

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2019/03

季刊 总第129期



京都律师事务所
King & Capital Law Firm



P25 家族财富管理新动向、新思路、新对策

P40 京都论坛 / 《京都刑辩讲堂》揭牌 首场名家讲座反响热烈

P65 京都论坛 / 值班律师在认罪认罚从宽制度中的问题和完善建议

P95 京都实务 / 科创板企业上市前如何有效防范知识产权风险

P100 京都实务 / 保险行业劳动争议分析报告发布 是否存在劳动关系成焦点



学习才能养成法治思维习惯

杨斌



2019年9月6日下午，受著名表演艺术家赵本山先生的邀请，我和田文昌老师飞往沈阳本山传媒，与赵本山老师相聚，接受辽宁民间艺术团有限公司的聘请担任其常年法律顾问。

这让我想起15年前，2004年5月29日，潘长江、潘长甬兄弟到京都所聘请我和田文昌老师担任其私人法律顾问的情景。

京都律师与赵本山老师和潘长江老师的缘分如此深远，一转眼，已经十五年了。我感叹人生之缘的奇妙，我惊叹时光流逝的飞快，我赞叹法治社会里，法律服务已经成为一种刚需，而律师会成为每一个人最好的朋友。

法治社会的基本特征就是全社会崇尚规则，遵守规则。政府按规则来进行社会治理，解决社会纠纷。公民和法人依规则进行民事行为，从事民事活动，同时按规则维护合法权益，保护自身利益。

而律师就是学习“规则”、研究“规则”、践行“规则”、总结“规则”、运用“规则”来保护委托人合法权益的那个懂“规则”的“朋友”。

京都律师事务所创业之初，田文昌老师领衔的律师创业团队均是学者出身。第一个民事诉讼法博士，第一个行政法博士，第一个留苏法学博士。从那时起，京都律师就以学者的视角和学者的态度，关注社会，分析案件，寻找解决问题的钥匙密码。二十四年来，京都律师已经养成了一种习惯，那就是不停的学习，不断的总结，不懈的努力。

更重要的是，田文昌老师一次次强调，法学教育不能脱离实际，只会“纸上谈兵”；律师实务也不能脱离理论指导，只知其然，而不知其所以然。京都律师要成为专家型的律师，就必须知其然，而且更要知其所以然。

近日，田文昌老师在“京都刑辩讲堂”开班式上再一次阐述了他的观点：“我们的律师实务做得太多了，理论上有所忽略，甚至都忘了。我们不仅仅要做某一项专业的培训，我们还要从根基上做起。我常常号召京都所的律师要读读法理，要把法理搞清楚，再把部门法的原理原则搞清楚。这些基本的原理原则搞清楚了，你才能融会贯通、触类旁通。现

在恰恰是本末倒置，从高校的法学教育开始，我们就忽略法理的学习和理解，只专注于对法条的解读。法理吃不透，做起案子来常常会出现错误，甚至是常识性的错误。法理课其实太重要了，最基本的法律原理一定要搞清楚。

《打造理论和实务相结合的至高点》一文值得每一位法律人反复阅读，细细品读，才能真正读懂京都律师的“初心”与“使命”。律师专业技能需要精益求精不断提高，律师思维模式和思考方法也需要不断调整反复修正。唯如此，才能与时俱进，适应复杂变化的现实环境，为当事人解决疑难复杂的现实难题——用我们精湛的专业技能维护委托人的合法权益。

社会在发展，法治在进步。只有持续的学习才能更好的为当事人提供专业有效的法律服务。律师职业本身就是一个需要终身学习的职业。

在“京都刑辩讲堂”开班之际，京都律师公众号发表田文昌老师在北京大学国际法学院2019年毕业典礼上的致辞——《真正形成法治思维的习惯》，指出“改革开放四十年后，我们取得举世瞩目的成就。我们的律师从无到有，到四十几万之众，这都是有目共睹的。但是，在四十年后的今天，当法律的概念人人皆知的时候，法治的理念有没有深入人心？这正是我们正在担忧的问题。很多人包括我们的法律人在内包括法学学子，包括司法人员，包括法学教授很多人没有走出人治的思维模式，没有真正形成法治思维的习惯，这是一个值得深入讨论的问题。”

只有当我们在现实生活中遇到具体问题时，谁具有规则意识，契约意识，公平意识，谁才具有法治思维的习惯。这些，都必须通过长期的学习，不断的学习，终身的学习，才能够养成。所以，京都律师不能停止学习和思考。

未来，京都将以“京都刑辩讲堂”、“京都律师”公众号、《京都律师》杂志等多个平台，以开放的胸怀，与全国各地的律师同仁互通有无，交流信息，分享经验。让法学家与律师轮流宣讲，让律师与法学家激情碰撞，用我们智慧的火花为中国律师业锻造出一把又一把解决具体问题的金钥匙。



专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

主 办 京都律师事务所
 承 办 京都律师事务所品牌建设部
 编辑委员会
 主 任 田文昌
 编 委
 曹树昌 孟 冰 蔡景丽
 杨照东 金 杰 朱勇辉
 秦庆芳 王九川 公丕国
 杨大民 钟延红 郭 庆
 韩 良 肖树伟 邹佳铭
 刘 铭 陈 宇 吕志轩
 金 燕 张雁峰 梁雅丽
 刘敬霞 陈东利 王胜全
 赵岐龙 李 波 牛支元
 柳 波 孙巾力 孙艳辉
 郑建鸥
 主 编 杨大民
 编 辑 孟 妮
 美 编 北京龙之月文化
 地 址 北京市朝阳区景华南街 5 号
 远洋光华国际 C 座 22-23 层
 邮 编 100020
 北京总所电话 010-57096000
 全国免费咨询电话 400 700 3900
 业务咨询电话 010-85253900
 传 真 010-85251268
 上海分所电话 021-52341066-1099
 深圳分所电话 0755-33226588
 大连分所电话 0411-85866299
 南京分所电话 025-85231119
 天津分所电话 022-58963439
 网 址 www.king-capital.com
 邮 箱 info@king-capital.com

目 录

卷首语

学习才能养成法治思维习惯 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

封面主题

家族财富管理新动向、新思路、新对策

我国人寿保险信托的模式解析 苏旭 柏高原 / 26

瑞士与中国CRS交换，如何审视你的境外账户 高慧云 王帅锋 / 31

离岸公司股权保护须未雨绸缪

——以股权跨境继承的现实困境为视角 汤杰 / 34

离岸信托中的受托人责任

——演变及趋势 柏高原 汤杰 / 37

京都论坛

《京都刑辩讲堂》揭牌 首场名家讲座反响热烈 / 40

打造理论和实务相结合的至高点

——田文昌律师在《京都刑辩讲堂》成立仪式上的致辞 / 43

门金玲：刑事辩护学导论——兼及辩护律师的困惑与彷徨 / 45

孙远：漫谈辩护的责任与方法 / 51



追求卓越 不负重托

京都论法

- 关联企业合并破产那些事儿 孟冰 杜雅琪 / 55
 保险诈骗罪与保险理赔纠纷应当如何区分? 张启明 许明 / 60
 值班律师在认罪认罚从宽制度中的问题和完善建议 梁雅丽 / 65
 对鉴定意见质证的十个突破口 朱勇辉 王梓娜 / 70
 这家外企为何不请刑辩大状
 ——谈有效辩护理念下的刑事辩护模式改造 王九川 / 76
 毒品犯罪辩护之毒品基础法律问题梳理 汤建彬 / 79

京都实务

- 从涉嫌两罪到不起诉
 ——论如何说服检察院做出不起诉决定 邹佳铭 王馨全 / 84
 被关押近一年的“诈骗重犯”，如何无罪走出看守所? 翁小平 刘记辉 / 87
 悬在国企管理人员头上的达摩克斯之剑
 ——国企职务犯罪实务（下篇） 张启明 许明 / 90
 科创板企业上市前如何有效防范知识产权风险? 王菲 刘清格 / 95
 保险行业劳动争议分析报告 发布是否存在劳动关系成焦点 贾宝军 赵毓 / 100
 《证券虚假陈述责任纠纷研究报告》预告版 陈宇 苏文婷 任视宇 蒋伟 / 105

律师·生活

- 人生应该爬一次大石头山 孟冰 / 110

律·诗

- 远方的格桑花 刘铭
 说法 杨大民 / 112

京都律师

封面题字 江平



2019年第2期
 总第128期 季刊

业 绩

田文昌、杨大民律师被聘为辽宁民间艺术团
常年法律顾问



田文昌律师、杨大民律师与赵本山先生合影



聘书

2019年9月6日下午，受著名表演艺术家赵本山先生的邀请，京都律师事务所名誉主任田文昌律师、高级合伙人杨大民律师飞往沈阳本山传媒，接受辽宁民间艺术团有限公司的聘任担任其常年法律顾问。

辽宁民间艺术团有限公司于2003年成立，由著名表演艺术家赵本山先生任集团董事长，是一家集演艺、影视、艺术教育于一身的大型文化产业集团。公司经营范围包括：东北二人转、喜剧小品、民间歌舞综合文艺表演，广告设

计、制作、代理、发布，影视剧制作及发行，剧院，电影放映，经营演出及经纪业务等。被文化部授予“文化企业三十强”称号。主要作品有《刘老根》系列、《乡村爱情》系列、《马大帅》系列等。



业绩

京都瞿丽红律师团队助工商银行新疆分行获三亿赔偿， 为百亿金融大案仓单全赔首例



瞿丽红律师



周兴月律师

在涉案金额高达数百亿元的系列金融大案中，在汇丰、花旗、渣打及其他十数家国字头银行纷纷败诉、折戟沉沙的背景下，经京都律师事务所瞿丽红律师组织牵头，由周兴月律师、肖永成律师、张小峰律师、潘辛律师等组成精英团队，代理的中国工商银行新疆分行最终胜诉，并全额获得仓单监管人青岛港集团支付三亿元巨额赔偿款，成为这一金融大案中极少数成功获得全额赔偿的个例。

数百亿金融大案风波始末

2014年，金融圈很少有人不知道陈基鸿和他的德正系众多公司，这个在2010年成功入选福布斯中国富豪榜的寒门子弟在2014年再次震惊了中国金融圈，但这次是以相反的方式，以巨额骗贷、合同诈骗的嫌疑人的身份重新站上了风口浪尖。

随着2014年4月青海省原常委毛小兵的落马，曾经向毛小兵行贿800余万元的陈基鸿和他的德正系69家公司的信用证诈骗、合同诈骗系列大案被引爆。经查明，自2012年11月至2014年5月，在“德正系公司”明显不具备还款及履行合同能力的情况下，陈基鸿及其同案人通过多种手段，先后骗取多家公司120多亿元巨额资金，并通过重复质押货权凭证、或直接伪造青岛港集团下属大港分公司仓单类货权凭证进行质押等方式，先后骗取13家银行贷款、信用证、承兑汇票等共计36亿余元资金。此外，汇丰、荷兰银行、渣打、花旗、南非标准银行等多家知名外资银行向德正系公司的相关贷款总额总计也近10多亿美元。

受青岛港爆发的此次融资骗贷丑闻影响，银行对金属质押融资贷款的需求减弱，多家知名外资银行部分或全部的抛弃了旗下的当地商品交易部门。随着该案调查，以及银行减少进口金属相关贷款，2014年6月中国的精炼铜进口量同比下滑8%，创当时13个



肖永成律师



张小峰律师

月最低水平。

众多银行在向仓单监管人索赔程序中折戟沉沙

陈基鸿和德正系公司的骗贷大案引爆后，众多在该案中作为受害人的知名外资、国字头银行第一反应是尽快止损，然而经办案机关采取查封、冻结等程序，犯罪嫌疑人陈基鸿和德正系公司的查封冻结财产远不足以全额清偿全部受害人的损失，资金缺口巨大。此种背

业绩

景下，受害人能否行使抵押、质押等担保权利成为众受害银行能否弥补自身巨额损失的关键所在。

有鉴于此，众多受害银行纷纷对包括青岛港集团、大港分公司在内的货物保管人提起民事诉讼，希冀通过追究其作为仓单出具人、货物监管人的违约责任，实现担保权利，最终弥补自身损失。然而因为民事诉讼与刑事案件密切相关，且案情错综复杂等多种原因，最终众多银行纷纷败诉、折戟沉沙。

五年披荆斩棘，终获全面胜诉

在多家知名外资银行、其他国字头银行纷纷败诉的背景下，京都律师事务所瞿丽红律师牵头，由周兴月律师、肖永成律师、张小峰律师、潘辛律师等组

成精英团队，接受中国工商银行新疆分行委托，毅然向青岛港集团、大港分公司提起诉讼，追究其作为仓单监管人的违约责任。

案件难度巨大、阻力重重，其中涉及刑事责任、协议效力部分的难关更是曾让多家知名外资银行、国字头银行饮恨败诉。但团队律师精诚合作，深入研究案件争议焦点，围绕《仓单质押监管协议》效力、有偿委托监管合同关系、仓单出具行为效力、委托人穷尽法律手段认定、未实现债权认定、“德正系”公司偿债能力认定、《ICC跟单信用证统一惯例（UCP600）》规则等案件核心争议，与委托人反复研讨，深挖、调研、组织证据，形成完整证据链条，通过无数次专家论证，构建最优选诉讼策

略，与被告方激烈交锋、寸土必争。

五年披荆斩棘，团队经历新疆高院管辖异议一审胜诉、最高院管辖异议二审胜诉、新疆高院一审胜诉、最高院二审发回重审、新疆高院重审一审胜诉等一波三折，通过不懈努力，最终由最高院二审终审维持原判，我方获得全面胜诉！目前青岛港集团及大港分公司已经遵照判决，全额向工行新疆分行支付了近三亿元赔偿款，并全额承担案件受理费150余万元。委托人工行新疆分行成为在该起数百亿金融大案中，对仓单监管人提起诉讼的众多受害银行里，仅有的获得全面胜诉的赢家！

京都律师们通过实际行动践行执业理念，无论艰难险阻，必砥砺前行，维护委托人的合法权利。

从涉嫌多项罪名到不起诉 李秀娟律师及团队深耕案件助嫌疑人成功脱罪

为使整个社会崇尚法律，律师有责任使法律更值得崇尚，这个努力的过程就是使法律公平地适用于个案中。

——题记

这是一起由京都律师事务所刑事业务部合伙人李秀娟律师牵头，律师张小峰、宝永生、周兴月、黄凯组成的精英团队经过近三年不懈努力，成功为一起省级纪委移交公安、并由省厅指定管辖的重点案件争取到公诉机关不起诉的结果，帮助同案三名嫌疑人脱离了刑事犯罪指控，成功维护了当事人合法权益的“典型个案”。



李秀娟律师

步步为营，从涉嫌“数罪”的重点案件到单一罪名的侦办案件

嫌疑人宋某系某省著名民营企业，市、县两级人大代表。2009年前后，其所经营企业基于扩建厂房、扩大生产规模的需求，向地方政府申请土地。由于企业既往经营状况良好，有力支持了地方经济发展，地方政府在为其审批土地过程中给予了一定的政策支持，允许其边批边建，并积极为其办理合法手续。后因地方政府部门之间对接出现失误，导致宋某企业实际建厂用地与最终土地部门核发手续略有出入。2016年，该省纪委工作过程中发现问



业绩

题，认为可能涉嫌地方政府官员收受贿赂并为宋某谋取非法利益问题，遂以涉嫌行贿等罪名向省公安厅、检察部门通报了情况。省厅接报线索后高度重视，专门将线索中涉嫌公安侦查之罪名指定下异地公安侦查。该案遂成为全省纪检、公安、检察部门联合工作之重点案件。2016年，公安以涉嫌非法占用农用地罪，对宋某三人立案侦查，并采取了强制措施。

接案后，京都律师们多次与嫌疑人家属进行沟通，并实地前往案发现场全面调查、取证，在获取大量一手资料基础上缜密分析，认为宋某三人不应以犯罪追诉。此后，经过多次与办案机关开展深入细致的沟通，依据事实和法律成功说服其撤销了对宋某等三人涉嫌行贿等罪名的侦查，公安部门仅保留了非法占用农用地一罪，案件取得了重大进展。

据理力争，证据不足两次退回补充侦查

在帮助嫌疑人减少指控罪名的基础上，京都律师们向办案机关反复争取，成功为三名嫌疑人办理了取保候审，使其重获自由。此后，京都律师们继续立足案件事实，深入细致展开分析，并积极与检察院就事实和证据问题开展对话，充分表达意见，得到了检察院办案同志的支持，案件两次退回公安机关补充侦查。

深耕案件，三年之后终获不起诉结果



宝永生律师



周兴月律师



张小峰律师



黄凯律师

在案件办理的近三年时间里，京都律师们多次奔走于北京及办案地之间，始终坚持不懈地对案件事实和证据开展深耕，在前期工作取得突破的基础上，多次与检察院同志交流案情，表达不构成犯罪的意见。经过不懈努力，检察院在两次补充侦查后，最终采纳了律师意见。2019年6月，依据刑事诉讼法175条第四款做出对三名犯罪嫌疑人不起诉的决定。

从最初省级纪检、公安等部门联合调查、指定异地管辖到最终决定证据不足不起诉，从最初涉嫌多项犯罪到最

终认定不构成犯罪，京都律师们提供法律服务过程中，始终坚持立足法律和事实，从证据入手深入研究案情，凭借对法律的深刻理解和对当事人高度负责的态度，获得了检察机关的尊重和支持，也成功维护了当事人的合法权益，挽救了当事人濒临破碎的家庭及面临停产的企业，以行动捍卫了律师对法律和真理的坚守！

正如西方名言：“上帝之磨虽然磨得很慢，但它始终在那里磨。”司法、正义的磨也是如此。它虽然转得很慢，但它一直没有停止。☞

业 绩

汤建彬律师辩护泉州吴某某贩卖毒品案二审成功改判死缓

近日，北京市京都律师事务所合伙人汤建彬律师承办的吴某某贩卖毒品案由福建省高级人民法院二审宣判。该案一审判决认定被告人吴某某构成贩卖、运输毒品罪，判处吴某某死刑立即执行。汤建彬律师于二审阶段介入本案，经过律师的精细化辩护，二审法院判定吴某某不构成运输毒品罪，撤销原判对吴某某的定罪量刑，将吴某某由死刑立即执行改判为死刑缓期二年执行。

一审判决认定的部分案件事实证据不足

2015年11月18日，泉州市中级人民法院作出一审判决，认定吴某某贩卖、运输甲基苯丙胺3808克，其中包括吴某某以贩卖为目的4次向颜某某购入甲基苯丙胺共计2008克，以及吴某某授意郑某某向彭某某3次购买并运输甲基苯丙胺共计1800克。

辩护律师在多次会见、仔细阅卷的基础上提出一审判决认定的部分案件事实证据不足的辩护意见，即一审法院认定吴某某通过郑某某分3次向彭某某购买并运输1800克冰毒的证据不足，不能认定该起犯罪事实，郑某某向彭某某购买毒品的数量不应计入吴某某贩毒数量，并进行了详细论证说理。

二审法院支持了该辩护意见，经



汤建彬律师

过审理查明：原判认定上诉人郑某某三次向彭某某购买甲基苯丙胺1800克是吴某某授意、安排的，主要依据郑某某的供述，无其他证据印证。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第五十五条的规定，孤证不能认定相关事实。该节诉辩理由成立，予以采纳。

本案毒品数量刚超过死刑数量标准，一审法院判处二人死刑量刑过重

《武汉会议纪要》明确：涉案毒品数量刚超过实际掌握的死刑数量标准，依法应当适用死刑的，要尽量区分

主犯间的罪责大小，一般只对其中罪责最大的一名主犯判处死刑；各共同犯罪人地位作用相当，或者罪责大小难以区分的，可以不判处被告人死刑；二名主犯的罪责均很突出，且均具有法定从重处罚情节的，也要尽可能比较其主观恶性、人身危险性方面的差异，判处二人死刑要特别慎重。

本案一审法院判处陈某、吴某某死刑立即执行。然而，本案毒品数量刚超过实际掌握的死刑数量标准，未达到数量巨大；吴某某的罪责小于陈某；吴某某没有法定、酌定从重处罚情节。根据《武汉会议纪要》，不当判处吴某某死刑立即执行。另外，通过判例检索，辩护律师发现福建省高级人民法院已有多个判例在毒品数量明显大于本案毒品数量的情况下只判处了1个死刑立即执行。基于上述理由，辩护律师向二审法院提出“一审判决量刑过重，不当判处吴某某死刑立即执行”的辩护意见并附相关参考案例。

该案二审历时将近4年，最终二审法院采纳了辩护律师的辩护意见，认定吴某某不构成运输毒品罪名，对其参与1800克毒品交易的指控未予认定，撤销原判对吴某某的定罪量刑，将吴某某由死刑立即执行改判为死刑缓期二年执行。



业绩

从无期徒刑到改判十一年，京都律师曹树昌智艳军再度联手发力辩护

近日，京都律师事务所高级合伙人曹树昌律师、合伙人智艳军律师办理的李某某涉嫌非国家工作人员受贿罪上诉一案，最终由天津市高级人民法院作出二审判决，将原审判决无期徒刑改判为有期徒刑十一年。

引子

本案李某某是香港金融界资深人士，毕业于全球著名的美国沃顿商学院（笔者注：特朗普及其女儿伊万卡也毕业于此），获金融专业MBA学位，先后在美国摩根士丹利、花旗银行和汇丰银行等知名投资银行任高管。

后来，李某某主动放弃在美国可以预见的优越生活回到了祖国。2004年在香港某知名银行工作时，其在相关人（后关系恶化为本案被告人）的提议下离职共同创业成立私募基金，从投行转身为投资，然而，猜疑和不幸就发生在投资过程中。

纠纷缘起

该基金涉及收购陕西西安的一家地产项目开发公司，合同总价款3.87亿元。在项目投资前，相关人通过自己的关系聘请了专业的房地产开发团队，负责项目商业上可行性的尽职调查以及具体的项目开发；聘请了专业律师、会计师团队对项目法律和财务上的合法性和

可行性进行尽职调查。各专业团队均未提出项目存在不可进行的风险。

相关人作为基金和项目的负责人

及投资决策者，除了李某某事事向其汇报，团队向其汇报项目情况、风险和工作进展之外，还亲自参与项目——与交易对方多次洽谈协商、实地考察地块、确定交易价格、安排与基金投资者沟通，另向第三方房地产业内人士咨询、组建项目团队、跟进项目进度、拟引入大型国企地产公司作为合作伙伴。

另，该相关人还亲笔签署董事会决议和投资行为授权书，批准项目投资，授权签约和付款。

然而，相关人在基金付款1.935亿元后打算停止项目运行，开始以各种方式和名义把付出去的钱要回来。其中理由之一，是因为李某某瞒着该相关人，在其不知实情的情况下违反基金的投资程序私自签约、付款，使基金遭受了损失，是伙同交易相对方共同诈骗。

当然，这一理由是相关人后来才想出来的，原来的方法是协商把钱要回来，可是交易方以合同为由要求相关人依约支付剩余的1.935亿元，还向中国国际贸易仲裁委员会提起了仲裁，相关人明知仲裁的被动，开始动起了刑事控告的脑筋。

风雨来袭

2012年平安夜，李某某在相关人的诱骗下从香港进入深圳，被西安市公安局抓捕，以其涉嫌非国家工作人员受贿



曹树昌律师



智艳军律师

业绩

罪采取强制措施，后被保释。

2013年5月27日，公安部对此案所涉问题向陕西省公安厅作出批复，后此案撤销，李某某恢复人身自由。

2014年6月19日，李某某被天津市公安局以涉嫌金额1.935亿元合同诈骗罪被采取强制措施。至此，案件又一次进入诉讼程序。

2015年11月16日，天津市人民检察院第二分院以李某某涉嫌非国家工作人员受贿罪提起公诉，涉嫌金额3225万元。

2016年12月6日，天津市第二中级人民法院判决认定李某某合同诈骗罪1.935亿元，构成合同诈骗罪，判处有期徒刑。

2016年12月12日，李某某向天津市高级人民法院提出上诉。

2018年11月14日，天津市高级人民法院开庭审理，经多次报请最高人民法院延期后，作出终审改判判决。

2019年7月5日，天津市高级人民法院对李某某案作出二审判决，改判认定李某某收受3225万元，构成非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑十一年。

一点意见

3225万元的事情，是基金对西安地产的合作方在地产项目合作开始之前，为了帮助该合作方在香港开办境内基金的境外平行基金而约定的开办费等费用，并非行贿受贿款项。大量的客观证据能够说明帮助成立基金是在地产合作之前的约定，是公开的，不存在为了地产合作而进行的所谓交易；并且，所

谓的行贿受贿，在双方均否认指控的情况下，行贿受贿的认定不仅没有证据支持，更有相反证据予以否定了。剩下的，只有控告人的故事和闪烁，以及现在的局面。

两场不能遗漏的金钱战

2016年12月6日，一审判决书在财产刑上判决没收李某某的个人全部财产；2019年7月5日，二审判决书在财产刑上判决没收李某某个人财产人民币300万元。

2016年12月21日，一审判决书作出后，相关人向香港高等法院以其它项目为由故伎重演对李某某提起商事诉讼并申请禁令，要求巨额赔偿（\$34,707,417.77），欲想趁李某某承受重大打击和没有任何辩护能力之时，在经济上断其生路。幸运的是，香港高等法院作出了公正判决，并指出了相关人的理由荒谬，故意隐藏关键证据、隐瞒其对项目情况和风险知情，毫无诚信，企图制造假象、混淆是非、误导法庭，故予以驳回。

三点启示

本案办理，持续了近五年，告一段落之时，如果说有启示，则有三点。

要坚持，不要轻言放弃。这话很平淡，但在绝境中能坚持的人并不多，我们很佩服我们的当事人李某某，以及他年迈的双亲和信仰基督的香港太太。没有好的坚持，就等不到好的结果，虽然本案的结果仍然不尽人意，但也算是不幸中之幸运。

司法之人，责任重大。法律不是儿戏，我们要对得起法律，举头三尺有神明。这一点不特指本案，其他案件也同样适用，具有普世之含义。无罪、无期、十一年，对司法之人，是某一天工作中某一个小部分，可是对于某个人、某个家庭，影响太大；不仅是个别的家庭，法律的扩散影响更是需要注意的，法律的被尊重、法治的被信任以及司法人员的尊严是从一个个案件中积累出来的。

律师的价值，是要发挥自己应有的作用。什么叫发挥应有的作用，不是要随波逐流，不是应因，而是要以调整、引导、作为等等方式来让案件回到正常的轨道，就是起化学反应。如果公检法可以自己单独定案，那我们就没有发挥化学反应的条件。但是既然辩护律师是参与其中的一方主要力量，就要起到化学反应，这是我们的价值，也是我们在案件中存在的意义。在我们所看到的卷宗材料中，也出现了中伦和金杜的律师相关的基础材料，无论是在案件中从事什么样的角色，无论是在非诉还是诉讼的领域，律师的价值都是一样的。

另外，在我和李某某几年的交往过程中，曾经连续几个月在看守所的会见室里对几千封英文的电邮逐一核对共同锁定证据，那是执业以来绝无仅有的事情，这个案件所付出的辛劳和智慧以及寻求香港政府驻北京办事处的依法帮助等经历，虽然现在已成过往，但让我们对辩护律师这四个字又有了新的理解和认识。



业绩

北京铁路局局长职务犯罪案 杨大民、彭吉岳律师 成功辩护 一罪不起诉

近日，由北京市京都律师事务所杨大民律师、彭吉岳律师担任辩护人的，原铁道部某部主任、原北京铁路局局长涉嫌受贿罪、巨额财产来源不明罪一案，经过两位律师认真、细致地辩护，一罪不起诉，一罪获从轻量刑。

案情重大：

中纪委移交最高检，最高检指定异地查办

被告人原在铁道部、北京铁路局等部门任要职，因涉嫌职务犯罪由中共中央纪律检查委员会将犯罪线索移送最高人民检察院，最高人民检察院将案件指定某省检察院异地侦办。

杨大民律师与彭吉岳律师接受委托后，立即跨越千里，投身到案件的辩护工作中去。

以少迎多：

五家检察院正、副检察长及公诉科科长联合办案，京都两律师迎战

由于本案影响巨大，涉案事实时间跨度大、涉及人员多、事实情节较为复杂，办案机关极为重视，抽调五家检察院的正、副检察长、公诉科科长组成最强阵容的联合办案组。

面对如此强大攻势，杨大民律师与彭吉岳律师迎难而上，与办案人员一一细致沟通，多次表达辩护意见，对繁杂的案件事实抽丝剥茧，为取得良好的辩



杨大民律师



彭吉岳律师

护效果打下了基础，同时也掌握了检察机关的指控思路。

激战法庭：

连法警都对辩护律师的风采连连称赞

在涉及受贿罪部分，辩护人抓住主要矛盾，不去过多纠缠无争议事实，重点就存在争议的几笔较大金额的受贿行

为展开剖析。

在证据层面，如涉及股权投资的相关款项，重点揭露被告人供述、证人证言与炒股账号开设时间不协调、炒股账号金额与言辞证据相冲突等问题，瓦解证据体系。

在实体层面，就行为人没有直接占有和使用相关钱款的情况下是否能够认定为受贿的问题，结合法理与相关判例进行深度论述。

辩护律师依据法律和证据，竭尽全力将能够成立的事实剥离到最少，将对被告人的不利因素降到最低。

开庭完毕，被告人对辩护人的工作十分认可，不禁称赞：“没想到你们工作做得这么细致，连陪同我的法警都说：你的辩护律师是哪里的，很多辩护意见太专业太细致，法庭上已经无法回应。”

辩护成效：

一罪不起诉，一罪从轻处罚

针对巨额财产来源不明罪，辩护律师指出多处证据存疑或者不能排除合理怀疑，同时辩护律师也组织证据对相关事实进行了说明，最终辩护意见被检察院采纳，该罪名被不予起诉。

受贿罪虽然成立，但法院在认真考虑辩护律师意见及各种情节后，在认定涉案金额逾8000万元的情况下，判处有期徒刑。相比较而言，很多涉案金额

业 绩

相对更少的案件都被适用无期徒刑，如曲靖市委原副书记李云忠受贿4000余万元，山西省委原常委、原秘书长聂春玉

受贿4458万元，上海市检察院原检察长陈旭受贿7423万元，均被判处无期徒刑。在此背景下，本案能取得这样的辩

护效果，可谓十分不易，与辩护律师的工作认真细致、善于沟通、专业辩护完全是分不开的。✎



王九川律师

王九川律师为黄某受贿案辩护获得不起诉决定

2018年4月，王九川律师接受委托为黄某涉嫌受贿案犯罪嫌疑人黄某辩护。

在会见和阅卷后，王律师发现，该案涉及对跨境行为的认定问题，由此对其疑难点进行深入研究。通过对境内外相关案例和法律规定的研究，王律师认为该案在基本事实、证据体系、法律适用方面存在诸多问题，向办案机关提出

“不起诉”的辩护意见。

该案经过两次退回补充侦查、三次审查起诉，黄某随后被取保候审。期间，王律师先后同该案承办检察官多次交换意见，就案件疑难、焦点问题阐释自己的看法。

在黄某被取保候审十个月后，审查起诉机关最终采纳辩护人的意见，于2019年7月作出不予起诉的决定。✎

从建议量刑13年到最终判决7年 彭吉岳律师有效辩护受法官致函“点赞”

近日，京都律师事务所合伙人彭吉岳律师担任辩护人的一起职务犯罪案件宣判，在最初考虑量刑13年左右有期徒刑的背景下，经过彭吉岳律师认真辩护和灵活沟通，被告人最终被判处7年有期徒刑，其工作态度与专业风采获得承办法官致函“点赞”！

反腐大潮下身犯两罪，数罪并罚量刑建议13年

被告人杨某原任山东省某市机关局长、党组书记，因相关经济问题被指控犯贪污罪和受贿罪，其中贪污金额近



彭吉岳律师

300万元，受贿金额30余万元。根据办案机关的建议，两罪并罚应判处13年有期徒刑。该案是当地监察委成立以来办理的第一起反腐案件，态度之坚、力度之大可见一斑。

在国家强势反腐的背景下，司法机关对贪污贿赂犯罪的处理往往具有从严、从重的倾向。当事人接到监察委电话通知后，赶到指定地点接受调查时即被采取留置措施，与其失去联系的家属十分焦急，彭吉岳律师了解案情后，迅速制定了罪轻辩护的策略：对确实存在的犯罪事实应当认罪悔罪，对存在争议



业绩

的事实及量刑问题应当抽丝剥茧，争取最有利的结果。

专业论证与灵活沟通，庭前辩护系统扎实

刑事案件，辩护律师越早介入越容易赢得先机。彭吉岳律师一接受委托便迅速展开了辩护工作，将辩护重点放在庭前。彭律师先后多次会见当事人、与监察委、检察院、法院等部门沟通，着重表达以下意见：

1. 杨某对被指控的主要犯罪事实认罪认罚，态度良好，根据刑事诉讼认罪认罚从宽的原则，可以依法从宽处理；

2. 杨某受到电话通知后便立即赶赴指定地点接受调查，如实供述了主要犯罪事实，同时在留置期间还主动供述了办案机关未掌握的犯罪事实，全额退赃，具有多项从轻、减轻处罚的量刑情节；

3. 案件证据体系不够完整和充分。从卷宗来看，言辞证据却存在高度一致部分指控事实无客观证据印证，证据无法达到切实充分的程度等情形，辩护人认为真实性和客观性存疑。

该案犯罪事实数量多、时间跨度大，涉及多方主体，较为复杂，彭吉岳律师在认真阅卷的基础上，仔细梳理案件事实，做出了细致的阅卷笔录。经统计，仅贪污事实中涉及的相关主体就有15个，每个主体相关的贪污事实还有几起至十几起不等。在浩如烟海的案卷信息中，通过梳理和比对，彭吉岳律师发现众多言辞证据高度重合的反常现象，辩护人据此表达了相关辩护意见，动摇

了案件证据体系。

经过积极的辩护和沟通，彭吉岳律师成功说服监察委出具了杨某如实供述办案机关未掌握的犯罪事实，认罪态度较好等情况说明，同时也使各部门办案人员充分了解了本案的众多从轻、减轻处罚的情节以及证据体系存在的问题，为后续量刑辩护打下了良好基础。

13年量刑建议下实判7年，辩护效果显著

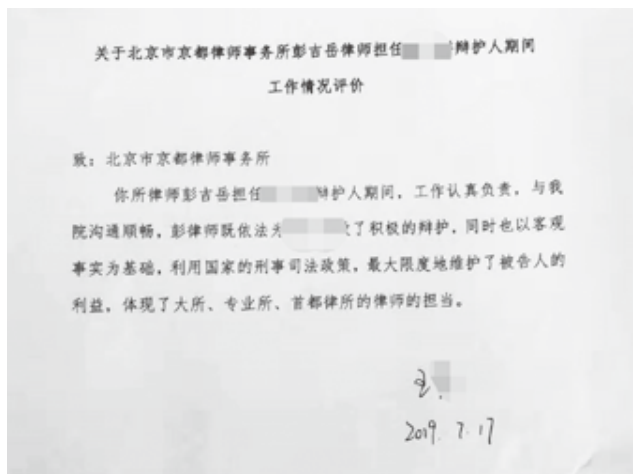
庭审前，彭吉岳律师与被告人协商确定了庭审辩护策略，被告人认罪悔罪，辩护人依法独立指出本案中存在的证据瑕疵和定性问题。在这一指导思想下，庭审取得了非常好的效果，辩护人的大量意见被法庭采纳。

7月17日，本案宣判。被告人因贪污罪被判处有期徒刑6年，因受贿罪被判处有期徒刑2年，数罪并罚决定执

行有期徒刑7年。从最初的量刑建议13年，到最终实际判决7年，刑期降低了近一半，可谓是职务犯罪难得的有效辩护案例。

以专业和敬业赢得认可，宣判后法官致函“点赞”

彭吉岳律师庭前积极沟通、庭上依法辩护的工作方式不仅获得了当事人及其家属的肯定，更赢得了本案承办法官的尊重和认可。案件宣判后，本案法官特别向北京市京都律师事务所发送《工作情况评价》，赞扬彭吉岳律师的专业水准及敬业精神。《工作情况评价》中写道：彭吉岳律师“工作认真负责，与我院沟通顺畅……既依法为杨某做了积极的辩护，同时也以客观事实为基础，利用国家的刑事司法政策，最大限度地维护了被告人的利益，体现了大所、专业所、首都律所的律师的担当。”



彭吉岳律师工作情况评价书

业绩

张启明律师辩护的涉嫌保险诈骗罪重罪，法院改判轻罪并获缓刑



张启明律师

近日，由北京市京都律师事务所张启明律师辩护的被告人阮某某一案，由保险诈骗重罪改判轻罪，并获判缓刑。

一审检察机关指控被告人阮某某等三人对发生的保险事故夸大损失的程度，骗取保险金40余万元，法定刑幅度为五年以上十年以下有期徒刑。张启明律师在开庭前十余天接受委托，火线办案，通过审查案卷，厘清了案件事实，撰写二万余字的辩护意见详细论证了本案不构成保险诈骗罪；自行调取证据并向法庭提交，还原被告人阮某某系自首

的事实。一审法院采纳关于不构成保险诈骗罪的辩护意见，并确认阮某某的自首情节，最终以虚开发票罪判处有期徒刑九个月，缓刑一年六个月。

一审宣判后，检察机关认为一审判决将认定为虚开发票罪属于定性错误，认定阮某某自首适用法律错误，提起抗诉。二审法院开庭审理中辩护律师据理力争，庭后多次与承办法官沟通，并先后递交三次辩护意见阐明观点，终获法官认同，得以维持原判。

27位京都律师入选新一届北京市律师协会专业委员会委员

2019年8月6日，北京市律师协会对第十一届北京市律师协会专业委员会（研究会）委员名单进行了公示，北京市京都律师事务所27名律师入选新一届北京市律师协会专业委员会。

第十一届北京市律师协会专业委员会（研究会）京都律师事务所入选名单

公益法律事务与法律援助专业委员会	竞争与反垄断法律专业委员会	证券法律专业委员会
田纪华	金毅	肖小保
公司法专业委员会	民法专业委员会	职务犯罪预防与辩护专业委员会
公丕国	肖树伟	张雁峰
合同法专业委员会	商标法律专业委员会	专利法律专业委员会
赵岐龙	雷蕾	陈长会、金凤华
互联网金融法律事务专业委员会	商事犯罪预防与辩护专业委员会	京津冀协同发展法律服务研究会
吕志轩	梁雅丽、彭吉岳、李荣	刘敬霞
环境与资源保护法律专业委员会	信息网络与电信邮政法律专业委员会	涉外法律服务研究会
李波	常莎	王馨全
传媒与新闻出版法律事务专业委员会	刑事诉讼法专业委员会	刑事实务研究会
万蓉	汤建彬、徐莹、瞿凯俊	柳波、夏俊
建设工程法律专业委员会	银行金融法律专业委员会	
王春军	刘哲、吴欣荣	

京都律师此次当选律协多个委员会委员，是对京都在相关领域的专业能力、行业影响力的肯定与信任，京都律师也将积极配合律师协会的各项工作，担起新时代赋予律师的使命与责任，共同为律师行业的发展贡献力量。



荣誉

京都所商标代理人入围首批“商标代理金牌服务个人”



于亚敏、曹静入选首批“商标代理金牌服务个人”

2019年6月，在中华商标协会开展的首批“商标代理金牌服务个人”评选活动中，京都律师事务所商标团队资深商标代理人于亚敏、曹静入选首批“商标代理金牌服务个人”。

京都商标业务团队拥有资深商标代理人、律师近30余名，团队中多数成员在商标行业从业超过十年，部分成员曾在商标局或者商评委担任审查员。团

队作业语言有中、英、日、韩，客户群遍及欧洲、美洲、亚洲等诸多国家和地区。京都商标业务团队作为国际商标协会（INTA）会员、中华商标协会常务理事单位，在国际业务领域与近百个国家和地区的代理机构和律所建立合作，为国内外客户提供优质的法律服务。

团队始于2001年，作为业界领先的专业商标代理团队之一，可为客户提供

知识产权咨询、规划、授权、确权、维权等法律服务，致力于为客户提供全方位商标布局方案和品牌保护策略。

团队曾获诸多荣誉：从2011年开始至2019年，连续八年被中华商标协会评为“优秀商标代理机构”，并于2018年获中华商标协会首批“商标代理服务金牌示范单位”称号。京都商标业务团队代理的案件，曾被最高人民法院评选为“2013年度最具影响力商标案件”，曾被国家知识产权局评选为“2018商标评审20件典型案例”。京都律师事务所高级合伙人黄雅君律师作为商标业务团队中的杰出人物，曾获得业界多项荣誉，部分如：被中华商标协会评选为“2016年度商标领军人物”；2016-2019年，连续四年入选国际权威排名机构《钱伯斯》“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，连续两年获选Legal 500知识产权领域“推荐律师”；2017第四届强国知识产权论坛年度“最佳商标诉讼律师”等。曾担任最高人民法院知识产权案例基地专家委员会委员、现任中华商标协会学术委员会副主任。

京都商标业务团队秉持“提供专业服务、善尽代理职责”这一至高诺言，赢得了国内外客户的信赖与支持。

活 动

京都律师参与西北政法大学刑事辩护高级研究院 “鉴定类证据质证”师资研修活动

2019年7月26日-28日，西北政法大学刑事辩护高级研究院第六期师资研修活动在内蒙古呼伦贝尔举办。在京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌律师的带领下，20位京都律师参与了本次研修活动。

本次研修的主题为“鉴定类证据质证”，鉴定意见对案件定罪量刑有着十分重要的意义，有时甚至起到决定性的作用。因此，随着庭审实质化的推进，在刑事辩护实务中，鉴定意见质证的重要性日益凸显，是辩护律师必须掌握的一项基本技能。

本次研修的六个板块，京都律师负责、参与了其中四个板块的主导工作，通过目的理念梳理、现场模拟演练等方式，充分展示出了京都律师的专业水准。

2019年7月27日上午，研修板块为



“同一认定原理及鉴定类证据质证”，本版块由柳波、聂素芳、彭吉岳、夏俊等四位律师主导。本版块分为：理论梳理、实战演练、复盘总结三个阶段。

27日下午的研修板块为“种属认定原理及鉴定类意见的质证”，本版块由朱勇辉、张启明、张小峰、孙广智律师主导。

梁雅丽律师受湖南省律协邀请 做“鉴定意见质证”专题讲座

2019年8月31日，京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师受湖南省律师协会邀请，在湘做了题为“鉴定意见质证之原理与策略”的专题讲座。此次讲座的目的是为了提升湖南省律师质证司法鉴定意见的能力，帮助刑事辩护律师掌

握有效质证司法鉴定意见的原理、策略与方法。

讲座中，梁雅丽律师主要围绕以下五个方面并结合相关案例娓娓道来：

1、鉴定的目的和基本原理

梁雅丽律师首先从司法鉴定的目的

出发，阐释了司法鉴定的七大特点、鉴定的启动权问题、鉴定人与专家辅助人的角色定位、鉴定的三大基本原理等内容，从而为后续揭示鉴定意见质证的基本原理和策略方法奠定了基础。

2、鉴定意见质证的目的与基本原理



活 动

尽管鉴定意见质证的直接目的可以根据法律和法理进行细化，但梁雅丽律师强调鉴定意见质证的最终目的在于追求有利于被告的结果，为辩护服务。围绕这个目的，律师应从静态的证据属性和动态的事实推论两个方面对诉讼证据进行质证。具体到鉴定意见质证的基本原理，梁雅丽律师认为应围绕关联性、科学原理的普遍接受性、检材的原始性、专家的适格性和公正性、分析检验过程的科学性等方面展开。但在实践中，我国的鉴定意见质证仍然存在诸多观念性障碍、操作性障碍和制度性障碍。

3、鉴定意见的质证方法与实战策略

结合相关法律依据和法理分析，梁雅丽律师总结了鉴定意见质证的14种黄金方法；同时，她还结合自己多年的刑事辩护经验，提出了鉴定意见质证的25条实战策略，以求做到对鉴定意见的充分质证，从而影响法官的内心确信，达到有效辩护的目的。

4、电子数据鉴定意见的质证策略与方法

根据电子数据的特质，梁雅丽律师强调应围绕关联性、真实性、完整性、合法性、是否收集全面等方面，对具有个案特征的电子数据进行全面有效的质证。

5、远程取证中的证据问题

最后，梁雅丽律师结合自己承办的一个典型案例，专门分析了实务中比较典型的电子数据远程取证中存在的若干



梁雅丽律师



会议现场

证据问题。

据悉，此次数百名湖南律师现场聆听了讲座，现场还通过网络直播的方式

面向全国律师分享。讲座后，多名律师表示此次讲座非常有收获，对自己今后的法庭质证很有帮助和指导意义。

活 动

《商标代理人培训与考试大纲》修订工作会在京都所召开

2019年8月7日，根据中华商标协会的统筹安排，中华商标协会组织商标代理分会学术委员会在京都律师事务所（京都所）召开《商标代理人培训与考试大纲》修订工作会。中华商标协会会员部副主任马家媛与学术委员会专家共同对当前《商标代理人培训及考试大纲》内容进行了讨论，并根据近年来相关法律法规的变化，提出了修订意见和方案，进一步规范 and 明确 2019年商标代理人培训考试范围，提高商标代理人的业务水平。

京都所知识产权部高级合伙人黄雅君律师参加了本次修订会，并将与学术委员会其他成员共同完成相关修订工



与会人员合影

作。黄雅君律师专业从事知识产权法律业务二十余年，曾任最高人民法院知识产权案例指导研究（北京）基地专家咨

询委员会专家，现任中华商标协会商标代理分会学术委员会副主任。

京都房地产和基础设施部“新时代下建设工程领域金融法律服务争议解决实务”研讨会顺利举办



会议现场

2019年7月27日，为探讨当前经济形势下建设工程金融法律热点问题，京都房地产和基础设施部召开了新时代下建设工程领域金融法律服务争议解决实务”研讨会，兴业银行北京分行客户经理翟乐成，浙商银行行长助理佟兆奇，中天恒盛融资租赁有限公司董事乔峥，华融国际信托王翼，北京电子城付磊、北京互仁信税务师事务所所长黄毓等金融专家出席。



活 动



与会专家合影

会议第一部分紧紧围绕着建设工程全阶段的金融法律服务展开，从工程决策、实施过程、竣工三个角度探讨。王

春军律师分享了目前实务中自己作为代理律师遇到的相关问题，与会的银行业务专家则主要从监管角度指出了工程融

资、转让、抵押可能遇到的法律风险。通过激烈的讨论，与会人员明确了律师在建设工程金融法律服务领域中已经开发、可以开发的业务板块。

第二部分则就工程保函、信用证、工程类项目资产证券化等当前热点问题展开了讨论。与会专家指出，建设工程中保函和信用证问题处理规则并无其特殊性，但相关的法律风险和纠纷却十分值得研究。在当前经济形势下，律师将在金融服务中扮演更重要的角色，建设工程律师在工程领域的专业性使其在相关争议解决中具有天然的优势。

本次会议顺利闭幕，与会人员随后进行了合影留念。作为律界建工团队“建工金融”业务的一部分，本系列研讨会有望常态化、规模化开展，以进一步提高团队的业务能力与水平。

京都南京分所与江苏三法律所召开刑事辩护业务探讨与交流座谈会

2019年7月17日上午，北京市京都（南京）律师事务所（以下简称“京都南京”）与江苏三法律师事务所（以下简称“三法律所”）在南京进行了题为《刑事辩护业务探讨与交流》的座谈会。京都所高级合伙人、京都南京主管合伙人陈宇，京都所高级合伙人柳波及京都南京合伙人蒋伟、蔡栋、李昌鹏，律师秦凯、陈思思、苏文婷参与了此次座谈活动。

座谈活动上，京都所参会人员就刑事辩护业务实操要点、未来发展趋势及

青年刑辩律师的成长等问题与三法律所执行主任、南京律协副会长刘伟，三法刑辩中心主任、南京律协刑法专业委员会主任杨冬，南京大学法学院副教授黄旭巍，三法律所合作人谷胜庆及律师王艳芳、徐寅飞、于敏进行了深入沟通和交流。

会议伊始，“东道主”三法律所所党支部书记、执行主任刘伟及合伙人杨冬先后向京都所同行介绍了三法所的基本情况 and 刑辩中心情况。随后，京都南京负责人陈宇和京都所高级合伙人柳波

也向与会人员介绍了京都南京分所的运行模式和刑事辩护业务状况。

在刑事辩护实操要点的探讨环节中，双方就刑事律师的专业化发展展开了热烈讨论。京都所陈宇、柳波表示，京都所提倡刑事辩护专业化，讲究团队化合作，对律师的专业素养要求较高，表示刑事律师应做到“全才”，不但要精通刑法，也要精通民商，这样才能满足复杂多变的刑事辩护案件的需求。

而在律师专业化的培养上，表示京都所对法律文书撰写要求较高，比较注

活 动

重日常培训的积累，如北京总所每两周进行一次业务学习，模拟法庭；而京都南京则是每周定期培训，实施业务归集制度，便于所内律师查阅、学习案件所有。

对于青年刑辩律师的成长，参会青年律师先后分享了自己成长过程中的思考和感悟，强调了文书撰写、开庭准备等工作的重要性。表示青年律师要对自己进行规划，要主动学习，要在实战中快速成长。

在刑事律师专业化发展上，三法律所刘伟提出专业化与机制相关，要建立交流机制，只有内部机制健全，律师才能沉下心来专心做事。同时，他还提到，专业所要想在行业内形成影响力，可以通过“规模化”解决“专业化”的问题。

在“刑事看实质，民事看形式”的问题探讨上，参会人员结合以往经验各抒己见。表示“实质”与“形式”并不会产生必然的冲突，需要根据具体案情进行具体分析。随后，参会人员还就监察体制改革问题、认罪认罚制度、刑事辩护全覆盖以及刑事辩护风险等问题进行了深入探讨和交流。

最后，陈宇律师再次感谢了三法律所的热情接待，表示此行收获颇丰。希望能够以此次交流活动为契机，进一步提升两所之间的交流层次和交流内容。同时也希望通过同行间的互相学习和互相支持，共同促进行业更好发展。



座谈会现场



与会人员合影



活 动

京都深圳分所刘长森律师受邀赴浙江安吉为港中旅物业高管讲学

2019年7月4日，京都律师事务所深圳分所高级合伙人刘长森律师受邀前往浙江省安吉市Club Med Joyview度假村为港中旅物业管理（深圳）有限公司在此举办的“完善自我，行稳致远”2019年度高管集训活动讲学。

安吉地处浙江、安徽和江苏三省交界处，是我国著名的竹乡。2005年，习总书记在此提出了“绿水青山就是金山银山”的发展理念。如今这里水绿山青，繁花似锦，一派世外桃源景象。

在为期一天的演讲中，刘长森律师以“物业服务法律风险防范”为主题，围绕物业管理行业当前的热点问题，就国内最新物业管理行业立法动态，各地法院最新司法判例，以及物业专项维修资金的使用与结算，企业用工风险等议题，结合具体的案例展开了深入浅出的讲解。

来自全国各地分公司的40多名高管听取了演讲，现场场面热烈非凡，与会人员热情高涨。

刘长森律师在演讲中特别指出，我国物业管理行业立法步伐正在加快，作为企业高管人员不仅要关注具体问题，更要站在行业发展的高度把握行业发展脉搏。当前，物业管理行业正在向业主自治方向发生快速转变，作为企业高管必须及时了解并掌握各地最新的业主自治动态，紧跟物业管理行业发展的步伐。

刘长森律师多年的司法实践经历与丰富的学识，借用生动形象的语言与鲜活的案例，通过全天的不间断授课，使在场所有高管领导收获颇丰。会后大家



会议现场



刘长森律师（一排左六）与企业高管领导集体合影

均表示受益匪浅，不枉此行，并且表达了对刘长森律师过硬专业水平的欣赏与认可。

针对各位高管在工作中遇到的具体法律问题，刘长森律师逐一耐心解答。基于深厚的法理基础与严谨的逻辑推理，刘长森律师给出的解决方案，令现

场咨询人员心悦诚服。

本次讲座系刘长森律师受港中旅物业管理（深圳）有限公司邀请，为企业带来的专题讲座。既帮助企业合理规避法律风险、积极调整经营战略，同时也对外展示了本所律师为企业提供专业、高效、优质法律服务的积极形象。

媒 体

京都律师事务所与《法律与生活》杂志社达成合作并举行授牌仪式



刑事辩护与法律研究中心授牌聘任仪式

2019年8月25日,《法律与生活》杂志社在京都律师事务所北京总部举行了授牌仪式及聘任仪式。

《法律与生活》杂志社刑事辩护研究中心在京都律所挂牌成立,国内知名刑辩律师、京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师被聘请担任该研究中心主任,同时担任《法律与生活》杂志社特聘法律专家。

在授牌仪式上,《法律与生活》杂志社社长、总编辑李秀平与梁雅丽律师共同为“《法律与生活》杂志社刑事辩护研究中心”揭牌,李秀平社长将该研究中心主任的聘书颁发给梁雅丽律师。

李秀平社长介绍说,作为司法部主管的中央级法制新闻期刊,《法律与生活》杂志创刊35年来,坚持“用法律眼光透视社会,以法治观念解析人生,独家披露案件真相,传递业界权威观点”

的办刊理念,在全国法制媒体中形成了较高的声誉和影响力,也见证和记录了我国30年法治进程和重大法治事件。

“我对这次杂志社与京都律所的携手合作,寄予厚望并充满期待。”李秀平社长表示,京都律师事务所在国内刑事辩护界一直享有很高的声誉和地位,在田文昌律师的带领下,京都刑辩团队成为一块响当当的“金字招牌”,在国内刑辩界越做越强、越做越大。京都律师团队办理的诸多具有影响力的大案也曾被《法律与生活》杂志多次报道,其辩护实务经验和人才培养方式非常值得深入研究和总结,并向全国法律界和刑事辩护界推广。因此,双方发挥各自优势携手成立《法律与生活》杂志社刑事辩护研究中心,为培养新时代法治人才、推进法治事业而贡献力量。

一同参加授牌仪式活动的《法律

与生活》杂志社栏目主编李奎表示,作为一名工作十多年的法治记者,曾采访过包括田文昌律师、梁雅丽律师在内的很多位京都优秀刑辩律师,“京都律师的专业性、责任感和使命感,给我们媒体人留下了非常深刻的印象”,同时,还采访过京都律所组织过的多起学术研讨、法律沙龙、业务培训活动,感受到很浓的学术氛围、很强的传承精神和国内一流大所的风范。

李奎主编还向梁雅丽律师表示了特别感谢,他说,在创立《法律大讲堂》视频直播栏目的过程中,梁雅丽律师给予了大量的指导和无私的帮助,并多次抽出宝贵的时间来参加节目直播,将首都律师的“法治好声音”通过网络传播到广大网友身边。

国内知名刑辩律师、京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师在发言时,对《法律与生活》杂志社多年来对京都律所、京都律师的关注和报道表示感谢,她表示此次双方合作成立刑事辩护研究中心意义重大,京都刑辩越被大家视为一块“金字招牌”,京都刑辩律师便越发责任重大,要肩负起一种责任和使命。

梁雅丽律师表示,京都刑辩不仅有一支技术上过硬、专业性突出、辩护能力强的刑辩律师队伍,还有一个强大的国内知名法学专家智库,实务优势和理论优势突出,而《法律与生活》杂志社具有全媒体的广泛影响力和宣传优势,研究中心将结合双方所长,通过个案体现和宣传法治精神、通过个案影响和



媒体

推动法治进程，并将刑辩研究成果分享给更多的法律人，为国家培养更多的顺应法治社会发展需求的一流刑辩律师队伍。

授牌仪式结束后，梁雅丽律师还带领李秀平社长一行参观了京都律所的办公区和文化区，并参观了京都“镇馆三宝”——獬豸、正义女神和青铜鼎，双方愉快交流并共同期待进一步互动和合作。



《法律与生活》杂志社社长、总编辑李秀平与梁雅丽律师合影

刘铭律师参加央视“热线12”栏目谈保障警察执法权威



刘铭律师参加央视“热线12”栏目谈保障警察执法权威

近日，中央电视台《东方时空》、《新闻现场》、《热线12》等知名电视栏目，轮番播放了一则长达近10分钟的专题新闻，大篇幅介绍了近期北京警方打击袭警现象，坚决维护民警执法权威的情况。

除了大篇幅介绍了北京警方严厉

打击袭警行为之外，央视还邀请了京都律师事务所高级合伙人刘铭作为特约律师进行了评论。

刘铭律师在评论时提到：

警察是公共秩序和安宁幸福的守护者，但平心而论，警察工作负重、心理压力、安全风险高，是和

平年代牺牲付出最多的一支队伍，警察也是需要给予关爱的人群，特别是一线民警。

所以，首先，要保障警察正当执法的权威，对袭警、辱警、阻碍执法要依法严惩，撕咬、推搡、威胁恐吓、恶意投诉、炒作即可能是行政处罚，也可能构成犯罪，可不是小事儿，不能任由任性胡闹。否则，警察的执法就没有底气。自身的权益、人格尊严没有维护，还怎么去保护别人的权益。维护警察的尊严，其实是维护法律的尊严。

其次，警察本身也要严格规范执法，强化执法监督，这样才会提高执法形象，获得更多信任理解和认同。

文明执法和全民守法相辅相成，理性和谐，才是法治中国警民关系应有的样子。

媒 体

印波律师就“美国恢复执行死刑”话题参加央视“对话”节目

2019年7月26日晚7:30—8:00间，京都律师事务所兼职律师、北京师范大学刑事法律科学研究院副教授印波应邀参加了中央电视台英文频道（CGTN）的对话（Dialogue）节目。节目由Jeff Moody主持，与谈人还包括雷曼律师事务所的Edward Lehman律师，话题围绕着刚刚发生的美国恢复死刑执行展开。

据悉，7月25日，美国司法部宣布，将重新开始对联邦死刑犯执行死刑。首批被执行死刑的5名犯人将在2019年12月至2020年1月被执行死刑。这是美国自2003年以来，时隔16年再度恢复执行死刑。

印波律师在对话中阐述了死刑对于诸多极端犯罪确有威慑作用，但是从经验上无法完全阻却所有类型的犯罪。美国支持死刑的民众数量由80%降低至56%；虽然中美两国在死刑适用和执行方面有着一些差异，但是在总体导向方面趋于一致，即向着更为人道的方向发展。张扣扣案与章莹颖案在死刑的适用上存在着反差，其根源在于对于死刑适用的刚性度以及导向性（实体还是程序）有所差异，正是这种制度差异造成了民众朴素情感与最终结果之间的撕裂。美国联邦虽然有其统一的刑事制度设计，但是陪审员的地方化造成了死刑适用在实质上呈现出地方化色彩。



中央电视台英文频道（CGTN）对话（Dialogue）节目画面



印波律师

我国人寿保险信托的模式解析

■ 苏旭 柏高原 / 文

苏旭律师简介



南开大学硕士，主要职业领域为保险金信托、家族信托、并购、投融资等。为中信银行、中信信托、兴业银行、兴业信托等提供产品设计、法律咨询、法律意见书出具、文件审查等法律服务；为基金公司、新三板公司等机构提供并购、挂牌、投融资等法律服务。

人寿保险信托逐渐成为保险公司服务高净值人群的新方式。据悉，中信保诚、平安人寿、友邦中国、中德安联、中意人寿、交银康联等多家公司已涉足这一领域。2018年11月第三届中国保险金信托论坛发布的《中国保险金信托发展报告》显示，2017年中国已有超过1000位客户建立了保险金信托计划，涉及信托资产超过50亿元，约占家族信托资产规模的10%。

那么何为人寿保险信托呢？目前我国立法上并未对人寿

一、人寿保险信托的含义

近年来，随着高净值人士对资产配置及财富传承需求的增长，银行、基金、保险、信托等金融机构纷纷推出具有自身特色的理财产品。其中，人寿保险信托因兼顾“保值增值”与“财富传承”的功能而备受市场青睐。自2014年信诚人寿联合中信信托推出中国首款人寿保险信托以来，

保险信托作出规定。结合境内外人寿保险信托的实践，人寿保险信托可以从保险金信托及保费信托两个角度进行分析。

保险金信托的典型模式为投保人购买人寿保险，信托委托人以人寿保险合同项下的保险金受益权作为信托财产设立信托，并指定信托公司（代表信托）作为保险受益人。当保险事故发生后，保险公司将身故保险金交付于信托公司（代表信托），由信托公司依信托合同约定的方式管理、运用并分配信托财产。保费信托的典型模式是指信托公

司同时作为投保人和保险受益人购买保险，即首先由委托人与信托公司设立资金信托，之后由信托公司（代表信托）作

柏高原律师简介



管理学博士，执业律师，京都家族信托法律事务中心秘书长。柏博士在传统金融业务领域及金融创新业务方面均具有深厚的理论功底和丰富的执业经验。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，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。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。



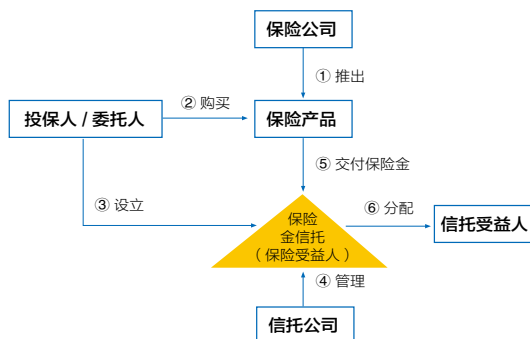
为保险投保人和保险受益人与保险公司订立保险合同，当保险事故发生后，信托公司（代表信托）领取保险金，由信托公司依信托合同约定的方式管理、运用并分配信托财产。

在我国市场上，人寿保险信托的发展经历了1.0、2.0以及3.0模式。¹其中1.0模式属于保险金信托，2.0、3.0则属于保费信托。

（一）1.0 模式下的人寿保险信托

在该模式下，投保人作为信托委托人设立信托，投保人在签订人寿保险时，以人寿保险合同项下的身故保险金受益权作为信托财产设立信托，并指定信托公司（代表信托）作为保险受益人。当保险事故发生时，保险公司将身故保险金交付于信托公司（代表信托），由信托公司依信托合同约定的方式管理、运用信托财产，并于信托期间或终止时将信托利益分配予信托受益人。该模式的主要作用是解决客户购买的大额保单赔付后，保险受益人对保险金的滥用风险。

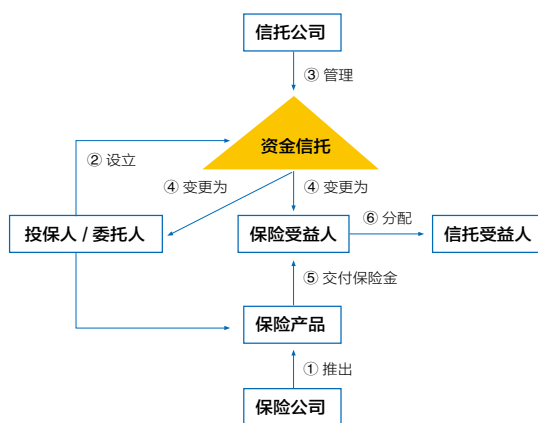
1.0 模式的基本结构及流程如下：



（二）2.0 模式下的人寿保险信托

保险与信托均成立后，投保人、保险受益人均变更为信托公司（代表信托），由信托公司（代表信托）利用信托财产继续缴纳保费。该模式的目的一方面出于防止保险金被滥用的风险，另一方面出于保护投保资金的安全，即防止投保人身故后保险被其债权人撤销。

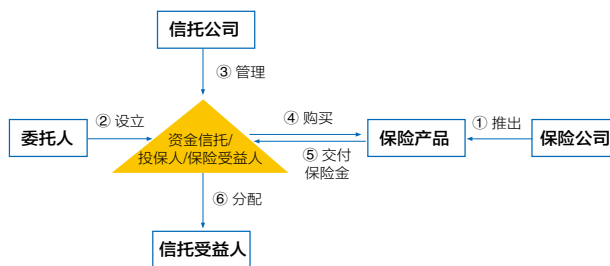
2.0 模式的基本结构及流程如下：



（三）3.0 模式下的人寿保险信托

信托公司（代表信托）同时作为投保人和保险受益人购买保险，即首先由委托人与信托公司设立资金信托，之后由信托公司（代表信托）作为保险投保人和保险受益人与保险公司订立保险合同，当保险事故发生后，保险金进入信托财产，由信托公司依信托合同约定的方式管理、运用信托财产，并于信托期间或终止时将信托利益分配给信托受益人。3.0 模式的人寿保险信托构建了统一的家庭保单和财富受托平台，其目的在于从投保阶段、保单持有、理赔3个维度为客户家庭的保单提供全方位的管理服务。

3.0 模式的基本结构及流程如下：



二、人寿保险信托模式的法律风险

虽然从2014年至今，不到五年时间，人寿保险信托在我国取得了长足发展，市场认可度不断攀升。但人寿保险

¹ 参见《每日经济新闻》：没想到你是这样的保险金家族信托，网址：<http://news.sina.com.cn/o/2018-03-28/doc-ifyssirr3730143.shtml>，登陆日期：2019-09-02。

信托在法律层面上依然存在一些障碍。

（一）保险金信托

实践中，保险金信托包含两种类型，一种是人寿保险投保人作为信托委托人设立的保险金信托，另外一种是人寿保险受益人作为信托委托人设立的保险金信托。

1. 人寿保险投保人作为信托委托人存在法律风险

在人寿保险1.0模式下，由人寿保险的投保人作为信托委托人设立保险金信托。我国《信托法》规定：本法所称信托，是指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为。因此，委托人设立信托需要将信托财产委托给受托人，当人寿保险投保人作为信托委托人时，投保人作为保单持有人将何种财产作为信托财产设立信托存在疑问。如将保单作为信托财产设立信托，因该保单只能体现人寿保险的现金价值而不体现人寿保险金，受托人难以因取得保单而获得保险金。如人寿保险投保人拟以保险金作为信托财产设立信托，因其不享有保险金请求权，所以其以保险金作为信托财产设立保险金信托同样存在一定风险。

2. 人寿保险受益人是否是适格的信托委托人

人寿保险受益人设立保险金信托存在两种方式，第一种是受益人在取得保险金后以保险金设立人寿保险信托，该情形并非典型的保险金信托，实际上是“人寿保险+金钱信托”，并无法律障碍，但是难以实现保险金信托财富传承的目的。

另外一种情况是，受益人在尚未取得保险金的情况下，以对保险公司的保险金请求权为信托财产设立信托。《保险法》第十五条规定：除本法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除合同，保险人不得解除合同。《保险法》第二十条规定：投保人和保险人可以协商变更合同内容。《保险法》第四十一条规定：被保险人或者投保人可以变更受益人并书面通知保险人……投保人变更受益人时须经被保险人同意。因此，如若投保人未放弃解除合同、变更受益人以及变更合同内容的权利，受益人是否享有保险金请求权以及该保险金请求权的内容尚处于不确定的状态，根据《信托法》第七条的规定“设立信托，必须有确定的信托财产，并且该信托财

产必须是委托人合法所有的财产。本法所称财产包括合法的财产权利”，设立信托，需有确定的信托财产，如若信托财产不能确定，信托存在无效的风险。如投保人确定放弃变更受益人、变更保险合同内容的权利，此时保险受益人享有的保险金请求权属于“既得权”还是“期待权”仍有争议，但在保险金信托合同条款设计时，投保人确定放弃变更受益人、变更保险合同内容的权利，可以更好的防范信托存在的无效风险，保证信托受益人的利益。

（二）人寿保险保费信托

1. 如被保险人同意，信托公司（代表信托）可直接作为投保人

在信托2.0模式下，保险与信托均成立后，投保人、受益人均变更为信托公司（代表信托）。该模式的产生源于实践中信托公司（代表信托）直接作为投保人购买保险的障碍，然而从法律上讲，在保险成立后，将投保人变更为信托公司（代表信托）可能出于规避我国《保险法》第十二条规定的人身保险的投保人在保险合同订立时，对被保险人应当具有保险利益的规定。鉴于被保险人与信托公司（代表信托）并非具有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属，一般也并非与投保人有劳动关系的劳动者，在保险合同订立时，信托公司（代表信托）对被保险人并不具有保险利益。通过保险与信托均成立后，变更投保人的方式，可以规避《保险法》对保险合同订立时，投保人对被保险人具有保险利益的要求。

然而，我国大陆《保险法》与台湾地区保险法有所不同。在台湾地区，虽然《保险法》第二十二条第一款规定：保险费应由要保人依契约规定交付。信托业依信托契约有交付保险费义务者，保险费应由信托业代为交付之。台湾学者认为“针对金钱型信托所购买的保险，于本法第二十二条立法理由已载明属于信托财产”，从法律上看，我国台湾地区已经承认了由信托公司（代表信托）作为投保人购买保险同时作为保险受益人领取保险金模式的人寿保险信托，但台湾地区实践中，“以金钱信托方式所购买的股票、基金、公债或存款均可归类为信托财产，但以金钱信托方式所买之保险却被排除在外……信托业无法担任要保人”，其理由在于“基于保险法第16条规定，要保人须对被保险人之生命或身体具有保险利益，且保险法第



17条亦规定要保人或被保险人，对于保险目标物无保险利益者，保险契约失其效力，爰该修正内容与保险契约基本原则恐难兼容”。² 因此，在台湾地区，在保险成立后，通过将投保人变更为信托公司（代表信托）以避免保险利益的限制。就此点而言，我国大陆《保险法》规定较台湾地区对保险利益的规定更加灵便，我国大陆《保险法》第三十一条第二款规定“被保险人同意投保人为其订立合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益”，由此可见，只要被保险人同意，信托公司（代表信托）即可以作为投保人为被保险人购买保险，无需在保险成立后，再将投保人变更为信托公司（代表信托）。

2. 信托公司（代表信托）担任保险受益人能否取得保险金存在一定的不确定性

在信托2.0、3.0模式下，投保人、保险受益人最终均为信托公司（代表信托）。根据《保险法》第四十一条的规定：被保险人或者投保人可以变更受益人并书面通知保险人。保险人收到变更受益人的书面通知后，应当在保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批单。投保人变更受益人时须经被保险人同意。投保人在经被保险人同意或者被保险人本人可以书面通知的方式变更保险受益人。然而，将保险受益人变更为信托公司（代表信托），只是意味着信托公司（代表信托）取得了保险受益人的地位，是否意味着信托公司（代表信托）一定能够获得保险金尚

存疑问。

我国《信托法》第十四条规定：受托人因承诺信托而取得的财产是信托财产。受托人因信托财产的管理运用、处分或者其他情形而取得的财产，也归入信托财产。由此可见，我国《信托法》规定了两种受托人取得信托财产的方式，第一种是因承诺信托而取得的信托财产；第二种是因信托财产的管理运用、处分或者其他情形而取得的财产，第二种方式可以进一步分为“因信托财产的管理运用、处分而取得的财产”以及“或者其他情形而取得的财产”。

首先，信托公司（代表信托）作为保险受益人领取保险金并非因承诺信托领取信托财产。

其次，保险金并非因信托财产的管理运用、处分而取得的财产，以信托财产购买保险与购买其他财产并不相同，以购买房产为例，信托财产购买房产，是一种信托财产的管理运用、处分行为，此时房产即成为了信托财产。在信托公司（代表信托）作为投保人购买保险的情形下，投保人取得的只是保单，此时保单成为了信托财产，保单代表的是现金价值并非保险金，信托公司（代表信托）不能因为对保单享有的权利而获得领取保险金的资格。

最后，保险公司取得保险金是否是因“或者其他情形而取得的财产”呢？这里涉及对“或者其他情形而取得的财产”的理解问题，即该其他情形是否要受到“信托财

² 我国台湾地区“立法院”议案关系文书（院总第464号，委员提案第15366号之1），2013年12月11日。

产”的限制，是否是“信托财产的其他情形”呢？根据《中华人民共和国信托法释义》的解释，受托人因信托财产的管理运用、处分或者其他情形而取得的财产，也归入信托财产……这些因信托财产发生变动而形成的新的形态的财产，都是由原有信托财产产生的自然孳息、经营收益或代位物……信托财产的自然孳息或代位物仍应归属于信托财产。该“或者其他情形而取得的财产”依然应当是信托财产的一种变动方式而已，只有由信托财产产生的自然孳息、经营收益或代位物才可以归入信托财产。保险金并非信托财产产生的自然孳息、经营收益或代位物，不能归入信托财产。但我国台湾地区《保险法》的规定与此不同，台湾地区《保险法》第二十二条第二款规定：前项信托契约，保险人依保险契约应给付之保险金额，属该信托契约之信托财产。由此可见，在我国台湾地区，信托公司（代表信托）作为保险受益人领取的保险金属于信托财产。本文以为，我国台湾地区《保险法》的规定具有合理性。虽然《中华人民共和国信托法释义》并不具有法律解释的效力，但在我国大陆并未对对应给付的保险金额是否属于信托财产作出明确规定时，该《中华人民共和国信托法释义》的解释难免给信托公司（代表信托）担任保险受益人是否能够取得保险金带来一定的不确定性。

三、结论及建议

人寿保险信托是人寿保险与信托的结合，汇聚了保险与信托的双重优势。能够满足人寿保险信托设立人生前和身后财产的管理和安排，为欠缺财富管理能力的受益人提供更好的保护。但是我国尚未有对人寿保险信托的专门法律规定，无论是保险金信托亦或保费信托都具有一定的法律风险，这就需完善我国《信托法》《保险法》等相关法律，为人寿保险信托的设立提供完善的法律环境。

第一、完善《信托法》对信托财产范围的规定

我国《信托法》第十四条规定：受托人因承诺信托而取得的财产是信托财产。受托人因信托财产的管理运用、处分或者其他情形而取得的财产，也归入信托财产。如前所述，根据《中华人民共和国信托法释义》，信托财产只

能出于承诺、信托财产的管理运用、处分、信托财产的其他情形而取得，因保险受益人领取保险金并不属于通过上述方式取得信托财产，在法律上能否获得支持存在一定不确定性。因此，本文建议进一步完善《信托法》对于信托财产范围的规定，明确规定该其他情形并不受“信托财产”的限制，使得信托公司（代表信托）可以通过领取保险金、接受赠与等方式获得财产。

第二、完善《保险法》对信托公司（代表信托）作为保险受益人的规定

如前所述，我国大陆《保险法》第三十一条第二款规定“被保险人同意投保人为其订立合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益”，只要被保险人同意，信托公司（代表信托）即可以作为投保人为被保险人购买保险，因此，无需对信托公司（代表信托）作为投保人作出特别规定。但鉴于信托公司（代表信托）以保险受益人的身份领取保险金作为信托财产与通常理解的“因信托财产的管理运用、处分”而取得的财产归入信托财产的含义有所不同，本文建议有必要参照台湾地区《保险法》的规定，对信托公司（代表信托）作为保险受益人领取的保险金归入信托财产在《保险法》中作出明确规定。

第三、完善《保险法》对保险公司作为受托人的规定

目前，我国并未对人寿保险信托作出专门的规定，人寿保险信托作为信托的一种实践形式，其法律依据为我国的《信托法》。然而就人寿保险信托业务而言，由于其设立目的相对单一，操作较为范式，出于运用多种途径保护受益人的目的，有必要允许保险公司经营特定的人寿保险信托业务。我国台湾地区《保险法》第138-2条对此有明确规定：人身保险契约中属死亡或失能之保险金部分，要保人于保险事故发生前得预先洽订信托契约，由保险业担任该保险信托之受托人，其中要保人与被保险人应为同一人，该信托契约之受益人并应为保险契约之受益人，且以被保险人、未成年人、受监护宣告尚未撤销者为限。本文建议可以参照台湾地区《保险法》的规定，对保险公司作为信托受托人的情形在《保险法》中作出明确规定。



瑞士与中国CRS交换，如何审视 你的境外账户

■ 高慧云 王帅锋 / 文

引言：瑞士银行一直戴有高度保密和中立的“桂冠”。中国税务居民张某认为将其资产转移到瑞士，可对其资产起到较好的保护。因此，在瑞士拥有多个银行账户。但近日听说瑞士联邦议会正式宣布在2019年9月开始与中国进行首次交换非居民金融账户信息，此次交换对张某会有什么影响呢？

一、瑞士执行CRS方面的进度

瑞士作为标杆，影响着全世界CRS的执行进度。

1. 瑞士开始实施CRS

2016年11月23日，瑞士联邦议会于审议通过国际税收信息自动交换条例，标志着瑞士于2017年1月1日全面实施CRS金融账户信息自动交换标准。瑞士的金融机构，包括银行、信托等机构将开展非瑞士税收居民在瑞士的金融账户信息尽职调查工作。但是，CRS有一个特殊的制度设计：“自愿匹配”，意思就是，即使是CRS参与国或地区，也有自愿选择与其他主体匹配的权利，需要在OECD官网上提交愿意与之进行信息交换的签署国或地区名单后，才可以进行信息交换。据OECD官网统计，截止到2019年5月，瑞士与澳大利亚、法国、比利时、丹麦等关系等96个国家和地区建立了匹配关系。其中，以瑞士作为发送地的国家和地区有70个。由于瑞士与中国的匹配关系是在2018年才生效的，双方需要互换的是2018年税年的信息。因此2018年9月这次的瑞士首批信息交换没有中国。

2. 瑞士第一次CRS交换，没有中国。

2018年10月5日，瑞士联邦税务局（FTA）官网发布公告，表示瑞士联邦税务局已于9月底，按照金融账户涉税信息自动交换（CRS）标准，同部分国家（或地区）税务机关交换了金融账户信息。这些交换的信息包括，账户持有者的姓名、住址、国籍、纳税识别信息、税务申报机构、账户余额以及资本利得等。该公告称，这一信息交换帮助税务部门确认纳税人是否如实申报自己的海外账户。根据上述公告，首批按照CRS标准与瑞士联邦税务局进行信息交换的国家包括欧盟（罗马尼亚）以及其他9个国家和地区：澳大利亚、加拿大、根西岛、冰岛、马恩岛、日本、泽西岛、挪威以及韩国。因为塞浦路斯和罗马尼亚尚未满足国际要求的保密和数据安全，它们目前被排除在外。澳大利亚和法国由于技术原因还不能向FTA提供数据，因此数据传输到这些国家的时间被延迟了。

3. 瑞士第二次进行CRS信息交换，包括中国

2019年5月29日，瑞士联邦委员会批准了瑞士将于2019年9月首次按照符合标准的AEOI与伙伴国税收主管当局交换金融账户数据的报告。2019年8月14日，瑞士联邦委员会获悉了两院经济事务委员会和税务委员会关于对执行符合标准的金融账户涉税信息自动交换（AEOI）实施审查机制的报告磋商情况。根据委员会的积极反馈，瑞士将于2019年9月首次与33个经审查的税收主管当局交换金融账户信息。该名单包括安道尔，阿根廷，巴巴多斯，伯利兹，巴西，智利，中国，哥伦比亚，库克群岛，哥斯达黎加，库拉索岛，法罗群岛，格陵兰岛，中国香港，印度，印度尼西亚，列支敦士登，马来

西亚，毛里求斯，墨西哥，摩纳哥，蒙特塞拉特，新西兰，俄罗斯，圣基茨和尼维斯，圣马丁，圣文森特和格林纳丁斯，圣吕西亚，沙特阿拉伯，塞舌尔，新加坡，南非和乌拉圭。瑞士这次交换CRS涉税信息的33个国家和地区的税收主管当局都是第一次正式交换，扩大了2018年CRS交换的范围。

二、瑞士的CRS进程不断推进对张某的哪些行为有影响？

1. 张某在海外有金融资产配置

CRS主要交换持有人的存款帐户、托管帐户、现金价值保单、年金合同、证券帐户、期货帐户、持有金融机构的股权或债权权益等。上述这些金融资产存放的国家或地区，也会将持有人所持有的金融资产情况披露给中国大陆税务局。

如果张某是中国税务居民，并在瑞士银行有存款500万。那么，瑞士银行就会把张某的存款报给瑞士税务局，瑞士税务局再将张某的存款信息报给中国大陆税务局。

这时可能产生许多风险。如：如果钱是从中国大陆出去的，资金是合法收入还是灰色收入？是合法出境还是非法地下钱庄逃避外汇监管出境？这些资金在中国是否合法纳税？纳税凭证能提供吗？这些问题，无论哪一关，都有可能涉及刑事责任。

2. 张某通过持有壳公司进行投资理财

如果中国税收居民张某在BVI（英

高慧云律师简介



精通国内外税法，曾为中信银行、信托投资公司、各类基金提供并购、上市、融资等税务和相关法律支持，为企业离岸金融架构提供国际税收支持。擅长投资移民、家族信托的海外税收筹划和涉税经济诉讼，承担北京航天信息股份有限公司等十多家企业的税务法律顾问。在加入京都事务所之前，曾在高校任教，具有税法教授职称。

王帅锋简介



南开大学法律硕士，擅长于为商业银行、保险公司、信托公司、家族办公室、高净值人士等提供税务筹划与支持、家族信托、保险金信托等服务。

属维尔京群岛）设立了一家资产持有公司A公司，A公司拥有并存在瑞士B银行现金200万欧元。中国、BVI和瑞士都为CRS参与国。在CRS下，通常A公司会被认为是消极非金融机构，此时瑞士B银行会将A公司的存款余额200万欧元以及张某的姓名、地址、中国居民身份、纳税识别号（或身份证号），以及出生地点和日期等相关信息报送给瑞士税务机关，然后瑞士税务机关根据交换情况适时传递给中国税务机关。

3. 张某在海外购买大额人寿保单

在CRS规则中，开展或支付相关现金价值保险合同或年金合同的保险公司（或保险公司的控股公司）也是CRS的申报机构。如果张某在瑞士购买的是具有现金价值的理财型保险，只要张某在自我声明中确认自己是中国税务居民，则瑞士保险公司就会把张某投保的相关信息（投保人、保险现金价值）报告给中国的税务机关。

4. 张某在海外设立家族信托

在海外设立家族信托，是很多富豪的标配。张某如果在维尔京群岛、库克群岛、耿西岛、新加坡、香港、新西兰、开曼群岛等地设立家族信托，而这些法域都成为了这次CRS签约国。CRS协议内容规定：如果一个信托属于消极非金融机构，那么管理该信托账户的金融机构需要将其“穿透”并识别该信托的实际控制人。如果信托属于非居民，或者信托属于消极非金融机构且其实际控制人属于非居民，那么该信托持有的账户需要在CRS下进行申报和交换。这



样已设立的家族信托有关信息也要被披露，包括家族信托的委托人（即财产授予人）、保护人、受托人（通过是信托机构）、受益人。如果信托的当事方，例如委托人、受益人、保护人或者受托人属于机构，那么与投资机构类信托的处理方式相同，管理金融账户的金融机构应当对这些机构进行“穿透”，将对信托实施最终有效控制的个人进行识别。若其属于非瑞士税务居民，将也被报送回所属国。

三、如何审视你的境外账户？

1. 重新审视你的存款账户，不以藏匿为目的

瑞士面对国际税务情报大规模交换趋势，真正的安全是顺应和遵从国际税务透明规则下的合理规划。需要特别强调的是：对于此次的私人账户涉税信息调查的目的是打击全球范围内的资产藏匿，并非剥夺高净值人士的离岸资产投资的避税功能；如果中国的高净值客户进行海外投资的目的不是为了藏匿财富，则完全不用担心CRS交换问题，可以自由地在海外健全的金融市场环境中选择更加稳妥的投资产品，进行离岸资产配置。

2. 重新审视你的保险单，转换投保人

以在瑞士购买保险为例，一般认为，投保人是保单的持有人，这样保险公司在CRS申报时就只看投保人的居民状态。投保人可以选择瑞士税务居民，被保险人和受益人可以选择中国的税务居民。比如：中国税务居民张某，其配偶和12岁孩子已经取得瑞士税务居民身份，如果张某想在瑞士购买保险产品，可以考虑购买像医疗等不具有现金价值的保险，这样即使张某作为非瑞士税务居民，由于不具有现金价值的保险在CRS报告范围外，则不会受到CRS影响。如果张某想在瑞士购买理财型保险，则最好以配偶为投保人和被保险人，由于配偶是瑞士税务居民，也不涉及瑞士CRS的对外信息交换。

3. 重新审视你的信托账户，改变税务居民或让其拥有合理商业目的

如果信托本身和报送金融机构所处同一法域，则该信托就完全不会被报送。因此控制人可以通过改变税务居民所在地改变报送国家或地区。比如成为报送金融机构所在地的税务居民，或者成为非CRS参与国的税务居民都可以避免CRS信息交换。此外，控制人也可以选择成为香港、澳门等来源地征税地区或低所得税国家的税务居民，这样即使信息报送回前述国家或地区，也没有纳税义务。

如果无法改变控制人身份，也可以通过合理商业目的的设计达到不怕穿透的目的。一般来说，利用信托架构避税，并以获取税收利益为唯一目的或主要目的，则很容易通过CRS交换并被税务机关征税，因此高净值人士一定要清楚做信托的目的不是为了避税，而是为了家族治理和家族传承等合理商业目的，但这个目的不是说说就可以的，一定要有明确的家族治理机构和家族宪章的实施等证据。

4. 将金融资产转换为实物资产

CRS交换的信息主要为金融信息，如海外账户余额等。因此，可以考虑将拥有的金融资产在低税率国家和地区转换为可以保值增值的实物资产，比如：名画、艺术品、珠宝、古董、贵金属等。这些实物资产不在CRS信息披露的范围，这样就不用担心海外的账户信息交换回所属税务国了。但转换财产形式时一定要注意所转换财产的风险，比如将货币财产转换成不动产，在瑞士投资不动产，要注意瑞士的遗产税规定，否则会面临继承时高额税负的风险。

总的来看，随着瑞士在执行CRS不断深入过程中，个人财产在全球的透明度会逐渐增强，但如果经过合理的规划和配置，充分运用各地的税收优惠，以投资、家族治理等为主要商业目的，而不以隐匿财产、避税为主要目的，高净值人士在透明化时代的财产还是非常安全的。

但是需要注意的是，目前并没有一个适用所有人的所谓应对CRS交换的统一策略。可以结合自身状况，在做资产配置筹划时，充分考虑以下因素：包括但不限于现有资产状况和配置；未来资产的盈利模式；个人及家人的工作、学习、生活地域选择；所经营企业的所在国以及法律法规监管要求、家族财富传承等。

离岸公司股权保护须未雨绸缪

——以股权跨境继承的现实困境为视角

■ 汤杰 / 文

许多我国大陆境内的企业家，早些年完成了企业的境外化布局，有的顺利实现了境外上市。其境外架构的搭建，通常使用英属维尔京群岛（以下简称“BVI”）、英属开曼群岛（以下简称“CAYMAN”）等地的离岸公司作为SPV来控制家族企业。有数据显示，目前全球约有近五十万家活跃的BVI公司，其中很大部分为自然人一人独资、担任董事。

如果这些离岸公司的股权没有进行合理的事先规划和保护，一旦自然人股东去世，不仅家族成员会面临艰难繁琐的跨境继承手续以及巨大的人力时间成本，而且SPV股权的不稳定也会直接影响家族核心企业的正常经营和管理（底层公司其他董事或股东可能通过合法或非法途径谋取被继承人的在底层公司权利），此外，由于BVI法院出具的遗产承办书（Grant of letters of administration）（无遗嘱时）或遗嘱认证书（Grant of probate）（有遗嘱时）要求必须公开，也无法避免BVI法院出具的遗产承办书或遗嘱认证书以及相关判决书公开所带来的信息泄露风险（公司股份的最终受益

人可能会被公开，继承人的信息也会被披露）。

一、离岸公司股权继承的一般路径

以中国大陆自然人（通常具有中国大陆国籍且经常居住地在中国大陆境内，以下简称“被继承人”）为股东的离岸公司股权继承通常有三种路径：

以BVI公司股权为例，因BVI公司股权是BVI境内资产，无法自动适用继承规则进行转移，而必须以法院出具遗产承办书（Grant of letters of administration）或遗嘱认证书（Grant of probate）为前提¹（或者BVI法庭承认（resealed）其他

法域（jurisdiction）颁发的“Grant of letters of administration”或者“Grant of probate”），并且Grant须在被继承人死亡之日起三年内取得。在全部申请材料提交完整后，Grant的取得至少需要3-6个月，如果遗嘱在此期间被挑战，则时间会更长。此外还会涉及到大量的证据提交等问题。

有关BVI公司的自然人股东过世时BVI公司股权²的继承，

汤杰简介



南开大学法学院法学博士（在读），京都家族信托法律事务中心顾问

1 the Eastern Caribbean Supreme Court (Non-Contentious Probate and Administration of Estates) Rules 2017 (New Rules)

2 根据BVI公司法，BVI公司的股权应视为位于BVI的资产（BVI "situs" assets）（参见BVI Business Companies Act s 245），且在冲突规范中，股权通常作为非不动产类型的遗产。



第一种情形是，被继承人在生前已经留有遗嘱³，且该遗嘱没有在大陆境内因继承人争议而产生法院判决。在这种情形下，该遗嘱为跨境股权继承的主要依据，首先需在中国大陆境内进行遗嘱公证，其次因股权在BVI境内，必然会启动复杂且耗时的遗嘱跨境承认和执行程序。由于世界各国（无论英美法系或大陆法系国家）在遗嘱立法特别是遗嘱效力判定规则上普遍存在差异，且外国遗嘱通常不得违反本国的法律规定，沿袭了英国法律传统的BVI法院⁴将如何选择法律适用，又将如何判断中国大陆遗嘱的效力，中国大陆遗嘱在BVI法院能否得到认可和执行均具有很大的不确定性。

第二种情形是，被继承人在生前并没有留下遗嘱或者遗嘱被法院判定无效（继承人之间无争议，且在中国大陆境内没有生效的法院判决），则应适用“法定继承”的规则。首先，需根据中国大陆境内和BVI⁵两地的冲突规则判断法定继承的适用法律，中国大陆境内和BVI两地的冲突规则均指向被继承人去世时的住所地法律。我国《涉外民事法律关系适用法》第三十一条规定，不动产之外的财产（注：包括股权）的法定继承，应适用被继承人死亡时经常居所地法律。如BVI公司股权持有人为中国公民且经常居所地为中国大陆，在中国大陆冲突规范下，股权继承问题应适用中国大陆地区的法律。同时，第三十四条规定，遗产管理等事项，适用遗产所在地法律。因此，如被继承人在中国大陆境内去世，则需适用中国大陆的法定继承规定。因此，需通过中国大陆境内的公证处查明和确认被继承人死亡的相关事实、中国大陆境内法定继承的法律规定以及各继承人的权利并出具中国大陆境内的有效公证文书（即，涉外法定继承公证，实践中，各地公证处的办理水平有差异）。其次，应对于上述公证文书进行国际公证认证，而中国大陆地区的文书在境外使用的认证程序相对复杂（执行难度大且翻译和沟通成本较高）。由于中国大陆地区并没有加入《取消外国公文认证要求的

公约》Convention de La Haye du 5 Octobre 1961（以下简称“海牙认证公约”），无法通过简易的“海牙认证”（Apostille）程序实现文书的跨境认证，只能进行手续繁琐且耗时的“领事双认证程序”（即中国外交部和英国大使馆双认证程序）。最后，还须持上述认证文件在BVI法院通过一系列的“遗产检视程序”（Probate）（下文会详细描述），才有实现继承的可能性。重要的是，在上述漫长的股权继承变更手续完成之前，BVI公司的股权处于长期的权属不明状态，债权人随时可以针对其进行行权。且如果股东同时又是唯一董事的情况下，公司的经营也会受到本质的影响。

第三种情形是，如BVI公司的自然人股东过世后，继承人因该公司股权的继承事宜（包括存在遗嘱情况之下的遗嘱效力问题）在中国大陆境内发生争议提起诉讼并产生生效的法院判决。在此种情形下，将会涉及国际间复杂的法院判决跨境认可和执行问题，而中国大陆与英国（含BVI）目前没有关于法院判决“互惠执行”的协议约定，因此，继承人只能在BVI重新诉讼，其难度和成本可想而知。

二、中国大陆境内的公证书、判决书的认可和执行

（一）公证书的认可和执行

前述遗嘱继承和法定继承的两种情形均涉及中国大陆境内公证书的认可和执行。如前所述，虽然BVI政府官网声明，外国的公证书经过海牙认证（Apostille）可以在BVI使用⁶。但由于中国大陆地区并没有加入“海牙认证公约”，无法通过简易的“海牙认证”（Apostille）程序实现文书的跨境认证，只能进行手续繁琐且耗时的“领事双认证程序”（即中国外交部和英国大使馆双认证程序）。具体程序必须先把需要做领事双认证的文件做成涉外公证书⁷，然后拿着公证书原

3 该遗嘱通常是依照中国大陆的法律以中国大陆境内通用的形式起草。

4 即BVI东加勒比法院。

5 即BVI的“rules of intestacy”中有关非BVI居民继承BVI公司股权的规则。BVI适用domicile规则。

6 <http://www.bvi.gov.vg/content/which-documents-require-apostille-certification>

7 涉外公证是公证机构对具有涉外因素的公证事项，依法证明其真实性与合法性的活动。涉外因素是指申请公证的当事人一方或与公证有关的主体，公证证明对象、公证文书使用的地域等几个因素中有一个或几个因素与外国有关联。

件及其它材料去做双认证（需通过代办）。通过代办递交公证书到外交部认证处后，外交部进行审核并认证。外交部审核完成之后递交英国驻华大使馆审核并认证，由外交部取回经英国驻华大使馆审核并认证的公证书原件。最后由代办从外交部取回公证书原件。

（二）判决书的认可和执行

前述第三种情形下可能性是，会涉及国际间复杂的法院判决跨境认可和执行问题。由于英国对于境外判决的登记和执行，如果在其“外国判决（互惠执法）法”⁸和“互惠执法法”的适用地区和国家均不含中国大陆⁹。BVI与中国大陆之间更加没有关于法院判决的相关协议，BVI的法庭只会非常有限的情况下才会承认，比如涉及到英国法庭的或者其他英属地法庭的Grant (British dependent territories)。因此，中国大陆境内的法院判决在BVI不可直接强制执行，只能在BVI高等法院提起诉讼。

三、复杂的遗产检视（probate）程序

在前述遗嘱继承和法定继承的两种情形下，需要最终通过遗产检视（Probate）程序取得BVI法院出具的遗产承办书（Grant of letters of administration）或遗嘱认证书（Grant of probate）。该程序较为复杂，主要涉及六个步骤。¹⁰

首先，应估算遗产（即BVI股权）价值；然后需向英国税务海关总署（HMRC）报告遗产的价值（遗产税标准税率为40%，起征点为325,000英镑。如需要支付税款，通常需要至少支付部分税款才能获得遗嘱认证）；随后，需填写遗嘱检视申请文件（较复杂）；经过3-6个月（通常情况下）收到遗嘱检视的授予遗产承办书（Grant of letters of administration）或遗嘱认证书（Grant of probate）；偿还所有的债务或未付款，包括未结账单、欠税等，以及在《伦敦宪报》发布遗产通知（涉及信息泄露和相关利益人的进一步追索（如有））；最后，将按照有无遗嘱不同进行分配遗产（如果继承的遗产可以带来收入，还需支付所得税）。

如前所述，如果离岸公司的股权没有进行合理的事先规划和保护，一旦自然人股东去世，家族和家族企业都会面临不必要的继承成本和风险。如可以将离岸公司股权事先装入信托，是一种比较有效的筹划思路。

被继承人生前可以作为信托委托人将股权转让给受托人设立离岸信托，受托人基于信托持有并管理股权，并根据委托人生前的意愿向受益人分配。该股权无法被委托人的债权人取得，也不需经过涉外公证认证、遗产承办书（Grant of letters of administration）或遗嘱认证书（Grant of probate）等繁琐的继承手续，且有关股份或公司的资料也将保密。此外，还可利用信托本身的灵活性满足更多的需求。

8 英格兰或北爱尔兰高等法院，苏格兰法院的判决；或“外国判决（互惠执法）法”所列任何一个国家的上级法院一旦符合登记要求，将在英属维尔京群岛注册，并将以与英属维尔京群岛法院的判决相同的方式执行。在外国判决在英属维尔京群岛执行之前，必须首先在英属维尔京群岛承认或登记，以使生效，赋予其英属维尔京群岛法院判决一样的效力。申请人必须首先向高等法院提出申请，高等法院将根据该法院确定外国判决是否符合登记的具体要求。具体要求：（1）判决来自“互惠执行判决法”或“外国判决（互惠执行）”法中规定的司法管辖区；（2）判决针对特定金额；（3）注册申请在规定的时限内完成。

9 [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-619-5733?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-619-5733?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

<http://onealwebster.com/getting-the-deal-through-enforcement-of-foreign-judgments-in-the-bvi/>

“互惠执法法”适用于英格兰和威尔士高等法院，北爱尔兰法院，苏格兰法院以及巴哈马，巴巴多斯，伯利兹，特立尼达和多巴哥，圭亚那，圣卢西亚，格林纳达，牙买加和新南威尔士州（澳大利亚）。不包括中国。

10 <https://www.gov.uk/wills-probate-inheritance>



离岸信托中的受托人责任 ——演变及趋势

■ 柏高原 汤杰 / 文

资助课题信息：国家社会科学基金项目《我国民事信托的法律制度创新问题研究》的资助，批准号为18BFX135；中国法学会2017年课题《我国发展家族信托的法律困境及突破》，课题编号CLS（2017）D85

一、从Bartlett v Barclays Bank Trust Co Ltd案谈起

Bartlett诉Barclays案依据英国信托法所做出的一项判例，是上世纪末围绕受托人责任的一项具有代表性的案件。该案中，巴克莱银行信托公司（以下简称Barclays）作为Bartlett信托的受托人，持有一间家族企业（企业为Bartlett Trust (Holdings) Ltd.）99.8%的股权，但是公司董事并非由受托人Barclays指定的。在家族企业的两项投资项目决议问题上，家族企业董事会进行了投资决策，受托人Barclays虽知晓投资项目，但未明确反对投资。事后，其中一项投资项目失败，使得家族企业遭受损失，进而也使得信托财产（即家族企业股权）价值严重贬损。

在受托人Barclays管理信托的过程中，作为股东的Barclays仅仅通过参加公司年会、获取公司董事工作报告和公司年度财务报告的方式获取相关信息。在家族企业投资项目明显失当的情况下，原本Barclays作为股东可以介入甚至叫停投资项目。之所以Barclays未能及时制止这项投资，是因为受托人未能及时获取信息，而是单纯依赖上述公司年报等资料。判决认为，对于类似信托公司的从事信托管理业务的专业企业，与普通谨慎的人相比，应适用更高的

注意义务。因此对于家族企业的投资项目，受托人应主动介入、获取信息。判决认为，因为受托人未能尽责，所以就信托财产价值贬损的部分，受托人应承担赔偿责任。

二、Anti-Bartlett条款及典型离岸地立法

Bartlett诉Barclays（巴克莱）银行信托案并非是对受托人责任立法的“创新”，某种意义上是延续了受托人责任的立法和判例。受托人所负的信义义务，对于信托的受益人而言，是某种意义的“保护”，也是对受益人信息劣势的平衡。受托人占用、管理并处分信托财产，掌握着信息优势，而委托人不再拥有信托财产所有权。对受托人课以信义义务，并且赋予受益人执行信托的权利，利于实现信托目的、保护受益人利益。但是，对于那些将企业股权设立信托的委托人而言，这种传统意义上的“平衡”机制，也可能带来一种尴尬的局面，即：一方面，是委托人难以割舍对家族企业的“控制权”。委托人往往也是家族企业的创始人，将企业股权设立信托后，委托人往往希望继续保留对股权的管理权，进而实现对家族企业的控制。另一方面，则是受托人客观上的确难以具备经营家族企业的能力，毕竟家族企业股权是一种特殊类型的资产。

一些离岸法域创设了一种新的“平衡机制”——允许免除受托人部分责任，这实际上使得受托人义务标准得以降低，往往同时也使得委托人的权利得以保留。此类条款，实践中被称为“Anti-Bartlett条款”。在离岸信托中，

受托人往往通过离岸公司间接持有底层资产。如果受托人通过对离岸公司派出董事，实现对该持有底层资产公司的管理，那么“Anti-Bartlett条款”不会给予受托人责任豁免，因为受托人已经介入了公司的管理。如果信托契据包含“Anti-Bartlett条款”且受托人未介入公司管理，则受托人可免于质询和介入信托财产管理的义务，除非受托人认为需要介入或监督董事。可见，“Anti-Bartlett条款”豁免了受托人责任，遵守“Anti-Bartlett条款”不会让受托人承担违反信托的责任。

之所以会出现“Anti-Bartlett条款”，恰恰是Bartlett诉Barclays（巴克莱）银行信托案所引致的。在该案以后，受托人通过在信托契据中设计“Anti-Bartlett条款”，以降低自身责任和风险。该条款逐步被一些离岸法域吸收借鉴，实现了法典化。具体而言，包括了两种立法例。

立法例一，是在信托法中增加条款，允许委托人保留权利的同时，适度限缩受托人的责任。纵观各离岸法域的信托立法，开曼群岛与泽西岛一定程度上可以认为赋予了委托人最大程度的自由。1984年泽西岛《信托法》（2014年修订）在2006年通过的修正案中，通过其第二章9A，明文允许委托人保留或者授权他人行使部分权利，且明确前述委托人权利的保留或授权不会使得信托无效或延迟生效。受托人按照该项权力或职能的行使而行事，则受托人并非违反信托（“a trustee who acts in accordance with the exercise of a power is not in breach of trust”）。前述权利保留或授权他人行使的范围涵盖较广，包括信托文件的调整、分配信托本金或收益、任免信托持股公司的高管、解聘受托人和/或保护人、变更受益人、委任或免职投资经理或投资顾问以及改变信托准据法等。《开曼群岛信托法》（2017修订）则是在第三章第14条中以明文方式允许委托人权利的保留或授权他人行使，且亦明确前述委托人权利的保留或授权不会使得信托无效或延迟生效。

尽管泽西岛和开曼群岛都允许委托人保留权利，但细节方面仍有区别。其一，在允许委托人保留或授权他人的权利范围方面，开曼群岛立法与泽西岛立法略有差异。开曼群岛立法并未明确允许委托人可以保留“委任或免职投资经理或投资顾问”此项权利。其二，在受托人责任方面，开曼群岛强调：受托人在遵循本法第14条第一款

所规定的全部权力，或是有效行使权力（otherwise valid exercise）所产生结果时，则不认为其行为违反信托。有观点认为，此处的“有效行使权力”，某种程度上说明受托人负有监督性权力，以确保保留或授权他人的权利被有效行使。当然，此种监督性权力性质上更倾向于属于个人权利（personal power），而非受托权利。

立法例二，则是通过颁行单行法，允许委托人保留权利。英属维尔京群岛的VISTA立法即为典型。根据“谨慎商人原则”（Prudent Man of Business Rule），受托人若持有公司股权，就要关注该公司的资产价值（某些情况下可能会出售该资产以降低进一步的损失）并监督甚至参与公司的事务。而这与某些委托人的意愿是相矛盾的。例如，某些委托人希望受托人长期持有家族企业以达到家族财富传承的目的，其并不希望受托人过多干涉家族企业的运营，更不愿看到受托人出售家族企业的股权。BVI颁布的《维京群岛特别信托法》（2003年颁布次年生效，简称“VISTA”）解决了这一问题。若信托选择适用该法案，则受托人将会被禁止干涉其持有之公司（限于BVI公司）的实际运作，公司的具体运作将交给公司董事。

VISTA法案对“审慎商人原则”进行了调整，法案规定“本法适用以公司股份作为信托财产的信托的相关事宜，本法的相关条款要求受托人保持持有公司股权，无论出售股份是否会带来经济上的利益……”、“受托人持有指定股份的义务优先于受托人使信托财产保值和增值的义务”。区别于一般信托，在VISTA信托的框架下，受托人的第一义务是“持有”指定的股份，这项义务甚至优先于受托人使信托财产保值和增值的义务。受托人履行持股义务的，即便信托财产有损失，受托人也对损失免责。

对受托人的限制，确保了受托人无法干涉董事会对BVI公司，进而确保BVI公司下的家族财富得以有家族成员自行管理。但是，一旦BVI公司的董事会出现了内部矛盾或者实施了损害家族利益的行为，需要受托人行使股东权利来进行干预，因此，VISTA法案规定了“紧急干预”机制。《VISTA法案》第八条规定，在信托文件规定的情形发生时，利益相关人可以要求受托人干预公司事务。受托人在接到利益相关人的要求后，如果“合理地”判断目前的情形是信托文件规定的需要干预公司事务的情形，那么受托



人应当采取“合理”的措施以维护信托利益。

三、“Zhang Hong Li v DBS”案及其对“Anti-Bartlett”条款的影响

2005年，ZHANG先生与其妻JI女士以资产传承规划和遗产税为目的，以Amsun Trust为受托人设立了信托，信托适用法律为泽西岛法律。信托财产是一间BVI公司Wise Lords公司的股权，该BVI拥有一笔现金资产，因此现金资产投资主要通过Wise Lords公司层面进行。JI女士通过投资顾问协议被任命为Wise Lords公司的投资顾问，有权代表Wise Lords公司向DBS银行发布投资指示。为保证委托人的决策主导地位，信托文书中加入了‘Anti-Bartlett’条款。

在2005至2008年的三年时间里，JI女士主导执行了500多次投资，并多取得可观利润，其中有约340笔交易为美元基金。2008年5月，JI女士认为美元市场不景气，大量赎回基金而将投资重点转向外汇，特别是澳元和欧元。起初，外汇投资收益颇丰，但2008年8月澳元大幅度贬值。然而JI女士在银行一再警告的情况下，仍一意孤行，看涨当时颓势已显的澳元，坚持必须以其指定的价格交易并表示

愿意承担实质性风险。在接下来的几个月里，Wise Lords公司持续大幅受损。2009年三月，Wise Lords公司的净资产价值比2008年3月减少了约70%。

2011年初，ZHANG先生、JI女士、信托的新受托人以及Wise Lords公司作为原告，起诉前受托人Amsun Trust、Wise Lords公司的代理DBS Corporate和其法人董事DHJ。法院于2012年对该案进行了长达24周的审理。审理过程中，原讼法庭法官发现JI女士的投资决策权利，受制于前受托人Amsun Trust和Wise Lords公司董事DHJ的否决权，同时前受托人和DHJ也有权利撤销JI女士决策的交易，因此他们对于JI女士的投资决策有更位阶的监督权，即：前

受托人在认为投资风险过高或者会导致受托人的投资组合受损失或处于高风险的情况下，有权拒绝JI女士作为投资顾问的决策。同时，DBS Corporate作为Wise Lords公司的代理，有义务及时收集信息并呈报前受托人。而法官注意到，尽管前受托人有权监督甚至否决JI女士的投资决策，但在前述519次交易中，前受托人并没有撤销任何一笔，对于Wise Lords公司在2008年6月至8月之间为何买入如此大量的澳元也没有提出任何质疑。法官认为前受托人Amsun Trust和Wise Lords公司董事DHJ分别违反了对于信托和Wise Lords公司的信义义务，但驳回了原告对DBS Corporate等其他主体的诉请。

2017年前受托人Amsun Trust和Wise Lords公司董事DHJ以及原告同时在香港提起上诉，前受托人认为根据信托契据条款及泽西岛法律，其对于信托投资并没有任何监督的义务，但该上诉被法院驳回。法院同时也驳回了原告对于其他诉求。法官认为，即使信托契据中载有‘Anti-Bartlett’条款，也并不能排除前受托人的监督职责。信托财产应在前受托人专业的控制、审查和管理下进行投资运作，前受托人的核心义务并不能因此免除。Wise Lords公司董事DHJ也应同理适用。上诉法院因此维持了初审法院的判决，认为前受托人存在重大疏忽的违反信托行为以及违反了法定的信义义务。

透过此案我们发现，尽管信托契据中纳入了‘Anti-Bartlett’条款，但作为信托财产的法定所有权人，受托人始终有权力介入到信托财产的管理之中。受托人不应仅仅满足于被动获取信托资产的投资信息。在发现委托人对信托财产的管理可能会对信托财产造成损失时，应及时予以“有效”介入。‘Anti-Bartlett’条款并非受托人的金钟罩、铁布衫，即便委托人保留了投资权利，受托人的信义义务并未当然豁免。✎

《京都刑辩讲堂》揭牌 首场名家讲座反响热烈



活动合影

9月6日下午，在京都律师事务所北京总部，来自北京和外地的数十位法律界人士参加了《京都刑辩讲堂》首期活动，共同见证由法学泰斗江平教授题写的《京都刑辩讲堂》牌匾揭牌仪式。

京都律师事务所名誉主任田文昌律师在揭牌后发表演讲。他指出，很早以前他就注意到律师培训的缺陷和需求，现在对中国律师来讲，眼下最急迫的、最重要的、最有实效

的是培训。近年各地刑事辩护业务培训很多，确实有声有色，但也有很多问题，如何顺应这种大趋势，有效提升培训质量，急需得到解决，京都律师事务所以其刑事辩护的实力，应当作出自己的贡献。《京都刑辩讲堂》将在三个方面展开工作：业内交流互动、专家授业解惑、刑辩实务培训。他希望刑辩讲堂成为一个理论和实务相结合的高端培训平台，各界精英荟萃，百家争鸣，各显神通，作出实

效。他强调，“我们所做的一切都是为了未来，为了后辈人，为了年轻一代打好基础。”

京都律师事务所朱勇辉主任在讲话中表示，《京都刑辩讲堂》不仅是京都人的刑辩讲堂，也是属于所有法律人共同交流的一个讲堂，期待在同仁的共同努力下，能够为中国的刑辩做一份努力，为中国的法治做出一份贡献。

在揭牌仪式结束后，开始《京都



揭牌仪式

刑辩讲堂》名家讲座首场授课，中国社会科学院大学刑事辩护研究中心执行主任门金玲登台，做题为《刑事辩护学导论——兼及刑辩律师的彷徨和困惑》的讲座。

门金玲老师从比较法的视野下“律师能否拒绝接受某些罪大恶极人的辩护委托”这一个问题引入，追本溯源讲授了什么是刑事辩护和辩护律师、刑辩律师的功能和刑辩律师的执业伦理三个大问题。

门老师详细阐述了刑事辩护律师是国家理性发展到一定阶段的产物，其角色设定就是在场刑事诉讼中站在公权力的对面“挑毛病”，维护犯罪嫌疑人、被告人人权。进而，借鉴美国和日本的理念，详细解读了刑事辩护律师的三大功能：确保嫌疑人、被告人的主体性；使被告人的防御权得以

实现；防止冤假错案。在论述刑辩律师的伦理问题时，她结合司法实践中常见的诸如被告人辩护意见不一致、能否公开案件信息、能否公开谴责一个已经被公权力机关追诉的被告人、能否揭发被告人其他犯罪等等问题，对这些问题背后的理论逐一诠释，提出刑辩律师在一个具体案件的操作中在多个方面要保持完美的平衡，绝对不是一件轻而易举的事。最后，她特别强调了从来没有一门学科如法学这般，理论之于实践是如此重要，希望每个刑辩律师都能有一套自洽的理论来武装自己。把辩护中提出的每一个诉求都建立在理性的基础上。

中国社会科学院大学政法学院教授孙远在与谈中认为，在律师和嫌疑人、被告人的关系问题上，实际上有依附型理论和独立型理论两种，“正

是因为在律师定位上，赋予你独立辩护的一个责任，你要受法律的约束，所以在立法政策上，我才有理由在辩护过程中所需要的一系列的权利上，给你相应的与其他人不同的配备。所以我们国家采取了独立性的理论。”孙远教授还提出了很多司法实务中的问题，比如“程序辩护跟死磕类比”、“批捕阶段的阅卷权”等问题。这些问题都引起了现场听众的关注。

在之后的提问中，听课的律师等法律界人士纷纷向门金玲主任、孙远教授提问，要求解答自己在司法实务中遇到的各种问题，现场互动热烈。听众表示，两位老师的演讲和解答理论与实务相结合，内容涉及东西方的法学理论、立法现状和现实中的具体操作问题，见解精彩，非常解渴。

朱勇辉主任在与谈中表示，作为



| 田文昌律师



| 朱勇辉律师



| 门金玲教授



| 孙远教授



| 王九川律师



| 活动现场

《京都刑辩讲堂》的第一课，讲的其实是刑辩或者是刑辩律师的很多基本问题，这些问题是刑辩律师自认为最应该清楚的，但实际上真的不清楚，或者认识得不那么透彻，而两位老师的演讲解答了这些问题，提供了很多值得回味的内容。

作为会议的主持人，京都律师事务所刑事诉讼部主管王九川律师在讲话中介绍：我们一直想建立一个高端的、侧重于实务的平台，在今年初设立刑辩讲堂，先以内部培训的形式运行，经过半年多的运行，正式对外开放。今后，《京都刑辩讲堂》将采用名家讲座、刑事论坛、法律沙龙、主题辩论会及体验式培训等多种形式。我们在内容上倡导“思想性、学术性、实务性”，在方式上提倡“开放性、包容性”，为法律界人士提供

发表见解、探讨问题和学习技能的机会。他认为，“理想中的法律讲堂风格是务实、厚重、大气，要以质量来获得大家的认可，让来到这里的人在聆听、研讨和辩论中真正受益。”

在活动结束时，王律师代表京都律师所对授课老师和到会人士表示感谢，表示今天的活动体现出法律讲堂倡导的“务实、包容、开放、自由”的原则。他认为，门老师主讲的内容具有重要的指引作用，“律师在讲堂无须花很多时间发牢骚，我们要和老师一起找到解决问题的方法。”

这次揭牌和讲座活动持续四个多小时，首次名家授课活动引起听课人士的热烈反响，其中提问解答互动环节持续一个半小时，大家意犹未尽。

从昌平赶来的政法大学学生小周说，参加这样的讲座对于自己的学业

和未来就业都有帮助，因此他早上10点就坐车赶来，成为了第一个入场的听众。一位来自河南的刘律师说，她上午赶过来，晚上还得走，但她觉得这次讲座非常开脑洞，不虚此行，还会再来。

有的律师表示，“头一次感到没有开成诉苦会，每个人都是在法理、法条中找思路”，老师的讲课“有醍醐灌顶的效果”；还有律师表示，京都所做事总是“低调奢华有内涵”，非常高兴能敞开这个交流平台，以后有机会会常来参加。

目前，《京都刑辩讲堂》的下一期活动已在筹备中。☞



打造理论和实务相结合的至高点

——田文昌律师在《京都刑辩讲堂》成立仪式上的致辞



田文昌律师

大家下午好！

京都所设立刑辩大讲堂的设想由来已久，前几年我们成立了京都刑辩研究中心，目的就是侧重于刑辩理论的研究。中心成立以后，办了若干次活动，包括在各地举办的刑辩论坛，收到了比较好的效果。

现在为什么还要设立这个讲堂，这跟大环境是相联系的。随着刑事辩护全覆盖的提出，全国律师界在刑事辩护方面，都有了一系列的动作。比如，各地律所和高校都纷纷成立了刑辩学院、刑辩培训中心等等，可以说是风起云涌、群雄四起，搞的确实有声有色。这是

一个大的趋势，这是一个好事，说明我们全国各地无论是律所本身，还是高校的法律院系，都开始对刑事辩护的研究和培训高度重视，反映出一种普遍的重视。

但是，在这种大好形势下，我们也发现了这样一个问题：由于历史原因，中国刑事辩护业务到今天整整40年，前无古人。可能有人会说不对，原来解放前就有律师，但是实际上中国这个律师制度确实世界史上是一个奇葩。全世界律师制度的历史长达几千年，古罗马时期就有。中世纪的时候，西方的律师制度就比较发达，律师学院都有了。

到了资本主义时期，高度发达的律师制度至今已经走过了几百年。但在中国几千年的封建专制历史中却从来没有过律师制度，也没有过律师的称谓。有人把古代社会的状师和律师比较，可状师只是写状子，在法庭上没有发言权，没有真正的律师身份。再说具体一点，他就是在街头支一个桌子，和代写书信混在一起，代写诉状，那是非法经营，根本就没有合法地位和身份。

所以中国历史几千年根本没有律师的概念，直到1912年首次出现了《中华民国律师暂行条例》，到现在也只有100年之多。解放前的20多年，军阀混战，内忧外患，出了几个有名的大律

师，仅此而已。

解放以后，废除了旧法统，律师制度都没有了。直到1954年，我们学习模仿苏联的模式，建立了律师制度。那个时候张思之老先生，就是在北京受命成立法律顾问处的创始人之一。1954年到1957年全国凑了两千多个律师，但是到了1957年反右运动，一概被打成右派了。那个时候只有刑事辩护律师，因为他们专门给坏人辩护，所以刑事辩护律师没有一个好人，当时就是这样一种非常明确的结论。

从1957年到1979年又经历了20多年，1979年改革开放以后，我们提出要建设法治国家，才开始恢复律师制度，实际上是重建律师制度。所以说中国律师制度真正得到发展的，仅仅是这40年，基本上是从无到有。中国历史上没有律师、没有传承、没有经验、也没有培训，所以，虽然现在大家都重视律师，高校也很重视，搞了很多律师培训学院，但是效果并不尽人意，没有找到培训律师真正有效的方式。

1996年刑诉法修改的时候，司法部办了几期高级律师培训班，我在讲课的时候，就跟当时主管的段部长讲，我说这么培训不行，光讲理论，光讲课本，已经不能适应实际需求了。我们得要教学员怎么做律师，技能培训很重要。段

部长说那你就讲吧，我说谁给我讲过？谁也没有接受过这种培训。所以律师技能培训的这个问题是非常严峻的。在这种情况下，我们觉得以京都律师事务所刑事辩护业务的实力，应当有所作为。这就是京都刑辩讲堂设立的一个动因，这是形势所需，我们应当有所作为。

刑辩讲堂要做什么，任务是什么？我想主要是三个方面，第一个方面是业内交流互动，这个讲台要发挥出整个律师界业内互相交流的作用，重在刑辩业务的探讨。所以，我们这个讲堂要超出京都所内部的范围，要与业内更多的刑辩律师共同交流，这样才能真正起到整体提升和培训的作用。我们一个小小的律所，不要叫什么学院，叫讲堂就行了，讲堂有大有小，不在于名称大小，在于内容和水平如何。

第二个方面，是我们要请专家来授业解惑，我们要请业内和高校的权威专家来给我们做讲座。我们的律师实务做得太多了，理论上有所忽略，甚至都忘了。我们不仅要去做某一项专业的培训，我们还要从根基上做起。我常常号召京都所的律师要读读法理，要把法理搞清楚，再把部门法的原理原则搞清楚。这些基本的原理原则搞清楚了，你才能融会贯通、触类旁通。现在恰恰是本末倒置，从高校开始，我们忽略法理的学习和理解，只专注于对法条的解读。法理吃不透，做起案子来常常会出现错误，甚至是常识性的错误。

去年，我们专门邀请了中国法理学界的权威专家，社科院教授李步云老先生来京都所，就在这个屋子里给我们讲了半天的法理课。法理课其实太重要了，好多问题比如南京彭宇案，最基本的法理问题都搞不清楚。

还有大学生掏鸟窝案，判了十年刑。当时媒体采访我，我说了两个观点，第一个是人权和鸟权谁大，法官按照法律规定判十年，没有错。但是，十只小鸟就可以把一个人判十年刑吗？合理性何在？第二，法官是不是人，我这么说不是贬义，是说如果这个小孩子是法官的儿子，法官能不能这么判他呢？因为刑法有特殊减刑条款，如果这个案子是法官的儿子，他恐怕首先要想到是否适用那个特殊减刑条款，都说法律是无情的，我说法律无情亦有情，这个问题要深入研究。这些问题搞透了，我们才能真正了解法律。

还有于欢防卫案，为什么出现这么大的争议，这都涉及到基本的法理问题，基本的法律原则问题，所以我们要搞清楚。我们请专家来授业解惑，就是要从理论层面加以提升。

第三个方面是要做刑辩实务的培训，刑辩实务的培训重在实战训练。现在西北政法大学刑辩高级研究院一直在进行刑辩实务的培训，这个培训就是我把美国、加拿大和欧洲一些培训方式借鉴过来，通过跟他们的合作、学习，把他们的培训方式加以改造、细化，摸索一套中国律师的实务培训方式。

针对刑事辩护的整个过程，从接谈案件开始到结束，我设计了四百个学时。法庭质证，物证的质证，鉴定的质证，法庭发问，每个专题都要三到五天的时间，完全是实战训练，包括怎么样会见，怎么样阅卷，怎么样写辩护词，所有的都要搞实战训练。而且这个培训班最多不超过30人，每个人都是处于充分参与的状态。

一个律师，只有经过这样的培训，才能够真正在技能上得到提高。刑辩是

一种技能，不是刑法研究好了就行了。一些教授，刑法很精通，论证案子也是头头是道，可出庭未必行。国外有一些教授，律师业务是很精通的，我几年前在美国参加一个培训，有几个教授在讲理论的时候，滔滔不绝、头头是道，一看就是教授。过一会在演示律师技能的时候，一看又是个律师，这说明他把理论与实务结合得非常好。可我们就是缺少这样的人。刑辩是一种技能，没有专门的实务培训，是不行的。所以，刑辩讲堂的第三个任务，就是一定要搞刑辩实务的培训，重在实践。

所以，三个任务，第一，业内的交流互动，第二，专家的授业解惑，第三，刑辩实务的培训。我希望我们的刑辩讲堂把这三项任务都做起来，注重实效，面向未来。

为什么面向未来？因为现在我们做得太差了，说句实在话，中国现阶段就不可能产生真正的名律师，因为那个时代还没有到来。时势造英雄，这个时代还没有来，我们的律师制度只有40年，我们怎么能成为那么高水平的律师？我们现在的律师是铺路石，只是给后人打基础。我们这个讲堂，我们所做的一切都是为了未来，为了后辈人，为了年轻一代能打好基础。所以，我们既要注重实效，也要面向未来。

刑辩讲堂的目标是什么？全国上下都存在一个严重的问题，就是法学界和法律界理论和实务相脱节的现象非常严重，严重到形成障碍的程度。现在我们到处呼吁这个问题，但是怎么解决，最好的解决办法就是有一个平台能够让实务界和理论界经常在一起交流探讨，这样才能产生一种互补的作用。中国的法学界和法律界急需摆脱这种



脱节的现状，我考察过很多国家，在其他的法治发达国家，我们脱节的状态是不可思议的，这是很严峻的一件事，必须要解决。

所以，我非常希望我们这个刑辩讲堂能够成为一个理论和实务相结合的高

端培训平台。讲堂成立以后，希望能高朋满座，精英荟萃，百家争鸣，各显神通。通过吸引、欢迎、借助律师界和学术界各方面的力量，我们希望能够使这个平台成为一个实现理论与实践高度结合的至高点，我们的研究中心重在理论上

的研讨，我们这个讲堂重在培训。而对于中国律师来说，眼下最急迫的、最重要的、最有实效的就是实战培训，我们有这样一个良好的愿望，愿望如何实现，要靠大家的支持！

谢谢大家！

门金玲：刑事辩护学导论 ——兼及辩护律师的困惑与彷徨



门金玲教授

门金玲，京都律师事务所兼职律师，北京大学法学院诉讼法学博士毕业，现任中国社会科学院大学副教授、研究生导师，中国社会科学院大学刑事辩护研究中心执行主任。主要研究领域为刑事诉讼法学、证据法学、法律诊所教育。常年专业办理刑事案件，积累了丰富的庭审辩护经验和审判前辩护的成功经验，办理多起具有较大社会影响力的案件。发表论文数十篇，参加撰写论著数部，参与过国家社科基金、公安部、司法部、北京市、全国律协刑辩委员会以及其他民间课题十余项，独著《侦审关系研究》（社科文献出版社2011年版），主编《刑事辩护实务指南》（法律出版社2015年第二版），主编《刑事辩护的技术、方略与案例》（法律出版社2017年版）。

先提一个问题：一个专业刑事辩护律师能否拒绝一个“罪大恶极”人的辩护委托？随着犯罪控制、治安管理手段越来越先进，随处可见的摄像头、随身携带的拍录设备，使得很多嫌疑人的行为在公权力尚未介入就被网络媒体公布于众。

作为一个专职从事刑事辩护的律师，你能否拒绝一个或“罪大恶极”、或“臭名昭著”的人的辩护委托呢？

我们先来看看其他法治国家的制度。英国，推进人类法治文化进程的重要国家。律师被分为事务律师（solicitor）与出庭律师（barrister），事务律师负责所有的收案、建议、咨询、准备材料等等出庭之外的工作，也有人将其称为初级律师。出庭律师负责出庭，被称为大律师。因为实行审判中心主义，法庭裁决来自于庭审过程，因此，出庭律师的社会地位较高，行业行为规范要求极为严格。但事务律师收入

一般高于出庭律师。出庭律师只能从事务律师手中拿到案件，不能直接接受当事人委托。在英国，一个出庭律师是不能拒绝一个刑事辩护的委托的。就像出租车司机不得拒载一样，一个出庭律师是不能拒绝给一个委托人辩护的。在日本，以及其他大陆法系国家，虽然没有规范上的禁止拒绝，但是，从行业管理的角度，一个专职刑事辩护的律师，是不可以在公开的媒体上声讨自己不喜欢的犯罪嫌疑人。即当一个公民已经被置于刑事诉讼的国家机器运行之中成为公权力追诉的对象时，程序启动之后，一个辩护律师，对整个刑事辩护律师队伍的义务，对整个群体的义务和操守就是，不得在公开媒体上发表不利于犯罪嫌疑人的言论。这是一个社会中，在委托人群体与律师群体之间形成稳定的相互信任的社会心理结构的必要条件。

既然形成辩护关系的基础是委托，为什么在这个“委托”关系里，作为一个刑辩律师没有自主意思表示，必须服从，不得拒绝呢？又不是法律援助。这需要我们的探讨从最本初的角色定位开始，看一下刑事辩护和辩护律师究竟“是什么”？

刑事辩护与辩护律师

法律人必须坚持无罪推定。无罪推定是程序意义视角下的无罪假定。可是社会人呢？记得上学时一个研究法律社会学的老师讲课时说，我在家里抓到了一个入室盗窃杀人灭口的坏蛋，抓了个现行，你告诉我说无罪推定，他是无罪的，不是罪大恶极，你让社会人怎么理解？离开这个程序意义视角下的无罪假定，从社会学的视角看，刑事辩护的特

点，是在为“恶的行为”和“实施了法律明确规定的犯罪行为的人”进行“辩护”。

英文中刑事辩护起源于一个词“devil's advocate”，看字面直译很有趣，“恶魔的支持者”。辩护律师，真的半脸魔鬼半脸天使？究竟是“恶魔的支持者”还是“正义的代言人”？这个话题曾经很长一个时期争论不休。田文昌老师针对这种争议，说出一句至今引用率极高，广为被接受的金句——“律师既不是天使，也不是魔鬼”。刑事辩护是干什么的？辩护律师，到底是什么角色定位？

（一）挑毛病（的人）

为引起争论而发表反对意见（的人）。翻开牛津高阶词典（《Oxford Advanced Learner's Dictionary》2000版）中的解释，直译的话，就是“一个人发表一个意见，这个意见不一定是他真正坚持的，只是就一个主题挑起一个争论。”（“a person who expresses an opinion they do not really hold in order to encourage a discussion about a subject”），意译的话，就是“一个故意提出异议激发辩论的人。一个故意唱反调的人”。在牛津高阶英汉双解词典（《Oxford Advanced Learner's English-Chinese Dictionary》2002版）中的解释（“person who speaks against somebody or something simply to encourage discussion”），也是同样的意思。因此，这个刑事辩护律师为犯罪嫌疑人、被告人辩护，其实就是表达一个不同意见，目的是“挑毛病”。刑事辩护就是“挑毛病”，辩护律师就是“挑毛病的人”队伍里的“专业”挑毛病的。

既然辩护律师是国家在诉讼机制中专门设计的专业挑毛病的人，因此，一个专职刑辩律师，在英国这样的律师体制之下，禁止出庭大律师拒绝委托，也是制度逻辑的内在应有之义。在大陆法系国家，比如日本，不会在规范上做出规定禁止辩护律师拒绝委托，但在行业管理中严格贯彻不得发表伤害嫌疑人、被告人言论及行为。我国也没有禁止辩护律师拒绝委托的制度，这或许是我们国家的律师在制度上没有实现事务律师与出庭律师的分化。但是，虽然不禁止拒绝委托，但是我们都有强制辩护制度。强制辩护制度是什么意思？就是在案件符合法定条件的前提下，你要不要律师，我都要给你。即便是事实清楚，证据确实充分的案件。比如可能判处无期徒刑、死刑的案件，一定要有律师辩护，你没有请律师，政府为你指定律师。强制辩护制度也彰显了辩护律师就是现代诉讼制度设计的一个“不能缺少的”组成部分：“挑毛病的人”。

（二）挑公权力的毛病

挑谁的毛病？在刑事诉讼中国家要追诉一个公民的犯罪行为，从程序上和实体上，有什么不对不妥地方吗？需要在制度上设定一个角色来承担“挑毛病”的任务，这个角色就是“辩护人”，辩护律师就是这个辩护人角色中“专业的挑毛病”的人。因此，辩护律师在刑事诉讼制度中出现，是国家理性发展到一定阶段的产物。是国家理性和人权保障发展到一定阶段后，现代文明对国家司法制度提出的必然要求。公权力机关在追究犯罪时，要在无罪推定的理念下，以诉讼的方式进行。要以推定可能存在“程序瑕疵和实体瑕疵”为制



度设计的逻辑起点。因此，刑事辩护就是在制度上设计的挑国家公权力的毛病，站在国家公权力对面，以国家机关（公权力）为对手。

所以说，为什么国家要允许一个唱反调的人存在？并且在制度设计中配置这样一个唱反调的设施？就是所谓的“国家理性之光”，因为公民权利的高涨和国家的理性之光，加在一起，其实就等于法治社会的文明之光。刑事诉讼是国家公权力和公民个人之间的战争，所以辩护律师代表被告人利益，挑的是公权力的毛病，公权力需不需要挑毛病，国家发展到理性阶段的时候，它一定会产生这个“需要”，因为可能在这个过程中存在，要么是程序上不能保障嫌疑人、被告人的权利，那么实体上可能有冤假错案。现代社会，正义一定要实现，并且还要用看得见的方式实现。所以，如果一个案子实体上没问题，程序上也有辩护律师存在的意义。从这个角度上来讲，辩护律师，这个角色在一个个案中存在就是有意义的，它的意义就在于站在公权力的对面，挑公权力“程序上的”和“实体上的”毛病。

（三）保障人权

站在公权力对面，以保障人权为使命。刑事辩护活动以及刑事辩护律师保障人权，不只是眼前委托人的人权，还包括所有公民的人权。特别是程序性辩护的意义，不只是对委托人的权利保护，更是对整个司法制度的公正性的维护，是对全体公民人权的维护。

刑事诉讼是国家针对公民，行使刑罚权的诉讼活动，刑事辩护是为维护人权而斗争。就辩护律师眼前的委托人（嫌疑人、被告人）而言，其在被追诉

过程中享有无罪推定的权利，因此，享有程序上和实体上的辩护权利。辩护律师要维护其人权。同时，基于刑事诉讼法的公法属性，还意味着刑事辩护不仅仅是为了眼前的委托人（被告人），也是为了未来的委托人以及所有的公民。这一点与民事活动的原理截然不同。刑事诉讼法是公法，一旦涉及到公共利益，就像检察官不是被害人代理人一样，辩护律师也不简单的只是为了被告人。

辩护律师的功能

我刚才说律师需要在维护委托人利益的同时，还要有公法义务。可能有人不同意。有一种观点强调面前委托人的利益高于一切，这种观点就混淆了民事诉讼和刑事诉讼的本质区别。律师的功能有很对层面，很多视角，我从最抽象的视角谈几个功能，有可能不全面啊。

（一）确保嫌疑人、被告人的主体性和主体地位

辩护律师的功能第一个是确保嫌疑人、被告人的主体性。刑事诉讼发展到今天，从审判“人”，变为审“事”，这是一种文明进步，是被追诉人主体性地位的体现，被追诉人不再只是被追诉的客体。我们国家在这个问题上还是有纠问制的积弊。司法实践中，经常有律师来问我说，侦查立案的理由是怀疑嫌疑人合同诈骗，以此立案，查了半天啥事儿也没有。但是也不放人，接着查这个人的其他事儿，最终定案的事实与当初立案的事实完全不搭界。刑事诉讼法上规定的立案的“涉嫌犯罪”的条件形同虚设，相当于想抓谁抓谁，国家机器可以随意启动。这个现状体现的是嫌

疑人的客体地位，没有主体性。辩护律师的任务就是挑出毛病，让法律的本意回归到应该有的样子，既然刑事诉讼法规定了立案条件，则这台危险的国家机器对着公民开动时就必须得满足法定的“立案”条件，且不能够将这条对公权力的规范虚置。

（二）实现被告人的防御权

第二个功能是使被告人的防御权得以实现。被告人自己也能辩护，为什么非得要一个律师。比如司法实践中很多法官不幸沦为了被告人，法官是最懂法律的，是不是可以不用辩护律师了？不是的。被告人自己辩护的权利和辩护律师为其辩护不可相互替代。且不说被告人身陷囹圄无法实现很多辩护权，即便是取保候审状态，由于角色对心理上的影响，也很难说能够做到理智冷静的辩护。何况基于辩护律师的特殊社会角色，法律赋予律师辩护会有一些固有的辩护权，这些固有的权利不是来自于被告人的辩护权，是法律基于律师需要“专业挑毛病”的任务而专门赋予辩护律师的。这里请个大家不要误读我的意思，辩护律师之所以能在某个案件中获得辩护权是必须来源于嫌疑人、被告人的委托！一旦委托关系确立，其享有的辩护权中就有一部分是独立于嫌疑人、被告人而独立享有的，被称作“固有权”，即专属辩护律师且不需要经过嫌疑人、被告人的同意，比如会见权、阅卷权、调查取证权等等还有其他权利。与“固有权”对应的概念是“传来权”，即源自嫌疑人、被告人的权利而有的，比如上诉权、回避申请权等等。一旦建立委托，之所以赋予辩护律师一些固有的不依附嫌疑人、被告人的辩护

权，是基于其辩护的“独立地位”，按照法律的规定，辩护律师都是“独立辩护”。如果真的让辩护律师依附于嫌疑人、被告人的话，其实是会极大的缩小和减低辩护效应的，有很多权利就不能独立行使了。

（三）防止冤假错案

今天就在泛泛的意思上使用冤案这个概念吧。冤案是国家侵犯人权当中最严重的一种，从“挑毛病”到“辩冤白谤”，这是刑辩律师业务的最高境界。关于防止冤假错案是刑事辩护最陶醉的境界，我觉得不需要我多解释。我反倒要说一说由此带来的对辩护律师存在的意义的误读。实践中很多律师把防止冤假错案这个辩护的最高境界当做了辩护律师存在的全部意义所在，这样就不免陷入迷茫和彷徨。正是如此才会有不为罪大恶极的人辩护的声音。因此，一定要清醒的对待辩护律师存在的意义。不能仅仅局限于辩冤白谤这个最高境界，如果这样，很多案件就没有辩护的必要了，强制辩护制度也就没有存在的基础了。可是法治国家都有强制辩护制度。比如多年前有一个轰动一时的杨佳案，杨佳因为对社会不满，闯入上海市公安局连杀了好像是六名警察吧，被当场抓获。现场有录像，案件事实清楚证据确实充分。而且他公然挑战的是国家的公安机关，从情节上看是极其恶劣，后果也相当严重，实体法上是要判死刑，也没有谁会认为罪刑不相当。但是，还必须要有辩护律师的参与才能裁判，属于强制辩护。就是这样一个在实体上判处死刑可能没有任何异议的案子，却因为程序上的不公正，成为了一时的话题，而且当时的舆论一边倒的偏向杨佳。其

一，杨佳的母亲为其聘请了辩护律师，但是有关方面不允许委托的辩护律师介入，一定要其用政府指定的律师；其二，公众都认为家属提出的上海公安局应该回避，具有正当性，其不适合侦查此案，但是上海公安局拒绝回避，该案就是上海公安局侦查；其三，当时媒体联系杨佳母亲想了解情况，发现其母亲“去旅游”了，这是多么不符合常理，也就是那个时候出现的“被”旅游这个词。其四，还有公开审理的问题……等等吧，一系列的程序上的“毛病”。这个案子给司法机关、司法制度的公信力带来的冲击，是非常大的。外观不公正，没有让正义用看得见的方式实现。所以社会不买账。

辩护律师的执业伦理

伦理是什么，是人伦之道，是形成实际道德规范的原理。它和道德有重合的部分，但又不等于道德，更多的含义是规范。讨论律师执业伦理，一定是要在规范的层面探讨才有意义，讨论律师执业的行动准则。

如果说哲学上有基本问题是物质与意识的关系问题，法学的基本问题是事实与规范的问题，那么，律师执业伦理的基本问题就是维护当事人利益与维护社会公平正义的关系问题。这个基本关系换个方式解读，是两大关系的关系：

“独立地位的辩护律师与委托人的关系”与“独立地位的辩护律师与社会公共利益的关系”、还可以说是“委托义务”与“公法义务”的关系、是“诚实义务”与“真实义务”、在理论层面看是“椭圆理论”与“圆形理论”的关系。厘清上述关系，则摆在辩护律师面

前的那些世界性的难题，诸如：“能否为替身被告人辩护？”“被告人与辩护认意见不一致如何处理？”“知悉被告人的其他犯罪是否有揭发义务？”“能否公开谴责其他被告人？”“法官违法行使庭审指挥权怎么办？”都可以迎刃而解。

关于辩护律师执业伦理的讨论，一定要探讨执业规范这种外在的伦理。不要探讨素质和道德，作为内心信念的这此要素并不能用外部争论提升自己。

大家有兴趣去看一些日本、德国、美国等国家开设的“法曹伦理”、“司法伦理”等教科书，我们就会知道，我们所遇见的所有执业伦理上的问题，是世界性的命题，在其他国家的律师执业中也是热议的问题。所有的问题又都能从基本问题的回答中找到答案。

（一）维护当事人利益与维护社会公平正义的关系

首先，必须肯定的一点是，任何一个国家对于刑事辩护律师的职业定位，都是“维护当事人利益与维护公平正义”的结合。维护当事人的利益不难理解。但是，很多律师对于刑辩律师是否还应该维护社会公平正义的公法义务持怀疑态度。世界上任何一个国家，对于辩护律师都规定了其在维护当事人利益的同时有维护社会公平正义的公法义务。这是因为，首先，刑事法律是公法，其适用，关系到公共利益，律师也是这一法律适用的参与者。其次，辩护律师作为刑事诉讼的参与者，其有独立的地位，一旦建立委托，有独立的不依附于被告人身份的权利。

在日本律师界曾经激烈讨论过律师法规定“维护当事人合法利益”之“合



法”二字是否必要。讨论中律师们普遍认为如果加上合法两个字，就有了要求律师在维护当事人利益之前先行评估它的合法性的义务，这没有一个外观可以操作的规范意义，于是，经过争论，律师协会采纳了律师们的意见，将法条中的“合法”去掉了，改为“维护当事人的利益”。将维护当事人利益推定为维护其合法权益。各国律师们走过的困惑，其实都一样。

翻看法治国家律师执业规范，不出前五条，一定会有写到其公法义务。没有一个国家会否认刑事律师有公法义务，有维护社会公平的义务。因为辩护律师挑战的是公权力，所处理这个事件也是基于其社会危害性。打击犯罪是为了维护公共安全，从这个意义上，辩护律师是站在维护公共安全的对立面中的一个角色，一定是双重使命。即便是律师制度最为发达的美国，他们不是标榜当事人的利益就是一切吗？不是的，都是辩护律师需要“维护当事人的权利和维护社会公平正义。”

我说了这么多公法义务，大家不要误会，辩护律师的核心义务是“维护当事人的利益”！我只是在针对公法义务的有无，来阐述辩护律师有公法义务的观点。这个不是你无我有，而是“两者皆有，其一为重”。

（二）诚实义务与真实义务

在上述基本关系之下，基于维护当事人利益的核心就是诚信原则，因此理论上称这一义务为“诚实义务”。诚信，信任关系，是被告人与辩护律师之间的基本关系。基于委托关系和基于辩护权的需要，辩护律师与当事人之间的维护当事人利益是其核心义务！这个诚

实义务里，分为积极义务和消极义务。为当事人保密的义务我们称之为消极义务。为当事人积极准备防御我们称之为积极义务。这两个部分我们统称为委托义务吧，或者维护当事人利益的义务吧。其次，还有一个义务，是律师维护公平正义而产生的义务，即“真实义务”。法庭是来裁判的，裁判者需要知道真相，法庭上辩护律师辩护的底线是不得伪证或者帮助伪证干扰法官判断真相。律师有真实义务。因此律师不得在法庭上作伪证或者帮助伪证。比如，日本律师界曾激烈讨论遇到一个替身犯人怎么办？在法庭上为其辩护，就有帮助这个人把一个虚构的事实向法庭做展示和证明，涉嫌伪证或帮助伪证。他们律师协会的任务就帮助律师整理这些焦点问题，困惑，设计出“标准动作”作为“行业标准”。在激烈的争论之后，在坚持“维护当事人利益”，坚持不破坏诚信为基础的“诚实义务”的基础上，也不违反“真实义务”，大家统一的标准动作是：第一，会见被告人时要告知被告人对于与案件不相干的对自己不利的事实无需告诉律师，否则律师知道之后会陷入执业伦理困境，就无法为其提供辩护了。第二，如果一旦知道了不该知道的东西陷入执业伦理困境，就辞去委托。大家想啊他们为什么没有给出“应该揭发”的结论？理由很简单，理论上，对于辩护律师的真实义务必须是“消极的”，如果其是积极的，则会与“诚实义务”陷入针锋相对不可调和的矛盾中。辩护律师义务的核心应该是维护与当事人之间信任关系为基础的“诚实义务”。既避免去了违背法律在法庭上做伪证，但是我们又保守了当事人的利益，维护了当事人的权益。

（三）椭圆理论与圆形理论

针对上述两个关系，两个义务，有两种理论，一种是椭圆理论，就是说辩护律师的执业伦理有两个圆心，一个是委托人（嫌疑人、被告人），另一个是法庭（社会公平正义）；这种理论较好的解释了当前各国在立法上坚持的维护当事人利益与社会公平正义义务。但是，圆形理论则认为，只有一个圆心，这个圆心就是被告人。即便有维护公平正义的义务，也不是能够与维护当事人利益等量齐观的。椭圆的两个圆心是平衡的，这个比喻不适用辩护律师执业伦理，“维护公平正义的义务”在“维护当事人利益”面前，不是平等的，有消极和积极之别，“维护当事人利益”是终极核心。

现实中律师们遭遇的窘境都和上述关系的处理息息相关。比如被告人与辩护人意见不一致怎么办？这其实不是问题，首先要记住自己最核心的任务是辩护，被告人说自己无罪，你说有罪，这会是一个很怪的场面……避免不一致，是维护诚信的基础。其次，要分析不一致的地方在哪里？如果是一个事实问题，不存在不一致，你就得听他的，事实问题你必须听他的。如果是一个法律问题，他认为有罪，辩护律师可以认为其无罪为其做无罪辩护。这个不一致可以有。如果他认为他无罪，你认为他有罪，他不懂法，你懂，法律评价你认为就是有罪，比如被告人认为替天行道杀恶人不犯法，无罪。可在法律上这是犯罪。怎么办？应该尽可能给被告人解释法律，获得一致。如果被告人不理解，坚持无罪，法庭上也不宜出现被告人喊无罪，辩护律师喊有罪的场面，这个场

面是和辩护职责相悖的！这种情况只能辞去委托。或者回避法律评价的辩护，只做程序性辩护！

还有，辩护律师知悉被告人的其他犯罪有无揭发的义务？这里需要判断“其他犯罪的重大与否”，如果是重大的社会危害的，比如说现在我从被告人的嘴里得知，他把自己下毒用的毒液倒在了饮用水的水池，会带来一个生命，或者身体上伤害的紧急社会危害，这个时候，揭发，则构成对诚信义务的违反，不揭发则对维护公平正义的违反。前面说了，后者是消极义务，可以不揭发。但是任何原则都有例外，对于可能有“生命、身体上的重大伤害”的犯罪行为，律师可以揭发。忘记是哪一个国家了，还为“可以揭发”还是“应当揭发”而争论，最终认可用“可以”揭发。为什么用“可以”？为什么不用“应当”？应当和可以的区别，就在于如果我们发现他没有举报，而且他知道了这个线索，“应当”的情形下，则依据律师的法定义务可以追究其责任。“可以”则不存在揭发义务。立法使用“可以”，彰显了立法目的是为律师“揭发”免责，但又不是鼓励律师“揭发”。只是要为一个举报的律师免责而已。我们讨论很多的问题必须在合理性上讨论。不用“应当”，不能让一个刑辩律师在公法意义上有这么积极的义务，核心还是维护当事人的利益。

当前律师辩护的背景板

总结当前我国律师辩护的三个背景板：

之一：诉讼形态尚处于建构之中，还没有产生“大律师”的土壤

之二：法律人的整体尚处在向专业化迈进过程中，还不具有理性的法律人群体的特征

之三：委托人（嫌疑人、被告人）群体与辩护律师群体之间还没有形成相互信任的稳定社会心理结构。

有一个忘记了出处故事：在国外有一个老太太觉得自己可能不久于人世，可是她的狗还能再活几年，她的狗跟她是相依为命，她会定期给狗做SPA，洗澡，剪毛，小狗享受着非常好的生活，她就想自己死了，狗会不会流浪街头死掉呢？她有很多的钱，于是她决定要把遗产给狗，但是国家的法律规定动物不能作为继承人。怎么办？她说要找一个财产使用监管人，死后由监管人将其财产用于她的狗的日常生活。确保她死了狗还能好好生活。于是，重点来了，她的亲生女儿陪着她到律师事务所找了一个律师，作为财产使用监管人。你看，她可以信任她的律师，不信任她的女儿。这种信任是什么？是一种存在于委托人和律师之间相互信任的社会心理结构，一种稳定的社会心理结构，他把事情交给你不是因为你是张三李四，汤姆杰利，而是因为你是律师。这种稳定的社会心理结构的建构需要律师群体的努力，需要律师协会对律师行为的以维护与当事人诚信关系为核心的规范管理，需要专职刑辩律师不能在公开的媒体上谴责已经进入诉讼程序的被告人（这里说的就是非自己代理的案件的被告人也不可以）。

在当前的中国，律师群体与委托人群体之间，尚缺乏这种相互信任的社会心理结构。

刑事诉讼构造的基本形态是“控审分离、控辩平等、裁判中立”，我国

目前这十二个字都还尚未完全确立。律师辩护的背景版之二就是：刑事诉讼形态尚处在建构阶段。检察官与法官之间有着天然的“亲缘”关系，控审分离不彻底，裁判不中立，控辩不平等。随着扫黑除恶等刑事政策的跟进，律师会见变得困难，法庭上辩护的空间也是一再被压缩。田文昌老师刚才说到：别人再怎么夸我是大律师，我清醒的很，我知道，我不是大律师，因为我国目前还没有成长出“大律师”的土壤！我敬仰他的成就，更敬仰他的自省和谦虚，也特别同意他最后结论部分——我们的刑事诉讼形态还处在建构之中，还没有培育出大律师的土壤。从情怀到专业，所谓的有法学修为的“大律师”的养成是需要土壤的。我们的辩护律师，就像我刚才举到的案例一样，都需要借助一定的法律之外的“外力或媒体，或行政……”，才能换来成功维护被告人的利益。

法律人的整体也在向专业化迈进，还不够理性。我们还常常有法庭上大吵大闹的律师、公诉人，甚至不冷静的法官。

这个部分说起来话长。简单分享一段麦克米伦说的一段话，每句话都能说到我的心里，他说律师履行在行使其职能的时候，必须尽到五个方面的职责：第一，他必须对他的当事人负责。第二，他必须对对方的律师负责。第三，他必须对自己负责，第四，他必须对法律负责，第五，他必须对国家负责。这五方面是相互矛盾，相互冲突的，律师要在这五个方面要保持完美的平衡，绝对不是一件轻而易举的事。律师都不可避免要天天碰到的，解决的办法也无法用一个绝对的标准来衡量，谁要妥善地



解决这些问题，谁就将获得律师的荣誉。这一点最让我感受颇深的是与田文昌老师合作办案，他从来都是要求在辩护的时候，必须不能伤害到其他同案被告人或者辩护律师！

海因斯是以狡辩著称的律师，公诉人评价他说：“他是很精彩，非常精彩，但是就是由于他，德克萨斯有二三十个杀人不眨眼的人逍遥法外，因

此他是社会的威胁。”海因斯回答说“我晚上睡得很好，我的工作不是法官和陪审员。”

虽然把我们被比喻成是医生，但是我们跟医生还有着本质的区别，身体上的病和世俗社会眼中“罪恶”不是一回事。辩护人就是生活在有欢喜和荣耀，也有苦恼和耻辱的职业人。

最后，我想说，从来没有一个学

科，理论之于实践，是如此的重要。刑事辩护律师执业过程中所有的彷徨和困惑，都能够在自洽的理论世界找到答案，

今天是京都刑辩讲堂结束“闭关自讲”，走向“对外开放”的第一课，所以简单跟大家分享一点关于刑事辩护理念的东西，下面还有更重要的学术大咖给我们做分享。谢谢大家！

孙远：漫谈辩护的责任与方法



孙远教授
中国社会科学院大学政法学院教授，
中国刑事诉讼法学研究会理事

律师与嫌疑人、被告人之间是一个什么样的关系，这是一个非常关键的问题。

在这个问题上有两种理论，第一种叫依附性理论。这种理论认为辩护律师完全属于当事人一方，而不具有独立地位，甚至这个依附性理论走到极端，就会认为嫌疑人和被告人可以做什么，律师也就可以做什么。比如根据我们国家的法律，犯罪嫌疑人和被告人如果自己毁灭证据、撒谎，这些行为都是不构成犯罪的，那么由于律师是依附于当事人一方的，所以律师做这种事情也不构成犯罪。但是从世界范围来看，很少有哪一个国家采用这种依附性的理论。

跟它相对的是自主性理论，这种理论认为辩护律师具有独立于当事人的地位，律师除维护当事人利益之

外，还要承担一系列公法上的义务。我国立法以及理论通说采取的也是独立性理论，即律师是独立的诉讼参与人，不仅独立于专门机关，同时也独立于犯罪人和被告人。

前些年一些人对这个问题提出了不同意见，他们认为独立性理论是有问题的，不利于充分保障辩护权，主张转向依附性理论。但是在我看来，这个观点很难成立。为什么呢？因为如果你把辩护律师完全归入当事人一方，看上去好像对律师是有利的，甚至律师毁灭、伪造证据，教唆作伪证等等行为都不被追究了，但是整体而言，这种理论对辩护律师这个职业却未必真的有利。因为从立法政策上来看，如果你这个国家的法律采用的是依附性理论，立法者就有足够的理由去大幅度限制律师在刑事诉讼当中一

系列的权利，比如说阅卷权、会见权等等，甚至于我怎么限制被告人，就怎么限制你律师。而恰恰是因为我们赋予了律师独立辩护的责任，让他承担一系列公法上的义务，所以在立法政策上，才有理由赋予他各项必不可少的权利。

当然，在中国，辩护律师的权利还是受到很大限制的，但如果你仔细去分析，就会发现实际上对辩护律师和其他人诉讼参与人还是采取了不同对待的。这一点大家都应该很熟悉了，律师辩护人比非律师辩护人在阅卷、会见、取证等方面的待遇要更高。这种现象的产生是基于一种“信赖差异的理论”，也就是说因为你要承担的责任不同，所以法律对你的信赖程度是不一样的。

那么辩护律师要承担的义务或者说责任应当如何理解？我可以归纳为三点。

第一，从当事人和辩护律师之间关系来看，辩护律师有义务为了维护被告人的利益，而违背被告人的意志。被告人的利益和意志往往是一致的，但有的时候也会出现不一致，当二者出现冲突时，你为了他的利益要违背他的意志。

第二，辩护律师和公检法机关有一个共同点，他们都承担真实性义务，也就是说不能有伪造、毁灭证据等行为。当然律师的真实性义务，更多是从反面去理解，你不要故意去伪造就行了。如果伪造的话，就越界了。

以前在这个问题上有很多不太理性的观点。比如，很多人认为刑法306条要废除，但他们给出的很多理由是不成立的。有人提出这一条是对律师

的歧视，为什么305条规定了一般伪证罪，还要另外规定律师伪证罪？那是因为辩护律师做伪证和一般人伪证的危害性显然是不一样的嘛，这怎么能说是歧视呢？还有人说，那为什么不规定检察官伪证罪，不规定警察和法官伪证罪？但你别忘了，虽然没有规定这些人的伪证罪，但你看一下刑法，如果法官和检察官实施此类行为的话，那就会有更多罪名在等着他，比如枉法裁判、报复陷害等等，他是逃不了的。所以说306条这个罪名不是废除的问题，真正的问题是要规范这个罪名适用的程序。所以辩护律师肯定是要承担真实性的义务，如果你故意提供虚假信息，那肯定已经越界了。

第三，律师跟公检法机关不同的一点是，辩护律师不承担客观性义务。客观和真实不一样，真实的反义词是虚假，你有意伪造，就违背了真实性义务，而客观的意思则是指“全面”。刑诉法规定，公检法要全面搜集证据，既要搜集对被告人和嫌疑人不利证据，也要搜集对被告人和嫌疑人有利的证据，但是辩护律师不承担客观性义务，也就是说法律要求辩护律师只讲一边的道理，提供一边事实就行了，对于嫌疑人和被告人不利的那些东西，你视而不见，你不要去管他，你不用承担客观性义务。

以上是我要讲的第一个方面内容，接下来讲讲第二方面。

门老师刚才讲到辩护律师在诉讼中是专业挑毛病，或者说专门制造争论的那个人。这一点很有意思，接下来我们举几个例子，看你们能不能挑出毛病出来。由于我和门老师的研究

领域都是刑事诉讼法，所以我举的例子基本上都属于程序性问题。

程序性辩护和实体性的辩护不太一样，长期以来我们在法庭上说到辩护的时候，讲的大多是实体性的辩护，程序辩护还不太受重视，甚至在实务中，你程序问题讲多了还有可能被归入死磕派的行列。但程序辩护跟死磕肯定是不一样的，辩护是要讲理的，实体辩护讲的是实体的理，程序辩护讲的是程序的理，而死磕那是不讲理了。

大家在实务中都难免遇到这样的情况，你讲理他不听，特别是你讲的如果是程序的理，他更有可能认为你是在找麻烦。所以有的时候律师也会认为程序性辩护起不到什么作用，所以也就不讲了。但是作为律师大家要知道，一个道理你讲不讲是一回事，讲完他听不听是另一回事。能讲不讲这是你的问题，讲了他不听那就是他的问题了。所以我的看法是，你作为律师，哪怕是所谓的死磕律师，也要先把法律上各种可能的途径走完，再考虑要不要磕，这样你在道义上才是站得住脚的。

比如大家看如果在法庭上遇到这样的问题怎么办。

一个警察被法庭传唤出庭作证，警察能来这已经很不方便了，但是律师问他任何问题，这个警察回答自始至终就是一句话：“以笔录记载为准”。这相当于根本就没有作证嘛。于是这个律师开完庭之后，把这个事情发在了微博上，诉诸公众舆论去谴责这个警察。

我现在要问的问题是，在你诉诸微博之前，有没有哪些法律上的手



段可以去对付他？这些手段你用了没有？如果用了没效果，那你再理直气壮地去微博上谴责他。

对于这种情况刑事诉讼法其实是有规定的。证人经法庭传唤拒不到庭，或者到庭之后拒绝陈述证言的，法庭应该怎么样呢？法庭是可以处罚他的。那么法庭什么时候处罚，什么时候不处罚呢，肯定不是法官想处罚就处罚，不想处罚就处罚，法官的义务是保证一个公平的审判，所以当这个警察的行为影响到公正审判时，法官就有义务处罚他，根据刑诉法193条第2款，可以对他训诫，甚至拘留。

大家记住一个基本的原则，当你在法庭上与对方出现冲突的时候，要去找法官，要求法官处罚他，你自己除了讲理之外，没有权利对他采取任何手段，这是法官的职责所在。那么如果法官也不管你怎么办？比如说在这个案子里，法官应该处罚他但就是不处罚。当你与法官有冲突的时候，程序上的正常解决办法是找上诉法官。《刑诉法》243条规定，如果上级法院发现下级法院审理过程中有违反法律程序，可能影响公正审判情况的，要撤销原判发回重审，怎么算违反法定程序，这种情况下，该处罚警察却不处罚他，就已经算违反法定程序了。

那么，如果找了上诉法官还不起作用怎么办？那你就认命吧，反正程序上能做的你都做了，可以放飞自我了。但如果这些你都没做就急着去放飞自我，那就太随便了，就不是律师了。

但是有些律师表现得有点太着急，不习惯或者是不善于从程序上去找办法。一个很大的原因是对程序法

的理解太死板，缺乏应有的想象力。其实程序法上的每一个字，甚至一个标点符号都有可能成为我们辩护的武器。接下来我再举一个例子。

一个人被起诉到法院之后，法院发现这个人该判无期徒刑，但是律师提出来，根据《刑诉法》的规定，可能判无期徒刑的案件从侦查阶段就要提供强制辩护的，但是这个案子在侦查的时候，公安机关没有为其提供法律援助的律师。现在到审判了，该怎么办呢？很多法官也不知道该怎么办。如果是审判阶段该提供律师而没有提供的话还好说，二审法院撤销原判发回重审就行了，但这个案子是侦查阶段该请律师而没有请律师，显然不可能撤销侦查，没有这种救济手段。

那是不是对于这种情况就没法救济了呢？我这里有一个办法供大家思考。这个时候，你可以向法庭提出，最多只能判处被告有期徒刑，而不能判无期。这个观点能不能成立呢？看你会不会讲这个道理了。我可以为大家提供一点思路。

《刑诉法》12条规定：“未经人民法院依法判决，任何人不得确定有罪。”当年这一条刚制定出来的时候，大家都在讨论这是不是无罪推定，实际上这种讨论一点意思都没有。真正有意思的是，这一条当中所谓“依法判决”，这个法指的是什么法，有的人想当然认为就是指依据刑法，实际上不是的，这个法既包括实体法，也包括程序法。实体法只是定罪的实体条件，但要定罪除了实体条件之外还要满足程序条件，否则也照样不可能实现定罪处罚的结果。

所以，根据这个的规定，你想判他无期徒刑，实体条件是满足了，但是程序条件没有满足，这个程序是走不到无期徒刑那里去的，你只能走到有期徒刑就到头了。当然我这里只能简单讲一下，要想把这个道理讲清楚，还是要下一番功夫的。

对于我这个观点可能有人会反对，说侦查阶段要强制辩护的案件除了无期徒刑和死刑之外，还有未成年，还有精神病，后两类案件别管判什么刑都必须有律师，那么如果审判阶段发现侦查的时候没有提供律师，那是不是就只能判无罪了呢？那也不是。后两种情况还有另外的解决办法，只不过这个办法有点贵，我今天就不讲了。

接下来我举第三个例子。先问大家一个简单的问题：辩护律师在侦查阶段可不可以阅卷？你肯定会告诉我不行，因为刑诉法规定的是辩护律师自案件移送审查起诉之日起，才可以查阅、摘抄、复制本案案卷材料。这也是国内主流教科书里的观点。但我要问的问题是，有这条规定就意味着侦查阶段绝对不能阅卷吗？我对这条还可以提出另外一种理解，你们看看有没有道理。

这一条只是告诉你，辩护律师从移送审查起诉之后就可以阅览本案的全部卷宗材料，但是这并不意味着在侦查阶段什么材料都不能看。刑诉法里面也没有任何一个条款明确规定侦查阶段绝对不允许辩护律师阅卷。所以从法律解释的立场来看，侦查阶段能不能阅卷只是一个法律没有规定清楚的问题，而不意味着法律作出了否定性的规定。既然当初立法的时候没

有规定清楚，那我们就想办法把它解释清楚。

我们知道，2012年刑事诉讼法明确规定了辩护律师可以在批捕环节介入，提供辩护意见。我们的法律是怎么规定的？法律说在逮捕阶段可以听取辩护律师的意见，如果辩护律师提出要求的，应当听取辩护律师的意见。

既然律师在逮捕环节就可以辩护了，那么什么是辩护呢？根据刑法37条规定，辩护是指根据“事实和法律”提出对嫌疑人、被告人有利的意见。总之辩护意见不是随便说说的，是要建立在事实和法律基础之上的。法律不用说了，律师都是法律专家，那事实从哪来呢？显然律师了解事实最主要的途径就是阅卷。如果你不让我阅卷，又让我提供辩护，那不是强人所难吗？要知道法律是不会强人所难的，所以我们可以很肯定的得出结论说，在侦查阶段，即使辩护律师不能查阅全部卷宗材料，但是如果你要逮捕的话，就至少要让我能去查阅那些与逮捕有关的案卷材料。有人说法律没有明确规定，你怎么能得出这个结论呢？要知道，法律没有明说的东西多了，如果什么事情都要等法律明说，那还要我们在座的这些法律专业人士干什么呢？

所以说，以后大家在逮捕阶段辩护的时候，你就向他要求查阅案卷材料，提一次他可能不理你，提两次他也可能不理你。但是当所有的律师都用这种方式去理解刑事诉讼法的时候，情况可能就不一样了。要知道，

刑事诉讼法中的很多与权利有关的规定，如果律师在办理案件的时候都不较真，那么专门机关一定会倾向于用一种最机械最专制的方式去适用法律，久而久之，专门机关对法律的理解就成了唯一正确的答案了。那时候也就不需要我这种人了，大家再学法律的话，就直接以吏为师就好了。

我记得有一次开会，我把我这个关于阅卷的观点提出来后，有一个律师说，不让阅卷也没关系，我们通过会见也可以从嫌疑人那里了解案情。我听完一下子震惊了，这律师怎么这么能将就呀？我当然知道你可以会见，但是当事人跟你说的和卷宗里的证据能是一回事吗？我不是觉得只靠会见还不够才费这么大力想这些问题的吗？


田文昌老师刚才讲了，律师界和学界之间要互相沟通，怎么沟通？我其实早就发表过相关的论文了，可是没什么反应。如果律师在日常办案过程中都不把这些问题提出来，人家会认为这个问题根本就没争议，会觉得你这个教授写的不是个真问题。所以我们之间要加强合作，诸位作为法律实务工作者要把争议制造出来，否则我们再写这种文章，人家会认为我们纯粹是自娱自乐。

时间关系不能讲太多，总之，大家对法律要有足够的想象力，要能提出各种有效的法律论证思路和方法，现在我们刑事诉讼法的那么多条款都跟僵尸一样摆在那里，大家要能够充

分运用这些法条，去维护当事人的权利。律师在诉讼当中的核心任务，就是维护当事人的权利。

我们经常参加一些学术交流，在沟通的时候，经常会被质疑说，你们为什么动不动就讲被告人的权利，而且常常拿西方制度做论据，西方这样，中国就得这样吗？这种质疑看似有些道理，但实际上说出这种话的人，他的思维层次就和街上去砸日本车、烧麦当劳的那些人处在同一个水平。

之所以要讲这些国际通行的程序公正标准，要保障被告人权利，并不是认为外国的月亮比中国圆，也不是因为和被告有多深的阶级感情。而是因为在一个全球化的时代，如果你的刑事司法制度不符合国际通行的公正标准，那就会非常麻烦。如果你想回到以前闭关锁国的状态，那很简单，你关起门来怎么搞都行。但如果要开放，这是不行的，国门打开了之后，犯罪必然呈现国际化趋势，这个时候要有效打击犯罪就必须依赖国际刑事司法协助。其他国家会不会给你提供刑事司法协助，一个重要因素就是你的司法程序是一个什么样的状态，如果你不符合最低限度的公正标准，是很难得到有效协助的。这就意味着你对于国际化的犯罪趋势缺乏抵抗力。刑事司法与改革开放的进程密切相关。在这个问题上，我们律师也发挥着举足轻重的作用。

我就讲这些，谢谢！



关联企业合并破产那些事儿

■ 孟冰 杜雅琪 / 文

我们代理的某金融机构诉其债务人借款合同纠纷案件的一审程序尚未完结，近日金融机构获悉债务人的控股股东经法院裁定进入破产清算程序。对此，金融机构向律师表达其担忧，控股股东破产是否会导致债务人与控股股东合并破产，从而导致金融机构债权减损。若如此，金融机构又有何救济途径？

上述案例中客户之问题涉及关联企业的合并破产，目前，我国与破产相关的法律法规尚未对关联企业合并破产作出明确规定，仅《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（以下简称“《解释二》”）第二十三条第（三）款对此有所涉及，该条具体规定为：“破产申请受理后，债权人就债务人财产向人民法院提起本规定第二十一条第一款所列诉讼的，人民法院不予受理。债权人通过债权人会议或者债权人委员会，要求管理人依法向次债务人、债务人的出资人等追收债务人财产，管理人无正当理由拒绝追收，债权人会议依据企业破产法第二十二条的规定，申请人民法院更换管理人的，人民法院应予支持。管理人不予追收，个别债权人代表全体债权人提起相关诉讼，主张次债务人或者债务人的出资人等向债务人清偿或者返还债务人财产，或者依法申请合并破产的，人民法院应予受理”。

本文笔者将基于公司法理论，并结合

孟冰律师简介

京都律师事务所高级合伙人，1994年开始从事律师工作，1998年加入京都律师事务所，执业二十年，办理了大量诉讼和非诉讼业务。孟冰律师担任多家公司和机构的法律顾问，如光大银行总行、中信银行总行、国寿不动产、远洋地产、国电联合动力公司等，并协助这些企业完成诸如常规业务审核、土地使用权转移或获取、股权转让、资产并购、市场推广、争议解决等法律问题的处理。



2018年3月4日发布并生效的《全国法院破产审判工作会议纪要》（以下简称“《会议纪要》”）详细论述关联公司合并破产制度。

关联企业及关联企业合并破产的含义

1、关于关联企业

目前我国尚无直接规范关联企业的规定，仅《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）第二百一十六条对关联关系作出规定，即“关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理

杜雅琪律师简介

京都律师事务所律师，毕业于英国纽卡斯尔大学法学院，国际商法硕士。杜雅琪律师具有证券业从业资格与基金业从业资格，主要执业领域为房地产开发与建设工程、公司合规管理与风险控制、不良资产处置、破产重整及影视娱乐等法律事务。自执业以来，先后为多家国有企业、政府部门、事业单位、金融机构、房地产开发企业提供法律服务。



人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系”。鉴于此，笔者认为关联企业的认定标准可借鉴我国税法之规定，即《企业所得税法实施条例》第一百零九条与《税收征收管理法实施细则》第五十一条之规定，“关联方是指公司、企业、其他经济组织或者个人间构成以下任一关联关系的：（1）在资金、经营、购销等方面存在直接或者间接的控制关系；（2）直接或者间接地同为第三者控制；（3）在利益上具有相关联的其他关系”。

2、关于关联企业合并破产

首先，破产程序是指当企业具备《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“《破产法》”）所规定的破产原因时，通过破产清算、重整或和解程序（除特别说明，以下统称“破产程序”）处理其债权债务关系，从而企业得以“死亡”或“重生”的程序，此也是单个企业的单独破产程序。

其次，何为关联企业合并破产，即关联企业各成员企业均具备破产原因前提下，因满足特定的条件，通过合并破产程序，关联企业的各同类债权人在同一破产程序中按照该类债权统一的清偿标准及法定顺序就关联企

业全部财产受偿，最终各成员企业统一完成“死亡”或“再生”的破产程序。笔者认为关联企业合并破产制度中，最基本的是各成员企业均具备破产原因这一前提，而最重要的则是满足特定的条件（后文将对此详细论述），否则关联企业合并破产无从谈起。

关联企业合并破产的理论基础

关联公司合并破产制度源于公司法理论之公司独立法人人格与公司法人人格否认制度。公司独立法人人格即公司作为法律拟制的人，具有独立的财产、组织结构、意志并独立地承担法律责任，而根据《公司法》第二十条之规定，公司法人人格否认制度为如公司股东滥用法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害债权人利益的，公司股东应当对公司债务承担连带责任。公司独立法人人格是现代公司制度的发展基石，而公司法人人格否认制度作为一种救济措施，又是对公司独立法人人格的有益补充，二者相辅相成，缺一不可。

具体到破产程序，笔者认为企业单独破产制度，实为公司独立法人人格在破产程序中的体现，而关联公司合并破产制度，恰恰又是公司法人人格否认制度在破产程序中的延续。合并破产制度之于单独破产制度，也应如公司法人人格否认制度之于公司独立法人人格，如此才能得以避免对于破产程序的不当利用，也有效防范关联企业财产的不当流失，更有助于法院与管理人从宏观上整体把握关联企业情况，从而得以从根本上解决全部债务问题，尽可能实现全体债权人的公平清偿。



关联企业合并破产的操作路径

关于关联企业合并破产的具体操作路径，目前除前述《解释二》第二十三条规定外，《会议纪要》第六条之规定最为详细。笔者将基于《会议纪要》与《司法解释二》从以下七个角度阐述关联企业合并破产案件的操作路径：

1、关于审理原则

《会议纪要》第32条明确规定，法院应首先对关联企业的成员企业是否均构成《破产法》之破产原因进行单独判断，强调优先尊重企业法人人格的独立性，优先遵循单独破产程序为基本原则，审慎适用关联企业合并破产，即单独破产为原则，合并破产为例外。

2、关于管辖法院

根据《会议纪要》第35条之规定，关联企业合并破产案件的管辖法院应优先适用核心控制企业住所地法院管辖，如无法确定核心控制企业，则以主要财产所在地法院管辖。如多个法院发生管辖权争议，报上一级法院指定管辖。

3、关于申请主体

关于合并破产的申请主体，如前所述，《解释二》第二十三条规定个别债权人可代表全体债权人申请合并破产。

笔者认为除上述规定的债权人外，债务人进入破产程序后的管理人也有权向法院申请关联企业合并破产。债务人进入破产程序之后，管理人负有调查债务人财产状况并审查债权债务关系之职务要求，如关联企业出现财产高度混同，且财产难以区分或区分

成本过高，且可能发生关联企业不当利用关联关系从而导致财产流失，如不将关联企业全部纳入合并破产程序，管理人不仅无法全面且准确地核查债务人真实财产状况及债权债务关系，更可能造成债权人无法得到公平清偿，损害全体债权人合法权益。因此，管理人作为接管人，有义务基于关联企业实际情况向法院报告并申请合并破产。

4、关于申请时间

《解释二》第二十三条明确规定，破产申请受理后可向法院申请合并破产。对此，笔者认为，如关联企业满足合并破产条件的，根据是否已有成员企业进入单独破产程序，合并破产的申请时间应分为：

(1) 如已有成员企业进入单独破产程序，且尚未向债权人分配破产财产的，在此破产程序终结前，可随时向法院提出合并破产申请。

(2) 如尚无成员企业进入单独破产程序，相关人员可在发现关联企业满足合并破产条件时向法院申请合并破产。

5、关于法院的审查程序、范围与内容

(1) 关于法院审查程序

根据《会议纪要》第33条之规定，法院收到合并破产的申请后，应当通知相关利害关系人并组织听证，且于收到申请之日起30日内作出裁定（注：听证时间不计入法院的审查期限）。

(2) 关于审查范围与内容

根据《会议纪要》第32、33条之规定，法院应审查以下四要件：关联企业法人人格是否高度混同、区分各关联企业成员财产的成本是否过高、是否有益于提高债权人的整体清偿率、是否有利于增加重整成功的可能性，此即是构成合并破产之条件。

上述四要件中关联企业法人人格是否高度混同为审查的核心要件，笔者认为该核心要件的衡量标准，可参考辽宁辉山乳业集团有限公司破产重整案件中法院所采用的四项衡量标准，即：①关联企业是否存在资产混同；②关联企业是否存在财务混同；③关联企业是否存在业务混同；④关联企业是否存在主要人员混同。

6、关于相关利害关系人的救济途径

根据《会议纪要》第34条之规定，如相关利害关系人不服法院作出的是否合并破产的裁定，可自收到裁定之日起15日内向作出裁定的法院的上一级法院申请复议。

7、关于合并破产的法律后果

根据《会议纪要》第36、37条之规定，法院裁定关联企业合并破产后，关联企业之间的债权债务消灭，关联企业财产被统一合并为破产财产，供全体债权人在同一破产清算程序按顺序受偿，破产清算程序终结后，各成员企业均予以注销登记。如破产清算程序转为破产重整或和解的，除非和解计划或重整方案的实施需个别企业需保持其法人独立性（按照《公司法》企业分立之规则处理），原则上各成员企业应合并为一个企业。

关联企业合并破产之建议

笔者认为，目前关于关联企业合并破产的规定多为一般原则性规定，仍应进一步明确，具体如下：

1、应进一步明确债务人、负有清算义务的人就关联企业之关联情况的举证义务

针对关联企业合并破产的申请，法院需全面审查关联企业情况，并作出综合判断，但是实践中债权人或管理人往往难以掌握关联企业的全部情况，更难以向法院提交充分的证据供法院进行实质审查。

因此，笔者认为在债权人或管理人提出合并破产申请后，债务人、负有清算义务的人负有向法院、管理人或债权人会议说明关联企业之关联情况并举证之义务，如此方可降低启动关联企业合并破产程序的难度，尽可能避免关联企业不当利用关联关系转移资产或逃避债务。

2、应进一步明确利害关系人的范围

(1) 关于《会议纪要》第33条规定所涉相关利害关系人

笔者认为听证程序中利害关系人应明确为各成员企业的董事、监事、高级管理人员。但是对于企业的财务、法

务及业务人员，笔者认为上述人员应根据法院或管理人的要求参加听证，并负有如实陈述义务，此有利于法院全面掌握情况并提升程序效率。

(2) 关于《会议纪要》第34条中救济途径中所涉相关利害关系人

首先，关于此利害关系人的范围

笔者认为此处中利害关系人不应包括企业的高级管理人员、财务、法务、业务等受聘于公司之人员，其范围应限于关联企业、股东与债权人。关联企业、股东与债权人对债务人享有的权益分别为所有权、股权与债权，关联企业是否合并破产对关联企业、股东及债权人具有直接且重大的影响，如其合法权益被侵害的，法律理应明确给予救济途径。

其次，关于协调审理程序视角下相关利害关系人的救济方式

根据《会议纪要》第38条关联企业破产案件的协调审理之规定，关联企业的各成员企业均具备破产原因，但是不满足合并破产条件的，从而各成员企业分别适用单独破产案件，法院可基于程序协调、提高效率等因素，对各单独破产案件进行协调审理。

笔者认为现有《会议纪要》第38条对于法院据以衡量关联企业适用协调审理还是合并破产标准规定尚属于原则性规定，并无实质性的判断标准。因此对于关联企业是否具备《会议纪要》第32、33条之合并破产要件难以判断时，为维护自身合法权益，笔者认为《会议纪要》第34条所涉相关利害关系人可基于《会议纪要》第38条之向法院主张适用协调审理或合并破产，此不失为利害关系人有效救济方式。

3、应进一步明确实质合并破产的审查标准



关于法院的审查标准,《会议纪要》第33条仅在法人人格混同程序、财产的区分成本、整体清偿率、重整可能性四个要件作出了一般原则性规定,但是实践中个案情况千差万别,因此个案中是否准予合并破产的衡量标准的确定与运用,更多地依赖于法官对于相关规定的理解,如缺少统一的衡量标准,可能造成同类案件的不同裁定的结果。笔者认为因财产区分成本、整体清偿率及重整可能性难以做出具有普适性的标准,此三个要件应以个案分析为主,但是对于法人人格混同及混同程度,应进一步从财务、资产、经营管理、业务经营、人员管理等多个方面作出详细规定。

4、应进一步规范破产重整、和解程序中之例外规则

《会议纪要》第37条规定关联企业合

并破产重整或和解的,原则上所有成员企业合并为一个企业,例外情况下可根据重整计划或和解协议需要保持个别企业的法人独立性,并按照公司分立之规则处理。

笔者认为,实践中关联企业间人格严重混同、且财产区分难以区分或成本过高也正是导致关联企业合并破产原因的两项因素,对于重整计划或和解协议需要保持个别企业的法人独立性的,除需按照公司分立之规则处理外,应明确要求重整计划或和解协议应就财产分割、债务承继、公司治理、发展规划、盈利分配等事宜作出周密且可行的方案,且管理人义务向债权人作出详细说明,如此才可能真正挽救企业,使其彻底走出困境的。

如上所述,目前我国尚无健全的关联企业合并破产制度,关联企业破产应以优先适用单独破产为原则,合并破产为例外。审查关联企业是否满足合并破产之要件时,应全面衡量关联企业情况,综合判断,在维护债权人合法权益与社会公共利益的同时,避免不当适用关联企业合并破产程序损害相关企业合法权益。^[5]

保险诈骗罪与保险理赔纠纷 应当如何区分？

——并未虚构或夸大保险事故获取保险赔偿金 不应认定为保险诈骗罪

■ 张启明 许明 / 文

张启明律师简介

京都律师事务所合伙人，毕业于中国人民大学法学院，刑法学硕士，主要执业领域为涉黑案件、金融犯罪、职务犯罪刑事辩护，曾获得省级“十佳公诉人”、“优秀公诉人”等称号，曾办理过“巨鑫联盈”非法吸收公众存款案和北京市首例老鼠仓犯罪案件等一系列重特大刑事案件。



编者按：由北京市京都律师事务所张启明律师担任辩护人的阮某某等人涉嫌保险诈骗一案，一审法院采纳辩护人意见，认定不构成保险诈骗罪，以虚开发票罪判处阮某某有期徒刑九个月并处缓刑。检察机关提出抗诉，二审法院通过开庭审理，维持一审判决。本案是典型的介于保险诈骗罪与保险理赔纠纷之间的刑民交叉案件，现将辩护思路及方案整理、归纳。

一、案情介绍：一场洪灾引发的系列保险刑民纠纷

1. 收购水淹车发生理赔纠纷

2014年8月20日，浙江省丽水市发生特大洪水，致使大量车辆被淹，二手车商阮某某、陈某某与小维修厂主陆某某三人达成合作意向收购水淹车的协议，先后收购了由某保险公司承保的被洪水完全淹没的奔驰、奥迪、马自达、本田四辆水淹车。次月，三人与保险公司协商理赔事宜，阮某某等人希望按照“一次性定损”的方式进行理赔，车辆残件归属三人。而保险公司坚持以“推定全损”的方式理赔，车辆残件归保险公司。

2. 阮某某提请保险理赔诉讼并胜诉

双方因理赔方式僵持不下，保险公司始终未对四辆车进行定损。2014年11月，阮某某等人四纸诉状将保险公司告上法庭要求理赔，为减少损失，陆某某对四辆车进行维修，并将修复后的奥迪车、本田车、马自达车卖给他人，奔驰车因无法启动停放在陆某某修理厂。2015年8月，法院分别作出25-28号民事判决，按照“推定全损”的方式作出判罚，依据四辆车折旧后的实际价值



判决保险公司进行理赔，理赔款合计75万余元，但并未对车辆残值归属进行判处。判决生效后保险公司将保险金交付法院。

第一批民事判决后保险公司并未提出上诉，但保险公司败诉后也不甘示弱，既然第一批民事判决是按照“推定全损”的方式处理，那么根据法律规定车辆残值理应归保险公司，旋即提起了第二批民事诉讼，请求法院将四辆车判决归还保险公司，即“返还残值”，并提起诉前保全，保全了已依据第一批民事判决执行的理赔款中的50余万元。

3. 第二批民事诉讼提供两张发票

2015年11月，在第二批民事诉讼庭审中，阮某某等人提出四辆车已经实际维修，无法返还。人民法院要求提供修理发票，因陆某某的修理厂规模小无法开具大额发票，遂向其他修理厂开具了奥迪车、奔驰车的两张修理发票，金额分别为25万、34万元，共计59万元。本田车、马自达车未开具修理发票。法院于2015年12月作出3380-3383号第二批民事诉讼判决，判定阮某某等人返还奔驰、奥迪、本田、马自达四张车维修更换的零部件。

4. 保险公司以被保险诈骗为由提出报案

第二批民事诉讼并未完全支持保险公司返还原车的诉讼请求，只是返还维修更换零部件。保险公司在诉讼中获知开具发票的的修理厂并未实际对奥迪车、奔驰车进行修理，认为阮某某等人的行为属于骗取保险金，遂向公安机关报案。

公安机关侦查终结后，认为阮某某等保险诈骗罪将案件移送审查起诉。

5. 检察机关以保险诈骗罪对阮某某等人提起公诉

许明律师简介

获得华侨大学计算机科学与技术、法学双学士，四川大学法律硕士。曾在云南省某检察院工作，获得优秀公诉人称号。专注于公司刑事法律风险防控、互联网及计算机犯罪案件研究。



检察机关经过审查认为，阮某某等人对发生的保险事故夸大损失的程度，进行保险诈骗，目的是对已获财产返还债务的免除。并认定案件既遂金额12万余元，未遂金额31万余元，以阮某某等人涉嫌保险诈骗罪提起公诉。

二、争议焦点： 一场洪灾引发的系列刑民法律纠纷

车辆水淹过顶以致全损的事实，控辩双方并不存在争议。但公诉人认为：在第二批民事诉讼中，阮某某等人虚开了发票，属于虚构保险事故骗取“已获财产返还债务的免除”，应当认定为保险诈骗罪；辩护人则认为：车辆水淹过顶导致车辆全损基本事实不存在争议，保险公司基于车辆全损的事实理赔保险金是确定的，阮某某等人在两批民事诉讼中既未虚构也未夸大保险事故，不应认定为保险诈骗罪。

三、案例解析： 围绕是刑是民展开的法律攻防

本案是典型的保险领域刑民交叉案件，案情纷繁复杂，如何辨析其中的法律事实？涉及保险法及保险诈骗罪诸多专业知识，车辆受损保险理赔流程，对评价行为性质至关重要。先民后刑多次审判，如何理顺其中的司

法程序？

1. 保险事故发生后，四辆车的保险损失系全损是客观事实，为各方所认可并经人民法院生效判决确认

根据保险法第十六条的规定：“保险事故是指保险合同约定的保险责任范围内的事故。”四辆水淹车系完全被水淹没，且保险公司自始至终对保险事故损失程度为全损没有异议。三名被告人的供述稳定，能够证明四辆水淹车系完全被水淹没，实际修复价值超出残值，应推定全损。保险公司实地考察过这几辆水淹车，对车辆全损的事实没有异议，只不过是理赔方式上不同意一次性定损，且保险公司的工作人员也能够证明：“这两辆车在我们公司投保，因为那天发大水，车完全被水淹没，根据我们的保险理赔条款，这两辆车都是可以推定全损，也就是报废了”。基于此，在2014年11月第一批诉讼中，原被告双方对车辆推定全损均予以认可，在此基础上法院作出25—28号四个判决书，被告方同样未对损失程度提出异议，并未提出上诉。

2. 被告人虽然提起了第一批民事诉讼，但并未夸大车辆的损失程度

各被告人基于车辆推定全损的事实，提起了第一批民事诉讼，并未夸大车辆的损失程度。推定全损，是指车辆虽然还可以修复，但修复的费用达到或者超过车辆的实际价值，修复也就没有价值和必要，推定按全损来处理。全损的赔偿的常规公式为：全损的损失金额=（出险当时的新车购置价-完好件新件市场报价）×（1-折旧率×折旧率）-残值。鉴于第一批民事诉讼中，原双方对推定全损的事实并不存在争议，阮某某提起第一批民事诉讼并未夸大损失程度。理由有三：第一，保险法和保险合同对于修理的标准进行了明确的界定，需要达到修复的程度，虽然自2015年2月起截止第一批判决前，被告人对奥迪、本田、马自达三辆车进行不同程度的修理，根据保险合同第三十五条：“因保险事故损害的被保险人机动车或第三者财产，应当尽快修复。”也就是说保险金的前提达到修复的程度并且经过检测符合标准。但其修理程度并不是依照行业标准并且经过检测合格的保险合同所约定的“修复”，各被告人的供述也能够证明四辆车并没有“修好”不能根据修理——能开，就据此推断出车辆实际损失为修理的价格。各被告人的修理是为了减少损失基本功能的修

理，远未到到保险合同修复的程度。

第二，车辆的实际维修支出也不能推理出维修合同虚假。阮某某等人在第一批民事诉讼中提交的维修合同是对于车辆修复价格的预估，与定损价格无异。第一批诉讼得出全损的事实是基于保险公司的自认和保险事故的陈述等。人民法院做出25—28号判决依据的是预估的价格，而不是是否要履行合同进行实际维修的事实。反之如果法院认为，维修合同需实际履行，可以中止审理待实际修复完毕后根据维修成本确定损失金额。也就是说，维修合同签订后是否实际进行维修，实际维修多少不影响第一批判决，也不影响保险公司是否支付保险金和支付保险金多少。

第三，如果根据维修合同和实际维修的支出的差距来推理，被告人存在夸大损失的程度，因为奔驰车是在2015年9月获取保险赔偿金以后开始修理且至今未修理完成，奔驰车的损失程度如何确定？预估的维修合同的金额能够得出车辆全损的结论，与客观的保险事故相吻合，被控方认为是虚假的保险损失；反之实际维修的支出，在不论是否修复的情况，与客观的保险事故明显不吻合，却被控方认为是真实保险损失，这显然是本末倒置。

3. 向法庭提供了奔驰车和奥迪车的发票，不能认定为夸大保险事故的损失程度

被告人在第二批民事诉讼中提供了维系奥迪车和奔驰车的发票，公诉机关不仅认定为虚开发票行为，同时认为是夸大保险事故，骗领保险金的重要犯罪手段。辩护人则认为该行为不构成对保险事故的夸大，有以下四点理由：

第一，提供发票的行为，不能改变车辆全损的事实，不构成对保险事故损失程度



的夸大。车辆全部淹水已达到全损的程度是客观事实，提供发票行为既没有超出车辆实际价值，也不能改变车辆全损的事实，不构成对保险事故的夸大。实际修理支出的金额不等于实际需要修复的金额。

第二，提供发票的行为，发生在第一批诉讼判决并生效之后保险公司已支付保险金后，不能使保险公司限于错误认识并继续处分财产

刑法意义上的诈骗行为，必须是使得被害人陷于错误认识而处分财产的虚构事实、隐瞒真相的行为。在第一批判决生效后，保险公司已与2015年9月支付保险金，被告人已实际领取部分保险金。提供发票行为并不能使保险公司支出保险金。

第三，提供发票的行为，针对的是诉讼的对象两辆车，而不是保险金。第一批诉讼是被告人已获赔保险金，法院判决被告人获得75万余元人民币赔偿款，并未对四辆车的残件进行处理。那么阮某某等三人拥有赔偿款的所有权和车辆残件的物权保险公司起诉想夺回四辆车残件，说明其认可第一次判决中赔付保险赔偿金的部分，即认可保险赔偿金归阮某某等人所有，而是要争夺四辆车残件的物权，也就是第二批诉讼根本没有权利解决保险金的赔偿方式、多少的问题。被告人在第二批诉讼提供的发票的目的，是为了证明车辆业已修理的事实，针对的奥迪和奔驰两辆车的物权而不是保险金。此时扣押在法院账户被保全的钱款，其性质已不是保险公司的保险金，经过第一批判决而变为执行款；而且保全的性质是为了便于执行，通常保全的是被告的合法财产。

第四，即便是针对奥迪和奔驰车，从本田车和马自达车的判决结果看，提供发票的行为同样不能影响法院判决结果。第二批诉讼法院所作出的3380、3381、3382、3383号四个判决书，均为支持保险公司的诉讼

请求，仅仅返还维修的残余部件。这是基于原物添附不具备返还条件，保险公司起诉不符合保险费第五十九条的规定，同样考虑保险理赔过程中保险公司未积极定损的责任等等。根据第3381和3382号判决书，未提供发票的本田和马自达轿车，同样没有判决归保险公司。

4. 公诉人认为，各被告人提供发票进而导致“已获财产返还债务的免除”，这种观点是错误的

公诉人坚持认为，民事诉讼只是被告人诈骗的手段，被告人核心的诈骗行为是通过提供虚假的维修发票，意图逃避返还保险事故车辆的责任，其违反了保险法第五十九条的规定：“保险事故发生后，保险人已支付了全部保险金额，并且保险金额等于保险价值的，受损保险标的的全部权利归于保险人；保险金额低于保险价值的，保险人按照保险金额与保险价值的比例取得受损保险标的的部分权利。”被告人的行为属于使用诈骗手段导致“已获财产返还债务的免除”，同样能认定为保险诈骗罪。

辩护人则认为，对保险诈骗罪的犯罪构成要素的解释应坚持文义解释，公诉人的解释方式远远超出基本文义的解释方法，不应采纳。理由有二：

第一，刑法规定的保险诈骗罪的犯罪对象是保险金，保险车辆或者公诉人所谓的“已获财产返还债务的免除”并非保险金。保险法上的保险金，是指发生保险事故后保险公司对物质损失赔偿的金额，给付的主体是保险公司，给付的对象是受益人，给付的原因是基于保险合同对保险事故的赔偿。第一批判决书所确定的金额即为保险金。无论是保险车辆，还是公诉人所创设的“已获财产返还债务的免除”这一概念，并不是保险诈骗罪的犯罪对象。

第二，保险车辆或者公诉人所谓的“已获财产返还债务的免除”，都属于民事纠纷范畴。在业已确定保险赔偿金的第一批诉讼之后，第二批诉讼诉讼的标的是保险车辆，依据的是保险法第五十九条和保险合同。民事法庭需要考虑的是，是否满足保险法第五十九条规定的条件，保险事故后双方的责任，是否具有返还原物的条件，等等。这些显然不是刑事法庭能够解决的问题。

5. 保险支付保险金是执行法院第一批诉讼的第25、26、27、28号生效判决，并没有基于错误认识

处分保险金

第一，法院依法作出的第25——28号判决，认定事实准确，适用法律正确，既判力应当依法得到维护。第一批诉讼是保险合同纠纷诉讼，法院基于车辆全损的事实，依据折旧金额计算出的赔偿金额，认定事实准确，适用法律正确，原被告双方均予以认可并未提出上诉。作为已生效的民事判决的既判力应当得到维护。反之，如果认定被告人有罪的前提，是推翻法院第25、26、27、28号判决。

第二，法院作出的第25——28号民事判决所认定的事实根据法律规定是免证的事实。《人民检察院刑事诉讼规则》第三百三十四条第二项规定，在法庭审理中，对于人民法院生效裁判所确认，并且未依审判监督程序重新审理的事实，不必提出证据进行证明。也就是说该生效民事判决所确定的推定全损的事实，确认了四辆车的真实损失情况，也印证了各被告人没有实施夸大损失程度的保险诈骗行为。

第三，人民法院和保险公司并未陷于错误认识。在本案的第一批庭审过程中四辆车属于水淹车的事实，法院、保险公司都是认可的，并且保险公司在协商理赔事宜一直主导要按照推定全损来赔偿阮某某等人，保险公司只是对车辆的残值归属有异议。故，法院和保险公司没有产生错误认识。在本案的第二批庭审中，由于四辆水淹车已经被修理过，基于第一批判决结果和车辆实际已被修理和出售的事实，要求阮某某提供奥迪车、奔驰车的修理发票，发票的金额与第一批法官判决的以奥迪车、奔驰车按折旧率实际价值赔付的金额相等。而马自达、丰田并没有提供修理发票，不约而同的是两位法官都判决出了同样的结果。

第四，法院和保险公司并非基于错误认识处分财产。第一批诉讼中，原被告和法院，对车辆全损认定的事实是一致的，法院作出生效判决并非基于错误认识。在第二批庭审中，法官和保险公司并无处分财产的行为，法官的判决不是处分保险赔偿金的行为，而是解决四辆车残件物权应当归属谁的问题。

四、处理结果：一审改判虚开发票罪判处判刑，二审予以维持

1. 一审改变定性，检察机关抗诉

一审法院最终采纳辩护人的意见，判决书认为：阮某

某等人未夸大损失的程度，涉案车辆因自然灾害成为水淹车系客观事实，保险公司对此也无异议，并且法院已经作出过25号、27号判决，双方均未上诉，且已生效，保险公司已将保险金交付执行；在保险公司诉求返还残值的诉讼中，法院3380、3383号判决依据的是涉案车辆被维修这一事实，与各被告提供的发票金额无因果关系，且根据不告不理原则，法院只能对诉求作出相应判决，无权就已生效的25号、27号案判决进行否定或变更，从而影响各被告人依据生效判决领取保险金。因此阮某某等人未夸大涉案车辆损失程度，阮某某等人虚开发票的行为并未使法院或保险公司产生错误认识而对保险金作出有瑕疵的处罚，其行为不构成保险诈骗罪。但判决书同时认为：虚开发票的行为构成虚开发票罪，判决阮某某犯虚开发票罪，判处有期徒刑九个月，缓刑一年六个月。

随后，检察机关以一审法院将全案认定为虚开发票罪属于定性错误，认定阮某某自首属适用法律错误向浙江省某市中级人民法院提起抗诉。

2. 二审三递辩护意见，法院裁定维持原判

二审开庭审理，辩护人对抗诉书指出问题进行了针对性的辩护，庭审后在一审辩护意见的基础上去粗取精递交了辩护词。但庭审以后，辩护人与法官就本案的定性进行了多次探讨。每次探讨之后，针对法官提出的质疑，辩护人先后递交了三次补充性辩护意见并附相关证据。最终二审法院裁定驳回抗诉，维持原判。



值班律师在认罪认罚从宽制度中的问题和完善建议

■ 梁雅丽 / 文

认罪认罚制度制度的三个特点

首先，制度的启动需要以被追诉人自愿认罪认罚为前提。

其次，该制度中确实会涉及刑事诉讼中侦查和起诉相关机关部门与被追诉人之间的“协商”过程。

最后，由于被追诉人认罪认罚，诉讼程序会简化加快。

可见，三项内容均关系到被追诉人或实体上或程序上的权利处分，这导致追诉人本就在刑事诉讼中面对强大的国家机关，再加上选择认罪认罚之后还不得不对自己为数不多的权利进行处分，由此在诉讼中保障自己的权益就显得更加困难。

为了防范被追诉人权益受损的风险发生和扩大，为了平衡控辩关系，保障被追诉人的合法权益，被追诉人辩护权的各项内容都应受到有效保护。辩护权作为数项权利的有机结合体，包括获得律师帮助权、知情权、表达权、参与权、监督权等权利内容。与之对应的，在权利保障制度的构建上，法律设置了值班律师制度以提供法律帮助，规定了送达、权利义务告知等知情权以保障程序正义和自愿性，赋予了被追诉人最低限度的程序参与权与表达权，以及规定监督权作为自我救济方式等。但是，当事人辩护权利的行使，毋庸置疑，离不开辩护人的帮助。

梁雅丽律师简介

京都律师事务所高级合伙人，刑辩八杰之一。从业二十年来，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，尤为擅长刑事和民商事交叉领域业务，致力于研究企业风险的法律防控。梁



律师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。

值班律师制度： 修改后刑诉法为保障认罪认罚的 自愿性的一项重要制度

《刑事诉讼法》36条规定：法律援助机构可以在人民法院、看守所等场所派驻值班律师。犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人，法律援助机构没有指派律师为其提供辩护的，由值班律师为犯罪嫌疑人、被告人提供法律咨询、程序选择建议、申请变更强制措施、对案件处理提出意见等法律帮助。

根据《刑事诉讼法》173、174条之规定，审查起诉阶段值班律师享有发表意见权，犯罪嫌疑人同意量刑建议签

署具结书时享有在场权。

但是，目前值班律师无法提供有效的法律帮助。对值班律师的身份定性聚讼纷纭，一个法律定性尚处于尴尬境地的角色，如何期待其能保障被追诉人获得有效的法律帮助？并且，值班律师的权限也未有清晰的规定，能否阅卷、出庭等在理论界同样争论不休。作为值班律师，要如何扮演这样模糊不清的角色？

认罪认罚从宽制度中的 值班律师制度运行不畅

根据最高院、最高检的《关于刑事案件速裁程序试点情况的中期报告》，自2014年开展试点工作起，仅一年内，司法行政机关建立值班律师库，在试点法院、看守所设立法律援助工作站342个，共为17177件案件的犯罪嫌疑人或被告人提供法律帮助20930人次。^[1]可以看到，刑事速裁程序试点以来，值班律师制度取得了一定成效，但其中暴露的问题也昭然若揭。目前仍有少数地区未实施值班律师值班程序；还有个别地区开设了值班办公室，但无值班律师进驻。除此之外，在实践中，值班律师制度的运行上存在以下问题：

（一）律师参与认罪认罚案件阻碍重重

1. 认罪认罚案件律师参与率与被追诉人的选择

根据我国学者针对北京、江苏等地一审程序中的律师辩护率进行的定量研究，我国普通审判程序中的律师辩护率为37%左右，而简易审判程序中的律师辩护率仅为12%左右。^[2]而调研表明，全国范围内刑事诉讼案件律师参与比例则不足30%，有的省甚至仅12%，全国律师人均办理刑事案件不足3件，其中还包括法律援助案件。^[3]但观察各地司法机关公布的工作报告，在2016年至2018年认罪认罚从宽制度推广的时期，值班律师参与的案件率却似乎迎合了“律师辩护全覆盖”的方针，例如某沿海诚实某检察院称值班律师参与认罪认罚案件比例达到94%以上。但对比全国刑事案件律师参与辩护的比例，值班律师参与的有效性与参与比率能否对应，值得怀疑。可见，所谓“有效法律帮助”在认罪认罚案件中贯彻和执行情况不理想。

导致上述情况的原因，虽错综复杂，但一定程度上也在于被追诉人出于简单的投资回报衡量，即对花钱聘请律师带来减免刑罚或罚金的可能性与不花钱聘请律师接受处罚的比较，他们通常会认为没有必要，对值班律师立场的不信任，也无法从值班律师得到有针对性的帮助，此外担心被认为消极悔过而盲目表态，试图争取从宽处理。在此考量之下，被追诉人主动寻求律师提供法律帮助的原动力受到重创。进一步刨根问底会发现，以上发生在被追诉人身上的情况，很大程度是因为被追诉人文化程度不高，法律知识欠缺造成的。文化程度不高直接限制了被追诉人获得法律知识，对认罪认罚从宽的性质不甚了解，在认罪协商程序中无法对是否需要法律帮助做出正确、明智的抉择。

2. 认罪认罚案件中律师多重身份衔接冲突

值班律师、指定辩护律师以及委托辩护律师构成我国律师法律帮助体系的三分格局，在此之下，隐藏着值班律师与其他类型律师的关系冲突。

一方面，在值班律师先期介入认罪认罚案件，向被追诉人提供法律帮助过程中，被追诉人对值班律师表现产生直观印象，虽然被追诉人或律师对定罪量刑的意见与检察机关未达成一致而导致认罪协商程序未能适用，但这个阶段使得被追诉人认识到值班律师的勤恳尽职，为尔后值班律师转委托辩护提供契机。而值班律师参与认罪协商程序，在一次性参与中获得多个不同检察官承办的案件情况，形成了“超检察官的优势”，值班律师利用这种了解大量案件的优势，在转换成委托律师后又容易造成程序不公正的风险。

另一方面，值班律师转指派律师同样



容易引发冲突。在一些地方实践中，试图推动并规范值班律师转任指派律师。^[4]然而，值班律师在为共同犯罪的数名被追诉人提供法律帮助的过程中，基本上获得了多数被追诉人的案件情况，根据职业禁止规定，指派律师只能为共同犯罪中一名被追诉人提供法律援助，此时，值班律师转指派律师便产生了不可调和的冲突。

（二）值班律师角色定位不清

我国相关法律条文并未对值班律师的身份定位作出明确的规定，导致各部门在实际工作中很难正确界定值班律师的权利与义务，学界关于值班律师的身份定位也一直争议不断，主要有以下几种观点：

1. 将值班律师定位为“实质上的辩护人”

持此观点的学者认为现行法律及规范性文件并未否定值班律师可以是辩护人。律师参与刑事诉讼就是为了保护犯罪嫌疑人、被告人的权利不受侵害，行使辩护职能是律师的唯一职能。值班律师若仅作为法律帮助者，则无法像辩护人一样，更好地通过充分履行辩护职能的方式，实现对被追诉者诉讼权益的保障。因此，完善值班律师的关键在于明确值班律师的辩护人性质。

2. 将值班律师定位为“见证而非提供法律咨询，更非辩护律师”

论者认为：“依据试点经验，将值班律师职责明确为见证律师，通过形式监督，见证与排除公安询问、检察提审、法院庭审时不存在违法情形，规范执法行为应当是值班律师的核心职责。”

3. 值班律师行使的是律师帮助权而非辩护权

论者认为：“律师帮助权与辩护权存在许多交叉，辩护权是指被指控的人针对指

控进行反驳、辩解以及获得律师帮助的权利。而律师帮助权则是指被追诉人获得为其辩护的律师帮助的权利。辩护权直接为犯罪嫌疑人、被告人辩护，在对象上是对外的；而律师帮助权则是帮助犯罪嫌疑人、被告人实现辩护权，对象上是对内的。”

4. 值班律师因其参与诉讼活动的特殊性可定位为“准辩护人”

论者认为：“由于值班律师与被追诉人之间并不需要签订专门的委托代理合同，他因此将值班律师定位为传统意义上的辩护律师确实有一定的难度，但是起码可以赋予其‘准辩护人’的身份”，“较为理想的折中方案是，区分不同的诉讼阶段分别赋予值班律师不同的身份。在侦查阶段，应当赋予值班律师以‘法律帮助者’的身份，而不宜过多的强调其辩护人的身份，此阶段的诉讼功能更多地体现在提供法律咨询等辩护权的内部关系上；在审查起诉和审判阶段，可以考虑赋予值班律师以‘准辩护人’的身份，允许其调查取证和查阅卷宗，并在此基础上充分发挥其诉讼监督和量刑协商等程序功能。”

（三）值班律师的应然职责未能发挥

设立值班律师的主要目的是解决刑事诉讼过程中的“最初一公里”，即及时为需要法律帮助的人提供无偿的、有效的法律服务。根据现行法律法规可知，在认罪认罚从宽程序中，值班律师提供的法律帮助至少包括三个方面：第一，全面告知犯罪嫌疑人、被告人其所享有的权利以及认罪认罚的性质和法律后果；第二，帮助犯罪嫌疑人、被告人理解案件相关的现行法律法规；第三，准确把握案件基本事实，协助犯罪嫌疑人、被告人进行良性协商，合理处分自己所享有的实体性权利和程序性权利。

一方面，目前值班律师的阅卷权和调查取证权并没有得到法律法规的正式确立。从刑事速裁程序的试点情况来看，虽然存在检察院在审查起诉环节电话通知值班律师到检察院查阅案卷材料的情况，但对于值班律师是否享有阅卷权实务界始终存在争议。在通常情况下，值班律师仅通过公安机关的起诉意见书和检察机关的量刑建议书简要了解案件事实，而对检察机关已经掌握的证据材料并不清楚，试问此情形下值班律师如何能为犯罪嫌疑人、被告人

提供有效的法律建议？又如何能在检察机关听取值班律师意见时提出有针对性的意见并就量刑问题进行协商？因此，阅卷权没有保障将会导致值班律师给出的法律意见质量不高，存在有失准确的现象。

另一方面，会见在实践中基本会见困难或无法单独会见导致辩护性职责无法履行。相比较几乎不享有阅卷权的情况，会见在实践中基本都是可以实现的，但仍存在许多现实的问题。由于值班律师定位模糊，一些地区为解决实际问题，将值班律师的会见手续等按照法律援助律师的手续对待，但仍存在法无依据的困惑。看守所离律师所在事务所和法律援助机构往往都比较远，临时通知在看守所值班律师介入时，往往律师手中并没有相关的会见手续，完全体现不出值班律师的便捷性。甚至有调研报告指出，一些地区的律师虽然可以进入看守所见到嫌疑人，但没有单独会见的时间，仅仅是在办案机关在场的情况下，当事人与律师根本无法进行有效的沟通，实质性的法律服务几乎无法展开，故实践中值班律师常常未能发挥实质性作用，沦为犯罪嫌疑人自愿认罪时签署具结书的消极“见证人”。

（四）值班律师的配套保障机制不完善

首先，我国值班律师制度缺乏足够的财政资金支持。据学者统计，我国财政拨付的法律援助经费占财政收入的比例在 0.0011%—0.0122% 之间，而在部分法治发达国家，其比例一般在 0.1%—1% 之间，我国这一比例仅仅是日本的 1/10、丹麦的 1/50、英国、荷兰等国家的 1/100。^[5]有调研数据显示，在我国东部经济较为发达的杭州市，值班律师每人每天的经费补贴最高也不过 260 元，若将这一补贴数额与当地私人律师的平均收费标准相比就显得更为微薄了，且数据还反映有个别区县没有经费保障。^[6]过低的补贴导致的直接后果是值班律师工作积极性偏低，同时也无法吸引优秀的人才资源自愿加入值班律师的队伍。

其次，值班律师人员管理和培训机制不独立。实践中，法律援助机构往往将值班律师的管理与传统法律援助律师的管理合并起来，具体表现在两个方面：一是共用律师名册或律师库，即值班律师与传统法律援助律师的选派由同一个名册或律师库产生，这可能导致的现实后果是同一律师在同一案件中具有“双重身份”，而此

“双重身份”目前并无法律依据，同时也可能导致值班律师工作内容与传统法律援助工作内容界限不明，发生混同。二是未建立独立的值班律师业务培训机制。法律援助机构通常安排值班律师与传统法律援助律师共同进行业务培训，由于课程内容缺乏针对性，培训难以发挥实质作用，意义不大。

最后，未建立完善的服务质量监督机制。《关于开展法律援助值班律师工作的意见》第七条第二款简单规定了法律援助机构向律师协会通报值班律师履责情况的义务，以及律师协会应将此情况纳入年度考核及律师诚信服务记录的义务，但对考评的具体方式缺乏详细可操作的规定，值班律师工作的质量和效果难以得到有效审查与保证。

（五）值班律师对抗力量不足

在认罪认罚程序中，其主要内容在于被告人与检察机关进行协商，以确定量刑，提高诉讼效率。由于被告人缺乏法律知识，在诉讼中存在迫于检察机关压力而违心认罪的情况，因此，值班律师在其没有辩护人的情况下，发挥保障被告人合法权利的作用就显得尤为重要了。但基于我国法律现状，其并未被赋予阅卷权、会见权等权利，与之相反的，检察机关作为我国《宪法》规定的法律监督的主体，其在程序和实体方面享有较为优先的权利，掌握大量的司法资源，在此种情况下，值班律师的对抗力量不足，就形成了控辩双方不平等的情况，使得被告人权利的保障难以实现。

认罪认罚案件中值班律师制度的完善

值班律师在认罪认罚程序中的角色定



位模糊,仅提供法律咨询,其介入案件的时间往往在被追诉人选择认罪认罚程序之前,而且当前的实践往往是协助追诉机关做被追诉人的思想工作,影响被追诉人选择认罪认罚程序。值班制度表面化和形式化,违背制度本意。因此,应当区分侦查阶段、审查起诉、审判阶段明确值班律师地位,针对性完成值班律师工作。

首先,在侦查阶段,接受指派的值班律师至少应在看守所会见当事人一次,告知被追诉人其有权选择认罪认罚或者审判的权利,同时告知其认罪认罚的一般程序和相应选择会产生的可能结果,不应当故意放大或回避审判的风险。在侦查阶段选择认罪认罚,值班律师更应该严格把控标准,对被追诉人自愿性的审查标准应相较于其他阶段更高。

其次,在审查起诉阶段应当给予在检察院值班的律师一定程度辩护权,拓展其法律帮助权,同时,制定值班律师

强制执行标准,要求其在审查起诉阶段、被追诉人签署《认罪认罚具结书》前,必须完成会见和阅卷的工作,并将会见情况、阅卷情况出具法律意见载入《认罪认罚具结书》。

最后,在审判阶段应当指派在法院值班的律师介入案件,在这一阶段,设立认罪认罚自愿性审查标准,法院值班律师不需要阅卷、不需要出庭。其任务重点是针对审查认罪认罚的自愿性作出判断。其应在开庭前与被追诉人会面,为被追诉人提供法律咨询,同时告知被追诉人所享有的权利,根据认罪认罚自愿性审查标准针对案件出具相应法律意见。通过在不同阶段的值班律师的相互配合,相互监督,并将不同阶段值班律师的法律意见提交法庭,并最终写入判决,这样可以为认罪认罚从宽制度的实施起到多重保险的作用。

毫无疑问,只有通过程序保障律师介入案件的权利,才能真正解决好认罪认罚从宽程序中被追诉人的有效辩护的问题。^[5]

(以上内容根据梁雅丽律师2019年8月18日在“认罪认罚从宽制度改革理论与实践”研讨会的主题发言整理。)

引用及注释:

- [1] 中国人大网:最高人民法院、最高人民检察院关于刑事案件速裁程序试点情况的中期报告
- [2] 蒋宏敏:“刑事案件律师辩护率及辩护意见采纳情况实证研究(上)——以四省(区、市)1203份判决书为研究对象”,《中国律师》2016年第11期,第71页。转引自江雁飞:“论被追诉人认罪认罚自愿性的保障”,山东警察学院学报2019年第2期。
- [3] 王震:“值班律师在认罪认罚从宽制度中的有效参与”,《法制博览》2018年7月(上),第72页。
- [4] 根据上海市长宁区检察院经验,将检察环节值班律师在审判阶段转任为法院阶段的指派律师,由法院通知法律援助中心指派并在《具结书》上签字确认的值班律师为辩护人出庭,并尽可能安排同一律师、同一承办检察官的案件集中开庭。
- [5] 陈永生. 刑事法律援助的中国问题与域外经验[J]. 比较法研究, 2014(1): 38-39.
- [6] 董红民, 麻伟静. 构建法律援助值班律师制度实证探析[J]. 中国司法, 2006(12): 76.

对鉴定意见质证的十个突破口

■ 朱勇辉 王梓娜 / 文

朱勇辉律师简介

京都律师事务所主任，曾先后供职于北京某大型国有企业、中共中央某部。执业十余年来专注于刑事辩护，办理国内各省市刑事案件数百起，积累了丰富的工作经验，对刑事辩护工作有较深刻的理解和研究。其办理的赵新先、高斌、徐卫国、孙卫、孙寅贵、马厚亮等知名企业涉嫌犯罪的案件备受社会关注。对公司、企业的刑事法律风险有较多了解，担任多家公司的刑事法律专项顾问，并曾应邀到北京大学、中国政法大学、天津大港油田、沈阳企业家协会等单位做企业刑事法律风险防范讲座。朱律师现为北京吉利大学法学院客座教授、美国国际司法桥梁（IBJ）“刑事辩护培训专家”。



王梓娜简介

京都律师事务所律师助理，北京师范大学刑事法律科学研究院硕士，全国硕博模拟法庭大赛冠军，北京市大学生模拟法庭大赛冠军，万合企业合规研究院研究员。



鉴定意见是指鉴定人在诉讼活动中运用科学技术或者专门知识对案件中涉及的专门性问题进行鉴别和判断或得出的意见，似乎具有较强的科学性和专业性。因此，鉴定意见也通常被冠以“科学证据”的美誉，在司法实践中备受重视。特别是原刑事诉论法的证据分类采用的是“鉴定结论”的表述，这一证据名称忽略了鉴定意见在刑事诉论中的不准确性与多变性，使得司法人员过分迷信鉴定结论的权威。现刑诉法虽已将鉴定结论修改为鉴定意见，但司法人员的习惯性思维仍然存在。笔者认为，如对鉴定意见不加以甄别，径行作为定案依据，会使得具有主观色彩的鉴定人观点与主观色彩的裁判者判断反复验证，往往存在着发生错案的极大可能。

实际上，鉴定意见的形成受制于诸多影响因素，并不一定反映客观真实。实践中，多次鉴定、重复鉴定问题比较突出，有时候多份鉴定意见之间存在局部矛盾甚至意见根本相反的情况。笔者认为，由于鉴定意见出具过程中受制于自然科学技术条件、人为因素等多方面制约，鉴定意见的结论性表述并不当然具有预定的证明力，因此，在司法实践中，辩护律师应当摒除“鉴定意见至上”的理念，敢于向鉴定意见发起挑战。鉴定意见虽然头顶着“科学”的光环而看似难以质疑，实际上并不神秘，本文试图以如下十个方面为突破口揭开鉴定意见的面纱，为辩护律师在法庭上对鉴定意见发表有效质证意见提供思路参考：



一、鉴定事项是否属于 鉴定范围

1. 是否属于具有鉴定必要性的“专门性事实”

司法鉴定的专门性事实，是指鉴定事项属于刑事诉讼中涉及到专门领域知识才能进行判断的事实问题。专门性事实区别于普通性事实，后者是一般普通人可以依靠五种感知能力获取到的一般事实，而专门性事实则需要凭借专门的知识技能才能得出。如果把司法鉴定的对象过分放大至一般事实、一般常识，则会极大程度上限制辩方的对抗权、质证权。鉴定不等于推理，所以，针对于普通事实的鉴定意见应当排除。

专门性事实也区别于司法认知。法律问题不能鉴定。2003年轰动一时的“天价葡萄案”中，鉴定的介入即是对法律判断的干扰。四名外地来京务工人员，进入北京市农林科学院林果研究所葡萄研究园内偷摘葡萄约47斤。该葡萄系科研新品种，该四人的行为导致研究所研究数据断裂。经初次鉴定，被偷摘葡萄价值上万元。该案在审查起诉期间，有关部门在听取专家意见后对被偷摘的葡萄的价值进行了重新鉴定，按照“市场法”对葡萄价格的重新鉴定结论为376元。显然，该案的价格鉴定方法，无论是“市场法”，还是“成本法”，都涉及到案件“情节”、“危害”的法律判断。所以，该类价格鉴定逾越了鉴定意见的范畴，应予以质证、排除。

同时，鉴定的必要性也是质疑的角度之一，即判断鉴定事项是否是案件定罪量刑的必要性影响因素，只有满足这个条件，进行科学技术的分析判断才有必要性，反之，可以进行质疑，进而击破该份鉴定意见。例如，我国《刑法》规定：“精神病人在不能

辨认或者不能控制自己行为时造成危害后果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任。”该条款中对于法医精神病鉴定的规定，即是有关司法鉴定必要性的内容。又如，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》中规定：“当事人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人请求对建设工程造价进行鉴定的，不予支持。”由此可见，必要性是司法鉴定启动的前置条件。

2. 报告书的类型是否属于“鉴定意见”

根据2017年《公安机关鉴定规则》第四十五条，鉴定文书分为《鉴定书》和《检验报告》两种格式。客观反映鉴定的由来、鉴定过程，经过检验、论证得出鉴定意见的，出具《鉴定书》。客观反映鉴定的由来、鉴定过程，经过检验直接得出检验结果的，出具《检验报告》。鉴定后，鉴定机构应当出具鉴定文书，并由鉴定人及授权签字人在鉴定文书上签名，同时附上鉴定机构和鉴定人的资质证明或者其他证明文件。该条规定修改了此前2008年鉴定规则第四十六条《鉴定书》、《检验鉴定报告》、《检验意见书》三种意见确定性不同的报告形式，而只是对是否需要论证这一点加以区分。所以，目前《鉴定书》和《检验报告》均属于鉴定意见。

但是，除此之外，其他形式的报告书，诸如体检报告、审计报告、财务报告等其他形式的报告书，均不能认定为鉴定意见，也不能以鉴定意见的方式进行质证，否则视为对其构成鉴定意见的默示。

二、鉴定的委托程序 是否完备

司法鉴定的委托程序通常是司法鉴定的委托人携带鉴定所需的材料（如果是法医类鉴定，通常还需要带着被鉴定人）以及委托机关出具的司法鉴定委托书到鉴定机构当面委托。在特定情况下，也可以通过函件方式进行委托。在实践中，“委托”这一过程的司法现象相当纷繁复杂，甚至有委托A鉴定机构，却由B鉴定机构出具鉴定意见的情况发生。这要求辩护律师在阅卷过程中尤为仔细，不可想当然地认为该过程不会出现纰漏。

司法鉴定的委托一般要求通过书面形式。具体可以通过委托书、委托合同、鉴定聘请书等方式进行。司法机关的委托鉴定书常有多种格式。但一般都应包括鉴定委托机关的名称、鉴定事由提供卷宗资料、送检文书资料和检材的名称和数量、具体委托承办人的联系方式、委托日期、鉴定委托机关公章、备注（注明抽血、检查等是否有公证人员、律师等陪同），并与鉴定受理机构签订鉴定委托合同。

补充鉴定是原鉴定的延续，是在原有鉴定的基础上，根据新补充的鉴定材料或变化了的伤情、病情等对原鉴定的事项进行修正或因诉讼需要对原鉴定遗漏的事项进行补充，所以补充鉴定的委托通常是委托原鉴定机构，由原鉴定机构安排原鉴定人完成补充鉴定。

重新鉴定的委托主体可以与原鉴定的委托主体不同，如原鉴定是在公安侦查阶段进行的，到审查起诉阶段或者庭审阶段，可以由检察机关或人民法院委托重新鉴定。委托重新鉴定时，在选择鉴定机构时可以选择原鉴定机构，也可以选择原鉴定机构以外的其他鉴定机构。通常选择原鉴定机构以外的其他鉴定机构更为妥当，更容易获得诉讼当事人的认可。在特殊情况下，可以选择委托原鉴定机构，同时要求受理重新鉴定的原鉴定机构指派原鉴定人之外的其他鉴定人进行重新鉴定。

在司法鉴定的委托手续文书方面，需要提供以下有关材料：（1）鉴定委托书。（2）检材及样本资料清单。在委托时必须准备符合鉴定数量、质量要求的检材和样本，并列清单，对检材、样本及附送资料逐一登记，注明其名称、数量、性状、来源、收取及保全方法以及应予鉴定的确切要求。（3）案情介绍资料。（4）被鉴定人的基本情况。应注明被鉴定人的姓名、性别、年龄、职业等。（5）供鉴定使用的补充文书资料，如现场勘查记录、物证检验记录、侦查实验记录等文书副本。有些鉴定还要求有其他类别的补充文书资料，如轻重伤鉴定所需的原始门诊或住院病历记录、检查所摄取的X光片、CT片、心电图等，精神疾病司法鉴定所需的被鉴定人及其家庭情况、工作单位和知情人提供的有关被鉴定人精神状态的证言材料、医疗记录和相关检查结果等。（6）如果是重新鉴定或复核鉴定，除送交上述资料外，还必须送交前一次或前几次的鉴定书及其附件。

三、鉴定的委托内容是否明确、无诱导性

如前所述，在司法鉴定的委托过程中，应当将与案件有关且能够在技术层面影响到鉴定意见出具的基础材料提供给受托鉴定机构，但是，这并不代表要将案件的卷宗材料一并提供，尤其是能够反应案件发生过的言词证据。否则，不仅可能干扰侦查机关办案，产生导致案卷泄密、串供的可能，同时还会使鉴定人员形成个人对案件的内心判断，对鉴定产生不必要的误导、诱导。鉴定意见的出具必须具备其应有的中立性。相反，律师在质疑鉴定委托事项的中立性时，不宜过分吹毛求疵。例如，鉴定事项为“样本是否含有海洛因”，若辩方认为该请托表述具有诱导性，则难以得到裁判者的认可。在具体案件的判断中，应该结合明确性和中立性综合判断，不可矫枉过正。

四、鉴定机构和鉴定人员是否具备鉴定资格和相应资质

首先，根据刑事诉讼法的司法公正基本原则，鉴定人作为诉讼参与人，应当遵守回避的相关规定。如果鉴定人与诉讼利益相关者的任何一方之间存在刑事诉讼法规定下的“利害关系”，轻则重新鉴定造成司法资源的浪费，重则导致判决不公。《公安机关鉴定规则》第十条规定：“具有下列情形之一的，鉴定人应当自行提出回避申请；没有自行提出回避申请的，有关公安机关负责人应当责令其回避；当事人及其法定代理人也有权要求其回避：（一）是本案当事人或者当事人的近亲属的；（二）本人或者其近亲属与本案有利害关系的；（三）担任过本案



证人、辩护人、诉讼代理人的；（四）担任过本案侦查人员的；（五）是重新鉴定事项的原鉴定人的；（六）担任过本案专家证人，提供过咨询意见的；（七）其他可能影响公正鉴定的情形。”在委托鉴定环节，就应当充分、明确告知并进行审查，防止鉴定意见的真实性受到影响。

其次，资格问题是确保鉴定意见合法性和真实性的根本保障。全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》第二条规定，国家对从事司法鉴定业务的鉴定人、鉴定机构实行登记管理制度。该决定第九条规定，鉴定人和鉴定机构应当在鉴定人和鉴定机构名册注明的业务范围内从事司法鉴定业务。登记管理的类型包括：（1）法医类鉴定（包括法医病理鉴定、法医临床鉴定、法医精神病鉴定、法医物证鉴定和法医毒物鉴定）；（2）物证类鉴定（包括文书鉴定、痕迹鉴定和微量鉴定）；（3）声像资料鉴定（包括对录音带、录像带、磁盘、光盘、图片等载体上记录的声音、图像信息的真实性、完整性及其所反映的情况过程进行的鉴定和对记录的声音、图像中的语言人体、物体作出种类或者同一认定）；（4）根据诉讼需要由国务院司法行政部门商最高人民法院、最高人民检察院确定的其他应当对鉴定人和鉴定机构实行登记管理的鉴定事项。法律对前款规定事项的鉴定人和鉴定机构的管理另有规定的，从其规定。2015年司法部、最高人民法院、最高人民检察院将环境司法鉴定也纳入统一管理之中。

根据2010年《办理死刑案件证据规定》第二十四条第一项和第二项的规定，鉴定机构不具备法定的资格和条件，或者鉴定事项超出本鉴定机构项目范围或者鉴定能力的，以及鉴定人不具备法定的资格和条件、鉴定人不具有相关专业技术或者职称、鉴定人违反回避规定的，有关鉴定意见不得作为

定案的根据。

为有效审查鉴定机构、鉴定人的资质，要求将此类资质证明材料与鉴定意见一并随案移送，便于在各个诉讼阶段审查核实。同时，在鉴定人出庭作证情况下，控辩双方可以围绕鉴定人的资质、经验和鉴定方法等展开针对性的询问。目前在司法实践中，关于鉴定机构、鉴定人的资质问题，需要重点关注：侦查机关内部的鉴定人、鉴定机构是否具备合法资格；在登记管理名册之外聘请的专业机构和人员进行鉴定的法律效力。例如，办案机关委托异地会计师事务所对涉案账证记录进行检验，形成相应会计检验报告的法律效力仍然备受争议。

最后，满足回避要求且具备鉴定资格不等于符合鉴定“资质”。这还需要鉴定人、鉴定机构在鉴定事项的相关领域事实上具备鉴定能力。在鉴定人出庭接受询问的情况下，辩护律师可以通过询问事先准备的专业问题、行业内应当知晓的理论常识对鉴定人进行发问，进而展开对鉴定人资质、经验和鉴定方法科学性等方面的针对性论述和质疑。

五、鉴定的检材来源是否真实、合法、充分

包括检材和样本在内的基础材料决定了鉴定意见的科学性、可靠性。对检材和样本的审查主要包括检材和样本的来源、检材和样本的质量、检材和样本的处理方式以及检材和样本的保管方式，只有保证以上环节能够无缝对接，形成完整的收集、提取、转移、保管、交付等环节的证据锁链，确保鉴定的基础材料完整地来源于第一现场，才能保证鉴定意见与案件的关联性。“排他性”审查是律师对这一环节质证的重点。

对检材和样本的审查可以按照先检材后样本的顺序进行。就检材而言，需要审查检材的发现、提取、处理、固定和保管方式是否科学，检材提取的部位是否准确，检材在储存、运输过程中是否遭到污染、破坏，检材有无变形、伪装、损失，检材的性状、数量、质量是否符合检验要求，检材是否反映了客体的特性，等等。就样本而言，需要审查样本的来源是否真实可靠，数量是否充分，是否具备可比条件，等等。

六、鉴定的硬件条件是否具备

鉴定意见的形成需要依赖相应的仪器设备，在特定的地点场所、特定的物理条件下完成，所以鉴定过程的硬件条件也是需要审查的重点。不仅鉴定人员、鉴定机构需要进行年检审查，其鉴定所需的器材工具也需要具备相应的合格证明。例如，在某毒品案中，鉴定机构接受委托对毒品重量进行称量，但未附上该称量使用的称的合格证明。庭审中辩护律师提出质疑，调取鉴定机构内档后，确实发现该仪器存在误差。

七、鉴定的软件条件是否具备

鉴定意见区别于其他种类的证据的核心就在于其利用科学技术手段作出判定，因此，如果鉴定中所依据的科学技术手段存在问题，那么，其最终结论显然也就不具备说服力。因为“（科学）技术的发展至今还无法保证司法获得理想的正确结果”¹。

例如，某地发生一起强奸案，鉴定事项是检查被害人短裤上是否有与嫌疑人同血型精斑。经检验得出被害人液体型为A型分泌型，嫌疑人液体型为O型非分泌型，被害人短裤检出人体精斑中含ABH型体液物质。据此结果将嫌疑人排除。被害人多次上访，当地报纸以《某地奇案》连载报道，后经复核嫌疑人体液型为B型分泌型，混合斑中含有其体液型物质，案发半年后嫌疑人被依法处理。²而利用DNA技术，其偶合率将很低，法官采信其结果的可能性也远高于采用ABO血型技术得出的结果，而目前DNA鉴定技术又逐渐被染色体PCR-STR技术所代替。又如，某男，23岁。因盗窃被殴打，体表挫伤面积约70%，1天后出现少尿，8天后死亡。被诊断为“风湿性心脏病”猝

死，最终应用ABC-Mb法诊断其死因为挤压综合征致死。³这也是由于采用不同技术，得出不同结果的一个典型案例。

可见，根据不同技术得出的鉴定意见，其结果可能相差很大，甚至相互矛盾。虽然，以上两个案例的发生时间较早，但是都是基于当时的认识水平和技术条件所得出的鉴定意见，在当时的境况下，也被视为相对科学的结论。同样，在某些领域，时下的技术手段或也存在我们无法意识的缺陷，在质证过程中，也需要律师对鉴定方法的恰当性、采用标准的明确性、科学原理的准确性、先进性进行判断。

八、鉴定的过程是否严格遵守了相关的程序规定

司法鉴定文书正文应当包括检验过程的阐述，要求写明鉴定实施过程的科学依据，包括建材处理、鉴定程序、所用技术方法、技术标准和技术规范等内容。实践中，很多鉴定意见对于鉴定的操作过程交代不清、甚至省略。从辩护的角度出发，律师可以就以上问题进行质证，对其操作的规范性进行质疑。由于鉴定事项的不同，相应的程序要求也不同，必须结合具体的规范进行质证。近年来，司法部共颁布了六批技术标准⁴，供全国司法鉴定机构参照执行。限于篇幅，请读者详见“中华人民共和国司法部—中国政府法制信息网”。

1 苏力：《法律与科技问题的法理学重构》，载《中国社会科学》1999年第5期。

2 陈永生：《我国刑事误判问题透视——以20起震惊全国的刑事冤案为样本的分析》，载《中国法学》2007年第3期。

3 周亦斌、李上勋：《法医病理学检查技术综合应用探讨》，载常林主编：《司法鉴定案例研究——首届“鼎永杯”优秀司法鉴定文书精选》，中国人民公安大学出版社2008年版，第47-55页。

4 资料来源：中华人民共和国司法部—中国政府法制信息网，网址<http://www.moj.gov.cn/index.html>，最后访问日期：2019年8月4日。



九、鉴定意见结论表述的逻辑性与一致性是否成立

目前在我国刑事诉讼中，证据的采信标准是“证据确实充分”。那么，鉴定意见所得出的结论就必须满足“真实性”、“充分性”，对结果的得出和解读这一环节也有可能出现误差。即使没有误差，所得结论也并非一定能达到确信无疑的程度。

其实上，DNA检验并不能直接、确定地告诉人们，某犯罪现场发现的血痕精斑等生物检材是否某犯罪嫌疑人在实施犯罪行为时所留，只能提供一个可供分析比对的图谱，然后由专家进行解读并计算匹配概率，再给出鉴定意见。专家得出的结论也不会是结论性的“是”或“不是”，而是依赖于匹配概率，得出肯定同一或否定同一的可能性。DNA检验得出的匹配概率不可能达到100%，最佳条件下得出的也就是99%。当然，依据血痕精斑的DNA图谱进行人身同一认定并不需要那么高的匹配概率。例如，我们可以把肯定同一的匹配概率定为93%，把否定同一的匹配概率定为80%。凡是物证检材与样本检材的匹配概率高于93%的就可以肯定同一，而低于80%的就可以否定同一。⁵那么，当匹配概率在80%至92%之间的灰色地带时，辩护律师可以针对其结论的模糊性发表质证意见。

除此以外，鉴定意见由多位鉴定人参与进行，所得结论有可能出现分歧。2008年《公安机关鉴定规则》第四十六条对鉴定意见不一致、作出倾向性鉴定意见的，要求出具《检验意见书》，因此与《鉴定书》、

《检验鉴定报告》加以区分。但是2017年修订之后，已经将《检验意见书》这一文书取消。所以，在报告书和意见书中均有可能出现多名鉴定人意见不统一的情况。顾名思义，专家意见一致者，可信度更高，反之不然。在审查和质证过程中，应当注意意见书结论说理是否充分、论证过程是否严密，是否排除其他合理怀疑、结论具有唯一性，如何排除、是否有补充鉴定、重新鉴定之需要等方面的内容。

十、对犯罪嫌疑人关于鉴定的权利告知是否履行

根据《刑事诉讼法》第一百四十八条之规定，侦查机关应当将用作证据的鉴定意见告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。

根据《人民检察院刑事诉讼规则》第二百五十三条之规定，用作证据的鉴定意见，人民检察院办案部门应当告知犯罪嫌疑人、被害人；被害人死亡或者没有诉讼行为能力的，应当告知其法定代理人、近亲属或诉讼代理人。犯罪嫌疑人、被害人或被害人的法定代理人、近亲属、诉讼代理人提出申请，经检察长批准，可以补充鉴定或者重新鉴定，鉴定费用由请求方承担，但原鉴定违反法定程序的，由人民检察院承担。犯罪嫌疑人的辩护人或者近亲属以犯罪嫌疑人有患精神病可能而申请对犯罪嫌疑人进行鉴定的，鉴定费用由请求方承担。

所以，告知权利程序是鉴定意见被采信的必要条件。辩护律师在阅卷过程中，应当审查办案机关是否将权利告知的证明文件进行附卷，以充分保障被告人知情权，同时也作为可能的一项质证思路。

（本文涉及众多鉴定领域与学科，文中若有不妥之处，敬请读者批评指正。）

5 何家弘：《刑事诉讼中科学证据的审查规则与采信标准》，中国人民公安大学出版社，2014年第一版，第19页。

这家外企为何不请刑辩大状

——谈有效辩护理念下的刑事辩护模式改造

■ 王九川 / 文

王九川律师简介

王九川律师，京都律师事务所高级合伙人、刑事业务部主管，先后兼职中华全国律师协会刑事专业委员会委员、秘书长、中国法学会会员、刑民一体化司法研究中心联席主任、中国社会科学院研究生院导师、西



北政法大学高级刑事辩护研究院导师、致公党北京法律委员会委员等职，《司法部首届全国律师业务案例》“金瓣奖”获得者。自1995年开始长期从事疑难刑事案件辩护、公司刑事合规等法律服务。曾多次接受受境内外重要媒体采访，参加国际人权对话。著有《中国大律师辩护词精选——王九川专辑》、《新刑事诉讼法热点问题及辩护应对策略》等著作。

几年前，某著名外国公司因涉嫌商业贿赂被判有罪，案子轰动国内外，在律师界也备受关注，有做刑辩的朋友发出感叹：这么重要、有特点的案子，为何不见刑辩大状们的身影，为何无缘那些刑事律所？有几位不做刑辩的律师，听闻此案有天价律师费，也激动起来，摩拳擦掌，做了几天功课，便跑去给外企搞刑事讲座，几年下来，也没见有什么成效。还有些做刑事的同道，也做过一番努力，收效甚微。我当年提醒过这些朋友，这么折腾效果不会理想，因为你没有真正了解客户的需求。

客户的需求究竟在哪里？我们不妨看看刑事律师常见的工作模式：案子谈成后，带着委托书、所函去看守所会

见，到办案机关阅卷，然后调查取证（视情况而定），准备开庭方案，出庭……期间也会有与委托方、办案机关的沟通。总体上看，律师主要是围着办案机关转，跟着诉讼流程走。在办案之余，不少刑事律师也很注重经验总结——“刑事辩护的实务技巧”、“辩护的标准流程”、“辩护的精细化操作”——这类主题的文章和专著触手可及，有关的讲座、培训在国内可能每天都有，对专业化、规范化上的探讨，已成为现今刑事辩护的大趋势。

大家聚焦探讨的刑事业务模式基本都是常规操作，即刑事诉讼流程式的操作，从会见、阅卷、调查取证到出庭等各个环节的操作，按照刑事诉讼法的规定来进行。所谓的各种精细化操作，也是在刑诉法规定动作的基础上演化而来。当然，作为基本程序中的基本技能，这些训练都是必要的，也应该不断提升。

在这些技能训练中，我却很少看到面向委托方的内容，除了部分有关接谈案件的技能训练。似乎更多的人愿意把刑事律师培养成这样：意气风发，满脑子的战斗意识，注意力集中在案件上，时刻关注对手的动向，而在委托方面前也显得很有气势，这好像很符合公众对辩护律师的想象，一派大律师的形象。

与长于民事诉讼、仲裁业务的律师特别是非诉讼业务律师相比，刑事律师似乎与委托方有更多的“距离感”，委托方似乎对



刑事律师也更“客气”一些。我考虑有这几个方面的原因：

从程序特征看，以公诉案件为主的刑事诉讼程序具有“官告民”的特点，同民事诉讼程序（“民告民”）、行政诉讼程序（“民告官”）相比，当事人在诉讼中的权利受到更多的抑制，居于被动地位，而且刑事案件关乎自由、性命，有的涉及全部身家，诉讼的利害关系更大，所以委托方对刑事律师有天然的依托和倚重心理。当然也有例外，但这不具有普遍性。

在律师权利方面，和其他诉讼程序比，律师在刑事诉讼程序里享有法定“特权”，明显更具有信息和路径优势，比如在会见、阅卷、出庭等诉讼活动中，不具有律师资质的辩护人、代理人的权利会受到严格限制，委托方往往要求助于拿红本的律师。也会有个别律师利用这种天然优势，为自身利益损害当事人权益。

就诉讼策略上看，在职权主义的诉讼背景下，刑事案件中的律师和当事人更加关注对案件有影响的因素，律师偏重与公、检、法及其他利害部门的博弈，有时缺乏与委托方的有效沟通。

另外，许多刑事律师出于执业风险的顾虑，不敢把掌握的案情细节透露给嫌疑人、被告人亲属，不敢让他们看到案卷，甚至就会见、调查取证的具体情况及辩护意见也有所保留，导致委托方对律师的尽责程度产生怀疑。不少刑事律师工作非常认真，但不愿或不擅长展示工作成果，因而受到委托方的误解、抱怨。当然，也有律师会用这样的借口来减少工作量。

所以就律师和委托方的关系来看，在刑事诉讼的常规操作模式中，律师普遍具有一定的主导性，有如医生和病人的关系。这种关系的优点在于，能更好发挥律师的专业优势，避免外行指导内行，使得辩护和代理

更为有效，但如果遇到能力较弱的律师、职业道德水准不高的律师，委托方得不到应有的法律服务，会面临更大的诉讼风险。

有一种说法，诉讼案件就是要赢，结果好，无功亦有功，结果不理想，累死也无功，这种看法有些过时了。现在越来越多的当事人不仅看结果，也看过程，有的案件诉讼结果不错，当事人对律师的评价并不高，有的案件虽然输掉，律师照样赢得委托方的认可、赞许，因为他看到律师努力的过程，对律师的辩护策略、技巧和忠诚度有充分的感知和理解。我遇到这样的委托人，对案件的诉讼结果有理性的判断，他说：我知道结果很难，这个过程不留遗憾，因为我得到了五星级的服务。

我们的刑事业务培训基本不探讨“服务”，刑事诉讼法不可能有这个指向，律师执业纪律和职业道德规范那些条文更多的是用来避免和解决纠纷。这两年，大家都在谈“有效辩护”，对这种理念还没有一致的解读，陈瑞华教授认为，有效辩护的理念应在这几个方面得到贯彻：合格称职的辩护律师；必需的辩护防御准备；与委托人的有效沟通和交流；有理有据、精准及时的辩护活动”，其中“有效沟通和交流”触及到刑事业务的“服务”问题，但在执业实践中还缺少操作模式上的反思。

有效沟通实际是法律服务的基本功，就律师个人来看，这种有效沟通大多出于责任感和对个人品牌的爱惜，属于自律行为，即使恪尽职守，因为缺少成熟的模式，也难免出现一些分歧。就律所而言，国内有几家在从精细化辩护的角度进行摸索，但仍没有跳出常规模式的框架。

我长期做刑事辩护，偶尔也处理其他诉讼案件，早年曾学着做一些公司、房地产、知识产权方面的非诉讼业务，这些年常与非诉讼律师及商事诉讼、仲裁律师合作刑事业务，所以经常会作一些比较。这些同行的客户多为公司类，他们的工作模式都非常相似，尽管对刑事业务不熟悉，他们会习惯性地非诉讼模式的做法带到刑事诉讼中来，弥补自身的不足，其中有不少值得借鉴之处。

最近，我多次提出“刑事业务的非诉讼模式”这个概念，鼓动刑辩的同行借鉴非诉讼模式来做刑事诉讼业务。请注意，我这里不是指刑事领域的非诉讼业务，而是指操作非诉讼业务的理念和方法，把这些吸收运用，来改造刑事诉讼业务的常规模式。

依我的观察，“非诉讼模式”的最大特点，就是律师把“委托方”当作“客户”看待，而不是广义上的当事人，律师的工作目标是获得“甲方”的稳定而持久的信任，而在“常规诉讼模式”中，律师最关心的是案件胜诉。在“非诉讼模式”中，律师重视客户的感受，为求得理解与认同，保持与客户的有效沟通。那些投诉案例，有不少是因为沟通问题引起的，刑事律师一定要学习这些模式里的沟通技巧。当然，服务也不仅仅是沟通层面的问题，还有许多技术层面的精细操作方式，这些我们后面再谈。

刑事律师一般难以适应这样的模式，特别是和那些公司类客户打交道，因为公司治理上的规制性要求，有很多繁琐的工作，给这样的公司类客户办理刑事诉讼案件，有几多：“电话多、文件多、会议多，加班多，人员多”，办理这样的案件，常常感觉自己像一个非诉讼律师，习惯于单打独斗的刑事律师，可能会选择放弃。个人客户就不需要这样繁琐的工作，但我们要借鉴其中的一些工作模式，比如在与客户的沟通上，这种模式就很注意工作成果的可视性、通信的及时性及面谈的时机，还有在数据分析、团队协作方面，都有相对成熟的模式可用。

新的刑事诉讼业务模式的建立，仅靠律师个人的自觉努力不够，毕竟每个人的基础和个性各不相同，这需要律师所在目标导向、流程设计方面进行改造，这也会触及分配机制、团队组建、品牌战略等多个深层次的问题，需要遵循组织经营的基本规则进行设计，没有那么简单。

举一个例子，如果一个刑事案件采用以计时收费为导向的模式，律师对案件研究的深度、与客户的沟通方式都会发生明显的改变。前年我为一个二审案件辩护，委托方和我交谈一两次后发现，许多问题一审的律师没有和他研究过，期间他们只正式交谈过一次，剩下的就是几个电话了，我和委托方的沟通非常充分。同样，在另一个类似的案件中，有律师采用计时收费的方式，情形就不一样了。而采用计时方式，可能又会带来其他的问题，对于大多数刑事律师和律师所，包括多数委托方，都难以接受。有律师所试行计算工作次数的方式，比如在委托合同里写明会

见的次数，这也是一种尝试。

谈到这里，我们不难理解，前面提到的那家外企，当然知道需要经验老道的刑事律师，但作为一家具有成熟公司治理模式的企业，遇上复杂的刑事难题，还是会优先考虑符合他们服务模式要求的、综合性服务能力强的律师所。当然，这里还有一个重要原因：不少擅长刑事的律师所与外企的接触有限，这个问题以后再谈。

对于个人客户来说，他们也同样会考虑服务问题，专业实力相当的律师、律师所，他会优先选择服务能力好的，甚至专业实力略差一些，但在责任心和有效沟通上更让人放心的，他也会考虑优先选择。我们看到很多嫌疑人的亲属在律师楼间转来转去，用他们的话讲，是看谁更“靠谱”，这是他们对法律服务最朴素的要求。所谓的“靠谱”，在我看，既包括对案件结果的全力追求，也包括对客户关系的用心维护。

我们提倡的刑事辩护，不仅是大状式的辩护，也是一种法律服务，这二者并不矛盾。律师不仅要盯住案件，也要时刻想着委托方。所谓用“非诉讼模式”办理刑事案件，就是建立一种对客户负责及对案件负责为共同导向的业务操作模式，这是有效辩护的一种“制度性”保障。

这种模式的成熟运作需要以律师所的有效管理为基础。刑事律师可以在业务操作中先进行尝试，谁适应得快，谁就会先赢得客户的信赖。律师不仅要体现在案件上应有的专业度，还要让委托方认可所提供的法律服务。

刑事律师们总是从辩护策略和诉讼结果上来解读有效辩护，现在需要在业务模式上进行反思了。✎



毒品犯罪辩护之 毒品基础法律问题梳理

■ 汤建彬 / 文

一、什么是法律意义上的毒品？

毒品是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。

法律依据：《中华人民共和国刑法》第357条、《中华人民共和国禁毒法》第2条

二、什么是法律意义上的精神药品和麻醉药品？

法律意义上的麻醉药品和精神药品是指列入麻醉药品目录、精神药品目录的药品和其他物质。

法律依据：《麻醉药品和精神药品管理条例》第3条

三、精神药品和麻醉药品是否均为“国家规定管制”？

精神药品和麻醉药品均为“国家规定管制”。

法律依据：《麻醉药品和精神药品管理条例》第3条、第4条

四、麻醉药品、精神药品是否都具有“使人形成瘾癖”的特性？

原《麻醉药品管理办法》、《精神药品管理办法》中对麻醉药品、精神药品的定义，均把“身体依赖性”、“形成瘾癖”作为突出特性，由此可见，麻醉药品、精神药品具有“使人形成瘾癖”的特性。

汤建彬律师简介

京都律师事务所合伙人，毕业于中国政法大学，研究方向为刑事诉讼法学，具有良好的法学理论素养及扎实的专业知识，在十多年的法律研究和实践过程中，形成了娴熟的实务操作经验及良好的社会各界资源，专长于毒品犯罪辩护和死刑复核辩护。



（注：《麻醉药品和精神药品管理条例》施行后，上述两个办法已废止，但从麻醉药品及精神药品管制目的看，两个办法对麻醉药品、精神药品成瘾特性的阐释仍然具有参照意义）

五、麻醉药品、精神药品目录中的品种是否均可被认定为毒品？

基于前述分析，在麻醉药品、精神药品目录中的品种均具有“使人形成瘾癖”的特性，均为“国家规定管制”，所以都可以被认定为毒品。

六、我国的麻醉药品、精神药品目录有哪些？

- 1.《麻醉药品品种目录》
- 2.《精神药品品种目录》
- 3.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》

七、我国管制的毒品种类有多少？

基于管制品种目录统计：

- 1.《麻醉药品品种目录》共计121种
- 2.《精神药品品种目录》第一类69种，第二类85种。
- 3.《非药用类麻醉药品和精神药品列管办法》附表《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2015年10月1日起施行）共计116种
- 4.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2017年3月1日起施行）共计4种
- 5.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2017年7月1日起施行）共计4种
- 6.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2018年9月1日起施行）共计32种
- 7.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2019年5月1日起施行）将芬太尼类物质整类列管

八、麻醉药品、精神药品不同盐的形态能否被认定为毒品？

列管的麻醉药品、精神药品的不同盐的形态，也属于法律意义上的该类麻醉药品、精神药品，均可被认定为毒品。

法律依据：《麻醉药品品种目录》、《精神药品品种目录》、《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》。

九、麻醉药品、精神药品的异构体能否认定为毒品？

《麻醉药品品种目录》、《精神药品品种目录》中列管的麻醉药品、精神药品的异构体及《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》中列管的非药用类麻醉药品和精神药品的旋光异构体，也属于法律意义上的该类麻醉药品、精神药品，均可认定为毒品。

十、麻醉药品、精神药品是否都属于药品？

麻醉药品目录、精神药品目录中的品种既包括药品，也包括其他物质。所以麻醉药品、精神药品目录中的品种并非全部属于药品。

法律依据：《麻醉药品和精神药品管理条例》第3条

十一、麻醉药品、精神药品目录中的品种是否可区分为药用类和非药用类？

麻醉药品和精神药品按照药用类和非药用类分类列管，基于此，可分为药用类和非药用类。

法律依据：《非药用类麻醉药品和精神药品列管办法》第3条

十二、什么是非药用类麻醉药品和精神药品？

非药用类麻醉药品和精神药品，是指未作为药品生产和使用，具有成瘾性或者成瘾潜力且易被滥用的物质。

法律依据：《非药用类麻醉药品和精神药品列管办法》第2条

十三、非药用类麻醉药品和精神药品有哪些？

- 1.《麻醉药品品种目录》中非药用类麻醉药品：共计99种。
- 2.《精神药品品种目录》中非药用类精神药品：第一类共计61种；第二类共计54种
- 3.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2015年10月1日起施行）共计116种
- 4.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2017年3月1日起施行）共计4种
- 5.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2017年7月1日起施行）共计4种
- 6.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2018年9月1日起施行）共计32种
- 7.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2019年5月1日起施行）将芬太尼类物质整类列管



十四、什么是药用类麻醉药品和精神药品？

药用类麻醉药品和精神药品，是指我国作为药品生产和使用的麻醉药品和精神药品，具体是指《麻醉药品品种目录》、《精神药品品种目录》中带有*的精神药品为我国生产及使用的品种。

法律依据：《非药用类麻醉药品和精神药品列管办法》第3条、《麻醉药品品种目录》、《精神药品品种目录》

十五、药用类麻醉药品和精神药品有哪些？

- 1.《麻醉药品品种目录》中药用类麻醉药品：共计22种。
- 2.《精神药品品种目录》中药用类精神药品：第一类共计8种；第二类共计31种

十六、什么是新精神活性物质？

新精神活性物质，又称“策划药”或“实验室毒品”，是不法分子为逃避打击而对管制毒品进行化学结构修饰得到的毒品类似物。2013年，联合国毒品和犯罪事务办公室（UNODC）正式对新精神活性物质进行了定义：新出现的、存在药物滥用可能性但国际上尚未列管的物质。当前，新精神活性物质迅速蔓延，已成为继传统毒品、合成毒品后全球流行的第三代毒品。

十七、我国列管了哪些新精神活性物质？

我国目前共列管以下新精神活性物质：

- 1.《精神药品品种目录》共14种
- 2.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2015年10月1日起施行）共116种
- 3.《非药用类麻醉药品和精神药品管制

品种增补目录》（2017年3月1日起施行）共4种

- 4.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2017年7月1日起施行）共4种
- 5.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2018年9月1日起施行）共计32种
- 6.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2019年5月1日起施行）将芬太尼类物质整类列管

十八、新精神活性物质是否等同于非药用类麻醉药品和精神药品？

二者并不等同，除了氯胺酮，我国列管的其余新精神活性物质系非药用类麻醉药品和精神药品，非药用类麻醉药品和精神药品的外延大于新精神活性物质。

十九、如何理解《武汉会议纪要》中的“麻醉药品、精神药品”？

《武汉会议纪要》中的“麻醉药品、精神药品”是特指具有药品和毒品双重属性的麻醉药品、精神药品，即特指药用类精神药品、麻醉药品；不包括不具有药品属性精神药品和麻醉药品，即不包括非药用类精神药品、麻醉药品。

《<毒品犯罪武汉会议纪要>的理解与适用》明确：《武汉会议纪要》中的“麻醉药品、精神药品”具有药品和毒品双重属性，无论通过合法销售渠道还是非法销售渠道流通，只要被患者正常使用发挥疗效作用的，就属于药品；只有脱离管制被吸毒人员滥用的，才属于毒品。

《武汉会议纪要》中分别使用“毒品”和“麻醉药品、精神药品”两个用词，意在从是否具有药品属性的角度进行区分，进而适用不同的定罪审查标准：不具有药品属性的，直接认定为毒品，按照毒品犯罪定罪量刑；具有药品属性的，应首先审查犯罪是否出于医疗目的，进而决定是否能够按照毒品犯罪进行定罪处罚。

二十、涉及药用类麻醉药品和精神药品的犯罪是否均认定为毒品犯罪？

药用类麻醉药品和精神药品具有药品和毒品双重属性，基于药品属性的犯罪不应认定为毒品犯罪，但可构成非法经营罪等犯罪。

《<毒品犯罪武汉会议纪要>的解释和适用》中明确：

“麻精药品具有双重属性，无论通过合法销售渠道还是非法销售渠道流通，只要被患者正常使用发挥疗效作用的，就属于药品；只有脱离管制被吸毒人员滥用的，才属于毒品。”

《麻醉药品品种目录》和《精神药品品种目录》的麻精药品可被认定为毒品，但不等同于毒品，并非所有非法贩卖麻精药品的行为都应当被认定为贩卖毒品罪，而应视具体情况具体分析。

二十一、将涉及药用类麻醉药品和精神药品的犯罪认定为毒品犯罪须具备哪些条件？

1.需具备以下三个条件：

- (1) 制造、贩卖非基于有医疗目的；
- (2) 流入毒品市场及吸毒人群
- (3) 获得超出药品经营利润

2.法律依据：

(1) 《武汉会议纪要》规定，行为人向走私、贩卖毒品的犯罪分子或者吸食、注射毒品的人员贩卖国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品或者精神药品的，以贩卖毒品罪定罪处罚。

(2) 《〈毒品犯罪武汉会议纪要〉的解释和适用》明确：“实践中有的被告人向不特定对象贩卖麻精药品，如果没有证据证明其是故意向走私、贩卖毒品的犯罪分子或者吸食、注射毒品的人员进行贩卖的，根据有利于被告人的原则，一般不宜认定为贩卖毒品罪。”因此认定毒品犯罪需要有证据证明犯罪嫌疑人、被告人故意向走私、贩卖毒品的犯罪分子或者吸食、注射毒品的人员进行贩卖。

(3) 参考吴名强“曲马多案例”。对于临床上使用的国家管制的麻醉药品、精神药品，在有证据证明确实作为毒品生产、销售的才涉嫌毒品犯罪。

对非法生产、销售国家管制的麻醉药品、精神药品的行为以制造、贩卖毒品罪定罪，必须同时符合以下条件：(1)被告人明知所制造、贩卖的是麻醉药品、精神药品，并且制造、贩卖的目的是将其作为毒品的替代品，而不是作为治疗所用的药品。(2)麻醉药品、精神药品的去向明确，即毒品市场或者吸食毒品群体。(3)获得了远远超出正常药品经营所能获得的利润。

二十二、药用类麻醉药品和精神药品的犯罪认定为非法经营罪须具备哪些条件？

1.需具备以下三个条件：

- (1) 基于医疗目的作为药品生产销售
- (2) 非法贩卖给医疗机构、药店及病人
- (3) 获得正常药品的利润

2.法律依据：

(1) 《武汉会议纪要》规定，行为人出于医疗目的，违反有关药品管理的国家规定，非法贩卖上述麻醉药品或者精神药品，扰乱市场秩序，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。

(2) 《〈毒品犯罪武汉会议纪要〉的解释和适用》明确：对于出于医疗目的，违反药品管理法的相关规定，向无资质的药品经营人员、私立医院、诊所、药店或者病人非法贩卖的，侵犯的是国家对药品的正常经营管理秩序，故不应认定为贩卖毒品罪。符合非法经营罪的定罪标准的，依法定罪处罚。

(3) 参考吴名强“曲马多案例”。药用类麻醉药品和精神药品的犯罪认定为非法经营罪须具备的条件有：(1) 行为人出于医疗目的，将麻醉药品或者精神药品作为药品而非毒品进行生产、销售；(2) 向无资质的药品经营人员、私立医院、诊所、药店或者病人非法贩卖，而非向毒品市场或者吸食毒品群体贩卖。(3) 牟利未赚取超出正常药品价格的高额利润。

二十三、非药用类麻醉药品和精神药品是否属于具有药品属性？

非药用类麻醉药品和精神药品不具有药品属性。

《非药用类麻醉药品和精神药品列管办法》明确：麻醉药品和精神药品按照药品类和非药用类分类列管。非药用类麻醉药品



和精神药品，是指未作为药品生产和使用，具有成瘾性或者成瘾潜力且易被滥用的物质，所以，非药用类麻醉药品和精神药品不具有药品属性。

非药用类麻醉药品和精神药品发现医药用途，调整列入药品目录的，不再列入非药用类麻醉药品和精神药品管制品种目录。

二十四、贩卖非药用类麻醉药品、精神药品能否基于非法经营罪定罪处罚？

因非药用类麻醉药品和精神药品不具有药品属性，不符合武汉会议纪要规定“出于医疗目的，违反有关药品管理的国家规定”的条件，所以，不能以非法经营罪定罪处罚。

二十五、制造、贩卖非药用类麻醉药品和精神药品，是否应参照指导案例吴名强、黄桂荣等非法经营案（曲马多）定非法经营罪？

该指导案例对制造、贩卖非药用类麻醉药品和精神药品不具有参照意义。

指导案例将制造、贩卖药用类麻醉药品和精神药品的犯

罪行为认定为非法经营罪是因为：（1）行为人出于医疗目的，将麻醉药品或者精神药品作为药品而非毒品进行生产、销售；（2）向无资质的药品经营人员、私立医院、诊所、药店或者病人非法贩卖，而非向毒品市场或者吸食毒品群体贩卖。（3）牟利未赚取超出正常药品价格的高额利润。

非药用类麻醉药品和精神药品不具有药品属性，制造、贩卖的非药用类麻醉药品和精神药品无法作为治疗所用的药品，在法律意义上非药用类麻醉药品和精神药品只具有毒品属性，所以，无法参考指导案例吴名强、黄桂荣等非法经营案（曲马多）定非法经营罪。

二十六、制造、贩卖、运输、走私非药用类麻醉药品、精神药品按照毒品犯罪定罪，是否需要证明非药用类麻醉药品和精神药品流向毒品市场或者吸食毒品群体？

非药用类麻醉药品和精神药品不具有药品属性，只有毒品属性，基于《武汉会议纪要》中的“麻醉药品、精神药品”特指药用类麻醉药品和精神药品，所以，不需要基于《武汉会议纪要》关于“麻醉药品、精神药品”的规定审查其流向。✎

从涉嫌两罪到不起诉

——论如何说服检察院做出不起诉决定

■ 邹佳铭 王馨全 / 文

邹佳铭律师简介

京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任，英国牛津大学访问学者。邹佳铭律师的专业领域是刑事辩护，擅长复杂、疑难类型案件，曾在多起疑难案件的辩护中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的良好



效果。多次接受《人民网》《财新》《新京报》《法治晚报》《凤凰周刊》等媒体采访，同时为《财新网》专栏作家，新浪网意见领袖专栏作家，G20反腐败追逃追赃研究中心兼职研究员。邹佳铭律师曾获得《亚洲法律评论》(ALB)颁发的“2015年中国最佳女律师”和“2017年中国十五佳诉讼律师”称号。

2019年7月11日，北京市京都律师事务所高级合伙人邹佳铭律师及王馨全律师接受赵某家属的委托，担任赵某涉嫌非国家工作人员受贿、故意销毁会计凭证、会计账簿案的辩护人。审查起诉阶段，检察院采纳辩护意见，作出不起诉决定。

对于一个刑事案件而言，批捕、起诉和辩护是三个关键的时间点，辩护律师在这三个关键时点，可以根据不同的案情选择不同的辩护策略。做不批捕和不起诉辩护的案件，都是可遇不可求。辩护律师首先要评估案情，如果在事实认定和法律适用上争议很大，或者即使按照辩方主张的事实和法

律适用，也不能得出证据不足、无需刑事处罚或不构成犯罪的结论，就不宜做不批捕或不起诉辩护，只能将辩护的重点放在审理阶段。

在实际的操作过程中，与承办检察官沟通，并根据沟通的情况，提交有针对性的书面辩护意见是完全必要的。在本案中，我们接受委托时，距离该案审查起诉期限届满只有二十天左右的时间。在阅卷、会见之后，我们马上约见了承办检察官。与承办人交换辩护意见后，承办人又安排我们与公诉部门的负责人进行了充分的沟通。通过这些沟通，我们意识到双方并不存在事实上的根本分歧。我们口头提出的辩护意见，也得到了审查起诉部门积极的反馈。

在此基础上，我们及时提交了书面辩护意见。这份意见重点阐述了交流中审查起诉方的关注点，对于双方有共识的部分只是简单的提及，这起到了很好的效果。最终，检察院做出不起诉决定。

本案起诉意见书认为：某证券公司核心成员赵某，在参与辅导甲公司上市的过程中，利用职务便利，向甲公司董事长刘某提出无息借款400万元，用于购买学区房。在该公司上市的过程中，赵某持续为该公司违规上市出谋划策，提供帮助。在具备还款能力的情况下，赵某企图以上市奖励费用名义实现非法占有上述借款，不予归还，涉嫌非国家工作人员受贿罪。在该公司董事长到案后，赵某还建议相关人员销毁关联公司会计账目，帮助该公司董事长逃避处罚，涉嫌故意销毁会计凭证、会计账簿罪。

本案辩护意见正文

一、关于非国家工作人员受贿罪

1. 保荐机构在企业上市的过程中，主要是通过其专业知



识和沟通能力，协助拟上市公司制作招股说明书等一系列申报文件，完成企业上市的审核申报流程，上市申请获得核准后承销股票发行，以及股票发行后持续督导等工作。保荐机构在辅导企业上市的过程中，与律师事务所、会计事务所等中介机构类似，其与拟上市企业之间本质上是服务与被服务的关系。保荐机构工作人员并不能决定企业能否上市，没有“职务便利”。他们只有通过自己的专业服务，帮助企业更加合规，从而更符合上市条件，所以犯罪嫌疑人赵某在本案所指控事实中不具备非国家工作人员受贿罪必须具有的前提条件——“职务便利”。

2. 根据《首次公开发行股票并上市管理办法》（以下简称“办法”）第五条规定：“保荐人及其保荐代表人应当遵循勤勉尽责、诚实守信的原则，认真履行审慎核查和辅导义务，并对其所出具的发行保荐书的真实性、准确性、完整性负责。”同时，该《办法》第六条规定：“为证券发行出具有关文件的证券服务机构和人员，应当按照本行业公认的业务标准和道德规范，严格履行法定职责，并对其所出具文件的真实性、准确性和完整性负责。”由此可见，保荐机构工作人员在上市辅导过程中，负有特定的专业和道德义务，并对出具文件的“真实性、准确性和完整性负责”，赵某在本案中向被辅导上市企业的董事长借钱，无疑违反了其执业规范，可能导致其“审慎核查和辅导义务”的工作受到影响，依法可以按相关行业规范惩处。但是这并不能代表可以将不同性质的问题混为一谈，在她不具有职务便利的情况下，不能将违背职业道德借钱未还的行为定性为非国家工作人员受贿罪。

3. 赵某作为券商工作人员，对于向被辅导企业借钱违反执业规范是心知肚明的（赵某的供述中提到）。基于此，其以他人名义出具借条，是为了规避相关纪律规定，而不是为隐瞒受贿。其借款的理由完全真实合法，资金去向与借款事由相符。

4. 本案历史上形成的借条和借款在涉案公司财务上“其他应收款”科目的处理，客观地证明了双方是借款关系。

5. 甲公司董事长刘某的供述前后矛盾，不符合情理，在没有其他证据印证的情况下，不能作为定案依据。

6. 赵某的家庭收入情况证实，在2018年年初赵某获得上市奖金之前，没有一次性偿还的能力。赵某的家庭存款在借款期间都投资于短期理财产品，也印证了她有以理财资金和

王馨全律师简介

京都律师事务所律师，曾在荷兰海牙黎巴嫩特别刑事法庭工作，担任检察官办公室法律处和诉讼处律师助理，参与对黎巴嫩前总理Rafic Hariri爆炸案的公诉工作。曾在荷兰海牙塞拉利昂特别刑事法院第二审判庭工作，担任塞拉利昂前总统Charles Taylor案件主审法官的法律实习生，参与一审判决的起草工作。曾在荷兰海牙前南斯拉夫国际刑事法庭工作。毕业于荷兰莱顿大学高端国际法专业国际刑法方向，取得硕士学位。她曾在波兰、法国、德国、意大利和荷兰参加国际人道主义法、国际人权法和刑法等方面的培训。



上市奖金一起一次性还款的打算。

7. 刘某在2018年3月被采取强制措施，导致赵某无法还款。所以，赵某未能及时还款，不是主观不想还，而是客观条件不具备。

综上所述，赵某在甲公司上市过程中不具备“职务便利”，不满足非国家工作人员受贿罪的要件。本案借款事由真实存在，双方借款意思真实、明确，未及时还款是客观原因所致。赵某的行为是执业过程的违规行为，不能作为犯罪处理。

二. 关于故意销毁 会计凭证、会计账簿罪

1. 本案附卷的相关笔录，并没有涵盖所有相关人的供述和证言，比如刘某的供述就未附卷。根据相关笔录，辩护人无理由怀疑刘某是本案事实的指使者。鉴于此，辩护人特此申请公诉机关全面、客观调取涉及该起事实的所有卷宗材料，以便查清案件基本事实。

2. 在2018年侦查阶段，甲公司的相关证人都没有涉嫌该起犯罪事实中提到赵某，但是在2019年5月的补侦中却都同时提到赵某，这完全不符合情理，不排除侦查机关特意引导的嫌疑。赵某在会见中也对相关笔录的真实性和合法性提出异议，请贵院在审查起诉时予以充分重视。

3. 赵某作为辅导上市公司的券商代表，对于关联公司乙公司的违规行为并不负有直接责任，刘某也供述赵某不了解乙公司套取资金的行为，赵某没有销毁乙公司财务资料的动机。同时，赵某也没有直接指挥甲公司高管的权力和能力，仅凭她说“处理”，不可能让甲公司做出犯罪的决定。

4. 对于赵某在2018年3月26日所说的“处理”的含义，赵某本人有前后完全不同的解释，甲公司也没有因为赵某所说“处理”而进行销毁。直至李甲于2018年5月4日到案后，李乙才按照李甲的意见于第二天即5月5日销毁。同时，赵某在2018年侦查阶段笔录提到，李甲于2018年4月底在北京见她，双方提到乙公司的账“处理”好没有。“李甲跟我说已经处理好了，李甲还问我这样处理行不行，我回答说处理好了就行了。”当时，财务凭证并未被销毁，说明赵某所说“处理”并不是指故意销毁财务资料。

5. 甲公司相关人员的供述，证明了从刘某被调查前，到李乙最后销毁财务资料的全过程，其供述客观且符合情理地证明了，由于甲公司存在通过乙公司转移上市公司资金的违法行为，甲公司高管在刘某被采取措施后，积极地实施了隐匿、转移、销毁乙公司财务资料的行为。尤其是李甲作为甲

公司负责财务的总经理，责任最大，她在资料全部销毁之前就明确和李乙说，要把她签字的财务凭证销毁，最终实施销毁行为的也是她的亲弟弟李乙，所以李甲在本起事实中是利害关系人。本案指向赵某指使销毁财务资料的关键证词都来源于李甲，其他都是传来证据，证据明显不足。

6. 本案涉嫌故意销毁财务资料的行为，明显是一起由甲公司高管决定，为公司利益而实施的单位犯罪。赵某并未实施任何实行行为，从教唆的角度而言，根据焦某某、聂某某的供述，早在赵某参加3月26日在某小区召开的会议之前，甲公司就已经整理和转移财务资料。转移和销毁只是逃避侦查的不同形式，本质上是一致的。这说明该公司涉嫌犯罪的故意和行为在赵某说“处理”之前已经存在，不存在教唆的前提。即使按照相关供述，赵某在3月26日的会议中提到“处理”相关资料，李乙也是5月5日，即李甲被控制后第二天，按照李甲和焦某某的意见销毁的，与赵某无关。赵某所说的“处理”根本构成本案的教唆。

7. 退一万步讲，即使赵某与该起事实相关，根据刑法第162条之规定，故意销毁财务凭证、财务账簿罪以“情节严重”作为构成要件，赵某的行为明显不符合该情节要求，不宜做犯罪处理。

综上所述，辩护人认为赵某涉嫌故意销毁会计凭证、会计账簿罪的事实不清、证据不足。涉案行为达不到“情节严重”的程度，不应按犯罪处理。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第177条之规定，恳请贵院做出不起诉决定。





被关押近一年的“诈骗重犯”， 如何无罪走出看守所？

■ 翁小平 刘记辉 / 文

翁小平律师简介

京都律师事务所执业律师，刑法学博士。参与了大量重大复杂经济犯罪、职务犯罪、走私犯罪、互联网犯罪案件的辩护工作，对涉及互联网信息安全、数据安全、互联网金融、刑民交叉等问题有深入了解和研究，在企业法律风险防范领域亦有大量的研究和实务经验。



刘记辉简介

京都律师事务所实习律师，曾供职于北京市公安局。



合同诈骗，涉案金额2000多万，一旦被定罪很有可能就是无期徒刑。这样的后果，对于刑事辩护律师来说，既是一种巨大的压力，也是一种无形的动力。

近日，京都律师事务所翁小平、刘记辉律师共同办理的某房地产销售代理企业负责人销某（化名）涉嫌合同诈骗一案，经过精细有效的辩护工作，成功获得检察机关不予起诉的结果。涉案金额2000多万的“诈骗重犯”，在被关押近一年后，终于以“无罪之身”走出看守所，重新回到亲人和朋友身边。

案情要点

销某是一家房地产销售代理公司的负责人，多年前，该公司在当地代理了一个新开发楼盘的销售工作。但是，由于地段等原因，最初的销售情况并不理想，而且开发商给的代理费用也不高。在这种情况下，基于开发商等各方面的压力，销某开始到处“取经”，最后确定了一种“电商优惠方案”，即收取3万、5万不等的电商渠道费用后可以打折冲抵7万、10万不等的购房费用，以此来吸引购房人。

多年后，公安机关指控：销某在未获得开发商授权且明知期房备案价格的情况下，私自决定在备案价格基础上加价对外宣传销售，同时采用团购优惠活动的方式将房价最终控制在网签价格的范围内，使购房人在交纳正常房款的同时还要向销某公司交纳活动款，销某等人将该活动款据为己有。

本案非常典型，客观来说，也确实反映出了房地产销售行业中的某些乱象。但是，这样的行为是否真的构成了公安机关所指控的合同诈骗罪？这是一个值得深入探讨的问题。以至于，我们在看守所会见的时候，值班民警都发出了这样的疑问：替别人卖房子怎么还把自己卖成了诈骗犯？

辩护工作应争取在尽早的环节解决问题，这是基本原则。因此，在刑事诉讼的每一个环节，我们都不能掉以轻心、都必须全力以赴。

争议焦点

接受委托后，我们第一时间会见了当事人，全面了解案件的背景情况，随后又详细审阅了案卷材料，结合调查走访情况，最后梳理出了本案的疑点和可能的“争议焦点”：

1. 开发商对于当时的房屋销售价格和方案是否知情？所谓销某“私自决定”的指控能否成立？
2. 本案部分涉案争议已经通过民事诉讼的方式得到解决，公安机关再次以刑事犯罪介入侦查，是否合法？依据何在？
3. 本案中是否存在合同关系？有几个合同关系？合同主体各方都是谁？
4. 本案是否存在诈骗行为？即便存在诈骗行为，到底是“民事欺诈”还是“刑事诈骗”？法律上有没有其他的处理渠道和方案？
5. 认定“诈骗”数额2000多万的证据是否达到事实清楚、证据确实充分的证明标准？
6. 如果最终要认定犯罪成立，是单位犯罪还是个人犯罪？

成功辩点

随着“捕诉一体”的推广，对于刑事案件的嫌疑人，只要检察机关批准逮捕了，在审查起诉阶段取保、不起诉的难度越来越大，目前甚至可以说这种可能性几乎为零。

但是，本案中，经过查阅大量案例、充分分析论证，我们认为在罪与非罪的问题上，不构成罪的理由和依据是非常充分的。

基于这样的判断，针对审查起诉阶段办案机关的“关注

重点”，我们向检察院提交了近万字的《建议对销某不予起诉的法律意见书》，对相关重点问题进行了全面剖析，提出了本案不符合合同诈骗罪的构成要件，即便存在违规行为也是民事纠纷，甚至可以适用行政手段对其进行处罚，而不应作为刑事犯罪处理的辩护意见。

一、在案证据显示，销某公司的代理销售方案，事实上经过了开发商负责人的同意许可，未获得授权的说法不能成立。

二、购房人的购房行为是根据其自身社会经验及对未来房市价值的判断做出的，并不依赖销某公司的加价宣传销售行为，加价宣传行为与所谓的财产损失之间不具有刑法上的因果关系。

三、不管是对于房地产开发商的委托销售行为还是购房人的购房行为来说，合同目的都已实现，且因房价上涨，购房人均收益颇丰，并无实际损失，因此绝大部分购房人并没有对此提出刑事报案，甚至提起民事诉讼的都很少。且对于多缴纳的活动费用，完全可以通过民事诉讼的方式追回，没有进行刑事追诉的必要。

四、即便认定销某等人存在加价销售的欺诈行为，也属于价格违法行为，属于行政法调整的范围，且现有行政法规已有一系列的明确规范。刑法作为保护法益的最后手段，应时刻坚持内在的谦抑品质，实无升级对此进行刑事定罪处罚的必要和意义。

五、在司法实践中，将类似情况的案件作为刑事犯罪处理，根据辩护人查找的结果，尚无先例。

六、近期党中央高度重视民营企业合法权益的保护工作，中央和两高的一系列文件也要求严格合同诈骗罪与经济纠纷的界限，准确把握罪与非罪的标准，不能把履行合同中



发生的经济纠纷作为犯罪处理。

除了书面意见，在办案过程中，我们还多次与承办检察官积极、充分沟通，承办检察官最终充分考虑并接受了我们的意见，对销某做出了不予起诉的公正决定。

办案随笔

辩护工作应争取在尽早的环节解决问题，这是基本原则。因此，在刑事诉讼的每一个环节，我们都不能掉以轻心、都必须全力以赴。

在本案办理过程中，有两个小细节，让我们感触颇深：

一个是第一次会见当事人的时候，由于已经被关押了300天，我们能够感受到，他的内心已经心如死灰，不抱什么希望了，对我们的态度也是冷漠和茫然的。好在，经过我们层层剖析和抽丝剥茧，他已自我放弃的心里呼地一下又燃起了希望的火苗，开始跟我们详细地介绍事情的经过和来龙去脉，为我们找到几个有效且直接的辩点。

在辩护工作中，我们会经常碰到这样的情形，看完案卷后充满了无力感，甚至毫不怀疑自己的当事人就是有罪的，而当会见完当事人后得到的又是另外一个版本的故事。因此，辩护人不仅要学会独立思考，更要懂得倾听，从当事人

的讲述中去发掘辩护的有利因素，毕竟只有亲历者本人才是最了解事发经过的那个人。

另一个是去检察院案管中心递交法律意见书的时候，当时工作人员看到我们提交了一份厚厚的材料，既好奇又不解，问我们到底提交的是什么东西？怎么这么厚？我们说就是不予起诉申请，该工作人员悠悠地说了一句怎么写这么多啊？！其中夹杂着怎么样的复杂情绪，我们不得而知。但是，第二天当承办人以十分友好的语气告诉我们说意见书收到了，他们非常仔细地研究了，会充分考虑的时候，我们一下就放心了，这是个好兆头！所以，所谓的职业共同体，要赢得相互的尊重，需要建立在各自都有专业操守、尽职尽责的基础上。

虽然对于最后的结果，我们已经有了较好的预期，但是，当接到家属的电话，告诉我们销某已经从看守所出来的时候，我们还是无法抑制住内心的激动和欣喜。

辩护律师，肩负着当事人的生命、自由和财产，不管多苦多累，这样的结果就是最好的嘉奖，一切的辛苦和付出都是值得的！也正是这样的成就感，鼓励着我们在艰辛的刑事辩护道路上勇敢地走下去——“行路难！行路难！多歧路，今安在？长风破浪会有时，直挂云帆济沧海。”



悬在国企管理人员头上的达摩克斯之剑

——国企职务犯罪实务系列（下篇）

■ 张启明 许明 / 文

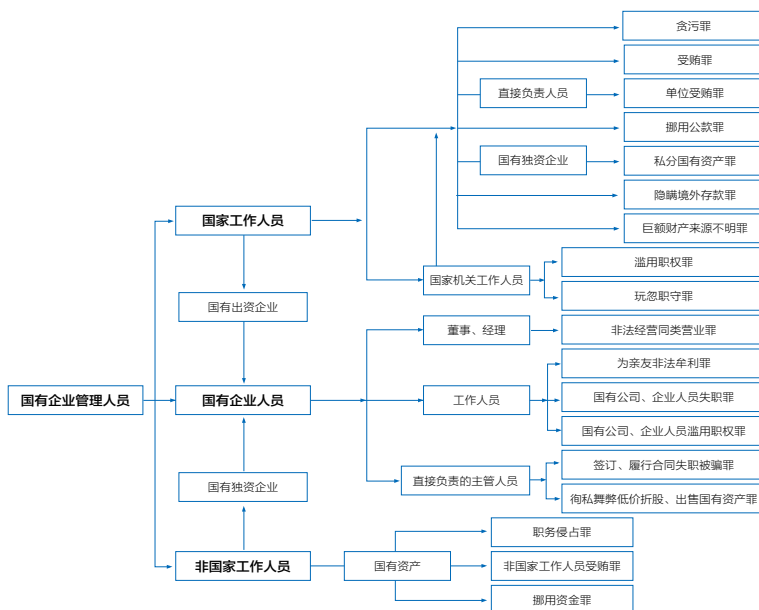
十八种罪名就像十八把剑

我们上篇文章讨论了国企管理人员职务犯罪的现状，下篇我们将探讨“悬在国企管理人员头上的达摩克斯之剑”，即国企管理人员可能触犯的职务犯罪罪名以及如何预防犯罪。主要罪名规定在刑法的第三、五、八、九章中，共22条，18种罪名，这18种罪名就像18把剑，时刻悬在国企管理人员头上。监督国企管理人员在运营国有资产时应当如履薄冰。这18把剑中有些是宝剑，藏在刑法第八、九章中，因经常出鞘，为人熟知，如贪污罪、受贿罪。有些剑是对象剑，与宝剑合称双剑，形成对应关系，藏在刑法第三、五章中，如职务侵占罪、挪用资金罪。有些剑是收藏剑，比较高冷，不易出鞘，大部分人不太熟悉，如签订、履行合同失职被骗罪等（如下图），隐藏在刑法第三章第三节中。

我们依据上图及国企管理人员在实践中遇到的问题分别探析：

1、国家工作人员头上的宝剑

因他们是惩治腐败的利刃，故称宝剑，包含上图中的贪污罪到玩忽职守罪等九种罪名。国企管理人员中的国家工作人员在刑法中可能触犯的职务犯罪罪名最多，除了非国家工作人员会触犯的职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪、挪用资金罪外的其他15种犯罪都可能触犯，其中私分国有资产罪中的国企必须为国有独资企业，在第一篇文章中有案例；单位受贿罪中的犯罪主体包括国有控股企业，也就是说国有控股企业可能犯单位受贿罪，国有控股企业中的国家工作人员是直接责任人员的，也会承担刑事责任；大家惊奇的是上





图中的国企人员怎么会有国家机关工作人员呢?根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》与两高《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》规定,依法或者受委托行使国家行政管理职权的公司、企业的工作人员,在行使行政管理职权时滥用职权或者玩忽职守,构成犯罪的,适用渎职罪的规定追究刑事责任。因此,国企的国家工作人员在依法或受委托行使国家行政管理职权时,视为国家机关工作人员。

【案例】罗某等人是构成玩忽职守罪还是国企人员失职罪

2013年1月至9月,江西省赣州市信丰县国营金鸡林场场长罗某、副厂长李某、新塘工区主任袁某、林场工人邱某,明知他人滥伐国家林木后不及时报告并请求执法部门予以制止、查处,造成经济损失57.492万元。

公诉机关以罗某等人系受委托管理林场,属于行政管理职能,四人构成玩忽职守罪提起公诉。辩护律师提出四人没有依法或者受委托行使国家行政管理职权,不符合玩忽职守的犯罪主体要件,应构成国企人员失职罪。一审法院采纳了检察院的意见,判处四人犯玩忽职守罪。罗某以自己涉嫌国企人员失职罪,不构成玩忽职守罪等理由提出上诉,二审法院驳回上诉,维持原判。

2、非国家工作人员头上的对象剑

为什么叫对象剑,是因为非国家工作人员会触犯的职责侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪与国家工作人员会触犯的贪污罪、挪用公款罪、受贿罪相对应,合称双剑。根据监察法释义,国有出资企业中的非国家工作人员(体现为高管)在执行公务、管理国有资产时触犯刑法中的三种罪名才归监察委管辖。此类人员如果没有执行公权力、管理的不是国有资产时,应当归公安机关管辖。区分上述对应罪名的关键是主体身份,其中,国有独资企业中履行组织、领导、监督、管理等职责的人员是从事公务的人员,属于国家工作人员,如经理、监事、出纳等。国家机关、国企、事业单位以及经国有出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定委派到国有控股、参股企业中从事公务的人员,也属于国家工作人员。除此以外的国有独资企业中的履行不具备职权内容的技术人员,国有控股、

参股中不是上述委派的人员,都属于非国家工作人员,他们非法占有公司财产,接收贿赂、挪用公司资金时分别构成职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪、挪用资金罪。需要特别说明的是国有独资公司的非国家工作人员也同样可能触犯专门惩治国企人员的为亲友牟利罪等六种罪名。

【案例】李某某构成什么犯罪

云南世博建设监理有限公司(简称监理公司)系自然人出资的公司,通过招投标与玉溪市烟草公司(国有独资)签订了商业性质的工程监理合同。被告人李某某受监理公司委派,对易门县2012年铜厂米直烟区工程进行现场监理,2012年4月,在对工程监督管理中,明知施工人员未按工程设计要求施工,只作部分修复、加固,却不认真审核工程量现场签证表、工程结算单上的工程量,致使国家烟叶生产基础设施建设专项资金遭受人民币40余万元的损失。

2012年5月到2013年1月份期间,被告人李某某利用担任易门县铜厂乡米直项目区烟叶生产基础设施建设工程监理员的职务便利,为承建米直烟区工程二标段的老板朱某某谋取非法利益,多次收受他人的财物共计人民币3万余元。

公诉机关以李某某涉嫌玩忽职守罪、受贿罪向易门县人民法院提起公诉。人民法院认为:李某某本质上是代表监理公司履行监理合同义务,并从该企业获取劳动报酬,其监理行为系企业行为而非受国家机关委托的公务行为。客观上,烟草公司系国企而非国家机关。故李某某不具备国家机关工作人员的身份,不构成玩忽职守罪。继而论证李某某并非被烟草公司委派,而是由私人投资的云南世博建设监理公司指派,不属于国家工作人员,不构成受贿罪,判处李某某犯非国家工作人员受贿罪。

特别说明:2016年司法解释提高了非国家工作人员受贿罪的立案标准为6万元,该行为在新司法解释实施后不构成犯罪。

3、国企人员头上的收藏剑

国企管理人员中的国家工作人员一定是国企人员,国有独资企业的非国家工作人员也属于国企人员。在我国刑法中有6种罪名是专门惩治国企人员犯罪的,我将这几种罪名称为收藏剑,因为他们的适用率较低,剑不轻易出鞘,甚至很多国企人员都不知道有这六种专门惩治他们的犯罪。分别是非法经营同类营业罪,为亲友非法牟利罪,签订、履行合同失

职被骗罪，国企人员失职罪，国企人员滥用职权罪，徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪。这6种犯罪虽然都是惩治国企人员的，但犯罪主体略有不同。非法经营同类营业罪的主体必须是国企的董事、经理，在实践中，不包括中外合资经营企业，这里的经理指的是公司法上具有法律意义的经理（司法实践中中国有控股银行行长符合主体资格），不包括部门经理、副经理。为亲友非法牟利罪、国企人员失职罪、国企人员滥用职权的主体包括全体国企人员。签订、履行合同失职被骗罪和徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪的主体必须是国企直接负责的主管人员，包括部门经理等。签订、履行合同失职被骗罪中的被骗在实践中要求对方必须符合诈骗罪的构成要件，但不以被法院判决诈骗罪为条件。

【案例】（指导性案例）杨某某是否构成非法经营同类营业罪

嘉陵-本田发动机有限公司系中国国有公司与日本公司等额出资（各50%）组建的合资公司。2000年4月，杨某某被该公司董事会聘任为营业部副部长，主管销售零件和售后服务。2000年7月，杨某某拟增加重庆一坪高级润滑油公司生产的SC15-40型机油为指定用油予以销售。2000年8月8日，杨某某以其母赖某某为法定代表人，注册成立重庆嘉本物资销售公司。并利用职权拿到销售指定油的代理权。9月至11月，嘉本物资销售公司共向嘉陵-本田发动机有限公司的用户销售重庆一坪高级润滑油公司生产的SC15-40机油1684件，销售金额30余万元，获利11余万元。

公诉机关以杨某某涉嫌非法经营同类营业罪向人民法院提起公诉。

人民法院认为：杨某某系合资企业的管理人员，利用职务之便，让其亲属经营与其任职公司业务范围同类的经营活动，从中谋取非法利益，其行为损害了合资企业的利益，系违法行为。但鉴于其任职的嘉陵-本田发动机有限公司不属国有公司，其所担任的职务不属国有公司董事、经理，判决杨某某无罪。

如何预防

国有资产就像一块“肥肉”，在“肥肉”面前，有的人敢做老虎，有的人能做狐狸，有的人愿做苍蝇，时刻窥视。国企管理人员头上的达摩克斯之剑时刻保护着国有资产不被

啃噬，但总有人以为自己头上有安全帽想要以身试法，导致每年都有数以千计的国企管理人员被定罪处罚，数以亿计的国有资产流失，国家形象与公信力严重受损。但惩治犯罪不是目的，预防腐败才是根本。

一、国企管理人员职务犯罪成本

作为刑事业务律师，我们算了一笔账，国企管理人员一旦被达摩克斯之剑击中造成的损失如下：

1、政治生涯彻底结束。人生前途一片黯淡，刑满释放工作难寻，像褚时健这样能再战江湖的毕竟少数，大部分人秋叶飘零。

2、经济收入基本清零。贪腐来的钱大部分挥霍，剩下的罚没，不再有工资，养老金归零，可谓倾家荡产。

3、身败名裂，晚年凄惨。自己和家人在亲朋好友中抬不起头。贪腐时担心达摩克斯之剑坠落，身心遭受摧残，时有噩梦缠绕。一旦被抓，身体将承受高血压、痛风、糖尿病等并发症的困扰。

4、妻离子散，家破人亡。作者承办的案件中有多起当事人被调查过程中父母知道事情后死亡的案件。

5、身陷囹圄，甚至危及生命。每年被查处的国企管理人员大部分被判处有期徒刑，失去自由，残留躯壳，甚至有些被判处死刑。

基于职务犯罪对国家和人民的巨大损害及犯罪成本，预防才是解决腐败的治本之策。医疗上有“上治未病”之说。国企反腐也不例外，要让国企管理人员不敢腐，不能腐，不想腐。才能保护国有资产安全，保障国企管理人员平安着陆。

二、国企管理人员职务犯罪特点

国企具有公务性、功能性和商业性的特征，导致国企管理人员职务犯罪与其他行政部门的职务犯罪既有相同之处，也有不同特点：

1、监管困难。国企资金密集、资源富集、资产聚集，营业业态多元，商业行为复杂，腐败容易藏匿，手段专业，如何在经济往来中筛选犯罪行为是监管的难点。

2、政商交叉腐败。国企的公务性、商业性决定了党政机关和国企关系甚密。国企管理人员有行政级别，游离于政商两界，与政商人员形成权钱关系，进行利益输送。



3、“一把手”“塌方式”腐败明显。今年中纪委公布查处的国企高管，“一把手”腐败占据一半，可见一把手权力寻租空间巨大，制度执行缺失，监管不到位。中石油系统近年查处国企高管11位，几乎年年有人落马。

4、涉案金额巨大，造成国有资产流失惊人。中国华融资产管理公司原董事长赖小民贪腐案网传涉案金额16亿元。项俊波任中国农业银行行长时曾帮助已逃亡海外的“大鳄”郭文贵获取32亿元贷款，造成巨额国有资产流失。

5、潜逃风险大。国企早已冲出亚洲，走向世界，在境外市场具有大量份额，建有分支机构，国企管理人员经常赴境外出差、学习和考察。潜逃机会多，条件方便，为查处增加难度。

三、国企管理人员职务犯罪原因

国企管理人员职务犯罪的原因很多，制度不完善和执行不彻底是根本原因，国企管理人员的贪婪和权钱的诱惑是诱因。

1、政企不分，市场化程度有限。国企公务性、功能性的特征，使其行政组织特征明显。国资委直接管理，导致政企不分，行政思维严重，使国企具有超越普通市场的特权，为权力寻租提供条件。

2、现代企业制度不完善，改革无法彻底。国企虽然成立了股东会、董事会、监事会，但“三会”形同虚设，国企高管大多由行政部门任命，带有天然的行政属性，权力过度集中，容易滋生腐败。

3、监督制约机制缺乏科学性，执行力。国企管理人员很多属于委派，自上而下，加之企业自主经营权的扩大，难以形成有效监管，现有机制缺乏科学性，运转无力，无法执行。

4、国企信息不透明。国企生产经营透明度较低，重大项目投资、重大资金支出、重大人事安排和大额度资金运作“三重一大”方面的信息公开不及时、不透明、不规范，为腐败提供了空间。

5、国企管理人员政治忠诚度低，对法律缺乏敬畏，对抗腐败意识薄弱，个人修养较差。

贪婪是人的本性，权力需要监督，再高尚的人也有爱好，不把权力关在笼子里，再强的金刚罩也抵不住诱惑的七伤拳。国有资产这块“肥肉”太大，导致吞噬国有资产的国

企管理人员乐此不疲。

四、国企职务犯罪预防现状

1、监察体制改革

2018年国家进行全面的监察体制改革，通过了《监察法》，明确将国企管理人员纳入监察范围。纪委监委向国企派驻纪监机构，履行监督职责，改进国企巡视制度，对国企监察全覆盖，进而有效预防职务犯罪。

2、中共中央预防腐败体系

2013年中共中央曾发布《建立健全惩治和预防腐败体系2013-2017年工作规划》，提出“加强对国企和金融机构落实“三重一大”制度情况的监督，健全执行、问责和经济责任审计等制度。”“深化公共资源交易市场改革，推进财税、金融、投资体制和国企改革，防范腐败问题发生。”并要求各部门结合实际制定贯彻落实预防腐败的实施办法。

3、国务院国资委预防腐败实施办法

2014年国务院国资委紧随其后出台了实施办法，提出“科学有效预防腐败。深入推进反腐倡廉教育和廉洁文化建设，筑牢思想道德防线；以规范权力运行为主线，把反腐倡廉的要求贯穿于国资监管和企业改革发展各项制度中；强化权力运行制约和监督，打造‘阳光央企’；深化企业改革，从体制机制上防治腐败。”

4、国企预防腐败具体措施

在国资委出台实施办法后，各国企根据行业特点出台了具体措施。如：

(1) 建设银行部署四大重点领域预防腐败

建设银行部署整治容易以贷谋私、盗取资金、利益输送的信贷业务、柜面业务、集中采购和公章管理四个领域。对专项治理中发现的制度漏洞、管理缺失等问题，及时建章立制，预防腐败。

(2) 中国重汽集团运用现代信息技术手段预防腐败

中国重汽集团在生产环节开发了“物资管理信息化系统”，通过“网上报价单元”、“合同管理单元”等模块规范生产管理的全部流程。在销售环节用GPS定位销售车辆，实现了对商品车全面、实时、透明的管理与控制。在日常管理过程中，引入了全面风险管理信息化平台，对公司战略、财务、税务、市场拓展、内部控制等方面的重要经营指标进行监控预警分析，建立风险信息库。有效预防

了采购、招标、份额分配、财务付款、销售及企业日常经营中的腐败风险。

(3) 中国大唐集团组织各单位量身定做责任书预防腐败

中国大唐集团按照分级管理模式，组织指导系统各单位量身定做党风廉政建设责任书，明确责任主体，逐级签订，做到压力有效传递，责任有效分解，形成了层层有落实，人人有责任，上下联动，齐抓共管的党风廉政建设工作格局。

(4) 监察体制改革前烟草企业成立预防腐败办公室，聘请政府预防腐败局或检察院职务犯罪预防局的实务专家为顾问，给相关人员进行廉政教育，职务犯罪预防培训。

五、国企职务犯罪预防建议

国企职务犯罪预防是我国职务犯罪预防的重要组成部分，与其他职务犯罪既有共性，也有区别。从宏观层面，国家有监察体制，对国企管理人员贪腐进行惩治和预防。中观层面，国资委有惩治与预防腐败机制，出台过实施办法。催生了各国企建章立制，推进国企市场化、现代化，完善国企监督机制，与监察体制衔接，健全国企信息公开制度，构建国企预防腐败体系。作为刑事律师，根据实务经验和理论，提出一些微观层面的建议，供大家参考：

1、国企根据行业属性进行分类预防

国企以不同属性分为公共政策型，如公共设施服务业；特定功能型，如石油及天然气行业；一般商业型，如审计服务业。公共政策型行政性强，权力较大，容易腐败；特定功能型属垄断业，资金流大，易于贪腐，一般商业型主要受市场主导，犯罪风险相对较小。所以国企应当根据不同的行业特点，制定预防犯罪措施，加大反腐力度和范围，做到专业防腐，科技防腐。

2、对“权力点”、“资金流”的易发罪名进行差异化防范

国企要根据权力点，资金流易发罪名进行梳理，掌握犯罪行为及手段，差异化预防。如招投标环节，有权决定供应方，容易受贿，应当分散权力，监督权力运行，如由监察人员重点监督招投标。财务管理环节，资金流汇集的地方，容易贪污、挪用，要对财务进行定期和不定期检查，

绝不能让现金由国企管理人员代领。薪酬管理环节，资金流形成了资金池，容易私分、贪污，因此要对国企管理人员收入进行公开，让阳光覆盖权力点、资金流的死角，才能有效预防犯罪。

3、根据国企管理人员的职位进行风险点对点预防

对国企管理人员的职位进行职务犯罪风险评估，职位不同，可能触犯的罪名不同，要结合职位的特殊性，重点评估权力大小，资金流多少，犯罪过往，需要犯罪手段专业性、隐蔽性，及是否有预防犯罪措施综合考虑。如果职务犯罪风险视为F，权力点视为A，资金流视为B，犯罪过往视为C，是否有防范措施及完善程度为X，需要犯罪手段的专业性、隐蔽性视为Y，那么该职位的职务犯罪风险为：

$$F = (A+B) \times C$$

$$X \times Y$$

该模型假设人性本恶，都抵不住诱惑

根据评估得出职务犯罪风险越大的职位需要进行点对点预防，否则谁上去达摩克斯之剑都会坠落，如吉林省信托有限责任公司从创立开始的三任董事长全部落马。

4、让刑事律师参与国企职务犯罪预防

在国企运营过程中，急需刑事律师对国企管理人员的行为进行把脉，特别是对单位受贿罪，渎职罪，及专门惩治国企管理人员的六个罪名的预防。要经常聘请刑事律师给国企管理人员进行职务犯罪实务培训，使其在行为前养成咨询刑事律师的习惯，可以有效的预防职务犯罪。国企管理人员如果实施上述行为，刑事律师可以及时配合法务部并形成相关证据向监察部门报案，减少国有资产损失。

5、使国企管理人员“慎独”，形成廉洁文化

再好的制度也不可能完全消灭职务犯罪，惩治和预防腐败制度完善后，需要国企管理人员的“慎独”修养，让其法律敬畏，时刻感受达摩克斯之剑的威胁，形成廉洁文化，根除“官本位”、拜金主义思想，有效预防职务犯罪。

资金汇集的地点，容易路滑；权力运行的地方，容易摔跤。只有国家、政府、国企、国企管理人员共同努力，才能防止达摩克斯之剑坠落，让职务犯罪扼杀在摇篮之中。☞



科创板企业上市前如何有效防范 知识产权风险?

■ 王菲 刘清格 / 文

王菲律师简介

京都律师事务所合伙人，首届国际版权经纪人、执业律师。2006年从事知识产权法律服务至今，专注于知识产权领域，擅长与知识产权有关的投融资项目设计、运营；知识产权确权、运营、法律诉讼。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。服务部分知名客户：工信部、林业部、国务院瀕管办、国家标准委员会、中国科学院、微软中国公司、华纳兄弟 Warner Bros.、武警总装备部、中航出版传媒股份有限公司、欧特克中国公司等。



刘清格简介

京都律师事务所律师助理，中国社会科学院研究生院知识产权法学硕士。多年的教育经历中积累了知识产权方向系统全面的理论基础，从业至今也一直以知识产权项目管理及关联民商事诉讼为实践方向。



科创板是上海证券交易所新设立的板块，亦是我国首个试点注册制的场内交易股票市场，它的设立有非常重要的战略意义并具有独特的定位。从现行的审核要求和上市推荐指引等文件可以发现，科创板对企业的核心要求就是“科技创新”，并为此设置了更具有包容性的上市条件¹。虽然上市条件更加符合科创企业的发展特点，但对企业科创能力的要求实则更加严格。

对希望进入科创板的企业来说，以“科技创新”为核心并不等于拥有一些专利或掌握核心技术就能在科创板顺利上市，更为关键的是要重视和了解与知识产权相关的上市政策和规则、把握上市准备中的知识产权披露重点、知晓会影响上市的知识产权风险并在前期做好准备。本篇文章将对上述问题进行宏观的梳理，以求概括的展示拟在科创板上市的企业应关注的知识产权法律问题。对实务中的具体风险分析，我们将在后续系列文章中针对性解决。

一、科创板企业的行业领域定位

《关于在上海证券交易所设立科创板并试点注册制的实施意见》中指出，“科创板的定位是要坚持面向世界科技前沿、面向经济主战场、面向国家重大需求，主要服务于符合国家战略、突破关键核心技术、市场认可度高的科技创新企业。”这一定位对科创板企业提出了较高的要求，并非拥有专利或技术就满足科创板的上市要求。

在行业领域方面，《上海证券交易所科创板企业上市推

¹ 例如，考虑到科创企业初期的盈利特点，设置了五套上市标准，以满足不同的发展阶段和财务特征；考虑到科创企业融资后易被稀释股权，特别规定了差异化表决权制度，并规定不同的上市标准；允许红筹企业上市，对已在境外上市的企业可采用发行存托凭证的方式在科创板上市等。

荐指引》（以下简称《上市推荐指引》）中要求保荐机构重点推荐下列六大领域中的科技创新企业：

领域	主要内容
新一代信息技术领域	半导体和集成电路、电子信息、下一代信息网络、人工智能、大数据、云计算、新兴软件、互联网、物联网和智能硬件等；
高端装备领域	智能制造、航空航天、先进轨道交通、海洋工程装备及相关技术服务等；
新材料领域	先进钢铁材料、先进有色金属材料、先进石化化工新材料、先进无机非金属材料、高性能复合材料、前沿新材料及相关技术服务等；
新能源领域	先进核电、大型风电、高效光电光热、高效储能及相关技术服务等；
节能环保领域	高效节能产品及设备、先进环保技术装备、先进环保产品、资源循环利用、新能源汽车整车、新能源汽车关键零部件、动力电池及相关技术服务等；
生物医药领域	生物制品、高端化学药、高端医疗设备与器械及相关技术服务等；

上述领域的提出与国家战略和市场需要相吻合，但不代表不在六大领域中就无法进入科创板，满足科创板定位等条件的其他领域也可以进入。目前，从上交所科创板股票发行上市审核网站的公布情况来看²，151家（包括终止和中止程序的）企业中，大部分属于“新一代信息技术领域”。同时，已获得注册的30家企业中较多为专用设备制造业和计算机、通信和其他电子设备制造业。

二、科创板的知识产权评估重点

除对行业领域进行说明外，《上市推荐指引》特别要求保荐机构根据科技创新企业的运行特点评估企业科技创新能力，并明确要求对以下事项重点关注：

1.自主知识产权的核心技术
核心技术是否权属清晰、是否国内或国际领先、是否成熟或者存在快速迭代的风险
2.高效的研发体系
是否具备持续创新能力，是否具备突破关键核心技术的基础和潜力，包括但不限于研发管理情况、研发人员数量、研发团队构成及核心研发人员背景情况、研发投入情况、研发设备情况、技术储备情况；
3.市场认可的研发成果
包括但不限于与主营业务相关的发明专利、软件著作权及新药批件情况，独立或牵头承担重大科研项目情况，主持或参与制定国家标准、行业标准情况，获得国家科学技术奖项及行业权威奖项情况；
4.相对竞争优势
包括但不限于所处行业市场空间和技术壁垒情况，行业地位及主要竞争对手情况，技术优势及可持续性情况，核心经营团队和技术团队竞争力情况；
5.具备技术成果有效转化为经营成果的条件
是否形成有利于企业持续经营的商业模式，是否依靠核心技术形成较强成长性，包括但不限于技术应用情况、市场拓展情况、主要客户构成情况、营业收入规模及增长情况、产品或服务盈利情况；
6.服务于经济高质量发展
是否服务于创新驱动发展战略、可持续发展战略、军民融合发展战略等国家战略，是否服务于供给侧结构性改革。

上述重点事项关注了技术支撑、技术研发、权利享有、市场转化、行业情况等从技术的诞生到市场转化的全流程，几乎覆盖了创新型企业发展的全部阶段，这其中大部分评估重点都要依赖“知识产权”进行衡量。

以专利技术为例，如果某科创企业以专利技术为核心，为满足上述重点评估事项必须依据以下因素进行综合考察：包括但不限于专利的数量、分布和质量，专利权属和诉讼情况，专利权人的情况，现有技术和专利的可维持性、同族专利情况、标准必要专利情况、与本专利相关的技术秘密信息保护等。只有全面考察该专利技术的价值，投资者才能在此

² 数据截止至发稿时间。



基础上综合判断企业的未来估值走势。

科创板的《上市推荐指引》对技术和知识产权内容的要求不仅来源于该交易市场的定位需要，更是在其他交易市场中不断总结和发展而来。与创业板有关内容比较，在原《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第14条曾要求发行人应具有持续盈利能力，并强调不应存在“发行人在用的商标、专利、专有技术、特许经营权等重要资产或者技术的取得或者使用存在重大不利变化的风险”；现行的《首次公开发行股票并在创业板上市管理办法》为了不对发行人的盈利能力做判断或保证，连同上述提及知识产权的内容将原第14条一并删除。虽然不对盈利能力做保证或判断，但资本市场不会任由在知识产权上存在问题的企业钻空子，随着交易数量的增加，证监会对披露信息的要求越来越严格规范，投资者更加明确必须充分了解企业的知识产权风险和运营情况。

科创板在吸取其他交易市场经验的基础上，结合自身定位突出的这些评估重点不仅是对保荐机构的指引，也指引了科创企业如何以“科技创新”为核心，更有利于增强投资者对科创板的交易信心。

三、科创板企业知识产权披露内容的考量要点

从目前上交所公布的注册动态、信息披露和相关公告中可以发现，上市委员会的问询中大量涉及了信息披露中的知识产权问题，主要从以下几个角度切入进行考量。

1. 知识产权的权属问题

在申报稿的招股说明书和法律意见书中，发行人会对企业拥有的知识产权进行披露并列明权属情况。分析问询内容可以发现，罗列知识产权权利归属和权利状态等信息并不足以完全反映企业知识产权情况，在涉及到如职务发明、共有专利等问题时需要更为深入的披露。

以针对某公司问询的内容为例：“实际控制人林某获得的国家技术发明二等奖相关技术产权是否归公司所有，是否符合科创板相关要求，招股书相关信息披露是否符合要求；发行人与他人共同拥有相关技术是否为发行人核心技术，是

否存在争议或纠纷；发行人大部分共有技术各方均有独自使用的权利，相关技术共有人是否可以独立将相关技术授权其他竞争对手使用，是否对发行人造成重大不利影响。”³

上述问询公司中的实际控制人是以非专利技术进行的出资，且该实际控制人在该公司工作前曾在其他公司工作。由此便可能产生如其出资的技术是否可能与在先工作的职务发明有所重叠、出资在现在公司的技术权属问题、技术共有人的使用问题等。在上市前这些问题非常容易被忽略，其实隐藏着很大的风险。比如，如果该技术实际上是利用单位物质条件执行工作任务而完成的，那么很可能导致出资技术权属不清晰，从根本上动摇科创板上市的机会。在回答问询中，该实际控制人不得不出具了一份说明——“其出资的非专利技术并非执行工作职责任务并利用其工作单位的物质技术条件所完成的职务发明创造成果；其转让给发行人的该非专利技术权属清晰；否则，所产生的相关责任均由其承担，由此给发行人造成的任何损失均由其及时足额赔偿。”⁴所以，涉及到职务发明、共有权利等权属问题必须首先引起重视。

2. 知识产权的取得方式及对应风险

持有知识产权并不代表企业具有绝对竞争力和持续研发创新能力。即使权属归属于发行人，上市委员会还会考察权利取得方式以综合确认企业的科技创新能力和未来风险。实践中企业出于现实情况可能不会采取一般的市场规则交易知识产权，尤其在涉及专利权、技术秘密时，更应当注意可能的风险和问题。

以专利权为例，企业专利权的取得方式包括原始取得、继受取得，在未取得所有权的情况下，还有可能依据授权许可协议获得使用权。上述三种情况实务中对应着不同的风险和注意事项。

首先，原始取得获得专利，即企业自己发明并申请专利，代表企业具备一定的科技创新能力，未来在权属上发生争议的概率相对低。此时考察点会侧重在其他方面，如专利技术先进性、企业研发能力、竞争力等内容以确保专利的可维持性和专利产品的市场占有率。

其次，通过转让等继受方式获得专利，上市委员会更倾向于重点考察专利有效期、专利稳定性、转让是否完全以

3 见科创板上市委2019年第17次审议会议结果公告。

4 见北京热景生物技术股份有限公司披露文件：8-3 律师补充法律意见书。

及实施专利相关的技术秘密等内容。例如，在询问中联生物医药（上海）股份有限公司时，该公司与其股东曾有专利纠纷，后有签署相应的转让协议，且该公司受让的专利即将到期。上市委员会针对此情况特别询问“是否存在其他相关技术及技术费或其他任何形式的利益安排⁵”。在补充法律意见书中，公司详细补充披露了双方专利技术的历史背景、技术情况、合同内容，并说明公司“已拥有独立、完整的某疫苗的知识产权”，并且“公司针对《关于不予核准中联生物医药（上海）股份有限公司首次公开发行股票并上市申请的决定》采取了整改措施，为了从根本上杜绝任何潜在纠纷发生的可能性，经协商，其股东将其在中国境内取得的相关的五项专利/专利使用范围无偿转让给发行人。⁶”

另外，获得专利授权使用应当确认是否为独占许可使用以及是否有转授权的权利。例如，广东嘉元科技股份有限公司在招股说明书披露其先后与南开大学、厦门大学、华南理工大学、嘉应学院等科研院所建立了稳定的产学研合作关系，上市委员会在技术和知识产权方面特别询问“是否存在受让、使用权属于院校人员职务发明的专利或其他知识产权、核心技术的情况。”⁷此外，实践中还存在大量的专利交叉许可，此时还要考虑相对方的技术水平等一系列问题。

如前述，持有专利权只是开始，上市委员会不仅会关注在获得专利受让时应当考虑到的程序和实体问题，更多会关注公司核心竞争力和市场的角度综合提出询问。

3. 知识产权纠纷问题

知识产权纠纷通常会引发诉讼，影响较大的诉讼种类包括：专利或商标的无效诉讼、知识产权侵权诉讼、技术许可引发的诉讼等。对高新技术企业来说，通过专利侵权、无效等诉讼程序来占领市场、维护权利、互相竞争非常普遍。但上市过程中出现如核心专利的无效诉讼却会对企业上市进程发生重大影响甚至导致中止。所以，企业应在上市前以付费、购买、和解等方式，积极排除可能的非诉或诉讼纠纷。

例如某公司在上市前曾与松下电器就系列专利的侵权、无效展开长达数年的诉讼。上市前的4年期间内双方互相提起

专利无效、专利侵权之诉，在各方均拥有且无效掉对方部分专利后，某公司与松下电器达成和解，均撤回了提出对方专利无效的申请，以保障上市⁸。

如果在上市前已经预见到了可能遭遇到无法短期解决的知识产权纠纷，应当提前充分披露并阐明不利的后果，最大程度降低影响。例如，某公司因受到专利侵权之诉导致中止上市⁹，该公司曾披露的主要竞争对手即为该专利侵权诉讼的原告。其实控人作出“本人将承担判决结果确定的赔偿金或诉讼费用，及因诉讼案件导致的公司生产、经营损失，以保证不因上述可能存在的赔偿致使公司和公司未来上市后的公众股东遭受任何损失”的承诺。并且做了风险提示，“若公司在上述诉讼中败诉，可能导致公司涉诉的两款产品未来无法继续销售，进而影响公司的经营业绩。”并认为就算公司败诉需要支付赔偿金，但赔偿金额占公司净资产比例较低，对公司的财务状况无重大影响。目前该公司得以继续科创板的上市进程。

4. 核心技术竞争力以及权利可维持性问题

上文提到的涉诉风险问题其实也是权利的可维持性问题。科创企业必须对行业内和国内外现有技术情况有清晰的了解，并且要明确以专利保护和专有技术保护的区别。这不仅是为了应对无效诉讼，也是企业维护自身竞争力的重要保障。

在问询过程中，通常会涉及到专利可维持性与使用情况，以及专利和主营业务之间的关系、核心技术营收转化率等问题。简而言之企业既要有高水平的科技成果，又要确保核心科技成果具有强大竞争力，并具有相对长时间的可维持性。以上几点一般同时通过研发团队构成、核心技术人员稳定性、科研背景技术周期等多方面综合考量。

四、企业准备科创板上市应当做好的知识产权内容准备

仅凭借注册一定数量的专利或商标、掌握相应的专有技

5 见科创板上市委2019年第18次审议会议结果公告。

6 详见：中联生物医药（上海）股份有限公司披露文件：8-3-1 补充法律意见书（八）（2019年半年报财务数据更新版）

7 详见：广东嘉元科技股份有限公司披露文件：8-3 律师补充法律意见书（一）

8 详见：福建赛特新材料股份有限公司披露文件：法律意见书

9 见科创板上市委2019年第16次审议会议结果公告。



术并不足以应对可能到来的风险，所以计划在科创板上市的企业必须提前做好知识产权内容的系统准备。从现有申请的企业情况来看，企业面对的主要问题有：准备期间涉及专利纠纷例如遭受专利无效申请、接受问询后需要与相对方补充达成专利转让协议、域外专利的使用和风险情况补充说明、核心技术人员的竞业禁止、共有技术的使用等。这其中的很多问题需要较长时间的应对和准备，有些问题更是需要企业在创办之初就应当考虑到，尤其是专利布局、专利可维持性、防范恶意无效诉讼、核心研发人员的发明归属及离职和技术等问题非常复杂，此处仅提供一些大体思路。

1. 重视多法域的知识产权布局

知识产权布局是一个非常大的课题，实践中亦有非常多的难点问题，这里仅以专利为例，简单介绍以引起重视。首先，企业应当充分认识自己的核心竞争力并梳理出企业内部的创新技术和行业发展情况，厘清哪些作为商业秘密保护、哪些通过申请专利获得保护。

其次，对内部未申请的技术方案或已获得的专利进行分级保护。既在申请上划定优先级以保证每个技术方案最优的申请时间，又要对已获得的专利进行分级保护，对基础性、竞争对手无法绕开的专利给予优先保护。

另外，对核心技术应当设置路障式专利，掌握基础或关键性技术。出于业务考虑为防止他人进入市场，考虑对改劣发明、实现技术目标的其他技术方案申请专利，形成地毯式布局以阻止竞争者进入，确保企业的竞争优势地位。此外，针对核心专利，还应当考虑使用该技术方案时的必要匹配技术，防止竞争者针对我方在核心专利的外围申请专利。

地域方面，根据业务拓展计划，在国内申请专利的同时应针对可能涉及的法域做知识产权安排，避免上市后产品出口受阻。

2. 完善并践行知识产权管理制度

对科创企业来说，知识产权的管理尤为重要。企业需要的不仅是拥有知识产权，更重要的是一套系统完善的知识产权管理制度。部分企业可以通过贯标的方式依据《企业知识产权管理规范》建立起管理体系再逐步改进。

比如商标管理方面，企业需要商标注册、商标维护、监测近似商标、监测商标侵权等内容。专利与技术方面，除前文提到的专利布局外，如何挖掘核心专利、了解现有技术发展、专利侵权和无效的应对和提起、专利的转让和授权、新

项目的专利预警分析、专利交叉许可等内容均需要专门人员进行管理。否则即使拥有一定数量的专利、技术，也可能因权利状态、归属、有效性等问题，在上市过程中暴露出无法控制的重大问题造成上市受阻。

3. 核心技术人员和研发团队安排

核心技术人员和研发团队是公司核心竞争力的基础，也是反映公司科创水平的重要指标。《上海证券交易所科创板股票上市规则》5.2.2条也规定“上市公司应当对业绩波动、行业风险、公司治理等相关事项进行针对性信息披露，并持续披露科研水平、科研人员、科研资金投入、募集资金重点投向领域等重大信息。”对企业来说，组建研发团队之初就应当同研发人员明确约定成果归属、签订保密协定、竞业禁止协议，确保技术人员独立性和可靠性。另外，针对研发人员的股权激励计划应当完备，既要起到鼓励研发的作用又不得损害投资者的利益。

4. 多种方式处理诉讼纠纷

科创企业以“技术”为核心的特质直接决定了无法回避纷繁复杂的专利、商标、商业秘密等非诉或诉讼纠纷。希望在科创板上市的企业需要综合运用多种方式以争取与竞争者达到双赢的局面。

例如，应对专利无效时，企业既可以选择在行政阶段科学答辩以追求专利权维持，也可以通过达成和解的方式让对方撤销无效申请；在被指控为专利侵权时，则可以综合比较获得专利授权、购买对方专利、和提起无效或赔偿侵权损失的利弊，确定有效方案；权利人也可以及时提起侵权之诉，并结合运用行政手段制止竞争者抢占市场；面对新产品投放时的技术纠纷，则可以通过专利交叉许可、设专利池等方式避免与竞争者之间发起大规模的无效和侵权之诉。无论采取哪种方式应对纠纷，均应当以满足企业上市要求、保障上市后的市场表现为出发点。

科创板的设立助力众多“科创型”企业获得上市交易的机会，也引发了投资者对上市企业知识产权问题的更多重视。随着申请企业的增加，要求也会更为完善严格。通过梳理前述内容，我们希望帮助企业知晓应当重视的知识产权事项范围、应当前置解决的知识产权风险点、以及知识产权内容披露和回应问询时的侧重要点。无论实操技巧如何，只有规范知识产权管理，充分保护和促进企业创新以及成果转化能力，才有可能在科创板平台一路繁花相送。✎

保险行业劳动争议分析报告发布 是否存在劳动关系成焦点

■ 贾宝军 赵毓 / 文

为了解保险公司劳动争议情况，我们在无讼案例网和中国裁判文书网上输入检索关键字“保险公司”、“劳动争议、人事争议”，将地区限定在保险公司劳动争议最高发的四个地区，分别是：北京市、上海市、江苏省、广东省。检索出2015-2018年间“保险公司劳动纠纷”涉诉案例有779件。经过对于无关联案例、重复案例、多人就一案由诉讼等无效案例的剔除，得到54例有效案例。

保险公司劳动纠纷主要争议点有四个，分别是员工与保险公司之间是否成立劳动关系、工资酬劳及福利待遇的发放、培训费用相关争议、解除劳动合同是否合法及经济补偿金。

一、员工与保险公司之间是否成立劳动关系

在所选54例判决中，涉及确认劳动关系的纠纷数量达24件，占比44%。从涉诉案例看，争议岗位集中在保单递送员、组训、电话销售员上。主要争议在于是形成劳动关系还是委托代理关系。《保险法》承认个人保险代理人的法律地位，保险销售从业人员中代理制人员占比很高，尤其是个险渠道。个人保险代理人与保险公司之间建立的是委托代理关系，订立的是保险代理合同而非劳动合同，这是保险公司与其他用人单位的最大不同之处。

案例一：¹方某为保险公司电话销售员，底薪3500元另加提成，双方订立有《电话行销保险委托代理协议》。发生争议后法院认为：方某在保险公司指定的工作场所从事电话销售工作，保险公司对方某实行指纹考勤并按月支付劳动报

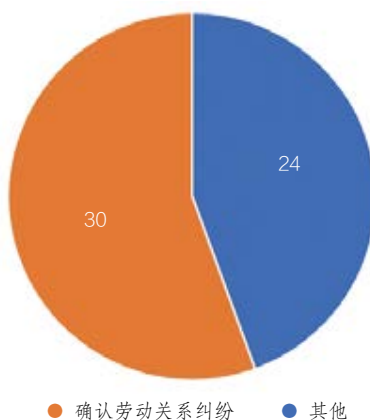
贾宝军律师简介

京都律师事务所合伙人，擅长劳动法律仲裁、诉讼及非诉讼业务，企业劳动法律风险防控业务。执业十余年来，累计为150余家企业实施了劳动法律风险防控服务，为客户培训近百余次，在人力资源管理风险



诊断和风险控制、出具劳动争议解决方案、代理劳动仲裁诉讼案件以及劳动法律和实务培训等方面具有丰富的经验。

确认劳动关系纠纷数量



¹ 上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民三（民）终字第1324号民事判决书。



酬，故虽然双方签订《电话行销保险委托代理协议》，但实际形成的是劳动关系。

案例二：²张某某为保险公司保单递送员，双方订立了代理合同并明确约定不构成劳动合同关系。发生争议后法院认为双方之间成立劳动关系，理由是：张某某接受保险公司日常考勤、请假的管理，保险公司按月支付张某某工资，且张某某提供的业务为保险公司重要的业务内容，双方在合同中的约定并不能否认双方之间系劳动关系的实质；《中国保险监督管理委员会关于个人保险代理人法律地位复函》的适用对象为个人保险代理人而非保单递送员。

案例三：³艾某某在保险公司任组训（讲师、职场辅导员），在公司办公室负责上下班考勤、晨会、各类报表、业务员的管理培训等工作，与保险公司签订了《保险营销员保险代理合同（A类）》，其劳动报酬由基本工资、绩效工资、职场辅导员津贴及部分保险代理手续费组成，按月发放。发生争议后法院认为：艾某某自进入保险公司均是按公司安排实行八小时上下班，并按公司安排担任组训（讲师、职场辅导员），其工作内容不能自行作决定；艾某某的劳动报酬主要是由基本工资、职场辅导员津贴、绩效工资组成，而非依据保险业务代理量计提手续费……双方存在事实上的劳动关系。

法院主要从以下四个方面来认定委托代理关系而非劳动合同关系。

1. 劳动关系的建立应以用人单位与劳动者存在建立劳动关系的意思表示为前提条件，保险公司与业务员双方之间签订的是《人身保险业务个人代理协议》、《客户服务专员人身保险代理合同》、《服务营销客户经理人身保险代理合同》（当然还有其他的代理合同）等，上述合同中无一例外都约定了：“本合同仅构成双方的保险代理关系，在任何时候均不构成双方之间的劳动关系或劳务关系”，“甲方根据乙方代理销售的保险合同的保险费收入支付乙方委托报酬；甲方每月根据乙方上一个月的代理销售保险合同的业务情况向其支付委托报酬”等条款。

2. 保险公司按照代理人的规章制度在代理期限内对业务员实施管理考核，业务员则开展包括存量客户服务、新保增员在内的保险业务工作，其报酬包含服务佣金、新保佣金等，且报酬存在计算系数，每月浮动并不固定，保险公司发给业务员的薪酬也明确为佣金，且是根据双方的代理合同和保险公司的相关制度计算的，薪金的组成部分，实际上就是原告的业务提成，每月领取的薪金均不等，并非在完成一定工作量相对稳定的收入，也不受国家最低工资约束。

3. 保险公司与业务员之间并未签订书面劳动合同，法律实务中，业务员很难提供其为保险公司提供劳务并接受保险公司管理、指挥与监督，以及保险公司为其缴纳社会保险费、支付工资的相关证据。所以事实劳动关系也难以认定。

4. 《中华人民共和国保险法》第一百一十二条 保险公司应当建立保险代理人登记管理制度，加强对保险代理人的培训和管理，不得唆使、诱导保险代理人进行违背诚信义务的活动。且双方签订的《保险代理合同》亦有对相关会议、培训等的要求。所以，不能因为保险公司对保险代理人的考勤、培训、奖惩管理等就认定双方之间存在从属性。

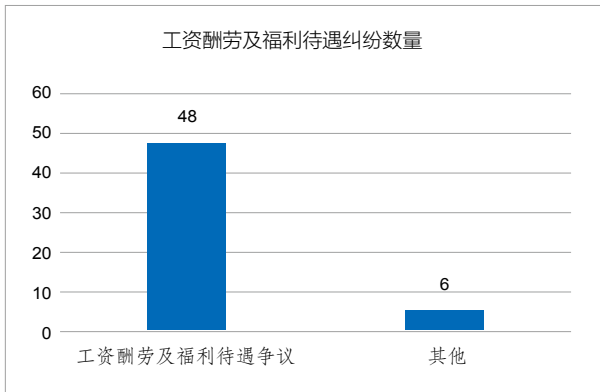
综上所述，保险代理合同的内容和实际履行情况均不符合劳动关系的特征，保险公司与业务员之间属于民事代理关系，而非劳动关系。

二、工资酬劳及福利待遇的发放

在所选54例判决中，涉及工资酬劳及福利待遇的纠纷数量达48件，占比88%。保险公司工资酬劳争议多发生在销售岗，因为销售岗的工资多与其所完成的销售工作量挂钩。在工资酬劳有关的纠纷中充分举证对于胜诉尤其重要。一般来说与工资争议有关的证据多由用人单位掌握，所以其在诉讼中承担举证责任（如案例一），但是在销售岗位上，由于保单业绩都经员工经手，对于员工来说获取自己的工作业绩并不是难事，员工也要承担初步的举证责任（如案例二）。

2 北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第05679号民事判决书。

3 （2015）开民一初字第103号民事判决书。



案例一：⁴张晓衡于2008年4月11日入职渤海财产保险公司北京分公司，双方分别签订有期限为2008年4月11日至2009年4月10日、2009年4月11日至2011年4月10日的劳动合同。双方最后一次签订的是自2011年4月1日起的无固定期限劳动合同。张晓衡在渤海财产保险公司北京分公司工作至2012年12月31日，其工资亦支付至2012年12月31日。发生争议后法院认为：发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。关于张晓衡的工资标准和工资差额，渤海财产保险公司北京分公司作为用人单位，应当对张晓衡的工资标准和工资支付情况提交相应的证据予以证实。渤海财产保险公司北京分公司虽主张张晓衡的工资标准存在变化以及因张晓衡未达到绩效考核标准和要求故不应支付绩效工资，但并未就此提交相应的证据予以证实，本院对渤海财产保险公司北京分公司的该项主张不予采信，并据此采信张晓衡关于其工资标准为63000元/年以及渤海财产保险公司北京分公司未足额支付其工资的主张。

案例二：⁵2013年1月，高慧到安华农业保险股份有限公司辽宁分公司，2013年6月1日高慧到安华保险公司，2013年7月1日双方签订为期一年的劳动合同，合同期限从2013年7月1日起至2014年6月30日止，合同约定高慧月工资1300元，安华保险公司每月10日前支付，工作时间执行标准工时，享受五

险一金、带薪休年假等法定待遇。除基本工资外，双方还约定安华保险公司按高慧工作业绩，每月支付高慧绩效奖金及其他补助。合同履行期间，高慧未休年假，安华保险公司也未支付年假工资。2014年7月1日，原合同期满后，高慧继续在安华保险公司处工作，安华保险公司却不与高慧续签劳动合同。2015年11月至12月份，安华保险公司以高慧销售等级达到上限为借口，不让高慧上业务，接连两个月未给高慧开工资。高慧认为安华保险公司的上述行为侵犯劳动者合法权益，遂向安华保险公司提出离职，安华保险公司却无理由拖延不给高慧办理离职手续。2016年2月15日，安华保险公司与高慧补签一份劳动合同，合同履行期限到2017年，其后，安华保险公司正常支付高慧基本工资，2016年5月安华保险公司单方出具解除劳动合同通知并邮寄给高慧。

发生争议后法院认为：高慧与安华保险公司签订的劳动合同所约定的岗位为销售经理，其工资与其所完成的工作量成正比，这一点从高慧提供的工资表也可以看出，高慧的工资数额并不固定，存在浮动。高慧2015年11月、12月扣除保险后没有工资收入，安华保险公司主张系因为高慧在这期间没有达成的保单，高慧主张该期间存在保单但安华保险公司不录入到单位系统中。对于工作成绩，虽然安华保险公司负有管理及记录的责任，但高慧作为直接经手人，获取自己的工作业绩并不是难事，对于其所主张的上述事实，高慧应尽到初步的举证责任，但其未提供证据证明其11月、12月存在保单，故高慧对此应承担举证不能的法律后果。安华保险公司2015年1月至10月正常为高慧支付工资，高慧于2016年1月提出离职并不再继续上班，但安华保险公司仍按最低工资标准支付高慧2016年1月至6月期间的工资及社会保险，高慧收到以上工资且并未提出异议，同时安华保险公司在高慧不再提供劳动期间所给付的工资总额不低于高慧两个月的职级工资（2,750元/月），综合以上情况，安华保险公司虽未及时发放高慧2015年11月、12月的工资，但从后续的履行及高慧的工资总额上，安华保险公司并不拖欠高慧工资，故对高慧的此项诉讼请求不予支持。

4 (2016)京02民终2336号。

5 (2017)辽01民终2600号。



三、培训费用相关争议

案例一：⁶原、被告于2015年11月3日签订了劳动合同，合同期限至2018年11月2日，并约定双方签订《培训协议》并约定了服务期的，乙方（胥培龙）违反服务期约定的，应当按照约定向甲方支付违约金。原告于2015年12月31日填写了“黄埔计划”第20期组训入职训练班，并于2016年3月17日与被告签订了《培训协议》，协议约定甲方为乙方（胥培龙）支付培训费8000元，住宿费、交通费、餐费、资料费等12000元，共计20000元。约定服务期限为2016年4月30日至2019年4月30日，如在服务期限内，乙方（胥培龙）劳动合同期满，除非甲方决定不再与乙方续签劳动合同，乙方的劳动合同自动顺延至服务期限届满。协议同时对违约赔偿的情形及公司有权从劳动报酬中扣除违约金等进行了约定。2016年11月8日，胥培龙因个人原因向被告提出离职申请。发生争议后法院认为：法院认为用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

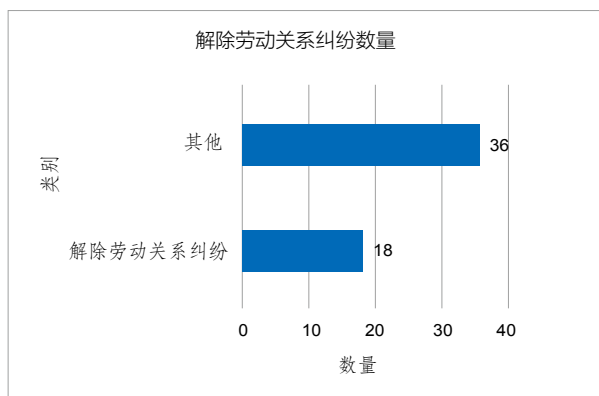
案例二：2014年2月23日，原、被告签订《劳动合同书》及其《劳动合同补充协议书》，被告入职原告公司。《劳动合同补充协议书》第三项工作时间第1条约定：乙方（被告）自签订本补充协议之日起两年内不得主动离开公司，如在协议期内主动离职，或因违反国家相关法律规定（含劳动法相关规定）被公司主动除名者，公司有权依照公司管理制度处理并追回已发放的财补费用（创业基金），追究其经济或法律责任。2014年2月28日，原告通过银行转账向被告发放工资10655元。同年7月1日，被告因个人身份及家庭等方面原因，不能在原告处正常上班，向原告书面提出辞职申请，原告当天予以批准。发生争议后法院认为：《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条规定，用人单位为劳动者提供专项培

训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。本案中，原告未提供证据证明向被告提供了专项培训费用，对被告进行了专业技术培训，却在《劳动合同补充协议书》中与被告约定服务期，违反法律规定。

综上所述，根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十二条规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。但是用人单位必须举证有过相应的培训费用支出以及事前确实对于培训费以及服务器违约有过相应的约定。

四、解除劳动合同

在所选54例判决中，涉及解除劳动合同的纠纷数量达18件，占比33%。在解除劳动合同引起的纠纷中，第一步会先涉及解除行为系合法或者违法。如果是违法解除则会涉及赔偿金和是否恢复用工关系。如果是合法解除则会涉及经济补偿金的计算。在解除劳动合同纠纷中往往还会涉及工资薪酬及福利待遇的欠发及相关经济补偿。数据显示：在解除劳动合同的纠纷案件中，单位败诉多因为事实举证不足。



6 (2017)苏0724民初1802号。



案例一：⁷2013年6月24日，路通与联合经纪公司签订了《劳动合同》，其中约定：合同期限为2013年6月24日至2016年6月23日；路通担任市场中心管理岗岗位，每月工资为1万元，月度绩效为0至1.5万元。路通主张其月工资标准为2.5万元，公司与其约定2014年年年终奖为7.5万元。为此，路通提交了2014年3月的《薪酬调整沟通函》，基本内容为：根据路通过往的业绩表现与公司薪酬政策，自2014年4月1日起将路通的薪酬按调整后的标准执行，月度基本工资和月度绩效工资均为1.25万元（月度合计2.5万元）不做调整，目标年终奖由2.5万元调整为7.5万元。联合经纪公司认可该沟通函的真实性，但提出该函为双方沟通协商之用，非确认函，因路通不胜任岗位工作，不符合发放2014年年年终奖的条件。2015年6月9日，联合经纪公司向路通出具了《辞退证明》，主要内容为：因路通不能胜任市场中心管理岗位工作及违反公司相关规章制度，经沟通未果，该公司于2015年6月9日与路通正式解除劳动关系。发生争议后法院认为：用人单位违法解除劳动关系，劳动者不要求继续履行劳动合同的，用人单位应当依法支付赔偿金。本案中，联合经纪公司主张路通不胜任市场中心管理岗位的工作，但对此未提交有效证据予以证明，本院对其主张不予采信，其以此为与路通解除劳动关系亦

不符合法律规定。联合经纪公司未举证证明其提交的规章制度系经过民主程序制订，该公司以路通严重违反公司的规章制度为由而解除劳动关系缺乏合法的制度依据，且其主张路通存在违纪行为的事实依据亦不充分，因此，本院认定其属于违法解除，应向路通支付赔偿金77556元（6463元*3*2个月*2倍）。

案例二：⁸吴晓坤于2010年4月入职国泰保险江苏公司，最后一期劳动合同期限自2013年4月1日至2016年3月31日。2013年12月6日，国泰保险江苏公司向吴晓坤发出解除劳动合同通知，于当日解除与吴晓坤的劳动关系。吴晓坤认为国泰保险江苏公司是违法解除劳动合同，遂于2013年12月13日提起劳动争议仲裁，国泰保险江苏公司不服仲裁裁决结果，遂向原审法院提起诉讼。发生争议后法院认为：国泰保险江苏公司单方解除与吴晓坤的劳动合同，应对解除劳动合同的事由成立负举证责任。国泰保险江苏公司提供的证据不足以证明吴晓坤存在虚假批增批减保单被保险雇员，严重违反公司的规章制度的行为，应承担举证不能的法律后果。因此，原审判决国泰保险江苏公司支付吴晓坤经济赔偿金并无不当。☞

7 (2014) 宁民终字第5234号。

8 (2014) 宁民终字第5234号。



《证券虚假陈述责任纠纷研究报告》 预告版

■ 陈宇 苏文婷 任视宇 蒋伟 / 文

大事记

2018年，方正科技集团股份有限公司（以下简称“方正科技”）因证券虚假陈述被处罚，导致股价大跌，被近千名股民起诉索赔约1.69亿元，2019年5月，上海金融法院一审判决方正科技存在证券虚假陈述行为，需承担民事责任，部分支持了四名投资者的赔偿请求。方正科技不服一审判决，向上海市高级人民法院提起上诉，2019年8月7日，二审判决宣布驳回方正科技的上诉，维持原判，并成为全国首例证券纠纷示范判决。

2018年的最后一个交易日，康美药业公告收到证监会《调查通知书》，载明因涉嫌违法披露信息即将被证监会立案调查。

2018年，著名演员赵薇也曾因杠杆收购万家文化事件，一时间身陷证券虚假陈述民事赔偿的风波。

2019年1月，康得新集团因涉嫌信息披露违法被证监会立案调查，2019年7月5日，证监会发布公告称，康得新存在虚假陈述、重大遗漏等信息披露违法行为，拟对其主要责任人员在《证券法》规定的范围内顶格处罚并终身禁入证券市场。

前言

自2018年起，越来越多的知名上市公司涉诉使得证券虚假陈述类侵权案件逐渐步入大家的视野，此类案件之所以会在近年来呈现猛增趋势，与我国证券市场发展的独特性不无关系。1990年、1991年，上海证券交易所、深圳证券交易所相继开业，标志着我国证券市场开始发展。1992年中国证监会成立，标志着中国证券市场统一监管环境的形成。我国证券市场在不到30年的时



陈宇律师



苏文婷律师



任视宇律师



蒋伟律师

间里飞速发展，取得了巨大的成就，监管制度不断健全，体系不断完善。随着《公司法》、《证券法》的颁布实施，我国证券市场初步形成了以《证券法》为核心的证券市场法律法规体系。这一体系以《证券法》、《公司法》为核心，以配套证券法规规章和规范性文件以及自律性规则为基本内容，奠定了证券市场规范发展的法律基础。但是，这一系列法律法规仅对证券市场出现侵权行为追究刑事责任和行政责任的条文规定得较为全面，而对于民事侵权责任则过于原则或不全面，甚至没有涉及，导致很多证券违法行为仅受到行政处罚或刑事处罚，而投资人遭受的财产损失却难以获得赔偿，长久发展下去，势必会损害投资人对于市场的信赖，不利于市场的长远发展。因此，近年来对证券市场投资人合法权益的保护逐渐完善，2002年1月15日最高人民法院发布《最高人民法院关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权案件有关问题的通知》（本文简称“《通知》”）首先规定，人民法院开始受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权赔偿纠纷案件；此后，《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（本文简称“《若干规定》”）则对法院审理虚假陈述证券民事赔偿案件的程序和实体问题进行了更加全面的规范。

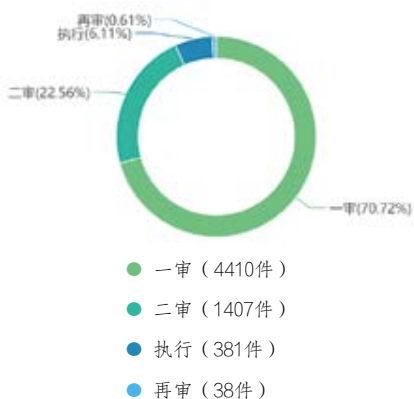
证券市场针对投资人发生的证券欺诈侵权行为主要有四大类，即虚假陈述、操纵市场、内幕交易和欺诈客户。相对于内幕交易、操纵市场和欺诈客户类的证券欺诈行为，虚假陈述行为较为直观，也更容易认定，一旦虚假陈述行为被揭露，股票价格将会大幅下跌，对投资者造成的损失也大于其他侵权行为。证券虚假陈述责任纠纷，系《最高人民法院民事案件案由规定》中

“证券欺诈责任纠纷”项下的第四级案由，是指信息披露义务人违反《证券法》规定的信息披露义务，在证券发行或者交易过程中，在提交或公布的信息披露文件中对重大事件作出违背事实真相的陈述或记载，侵犯了投资者合法权益而发生的民事侵权责任纠纷。虚假陈述的表现方式有四种，即虚假记载、误导性陈述、重大遗漏和不正当披露。本文中，我们将对虚假陈述行为引发的民事侵权赔偿案件进行分析，全面梳理此类案件的诉讼流程及争议焦点。

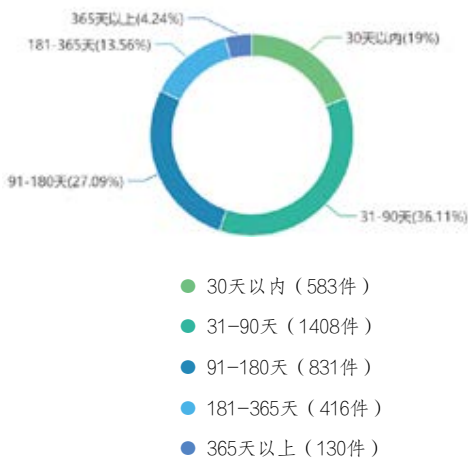
一、证券虚假陈述责任纠纷案件大数据分析

1、案件概况（2018年6月1日——2019年6月1日）

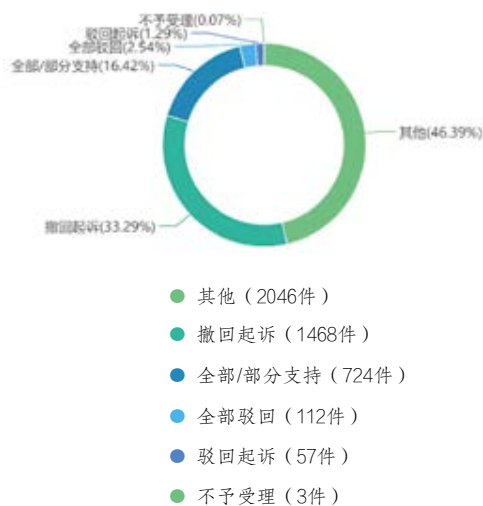
审理程序分析



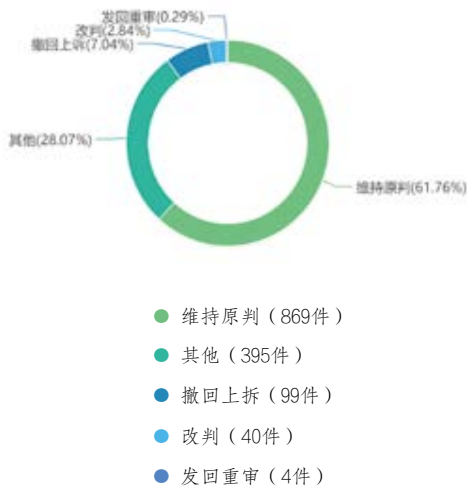
审理期限分析



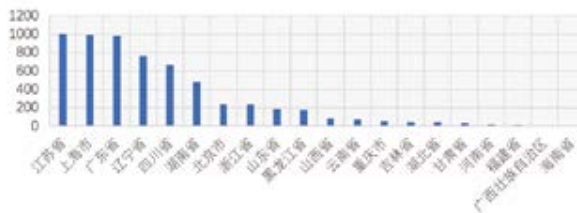
一审裁判结果分析



二审裁判结果分析



案件地域分布





通过检索2018年6月1日至2019年6月1日的证券虚假陈述责任纠纷案件，可以看到，在这一年当中，全国各地法院共受理此类案件6236件，包含一审4410件，判决全部或部分支持诉讼请求724件，驳回诉讼请求112件，二审1407件，判决维持原判869件，改判40件，共涉及上市公司32家。值得注意的是，此类案件二审改判的比例极低，改判的案件也仅仅就赔偿数额等责任比例有所调整，对于主要的赔偿责任并没有做出改变。

从上述数据可以看出，在6000多件受理案件当中，仅有判决2000左右，这也可以反应出此类诉讼的两大特点：1、该类案件争议解决的途径较为多样化。法院在处理此类案件的过程中通常鼓励当事人和解或达成调解，从而使得大量的案件无需走完整个诉讼流程；2、该类案件审理周期较长。因为案件涉及主体众多、争议焦点具有极强的专业性，且很多案件会因为被告申请行政复议或提起行政诉讼而导致案件审理被中止，因此诉讼周期也会相对较长。

2. 样本统计

编号	被告	数量	赔偿比例	日期	揭露日	平均审理期限	系统风险
1	山东墨龙	一审41件 二审17件	72%	实施日：2015年4月25日 揭露日：2017年3月21日 基准日：2017年4月20日	2017年3月21日作出的《关于收到中国证券监督管理委员会调查通知书的公告》	一审：255天 二审：14件19天 1件57天	自揭露日至基准日，深证综指下跌了5.63%，专用设备行业板块指数下跌了10.75%，山东墨龙公司股价下跌了29.2%。
2	金亚科技 周旭辉 立信会所	一审348件 二审98件	12.29%	实施日：2015年4月3日 揭露日：2015年6月4日 基准日：2016年4月8日	2015年6月4日晚，金亚科技公司发布公告称，收到中国证监会《调查通知书》，因金亚科技涉嫌证券违法违规，中国证监会决定对金亚科技公司立案调查	一审：166天 二审：68天	在揭露日至基准日期间，“金亚科技”股价下跌49.54%，创业板指数下跌43.45%，“金亚科技”的股价下跌幅度明显大于创业板指数。从“金亚科技”股价和创业板指数走势可以看出，“金亚科技”股价下跌既受到了金亚科技公司虚假陈述行为的影响，又受到系统风险的影响，属于多因一果。
3	上海岩石	一审150件 二审1件 调解91件 撤诉59件 判决1件	20%	实施日：2015年5月11日 揭露日：2017年2月3日 基准日：2017年5月18日	上海岩石公司发布的公告或者媒体的质疑，均不构成更正或者揭露。确定性、权威的、准确的信息来自证监会的2017年2月23日的《处罚预先告知书》	一审：42天	实施日至揭露日期间，上证指数下跌24%，上海岩石公司股票下跌18%（因上海岩石公司揭露日期间停牌，以后首个交易日收盘价格计算）。揭露日至基准日期间，上证指数下跌4%，上海岩石公司股票下跌22%。可见，揭露日至基准日期间，上证指数波动不大，应属于市场正常波动，不应认定为系统风险加以考虑。而实施日至揭露日期间，上证指数波动较为明显，尤其是涉及众所周知的股灾，应认定为系统风险。

（注：限于篇幅，以下省略统计表格数据50页，详见京都律师事务所即将发布的《证券虚假陈述责任纠纷研究报告》完整版）

（注：限于篇幅，本文第二部分“受理条件”、第三部分“虚假陈述的认定”中关于“处罚前置”、“主体资格”、“管辖”、“诉讼方式”、“起诉应提供材料”、“虚假陈述行为标准”、“虚假披露信息的重大性”、“投资人损失与虚假陈述行为的因果关系”等内容予以省略，详见京都律师事务所即将发布的《证券虚假陈述责任纠纷研究报告》完整版）

四、赔偿责任及损失计算

在证券类虚假陈述责任纠纷案件当中,上市公司应当承担赔偿责任的范围应当以投资人因虚假陈述行为受到的损失为限,另需要扣除系统性风险、非系统性风险等其他因素导致的损失。对于损失的计算,只要确定了实施日、揭露日/更正日、基准日,便可以准确计量,但是对于系统性风险、非系统性风险等因素的计算,目前没有统一的标准,需要根据具体案件的情况由专业机构进行计算。

(一) 赔偿责任的范围

1、投资人受到的损失

投资人因虚假陈述行为受到的损失包括:投资差额损失、投资差额损失部分的佣金、印花税及利息,如导致证券被停止发行的,投资人有权要求返还和赔偿所缴股款及银行同期活期存款利率的利息,开户及过户的费用不属于赔偿范围。

2、扣除系统性风险

系统性风险是指国家因多种外部或内部的不利因素经过长时间积累没有被发现或重视,在某段时间共振导致无法控制使金融系统参与者恐慌性出逃(抛售),造成全市场投资风险加大。系统性风险对市场上所有参与者都有影响,无法通过分散投资来加以消除。系统性风险包括政策风险,宏观风险,流动性风险,外部风险,灾害。其中政策和宏观的变化交互影响市场的流动性。系统性风险可以用贝塔系数来衡量。(β系数也称为贝塔系数(Beta coefficient),是一种风险指数,用来衡量个别股票或股票基金相对于整个股市的价格波动情况。β系数是一种评估证券系统性风险的工具,用以度量一种证券或一个投资证券组合相对总体市场的波动性,在股票、基金等投资术语中常见。)

对证券市场系统风险如何计算,目前没有统一的认定标准。一般来说,证券市场系统风险是可以指数来体现的,但必须以证券市场股票全流通为前提。由于我国证券市场有其独特性,有占总股本2/3的国有股、法人股不流通,证券交易所在编制指数时,将非流通股也计入指数权重,导致指数失真。目前上海和深圳的交易所各自编制的几大指数在走势上也有差异,究竟哪一个指数更能代表整个证券市场,长期以来没有定论。既然要体现的是全国统一的证券市场及其系统风险,就不能用

某地的某一种指数来度量。因此,在权威机构未编制出更加科学合理并符合客观真实的全国统一的指数体系之前,用任何一种证券交易指数度量证券市场系统风险,都是不准确的。

在虚假陈述行为人承担严格举证责任基础上,并且有了客观真实体现证券市场的指数体系后,才能正确剔除证券市场系统风险中其他因素造成的投资者损失。具体操作中,还要根据有权机关的权威认定,并结合各种因素不同作用的来科学区分。

在证券民事赔偿诉讼中,依法认定投资者损失与虚假陈述之间有因果关系,有利于净化证券市场,有利于恢复投资者信心。用某一指数简单加减乘除,以所谓的证券市场系统风险来认定虚假陈述与损害结果之间不存在因果关系,不仅没有法律依据,而且对证券民事赔偿制度也是十分有害的。

3、扣除非系统性风险

非系统风险亦称“非市场风险”、“可分散风险”。与“系统性风险”相对。与股票市场、期货市场、外汇市场等相关金融投机市场波动无关的风险。股票价格同上市公司的经营业绩和重大事件密切相关。公司的经营管理、财务状况、市场销售、重大投资等因素的变化都会影响公司的股价走势。这种风险主要影响某一种证券,与市场的其他证券没有直接联系,投资者可以通过分散投资的方法,来抵消该种风险。这就是非系统风险。非系统风险是由特殊因素引起的,如企业的管理问题、上市公司的劳资问题等,是某一企业或行业特有的风险,只影响某些股票的收益。可通过分散投资来加以减少,但并不能完全消除。由于非系统风险属于个别风险,是由个别人、个别企业或个别行业等可控因素带来的,因此,股民可通过投资的多样化来化解非系统风险。

4、是否存在非理性投资

投资人是否存在非理性投资,《若干规定》当中并未将此作为免责事由。非理性投资与《若干规定》第十九条所规定的“明知虚假陈述存在而进行的投资”、“损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致的”、“属于恶意投资、操纵证券价格的”亦存在根本性质的不同。

在上海岩石公司的案件中,上海岩石公司主张吴顺忠存在非理性投资行为:“吴顺忠在投资本案股票中存在过错甚至是故意的过错,其非理性投资是导致其投资损失的原因。吴顺忠在明知多伦股份转型是否成功存在较大风险,购买多



伦股份股票相应也存在较大风险的情况下，仍然执意大量购买多伦股份的股票，存在重大过错。本案吴顺忠在2017年2月23日被告被行政处罚后，仍大量买入多伦股份的股票，更进一步说明吴顺忠系盲目地、非理性地投资多伦股份股票，存在重大过错。”

法院认为：“在金融活动中，理性人假设只是一种理想状态，投资者作出理性投资判断的前提应是经营者作出真实、准确、充分的信息披露。具体到本案，上海岩石公司的虚假陈述行为发生在先，投资者在不完全、不准确的信息披露基础上，作出了投资决定。投资者的理性与非理性是一个经济学假设，不能等同于法律概念上的过错或者重大过失，因此，仅凭投资者是否理性投资很难否定其中的因果关系。且在金融消费投资活动中，非理性因素天然存在，而金融市场健康发展的基础正是建立在对经营者信息披露的严格监管，引导消费者、投资者理性投资。经营者相较金融消费者、投资者，掌握了信息披露主动权，一味苛求投资者理性投资既不客观也不现实。上海岩石公司主张吴顺忠有非理性投资的行为，基于已查明事实，该观点具有一定的道理：1.本案上海岩石公司虚假陈述涉及上市公司的更名行为，该类虚假陈述行为与财务报告虚假陈述有较大区别，前者相对容易判断，而后的识别需要投资者掌握较难的财务会计知识。在本案中，吴顺忠应能自行对上海岩石公司的更名行为作出风险判断，并不需要高深的知识。2.上海岩石公司的公告提示了上海岩石公司仅仅是更名，“对公司拟正式开展的互联网金融业务，目前公司并无相关的人员配置等，也未正式开展业务”，如果一家上市公司仅仅是因为更名，吴顺忠就跟风投资，显然属于较为草率。3.多家财经媒体对于上海岩石公司的“三无式转型”提出质疑，而且提及多伦股份曾多次遭到监管部门处罚，许多分析人士还对所谓转型发表了“空中楼阁”、“一个笑话”等极为负面的看法，吴顺忠本应预见相应的风险，包括上海岩石公司因客观条件无法转型甚至主观根本不想转型的风险，但投资者对这些警示视而不见，参与投资造成相应的损失，应反省自己的投资理念。综上所

述，吴顺忠存在一定的非理性投资行为。”

我们认为，非理性投资本质上并不存在主观恶意，相关法律及司法解释也并未将此规定为阻断因果关系的因素，因此将此作为剔除赔偿责任的理由并无法律依据。

（注：限于篇幅本文第四部分“赔偿责任及损失计算”中关于“投资差额计算方法”、“实施日、揭露日、更正日的认定”、“基准日及基准价的认定”等内容予以省略，详见京都律师事务所即将发布的《证券虚假陈述责任纠纷研究报告》完整版）

后记

近年来，证券类虚假陈述责任纠纷案件数量不断增加，而目前我国《证券法》当中并未就此类案件作出明确规定，法院主要通过《若干规定》规范此类案件，在法律责任的构成要件、赔偿标准、计算方法、系统风险等方面的认定均未作出统一的规定，导致各地法院的判决不统一。

作为律师，在代理此类案件的过程中，应当在全面了解相关实体法及程序法的基础上，对该行业领域的专业知识进行深入学习，无论是作为投资人的代理人，抑或是发行人、上市公司的代理人，均应当就案件事实从行业专业知识、国内国际金融形势以及法律关系的角度全面分析梳理，而非依赖行政处罚决定书所认定的内容，简单套用《若干规定》来办理案件。

相信随着我国法院对于证券类侵权案件审判经验的逐步积累，关于此类案件的立法将会进一步完善，届时对于律师的专业性也会提出更高的要求。

京都所将于近期发布《证券虚假陈述责任纠纷研究报告》完整版，该报告详细统计了截止至本报告作出之日的证券虚假陈述责任纠纷案件的数据统计，并从“受理条件”、“虚假陈述的认定”、“赔偿责任及损失计算”三个方面详细展开该类案件的法律适用及司法裁判实践，敬请期待！

人生应该爬一次大石头山

■ 孟冰 / 文

大石头山位于意大利多乐美地（又译“多洛米蒂”）山区，海拔3000多米，半山以上，云雾缭绕。前一天我们还在山脚下仰望，盛赞其壮美，没想到第二天就要把它踩在脚下。

本来当地向导说，这只是一次普通的徒步之旅。但当我们坐缆车到达2800米的终点站，被要求穿戴上全套登山护具时，我们开始意识到，此行或许没有徒步那么简单。向导安慰我们，说这只是以防万一，安全绝对有保障。我们就这样被连蒙带哄地出发了。

开始时山路平缓，景色秀美，绿草如茵，野花遍地。但当我们手脚并用、吃力地爬上第一个陡坡后，我开始犹豫，如果后面全是这种路况，我因常年运动而损伤的膝盖，恐怕撑不下来。但向导鼓励我，后面的路就没这么难了，并做出不上去看看非常惋惜的表情。于是我打消念头，继续前行，岂知这是最后一个机会，自此之后，再无法回头。

随着高度的增加，植被开始变化。茵茵绿草已经不见，代之以紧贴石缝生长的苔藓和荆棘。荆棘上的花与我们在别处看到的荆棘花不同，大而艳丽，形若桃花。但山路却没有这么美好，此时



我们已在云雾之中穿行，山路不但变得陡峭，且布满碎石，一侧是锋利如钉板的峭壁，另一侧是坡度有七八十度的悬崖。所幸在极险处，有前人在崖壁上打下钢钉，钢钉上穿钢索，把安全带扣到钢索上，可以攀援而上。但有些地方因崖壁也是由碎石构成，钢钉无法固定，没有任何保护措施。我们只能侧身手抓利石，挪步前行，细皮嫩肉的手指被扎破流血，也只能咬牙握紧。倒是走在队伍前面的三个孩子，被另一个当地向导一条绳子串着，身轻步健，笑语欢歌，

对周遭艰险毫不为意。

然而好景不长，乐极生悲。走在向导身后的第一个孩子忽然脚下一滑，跌落陡坡，霎时间从我们眼前消失。此时向导的注意力正在前方的路上，好在排在第二位的我儿小孟，身体强壮，反应极快，侧身紧抓岩壁，向下猛蹲屁股，才没有被一起带下去。此时向导也转过身来，拉紧保护绳，大家一起用力，把滑落的孩子拉了上来。什么叫一根绳上的蚂蚱，这回我们是深有体会了。而事发突然，转眼又云淡风轻，我们擦擦头上的冷汗，队伍继续前行。

此后的山路愈加危险，其实好多地方根本没有路，多是怪石林立，只能手脚并用，攀爬而上。在峭壁处幸架有铁梯，手握冰冷刺骨，而必须握紧，才能涉险过关。多亏当时我们已在云雾之上，向下目力有限，才不至太过害怕。但我们随队的中国导游因为恐高，早已变爬山为爬行了。

后来我们已经不再相信向导关于这是最后一个难点的承诺，但事已至此，除了前进，早已没了其它选择。随着体力的透支，我们心率飙升，双腿发软，就在已经不再管何时能登顶的时候，山顶竟已出现在眼前。



山顶形若哑铃，两个小平台间一条钢索相连。站在平台之上，透过飘渺的云雾，极目四望，阿尔匹斯山诸峰连绵起伏，远山如黛。山下的草场如锦似缎，无限柔美。草场间的条条道路细长如线，蜿蜒着通向陌生的远方。风景大美如此，使人觉得刚付出的所有艰辛都是值得的。又或者，只有付出这样的辛苦，才能更体会当下的美好。

而上山容易下山难，下山虽然陡坡少了一些，但因为下山不像上山容易掌握身体平衡，而碎石更多，脚下打滑，摔个屁墩，是经常发生的状况。中途又下起了大雨，雨雾迷蒙，不辨东西。曾经有一段时间，大家走散了，我一个人落在最后，心里越紧张，脚下越打滑。后来试着让腿部肌肉放松下来，不较劲，反而更容易站稳。在这种情况下，登山杖反而没有作用，因为你不敢把全身重量交给它，万一它撑的地方不实，再收就来不及了。所以，越是危险的地方，越得靠自己。

随着雨势的减弱，我们也终于回到了草地。回头再看看我们刚才临风玉立的山顶，心里不禁一阵后怕。人生应该爬一次大石头山。因为，我实在是不敢再爬第二次了。

人生应该爬一次大石头山，又不仅仅如此。

在整个过程中，我曾体力透支，独处险境，内心恐惧。但将人置之死地，没劲了也要继续走，越害怕越要放松，而后终能后生。我虽然不敢主动再爬第二次，但此后若被动陷入险境，有了这次经历，想来会少一丝慌乱，多一些自信。

人生应该爬一次大石头山，它还会使你体会到团队的重要。

那个滑落的孩子，要是没和其他人串在一起，后果不堪设想。上坡下坡时，没有队友的协助，攀爬会更加艰难。即使是我落单之后，也是“空山不见人，但闻人语响”，我知道万一有什么情况，呼救必有回应，心里多了一丝安全感。而团队的领袖更加重要。事后跟向导聊起来，他说前一天已经带我们爬了两座相对容易的山，并带孩子练习了攀岩，对大家身体能承受的强度已做了测试，因此大石头山之行并非鲁莽之举。而之所以不事先告诉我们，是怕我们知难而退，错过绝美的风景。所以团队确立领袖之后，领袖对信息的披露程度，团队对领袖的信任程度，是成事的关键。

人生应该爬一次大石头山，它或许还会让你思考人生的意义。

如果把人生当作一场功利之旅，那么这转瞬即逝的风景，与登山的艰辛与危险相比，似乎不值得一试。孟子曰：“知命者不立乎岩墙之下。”于是我们都远离险地，活的四平八稳。

而如果把人生当作一场体验之旅，为了那“会当凌绝顶，一览众山小”的惊艳，再多的艰难困苦也是值得的。而且，你付出的艰辛，也同样丰富了你的人生经历。

就如瑞典当代小说之王弗雷德里克·巴克曼在他的名著《熊镇》里所说的：

“我们得到的，只有浮光掠影。”

“但是，该死的，除此什么才是人生？！”



远方的格桑花

■ 刘铭 / 文

我似乎来自远方
又回到远方

山岭上散落的白毡屋
溪水边盛开的红木房
夕阳下马群
远远慢慢

风吹过你绿色柔软的肌肤
也吹来你的发香和忧伤
忽然相遇的过往和思念
就像草原夜晚的寂静
和不经意的流星划落

回到远方
也许只想听听
你芳香的呼吸和心跳
如同山麓下独自等待的格桑花



说法

■ 杨大民 / 文

伯尔曼说
法律必须被信仰
否则形同虚设

李敖说
我相信法律
但我怀疑法官

法官说
我的卷宗丢了

领导说
依法依规处理

纪检部门说
法律从来没有形同虚设

京都“泉计划”开展第八期 助学帮扶活动

2019年7月26日，京都所“泉计划”第八期爱心助学帮扶活动在房山法院举办，京都所六名合伙人律师参加了发放仪式。

此次参加活动9名同学，其中2名考上大学，4名是新加入的成员。活动中向他们发放了助学金和奖学金，并赠予了学习文具及生活用品；对考上大学的同学予以鼓励，希望他们在新的人生征程中再创辉煌；对新加入的同学予以勉励，欢迎他们来到这个充满爱和希望的大家庭。

“泉计划”助学基金成立于2012年，8年来，累计帮扶14名同学，已经有6名同学考上大学，其中2名同学选择了法律专业，立志要做一名律师，并表示将来要像京都所的律师一样，尽最大努力帮助别人。

“泉计划”助学基金汇集了京都所全体同仁的爱心，践行了田文昌律师向京都所律师提出的“利他”精神，帮助学子们建立了创造未来的信心和勇气。仁者爱人，爱人者，人恒爱之，每一位参加“泉计划”的人，既是爱的付出者，也是爱的收获者。



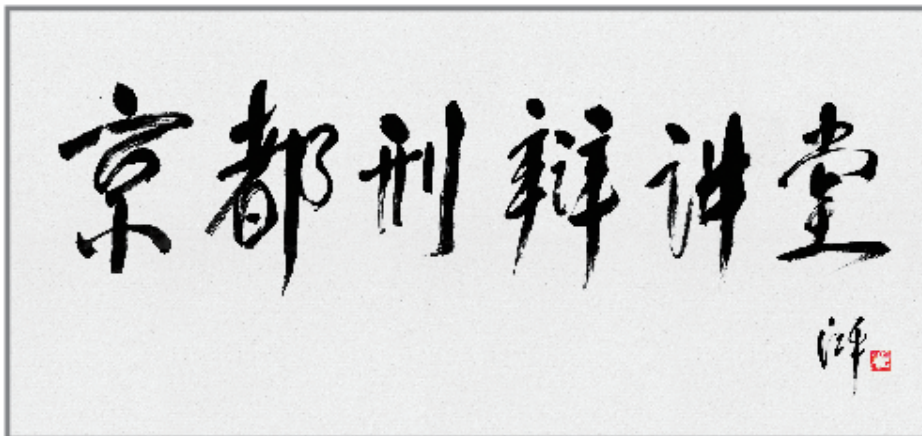
京都“泉计划”第八期助学金暨第六期优秀学子奖励金发放活动



参与人员合影



活动现场



书法题字：江平教授



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座22-23层
邮编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86-10) 57096000
传真：(86-10) 85251268
邮箱：info@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区体坛路22号
诺德大厦19层01-02室
邮编：116021
电话：0411-85866299
传真：0411-84801650
邮箱：dalian@king-capital.com

深圳分所

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

天津分所

地址：天津市河西区南京路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

上海分所

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

南京分所

地址：南京市建邺区庐山路188号
(新地中心)4004室
邮编：210019
电话：025-8523 1119
邮箱：nanjing@king-capital.com

www.king-capital.com