

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2023/01

季刊 总第145期



京都律师事务所
King & Capital Law Firm



P70 风险与展望

——对集体土地政策、建设工程、网络微短剧及股权出资等多方面的法律探析

P65 特稿 / 中国律师进入发展期面临的三大问题

P100 京都论法 / 责令退赔的判决适用与执行实践问题

P109 京都论法 / 《反垄断法》配套新规出台，企业合规应关注哪些变化



像种子一样，一生向阳

杨斌

2023年的春天比以往任何一个春天都来得要早，这是三年疫情后的第一个春天。春回大地，万物复苏；春暖花开，生命依然。

就像电视剧《人世间》主题曲所演唱的那样“草木会发芽孩子会长大，岁月的列车不为谁停下。命运的站台悲欢离合都是刹那，人像雪花一样飞很高又融化……我们啊像种子一样，一生向阳，在这片土壤，随万物生长。”

2023年的春天里，西北政法大学刑事辩护高级研究院深圳分院揭牌仪式在深圳举行。名誉院长田文昌出席仪式并发表演讲《中国律师进入发展期面临的三大问题》指出，“中国律师前40年仅仅走过了一个生成期，那么40年以后的今天应该进入一个发展期。进入发展期以后，面临着三个重要的问题：一个是律师执业行为的规范化，另一个是律师执业技能的专业化，第三个就是律所管理的科学化”。

2023年的春天里，由京都律师事务所组织编写，田文昌老师主编的“刑辩律师三部曲”第一部《刑事辩护教程（理论篇）》正式由北京大学出版社出版发行。该书系统阐述了刑事辩护的历史演变过程、比较考察并解析刑事辩护的原理和理念，梳理立法沿革，明确在刑事诉讼的不同阶段和环节中，辩护活动的目的和任务。以及相关的理论和法律依据。

2023年的春天里，京都名师堂——京都刑辩实训研修班第一期北京站开讲。正式开启田文昌老师所倡导的以滚雪球的方式培训培训者，让接受培训的律师接下来再去培训其他律师。这样才能使中国更多的刑辩律师尽快得到业务技能的提升。

田文昌老师再一次强调“多年来，我们一直缺乏对律师执业技能的培训，还有很多人根本没有认识到技能培训的作用，以为只要把法律知识讲全了，学好了，就行了，这是个重大误解。正由于人们有这样的误解，不认为刑事辩护是一个专门的技能，所以把刑辩业务看得很低，视为不值得重视的低端业务。这种认识的根源，恰在于没有认

识到刑事辩护技能的专业性。很多人甚至认为刑辩最简单，谁都会做，以至于有些人大言不惭地在很多场合高喊，他做的是高端业务，如什么证券业务、涉外业务等等，好像加几个英文字母就变成高端了，加几个IT产业的标签就变成高端了。什么是高端？律师刑事辩护所维护的权利是人的自由乃至生命权，谁高端？那些资本权利，那些民事权利难道比人的自由权、生命权还高端吗？律师业务不应该分什么高端低端。法律服务都是平等的。刑辩是传统业务，而且是经久

不衰的业务。由于人们对刑辩业务的误解，导致刑辩业务的技能培训就更加被忽略。所以，我们要纠正这种误解，一定要认识到诉讼业务是一门专业的技能，而刑辩是诉讼业务当中难度最高、保护权益最重要的一种技能。刑辩律师执业技能的专业化水平和专业化发展，只有通过专业的培训才能进一步提升。刑事辩护不是熟练工，专业化才是提高辩护质量的必由之路”。

2023年的春天里，我终于完成一个心愿，将《田文昌谈刑辩》一书编辑整理好。沉甸甸的书稿我整理编辑了五年，但是田文昌老师却写了整整三十年。呈现出来的是文字，是刑辩理念，是刑辩方法，是刑辩技巧，是从理论指导实践，又从实践上升理论的刑事辩护经验。更是田文昌老师三十年如一日对刑事辩护事业的专注和对法治信仰的坚守。

就在这个春天，我邀请95岁的高铭暄老师、93岁的江平老师、93岁陈光中老师和83岁的樊崇义老师为《田文昌谈刑辩》撰写序文。四位法学泰斗，德高望重、仁者寿昌、耄耋之年，仍然为中国的刑事辩护事业呐喊助威。这些可亲可敬的法学大儒高瞻远瞩，所见相同。

正如陈光中老师在序文中所言：“一名资深辩护人对刑事辩护事业深深的爱，这份爱源于刑事辩护事业是一项尊重生命与自由的事业；是一项反对野蛮，拒绝暴力，捍卫权利，追求理性、文明与规则的事业。”

2023年的春天里，我们啊像种子一样，一生向阳，在这片土壤，随万物生长。





专业化、团队化、国际化、综合化的大型律师事务所

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	蔡景丽	金杰
朱勇辉	秦庆芳	王九川
公丕国	杨大民	肖树伟
刘铭	陈宇	吕志轩
张雁峰	梁雅丽	刘敬霞
陈东利	赵岐龙	牛支元
黄雅君	孙艳辉	褚长志
徐莹	张启明	王春军
刘玲	汤建彬	彭吉岳
牛星丽	唐利君	陈枝辉
关键	王在魁	王菲
李波	吴宇欣	张利宾
张永福	李志广	刘立杰
聂素芳	夏俊	臧德胜
任视宇	李秀梅	

主编 杨大民
编辑 盛晓丹 张纪宇
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 0411-81825666
南京分所电话 025-85231119
天津分所电话 022-58963439
海口分所电话 0898-36388787
重庆分所电话 023-81032077
郑州分所电话 0371-60165600
网址 www.king-capital.com
邮箱 info@king-capital.com

目 录

卷首语

像种子一样，一生向阳 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

中国律师进入发展期面临的三大问题 田文昌 / 65

封面主题

风险与展望——对集体土地政策、建设工程、网络微短剧
及股权出资等多方面的法律探析

集体土地租赁住房政策及前景分析 秦庆芳 范颖慧 王嘉曦 / 71

工程质量不合格是否必须修复

——兼议民法典时代建设工程质量纠纷案解决路径 吴欣荣 / 77

农村集体经营性建设用地入市试点现状及全面推行的困境与展望 吕岩 / 81

网络微短剧法律风险及规制 常莎 李文佼 杨皖湘 / 84

挂靠的识别及挂靠情形下的权利主张 牛明辉 / 88

“谁是股东未届出资期限转让股权的出资义务主体？”

——兼论《公司法（修订草案二审稿）》第88条的法理基础 方葳 / 92



追求卓越 不负重托

民宿的法律风险探讨 陈子容 / 96

京都论法

责令退赔的判决适用与执行实践问题 梁雅丽 傅庆涛 / 100

“《公司法》修订草案二审稿”研习——核心修改内容及解读 马钊 / 105

《反垄断法》配套新规出台，企业合规应关注哪些变化 金毅 / 109

提供账户帮助“洗钱”，是否成立“掩隐罪”？ 徐伟 何顺琪 / 113

京都实务

一起重大“涉黑”案件的刑辩纪实 马慧雯 / 116

单位行贿罪与行贿罪界分之实务研究 夏俊 / 124

律师·生活

“最美评论员”浅记 刘铭 / 131

律·诗

我就是个诗人 杨大民 / 135

京都律师

封面题字 江平



2022年第4期
总第142期 季刊

业绩

游企涉侵商秘重案律师接力无罪之辩
——一场“公安撤案”的京都式辩护

| 金杰律师



| 潘南宇律师



| 李嵩律师



| 周文达律师



| 刘记辉律师



| 杨文律师



| 李亚飞律师



| 冯源律师



| 严梅婷律师



| 张学信律师

2023年新年前夕，某网络科技有限公司的实际控制人×某某，收到了江苏某地公安机关送达的撤销案件决定书。随后，公司和×某某个人被冻结的资金和房产得以解封，交纳的两千万的“退赃”如数退还。至此，×某某及所在公司涉嫌侵犯商业秘密，这起涉案金额上亿元的重大案件，历时近一年，终于画上了圆满的句号。看到这份撤销案件决定书，作为本案担任辩护的京都律所金杰律师和京都南京所潘南宇等十名律师，既欣慰又感慨，感慨之余，不禁让人想起辩护

中的曲曲折折。

2015年，一款名为《王者荣耀》的手游横空出现，直接席卷全国，在年轻人中掀起一片狂潮。自此，端游市场走向没落，而手游市场却迎来了蓬勃发展。

本案的主要当事人之一×某某，原为一家游戏公司的合伙人，也是多个爆款手游的创始人，更是我国游戏领域一位不可多得的游戏软件研发的技术人才。

有着创新想法的×某某离开原供职公司，独自创立了一家新的游戏公

司，专门开发手游，成为这家公司的实际控制人。随后，一款与众不同的新手游很快上线。因体验感新奇，一经上线便赢得了年轻人的喜爱，在商业运作上，该款游戏获得巨大成功，获利颇丰，每年流水以亿为单位计算。然而，市场的竞争是客观存在的，涉及相关市场竞争的民事诉讼也不可避免，但毕竟属于民事诉讼，结果如何自然有法院裁决。然而，让企业没有想到的是，随着民事诉讼的角逐升级，一场刑事诉讼毫无征兆的突然降临了。



业绩

一、突遭查封，高管被拘

2022年6月份的一天，公司员工像往常一样各司其职，突然公司办公室闯入多名公安警察，以涉嫌侵犯商业秘密罪，把公司高管等近十名骨干员工带走讯问，并冻结了公司账户亿元资金。一瞬间，没有经历过刑事侦查的公司及员工陷入恐慌之中，命运逆转，人心惶惶。

原来，来公司“带人”的警察正是来自江苏省某市的公安机关，理由是×某某等人在新公司设计手游时使用了某竞争公司的代码，涉嫌侵犯商业秘密构成犯罪，涉案金额数十亿元，先后有七名高管和技术人员骨干涉嫌本案被传唤和拘留。公司立刻陷入巨大危机，经营停止，资金冻结，包括涉案×某某的个人资金和不动产，均被公安查封冻结，随后还勒令×某某“退赃”两千万。紧急之下公司立即委托当地律师向办案机关提出管辖异议，但几经周折均被办案机关和检察机关驳回。如何应对刑事侦查？如何让公司和高管尽快解脱困境？如何尽快恢复公司正常运营？避免经营损失？公司实控人×某某焦急万分，经过咨询，×某某找到北京市京都律师事务所的金杰律师，商议委托代理刑事诉讼事宜。

为了尽快了解案情，作出准确判断，金杰律师与×某某等相关人员采取网上视频方式沟通情况。经×某某提议，还邀请田文昌老师参加网上案件沟通会，得到了田老师的专业指导。金杰律师经过深入了解和研判，认为×某某所使用的代码是来源于其

自行设计的其他款游戏，认定侵犯他人商业秘密的事实存在证据不足。为此，金杰律师认为，目前公安机关立案的依据，就是根据委托鉴定机构出具的游戏代码相似度高的鉴定结论，但根据了解到的案件事实，办案机关委托的鉴定存在断章取义，为了立案需要做了检材不完整的鉴定。这样的鉴定结论不能完整反映游戏代码相似度问题，缺少证明效力，显然不能作为认定犯罪的依据。为此，金杰律师根据该公司涉案人员较多，工作量较大的情况，迅速组建了由杨文、李嵩、周文达、刘记辉律师组成的先期律师团队，并确定了无罪辩护的策略：尽快鉴定，釜底抽薪，强化沟通，辩护抢先。随后的事实证明，金杰律师与律师团队确定的辩护思路和采取的措施是正确的。

二、疫情影响、南京接力

京都律师介入案件后了解到，涉案公司与有竞争利益的一方存在几个民事案件，有些重要案件涉案公司即将胜诉。竞争方感到民事诉讼难以全部胜诉，为了达到竞争的目的，采取了刑事控告的方式，意图通过刑事手段解决民事问题。而公安机关接到刑事控告后，早在2022年年初的时候，就已经来公司进行了立案前的调查，但并没有引起涉案公司重视。直到6月份，办案机关突然出动20名警察到涉案公司采取传唤、查封等措施，导致公司人员措手不及。考虑到涉案公司已经有几名高管员工被公安机关刑事拘留带走，需要律师尽快赶赴远

在江苏某市的派出所，会见身陷囹圄的公司员工。但是事与愿违，北京却再次陷入疫情危机，导致北京去的律师因严格的疫情防控措施隔离受阻，无法及时赶到。但这是关键时刻，如果律师不及时赶到，就不能掌握最新的案件情况，也很难为当事人提供及时和精准的法律帮助，影响接下来的辩护节奏。对此，家属和公司都非常着急和焦虑，一时间，都感到很纠结。周文达律师提议，可以协调京都南京所的律师相助，这个提议与金杰律师不谋而合，随即与京都南京所的潘南宇联系，商请南京所派出了潘南宇、李亚飞、张学信、冯濂律师加入了辩护律师团队，还安排了张学信和严梅婷律师作为预备队，随时介入辩护工作。两地律师与当事人家属和公司人员保持沟通情况，随时解答法律问题，缓解了家属的焦虑和公司的担心。南京分所律师潘南宇、李亚飞、冯濂第一时间赶赴当地协同办案，京都南京分所律师的接力辩护，不仅解决了燃眉之急，也加强了辩护的力量。然而，辩护工作却一波三折。

三、权利受阻，据理力争

南京分所律师赶赴当地后，了解到当地公安局高度重视该案，视为当地特大侵犯商业秘密案，专门成立专案组，投入大量警力参与侦查，势必将本案打造成当地侵犯商业秘密的典型案。侦查机关的这种态势，也让京都律师感到了明显的办案压力，辩护工作也阻力重重。

1、要求会见，不被允许。本案辩

业绩

护开始的第一步就遇到了阻力。律师赶到当地后要求会见当事人，公安以没有进看守所，不具有设备条件等托辞不同意律师会见。律师这才发现公司员工竟然被羁押在公安局超过24小时，并没有及时送看守所，公安局此举无疑已经严重违法。

2、据理力争，仍然拒绝。潘南宇律师和李亚飞律师当即提出异议，要求公安，要么及时送看守所，要么允许律师会见，既不送押，又不同意会见，属于严重违法。但办理案件的警官无视律师意见，竟以疫情防控为由，称看守所暂不收押。律师又提出，既然不能送羁押场所，根据实际情况应当允许律师会见当事人，但仍然不被允许。潘南宇与办案人员多次沟通和交流没有结果。这时当事人家属和公司非常焦急，他们急需了解被拘留人的情况。由此看来，疫情显然已经成为当地公安拒绝律师会见的挡箭牌。

3、申请监督，公安妥协。金杰律师及时与前方工作的潘南宇等几位律师保持联系，随时根据情况的变化调整措施，为会见争分夺秒。金律师和潘律师等人都认为，疫情虽然由影响，但并不是不予会见的理由，这就是变相阻碍律师行使会见权。当即决定，立即向办案机关的上级机关和检察机关提交申请监督，纠正违法的书面律师意见，潘律师现地形成书面律师意见，往返于当地两级公安机关、检察机关等部门，反映情况，提出意见，坚持要求保障律师的会见权，为维护涉案人员的合法权益投入了全部

精力。

在京都律师的不断坚持之下，律师意见引起检察院的重视，接待的检察官与警方沟通后，指出了不予会见的违法问题，警方迫于无奈，终于将涉案员工送往看守所，律师也得以会见。专业的精准和辩护的执着，使得办案警官也半开玩笑的表示，“你们就是我们的最大对手”，但京都律师却认为，我们是法律共同体。但此后，办案警官也很尊重京都律师，金杰律师、杨文律师、潘南宇律师去侦查机关申请对公司和个人解除查封时，公安人员也以礼相待，对律师提出的问题，也耐心的予以解答。辩护工作按照事先的设想展开了。可见，程序辩护推进了实体辩护，也保障了实体辩护有效进行。

四、思路清晰，措施提前

本案涉及侵犯商业秘密，涉案的游戏代码是否存在统一性？相似度有多大比例？由于侵犯商业秘密案件专业性极强，很多高管员工就是业内专家，他们急需京都律师给出一个专业的判断。金杰律师接手案件之初，很快熟悉游戏代码是否相似的情况，与×某某和公司员工深入交流后，就明确的指出，×某某及公司设计人员使用了自己设计的代码源，用于商业运作的游戏代码与他人公司的游戏代码不存在侵犯商业秘密，不构成犯罪。金律师的意见，给了×某某和公司高管一个精准的法律专业判断，进一步稳定了涉案公司和涉案人员。但是这些专业性很强的问题，要想与办案机

关交涉，确定是否涉及犯罪，必须要有准确的司法鉴定报告，才能拿出有理有利的辩护意见对抗办案机关，对此，金杰律师与辩护团队认识统一。京都团队介入案件辩护之初，金杰律师就与涉案公司决策人商议，确定立即进行司法鉴定，一定要抢在审查批捕之前作出鉴定结论。于是很快就联系了北京专业的鉴定机构，由公司专业技术人员提供检材和样本，2022年6月16日，鉴定工作有条不紊的展开了。为了把鉴定做得更精准，更全面，以达到涵盖办案机关委托鉴定范围的目的，经金杰律师反复与公司 and 鉴定机构人员沟通和交流，解答问题，补充材料。2022年6月30日，鉴定意见书正式完成了，出具的鉴定结论，与金杰律师团队判断的完全一致，不存在侵犯商业秘密的问题，这就为无罪辩护奠定了坚实的基础。

五、辩护发力，动摇批捕

鉴定结论虽然出来了，但是何时提交才能达到一剑封喉的效果？这也是一个策略把握问题。侦查机关只给了涉案公司鉴定通知书，通知书里只有结论，没有具体内容。对此，金杰律师与团队律师分析到，根据当时与公安机关沟通的情况看，提交公安机关不一定会得到预想的效果，公安机关投入这么大的精力查处的案件，辩护人即使提交了不构成犯罪的材料，也不会立刻释放在押人员，还是在审查批捕期间提交最适合，毕竟检察机关没有先入为主，对案件的了解和认识上还具备一定的客观性。



业绩

随着拘留时间的增加，办案机关将被拘留人员提请检察机关审查批捕。潘南宇律师和李亚飞律师立即形成律师意见，运用已经作出的鉴定结论作为依据，加大了辩护力度，向检察机关提交了不构成犯罪，建议不予批捕的律师意见。兵贵神速，各位辩护律师第一时间来到检察院，与办案检察官第一次会面，信心满满地详细阐述无罪意见，并拿出辩方的鉴定意见，这也是从另外一个角度探寻办案检察官的观点。办案检察官在听取律师意见后高度重视，感到很有价值，便立即向检察长汇报后一同接待了律师。面对两位检察官，京都律师表示，由衷地希望检察院本着高度负责和专业的态度办理此案，严格区分罪与非罪，保障民营企业及员工的合法权益，考虑到定罪证据不足，建议对各位员工不予批捕。

辩护律师的无罪意见对检察官而言颇有压力，检察官表示会非常重视，要与公安机关沟通一下情况，还会召开检委会专门讨论。此后，各位律师一直与办案人员持续交流无罪意见，沟通信息，及时打消检察官的各种疑虑，并跟进检委会会议进展。终于，在审查批捕的最后一天，检察官传来好消息，检委会认同律师意见，认为证据不足，作出不批捕决定。×某某被传唤到公安后，询问了24小时，与其他多名涉案人员一同取保候审，走出看守所的公司高管人员，与远在千里之外的家人一同喜极而泣。律师的第二步关键辩护工作也取得了实质性的进展。金杰和杨文律师及时

赶赴涉案公司，提供法律指导，当晚的那顿晚餐，金杰律师与所有取保候审的高管员工敬酒，感谢他们在困难的时候，想到京都律师，看到他们解除羁押，取保候审，酸甜苦辣都在酒里。

六、力辩听证，公安撤案

取保候审不是最终结案，公安机关仍然表示本案构成犯罪。然而，京都律师们都明显感到，侦查机关有点强弩之末的趋势。为了实现无罪辩护的目标，金杰律师与潘南宇、杨文等团队律师准备了两套辩护方案。其一，坚持无罪辩护，力争检察机关不起诉。其二，申请检察机关合规不起诉。考虑到本案侦查机关的态度和投入人力物力较大的实际情况，让侦查机关撤销案件难度很大。实践中，常常是通过检察机关审查起诉的程序，来决定不起诉，也是对侦查机关移送审查起诉案件的监督和缓冲。根据最高人民检察院新颁布的合规不起诉文件规定，本案恰恰具备合规不起诉的条件，只要检察机关启动合规不起诉程序，引入第三方审计和评估，必然通过整改和规范企业经营，实现合规不起诉，进而达到无罪辩护的最终目的。于是，杨文律师立即起草了给检察机关的合规不起诉申请，准备了合规不起诉的相关材料。两套方案具备，只待公安移送审查起诉了。

然而，案件中的变数很大，有时是不以人的意志而转移的。几个月后，侦查机关向检察院移送审查起诉。金杰律师、潘南宇律师、杨文律

师在第一时间赶到检察院申请阅卷，但是检察院却迟迟未给出答复。甚至在此后的两个月，检察院却以没有受理案件为由，不接受律师的多次阅卷申请。为此，京都律师与检察官多次沟通，包括电话沟通、书面意见和去检察院当面交流意见，但得到的答复都是正在研究，让律师再等等。

这究竟是什么套路？一时间，让金杰律师和律师团队有点费解。根据《刑事诉讼法》第四十条的规定，自案件移送审查起诉之日起，辩护人即有权阅卷。这案件到了检察院这么长时间了，既不让律师阅卷，也不退回公安补充侦查，究竟是什么意思？面对这种复杂情况，一方面，京都律师有理有据地提示检察官此举系侵犯律师执业权利。另一方面，考虑到检察院可能认为本案不构成犯罪，一直未受理，便及时依据《人民检察院审查案件听证工作规定》申请组织召开听证会，通过听证会的方式，深入交换辩护意见。

果然不出所料。不久后检察机关通知京都律师召开案件听证会，为此，京都律师金杰、潘南宇和杨文提前赶到办案地。为了避免在听证会上与侦查机关分歧过大，尽量取得侦查机关对案件处理的趋同，金杰、潘南宇和杨文律师提前到侦查机关，与办案警官进一步交换意见和看法，双方进行了良性沟通。侦查机关也表示，听证会上各司其职，但也会尊重检察机关的决定。2022年11月3日下午，在检察院的主持下召开了侵犯商业秘密案的听证会，由侦查人员、辩护

人、人民监督员、控告单位、主要涉案人员和辩护律师共同参加。听证会两个议题，管辖问题和是否构成侵犯商业秘密问题。听证会上，面对侦查人员、控告方代理人的意见，京都律师有理有据地发表了无罪辩护的律师意见。京都律师认为，第一，控告单位为了选择案件管辖地，有意设立了空壳公司，人为制造案件管辖的连接点，不符合法律规定，依据类似案件的管辖规定，侦查机关没有管辖权。第二，根据权威鉴定结论，本案不构成侵犯商业秘密问题，当然也不构成刑事案件，建议侦查机关撤销案件。由于会前与侦查机关沟通良好，听证会上，发言理性，气氛平和，当地参

与本案的律师也派员参见听证会并发表意见。听证会结束后不久，公安机关即作出决定撤销案件，撤销案件决定书上表述：“…侵犯商业秘密案，因无权管辖，且现有证据未达到追诉标准，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百六十三条之规定，决定撤销此案。”

至此，×某某和该公司涉嫌巨额侵犯商业秘密一案，以公安机关撤销案件的方式画上了句号。这个句号，画得那样圆满，那样曲折，那样令人回味。担任本案辩护的京都所金杰律师带队的十名律师，召开微信案件研究会无数次，集思广益、献计献策，金杰律师、杨文律师、潘南宇律师、

李亚飞律师、冯濂律师等，不失时机的向司法机关提交证据和律师意见，多次往返北京、广州、厦门、南京和江苏的办案地，为公司和涉案人员不间断地提供法律帮助，陪伴他们度过了最困难的时期。

这是一次京都式的成功辩护，这是一次京都总所和南京分所律师密切协同，接力辩护的经典案例。这种无罪案件的罕见结案结果，既是辩护律师们的意料之外，也在法律规定之中。京都律师的辩护，坚韧不拔，辩护精准，抢占先机，一路走来，坎坎坷坷，也给人留下了许多思索，刑辩步履蹒跚，法治曙光在前！

京都所金杰、杨文律师代理刘某某母子敲诈勒索案检察机关决定不起诉

不久前，京都所金杰、杨文律师代理的刘某某母子涉嫌敲诈勒索案，经律师搜集新证据，申请侦控审辩四方勘查现场，法院审理后检察机关撤回起诉，作出不起诉决定。解除羁押走出看守所的刘某某，第一时间打电话给金杰律师，衷心地感谢两位律师作出的无罪辩护。

几年前，刘某某父亲承包了一处采矿地点，占用了自己使用的土地，也通过更换补偿的方式，占用了其他村民使用的土地。后因整合采矿资源，刘某某将承包的采矿点转让给了某矿业公司。转让合同约定了转让费用和采矿扩大占地的补偿问题。矿业公司支付转让费后，刘某某的父亲因病去世。矿业公司扩大采矿面积占用了合同约定的土地。刘某某的母亲周某某因体弱多病急需用钱，依据合同

多次找公司索要补偿，迟迟未能全部给付。周某某又多次跑到采矿作业点要求支付补偿，但均无人理睬，周某某一气之下，阻止铲车作业。矿业公司经过策划以周某某敲诈勒索报警。因刘某某曾同姐姐陪其母亲去矿业公司取过补偿款又开车送其母去采矿点索要补偿，警方以敲诈勒索罪对刘某某刑事拘留，对周某某取保候审。

金杰和杨文律师在刘某某被拘留后即介入辩护工作，经过会见和调查了解到，刘某某和其母周某某不构成敲诈勒索罪。周某某索要的是转让合同约定由矿业公司应当给付的补偿款，属于合法利益，尽管有阻止铲车作业的行为，但体弱多病的周某某对采矿作业并没有多大的实质性阻碍。刘某某仅仅是同姐姐陪母亲去矿业公司取过补偿款，开车送母亲到过采矿

点并没有敲诈勒索的行为。为此，金杰和杨文律师根据掌握的事实，立即向侦查机关提交了取保候审申请和证据不足不构成犯罪的律师意见，但侦查机关并没有采纳。案件很快提请逮捕，在审查批捕阶段，律师又及时向检察机关提交了不予批准逮捕的律师意见，进一步陈述刘某某不构成犯罪的理由。但检察机关也没有采纳辩护人的意见，对刘某某批准逮捕。

本案证据不足不构成敲诈勒索罪，为什么侦查和批捕机关坚持认定犯罪呢？金杰和杨文律师感到案件不是那么简单。为此，金杰和杨文律师对发案的背景进行了一番调查和认真梳理。从调查的情况分析看，矿业公司之所以没有全部支付补偿费，是因为刘某某的父亲去世了，详细补偿依据家属都不太知道，具体情况也说不



清楚，能赖就赖过去。矿业公司之所以要策划控告刘某某母子敲诈勒索，还有一个重要的原因，就是采矿也占用了其他村民的土地，始终有一部分村民也在找矿业公司索要占地补偿。为了对付村民，就以控告刘某某母子为突破口，企图通过刑事手段追究刘某某母子的刑事责任，达到杀鸡给猴看的目的，刘某某母子被采取刑事强制措施后，部分村民害怕被抓，一时间也不敢再去要补偿。

摸清了背景情况，金杰和杨文律师研究决定，一定要想办法搜集证据，争取用确凿的证据，强化无罪辩护的力度。同时也做好了辩护最困难的打算。因为在这种策划定罪背景下，也存在定罪处罚的可能性，毕竟周某某有阻碍采矿作业的行为，气愤之下提出的补偿数额较高。金杰和杨文根据刘某某介绍其父亲有个办事记录的习惯来判断，其父可能留下一些当年的记载，但这么多年能否还在谁也说不清楚。于是，金杰和杨文找刘某某的亲属反复追问，其父亲去世时都留下了什么东西，刘某某的亲属带金杰和杨文到其母亲周某某的住处，认真查找。功夫不负有心人，果然不出所料，在其父遗留的一个袋子里找到了当年承包、转让、占地、换地和补偿村民的签字收条及其他盖章的合

同等书证。这个重大收获让金杰和杨文喜出望外，这些证据不仅能够证明刘某某父亲当年转包的过程，也能够证明刘某某的母亲索要占地补偿是有根据的。同时金杰和杨文还结合搜集到的书证，又找当年的知情人和当事人补充了证人证言。尽管有些当年的当事人害怕不敢出证，但目前搜集到的新证据足以证明刘某某母子不构成犯罪。结合新搜集的证据，金杰和杨文律师又起草了新的律师意见，在审查起诉阶段提交给了检察机关。然而，没曾想案件不久就提起公诉，辩护的关键和困难阶段还是来了，看来法庭上要进行一场唇枪舌剑。

金杰和杨文照例做好准备，在一审法庭上，针对控方的证据，提出实质性的质疑，又运用新搜集的证据，全面否定了控方指控的事实。对于辩方的新证据，控方除认为没有核对，对真实性有异议外，没有提出实质性的否定意见。鉴于辩方提出的新证据，否定了控方起诉的事实和定性，检察机关和侦查机关并没有复核，法庭只好休庭，建议检察机关复核后再开庭。第一场辩护，辩护人占据了主动，也明显影响了法庭。第二次开庭，辩方的新证据虽然经过侦查机关复核，但并没有提出否定的证据。庭审中，辩方的辩护意见完全影响了法

庭的审理。法庭最后针对辩方提交的采矿占地位置图进行核对，但因为没有现场视觉感，法庭核对比较模糊。金杰律师考虑到，确定采矿及资料占地位置，对于周某某索要补偿依据至关重要，法官没有去过现场，在法庭上核对位置图，很难有感性认识，缺少立体感觉。金杰及时建议法庭可否休庭，控辩审三方到现场核对位置，再回来开庭辩论，只要位置图与现场核对一致，案件的结果就更清楚了。法官征求公诉人的意见，采纳了金杰的建议。随即，控辩审三方驱车，由侦查人员陪同，四方到现场勘查，经核对，现场与辩方绘制的位置图一致。在勘查现场，控辩审三方就案件的事实等问题，又进行了良性的沟通。至此，采矿及资料占地事实清楚，周某某要求补偿合法，至于数额多少是民事纠纷，不是刑事案件。

再次开庭的辩论，就更顺理成章印证了辩护人的意见是正确的。最终，法院和检察机关经研究，检察机关撤回起诉，对刘某某和周某某因发现新证据，以证据不足，不符合起诉标准作出不起诉决定。此案，京都律师的专业、敬业和庭审中的驾驭，给法庭和公诉人留下了良好的印象，也在当地看守所、法院和检察院留下一段故事流传。✎

京都所中标北京市公安局市局直属单位合同法律服务项目

近日，京都律师事务所中标北京市公安局组织的市局直属单位合同法律服务项目，将作为北京市公安局的常年法律顾问单位，为其提供法律服

务。本次项目由房地产与基础建设部主管合伙人秦庆芳律师牵头，由合伙人吴欣荣律师、合伙人范颖慧律师、王嘉曦律师等十余名律师共同组成专

业的法律服务团队。

2023年2月14日，北京市公安局相关领导莅临本所，与律师团队进行了座谈，并参观了律所。座谈会上，北

业绩



| 秦庆芳律师



| 吴欣荣律师



| 范颖慧律师



| 王嘉曦律师

京市公安局相关领导、京都所管理合伙人、CEO褚长志先生、房地产与基础建设部主管合伙人秦庆芳律师及项目团队律师代表共同就本次项目的管理合作和发展等问题进行了交流，房地产与基础建设部合伙人吕岩律师主持了本次座谈。

座谈开始前，管理合伙人褚长志先生首先对各位领导的到来表达了感谢和热烈欢迎，并向大家介绍了京都所的基本概况，京都所始终秉持“追求卓越，不负重托”的理念，坚持卓越的项目管理能力、顶级的律师专业能力和一流的市场资源能力，成为了客户最信赖的律所之一。

之后，项目负责人秦庆芳律师介



| 京都所管理合伙人、CEO褚长志先生



| 秦庆芳律师

绍了本次项目的服务方案，并分享了她多年法律服务领域的相关经验，团队律师也依次进行了自我介绍。在双方的沟通交流中，北京市公安局的领导强调了本次聘请法律顾问具有开创性意义，同时表达了对京都所的专业能力、工作态度的肯定与认可以及对本次合作的期许。

京都律师事务所在未来的工作中，将继续秉承“专业·立身，诚信·天下，理性·智慧，执着·敬业”的企业文化核心价值观，不断提升专业水平，坚决履行社会职责，贡献更多力量，为客户提供更加全面、深入、优质的法律服务。

梁雅丽律师有效辩护：外国政府贷款项目合同诈骗案二审查回重审

近日，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及助理唐宛苗律师办理的北京某农业科学研究院法定代表人被控合同诈骗罪一案二审裁定撤销一审判决，发回原审法院重新审理。

案件起因：涉外国政府贷款项目的经济纠纷升级为刑事案件

本案起因是某市扶贫办在本案被告人的协助下申报外国政府贷款，用以投资农业科技项目，但该项目因该农业科学研究院（项目技术支持单位，以下简

称“农研院”）、扶贫办及项目实施单位因各种原因未能按照合同配合推进，使得项目停滞，先进生产技术无法投产，也无法获得预期收益，进而导致扶贫办无法按计划偿还外国政府贷款，由当地政府背负贷款并形成损失。至此，



业绩

本案由农研院与扶贫办、项目实施单位之间的民事纠纷转为刑事案件，当地办案机关以合同诈骗罪对当事人提起公诉，指控其骗取项目资金1148万余元。

一审介入：案件的复杂性既是辩护困境，又是辩护空间

梁雅丽律师团队在本案一审阶段接受当事人家属及农研院的委托，经过阅卷、会见以及与主审法官初步沟通，发现虽然案涉的合同体系复杂、合同各方主体矛盾突出，但实际上在事实、证据、法律适用方面均存在辩护空间。

首先，本案起诉认定的事实主要依据合同相对方提供的证据，对于被告方主动提供的证据以及对被告人有利的证据办案机关并未全面收集。本案本质上是合同纠纷，而合同三方在合同执行过程中产生大量矛盾分歧，进而出现利益冲突，基于此，合同相对方片面截取部分合同，对被告人及农研院履行合同的证据不予提供和认可，导致在案证据实则无法全面还原案件全貌，对被告人责任认定极为不利。

对此，梁雅丽律师团队积极与家属及农研院工作人员了解情况并依法收集、整理有利于证明本案相关事实的客观证据，重新梳理了本案的合同和规范体系，明确了各方主体的权利义务，通过证据还原了本案合同签订、履行、产生损失的完整过程，最终形成了支持无罪辩护观点的证据体系，装订成册在庭前提交给了公诉机关和审判机关。

其次，本案涉及的合同体系、规范体系以及主体性质均具有复杂性和特殊性，导致案件辩护难度和阻力较大。本



梁雅丽律师

案涉及的合同体系复杂，既包括外国政府贷款投资项目的总承包合同及分包商合同，又包括国内扶贫办与客户单位签订的代理采购协议，还有作为技术支持单位的客户单位与扶贫办、项目实施单位签订的三方协议，并且其中涉及《国际金融组织和外国政府贷款投资项目管理暂行办法》等行政管理规定，项目受到多个行政部门的监管，所涉法律规范复杂、法律关系复杂。由于存在境内与涉外两套合同体系、民事与行政两套规范体系，导致扶贫办、客户单位以及项目实施单位对各方合同义务及法律责任的理解分歧较大。办案机关及本案合同相对方对于农研院提供的技术服务内容和价值认识不全面、不充分，导致合同各方对外国政府发放的贷款及合同款的使用和分配无法达成共识，甚至将民事纠纷上升为刑事案件。

对此，梁雅丽律师团队将在案的以及辩方收集到的合同原件内容进行梳理，将合同义务分阶段、分主体进行整理、分析，最终得出扶贫办、客户单位（技术支持单位）与项目实施单位三个合同主体分别的权利义务内容，再结合辩方提供的证据证明本案被告人所在单位已经积极履行了其合同义务并存在继



唐宛茵律师

续履行合同的能力、意愿以及可能性，从而证明本案不属于合同诈骗。

最后，本案涉及农业科学技术相关知识，对辩护的专业性要求高。本案对于被告人是否具备合同履行能力以及合同履行情况的证明都涉及农业科学技术相关的专业知识。对于技术服务是否提供到位，各方认识不一致也存在信息不对称的问题。对辩护工作而言，要将技术知识对应到构成要件事实的判断和法律适用的证明上本就存在难度，还要在有限的时间内让审理法官理解并接受，更是难上加难。

对此，梁雅丽律师团队除了梳理证据材料外，还通过多次会见，听取被告人对案件事实和己方责任的主张，向被告人学习了解农研院提供技术服务的实操方式和验证方式，进而形成逻辑完善、证据详实的辩护观点。在此基础上，积极与一审法官沟通辩护观点并提供书面材料，在庭前和庭审过程中尽力说服法官。

二审见效：专业过硬的基础上刚柔并济，全力维护当事人利益

本案一审认定被告人成立合同诈骗罪，并判处有期徒刑十三年，结果不尽

业绩

人意，但当事人及家属并未放弃澄清明白的机会而提起上诉，并继续委托梁雅丽律师担任辩护人。

梁雅丽律师团队在一审辩护工作的基础上，将本案认定犯罪数额的争议作为重要切入点，毕竟在合同诈骗案件中，犯罪数额对被告人量刑影响极大，也对被告人及家属未来维系基本生活有重要意义。而是否应当以农业科学研究院取得的全部款项计算，是否应当扣除依据合同取得的技术服务对价款及技术研发相关成本费用，其中不仅涉及到外国政府贷款项目管理规范的行政规定，还涉及税务、审计相关专业知识。

梁雅丽律师团队与二审合议庭及检察机关积极沟通，同时与当事人家属及所在单位的工作人员积极配合，对当

事人在合同履行期间垫付的资金以及农业研究院为该项目支出的全部成本进行审计，并出具了专门的审计报告，更进一步证明本案诈骗数额认定有误。与此同时，辩护律师作为当事人、家属、公诉人及合议庭之间沟通的桥梁，充分传达各方意见，为当事人早日回归自由做出努力。

最终，本案二审合议庭采纳了梁雅丽律师团队的重要辩护观点，裁定撤销一审判决，并发回一审法院重新审理。至此，两位律师为当事人争取到了又一次辨明是非的机会。

结语：自由之路漫漫，前行才有希望

本案当事人作为具备农业科学技术

资质和传播先进农业生产技术理想的农业家、学者，在踏实践行理想的过程中却因为各方利益冲突和沟通不畅，引发民事纠纷并演变成刑事案件，以致遭受牢狱之灾。本案既有刑民交叉，也有刑行交叉，法律事实及法律关系极具复杂性，梁雅丽律师团队凭借过硬的法律专业知识和丰富的辩护经验，基本还原案件真相，为维护民营企业合法权益提供助力，为当事人重获自由竭尽全力。尽管案件重新审理尚无定论，但对当事人而言则又一次获得了澄清事实、辨明是非的机会。自由之路虽然漫长，但两位律师和当事人及家属都相信，只有坚持前行才可能实现希望。

京都所中标银川市供水基础设施REITs全流程咨询服务项目

日前，京都律师事务所在银川供水资产发行基础设施领域不动产投资信托基金(REITs)项目中中标，为银川供水基础设施REITs项目提供全流程咨询服务，为银川市政府解决REITs发行涉及的供水基础设施资产重组方案设计、供水运营管理、安全保障、应急预案、确定募集资金用途及投向项目，以及项目推进过程中涉及的法律、财务、投融资等问题提供全程专业支持和咨询服务。本项目由本所高级合伙人、金融部主管合伙人刘敬霞律师牵头，合伙人程光律师、合伙人李军霞律师、樊利涛律师、王颖律师全面支持，赢得了本次中标。本所将

投入由资深律师、财务顾问、专业顾问组成的专业团队，为银川市提供优质、全面的服务，保障专业、高效、顺利完成任务。

基础设施REITs是盘活存量资产的一种有效方式。2022年5月25日，国务院办公厅发布《关于进一步盘活存量资产扩大有效投资的意见》(国办发〔2022〕19号)，提出推动基础设施领域不动产投资信托基金(REITs)健康发展，鼓励更多符合条件的基础设施REITs项目发行上市，明确重点盘活存量规模较大、当前收益较好或增长潜力较大的基础设施项目资产，包括交通、水利、清洁能源、保障性租

赁住房、水电气热等市政设施、生态环保、产业园区、仓储物流、旅游、新型基础设施等；区域上，重点推动建设任务重、投资需求强、存量规模大、资产质量好的地区，地方政府债务率较高、财政收支平衡压力较大的地区，以及黄河流域生态保护和高质量发展等区域，加大存量资产盘活力度，筹集建设资金，支持新项目建设，稳妥化解地方政府债务风险，提升财政可持续能力。截至2022年1月底，中国证监会已批复了22单基础设施REITs注册并已在沪深证券交易所发行上市，有效盘活700多亿元基础设施存量资产。



业绩



刘敬霞律师



程光律师



李军霞律师



樊利涛律师



王颖律师

银川市发行REITs可盘活存量基础设施资产。经过多年投资建设，银川市在基础设施领域形成了一大批存量资产，通过发行基础设施公募REITs、政府与社会资本合作（PPP）模式以及通

过交易、整合等方式优化国有企业资本配置，挖掘低效资产价值，丰富存量资产功能，探索促进盘活存量 and 改扩建有机结合，赋予存量资产新的价值，形成存量资产和新增投资的良性循环，对于

提升基础设施运营管理水平、拓宽社会投资渠道、合理扩大有效投资以及降低政府债务风险、降低企业负债水平等具有重要意义。

京都所成功代理最高法院审理的某环保公司与某日本株式会社侵害发明专利权纠纷上诉案

近日，京都律师事务所刘敬霞律师、陈会长律师、李军霞律师代理的某环保公司与某日本株式会社侵害发明专利权纠纷上诉案，历经近2年时间，在最高人民法院以和解方式结案，极大扭转了一审的被动不利局面，为客户争取到较满意的结果，京都律师在全过程中的高度专业水准和严谨、负责工作态



陈会长律师

度，赢得了客户高度赞誉。京都律师将不负重托，继续以专业能力为各类企业的发展保驾护航。

在一审判决极不利情况下，不放弃希望

某环保公司因涉嫌侵害某日本株式会社发明专利权被一审法院判决巨

业绩

额赔偿。

日本株式会社在一审中提交了公证书及载明涉案产品名称、规格和使用数量的网页材料等公证证据，并主张根据网页宣传内容计算环保公司的侵权获利。环保公司在一审中向法院提交了相关财务资料，但未充分证明涉案产品的实际销售价格、数量和利润等。一审法院判决环保公司向日本株式会社赔偿远超其实际获利的巨额赔偿，环保公司难以接受。

接受环保公司委托后，刘敬霞律师牵头，组成由资深专利律师陈长会、资深诉讼律师李军霞为主，其他律师协助的律师团队，全面梳理、精心研判一审情况，不囿于一审中提

交的证据材料，全面收集与案件有关的各种证据材料，跳出一审的抗辩思路，综合分析案情、精深研究法律和案例后，制订了全面细致、行之有效的应对方案，步步为营扎实推进，耐心落实达效。

最大限度搜集证据，还原事实， 争得最优结果

京都律师团队将着力点放在梳理形成有效的证据链，盖然性还原案件客观事实，扭转一审判决环保公司侵权获利的高额赔偿，经过庭审激烈交锋和庭后反复沟通，京都律师团队最终成功促成环保公司和日本株式会社达成和解，削减掉一审判决赔偿额的

70%，依法维护了环保公司的最大利益，使环保公司可以将所有精力用于正常的生产经营。正如承办法官所说，京都团队认真负责的工作实现了环保公司的利益最大化。

不负重托，砥砺前行

企业发展，合规先行，方能行稳致远。京都律所始终奉行“客户至上”理念，充分发挥专业化分工与团队化协作优势，形成强大的诉讼、非诉综合法律服务能力，为企业的发展提供一站式、综合性法律服务，为客户企业的发展保驾护航。

京都所助力大唐发电以集中簿记建档方式成功发行30亿元能源保供特别债

日前，大唐国际发电股份有限公司（证券代码：601991）在中国银行间市场交易商协会成功发行2023年度第一期中期票据（能源保供特别债），本期基础发行规模20亿元，发行金额上限30亿元，实际发行金额30亿元，发行期限3+N年。

京都律师事务所作为中国银行间市场交易商协会会员和大唐国际发电股份有限公司的法律顾问，为本次发行提供了专业、高效、全面的法律服务。在此次发行过程中，由本所高级合伙人、金融部主管合伙人刘敬霞律师牵头，樊利涛律师等主办律师出

具了相关法律意见书，合伙人程光律师及王颖律师为此提供了全面法律支持，共同保障了本次法律服务工作的高效、顺利完成。

本次发行采取集中簿记建档的发行方式。簿记建档是一种系统化、市场化的发行方式，集中簿记建档是指主承销商作为簿记管理人在集中簿记建档系统实现簿记建档集中处理，汇总承销团成员/投资人认购债务融资工具利率（价格）及数量意愿，按约定的定价和配售方式确定最终发行利率（价格）并进行配售的行为。簿记建档发行方式在各国债券市场中广泛使

用，通过集中簿记建档系统发行，有利于保证发行过程的合规性，提高市场效率。国内大型企业债、公司债和非金融企业债务融资工具绝大多数都采取簿记建档方式发行。发行人在簿记建档过程中直接接收投资人的申购订单，而最终发行利率根据投资人的投标结果而定，投资人在簿记投标过程中的竞争可有效提高定价效率，尤其是在市场稳定或市场向好、投资者需求强烈的情况下，更容易使发行人获得较为有利的发行利率。

本次发行采取发行金额动态调整机制。申购时间截止后，认购超过基础发



业绩

行规模的，簿记管理人将全部合规申购单按申购利率由低到高逐一排列，取最后一次调整的发行金额作为实际发行金

额，所对应的申购利率作为最终发行利率。集中簿记建档中，如出现有效申购总金额小于基础发行规模的情况，可提

高利率区间再次簿记，或与相关各方协商缩减实际发行金额，或推迟或取消发行，择机重新发行。

徐莹、马立喜、张凯律师团队为涉20余亿元集资案公司的副总裁成功缓刑辩护



徐莹律师



马立喜律师



张凯律师

近日，徐莹律师、马立喜律师、张凯律师组成律师团队，为某资产公司副总裁刘某涉嫌非法吸收公众存款罪案提供法律服务，在团队协作努力下，取得良好辩护效果。案发时，刘某系某资产管理公司副总裁。本案指控被告人刘某等人，以某资产管理公司等多家公司名义，通过拨打电话、发放宣传材料等方式向社会公开宣传，承诺投资有高额回报，向社会公众筹集资金共计20余亿元。其中，刘某及其团队人员业绩3000余万元。最终，法院判处刘某自由刑有期徒刑三年，缓刑三年。律师团队实现了有效辩护，律师们的辩护工作也得到了当事人的高度评价和认可。

被告人面临实刑处罚的巨大风险及律师团队缓刑辩护的应对方案

一、从职位与涉案金额来看，刘某面临被判处实刑的巨大风险

（一）工作时间较长、职位较高
刘某2012年8月入职涉案公司，2018年10月离职，六年有余的时间。先后任职销售经理、销售总监、分公司经理、副总裁。截至公司案发时，其在副总裁职位上已工作一年有余。

（二）公司整体非吸数额特别巨大，刘某所属团队涉案金额巨大

司法会计鉴定意见书依据报案人材料卷—合计210本，以及银行流水等材料，计算出公司整体涉案金额20余亿元，其中刘某所属团队人员业绩3000余万元。

从司法实践角度来看，如此职位和

涉案金额，刘某确实面临被判处三年以上刑罚且适用实刑的极大可能性。

二、本案量刑辩护中，实现缓刑辩护的实务方案

（一）律师团队根据具体案情，为当事人选择无罪或者罪轻辩护提供参考依据

律师团队成员曾多次办理非法吸收公众存款罪案件，根据具体案件情况的不同，会紧紧围绕在案证据和法律规定，特别是根据类案的司法实务经验，为被告人无罪辩护或者罪轻辩护的选择提供实用性方案，供其参考。本案经刘某最终选择，确定做罪轻辩护。

（二）缓刑辩护的具体实施方案

罪轻辩护的方向确定以后，律师团队的辩护目标是适用缓刑。提出了以下主要辩护思路：刘某所属团队成员的

业绩

确认以及各成员所涉非吸金额的核对与统计，意在核实与剔除非团队成员及所属业绩误归在刘某名下的情况；副总裁职位任职的时间，特别是具体工作内容与非吸行为的关联程度；与公诉机关认罪认罚的协商；违法所得的认定及退缴比例；从轻、减轻处罚情节的梳理；家庭状况在法庭上的呈现；通过庭前辅导优化刘某本人的庭审表现等。从多个角度、不同维度进行方案的具体化，以期达成缓刑辩护目标。

审查起诉阶段的有效辩护：检察机关采纳部分律师意见，将建议适用缓刑在《量刑建议书》上列明

本案系认罪认罚案件，在审查起诉阶段，辩护律师与检察机关多次进行量刑协商。协商中我们发现，律师担心的问题也是承办检察官关注的问题，任职时间长、职务高、团队非吸数额大，在前期沟通中感到缓刑存在巨大困难。为了在审查起诉阶段说服检察官，不放弃任何阶段有效辩护的机会，律师团队内部多次研讨，形成内容详实的律师意见，书面提交检察机关，并多次与检察官进行交流。

一、刘某是作用较小的从犯

(一) 刘某任职的公司在涉案资产管理公司体系中处于次要地位，仅是销售投资项目

通过证据分析，可以看出，刘某任职公司仅负责销售投资项目，项目组织、策划、设计、审核到最终形成均由上游公司控制；相关投资合同文本由上游公司提供、签约；涉案项目资金账户、兑付由上游公司控制。刘某任职公

司名为独立公司，实际只起到一个销售部门的作用。

(二) 刘某在其任职公司中所处地位和作用较低

从副总裁数量上，公司有10多名副总裁；从任职时间上，刘某担任副总裁仅1年多；从职权分工看，刘某主要参与部分行政管理工作，不直接管理销售业务，也不具体落实销售任务。

二、刘某具有自首情节

很遗憾，此部分意见检察机关未予认可，在《量刑建议书》中没有体现，但该情节得到了法院的采纳，下文详述。

三、刘某的认罪认罚态度、积极退赃、家庭情况等

最终，在审查起诉阶段，检察机关采纳了部分律师意见，认定刘某系从犯，应当从轻、减轻处罚，向法院提起公诉，并在《量刑建议书》中明确建议有期徒刑三年，并处罚金，适用缓刑。

自首情节的辩护观点被法院采纳

虽然在审查起诉阶段，律师团队为刘某争取到了很好的量刑建议，但最终裁量权还在法院。在法院阶段，如何能进一步为当事人辩护，争取权益呢？律师团队决定将辩护重点放在检察机关未予认定的自首情节。

一、起诉书未认定刘某的自首情节

本案起诉书对刘某的自首情节未予认定，显然自首情节的认定会对适用缓刑起到重要的作用。自首需要同时具备主动投案与如实供述自己的主要犯罪事实两个条件，起诉书未认定刘某的自首情节显然是基于刘某并非主动投案。

二、详细了解到案情况，发现并证

实主动投案的事实

(一) 卷宗材料中的《到案经过》与实际情况不符

律师团队经过详细了解刘某的到案情况得知，卷宗材料中的《到案经过》所述内容与事实根本不符。

刘某称当时警察到其住处时，其并未在家，警察直接通过其母亲手机打电话给她，之后其很快返回家中配合警方调查。而《到案经过》记录的却是“民警赶往上述地址将该人查获。民警现场出示证件，表明身份后依法对该人进行询问。”

(二) 主动投案事实最终被法院认定

随后，刘某母亲出具了证人证言。同时在庭审中，律师团队通过发问环节呈现了刘某的到案过程。

律师团队分析认为，刘某在接到民警的电话后，可以选择逃跑，但她却选择主动来到警察身边配合调查。其行为达到了节约司法资源的要求与目的，应在量刑上予以肯定性评价，依法应当认定为主动投案。最终，判决书肯定了刘某主动到案的事实，结合归案后一直如实供述主要犯罪事实，自首情节得以被认定。

律师团队协作办案，集思广益为被告人“护航”

刑事案件可以分难与易，但绝不可以分大与小。毕竟每一个刑事案件的背后都承载着被告人的自由甚至生命，都需要辩护律师认真再认真、谨慎再谨慎、思考再思考。由此，律师团队的协作便显得尤为重要。



业绩

在案件的办理过程中，律师团队成员就案件涉及的事实问题、法律争点、程序性事项的处理方法等问题，反复、多次沟通，共同研究解决方案，针对可能出现的问题商讨预案等等。不仅做到了有备无患，更是为刘某提供了整个刑事诉讼过程中的安全“护航”。

结语

一份理想的判决，需要多方共同的努力。本案辩护目标的实现，绝对离不开公诉机关和法院的案件承办人高度负责的工作作风；刘某于庭审中对事实问题逻辑清晰的表达，是最终合议庭准确认定涉案事实的基础；

律师团队对每一个案件都竭尽全力的准备以及专业的法律运用能力亦不可或缺。总之，任何一个案件合法、公正、合理的处理，都离不开司法机关工作人员、被告人及辩护人各司其职、各尽其责。

张启明律师代理的涉案金额近百亿的私募基金领域集资诈骗案件二审被发回重审

近日，张启明律师辩护的徐某涉嫌集资诈骗案件，历时一年零三个月的辩护工作，被某省高院二审认定为“事实不清，证据不足”发回重审。

上诉人徐某，系某私募基金公司法人、实控人，一审法院判决徐某构成集资诈骗罪，判处无期徒刑，并剥夺政治权利终身。认定徐某在管理该私募基金公司期间，发行近百只基金产品，募集资金达82亿元，存在大部分“未备案”、“先投后募”、“超额募集”、“自融”等不合规行为，并且经过司法审计，认定徐某及家人存在挥霍等非法占有资金的行为。

一审判决后，徐某提出上诉，并



张启明律师

通过家人委托张启明律师担任二审辩护人。

私募基金公司，随着融资环境的恶化和坏账的累积，在经营中后期往往容易突破“合规”红线。而

在司法实践中，涉案金额特别巨大的集资案件有重罪化处理的倾向。尤其是调查取证环节，办案机关与审计机关相互引导、循环增信，刻意形成“非法占有资金”为导向的审计报告。众多因素环环相扣，在一审中极有可能被认定为集资诈骗罪，进而导致集资人与投资人双输、债务人逃废债的不公平结果。

二审中，解开集资诈骗“九连环”的“第一环”在于突破审计报告。在理性与科学战旗之下，以数字与逻辑为主战场，法律人与会计师之间隔空或直面的“硬碰硬”，往往是此类案件成败的关键。

京都律师事务所连续中标知识产权法律服务项目

日前，京都律师事务所知识产权团队分别在东方优选（北京）科技有限公司涉外商标法律服务、神龙汽车有限公司2023年度商标法律服务招标项目、华润雪花啤酒（中国）有限公司外聘律师入库项目中中标，根据服务要求，将为

这三家企业提供全面法律服务。

项目由高级合伙人黄雅君律师负责，知识产权团队合伙人于亚敏律师、合伙人曹静、宋远丽律师、涉外商标代理人白玫、涉外商标代理人王颖等落实、执行。在投标过程中，知识产权团

队充分展示了突出的涉外业务资源和专业优势，取得了投标项目成功。

东方优选（北京）科技有限公司成立于2021年，是新东方旗下农产品电商平台，致力于链接生产者、消费者，持续提供高品质农产品好物。企业通过直

业绩



| 黄雅君律师



| 于亚敏律师



| 曹静律师



| 王颖



| 宋远丽律师



| 白致

播形式，打造、推广、销售多种高品质农产品。其有趣、有料、有内涵的直播风格，以及健康、美味、高性价比的产

品选择，得到了广大消费者的认可。直播间主播董宇辉也是深受广大消费者喜爱，成为直播带货行业的耀眼明星。截至目前，“东方甄选”的抖音粉丝已逼近3000万大关，东方甄选已经从最初的孵化型项目变成了现在的主营业务。

神龙汽车有限公司成立于1992年5月，是东风汽车集团有限公司与法国PSA集团合资兴建的乘用车生产经营企业，注册资本金70亿元人民币。2021年，PSA集团和FCA集团完成合并，新集团名称为“Stellantis”，欧洲第三，世界第四大汽车集团。神龙公司总部位于武汉经济技术开发区，分别在武汉、襄阳、成都建有武汉工厂、襄阳工厂、成都工厂。公司生产工艺达到国际先进水平。神龙公司是国内最早实施“双品牌”战略的企业之一，拥有东风标致、东风雪铁龙两大合资品牌。在全国拥有397家4S经销网点，与超过500家国际、国内知名的零部件供应商深入合作。创

造了“中国第一撞、中国第一贴、华夏第一漂、史上最牛车”的奇迹。公司成立至今，已累计销售汽车近610万辆，为促进中国汽车工业发展和地方经济繁荣做出了重要的贡献。

华润雪花啤酒（中国）有限公司成立于2003年06月12日，是一家生产、经营啤酒的全国性的专业啤酒公司。2006年起，华润雪花啤酒总销量连续多年位列中国啤酒市场销量第一。2005年，北京名牌资产评估有限公司召开“2005中国最有价值品牌发布会”，“雪花啤酒”首次参评，以88.16亿元的品牌价值，成为中国成长速度最快的全国性品牌。2022年，品牌评级权威机构Chnbrand发布2022年（第十二届）中国品牌力指数品牌排名和分析报告，雪花啤酒再次获得“啤酒行业第一品牌”殊荣；同时，自2014年至2022年，雪花啤酒已连续九年问鼎C-BPI啤酒行业品牌排名第一。

京都律所连续两年为中国运载火箭技术研究院提供常年法律顾问服务

2021年1月，京都律所刘立杰律师团队凭借在业内良好的口碑和出色的综合法律服务能力，经过激烈的竞争，成

功中标中国运载火箭技术研究院（以下简称“航天一院”）常年法律顾问服务业务，正式与航天一院签署常年法律顾

问合同，在军民融合、科研创新、投资并购、企业合规、重大决策等方面为航天一院提供全方位法律服务。2022年，



业绩



刘立杰律师



孙艳辉律师



马涛律师



叶静律师

基于前期提供的优质法律服务，刘立杰律师团队再次中标，持续为航天一院提供常年法律顾问服务至今。

航天一院成立于1957年11月16日，是中国航天事业的发祥地。截至2021年初，航天一院有从业人员3万余人，其中有多名两院院士，博士1200余人，硕士超过6000人，资产总额上千亿。航天一院培养造就了一批中国航天事业的领军人物，包括“两弹一星”元勋、两院院士、国家最高科学技术奖获得者以及“大国工匠”称号获得者，被誉为航天高科技人才和管理人才的“黄埔军校”。作为中国航天第一个研制基地，航天一院诞生了我国第一枚导弹，完成了我国首次“两弹”结合任务，发射了我国首颗人造地球卫星，为我国“两弹一星”事业做出了突出贡献。近年来，航天一院成功实施了以载人航天工程、探月工程、北斗工程为代表的国家重大工程的运载火箭发射任务，为实现中国航天三大里程碑跨越做出了突出贡献。

两年来，京都律所以极强的荣誉感和使命感，不计成本地为航天一院提供全方位、全流程的综合法律服务，范

围涵盖日常经营法律咨询、重大合同审核、重大决策法律意见、刑民交叉法律服务、合规制度建设等诸多方面，有效提升了服务单位法律风险识别、防控能力和综合法治化水平。此外，刘立杰律师团队还专门针对航天一院及其下属单位关注的重点问题，开展了多场专题法律讲座，充分满足了航天一院多元化、综合化的法律服务需求。

在“特别能吃苦、特别能战斗、特别能攻关、特别能奉献”的载人航天精神感召下，京都律师团队秉承28年来“追求卓越，不负重托”的服务理念，努力用专业化、团队化、国际化、综合化的法律服务，为祖国的航天事业提供强有力的法律支持。



吴欣荣律师



刘丽霞律师



刘立杰律师为航天一院讲授合规法律课



刘立杰律师团队为航天一院提供的法律服务成果汇总

业绩

彭吉岳、封旺为知名IT公司高管辩护：37天取保，2次不予批捕，最终撤案



彭吉岳律师

近日，京都律师事务所彭吉岳、封旺律师辩护的某IT公司高管涉嫌非国家工作人员受贿罪一案落下帷幕。该案历经数载，当事人被拘留37天后成功取保候审，辩护人两次成功说服检察院不予批捕，侦查机关最终撤销案件，当事人重获清白！

记者转型成为知名IT企业事业部总监，职业发展顺风顺水时突然被警方带走

当事人王某原是一名优秀的记者，后成功转型，加入我国某头部搜索引擎公司，一路打拼后担任某事业部总监。可以说，王某领到了十分优渥的人生剧本，年纪轻轻，事业风生水起。就在案发之前，王某所在的部门也正计划进行人事调整，准备对王某再次升职加薪，她美好生活的下一页呼之欲出。

然而，警察突然来敲门，顺遂的生活戛然而止。原来，公司纪律部门接到公司员工举报，王某涉嫌在和公司客户业务往来过程收受商业贿赂，

已经涉嫌非国家工作人员受贿罪。

看守所里度日如年，诚惶诚恐，全部希望寄托在律师身上

王某很快被送入看守所。面对警方的讯问，王某意识到，所谓“受贿行为”主要是自己在工作过程中和几家合作公司的经济往来。在日常工作中，公司涉及到招待客户、赠送礼品、团队建设等方面支出的费用，正常情况下需要走公司报销流程，但出于工作便利的考虑，以及某些费用列支的困境，常常会有个人垫付费用、代收代付费用等情形发生。据王某告知，该现象不是一个部门独有的情况，大家在工作已经司空见惯，谁也没有在意这会构成犯罪。

王某认为，这些费用都是出于工作需要收取或支出的，自己并没有从中截留任何款项。然而，自己又如何说得清楚呢？一方面，数年间如麻的账目，如何去寻找有利证据？另一方面，专业的法律概念和自己的朴素理解总有差距，如何才能从专业上论证自己不构成犯罪？再者说，王某在看守所失去了和外界的联系，年迈的父母忽然联系不上自己，不知原委，一定心急如焚……

在这种情况下，王某把全部的希望都寄托在了律师身上。她祈祷家人能够给他聘请一位专业的刑辩律师。在看守所度日如年的日子里，她每天最期盼的就是能有律师来会见。



封旺律师

是“认罪认罚”以早日获得自由？还是坚持“不让自己的灵魂低头”？艰难时刻，律师应该有所担当

王某的父母正是在这种百般焦急的情境下委托京都律师的。经过会见，辩护律师了解了案件情况，并根据王某提供的线索开始搜集证据、起草法律意见。

辩护人认为这只是财务操作上的不规范，并不构成非国家工作人员受贿罪。本罪也属于贿赂犯罪的一种，此类犯罪的成立，必然要求“权钱交易”的形成。本案中，一方面王某虽然通过个人账户接收了部分款项，但是基本都可以说明缘由，个人并未从中获利；另一方面，王某也没有利用职务便利为合作公司谋取任何利益。从情理上讲，王某账户接收的资金往往有零有整，明显有特定的消费项目，不符合收受受贿的外观特征。辩护人还从商业行为的客观规律总结出，市场商业行为本身就具有灵活性和复杂性，不能以无菌标准衡量商业



业绩

行为，世界不是非黑即白的，即便部分情况下的权宜之举并不严格符合规范，但是也并不代表着其构成犯罪。

辩护人多次向公安机关表达了意见，并申请检察院进行监督。然而，短时间内并未有太多回响。随着时间的推移，当事人及家属越发不安，加之周围环境复杂，各方不断传来的虚虚实实的消息，更使他们手足无措。这时有消息传来，只要王某认罪认罚就可以取保候审。这是对当事人及家人而言一个极大的诱惑，有时候人失去自由时间长了，会迫不及待地想要回归自由，其他一切都不重要。王某虽认为自己无罪，但也流露出了妥协的意思。甚至王某的父母也认为，为了孩子尽早出来，也可以接受认罪认罚，至于事实本身是否符合犯罪构成，那是以后再说的事情了。或者说，现在只要“大事化小”，至于是否“小事化了”，管不了那么多了。

一方面认为自己无罪，一方面又想挑一两件不大不小的事情“认罪”，以争取早日获取自由，往往是当事人及家人的困惑，也是律师办案中经常遇到的难题。本案承办律师根据办案经验，在这个关键节点表现出了极大的理性和冷静。试问：谁能够保证认罪认罚就一定能够取保候审？相反，认罪认罚一定会使得证据更加确凿。退一步讲，认罪认罚后即便取保候审甚至判处缓刑，也会给当事人留下犯罪前科的污点，这又是否能够接受。况且，认与不认，应当立足事实，实事求是。如果有罪，不能作为投机取巧的机会；如果无罪，也不应“跪着乞求自由”！

辩护律师当然应该尊重委托人的意

见，但在专业问题上，也应依据法律知识和办案经验提出独立意见，这也是辩护律师价值的体现。

侦查机关两次提请批准逮捕，辩护律师两次说服检察院不予批捕，辩护工作步步为营，分秒必争

当事人和家属最终听从了律师的建议，忠于事实，拒绝违心地认罪认罚。时间很快就到了拘留期限的最后一天，公安机关向检察院申请批准逮捕。如果检察院批准逮捕，说明检察机关认为指控犯罪的证据较为确凿，当事人也将被继续羁押下去，直至走完全部诉讼程序。因此，审查批捕环节的辩护，是一次重要的战略防线。

京都律师第一时间找到承办检察官，向其递交了详细的辩护意见，并多次进行沟通，表达了本案不构成犯罪的观点。审查批捕的期限是7天，直至最后一天仍然没有音讯。终于，在最后一天晚上十点左右，辩护人得到办案机关消息，检察院决定不批准逮捕，王某当即被取保候审，失去自由37天后，她终于走出看守所！

取保候审只是强制措施的变更，并非案件最后的结论。根据法律规定，当事人取保候审后，侦查机关还可以继续侦查。转眼，取保候审一年期限已到。一般来说，如果没有新的事实和证据证明当事人涉嫌犯罪，即应解除强制措施。

然而，在取保候审期限届满前夕，公安机关出乎意料地再次向检察院申请逮捕，当事人的心一下子又提到嗓子眼。辩护律师丝毫不敢懈怠，

紧急与当事人进行沟通，再次详细梳理了证明其无罪的证据材料。在此基础上，辩护律师形成了更加完善和扎实的法律意见，提交给了承办检察官。

功夫不负有心人，最终检察院第二次决定不予逮捕，当事人避免了再次身陷囹圄的命运。

辩护人的职责，就是把你当事人清白的坚信，变成司法人员的坚信

在王某被解除强制措施一年后，侦查机关仍然不能证明本案达到移送审查起诉条件，最终决定撤销案件。至此，王某已经彻底不再属于法律意义上的“犯罪嫌疑人”，终获清白自由之身。

回顾本案，这只是辩护律师职业生涯中一个普普通通的案件，案情算不上重大复杂，事实也称不上曲折离奇。但是正如其他案件一样，本案中对辩护人信念的考验、对勇气的磨炼、对责任的检验却一样不少。面对当事人意图违心认罪认罚的想法，作为辩护人，是选择默许还是坚持？或许当初选择认罪认罚，当事人真的会少受几天牢狱之灾，但可能一辈子都会有一口气郁结胸口不得畅快。

刑事案件的辩护，很多时候是信念的较量。辩护的力量来自信念的力量，辩护律师面对事实与证据，将心注入，将对正义的追求注入，凝结成内心无比坚定的信念，才能够形成足以撼动他人的气场，才能将己之坚信，变成司法人员之坚信！

业绩

京都所彭吉岳、封旺成功辩护，某省十大杰出青年 被控逾3亿元职务侵占案被判无罪

近日，彭吉岳律师团队代理的某省知名企业家、省十大杰出青年职务侵占案（涉案金额3亿余元），在原审判决有期徒刑十年的情况下，经上诉后撤销原判，重审改判无罪。

一、力图拯救企业的行为如今被控涉嫌犯罪

被告人在商场打拼多年，成绩斐然。几年前，经人介绍，被告人对一家正在筹划上市的A公司进行投资。孰料，几千万的投资款刚打过去没多久，A公司的老板竟然离奇失踪、音信全无。众人看到其留下的绝笔信才知道，该老板原来已欠下巨额赌债，无力归还，只能“轻生”。

随着老板的失踪，被告人的投资款眼看着将要血本无归。与此同时，A公司也陷入危局，养殖的海产品也被债主打捞一空，几百名员工面临失业。这时候，股东们考虑到被告人在商业经营方面的能力和成就，经过慎重考虑一致推选被告人作为A公司新的董事长开始恢复经营。接手公司后，为了和A公司有所区分，摆脱负累，被告人和公司管理层专门另行成立了B公司，在利用A公司原有资源的基础上重新经营。近十年里，被告人大力为公司“输血”：偿还了大量贷款，投入了很多资金，同时也利用公司原有厂房设备和海底资源等作为生产资料进行营利，可谓是倾尽了心血。多年后的今天，被告人在法庭上回

忆起当时的情景仍然抑制不住激动的情绪，高呼：“中国企业家，只有企业，没有家！”

二、辩护从第一次见到法官就开始

本案指控的职务侵占事实有四起，涉案金额3亿余元：

事实一：被告人为了恢复A公司生产经营活动，对公司厂房设备进行了大规模翻新、改造，由于公司经济能力有限，为了节约成本，被告人联系了自己亲属的建筑物进行施工。公诉机关指控被告人在此过程中虚报工程款，从而间接侵占公司资金。

事实二：被告人虚构A公司海底养殖物盘点报告，故意降低海底养殖物数量，由B公司低价收购后销售。

事实三：被告人将A公司的厂房设备低价租赁给B公司使用，公诉机关认为租金的差价属于被告人侵占的利益。

事实四：被告人虚构A公司对外采购业务，并指使财务人员形成A公司向被告人其他关联公司借款的虚假账目，侵占A公司资金。

上述事实，单以控方思路来看似乎成立犯罪问题不大。但用被告人自己的话来说：“我接手A公司的时候它就是一个空壳，有什么好侵占的？我苦心经营近十年，投入了不只数千万元资金，到底是谁在侵占谁？”

是的，要在案卷之中研究案件，更要在案卷之外研究案件。片段化的事实会给人误导，辩护人的眼光，要审视整个案件的来龙去脉。本案从片段来看，可能存在财物的“转移占有”，符合职务侵占罪的行为外观，但是从整体来看，被告人无论是A公司的资源还是对B公司新投入的资金，全部用于生产经营，为了盘活企业，没有占为己有。

为了避免使审判人员陷入“先入为主”的有罪思路，辩护人在案件重审立案后就火速约见了法官。鉴于本案影响重大，法院院长亲自担任审判长。辩护人在开庭前多次和审判长进行了沟通，使其逐渐熟悉了案件事实的全貌，为开庭时能够真正查明案情做好了铺垫。辩护，很多时候不只是法庭审理时的“烈火烹油”，也需要庭前过程的“文火慢煮”。

三、真正做到有效辩护，阅卷+法庭辩护可能远远不够

笔者在一位资深法官写的书里读到：一个案件有没有问题，侦查人员可能比检察官、法官和辩护律师都要清楚，因为侦查人员直接参与证据形成的过程。

的确，在卷宗主义的刑事诉讼模式下，检察官、法官和辩护律师接触案件信息的媒介主要是“卷宗材料”，但这本质上属于经过筛选加



业绩

工后的二手信息。对于案卷形成的过程，每一份笔录如何作出、每一份书证如何调取、每一份检材如何移送……，这些信息我们往往无从参与和了解。

因此，作为辩护工作而言，仅仅将我们的工作对象理解为案卷，仅仅通过阅卷和法庭辩护，对于真正有难度、有挑战的案件，可能远远不足以做到有效辩护。因此，在本案过程中，辩护团队还在庭外进行了大量工作。一方面，多次和承办法官进行沟通，逐步“渗透”辩护观点，使法官了解到案件全部事实；另一方面，对于工程量鉴定涉及的大量违法问题，

对相关人员进行调查取证，并成功争取得到证人出庭；再次，针对案件涉嫌的个别人员违法办案、以刑事手段插手经济纠纷问题，辩护团队向省检察院、最高人民检察院等各个部门进行了逐级反映和控告。

辩护工作就像打磨艺术品，对理想状态的追求没有上限，有一丝机会也要使作品再完美一分。

四、坚守法治的司法人员，撑起的不仅是被告人的人生，也是我们对法治的信赖

公正的审理结果，离不开司法人员的勇气和担当。司法系统内不缺乏

技术好、专业强的人，但可能更需要有勇气、敢担当的人。本案虽然为省公安厅督办案件，涉及多起事实，涉案金额3亿余元，目之所及这可能是全国基层法院审理的职务侵占罪最大金额的案件之一，但合议庭能够实事求是、恪守法律、坚守证据标准，依法宣判无罪，不仅体现出专业水平的高超，更体现出审判人员的勇气和担当。

正是我们的司法体系中有这样一批专业过硬、担当负责的人员，才使我们不断坚定对国家法治的信心，才使我们在艰难前行的路上屡屡感到光明和温暖，才使我们在前方的路上看到希望！

汤建彬、马立喜律师代理的涉案金额五亿余元的期货交易领域非法经营罪案件取得显著辩护效果



汤建彬律师

近日，汤建彬、马立喜律师代理的孙某某涉嫌非法经营罪一案取得显著辩护效果，本案系期货交易领域犯罪的一类典型案件。起诉书指控非法经营数额5.6亿余元，孙某某个人非法所得1500余万元。最终，孙某某被判处有期徒刑两

年，指控的违法所得1500余万元未被认定，罚金40万元。判决作出后再有两个多月，孙某某就将重获人身自由。

案情简介

孙某某系北京某集团有限公司董事长，起诉书指控该公司以许诺“实盘考核通过即可成为公司正式员工”等条件为诱饵，引诱应聘人员以学员身份在境外某金融平台上入金进行外汇保证金交易，以此获取金融平台手续费佣金，该金融平台客户入金合计8423万美元，折合人民币5.6亿余元，孙某某接受该金融平台返款1500余万元。



马立喜律师

部分争点问题

办案过程中，两位律师就本案所涉专业问题进行了深入研究，就案件争点问题进行了多次探讨，厘清了案件事实，确定无罪辩护且不放弃量刑辩护的思路。

业绩

无罪辩护：本案涉及金融平台及孙某某的具体行为是否属于期货“交易”行为、2022年8月1日生效的《期货和衍生品法》所规制的推介和招揽等行为，是否处于《期货交易管理条例》第六条中“相关活动”的涵射范围、代理境外金融平台并招揽他人通过此平台于境外进行期货交易的行为是否属于我国刑法规制的对象等等。两位律师依法对上述争议问题进行了系统地论证。

量刑辩护：本案即使认定孙某某构成非法经营罪，也应认定为从犯，且不宜将平台返款认定为违法所得，结合孙某某将返款全部用于公司经营个人并未获益，在罚金上从轻处罚。

案件结果

孙某某虽未被判处无罪，但法院在违法所得数额认定及量刑上予以从轻处罚，判决认定孙某某等人的“违法所得

因指控证据不足，本案暂不作处理”，判处孙某某有期徒刑两年、罚金40万元。

根据《刑法》第二百二十五条【非法经营罪】的规定，罚金数额为违法所得一倍以上五倍以下。本案起诉书指控孙某某1500余万元的违法所得并未被判决认定，基于此，孙某某在本案中不需要承担返还1500万余元违法所得及1500余万元以上罚金的刑事责任。

京都汤建彬律师辩护重大制毒案，省高院由死立执改判为死缓

近日，京都律师事务所高级合伙人汤建彬律师办理的蒋某某制造毒品一案，福建省高级人民法院撤销一审对被告人蒋某某判处死刑立即执行的判决，改判为死刑缓期二年执行。

蒋某某涉嫌制造495公斤毒品（甲卡西酮），被判处死刑后由最高人民法院复核，经过汤建彬律师辩护，最高人民法院2020年12月以程序违法为由未核准死刑并发回二审法院重审。该案发回重审后，汤建彬律师继续为蒋某某辩护，经过不懈努力，最终福建省高级人

民法院撤销了蒋某某的死刑立即执行，改判为死刑缓期两年执行。

称量、取样存在瑕疵，能够证实的涉案毒品数量明显低于判决书认定的数量，对应的量刑也应降低

本案之前称量毒品的衡器（秤具）不符合要求，应按照重新称量的数据来认定，重新称量的总重量为111.125千克。而且，为鉴定提取检材时，在6盆中只对其中1盆提取了检材，在8桶中仅对其中1桶提取了检材，对于未提取检

材的疑似毒品，因不能排除掺假等可能性，不能都认定为毒品，基于此，汤建彬律师提出了毒品数量认定错误，可认定的毒品数量显著少于一审认定数量，应当对应降低量刑的辩护意见。

最终，福建省高级人民法院采纳了汤建彬律师的辩护意见，考虑到毒品取样方式的公正性和客观性存疑，无法反映涉案毒品全貌，按照有利于被告人的原则，对于未送检部分不予认定，认为量刑偏重，予以纠正，将蒋某某由死刑立即执行改判为死刑缓期二年执行。

手机辨认同案犯也属于“协助抓捕”，汤建彬律师辩护重大制毒物品案认定立功轻判二年三个月

近日，京都律师事务所高级合伙人汤建彬律师在办理的某地重大制毒物品犯罪案中，通过专业辩护，为被告人朱某某争取到“协助抓捕同案

犯”立功情节的认定，在认罪认罚确定量刑建议十一年九个月的基础上，法院从轻判罚有期徒刑九年六个月。一个立功情节的认定，为被告人减少

二年三个月的刑期。

朱某某涉嫌非法生产制毒物品（羟亚胺）约3.5吨，在该案审查起诉阶段，朱某某认罪认罚后，检察院对



业绩

其量刑建议为十一年零九个月。案件到法院审判阶段后，朱某某认为量刑建议过重，要求聘请专业律师为其辩护，在这种情况下，朱某某家属委托汤建彬律师代理本案。

汤建彬律师接受委托后通过会见被告人，阅取案件，对本案进行了全面细致的研究，发现该案有重要立功情节未予认定，制定了以立功情节认定为突破口，争取更大幅度的从轻量刑的辩护方案。

一、如实交代同案犯不属于立功，协助抓捕同案犯构成立功

最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第5条规定的“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人”是包括“同案犯”的，应当认定为有立功表现。

1、检察院不认可朱某某具有“协助抓捕同案犯”的立功情节

朱某某归案后，主动交代有两名制毒师傅张某某、陈某某还不为侦查机关掌握，并提供了两名制毒师傅的住址，愿意配合公安机关抓捕二人，后来，公安机关按照朱某某提供的线索到山东省将张某某、陈某某抓获归案。在侦查机关出具的张某某、陈某某的《到案经过》中明确显示，侦查机关根据朱某某提供的线索抓获了张某某、陈某某。

但检察院认为朱某某交代同案犯并提供同案犯住址是如实供述义务，

没有带领侦查机关抓捕同案犯张某某、陈某某，所以，不认定朱某某构成“协助抓捕同案犯”的立功。

2、朱某某在看守所通过侦查人员手机辨认张某某、陈某某的重要情节被遗漏

汤建彬律师会见朱某某时通过细致的发问了解到，朱某某向侦查机关提供了张某某、陈某某的详细地址和位置后，侦查人员在山东抓捕张某某、陈某某时，还通过手机询问朱某某具体位置，朱某某通过电话指引侦查人员找到了张某某、陈某某。其后，侦查人员还两次让朱某某通过手机辨认张某某和陈某某的照片，朱某某均配合进行确认。但案卷中没有此情节的相关材料。

3、手机辨认应当认定为“按照司法机关的安排，当场指认、辨认其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）”。

《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》在“五、关于‘协助抓捕其他犯罪嫌疑人’的具体认定”中规定“2.按照司法机关的安排，当场指认、辨认其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）”。

结合本案看，朱某某在看守所按照侦查人员的安排，通过手机指认、辨认同案犯的照片，是否属于当场？对手机发过来的照片辨认能否认定为指认、辨认犯罪嫌疑人？这些是认定立功的关键点。

对此，汤建彬律师认为，侦查人

员在抓捕到张某某、陈某某的现场，通过手机让在看守所中的朱某某进行辨认，虽然场地不具有同一性，但通过手机连接，就具有了同时空性，起到了当场一样的效果，另外，手机照片辨认也是指认、辨认犯罪嫌疑人的一种合法形式，属于侦查机关灵活适用的指认、辨认方式，所以，应当基于此认定朱某某具有立功表现。

4、法院判决采纳汤建彬律师的辩护意见，认定朱某某构成协助抓捕型立功。

汤建彬律师基于朱某某在侦查人员的安排下通过手机照片辨认张某某、陈某某的情节，及时向法院和检察院申请向侦查机关调查核实情况，后侦查机关通过《情况说明》确认了上述情节，在庭审中，公诉人也认可了汤建彬律师关于构成立功的观点。

二、具有实质意义的如实供述，应在量刑上作出更大幅度的从宽

汤建彬律师分析全案证据后发现，在朱某某认罪认罚前，认定其生产制毒物品的证据明显不足。所以，朱某某的如实供述不仅固定了自己犯罪的证据，还成为认定同案人员张某某、陈某某生产制毒物品的关键性证据，也是最早的证据，属于实质意义上的如实供述和认罪认罚，应当在量刑上作出更大幅度的从宽处罚。此辩护意见也被法院在判决中“采信”。

业绩

京都所律师对一起侵犯公民个人信息罪案实施精准、有效辩护，案件最终以不起诉的方式了结



闫淮南律师

近日，京都律师事务所闫淮南、李靖宇律师在办理刘某涉嫌侵犯公民个人信息罪案件中，结合嫌疑人及案件情况，系统分析该类案件态势及刑事政策，科学研究策略，找准辩护重点，实施精准有效辩护，案件最终以检察机关决定不起诉（“存疑不起诉”即证据不足不起诉）的方式了结，获得当事人刘某及其家属的高度认可。

相关案情：

犯罪嫌疑人刘某为刚毕业不久的大学生，有追星的独特爱好，为跟拍艺人，刘某在北京某机场向其微信好友张某某联系并以包月购买的形式购买明星行程信息1000条左右。刘某于2022年3月份被机场公安机关立案并被采取取保候审强制措施，2022年7月份移送检察机关审查起诉，随该案一起移送的还有另两名嫌疑人，亦是刚毕业不久的大学生，涉嫌情形与刘某基本一致。

结合嫌疑人及案件情况，确立无罪辩护的目标

刘某为刚毕业参加工作不久的大学生，结合我国刑罚对公民个人影响的现实情况，若刘某被追究刑事责任哪怕判处最轻的刑罚，犯罪记录将伴随其终生，对其本人及将来子女就业都将产生影响。同时，该案基于追星等兴趣爱好而购买信息，动机单纯，且未造成有形损害后果，该案侦查及审查起诉期间刘某均被取保候审，因此，即便被追究刑事责任，所判刑罚亦相对较轻，且其父母对可能产生的犯罪记录十分担心。

综上，辩护人将无罪确立为该案的辩护目标。

系统分析该类案件态势及刑事政策，确立科学的辩护策略

当前，公民个人信息安全成为全社会高度关注的问题，侵犯公民个人信息犯罪处于高发态势，为此国家从立法及司法层面加大了该类案件的惩治力度。立法层面，个人信息保护类法律相继出台，尤其是刑事领域，从《刑法修正案（七）》设立侵犯公民个人信息犯罪到《刑法修正案（九）》将相关情形整合为“侵犯公民个人信息罪”，扩大了犯罪主体范围、提升了法定刑配置规格，尤其是《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（2017年6月1日实施，以下简称《解释》）对侵



李靖宇律师

犯公民个人信息罪的定罪量刑标准和相关法律适用作了全面系统规定。司法实践层面也加大了刑罚力度，如2009年2月至2017年12月间，全国法院生效判决人数4942人，而解释施行后的当年侵犯公民个人信息罪的生效判决人数为2920人¹。

辩护人经搜索现有司法案例，对类似非法获取类侵犯公民个人信息罪案件几乎未有无罪处理情况（亦可能限于搜索手段或案件未公开的原因）。同时根据《个人信息保护法》、《刑法》及《解释》的规定，行程轨迹类信息属于敏感类个人信息，非法获取50条以上为情节严重，500条以上即为情节特别严重，根据起诉意见书及在案证据，刘某所获取的信息肯定在500条以上，如若将其获取的信息定性为行程轨迹，则刘某不仅要被定罪量刑，而且处于升格刑档次内。因此该案的辩护重点应确立在对刘某所获得的艺人信息的定性及条数上²，尤其是定性问题。



业绩

仅仅围绕辩护重点，精心准备辩护材料并实施有效辩护

在确立以上辩护目标及辩护重点的基础上，辩护人紧紧聚焦关键点准备辩护材料并根据情况的发展及时采取有效辩护和沟通手段。

一是突出刘某获取信息的来源及真实性不明，依据现有证据无法直接对刘某进行定罪量刑。

根据相关法律及司法解释的规定，个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息。刘某从微信好友处购买艺人行程信息，但在案证据无法确定上述信息的第一手来源，亦即无法确定上述信息是否为非公开信息，且行程信息的真实性无法得到确认。同时，辩护人在第二次提交的补充意见中从侵害法益紧迫性角度，分析不宜将刘某所购买的艺人行程信息界定为行程轨迹这一敏感公民个人信息，从“定性”上予以根本否定，以实现“釜底抽薪”的效果。

二是结合在案证据，从扣减非法获取信息条数上下功夫。

根据上述法律及司法解释的规定，信息的条数关乎非法获取类侵犯公民个人信息罪与非罪以及量刑幅度，因此对刘某所非法获取的信息“定量”亦至关重要。辩护人认真细致的分析在案证据，通过部分列举的方式指出其中无法判断艺人行程的信息以及刘某提出不再续费后被动接收的信息，应予扣除。同时，通过以上列举的方式进而对整个指控条数提出质疑，从“定量”上实现

“退而求其次”的效果。

三是从公民个人信息保护的立法原理及案件社会危害性的角度，进行法理性阐述。

刑法之所以对行程轨迹及住宿、通信、交易等敏感类信息设置较低的人罪门槛，主要是考虑到上述信息涉及人身、财产法益，非法获取该类信息，不仅侵犯个人信息权益，还可能影响人身、财产安全。但根据刑法谦抑性的原则，刑事司法实践中应对敏感个人信息的范围作出适当的限制。辩护人在进行上述法理性阐释基础上，从案件实际出发，认为刘某购买信息仅用于追星，动机单纯，违法性认识不强，因而主观恶性小，且时间短、次数少，未引起受害人的反应进而造成有形损害后果等社会危害性小的角度进行充分阐释，用尽可能缜密的分析建议司法机关给予从宽处理。

四是用足一切有利于犯罪嫌疑人要素，实现最大程度的效果。

为实现最佳辩护效果，辩护人积极搜集刘某品格方面的证据，结合其一贯表现良好的现实，本次系初犯偶犯，案发后积极配合办案机关的调查，且已签署认罪认罚承诺书，从刑法的教育功能角度出发，建议检察机关给与其最大限度从宽处理。

案件结果：

本案经检察机关审查并退回补充侦查认为，因本案行程信息缺少特定识别信息，同时无法确定信息来源且无法确认为非公开信息，现有证据不足以证实

被不起诉人刘某构成侵犯公民个人信息罪，公安机关认定的犯罪事实不清、证据不足，不符合起诉条件。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十五条第四款的规定，决定对刘某不起诉。

办案心得：

一是辩护策略要科学精准。应根据个案的具体情况，合理确立无罪还是罪轻的辩护策略，把准方向才能实施有效辩护。

二是辩护要体现层次性、逻辑性。应聚焦重点，进行全方位的阐释，同时要体现层次性，进行系统多维的辩护。尤其在关键争议焦点上，要多从立法原理及背景上进行分析，增强说服力。

三是要坚持一切以有利于当事人的原则。围绕辩护目标，将一起有利于当事人的因素用全用尽，才可能实现良好的辩护效果。

四是勤于沟通。辩护人要根据案件进展，及时跟进，适时调整辩护策略。

注释：

1 喻海松.侵犯公民个人信息罪司法解释理解与适用[M].北京：中国法制出版社，2018：13、15

2 根据《解释》规定，非法获取住宿、通信、交易信息等其他可能影响人身、财产安全的公民个人信息五百条以上的为情节严重，五千条以上为情节特别严重；非法获取行程轨迹及上述可能影响人身、财产安全以外的公民个人信息五千条以上的为情节严重，五万条以上的为情节特别严重。

业绩

闫淮南、李嵩律师为某涉嫌传播淫秽物品案件成功辩护，检察院最终决定不起诉

近日，京都律师事务所闫淮南、李嵩律师接受委托，为涉嫌传播淫秽物品罪的当事人李某某进行辩护，在辩护人紧张有序的工作后，检察院最终决定对本案不起诉，李某某终获自由。

案情介绍

2018年至2022年期间，犯罪嫌疑人李某某通过互联网先后将20余部不雅视频上传到网站上，相关视频被点击浏览量200余万次，后李某某在公安机关传唤后主动到案，其所上传的视频均被鉴定为淫秽视频。

“黄金37天”，工作紧张，但获得不批捕的良好阶段性结果

接受委托后，辩护人第一时间预约会见，第一时间向侦查机关递交辩护手续，第一时间同办案民警沟通案情。会见后，及时提交取保候审申请书，主要从李某某所上传自己与他人的亲密视频系基于好奇心，涉案行为恶性小，具有自首情节，但均被驳回。同时，辩护人发现在同侦查机关沟通时，对案件下一步走向等程序性问题并未得到明确答复。

基于以上情形，结合当时临近中秋节的情况，辩护人根据经验判断该案件可能不会等到第30天而是随时可能报请检察院批准逮捕。因此，辩护人积极通过电话高频次向检察院案管部门查询案件是否报捕，并通过绑定12309网站，实时查询案件进展。

在辩护人蹄疾步稳的工作节奏

下，及时捕捉到案件报检察院批准逮捕日期并提交不应予以批准逮捕的法律意见书。其中对李某某无传播淫秽物品的主观故意和目的及行为的具体社会危害性不大等进行全方位论述，结论是根据《中华人民共和国刑法》第十三条、第三十七条之规定，认定其犯罪情节显著轻微，社会危害性不大，可以不认为犯罪，或者对其免于刑事处罚，并再次对自首情节进行固定，强调在案证据已搜集完毕，并从其一贯表现等方面从情理法进行多角度论证。

检察院充分考虑辩护人的意见，认为犯罪嫌疑人李某某具有自首情节，行为恶性较小，且在案相关证据均已固定，秉承宽严相济的刑事政策，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第九十条之规定，对李某某作出不批准逮捕决定。

审查起诉期间，围绕不批捕理由展开辩护，终获不起诉处理

在案件进入审查起诉阶段后，辩护人阅完卷后，发现该案事实清楚，且李某某所传播视频经鉴定为淫秽视频，且点击量为200余万次（为同批移送审查起诉同类案件中点击量最高），按照相关司法解释，李某某的行为已构成传播淫秽物品罪，且李某某已认罪认罚。辩护人认为此案应以犯罪情节轻微为辩护的切入点，辩护目标为争取检察院不起诉。

辩护人结合现行捕诉合一的司法

体制，紧紧围绕检察院不批捕理由为切入点展开辩护。辩护人重点围绕视频获取方式及行为危害性进行辩护，指出李某某所涉嫌传播淫秽物品使用的是境外网站，故其传播影响和社会危害性均相对较小。但本案争议焦点在于李某某所上传视频点击量太高。鉴于此，辩护人在辩护意见中指出李某某传播视频点击量之所以偏高系在好奇心理作祟下放任不管的结果，与积极扩散并追求点击量等情形有本质区别，行为性质和主观恶性均较小。

案件结果

经检察院审查，认为李某某所传播的相关淫秽视频并非通过恶劣方式获得，行为社会危害性不大，且有自首情节，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十七条之规定，决定对李某某不起诉。

办案心得

一是必须利用好“黄金三十七天”的每一天。“黄金三十七天”时间紧任务重，不能有半点躺平心理。

二是利用好现有所有办案辅助工具，盯紧各个办案节点。如12309系统，可以实现在线阅卷，查询案件进度等。

三是辩护策略必须紧贴捕诉合一的背景。在捕诉合一的司法背景下，辩护要紧紧围绕检察院的意见开展针对性辩护。



业绩

京都上海分所助力小i机器人于美国纳斯达克证券交易所IPO上市

2023年3月9日，总部位于上海嘉定的小i机器人通过其设立于开曼群岛的上市主体Xiao-I Corporation（股票代码：AIXI，以下简称“小i机器人”或“公司”）成功登录美国纳斯达克证券交易所。京都律所（上海）在本项目中担任承销商中国法律顾问，周水清律师为项目承办人。

小i机器人成立于2001年，是中国领先的智能客服机器人企业，专注于以自然语言处理为核心的认知智能技术和产品的开发和推广，并利用认



周水清律师

知智能产品和服务来实现和推动产业数字化和智能升级转型。在本次IPO中，小i机器人发行570万股美国存托股份（ADS），以及不超过85.5

万股行权期不超过45天的超额配售，每股发行价为6.8美元，总共募集资金\$3876万美金（若完全行驶超额配售权则总募资\$4457万美金）。

本次项目中，京都律所以严谨的法律服务，协助承销商开展中国法律尽职调查，和中介团队一起审核并修改本次上市的招股说明书和相关法律文件，就中国法律的相关问题为承销商和承销商的美国律师提供咨询等，最终助力小i机器人顺利登陆美国纳斯达克证券交易所。

徐伟、石囡律师有效辩护，当事人涉嫌集资二千万元未被批捕

近日，京都律师事务所合伙人徐伟律师、石囡律师组成辩护团队，律师助理万子需提供协助，为涉嫌非法吸收公众存款罪当事人Z某提供法律服务。在刑事案件的37天“黄金救援期”中，经律师积极开展辩护工作，最终检察机关决定不批准逮捕，Z某得以与家人团聚。

介入案件后，辩护人了解到，Z某所在公司对外集资数额特别巨大，公安机关指控Z某涉案数额高达2000万元，该数额已达到相关司法解释规定的数额巨大标准，若司法机关最终采纳，Z某将面临3-10年有期徒刑。而Z某家中尚有年迈长辈、年幼女儿需要



徐伟律师

照顾，自Z某被羁押，家中老人整日以泪洗面。

辩护人一方面通过及时开展会见、收集证据及法律检索工作，掌握有利于Z某的案件事实和法律依据。另一方面，辩护人时刻关注案件进



石囡律师

展，把握案件所处阶段。

通过对已掌握的情况进行分析，辩护人认为Z某虽然涉案金额巨大，但仍有可能获得不予批准逮捕的处理，主要原因有：其在公司中实际地位较低；涉嫌吸取的资金存在他人挂账的

业绩

情形；部分本金已经偿还；其曾经主动帮助被害人挽回部分损失，被害人对其有明确的谅解表示。

不仅如此，辩护人在审查逮捕期

间积极主动与办案单位沟通，及时传达Z某及其家属愿意积极退赔的意愿，主动搭建沟通桥梁，办案人员在审查不予批准逮捕意见后，同意尽早收取

部分退赔金额，并表示审查逮捕时会考虑其退赔情节。在紧张又漫长的等待中，Z某家属终于等来了不予批准逮捕的消息。Z某如今已与家人团聚。

徐伟律师代理的开设赌场案，公安机关决定终止侦查

近日，京都律师事务所合伙人徐伟律师代理的Z某涉嫌开设赌场罪一案，经过与办案单位的有效沟通，公安机关认为嫌疑人情节显著轻微，危害不大，不作为犯罪处理，决定终止对其侦查。

辩护人在审查起诉阶段介入案件，此时Z某已经被异地羁押超过3个月。通过阅卷，辩护人了解到，该案

是当地专案，案件涉案人数较多，犯罪团伙仅获利就已经过亿。Z某并非赌场负责人却被侦查机关列为“头号”嫌疑人。

辩护人以侦查程序中的严重瑕疵作为突破口，结合证据不足的情况，在当事人被羁押6个月，为其争取到取保候审的结果，当事人得以提前获释。

随着补充侦查程序的继续推进，辩护人根据新的证据情况积极与承办人进行沟通，承办人承诺表示绝对会依法办案，结合案件证据情况给出公正的处理结果。

最终，公安机关认为嫌疑人情节显著轻微，危害不大，不认为是犯罪，决定终止对Z某的侦查，Z某得以回归到正常的生活当中。

律师精巧设计引出高利转贷事实，借款人由被告变原告追回超额偿还的资金



李静律师

近期，京都律师事务所李静律师和王莉实习律师接受民间借贷案件借款方（被告）委托，代理出借方（原告）诉借款方偿还借款本金200万元的诉讼，结案后，根据借款方的陈述，经律师调查，断定出借方涉嫌高利转贷，庭审中，律师巧妙设计引出对方高利转贷事实，法院判定案涉民间借贷因涉嫌高利转贷无效，之后律师又代理借款人以原告的身份要求出借方返还多偿还的超过本金的数额



王莉实习律师



业绩

264万元，法院判决支持我方诉请，经历一审、二审，案件皆胜诉，借款人由被告成功转型原告，要回了多支付的利息264万元。

案件情况速览

出借方借款200万元给借款方，出借方委托第三人代其收款，借款方收到借款当天即支付50万元给第三人，约定了借款利息为15%/月，违约金为30%，在借款后的6个月内，借款方通过银行转账和微信共计向第三人转款464万元（包括借款当天扣除本金50万元）。随后，出借方起诉借款方，要求借款方按照借款约定返还本金200万元。

我们从借款方的描述中了解到，借款方在借款时签署的借款合同，出借人、利息均未是空白的，利息口头约定为15%/月，违约金高达30%，借款方签署借款合同后交付给第三人，由第三人代出借方为其收款。

根据借款方的描述及我们调查了解，出借方的借款来源于信托贷款，出借方在收到信托放款当天转给借款方借款，同时在借款合同中都未约利息，出借人也是空白，利息已超出国家规定最高上限，故未在借款合同中明确利息，与出借方口头约定利息，上述行为都显示出出借方和第三人具备为职业放贷人特征，而并非民间借贷。并在借款方取得借款同时出借

方和第三人直接拿走砍头息50万，致使当事人实质上只拿到150万元。根据上述情形我们判断借款方遭遇套路贷，出借方主张借款方继续还款，但事实上借款方从出借方处借款期限不足6个月，借款方已经交付出借方指定的第三人款项460.4万元，已超出本金一倍之多。

诉讼策略

第一步

根据上述情况，该案如何在庭审中向法院呈现出借方借款资金来源于信托机构贷款特别重要。我们演练了几种呈现方式，但是，该案出乎意料的为出借方未委托律师，只身一人参加庭审，我们只几句引诱，出借方竟自己详细讲述了怎么利用自己的公司从信托机构贷款的事实。我们依据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定（2020第二次修正）》第十三条：“具有下列情形之一的，人民法院应当认定民间借贷合同无效：（一）套取金融机构贷款转贷的；”的规定，提请法庭注意：出借方套取金融机构贷款转贷行为属于法律禁止行为，出借方与借款方达成的借款协议无效，出借方、第三人因该借据取得的财产，应当予以返还。

法院裁判结果：

法院依据上述《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（2020第二次修正）》第十三条，判决：出借方与借款方之间关于200万元借款达成的协议无效，出借方要求借款方返还本金200万元的诉讼请求，缺乏事实依据，本院不予支持。”法院判决结果符合我们预期结果。

第二步

依据法院该生效判决及《民法典》第一百五十七条：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；”的规定，我们另起诉讼，要求出借方及第三人返还多支付的款项264万元。

法院裁判结果：

基于前述案件的生效判决，一审、二审法院皆支持了我方的诉请，判决出借方及第三人返还多支付的款项264万元。

办案心得

该案被动转主动的根本为：让法庭确认出借方套取金融机构贷款转贷的事实。我们不但帮助借款人反驳了出借方的起诉，还帮其反打一箭，要回了多支付的利息264万元，案件结果当事人特别满意。

律师在实际办理案件的过程中，根据不同而案件，确立不同的诉讼策略，尤为重要。✎

动态

京都律师事务所管委会换届选举，多位合伙人晋升



田文昌
京都律师事务所创始人、名誉主任



朱勇辉
京都律师事务所主任



褚长志
京都律师事务所管理合伙人、CEO



徐莹
京都律师事务所刑事诉讼部
高级合伙人



陈东利
京都律师事务所民商诉讼部
高级合伙人



黄雅君
京都律师事务所知识产权部
高级合伙人



王春军
京都律师事务所房地产与建设工程部
高级合伙人

京都律师事务所选举产生新一届管委会成员

为进一步推动京都律所内部管理进程，适应律所和业务发展的需要，2023年1月15日，京都律师事务所经合伙人大会选举产生了新一届律所管委

会7名成员，任期两年。

2023年京都律所将在新一届管委会的领导下，秉承“追求卓越、不负重托”的使命，以不断开拓创新的姿态，推动律所2023年的稳健发展，共创辉煌！

朱勇辉律师连任京都律师事务所主任。田文昌（创始人、名誉主任）、朱勇辉（主任）、褚长志（管理合伙人、CEO）、徐莹、陈东利、黄雅君、王春军当选新一届管委会成员。



李志广



刘立杰



聂素芳



夏俊



臧德胜



任视宇

京都律师事务所9位律师晋升合伙人

同时，京都律师事务所合伙人晋

升工作顺利完成，京都律师事务所迎来9位律师晋升喜讯。

6位律师晋升为一级合伙人，他

们分别是来自刑事诉讼部的李志广律师、刘立杰律师、聂素芳律师、夏俊律师、臧德胜律师和资本市场部的任



动态

视宇律师。（按姓氏首字母排序）

3位律师晋升为二级合伙人，他们分别是来自刑事诉讼部的李靖宇律师，房地产与建设工程部的陈芳芳律师和民商诉讼部的贾昆律师。（按姓氏首字母排序）

京都律师事务所管委会选举以及合伙人晋升工作充分体现了事务所在人才培养及律所管理方面的专业水平。京都律师事务所将继续坚持“专业化、团队化、国际化、综合化”的治所理念，对业务领域进行精细化研究，提供专业的法律服务；客户服务



李靖宇



陈芳芳



贾昆

实行律所资源统一调配，加强各部门团队协作；律所主要业务领域尽力实现全覆盖，专业互补，综合提升；打破业务国际壁垒，从跨国发展，人才配备及

分所布局入手，综合提升律所品牌以及国内外知名度。任贤使能，凝心聚力，新一届管委会成员将同全体律师一道为律所建设贡献力量。

名誉院长田文昌律师、副院长门金玲副教授、副院长梁雅丽律师参加西北政法大学刑事辩护高级研究院深圳分院揭牌仪式

西北政法大学刑事辩护高级研究院深圳分院揭牌仪式

2023年2月19日上午，西北政法大学刑事辩护高级研究院深圳分院揭牌仪式在深圳举行。本次活动由西北政法大学刑事辩护高级研究院主办、广东啸风律师事务所承办、广东格昂律师事务所协办。西北政法大学刑事辩护高级研究院名誉院长田文昌律师、副院长门金玲副教授、副院长梁雅丽律师出席仪式并对深圳分院的成立表示祝贺。

同时，京都律师事务所主任朱勇辉律师也通过线上视频的方式为深圳分院的成立表示祝贺。



田文昌律师在揭牌仪式现场



西北政法大学刑事辩护高级研究院深圳分院揭牌仪式合影



朱勇辉律师致辞

“刑辩大咖话刑辩”主题沙龙活动

同日下午，田文昌律师、门金玲副教授、梁雅丽律师应邀参加“刑辩大咖话刑辩”的主题沙龙活动。

动态



（左起）门金玲副教授、田文昌律师、梁雅丽律师



田文昌律师致辞

田文昌律师在活动中指出，我国刑事辩护面临着三大问题：一是律师执业行为的规范化问题；二是律师执业技能的专业化问题；三是律所管理模式的科学化问题。田文昌律师殷切希望通过刑辩高级研究院发挥作用，树立执业理念的规范化意识、提升执



门金玲副教授在发言现场

业技能、建立有科学依据的管理分配机制，促进我国刑事辩护行业健康、正常、高速的发展。

门金玲副教授在活动发言中介绍了自己由学者深入刑辩实践的研究进路，强调了在刑辩研究中理论与实践的密切关系，指出深厚的理论浸润会有效帮助律师迅速找到案件的争议点和辩点、有效开展辩护说理、树立刑事辩护的信念感。



梁雅丽律师在发言现场

梁雅丽律师在发言中阐述了自己对刑事辩护专业化的理解，分享了培养律师的专业性的经验，建议年轻律师无需限定自己的业务领域，应按照自己的基础、特点、梦想选择自身从业领域。同时，梁雅丽律师也对广大青年律师送出寄语：“因为喜欢，所以专注，追求卓越，刑辩之路，我们同行。”



冯卫国教授在发言现场

最后，西北政法大学刑事法学院院长冯卫国教授结合各位分享人分享的内容，从刑事辩护基本理论、刑事辩护司法实践、刑事辩护的专业性等角度进行了点评。冯院长认为：长期以来，我国理论界缺少对刑事辩护基本理论的深入研究，以致我国刑事辩护的发展受到了根本性的限制；当前，刑事辩护司法实践中，我国刑事辩护律师还受到很多限制，以致职能、价值和作用的发挥还非常不足；就世界刑事辩护发展趋势而言，刑事辩护专业性是我国刑事辩护律师发展的必经之路，可以从专业领域拓展、业槽设定、专业学习等方面，强化刑事辩护律师，尤其是年轻刑事辩护律师的专业性。参加活动的各位业界同仁对冯院长的观点表示高度认可并给予热烈掌声，活动圆满结束。



活动现场



动态

田文昌主编“刑辩律师三部曲”，第一部正式上市！

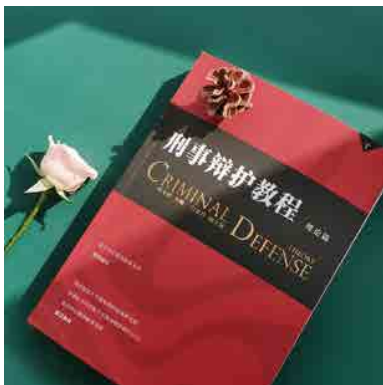
来源：燕大元照微信公众号



“刑辩律师三部曲”——理论篇 +实务篇+实训篇

首发第一部之“理论篇”——
全面阐述辩护理念，明确阶段辩护目的，
准确定位辩护依据

知名律师 田文昌 主编



《刑事辩护教程（理论篇）》

《刑事辩护教程》为西北政法大学
刑事辩护高级研究院、中国社会科学院

大学刑事辩护研究中心、北京市京都律师事务所推荐
的行业培训教材。

本书由京都律师事务所组织编写，著名律师田文昌主编，作者均为国内刑事辩护的资深律师或在该领域内有一定学术造诣的专家学者。

本书对《刑事辩护教程（实务篇）》《刑事辩护教程（实训篇）》具有理论指导意义，三者相互衔接，既是一个统一的整体，又各自独立成篇。

本书共二十三章，从刑事辩护的基本问题、刑事辩护流程和刑事辩护特殊案件三大板块，详细论述刑事辩护的基本理论。

本书系统阐述了刑事辩护制度的历史演变过程，比较考察并解析刑事辩护的原理和理念，梳理立法沿革，明确在刑事诉讼不同阶段和环节中，辩护活动的目的和任务，以及相关的理论和法律依据。

本书内容全面、涉及面广，不仅梳理了刑事辩护的相关概念，还从读者的视角在刑事辩护整体理论框架体系内来考量刑事辩护业务在全部刑事诉讼程序的重要作用。

本书对中外关于刑事辩护的理论及实践做出了专业化的介绍与评论，对于完善我国刑事诉讼制度以及刑事辩护程序具有一定的指导作用。



主编简介

田文昌，北京市京都律师事务所律师、创始合伙人、名誉主任；西北政法大学法学硕士毕业。1983年至1995年在中国政法大学任教，曾任法律系副主任；1995年离开教职，创立北京市京都律师事务所做专职律师。现为中华全国律师协会刑事专业委员会顾问，兼任西北政法大学博士生

动态

导师、刑事辩护高级研究院名誉院长和中国政法大学、国家检察官学院等多所高校客座教授；曾获评北京市首届十佳律师，CCTV 2013年度法治人物，2013年《亚洲法律评论》全国十佳诉讼律师，香港卫视2015年全球华人影响力盛典“最具影响力华人大律师”，美国刑事辩护律师协会“终身荣誉会员”。

副主编简介

门金玲，中国社会科学院大学副教授、刑事辩护研究中心执行主任；北京市京都律师事务所律师，兼任西北政法大学刑事辩护高级研究院副院长；北京大学诉讼法学博士毕业，主要研究方向为刑事诉讼法学、证据法学、刑事辩护和法律诊所教育。

编写说明

一位合格的刑辩律师，在业务上必须具备三个武装：第一个是理念的武装。正确的辩护理念就像一只看不见的手，指挥着律师在刑辩战场上的每一个瞬间及时作出准确的反应。第二个是法理和规范的武装。辩护过程中每一个动作是否规范，是否服务于法定的辩护职责，取决于刑辩律师对法理和规范的掌握程度。第三个是实务经验的武装。刑事辩护业务的基本逻辑是律师常年在刑辩一线的反反复复实践中才能掌握的，刑事辩护要想做到精深，离不开长期大量的辩护实务的积累。一位优秀的刑辩律师需要抱有终身学习的理念，在实践的磨砺中不断地提升自身的理论素养和实践技能。



基于此，时任中华全国律师协会刑事专业委员会主任（现任顾问）的田文昌老师组织编写了“刑事辩护教程”丛书，覆盖了刑事辩护的理论、实务和实训三个领域。丛书共分三册：《刑事辩护教程（理论篇）》《刑事辩护教程（实务篇）》和《刑事辩护教程（实训篇）》，均由田文昌老师任主编。《刑事辩护教程（理论篇）》和《刑事辩护教程（实务篇）》由中国社会科学院大学法学院副教授门金玲任副主编，并由深谙辩护之道的北京市京都律师事务所律师与学者编著，《刑事辩护教程（实训篇）》由西北政法大学法学院副教授刘仁琦任副主编，由来自全国各地并深度参与了西北政法大学刑事辩护高级研究院研修班学习的资深刑辩律师、学者参与编著。

《刑事辩护教程（理论篇）》和《刑事辩护教程（实务篇）》全面覆盖了刑事辩护的理论实务。《刑事辩护教程（理论篇）》是对刑事案件诉讼程序每一个环节所涉及的辩护理念、立法规范沿革、目的和任务的

梳理；《刑事辩护教程（实务篇）》是关于刑事案件诉讼程序每一个环节所涉及的辩护的规范动作与技术、技能与技巧，以及常见实践问题及其应对策略。理论篇与实务篇从形式到内容，在逻辑上追求一脉相承，理论篇是实务篇的学术指导，实务篇是理论篇的实践演绎。

《刑事辩护教程（实训篇）》是西北政法大学刑事辩护高级研究院研发中国特色刑辩律师培训模式的成果总结。田文昌老师出任西北政法大学刑事辩护高级研究院院长以后，组织全国各地几十位成熟的资深刑辩律师，通过三年时间、数十次集中培训、累计四百多个课时的模拟课程，借鉴国外诊所式培训方式，结合中国刑事司法的特点，探索出一套目前已经包括十二个成熟的培训板块在内的理论与实践相结合的刑辩律师培训模式。这是一套既不同于英美法系当事人主义诉讼制度下的律师培训模式，又区别于大陆法系职权主义诉讼制度下的律师成长模式的一套具有中国特色的、与中国刑事司法制度相结合的刑辩律师培训模式。

《刑事辩护教程（实训篇）》的课程旨在帮助受训者掌握《刑事辩护教程（理论篇）》和《刑事辩护教程（实务篇）》中所述的辩护理念、辩护技术、技能与技巧。受训者在使用《刑事辩护教程（实训篇）》时，《刑事辩护教程（理论篇）》和《刑事辩护教程（实务篇）》又发挥着教学参考书的功能。

《刑事辩护教程（理论篇）》



动态

与《刑事辩护教程（实务篇）》，由北京市京都律师事务所的资深律师撰稿。由于是由不同律师共同写一本书，从框架结构到文字表述，需要统一思想，自写作任务启动以来，各位律师办案之余反复讨论、修改，几易其稿，付出了艰辛的努力。《刑事辩护教程（实训篇）》由西北政法大学刑事辩护高级研究院师资班的骨干学员撰稿，将实训研究过程中形成的有关辩护律师培训的理论与实践经验集结成书，旨在手把手教授律师如何开展刑事辩护业务培训。

《刑事辩护教程（理论篇）》全书分为二十三章，内容涵盖了三大板块：基本问题板块、辩护流程板块和特殊类型案件板块。基本问题板块是从第一章到第四章，由辩护律师的历史、定位与使命，刑事辩护的一般问题，辩护律师的职业伦理与刑事辩护律师执业权益保障组成；辩护流程板块是从第五章到第十九章，由接待客户与洽谈案件，律师会见，律师阅卷，律师调查取证，批准逮捕程序的辩护，审查起诉程序与律师辩护，庭前会议的辩护，法庭发问与人证，质证概述与律师举证，物证、书证的质证，鉴定意见的质证，视听资料、电子数据的质证，法庭辩论，二审程序中的辩护以及非法证据排除组成；特殊类型案件板块是从第二十章到第二十三章，由认罪认罚程序的律师辩护，死刑复核案件的辩护，未成年人刑事诉讼程序和涉外刑事辩护业务组成。每一章在内容上都是围绕相关理念、立法沿革、目的与任务展开论述。



《刑事辩护教程（实务篇）》全书共分为二十二章，内容涵盖了辩护实务概论、辩护实务流程和特殊类型案件辩护实务三大板块。第一章为辩护实务概论；第二章至第十七章为辩护实务流程板块，具体包括接待当事人与洽谈案件，律师会见，律师阅卷，律师调查取证，批准逮捕程序的辩护，审查起诉阶段的辩护，庭前辩护，法庭发问及其质证，言词笔录的质证与律师举证，物证、书证的质证，鉴定意见的质证，视听资料、电子数据的质证，法庭辩论，辩护词与其他法律意见书的写作，二审案件的辩护，排除非法证据，财产辩护；第十八章至第二十二章为特殊类型案件辩护实务板块，具体包括认罪认罚案件的辩护，死刑复核案件的辩护、未成年人案件的辩护，涉外刑事诉讼业务。

《刑事辩护教程（实训篇）》全书共分为八章和附录，内容涵盖刑事辩护实训的全流程。引言是关于刑事辩护培训导师的功底、能力、智慧、责任的阐述；第一章为刑事辩护实训

概论，包括刑事辩护实训的概念、特征及原则，刑事辩护实训的方法与流程；第二章至第三章为实训课前板块，由实训筹备与实训预备组成。实训筹备包括案例准备与实训分组，实训预备包括“破冰行动”与实训翻转；第四章至第七章为实训核心课程板块，由实训着手、实训演练、实训提升与实训归纳组成。实训着手包括问题出题的规则与方法，原理讲解的规则与方法，实训演练包括实务效仿与模拟互动的规则与方法；实训提升包括点评反馈的规则与方法，知识拓展；实训归纳包括总结复盘的规则、方法与步骤；第八章为实训课后板块，即实训校验，包括实训效果评估的原则、规则与方法。最后为附录部分，通过一个具体的实训板块的演练过程，展现本书逐章阐释的实训理念与技术。

刑事辩护是一门开放的学科，涉及的理论与实务问题很多，难免挂一漏万。刑事辩护又与刑事政策、法律规范以及社会的主流价值息息相关，很多规范与技术都缺乏明确的操作边界，中国的刑事辩护事业也在不断发展中，刑事辩护的理论也有待逐步成熟。本系列图书编者水平有限，书中难免有不足之处，敬请广大律师同人不吝赐教，以便在修订之时加以完善。

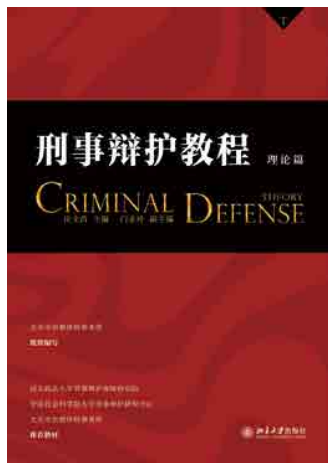
门金玲

2022年9月15日

动 态

刑事辩护教程（理论篇）

田文昌 主编，门金玲 副主编



《刑事辩护教程》为西北政法大学生刑事辩护高级研究院、中国社会科学院大学刑事辩护研究中心、北京市京都律师事务所推荐的行业培训教材。本教材由北京市京都律师事务所

组织编写，著名律师田文昌主编。

《刑事辩护教程（理论篇）》分为二十三章，从刑事辩护的基本问题、刑事辩护流程和刑事辩护特殊类型案件三大板块，详细论述刑事辩护的基本理论，旨在全面、系统地阐述刑事辩护制度的历史演变过程，比较考察并解析刑事辩护的原理和理念，梳理立法沿革，明确在刑事诉讼不同阶段和环节中，辩护活动的目的和任务，以及相关的理论和法律依据。本书对《刑事辩护教程（实务篇）》和《刑事辩护教程（实训篇）》具有理论指导意义。三者相互衔接，既是一个统一的整体，又各自独立成篇。

民商诉讼部2023年模拟法庭活动“首战告捷”！

2023年3月2日下午，2023年度京都律师事务所民商诉讼部第一次模拟法庭活动在事务所多功能厅圆满结束。本次活动以一起商用房买卖引发复杂法律纠纷真实案例为素材。

活动伊始，京都律师事务所民商诉讼部主管合伙人赵岐龙、以及本次

活动特邀嘉宾盈科律师事务所高级合伙人郭蔚博士，共同对真实案件背景情况做简要介绍。赵岐龙律师指出本次模拟法庭每一方代理人均采用“以老带新”模式，旨在锻炼“新手”律师，为部门整体业务实力进一步提高提供“练兵场”。

本次模拟法庭合议庭由赵岐龙、牛星丽、马若飞三位合伙人律师组成，原告代理人由高琨、刘飞彤、杨焯担任，各被告代理人由江宁、吴艺楠、郭鑫鹏、王青楠、许斯琪担任。

原告代理人



左起：牛星丽 赵岐龙 马若飞



动态



| 刘飞彤

| 杨焯



| 许斯琪

| 王青楠



| 高琨



| 郭鑫鹏

被告代理人



| 江宁

| 吴艺楠

模拟法庭正式开始后，根据合议庭总结争议焦点，各方代理人依据各自所代理的角色，按照正式庭审流程提供了各方证据，并围绕各自观点展开了激烈的交锋。合议庭成员，合理把控案件审理节奏，分别对各方代理人发问，围绕案件核心争议有序开展法庭调查，整个庭审活动在激烈的法庭辩论及最后陈述环节后结束。



| 高琨、郭鑫鹏评为最佳辩手

庭审环节结束后，本次活动特邀嘉宾盈科律师事务所高级合伙人郭蔚博士，还有来自京都律师事务所的多位资深律师对庭审活动以及案件观点发表了精彩点评。随后组成合议庭的合伙人律师，从审理案件的程序及实体问题等多角度对活动进行了总结和复盘，并推选出本次模拟法庭中表现出色的原告方高琨、被告2方郭鑫鹏为最佳辩手。



| 活动合影

模拟法庭作为破解疑难案件的重要方法，以及新手律师熟悉庭审流程、切实理解和掌握庭审技能、提高诉讼专业能力的重要方式，一直以来都是京都所民商诉讼部非常重视的经典传统活动，2023年度首次模拟法庭的举办引来热烈反响，吸引事务所众多律师的积极参与和旁听。本次模拟法庭活动取得了圆满成功！

动态

京都刑事辩护研究中心环境合规专委会公益宣讲第三站暨《企业环境合规蓝皮书》发布仪式在京举行

2023年3月7日，京都刑事辩护研究中心环境合规专业委员会公益宣讲第三站暨《企业环境合规蓝皮书》发布仪式在京举行。

论坛主题为“从《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》的实施及案例看企业环境合规的必要性”，多位生态环境与法学领域的专家学者、律师代表参加了会议，与会专家围绕新《固废法》的修订重点、实施情况与合规要点，对促进企业环保合规管理法律服务产品的需求等问题进行了深入探讨。本次论坛由京都律师事务所及京都刑事辩护研究中心主办，中国民主法制出版社《法治时代》编委会执行主任、法宣在线总编辑、桂客学院院长刘桂明在致辞中提到，蓝皮书发布仪式具有“五个一”的重要意义：一个节日，一本新书，一种公益，一个专业，一个主题。



刘桂明院长、王彬博士、吴宇欣律师、梁雅丽律师、张志敏研究员

论坛分为《企业环境合规蓝皮书》发布仪式、从《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》的实施及案例看企业环境合规必要性研讨两部分。

《企业环境合规蓝皮书》发布仪式



刘桂明院长

中国民主法制出版社《法治时代》编委会执行主任、法宣在线总编辑、桂客学院院长刘桂明在致辞中提到，蓝皮书发布仪式具有“五个一”的重要意义：一个节日，一本新书，一种公益，一个专业，一个主题。



梁雅丽律师

在《企业环境合规蓝皮书》发布仪式环节，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首先着重介绍了《企业环境合规蓝皮书》的内容与亮点。梁雅丽律师指出，蓝皮书以公开判例为基础，搜索

了2021年1月1日至12月31日期间各地各级法院审结的与企业环境合规相关的诉讼案件，分别从行政处罚、行政诉讼、民事纠纷、刑事案件等角度对样本案例进行了数据统计和研究分析，总结和提炼企业在环境合规中常见的法律风险，以及风险高发领域，还有今后可能面临的法律后果。

赠书仪式

在发布仪式赠书环节，京都律师事务所主任朱勇辉向媒体代表赠书、京都律师事务所高级合伙人曹树昌律师向专家代表赠书，京都律师事务所高级合伙人徐莹律师向现场观众代表赠书。



京都律师事务所主任朱勇辉律师向媒体代表赠书



京都律师事务所高级合伙人曹树昌律师向专家代表赠书



动态



京都律师事务所高级合伙人徐莹律师
向现场观众代表赠书

从《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》的实施及案例看企业环境合规必要性研讨

在研讨会环节，京都律师事务所吴宇欣律师，生态环境部环境与经济政策研究中心正高级工程师、中国法学会环境资源法学研究会理事王彬博士和生态环境部环境评估中心评审专家张志敏研究员分别发表主题演讲。



吴宇欣律师

京都律师事务所吴宇欣律师首先分享了《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》修订后的合规要点，梳理了《固废法》的法律位阶，修订的背景、意义。吴宇欣律师将艰涩深奥的法律条文拆解分类，从总则、监管、废物、措施和责任五个主要方面的分析讲解修订内容，归纳了固废合

规的责任主体与合规要点，包括普适要点与特殊要点。



王彬博士

生态环境部环境与经济政策研究中心正高级工程师、中国法学会环境资源法学研究会理事王彬博士在发言中着重讲解了行政部门推进固废管理的政策和技术难点，说明了行政部门推行固废管理的主要抓手，特别是通过建设“无废城市”，与司法部门联合开展专项执法行动，有方向、有重点推动固废管理与环保合规案件的关系，最后王彬博士总结了企业开展固废污染防治合规工作的重要意义。



张志敏研究员

生态环境部环境评估中心评审专家张志敏研究员站在企业与政府的层面，告诉我们法律工作者在环保事业中起到的作用，强调了固废的产生、收集、贮存、运输、利用、处置等各

个流程中的不同法律要求，归纳了企业固废自律守法要点和政府帮扶监管执法重点，赞赏了京都刑事辩护研究中心环境合规专业委员会编写《企业环境合规蓝皮书》的及时性。



刘桂明院长

会议最后，刘桂明院长用“头”“投”“透”对嘉宾的分享内容作了精彩总结，他指出，“头”是从头到尾的监管防治固体废物这一环保大头，“投”是绿色金融的投入为企业立稳根基，“透”则是在立法、执法、监管等环节的信息透明度。



会议合影

自《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》实施以来，企业合规责任加大，面对企业合规法律服务市场需求，京都律师事务所及京都刑事辩护研究中心始终致力于打造理论与实务相结合的法律服务及业务研究，

动态

以日益增长的企业合规法律服务市场需求为导向，以公益论坛合规宣讲为载体，不断推出合规法律实务研究成果，引领、促进企业合规法律服务业

务向精、深、专发展，为建设无废城市、美丽中国贡献一份力量。“绿水青山就是金山银山”，环保合规在成为企业责任与义务的同时，也是组织

实现成功和可持续发展的基石，能为市场主体创造新的机遇。

“数字经济赋能，聚焦企业数据合规实务”沙龙活动在京都所成功举办

数据作为国家基础性战略资源，是大数据产业的核心和命脉。数字经济时代，数据已成为互联网企业抢占客户与市场的核心竞争资源，随着数据产业的急剧增长，数据安全风险也随之增高。对此，国家相关法律法规日渐完善，相关部门也对各数据处理主体提出了更高的合规要求。企业如何对其所涉数据的安全负责？如何合规进行网络数据的爬取及开发应用？数据竞争中，企业如何避免刑事法律风险等诸多问题亟待探讨解决。

2023年2月23日，京都律所携手法盟举办“企业数据合规实务焦点问题研讨会”线下沙龙，京都律所高级合伙人王菲律师、京都律所高级合伙人张启明律师和TalkingData法务总监兼数据合规官葛梦莹围绕当下备受关注的“数字竞争的三个问题”“数据合规的刑事红线”及“广告检测的合规性分析”三个方面进行深入解读。

一、数字竞争的三个问题

京都律师事务所高级合伙人王菲律师从“数据爬取”、“算法推荐”、“流量限制”三个方面详细阐述了在互联网经济背景下，公司挖掘

和应用数据所涉及的相关法律问题。



王菲律师

数字经济时代来临，社会经济体系正在发生整体性深刻变革。数据做为重要的生产要素之一，越来越多地承担起直接或间接的引导社会资源流向与配置的关键作用。同数据处理与应用有关的竞争法律事件每天都在发生。

作为第一个分享人，王菲律师首先抛出“数据工具爬取网络数据进行开发应用是否合规？”“推荐算法是否代表一种意见？”等问题与会嘉宾进行互动交流。王菲律师提到，人类使用算法的初衷在于辅助或部分代替人类进行信息过滤和筛选，帮助人类决策，使生活变得更加便捷和智能，但目前信息茧房、大数据杀熟、算法歧视等事件的层出不穷，人们渐渐开始对算法类技术的中立性、可预

测性进行更多审视与思考。各类应用场景中，算法透明、公正、保证算法的“可信度”等细致要求正在我国算法监管制度中逐步完善和健全。

二、数据合规中刑事法律风险的有效规避

京都律师事务所高级合伙人张启明律师通过一系列生动的典型案例讲授刑事法律对企业数据竞争领域的划线标准以及这条红线会给公司和个人带来怎样空前的灾难。



张启明律师

张启明律师详细分析了网络爬虫类风险以及其它涉及计算机信息系统的犯罪，企业使用网络爬虫技术时，应注意：1）避免违背数据权利人的意愿、避免超出数据访问授权范围；2）避免使用的技术手段对被访问的



动态

计算机网络系统造成损害；3）注意抓取的信息是否含有个人隐私信息、商业秘密等内容，内部公开数据可以依职权抓取，但应遵循公司正常的访问途径。

三、广告监测的合规性分析

TalkingData法务总监兼数据合规官葛梦莹从广告监测所涉及的数据处理行为、相关的法律法规解读、相关处理行为的现状调研以及相关的数据合规困境分析四个方面详细阐述了广告监测的合规性分析。



葛梦莹总监

其中，葛总提到目前数据共享主要存在以下3个问题：不敢共享（安全与法律责任问题）、不愿共享（利益分配问题）、不会共享（技术标准问题）。同时她还提到广告监测过程中，第三方监测公司面临的困境。



褚长志致结束语

活动的最后，京都律师事务所管理合伙人、CEO褚长志致结束语。他首先对到场的来宾表示热烈欢迎，随后阐述了数据合规对企业的重要性以及京都律师事务所正在发展的数据合规专业领域，本次沙龙探讨的内容也旨在帮助企业更好的规避数据发展所带来的风险。



活动现场

京都律所作为一家开展合规业务多年的综合性法律服务平台，早在2019年初，即以名誉主任田文昌律师提出的“合规业务需以复合型人才的培养和多元化团队结构的设计”为理念，致力于合规业务的深耕细作。我所律师先后代理了多起企业合规整改之专项法律服务，并担任北京央企投资协会合规与风险管理专业委员会常年法律顾问；合规行业覆盖建工、医药、基金、环境、电商、证券、数据安全等多个领域。正所谓“合规以致胜，行稳方致远”，京都律所始终致力于通过专业能力，帮助企业构建合规体系，为企业创造价值。

“以法赋能 保驾护航”——北京黑龙江企业商会走进京都律所

2023年3月23日，京都律师事务所同北京黑龙江企业商会成功举办“以法赋能 保驾护航——企业家法律风险防范”主题沙龙。京都律师事务所管理合伙人、CEO褚长志，黑龙江省政府驻京办事处原副主任，北京黑龙江企业商会创会秘书长、党委书记徐新维发表欢迎致辞，京都律师事

务所高级合伙人、京都刑事辩护研究中心主任梁雅丽，京都律师事务所律师朱元霄，京都律师事务所高级税法顾问高慧云出席沙龙并作主题演讲，北京黑龙江企业商会副秘书长朱喜良主持。本次沙龙邀请多位商会领导以及知名企业家，共同探讨企业当前面临的法律问题，解答相关法律诉求。



会议现场

动 态



| 褚长志先生

京都律师事务所管理合伙人、CEO褚长志先生首先欢迎北京黑龙江企业商会的各位领导以及企业家的到来。他在致辞中谈到，京都律所在过去的28年间始终以“追求卓越，不负重托”的专业态度为客户提供优质、高效、全面的法律服务，多元化的业务领域铸就了京都律所成为一家综合性律师事务所。他希望本次交流分享能够为企业发展带来良好影响，对企业家们有所启发，最后期待沙龙顺利举行。



| 徐新维书记

北京黑龙江企业商会创会秘书长、党委书记徐新维先生对此次活动给予高度评价，对京都律师事务所组织的此次讲座表示感谢，并对北京黑龙江企业商会历年来所取得的成绩进行分享，希望类似形式的活动周期性举办，为企业者经营之路保驾护航。



| 梁雅丽律师

在主题分享环节，京都律师事务所高级合伙人、京都刑事辩护研究中心主任梁雅丽律师以“企业家刑事法律风险防范”为题进行分享。梁雅丽律师结合相关案例表示，从企业设立、企业用工、企业经营、企业融资、知识产权、职务犯罪等方面深入浅出的剖析了民营企业在生产活动中遇到的风险治理和防范措施。基于实例列举与讲解，梁雅丽律师提醒企业应重点关注的政策动向，构建合规管理体系思维，可针对相关部门的业务架构进行优化调整。



| 朱元霄律师

京都律师事务所朱元霄律师以“‘对赌协议’企业家必须了解的那些‘坑’”为题进行分享。朱元霄律师首先介绍了“对赌协议”的概念及类型，接着朱律师以承办案件为例，采用“案例分析——风险提示——防

范建议”的方式，从多角度解读上市公司重大资产并购引发的对赌责任及相关风险，最后朱元霄律师也简单介绍了其他类型对赌协议中常出现的风险。



| 高慧云顾问

京都律师事务所高级税法顾问高慧云顾问以“财税合规法律风险解读之警惕合理避税暗礁”为题进行分享。高慧云顾问从明星偷税行为和税务依法筹划案例两大方面进行分析，通过列举偷税案例对阴阳合同、虚构业务转换收入性质等概念进行解读，帮助企业家辨识偷税与税务筹划的重要区别。高慧云顾问表示，企业应加强财税合规意识，建立完善的财税制度和流程，加强财务、税务数据的监测和分析，强化内部控制和审计机制，这样才能确保企业健康稳步的发展。

在互动分享环节，参与讲座的各位龙商会企业家也分别对自身遇到的法律问题和偶合病例与三位法学专家展开互动交流，就各位企业管理者在经营过程中所遇的法律风险与潜在危机，给予指导性意见和可行性方案，与会企业家表示此次活动的意义深刻，影响深远，对帮助企业解决“疑难杂症”成效非凡。本次沙龙从企业刑事法律风险防控、识别



动态



商会领导及参会企业家

避税暗礁以及投融资并购的避坑防范三大方面切入，旨在帮助企业培养预防法律风险防控思维，排查企业运营的过程中的“定时炸弹”，推动实现企业的稳定、良性、可持续性发展。

京都律师事务所作为北京黑龙江企业商会的会员单位，将秉承“专业化、团队化、国际化、综合化”的治所理念，以专业化为阵地实行团队化合作，凭借专业法律知识、对市场发展的透彻理解和行业格局的洞见，帮助客户实现良性的商业发展。



嘉宾合影

朱勇辉主任、梁雅丽律师参加“桂客半月谈”活动： 刑辩业务如何实现专精特新？

2023年2月21日下午，由桂客学院主办的第五期“桂客半月谈”在北京紫华律师事务所举行。本次活动讨论的主题是：刑辩业务如何实现专精特新？来自北京和国内多个地区的十余名知名刑辩律师和部分媒体人士参与了本次活动。京都律师事务所主任朱勇辉律师、京都刑事辩护研究中心主任梁雅丽律师应邀出席本次活动并参与研讨。

“专精特新”作为一个新兴词汇在2022年首次写入政府工作报告。“专精特新”也是律师法律服务的未



活动现场

来方向，是律所长足发展并塑造竞争新优势的必由之路。刑辩业务如何锻造“独门绝技”，如何实现专业化、精细化、特色化、新颖化，如何建构

细分领域的竞争优势呢？

桂客学院院长刘桂明做了开场致辞，对话题的重要意义做了解读，北京紫华律师事务所主任钱列阳律师对参会的各界朋友表示热烈的欢迎，随后，与会嘉宾对“刑辩业务的专精特新”问题进行了充分的研究和讨论。

京都律师事务所主任朱勇辉律师在发言中指出，刑辩业务的“专精特新”要从三个方面进行构建。首先，从律师个体的角度来看，朱勇辉律师认为刑辩律师应当“先杂而后专”，因为刑辩不是一个就事论事的简单问

动态



朱勇辉主任发言

题，刑辩律师面对的是涉及当事人自由和生命的重大事件，考验的是律师的综合处理能力，需要律师具有宽广的知识领域和扎实的法律基础，以及丰富的社会经验，将这些融会贯通，才可以朝着专业化的方向发展，否则，所谓专业化，就像空中楼阁遥不可及。

第二个方面，朱勇辉律师提出要通过律所的管理促进律师的专业化。朱勇辉律师结合自身工作体会，介绍了京都律师事务所致力于实现刑辩业务“专精特新”的相关举措。首先，在业务分工上，事务所对各部门的业务范围进行专业化划分，刑事部律师只做刑事业务，其他部门律师不做刑事业务，实现各业务部门业务范围的专门化；其次，在刑事业务的管理上，事务所采取了如下几个具体做法，一是设立京都刑事辩护独立出庭资格，打造京都刑辩的“企业标准”，符合条件者才可被授予刑事辩护独立出庭资格，具备这个资格的京都律师才可以单独出庭辩护。二是成立京都刑辩研究中心，通过中心举办的各种研究活动，提升律师的理论水平，以理论指导实践。三是通过专门

培训提高刑辩专业技能，最近几年京都一直与西北政法大学刑事辩护高级研究院共同举办刑辩技能培训的探索和研究，不断总结经验，已形成一套比较完善的培训体系在所内试点，下一步将在更大范围推广。四是开办京都刑辩讲堂，邀请业内法学专家就刑事理论问题举办讲座，开拓京都刑辩律师的学术视野。五是举办京都刑辩巡回论坛，加强行业内的交流学习。此外，我们还通过公益论坛、立法建议、著书立说等各种活动，不断强化京都律师的业务能力和责任感，形成京都特色。

第三个方面，朱勇辉律师提出要从律师承办案件的团队化运作来完成专业化效果，一是接待客户团队化，不是由律师一个人去接待，而是律所安排合伙人等其他律师一同接待洽谈，展现团队精神、展现整体水平。二是在办案过程中不搞小团队，打通内部资源，在全所范围内调配最合适的律师参与案件办理。三是强化案件办理中的集体研究，如通过“京都法律圆桌”集合律所资源对重大、疑难案件进行探讨，提高京都办案水准。四是实现各业务部门之间的配合，同一刑事案件涉及的法律问题可能五花八门，例如刑民交叉、刑行衔接、刑事合规等等，往往具有综合性业务特点，所以在事务所各业务部门的参与下，一些复杂的刑事案件有机会得到更好的解决方案。

京都刑辩研究中心主任梁雅丽律师以自身办理的新型案件为例，分享了新技术背景下的刑辩策略。梁雅丽



梁雅丽律师发言

律师首先对刑辩业务的“专精特新”分享了自身的理解，新技术背景，一方面体现在各类刑事案件中事实、实体、程序上的专业性越来越强，另一方面，律师从事刑辩业务能采取的方法和可使用的工具也呈现出技术化趋势。这就要求律师要学会利用新技术提高业务效率，逐步实现传统刑辩业务技术化。同时，在新技术背景下，律师从事刑辩业务应当善于应对挑战、把握机遇。

随后，梁雅丽律师对团队办理的某起涉MT4软件非法经营案件进行了介绍，这是一起有关外汇交易及MT4软件本质的专业性、技术性较强的案件，其中对平台资质、交易真实性以及交易模式的论证对案件定性都至关重要，而又必须基于充分的专业知识和对软件技术充分理解，才能表述清楚并达到说服的目的，这更说明了充分适应新技术背景对于刑辩业务的重要性。

最后，梁雅丽律师对如何实现刑辩业务的专业化提出以下几点建议。首先，要重视犯罪行为的技术性、专业性。其次，要重视犯罪主体对技术性的辩解。专业化案件的犯罪主体



动态

往往具有充分的从商从业经验，在技术领域的认知和判断具有专业性，刑辩律师在对待此类案件当事人应当对其提供的信息予以重视。最后也是最重要的，要重视辩护团队搭建的专业性。根据每个人的专长，根据项目需要，灵活组建团队，形成团队化的辩护模式，律师不但要与专家团队之间的协作，律师事务所之间也可能对一个案件或系列案件建立合作关系，这也为辩护团队的搭建提供了资源。



| 活动合影

通过每一位刑辩专家的观念分享及讨论，对于刑辩业务的“专精特新”这一话题有了更深的理解，刘桂明院长在最后对活动进行了总结，希望中国的刑辩业务发展能够逐渐专业化，精细化，也同样希望每一位刑辩律师能够不忘初心，勇于拼搏，在前进的道路上“一身是胆”，面对困难勇往直前。在座的各位律师给予热烈的掌声，活动圆满结束。

朱勇辉主任、肖树伟律师参加第四届朝阳区律师协会第二次代表大会

第四届北京市朝阳区律师协会会员代表大会合影留念 2023年3月24日



| 朱勇辉主任



| 肖树伟律师



| 参会合影

动态

2023年3月24日-25日，第四届朝阳区律师协会召开第二次代表大会。区司法局党组书记、局长倪东新，区司法局副局长、区律师行业党委书记曹宏出席会议。京都所主任朱勇辉律师、党委书记肖树伟律师作为第四届朝阳区律师协会代表参加了会议。会议由区律师行业党委副书记、区律师协会会长刘光超主持。大会通过了

理事会工作报告、监事会工作报告及2023年度预算工作报告。

朱勇辉律师和肖树伟律师在分组讨论会上就律师行业发展问题，提出了富有建设性的意见和建议。梁雅丽律师作为协会代表因出差在外未能参会通过其他方式也就协会发展问题提出了建设性的看法。他们的意见得到了协会领导的充分肯定。鉴于三位律

师为朝阳律师行业做出的贡献和在行业内的影响，肖树伟律师被选为第四届朝阳区律师协会副监事长，朱勇辉律师被选为第四届朝阳区律师协会服务两区建设工作委员会委员，梁雅丽律师被选为第四届朝阳区律师协会刑事业务研究会副主任。

京都党员律师积极参加社区公益大集活动

为进一步落实北京市朝阳区律师行业党委“万名律师党员助社区，人民满意我先行”的活动，京都律所党委积极安排京都党员律师参加社区公益活动。2023年3月3日，朝阳区定西南里社区举办“学雷锋日+公益大集”活动。京都律所第七支部作为该社区结对子支部，积极参与了本次大



集活动。

京都律所党委文体委员欧洋与第七支部书记宋月华共同参加了本次活动。在活动中他们认真耐心解答社区业主们的各种法律咨询，受到社区业主们的好评。社区领导对京都律所党委积极助力社区活动表示了衷心的感谢。

京都所金杰律师撰写的长篇纪实文学《为了人民的名义》一书出版发行

近日，京都所金杰律师撰写的长篇纪实文学《为了人民的名义——电视剧〈人民的名义〉著作权案始末》一书，由中国民主法制出版社出版发行。

2017年3月，一部电视剧横空出世，迅速成为一部现象级的作品。有“史上尺度最大反腐剧”之称的电视剧《人民的名义》“燃爆”荧屏，引起全民看剧热潮。全国上下男女老少，人人都在看，人人都在议论，堪



称横扫老中青。俗话说“人红是非多”，“剧红遭人嫉”，《人民的名义》热播的余温还未散去，就有人将《人民的名义》编剧、原著作者著名作家编剧周梅森及出品单位等八名被告告上了法庭，提出索赔1800万元。就是这样一部备受关注的作品，却接连引发了两起著作权侵权官司。

《为了人民的名义》一书，采用纪实手法，实录了金杰律师和杨文律



动态

师历时三年十个月代理《人民的名义》著作权纠纷案的诉讼过程。揭秘了电视剧《人民的名义》台前幕后，记录了电视剧《人民的名义》的剧外剧、案中案，抒发感慨，述说曲直，揭秘迷踪。

对于律师代理案件而言，结果的辉煌固然重要，但过程的精彩更值得回味。在三年多的诉讼历程中，金杰律师和杨文律师全身心的投入诉讼代理，转战北京和上海，案件诉讼的曲折、复杂，为中国著作权诉讼领域留下了精彩的一笔。

最高人民法院影视中心专职副主任范子文，著名作家编剧电视剧《人民的名义》编剧周梅森，中华全国律师协理会顾问、京都律师所创始人、名誉主任田文昌，著名影视剧制



片人、电视剧《人民的名义》总监制总发行李学政，热情为本书作序。

田文昌老师评价：“金杰律师把这个案子真的是掰开了，揉碎了，嚼烂了，吃透了，将律师的作用发挥到了极致。对于一个影响重大备受关注的疑难案件，艰难的胜诉不仅体现了律师精深的法律功底和求真的敬业精神，而且彰显了法律的公正和对合法权益的正名。更是透过对一系列法律

关系的精辟分析，解读了一种众目关注的社会现象。”

《为了人民的名义》一书的出版，不仅仅是金杰律师对代理《人民的名义》著作权纠纷案的总结，更是对如何维权，如何正当行使诉权，如何保护原创作家合法权益，如何激励作家原创动力，保护优秀经典文学作品不受侵犯，以及如何遏制恶意诉讼等问题，提出了独到的分析和见解，引人思考，给人启示。尤其是书后的诉讼材料和人民法院的生效裁判文书，使得这部书不是单纯的一部纪实文学，更是一部具有专业法律人学习和借鉴价值的工具书。因此，《为了人民的名义》一书的出版更具有它独特的意义和作用。

京都所张利宾律师受邀参加贸仲能源争议解决论坛首期活动并作主题发言

2023年2月21日下午，由中国国际经济贸易仲裁委员会（以下简称“贸仲”）主办的“能源争议解决论坛”首期活动于贸仲九层会议厅成功举行，来自大型能源企业的总法律顾问、能源领域知名律师、能源仲裁员等共计100余人线下参会，另有3.5万余人次通过“贸仲直播间”直播平台观看了同步的线上直播。

贸仲副主任兼秘书长王承杰、香港律政司前司长郑若骅女士现场出席并分别发表致辞。

王秘书长在开场致辞中介绍了能



论坛主要参会嘉宾合影，右五为张利宾律师

源争议案件的特点以及贸仲在近年来为促进能源争议得到公正高效的解决而做出的努力。

英国律所Willkie Farr&Gallagher (UK) LLP诉讼部合伙人及仲裁业务组联合主任Duncan Speller、京都律师事务所

动 态



王承杰秘书长开场致辞



专家小组讨论环节与谈嘉宾，从左至右依次为张利宾律师、孙佑海、秦国斌、崔军、马亚东



郑若骅女士对Duncan Speller的主题演讲作点评发言



张利宾律师作主旨发言

涉外业务部主管合伙人张利宾律师及中建国际总法律顾问李志永等数位能源争议解决专家依次作主题发言，与业界同行分享了他们在能源争议解决案件中的法律实践与经验。

张利宾律师发表了题为“中国企业在海外的能源争议解决”的主旨演讲。首先，张律师剖析了能源行业发生争议的原因。他指出，不同主体在商事场景下产生契约争议的原因是在

履行过程中与交易双方的预期利益出现了偏差，而这种偏差的产生可以归因于自身能力出现问题等内部原因和市场情况发生变化等外部原因。张律师分别以传统能源的油气行业和新能源的风电行业为例，从能源行业全球产业链的角度入手，深入分析了能源行业在海外产生各类型争议的原因。其次，张律师结合其作为律师、仲裁员、专家证人等多种角色深度参与的数起中国企业在海外的能源仲裁案件，分享了中国企业有关海外能源争议的经验与教训。张律师建议，中国企业应提高自身的履约能力，关注市场变化及其他干扰合同履行的外部因素。最后，张律师分享了据其数十年从业经验总结出的能源争议领域常见的程序问题和实体法问题，如仲裁条款中多层争议解决的设置问题、合同及仲裁条款的效力问题、仲裁主体的适格性问题、可仲裁范围、未满足最低义务工作量的替代义务履行问题、通知义务等附随义务的违反等问题，并结合相应案例对上述问题进行了生动阐释。

主题发言环节结束后，张利宾律师主持了专家小组讨论，并邀请了天津大学法学院院长孙佑海、三峡国

际能源投资集团有限公司副总经理兼总法律顾问秦国斌、北京海外君合工程咨询有限公司董事长崔军及振华石油控股有限公司法律部负责人马亚东共同参与。各位专家结合自身在能源领域的实践与经验，就光伏行业的海外争议解决现状、地缘政治对海外能源投资的影响和风险控制以及涉外法治人才的培养等问题展开了热烈的讨论，各自分享真知灼见，在讨论中凝聚共识。



王春军律师在问答交流环节发言

本次论坛吸引了一百余位国内外能源领域的企业高管、法务人员、律师及专家学者到场参加。京都所房地产与基础建设部高级合伙人王春军律师也到场参加了此次论坛分享活动，并在会后的问答交流环节发言，向与会者介绍了京都所正在筹建中的京都国际法律服务中心。



动态

Accuracy高管一行来访京都



2023年3月7日，国际知名咨询公司Accuracy合伙人Frédéric RECORDON、总监宫黎女士和Jon Nicklin一行三人到访京都律师事务所北京办公室，与京都所涉外业务部主管合伙人张利宾律师和房地产与基础设施建设部高级合伙人王春军律师就双方今后在国际能源及建设工程领域的合作展开了深入的交流与讨论。

张利宾律师与王春军律师首先对

到访嘉宾表示热烈欢迎。随后，张利宾律师向来访嘉宾介绍了京都所的基本情况，并重点就涉外部的能源业务和房地产与基础设施部的建设工程业务进行了详细阐述。此外，张律师还向到访嘉宾介绍了拟成立的京都国际法律服务中心。该中心拟定由京都所涉外法律服务团队、建设工程法律服务团队及刑事诉讼业务团队联合成立，由张利宾律师牵头，主要负责中国企业于欧洲地区、东南亚及中亚地区、美洲地区、非洲地区等海外能源与工程相关业务的法律服务。

Accuracy合伙人Frédéric RECORDON及总监宫黎女士随后对Accuracy的基本情况及其在国际能源及建设工程领域的服务业绩和丰富经验进行了详细介绍。Accuracy成立于2004年11月，总部设在法国巴黎，



在全球13个国家和地区的18个城市设有分支机构。Accuracy致力于为国际并购、基础设施项目和争议解决提供尽职调查、专家证人等定制化服务。宫黎女士还与张律师深入探讨了双方今后在能源及工程行业的国际仲裁及投资并购项目进行深度合作的可能性，并表示希望彼此之间加强交流，以期与京都所国际法律服务中心共同探索双方未来合作共赢的道路。

京都所张利宾律师受邀参讲“企业合规大讲堂”系列讲座

2023年2月8日，由北京CBD管委会、北京CBD国际招商服务有限公司联合无讼网络科技（北京）有限公司举办的“企业合规大讲堂”第一期在北京CBD国际招商服务中心成功举行，京都所涉外业务部主管合伙人张利宾律师作为讲座主讲嘉宾受邀出席。

张利宾律师首期讲授主题为《企业合规在中国》。鉴于本次讲座的与

会企业多为外资企业且不乏跨国公司地区总部，张利宾律师基于25年的法律执业经验，本着有的放矢、立足实践的原则，以“案例研讨”的方式围绕外资企业在中国运营过程中真正关注的问题和痛点展开交流，并就中国政府对外资的政策、趋势予以解读。

讲座主要涉及5大方面，张利宾律师从理论发展角度梳理了合规的概



念、起源及其在中国的发展，并从实务操作层面就外资企业在中国的合规

动态

监管、挑战、差距等问题进行案例解读。讲座既包括外资企业在中国的法律适用变化与合规，也包括数据出境评估、ESG合规等新领域话题，内容生动翔实。最后，张利宾律师就外资企业在中国营商环境的现状进行梳理并提出对未来发展的展望，与现场来宾及企业高管进行了深入的交流。

张利宾律师拥有25年以上美国国际律所执业和跨国公司法务的工作经



验，持有美国纽约州和中国的律师执照，在投融资并购及合规等领域具有丰富的项目经验。2022年6月，张律师加入北京市京都律师事务所，任涉

外业务部主管合伙人。多年来，张律师为西门子、惠普、新奥集团、新疆广汇集团、ABB公司等多家知名企业的数十起投融资并购项目及合规体系搭建项目提供专业法律服务，同时他也是贸仲、北仲、港仲和非洲OHADA仲裁机构的仲裁员，并且是近日颁布的中国合规国家标准GB/T35770-2022(合规管理体系-要求及使用指南)的起草人之一。

京都所涉外外部张利宾律师一行拜访威科集团中国区总部



↑ 双方合影

2023年3月9日下午，京都所涉外业务部主管合伙人张利宾律师作为中国投资协会品牌投资促进中心副会长拜访了威科集团中国区总部，与威科中国副总经理李江、市场总监祝洋、产品总监喻阳和编辑经理王素宇就双方今后的合作进行了深入的交流与讨论，在合规领域初步达成了多项战略合作意向。

张利宾律师首先向李江总及团队

介绍了京都律师事务所和中国投资协会品牌投资促进中心的基本情况，及京都所和中国投资协会在合规领域的研究及实践。目前，京都所涉外业务部专注于中国企业涉外合规业务，张利宾律师强调，随着地缘政治的白热化，中国企业在海外遭遇了巨大的合规困境及风险，对合规咨询的需求非常大。在国内，合规工作向深度发展，中国投资协会品牌投资促进中心计划以行业合规和地域合规入手，参与制定合规规范，推进中国的合规事业和法治进步。

随后，张律师和李江总就京都所涉外业务部、中国投资协会品牌投资促进中心与威科先行在合规领域的合作事宜进行了沟通，在威科现有本土产品威科先行法律信息库及新产品、新工具研发等方面达成了初步战略合作意向。各方还就其他方面的合作进行了深度探讨。随后，李江总带领张



↑ 威科集团发展历程时间墙

律师一行参观了威科先行北京总部，并对威科集团（Wolters Kluwer）百年发展历程及全球主要业务板块进行了详细介绍。威科集团是一家卓越的专业信息服务提供商。来自世界各地法律、商业、税务、会计、金融、审计、风险管理、合规和医疗卫生等领域的专业人士依靠威科集团提供的信息工具及软件解决方案，来高效地管理其业务，为其客户提供卓有成效



动态

的服务，并在纷繁复杂的市场环境中取得成功。威科先行®中英文双语信息平台作为威科集团在中国的本土产品：包括威科先行®·法律信息库、威科先行®·财税信息库、威科先行®·人力资源信息库。这些产品都已经被律师事务所、会计师事务所、税务师事务所、咨询公司、大中型企业、行业协会、法院及高校等研究机构广泛采购和使用。

中国投资协会（The Investment Association of China，简称“IAC”）经民政部登记注册，是中国投资建设领域

权威的具有社团法人资格的全国性非营利性社会团体。经过二十多年的发展，中国投资协会现有会员1000余家，涵盖各个行业的国央企、民营和外资企业及知名专家学者，在提高会员和各类投资主体的投资项目管理水平和投资效益等方面取得了显著成绩。

中国投资协会品牌投资促进中心是中国投资协会下属二级非独立法人。中心聚焦合规管理、跨境投资争议解决，逐步覆盖品牌投资业务领域，宗旨是推动中国不同行业的企业合规，促进中国的法治建设。中心通过整合资源优势、

创新业务模式，深度参与行业合规案例研究，组织推进了“合规讲堂”“合规诊所教学法”“年度合规报告”等项目的落地，目标是打造成为满足企业、智库、专业服务机构、高校、科研机构、行业协会和监管部门等多方参与的、开放性的、公益性的研究交流合规平台。目前中心主要帮助企业在跨境投资和经营中防范风险、促进争议解决、提升企业品牌价值，为会员企业及各类投资主体提供一站式服务。

中国政法大学第十届“京都杯”刑事模拟法庭赛前培训启动



| 田博检察官助理



| 李楠检察官



| 张启明律师

2023年3月24日，第十届“京都杯”刑事模拟法庭大赛培训会于中国政法大学昌平校区举办。本次培训会邀请到北京市昌平区人民检察院的李楠检察官和北京市京都律师事务所高级合伙人张启明律师作为主讲嘉宾，共同为现场300余名法大学子做了一场全面细致的庭辩技巧和文书写作培训。

田博检察官助理详细阐述了起诉

书的规范、特点及结构，并出示了起诉书样例，结合起诉书的叙述性、客观性和规范性，让同学们对于起诉书有了更深的认识。

李楠检察官分享了作为公诉人的心得体会和公诉人视角下的庭审。从庭审各环节详细展开叙述。庭审时公诉方要注意预测辩护人观点，庭辩语言要平和理性，庭审过程中公诉方需要进行简单



| 活动合影

动态

记录与整理，同时还需注重对定罪量刑有直接关系的重点进行答辩。

张启明律师就法律文书与庭辩技巧展开分享。张启明律师从案例出发，针对刑事庭审中的法庭讯问阶段、举证质证等阶段进行讲解，他鼓

励学生们锻炼客观看待事实的能力、复杂事件拆解的能力以及思维切换的能力。张启明律师举例生动、引经据典，强调灵活运用多种思维方式思考案件、展开辩论的重要性，结合自身经验分享诸多实务技巧。

在互动问答环节，现场同学们积极向两位嘉宾提问，从理论知识到实践运用，李楠检察官和张启明律师为学生进行细致解答，至此，第十届“京都杯”刑事模拟法庭大赛培训会圆满结束。

汤建彬律师应邀为全国死刑复核法律援助律师讲授死刑复核案件辩护课程



2022年12月17日，京都律师事务所高级合伙人汤建彬律师应邀以《死刑复核辩护的基本程序及有效路径》为主题，参讲由司法部法律援助中心、北京市律师协会共同举办，北京律协刑诉法委员会承办的《如何办理死刑复核案件》——法律援助律师系列培训。

培训时间自2022年12月3日至2023年3月2日，本次培训采用线上的形式，要求全国已经入选法律援助律师库、参与死刑复核阶段法律援助案件的刑辩律师，必须进行培训。

此次培训中，汤建彬律师主要围绕以下四个方面并结合相关案例讲授律师办理死刑复核案件的辩护技能：

一、死刑复核的理念和目的

从我国现行刑法可能被判处死刑的罪名入手，引出死刑复核案件最常

见的三个罪名：故意杀人罪；走私、贩卖、运输、制造毒品罪；抢劫罪。分析我国现行“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”的死刑政策和死刑复核程序的目的，进而讲解死刑复核辩护的理念和目的。

二、死刑复核辩护的相关法规

理解透彻并准确适用法律是办好死刑复核案件的前提，刑事诉讼法及刑法解释的相关规定、保障死刑复核阶段律师辩护权的重要文件以及控制死刑适用的主要法律法规是死刑复核案件辩护的法律框架。

三、死刑复核辩护的基本程序

死刑复核案件办理流程，大致

分为接受案件、查询案件及提交手续、阅卷、会见、提交辩护意见、约见法官、申请最高检监督、辅导家属应对复核结果。将每一个环节都拆分讲解，对每一部分的规定和重点详尽分析，呈现出来一个深度与通畅度并存的办案过程。

四、死刑复核案件的有效辩点

死刑复核案件的有效辩点是此次授课的核心内容，此节着重分析了从律师辩护角度如何找到切入点，提炼为五个角度：不属于判处死刑的主体；未达到死刑案件的证据标准；出现新的事实和证据；具有从宽处罚情节；程序违法影响公正审判，出现上述情节都可能改变死刑复核的结果。





动态

京都律师事务所收到中国国际商会感谢信



近日，中国国际商会国际商会中国国家委员会向京都律师事务所发来感谢信，信中对京都律师事务所积极参加全



金毅律师



王菲律师



梁雅丽律师

球经济治理体系改革和建设等相关工作表示高度认可。

国际商会中国国家委员会同时对金毅律师、王菲律师和梁雅丽律师的使命感和责任感表示欣赏，充分肯定了律所对商会工作的大力支持以及律师高度的专业水平和敬业精神。

京都律师事务所自1995年成立以

来，始终以“追求卓越、不负重托”为使命，坚持“专业化、团队化、国际化、综合化”的治所理念，为客户提供专业、高效的法律服务。京都律师事务所未来也将继续支持中国国际商会的相关工作，同商会一起携手同行，为全球经济治理体系改革贡献力量。

京都律师应邀出席知识产权行政执法专家研讨会

2023年1月13日，由国家市场监督管理总局指导，中国知识产权研究会主办的知识产权行政执法专家研讨会召开。京都律师事务所高级合伙人王菲律师应邀作为专家代表出席会议。

本次会议旨在汇聚专家智慧，研究讨论商标囤积及恶意注册认定问题，协调推进知识产权执法工作。国家市场监督管理总局执法稽查局、中国知识产权研究会、国家知识产权局知识产权保护

司、国家知识产权局商标局审查一处、北京市市场监管综合执法总队等审查机构、监管机构、研究机构参会。

本次会议围绕“恶意申请商标注册行为表现形式；申请人不以使用为目的以及恶意注册的认定条件；商标代理机构知道或应当知道的认定条件；恶意囤积商标的认定条件”四个议题顺序展开讨论。与会专家代表分别从自身角色与经历出发，结合参考案例就前述问题发

表观点。

王菲律师作为专业的知识产权与竞争法律师，结合参考案例及从业经验，对实践中恶意申请商标的表现形式、认定条件进行了分享。讨论环节与会专家就具体案例从实务和理论多个角度展开交流讨论，现场观点碰撞，精彩纷呈，为知识产权行政执法工作中的商标囤积及恶意注册认定问题形成了有益参考材料。

动态

京都律所刘玲律师应邀为北京法援律师授课



刘玲律师

近日，京都律所高级合伙人刘玲律师应北京市法律援助中心邀请，参加北京市法律援助中心2022年度法律援助工作总结暨案件质量提升业务培训会，为北京市六十余家参加法律援助的律师事务所的律师及相关人员进行授课。

刘玲律师以《法援律师如何办理

刑事法援案件》为主题，结合《全国刑事法律援助服务规范》《刑事法律援助案件质量同行评估规则》，从会见、阅卷、庭前准备、参加庭审、辩护文书写作等九个方面讲授刑事辩护技能及注意事项。

刘玲律师长期从事刑事辩护工作，有丰富的办案经验和法学理论基础，她从2019年受聘担任司法部刑事法律援助案件评估专家，连续几年参与全国法律援助刑事案件的质量评估工作，参与评估了千余件全国抽查的法援案件。同时，刘玲律师研究评估规则，梳理刑事法援案件中存在的普遍问题，撰写数篇论文、评论文章，还通过授课方式助力法援律师提升办案质量。



会议现场

京都所高级合伙人王春军律师被聘为南京仲裁委员会仲裁员



王春军律师

2023年3月4日，南京仲裁委员会举办第六届南京仲裁委员会换届大会并发布新一届仲裁员名册，京都律师事务所高级合伙人王春军律师被聘为南京仲裁委员会仲裁员。



姓名	职业	擅长专业领域	居住地
王 勃	教学教授	金融、会计及投资、信托	南京
王 磊	教学教授	合同、公司及投资、担保、贸易纠纷	广西
王春军	律师	建设工程	北京
王 杰	律师	国际商事及海商、合同、金融	厦门
王 强	律师	海商	南京
王 磊	律师	国际商事及海商、合同、金融	南京
王 晋	律师	建设工程、不动产、能源	南京
王 飞	律师	建设工程、合同、公司及投资	南京
王 博	律师	合同、建设工程、公司及投资、房地产	南京
王 刚	律师	建设工程、房地产、合同	宁夏
王 军	律师	合同、金融、公司及投资	南京
王 刚	律师	公司及投资、国际商事及海商、建设工程	武汉
王 刚	律师	国际商事及海商、合同、公司及投资	上海
王 刚	律师	房地产、金融、建设工程	南京
王 刚	律师	建设工程、合同、公司及投资	南京
王 刚	律师	建设工程、房地产、能源	南京
王 刚	律师	金融、公司及投资、房地产	南京
王 刚	律师	金融、合同、公司及投资	南京

动态

课题组简介 课题组主持人



柏高原，管理学博士，法学博士后。京都律师事务所执业律师。金融行业标准《金融从业规范 财富管理》执笔专家，香港恒生大学华人家族传承研究中心顾问。近年来，柏博士专注于信托与财富规划，积累了丰富的经验，为多位客户提供了专业的法律服务。柏博士的服务范围涵盖各种

与财富规划相关的信托环节，侧重于信托架构设计，是稍有的通晓多国信托法，并具有落地境内外家族信托实操经验的中国律师。除了信托法，柏博士还向客户提供金融领域的法律服务，包括金融业务合规性审查、金融创新、金融衍生品等。

课题组核心成员



汤杰，西南政法大学法律硕士，

南开大学法学院博士生，京都家族信托法律事务中心核心成员，STEP Associate Member。擅长为中国大陆境内及离岸信托、基金会等提供方案设计、家族宪章起草、家族治理结构规划、信托与基金会设立文件中英文起草、项目落地实施与后期维护等法律服务。

戎晨，京都律师事务所律师助理。

朱家媛，暑期实习生，现就读于南开大学。

刘婉婷，暑期实习生，现就读于南开大学。

周新奎，暑期实习生，现就读于天津大学。

王佳辰，暑期实习生，现就读于北京大学。

关淇文，暑期实习生，现就读于浙江大学。

刘铭律师被任命为民盟第十三届民盟中央法制委员会副主任



2022年12月21日至23日，中国民主同盟召开第十三次全国代表大会，大会选举产生了由275名委员组成的新一届中央委员会。刘铭出席大会并



动态

被选举为民盟中央委员。2023年1月10日民盟中央十三届一次主席办公会

议决定，任命刘铭为民盟中央法制委员会副主任。中国民主同盟主要由从

事文化教育以及相关的科技技术领域高、中级知识分子组成。

京都（上海）律师事务所加入上海钢铁服务业行业协会成为会员单位

2023年3月3日，上海钢铁服务业行业协会（以下简称“协会”）秘书长金蕾一行专程至京都上海分所，为京都上海分所正式加入协会举行授牌仪式。京都上海分所合伙人周富毅律师代表京都上海分所参加授牌仪式。

京都上海分所作为协会会员，将积极参与和提供在钢贸行业融资及节能减排领域的法律研究与服务工作。本次入会是对京都上海分所在融资、节能减排、碳交易、碳关税研究等领域提供的法律服务工作的肯定与鼓



周富毅律师参加授牌仪式



京都（上海）律师事务所加入上海钢铁服务业行业协会

励。京都上海分所会紧密依托协会平台，孜孜不倦，为协会及钢铁行业的

各会员机构提供专业法律服务，为钢铁行业发展贡献力量。

京都所王丹律师参与北京市公共法律服务中心志愿服务活动

春节不打烊，公益法律服务在身边

为了让人民群众过一个快乐祥和的春节，北京市公共法律服务中心提前筹划，在2023年春节期间提供“不打烊”法律服务，面向全市政府采购项目法律咨询服务单位和服务人员征集志愿律师20余名，除夕至初六（1月21日至1月27日）期间通过热线平台提供法律咨询服务。京都律所王丹律师参加了本次活动，七天群众满意度达100%。



王丹律师

假期第一天，北京市司法局领导班子向值班律师送来了新春的祝福和慰问，鼓励大家提供更多、更好、更

优的法律服务，让人民群众收获更多获得感、幸福感、安全感，着力解决好人民群众急难愁盼问题。

此次志愿服务活动中，王丹律师每天接听电话300分钟左右，六次进入服务总时长前三名，三次取得第一名，七天群众满意度达100%，圆满完成春节值守任务，以实际行动践行了律师的社会责任。京都律师事务所今后也将继续做好公益法律服务工作，以专业能力及社会公信力维护群众合法权益。

荣誉

京都律师事务所五个业务领域荣登《钱伯斯大中华区指南2023》，四位律师荣列个人领域榜单



2023年1月13日，全球权威法律评级机构钱伯斯公布了《钱伯斯大中华区指南2023》(Greater China Region 2023)，京都律师事务所凭借卓越的市场表现，在公司商事、争议解决、知识产权-诉讼、竞争与反垄断、房地产与建设工程五个领域荣登榜单。

公司商事 (Band 3)

业务优势

京都律师事务所拥有处理合同纠纷、知识产权侵权和商业秘密等复杂诉讼的综合专业知识，在破产时担任清算人和管理人方面业务熟练。该律所吸引了来自医疗、科技、房地产和金融等多个行业的国有企业、私营企业和个人客户。

团队强项

“他们在紧急情况下反应迅速，可以立即安排到我们这里出差。”

“京都律师事务所是一家具有历史和文化的律师事务所。”

争议解决 (Band 4)

业务优势

京都律师事务所是一支广受认可

的争议解决团队，拥有一支庞大的资深顾问和诉讼律师队伍。该团队擅长处理各个类型的纠纷，从股权转让、资金挪用和产品责任问题。团队在处理涉及企业和个人客户的重大商事、民事及刑事辩护案件上的专业表现而受到了高度评价。

团队强项

“他们非常了解公司的业务需求，同时具备法律和商业思维。在保障我们合法权益的同时，也能尽量关注和满足我们的业务诉求。”

“他们往往能从我的角度指出关键问题，对这些问题做出比较准确的专业判断和预测，同时提出可行的解决方案。”

竞争与反垄断 (Band 4)

业务优势

京都律师事务所的竞争与反垄断团队以其在经营者集中申报和知识产权方面的工作而闻名，经常处理侵权事宜。该团队经常与其公司部门合作，以加强其提供的一站式服务。该团队在反垄断行政调查和诉讼中为客户提供服务，其客户包括国内和国际公司。

团队强项

“该所的律师团队可以迅速回应我们的问题，并能迅速提供建设性意见。”

“该团队熟悉客户业务，给出专业建议，避免出现問題。”

“该所是一家综合型律师事务所。”

知识产权-诉讼 (Band 5)

业务优势

京都律师事务所知识产权团队不断壮大，专注于国内商标异议和侵权纠纷的处理。同时擅长处理不正当竞争和商业秘密问题。吸引中国房地产、制造业、制药和科技行业的大型企业的委托。

团队强项

“他们擅长复杂的案件并且为我们取得了良好的结果。”

房地产与建设工程 (Band 5)

业务优势

京都律师事务所擅长为客户提供国有土地获取及集体土地利用、征收拆迁与补偿安置、招投标、项目设计与国外设计师聘请、总承包施工、全过程委托建设管理、监理与造价咨询、销售与转让、物业管理、商业地产购买及招商与租赁、酒店管理与技术服务，以及建设项目投融资尽职调查、并购重组、交易结构设计等非诉讼及诉讼等全业务领域的法律服务；在公司与合规管理方面，常年服务于数家国有企业，积累了丰富的国企合规管理的法律服务经验。

京都律师事务所将继续稳步发展，不断精进业务能力，秉承“追求卓越，不负重托”的精神为客户提供



荣誉

优质的法律服务，京都律师事务所高级合伙人黄雅君、高级合伙人梁雅丽，高级合伙人王菲，合伙人金毅分别荣列个人领域榜单。



黄雅君律师



Yajun Huang

知识产权-非诉 (Band 3)

钱伯斯评价：

黄雅君律师在知识产权业务的工作前线，在处理商标起诉和注册问题方面经验尤其丰富。

黄雅君律师专业从事知识产权法律业务20余年，曾在原国家工商总局商标局工作近8年，曾应邀作为中国代表团赴WIPO日内瓦参加商标知识产权国际会议和交流；应“国际品牌联盟”邀请，在北京大学举办的“首席品牌执行官”培训课程中，承担“企业品牌法律保护”的教学工作；曾接受日本贸易振兴机构（JETRO）邀请，在日本东京向JETRO机构近200家企业主讲了中国有关新商标法的内容。2017年在INTA第139届年会

中国论坛上，黄雅君律师应邀作了题为“针对商标恶意抢注行为的法律措施和遏制趋势”发言。

2016-2019年，连续四年入选国际权威排名机构《钱伯斯》（Chambers）亚太知识产权领域非诉讼类受认可律师；在《世界商标评论》（WTR）公布的2018年度、2019年度全球领先商标法律服务排行榜——WTR1000名录中，连续两年入选“世界领先商标律师”；2018-2019年，在英国著名法律评级机构The Legal 500发布的亚太地区律师排行榜中，连续两年获选知识产权领域“推荐律师”；2022年1月，入选《钱伯斯大中华区2022指南》知识产权领域非诉讼类领先律师。



梁雅丽律师



Yali Liang

争议解决 (Band 5)

钱伯斯评价：

梁雅丽律师是一位在争议解决领域有着丰富经验的著名律师。她擅长民事和刑事诉讼以及行政诉讼。其客

户群包括多家国有企业。

梁雅丽，京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任，西北政法大學刑事辯護研究院副院長，中國刑法學研究會第三屆理事會常務理事。執業近三十年，成功承辦過多起重大有影響的刑事案件及民商事疑難複雜案件，並被國內多家媒體報道。她尤為擅長刑事和民商事交叉領域及刑事和行政交叉領域業務，致力於研究企業風險的法律防範，並先後為多家大型企業、政府部門、事業單位及外商投資企業提供了出色的法律顧問服務。在企業風險的法律防範和控制、企業改制、資產重組等方面積累了豐富的執業實踐經驗。《方圓律政》2014律政年度刑辯律師；《中國企業報》2017助力金融風險防範人物；《中國商報》2019年“商事法治建設年度典範人物”；《中國商報》2020年商事法治建設特別貢獻獎；2021年度LEGALBAND中國律師特別推荐榜刑事合規15強，2022錢伯斯大中華區爭議解決領域領先律師；2022品牌影響力·踐行社會責任典範律師，2022年度LEGALBAND中國律師特別推荐榜商業犯罪與刑事合規15強。



王菲律师

荣誉



知识产权-诉讼 (Band 5)

钱伯斯评价:

王菲律师的执业范围涵盖商标侵权、专利诉讼等领域。她代理的客户来自多个行业,包括生物技术和医疗保健等。

王菲,京都律师事务所高级合伙人,北京律协科技与大数据专业委员会委员,首届数据安全产业专家委员会委员。2006年从事知识产权法律服务至今,专注于知识产权与竞争法领域。工作风格严谨专业,为客户设计诉讼或项目方案重调查重需求,致力于提供务实、及时、科学、有效的法律服务,代理的多起案件入围年度知识产权知名案件。2022年王菲律师入选钱伯斯大中华区知识产权诉讼领域推荐律师榜单。



金毅律师



反垄断与竞争 (Band 3)

钱伯斯评价:

金毅律师代表客户处理不正当竞争纠纷以及反垄断调查。他亦能够处理与知识产权相关的私人执法诉讼。

金毅律师2000年参加工作,2007年开始律师执业。金毅律师擅长反垄断、反不正当竞争及知识产权业务,代理的案件涉及反垄断诉讼、调查、经营者的案件涉及反垄断审查以及企业合规等多个方面。早在2008年《反垄断法》生效前,金律师已经开始与商务部、国家工商总局依

据《关于外国投资者并购境内企业的规定》办理外资并购申报事宜,至今已经办理经营者集中申报案件近200起,其中大部分是知名跨国企业的交易项目,涉及医药、化工、海运、能源、汽车、食品、出版、传媒、教育、体育等多个行业。金毅律师已连续三年入选钱伯斯推荐榜单。

金毅律师曾代理由最高人民法院审理的北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位案,该案2017年入选最高人民法院指导案例。

《钱伯斯大中华区指南》介绍

《钱伯斯大中华区指南》脱胎于钱伯斯市场领先的《钱伯斯亚太指南》,其为公司法务、业务和法律团队、个人用户以及其他寻求法律服务的客户提供针对优秀律所和法律工作者无可比拟的市场分析信息和观察洞见。《钱伯斯大中华区指南》助力大中华区不同行业的客户寻找到最出色最合适的法律服务提供者,以帮助他们应对复杂法律问题和多变的挑战。

京都律师事务所荣登钱伯斯《2023全球法律指南》,梁雅丽律师上榜个人领域

2023年2月16日,知名国际权威法律评级机构钱伯斯发布了《2023全球法律指南》(Chambers Global Guide 2023)。京都律师事务所“争议解决”领域连续三年入选该榜单。同时,梁雅丽律师上

榜“争议解决-诉讼”领域个人榜单。

上榜领域

争议解决: Dispute Resolution (PRC Firms)

钱伯斯评价:

“他们非常了解公司的业务需求,同时具备法律和商业思维。在保障我们合法权益的同时,也能尽量关注和满足我们的业务诉求。”



荣誉

“他们往往能从我的角度指出关键问题，对这些问题做出比较准确的专业判断和预测，同时提出可行的解决方案。”

上榜律师



梁雅丽律师

Dispute Resolution: Litigation
(PRC Firms)

钱伯斯评价：

“梁雅丽律师是一位在争议解决领域有着丰富经验的著名律师。她擅长刑事和民事诉讼以及行政诉讼。其

客户群体中包括多家国有企业。”

梁雅丽律师介绍：

梁雅丽，京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任，西北政法大学刑事辩护研究院副院长，中国刑法学研究会第三届理事会常务理事。执业近三十年，成功承办过多起重大有影响的刑事案件及民商事疑难复杂案件，并被国内多家媒体报道。她尤为擅长刑事和民商事交叉领域及刑事和行政交叉领域业务，致力于研究企业风险的法律防控，并先后为多家大型企业、政府部门、事业单位及外商投资企业提供了出色的法律顾问服务。在企业风险的法律预防和控制、企业改制、资产重组等方面积累了丰富的执业实践经验。《方圆律政》2014律政年度刑辩律师；《中国企业报》2017助力金融风险防范人物；《中国商报》2019年“商事法治建设年度典范人物”；《中国商报》

2020年商事法治建设特别贡献奖；2021年度LEGALBAND中国律师特别推荐榜刑事合规15强，2022钱伯斯大中华区争议解决领域领先律师；2022品牌影响力·践行社会责任典范律师，2022年度LEGALBAND中国律师特别推荐榜商业犯罪与刑事合规15强。

钱伯斯全球法律指南

钱伯斯是国际知名法律评级机构，通过严谨的调研和评价体系，评选出各个法律领域的全球知名律师事务所和顶尖级律师。《钱伯斯全球法律指南》以全球司法市场为调研范围，以处理跨境案件的业务能力为依据，对相关律师和律师事务所进行排名，是国际客户寻求高端法律服务的重要参考。

京都律所荣获北京市破产管理人协会年度优秀团队奖、年度社会公益奖，三位律师荣获个人奖项

2023年2月23日，北京市破产管理人协会召开年度会员大会，协会公开对上一年度表现优异的团队和个人予以表扬。北京市京都律师事务所荣获2022年度优秀团队奖和社会公益奖，京都所赵岐龙律师、孙艳辉律师和王安达律师分别荣获个人奖项。

过去一年里，北京市京都律师事务所破产团队在北京市第一中级人民法院破产法庭的指导和北京市破产管理人协

会的支持下，充分发挥自身在破产领域积累的丰富业务经验和综合资源优势，努力做好本职工作，为优化首都营商环境作出了积极贡献。本次，北京市京都律师事务所的获奖情况如下：

优秀团队奖

北京市京都律师事务所

北京市京都律师事务所早在2019年之前，在破产业务领域就具有优良的



经验和传统，其破产业务团队更是凭借过硬的专业能力，面向全国开展破产业

荣誉

务，广受当事人好评。自2019年再次被纳入破产管理人名单后，京都律所集中优势资源，调配具有专业技能的人才，扩大团队规模，重新优化了专门承接办理破产业务的“破产重整业务部”。该团队与北京破产法庭、北京市破产管理人协会共同成长，飞速进步。京都所破产团队共办理办结破产相关案件五十余件，具备相当成熟的专业经验和行业资源及优势。

社会公益奖

北京市京都律师事务所

北京市京都律师事务所始终秉承肩负社会责任前行的理念，尽心竭力为社会诸多领域作出贡献、奉献爱心。在这种优良风气传承下，京都律师在办理破产业务时，也格外注重承担社会责任，重视案件的社会影响，追求法治的理念在每一个个案中得以实现，使得每一个案件都获得法律效果和社会效果的良好统一。面对三无企业的债权债务清理难题，京都所为了最大限度维护债权人的合法权益，充分发挥主观能动性，从诉讼执行案件倒查资产、利用增值税及留底退税政策申请退税等，深挖三无企业的资产，以增加破产财产，竭尽全力为债权人弥补哪怕是微不足道的损失。对优化营商环境，缓和债务冲突起到了不可替代的作用。



专业研究奖



赵岐龙律师

赵岐龙律师，北京市京都律师事务所律师高级合伙人。京都破产清算与重整研究中心负责人、破产团队主管，北京市破产管理人协会会员，北京市律师协会合同法委员会委员，中国政法大学民商法硕士。2004年开始律师执业，专注于民商事诉讼与仲裁、刑民交叉经济犯罪辩护、企业法律风险风控、企业破产清算与重整等业务。赵岐龙律师从事法律行业25年，带领团队办理了大量的刑事、民商事纠纷案件，尤其在办理各类破产案件的过程中，对破产重整、破产清算、破产和解、债权追索等积淀了丰富的理论研究成果和实务经验。

重整业务杰出奖



孙艳辉律师

孙艳辉律师，北京市京都律师事务所公司与合规部主管合伙人、高级合伙人、破产研究中心副主任、破产团队主

管，北京市破产管理人协会规则委员会委员，北京市律协破产委员会委员，北京市破产法学会会员，法治日报第一届律师专家库成员，《中小企业合规评价认证标准》起草人。执业近三十年，代理了数百起民商事诉讼案件承办了众多疑难、复杂的案件，取得全国第一批证券律师执业资格，承办了华融资产管理公司等几家大型资产公司的不良资产回收及处置业务；办理了知识产权出版有限公司等尽职调查业务及基金公司登记业务；工信部申请中国电子商务协会强制清算和黑龙江汇雄房地产开发有限公司破产重整业务。

业务创新奖



王安达律师

王安达律师，北京市京都律师事务所律师事务所执业律师，北京市破产管理人协会个人会员。自2019年起专注于投入破产管理人工作，与京都破产团队共同成长进步，充分发挥自身综合优势，创造性地协助团队处理多项实际工作中遇到的难题。王安达律师至今已办理担任管理人的破产案件二十余起，此外还曾参与过多个股权并购类尽职调查项目并为多家企业提供咨询类法律服务，具有优秀的综合业务能力。



中国律师进入发展期面临的三大问题



田文昌

京都律师事务所名誉主任

中国刑事学研究会名誉顾问

中华全国律师协会刑事专业委员会顾问

西北政法大学刑事辩护高级研究院名誉院长、博士生导师

2023年2月19日上午，西北政法大学刑事辩护高级研究院深圳分院揭牌仪式在深圳举行。本次活动由西北政法大学刑事辩护高级研究院主办、广东啸风律师事务所承办、广东格昂律师事务所协办。西北政法大学刑事辩护高级研究院名誉院长田文昌律师、西北政法大学刑事法学院院长冯卫国教授、正处级组织员侯红梅老师、刑事辩护高级研究院执行院长刘仁琦教授、副院长冉巨火副教授、副院长杨恪副教授、副院长门金玲副教授、副院长梁雅丽律师出席仪式并对深圳分院的成立表示祝贺。

本文为西北政法大学刑事辩护高级研究院名誉院长、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顾问田文昌律师的现场发言，整理刊发以飨读者。

我今天想讲一下我们中国律师进入发展期以后面临的三大问题。

我一直认为中国律师前40年仅仅走过了一个生成期，

那么40年以后的今天应该进入一个发展期了，也就是说前40年经过了迅速的发展，从人数上、规模上我们取得了很大的进展，但是在管理和服务上还有很大的差距，还没有进入一个比较正规的发展轨道。所以我觉得进入发展期以后，我们面临着三个重要的问题：一个是律师执业行为的规范化，还有一个是律师职业技能的专业化，第三个就是律所管理模式的科学化。我认为这三个问题是摆在我们面前亟待解决的问题。

首先谈一下第一个问题，律师执业行为的规范化。

大家可以回顾一下，长期以来我们都是缺乏规范的情况下摸索前进，为什么？首先是没有传承。40多年过去了，可以说我们律师执业的过程一直处于缺乏规范的状态下，所以大家只能是百花齐放，各显其能。我们可以认真回顾一下，40多年来我们律师界出了多少这样那样的问题，我们有多少人在执业当中感到困惑，感到无所适从，

为什么？就是因为缺乏规范。

我在全国律协任职刑委会主任的时候，最早提出来我们要尽快地制定律师办案规范。在我的倡导下，刑事专业委员会首先制定出了《办理刑事案件规范》，该《规范》于2000年1月颁布，这是中国律师第一部的执业规范。接下来，在17年以后，该《规范》在2017年又做了重大的修订，现在我们执行的《办理刑事案件规范》就是2017年的修订版。修订版出来以后，我又组织刑委会编写了一个规范的指引说明，对规范做了具体的解释。但由于各种原因，现在还没有正式出版。

我想说明的是，我们这个《规范》执行了17年，在2017年修改的时候仍然遇到了很多问题。比如在我们2017年修改规范时，司法部为了慎重起见，要求征求公检法部门的意见，结果征求意见的时候就提了很多问题，这些意见有些是有价值的，也有些是我们无法接受的。

比如说，一个最关键的问题，就是律师辩护权的独立性问题，我们提出律师辩护权的独立性不是独立于当事人，而是独立于当事人意志和法律规定之外的其他因素。我就亲身遇到过在法庭上律师和被告人吵架的场景，被告人坚持不认罪，而律师却坚持做罪轻辩护，并且理直气壮地说，“律师依法独立行使辩护权”。这说明，什么叫律师独立行使辩护权，在认识上是有重大分歧的。我们在《规范》中关于辩护权独立性的解释遭到了公检法部门的质疑，他们认为这样提不合适，而且很坚持。后来在最后的关头，我直接和主管部门领导通话，最后形成了《规范》里现在的表述，其中最核心的一句话是：“律师不得违背当事人的意愿，提出不利于当事人的辩护意见。”这句话很短，但这是一个重大的原则问题，涉及到律师的职责定位和职业道德底线。这样的问题，还有不少，在此我仅举一例，这说明我们在制定规范的时候，仍然遇到了很多理念分歧的碰撞，更说明我们没有规范是不行的。制定规范时候的理念分歧，正说明我们的执业理念有很大差别，有很多问题，而越是这样就越是需要有严格的科学的规范，否则我们律师执业就还是处于失范状态之下。

还有一个例子大家可能都不知道，若干年前全国律协起草了一个律师执业行为规范，在全国律协理事会上通过的时候，我突然发现一个问题：其中有一条规定，一个所的律师不得为同一案件的不同被告人辩护。大家想想，如

果同一个所的律师不得为同一案件共同犯罪案件的其他被告人辩护，不仅缺乏法理依据，而且也不具有可行性。比如有一个县里边只有一两家律所，一个黑社会案件有几十个被告人，那么，多数人就只能到县外去找律师。这个问题如何解决？更无法解释的是，如果说一个律师所的律师不能为同案其他被告人辩护，那么一个公安局一个检察院能不能同时侦查和同时起诉多名被告人的案件？当时我发动我们全国律协刑委会的几个理事，共同提出异议，把这一条规定否决了。这个例子足以反映出一个很重要的问题，说明我们律师界本身对律师执业理念也同样存在一些困惑，需要深入思考和研究。这种现象更说明执业行为规范化重要性和紧迫性。

关于律师执业失范状态下的乱象丛生，现实中更有很多事例随处可见。例如，有一个有目共睹的现象：现在凡是演律师的电视剧，我觉得大家都跟我有同感，几乎都有问题。不过这些问题主要还是一些脱离实际的夸张和编造，前些年的问题，我举出来几个例子，大家会非常吃惊的。

好多年前中央6台（电影频道）请我去做嘉宾点评，事先没跟我讲题目，到了演播室才告诉我，是对一部电影《激情辩护》做点评。故事情节是：师生关系的两个女律师为同一个民事案件的原被告双方代理，案由是他们的女儿得了白血病，医治无效，在已经没有治疗价值的时候，丈夫主张放弃治疗，而妻子出于母爱的感情坚决反对。后来由于丈夫拒不出钱，妻子就把丈夫告上了法庭，要求丈夫倾家荡产来给女儿治疗。老师给妻子代理，学生给丈夫代理。在代理过程当中，这个身为女律师的学生就被妻子的母爱情操所打动，暗中支持女方，导致男方败诉。中央台请我点评的命题就是我要评价这位年轻女律师的高尚情操，可我跟他们讲这个女律师应该被吊销执照。他们大吃一惊，根本就无法理解我的话。我跟编剧、导演、影评人三个人谈了一个多小时，终于把他们说明白了。但是他们很困惑地跟我说，他们在写剧本、拍电影的过程当中也请教了一些法律顾问，却没人跟他们讲过这个道理。这又进一步说明了一个更悲哀的问题，连我们自己的一些业内人士都搞不清楚这些最基本的问题。

还有一个例子，前些年我看了一个北京台播的电视剧《被告》：一个不赡养父亲的儿子被告上法庭，一个年轻的帅小伙律师给被告代理。法庭当庭宣告儿子败诉，被告



就很生气，站起来对律师说：“白请你了，一点用都没有”。这个潇洒的男律师很藐视地看了被告一眼，从西装兜里掏出一沓钱，说：“退给你。我根本就没想让你赢，你就该输”！这个小伙子律师又是电视剧宣扬的正义化身的典型。

我们经常有一些这样的文艺作品出现，充分反映出我们整个社会的理念误区。而更可悲的是对律师群体也有很大的误导作用。越是在这种情况下，就越需要有严格而科学的规范，否则我们有些律师难免误入歧途。

第二点，律师职业技能的专业化。

多年来我们一直缺乏对律师职业技能的培训，上午在开幕式上讲过了，我不重复。更严重的是，还有很多人根本就认识不到技能培训的作用，以为只要把法律知识讲全了，学好了，就行了，这是个重大的误解。现在我们西北政法大学刑辩高级研究院的培训模式，重点就是要解决这个问题。

正由于人们有重大误解，不认为刑事辩护是一个专门的技能，所以把刑事辩护业务看得很低。很多人甚至认为刑辩最简单，谁都会做，以至于有些人大言不惭地在很多场合高喊，他做的是高端业务，如什么证券业务、涉外业务等等，或者加几个英文字母就变成高端了，加几个IT产业标签就变成高端了。

我多次批驳这种观点：什么叫高端？律师刑事辩护所维护的权利是人的自由权乃至生命权，谁高端？那些资本权利，那些民事权利难道比人的自由权、生命权还高端吗？刑辩既是传统的业务，又是高端的业务，而且是经久不衰的业务，按照马克思主义的理论，只有消灭国家的时候才可以消灭法律，才可以消灭犯罪，从而刑事辩护才可以消亡。中国历史上最早的法律就是刑事法律，中国历史上的文字中“刑”字和“法”字是同一个字，刑即法，法即刑。刑是什么？刑就是伤害杀戮的意思。所以历史上最早的刑罚就是死刑和身体刑，为什么？很多人还没房子住，哪会有监狱？就是把罪犯杀掉或者伤残。从有法律开始，就有刑法，直到国家消亡，刑法才会随之消亡。所以，刑事辩护是经久不衰的传统业务，也是高端业务。那些为高端产业服务的业务可以说是新型业务，但没有理由说那些新的律师业务就一定就是高端业务，而刑事辩护却成了低端业务。

在这种误解下，刑辩业务的技能培训更加被忽略。所以我们要纠正这种误解，一定要认识到诉讼业务是一门专业的技能，而刑事辩护是诉讼业务当中难度最高、保护权益最重要的一种技能。所以，做刑辩的律师面临着很大的压力，也担负着很重要的任务。

我认为在律师进入发展期以后，提升职业技能是迫在眉睫的任务。特别是刑辩律师，更要高度重视提升职业技能的问题。所以，我们各地分院的培训一定要充分发挥作用。我们算一下，每个班30个人，要把中国的刑辩律师培训一轮，如果只是小范围培训，100年都不够。所以我们的培训要以滚雪球式的方式开展，我们刑辩研究院的任务应该主要是培训培训者，让他们接下来再去培训别人。这样才能使中国更多的刑辩律师尽快得到业务技能的提升。在没有接受过培训的时候，有些人可能会自以为做的还不错，但当他真正接受了专业化的培训，真正地了解到高端的刑辩水平是什么样的时候，就会发现现在所做的很多方式都是有问题的。

所以我常说，由于这种现状，中国还没有进入到产生大律师的时代。有些律师虽然被捧得很高，但由于整个社会都没发展到这个程度，实际上我们整体的辩护水平跟那些法治发达国家的律师相比，差距还是很大的。所以我们一定要有自知之明，谁也别认为自己是是什么大律师，更别称自己是大师。当你认识到自己的不足的时候，你才能看到差距。我们编写的《刑事辩护教程》上、中、下三册，今天上午之内会出版，希望大家认真地参考一下，而且我们还要不断地修订，还要完善。我希望中国的刑辩律师专业化技能在不太长的时间内能有一个比较大的提升，否则我们对不起法治环境的要求，更对不起我们的委托人。这是我要讲的第二个问题。

第三个问题就是律所管理模式的科学化。

为什么提到这个问题？这个问题其实更重要。可以说40多年来，我们的律所管理无章可循，没有传承，五花八门。为什么？很简单，因为没有历史。国际上律师有2000多年的历史，我们只有断断续续的100年出头，没有传承，没有经验。而且中国的律师，可以说出身卑微，处境艰难，这不是危言耸听。

1979年恢复、重建律师制度，当时是改革开放初期。开始是国办所，后来到了80年代以后开始改制，出现了

合伙所与个人所。这时候是什么时期呢？正是中国改革开放后把平均主义大锅饭改成了包产到户、分田到户，把集体化改成了个体经营。农村是个体生产，城市里是个体经营。而我们律师所改制的时候正是个体户时代，所以我说我是出身卑微。当时一些律师在组建律所的时候都很自豪，也很轻松，因为大家自负盈亏，自担成本，几个人搭一个所租一个房子很便宜，自己挣钱自己花，完全是一种个体户的思维。

那么为什么说处境艰难？因为中国律师的历史太短，法治环境不成熟，全社会无论从官方到民间，从高层到低层，对律师都缺乏一个最基本的了解。开始的时候，人们对律师几乎没有任何印象。我在政法大学教书的时候，去搞普法宣传，遇到的奇怪现象很多，人们根本就不知道律师为何物。我曾经在接受中央台采访的时候，当着全国观众说了一句话，我说我非常希望在全国范围内展开一场大讨论，题目就叫《律师是个什么东西》，因为人们对律师太缺乏了解了。由于人们太不了解律师甚至多有误解，加上法治大环境不尽人意，律师的执业环境一直比较艰难。所以说律师处境艰难事出有因，并不为过。

在这种情况下，律所的管理怎么办呢？还是回到那句话，直到现在，我们绝大部分律所还是人自为战，各自为政，自己挣钱自己花。那么这样做为什么不行？我们的改革开放从平均主义大锅饭走向了个体化，解放了生产力是好事，但是走过了一段之后又发现，个体化生产的能力是有限的，虽然解放了生产力，但是没有合作化，没有互补互动就难以扩大再生产，难以进一步发展。

前些年播出的电视剧《老农民》，我印象特别深。同是一个村子，改革以前饿死了人，改革以后一下子就富起来了。但过了几年又感到出现瓶颈，发展不了了，又自发组织起来建立公司，又上升了一个新的发展阶段。这个例子生动地说明，平均主义大锅饭的机制限制了生产力的发展，而走向个体化生产只是迈出了解放生产力的第一步。只有进一步再走向以科学分配机制为基础的更高层次的合作，才能产生规模效应从而创造更高的经济效益。

律师所的发展过程也存在同样的问题。总结几十年来中国律所的发展过程，主要有三种模式：多数还是那种各自为战的松散模式；第二种出现了一些山头林立的小团队化模式，比如一个所里有一些专业的团队，但是几个团队

在一个大山头上并存，大家顶着一个牌子来做业务；第三种模式是真正大团队的模式，就是所谓的一体化。我觉得团队化一体化是一回事，本质上还是团队化。也就是说经过一段时间的发展和体会，个体化的经营已经受到局限了。当然个人律所、小规模律所也需要，各有所长，并不是说都要办成大所。但是一个城市必须要有几个规模性大所，这是市场主体的需要，也是专业化与综合化互动互补的需求。但是这规模性大所却很难成功，现实中很多律所规模一大就会分化。为什么？因为没有经验，没有传承，没有科学合理的管理机制。

说到底，律所团队化管理的基本前提也是最大难题，就是分配机制问题。我们大家都有体会，我们律所总是裂变式发展：一搞大了就分了，为什么？就是因为分配不公平，所以人们就会用脚投票，各奔前程。

那么如何做到分配公平，如何做到大家能够相融，能够互补，共进？最基本问题是设计分配机制。

在分配机制的设计上，我发现出现了两种不同的理念。其中有一种理念有些律所正在尝试，我感觉是走上了回头路，出现了新形势下的平均主义大锅饭。比如搞计点制，没错，我是一点也不反对计点。但是怎么计点？这其中问题就很复杂了。如果把计点制变成了平均主义大锅饭，又会出现三个和尚没水吃的后果。这种乌托邦式的理念，形式上很诱人，但后果却很可怕，这是在中国社会已经被验证过的教训。所以我一直认为，我们在建立大的团队化模式的律所时，一定要以基本公平原则为基础，我说的基本公平不是绝对公平，也做不到绝对公平。我们现在的社会发展进程还处在形式平等的阶段，有些人提出要实质平等，就是要实现结果平等，显然是不现实的。如果执意尝试，愿望与结果会适得其反。

我举个例子，我在参加国际人权对话的时候遇到了很多争议问题，其中一个就是关于国家补偿的标准问题。我们原来的标准是城市与农村有所差别，我们的理由也很充分，因为城市与农村的生活水准不一样。按理说这个理由是有道理的，可是在国际社会却遭到了反对，反对的理由是我们的价值观就是同命不同价。针对这个问题争论了好多年，现在我们的补偿标准据我了解已经统一了。这个例子就足以说明，在社会发展的现阶段中，人们的分配理念仍然是以形式平等为基础的。



律师所也同样，如果过早提出来实质平等的分配机制，最后结果就是能力强的人会用脚投票而离开。能力弱的人留下了，也许会很和睦，但到最后都没有效益的时候，还是会分裂。这种认识并不是某些人的观点，更不是我个人的观点，而是中国社会走过了几十年，经过了文革前后的反复实践检验出来的结论。如今我们有些律师和律所还在试图探索这样的途径，这是令人担忧的问题。我们京都所这些年来一直在进行律所管理机制的改革，在搞团队化建设，但是我们特别清醒，绝对不能从一个极端走向另一个极端，绝不能走向平均主义大锅饭。同时，我们又不能没有协作，不能没有互补与互动，而是要在基本公平的基础上形成科学、合理的合作机制。在形式平等的原则下也存在让利式互助的合作机制，这种让利的限度得当，就会实现合作共赢的效果，否则就会适得其反。至于这个

限度如何把握，我一直以为在分配机制中客观上始终存在着一个平衡点，只是我们很难找到。只要通过各种调研各种尝试找到这个平衡点，这个机制就比较好设立。

谈到律所管理的问题，这是我的一点想法也是一点担忧，时间关系不多讲了。

我认为，这三个问题是我们中国律师进入发展期以后面临的很重要的三个问题，它直接涉及到我们的律师业务和律师队伍如何发展的问题。所以，这也是留给我们大家共同探讨的课题。希望大家都要关注，都要重视。大家把这三个题目做好了，我们中国的律师，特别是我们的刑辩律师，才能得到健康的、正常的、快速的发展，才能走上正轨，避免误入歧途。

谢谢！

风险与展望

——对集体土地政策、建设工程、网络微短剧
及股权出资等多方面的法律探析





集体土地租赁住房政策及前景分析

■ 秦庆芳 范颖慧 王嘉曦 / 文

近年来，稳定房价与保障住房一直是政府保障和改善民生的重点。二十大报告中即明确指出：“坚持房子是用来住的、不是用来炒的定位，加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度”。2023年3月5日，国务院总理李克强代表国务院向大会作政府工作报告时再次强调，“加强住房保障体系建设，支持刚性和改善性住房需求，解决好新市民、青年人等住房问题，加快推进老旧小区和危旧房改造”。

为贯彻租购并举的住房制度，满足现实住房需求，国家和地方先后出台了集体土地租赁住房的相关政策，集体土地租赁住房项目随之也纷纷落地。北京市京都律师事务所秦庆芳律师团队从集体土地租赁住房试点初期，就开始关注相关政策及其变化，并积极探索相关业务模式在法律实践中的运用。本文将在介绍集体土地租赁住房政策的基础上，剖析其发展困境，并尝试对其发展前景作进一步探讨。

一、集体土地租赁住房的政策依据

（一）集体土地入市的相关进程

《中华人民共和国土地管理法》自1986年颁布以来，虽历经1988年、1998年、2004年几次修订，但对于利用农民集体所有土地进行经营性项目建设，始终是持否定态度。

2008年《中共中央关于推进农村改革发展若干重大问题的决定》提出：“在土地利用规划确定的城镇建设用地范围外，经批准占用农村集体土地建设非公益性项目，允许农民依法通过多种方式参与开发经营并保障农民合法权益。逐步建立城乡统一的建设用地市场，对依法取得的农

村集体经营性建设用地，必须通过统一有形的土地市场、以公开规范的方式转让土地使用权，在符合规划的前提下与国有土地享有平等权益。抓紧完善相关法律法规和配套政策，规范推进农村土地管理制度改革”，逐步放开对集体土地入市的管控。

2019年8月26日，全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国土地管理法〉、〈中华人民共和国城市房地产管理法〉的决定》，允许集体经营性建设用地入市流转。修订后的《中华人民共和国土地管理法》已于2020年1月1日正式生效。自此，集体土地入市有了明确的法律依据。

2021年9月1日，修订后的《中华人民共和国土地管理法实施条例》开始实施，《条例》进一步明确了集体建设用地入市交易规则，要求国土空间规划要合理安排集体经营性建设用地布局和用途，节约集约利用。同时，明确了集体经营性建设用地出让、出租方案的编制和审查要求。

2022年9月6日，中央全面深化改革委员会第二十七次会议审议通过《关于深化农村集体经营性建设用地入市试点工作的指导意见》。会议强调，推进农村集体经营性建设用地入市改革，事关农民切身利益，涉及各方面利益重大调整，必须审慎稳妥推进。试点县（市、区）数量要稳妥可控。《意见》明确了推进集体土地入市的基调应稳妥谨慎，仍需再行试点。

2023年3月1日，自然资源部开展深化农村集体经营性建设用地入市试点工作视频培训，正式启动试点工作。王广华部长强调入市工作要做到“二二二”。会议强调，要抓住“两项前置条件”，即加快完成国土空间规划编制特

别是实用性村庄规划，完成集体土地所有权和使用权确权登记；紧盯“三项负面清单”：不能通过农用地转为新增建设用地入市，不能把农民的宅基地纳入入市范围，符合入市条件的土地不能作为商品房开发；探索“两项重点机制”：兼顾国家、集体和农民个人的入市土地增值收益调节机制，保护农民集体和个人权益、保障市场主体愿用、会用入市土地的权益保护机制。

（二）利用集体建设用地建设租赁住房的政策探析

集体土地入市相关政策历经多次变动，但总体而言呈现稳中求进的趋势，这就为利用集体建设用地建设租赁住房提供了契机和土壤。为方便阅读，对在集体建设用地上建设的租赁住房，以下简称为“集租房”。

1、国家层面

（1）2011年，国土资源部通过函复的形式批准北京、上海两地作为试点，开展利用集体建设用地建设租赁性住房。

（2）2017年8月21日，国土资源部、住房城乡建设部联合印发了《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》（国土资发〔2017〕100号）（以下简称“《方案》”），正式确定在北京、上海、沈阳、南京、杭州、合肥、厦门、郑州、武汉、广州、佛山、肇庆、成都共13个城市开展利用集体建设用地建设租赁住房试点。

《方案》对利用集体建设用地建设租赁住房的总体原则、内容、实施均作了相应规定，是集租房建设的指导性文件。在具体实施方面，《方案》从项目审批、项目建设及运营、租赁监管、承租人权利保护四个角

秦庆芳律师简介



京都律师事务所高级合伙人，1991年开始从事法律服务工作，1998年正式加入京都律师事务所。秦庆芳律师专注房地产开发与建设工程法律业务二十余年，能够为客户提供房地产及建设工程相关全流程、全业务领域的法律服务。秦庆芳律师还常年服务于央企航天科工集团所属数家国有企业，以及北京市公安局等机关单位，具备丰富的合规法律服务经验；在银行金融业方面，长期为国家开发银行、中信银行、华夏银行等提供法律服务；在重大民商事诉讼与仲裁方面，代理了数起最高院、高级人民法院、金融法院审理的重大、疑难复杂案件；在破产重整方面，承办了海鑫钢铁、长航油运、云南煤化工、洛阳阳光热电、能通科技等在国内有重大影响的破产重整项目。秦庆芳律师自2002年始承办大量电影及电视和音乐剧制作与发行、演唱会承办、新媒体运营等诉讼与非诉讼业务，积淀了文化传媒产业知识产权保护的专业特长。

度，对集租房项目的实施提出了原则性要求。

（3）《方案》出台后，除试点城市外，各地也纷纷在《方案》确定的原则和框架下，结合当地实际需求，制定了相应的集租房试点实施方案。

2018年1月16日，国土资源部办公厅、住房城乡建设部办公厅发布《关于沈阳等11个城市利用集体建设用地建设租赁住房试点实施方案意见的函》，同意沈阳、南京、杭州、合肥、厦门、郑州、武汉、广州、佛山、肇庆、成都11个城市利用集体建设用地建设租赁住房试点实施方案。复函在重申《方案》确定的原则之余，提出“鼓励金融机构参与试点建设”、“户型以90平方米以下中小户型为主”的新的具体要求。

2019年1月11日，自然资源部办公厅、住房和城乡建设部办公厅发布《关于福州等5个城市利用集体建设用地建设租赁住房试点实施方案意见的函》，同意福州、南昌、青岛、海口、贵阳5个城市利用集体建设用地建设租赁住房试点的实施方案。

（4）2021年7月2日，国务院办公厅发布《国务院办公厅关于加快发展保障性租赁住房的意见》（国办发〔2021〕22号），将符合规定的集体建设用地建设租赁住房试点纳入保障性租赁住房建设规范管理，以此为解决特定群体住房困难的途径之一。自此，集租房制度由地方的试点政策上升至国家层面的规划。

2、地方层面的试点情况——以北京市为例

北京市作为最早一批开展集租房试点的城市，在集租房相关政策的出台

上，较其他城市也更为充分和完备。



2014年10月28日，北京市国土局、发展改革委员会等多部门联合发布《关于印发〈利用北京市集体土地建设租赁住房试点实施意见〉的通知》（京国土耕〔2014〕467号）。该通知中，将集租房的运营模式限定在农村集体经济组织自主开发建设、建成后作为公租房由住房保障机构及相关主体进行租赁和运营管理的框架内。

2017年10月31日，随着《方案》的出台，北京市规划和国土资源管理委员会及时对集租房相关政策进行了调整，发布了《关于进一步加强利用集体土地建设租赁住房工作的有关意见》（市规国土发〔2017〕376号），取代了2014年版意见。该《意见》放宽了申报主体的要求，增加了“有条件的村级集体经济组织”和“集体经济组织与国有企业合作成立的企业”作为申报主体的情形。

2018年6月15日，北京市住房保障和住房制度改革工作领导小组办公室制定《关于加强北京市集体土地租赁住房试点项目建设管理的暂行意见》（京住保〔2018〕14号），该《意见》在集租房的运营管理方面落实了各方主体责任，确立各方配套管理机制；2018年9月29日，北京市发展和改革委员会发布《关于本市集体租赁住房立项办理有关事项的通知》（京发改〔2018〕2137号）明确了两种集租房项目立项核准权限及其核准程序；2018年12月12日，北京市规划和自然资源委员会、北京市住房和城乡建设委员会发布《关于我市利用集体土地建设租赁住房相关政策的补充意见》（京规自发〔2018〕64号），针对合作开发模式、用地选址、审批程序等方面的配套政策提出了新的六项意见。

2020年8月5日，中共北京市委办公厅北京市人民政府办公厅印发了《北京市自然资源资产产权制度改革方案》，再次强调了集体经营性建设用地的入股与联营模式

范颖慧律师简介



京都律师事务所合伙人，自2014年开始从事律师工作。执业至今，办理了大量诉讼和非诉讼业务。范颖慧律师担任多家公司和机构的法律顾问，如国家开发银行总行、中信银行总行、华夏银行北京分行、哈尔滨银行、航天长峰股份公司（上市公司）、哈银消费金融公司、首钢冷轧薄板公司、赵全营兆丰工业开发中心、新怡时代峰景音乐工作室等，在公司常规业务审核、房地产全过程开发建设、股权转让、资产并购、破产重整、保险资金运用与监管、争议解决等方面积累有丰富的经验。

的探索；2020年12月27日，北京市住房和城乡建设委员会、北京市发展和改革委员会、北京市规划和自然资源委员会联合发布《关于进一步加强全市集体土地租赁住房规划建设管理的意见》（京建发〔2020〕365号），明确要合理布局北京集体土地租赁住房项目供地，同时集租房商业配套比例最高可提至地上总建筑面积的15%。

2021年11月5日，北京市住房和城乡建设委员会《关于严禁公租房、保障性租赁住房变相销售行为的通知》（京建发〔2021〕353号）规定了房屋建设单位和持有运营单位应当申明项目的租赁住房性质，严禁公租房的变相销售。

2022年3月17日，北京市人民政府办公厅印发《北京市关于加快发展保障性租赁住房的实施方案》（京政办发〔2022〕9号），明确要加大利用集体经营性建设用地建设保障性租赁住房的力度，同时在用地、金融方面均给予了利用集体经营性建设用地建设保障性租赁住房以政策支持。

2022年9月1日，北京市将集租房由地方性规范文件中的政策上升为地方性法规的规定，实施《北京市住房租赁条例》。该《条例》的第55条明确了农村集体经济组织可以以多种方式运营集租

房；第56条则明确了集租房不得销售、变相销售及短租的规定。

二、集体土地租赁住房的具体要求 （以北京市为例）

如上文所述，经过数年的不断探索和完善，北京市在政策层面已经对集租房项目进行了逐步体系化、细致化的规定。经对上述各文件进行初步的整合和梳理，本文拟从审批管理、开发模式、运营管理三个主要方面，对北京市

集租房建设的具体要求归纳如下：

（一）审批管理方面

北京市对于集租房项目的建设用 地、建房标准设置了明确的要求，并在 报送审批阶段即对此进行相应审查。

1、集体土地准入条件

（1）权属要求：权属清晰，没有 争议。

（2）规划要求：符合城乡规划、 土地利用总体规划及村土地利用规划。

（3）利用现状要求：优先使用存 量建设用地。如果存在农村原有存量建 设用地地块面积小，较为分散的特点， 在符合规划的前提下，可以适当通过增 减挂钩等途径调整集中。

（4）分布区域要求：结合“三城 一区”和产业功能区，坚持毗邻产业园 区、毗邻交通枢纽和毗邻新城，优先在 产业比较完备、居住配套相对不足的区 域布局，并配置必要的教育、医疗等公 共服务设施。

2、住房建设标准

（1）住房类型：重点建设职工集体宿舍、公寓及成套 租赁住房；鼓励业态混合兼容，租赁住房、研发、办公、 商业等用途可混合利用；在公共服务配套完善、交通便利 的项目中统筹规划一定比例的小户型。

（2）设计要求：公寓型、宿舍型租赁住房建筑间距及 日照暂按《北京地区建设工程规划设计通则》中集体宿舍 要求执行，住宅型租赁住房参照《北京地区建设工程规划 设计通则》中住宅要求执行。

（3）配套建设：不同属性租赁房屋遵循不同的配套公 共设施配置比例及机动车位车户比。

（4）交房标准：集体租赁住房的套型结构和面积标 准，按照市场需求进行规划、设计和建设，实施全装修成 品交房。

3、项目审批流程：坚持快速审批、并联审批，缩短审批 流程和周期。

王嘉曦律师简介



北京市京都律师事务所律师，毕 业于英国曼彻斯特大学国际商法 专业，取得法学硕士学位，主要 业务领域为民商事争议解决、常 年法律顾问。自从业以来，参与 多起疑难复杂诉讼案件，同时在 合同起草与审核、出具法律意见 书等非诉业务方面积累了丰富的 法律服务经验。

（二）开发模式方面

如上文所述，《方案》出台后，北 京市也相应拓展了集租房的开发模式， 由集体经济组织自主开发并纳入公租房 管理的单一模式，发展并形成了自行开 发与合作开发多种模式并举的状态。

1、集体经济组织自行开发

（1）建设用地审批及前期手续的 申报主体：一般是以镇集体经济组织为 主体，有条件的村集体经济组织，也可 作为项目申报主体。

（2）限制：对于无合作企业且村 集体经济组织无力独自开发建设的项目， 区政府应暂缓供地。

2、集体经济组织与国企合作开 发：以土地使用权入股、联营

（1）建设用地审批及前期手续的 申报主体：集体经济组织（后续再办 理主体变更相应手续）；或成立的新 企业。

（2）集体土地入股、联营价格：

参考有资质的土地估价机构对土地价格的估价结果，在区政 府统筹监督指导下，平等协商确定集体土地使用权价格。

（3）持股比例：集体经济组织在新成立企业的持股比 例不得低于51%，且应有保底分红。

（4）其他限制：土地使用权入股、联营期限不得超过 50年；国企所持股份转让、变更的，方案应当报区政府批 准，且不得改变集租房用途。

3、集体经济组织与社会资本合资开发：项目经营权出租

（1）建设用地审批及前期手续的申报主体：集体经 济组织。

（2）限制：出租期限最长不超过50年，经营权不得 转租。

4、将集体土地进入土地公开市场交易，土地竞得者 作为项目主体：限定在农村集体经营性建设用地流转试点 区域内。



（三）运营管理方面

合法合规的运营管理是保障集租房项目切实发挥稳房价作用的重要环节。在政策设置上，应当充分考虑集体经济组织、社会资本、承租人等多方利益和需求，从建设资金、运营模式、租赁管理、权益分配环节，给予各主体相应的支持和保障。

1、建设资金

（1）集体经济组织自有资金和保障房运营机构、租房企业预付的租金；

（2）以项目运营权质押、项目预期收益或其他资产抵押，向金融机构申请获得金融资本支持；

（3）集体经济组织和国有企业联合开发的，国有企业的自有资金或者提供担保办理的贷款及其他形式融资；

（4）探索推进保险资金、住房公积金等长期资金参与建设，或在项目运营一定期限后通过资产证券化、不动产投资信托基金等方式融资。

2、运营模式

“只租不售”，在项目各个环节批复文件中，均应注明“该项目只能用于租赁，不得对外销售”。严禁“以租代售”，不得一次性收取12个月以上租金。

3、租赁管理

（1）项目主体自行租赁，鼓励签订长期租赁合同，但单次租期不得超过10年；除承租人另有要求外，单次租赁期限不低于3年。

（2）鼓励趸租集体租赁住房作为公租房房源，面向公租房备案家庭或者人才配租，或由保障家庭自行承担。

（3）第三方管理。鼓励将集体租赁住房委托给专业化运营企业进行管理和运营，促进职住平衡提高租赁业务和物业管理的标准化、专业化水平。

4、权益分配

根据项目具体运作模式，兼顾政府、农民和农民集体、其他参与租赁住房建设运营管理主体、租赁住房承租人等各方利益，确定相应的分配方式。集体经济组织自行运营的，收益归集体经济组织；按照公共租赁住房政策进行出租和管理的，收益分配由集体经济组织和住房保障机构协商约定（纳入公租房管理，由政府住房保障部门管理部门将房租转付给集体经济组织）；委托第三方管理的，通过合同约定相应分配方式。

5、其他

除上述各环节外，现有政策文件中，还在不动产权利证书的办理、招投标程序、税收优惠等细节方面进行了相应的规定，如，对于纳入公租房管理的项目，可依法享受公租房补贴和政府税费优惠政策等，对集租房项目可能遇到的其他问题做了一定的回应和安排。

三、集租房项目的发展困境与前景分析

（一）集租房项目的发展困境

集租房政策发展至今，其推进进程其实相对缓慢。《方案》颁布后，试点地区的响应程度各不相同，部分地区的配合程度在一定程度上低于预期。本文认为，限制集租房在某些地区发展的因素主要有如下方面：

1、融资基础短缺

作为一项社会保障性住房项目，集租房的租金及其他收益较低。尤其是对于集体土地开发利用程度较高的地区，集租房的收益很难快速覆盖较高的拆迁成本，因此开发商的投资意愿不足。此外我国的农村集体经济组织一直以来都面临着资金缺口过大的问题，因而难以有成本投入集租房的自主经营建设。尤其是在有融资需求的项目中，大部分农村集体经济组织的信用评级、抵押物价值等均难以到达银行对贷款主体的要求。因此，解决融资问题，是推进集租房政策的关键之处。

2、开发动力不足

对于地方政府而言，一方面，当前个别地方政府财政收入仍然高度依赖房地产经济，对“土地财政”的依赖程度较高，因而当集租房项目难以使地方政府获得与房地产经济匹敌的财政收入时，地方政府则对此项目持谨慎态度；另一方面，集体土地入市的政策尚不完备，相关法律风险尚不能消除，集租房变身为“小产权房”的风险仍然存在，给政府添加了监管成本，这也是当下多数地方政府对集租房的建设与推广处于观望状态的部分原因。

（二）集租房项目的前景分析

虽然集租房项目在实践中存在着发展困境，但为解决“买不起房，租不好房”的新市民群体的民生矛盾，不断推进集租房政策仍是大势所趋，随之而来的也是对法律实

务界的机遇与挑战。

1、集体建设用地租赁住房呈规范化发展趋势

如前所述，从国家层面来看，集体土地入市的进程中已做到有法可依，而集租房的制度设计从《方案》出台至今也已经从部门规范性文件的内容上升至国务院规范性文件中的规定。从地方试点的角度而言，北京地区的试点实践体现了集租房制度的规范化趋势。从北京市各类地方规范性文件、地方工作文件到《北京市住房租赁条例》的出台，北京市的实践体现了集租房制度从政策先行到有法可依的全过程。因此，集租房制度的规范化进程较为明显，可以预期未来与集租房及其相关领域有关的规范性文件很可能出台与实施。

2、融资支持的政策日趋完善

针对集租房开发过程中资金短缺、融资难的问题，金融机构加入集租房项目建设的解决方案也随之出台。

早在2018年，中国银行保险监督管理委员会发布《关于保险资金参与长租市场有关事项的通知》，明确了“保险公司通过直接投资，保险资产管理机构通过发起设立债权投资计划、股权投资计划、资产支持计划、保险私募基金参与长租市场。”所投资的长期租赁住房项目包括了集租房项目。2023年2月24日，中国人民银行、中国银保监会就《关于金融支持住房租赁市场发展的意见（征求意见稿）》公开征求意见。其中，第11条就稳步发展房地产投资信托基金（REITs）征求意见，尤其是在“国家政策重点

支持区域以及人口净流入的大城市开展房地产投资信托基金（REITs）试点，为利用各类建设用地（含集体建设用地、企事业单位自有空闲土地等）依法依规建设和持有运营长期租赁住房的企业提供资金支持。”政策逐渐鼓励各类金融机构与金融工具加入集租房项目，由此可见集体土地租赁住房金融服务体系正逐步开始构建，为集租房项目提供了资金来源和保障。

3、配套监管政策将落地实施

随着集租房项目的发展运行，构建集租房制度的收益分配体系，健全收益分配监管制度迫在眉睫。有观点指出，在分配体系构建方面，初次分配应当基于产权和投入，再次分配要基于公平和正义，以此调节因区位、配套、时点等差异导致的收益分配不公问题；在监管制度构建中，建议实行政政府和农民集体双重监管，确保收益分配严格按政策标准落实到位，实现国家、企业、集体、农民间收益分配大体平衡。因此，出台完善的配套监管政策已势不可挡，监管部门的权责分配规则亦未来可期。

住房问题一直以来都是中央政府的重点工作内容。从“房住不炒”、“租购并举”的提出，再到对房地产健康平稳发展的部署与建设，均体现了国家层面解决住房问题的决心。集体建设用地入市的发展进程和集体土地租赁住房政策的各地试点，都预示着对于专注于房地产方向的律师而言，机遇与挑战并存。因此，我们将以前瞻性的视角，追踪和研究国家相关规范性文件，以期提供更为专业的法律服务。



工程质量不合格是否必须修复

——兼议民法典时代建设工程质量纠纷案解决路径

■ 吴欣荣 / 文

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2004〕14号）（注：已废止）第三条规定：“建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（一）修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；（二）修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。”基于这一规定，建设工程施工合同质量纠纷案件，多以修复为解决方案，因此，也导致实践中形成了此类案件以修复为必经程序的主流观点。

但由于该条规定的是“竣工验收”，对于并未完工的工程（俗称半拉子工程），是否也适用，实践中有存在争议。《民法典》合同编第十八章建设工程合同第七百九十三条，在上述司法解释的基础上做了一定的调整，将“竣工验收”修改为“验收”。那么，民法典语境下，建设工程质量纠纷案件的解决路径是否会发生变化，是否意味着修复成为工程质量纠纷案件的必经程序了呢？

一、案例

甲公司拟开展酒店业务，与乙公司签署承包合同，由乙公司进行装修改造等工程。合同签订后，乙公司进场施工仅一个月，双方就因故解除了合同。后因结算款未达成一致意见，乙公司提起诉讼，要求支付工程款，并申请进行造价鉴定。甲公司以工程质量不合格进行抗辩并申请质量鉴定。

经鉴定，所有工程并无完工项目，只是完成了部分工

序，全部为半拉子工程，砖砌体的砂浆强度不符合约定，并未给出质量是否合格的结论性意见。法院另查明，乙方并无施工资质。庭审中，法院询问双方关于修复的意见，甲公司认为工程砂浆强度不够，无法修复，仅同意按照甲方验收合格的部分支付工程款，不同意修复，乙公司认为工程质量不存在问题，不同意修复。

作为甲公司的代理人，我们的意见为，既然当事人双方均同意解除合同不再继续施工，且甲公司明确表示由于乙公司施工质量不合格并且不撤场，导致工程长期搁置，错过了经营时机，已不再打算将该建筑作为酒店装修，从使用目的方面看，如果法院判决修复不符合甲方的使用需求；从修复的可能性和可行性方面看，乙公司已完成的部分工序因强度不够无法继续使用，必须拆除重建，不存在修复的可能性，如果判决乙公司进行修复，相当于重新建设一遍，必然导致双方的损失进一步扩大；双方当事人均不同意修复，如果判决修复则违反双方的意思自治，并且不符合经济原则，造成资源浪费。

最终法院判决因乙公司不具备相应资质，承包合同无效；经鉴定工程质量不合格，根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三条的规定，需经修复并经竣工验收合格后乙公司才有权要求支付工程款，因此判决驳回乙公司支付工程款的诉讼请求。

判决生效后，乙公司因该工程确实无法修复，放弃了修复，并就工程款做了较大的让步。甲公司由被动转为主动，仅支付了少量的工程款即了结了该项目，对案件结果较为满意。

二、关于该案件的思考

该判决作出时间在《全国法院民商事审判工作会议纪要》“以下简称《九民会纪要》”之后、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》修改之前，判决书载明的主要法律依据为《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2004〕14号）。由于双方均不同意修复，因此法院并未直接判决乙公司对工程进行修复。但是在说理部分认为乙公司应当对工程进行修复，经修复并经竣工验收合格后乙公司有权要求支付工程款，并据此判决驳回乙公司要求支付工程款的诉讼请求。其隐含的思路为，工程质量不合格的，必须先进行修复，修复后才能进入工程款结算程序。相当于为乙公司再次提起诉讼要求工程款保留了一个机会。

法院的裁判思路及判决结果，是不是不符合九民会“尽可能一次性解决纠纷”的精神，该种思路是否正确？

就该问题，我们先整理一下关于工程修复的主要法律规定，借以窥探修复与工程款之间是否具有必然的联系。

1. 关于工程修复的主要法律规定

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2004〕14号）（注：已废止）

第三条 建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（一）修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；（二）修复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民

吴欣荣律师简介



北京市京都律师事务所合伙人，吉林大学法学硕士。吴律师执业十余年，持续为国家开发银行、中信银行、哈尔滨银行、哈银消费金融公司、信达投资等金融机构提供法律服务；为前门大街整治与改造工程、北京丽泽商务区、哈银大厦等多个地产项目提供全程法律服务；参与能通科技股份有限公司破产重整项目，该案件被北京市海淀区法院列为利用法制化市场化破产审判工作挽救危困企业助力供给侧结构性改革的典型案列；代理的电子商业汇票案件入选北京金融法院首批十大典型案列；参与泄露内幕信息案件合规整改项目，入选最高人民检察院发布的第三批涉案企业合规典型案例。

事责任。”

第十条 建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本解释第三条规定处理。因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此而给对方造成的损失。

《合同法》（已废止）

第二百八十一条 因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权要求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

《民法典》

第七百九十三条 建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人请求承包人承担修复费用；（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。

第八百零一条 因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权请求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

第八百零六条 承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人请求解除合同的，应予支持。发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人请求解除合同的，应予支持。合同解除后，已经完成的



建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照本法第七百九十三条的规定处理。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）

第十二条 因承包人的原因造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，人民法院应予支持。

2. 关于上述法律规定的分析

纵观上述法律规定及沿革，均是区分为有效合同、无效合同、合同解除三种情形，规定各自的解决路径。

对于有效合同，《合同法》第二百八十一条与《民法典》第八百零一条的规定相同。即，无论是《民法典》施行前还是施行后，对于有效的建设工程施工合同而言，质量不合格的工程，施工单位均负有修复的义务，发包人享有要求修复的权利。

对于无效合同，《民法典》施行前，主要是依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2004〕14号）。但“竣工验收合格”是否可做扩大解释，是否可适用于未完成工程、无法竣工的工程，实践中存在不同的观点。《民法典》施行后，由于“竣工验收合格”变更为“验收合格”，从文义角度看，似乎是进一步扩大了修复的适用范围，无论是否完工，均应经过修复程序。

对于提前解除的合同，已完成工程质量不合格的，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2004〕14号）及《民法典》均规定参照无效合同的处理原则。

3. 关于未完工程是否必须修复的分析

从上述规定看，似乎可理解为所有质量不合格的建设工程，均应当经过修复的程序。但法律之所以作出修复的规定，一方面是基于施工单位负有修复的义务，另一方面是基于施工单位已经将人力物力物化在工程中，如果不经修复而直接免除工程款的支付，对于施工单位而言显然不公平，因此给予其采取补救措施的机会，经过修复能够验收合格的，施工单位将得以获得工程款，以符合公平原

则；经修复后的工程质量合格得以使用，也能达到物尽其用的目的，最大限度实现物的价值。而在实践中，工程的完成情况不同，是否可修复及修复的代价也千差万别，施工单位及发包人也可能并无修复的意愿。如果一律强行要求修复，并不符合法律规定的意旨，也可能违背当事人的真实意思。《民法典》也并未规定所有质量不合格工程均必须修复。

因此，我们认为，对于质量不合格的工程，是否修复，应当根据个案具体情况综合判断，具体可从如下方面进行考量：

（1）工程是否具备修复条件：诚然，大部分工程均可通过修复达到质量合格的目标，但也确实有一些工程无法修复，强行要求修复，不具有可行性。例如本案所涉工程，因质量不合格的主要表现为砂浆强度不够，经对鉴定人员询问，需拆除后重新施工，实际工作量远远超出了“修复”的范畴。

（2）工程修复的代价是否过大：对于已经竣工的工程，通常存在一些小的瑕疵，可通过修复达到验收合格的标准；对于未完工的工程，则需根据实际完工情况进行判断，如果是仅仅完成小部分工作，或者虽然完成了大部分工作但绝大部分质量都不合格，则修复可能相当于重做，甚至比重做的代价还要大，需要拆除重建。施工单位需要付出远高于工程款的代价，修复时间也可能远超出约定的工期，该等情形下，显然不宜进行修复。

（3）修复是否会与合同无效、解除的法律后果相违背：根据《民法典》的规定，合同无效的法律后果是返还财产、折价补偿、赔偿损失，合同解除的法律后果是终止履行、恢复原状或采取其他补救措施、赔偿损失。如果一味适用修复的法律规定，则对于无法通过简单修补达到质量合格的工程，可能会导致重做的结果，相当于继续履行，与上述法律规定相违背。

（4）工程修复后是否可达到价值增加的目标：如果工程修复后并不能提升工程的价值，仍然无法使用，强行要求修复，一方面会增加施工单位的投入，另一方面也会导致发包人工程款、工期利益的损失，并且会造成资源浪费，不符合发展的理念和节约资源的原则。

（5）当事人是否具有修复的意思表示：《民法典》第八百零一条规定的是发包人的权利，则发包人也有权放弃修

复请求权，不同意进行修复，在修复代价过大的情形下，施工单位也可能并无修复的积极性。在该等情形下，即使判决修复，双方履行意愿不强烈，也不利于争议的解决。

基于此，对于验收不合格的工程，修复并非规定动作，应当结合工程的实际情况和当事人的意愿进行价值衡量和综合判断，对于不具备修复条件或当事人无意愿继续建设使用的未完工程，不宜强行要求修复。

4. 引申思考：询问鉴定人的技巧和意义

在案件审理初期，法官具有判决修复的倾向，并认为依照法律规定和审判实践，修复为质量不合格工程的必经流程，对我们提出不同意修复的意见不予认同。特别是质量鉴定载明：共鉴定检测房间数量为92间，鉴定检测区共115个，其中不满足设计要求混合砂浆强度共26个测区，满足设计要求混合砂浆强度共89个测区。该鉴定意见并没有出具质量合格或不合格的结论，但是从字面看满足设计要求的点位要远远大于不满足设计要求的点位，似乎形成了对甲公司不利的局面，而有可能进一步支持工程可以修复的观点。

在这种情形下，我们向法庭申请鉴定人员出庭。经法庭准许后，我们精心准备了询问提纲，先就鉴定意见涉及的技术参数进行了询问，然后就如下问题向鉴定人员进行了询问：

（1）检测区的选择是随机的还是根据技术规范严格选定的？

鉴定人员回答是随机选取的。

（2）随机选取的检测结果显示符合设计强度的检测区多于不符合设计强度的检测区，能否得出其他没有检测区域或者全部工程符合设计强度的点位也多于不符合设计强度点位的结论？

鉴定人员回答不能得出这个结论，只能就已经做了鉴定的检测区得结论，只能说明这几个点位的情况，如果恰好在砂浆强度不够的位置检测点位多，则也可能出现相反的数据。

（3）由于是强度方面不符合设计要求，随机选取的这个点不符合设计强度，那么是仅仅这个点不符合设计强度，还是这个点的周边多大面积还是整面墙都不符合设计

强度，具体影响到的范围如何确定？

鉴定人员回答肯定不止这一个点，应该是整面墙都有影响。

根据对鉴定人员的询问，我们向法庭表明，尽管鉴定意见未包含工程质量不合格的结论，并且从数量看不符合设计强度的检测点较少，但由于检测区选择具有随机性，且一个不符合设计强度的点就代表一整面墙壁质量不合格，现有26个不符合设计强度的检测点，随机选择就出现了如此多数量的不合格点位，足以证明整体工程质量不合格，并且难以通过小修小补达到合格的标准，必然需要全部拆除重建，因此不存在修复的可能性和可行性。法官在庭审开始时倾向于认为根据质量鉴定报告不存在质量不合格的情形，随着我们对鉴定人员的询问，逐渐转变了态度，最终认同了我们关于工程质量不合格的观点，在判决书中没有直接判决乙公司进行修复。总结本案的代理经验，在鉴定意见形成不利局面的情况下，通过对鉴定人员询问，将鉴定意见的局限性、误导性或者不完整性充分揭示出来，也可能争取到较大的辩论空间，降低鉴定意见的证明效力和对法官的影响，对于案件的代理结果具有非常积极的意义。

三、结语

尽管我国法律规定了施工单位的修复义务、发包人请求修复的权利，并明确了合同无效及合同解除时工程质量不合格的修复规则，且《民法典》又进一步将“竣工验收合格”修正为“验收合格”，从文字方面看扩大了修复规定的适用范围，但并非意味着建设工程质量纠纷案件应当以修复为必经程序。是需修复后再结算，还是根据工程现状结算工程款，仍应当从个案的实际情况出发，考量修复的可行性、修复的代价、修复后工程的价值是否得以提升、当事人是否具有修复的意愿等因素，作出合法、合理、符合经济原则的判断，以平衡当事人双方的利益，兼顾社会资源保护。在办理建设工程质量纠纷案件时，还需从法律规定及工程实际情况两个方面出发，不囿于形式，不停留于表面，基于法律规定的本意，尊重当事人的意愿，结合个案的特点，制定合理的解决方案。



农村集体经营性建设用地入市试点现状及全面推行的困境与展望

■ 吕岩 / 文

2022年3月13日，全国人民代表大会发布《第十四届全国人民代表大会第一次会议关于2022年国民经济和社会发展规划执行情况与2023年国民经济和社会发展计划的决议》，在2023年国民经济和社会发展计划的主要任务第五点“坚持农业农村优先发展，全面推进乡村振兴”中提到：深化农村集体经营性建设用地入市改革试点。

回顾以往年份对于“农村集体经营性建设用地入市”的描述，2022年是“稳妥推进”农村集体经营性建设用地入市；2021年是“积极探索”实施农村集体经营性建设用地入市制度。从“积极探索”到“稳妥推进”，再到“深化”，可以看出虽1997年原国土资源部利用司组织就已经对农村集体经营性建设用地入市进行专题调研，但持续近二十年之久仍未实施开来的政策在近两年的探索有加快趋势。

起步早、期待多、进展快、停滞久、反复多的农村集体经营性建设用地入市政策的未来在哪里呢？

一、农村集体经营性建设用地入市的概念

农村集体经营性建设用地，是符合国土空间规划确定为工业、商业等经营性用途、且依法办理土地所有权登记的农村集体建设用地，有别于具有福利性质、只能由村集体成员自住的农村宅基地和公益性公共设施用地，是具有商业价值创造功能的农村集体财产，其典型特征是盈利性、流动性和资本性，其相关制度安排主要包括产权制度、市场制度和收益分配制度。

从理论上讲，农村集体经营性建设用地，是可以过市

场化流转，包括功能性流转和权利流转，也即直接入市，使存量农村经营性建设用地使用权出让、租赁、入股，实现集体土地所有权的收益权能以及城乡土地资源的优化配置。但由于大国小农的基本国情，农村土地实行集体所有制性质，农村集体经营性建设用地的直接入市，涉及利益相关者即地方政府、农村集体组织和农户之间的利益博弈。

二、农村集体经营性建设用地入市试点的现状

1. 试点区域不断扩大

自2015年开展试点以来，国家相继推出了一系列配套政策，试点区域不断扩大。至今，已有33个省份和自治区开展了农村集体经营性建设用地入市试点，试点区域涵盖全国95%的县（市、区）。同时，国家对试点地区给予了一系列扶持政策，如给予试点地区土地增值税财政补贴、设立试点专项资金等，为试点工作提供了政策保障和资金支持。

2. 取得初步成效

在试点实践中，农村集体经营性建设用地入市政策取得了初步成效，为农村土地资源的流通和利用提供了新的途径，有利于优化土地资源配置，提高农村经济效益，例如：

广东南海将零星分散的土地集中整合，首创农村集体经营性建设用地储备制度，以租赁入市为主要形式，即

“南海模式”。浙江德清县通过实行土地异地置换，使零星分散、区位条件不佳的土地也能入市流转，即“德清模式”。重庆市进入集体经营性建设用地实物入市阶段以来，依托2019年当地西部片区成为国家城乡融合发展试验区的契机，目前重庆市农村集体经营性建设用地入市已破题。

三、此前农村集体经营性建设用地入市无法全面推行原因

集体经营性建设用地入市在增加农民的财产性收益、使地方政府逐步摆脱对土地财政的依赖、加快城镇化持续推进等方面的积极作用已被中国33个试点地区的改革实践所证明。但从试点实施后的情况来看，入市还存在一些制约因素，试点探索还有待深化。

1. 配套法规和政策的设计不完善

农村集体经营性建设用地入市政策的实施，面临着政策法规不够完善的问题。目前，国家尚未出台一部完整的农村集体经营性建设用地入市的法律法规，目前仍主要依靠行政文件进行指导和规范。这导致在实践中，存在一些条款不够明确、解释不够清晰、执行难度较大的问题。例如，一些试点地区的入市标准、流程和程序不够统一，导致不同地区之间存在差异，给农村集体经营性建设用地入市的实施带来了一定的困难。

2. 政策的实施问题之地方政府对入市政策执行懈怠风险

虽然国家出台了一系列扶持政策，但一些地方政府在实际操作中存在拖延、不配合的情况。例如，有些地方政

吕岩律师简介



京都律师事务所合伙人，北京律协建工委委员、北京市律师协会青年工作委员会委员、北京市朝阳区律师协会房建委委员。原北京天恒建设工程集团有限公司法务总监，2015年正式从事律师工作，通晓建设工程领域全过程法律实务，擅长该领域从发包人、承包人等多角度的诉讼、非诉业务。主要从事建设工程、重大商事纠纷、食品药品领域刑事案件等方面的律师业务，参与办理了多起高院、最高院、北仲贸仲裁等重大民商事诉讼、仲裁案件。团队著作及参著作品有《解析建设工程施工合同纠纷要点七步法》、《施工企业合规风险识别与管理》、《中国建设工程施工合同法律全书：词条释义与实务指引》等。

府未能及时公示农村集体经营性建设用地入市信息，也有一些地方政府未能及时发放入市凭证，导致一些入市项目无法进行正常交易。此外，一些地方政府也未能积极解决土地产权归属、用途调整等问题，使得一些农村集体经营性建设用地无法顺利入市。

3. 政策的实施问题之农民合法权益受损风险

农民权益保护也是全面推开农村集体经营性建设用地入市面临的难题之一。在实践中，一些农民对于自己的土地产权认知不足，或者对入市交易流程不了解，容易被不法分子蒙骗或者侵害自己的权益。另外，一些农民也面临土地利益分配不均的问题、农村集体经营性建设用地所在地区的土地规划和保护不足，可能会对土地资源造成损害和浪费的问题。

4. 收益分配困境

在现阶段集体经营性建设用地入市改革试点中，虽然农民集体和地方政府均能获得土地赔偿费，但从分配机制上看，地方政府能从收益调节金中获得利益，但获取的份额小于农民集体所获。然而集体建设用地入市规模往往地方政府拥有更大的话语权，当集体利益侵犯了社会公共利益时，影响地方政府参与集体经营性建设用地入市的积极性，当土地增值收益无法实现全社会公平共享，地方政府无法将更多资金投入城镇化发展进程中，提供公共服务的能力严重不足。

另一方面，集体建设用地入市后农民集体获得增值收益远高于政府征地补偿，将会加剧地方政府公益性征地的难度，不利于当地可持续发展和社会稳定。



四、农村集体经营性建设用地入市展望

1. 完善法律规定方面的建议：制度上做好衔接，立法上突破

为了解决农村集体经营性建设用地入市面临的政策法规不够完善问题，国家应该出台一部完整、系统的法律法规，明确入市标准、流程、程序、操作规范等方面的具体内容，确保农村集体经营性建设用地入市的公正、公平和透明。

即制定出台《集体经营性建设用地市场化流转管理规定》，以专门性法律规范性文件的形式明确入市交易规则和规范土地流转市场，对与农民入市利益紧密相关的有关入市的方式、范围、用途以及入市主体的权利与义务等事项作出明确的规定。

完善相关配套机制，如入市的准入机制、交易机制、退出机制、监督机制以及纠纷解决机制，以规范集体经营性建设用地入市行为，促进入市交易公平。此外，尤其要通过立法完善入市土地增值收益分配体系，在入市收益分配中确立“初次分配基于产权，二次分配政府参与”的原则，土地增值收益应当首先分配给集体土地的所有权主体，而地方政府基于公共利益的代表者身份通过土地税费形式分享一定比例的土地增值收益，用于提供公共服务和基础设施建设；同时细化集体经济组织和农民个体之间的分配比例，确保农民的合法收益不被集体侵占。

2. 加强地方政府的积极性，同时建立监督机制

为了激发地方政府的积极性，国家应该加大对试点地区的扶持力度，鼓励地方政府积极推进农村集体经营性建设用地入市，完善入市流程和程序，并提高土地权益保护水平。同时，国家也应该对不积极推进入市的地方政府进行问责和约束，确保政策顺利实施。

地方政府要做好土地流转及增值收益分配过程的监督与管理工作，严格审查土地入市的交易程序。设立专门的监管部门，规范并细化增值收益分配的内容，严格监管增值收益的分配和使用，保证收益的公开透明，促使增值收益的利用率提升。

3. 加强农民权益保护

第一，国家和地方政府应该开展宣传教育，提高农民的土地产权意识和入市交易的知识水平，避免不法分子侵害农民的土地权益。

第二，现行入市程序不利于保障农民的合法权益主要在于地方政府或村集体主导入市过程，农民缺乏表达自身意愿和利益需求的机会，应当让农民享有切实的知情权、表达权和监督权，建立集体经营性建设用地入市的信息公开制度，明确与入市有关的信息，如用途、范围、期限、增值收益的分配以及入市争议的解决等，通过公告的形式向村民公开。

第三，落实《中华人民共和国土地管理法》第六十三条第二款规定的民主决策制度，集体经营性建设用地出让、出租等，应当经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意。对未经表决程序通过的方案不能实施，以杜绝少数干部暗箱操作的行为。

4. 创新土地经营模式

为了更好地推进农村集体经营性建设用地入市，政府和社会应该探索创新的土地经营模式。例如，可以发展土地托管、股份合作等多种经营模式，鼓励农村土地集约化、规模化经营，提高土地的利用效率和经济效益。同时，政府也应该加强对土地利用和环境保护的监管，保障土地资源的可持续利用和生态环境的稳定。

结语

总之，农村集体经营性建设用地入市是促进农村土地资源优化配置、促进农民增收致富、推进农村经济转型升级的重要途径。虽然在试点过程中面临着一些困境和问题，但只要充分发挥政府和社会的作用，加强政策引导和监管，做好土地利用和保护工作，就能够实现农村集体经营性建设用地入市的良好效果，推动农村经济的发展和进步。

网络微短剧法律风险及规制

■ 常莎 李文佼 杨皖湘 / 文

前言

近年来，网络微短剧市场呈蓬勃发展之势，网络微短剧在影视生态圈地位也在不断崛起和壮大。为加强创作规划引导，推动微短剧创作繁荣发展，2022年末，国家广电总局先后发布了《关于进一步加强网络微短剧管理实施创作提升计划有关工作的通知》（广电办发〔2022〕345号），《关于推动微短剧创作繁荣发展的意见》（广电发〔2022〕67号），对基于长视频平台点播和基于短视频平台账号推送的网络微短剧进行管理和引导。网络微短剧的发展如火如荼，但如同其他新兴的艺术形态，相应的法律风险也随着网络微短剧的发展凸显。本文将围绕网络微短剧涉及的法律风险及其规制展开分析、讨论，以期抛砖引玉，对网络微短剧的高质量发展有所裨益。

一、微短剧的发展现状及法律定性

微短剧是指单集时长从几十秒到十五分钟左右，有着相对明确的主题和主线，较为连续和完整的情节的视频作品。早在2013年，优酷、搜狐等

常莎律师简介



京都律师事务所合伙人，中国社会科学院研究生院硕士。北京市律师协会信息网络与电信邮政法律专业委员会委员，北京市朝阳区律师协会文化与传媒法律业务研究会委员，中国社会科学院大学法律硕士实践导师。常莎律师的专业领域为知识产权、娱乐与传媒、民商事诉讼仲裁，同时担任多家公司、机构的法律顾问，为客户提供知识产权保护与反不正当竞争、影视项目制作及投融资、艺人经纪及维权、日常顾问、争议解决等专业法律服务。

长视频平台就推出过时长在十分钟左右、每集有较为独立完整情节的系列网络短剧，如《万万没想到》《屌丝男士》，但微短剧的真正起飞是在2020年。作为影视领域黑马，2020年前后，快手、抖音、腾讯等各大头部视频内容平台纷纷进军微短剧领域，争相抢夺微短剧赛道，集中出现了《拜托了！别宠我》《长公主在上》《念念无明》《虚颜》《千金丫鬟》等爆火出圈的微短剧，引起行业热点的爆发。

根据我国《著作权法》对“作品”的定义，作品是指“文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果”。从内容上看，微短剧一般是根据制作方原创剧本或购买小说改编权进行剧本创作、编排特定情节、选取特定场景及人物，叙述特定故事，且具有叙事节奏快、戏剧矛盾突出、推陈出新快等特点，具有“独创性”。从形式上看，微短剧可通过网络借由手机、电子计算机等设备播放，可以介质存储等方式固定到有形实物上，具备“以一定形式表现”的要求。因此，微短剧属于我国著作权法规定的“作品”范

畴，受到著作权法的保护。

微短剧体量微小，迎合上班族利用通勤休息等碎片化



时间娱乐的需求，同时标题引人注目、叙事节奏较快、悬念集中，相比传统电视剧的冗长剧情，微短剧吸引了大批观众，填补了市场在微短型剧领域的空白，也吸引了大量资本进入该领域。

近年，微短剧行业呈现蓬勃发展之态。2023年3月底在成都举行的第十届中国网络视听大会发布《中国网络视听发展研究报告》，其中最新数据显示，截至2022年12月，全国短视频用户规模达10.12亿，短视频人均单日使用时长168分钟。2022年泛网络视听产业市场规模为7274.4亿元，其中短视频领域市场规模为2928.3亿，占比为40.3%。《报告》称最近半年内，50.4%的短视频用户看过3分钟以内的微短剧、微综艺、泡面番。未来微短剧或将呈现单集时长、总集数增加的趋势。

二、对微短剧的政策监管及行业自治

2020年11月2日，国家广电总局办公厅发布《关于网络影视剧中微短剧内容审核有关问题的通知》，首次在重点网络影视剧备案中增加“网络微短剧”这一类别，推动微短剧逐步走向规范化。

2021年12月15日，中国网络视听节目服务协会发布《网络短视频内容审核标准细则（2021）》的行业规范，公布网络短视频审核的标准细则，并规定了21种禁止出现的内容类型，共计指出100种涉及的内容，如宣扬不良、消极颓废的人生观、世界观和价值观的内容；宣扬流量至上、奢靡享乐、炫富拜金等不良价值观，展示违背伦理道德的糜烂生活的；展现“饭圈”乱象和不良粉丝文化，鼓吹炒作流量至上、畸形审美、狂热追星、粉丝非理性发声和应援、明星绯闻丑闻的。

2022年11月14日，国家广电总局办公厅发布《关于进一步加强网络微短剧管理实施创作提升计划有关工作的通

李文佼律师简介



京都律师事务所律师，中央财经大学法律硕士，2018年加入北京市京都律师事务所，执业期间先后为多家企事业单位提供法律顾问业务及诉讼代理服务，办理了大量诉讼及非诉案件，擅长承办民事案件，在公司常规业务审核、知识产权保护、企事业单位劳动人事纠纷处理等业务领域具有丰富的办案经验。

杨皖湘简介

北京大学2022级民商法学硕士研究生

知》，其中明确提出对色情低俗、血腥暴力、格调低下、审美恶俗等内容的“小程序”类网络微短剧开展专项整治，违规微短剧应被责令整改、强制下线；传播违规网络微短剧的“小程序”及其开办主体根据情节轻重被施以断链、下线、下架、注销备案、停止接入服务、吊销相关许可、联合惩戒等处罚措施。

随后，微信、抖音、快手等各大长短视频平台纷纷发布规范类公告，配合政策积极治理微短剧创作中出现的违法和不良内容。各平台在治理规范的公告中明确，需整治情形主要包括：低俗、拜金、血腥暴力、色情、极端心理、违背社会主流价值观、剧情浮夸低劣等。各平台对于违反治理规范的内容，将根据违规程度进行阶梯处置，包括对违规短剧进行下架或流量管控处理，以及采取限制提现、冻结钱包等能力封禁措施，情节严重的将对相关小程序做下线处理。

2023年3月31日，中国网络视听节目服务协会、快手平台主办的“微短剧行业发展论坛”在第十届中国网络视听大会期间举办，中国网络视听节目服务协会从宏观角度对微短剧行业发展

进行政策解读与指导。此外，传统视频平台、短视频直播平台、专业制作公司、编导等各方代表也作为微短剧行业的重要参与者与促进者，纷纷就微短剧的发展建言献策。可以预期，中国网络视听节目服务协会也将通过借鉴短视频、网络剧等其他视听行业的问题治理经验，并结合微短剧的特点，在行业自治的层面上，就微短剧的发展建立起一套统一且行之有效的运作标准和管理规范体系。

三、微短剧的法律风险及违法后果

微短剧这一新兴艺术形态吸引了大批视频平台、制作

公司、编剧、导演、演员等从业者纷纷加入。在尚未建立一套良善的微短剧规范化发展规则的背景下，相关主体受到逐利化和非正当竞争趋势的影响，导致微短剧行业的法律问题逐渐显现。

如前所述，国家广电总局多次发文，大力治理微短视频领域的违规行为，体现了监管部门着力打击色情低俗、血腥暴力、格调低下、审美恶俗等不良导向内容、绝不姑息的决心。微短剧制作者和传播者如果违反法律规定，传播淫秽色情、暴力血腥内容的视频，轻则面临行政处罚，重则面临刑事制裁。网络微短剧的“小程序”及其开办主体（通常为微短剧制作方）违反相关规定制作和传播其他包含低下低俗内容的视频，根据情节轻重可能被采取断链、下线、下架、注销备案、停止接入服务、吊销相关许可、联合惩戒等平台处罚、行政处罚。

微短剧也是著作权侵权纠纷的高发领域。微短剧著作权侵权纠纷的类型主要可分为两大类：

（一）侵犯演绎权利

微短剧制作方如果未经原作品著作权人许可，以摄制视听作品的方法使用原作品，或者以改编等方式使用原作品的，基于原作品的内容创作改编作品，并通过互联网传播获利，这一行为将可能侵犯原作品的改编权等演绎权利。

认定著作权侵权，通说标准为“接触+实质性相似”。在不存在合理使用、法定许可的情形下，如果微短剧制作者接触过在先作品，且与在先作品构成实质相似，则存在被认定侵犯在先作品的改编权、保护作品完整权等著作权。侵权人需要承担根据情况承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

（二）侵犯传播类权利

视频平台用户如果未经作品权利人许可，擅自照搬他人作品内容作为自己原创内容制作作品，或将他人作品直接作为自己作品，并在平台发表获利，这一行为将涉嫌侵犯原作品权利人的复制权、信息网络传播权等权利。

在这种情况下，如果视频平台没有尽到注意义务，也需承担法律责任。在平台用户搬运其他权利人的作品至该视频平台的情况下，平台用户侵犯了原作品著作权人的信

息网络传播权等权利，平台的责任则需要根据其是否知道或应当知道用户侵权行为来判断是否应承担法律责任。如平台确实不知也不应当知道用户的侵权行为，且在原作品权利人通知后及时采取删除等停止侵权措施，则该平台不承担侵权责任。但如果侵权行为显著或平台有相关监督管理能力，在明知或应知的情况下，为用户上传并传播侵犯他人权利的作品提供便利或辅助，则不能以不知与不应当知道用户的侵权行为抗辩，需承担侵权法律责任。

法律赋予平台的“技术中立原则”和“避风港规则”的免责规定，其适用对象是提供自动接入、自动存储、信息存储空间和搜索链接等技术服务的网络服务提供者。视频平台提供的服务，如果存在超出单纯技术服务范畴的可能性，此时将丧失适用“技术中立原则”和“避风港规则”的法律基础，不能豁免法律责任。如在（2022）苏02民终4040号案件中，用户将案涉侵权视频上传至快手平台，快手公司通过设置“老九门”话题及相应内容版块等行为，对其平台上涉及《老九门》视频进行了编辑、整理，并向网络用户提供了涉及《老九门》视频的榜单、目录、索引、简介等，吸引网络用户关注和浏览，法院认为快手公司的行为显示其不可能不知道编辑、整理的视频中存在侵权视频，构成帮助侵权。

四、微短剧法律风险之防范

（一）行政及行业处罚法律风险防范

微短剧因内容问题被采取监管措施的情况已有先例。微短剧《虚颜》因尺度较大被要求下架整改，删除了较为露骨情节后才被准许再次上架。微短剧《这个男主有点冷第二季》因时代背景为民国时期，题材敏感而被做下线处理。

微短剧制作者应当积极响应国家广电总局等政府主管部门的监管要求，对创作内容先行自我审查，避免出现色情低俗、血腥暴力、格调低下、审美恶俗等不良导向的剧情内容，严禁触碰“政策红线”。以避免相关微短剧被责令整改或下线处理，播放微短剧的小程序平台被采取断链、下线、下架、注销备案、停止接入服务等处罚手段。

根据《关于进一步加强网络微短剧管理实施创作提升计划有关工作的通知》，包括微短剧类“小程序”在内的



各网络微短剧服务的开办主体，须取得《信息网络传播视听节目许可证》或依规纳入广播电视行政管理部门规范管理，“小程序”提供者和接入、分发平台还应符合国家有关移动互联网应用程序的管理规定；网上传播的包括“小程序”类网络微短剧在内的所有微短剧，须通过广播电视行政管理部门内容审查并取得《网络剧片发行许可证》或按照网络剧片管理的有关规定完成网络视听节目备案。微短剧的制作方和“小程序”提供者应当注意取得上述相关证照许可，以避免相关微短剧无法在网络平台上正常播放。

（二）侵权法律风险防范

1. 微短剧制作方的侵权风险规避

在微短剧领域，因剧集篇幅短小，在较短时间内呈现一个完整的故事，创作者在取舍、选择、安排、设计上，可供选择空间比一般影视剧的可选空间小很多。但是如果与他人作品的情节、人物、事情的发展顺序高度相似，相关微短剧难以以“巧合”“通用情景”或“有限表达”抗辩，很有可能被认定为侵权。如，微短剧《每次见你都像是一场考试紧张到整理每一根发丝生怕自己没有准备好》制作方上海某文化传媒有限公司，就因认为长沙某文化传媒有限公司发布的《第6集|好巧，我也喜欢你。#抖在恋爱季#抖音短剧新番计划#三福七夕小票有多撩@三福百货》，与其原创作品从人物设置、台词、故事情节等方面构成实质性相似，而将长沙某文化传媒有限公司告上法庭。本案目前仍在审理过程中。但由此可见，由于篇幅限制，微短剧制作方更应尽量避免内容同质化、套路化、模式化，避免题材撞车、情节雷同的情形发生，降低微短剧的内容侵权的法律风险。

此外，部分微短剧制作方并非使用原创剧本，而是将既有小说IP改编成剧本进行微短剧创作。例如，2022年12月1日，作者关外西风在博文称腾讯短剧《重返1993》（2022年11月14日在腾讯视频开播）抄袭其名为《重回1990》（又名《重返1988》）的小说，涉嫌抄袭短剧的背景设置、故事架构、人物设定、人物关系等与关外西风的小说非常相似，关外西风要求腾讯公司立即下架该剧，停止侵权行为。在这种情况下，微短剧制作方更应注意取得原作品著作权人的授权，避免选取版权存在争议的

小说进行改编。同时，在与小说版权人进行合作时，要合理规划拍摄、制作及播出期限，避免超出授权期限使用的侵权行为。

2. 用户及平台的侵权风险

如前所述，平台用户未经许可上传微短剧的行为是侵权行为，平台如果没有尽到注意义务，也构成帮助侵权。在上海某文化传播有限公司与某在线网络技术（北京）有限公司著作权侵权及不正当竞争纠纷案中，原告上海某文化传播有限公司设计了“郝一点”抖音账号，并通过“郝一点”的账号发布一系列以“郝一点”为主要角色的现代都市生活情景短剧。被告某在线网络技术（北京）有限公司运营的度小视平台上有用户注册了“最可爱的郝一点”账号，该账号未经原告许可使用与“郝一点”正版账号完全相同的账号头像、高度近似的账号名称，并原封不动地从其他短视频平台搬运了2,000多个原告享有权利的原创短视频，原告主张被告知道或者应当知道如此恶劣且明显的侵权行为，但是没有采取积极的审核措施和干预措施，构成帮助侵权。本案目前仍在审理中。这类案件的出现，也提示平台应积极承担自身的审核责任，通过自动检测、人工审核的方式加强对侵权内容的识别，及时对侵权内容予以下架处理。在权利人发出通知后，应当及时审核并对确认存在侵权情况的作品采取删除等停止侵权的措施，避免承担侵权风险。

五、结语

微短剧这一新型影视呈现方式已成为碎片化时代影视类型中闯出的一匹黑马，进入了红利发展期。为推动微短剧影视市场的成熟和秩序化，以及作品走向高品质、精品化，各方需要形成协力。微短剧制作方要加强合规意识，坚守底线，不踩红线，避免侵权风险，以内容为王，才能输出精品。微短剧平台作为微短剧发展的探索者和推动者，应发挥行业引导、行业服务及行业自律的模范作用，引导微短剧不断向规范化、高质量、市场化发展。除了平台赋能，政府部门也应发挥对微短剧的扶持及引导作用，从政策上积极引领微短剧的规范化发展，发挥监督及引导作用，推动微短剧更快、更好的繁荣发展。

挂靠的识别及挂靠情形下的权利主张

■ 牛明辉 / 文

一、挂靠的内涵

挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义承揽工程的行为，具体包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。

挂靠的情形主要包括：1. 没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；2. 有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括资质等级低的借用资质等级高的，资质等级高的借用资质等级低的，相同资质等级相互借用的；3. 其他有证据证明属于挂靠的情形。¹

二、挂靠识别的重要意义

建设工程领域大量存在挂靠、转包、违法分包等违法情形，其中，转包和挂靠由于在“工程资金投入”、“施工人员安排”及“材料机械投入”等外观形式上具有很强的类似性，两者最难区分，以至于在司法实践中常有将两者混淆或者因缺乏证据证明存在挂靠关系，而将挂靠认定为转包的情况。

牛明辉律师简介



北京市京都律师事务所律师，毕业于对外经济贸易大学，法学硕士，主要从事全流程建设工程法律服务，具体包括工程争议解决及非诉讼法律服务。从业以来已参与办理多起建设工程施工合同纠纷案件，熟知施工合同纠纷产生原因及解决要点，曾为多家大型央企、国企和私企提供建设工程常法及专项法律服务，服务主要涉及新基建、生物医药、电力、水利、光伏、核电、机场等领域。

同时，根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（下称“《最高院建工司法解释（一）》”）的相关规定，挂靠及转包对实际施工人享有的权利会产生实质性影响，比如：1. 挂靠人无权依据《最高院建工司法解释（一）》第43条的规定向发包人主张工程价款，但是转包中的实际施工人可以直接以发包人为被告主张权利，要求发包人在欠付转包人工程价款范围内对实际施工人承担责任。2. 在挂靠情形下，被挂靠人是否可以向发包人主张权利往往受到“发包人对挂靠事实是否明知”的影响，如挂靠人明知挂靠人借用被挂靠人的名义承包的工程项目，则挂靠人与发包人实际上形成事实上的施工合同关系，挂靠人可以直接向发包人主张工程款，如挂靠人不知道挂靠事实，则发包人只与被挂靠人之间成立建设工程施工合同关系，挂靠人无权突破合同相对性向发包人主张工程款。但是，在转包情形下，转包中的实际施工人可以向发包人主张工程款，并不受“发包人是否明知转包事实”的影响。3. 挂靠人与被挂靠人之间的挂靠

¹ 参考《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第九条、第十条的规定。



协议及挂靠人以被挂靠人名义与发包人签订的施工合同均因违反国家有关建筑企业资质的强制性规定而无效，但是转包人与发包人签订的施工合同效力不会因转包施工合同的无效而无效。4. 其他等等。

鉴于转包及挂靠在外观形式上的高度类似性，在缺乏挂靠协议等可以证明承包人与实际施工人之间存在挂靠合意的直接证据的情形下，承包人与实际施工人的法律关系究竟是挂靠还是转包经常成为发包人、承包人及实际施工人从有利于自身利益的角度去争执的争议焦点，因此，挂靠及转包的准确识别非常重要。

三、挂靠识别的具体标准

通常来讲，司法实践中主要从以下两个方面对挂靠及转包进行识别：

1. 实际施工人的介入时间

挂靠是“挂靠人有工程项目资源，被挂靠人有建筑企业资质，挂靠人主动找到被挂靠人，借用被挂靠人的名义去承包工程”，因此，挂靠人介入工程项目的时间是在工程项目中标或者施工合同签订之前，一般早于被挂靠人介入工程项目的时

间。转包是“转包人已经承包工程，自己不想亲自做，便找个实际施工人代转包人施工完成工程项目”，因此，转包中的实际施工人介入工程项目的时

间是在工程项目中标或者施工合同签订之后，一般晚于转包人介入工程项目的时

2. 实际施工人的投入费用

挂靠人在参与投标、订立合同等工程项目磋商阶段就已经开始介入工程项目，从始至终都是挂靠人在主导工程项目

的进展，因此，挂靠人投入工程项目的费用一般包括：居间费、投标保证金、招标文件购置费、投标文件编制费、农民工工资账户保证金、人工费、材料费、机械费等。

转包中的实际施工人是在工程项目正式承包后代转包人完成工程项目的施工，一般仅包括人工费、材料费、机械费等工程价款的投入，不包括居间费、投标保证金、招标文件购置费、投标文件编制费、农民工工资账户保证金等工程项目前期磋商阶段的费用。

因此，一般而言，可以根据居间费、投标保证金、招标文件购置费、投标文件编制费、农民工工资账户保证金等前期费用的缴纳主体及资金来源去判断是转包还是挂靠。

另外，还需要特别提示的是，发包人对实际施工人借用建筑企业资质并不知情的，考虑到转包行为和挂靠施工行为存在交叉，二者在现实中不易区分，根据《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》第八条规定，有证据证明属于挂靠或者其他违法行为的，不认定为转包。当事人无法证明实际施工人与承包人系挂靠关系的，认定为转包。²可见，挂靠可能因缺乏证据证明而被认定为“转包”。

四、挂靠情形下的权利主张

挂靠情形下的权利主张最常见的有两类，一是工程款的主张，二是人材机等款项的主张。其中，工程款的主张一般涉及挂靠人与被挂靠人、挂靠人与发包人、被挂靠人与发包人之间的三方关系；人材机等款项的主张实质上涉及的是人材机等款项的责任承担主体问题，一般涉及挂靠人与被挂靠人，挂靠人与人材机等供应商、被挂靠人与人材机等供应商之间的三方关系。由于挂靠涉及主体较多，各主体之间的法律关系又错综复杂，很多时候，挂靠情形下工程项目的各参与主体在主张权利时会出现“法律路径错误”的问题，为尽可能地协助挂靠情形下各主体妥善解决相关款项纠纷问题，笔者结合司法实践中的通常裁判观点，对挂靠情形下的权利主张问题简要分析如下：

² 参考最高人民法院民一庭编著：《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第450-451页。

（一）挂靠人的工程款主张

挂靠情形下，挂靠人、被挂靠人及发包人会形成以下三层法律关系：

1. 挂靠人与被挂靠人之间的挂靠关系

挂靠人与被挂靠人之间通常会以内部承包协议、项目合作协议或者挂靠协议等的形式约定被挂靠人向挂靠人收取一定比例的管理费，并约定被挂靠人收取工程款后应转付给挂靠人或者直接约定挂靠人施工完成工程后，被挂靠人应按约向挂靠人支付工程款。此种情况下，虽然挂靠协议无效，但一般认为，挂靠人仍可以依据挂靠协议的约定要求被挂靠人支付工程款。

另外，工程实践中比较常见的是，挂靠协议仅约定了“管理费的收取”问题，未约定“工程款的转付或支付责任”问题，此种情况下，一般认为，挂靠人借用被挂靠人名义进行实际施工的，发包人是工程款的实际给付主体，挂靠人无权向被挂靠人主张工程款。

但是，如实际履行过程中发包人已将工程款支付到被挂靠人账户，被挂靠人截留工程款不予支付的，挂靠人作为工程款实际的权利享有主体应有权向被挂靠人主张被截留部分的工程款。

2. 挂靠人与发包人之间的施工合同关系

虽然挂靠人借用被挂靠人的名义与发包人形成实际上的建设工程施工合同关系，但是挂靠人是否可以直接向发包人主张工程价款会因“发包人是否明知挂靠事实”而有所不同。

如挂靠人明知挂靠事实，则被挂靠人与发包人之间的施工合同实际上系挂靠人、被挂靠人及发包人通谋的虚伪意思表示，发包人将工程项目发包给挂靠人施工完成才是双方的真实意思表示，此种情况下，一般认为挂靠人与发包人之间形成事实上的施工合同关系，挂靠人可以直接向发包人主张工程款。

如发包人不知道挂靠事实，则一般认为，应保护善意的发包人，坚守合同相对性原则，只在被挂靠人与发包人之间成立建设工程施工合同关系。此种情况下，挂靠人只能以被挂靠人的名义提起诉讼，向发包人主张工程款，然后，再由被挂靠人将从发包人处收到的工程款转付给挂靠人。

如发包人不知道挂靠事实，且挂靠人不同意被挂靠人单独向发包人提起诉讼的，此种情况下，在被挂靠人向发

包人起诉后，挂靠人应以“有独立请求权第三人”的身份向法院申请参与诉讼，以免自身利益受损。

3. 被挂靠人与发包人之间的施工合同关系

挂靠情形下，被挂靠人与发包人签订了正式的建设工程施工合同，如发包人不知道挂靠事实，一般认为，虽然该施工合同无效，但是不影响被挂靠人与发包人之间的施工合同关系，被挂靠人仍有权利直接向发包人主张工程价款。如发包人知道挂靠事实，一般认为，被挂靠人无权直接向发包人主张工程价款，因为施工合同仅为挂靠人、被挂靠人及发包人之间通谋的虚伪意思表示，三方的真实合意为被挂靠人仅负责借用资质并从挂靠人处收取一定比例的管理费，由挂靠人实际负责施工完成发包人的工程项目。

（二）人材机等费用的责任承担

挂靠情形下，工程施工过程中挂靠人会进行人工、材料、机械等的投入，会与下游的人材机等的供应商（下称“供应商”）成立分包、采购或者租赁等合同关系，但人材机等费用的责任承担会因挂靠人是否以自己的名义独立与供应商签订合同，或者挂靠人的行为已构成表见代理等而有所不同，具体分析如下：

1. 被挂靠人承担责任的情形

挂靠极具隐蔽性，工程实践中，挂靠人通常以被挂靠人的名义对外签订分包合同、采购合同、租赁合同等，且此类合同并不因挂靠关系的存在而必然无效，基于合同相对性原则，在供应商不知道挂靠事实或者不构成表见代理的情况下，人材机等费用一般应由被挂靠人承担。

如挂靠人以自己的名义对外签订分包、采购、租赁合同，但是供应商举证证明挂靠人的对外行为已构成被挂靠人的职务行为或者表见代理行为，则被挂靠人仍应承担合同款项的支付责任。

2. 挂靠人承担责任的情形

如挂靠人以自己的名义对外签订分包、采购、租赁合同，则挂靠人与供应商之间成立分包、采购、租赁合同关系，基于合同相对性原则，一般供应商只能向挂靠人主张合同款项，无权向被挂靠人主张合同款项。

如挂靠人以被挂靠人的名义对外签订分包、采购、租赁合同，但是合同相对方知悉挂靠事实的，通常由挂靠人先承担责任，然后由被挂靠人承担补充责任。³



3. 被挂靠人承担责任后，有权在承担责任范围内向挂靠人追偿

在挂靠施工中，被挂靠人仅出借资质收取一定金额的管理费，挂靠人为工程项目中对外签订的分包合同、采购合同、租赁合同等各类合同实际意义上的权利享有者及义务承担者，挂靠人为上述合同的实际交易主体，在挂靠关系中，挂靠人应为人材机等费用的最终责任承担者。因此，在被挂靠人承担了人材机等费用后，一般有权在其承担责任范围内向挂靠人追偿。

综上，建设工程领域大量存在挂靠、转包、违法分包等违法情形，且挂靠、转包等行为性质的不同认定会直接影响实际施工人、发包人或者供应商等工程项目各参与主体的权利主张或者责任承担，同时，挂靠人、被挂靠人、发包人及供应商等多个工程项目参与主体之间的各类款项主张更是错综复杂，笔者仅是结合司法实践中的通常裁判观点，对挂靠的识别及挂靠情形下的权利主张问题作了简要梳理及分析，供读者参考。³



3 参考《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五》第47条

“谁是股东未届出资期限转让股权的 出资义务主体？”

——兼论《公司法（修订草案二审稿）》第88条的法理基础

■ 方葳 / 文

2013年推行公司资本认缴制改革后，股东可以自由设置出资期限，股权权利和义务可相对“分离”。依照最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）（法释[2014]2号，以下简称“《公司法解释（三）》”）第18条之规定，出资期限届满后股东未缴足认缴出资而转让股权的，转让股东并不免除其出资义务。然而，针对“未届出资期限转让股权时的出资义务应由转让股东还是受让股东承担”法律和司法解释并无规定，实务亦存在分歧。对此，正在征求意见的《公司法（修订草案二审稿）》（以下简称“《公司法二审稿》”）第88条第1款已作出回应，本文在总结既有理论和裁判观点的基础上，并就该条的法理基础试析之。

一、问题提出与观点 归纳

“谁是未届出资期限转让股权后
出资责任主体”，即“未届出资期限

方葳律师简介



京都律师事务所律师，民商法学硕士。执业至今长期专注于民商事诉讼与刑事辩护业务，承办了大量民商事诉讼与仲裁案件，在债权债务纠纷与公司诉讼领域积累了丰富的专业知识与执业经验，并具备对法律问题进行深入理论分析与探讨的能力。同时在刑事辩护领域也拥有丰富的实务经验，擅长经济犯罪辩护。深耕再疑难复杂案件，致力于将诉讼与非诉经验相结合为客户提供专业、精准的法律服务。

转让股权”时，出资义务应由转让股东还是受让股东承担？《公司法解释（三）》第18条之“瑕疵股权转让”规则能否扩大适用于本类情形？源于对“股东瑕疵出资”“期限利益”及“股权内涵”的不同认知，该问题理论界亦存在三种认识：

其一，未届出资期限转让股权时，因出资义务尚未产生，故转让股东无须承担后续出资义务。显然，出资期限未届不同于“瑕疵出资”，《公司法解释（三）》第18条规定的“瑕疵股权转让”不适用于出资期限未届转让股权的情形。因转让股东享有法定“期限利益”，彼时其出资义务尚未实际产生，故股权转让后转让股东所负担之出资义务应予免除。¹

其二，未届出资期限等同于股东向公司所负之附期限债务，转让股东的出资义务不因股权转让而免除。出资系股东的法定义务，出资期限未届相当于股东向公司负担未来履行之债务，而公司债权人亦享有期待权。未届出资期限转让股权的，相当于转让

1 参见刘贵详：《从公司诉讼视角对公司法修改的几点思考》，载《中国政法大学学报》2022年第5期，第31页。



股东以行为表明其不再履行出资义务，故对公司构成“预期违约”，转让股东不能因此免责。²

其三，未届出资期限股权转让构成权利义务的概括转移，出资义务应由受让股东承担。此源于出资义务主体规制源于股权作为完整“权利义务单位”具有的整体性。³认缴期限届满前转让股权的股东无须在未出资本息范围内对公司不能清偿的债务承担连带责任，除非该股东具有转让股权以逃废出资义务的恶意，或存在注册资本不高的情况下零实缴出资并设定超长认缴期等例外情形。⁴

二、法律适用分歧及理论依据

裁判中，关于“未届出资期限股权转让的出资义务应由转让股东还是受让股东承担”的问题，法院总体存在两种裁判思路：

其一，出资义务由“受让股东承担”。法律依据在于：一方面，股东出资未届期限时依法享有出资的“期限利益”，并非《公司法解释（三）》第18条所规范的“瑕疵股权转让”情形。据此，该转让行为应属“合法转让”。如深圳中院《2020年商事审判工作座谈会（公司纠纷部分）纪要》第17条就明确表示：“目前尚无法律、司法解释对股东因出资期限未届满而未缴纳出资就转让股权时由谁承担出资责任进行明确规定。此时的未缴纳出资应理解为合法而不是非法，股东未缴纳出资不属于违约行为，因此不能当然适用《公司法解释（三）》第18条有关“瑕疵股权转让”的规定。”⁵而（2019）最高法民终230号案也认为，“股东享有出资的‘期限利益’，公司债权人在与公司进行交易时有机会在审查公司股东出资时间等信

用信息的基础上综合考察是否与公司进行交易，债权人决定交易即应受股东出资时间的约束。”⁶

另一方面，出资义务主体的规制起源于股权作为完整“权利义务单位”的属性，其权利与义务具有整体不可分性。股权转让即构成权利义务的概括让与，本着权利义务相统一的原则，出资义务理应一并由受让股东承担，而转让股东是否承担责任则取决于是否因恶意损害债权人利益而转让股权。（2020）浙01民终1310号案认为，“股权转让时未届出资期限并无证据证明转让股权存在无效或可撤销情形的，原享有的权利及应履行的义务一并概括转让给了新股东，应向新股东主张相应权利”。无独有偶，（2019）苏01民终9394号案也认为，“出让方已将标的股权转让给受让股东时，第二期出资期限尚未届满，未缴纳不违反法律，股权转让后出资义务亦相应转移，现有证据亦不足以证明出让方系恶意转让股权以逃避债务，要求其承担第二期出资义务依据不足”。

其二，转让股东的出资义务并不免除。持此观点的法院认为，股权属性涵盖股东权利和出资义务。未届出资期限转让股权时，股东仅能就其股权所承载的股东权利作出处分，而相应的出资义务则不必然转移。获选“2020年全国法院十大商事案例”之二的（2020）鲁02民终12403号案中，青岛中院就认为“股东未届出资期限转让股权的，符合加速到期条件时，应就出资不足对公司债务承担连带责任”。具体而言，法院支持了“股东出资期限届满之前转让股权的，仅让渡了股东权利，出资义务并未随股权一并转移”的观点。对此，北京大学蒋大兴教授评议该案时也指出，“股东在出资期限届至前的股权转让，仅让渡了股东权利，履行出资的合同义务不会当然随着股权转让而转

2 参见李春芬等：《能否追加未届认缴出资期限即转让股权的股东为被执行人》，载《人民法院报》2019年9月12日，第7版。

3 参见陈克：《未届出资期限股权转让后的出资义务人是谁？|民商辛说》，微信公众号“天同诉讼圈”，2021年10月12日。

4 特别说明的是，即使“股东权利义务概括转移”的支持者也不讳言“转让股东假借股权转让逃避出资义务”的风险，并提出“例外情形”：一是出资期限加速到期的特定事由发生后转让股权的；二是股东恶意规避出资义务转让股权的。而法院也就“例外情形”进一步总结出认定“转让股东存在恶意”的审查因素，例如：其一，是否系在诉讼期间转让股权；其二，转让价款是否合理且真实产生；三是受让股东的个人财务能力。参见吴斯嘉：《也论未届出资期限转让股权后的出资义务承担—兼与陈克法官商榷|民商辛说》，微信公众号“天同诉讼圈”，2022年2月8日。

5 参见杨临萍：《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》，载《人民司法》2016年第4期，第26页。

6 类似判例还包括：（2019）京民终528号；（2020）京03民终3434号；（2021）最高法民终230号等。

移，当股东出资责任加速到期之时，没有履行出资义务的出让股东不能免除其出资义务”。⁷

案例研究表明，未届出资期限股权转让在性质上可构成“权利让与”和“债务承担”两重法律关系。依照《民法典》第551条之规定，“债务人将债务的全部或部分转移给第三人的，应当经债权人同意”。《公司法》框架下，股东股权转让无须公司同意，亦未就出资义务移转设置须公司同意的前置要件。对公司而言，出资义务并未移转。但未经“债权人同意的债务承担合意”并非在任何意义上均无效，盖其在债务人与承担人之间仍成立代债务人向债权人清偿之合意，即履行承担，唯此对债权人不生效力。⁸进而公司与转让股东之间构成由第三人代为履行的不真正利他合同。根据《民法典》第523条之规定，“当事人约定由第三人向债权人履行债务的，当第三人未履行债务或者履行债务不符合约定时，应当由债务人而非第三人向债权人承担违约责任”。综上，股权转让协议中的“出资义务移转合意”应在协议股东内部成立履行承担之合意，转让股东对公司的出资义务自始未移转。出资期限届满后，公司及其债权人仍仅可请求转让股东承担出资责任。

三、《公司法二审稿》第88条的法理检视

《公司法二审稿》第88条第1款规定，“股东转让已认缴出资但未届缴资期限的股权的，由受让人承担该出资的义务；受让人未按期缴纳出资的，出让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。”比较发现，该条完全摒弃《公司法解释（三）》第18条在“未届出资期限股权转让”时的适用价值，其法理依托与既往观点相比采取折中立场：

其一，肯定转让股东享有出资“期限利益”。首先立法者肯定未届出资期限转让股权的，并非《公司法解释（三）》第18条对规制的“瑕疵出资”情形，转让股东享有法定的出资“期限利益”。语义解释的视角，《公司法二审稿》第88条第1款未将“转让股东作为未届出资期限转让股权的首要出资义务主体”，且未采纳“转让股东与受让人承担连带责任”的条款表述，这就表明“未届出资期限转让股权的行为”的效力在契约法和组织法上均不为法律所限制。质言之，立法者间接承认了转让股东未届出资期限转让股权时享有法定“期限利益”。申言之，该出资“期限利益”并非绝对权利，在出资期限届满至受让股东未履行，或符合《九民会议纪要》第6条“股东出资加速到期”之情形时，转让股东的出资义务并不免除。

其二，确认出资义务转移视同“债务承担”。一方面，肯定未届出资期限的股权转让行为存在两重法律关系，即同时涵盖“权利转移”和“债务承担”，转让股东仅可就其股东权利作出处分；另一方面，“出资”系股东法定义务，基于“债务承担”原理，即使转让时未届出资期限，转让股东的出资义务亦不因转让行为而免除。刘贵祥专委也主张，已认缴但未届缴纳期限与瑕疵出资虽然有所不同，但都涉及到公司利益和公司债权人利益的保护。股权转让中，股东转让的仅仅是权利，并不包括其对公司所负之债务。⁹根据《民法典》第551条之规定，股东出资义务转让也应取得债权人的同意。由于股东出资义务不仅关涉公司利益，而且与公司债权人利益相关。据此，即使公司同意股权转让，也不能推断出“债权人同意转让股东的出资义务由受让股东承担”的结论。

其三，坚持受让股东构成法定“债务加入”。一方面，就受让股东与出资义务的关系而言，基于理性经济人假设（homoeconomicus），受让股东理应在其签署股权转让

7 参见“最高法民二庭发布2020年全国法院十大商事案例”，载《人民法院报》2021年2月18日，第01版。

8 履行承担，即对内的债务承担，是第三人（承担人）与债务人之间的约定由第三人代债务人履行其债务的合意。而对于债权人而言，第三人的履行只是一种第三人清偿，若无法律规定或特别约定，债权人对第三人并不享有直接请求权。详见史尚宽：《债法总论》，荣泰印书馆1987年版，第704页。转引自吴斯嘉：《也论未届出资期限股权转让后的出资义务承担—兼与陈克法官商榷|民商辛说》，微信公众号“天同诉讼圈”，2022年2月8日。

9 参见刘贵祥：《从公司诉讼视角对公司法修改的几点思考》，载《中国政法大学学报》2022年第5期，第31页。



协议时，就必然或者应当知道转让股东存在已认缴但未实缴出资的情形，根据法定债务加入原理，受让股东应当对转让股东所负之出资义务对公司和债权人承担连带责任；另一方面，就股东的出资性质和顺位而言，转让股东系承担第二性的补充（连带）出资责任。股权转让协议如无特别约定时，应视为“受让股东自愿承继转让股东的出资义务”。基于“权利义务相一致”的原则，股权转让后股权所固有之经营管理权、股东知情权及利润分配权等皆为受让股东所享有，受让股东理应承担该项出资义务。申言之，受让股东届时未履行出资义务，基于“债务承担”的原理，转让股东应就其未履行范围内承担补充出资责任。

四、未尽事宜之探讨

应当说，《公司法二审稿》第88条第1款对“谁是股东未届出资期限转让股权的出资义务主体”的规定能够回应理论和实务领域的关切。但在明确“受让股东系出资义务第一性责任人”的基础上，仍需厘清两个关键问题：一是受让股东承担出资义务的法律效果；二是受让股东是否享有追偿权的问题。笔者以为，关于前者，受让股东承担出资义务后，法律效果上，基于该股权的“出资债务”在股东与公司和债权人之间已归于消灭，公司和债权人均无权要求转让股东再行给付。关于后者，受让股东“是否享有追偿权”取决于“双方是否存在约定”，无约定应视为“受让股东自愿承继该出资义务”，嗣后无权再向转让股东追偿。¹⁰

关于前者，受让股东承担出资义务后，法律效果上，基于该股权的“出资债务”在股东与公司和债权人之间已归于消灭，公司和债权人均无权要求转让股东再行给付。关于后者，受让股东“是否享有追偿权”取决于“双方是否存在约定”，无约定应视为“受让股东自愿承继该出资义务”，嗣后无权再向转让股东追偿。

10 值得探讨的是，如认定“受让股东承担出资义务”的法理基础系基于“债务加入”，则按照最高法院《民法典担保制度解释理解与适用》中的观点，“债务加入人与原债务人之间的权利义务关系无约定时按照连带共同债务关系处理”，似乎仍可推导出“受让股东可享有追偿权”的观点，值得商榷。

民宿的法律风险探讨

■ 陈子容 / 文

一、引言

近年来，“民宿”作为很热门话题，受到了广大旅游者、经营者、参与者的关注。大家想到民宿的时候，除了美好的体验和憧憬外，未必有明确的认识，本文尝试从法条和实务经验入手，明确民宿的概念，探讨有关的法律风险，希望对读者有所帮助。

二、民宿的由来

“民宿”一词，起源于英国。是当地人口较少的农家为了增加收入而采用B&B（Bed and Breakfast）经营方式的一种家庭式招待。后来便发展为利用当地闲置资源，民宿主人参与接待，为游客提供体验当地自然、文化与生产生活方式的小型住宿设施。“民宿”相较于传统的饭店旅馆，其价格更加低廉，体验更具个性化。

三、设立规定——民宿需要办理特种行业经营许可证吗？

1. 旅馆行业的一般要求

按照《旅馆业治安管理办法》、《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》（国务院令第412号）之规定，旅馆业经营需要取得《旅馆业特种行业许可证》。

2. 民宿和旅馆的异同

《旅馆业治安管理办法》第二条之规定：凡经营接

待游客住宿的旅馆、饭店、宾馆、招待所、客货栈、车马店、浴池等，不论是国营、集体经营，还是合伙经营、个体经营、外商投资经营，不论是专营还是兼营，不论是常年经营，还是季节性经营，都必须遵守本办法。由此看《旅馆业特种行业许可证》是“必须遵守”的。

2019年，文旅部颁布的《旅游民宿基本要求与评价》（LB/T065-2019）规定：民宿指利用当地民居等相关闲置资源，经营用客房不超过4层、建筑面积不超过800平方米，主人参与接待，为游客提供体验当地自然、文化与生产生活方式的小型住宿设施。《广东省民宿管理暂行办法》规定：民宿是指城镇和乡村居民利用自己拥有所有权或者使用权的住宅或者其他条件开办的，民宿主人参与接待，为旅游者提供体验当地自然景观、特色文化与生产生活方式的小型住宿设施。

民宿与旅馆的共同点在于都是以营利方式对外提供住宿，民宿没有超出旅馆的概念。两者的主要区别在于：一是经营者利用自己拥有所有权或者使用权的住宅；二是民宿规模小，只可接待少量游客；三是民宿主人参与经营接待；四是目的在于体验当地旅游特色。

3. 各地规定

（1）有些地区要求民宿取得《旅馆业特种行业许可证》，如浙江省公安厅在2018年1月12日印发的《浙江省公安厅关于贯彻执行〈浙江省人民政府办公厅关于确定民宿的范围和条件的指导意见〉若干问题的通知》中提出：

“切实做好特种行业许可审批服务，要按照“最多跑一次”改革的相关要求，为民宿经营户办理特种行业许可提



供审批咨询和指导服务，公开审批条件、审批程序和审批时限，提高审批效率，切实把好源头关。”

(2) 有些地区不作要求。旅游城市厦门市2017年颁布的《厦门市民宿管理暂行办法》(厦府办〔2017〕71号，已失效)中明确，民宿经营者向街道办提出申请，后由街道办、市场监管部门联合核验，并与公安机关签订《民宿经营治安管理责任状》，亦无需办理《旅馆业特种行业许可证》。《广东省民宿管理暂行办法》则采用更加简单的登记备案制，程序上同向街道办申请。《海南省乡村民宿管理办法》开办程序基本同厦门市规定。苏州也有类似做法。

4. 实务中的观点

一般来说，对于民宿经营的司法裁判规则行政执法层面，公安机关在面对民宿经营时，可能不会过多区分民宿与普通酒店旅馆的区别，更多关注民宿有无向相关政府部门报备许可，民宿是否属于持续对外经营并获利，此两点确定后会以《治安管理处罚法》第54条第3款、《旅馆业治安管理办法》第4条第1款进行行政处罚。

在(2018)粤71行终309号中院认为：“民宿作为新兴产业，在其产生和发展过程中必然会出现诸多问题，在二审庭审过程中，被上诉人承认当前对于民宿、日租房的行政管理规定缺位，在实践中如何区分和界定旅馆业、民宿、日租房，确属行政执法中的难点。但是，行政机关的执法活动应服从和服务于国家经济和社会发展的全局，鼓励和扶持新兴产业的发展，如果囿于旧的管理思路和管理模式，机械执法，必然会挫伤社会公众发展新兴产业的积极性。传统的旅馆业，确实具有接待不特定的客人住宿、收取租金、有专人负责接待等特征，但在民宿甚至日租房已经出现并蓬勃发展的今天，上述特征已经属于传统旅馆业以及民宿、日租房等经营方式的共性特征，而不是区分上述不同经营方式的个性特征。在相关政策法规鼓励发展民宿旅游经营、而现实中又确实缺乏具体管理办法的时候，对本案这种存有争议的经营行为启动行政处罚程序，应持相当谨慎的态度”

四、经营规定

虽然国家层面尚无统一的民宿服务标准规范，但经

营者可参照《〈中国民宿客栈经营服务规范〉征求意见稿》、《陕西省特色民宿示范标准》、《湖南省两型精品民宿》GB 43T140等规范性文件，以期满足服务标准。

1. 总体设计

民宿的设计整体上与酒店相似，但不同的是其作为旅游特色，更多地会体现当地地域特色、风土人情，故而其设计相较酒店又更加富有特色，尤其是乡村民宿。就目前而言，仅湖南省在2021年2月颁布了《湖南省民宿建筑设计技术导则》，较全面地规定了民宿结构设计技术要求。需要说明的是，按照《旅游民宿基本要求与评价》之规定，民宿等级分为三星、四星、五星三个等级，不同等级对应不同的民宿硬件设施标准，以下仅为普通标准民宿条件。

(1) 房屋位置选取

1.房屋的选址位置需要远离易燃易爆物所在区，如加油站；2.还需与当地自然保护区、景区保持一定距离，此项需根据不同景区管理政策提前了解。3.房屋所在区域配套设施建设因素，比如公共交通、宽带覆盖等；4.另需考虑其他危险源，比如易滑坡地段等因素。

(2) 房屋结构与布局

1.按照《海南省乡村民宿管理办法》的要求，建筑主体应为钢筋混凝土或砖混结构，楼板或楼梯为木结构的，建筑层数不得超过2层且每层最大建筑面积不得大于200平方米。木结构民宿在一些民族风情区域相对普遍，在设计上更应注重和考虑消防安全，其设计应符合《乡村民宿建筑消防安全规范》、行《农家乐(民宿)建筑防火导则(试行)》GB 50039、《建筑结构可靠性设计统一标准》GB 50068、《建筑结构荷载规范》GB 50009、《混凝土结构设计规范》GB 50010、《木结构设计标准》GB 50005。2.处于环保要求，室内装修材料及选择施工工艺时应符合现行国家标准《民用建筑工程室内环境污染控制规范》GB 50325的相关要求。3.给排水设计应符合《建筑给水排水设计标准》GB 50015 相关标准。4.电气设计应符合现行国家标准《民用建筑电气设计标准》GB 51348 的有关标准。照明部分还应符合《建筑照明设计标准》GB 50034之规定。5.防雷工程的设计应符合现行国家标准《建筑物防雷设计规范》GB 50057 和《农村居民雷电防护工程技术规范》GB 50952 的规定。6.民宿建筑应优先采用自然通风方式降温除湿，当自然通风不能满足室内热环境

要求时可采用自然通风和机械通风结合的复合通风，气候条件不允许的地区可采用分体空调、多联机等形式降温或者采暖。同时客房设有独立使用的卫生间，卫生间内设置坐式或蹲式坐便器。设置洗脸盆、沐浴等基本卫生洁具，通风、照明良好，24小时供应冷热水。

2. 安全要求

(1) 无论是否需办理《旅馆业特种行业许可证》，均需联系当地公安部门，进行治安入网，对于入住的游客进行实名制登记。制定投诉管理制度，设置投诉专用电话并明示。

(2) 对于营业区域内公共区域部分，导向标识明显并可安装一定数量的监控设备，便于民宿智能化安全管理。

(3) 对于门锁、室内应具备防盗、防偷拍技术硬件。

(4) 服务人员掌握一般救急常识，遇突发事件，能够正确实施基本的救护措施。

3. 卫生要求

(1) 民宿应当保持环境卫生整洁，加强卫生管理，公共用品用具应一客一换一消毒，一次性用品用具应一客一换。

(2) 涉及餐饮服务的，民宿需取得《食品经营许可证》，服务人员亦需取得健康证明。

(3) 给顾客提供的饮用水需符合《生活饮用水卫生标准》GB5749-2006。

(4) 其他卫生条件需参照《公共场所卫生管理规范》GB37487-2019执行。

4. 服务规范

(1) 目前尚无国家级政府主管部门出台专门的民宿的服务规范（2017年商务部曾针对《中国民宿客栈经营服务规范》征求意见，但至今尚未正式颁布），民宿的服务流程与标准主要还是参照酒店服务规范，比如制定安全管理制度、应急预案、服务项目等，但可以加入旅游文化元素增值类服务。

(2) 民宿虽然缺乏专门的服务规范标准，但并不意味着其经营不受监管，其经营活动同样收到市场监管、文化和旅游等多个部门的监管，这就意味着民宿经营者需要提

供规范化服务，按照《中国民宿客栈经营服务规范》征求意见稿的要求，民宿经营者不得以叫嚷、纠缠旅客或以其他方式招揽住宿、不得强行向旅客推销物品、不得任意哄抬收费或以其他方式巧取利益、不得设置侵害旅客隐私之设备或从事影响旅客安宁之任何行为、不得擅自变更经营范围和经营内容等。

(3) 民宿经营者及服务人员应具备基本的服务接待礼仪。

五、民宿可能的法律纠纷

1. 城市短租“民宿”背后的租房乱象可能产生租赁合同纠纷。

城市短租“民宿”的经营者通常并非房东本人，而是由房屋中介公司转租的第二承租人或者再转租的第三承租人。真正的房主对“转租”、“开设民宿”可能不一定知情。

根据《民法典》第711条的规定：“承租人未按照约定的方法或者未根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并要求赔偿损失。”和“承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。”

在未经原房主同意的情况下，违反用途使用房屋或擅自转租房屋的，将引起租赁合同纠纷。

2. 城市短租“民宿”背后的租房乱象可能产生物权纠纷。

挤身在居民楼里的城市短租“民宿”，将原本的住宅用房非法改为商业用房，且经营者为了追求盈利最大化，常会擅自改变住房结构，将房屋隔断成尽可能多的间数，以致形成“群租”现象，造成小区秩序混乱，影响其他业主的正常生活。

根据《民法典》第279条的规定：“业主不得违反法律、法规以及管理规约，将住宅改变为经营性用房。业主将住宅改变为经营性用房的，除遵守法律、法规以及管理规约外，应当经有利害关系的业主一致同意。”和《物业管理条例》第49条之规定“物业管理区域内按照规划建设公共建筑和共用设施，不得改变用途。业主依法确需改



变公共建筑和共用设施用途的，应当在依法办理有关手续后告知物业服务企业；物业服务企业确需改变公共建筑和共用设施用途的，应当提请业主大会讨论决定同意后，由业主依法办理有关手续。”

城市短租“民宿”对住房的正常使用带来诸多弊端，甚至侵犯了小区全体业主的合法权益，容易引发物权纠纷。

3、城市短租“民宿”背后的租房乱象存在安全隐患问题，有可能滋生刑事犯罪的发生。

“民宿”作为新型的旅游住宿，面向不特定大众人群，其登记注册、开设营业、建筑消防等环节均需符合国家强制性规定与更严格的标准。而藏匿在小区居民楼内的城市短租“民宿”打着“民宿”的幌子，既无工商登记手续也未到派出所备案，其经营范围内的消防设施、卫生安全等亦不符合旅游住宿标准，住宿者与周围居民的安全得不到基本保障。此外，提供“民宿”预定服务的网络平台在接受预定时，甚至不需要查验住宿者的个人信息。这种无证经营且没有任何约束的“黑短租”不仅会危害房客、小区居民及其他人的利益，还会滋生刑事犯罪，成为不法分子的摇篮。

六、法律建议

1、对房屋出租者和承租者

(1) 应及时到房屋所在地派出所进行登记备案。

(2) 应协助对小区内的租赁情况进行登记，并就租赁情况及时与各方进行核实，避免违法转租。

(3) 对非法“住改商”行为，应及时予以披露，并上报相关行政部门进行查处；

2、对网络平台

(1) 对发布租赁信息的网络平台进行自查自纠。而无资质无执照或公众普遍评价差的网络平台，应退出经营领域。

(2) 制定规范网络平台的管制制度，平台管理者对平台上发布的租赁信息有审慎审查之义务，防止虚假租赁信息的发布，或将存在安全隐患的房屋进行招租；

3、对执法部门

(1) 加强对租赁乱象的执法力度。

(2) 针对租赁乱象的不同情形，应当落实具体的行政管理部门，坚持执法“责任落户”，避免在查处违法租赁过程中，执法部门相互推诿或“九龙治水”现象发生。

(3) 各部门与行业协会形成联动机制，对“黑短租”、“群租”等现象予以及时披露与惩处，多部门联合对非法租赁现象进行打击，以敦促租赁市场回到健康有序的发展轨道上来。

责令退赔的判决适用与执行实践问题

■ 梁雅丽 傅庆涛 / 文

梁雅丽律师简介

京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任，西北政法大学刑事辩护研究院副院长，中国刑法学研究会第三届理事会常务理事。执业近三十年，成功承办过多起重大有影响的刑事案件及民商事



疑难复杂案件，并被国内多家媒体报道。她尤为擅长刑事和民商事交叉领域及刑事和行政交叉领域业务，致力于研究企业风险的法律防控，并先后为多家大型企业、政府部门、事业单位及外商投资企业提供了出色的法律顾问服务。在企业风险的法律预防和控制、企业改制、资产重组等方面积累了丰富的执业实践经验。《方圆律政》2014律政年度刑辩律师；《中国企业报》2017助力金融风险防范人物；《中国商报》2019年“商事法治建设年度典范人物”；《中国商报》2020年商事法治建设特别贡献奖；2021年度LEGALBAND中国律师特别推荐榜刑事合规15强，2022钱伯斯大中华区争议解决领域领先律师；2022品牌影响力·践行社会责任典范律师。

傅庆涛简介

京都律师事务所实习律师。

《中华人民共和国刑法》（以下简称刑法）第六十四条规定，“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔”。《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》（以下简称刑诉法解释）第四百四十五条规定，“对判决时尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得，应当判决继续追缴或者责令退赔”。上述法律、司法解释清楚表明，责令退赔与追缴是并列关系，判决时尚有违法所得未能追回的应当继续追缴或责令退赔，责令退赔与追缴（继续追缴）适用的主要差别在于违法所得是否给付被害人。^[1]

一、责令退赔相关概念区分

1、责令退赔与判处赔偿、责令赔偿。根据刑法第六十四条、刑诉法解释第四百四十五条规定，责令退赔是法院责令犯罪分子将通过犯罪获取的违法所得退赔给被害人，所针对的是犯罪分子的违法所得。违法所得一般指犯罪分子所取得、被害人所失去的财产，即包括犯罪成本在内的赃款赃物，而并非扣除损耗后实际得到的财产。责令退赔的目的是禁止犯罪分子通过犯罪非法获利，这与刑法第三十六条判处赔偿经济损失、第三十七条责令赔偿损失不同。

刑法第三十六条规定：“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失”。判处赔偿经济损失属于犯罪分子对被害人承担的“民事赔偿责任”，民事赔偿的提起需要被害人主动申请，损失金额系由庭审程序调查确定，故这一责任应通过刑事附带民事赔偿的方式实现。刑法第三十七条规定：“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分”。第三十七条系



对于免于刑事处罚但造成被害人损失的，为对被害人的损失有所补偿，法院在判处免于刑事处罚的同时，应当责令被告人赔偿损失。不论刑法第三十六条规定的判处赔偿经济损失，还是第三十七条规定的责令赔偿损失，都系对犯罪所造成被害人损失的弥补，犯罪分子不管有没有获取违法所得，只要造成了被害人经济上的损失，依法就应以其合法财产进行等价赔偿。二者的区别在于，“判处赔偿经济损失”是定罪判刑方式的附带民事部分，“责令赔偿损失”是定罪免刑方式的附带民事部分，只是前者的“附带”法院不能主动作出，而是必须基于民事当事人的民事请求，后者的“附带”法院可依职权主动作出，不限于民事当事人提出民事请求的情形。^[2]

2、责令退赔与附带民事赔偿。刑诉法解释第一百七十五条规定：“被害人因人身权利受到犯罪侵犯或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，有权在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼。”据此，提起附带民事诉讼仅限于被害人的人身权利受侵犯而造成经济损失、财物被毁坏而造成物质损失两种情形，上述损失系指因犯罪造成的直接经济损失，对因犯罪导致的预期收益损失、精神损害等均不予支持。因此，责令退赔指向的是违法所得，本质上系通过刑事手段剥夺因犯罪获取的非法收益；附带民事赔偿则指向的是损失，本质上系附属于刑事诉讼的民事手段，体现的是对民事侵权的等价赔偿功能。

3、“退”与“赔”的区分。根据刑诉法解释第四百四十五条规定，对判决时尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得，应当判决继续追缴或者责令退赔，责令退赔与继续追缴是并列关系，分别针对“返还被害人”、“没收上缴国库”的不足部分。所以，责令退赔是指将违法所得退赔给被害人。显而易见，“退”对应的是被告人非法占有的物，如实物仍然存在，应退还给被害人；如实物已经毁坏，或实物虽然存在但已经贬损价值的，应当进行“赔”偿。司法实践中，“退”与“赔”并不分开使用，对尚未足额退赔的违法所得的，一般直接判决责令退赔，但对于后续执行来说，作此区分仍有具体执行方式选择的意义。

二、责令退赔的适用条件

根据刑诉法解释第四百四十五条规定，对判决时尚未足额退赔的违法所得，应当判决责令退赔。也就是说，责

令退赔应当以判决方式随同定罪量刑一并作出，判决责令退赔应当符合法律规定的适用条件。

1、被告人须有违法所得。责令退赔之退赔的是违法所得，如侵害人身权利、民主权利犯罪，被告人并未通过犯罪获取违法所得，则无责令退赔的内容。退赔应当以犯罪分子违法所得及其收益为限，刑法第六十四条规定的“犯罪分子违法所得的一切财物”，包括被告人通过实施犯罪所获得的赃款赃物，和将赃款赃物用于投资置业获得的孳息、红利及其他投资性收益。根据《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（以下简称刑事涉财执行规定）第十条规定，被执行人将赃款赃物与其他合法财产共同投资或者置业，对因此形成的财产中与赃款赃物对应的份额及其收益，也属于追缴的对象。刑事涉财执行规定并未将追缴纳入执行事项，追缴所得应当用于返还、退赔给被害人，无被害人的才没收上缴国库，追缴属于一种对违法所得的程序性控制措施，上述关于追缴对象的规定适用于责令退赔违法所得。

2、须有必然存在的被害人。犯罪分子违法所得的一切财物，有被害人的应当退赔给被害人。但如果没有被害人，就失去责令退赔的对象，违法所得应予追缴并上缴国库。一般来说，刑事案件被害人应当是明确的，但随着犯罪手段的日益复杂隐蔽，尤其是在一些连环诈骗案件中，当事人往往同时提起民事诉讼，对此刑事案件往往只能查明有损失发生并确定损失金额，但对于诈骗损失由谁承担应当依照民事诉讼规则确定，即刑事被害人的确定需要遵从民事判决认定。

3、被害人不被允许提起附带民事诉讼。被告人从被害人处获取违法所得且在判决前未能追回的，应当责令被告人退赔违法所得，或者允许被害人提起附带民事诉讼。具体到一个案件，适用责令退赔还是允许提起民事诉讼，须依照法律规定，不可以同时适用。即，对于被害人依法可以提起民事诉讼的，不能再判决责令退赔；对于依法应当判决责令退赔的，被害人不能再提起附带民事诉讼。对此，刑诉法解释第一百七十五条规定了附带民事诉讼的情形，并通过第一百七十六条明确，财物未被毁坏、仍然具有正常使用价值的不准提起附带民事诉讼。刑诉法解释第一百七十六条：“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。被害人提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。追缴、退赔的情况，可以作为量刑情节考虑。”

4、判决时尚未足额退赔。刑法第六十四条规定的是责令退赔、追缴的实体条件，即犯罪分子有违法所得。刑诉法解释第四百四十五条则明确，判决时已经追缴到案的应当返还被害人（或没收上缴国库），对判决时尚未足额退赔的违法所得，应当判决责令退赔。所以，判决时尚未足额退赔是适用责令退赔的条件，判决责令退赔的金额是尚未足额退赔的金额部分。

三、责令退赔移送执行

责令退赔属于刑事裁判涉财产部分的执行事项，作为执行依据的裁判文书要有明确的退赔对象、退赔金额。确定退赔对象须等待民事判决结果的，可以书面说明执行款项暂时提存不发。根据刑事涉财执行规定第六条的规定，涉案财物或者被害人人数较多，不宜在判决主文中详细列明的，可以概括叙明并另附清单。

1、责令退赔应当移送执行。对发生法律效力刑事裁判主文确定的责令退赔，刑事审判部门应当及时移送立案部门审查立案，并由法院执行机构执行。与民事性质的附带民事赔偿不同，责令退赔是刑事强制剥夺犯罪分子的非法收益，属于国家强制力的体现，非法收益只是优先用于退赔被害人，被害人放弃退赔的应当上缴国库，故应由刑事审判部门移送执行。刑事判决生效后，审判部门未及时移送立案的，被害人可以督促移送立案，但不能申请立案执行。

2、责令退赔执行参照民事执行规定。根据刑事涉财执行规定第十六条的规定，执行应先按照刑法、刑事诉讼法及有关司法解释的规定，没有相应规定的参照适用民事执行的有关规定。执行标的及于被执行人的合法财产，责令退赔违法所得之“违法所得”实是赃款赃物，违法所得因被使用、消耗、转移导致不能追回的，被执行人应当以其合法财产替代履行，直至履行完毕。

3、执行应充分听取被害人意见。责令退赔系移送执行，不列申请执行人，但由于执行所得应给付被害人，执行期间应赋予其相当于申请执行人的身份。民事执行案件中，申请执行人可对其权利自由处分。责令退赔执行中，由于执行所得用于给付被害人，应当充分尊重退赔权利人的意愿，关键节点需要申请执行人配合的，应当通知被害人参与，在财产控制、财产参考价确定、评估机构选择、拍卖保留价确定等方面听取其意见，甚至可以达成执行和

解。对经依法拍卖流拍的，应当准许被害人以流拍价进行抵债。

4、执行应保障被执行人的基本生活。责令退赔执行应参照罚金、没收财产执行的相关规定，在执行手段、标的上有所限制，保障被执行人及其所扶养人的基本生活需要，不能因为执行将执行对象生活陷入绝境。根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》及其他相关规定，对被执行人及其所扶养亲属名下的唯一住房，如已由政府或被害人为其提供基本保障住房，或者参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租金的，可以执行。

5、结案方式参照民事规定。参照民事执行结案方式，责令退赔执行可视情以执行完毕、执行终结、终结本次执行程序方式结案。终结本次执行程序后，具备恢复执行条件的，应当依职权恢复执行。

四、责令退赔适用相关问题

实践中，责令退赔适用已暴露出一些问题，影响了司法权威，损害了被告人（被执行人）的合法财产权益，并造成执行和民事立案上的困扰，在此作一梳理分析。

1、共同犯罪之各被告人的退赔限度。长期以来，司法实践中存在退赔与赔偿适用上的混乱，2021年修改的刑诉法解释明确规定“对判决时尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得，应当判决继续追缴或者责令退赔”，我们应当进一步明确责令退赔应限于违法所得。责令退赔是为了剥夺犯罪分子的非法收益，退赔限于被告人实际取得的违法所得。在共同犯罪中，各被告人的违法所得应予查清，判决时应以各被告人未能足额退赔（追缴）的数额为限，责令退赔一般应由各被告人独立承担责任。“追缴或责令退赔的对象是实际占有、受领违法所得的共犯，以实际占有、受领违法所得的数额作为负担义务的范围，而不能使未占有、受领或部分占有、受领的共犯负担共同犯罪违法所得总额的义务。”^[3]尤其是，从犯往往只是被动接受主犯对违法所得的分配，集团犯罪的下级并不能控制上级对非法资金的控制使用，对此若判处连带退赔全部违法所得，会显失公平，并造成新的矛盾，背离了退赔（追缴）违法所得的立法本意。当然，对集团犯罪中具有绝对控制、支配地位的主犯，或共同犯罪被告人刻意隐瞒、致使违法所得金额不能查清的，或违法所得供共同犯罪人共



同使用、消费的，根据一般过错责任原则，可以判决承担连带退赔责任。

在单位犯罪中，犯罪主体是被告单位，应当由单位承担全额退赔义务。单位直接负责的主管人员、直接责任人员，系因自身在单位犯罪中的地位、作用而承担责任，可视其取得财物的合法性、与付出是否相当等具体情形，决定是否退赔及退赔的数额，并以各被告人实际取得的财物为限。

2、非法集资案件是否支持退赔。近年来非法集资案件频发，之前实务界的一般认识是，由于犯罪所侵犯法益的不同，非法吸收公众存款犯罪无被害人，集资诈骗犯罪有被害人。后来国家有关文件逐渐将参与非法集资的人员定义为集资参与人，最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》明确提出，集资参与人是指向非法集资活动投入资金的单位和个人，为非法集资活动提供帮助并获取经济利益的单位和个人除外。2020年12月国务院颁布的《防范和处置非法集资条例》第二十五条则进一步明确，因参与非法集资受到的损失，由集资参与人自行承担。在非法集资案件中，集资参与人自身有不可回避的责任，集资参与人所遭受的损失应当自行承担。由于责令退赔的给付对象是被害人，没有被害人就无所谓退赔，非法集资案件判处退赔已失去法律依据。

《防范和处置非法集资条例》同时明确，非法集资人、非法集资协助人应当向集资参与人清退集资资金，任何单位和个人不得从非法集资中获取经济利益，清退过程接受处置非法集资牵头部门监督，处置非法集资牵头部门可以采取相关强制措施。清退集资资金来源包括：（1）非法集资资金余额；（2）非法集资资金的收益或者转换的其他资产及其收益；（3）非法集资人及其股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他相关人员从非法集资中获得的经济利益；（4）非法集资人隐匿、转移的非法集资资金或者相关资产；（5）在非法集资中获得的广告费、代言费、代理费、好处费、返点费、佣金、提成等经济利益；（6）可以作为清退集资资金的其他资产。所以，为禁止被告人通过犯罪获取非法利益，对判决前尚未追缴到案的违法所得，应当判决继续追缴，追缴所得作为清退集资来源，由政府处置非法集资牵头部门统一组织清退。

3、责令退赔的执行顺序。根据刑事涉财执行规定第

十三条的规定，被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任，其财产不足以支付的执行顺序是：（1）人身损害赔偿中的医疗费用；（2）对执行标的依法享有优先受偿权，主张优先受偿的；（3）退赔被害人的损失；（4）其他民事债务；（5）罚金；（6）没收财产。一般来说，上述“退赔被害人的损失”即指责令退赔，当然违法所得与被害人损失并不一致，违法所得可能等于损失，也可能小于损失。由于犯罪成本应计入犯罪数额，犯罪过程中的财产损耗同样应计入违法所得，对被告人非法占有、处置财产的，如侵占罪的被侵占财物、走私罪的被偷逃税款、贪污罪的贪污款项等损失金额，可以认为即是违法所得金额。

4、责令退赔能否另行民事立案。《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》曾规定：经过追缴或者退赔仍不能弥补损失，被害人向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院可以受理。该规定2015年被废止后，对于刑事判处追缴、退赔案件的案件另行提起民事起诉，各地法院均持谨慎态度。我们认为，对同一法律事实不能同时适用刑事、民事手段，但对于民刑交叉案件，相关事实仅具有关联性、提起民事诉讼并不必然导致相关判决冲突的，或刑事事实认定有赖于民事判决的，应当准许被害人提起民事诉讼。

（1）刑事案件存在未认定为犯罪的共同责任人，或有第三人担保。对于通过刑事追缴、退赔不能完全受偿的部分，应允许被害人选择其他合法的民事救济方式。民刑交叉案件分为竞合型与牵连型交叉，对于竞合型交叉，因刑事诉讼程序已判决追缴、责令退赔违法所得，被害人的财产损失应在该程序中获取救济；而对于牵连型交叉，刑事追赃程序仅解决被害人与被告人之间的财产返还、退赔问题，并不影响被害人主张其他民事权利。^[4]2020年修正的《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第八条：被害人或其法定代理人、近亲属因被害人遭受经济损失也有权对单位另行提起民事诉讼。若被害人或其法定代理人、近亲属另行提起民事诉讼的，有管辖权的人民法院应当依法受理。该规定明确，对单位犯罪或虽系个人犯罪但单位有过错的，被害人有权对单位另行提起民事诉讼。《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第128条，列举了同一当事人因不同事实分别发生民商事纠纷和涉嫌刑事犯罪，民商事案件与刑事案件应当分别审理的情形：“（1）主合同的债务人涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯

罪，债权人请求担保人承担民事责任的；（2）行为人以法人、非法人组织或者他人名义订立合同的行为涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，合同相对人请求该法人、非法人组织或者他人承担民事责任的；（3）法人或者非法人组织的法定代表人、负责人或者其他工作人员的职务行为涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，受害人请求该法人或者非法人组织承担民事责任的；（4）侵权行为人涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判认定其构成犯罪，被保险人、受益人或者其他赔偿权利人请求保险人支付保险金的；（5）受害人请求涉嫌刑事犯罪的行为人之外的其他主体承担民事责任的。”

（2）被害人主张间接损失、精神损害赔偿的，不违反禁止双重受偿原则。对于是否允许被害人在刑事判决退赔之外，另行通过民事诉讼主张间接损失、精神损害赔偿，实践中有争议，有判例曾根据《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》的规定驳回当事人的精神损害赔偿请求。^[5]我们认为，对因民事违约、侵权行为提起的民事诉讼，应当依据民事法律规定。《中华人民共和国民法典》第五百八十四条规定：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合规定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。第一千一百八十三条规定：侵害自然人人身权益造成精神损害的，被侵权人有权

请求精神损害赔偿；因故意或者重大过失侵害自然人具有人身意义的特定物造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。民法典是社会主义市场经济的基本法，司法解释不能违背基本法律的规定，司法适用应当首先依据法律，对于当事人因违约、侵权造成的直接损失以外的其他合法主张，并不违反禁止双重受偿原则，依法应当予以支持。2021年实施的《最高人民法院关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定》第七条也规定：发生伪卡盗刷交易或者网络盗刷交易，借记卡持卡人基于借记卡合同法律关系请求发卡行支付被盗刷存款本息并赔偿损失的，人民法院依法予以支持。该规定明确民事诉讼损失赔偿的范围包括利息损失，不受刑事诉讼仅限于被告人退赔直接损失的约束。

（3）刑事被害人、退赔标准需根据民事诉讼规则确定。由于案件的复杂性，有些案件刑事判决认定犯罪事实存在，且已经造成损失发生，但刑事不能代行民事处理职责，具体是谁受到损失需依赖于民事判决结果，或者判处退赔的数额需要根据民事诉讼规则确定。对此，相关法律、司法解释没有明确规定，但《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第130条规定的精神与此一致：人民法院在审理民商事案件时，如果民商事案件不是必须以相关的刑事案件的审理结果为依据，则民商事案件应当继续审理。^[6]

注释：

[1] 但这一差别不是绝对的，追缴具有较强的程序性功能。如继续追缴第三人占有的赃款赃物，追缴所得可能用于退赔被害人。再如下文所述的非法集资案件，对判决前未能追缴到案的违法所得宜判决继续追缴，追缴所得应列入清退资金来源。

[2] 参见刘志德、刘树德：“‘判处赔偿经济损失’、‘责令赔偿损失’、及‘责令退赔’辨析”，载《法律适用》2005年第4期。

[3] 尹振国、方明：“我国刑事特别没收手段的反思与重构——兼论《刑法》第64条的完善”，载《法律适用》2019年第5期。

[4] 参见李玉林：“民刑交叉案件实体裁判规则研究——以合同效力、责任认定为中心”，载《中国应用法学》2022年第5期。

[5] 《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》第二百条：被害人或者其法定代理人、近亲属在刑事诉讼过程中未提起附带民事诉讼，另行提起民事诉讼的，人民法院可以进行调解，或者根据本解释第一百九十二条第二款、第三款的规定作出判决。根据第一百九十二条第二、三款的规定，除驾驶机动车致人伤亡或者造成公私财产重大损失构成犯罪的以外，对犯罪行为造成被害人人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费、误工费、残疾生活辅助器具费、丧葬费等费用。



“《公司法》修订案草案二审稿”研习

——核心修改内容及解读

■ 马钊 / 文

2022年12月27日,《公司法修订草案二审稿》已提请十三届全国人大常委会第三十八次会议审议,且该事项已于2022年12月29日在中国人大网上发布。

相较实施于2018年的现行《公司法》,修订案草案二审稿主要在以下几个方面进行了较大幅度的修订。

一、贯彻党的二十大精神,在立法目的中增加“完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神”的内容

已发布的党的二十大全文报告第四部分第一节中明确提出:“完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神”。在此次《公司法》修改过程中,开篇立意在第一章总则第一条,旗帜鲜明的将“完善中国特色现代企业制度,弘扬企业家精神”写入《公司法》的立法目的当中。

二、严格强化股东的出资责任的同时,引入新的资本制度。

(一) 新增“股东失权制度”

首次明确股东失权制度并规定下述四方面的内容。首先,明确催缴股东出资的主体为董事会,以及宽限期不少于六十日;其次,宽限期届满,股东仍未履行出资义务的,由公司发出失权通知,且自书面通知发出之日起,股东丧失未缴纳出资的股权;第三,股东失权后处理,该失权的股权应当依法转让,或者公司减少注册资本并注销该股权;六个月内未转让或者注销的,由公司其他股东按照其出资比例缴足出资;最后明确股东未按期足额缴纳出资,应当赔偿给公司造成的损失。

(二) 完善股东出资的“加速到期义务”

股东出资是否应加速到期的问题由来已久,在变更追

马钊律师简介

北京市京都律师事务所公司与合规部律师。曾自主经营企业多年,具备丰富的企业实操经验,在股权结构搭建、股东纠纷、企业经营涉及法律问题等方面具有丰富实践经验。马钊律师曾供职于美国上市



公司,参与公司上市前尽职调查、PE融资、海外结构搭建、股改以及赴美上市全过程,并全程参与多起收购并购业务、大宗土地资产交易的洽商谈判、法律文书拟定审核及全部交易流程。马钊律师现担任朝阳区律师协会公司业务研究会委员等职务,目前主要从事公司法业务、收并购业务、刑民交叉业务、群体性诉讼业务以及与公司及相关诉讼等业务。

加规定、九民纪要等多个规范性文件文件中也有涉及,近年来在各地的执行异议以及执行异议之诉案件中屡见不鲜,其核心的争议焦点在于应当优先保护股东出资的期限利益抑或优先保护债权人合法债权的实现。但此前的文件存在或“未明确规定未界出资期限的股东需加速出资”或“需证明公司已具备破产条件等前置审判要求”等诸多问题,导致在审判实务中存在同案不同判、甚至同案在同院不同判的情形。此次的二审稿中,将公司不能清偿到期债务的,已认缴出资但未届缴资期限的股东应提前缴纳出资明确写入,并写明申请主体为公司或到期债权的债权人。但后续在司法实践中,是在执行异议程序,或是执行程序,甚至审判程序中可以直接追加,需拭目以待。

（三）明确已出让股权的出让方对受让方出资承担“补充责任”

在注册资本认缴制的背景下，一些公司存在严重的“只认缴，不实缴”或者“高认缴，低实缴”的现状，在相应的股权转让中，出让方并未完成实缴义务的情形也比比皆是，这对保障公司资本充实、维护交易安全稳定、保护债权人利益等多个角度均产生不利影响。对于出让方完成实缴前将股权转让后，出让方是否仍需进一步承担尚未实缴部分股权的出资义务问题同样在司法实践中存在大量不同的审判案例，尤其是不同地区的法院在审理此类案件中理解的法律原理、引用的法律条文均不尽相同，此前也并未有规范性法律文件有统一明确的规定。在此次的二审稿中，首次明确了受让人未按期足额缴纳该出资的，出让方对该出资承担补充责任，即明确了责任主体以及承担的责任方式。

（四）在股份有限公司中首次引入“授权资本制度”

授权资本制源自于英美法系，首次在二审稿中引入，即董事会在获授权后可以在三年内决定发行不超过已发行股份百分之五十的股份。这一规定，在股份有限公司的设立发起阶段大幅度降低了门槛要求，并且将股份后续发行权力授予董事会，可以由董事会根据国家经济发展情形、经济发展规律、行业现状以及公司经营情况等多方面的因素综合考虑发行与否、规模、时机等，在很大程度上促进了股份有限公司的设立、股份的发行以及持续性发展。

三、进一步明确股东权利范围

（一）完善股东会决议撤销条件

现行《公司法》规定，股东会决议作出之日起六十日内，股东可向法院起诉撤销该决议，但实践中很多股东因未被通知参会，完全无法得知股东会决议已做出的事实，可能会影响其权益的保障。此次二审稿新增，对于未被通知参会的股东，其撤销股东会决议诉讼的起算时间为该股东知道或者应当知道股东会决议作出之日。

此外，二审稿将股东会、董事会会议的召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，对决议未产生实质影响的决议排除在上述股东撤销权之外。这在保护公司决议稳定性、市场交易安全可信性的同时，是否会影响小股东的合法权益，仍有待探讨。

（二）明确股东行使优先购买权的程序

相较现行《公司法》，二审稿删除了股东对外转让股权应当经其他股东过半数同意的规定，尊重商业交易的同时进一步简化了交易流程。

（三）新增股份有限公司可发行类别股

二审稿明确股份有限公司可以按照章程规定发行下述几类类别股：优先或劣后类别股、差异表决权类别股、转让受限类别及其他形式类别股，并就相关类别股发行及表决的有关事项进行了进一步的规范。

（四）进一步扩大知情权的范围和途径

二审稿明确将“会计凭证”列入股东查阅范围，这对于股东行使知情权、了解公司实际经营情况具有重要的意义。并且二审稿中将行使知情权的途径从股东本身，进一步拓展到了其委托的会计师事务所、律师事务所等中介机构。该规定有利于股东借助专业人士的能力，进一步充分行使股东检查及监督的有关权力。

四、完善公司组织机构设置及职权规定

（一）界定股东会和董事会的职权

将原股东会职责中“决定公司的经营方针和投资计划”及“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”删除并进一步明确“股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议”，将公司经营层面的决策权力更多设置在董事会层面。

（二）完善职工董事的有关规定

首次规定，职工人数超过300人的有限责任公司和股份有限公司，除在监事会中应设有职工代表外，在董事会成员中也应当设有职工代表。相较现行《公司法》明确国有企业董事会中应当有职工代表的规定，二审稿将职工董事的规定扩大适用。

（三）引入“审计委员会”设置

首次明确，公司可以在董事会中设置审计委员会，行使监事会的职权，不设监事会或者监事，并进一步明确股份有限公司的审计委员会由三名以上董事组成，独董应过半，且至少有一名独董是会计专业人士，进一步强化审计



职能。

（四）进一步提高公司治理的灵活性

首次明确规模较小的有限责任公司，经全体股东一致同意，也可以不设监事。

五、强化董监高责任，增加董事责任保险规定

（一）进一步明确董监高与股东承担连带赔偿责任的情形

明确以非货币财产出资的股东出资瑕疵的情形，以及股东抽逃出资的情况下，对此有责任的董监高应当承担连带赔偿责任。

（二）增加董监高承担赔偿责任的情形

增加在下列情形下，负有责任的董监高需承担赔偿责任的规定：违反规定为他人取得本公司股份提供财务资助，给公司造成损失的；公司违反规定在弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的；违反规定减少注册资本的，相应的规定均旨在强化董监高对于企业的监督管理职能。

（三）增加董事、高管的对外赔偿责任

增加董事、高级管理人员执行职务，存在故意或者重大过失的，给他人造成损害的应当承担赔偿责任的规定。

（四）增加董事责任保险的规定

增加公司可为董事因执行公司职务承担的赔偿责任投保责任保险的，且投保或续保后，董事会应当向股东会报告投保金额、承保范围及保险费率等内容的规定。

六、完善上市公司组织机构的相关规定，强化上市公司治理

（一）明确上市公司股东、实际控制人的披露义务及代持的禁止性规定

股东、实际控制人信息的披露对于投资人进一步了解公司情况、确保交易安全、公正以及资本市场稳定有序发展均具有重要意义，二审稿进一步明确规定上市公司对于

股东、实际控制人的信息真实、准确、完整的披露义务，同时明确禁止违法代持上市公司股票。

（二）明确上市公司控股子公司与母公司之间不得交叉持股

交叉持股一方面会导致股权结构不清晰、投资人无法从正常渠道获悉企业真实控制情况，另一方面也会影响公司正常估值，危害证券交易市场合法秩序，同时有可能因丧失外部监管导致内部人绝对控制，影响公司治理结构，故沪深交易所的上市规则中也有相关的禁止性规定。此次在二审稿中明确规定，上市公司控股子公司不得取得该上市公司的股份，并对因特殊原因产生了交叉持股的情形做了进一步规定。

七、进一步国家出资公司的有关规定

（一）独立成章

将现行《公司法》国有独资公司的特别规定从有限责任公司篇章中独立出来，单独规定一章，并将名称相应调整为“国家出资公司的特别规定”。

（二）强化中国共产党的领导

在国家出资公司规定中，特别强调了党的组织以及按照党章发挥作用，以及明确对于经营管理和组织机构的特别规定，上述规定都与国家出资公司所承担的社会职能和社会责任密不可分。

（三）明确国家出资公司的范围

相较现行《公司法》，进一步明确国家出资公司的范围包括国家出资的国有独资、国有控股的有限责任公司、股份有限公司。

（四）新增国有独资公司强制设立审计委员会及国家出资公司的内部合规管理要求

明确规定国有独资公司在董事会中设置审计委员会，行使监事会职权，以及国家出资公司应当依法建立健全内部监督管理和风险控制制度，加强内部合规管理。相关规定全部在于强化专业职能、加强企业监管。

八、完善公司设立以及退出机制

（一）增加新的出资方式

在现行《公司法》规定的股东非货币财产出资方式的基础上，二审稿将“股权、债权”明确列入出资方式，这也与现有业务中大量存在的“债转股”、“员工股权激励”等相匹配。

（二）进一步强化清算义务人和清算组成员的义务和责任

有别于现行《公司法》有限责任公司解散后清算的规定，二审稿将有限责任公司及股份有限公司因法律规定解

散后，首次将董事明确列为清算义务人，并进一步规定清算义务人及清算组未履行法定义务的，应当赔偿给公司或债权人造成的损失。

（三）明确“僵尸公司”的强制注销制度

实践中大量存在公司注销难或股东放任公司被吊销状况不予理会的情形，“僵尸公司”普遍存在。此次二审稿新增强制注销登记制度，规定公司被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销，满三年未清算完毕的，公司登记机关可以通过相关程序强制注销公司登记，并相应规定股东、清算义务人的责任。该规定，可以有效避免社会和管理资源的浪费，充分激发市场活力，促进市场有序、健康发展。





《反垄断法》配套新规出台，企业合规 应关注哪些变化

■ 金毅 / 文

2022年8月1日，修订后的《中华人民共和国反垄断法》（以下简称“《反垄断法》”）正式生效。《反垄断法》进一步强化了对包括垄断协议、滥用市场支配地位、具有或可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中等垄断行为的执法工作，对预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，鼓励创新，提高经济运行效率以及维护消费者和社会公共利益提出了更高的要求。

为配合《反垄断法》的实施，进一步完善反垄断配套制度规则，国家市场监督管理总局（以下简称“市场监管总局”）在2022年就启动了对《反垄断法》配套法规，即《禁止垄断协议暂行规定》等六部法规、规章的修订工作，并于2022年6月27日公开征求意见。2023年3月24日，市场监管总局发布了《禁止垄断协议规定》、《禁止滥用市场支配地位行为规定》及《经营者集中审查规定》和《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为规定》四部配套规章，并于2023年4月15日正式实施。

本文主要通过分析《禁止垄断协议规定》、《禁止滥用市场支配地位行为规定》及《经营者集中审查规定》这三部与企业反垄断合规密切相关的规章的立法演进，并结合我们的实务经验，协助企业及时准确把握反垄断相关立法动态，为企业反垄断合规工作提供参考和指引。

一、垄断协议

垄断协议是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。反垄断执法机构（市场监管总局、省级市场监管部门）对经营者涉嫌达成垄断协议的行为会启动行政调查程序，企业及法定代表人、主要负责人等将面临高额行政处罚，极大地影响企业声誉并引发潜在的损害赔偿诉讼。本次修订在垄断协议方面可重点关注：

（1）完善数字经济领域的有关规定

新增了关于数字经济领域垄断协议的认定，分别对经

金毅律师简介

京都律师事务所反垄断部主管合伙人。金毅律师擅长反垄断、反不正当竞争及知识产权业务，代理的案件涉及反垄断诉讼、调查、经营者集中申报以及企业合规等多个方面。早在2008年《反垄断法》生效



前，金律师已经开始与商务部、国家工商总局依据《关于外国投资者并购境内企业的规定》办理外资并购申报事宜，至今已经办理经营者集中申报案件近200起，其中大部分是知名跨国企业的交易项目，涉及医药、化工、海运、能源、汽车、食品、出版、传媒、教育、体育等多个行业。金毅律师还曾代理由最高人民法院审理的北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位案，该案2017年入选最高人民法院指导案例。2021年至2023年，金毅律师连续三年入选钱伯斯“竞争和反垄断”推荐律师。2022年、2023年连续入选《法律500强》（The Legal 500）“竞争法与反垄断”推荐律师。

营者利用数据和算法、技术以及平台规则等达成横向和纵向垄断协议的方式进行列举，更好适应数字经济背景下反垄断监管需要。数字经济领域反垄断仍是反垄断执法机构所关注的重点。

此外，《禁止垄断协议规定》还规定了平台经济领域相关商品市场的界定方法，可根据平台一边的商品界定相

关商品市场，也可根据平台所涉及的多边商品将平台整体界定为一个相关商品市场或分别界定多个相关商品市场，并考虑各相关商品市场之间的相互关系和影响。该规定回应了新经济形势下监管需要，对数字经济领域等新兴垄断行为提供更加精准的规制。

（2）细化纵向垄断协议的认定规则

纵向垄断协议是经营者与交易相对人之间达成的垄断协议，包括纵向价格垄断协议和纵向非价格垄断协议。如上游生产企业对下游经销企业进行价格监管，固定商品的转售价格或限定最低转售价格，其行为则涉嫌达成纵向垄断协议，风险较高。《禁止垄断协议规定》新增了纵向价格垄断协议的抗辩权，即经营者能够证明所达成的纵向价格协议在个案中对相关市场不会产生排除限制竞争效果的，反垄断执法机构认定后可不予禁止。

此次《反垄断法》修订的一大变化是新增纵向垄断协议“安全港”制度，但相较于征求意见稿，《禁止垄断协议规定》删除了“经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于15%”且“无相反证据证明其排除限制竞争”的规定，使本条的适用标准仍待确定。作为备受关注的制度之一，“安全港”的市场份额指标可能仍需在不同行业中保留一定灵活性，也需要与其他配套法规相互协调，因而我们猜测反垄断执法机构未来可能通过发布指南的方式对安全港适用范围及适用规则加以明确。

（3）细化组织和帮助达成垄断协议（轴辐协议）的有关规定

轴辐协议是指经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。《禁止垄断协议规定》列举了“组织”和“实质性帮助”包含的违法情形，如“组织”包括经营者不属于垄断协议的协议方，但是在协议达成或者实施过程中对协议的主体范围、主要内容等具有决定性或者主导作用等，“实质性帮助”包括提供必要的支持、创造关键性的便利条件等。

此外，与征求意见稿相比，《禁止垄断协议规定》新增了兜底条款，即通过其他方式组织其他经营者达成垄断协议，体现了制度的灵活性，并赋予执法机构一定的裁量权，避免遗漏新情形的出现。同时，还规定了组织和帮助达成垄断协议的经营者可以根据垄断协议的宽大制度申请减轻或者免除处罚，为经营者提供更好的合规指引。

二、滥用市场支配地位

市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。反垄断执法机构对经营者滥用市场支配地位的行为会启动行政调查程序，企业面临的罚则与达成、实施垄断协议相似。本次修订在滥用市场支配地位方面可重点关注：

（1）新增滥用市场支配地位的认定规则

首先，《禁止滥用市场支配地位行为规定》增加了界定相关市场的考虑因素，体现了相关市场界定在认定滥用市场支配地位中的重要性。

其次，将“经营者行为一致性”在条文中的位置前移，作为认定两个以上经营者具有市场支配地位的首要考虑因素，完善共同市场支配地位的认定逻辑。

再次，在拒绝交易的行为上详细列举了限制性条件，如设置交易相对人难以接受的价格、向交易相对人回购商品等。

（2）完善平台经济领域滥用市场支配地位行为的规制

《禁止滥用市场支配地位行为规定》落实了《反垄断法》第二十二条第二款关于平台经济领域的适用规则，进一步明确了“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事滥用市场支配地位的行为”，并以列举方式说明了认定平台经济领域经营者具有市场支配地位应考虑“交易金额”“控制流量的能力”等因素。

同时，《禁止滥用市场支配地位行为规定》在近些年积累的执法经验的基础上分别补充了六种滥用市场支配地位行为在平台经济领域方面的认定因素，给审查人员及企业提供了明确的合规指引。

与征求意见稿相比，《禁止滥用市场支配地位行为规定》删除了备受关注的自我优待方面的规定（《征求意见稿》第二十条）。由于立法具有谨慎性和滞后性，而自我优待行为在不同案件中的情况具有一定的差异，因而在立法时存在一定争议。这一条款最终未作保留，表明立法者认为暂无必要在《反垄断法》列举的滥用市场支配地位行为之外，对“自我优待”行为创设专条加以规定。但这



不代表立法者和执法者放弃对“自我优待”行为的关注，也不意味着目前就没有监管工具可以规制这类行为。《反垄断法》第二十二条第一款的兜底条款对此类行为依然适用。也不排除后续会通过指南形式出台相关规定。

（3）进一步细化调查程序

我国目前的反垄断调查，很大一部分来自于同行竞争者或者交易相对人的举报。此次《禁止滥用市场支配地位行为规定》新增了举报人可通过书面申请的方式向反垄断执法机构咨询举报的处理结果，有效保障了举报人的知情权。同时，《禁止滥用市场支配地位行为规定》新增了立案条件，明确哪些情况下，反垄断执法机构应立案调查，以及作出行政处罚前应书面告知当事人所享有陈述申辩听证的权利，保证当事人的权益，并完善行政处罚书的内容。

此外，“约谈”制度是《反垄断法》中新增的规定，反垄断执法机构可以约谈涉嫌垄断行为经营者的法定代表人或负责人。《禁止滥用市场支配地位行为规定》和《禁止垄断协议规定》均细化了约谈制度，在约谈时指出经营者涉嫌垄断违法的问题，开展提醒谈话，并可以要求其提出改进措施，消除危害后果。该规定将有利于增强企业高管人员反垄断合规意识，有利于反垄断调查工作的开展。

三、经营者集中审查

与垄断协议和滥用市场支配地位不同，经营者集中审查是反垄断执法机构对交易是否具有排除限制竞争影响的事前审查方式。反垄断执法机构根据市监系统内部调查或者举报对企业违法实施集中的行为（达到申报标准未申报实施集中、申报后未经批准实施集中以及违反审查决定）进行调查。本次修订在经营者集中审查方面可重点关注：

（1）完善未达到申报标准的经营者集中的申报程序

经营者集中是指经营者通过合并、收购股权或者资产等方式取得其他经营者的控制权或者能施加决定性影响的情形。如参与集中的经营者的营业额达到《国务院关于经营者集中申报标准的规定》中规定的金额，则需要向反垄断执法机构提交经营者集中申报，在取得批准后可以实施集中。

《经营者集中审查规定》新增了未达到申报标准但有证据证明具有或者可能具有排除限制竞争效果的经营者集

中的申报程序，经营者（申报义务人）如收到反垄断执法机构书面通知，则需在120日内申报，并采取暂停实施集中等必要措施减少集中对竞争的不利影响。

同时，《经营者集中审查规定》以列举方式增加了实施集中的判断因素，如是否完成市场主体登记或者权利变更登记、委派高级管理人员、实际参与经营决策和管理、与其他经营者交换敏感信息、实质性整合业务等，给企业提供了清晰的反垄断合规指引，从而减少违法风险。

（2）新增关于经营者集中审查期限“停钟制度”的规定

《反垄断法》增加了关于经营者集中审查期限“停钟制度”，明确了在三种情形下反垄断执法机构可以决定中止经营者集中审查期限。《经营者集中审查规定》在此基础上细化了三种适用情形的启动条件、恢复条件、决定形式等。

· 未按规定提交材料导致审查无法进行：与征求意见稿相比，《经营者集中审查规定》删除了申报人申请延长补正期限的规定，这直接导致若申报人在限期内未提交补正材料，反垄断执法机构可以决定中止计算审查期限，提高了对申报人提交补正材料的时间要求。特别是对于适用简易程序申报的案件，如在反垄断执法机构受理后未能在规定期限提交补充材料，鉴于简易案件审限的要求，反垄断执法机构适用停钟制度，赋予企业一定时间收集整理补正材料。

· 审查过程中出现对审查具有重大影响的新情况、新事实：当在审查过程中出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，不经核实将导致审查工作无法进行的，反垄断执法机构可以决定中止计算审查期限，而无需通过申报人撤回重新申报的方式，节约审查流程，提高审查效率。与征求意见稿相比，《经营者集中审查规定》删除了申报人对新情况、新事实的主动报告义务，减轻了申报人的负担。

· 附加限制性条件进一步评估：反垄断执法机构如需要对附加限制性条件的承诺方案作进一步评估，经营者可以提出中止计算审查期限的请求。对于存在潜在竞争影响的案件，在评估附加限制性条件的承诺方案时，往往会花费很长的时间。如审查期限持续计算，申报人后期可能需要撤回重新申报。如适用停钟制度，则可以在进一步审查或延长阶段完成附条件案件的审查，减轻申报人的负担，

提高审查效率。

（3）提高违法实施经营者集中行为的处罚力度

《反垄断法》修订后，对违法实施经营者集中及拒绝、阻碍调查行为的处罚力度大幅提升。《经营者集中审查规定》修订后，在罚则方面与《反垄断法》保持一致。与修订前的《反垄断法》相比，新法及配套规章大幅提高了罚款金额，并对程序违法和“程序+实体”违法两种情形分别规定了罚则：

- 违法实施集中：不具有排除限制竞争影响的，处500万元以下罚款；具有排除限制竞争效果的，处上一年度销售额10%以下罚款。

- 拒绝、阻碍调查：对单位最高处上一年度销售额1%以下罚款；上一年度没有销售额或者销售额难以计算的，处500万元以下罚款，对个人处50万元以下罚款。

（4）强化经营者集中审查信息化体系建设

《经营者集中审查规定》新增了关于强化经营者集中审查工作信息化体系建设的規定，运用技术手段，推进智慧监管，提升审查效能。此外，《反垄断法》及《经营者

集中审查规定》均规定了分类分级审查制度，对涉及国计民生等重要领域的经营者集中，反垄断执法机构将制定具体的审查办法。

借助于信息化体系建设及分类分级的审查制度，未来，反垄断执法机构不仅能单方面被动接受企业提交申报，还可能主动启动经营者集中审查工作，特别是对于达到申报标准但未进行申报且可能具有排除限制竞争影响的交易发起主动审查。此外，反垄断执法机构将基于信息化建设，强化各个行业数据库分类汇总工作，便于审查人员短时间内了解相关行业的市场状况、竞争情况，精准判断企业提供相关数据的准确性、真实性，提高审查效率。

结语

上述《反垄断法》配套部门规章的实施，厘清了重要的法律概念，为企业开展日常商业活动提供了明确的反垄断合规指引，也对反垄断合规工作提出了新的要求。我们建议，企业应重视反垄断方面的合规工作，定期开展面向高管人员及相关员工的反垄断培训，减少反垄断违法风险。

参考文献：

1.《禁止垄断协议规定》解读

https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/xwxc/202303/t20230324_354072.html

2.《禁止滥用市场支配地位行为规定》解读

https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/xwxc/202303/t20230324_354074.html

3.优化经营者集中反垄断审查规则 保护公平竞争 激发市场活力-《经营者集中审查规定》解读

https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/xwxc/202303/t20230324_354076.html



提供账户帮助“洗钱”， 是否成立“掩饰罪”？

■ 徐伟 何顺琪 / 文

关键词：

银行卡 结算 洗钱 掩饰、隐瞒犯罪所得 帮助信息网络犯罪活动罪

裁判规则：

行为人的账户被用于帮助上游网络犯罪“洗钱”，但行为人在主观上对上游犯罪没有具体的明知，亦没有证据证明行为人用账户亲自实施了“代为取款”行为，那么行为人不构成上游犯罪的共犯，也不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，仅有可能构成帮助信息网络犯罪活动罪。

案情简介

2021年1月期间，高某、李某合谋以在火币网上买卖虚拟货币的方式为上线洗钱，高某纠集了被告人陈某秀等人，用各自的银行卡实施洗钱行为。

被告人陈某秀为了获取提成，在明知涉案资金为犯罪所得的情况下仍将自己的中国农业银行卡、中国工商银行卡等6张银行卡给他人帮助结算资金，由李某负责在火币网上操作。

公诉机关认为，被告人陈某秀明知是犯罪所得而予以窝藏、转移，情节严重，应当以掩饰、隐瞒犯罪所得罪追究其刑事责任。并建议判处被告人陈某秀有期徒刑4年6个月。

辩护人辩称，证明陈某秀亲自转移资金的证据不足，被告人的行为系提供支付结算帮助，不应定掩饰、隐瞒犯罪所得罪，应定帮助信息网络犯罪活动罪。

法院认定，被告人陈某秀犯掩饰隐瞒犯罪所得罪的证据不足，但被告人陈某秀的行为符合帮助信息网络犯罪活动罪的构成要件，应认定为帮助信息网络犯罪活动罪，判处有期徒刑1年4个月，并处罚金人民币10000元。

徐伟律师简介

北京市京都律师事务所合伙人，中国刑法学会会员，山东大学法学院硕士，擅长职务犯罪、经济犯罪辩护，曾为无罪辩护成功的当事人继续代理国家赔偿并成功获赔。代理的无罪案件曾入围“全国十大无罪辩护经典案例”评选。



徐律师也擅长网络犯罪辩护，代理过多种类型网络犯罪案件。运营有“三X网络犯罪辩护”公众号，已发表数万字的网络犯罪案例研究成果，数十篇网络犯罪有关问题研究成果，其中电子数据取证的论文被发表在核心期刊上。

何顺琪简介

京都律师事务所刑事诉讼部律师助理。

规则分析

近年来，随着互联网、区块链等信息技术的快速发展，虚拟货币交易市场急剧膨胀，吸引了许多投资者的目光。随着虚拟货币的投资炒币热潮，这种新型支付结算的方式也为一些传统犯罪提供了新的手段。

由于虚拟货币具有匿名性、交易快捷、国际化等特

点，它逐渐被运用到洗钱行为中。

在这类行为中，司法机关常以洗钱罪，掩饰、隐瞒犯罪所得罪，帮助信息网络犯罪活动罪来追究行为人的责任。

由于洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪是法条竞合的关系，洗钱罪是针对特定的上游犯罪所得而进行规制的犯罪，因此这两种罪名的认定并不是难点。而在掩饰、隐瞒犯罪所得与帮助信息网络犯罪活动之间，实践中常有认定不一的情况。

帮助信息网络犯罪活动罪是立法上将帮助行为的正犯化而形成的罪名，其本质上来说属于共同犯罪。因此，从犯罪阶段来说，帮助信息网络犯罪活动罪只能形成于上游犯罪既遂之前，而掩饰、隐瞒犯罪所得罪只能形成于上游犯罪既遂之后。

结合本案来看，法院查明大部分转入被告人陈某秀账户的款项都是由受害人直接转入，换言之，陈某秀提供帮助的行为形成于既遂之前，不可能构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

除了帮助行为介入的阶段，另一个关键的认定标准在于主观的明知程度。在主观方面，掩饰、隐瞒犯罪所得罪要求明知是犯罪所得及其产生的收益，其对上游犯罪的情况是知悉的，主观上具有掩饰、隐瞒犯罪所得的故意。而帮助信息网络犯罪活动罪对明知的要求没有前者那样高，其是一种概括的故意，一般只要求行为人认识到对方可能实施网络犯罪即可。

在本案中，陈某秀本人的供述中无内容能证明其有掩饰、隐瞒的故意，对上游犯罪的认识也很模糊，只是知道有可能是犯罪。客观上，在案证据也不足以证明陈某秀亲自实施了取款、转款，根据主客观一致的原则，即使本案中尚有小部分款项是上游犯罪既遂后转入被告人陈某秀账户的，也不能认定其构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

辩护攻略

根据刑法及相关司法解释规定，掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑；帮助信息网络犯罪活动罪，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。所以，在犯罪金额相同的情况下，这两个罪名的量刑差异较大，掩饰、隐瞒犯罪所得罪明显量刑更重。

在司法实践中，行为人为他人提供结算帮助的，也可

能被指控构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，这就要求辩护人从行为人的参与阶段、主观方面的明知内容、客观方面的行为手段，寻找到轻罪甚至是无罪辩护的可能。

相关法律规定

刑法（2020年修正）

第二百八十七条之二【帮助信息网络犯罪活动罪】明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

第三百一十二条【掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪】明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释（法释〔2015〕11号）

第三条 掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百一十二条第一款规定的“情节严重”：

（一）掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益价值总额达到十万元以上的；

（二）掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益十次以上，或者三次以上且价值总额达到五万元以上的；

最高人民法院刑事审判第四庭负责人就《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》答记者问（2015.05.11）

问：《解释》对掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪与上游犯罪关系的处理是如何规定的？

答：本着掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，应



当以上游犯罪事实成立为前提这一基本原则,《解释》做了两方面规定,既坚持认定本罪应当以上游犯罪事实成立为前提,又明确指出上游犯罪尚未依法裁判,但查证属实的,或查证属实后因行为人未达到刑事责任年龄等原因依法不予追究刑事责任的,均不影响掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的认定。

最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释(法释〔2019〕15号)

第十一条 为他人实施犯罪提供技术支持或者帮助,具有下列情形之一的,可以认定行为人明知他人利用信息网络实施犯罪,但是有相反证据的除外:

(一)经监管部门告知后仍然实施有关行为的;

(二)接到举报后不履行法定管理职责的;

(三)交易价格或者方式明显异常的;

(四)提供专门用于违法犯罪的程序、工具或者其他技术支持、帮助的;

(五)频繁采用隐蔽上网、加密通信、销毁数据等措施或者使用虚假身份,逃避监管或者规避调查的;

(六)为他人逃避监管或者规避调查提供技术支持、帮助的;

(七)其他足以认定行为人明知的情形。

第十二条 明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供帮助,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第二百八十七条之二第一款规定的“情节严重”:

(一)为三个以上对象提供帮助的;

(二)支付结算金额二十万元以上的;

(三)以投放广告等方式提供资金五万元以上的;

(四)违法所得一万元以上的;

(五)二年内曾因非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动、危害计算机信息系统安全受过行政处罚,又帮助信息网络犯罪活动的;

(六)被帮助对象实施的犯罪造成严重后果的;

(七)其他情节严重的情形。

法院判决

以下为湖南省邵东市人民法院在判决书“本院认为”部分就此问题发表的意见:

证人李某3的证言证明,陈某秀不会操作,是他帮陈某秀操作的。被告人陈某秀虽然曾供述其有时会自己操作,但该供述并不稳定,存在反复,且无其他证据予以印证,故认定被告人陈某秀犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪的证据不足,但被告人陈某秀的行为符合帮助信息网络犯罪活动罪的构成要件,应认定为帮助信息网络犯罪活动罪。公诉机关指控被告人陈某秀犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪的证据不足,本院不予支持。

案件来源

《陈某秀掩饰、隐瞒犯罪所得等刑事一审刑事判决书》(2021)湘0521刑初403号

类似案例

检索类案过程中,笔者发现的类似案例,供读者参考:

《曹某帮助信息网络犯罪活动罪刑事一审刑事判决书》(2022)湘1023刑初43号

被告人曹某在长沙市天心区某某某酒店一房间内,将自己62220319110XXXX9413的工商银行卡、6228XXXX0775农业银行卡、6217XXXX2476建设银行卡、6215XXXX0607中国银行卡租给黄某(另案处理)用于虚拟货币交易洗钱,黄某付给被告人曹某每张银行卡每周1000元租金,并按购买虚拟货币0.36%支付损耗佣金。法院认为,被告人曹某明知他人利用信息网络实施犯罪,仍为其犯罪提供支付结算帮助,情节严重,其行为已构成帮助信息网络犯罪活动罪。

一起重大“涉黑”案件的刑辩纪实

■ 马慧雯 / 文

马慧雯律师简介

京都律师事务所律师。本科毕业于山西大学，研究生毕业于大连海事大学，2017年开始从事律师工作，先后在北京市大成律师事务所、北京市京都律师事务所工作，现为京都律师事务所刑事诉讼部专职律师。工作方向主要针对



对经济犯罪案件、职务犯罪案件、“涉黑”案件、婚姻家庭涉刑犯罪案件的刑事辩护法律服务。在针对经济犯罪案件所提供的刑事法律服务中，马慧雯律师在涉及妨害金融管理秩序案件、诈骗类案件方面积累、总结了丰富的工作经验及技巧，并为客户提供优质、高效的刑事辩护服务。在致力于刑辩之余，专注研究女性主义法学（Feminist Jurisprudence）。

近年来，一批颂扬“扫黑除恶”的影视剧作被相继搬上荧幕。但单一的拍摄手法，流俗的台词设置，浮夸的表演方式，一再挑战群众对国产影视剧作的接纳底线。而电视剧《狂飙》的出现，表明我们的主创终于跳脱出歌颂权力的怪圈，开始脚踏实地地观察世界并思考：

人性的演变究竟是宿命还是选择？

J.K.罗琳透过294万字告诉我们是选择，银河印象通过百部电影告诉我们是宿命。导演徐纪周借由《狂飙》道出：复杂世界中，宿命与选择同等重要。

有感于此，特回顾一起执业之初我参与承办的由中央扫黑办督办的重大“涉黑”案件。在本案中，我是第一被

告人（所谓的“黑老大”）的辩护人。

2019年9月，在事务所高级合伙人曹树昌律师的安排及指导下，我以辩护人身份介入了L市唐某涉嫌挪用资金等罪一案。彼时的我尚不能预知，该案的走向将在几个月后发生翻天覆地的变化。

一、接案：一块当地律师不愿接手的“烫手山芋”

本案嫌疑人唐某，为L市下属某村党支部书记、村委



法庭上的曹树昌律师和马慧雯律师



马慧雯律师发表质证意见



会主任，区人大代表，也是该市多家建筑工程企业的实际控制人，曾被评为“某区经济建设贡献人物”，在当地可谓“政商通吃”。名下的众多豪车中，有一辆车牌号为“鲁X77777”的劳斯莱斯幻影，不可谓不高调。

案发后，唐某于2019年4月被某市监察委留置（依监察法规定，律师无法会见）。2019年9月，案件由某市监察委转至L市公安局侦办后，将他送至L市看守所羁押。

因家属要求急迫，我备齐会见材料即刻赶往L市。抵达后，我在唐某公司的办公室中见到了一众忧心忡忡的亲友，尤其是唐某的妻子，双腮塌陷，形容憔悴。

后来我才知道，在当地，已没有律师敢接受委托担任唐某的辩护人。即便他多年的律师老友，也在案发后唯恐避之不及。因而从他被转移至看守所至今，没有一位律师前去会见过，没有人了解他现在的身心状况。

于我而言，当务之急是前往看守所顺利会见。作为辩护人，对当事人及案情的了解，都应先建立在与他本人沟通的基础之上，而非他人之评价。

二、会见：辩护人与当事人构建信任的桥梁

在会见室见到唐某后，我表明了身份，出示了家属的委托手续。但他说的第一句话是“你的律师证拿来我看一下”，用的是L市的方言。在我理解了这句话的含义后，也明白了其弦外之音是对我的身份有所怀疑，便答复“律师证必须交由看守所负责办理会见的警官保管，否则我进不来”。随后，我向他出示了我的律师证复印件。唐某见状，便没再坚持。

因侦查阶段无法开展阅卷工作，故这一阶段的会见，更多关注唐某个人关于案件及他被调查情况的陈述。在此基础上，我从法律层面为他答疑，并向他转达亲友的关心。此时，本案仅为一起较为复杂的多罪名案件，唐某及相关亲友尚未被贴上“黑恶势力”的标签。两周一次且几乎每次都遇到大风雪的会见工作，逐渐建立起我与唐某之间的信任关系，在对专业水平及为人之道予以认同的基础上，唐某对于会见工作的配合程度也越来越高。除了针对案件的分析讨论，他也常与我聊起对未来事业的畅想，对母亲的愧疚和对子女的期许。谈及亲人难免动情，七尺男儿也热泪两行。

三、阅卷：疫情下的“机要”传书

2020年2月，疫情暴发致律师异地会见工作受阻。3月下旬，本案移送L市检察院审查起诉，异地阅卷又成新难题。在与检察院沟通多次后，他们终于同意通过机要邮寄的方式将案卷拷贝件寄至北京市朝阳区检察院（此时朝阳区已被列为疫情高危区），我只需携带委托手续前往朝检阅卷即可。但因机要邮寄用时较长，我们的阅卷时间也遭到压缩。

此时，本案的卷宗数量暂为二十余本，涉嫌罪名为组织领导黑社会性质组织罪、聚众斗殴罪、妨害作证罪、寻衅滋事罪、强迫交易罪、开设赌场罪，针对各个罪名的证据材料均谈不上确实、充分。不仅如此，起诉意见书中列示的嫌疑人仅有唐某等三人，而涉嫌的第一个罪名便是“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”。这种“大罪名、小组织”的配搭让我们感到颇为诧异，莫名其妙。

众所周知，黑社会性质组织最基本的特征就是“组织特征”，即要求相关“涉黑”组织形成一个结构严密、层级分明，甚至纪律严明的“高级”犯罪集团。不仅如此，这样的“组织”还要具备经济实力，还要有组织的欺压残害群众，为非作恶，称霸一方。而这样的犯罪形式，绝非三名嫌疑人就能予以实现。考虑到卷宗证据在质与量上的双重不足，却指向了司法实践中认定难度颇高的“涉黑”犯罪，以上信息让我意识到，本案绝非如此“简单”，后续可能会出现一些意想不到的变动。

疫情缓和后，我们终于可以前往L市开展工作。但受相关单位疫情防控要求所限，现场会见改为视频会见，时长缩短，语音传输延迟，画面不清晰，有效沟通难度加大。鉴于前期通过阅卷工作掌握的证据须通过会见才能与当事人核实，我们只能相应增加了会见频次，尽量做到与当事人的沟通不留缺口。同时，还要兼顾与案件承办人交流意见，掌握案件程序动向，并就家属的疑惑一一解答。

在此期间，本案历经退补侦查、数次公开征集违法犯罪线索、管辖变更、审查起诉延期及期限重新计算，以及提起公诉、变更起诉和并案审理等一系列诉讼程序。待拿到L市某区检察院的起诉书及变更起诉决定书时，本案的被告人已从起诉意见书中最初的3人升至29人，罪名增加为9个，指控事实共计48起，卷宗数量也从最初的二十余本升至一百六十余本。最终，在工作内容及任务不断升级的情况下，我的阅卷笔录也定格在了30余万字，以待庭审。

四、庭前会议：有备而来的“准法庭调查”

2020年9月下旬，L市某区法院就本案组织了为期两天的庭前会议。依照《刑事诉讼法》及相关司法解释的规定，庭前会议旨在解决案件上的程序性问题，并由法庭组织控辩双方确定存有争议的在案证据，而有关案件的法庭调查及法庭辩论需留待正式庭审中解决。

然而，本案的庭前会议，是一次被要求发表具体质证意见的庭前会议，这一做法显然并不符合庭前会议程序设定的主旨。但我经过短暂思考后，决定顺应要求，借由本次庭前会议，将我在庭前准备中发现的证据问题逐一向法庭说明。

这一选择并非出于对法庭安排的盲从，而是结合本案特点做出的重要决定。究其原因，实践中，因个别案件争议较大且证据量较大，为减轻庭审中的举证负担，提高庭审效率，有些法院便在庭前会议中提前要求辩护人针对相关证据发表意见，本案便是如此。唐某对公诉方的指控几乎均不认罪，与此同时，围绕在案证据，我们与公诉方也存在着较大的争议。因此，借助庭前会议向法庭发表相关质证意见，无疑是为自已增加了一次向法庭陈述观点的机会，我可以借此机会将我方对案件事实及证据的相关意见及态度传递给法庭，从而在法庭形成“自由心证”的过程中，强调有利于被告人的意见和理由，为有效辩护的实现争取更多的机会。

此外，因各被告人也参加了庭前会议并被允许发表质证意见，我便能提前了解他们关于案件的立场和态度。在庭前阅卷期间，我注意到同案大部分被告人的庭前供述都包含了对唐某的有罪指证。我很想知道，他们本人对这些呈现在书面笔录上的有罪指证究竟是何态度。

意料之外又情理之中的是，这些被告人在庭前会议中推翻了这些不利于唐某的有罪指证，并均称“我没有这么说过”。由此，多名被告人的庭前供述与当庭陈述出现了反复，这势必成为本案正式庭审时法庭调查的重中之重。公诉方显然对这些被告人的突然“翻供”措手不及，而我恰好也借由此机会，解决阅卷过程中发现的诸多疑惑，并借由这些当庭辩解进一步捋清案件事实的逻辑脉络，也进一步确信公诉方的绝大部分指控均存在着明显的问题。

五、庭审：一场生动的法治“公开课”

一周后，L市某区法院依法对本案进行公开审理。公诉方指控唐某等29人涉嫌犯组织、领导、参加黑社会性质组织罪、聚众斗殴罪、妨害作证罪、寻衅滋事罪、强迫交易罪、赌博罪、窝藏罪、挪用资金罪、行贿罪。其中，唐某作为所谓的“黑老大”，被指控犯有与“涉黑”有关的罪行共计16起，违法行为14起，与“涉黑”无关的个人犯罪、违法行为共3起。从侦查到审查起诉，伴随着指控内容的不断升级，本案由最初若干个罪的指控变成“涉恶”犯罪，又逐渐演变为“涉黑”犯罪。可以说，侦查机关不遗余力地搜罗唐某所谓的“劣迹”，公诉方也铆足干劲试图论证唐某是所谓的“黑老大”。他们不愿漏掉任何一个唐某可能涉嫌违法犯罪的行为，也没有放过任何一个虽已过追诉时效，但意图证明唐某是“黑老大”的相关事实。这些发生于唐某年轻时的“过期事件”，在某种程度上成为了公诉机关对指控唐某的“品格证据”。

针对上述指控，唐某只对赌博罪、行贿罪（部分事实）及一起寻衅滋事罪的指控表示认罪，对其余指控罪名及事实均有异议并明确表示不认罪。在尊重唐某个人辩解及意愿的基础上，结合我们的庭前准备工作及在此基础上对起诉书相关指控的研判，我们最终确定了“整体无罪辩护，个别罪名罪轻辩护”的辩护策略。本案涉及的人员众多且事实繁杂，无罪辩护的开展需要厘清每一项指控事实中的人员关系及行为性质。如唐某是否具备组织、授意的能力？是否实施了组织、授意的行为？是否对其他被告人的违法犯罪行为知情或默许？是否从中受益？是以个人身份参与，还是以所谓的组织领导者的身份参与？等等。厘清上述内容有助于多个维度评判、分析起诉书关于唐某的指控存在哪些问题，这些问题可能关乎定罪，也可能关乎量刑。

明确了上述辩护策略及案件切入点，我们在法庭调查阶段的辩护工作便能做到有的放矢。借由发问和质证，围绕上述问题向法庭揭示案件事实，阐明质证意见，借此呈现有利于被告人的事实和证据，进而支持被告人关于事实的辩解，协助法庭从辩护方的角度理解和认定事实、采信相关证据，最终为法庭辩论打下基础。

（一）发问：波诡云谲的“认罪认罚”

然而，在开庭审理当日，我忽然获悉，本案的29名被



告人中，有27名在庭前会议后与检察院签署了认罪认罚协议，只有第一被告人唐某与第二被告人没有签署。这意味着，相关被告人极大可能为了获得从宽处理的量刑建议，而放弃对涉案事实的如实陈述。

虽无意苛责这种“趋利避害”的选择，但再次看到唐某被孤立不禁让我心生悲凉，满腔愤慨。通过大量的会见工作，我可能是最清楚唐某在本案中心路历程的人。在依法核实证据期间，当知晓其他被告人歪曲事实的指证后，他从最初的不解，到中期的愤怒，再到最后无奈地接受，每一次情感上的变化都夹杂着对情义的珍视和难以释怀。庭前会议中诸多被告人“翻供”的举动，让他的相关辩解得到了支持，但仅仅一周不到，他又将成为众被告人口中相关事件的“老大”。

果然，相关被告人在公诉人的讯问下再次指证唐某，推翻了庭前会议中对他有利的证言。于是，在辩护人发问环节，我与这些被告人出现了如下对话：

我：XX（被告人姓名），你刚才在回答公诉人问题时，说...（指证唐某的内容）是吗？

XX：对。

我：但你在2020年9月2x日的庭前会议上，也是在这个法庭里，也是站在这个位置，针对公诉人出示的证据，亲口说出了...（有利于唐某且推翻自己庭前供述的内容），我们的庭前会议都是有录像记录的，请问你以哪一个说法为准？你是不是在欺骗法庭？

XX：（情形一，部分被告人回答）我...呃...我，我不知道...

（情形二，被告人A回答）我..我..就按上次开庭说的那个...

我：好。审判长，我没有问题了。

公诉人向法庭提出补充讯问，法庭允许。

公诉人（提高音量）：XX（被告人A），你已经与检察院签署了认罪认罚协议，你想好了再回答！刚才你回答公诉人问题，说的是...（指证唐某的内容），这个说法对不对？

XX：呃...对...

这些被告人在面对我和公诉人时所呈现的言语反复一定程度上表明了他们内心的不甘和不敢，既不甘于作出虚假的指控，又不敢于说出事实的真相。认罪认罚协议仿佛让他们看到了从宽处理、早日回家的希望，但似乎又成为了他们违背内心意愿的无形枷锁，眼看着公诉人以“认罪

认罚”的名义对他们予取予求，我不禁感慨，难道这样的局面就是我们呼吁和倡导的“以审判为中心”吗？

我相信，认罪认罚制度的初衷未必是不好的，至少体现了对效率的追求，并借此节约了相当多的司法资源，但是在公平面前，任何以效率之名的行事都应受到严格的审视，如果因为追求效率而牺牲公平，那么效率的意义只能是加速成就更多的“不公”而已。

在具体实践中，认罪认罚制度在一定程度上排斥了辩护人（甚至是法庭）的有效参与，公诉权在此过程中极易形成了权力运行闭环，关于被告人是否在释法明理的情况下自愿认罪认罚，仍然缺少切实可行的保障机制。以从宽处理换取有罪供述，以认罪认罚对被告人进行所谓的“反复敲打”不仅偏离了该制度设立的初衷，甚至是法治文明时代下的野蛮行径。

回到本案庭审，被告人在面对辩护人和公诉人时的反复，恰恰进一步表明了他们的庭前供述在客观性上存在严重的问题，我的庭审发问揭示了这一问题，这也是我为后续的质证工作埋下的伏笔。

（二）举证质证：控方证据的堆砌无益于事实的查明

本案证据量颇为庞大，受制于本文篇幅所限，不能全面展现举证质证的全部内容，但本案看似“海量”的控方证据并不足以让辩护人“畏惧”。对事实的认定，并非基于对证据的堆砌，而是在于证据本身是否符合《刑事诉讼法》所规定的“定案标准”。在这个层面上，控方证据恰恰存在难以弥补的缺陷，现将其中较为典型、突出的证据问题及相关质证意见呈现如下：

1. 证人证言不符合常理，不具备客观性

起诉书在一起强迫交易罪的指控中称，“被告人李某、王某等多名有纹身的社会青年跟随唐某在L市XX拍卖公司外面站场子，致使S某夫妇内心恐惧放弃了竞拍”。公诉人在举证时着重出示了S某针对该事件的证言：“我看到车上有八个青年男子，一看就是社会上的人，穿戴看着就不像好人，身上描龙画虎的”。

针对S某的证言，我结合了在案其他证据及当地气候特征，提出了该份证言不符合常理，因而不具备客观性的质证意见。

根据在案证据中拍卖现场的照片等书证可知，拍卖参与人都身着长袖厚外套，且附有毛领。同时，我在中国气象局官方网站上查询到，该事件发生当日，当地平均气温为4摄氏

度，历史最低温可达-6摄氏度。且在法庭调查阶段，我对当天参与拍卖的被告人询问了纹身位置，其中只有一人有位于背部而非手臂、腿部的纹身。结合上述证据，我提出了，在均温为4摄氏度的气候下，S某夫妇“在拍卖公司外看到一群身上描龙画虎的社会青年”这一说法显然不符合常理，在这种天气下显露身上（尤其是背部）大量纹身的人，只能是精神障碍患者，而不是黑社会。此外，S某夫妇的证言也无法与在案的相关书证相互印证，因此，这种不符合常理的证言不具备客观性，依法不应予以采信。

2. 猜测性、推断性、评论性的证言，不得作为证据使用，不具备客观性

为了证明唐某在某区存在恶名，侦查机关走访并调取了某村部分村民针对唐某的评价性证言，如“听说他在XX区名声很大，势力也很大，我在XX区干工程，也不敢得罪他”“听说他让他的小弟承揽工程，谁不给就打谁”“唐某黑白通吃”等。

相关证言多数只是空泛的道德层面的否定性评价，几乎没有具体的事实予以支撑。即便提及一些所谓的事实，也多数为“听说的”传来证据。至于听谁说的？相关证言亦是语焉不详。

对于该等证言，辩护人提出根据2013年实施的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“《民事诉讼法解释》”）第75条的规定，证人猜测性、评论性、推断性证言，不得作为证据使用。同时，相关传来证据的客观性明显不足，在没有其他证据的印证、佐证下，不能作为据以定罪量刑的证据使用。因此，某村部分村民关于唐某恶名的证言，客观性明显不足，甚至不具备证据资格，依法不应予以采信。

3. 司法会计鉴定报告的鉴定对象及鉴定结果不符合法律规定，不具备合法性

在案证据中，有一组由本案侦查机关委托，当地会计师事务所出具的会计司法鉴定报告。其中，司法鉴定的对象赫然列出了“对有询问笔录、民事调解书、债权转让书、银行流水进行了公证、客观的统计、分析和分类”，并出具了鉴定结论，即“通过参与竞拍人员的相关笔录得知，唐某通过威胁利诱其他竞标人员的方式，唐某的拍卖代表Z某以拍卖起始价竞得该资产”等。

针对该等证据，我结合最高人民法院2015年7月1日颁布的《人民检察院司法会计工作细则（实行）》中第九条关于司法会计鉴定范围的规定，提出了该份鉴定报告的

鉴定对象不符合司法会计的鉴定范围，并且，该等鉴定结论是会计师事务所“越俎代庖”对案件相关证据进行的本应由司法机关作出的法律评价。因此，该等鉴定报告不具备合法性，请法庭予以排除。

需要说明的是，如此乱象在我承办过的其他案件中也有体现，这背后凸显的是侦查机关为了定罪无所不用其极的做派。相关鉴定单位甚至在明知法律规定的情况下，违背基本的立场、原则和流程，违背其自身的定位及职责，妄图僭越于审判权之上，对案件事实予以法律评价。

4. 利害关系人的证言，客观性不足

在案证据中，包含诸多利害关系人指证唐某的证言，该等证人的身份包括但不限于：唐某公司业务的竞争对手、唐某竞选村干部的竞争对手等。对此，根据《民事诉讼法解释》第74条第（三）项的规定，证人证言应着重审查证人与案件当事人、案件处理结果有无利害关系。本案中，唐某的命运直接关系到利害关系人的前途与钱途。

不出所料，相关利害关系人做出的证言均为不利于唐某的证言，也不可能与唐某关于同一事件的辩解相互印证。同时，该等证人的证言也无法与在案其他证据相互印证。如，在案证据中有两位与唐某具有竞争关系的村民的证言，均称唐某长期把持基层政权，无视村委会其他工作人员，并架空相关继任者。但根据在案书证显示，唐某在村委会期间的各项决策都经过了决议并附有相关与会人员签字的会议记录。因此，该等利害关系人的证言不仅不能与唐某的辩解相互印证，也无法与相关书证相互印证，该等证言的客观性明显不足，依法不应予以采信。

5. 经人民法院通知，证人无正当理由拒绝出庭作证，该等证人证言不得作为定案的根据

在庭前会议上，唐某针对部分证人证言的客观性提出异议，并当庭申请相关证人出庭对质。但在公开开庭审理当日，相关证人并未出庭作证。对此，合议庭表示，法庭已向相关证人传达了出庭作证的通知，但相关证人没有出庭作证。

对此，我当庭提出，根据《民事诉讼法解释》第87条的规定，经人民法院通知，证人没有正当理由拒绝出庭或出庭后拒绝作证的，法庭对其证言的真实性无法确认的，该证人证言不得作为定案的根据。在本案中，被申请出庭作证的相关证人并未提出拒绝出庭的正当理由，应属“无正当理由拒绝出庭作证”的情形，对该等证人的证言应当予以排除，不得作为定案的根据。



6.被告人庭前供述与当庭陈述无正当理由出现反复，客观性不足

如前所述，部分被告人在庭前会议中推翻了庭前指证唐某的相关供述内容，但在正式庭审中，又因签署认罪认罚协议而再次指证唐某，相关供/陈述前后不一致，出现反复。尤其是在法庭调查的发问环节，在我向该等被告人告知庭前会议有视频记录，并询问究竟以庭前会议的陈述为准，还是以今日庭审的供述为准时，多数被告人能够明确以庭前会议的陈述为准。但在其后公诉人的补充讯问环节中，上述被告人又再度“倒向”了已被自己推翻的庭前供述。如前所述，这种受制于认罪认罚的供/陈述反复显然是不具有客观性的违心自白。

《刑事诉讼法解释》第80条规定，对被告人供述和辩解应着重审查：（五）被告人的供述是否前后一致，有无反复以及出现反复的原因；…（七）被告人的供述和辩解与同案被告人的供述和辩解以及其他证据能否相互印证，有无矛盾。据此，我在发表质证意见时，着重强调了该等被告人的供/陈述呈现的几度反复，即：

庭前供述，指证唐某—
庭前会议，否认指证唐某—
庭审中公诉人讯问，指证唐某—
庭审中辩护人询问，否认指证唐某—
庭审中公诉人补充讯问，指证唐某。

如此缺乏稳定性的表述，无疑源于各被告人签署并受制于的认罪认罚协议。他们在事实与认罪态度之间摇摆不定，生怕说出了事实而影响了自已的“认罪态度”，又不愿做出违心的陈述。这种非正当原因下的前后矛盾，凸显出相关被告人供述内容不具备同一性及客观性，不应作为相关指控的定案根据。

（三）法庭辩论：脱离四个特征的“涉黑”指控如同“空中楼阁”

在法庭辩论阶段，辩护人结合法庭调查阶段的工作内容，着重从事实认定和证据采信的角度出发，率先对相关个罪指控进行逐一反驳，论证相关证据不足以支持起诉书关于唐某相关个罪的指控。随后，在个罪辩护的基础上，再就本案不具备“黑社会性质组织”的四个特征进行详细的分析和论证。具体观点如下：

1.本案不存在所谓的“犯罪组织”。相关被告人分别是唐某企业的务工人员 and 好友，各被告人之间的关系不具

备组织性、纪律性及所谓的组织稳定性，起诉书混淆了公司内部上下级关系、亲友关系与“犯罪组织”内部的层级关系、共犯关系。在“犯罪组织”尚且不存在的条件下，所谓“涉黑”组织更加无从谈起。而公诉方关于“唐某基于工程项目、发放工资、公司股份等方式豢养人员”的公诉意见混淆了工程发包、公司管理与涉黑组织中的组织领导行为的界限。

2.唐某与其他在案被告人不存在共同的经济利益，也不存在共同的违法目标，其公司的合法经营收入与所谓“涉黑”组织的经济实力不应混为一谈。所谓的组织所犯罪行完全不具有“牟利性”，难以获取相应的经济利益。而公诉方关于“以商养黑”的公诉意见不仅与在案事实及证据不符，也混淆了合法行为与“涉黑”犯罪的界限。

根据起诉书的指控，唐某等人构建的“涉黑”组织形成于2009年，但在2009-2013年期间，所谓的组织没有“以组织名义”实施过任何违法犯罪行为。在起诉书指控的48起事实中，只有3项为唐某的公司带来了经济利益，与所谓的“涉黑”组织无关。根据法庭调查阶段的情况来看，即便是在指控这三起事实的在案证据中，大部分为相关被害人、利害关系人的不实指证与不符合常理的被害人证言。尤其是在唐某申请相关证人出庭对质却无人到庭的情况下，该等证言的真实性无从谈起。如果所有不遵守商业准则的合作者，都通过反咬一口的方式，隐瞒自己的错误，落井下石让自己获取本应属于对方的利益，无论多“白”的合法利益也会被诬告为“涉黑”利益。

并且，同案部分其他被告人是唐某公司的合法员工，赚取的是满足生活需求的基本工资。其中一部分被告人通过自己的公司经营业务，甚至某些业务还与唐某存在竞争关系。因而这部分被告人实施的诸多行为，是为了自己公司谋取经济利益的行为。唐某不可能清楚他们的行为，也不会与他们存在共同的经济利益。

3.唐某及其他被告人不是欺压残害群众的黑社会，不存在欺压残害群众的情况，不主张以暴力威胁等违法手段与相关主体解决矛盾纠纷，多数事件的发生均事出有因。

以起诉书中所谓“涉黑典型”的指控为例，在该项指控中，公诉机关认为，唐某组织领导的“涉黑”组织以寻衅滋事的方式对某建材市场商户进行了不法侵害。但事实上，本案的起因是该市场商户与市场新所有方的拆迁补偿款的情况下，逃避履行拆迁补偿义务，也未针对相关

商户予以拆迁补偿。商户们不分青红皂白向该市场原所有方唐某索要本不应由他承担的拆迁赔偿，从而引发了一系列矛盾冲突。更重要的是，唐某对于本方人员与商户间的多次冲突并不知情。

就是这样一系列因民事纠纷引发的治安冲突被公诉机关指控为唐某一方有组织实施的欺压残害群众的“涉黑”犯罪。如此指控不仅偏离了事实，而且颠倒了责任，更重要的是歪曲了相关事件的法律性质。这种情况下，相关指控及据以指控的证据如何能够让人信服？怎么可以成为定案的根据？作为唐某的辩护人，我们有责任也有义务向法庭揭示这些指控和在案证据中存在的问题。由此可见，起诉书关于唐某“涉黑”的“行为特征”的相关指控，显然是不能成立的。

4.唐某从未以所谓的强势地位实施强迫交易，更没有在当地形成所谓的行业垄断。唐某经营的混凝土公司是当地众多混凝土企业中的一家，在所有与唐某合作的公司负责人中，没有人投诉过唐某公司的混凝土出现过质量问题。反而在本案证据中，出现了投诉其他混凝土公司存在质量问题的证据。而公诉方据以指控唐某公司存在垄断性地位的的证据，仅为某一位利害相关人或某一位意图将责任推卸给唐某的被告人的庭前供述。显然，这样的证据不仅证明力明显不足，还让我们窥探到了某些同业竞争者故意做出对唐某不利证言的居心叵测。

如前所述，有关唐某在某地区“恶名昭著”的证据，实际只是充斥道德评价而缺乏具体事实的猜测性、推测性等客观性明显不足的证人证言。该等证言倾向性明显，不符合客观事实（甚至缺乏基本的事实描述），更不能与其他证据相互印证形成完整的证据链条。这种别有用心，甚至掺杂了打击报复色彩的证人证言显然不能成为认定唐某“涉黑”的根据和理由。

综合上述意见及分析，起诉书关于唐某“涉黑”的相关指控在认定“涉黑”犯罪的四个特征上均存在事实层面、证据层面，以及法律理解层面的诸多缺陷，相关指控依法不能成立。

六、方言，被监听的律师会见， 一些感受

（一）方言挑战

之所以在此处提及方言一事，是因在本案进行为期两

天的庭前会议及三天的公开庭审过程中，合议庭、公诉方及本案29名被告人几乎全程使用当地方言参加庭审。曹律师与我多次向法庭提出，要求参加庭审的全部人员使用普通话，如不使用普通话，请法庭根据《刑事诉讼法》第九条的规定为我们配备翻译，却遭到了法庭的拒绝。拒绝的理由为“被告人基本为本地人，不会说普通话，用当地方言开庭通俗易懂”。

然而，曹律师与我全程使用普通话开庭，且在法庭调查的发问环节，我们全程使用普通话询问被告人，同时要求所有被告人用普通话作答，未出现一例“听不懂”和“不会说”的情况。既然如此，非民族地区法庭使用方言开庭是否具备合法性及正当性？是否保障了所有诉讼参与人的知情权？如果不是凭借庭前数十余次的会见奠定了一定的方言基础，本案的庭审对曹律师与我来说近乎瞎子过河。这是否是当代法院审理案件时限制外地律师的流行操作？

（二）被监听的律师会见

《刑事诉讼法》第39条规定了辩护律师的会见不被监听，但实践中的情况却常与此相悖。成熟的刑辩律师都有针对被监听的防御，既是保护当事人的选择，又是防范自身执业风险的做法。

因该案在当地影响较大，且为中央扫黑办督办的案件，因此，不排除当地的办案机关存在一些“过度执法”之处，如监听律师的会见。由此，从我第一次会见唐某开始，我就严格要求自己谨言慎行，依法依规开展律师会见工作。然而即便如此，在一次会见之后，家属向我转达了“上面”的要求，让我“会见时不要什么都说”。

我立刻告知家属：“律师会见不被监听是《刑事诉讼法》的规定，是法律赋予我们的权利。我们会见的内容不需要任何“上面”的人来指导，如果他们有什么话，让他们站在我面前亲自对我说，我反倒要问问他们凭什么公然违法监听我的会见工作？”

自此之后，我再也没有收到来自“上面”的指示。我们每一次的会见工作都是在恪守律师职业规范的前提下进行，每一项诉讼活动也都是在合法、合规的情况下完成，我们能够自信让所有看得见或看不见的人都无从指摘。当然，我们的力求规范是建立在依法维护当事人合法权益的基础之上的。在会见过程中，我们也会引导当事人将关注的重点放在案件本身，对于当事人一些有关案外的想法和陈述，我们会予以适当的告诫、制止及说明。



（三）一些感受

这是我第一次承办“涉黑”案件，也是我第一次为所谓的“黑老大”辩护。无论是庭审当天还是宣判当日，法院外的武警车辆都让我印象深刻。在法庭外的走廊上，也几乎坐满了荷枪实弹的武警人员。在一起没有命案甚至连重伤害都不存在的“涉黑”案件的审理过程中，如此大张旗鼓地派驻警务人员似乎略显小题大做，也与我国当下的法治文明程度不符。在此，我特别想强调的是，本案审理的是一名商人和他的员工，而不是杀人越货、恶行累累的暴徒。

在本次的庭前会议及公开庭审中，我们与公诉人产生了数次的正面交锋，甚至一度出现了公诉人对我大喊“这里是法庭，不是你个人的演讲台！”这样有辱斯文的场景。对此，我的理解是，当指控及据以指控的证据所存在的问题被辩护人不遗余力地指出时，站在公诉人的立场上，情绪有所波动也是人之常情。但公诉人的此类言行并不会让我产生动摇，相反，我会因此更加坚定地履行我的辩护职责，充分发表我对案件的观点和意见。庭后，公诉人也主动与我们握手言和，我们也深知彼此都是职责所在，庭审上的零星冲突并未影响彼此的理性表达，也未阻碍专业法律人间的惺惺相惜。

于我个人而言，本次庭审也让我倍感充实和满足，这对于一名青年律师而言，无疑是值得珍视的宝贵体验。借由一则庭审期间的小事与大家分享我的感受：

庭前会议期间，应法庭的安排，我作为第一被告人的辩护人却只能最后发表意见。其他被告人的辩护人起初还



是各自发表意见，到后期却在我尚未发表意见时普遍表示“我与马律师（即我本人）的意见一致”。

这种意见上的趋同一定程度上代表了同行对我的认可。也正是因为我的质证意见相对全面并能够切中要害，其他辩护人才会“简化”自己的表达，并自发、自愿地支持和认同我的质证意见。庭后，这些同行甚至还向我的当事人家属表达了对我的肯定和赞许，这些积极的正向反馈对于一名青年律师的成长和信心的确立无疑意义非凡。

期间，我和曹律师聊起此事时提到，虽然同行的认可令人愉悦，但我不会因此而自满。我深知我的庭审表现不仅代表我个人，也在一定程度上代表了我所在律所及指导老师业务水平，每想到这里，我都发自内心感谢京都对我的培养，以及曹树昌老师在本案辩护工作中给予我的指导与点拨。

也应了那句话，只有在优秀的平台上，我们才能看得更高，望得更远。✎

单位行贿罪与行贿罪界分之实务研究

■ 夏俊 / 文

夏俊律师简介

北京市京都律师事务所高级合伙人，法律硕士。现任北京市律师协会刑事实务研究会秘书长，西北政法大学刑事辩护高级研究院研究员，北京邮电大学研究生校外实践导师，《法治日报》律师专家库成员，中国法学会会员，



中国刑法学会会员，曾获2015-2018年度北京市朝阳区“优秀律师”荣誉称号。夏俊律师曾在检察院等政法机关工作多年，加入京都律师事务所后从事律师业务十余年来，承办过大量刑事案件，其中有多起具有一定社会影响的疑难复杂案件，积累了丰富的实务经验及工作业绩。夏俊律师尤其擅长“经济犯罪”、“职务犯罪”、“有组织犯罪”以及“刑民交叉类”刑事案件的辩护与代理，其承办的案件有多起获得“不批捕”、“不起诉”、“缓刑”、“二审发回重审或改判”的良好辩护结果。夏俊律师一直用“专业、勤勉、负责”的态度认真对待每一起案件，积极地为委托人排忧解难，最大限度地去维护委托人的合法权益，深受委托人的信任和认可。

单位行贿罪与行贿罪是两个存在明显区别但在司法实务中又极易混淆的罪名，两罪对应的刑事责任存在较大区别，单位行贿罪法定最高刑为五年有期徒刑，且司法实践中缓刑适用率较高，行贿罪的法定最高刑为无期徒刑，明显较单位行贿罪量刑更重。此外，单位行贿罪的立案标准

(一般20万元，法定情形下10万元)相对行贿罪的立案标准(一般3万元，法定情形下1万元)较高。因此，准确区分单位行贿罪与行贿罪，对于行为人的定罪量刑有着重大的影响。鉴于此，笔者将展开对单位行贿罪与行贿罪区分标准的实务研究，以期与大家共同研究、探讨。

一、单位行贿罪与行贿罪区分的标准

根据法律规定及相应的司法解释及法理解释，在单位行贿罪与行贿罪的区分上，主要关注三个方面的问题，首先看主体资格，关注该单位组织是否符合单位犯罪的主体资格；其次是行贿意志，关注涉案行为体现的是单位意志还是个人意志；最后是利益归属，关注通过行贿行为所取得的利益到底归属于单位还是个人。通常情况下，在同时具备主体资格、单位行贿意志、不正当利益归属于单位的条件下，才能构成单位行贿罪，否则构成个人行贿罪。具体分析如下：

(一) 主体资格的区分

单位组织是否符合单位犯罪的主体资格是行贿罪与单位行贿罪区分的首要条件，没有这一前提，认定单位行贿罪就无从说起。《刑法》第30条规定：“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”因此，我们认为，单位组织只有符合依法成立，有必要的财产或者经费，有自己的名称、组织机构和场所，能够独立承担民事责任、具有法人资格的社会团体这些条件，才能成为单位犯罪的主体。

(二) 行贿意志的区分

简单来说，行贿意志就是判断“谋取不正当利益”到底是基于单位的整体意志还是基于自然人意志。在判断行贿意志时，需要注意以下几点：



1. 行贿意志与行贿名义无关

首先要注意的是，行贿意志与行贿名义无关，不同的行贿名义下可能有相同的行贿意志。因此，把行贿名义作为行贿罪与单位行贿罪的区分标准是不妥当的，而是应当从行贿名义背后的“行贿意志”出发进行实质性判断。

2. 单位行贿意志的产生不必然需要经过特定的程序

有观点认为，单位整体意志的体现必须经过特定的程序，笔者对此并不赞同，在司法实践中，只有公司重大事项需要经过法定程序产生“单位意志”，大多数“单位意志”的产生并不需要具备程序性。特别是在行贿这种涉嫌违法行为的前提下，此时这种意志的产生很少通过股东大会等正式程序来留痕。多数情况下，单位主管要求下属职员实施行贿行为，或者业务员在日常业务中根据实际情况为公司利益实施行贿行为的，可以认定其体现了单位意志。

3. 行贿款是否来源于个人并不当然阻却单位行贿的成立

在司法实践中，有时企业人员为单位利益向国家工作人员行贿，但行贿款却来源于该自然人。此种情形下，由于单位犯罪的成立仅要求犯罪所得主要归单位所有，并未要求犯罪成本也须由单位承担，行贿款来源于个人并不会当然阻却单位行贿的成立。

因此，行贿款来源于单位还是个人，虽然可以作为判断行贿行为是否体现单位意志的辅助要素，但并非考量决策主体及犯罪所得利益主要归属的关键要素。只要行贿行为系单位集体研究决定或者单位实际控制人、负责人为单位利益而决定，犯罪所得亦主要归单位所有，即使行贿款来源于自然人，也不应影响单位行贿罪的成立。

【案例1：王某某单位行贿罪】王某某自2007年至2011年期间先后成立A公司、B公司、C公司。而后，王某某为逃避税务检查和维持其他一些不符合规范的经营，先后以个人名义送给时任某市国税局局长海某价值245.994万元的财物。案发后，检察机关发现王某某的行贿款既无公司会议记录，又无公司账目记载，而实际均来源于其个人支付，因此指控王某某犯行贿罪。

【法院判决】王某某犯单位行贿罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年。

【辩护要点】1. 本案应定性为单位犯罪，王某某先后与时任某市国税局局长的海某发生不正当往来，其目的是为了公司的经营和利益。至于行贿名义、行贿资金的来源、是否经过公司法定程序均不是确定单位行贿罪和自然人行贿的界限，而要看其行贿的目的和最终利益归属。2.

王某某具有减轻、免除处罚情节。3.王某某无犯罪前科，系初犯，且情节轻微。因此，王某某构成单位行贿罪且应适用缓刑。

4. 实务中认定属于单位行贿意志的几种情形

经过合法程序表决并记录的单位集体决策作出的决定毫无疑问属于单位意志，除此之外，单位行贿意志还可以从以下几个方面进行认定：

(1) 单位不需要经过会议讨论的帐外暗中的给付贿赂款、回扣的惯例性做法。

(2) 用以贿赂的资金、财物通过单位公账支出或者以单位的实物换取。

(3) 行贿人本人是单位决策者，其实施某一领域内为公司谋取利益的职务行为不需要经过特殊程序和授权。

(4) 在会议决议、工作日志、合同书等书面文件上明确记载了将所获得利益按照百分比抽成给与经办该事项的相关人员。

【案例2：戴某某单位行贿罪】戴某某作为A公司的实际控制人，为承揽和延续广告业务，从2008年开始给予某集团总裁办公室主任马某回扣，并形成惯例，在A公司拿到广告费后一个月左右，戴某某给予马某广告费的10%。戴某某先后17次向马某行贿共计人民币489.8375万元。

【法院判决】戴某某犯单位行贿罪，判处有期徒刑二年。

【辩护要点】本案中的涉案行为应定性为单位行贿罪，戴某某给与马某的回扣属于本单位帐外暗中的给付贿赂款的惯例性做法，且戴某某作为单位决策者，其为公司谋取利益的职务行为不需要经过公司程序和授权。因此，本案的行贿行为具有单位行贿意志，且为单位谋取利益，应当构成单位行贿罪。

(三) 利益归属的区分

单位行贿罪的实质是为了单位“谋取不正当利益”而实施行贿行为，行贿罪的实质是为了个人“谋取不正当利益”而实施的行贿行为。按照法律规定，所谓“谋取不正当利益”，是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件。在实务中，需要格外注意以下几种特殊情形：

1. 基于单位意志为个人谋取利益的行贿行为构成个人行贿

实务当中，虽基于单位意志实施相关行为，但行贿行为所谋取利益最终归个人所有，按照《刑法》第393条的规定，因行贿取得的违法所得归个人所有的，应认定为行贿罪而非单位行贿罪。

2. 没有利益归属的以行贿意志作为认定标准

依据法律规定，行贿单位或行贿人即使没有获得不正当利益，只要主观上具有谋取不正当利益的目的，并给予国家工作人员以财物的，就构成行贿罪。实务中，涉及行贿犯罪时，对于有利益归属的，按照法律规定，根据利益归属确定是行贿罪还是单位行贿罪；对于没有利益归属的，应当以行贿意志作为认定标准。

3. 行为人为单位谋取利益的同时也为自己谋取不正当利益如何对待

如果是以单位意志用单位财物行贿，但是行为人为单位谋取利益的同时也为自己谋取了不正当利益的情况下，可以按照实际获取利益的数额对单位和个人进行准确认定。当单位获得大部分利益，行贿人只是随之获取少量利益的，应当将得到大部分利益的单位认定为单位行贿罪，此时，个人不宜再认定为行贿罪，而是将具体实施行贿行为的人员认定为单位行贿罪的主管人员或直接责任人员。实践中，犯罪所得利益先归属于单位，后通过公司正当程序分配至股东或者实际控制人或者相关人员的，亦不影响对单位犯罪的认定。

【案例3：王某单位行贿罪】2009年至2013年间，王某在担任公司的业务员期间，在销售教学设备、厨房设备和办公设备过程中，为谋取不正当利益，分别多次给予国家工作人员矫某某、吕某某等13人“回扣款”或“好处费”，共计人民币三百多万元，后给公司带来了较为可观的业绩，销售利润一千多万元，王某从中获取了一百多万元的提成和奖金。

【法院判决】王某犯单位行贿罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年。

【辩护要点】本案中王某通过行贿促成业务，使公司获取利益之后，公司再分配给王某，从利益归属来看，公司获得的是绝大部分利益。因此，王某作为主要责任人应当构成单位行贿罪，而非行贿罪。

二、单位行贿罪与行贿罪的区分意义

（一）单位行贿罪相对行贿罪的刑事立案标准较高

根据最高检2000年12月1日发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于行贿罪立案标准》规定，单位行贿罪一般情形下20万元以上应予立案；具有下列特殊情形之一的，10万元以上，应予立案：（1）为谋取非法利益而行贿的；（2）向三人以上行贿的；（3）向党政领导、司法工作人员、行政执法人员行贿的；（4）致使国家或者社会利益遭受重大损失的。

而根据两高2016年4月18日发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）规定，行贿罪一般情形3万元以上应予立案具有下列特殊情形之一的，特殊情形1万元以上，应予立案：（1）向三人以上行贿的；（2）将违法所得用于行贿的；（3）通过行贿谋取职务提拔、调整的；（4）向负有食品、药品、安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿，实施非法活动的；（5）向司法工作人员行贿，影响司法公正的；（6）造成经济损失数额在五十万元以上不满一百万元的。

从上述规定可以得知，行贿罪的立案标准为3万元或1万元，而单位行贿罪的立案标准为20万元或10万元，单位行贿罪的立案标准远高于行贿罪。

（二）单位行贿罪相对行贿罪的量刑幅度较低

根据《刑法》第393条规定，单位行贿罪只有一个量刑幅度，即一般情形下行贿20万元以上或特殊情形下行贿10万元以上的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，行贿罪的量刑幅度根据不同的犯罪金额和特殊情形，一般情形下行贿3万元以上或特殊情形下1万元以上的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；一般情形下行贿100万元以上或特殊情形下50万元以上的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；一般情形下行贿500万元以上或特殊情形下250万元以上的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

从上述规定可以得知，在行贿数额相等的情况下，单



位行贿罪的处罚幅度远低于行贿罪的处罚幅度。通常，在认定单位犯罪时对相关责任人的处罚会比自然人犯罪的处罚力度更低。因此，准确区分单位行贿罪及行贿罪，对于行为人的定罪量刑有着重大的影响。

三、单位行贿罪与行贿罪的高频争议点

(一) 特殊经营模式下单位行贿罪的界定

1. 借用单位名义或者“挂靠”经营中，单位行贿与行贿的区别

当前我国的“挂靠”经营方式有三种：（1）个人“挂靠”单位，单位收取固定的挂靠费。比如，不具备合法经营资格的个人，挂靠到具有经营权的单位，以该单位的名义对外从事营利性活动；（2）个人“挂靠”单位，单位除了收取固定的挂靠费外，还按照经营业绩另外收取一定比例的管理费；（3）单位或个人名义让单位“挂靠”单位，例如，招标单位需要投标单位具备一级建筑资质，部分有意向企业由于不具备该类资质，因此挂靠符合资质条件的单位。

前两种挂靠方式中并没有改变双方的经营方式，挂靠人仍然属于个人经营，其从事的行贿类犯罪定性为自然人犯罪。第三种挂靠方式是为单位谋取利益，代表了单位意志，只要其符合单位行贿的条件，其从事的行贿行为应定性为单位行贿。

【案例4：吴某某单位行贿案】2014年至2017年间，A公司法定代表人吴某某为承建某项目，以个人名义挂靠B公司承建改项目，先后多次送给国家工作人员林某共计人民币690万元。

【法院判决】吴某某犯单位行贿罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金人民币二十万元。

【辩护要点】虽然吴某某是以个人名义挂靠B公司承建，而且至案发时项目尚未完工结算，是否有利润及利润归属尚未明确，但在案证据证实该项目的垫资款和行贿款均来源于A公司，而且吴某某是A公司的法定代表人，其行为也代表了公司意志。故对于吴某某在某项目上向林某行贿390万元的行为，虽然其没有以单位名义实施，但其行贿行为秉承了公司意志并意在为公司谋利，应当认定其属于单位犯罪。

2. 一人公司中单位行贿与行贿的区别

“一人有限责任公司”指只有一个自然人股东或者一

个法人股东的有限责任公司，其投资形式表现为公司的股东只有一个法人或一个自然人。当一个自然人作为股东的公司实施行贿行为时，应当从行贿目的和不正当利益的归属两个方面来进行区分。

一人公司行贿行为成立单位行贿罪在主观上是为了公司的利益，体现的是单位意志。由于一人公司固有的组织结构决定了一人公司的决策者绝大多数是该公司的投资者或股东，此时单位意志和公司投资者或股东的个人意志是同一重合的，但是也不能排除一人公司存在其他的组织形式。例如，由投资者担任董事长，而实际经营者担任经理等，这种情况下的个人意志就必须经过公司的议事程序或者决策机制才能上升为单位意志。如果个人意志没有经过此类程序，而由行贿人自行以单位名义实施就应当认定为体现个人意志的行贿罪。

在不正当利益的归属方面，由于一人公司的特殊性在于同一人投资，同一人收益，且多数一人公司的财务制度不完善，公司资产和投资人的个人财产相混同，往往造成难以判断不正当利益的归属。不正当利益有无进入公司的账户是第一个标志，如果没有进入公司的账户，或者进入公司账户，但没有实质上的参与公司经营且又转为投资人个人所有的，即便行贿行为事先体现的是单位意志，也应该认定为行贿罪。如果行贿行为既体现了单位意志又是为了公司的业务和发展，则应认定为单位行贿罪。

【案例5：周某单位行贿案】2010年至2011年期间，周某经营的承竹公司向某市第一人民医院（以下简称市一医院）销售呼吸机等医疗设备，周某为了感谢得到时任市一医院院长陈某在购买其公司的呼吸机等医疗设备及拨付货款上给予的关照，于2011年春节后在陈某的办公室送了人民币20万元给陈某。

【法院判决】周某犯单位行贿罪，判处有期徒刑六个月

【辩护要点】周某作为承竹公司直接负责的主管人员，其参与竞标及追索欠款的行为并不是个人行为，而是履行公司职务的行为，其是为了公司的利益而向他人行贿。虽然承竹公司实际上是周某的“一人公司”，但是承竹公司是依法注册成立的公司，拥有独立的公司财产，承竹公司的财产并不能等同于周某个人的财产，承竹公司因中标市一医院招标项目而取得的违法所得，也并不能等同于该违法所得归周某个人所有。本案中，周某为了公司能够中标项目及追索公司货款而向国家工作人员行贿，行贿所得的利益也归属公司所有，且本案现有证据不足以证实

违法所得归周某个人所有，因此，周某应当认定构成单位行贿罪而不是自然人行贿罪。

3. 承包经营中单位行贿与行贿的区别

承包经营方式具体情况也有三种：（1）个人承包经营，发包单位在被承包单位中没有出资。（2）个人承包经营，发包单位在被承包单位中有部分出资，发包人仍然对企业具有管理职能，企业按照发包单位的意志运转。

（3）名为承包，实为将单位所有权转让给个人。如企业将单位资产整体性地转让给了个人，原单位的独立法律人格实质上已经终结，但采用的方式却是承包形式，个人受让后仍以原单位名义从事经营活动。

对于承包经营中的行贿行为，由于承包不改变单位的性质，单位承包经营中的行贿行为是个人犯罪还是单位犯罪，要判断是否存在真实的承包关系以及被承包单位是否还具有独立的法律人格。如果承包仅仅是一种经营方式的改变，不改变企业原有性质，那么被承包企业实施的犯罪就应当认定为单位犯罪，承包人则应作为直接负责的主管人员或者直接责任人员被追究刑事责任。在此情况下，如果承包人在承包经营活动中为了被承包单位利益而进行行贿的，应认定为单位行贿罪。但是，如果名为承包实际将单位所有权转让给个人，原单位的独立法律人格实质上已经终结，原单位的实质条件已经丧失，因此被承包企业无论在经济形式上还是法律要件上都已经不具备单位的特征，也就不能作为单位犯罪主体，故实施的行贿行为应当认定为行贿罪。

【案例6：陈某某单位行贿案】2005年至2010年期间，陈某某的施工队挂靠A公司对外承建工程；2010年8月13日，陈某某出资1000万元成立B公司，自己持股800万元，任公司法定代表人，詹某未出资，为挂名股东，虚拟持股200万元，仍挂靠A公司对外承建工程。2005年至2015年，陈某某的施工队、公司违规借用A公司资质对外承建了多项建筑工程项目，陈某某向时任A公司总经理张某某等人(均为国家工作人员)行贿，合计116.8万元。

【法院判决】陈某某犯单位行贿罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑二年

【辩护要点】本案中，B公司登记股东为陈某某、詹某，詹某为挂名股东，并未实际出资，B公司实为陈某某一人公司。本案所涉行贿钱款均为B公司支出，陈某某承包经营所得收入亦进入公司账户，陈某某所有行为都是代表公司的行为，因此，应当认定为单位犯罪，而非自然人犯罪。

（二）行贿行为人身份对界定单位行贿罪与行贿罪的影响

单位的行贿故意是一种法律意义上的拟制意志，这种意志的有无，是认定单位行贿犯罪的核心要件，也是衡量单位犯罪能力的标志。但是，行贿实行犯的身份不同，则有可能产生行贿罪是由单位实施还是由个人实施的差异。

1. 单位的一般职员

判断单位一般职员的某种行为到底是个人行为还是单位行为需要具备两个条件：（1）该行为与单位自身业务的相关性。如果职员是为了自身利益行贿，虽然借着单位的名义，也不应认定为单位行贿罪；（2）该单位成员的违法行为必须是单位自身意志的真实反映。最直观的标准是看其行为客观上是否代表单位的整体利益。

单位自身意志的内容，可以从两个方面判断：（1）单位负责人在单位的业务活动范围内所作出的决定；（2）单位的规章制度、目标、政策、激励机制等。之所以将这些情况也作为单位意志的体现，是因为单位规章制度、政策、结构等恰恰是单位人格和意志的具体体现之一。即使一般职员滥用自己的权限行贿，单位、机关、高级管理职员对此明知却不予有效制止，就应以单位行贿罪论处。因此，单位的一般职员在履行职务行为过程中，如果为了单位利益而行贿，应当认定为单位行贿罪。

【案例7：廖某某单位行贿案】2015年8月，A公司实际控制人甘某与他人一起成立运砂船队，在运输过程中，发现运砂船队的运砂船通过海事处闸门的的速度比较慢。于是甘某找到被告人廖某某，要廖某某负责运营中心对调度室、上游执法队及下游执法队的关系协调。廖某某加入A公司运营中心后，A公司按照月工资6000元为廖某某发放工资，被告人廖某某于2016年底离开A公司运营中心。从2015年11月至2016年12月，廖某某分别送给国家工作人员刘某某等人人民币67.8万元。

【法院判决】廖某某犯单位行贿罪，判处有期徒刑七个月，缓刑一年，并处罚金人民币十万元。

【辩护要点】本案中，廖某某系A公司实际控制人甘某聘请的该公司所属员工，专门负责为方便公司砂石运输提供关系协调，其向相关国家工作人员行贿的目的是为了A公司的利益，故其行为应认定为单位犯罪，而非廖某某个人行贿罪。

2. 单位的法定代表人或负责人

以决策事由是否超越职权来界定是单位行为还是个人



行为，并不符合单位犯罪意志的形成机制，因此，超出职权的行为只要是与单位、机关利益或行为有关，都可以归属于该单位或机关。

有观点认为，法定代表人或负责人为单位利益而决定行贿的，虽然行贿行为谋取利益归属于公司，但行贿决定超越了其职权范围，属于法定代表人或负责人的个人行为。我们认为这种观点并不妥当，由于法定代表人是法定的公司代表，其行贿决策与其履行职务是密切相关的，即行贿与谋取公司利益密不可分。作为行贿所得利益的承受者，单位对行贿行为也理应承担责任。不管是法定代表人、董事会、股东会议或其他负责人，其决策范围在合法范畴上显然都不包括行贿，因为任何法律和公司章程都不可能明文规定或授权董事会或法定代表人可以实施包括行贿在内的犯罪活动。至于决策机制上的不同，并不是判定的标准。法定代表人和董事会、股东会议在决策程序上的差别，仅仅是决策形式、决策机制、决策权限的不同，即一人决策和集体决策的区别，一人决策也是单位意志的形成机制。因而，我们认为，法定代表人或负责人的职务行为应当属于单位行为。

【案例8：何某某单位行贿案】何某某在担任A公司法定代表人、总经理期间，为了谋取不正当利益，多次请求国家工作人员李某某为A公司承揽业务打招呼，并因此而获利。为了感谢李某某的帮助，何某某从A公司支取现金后分多次送给李某某现金共计人民币100万元，并先后多次以赌博的方式故意输给李某某共计人民币20万。

【法院判决】何某某构成单位行贿罪，判处有期徒刑一年六个月，宣告缓刑二年

【辩护要点】本案中，何某某系A公司总经理、法定代表人，以为A公司承揽业务为目的向国家工作人员李某某行贿，何某某个人决定单位事项，形成了行贿的单位意志。且何某某代表单位意志实施行贿行为所取得的“承接设备检修劳务”利益是基于公司财产所取得的直接并即时归属于公司的利益，应当认定为单位行贿罪。

四、行贿罪与单位行贿罪的无罪辩护要点简要梳理

（一）行贿罪无罪辩护要点

1. 行为人谋取的是正当利益

根据最高人民法院、最高人民检察院2012年12月26日

发布的《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第12条，“谋取正当利益”，就是谋取的利益未违反法律、法规、规章、政策规定，或者未要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策和行业规范的规定，为自己提供帮助或者方便条件。

2. 未谋取不正当利益或者认定谋取不正当利益事实不清

在认定“谋取正当利益”有困难的现实情形下，提出“未谋取不正当利益或者认定谋取不正当利益事实不清”也是一个重要的无罪辩护要点。

3. 被索贿且没有获得不正当利益

《刑法》第389条第3款规定，因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。在这种情形下，不应认定为行贿罪。

4. 给与财物属于正当给付

当事人给与国家工作人员的财物属于正当给付，并未违反法律规定，或者给与财物的对象不具有国家工作人员的身份，也不应认定构成行贿罪。

5. 情节轻微

《刑法》第十三条规定，犯罪情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。《刑事诉讼法》第177条第2款规定：对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。

在行贿罪案件中，检察机关对行贿人作出不起诉决定时，往往考虑以下情形：（1）因被索贿而行贿的；（2）行贿数额较小，未达到“情节严重”的；（3）有自首、立功等情节的；（4）自愿认罪认罚并退缴全部违法所得；（5）有坦白情节，具有悔罪表现；（6）在被追诉前主动交代行贿行为，对侦破重大案件起关键作用。

6. 不构成行贿而是构成单位行贿，但未达到定罪标准

个人并未获取不正当利益，且所获得的款项收益均归单位所有，应当认定为单位行贿，如果行贿数额未达到单位行贿罪的定罪标准，只能认定为一般违法行为，不能以犯罪论处。（行贿罪的起刑标准为3万元或1万元，而单位行贿罪的起刑标准为20万元或10万元）

（二）单位行贿罪无罪辩护要点

单位行贿罪除了可以运用上述行贿罪中的行为人谋取的是正当利益、未谋取不正当利益或者认定谋取不正当利益事实不清、因被索贿且没有获得不正当利益、给与财物属于正当给付、情节轻微等无罪辩护要点之外，还可关注

以下辩护要点：

1. 单位行贿未达法定立案标准

根据最高检2000年12月1日发布的《最高人民检察院关于行贿罪立案标准》规定，单位行贿罪一般情形下20万元以上达到立案标准；特殊情形下10万元以上达到立案标准。由于单位行贿罪的立案标准较高，在实务中，要根据案件具体情况进行分析，关注涉案金额是否存在重复计

算、错误认定等情况，如果可以将单位行贿的数额降到立案标准以下，必然有利于无罪辩护的展开。

2. 犯罪嫌疑人不构成单位犯罪的适格主体

在案证据不能证明犯罪嫌疑人是单位行贿罪的适格主体，不能证明行为人系涉案单位的主管人员或直接负责人员，则该行为人不应构成单位行贿罪。^[1]





“最美评论员”浅记

为什么是“最美”？

担任中央电视台社会与法频道“热线12”特约评论员快12年了。

每一个流逝的声音光影都清晰如新。评论员的经历也让我的生活略多丰盈远望。

“热线12”刚成立时以真实案件叙事为主，由主持人和二名评论员对案件进行讨论。2017年改为法治新闻节目，关注法治动态和社会热点，由一名评论员专业点评和权威解读。

2019年11月8日记者节，栏目组在央视大楼30层会议厅召开隆重的会议。会议中为几名特约评论员颁发证书——“最美评论员”。

当时我问制片人，为什么称“最美”，而不是“最佳”、“最优”。

制片人说：“只有这个词才能评价评论员的价值和荣誉”。

“最美”即是对评论员的称誉鼓励，也是法治媒体的承载寄望。

我想，“最美”是因为热线12作为法治媒体理解法律的价值，追求法治，也懂得“美”。

审美可以实现感性和理性的统一，实现人的完整性。蔡元培一生倡导“美育救国”。人类美好的情感、品德、文明、善良都蕴含在美。往大里说点，一个民族的审美也决定一个时代的社会关系。

作律师时间久了，反而感到法律的“无用”，法律只是调整社会关系的初级。审美才是人和社会更高层次的教化。

“美”是人心的关照，是情感教化。决定人心善恶的不是知识和技能，不是制度和说教，一万句口号抵不过一个温暖的感动。

法律是人的造物，法律的活力与生命也是人赋予的。每个简单的黑白法条背后都是个体行为的折射和照

见，又蕴含着细微又复杂的人性情感。

我读法条不会枯燥，是因为我读的不是文字，是背后人行为心里的探究和冷暖悲欣。

法治也不仅是宏大的理念，作为宪法原则，更多关注的是人本身，为保障和实现人的权利。

作为央视的法治媒体，承担着社会价值的引领和法治守望。

热线12关注法治，更冷静思考每一个“看见”后面的人和情感。每一个选题、每一个视角、每一个声音都有人性的温度和探究发现，传递理解、善意和价值。关注“人”本身、有情感触动的普法才是法治的照亮。

这是我理解的“美”！只有“美”才能涵盖法律人的努力心愿，言行可及。

热线12是有审美的栏目，热线12人也很美。他们专业有责任，脚踏实地也仰望星辰，不鸡汤也不道貌岸然，清醒但不麻木冷漠。他们的“看见”没有让心变硬，眼里仍有光泽。从制片人、记者、编导、摄像到主持人都让人不自觉愿意亲近。



刘铭律师



新闻是社会进步的驱动力量，媒体人不易，新闻尤难，如人饮水。经历了人性和不可改变，法律人和媒体人的感性和理性煎熬会多。中国知识分子都内求孤独，和自己较劲。我们自己也需要救赎。他们看似温和柔弱，但相信自己的力量，相信努力和坚守，相信即使微不足道，也能够孕育和改变些什么。

直播就像生活，虽然你认为作好了准备，但仍然经常出人意料。

媒体有及时性，叫“遵从媒体的本质属性，发出声音的最快通道。”

热线12栏目按直播定位打造。从记者选题、编导出台本到演播室播出，全流程十几个小时。

评论员从接到台本到直播结束，都会有压力和紧张，这是正常的反应。

作为央视法律媒体，专业准确是基本要求。热线12的节目范围非常广泛。作了20年律师，但很多与评论相关的法规也是第一次接触。短时间内要快速查阅理解。复杂问题会多看几篇论文和不同学者的文章。尤其对争议的观点要审慎推敲表达的角度和尺度。

除了法律，很多事件本身包含的事实也有专业性。和律师代理案件一样，事实往往比法律更难理解。很多事情上，律师大多是外行，短时间内要有学习理解，不能说外行话。评论没有错或做得好，不会有人在意。但有一点失误不严谨一定会放大，会有各种形式质疑批评，这是节目不能承受的。

除了“看见”本身，评论的思想价值还在于有多少发现和人心触动。

生活很复杂，不是简单的黑白分明、善恶泾渭、快意恩仇。任何个体或社会痛感，哪怕仅仅是一起常见的杀人行凶案件，都是多因果。法律也仅仅是调整法律关系，伦理、道德、家庭、亲情、友谊……这些社会关系法律都很难调整。虽然是法律栏目，如果评论员只分析法律问题就机械和狭隘了。

评论时间只几分钟，短短时间内要有“多”的输入才会有准确和深度的“少”输出。

知道评什么，更要知道怎么评！说话要让人能听懂、愿意听。如果絮叨说教，和观众不共情，大家不愿看，节目没有收视率，栏目也不会存在，也就谈不上普法。说话并不容易，再复杂的理论和事情，如果让人听得辛苦，多是自己没明白或能力不够。

直播准备辛苦，但即使准备充分，直播时也会紧张。

“倒计时……5、4、3、2、1，开始。”熟悉的音乐响起。数十人在不同岗位上操作着各种叫不上名的设备，目光聚焦在各自的屏幕上。时间空间都充满着有序紧张，像是医生、护士在共同完成一台复杂的手术。

人在镁光灯下优点无限大，缺点也会无限大。若大的演播室，评论员远远对着摄像机，像是对着空气说话。人不是机器，直播过程中，难免会有大脑空白，会有状态不好的时候，甚至不知道自己在说什么。

直播有时还会有突然袭击，评论内容突然改变方向、





发生变化。只能靠平时积累和发挥。我开玩笑说：“直播就像生活，虽然你认为作好了准备，但仍然经常出人意料。”

有一次，编导安慰说：“有错才证明是直播啊。”说是这么说，如果真出现大的失误，责任可不小。12年来，也经历过一些小的“惊心动魄”。

其实，所有看见的举重若轻，轻描淡写背后都有看不见的负重辛苦，得失平衡。

每次下直播，演播室的灯光熄灭，来来往往、热闹凌

乱的化妆间变得静谧。洗面换衣，互相道别。走出台里，都已是华灯初上，这时愈觉风轻云淡，轻松释然。

每个人都不是一座孤岛，所有的伤害也都应该是一次成长。

热线12弘扬慈善救助，也直面丑恶和痛感。生活比小说更小说，法律也伴随着人性的恶。错案、遗弃、强奸、杀人、家暴……很多事件报道都很“脏”。人对意外、极端、残忍、欲望有窥探欲，类似的节目收视率会高。丑比美更容易迎合，也更需要美去表达和改变。

看关于二战题材的电影、书籍时，我突然会想，为什么要记住和渲染过去的痛苦和仇恨。美丑永远共存，真实需要面对和撕裂。不忘记痛苦和悲伤才会学会爱和理解。诗人说：“黑夜给了我黑色的眼睛，我却寻找光明。”

“所有人都是一个整体，每个人的不幸也是其他人的不幸”。人与人的理解和感同身受很难，但不能缺少悲悯。“看见”是为了更多的唤起，是为了少一些伤害。

栏目报道案件多，每一个案件都是与社会的对话和法律精神的传达。

评论应该有数百期了，几个案件记忆犹深：

“紫藤巷2号凶杀案”，奸情、凶杀、权力、金钱、枉法……众多吸引眼球的元素集于一案。杀人罪、包庇罪，历时八年，两级法院六次审理。因为央视记者长篇调查报告，案件进入公众视野，引发社会关注。节目作了两期报道。我在评论中厘清罪名，更多指出超期羁押、刑讯逼供的司法顽疾。疑罪从无、非法证据排除、保障当事人的辩护权对纠正冤假错案的意义。

“非法收购玉米案”是非法经营罪适用的一个标杆性案件，评论观点也明确。“无证照违法收购玉米”不但没有扰乱社会秩序，不具有社会危害性和刑罚的必要性，而且起了桥梁作用，一定程度激发了市场活力，具有社会有益性。适用法律不能僵化和拘泥。关于非法经营罪，一直存在口袋罪的病诟。关于适用‘其他严重扰乱市场秩序非法经营行’这一兜底条款，不能扩张滥用，罪刑擅断，要涵养罪刑法法定原则，否则会弱化法律的价值和功能。”

“赤峰父母贩卖儿童案”，父母出卖自己亲生的龙凤双胞胎。大家痛恨拐卖妇女儿童，呼吁提高法定刑，甚至基于朴素的正义观提出一律死刑。但我认为拐卖妇女儿童不仅是法律问题，也是社会问题。刑法的有效性也并不完全取决于刑罚的严苛性。

安徽苏某10年打工积攒的55万元，被抑郁症妻子4年

“法律不强人所难”，要照顾到人的客观难处，不能过于拔高人的智力能力。案件被害人确实需要同情，但王琦也绝不希望对他人有这样的伤害，但凡能够预见，绝不会去碾压。

刑法有个重要的价值理念叫“刑法的谦抑性”，也叫必要性，意思是能够通过民事、行政调整社会关系，不要轻易动用刑法，不要轻易追究刑责，包括羁押必要性。敬慎刑名，因为这涉及别人的自由和痛苦，关乎法律的伦理价值和司法成本。法律不外乎人情，要符合常情常理，这也是衡量一个社会文明程度的重要标志。动辄适用刑罚，实质上还是重刑轻民的思想作祟。

对于司法者，个案中也要释放更大的善意担当，刚性有温度，心怀悲悯和敬畏，情理法要融合，要符合公众的朴素情感理解，这样也才会回归司法本源，有司法的公信力。

关于刑事和解，有助于修复社会关系。但是，对于侦查阶段的刑事和解法律还不完善，包括谁来启动，谁来调解，检调对接，调解程序、赔偿标准、监督机制都不明确。制度不完善，公安机关反而更要严谨规范，避免引起误解，产生对国家机关的不信任感。（视频已删除）

捐空，可不可以悔捐？抑郁疾病不是无民事或限制无民事行为能力人，不是合同无效的理由，法律上悔赠不占理。但评论不能只讲法，这样的捐赠背离慈善的本质。

慈善始于家庭，倾家荡产的公益并不是慈善的本意。公益捐赠不是一锤子买卖，网络慈善募捐也要有防范机制。在技术上、规则上有“容错”机制，这才是对爱心的呵护。讲法律，讲人性，讲机制，才有健康成熟的慈善，慈善才有公信力。

“王琦地下车库碾压醉汉致死”案，当事人已被羁押了400多天，是意外还是过失，案件还在审理中，不宜作过多分析，评论中只阐述了刑法的价值和理念。

案件报道评论大多敏感，要理解好媒体与司法的关

系，不能职能错位形成媒体审判，同样的“事实”，媒体和司法也会看见不同“真相”和有不同结论。

每次评论栏目组对我几乎没有任何的干涉和导向的要求，这也是一种默契和信任。


栏目改版后，以新闻热点报道为主，评论的内容几乎涵盖了所有的话题。节目与国家发展同步，会有宏大叙事，法治进步、精准扶贫、乡村振兴、典型案件……。节目也更多关注丑恶不公、弱势救助、民生冷暖、热点琐事……也都会小中见大，有人心触动。

媒体的价值在于批评，节目曝光各种不文明事件较多。

审美尚需时日。从善如登，劝人向善并不容易。文明其表，制度其里，文明不能只靠自律。有一定的强制力和约束才会内化于心，外化于行。所以，评论中更多建议用准则和制度规范人的行为，用强制力来培养善待他人自觉和习惯。

节目也更多关注未成年人保护，每年都会有几期。幸福的人一生被童年治愈，不幸的人一生治愈童年。在节目中不断呼吁：“如果一个社会不能保护最弱小的儿童，也就失去了最后的尊严和文明。”

每个案件多是别人的一生，每一次的报道及评论一定有她的拯救、触动和价值。我一直努力让微弱的声音多少有点人性的光辉和可触摸的温度，能给人希望和力量，也给自己一些安慰。

人是美的模仿，每个人的生活也是直播。感谢经历中美好的标签——“央视最美评论员”。



我就是 一个诗人

■ 杨大民 \ 文

我就是个诗人
把汉字排列好
把句子竖立好
把感情表达好
把思考呈现好
我就是个诗人

诗人不是职业
没有资格考试
《诗经》是我的宪法
没有顶头上司
屈原是我的导师
没有绩效考核
写诗是我的作业

有灵感就写一首
没时间就睡一觉
可以笑傲江湖事
也可点评古与今

我就是个诗人

愿意为百姓唱赞歌
可以让帝王说人话
一草一木一花一虫
是我窥探世界的眼
诗歌是生命的体验

我就是个诗人
漫步在钢筋水泥的街道
感受在追名逐利的人间
书写在春去秋来的四季
创作在悲欢离合的今生

太阳升起来 还会落下
月亮消失了 还会出现
诗人来到这个时代
就要把思索与疼痛
变成诗行

京都律师手绘瓷盘，定格春日温婉

2023年3月8日，京都律师事务所为大家准备“盘中秀色，锦上添花”主题活动，律师们进行釉上彩艺术创作，在瓷盘中描绘出喜欢的图案，展现个人艺术的风采。



老师带领大家以竹子作为主题在盘子上绘画，首先需要将黑色、白色、绿色和黄色颜料挤入调色盘中，为画出富有层次感的竹林做准备。



绿色与黄色调和用于画远景，侧锋用笔，画出粗壮的竹节。接着继续加上一点黑色，调出更深的颜色来呈现中景，整理笔尖，画出挺拔的竹枝。最后自由地添加竹叶，由近及远的竹林映入眼帘。



根据老师的讲解，大家自由发挥，大胆创作，不局限于描绘竹子，每个人都沉浸地勾勒着心中的美丽风景。



最后，大家举起自己用心创作的盘子拍照留影，互相欣赏交流，分享自己的创作灵感。



流光映春日，溢彩焕秀颜，京都律师事务所祝女神们温柔与共，节日快乐! 🌸



说理（书法作品） 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：0411-81825666
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：南京市建邺区牡丹江街69号
大唐科技大厦B座14层
邮编：210019
电话：025-85231119
邮箱：nanjing@king-capital.com

海口分所

地址：海口市美兰区国兴大道13号全球贸易之窗
邮编：570000
咨询电话：898-36388787
办公电话：898-36389693
邮箱：haikou@king-capital.com

重庆分所

地址：重庆市渝北区嘉州路88号国信金融中心
邮编：401147
咨询电话：023-8103 2077
办公电话：023-8013 2088
邮箱：info@king-capital-cq.com

郑州分所

地址：河南省郑州市郑东新区明理路238号
豫发中心15层
邮编：450000
电话：0371-60165600

www.king-capital.com

