

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2016/01

季刊 总第115期



京都律师事务所
King & Capital



P16 PPP法律实务全解析

P41 金融业务 / 家族信托业务洗钱风险管理初探

P63 京都实务 / 如何着手应对私募基金管理人登记最新监管要求?

P67 京都论法 / 法治在人们心中

P77 京都论法 / 论大数据背景下刑事法律风险防控

问题疫苗关乎的不仅仅是你

杨斌

撰写本期《京都律师》卷首语的时候，我正处在重感冒的第四天，被感冒病毒和感冒胶囊折磨的浑身无力六神无主，对任何事情都提不起精神。医生说除了吃药要多喝水，我遵医嘱，除了吃药就是喝水。

当我看到微信上满屏的问题疫苗文章，突然被刺激的来了一点精神，原因是开始怀疑自己吃进去的药和喝进去的水是不是也是失效了。



为写作发表这篇文章勤和包月阳这两位历史负责，在五年“亮剑”，揭露他体健康的违法犯罪令人吃惊的是“有当做“问题疫苗”问题，记者？疫苗符合常识和逻辑的看不明看不懂。

看到新闻公布的问题疫苗那一组数据据令人瞠目结舌。9家药企涉案，疫苗流向10余省市，300多人正在被追查。在这一刻，每一个孩子的爸爸妈妈爷爷奶奶都愤怒了，丧尽天良啊，人神共愤。

财经传媒常务副主编张进先生第一时间发表评论指出：山东问题疫苗案的本质是人心的溃散。他说：从疫苗生产企业、疫苗经销批发企业、疾病预防控制机构到接种单位四者中，每个单位都负有审查疫苗及其经营者资质的义务，只要有一个环节略微严格，即可斩断罪恶的链条。疫苗案再一次暴露了监管层面的缺失与失职。

如此震惊全国的售假大案渎职大案，按照惯例，最高检一定会介入督办。毋庸置疑，肯定又会有大大小小的责任人一个接一个接受法律的审判，承担相应的法律责任。或大或小，有期无期，乃至凌迟腰斩，但那都属于后话了。

问题是，问题疫苗可能造成的危害已经发生，到底有多少孩子已经接种了问题疫苗，接种问题疫苗对孩子的身心健康造成危害，这已经不是恐慌而是事实。为什么我们不能把这种伤害无辜孩子身体健康的风险提前预防呢？销售问题疫苗牟利，是利令智昏的故意犯罪行为，而让这些存在问题疫苗混过关，注射到孩子的身体里是药品监管部门的失职行为，亦是不可饶恕的犯罪行为。为什么我们不能把这些伤天害理的犯罪行为消灭在萌芽之中而放纵他们去伤害年幼的孩子呢？对于接种过问题疫苗的孩子来说，我们都是罪人。

其实，在五年之前，时任《中国经济时报》记者王克勤就曾发表《山西疫苗乱象调查》揭露问题疫苗存在的问

五年之后的今天，问题疫苗再犯罪，成为众矢之的、过街老鼠。真问题疫苗存在的问题，然后将问题后的渎职追责，更应该建立健全预防接种的一条完整的法律保障体系的治理和打击要制定完善有效的预防疫苗的土壤彻底根除。

此外，最重要的是健全和加强和群众监督。如果五年之前，有关给予足够的重视，那么今天的问题如果我们重视舆论监督和群众监督，是一件不太容易的事情。

京都律师的卷首语，居然写走不是有些跑题啊？我想说的是，京跑题。何况，疫苗问题是一个比文题。她关乎着我们的孩子，关乎着还有他们的未来。

更何况问题疫苗关乎的不仅仅是社会的诚实信用、法制保障、监管心。

人体的病除了绝症几乎都有药感冒一样，吃吃药，多喝水，输输来。

社会的病可不一样了。一日



国际化、国际化的大型综合性律师事务所

追求卓越 不负重托

目 录

品牌建设部

白冬颀
杨照东
秦庆芳
张振祖
钟延红
肖树伟
刘 铭
金 燕
李 彬

海南街 5 号
座 23 层

86000
700 3900

41066-1099
226588
366299

卷首语

问题疫苗关心的不仅仅是健康 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特 稿

梦想征途：健康是基石——京都2016年年会田文昌律师讲话实录 / 13

封面主题

PPP法律实务全解析 / 16

PPP项目基础知识问答 京都PPP律师团队 / 17

PPP市场中的律师实务探析 公丕国 宋刚明 / 19

政府购买公共服务PPP项目中社会资本的选择方式 刘敬霞 / 26

PPP项目全操作流程及全套法律文件综述 唐利君 / 30

PPP项目股东协议内容设计若干法律问题初探

——以某国家体育场项目为例 肖树伟 余慧华 / 36

金融业务

家族信托业务洗钱风险管理初探 柏高原 / 41

金融账户涉税信息自动交换对高净值人士的影响 高慧云 / 48

京都实务

无罪认定和有罪判决

——一场针对“走私”和“虚开”的无罪辩护 孙广智 / 50

骗局（中）——“铤而走险”的收购能否“化险为夷” 58

如何着手应对私募基金管理人登记最新监管要求？ 肖小保 / 63

京都论法

法治在人们心中 田文昌 / 67

金融新业态下私募股权投资与非集资的法律风险控制 吕志轩 王悠 / 70

浪漫的福利 贾宝军 马若飞 / 73

论大数据背景下刑事法律风险防控 季刚 / 77

建设工程施工合同转包、违法分包中的连带责任 王春军 / 81

所庆·征文

我的京都缘 曾静音 / 84

律师·生活

京 都

封

京都
KING & CAI

中小企

所张雁峰、郭庆律师办理的沈某某涉嫌诈骗案嫌疑人被不起诉

公司总经理，高罪被东莞市逮捕。在审查起诉合伙人张雁峰合伙人张雁峰担任沈某辩护人立即前往东莞询问了其本郭庆两位律

师随后认真阅读了案卷，比对嫌疑人自述，对案件的定性重新审视，发现了诸多无法定案的疑点。律师阅卷后向东莞市人民检察院递交了《法律意见书》，提出了沈某的行为不构成犯罪，与承办检察官进行了书面、电话和当面探讨。检察官对律师意见非常重视，也就某些具体问题表达了检方的意见。张律师就检察官提出的问题多次会见嫌疑人，并调

取相关证据、向检察院提供相关线索，与检察官多次交流意见。

2016年2月2日东莞市人民检察院审核了两次退回补充侦查后的案件，最终以证据不足为由做出《不起诉决定书》，将羁押10个月的嫌疑人无罪释放，使嫌疑人在春节前得以与家人团聚。

入选中国业联盟

服务产业发展与综合利用技术中心合作中心组建了中国并于2015年，同时举行会，同时举行发展研讨会。虎所、金融机构等单位的近，京都是唯



京都律师事务所被科技部聘为法律顾问单位



刘铭律师



2015年12月7日，科技部发布了选聘法律顾问的通告。经过资格审查、初试和面试，从参加选聘的116家律师事务所中选定北京京都律师事务所担任科技部法律顾问，时间为1年。

该项目由京都律师事务所合伙人刘铭律师带领，刘铭律师2002年开始从事律师工作，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、房地产等重大民事、刑事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。

京都律师事务所合伙人吕志轩律师受聘担任北京市新水季有限公司常年法律顾问

基于京都律师事务所合伙人吕志轩律师在政府法务和政府PPP项目良好的业绩，北京市新水季环境工程有限公司特聘吕志轩律师团队担任其常年法律顾问，进行项目法律文件合规性审查和法律风险防范。北京市新水季环境工程有限公司是

一家专业从事河湖水体治理、污水资源化、水务设施建设及运营等业务的高新技术企业，通过了ISO9001国际质量管理体系的认证，具有进出口贸易权，是北京市重点扶持的高新技术企业。公司通过对适用环保技术和人性化管理手段的应用，致力于解决环境保护方面的

良性机制构建如建设资源节约型生态式，传扬环境生态修复、区域拥有多项PPP项目多省内

荣誉

香港卫视2015全球华人影响力盛典举行 京都律师事务所 具影响力华人“大律师”称号

2016年1月19日，由香港卫视和全球杰出华人联合会共同主办的“凝聚华夏情，共筑中国梦”全球华人影响力盛典暨峰会在北京钓鱼台国宾馆举行。盛典上，京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌律师荣获“最具影响力华人大律师”称号，京都律师事务所荣获“最具公信力律师事务所”大奖。



前，京都已建设成为一家提供包括非诉业务、民商诉讼、刑事讼等全面法律服务的综合性律师事务所。其中，京都在刑事讼领域居于全国领先地位。京都目前拥有300余名执业律师及专业人员，能够为客户提供高标准、高质量的法律服务。京都律师事务所积极参与和推动国家的法治建设，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。

田文昌律师1985年开始从事律师工作，以擅长办理各类典型疑难法律事务而著称。先后成功地代理了天津大邱庄被害人控告禹作敏案、81名乘客诉西北航空公司误机索赔集团诉讼案等重大疑难案件。田文昌律师现任京都律师事务所律师名誉主任，中华全国律师协理事务委员会主任，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”。

京都律师事务所成立于1995年，田文昌律师在发表获奖时表示：了此次活动。

田文昌律师在发表获奖时表示：了此次活动。

事务所公丕国律师荣获“ALB2016年中国15佳诉讼律师”称号

、雄辩口才、成就的精彩看公丕国律师的工作风采。

ALB调研团队近影响，难由评选，京都殊荣，荣膺“诉讼律师”称

事务所民商手，曾经从事“五毒书记”新27专案”新



系列案、苏州长江路市场公司与梅世林合作合同案等复杂疑难案件；并从事非洲法律事务的研究和实务处理，是京都律所非洲法律中心负责人。公丕国律师现担任国际建业集团、芝普（香港）基金有限公司、中非工商联合会等单位常年法律顾问。

ALB对公丕国律师如此评价：

“从业20余年，公丕国律师在刑事辩护和公司诉讼领域表现出色。2015年，苏州高鼎工程建设有限公司、秦云良单位行贿罪案成为以“非法证据”排除控方证据、判决被告人无罪或罪轻的典型案件；代理云南黄某就其与杨某等投资关系统纠纷案申请再审，最高人民法院裁定再审。此外，公丕国律师还将案件实务与法律疑难问题结合，探讨立法缺陷和法律适用难点，出版《股权转让诉讼流程与办案技巧》著作、发表多篇专业论文。公丕国律师表示，诉讼律师最有意义之处在在于‘以个案推动立法，以律师的法律服务推动法治国家的建设’。”

《亚洲法律杂志》（ALB）是汤森路透旗下的尖端法律杂志，是全球最具影响力的法律媒体之一。旨在为客户和读者提供前沿的法律商业资讯和律所业务评级。

出席北京市朝阳区政协第十二届第五次会议并获优秀提案奖

日，人民政协协商会议北京市朝次会议在北京会议中心开幕。在合伙人刘铭作为政协委员认真履行参政职能，围绕十八届五中全会提交了“互联网+政务服务”、流程、减少证明材料，方便基层提案，并在会议中积极为朝阳区司，刘铭律师作为朝阳区和北履行民主监督职能也认真履行，发挥作用。此次全会，刘铭律师也获得2015年度优秀提案奖，相关奉献，所承担的社会责任进行了报道、肯定。



京都律师事务所张振祖律师入选LEGALBAND2016年中国十佳互联网金融律师

在近期公布的《2016年度LEGALBAND中国十佳互联网金融律师》榜单上，京都律师事务所律师张振祖入选该榜单。评选核心要素包括客户及同行对该律师的评价、参与的重大交易或案件、工作经历等，评选调研历时一个多月。

张振祖律师是京都律师事务所公司业务部合伙人，专注于公司企业法律风险管理系统化建设法律课题的研究，在国内率先完成公司企业法律风险管理的法律服务系统模块，并为国内多家大型企业提供了法律风险管控和法律顾问服务。

LEGALBAND给出张振祖律师的上榜理由由是：

张振祖律师在近期为金融加、网利宝、网信财富等平台提供了常年法律服务及风控体系专项服务。客户评价其提供了对互联网金融产业的深层见识，能够把法律业务和商业意识结合，属行业领先。张律师及其团队擅长对网络借贷的发展向及监管态度进行深度总结，帮助客户在行业整合过程中

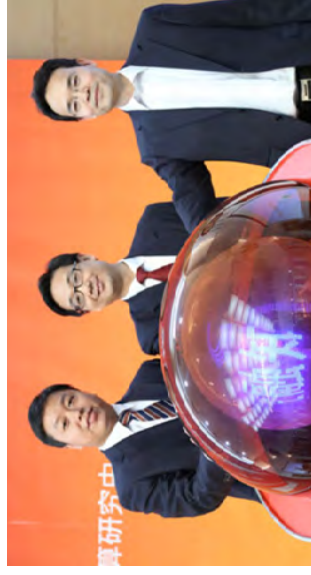


牢牢占据有利地位。

LEGALBAND是国际媒体公国际法律评级机构。该机构是在中专业法律评级机构，以调研数据为提供指引，是寻求高端法律服务的

京都律师事务所董新义律师参加“2016金融消费者权益保护

3月16日电由新华网主办，联合中国人民大学法学院、中央财经大学法学院、中国社科院金融研究所支付清算研究中心共同举办的“2016金融消费者权益保护高峰论坛”15日在中国人民大学召开。京都律师事务所董新义律师参加了论坛并做了主题发言。论坛以诚信、理性、责任为主题，就“让普惠金融更安全”、“互联网+金融时代下金融消费者权益保护”等议题展开研讨。作为“金融315系列活动”的重要环节，“2016金融消费者权益保护高峰论坛每年举办一届。

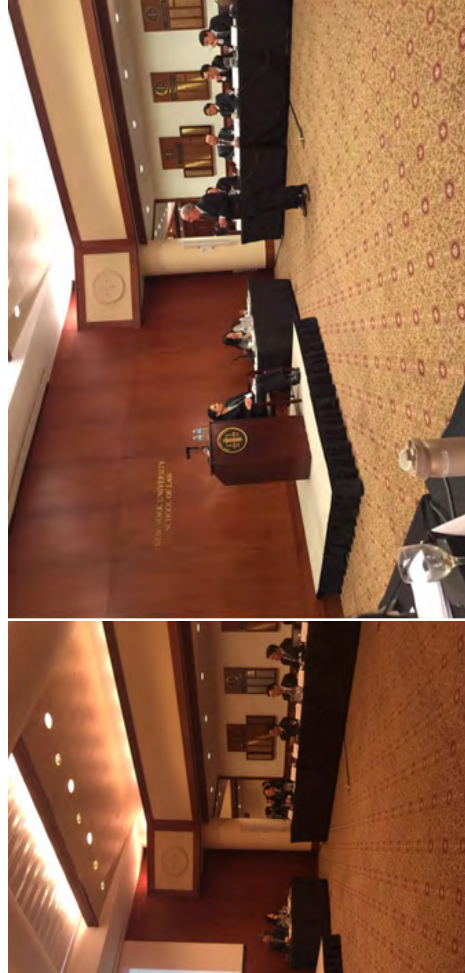


“2016金融知识普及中国行”启动仪式，左一为董新义律师

了《金融行业自律公约》，呼吁金融行业切实保护消费者的金融权益。新华网常务副总裁魏紫川，国家工商总局消费者权益保护局局长杨红红，中国人民银行金融研究所所长姚余栋，中国人民大学法学院副院长、金融创新百付宝、宜信团、网贷网、PPmoney、理财消峰普惠、中邮国际、鼎信

央财都做了以响其险，约》

事务所与美国纽约大学法学院共同举办刑事辩护培训课程



图为拉瓜迪娅讲座教授Martin Guggenheim先生和助理院长Lisa Hoyes女士授课

美国纽约大学刑事辩护律师的智慧和技巧、非法证问题、案件并且实际演练通过这样具有辩律师的辩

女士和兼职教师、纽约联邦辩护人Christopher Flood介绍了证人询问技巧, 并进行了演练; 下午, 拉瓜迪娅讲座教授Martin Guggenheim先生和助理院长Lisa Hoyes女士向大家进一步介绍了证人询问技巧, 并针对具体案例, 就诱导式发问进行了演练。

5日, 纽约大学法学院副院长、诊所教授, 刑事辩护项目主任Randy Herz为学员们讲授了美国非法证据排除的规则、交叉询问技巧并进行了模拟演练。

6日, 学员们分成三组分别到美国南部联邦法院, 纽约布朗克斯区最高法院、联邦东区法院旁听了美国法院审判。

7日, 上午的课程, 教授组织学员们一起对旁听美国法院审判的行程进行总结和讨论, 进一步加深了学员们对美国司法体系和司法制度的了解。随后的课程, 学员们听取了本案原理解的授课

6天的课程不仅是一次学习, 更是国刑辩律师, 进一步了解了中国的法治发展。而中国律师们更是获益匪浅, 了解了美国的法律体制, 旁听了庭审, 更是深入研习了美国的刑事辩护技能。全部课程结束后, 纽约大学为学员们颁发了结业证书。

终积小流成江海——京都“泉”计划继续开展

1月16日, 周六“泉”计划2016年度第一次活动的日子。天色微亮, 京都律师们已经在清冷的晨曦中出发, 赶往房山区法院。八点半在房山区法院接到“泉”计划帮助的孩子, 带他们去活动地点——北京海洋馆。

“泉”计划活动已经开展到第四年, 京都律师事务所帮助的孩子数量也达到了十名。经过三年多的陪伴, 他们与京都律师日渐熟悉, 由最初的羞涩、紧张, 变成了现在的亲切和依恋。为了纪念他们的成长, 纪念他们与京都共同走过的时光, 京都律师事务所党支部特别挑选了几年来的照片, 为每个人制作了一本相册。同时还为他们准备了新年礼物, 祝福他们能够度过一个欢乐的春节。随后, 京都律师与孩子们一起观海豚表演, 并在北京海洋馆为我们一行特别提供的讲解员的陪同下, 走进了海洋和科学的世界, 聆听那妙趣横生的讲解, 观看着展厅内丰富多彩的动物, 不仅了解了海洋动物的起源与发展, 更是对人类智慧的伟大力量发出由衷的感

叹。

活动结束后, 将孩子们送回房山区法院, 目送他们分别与前来迎接的家长离去后, 暮色渐沉, 京都律师们也踏上了回家的路。这一天, 固然劳累, 但心中真是充满了温暖。因为你快乐, 所以我快乐, 这是一种可以传递的力量。

最后, 要特别感谢韩嘉毅律师以及他的常年法律顾问单位北京海洋馆, 为这次活动提供了许多的便利和无偿的支持, 给了孩子们一个在科学世界里探



索无穷奥秘的京都所特别为“泉”计划持续发展的每一次“泉”成为了好朋友。但清身力为“泉”河。2016年继续前行!

支持, 给了孩子们一个在科学世界里探

京都宇文鸿雁律师接受《法制晚报》独家采访, 谈婚遇上法律的那些事儿

法律风险控制及纠纷解决、家族企业股权结构设置、涉外婚姻和继承纠纷领域有丰富的办案经验。以下为采访实录。

背景介绍: 每年春节过后, 到法院起诉离婚的案件往往会有一波爆发。根据本报的最新数据统计, 北京市朝阳

2月18日, 京都律师事务所合伙人宇文鸿雁律师, 在京都律师事务所做客室接受了《法制晚报》的独家采访, 畅淋漓畅谈了两个多小时关于“当婚姻遇上法律时”的那些事儿。宇文鸿雁律师是京都律师事务所商事诉讼与仲裁部

数量为10件, 西城法院数量为7件, 提问1: 官司吗? 宇文鸿雁

合意通过婚
可以选择协

那么对于协议离婚未成，财产分割协议的效力，即达成以登记离婚或诉讼离婚的财产分割协议，但一方反悔的，该协议不生效，法院应当根据实际情

对财产进行分割。
提问3：很多明星离婚时，都是本人去民政部门办理离婚手续，他们可通

过委托他人办理离婚手续吗？必须本人到场才能离婚吗？
宇文鸿雁：男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理离婚登记。亲自办理不得委托，诉讼离婚如一方不在国内或重大疾病不能到庭的可以委托律师代理，但必须向人民法院提交书面意见。

提问4：现在有些夫妇为了买房，多得补偿款，出现很多假离婚事件，有什么法律风险？

宇文鸿雁：所谓的“假离婚”，从法律形式要件上看，双方履行了正常的

离婚程序，并取得了离婚证，符合法律形式上真离婚的法律要件；因此，一旦离婚取得购房优惠后，如一方不复婚则有可能假戏真做，导致家庭的破裂，财产遭受损失。

提问5：婚姻法规定婚姻自由，这是说只要提出离婚，法院就判离吗？
宇文鸿雁：婚姻自由，包括结婚自由也包括离婚自由。法院在审理离婚案件时，一般先行调解，而不是立即审理和宣判，便于维护婚姻的稳定，对于感情确已破裂调解无效的才作出离婚判决。

法院一般判断离婚的标准是“夫妻感情确已破裂”，是否破裂，法院会从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状和有和无和好的可能等方面综合分析判定。主审法官根据对上述内容的审查、审判实践经验及法律规定作出判决。因此，并不是说只要上法院提出离婚法官就会判离。

提问6：很多打工妹结婚去了外地后，打工多年再无音信，男方是否可以再娶？
宇文鸿雁：这个是有办法解决的。根据法律规定，夫妻一方下落不明，另一方可以到法院起诉，通过诉讼解除双方的婚姻关系。之后，男方就可以重新建立婚姻和家庭了。

提问7：有些打工妹在外结婚，父母得知后不同意强行把女儿带走，这种行为合法吗？
宇文鸿雁：家长的这种行为肯定是违反婚姻法的，婚姻自由是一项极其重要的人身权利，这也是打工妹的法定权利，父母可以从态度上反对其婚姻，但

只有使用真爱才是有效的。
提问15：有重婚行为，宇文鸿雁案，丈夫就逃到国外也可以转化中，不少重婚起诉或者被起诉而撤诉，致使逃避法律制裁。重婚罪自起诉，对其中一方不关受理，或者公安机关立案，法提起公诉。
提问16：丈夫想要二婚为由坚决不提出离婚。宇文鸿雁女有按照权利，也有不现，要借助于意生育时，男能建立在对女二孩政生育期强行生育或达不到优生育。如夫妻X使感情破裂的经调解无效可（原文刊制晚报》A35

书，或任何书面形式中男方自认的；嫖娼事件被查处等，通常有警方介入，有警方的笔录；公职单位鉴于作风问题的处分文件；双方来往的书信、短信、电子邮件、通话记录；证人证言；录音材料。
提问12：雇用私家侦探，通过偷拍、偷录、跟踪的方式调查另一半是否存在婚外情行为，是否违法？

宇文鸿雁：调查权仅限于公安局、法院、检察院等国家机关，律师在办理案件中也享有依法取证、调查的权利，但“私家侦探”没有调查权。偷拍、偷录、跟踪等手段涉嫌侵犯他人隐私，不符合证据的合法性，这种证据一般不被法院所认可。
提问13：婚姻一方热衷于网恋但从不见面，或者在网络游戏中称呼其他玩家“老公”、“老婆”，搞“精神出轨”，这种行为是否违法了婚姻法的规定？

宇文鸿雁：“精神出轨”不构成法院可以直接判决离婚的条件，但以“精神出轨”为由提出离婚是可以的。
我国《婚姻法》规定夫妻之间负有相互的忠实义务，“网婚”在审判实务中不构成狭义的违反忠实义务，但从广义上分析必定会影响夫妻感情，造成夫妻感情破裂。离婚是一种复杂的社会现象，违反忠实义务不可能列举式的列明，故从破坏夫妻感情的角度理解，我认为“网婚”违背了夫妻之间相互的忠实义务。
提问14：有人伪造好几个身份，与多名女子办理结婚登记手续，这是否构成重婚？哪一次婚姻才是有效的？

宇文鸿雁：法院一般判定离婚的标准是夫妻感情确已破裂，是否破裂法院会从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状以及有无和好可能等方面综合分析。一般来说，如果女方两次提出离婚，也足以说明无和好的可能，再次提起诉讼时法院判决离婚的可能性就比较大。
提问10：法院一般怎样认定夫妻感情确已破裂？

宇文鸿雁：法院审查夫妻感情是否确已破裂，主要审查对夫妻关系造成严重影响的行为和情况，如果一方构成重婚、或与他人同居、家暴、赌博吸毒等恶习严重影响家庭和睦，及长期分居的，这些情况可以构成感情破裂。
提问11：在很多离婚案件中，女方往往指责男方有“第三者”，哪些证据才能被法院认可？

权利。

提问8：很多大龄剩男花数万元通过中介买来的越南新娘合法吗？
宇文鸿雁：如果是买来的婚姻肯定是不合法的。即使通过合法程序取得结婚证，但这种快速达成的跨国婚姻很不稳定，由于语言不通、习俗习惯不同，很难共同生活，因此新闻报道中有很多越南新娘不辞而别。

另外，跨国婚系涉外诉讼，涉外诉讼涉及的管辖权、涉外送达、公证认证、法律适用以及对判决的承认与执行等法律问题，离婚周期时间十分漫长。
提问9：有些离婚案件中，女方曾两次起诉离婚，但还是被法院判决驳回。请问法院判决离婚要考虑哪些因素啊？

宇文鸿雁：法院一般判定离婚的标准是夫妻感情确已破裂，是否破裂法院会从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状以及有无和好可能等方面综合分析。一般来说，如果女方两次提出离婚，也足以说明无和好的可能，再次提起诉讼时法院判决离婚的可能性就比较大。
提问10：法院一般怎样认定夫妻感情确已破裂？

宇文鸿雁：法院审查夫妻感情是否确已破裂，主要审查对夫妻关系造成严重影响的行为和情况，如果一方构成重婚、或与他人同居、家暴、赌博吸毒等恶习严重影响家庭和睦，及长期分居的，这些情况可以构成感情破裂。
提问11：在很多离婚案件中，女方往往指责男方有“第三者”，哪些证据才能被法院认可？

宇文鸿雁：法院一般判定离婚的标准是夫妻感情确已破裂，是否破裂法院会从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状以及有无和好可能等方面综合分析。一般来说，如果女方两次提出离婚，也足以说明无和好的可能，再次提起诉讼时法院判决离婚的可能性就比较大。
提问10：法院一般怎样认定夫妻感情确已破裂？

宇文鸿雁：法院审查夫妻感情是否确已破裂，主要审查对夫妻关系造成严重影响的行为和情况，如果一方构成重婚、或与他人同居、家暴、赌博吸毒等恶习严重影响家庭和睦，及长期分居的，这些情况可以构成感情破裂。
提问11：在很多离婚案件中，女方往往指责男方有“第三者”，哪些证据才能被法院认可？

宇文鸿雁：法院一般判定离婚的标准是夫妻感情确已破裂，是否破裂法院会从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状以及有无和好可能等方面综合分析。一般来说，如果女方两次提出离婚，也足以说明无和好的可能，再次提起诉讼时法院判决离婚的可能性就比较大。
提问10：法院一般怎样认定夫妻感情确已破裂？

宇文鸿雁：法院审查夫妻感情是否确已破裂，主要审查对夫妻关系造成严重影响的行为和情况，如果一方构成重婚、或与他人同居、家暴、赌博吸毒等恶习严重影响家庭和睦，及长期分居的，这些情况可以构成感情破裂。
提问11：在很多离婚案件中，女方往往指责男方有“第三者”，哪些证据才能被法院认可？

宇文鸿雁：法院一般判定离婚的标准是夫妻感情确已破裂，是否破裂法院会从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状以及有无和好可能等方面综合分析。一般来说，如果女方两次提出离婚，也足以说明无和好的可能，再次提起诉讼时法院判决离婚的可能性就比较大。
提问10：法院一般怎样认定夫妻感情确已破裂？

宇文鸿雁：法院一般判定离婚的标准是夫妻感情确已破裂，是否破裂法院会从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状以及有无和好可能等方面综合分析。一般来说，如果女方两次提出离婚，也足以说明无和好的可能，再次提起诉讼时法院判决离婚的可能性就比较大。
提问10：法院一般怎样认定夫妻感情确已破裂？



一个人的成功心理素质往往比知识和能力更重要，有的人很有知识和能力，因为心理素质脆弱，一事无成。心理素质对律师这个职业尤其重要。

以如法炮制，联合国内国外的高手，我们京都的业务能力又会提高一

周年的庆典，大家都感同身受，庆而无来者，我们不自吹自擂，我们内部的感觉，我都感受到了，气氛都非常好，信心都增强了，最长的年会，排练节目的热情超过了感受到这么高的热情，这么积极的活动，我们京都所涌现了一批明星牌也很可嘉，心气高了。

年的全所收入，比2013年翻了一倍没有的，照这样翻下去，两年一翻多少，这个基础非常好，莫定了都知道，京都人很累。这么多年，京都人做业务精益求精一丝不苟，我们到一些法院办案子，一些法办案子的，你们的卷宗搞的这么么有水平，你们下这么大的功夫，分担了很多工作。我们的非诉讼团队成果出来，我们很累，我们的培养所庆一次性出了20多本专著，这又有的是下工夫做来的，所以我们要提升自己。还有我们京都的律师比，疲于奔命，新来的年轻律师马都所律师有多少人不同航空公

我知道大家累，我很少表扬大家，我不喜欢表扬，我喜欢激励，可能与我的个人经历有关。我成长一辈子不是夸出来的，都是逼出来的，所以我不爱夸人，动不动我还要鞭笞管，恨铁不成钢，不过我现在觉得钢口差不多了，快要练出来了，要腾飞的时候我要讲讲健康了。

年轻的时候我特别爱读传记，我读过毛泽东的青年时代，毛泽东讲了两句话，我特别印象深刻。“体者载德智之车”，所以他要“文明其精神，野蛮其体魄”，他年轻时参与各种锻炼，一个人没有坚强的体魄是不行的。健康包括两个方面，一个是体魄的健康，一个是心理素质的健康，这是两个方面都不可以缺少。

体魄的健康是第一位的，“载德智之车”，我深有体会，我年轻的时候还是很爱运动，但是83年研究生毕业到北京，几乎三十年不锻炼，每天就苦于做学问，人有惯性，越来越不愿意锻炼，所以身体越来越差。最近这几年，我才开始健身，大家都知道，我健身的效果非常好，我曾经夸下海口，一年以后武力征服京都！所以现在我发现京都律师已经开始健身，很多人都加强健身，希望京都2016年掀起健身热潮来，大家都把锻炼身体自己的身体放在重要的位置，身体锻炼了，效率提高了，活力增强了，磨刀不误砍柴工，我们会有更高的效率，做更多的工作。

所以身体好还比较好办，更重要的是心理的健康，一个人的成功心理素质往往比知识和能力更重要，有的人很有知识和能力，因为心理素质脆弱，一事无成。心理素质对律师这个职业尤其重要，大家都知道，我们每年每天每时每刻都承受着超强的心理压力，特别是我们做刑事诉讼的律师，面对超强的心理压力，心理素质不好，根本就无法做下去。所

我个人体会，心理素质体现在四个方面，一个是自信，没有自信就没有成功，很多人问我成功的秘诀是什么，我都谈不上成功，至少我争取成功的原则和方式是努力加自己，有努力没有自信，有自信没有努力都是不行的。我年轻时候的同学很多人智商都比我高得多，但是很多人缺乏自信没有走向成功。当然，自信不是夸夸其谈。没有自信就没有成功。

第二点是坚韧，没有坚韧就没有进取，律师尤其如此，我们是在充满荆棘的道路上前进，如果缺乏坚韧，我们很可能在某个阶段就被压垮，就灰心丧气。而我们在前进道路上无论走的多快多好，一旦被阻断，就前功尽弃，所以我们要坚韧的性格。

第三是乐观。没有乐观就没有幸福，很多人庸人自扰，自寻烦恼，他永远不会有幸福感。但是很多人处境艰辛，他能够在乐观心态的支持下一步一步往前走。所以有乐观才有幸福。没有乐观就没有幸福。

不是像陈景润那样两耳不闻窗外事”，不想知道“窗外事”就不要朋友，中，没有豁达的心态就没有朋友，

我的一生体会是这样，包括我们很多律师说你看不准人，眼睛说不是看错，人都有缺点弱点，缺点不要紧，看错了不是主要的，自己的朋友和事业。京都所的团队开郎开店，绝不排斥能人，绝不排斥庸人，去年我们全年进来一百多人，希望来者比我们更强更好，才能发展壮大。所以京都律师们必须有健康的的心态，形成一个京都初、乐观、豁达。在这样的基础上腾飞的条件，这是我对每个京都一个基础上摊手，并肩创造新的辉煌。

PPP法律实务全解析



PPP项目基础知识问答

■ 京都PPP律师团队 / 文

Q: 什么是PPP?

A: PPP, 是英语Public-Private-Partnership的缩写, 直译为公私伙伴关系或公私合营, 是指政府与社会资本为提供公共产品或服务而建立的全过程合作关系, 以利益共享和风险分担为特征, 通过引入市场竞争和激励约束机制, 发挥双方优势, 提高公共产品或服务的质量和供给效率。

Q: PPP项目的基本特征有哪些?

A: 1、是政府与社会资本的合作关系。交易双方应该是政府和社会资本方, 如果是企业和企业之间的, 如电厂脱硫脱硝、工业污水处理等, 则属于第三方治理的范畴是企业治污责任的包。

2、项目产出的应该是公共产品。竞争性行业如房地产、商业项目等不适合PPP项目。

3、是长期契约(10年以上), 能实现全生命周期的绩效管理。其蕴含的理念是, PPP需要整合项目全生命周期的管理, 实现管理成本的最优化, 其中关键点就是要把运营阶段纳入进来, 这是很多BT项目所不具备的。形象的比喻是, PPP项目是“长期的婚姻而非短暂的婚礼”。

4、项目要体现风险分担原则。要有合理的风险适配机制, 即最适合由政府政府承担的风险, 如法律风险、政策风险、最低需求风险等, 由政府方承担; 而建设、运营等风险, 由社会资本方承担; 不可抗力风险, 由双方共担。在这一风险适配机制下, 政府和社会资本各方各自承担己方善于应对的风险, 最终实现项目成本最小化。

5、项目要体现利益共享原则。保证社会资本“盈利但不暴利”。

6、项目符合PPP模式的物有所值原则和财政可承受能力论

Q: PPP项目的参与主体有哪些?

A: 1、政府或其机构: 主要是否适合采用PPP模式

2、私营部门: 以营利为目的的企业、资本, 包括国有、私

对于政府融资平台公司, 现行企业制度、实现市场化运营, 其承担政府财政预算、得到妥善处置并明确政府举债融资职能的融资平台公司会资本方。

3、项目公司: 项目公司由项目经营公司, 一般通过股本募集获得各主办人之间的关系, 以及在整体和各各自的义务等。

4、金融机构: 一般是综合性银行、基金公司等, 它们会给相关项目提供有基金、银行贷款、信托贷款、商通常也是项目主办人或主办人由固定价格交钥匙合同聘用它们。

6、保险机构

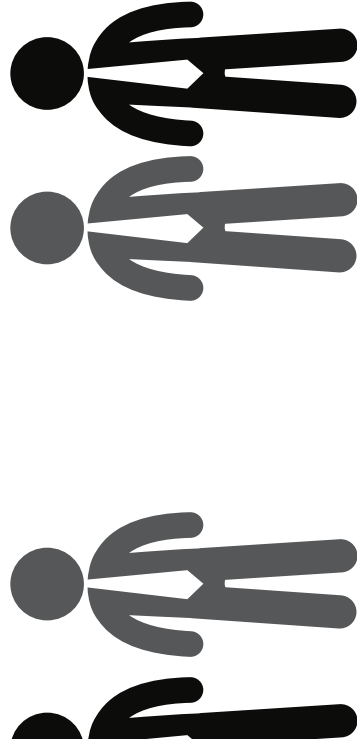
7、项目咨询服务机构: 如会计师事务所、招投标代理机构

Q: PPP项目的收费机制?

A: 1、完全依靠项目用户付费(收费公路) — 经营性项目;

2、完全由政府支付服务费(上

■ 公丕国 宋刚明 / 文



所谓PPP，是英语Public-Private Partnership的缩写，中文直译为公私伙伴关系或公私合营，具体指政府与社会资本以合资组建公司的形式开展合作，共享收益，共担风险，提供公共产品或服务的一种方式。当前，在中央强力推行、地方政府踊跃、社会资本蓄势待发的背景下，PPP市场进入飞速发展期。据统计，截至目前，仅财政部和发改委公布的示范推介性PPP项目已有2000多个，投资总额超过4万亿元！PPP项目作为化解地方债危机、拉动投资市场、推进城镇化建设的重要模式，已经成为当前社会、经济领域的热点话题。

与此同时，PPP市场遭遇法律体系不健全、社会资本惧怕风险不积极等法律和实务问题。作为有着综合法律知识、能够从理论研究和实务运作方面直接参与这一市场的律师，应当是推进PPP市场发展的重要力量。笔者总结律师在这一领域的操作实务，探讨有关法律问题，以期激励更多的同仁参与这一市场的研究和实务操作，为我国PPP市场的发展做出积极的努力。

律师实务一

研究PPP项目的法规政策
熟悉PPP项目的基本特征

采购、预算、融资、建筑推进和规范两年时间里部、银监会、行政法规、项目，首要的法规政策征。

上述40控制地方融资两大类。

银监会、政府融资平台》（银监会）（银监会）：“如不允许吸收存款等。《国务院管理的号），以控制债务规模

等一系列文件，等的为主要内容。这一系列文件的，关闭了政府融资平台的融资窗口，而一大批推广和规范PPP项目

融资建设打开一扇窗。最重要的有1、财政部财金【2014】76号《社会资本合作模式有关问题的通知》的号角；2、发改委【2014】2724号

付费并由政府提供缺口补贴，以污水处理项目、垃圾处理项目）一

- 3、项目采购（8）资格预审（9）采购文件编制（10）采购文件评审（11）谈判与合同签订
- 4、项目执行（12）项目公司成立（13）融资管理（14）绩效检测与支付（15）中期评估
- 5、项目移交（16）移交准备（17）性能测试（18）资产交割（19）绩效评价

从社会资本方（企业）角度，PPP项目的流程可表述为项目确认、可研阶段--招投标阶段--建设阶段--运营阶段--移交阶段。

Q：如何辨识伪PPP？

A：“地方融资太饥渴，企业谨防伪PPP”。有些地方政府通过保底承诺、回购安排、明股实债等方式吸引社会资本投资，将项目包装成PPP项目。企业一旦陷入此类项目，可能遭遇政府方到约定时间不能兑现承诺，会陷入新一轮政府债务漩涡。辨识伪PPP，还是要抓住PPP项目“共同合作、共担风险、共享收益、全生命周期合作”等基本特征，对于政府对项目公司或股东的收益、本息兜底承诺等违背PPP模式性质的项目，谨慎论证，明辨是非。

哪些？

典型模式BOT（建设—运营—移交、运营，到期后交给政府方。）BOOT（建设—拥有一运营—移交）。

程？

书，业务俗称“5.19流程”：项目发起方式（2）项目筛选（3）物能力论证

理机构组建（6）实施方案编制

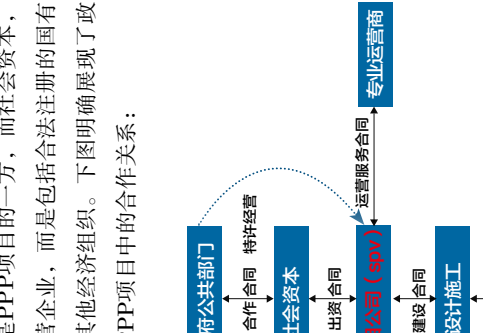
财政部印发《政府和社 会资本合作PPP项目支出 预算收入的10%

【4】156号《关于规范政府和社会
资本合作PPP项目合同指
导意见》——财政部版PPP合同指

【015】42号《关于在公共服务领域
推广政府和社会资本合作PPP项目
模式指导意见的通知》——国务院

【5】5号令《基础设施和公用事业特
许经营条例》——国务院

PPP项目的基本特
征是合作关系，一方为政府，另
一方为社会资本，而是包括合法注册的国有
其他经济组织。下图明确展现了政
府PPP项目中的合作关系：



需要指出的是，传统的政府融资平台公司，如各地政府成立的城投公司、交投公司，其成立的目的就是政府融资工具，是政府的市场行为代表。在PPP项目合作关系中，这些政府平台公司可以作为政府一方，但“如果建立现代企业制度，承担的地方政府债务已纳入政府财政预算、得到妥善处置，并明确公告今后不再承担地方政府举债融资职能的平台公司，可以作为社会资本方参与PPP项目合作”（财金发【2015】45号文）。

2、政府方和社会资本方利益共享、风险共担，是PPP项目的另一基本特征。

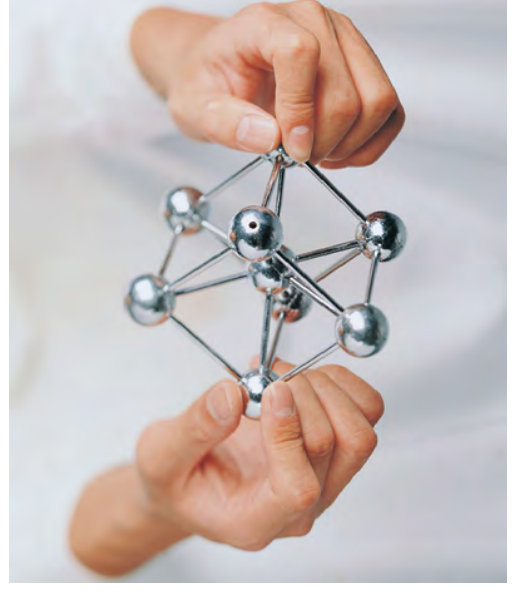
所谓利益共享，不是政府与社会资本简单的分享利润，而是指政府和社会资本共享PPP的社会成果。PPP项目中，政府方最大的价值取向是公共福利和社会效益的增长，有时政府方会为了这一价值而让渡利润分享的权利；社会资本则获取相对平和、长期稳定的投资回报。同时，作为公共性质的项目，也不允许社会资本在项目执行过程中形成超额利润，即社会资本方“盈利而不暴利”。

风险共担是PPP项目区别于政府与社会资本其他交易形式的显著特征。项目要体现风险分担原则，要有合理的风险适配机制，即最适合由政府承担的风险，如法律风险、政策风险、最低需求风险等，由政府方承担；而建设、运营等风险，由社会资本方承担；不可抗力风险，由双方共担。在这一风险适配机制下，政府和社会资本各自承担已方善于应对的风险，最终实现项目成本最小化。

3、PPP是长期契约，把运营阶段纳入进来，实现管理成本的最优化。

为了实现管理成本最优化，确保项目运营顺利实施，PPP项目需要整合项目全生命周期的管理。一般来说，PPP项目的经营期至少10年，而像供水、供暖等关系到民生福利、收益回报较慢的项目，经营期多设计为20年，甚至30年。也就是说PPP项目体现了过程性，最形象的比喻是PPP项目是政府和社会资本之间的“婚姻”，而不是仅仅交接仪式式的“婚礼”。传统的BT项目，因为只是“建设+移交”而不具备合作经营期，被明确排斥在PPP项目外。

4、PPP项目须符合物有所值评价和财政承受能力评估。物有所值评价（value for money，缩写为VFM），是国外决定是否采用PPP模式建设基础设施项目的一种决策工具，指的是一个项目采用传统体制政府要为项目付出的代价



是中央政府深化投融资体制改革的一种模式，要求PPP项目要符合物有所值评价，即比传统的政府采购模式比较有价值。

政府推广PPP模式，原因之一是化解政府债务负担。虽然，社会资本承担PPP项目的主要投资、经营义务，但有些项目政府还是要承担部分出资、付费、可行性缺口补助甚至特殊情况下接管项目管理经营的义务。为了不增加新的政府负债，PPP项目支出总额有一定的限制，2015年4月7日，财政部印发《政府和社会资本合作项目管理暂行办法》的通知》，明确规定政府对PPP项目的支出不能超过政府财政预算收入的10%。“关上一扇门，打开一扇窗”。

中央政府为了控制地方债务危机，关闭了地方政府融资平台的大门，而为了保障地方经济发展的资金需求，打开了PPP这一融资渠道。但“地方融资太饥渴”，有些地方政府申报的PPP项目，采取“保底承诺、到期回购、明股实债”等方式吸引社会资本，即所谓PPP，借PPP之名行融资借债之实。律师只有认真研究PPP的政策法规，熟悉PPP的特征，辨识伪PPP，才能为参与真正的PPP项目打好基础。

律师实务之二

了解PPP项目交易模式 审查PPP项目交易架构的合规性

PPP广泛应用于市政建设、能源交通和医疗教育等基础

运作模式，可以分为新建项目和存量

新建项目的运作模式，以BOT模式最为典型；社会资本方负责融资，期满后转交给政府。实践中还有BT、BOO（建设—拥有一运营）、BOO+BOT（建设—拥有一运营+移交）等模式，均是在BOT基础上也经常采用集中模式的成功案例，就是BT+BOT模式的成功案例。

存量项目，即已经存在的项
目或开始建设但无资金完成建设
PPP项目，是化解政府债务危机、
方式。常见模式有：

TOT（移交—运营—移交）构
建设的项目作价转让给社会资本方
设和运营管理，期满后交还政府。
TOT模式成功典型例子²。

ROT（重建—运营—移交）构
方的项目进行投资扩建或重建，
北京市门头沟医院原来是一家规
营企业凤凰医疗集团以ROT模式
式，扩大医院设施，取得了很好

上述交易模式只是PPP项目
为了隔离法律风险、合理避税，
本方往往组织多层次公司架构、
目，而政府方往往以政府引导基
目，这就导致一个具体的PPP项
下图就是常见的社会资本联合体
金参与开发区基础设施建设的

¹北京地铁4号线BT+BOT模式；北京地
分（征地拆迁、调体结构、轨道交通
设；B部分（车辆、信号线路等）由京
组建的PPP项目公司京港地铁公司投
分，管理运营A、B两部分25年后交还

²张家口桥西区供暖项目TOT模式；张
8亿元建设3年多未完工，无力继续；
范项目向社会推介，北京源通热力公
日经建设25年并在负责工程投资

较好的地区
好的地方政
协调能力、
，这是确保
标准流程运
头文件，轻
，严格按照
制定合同，
细致，违约

宋刚明律师简介



京都律师事务所律师
曾供职于北京市怀柔区人民法院，
审理买卖、借款、保险、融资租赁
等各类合同纠纷，与公司、企业有
关的纠纷，以及农业承包合同、农
村土地承包合同纠纷等各类案件近
200件，熟悉民商事诉讼。2015年
加入京都以来，主要从事公司法律
风险防范，民商事纠纷解决等业
务领域。

免陷入政府
PPP项目似
不足。有的
到到回购、
本参与此类
双方合作偷
，又形成新
事人识别的
被表面的政
入政府债的

本参与的最佳时期。等两三年各方市
场完善，只能做看客了。

律师实务五

处置纠纷 研究问题 促进PPP立法和司法的完善和 发展

PPP项目是多方主体长期合作
的综合项目，法律关系复杂，交易环
节复杂，不可避免会遭遇纠纷。尤其
是在PPP项目尚处初级阶段，立法
滞后、规章冲突、各方经验不足，各
方的合作也难免存在纠纷隐患。作为
法律工作者，调解纠纷促成和解，和
解不成，代理服务，是律师的基本实
务。

正是由于PPP项目是多方主体
长期合作的综合项目，更需要完善的
法律环境保障。但是目前PPP立法例
尚未出台，各部门规章也存在细节冲
突，有些推广政策与现行法律冲突。

譬如PPP项目长期合作自由的特点要求合作方保持稳定与公司法
股权转让相对自由的冲突问题、TOT模式下政府资产转让给
民营企业与过资产管理法规的冲突等，在实务界、法律界都
存有较大争议。律师应当发挥自己的专业优势，总结实务经
验，发表专业意见，积极促进PPP市场法律问题的解决。

PPP项目合同是民商合同还是行政合同，即项目纠纷时
民商事诉讼仲裁还是行政诉讼？这不仅是法律界处置纠纷的专
业问题，也是企业界普遍关心的“民告官难”从而影响积极
性的实务问题。

2014年12月30日，财政部《关于规范政府和社会资本
合作合同管理工作的通知》（财金〔2014〕156号）明确
规定：在PPP模式下，政府与社会资本是基于PPP项目合
同的平等法律主体。财政部《关于印发政府和社会资本合作
模式操作指南（试行）的通知》（财金〔2014〕113号）第
二十八条规定：在项目实施过程中，按照项目合同约定，项
目实施机构、社会资本或项目公司可就发生争议且无法协商

正是由于PPP项目是多方主体长期合作的综合
项目，更需要完善的法律环境保障。但是目前
PPP立法例尚未出台，各部门规章也存在细节
冲突，有些推广政策与现行法律冲突。

部的文件把PPP项目合同明确界定为“平等主体之间的民事
事合同”。

但是，今年4月22日，最高人民法院颁布《关于适用
《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释》，第十一
条规定：行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法
定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有
行政法上权利义务内容的协议，属于行政协议；公民、法人
或者其他组织就政府特许经营协议等行政协议提起行政诉
讼的，人民法院应当依法受理。最高人民法院的司法解释，导致
PPP项目合同的性质和纠纷处置程序，再次引起企业界、实
务界的迷茫和争议。

笔者认为，最高人民法院的司法解释，只是对受理和审理的
程序的解释，而不是对合同性质的解释。界定合同的性质，
应当从合同的签订目的、签订过程、合同主体的权利义务等
方面分析；对于政府参与的合作性质的界定，重点应辨析政
府在合同履行过程中是行使行政管理职的公权力机关能还是
按协议约定履行权利义务的的商务主体。PPP项目合同，是
政府方和社会资本方合资成立公司，共同建设、运营基础设
施或公共服务体系；是经过招投标或竞争性磋商等竞争谈判
过程确立合作关系；双方按合同约定各享权利、各尽义务、
共担风险，而不是管理与被管理的关系。政府不是基于公权
力性质行使公共管理职能，而是按照市场规则与社会资本方
协商合作，双方是平等的商事主体。因此，PPP项目合同应
定性为平等主体之间的民事合同，纠纷的处置程序是民事
诉讼或仲裁，而不是行政诉讼。虽然，PPP项目合同中有
“政府特许经营”及政府监管等内容，但这些内容是为了实
现双方合作目的而由政府方必须尽到的法定或约定义务，而
不是政府的行政管理职能的体现。至于在PPP项目运作过程

行政处罚决定不服，则应通过行
政，这是另外的问题，不影响PPP
质。

2015年11月19日，最高人民法院
（指导案例53-56号），这4个指导
有直接或间接的关联。例如指导案例
股份有限公司福州五一支行诉乐
福州市政工程有限公司金融借款
“特许经营权的收益权可以质押，
质登记”的裁判要点。从这批次案
最高法院也认定了PPP参与各方因
事纠纷范围。

党的十八届三中全会决定提出是基本经济经济
经济、混合所有制经济是基本经济
中共中央《十三五发展规划建议》
革、财税体制改革、金融体制改
了“创新公共服务提供方式，能由
府不再直接承办；创新融资方式
投资；创新公共基础设施投融资体
合作模式”等具体建议。PPP融资
的合作模式，是天然的公私合营注
《十三五发展规划》的改革主题。
原因不仅仅是这一市场模式能够任
化发展的需求，更深层次的原因在
政治经济体制改革的需要。可以
PPP市场会进入“爆发期”。就法
律服务需求巨大，潜在的诉讼服务
当从“非政治”的高度认识这一

政府购买公共服务PPP项目中 社会资本的选择方式

■ 刘敬霞 / 文

规依据

条规定，本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。《政府采购法实施条例》进一步所称服务，包括政府自身需要的服务和政府向社会公众提供的公共服务。

定方式

表1：法规及规范对社会资本招选方式的规定

相关规定	方式
十五条 实施机构根据经审定的特许经营项目实施方案，应当通过招标、竞争性谈判等竞争方式选择特许经营者。 十五条 项目建设和运营标准及监管要求明确、有关领域市场竞争比较充分的，应通过招标方式选择特许经营者。	招标、竞争性谈判等竞争方式
二条 在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法。本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。本法所称采购是指以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为，包括购买、租赁、委托雇用等。本法所称货物，是指各种形态和种类的物品，包括原材料、燃料、设备、产品等。本法所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。 二条 政府采购工程进行招标投标的，适用招标投标法。 二条 政府采购采用以下方式：（一）公开招标；（二）邀请招标；（三）竞争性谈判；（四）单一来源采购；（五）询价；（六）国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。公开招标应作为政府采购的主要采购方式。 二条 采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的，其具体数额标准属于中央预算的政府采购项目，由国务院规定；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市、设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的规定，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。	1、公开招标；2、邀请招标；3、竞争性谈判；4、单一来源采购；5、询价；6、国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。 公开招标应作为政府采购的主要采购方式。因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。
二条 规定，货物及服务采购项目达到公开招标数额标准的，必须采用公开招标方式。因特殊情况需要采用公开招标以外方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。	公开招标方式。因特殊情况需要采用公开招标以外方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。

《政府采购非招标采购方式管理 办法》

第二条 采购人、采购代理机构采用非招标采购方式采购货物、工程和服务的，适用本办法。本办法所称非招标采购方式，是指竞争性谈判、单一来源采购和询价采购方式。竞争性谈判是指谈判小组与符合资格条件的供应商就采购货物、工程和服务事宜进行谈判，供应商按照谈判文件的要求提交响应文件和最后报价，采购人从谈判小组提出的成交候选人中确定成交供应商的采购方式。单一来源采购是指采购人从某一特定供应商处采购货物、工程和服务的采购方式。询价是指询价小组向符合资格条件的供应商发出采购货物询价通知书，要求供应商一次报出不得更改的价格，采购人从询价小组提出的成交候选人中确定成交供应商的采购方式。

第三条 采购人、采购代理机构采购以下货物、工程和服务之一的，可以采用竞争性谈判、单一来源采购方式采购；采购货物的，还可以采用询价采购方式：

（一）依法制定的集中采购目录以内，且未达到公开招标数额标准的货物、服务；（二）依法制定的集中采购目录以外，采购限额标准以上，且未达到公开招标数额标准的货物、服务；（三）达到公开招标数额标准、经批准采用非公开招标方式的货物、服务；（四）按照招标投标法及其实施条例必须进行招标的工程建设项目以外的政府采购工程。

第四条 达到公开招标数额标准的货物、服务采购项目，拟采用非招标采购方式的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，向设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准。

《政府和社会资本合作 项目政府 采购管理办法》

第二条 本办法所称PPP项目采购，是指政府为达成权利义务平衡、物有所值的PPP项目合同，遵循公开、公平、公正和诚实信用原则，按照相关法律法规要求完成PPP项目识别和准备等前期工作后，依法选择社会资本合作者的过程。PPP项目实施机构（采购人）在项目实施过程中选择社会资本（供应商），适用本办法。

第三条 PPP项目实施机构可以委托政府采购代理机构办理PPP项目采购事宜。

第四条 PPP项目采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购。项目实施机构应当根据PPP项目的采购需求特点，依法选择适当的采购方式。公开招标主要适用于采购需求中核心边界条件和技术经济参数明确、完整、符合国家法律法规及政府采购政策，且采购过程中不作更改的项目。

第五条 PPP项目采购应当实行资格预审。项目实施机构应当根据项目需要准备资格预审文件，发布资格预审公告，邀请社会资本和与其合作的金融机构参与资格预审，验证项目能否获得社会资本响应和实现充分竞争。

磋商 采购方式管 理暂行办法》

第二条 本办法所称竞争性磋商采购方式，是指采购人、政府采购代理机构通过组建竞争性磋商小组（以下简称磋商小组）与符合条件的供应商就采购货物、工程和服务事宜进行磋商，供应商按照磋商文件的要求提交响应文件和报价，采购人从磋商小组评审后提出的候选供应商名单中确定成交供应商的采购方式。

第三条 符合下列情形的项目，可以采用竞争性磋商方式开展采购：（一）政府购买服务项目；（二）技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求的；（三）因艺术品采购、专利、专有技术或者服务的时间、数量事先不能确定等原因不能事先计算出价格总额的；（四）市场竞争不充分的科研项目，以及需要扶持的科技成果转化项目；（五）按照招标投标法及其实施条例必须进行招标的

表2：招选社会资本方式比较

采购要求	时限	竞争者数量
<p>社会资本合作项目政府采购管理办法》第四条规定，PP项目采购方式公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购。公开要适用于采购需求中核心边界条件和技术经济参数明确、完整、符合法律法规及政府采购政策，且采购过程中不作更改的项目。</p> <p>《采购法》第二十七条规定：采购人采购货物或者服务应当采用公开招标；因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。</p> <p>《采购货物和服务招标投标管理办法》第四条规定，货物及服务采购项目公开招标数额标准的，必须采用公开招标方式。因特殊情况需要采用招标以外方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府部门的批准。</p>	<p>至少20日</p>	<p>至少3家</p>
<p>《采购法》第二十九条规定：符合下列情形之一的货物或者服务，可以采用邀请招标方式采购：①具有特殊性，只能从有限范围的供应商中采购的；②采用公开招标方式的费用占政府采购项目总价值的比例过大。</p> <p>《采购法》第三十条、《政府采购非招标采购方式管理办法》第二十七条规定，竞争性谈判的适用范围包括：①招标后没有供应商投标或者没有合格标或者重新招标未能成立的；②技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求；③非采购人所能预见的原因或者非采购人拖延造成采购所需时间不能满足用户紧急需要的；④因采购艺术品或者因专利、技术或者因服务的时间、数量事先不能确定等导致不能事先计算出价格。</p>	<p>至少20日</p>	<p>至少3家</p>
<p>《采购法》第三十一条规定：符合下列情形之一的货物或者服务，可以采用竞争性磋商采购方式管理暂行办法》第二条：符合下列情形的项以采用竞争性磋商方式开展采购政府购买服务项目：①政府购买服务项目；②技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求的；③因采购、专利、专有技术或者服务的时间、数量事先不能确定等原因计算出价格总额的；④市场竞争不充分的科研项目，以及需要扶持的科技成果转化项目；⑤按照招标投标法及其实施条例必须进行招标的工程建以外的工程建设项目。</p> <p>《采购法》第三十一条规定，拟采用竞争性磋商方式的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，依法获得设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准。</p>	<p>从磋商文件发出之日起至供应商提交首次响应文件截止之日止不得少于3个工作日。</p>	<p>至少3家</p>
<p>《采购法》第三十一条：符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照单一来源方式采购：①只能从唯一供应商处采购的；②发生了不可预见紧急情况不能从其他供应商处采购的；③必须保证原有采购项目一致性的要求，需要继续从原供应商处添购，且添购资金总额不超过原采购金额百分之十的。</p>	<p>/</p>	<p>唯一</p>

刘敬霞律师简介

京都律师事务所合伙人，资深PPP、证券、并购法律专家。1996年起从事证券业务，2000年起持续从事PPP咨询，国内最早PPP专业律师之一，参与近百个PPP项目。为桑德、北控、E20、威立雅等公司的项目提供了专业服务。



采购方式	采购要求
<p>单一来源采购</p>	<p>《政府采购法实施条例》第二十七条：政府采购法第三十一条第一项规定的情形，是指因货物或者服务使用不可替代的专利、专有技术，或者公共服务项目具有特殊要求，导致只能从某一特定供应商处采购。</p> <p>《政府采购非招标采购方式管理办法》第四章对单一来源采购作了如下规定：</p> <p>第三十八条 属于政府采购法第三十一条第一项规定情形，且达到公开招标数额的货物、服务项目，拟采用单一来源采购方式的，采购人、采购代理机构在按照本办法第四条报财政部门批准之前，应当在省级以上财政部门指定媒体上公示，并将公示情况一并报财政部门。公示期不得少于5个工作日，公示内容应当包括：（一）采购人、采购项目名称和内容；（二）拟采购的货物或者服务的说明；（三）采用单一来源采购方式的原因及相关说明；（四）拟定的唯一供应商名称、地址；（五）专业人员对相关供应商因专利、专有技术等原因具有唯一性的具体论证意见，以及专业人员的姓名、工作单位和职称；（六）公示的期限；（七）采购人、采购代理机构、财政部门的联系地址、联系人和联系电话。</p> <p>第三十九条 任何供应商、单位或者个人对采用单一来源采购方式公示有异议的，可以在公示期内将书面意见反馈给采购人、采购代理机构，并同时抄送相关财政部门。</p> <p>第四十条 采购人、采购代理机构收到对采用单一来源采购方式公示的异议后，应当在公示期满后5个工作日内，组织补充论证，论证后认为异议成立的，应当依法采取其他采购方式；论证后认为异议不成立的，应当将异议意见、论证意见与公示情况一并报相关财政部门。采购人、采购代理机构应当将补充论证的结论告知提出异议的供应商、单位或者个人。</p>



家族信托业务洗钱风险管理

■ 柏高原 / 文

家族信托是受托机构接受个人或家族的委托，代为管理、处置家族财产及家族事务的管理方式，以实现家族财富与家族企业传承的目的。近年来，家族信托可谓财富管理领域的新宠，各类机构纷纷抢滩家族信托市场，其中既有内资商业银行、信托公司，也有第三方财富管理机构，境内外律所、中介机构也都涉足其中。家族信托在海外有着相对普遍的应用，但在大陆还处在发展初期。在2013年初才诞生了第一款家族信托产品，即由平安信托发售的国内第一款家族信托产品。随后，多家金融机构纷纷大举进入该领域，并且以商业银行和信托公司的协同推进为主要特点，例如招商银行与外贸信托合作推出的私人银行家族信托产品服务、北京银行与北京国际信托合作推出的面向双方顶级客户的家族信托服务、建设银行与建信信托合作推出的家族信托业务以及中信银行与中信信托合作推出的

总体看来，虽然家族信托在力度上有所提升，但家族信托业务将仍保持高速增长。可以预见，家族信托相关业务将成为财富管理的重要业务板块。但在业务迅速扩张的同时，家族信托业务的风险管理不容忽视，如家族信托相关法律法规制度的培养和家庭信托业务的风险管理不可不重视。是家族信托业务风险管理中不可不重视的环节。

信托行业的反思

第一，信托公司普遍存在高风险的情况。我国信托业发展始于1980年，经过五次清理整顿，现在已经走上正轨。信托公司普遍存在高风险的情况。我国信托业发展始于1980年，经过五次清理整顿，现在已经走上正轨。具有直接融资功能的非银行金融组织公司是目前唯一能够跨越货币市场

据具体情况设计。通常来说，股权变更限制主要针对如下二种情况：第一种情况，直接或间接变更股权。在实际操作中，投资人经常会搭建多层次的投资架构。因此，项目公司股东各层级母公司的股权变更更可能会导致项目公司的股权变更。而在第二种情况下，对股权变更的限制不能仅限于直接变更，而因将间接变更一并纳入其中，但是，对于母公司股权变更的限制，一般仅限于可能导致母公司控股股东变更的情形。第二种情况，并购、增发等其他方式导致的股权变更。PPP合同中的股权变更，通常并不局限于项目公司或母公司的股东直接或间接将股权转让给第三人，还包括以收购其他公司股权或者增发新股等其他方式导致或可能导致项目公司股权结构或母公司控股股东发生变更的情形。除上述情况外，为了确保“股权变更”范围能够全面地涵盖有可能影响项目实施的股权变更，PPP项目合同中往往还会增加一个关于股权变更范围的“兜底性条款”，即“其他任何可能导致股权变更的事项”。

项目公司自身或其母公司的股权结构发生变化，可能会导致PPP项目的投资人或实际控制人，进而有可能会影响项目的实施。

第二，关于股权变更限制的方式。股权变更限制的主要方式为锁定期。锁定期，是指限制社会资本转让其所直接或间接持有的项目公司股权的期间。至于具体期限，需要根据项目的具体情况设定。例如，以对承包商的锁定期为例，如果承包商参与项目的主要目的是承担项目的设计、施工等工作，并不愿长期持股，承包商会希望在股东协议中预先做出股权转让的相关安排，但是另一方面，包括融资方在内的其他股东通常会要求限制承包商转让其持有的项目公司股权的权利，例如要求承包商在工程缺陷责任期满后才可以转让其持有的项目公司股权。此外，需要注意的是，在锁定期内，发生特殊情况下，应可以允许股权转让，这些特殊情况被称为锁定期的例外情形。例如，如果政府参股了项目公司，则政府转让其在项目公司股权的往往不受上述股权变更限制。

限制问题

公司的股权结构发生变化，可能会对P项目的投资人或实际控制人，产生影响。鉴于此，为了有效控制项目公司的P项目合同中一般会约定限制股权转让变更限制条款时，需要注意如下问题：限制的范围。在不同PPP项目

至争议不断。的相关规定，还是实操的角度来衡量在项目公司中的持股比例都不宜

和股东权利

如PPP项目公司的股东架构由上股东同时包括政府出资人代表、纯主体，则项目的顺利实施较有保障。同时，便于项目公司与政府相关是涉及土地问题时；而纯投资者的公司的融资问题；建设商、运营商

业 for the Banking Sector)，风控 approach, RBA)是指国家、监管 占、理解洗钱风险，并采取相应措 年以来，中国人民银行也大力推 工作理念，要求相关机构制定洗

经济学的研究表明，在金融机构反洗钱的问题上，双方存在严重的信息不对称，其中：金融机构是信息优势一方，直接接触客户；监管机构则是信息劣势一方。

双方存在严重的信息不对称，其 一方，直接接触客户；监管机构则 为在面临激烈竞争时，为了生存， 会使其放弃反洗钱[5]。因此，面对 洗钱风险，信托公司要树立合法合规 意识，重视反洗钱工作。此外，信 人员反洗钱知识和技能培训，提高 判、判断能力，有效防范和抵御洗

洗钱制度建设

主要有《反洗钱法》、《金融机构 子)》、《金融机构大额交易和可 理办法》等综合性规定，虽然均将 是缺乏针对信托行业更为具体且有 14年4月，中国证券业协会关于发 指引》，同年12月，保监会于出 布融资风险评估及客户分类管理指 信托业的反洗钱指引。

止犯罪分子利用信托洗钱，是 重要内容。金融行动特别工作组

列反洗钱国际标准，俗称《40条建议》。2012年，FATF发 布最新版《40条建议》，规定信托服务提供者应当履行客 户尽职调查(Customer Due Diligence, CDD)义务，识 别客户身份、受益人以及实际利益所有者身份，了解客户的 业务关系并持续尽调、审查交易活动，保存交易记录等。客 户尽职调查旨在使信托公司 能够形成对客户背景的合理 判断，真正识别客户。信托 公司客户尽职调查程序应包 括：(1)及时识别和核实 每个客户的身份；(2)识 别实际受益人，并采取合理 措施核实实际受益人的身 份；(3)获取适当的额外信息以了解客户的具体情况和业 务，这取决于所提供服务的性质、范围和持续时间。

信托公司要根据其对客户的了解确定适合每个委托人的 客户尽职调查要求，包括：(1)通常适用于所有客户的客 户尽职调查标准；(2)在考虑适当的风险变量以及已知低 风险情况下简化的客户尽职调查标准；(3)被信托公司合 理判定为高风险的客户要采取强化的客户尽职调查标准[6]。

除此以外，信托公司还应注意，尽职调查不应尽在信托设立 阶段进行，应确保持续尽调，在家族受益人变化、信托财产 对外投资、管理或处分时应审查交易活动、保存交易记录等 已进行反洗钱审查。

[1] 张婧雯，张超，冯慧佳，信托公司反洗钱现状及潜在风险研 究，金融与经济，2013年第4期，90-92

[2] 廖晓雯，信托业洗钱风险分析及反洗钱对策，福建金融管理干 部学院学报，2012年第1期，15-18

[3] 王晨辉，当前信托反洗钱工作现状、原因分析及监管建议—— 检查辖区内某信托公司引发的思考和启示，资本观察，2013年第6 期，43-45

[4] 王晨辉，当前信托公司反洗钱工作现状、原因分析及监管建 议——检查辖内某信托公司引发的思考和启示，浙江金融，2013第 6期，44-45

[5] 杨胜刚，何靖，曹翼，反洗钱中监管机构和商业银行的博弈与 委托代理问题研究，金融研究，2007年第1期，71-83

[6] 董文俊，信托公司洗钱风险分析与管理研究，金融教学与研究

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》 复利相关问题的探讨

肖树伟 游乐 / 文

导论

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“《民间借贷规定》”)已于2015年 9月1日起实施，《民间借贷规定》的出台在规范我国目前乱 象丛生的民间借贷市场，指导司法实践中对民间借贷纠纷案 件的处理等方面意义重大。

复利，即我们俗称的“利滚利”，是指在每经过一个计 息期后，都要将所生利息加入本金，以计算下期利息的一种 利息计算方式。在民间借贷案件的审理中，对于本金数额的 认定、利息如何计算常常是案件审理的重点以及难点，特别 是对于复利认识和理解的差异可能导致案件的判决结果出现 差异，出现同案不同判的现象。因此，正确理解与适用有关 规定对民间借贷纠纷案件的公平处理至关重要。

《民间借贷规定》关于复利的规定

《民间借贷规定》第二十八条对复利问题进行了规定：
“借贷双方对前期借款本金结算后将利息计入后期借款本金 并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率24%， 重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超 过部分的利息不能计入后期借款本金。约定的利率超过年利 率24%，当事人主张超过部分的利息不能计入后期借款本金 的，人民法院应予支持。”“按前款计算，借款人在借款期

游乐律师简介



立、股权转让、并购、投资等专 提供法律服务，为企业和个人处 托、基金等法律事务。

利息之和。出借人请求借款人支付 予支持。”

根据上述规定，我们可以看出， 利的计算持部分支持的态度，即在 前提下，以年利率24%为界限，对多 具体为：

1.对每一借款期间借款利率

有关复利的规定看似明确，但实践中民间借贷纠纷案件的情况往往纷繁复杂，我们只有准确理解有关规定的含义，才能正确适用有关规定。

超过年利率24%，重新出具的债务为后期借款本金；超过部分的利率。例如：甲向乙出借人民币100万元，年利率为10%。1年后借款到期，甲向乙重新出具借条，约定甲向乙出借人民币110万元，重新向甲出借款项为6个月。6个月期限届满，甲向乙重新出具的借条中，将前110万元作为本金进行计算，该110万元的利息，因其未超过按照年利率24%计算的利息，前期借款利息为110万元×10%=11万元，超过部分110万元×24%=26.4万元，即后期的借款本金为124

甲请求乙偿还本金人民币124万元及利息人民币29.76万元（ $124 \times 0.24 \times 1$ ）。由于前期本金为100万元，因约定之利率未超过年利率24%，前期利息24万元可计入后期本金，故后期借款本金为124万元，从而后期借款利息为29.76万元，后期的本息和为124万+29.76万=153.76万元。但前期加后期的整个借款期间的本息和上限为： $100 \times 24\% \times 2 = 148$ 万元。虽然借贷双方在每一借款期间约定的年利率均没有超过24%，但计算得出的最终本息和153.76万元仍然超出了148万元这一上限，超出金额为5.76万元，该超出部分法院不予支持。所以从这个角度讲，《民间借贷规定》规定的24%的年利率并不是绝对能够得到法院支持的。

《民间借贷规定》关于复利规定中的几个问题

上述有关复利的规定看似明确，但实践中民间借贷纠纷案件的情况往往纷繁复杂，我们只有准确理解有关规定的含义，才能正确适用有关规定。笔者通过对《民间借贷规定》中有关复利的规定进行分析并结合代理的有关案件进行思考后发现，该规定中的如下几个问题还需进行深入理解与探讨。

1. “前期借款本金”的范围如何界定

“前期借款本金”如果仅从字面意思进行理解，“息”应该指利

息或者甚至仅指借贷双方约定的借款期间的利息。但实践中，许多当事人除了约定借款期间的利率外，还会约定逾

无力偿还借款时，借贷双方经协商后，将借款期间的利息、逾期利息、违约金等款项一并计入后期借款本金并重新出具债权凭证的情况屡见不鲜。因此，“前期借款本金”范围的界定，与借贷双方的利益息息相关。

笔者认为，对“前期借款本金”中的“息”可做扩张解释，不仅包括前一约定的借款期间的利息，也包括借款人重新出具债权凭证前的逾期利息、违约金等，但其总额超过按照法定年利率24%计算的部分不得计入后期本金。同时，在借款人多次向出借人出具债权凭证的情形下，借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率24%计算的整个借款期间的利息之和。主要理由为：首先，《民间借贷规定》

第二十九条规定：“借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率24%为限。”“未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：（一）既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率6%支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持；（二）约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。”第三十条规定：“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率24%的部分，人民法院不予支持。”可见，出借人向借款人主张逾期利息、违约金等款项具有法定依据。其次，结合第二十八条的规定，即便将前一期的逾期利息、违约金一并计入后期的本金，但其数额仍然受到限制。最后，这样理解较为符合现实情况并与实践惯例相符。如前所述，实践中借款人通常在借款期限届满后，因无力偿还借款，经借贷双方协商，重新出具债权凭证。此时，往往会将逾期利息、违约金等一并计入后期本金。此外，《民间借贷规定》实施前，法院在审判中，通常也认可这一做法，但对超过按法定利率计算的部分不予支持。

2. 对“前期”、“后期”、“借款期间”等期间如何认定

仅从文字来看，第二十八条规定中的“前期”、“后期”

笔者认为，对第二十八条中的有关复利解释，即借款人重新出具债权凭证“前期”，反之则为后期。“前期借款期间（名义借款期间），也在借款人重新出具债权凭证当日之前”所述，笔者认为对“前期借款本金”对借款期间也应当做扩张解释，实际占用资金的时间（实际借款期间）出现借贷双方在重新出具债权凭证时”等期限进行约定的情形，此时对期间进行理解和判断。

3. 对“最初借款本金”如何认定

通常理解，“最初借款本金”债权凭证前实际从出借人处获得的借款在借款人偿还部分借款以及借款情形，此种情形下如何对“最初借款本金”计算借款人应偿还本息和的上限对借款人认为，从促使借款人及时履行还款义务借款人的利益等角度，第二十八条关于增加借款，致使后期借款本金与形时，本息和上限的计算方式也应进行调整。此时，若因借款人偿还部分借款本金时，应以小于最初借款本金为基数，以那一期为起始期来计算之基数，以那一期为借款人增加借款本金的期限，当出借人向借款人增加借款本金和上限。

结语

民间借贷纠纷案件的复杂性使得复利的确定可略见一斑。如何正确理解并适用《民间借贷规定》的复利条款，在今后的很长一段时间内可能仍将是司法实践中的难点。希望拙作能对此有所帮助。

金融账户涉税信息自动交换 对高净值人士的影响

■ 高慧云 / 文

国于2013年8月27日签署了《多
国公约》(以下简称《公约》),
11日由第十二届全国人民代表大会
批准。2015年10月16日,我国向
《公约》批准书。根据《公约》
约》将于2016年2月11日对我国生
始执行。

收征管互助公约?》

公约》经合组织(OECD)发起
在管协作形式包括情报交换、税款
约方对税款追缴和文书送达作出
律制度及税收征管实际,我国在
缴和文书送达(包括邮寄文书)
务机关主要是与其他缔约方开展
集团(G20)财长与央行行长会议
征征管互助公约》框架内的税收情
情报告交换的新标准。因此《多边
所是“税收情报自动交换”,以前
多有税收情报交换条款,但基本
文情报如何自动交换呢?

与标准的,自从美国《海外账户
美国的一些国外高净值客户就非
账户信息被披露。如今,OECD
上制订了要求更高的自动交换标

Financial Account Information,以下简称《AEOI标准》)。
AEOI标准要比美国的FATCA协议可怕的多!

2010年《海外账户税收遵从法案》由美国国会通过,规
定所有的美国税务居民和外国金融机构必须向美国国税局报
告其美国客户的账户信息,不合作的金融机构若有源自美国
的任何收入,包括获得投资处置收入和来源于美国资产的利
息、股息收入,将会被惩罚性扣缴30%的预提所得税。

AEOI标准与FATCA的关系

AEOI标准在G20推动下,并经2014年7月15日经合组
织理事会批准,要求各主权国家通过金融机构获得信息并实
现每年与其他主权国家自动交换这些信息,它规定了金融账
户信息交换、金融机构对不同类型的账户和纳税人的报告义
务,以及金融机构要履行尽职调查的程序。该标准主要包括
四大主要部分:第一部分:主管当局协议范本(CAA),
第二部分通用报告准则(CRS),第三部分CAA和CRS模
型和相关附件。AEOI标准要求金融机构这些信息包括:利
息、股息、特许权使用费、工资薪金、各类津贴、奖金、退
休金、佣金、劳务报酬、财产收益、经营收入等收入信息。

而FATCA协议是美国与其他国双边达成的协议。美国总
统奥巴马2010年3月18日签署生效的就业加强法中,在税务
法(IRS Code)里新增第四章,要求外国金融机构(FFI)和税
务局(IRS)签署类似合格中介协定(QIA)的协定;也就是,
FFI必须申报具有美国公民身份或持有永久居留证(绿卡)的
客户资讯。包括:客户姓名、银行帐户、帐户余额等。

与美国《海外账户税收遵从法案》相比,自动交换标准

高慧云律师简介

京都律师事务所律师,税法教授,经济法专业硕士,曾赴澳大利亚、
新加坡、德国、英国访问和进修。为中信银行、信托投资公司、各类
基金提供并购、上市、融资等税务和相关法律支持,为企业离岸金融
架构提供国际税收支持,擅长投资移民、家族信托的海外税收筹划,
为全国各地的财务人员提供税法公开课和税收筹划服务,承担北京航
天信息股份有限公司等十多家企业的税务法律顾问。

我国实行AEOI标准的时间

经国务院批准,我国承诺将于2018年9月实施这一标
准。这一标准与原来的情报交换相比,有两个突出变化,一
个是“自动”,一个是“批量”。所谓自动,就是各缔约国
收集对方国家纳税人在本国的金融账户信息,按年主动向对
方国家发出;所谓批量,就是每次主动交换的情报并不是有
关国家某个纳税人的单一信息,而是尽可能将掌握的该国所
有纳税人的账户信息进行交换。

高净值人士怎么办?

1. 不是所有的税种都会的中国税务机关的协助

《公约》在我国适用除关税、船舶吨税外的所有税种。
根据《公约》规定,缔约方必须按类别列出本国适用《公
约》的税种,未列入的税种,缔约方不能向其他缔约方请求
征管协助,也不对外提供该税种的征管协助。我国在声明中
列出了目前由税务机关负责征收的16个税种。也就是说,
《公约》执行后,我国开展国际税收征管协助的范围将由原
来的以所得税为主,扩大到税务机关征收的所有税种,税务
机关收集纳税人涉税信息的力度将得到大大加强。对于我国
未开征的税种,我们不对外提供任何形式的征管协助。
比如美国开征的遗产税,我国就不负责征管协助啦。因
此有些税种可以规避。

2. 不是所有的金融机构都有报送信息的职责

根据AEOI标准,并不是所有金融机构都具有向有关国

托管机构、投资机构 and 特定保险公
融机构主要包括政府机构、国际组织
和养老基金机构、符合条件的信托
资工具以及受托人已被记录的信
因此高净值人士可以多利用这
融机构来协助提供解决方案。

3. 我国关于金融机构报送信息

金融机构报送纳税人账户信
2015年7月1日,在国家税务总局
常委会批准《多边税收征管互助公
准奠定多边法律基础。目前,国家
收征管法的修订,为金融机构报送
国内法依据。同时,关于对金融
施,我国将研究国内法中适用的女
得到有效执行。

当然,欧盟委员会已经要求
1月1日开始向当地税务机关报送
2018年9月。

4. 《公约》仅对主权国家

公约仅对主权国家开放,因此
澳门特别行政区不能独立签署《公
以及我国相关国内法规定,经征
《公约》批准书中声明,《公约》
区和澳门特别行政区。

因此高净值人士可以考虑

无罪认定和有罪判决

——一场针对“走私”和“虚开”的无罪辩护

■ 孙广智/文

年初，应事务所主任曹树昌老师的工作安排，我们共同承办了一起颇具“案中案”色彩的刑事案件。在该起刑事案件中，吉单位杰诺公司的法定代表人杨某某的辩护人辩护。

被告单位杰诺公司及被告人杨某某涉嫌走私增值税专用发票罪提起公诉。

一走私废物的指控

的指控，被告人杨某某于2007年1月注册，杨某某是该公司的法定代表人。因杨某某及废铜电线等固体废物的货源，且其成立有进出口经营权，为了达到进口固体废物某某通过登录环保部网站查询等方式，联系资质的加工利用企业，利用这些企业作《限制进口类可用作原料的固体废物进口简称“《进口许可证》”）。随后，杨某某商，以相关加工利用企业为利用商，进口许可证》从国外进口了大量国家限制类的固体废物。

月11日至2013年4月8日，杰诺公司利用企业的进口许可证，在货物进口环节采取的方式，共进口废塑料、废铜电线等固体废物1吨。货物在进口通关后并没有运到进口用商处加工利用，而是直接被运往天津等，杰诺公司、杨某某违反国家法律，利用走私报关过程中伪报实际收货人逃避海

组，虚开发票价款金额131,173,433.34元，税额22,299,478.47元，价税合计153,472,911.81元，于2012年认证抵扣增值税税额16,146,521.03元；362组增值税专用发票，于2013年1月认证抵扣增值税6,152,957.44元。

公诉机关认为，杰诺公司及杨某某违反国家税收征管和发票管理规定，为他人虚开增值税专用发票，虚开的税款数额巨大，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百零五条，应以虚开增值税专用发票罪追究刑事责任。

综合上述两部分指控内容，我们可以看到，围绕涉案固体废物的进口行为及进口后的处置行为，被告人杨某某及其担任法定代表人的杰诺公司被指控涉嫌走私固体废物罪和虚开增值税专用发票两个罪名，且分

别由海关缉私分局和公安经侦支队两班意见，本案算得上是一起不折不扣的“案”诉书所指控的情况，如果相关指控成立而面临十年以上有期徒刑，甚至是无期徒刑

公诉机关的指控逻辑与证据表象

根据2014年9月10日起施行的《最高人民法院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第21条3款的规定，租用、借用或者使用出口国家限制进出口的货物、物品的，

而在本案涉及“走私废物”的指控指杨某某及杰诺公司使用加工利用企业以伪报国内收货人的方式，逃避海关罪。由此，被告人杨某某被指控的行为为解释所规定的使用他人许可证，走私固体废物。

孙广智律师



京都律师事务所合伙人

孙广智律师的工作方向主要为针对经济犯罪案件、有组织犯罪及商业贿赂犯罪案件的刑事法律服务。在针对经济犯罪案件所提供的刑事法律服务中，孙广智律师在涉及侵害企业财产权、妨害金融管理秩序、金融诈骗及涉及企业高管人员渎职案件方面积累了丰富的刑事法律服务工作经验。

围绕该项指控，公诉机关向法院移送私分局)收集的大量证据，这些证据基于利用企业的环保资质申办《进口许可证》为利用商，使用许可证进口固体废物的进口的货物交付给利用商进行加工利用实。

此外，在公诉机关移交的案卷材料中由海关总署提供的关于走私废物的罪的说明材料，该判决中，被告单位及被告可证进口国家限制进口类固体废物而被废物罪。

这么一来，公诉机关关于被告人杨指控不仅有了证据支持和法律依据，在本案涉及“虚开增值税专用发票罪”认为，杨某某及杰诺公司先将进口货物以不开票的方式卖给个体拆解者。之后与受票企业签订销售合同，而在杨某某提前卖给个体拆解者的情况下，其与受再发生真实的货物购销贸易。而在不存在

在透过“山穷水尽”的证据表象之后，我们发现了一个又一个有利于被告人的合理怀疑。正是这些合理怀疑，最终成就了我们的无罪辩护。

所述，受票企业先将所谓的“货款”支付给杨某某从中扣除一定费用后，将剩余货款的银行卡返还给受票企业相关人员的个人账户资金往来基本就意味着杨某某是在收取“虚开”后，为对方有偿“虚开”增值税专用发票。该资金往来情况已被鉴定意见所确认。

向法院移交的证据中，除去鉴定机构关于发票数额的鉴定意见以外，就属个体拆解最让人印象深刻了，在这26名证人的证言人几乎众口一词的表示，与杨某某及杰诺公司买卖关系，且是以不开票的方式向杨某某这样的证言内容几乎“坐实”了公诉机关翻阅着这些证人证言，我竟不禁想起一句积毁骨销！

指控逻辑基本搞清楚了，但是似乎大量的支持者起诉书的指控内容，这对被告人是有些“山穷水尽”，接下来的辩护工作实在让人一筹莫展。

究竟还是“竹篮打水”还是“柳暗花明”

我们向被告杨某某介绍了前述起诉书若若干关键事实对杨某某进行了细致的会见询问及核实证据，杨某某逐渐向我们交代内容大相径庭的事实。

其所经营的杰诺公司具有国内收货人（商资质），但却没有环保资质（即“加要进口国家限制进口类可用作原料的固

险，为此，只好按照货物价值收取对方一定比例的资金作为抵押金。

那么经鉴定意见确认的，杨某某及杰诺公司与受票企业及相关个人之间“循环走账”及“扣除开票费”的情况又是怎么回事呢？对此，杨某某表示，废旧物品的贸易往往是拆解一批，销售一批，平时都是分批分次的以现金结算，具体是由杨某某在天津地区的代理人韩某建将这些个体拆解者拆解出来的废铜线分批次的销售给受票企业，并负责接收受票企业以现金形式支付的货款，并将这些现金货款支付给个体拆解者们，以冲抵他们加工拆解货物时交付给杨某某的抵押金。由此，在没有进行银行转账的情况下，杨某某及杰诺公司已经与购买货物的受票企业以现金的方式结清了大部分的货款。

由于杰诺公司和受票企业均系一般纳税人主体，税务机关对企业的财务工作有着比较严格的要求，因此，两家企业在已经通过现金方式结清大部分货款的情况下，不得不再通过“公对公”转账的方式“重现”一次次货款支付，以应对税务机关的检查。为此，杰诺公司在收到对方以“转账”方式支付的“货款”后，必须按照对方此前已经通过现金支付的货款数额将对方大部分转账支付的“货款”通过个人账户返还给受票企业。否则受票企业就相当于“买了一次货，付了两次款（现金一次、转账一次）”。

对于鉴定机构所确认的，杰诺公司在此过程中扣留的“开票费”，杨某某表示，这些钱根本就不是什么“开票费”，而是杰诺公司与受票企业间的未结清的货物余款。

杨某某的上述辩解为我们的辩护准备工作提供了方向，如果其上述辩护内容能够得到在案证据的支持，我们认为，至少公诉机关关于杨某某涉嫌虚开增值税专用发票的指控是难以成立的。

当务之急，是循着杨某某的辩解讲一

究竟是“竹篮打水”还是“柳暗花明”，

不断呈现的“合理怀疑”及“无罪辩护

根据《刑事诉讼法》第五十三条的刑辩充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚充分的，应当符合以下条件：

- (一) 定罪量刑的事实都有证据证明。
- (二) 据以定罪的证据均经法定程序查证属实。
- (三) 综合全案证据，对所认定事实有排除合理怀疑的疑点。

据此，在没有排除合理怀疑的情况下被告人有罪和处以刑罚的。基于这样的原则性工作，在透过前述“山穷水尽”的证据发现了一个又一个有利于被告人的合理怀疑，最终成就了我们的无罪辩护。

1、看似“坚如磐石”的26名个体拆解者在形式上和内容上都存在着无法合理解释关系”，而非杨某某辩解中提到的“委托加某及杰诺公司之间是“以不开票方式”这些看似“坚如磐石”的证人证言却在存在着无法合理解释的“硬伤”。

形式上，前面提到，因为本案是一起“虚开”的案中案，因此，负责侦查“走账”的案分局长和负责侦查“虚开”案件的公安26名证人调取了证言笔录，即每名证人证言，一份是缉私分局调取的，另一份是经可是，这些由不同单位的侦查人员共同同一言笔录不仅在内容上是一致的，甚至连杨某某的证言都是一模一样的，这明显是对同一份非侦查人员根据实际询问情况做出的如实地不仅如此，在这26名证人中，有26份证言笔录在取证时间、取证地点上完全同单位的侦查人员在同一时间、同一地点询问，而且还取得了内容上“一模一样”而在余下4名证人的各自的两份证言

究竟是哪家单位？对此，这些企业的负责人表示，结合相关企业具体业务经办人员的证明、购销贸易，有针对该等购销贸易开具的发票及开票单位（杨某某及杰诺公司），且相关购销贸易又是开票单位方的人员韩某建联系。毛什么还相信受票企业负责人证言笔录中李四开票”的说法呢？我们相信，实际李四供货，李四开票”，没有所谓的“张四”的“虚开”。

在“对价”方面，部分受票企业负责人的证言显示，杨某某及杰诺公司为其企业虚开增值税专用发票按照发票金额的一定比例向杨某某及杰诺公司支付“开票费”，具体是由受票企业的业务人员按照“开票费”的金额比例的。然而，这样的证言显示，杨某某及杰诺公司的业务人员及杨某某的证言中提到的“开票费”的意见中提到的数据不符。至此，受票企业关于“开票费”的说法缺乏其他证据的支持。严重不足，应当视为孤证并不予以采信。

从上述受票企业负责人证言内容中存在的疑点来看，办案机关在案件补充侦查中，办案负责人又进行了补充询问，在这些企业的证言笔录中，有部分企业的负责人表示与杨某某及杰诺公司之间具有真实的交易关系，且杰诺公司没有虚开增值税专用发票，且杰诺公司也没有虚开增值税专用发票的意见中提到疑似支付“开票费”的情况。韩某建辩称相一致的合理解释。但仍有部分企业的负责人还在坚持原来的证言内容，声称杨某某虚开了增值税专用发票。

意外死亡，造成了侦查机关取证环节上韩某建的辩解，还是受票企业相关证人的证言，使用他人许可证，进出口国家限制进出口的货物、物品的，以走私罪定罪处罚。韩某建及杰诺公司在天津地区的代理人，在经营地个体加工拆解者加工后，就由韩某建加工后的货物销售给包括四家受票企业在内

重要的。然而，让人没有想到的是，在杨某某被羁押后不久，韩某建就因脑出血死亡，这使得侦查机关无法对韩某建进行调查取证。现有证据中，与韩某建最为紧密的证据只有租用场地给韩某建的证人徐某某（居住在天津静海地区）了。

根据证人徐某某的证言笔录，徐某某将自己家的田地（已改造成货场）租给韩某建，并帮助韩某建看货。韩某建使用该场地存放从废旧电线中拆解出来的废铜线，并联系销售这些废铜线，但这些废铜线从何而来，销售到何处，徐某某并不清楚。

我们从徐某某的证言中可以看到，韩某建确实从事联系销售废铜线的业务，这样的证言内容与杨某某及受票企业相关证人对韩某建的描述存在一定程度的印证关系。

由此，在这种情况下，我们认为，对侦查机关及公诉机关而言，他们已经无法通过向韩某建进行调查取证来否定杨某某无罪辩解中涉及到的韩某建的辩解内容；而对于被告人杨某某而言，现有证据的相关内容及疑点已经形成了一个办案机关难以排除的，有利于她的合理怀疑，即杨某某及杰诺公司与个体拆解者之间是委托加工关系而非货物买卖合同关系；相关货物经过加工拆解后，由韩某建联系销售给受票企业，并由杰诺公司据此开具增值税专用发票。因此，相关增值税专用发票的开具是基于杨某某及杰诺公司与受票企业间真实的货物购销贸易，而不是虚开增值税专用发票的行为。

5、在走私废物罪的指控中，杨某某并没有使用别人的进口许可证进口涉案货物。前面提到，按照现行司法解释的规定，使用他人许可证，进出口国家限制进出口的货物、物品的，以走私罪定罪处罚。据此，涉案《进口许可证》的权属状况几乎决定了杨某某究竟是否构成走私犯罪。

保部颁发给杰诺公司和具有环保资质的加工利用企业共同持有的许可证。在该许可证上，杰诺公司的身份是“进口商”，相关加工利用企业的身份是“加工商”。因此，公诉机关将该许可证简单的视为加工利用企业的许可证是不准确的，该进口许可证应是杰诺公司与相关加工利用企业共同所有的证件。

在这种情况下，我们认为，起诉书关于杨某某及杰诺公司使用他人许可证进口涉案货物构成走私废物罪的指控显然与客观事实存在出入，因而不能成立。

此外，我们还注意到，在海关总署提供的判例中，被认定走私废物罪的被告单位与其使用的进口许可证之间没有任何关联。该案件中的进口许可证上的进口商和加工商均不是被告单位。可见，该判例中的被告单位所实施的行为才是真正的利用“他人”许可证走私废物的犯罪行为。而本案中的杰诺公司进口货物时，使用的是自己作为进口商的进口许可证，这应当是使用自己许可证的行为。因此，我们认为，海关总署提供的判例与本案的事实情况并不一致，不能作为认定杨某某走私罪的参考或根据。

综上所述，我们认为，起诉书关于杨某某涉嫌走私废物罪的指控不能成立。最终，在法庭上，针对起诉书关于杨某某涉嫌走私废物罪、虚开增值税专用发票罪的指控，我们根据上述分析及理由为杨某某做了无罪辩护。

无罪的认定和有罪的判决

根据辽宁省营口市中级人民法院2015年11月26日作出的（2014）营刑二初字第00002号刑事判决书、辽宁省营口市中级人民法院（2014）营刑二初字第00008号刑事判决书。

税专用发票罪的指控，法院经审理认为，单位杰诺公司及被告人杨某某犯虚开增值税专用发票罪的事实不清、证据不足，现有证据达不到证明标准，指控的犯罪事实不具有唯一性，推翻有利于被告人的证据及在此基础上形成的合理怀疑。因此公诉机关指控该罪名的证据不予支持。

对于起诉书关于杨某某涉嫌走私废物罪，法院经审理认为，被告单位杰诺公司利用进口或冒用其他单位名称申请的《限制进口固体废物进口许可证》，将境外固体废物运至海关监管，未将进口废物送至许可证载明加工、利用，而自行或委托他人拆解销售严重，构成走私废物罪。本案单位被告人作为被告单位直接负责的主管人员，其犯罪行为。本案在侦查机关传唤被告人杨某某时，被告人杨某某如实交代其走私废物罪对被告人杨某某及杰诺公司均可认定为从轻或减轻处罚。

最终，经法院审判委员会讨论决定，规定，对杨某某及杰诺公司判决如下：

被告单位杰诺公司犯走私废物罪，二十万元；被告人杨某某犯走私废物罪，年，并处罚金人民币五万元。（刑期从计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日）

以上就是法院对本案作出的无罪判决。在收到判决书后，被告人杨某某决定上诉。由于被告人杨某某在上诉期间羁押的期限长达22个月之多，相信她在不同程度上，希望她和家人早日团聚，重获自由。

对我们而言，本案的辩护经历多少感觉，从最初的“一筹莫展”到最终的无罪判决，是一个对事实和证据反复推敲、去伪存真、最终能够采纳我们关于被告人杨某某增补税专用发票罪的辩护意见，既是对被告人也是对“以审判为中心”诉讼制度在个人

交割及股权变形的证据链条形
7日，蜀汉公司
司及东吴公司
又府仲裁委员
请求裁定东
司继续履行股
的办埋荆州公
制义务及股权
己手续。

龙头

公司提供的
理祭出了杀
2015年3月24
东汉府仲裁委
请求，以蜀汉
借款偿还荆州
由请求解除合
公司需要补
为由向仲裁庭
申请。

到过的，时间
中，唯一一个
制的因素，随
且向东汉府偿还第二期许可使用费最后期
公司随时可能丧失地地铁站广场经营许可
州公司丧失收购价值。而在蜀汉公司已
户主进行监管的情况下，蜀汉公司的任何
周公瑾挪用偿还东吴公司的股东借款。所
制荆州公司的情况下，蜀汉公司绝对不能
司来说，面对荆州公司的拖延战术看似只
么放弃本次收购计划，要么答应周公瑾的

律师团队成员：

曾静言，毕业于中国人民大学，法学院
任视宇，毕业于吉林大学，法学院
高琨，毕业于吉林大学，法学院
陈宇，毕业于中国政法大学，法学院



曾静言



任视宇



高琨



陈宇

司看来，蜀汉公司前期的投入如此之大，对
于地铁站前广场的经营许可权益在必得，其
决然不会放弃本次收购计划。所以，周公瑾
得意地断定只要在2015年4月30日前蜀汉公
司未能拿到生效的仲裁裁决，蜀汉公司最终
只能乖乖答应他的条件。

善攻者动于九天之上

然而，整个事态的发展却因皮匠律师
团队在交易之初所设计的交易结构而并未按
照周公瑾的设计发展，皮匠律师团队在股转
协议中铺设的交易条件及合同条款的作用开
始显现。

——寻找利益同盟

“解除合同”是一把双刃剑，一方面
他是荆州公司逼迫蜀汉公司的利器，但同时
也可以成为蜀汉公司用以清除东吴公司的妨
碍，保证合同继续履行的工具，为谁所用的
关键在于由谁主张。

本次交易的设计中，偿债式收购模式
使得在整个交易过程中荆州公司原股东并未
实际收到任何对价，其股权转让款转变成荆
州公司未来的经营收益。而荆州公司全体股
东对于在合同解除时，荆州公司返还蜀汉公
司所付款项的义务承担连带保证责任的条件
条款设计使得一旦蜀汉公司因荆州公司违约
而提出解除合同，全体股东将承担向蜀汉公

荆州公司及东吴公司自然是债多人不
愁，而鲁子敬、甘兴霸及程德谋却将面临资
产被追诉的危险，不但之前的投资均已损失
殆尽，还要无端的向蜀汉公司承担1700万
元的还款责任，割肉之痛岂是周公瑾引进新
投资人优先偿还三人出资的空头支票所能弥
补，他们三人正是和我方利益一致的人。

而正如前文提到过的，在荆州公司的
原股东持股比例中，东吴公司一家独大持股
49%，实际经营管理荆州公司，而鲁子敬、
甘兴霸及程德谋三个小股东虽然每个人的持
股比例并不高，但三人持股总和达到荆州公
司全部股权的51%。如果三人联合一致，足
以控制股东会，进而彻底架空东吴公司。所
以，除了大股东东吴公司的妥协外，只要能
够与三个小股东达成同盟，一样可以使荆州
公司继续履行合同约定内容。而建立同盟最
好的办法，是让对方不得不答应。

司及其原股东东吴公司、鲁子敬、甘兴霸
件，通知解除股权转让协议，要求荆州
返还已提供的借款1700余万元，并要求承
敬、甘兴霸及程德谋对上述返还义务承担担

2015年3月31日，在确认荆州公司及
知函件后，蜀汉公司向东汉府仲裁委员会
求申请书，请求解除股权转让协议，追加
及程德谋为案件共同被申请人，并请求弄
司、鲁子敬、甘兴霸及程德谋共同返还蜀
的合计1700余万元的借款。此时，距离2
州公司应向东汉府偿还第二期借款的时间
个月的时间。

——内战夺权

收到蜀汉公司变更仲裁请求申请书后
过一样，鲁子敬、甘兴霸、程德谋三人
内全面夺权，强行撤换荆州公司财务管理
公司公章、印鉴及财务资料，并在东汉





如何着手应对私募基金管理 登记最新监管要求？

■肖小保/文

对私募基金管理人最新的监管要求是什么？

按中基协发〔2016〕4号文《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》（“《公告》”）对私募基金管理人应当依法及时备案私募基金的要求：

1、自《公告》发布之日起，新登记的私募基金管理人在办结登记手续之日起6个月内仍未备案首只私募基金产品的，中国基金业协会将注销该私募基金管理人登记。

2、自《公告》发布之日起，已登记满12个月且尚未备案首只私募基金产品的私募基金管理人，在2016年5月1日前仍未备案私募基金产品的，中国基金业协会将注销该私募基金管理人登记。

3、自《公告》发布之日起，已登记不满12个月且尚未备案首只私募基金产品的私募基金管理人，在2016年8月1日前仍未备案私募基金产品的，中国基金业协会将注销该私募基金管理人登记。

基金管理人如何着手应对新的监管要求？

◆ 私募基金管理人应当依法及时备案私募基金

1、自《公告》发布之日起，新登记的

个月内完成私募基金产品的备案；

2、自《公告》发布之日起，已登记备案首只私募基金产品的私募基金管理人1月1日前完成私募基金产品的备案；

3、自《公告》发布之日起，已登记备案首只私募基金产品的私募基金管理人未备案首只私募基金产品的私募基金管理人8月1日前完成私募基金产品的备案。

◆ 私募基金管理人应当及时履行

1、已登记的私募基金管理人应尽快年度和重大事项信息报送更新义务；

注：（1）自《公告》发布之日起，私募基金管理人登记和基金备案办法（试行）会的相关规定，已登记的私募基金管理人的年度和重大事项信息报送更新义务人完成相应整改要求之前，中国基金协会的私募基金产品备案申请。

（2）私募基金管理人未按时履行重大事项信息报送更新义务累计达2次的，其列入异常机构名单，并通过私募基金管理人公示系统（<http://gs.amac.org.cn>）对外公示。一旦作为异常机构公示，即使整改完毕，至恢复正常机构公示状态。

2、及时按《企业信息公示暂行条

报告；

注：（1）自《公告》发布之日起

委员会裁定继续履行前，荆州公司与新的投资人订立股权转让协议并且办理了工商变更登记手续，则整场交易将因为新的投资人实际取得荆州公司股权而无法继续履行下去。

届时，蜀汉公司将不得不选择真的解除股权转让合同。如何使东吴公司及周公瑾顺利的配合办理股权变更手续成为鲁子敬、甘兴霸、程德谋在4月30日前兑现承诺的条件，亦是蜀汉公司排除风险，切实掌控荆州公司的关键。同时，经过这场纠纷，东吴公司及周公瑾与荆州公司的众位股东已经产生芥蒂，在蜀汉公司正式入驻荆州公司后，东吴公司必将滥用其股东权力阻碍荆州公司的正常运行。

如何使周公瑾及东吴公司配合顺利交接荆州公司并办理股权变更登记手续？如何有效排除东吴公司利用其股东身份阻碍荆州公司运营？这场仲裁之争又发生如何戏剧化的转变，以及最终如何收场？

10日，鲁子敬、甘兴霸、程德谋提出反请履行股权转让协议。同时，三人控制荆州公司或请求申请，将原来的解除股权转让协议变为履行。

甘兴霸、程德谋三人共同与蜀汉公司或德协商，承诺在2014年4月30日前办理完交割义务并向工商局提交股权变更工商登记。距离2015年4月30日荆州公司应向东汉府偿付时间节点还剩不到20天的时间。

疥癣之疾

荆州公司实际控制的东吴公司对于股权转让已经变成疥癣之疾，无关痛痒。但是，荆更工商登记尚需周公瑾及东吴公司签字盖章，公司新的股权结构不具有对抗第三人的效力，东吴公司仍然未登记在蜀汉公司部看来东吴公司仍然是荆州公司最大的股

完成相应整改要求之前，中国基金业协会出具的私募基金产品备案申请。同时，中国基金管理人异常机构名单，并通过私募基金管理人公示系统(<http://gs.amac.org.cn>)对外公示。一旦私募基金管理人异常机构公示，即使整改完毕，至少6个月内不得申请备案。

私募基金管理人登记的机构被列入企业经营异常名录或严重违法企业名单的，中国基金业协会将依法采取相关监管措施。

管理人应当及时提交登记变更法律意见

私募基金管理人登记/变更、基金备案需出具有哪些法律意见？

自发布之日起，新申请私募基金管理人登记/变更、基金备案需出具有哪些法律意见？

自发布之日起，新申请私募基金管理人登记/变更、基金备案需出具有哪些法律意见？

自发布之日起，新申请私募基金管理人登记/变更、基金备案需出具有哪些法律意见？

自发布之日起，新申请私募基金管理人登记/变更、基金备案需出具有哪些法律意见？

自发布之日起，新申请私募基金管理人登记/变更、基金备案需出具有哪些法律意见？

自发布之日起，新申请私募基金管理人登记/变更、基金备案需出具有哪些法律意见？

肖小保律师



京都律师事务所合伙人

肖小保律师是北京市律师协会风险投资与私募股权投资专业委员会委员，中国人民大学法律硕士，拥有证券从业资格（证券发行与承销），先后在公司、律所工作十余年，专注于公司法律事务。在私募基金、新三板、公司并购重组、投融资、员工股权激励、互联网金融和诉讼等方面具有丰富的法律服务经验。

(1) 申请机构是否依法在中国境内设立并有效存续。

(2) 申请机构的工商登记文件所记载的经营范围是否符合国家相关法律法规的规定。申请机构的名称和经营范围中是否含有“基金管理”、“投资管理”、“资产管理”、“股权投资”、“创业投资”等与私募基金管理人业务属性密切相关字样；以及私募基金管理人名称中是否含有“私募”相关字样。

(3) 申请机构是否符合《私募投资基金监督管理暂行办法》第22条专业化经营原则，说明申请机构主营业务是否为私募基金管理业务；申请机构的工商经营范围或实际经营范围中，是否可能涉及私募基金管理业务、是否可能从事与私募基金管理业务存在冲突的业务、是否可能从事与私募基金管理业务存在冲突的业务、是否可能从事与私募基金管理业务存在冲突的业务。

是否兼营其他非金融业务。

(4) 申请机构股东的股权结构情况。

(5) 申请机构是否具有实际控制权。

(6) 申请机构是否存在子公司（持股5%以上的金融企业、上市公司及持股20%以上的其他企业）、分支机构和其他关联方（受同一控股股东/实际控制人控制的金融企业、资产管理机构或相关服务机构）。

(7) 申请机构是否按规定具有开展私募基金业务所需的从业人员、营业场所、资本金等企业运营基本设施和条件。

(8) 申请机构是否已制定风险管理和内部控制制度。

(9) 申请机构是否与其他机构签署基金外包服务协议，并说明其外包服务协议情况，是否存在潜在风险。

(10) 申请机构的高管人员是否具备基金从业资格，高管岗位设置是否符合中国基金业协会的要求。

(11) 申请机构是否受到刑事处罚、金融监管部门行政处罚或者被采取行政监管措施；申请机构及其高管人员是否受到行业协会的纪律处分；是否在资本市场诚信数据库中是否存在负面信息；是否被列入失信被执行人名单；是否被列入全国企业信用信息公示系统的经营异常名录或严重违法企业名录；是否在“信用中国”网站上存在不良信用记录等。必要时，申请机构及其高管人员需出具相关证明文件。

(12) 申请机构最近三年涉诉或仲裁的情况。

(13) 申请机构向中国基金业协会提交的登记申请材料是否真实、准确、完整。



(14) 经办执业律师及律师事务所认为其他事项。

3、如何聘请律师事务所并出具法律意见书？

①根据最新监管要求，私募基金管理人应建立健全内部控制制度及其他规范运营的风险管理制度和内部控制制度，并聘请具有基金综合服务能力及丰富实务经验的律师事务所，以帮助企业建立、完善相应的基金管理制度和监管规定的内控制度，并为基金管理人提供良好的法律服务。

②聘请律所后，应当按照律所出具的反尽职调查清单提供材料，并接受、配合律所开展尽职调查，提供相关材料，并接受、配合律所开展尽职调查，提供相关材料，并接受、配合律所开展尽职调查。

◆ 私募基金管理人应当按时提交报告

根据《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》第21条规定，私募基金管理人应当于每年12月31日前，通过私募基金登记备案系统填报经审计的年度财务报告。

注：(1)自本公告发布之日起，已



法治在人们心中

■田文昌/文

在法治发达国家，当人们受到委屈，首先想到的是寻找证据，诉诸法律。一旦败诉，则只能寻求法律上的救济途径。即使不成，也只能息讼认输，另图机会。在中国，人们受到委屈，首先想到的不是寻找证据，而是以博取同情来寻求支持。一旦失利，则不依不饶，不择手段。即使因证据不利而缺失法律救济途径，也不甘罢休。自认为，有冤就能申，有理就能赢。

在法治发达国家，当人们遇到麻烦，首先想到的是找律师，靠法律。在中国，当人们遇到麻烦，首先想到的是找关系，靠权力。

这种差别，就是法治思维与人治思维不同之处的直观反映。它表明，法律的条文铭刻在法典上，法律的精神却要融汇在人们的内心中。所以，一个法治社会的标志并不仅仅在

那么，法律

在30多年前提倡法治的初期，神秘，甚至很多人还谈法色变。任教时，带着学生们到街头义务劳动，一些人远远地围观，少数人则小心翼翼地提一些与己无关的问题，如此而始咨询一些实质性的问题。可是，不备地把我们拉到一边甚至到一个个怕被别人注意到。很显然，在他们坏事有关，咨询法律问题也是一件人想到法律。当你指出某个事件注

其他重大事项变更申请。中国基金业协会将持续在私募基金管理人公示平台（<http://gs.amac.org.cn>）对外公示该机构相关高管人员的基金从业资格相关情况。

注：基金从业资格可通过以下四种方式获得：

(1)通过基金从业资格考试。基金从业资格考试的考试科目一《基金法律法规、职业道德与业务规范》及科目二《证券投资基金基础知识》。根据中国基金业协会《关于基金从业资格考试有关事项的通知》（中基协字[2015]112号），符合相关考试成绩认可规定情形的，可视为通过基金从业资格考试。

(2)最近三年从事投资管理相关业务并符合相关资格认定条件。此类情形主要指最近三年从事资产管理相关业务，且管理资产年均规模1000万元以上。

(3)已通过证券从业资格考试、期货从业资格考试、银行从业资格考试并符合相关资格认定条件；或者通过注册会计师资格考试、法律职业资格、资产评估师职业资格等金融相关资格考试并符合相关资格认定条件。

(4)中国基金业协会资格认定委员会认定的其他情形。

拟通过上述第（1）、（2）情形的认定方式取得基金从业资格的私募基金管理人高管人员，还应通过基金从业资格考试科目一《基金法律法规、职业道德与业务规范》考试，方可认定取得基金从业资格。

已取得基金从业资格的私募基金管理人的高管人员，应当按照《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》及《关于基金从业资格考试有关事项的通知》的要求，每年度完成15学时时的后续培训方可维

私募基金管理人应当按照上述查相关高管人员取得基金从业资格，并于2016年12月31日前通过基金登记备案系统提交高管人员事项变更申请，以完成整改。

自整改要求之前，中国基金业协会将暂停私募基金产品备案申请。同时，中国基金业协会机构名单，并通过私募基金管理人公示平台（gs.amac.org.cn）对外公示。一旦私募基金管理机构公示，即使整改完毕，至少6个月后才可公示状态。

请私募基金管理人登记的机构成立满一年中的年度财务报告的，中国基金业协会将不得私募基金管理人基金从业资格（包括法定代表人、执行事务合伙人（委、副经理、合规风控负责人等）均须具备基金从业资格。

私募基金投资业务各类私募基金管理人的高管人员应当取得基金从业资格，其法定义务合伙人（委派代表）、合规\风控负责人从业资格。

基金从业资格的私募基金管理人的高管人员取得基金从业资格，并于2016年12月31日前通过基金登记备案系统提交高管人员资格，逾期仍未整改的，中国

在法治发达国家，当人们遇到麻烦，首先想到的是找律师，靠法律。在中国，当人们遇到麻烦，首先想到的是找关系，靠权力。

过于神秘，甚至在很多人眼中，涉罪。

神秘，它就是一种规则，也是一种这种规则既是对自由的约束，也是人远古开始，人们一旦形成群落，就个体而言，每个人都具有自是天经地义的。但是，就不同的个人也人行为之间则难免发生冲突。于求。简言之，每个人的自由应当以而要避免多个自由的相互碰撞，必要的限制。这种限制的方式就是会的必然需求，只要有人群，就高庄的一人世界里才不需要规则。

又不仅仅是规则。法律与规则最早国家强制力的规则。规则一旦被为法律，人们就必须遵照执行。所家强制力的规则。

法治与人治

不重视法律，而更重视开明君主在法治社会中，人们不相信个人能约约束。这种不同的认识，其实与来是个争论不休的话题，至今也难去治的研讨中，却可以引起对这个

在性恶论的支撑下，人们轻视个人的品质而注重机制的约束，资本主义社会经历了几百年时间建立了完备的法律体系和各种管理机制。无论在社会管理层面还是在生产经营领域，都可以对个人的权力和贪欲实行有效的约束。

在性善论的支撑下，人们忽视机制的作用而注重个人的品质，在先辈们无私奉献精神的感召下，多年来我们一直推崇思想教育和对个人品质的培养，把这种教育放在第一位。认为只要人的思想觉悟提高了，就是弃恶扬善，就能只做好事不做坏事，如果大家的思想觉悟都普遍提高了，整个社会就会走向良性发展。在这种理念支配下，选拔人才的标准更注重的是人的思想觉悟而不是他的知识和能力。更重要的是，管理社会的手段凭借的也是人的自觉性，而不是法律和制度的约束。在我国改革开放以前，管理还没有成为一种专业，在选择干部时，一直把思想品质和奉献精神作为首要条件。所以，劳动模范、先进分子都可以被送到很高的岗位上去担任领导职务，甚至可以被选为国家领导人。外行领导内行就是这种理念的产物之一。

然而，非常残酷的现实是：当特定条件下所追求的特定目标已经实现，当分享成果的机会已经到来的时候，一些人的私欲逐渐地萌生、暴露和膨胀起来。而这时候，思想觉悟和道德标准只能成为一部分人的行为准则而不能约束所有人了。

例如，建国初期，因革命成功而掌握权力的领导阶层中，就有人滥用权力谋取私利，而当前腐败犯罪的愈演愈烈则进一步印证了个人品质的不可靠性。这一系列事例表明，在缺乏机制保障的情况下，人人都能自我约束，遵守纪律的神话并不存在。

而在法治发达国家，遏制官场腐败的基础并不是官员个人的品格高尚，却是科学而完善的机制设计。一个有效的机制未必能够消除人的恶性，却可以抑恶扬善，使恶性得以控制。

政界如此，商界也不例外

仅以民营经济为例，改革开放以后，由于缺乏管理经验和控制能力，多数民企都以家族式企业为基础，认为只有三亲六故才是最可靠的。然而，在企业发展过程中，利益的碰



可以分散在世界各地，即使没有有条不紊、安安稳稳。究其原因，其带来的不同结果。“先小人后君子”法治的思维方式，含义就是先定规矩而避免了争端。“先君子后小人”法治的思维方式，含义就是不定规矩而容易发生争端，而一生争端便由

曾几何时，我们曾经对西方方面鼻，如，AA制，财产公证，立遗嘱那是自私自利，缺乏人情味儿的为人甚至上千万元的交易都不签订正式那样做会伤害感情。然而，大量的式不仅容易发生争端，而且争端之段，更有甚者，由于无法救济则在报复手段。

人治与法治，这两种不同境界，其认识的根源与“性善论”和当说，对“人性”的反思，有助于的误区。“性恶论”并非自我观的“恶”而向“善”应该由“善”为明智。更重要的是，“性恶论”人们之所以相信法律，崇尚律。只有当人们认识法律比承诺更

由于历史演进的不同背景，形成了不同的思想观念，而

主要省市2016年计划生育、婚假等政策新规

计划生育政策		各地原则	可再生育情形	社会抚养费	婚假	产假	备注
原则	可再生育情形						
国家提倡一对夫妻生育两个子女。	1、只有一个子女，经指定医疗机构诊断为非遗传性病残，不能成长为正常劳动力的； 2、夫妻一方为独生子女，并且只有一个子女的； 3、婚后五年以上不育，经指定医疗机构诊断为不孕症，依法收养一个子女后又怀孕的； 4、再婚夫妻双方只有一个子女的； 5、从边疆调入本市工作的少数民族职工，调入前经当地县级以上计划生育行政部门批准允许生育第二个子女的； 6、兄弟二人或者二人以上均系农村居民，只有一对夫妻有生育能力，又只生育一个子女，其他兄弟不收养他人子女的； 7、男性农村居民到有女无儿家结婚落户并书面表示自愿赡养老人的（女方向家姐妹每人照顾一人）； 8、远郊区、县农村居民，夫妻一方为二等乙级以上伤残军人，或者一方残疾基本丧失劳动能力的； 9、在深山区长期居住并以农业生产为主要生活来源的农村居民，只有一个女孩，生活有实际困难的。	提倡一对夫妻生育两个子女。	符合国家规定生育子女，应当依法缴纳社会抚养费。	1、正常婚假：3天+7天=10天 2、晚婚假：3天+7天=10天	1、正常产假：98天（产前可休15天） 2、难产的：98天+15天=113天 3、生育多胞胎的：98天+n×15天（n为多生育的婴儿数） 4、怀孕未满4个月流产的：15天 5、怀孕满4个月流产的：42天 注：女年满二十三周岁、男年满二十五周岁初婚的为晚婚。已婚妇女年满二十四周岁初婚的为晚育。	由于北京最新的《北京市人口与计划生育条例》，所适用的北京市人口与计划生育条例，将按照有利于当事人的原则予以实施。即在原则上，提倡“一对夫妻两个子女”的政策，并且在实例回施以享有晚婚晚育等奖励政策。	
提倡一对夫妻生育两个子女。	1、只有一个子女，经指定医疗机构诊断为非遗传性病残，不能成长为正常劳动力的； 2、夫妻一方为独生子女，并且只有一个子女的； 3、婚后五年以上不育，经指定医疗机构诊断为不孕症，依法收养一个子女后又怀孕的； 4、再婚夫妻双方只有一个子女的； 5、从边疆调入本市工作的少数民族职工，调入前经当地县级以上计划生育行政部门批准允许生育第二个子女的； 6、兄弟二人或者二人以上均系农村居民，只有一对夫妻有生育能力，又只生育一个子女，其他兄弟不收养他人子女的； 7、男性农村居民到有女无儿家结婚落户并书面表示自愿赡养老人的（女方向家姐妹每人照顾一人）； 8、远郊区、县农村居民，夫妻一方为二等乙级以上伤残军人，或者一方残疾基本丧失劳动能力的； 9、在深山区长期居住并以农业生产为主要生活来源的农村居民，只有一个女孩，生活有实际困难的。	提倡一对夫妻生育两个子女。	符合国家规定生育子女，应当依法缴纳社会抚养费。	1、正常婚假：3天+7天=10天 2、晚婚假：3天+7天=10天	1、正常产假：98天（产前可休15天） 2、难产的：98天+15天=113天 3、生育多胞胎的：98天+n×15天（n为多生育的婴儿数） 4、怀孕未满4个月流产的：15天 5、怀孕满4个月流产的：42天 注：女年满二十三周岁、男年满二十五周岁初婚的为晚婚。已婚妇女年满二十四周岁初婚的为晚育。	根据《上海市职工劳动保护法（2010修正）》，职工关于子女职业修正），职工	

城市	流动人口管理部门	原则	计划生育政策		社会抚养费	婚假
			各地原则	可再生育情形		
上海市	流动人口的工作由现居住地人民政府管理，以现居住地为主。	国家提倡一对夫妻生育两个子女。	提倡一对夫妻生育两个子女。	3、双方婚前均未生育过子女，婚后共同生育了两个子女，其中一个子女经鉴定为非遗传性病残，不能成长为正常劳动力的。 4、从外省、自治区、直辖市迁入本市的少数民族公民，迁入前取得原户籍地县级以上计划生育行政部门要求安排再生育子女的。 5、从边疆调入本市工作的少数民族职工，调入前经当地县级以上计划生育行政部门批准允许生育第二个子女的； 6、因特殊情况可以再生育的条件，由市人民政府另行规定。	征收办法按照《上海市征收社会抚养费办法》（2015修正）。	正常婚假：3天+7天=10天
广东省		提倡一对夫妻生育两个子女。	提倡一对夫妻生育两个子女。	1、因子女死亡无子女的，可再生育两个子女； 2、因子女死亡只有一个子女的，可再生育一胎子女； 3、其他符合法律、法规规定再生育条件的情形。	对不符合法律法规规定的子女征收社会抚养费（具体征收办法见《广东省人口与计划生育条例（2015修正）》）。	未做规定，即按照国家统一规定的3天适用。

注：本新规表的制作，是基于《中华人民共和国人口与计划生育法（2015修正）》、《女职工劳动保护特别规定》、《北京市人口与计划生育条例（2014修正）》、《上海市人口与计划生育条例（2014修正）》、《上海市人口与计划生育条例（2015修正）》、《上海市女职工劳动保护法（2010修正）》、《广东省企业职工劳动保护条例（2015修正）》、《广东省人口与计划生育条例（2015修正）》。

从而也导
在新规未
实施时仍然可
而上海市则
的福利待遇
市对女员工
现出了更多
员工可以获

深圳经济特
工省、安徽
台区、四川
根据新计
与计划生育
深圳经济特
明在婚假、
东省的规定
题并没有采
的计划生育
居住地的人
现居住地为
川经济特区

定了“女方为本市户籍的，执行广
方为流动人口，执行其户籍地的
“流动人口育龄妇女在本市居住
已婚育龄妇女户籍迁入本市的”
里“计划生育证明”的规定。从这
在对待计划生育工作问题的态度
的其它省、市中，仅有安徽省和
为开放的态度，即在规定再生育政
妻已有两个子女的，符合相应条件
一个子女”。

的“晚婚晚育假”，修正后的新
育”的相关表述，但是对于假期的
北省的新规，对于婚假的规定也一
“晚婚假”的福利将不再被居住在

理假），这也算是对取消婚嫁的另
外一种补偿。而天津市的新规中不仅
删除了“晚婚假”，而且对于产假也
没有任何变化，与其它省市不同的地
方在于针对不能增加三十天产假的，
用人单位应当“给予一个月基本工资
或者实得工资的奖励”。而浙江省、
安徽省、江西省、四川省则与湖北省
类似，虽然都取消了晚婚假，但是浙
江省的新规却将女员工的生育奖励假
延长至六十天，同时将男方的陪产假
（护理假）延长至十五天；安徽省的
新规也将女员工的生育奖励假延长至
六十天；江西省的新规同样延长女员
工的生育奖励假至六十天，并将男方
的陪产假（护理假）延长至十五天；
四川省的新规也是将女员工的生育奖
励假延长至六十天，并将男方的陪产
假（护理假）增加至二十天。对于宁
夏回族自治区，由于在2014年修正
的《人口和计划生育条例》中并没有
对晚婚晚育进行规定，所以如今的新
规只是增加了女员工六十天的生育奖励假和其配偶二十五天
的陪产假（护理假）。山东省则与天津市的新规采取了一样
的原则，即仅仅将“晚婚假”删除，对于产假则没有任何变
化。所有颁布新规的省份中，福建省最为特殊，因为不管是
2014年修正的《人口与计划生育条例》还是2016年修正的
版本中，都没有对“晚婚晚育假”进行明确的列明。

综上所述我们可以看到，由于产假的法律规定来源于《女职
工劳动保护特别规定》，但是该规定并没有依据新计生法而
做出修正，所以各地方的《人口与计划生育条例》针对产假
也没有做出特别的调整。而各地在应对新计生法的时候，虽
然绝大部分省、市均取消了“晚婚晚育假”，但是却普遍以
增加生育奖励假和陪产假（护理假）的方式来提高员工的福
利。也就是说，新计生法的出台，其实仅仅是名义上取消了
“晚婚晚育”的“名分”，但是从实质上，并没有过多的影
响到公民享受那由来已久的“浪漫的福利”！¹³

马若飞律师简介



京都律师事务所律师

主要执业领域为：商事争议解决、刑
事诉讼、常年法律顾问服务等，具有
财税法背景。自加入北京市京都律师
事务所以来，参与、处理了多起国企
债权债务纠纷的争端解决，同时具有
丰富的刑事诉讼经验。现在同样为企
业资产处置、法律风险防控、金融企
业合规性审查等业务提供专业服务。



建设工程施工合同 转包、违法分包中的连带责

■ 王春军 / 文

者2015年代理两个争议焦点相同的建设工程施工
合同纠纷案例，事实相似，但不同地方法院判决
结果却有所不同，特拿来与大家分享，以期从案
件判决中窥见出不同地方法院的审判思路。

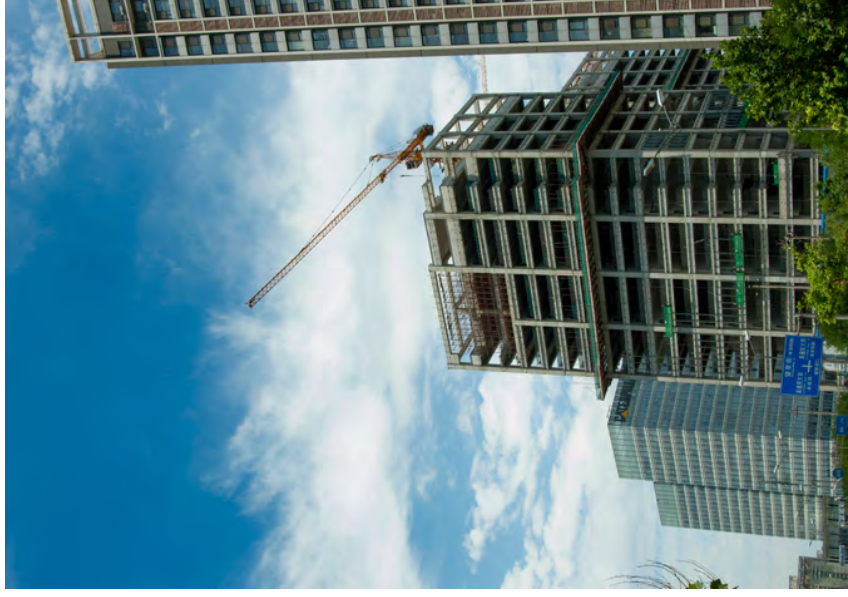
基本事实

案件一：承包方安徽同济公司，将安徽某钢结构工程
以总价包干的方式交于十七冶公司。十七冶公司又将该工程
转包给三马公司。2014年1月20日，三马公司与钢马公司的
案件二：2007年5月10日，张
一开发项目签订了建设工程施工合同
张基就该项目14#、17#、20#

笔
司。其后，钢马公司与京沧公司就
合同书。

京沧公司多次催要工程款，每
至起诉之日，尚欠工程款800余万
公司、钢马公司均没有钢结构制作工程

京沧公司多次催要工程款，每
至起诉之日，尚欠工程款800余万
公司、钢马公司均没有钢结构制作工程



同约定、计价规范进行结算确认。虽有合同约定了固定总价（所称“大包干”），但如遇人工费调整、工程量大幅变更、政府指导价的材料价格变化的，可做工程价款调整。

第四、工程质量问题

“工程质量第一”，工程质量问题是决定工程款是否给付的根本问题，工程质量合格有两个原则：

- (1) 竣工验收；
- (2) 发包方擅自使用视为质量合格。

第五、责任承担

责任问题分为对于涉及发承包双方的是否违约、缔约过错责任等；涉及转包、分包的，对于发包方、承包方、分包方或转包人、违法分包人等责任的分配和承担责任。

第六、利息计算

此处利息分为两类：（1）垫资款的利息，有约定从约定，无约定的利息；（2）拖欠工程款的利息，拖欠工程款利息何时计算的标准有竣工验收之日起、发承包擅自使用之日起、起诉之日起按同期银行贷款利率计算。

结合上述事实，笔者决定：

- 1、两案所涉合同无效的必须要求法院认定；
- 2、工程量、工程价款可按无效合同的约定请求，如对方不予认可，在牺牲诉讼时间的情况下进行司法审计，初步估计可多审计出工程款百分之二十；
- 3、工程质量以发承包或承包方擅自使用为依据认定质量合格，且对抗对方当事人的工程质量抗辩或反诉；
- 4、因竣工验收与实际使用有时间差，以较早者为起点计算利息；
- 5、适用《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十六之规定，突破合同相对性直接起诉转包方、违法分包方要求其承担连带责任，起诉发承包方在欠付的工程款范围内承担连带责任。

笔者汇同项目经理、造价人员组织起诉材料，诉至人法院，法院采纳了双方的意见，对工程问题及相关法

王春军律师简介



王春军律师2004年起在建筑施工企业从事法务工作，2006年开始从事律师工作，现加入京都律师事务所，着手建立其建设工程法务部门，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；多次参与央视及地方电视台法治节目、新闻评述的录制。

为了自身信誉，张某某未按工程竣工交付剩余工

听，笔者对上述两案工程合同中的此类案件需

力

一类特殊的买卖合同，涉及公共安全、

进行结算；履行的，可

司法解释仅规定了承包人可以请求发包人是否有此权利争议较大）；合履行的，需鉴定评估按市场价据实

工程量不仅需要参考工程清单、对于工程量的确认需要专业人士、工程师可以确认工程量，监理

工程量的确认双方有争议的，应量规范进行确认。（GB50854-个计量规范）

在笔者诉主张都得到支持责任的认定却截然不同，为什么类似层转包的事实，但在判决上有一个支持？这在某种程度上体现了建设工程转包、分包人应当承担连带责任，发承包承担连带责任。具体理由如下：

（一）最高人民法院的司法

《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若干问题的解释》第二十六条规定，违法分包人为被告起诉的，发包人、违法分包人为被告主张权利，发包人或者违法分包人为本案当事人，发包人或者违法分包人对实际施工人承担责任。利益的保护。

现在建筑市场上转包和违法分包工程几经转手，按照合同相对性的原则一家，上一家跑了或者找不到人，发包人工程款只支付了一部分，分包人是倒卖工程的钱，最后干活的钱是倒卖工程的钱，最后干活的人不干活。因为他只能告他的上一手，造成两头落空，应当付钱的人不付钱。往往实际干活的人是一个包成农民工讨薪无门，导致矛盾激化

（二）地方法院的司法实践

1、《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（2012年8月6日）19、违法分包合同当事人主张欠付工程款的，诉讼主体何人主张欠付工程款的，诉讼主体何人主张？

实际施工人以违法分包人、转包的，法院不得依职权追加发承包人以发承包人为被告要求支付工程款的，法院不得依职权追加发承包

法院对事实的认定和判决

审理中，法官总结的争议焦点与笔者完全相同，也认同笔者的代理意见和陈述，但两个案件的判决结果却有所不同，具体如下：

案件一：案涉钢结构工程由同济公司转包给十七冶公司，十七冶转包给三马公司，三马公司将部分工程分包给钢马公司施工，其后钢马公司又将该工程转包给了京沧诚公司施工。钢马公司所签订《钢结构加工合同书》，因违反国家建筑法的禁止性规定而无效。判决书明确写明“该案工程经多层违法转包”。判决支持了当事人所请的工程款，但未判决连带责任。

案件二：张某某借用信德公司的建筑资质承包合同，违反了法律强制性规定，谢某与张某某之前签订的施工合同载明甲方为信德公司、有关工程签证上也体现了施工单位为信德公司，但谢某为自然人，没有施工资质，同时也违反了法律的强制性规定。上述合同无效。最后法院判决支持了谢某主张



论大数据背景下刑事法律风险

■ 季刚 / 文

当

下，互联网和信息技术迅速发展，催生了数据量和数据规模的爆炸式增长。计算机硬件的发展为海量数据的存储奠定了物理介质的基础，宽带连接的不间断为数据的快速获取和收集提供了速度上的保证，物联网、移动互联网、云计算技术的发展使数据来源的渠道得到大幅拓展，联机分析、数据挖掘、数据可视化技术的发展，为分析、应用数据提供了技术上的支撑。由此，大数据的概念应运而生，并成为当下热词。大数据对于推动社会进步的积极作用自然无需赘述，但当我们对其前景望眼欲穿时，也需要冷静地洞察大数据背后潜藏的法律风险，而在收集数据、应用数据的过程中触碰到刑法的红线，使自己身陷囹圄，则更加得不偿失。下面，我根据自己的工作经验和对数据技术的研究，分析一下大数据时代，企业或个人所

对数据安全
——刑法对于计算机三重

数据的安全性是大数据发展利
现于两个方面：一是保密性，二是
丢失或泄露，海量的数据对于数据
的负担，而非财富；如果数据都将
据就越有可能将人们引向错误的
进行的分析、挖掘以及决策都将
三个罪名，构建了对计算机信息系
是：（1）非法侵入计算机信息系
计算机信息系统数据罪；（3）提供

包人之间不存在合同关系，其直接向发包人主张主权利已经突破了合同相对性原则，目的是保护农民工权益。考虑到发包人对于承包人转包、违法分包具有选任上的过错，履行合同中对于实际施工人的行为有时是明知或者默认，为了更充分保护实际施工人的合法权益，转包人、违法分包人和发包人应对实际施工人的工程欠款承担连带责任。

（三）审判理论方向

在最高人民法院《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（二）【征求意见稿】》中第二十四条【发包人对实际施工人承担付款责任的性质】建设工程合同无效，实际施工人要求转包人、违法分包人对工程欠款承担连带责任的，应予支持。此文件还未通过，仅在讨论阶段，但极有借鉴意义，也表明了法院对此类情况的处理原则。

（四）法理依据

建设工程合同中转包、违法分包中实际施工人的工程款和利息的请求法理上可归因于不当得利请求权。

1、实际施工人以其施工的行为且基于自己的意思表示增加了发包人的财产，以自己投入的人工、材料、机械、设备而形成了在建或已建工程。

2、发包人、转包人、违法分包人因实际施工人的给付而受益。发包人获得了在建或已建工程的所有权，转包人、违法分包人因发包人的给付获得了或可能获得工程款的利益。

3、实际施工人与被借用资质企业、被借用资质企业与发包人的合同因违反法律强制性规定归于无效，实际施工人要求返还物的所有权，不切实际（发包人不会将已建工程或打散给付实际施工人的），最经济的方式就是给付损失赔偿，给付损失赔偿的表现就是给付工程款。

4、民法公平原则，达到各方利益平衡。即转包人、违法分包人对工程欠款承担连带责任的，但发包人在欠付的工程款范围内承担连带责任。

建设工程合同纠纷错综复杂，本文仅对此类案件一个争议点进行推展，其他法律点实践中争议亦较大。经分析，这种争议除了法律规定的明确，各方对法律、法规、

承包人转包、违法分包
情，履行合同中对于实际
是明知或者默认，为了
施工人的合法权益，转
和发包人应对实际施工
连带责任。

且连带责任。发包人以其未欠付工
行对此承担举证责任。

法院关于审理建设工程施工合同
（苏高法审委[2008]26号 2008

规定：实际施工人以发包人为被
民法院一般应当追加转包人或者违

建设工程因转包、违法分包导致
实际施工人要求转包人、违法分

承担连带责任的，人民法院应予支
工程款范围内承担连带责任。实际

程款，发包人应以实际施工人要求给
工程款进行抗辩的，应当由发包人

审理建设工程施工合同纠纷案件
通知（浙法民一[2012]13号 2012年

工人可以向谁主张权利？实际施
下落不明或资信状况严重恶化，或

（承包人）之间的合同均为无效的，
关于审理建设工程施工合同纠纷案

第二十六条第二款的规定，提起包
六。

院于1998年10月30日通过的《关
纠纷案件若干问题的意见》“44、

资质证书或以其他方式允许他人以
导致合同无效而造成的损失，应

出借人和借用人承担连带赔偿责

大数据给我们的生活带来便利的同时，也可能为实施犯罪提供了新型的手段，因此在大数据面前，人们必须保持清醒。

威胁计算机数据安全的行为进行制止，从保护的角度分析，侵入计算机信息安全构成了危险，不一定对数据安全一般情况下，单纯侵入计算机系统且对于重要领域和要害部门的数据，即使仅仅面临危险，法律也无国家事务、国防建设、尖端科学技术或的计算机系统即构成犯罪，即使为侵害。而为侵入行为提供程序和是。

了保护数据的秘密性，防止数据非法获取计算机系统数据罪。非“非法性”，“非法性”主要表现别的非法性，即行为人不具备约制；二是数据取得手段的非法性，控制人并不知道其数据被他人获取他人获取，也没有能力阻止这种

保护数据的真实性，防止数据被破坏计算机系统信息系统中存储、处理后严重的，构成破坏计算机信息话对系统数据的增加、修改、删除

披露与取得的规范 安全、商业秘密以及 隐私的保护

我们能掌握的信息越多，就越接近真实，而且大量孤立数据综合起来所反映的信息，要远远大于每个孤立信息所能反映的信息总和。海量数据面前，各类信息愈发透明，国家秘密、商业秘密、个人隐私的泄露风险也随之加强。为此，特别需要关注大数据可能对以下几类犯罪产生的影响：

1、过失泄露国家秘密罪——对国家工作人员提出更严格的保密要求。构成该罪有两个前提，缺一不可：一是国家秘密已泄露；二是国家秘密泄露的原因是由于国家工作人员违反国家保密法规的规定。如果国家工作人员在不具有泄密故意的情况下，单纯违反保密法规，但未造成国家秘密实际泄露，则不会构成犯罪。在数据收集和挖掘技术相对落后的情况下，一次违规行为造成泄密的可能性较低，由此可能使一小部分涉密人员心存侥幸，为图一时便利而相对应的保密法规视而不见。但大数据时代，数据搜集无处不在，却又无声无息；数据分析技术高超，以致洞若观火。国家工作人员违规行为导致国家秘密泄露的概率将极大提高，致使其刑事法律风险明显提升，也倒逼小部分涉密人员摒弃侥幸心理，严格遵守保密法规的相关规定。

2、侵犯公民个人信息罪——大数据时代，对个人隐私的刑法保护不断强化。2009年通过的《刑法修正案（七）》（简称《修七》）规定了非法获取公民个人信息罪，以及出售、非法提供公民个人信息两个罪名，迈出了刑法对于个人信息保护的第一步。2015年10月正式实施的《刑法修正案（九）》（简称《修九》）及相关司法解释撤消了上述两个罪名，增设侵犯公民个人信息罪，实质上将原有的两个罪名合二为一。从《修七》到《修九》，刑法对于公民个人信息的保护从无到有，由弱到强，特别是《修九》的修改，符合大数据时代对个人隐私保护的律发展趋势，主要变化有二：一是犯罪主体从特殊身份到一般身份的转变。《修

关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位及其工作人员，而《修九》已取消上述限定，任何个人和单位都能够成为该罪主体。因为移动互联网技术的发展，以及网络购物、在线支付、定位服务等技术的发展，极大地拓宽了信息收集的渠道，使得很多单位甚至个人能轻易获得公民个人信息，如果刑法仍将该罪主体限定为特殊主体，将造成法律保护保护的缺陷。二是加大了刑罚力度，将该罪的法定最高刑由有期徒刑三年升至七年，并明确在履行职责、提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，从重处罚。原因是大数据使个人信息富含商业价值，利益的诱惑会诱导人们铤而走险，只有提高刑罚惩处力度，增加犯罪的成本，才能有效遏制犯罪势头。随着信息的透明化，刑法不断加大对个人隐私的保护力度是大势所趋，对个人隐私的尊重和保护的将是任何企业和个人不可逾越的红线。

3、侵犯商业秘密罪——“云环境”下，云服务提供者应严格自律。云计算实现了硬件资源的虚拟化，其便捷、高效、廉价的特点让很多企业愿意将海量的经营数据存入“云端”，其中很多信息涉及商业秘密。“云计算”在给企业储存数据、使用数据带来便利的同时，他方托管、数据物理位置不确定等特点也为企业的商业秘密保护带来难以预测的风险。作为企业数据的实际掌管者，云服务商及其员工应树立严格的自律意识，在保护“云端”数据安全的同时，尤其在利益面前经受住考验，杜绝监守自盗——即利用其掌握企业内部数据、信息的优势地位，使用、披露或者允许他人使用相关企业保存在“云端”的数据、信息，以谋取经济利益。而如果因此侵犯到商业秘密，并使权利人遭受重大损失的，构成该罪。

对数据应用的控制 ——刑法对数据应用的规范

大数据给我们的生活带来便利的同时，也可能为实施犯罪提供了新型的手段，因此在大数据面前，人们必须保持清醒。为此，刑法规定主要如下：

1、关于利用计算机实施有关犯罪的规定——新瓶装旧酒同样处罚。《刑法》第287条规定，利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪



2、拒不履行网络安全管理义务。平台、应用、软件开发者利用其实施的违法行为，不能以网络提供者有义务承担一定的信息管

3、帮助网络犯罪活动罪——

成为犯罪的帮凶。刑法规定，明知他人实施网络犯罪，为其提供互联网接入、网络存储空间、推广、支付结算等帮助，情节严重的，构成该罪。平台为例，有了大数据的支持，销售信息轻而易举，判断商家经营行为而如果网购平台明知商家经营行



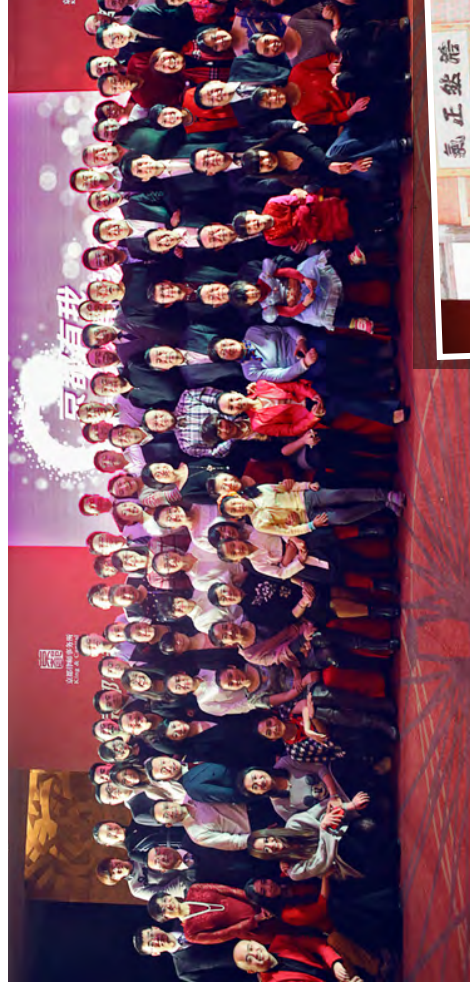
要五十岁了。能从篮球场上，能近五十年的年龄，他不是因为他身材的执着，为运动的执着，大将的气度，比赛中，队员们很难做到力量呈现出来的就是盘散沙，而韩磊，我们不得力。更令队员组队初期，参与篮球活来打球的兄弟们这么做，又是游戏会给他什

手，强悍的打法和细腻的技术使他始终扮演着对手眼中钉的角色。贾宝军律师，或许是这支球队中最积极的队员，尽管上场的时间不能得到保障，但是却能始终出现在最为关键的位置，不管是场上，还是场下。林敏捷律师，“稳重”似乎已经牢牢的刻在了他的脸上，每次紧急情况都能够沉着应对，并能不急不缓的贯彻赛前布置的每一个战术。苏鹏律师，是全队中最“异样”的声音，他同样对胜利充满着渴望，但是在更多的时候，他的注意力都在篮球所能为我们带来的除了胜利以外的其他东西，比如快乐，比如兄弟情谊。赵晓东律师，他的积极与认真从来都是有目共睹的，每一次进攻，每一次防守，他都倾尽了全力。还有金辉律师、张殿龙律师、杨琨律师、赵攀律师、朱坤律师、郑翰平律师、张雷律师、吴卫伟律师、张立霖律师、何驰翔律师等队员，都在用自己的方式贡献着自己的力量，没有怨言，只有

篮球，这项有着繁琐的不可理喻的规则的游戏，是不是真的给我们带来了什么呢？带来了些什么，让我们不可言喻。

与央视法制频道的比赛，我们以一种令人愉悦的方式取得了胜利，有的队员发挥出众，有的队员留有遗憾，最终，大家都洋溢着笑容，在这么一个游戏中满载而归。

我们从中得到了什么呢？我是没有答案的，谁又能脱口而出一个令人信服的答案呢？或许，我们每个享受着这个游戏的人，都不得不承担，我们其实在最心底，是爱着这个游戏的，以欺骗自己开始，以欺骗别人结束。那就以这个游戏的名义，以篮球之名，来结束我心里的那个问题：我们从这个游戏中到底得到了什么？我们所得到的，只是一个能够因篮球的名义讲述自己的机会；因篮球之



京都年会

2016年1月29日，京都律师事务所在北京希尔顿酒店举办了“京都有我，梦想绽放”主题年会。小伙伴们凹足了造型，各部门奉献了精彩的节目。田文昌主任激情朗诵了一首《致青春》作为晚会的收尾：

青春，是一个充满魅力时代。
好动，好奇，好玩是青春，铁肩担道义更是青春；
京都二十年，20岁的京都人激情、敬业，正直青春！
我们曾经冲动、狂热。也曾冷静、反思！
我们实现个案正义，忧国忧民；
我们为法治中国呼吁并先行！
这种担当和责任亦是青春！
这个激情四射，斗志昂扬的年纪！
我们叫它“青春”；
这种勇于担当、敢于先行的精神，
我们叫它“青春”！
燃烧吧青春！





篆刻：曾经沧海难为水

作者：王九川律师



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号远洋光华国际C座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