认罚从宽制度的实施与完善。

本届论坛采取“线下+线上”相结合的模式，对外视频直播，受到法律界同仁广泛关注，线上实时收看达一万余人次。参加本届论坛的有“刑辩十人”论坛发起人：北京中同律师事务所主任杨矿生、北京君永律师事务所律师许兰亭、北京紫华律师事务所主任钱列阳、北京东卫律师事务所律师郝春莉、北京冠衡律师事务所主任刘卫东、北京周泰律师事务所主任王兆峰、北京大成律师事务所刑委会主任赵运恒、北京尚权律师事务所主任毛立新、北京京都律师事务所主任朱勇辉及北京德和衡律师事务所副主任毛洪涛。特别邀请中国人民大学法学院教授、博士生导师陈卫东，最高人民法院理论研究所所长、研究员谢鹏程，最高人民法院刑一庭审判长杨立新作为嘉宾参加此次论坛。



活动合影

动态

刘铭律师被聘为北京市朝阳区律师协会权保顾问



| 活动合影

2020年12月24日下午，朝阳区律师协会组织的权保委与参政议政委工作交流座谈会在朝阳律协第一会议室召开。

律师协会副会长万欣、律师协会副会长蔡春雷分别发表了致辞。权保委主任李超峰介绍了权保委工作情况，参政议政委主任林悟江介绍了参政议政委情况。朝阳区司法局副局长、朝阳律师行业党委书记曹宏介绍了律师协会权保顾问聘任情况，并发表了重要讲话。

朝阳律协权保顾问聘任仪式中，律协领导分别向刘光超、刘铭、田晶鑫三位律师颁发了聘书。



| 聘书

刘铭律师对律协律师权益维护、参政议政中有价值的思为工作表示敬意和感谢，对聘任为律协权保顾问表示谢忱！并珍惜信任，作好学习和履职。同时，关于人大代表、政协委员如何为律师维权发挥作用与参会人员展开交流讨论。座谈中，刘铭律师也谈及个人观点：

保护好律师权益，关乎法治和社会进步福祉。社会文明程度一定和律师发展、律师执业底气、律师职业荣誉和社会对律师的接受尊重程度成正比。对于律师权益保障更需要从法治、文明、社会进步的高度来认识和理解。这样才会更好厘清把握“有为无为”的价值尺度。

关于律师尊严和荣誉，刘铭律师认为一方面要靠每一位律师的专业负责、自律节制、理性敬畏和审美文化构筑，要靠律师自己的一言一行赢得尊重；另一方面，律师也是弱势群体，也有委屈无奈的情形和有理无处讲的时候，这时候也更需要有组织和制度上的理解、包容、保障和维护。

朝阳区律师协会、朝阳律协权保委、朝阳律协参政议政委等主要负责人参加了此次会议。



| 会议合影



动态

中国政法大学万里随法训练营参观京都



↑ 刘立杰律师

2020年11月6日下午，中国政法大学的同学们来到京都律师事务所进行参观学习。京都律师事务所作为国内较早设立的合伙制律师事务所之一，坚实稳健地步入第25个春秋，成为了一家包括刑事诉讼、民商诉讼以及非诉业务的综合性律师事务所。学生们在工作人员的带领与讲解下，深刻地感受到京都所在专业领域的雄厚实力，同时，与律师们的分享交流中，学生们体会到了律师在执业过程中的责任与担当。

参观律所后，京都律师事务所的律师与学生们在会议室召开座谈会。刘立杰律师、王馨全律师、宋月华律师向学生们分享了诸多亲身经历与从业经验，并耐心地为学生们答疑解惑。通过这次交流，学生们心中的疑惑得以解决，对未来发展有了更明晰的方向和更深入的思考。

现场发言集锦：

刘立杰律师：面试时，面试官更看重面试者哪些方面的能力呢？这与面试官的个人偏好有关，面试时应该考虑面试官的需求以及思考在日后工作中如何把握细节，给面试官“惊喜”。

王馨全律师：如果想当律师或法



↑ 王馨全律师

官，那大学四年中应该如何安排时间呢？首先明确是先考研还是先参加司法考试。若选择考研，则时间安排可以稍微松缓一些，从大二开始准备也没问题；若选择司法考试，则尽可能从大一开始准备，比如刷历年司法考试真题，打好基础的同时对接考试模式。

宋月华律师：刚接触法律的同学去律所或法院实习时应准备什么呢？首先，把知识基础磨砺扎实。其次充分利用大学平台，抓住一切资源和机会充实自己 and 丰富经验。最后，大胆尝试感兴趣的事物，只有实践才能检验它究竟是否适合自己。

实习期间应怎样当好一个律师助理？律师由于事务繁忙可能在短时间内无法了解你的能力，因此需要你积极主动地与律师交流，把实习中的困惑和想法与律师沟通，而不是被动地反应，回答式的实习。至于应该做什么，怎样做，你的代理律师会告诉你。



↑ 宋月华律师

座谈环节结束后，京都律所赠与学生们珍贵的法律书籍——《田文昌谈律师》。全体参观人员同律所工作人员一同在大厅合影留念，京都律所参观之旅圆满结束。

正如田文昌律师所言：“律师不是正义的化身，但他可以通过自己的行为来维护正义。”通过这次京都律所的参观交流，学生们受益匪浅，对律师这一职业有了更深刻的认识，对日后的学习也有了新的想法和方向。而京都，也将继续努力恪尽社会职责，为广大学子传道解惑。

正如田文昌律师所言：“律师不是正义的化身，但他可以通过自己的行为来维护正义。”通过这次京都律所的参观交流，学生们受益匪浅，对律师这一职业有了更深刻的认识，对日后的学习也有了新的想法和方向。而京都，也将继续努力恪尽社会职责，为广大学子传道解惑。



↑ 活动合影

关于法治理念的深层思考

■ 田文昌 / 文



田文昌律师

自1979年以来，中国社会的法治建设已经走过了整整四十年，在国家层面的顶层设计上实现了从人治向法治的转变。自此，中国人终于突破了长达几千年人治思维枷锁的桎梏，接受了法治的概念，并疾步向法治社会迈进。四十年来，法治化进程推进的速度不可谓不快，在法治结构的搭建上已经初具了法治社会的模式。但是，在法治化建设的进程中，却依然阻力不断、困惑重重，甚至于在很多人的思维和行为中所体现的仍然是人治的理念。

这种现象背后的根源是什么？如何破解法治化进程中的种种困局？这是一个值得我们深思和探讨的重要课题。

一、法治建设四十年后的反思

（一）四十年前，人们谈法色变，对法治概念讳莫如深

四十年前，中国人尚不知法治为何物。在提出法治建设

当初，老百姓甚至是“谈法色变”，因为人们认为凡涉及到法律大都是不光彩的事。以普法宣传为例，当时为了普及法律常识，全国的高校和司法机关经常在街头做普法宣传。开始时，人们连围观的兴趣都很淡漠。经过多次宣传后，人们才慢慢地由远距离观望，再逐渐过渡到近距离接触和试探性的咨询。人们咨询的方式也很特别，很多人都是将普法者悄悄地拉到附近的胡同里去偷偷地提问题，生怕有人怀疑他会有一些见不得人的事。到了人们消除顾虑，敢于大张旗鼓地公开提出法律咨询时，已经是几年以后了。

由于长期形成的人治理念的思维方式，再加之对法律的恐惧感和神秘感，人们还有一种对法律的排斥心态，总是把法律问题与现实问题分割开来，认为法律与现实很遥远。所以，一谈法律就认为是小题大做、危言耸听！很多时候，当我们面对纷争和维权谈起法律责任的时候，时常会遭到周围人的蔑视和嘲笑，认为是故弄玄虚、无事生非。

在当时来说，这种现象也不奇怪，因为在此之前所有问



题都是用行政手段解决的，一下子提升到了一个陌生而神秘的法律层面，确实有一种难以适应的多此一举之感。

（二）四十年后，人们崇尚法治，但法治的理念尚未成熟

经过四十年的法治建设，中国的法治进步成果显著，不仅形成了初步的法律体系，而且人们谈论法律、运用法律已成常态，标志着中国已经走上了法治社会的征程。这个从无到有的转变过程仅仅用了四十年，无疑是一种超高速发展的巨大进步！

然而，一个不容忽视的问题是：一个真正法治社会的标志，应当是法治理念与法治结构的建设达到同等水平。否则，就会由于理念滞后而使这个法治社会徒有虚名。

而问题正在于，种种现象表明，时至今日，在许多人甚至包括一些法律人的认识深处，并没有真正形成法治的思维方式，即法治的概念尚未内化为法治的理念，法治的思维尚未深入人心。以至于“以法治之名行人治之实”的现象在现实生活中随处可见。这是我们在法治建设快速发展的同时所存在的问题，也是需要我们高度重视和深入研究的课题。对于任何一种变革而言，理念的转变不仅是最重要的，同时也是最困难的。法治结构的搭建可以快速推进，而法治理念的养成却需要更深刻的变革和更艰难的过程。

二、人治思维在现实生活中的种种表现

四十年后的今天，人们接受了法治的概念，却尚未养成法治的理念。这种概念与理念的冲突，在我们的身边随处可见。而问题更在于，人们却往往对这些现象熟视无睹，不以为然。

（一）关于规则意识与道德意识

在对身边琐事的处事原则中，人们潜意识里优先反应的是规则意识还是道德意识？其背后所体现的正是法治与人治的不同理念。比如，开车、过马路、排队购物……首先反应的是遵守规则还是礼让优先？“规则”体现的是法治意识，即遵守规则是一种义务，与他人的行为无关。所以，无论他人如何行为，我都不应违反规则。而“礼让”所体现的是一种道德意识，与他人的行为就具有一定的关

联性。我可以礼让他人，但如果他人抢先，我也可以不让，因为我已经尽到了道德义务。而且，在多人违规的情况下，还容易产生“随大流”的从众心理。在现实生活中，会有相当多的人优先反应的是道德意识，这正是与长时期以来形成的思维惯性有关。因为一直以来我们过多强调的是道德教育而缺少法治教育，所以，遇事时人们首先想到的往往是道德标准而不是法律标准。而这种思维方式所体现的正是一种典型的人治理念。

（二）关于公平意识与自我意识

在权衡利益时，人们优先反应的是公平意识还是自我意识？同样体现出法治与人治的不同理念。比如，在获取报酬、分享利益时，首先想到的是公平原则而不存任何的非分之想？还是自我考量原则，尽可能地获取更多利益或者可以让利于他人？一个法律意识强的人，首先想到的是公平，因为他会严守规则意识，无论是争利还是让利，都不能打破规矩。但是，在现实中有很多人更会注重于自我考量的原则，不仅会因为争利而排斥公平原则，而且还为自己让利式的违规行事而表现得理直气壮。这是因为，在改革开放之前没有市场经济，人们难以形成等价、公平的思维习惯。而这种缺乏公平意识的思维习惯，也成为引发利益争执的深层原因。现实中，有很多经济纠纷的当事人正是由于漠视公平原则，而深陷于个人得失的困惑之中，甚至于永远都不能自拔！有些人明明无理，却总是觉得自己委屈而缠讼不断，正是因为在他的意识中没有公平、公正的标准。

（三）关于契约意识与权力意识

在面对争议时，脑海中首先闪现的是契约意识还是权力意识？比如，在发生经济纠纷和各种利益冲突时，首先想到的是依法依规去公平地解决，还是借助权力和关系去摆平对方？

众所周知，在当前的社会现实中，凡遇纠纷和诉讼，几乎人人都想去寻找关系，借助权力。因为这些人认为关系和权力比法律和规则更有效。在这种理念支配下，他们会漠视契约、背弃承诺、出尔反尔、随心所欲，将一切冲突都置于权力的淫威之下。现实中，已经成为一种社会不良倾向的民事纠纷刑事化问题，就是这种权力至上观的突

出表现。这正是典型的人治思维模式，而这种现象却是当今社会中的一种普遍问题。形成这种现象的原因，不仅在于司法公信力的缺失，还在于契约意识和规则意识的淡漠。在过去计划经济体制下，契约和规则被国家政策和长官意志所代替，所以，漠视规则和迷信权力已经形成了一种难以打破的思维定式。而问题在于，法治建设四十年后的今天，这种思维定式仍然难以消除。

（四）关于权利意识与权力意识

在私权利与公权力发生冲突时，是私权利优先还是公权力优先？现实生活中，公权力与私权利发生碰撞的现象随处可见，如政府占地、房屋拆迁、汽车限行等等。在一个成熟的法治社会中，对公权力而言，法无授权不可为，而对于私权利来说，法无禁止即可为，私权利受到优先保护早已成为共识。而在中国，个人服从整体，小局服从大局，舍己为公，无私奉献，则是长期以来人们普遍认同的社会公德。文革时期有一句人所共知并且普遍认同的口号是“大河有水小河满，大河没水小河干”，意思是只有首先实现国家利益才能实现个人利益，而没有国家利益就没有个人利益。所以，人们必须以大局为重，以公共利益为重。在此理念的支配下，对于公权力的优势和重要性人们已经习以为常，以至于常常会缺乏最基本的自我保护意识。

对于公权和私权的保护孰先孰后？是人治社会与法治社会的重要区别。而究竟是大河有水小河满？还是小河有水大河满？这个问题过去喊了好多年，人们却没有认真思考过。在现实生活中，还有多少人仍然沉睡在公权力优先的梦境中？这正是法治化进程中一个不可忽视的重要问题。

（五）关于法律与民意的关系

当法律与民意发生冲突时，是服从法律还是服从民意？也可以反映出人治与法治的不同理念。

现实生活中常常会有一些具体的司法案件与社会舆论相冲突的情况，甚至会出现舆论左右司法的局面。从法治思维的角度来看，依法裁判就是尊重民意，并不存在法律之外的民意。因为，法律所体现的正是已成为全社会共识的整体民意。所以，法律与民意宏观上并不冲突。在特殊情况下，即使因法律的滞后性与整体民意发生了冲突，

也只能引发出修法的动议，而不能直接做出违背法律原则的公众裁判。但是，现实中有很多人却往往把舆论导向与法律的规定对立起来，更加关注社会公众在特定情况下对一案或一事的具体反应。这种思维方式，也是人治理念的表现形式。其实，任何时候都不存在绝对一致的舆论导向。正由于如此，才必须将公众的整体意志以立法的形式表达出来，以避免这种意志的任意性和不确定性。

所以，人治的思维形式上表现为对民意的充分尊重，而实质上，却由于其混淆了部分民意与整体民意的关系而违背了最基本的法治原则。

（六）关于制度因素与人的因素

在社会治理和管理学原理中，起决定作用的因素是制度还是人？比如，在公司治理和市场经济活动中，是制度规范和交易规则更可靠，还是个人的品格和承诺更可靠？在机构改革过程中，是制度设计在先，还是选择管理团队在先？调动生产积极性的决定性因素，是机制的合理性，还是生产者的主观能动性……此类问题在中国已经困惑了人们几十年。

改革开放前，在人治理念的统领之下，“人的因素第一”，一直是占据统治地位而且是不容置疑的主流思潮。在此氛围下，人民群众需要“自己教育自己，自己解放自己”。一切规章、制度都成了束缚手脚的条条框框被彻底打破；物质奖励被斥之为资产阶级腐朽观念的“物质刺激”；计件计酬式分配被斥之为势利小人的“斤斤计较”；建立监督机制则被斥之为“不相信群众”……而正是在这种思潮的推动下，中国社会走向了经济崩溃的边缘。

改革开放后，人们吸取了沉痛的历史教训，从这些自欺欺人的虚幻概念中醒悟过来，中国社会开始走向法治。然而，由于理念更新的滞后性，仍然有很多人并没有摆脱人的因素至上的思维惯性。长期以来，在公司治理中任人唯亲，排除异己，践踏规则，一意孤行者比比皆是。在他们眼中，只有权力和关系才最可靠。在市场交易活动中，漠视契约而轻信承诺者更是屡见不鲜。他们认为交情和义气更重要，而合同只不过是一张纸。而在体制内外各种不同层级的机构改革中，有些人又总是主张要先选定管理团队，后制定改革方案。理由是：没有好的人选，再好的方案也无法落实。甚至还会将“法是人定的、”“徒法



不足以自行”作为理论根据。

凡此种种的思维方式和行为方式，足以表明，有相当一部分人直到今天还自觉或不自觉地深陷在人治理念禁锢之中却不以为然。

（七）关于机制约束与道德约束

在规范秩序和遏制腐败中，机制约束与道德约束哪一种手段更有效？

在法治理念的思维方式中，大到一个国家，小到一个团体，制度与规则永远是第一位的。但是在中国社会中由于重道德、轻规则的传统思维根深蒂固，很多人仍然沉迷在道德至上的幻觉之中。他们强调思想教育而轻视制度建设，为了维护友情和面子宁可相信誓言和效忠而不屑于设置法律防线，以至于很多利益攸关的大事都可以在君子之交的友情中拍板，而将遵规守矩斥之为薄情寡义。

关于道德与机制的约束力问题，最典型的事例莫过于对遏制腐败的认识。长期以来，人们总是寄希望以加强教育，提高觉悟来防止腐败，却认识不到只有完善机制才是遏制腐败唯一有效的治本之道。其实，机制约束的道理很简单，就是从根本上消除实施腐败行为的客观可能性。在“不想腐”、“不敢腐”、“不能腐”这三种情形中，“不想腐”者会有，但只能是极少数。这些人是人之楷模，但楷模毕竟是少数，否则就不称之为楷模。“不敢腐”者也同样会有，但也只能是一部分人，因为在巨大利益的驱动下，铤而走险者从来不乏其人。事实证明，严厉的刑罚不可能杜绝腐败现象。唯有做到“不能腐”，才是遏制腐败的根本途径，而做到“不能腐”的唯一有效手段，就是通过优化机制来消除实施贪污腐败的客观条件。可问题却在于，尽管实践已经证明，虽然“评先进”、“树榜样”等各种不厌其烦的道德说教会起到积极向上的引领作用，却不具有对各种恶习和危害行为的遏制作用。尽管在这种以亲情、友情和义气为基础而缺失制度保障的社会文化结构中，利益的驱动已经无情击垮了脆弱的道德底线，并因此而演绎了一系列的情仇搏杀。现实中却仍然有很多人摆不正道德约束与机制约束的权重关系，继续沉迷在对道德与情感的依赖之中。也有些人陷入道德与机制两者并重的误区之中，而实际上又不自觉地滑向了道德至上一方。这种道德至上论的思维方式，正是人治理念的具

体表现。

（八）关于专业能力与个人品格

在选拔人才的时候，专业能力与个人品格孰轻孰重？这个问题看似简单，因为很多人都会脱口而出，认为“品学兼优”、“德才兼备”是当然条件。但事实并不简单。因为“兼优”、“兼备”者不仅难求而且难选。所以，实际上选择人才时对于这两种条件都会各有侧重。文革之前特别是文革时期，中国选择管理人才的主要标准是人格评价，当时并不注重管理的专业性，而是将思想觉悟、政治表现、忠诚度等各种品格因素作为最主要的评价标准。由此，一些英雄、模范、道德标兵等先进人物纷纷被推选至各种领导岗位，有些还直接提升到国家领导人的位置上。

然而，事实却证明，一个品德高尚的“好人”未必是一个称职的管理者，文革时期的深刻教训我们至今还记忆犹新。再者，对专业能力的考核是可以设定客观标准的，而对个人品格的考核却只能以主观判断为主。更何况，一个人的操守并非固定不变。众多的腐败官员任用时哪一个不是精挑细选？要么就是当初选错了，要么就是蜕化变质了，历史上好人变坏的例子更是举不胜举。而专业素质和能力则既有客观标准为依据，又不易因时而变。

其实，这个道理并不深奥。但为什么至今还是有人走不出重人品而轻专业的习惯思维？其根源还是与人治的理念一脉相承。因为在人治的理念中人的因素比制度因素更重要，所以才更相信人的能动性和自律性。

（九）关于法律与权力的关系

在法律与权力的关系中，究竟是权力左右法律还是法律制约权力？

关于权大还是法大的问题，表面上似乎已无争议，在法治社会中当然是法比权大。但是，在现实生活中，有多少时候却是反其道而行之？大到全社会，小到一个公司、团体，形成决策和发生争议的时候，究竟是法律和制度起主导作用还是权力起主导作用？

在权与法的关系中，最典型的事例莫过于人们对权力干预司法的惯性思维。法治建设四十年以来，尽管无数的事实一再地证明权力干预司法的弊端：权力控制下的司法永远是双刃剑！并由此引发了人们对于权力干预司法现象

的深恶痛绝。然而，就在对权力干预司法的做法人人喊打的同时，人们又总是会试图甚至竭力地去寻求权力的干预。现实生活中的大小司法案件，无论是权贵富豪还是平民百姓，有多少人都在千方百计地通过各种途径不惜代价不遗余力地寻求权力支持？与此同时，面对权力的干预，人们又只好试图动用另一种权力来反对权力的干预。这种既反对权力干预又寻求权力干预的现象，形成了以干预反干预的恶性循环的怪圈，这种现象恰恰又以推波助澜之势强化了权力的作用。其后果是多数人成了这个怪圈中的牺牲品，同时又给司法不公和司法腐败创造了诸多机会。

在法治建设推进了四十年的今天，这种现象依然难以消退，说明人们并未从迷恋权力的沉睡中清醒过来。当一个社会运行在以法治之名而行人治之实的状态之中时，这种状态甚至比名副其实的人治状态更可怕！更重要的问题是，作为一个法律人，对于这种可怕的严峻态势有没有清醒的认识和积极的行动？

（十）关于性善论与性恶论

人性善恶之争，古今中外从未中断过。在中国社会中，儒家学说中的性善论一直位居主流地位。“人之初，性本善”，至今仍然是人们耳熟能详的古训。当然中国古代的法家学派也提出过性恶论的主张，但事实上已被性善论的声音淹没。而在西方社会中从古至今，性恶论的主张则一直居于主流地位。与中国正相反，西方古代社会中也有少数先哲，如柏拉图以及后来的洛克等人提出过性善论的主张，但是居于主流地位的还是性恶论。亚里士多德指出：“人类若由他任意行事，总是难保不施展他内在的恶性。”[1]马基雅维利则认为：“一般说来，人的本性总是忘恩负义，是变化多端、弄虚作假、怯懦软弱、生性贪婪的。”[2]意大利法理学家贝卡利亚也持性恶论主张。而英国著名思想家、理论家霍布斯的理论主张更是坚定不移地建立在性恶论的基础之上，而基督教的“原罪”说，其实也是与性恶论如出一辙。

对人性取向的不同判断，直接影响着人们的行为方式和对社会架构的总体设计。以性善论为基础的社会，总是会以人性提升、道德教化为主导，强调人们主观上的自律作用。而以性恶论为基础的社会，则会以制度设计为主导，强调客观上的制度约束作用。在这两种不同的社会架

构之下，人们则形成了截然不同的思维方式和行为方式。我们姑且不论历史，只看现实：在改革开放初期，国人对域外的许多现象无法理解甚至嗤之以鼻，诸如AA制、立遗嘱、签合同、写借据、付利息等等，认为外国人太大气、太自私、太功利、太狭隘、太无情无义。一句话，太没有公心，太没有人情。往往会以“高风亮节”反对“斤斤计较”，以“发扬风格”反对“公平公正”。但可悲的是，当中国社会由计划经济转向市场经济，当中国人由无产者变成有产者之后，很多自持清高的人却吞下了自己酿造的苦酒。改革开放四十年来，不知有多少“先君子，后小人”的悲剧在不断重演。更可悲的是，直到今天，许多人还不能走出沿袭多年的思维定式，在生意场上只信友情不讲规则，上亿的资金一个电话就可以调拨；重大的项目，没有手续，只要领导发话就可以启动。而一旦被追究，却因没有证据而有口难辩，后悔不迭。

性善论者，出于美好的愿望，却导致悲哀的后果。性恶论者，出于理性的判断，却可以防患于未然。

善恶之争，千年不断。孰是孰非，似无定论。如果搁置争议，面对现实，至少有一种解释会比较客观可信：人性之中，善恶皆有，并无绝对的善恶之分。问题在于，如何才能扬善抑恶。如果以性恶论为基础，一切着力点意在抑恶，则更容易焕发起人的善性。如果以性善论为基础，只重扬善而漠视抑恶，则人性之恶就会趁虚而入，泛滥成灾。所以，人性的善恶之争直接影响到社会治理结构的价值目标。简言之，性善论是人治的基础，性恶论是法治的基础。善良的愿望并不必然导致美好的结果，规则意识才是扬善抑恶的正向思维。

有多少法律人对这个问题进行过深层思考？这才是至今人治与法治两种不同理念的深层课题！

现实生活中所反映的各种人治理念的思维方式，并非仅止于此。这种理念滞后的现状，已经成为中国社会法治化进程中亟待破除的思想障碍，足以引起我们的高度重视和深入思考。

三、人治的理念在中国社会源远流长、根深蒂固

法治建设已经走过了四十年，人们为什么还是难以突



破人治理念的思维定式？这是因为中国人习惯于人治思维的历史太过久远。

（一）儒家学说奠定了人治思维的理论基础

从春秋战国时期的儒法之争到汉武帝罢黜百家、独尊儒术，人治思维在中国已经固守了几千年。

春秋战国时期，以孔子为代表的儒家学说治国理念的核心是“礼治”与“德治”，孔子最早提出了“德主刑辅”的主张。在中国古代，刑与法是同字，刑即是法，法即是刑，“德主刑辅”就是以德为主，以法为辅。孔子主张在德与刑的关系上，应当首先以“道德教化”为主，而以“刑罚制裁”为辅。“德主刑辅”的治国理念重在通过对人的道德教化使人们自觉地遵守社会秩序，而法律只是一种辅助手段。“德治”是典型的人治理念。到西汉时期，在“罢黜百家，独尊儒术”的官方认可下，这种理念已经位居不可动摇的统治地位。

中国历史上也出现过以韩非子等人为代表的法家学派。法家学派反对“礼治”和“德治”，他们从“性恶论”出发，抑制和斥责儒家学派，认为人的本性都是追求利益的，而儒家那套“礼、乐、诗、书”的教条和“仁、义、孝、悌”的道德准则都是“愚诬之学”、“贫国之教”、“亡国之言”。^[3]主张以“法治”代替“礼治”，提出“缘法而治”、“君臣上下贵贱皆以法”^[4]、“法不阿贵，绳不挠曲”^[5]、“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”^[6]。

这就是中国历史上的儒法之争。

儒家的思想基础是“性善论”，法家的思想基础是“性恶论”，两者的治国理念显然大相径庭。但由于法家学说是建立在专制统治的基础之上，法律的功能旨在为最高统治者服务，所以，法家所主张的法治与现代法治的内涵并不相同。法家学说的核心，只是在否认道德教化可以治国的基础上，以严刑峻法来治理社会，是以严酷的法律来管束臣民，维护统治秩序，并不是以法律原则来治理国家本身。

所以，法家所主张的法治的实质，只是作为统治国家的一种暴力工具，并非对国家事务自身的治理方式。其与现代法治的本质区别在于：现代“法治”的基础是民主，法家“法治”的基础是专制；现代“法治”的核心是主权

在民；法家“法治”的核心是皇权至上；现代“法治”的功能是保障权利，法家“法治”的功能是维护权力；现代“法治”的本质是法大于权，法家“法治”的本质是权大于法。

概言之，法家之治的目标所向只是广大臣民，而不是国家本身。

由此可见，儒法两家虽然争论不休、水火不容，但其本质上都未跳出人治的框架。独尊儒术之后，中国更是名正言顺地奠定了人治的思想基石。

（二）文革十年使中国社会的“人治”环境达到极致

中华人民共和国成立后的前三十年，从1949年直到1979年改革开放之前，是明确宣称要人治不要法治的。十年文革期间，人治的理念和社会环境更是达到了登峰造极的地步。在社会结构上，从漠视和虚化法律，发展到彻底砸烂公检法机关，直至法律被变幻无常的党政机关文件和领导指示所取代，彻底走向了法律虚无主义。在意识形态上，更是在“人的因素第一”的口号之下，强调思想觉悟而否定机制的作用，提倡无私奉献而无视公平公正。文革期间，“斗私批修”、“无私奉献”、“灵魂深处闹革命”，几乎成了每人每日的必修课。“斗私”是跟自己的私心作斗争，要消除私心；“批修”是批判苏联修正主义；“无私奉献”是只谈奉献而不计回报；“灵魂深处闹革命”，就是要在每个人的内心深处彻底革除一切私心杂念，一心只为共产主义事业而奋斗。而且还要“狠斗私字一闪念”，就是在任何情况都不允许私心杂念有一瞬间的闪现，要每个人每时每刻都做到“大公无私”“一心为公”。

整个文革期间，由于法律规则被斥之为束缚手脚的条条框框，随心所欲的长官意志可以为所欲为而无所顾忌，公权力的任性已经无法遏制。而由于灵魂革命被推崇备至，思想觉悟、忠诚度成了考察干部、培养接班人的唯一条件。于是，表忠心、效忠信则成了投机钻营者的敲门砖。

按照当时的语境，在全国上下一片片响声震天的空洞口号之下，广大人民群众通过“自我教育”，似乎人人都成了大公无私、自强自律的优秀的社会主义建设者，法律与规则已成为多余。但事实上，这些口号的背后所呈现的却完全是另一番情景：一方面，大话、假话、空话、套话，不一而足，不厌其烦。另一方面，心口不一、言行不

一、表里不一，却成了人们心照不宣的行为准则。在公开场合，真话几成禁区，人人都是双面人。

文革十年，无论是农村、工厂，还是矿山，在人们打着横幅，喊着口号，写着请战的血书，热火朝天、大干特干社会主义的奋战之下，国民经济却跌向了崩溃的边缘。正是因为没有制约机制和激励机制的情况下，“觉悟”并不可靠；在“破私立公”的口号之下，私心并不能消除。

而更具讽刺的悲哀是，文革期间，从中央到地方，不计其数的领导干部遭受了无法无天、超越道德底线的残酷斗争和身体摧残。而这些人被打倒之前还义正词严地坚称，“要人治，不要法治”。

文革十年，无论在国家体制上还是在意识形态上，人治的整体环境在中国历史上都已经达到极致。同时，事实也雄辩地证明，它所带来的危害也达到了极致。这种后果以惨痛的教训向世人证明了人治社会的巨大危害性。

文革结束后，虽然经过了思想领域的拨乱反正，走向了痛定思痛后的法治化建设。但是，由于中国社会中人治思维的影响太过深远，人们对各种陈腐观念的彻底割舍并非易事。这正是今天我们还不能真正走出人治思维定式的历史原因和社会原因。

四、走向法治的艰难历程

文革结束后，随着对“四人帮”和极左路线的清算，国家开始拨乱反正。学界、政界和在文革中深受其害的一大批老干部们，开始提出了对人治与法治的重新思考，由此而引发了人治与法治的广泛讨论。

（一）七十年代末的人治与法治之争

在中国社会的语境中，法治的概念太过陌生，以至于在刚刚提出时就遭到了广泛的质疑和反对，由此而引发了七十年代末至八十年代初全国范围内的人治与法治理念的大讨论。讨论中坚持人治观点的人数相当多，其核心理由是，“法是定人的”、“徒法不足以自行”，既然立法与执法都离不开人，当然就还是人治。所以，根本就不存在什么抽象的法治。甚至有人认为“法治”就是一个伪命题，是在危言耸听、故弄玄虚！

这次大讨论最后以“法制论”胜出而告终。主流观点

认为，在社会主义社会还是提加强民主与法制建设为好。1978年底，中国共产党十一届三中全会明确提出了健全社会主义法制的目标，确立了“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”的法制建设的十六字方针。邓小平在其著名的《解放思想，实事求是，团结一致向前看》的讲话中第一次明确提出：“为了保障人民民主，必须加强法制建设。必须使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变”。

值得注意和耐人寻味的是：人治与法治之争的结局既非“人治”，亦非“法治”，而是“法制”。

此次关于“人治”与“法治”大讨论的过程和结局表明：

- 1.人治的理念根深蒂固，难以转变。
- 2.“法制”胜出，终于迈出了突破“人治”理念禁锢的一大步。
- 3.“法制”的胜出，看似否定了人治，实质上也否定了“法治”。因为“法制”与“法治”并不能同日而语。

由此可见，上世纪七十年代末和八十年代初关于人治与法治之争大讨论的意义是：中国向法治社会迈进了半步。

（二）历时二十年的刀制与水治之争

1978年底提出建设社会主义法制国家时，明确表述是制度的“制”。这种表述虽然是人治与法治之争后折中式的结论，但已经难能可贵。而且，当时还不容人们对法制与法治不同内涵的深入思考和高度关注，大家已经为中国社会走向法制而欢欣鼓舞了。但事实上，“法制”与“法治”两种概念的内涵相去甚远。“法制”在其本质上仍然在“人治”的范畴之内，是“人治”的另一种表现形式而已。

这个问题，由法学家提出之后，又开始了历时近二十年的“刀制”与“水治”之争，直至1999年“法治”的概念才被写入宪法。

所谓“刀制”与“水治”，是指“制”与“治”的区别，制度的“制”因有“刀”字旁而被称之为“刀制”；而法治的“治”，因有“水”字旁而被称之为“水治”。两个字因其偏旁不同而含义不同。更重要的是，“法制”与“法治”两个词因其含义不同而体现出两种不同体制的



内涵。

法制属于制度范畴，泛指一个国家的法律制度和法律体系，而法治则是一种治理国家的原则和方法。

实行法制的标志，是指有完备的法律制度和法律体系，即所谓的“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”。法制社会所指的法律制度是由统治集团制定的，既可以是体现民众意志，保障民众权利和自由的民主式法制；也可以是违背民众意志，侵犯民众权利和自由的束缚式法制。法制社会对权力的规范和约束既可以包括一切人和国家机器本身，也可以存在凌驾于法律之上的统治集团或个人，而使其成为统治集团手中的工具。所以，“法制”并不排斥“人治”。

中国古代社会中法家学派坚持的法治，就是主张由法律制度来统治民众，是集权之下的法制。所以，这种“法家之治”的本质还是人治。

而“法治”社会的法律制度，是在政治民主的基础上建立的，体现民众意志是其立法的唯一选择。在法治社会中，法律对权力的约束包括一切个人和国家机器本身，不存在任何凌驾于法律之上的权力机构和个人。所以，法治必然排斥人治。

由此可见，“法制”与“法治”虽然只有一字之差，内涵却大不相同。

而在当时，与文革前人治理念的思维惯性相联系，多数人对“法制”的理解，仍然不能摆脱“刀把子”的意识，认为法律制度就是用来管理民众的，而司法机关就是专政机关。所以，法制的目标指向只是作为被管理者的民众，限制的还只是私权利。人们对于“法制”的这种理解，没有从根本上摆脱人治理念的思维框架，只不过是固守“无法无天”的法律虚无状态走向了“有法可依”的法律规范状态而已。

上世纪八十年代普法宣传的口号只是“学法、懂法、知法、守法”，其法制的价值取向不言自明。直到后来才逐步发展到“学法，用法，以法律手段维权。”但是，即使是维权，也只是被动地运用法律条文而已，仍然是停留在“法制”的框架之中。

而且，在官方和民间的各种场合，将“法制”与“法治”混同运用的现象比比皆是，似乎二者已经成了同一的概念，却很少有人探究“法制”概念之中潜在的“人治”

基因。甚至有人竟然将现代法治与中国古代的“法家之治”混为一谈，声称中国古代社会也有法治。

针对这种情况，法学界提出了关于“法制”与“法治”不同内涵的思考，进而引发了全社会高度关注的“刀制”与“水治”之争。被尊为“法治三老”的江平、郭道晖、李步云教授和王家福教授等中国众多著名法学家们，不仅著书、立说、呐喊呼吁，并多次上书中央有关部门，坚持提出由“法制”转向“法治”的主张和建议。但是，这种努力整整持续了二十年。直至1999年，“依法治国”的表述才被采纳并写入宪法，“法治”的概念才得以正式登堂入席。至此，中国社会的法治化进程实现了由“法制”向“法治”的转变。

“刀制”与“水治”的根本区别，在于法律对公权力和私权利的指向不同。简言之，法制是用法律制度管理民众，法治是以法律原则治理国家。正是这种区别划清了人治与法治这两种不同理念的根本界限。

经历过文革十年动乱，中国社会在饱受入治之苦后，痛定思痛决心迈向法治。然而，又在“法制”与“法治”的误区中徘徊，摸索了二十年，直到1999年才确立了“法治”的目标。这期间，中国法治的进程经历了两次跨越。第一次是否定文革迈向法制，这一次跨越是在吸取了文革惨痛教训的背景下，经过人治与法治的第一次大讨论而实现的，但这次跨越并没有真正走出人治阴影的笼罩。第二次跨越是从法制转向法治，这一次跨越是在对法治理念与实践进行深入思考和不懈探讨的背景下，经过人治与法治的第二次大讨论，即“刀制”与“水治”的长期争论而实现的。

四十年实现了两次跨越，成就斐然。但更值得思考的是，中国社会从人治走向法制，再从法制走向法治，足足经历了几千年的漫长历程。迄今为止，举起法治的旗帜才不过二十年。足见人治理念在中国社会中的影响之深远和中国社会走向法治的历程之艰难！

五、法治思维与人治思维的本质界限

关于人治与法治的课题，人们思考了几千年，也争论了几千年。之所以现代社会中绝大多数人都摒弃了人治而认同法治。其根本原因，在于法治既能够有效地维护社会

的秩序稳定和健康发展，也能够充分地保障社会公众的自由和民主权利。简概之，人治与法治的根本区别在于：

人治社会是权力至上，法自权出，即法律出自个人（皇权）或少数人的意志，并且服从这些人的意志。

法治社会是法律至上，权自法出，即法律出自于社会公众的整体意志，任何个人和集团都必须服从法律。

权力至上的核心是人的意志至上，法律至上的核心则是法律原则至上。而人的意志与法律原则，不仅体现出不同的特征和价值取向，并导致不同的社会后果。

（一）人的意志是个体的，而法律的原则是整体的

任何人都只能代表个人或部分人的意志，而只有法律可以代表全社会公众的整体意志，因为在法治社会中，立法本身必须出自于社会公众的整体意志。对于个人而言，正义的标准可以见仁见智，而在法律面前，正义的标准只能统一在法律确立的原则之下。所以，个人的意志所体现的只能是个别正义，只有法律才能体现全社会公众的普遍正义。

（二）人的意志是可变的，而法律的原则是确定的

意志自由是人的本性，所以，因人而异、因情而变，是世之常态、人之常情。而意志一经通过法定程序形成法律就不能随意变更，必须遵照执行。所以，权力至上与权力的任性具有必然联系，只有法律至上才能防止权力的随意性。

（三）人的意志是莫测的，而法律的原则是公开的

人的意志存在于每个人的内心之中，他人不可预测，无从判断。正可谓“人心不可测”。所以，在人治社会中，民众因权力的深不可测而无所适从。而在法治社会中，法无明文规定不为罪。法律不仅明确规定了合法与违

法的界限，而且明确规定了法律制裁的标准，可以使民众有法可依，并且在法律面前享有平等权利。

（四）人的意志是功利的，而法律的原则是公平的

趋利避害是人的本能，追求功利是人之常情。公益之心虽然人皆有之，但功利心与公益心的分量则会因人而异。而且，即使是同一个人在不同时期和不同场合心态也会有所不同。所以，受个人意志支配的权力是不可能公平的。而法律的原则却不同，法律不仅建立在公平、公正的基础之上，而且坚持法律面前人人平等的原则。

只有这种以法律形式确立并且以国家强制力为后盾的公平原则，才能遏制当权者私利的泛滥而保障民众的平等权利。

走向法治，是现代文明社会发展的必由之路。特别是在当今时代，在全球信息共通、信息共享的国际大环境下，没有法治，就更没有社会的正常发展。只有将法律原则的上述性质植根于国家治理体系和国民文化中，成为国家治理最深层的价值追求和民众最根本的文化信仰，才能摒弃任何形式的以“个人意志”决定国家和社会走向的“人治”，从而真正实现法治。

中国社会历经艰辛，终于走上了“依法治国”的正确轨道。但是，由于人治的历史过长而导致的观念滞后问题至今仍未解决。任何时候尤其是在社会变革过程中，理念的更新都既是最重要的，也是最困难的。理念更新需要思考，需要推动，也需要时间。而深入思考，努力推动，加速理念更新的速度，则是每一位法律人的责任。更重要的是，法律人自身要首先走出人治理念的思维方式。只有具备了法治思维习惯的人，才能称之为真正的法律人。

2019年2月初稿于北京

2020年2月定稿于海南



“京都刑辩八杰”十周年论坛， 共话刑事辩护的变化与发展



嘉宾合影

2020年12月12日下午，京都律师事务所召开“京都刑辩八杰”十周年刑辩论坛活动。众多法学界大咖出席了此次活动，场内座无虚席，百余名法律界相关人士及媒体朋友们参加了此次论坛。“京都刑辩八杰”是京都律师事务所刑辩律师的八位杰出代表：王九川、朱勇辉、杨大民、金杰、杨照东、柳波、曹树昌、梁雅丽。“京都刑辩八杰”的称呼缘起于2010年1月，当时京都律师事务所八名律师应邀参加在中国政法大学举办的“中国刑辩律师的

现状与展望”的控、辩、审三方论坛。主持人《民主与法制》周刊总编刘桂明称之为“京都刑辩八杰”。十年后，“京都刑辩八杰”再聚首，共话十年间刑事辩护的变化与发展。

此次论坛由《民主与法制》周刊总编辑、中国法学会律师法学研究会副会长刘桂明主持。京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌律师在致辞中表达了对中国的刑辩业务的期待，希望中国律师



| 刘桂明



| 田文昌



| 江平



| 高贵君

界的刑辩队伍更加壮大，希望“刑辩八杰”在培养新一代刑辩律师的道路上做出更多更大的贡献。著名法学家、中国政法大学终身教授江平希望刑辩律师能不畏艰险，鼓足勇气为刑辩事业创造佳绩。国家法官学院教授、最高人民法院审判委员会原委员、刑五庭原庭长高贵君充分肯定刑辩律师的重要性，祝京都律师取得更大的成绩。

京都律师事务所高级合伙人王九川首先进行专题演讲。王九川律师发表题为《律师刑事业务的九大变化》的演讲，他认为对近十年来律师刑事业务发展呈现这几个特征：刑事业务呈明显的增长趋势；刑事辩护与代理法律服务前置化，刑事非诉讼业务需求上升；刑事涉外业务发展

速度加快，刑事涉外业务人才不足；刑事律师队伍继续扩大，人才结构更加多元化；刑事案件更具有专业复合特征，团队化合作更为普遍；刑事业务的专业化特征逐渐凸现，品牌竞争趋向专业主义；刑事辩护技能逐渐走向规范化；律师的辩护策略更加务实，辩护手段走向立体化；近年律师办理刑事案件的风险呈现多发、多样化的特点。这些变化也是今后的发展趋势，客观上对刑事律师的综合执业能力提出更高的要求。尽管有曲折，未来还会有难题，但刑事业务的发展成绩有目共睹，刑事律师参与法治建设发展的空间还很大。王律师希望业内有识之士关注刑事律师业务发展这个话题，为下一个十年的发展出谋划策。



| 王九川



| 朱勇辉



| 杨大民



| 金杰

朱勇辉律师发言指出，从指定居所监视居住的立法本意看，应属于非羁押性强制措施，旨在减少审前羁押，但在实践中却被执行成了比拘留、逮捕更严格的羁押性强制措施，对公民的人身自由权、人格尊严权、刑事辩护权等方面都形成侵害。从立法层面看，指定居所监视居住制度对适用条件、指定场所、执行管理、监管措施等方面规定不够清晰，存在被办案机关大量滥用的情况；从司法层面看，指定居所监视居住执法不严，甚至助长了违法办案，成为侦查人员非法取证的重灾区。朱勇辉律师认为，从指定居所监视居住的实际适用情况看，偏离和违背了立法初衷，甚至导致了不利的后果，而该措施完全可以由取保候审和逮捕进行代替，因

此，他建议废止指定居所监视居住制度。

杨大民律师发言的主题是《刑辩律师的立场、尊严与表达》他从自己22年的律师执业经历开始，以刑辩律师的独特视角，讲述自己经历的一个故事，提出一个尖锐具体的问题：刑辩律师的底线是什么？杨大民律师认为，刑辩律师是一个特殊的职业，看到和帮助的都是身陷囹圄的“弱者”，在当事人最无助、无力，无奈的艰难时刻，只有刑辩律师能够提供最有效的法律帮助和心理辅导。刑辩是一门利他之学，是一项帮弱之技、是一种解困之术。永远站在当事人这一边，忠于委托人，是刑辩律师的立场，也是刑辩律师的底线。但是，刑辩律师不能违反法律规定



| 柳波



| 曹树昌



| 梁雅丽



| 袁国

去用非法的方式去追求合法的目的。同时，刑辩律师的尊严不可侵犯，如果连自己的尊严都不去维护、不能维护，那么刑辩律师就无法维护委托人的自由权利和生命尊严。

金杰律师以《涉黑辩护路在何方》进行演讲，他提到，扫黑除恶专项斗争如火如荼，沉重打击了黑恶势力。在涉黑涉恶刑事诉讼中，作为辩护律师，虽尽职尽责，倾力辩护，但也存在着举步维艰的困惑。经对40件涉黑涉恶案件进行分析，得出如下感触：涉黑案件中存在的拔高认定纠正难，辩护律师的正确意见采纳率极低，民营企业家的保护存在问题。但困惑与希望并存，涉黑涉恶辩护的希望就在于，坚持习总书记的法治思想，坚持全面推进科学立法、严格执法、公正司法，涉黑涉恶辩护就会逐

步走上正常的轨道。

柳波律师以《讯问同步录音录像的法庭命运》为题，结合具体问题，表示讯问同步录音录像具有规范取供行为、证明取供合法、证明案件事实的应然功能，因而，其应然的法庭命运是：1、来到（出现在）法庭，2、播放在法庭，3、定分止争在法庭——法庭做出排非与否决定的最重要的、最客观的依据。但其实际的法庭命运却与应然相反：1、不出现在法庭，2、不播放在法庭，3、对合议庭的决定无（突出）影响。

这种状况纵容了权力，侵害了权利，既导致程序不公正，又为实体错案埋下隐患。造成实际命运的原因多种多样，众说纷纭，正如同一千个人心中有一千个哈姆雷特，



| 阮齐林



| 车浩



| 门金玲



| 臧德胜

也有认为“侦控审本应是魏蜀吴，结果是桃园三结义；而司法三结义，法院是小弟”。其认为不外乎观念、制度、技术、人四个层面的原因。

要实现讯问录音录像的法庭命运从实然到应然：1、法制不掉棒、讯问同步录音录像“接力”不掉棒；2、厘清观念——明确严格什么：严格排除非法证据，而非严格程序、严格启动程序、严格排非程序。3、真正落实和强化“让审理者裁判，让裁判者负责”制度；4、在排非决定的时间上给裁判者松绑；5、律师辩护要真正到位，提高法律解释能力，用足用尽排非方面法律规范、救济措施，既要有滚石上山不松劲的精神，也要强弱项，补短板，方能不忘初心，方得始终，行稳致远。

曹树昌律师就《认罪认罚从宽在刑事辩护中的运用》为议题进行了分享，他认为完善认罪认罚从宽制度是党的十八届四中全会做出的一项重大改革部署。该改革成果入法后在司法实践中的适用比例越来越高，成为刑事辩护律师必须认真研究，深刻领会并在司法实践中灵活运用的重要问题。

认罪认罚从宽制度的适用可以使构成犯罪的行为人获得更轻的处罚，契合了刑事辩护工作的重要目的。曹树昌律师抛砖引玉，就认罪认罚从宽制度适用中几个常见的问题，如认罪认罚应当由谁提出、怎样提出、什么情况下、哪个时间点提出，以及签署了认罪认罚具结书后辩护律师怎样进行法庭辩护进行了初浅的探讨，希望引来更多的有识之士对之进行深入研究，为辩护律师在今后的刑事辩护

中拿起“认罪认罚从宽”这个法律武器，更好地实现犯罪嫌疑人、被告人权益最大化之目的。

最后，梁雅丽律师从刑事辩护中民营企业家的权益保护问题入手进行专题演讲。她认为近年来，民营企业规范层面的天然缺陷与不断细化的监管体系易产生冲突和矛盾，民营企业家中存在较为普遍的涉刑风险，而中央与两高的保护政策力度与实际效果尚存在一定的距离。通过辩护、合规等方式提供恰当且有效的法律服务，维护民营企业家的合法权益，是律师作为推动法治建设积极力量的使命所在。

民营企业家涉刑往往是由其经营行为不规范衍生的，除了通常的基础法律关系外，辩护的突破口也要结合该行业的专业知识。实践中对民营企业家涉刑案件的辩护必须从两个维度思考，充分关注到民营企业家人身自由与实现公正两个诉求的进阶，处理好违法犯罪的惩治与民营经济的保护之间的关系，最终实现法律效果与社会效果的统一。

在刑事诉讼的不同阶段，辩护的目标有所不同，辩护的侧重点也要有相应调整。但是无论在哪个阶段，都应正确引导其解决最基本的矛盾。此外，为民营企业家辩护的善后事宜中，要充分注意到申诉诉求的具体情形，从根本上化解经济纠纷。

刑辩八杰成员的精彩演讲引起场内热烈的掌声，随后嘉宾们就刑辩业务的当前形势以及刑辩八杰的演讲内容纷纷发言。

中国廉政法制研究会常务副会长、秘书长，最高人民检察院原刑事执行检察厅厅长袁其国用三个关键词：感谢、困惑、坚持来概括此次论坛的感受，并鼓励刑辩律师，纵使前方道路艰难曲折，刑辩律师们更应保持信心，坚信刑辩业务最终可以走向光明。

中国政法大学刑事司法学院教授、博士生导师阮齐林对京都所的刑辩业务评价是敬业、专业以及敢言。他总结了刑辩工作的三个基本要点：事实、定性和责任，他认为刑辩律师要吃透案件事实，抓住犯罪构成要件对案件准确性，在犯罪嫌疑人构成犯罪情况下注意区分法律责任。

北京大学教授、博士生导师、北京大学法学院副院长车浩回顾了十多年来刑辩的变化和发展，他从法学教育出发，认为缺乏技能训练、只会灌输知识开阔视野的法学教育快走到尽头，法学教育的改革要引入大量的实务教学、案例分析课程等等。



| 活动现场

中国社会科学院大学副教授、硕士生导师、京都律师事务所兼职律师门金玲的演讲内容与她在京都的成长相关。她从跟随田文昌律师、梁雅丽律师等人办案的过程中体会到了京都律师的效率和专业高度，在与“刑辩八杰”等京都律师的接触与交谈中体会到了京都刑辩团队的魅力。

京都律师事务所顾问、有着20年刑事司法实务工作经验的臧德胜老师以转型和期待来概括自己的职业生涯，从在法院从事刑事审判工作到如今加入京都所的律师团队，与田文昌老师、京都“刑辩八杰”以及京都团队各位律师的近距离接触后，他对自己未来的律师职业生涯非常期待。对京都刑辩律师队伍他用三个词九个字来进行概括：行得正、辩得准、拎得清，认为京都律师尤其是京都刑辩律师身上的闪光点值得大家学习。

在论坛的最后阶段，主持人刘桂明主编组织了媒体以及听众现场交流问答，并对此次论坛进行了精彩的总结。他表示过去的十年一晃就过去了，下一个十年现在刚刚开始，每个人大步的前行，努力的奋斗，就一定能实现每个人乃至每个团队所要追求的目标。我们的目标实现了，就是国家的目标实现了；我们的梦想实现了，就是中国梦想实现了。伴随着刘桂明主编对未来的期许，“京都刑辩八杰十周年刑辩论坛”活动圆满结束。

“京都刑辩八杰”是京都众多优秀刑辩律师的代表，他们在刑辩领域十数年如一日，是刑辩领域的坚守者，更是刑辩律师的中坚力量。“刑辩八杰”的出现显示了京都所坚实的专业基础和良好的人才培养体系，也凸显京都所建所25周年在刑辩领域恪尽职守、砥砺前行的韧性，我们祝愿京都刑辩团队为中国刑辩做出更大的成绩！



王九川：十年来律师刑事业务的九大变化

作为律师的传统业务，刑事辩护业务曾长期处于徘徊状态。偏低的刑事辩护率，一度的“低端”地位，显示着刑事辩护的尴尬处境。由于不看好前景，曾有不少刑事律师纷纷投身其他法律业务领域。而近十年来，律师刑事业务获得空前的重视，至今已呈现非常活跃的状态。因为目前缺乏足够的、多角度的权威统计数据，这里且从现象分析的角度，总结十年来律师刑事业务变化的特征，并做几点发展趋势上的预估，以供探讨。

第一个方面的变化：刑事辩护与代理案件数量呈现明显的增长趋势。

关于这个问题，很多人首先会想到中国的刑事辩护率，其比率低于许多国家，曾一度出现下滑，近两、三年才有所回升。而比率偏低并未影响数量的增长，律师办理刑事案件的总数量在持续上升，可从这几个方面来理解：

首先，刑事案件数量的增长和律师从业人数的迅速增长，带来有律师参与刑事案件总量的自然增长。其次，最高法院、司法部出台的刑事辩护“全覆盖”实施办法，给律师参与刑事诉讼案件数量带来政策性增长。第三，与涉及财产权益刑事案件数量的大幅上升有关。由于涉案财物被采取查封、扣押、冻结和处置等措施，被告人面临财产刑等风险，或者遇到第三方提出异议，都需要刑事律师在辩护过程中给予帮助，这类具有民事化特点的诉求使刑事律师业务获得新的增长空间。还有一个不可忽略的因素，即来自当事人观念的变化，他们普遍发现，通过“资源”运作来解决刑事问题这条路愈加难走，其风险愈来愈高，寻求专业辩护力量正在成为更多当事人的首选。

在刑事诉讼程序之外寻求得到律师的帮助，是刑事业务增长的又一个原因，这也是刑事业务的第二个变化表现，



王九川

即：刑事诉讼服务前置化，刑事非诉讼业务需求上升。

现在的律师所里，有越来越多的登门者不是因为发生刑事诉讼案件来找律师，而是来请教刑事法律问题，评估刑事法律风险。他们有的因为家庭矛盾，有的因为生意纠纷，还有的可能面临司法调查，对于那些因纠纷而最终进入刑事诉讼程序的案件来说，辩护与代理工作已经提前展开了。

在这些未进入诉讼程序的咨询案件中，存在大量的刑民交叉、刑行混同的问题，需要专业律师进行研判，这实际属于刑事非诉讼业务。咨询者中有不少企事业单位，尤其是一些企业，更为重视这种服务，有的律师所为此推出“企业刑事法律风险防控”业务，按照国际惯例，现在大家更愿将这种业务称为“刑事合规”。

刑事合规业务一般包括两类：一般刑事合规和专项刑事合规，前者为日常刑事风险防控，后者是对特定的风险事件提供解决方案。这些非诉讼业务在中小型律师所里较为零散，做成规模的还是少数的大型律师所。为何出现这

种局面？依我的观察，目前不少企业在出现刑事风险后还是急着去做政府公关，对律师的作用将信将疑，很多刑事律师也不愿过多参与此类风格企业的法律事务中去，而那些重视刑事律师作用的企业，一般具有相当的规模，往往优先考虑找品牌律师所解决问题。从长远需求来看，刑事合规业务的增长还有很大的空间。

第三个方面的变化：刑事涉外业务发展速度加快。

在刑事合规业务中，有相当一部分委托人是外资企业，在以涉外业务见长的老牌律师所中，这类委托人的比例很高。这些律师所刑事专业人才有限，但拥有客户资源和外语优势，还有良好的公司化法律服务体系，自然能揽下老客户的刑事合规业务，并带来辐射效应。在我们看到的有影响的律师业务评比中，涉及刑事业务的奖项都被放在“刑事合规”上，刑事诉讼业务的奖项还没有一席之地，关于刑事诉讼业务的量化评比还存在困难，有待观察。

值得关注的是，近两年做刑事合规业务的大律师所的律师，已经逐渐出入刑事法庭，坐到辩护席上了。同时，一些擅长刑事业务的律师所也在积极拓展涉外刑事业务，由于做刑事诉讼的律师普遍外语不过关，这些律师所近年开始引进外语人才，研究刑事合规业务。主打涉外的律师所和擅长刑事业务的律师所在长期内还无法做到优势替代，双方合作的空间很大。

从刑事律师队伍的发展来看，出现了刑事业务的第四个变化：刑事律师人数呈增长趋势，刑事人才结构更为多元化。

不管刑事辩护的环境如何变化，十年来刑事法律服务的需求在增长，刑辩技能的专业化程度在提高，刑事业务在律师所中的创收地位在上升，这种发展态势使更多法律人为之心动。

我在九十年代中期开始做律师，那时业内有些同事对刑事业务的评价有些分裂：一面称刑辩是律师的看家本领，称赞刑辩是律师业务皇冠上的明珠，另一面又宣称不做刑事业务，手里都是公司客户。在那段时间，我和同事接待的一些当事人，就是被持这种观点的同行转过来的。

近十年来，一些原来不接触刑事业务的律师在尝试学习刑辩，不少具有专业技术背景的律师也加入刑事律师队伍，在一些复合型刑事案件中大显身手。其他行业中也有

不少人陆续加入刑事律师队伍，尤其是检察官、刑事法官纷纷辞职转做刑事律师，成为近年政策背景下的一种突出现象。这些检察官、刑事法官具有丰富的实战经验和业务资源，所以大多转型比较顺利。还有现在的法学院学生，有不少受我们这些人的蛊惑，在模拟法庭、法律诊所课堂上就表示将来要做刑事律师，有些人如愿以偿。

总的来看，刑事律师队伍的人才渠道越来越广，人才素质明显提升。当然，人多就会泥沙俱下，行业口碑会受损，需要通过行业建设和管理、法律服务市场竞争来逐渐优化刑事人才队伍，这些是慢功夫。

第五个方面的变化：刑事业务操作团队化需求加大，团队合作能力将成为刑事律师的基本技能。

和非诉讼业务相比，诉讼案件中一、两个律师一般能够完成一个委托人的业务需求，一个人多费些心力也能撑下来，刑事律师习惯于这种独立作战模式。由于刑事业务缺乏稳定的客户，无需常年的人力维护，刑事律师在团队化建设上也缺乏驱动力。

这些年来，办理刑事诉讼案件的工作量普遍加大。一方面，疑难复杂案件、重大敏感案件逐年增多，比如，涉黑涉恶、集资、套路贷等类型共同犯罪案件带来涉案人数、涉嫌罪名和事实的大幅增加，即便是一个人的贪污受贿案件，涉嫌事实的复杂程度也普遍超过以往。卷宗越来越多，辩护词越来越长，开庭时长屡创记录，几十页、几百页的判决书也不稀奇。另一方面，在侦查、审查起诉阶段，律师的介入程度更深，有关庭前会议、排非、庭审三项规程的出台，使控、辩、审各方在审判阶段的工作更为精细化。这些都导致辩护和代理的工作量、工作强度加大，所以刑事律师迫切需要通过多人合作来减负，来提高效率。

此外，专业复合型的刑事案件也使律师难以进行单兵作战。网络犯罪、金融犯罪、知识产权犯罪等专业技术含量高的案件逐渐增多，刑事律师时常要请相应专业的律师同行参与，比如知识产权律师、证券律师等等。实践中，有些公司客户遇到疑难问题，还会主动请其他领域的专业律师以及技术专家来配合刑事律师，从不同的角度进行“会诊”。

很多刑事案件还需要跨地区的律师合作。案发当地律师与外地律师合作的情况就很普遍，很多当事人认为，这种合作可以发挥各自的优势。一些涉外刑事业务还会牵涉到境内



外法律适用问题，有的委托人把不同国家、地区的律师请到一起，共同商讨方案，我经手过这类案件，有的由合规服务到后来的诉讼程序完结，先后和近十家中外律师所打交道，当然，其中相当一部分精力是花在团队管理上。

这些现象表明，刑事律师的团队化合作已经不单是承办人和一两个助手的合作，还包括不同专业律师间的合作、律师与专家辅助人的合作、国内各地区律师间合作以及跨国的律师合作。案件的客观需求以及委托人对律师服务质量、效率的主观需求，使团队化操作成为必然的选择，刑事律师不得不适应团队作战模式，需要提升自身的团队合作与管理能力。

再看第六个方面的变化：刑事业务的专业化特征逐渐凸现，刑事业务品牌竞争趋向专业主义。

近几年来，常有这样的新律师事务所，在成立之初就宣称专攻刑事业务。这些创业的朋友看好刑事法律服务市场的前景，很有远见和勇气。因为刑事诉讼业务缺乏稳定资源，基本没有“回头客”，合规业务一时难以形成规模，这些事务所面临的压力要大于综合性律师所，所以他们的品牌意识更强。这些后起之秀纷纷使出浑身解数，办论坛、出书、成立“战略联盟”，给一些擅长刑事业务的综合性律师所带来一定的压力，过去当事人爱去擅长刑事业务的综合所，现在他们还会敲这些专业刑事所的门。于是，一些大律师事务所成立刑事业务部，已有这个部门的则继续扩大规模，或者招聘，或者成立“刑事辩护学院”、“刑辩研究中心”、“刑辩讲堂”这类专业平台。

过去，遍地都是“万金油”律师，后来出现了专业律师，现在已走向专业再分工，如同医院的五官科，有的医生专治眼睛，有的只看耳鼻，在刑事律师中，也有这样的细化分工，有主攻金融犯罪辩护的，有专做“毒辩”的，有的以涉外刑事业务为自己的特色，还有以刑事合规为主打业务的，这些律师有意通过多种传播途径树立专业形象。在大的律师协会里，还设有更专业化的刑事业务组织，比如北京律协内，原来只有一个刑事业务委员会，现在已有6个刑事方面的专业组织，给相关的专业交流和推广提供了更多机会。

总之，专业主义是律师刑事业务发展的大趋势，刑事律师普遍追求专业形象，以“刑辩专家”为荣，靠“资

源”、“人脉”来推广刑事业务的，逐渐走向低调。

我认为，以刑事为唯一或主要专业领域的律师所还会出现，但刑事专业再分工还处于初级阶段，在公司化管理模式相对成熟、刑事业务资源较多的律师所，这种专业分工更有前景；在法律服务市场发育较好的大城市，专业化更容易落地，较小地区的刑事律师压力更大，需要维护本地综合资源，可以通过建立合作联盟的方式来整合、扩大刑事业务资源。

在操作技能方面，发生了刑事业务的第七个变化：刑事辩护技能逐渐走向规范化。

无论是在立法上，还是在实务中，在刑事辩护技能方面都有长足的进步。

十年间，《刑事诉讼法》经过较大的修订，有关配套法规接连出台，很多程序规定对律师的辩护能力提出了更高的要求。应对这些变化，结合实践经验和教训，全国律协刑委会在三年前对《律师办理刑事案件规范》作出较大的修改，为律师刑事辩护与代理提供了更具有操作意义的规范指引。

这期间，各地有关刑事业务的论坛、培训班、讲座、模拟法庭等活动此起彼伏，其中多和刑辩技能、技巧有关。一批老律师在系统总结、传播辩护经验，专业刑辩著作接连问世，年轻律师好学不倦，其中有心急者，则边学边卖。也有法学教授与刑事律师合作，对辩护技能、技巧进行专题研究，以求从实践中总结出符合国情的辩护理论来指导刑事业务。

如今，刚踏进刑事辩护门槛的律师，都有机会得到系统的训练，从接谈案件、会见、阅卷、调查取证到法庭发问、质证和辩论的各个环节，均有比较完整、规范的技能训练体系。在2003年，参加第一期中美刑事辩护技能培训班的只有我们一二十位律师，当时是向外国专家学习，现在我们已着手培养自己的刑事业务培训师了。

对于今后刑辩技能的培养，我认为有两点值得关注：其一，配合“以庭审为中心”的司法改革，继续加强对律师出庭技能的培养，尤其是法庭交叉询问技能、法庭第二轮辩护技能的训练，还有处理法庭突发事件的能力训练。卷宗中心主义的诉讼模式已经养成辩护律师过于依赖书面出庭方案的习惯，念稿子这种懒人辩护的方式早晚要被淘

汰。其二，即我在去年提出的对传统刑事诉讼业务模式的改造，其中主要强调要借鉴刑事合规的工作模式，律师不再只是跟着案件流程走，而要以对客户负责和对案件负责为共同的工作导向，这对刑事律师还是一个新课题，有待继续探索。

第八个方面的变化：刑事律师的辩护策略更加务实，辩护手段逐步立体化。

辩护乃“对抗”之术，在具体的案件里，要把“对抗”化为有效的策略和手段，对律师是很大的考验。我们曾赋予辩护以过多的理想主义色彩，也满足了许多委托人的意愿。在我初做律师那些年，无罪辩护普遍受到当事人和律师的欢迎，大家都有作无罪辩护的冲动。事实上，在许多刑事诉讼制度成熟的国家，无罪辩护的比例并不高，当然，他们也没有我们这样复杂的辩护环境。

通过对刑事诉讼规律的总结，对一些个案的复盘，不少律师认为，在复杂的诉讼环境下，还是要研究实际情况，维护当事人的现实权益。在很多案件中，大家审时度势，积极与委托人商讨，不再把无罪辩护当作首选方案，所设计的方案更有针对性，并能够根据进展灵活调整。在刑事立法上，有关量刑指导意见的出台、认罪认罚等制度的实行，也给有罪辩护提供更多的法律施展空间。

现今，作有效辩护、不发表不利于委托人的意见等观念，已成为辩护界的共识。慎重选择辩护形态、按阶段提供精细化辩护、把案外干预问题纳入程序内辩护、延申辩护等策略、手段的普遍运用，都是辩护走向务实的表现。刑辩律师们的视角更为广阔，他们逐步摸索出更多、更灵活的辩护技巧，比如案例的引用，图表工具的使用等。

务实理念还体现在辩护风格的演变上。过去的法庭上，嗓门大、敢吵架、气势足，被不少当事人视为出色辩护的一个评价指标，这些年来，这种表演式的辩护正逐渐让位于平和、充分、理性的辩护，能够理解和接受这种风格的当事人也越来越多。

回顾这十年发展，我们不能忽视风险问题，这就是刑事业务的第九个变化：律师办理刑事案件的风险呈现多发性、多样化的态势。

在刑事风险方面，《刑法》第306条是刑事律师的最大痛点。2012年，有关律师因辩护活动涉嫌犯罪的管辖权规

定得到修改，律师参与刑事诉讼的风险有所缓解，这类案件逐渐减少。依我的观察，尽管306条这把剑还悬在那里，但刑事律师们的勇气与责任感未减，调查取证活动不是在减少，而是有所增多。但我们注意到，有关刑事律师涉嫌其他犯罪现象有所抬头，如行贿类、诈骗类，涉黑涉恶案件中也开始出现律师类被告人。

从行业管理和建设来看，随着若干重要案件（包括涉黑案件、名人涉刑案件等）引起的争议，以及一些刑事司法政策的出台，有关刑事律师执业纪律和规范的问题被提到新的高度。其中，司法行政机关、律师协会对重大、敏感刑事案件报备管理制度的建立，对有关律师保密义务的新规定，都是重要的指向，部分刑事律师因为违反上述有关规定而受到调查、处罚。

此外，近年刑事律师与办案机关以及其他相关部门因执业发生冲突的情形时有发生。这些冲突主要发生在会见、调查、阅卷和庭审几个环节，会见、阅卷上的困难曾一度有所缓解，而这两年在涉黑案件、职务犯罪案件中，再度困扰律师。刑事律师与刑事法官的当庭冲突，也是十年来的多发现象，部分“死磕”行为一度引发全社会关注，近年多以小级别冲突的形式出现，有些和平解决，有的法官被批评，更多以律师受到处理而收场。我们期待的法律职业共同体建设，还有难解的困境。

整体而言，十年来刑事律师的执业风险并未降低，风险事件在违规、违纪、违法、涉刑等多个方面都有新的表现形式。这些现象的发生有相应的时代背景，刑事律师对此当有深入的理解和判断，不宜沉于怨愤，在执业中要把握风险边界，做到有理、有利、有节，擅于平衡执业风险防控和有效辩护之间的关系。

前面这些初步分析，来于近年的实践与观察，有待继续探讨。我以为，如果今后无大的形势变化，这些发展趋势还会延续下去。

不管有过哪些曲折，不管对现状有怎样的评价，十年来刑事辩护及其他刑事业务的进步有目共睹，当为时势使然。“九层之台，起于累土”，在法治发展史上，十年只是一个小段落，希望再过十年、二十年，律师刑事业务会有一个新的面目，刑事律师于社会的价值更为重要。让我们坚持下去。



朱勇辉：废止指定居所监视居住势在必行



朱勇辉

一、指定居所监视居住的立法沿革

1954年《中华人民共和国逮捕拘留条例》首次出现了有关监视居住的规定。此后，我国监视居住制度历经1979年、1996年、2012年、2018年四部《刑事诉讼法》的修改，其中在2012年刑诉法修改的时候首次确定了指定居所监视居住制度。其实，在2012年刑诉法修改过程中就曾经有专家提出废止此前的监视居住制度，但立法机关认为有些案件虽然符合逮捕的条件但是又不宜逮捕，为了办案的需要保留了这个制度，还设立了指定居所进行监视居住的制度。这就是我们的指定居所监视居住制度的来由。从这里看出，该制度的出现其实是特定历史条件下的产物。

二、指定居所监视居住的性质及定位

学术界对该制度的性质和定位大致有三种观点：第一种观点认为它属于刑事诉讼的第六种强制措施，它实际上

是羁押的一种变通方式。第二种观点认为指居是一种准羁押措施，主要依据是折抵刑期的规定，指居两日折抵有期徒刑刑期一日。第三种观点认为，指居毕竟不是拘留也不是逮捕，不羁押在看守所，因此它一定是非羁押性的，强调指居的非羁押性的本质。

我认为指定居所监视居住是一种强制措施没有问题，但它的强制程度必须要弱于拘留和逮捕，从指居的立法本意看，应属于非羁押性强制措施，意在减少审前羁押。但在实践中，指居往往被执行成了比拘留、逮捕更为严厉的羁押性强制措施，偏离了立法初衷，由此，我对该制度的存废问题做了一些思考。

三、指定居所监视居住制度之合宪性分析

如果认可指居是一个非羁押性的强制措施，我们就会发现指居在实际执行中如果成为了羁押措施就存在是否合宪的问题。首先是人身自由权问题，指居虽然是一种法定措施，但如果指居执行中对于人身自由权过度限制，将涉嫌违宪。第二是人格尊严权问题，在指居的过程中，当事人的人格尊严权往往很难得到保护，甚至可能还受到侵犯。第三是辩护权问题，被指居的犯罪嫌疑人的辩护权实际上很多时候很难得以实现，比如实践中办案单位一般都不会把指居的地点通知家属和律师，律师也就无法行使会见、通信等辩护权。

四、指定居所监视居住制度之比较法视野

考察域外刑事诉讼制度发现，除了俄罗斯等少数国家

外，很少有国家规定有类似“指定居所监视居住”的强制措施，相反，存在很多较为完善的审前羁押替代性措施。比如美国的附条件释放、英国的有条件保释和保释旅馆、俄罗斯的监视居住具结不外出、意大利的禁止出国与命令向司法机关报到、限制居住和住地逮捕、德国的“延期执行逮捕令”措施、法国的司法管制和芬兰的出行禁令等，均属于审前羁押替代措施。

五、指定居所监视居住现存的问题

就我个人的感受而言，指居存在的问题有两个层面，一是在立法层面规定不够清楚，导致一定程度上被滥用；二是在司法层面执行不严格，不利于保障犯罪嫌疑人权益，执行效果背离初衷。

第一，适用条件不明确。按照刑诉法，除非涉嫌危害国家安全、恐怖活动两类特殊犯罪案件，指居只能适用于在办案地无固定住所的犯罪嫌疑人，对于有固定住所的犯罪嫌疑人，则只能在其自己的住所监视居住，不能指定地点进行监视居住。但实践中出现了办案单位为了制造这个“无固定住所”的适用条件，把办案手续放在其他市县，实际还是本地办案单位办案，在这种情况下这个犯罪嫌疑人在出办案手续的办案单位所在地就没有固定居所了，就可以被采取指居措施了，而实际办案单位还是本地的。

第二，指居的场所规定不明。指居场所应该具备什么条件，高检还是有规定的，但是实践中办案单位执行的并不好。我曾经在办理一个案件中申请调取当事人被指居期间监控录像，办案机关讲我们指居的地方没有监控设备所以无法提供指居期间录音录像。另外，刑诉法规定“不得在羁押场所、专门的办案场所”执行指居，实践中却存在看守所之外的“准羁押场所”、集中指居场所。

第三，“有碍侦查”的标准不明。两类特殊案件在“有碍侦查”的情况下，即使犯罪嫌疑人有固定住所，也可以进行指居。但何为“有碍侦查”，虽然高检规定了六种情形，但实践中往往还是由办案单位说了算，当事人及其律师基本无法有效行使申诉权。

第四，“正常生活和休息条件”规定不清，适用随意。

根据高检规则，指定居所要求具备“正常的生活和休息条件”，便于监视管理、保证办案安全。但何为正常，如何保证正常的生活休息条件比如饮食、休息、吃药、就医、读书、看报及基本娱乐等，并未做进一步的细化规定。由于规定的模糊性，导致适用过程中出现较大的随意性。

第五，决定权与执行权合二为一，缺乏监督。指定居所监视居住由侦查机关自行决定，具体执行也由侦查机关自己执行。与羁押于看守所相比，缺少检察院驻看守所检察室这样的外部监督和制约机构，加之律师事实上无法介入，实际上架空了相互制约的监督机制。

第六，非法取证，时有发生。指居期间由于场所和人员完全由办案单位控制，使犯罪嫌疑人完全处于侦查人员的单反控制之下，实践中容易产生变相羁押和不当审讯等后果。从实践中看，曾被指居的被告人事后提出非法证据排除申请的比例，明显大于在看守所羁押的被告人。

第七，成本高昂，不利于节约司法资源。犯罪嫌疑人在看守所集中羁押管理，成本相对较低，而指居只针对一个人进行监管，投入的人力物力财力相当大，对办案单位是一种很大的负担。

第八，从适用效果来看，可以被替代。指居在两类案件中适用比较多，一类是在轻罪案件里适用。这些轻罪案件从统计来看结果是大量的被判以缓刑，如果能判缓刑我们为什么在侦查过程中用一种类似于羁押的措施对待他？另一类是在重大案件中适用得越来越多。这些重罪案件则被判处了重刑。既然被判重刑，显示出被告人的危险性是大的，那为什么在侦查过程中用一种法定的非羁押性强制措施？我觉得在逻辑上两头都说不过。

我认为指居措施是可以被替代的，取保候审和逮捕两种措施可以把指居分流，确实不需要羁押的直接取保候审，确实危险性大的就直接逮捕。不应该因为实践中极少数特殊案件需要指居，就给所有案件的犯罪嫌疑人设定一个普遍的指居措施。

综上，在当前强调保障犯罪嫌疑人合法权益、司法中少捕慎诉、减少审前羁押的理念下，指居制度曾经的积极意义已经大幅下降，而从指居执行中的实际效果来看明显弊大于利，故建议废止指定居所监视居住制度。



杨大民：刑辩律师的立场、尊严与底线

大家下午好！

今天，我很高兴也很荣幸出席京都刑辩八杰十周年刑辩论坛，到此时此刻，本人从事律师工作已经22年，在刑事辩护领域，学习、实践了20年。20年的刑辩律师生涯，白了我的少年头。

时间有限，我下面只能用三个一，来为大家汇报或者分享我的一点刑辩体会。三个一是，一个视角、一个故事、一个问题。

一个视角：刑辩律师帮助的都是身陷囹圄的“弱者”

我从事刑辩律师工作已经20余年，从时间上说，20年不长也不短。但经历和见证了刑事辩护的一步发展，曲曲折折，反反复复。从空间上讲，这20年我几乎走遍了中国的32个省市县的法院和看守所，出庭会见，会见出庭。从辩护过的当事人来看，有村支书、镇长、公安局经侦队长、法院执行局长、人民法院院长、县委书记、缉毒总队副总队长、副市长、市长秘书、市委书记、省发改委主任、铁道部司长……当然，还包括黑社会老大、吸毒人员、明星大腕、亿万富豪、著名企业家。还有大学教授、著名记者，最重要的是还有我们的律师同行，某省的知名律师。

我说的每一个角色，都不是我虚构的，而是真实存在的，有血有肉，有名有姓，有各级人民法院的判决书或裁定书为证。

这些人，不管是什么身份，什么角色，什么职业，不分男女、不分老幼，在案件卷宗里他们有一个统一的称谓叫犯罪嫌疑人或者被告人。

当这些人身上的那些闪光的标签、符号、logo被撕掉的时候，当一个个具体的活人面对具体的刑事指控的时候，你



杨大民

才会发现，犯罪嫌疑人或者被告人是那么的暗淡无光、脆弱无助、无奈无力。面对刑事追究，他们是那么的恐惧。这个时候，能够面对、陪伴和帮助他们的就是刑辩律师。这也是我和我的京都同事近十年来所从事的工作 and 所有中国刑事辩护律师的日常面对。也是我们坚持走下去的理由。

这也是刑辩律师工作的特殊性和独特视角决定的，让我们看到、经历、面对这些真实的无奈、无助、无光，但是又必须面对，依法辩护，据理力争。

这是我的一个视角，刑辩律师的视角。看到了别人没有看到的，经历着一般职业经历不了的，面对着一个个体的人、活生生的人生转折，困苦与是非。

从这个角度进一步来说的话，刑辩是一门利他之学，是一项帮弱之技，是一种解困之术。我们的立场就是永远站在被告人这一边。

一个故事：刑辩律师的尊严不可侵犯

这个故事，不是别人的故事，而是我本人的亲身经

历，分享给大家。

某年某月某一天下午，在一个非正式场合、非工作场合，我偶遇了几个官员。级别不高，好像是个处级干部。闲谈时，一个领导模样的人突然问了我一个问题，很尖锐，很突然。但是当时，我个人认为，他是在调戏我，不，是在戏弄我的律师职业。

他说：杨律师，你们刑辩律师有没有底线啊？

这个问题，太尖锐了。也太突然了。如何回答呢？我沉默了一秒钟，回答道：领导，我认为，任何职业都有底线，何况我们刑辩律师呢？

该领导继续追问我：那你们律师的底线是什么呢？

我毫无客气、直截了当的告诉该领导：我们律师的底线就是为“贪官污吏”辩护。而且，我特别强调，如果我们律师不坚守这个底线，像你们涉嫌犯罪的官员，就不用开庭审判了，直接判决或直接执行死刑了。法治社会，必须要依法审判，律师必须要依法辩护。所以，坚守底线是一件很重要的事。

该领导瞠目结舌、面红耳赤。

这是一个真实的故事，我当时就是这样做出的回答，我觉得，那一刻，我要维护律师的尊严，至少要维护自己的尊严。我认为，如果一名刑辩律师连自己的尊严都无法维护，就根本谈不上去维护当事人的尊严。法者有尊，律者自尊，尊者护尊。但是，后来，我也在反思自己，我的回答难道是对的吗？不一定。因为我是按照有罪推定做出的回答。

“贪官污吏”的表达本身就是有罪推定。如果不这么回答？怎么回答呢？有没有更好的答案？

一个问题：刑辩律师的底线是什么？

这个故事讲完之后，就必然延申出一个问题，律师的底线是什么？刑辩律师的底线到底是什么呢？

君子有所为有所不为，刑辩律师更应当如此。经过冷静的思考，我想，刑辩律师的底线就是，第一、永远站在当事人一方，根据事实和证据，依据实体法、程序法和证据法提出被告人无罪或罪轻的律师意见。永远坚持无罪推定的原则去思考问题，永远不能违背律师职业伦理和职业

道德，去出卖自己的当事人。更不能成为第二公诉人或者帮助法官去指控或者审判自己的当事人。这，既是我们刑辩律师的基本立场，也是我们刑辩律师的职业底线。因为刑辩律师的辩护权来源于委托人的授权，忠于委托人，为委托人的自由权利呐喊、奔走才是刑事辩护制度和律师制度存在的根基。第二、遵守法律的维护当事人的合法权益，不能通过违法的手段去追求合法的目的。譬如这两天媒体刚刚披露的海南省高院副院长张家慧案涉及的18名律师，多数人有行贿嫌疑。不管你追求的目标是合法还是合理，行贿本身就是违法的犯罪的。刑辩律师要守住这一底线，不能为了委托人的利益或为了拯救被告人就可以突破法律的限制，无底线的去破坏法律、违反法律。知法犯法不但不能维护委托人的利益，而且破坏了人们对辩护律师的信任，对规则的遵守、对法治的信仰。

最后，我想借用几位老师的话来结束今天的分享。

张思之大律师说，作为律师，我们必须坚持一个光照百代的传统观点，人的自由权利、生命尊严是我们应予以维护的至高利益。

江平老师说，律师兴则国家兴。

田文昌老师说，没有律师就没有法治。

就在不久前，刚刚结束的五中全会正式提出，到2035年我国将基本建成法治国家、法治政府、法治社会。从今天来算的话，还有十五年的时间。

最近，我在策划编辑一本书叫《田文昌谈刑辩》，今天论坛的主题叫《京都刑辩八杰谈刑辩》。

我想，从田文昌老师一个人谈刑辩，到京都八杰八个人来谈刑辩，再到各位大咖学者等等更广泛、更多的人来一起谈刑辩。大家都是为了一个共同的目的，那就是研究、探讨和总结如何才能依法维护人的自由权利，生命尊严。

今年是京都八杰十周年，也是京都律师事务所建所25周年。如果到2035年，就是京都所成立50周年，京都八杰25周年。到那时，正是法治国家、法治政府、法治社会基本建成之年。那个时候，我们再来谈刑辩，或许，今天谈的问题已经不再谈起，今天提出的问题，已经不是问题。

我们一起期待着那一天的早日到来。

谢谢大家。🙏



金杰：涉黑辩护路在何方？

——谈谈涉黑案辩护的困惑与希望



金杰

近年来，扫黑除恶专项斗争如火如荼，尤其是三年专项行动，沉重打击了黑恶势力，扫除了大批盘踞多年的黑恶势力，黄赌毒团伙，地下组织部长、地下执法队、地下赌场。在涉黑涉恶刑事诉讼中，作为辩护律师，尽职尽责，倾力辩护，维护了当事人的合法权益。

作为刑辩律师，在涉黑涉恶案件的辩护中，也有着举步维艰的感触，承担着某种风险和不公，甚至感到了某种困惑。仅对40件涉黑涉恶案件进行分析，得出如下感触：

困惑一：辩护律师在法庭上的正常发言受到限制和制止。虽然没有具体统计，但网络上多次爆出的一些庭审中辩护人的发言受到粗暴制止的视频，让公众感到大惑不解。人们不禁感叹：不是说好的，法官、检察官、律师是法律共同体吗？怎么一到关键案件，律师就游离于法律共同体之外了呢？不是有理讲在庭上，有证质在庭上，保障诉讼参与人的合法权益吗？考察法治发达国家的法庭，最基本的，也是最重要的功能之一，就是充分保障辩护人全面履行辩护职能。有的国家的法庭，如果发现辩护律师没有认真履行辩护职能，法官会对辩护人提出警示。既然是法律共同体，让律师发言，天塌不下来。

困惑二：辩护律师在法庭上的合法请求被反复驳回，甚至因此发生了辩审冲突。如网上爆出的某法庭在涉黑案件庭审中，对辩护人一证一质的合理申请反复驳回，直至法警到庭制止。这些都暴露出涉黑案件审理中的不公正性。

困惑三：涉黑案件中存在的拔高认定纠正难。比如，有案件立案时先认定涉黑，再搜集证据；有的案件从拘留到起诉的事实没有实质性的增加。有的不构成涉黑，为了某种需要拔高认定，此后再纠正起来非常艰难。网上爆出的律师从法院阅取的案件材料，反映出不构成涉黑。但却遭遇了短信催促和跨省追要案卷材料的奇葩事件。从40起涉黑案件来看，逮捕时罪名不涉黑涉恶，起诉定为涉黑涉恶的：21/40占52.5%。

困惑四：涉黑案件对被告人的财产不做区分全部没收，出现了打击黑恶犯罪和产权司法保护存在矛盾的现实困境。在司法实践中，对涉黑案件财产的处置上存在诸多问题。如，权属关系不明确，财产性质不甄别，范围扩大不控制，财产延伸黑恶化，扣押查封难返还等等。为此，2019年4月9日，两高两部印发《关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置规范化若干问题的意见》，为黑恶势力刑事案件财产处置规范化提供了规范和指引。但在司法实践的执行中，绝大多数的涉黑涉恶案件，对被告人的财产不做区分，予以没收。从40起涉黑案件来看，辩护律师关于区分财产的辩护意见被采纳的，4/40占10%。

困惑五：为了加大案件的严重程度，对经司法机关依法处理过的案件，采取抗诉或法院提起再审的方式，重新加重判决。有的对十年前的处理过的案件，为了涉黑案件的需要进行再审，与涉黑案件一并重新加重判决。最近代理的三起涉黑涉恶案件，都存在这个问题。

困惑六：一审判决形成了实质上的终审判决，涉黑涉恶犯罪辩护空间狭小。几年来，涉黑案件一审判决后，被

告人上诉的，基本都维持原判。从40起涉黑案件中来看，二审上诉改判、发回率非常低：6/40占15%。审查起诉阶段变更涉黑涉恶罪名的：0，侦查和起诉的罪名一致，二审成了走程序；不起诉率：5/40占12.5%，判决生效后申诉撤销、改判率：3/40占7.5%。

困惑七：辩护律师的正确意见采纳率极低。从40起涉黑案件中来看，辩护律师不认为涉黑涉恶的辩护意见被采纳的：1/40占2.5%，辩护律师做无罪辩护的，辩护意见被采纳的：2/40占5%；

困惑八：民营企业家的保护存在冲突。在涉黑涉恶那件中，对民营企业家的保护问题，显得非常突出。曾经的一位优秀民营企业家，全国劳动模范、多年的全国人大代表，受到党和国家领导人的接见，没有任何欺压百姓，为非作恶的事实，在严重缺少实质性证据的情况下，被认定为黑社会性质的组织者领导者，导致所创立的知名企业经营举步维艰。

究其原因固然很多，但最主要的，还是没有坚持习近平总书记的法治思想和公正司法的要求。

在近日举行的中央全面依法治国工作会议上，习近平总书记发表重要讲话，对推进全面依法治国的重点工作提出了“十一个坚持”的要求，其中“坚持全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”，为新时代全面依法治国提供了根本遵循和行动指南。中共中央印发《法治社会建设实施纲要》（2020—2025年）。明确提出了完善律师制度。强化诉讼参与人权利制度保障。加强对非法证据排除行为的源头预防，严格执行非法证据排除规则，建立健全案件纠错机制，有效防范和纠正冤假错案。

但是，困惑与希望并存，机遇和挑战同在。涉黑涉恶案件的辩护希望在哪里？出路在哪里？

第一，司法机关和司法人员必须贯彻习总书记的法治思想，树立法治思维；不能离开法治要求和法律规定增加人为的随意性。

第二，必须落实习总书记提出的公正司法的要求。科学立法、严格执法、公正司法。坚持证据裁判，坚持疑罪从无。

第三，要从制度上保障辩护律师在法庭上全面履行辩护职能。对于违法阻碍辩护律师履行辩护职能的机关和人

员应当承担违法责任，受到必要的惩戒。

第四，作为辩护律师，要充分运用法律专业，坚守律师的职责，紧紧依托事实和证据，力争有效辩护。

其一，对不构成涉黑组织的组织特征，依照法律标准坚持辩护意见。认真细致分析涉案人员是否符合黑社会性质组织的组织特征。比如，是否存在涉黑组织的演变发展过程？是否有确实充分的证据证明形成了黑社会性质组织？是否具备涉黑组织的组织结构？是否具备涉黑组织层级？是否具备涉黑组织的内部纪律和规约？前不久代理的两起涉黑案件中，出现了把被告人不与吸毒人员交往，远离毒品和吸毒人员，把被告人在酒桌上说过，不能抢劫、盗窃和强奸，认定为涉黑组织的纪律的荒唐认定。其二，对不构成涉黑组织的经济特征，仔细分析。是否存在将通过有组织的违法犯罪手段攫取暴利，用以支持和维持黑社会性质组织的生存与发展？是否存在“以商养黑”？其三，对不构成涉黑组织的行为特征，论述透彻。是否存在为了涉黑组织的利益，有组织的采取违法犯罪的手段，非法敛财？违法犯罪行为是否体现组织的意志和组织的利益？是否存在“以黑护商”？其四，对不构成涉黑组织的非法控制特征，紧紧依托证据，阐述明确。要求区分正常竞争和违法垄断的界限，区分树立品牌与打压对手的界限，区分一般违规投标与通过违法犯罪手段窜同投标的界限等等。其五，对于涉案财产要紧依据法律规定，表明区分界限。一是财产权属要甄别。涉及财产没收问题，属于民刑交叉的法律问题，必须首先厘清民事法律关系。要注意区分夫妻共同财产和债权人的财产等，对被告人在公司中股权，要正确区分比例，要区分是上市公司的股权，还是非上市公司的股权？非上市公司的股权变更不需要在工商机关变更登记，要依据股东会议和财务记载的股权比例为依据，不是以工商登记为依据。二是财产性质要辨明。要区分是违法犯罪所得，还是合法经营获得；三是财产范围要界定，不能扩大没收范围；四是扣押不当要返还。

涉黑案件的辩护，需要刑辩律师的百折不挠，需要刑辩律师的坚持和坚守。扫黑除恶常态化，法治思想必须落实，法律规定要严守，错案纠正终有日，涉黑辩护的希望就在于坚持法治，涉黑辩护之路就在刑辩律师的脚下。



柳波：讯问同步录音录像的法庭命运



柳波

各位老师、各位嘉宾、主持人、同仁们好，我给大家汇报的主题是《讯问同步录音录像的法庭命运》。

我主要从五个部分给大家汇报，第一个部分是应然的法庭命运，第二部分是实然的法庭命运，第三部分是危害，第四部分是原因，第五部分是对策。

我先谈第一部分，如果我们谈应然的法庭命运，必须先从讯问同步录音录像的应然功能谈起，我把它的应然功能总结简化为三句话。第一句话是规范取供行为，抑制非法取供，因为讯问同步录音录像是镜头下的讯问、封闭房间的透气孔。第二个句话是证明取供合法，而且是证明取供合法最中立、最客观的证明材料、证明方式。第三句话是证明案件事实。司法解释也明确规定当讯问笔录和录像不一致时，应该以讯问录像为准。根据其这三大应然功能，我们就推导出其应然的法庭命运：第一出现在法庭，第二播放在法庭，第三定分止争在法庭，对法庭做出排非与否产生重大影响，当然，定分止争也涉及案件事实。

谈完应然，我们来看看一下实然命运。同步讯问录音录像实然的法庭命运如何呢？没有调查没有发言权，我从两大样本说起，第一大样本是2020年我自己做的涉及到排非的六个案子，根据是否排非、阶段、有没有录像、有没有播放、法庭是否启动排非、是否排除非法证据、以及不提供不播放的理由等等，做了个一览表，详见下表。

样本一 2020年办理涉及排非的六个案件

序号	案件名	诉讼阶段	是否启动	法庭有无录像	理由	是否播放	是否排非	对决定的影响
1	王某臣受贿	一审	是	无	不符合条件	未	未	无
2	朱某君受贿	二审	否	无	内部资料，已经归档	未	未	无
3	代某受贿	二审	否	无	一审虽然提供了，但并未播放，律师不能复制	未	未	无
4	李某明受贿	一审	是	有		播放	未	无
5	王某强迫交易	一审	是	有		未	未	无
6	栗某诈骗	一审	是	有		未	未	无实质影响

我简要地做下说明。第1个案子我们提出了排非申请，但是检察员从头到尾就一句套话，“取证主体合法，取证程序合法，不是非法证据”，至始至终没有拿出讯问同步录音录像。第2个案例是某省工商管理局局长的案子，一审时他排非要求非常强烈、非常坚决，十几次的申请，各种方式的申请。但是，检察院拒绝提供录像，理由有二，第一个理由这属于内部材料；第二个理由，已经归档了。其实应该思考下，制作录音录像难道就是为了归档，那归档又是干吗用的？归档就可以不提供了吗。遗憾的是一审没有启动排非程序。第3个案例是某公安局某队队长的案子，我是二审介入辩护，一审时检察院提供了录音录像，而且法庭组织双方庭前观看了，在庭前会议达成协议，说鉴于庭审的情况，所以当庭就不播放了，控辩双方表示同意。而且讯问录音录像作为不排非的证据写入了判决里面，据此驳回了辩方的排非申请。二审法院刚开始说没有录音录像，我们申请调取；后来法院说不能复制只能查阅，我说为什么？承办女法官跟我说因为在一审法庭上没有播放。我说虽然形式上没有播放，但它已经被写入判决了，实质上已经播放了，也被作为了证据使用。这个女法官说你说的不对，我们有法律依据，最高法院的批复规定的是，“侦查机关对被告人的讯问录音录像已经作为证据材料向人民法院移送并已在庭审中播放”，才可以复制，但是一审没播放，所以不能复制。我给她反映：一审时控辩双方达成一致，因已经查看，不需要再当庭播放了，这等于实质上已经进行了播放，而且一审判决还将其做为了定罪依据。另外，批复意在强调作为证据，而非强调播放与否，所以《广东省高级人民法院关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像有关问题的通知》规定，“对于侦查机关的讯问录音录像，如公诉机关已经作为证据材料向人民法院移送。又不属于依法不能公开的材料，在辩护律师提出要求复制的情况下，应当准许。”你猜女法官怎么表现的？我给大家描述一下，“这位女法官听了以后勃然大怒，恶语相向，形同泼妇，说的语言相当不堪入耳，说她是泼妇那是对泼妇的一种侮辱”。到现在别说复制了，我连查阅录音录像都无法实现了，因为这个女法官又说录音录像被监察委取回去了。第4个案例是某地级市

原副市长的案子，当庭播放了录音录像，而且是法庭随机播放的，播放完以后录像明显证明讯问笔录和录像是两码事，笔录记的是张三的事，录相显示的是王五的事，在这种情况下，播完以后法庭会议不到10分钟直接驳回排非申请。第5个案例，也存在这种情形。当庭没有播放，法官说辩护人已经看了，你们直接说意见吧。好，我们做了图形图表，标志出侦查人员什么时间点、什么时间段、有什么行为，其中有一次讯问的时候，深夜讯问人员拿着手机贴在被讯“问人的脸上，这是你找的关系打的电话，你看一看，你只要说第一被告指示你的就给你取保，……”。然后第二天被讯问人按照要求做了有罪供述，马上被取保候审了。但这么重要的事实，法官看也没看，直接驳回排非申请。第6个案例，录音录像播放了，但是只排了一份有罪口供，之后的重复口供一概未排，所以没有起到实质作用。

第二个样本是其他文献的调查数据，基本上和第一样本差不多，只是比例方面略有差别。

由这两个样本我们可以得出结论，讯问同步录音录像实然的法庭命运是：第一不出现在法庭，第二不播放法庭，第三对合议庭的决定没有影响，或者说没有突出的影响、这是第二部分。

我们接着谈谈第三个问题，那就是危害，这种实然命运有什么样的危害呢？我用两种方式来表达，第一种表述：1、纵容了权利，侵犯了权利。2、程序不公正。以致有的家属说“司法已死，赶紧烧纸”。我说这不对，不能用个案否定整个司法制度。他反驳说，柳律师我们家一辈子就打这一个官司，这个案子不公正对我们来说就是100%的不公正，我们那还管的了别的案件。他说的也有道理，我竟无言以对。3、为实体错案埋下隐患。第二种表述方式是：1、播下的是龙种，收下的是跳蚤。2、多少非法证据因其而采信。3、多少错案因汝而成。

第四部分原因，我简要谈谈。1、一千个人心里有一千个哈姆雷特，每个人答案不一样。2、也有人认为，“控辩审是魏蜀吴，结果搞成了桃园三结义；司法三结义，法院是小弟”，咋玩，没法玩。这个说法也有人不同意。3、我个人认为，原因无外乎是观念、制度、技术、



人四个因素，其中观念的因素和个人因素更为重要。

谈完了原因我再谈谈对策。

第一，法治不掉棒，讯问录音录像（制作、保管、移送、播放、采信等）不掉棒。这个对策是受我儿子的启发而成。我儿子有一次跟我说，我们班在全年级中跑步最慢的，但是，每班出30名同学接力跑的时候，我们班反而获得第一。我说怎么办到的？儿子说我们就坚持一个目标——争取不掉棒，别的班都有掉棒的，但我们班一棒没掉，结果赢了。这启发了我，法治不掉棒、讯问录音录像不掉棒，更能行稳致远。

第二，我们要厘清观念，尤其是2017年6月份两高三部出了《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》后，该规定要求严格的是“排除非法证据”。可是，很多人严格了程序、严格了启动程序、严格了排非程序。很显然，搞错对象了。

第三，真正落实强化让审理者裁判，让裁判者负责，强化个体责任，不能总是说组织决定的。就像我刚才举的第3个案例，我后来和承办法官的庭长沟通，他和女法官的观点一样。我心说好吗，（司法部门、人大、学者、专家等）辛辛苦苦40年，你们一句话回到79年（1979年刑诉法）。

第四，仅强化责任也不行，一定要给裁判者在“决定排非的时间上”松绑。因为在司法实践中，启动排非程序以后，法院要很快做出排非与否的决定。客观的讲，要求法庭这么短时间内做出决定也确实有困难，法庭最保险的做法就是“不排非”。所以应该给法庭在时间上松绑，比如可以把时间放宽到三日、五日内更好。

第五，律师要真正到位，用足、用尽法律规定、救济手段，就像杨大民律师刚才讲的律师的原则、尊严、立场那样，当然也要提高法律解释的能力。律师既要有滚石上山不松劲的精神，又要强弱项、补短板，方能不忘初心，方得始终。当然，我们也要知道“你永远叫不醒装睡的人”。

接下来按照刘桂明老师的要求，用关键词总结下十年。这十年来我基本上只做刑事有关的业务，比如刑事辩护、刑民交叉、刑事风险防控，其中刑事辩护我主要办理职务犯罪、金融犯罪、经济犯罪案件的辩护。关于关键词，此时此景我要吟诗一首（宋晓峰风格的打油诗），我要思考一秒钟：“十年执业路漫漫，专于刑辩心不变。专研证据注事实，专入个案业绩现”，关键词已经藏在里面了。即专心、专注、专业。

谢谢大家。✎



曹树昌：认罪认罚从宽在刑事辩护中的运用

谢谢江老师和阮老师以及各位老师能够参加我们这次京都刑辩八杰十周年的研讨会。

我今天讲的按照刘老师的要求归纳关键词我现在好像还归纳不出来，我用两句短语概况一下。（1）认罪认罚从宽制度好；（2）尚需完善、细化。

完善认罪认罚从宽制度是党的十八届四中全会做出的一项重大改革部署。经过两年多的试点，立法机关于2018年10月修改了刑事诉讼法，将这一改革成果入法。明确规定犯罪嫌疑人、被告人自愿、如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以从宽处理。至2019年12月，认罪认罚从宽的适用比例已高达83.1%，今年虽受疫情影响，但1-8月份整体适用率仍达83.5%。可见，认罪认罚从宽制度在我国刑事诉讼体系中已经占有了非常重要的地位，作为刑事辩护律师没有理由不去认真学习、领会并在适用上下些功夫。

本人在这里抛砖引玉，谈一下自己对认罪认罚从宽制度在刑事辩护中运用的初浅体会，希望能够引来更多的有识之士对此进行深入研究，如何才能将认罪认罚从宽制度在刑事辩护中有效运用，最大限度地保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。我认为，在刑事辩护中运用认罪认罚从宽应注意解决如下基本问题：

1、认罪认罚的提出。认罪认罚从宽制度的适用可以使构成犯罪的行为人获得更轻的处罚，但也存在原本就不构成犯罪或者证据不足而不应被认定为“犯罪”的人被有罪认定并予以刑事处罚的风险。因此，什么情况下提出、由谁提出等问题就是作为辩护律师应当考虑的问题。

我认为：（1）应当由犯罪嫌疑人提出并留存凭证备查。因认罪认罚存在的法律风险是由犯罪嫌疑人、被告人承担，因此应当由犯罪嫌疑人或被告人提出（应存留证据——其签字的会见笔录、其亲笔书写的相关材料）。作



曹树昌

为辩护人的责任是要明确、清晰地告诉他该其行为的性质以及将会产生的法律后果。

（2）被告人或嫌疑人不认为或不承认自己的行为构成犯罪的处理。司法实践中，涉案人对自己行为的性质往往会有一些错误的认识而不认罪。这时作为辩护人就应该依据在案证据和相关法律与其进行客观充分、深入浅出的沟通，纠正其错误认识，这是犯罪嫌疑人、被告人利益最大化的需要。如我最近办理的一大型国企董事长、总经理涉嫌非法经营同类营业罪的案件。开始会见时我还没有机会阅卷，更多的是听嫌疑人讲，他给我讲了一个“馒头和面粉”的理论。该国企是生产碳块、碳极的，所使用的原材料是石油焦。他在自己任职的公司以外又私下投资经营了两个公司，从事石油焦贸易。他认为，碳块、碳极和石油焦是馒头和面粉的关系，被告人认为自己的行为不构成非法经营同类营业罪。在没有阅卷之前我认为其辩解有一定道理。但阅卷以后发现，该大型国企的主营业务是碳块、碳极，但在其生产经营过程中，该公司进行了大量的石油



焦贸易，其投资经营的另外两个从事石油焦贸易的公司也从该国企购买了大量的石油焦（因该大型国企从中石化、中石油等单位购买石油焦具有很大的价格优势）。据此，我们依据法律与其探讨了卷中的相关证据，其后来放弃了“馒头与面粉”的说法，同意了律师的意见。

（3）特殊情况的处理。司法实践中会出现各种比较特殊的情况，作为辩护律师应当进行较为灵活的处理，根本目的是实现犯罪嫌疑人、被告人利益最大化。我在大连地区曾办理了一起毒品案件。当时认罪认罚从宽制度刚刚试点。案件办理过程中，我同检察机关的沟通非常充分，最终说服了检察官将原本可能按照贩卖毒品起诉的案件做非法持有毒品起诉。为了实现被告人利益最大化的目标，我征求了被告人的意见后同检察官探讨认罪认罚从宽的问题。检察官透露了一个情况，该检察院同法院的关系不是很好，法院经常挑剔检察院的毛病（这是非常正常的情况，能够起到相互制约的作用），因此检察院的量刑建议往往会高一点，建议我到审判阶段认罪认罚。从案件最终的判决结果看，这样做是对的。犯罪嫌疑人、被告人利益最大化是辩护律师始终要考虑到重要问题。

2、提出认罪认罚的时间点。根据两高三部《关于认罪认罚从宽制度的指导意见》9。“在刑罚评价上，……早认罪优于晚认罪”、33四款：“犯罪嫌疑人在侦查阶段认罪认罚的，主刑从宽的幅度可以在前款基础上适当放宽；被告人在审判阶段认罪认罚的，在前款基础上可以适当缩减。”、50。“第二审人民法院应当根据其认罪认罚的价值、作用决定是否从宽，并依法作出裁判。确定从宽幅度时应当与第一审程序认罪认罚有所区别”的规定，越早提出认罪认罚可能得到更加从宽的处罚，因此，理论上应该尽早提出。以前我所代理的案件移送审查起诉、拿到卷宗前我与犯罪嫌疑人或被告人对案件细节的探讨不多，因为他们所讲的往往和案卷材料有较大差距。当时主要是向他们讲解法律、分析犯罪构成、交代被讯问时应当注意的问题等。认罪认罚从宽制度实施后，这一做法应当改变。即使在侦查阶段尚没有看到卷宗前，也应当同犯罪嫌疑人较为详细地探讨案件细节。通过案件细节的了解，如果可以基本确定其行为构成犯罪，就应该与其探讨认罪的问题。

3、签署认罪认罚具结书后的辩护。我个人认为，律师

在具结书上的签字是对犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚“自愿性、合法性”进行见证而非完全同意具结书的内容。根据辩护律师独立行使辩护权、刑事案件应达到“事实清楚、证据确实充分”的相关法律规定，辩护人仍然可以依据事实和法律，提出被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见。

签署了认罪认罚具结书后律师还能否进行无罪、罪轻辩护是一个有争议的问题，在司法实践中有些法庭遇到这种情况时会马上打断辩护人的发言，讯问被告人是否还认罪认罚……给被告人施加压力。有争议的问题让我们交给专家、学者们去研究，由立法机关、司法机关作出立法或司法解释。我想说的是在目前情况下作为刑事辩护律师应当如何处理。我认为委托人的合法权益得到充分保障，实现利益最大化是辩护人时刻牢记的，因此在目前签署了“认罪认罚具结书”后还能否进行无罪、罪轻辩护存在争议的情况下可以：

（1）如果开庭前能与法庭进行充分沟通，辩护思路能够被审判长理解可以进行无罪或罪轻辩护，以此帮助法庭全面了解案件相关证据问题及法律问题，最大限度地保障被告人的合法权益。

（2）将无罪辩护意见转化成罪轻意见。签署了“认罪认罚具结书”后，特别是检监察机关出具的是“幅度刑”量刑建议的时候，罪轻辩护应该是没有争议的。我们把原本无罪的辩护意见转化成罪轻辩护意见是一个选择。比如我前面提到的那个国企董事长、总经理涉嫌非法经营同类营业罪的案子，虽然“馒头和面粉”的理论不能成立，但是我国刑法第165条保护的“法益”是国有公司、企业的财产权益，而该案所涉及的两个贸易公司的经营却没有给该国企造成任何财产损失（从社会危害性角度看，该行为不应被认定为犯罪）。将这一事实以罪轻辩护的角度提出，有可能会实现我们的辩护目的。

总而言之，最后一句话我想说一下，我认为认罪认罚从宽制度是一个非常好的制度，希望我们的刑事辩护律师，希望我们的专家学者也呼吁我们的立法机关能够进一步完善相关的具体细节，使这一好的制度能够得到切实的落实，谢谢。

梁雅丽：刑事辩护中民营企业家的权益保护



梁雅丽

尊敬的江老师、田老师、阮老师、车老师及各位同仁、朋友们：下午好！

我是京都刑辩中心主任梁雅丽，也是京都律师事务所的高级合伙人，很荣幸在这里与大家分享我这十年来就民营企业家涉刑案件办理的心得和思考。

十年梗概：

回想这十年，只做了一件事，用三个成语，就可以概括：

【一心一意】致力于民营经济和民营企业家的法律保护和刑民、刑行交叉法律服务的探索实践，为多家民营企业及上市公司提供专项法律服务。

【一得之见】来自于自己多年从事刑事辩护实务积累的经验总结和自己关于刑法理论实践的研究思考，主编出版了：《贪污贿赂罪无罪判例规则与辩护攻略》、《扰乱市场秩序罪无罪判例规则与辩护攻略》、《故意伤害罪无罪判例规则与辩护攻略》系列丛书。长年支持参与“法律大讲堂”栏目，传递法律声音，传播法治理念，为刑事辩护业务的传承尽己所能。

【一如既往】投入于京都刑辩研究中心的平台打造和律师社会责任的使命担当，将刑辩研究中心打造成中国刑辩律师业务交流职业技能培训的大型综合平台，通过线上线下法治论坛、研讨会、法律讲座等方式帮助中国更多年轻刑事法律人成长。

下面进入今天的主题分享：刑事辩护中民营企业家的权益保护。

前言：民营企业家的涉刑背景与保护政策的实行困境

民营经济蓬勃发展，已成为我国经济发展极为重要的力量，甚至近年民营经济在税收、国内生产总值、技术创新成果、劳动就业等方面的贡献比重均已占到国内总体的50%以上。但是，民营企业在其创建、发展以及进行商事活动的过程中又往往缺乏合规意识，而随着我国法治建设的推进和完善，民营企业在规范层面的缺陷就与不断细化的监管体系产生冲突，导致企业发展无法适应趋严的规范体系。民营企业家作为企业负责人，又同时往往是法律意识不足的自然人的，则更容易在企业经营过程中遭受法律风险，尤其是受到刑事追诉的风险。

2016年，国务院就发布了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》，其中明确指出，对于企业家涉案，应慎用强制手段，维护企业和企业家的合法权益，厘清企业财产和企业家个人财产的界限，要求保护企业家的合法权益。而近几年中央频频发声保护民营企业，两高也不断出台司法领域的政策意见维护民营企业和企业家合法权益，但话题热度与实际效果却不成正比——从我个人的刑事辩护经历来看，这些极为有力的政策支持，在实务中的力量是减弱的。



在我承办的案件中，民营企业家涉刑的案件占较大比例，所以此类案件中如何实现有效辩护的同时做到维护民营企业家的利益，也是我不断在反思的问题。下面，我仅就本人在企业家涉刑案件的辩护中学习和思考的一点经验分享给大家。

一、民营企业家涉及刑事案件的辩护要用二维思考

民营企业通常具有人合性，企业家个人的命运往往决定了整个企业的发展，而企业经营行为的违法性又直接映射为企业负责人的法律责任。这种互相影响、“人企合一”的状态意味着，民营企业家涉刑案件确实具有复杂性，因为对民营企业家涉刑案件的辩护必须更为全面地考虑法律效果与社会效果的二维关系，而不能再只是追求单一的辩护目标。

我认为，首先要关注企业家人身自由与实现公正的诉求，更进一步要处理的就是违法犯罪的惩治与民营经济的保护。

1.人身自由的诉求与实现公正的诉求

今年7月，中央政法委印发的《关于依法保障和服务疫情防控常态化条件下经济社会发展的指导意见》指出“要运用好执法司法政策，以稳市场主体推动做好‘六稳’‘六保’工作……依法减少羁押性强制措施适用，减少社会对抗，促进社会和谐稳定”。最高检亦多次强调，“六稳”“六保”最重要的是稳就业、保就业，关键在于保企业，要努力落实让企业“活下来”、“留得住”、“经营得好”的目标，依法维护民营企业家的合法权益。

在民营企业家涉及的刑事案件中，人身自由的诉求往往比实现公正的诉求更具有紧迫性。这是民营企业家的社会角色的特殊性决定的。民营企业家一旦涉及刑事案件，被采取羁押措施，直接面临企业生产经营能否继续进行，随之而来就是职工的就业生存、国家税收缴纳、银行贷款的偿还等诸多问题。企业家获得自由的紧迫性远高于其他刑事案件。

以本人办理的一起矿难事故中民营矿企涉嫌重大责任

事故罪案件为例，我们的当事人包括矿难直接责任单位的母公司的董事长和总经理。在这起案件中我们申请了取保候审，以及在与检察院沟通阶段和法庭庭前阶段都积极争取了下调刑期，争取缓刑和免于刑事处罚，结合当前保护民营企业的政策指引，最后成功地实现了一免一缓的结果。虽然我们从法律定性上分析，认为应当做无罪辩护，但为了保证前期协商的量刑建议稳步实现，最终通过认罪认罚的方式保留了当事人的人身自由，从而为该企业的高管化解经营危机提供了助力。

2.违法犯罪的惩治与民营经济的保护

目前中央及两高针对民营企业涉刑案件出台的政策和意见中，不断强调的“保护”、“维护”并非越过法律红线为民营企业家创设特权，而是在考虑民营企业的存亡而采取相对温和谨慎的态度，以恢复法秩序为司法活动目标的同时，充分考虑以教育为主惩罚为辅的刑事政策。但是，对于民营企业家涉刑案件，不仅可能涉及大量的职工生存问题，也可能涉及大量被害人赔付问题，因此，不仅要恢复法秩序，更要恢复社会的稳定秩序，也就是法律效果与社会效果需要兼顾。

仍然是这起矿难事故的案例，我们从中总结出：矿难案件等经营中的过失犯罪的司法处理，解决的不是人的主观恶性问题，而是警示和善后的问题。通过警示作用，可以使被告人和全社会提高警惕，避免悲剧再次发生；通过善后作用，可以有效化解社会矛盾，避免出现不良反应。本案在这两个方面都非常具有典型性。

一方面，各被告人通过血的教训，对安全生产有了深刻的反省和认识，当庭表达了深深的忏悔，并愿意今后现身说法，防微杜渐；涉案企业通过债务重组，警钟长鸣，对安全生产和管理的投入提高到了前所未有的水平，不但投入重金妥善处理了停业整顿期间可能发生的次生灾害隐患，还对停工停产期间的人员安置及相关保障工作进行了一揽子安排，没有一名工人因此停发或者降低工资。

另一方面，本案的善后作用非常突出，涉案企业本来不是本案的民事赔偿主体，不应承担民事赔偿责任，但其从大局出发，为了维护社会稳定，主动代为支付各类赔偿款和伤者后续治疗费4000余万元，所有的伤者和死者家属

都获得了超额赔偿，并请求法院从轻判处各被告人。企业还将投入1000万元设立“专项救助单一资金信托”，期限20年，为遇难者和伤残人员家属提供工作、生活、子女学习等多方面的资金支持（由上市公司发起设立专项信托计划，用于事故罹难和伤者家庭后续救助的模式，在国内尚属首例。该信托收益将直接打入工会账户，专款专用，从而确保信托收益的安全及合理利用，使得受难者及家属真正能够做到幼有所养、老有所依）。

对于类似案件，我们还向司法机关内提出建议，考虑采取轻刑责、重赔付的思路，在加强安全警示作用和化解社会冲突的前提下，鼓励企业以更加合规高效的生产活动回报社会。这样做，既可以起到保护民营企业的作用，顺应民意，又可体现出合理适用认罪认罚政策的积极效果，涵盖保护民企和合理有效适用认罪认罚的双重意义，最终达到“将天理国法人情融为一体”和“政治效果、社会效果、法律效果的有机统一”。

二、民营企业家涉及刑事案件辩护的相对特殊性

与其他刑事案件相比，民营企业家涉刑往往是由其经营行为不规范衍生的。因此，民营企业家涉刑案件的辩护焦点也往往与其经营行为高度相关，这就决定了经营行为中所涉的各个部门法、各个行业专业知识也成为辩护必须予以回应并正面突破的关键点。

这具体体现在两个方面：其一是案发通常有基础法律关系，如刑民交叉、刑行交叉的案件；其二是辩护的突破口通常要结合该行业的专业知识，如矿难事故中的安全问题、合同诈骗中的民事关系厘清等。

1. 案发通常有基础法律关系

仔细梳理这些年办理的民营企业家涉及的刑事案件，要么是民商事纠纷引发、要么是行政违规所致。如：基于股东之间权益纠纷（职务侵占罪、诈骗罪），要么是企业经营过程中的经济纠纷（合同诈骗、骗取贷款等），要么是企业内控合规不到位所致（利用未公开信息交易、内幕交易、欺诈发行股票、违规披露不披露重要信息、操纵

股票价格、操纵证券市场、背信损害上市公司利益、职务侵占、挪用资金、重大责任事故、非法开采、非法使用爆炸物品、生产销售伪劣产品、生产销售有毒有害食品、逃税、走私罪、虚开增值税专用发票、虚开发票等），还有拆借资金、提供担保引起的（非法吸收公众存款罪、以及最近比较常见的套路贷），资金回笼讨债过程不当（敲诈勒索罪、非法拘禁罪、非法处置查封扣押冻结的财产罪等）、产品销售模式设计不当（传销案件、金融机构金融产品“股票质押式回购交易引发的刑事风险-违法发放贷款），项目开发过程中未履行审批手续引发的刑事责任（非法占用农用地、非法经营）……

总之，从民营企业家行为的法律定性来看，常常不完全依赖于刑法的现行规定，其定性的依据来源广泛，可能来源于民商法的基本原理，也可能来源于各管理机构出具的认定文件、不同部门的规范性文件甚至公司内部规章等，通常伴随刑民交叉、刑行交叉。

2. 通常具有极强的专业性

每个案件，针对不同领域，需要掌握相应的专业知识。

案例一：新疆一案件，这个案件中之所以指控民企法定代表人涉嫌合同诈骗，是资产评估前两份设备购买合同金额的修改。那到底是否构成股权转让合同诈骗？那就要看：第一，民营企业与国资公司签订的股权转让协议其实质的法律关系是什么？是股权转让？还是项目收购？是不是名为股权转让而实质上属于项目收购？第二，若以净资产计算股权转让款，那么双方就净资产有没有议价的过程？第三，之前设备购买合同约定的价格是不是含税价格，由于净资产评估、需要而进行的合同价格调整，能否成立虚构事实？

经过仔细梳理证据，辩护人发现：在案证据显示国资公司与民企进行股权收购的尽调和定价过程，国资公司对民企进行了长达两年多的尽调，包括资产评估、专项审计及尽职调查，国资公司是处于绝对强势且谨慎的地位。双方反复约定：固定资产及无形资产的移交按评估报告所列数量、单价及评估值，扣除基准日至交易日的折旧及摊销额后，按实有数额计算。对评估报告未列入的固定资产按购进发票，核对实物扣除折旧后计入。也就是说，所谓修



改合同及调高价款是经双方协商一致达成默契的，是涵盖在对共同意志范畴之内的。显然，两份设备合同金额的修改，并未超出双方关于资产议价的范围，不能因此入罪。

案例二：南京的一起因手机二级批发引发的合同诈骗案件中，为了缩短物流环节、节省时间、第一时间进入市场抢占商机，擅自变更提货方式是否构成诈骗？这个案件的焦点在于：委托书的瑕疵是否构成诈骗罪里的“虚构事实隐瞒真相”，3360万元手机被自提，被害人是否基于错误认识对财产的处分？能否成立诈骗罪？

本案中，提货需要通过批发商指定的B2B平台下单，并明确提货方式，B2B平台的密码是提货下单的关键，而委托书仅仅是下单之后供货方为了完善手续而追加的一个附件。也就是说，有没有委托书、委托书是否真实都不影响下单提货。案件中，登录指定B2B平台的密码是批发商提供，且委托书的母版也是批发商提供。也就是说，对于批发商而言，授权被告人直接登录平台下单提货是认可的，况且双方有多达10余次的自提手机的交易。而被指控的仅仅是其中一次自提。显然，委托书是否存在瑕疵均不能认定是诈骗罪里的“虚构事实隐瞒真相”。

被告人作为二级批发商，仅仅是委托被害人采购手机的角色，被害人3360万元手机款的支付，是基于被害人与手机批发商的采购合同，而并非基于提货方式改变使其陷入错误认识的处分。在这批3360万元手机委托采购之前，被告人与被害人双方已经多次起合作，且提货方式也多为自提。在出现该批手机跑单之后，被告人就3360万元的支付签订还款计划、提供相应担保，除了积极从其他市场调货并补货到被害人指定仓库，还满足被害人的要求积极撮合其与手机供应商的直接合作，为被害带来的远不止3360万元的巨额利益。显然，被告人从未有非法占有的主观故意。

另外，就涉案的合同，被害人与手机批发商已经通过民事诉讼，且已有生效判决书定分止争。

显然，本属一起典型的合同履行纠纷，就不应该纳入刑事法律评价，更不该苛以无期的重刑。

这个案件的办理，作为辩护律师我们必须对手机批发的流程，尤其是手机市二级批发的流程操作模式必须了如指掌。

案例三：私设外汇按金交易平台案诈骗罪和非法经营

罪的辨析

ACN是一个外汇按金交易平台，但未经国家相关机构批准，王某某等人招募了相关工作人员和代理商，通过收取客户手续费和通过客户亏损营利，涉案金额近2亿元。具体而言，这是近年来新兴的一种网络投资类违法行为，被告人大多以私设的外汇、期货等平台，或依托大宗商品交易所，在网上寻找客户，通过与客户“对赌”的方式将客户“炒外汇”“炒期货”的亏损转化为自己的收入。关于此类行为在定性上存在较大争议，对类似行为可能涉嫌诈骗罪、非法经营罪甚至赌博罪，在司法实践中也有过类似的判例。

在本案中，公诉机关从代理商在寻找目标客户的手段具有欺骗性，虚假宣传ACN为合法外汇交易平台，隐瞒AB两个资金通道的事实，诱导客户频繁交易套取高额手续费、引导客户止盈不止损甚至直接操作客户账户致其亏损从而获利等方面，指控被告人王某某等人构成诈骗罪。（起诉书指控，以非法占有被害人资金为目的，搭建、运营非法外汇交易平台，非法获利近6千万元，共骗取客户资金近2亿元）。在此认定下，若诈骗罪成立，则被告人王某某可能被判处无期徒刑。

我在一审阶段接受被告人王某某的委托后，组建了具备相关专业能力的辩护团队。通过庭前多次会见被告人，阅卷、研究相关外国法、咨询有关金融专家，结合我国现行规定、指导性案例及大量类案，得出不构成诈骗罪，而属于非法经营案件的结论。最终从定性入手，采取了轻罪辩护的策略，辩护获得成功。在辩护过程中，抓住本案的核心事实，也就是ACN公司拥有新西兰合法外汇监管牌照，且客户在平台进行的交易是真实的。

具体地说，ACN公司拥有新西兰的FSP外汇监管牌照，平台购买使用的是正版MT4交易软件，联系国际流通商AM公司有偿提供了实时、真实的外汇行情数据（K线图），从平台交易模式上看，其本质上是以美元为基础可买涨买跌的无实物交割的标准化合约交易，也就是一种变相的期货交易，而非虚假交易。本案的关键之一在于设置了AB通道，是否属于诈骗罪构成要件中的隐瞒行为，但经过专业的分析论证：A通道是通过特殊联动机制“炒外汇”，在国际市场上对赌外汇的涨与跌，客户资金进入了国际外汇市

场；B通道则是客户与代理商对赌外汇的涨与跌，基于ACN公司将客户亏损返给代理商，究其本质，仍然是起到交易平台的作用，赚取的都是作为外汇经纪商的手续费。也就是说，设置AB通道对ACN公司的行为定性并不产生影响，对客户实现交易目的而言并非隐瞒，况且客户的出入金是自由的。

通过以上重要事实的证明和定性，我们提出了平台交易真实、不构成隐瞒真相、被告人未实施或授意诈骗行为、无非法占有目的、被害人基于自愿投资对赌而非认识错误处分财产等辩护意见，主张本案不构成诈骗罪。在此基础上，更是进一步通过分析使用MT4软件的数十个类似案例，包括指导性案例及各级法院的生效案例，涉案行为更接近非法经营。

最终，本案判决几乎全部采纳了辩护团队的核心辩护意见，客户可以根据国际实时外汇价格走势买涨买跌，可以自己操作或者委托业务员操作，投资期间有亏有盈，可以自由选择继续投资还是退出投资，且资金通道不同，并不影响客户盈亏，各被告人并未直接非法占有客户投资款，现有证据不足以证实客户交易为虚假交易。一审法院判处王某某构成非法经营罪，如果按照起诉指控的诈骗罪，就本案的涉案数额，属于数额特别巨大，将面临无期徒刑的量刑，相比刑期大大缩减，辩护效果显著。

案例四：银川一票据的案件，票据诈骗还是违规出具票证？是开具没有资金保障的票据构成票据诈骗罪，还是仅是违规出具？对于涉案的票据，到底谁应该承担违规出具的责任？

全案近千本的侦查证据材料中，最核心的就是《审计报告》，作为指控集团公司巨额亏损，资不抵债，无兑付能力的主要证据，对于审计报告的审查无非成为整个案件证据审查的重点。对这样的专业的报告，我们除了从鉴定意见审查的形式审查之外，比如：鉴定人及机构的资质问题、鉴定人员是否签字、存在应当回避而未回避的法定情形、是否超出委托鉴定范围，关键是实质审查，比如：检材的来源是否合法、鉴定方法是否符合规范、鉴定程序是否合法，尤其是合并企业报表的时候，被合并报表的企业是否超出范围、是否超出资产范围。防止鉴定为了构建“资不抵债、连年亏损、无兑付能力”，出现数据造假，

尤其是恶意篡改企业的基础财务数据，这就需要对合并财务报表做出专业审查。

第一，合并财务报表中的资产负债表数据是否平衡，即企业总资产与企业总负债加所有者权益之和是否相等。第二，合并财务报表中的资产负债表中的企业期末利润额与六年的利润表中的利润数额是否相符。第三，是否存在暴力核减公司资产的情况。第四，鉴定机构对于宝塔有限公司合并报表的企业范围是否符合《企业会计准则第33号——合并财务报表》的通知（财会[2014]10号）及《企业集团财务公司管理办法》中关于成员单位的规定。

案例五：内蒙的两起——矿山重大责任事故案件

矿山企业涉及最多的罪名无外乎“重大责任事故、非法采矿”，企业安全制度是否健全、安全管理机构是否完善、是否履行了安全监管责任，都成为企业高管是否承担刑事责任的关键所在。重大责任事故的认定是否有基础？在事故中如何归责？信赖原则如何在这类案件的辩护中使用，都需要律师不仅要掌握必要的刑事辩护的技巧，更重要的是矿山安全监管的专业知识和实践经验的熟练应用。

案例六：广东、宁夏的两起非法占用农用地这个罪名，无论是矿山企业还是项目开发过程中，都容易涉及。其主要的焦点在于，是否符合土地规划、在符合土地总体利用规划的前提下，是否办理了农用地、林地、草地转建设用地或工业用地的审批手续。那么自然保护区的规划和调整、涉案土地的地类性质，是林地还是水域用地？内陆滩涂的地类性质是什么？是农用地还是未利用地？这都影响非法占用农用地罪的成立。

还有很多案例，这里就不一一列举……

以上诸多案例都体现了，在民营企业涉刑案件中往往基于其商事行为或经营行为，所涉法律关系较为复杂，所在行业的专业知识也往往是辩护人欠缺的，而这些基础法律关系和行业知识又成为此类案件实现有效辩护的关键突破口，这就要求刑辩律师更加注意辩护团队搭建的专业人员配备。比如：矿难案件中团队就需要吸收矿业专家和安全专家，金融诈骗类案件中分析人员和审计人员。值得注意的是，涉刑企业家本人就是针对涉案企业的“专业人员”，因此，在对此类案件进行辩护工作时也必须重视与当事人的沟通。



三、为民营企业辩护的阶段性和策略选择

在刑事诉讼的不同阶段，辩护的目标有所不同，辩护的侧重点也会相应改变。

侦查阶段：以尽快争取人身自由为目标，在从刑拘开始的37天黄金救援期内，律师可以向侦查阶段申请取保候审；在检察院批捕的阶段出具律师意见并组织证据。批捕之后，仍可以向检察院申请羁押必要性审查，这个阶段所有的努力和重点都在于尽快取保候审。

审查起诉阶段：阅卷之后积极与承办检察官沟通意见，围绕不起诉，展开一系列的工作。

法院审理阶段：围绕庭审，做充分准备。

但是无论在哪个阶段，都不能忽视，正确引导，解决最根本的最基本的矛盾，比如：如果是民商事纠纷引发的案件，如何积极化解民商事纠纷、根本化解矛盾，为案件最终的处理争取转机。在一起因合同履行引发的刑事案件的辩护中，作为辩护律师我们主动与被害人就合同履行给其造成的损失达成解决方案，被害人向侦查部门出具了请求撤销案件的申请材料，民事纠纷的彻底解决，我们整理组织证据，向检察院出具了不予批捕律师意见，检察院做出不予批捕的决定，使得这个案件案件在37天黄金救援期内为民营企业家争得了认识自由。又如：在重大责任事故案件中，积极促成伤亡人员的赔偿事宜，取得家属的谅解，这也是为日后争取从轻量刑做充分准备。再如：在非法占用农用地的案件中，正确引导当事人请拆复绿，为争取不起诉或免于刑事处罚，创造条件。

四、为民营企业辩护的善后事宜

1. 有申诉诉求的情形

往往这类案件，不是随着委托阶段的结束，就当然结束。比如，很多为了争取早日获得自由，这类案件在程序中，有可能选择了轻罪轻刑罚的选择。但是，一旦程序结束后，民营企业家基于追求法律正义的需求，往往会有申

诉的诉求。但是，这个阶段的申诉处理，需要一定的策略。尤其是对适用缓刑的案件，申诉是否真的有利？任何处理都不能恶化案件的处理结果，也就是不能因为申诉，增加当事人被羁押的风险。

2. 解决经济纠纷的诉求

大量民营企业家涉刑案件实为刑事手段介入经济纠纷，或者由经济纠纷演变为刑事犯罪，但即使对企业家定罪处罚了，企业仍然深陷经济纠纷之中。此时，我们除了提供刑事辩护外，也通常会接手后续的民事诉讼或纠纷谈判，继续为企业提供法律服务。通过刑事案件的介入和后续纠纷的跟进，我们往往已经对这个企业或者企业的某种运营模式潜在的法律风险有详尽的认识了。这样，从具体案件，到后续纠纷，再到企业法律风险预防，也就成为民营企业家诉求的延伸。

结语：维护民营企业家合法权益是律师积极推动法治建设的使命所在

从实务中探究民营企业家产生刑事法律风险的原因，不仅仅是民营企业家法律意识不足的缺陷，也不仅是逐渐严格的监管体系，实则还有：国企、机关作为民企交易对方时违法违规决定，导致民企为实现原交易的预期利益随之违法违规，承担更为严厉的法律后果；或者监管部门违反诚实信用原则和比例原则等行政基本原则，无视民企发展的历史背景和现实条件，不同监管部门职权冲突，导致民企义务冲突并无奈两害相权取其轻时，却被定性为主动违法甚至犯罪。

今年10月30日，张军检察长在第二届民营经济法治建设峰会上强调，“全面依法治国，民营企业不是‘唐僧肉’，也不是‘软柿子’”。民营企业是民营经济的主体，通过辩护、合规等提供法律服务的方式维护民营企业家的合法权益，是对利益驱动下广泛制裁民营企业，这种不良的司法执法现象的纠偏方式之一，是律师作为推动法治建设积极力量的使命所在。

正确认识民法典的地位 保证民法典的正确实施

■ 肖树伟 / 文

肖树伟律师简介

京都律师事务所高级合伙人。1987年毕业于中国政法大学，1989年开始从事律师工作。中国法学会会员，中国贸促会/中国国际商会调解中心商事调解员，最高人民检察院民事行政检察咨询专家，中国政法大学法学院兼职



教授，中央民族大学法学院客座教授，中华全国律师协会企业合规法律服务专项工作组副组长，第十届北京市律师协会惩戒委员会主任，海南国际仲裁院仲裁员。主要法律服务领域为企业合规及风险防范、民商事纠纷解决、刑事辩护。肖树伟律师因其优质的服务多次被为北京市律师行业优秀律师党员，2011年被中国司法部评为律师行业创先争优活动党员律师标兵，2011年荣获“2009-2011年度北京市优秀律师”称号，2018年荣获“2015-2018年度北京市优秀律师”称号。

2020年5月28日第十三届全国人民代表大会第三次会议审议通过了《中华人民共和国民法典》，这是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，是新时代我国社会主义法治建设的重大成果。民法典是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律，在中国特色社会主义法律体系中具有重要的地位，对推进全面依法治国，加快建设社会主义法治国家，对发展社会主义市场经济、巩固社会主义基本经济制度，对坚持以人民为中心的发展思想、依法维护人

民权益、推动我国人权事业发展，对推进国家治理体系和治理能力现代化都具有重大意义。只有对民法典的地位及重要意义有正确充分的认识，思想上有高度的重视，才能在保证民法典的正确实施。

从当前的实践看，我们国家对于民法典的出台是非常重视的。上到中央下到地方都在关注民法典。习近平总书记在中央政治局第二十次集体学习时专门做了《充分认识颁布实施民法典重大意义依法更好保障人民合法权益》的讲话，北京市出台《关于加强〈中华人民共和国民法典〉学习宣传的实施意见》，我们律师行业的行政主管部门和行业协会也号召要求律师认真学习民法典，全国各地各行业的民法典的培训如雨后春笋般到处涌现。学习民法典确实非常重要，而实施执行民法典更重要。法律的生命力在于实施。法律在制定出来实施前，只是一种书本上的法律，处于应然状态；法律的实施，就是使法律从书本上的法律变成行动中的法律。对此中外大家都有精彩的脍炙人口的论述，400多年前，明代张居正曾说过这样一句名言：“天下之事，不难于立法，而难于法之必行。”庞德说“法律的生命在于它的实行”；霍姆斯说：“法律的生命不在逻辑，而在经验”。党的十八届四中全会《决定》指出，法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施。全面推进依法治国，重点就在于保证法律严格实施，做到严格执法。习近平总书记指出：“如果有了法律而不实施、束之高阁，或者实施不力、做表面文章，那制定再多法律也无济于事。”

既然民法典的实施非常重要，那么如何才能做到民法典的正确实施呢，笔者提出以下陋见：民法典的实施要以民法典的重要地位为中心和出发点，无论是在立法方面、行政方面还是在司法方面，要时刻牢记这一点。

首先在立法方面，要确立民法典的民事法律根本法的地位。我非常赞同江平老师的观点，他在谈到民法典的地



位时曾说到,民法典是民商事法律的根本法,是调整民商事法律关系的“宪法”,甚至在某种意义上讲与宪法是并行的(大概意思是宪法是规定国家根本政治制度、公民基本权利和义务等政治上的根本大法,民法典是规定平等主体的民商事权利和义务的民商事的根本大法)。其他的民商事立法,都要遵循民法典确定的基本原则,以民法典为基础。

正像习近平总书记指出的那样,民法典的颁布实施,并不意味着一劳永逸的解决了民事法治建设的所有问题,仍然有许多问题需要在实践中检验、探索,还需要不断配套、补充和细化。上述所有的配套、补充和细化都要遵行民法典至上的原则,注意保持和民法典的一致。同时立法机关对同民法典规定和原则不一致甚至是矛盾的现行有关法律要进行相应的修改和废止,以达到同民法典保持一致的目的。通过以上立法活动,建立其一套以民法典为中心辅之以其他民商事法律的完整统一的民商法律体系。

同时建议中央立法机关设立民商事法规规章备案审查制度,对中央各部门及地方立法部门出台的法规规章进行备案审查,积极开展主动审查,加强各有关机构和部门沟通协调,建立备案审查联动机制,形成工作合力,增强备案审查实效。对于在备案审查中发现的同民法典规定和原则不一致甚至是矛盾的法规规章采取监督措施,督促有关部门和政府加以改正,以保持民法典的统一性,维护民法典的权威。

其次在行政方面,保证法律严格实施。行政机关要带头守法、严格执法。我国大约80%的法律、90%的地方性法规和几乎所有的行政法规都是由行政机关执行的。而这当中和民法典有关,涉及民事主体利益的法律和地方性法规又占有相当大的比例。行政执法具有宽领域、单向性、强制性、裁量性等特点,其效果如何直接关系到民法典的立法目的能否实现,关系到民事主体各方的合法利益能否得到切实保障。行政机关在行政决策、行政管理及行政监督方面要把民法典作为重要的标尺来衡量各种行政行为是否符合民法典的要求。行政部门在进行行政许可、行政处罚、行政强制、行政征收、行政收费、行政检查、行政裁决、行政收费、行政检查、行政裁决时不得违背民法典的规定减损甚至侵害民事主体的合法权益或增加其义务。例如在涉及国计民生的行政征收民事主体的房屋以及其他不动产时,应当严格遵守民法典的规定,依法给予征收补偿,维护被征收人的合法权益,征收个人住宅的,还应当保障被征收人的居住条件。行政部门

在制定和完善不动产登记条例时应遵照民法典的规定,应保障权利人、利害关系人申请查询、复制不动产登记资料的权利以及权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的,申请更正登记的权利。交通运输管理部门在制定完善公共交通运输条例时要遵循民法典中确定的公共运输企业不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。公安部门在发生从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的情形时,不得拒绝有关当事人提出的依法及时调查,查清责任人的要求。

最后在司法方面,人民法院的审判司法活动是维护民法典权威的有效手段也是最后的关口。人民法院既是民法典实施的执行者,也是民法典实施的保障者和维护者。英国思想家培根曾说过:“一次不公正的审判,其恶果甚至超过十次犯罪。”由此可见人民法院的审判在民法典实施中的重要性。个人认为人民法院应在以下两个方面在民法典的实施方面发挥重要作用。

一是在案件的审理过程中,严格依照民法典的规定,依据事实和法定程序,对民商事纠纷案件做出符合民法典规定的判决或裁定,从而保证民法典的贯彻和落实。同时在行政诉讼审判中对于政府的不作为和乱作为而引起的对人民群众的权益的损害案件依法审理,使人民群众在民法典确定的人身权益和财产权益得到充分的保护,在民法典中享有的知情权的充分的行使,纠正政府违反民法典的错误行为,从而达到维护民法典权威保护当事人合法权益的目的。

在目前的司法实践中,审判人员有一定的自由裁量权,这对于发挥审判人员的审判工作的主动性和积极性是有益处的,应当予以肯定。同时也应注意到,自由裁量权的行使是有条件的,即必须与法律的基本原则和精神保持一致。自由裁量权必须在法律之下。具体到民商事案件的审理,审判人员必须在民法典的原则之下,运用自由裁量权,妥善处理民事主体之间的纠纷。

二是通过制定及完善相关的民商事司法解释,使之同民法典的规定和精神相一致,统一民法典的适用标准。人民法院为正确审理民商事案件,切实维护民事主体的合法权利,经常会依据法律规定结合审判实践出台一些民商事司法解释。当然人民法院在出台司法解释时要注意避免出现以司法解释取代民法典有关规定甚至和民法典有关规定矛盾的现象。例如关于民事行为的无效问题,法院在出台有关的司法



解释时应严格遵循民法典的规定，以不违反法律、行政法规的强制性规定来认定民事行为的效力。民法典在这里规定的十分明确，必须是违反法律、行政法规这个层级才可以认定民事行为的无效。我个人理解部门规章不属于这个范畴，换言之，人民法院不宜以规章来认定民事行为的效力。否则的话就违反了民法典关于认定民事行为效力的基本原则。

我们注意到，在现实的司法实践中，司法解释是审判员审理案件的重要依据。但是我们应清醒的认识到，司法解释毕竟是依据法律出台的，应该在法律之下，不能本末倒置。在现实中也存在着个别审判人员重司法解释轻法律的现象，

对于一些特殊的法律问题，不是先从法律的基本原则去考虑，而是先去找相关的司法解释，重视学习司法解释，对法律学习不够重视。这种现象应引起人民法院的重视。

建议国家立法机关对人民法院出台的民商事司法解释适用备案审查制度。人民法院在出台民商事司法解释前应充分听取立法部门的意见，在司法解释出台时及时向立法部门办理司法解释的备案，防止出现人民法院的民商法司法解释同民法典不一致甚至矛盾的现象。一旦出现民商法司法解释同民法典不一致甚至矛盾的现象，立法部门有权要求人民法院予以改正。✎



“两高三部”《规范量刑程序意见》 带来的辩护利益

■ 臧德胜 / 文

“两高三部”曾于2010年联合发布《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》，至今已有十年。十年间，刑事诉讼领域发生了较大的变化，刑事诉讼法两番修订，以审判为中心的诉讼制度改革稳步推进，认罪认罚从宽制度改革高歌猛进，量刑问题在刑事诉讼中受到了广泛关注，也成为了热议的话题。

在此背景下，“两高三部”于2020年11月5日联合发布《关于规范量刑程序若干问题的意见》（以下简称《意见》），对原试行意见进行了完善，并根据新情况补充了新规定。在刑事诉讼中，诉讼各方需要正确把握《意见》的新精神，维护司法公正，辩护律师更应当关注《意见》带来的辩护利益，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。笔者梳理了《意见》中有利于被告人的新精神，以期抛砖引玉。

第一，未经调查评估或未收到调查评估报告的，不影响缓刑适用。

在认罪认罚从宽制度中，对被告人宣告缓刑是实体从宽的重要体现。宣告缓刑的条件包括没有再犯危险、对所居住社区没有重大不良影响等。司法人员在决定对被告人是否适用缓刑时会考虑司法行政机关对被告人的态度以及社区矫正能否得到落实。对这些问题的判断，往往就依赖司法行政机关的调查评估报告。

然而，认罪认罚案件往往诉讼程序推进较快，尤其是速裁程序，办案周期相对较短。有些案件侦查、公诉机关未委托调查评估，审判机关再行委托调查评估，往往在宣判日尚未收到调查评估报告。这一现状，制约着司法人员对缓刑的适用，一些本来符合宣告缓刑条件的被告人，被判处了监禁刑。

《意见》针对司法实践中的突出问题，做出了明确规

臧德胜简介

京都律师事务所顾问、前资深法官，出版著作《有效辩护三步法：法官视角的成功辩护之道》《法官如此裁判：刑事审判要点解析》《法官如何思考：刑事审判思维与方法》等。



定，其中第3条第3款规定：“对于没有委托进行调查评估或者判决前没有收到调查评估报告的，人民法院经审理认为被告人符合管制、缓刑适用条件的，可以依法判处管制、宣告缓刑。”

根据这一规定，司法人员不得以未调查评估或者未收到调查评估报告为由，剥夺被告人缓刑的机会。被告人及辩护人在诉讼过程中，一方面要积极配合开展调查评估，另一方面对于符合缓刑适用条件的，要积极提出宣告缓刑的意见。

第二，一人犯数罪的，量刑建议要包括数罪并罚后决定执行的刑罚。

司法实践中，被告人一人犯数罪的情况也较为常见。在一人犯数罪的情况下，被告人不仅关心每一个罪名的量刑情况，而且关心并罚后决定执行的刑罚情况，后者甚至

更为重要。

有些案件中，检察机关在签署认罪认罚具结书或者提出量刑建议时，仅仅对每一个具体罪名提出建议，缺乏对决定执行刑罚的建议。这样的量刑建议方式，会使得被告人一方对实体结果仍然缺乏预期，处于不确定状态，被告人在判决后后悔也就在情理之中，既不利于被告人的权利保护，也不利于诉讼效率的提升。

《意见》第8条规定：“人民检察院指控被告人犯有数罪的，应当对指控的个罪分别提出量刑建议，并依法提出数罪并罚后决定执行的刑罚的量刑建议。”

这一规定，使用了“应当”一词，没有变通的余地，检察机关应当遵照执行。对于认罪认罚案件，被告人及辩护人在签署认罪认罚具结书时应要求检察机关明确决定执行刑罚的意见。对于其他案件，如果检察机关没有对决定执行的刑罚提出量刑建议的，也应要求明确，从而有针对性地提出辩护意见。

第三，被告人、辩护人参加量刑问题的调查的，不影响作无罪辩解或者辩护。

辩护人能否既做无罪辩护，又发表从宽量刑的意见，是一直困扰着刑辩律师的问题。这种看似矛盾的做法，实际上也是律师为了全面维护被告人权益的次有选择。“两高三部”《关于依法保障律师执业权利的规定》第35条规定：“辩护律师作无罪辩护的，可以当庭就量刑问题发表辩护意见，也可以庭后提交量刑辩护意见。”但是，有的司法人员仍然会因为律师做无罪辩护而不允许其发表量刑意见，或者因为律师参加了量刑调查而不允许其做无罪辩护。

《意见》第15条第3款规定：“在法庭辩论阶段，审判人员引导控辩双方先辩论定罪问题。在定罪辩论结束后，审判人员告知控辩双方可以围绕量刑问题进行辩论，发表量刑建议或者意见，并说明依据和理由。被告人及其辩护人参加量刑问题的调查的，不影响作无罪辩解或者辩护。”

据此规定，被告人及其辩护人一方面参与量刑问题调查，另一方面做无罪辩解或者发表无罪辩护意见。辩护律师不能因为拟做无罪辩护而放弃量刑调查，因为无罪辩护意见并不必然都能得到采纳。对于司法人员限制辩护律师行使辩护权利的，要善于运用法律规范的规定表达意见、维护权利。

第四，庭后补充的有利于被告人的量刑证据，控辩双方没有意义的，可以不经庭审质证。

《刑事诉讼法》第55条规定：“证据确实、充分，应当符合以下条件：（一）定罪量刑的事实都有证据证明；（二）据以定案的证据均经法定程序查证属实；（三）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”这就对据以定案的证据做出了程序上的要求。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第63条规定：“证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据，但法律和本解释另有规定的除外。”这里进一步明确，对证据查证属实的法定程序是“当庭出示、辨认、指正等法庭调查程序”，所以，法庭举证、质证是证据成为定案依据的重要条件。

但是，在具体办案过程中，往往会出现庭审之后控辩双方又提交新证据，或者审判人员庭外调取新证据的情况，对于这些新证据原则上也应当经过庭审质证才能作为定案的根据。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第220条第2款规定：“对公诉人、当事人及其法定代理人、辩护人、诉讼代理人补充的和法庭庭外调查核实取得的证据，应当经过当庭质证才能作为定案的根据。但是，经庭外征求意见，控辩双方没有异议的除外。”据此规定，庭审后补充的证据，如果控辩双方没有异议，经征求意见可以直接采信，而无需庭审质证。这一规定，没有根据证明对象不同对新证据区别对待。

《意见》对有利于被告人的量刑证据做出了特别规定，在第19条第2款规定：“对于控辩双方补充的证据，应当经过庭审质证才能作为定案的根据。但是，对于有利于被告人的量刑证据，经庭外征求意见，控辩双方没有异议的除外。”此处，对于有利于被告人的量刑证据设定了较为宽松的程序，传递出一个信号，即对于有利于被告人的证据和不利于被告人的证据可以区别对待，做类型化的处理。同理，有利于被告人的事实和不利于被告人的事实也可以采用区别化的证明标准。

辩护律师在诉讼过程中，对于庭审中发现的可能有利于被告人的证据，要积极调取，或者申请司法机关调取，而不能将庭审结束作为辩护活动的终点。



第五，被告人在诉讼过程中随时可以认罪认罚。

在认罪认罚从宽制度推行过程中，对于被告人认罪认罚的时间条件颇有争议。从该制度的初衷考虑，应当对被告人认罪认罚保持开放的心态，随时欢迎被告人认罪认罚。

《意见》体现了鼓励被告人在诉讼过程中认罪认罚的精神，第24条规定：“有下列情形之一，被告人当庭认罪，愿意接受处罚的，人民法院应当根据审理查明的事实，就定罪和量刑听取控辩双方意见，依法作出裁判：

（一）被告人在侦查、审查起诉阶段认罪认罚，但人民检察院没有提出量刑建议的；（二）被告人在侦查、审查起诉阶段没有认罪认罚的；（三）被告人在第一审程序中没有认罪认罚，在第二审程序中认罪认罚的……”

该条规定了被告人不同情形认罪认罚的处理。其中，第（二）（三）项规定明确，被告人在诉讼前期没有认罪认罚的，仍然可以当庭表示认罪认罚，包括在二审程序中仍然可以认罪认罚。

辩护律师在诉讼过程中，要随着诉讼活动的深入以及案件的进展，及时与被告人沟通，调整辩护思路。对于犯罪成立的，通过认罪认罚获取从宽处理。

第六，同意量刑建议，并非认罪认罚的必要条件。

对于何谓认罪认罚，一直存有争议。《刑事诉讼法》第15

条的表述为“愿意接受处罚”，这是一个相对较为宽泛的要求。但是，有观点认为，只有被告人对量刑建议没有异议，才属于认罪。这一要求，凸显了控方的优势地位，使得被告人不敢对检察机关的量刑建议提出异议，一旦提出异议，很可能失去认罪认罚这一从宽处罚情节。笔者认为，认罪并同意量刑建议的，属于典型的认罪认罚；认罪并愿意接受处罚，只是不同意量刑建议的，仍然属于认罪认罚，可以从宽处理。为了加强被告人在认罪认罚中的权利保护，有必要认可多样态的认罪认罚。

《意见》第24条规定：“有下列情形之一，被告人当庭认罪，愿意接受处罚的，人民法院应当根据审理查明的事实，就定罪和量刑听取控辩双方意见，依法作出裁判：……（四）被告人在庭审过程中不同意量刑建议的。”该条的总括规定中“当庭认罪，愿意接受处罚”的表述与《刑事诉讼法》第15条的规定基本一致，可以认为这种情形下符合认罪认罚从宽的原则。

辩护律师在诉讼过程中，要关注量刑建议的公正性。尤其是在审判阶段才介入诉讼的辩护律师，对于被告人前期签署的认罪认罚具结书内容要认真研判。如果认为量刑建议不当的，要以恰当的方式提出，以期检察机关调整量刑建议。检察机关不调整的，辩护律师提出量刑辩护意见，由法院裁决。

辩护律师在诉讼过程中，对于庭审中发现的可能有利于被告人的证据，要积极调取，或者申请司法机关调取，而不能将庭审结束作为辩护活动的终点。

商业秘密刑事维权正当其时

■ 陈长会 / 文

前言

商业秘密是技术领先型企业的重要核心资产。刑罚具有强大的威慑力，公安机关具有强大侦查手段和经验，因此很多企业试图通过刑事救济解决商业秘密纠纷，但容易因措施不当而维权效果不佳。近年来，国家加强了商业秘密刑事保护力度，企业通过刑事救济维护其商业秘密合法权益正当其时。

一、什么是侵犯商业秘密罪？

1. 商业秘密的定义

现行刑法项下商业秘密是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。需要指出，《反不正当竞争法（2019修正）》（下称“新反法”）已将商业秘密重新定义为“不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”。

2. 侵犯商业秘密罪

侵犯商业秘密罪规定在《中华人民共和国刑法》第二百一十九条。该条规定，有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（1）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；（2）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；（3）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。明知或者应知上述行为，获取、使

陈长会律师简介

京都律师事务所合伙人，具有近20年的知识产权从业经验和多年的刑事、行政及民商事案件处理经验，善于从客户需求和实际出发，从纷杂的案情中迅速切中要害并提出创造性的应对方案。



用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。该条还给出了商业秘密和权利人的定义。

3. 侵犯商业秘密罪的最新法律规定

已于2020年9月14日实施的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》（下称“知刑解释三”）呼应新反法作了相应规定。知刑解释三第三条将“采取非法复制、未经授权或者超越授权使用计算机信息系统等方式窃取商业秘密的”行为明确归入“盗窃”行为，并且将“以贿赂、欺诈、电子侵入等方式获取权利人的商业秘密的”行为明确列举为“其他不正当手段”。知刑解释三第四条则规定了应当认定为“给商业秘密的权利人造成重大损失”的如下三种情形：（1）给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的；（2）直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭



的；（3）造成商业秘密的权利人其他重大损失的。该条还规定，给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在二百五十万元以上的，应当认定为刑法第二百一十九条规定的“造成特别严重后果”。

于2020年12月26日公布并自2021年3月1日起施行的《刑法修正案（十一）》将侵犯商业秘密罪区分为“侵犯商业秘密罪”和“商业间谍罪”并加大了刑事保护力度。修改后的第二百一十九条和新增的第二百一十九条之一分别如下：

第二百一十九条：有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：

（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；

（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；

（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。

明知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

第二百一十九条之一：为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的，处五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。

概况起来，《刑法修正案（十一）》在侵犯商业秘密犯罪方面主要包括如下几处重要修改：

第一，由“结果入罪”改为“情节入罪”。以情节入罪意味着损失数额将不再是入罪的唯一标准，减轻了权利人关于损失数额的举证负担。

第二，扩大犯罪行为类型，降低犯罪行为认定门槛。将贿赂、欺诈、电子侵入明确为获取商业秘密的不正当手段，将“违反约定”扩大为“违反保密义务”。

第三，删除商业秘密的定义。笔者认为，商业秘密定义将参照新反法第九条规定。

第四，大幅提高刑罚上下限。取消拘役刑，将最高刑

提高至10年有期徒刑。

第五，通过将“明知或应知”修改为“明知”限制了“以侵犯商业秘密论”犯罪行为的主观要件。

第六，在刑法第二百一十九条后增加一条“商业间谍罪”。商业间谍罪的刑罚力度高于侵犯商业秘密罪，但低于刑法一百一十条的“间谍罪”和一百一十一条的“为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪”。

前四处修改大力强化了商业秘密刑事保护力度，第五处修改降低了企业因雇佣跳槽员工招致的刑事法律风险，有利于促进人才正常流动，第六处修改有利于在全球化背景下加强各种类型企业（尤其是民营企业）的商业秘密跨境刑事保护。

二、商业秘密刑事保护都有哪些途径？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一条和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第五条规定，针对侵犯商业秘密犯罪，权利人的刑事救济途径包括公诉和自诉两种。简言之，公诉是由检察院就犯罪行为向人民法院提起刑事诉讼的诉讼活动，而自诉是指被害人及其法定代理人、近亲属为追究被告人的刑事责任，直接向司法机关提起诉讼，并由司法机关直接受理的诉讼活动。

根据《刑事诉讼法》第二百一十条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一条的规定，人民检察院没有提起公诉，被害人有证据证明的知识产权刑事案件(刑法分则第三章第七节规定的，但严重危害社会秩序和国家利益的除外)以及被害人有证据证明对被告人侵犯自己知识产权的行为应当依法追究刑事责任，且有证据证明曾经提出控告，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件，知识产权权利人作为被害人有权提起自诉。

商业秘密权利人通常优先选择公诉进行刑事救济。采取公诉途径进行维权的最重要环节是去公安机关报案、控告并积极配合公安机关和检察院的办案工作（以下将该环节简称为“刑事报案”）。

三、向哪里刑事报案？

《公安机关办理刑事案件程序规定（2020修正）》（下称“刑事诉讼程序规定”）采犯罪地公安机关管辖优先原则，如果由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖更为适宜的，可以由犯罪嫌疑人居住地的公安机关管辖。犯罪地包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地。犯罪嫌疑人居住地包括户籍所在地、经常居住地。通常情况下，应向犯罪地的公安机关进行商业秘密刑事报案。出于便于诉讼和避免地方保护等因素，权利人刑事报案时一般应避免选择犯罪嫌疑人居住地。

对于针对或者主要利用计算机网络实施的侵害商业秘密犯罪，用于实施犯罪行为的网络服务使用的服务器所在地，网络服务提供者所在地，被侵害的网络信息系统及其管理者所在地，以及犯罪过程中犯罪嫌疑人、被害人使用的网络信息系统所在地，被害人被侵害时所在地和被害人财产遭受损失地公安机关可以管辖。

四、侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准是什么？

根据《最高人民法院公安部关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》（下称“新立案标准”），公安机关管辖的侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准如下：

侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）给商业秘密权利人造成损失数额在三十万元以上的；（二）因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的；（三）直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的；（四）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。

五、如何进行刑事报案？

1. 公安机关受案和立案流程

根据《刑事诉讼法》第86条规定，公安机关对于报案、控告的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没

有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。根据刑事诉讼程序规定，公安机关对于刑事报案应当立即接受，问明情况，并制作笔录。对报案证据材料等应当登记。对接受的案件，或者发现的犯罪线索，公安机关应当迅速进行审查。发现案件事实或者线索不明的，经批准，可以依照有关法律和规定采取询问、查询、勘验、鉴定和调取证据材料等不限制被调查对象人身、财产权利的措施进行调查核实。接受案件后，经审查认为有犯罪事实需要追究刑事责任且属于自己管辖的，经批准予以立案。决定不予立案后又发现新的事实或者证据，或者发现原认定事实错误，需要追究刑事责任的，应当及时立案处理。

2. 报案前的材料准备

商业秘密刑事报案、控告仅是商业秘密刑事救济的最初始阶段。另一方面，犯罪过程、情节和后果在报案之初通常难以厘清，因此要求权利人提供面面俱到的证据和线索并不现实。另一方面，为了顺利受案和立案，权利人刑事报案时最好提供初步证据证明犯罪事实确已发生并且犯罪造成后果达到了立案追诉标准。因此，如何在现有材料和线索基础上精心准备刑事报案材料对于能否成功刑事维权十分重要。

首先，要准备一份书面说明材料，对商业秘密形成、内容、价值，犯罪嫌疑人侵权行为和犯罪造成后果作较为完整概况描述。其次，根据新立案标准，权利人还需要尽可能提供如下两方面材料：

（1）证明存在侵犯商业秘密犯罪事实的材料

这方面证据材料主要包括商业秘密的权利性证据、接触性证据、秘密性证据、保密性证据和同一性证据。权利人可以参考2020年9月12日起施行的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》从方便收集的众多证据材料中加以适当选择。

权利性证据，即证明是商业秘密权利人的证据。除营业执照、法人代表身份证等身份证明外，权利性证据还包括商业秘密形成方面的证据，比如自研情况下研发立项报告/结题报告/图纸/操作规程/可行性报告等技术资料、资质证书/获奖证书/著作权登记证书等权利证明性资料，从他



处获取情况下技术转让/许可合同等。例如在许某、徐某私制并销售电表侵犯商业秘密罪案中，在判断技术秘密权属时，不仅局限于权利证书等传统刑事认定依据，而是结合立项、研发材料、成本投入及市场开发等相关证据，排除了存在权属争议的合理怀疑后作出认定。

接触性证据，即证明犯罪嫌疑人有渠道或者机会获取商业秘密的证据。这方面的证据包括：（1）记载了嫌疑人职务、职责、权限的材料，比如劳动合同、任命书、岗位要求等；（2）记载了嫌疑人承担的本职工作或者单位分配的任务的材料，比如记载有嫌疑人姓名的项目合同，论文，专利，报告，研发资料等；（3）记载了嫌疑人参与和商业秘密有关的生产经营活动的具体情形的材料，比如记载有嫌疑人名称的会议记录等内部文件；（4）记载了嫌疑人是否保管、使用、存储、复制、控制或者以其他方式接触、获取商业秘密及其载体的材料，比如保密材料保管、出借和归还记录等。

秘密性证据，即证明商业秘密有效存在并具备非公知性的证据，并以书面形式明确其商业秘密的内容、范围、秘密点和载体。一般通过司法鉴定确定秘密性证据。如果条件允许，权利人在报案时应尽可能提供关于非公知性的鉴定报告。例如，在李某、周某、詹某侵犯商业秘密罪案中，通过司法鉴定，证明了相关生产线部分设计图纸中所记载的设计尺寸、公差配合、表面粗糙度、特殊工艺、特定材质、部件分级以及零件的名称及编号等具体技术参数的组合、某局部机械机构设计属于“反不正当竞争法”所称的“不为公众所知悉”的技术信息。

保密性证据，即证明权利人为防止商业秘密泄露在犯罪行为发生以前对商业秘密采取了合理保密措施的证据。这方面的证据通常有很多，比如保密协议/条款；保密制度；限制接触措施；保密承诺等离职手续材料。法律并未规定需要面面俱到。例如，在李某、周某、詹某侵犯商业秘密罪案中，法院认为：权利人公司虽然未对图纸采取加密处理，但是通过《员工手册》中保密义务约定向其员工提出了保密要求，员工知道或应当知道存在商业秘密，足以认定某某公司采取了合理保密措施。该保密措施并非要求一定的形式，亦并非以达到的保密效果为衡量标准。但是稳妥起见，考虑到被办案机关认为保密措施不足的情况时有发生，权利人在准备证据时通常应采取“多多益善”原则。

同一性证据，即证明商业秘密和涉嫌侵权信息实质上相同（即不存在实质性区别）的证据。例如，在张某、泽某侵犯商业秘密罪案中，经鉴定，侵权产品S10与权利人产品之间具有95%以上的相似度，故确认系直接使用权利人相关商业秘密后而形成，其改进型产品S12与权利人产品之间具有81.9%相似度，也被认定系使用了权利人相关商业秘密后所产生。又如，在何某、刘某侵犯商业秘密罪案中，相关司法鉴定意见书等证据证明何某、刘某的电脑和其公司服务器等处储存的源代码、数据库、存储过程和函数与权利人主张的构成商业秘密的技术信息实质相同，并且其提供给客户公司使用的信息化管理平台中存在的源代码、数据库等也与权利人商业秘密实质相同。

侵害商业秘密犯罪多由在职或离职核心员工引起。管理规范的企业提供权利性、接触性和保密性方面的初步证据相对比较容易。相较之下，同一性证据对于证明侵权事实最为关键，也最难获取。报案之初，权利人可以参照《反不正当竞争法》（2019年修订）第三十二条规定，提供“合理表明商业秘密被侵犯的初步证据”作为同一性的初步证据，比如嫌疑人宣称其拥有相同或相似技术/产品的宣传材料和产品及其与涉案商业秘密的初步比对。

（2）证明满足新立案标准所规定四种立案追诉情形至少之一的材料

这方面材料属于证明犯罪造成后果的证据，在本文中简称为“后果性证据”。对于犯罪行为造成损失数额或者违法所得数额，《知刑释三》和新立案标准均明确规定了认定方式。便利起见，权利人可以提供证明商业秘密获取成本或市场价值的材料作为侵权损失初步后果性证据。例如，在邢某、李某侵犯商业秘密罪案中，将权利人商业秘密技术许可使用费经鉴定后作为认定造成权利人的重大损失的依据。又如，在李某侵犯商业秘密罪案中，李某故意违反保密规定将手机带入保密车间并拍摄了案涉商业秘密后进行披露，虽案发后权利人已联系相关平台立即删除被披露的照片，但办案机关仍根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第十七条第二款规定以案涉商业秘密采用成本法评估得出的其所包含的技术信息价值的评估值作为确定损害赔偿额的依据。采用成本法评估开发成本时，主要考虑因素包括研发人员工资薪酬、研发人员分摊的房租水电及物业管理费用、研

发材料费用、固定资产折旧费用、委托外部研究开发费用，其他费用等。

需要特别指出，《刑法修正案（十一）》已将“给商业秘密的权利人造成重大损失”修改为“情节严重”，将“造成特别严重后果”修改为“情节特别严重”，从而淡化了损失和后果，更注重犯罪情节。因此，权利人将来报案时需要更加注重嫌疑人犯罪情节方面控告。

3. 刑事报案后

刑事报案后，权利人应积极主动地协助公安机关、检察机关收集犯罪构成四要件的相关证据材料，对于报案后涉及的技术专业性较强的问题，要予以充分解释和说明。尤其是在秘密性和同一性方面，权利人需要与办案机关密切配合。

六、如何进行刑事自诉？

虽然商业秘密自诉案件较少，但在企业已掌握确切犯罪证据而希望尽快拿到刑事判决的情况下，可以考虑向有管辖权的法院提起自诉。特别是，权利人如果拿到比较有利的行政处理决定或民事判决后认为在案证据符合刑事证据证明标准，能够证明嫌疑人犯罪行为符合侵犯商业秘密罪四方面构成要件，则直接通过自诉另行追究嫌疑人刑事责任可能较刑事报案走公诉途径效率更高。此外，如果权利人虽有较确凿证据证明犯罪事实但存在刑事报案现实困难（比如遇到不受案、不立案、不起诉等情况），也可以考虑到有管辖权人民法院提起刑事自诉。

提起自诉应当提交刑事自诉状；同时提起附带民事诉讼的，应当提交刑事附带民事自诉状。对于因客观原因不能取得的证据，可以说明理由并提供相关线索或者材料申请人民法院调取。自诉案件可以调解，和解，撤诉，反诉和上诉。具体规定详见于法释〔2012〕21号《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》，在此不再赘述。

七、关于商业秘密刑事维权的心得体会

结合笔者对侵犯商业秘密罪大量案例的分析和自身办

案经验，得出如下几点心得体会供权利人商业秘密刑事维权时参考：

1. 聘请经验丰富律师，组建专门维权团队。

商业秘密尤其技术秘密案件相较于其他类型知识产权案件，通常程序方面更为复杂，实体方面更难认定，举证方面更难驾驭。在秘密性、接触性、保密性、同一性和后果性等方面往往涉及复杂的专业技术和/或容易引发争议的法律问题。因此，聘请经验丰富律师并且组建专门维权团队更有利于推进商业秘密刑事保护。维权团队通常包括外部律师、公司法务和技术专家，重要案件还应由高层级领导总体把控和协调。

2. 尽可能选择办案经验丰富的发达地区公安机关

管辖地法制环境和办案机关经验对于商业秘密刑事维权成功与否均非常关键。如果地方保护氛围浓厚，则刑事维权将举步维艰，如果办案过程取证不当或保密不力，则容易导致嫌疑人脱罪或权利人商业秘密二次披露。权利人应尽可能在众多有管辖权公安机关中选择发达地区并且办案经验丰富公安机关。

3. 防止二次披露

权利人应在刑事维权过程中采取有效措施，防止商业秘密被二次披露。首先，对于尚不能确信已经泄露的最核心商业秘密，除非万不得已，宁可甘冒维权失败风险，也不可贸然提供。其次，对于确需提供的含有商业秘密的材料，要本着“尽可能少披露”原则进行遮盖处理。另外，要申请办案机关对有关商业秘密或者其他需要保密商业信息的证据、材料采取保密措施，要求根据案件情况采取组织诉讼参与人签署保密承诺书等必要保密措施，要申请不公开审理并对判决书等法律文书作隐蔽处理。

4. 确定侵犯商业秘密行为是否同时触犯了其他罪名

如发现嫌疑人犯罪行为同时触犯了其他罪名，要在报案过程中向公安机关和检察院尽可能指出。常见其他罪名包括盗窃罪，商业间谍罪，间谍罪，泄露国家秘密罪，非法获取国家秘密罪，非法经营同类营业罪，破坏生产、经营罪，故意毁坏公私财物罪等。



5. 遇到威胁或打击报复情形，要及时留存证据并提供给办案机关。

有些犯罪嫌疑人穷凶极恶，在权利人报案后通过各种方式对权利人进行威胁或打击报复。遇到这种情况，权利人要及时留存证据并果断报警。

6. 要避免传统的刑事办案思维局限，适当借鉴民事案件规则和理论。

因适用侵犯商业秘密罪的入罪要件非常严格，相关刑事司法解释也较少，如受限于传统的刑事办案思维，可能会在一定程度上影响维权成效。因此有必要适当借鉴民事案件的证据规则和理论，注重参照有关商业秘密的民事司法解释。

7. 要特别重视与办案机关的依法依规沟通和配合
刑事办案机关往往在办案件众多，不熟悉专业技术问

题，对于推进牵扯精力较多的商业秘密案件确有困难，因此为了尽可能避免报案后迟迟无法立案的情况发生，权利人需要特别重视和办案机关的依法依规沟通和配合工作，比如及时了解并解答办案机关关于商业秘密权利性、秘密性、保密性、同一性和犯罪后果性的疑问，协助办案机关尽快确定司法鉴定的内容，积极提供新发现的线索。

八、结语

中国正在不断加大商业秘密刑事保护力度和惩罚力度，陆续出台了一些更便利权利人进行商业秘密刑事维权法律举措，刑事救济必将成为商业秘密权利人维权较佳选择。商业秘密案件（尤其是技术秘密案件）复杂程度高、办案难度大，因此聘请专业律师并组建维权团队对于能否成功维权至关重要。



强制执行公证中容易忽视的法律风险及其防范措施

肖树伟 韩冰 游乐 杨琨 / 文

韩冰律师简介

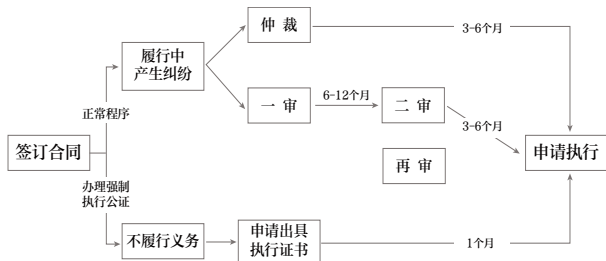
京都律师事务所合伙人。2000年毕业于天津大学，2001年开始从事律师工作。曾任北京市律师协会企业法律风险管理专业委员会委员、北京市法学会企业法治与发展研究会法律管理专业委员会委员。于2012年、2020年被北京市朝阳区律协党委评为优秀共产党员。韩冰律师专长于公司业务、法律风险防范、争议解决。韩冰律师参加了众多非诉讼商务谈判、公司设立、企业重组、股权收购等项目，协助公司设计治理流程，建立法律风险防范体系。韩冰律师具有丰富的出庭经验、深厚的法学理论功底和娴熟的诉讼仲裁技巧。



强制执行公证因无需经过审判即可申请法院强制执行，能最大限度避免法院审判程序的冗长和不确定性，而越来越多的被当事人所选择。但是，笔者在近期办理一些强制执行公证案件时，却发现其中存在一些容易忽视的法律风险，使得当事人不仅白白支出了公证费，还在程序上遭受比直接诉讼更进一步的拖延。因此，笔者在结合相关规定及司法判例的基础上，特作此文，总结强制执行公证中容易忽视的法律风险并提出相应的防范措施，供办理强制执行公证的人士参考。

强制执行公证简介

《民事诉讼法》第二百三十八条规定：“对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行，受申请的人民法院应当执行”。这是强制执行公证的法律依据。《公证法》第三十七条也有类似规定。为什么说强制执行公证能够避免法院审判的冗长和不确定性呢？通过下图可见一斑。



当事人在合同履行中产生纠纷后，如果通过仲裁或诉讼解决，需要经过较为漫长的审理程序获得生效裁判文书后才能申请法院执行。而强制执行公证则不同。办理强制执行公证后，如果有约定的不履行或不当履行义务情形出现，当事人即可向公证处申请出具执行证书，公证处经核实出具执行证书后，当事人可以持公证债权文书和执行证书直接申请法院执行。

根据笔者的经验，如果纠纷通过仲裁解决，一般需要三至六个月能够获得仲裁裁决；如果纠纷通过诉讼解决，一般需要几个月甚至一年或更长的时间才能取得生效判决。而申请公证处出具执行证书一般只需要一个月左右，能够极大的加快当事人的纠纷解决进程。



强制执行公证的法律风险及其防范措施

强制执行公证虽具有上述优势，但也存在一定的不确定性。《民事诉讼法》第二百三十八条第二款规定“公证债权文书确有错误的，人民法院裁定不予执行”，《民诉法解释》第四百八十条对“确有错误”的情形做出了规定，《最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定》（以下简称“《公证强执规定》”）也对不予受理、驳回执行申请、裁定不予执行的情形做出了规定。根据规定，如果法院经审查认为公证债权文书存在“确有错误”的情形且裁定不予执行，当事人必须再行通过诉讼或仲裁程序解决纠纷。

如此一来，当事人不仅无法避免正常的诉讼程序，还需经历法院对公证债权文书审查的程序，而且此前向公证处支付的办理强制执行公证、出具执行证书的费用（一般为标的金额的千分之三）也白花了，可谓是赔了夫人又折兵。

如果能事先对强制执行公证中的这些法律风险加以识别和防范，在强制执行公证办理及执行证书出具时多加注意，就能更好的实现强制执行公证的效果。

风险一 债权文书因债权债务关系不明确被认定为不得经公证赋予强制执行效力的债权文书

《最高人民法院、司法部关于公证机关赋予强制执行效力的债权文书执行有关问题的联合通知》（以下简称“《联合通知》”）第一条从定义层面规定了赋予强制执行效力的债权文书应当具备的条件，第二条又以“列举+兜底”的方式规定了赋予强制执行效力的债权文书的范围，但两条规定都较为原则。而《公证强执规定》第五条第（一）项又规定法院对“债权文书属于不得经公证赋予强制执行效力的文书”这一情形不予受理或裁定驳回。因此，债权文书“能够被赋予强制执行效力”这一点对当事人至关重要。实践中，债权文书往往因“债权债务关系不明确”被认定为不得赋予强制执行效力的债权文书。

对于借款合同或还款协议这类事实清楚、法律关系明确的债权文书，一般不会产生债权债务关系是否明确的争议。但实践中，当事人之间签订的合同往往不是那么简单清晰，特别是金融机构作为当事人签订的合同。出于种种原因会对交易做出结构化安排，导致法律关系非常复杂。

游乐律师简介

京都律师事务所律师，中国政法大学法律硕士。主要执业领域：民商事领域的争议解决与企业合规及法律风险控制业务，尤其是金融与投融资等商事领域重大、疑难、复杂问题的解决，从争议解决方案起草、协议等相关文件的



审核、非诉协商到代理客户进行诉讼、仲裁，执行等法律服务，全方位为客户提供争议解决法律服务。

杨琨律师简介

毕业于对外经济贸易大学，获法律硕士学位。2013年开始律师工作。主要工作领域为民商事诉讼及仲裁、金融等。执业以来办理大量诉讼与非诉案件，具备丰富的实务经验。



这样的合同就面临法院以债权债务关系不明确为由裁定不予执行的风险。例如，（2015）执监字第1号案件中，法院认为：①本案合同名为“最高额借款抵押合同”，但约定了大量典当相关的内容，却没有办理抵押登记和抵押典当手续，合同性质不明确；②本案既有物的担保又有人的担保，但实现担保的顺序并未约定明确，且担保人、担保单位等相关概念也存在不明确，故相关主体的担保责任范围不明确。并据此认定本案债权债务关系不明确。再如，江西高院在（2014）赣执审字第1号案件中认为，“双方签

订的《股权收益权转让合同》中，交易标的股权收益权不仅包括股权卖出收入，还有股息红利、股权因分红、公积金转增、拆分股权等而形成的收入，因此股权收益权的金额是一动态数额，并非是一明确的金额，给付的内容、债权债务的标的、数额不明确，不符合债权债务关系明确的规定”，并据此对该执行证书裁定不予执行。

笔者认为，前述（2015）执监字第1号案件中，主体众多，既涉及法人又涉及自然人，且法律关系复杂，抵押、典当、保证均有涉及且约定不甚清晰，法院认定其债权债务关系不明确是可以理解的。但在（2014）赣执审字第1号案件中，江西高院的认定却让笔者颇为不解。事实上，实践中交易金额动态不固定是很常见的情况，而且该案中双方已经在合同中明确约定了相关权益价款的计算方式，根据中国公证协会2008年颁布的《办理具有强制执行效力债权文书公证及出具执行证书的指导意见》第五条第二款的规定，应当认定为明确。但江西高院仍裁定不予执行，笔者认为这是对“债权债务关系明确”相关规定的误读。而且，前述江西高院的认定并非个案，济南铁路运输中院在（2014）济铁中执异字第11-1号案件中并未进行充分论证而是直接以“双方签订的《特定资产收益权转让合同》及其《保证合同》的权利义务约定比较复杂，涉及多重权利义务关系，超出了公证机关可赋予强制执行效力的债权文书范围”为由对该执行证书裁定不予执行。安徽高院在（2016）皖执复22号案件中也仅以“《补充协议书》不仅有欠款内容，还涉及投资和分红内容，法律关系复杂，不属于公证机关赋予强制执行效力的债权文书的范围”，对执行证书裁定不予执行。

由此可见，各地法院对于“债权债务关系不明确”的理解及适用标准尚不统一，特别是对金融机构基于业务创新设计的交易结构，个别法院甚至简单的将“债权债务关系复杂”直接等同于“债权债务关系不明确”，为强制执行公证埋下了不确定因素。

此外曾有观点认为，保证合同的债权债务关系并不明确，不属于赋予强制执行效力的范围。但是，《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十二條规定，“公证债权文书对主债务和担保债务同时赋予强制执行效力的，人民法院应予执行；仅对主债务赋予强制执行效力未涉及担保债务的，对担保债务的执行申请不予

受理；仅对担保债务赋予强制执行效力未涉及主债务的，对主债务的执行申请不予受理”。《公证强制执行规定》第六条也作了类似规定，也能表明担保合同是被纳入赋予强制执行效力的债权文书的范围的。因此目前这一问题已基本不存在争议。

防范措施

实践中应当如何避免公证债权文书被法院认定“债权债务关系不明确”？最高人民法院（2012）执复字第1号案件提供了一种可行的思路。该案中，各方除签订了交易结构较为复杂的《特定资产收益权转让合同》外，还签订了一份《支付协议》，对债务人的支付义务、特定资产收益权的组成、投资收益率的确定、投资收益的计算、初始投资及投资收益的支付、违约金的计算与支付、强制执行公证等内容做出了清晰明确的约定，并且仅对《支付协议》和相应的《抵押合同》办理了强制执行公证，并未对《特定资产收益权转让合同》办理强制执行公证。执行过程中债务人申请不予执行，山东高院和最高院均认为，本案公证债权文书《支付协议》、《抵押合同》具有金钱给付内容，收益计算方式、违约金、赔偿金等费用的计算均有明确约定，不存在不明确、不确定情形。

因此，如果当事人设计了较为复杂的交易结构，又希望通过强制执行公证提高债权实现效率，可以在签订相关业务协议的同时或嗣后再签订一份《支付协议》、《还款协议》等法律关系清晰、事实清楚的债权文书，化繁为简的将各方应当履行的义务进行清晰明确的约定并办理强制执行公证。

风险二 公证债权文书或执行证书的内容或出具程序不符合规定

一般来说，强制执行公证的办理是在公证员的主导下进行，各方当事人对于公证书、执行证书的内容可以提出意见和建议，是否采纳由公证员做决定。办理公证的程序也是由公证员按照相关规定进行，当事人一般无法干预。通常情况下，不会出现公证书、执行证书内容或出具程序不符合规定的情形，但实践中也存在因个别公证员对相关业务不太了解、经验不足，出具的公证书、执行证书的内容、程序存在瑕疵，进而导致公证债权文书被法院裁定驳



回或不予执行的情形。

例如，（2019）黔执复172号案件中，公证处在2014年出具执行证书后，因执行证书中利息和罚息的表述不明确导致无法执行，在2018年又出具了补正执行证书，明确逾期还款罚息按年利率24%的标准进行计算。但是，公证处对公证债权文书约定的内容进行实质性改变是在一方当事人未到场、未征求其意见的情况下做出，损害了该方当事人的权利。而且补正发生在执行证书出具之后4年之久，也违反了相关公证程序规则。因此法院对公证债权文书裁定不予执行。

再如，（2016）川18执异7号案件中，雅安中院认为，公证处在出具涉案公证书后仅向一方当事人进行了送达，事实上剥夺了另一方当事人对公证书中可能存在的错误向公证机构提出复查的救济权利，应当认定为严重违反法律规定的公证程序，并最终裁定对公证债权文书不予执行。

又如，（2018）川执监54号案件中，公证处出具的执行证书中载明的执行标的为：“人民币借款本金500万元整及相应利息（罚息）、强制执行费用及实现债权等所有费用。”法院认为，关于利息（罚息）及实现债权的费用既未明确其金额，也未写明计算方式，系给付内容不明确、不具体，故对该部分内容不纳入执行范围，最终裁定对公证债权文书的部分不予执行。

防范措施

《民事诉讼法解释》、《公证强执规定》规定，如果公证债权文书未载明债务人接受强制执行的承诺、公证证词载明的权利义务主体或者给付内容不明确，或是有被执行人一方未亲自到场或者未委托代理人到场办理公证等严重违反法定公证程序的情形，可能被法院裁定不予受理、驳回申请或不予执行。虽然当事人可以依据《公证法》第四十三条要求公证机构及公证员对其过错导致的损失承担赔偿责任，但这毕竟是救济措施，也可能还需要通过诉讼解决，徒增当事人的诉累。因此，为避免发生此等情况，笔者建议在办理强制执行公证业务时应尽可能选择办理强制执行公证业务经验丰富的公证员，并且委托经验丰富的律师参与到公证工作中，对公证书、执行证书的内容和出具程序及时提出意见，确保强制执行公证的目的能够圆满、顺利地实现。

风险三 公证债权文书的内容与事实不符

强制执行公证程序的便捷高效是建立在一方当事人放弃部分程序性权利的基础上的。当事人放弃了通过法院两审终审的诉讼权利，而由公证处代为对债权的真实性、合法性等进行审查，并出具执行证书由法院执行。而公证处并非司法机关，其在程序、实体上对当事人的保障都不如司法机关，如果公证债权文书的内容与事实不符，进入执行程序，势必会导致被执行人权益受到损害。所以《公证强执规定》赋予了当事人此种情形下的诉权，如果确有证据证明公证债权文书的内容与事实不符，法院将判决不予执行。

如（2020）陕民终563号案件中，公证处对于当事双方的资金往来情况没有进行严谨的核实，导致如果按照其出具的执行证书计算，双方开展融资的年化利率将高达79%。因此被执行人提起诉讼并举证证明已经偿还了大部分欠款，执行证书上所载明的欠款金额与事实不符后，法院据此判决不予执行。

再如，（2017）吉执复1号案件中，法院根据另案刑事判决中查明的当事人存在的以他人设备进行虚假抵押、重复抵押的问题，认定公证债权文书中记载的当事人以自有设备进行抵押担保的内容与事实不符，并据此对公证债权文书不予执行。

还如，（2014）高执复字第20号案件中，法院认为公证债权文书存在三项与事实不符的情形。首先，赋予强制执行效力的文书是《融资合同》和《抵押合同》，《融资合同》约定具体业务合同与该合同不一致的以具体业务合同为准，双方又在《融资合同》项下签订《借款合同》并约定争议解决方式为诉讼，公证处在不知悉《借款合同》对纠纷解决方式有特别约定的情况下出具执行证书，客观上与双方特别约定的争议解决方式不符；其次，执行证书将不是《融资合同》、《抵押合同》当事人的主体列为被执行人没有事实根据和法律依据；第三，执行证书债务人和担保人的责任混在一起表述，造成各方责任范围不清。因此，法院对公证债权文书不予执行。

防范措施

诚信原则是民事主体从事民事活动应当遵循的根本原则之一，以事实为依据也是人民法院审理案件的根本原则

之一，所以当事人应当坚持诚信原则，如实向公证处、公证员提供相关材料，对于公证员在办理公证债权文书及执行证书的过程中出现的事实性错误应及时指出并提供相应材料予以纠正，避免出现公证债权文书的内容与事实不符的情形。

此外，实践中更为常见的情形是，由于所签订合同的部分条款约定不是非常清晰，导致争议产生后各方对相关条款的理解存在偏差，而申请执行人往往会按照最有利于己方的解释方式申请出具执行证书。如果此种解释的事实依据并不充分，则可能面临被债务人以公证债权文书的内容与事实不符为由诉至法院并被裁定不予执行的风险。因此，当事人在办理强制执行公证业务时，应当对基础法律文书的条款内容进行仔细审查，避免可能存在的歧义、不清晰和不明确，必要时可聘请律师对协议进行审查。如在出具执行证书阶段发现公证债权文书的内容存在约定不明等问题，当事人可能需要放弃部分实体权利，以最有利于被执行人的解释方式主张权利，以此降低被裁定不予执行的风险。

风险四 公证债权文书的内容违反法律强制性规定

《民法总则》第一百四十三条将“不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗”作为民事法律行为有效的条件进行了规定。《合同法》第五十二条也规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。所以，如果公证债权文书的内容违反法律强制性规定，那么在其自身效力存疑的情况下，依据其出具的执行证书的效力也将存疑，强制执行的基础则会丧失。

实践中最为常见被认定为内容违反法律强制性规定的情形就是利率过高。《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》（以下简称“《民间借贷司法解释》”）颁布后，24%的民间借贷利率成为是否受法律保护的一条红线。在诉讼程序中，如果约定利率超过24%，法院会按照24%的标准计算利息，对超过24%的部分不予支持。但是在强制执行公证相关案件的审理中，部分法院会简单粗暴的对整个执行证书不予执行。例如（2016）京

执监18号案件中，法院认为本案中当事人既约定了利率为同期银行贷款利率四倍的借款利息，同时又约定了按未还款金额每日万分之二计算的违约金，利息及违约金之和已经超过了银行同类贷款利息的四倍，即使申请执行人自愿放弃对执行证书所载违约金部分的执行亦不能否认公证债权文书的错误，且没有法律法规作为依据支持申请人“部分不予执行”的主张。因此对执行证书裁定不予执行。目前，这一问题在《公证强执规定》第十一条得到了明确，“因民间借贷形成的公证债权文书，文书中载明的利率超过人民法院依照法律、司法解释规定应予支持的上限的，对超过的利息部分不纳入执行范围”。

此外，实践中还有其他因公证债权文书的内容违反法律强制性规定被裁定不予执行的情形。如（2020）京03民终8334号案件中，法院查明当事人在2014年至2017年期间，向多个主体多次出借款项，金额从百万到千万不等，约定利息为日0.25%或月3%，其资金来源于其家族企业的经营，并认可从事放贷是为了获取经济利益，其出借对象具有不特定性，出借资金数额大、利率高，出借行为具有反复性、经常性，借款目的具有营业性，符合职业放贷的法律特征，即未经许可从事资金融通业务，应当认定相关借款合同无效，因此裁定对公证债权文书不予执行。

防范措施

合法合规是民商事法律活动的底线，民事主体在开展经营活动或是日常生活中都需要守法依规，民事法律关系的合法性是办理强制执行公证的基础。因此，当事人在办理强制执行公证业务前应当对相关业务进行合法合规性的审查，避免因公证债权文书的内容违反法律强制性规定而被裁定不予执行。特别是，法律法规处在不断更新中，这要求当事人应当及时对相关情况有所了解并按照新规定对相关业务的合法合规性进行审查。例如，前述民间借贷24%的红线就在2020年8月19日最高院颁布修订后的《民间借贷司法解释》中被调整为“一年期贷款市场报价利率（LPR）的四倍”。所以，如果当事人自身不具备相应审查能力，建议聘请专业律师进行相关合法合规性审查。



关于律师独立辩护的几个问题

■ 刘玲 / 文

刘玲律师简介

京都律师事务所合伙人，北京市律师协会刑事诉讼法专业委员会副主任，清华大学法律硕士研究生联合导师，司法部法律援助案件评估专家，最高人民法院民行案件咨询专家，《方圆》《法治与新闻》《法律与生活》特邀专栏作者，“法律读库”原创部落成员。



缘起

几个律师讨论案件，这是一起多人寻衅滋事案，被告人甲不认罪，但是辩护人小吴律师认为罪轻辩护对其更有利。小吴律师准备在甲不认罪的情况下，为甲做罪轻辩护，理由是“辩护律师有独立辩护权，”“我这是为了他好。”

那么，小吴律师能否违背被告人意愿进行独立辩护？律师独立辩护，独立于谁？律师独立辩护有无限制？独立辩护与忠诚义务如何平衡？

我们刑事律师对“独立辩护”都不陌生，有时会运用独立辩护为当事人争取最大利益，比如，当被告人认罪时，辩护人为其做无罪辩护。但是，由于我们对独立

辩护的原理、渊源缺少系统研究，很多人在认识上有盲区，导致在实务操作上常常产生分歧。

一、什么是独立辩护？

独立辩护一般是指辩护人特别是辩护律师，本着自己对事实和证据的了解和对法律的理解进行辩护，不受国家机关、社会组织和个人干涉。

刑事辩护和民商事代理不同，最大差异是，民商代理不得违背委托人意志和意愿，起到的是“传声筒”作用。刑事辩护则不然，辩护人具有独立地位，可以根据事实和法律独立提出与被告人不一致的辩护意见。辩护人维护当事人诉讼权益同时，还要担负一定的社会功能：在个案中作为制约力量与代表公权力的控方进行对抗从而帮助实现司法公正。

在一些国家，律师独立辩护被作为一项刑事诉讼制度运行。比如，德国律师在技术性问题上享有独自决定权，具有一定的独立性，类似司法的“辅佐人”，对国家承担一种间接职业义务。日本刑事诉讼法第41条规定：“辩护人，只有在本法有特别规定的情况下，才可以独立进行诉讼行为。”美国律师协会《职业行为示范规则》规定，“律师应当遵循委托人就代理的目标所作出的决定，应当就追求这些目

标所要使用的手段同委托人进行磋商。在刑事案件中，委托人就进行何种答辩、是否放弃陪审团审判以及委托人是否作证等事项同律师磋商后所作出的决定，律师应当遵守。”

通常认为，我国刑事诉讼法第37条和律师法第3条确立了律师独立辩护地位。全国律协《律师办理刑事案件规范》第5条对独立辩护规定更为明确：“律师担任辩护人，应当依法独立履行辩护职责。……律师在辩护活动中，应当在法律和事实的基础上尊重当事人意见，按照有利于当事人的原则开展工作，不得违背当事人的意愿提出不利于当事人的辩护意见。”

二、独立辩护，独立于谁？

美国法官皮尔斯（Pearce）在判例中曾指出：“辩护律师的独立性对于维护司法的尊严、确保司法的高效运转以及阐明事实至关重要。”辩护是一种防御行为，法律创设辩护人这个法律角色，就是让辩护人和被告人组成防御一方，与控方进行法秩序下的和平对抗。

法律赋予辩护人独立辩护权，目的是为辩护人的辩护排除外界干扰，独立履行辩护职责。机关、团体、组织、他人均不应对抗辩护人的辩护活动预先加以干预，以免使辩护工作受到干扰，使辩护人有后顾之忧而在法庭上不能畅所欲言。否则，辩护人的存在就成了不具有实质意义的摆设，远离了法律的创设初衷。

辩护人的独立辩护有两个层次，一是独立于机关、团体、组织、他人；二是独立于当事人（犯罪嫌疑人或被告人）。

我们律师对后者比较熟悉，而对前者思考不多，以至于遇到突发状况，一时找

不到依据，不能从容应对。例如，支付律师费的近亲属与被告人意见相左，律师听谁的？嫌疑人的工作单位找辩护律师，请他劝说嫌疑人认罪认罚，律师能否答应？开庭前有关机关让律师在被告人不认罪的情况下做罪轻辩护，怎么办？有关机关找到律所，让其解除和被告人的委托协议，怎么办？……

这些问题，实质都一样，均为机关、组织、个人干涉律师的独立辩护，侵犯了律师独立辩护权。对此，我们可以独立辩护权进行拒绝，还可用更直白地说：“我是当事人的辩护人，与你何干！”

三、独立辩护的边界

只要有合作，必定有分歧。被告人和辩护人在辩护目标上可能产生分歧，例如是做无罪辩护还是罪轻辩护。也可能在辩护方法、手段上产生分歧，例如，是否申请排除非法证据，要不要申请精神病鉴定。

合作伙伴产生分歧怎么办？谁主谁从？

先考察权利来源。被告人的辩护权系本原权利，辩护人的辩护权是由被告人的辩护权引出的权利，为派生权利。派生权利是为了落实和增设本原权利而设，当然不能无益反而损害本原权利，这是派生权利行使原则。所以，辩护人不能损害被告人的诉讼权利和其他合法利益。

再讲忠诚义务。很多律所挂着牌匾“受人之托，忠人之事”，强调律师的忠诚义务。维系律师行业的基石有两块，一是当事人对律师的信任，二是律师对当事人的忠诚。达玛什卡在《司法和国家权力的多种面孔》中指出：“律师必须按照当事人界定的方式去积极促进当事人的利益。”

再说诉讼结果。所有案件，被告人都是诉讼结果的直接承受者。辩护人若有失误，结果也由被告人买单。基于此，律师行业协会则通过法律、规范、指引等对律师执业进行严格约束。在美国，律师如果怠于履行辩护责任，被告人则以无效辩护为由寻求司法救济。

由此可知，律师的独立辩护要遵循三项原则：一是有利于当事人，二是遵守忠诚义务，三是遵守律师职业



规范。这也是律师独立辩护的边界。

四、独立辩护的实务操作

实务中，我们一般区分辨护目标和辩护手段。

在辩护目标上，做无罪辩护还是罪轻辩护，辩护律师和当事人会产生分歧。怎么办？如果被告人不认罪，辩护人只能做无罪辩护。否则，辩护人就成了“第二公诉人”，直接侵犯当事人利益。本文开头小吴律师的做法就是错误的。如果被告人不认罪，辩护人认为有罪，双方可以商定辩护人仅就事实和证据发表意见，如果不能达成一致，可以解除委托协议。

如果被告人认罪，辩护律师可以做罪轻辩护，也可以做无罪辩护。后者就是我们常说的“骑墙”式辩护策略。即，法庭上，被告人认罪，辩护律师进行无罪辩护。这种“骑墙”式策略的益处是，被告人以认罪换得从轻处罚，法庭不因辩护律师的无罪意见而否定被告人的认罪。

另外，还有一种两位辩护人“联手”策略，即，在被告人认罪情况下，一位辩护人做无罪辩护，另一位配合被告人做罪轻辩护。有学者认为这样做分散了辩护力量，说服力大打折扣。不过，考虑到我国庭审不区分定罪和量刑程序，辩护人只有一次辩护机会，这种“花开两朵各表一枝”的方法，可以将辩护意见悉数展示给法庭，给法庭两个选择机会，有利于被告人。

在辩护手段上，很多国家都给辩护人自主抉择的空

间，方便律师发挥专业优势和作用。不过律师常常苦恼与此，自己绞尽脑汁想出的锦囊妙计不被当事人接纳。

美国曾有一个让律师很郁闷的案例，被告人Kaczynski利用邮件向多位科学家发送炸弹而被指控杀人罪，辩护律师建议以精神障碍为辩护理由，但是，Kaczynski拒绝，认为这是对他人格的侮辱，最后被判死刑。此案引发争议，争论核心是律师应遵从当事人的意志，还是坚持“为了他好”？占据专业优势地位的律师，怎么平衡当事人的自主权和律师独立辩护权？

达玛什卡认为“律师应当作为当事人的坚定维护者”。罗伯特·戈登在其专著《律师独立论——律师独立于当事人》中指出：“尽管律师所提供的服务和技能可以有偿，但他们的人格和政治信念则不然……因为，律师的职业人格中还有为公共事业做贡献的成分。”两人所说都有道理，只是角度不同。

对于律师独立辩护这个问题，仍然需要进行深入研究。在实操层面，我们辩护律师只能在尊重当事人意志和律师独立辩护权之间小心翼翼地寻找平衡点。这是辩护中最棘手难题，也是对律师智慧的最大考验。

法律赋予辩护人独立辩护权，目的是为辩护人的辩护排除外界干扰，独立履行辩护职责。机关、团体、组织、他人均不应对辩护人的辩护活动预先加以干预，以免使辩护工作受到干扰，使辩护人有后顾之忧而在法庭上不能畅所欲言。否则，辩护人的存在就成了不具有实质意义的摆设，远离了法律的创设初衷。

刑事责任年龄调整路在何方？

■ 刘立杰 / 文

刘立杰律师简介

京都律师事务所律师，曾任京都律师事务所业务管理部主管，中国政法大学刑法学博士，原北京市法院首批入额法官，北京市某中级法院刑二庭原审判长，10余年法院刑庭工作经验，同时具有基层法院、中级法院、高级法院和最高法院（四级两审及死刑复核）工作经历，出版专业著作多部，在《人民法院报》《人民司法》《中国法律评论》《刑事审判参考》及香港《文汇报》《大公报》等发表专业文章40余万字，参与撰写的多篇调研报告曾获最高法院院长、常务副院长、审委会专委及全国人大常委会副委员长等领导批示，参与办理各类案件逾千起。



近年来，低龄未成年人实施严重犯罪的案件时有发生，未成年人刑责年龄调整问题引发社会公众广泛讨论。有公众呼吁要降低刑事责任年龄，也有人表示应“恶意补足年龄”。

2020年10月12日，针对未成年人刑责年龄调整问题，全国人大常委会法工委发言人臧铁伟在记者会上表示，刑法修正案(十一)草案二审稿拟“两条腿走路”，一方面在特定情形下，经特别程序，对法定最低刑事责任

年龄作个别下调；另一方面，统筹考虑刑法修改和预防未成年人犯罪法修改相关问题，在完善专门矫治教育方面做好衔接。

2020年12月26日，《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)由第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议审议通过，自2021年3月1日起施行。《刑法修正案(十一)》将刑事责任年龄的起点由原来的十四周岁，调整为十二周岁，相关修正内容为：“已满十二周岁不满十四周岁的人，犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任。”由此，未成年刑事责任年龄问题再次成为社会关注的焦点。

什么是刑事责任年龄？我国《刑法》对未成年人刑事责任年龄的规定有何问题？域外有何经验教训？未成年人刑事责任年龄调整路在何方？本文将结合刑法理论与司法实务，深入分析解读。

一、责任年龄的底层逻辑 ——责任能力

“没有责任就没有刑罚”，这是近代刑法的一个基本命题。详言之，即使某种行为违反了刑法分则条文的具体规定，给法益



造成了严重的侵害,但不能仅仅因此而对行为人定罪或者科刑。只有当行为人具有非难的可能性或可谴责性时,才能够依据刑法的有关规定对其定罪科刑,且对行为人判处的具体刑罚应当与对其的非难程度呈正相关的关系。这种对行为人的非难可能性或可谴责性即是刑法中的责任。

责任能力是进行责任非难所要求的行为人的能力,那么,以何种标准对这种能力进行判断,便成为责任能力发挥作用的现实基础。古今中外关于责任能力的判断标准,大体上经历了从较为主观、模糊、分散逐步发展到相对客观、精确、统一的过程,笔者将这一过程大致概括为三个阶段:

第一阶段,在早期人们认知不成熟、科学技术不发达、人口信息登记、查询制度不完备^[1]的条件下,人们往往根据当时的生产、生活习惯、常识、经验等来确定责任能力的判断标准。如我国西周时期的《周礼·秋官司寇·司厉》中规定,盗窃罪的犯人,“凡有爵者与七十者与未龀^[2]者,皆不为奴”^[3],就是以牙齿的发育状况来判断是否具有责任能力,而秦朝曾以身高作为责任能力的判断标准。^[4]在国外历史上,还有将是否拥有美德、是否结婚、是否携带武器等作为刑事责任能力判断标准的情况。^[5]

第二阶段,随着人们认知水平的提升,自然科学的发展,以及人口信息登记、查询制度的不断完善,责任能力的判断标准逐步从分散、模糊的经验或常识判断,向更为客观、精确的年龄标准靠拢。目前,几乎世界上所有的法治国家均将年龄作为判断责任能力的首要标准。联合国大会1985年11月29日第40/33号决议通过的《联合国少年司法最低限度标准规则》(又称《北京规则》)4.1条规定:“在承认

少年负刑事责任的年龄这一概念的法律制度中,该年龄的起点不应规定得太低,应考虑到情绪和心智成熟的实际情况”;1989年11月20日第44届第25号决议通过的《儿童权利公约》第40条第3款规定:“缔约国应致力于促进规定或建立专门适用于被指称、指控或确认为触犯刑法的儿童的法律、程序、当局和机构,尤应:(A)规定最低年龄,在此年龄以下的儿童应视为无触犯刑法之行为能力;(B)在适当和必要时,制订不在此类儿童诉诸的措施,但须充分尊重人权和法律保障”;联合国大会1990年12月14日第45/113号决议通过的《联合国保护被剥夺自由少年规则》也有类似的规定^[6]。可见,将年龄作为责任能力的判断标准,在国际社会已得到了普遍的认可。然而,直截了当地确定某一时间作为责任年龄的起点或终点的做法却是一种“粗略的法律规定”,“达到指定的年龄,个体就算成熟,足以作为成人履行社会职责并做出自利决定,……这种直接确定成年年龄的方法可能产生的一个影响是,那些足以胜任做出决定和履行成人职责的未成年人在法律上继续被视为儿童。”^[7]虽然上述问题的确是存在的,我们判断一个人是否具有刑事上的责任能力最为理想的方法也许是:通过对每一名行为人成熟程度进行具体的评估,来确定其是否具有辨认和控制自己行为的能力。但是,这样做的成本极高,程序繁琐,而且现有的技术水平和方法也无法保证作出的评估结果就是让人信服和满意的。所以,就像马克思所说的“金银天然不是货币,但货币天然金银”的道理一样,虽然“年龄天然不是责任能力的判断标准”,但由于年龄具有相对的客观性、准确性、科学性、可操作性、公平性等一系列适合作为责任能力判断标准的特性,于是“责任能力的判断标准天然便成为了年龄”。

第三阶段,随着现代医学、心理学、犯罪学等学科的不断发完善,人们对于未成年人这一特殊群体有了更加全面的认识,对于责任能力的判断,不少国家尝试以年龄判断标准为主,同时辅之以医学、心理学等方法对行为个体素质进行综合评估,并通过法律程序加以严格规范,使责任能力的判断标准朝着更加注重个性化和实质公正的方向发展。如德国《刑法》第19条规定:“行为人行行为时不满14岁时,不负刑事责任。”同时,

德国《少年法院法》第1条和第3条又分别规定：已满14岁不满18岁的少年，或者已满18岁不满21岁的未成年人实施的触犯《刑法》的犯罪行为，适用《少年法院法》；少年在行为时，心智发育已经成熟，足以认识其行为的违法性，且依该认识而行为的，应负刑事责任；少年在行为时由于心智发育尚不成熟因而不负刑事责任的，得对其进行教育；家庭和监护法官所命令之处分，少年法官同样可命令之。因此，在德国，14岁到18岁的少年，属于附条件的刑罚适格（bedingt strafmündig），或附条件的刑罚成熟（bedingt strafreif），亦即按照德国《少年法院法》第3条的规定，少年必须意识到其所犯的每一个可罚行为具有不法（辨认能力），同时，少年还必须有能力按此认识采取适当行为，即约束或控制其行动（控制能力）。^[8]倘若少年是否具备辨认能力或控制能力相当不明时，则可能必须寻求鉴定，即成熟鉴定（德国《少年法院法》第43条）。^[9]如果少年因为不成熟而缺乏上述能力，或该能力无法被积极证明时，则少年欠缺刑罚适格性。类似的规定还有《1995年澳大利亚联邦刑法典法令》，该“法令”第2章第7节7.1条规定：不满10周岁的未成年人对犯罪不负刑事责任。10周岁或者10周岁以上14周岁以下的人未成年人仅对其知道自己是错误的犯罪负刑事责任（关于未成年人是否知道自己是错误的问题，证明责任在控方）。

当然，判断刑事未成年人责任能力有无的标准还有医学上的精神病鉴定，但因该标准对于成年人与未成年人同样适用，并非属于刑法针对未成年人犯罪作出的特别规定，且该标准涉及医学、心理学等领

域的专业问题，故笔者这里不再就此标准进行阐述。

二、刑事责任年龄的划分

通说认为，刑事责任年龄（也有学者称之为法定年龄），是指刑法所规定的，行为人实施刑法所禁止的犯罪行为所必须达到的年龄；如果没有达到法定年龄，其实施的行为就不可能成立犯罪。^[10]笔者认为，我国刑法学上所研究的责任年龄，有狭义和广义之分，上述通说的观点系指狭义之责任年龄。广义之责任年龄，除包含狭义责任年龄的意义外，还指刑法规定的，作为减轻行为人责任之依据的年龄。因此，狭义的责任年龄，称之为犯罪年龄，广义的责任年龄还包括减轻责任之年龄。如无特别说明，本文所提之责任年龄均是从广义上加以研究的。

在人类社会漫长的发展演变过程中，年龄作为判断行为人责任能力的最重要的标准被世界各个国家所公认，但是具体将多大的年龄作为责任年龄的起点，以及责任年龄区间的划分，则与各个国家的自然、地理、人文、历史、经济等因素密切相关，同时还受到本国刑事政策的影响。因此，各国对于责任年龄的规定不甚相同，这种差异非但不是对年龄标准的否定，反而如实反映了生活在不同区域的人类发展特性，是年龄作为责任能力判断标准科学性的反证（参见下表）。

国家或地区的名称	各国刑法规定的责任年龄起点
尼日利亚	7岁
斯里兰卡	8岁
墨西哥 菲律宾	9岁
英国 澳大利亚 喀麦隆 新西兰 我国香港地区	10岁
印度 加拿大 希腊 荷兰 匈牙利	12岁
美国各州	7-16岁不等 (多数为13岁)
法国 乌兹别克斯坦	13岁
泰国 朝鲜 意大利 加拿大 韩国 俄罗斯 德国 奥地利 日本 蒙古 越南 保加利亚 西班牙 我国台湾地区	14岁



丹麦 芬兰 冰岛 挪威 瑞典	15岁
比利时 罗马尼亚 葡萄牙 阿根廷 我国澳门地区	16岁
巴西	18岁
委内瑞拉	18岁

不同国家或地区刑法所规定的责任年龄的起点

人的辨认和控制能力是在不断地学习、实践中逐渐获得的，而不是一蹴而就形成的，有学者用“散墨原理”^[12]对此进行了形象说明。然而，法律的确性和可操作性要求责任年龄的确定必须有准确的界限，于是相对正义的选择就是不把责任年龄确定为一个点，而是规定一个过渡区间，通过明确区间的年龄起点和终点，最大限度地反映未成年人逐渐具备责任能力的特点与过程，这是一种“模糊的精确”。关于责任年龄的划分，目前主要存在以下几种形式：

（一）两分制

不少学者将两分制又分为相对两分制和绝对两分制：相对两分制是将刑事责任年龄分为相对无责任时期和刑事成人时期；绝对两分制将刑事责任年龄划分为绝对无责任时期和刑事成人期两个阶段。^[13]但笔者认为，严格讲两分制应包括绝对的两分制，所谓相对的两分制其实是一种三分制的责任年龄划分形式。以多数学者介绍相对两分制时所援引的2004年修订以前的《土耳其刑法典》为例，该法当时规定，“凡行为时未满12岁的不起诉、不罚。但是，如这种行为属于可判处1年以上或更严重监禁的重罪，则法院审判长可根据公诉人的请求发布命令，将儿童送进受教育管理和监督的改造所，直至满18岁。凡行为时已满11岁尚未满15岁并缺乏辨别能力的，则不应受罚。但是，如果所犯行为属于应处1年以上或者更严重监禁的重罪，则适用前述规定。当违法儿童能够认识到其行为是一种犯罪时，应减轻惩罚。15岁以上为刑事成人期。”^[14]根据上述规定，部分学者似乎认为，土耳其刑法将责任年龄划分为两个阶段：一个是已满15岁的成年期，另一个已满11岁未满15岁的相对无责任时期。实际上这是一种误解，《土耳其刑法典》其实将责任年龄划分为三个阶段：一是不满12岁的绝对不

负刑事责任年龄阶段；二是已满11岁不满15岁的相对负刑事责任年龄阶段（只有行为时缺乏辨别能力才不负刑事责任，否则“当违法儿童能够认识到其行为是一种犯罪时，应减轻惩罚”，这类似于英、美国国家的“恶意补足年龄规则”^[15]）；三是已满15岁的完全刑事成人阶段。此外，由于两分法规定的年龄阶段较少，过于僵化，不能全面体现未成年人向成年人过渡时期的特点，现在采用两分法的国家已经越来越少。^[16]

（二）三分制

三分制有两种划分形式：一种是把责任年龄划分为绝对无刑事责任、相对无刑事责任和完全刑事责任三个阶段；另一种是将责任年龄划分为绝对无刑事责任、减轻刑事责任和完全刑事责任三个阶段。^[17]前者如1961年《新西兰刑法典》第21、22条的规定：禁止对不满10周岁的未成年人所实施的行为认定为犯罪；禁止对已满10周岁不满14周岁的未成年人所实施的行为进行有罪判决，但该行为人知道其行为是错误和非法的除外；已满14周岁的人是完全行为能力人，对犯下的罪行应负刑事责任；后者如1956年《泰国刑法典》第74至76条的规定：不满14岁的人不得处以刑罚；已满14岁不满20岁的人应从宽处罚；满20岁的人负完全刑事责任。

（三）四分制

即将刑事责任年龄分为绝对无刑事责任、相对无刑事责任、减轻刑事责任和完全刑事责任四个阶段。^[18]如《菲律宾刑法典》（2006年修正）第一卷第二章第12条及第三章第13条分别规定：不满9岁是完全不具有刑事责任能力的年龄阶段；已满9岁

不满15岁的为相对刑事责任能力年龄阶段；已满15岁不满18岁和已满70岁均为减轻刑事责任能力年龄阶段；已满18岁不满70岁为完全刑事责任能力年龄阶段。

此外，对于责任年龄的起点与减轻责任年龄之间的关系，美国少年司法学者富兰克林·E·齐姆林教授有如下精辟的见解：“一旦身心不成熟性与少年犯应受的惩罚相关，此间便成立一种反比关系，即行为能力界限确定的重要性和为保持罪犯应受谴责性与刑罚均衡的减轻责任的重要性之间的反比关系。某法律体系对儿童规定的刑事责任年龄越低，该体系因为减轻责任理念而减轻其刑罚就越为敏锐。”^[19]为了进一步阐明上述观点，富兰克林·E·齐姆林教授以美国关于精神疾病的刑法规定为例从反面进行了说明，他指出：关于精神疾病成为违法行为刑事责任免除事由，有两个相互冲突的标准。在非常严格的麦克诺顿规则（McNaughton standard）^[20]之下，相对较少的精神病人会得以免除刑事责任，因为该规则要求被告人在不能甄别其行为的非正当性的情况下，方能得以免除其刑事责任；而在更为宽松的杜伦规则（Durham rule）^[21]之下，更大比例的精神病被告人会得以免除刑事责任，因为只要其行为被确认为精神疾病所致，即可适用刑事责任之免除。^[22]如果严重精神疾病是一个与刑罚相关的道义该当性问题，那么，相对而言，麦克诺顿规则对于减轻责任的重要性更大——因为更为宽松的杜伦规则使更多的被告人免于刑事责任（包括大量最为严重的精神病被告人），排除精神病人刑事责任的标准越是严格，校准刑罚减轻的学说和程序就越为重要。^[23]同理，如果刑法采取两分制的方式，将责任年龄仅划分为绝对不负刑事责任的未成年人（假定以18岁为分界点，不满18岁的为未成年人）和完全负刑事责任的成年人两个阶段，那么，因为法律制度已经将不满18岁的人均排除在刑事责任年龄之外，所有不满18岁的行为人均不符合刑罚适用的条件，减轻作用在该体系中的重要性将会大大低于将年龄底线设置在11岁或者12岁的情况。未成年人“被认为适格于某些刑罚的年龄越小，基于身心不成熟之刑罚减轻法则的作用就越为重要。”^[24]

根据我国《刑法》第17条及相关条款的规定，笔者

认为，我国刑法中的责任年龄大致可以划分为四个阶段：

1、绝对不负刑事责任年龄的阶段

根据我国刑法第17条的规定，不满14周岁的人实施任何危害行为均不负刑事责任。但是，这并不意味着不满14周岁的未成年人可以为所欲为，因为：一方面，刑法第17条第4款规定，因不满16周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养；另一方面，对于不满14周岁的人实施的危害社会的行为，在客观上仍然属于违法行为，公民有权对其危害行为进行合法、有效的正当防卫。

2、相对负刑事责任年龄阶段

这里包含三层意思：第一，已满14周岁不满16周岁的人，只有犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，才应当负刑事责任，对于实施的其他危害行为不负刑事责任；第二，根据刑法第17条第3款的规定，即使实施了上述八类犯罪行为，该年龄阶段未成年人的刑事责任也应当从轻或者减轻处罚；第三，根据刑法第49条的规定，该年龄阶段的未成年人不适用死刑。

3、仅负从轻或减轻刑事责任的年龄阶段

这里也包含两层含义：第一，根据刑法第17条及“第十七条之一”的规定，已满16周岁不满18周岁，以及已满75周岁的人虽然对所有的犯罪均应负刑事责任，但依法得从轻或减轻处罚（已满75周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚）；第



二，对于该年龄阶段的未成年人不适用死刑，同时，对于审判时已满75周岁的老年人原则上不适用死刑。

4、完全负刑事责任的年龄阶段

根据刑法的规定，这一年龄阶段一般为已满18周岁，不满75周岁；但特殊情况下，对于已满75周岁的人，亦可不减轻其刑事责任。

三、刑事责任年龄的认定

（一）责任年龄的计算

如何科学、准确的认定未成年人的责任年龄对各国刑法界及司法实务部门而言都是一个有些“身不由己”的问题，因为该问题不仅涉及到刑法如何规定的问题，还涉及到国家的人口信息登记、查询等方面的问题。为了减少不必要的争执和司法资源耗费，国际条约及大多数国家或地区都建立了严格而翔实的出生证明制度。[25]在美国，针对未成年人的确切出生时间认定的难题，司法实践中多采用“日之不可分割规则”（indivisible day rule），只认定行为人出生日午夜12点为法律拟制出生时间，而不论其实际出生时间。[26]这实际上是一种有利于被告人的法律拟制。在我国，也有类似的规定，根据最高人民法院2006年1月23日实施的《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条的规定，刑法第十七条规定的“周岁”，按照公历的年、月、日计算，从周岁生日的第2天起算。同时，考虑到我国传统上（尤其是在广大农村地区）有按农历和虚岁计算年龄的习惯，刑法中还特别使用“周岁”的概念以示强调。

（二）责任年龄的司法认定

行为人的责任年龄既是重要的定罪依据，也是关键的量刑情节，必须依法查明。但在司法实践中，证明行为人刑事责任年龄的证据常常存在瑕疵或与其他在案证据存在矛盾，对此，应当穷尽一切调查手段，并结合在案的全部证据进行综合审查、判断，对于没有充分证据证明行为人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，应当根据有利于被告人的原则，依法推定其实施犯罪行为时没有达到相应法定刑事责任年龄。

司法实践中常见的年龄证据主要有三类：第一类是书证，包括出生证明、户口簿、身份证、公安机关出具的户籍证明、卫生防疫档案、学籍档案等；第二类是鉴定意见，主要是指依法对行为人所作的骨龄鉴定；第三类是言辞证据，包括被告人的供述、证人证言等。此外，还存在以物证、视听资料等形式出现的年龄证据，但极为少见，这里不作详述。上述证据中，又以公安机关的户籍登记信息（包括户口簿、户籍证明等）出现居多。

由于我国各地经济社会发展并不平衡，一些地方（尤其是偏远山区、农村）医疗条件有限，人口出生缺少相应的证明材料，加之地方户籍管理不规范，误报、漏报年龄的现象经常发生，从而给审判机关对行为人的年龄认定带来不小的困难。实践中，有关年龄认定的问题主要体现在以下四个方面：一是行为人以当地有以阴历填报出生日期的习惯为由，要求认定户籍登记上的出生日期为阴历；二是公安机关出具的证明材料与行为人的户籍登记信息存在冲突的情况时有发生；三是当事人提供的有关书证、证人证言等证据材料证明的内容与公安机关的户籍登记信息不一致；四是行为人身份信息不详，且骨龄鉴定对行为人犯罪时是否未成年存在正负差值的情况。对于上述问题，应当综合运用证据审查、逻辑判断、常识检验、科学鉴定等多种手段，去伪存真，依法对行为人的犯罪年龄作出合理认定。具体而言，对行为人年龄证据的审查判断应坚持以下原则：

第一，穷尽原则。即对行为人年龄证据的审查要穷尽一切司法调查取证的手段，通过建议补充侦查、委托有关部门协查、实地走访调查、进行骨龄鉴定等多种形

式，查找与行为人年龄认定有关的证据，最大限度地查明与定罪量刑密切关联的这一案件基本事实。

第二，公文性书证优先原则。这里的公文性书证，一般是指国家机关、企业事业单位、人民团体在法定的权限范围内所制作的文书，并以此文书作为证明案件有关情况的书证。具体到年龄证据上来讲，公文性书证一般包括公安机关的户籍信息材料、医院的出生证明、学校的学籍信息等。这类书证与其他证据相比，其程式及旨意均具有较强的权威性与可信性，因此在法律上也具有较强的证明力。另外，如果同一案件中存在多份内容不一致的公文性书证，则应区别不同情况加以认定：

(1) 以认定户籍登记信息为原则，以推翻户籍登记信息认定为例外；(2) 医院的出生证明与公安机关的户籍登记不一致的，如能够予以合理解释，应认定出生证明的效力高于户籍登记，因为出生证明是户籍登记信息的基础依据；(3) 没有出生证明的情况下，公安机关的户籍登记与医院的分娩病例或行为人案发前的学籍信息、疫苗接种登记等原始信息不一致的，应结合行为人的供述及其家属的证言，在能够得到合理解释的前提下，做出对有利于行为人的认定；(4) 公安机关出具的证明材料与户籍登记信息不一致的，原则上应按照公安机关原始的户籍登记信息来认定行为人的年龄，在公安机关依法说明理由，并对行为人的户籍登记信息依法做出修改后，可以结合在案证据，依照变更后的、与其之前出具的证明材料一致的年龄予以认定；(5) 村(居)委会、乡(镇)政府出具的证明材料如果没有加盖公安机关的户籍专用章，其证明力要低于公安机关出具的证明材料及公民的户籍登记信息，且一般要与其他证据结合起来综合判定其证明效力。

第三，原始书证优先原则。有关年龄认定的原始证据，一般形成于案发之前，且直接来源于客观事实，因此具有较强的证明力。但原始证据中的言辞证据，具有不稳定、不准确等特点，故其效力要低于原始书证。例如村(居)委会的原始户籍登记材料已经交给了派出所或者因时间久远而丢失，村(居)委会的当事者根据记忆写成书面证明材料并加盖村(居)委会乃至镇政府的公章，由于原始书证已经无法查找，故上述表面上看似

为书证的证明材料，实际性质为证人证言，属于原始言辞证据，其单独作为证据使用的证明力是较低的，基本不具有独立的证据价值。

第四，注重言辞证据与其他类型证据结合判断的原则。如上文所述，言辞证据(被告人供述、证人证言等)具有易变、模糊等特征，如果存在与其他类型的证据(如书证、鉴定结论)不一致的地方，原则上应以其他类型的年龄证据为准，其单独作为证据使用的证明力较低。但是考虑到我国一些地方客观条件所限、户籍登记混乱等因素，即使户籍登记信息完全可采，仍有可能在其生成阶段发生错误，因此如果结合其他类型的证据，能够相互印证补强，对公安机关的户籍信息形成合理的质疑，那么就可以采纳补强的言辞证据作为裁判的依据。如接生婆、邻居、同班同学出具的证言均证明行为人的出生日期系按农历计算，且经核实，当时当地确实存在按照农历填报出生日期的习惯，同时通过骨龄鉴定无法排除行为人犯罪时尚未成年可能性的，可依法推定行为人犯罪时尚未成年。

第五，存疑有利于被告人的原则。该原则是刑事诉讼法的基本原则，也是《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条明确规定的原则，即：对于没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，应当推定其没有达到相应法定刑事责任年龄。相关证据足以证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄，但是无法准确查明被告人具体出生日期的，应当认定其达到相应法定刑事责任年龄。这里需要注意的是，只有在穷尽一切司法调查手段，仍无法查清被告人的具体出生日期的



情况下，才能适用上述推定原则。

制度未动，理论先行。结合上述理论及实务两个层次综合分析，笔者认为，此次《刑法修正案（十一）》调整刑事责任年龄所采取的“两条腿走路”的思路是科学的（即一方面在特定情形下，经特别程序，对法定最低刑事责任年龄作个别下调；另一方面，统筹考虑刑法修改和预防未成年人犯罪法修改相关问题，在完善专门矫治教育方面做好衔接），但是在具体制度方案上，却存在两方面的问题：

一是在程序设计上，将已满十二周岁未满十四周岁并实施特定犯罪的未成年人是否负刑事责任，单纯交由最高人民法院核准，可能会存在一定问题。一方面，如上文所述，责任年龄的底层逻辑是责任能力，而责任能力的判断，既是法律问题，更是生理学、心理学和法医学鉴定范畴的问题，正如司法精神病的鉴定不应属于司法机关核准的范围一样，对特定责任年龄的未成年人是否应当负刑事责任的判断，也应当主要依据专门的鉴定机构作出的鉴定意见，而不是单纯从法律角度或者社会危害性角度进行审查判断。另一方面，经最高检核准追诉后，还应保障法院最终作出判断的权力，否则就可能存在检察机关核准追诉后，审判机关只能从证据、事实角度判决被告人有罪或者无罪，但无法从刑事责任能力角度进行实质审查，可能存在变相挤占审判权的问题。

二是在适用范围上，除“犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣”外，建议将严重的性犯罪（如强奸罪）也纳入刑事责任年龄调整的范围。笔者认为，上述犯罪都属于传统意义上的自然犯罪，从人身危险性和社会危害性的

角度分析，上述犯罪应当一视同仁，且从某种意义上来看，性自主权和尊严权，并不亚于生命健康权，刑法应当给予同等意义的保护。

综上，我国《刑法》及其修正案（十一）虽然在一定程度上解决了法律意义上的“未成年人”的责任年龄和责任范围判断问题，回应了部分民意，但却未充分尊重“未成年人”成长发育的客观规律，因为从生理、心理及社会学的角度看，未成年时期是一个界限不是很清晰的、持续发展的特定人生阶段，虽然目前的科学技术还不能准确测定每一个特定个体的未成年阶段，在法律上也不可能设置一个模糊的“未成年人”的概念，但是，设置一个符合绝大多数人类个体成长发育规律的缓冲期，并藉由法官一定的自由裁量权，在刑事司法上对处于未成年向成年过渡期的行为人予以“因人而异”特殊考察，无论从科学技术抑或立法技术的角度看，都具有现实的可行性。例如，《德国少年法院法》第105条规定：当对行为人人格之整体评价以及考量环境条件后，得出其于行为时之道德与精神发展，仍处于少年状态；或按照行为之种类、情况或动机来看，系属于少年过错行为者，少年法院对于已满18岁不满21岁的人适用实体少年刑法。《德国少年法院法》第106条同时规定：已满18岁不满21岁的人因犯罪行为必须适用普通刑法的，如其刑罚为终身自由刑，法官可判处10-15年有期徒刑。

受上述域外法的启发，笔者建议将《刑法修正案（十一）》中的相关条文修改为：已满十二周岁不满十四周岁的人，犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣，或者犯强奸罪，情节恶劣，经专门的司法鉴定机构鉴定，认为行为人在行为时具有相应责任能力的，经最高人民检察院核准，可以提起公诉。人民法院依法作出判决。

最后，在我国目前的社会经济基础和司法能力水平之下，既要满足公平正义的要求，回应民意，又要体现一定的司法效率和效果，在总的责任年龄划分框架下，“经特别程序，对法定最低刑事责任年龄作个别下调”同时“完善专门矫治教育制度”也许是不得已而为之的较为稳妥和现实的办法——因为在这个世界上，并没有一劳永逸的理想方案，有的只是接近理想的现实平衡。

引用及注释:

[1]虽然早在公元前2200年的原始社会时,我国就已出现“人口普查”的萌芽,如《史记》记载“禹平水土,定九州,计民数”,说的是大禹为治水而进行人口调查,至西汉时期已经有了较为详细的“人口普查”记载(如《汉书·地理志》),但在调查的项目、内容、精确程度等方面仍存在着诸多问题。同时,限于客观条件,执法者不能及时有效地对犯罪人的身份进行核实,也是当时无法将年龄作为判断刑事责任能力的主要障碍之一。

[2]龇(chēn),指换牙。

[3]参见周密:《中国刑法史纲》,北京大学出版社1998年版,第88页。

[4]《秦简·法律答问》记载:“甲小未盈六尺,有马一匹自牧之,今马为人败,食人稼一石,问当论不当?不当论及偿稼。”又“甲盗牛,盗牛时高六尺,系一岁,复丈,高六尺七寸,问甲何论?当完城旦。”前者因身高不到六尺,不负刑事责任;后者身高已达六尺,应负刑事责任。

[5]参见姚建龙:《少年刑法与刑法变革》,中国人民公安大学出版社2005年版,第130页。

[6]《联合国保护被剥夺自由少年规则》第11条:(a)少年系指未满18岁者。应由法律规定一年龄界限,对在这一年龄界限以下的儿童不得剥夺其自由。

[7][美]玛格丽特·K·罗森海姆、富兰克林·E·齐姆林、戴维·S·坦嫩豪斯、伯纳德·多恩编:《少年司法的一个世纪》,高维俭译,商务印书馆2008年版,第133页。

[8]参见[德]Hans-Jürgen Kerner著:《德国刑事诉讼与制裁——成年刑法与少年刑法之现状分析与改革构想》,许泽天、薛智仁译,元照出版公司2008年版,第39页。

[9]有关内容参见Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, S. 68; Streng, Jugendstrafrecht, §4 Rn. 13 ff; 林东茂:《论西德少年法院之少年刑罚》,载《刑事法杂志》,1985年4月第29卷第2期,56页以下。转引自[德]Hans-Jürgen Kerner著:《德国刑事诉讼与制裁——成年刑法与少年刑法之现状分析与改革构想》,许泽天、薛智仁译,元照出版公司2008年版,第39页。

[10]张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社2011年版,第289页。

[11]参见储槐植:《美国刑法》,北京大学出版社2005年版,第67页。

[12]参见姚建龙:《少年刑法与刑法变革》,中国人民公安大学出版社2005年版,第130页。

[13]参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第259-260页;赵秉志:《犯罪主体论》,中国人民大学出版社1989年版,第79-83页;沈玉忠:《未成年人犯罪特别待遇研究》,中国长安出版社2010年版,第90页;张忠斌:《未成年人犯罪的刑事责任》,知识产权出版社2008年版,第17页。

[14]马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第259-260页;张忠斌:《未成年人犯罪的刑事责任》,知识产权出版社2008年版,第17页。

[15]参见储槐植著:《美国刑法》,北京大学出版社1996年版,第91页;[英]鲁珀特·克罗斯、菲利普·A·琼斯著:《英国刑法导论》,查理德·卡德修订,赵秉志等译,中国人民大学出版社,第83页。转引自姚建龙:《少年刑法与刑法变革》,中国人民公安大学出版社2005年版,第138-139页。

[16]如1948年以前,《日本刑法典》采取的是两分制,1948年《日本少年法》颁布后,采用了责任年龄的三分制。参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第260页。

[17]参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年版,第260页。

[18]参见张忠斌:《未成年人犯罪的刑事责任》,知识产权出版社2008年版,第19页。

[19][美]富兰克林·E·齐姆林著:《美国少年司法》,高维俭译,中国人民大学出版社2010年版,第90页。

[20][美]富兰克林·E·齐姆林著:《美国少年司法》,高维俭译,中国人民大学出版社2010年版,第70页注释部分。

[21]该规则规定:“如果被告人的非法行为是精神疾病或精神障碍所致,该被告人不负刑事责任。”[美]富兰克林·E·齐姆林著:《美国少年司法》,高维俭译,中国人民大学出版社2010年版,第71页注释部分。

[22][美]富兰克林·E·齐姆林著:《美国少年司法》,高维俭译,中国人民大学出版社2010年版,第69-72页。

[23]参见[美]富兰克林·E·齐姆林著:《美国少年司法》,高维俭译,中国人民大学出版社2010年版,第69-72页。

[24][美]富兰克林·E·齐姆林著:《美国少年司法》,高维俭译,中国人民大学出版社2010年版,第72页。

[25]张鸿巍:《少年司法通论》(第二版),人民出版社2011年版,第179页。

[26]Marsh, Toni.(2007). Juvenile Law. Clifton Park, NY: West Legal Studies. P.5.转引自张鸿巍:《少年司法通论》(第二版),人民出版社2011年版,第179-180页。



透过直播的“热闹”看“门道”

——涉MCN的合同纠纷法律分析

■ 陈宇 冯濂 薛茹月 / 文

陈宇律师简介

京都律师事务所高级合伙人。深耕民商事、刑事案件十几年。运用金融与资本市场、TMT、知识产权等领域的大量法律服务经验，为企业治理结构设计、规范运营、公共关系管理及危机处置提供综合法律服务，避免企业、股东及高管承担企业经营过程中出现的民商事赔偿、行政处罚、刑事控诉等风险。



冯濂律师简介

毕业于西南政法大学，执业期间处理过多起诉讼案件，包括民间借贷纠纷、合同纠纷、劳动仲裁等多个类型案件。服务过多家顾问单位，依据各个不同企业的特点及行业类型，制定不同法律服务方案以及风险防范机制。曾参与多个新三板挂牌项目，帮助公司完成上市辅导、股份制改造、制定股权激励方案、挂牌上市以及挂牌后公司证券法律服务。



“MCN”很陌生，但经纪人或经纪公司却耳熟能详。“主播”“网红”“直播”等亦是当下最流行的热点名词，它们与MCN联系密切。不论是引爆一波波直播热潮的李佳琦、薇娅，还是轰轰烈烈发展的游戏平台、短视频平台主播秀，大家都在看着直播的“热闹”。但从专业角度看，除了“热闹”之外，这一新兴行业的“法律门道”更值得研究和分析。

简单说，MCN实际上是近年来在传统经纪行业中衍生出的一种新的经济形式及领域，针对的主要是传统艺人、演员之外的一些网红、主播、直播等特定人群，但实际上两者的界限在实践中越来越模糊。下文将针对MCN及MCN的合同与传统经纪合同之间的区别及联系，对涉MCN合同的法律问题作研究与分析。

一、MCN介绍

(一) MCN现状

MCN (Multi-channel Networks)，意为多渠道网络，起初是内容生产者和YouTube之间的中介，最早打造此概念的美国MCN不涉及内容生产，只是将内容创作者联合起来建立频道，助其解决推广和变现问题。

我国MCN在原有的功能上进行了扩展，利用自身资源为网红提供生产支持、账号运营等专业化服务。简言，MCN是一类中

介，它将网红、主播、直播联合在一起形成矩阵，上游对接优质内容，下游寻找推广平台变现。内容类型覆盖文字、图片、视频、直播等领域，分发渠道包括互联网社会化媒体、网络视频、内容资讯、电商导购等不同领域的平台，变现能力强且变现模式多元，包括广告收益分成、电商销售分成、流量分成、IP衍生品销售等。

近年，MCN数量保持高速增长，根据行业调查机构统计，2015年我国MCN数量仅160家，但截至2019年底况，MCN数量已经超过了20000余家。（详见图1）

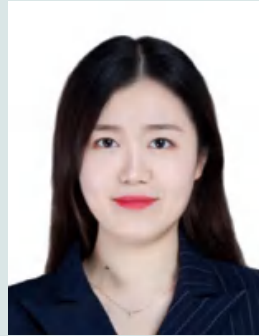
当前，随着MCN产业链在我国发展的不断完善，其在网红经济发展成熟过程中带来的助益也日益明显。对网红而言，MCN在内容创作、流量曝光、商业变现上的支撑最为关键。作为规模化的运营机构，MCN自身拥有的成熟创作经验、海量广告、电商资源及头部MCN巨大的影响力以及更高的议价能力，可以为网红带来更舒适便利的创作环境、更优质的商业变现机会、更频繁的曝光机会和更高的毛利率，最终提高网红内容变现的速度和效率。目前90%以上的头部网红都已签约MCN，未来MCN将成为网红不可或缺的“密切伙伴”。

（二）MCN面临的挑战

随着行业竞争的加剧，我国MCN的发展面临多种问题和挑战，例如生产过程中的创意匮乏、内容同质化、“红人出走”导致内容生产稳定性降低、缺乏孵化优质内容生产者的能力、后入场MCN的平台制作竞争难度等。根据下文的分析不难发现，其中人才的获取、留存及管理正成为MCN发展的关键一环，也对MCN自身的规范程度提出一定的挑战。

薛茹月律师简介

曾为政府、国企提供法律咨询服务，理论功底扎实、工作效率高，擅长综合运用行政、民商事案件的相关经验，以及国企、政府平台等的大量法律服务实践经验，接受自然人及企事业单位法律顾问的法律服务委托。



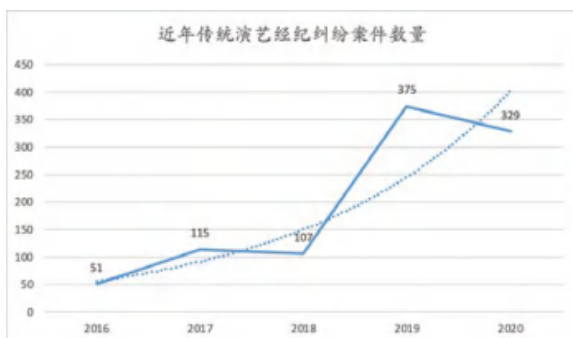
（图1）

二、涉及MCN纠纷法律数据分析

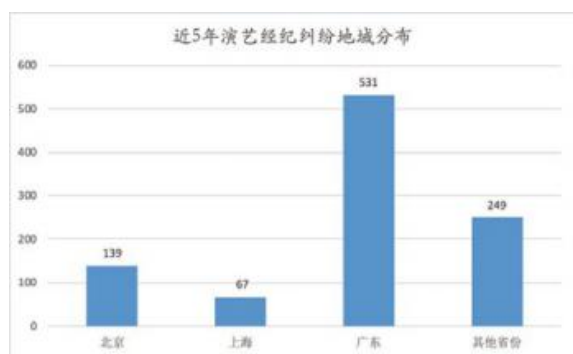
（一）传统演艺经纪纠纷与涉MCN纠纷地域和数量分析对比

1.传统演艺经纪纠纷法律数据分析

经中国裁判文书网检索“文化、体育与娱乐业”“演艺”“经纪”“合同”等关键词，自2016年1月1日起至2020年12月16日止，共有民事案件986起（需要注意的是有部分演艺经纪公司与艺人间的纠纷约定管辖为仲



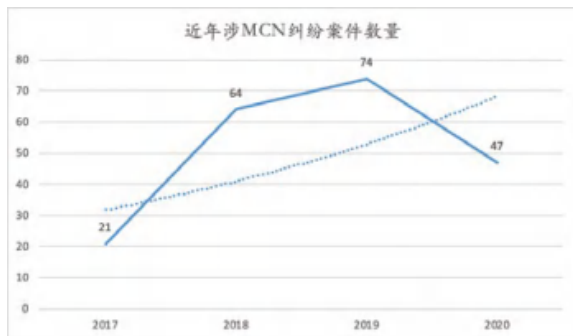
(图2)



(图3)



(图4)



(图5)

裁，因此不为本文所记载数量）。

在案件数量上，该类纠纷总体呈现不断增加的趋势，但2020年后，存在一定程度下降的情形。2019年全年传统演艺经纪纠纷案件达到375起，截至2020年12月16日检索数据显示，2020年期间有相关案件329起。（详见图2）

在案件地域分布上，北京、上海及广东作为我国一线城市及地区，案件量居多，其中更以广东案件数量最为突出。（详见图3）

2.涉MCN纠纷法律数据分析

在上述传统演艺经纪纠纷关键词检索基础上，增加检索“网红”“直播”“主播”“MCN”等关键词，自2016年1月1日至2020年12月16日止，共有民事案件206起（需要注意的是有部分MCN与网红间的纠纷约定管辖为仲裁，因此不为本文所记载数量）。依据检索结果，基于电商的快速增长，大量新兴MCN依托南方城市的成本与供应链优势迅猛发展，我国涉及MCN纠纷案件分布呈现近年来不断“南移”的趋势。（详见图4）

数量方面，MCN纠纷案件也同样总体呈上升趋势，但就2020年以来数据，存在一定程度下降情形。2019年全年案件总量达到74件，截至2020年12月16日检索时数据，2020年期间已有47件。（详见图5）

（二）涉及MCN纠纷的案由分析

从涉及MCN纠纷的206起案件案由分类情况可以看到，涉及MCN的民事纠纷中最主要的案由是合同纠纷，计155件，约占比75%；其次是知识产权与竞争纠纷，计22件，约占比11%；劳动与人事纠纷，计15件，约占比7%；适用特殊程序案件案由，计12件，约占比6%；人格权纠纷，计2件，

约占比1%。(详见图6)

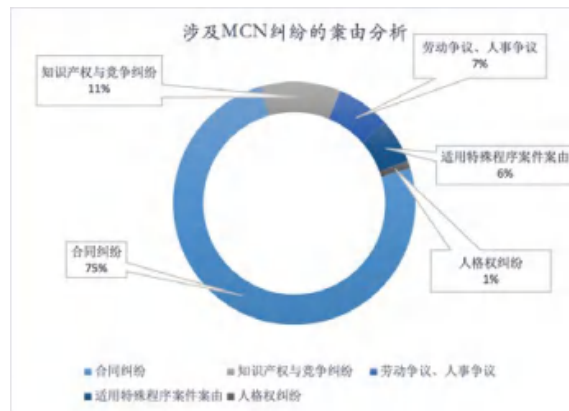
合同纠纷作为最主要、最普遍的纠纷类型，其主要表现为MCN与网红所签合同的履行纠纷、跳槽、网红擅自与第三方签约或承接演艺活动等；知识产权与竞争纠纷主要表现为MCN与其他传统经纪公司之间的信息网络传播权、著作权、商标权、作品放映权、复制权等侵权纠纷；劳动争议、人事争议主要表现为MCN拖欠主播、签约博主、网红及其他员工工资、费用或其他劳动报酬的纠纷案件；适用特殊程序案件案由主要表现为申请确认仲裁协议效力、申请撤销仲裁裁决等；人格权纠纷主要表现为网红、主播对MCN提起的侵害肖像权、名誉权纠纷。

前三类纠纷属于涉及MCN纠纷中最具有代表性，也是数量最多的案件类型，其中的合同纠纷则又是最能体现和反映出MCN相关行业特性及法律特性的案件类型，也是本文后续进行分析的重点。

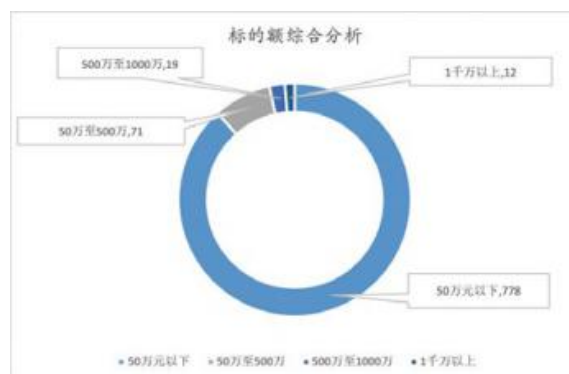
(三) 标的额综合分析

通过对传统演艺经纪行业与涉及MCN纠纷两种类型案件标的额的可视化分析，除去不涉及标的额的案件，共计880件。标的额为50万元以下的案件数量最多，有778件；50万元至500万元的案件有71件；500万元至1000万元的案件有19件，1千万元以上案件仅有12件。(详见图7)

综上，在案件数量上，传统演艺经纪合同与涉MCN案件虽整体呈上升趋势，但最近一年来均有一定程度的下降。究其原因一方面受新冠疫情的影响，另一方面也是因为目前越来越多的经纪公司或MCN转向选择仲裁方式处理纠纷，相对法院而言，仲裁机构对经纪公司或MCN的违约金



(图6)



(图7)

支持力度更高，也更加尊重双方当事人合同约定内容。

在案件类型上，与传统经纪公司纠纷案件相比，涉MCN案件中合同纠纷数量占比较多，标的额相对较小，一定程度上反映了近年MCN不断增多，大多数机构自身体系尚未成熟，在发展初期，对签约内容创作者、艺人、主播等的管控和约束能力较弱，随时都会面临旗下网红、主播、员工等被挖走的风险，致使MCN一方面浪费资源为他人做嫁衣，另一方面内容生产的稳定性得不到保障。故针对MCN涉及的相关合同类纠纷，下文将简要作出相应分析。



三、MCN合同纠纷法律视角分析

通过上述检索数据分析，MCN涉及的法律纠纷涉及如合同、知识产权及人格权等多个方面，其中关于合同的性质、约定、履行及违约后的权利救济又是最为集中的一类法律纠纷。

(一) MCN合同性质的认定

关于合同性质的认定，是解决所有合同类纠纷的首要问题，也是最重要的问题。传统的经纪合同，一般定义是指演艺人员与经纪人或经纪机构所签订的，由经纪人或经纪机构为其提供包装、宣传、推介等服务，而演艺人员应当服从经纪人或经纪机构的安排，参与经纪人或经纪机构所组织和安排的演出活动等合同。《最高人民法院关于印发〈最高人民法院知识产权案件年度报告(2009)〉的通知》第28项中对于最高院(2009)民申字第1203号案件作出分析，确认了演艺经纪合同是一种综合性合同，关于演出安排的条款既非代理性质也非行纪性质，而是综合性合同中的一部分，不能依据合同法关于代理合同或行纪合同的规定孤立地对演出安排条款适用单方解除规则。经过长时间的司法实践，目前大部分传统经纪合同属于无名合同，含有委托、劳动、行纪和居间的综合性的权利义务，但也有部分因条款特别约定，可认定为委托合同、劳动合同、居间合同等某一特定类型的有名合同。

而网络直播是互联网产业中的新兴产业，我国《合同法》尚未对网络主播或网红等人员与平台公司签订的网络直播经纪合同，也就是我们所说的MCN合同的性质予以明确。但司法实践中，综合分析不同纠纷的司法判例，目前在主要存在四种类型：

1. 签约双方属于委托关系，合同属于委托合同

基于诸如“MCN公司接受主播的委托，在合同期内全权代理主播从事涉及网络直播平台有关的商业或非商业活动”等表述，使得部分涉MCN合同被认定为委托合同。除了MCN合同中一般约定的经纪公司负有的包装、培训、宣传等义务及主播服从经纪公司安排从事演艺活动之义务等内容，这类MCN合同往往还表明

MCN“全权代理”“受托处理”主播的相关事务等内容。在此种模式下，依据合同法的相关规定，如认定为委托合同，则主播作为委托方，与被委托方MCN均享有任意的解除权，不利于合同持续、稳定的履行，而且也容易导致MCN前期投入的大量成本难以收回。当然，如属于直播行业中按次计算的委托活动或者短期的账号托管、运营等一般不具有长期性或稳定性的法律关系，该种合同方式对于双方而言风险均系相对可控，故MCN合同签订双方可根据自身需要，决定是否选择以委托合同的方式签约。

2. 签约双方属于劳动关系，合同属于劳动合同

这一观点是基于合同中主播与平台公司就酬劳、日常管理等事项的约定以及就竞业禁止等订立了类似行为救济的条款进行认定，也是实践中认定相对较多的类型。

劳动关系是双方当事人通过合意由劳动者一方提供劳动、用人单位一方给付报酬所形成的具有经济、人身及组织从属性的权利义务关系。劳动关系的核心是劳动的地点、内容、方式、过程以及在即便无工作但劳动关系仍然存续的情况下，还需受到用人单位的约束，约束的方式既包括规章制度，也包括具体的管理行为。此种合同情境下往往也会包含MCN公司负有的包装、培训、宣传等义务及主播服从经纪公司安排从事演艺活动之义务等内容。虽主播等作为劳动者一方只取得固定酬劳，看似风险相对较小，但因双方的关系适用《劳动合同法》的调整，MCN可能在某些方面会处于相对不利的位置，如因法律规定在劳动关系中劳动者只需履行提前30天通知义务即可合法解除劳动合同，解约后的违约金也仅限于服务期条款、保密条

款等的约定，而相反，如MCN作为用人单位，任意解除劳动合同，将面临着支付违法解除劳动合同赔偿金的负担。由此，MCN“留人”难度会进一步加大，且用人成本也相应增加。此外，在直播带货过程中，若出售商品涉及侵权纠纷的，如MCN与主播之间的合同是以劳动合同的方式签订，则MCN也无法避免地需承担相应法律责任。

3. 签约双方属于居间关系，合同属于居间合同

该观点源自合同中关于机构介绍主播商业合作机会等条款，MCN在此中关系中更多是充当“介绍人”“中介”的角色。依据居间合同的特点，居间人仅为委托人提供商业机会供其选择，居间行为之结果既不使委托人与第三人产生合同关系，也不使居间人与第三人产生合同关系。然而需要注意的是，MCN较之传统的居间方，不仅起到“牵线搭桥”的作用，大多还以自己的名义与第三方签订合同，机构获取的不是佣金，而是酬劳分成。故，偏向居间模式的MCN合同较之委托合同，对于每一笔酬劳抽成的约定往往更加明确，使得MCN合同签约双方之间能够保持较强独立性，前期的培养成本相对较少，更适合发展已经较为成熟的主播选择此种模式以制定合同。

4. 与传统经纪合同相似，属于包含多种权利义务关系的综合性无名合同

MCN合同签约双方约定由MCN提供包装、培训、宣传等服务为主播做推广及宣传，负责商务合作对接、品牌打造等事宜，提升主播人气，以MCN的平台吸引受众，主播则需要服从机构安排从事演艺活动。此类合同与传统的经纪合同存在一定的相似性，即同时具有委托合同、经纪合同、居间

合同、服务合同等特征，属于综合性无名合同。

综上，涉MCN合同因没有合同法上明确的法律规定作为参考，而更多的依据双方签订的合同条款对各自的权利义务进行约定及规制。前三种模式因自身条款特征突出约定，被认定为某一具体类型合同可能性较大，但实践中本身也各有利弊。MCN目前仍属上升期，市场上无论是机构方还是主播方，对于自身的发展定位都有所不同，此时，一份根据自身需求制定的、法律关系清晰、权利义务划分合理的涉MCN合同对于当事双方就格外重要。

（二）违约后的权利救济

不可否认的是，互联网直播虽作为一个新兴行业，但也具有极大的竞争压力，每个机构或主播都想在这个风口浪尖上收取一波红利，但随之而来的也是各种违约事件频发，如各种网络主播擅自跳槽、或是主播具有一定的流量后直接绕开MCN进行相应的活动等等。依据上文的分析，MCN合同大多属于一类包含多种权利义务关系的综合性无名合同，那么当主播与MCN之间发生纠纷或产生违约行为时，主要参考适用的不外乎合同中关于违约的法律责任约定，以及司法实践中法官对于该问题的自由裁量权。经过对于现有司法裁判文书的分析，违约后的救济方式在MCN与主播两方体现截然不同。

第一，关于主播或网红的救济方式

对于MCN而言，其承担的义务主要包括对于主播投入的各种资源，包括金钱、演艺活动、商业机会等各个方面，对于主播基本生活的负担，以及按时足额向主播支付相应的收入或酬劳等。此种情况下，如公司拒绝或延迟向主播支付相应的酬劳，或未能尽到为主播提供、接洽相应的工作机会或资源的义务，主播可主张相应的违约责任。该等违约责任一般对于未知的工作机会及资源较少提及，而主要是会要求MCN补齐已经产生的、未支付而应当支付的酬劳，并直接要求解约，除此之外，一般再无其他类型的违约责任。酬劳部分对应合同中的约定比例，相对而言较为容易确认数额，且普遍金额不会过高，此处不再赘述。



第二，关于MCN的相关救济方式

与之相对应，一般MCN与主播签订的MCN合同或经纪合同中也都具有一定约束主播的条款，包括对于公司安排活动的充分响应，不与该MCN以外的第三方产生直接的商务联系，再比如遵守公司相关制度、以及需通过公司进行相应的商业活动，由公司首先收取相应收入后再向主播进行分配等。在此情况下，主播或网红如发生违反合同约定的情况，如擅自在外接洽相关工作和活动，或私下取得收入后并未交由公司，MCN应当如何救济呢？一般而言，MCN的诉求主要由两部分组成，即“当下及时止损”与“事后损失赔偿”，具体分析如下：

1. “当下及时止损”，明确要求停止违约行为

“及时止损”其实是一种要求主播停止当下违约行为的消极方式，该种违约行为是指未来可能发生或正在发生的侵害行为，如主播或艺人未经公司许可擅自在外接洽相关工作和活动，或私下取得收入后并未交由公司等其他损害MCN利益的行为。鉴于网络主播的直播活动具有即时互动性和强烈的现场感，往往发生在某一时点，持续时间不长，且不一定具备连续性，但出现重复行为的频率较高，这种情况下，如已在提起相关法律程序过程中，可采取诸如行为保全等方式，如果是在判决之后仍出现重复的侵害行为，可通过强制执行措施予以威慑，但因执行手段普遍适用于所有案件且效果有限，不一定具有特别作用，也会因此增加了原告的维权成本、耗费司法资源，所以该等行为一般还需以后续的金钱赔偿予以弥补，也就是我们以下即将提到的“事后损失赔偿”。

2. “事后损失赔偿”，没收相关收入并支付违约金

“事后损失赔偿”顾名思义，是一种积极方式，要求主播支付相应的违约金及没收演出收入的违约责任。该种救济方式核心理念为损害赔偿，兼具惩罚性和补偿性。首先，关于演出收入的确定。根据举证责任分配原则，原告主张演出收入归其所有，应提供初步证据证明具体的收入金额或收入线索，否则应承担举证不能的法律后果。其次，关于违约金的数额。目前我国采用的是“补偿性为主，惩罚性为辅”的原则。当前已有的相

关案件中，一般要求的违约金数额都较为巨大，对于双方当事人在合同中所约定的过分高于违约所造成损失的违约金，或者极具惩罚性的违约金条款，人民法院一般会根据《合同法司法解释(二)》第29条规定：“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况，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，并作出裁决。当事人约定的违约金超过造成损失的30%的，一般可以认为《合同法》第114条2款规定的‘过分高于造成的损失’”，综合考虑网络主播的知名度、经济价值、培养成本，被告的违约情形、过错程度、合同履行期、继续履行合同的可期待利益，以及被告因违约所获收益等因素后酌情予以确定。此外，鉴于没收与他方合作所获收入和支付违约金在设立初衷、特点以及内容方面均具有重复性，二者存在一定程度的竞合，法院在判决时亦会对此因素予以考量。如著名的“鲍飞与广州斗鱼网络科技有限公司合同纠纷案”，被告鲍飞在合同期限内无正当理由单方解除与斗鱼等公司的合同，并前往第三人边锋公司经营的战旗游戏平台继续以“文森特”的身份主持游戏直播活动，该案由武汉市中级人民法院判决认定鲍飞行为构成违约，但最终酌定支持的违约金为450万元，远低于斗鱼公司要求的1500万元。

故我们建议MCN应当结合自身在主播培养上的综合投入、运营成本、预期利益的损失等各方面考量以确定违约金数额，更重要的是留存对于主播投入的金额、资源等各种形式的证据，以此争取增加在诉讼或仲裁中对于MCN实际损失以及违约金金额的认



定，而不建议盲目要求过高违约金。

（三）其他类型MCN与主播的纠纷

除上述常见的合同纠纷外，依据我们检索的情况及司法实践经验，涉及MCN的法律问题，还涉及诸如著作权侵权纠纷、侵犯他人人格权纠纷等，该等法律问题一般还涉及主播及MCN之外的第三人。还有随着“双11”“双12”购物节的购物热潮，面对大热的直播带货，其中又涉及广告法的相关规定、产品侵权责任，以及如何维护消费者的合法权益等因此引申的法

律问题，也都值得我们日后研究。

综上，MCN作为一个新兴行业，未来仍将有很广阔的发展空间，也将是接下来持续一段时间的热点，随之而来的也是不断引申的各类法律问题，这不论对于从业者、MCN，都既是机遇也是挑战。除了看“热闹”之外，更应该透过“热闹”看“门道”。因为网红、主播、直播与MCN并非天然站在对立面，如果二者能够在事前通过专业法律人士介入，做好风险规避措施，且在纠纷产生时能够及时、高效、妥善处理，则将在很大程度上缓和二者关系，促进每个参与者共创富有生机的新型互联网生态体系。^[1]



遗嘱见证的那些“坑”

■ 叶静 魏天颖 / 文

叶静律师简介

京都律师事务所律师，江西财经大学法律硕士，曾供职某基金公司担任法务经理；有多年从事新三板挂牌、定向增发、重大资产重组、投融资收购并购业务经验；现在主要从事与公司类业务相关的民商事诉讼业务，以及其他类民商事争议解决业务、刑事业务等。



魏天颖律师简介

京都律师事务所律师，台湾清华大学法学硕士。在加入京都律师事务所之前，曾供职于国家食品药品监管系统，从事与药品审评注册相关的复审、行政复议及诉讼等法律事务事宜。加入京都律师事务所期间，魏天颖律师深耕医药养老领域，为国家机关、事业单位及多家大型企业提供公司合规、并购重组及民商事争议解决等方面的法律帮助和服务。



“总是不知，意外和明天哪个先来”。根据《2019中华遗嘱库白皮书》数据显示，现今订立遗嘱趋向年轻化，不少年轻的“90后”们也开始加入订立遗嘱的队伍。有关遗嘱的纠纷，往往发生在遗嘱人去世之后，法定继承人对遗嘱存有异议，于是打起遗嘱是否有效的主意。因此如若一份遗嘱在订立过程中未严格按照相关法律法规的要求而出现瑕疵甚至导致遗嘱无效，由此影响到遗嘱继承人应得的利益，想必也违反了遗嘱人生前的遗愿。本文旨在梳理那些遗嘱见证中踩过的一些“坑”，帮助遗嘱见证人避免因见证失误而造成遗嘱效力问题并可能被委托人追责等不必要的麻烦。

法律规定

现行的《中华人民共和国继承法》第十七条规定了五种订立遗嘱的方式，分别为公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱。2021年1月1日生效施行的《中华人民共和国民法典》在此基础上增加了两种订立遗嘱的方式：打印遗嘱和录像遗嘱。

《继承法》和《民法典》均明确规定上述七种遗嘱订立的基本条件：

- 公证遗嘱：由遗嘱人经公证机关办理
- 自书遗嘱：由遗嘱人亲笔书写、签

名，注明年、月、日

· 代书遗嘱：应当有两个以上见证人在场见证，由其中一人代书，并由遗嘱人、代书人和其他见证人签名，注明年、月、日

· 口头遗嘱：前提必须是遗嘱人处于危急情况下，且应当有两个以上见证人在场见证。危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式立遗嘱的，所立的口头遗嘱无效

· 打印遗嘱：应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在遗嘱每一页签名，注明年、月、日

· 录音、录像遗嘱：应当有两个以上见证人在场见证。遗嘱人和见证人应当在录音录像中记录其姓名或者肖像，以及年、月、日

由此可知，遗嘱生效有严格的形式要件，不符合形式要件的遗嘱将可能被认定为无效。除公证遗嘱和自书遗嘱之外的五种遗嘱，有两名见证人在场见证成为遗嘱生效的必备要件之一。

相关案例

1. 不满足“两个以上见证人”

案例1（《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第10期）裁判要旨：原告王保富的父亲王守智与被告三信律师所签订代理协议，其目的是通过律师提供法律服务，使自己所立的遗嘱产生法律效力。三信律师所明知王守智这一委托目的，应当指派两名以上的律师作为王守智立遗嘱时的见证人，或者向王守智告知仍需他人作为见证人，其所立遗嘱方能生效。但在双方签订的《非诉讼委托代理协议》书上，三信律师所仅注明委托事项及权限是

“代为见证”。三信律师所不能以证据证明在签订协议时其已向王守智告知，代为见证的含义是指仅对王守智的签字行为负责，故应认定本案的代为见证含义是见证王守智所立的遗嘱。三信律师所辩称，关于指派张合一人去作见证人的决定，是根据王守智对张合的委托作出的，这一抗辩理由不能成立。

律师小提示：是否出具《见证书》盖律所公章并非是遗嘱见证有效的必要要件，有两名见证人且按照法律要求签字才是。

2. 不满足“在场见证”

案例2（案号：（2017）沪02民终10065号）裁判要旨：代书人负责对口述内容进行记录，记录内容必须全面、完整地反映遗嘱人的真实意思表示，不得加入代书人自己或他人的意思，即代书遗嘱应当场制作当场订立，符合时空一致性。系争遗嘱并非代书人在遗嘱人口述遗嘱内容时的当场记录，而是代书人根据自己的记忆在事后整理的版本，整理过程中也没有遗嘱人口述时的谈话笔录、录音录像等资料可供参考，并不符合时空一致性的要求，无法证明遗嘱系立遗嘱人的真实意思表示。且遗嘱应由遗嘱人签名确认，瞿某1、瞿某2与证人均未提供遗嘱人立遗嘱时无法握笔的证据，故遗嘱人仅在遗嘱上捺印并不符合代书遗嘱的形式要求。

律师小提示：当场见证完立马签署相关文书，“马后炮”无效。

受胁迫订立的遗嘱，不满足真实意思表示

案例3（案号：（2019）京03民终9478号）裁判要旨：梁某虽然提交了律师见证的代书遗嘱，但立遗嘱人刘某事后明确表示其在受胁迫情形下在不知具体内容的遗嘱上按印签字，因整个遗嘱见证过程中，未能反映代书遗嘱及见证的过程，进而导致无法核实刘某在代书遗嘱时的真实意思表示。且该时间段，正值立遗嘱人刘某住院治疗期间，相关医疗检查记录显示其视力水平低下，故一审法院认定《律师见证书》所见证的遗嘱不能被认定为刘某的真实意思表示，其应属无效。

律师小提示：见证全过程必须保留证据，防止遗嘱人事后“反水”。



是否出具《见证书》盖律所公章并非是遗嘱见证有效的必要要件，有两名见证人且按照法律要求签字才是。

律师建议

为确保遗嘱人所立遗嘱的有效性，订立遗嘱需完全符合实质要件及形式要件，缺一不可：

1、遗嘱人应当为完全民事行为能力人，无行为能力人或限制行为能力人所立的遗嘱无效。可以要求遗嘱人进行精神鉴定，尤其是年纪偏大的遗嘱人。

2、遗嘱是遗嘱人的真实意思表示，受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。订立遗嘱的过程应当全程录音录像，并确认遗嘱人是否自愿订立遗嘱。

3、遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额，否则可能导致所立遗嘱无效或部分无效。在订立遗嘱或作遗嘱见证之前，应当向遗嘱人确认其没有缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人，并做好记录。

4、遗嘱的内容必须合法，遗嘱人只能处分其自有财产，且不得违背社会公德和公共利益。见证人应当认真核实遗嘱人财产的合法性及其是否具备处分的权利。

5、代书遗嘱必须满足遗嘱人口述、代书人代书和见证人见证在同一个地点同一个时间同步发生，代书人代替遗嘱人书写遗嘱完毕之后，由代书人和见证人分别在遗嘱上签名，由遗嘱人签名并摁手印。

有些遗嘱见证人虽然有两个见证人见证，但是不满足“代书人及见证人分别在遗嘱上签名”这一形式要

件，代书人只在遗嘱上签名，而见证人在《见证书》上签名的遗嘱可能会被认定为无效。还有些遗嘱见证人均未在遗嘱上签名，只是在《见证书》上签名；或者均在遗嘱上签名，但两位见证人签署的都是见证人，而非一个代书人一个见证人。

6、录音、录像遗嘱的两名见证人应当在录音、录像中记录自己的姓名或者肖像，以及年、月、日，可以在录音、录像中报出自己的身份证号、遗嘱人的姓名及身份证号等。

另外需要注意，《继承法》第二十条规定：“遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准。自书、代书、录音、口头遗嘱，不得撤销、变更公证遗嘱”，即公证遗嘱的效力最高，不论公证遗嘱设立先后。而《民法典》第一千一百四十二条第三款规定：“立有数份遗嘱，内容相抵触的，以最后的遗嘱为准”，《民法典》删除了“不得撤销、变更公证遗嘱”，将遗嘱人最后设立的遗嘱为有效并可执行的遗嘱，也是对遗嘱人生前最后意思表示的尊重。✎

老酒

■ 杨大民 / 文

比我还老的酒
比你还老的酒
一起敬老友
感谢苍天厚爱
一起走过风雨
转眼十几春秋
崇学山庄依旧
桂林的山
海宁的水
资源的风景最美
那个少年
雨中跋涉
一个小时的倔强
才酿出今天的老酒

今天又是繁忙的一天
我早早坐在办公桌边
阳光穿过寒冷的空气
照在对面大楼的窗前

你必须面对冬天的现实
西伯利亚其实并不遥远
大风后的蓝天分外美丽
人类的语言冰凉的火焰

有人在用真诚洗脸
有人在挥霍理性的盛宴
有人心急如焚满头大汗
却发现通往春天的地铁
早已开出莫奈的火车站

■ 孟冰 / 文

城市里布满金属的围栏
味道刺鼻不是总能看见
一只猫懒洋洋地走过来
她的眼睛一只绿一只蓝

这就是个不那么确定的
世界
有人真的飞向了火星
有人在等待明年的玉兰

关于确定世界的不确定性

暖阳初冬季 温暖在京都 | 律师带你玩转八音盒



| 八音盒



| 老师讲解

12月4日中午，伴随冬日暖阳，京都律师事务所举办制作八音盒活动。

活动开始前，行政部的小姐姐们便将包装精美的八音盒和美味的茶点准备好，等待各位同事的到来。

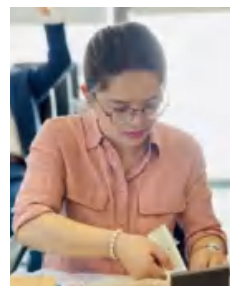
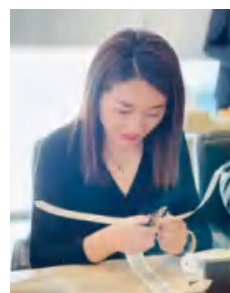
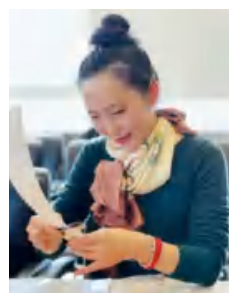
老师为大家讲解音乐制作过程，大家挑选出自己喜爱的乐曲音轨，纷纷拿起工具开始打孔。

会场氛围愉快温馨，大家相互之间用手机记录下各自的制作过程，摇动手柄，享受属于自己的八音盒音乐。老师提示大家可以将祝福写在音轨背后，作为独一无二的冬日礼物。

此次活动，律所的各位同事收获了精美的礼物，忘却冬日的寒冷，感受到的是京都所的温暖与贴心。



| 活动合影



| 调节音轨



《孤兰图》

作者 王九川
律师



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座22-23层
邮编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86-10) 57096000
传真：(86-10) 85251268
邮箱：info@king-capital.com

深圳分所

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

上海分所

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

大连分所

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

天津分所

地址：天津市河西区南京路39号
凯德国贸C座1009室
邮编：300200
电话：022-58963439
传真：022-28131519
邮箱：tianjin@king-capital.com

南京分所

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