

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2015/02

季刊 总第111期



京都律师事务所
King & Capital



P28 高净值人群家事法律风险防范

P18 特稿 / 走出刑事诉讼理念的误区

P38 金融业务 / 股权信托设立业务法律问题研究

P52 京都实务 / 从一起成功排除非法证据的案件谈同步录音录像问题

P68 京都论法 / 浅析我国PPP模式下的特许经营合同

京都入选 英国《律师》杂志亚太地区 50强律师事务所



近日，京都律师事务所成功入选英国《律师》杂志（《The Lawyer》）亚太地区50强律师事务所。最新出版的《律师》杂志上刊登了这一消息。

《律师》杂志（《The Lawyer》）（周刊）于1987年在英国伦敦创刊，是英国上市公司Centaur传媒的下属刊物，发展至今已成为欧洲以前全球最知名且历史最悠久的法律行业专业刊物之一。从去年开始，《律师》杂志的编辑团队开始就亚太地区150强律师事务所进行独立调查、分析，最终确定了包含有京都律师事务所的亚太地区最新榜单，京都入围50强。

正如《律师》杂志对京都的评价，虽然京都在刑事诉讼领域居于全国领先地位，但是并不满足于仅依靠诉讼，目前京都已建设成为一家提供包括非诉业务、民商诉讼等全面法律服务的综合性律师事务所。同时，京都律师事务所积极参与国家的法治建设，通过参政议政、普及法律知识、办理法律援助案件以及各种公益活动等最大限度地履行社会责任。🐛



梦想与担当

——京都2014年年会田文昌律师讲话实录



我明显地感受到，我是在一个欢欣鼓舞、欢声笑语的气氛中迎来了2014年的年会，跟去年的气氛相比不可同日而语。大家还会记得去年年会上我讲的话，2013年是我们最艰难的一年，是我们京都所的第三次创业的开始，同时，我们的改革又碰上了税制的改变。所以呢，可以说是内在因素和外在因素双重的压力使得我们2013年的路走起来很艰难。我当时讲到历史有惊人的相似之处，因为10年前2003年的改革，是第二次创业加非典，也同样是内外交困，但是我们充满信心，咬紧牙关坚持改革，终于走出来了。接下来便是一路顺风。所以，我相信2013年我们也一定能够走出来。今天，我和大家共同感到欣慰的是，我们真真正正、彻彻底底地走出来了！

2015年是我们京都所20周年这样重要的一年，在这个时刻到来之际，我们京都所业务类型的整合基本完成了；我们京都所管理架构的改革基本完成了；我们京都所的业务创收又达到了历史新高，第一次冲破了一个整数；而且我们收入的增长率达到了60%，这是京都所历史上从来没有过的。不仅如此，十八届四中全会以后，全国范围内的法治环境也有了回暖的趋势。所以，应当说这一年我们所有的好事都赶在一起了，这是个兆头！

大家还记得我每次年会上的感慨都不一样，2011年我讲的是“胸怀”；2012年我讲的是“创新”；2013年我讲的是“坚持”，就是

希望在我们改革中遇到困难的时候能够咬紧牙关坚持下来，我们如今走过来了。

那么，2014年讲什么？杨大民前些天让我给2015年杂志写个卷首语，我写了个“造梦京都”。所以，我这次想讲的话题是“梦想与担当”。为什么讲这个话题？因为我们二十年走过来了，可以说完成了京都的第一个梦，但是这个梦仅仅是开始，后面的梦还更多、更美、更加引人入胜。这个梦是要全体京都人来创造的，尤其是京都的下一代、年轻的一代要接着做下去。

其实我们每一个人的一生当中都有梦想，小孩有小孩的梦想，青少年有青少年的梦想，成年人、老年人也有梦想。梦想是一个人奋斗的目标，梦想是前进的动力。每一个人的梦可能不同，但是往往随着年龄的增长，梦在变化、梦在消失。但一个有追求的人，他的梦是不应当消失的。一个有梦想的人往往是想入非非、充满激情的；一个没有梦想的人往往是满足现状、随遇而安的。所以，要想事业发展，无论是对个人而言还是对一个集体而言，离开了梦想就没有前进的动力。我年轻的时候，尤其是在学生时代，就比较爱幻想。同学们经常说我不切实际，好高骛远。后来我破格考研的时候，更是遭到很多人的讽刺挖苦，但我还是走出来了。现在，回顾起来，可以说，当时虽然有梦想，也许走不出来，但如果没有梦想，就一定走不出来。

大家想一想，历史上，大的环境也好，小

的环境也好，没有梦想就没有进步。中国历史上的春秋战国、诸子百家，西方的文艺复兴，其实都跟梦想有关系。再如人类历史上的农业革命、工业革命，每一次大的变动，大的提升都跟梦想有关系。科学的发展更是离不开梦想。所以我们现在提出“中国梦”，也不是偶然的突发奇想，应当说有一种历史的必然性。但我要强调的是，到了信息时代，世界会有更大的改变。大家一定要注意，信息时代是一个最富于梦想的时代，我一直认为信息时代给人类历史所带来的变革会超出以往一切的变化，什么农业革命、工业革命，什么文艺复兴，都与之无法相比！大家看到，信息时代打破了一切界限，打破了所有的壁垒，每个人都能得到充分的发挥，才智的发挥无边无沿。过去我们会受到限制，一些有才能的人发挥不出来，可现在我们看看互联网的威力，只要你有本事，有思想，你就都可以表现出来。可能被人们很不重视的、不以为然的一些人，一些无名的小人物，一下子就可以成为举世瞩目的豪杰。这就是信息时代的魅力和魔力。所以我一直认为，到了信息时代以后，什么是学问？恐怕要重新认识了。过去知识就是学问，你掌握了很多知识就可以当教授、当专家，有人说某某教授像一本“活词典”，什么都知道；某某教授用一本发了黄的讲稿讲了一辈子，资历非常深。现在我们再看看，“活词典”有用吗，一部电脑比你多少“活词典”都好使，而发了黄的讲稿早就被扔进废纸堆了。所以，我觉得在信息时代学问的概念和内涵早已经改变了，它不是知识，而是创见，创见才是学问。

所以，我现在把人的认识分为四个阶段：从糊涂到明白，再到糊涂，再到明白。就是糊涂——明白——再糊涂——再明白。什么意思呢？人从小是糊涂的，从糊涂到明白，也就是从无知到有知过程，是指学到了他人的知识。比如说我们中学毕业了、大学毕业了，特别是大学毕业了算一个阶段。我们学到了前人现有的知识，就是由糊涂到明白了。但是这只是了

解了别人的知识而已，并没有你自己的创见。想想当我们读大学、读研究生的时候，学了的东西，但那主要是学习，还来不及思考。而后来学多了以后，就会发现其中的问题，于是就提出批判，提出讨论了，那么你就开始思考。就是说由糊涂到明白之后，又引发了新的思考。那么可以说他走向了第二次糊涂，第二次糊涂就是从有知到思考的过程，是思考和创造的阶段。经过这一个非常长时间的思考，甚至有人一辈子也没思考明白，他就停留在这一阶段了。如果真思考明白了，做到了大彻大悟，那就是真的明白了，但做到这一点是不容易的。

我们要想想我们每个人现在处在哪个阶段，我觉得我们绝大部分人、有知识的人，还处在第二个阶段——明白阶段，我们应当鼓励自己走向第二次“糊涂”，就是思考和创见的阶段。当然，有人只是满足于停留在第一次明白的阶段，不愿意再去思考了，也应当算是明白人了。我可以大言不惭的说我现在已经走入了第二次“糊涂”，我一直在思考，在创见，但是我远远还没有达到“明白”的程度。

我讲这个分类什么意思？就是说又回到刚才那句话，在信息时代，什么是学问？一定要注意我们的创见性，不是吃别人的剩饭，不是满足于书本上学到的别人已经掌握的知识，而是要适应新的时代要具有自己的创见。做律师、做学者都会面临这个问题。

那么，创见又离不开梦想，没有梦想的人永远没有创见。所以我把创见和梦想又连在一起了，它们确实是有必然联系的。比如我说一句看似玩笑又不是玩笑的话，我这个人就老喜欢梦想，这几年，我一直就想一件事：我就在想咱们吃饭太浪费时间了，浪费人力物力，不就是需要补充能量吗？所以，我就认为五十年之内肯定会实现我这个想法：吃饭就是补充能量块，往嘴里一塞就完了，可以根据不同的人设计不同的能量块。实际我们想想汉堡包、三明治跟这有多大差别？我在国外开会的时候



候经常是一人发个三明治，一边吃一边开会。但是说要想“解馋”怎么办呢？很好办，一个礼拜拿出两次三次专门“解馋”，大吃大喝使劲吃，其它时间塞能量块就完了。我把这话放着，咱们年龄最小的人记着点，五十年之内肯定能实现，我可能看不到但是有的人能看到。其实我是打个比方，举个例子，但是生活中、事业当中如果没有幻想，不会做梦的人，永远都不会有太大的发展。所以，我希望大家能够展开想象的翅膀、憧憬美好的未来，共同造好我们的京都梦。

但是，只有梦想还不够，还要有担当。担当是什么？是责任、是成功的前提。梦想是成功的动力，担当是成功的前提。没有担当就没有底气，就没有责任，当然也就没有成功。我们可以说大事小事都有担当，比如，一个小孩子打碎了玻璃杯，有的孩子就不敢担当，马上说不是我干的，有的孩子就敢于担当。我觉得从小这个教育就很重要，每件事能不能有担当非常重要。过去说穷人的孩子早当家，是说他敢于担当；宋江虽武艺不强却可称王，也是他敢于担当。有些人有才、有智，有些知识分子很聪明，很有学问，但是由于他不能担当，只能被人驱使；有些人没有多大的才气、甚至没有文化，但他可以拉杆子造反，他可以指挥别人，其实也是因为他有担当。

我前段时间发了一篇文章《律师的社会使命》，还发了一篇《给年青法律人的一封信》，都谈到了社会责任和担当的问题，做律师不是搞自然科学的，你面对的社会关系很复杂，你更需要担当。律师的职业特点，决定了律师的社会使命，无使命感的律师是无灵魂的律师。为什么律师群体中会出政治家？会出总统？正是由律师职业的特殊性质所决定的。很多人做律师开始时只是为了谋生，但做到一定时候就会有更高更远的追求。这就是责任感、使命感的生长，就是价值观的提升。那么不说社会责任，即使从我们自身的切身感受而言，在我们的职业生涯中也时时都需要有担

当。比如，一个有担当的律师，他做案件就能够得到别人的信任，包括他接谈案件的时候也能够得到当事人的信任，人家就愿意把事情托付给他。在与司法机关打交道时，如果他是有责任感、有担当的，那么人家也愿意跟他打交道。

可以说，就职业特点而言，担当这种责任感对律师的要求更高、更重要！因为，我们肩负的是当事人的重托，是利益和权利的托付，甚至是身家性命的托付！所以，对于律师而言，担当不仅是成功的前提，而且也是从业的道德基础。一个缺乏担当的人，绝对不会是一个成功的好律师。

当然，现实中，不同人担当的角色和程度会有不同，但有一个规律：成功与担当永远是成正比的。担当越多者，成功机会越多！

对于一个成功人士来说，梦想与担当缺一不可。无梦想——即无目标；无担当——即无成功。有梦想而无担当者，只能陷于空想而一事无成；有担当而无梦想者，只能安于现状，难成大事。既无梦想也无担当者，则只能随波逐流，任人摆布。

所以，我今天讲这个话题——“梦想与担当”，就是希望我们京都的律师们、京都的每一位成员，都能够认真思考一下这两个问题。我们既要富于梦想又要勇于担当，这样做无论对个人的成长还是对京都所的发展都有非常重要的意义。我一直认为，律师个人的成长与律所的发展是相辅相成，密切相关的。律师依存于律所而发展，律所是家，是平台，也是后盾，同时又是培养人才的基地。一个好的律所环境可以造就好的律师，相反，也会将律师带入歧途。当然，各自为战的独行侠也可以发展，而且也有先例，但毕竟会由于缺乏根基和后盾而举步维艰。以律所团队为后盾者才会发展得更快更健康。

我希望，我们每一个京都人能够做一个富于梦想、勇于担当的、新时代的弄潮儿。希望大家一起努力！🐛



强化责任观念

修炼气质风度

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	王一
白冬枫	蔡景丽	韩嘉毅
杨照东	金杰	朱勇辉
秦庆芳	王九川	瞿丽红
张振祖	公丕国	牛支元
杨大民	钟延红	郭庆
韩良	肖树伟	关键
邹佳铭	吴立伟	刘铭
王卿芸		

主编 杨大民

编辑 孟妮 吴璇

美编 王敬瑜

地址 北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座23层

邮编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

业务咨询电话 010-85253900

传真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

目录

卷首语

梦想与担当 田文昌 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 06

特稿

走出刑事诉讼理念的误区 田文昌 / 18

封面主题

高净值人群家事法律风险防范

家族企业中的职务侵占罪探析 公丕国 / 23

企业家家庭财富的防火墙 宇文鸿雁 牛星丽 / 25

浅谈私人财富风险防范 齐晶晶 / 27

夫妻如何约定财产归各自所有 宋刚明 / 30

涉外婚姻法律实务之管辖分析 宇文鸿雁 / 34

京都论坛

京都律师事务所携手清华大学五道口金融学院召开股权信托研讨会 / 34

金融业务

股权信托设立业务法律问题研究

离岸股权信托的设立与治理析 韩良 / 39

股权信托设立的若干实务问题探析 柏高原 / 42



树立精品意识

提供系统服务

股权信托的登记问题研究 丛彦国 / 45
我国台湾地区不动产登记制度浅析 滕杰 / 48

京都实务

从一起成功排除非法证据的案件谈同步录音录像问题 公丕国 牛星丽 / 52
英文字母“J”和“Y”的细小差异导致银行的巨额赔偿案 肖永成 潘辛 / 57
一山之隔，胜败殊途——一场纠纷，两起案件，分诉两省，始败终胜 / 56
浅析有限责任公司股东资格之确认 赵岐龙 / 66

京都论法

浅析我国PPP模式下的特许经营合同 肖树伟 游乐 / 68
论特许经营合同纠纷中的几种常见争议焦点问题 聂素芳 / 72
建设工程施工合同无效类型分析 王春军 / 76
美国与欧共体关于商标“混淆可能性”理论概述 刘铭 / 79
中国企业法律风险管理机制建设的几点思考 杨柳 / 82

所庆·征文

我的京都梦 公丕国 / 84
与京都的一场爱情 陈枝辉 / 86

律师·生活

不疯魔不极致——赞民商部饰演《葫芦娃后传》的法律人 宇文鸿雁 / 88

京都律师

封面题字 江平



2015年第1期
总第110期 季刊

业 务

京都律所上海分所承办的虎符通信在新三板成功挂牌上市

由京都律师事务所上海分所承办的上海虎符通信科技股份有限公司（股票代码：831751）于2015年1月22日在全国中小企业股份转让系统成功挂牌上市。

虎符通信是一家属于计算机、通信和其他电子设备制造业（C39）所属范围下的通信系统设备制造（C3921）企业，其主营业务为智能无线通信终端的研发和销售，产品覆盖家用和商业无线智能路由器、3G/4G无线路由器和通信终端、物联网和工业应用终端，智能家居和智能健康硬件等产品。

京都律师事务所上海分所受聘提供虎符通信本次挂牌项目的专项法律顾问，为其顺利通过审核提供全方位、



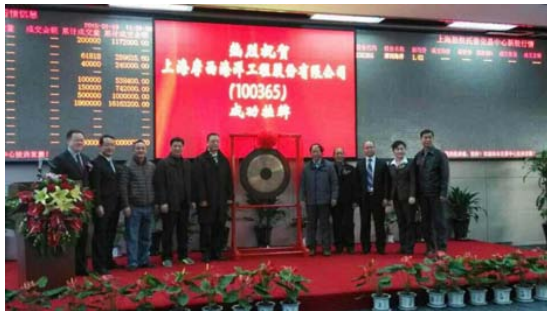
王众律师



叶志文律师

高质量的法律服务，该项目的经办律师为王众律师、叶志文律师。

京都上海分所陈华锋律师、张庆生律师助力 摩西海洋在上海股交中心成功挂牌



2015年1月19日，上海摩西海洋股份有限公司（以下简称“摩西海洋，股份代码：100365”）在上海股交中心敲锣上市。

摩西海洋是一家以海洋工程技术为核心，同时研究新能源技术、电子、通信与自动控制技术的股份公司。目前，公司申请发明专利数十项，并且成功地研发了一批海洋工程产品，如可用于水下探测的高频成像声纳、用于航道监测的侧扫声纳、用于海洋环境监测或水质检测的海洋观测浮标、声纳搜救声信标、基于Android的探鱼器、用于智能养殖行业的水下清洁机器人、水质控制机器人、水质监测系统和造船行业的船用异型材切割智能机器人等等，填补了国内该领域的空白，部分达到国际先进水平。

2014年8月10日，京都上海分所和摩西海洋前身即上海摩西海洋工程有限公司签订《专项法律服务合同》，为其进行方案设计、股改、以出具专项法律意见书等，为其成功挂牌提供了法律保障。



业 务

京都瞿丽红律师成功代理德国Thyssenkrupp公司 上亿元大型特殊工业设备投标申诉案

2014年10月,德国Thyssenkrupp公司经过多层筛选最后选定京都律师事务所有丰富办案经验、善于办理重大疑难案件和重大项目著称的高级合伙人瞿丽红律师。在时间紧、专业技术难度高、法律技能要求强的投标申诉项目面前,瞿律师迅即组织京都所律师团队日夜奋战,在短短的6天时间拿出了极有份量的投标申诉书按时送达有关部门。同时,积极调查项目的操作程序,向招标项目的上级各级主管部门反映招标过程

存在的违法情况;争取上级监督部门的支持,召开听证会陈述事实和申诉的理由;并向有关法律制定的相关部门核查有关本案的法律适用的正确性。

通过瞿律师及律师团队大量辛勤的工作,在年底,上级监督部门作出了否决原投标中标的结果,德国Thyssenkrupp公司赢得了再次投标的希望。瞿律师认真负责的工作精神,锲而不舍的专业态度得到Thyssenkrupp的称赞。✿



瞿丽红律师

京都相憬晶律师成功辩护的警察刘某涉嫌滥用职权罪二审案, 因一审程序违法被发回重审

原河北邯郸县公安局机动中队中队长刘某,因其在侦办的一起诈骗犯罪案件中,被嫌疑人孙某控告,后由张家口市桥东区检察院立案侦查,并以张东检刑诉(2014)34号起诉书指控被告刘某犯有滥用职权罪,于2014年3月27日,向张家口市桥东区法院提起公诉。该院经审理,于2014年9月24日做出一审(2014)东刑初字第39号《刑事判决书》,判定:被告人刘某犯有滥用职权罪,判处有期徒刑三年零六个月。被告



相憬晶律师

刘某对一审判决不服,提出上诉。同时,张家口市桥东区人民检察院认为:一审判决认定事实错误,并提起抗诉。

在二审开庭前,刘某家属找到了北京市京都律师事务所,受所指派合伙人相憬晶律师担任了刘某的二审辩护人。在二审审理过程中,相憬晶律师与刘某的原一审辩护人:河北天汉律师事务所的刘翔宇律师通力合作,密切配合,共同就一审判决中存在的程序违法,片面采信证据,进而导致一审认定事实不清,适用法律错误等问题,而提出了强有力的二

审辩护意见,引起了二审合议庭的高度重视,并被采纳。

张家口市中级人民法院于2014年12月12日做出(2014)张刑终字第134号《刑事裁定书》,二审法院认为:“原审法院审理上诉人刘某犯滥用职权罪审判程序违法”。依法裁定:一、“撤销河北省张家口市桥东区人民法院(2014)东刑初字第39号《刑事判决书》”;二、发回张家口市桥东区人民法院重新审判。”该案的二审辩护工作取得了预期的效果,成功的辩护也使得委托人的合法权益得到了切实的维护,体现了执法环境的不断优化和改善,让公平和正义已经落实到了个案中。✿

业 务

京都律所上海分所胡佳蓉律师、李新律师协助客户成功挂牌新三板

近日，由京都律师事务所上海分所提供法律服务的上海谊熙加品牌管理股份有限公司（股票代码：832127）及深圳海斯迪能源科技股份有限公司（股票代码：831997）先后获得全国中小企业股份转让系统有限责任公司核准，同意其股票在全国中小企业股份转让系统挂牌。



胡佳蓉律师

先后获得全国中小企业股份转让系统有限责任公司核准，同意其股票在全国中小企业股份转让系统挂牌。

上海谊熙加品牌管理股份有限公司是一家专业从事活动管理的公司，旨在为客户的特定业务、品牌推广活动提供集前期策划、创意设计、中期制作以及最终实施在内的一体化综合管理服务。深圳海斯迪能源科技股份有限公司是一家专业从事新能源动力电池、移动数码电池、通信基站后备电源、汽车启动电源、储能电池系统

研发生产、销售、服务于一体的高科技企业。

京都律师事务所上海分所作为这两家公司新三板挂牌专项法律顾问，为公司的成功挂牌提供了专业的服务。这两个项目经办律师为胡佳蓉律师、李新律师，黄鹏律师助理。上海分所有多个业务团队正在积极开拓资本市场业务，目前仍有几件新三板项目在全国中小企业股份转让系统审核过程中，预计均将于近期挂牌。

京都深圳分所侯志纯律师代理房地产开发经营合同纠纷案二审成功改判

日前，京都深圳分所主任侯志纯律师代理的中核某公司与湖南某公司房地产开发经营合同纠纷上诉案件审结。湖南高院二审作出判决，撤销原审判决，驳回了湖南某公司的全部诉讼请求，中核某公司上诉请求全部予以支持，侯律师成功为客户避免了巨额经济损失。

由于本案涉及金额较大、法律关系及事实复杂，在接受中核某公司二

审委托后，侯律师及同事高晓杰律师等作了充分、大量的工作，提出四千万元的车间搬迁费用是否有合同依据、相关拆迁补偿是否已从土地出让金的返还中得到补偿、诉讼主体是否合格、法律适用及诉讼时效等焦点问题，论证严谨缜密。最终，二审法院对侯律师的代理意见予以



侯志纯律师

采信，撤销原审错误判决，对湖南某公司诉讼请求予以驳回并判决其承担一、二审案件受理费。

本案经侯律师及同事们的努力，二审转败为胜，赢得了客户的赞誉。侯律师等对湖南高院法官的公正、专业、严谨、高效也留下了深刻的印象。

定福庄管委会、传媒大学及京都律师事务所联合开展协同创新项目

2014年7月，文化部批复设立全国首家国家级文化产业创新实验区（下称实验区），以“北京商务中心区（CBD）一定福庄”一带78平方公里为核心承载空间，加强文化产业建设，促进京津冀文化产业一体化发展。重点发展创意设计业、动漫游戏业、演艺娱乐

业、艺术品交易业、数字文化产业、文化贸易业等六大产业，并建设一批功能性、平台性项目。

定福庄文化管委是朝阳区政府的派驻机构，全面负责规划、管理、指导和协调定福庄传媒走廊，以推动定福庄产业区的整体发展；中国传媒大学是实

验区的驻区高校，在实验区发展提供充足的人材与智慧支持；京都律师事务所属于朝阳区辖区内大型结合综合性律师事务所，在知识产权服务方面有丰富的经验和强大的团队。

为了发挥优势，推动实验区的发展，管委会、传媒大学及京都律事务



业务

所签署协议，联合向朝阳区政府申报《O2O知识产权管理和法律服务体系》协同创新项目。

半年多来，经过三家联合申报、答辩、考察、公示等环节，经朝阳区科委及朝阳区政府严格考核、审议，于2015年1月正式批准该实施项目，并拨付协同创新资金。

管委会、传媒大学及京律师事务所将按照协同创新任务和要求，对定福庄文创企业系统开展知识产权梳理、统计、确权 and 归类，为园区企业提供线上、线下法律服务、培训，探索文化产业知识产权管理交易模式等工作。

链接：

国家文化产业创新实验区揭牌暨建设发展研讨会日前在京举行，标志着全国首家也是目前唯一的国家级文化产业创新实验区正式在京启动建设。



据介绍，该实验区由文化部于今年7月31日批复设立，以文化产业改革探索区、文化经济政策先行区和产业融合发展示范区为建设目标，是文化产业政策先行先试的试验田。

实验区将以“北京商务中心区(CBD)一定福庄”一带78平方公里为核心承载空间。未来将在总结核心区建设和发展经验的基础上，适时拓展至全市其他重点文化产业功能区，形成“一区多园”的空间发展格局，并将建立京津

冀协同合作机制，促进京津冀文化产业一体化发展。

实验区将重点发展创意设计业、动漫游戏业、演艺娱乐业、艺术品交易业、数字文化产业、文化贸易业等六大产业，并将建设文化产业协同创新中心、文化产业金融服务中心、文化产业人才培训中心、文化创意及设计产品会展中心、云计算及

数字文化产业发展中心、文化企业总部基地等一批功能性、平台性项目。

未来，实验区将着力制度创新，推动国家出台的各项文化产业政策在实验区率先落地，积极探索文化产业发展的体制机制、政策环境、市场体系、金融服务等创新，全面提升首都文化创新水平，促进文化产业规模化、集约化、专业化发展，推动京津冀协同发展，更好地发挥北京作为全国文化中心的示范带动作用。

荣誉

京都田文昌律师入选2014“中国法制影响力人物”

1月18日，由中国案例法学研究会、《南方周末》、《中国法律评论》期刊主办的中国影响性诉讼评选十周年论坛在京举行，京都律师事务所律师名誉主任田文昌律师入选“中国法治影响力人物”。

2015年，中国影响性诉讼评选活动迎来十周年，诸多法律人、媒体人及社会各界力量参与到这项活动中来，共同评选出了2014年度最具影响性的十大诉讼。此外还评选出“中国法治影响力终身成就奖”、“中国法治影响力人物”等奖项。其中“中国法治影响力终身成就奖”获奖者为“法治三老”，江平、郭道晖、李步云。

江平教授、田文昌律师还在该活动的“影响性诉讼与具体法治”高端论坛上发表精彩讲话。



京都田文昌律师入选2014“中国法制影响力人物”

荣誉

京都律所瞿丽红、梁雅丽律师入选2014十大年度律师



1 瞿丽红律师



1 梁雅丽律师

2015年1月24日，由方圆杂志社主办的“2015：跨界整合与颠覆式发展”律政年会暨十大年度律师评选揭晓活动在北京新疆大厦举行。京都律师事务所两位律师入选2014年度十大律师，瞿丽红律师获得“年度金融律师”称号，梁雅丽律师获得“年度刑辩律师”称号。

律政年会暨年度精英律师揭晓活动是法律服务行业最具影响力性质的一次年度盛会，也是《方圆律政》的年终重磅品牌，是中国律师界的一大盛事，在律师界享有很高声誉，同时也受到了社会各界朋友的高度重视，被誉为中国律师界的“奥斯卡”。三十位年度律师候选人激情竞选、九大评委当场评选并揭晓十大年度律师。

获得“年度金融律师”称号的瞿丽红律师是京都律师事务所合伙人，北京律师协会并购重组委员会委员，曾任北京市律协银行法委员会副秘书长，主要执业领域为金融、证券、信托及投融资项目、并购重组、不良资产处置、房地产、招投标项目等。

获得“年度刑辩律师”称号的梁雅丽律师是京都律师事务所合伙人，北京市律师协会保险法专业委员会委员，主要执业领域为刑事辩护、公司业务、合同纠纷、房地产业务。🦋

京都律所荣获2014年度“中小企业首选服务商”称号

2015年1月31日，由中国中小企业国际合作协会主办的“第三届中国中小企业服务创新大会暨首选服务商发布会”在京举行。工信部、中国中小企业国际合作协会领导及百余家各行业、各领域的中小企业服务商代表参加会议。

会上发布了“2014中国中小企业首选服务商”名单，京都律师事务所入选其中，合伙人关键律师作为代表上台领奖并在《中国中小企业首选服务商倡议书》上签字，作出庄严承诺。京都律所李波律师、宋刚明律师也出席了此次大会。

“中国中小企业首选服务商评选项目”是工信部积极贯彻落实国家“十二五”中小企业成长规划的重要举措，旨在通过发布中国中小企业首选服务商，引导各类服务机构为中小企业提供“诚信、优质、创新”的服务，培育中小企业服务品牌，加强行业自律，推动企业积极履行社会责任，助力中小企业转型发展。🦋





荣誉

京都律所刘铭律师获朝阳区青联公益爱心奖



《热线12》栏目



爱心公益证书、奖杯



法律援助公益广告

刘铭律师为朝阳区青联第四、五届青联委员，2014年在北京市司法局法律援助处副处级挂职期间，积极学习、宣传法援、开展调研，并亲自代理法律援助案件，全身心投入法援工作，在帮助弱势群体、促进民生保障、维护法律公平正义中履职尽责。

同时，在担任党派、政协委员、政府监察员等社会职务中，将社会职责与法援工作结合，积极开展关于扩大法律援助范围的宣传、提案征集、调研建议等工作，并常年在中央电视台、北京电视台法制频道通过具体案例进行法律援助宣讲。鉴于刘铭律师在法援工作中的付出，获得朝阳区青联公益爱心奖。

京都上海分所荣获“静安优秀律师事务所”称号

近日，京都律师事务所上海分所荣获2012-2014年度“静安优秀律师事务所”称号。

上海分所积极参与了由上海市静安区司法局举办的“静安优秀律师事务所”的评选活动。经过评选委员会公

开、公正、严格地审阅律所的申报材料，最终将“2012-2014年度静安优秀律师事务所”的荣誉称号授予了北京市京都律师事务所上海分所等9家律所。

上海市静安区共有132家律师事务所，1500多名律师，京都上海分所在

王众主任的引领下，能在众多律所中脱颖而出，更加说明了上海分所是一支素质优良、专业精通的律师队伍，我们将继续努力，为客户提供优质高效的法律服务。

京都律所合伙人瞿丽红律师当选北京仲裁委员会仲裁员

2015年2月，经过北京仲裁委员会两年的培训和选拔，京都律师事务所合伙人瞿丽红律师成功当选为北京仲裁委员会仲裁员。瞿丽红律师的专业领域为金融、证券、信托及投融资项目、并购重组、不良资产处置、房地产、招标投标项目等经济领域的多项法律业务。从事律师工作十几年来，瞿丽红律师办理过

多起大案要案，最著名的是成功代理中国银行诉南德集团其中5亿元的信用证垫款纠纷案，成为我国早期信用证系列案的典型案例。

瞿丽红律师目前还担任中国光大银行总行法律顾问，北京律师协会并购重组委员会委员，曾任北京市律协银行法委员会副秘书长，取得全国首届法

律顾问资格和独立董事资格。曾任湖北省政府首届法律顾问、武汉仲裁委员会仲裁员，曾为中国证监会证券法律提供咨询，代表北京律协银行法委员会与德国律师团进行交流。瞿律师还被《方圆律政》杂志评为2014律政年度金融律师。

媒体

央视《新闻1+1》——聂树斌案复查：从保障律师权利开始!

3月18日，央视新闻频道《新闻1+1》节目就聂树斌案复查这一新闻话题连线京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事业务委员会主任田文昌律师，田文昌律师对此进行了深入解读。

以下内容节选自2015年3月18日央视《新闻1+1》：

节目主持人董倩：从昨天到今天，山东高院这样的一间普普通通的小小的阅卷室，虽然没有对媒体开放，但是里面发生的一切，都牵动着外面所有人的心。

那么这一次最大的看点，就是因为这次阅卷的范围超出了预期，我们看为什么说是超出了预期。这一次两位律师能够看到的一共是17本卷宗，那么律师本来以为就只能够看到聂树斌案的三本卷宗，但是没有想到，这回他们同时也看到了王书金案的八本卷宗，最值得一说的是，还看到了复查卷，也就是河北省高院和河北省联合调查组的复查卷六本，加起来是17本卷宗。

其实要说是，就是这六本卷宗，作为法院作为高院来说，是可公布，可不公布的，因为完全可以把它作为内部资料不公布，但是这一次也把它全盘公布了出来。

很多人说对于这次山东高院的做法值得称赞。但是与此同时，也有人说，律师看卷宗这是题中应有之义。那么接下去我们就连线一位专家，中华全国律师协会刑事业务委员会主任田文昌主任。

田主任，首先我想听听您的看



法，因为这次两位律师都这样说，说阅卷范围超出预期，您认为就是他们看的这17个卷宗，有没有超出您的预期？

中华全国律师协会刑事业务委员会主任田文昌：应当这样说，他们说的这种认识没错，是对的，是一个客观事实，但是如何认识这个问题，恐怕不这么简单。

首先申诉代理当中，阅卷问题过去在法律上就比较模糊，没有明确的规定，那么申诉代理当中律师的作用也受到一定的限制。那么这次四中全会的决议里面非常清楚的明确的规定了，律师可以代理申诉案件，那么应当说，律师代理申诉案件这种权利本身就意味着它有当然的阅卷权，这一点是四中全会以后的明确规定，是一个进步。

接下来，律师谈到的阅卷的范围超出了预期，这也是一个事实。为什么

这样讲呢？过去确实有一种内卷外卷之分，我也遇到过，比如说法院内部的卷是律师看不到的。那么这次能够不分内外都让律师看了，这是一个很重大的进步。但是，严格的说，从诉讼理念和诉讼原则来看，律师阅卷，确实所有的卷宗律师都应当有权利看到，因为它是体现律师充分行使辩护权的一个必要的条件。试想，如果律师不能全面看到卷宗的内容，他怎么可能去全面的行使辩护权呢？

董倩：田主任，有人说，这一次山东省高院之所以采取这样的一种公开，把所有的卷宗都公开这样的一种方式，有没有这样的一种因素在里面，就是因为这件事情是特事特办，有着上级的这样一种要求，还有舆论给的这种压力，您怎么看？

田文昌：我觉得可以这样理解，



媒 体

确实有一个比较大的突破，但是我非常欣喜的认为，这个突破会给将来的律师阅卷问题开一个好头，因为意味着律师阅卷就应当具有全面阅卷的权利。

董倩：好，谢谢您，田律师。这一次两位律师表达着他们的感受，就是觉得超出了他们的这种预期。那么也有人觉得，这是不是一惊一乍？绝不是这样的。因为聂树斌案的律师，从他们代理申诉开始，十年的时间，就一直要求阅读全部的卷宗，但直到昨天他们的这种申请才得到满足。

……

董倩：20年了，我们接下去用最粗略的线条，简短的回顾一下这20年都发生了什么。首先，事发在1994年，聂树斌是因为怀疑在故意杀人强奸妇女被抓，一年之后的1995年，他被枪决。好了，又过了10年，出现了一个王书金的人被抓，他说聂树斌案的被害人是他杀的，很快河北省高院就表了一个态，说对这个案子要进行调查。那么调查了8年半之后，河北省高院裁定王书金并非聂树斌案的真凶。那么2014年的12月12号，最高人民法院指令山东高院对聂树斌案进行复查，昨天律师首次获准查阅该案完整的卷宗。

其实我们要关注的是从这开始，那么这个案子真正走入人们的视野，也就是从2005年王书金出现，一案出现了两凶。从2005到今天，整整十年还要多一点的时间，律师一再要求要看这个整个案子的卷宗，但是这个事情一直没有被满足。

那么10年的时间，最终才看到案子的卷宗，这个首次虽然来的有点晚，但是毕竟开启了程序正义的最关键的一

步。接下去我们继续连线田主任，田主任，您看10年的时间，律师要阅卷，不让看那这对外界来说，会有一种什么样的猜想和想象？

田文昌：其实从法律规定来讲，确实过去比较模糊。但是不管怎么模糊，从司法原理和原则来讲，阅卷权只要律师代理案件，阅卷权是当然的权利。其实这涉及到根本问题的，独立司法和阳光司法的问题。司法的独立性公开性体现在什么地方，一个是法院有独立的审判权。再一个是如何体现阳光下的司法，这么多年来，我们之所以很多得不到解决，包括阅卷权得不到解决，实际上是没有做到阳光下的司法。

事实上，如果说充分保证了律师的会见权、阅卷权、调查权，能够在充分保障发挥律师辩护作用的情况下去进行司法活动，在很重要意义上体现了阳光下的司法。如果是司法公开性得到了保障，你不管结果怎么样，就容易得到全社会接受和认可。相反如果没有阳光下的司法，总是背着阳光暗箱操作的话，即使你的判决没有问题，社会公众也会提出质疑，这是一个很严肃的问题。

董倩：那么我们看这10年了，律师换了一茬又一茬，他们所做的工作就是两个字，在申诉。但是如果做律师的，他看不到整个案子的全部卷宗，他能不能去申诉？

田文昌：他根本就无法行使他的辩护权，包括前一段死刑复核问题也是一样，死刑复核问题也一直存在着律师阅卷权、会见权的障碍。值得欣慰的是，刚刚不久前最高法院做了一个明确的规定，明确了死刑复核律师当中有阅

卷权了。

所以可以说聂树斌案这种重大代价所带来的一种推进，在这点上可以说有所推进，我相信，通过聂树斌案的阅卷以后，对律师代理申诉当中阅卷权的问题开了一个好头，会得到进一步的解决，这是我们大家所期待的。

董倩：田主任我们简短的比较一下，不管这回山东高院对聂树斌案的复查到底是一个什么样的结果，聂树斌案原来的审判到底有没有问题，它采用这样的一种方式，那么和以前原来的那种方式相比，会有什么样的不同？

田文昌：这是一个很大的改进，很大的进步，我认为我们应该充分认识到这一点，就是从现在做起，我们从聂树斌案的阅卷来开始，能够进一步的加强司法的公开性，进一步加强律师在辩护当中发挥作用的充分的利用。

董倩：好，田律师，稍候我们继续有问题给您。那么聂树斌案的律师们阅卷难，是律师这样的一个群体所遇到的一个问题的缩影。在现实中，除了阅卷之外，律师还有哪些权利是需要得到保障的？我们继续关注。

……

董倩：四中全会明确提出，依法治国，那么对于律师权利的保障，我们刚才通过短片看到，很多规定包括很多部门对于这个问题的重视都有，但现实的问题就是，田主任，几个字，怎么落实？

田文昌：这个问题提的非常好，可以说四中全会以来，对保障律师权益，对保障司法公开公正的措施提出了一系列非常有价值的设想和决议，应当说四中全会以来提出的这些问题是空前

媒 体

的，在中国法治界这三十多年从来没有这么集中，这么有力度。

但是问题在于，到目前为止执行起来，推动起来，还有相当大的阻力，速度还很慢。那么我认为有两个问题最直接，一个是理念的转变，到目前为止，很多问题在理念上，在认识上仍然没有转变，就是律师究竟是做什么的？律师是维护司法公正的一个组成部分，一个制约司法公正的一个必要环节，还是给司法公正捣乱的一种职业和群体。

董倩：谁的理念要转变？是包括公众吗？还是？

田文昌：包括公众，更重要的包括公检法机关，公检法机关如果把律师当成你的朋友，如果法官把律师当成你的助手或者朋友，离了律师你就无法作

出公正裁判的时候，那么律师就是法律职业共同体必要的成员。但是相反，把律师当成一种异己的力量，妨碍你进行刑事诉讼活动的这样一种职业和个体，这就有问题了。所以这个理念不转变，就很难在具体措施上得到落实。

董倩：这是理念的转变，还有？

田文昌：另一个问题，更重要的就是措施的落实。我从刑法修改到现在，很多问题上我一直提出一个问题，就是救济手段，或者叫保障性条款不足。就是说我们要求给这样的条件，要求这样的禁止，要求这样的需求都提出来了，但是如果司法机关或者司法人员违反了这些规定，这么做的时候，或者他们剥夺了限制了律师权利的时候，律师投诉无门。没有明确的法律条文来规定，比如律师会见受到阻碍了，律师阅

卷受到阻碍了，律师在法庭上辩护权受到阻碍了，律师被逐出法庭了怎么办，没有明确相应的法律条文来规定。

如果落实这些问题，必须有相应的法规条文或者政策条文，或者有司法解释来加以约束，一旦出现这些问题，那么律师的权利如何得到保证。一旦出现这些问题，相应的法律后果，包括你侦查起诉或者审判活动是否有效，要有这样明确的规定，才能把保障律师权益，进而保证司法公正的问题真正落到实处。

董倩：非常感谢田主任，今天我们关注的是聂树斌案的律师能够正常阅卷了，不仅他们的权利要保障，所有律师的所有权利都要得到保障。因为保障了律师的权利，也就是保护了整个司法的公正。🐛

京都律所刘铭律师参加朝阳区政协会议并提交相关提案

1月12日至15日，中国人民政治协商会议北京市朝阳区第十二届委员会第四次会议在北京会议中心开幕。

在此次会议上，京都律师事务所合伙人刘铭作为区政协委员认真履行政治协商、参政议政的职能，围绕十八届四中全会精神，

结合朝阳区区情，提交了“加快青少年法治教育，树立法治信仰”及“加快行政审批制度改革，建设法治政府”提案，并在会议中积极为朝阳区经济社会发展建言献策。同时，刘铭律师作为朝阳区和北京市特约政府监督员，在履行民主监督职能也



认真履行，发挥作用。

朝阳电视台等媒体通过录制“代表委员风采录”、新闻采访等形式对刘铭多年来履职奉献，所承担的社会责任进行了报导、肯定。🐛



媒体

吴立伟：聂树斌案为何十年难阅卷

【背景】3月17日，聂树斌案申诉代理律师完成阅卷，这也是聂树斌案律师10年来首次获准查阅完整卷宗。8点30分左右，聂树斌案代理律师李树亭、陈光武及聂树斌母亲张焕枝进入山东高院阅卷。此前，聂树斌案代理律师多次向河北高院提出阅卷申请，均被河北高院以各种理由拒绝。2014年12月，最高法院决定将聂树斌案指令山东高院进行复查。

律师称，这次阅卷范围之广，远远超出预期。李树亭说，从上午阅卷来看，他的初步判断是，聂案是站不住脚的，存在严重程序问题。

作为法律规定的律师阅卷权，为何一定要等上十年？冤假错案的阅卷面临哪些难题？

京都律师事务所资深刑辩律师吴立伟接受财新记者采访时表示，卷宗是案件申诉的重要依据，比如聂树斌案件，还原当时事实或者翻案，律师必须提出相关的理由，将原先认定的理由推翻，而卷宗目前是最主要的证明材料，无论是证据还是程序。“案件真凶已经出现，从认定的证据看，卷宗肯定会有问题。”

“近年来，作为‘三难’之一的阅卷难得到基本解决，”吴立伟称，按照刑事诉讼法规定，辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料等，在一审二审案件中能够贯彻，极个别案件会难一些。

阅卷难的“极个别案件”，就包括申诉案件。“律师要求查阅，法院以

各种理由推脱不让查，基本集中在申诉阶段。”吴立伟介绍，申诉案件立案阅卷都很难，表现两个方面，第一，法院根本不接受，不收当事人递交的材料，一般也没什么理由，或者直接说案件没错。第二，收下材料后，不答复，有的给答复，基本是驳回申诉，理由也多是“套话”，比如原判决认定事实清楚，证据充分，量刑适当，程序合法，裁决不予申诉等。“受理难，阅卷过程中司法部门往往会找出诸多理由加以阻挠。”

吴立伟在代理的申诉案件中也曾多次遭遇阅卷难，“之所以申诉案件阅卷难，主要是由于司法机关的执法理念严重扭曲。以聂树斌案为例，十年不允许阅卷，如果司法机关敢于纠错，案件经得起考验，为什么会害怕律师阅卷？司法机关不敢把审判放在阳光下，害怕律师纠正错误。”

“很多执法机关不认为自己会错，当事人申诉是为了逃避罪责，甚至还有人称，‘谁都说无罪，杀人者也会说自己无罪’。”吴立伟表示，这种理念主导下的司法自然会阻碍申诉，维护司法机关形象，甚至维护个人形象。从动机上看，错案平反后也会涉及赔偿、个人追责，影响主要领导政治生命等。

吴立伟认为这种理念仍然广泛存在于公检法系统内，“如果不改变，法治秩序很难有长足发展。”

阅卷是律师的权利之一，只有保



吴立伟

障足够的阅卷权，律师才能做出法律上的判断，提出相关申诉意见。按照刑事诉讼法和相关司法解释的规定，辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。其他辩护人包括代理律师，

需经法院许可，才可以阅卷。但是，并没有针对代理刑事案件申诉的专门规定，河北高院也多以此为拒绝理由。吴立伟表示，法律并没有禁止申诉过程中的律师阅卷，这种情况就应该视为可以阅卷。申诉案的阅卷问题在聂树斌案件中得以突显。

申诉案阅卷难能有所改进吗？吴立伟认为未来通过修法或者司法解释，应该会逐步完善。他以死刑复核为例，起初死刑复核不允许律师介入，法院核准即可，后来律师可以参与，但非常艰难，比如案件是否到最高法院，不知道，如果到了，谁是负责人，也不会告诉律师，几乎见不到办案人。后来逐渐得到解决，近日最高法出台《关于办理死刑复核案件听取辩护律师意见的办法》，辩护律师可以联系最高人民法院查询立案信息和查阅、摘抄、复制案卷材料。

“法治的建立不会一蹴而就，很漫长，也很艰难。目前强调的有法可依，基本做到了，虽然法治整体环境在转变，但有法必依还不行，个别案件仍然举步维艰，要转变司法人员的意识。”吴立伟说。✎

媒 体

邹佳铭：冤假错案与审判中心主义

2015年2月26日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于全面深化改革的若干意见》（以下简称《意见》），其中很重要一个改革措施就是“建立以审判为中心的诉讼制度”。京都律师事务所邹佳铭律师在财新网发表专栏评论时称：这既是司法顺应诉讼规律的基本要求，也是人民法院对社会各界吁求避免冤假错案的积极回应。以下是评论全文：

从诉讼制度层面反思近年来舆论曝光的多起冤假错案，我国公检法三机关配合有余，制约不足的机制是症结所在。这种流水线式的案件处理模式，是以侦查程序为中心的，而侦查程序又以获取犯罪嫌疑人口供为中心，这就极易导致侦查权扩张，侵犯犯罪嫌疑人的基本人权，并埋下冤假错案的伏笔。同时，法庭对于书面证据的全面采信，又使得庭审沦为走过场，律师更是摆设。犯罪嫌疑人一旦进入侦查程序，就被打上“罪犯”的烙印，后面的程序只不过是层层描黑并加深这个烙印而已。

《意见》中关于审判中心主义的建构，值得关注和肯定的是几个具体的规定：第一，“禁止让被告人或上诉人穿着具有监管机构标识的服装出庭受审”和“禁止对律师进行歧视性安检”，虽然只是对着装形式和庭外安检程序的规定，却是对诉讼参与人身份的重新定位，意味着法院正在构建一种控

辩平等、被追诉人是诉讼参与者而不是庭审对象的现代刑事庭审模式，这体现了无罪推定、控辩平等的基本原则。第二，“推动建立领导干部干预审判执行活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度”，不仅是对十八届四中全会相关精神的具体落实，也有针对性地直接指向实践中干扰法官独立办案

的最现实问题。在机构设置、管理体制等宏观制度建设需要时间摸索和见成效的情况下，此类具体制度的设计更具实践效果。第三，“重视律师辩护代理意见，对于律师依法提出的辩护代理意见未予采纳的，应当在裁判文书中

说明理由”的规定，加给法官尊重律师辩护代理意见的负担，这是律师辩护代理取得实效的关键。庭审中的调查、质证、辩论等活动，最终的目的都是为了说服法官，并最终影响裁判结果。判决书如果对律师辩护代理意见置若罔闻，不仅是对律师的不尊重，实际上也是对庭审本身的否定。即使法律在字面上赋予律师再多的权利，也只不过是庭审的点缀而已。

审判中心主义的核心是以审判权制约侦查和检察权，以下问题则严重限制了这种制约力：第一，查封、扣押、冻结、处理涉案财物程序，缺少司法审查的制约，导致部门利益和经济利益严重侵蚀公民权利，并出现为经济利益制造案件的极端事件，严重损害了司法公正。学界和实务界呼吁

多年严格实行“收支两条线”的财政制度，规制和完善涉案财物处理程序，但是至今难以见到有效的立法推进。第二，质证权无法落实到实处。因为证人、鉴定人不出庭，无法展开有效的交叉询问，所以侦查机关调取的证据很容易一路畅通无阻地被法庭采信。要改变这一现状，必须真正落实证人、鉴定人出庭制度，规定对于控辩双方争议较大或者影响定罪量刑的证人和鉴定人，必须出庭接受质证，否则该证据不得作为定案根据。第三，非法证据排除规则虚置。其中两个重要的原因是，录音录像没有发挥应有的作用和重复自白难以得到排除。鉴于此，规定控方必须承担出示全程录音录像的举证义务和后果是完全必要的。对于重复自白问题，可以考虑只要存在非法取证的事实，被告人和证人的庭前供述一律不可采，以其庭审供述和证言为准。第四，律师依法行使辩护权的保障不力。以庭审为中心是审判中心主义的应有之义，而庭审又应以证据审查为中心。如果没有律师专业知识的协助，被告人根本无法有效地行使质证权和其他辩护权。而法官囿于中立性，也不能主动对证据提出质疑，只能借助律师的帮助，不采信或排除相关证据，从而打破原来对端上来的菜照单全收的局面，并实现对被追诉人的人权保障。所以，在某种程度上而言，只有律师成为法官的助手，才会有真正的对抗和庭审，并通过审判抑制和约束侦查和检察权，实现审判中心主义和法治。就此而言，可以说，律师依法辩护权有多少缺失，我们离审判中心主义就有多远。🦋



邹佳铭



媒体

京都律所柳波律师：遏制疯狂“土拨鼠”需填补法律漏洞

随着轰隆一声巨响,北京市西城区德内大街93号院发生大面积塌陷。经查,该事件系业主违规私挖地下室所致。在公众认为这仅仅是一起“有钱任性”的个案时,北京四合院私建地下室成风的乱象被媒体曝光。更有甚者,有承包者在废弃鱼塘下面建成2400平方米地下室,共有隔断间170多个,出租给52户共100多人。

专家指出,我国当前关于城市地下空间开发的法律存在立法层级低、内容不全面、处罚力度低三大漏洞,亟待完善。同时,应改变当前“九龙治水”的管理现状,实行常态化严格执法,让疯狂私挖地下空间的“土拨鼠”无处藏身。

利益驱动铤而走险

5日,德内大街93号院业主李宝俊首度露面。他表示对塌陷一事负有不可推卸的责任,愿意接受处罚,承担居民一切损失。此前,德内大街93号院门前一处路面发生塌陷,形成一个深10余米的大坑,事故致该院北侧4间民房倒塌。

李宝俊说,他曾打算建造地上三层地下两层的建筑作为公司的研发室,但加盖遭邻居拒绝后,他选择私挖地下室扩大面积。此前他对外称,德胜门内大街93号院由其妻弟居住,挖地下室的工程是妻弟所为。

此案仅仅是违规开发地下空间的“冰山一角”。据媒体报道,当前四合



柳波律师

院甚至小户型平房改造地下室逐渐形成风气,给装修公司和中介带来了新业务。私挖地下室背后的驱动力,正是高额利益。同样是300平方米的四合院,如果挖了同等面积的地下室,其身价就增加了1000万元。

“私挖地下空间具有一定隐蔽性,当前执法手段有限,多以下达责令停止建设通知的方式进行,而且执法成本高,查处难度较大。”京都律师事务所合伙人、北京市律师协会刑法专业委员会副秘书长柳波律师说。

柳波律师介绍,根据我国城乡规划法,未取得建设工程规划许可证或未按建设规划许可证进行建设的,构成违法建设行为,城乡规划主管部门可以责令停止建设。尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的,限期改正,处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款;无法采取改正措施消除影响的,限期拆除,不能拆除的,没收实物或者违法收入,可以并处建设工程造价百分之十以下的罚款。

相关法律亟待完善

1月29日,北京市严厉打击违法用地违法建设专项行动指挥部办公室下发通知,加强对四合院和居住区内地下违法建设的查处力度。通知对擅自开挖地下室给予明确界定,即未经规划许可或者违反规划许可的内容,在四合院、低密度

住宅和城镇居住区的楼间,大面积开挖超过1米深的基坑的行为。此外还规定,相关部门要求违建当事人恢复原样,当事人拒不执行的,可强制对地下室回填。

对违法行为加大打击查处力度是必要的,但是完善相关法律法规才是治本之策。将现有部门规章上升为行政法规;在修订法律过程中强化法律责任,对违法行为进行严厉处罚。应尽早完成修订出台该法律以及时制止违法行为,保护公共利益。

监管不能九龙治水

事故发生后,北京市西城区新闻办通报称,早在去年7月就接到群众举报,相关部门随之要求停工,并责令产权人接受调查。去年10月,西城区规划分局向产权人下达责令限期改正通知书。但据媒体报道,现场工人表示从去年5月至坍塌事故发生前,地下室施工一直断断续续隐蔽进行。有关舆情监测统计显示,25.7%网民追问监管部门责任以及4年前地基井下作业3人死亡事件的追责问题。

柳波律师指出,地下空间开发涉及规划、开发、建设、利用、管理等多个环节,各部门职能交叉、管理交叉、各管一段的现状,导致监管工作无法形成合力,执法具有选择性。但这不能成为目前监管失控的理由,应该加强行政责任意识,加大行政问责力度,加大监管力度,行政执法到位而不缺位,实现各自管好自己的一段。

(来源:法制日报)

走出刑事诉讼理念的误区

■ 田文昌 / 文



在中国再度强调依法治国，奋力推进司法改革的大环境下，面对近年来陆续暴露出来的一系列冤假错案，带给人们太多的思考和困惑。而最重要的，应当是对深层原因的探究。法治建设30多年来，发生冤假错案的原因有很多种。诸如权利干预、地方保护、刑讯逼供、办案人员素质、司法不公开、监督不力……如此等等。问题在于，这些原因虽然已经引起人们的关注，但迄今为止，对于消除这些原因的努力和方式，却仍然阻力重重，争论不休。这种现状，似乎已经成为一种难以解决的困扰，形成了阻碍法治化进程的羁绊。

那么，形成这种现状的根源又是什么？法治化进程中的阻力究竟来自何方？追根溯源，我们还是应当回到观念的自省。历史上，任何事物的发展都无法超越其必经的历史阶段，而在每一个阶段的提升和跨越过程中，都必然要面对理念的更新。一种滞后的理念无法适应新的机制，反之，一个新的机制也无法在旧理念的围困中正常运行。而我们目前却正是处于这种痛苦挣扎的尴尬境况之中，这正是困扰我们推进法治化进程的根源所在。

回顾和反思30多年来法治化的发展进程，可以发现一个十分令人困惑的问题：我们关于刑事诉讼的诸多理念至今还没有走出认识的误区。这些错误的认识，既束缚了我们的思想，也束缚了我们的行为。深入梳理和分析这些理念发展演变的过程和现状，冲破思维方式的桎梏，会有助于我们排除前行中的困扰。

误区一，关于既不要无罪推定也不要 有罪推定的冲突。

无罪推定原则是以保障人权为宗旨的近现代法治文明的体现，也是国际社会普遍遵行的诉讼原则。无罪推定与有罪推定的根本区别，是在于对犯罪嫌疑人、被告人的身份定位。如果以无罪推定为原则，那么，在法律的判决生效之前，犯罪嫌疑人、被告人就被假定为无罪，他就应当以无罪之身而享有与其他公民同等的各项权利。如果以有罪推定为原则，那么，在法律的判决生效之前，犯罪嫌疑人、被告人就已经被假定为有罪，他就会被当做罪犯对待，至少也是一种准罪犯的待遇。然而，实践中，在对于犯罪嫌疑人、被告人身份定位的问题上，只能有两种选择，要么按无罪的人对待，不得剥夺或限制其权利；要么按有罪的人对待，可以剥夺或限制其权利。除此，别无选择。那么，很显然，这是两种既不可能同时存在，也不可能同时不存在的原则。如果同



时存在，那么，犯罪嫌疑人、被告人的身份就会因即是罪人又非罪人而无法定位。如果同时不存在，那么对犯罪嫌疑人、被告人的身份也同样无法定位。所以，事实上，在古今中外的刑事诉讼模式中，无罪推定与有罪推定从来都是两种既不能共存，又无法超越的原则，因为除此之外不可能做出第三种选择。只是伴随着法治文明的进步，实现了从有罪推定向无罪推定的转变而已。

然而，十分遗憾的是，这种“超越”的观点在我们国家却持续了相当长的一段时间。在20世纪80年代初期，无罪推定原则在我国是被视为反动理论而遭到批判的，而批判无罪推定原则最自信的理由也是最响亮的口号就是“实事求是”。声称我们“既不要无罪推定，也不要无罪推定，只坚持实事求是。”但是，批判者却没有认真地思考过，这种“既不要无罪推定，也不要无罪推定”的观点在逻辑上却是一种冲突，而这种在否定无罪推定基础上所形成的冲突，所导致的后果却只能是有罪推定。因为，在无罪推定与有罪推定之间并没有中间道路可走，这种“超越”论只能是一种脱离实际的愿望而已。而司法实践中的无数事实已经不断地证明，有罪推定的倾向之所以长期以来在我国占据主导地位，正是我们否定和批判无罪推定原则所带来的直接后果。

以实事求是的抽象目标去否定无罪推定原则所导致的后果，不仅仅是走向了事实上的有罪推定，更可怕的还在于因失去准则而放任了主观随意性。

从自身含义而言，实事求是作为一种追求真实的价值目标，其正确性和正当性显然是无可置疑的。然而，如果这种目标抽掉了方法论的支撑却会变得虚幻莫测。因为，一旦脱离“求”的方法和“是”的标准，实事求是就成为可以被任何人利用和歪曲的空话。关于实事求是被滥用的最典型例证莫过于文革动乱中的大批判、大辩论。当时，在轰轰烈烈、乐此不疲的大批判、大辩论中，两派观点都打着事实求

田文昌律师简介



京都律师事务所创始人，原主任，现京都律师事务所名誉主任。中华全国律协刑事业务委员会主任，西北政法大学刑事法律学院名誉院长，中国政法大学、北京大学、清华大学、社科院法学所等多所高校兼职教授。2002年被美国刑事辩护律师协会授予“终身荣誉会员”证书，2013年被评为“CCTV2013年度法治人物”。

是的关系仍然没有彻底理清楚。这种状况，严重困扰着人们对无罪推定原则的正确理解，致使无罪推定原则难以得到推行和实现。

是

的旗号背诵着关于实事求是的毛泽东语录，声称自己是实事求是。然而，这种延续了十年的论争却最终也无法达成共识，仍然是各执一词，自以为是。由此，在缺乏作为方法论的具体原则和明确标准的情况下，实事求是只不过是

一句可以被随意解读的可望不可及的空话。而更可怕的是，实践中，当人们对“是”与“非”的标准莫衷一是，而又都以实事求是者自居的时候，最终的结局往往就只能以话语权来决定胜负。在权力面前，既可以做到“是也不是”，也可以做到“不是也是”。

同理，在对犯罪嫌疑人、被告人身份定位问题上，如果抽掉了无罪推定和有罪推定的具体原则，而只是以实事求是的抽象标准为依据，那么，同样会导致对求是标准的主观随意性。

虽然，随着法治建设和诉讼理念的

提升，目前无罪推定原则已经被我国社会主流观点所接受，并且在刑事诉讼法条文中已经得到体现。但遗憾的是，却仍然没有做到将这个原则堂堂正正地明确规定在刑事诉讼法中。这也就意味着，迄今为止，无罪推定与事实求

是的关系仍然没有彻底理清楚。这种状况，严重困扰着人们对无罪推定原则的正确理解，致使无罪推定原则难以得到推行和实现。

误区二，关于既不冤枉一个好人也不放过一个坏人的冲突。

多年以来，我们一直在坚守并宣传着一种原则，就是在打击犯罪的时候，要做到“既不冤枉一个好人，也不放过一个坏人。”然而，我们似乎却从来都没有认真地思考过这种口号的可行性。毫无疑问，这种不枉不纵的原则，从理论上讲并无不当，从理想上说更是一种最高境界。但是，当枉与纵二者之间发生冲突时，不枉不纵就难以两全了。重要的是在难以两全而无法兼顾时，我们应当如何做出选择，这才是我们必须面对而无可回避的问题。美好的愿望与严酷的现实

是不容易相提并论的，法律的原则更不能建立在脱离实际的理想主义基础之上。

近些年来，一桩桩冤假错案接连不断地暴露出来并引起全社会广泛关注的严酷事实，再一次对“不枉不纵论”提出了不容回避的拷问：在“枉”与“纵”二者之间发生冲突而难以两全时，还能否做到既不冤枉一个好人，也不放过一个坏人？无可否认的是，在当代科学技术条件下，对于案件的侦破是不可能完全准确无误的。只要在证据的指向不具有排他性，对“是”与“不是”的疑点无法充分排除的情况下，就不可能到达既不冤枉也不放纵的理想目标。正由于如此，才出现了“疑罪从无”和“疑罪从有”两种反映不同价值观的定罪原则。简言之，就是“宁可错放，也不能错判”，还是“宁可错判，也不能错放”？这是一种不得已的选择，二者必居其一。从社会效果而言，对于前者，“不能错判”所

导致的后果是：有可能放过了真正的罪犯，却避免了冤枉好人，同时维护了司法程序的正当性。对于后者，“不能错放”所导致的后果是：有可能惩罚了真正的罪犯，同时也有可能冤枉了好人并污染了司法环境；而更

大的危害还在于，一旦铸成冤案，就会使真正的罪犯因被他人替罪而彻底逍遥法外，甚至客观上还会鼓励他增强继续作恶、危害社会的信心。所以，“疑罪从无”显然是权衡利弊之后的科学选择。

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

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

为了公正，为了人权，为了社会和谐，“宁可错放，也不能错判！”“宁可放过坏人，也不能冤枉好人！”应当成为我们坚决奉行的司法原则。

误区三，关于法律真实与客观真实并重的冲突。

重实体、轻程序，是我国自古以来的传统观念，也是导致司法不公正的重要原因。近十几年来，随着法治化水平的提高，刑事程序法在我国已经受到空前重视，对于程序公正的重要意义，在理论界和实务界已经达成共识。但是，仍然令人遗憾的是，关于证据标准的争议却至今也没有尘埃落定。这就是法律真实与客观真实之争。

法律真实也叫证据真实，是以法定的证明标准作为认定犯罪的依据，其所证明的事实只能做到相对真实，而并不追求绝对真实。客观真实则是要求以客观存在的事实真相作为认定犯罪的依据，其所反映的事实应当是绝对的真实。这两种证据标准相比较，就概念本身而言，客观真实论的主张显然更具有合理性。之所以发生两种证据观之争，原因显然并不在于其合理性而是在于其现实性。

事实上，追求客观真实的证据标准，一直是人们有史以来自始不渝的理想目标。无论是古代社会中的神明裁判，还是一直延续至今的刑讯逼供，也都不过

是寻求客观真实的不同方式。但是，直到今天，在人类社会的科学技术水平已经十分发达的情况下，还是无法做到以绝对可靠的技术手段来寻求所有犯罪的事实真相。所以，对客观真实的认定，至今仍然是一道未解的难题，同时，也成为铸成错案的重要原因，因为对无解答案的解释权只能出自于法官内心确信的主观判断。而法律真实的证据标准，正是在这种困惑中出现的。

法律真实所追求的结果虽然只能做到相对真实，却由于其证据规则的确定性而避免了主观判断的随意性。同时，由于法律真实的证据标准以有利于被告原则为前提，即使在待证事实不确定的情况下也有利于防止无罪错判。所以，在客观真实的证据标准还不能充分实现的情况下，法律真实的证据标准显然更具有合理性与可行性。由客观真实而走向法律真实，既是认识水平的提升，也是理念的转变，可以说是实现了由盲目而走向理性的重要转变。

值得庆幸的是，经过论争之后，法律事实的主张终于得到认同。但遗憾的是，客观真实的标准却并没有被法律真实所取代。于是，又出现了法律真实与客观真实并重的冲突。

回顾和反思30多年来法治化的发展进程，可以发现一个十分令人困惑的问题：我们关于刑事诉讼的诸多理念至今还没有走出认识的误区。



张。坚持“并重”的主张其实也不无道理，意在坚持对真相的探究，强调即使以法律真实为标准，也不能忽视对客观真实的考虑。然而，“并重”说最大的误区就是发生了两难选择的冲突。因为，它无法解决客观真实与法律真实的冲突。当两者一旦发生冲突，首先，人们主观上一定会倾向于追求客观真实，因为它正是人们所希望得到的事实真相。其次，权衡两种标准的选择权由于失去了法定依据而只能取决于人的主观意志。于是，以话语权为主导的主观随意性便不可避免。

历史和现实一再地证明，标准的唯一性才是公正的前提，双重标准就等于没有标准。“并重”说出自于全面、慎重的良好愿望，却因其标准的多元性而陷入了逻辑关系的混乱。更危险的是，为认定证据的主观随意性留下了可乘之机。

误区四，关于打击犯罪与保障人权并重的冲突。

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

在刑事诉讼活动中如何体现保障人权的价值观，在我国一直是一个充满争议的话题，而以打击犯罪为主旨则体现为主流观点。保障人权的理念之所以在刑事诉讼活动中长期受到漠视，除了社会公众的报应刑观念比较强烈之外，还有一个重要原因，就是出于抚慰被害方的考量。当一个犯罪行为发生尤其是暴力型犯罪发生后，人们出于对被害方的同情，往往就会将所有的愤怒都指向犯罪嫌疑人、被告人，甚至会忽略这个人的罪行能否被证实。司法实践中，在一些暴力犯罪尤其是杀人犯罪的诉讼过程中，即使在犯罪证据不足的情况下，被害方亲属也会不依不饶，甚至以死相逼地坚持要求严惩“罪犯”。因为他们已经把犯罪嫌疑人、被告人当成了侵害其亲人的真正罪犯，并且，他们认为如果这个人不是罪犯他们的亲人就无法得到慰藉。在这种情绪之下，就容易将疑似的罪犯甚至假定的罪犯当成真正的罪犯。值得关注的是，这种情绪普遍存在于众多的人群之中。在讨论保障人权和刑事辩护的很多场合，都会有人提出一种很强烈的质疑：

“当你为罪犯辩护，强调保障犯罪嫌疑人、被告人的人权的时候，你有没有考虑到被害方的感受？”这种质疑在情理上

是无可指责的。但是，质疑者却忽略了问题的另一方面，那就是当我们还没有充分证据确认犯罪行为人时，不能用一个无辜者的生命或自由去平扶被害方和社会公众的悲情。近几年陆续暴露出来的一系列冤假错案都表明，在以无辜的替罪者的生命去平息了当时的悲情和义愤之后，个人和社会将会被背负多么巨大的代价！如此惨痛的教训表明，刑事诉讼活动中保障犯罪嫌疑人、被告人的人权，既不是对罪犯的仁慈，也不是对被害人的伤害，而是对无辜者的保护，更是对全社会的保护。

近年来，随着全社会人权保障意识的增强和国际社会对人权保障问题的关注，我们终于将保障人权写进了刑事诉讼法条文之中，表明我国已经在立法上明确规定了保障人权的诉讼理念。但是，由于前面所提及的原因，我们仍然未能将保障人权作为刑事诉讼的主要目标，而是提出了打击犯罪与保障人权“并重”的原则。于是，又一次出现了两难选择的尴尬。有观点认为，“并重”说更全面，并无不当。也有观点认为，“并重”说是一种缓冲、过渡，可以给人们留出更多思考的空间，还能减少争议。可问题在于，有些冲突是无法绕过的，回避矛盾并不是解决问题的有效方式。例如，在刑事诉讼过程中，严厉打击、从重从快、平息民愤与无罪推定，疑罪从无，排除非法证据，显然是矛盾冲突的两个方面。是强调在确保打击犯罪的前提下，有效地保障犯罪嫌疑人、被告人的人权？还是强调在确保犯罪嫌疑人、被告人人权的前提下有效地打击犯罪？这是两种不同的价值选择，是不可能并重的。若选择前者，就只能以打击犯罪为主，若选择后者，就只能以保障人权为主。二者不能两全，这是一个无法回避的现实。因此，只有正视现实，明确选择，才是解决问题的有效方式。而回避现实的“并重”说，则只能导致双重标准的混乱局面，当两种价值观发生冲突时，或忽左忽右，或无所适从。

前述论及的四个误区的共同之处在于：它们在表面形式上貌似合理，且全面、周延，无可挑剔。在实质内容上互相冲突，无法兼容。然而，多年来，这些认识在某种程度上已经深入人心，有些人甚至已经深陷其中而难以自拔。

现在，是时候应当走出这种误区了。

中国的法治之路已经走过了三十多年，成就的背后更暴露出法治化进程中的种种困扰。而其中亟待突破也是最难突破的，就是理念的滞后。因此，我们必须正视现实，冷静、理智、旗帜鲜明地走出理念的误区，才能摆脱思想的桎梏而转向真正的法治思维。✿

高净值人群 家事法律风险防范





家族企业中的职务侵占罪探析

■ 公正国 / 文

家事纠纷，诸如离婚、抚养、析产、继承等，多以协商或民事诉讼途径解决。然而生活实践中，确有夫妻反目、兄弟相残，因婚姻风波、财产争夺启动刑事控告程序，以致对方成罪入狱，比较常见的罪名就是家族企业中家庭成员的职务侵占罪。这类犯罪，除了因为“家人”、“亲情”的因素而引起人们的顿足叹息外，引起法律人关注的，是个人财产、家庭财产、公司财产的关联区别及“罪与非罪”的探讨争议。本文在评述几起家事纠纷引发的职务犯罪案件的基础上，探讨总结“家人”职务侵占罪的产生原因，以期提升大量的“夫妻公司”、“家族公司”的经营管理者的刑事防范意识，规范经营公司，预防犯罪风险。

前几年在北京房产界有“美女操盘手”之称的李爽职务侵占罪一案，引起了法律界极大的争议。北京天旭房地产开发有限公司是李爽的丈夫孙旭创办并绝对控股的公司，平时夫妻及家庭的大小花销从公司财务直接走账，是典型的“家庭公司”，李爽任公司副总经理。后因感情纠葛，两人协议离婚，孙旭承诺支付李爽900万元资金但未兑现。李爽利用公司和某广告公司做户外广告的业务机会，合同上的广告费比实际协商的广告费提高20余万元，从而占有了这虚高的20余万元。孙旭控告李爽职务侵占罪，最后法院以此罪判处李爽五年有期徒刑。李爽占有20余万元的事实客观存在，但对此是否构成职务侵占罪，法律界争议颇大。持有罪意见的理由是天旭房产公司是有限责任公司，孙旭只是大股东，李爽占有20万元公司财产，完全符合职务侵占罪的构成要件；而反对意见的主要理由是，李爽占有公司财产，形式上符合职务侵占罪的构成要件，但应尊重天旭公司名为有限公司、实为孙旭完全掌控的家庭公司的客观事实，李爽是占有了丈夫的家庭财产，且有双方离婚财产约定的前提，其行为不构成职务侵占罪。笔者同意“有罪”的意见，因为即使李爽丈夫

是公司的大股东，公司的资产也不等同于其丈夫的资产；股东只享有股东权益，未经法定程序分配，公司的资产就没有转化为股东的个人财产。至于“法人治理结构不规范、家庭财产和公司财产混淆不明，家人占有“公司”财产，应区别于一般的公司管理人员占有公司财产的犯罪行为”的观点，只是一个量刑情节问题，并不影响犯罪定性。

而轰动一时的“真功夫”公司总裁蔡达标职务侵占罪一案，从犯罪事实到法律定性，均无争议。“真功夫”公司是蔡达标和其妻潘敏峰、妻弟潘宇海共同创业发展起来的全国性连锁餐饮公司，夫妻二人和潘宇海分别持有50%股份。2011年蔡达标案发前，公司已引进风险投资人并筹划上市，但却因为二人的婚变风波、股权纠纷诉讼导致上市停滞。蔡达标在2006年与潘敏峰协议离婚后，采取种种措施虚化潘宇海的公司控制权，意欲独自掌控公司，最后引起潘氏家族的反击，控告蔡达标职务侵占、挪用资金等犯罪，后来法院以该两罪判决蔡达标14年有期徒刑。笔者无意去关注本案反映出的蔡达标婚外情及私欲膨胀的道德问题，引起笔者关注的是蔡达标低级的、直接的犯罪手段：直接虚构公司和业务单位的合同，将公司的资金汇至个人账户，而其“偿还个人垫付的业务费用”的辩解，亦因无证据而无从认定。这或许正是这类视公司资产为个人财产的“法盲”暴发户常犯的低级法律错误，事实清楚，证据确凿，一旦被控告，无从辩护。

上述案例是夫妻离婚后控告对方犯罪已经令人惊奇，而长春某实业集团董事长迟某（未见公开报道，故隐名）职务侵占罪一案，因是兄弟反目、母子相残而更多了一份悲惨。迟某个人出资占有集团下属的长春某物业管理公司90.09%股份，登记在其70余岁的母亲姚某名下。后迟某将该股份转移到郑某名下代持，其弟和其母控告其职务侵占罪，最后法院判决迟某成罪。迟某转移的是自己投资持有的股份，即使

转移手段存在问题，何来职务侵占罪？

但是，在日积月累的家庭恩怨和巨大的经济利益面前，迟某母亲、弟弟纠缠控告，地方权力部门强行干预，抓住迟某占有“公司股权”的表面事实，“占有自己股份”的迟某被判职务侵占罪处以8年有期徒刑。

“职务侵占罪”，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。上述案例均为在家族公司中“家人”“侵占”公司财产而成罪。家族公司并非《公司法》界定的法律概念，其通俗的解释是“家庭成员持有公司全部股份或绝对控股的公司”。正是因为“家族公司”中的股东、管理人员为夫妻、兄弟、亲戚关系，股公司的股东会、监事会等法人结构形同虚设，公司的创始人或实际控制人在公司管理、经营各方面“一人说了算”，极易形成利用职务便利侵占公司资产的犯罪。而探讨总结家人控告对方犯罪的原因，无非是“爱恨情仇”的情感因素和私欲膨胀的利益驱使。笔者更关注的，是“家人”触犯职务侵占罪的法律层面的原因，从反面提示家族公司的经营管理，矫正错误的观念，杜绝违法侵占的行为，从根本上防止“职务侵占罪”的发生。具体总结为三点：

第一，混淆公司财产和股东个人财产的概念，认为占有的公司财产就是个人的财产。严格地讲，公司股东在公司中并没有个人财产，其原始的出资已经转化为公司资产，而其个人的投资权益必须经过法定的程序分配公司的净资产才能变现。李爽职务侵占案中，被告认为自己无罪的理由就是“公司是其丈夫的，公司的钱就是其丈夫的钱”，正是这种认识上的错误，使其心地坦然地占有公司资产而无意识地陷入犯罪。许多家族公司的实际控制股东，也正是因为这一认识上的误区，个人财产和公司财产不分，处置公司的财产等同于处置自己的财产，随意支配公司资产用于个人消费，一

公丕国律师



北京市京都律师事务所合伙人
主要执业领域为：经济犯罪辩护、公司法律事务、商事合同纠纷、非洲法律事务。担任际高建业集团、北京建安浦城、芝莆（香港）基金、中非工商联会等常年法律顾问。曾经为“五毒书记”张二江贪污受贿案、“4、27专案”新立克集团高官贪污案、新华社高级记者冯xx诈骗案、苏州xx公司秦某单位行贿案、香港罗氏集团与北京住总集团、华科实业、总后勤部等股权转让系列案、苏州长江路市场公司与梅世林合作合同案、中地海外担保尼日利亚融资项目、莱索托使领馆房产处置、保利集团某公司摩洛哥太阳能提水灌溉项目等案件的辩护或代理。

旦遭遇控告，难以逃脱牢狱之灾。

第二，混淆有限责任公司和个人公司的属性，认为处置公司资产无关他人的利益，这是家族公司管理人的又一个认识误区。有限责任公司是“股东以出资额为限对公司承担责任、公司以其全部财产承担债务责任”，其与“投资人对企业的债务承担无限责任”的个人公司最大的区别是，对公司资产的处置不仅关系到公司股东的权益，还影响到公司债权人的利益。公司资产被侵占，降低了公司对外偿债的能力。家人控告对方职务侵占罪程序一旦启动，即使家人达成和解意欲撤回控告，也无法中止司法程序的进行。

第三，公司管理经营过程中，因为家人关系的因素，缺失法定的必要程序，导致被控职务侵占罪时有理说不清。家族公司的特点之一就是股东都是或多为“家人”，正因为这一特殊因素，公司的股东或管理者就忘记或漠视必要的手续或程序而涉嫌犯罪。如长春迟某职务侵占案中，迟某实际出资却把股份登记在母亲名下，如果两人有一个“代持股”之类的书面协议，也就很可能避免了后来的股权之争和家人控告犯罪的发生。再如最简单的例子，股东向公司借钱，要经过股东会或董事会决议，否则会涉嫌“挪用资金罪”；还应该签署借条财务记账，之后用个人财产或股东分红及时归还，否则就会构成职务侵占罪。

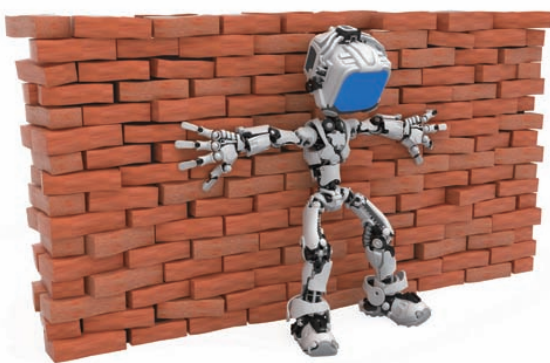
公私财产不分、账目混乱、侧重亲情而忽视法律规定，是目前家族企业的通病。而这一通病，为家人利用职务便利侵占公司资产提供了机会，使家人有意或无意地陷入犯罪。既然是以“公司”的形式合作经营，管理者就应摒弃家庭作坊式的随意处置财产的错误思维，严格按照公司法的规定，健全并落实法人治理结构，规范经营，公私分明，减免家人侵占公司资产的机会，避免因家事纠纷引发的控告犯罪的悲剧。✎



企业家家庭财富的防火墙

——家庭财富与企业经营隔离的必要性

■ 宇文鸿雁 牛星丽 / 文



近年来家族律师在中国大陆地区渐渐兴起，他们不是平常意义上的诉讼出庭律师，而是为家族企业处理已经发生或可能发生的一切法律事务的律师群体。中国的企业家，大都是五六十年代白手起家的创一代，他们或夫妻创业或兄弟联手，全身心投入到创业中去。在他们埋头奋进的几十年里，中国的法治建设也在逐步完善，而企业家们在其家族企业管理中在仍然沿用“家庭式管理”：将家庭财产与企业财产混为一谈；因同为企业股东的夫妻、兄弟之间的家事纠纷而引发股权纠纷就更为常见，企业家们往往由于缺乏法律风险防控能力，缺乏专业律师的建议而输掉了几十年的心血。

分享一组数据：《2013年私人财富报告》统计：截止2012年，国内拥有可投资资产超1千万元高净值人群的“千万富豪”已超70万人，中国富人的基数已经远远超越人们的想象，手持大量财富的富人中，逐渐开始接受运用信托、保险等不同工具来筹划和设置不同类型的资产。同时中国的富人也开始学习西方的经验，雇佣专属的家族律师，为家族的资产运营和打理家族企业保驾护航。

《2014年胡润全球富豪榜》数据显示十亿美元以上级别的华人富豪457位，平均年龄59岁，在未来的5到10年内，全国约300多万民营企业企业家面临企业财富传承问题。

“创富”不再是首要目标，相对于工薪阶层企业家虽然

很有钱，但过去几年，千万富豪的首要财富目标依然是“创造更多财富”。而2013年到2014年数据统计：“财富保障”已经取代“创造更多财富”及“高品质生活”和“子女教育”成为众多企业家首要关注的目标。

企业家家族财富的保障首先要降低并解决家庭隐形的风险，当企业家面临离婚纠纷、继承纠纷等法律风险时如何规避；婚前个人财产与婚后夫妻共同财产如何分离；企业家家庭财产与企业财产如何隔离等等这些风险将不得不面对。

诸如很多企业由于后院起火引发离婚纠纷导致家庭财产分割，或因疾病或意外死亡等事件产生继承纠纷引发家庭内战，导致家庭财产流失，其企业经营随之出现一系列的问题，最后连最基本的家庭基本生活都失去保障；众多的企业家由于家事纠纷导致公司上市受阻，公司财产被查封，公司经营丧失；甚至家事纠纷导致企业家陷入刑事案件等等案例已经屡见不鲜。

家族内斗，公司受损

据媒体报道：2013年12月12日真功夫公司董事长蔡达标因犯职务侵占罪和挪用资金罪，被广州市天河区法院判处有期徒刑十四年。经广州市中级人民法院终审判决：维持一审判决。2014年5月5日真功夫餐饮有限公司与蔡达标股东知情权纠纷案在广州市中级人民法院终审宣判：真功夫公司于判决生效后十日内，将2011年3月17日至2013年7月18日止的会计账簿提供给蔡达标委托的代理人及会计专业人员查阅，将此期间的董事会会议决议、监事报告、财务会计报告提供给蔡达标委托的代理人查阅、复制。

至此，在华南地区引发广泛关注，因家事纠纷导致企业两大控股家族决裂而引发的股东知情权纠纷案告一段落。而也就这仅仅几年的时间，由于家庭纠纷导致的这场乱战不仅让蔡达标深陷牢狱，“真功夫”这个中式快餐连锁的第一品牌也被牵连的伤痕累累。

朋友反目，资产受损

同样在笔者代理的一起金融借款合同纠纷案件中，委托人是一位一线明星。某日朋友找到他，因企业流转资金不利向银行贷款，请求他在一份《保证合同》上签字为其经营企业的借款提供担保。我的委托人碍于情面就草率的在合同上签了字。没想到就在合同签署后的短短几个月内，该企业资金链断裂，他的朋友亦卷款逃跑，贷款人一纸诉状将其告上法庭，要求其承担连带担保责任，并申请法院查封冻结其名下的所有资产。本案导致其名下的存款和房产均被冻结，一旦借款人无法偿还，我的委托人不仅仅遭受官司的诉累，更加面临自有房产被拍卖的风险，导致其家庭财产受损。

本案中，如该明星担保人以其闲置财产提供抵押担保，而非承担保证责任，将担保财产从其所有的家庭财产中剥离，那么既能帮助朋友又能保全自己。

临危救急，家产流失

另一案例中，温州某制鞋企业需要资金周转，因银行贷款困难，企业家将自己家的家庭资金（夫妻共同财产）输送到企业，后其因涉嫌非法集资被立案调查，导致债权人集中讨债，企大部分资产变卖还债，优先偿还了银行借款和员工工资，家庭资产的注入由于注入设置结构不明晰，最终企业资金不足不得偿还，致使家庭最基本的开支都无法保障。

感情破裂，纠纷升级

而“夫妻公司”在经营过程中，由于家庭纠纷导致的股权纠纷的案例就更为常见，笔者代理的一起股权纠纷的案例中，张某和王某为夫妻关系，两人作为自然人股东以部分婚前财产和婚后夫妻共同财产共同出资设立了伟业装饰有限责任公司，该公司为典型的夫妻公司。

后夫妻二人由于家庭纠纷导致矛盾加剧，张某与王某协商将公司卖掉，平均分割转让款，张某得到王某口头同

宇文鸿雁律师简介



民商事诉讼部合伙人，中国人民大学民商法硕士。专业领域为公司诉讼，公司法律顾问，合同纠纷，侵权纠纷以及涉外婚姻继承纠纷案件等民商事诉讼领域。在处理高净值人士婚姻、继承纠纷诉讼，特别是在处理婚姻法与公司法、继承法与物权法、离婚与股权纠纷等交叉业务领域具有丰富的办案经验。

意但并未签字确认。后张某与第三人签订《收购协议》在拿到转让的款项后反目，拒绝支付王某相应的转让费用。王某讨要无果的情况下将张某和第三人诉上法庭，认为《收购协议》未经王某同意，侵害其利益，请求确认《收购协议》无效。经法院查明，张某和王某虽然是夫妻，但是其作为股东出资财产是独立的。张某仅是伟业公司的一名股东，且第三人也没有证据证明伟业公司系张某一人设立的有限责任公司，故张某将伟业公司的全部股权转让给第三人，应当依据伟业公司的章程约定，召开伟业公司股东会，并符合伟业公司章程中股东优先购买权的约定。然而，张某并没有按照公司章程的约定召开股东会，并征求另一股东王某对优先购买权的意见。张某与第三人签订的《收购协议》处分了王某所持有的公司的股权，侵害了王某的股权和优先购买

权。最终法院判决：张某与第三人订立的《收购协议》无效。本案虽然王某通过诉讼挽回了经济损失，但也为家庭财产和公司财产约定不明导致纠纷付出了时间和精力代价。

如上几个案例，或因家庭纠纷导致企业受损，或因家庭财产和企业财产公私财产不分导致家庭财产流失，均因公私混同所致；而大部分企业家都是第一代创始人并没有意识到自己经营的企业必须与家族财富分开，其把所有的家当都压在其苦心经营的“家族企业”上，在家族企业的股权设置上以及公私财产混同上没有风险意识，一旦企业经营出现危机或一旦因处理不好家庭关系引发离婚纠纷或继承纠纷而往往使家族财产被分割，很有可能导致企业家自身倾家荡产同时又伤及企业。

那么拥有和谐美满的家庭，妥善处理婚姻家庭关系、规划家族企业在家庭成员股东间的股权设置；注意企业家包括大股东离婚、继承风险等家事法律风险的防控；通过婚前财产设置与规划、婚姻夫妻财产约定制，公证遗嘱，企业股权设置，家庭财产保险理财等工具实现对企业与家庭财产剥离，做到公私分明，建立起家庭财产与企业财富间的防火墙，方能即保障企业家的家庭财富，亦保障基业长青。🌸



谁也不许动我的奶酪

——浅谈私人财富风险防范

■ 齐晶晶 / 文

近日，有外媒报道俏江南创始人张兰（大S婆婆，汪小菲母亲）资产遭香港高等法院下令冻结，家族企业顿时陷入危机。对此，之前和张兰、汪小菲有过节的“国民老公”王思聪跑来凑热闹，调侃道：“大S已哭晕在厕所……钢镚都没了怎么办。”业内人士称，“虽不清楚俏江南的股权结构，但汪小菲本身是张兰的直系亲属，这意味着，至少这个时间段，汪小菲按直系亲属享有的共同财产都将被冻结。如果汪小菲没有自己的法人和股权来做资产的话，那冻结他妈妈的钱就是冻结了他的钱，他的钱就不能用了”。

对于张兰和王思聪之间的恩怨我们暂且不提，大S是否哭晕在厕所，我们无从得知，而从如何保全富人资产和财富传承的角度，我们不得不再次关注到私人财富的风险防范问题。

一、何谓私人财富风险？

近日，胡润研究院发布了《2015星河湾胡润全球富豪榜》。榜单显示，共计来自68个国家的2089位10亿美元富豪上榜，比去年增加222人，达历年最高。就富豪人数来说，美国和中国独占鳌头，分别拥有537位和430位10亿美元富豪，几乎占据了今年胡润全球富豪榜的半壁江山，中国有72位富豪新上榜。预计在未来5到10年内，全国约有300多万家民营企业将面临企业传承问题。但随着经济社会的复杂化，私人财富风险

也是多方面多层次存在的。所谓私人财富风险，是指在复杂的经济社会中由于经济活动、婚姻状况、国家经济政策以及社会、政治、经济、文化环境等诸多因素，给私人财富带来的潜在风险。如果私人对于风险评估不足或处理不当，不仅会带来经济上的损失，甚至会造成严重的法律后果。

二、私人财富管理中存在哪些风险？

（一）个人资产和企业资产混同的风险

案例：张老板拥有一幢商铺大楼，主要从事服装销售店铺出租管理生意，大约共有二百个经营小商铺租赁出去，他每月都有稳定的租金收入现金流。为了少开发票不交税，他使用女儿的名义在银行开个帐户，并通知部分不要发票的商户将租金直接支付到女儿的银行帐户中，几年累积下来，女儿的帐户共收租金过千万。但张老板没想到，后来女儿女婿闹离婚起诉到了法院，女婿向法官说妻子名下在银行还有千万存款，那是夫妻共同财产，坚决要求分割，而女儿告诉法官那是父亲公司的钱，不是自己的收入。

如此一来，父亲借用女儿帐户收取企业往来经营款被曝光在司法机关面前，如果法院发出司法建议书，或是女婿一气之下到税务机关举报，那么张老板将面临偷逃税的刑事责任，同时企业也面临债务偿还将由股东个人家庭承担连带责任的严重后果。

齐晶晶律师简介



重庆大学民商法学硕士。曾在政府机关和高校中任职，具有经济研究、教育等工作背景，具备证券和保险从业资格。

主要职业领域为：民事诉讼及仲裁、企业法律风险防控、家事法律风险防控、新三板业务。

私人财富风险，是指在复杂的经济社会中由于经济活动、婚姻状况、国家经济政策以及社会、政治、经济、文化环境等诸多因素，给私人财富带来的潜在风险。

（二）因离婚、继承导致的股权风险

案例一：某公司3名自然人股东A、B、C，各出资人民币100万元，公司以300万元资产投入运营，资金形态逐步转化为产成品库存、半成品、原材料、应收账款等，日常账面流动资金只有50余万元。

两年后股东B在晚间应酬客户时突发心肌梗猝死，股东B家属提出权益主张申请撤回原始投资100万元，领回两年间公司应分未分之分红90万元，由于股东B是在为公司拓展业务的时候发生风险，请求公司给予抚恤金50万元，合计款项240万元，要求在1个月内转入股东B家属私人账户。如不能做到，家属将将股权以200万元转让给该公司的竞争对手。

这让股东A、C非常为难：他们平时与股东B交情甚好，很愿意拿出240万元妥善处理此事，无奈尽管此时公司净资产评估值已达600万元，但账面现金只有50余万元，力不从心。

案例二：王某和李某系夫妻关系，后因夫妻感情破裂，李某向法院提起离婚诉讼，开庭途中，李某突然告知王某，夫妻共同出资持有的某公司50%的股权已于半年前转让给其兄李大某，并称李大某已一次性支付人民币25万元，为此王某非常震撼，后诉至法院要求确认李某与其兄李大某之间关于某公司50%股权转让合同无效。

可见，在离婚案件中，因夫妻双方持股而引起的夫妻共同股权分割影响波及到社会、经济、法律、家庭等诸多方面，股权分割的最终结果必然会对企业的经营和管理产生“蝴蝶效应”。

（三）婚姻家庭风险

案例：一个高净值家庭，在女儿出嫁之前，赠予女儿一套豪华公寓房产，价值两千万，登记在女儿名下属婚前资产。女儿婚后不久，小夫妻商量把公寓卖出，所得款项，买

了一套别墅，其中新房的一点差额由男方家庭出资，房产登记在小夫妻双方名下，未注明各自份额。婚后一年，小夫妻闹矛盾离婚，别墅作为夫妻共同资产分割。因双方都不想拿出补偿给对方一半份额的现金，只好出售别墅。因卖的急，除去税款、中介等费用，别墅出售并未增值。两人平分售房款，每人不到一千万。女儿的婚变导致女方家族损失了一千万。

可见，婚前房产，在婚后一旦被出售，再购置房产，很容易变成夫妻共同财产，一旦发生婚变，将会被分割。

三、风险管理工具的选择

随着国内高净值人士的日趋成熟和理性，财富的保障、传承在其财富管理目标中占据了越来越重要的地位。根据贝恩《2013年私人财富报告》指出，中国高净值人群的首要财富目标已从“创造财富”转向“财富保障”，另外，某银行私人银行客户调查显示，85%的客户正在考虑或已经进行了财富传承安排。

而要进行资产保护以及财富传承，必须要有科学的工具，对资产进行筹划、隔离。单一的传统工具如赠与、代持、遗嘱等已经不能充分满足客户对财富风险管控的需要，我们在做私人财富风险防范时，一定要选择多样化的工具，这些工具要具备以下功能：（1）家族保障——明确给得到谁，避免外人窃财；（2）避免纠纷——明确不同家庭成员的合理受让份额；（3）隐藏财富——不提供公开查询；（4）免于偿债——收益资产不受债权人追偿；（5）税务规划——避免遗产税和其他形式财产税；（6）财富增值——专业机构打理，稳健增值；（7）有效传承——约束受益人对财富的实际支配权，定期支取。通过风险管理工具的合理选择与配置，让财富在阳光下增长的又快又好。



四、如何运用风险管理工具

在实践中，我们总结了如下的风险防范措施：家庭财富提前传承、家族信托、家庭理财工具的运用、银行资金池的独立配备、人寿保险合同当事人架构设计等。

作为一种财产转移及管理制度，家族信托具有财产隐蔽，资产隔离、减免重税及身后控制等重要功能。根据信托法律原理，一旦设立家族信托，投入信托内的财产即具备独立性，不论富豪（委托人）离婚、破产、死亡，家族信托内的财产都将独立存在。富豪可以在信托设立协议中设定多样化、个性化的传承条款，以确保子孙后代或其指定的其他受益人衣食无忧。

在西方家族企业中，家族信托的运用比比皆是。美国首富比尔·盖茨早在2000年就设立了比尔及梅琳达盖茨信托基金会，并陆续将其与妻子名下的资产转入该信托基金。此外，洛克菲勒家族、肯尼迪等家族、班克罗夫特家族等全球资产大亨都通过信托的方式来管理家族财产，以此来保障子孙的收益及对资产的集中管理。

较为经典的例子是新闻集团的媒体大亨默多克。他早前为结束与第二任妻子安娜长达32年的婚姻，在同意支付高达17亿美元的分手费并对遗产分割做出保证后，默多克才成功换取了前妻放弃半分家产的要求。于是，当默多克再度与邓文迪步入婚姻殿堂时，他汲取了上次失败婚姻的教训，通过设立信托的方式成功隔离了家族和他的媒体帝国，并详尽约定了家族基金所持有股份的投票权和收益权继承规则。当默

多克第三段婚姻也走向破裂，邓文迪尽管使出浑身解数，最终也仅仅获得了两三处房产的所有权，她的两个子女在未来也得不到一丁点家族公司的投票权。可以说这是信托在资产隔离和资产保护上的经典案例。

而保险除了实现风险转移和价值补偿的基本功能外，还具有财富传承、资产隔离、婚姻资产保全、降低税务负担等功能。

人寿保单的投保人、保险人以及受益人，依次可以对应信托的委托人、受托人以及受益人，因此也具备了财富传承的架构。另外，可以通过投保时机选择、保险金给付方式等个性化设定，可实现财富传承方式的定制化安排。如果需要撤销或变更财富传承安排，则可以通过保单退保、更改受益人等方式进行变更。如果中途需要用钱，还可以通过保单贷款这个便捷通道进行融资，兼顾了流动性。

保险还可以用来防止家族资产因婚姻问题导致的流失，若运用保单的投保人、被保险人、受益人的巧妙设定，可实现在子女的婚姻中仍保护好家族的经济利益。例如，在没有婚内财产协议或财产公证的前提下，婚前的现金类资产在婚后极易发生混淆而转化为共同财产。但提前通过投保人寿保单，可以界定清楚这部分财产的属性，从而避免被分割。另外，父母对子女一方的赠与，如果是现金，也极易混为子女的婚内财产，如果通过人寿保单，则可以很容易界定清楚，因此可以对这部分财产进行保护。

在个人所得税方面，《个人所得税法》对于保险赔款免税做出了明确的界定，保险赔款免纳个人所得税。通过对保险合同的合理设计，把未来产生的赋税转嫁给保险公司，保证家族财产能够分配到指定的受益人手上。

除此之外，通过人寿保单的财产转移功能和人身依附属性，在企业资产和家族资产之间建立一道防火墙，可以大大降低企业一旦发生债权债务纠纷而导致的资产被追偿的风险，增强财富的安全性和稳健性。在公司经营过程中通过股东互保的安排，还可以防范股东之一突遇极端风险给整个公司经营带来的影响。

综上所述，随着中国高净值群体的快速增长，私人财富风险的管理问题备受关注，它需要将传统的工具和新型的防控手段综合运用，通过系统的财富管理规划架构，将未来财富的不确定变得相对确定。而集风险保障、避债节税、财富传承、资产保全于一身的家族信托和保险等新型的风险防控手段，正发挥着越来越重要的作用，全方位的为私人的财富保全与传承保驾护航。✈

夫妻如何约定财产归各自所有

■ 宋刚明 / 文

【案件简介】

田先生大学毕业后留在北京创业，通过自己的聪明才智和刻苦勤奋，开设了一家文化传播公司，几年下来积攒下了一份不菲的家业，成为亲戚朋友羡慕的对象。美中不足的是，田先生一直忙于事业，没顾上自己的婚姻大事，耽误下了。后来经人介绍，认识了当记者的刘女士。刘女士是典型的职场女性，长相标准，举止典雅，平时工作忙，眼光也高，一不小心成了“剩女”。俩人一见钟情，都感慨终于遇见了自己的另一半。认识不到半年，田先生和刘女士走进了婚姻的殿堂。刚结婚一段时间，新婚燕尔，两个人互谅互让，恩爱有加，周围朋友都说他们是天生的一对。可是，一块生活时间长了也不免生出矛盾。让田先生最不能接受的是，刘女士花钱大手大脚，一件衣服几千块钱眼都不眨一下。刘女士倒觉得挣钱不就是为了花的吗，扣扣索索小家子气，生活还有什么意思。为此，俩人没少争吵。田先生意识到，这是生活理念的差别，很难取得一致。为了避免经常争吵，就向刘女士提出各自挣的钱归各自所有，每月田先生给予刘女士5000元生活补助，家里一应用度也由田先生负担。刘女士也是观念超前的人，觉得这样没什么不妥，就答应了。

生活最耐不住的是平淡。田先生与刘女士的婚姻也没有挨过七年之痒。就在两个人结婚的第八年，田先生和公司的员工小张生出一段感情。刘女士知道这件事后，没吵没闹，平静地向田先生提出离婚。田先生知道挽留不住，也同意了离婚。只是在财产分割问题上，双方产生了分歧。田先生认为双方已经明确约定各自财产归各自所有，实际上这些年也

是这么过来的，财产问题不应该再行分割。田女士觉得虽然双方生活中各自的收入各自保管，但只是为了避免为花钱的事闹矛盾，不代表双方约定了财产归属，坚持要求把双方财产按夫妻共同财产分割。双方争执不下，诉至法院。

【以案说法】

随着改革开放的日益深入，公民的财产丰富，财产形式也日趋多样，包括银行存款、不动产、各类有价证券、知识产权的财产利益以及各类身份关系中的财产权益等等。与此相伴，中国人的夫妻关系也不像以前一样稳定，离婚现象时有发生。根据民政部发布的2013年社会服务发展统计公报显示，2013年全国依法办理离婚手续的共有350万对，比上年增长12.8%，其中民政部门登记离婚281.5万对，法院办理离婚68.5万对。这是自2004年以来，我国离婚率连续10年递增。财产权属问题不仅仅是离婚时的纠葛，甚至成为导致家庭矛盾的起因。很多中国家庭意识到通过约定财产的方式是稳固家庭关系，避免纠纷的一种选择。那么，夫妻之间怎样约定财产制才是有效的，应该通过什么途径约定夫妻财产制呢？

《婚姻法》第十九条规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人



随着改革开放的深入，公民的财产日益丰富，财产形式也日趋多样，包括银行存款、不动产、各类有价证券、知识产权的财产利益以及各类身份关系中的财产权益等等。

知道该约定的，以夫或妻一方所有的财产清偿。”这是现行法有关夫妻约定财产制的基础法律规范。根据该规定，夫妻之间约定财产制应当注意以下问题：

第一，夫妻约定财产制应当具备一定的条件。这包括：约定的主体即夫妻必须双方自愿，任何一方不得强迫另一方进行约定；约定的内容必须合法，出于逃避债务、规避法律进行的约定不产生法律效力；约定的财产包括夫妻婚前财产与婚姻关系存续期间的财产，约定时应当对婚前财产和婚姻关系存续期间的财产分别约定；约定的时间可以是婚前也可以是婚后，约定订立之后可以进行变更、废止，变更、废止的也应出于自愿；约定应以书面形式，夫妻约定财产是要式法律行为，应当采用书面形式，如有可能最好经过公证。

第二，约定财产制的法律效力。夫妻约定财产制的法律效力分为对内效力和对外效力。所谓对内效力，即对当事人双方也即夫妻双方的效力；所谓对外效力，是指对夫妻之外的第三人的效力。在对内效力上，夫妻之间依法达成的有关夫妻财产制的约定，对双方当事人均具有约束力。并且，约定财产制的效力高于法定财产制，所以夫妻对财产有约定的从其约定，没有约定或约定不明的，才适用法定财产制的规定。这种约束力具体体现在：其一，依法达成的约定夫妻财产制的协议，非经双方同意，任何一方不得擅自修改；其二，约定夫妻财产制的协议，双方均应认真遵守，如约履行；其三，夫妻离婚时，对夫妻共同财产的认定和分割发生争议的，如果有约定夫妻财产制的协议，应当按照协议的约定内容加以处理。在对外效力上，由于我国对夫妻财产没有设定登记制度，并不要求当事人履行公示程序。为了维护第

三人的权利，法律对约定财产制下，对抗第三人的效力采取了极为严格的限制条件，要求第三人知道该约定内容的，才对其发生法律效力。对于判断第三人是否知道该约定，2001年12月27日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第十八条中规定：“婚姻法第十九条所称‘第三人知道该约定的’，夫或妻一方对此负有举证责任。”也就是说在此情况下，夫妻一方需要举证证明其在与第三人进行经济交往时，已经告知对方夫妻之间的财产约定情况，并且证据要达到确切的证明标准，否则该约定对第三人不会发生法律效力。

第三，夫妻之间有多份约定的效力认定。实践中，有可能对于夫妻之间存在多份约定，且各约定之间互相矛盾的情况。按照一般理解，由于夫妻之间约定财产制实质上是一种契约，约定之后可以变更、废止，因此约定时间在后的协议应视为对约定时间在前的协议的变更。简单地说，就是约定时间在后协议的效力高于约定时间在前的协议效力。应当注意的是，经过公证的约定在前协议效力与未经公证的约定在后协议效力的认定问题。对此，有关法律、司法解释没有明确规定。为了避免此类棘手问题，如果要改变公证协议内容的，应对约定在后的协议再行公证。这样，两份协议的效力自然适用“时间在后协议的效力高于约定时间在前的协议效力”的基本原则。

具体到本案，田先生和刘女士虽然事实上各自保管自己的收入，但是由于双方没有书面约定各自财产归各自所有，因此田先生和刘女士名下的财产应作为夫妻共同财产进行分割。双方应基于这一前提协商解决，协商不成的由法院按照法定财产制的规定判决确定。✎

“我猜中了开头，却猜不中这结局”

——涉外婚姻法律实务之管辖分析

■ 宇文鸿雁 / 文

婚 姻的跨国现象随着全球一体化的加剧而变的越来越普遍，越来越受年轻人的追捧；跨国婚姻的结合超越了国界，逾越了时差，形成不同国家、不同语种、不同肤色人之间所结成的婚姻关系。而在跨国婚姻中生一个聪明可爱的混血儿baby也成为现在年轻人们的追求的时尚。

据历史考证，跨国婚姻现象的产生最早可追溯到奴隶制社会，而真正意义上的跨国婚姻兴起于封建制社会。封建社会时期跨国婚姻的最大特征就是政治联姻，其带着浓厚的政治色彩；在欧洲各国为达到某些政治目的，在各皇室之间进行的联姻；而在亚洲有中国、波斯、大食、扶桑等国之间因经济贸易或宣扬国威会或者阻止战争等等原因进行的跨越国界的通婚，如：唐朝时西藏松赞干布同时迎娶文成公主和尼泊尔公主，金成公主嫁西域等等。随着世界经济发展，在全球一体化的趋势下，地球村现象出现，婚姻也明显的出现了全球化，中国当前的跨国婚姻也日益增多。

跨国婚姻因其涉外的因素，在律师法律实务中定义为涉外婚姻，在法律的定义中是指一国公民同外国人（包括无国籍人）的婚姻，包括涉外结婚和涉外离婚。在涉外婚姻律师的定义中，“涉外婚姻”即包含了中国公民与外国人的婚姻，也包含了港澳台居民与内地居民的婚姻。但是根据我国法律制度的规定，为维护国家的利益，对涉外婚姻的主体进行一定限制，如我国现役军人、外交人员、公安人员、机要人员和其他掌握国家重大机密的人员以及正在接受劳动教养和服刑的人员，不许与外国人结婚。

从表面看，跨国婚姻时尚而浪漫很受追捧，但究其背后，也有一定的隐形的风险和无奈。就像一句经典台词“我猜中了开头，却猜不中这结局”。所以当跨国婚姻出现危机，夫妻关系亮起红灯，受种种原因之困而不得不结束一段

婚姻时，不仅仅夫妻双方感情要缘尽于此，如何从法律层面终结夫妻双方的婚姻关系将不得不被提上议事日程。

涉外的婚姻家庭关系在法律关系上属于涉外民事关系，根据涉外民事法律的相关规定，民事关系主体、国籍或经常居住地及法律关系的产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的，其中一个或一个以上的因素涉及外国因素的均可以认定为涉外民事法律关系。那么涉外婚姻司法实务中涉外婚姻一般有如下几种：

双方均为中国国籍，在国外登记结婚，结婚缔结地即民事法律关系的发生在国外；

双方均为外国国籍但在中国登记结婚的，即涉外民事法律关系中主体双方具有涉外因素；

双方均未外国国籍，在外国登记结婚，在中国生活并长期居住，即双方的经常居住地具有涉外因素；

一方为中国国籍，另一方为外国国籍，因生活或工作在中国而在中国登记结婚，即一方的经常居住地具有涉外因素。

一方为中国国籍，另一方为外国国籍，在国外登记结婚，即涉外民事法律关系中一方主体具有涉外因素。

离婚的方式一般分为“协议离婚”和“判决离婚”。“协议离婚”均取决于婚姻双方的合意，尊重当事人意思自治，一般就子女抚养和财产分割的问题达成合意，即可办理到婚姻登记机关办理登记离婚。本文提到的离婚纠纷，特指“诉讼离婚”或“判决离婚”。那么针对以上涉外婚姻家庭关系的几种情况，如一方提起离婚纠纷诉讼时，能否在中国管辖，适用中国的法律规定，还要针对具体的案件做具体的分析；

根据我国《民事诉讼法》的相关规定，管辖权是指法院对案件进行审理和裁判的权力。我国法律规定对于民事案件



管辖权确定的一般原则是，原告就被告原则，即由被告住所地的人民法院管辖。如被告住所地和经常居住地不一致的，有经常居住地的人民法院管辖。但同时也对涉及身份关系的诉讼确定了特殊管辖原则：对不在我国领域内居住的人提起有关身份关系的诉讼，由原告住所地人民法院管辖。原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》对涉外离婚纠纷中管辖的规定做了进一步的明确：

1、在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或者一方在国内的最后居住地人民法院管辖。

2、在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或者在国内的最后居住地人民法院管辖。

3、中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地人民法院都有权管辖。国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。

4、中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告原住所地人民法院管辖。

5、已经离婚的中国公民，双方均定居国外，仅就国内财产分割提起诉讼的，由主要财产所在地人民法院管辖。

那么在此就需要明确几个法律概念：住所、经常居住地分别怎么解释呢？住所指的是公民户籍所在地，与住所相关的“经常居住地”是指公民离开住所至起诉或者被起诉时已经连续居住满一年以上的地方，但是公民住院就医的地方除外。

基于以上规定可见，对于一方是中国公民的涉外离婚的案件，不管原告还是被告，不论婚姻缔结地在国内还是国外，只要一方是中国公民，中国的法院均有管辖权，可见我国在制定涉外民事诉讼管辖权时除了根据国际私法选择“最密切联系地原则”理论的同时，也考虑对国家主权的尊重。

那么，在司法实践中，“老外”跨国起诉离婚，中国法院是否有管辖权呢？如双方均为外国国籍，且婚姻登记地在国外的离婚案件，一方长期在中国工作和居住，且连续居住

满一年以上，而另一方在国外生活的，居住中国一方在中国法院起诉离婚的，中国法院是否有管辖权？

我们来分析以下案例：

2008年北京申奥成功，中国元素得到西方人的喜欢同时吸引了一大批希望在北京生活或工作的外国人，Jake也是其中之一，Jake与妻子rose于2006年在葡萄牙结婚后，因工作的原因到美国生活并取得美国国籍。2008年Jake到北京后在一家著名的英语培训机构担任外教工作。2010年Jake向北京市朝阳区人民法院提交了民事起诉状，要求与继续留在葡萄牙工作的妻子rose离婚。Jake起诉rose离婚主要矛盾源于rose对婚姻不忠，并有酗酒的恶习，且Jake到中国后两人就一直处于分居状态，最终导致夫妻感情破裂，无法在一起生活。

在本案中，Jake起诉前已经在北京生活满2年，且一直居住于北京市朝阳区。根据我国法律的规定北京应当为其经常居住地，那么北京市朝阳区人民法院应当有管辖权，但Jake诉至北京市朝阳区人民法院后，经审查，起诉人与被起诉人均系外国国籍，且双方的婚姻缔结地在葡萄牙，非在中国领取的结婚证，即使Jake有证据证明其在北京朝阳区居住满一年以上，朝阳法院亦认定对此案件法院没有管辖权。

在司法实践中，法院通常认定对此类案件没有管辖权，法院认为虽然一方在中国国内居住，但根据最密切联系地原则，一般情况法院会认定起诉方的国籍国为其最密切联系地，故此类案件国内法院一般不予受理；

那么Jake能否在北京登记离婚呢？根据《婚姻登记条例》双方的结婚登记不是在中国内地办理的。办理协议离婚时，婚姻登记机关也不予受理。所以，提醒在中国生活的老外们如果您的结婚缔结地也在中国，无论协议离婚还是诉讼离婚，中国均具有管辖权了。

以上就跨国婚姻纠纷中的管辖问题做简单的分析，全球一体化的进程加剧，不同国籍，不同肤色爱情的结合已不再是新鲜事，我们祝福跨国的恋情，也钦佩选择跨国婚姻的勇气；但涉外婚姻因地域、文化背景、以及法律体系不同，婚姻也暗藏危机。一旦涉及离婚，再美好的开始也将面临更为复杂的和冰冷的法律程序。因此在选择外籍的配偶时，应充分了解两国间的法律、文化以及生活等差异，慎重对待婚姻。✿

京都律师事务所携手清华大学 五道口金融学院召开股权信托研讨会





2015年1月11日，京都律师事务所携手清华大学五道口金融学院高级培训中心联合召开“股权信托研讨会”，邀请了相关领域知名学者、境内外金融机构代表、专业律师和媒体等，就股权信托业务相关政策制定建议，探索和开发中国特色的家族信托业务的发展方向等内容进行了研讨。

研讨会由清华大学五道口金融学院副院长康以同致

辞，康院长表示五道口金融学院将继续支持家族课题研究和培训，助力我国民族企业基业



常青。《信托法》起草小组组长，中国政法大学终身教授江平先生就民事信托与事务管理性信托的立法问题发表了自己的看法，江平教授主要讲了三个方面的问题。第一是信托财产的归属问题。主要对“委托



给”的界定问题。目前我国信托法对权属规定还不够明确，需要通过修改明确从信托财产归属。第二是信托与代理的区别。信托实质上是把财产当成自己的去经营管理，与代理法律行为是不同的。但《大陆法》里面的委托合同与《信托法》中的将财产委托给他人管理的本质区别是什么，是需要进一步研究的。第三是商事信托和民事信托的关系。在信托法

中，只区别了信托和公益信托，并没有区别商事信托与民事信托。江平认为民事信托最大的特征

是有委托人、受托人、受益人三方关系；而商事信托只有委托人和受托人两方关系，即



受益人与委托人合一，目前应该大力发展民事信托。

京都律师事务所创始人田文昌律师在致辞时表示，我国的刑事案件中有很多涉及财产问题的，而很多案件中涉及的财产本属于合法财产，却被非法侵害，或者被打着合法的旗号的司法机关非法侵害，这些情况都存在。在这种情况下，能够开展家族信托的业务，在某种程度上区别于国外的情况，还可能是一种新的突破。我国私有财产保护到今天为止仍然令人堪忧，也说明我们发展和创建信托业务的必要性和重要性。

稍后清华大学法学院教授、商法专家施天涛就股权信托中受托机构的两个义务：忠实义务和谨慎义务发表观点。施教授认为从信托法的规定看，忠实义务的规定比较全面。但随着金融形态和交易方式越来越复杂，信托公司就接受股权信托并参与公司管理，信托公司的能力是否能跟得上是需要思考的，他认为这一点立法态度与现代交易有些不合拍。此外，判断未尽到谨慎义务的标准，可以考虑三个层次：重大过失、普通过失、轻微过失。他认为信托一般情况下可以采取普通过失的标准，特殊情况下采取轻微过失的标准。

此后资深信托专家张天民博士就股权信托的成立及生效问题发表了自己的看法。张博士认



为股权信托在签合同的情况下，如何认定信托的有效性？他认为合同签订时信托成立。但信托合同签订时财产并没有交付，受托人可否请求交付财产？此种情况下信托是否有效要依据信托法第10条的规定。关于股权信托的无效和可撤销的问题，张博士认为如果认为信托无效，信托人还是应该存在的。即使所有财产行为均无效，也应当由受托人作为真正的受益人持有财产。关于撤销权的问题，在提起诉讼，包括证据支持、法院受理和认定上还有很大探讨空间。

清华大学五道口金融学院全球家

族企业课程主任高皓博士认为公司的股权是任何一个国家和地区家族财富主要组成部分，目前中国60%的高净值个人都是企业家，而绝大多数企业家主要资产是非上市和上市公司的股权，股权信托在家族财富传承中起到了支柱性的作用。

但是，与房地产、金融资产相比，股权是一类非常特殊的资产，它的价值完全取决于企业的经营管理。充分认识到股权的特殊性是股权信托的一个关键前提。



我们不但要关注更清晰的产权制度保障和交易层面的法律保护，还要关注家族信托的静态治理和动态治理，研究股权信托与企业治理和传承的关系。

中诚信托副总经理汤淑梅女士在研讨会上分析了一家台湾股权家族信托的实操与案例，汤淑梅博士在演讲中介绍了两岸家族信托研讨会的情况，对发展家族信托的发展提出了四点建议，第一是完善立法，确保实施；第二是开放离岸市场，放宽境外业务范围；第三是建立行业和信托产品评级；第四是加强人才的培养。



京都律师事务所金融部总监、南开大学资本市场研究中心主任韩良教授就离岸股权家族信托的设立及治理发表了主题演讲。韩





良教授主要讲了五个方面的内容：一是离岸股权信托的优势。离岸信托可以为家族企业海外上市提供灵活的信息托架安排，可以为走出去的民营企业搭建便利的投资通道，对于实行严格外汇管理的国家，建立股权信托可以规避汇率风险。可以为走出去的民营企业搭建类似于红筹模式的投资价格。为家族财富传承提供税务筹划空间。

二是设立离岸股权信托需要考虑的要素，这些要素包括：离岸地、税收、信托财产、信托主体。三是设立离岸股权信托的框架流程。在这个流程中委托人将财产委托给信托公司，离岸信托公司一般是私人持牌信托机构，帮助在离岸地设立公司，打理私人家族业务。这个过程需要国内律师、银行、中介做综合筹划方案，搭建离岸的架构。四是离岸股权信托的治理。作为受托人在面对积极管理型的信托时，委托人一般从心理上不愿意让自己的公司交给受托人进行管理，在这种情况下各个离岸地修改了受托法，由受托人中心主义过渡到了董事会中心主义，在董事会中心主义下，需要重新设计委托人及受托人、受益人之间的权利：一是要对受托人的信义义务和权力进行限制；二是股权信托的控制权归董事会。三是股权信托的保护人权利。五是离岸信托对我国信托制度的借鉴。韩良建议我国的股权信托可以采取更加宽松的委托人与受托人意思自治的形式；建议委托人权利保留不会导致股权信托的撤销；建议股权信托治理采取董事会中心主义；建议增设信托保护人制度。

京都家族信托法律事务中心秘书长柏高原博士从股权信托设立的若干实务问题的三个方面进行了阐述。柏博士认为，股权是可以承载资产的资产。信托公司可以通过拥有一家公司的100%



的股权，然后通过公司来拥有这些财产。很多高净值人士也可以把个人名下的资产进行公司化，通过拥有股权的方式间接的拥有财富。对于在境内设立股权还是在境外设立股权的问题，柏博士认为，目前的法律环境下设立离岸信托更有优势，因为很多大陆信托公司目前没有离岸信托业务的牌照，因此境内信托公司往往无法操作。但客户最先接触和熟悉的是境内的律师，因此境内律师完全可以作为一个牵头人，负责选聘境外律师。在离岸信托法方面，有些离岸地为了吸引更多的人在那里设立信托，在信托的立法上做了一些激进的修改。比如说BVI的VISTA法案。新加坡、香港等国家和地区，也纷纷通过修改立法的方式加以变化，香港在2013年调整了《信托法》，这些制度设计是为了保护离岸信托的合法性。此外关于股权信托的类型。柏博士将信托分为可撤销信托和不可撤销信托。但他也认为，这种分类不严谨，可撤销信托被称为“委托人可单方任意变更或终止之信托”更好。设立可撤销信托，可以保证委托人的控制权。但也有不利的后果，比如说美国法中有判例支持，如果信托可撤销，委托人和债权人可以从信托财产中得到偿付。但目前中国的遗产条例还没有细到可撤销和不可撤销信托。不可撤销信托，既能够对抗税务机关，也能够对抗债权人，但这里的问题是，信托不可撤销如何规制监察人需要进一步研究。

出席研讨会的金融机构代表也从实务操作角度发表了自己的观点。中国建设银行财富管理与私人银行部副总理

严俊先生重点介绍了在对股权管理信托进行探索中取得的经验，以表决权信托的方式化解了国内一家真实企业融资过程中出现的担忧。而西藏信托有限公司总经理查松先生则从实际操作层面讲解了信托业务的风险评估，提到了管理型信托的几个难点：

第一是要摆脱企业经营中“一个人的帝国”模式；第二是要改变信托公司的路径依赖，实现管理



型股权信托的转型；第三是防范家族性纠纷中过户的风险。上海信托家族管理办公室副总经理、上信（香港）控股有限公司副总经理蔡汝溶女士认为在做家族信托的时候，不能只适用于中国。因为客户的多元性，身份的国际化，资产国际化，家族信托从中国的信托角度来看，应该是一个国际化的服务模式。

安永会计师事务所合伙人麋懿全



先生就境内外股权家族信托的税收问题发表了自己的看法，麋先生认为如果将股权从委托人转移到受托人的过程，会出现企业所得税，在分配环节，又会形成个人所得税。这样就出现了重复征税的问题。麋先生提出未来国内推动信托行业，应实现谁收益谁纳税的原则，避免重复征税。

研讨会上，与会嘉宾普遍建议应该大力发展一些民事信托，更快出台信托登记和税收办法，探索建立一个符合市场发展规律及世界通行惯例的股权信托法律环境，已经成为中国信托业、银行业及法律界亟待解决的问题。

研讨会上，与会嘉宾普遍建议应该大力发展一些民事信托，更快出台信托登记和税收办法，探索建立一个符合市场发展规律及世界通行惯例的股权信托法律环境，已经成为中国信托业、银行业及法律界亟待解决的问题。

股权信托设立业务 法律问题研究





离岸股权信托的设立与治理

■ 韩良 / 文

近年来，随着我国政府“走出去”战略的实施，一些民营企业家持有了大量的海外股权类资产，但同时这些企业家也遇到了诸如投资目标国的歧视性待遇、海外上市难、回中国投资手续复杂、多重税负等问题的困扰。就这些问题，我国港、澳、台的一些企业家已经通过设立离岸股权信托，探索出一些解决以上困扰的有效方式。因此，汲取我国港、澳、台企业家设立离岸股权信托的经验，设立安全而有效的离岸股权投资架构是我国“走出去”民营企业家面临的非常重要的课题。

离岸股权信托的优势

企业家进行海外投资，不管是在海外直接设立企业即绿地投资、并购海外企业股权还是购买海外物业与矿山，基本上都要通过海外设立公司进行投资的方式来实现。为了吸引跨国投资者，增加财政收入和就业，一些继承了英国普通法律体系的海岛国家和地区如英属维尔京群岛（BVI）、开曼群岛、百慕大群岛、巴哈马群岛等进行了法律体系和投资工具的创新，给海外投资者提供诸如财产权利保护、税收优惠、注册手续的便利，逐渐形成了离岸金融中心。在这些离岸金融中心设立股权信托，具有以下优势：

离岸地为股权信托提供了稳定而灵活的立法保障

离岸地的信托法几乎都来源于英国的普通法，甚至英国普通法和衡平法的一般原则也是一些离岸地法律的有效补充。除了成文的信托立法外，多数离岸地制定了《受托人法》与《反欺诈法》，这些立法为股权信托提供了稳定的立法保障。

信托不具有“永续性”，不承认除慈善信托之外的“目的信托”是英国信托法的基本原则。出于商业角度的考虑，

一些离岸地对英国信托法的这些原则进行了各具特色的发展和突破。以巴哈马为例：其《永续法》（The Perpetuities Act）（2004年7月29日生效），将信托期限从80年延长到150年，而较长期限的股权信托设置是实现家族财产传承和家族企业治理所必备的条件；其《目的信托法》（The Purpose Trusts Act）（2004年8月17日生效），规定信托可以没有明确的受益人并且不是为了慈善目的而设立，这种规定充分考虑了设立家族信托的多重目的性，并使股权信托能够借助私人信托公司与持牌信托公司的两次信托关系达到永续存在的目的。以上这些立法变化，是对传统英国信托法的重大突破，使大量具有多重与永续家族股权信托需求的客户选择在离岸地设立股权信托。

离岸地为股权信托提供了充分的司法保护

虽然有些离岸地至今还是宗主国的属地，但几乎都拥有独立的司法权，这些国家和地区通过对债权人撤销信托的期限限制和对外国法院生效裁判的拒绝执行来对股权信托提供司法保护。以开曼为例：其《反欺诈法（1999修正）》规定债权人受到欺诈在6个月内享有撤销权，并且债权人负有举证责任，证明行为人具有欺诈的故意且低价处分财产。而且，外国法院的裁判与开曼法律不一致的则不予承认。开曼较短的债权保护除斥期间及加重债权人举证责任的规定在客观上非常有利于保护股权信托受益人的权利，其股权信托在离岸地遭受债权人撤销的可能性较小。另外大部分离岸地法律都有反强制财产继承的规定，如果权利人按照其母国关于强制继承的生效法律判决来对设立在离岸地的股权信托申请强制执行，离岸地的司法机构会以外国法院的裁判与当地法律不一致而拒绝承认执行。以上这些规定在我国民营企业遭受投资目的国不公正的司法待遇时，这种法律保护就显得非常重要。

韩良律师简介

京都所金融业务总监

执业领域：银行与信托、证券与投资基金、国际金融业务

教育及执业经历：中国政法大学法学学士，天津大学管理学硕士、博士，中国政法大学民商法博士后。现任南开大学法学院教授，民商法博士生导师，南开大学资本市场研究中心主任。中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，全英中国法学会理事，天津市人大法工委立法咨询专家，2004年被评为天津市首届十名优秀中青年法学家。共独著和主编法学著作8部，发表学术论文30余篇。在基金领域，曾主持船舶基金、滨海创投引导基金等十余只基金的研发与设立工作；在国际金融领域，曾主持了北京律师协会资助的课题“中国企业走出去法律风险防范（非洲篇）”22个国别法律制度的研究工作，现正从事“家族信托”法律业务的研究与实务工作。



为民营企业搭建便利的投资通道并回避汇率风险

对于“走出去”的民营企业家在目标国的投资所得，由于我国现行的外汇管制政策的限制，这些投资所得基本上不会以“利润”的形式回到国内，如这些民营企业搭建了类似于红筹模式的离岸股权信托架构，其投资所得将会以“返程投资”的方式投资到中国国内，将会为国内经济的发展提供资金支持。这些所谓的“外商投资企业”虽然在我国实施国民待遇的今日并不会享受到以前的税收优惠，但毕竟多了一层“外商投资企业”的身份，对于这些企业家的财产保护及人身安全的保护大有益处；对于实行严格外汇管制的国家，由于离岸地几乎对外汇没有任何管制的措施，可以选择与投资目标国同一货币或者许可流通货币的离岸地建立股权信托以回避相关的汇率风险。

为民营企业海外上市提供灵活的信托架构安排

无论是我国大陆主板或中小板、创业板以及最近发展

势头迅猛的新三板，其挂牌要求中均有“股权清晰”的要求，信托持股因为投资人匿名以及容易规避监管而不被中国证监会接受。与大陆不同，香港、美国等资本市场接受信托持股的架构安排，如大家熟知的潘石屹、张欣夫妇通过在开曼及BVI进行信托持股在香港上市即是一个成功的范例。海外上市基本的架构安排如下，第一，投资者在海外主要资本市场普遍接受的百慕大、开曼群岛等注册一家公司，作为上市申请主体，同时将这家公司委托信托公司持股；第二，投资者可以在投资目标国与百慕大或者开曼公司中间增加一家被其公司百分之百控股的BVI公司，BVI公司可作为收购目标国企业的主体，控股该企业。如以后每一新设业务，均可在百慕大或者开曼公司下另设BVI公司，这些从事不同业务的公司彼此之间是独立的，不会彼此受债务牵累，又由于设立在BVI的公司都是免税的，这些公司之间的交易也是免税的。离岸地这种灵活信托架构安排为民营企业海外上市提供了便利。

离岸股权信托的设立 需要考虑的因素与程序

离岸股权信托的设立需要考虑的因素

离岸股权信托的设立需要考虑的因素非常复杂，一般情况下除了上面提及的股权信托能否永续存在，信托财产可否被债务人追索，其他法域的裁判是否能够被强制执行之外，还需要重点考虑以下三点因素：第一，设立信托的保密性。设立家族信托特别是股权信托是委托人非常私密的事情，他们一般会选取对委托人和受益人信息保护非常充分的地区，虽然大部分离岸地纷纷与美国、欧盟国家签订了税收信息互换协议，但委托人通过在没有与美国、欧盟签订信息互换协议的离岸地或者自由港，如在新加坡增加设立一层子公司的方式可以做到信息相对隔离；第二，委托人的权利保留权。一般情况下，委托人需要保留对委托的股权的控制权。这种委托人保留了对委托的股权的控制权往往因为不符合信托的实质要件而不被英国信托法所接受。出于商业需要，离岸地信托法一般承认委托人的权利保留权。如开曼信托法第14条第一款规定了委托人对下列事项的权利保留或授予，不会导致信托无效：（a）撤销、变更、修改信托文件或者任何信托及由此产生的权利的任何权利；（b）预留信托财产收益或本金的一般性或特殊性权利；（c）信托财产中任何受限制的实体权益；（d）担任信托完全或部分持股公司的董



事或理事 (director or officer) 的权利; (e) 对受托人做出有关信托财产取得、持有或出售的约束性指导的权利; (f) 委任、增加或免除任何受托人、保护人或受益人的权利; (g) 改变信托所适用的法律、管辖法院的权利; 或 (h) 要求受托人仅在获得委托人或信托契约约定的人同意时方可行使其权利或裁量权, 以限制受托人任何权利或裁量权执行的权利; 第三, 税收因素。对于未和我国签署双边税收协定以及给予我国税收优惠的投资目标国, 可通过在与其有双边税收协定以及税收优惠的离岸地先设立股权信托, 通过该股权信托持股的控股公司再对目标国开展投资, 从而享受投资目标国与离岸地的相关税收优惠。

离岸股权信托的设立程序

设立离岸股权信托, 民营企业作为委托人可将自己的海外投资情况与需求告知精通离岸金融业务的律师或者中介机构, 由律师或者中介机构根据家族财产的保护与传承、家族企业治理、税收筹划、慈善制度安排等各种因素进行权衡, 做出选择适合的离岸地的建议, 并帮助委托人搭建全面、精细的离岸股权信托架构。基本程序如下: 第一, 先由委托人在适合的离岸地设立控股公司; 第二, 该控股公司收购投资目标国公司的股份, 或者出于税收与信息保护的考虑, 在另一离岸地或自由港设立子公司来收购投资目标国公司的股份; 第三, 将控股公司的股权委托给离岸地的持牌信托公司, 或者在持牌信托公司的辅导下建立私人信托公司 (PTC), 然后将控股公司的股权委托给私人信托公司。由于离岸地的公司法、信托法非常灵活, 以上的设立程序也是非常灵活的, 既可以对已经在海外有投资的股权资产进行事后的股权信托整合, 也可以对将要进行海外投资的股权信托架构进行事先的筹划。

离岸股权信托的治理

离岸股权信托治理所奉行的原则

股权信托一般面临如下困境: 受托人通常不具备经营企业所需要的专业知识, 委托人及其家族成员不愿意受托人真正介入到家族企业的经营管理之中, 受托人作为股东做出决策并最终失败的情况, 可能需承担赔偿责任等。为了解决以上离岸股权信托的治理问题, 各个离岸地分别通过制定受托人条例以及特殊的信托法案, 将传统的股权信托奉行的“受托人中心主义”原则, 改变为“董事会中心主义”原则。即

离岸股权信托的治理架构需要根据各个离岸地信托法律对委托人权利保留、受托人权利与义务、受益人的知悉权进行设计。

VISTA法案的信托治理架构解析

BVI的VISTA (Virgin Islands Special Trusts Act) (2013年修订) 法案非常典型, 该法案在股权信托的治理方面设置了如下特殊制度: 第一, 对于受托人的信义义务和权力进行了限制。VISTA法案规定公司股东若用其股权设立信托, 委托人依然享有对公司的实际控制权。受托人直接持有股权, 但不享有经营管理该公司的权利, 因此也就豁免了受托人在信托中相应的谨慎义务; 第二, 股权信托的控制权归董事会。VISTA法案规定了ODRs (Office of Director Rules), 即“董事会规则”, 允许在信托文件中包含谁可以担任董事或者选取董事的标准等条款, 例如委托人可以规定董事可以由公司股东的家庭成员担任, 或规定由某个指定的人或者专门的委员会负责公司董事的选任和撤职等。这种治理架构可以实现对家族企业财产的有效管理与保护, 可以避免整个家族企业走向分家析产, 可以集中整个家族的财富和人才进行投资和经营, 使家族财富的积累效应变大; 第三, 设立股权信托的保护人。为平衡受托人被赋予极大权力的“任意信托” (Discretionary Trust) 制度与受托事务日益复杂化而导致的委托人管理能力、承担信义责任能力不足的矛盾, 离岸地法律允许委托人可以在设立保护性股权信托的情况下, 设立信托“保护人”, “保护人”在家族成员不介入股权信托管理的情况下, 有权利撤换受托人, 对受益人权益提供保护。

离岸股权信托是保护“走出去”民营企业股权投资的有效手段, 但离岸股权信托架构的搭建非常复杂, 各个离岸地的法律规定也都处在较大的变化和发展中; 针对离岸信托, 英美等发达国家也出台了一些例如税收信息互换协议, 反洗钱, 美国居民全球收入都要报税等反制措施, 使离岸地的一些功能如“信息保密”、“避税”等打了一些折扣。但总体说来, 前面所说的离岸信托的优势依然存在。同时, 由于信托这一工具具有“与人类的想象力”相媲美的功能, 未来也将会会有更多的适合海外投资需要的离岸信托工具被创造出来, 需要我们对这些工具进行学习和加深理解, 最大限度地保护我们民营企业海外投资的安全, 实现他们合法的投资目的及信托需求。✎

股权信托设立的若干实务问题探析

■ 柏高原 / 文



股权信托——向信托本源回归的选择

我国信托业经过了飞速发展，已成为仅次于银行业的第二大金融部门。但在利率市场化、泛资产管理时代激烈竞争的形势下，信托业传统发展模式已经面临极大调整。在信托业转型中提及最多的，莫过于回归信托本源。从信托在英国的起源看，财富的保护和传承是信托基本的功能和价值。在中世纪的英国，基督徒希望将土地赠与给教会，但当时英国的《没收条例》禁止将土地转移给教会，否则将没收其土地。为了实现转移土地给教会的目的，衡平法参照罗马法的信托遗赠制度创造了尤斯制度（即为现代信托的雏形）。在该项制度下，想将土地赠与给教会的人，不做直接的让渡，而是赠送给第三人，并表明目的是为了维护教会的利益，第三人须将从土地上所取得的收益转交给教会。由此可见，尤斯制度的财富保护功能使得土地免于被国家没收，其财富“传承”功能可以实现基督徒将财产捐赠给教会的目的。

回到股权信托的概念上，尽管在我国信托业已经有多年的实践了，但既往的股权信托并非是基于财富保护或财富

传承目的，而是以融资或管理为主要目的。可见，既往的股权信托可看作一种商事信托，即委托人与受益人往往是一人，属于典型的自益信托。以房地产股权融资信托为例，其融资模式为：信托公司发行信托产品，向投资者募集资金，信托公司将募集所得资金以股权投资方式投资于房地产企业。之所以房地产股权融资信托以股权而非债权形式投资于房地产企业，是因为受到有关房地产调控政策的限制。此类股权信托产品通常为集合资金信托，信托设立时应为自益信托。信托成立后，委托人可以将受益权转让给委托人以外的人。再如员工持股

信托，即由信托公司持股，以职工为委托人和受益人。员工持股信托的产生原因通常是因为员工人数众多，如由员工直接持有公司股权，一则违反了《公司法》有关股东人数的限制，二则股东人数太多不易于管理。由此可见，此前信托业中的股权信托是以融资或管理为主要目的，而非财富保护或传承。

在家族财富保护和传承背景下，尤其是在改革开放中创造了财富的民营企业，其拥有的名下公司的股权是重要的财富形态。如何对股权资产进行保护和传承，是许多企业家面临的迫切需要解决的问题。因此，信托公司开展股权信托，既可以解决这些企业家的问题，又能为信托公司的转型提供业务机会。

股权，可以“承载”其他资产的资产

股权是一种可以承载其他资产的资产。广义上的股权泛指股东得以向公司主张的各种权利。股东依照章程约定向公司缴付资本后，用于出资的财产即实现了所有权的转移。



股东与公司分别拥有独立的财产权。虽然公司拥有独立的法人财产权，但股东可以通过控制公司进而间接控制公司的财产。因此，通过将股权设立信托，则可以实现间接将公司财产设立信托的目的。实践中，部分财产难以直接设立信托，如艺术品、个人收藏品等。如此类财产在公司名下，那么公司股东将公司股权进行信托安排，可以间接实现将公司名下资产的信托安排。在实践操作中我们发现，许多信托公司并不热衷于开展个人藏品等动产信托，理由在于个人藏品、艺术品等保管需要专业知识，且管理成本很高。但如果将个人藏品、艺术品由公司持有，而将公司股权进行信托安排，不但可以实现了将动产间接信托的目的，还一定程度上减轻了信托公司管理此类特殊动产的责任。

股权承载资产的方式可分为两种，一是将资产通过缴付注册资本的方式转让给公司，二是由公司自股东处收购资产。通过缴付注册资本方式转让与公司的，应遵守《公司法》等相关法律法规中有关注册资本的相关规定。股东用于出资的资产可以包括货币和非货币财产，非货币财产应是可以以货币估价并可以依法转让的财产。用于出资的财产不能设定任何权利负担，如抵押、质押等。公司从股东处收购资产的，应以公允价格进行。如果是明显不合理的低价，委托人的债权人可依据《合同法》的规定请求人民法院撤销委托人的行为。

股权信托的灵活性

以股权设立信托后，股权资产的管理具有灵活性的特点。我国《信托法》允许委托人和受托人在信托合同中就股权资产的管理方式进行约定，而现行的《信托法》也没有限制或禁止委托人保留处分权。这为股权信托中委托人保留一定程度的控制权预留了空间。依据《公司法》，股东和董事可看作近似于一种委托代理关系，股东是委托人、董事为代理人。公司章程则是有关股东和董事间责权利设定的公司“宪法”。我国《公司法》允许公司就股东会、董事会的职权进行较为自由的分配和设计。因此设立股权信托后，信托公司虽成为公司的股东，但委托人仍能够介入公司的日常管理。依据《公司法》和公司管理实践，公司的日常经营一般由董事会负责，不设董事会的由执行董事负责。在股权信托合同中，信托委托人和受托人可就公司股东会与董事会的职权进行个性化的安排，实现“董事会中心”主义，即由董事会或执行董事掌控更多的权利，主导公司的经营。而董事、

执行董事的选任，可在信托合同中明确由委托人提名、受托人以股东身份确认。这样，董事的选聘依然由信托受托人负责，符合《公司法》和工商管理的要求，但通过赋予信托委托人提名权则可使信托委托人保留部分对公司的控制权。实践中，我们接触的一些信托界人士也表示，对于股权信托下公司的日常经营管理，信托公司主观上并不愿意介入经营管理，而且客观上也并不具备公司管理的能力。

股权安排在跨境信托中的运用

很多离岸地均颁布了信托法，建立了较为完善的信托法律制度，如英属维尔京、百慕大群岛、开曼群岛等。是为了吸引更多高净值人士在那里设立信托，这些离岸地国家或地区在信托立法上做了一些“激进”的修改。如库克群岛将委托人的债权人撤销信托诉讼的证明标准从普通的民法准提高到了刑法标准（即排除合理怀疑），这事实上使得债权人很难撤销信托，进而使得委托人设立的信托有更强的稳定性。新加坡、香港等一些国家和地区，为了能够大力发展本国的信托产业，也是纷纷通过修改立法的方式加以变化。许多民营企业家和高净值人士选择了在境外设立离岸信托。如潘石屹与张欣夫妇、张茵等民营企业等，在企业搭建红筹上市架构时，就将其各自持有的境外上市公司的股权进行了境外信托安排。因此，对于很多境内高净值人士而言，境外信托的私密性、专业性和灵活性具有很强的吸引力。但许多境内委托人持有的境内资产，如现金、动产或不动产等往往无法直接委托境外信托机构设立信托。而股权安排则可以实现由离岸信托持有境内资产的目的。实践操作中，委托人可在境外先以部分资产设立信托，再由受托人以其自己的名义直接或间接收购委托人在境内的资产。这样，委托人就可以将境内资产间接置入境外信托。如此一来，既能够设立离岸信托，充分利用离岸地发达、成熟的信托制度；同时，通过境内投资的方式，将无法转移出境的资产纳入信托，实现财富保护和传承。同理，如在境内设立资金信托，再由信托公司以信托财产设立SPV，通过SPV也可以实现境外投资。通过境外投资，可以实现由境内公司直接或间接持有境外资产的目的。

股权信托的类型

在离岸地和传统的英美法系国家，因为其信托实践丰富且历史悠久，信托的类型也非常丰富。当前国内家族信托

柏高原律师简介

执业领域：基金、信托、公司并购

教育及工作经历：柏高原律师于南开大学获法律硕士专业学位，并于2010年在天津大学获管理学博士学位。现为北京京都（天津）律师事务所律师。

自2007年至2010年，柏高原博士供职于船舶产业投资基金，全程参与了该基金论证、募集、设立和投资运作。期间，柏高原博士专门负责该基金相关的法律事务，包括基金架构设计和确定、商业模式选择、基金法律文件的起草与谈判、基金境内外投资结构设计等。

2010年起，柏高原博士开始律师执业，主要从事非诉法律事务，执业领域包括：银行信托法律事务；私募股权投资基金设立、募集及运作；外商投资企业设立、变更、增资、境内再投资等；企业重组、改制及并购；企业日常法律事务等。



的类型也呈多样化特点。其中可撤销信托和不可撤销信托是较为常见的一种分类类型。但这种分类方法应属舶来品，在我国法下不能依字面意思理解。依据我国《信托法》，“撤销”信托主要是指信托设立侵害了委托人的债权人之利益，从而由债权人申请人民法院撤销信托。因此，所谓可撤销信托，严格说来并不严谨，应称为委托人可单方任意变更或终止之信托更为妥当。因家族信托对于我国的高净值人士，毕竟尚属新生事物。因此，设立可撤销信托往往更易被委托人所接受，待了解并认可家族信托的功能和价值后，再变更为不可撤销信托。但在一些信托发达的国家（如美国），委托人设立可撤销信托的行为，未必会产生财富保护和规避遗产税的效果。美国曾有判例支持委托人债权人有权从委托人设立的可撤销信托中获得偿付。因此在美国，可撤销信托并不能起到资产隔离作用。除此以外，可撤销信托也不能规避遗产税。依据美国遗产税的相关规定，可撤销信托并不能从委托人遗产中扣除，在委托人死亡时仍应被计算为遗产总额的一部分，依然应缴纳遗产税。在我国，《信托法》并未针对前述不同类型的信托区别对待，而是笼统的规定：第一，信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别，且非法定理由不得强制执行；第二，设立信托后，委托人死亡时，如委托人不是唯一受益人的，信托存续，信托财产不作为其遗产。但笔者认为，实质课税原则是世界各国普遍接受的税法基本原则，我国税法也明确了“实质重于形式”的基本原则。因此，设立可撤销信托尽管暂时不会面临来自于委托人的债权人的挑战，但在遗产税方面，不排除未来遗产税开征

后将可撤销信托对应的信托财产纳入遗产总额的可能性。

股权信托登记障碍的化解

我国《信托法》第十条规定了信托登记制度，即如有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，信托的设立应当依法办理信托登记。如不能补办登记的，信托不产生效力。如以有限责任公司股权设立信托的，国务院颁布的《公司登记管理条例》要求有限责任公司股东股权转让应进行工商变更登记。因此，以有限责任公司股权设立信托的，应进行信托登记。但工商部门进行的工商登记显然不属于信托登记。当然，也有学者认为信托法第十条应进行限缩解释，即需以登记确定权属的财产方适用第十条。依照此种逻辑，工商登记并不是有限责任公司股权确权的证据，也就意味着有限责任公司的股权信托不需要信托登记。尽管有此种不同观点，但我们认为这种法律风险是客观存在的，且其根源在于法律规定的不明晰。因此以有限责任公司股权直接设立信托的，存在较大的风险，可能因无法办理信托登记而面临无效的风险。家族信托的设立须完全规避此类法律风险。为规避风险，在设立股权信托时，可采取先以资金设立信托，后由信托公司以资金收购委托人手中持有的公司股权。因信托具有物上代位性，信托财产虽由现金变更为股权，但股权依然为信托财产，依然会取得信托财产的独立性。信托公司与委托人进行股权转让交易的，还可以实现股权资产所有权的完全转移。✎



股权信托的登记问题研究

■ 丛彦国 / 文

在英美法系信托法中，因“双重所有权”设计和出于保护当事人隐私的目的，英美法系并没有完整的信托登记制度，但是信托登记制度却是大陆法系信托法的重要内容。本文围绕股权信托登记的含义和意义，结合大陆法系相关立法，对我国现有股权信托登记法律环境进行分析并提出了完善建议，以供业界参考。

股权信托登记概述

（一）股权信托与信托登记

股权信托，是指以公司股权为信托财产而设立的信托，是通过信托的方式来享有和行使股权的一种信托设计，其中的“股权”，在广义上既包括有限责任公司的股权，也包括股份有限公司的股权（股份）。而信托登记，是指通过一定的方式将有关财产已经设立信托的事实向社会公众予以公布的制度，是信托公示的主要方式之一。

股权信托与股权托管不同，作为信托的一种，严格意义上的股权信托必须具备信托股权之所有权的分离、信托之股权转让于受托人并

由其占有、受托人对受益人负有信义义务、受益人享有追及权等基本要素；而股权托管相当于是对股权的委托管理，股权所有人（股东）根据托管协议，将其股权委托给他人进行管理，但是股东名册、工商登记等不进行变更，属于一种委托代理关系而非信托关系。

（二）股权信托登记的必要性

1. 股权的转让需要履行登记手续

信托财产的转移是信托成立与有效的重要前提，各国信托法一般均明确规定了设立信托时的财产转移问题，股权

信托自然也不例外，虽然我国《信托法》对此使用的是“委托给”一词，但是我国学者周小明认为其含义也包括财产转移。至于财产的转移方式，结合我国《物权法》的规定，除法律另有规定外，以动产物权（包括动产所有权和动产他物权）作为信托财产，原则上以交付为转移方式；以不动产物权（包括不动产所有权和不动产他物权）作为信托财产，原则上以登记为转移方式。虽然股权与物权分属于不同的法律领域，但不可否认的是，股权符合物权的基本属性，是物权的一种特殊形式，我国学者刘俊海也认为，股权是物权在投资领域的延伸。即使我们抛开股权属于物权的观点，股权转让除双方合意外，如果法律还规定了登记等手续的，则必须遵守，否则不会产生财产转移即股权转让的法律效果，实际上各国公司法均规定了股权的变动必须履行登记手续。

2. 信托股权的独立性需要由登记来公示

因信托的设立，信托股权会以区别于受托人固有财产以及委托人其他财产的独立信托财产形式而存在。委托人设立股权信托是为了使信托股权从委托人的其他财产中分立出来，受托人取得该股权是为了使受托人以自己名义管理、处分股权，另

外信托股权也不直接归属于受益人，受益人只是按照信托文件规定的条件和目的，通过受托人取得信托利益。因此可以说，在股权信托存续期间，信托股权实质上并不属于任何信托当事人，也不属于任何第三人，信托股权独立于委托人、受托人和受益人的固有财产，仅为信托目的而存在。但是与受托人交易的第三人可能对此并不知情，这对第三人是公平的，因此对信托股权采取登记等公示的规定，主要是基于保护第三人的目的，意在告知第三人该股权属于信托财产，而非受托人的固有财产。

在广义上股权信托登记至少包括两项登记内容，一是股权转让登记，二是股权信托登记。我国有关法律、行政法规对于股权转让的登记问题有所规定，但是并没有对股权信托登记进行明确的规定。

股权信托登记的效力

信托登记的效力是指信托登记产生的法律效果，对此主要有两种立法例：一是生效要件主义，即产生生效的效力；二是对抗要件主义，即产生对抗的效力。

（一）对抗要件主义

对于信托登记的法律效力，大陆法系国家的信托法一般采用对抗要件主义。例如日本《信托法》规定，“对应登记或注册的财产权，如不登记或注册，其信托不得对抗第三者”；韩国《信托法》规定，“关于需登记或注册的财产权，其信托可因登记或注册而与第三人对抗。对于有价证券，信托可根据内阁令的规定，对证券表明信托财产的实际状况；对于股票证券和公司证券，信托则可在股东名册簿或公司债券簿上，表明信托财产的实际状况，从而与第三人对抗”；我国台湾地区的信托法也有类似规定。

采用对抗要件主义的，信托登记只影响信托的外部关系，而对信托的内部关系则没有影响，对于已经登记的信托财产，可以对抗第三人，即信托关系人可以对抗第三人主张信托关系存在；而对于应登记而未登记的信托财产，则不得对抗第三人，即信托关系人不得向第三人主张信托关系存在。

（二）生效要件主义

与大陆法系的其他国家不同，我国对信托登记的法律效力采用的是生效要件主义。我国《信托法》第十条规定，“设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。未依照前款规定办理信托登记的，应当补办登记手续；不补办的，该信托不产生效力”。但是我国的生效要件主义是有适用条件的，一是法律、行政法规规定应当办理登记手续的信托财产；二是既未在当时未办理信托登记又未事后补办。

采用生效要件主义的，信托登记既影响信托的内部关系，也影响信托的外部

关系。对于信托的内部关系而言，一旦信托尚未登记，则对委托人、受托人和受益人均不产生法律效力，即使信托合同已经登记并且信托财产已经转移至受托人，受托人仍然没有管理、处分信托财产的权利和义务，受益人也无权取得信托利益。对于信托的外部关系而言，既然信托不生效，则信托财产仍然归委托人所有，受托人自然无权管理、处分信托财产，第三人就信托财产与受托人的交易一般也不能产生相应的法律效果。

因此采用生效要件主义并不利于对信托当事人和第三人的保护，这与维护交易安全的立法初衷似乎有所背离，而反观采用对抗要件主义则更为适宜，既尊重了当事人意思自治又满足了保护第三人的要求。

股权信托的登记事项和方法

在广义上股权信托登记至少包括两项登记内容，一是股权转让登记，二是股权信托登记。我国有关法律、行政法规对于股权转让的登记问题有所规定，但是并没有对股权信托登记进行明确的规定。

（一）有限责任公司股权转让与信托登记

我国《公司法》第三十二条规定，“有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：（一）股东的姓名或者名称及住所；（二）股东的出资额；（三）出资证明书编号。记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”因此对于有限责任公司的股东资格，股东名册属于效力证据，而公司登记机关的登记则属于对抗证据。但是结合《信托法》第十条的规定，以有限责任公司股权设立信托的，仍然应当向公司登记机关登记。

但是上述登记仅是股权转让登记，并不等同于信托登记，鉴于我国并无股

从彦国律师简介



京都律师事务所执业律师

主要执业领域为：公司、证券、信托和投资基金。从彦国律师现为京都所家族信托法律事务中心成员。从彦国律师长期在高等院校从事公司法、金融法、信托和投资基金法的教学与研究工作，法学讲师。



虽然我国《信托法》规定了信托登记，但是对于何为信托登记以及如何进行信托登记等重要问题，我国法律、行政法规并无具体规定，这无疑增加了实务操作的难度和不确定性，不利于我国信托业的持续发展。

权信托登记的明确规定，笔者建议以有限责任公司股权设立信托的，应当在股东名册上载明信托字样，并在公司登记事项上增加股权信托一项，以便于在公司登记机关办理股权信托登记。

（二）股份有限公司股权信托登记

股份有限公司的股权（股份）采取股票的形式，股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证，同时上市公司的股票也是我国《证券法》规定的一种有价证券。股票包括记名股票和无记名股票，《公司法》第一百三十九条规定，“记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。股东大会召开前二十日内或者公司决定分配股利的基准日前五日内，不得进行前款规定的股东名册的变更登记。但是，法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定”。第一百四十条规定，“无记名股票的转让，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力”。因此对于股份有限公司的股东资格，除法律另有规定外，股东名册和股票分别为记名股东和无记名股东资格的效力证据。

但是如前所述，采用上述方式进行股权转让的，同样不等同于信托登记或者信托公示，笔者建议以股份有限公司股权设立信托的，无论是记名股票还是无记名股票的转让，都应当在股东名册和股票上载明信托字样，以起到公示作用。

1. 上市公司的股权信托登记

《证券法》第一百五十五条规定，“证券登记结算机构是为证券交易提供集中登记、存管与结算服务，不以营利为目的的法人”。第一百五十七条规定，“证券登记结算机构履行下列职能：（一）证券账户、结算账户的设立；（二）证券的存管和过户；（三）证券持有人名册登记；（四）证券交易所上市证券交易的清算和交收；（五）受发

行人的委托派发证券权益；（六）办理与上述业务有关的查询；（七）国务院证券监督管理机构批准的其他业务”。第一百六十条规定，“证券登记结算机构应当根据证券登记结算的结果，确认证券持有人持有证券的事实，提供证券持有人登记资料”。因此，上市公司股权转让的登记机关应当是证券登记结算机构。笔者建议，证券登记结算机构的职能可增加股权信托登记一项，以便于股权信托登记的办理。

2. 非上市公司的股权信托登记

根据《公司法》的规定，股份有限公司的股东姓名或者名称是公司章程的任意记载事项，《公司登记管理条例》第三十六条规定，“公司章程修改未涉及登记事项的，公司应当将修改后的公司章程或者公司章程修正案送原公司登记机关备案”。因此无论是上市公司还是非上市股份有限公司因股权转让而修改公司章程的，则应当将载有新股东姓名或者名称的公司章程或者公司章程修正案送公司登记机关备案。笔者建议，可以考虑在修改后的公司章程或者公司章程修正案上，在载有新股东姓名或者名称处载明信托字样。

结语

虽然我国《信托法》规定了信托登记，但是对于何为信托登记以及如何进行信托登记等重要问题，我国法律、行政法规并无具体规定，这无疑增加了实务操作的难度和不确定性，不利于我国信托业的持续发展。实际上，笔者的上述建议也只是在我国现有法律框架内的一种权宜之计，从长远来看，我国应当出台包括股权信托在内的信托登记法律、行政法规，对股权信托登记的概念、适用范围、登记申请人、登记机关、登记事项和方法、需要提交的材料、办理流程、登记信息的查询等问题进行明确的规定，建立并完善符合我国实际的股权信托登记制度。✎



我国台湾地区不动产登记制度浅析

■ 滕杰 / 文

一、台湾地区不动产信托的信托财产

因当前理论界和实务界对于不动产信托的定义及范畴仍有不同观点，而这也并非本文论述的重点，为方便论述，本文将不动产信托限定为不动产资产信托，即以不动产作为信托财产而设立的信托。我国台湾地区的法律法规中关于不动产的表述与我国大陆地区有所差异，因此在论述台湾地区不动产信托登记前，有必要对我国台湾地区法律中有关不动产的表述进行确定。

我国台湾地区《民法》对不动产作出了如下定义：“称不动产者，谓土地及其定着物”，“不动产之出产物，尚未分离者，为该不动产之部分”。由此可以看出，台湾地区《民法》中将不动产界定为土地、土地上的定着物，以及由其衍生出的未分离的部分（如土地上出产的矿石、种植物等）。台湾地区《土地法》对于土地的范畴界定十分广泛，根据其规定，土地不仅包含地面、池塘、湖泊等，还包括土

地之上的住宅、官邸、码头等建筑物，涵盖了几乎所有不动产的范畴。此外，台湾地区《土地法》与《土地登记规则》同时规定，其所谓土地登记即土地及建筑改良物（建物）的所有权与他项权利的登记。由此可以看出，台湾的土地登记不仅包含土地的登记，亦包含了土地之上建筑物等的登记。

因此，台湾地区不动产信托的信托财产即可以理解为其法律所规定的“土地”，该“土地”既包含狭义的土地，也包含了土地之上的定着物、建筑物等其他类型的不动产。如无特殊说明，在下文的论述中将对“土地”与“不动产”两个概念不另作细分。

二、台湾地区不动产信托登记相关法律法规介绍

（一）信托法

台湾地区《信托法》以日本1922年公布的信托法为主



要蓝本，参考了英美法国家的相关判例学说，结合台湾社会实情与法律体系，于1995年12月29日完成立法程序，1996年1月26日公布施行，共九章计八十六条。分别对信托财产、受益人、受托人、监察人、信托监督、信托关系消灭、公益信托等事项进行了规范，并确立了台湾信托法重要的立法原则。其中第四条对信托登记作出了规定，而该条第一款则明确规定了“以应登记或注册之财产权为信托者，非经信托登记，不得对抗第三人”。

（二）信托业法

台湾地区《信托业法》于2000年公布并实施，其后经历了六次修正，最后一次修正于2015年2月4日公布并施行。《信托业法》主要对信托经营机构作出了规范和限制，规范主体为信托机构、兼营信托业务的银行、证券投资信托事业及证券投资顾问事业等。《信托业法》对以上机构的设立及变更、业务、开展、监督管理等方面均作出了相应规定。《信托业法》明确规定，信托机构所接受的信托财产是依照法律法规定应当登记的财产，则须依照有关规定进行信托登记。而《信托业应负之义务及相关行为规范》中对此也有类似规定。

（三）土地法与土地登记规则

台湾地区《土地法》于1930年颁布并实施，在之后的几十年中经历了多次修正，最后一次修正于2011年6月15日公布并实施。《土地法》是台湾地区规范土地在内的不动产的重要法律。该法对土地的范围作出了明确说明，并规定台湾地区的土地分为国有土地与私有土地，地政机关是台湾地区的土地主管部门。此外，《土地法》规定了地籍测量、土地登记、土地使用等相关事项，并设立专章规定了土地税的相关内容，具体包括地价税、土地增值税、土地改良税、土地税的减免以及欠税事项。

台湾地区《土地法》规定了土地登记的内容、程序、费用、数据提供、服务文件以及异议处理等事项，由中央地政机关做出相应规定。而《土地登记规则》即是依据本条规定所制定，对土地登记作出了更加细致、明确的规定，具体规范了土地登记的范围、登记的申请、登记的程序及所需文件，并对各类型的土地登记作出了不同的要求。根据《土地登记规则》的规定，土地登记包括：土地总登记、标示变更登记、所有权变更登记、他项权利登记、继承登记、土地权利信托登记、更正登记及限制登记、涂销登记及消灭登记、其他登记。不动产信托登记的具体细节，则是主要依据《土地登记规则》进行操作。

三、台湾地区不动产信托登记的含义及类型

不动产信托登记是指不动产信托设立时，因不动产权利转移至受托人，或进行其他不动产权利处分，而向地政机关申请权利变更的的登记。根据台湾内政部最新修订的《土地登记规则》的规定，其所称土地权利信托登记（简称信托登记），是指土地权利依照信托法办理信托时进行的变更登记。由该规定可以看出，信托设立时当事人办理信托登记，是最为普遍的信托登记类型。除此之外，信托的受托人在管理信托财产过程中，依照台湾地区《信托法》相关规定而取得的不动产，仍应属于信托财产，在进行不动产权利变更登记时，除向登记机关申请一般性登记外，受托人还应在登记申请书上注明该不动产为信托财产，由登记机关进行标注并记载于土地登记簿中，从而达到信托公示的目的。根据现行法律的规定，台湾地区不动产信托登记分为以下几类：

（一）信托设立登记

因为信托关系的成立而导致不动产权利需转移或进行其他类型的处分，须由信托委托人会同受托人依据台湾地区《信托法》及《土地登记规则》的规定，向不动产所在地的地政机关办理不动产权利变更登记。

（二）信托财产取得登记

信托受托人在信托存续期间对信托财产进行经营管理、处分，若由此获得不动产财产权的，则需要依据台湾地区《信托法》的规定，由受托人会同登记名义人向登记机关办理财产取得登记，并同时声明该财产为信托财产，由登记机关一并记载于土地登记簿中。

（三）信托归属登记

信托关系消灭时，不动产权利因此而转移至委托人以外的权利人的，需根据台湾地区《土地登记规则》的要求，由该权利人会同委托人向不动产登记机关申请办理信托归属登记。

（四）受托人变更登记

不动产权利因信托关系成立而进行了信托登记后，若受托人在信托存续期间进行了变更，则需要依据台湾地区《信托法》的规定选任或指定新的受托人，由新受托人会同委托

经研究台湾地区相关法律法规后发现，通过契约设立信托除须具备意思表示等法律行为为的一般成立要件外，还须要有标的物的财产权移转及现实交付等处分行为，信托方能成立！

人向不动产登记机关申请办理受托人变更登记。

（五）涂销信托登记

不动产权利因信托关系终止或其他原因而转移至原委托人所有的，应根据台湾地区《信托法》及《土地登记规则》的要求，由委托人会同受托人向不动产登记机关办理涂销信托登记。

（六）信托内容变更登记

不动产信托关系成立且办理了信托登记后，若在信托存续期间，信托内容发生了变更而不涉及权利变更的，应根据《信托法》与《土地登记规则》的要求，由委托人会同受托人向不动产登记机关申请办理信托内容变更。

四、台湾不动产信托登记的效力

台湾地区《信托法》第四条明确规定，“以应登记或注册之财产权为信托者，非经信托登记，不得对抗第三人”。因此，诸多学者认为，在台湾地区设立不动产信托，向登记机关申请登记只是一个对抗第三人的要件，而非信托生效要件。其实，该观点是对台湾地区信托登记制度的误解。

众所周知，在大陆法系国家多采用物权法定原则，根据该原则，物权的取得、变更及消灭均需由法律来规定，而不得由当事人随意约定，否则面临物权变动无效的法律后果。台湾地区的法律体系即属于大陆法系范畴，其《信托法》第一条规定设立信托须由委托人“将财产权移转或为其他处分”，而其《民法·物权编》明确规定不动产物权的取得、设立、丧失及变更非经登记不产生法律效力。由该规定可以看出，设立不动产信托需要将不动产物权进行变更登记后方，该信托方产生法律效力。但为何在《信托法》第四条的规定中，登记又变成了信托设立“对抗要件呢”？

经研究台湾地区相关法律法规后发现，通过契约设立信

托除须具备意思表示等法律行为为的一般成立要件外，还须要有标的物的财产权移转及现实交付等处分行为，信托方能成立，即信托物权的移转是信托契约的特别成立要件。而不动产的物权转移需要依法办理不动产变更登记，因此，不动产变更登记即为不动产信托契约的特别成立要件。而信托法第四条规定，以应登记或注册的财产权设立信托的，非经信托登记不得对抗第三人，此乃信托成立后因信托财产具有独立性，为保护交易安全而规定的公示制度，并不能据此认为信托关系的成立不以登记为生效要件。信托法第四条所称登记专指“信托登记”——即在登记时标注为“信托财产”，如不登记为信托财产，而进行了信托以外之财产移转登记（如登记为买卖或赠与等），则即使内部法律关系实为信托，亦不得主张信托关系对抗第三人，故信托法第四条与信托成立要件无关。简而言之，不动产物权变更登记是不动产信托登记的生效要件，而登记为“信托”后才进一步具有对抗第三人的效力。

2006年“台上字第500号案例”亦印证了上述结论。该案中，原告二人与诉外人谢某，于2001年2月15日订立书面信托契约，约定诉外人谢某将其所有的不动产信托登记于原告名下，使原告得依信托目的予以管理或处分，但在完成信托登记前之2001年8月16日诉外人谢某死亡，从而导致台北市士林地政事务所驳回信托登记之申请。被告等人（含原告己某）为诉外人谢某的全体继承人，依信托法第一条、第八条第一项及民法第1148条规定，即有履行本件信托契约之义务。再依民法第759条规定“因继承、强制执行、公用征收或法院之判决，于登记前已取得不动产物权者，非经登记，不得处分其物权”，于是诉被告等应协同原告己某办理系争不动产的继承登记。本案经过当地法院审判后，驳回了原告的诉讼请求。随后原告分别上诉至高等法院与最高法院，均被驳回。而审判的理由即是不动产转移是信托成立的特殊要件，而本案系争不动产未进行转移（变更登记），故原告（上诉人）与谢某间就系争不动产所订立之信托契约尚未成



立(生效),遂判决被告(上诉人)败诉。即该案审判结果支持了“不动产信托中标的物转移登记为信托生效要件”的观点。

五、对我国不动产信托登记的启示

(一) 我国信托登记制度的缺失

1. 信托登记机构不明

我国《信托法》于2001年颁布并施行,十几年来未进行过修改。根据《信托法》第十条的规定“设立信托,对于信托财产,有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的,应当依法办理信托登记”可知,以不动产设立信托的应当进行信托登记。但自《信托法》施行以来,我国并未建立与之相对应的信托登记制度,不动产信托所进行的登记也多选择原物权登记机关作为登记场所。然而,前文已有相关论述,信托登记包含两层意思,其与传统的物权登记并不能直接划等号,故选择原物权登记机关进行的相应登记也并非《信托法》第十条所称的“信托登记”。《信托法》第十条第二款同时规定了未办理信托登记的信托不产生效力。由此可以看出我国信托登记制度的确实直接导致了不动产信托等需办理信托登记的信托面临着信托无效的风险。

2. 信托登记申请人不明

退一步而言,即使传统物权登记机构能够达到信托登记的效力,但又面临信托登记申请人不明的问题。即在进行不动产信托登记时,是需要委托人、受托人共同向登记机关申请登记,还是仅需其中一方当事人申请登记,对于以遗嘱形式设立不动产信托的情形,登记申请人有应当为何人?此类问题均有待法律法规进一步明确。

3. 信托登记记载事项不明

信托登记不同于传统物权登记的另一主要之处为,信托登记需要明确记载受托人的信托权利范围。在我国,信托登记是信托设立的生效要件,进行登记后更具有对抗第三人的效力,故应当在登记簿中明确受托人的权利范围,以便实现公示公信的作用。

(二) 《不动产登记暂行条例》的缺憾

2014年11月,我国《不动产登记暂行条例》发布,并于2015年3月1日起施行。该条例对不动产作出了定义并进行了划分,明确规定了“我国实行统一的不动产登记制度”,“不动产登记由不动产所在地的县级人民政府不动产

登记机构办理”,具有十分重要的意义。然而,该条例同样未对不动产信托登记做出规定,仅对传统的物权登记进行了统一,从而留下了缺憾。

(三) 上海信托登记中心定位尴尬

2006年,银监会批准成立了上海信托登记中心,主要负责《信托法》规定的信托登记相关事务,具体的业务范围则包括:信托基本信息登记、信托财产登记等。上海信托登记中心的成立固然由其积极的意义,对信托产品的发行、流转起到了促进作用。但该登记中心并非法定的信托登记机构,也不能强制所有的信托均在该中心进行登记,从而导致该中心的定位尴尬。目前,上海信托登记中心大多为我国信托机构发行的资金信托计划。

(四) 对我国信托登记制度的建议

1. 通过立法确定不动产登记机构

我国《信托法》已经明确设立信托需要进行信托登记,而下一步则是确立信托登记的详细制度。首先需要确定的就是不动产信托登记机构。进行信托登记可以建立全国统一的信托登记机构,也可以是各地分别建立相应信托机构,但需实现各机构的联网统一,以减少公示成本。

2. 确定不动产登记申请人及登记事项

如前所述,我国不动产信托登记尚无法明确登记申请人及登记记载事项。而不同类型对应着不同的登记申请人及登记事项,因此在确定不动产登记申请人及登记记载事项前,需要法律法规明确我国信托登记的类型。综合来看,信托登记分为信托设立登记、信托变更登记、信托消灭登记三类。信托设立登记有根据其设立依据是信托合同还是遗嘱而有所区别;信托变更登记同样分为信托财产权利变更的登记与受托人变更登记等。我国在进行相应立法时,可以参考大陆法系中日本、我国台湾地区及学术研究,分别做出详细规定。

3. 设立信托专栏及信托专簿

以上立法建议从实施角度来看尚需较长时间方可能落实。而从信托登记成本来看,当前可以考虑在传统物权登记的基础上,同时增加专门的“信托登记栏”供登记人填写,即在办理登记时,在“信托登记栏”备注该登记为信托登记,并填写信托权利等相关信息,从而使传统物权登记转为了信托登记。同时,在登记时建立“信托专簿”,将信托文件等材料的副本进行备案,以实现公示公信的作用。✎

从一起成功排除非法证据的案件 谈同步录音录像问题

■ 公丕国、牛星丽 / 文

近日，笔者承办的苏州秦某单位行贿案在排除非法证据方面取得了较大成功，法院以非法证据排除了被告人28份有罪供述，否决了检察机关起诉的80万元行贿的指控，以其他行贿数额判处被告人一年半有期徒刑（羁押期）。

公诉机关未能提供充分理由对辩方意见予以答辩

被告人相关供述本院不作为定案依据

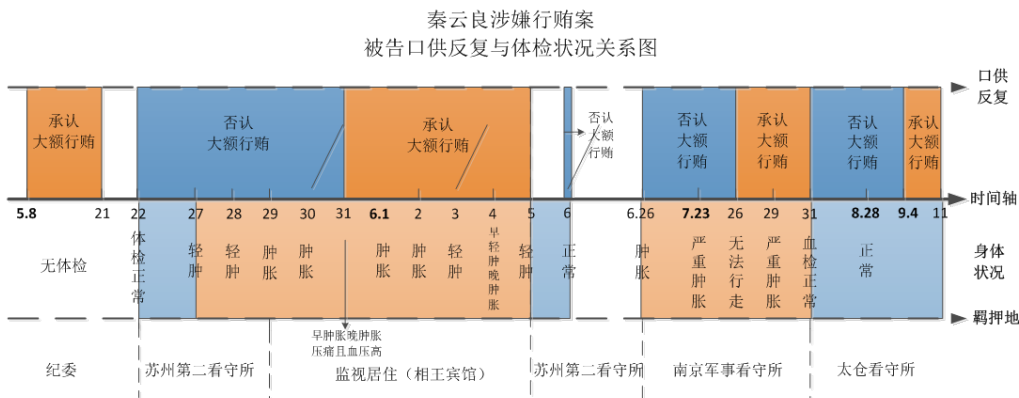
——（2014）姑苏刑二初字第0198号刑事判决书

之所以有这样的判决结论，是因为辩护人在查阅本

案46盘录像和梳理繁杂的卷宗后，提出排除非法证据申请并附列四点公诉人无法辩驳的证据和理由：

1、同步录音录像显示侦查人员对被告人逼供诱供、威胁恐吓、自制笔录等视频片段：辩护人对每一视频片段标注“某月某日几点几分到几分”，尤其是被告人“被蒙着头套、拖进审讯室”等典型片段特别标注。公诉人按标注时间查阅录像，有图有真相，无言可辩。

2、总结被告人认罪与否的供述期间和体检状况的规律，辩护人绘制了“被告人供述反复与体检状况关系图”（见下图）：



注解：1、“承认大额行贿”是指承认行贿80万、20万等数额；

2、长期站立、不喝水、不睡觉会导致血液循环、新陈代谢不正常而导致腿脚肿胀。



以可视化的手段展示被告不认罪则身体“正常--腿脚轻度肿胀--肿胀--严重肿胀”、开始认罪后体检记录为“肿胀--轻度肿胀--正常”的规律，形式鲜明，观点明确；公诉人做“肿胀可能是痛风引起”的答辩，又被“被告尿酸正常”的体检记录否决。

被告人在看守所后期未受到刑讯逼供

5月21日9:50—21:40	询问被告人12小时	预审卷四p26—p32
5月21日22:00—22日17:00	讯问被告人19小时	预审卷二P11--P18
中间间隔20分钟，办案人员审讯被告人长达31小时		

面对这些白纸黑字的时间记录，公诉人只有苦笑不答。

最后，判决书“本院认为”部分表述：“对于辩方提出的被告人所作的有罪供述期间身体状况出现异常与有罪供述的对应性，公诉机关提出的可能系痛风引起的答辩与证据明显不符，且与痛风病状的常理不符，除此之外公诉机关未提供其他充分理由或证据给予解释；关于辩方提出同步录音录像中反映被告人因双腿无法行走被拖入审讯室的意见未给予明确答辩；关于辩方提出的被告人在羁押于看守所受到威胁的辩解，公诉机关未能提供充分理由予以答辩；在案笔录证实，被告人所作有罪供述确实存在连续深夜审讯，公诉机关未能提供依该方法搜集被告人供述的正当理由。综上，辩方提出的被告人相关供述的合法性存疑，本院不作为该案定案依据。”

本案“排非”成功，是上述排非事由的综合作用，但对法官“排非”心证产生最大影响的，还是辩护人从200余小时审讯录像中发现的大量非法审讯的视频片段，尤其是被告被拖进审讯室的镜头。“我们只在电影《江姐》中见过，只在电视剧《潜伏》中见过，但今天我们在本案的审

但有多次有罪供述，是由于“翻供会再回南京军事看守所”的威胁而“重复自白”，亦应以非法证据排除。公诉人辩称“此时距离军看时期多日，恐惧心理不再，其有罪供述不应排除”，遭到辩护人“那种暴力折磨、熬鹰式审讯造成的生不如死的心理阴影，不是以天计算、以月计算而消失，而是一辈子难忘”的驳斥。

4、被告多份讯问笔录显示，故意连续夜审不让睡觉，即熬鹰式疲劳审讯典型突出。如下表：

讯录像中见到了”，辩护人庭上庭下的感慨引起了所有诉讼参与人的认同。有感于此，笔者侧重谈一下同步录音录像在排非申请中的问题和应用。

犯罪嫌疑人被送交看守所羁押后， 讯问应当在

看守所讯问室进行并全程同步录音或者录像

——中央政法委《关于切实防止冤假错案的指导意见》

根据媒体公开报道统计，2013年以来，全国各地依法纠正重大冤假错案23起。笔者择其10起汇总如表，见下页。

笔者无缘见到这些冤假错案的卷宗，但从见诸媒体的部分案件情况看，这些案件都存在被告认罪的言词证据，而从矫正的结果看，“所有冤假错案都与刑讯逼供有关”！落后的“口供为王”的侦讯体制导致刑讯逼供、非法取证普遍存在，传统的“卷宗主义”的审判体制，使得辩护人所提起的非法证据排除申请不被重视，导致冤假错

律师应当抓住同步录音录像这一发现刑讯逼供、排除非法证据的利器，为解决冤假错案、保护公民人权、促进法治发展，尽到自己的历史责任！

2013年以来，全国各地依法纠正重大冤假错案列表（部分）

被告及罪名	羁押服刑	纠正时间	纠正机关	理由和结果
赵艳锦雇凶杀人案	6年	2013.3.20	北京一中	证据不充分无罪
常林锋杀妻焚尸案	6年	2013.3.20	北京一中	证据不充分无罪
张氏叔侄强奸案	10年	2013.3.26	浙江高院	有新证据 无罪
萧山五青年抢劫案	12年	2013.5.3	浙江高院	真凶查获 无罪
王本余强奸杀人案	18年	2013.7.25	内蒙高院	真凶查获 无罪
代克民等杀人案	7年	2013.12.25	亳州中院	证据不足 无罪
杨波涛强奸杀人案	10年	2014.2.11	商丘检察院	证据不足 撤诉
念斌投毒案	8年	2014.8.22	福建高院	事实不清 无罪
王国其买卖枪支案	5年	2014.11.26	广州越秀检察院	证据变更 撤诉
呼格吉勒图冤杀案	已执行死刑	2014.12.15	内蒙高院	证据不足 无罪

案和司法笑话屡屡发生。

为解决刑讯逼供和非法证据排除的问题，2010年5月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合颁布《排除非法证据规定》、《死刑案件证据规定》；2012年12月，《刑事诉讼法》以法律形式确立非法证据排除制度。但是，在司法实践中，非法证据的排除举步维艰。律师提出排非申请的很多，法院启动排非审查程序的很少，而认定和排除非法证据从而影响定罪量刑的案例更是少见，更谈不上追究非法证据制造者的责任问题，导致侦查机关并不在意排除非法证据的规定，刑讯逼供或变相刑讯逼供的问题依然得不到解决。

法院很少启动排除非法证据程序，除了“公检法办案一条龙”的司法痼疾和“有罪推定”的错误观念外，一个重要的原因是律师难以提出足以启动排非程序的线索或证据。控辩审三方所见到的预审卷宗，言词证据部分均是记录陈述结果、陈述人签字按手印的书面材料。这些材料是如何形成的、有无刑讯逼供非法审讯的问题，律师难以从书面材料中发现有力的证据。侦查机关的刑讯逼供，已经很少使用肉刑或留下伤痕，一些变相的冻、饿、烤、晒、疲劳审讯的非法手段，除了被告人知道，侦查机关不承认，律师拿不出让法院启动排非程序的线索证据。上述问题的产生，与侦讯过程中同步录音录像的缺失有直接的关系。

同步录音录像，就是指运用摄录设备对刑事侦查过

程进行同步摄录，客观真实地记录刑事侦查过程的活动。英国是最早实施同步录音录像的国家，1991年颁布的《录音实施条例》对警察讯问犯罪嫌疑人时进行同步录音的程序作了详细的规定，而随后实施的《录音实施法修正案》补充规定了对录像制作的要求。

我国司法实践中，首次强制性规定同步录音录像的司法文件是2005年最高人民检察院颁布的《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》；

2012年《刑事诉讼法》首次规定了录音录像问题，特别强调“对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音或者录像”；

2013年8月，中央政法委《关于切实防止冤假错案的指导意见》规定，“除情况紧急必须现场讯问外，应当在规定的办案场所进行；犯罪嫌疑人被送交看守所羁押后，讯问应当在看守所讯问室进行并全程同步录音或者录像”。

同步录音录像，由于具有客观性、动态性的特征，对于侦查机关而言，是证实侦查事实、固定言词证据、预防被告人翻供的重要证据；对于被告人而言，则是保护被告



人不被刑讯逼供、非法审讯的监督工具；而对律师而言，则是发现非法审讯的线索、提出排非申请并促成排非成功的利器。

某中院院长受贿案二审，审讯录像完整反映了指供审讯（被告人在侦查人员指示下作符合侦查意图的供述）的事实，法院裁定撤销原判发回重审，最后检察院撤诉；

本文谈到的秦某行贿案被告有罪供述被排除，显然也得益于审讯录像记录的被告被拖进审讯室、侦查人员指供诱供等审讯情节。

但是，客观地讲，这样的案例并不多，律师从同步录像中发现直接证据或线索非常困难。这有几方面的原因：

一是侦查机关不做同步录像或“先把你折腾服了”再做录像，或者选择性录像，或者对录像做删节剪辑；二是公检法配合

不让律师看录像，有录像不随卷移送，有录像不给律师查看机会，有录像不当庭播放；还有一个原因，法院不允许复制录像，律师只能在法院上班时间查看，几十盘、上百盘的审讯录像需要十几天几十天的时间查看，如此大的时间成本律师和委托人难以承担。而最大的问题是，由于相关规定对违反录音录像问题的行为没有对应的法律后果和责任，“没有法律规则的规则没有强制力”，实践中违反规定的行为即使是客观存在的事实，也无法处置，不了了之。

因此，解决上述问题，即如何把同步录音录像的法律制度不再“纸上谈兵”，需要更加细致可行的配套制度，需要法院裁判中对同步录音录像问题更大、更直接的裁判权，倒逼同步录音录像制度在侦查、检察部门的落实。

未依照法律和有关规定对讯问过程全程

同步录音录像取得的供述，应当予以排除

——最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》

我国1997年《刑法》就明文规定“严禁刑讯逼供”，十几年来相关的法律、司法文件都进一步明确“禁止刑讯逼供、非法取证”，直至近年来最高法律机关专门出台“禁止刑讯逼供、排除非法证据”的法律或司法解释。但是，由于这些法律规定缺乏操作性和强制性，刑讯逼供的现象屡禁不止。而近几年出现的佘祥林、赵作海等冤案的平反昭雪，挑战了人们对刑讯逼供、司法不公的神经底线，引起了国家最高层面的关注。

十八届三中全会《决定》在“法治中国”部分提出：“健全错案防止、纠正、责任追究机制，严禁刑讯逼供、体罚虐待，严格实行非法证据排除规则”。

十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确表述“法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施”；再次决定“健全落实罪刑法定、疑罪从无、非法证据排除等法律原则的法律制度”。

非法证据排除，本来是司法审判中的一个程序细节，以党中央全会《决定》的形式明确地表述相关意见，足见

牛星丽律师



京都律师事务所合伙人，专业领域包括刑事案件、合同纠纷、房产纠纷、侵权纠纷、婚姻继承、人身损害、法律顾问等。牛星丽律师从事法律工作十余年，每年办理各类案件近百件，其中主要包括：疑难复杂的刑事辩护案件、合同纠纷、房产纠纷、侵权纠纷、婚姻家庭及继承纠纷等。以扎实的理论基础、丰富的实战经验、严谨的工作作风，娴熟的办案技巧广受委托人信赖和好评。



该问题存在的严重程度和国家高层对该问题的重视。可以说，解决刑讯逼供、非法证据的问题，上升到了保障公民人权、推进司法改革、建设法治国家的高度。而多年来排除非法证据的规则甚多但实践中收效甚微，重要的原因是对非法审讯行为缺失明确的、强制性的规定。

为了落实严禁刑讯逼供、非法审讯的法律制度，使排除非法证据的规则不再是“纸上法律”，最高人民法院等法律部门近期协商制定了《关于刑事审判中严格实施非法证据排除规则有关问题的决定》（简称《严格实施非法证据排除规则决定》），目前已形成征求意见稿，即将颁布实施。

该《决定》（意见稿）在重申《刑事诉讼法》和相关司法法律文件关于排除非法证据的原则规定基础上，对刑讯逼供、变相刑讯逼供等非法取证行为作出了更广泛的界定，强调非法证据的法律后果，“亮点众多、突破很大”。例如，在非法取证行为的界定方面，将冻、饿、烤、晒、疲劳审讯、催眠、使用药物等变相刑讯逼供方式、将威胁近亲属权益、未在规定场所审讯、未依法全程录像、“重复自白”（指某次自白即有罪供述涉嫌违法取得，但与该口供内容相同而未涉嫌采用非法手段的重复性口供）、“毒树之果”（根据非法取得的供述收集的物证、书证可能严重影响司法公正的）均界定为非法证据“应当予以排除”；同时，该《决定》还对“看守所值班律师制度”、“告知犯罪嫌疑人排除非法证据权利制度”、“非法证据排除应当在审前进行、应当作出决定”等多个问题进行了明确规定。

而对于同步录音录像问题，这份只有四十余条的《决

定》在五个条款中、以数以百计的文字作出规定，例如：

讯问犯罪嫌疑人，应当对讯问过程录音录像；侦查机关应当随案移送录音录像；录音录像应当对每一次讯问全程同步进行，不得选择性录制，不得剪辑、删改；录音录像应当自提押犯罪嫌疑人到讯问时开始，到犯罪嫌疑人签字结束；辩护律师自检察院审查起诉时起，可以查阅、复制录音录像。

而早在2013年11月，最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》已明确规定，“未依照法律和有关规定对讯问过程全程同步录音录像取得的供述，应当予以排除”。

这样，同步录音录像问题，从司法规则的角度，已经形成了规范明确、后果明确的“立法”体系。对于违反规定，没有依法录音录像、没有全程录像、做过技术处理的录像所对应的供述，律师完全可以“有法可依”的提出排非申请。

而对于查阅录音录像，笔者只能建议律师全程查阅，对于每一份录像从头到尾认真查看，对应书面笔录仔细校对，记录下存疑问题录像片段的起止时间，为排非申请程序的启动和排非成功，提供有力的证据和线索。至于查看录像耗费的时间成本和目前政府对刑事案件收费指导价之间的矛盾问题，本文不再作讨论。

“漫使鞭笞之讯，致多枉纵之狱”，刑讯逼供，制造冤案，冤枉无辜，放纵罪犯，蔑视司法原则，削弱司法权威，是一个侵犯公民人权、制造社会矛盾、影响国家法治发展的司法顽疾。而“预防刑讯逼供，只有两个办法，一个是同步录音录像制度，一个是律师在场制度”，某位法学专家说。律师应当抓住同步录音录像这一发现刑讯逼供、排除非法证据的利器，为解决冤假错案、保护公民人权、促进法治发展，尽到自己的历史责任！🐛



英文字母“J”和“Y”的细小差异 导致银行的巨额赔偿案

■肖永成、潘辛 / 文

近来，国内的主要媒体、相关网站相继报道了发生在全国各地、多家银行、多起储户巨额存款“突然失踪”，以及被他人“盗领”和“转存”的事例。此类事件说明我国的部分银行的确存在着管理混乱问题。同时也说明，银行为为了片面追求经济效益，违反相关的“操作规范”；个别银行的工作人员利欲熏心，利用工作上的便利，做出侵犯储户权益的事情，给客户造成了一定的经济损失。银行的漏洞及合规不严也使犯罪分子有了“可乘之机”。

对于此类案件的发生，有些银行认识到了自己的错误，主动承担了全部责任。而在个别地区，有些储户发现银行存款突然失踪后就向法院提起诉讼，但是法院却以案件涉嫌经济犯罪为由，驳回或中止了案件的审理。针对此事，笔者认为：法院的做法值得商榷。

近日，我们办理了一起因银行过错导致客户款项损失的案件，案件的起因是境内人员与境外人员合谋，通过电信诈骗的方式，诱使某境外公司将巨额款项汇至中国农业银行某支行。银行工作人员在对该款项汇兑、转存过程中违反中国人民银行及农业银行总行制定的“操作规范”，致使境外公司所汇的大部分金额被犯罪分子所领取。

通过案件的审理证明，在刑民交叉的案件中，只要充分地引用中国的相关法律，

理清各自的法律关系，正确地制订诉讼策略，中国的法律一定会保护储户的合法权益。

案情简介

2010年12月，位于比利时安德卫普市的比利时XXX调味料公司被法国某总公司兼并。法国公司是一家上市公司，在欧洲、北美、拉美、非洲及中国均有分支机构。

2011年1月6日发生的一件事情，可能对比时XXX调味料公司财务总监简森先生来讲终身难忘。这天，简森先生接到了一个来自巴黎，自称是法国总公司勒戈夫先生打来的电话。对于勒戈夫这个姓名，简森先生过去就很熟知。他是法国总公司的执行总经理，也是法国总公司的主要股东之一。简森先生从未与勒戈夫先生会过面，但他对该电话是否是勒戈夫先生打来并没有任何质疑。

自称勒戈夫先生的对简森先生讲，法国总公司要对各分公司的财务情况进行审核，要求比利时公司须将总

肖永成律师简介

肖永成律师，京都律师事务所合伙人，专业领域为国际贸易、公司业务、民商业务、刑事业务。肖永成律师具有英语、法学教育背景，并有长达十年的国际贸易实务经验和十多年的律师执业经历，曾办理过多起重大刑事、民事案件。



个别银行的工作人员利欲熏心，利用工作上的便利，做出侵犯储户权益的事情，给客户造成了一定的经济损失。银行的漏洞及合规不严也使犯罪分子有了“可乘之机”。

计963487的欧元打入某指定银行账户。勒戈夫先生接着说，总公司的行政秘书会将收款银行及账号的相关信息通知他。十分钟后，一个自称名叫LAJUEN的女士给简森先生去了电话，她要求简森先生将963487欧元汇到中国境内，收款行是中国农业银行某银行。她告诉了简森先生收款人的姓名和账号。简森先生根据这个女士的电话叙述，将收款人姓名，这个他十分陌生的中国人人名仔细地进行了记录。

当天下午，简森先生通过比利时联合银行将963487欧元汇到了中国境内的农业银行某支行。

2011年1月11日，简森先生在与法国公司进行日常财务汇报中叙述，他按勒戈夫先生的电话通知，已将963487欧元汇给了中国农业银行。法国总公司得知此消息后大为震惊，告诉他法国总公司的勒戈夫先生并没有在1月6日从巴黎打过电话。法国总公司也没有名叫LAJUEN的行政秘书。此时简森先生才意识到自己已经上当受骗。

比利时公司发现受骗后，立即通过比利时联合银行给中国农业银行发了紧急电传，要求将963487欧元立刻退还，理由为款项涉嫌诈骗。接着，比利时公司在比利时安德卫普警察局进行了报案。安德卫普警方经核实电话记录，确定1月6日的两个电话是通过巴黎公共电话亭打来，但打电话的人并未查清。同时，安德卫普警方通过国际刑警组织给中国公安部发出了协助调查函，认为案件涉嫌诈骗，请求中国公安部门调查该笔款项的下落。

法国总公司也要求设在北京的办事处核实款项的收款银行及收款人的详细情况。

2011年1月中旬，法国总公司北京办事处的周女士了解到963487欧元的收款银行为中国农业银行温州某支行，收款人名叫王X玉。农行温州某支行的主管行长在接待周女士时，就963487欧元的去向做了叙述。该行长

说，比利时银行将963487欧元汇至王X玉的账户后，自2011年1月6日当天至1月11日，银行根据王X玉及代理人王X国的要求，已将该笔欧元全部进行了结汇，并将总计800多万元人民币的结汇款分别转存到王X玉指定的个人人民币账户。当农行收到比利时银行发来了紧急电传后，暂扣了王X玉账户内尚存的100万元人民币，但大部分款项在此之前已被王X玉及代理人王X国等人领取。银行行长向周女士提供了王X玉的个人身份信息。得知此情况后，周女士立即向温州市公安局进行了报案。公安机关在对收款人王X玉的代理人王X国询问时，王X国称，他长年与欧洲的客户从事鞋类出口业务，可能是某个客户将货款打到他亲属王X玉的农行账户上。王X国也承认他与比利时公司没有任何关系，但他答应在核实情况后，会立即将963487欧元汇回比利时公司。

在此之后，比利时公司通过北京办事处多次与王X国进行联系，但王X国已没有任何音讯。

2012年1月某日，法国公司北京办事处的周女士来到京都律师事务所就该案所涉及的法律问题向笔者进行了咨询。

笔者听了整个案件的叙述，认为该案的起因涉嫌刑事诈骗犯罪。但不同以往的是该案件发生在境外，并且是外国人针对外国公司的刑事犯罪行为。虽然犯罪结果发生在中国境内，但中国的公安机关对于在境外进行的刑事侦查缺乏有效的依据和手段。中国



的刑法也无义务保护境外外国公司的相关权益。如果通过刑事控告的方式办理该案,中国的公安机关未必受理,即使受理,案件的查处也可能遥遥无期。但是笔者认为,依照中国的法律规定,比利时公司的汇款行为与收款银行之间存在着民事法律关系。收款行通过结汇、转款等行为获得收益,双方是一种服务合同关系。收款银行应依照付款人的指令进行转款和结算,收款行必须遵循中国的相关法律及银行的合规规定。

在交谈过程中,周女士出示了比利时公司有关963487欧元的汇款凭证。该凭证显示,汇款人为比利时XXX调味料公司,汇款金额963487欧元,收款银行为中国农业银行,收款账号为62...0332.....915。该汇款凭证虽用英文书写,但凭证上清楚地表明,收款人的名称为“WANG X JU”。

周女士叙述,经她多方核实,账号62...0332.....915的开户人是“王X玉”。963487欧元也确被“王X玉”及代理人“王X国”领取。

就此情况,笔者认为,付款凭证上的收款人“WANG X JU”决不能等同中文“王X玉”。“王X玉”的英译名应是“WANG X YU”。英文字母“J”和“Y”之间存在差异。字母“JU”对应的汉字很多,但在任何情况下,英文字母“JU”不可能被翻译为“玉”。“玉”所对应的外文或汉语拼音应是“YU”,绝非是“JU”。

通常情况下,公民个人可以在银行申请“人民币个人结算账户”、“人民币个人储蓄账户”,及“外汇个人结算账户”“外汇个人储蓄账户”。对于人民币账户,银行根据个人提供的身份证进行办理,银行的开户申请资料均以中文书写。但对于个人的外汇账户,银行的开户资料可能有对应的开户人外文名称或汉语拼音。由于周女士无法提供“王X玉”有关此账户的开户资料。笔者当时无法判断“王X玉”账户性质,

及是否存在“王X玉”对应的汉语拼音。笔者认为,如果62...0332.....915账号的开户人是“王X玉”,而比利时公司付款凭证的收款人是“WANG X JU”,那么温州某农行在处理款项过程中,在“户名”和“账号”不符的情况下,错误地进行了汇兑业务,银行存在重大过错。笔者经与比利时公司商议,决定先由比利时公司起诉农行,法院受理案件后,再申请法院调取“王X玉”的开户资料,及963487欧元银行汇兑、转存凭证。

2012年4月,我们以服务合同纠纷为由,将中国农业银行温州某支行起诉至温州市中级人民法院。起诉的主要理由和诉求为:被告收到原告支付的963487欧元后,没有尽到审慎的注意义务,在“户名”和“账户”不符的情况下,将963487欧元全部结付给王X玉,及代理人王X国所有。被告的行为违反了双方实际形成的服务合同约定,违反了中国的《合同法》,以及中国人民银行颁布的《支付结算办法》、中国农业银行总行制定的行业操作规范等。

同时,我们也指出,被告农行收到的963487欧元均系外汇,被告在王X玉与原告不存在真实外贸业务的情况下,在短短的5天之内将所有款项结付,违反了中国人民银行及国家外汇管理局颁布的《外汇管理条例》及《个人外汇管理办法实施细则》等规定。我们要求中国农业银行温州某支行赔偿比利时XXX调味料公司963487欧元损失及相应的银行利息。

在递交诉状的同时,我们申请法院对王X玉的开户资料,及963487欧元的结汇及转存凭单进行调取。同时,我们依王X玉的身份资料赴安徽宿州调查其个人背景信息,及与代理人王X国的关系。安徽宿州某派出所出具的王X玉户籍档案证实,王X玉为安徽宿州某乡镇小学的退休教师,而王X国曾在温州开办了一个鞋厂,但该厂自2010年以来一直处于停业状况。

2012年6月,温州中院向我们送达了调取的王X玉银行开户资料及963487欧元结汇、转存及支付的所有帐册等材料。王X玉的开户资料证实,收取963487欧元的62...0332.....9915账号确为王X玉申请开立,该账号为“人民币个人结算账户”,王X玉的开户资料无对应的外文或汉语拼音名称记载。

法院调取的963487欧元汇兑结算凭证证实:被告收到963487欧元后,也确实发现了收款账户和开户户名存

在不符的情形。对此，银行的工作人员在963487欧元的《来账凭证》上进行了记载，其内容为“收款人名字错误，无法入账，款项已代转账”。

法院还调取了王X玉应银行的要求而出具的《保证书》。王X玉在《保证书》中承诺，“本人为963487欧元境外汇款的实际受益人。由于境外汇款人将“WANG X YU”误写为“WANG X JU”，本人保证若实际受益人不是本人，本人愿承担由此引起的一切责任和损失。上述材料证实，被告对于“账户”和“户名”不符的情况是明知的。审核963487欧元结汇、转存、支付等相关凭证，证实被告在收到963487欧元后，在明知“户名”和“账号”存在不符的情况下，依王X玉的要求，于2011年1月7日、1月10日、1月11日，分别为他人转汇76000欧元、190000欧元、380000欧元、317487欧元，并依据王X玉提供的《亲属关系证明》，将963487欧元分别汇至25人的名下。25人收到不等数额欧元后，通过银行结汇，又将欧元转换为人民币，再转付至王X玉本人名下的账户。王X玉收到人民币后，在很短的时间内提取了其账户内的大部分人民币。截至2011年元月11日案发及比利时公司报案时，王X玉账户内仅存100万元人民币。

2012年8月，温州市中级人民法院对该案进行了开庭审理。被告的答辩理由为：银行依国际贸易结算的有关规定，银行根据收款账号进行相应的汇兑和结算业务，不存在过错。“账号”和“户名”必须相符的规定不适用于国际贸易结算。但是被告没有提供依据，也无法提供原告与王X玉之间存在真实贸易关系的相关证据。

时隔一年半后，温州市中级人民法院于2013年10月23日，作出（2012）浙温外商初字第99号《民事裁定书》。法院认为，诉争的963487欧元系比利时XXX调味料公司被他人骗取，本案涉嫌经济犯罪。依据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条的规定，温州中院驳回了比利时XXX调味料公司的起诉。

收到裁定书后，我们向浙江省高级人民法院提出了上诉。上诉的主要理由为：一，所谓不属经济纠纷案件而涉嫌经济犯罪，是指民商事纠纷中的一方当事人本身就是刑事犯罪的嫌疑人，而所谓的“纠纷”，实质上就是犯罪。比利时XXX调味料公司与XX农行之间基于服务合同产生特定的法律事实和法律关系。在履行该服务合同过程

在刑民交叉的案件中，只要充分地引用中国的相关法律，理清各自的法律关系，正确地制订诉讼策略，中国的法律一定会保护储户的合法权益。

中，比利时XXX调味料公司与XX农行本身不存在任何经济犯罪嫌疑；也无任何公安和检察机关向原审法院出具函告，认定案涉服务合同存有经济犯罪嫌疑。二，原审裁定适用法律错误。本案系被告审核不当，违反银行操作规范，导致银行将相关款项发放给第三人。如果案件涉嫌经济犯罪，法院应依据最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第一条、第十条规定继续审理。而不是依据第十一条裁定驳回。我们请求浙江高院撤销原审裁定，并指令原审法院对本案继续进行审理。

2014年1月15日，浙江高院对案件了进行公开审理。比利时公司的法定代表人鲁伊斯先生也亲自参与庭审活动。

在开庭过程中，被告依然提出已尽到了注意义务，原告的损失与被告无关。并提出本案涉嫌经济犯罪，案件应移送公安机关。对于对方经济犯罪嫌疑的观点，笔者针锋相对地指出：如果本案涉嫌经济犯罪，那么农业银行的工作人员一定存在着渎职犯罪的嫌疑。银行工作人员明知账号和户名不符，依然违反规定给王X玉进行汇兑；银行明知王X玉不具有担保能力，却让王X玉出具“保证书”；国家外汇管理明文规定，公民个人日结汇外汇不得超过1万美元，银行依然在短短的5天之内为王X玉结汇963487欧元。银行工作人员的上述行为涉嫌渎职。法院应依照最高人民法院《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规



定》的相关条款，将与本案有牵连的银行工作人员渎职犯罪嫌疑线索、材料，移送至有关公安机关或检察机关查处，而对民事部分应指令一审法院继续审理。

2014年4月16日，浙江省高级人民法院作出（2013）浙商外终字第XXX号《民事裁定书》。浙江高院认为，“本案系比利时XXX调味料公司与XX农行之间的经济纠纷，公安机关并未对该纠纷立案侦查，现有证据亦难以证明比利时XXX调味料公司与XX农行之间在本案中存在经济犯罪嫌疑，故原审法院驳回比利时XXX调味料公司起诉不当，应当对本案继续进行了审理”。故此，浙江高院撤销了温州中院的民事裁定，并指令温州中院对本案继续审理。

2014年8月13日，温州中级人民法院另行组成合议庭，对案件进行了公开开庭审理。

在开庭过程中，被告XX银行继续强调自己过去的观点，并依然要求将案件移送公安机关查处。但是，被告无法提供原被告存在经济犯罪嫌疑的相关证据。

庭审结束后，温州中院多次组织原告、被告进行调解，被告XX农行也最终同意了比利时公司提出的调解方案，并于2014年11月4日达成《民事调解书》。2014年11月底，被告依照调解书规定将相关的赔偿金额全部支付给了比利时公司。

案件结束后，比利时XXX调味料公司欣然委托笔者分别给温州中院和浙江省高院的主审法官送去了锦旗，表达了对中国法官在案件审理过程中，所秉持的公平公正的敬意。

案件评析

一、本案系中国人和外国人合谋，并由外国人在境外针对外国公司实施的电信诈骗案件，案件的法律后果却发生在中国境

内。本案存在争议的是中国的公安机关是否可依照法律规定对案件进行侦办。本代理人意见为，我国刑法的任务是保护我国的国家利益，我国企事业，公民的合法利益。但本案的受害人为比利时当地注册公司，本案的行为发生在境外。即我国刑法对发生在境外的外国人针对外国人的犯罪无义务进行保护。本案的案由为服务合同纠纷案件。比利时公司的付款行为，及被告农行对款项的汇兑及转存行为本身并不涉及刑事犯罪嫌疑。也没有证据证实原被告双方涉嫌经济犯罪。本案起因所涉及的刑事案件与原告的汇款、被告的汇兑是两个不同的法律事实。

二、本案服务合同纠纷案件所适用的法律为合同法第60条及第107条规定。我国《合同法》第60条规定：“当事人应当依照约定全面履行自己的义务”，60条第2款规定：“当事人应当遵循诚实信用的原则，根据合同的性质、目的和交易履行通知、协助、保密的义务。”

就“交易习惯”问题，我国合同法解释2规定：“在交易行为当地或者某一领域，某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法”。中国人民银行颁布《支付结算办法》；中国农业银行总行颁布的《中国农业银行外汇汇款业务操作规程》；农业银行温州分行印发的（《外汇业务案防分析会议纪要》的通知）虽然是银行自行颁布的行业规范，它应该理解为银行在有关外汇转汇、结售汇这一特殊领域应当遵循“交易习惯”。被告在账户和户名不符的情况下，违规对该笔款项汇兑就是违反了合同法60条第2款，及相关的司法解释。

总而言之，比利时XXX调味料公司诉中国农业银行XX支行服务合同纠纷案件是一个典型的刑民交叉案件。对此类案件的处理首先要理解我国刑法、刑事诉讼法、合同法的相关规定，理清该案件的法律事实和相互之间的法律关系；同时也要熟悉银行的操作规范、流程，特别是要了解国家有关对外汇结汇、提取、转存的规定。

本案为一起涉外案件，该案也考验了中国法院对于外国公司的诉求是否秉承了公平和公正，是否存在地方保护主义。案件结束后，比利时XXX公司主动向浙江省高院和温州市中院送去了锦旗，表达了对主审法官的敬意。对此，笔者作为代理人感到十分欣慰。

该案的审结对于刑民交叉，特别是犯罪嫌疑人利用银行管理上的漏洞；或银行工作人员渎职，失误而给储户，客户造成损失的民事赔偿案件具有一定的借鉴意义。☞

一山之隔，胜败殊途

——一场纠纷，两起案件，分诉两省，始败终胜

前言

2015年3月4日，农历正月十五，元宵节。

这是一年中第一个月圆之夜，对于在“噩梦”中煎熬了两年之久的中铁公司来说，也是一个“圆满”的日子，其命运的峰回路转来自于当天上午，山西省高级人民法院对持续两年之久，跨境山东、山西两省，涉案标的额近5000万的中铁公司与海天公司买卖合同纠纷一案所作出的生效民事判决书。本案前后经历两起诉讼，共涉及四个法院，诉讼过程可谓一波三折。但交易之初的精心布局最终注定了本案的完胜结局。

交易之初

中铁公司是一家山西企业，2012年初，其拿下多省高铁建设项目，并开始建设施工。在选择原材料供货商时，来自山东的海天公司以价格低廉的优势在众多竞争者中胜出。其后，双方进入磋商阶段。经协商，双方约定中铁公司拟在一年内向海天公司采购价值约1亿元的水泥纤维板，实际采购量以中铁公司向海天公司发出的采购订单为准。在拟定协议具体条款时，海天公司在产品质量、包装、验收以及违约责任等合同的主要条款方面都非



殷俊茹



李源



周海琼



张雁峰

常爽快的作出让步，协议的磋商极其顺畅，然而，随着洽谈的深入，双方却在合同名称，这个看似无关紧要的问题上陷入了僵局。海天公司坚持要求将协议名称修改为“定作合同”，而中铁公司却想要使用“买卖合同”为协议冠名。双方的争议看似有些滑稽，毕竟只是个名字，叫什么又有什么所谓？但实际上，隐含在名称之争下的是双方对合同类型的不同定性，以及伴随而来的法律风险。

合同定性，风险重重

定作合同又名承揽合同，指的是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作任务，定作人支付报酬的合同。与买卖合同相比，两者都具有一方提供产品，另一方支付对价的特点。故此，我国的购销合同往往同时兼具两种合同的性质。然而，因两者在法律适用结果方面的截然不同，定做合同的定做人——中铁公司享有更多的法定权利，相应的也往往承担更大的法律风险。

——法定赔偿义务的风险

中铁公司在合同中约定的1亿元合同价款的目的是为了确保海天公司具有持续供货的能力，本身并不能被理解为双方交易的真实采购

律师团队成员：

殷俊茹，毕业于清华大学，经济管理学院
李源，毕业于中国政法大学，法学院
周海琼，毕业于北京师范大学，心理学院
张雁峰，毕业于河北师范大学，文学院



量。在买卖合同框架下，因双方约定实际采购量以采购订单为准，如果中铁公司实际需求不足1亿元时，中铁公司只需以实际采购的金额进行结算付款。但如果合同性质被定性为承揽合同，1亿元的合同价款将有可能被理解成中铁公司定作货物的总量。根据我国法律的规定，承揽合同的定作人可以随时解除合同，但应对承揽人为履行合同而做的准备工作及已经完成的工作支付合理的对价及报酬。故此，当中铁公司实际采购量不足1亿元时，如果海天公司已经生产了价值1亿元的水泥纤维板或是为生产1亿元水泥纤维板进行了准备工作，那么中铁公司仍要承担海天公司所支出的相关费用。

——地域管辖锁定的风险

根据我国法律的规定，合同纠纷的管辖法院分别为被告住所地人民法院和合同履行地人民法院，而承揽合同的合同履行地是加工行为地。也就是说，一旦双方发生纠纷，海天公司即可以选择向被告中铁公司的所在地山西省T市相关人民法院提起诉讼，也可以以加工行为发生在其公司所在地为由，向山东省W市相关人民法院提起诉讼。但是当中铁公司起诉时，因为被告海天公司的住所地和合同履行地均为山东省W市，其只能选择该市相关人民法院提起诉讼。如果合同被定性为承揽合同，无论中铁公司是原告还是被告，案件的管辖法院都被牢牢的锁定在海天公司的所在地。海天公司是当地的支柱企业，一旦双方发生纠纷，中铁公司恐难以摆脱地方保护主义对案件产生的影响。

谈判的停滞和工期的临近使得中铁公司进退维谷，优惠的条件和暗藏的杀机使得中铁公司左右为难。同意海天公司的要求，将承担巨大的风险；拒绝海天公司的要求，将导致双方分道扬镳。如何解决这个问题？

布局

解决问题的方法并不是没有，双方争执不

下，只是因为大家都陷入了思维的误区。其实，中铁公司与海天公司根本没有必要在合同的性质上达成共识。因为海天公司要求的仅仅是修改协议名称，而比起协议叫什么名字，协议的内容及交易的流程对合同性质的影响更为重要。经过我们对我国法律法规的细致研究，并结合长期的诉讼经验，我们决定通过协议内容及交易流程的设计，使双方的协议冠定作之名，行买卖之实。

我们在合同协商过程中，向海天公司提出了如下要求：

(1) 以确认海天公司具有生产能力为由，要求海天公司就相同规格的水泥纤维板提供与其它采购商之间业已履行完毕的书面协议（见下图）。

加工销售合同						
						日期：2010年12月01
需方：山西地... 供方：山东地... 经供、需双方友好协商，本着公平合理，互利互惠的原则，就供方向需方提供温石棉水泥纤维板事宜达成以下协议，共同遵守： 一、产品规格、数量及价格：						
序号	品名	规格	单位	数量	金额	备注
1	温石棉水泥纤维板	1950*114*12mm	块	152000	6080000	

(2) 我们在双方洽谈时向海天公司核实其水泥纤维板的现有库存量，并在会谈纪要中予以记录（如下图）。

商务谈判记录	
材料：水泥纤维板	
经双方谈判，在以下方面达成协议：	
1、	现有库存量：规格为 414×1950×12 的水泥纤维板 65万张； 规格为 484×1950×12 的水泥纤维板 1000张；
2、	规格为 484×1950×12 的水泥纤维板，产能3000张；

(3) 要求本次交易过程中海天公司必须向中铁公司开具增值税专用发票（如下图）。

3700114620 山东增值税专用发票 No 02442410	
开票日期：2012年09月12日	
购方：山西地... 销方：山东地... 开票人：... 审核人：... 开票日期：2012年09月12日	发票号码：02442410 校验码：37167284062985620>>> 02442410
品名：水泥纤维板	数量：152000 单位：块 税率：17% 税额：1053600.00 价税合计：7133600.00

之所以提出上述要求，是出于如下考虑：

首先，根据我国法律的规定，承揽合同与买卖合同的区别在于承揽合同的标的物是根据定作人的要求而专门生产

制作的特定之物，在订立合同之前标的物并未加工出来的未来之物，而买卖合同的标的物是在市场公开流通出售的种类物，是在订立合同之前标的物已经被生产出来等待出售的现在之物。海天公司提供的其与其它采购商之间的书面协议恰恰证明了其为中铁公司生产的水泥纤维板是向市场公开销售的种类物。

其次，双方的会谈纪要恰恰证明海天公司在订立合同前就已经生产出部分水泥纤维板，其并非基于我们的协议而进行的生产。

再次，根据我国相关的法律规定，买卖合同开具的发票应是销售货物的增值税发票，而承揽合同开具的发票是应税劳务发票。双方在合同中有关开具增值税专用发票的约定恰恰证明了双方的合同关系是买卖合同而非承揽合同。

对弈

——图穷匕见，纠纷终至

通过上述的合同条款及交易流程的设计，使得中铁公司巧妙的规避了合同名称对合同性质造成的影响。然而，在双方的现实交易中，中铁公司还存在着唯一一个无法规避的风险，就是地方保护主义的强制介入。正是这个唯一的风险，最终真实的发生，并且导致了中铁公司在双方发生纠纷后的第一起诉讼案件中败诉。

2012年底，中铁公司施工完毕，其在近11个月的施工期内共计向海天公司采购5200万元的水泥纤维板，其后，中铁公司依据合同的约定向海天公司发出书面函告，通知海天公司合同履行完毕，并要求其与中铁公司核对账目，以便结算剩余尾款。然而，1个月后，中铁公司并没有等到海天公司的账目结算，却收到山东省W市中级人民法院的传票。果不其然，海天公司以中铁公司任意解除合同，造成海天公



高琨



马若飞



任视宇



陈宇

律师团队成员：

高 琨，毕业于吉林大学，法学院

马若飞，毕业于哈尔滨商业大学，会计学院

任视宇，毕业于吉林大学，法学院

陈 宇，毕业于中国政法大学，法学院

司损失为由提起承揽合同纠纷之诉，要求中铁公司搬运走其库存价值4800万元的货物，并支付相应货款。

——一波三折，首案败诉

因为早早布局防范，海天公司的起诉早在我们的预计当中。正如前文提到的，我们以海天公司与其供货商签订的协议、会谈纪要以及增值税专用发票为据欣然应诉。与海天的合同定性之战正式拉开帷幕。

我们首先基于上述证据，提起管辖权异议，主张涉案合同性质为买卖合同，山东省W市并非合同履行地，本案应由被告住所地，即山西省T市中级人民法院管辖。在案件庭审中海天公司被驳斥得节节败退，案件胜利指日可待。

然而，让我们大跌眼镜的是，庭审结束后，山东省W市中级人民法院作出裁定，确认应依据合同名称确认合同性质，驳回了我们的管辖权异议。随后，我们向山东省高级人民法院提起管辖权异议上诉，却非常遗憾的再次被“依法”驳回。可想而知，一审判决最终确定的判决内容与其作出的裁定如出一辙，中铁公司全面败诉。

一时间中铁公司陷入了非常被动的状态。尽管之后中铁公司对一审判决不服，向山东省高级人民法院提起上诉。然而，二审判决再次延续了一审判决的错误。依据正常的诉讼程序，除了继续向最高人民法院申诉，中铁公司别无他途。我们在交易之初的精心布局、在审理过程中的据理力争终究敌不过强大的“人情世故”！



——花开两朵，另表一株

正当中铁公司在败诉的谷底一筹莫展之时，我们在交易之初对合同条款的另外一个重要设计，给中铁公司带来了希望的曙光。颇具讽刺性的是，这个设计还是在海天公司的协助下完成的。

实际上海天公司在协议谈判过程中除了在协议名称中坚持使用“定作合同”外，在合同条款上也并非毫无作为。为了使其供应的水泥纤维板被定性为特殊物，进而将合同的性质定性为承揽合同，海天公司在双方拟定合同时主动提出将水泥纤维板的质量标准由通行的行业标准修改为要求更高的中铁公司企业标准。正因为看透了海天公司的企图，在拟定合同时我们和中铁公司议定，将中铁公司的企业标准较行业标准提高一格。如此一来，如果海天公司约定该条款仅仅是为了设计合同性质，而在实际生产过程中仍然依据现有的生产标准进行生产，其所提供的水泥纤维板必然无法符合合同约定的质量标准。

产品的质量标准是检验产品是否合格的标准，与产品规格不同，产品质量标准对合同定性无法起到决定性作用，但却是瑕疵交付的主要依据。经我们对海天公司以往交付的货物进行鉴定，其生产的水泥纤维板的质量完全达不到中铁公司企业标准的要求。基于此，我们决定再起一案，在依据第一个案件的生效判决领取货物后，中铁公司再以产品质量不合格为由，要求海天公司退货。

——巧定管辖，易地再战

摆在中铁公司面前的还有一个难题。前车之鉴，该案件绝不能再在山东省提起诉讼。然而，被告海天公司的住所地就在山东省W市，如何避开山东省选择管辖法院？解决问题的关键仍然在交易之初我们设计的合同条款中。

尽管山东省高院作出的判决认定双方合同的性质是承揽合同，但抛开出人意料的人情世故因素，根据我们对合同的设计，依据相关法律规定，该案件的合同性质必然会被确认

为买卖合同。而根据我国民事诉讼的相关规定，如卖方负责送货则买卖合同的合同履行地也在卖方负责送货时包括收货地。正是基于此我们在草拟合同时将双方交货的方式约定为海天公司送货。同时，我们在合同中约定的主要收货地点之一即为中铁公司所在地——山西省T市。

在收到山东省高院生效判决后，中铁公司依据合同约定指示海天公司将货物发送至山西省T市，并支付了4800万元货款。就在海天公司为他们的胜诉弹冠相庆的时候，其收到了山西省T市中级人民法院的传票。中铁公司于收到货物后的第三天，以交付货物不符合合同约定的质量标准为由，依法向山西省T市中级人民法院另行提起买卖合同纠纷之诉。

案件结果

海天公司向山西省T市中级人民法院提起管辖权异议申请，主张合同性质为承揽合同，应将案件移送至山东省W市中级人民法院审理。我方以海天公司与其供货商签订的协议、会谈纪要以及增值税专用发票为据再次应诉。2014年4月20日，山西省T市中级人民法院依法作出民事裁定书，不出意料的裁定驳回海天公司对该案件提出的管辖权异议；

海天公司不服，向山西省高级人民法院提起上诉，山西省高级人民法院于2014年5月18日作出民事裁定书，裁定驳回上诉，维持原裁定；

2014年7月14日，山西省T市中级人民法院依法作出一审判决，认定海天公司供应的水泥纤维板不符合合同约定质量标准，判令海天公司退还中铁公司货款并向中铁公司支付违约金共计4980万元；

2014年7月22日，海天公司对一审判决不服，向山西省高级人民法院提起上诉；

2015年3月4日，山西省高级人民法院作出生效民事判决书，判决驳回海天公司的上诉，维持原判！

结语

这是一场始败终胜的诉讼之争。在当事人漫长的维权之路上，曾经一度也曾绝望，但自始至终对合同精心的布局、思考，对不同诉讼策略恰当的选择使得一案的失败成为另一案成功的起点。胜诉并不是律师的终极目的，实现当事人利益最大化才是律师的座右铭。✎

浅析有限责任公司股东资格之确认

■ 赵岐龙 / 文

公司是经济发展的基石,有限责任公司又是公司类型中最为常见的类型之一。有限责任公司为人合与资合相统一的公司,不同于资合的封闭式股份有限公司及上市公司。股份公司或上市公司是以股份流通为常态,尤其是上市公司,公众投资者每天都有换手的情况。但是,由于有限责任公司的人合因素,加之股东人数又较少,故在股权变动方面有诸多限制,在股东资格的认定中,也有着与其他公司不同的地方,下面仅对有限责任公司股东资格的确认上,分享自己的一些看法。

一、证明股权资格的常见证据类型

有学者将证明股权的证据一般分为三类:源泉证据、效力证据、对抗证据。源泉证据是证明股权存在的基础证据,是根本性证据,拥有此类证据可以要求公司履行记载于股东名册、变更工商登记等义务。源泉证据一般包括:原始取得中的出资证明书,继受取得中的股权转让协议、赠与协议、夫妻财产分割协议、遗嘱等等。效力证据具有权利推定的作用,是股东与公司、股东与股东之间重要的权利证据,如公司的股东名册。拥有效力证据,首先推定记载于股东名册的股东是公司真正的股东,除非有确实、充分的证据才能推翻股东名册记载的股东身份。对抗证据是保护第三人利益的证据,涉及交易安全的维护,在奉行商事外观主义的今天往往具有终局性的作用。如在公司登记机关的公司章程等登记文件,具有公示效力,一旦股东身份名不符实,未经公司登记的,不得对抗善意第三人。

二、各个证据的特点及效力

1、出资证明书

出资证明书属于源泉证明,公司设立后,公司应依法向股东签发出资证明书,无论是实际出资还是认购股权,发起人均能取得股东身份。股东取得出资证明书后,有权要求公司将自己记载于股东名册之中,并要求公司将

其股东身份登记于公司的登记机关。出资证明书是产生效力证据、对抗证据的前提。

《公司法》解释三第23条规定:“当事人之间对股权归属发生争议,一方请求人民法院确认其享有股权的,若能够证明其已经依法向公司出资或认缴出资,且不违反法律法规强制性规定的,则可确认其股东资格。”

股东的实际出资中,有的是部分出资,有的是虚假出资,统称出资瑕疵。出资瑕疵是否会影响股东的身份?我认为虚假出资可否否认其股东资格。股东身份的赋予基于发起人的实际出资或认缴出资,如果缺乏这一事实,是无法获得股东身份的,换言之,出资是获取股东身份的对价,虚假出资没有支付对价是无法获得股东身份的。部分出资不影响股东身份的取得,部分出资的股东需要承担对公司的违约责任及对其他股东的侵权责任。尽管部分出资的股东不影响其股东身份,但是其股东权利应受到限制,如新认购优先权、分红权、剩余财产分配权应受到限制,股东仅在其实际出资的金额范围内行使有限的分红权、认购权及分配公司剩余财产。

2、股权转让协议

股权转让协议属于源泉证据,是继受股东取得股东资格的前提条件,股权的受让人签署股权转让协议并不当然取得股东资格,还要看该笔转让是否侵害了其他股东的优先购买权。如果转让股东未履行通知权,限制了其他股东的优先购买权,其他股东均有权撤销该股权转让协议,公司也会拒绝登记继受股东身份,因此,受让人也无法获得股权。即使转让双方履行了法律及章程规定



赵岐龙律师简介



京都律师事务所合伙人，中国法学会会员，北京市律师协会仲裁法委员会委员，专业领域为经济犯罪、公司业务、房地产业务、合同纠纷及仲裁。

的程序，受让人也不当然获得股东身份，股权转让协议不具有对抗公司的效力，只有将股东身份记载于股东名册，受让人的股东身份才被正式确认，其才能依据法律规定或章程约定享有相应的股东权利。当然持有股权转让协议的受让人有权要求公司将自己记载于公司的股东名册，如果公司不予配合，受让人可诉至法院强制履行。

瑕疵股东的股权转让协议的效力取决于受让人，受让人对瑕疵出资不知情的，既可以以欺诈为由行使转让合同的撤销权，也可以继续履行合同，要求转让方承担违约责任。但是如果受让人对瑕疵出资知道或者应当知道的，不影响转让合同的效力。

受让人明知转让方的出资存在瑕疵仍然受让，不但公司及其他股东有权要求其补足差额，公司的债权人也有权要求受让人与转让人承担差额补足的连带责任。

3、股东名册

股东名册属于效力性证据，具有当然授予股东资格的法律效力，也是公司内部股权确认的重要依据。《公司法》第33条规定：“记载于股东名册的股东，可以依股东

名册主张行使股东权利。”但是有些小型公司管理不是很规范，往往没有置备股东名册，而是通过公司其他文书予以体现，甚至没有体现。因此，我们不能简单的以是否有股东名册来判断股东资格的有无，换言之，记载于股东名册上的股东原则上一定具有股东身份，没记载股东名册的人或没有股东名册的，也不一定不是股东，我们可结合其他证据予以判定，如表决权、分红权的行使等等。

4、公司章程等公司登记类文书

公司章程等登记类文书具有较强的公示、公信效力，属于股权的对抗要件，未经登记的事项不得对抗第三人。在经济高速发展的今天，市场化的成熟与完善取决于市场秩序的建立及稳定与否，为了促进交易的安全，商法推行外观主义，即重表示行为，轻意思表示，这与民法的重意思轻表示完全相反，这是价值冲突的选择，在可选择替代性赔偿的今天，市场更加侧重保护市场规则的确立。外观主义是一系列市场规则创设的载体，规则能促进经济的稳定发展，因此，不特定利益的保护比个体利益的保护更加重要。

无论是股权转让中受让人还是公司的债权人，仅能通过公司的登记来了解公司的股东情况，通过其他途径很难获得，也会极大地增加交易成本，因此，即使是出现实际股东与登记股东不符的情况下，基于对公司登记文件信赖的受让人仍然能获得股权的转让，获得股东资格。公司的债权人也有权根据外观主人执行名义股东的股权，或者要求其承担股东可能承担的法律风险。协助办理股权变更登记手续时公司的一项法定协助义务，股权一旦发生变动，受让股东有权要求公司履行变更登记义务。

因此，当源泉证据、效力证据、对抗证据发生冲突时，我们应遵循一个原则，即股东之间、股东与公司之间发生股权争议的，我们以源泉证据、效力证据为依据，即股权的实质要件在公司内部具有优先效力。出资证明书、各类股权变动类文书、股东名册具有创设股权的效力，也称设权效力，是股东真实的意思表示，不涉及交易的安全，故优先适用实质要件。当股东或公司与第三人发生股权上的争议时，就涉及交易安全保护的问题了，就应该奉行商法的外观主义，以对抗证据为依据。虽然公司登记仅是形式要件，仅具有对外宣示的功能和证权的效力，但是在处理与公司以外的第三人的争议中，形式要件优于实质要件，公司未经登记的事项不得对抗善意第三人。🦋



浅析我国PPP模式下的特许经营合同

■ 肖树伟、游乐 / 文

当前，PPP已经成为了我国社会的热议话题，从中央到地方，从政府到企业，都在谈论PPP。政府希望通过PPP模式的引入，缓解债务压力，激发市场活力；企业希望通过参与PPP项目获得经济利益，实现社会效益。

PPP涉及到许多专业领域的知识，包括：经济、法律、工程等，就PPP所涉及的法律问题而言最重要的是PPP项目合同体系的构建，而PPP项目合同体系的核心就是政府与企业之间的特许经营合同。

PPP的定义

PPP (Public-Private-Partnership)，即“公私合作”，国际组织、世界各国对PPP有着不尽相同的定义，到目前为止，国际上对PPP尚未形成一个统一、明确的定义。

比较常见的定义包括：

世界银行：政府和社会资本间就提供公共产品和公共服务签订的长期合同，其中社会资本承担实质风险和管理责任。

联合国开发计划署：政府、营利性企业和非营利性组织基于某个项目而形成的相互合作关系。在这种关系中，政府并非把项目的责任全部转移给社会资本，而是由参与合作的各方共同承担责任和融资风险。

英国：两个或更多主体之间的协议，确保他们目标一致，合作完成公共服务项目，他们之间一定程度上共享权利和责任，联合投资、共担风险和利益。

美国：PPP是介于外包和私有化之间并结合了两者特点的一种公共产品提供方式，它充分利用私人资源进行设计、建设、投资、经营和维护公共基础设施，并提供相关服务以满足公共需求。

我国的PPP是从特许经营发展起来的，我国对PPP的认



识经历了一个不断发展、变化、调整与升级的过程，2014年财政部发布《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》，该通知中将PPP定义为：政府与社会资本合作模式，具体是指政府与社会资本在基础设施及公共服务领域建立的一种长期合作关系。通常模式是由社会资本承担设计、建设、运营、维护基础设施的大部分工作，并通过“使用者付费”及必要的“政府付费”获得合理投资回报；政府部门负责基础设施及公共服务价格和质量监管，以保证公共利益最大化。其基本特征为：政府与社会资本长期合作、利益共享、风险共担。

二、PPP模式下的特许经营合同

PPP项目的参与方包括政府、社会资本、融资方、承包商和分包商、原料供应商、专业运营商、保险公司以及专业机构等。各参与方之间需要签订一系列的合同来约束各方的行为，保障各方的利益，这一系列合同构成了PPP项目的合同体系。PPP项目合同体系中最为核心的就是政府方与社会资本方签订的特许经营合同，它是其他合同的基础，贯穿政府与社会资本合作的全过程。

（一）特许经营合同的签订主体

- 1.政府方：政府、政府授权机构
- 2.社会资本方：社会资本、项目公司，通常为项目公司
社会资本是指中华人民共和国境内外的法人或者其他组织，但不包括本级政府所属融资平台公司及其他控股国有企业。

社会资本通常会为实施PPP项目而专门成立项目公司，由项目公司作为社会资本方与政府方签订特许经营合同。项目公司可以由社会资本独自出资设立，也可以由政府与社会资本共同出资设立；可以由一家公司设立也可以由企业联合体设立；可以是内资企业，也可以是外商投资企业。

（二）特许经营合同的主要内容

根据我国现有的有关PPP模式下特许经营的部门规章、地方政府法规、规章以及其他法律性文件的规定，如：《市政公用事业特许经营管理办法》、《北京市城市基础设施特许经营条例》、《上海市城市基础设施特许经营管理办

法》，特许经营合同通常包含如下主要内容：

1.特许经营权授予的范围、期限、区域、方式

特许经营权授予的范围为基础设施和公用事业的建设运营或运营，公共产品或服务的提供，通常包含城市供水、供气、供热、污水处理、垃圾处理、城市道路、公路、城市轨道交通等项目。

特许经营期限根据行业特点、经营规模、经营方式等因素确定，一般情况下不超过30年。合同中可以约定期限届满时可以延期的情形以及延期的程序。

特许经营的区域是指经营者经营特许项目的地理区域。

特许经营权授予的方式为：（1）在一定期限内，政府授权特许经营者投资、建设、运营基础设施和公用事业，包括现有基础设施和公用事业的改建、扩建，期限届满移交政府；（2）在一定期限内，政府授权特许经营者运营已建成的基础设施和公用事业，期限届满移交政府；（3）其他经过政府允许的方式。

2.是否成立项目公司以及项目公司的经营范围、注册资本、股东出资方式、出资比例、股权转让等

特许经营合同中需要明确是否成立项目公司，由项目公司来经营项目。如果约定成立项目公司，需要明确项目公司的经营范围（经营范围应属于特许经营的范围）、注册资本数额、股东出资方式是资金、实物还是其他法律法规许可的方式、各股东出资的比例及表决权行使比例、股权能否转让等内容，项目公司章程规定的内容应符合特许经营合同中的相关约定。

3.产品或者服务的数量、质量和标准

产品或服务的数量条款应当包括数量计算单位、计算标准、最低数量要求、未达到数量要求时如何处理等内容；质量条款应当包括质量衡量标准、不符合质量要求时如何处理等内容，明确数量、质量相关内容有助于政府对经营行为进行评价和监督，保障特许经营活动的顺利进行。

4.融资条款

由于PPP项目投资数额大、回报周期长，通常需要通过融资来为项目的建设、运营以及维护等提供充足的资金支持，融资条款一般包括融资主体、数额、来源、期限、方式以及未按约定履行融资义务时如何处理等内容，有时融资条款中还需要约定在特许经营期限内项目所涉及资产和权益的归属，以衡量融资方是否有权以转让特定资产及权益或在

PPP涉及到许多专业领域的知识，包括：经济、法律、工程等，就PPP所涉及的法律问题而言最重要的是PPP项目合同体系的构建，而PPP项目合同体系的核心就是政府与企业之间的特许经营合同。

特定资产及权益上设置抵押、质押等担保权利的方式进行融资。

5. 投资回报方式以及确定、调整机制

特许经营者经营PPP项目，其目的自然是通过项目经营取得相应回报，回报的方式包含使用者付费、政府付费和可行性缺口补贴三种。每种方式的确定标准以及调整机制均不相同，即便是同一种回报方式在不同的项目中其确定标准及调整机制都可能产生差别，因此合同中应当明确约定项目的回报方式，回报方式的确定标准以及调整机制，以保障双方的利益，使风险能够被合理分担。

6. 双方的权利义务

(1) 政府方的权利义务

①监督权。政府可以依照法律法规及特许经营合同对特许经营者履行特许经营合同的行为进行监督，有权要求特许经营者纠正不符合特许经营合同的行为。②验收权。特许经营的基础设施和公用事业项目建设完成后和期满移交前，政府方有权对项目进行验收，对不符合要求的有权要求返工或者重做。③特殊情况下的指令。政府方因特殊情况需要，在履行相关审批手续后可以指令经营者提供特许经营合同约定之外的公共产品或者公共服务，政府方应当给予经营者合理的补偿。④临时接管。在出现某些情形时，如特许经营者违反特许经营合同约定或者有关法律法规的规定；发生已经严重危及或者可能严重危及公共利益、公共安全等意外事件，政府应当对项目进行临时接管，并可以收回特许经营权。⑤政府承诺。在特许经营合同中，政府可以承诺与特许经营项目有关的土地使用、相关城市基础设施的提供、防止不必要的竞争性项目建设、必要合理的补贴等内容，但不得承诺商业风险分担、固定投资回报以及法律、法规禁止的其他事项。⑥档案管理和评估制度。政府方应当建立并保存特许经营项目档案；应当监测、分析特许经营项目实施情况，并会同有关部门组织专业机构定期对项目实施情况进行综合评估。⑦保密义务。政府方及其工作人员对在实施特许经营活

动和监督管理工作中知悉的特许经营者商业秘密、技术秘密负有保密义务。

(2) 特许经营者的权利和义务

①特许经营权保护。任何单位或者个人不得违反法律、法规、规章等的规定终止经营者的特许经营权。②获得回报权。经营者有权根据合同约定或相关规定取得经营特许项目的回报，回报通常以使用者付费、政府补贴的方式体现。③获得赔偿权。政府方违法行为导致经营者权益受到损害的，应当依法予以赔偿。④普遍义务。经营者应当按照特许经营合同约定，提供安全、合格的产品和持续、便利、符合标准的服务，并按照合同约定向消费者普遍、无歧视地提供公共产品或者公共服务。⑤设施更新、改造及维护义务。经营者应当按照技术规范，定期对特许经营项目设施进行检修和保养，保证设施运转正常，并将设施运行情况报告政府方。⑥信息报送。经营者应当将中长期发展规划、年度经营计划、年度经营报告、年度财务报告以及其他重大事项及时、完整地报送政府方备案。⑦资料管理。经营者应当对项目建设和运营中的有关资料进行收集、整理和妥善保管。⑧未经政府方同意，经营者不得转让、出租、质押、抵押或者以其他方式擅自处分特许经营权以及与特许经营活动相关的土地使用权、设施和企业股权等资产及其权益；不得将特许经营项目的贷款、设施及相关土地使用权用于该特许经营项目之外的用途。⑨履约担保。为了保证项目的运行，经营者通常需要对其履行合同的行为进行担保。担保方式一般为履约保证金、履约保函以及其他方式。⑩经营者应当将特许经营项目的质量、技术标准以及其他关系公共利益、公共安全的信息及时向社会公告。社会公众有权对特许经营活动进行监督，并向政府方提出建议和意见。

7. 应急预案

特许经营合同双方应当制定应急预案，在突发自然灾害、战争灾害、事故灾害以及公共卫生、社会治安等公共事件时，最大限度地保证公共产品和公共服务的正常提供。



肖树伟律师简介

京都律师事务所合伙人。

主要执业领域：公司、合同、金融、矿产资源及国际贸易与投资及PPP法律事务。肖树伟律师自1989年开始从事律师工作，至今已从业24年，其中在1998年受中华全国律师协会的选派在香港律师事务所工作。为中外企业和个人提供了大量诉讼仲裁及非诉的专业法律服务。在PPP法律领域具有一定的经验。曾受某集团公司的委托，就PPP模式下的云南某高速公路的政府和社会资本的BOT合作模式、特许权经营合同及项目公司的融资事宜提供法律服务。



8. 特许经营期内风险的承担

合理转移政府风险，改善和提高公共产品、服务提供的质量和效率，是PPP项目合作的目的之一，因此特许经营合同中应约定特许经营期内可能出现风险种类，各类风险由哪方承担等内容。风险承担原则一般为：（1）承担风险的一方应该对该风险具有控制力；（2）承担风险的一方能够将该风险合理转移（例如通过购买相应保险）；（3）承担风险的一方对于控制该风险有更大的经济利益或动机；（4）由该方承担该风险最有效率；（5）如果风险最终发生，承担风险的一方不应将由此产生的费用和损失转移给合同相对方。一般来说，特许经营项目的建设、运营、维护等风险由经营者承担；项目的法律风险、政策风险等由政府承担；不可抗力风险由双方共同承担。

9. 合同的变更

在特许经营期限内，双方经协商可以变更特许经营合同。

因法律、法规、规章修改或者废止，或者城乡规划、技术标准、政策重大调整等需要变更特许经营合同的，双方应当协商；经双方协商无法达成一致的，经过审批程序后政府方可以提前收回特许经营权，但应当给予经营者合理的补偿。

10. 合同的提前终止

合同提前终止分为经营者提出提前终止申请经审核或批准后合同提前终止和政府提前终止合同两种情况。

在特许经营期限内，经营者不得擅自终止特许经营活动。如因不可抗力导致无法正常经营的，经营者可以向政府方提出提前终止特许经营权的申请，经政府审核后，应当允

许其提前终止特许经营权；如因不可抗力以外的其他原因需要提前终止特许经营权的，经营者应当提前向政府方提出申请，经政府批准后，可以提前解除特许经营合同。

政府提前终止合同分为两种情况：（1）因法律、法规、规章修改或者废止，或者政策重大调整时，为了公共利益需要，政府方履行审批程序后可以提前收回特许经营权，并按照特许经营合同的约定给予经营者合理补偿。（2）因经营者违法违规违约时，经审批后政府方可以提前收回特许经营权，经营者同时应承担相应的赔偿责任。

11. 特许经营期限届满后项目的移交

特许经营期限届满后，项目通常需要移交给政府。有关项目移交前双方需要做的准备工作，移交的时间、资产范围、方式、标准，移交后经营者是否还需要承担运营、维护义务及承担期限等内容应予以明确约定，避免双方就此产生纠纷。特许经营期限届满如果该项目继续采用特许经营方式的，在重新选择特许经营者时，同等条件下，原项目经营者优先获得特许经营权。

12. 违约责任

包括双方违约行为的界定、守约方是否享有合同解除权、违约方承担违约责任的方式等内容。

13. 法律适用及争议解决

特许经营合同通常应适用我国法律并按照我国法律进行解释。双方在发生争议时，首先应通过协商方式解决争议，协商不成时，双方可按照约定或法律规定申请仲裁或提起诉讼。在争议条款中还需明确约定双方在发生争议期间，对于合同无争议部分应当继续履行，除法律规定或另有约定外，任何一方不得以发生争议为由，停止项目运营。 🐜

论特许经营合同纠纷中的 几种常见争议焦点问题

■ 聂素芳 / 文



商业特许经营作为一种现代流通方式和组织形式，是企业快速发展和低成本扩张的有效途径，也是引导和带动民间投资、促进创业和就业的重要手段。近年来，特许经营行业迅猛发展，尤其是在餐饮、服装、美容美发等与我们生活息息相关的一些行业，连锁企业越来越多。但随着这种经营模式的普及，随之产生的纠纷也越来越多，在本文中，笔者就将近年来在承办此类案件过程中所遇到的一些常见问题进行归纳整理，与大家共同探讨。

一、特许人是否具备“两店一年”的条件以及是否备案并不当然影响特许经营合同的效力

我国《商业特许经营管理条例》（以下简称《条例》）

第七条、第八条规定：“特许人从事特许经营活动应当拥有至少两个直营店，并且经营时间超过1年。”“特许人应当自首次订立特许经营合同之日起15日内，向商务部主管部门备案。”

正是因为上述规定，司法实践中，被特许人常常会以特许人不具备“两店一年”或没有“备案”为由请求法院宣告特许经营合同无效，进而要求特许人返还已收取的加盟费，上述两点已经成为了被特许人诉状中最常出现的理由。

被特许人提出上述诉求当然有他的理由，在被特许人看来，“两店一年”及“备案”是《条例》对特许人的强制性规定，如果特许人违反了这样的强制性规定，则其签署的特许经营合同应属无效。但笔者认为，特许人违反“两店一年”及“备案”的规定并不必然导致特许经营合同无效。理由如下：

虽然《合同法》第五十二条规定：“违反法律、行政法规强制性规定的合同无效。”但《合同法司法解释二》第十四条对该条做出了明确解释，即“该强制性规定是指效力性强制性规定。”而在法律没有对相关强制性规定条款的性质做明确规定的情况下，如何对两者加以区分成为了争议产生的根源。笔者认为，效力性强制性规定和管理性强制性规定的根本区别在于合同的履行是否会损害国家利益或社会公共利益，若违反规定后合同继续履行会导致国家利益或社会公共利益的损害，则属于效力性强制性规定，反之则属于管理性强制性规定。

那么，具体到本文所说的“两店一年”以及“备案”制度，实际上是相关行政管理部门为进一步规范特许经营行业而对特许人提出的一些管理性的要求，而特许人是否具备特许资质并不能通过是否拥有“两店一年”及是否“备案”来进行判断，最根本的还是要看特许人是否拥有能够许可他人



商业特许经营作为一种现代流通方式和组织形式，是企业快速发展和低成本扩张的有效途径，也是引导和带动民间投资、促进创业和就业的重要手段。

使用的特许经营资源并进行相应的经营指导，且违反上述规定也并不会对国家和社会利益造成损害。因此，笔者认为，《条例》中的“两店一年”以及“备案”条款应属管理性强制性规定，违反上述规定应通过条例中规定的相应的行政手段加以干预，而不应当地影响合同的效力。

笔者的上述观点实际上已经被大部分司法判决所认可，且部分地方已经出台了相关规定，明确了“两店一年”以及“备案”条款不属于效力性强制性规定。如，《北京市高级人民法院关于审理商业特许经营合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》第七条、第八条规定：特许经营合同不因特许人不具备“两店一年”的条件或未备案而当然无效。《广西壮族自治区高级人民法院关于不具备“拥有至少两个直营店且经营时间超过1年”的特许人所签订的特许经营合同是否有效的复函》中明确规定：“《商业特许经营管理条例》第三条第二款关于“特许人从事特许经营活动应当拥有至少2个直营店，并且经营时间超过1年”的规定，属于行政法规的管理性强制性规定，特许人不具备上述条件，并不当然导致其与他人签订的特许经营合同无效。”

二、超范围经营并不必然导致特许经营合同的无效，但涉及法律、行政法规或者国务院决定规定须经批准的项目除外

虽然我国《民法通则》、《公司法》及《公司登记条例》等均明确规定，企业法人应当在核准登记的经营范围內从事经营，公司经营范围是公司登记的重要事项，经营范围发生变更的，应及时办理变更登记。但由于公司登记只是国家行政管理的一种手段，因此，对于公司超出经营范围所签

订的合同的效力，我国现行法律并未一律否定，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第十条规定：“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营（此处所说的特许经营有别于本文探讨的商业特许经营）以及法律、行政法规禁止经营的除外。”

由此可见，如果特许人与被特许人签订的特许经营合同超过了其营业执照中登记的经营范围，该特许经营合同并不当然无效。但尽管如此，笔者想要提醒一些存在超范围经营情况的特许人，尽管超范围经营并不必然导致特许经营合同无效，但仍然有面临行政处罚的风险。而如果超范围经营项目涉及到了国家限制经营、特许经营的项目，则会导致特许经营的合同的无效或部分无效，从而引发连锁反应，得不偿失。

三、隐瞒特许经营相关信息或虚假宣传是否可导致合同被撤销或解除，应具体评判隐瞒的信息及虚假宣传对合同的订立与履行的影响，不应简单地一概而论

《条例》为特许人设定了较强的信息披露义务，用专门的一章对特许人信息披露的内容及不按照规定披露相关信息的后果做了详细的规定。按照《条例》的规定，特许人隐瞒有关信息或者提供虚假信息的，被特许人可以解除特许经营合同。因此，司法实践中，有不少被特许人以特许人没有按照《条例》规定履行信息披露义务为由要求解除特许经营合同。但笔者认为，违反信息披露义务并不必然导致合同被解除，关键还要看特许人未披露信息的主观过错以及是否足以

影响合同根本目的的实现。

首先，“未披露”并不能等同于“隐瞒”。从字面上来看，“未披露”是一个相对中性的词，是指没有将按照规定本应披露的信息披露给被特许人。而“隐瞒”则带有明显的主观过错，是指故意将某些信息封闭起来不让被特许人知晓。未披露信息本身虽已经违反了《条例》对特许人的要求，但由于实践中，未披露的原因有很多，并不一定全部都是有意隐瞒。而按照《条例》的规定，只有隐瞒有关信息或提供虚假信息的，被特许人才可以解除合同。因此，笔者提示想要维权的被特许人，应将隐瞒与未披露区别开来。

其次，并非所有的隐瞒与虚假都可以导致特许经营合同的解除或撤销。虽然《条例》第二十三条规定：“特许人隐瞒有关信息或提供虚假信息的，被特许人可以解除特许经营合同。”但笔者认为，并非所有的隐瞒和虚假都足以导致合同的解除或撤销。这一条是《条例》赋予被特许人的法定解除权，虽然《条例》并没有具体明确，但从法理上来讲，实际上这里的解除权的行使也应当达到《合同法》第五十四条规定的合同可撤销的条件，即特许人的隐瞒与虚假应达到足以导致被特许人在违背真实意思的情况下签订合同或合同的根本目的无法实现的程度。如果虽有一定程度的隐瞒或虚假，但并不足以从根本上影响合同的订立和履行，则并不能导致合同的解除或撤销。

这一观点在某些地方的司法性文件当中已经有所明确，例如《北京市高院关于审理商业特许经营合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》第十五条规定：“对特许人欺诈的认定应综合考虑特许人隐瞒的信息、提供的虚假信息或夸大的经营资源与合同目的的关联性、与真实信息的背离程度及其对特许经营合同订立和履行的影响程度等因素。”且司法实践中，笔者曾经担任特许方代理人的多起案件中，最终合同也没有因被特许方提出的某些隐瞒或虚假而被解除或撤销。

聂素芳律师简介



京都律师事务所专职律师

主要执业领域为：刑事辩护与代理；公司法、民商事案件的代理；企业日常法律顾问。聂素芳律师曾多年供职于某大型国有企业，先后取得了全国法律顾问职业资格和律师执业资格，具有丰富的企业管理和企业法律顾问的实践经验。

第三，司法实践中，认定是否构成欺诈过程中困难重重、意见不一。

在当前的特许经营合同纠纷案件中，对于是否构成欺诈的认定是存在最大争议的。因为绝大部分的特许经营合同纠纷案件中，被特许方都会提到特许方有隐瞒信息或虚假宣传的情形，从而要求解除或撤销合同，而在认定欺诈的构成时，判断标准相对模糊且主观因素比较大，因此法官的自由裁量权很大，不同的法官可能会有完全不同的观点。

据北京法院的统计，北京的特许经营合同纠纷案件中，约有75%的被特许人提起诉讼，确实是由于特许人的原因导致合同目的无法实现；也有约15%的被特许人提起诉讼，是出于经营亏损试图挽回损失的目的；约5%的被特许人系追随其他被特许人起诉；更有约3%的被特许人是出于掌握了技术和经营秘密后试图另立门户的目的而提起诉讼。而由于诉讼经验与技巧的差距以及法官视角的不同，实践中却不乏确实

存在被欺诈情形的被特许人维权不成功或出于转嫁风险或其他目的而起诉的，合同反而被解除的情况。

因此，笔者认为，从兼顾交易的公平、秩序以及交易的稳定性的角度出发，法官应在综合考虑对该特许经营行业的支持力度、特许人与被特许人之间的利益平衡、特许人披露信息的时间与程度、商业惯例、特许人的商业秘密、可以容忍的信息隐瞒或夸大宣传等诸多因素之后，再来判断、决定合同的解除与否。在此过程中，法官还应当注意将特许经营中正常的商业风险与因违反法定义务而产生的非商业风险相区别，在防止非商业风险损害被特许人利益的同时，也要避免被特许人为规避正常的商业风险，以特许人违法为名而解除合同。作为当事人，特许人不仅应避免虚假宣传，还应注意并重视法律对特许人提出的一些特殊要求，在履约过程中注意保留相应证据。而被特许人则应当更加注重经营模式的学习和经营管理水平的提高，而不应把所有希望都寄托在特许人的扶持上，因为扶持毕竟都是暂时的，特许经营合同的核心是特许经营资源，这其中就包括特许人特有的经营管



如果超范围经营项目涉及到了国家限制经营、特许经营的项目，则会导致特许经营的合同的无效或部分无效，从而引发连锁反应，得不偿失。

理模式，而如果一旦发现特许人确有欺诈而导致合同目的难以实现的情况时，也不能盲目起诉，应找准确实影响合同目的实现的关键因素，从而提高维权的成功率。

四、被特许人无条件单方解除权的行使条件

《条例》第十二条规定：“特许人和被特许人应当在特许经营合同中约定，被特许人在特许经营合同订立后一定期限内，可以单方解除合同。”这一条实际是《条例》赋予了被特许人在合同订立后一定期限内的无条件的单方解除权。那么，这里就存在两个问题，一是如果合同没有约定，被特许人是否还有无条件的单方解除权？二是这里的一定期限该怎么确定？

第一个问题比较好解决，因为这个无条件的单方解除权是法律赋予被特许人的，即使合同没有约定，被特许人也应当享有这个权利。

第二个问题，关于期限的确定问题。如果合同有约定，当然应当尊重当事人的意思自治，根据合同来确定。如果合同没有约定，笔者认为，应当根据不同行业的实际情况，确

定一个合理的冷静期，这个冷静期应当基本确定在从合同签订到实际开展经营活动这个期间。因为在这个期间内，双方只是进行经营前的相应准备，被特许人可以对整个经营的实际投入做一个比较理性的分析、预测，而由于没有开展经营活动，被特许人还没有开始实际使用特许人的经营资源，也有利于保护特许人的商业秘密。（《北京市高院关于审理商业特许经营合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》明确规定，在合同没有约定的情况下，被特许人可以单方解除合同，但被特许人已经实际利用经营资源的除外。）

在此，笔者要提示特许人，在约定无条件解除期限时，应当参考以上内容，且在被特许人实际开展经营活动前或在约定的解除期限届满前，在不违背《条例》所规定的信息披露义务的情况下，应尽可能地保护自己的核心商业秘密，避免被特许人在获取相应的经营资源后利用这一条解除合同。

五、关于特许经营费用的构成问题

笔者在办理特许经营合同纠纷案件过程中发现，除合同的效力问题外，这类纠纷普遍存在的一个问题是，由于合同约定不够明确，合同双方对特许经营费用的构成存在争议。被特许人往往主张特许经营费用就是特许经营资源的使用费用，那么在合同无效或被解除、撤销的情况下，被特许人要求全部返还。而特许人则往往主张特许经营费用包含了相应的货物、服务以及经营资源使用费用等，因此在返还时要扣除相关费用或返还相应物品，但由于没有明确的约定，在价格上又常常达不成共识。因此，为避免此类纠纷的产生，笔者建议特许人应尽量明确特许经营费用的构成。

以上是笔者在承办特许经营合同纠纷案件过程中对相关问题的一些看法，在此，笔者还想提醒从事特许经营的企业，应当不断提高自己的经营管理水平，积极全面地履行合同，严格按照《条例》的要求履行相应的义务，从而使自己的企业、品牌不断做强做大。✿



建设工程施工合同无效类型分析

■ 王春军 / 文

建设工程施工合同是工程建设单位与施工单位（发包方与承包方）以完成商定的建设工程为目的，明确双方相互权利义务的协议。

《合同法》第五十二条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”2005年1月1日，最高人民法院出台了关于“审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题”的司法解释，根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第一条，“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”

根据法律规定、司法解释，结合代理此类案件的实践，笔者对建设工程施工合同无效的情形，进行类型化分析。

一、无完备的建设工程施工手续的，即无建设用地、规划许可证签订的建设工程施工合同无效

我国法律规定，建设用地规划许可证是建设单位在向土地管理部门申请征用、划拨土地前，经城市规划行政主管部门确认建设项目位置和范围符合城市规划的法定凭证，是建设单位用地的法律凭证。根据《建设工程规划设计要求》或《国有土地使用权出让（转让）合同》提出的规划设计要求，申请单位委托设计单位进行规划或进行设计修改后，向

王春军律师简介



王春军律师的主要执业领域为：建设施工企业法律顾问，建设工程施工合同纠纷及仲裁。执业七年，办理了大量建设工程施工合同纠纷的诉讼和非诉讼业务。王春军律师担任多家建筑施工企业公司和公益机构的法律顾问，为公司项目决策、运作提供法律服务，并处理涉诉业务。

城市规划行政主管部门送审建设工程规划设计方案。规划主管部门对改方案进行审查核准后，颁发《规划许可证》。由于住宅、酒店、道路的规划往往涉及社会公共利益，因此国家对上述工程的承建给予了更多限制，要符合规划，符合行政管理的要求，从国家管理层面监督建设方和施工方做到“工程质量至上”。没有建设用地、规划许可证的工程就是没有“合法身份的工程”，工程本身不合法，依其签订的建设工程施工合同当时也不会合法有效。



我国法律规定，建设用地规划许可证是建设单位在向土地管理部门申请征用、划拨土地前，经城市规划行政主管部门确认建设项目位置和范围符合城市规划的法定凭证，是建设单位用地的法律凭证。

但是如果缺少施工许可证，所签订的建设工程施工合同是否有效？合同的效力如何确定。根据法院的审判实践，在其他条件都符合法律规定，仅仅是没有施工许可证的情况下所签订的建设工程施工合同，如果基于合同所述的工程（合同标的）是合法的，同时也没有损害社会公共利益，颁发施工许可证仅作为行政管理的一种手段，不影响合同的效力。

二、承包人无资质的、超越资质、无资质借用资质所签订的建设工程施工合同无效

建设工程的质量关系国计民生，国家制定了诸多法律法规对建设工程施工进行监督，其中对承包人做了特别的约束。比如《建筑法》第13条：“从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位，按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件，划分为不同的资质等级，经资质审查合格，取得相应等级的资质证书后，方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。”《建筑法》第26条：“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。”。从这些规定中不难看出，承包人必须具备相应的资质，超越资质、无资质或无资质借用资质签订建设工程施工合同的都是明令禁止的，签订的建设工程施工合同应属无效。

实践中，借用他人资质情况很多。无资质的实际施工人（关于实际施工人概念可参照本人专门论述）借用资质有三种情形：（1）没有资质的实际施工人以取得资质的建筑

施工企业名义承揽工程的；（2）资质等级低的建筑施工企业以资质等级高的建筑施工企业名义承揽工程的；（3）没有工程总承包资格的建筑施工企业以具有总承包资格的建筑施工企业名义承揽工程的。借用资质民间称之为“挂靠”，体现了建设工程相关人员对借用资质的合法合理的“美好愿望”，但是借用资质同样是对国家法律法规明令禁止规定的违反，是无效的。

三、承包方违法分包专业工程、劳务分包的合同无效

根据《建设工程质量管理条例》和《房屋建筑和市政基础设施工程分包管理办法》的规定违法分包专业工程分为以下几种情况：1、分包工程发包人将专业工程分包给不具备相应资质条件的分包工程承包单位的；2、施工总承包合同中未有约定，又未经建设单位认可，分包工程发包人将承包工程中的部分专业工程分包给他人的；3、专业工程分包人再次实施分包的；4、分包工程承包人没有将其承包的工程进行分包，在施工现场所设项目管理机构的项目负责人、技术负责人、项目核算负责人、质量管理人员、安全管理人员不是工程承包人本单位人员的，视同允许他人以本企业名义承揽工程；5、转让、出借企业资质证书或者以其他方式允许他人以本企业名义承揽工程。

违法劳务分包的情形包括：1、施工单位将建筑工程的劳务作业分包给不具备相应资质条件的企业或个人（“包工头”），与不具备相应资质条件的企业或个人签订劳务分包合同（或协议）的；2、施工总承包或专业承包企业没有将其承包的工程分包给具有相应资质条件的劳务分包企业，但施工现场的作业人员又不是本企业职工的（即未签订过劳动合同，或只签订了劳动合同但没有办理社会保险参保手续的）；3、劳务作业承包人将所承包的劳务作业再分包的。



四、以低于成本价签订建设工程施工合同无效

我国《招标投标法》第33条规定：“投标人不得以低于成本的报价竞标，也不得以他人名义投标或者以其他方式弄虚作假，骗取中标”。第43条规定：“在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判。”根据该三条规定的内容，可以看出对于投标人以低于成本价竞标的情况，是明令禁止的。

除了《招标投标法》的规定外，《建设工程质量管理条例》第十条也做出相关规定，“建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期。建设单位不得明示或者暗示设计单位或者施工单位违反工程建设强制性标准，降低建设工程质量。”还有《反不正当竞争法》的第十一条，该条规定“经营者不得以排挤竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品。”因此低于成本价竞标是我国法律所明令禁止的，违反法律、行政法规的强制性规定应属于无效。最高人民法院的《全国民事审判工作会议纪要（2011）》（法办【2011】442号）对上述观点予以确认，指出低于成本价签订的施工合同无效。

实践中低于成本价到底是市场成本价还是企业成本价没有定论，需要最高法院在今后的解释中予以明确。

实践中低于成本价到底是市场成本价还是企业成本价没有定论，需要最高法院在今后的解释中予以明确。现实中发包人与承包人所签订建设工程施工合同可能会远远低于工程清单报价的工程款，在曾代理的一个建设工程施工合同案件中，一个套用定额为4600多万元的工程，最终签订工程款为1700万元。

五、建设工程施工合同必须进行招标而未招标或者中标无效的

根据《招标投标法》、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》建设工程施工合同必须招标的情况有：1、大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；2、全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；3、使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目；4、前述工程，施工单项合同估算价在200万元人民币以上的；5、单项施工合同估算价低于200万元，但项目总投资额在3000万元人民币以上的。上述工程法律规定很细化，但是具体案件当事人、审判人员都不能明确套用法律法规规定适用，这体现了法律工作的亲历性，不是用简单的标准或计算机程序就能解决的。必须招标而未招标所签订的合同因违反国家法律法规的强制性规定而无效。

招标投标活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。由于政府、企业、公众某种程度上的诚信缺失，工程建设中的不良不法行为屡见不鲜，串标就是表现之一。串标是投标单位之间或投标单位与招标单位相互串通骗取中标。串标直接伤害了其它投标人的合法权益；当无标底或复合标底招标而又不采取量低价中标时，串标常常会导致中标价超出正常范围，从而加大招标人的成本；参与串标的企业往往诚信度不高，也不大重视企业的内部管理。串标直接违背了《招标投标法》立法本意，必然无效。👊



美国与欧共同体关于 商标“混淆可能性”理论概述

■ 刘铭 / 文

商 标的基本功能在于区分来源，实现商标保护在于防止破坏商标区别性的“混淆”行为。商标“混淆可能性（Likelihood of Confusion）”为商标传统保护的基础理论，认定“混淆可能性”是商标保护的核心问题，是划定合理的商标权利范围的基础，也是商标侵权的认定依据和标准。TRIPS协议第十六条确定了“混淆可能性”原则作为商标侵权判断依据的地位，并在实践中得到发展。其中、美国和欧共同体关于商标侵权“混淆可能性”理论与实践具有重要借鉴意义。

1、美国关于“混淆可能性”理论

美国传统商标的保护主要是针对商标的区别功能而设计，“混淆可能性”原则在美国商标法上占据着十分重要的地位，制止“混淆的可能”是美国商标法的基本目的，也是核心问题。《兰哈姆法》是美国联邦层面上的成文商标法，该法对混淆理论的适用具体体现在商标审查、注册商标保护及反不正当竞争方面。其中该法第32条（1）（a）规定，未经商标注册人同意，“在商业中将复制、伪造、仿冒或者欺骗模仿注册商标的标志用于商品或服务的销售、承诺销售、分销或广告宣传，可能引起混淆、误认或欺骗”的行为，应当承担侵权责任。该条（b）规定，侵权行为还包括“复制、伪造、仿冒或者欺骗性模仿注册商标，并将其应用于企图在商业中与商品或服务的销售、承诺销售、分销或广告宣传等方面有关的标签、招牌、印刷品、容器或广告上，并可能引起混淆、误认或欺骗”的行为。该条款专门为注册商标提供保护。

根据该规定，“混淆可能性”可定义为“当在后使用者采用了与在先使用者相同或者相似的商标，使消费者对两种产品的来源以及相互关系所产生的混淆、误认或欺诈的可能

性。”¹

随着经济的发展及商标使用方式、功能的演变，美国立法与司法实践对“混淆可能性”理论的认识逐步加深。1944年《兰哈姆法》对混淆性原则的描述是“购买者（purchaser）在购买时对产品的来源（source of origin）可能发生的混淆”，1962年修订时删除了“商品或服务来源”的表述，将混淆的类型从来源混淆（也称直接混淆）扩大到从属（affiliation）、赞助（sponsorship）或联系混淆（association），这些混淆被称为赞助混淆（也称间接混淆）。直接混淆是指消费者无从分辨或混同两个事实上产自不同企业的商品，传统的商标立法在规范混淆问题时一般只涉及直接混淆。间接混淆是指消费者虽然很清楚某商标标识的商品不是由某一企业直接生产，但却可能认为该企业与实际生产者之间有某种许可，赞助和参股、控股或其他关系，但实际上不存在这种关系。²

间接混淆已为世界知识产权组织所认可，并得到美国和欧盟商标立法的肯定。《世界知识产权组织关于反不正当竞争保护的示范规定注释》第2.04条解释中阐述：“混淆的概念不应局限于对商业性来源或产地，还应包括可表明业务联系的任何事物，比如在同一商标或类似商标的两个使用者之间的这种联系（对附属关系造成混淆）。此外，在某些情形中，消费者虽然并未假定产品或服务出自同一来源，但由其相似特点仍料想该商标用于该具体产品或服务已取得另一企业的同意（对赞助关系造成的混淆）”。³

¹ 塞林娜：“商标法中的混淆理论研究”，北京：中国政法大学硕士学位论文，2007年3月 第2页。

² 黄晖：《商标法》，法律出版社 2004年版，第142页。

³ 郑成思：《郑成思文丛》（第二卷），中国政法大学出版社1999年版，第237页。

同时，1962年《兰哈姆法》修改后删除了“消费者”表述，混淆可能性相应扩展到购买前和购买后，扩大了判断混淆可能性时考虑的时间范围，并在司法实践中确认了三种特殊的混淆种类，包括售前混淆、售后混淆和反向混淆。

售前混淆也称初始兴趣混淆（initial interest confusion），是指消费者在搜索特定商标所有人的商品时，却被竞争对手使用的相同或近似商标所引诱，最终（在未对商品来源发生混淆的情况下购买了竞争对手的商品。⁴表面看来，行为人似乎并未损害商标权人的利益，实则不正当地利用了商标权人的名声，即吸引消费者眼球是占领市场的第一步，也是至关重要的一步。除非消费者对于驰名品牌具有很高的忠诚度，行为人很可能因此令消费者做出购买决定。⁵售前混淆最初由纽约法院在1973年Grotrian v,Steinway & Sons一案中提出，并在Grotrian案及Pegasus Petroleum Corp.案中得到发展。随着网络技术和网络经济的发展，售前混淆在处理网络领域商标纠纷案件中得到应用，包括将商标在网站元标签上使用、用作注册域名及在链接式广告领域运用等。第九巡回法院在Brookfield案中认为：嵌入了原告商标的元标记就像高速公路上的误导性路牌，被该路牌误导离开高速路的顾客找不到原来的目的地，就可能在设置路牌处消费。⁶该法院在NISSAN案判决中表明：判断擅自使用他人商标作为商业性网站域名的行为是否造成具有可诉性的损害，可以通过传统的混淆可能性认定标准进行分析。⁷但是另外一些法院对网络商标纠纷案件中适用该理论持否定态度，认为混淆持续时间非常短暂，网络使用者只需点击一下鼠标就可重新搜索，并找到正确的目标。

我国《商标法》虽没有售前混淆概念，但在司法解释中

刘铭律师简介



刘铭律师的主要执业领域为：公司法律事务、知识产权、房地产、投资并购等民商法律事务。

2002年开始从事律师工作，2013年加入京都律师事务所，执业十余年，办理了大量诉讼和非诉讼业务。以其理论基础及执业经验，致力于法治、社会进步与高端法律服务。在公司事务、知识产权、投资并购、房地产、重大婚姻家庭等民商法领域有深入的法律实践。曾担任美国AT、英国MINVA、意大利KPD等多家国际知名公司法律顾问，恰当运用法律手段解决客户所关注的问题，有效解决公司、个人法律事务，维护当事人的合法权益。

已明确规定，将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的，构成商标侵权。⁸

售后混淆在时间上与“初始兴趣混淆”相对，是指消费者在购买产品时没有产生混淆，但购买者使用该侵权产品时导致其他人产生了混淆。⁹它不是发生在消费者购买之前，也不是发生在购买过程之中，而是发生在购买行为完成之后。而且，它并不会造成购买者本身混淆，只是可能会造成第三方潜在消费者的混淆。售后混淆易在奢侈品消费中发生，劳力士（Rolex）假表案及阿特莫斯（Atmos）钟表案是美国司法实践中具有典型性的售后混淆案件。前一案件是在便宜的假货上使用与高档品牌相同的商标，后一案件是涉案假货在外观上与正品很相似，但使用的商标却与正品明显不同。

综合美国判例和学说，制止售后混淆主要理由包括两点，一是当某种物品具有易识别的特殊形状或外观时，旁观者在看到仿制品后会误认为是真品，进而发现自己对这种物品的质量并无深刻印象，也就不会再去购买

真品；其次是由于仿制品充斥市面，真品会失去罕见、稀有及独特的名声和神秘感。¹⁰因售后混淆认定具有一定的主观性及猜测，有些法院对该理论适用比较谨慎，如美国第六法院认为：“在产品形状的商业外观案件中不存在售后混淆问题，除非被告产品质量明显比原告产品要低劣”¹¹

同时，美国1977年BIG FOOT案首创了反向混淆概念。传统混淆均是考察后商标是否与在先商标混淆，反向混淆是指由于在后商标的存在，消费者误以为在先商标所有人的商标或服务来源于在后使用者或与之相关。美国大多数法院认为，反向混淆不仅会导致消费者混淆，而且会损害在先



商标所有人的商誉，后使用人应承担侵权责任。¹²

2、欧共同体关于“混淆可能性”理论

关于“混淆可能性”理论，欧共体《协调成员国商标立法1988年12月21日欧洲共同体理事会第一号指令》（该指令与1994年制定的《欧共同体商标条例》相关条款基本一致，下统称《一号指令》）明确了制止混淆的重要性，其序言第10段指出：“必须结合混淆的可能来解释相似的概念”，并强调“保护注册商标的目的尤其在于保障商标区别来源的功

能”，并且“混淆可能性构成了这些保护的特别要件”。

《一号指令》第5条“商标赋予的权利”第（1）款规定：“注册商标所有人有权禁止任何第三方未经其同意，在商业中：（a）在与其注册商标相同或近似，同时与注册商标注册的商品或服务相同或类似的任何标志，其使用可能会在公众中引起混淆的；这种可能的混淆包括该标志注册商标之间可以引起的联想”。

关于一号指令中有“联想可能”的规定，并引发争议，通过彪马（PUMA）案、CANON案及ADIDAS等案件，欧共体法院对“混淆的可能”及“联想可能”做出解释，即公众可能就有关商品或服务的来源发生错误，认为商品或服务是来自同一个或者至少经济上有关联的企业时，就存在混淆的可能，否则即不存在，包括直接混淆和间接混淆，而并不包括严格意义上的“联想”。不能用“联想的可能”代替“混淆的可能”，在没有混淆可能情况下，不能以“联想可能”认定商标侵权。在SABEL判决书中阐述为：“指令第4条（1）（b）中所说的‘在公众中存在包括联想的可能在内的混淆的可能’的标准，应当解释为，‘仅仅由于两个商标具有类似含义，而在公众中产生的单纯联想本身，并不足以认定就此存在该条所指的混淆的可能’”。¹³

混淆可能性的具体判断规则由欧共体法院通过判例加以总结，并成为各成员国国内法院的审判指导。法国、德国等各国大都将防止混淆作为商标法的立法宗旨，在商标侵权中明确规定“混淆可能性”。法国《知识产权法典》第七卷第L.713—3条规定：“未经所有人准许，禁止下列可能混淆公众意识的行为：（1）复制、使用或者张贴商标，以及与注册指定的商品或者服务类似的商品或者服务使用复制的商标；（2）对与注册指定的商品或服务相同或者类似的商品或者服务，仿冒或者使用仿冒的商标”。德国《商标和其他标志保护法（商标法）》第3章 保护范围；侵权 14条中（2）规定：“未经商标权利人同意应禁止第三方在商业活动中 2、在同种或类似商品或服务上，使用该商标相同或近似的任何标志，并且在相关公众中存在混淆的可能，包括该标志和该商标之间产生联系的可能。”

综上，“混淆可能性”是传统商标保护的核心理论，是世界各国商标法所确立的最基本的价值功能。商标法的基本职能正是通过制止混淆来达到保护商标权、维护消费者利益与促进公平竞争。

⁴ (Deborad F.Buckman,Initial Interest Confusion Doctrine Under Lanham Trademark Act,183 American Law Reports ALR Federal 553, 转引文学:《商标使用与商标保护研究》,法律出版社 2008年版,第70页。

⁵ 黄晖:《驰名商标和著名商标的法律保护》,法律出版社2001年版,第87页。

⁶ Brookfield communications,Inc.v,West coast Entertainment Corp.,174F.3d 1306,50U.S.P.Q.2d 1545(9th Cir.1999 转引文学:《商标使用与商标保护研究》,法律出版社 2008年版,第71页。

⁷ Nissan Motor Co.,378 F .3d at 1018 转引 邓宏光:《商标法的理论基础—以商标显著性为中心》,法律出版社2008年,第245页。

⁸ 参见J.Thomas McCarthy ,McCarthy on Trademarks and Unfair Competition Ch. 1 Refs., § 25:76转引文学:《商标使用与商标保护研究》法律出版社 2008年版,第71页。

⁹ Academy of Motion Picture Arts and Sciences v.Creative House promotions,Inc.,944 F.2d1446,1455(9th Cir.1991 转引 邓宏光:《商标法的理论基础—以商标显著性为中心》,法律出版社2008年,第226页。

¹⁰ Pollex Watch U.S.A.Inc.,645 F .Supp.at 495. 转引彭学龙:《商标法的符号学分析》,法律出版社2007年版,第216页。

¹¹ Gibson Guitar v.Paul Reed ,423 F .3d 539,552,76 U.S.P.Q.2d1372(6th Cir.2005).转引 文学:《商标使用与商标保护研究》法律出版社 2008年版,第72页。

¹² Little Caesar Enterprises Inc.v.Pizza Caesar Inc.,4USPQ 2d 1042(6th Cir.1987 .转引自李明德:《美国知识产权法》,法律出版社2003年版,第305页。

¹³ SABEL判决书正文,转引文学:《商标使用与商标保护研究》法律出版社 2008年版,第81页。

中国企业法律风险管理机制建设的几点思考

■ 杨柳 / 文

企业法律风险管理机制，是指企业建立的对法律风险进行识别、评估、应对及监督检查的系统工程。建立完善的企业法律风险管理机制，是对企业的生产、经营及管理各环节进行全面、综合的法律监控，并通过对监控过程中发现和反馈的实际问题进行不断的改进和完善，实现对法律风险全面、规范、动态的管理，强化法律风险控制能力，不断降低企业的整体风险水平。

一、法律风险管理机制建设是企业生存与发展的现实需要

中国传统法律顾问制度，在服务内容、服务形式和人员配置等方面，都存在重大缺陷，无法为企业的生存和发展保驾护航，已经不适应企业发展的现实需要。

从法律服务内容看，中国传统法律顾问服务偏重商业法律风险，忽视刑事法律风险防范，而不管是企业还是企业家一旦面临刑事法律风险，则有可能给企业及企业家带来“灭顶之灾”。近些年来，从国企到民企，从国营企业家到民营企业大案频发，根据中国企业家犯罪报告，6年中，千余位曾经叱咤商海的弄潮儿，不幸沦为阶下之囚。仅2014年，超150位国企高管落马，原因何在？依法治国背景下，经济领域的规范化，要求严格查处企业家的不规范行为，可以说，他们都撞倒了法律风险的暗礁上。企业家犯罪的问题，实际上是

经济领域法治状况的一个反映。

中国传统法律顾问工作往往流于形式，一般律师不懂企业的经营、管理，提供的法律意见常常不适应企业的客观需要，很难帮助企业防控法律风险。传统法律顾问在公司中仅仅起辅助作用。法务人员、顾问律师远离公司的核心决策层，对公司的重大决策发挥不了应有的影响，无法全面识别企业存在的法律风险，更谈不上采取有效的防控措施。造成企业家犯罪的因素中，除了企业家自身的行为之外，整个外部环境与企业制度也至关重要。近几年，随着金融改革的深入

推进和互联网技术的不断进步，第三方支付、P2P网贷、众筹融资、网上理财等互联网金融高速发展的同时，安全问题也随之而来，其中又以P2P平台跑路尤为明显。当然，多重诱因导致犯罪频发，而企业管理制度不规范是重要原因。如有些企业管理制度不规范，使得大量吸收进来的资金无法做到合理使用，在盲目投资的情况下造成了效益低下和亏损，没有产生应有的经济效益，最终导致资金链出现断裂。

现代法律风险管理机制，就是为了避免传统法律顾问的种种弊端，适应现代企业的法律服务需求，而对企业法律服务的形式和内容进行重新构造和制度设置的产物，并最终替代传统的法律顾问制度。

二、企业建立法律风险管理机制的意义

一位企业家曾说，很多企业家不是在监狱里就是走在通向监狱的路上，这样

杨柳律师简介



京都律师事务所合伙人

主要执业领域为：房地产、建筑、金融及公司法律事务与企业法律风险防控等民商事业务。杨柳律师自执业以来办理了各类公司法律事务和企业法律风险防控业务。并为多家企业提供了专业、系统的诉讼及非诉讼法律服务。在房地产、建筑、金融及公司等民商事业务领域积累了丰富的从业经验。



讲虽然过于言过其实，但企业家的确属于高危群体。对于企业来说，法律风险管理的缺失就如同人失去赖以生存的空气和水，迟早是会影响企业的健康甚至生存的。

与自然风险、商业风险等其他风险不同，法律风险是可防可控的。构建现代企业法律风险管理机制，能为企业带来长期价值，帮助企业实现财富增值。法律风险的有效管理可预防和减少经济损失，提高企业商誉，不但有利于企业总体效益，也有益于中国总体法律环境的改善和法治的发展。

构建法律风险管理机制的一个重要内容是预防单位犯罪，单位犯罪也是可防可控的。所谓的风险和威胁，最可怕之处在于其不可预知性。但是单位犯罪则不同，在充分了解单位犯罪特点后，公司法务或律师在应对风险时可以大有作为。单位犯罪罪名法定化特点使其看得见摸得着，这就要求公司法务或律师要做好法律风险排查工作。具体到排查路径的操作方法上，可以采用企业管理流程、组织架构和业务流三位一体的方法，以此来排查法律风险。通过排查可以全面了解企业面临或潜在的法律风险，从而为法律风险评估、解决方案的制定与实施提供基础资料。公司法务或律师完全可以结合本单位的经济和公司实际发展的情况，通过采取审查合同流程一样的方式，在流程上各个主要的节点和环节上把法律风险卡住。因此，企业需要建立一种可预警的单位犯罪防控系统，把它镶进我们原有的一些民商事法律风险、合同审查的日常法律流程中。对于公司法务或律师而言，防控单位犯罪尤为重要，既是公司法务或律师的必修课，也是考验公司法律风险防控能力的第一张试卷。中国企业发展正处于社会转型阶段，各种规则相互交错，社会形势错综复杂，各行各业都承受着不同的法律性风险和非法律性风险。企业迫切需要构建系统的法律风险管理机制，企业构建法律风险管理机制，具有客观实践上的必要性。

构建法律风险管理机制，对企业的生存和发展具有战略性意义。把企业法律风险管理机制可以为企业建立一张严密的法律风险防控网。从企业设立到注销，整个过程都对企业进行全程的法律风险防控，构建企业的事前、事中、事后的系统性风险防控机制，并对企业的每一项业务的风险进行识别、评估、控制和化解。在人员方面，不仅要求企业高层对法律风险管理有足够重视和起到示范作用，还需要企业全体员工参与，做到人人防控。在构建法律风险管理机制的过程中，必然对整个企业的治理结构、人力资源管理、财务管理等相关问题进行持续完善和优化，其本身就是对企业的整个

运行进行了一次次规范整顿，必然提高企业的管理水平和减少企业隐患，特别是减少企业的违法性因素，最终达到经营合规、管理科学、运作高效、决策透明的规范境界。

三、企业建立 法律风险管理机制的难点

构建现代企业法律风险管理机制，主要涉及法学和管理学两个学科，在学术上表现为两个方面，一方面，在应用法学方面，构建现代企业法律风险管理机制已是现代应用法学的重要组成部分，第二方面，在企业危机管理方面，构建现代企业法律风险管理机制已是企业危机管理中不可或缺的一个分支，它要求企业把法律作为一种企业管理手段来防范、化解企业危机，实现法律和管理的融合。这对于律师界、学术界来说，都是全新的课题。不仅要求扎实的法学功底，丰富的诉讼经验，还要求有较高的管理学水平，此类人才可谓稀缺。

中国企业普遍缺乏法律风险管理意识，现在我们国家的法律体制在不断的完善，监管体制也在不断的加强，而有些企业家还是拿着以前的经验在现行的体制下行事，大多数企业家对法律风险的威胁仍旧没有给予足够的关注，还没有认识到法律是一种管理资源，应当充分运用到企业经营管理的全过程，把法律风险管理机制纳入企业战略管理的重要内容当中去。

十八届四中全会的《决定》将依法治国理念置于全新的高度。意味着接下来“法治”的影响力将更加深入人心，而依法治国背景之下，对于企业和企业家的影响不可小觑。社会主义市场经济就是法治经济，必须要靠法律的权威、法治的理念贯彻始终。只有“依法治企”才能把企业管好、做大，才能让企业管理者放心大胆地去创新。企业和企业家、公司高管和公司负责人是市场经济的重要组成部分，他们中的任何一次违规行为，任何一次涉嫌犯罪的事件，都可能引起严重的后果。而律师通过对一个个真实案例的系统研究，能为更多的企业及企业高管提供一个镜鉴，从而更好地促使其防控法律风险，做到未雨绸缪，促进企业健康发展。

因此，企业增强法律风险管理意识，律师提高专业水准，在依法治国大背景下，企业、律师通力合作，才能建立完善的法律风险管理机制，中国企业才有了“弄潮”的护身符，才能从容应对无所不在的法律风险。

我的京都梦

■ 公丕国 / 文

今年是京都律所成立20周年，也是我律师执业20周年。20年来，京都从一个十几人的小所发展为拥有数百名律师的大所，而我也从一个晦涩懵懂的年轻教师成长为京都律所的合伙人律师。人生最青春旺盛的岁月莫过于此时段吧，蹒跚而行，感慨颇多，应该写点什么。我想，还是“莫忘初心”，从“我为什么做律师”说起吧。

三个“为什么”

第一个为什么：为什么做律师？

大学毕业后，我回到沂蒙老家，做了一名教师。教书育人的职业固然实现了一个农村娃的梦想，但单调重复的教学让我觉得浪费时光，二十几岁的青春活力让我总想干点别的什么。于是，街边捡起的报纸上的“律考通知”引起了我的遐想，想起了电影中律师的慷慨激昂，想起了电视上律师的神采飞扬，真是不错的职业！彼时，非法律科班出身、也从未接触过法律的我，并不知中国律师的真实生态，只是头戴假发、为民请命的律师影视形象撩拨了我那不安分的心弦，亦或是深藏心底的正义、公平得以迸发。于是，报名，买书，夜战。考上了！

第二个为什么：为什么到北京做律师？

在同事和领导的嫉妒下，1995年初，被学校“辞退”的我带着一自行车的行李离开学校，开始了我的律师生涯。受益于中文学习的写作功底，得益于讲台历练的思维表达，更受益于山区困苦生活养成的勤劳和毅力，没几年时间，我在当地法律界已小有名气，最得意的是我每月被扣缴的所得税超过很多同事的总收入。但随之而来的，是人大主任请为座上宾解答疑难问题时的尴尬、地方小官吏压制威胁案件时的无奈。走吧，我需要法学院校专业的学习，我需要更高权势的支持，才能更好地做律师。北京，无疑是最好的选择！

第三个为什么：为什么到北京京都做律师？

边读研边做律师的日子是很苦的。曾经在借住的厂房里慨叹“天降大任于斯人也”，亦曾经为中午饭吃一块钱的包子还是八块钱的拉面而纠结。小律师所的沉闷使我质疑“北京律师”，踉跄三年的我仍然需借债支付2000元的房贷。“去京都所找田文昌吧”，一位老师说。脑海中闪过97年学习刑诉法时录像中田老师的形象，网站上浏览控告禹作敏的壮举、刘涌案件的争议使我重新找到“为民请命、不畏权势”的律师的含义。去京都吧，那里有我仰慕的老师，那里有我学习的团队，那里可能会实现我的律师梦。

“五个一工程”

2004年的夏天，怀揣着忐忑不安的心，我走进了中国人寿大厦805房间。忙碌了一中午的田老师，终于发现了坐在角落里的我。推了下厚厚的眼镜，翻了下我与他人合著的书，田老师笑曰：“能写书的律师，来吧！”。于是，那个从沂蒙山区走出的农村娃，成了京都律师。

命运似乎向我绽开了微笑，沉淀多年的力量找到了发泄的舞台。南下广东，在王一老师的带领下，为700农民状告东莞政府非法征地取得胜诉；北上辽宁，与曹树昌老师配合，为抚顺煤矿老板郭某杀人案无罪辩护成功；与朱勇辉、温艳秋等律师组成辩护团，为郑州“505冷库倒塌事件”数名被告的精彩辩护，震惊了法庭。京都老律师们无私的指导，让我的业务水平突飞猛进；年轻律师们的朝气蓬勃，让沉寂多年的我焕发了青春；而京都一家人的“家”文化，让漂泊京城数载的我找到了家的感觉。

2005下半年，京都所开始实施二级合伙人制度，任务指标50万元。来京都一年创收只有10余万元的我，弱弱地请示田老师：“我能申请吗”，田老师笑曰“能，我相信你能完成任务！”掷地有声的话语至今回响在耳边。于是，



我申请成为京都二级合伙人；于是，第二年度我创收61.4万元。

2006年，我还清了房贷，拥有了自己的房子；买了一辆车子，行驶在长安街上。至此，京都三年，我实现了“京漂一族”的“五个一工程”：一套房子、一辆车子、一个老婆、一对孩子，还有，一张桌子！

感谢田老师！感谢京都人！

一句难忘的话

困难的日子过去了，步入有车有房有闲钱的“有钱阶级”的我，却陷入了职业的迷茫和困惑：

水平越来越高、经验越来越丰富，为什么该赢的案子却赢不了？

我已尽力，当事人却把败诉责任归咎于我，纠缠退费，公平何在？

作为专业律师，为了案件，请客送礼，屈膝应酬，尊严何在？

如果说律师只是挣钱的职业，为了挣钱而忙碌，与“商人”何异？

于是，抱怨、委屈、迷茫，为了办案而办案，吃喝玩乐混日子。

一次会议上，田老师说：“我现在有钱了，也有名了，可谓功成名就，但我为什么还这么拼命地工作？我想，带着大家，一起做点事！”

这个“事”，是“事业”的“事”，是中国的律师事业、中国的法治事业。

这句话，惊醒了迷茫困惑的我。

《易经》云，“举而措之天下之民，谓之事业”。今生有幸，我遇到了田老师。看着他为“个案推动立法”忙碌办案的身影，读着他为法律诉病奋笔疾书的文章，听着他为民权保障奋不顾身的呐喊，作为刚到中年的律师，我



有什么理由不去为这个关系到“天下之民”的“事业”努力呢？于是，胜诉增加我的信心，败诉被当做“炼狱”，委屈被当做“苦其心志”。有兴奋，有挫折，有心酸，但我乐此不疲。

“律师强，则法治强；法治强，则中国强”。我相信，京都律所有一大批“一起做点事”的同志！

我的京都梦

非洲，是一片广袤美丽而又相对遥远陌生的大地。近年来非洲的经济崛起，吸引了越来越多的中国企业走进非洲。然而，由于非洲各国特殊的地缘政治、历史文化因素，国人缺失对非洲当地政策、法律的了解，投资贸易失败者颇多，而依靠非洲当地律师解决纠纷又往往遭遇“雪上加霜”。付出高昂学费的中国企业找寻中国律师请求帮助时，却发现诺大的中国了解非洲法律的中国律师难以找到。了解非洲的中国律师的缺失，已经成为中非经贸发展中的重要问题，引起了中国高层的关注。

田老师在《造梦京都》一文中谈到：综合化、团队化、专业化“三化”

的实现，只是“京都梦”的初始阶段；“以视天下为己任的社会使命感推进中国的法治进程”才是“京都梦”的真正内涵。

为了填补中国律师界非洲法律服务的空白，京都人毅然成立了中国第一个专门从事非洲法律研究和法律服务的专业团队——非洲法律事务中心。我，成为非洲法律中心的一员。

从浩瀚的非洲法律的学习开始，从深入非洲的市场调研开始，我们在中非经贸发展论坛上频频发声，我们为中国企业走进非洲提供风险防范建议，我们为中非经贸纠纷处置提供方案，我们为中非合作的法律问题做着功课。

当今时代环境，谈理想似乎难以启齿；谈梦想，似乎是唱高调。但是，在我内心深处，确实深藏着我的职业理想、我的京都梦，不妨说出来与大家共勉：

我之京都梦，就是有一天我站在乞力马扎罗雪山之巅自豪地说：我，是京都律师；

我之京都梦，就是在中国法治事业的发展史上，留下京都律师们浓重的一笔！

与京都的一场爱情

■ 陈枝辉 / 文

工作如爱人。我一直如此认为。

大凡爱情不幸福的人，要么缘分未到、遇人不淑，要么不清楚自己要的幸福是什么。工作亦然，要么未找到适合自己的工作，要么内心里把眼下的工作当成一种谋生工具，没有激情和创造力，没有快乐，在平静如水的日子里，迷失自己。

如此说来，我与京都都是有过爱情的。至少，我爱过京都。

2002年研究生毕业后，一直未找到一种能让自己投入的状态，在政府企业、NGO的工作，都不能让自己踏实下来。在一家小律所办了实习，苦逼的律师生涯给了我无尽的迷失感，以致回忆时，只能用“猪狗不如”来形容。

实习律师期结束后，遇到京都。那时，王律师作为管委会成员，负责京都所宣传工作，对我的面试、招聘均由王律师拍板。整个面试不到十分钟，我就成为光荣的京都一员，负责理论研究部工作，主要是《京都律师》刊物制作。一个经历过困苦挫折的人，突然有一份人生中从未有过的职业环境体验和信任，所有潜藏在内心深处的工作激情瞬间迸发。

爱情可以创造奇迹。现在都无法想象，自己当初是如何在一个人的情况下，让一本刊物，厚达一百多页，满

满的五号文字，从组稿、写稿、插图、排版、摄影、采访到封面设计，每月一本，按质按量完成。记得为了找最便宜的胶片厂、印刷厂，一家一家找、现场考察；每期刊物出来，自己到人寿大厦物业借来小推车，将每期1000本成品刊物运到8楼，挨个放到每个律师桌上，又大包大包运到地下一层的邮局，往各分所、重要客户按名单一本一本本地寄送。累着、忙着，快乐着，成了我在京都爱情生活里的主基调。

每期《京都律师》，自己编写的内容大概有近20万字，几个特色栏目如“律师经典案例”、“京都影像馆”，基本上占用了每期刊物制作的一半时间。每个京都的律师都被我在屁股后面追过，让律师写稿，是远比想象中困难的一项工作。有过很多创新的想法，也做了很多新的栏目尝试，比如组织律师圆桌会议、模拟法庭，将京都律师工作状态和成果试图通过平面媒体方式多元化还原出来。京都看到了并相信我在《京都律师》上所花的心思，也给了我很大的挥洒空间和自由。每期的封面设计，我记得完全白痴一样，从下载illustrator软件开始，不断学习，到最后20多期各式各样的封面出来，基本上用完了我一生中中对封面形式美的表达能力，也超出了自己对全新设计领域所能有的全部想象。在京都近三年，几乎没

有人对我的工作方式和成果有过任何限制或指令。而每期刊物的出炉，都是如同怀胎并生产的一个过程，每月都会有一两天在所里熬通宵。人寿大厦夜晚不灭的灯火里，有盏是我的。

都是因为爱。如同深陷爱情的一份工作。惟在京都，方有斯种体验。直到八年后，遇到天同。

与京都的爱情生活，其实远不止累并快乐的理论研究与刊物充斥的生活。以前在实习律师期间，对理想律所的设想，发现在京都均有人性化的实践。田老师是国内刑事辩护的第一大腕儿，工作中，非常严谨，也很有风度和气场，吐词成谏；生活中，平易近人，与其交谈，如坐春风，你会领悟人格魅力是怎么回事。中午或晚上下班了，京都放在人寿大厦的台球案子，会经常成为京都伙伴们光顾的地方，田老师和曹树昌律师等一帮老头子，也爱凑热闹，也要赖，输了也会不服气，意气风发丝毫不让年轻人。平时一帮严肃、严谨惯了的大律师，生活中，也一个个是顽童。我是看着曹律师从不会拿台球杆，到最后成为京都中游水平的，这个厉害的老头在此项体育项目成长的速度，着实让人吃惊。

在京都的相处，没有尊卑。大家都是平等的主体。曹大律除了在台球方面的精湛技艺外，年会上的开场歌喉已



陈枝辉律师简介



原京都律师事务所理论部专职律师，现天同律师事务所知识管理主管。

如同以往春晚赵本山的小品或李谷一的《难忘今宵》，中规中矩又不失亲和。另外，令人叹服的是曹老师在《法律讲堂》的节目，我所知道的，基本上是助理写个稿子，他看一遍，然后开录，娓娓道来，几乎不用剪辑。对于那些需要背完通稿才能上节目的同行来说，曹老师这做法律电视节目的表现，绝对不是一般的功底。

京都的氛围和能量，其实是靠很多像田老师、曹律师这样有人格魅力的人撑起来的。爱京都，其实是爱京都的人，欣赏这样的群体，并促使人努力成为这个群体中优秀的一员。比如杨照东的正气稳健、王一的豪爽大气、孟冰的温和才情、白冬飏的谦逊厚重，韩嘉毅的活力不羁、王九川的艺术造诣、蔡景丽的优雅持重、瞿丽红的开拓创新、秦庆芳的踏实坚持、朱勇辉的青春锐气等等，都是年轻律师学习的榜样。也正是这些优秀的团队核心，和无数在京都扎根、奉献的律师，才成就并维护了京都整体的品牌形象。

在京都收获的，更多是兄弟姐妹一般的情谊。大家从四面八方过来，汇聚在京都，为梦想打拼。隔周五进行的篮球赛及赛后的聚餐，“吉祥鸟”京都食堂，年会完了一帮老的、少的继续在大宗KTV的通宵嚎歌，周末金海湖的野钓……青春透明如醇酒，可饮可尽可

别离。犹记得，跟大民从北五环走近两个小时到南边，从东四聊着天就到了西四，喝着酒唱着歌就到了天亮。那些感觉没挣着钱的日子，照样滋润充实充满回味，即便在以后经济条件改善，也发现难有昔日的接地气般的快乐。

离开京都，以为不爱京都了。合伙提成制的短视、散沙弊端，在离开京都后，发现京都并不是最厉害的，几乎是中国所有合伙制律所的通病。即便是在公司制实施最彻底的几个大所，也存在源于管理制度或发展思路上的不尽人意之处。快乐投入的工作、无恐惧的生活，为此也尝试过合伙做所、按自己想法去发展，发现谈何容易。由此，也更理解京都模式及环境的难得，理解京都管理团队的不容易。

在京都的日子，因为近三年不放松的学习、积淀，尤其从编辑制作刊物中

所领悟到的用户体验，在以后的律师职业生涯中，成为一段非常有益的经验。在京都养成的勤奋，亦成为自己日后一种受益匪浅的习惯。从2008年至今，我已在法院出版社、法律出版社出版了十余本共600万余字的案例图书作品，且均保持了较高的市场销售纪录。2013年7月，遇到天同，爱上天同，开始一段新的感情，也开始一段全新的人生历程。在天同负责“天同码”期间，至今已快两年，自己一直保持在京都的良好习惯，像陷入爱情的一头犀牛，用心做事，用激情挥洒青春。不到两年时间里，在办公室睡了差不多30天，完成了以金融领域为核心的中国商事诉讼典型案例的梳理、编码工作，累计500多万字，即将由天同的“无讼”平台推出。

像嫁人的女子一样，经历过很多户人家，只为追求永恒的爱情。年纪大时，发现年轻时爱过恨过的人，其实可以云淡风轻。工作如爱情，一旦遇到对的人、找到对的地方，你会把她当成归宿，你会心甘情愿不计成败、不辞辛苦地付出，即便有一天，你觉得感情淡了、心伤了，要离开时，你也无怨无悔。

爱过、淡过，奋斗过、努力折腾过，最终凝结在心里的，依然是感激。感谢京都，祝福京都！

2015年2月13日

不疯魔不极致

——赞民商部饰演《葫芦娃后传》的法律人

■ 宇文鸿雁 / 文



“去 年甄嬛传，今年葫芦娃，去年把我们搞的男不男，女不女，今年咱们这是人不人，妖不妖。哎，最毒妇人心呢。”

这是京都律师事务所2015“莫忘初心，踏歌长行”主题年会中，京都律所民商部《葫芦娃后传》蝎子精的“怨言”，正如蛇精被猎狐行动抓回来，即将受到最高法院环境资源审判庭的审判时，其夫君蝎子精的那句“那么问题就来了，辩护律师哪家强？京都律师王中王！”一样被统称为小品中的点题之句。

那么问题就来了，去年的《甄嬛传》从何说起呢？

2013年年末，京都律师事务所“一路上有你”年会即将在京伦饭店召开，吾领《甄嬛传》中的饰演公公公

（此处没有错别字，饰演公公的确实姓公）的公丕国律师之命组织民商部的兄弟们（此处指的是纯爷们）反串当年热播的《甄嬛传》，我们称之为《甄嬛后传》。

现在想来，当时的心情着实忐忑不安，心里想着平日里在公众心目中，法庭上运筹帷幄、言之凿凿；谈判桌上字字珠玑、滔滔不绝；文案工作细致、缜密的一群装在西装套子里的人，如何能放下这样顶天立地的角色，竖起兰花指，身着格格服、头顶旗头、脚踩着花盆底儿、涂抹着胭脂花粉，以一滴红唇声称：姐姐，妹妹，这些真真是极好的！事实上证明，一切担心都是浮云。

2015年年会，民商部的兄弟们再次更新的以往记录，光着膀子，裸着肚皮，头顶着小葫芦，舞者小天鹅，唱着RAP再次精彩演绎了《葫芦娃后传》。

大伙儿戏言：民商部今年笼罩着浓浓的妖气，去年是“人妖”，今年是“真妖”。宇文导演真真是捧那个红那个！同仁们的戏言以及众人捧腹的开心无疑是对葫芦娃的众妖精们出色演出的手动点赞，真心的喜欢！

而我想说的是：律师们为艺术的献身的精神、为娱乐大家的献身精神是值得我们尊敬与赞扬的；正如律师在办案中追求极致，追求卓越、追求完美；竭尽全身之努力，穷尽所有之可能的精神；不做则以，做就必须做到极致。

正所谓，不疯魔不极致，只有达到痴迷的境界，才能将案件做到最为精致！才能将演出发挥到极致！作为法律人，尤其是作为拥有担当精神和造梦精神的京都法律人，不仅仅担得起律师的重任更加挑得起艺术的人生！👍



莫忘初心，踏歌长行

2015年2月6日，京都律师事务所“莫忘初心，踏歌长行”2015年年会在京伦饭店圆满举行。异于以往，京都20周年庆典启动环节成为了此次年会的焦点。在怀旧、温馨、融洽的氛围下，京都人度过了一个愉快美好而又难忘的夜晚。



刘铭



存 養 省 察



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23层

邮编：100020

全国免费咨询电话：400 700 3900

办公电话：(86-10) 57096000

传真：(86-10) 85251268

E-mail: info@king-capital.com

深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号

新华保险大厦1701室

邮编：518048

电话：0755-33226588

传真：0755-33226566

E-mail: shenzhen@king-capital.com

上海分所

地址：上海市南京西路580号

(南证大厦)3903A室

邮编：200041

电话：021-52341066 52341099

传真：021-52341011

E-mail: shanghai@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区中山路572号

星海旺座603室

邮编：116023

电话：0411-85866299

传真：0411-84801650

E-mail: dalian@king-capital.com

天津分所

地址：天津市河西区友谊路5号

北方金融大厦14层A座

邮编：300201

电话：022-88351750

传真：022-28359225

E-mail: info@king-capital.com