

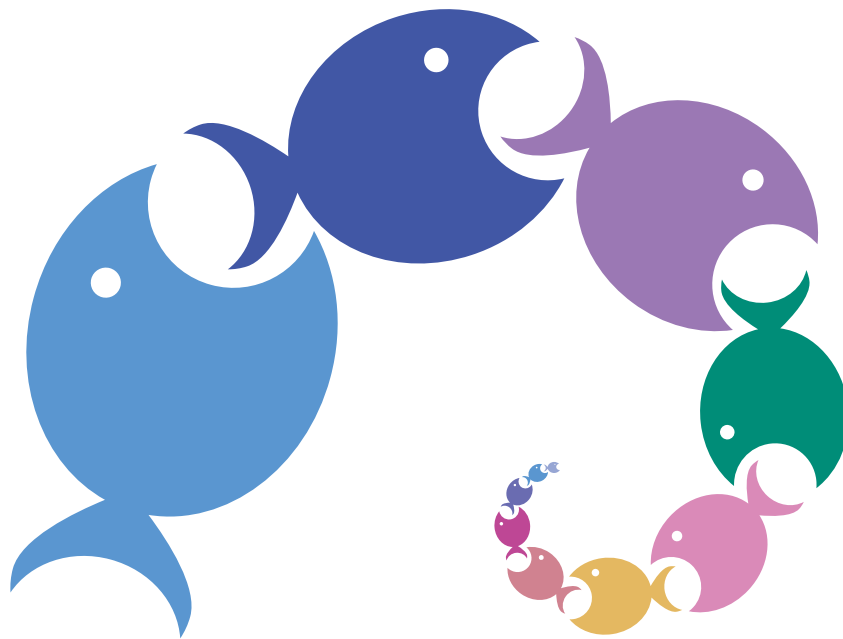
京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM
2016/04
季刊 总第118期



京都律师事务所
King & Capital Law Firm



P14 并购重组热点法律问题简析

P30 京都论坛 / 京都召开中国民营企业平等保护论坛 建言完善产权平等保护法律制度

P74 京都实务 / 案外人执行异议之诉阻却执行标的处分效力相关问题简析

P86 京都论法 / 关于雷洋案的四次思考

P91 律师生活 / 权力·自由·文明——巴黎刑事司法掠影



不让反思文革那就谈谈法治

杨斌

京都律师事务所入选 《亚洲法律杂志》 中国国内30强 亚洲律所50强



2016年11月，《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business简称ALB）公布了2016年度亚洲律所50强、中国国内30强律所，京都入选两个榜单。这是京都律师事务所继入选英国《律师》杂志2016年度亚太地区50强律师事务所之后荣获的又一殊荣。

2016年8月，京都律所北京总部扩容后，办公面积超5000平米。经过二十多年的发展，京都不仅在诉讼领域持续居于全国领先地位，而且在公司事务、证券与资本市场、投融资与并购、能源与环保、风险防控、海商海事、涉外投资、知识产权、信息技术与互联网、物流、娱乐与媒体、婚姻家庭、劳动法律，特别是金融、房地产与建筑工程、基础设施与公用事业等方面为客户提供全方位、高标准法律支持与服务，是中国大型综合性律师事务所。

亚洲法律杂志（Asian Legal Business）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。其针对从事法律业务的律师事务所、公司法务以及其他法律专业机构进行权威评选，每年评选一次，其奖项授予在各专业领域表现最为出众的律所。该评选根据各律所的律师总数、律师人数、合伙人数等数据排名，于2016年8月开始收集数据，2016年11月在《亚洲法律杂志》公布评选结果及调研报告。

在 我撰写本期卷首语的时候，接到京都品牌部小白的通知：本期特稿田文昌老师的文章《反思文革是全社会的救赎》不发表了。我问为什么呢？小白说，田老师不同意发表。我又给田文昌老师发微信确认，田老师回复我：别给京都惹麻烦了。

田文昌老师是知青出身，正是那个火红年代的经历者和见证人，又是文革之后法治发展时期中国律师事业的奠基人和开拓者，深知对那段岁月和历史反思的重要性和现实意义。文章理性，客观，务实，辩证，深刻，令人深思，发人深省。我粗浅地总结一句读后感，只有经历过无法无天的混乱时代，才更加渴望和追求法治文明；只有经历过文革现在又从从事法律工作的人，才能更深刻地理解和思考法治的精神和意义。

尽管《反思文革是全社会的救赎》这篇特稿不能在本期《京都律师》发表，但在遗憾之后我依然坚持向每一个人推荐这篇文章。因为它是真实存在的。无论是那段历史还是对那段历史的反思以及反思那段历史的文章，其实都与社会进步有关，与每一个人的生命权利有关，与法治文明的发展有关。

这是编辑《京都律师》118期以来第一次只有文章标题推荐，没有文章内容的“特稿”——这才是真正的“特稿”。

不让反思文革，那就谈谈法治吧。

谈论2016年的法治话题谁也绕不开两个逝去的年轻生命——聂树斌和雷洋——案情和结果天下人都知道了。关于聂树斌和雷洋两案的各种分析、各种评论、各种声音在网络上已经波涛滚滚，此起彼伏，无需赘述。我们想问的是，难道法治的进步就必须死人吗？有人回答我，正是为了少死人，我们都关注聂树斌和雷洋，让法治更进步，让生命更无惧。孙广智律师《关于雷洋案的四次思考》一文也正是京都律师的态度和声音。刑辩律师专业思考，有理有据，悲天悯人。



京都律师在代理个案，思考个案之外，更注重和擅长对一些制度问题和政策问题进行深度研讨。对这些问题的研究和讨论有利于惠及更多的人，让更广泛的人群受惠于法律制度 and 政策是京都律师多年以来孜孜不倦的追求。

2016年的下半年，京都律所成功策划召开了多起各类研讨会。11月6日，召开“中国民营企业平等保护论坛——落实中央《完善产权保护制度依法保护产权的意见》研讨会”。

11月24日，京都刑事辩护研究中心与耶鲁大学中国中心共同举办了“关于刑事诉讼中的‘认罪认罚从宽’制度研讨会”。这两次研讨会都是针对刚刚出台的一些具体政策和制度如何解决具体问题，遇到具体问题如何落实进行的交流和研讨。既有国内顶级的法学家、企业家的参与，又有耶鲁大学的法学教授和美国法官律师的捧场。每一位发言人从各自的视角和认识来谈理念，谈制度，谈政策，谈问题，谈困惑，谈方法。法学家江平、樊崇义、王敏远、陈卫东、孙宪忠与京都律师田文昌、朱勇辉、邹佳铭、韩良、公丕国、王九川、刘铭、梁雅丽、刘敬霞交叉发言，从理论到实务，又从实务回到理论。理念、视角、观点都碰撞出火花，为政策的落实和制度的落地找到了方法和方案。本期“京都论坛”将上述研讨会各位嘉宾的精彩发言奉献给各位读者。

总而言之，京都律师在持续专注着法律的事业。从业务的角度来分，我们关注诉讼和非诉讼。从法治理想和理念的角度来讲，京都律师更关注诉讼活动。因为它是保证安全，实现公正，化解纠纷，解决矛盾，让人远离恐惧的一种科学方式。

当我读完田文昌老师《反思文革是全社会的救赎》一文后，更加理解法国著名哲学家利科的那句话：诉讼的原始功能是把冲突从暴力的水平转移到语言和话语的水平。正是通过司法活动，完成了从暴力到话语的转换，同时也完成了从野蛮到文明的嬗变。



京都律師事務所
King & Capital Law Firm

专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

追求卓越 不负重托

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	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	杨大民	钟延红
郭庆	韩良	肖树伟
邹佳铭	刘铭	陈宇
吕志轩	金燕	张雁峰
梁雅丽	李彬	刘敬霞

主编 杨大民

编辑 孟妮 白绪玲

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22-23层

邮编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

业务咨询电话 010-85253900

传真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

目 录

卷首语

不让反思文革那就谈谈法治 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

封面主题

并购重组热点法律问题简析

并购重组方案制定要点和实施时的注意事项 高慧云 刘家川 / 15

境外并购概述及案例分析 安勇刚 刘红玉 / 19

上市公司并购重组审核重点及流程 丛彦国 严新雨 / 24

对赌协议的类型及法律效力 郝璇 余慧华 / 28

京都论坛

京都召开中国民营企业平等保护论坛 建言完善产权平等保护法律制度 / 30

“关于刑事诉讼中的‘认罪认罚从宽’制度研讨会”在京都成功召开 / 57

京都实务

案外人执行异议之诉阻却执行标的处分效力相关问题简析 肖树伟 韩冰 / 74

刑事诉讼庭审查问技巧(上篇) 张小明 / 77

京都论法

关于雷洋案的四次思考 孙广智 / 86

罗尔事件, 关于你我 陈宇 任视宇等 / 88

律师·生活

权力·自由·文明——巴黎刑事司法掠影 邹佳铭 / 91

封三

书香之旅——人大、清华法律学子参观京都

京都律师

封面题字 江平



2016年第3期
总第117期 季刊



业务

牛星丽、马若飞律师办理弓某涉嫌诈骗罪一案法院作出缓刑判决

近日，北京市西城区人民法院当庭宣判，弓某涉嫌诈骗罪一案被告人弓某被判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币三千元。判决书宣读作罢，弓某的妻子喜极而泣，其他亲属也激动不已。

从2015年9月25日被刑事拘留，到最终被判处缓刑，弓某在看守所中被羁押了424天。而这漫长的四百多个日夜，对弓某的家属来说如同经历了四个世纪的煎熬。

本是正当年的家庭支柱，如果仅仅是因为一时的糊涂而身陷囹圄，恐怕对于任何家庭来说都是最为沉重的打击。京都律所牛星丽、马若飞律师在接受委托代理本案后，通过多次与被告人的会见，同时认真钻研卷宗，终于找到了辩护工作的突破口。弓某在其行为过程中，仅仅是隐瞒了



弓某（左一）为牛星丽律师（左二）、马若飞律师（右一）赠送锦旗

办事人员的相应身份，但是并没有在专业知识方面对被害人有所欺瞒，更是帮助被害人在股票市场挽回了巨额损失。从这一角度出发，弓某隐瞒办事人员身份的行为与被害人向其支付

“感谢费”的行为之间不具有刑法上的因果关系，从而不应该认定其构成诈骗罪。但是，检查机关则认定弓某具有非法占有被害人48万元人民币“感谢费”的故意，并且虚构事实、隐瞒真相，同时“48万元人民币”构成犯罪数额巨大，从而给出了“有期徒刑四年至六年”的量刑建议。

面对公诉机关认定的“重刑”压力，牛星丽、马若飞律师据理力争，经过四次开庭公开审理，以无罪辩护推动罪轻判罚。终于，在424天后，弓某得以重见天日，回归社会。京都律师在代理案件过程中的专业、尽职，也得到了当事人及其家属的称赞和认可。但是，更为宝贵的，是京都律师通过案件的参与、对被告人权利争取的过程中，看到了法律的尊严、法治的曙光！

京都律所入选中国华融《总部律师事务所备选库名单》

2016年8月，中国华融资产管理股份有限公司（以下简称中国华融）发布《总部律师事务所备选库名单》，其中京都律师事务所入选该名单。秦庆芳、张聚浩律师作为联系人与中国华融保持联系。

秦庆芳律师现为京都律师事务所高级合伙人，执业至今，办理了大量诉讼和非诉讼业务。秦庆芳律师担任数家企业的法律顾问，专注房地产与建设工程领域，擅长为客户提供房地产项目土地整理与征收、一级开发

与补偿、招投标、拆迁与安置、投融资、勘察与设计、总承包施工与委托建设管理、监理与造价咨询、销售与转让、物业管理、商业地产招商与租赁、酒店管理与技术服务等各环节法律服务。此外，秦庆

芳律师在公司与合规管理、并购与重组、矿产资源权利获取与转让、金融



秦庆芳律师

张聚浩律师

业务

及银行业务合同审核、BOT及PPP重大贷款授信项目法律评审、不良资产清收与处置、破产重整等方面积累了丰富的法律服务经验，多年为电影电视制作及汪峰等演艺界人士提供法律服务，积淀了文化传媒产业知识产权保护的专业特长。

张聚浩律师2000年开始从事法律工作，2010年加入京都律师事务所。从事律师工作15年以来，办理了大量的民事、刑事案件，非诉事务（担任企业的法律顾问）。通过提供法律

服务，积累了一定的办案经验及处理非诉讼法律事务技能；张聚浩律师曾在企业工作过，法律顾问方面有一定积累。服务的公司有：沈阳飞龙伟业制药有限公司，天佑国康科技有限公司、中建七局、中科富思自动化有限公司等。

中国华融资产管理股份有限公司（股票代码：2799.HK）成立于2012年9月28日，是经国务院批准，由财政部、中国人寿保险（集团）公司共同发起设立的国有大型非银行金融企

业。公司前身为成立于1999年11月1日的中国华融资产管理公司，是中国四大金融资产管理公司之一。2015年10月30日，中国华融在香港联合交易所主板上市。

本次入库，说明秦庆芳、张聚浩律师的扎实法律服务能力得到公司认可，也体现了京都律师事务所在法律事务中的竞争实力。

京都律师们必将秉持“追求卓越，不负重托”的精神，为每一位客户做好法律服务工作。

京都上海分所与中国（上海）自贸试验区管委会世博管理局签署战略合作协议

2016年10月20日，京都（上海）律师事务所（以下简称“京都上海分所”）主任王众律师受邀出席了由中国（上海）自贸试验区管委会世博管理局主办的中国（上海）自贸试验区管委会世博管理局与知名律师事务所战略合作签约仪式，并当场签署战略合作协议。

签约仪式于下午14:00在上海世博洲际酒店正式开始，由上海自贸试验区管委会世博管理局副局长、世博管委会主任袁涛代表世博管理局与十余家律所签署战略合作协议，浦东新区副区长、上海自贸区管委会副主任简大年受邀出席了签约仪式，王众律师代表京都上海分所签署相关战略合作协议。

京都（上海）律师事务所成立于



王众律师

2000年，拥有一支素质优良、专业精通的律师队伍，在资本市场（IPO）、公司并购重组、金融、外商直接投资等法律服务领域获得了较高评价，并多次荣获上海市静安区文明单位称号。京都上海分所以其拥有的高素质

人才、提供的优质服务，获得客户的信赖。此次世博管理局选择京都上海分所作为战略合作伙伴，也充分证明对京都律师在专业领域的服务能力的认可和肯定。

京都律师秉承“追求卓越，不负重托”这一宗旨，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参与各种公益活动等最大限度地履行社会责任。京都律师持续提升自身素质，不断超越自我，朝着专业化、品牌化、国际化方向稳步发展，为海内外客户提供系统、高效和专业的法律服务，依法维护海内外客户的最大合法权益。



业 务

京都协助北京风控工程技术股份有限公司在全国中小企业股份转让系统成功挂牌

2016年11月22日，北京风控工程技术股份有限公司（简称“风控工程”，股票代码：870044）取得全国中小企业股份转让系统下发的同意挂牌函，并于2016年11月29日完成了首次信息披露，标志着风控工程成功在全国中小企业股份转让系统挂牌。

北京风控工程技术股份有限公司主营业务为从事工艺安全技术咨询等相关技术服务与软件销售。京都律



肖小保律师

叶静律师

刘翠娥律师

事务所的肖小保、叶静、刘翠娥三位律师为风控工程在全国中小企业股份转让系统挂牌提供了全程的法律服务。三位律师对公司挂牌的主体资格、公司治理结构、股权是否清晰、是否存在其他潜在的法律风险等问题进行了详尽的法律尽职调查并出具了相应的法律意见书。

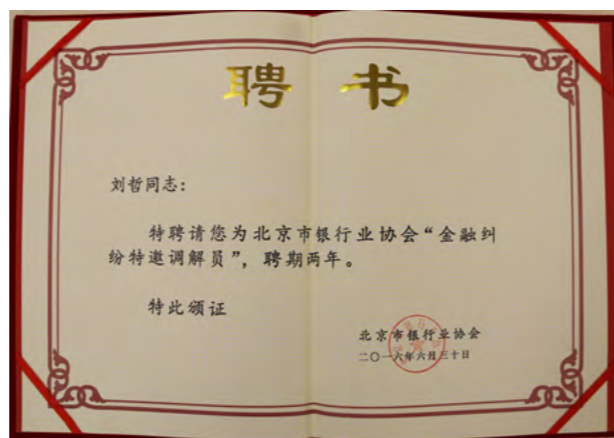
刘哲律师获聘北京市银行业协会金融纠纷特邀调解员 成功调解一起银行卡异地盗刷纠纷

2016年9月24日北京市银行业协会和北京市律师协会共同举行了北京市银行业协会金融纠纷特邀调解员聘任仪式。京都律所合伙人刘哲律师被北京市银行业协会聘任为金融纠纷特邀调解员，这次共聘任特邀调解员15名，刘哲律师为其中之一，任期两年。

北京市银行业协会聘任金融纠纷特邀调解员旨在发挥律师专业特长，积极助力金融纠纷调解工作。刘哲律师连续多年为北京市律师协会银行法专业委员会委员。

2016年11月21日，刘哲律师作为北京市银行业协会金融纠纷特邀调解员，参加了某商业银行北京分行与广州黄某某之间因银行借记卡异地盗刷而产生的纠纷调解。

黄某某曾在北京工作期间办理了该银行借记卡，后回广州工作，2016年年中的一天，其银行卡在福州被盗刷。对于盗刷而遭受的经济损失，银行和黄某某同意提请北京市银行业协会调解，刘哲律师和其他两名调解员在查清事实的基



刘哲律师的证书

础上，认真分析双方责任，成功说服双方当事人自愿接受调解员提出的调解方案，当场签署调解协议，当事人对调解结果表示满意。

媒 体

梁雅丽律师办理的老法官被控贪污执行款案 法院做出免于刑事处罚判决

一位老法官竟然被指控贪污执行款近20万元，法院开庭前三天，嫌疑人的女儿心急如焚地来到京都律师事务所找梁雅丽律师，下跪恳请梁律师为其父亲辩护。这其中会有怎么样的隐情和冤屈呢？经过梁律师艰苦细致的工作，这个曾经闹得沸沸扬扬的法官贪污执行款案，终于拿到了免于刑事处罚的判决书。

一、案情回顾

这位王法官是某地基层法院的一位老法官，担任该地派出法庭的副院长。据检察院对王法官的指控显示，该法庭在2001年10月份受理了李某诉刘某债务纠纷案。法院最终判决李某胜诉，刘某应该给付李某欠款15万、租赁费若干。第二年8月，中级人民法院终审维持了此判决。

在判决执行过程中，某建材公司以六间门市房为刘某做担保。后因刘某不能偿还欠款，2008年5月，法院委托中院将六间门市房拍卖，得款27.5万元。

检方称，此后法官王某向中级法院申请将这27.5万元拍卖款转入其在当地信用联社营业部的个人账户上，并于2008年5月23日将此款取出。王某为达到侵占该笔款项的目的，在让李某出具收到执行款27.5万元收据后，推脱不能当日向其支付，随即将该笔现金中的27万存入自己建设银行的个人账户内。后经李某多次催要，王某陆续支付李某8万元，剩余19.5万

元被王某据为己有。最终检方以王某涉嫌贪污罪向法院进行指控。

二、律师会见

眼看法院还有几天就要开庭，王法官的女儿得到朋友指点，抱着最后一线希望来到京都律师事务所找梁雅丽律师。由于时间太过匆忙，在来不及准备，且被告人在当地也聘请了律师，并非无人辩护的情况，梁雅丽本着对当事人负责的精神刚开始直接拒绝。于是就出现了本文开头部分的一幕。梁律师无法回绝家属的恳求，而且经验告诉她这个案子可能另有隐情，就接下这个案子。

对律师而言，案情就是命令，第二天虽然还是周末，梁雅丽律师已奔赴当地着手前期的准备工作。因阅卷需要时间，周一一上班，梁雅丽律师就向当地法院递交手续申请延期开庭，态度也是相当坚决，主审法官最终勉强同意延期。

抓住延期的机会，梁雅丽律师第一次会见王某。由于王某曾经是一名老法官，多少有点自负，对梁律师的到来也是半信半疑。不过梁律师坚信王某的内心一定是复杂的，他的眼神透露出了法官的傲气和自尊，还有

身陷囹圄的无助。

时间不等人，经过简单的交流王某就认同了梁律师办案的作风。将整个案件经过对梁律师和盘托出。王某讲到他开设的信用联社账户虽然是其个人账户，但是专门用于收取案件执行款的，没有用于个人目的，账户中也没有个人账目往来等系列情况。

据此，梁雅丽律师提炼出的辩护思路是由于当地基层法院条件所限，派出法庭当时实行审判执行合一。是为了办案方便，判决下来之后立即执行，有利于化解矛盾纠纷。结合司法实践中一些地方法院的实际做法，这一说法具有合理性。而且将执行案款打入王某个人账户是经派出法庭申请，且经过中级人民法院严格依照审批程序层层审批、同意的，这一点充分说明王某申请将执行款打入其个人账户符合当时的实际情况及惯例。

另一个问题是，王某从其农村信



梁雅丽律师



媒体

用联社的个人账户取出27.5万元执行案款后，到底有没有全额交给李某？

王某解释说，取出和存入的27万纯属“巧合”。两者之间没有任何关系，只是数额相近。他当日存入建行的27万有他自己攒的，有朋友借给他的，还有女儿给他的，目的是用于老家盖房，但都没有打借条。当日他从信用联社取出27.5万给了李某后，李某打了收条，之后他就去建行存自己的钱了。

梁雅丽随即发现侦查卷证据显示，2008年春天，王某为建老家房子，确实向程某某借款2万元，向毛某某借款16万元。同期王某亦向王某某借款2万元，大女儿也给王某借钱用于盖房子。显然，王某辩称的自己的27万元来源确实有据可查。梁律师还发现本案的受害人李某不仅是一个成年人，也是一个精明的商人，他说自己在没有拿到钱的情况下就先出具了收条，这明显不符合常理。对于27.5万元执行款确实已交付给李某的事实有一系列证据证实。无论是王某被羁押后多次供述，还是法院相关领导因接到李某举报多次调查询问王某时王某的答复，他始终坚持自己已将27.5万都给了李某，说法前后始终一致。反观李某证言，却有多处与事实不相符、不合常理之处，卷宗中更无其他证据可以印证。按照证据规则，李某的说法才是不能认定的。

三、核心证据

梁雅丽律师在做辩护准备过程中，发现了该案的核心证据就是被害人提供的一份录音资料的复制件。围绕这份证据，侦查部门组织了一系列言词证据及书证，形成指控犯罪的证据链条。如果

不打掉这个证据，辩护结果不容乐观。经过周密的调查取证，梁律师发现举报人的陈述及证人的证言均存在虚假。

梁律师进行反复探讨、思考，最终把所有的焦点都集中在本案的核心证据——那份录音资料上。该录音是否经过剪辑拼接？梁律师经过反复听，走访请教全国知名的音频资料鉴定专家，最终认为该份录音资料的真实性、合法性存疑。该录音出现两次断开情况，一次在录音2分40秒的时候，断了0.4秒，一次在4分04秒，断点处一点背景声音都没有，非常干净，……该录音是复制件，不能排除剪辑、拼接的情况。

我国刑事诉讼法及其司法解释对视听资料证据的审查是极为严格的，其中刑事诉讼法司法解释第九十二条规定，对视听资料的审查包括“是否附有提取过程的说明，来源是否合法；是否为原件，有无复制及复制份数；是复制件的，是否附有无法调取原件的原因、复制件制作过程和原件存放地点的说明，制作人、原视听资料持有人是否签名或者盖章；内容和制作过程是否真实，有无剪辑、增加、删改等情形”。这样规定的目的在于，电子数据随原始存储介质一起被提取，并作为证据移送，才能保证其真实性、完整性。办案人员对原始存储介质进行只读锁保护后，对其中的电子数据进行复制，并记录电子数据的完整性校验值，也可保证其真实性、完整性。但本案复制过程非办案人员所为，且原始存储介质即手机已不存在，复制过程如何不得而知，该录音真实性根本无法保证，是无源之水，无本之木。

四、法庭交锋

经过艰苦而高效的工作后，梁雅丽律师认为目前的证据不足以认定王某有罪，在开庭时果断地为王某进行了无罪辩护。

激烈的庭审交锋后，作为全案核心证据的录音资料“被打掉”，该案立即出现了逆转，庭后被告人很快被改变了强制措施，取保候审。同时法院采纳了梁律师其他的辩护意见。关于检方指控王某将19.5万元据为己有的事实，最终也被认为证据不足，该部分不予认定。其中在李某证言中关于王某是否给予李某27.5万的事实，法院认为属于“一对一”证据，难以形成完整证据链条，不能排除其他合理怀疑，也没有采信。

但是鉴于该案的特殊性，法院权衡再三后认为王某在该案中的犯罪情节轻微，不需要判处刑罚，法院最终判决王某犯滥用职权罪，免于刑事处罚。

对于这个结果，被告人王某和律师梁雅丽开始并不认可。他们认为，执行程序中的瑕疵，并不足以构成滥用职权罪。因为毕竟将执行案款打入王某账户的申请是经法庭盖章，中院批准的。这样的判决结果无疑是妥协的结果，但最终王某及家人放弃了上诉。

五、案件启示

最后，梁雅丽律师想通过这个案件也给大家一些警示，不管做任何事都要严格按照规则进行，尤其是执法人员，否则到最后自己都说不清。而作为李某一方，如果真的没有拿到钱，就不应当出具收条。依法依规办事，对任何人都是一种保护！

(本文原刊登于《北京晚报》，发布时有编辑)

活动

田文昌律师为北京市检察院首期公诉检察官培训班授课

10月10日至14日，北京市检察院政治部、北京市检察院公诉部在国家检察官学院北京分院联合举办了北京市检察机关首期公诉检察官培训班，集中围绕司法责任制改革、以审判为中心的诉讼制度改革、公诉实务等内容开展培训。来自北京市各级检察院的公诉部门、专业化办案机构等近百名的办案人员参加了此次培训。

10月14日上午，作为本次培训班唯一一名来自律师界的授课教师，田文昌律师为参加培训的检察官们做了一次“以审判为中心与刑事诉讼理念误区”的专题讲座。

田文昌律师结合自身多年的实务经验和感悟，围绕当前以审判为中心的诉讼制度改革，深入浅出地分析了刑事诉讼理念的四大误区，获得了北京市检察院有关部门负责人以及培训班学员们的高度认可和一致好评。

讲座过程中，学员们踊跃提问，就控辩关系、公诉人定位与职责、如何看待死磕派律师等问题，与田文昌律师进行



京都律所创始人、名誉主任田文昌律师在授课

了探讨与交流。

北京市检察院公诉部门负责人表示，田文昌律师的讲座引发了检察官们对传统理念的一些深层次思考，很有启发意义，希望田文昌律师以后能够经常应邀为北京市检察系统公诉干警授课。

邹佳铭律师被聘任为G20反腐败追逃追赃研究中心兼职研究员

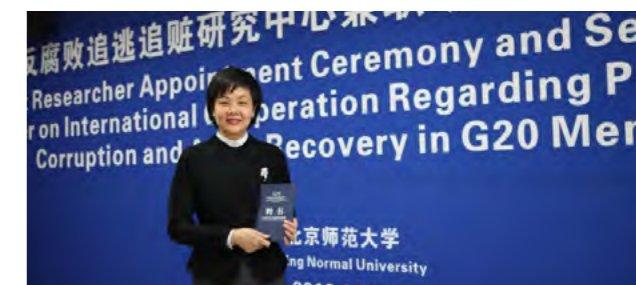
2016年12月30日上午，G20反腐败追逃追赃研究中心兼职研究员聘任仪式暨研讨会在北京师范大学高铭暄学术报告厅举行。

聘任仪式上，北京师范大学党委书记程建平、中央反腐败协调小组国际追逃追赃办公室负责人暨中央纪委国际合作局局长刘建超为受聘的兼职研究员颁发聘书并合影。京都律师事务所高级合伙人邹佳铭律师被聘任为G20反腐败追逃追赃研究中心首批兼职研究员。本次仅有两位律师被聘为兼职研究员。

邹佳铭律师是京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任，专业领域是刑事辩护。她擅长复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的效果。多次接受《人民网》《财新》《新京报》《法治晚报》等媒体采访，为《财新网》专栏作家。2015年，邹佳铭律师获得了ALB评选的“ALB2015年最佳女律师”称号。



左一为京都律所高级合伙人邹佳铭律师



京都律所高级合伙人邹佳铭律师



活动

京都高慧云律师参加2016中国离岸金融（上海）峰会

2016年10月25日-27日，京都律师事务所家族信托法律事务中心副主任、税务专家高慧云律师作为演讲嘉宾受邀参加了在上海凯宾斯基酒店举行“2016中国离岸金融（上海）峰会”。

中国离岸金融峰会是国内顶级离岸金融的平台，参会人来自世界各地的国际离岸金融中心、中国领先的律所、私募基金、私人银行、风险资本、会计师事务所、税务咨询公司以及世界领先的离岸公司服务供应商、信托公司、银行等。

高慧云律师参与了“遵从统一报告准则对于中国客户的重要性”为主题的小组讨论。她重点讨论了经合组织发布的《金融账户涉税信息自动交换标准》（AEOI和CRS）在全球各个司法辖区之间的实施信息交换。截至到2016年5月，已经有101个国家和地区承诺使用该标准，中国将于2018年



高慧云律师

9月将非居民的相关涉税信息进行自动对外交换。高慧云律师针对2016年10月14日国家税务总局发布的《非居民金融账户涉税信息自动交换尽职调查管理办法》（征求意见稿）发表了自己的观点，她针对与会者的问题，详细解释了有哪些需要报告的实体和个人，需要搜集和交换什么样的信息，对中国客户和准备移民的客户提出了自己的建议。她的发言思路清晰，语言简洁务实，获得了与会者的阵阵掌声。

会议主办方的调研问卷显示：京都律师事务所高慧云律师的发言非常精彩，谈吐气质代表了中国律师对当前税收透明化时代到来的独到见解，充分展现了京都律所在离岸金融、家族信托、离岸税务方面的卓越实力。

京都律所帮助中小企业解决股权结构设计难题

2016年10月28日，由京都律师事务所与清科集团联合主办的“企业培训专场-中小企业如何做股权结构设计”活动在京都律所22层会议室成功举办。

京都律师事务所合伙人、资深公司法律事务专家肖小保律师为参会的几十名企业代表讲解了股权设计的问题。本次培训内容分为五个部分，即：股权结构与股权激励的意义、公司的股权结构与对公司的控制力、股权结构设计应关注的因素、股权结构设计常见法律形式、股权激励的形式与要素。

来自投资公司、科技公司等中小企业的几十人参加了本次培训活动，职位涵盖CEO、战略总监、法务总监等。在培训过程中，肖律师在用浅显的语言解释法律问题，更引入



肖小保律师

丰富的案例，告诉学员如何进行实操演练，学以致用。持续2个多小时的培训让企业代表直呼过瘾。

在培训现场，学员也携带具体的问题咨询肖律师，提出例如“公司应该拿什么产品申请专利”“什么时候对员工进行股权激励合适”“公司如何转变股权持有结构”等问题。肖律师一一进行解答。活动结束后，部分企业代表参观了京都律所，并与单独与肖律师进行了深度咨询。

企业培训专场系列活动是京都律所为了帮助企业解决发展问题而开设的系列法律讲座。活动定期举行并全程免费。

活动

京都律所帮助中小企业防范融资风险

2016年12月16日，由京都律师事务所与清科集团联合主办的“企业培训专场-企业融资过程中的法律风险”活动在洪泰创新空间举办。

京都律师事务所律师、资深税法教授高慧云律师为企业讲解融资过程中注意的问题与防范的风险。讲座主要围绕企业债权融资、企业私募股权融资、企业上市融资三个方面讲解法律风险。高慧云律师特别强调，企业要注意财务报告的真实性，防止企业上市时因为财务原因导致审核被拒，也避免产生违法犯罪风险。

在培训现场，学员也携带具体的问题咨询高律师，提出例如“公司申请专利是否需要缴税”“公司跟企业员工融资是否合法”等问题。高律师从企业的角度一一进行解答。



培训现场

“京都三人谈”之“就业沙龙”在中国政法大学昌平校区举行

2016年12月1日晚，由京都律师事务所独家支持的“京都三人谈”活动，在中国政法大学昌平校区举办。京都律师事务所朱勇辉、曾静音、孙广智三位律师为百名学生演讲。

为了给同学们带来切实的帮助，三位律师围绕“就业沙龙”的主题，就以下三方面进行了阐述，并与学生进行互动。

一、畅谈律师的日常生活。律师是一份提供专业服务的职业。学生们可以在诉讼与非诉讼业务里找到发展空间。法官、检察官、律师是一场刑事诉讼里的三种角色，在法庭上会有观点的碰撞。他们分工不同，生存环境不同，工作各有优缺点，学生需要根据自己的喜



从右至左分别为孙广智律师、朱勇辉律师、曾静音律师、以及两位学生代表

好与性格特点进行选择。

二、传授成为优秀律师的经验。京都三位律师建议学生们珍惜读书时间，夯实法律专业知识，掌握专业技能，此外，建议多涉猎人文、社会书籍，提高自己的素养。走出校园后，学生们需要在实践中逐步掌握实务技能。专业知识、实务技能是成为优秀律师必备的素

质。

三、介绍实用的司考、考研经验。成为律师、法官、检察官必须要通过司法考试。随着司法考试越来越难，学生需要从基础做起，深度掌握知识点。关于考研问题，律师们建议学生早日着手，充分准备，根据科目特点分配时间。学生独特的优势是记忆力好，备考

时间充分，但需要做好学习计划。

“京都三人谈”是京都律师事务所践行社会责任、帮助高校大学生成才计划的一部分。讲座采用三人独立演讲、相互对话、互动交流的形式，对演讲主题做出深入浅出的讲解。自2011年首场讲座以来，“京都三人谈”深受大学生的欢迎。



活动

金杰、张殿龙、赵晓东三位律师参与国家法官学院教学活动

2016年12月6日上午，在国家法官学院新校区举办了一场关于“田端禄故意伤害案”的模拟庭审。京都律师事务所高级合伙人金杰律师作为点评嘉宾出席了此次活动，同时作为点评嘉宾出席的还有北京市第一中级人民法院刑一庭副庭长周君。京都律所合伙人张殿龙律师、赵晓东律师作为辩护人参加了此次模拟庭审，模拟法庭中的审判长、审判员、公诉人均由法官学院学员担任。

模拟庭审中，控、辩双方在审判人员的主导下，按照法定程序进行了交叉询问、举证、质证，并就是否属于正当防卫案的事实及法律问题展开激烈的辩论。

庭审结束后，金杰律师结合自己从事法官、检察官和律师三种职业的经验，



金杰律师

张殿龙律师

赵晓东律师

对控、辩、审三方在庭审中的存在的问题进行了全面而深入的点评。法官学院的学员们也纷纷表示，有真正律师参加的模拟庭审对抗性强，庭审活动更加精彩，更有利于提高法官驾驭庭审的能力。

京都都是唯一一家参与国家法官学院教学活动的律师事务所，自2009年与

国家法官学院举办联合教学活动以来，取得了良好的教学成果和社会效果。国家法官学院刑事教研部主任袁登明表示，感谢京都律师事务所多年来对国家法官学院教学活动的支持，今后将进一步丰富与京都律师事务所合作的教学活动。

第八届北京市大学生模拟法庭竞赛圆满落幕



朱勇辉律师

梁雅丽律师

刘铭律师

2016年11月26日，由京都律师事务所独家支持的第八届北京市大学生模拟法庭竞赛决赛在中国政法大学昌平校区顺利举办，历时一个月的大赛圆满落幕。本届模拟法庭大赛竞赛由北京市教育委员会主办，中国政法大学承办，吸引了北京市40所高校的精英学子参与。

竞赛分三轮，每轮比赛以刑事案件为赛题。竞赛的案例、材料等都来自真实案件，由专业人员改编，具有很强的挑战性和实践性，对于法科学生撰写文书、逻辑推理、证据审查分析、法律适用等方面都有很大的考验。京都律师事务所独家支持北京市大学生模拟法庭竞

赛，并选派12位律师参与了其中的30场辩论赛。

本次决赛现场，京都律师事务所执行合伙人朱勇辉律师担任评委并致闭幕词，京都律师事务所高级合伙人刘铭律师、梁雅丽律师担任评委并作精彩点评。

决赛围绕花无缺涉嫌投放危险物质罪展开。各支代表队在法律殿堂上唇枪舌剑，辩论争锋，围绕着事件具体经过、责任归属等方面展开了精彩的博弈。评委对双方的赛前准备、法律知识、赛场反应等方面做出了评价，既肯定双方选手的辉煌成果，也指出了不足之处。

荣誉

刘铭律师荣获“2016全国服务中小企业十佳律师”称号

2016年11月26日，京都律师事务所高级合伙人刘铭律师受邀参加了第十一届中国中小企业家年会暨2016中国中小企业权益保障论坛。经过严格民主推荐、组织考察、公示公告、审核评定，刘铭律师获得了由中国中小商业企业协会及《民主与法制》社评选的“2016全国服务中小企业十佳律师”称号。

全国人大法律委副主任、中国法学会副会长、中国中小商业企业协会名誉会长张鸣起在会上致辞，并为获得“十佳律师事务所”、“十佳律师”的律所和律师颁发了证书。



刘铭律师



“2016全国服务中小企业发展十佳律师”证书

刘敬霞律师入选国家发展改革委PPP专家库



刘敬霞律师

日前，国家发展改革委PPP专家库正式建立，共有343名专家入库。京都律师事务所高级合伙人刘敬霞律师成为入库专家之一。

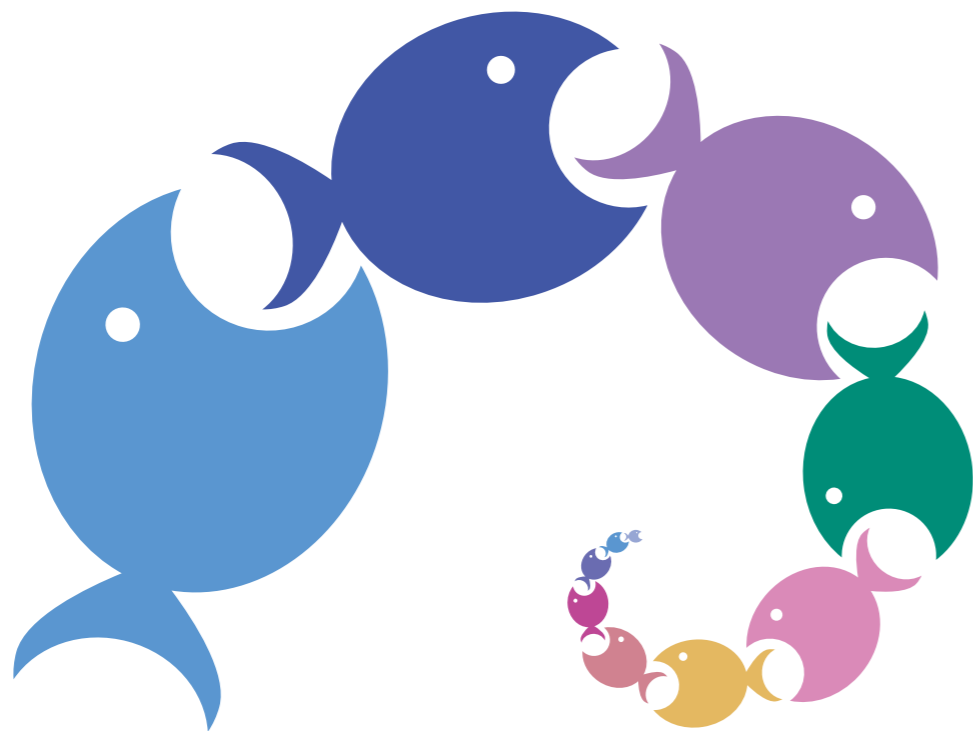
刘敬霞律师主要致力于公用事业与基础设施投融资和资本市场法律业务，是国内最早的PPP专业律师之一，参与的PPP项目逾百个，为众多地方政府和社会资本提供了专业服务。刘敬霞律师有理论有实践，对PPP项目的理解全面且深刻，多次作为专家参与了全国人大、国家发改委、财政部、环保部等组织的立法征求意见会议。

据悉，入选国家发展改革委PPP专家库共有343名专家，按PPP项目特点划分为综合、项目管理、工程技术、金融、法律、财务等6个组。据国家发改委资料显示，建立PPP专家库旨在充分发挥专家库在PPP理论研究、政策制定、实践指导等方面的重要作用，搭建高层次的PPP专业人才工作平台，打造全国共享的PPP专家资源库，建立健全PPP高端人才服务保障体系，促进PPP理论与实践的重大创新与发展，推动PPP事业健康可持续发展。

对于入选国家发展改革委PPP专家库，刘敬霞律师表示，感谢评审专家们抬爱，感谢十几年来环保、基础设施、公用事业、投融资领域的客户、朋友们给了她学习和成长的机会与努力的方向；并表示，不负众望，继续努力，争取为国家PPP事业添砖加瓦。



并购重组热点 法律问题简析



并购重组方案制定要点和实施时的 注意事项

■ 高慧云 刘家川 / 文

并购重组是公司实现资源重组和调整的重要方式，制定恰当的并购方案可以有效规避并购重组过程中可能产生的种种风险，实现并购方与目标公司资源的优势互补。

企业并购重组的含义和类型

1. 并购重组的含义

一般而言，并购重组是公司对其自身资源进行再组合和再调整，从而优化配置资源和规范公司治理结构的过程。根据《财政部、国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》的规定，企业重组是指企业在日常经营活动以外发生的法律结构或经济结构重大改变的交易，包括企业法律形式改变、债务重组、股权收购、资产收购、合并、分立等。因此，并购、重组是从不同的角度出发看待上述过程，没有明确细分，经常相伴出现。

2. 并购重组的类型

按照并购公司与目标公司所在行业上下游关系进行分类，可以分为横向并购重组、纵向并购重组和混合并购重组。其中，横向并购重组，即为了实现协同效应和规模经济效应，在同行业或者类似行业之间进行的一种降低重复成本的并购重组方式，以求实现效益最大化；纵向并购重组的主

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。

体一般为产销关系，是为了减少销售环节，实现协作化大生产而采用的一种并购重组类型；混合并购重组，是指同行业并且是产业链上下游的企业之间进行的并购重组。

并购重组方案的制定要点

1. 选择合适的并购重组类型

(1) 产业环境分析

并购方应当在分析目标公司所处行业以及即将进入行业的特点、生命周期及竞争地位等方面的基础上，决定采取何种并购重组的模式。

(2) 战略资源分析

并购方需要在充分了解自身的特点、资源、优劣势的基础上，分析目标公司的战略资源特性与缺陷，选择互补或相似战略。

2. 交易方式的选择

并购交易一般有三种方式：

(1) 资产收购，即通过购买目标

公司的全部资产，来获得公司的所有

权。采用这种方式的并购方不需要承担目标公司的债务，可以免除目标公司因为债务问题未来可能发生的风险。

(2) 股权收购，即通过现金或者换股等方式收购目标的公司股权，需要面临目标公司因债务或者公司治理结构不完善以及尽调不全面导致的一系列风险。

(3) 合并，即两个或两个以上的公司相结合成为一个



并购方并购目标公司后还需要对目标公司进行一系列的重组，包括战略重组、治理结构重组、业务重组、企业文化重组等，使得目标公司在治理结构、业务经营、企业文化等方面都得到规范和质的提升从而获得并购的成功。

新的公司。在这种方式下，存续或新设的公司要对目标公司的债权债务承担全部责任。

3. 融资方式的选择

融资方式大致可以分为内部融资和外部融资两种。所谓内部融资，是指运用自有现金流、公司留存收益、折旧基金等进行并购；外部融资则一般包括债务融资、权益融资和混合性融资。债务融资，是指收购方通过举债方式来筹集并购所需要的资金，主要包括向银行等金融机构贷款、发行企业债券、票据融资等方式；权益融资，则主要包括发行股票、换股并购等以权益为基础的融资；混合融资，则是指既包括债务融资也包括权益融资的一种融资方式。

并购重组方案制定的注意事项

在制定并购重组方案时，对尽职调查、目标公司评估以及税收筹划问题都需要重点关注。

1. 尽职调查

在制定并购重组方案的过程中，尽职调查是并购重组的起点也是关键点，在很大程度上决定并购方是否能成功。一般来说，并购方及相关中介机构在确定目标公司后在对目标公司进行尽职调查的过程中，需要在以下几方面重点把握：

(1) 通过拓宽调查渠道、多角度的搜集相关信息，全面分析和整理目标公司的股权结构、经营信息、信用状况等资料。

(2) 对于调查过程中获得资料和信息，进行专业化的分析和系统的研究，进而提炼出可以把握公司真实状况的资料。

(3) 相关律师事务所、会计师事务所等中介机构在尽职调查中往往具有一定的局限性，因此，并购方应当做好组

织工作，避免片面性，以确保调查结果的科学性和完整性。

2. 目标公司的评估

准确评估目标公司的价值，将有助于并购方做出合理的决策。评估过程中主要的工作包括：

(1) 选择经验丰富，具有较高专业素养和职业道德水准的资产评估机构。

(2) 根据并购资产和目标公司的具体情况，确定恰当的评估方式。

(3) 在目标公司单项资产和整体资产等评估对象中合理确定评估客体。

3. 税收筹划

在并购重组过程中，税收问题是不容忽视的。首先，不同行业面临的税率高低不同，是否享受以及享有的优惠政策的力度也不同。中国实行一般性和特殊性的税务处理，并购方式和支付方式选择不当，将影响税负，从而产生税务风险；最后，并购重组之后，并购方还面临着承担被并购公司遗留的税务问题的风险。因此，并购方在进行并购重组之前，就要进行必要的税收筹划以尽可能降低上述风险。具体而言，包括以下方式：第一，在明确交易目的的前提下，通过优化交易方式，从而实现合理降低交易税的目的；第二，充分了解政府税收政策的变化，合理利用各种税收优惠；第三，在完善尽职调查的基础上，规避潜在的税务风险。

并购重组的实施

并购方并购目标公司后还需要对目标公司进行一系列的重组，包括战略重组、治理结构重组、业务重组、企业文化重组等，使得目标公司在治理结构、业务经营、企业文化等方面都得到规范和质的提升从而获得并购的成功。

战略重组

公司重组战略包括完全整合、松散联合、独立经营等。公司并购后采用不同的重组战略的风险也不同，企业重组后的经营协同效应和财务协同效应也存在诸多不确定因素。据统计，在实际发生的公司并购中，约有三分之一的公司由于重组战略制定不当或策略失误，导致并购没有达到预期的效果。公司只有根据自身特点和公司并购动因和目的，制定符合公司利益、便于化解公司并购风险的重组战略，实施果断有力的企业重组决策，才能保障公司并购重组取得成功。

由于公司并购后，公司的业务和定位等会发生变化，公司的战略重组就成为必然。公司战略主要由公司目标、公司使命、公司价值观、公司文化等部分组成。战略重组就是在上述公司战略层面上重新进行布局与整合。但是公司战略也不是永远不变的，好的战略应当具有应对环境变化的“柔性”，在环境变化程度足够大时，就需及时做出战略的调整或重新规划，不能再拘泥于原有的企业战略。对公司内外部环境进行深刻的考察和认识，进行切合实际的SWOT分析，并在此基础上制定和完善公司战略，以完成目标公司的战略重组。

公司目标是一个公司在未来一段时间内所要达到的预期状态，良好的公司目标管理，对于一个公司的发展具有重要作用。公司目标重组就是根据公司面临的形势和社会需要，制订出公司重组后一定时期内经营活动所要达到的总目标，然后层层落实，要求各部门主管人员以及每个员工根据上级制订的目标和保证措施，形成一个目标体系，并把目标完成情况作为考核的依据。

公司使命是指公司在社会经济发展中所应担当的角色和责任，为公司目标的确立与战略的制定提供依据。公司在制定战略之前，必须先确定公司使命。公司使命实际上就是公司存在的原因或者理由，也就是公司生存的目的定位。公司重组后，公司必须明确公司使命，在明确的公司使命指导下，公司的经营活动就会以此为核心，在消费者和公众心中塑造良好的公司形象，使得公司具有长远发展前景。

公司价值观，简而言之，就是公司决策者对公司性质、目标、经营方式的取向所做出的选择，是为员工所接受共同观念。公司价值观是公司文化的核心，是公司在追求经营成功过程中所推崇的基本信念和奉行的准则。公司重组往往

伴随着不同公司价值观的冲突、适应和整合，必须将那些与公司发展相悖的公司价值观从员工思想中彻底祛除。坚持和弘扬积极正确的公司价值观念，可以提高内部效率、降低公司管理成本，使得公司焕发青春和活力。

公司文化则是公司在生产经营实践中，逐步形成的，为全体员工所认同并遵守的、带有本组织特点的使命、愿景、宗旨、精神、价值观和经营理念，以及这些理念在生产经营实践、管理制度、员工行为方式与对外形象体现的总和。这就需要重组公司的领导者清醒认识和审视积极的公司文化，予以吸收和弘扬，对公司文化消极或糟粕的部分进行警惕和识别，并予以批判和抛弃。

治理结构重组

治理结构重组是指在公司内如何设置组织结构和组织形式的重组方式，包括设立哪些组织机构、赋予其哪些职能、机构间的相互关系如何处理和协调、管理层人选如何调整等。

对公司而言，治理结构重组对于法人治理结构是否趋向优化，以及结构合力的强化程度而言是非常重要的。从某种角度考虑，企业的兴衰有很大一部分原因是取决于其治理结构状况及其运营水平。全面的治理结构重组包括两层含义：一是组织架构的重组，二是人员重组。所谓组织架构的重组，是指关于组织的理论与组织形成的创新与再造，是一种组织的改造和创新，如公司治理结构改造、建立学习型组织等；组织是人的组织、人的集合，组织和人之间的高度依存性，决定了组织架构的调整必然伴随着人的调整，也即人员重组。公司需要在信息流的基础上重新构建组织，依赖于全球管理的信息系统不断加强集权管理，使得分散、低效的资源配置，在统一的平台上集成运营，同时更准确、便捷地掌控、配置全球资源以不断满足资本市场的持续增长需要，并不断推进专业化分工，使得分工的效率得到提高。

业务重组

业务重组是指对被改组的目标公司的业务进行划分，并根据公司重组后的发展战略，对原公司的业务进行梳理、整合，或者新增、剥离某些业务的行为。重组时着重划分经营



性业务和非经营性业务、盈利性业务和非盈利性业务、主营业务和非主营业务，然后根据公司重组的目标，对公司业务进行整合或者剥离。

业务重组需坚持以下原则：

第一，规模效益原则：在产业结构上考虑能取得较大销售收入的产业，以做大做强为主要战略调整目标，实现规模效益。

第二，盈利能力原则：为了重组后公司具有较好的盈利能力，需要对现有业务进行梳理，根据最近的财务数据，针对不同类别的业务选择不同的处理方案。

第三，注重可操作性原则：参与重组的企业规模大小不一、盈利能力不同，股权结构复杂程度不同，因此为保证方案的可操作性，重组一般是按先易后难的步骤，注重具有可操作性的原则设计。

第四，完整产业链原则：在产业链中处于原材料及主要产品的优势地位业务，划入优先遴选范围。

第五，可持续发展原则：对参与重组的业务，要注重其可持续发展能力，对已进入后成熟期或衰退期的业务要慎重整合。

公司文化重组

作为公司文化核心的价值观念的培养，是公司文化建设的一项基础工作。公司价值观念的培育是一个由服从、经过认同、最后达到内化的过程。

公司文化整个理论系统概括为五个要素，即企业环境、价值观、英雄人物、文化仪式和文化网络。最主要的应包括如下几点：

1. 经营哲学

经营哲学也称企业哲学，是一个企业特有的、从事生产经营和管理活动的方法论原则。经营哲学是指导企业行为的基础。

2. 价值观念

所谓价值观念，是人们基于某种功利性或道义性的追求而对人们（个人、组织）本身的存在、行为和行为结果进行评价的基本观点。可以说，人生就是为了价值的追求，价值观念决定着人生追求行为。企业的价值观，是指企业职工对

企业存在的意义、经营目的、经营宗旨的价值评价和为之追求的整体化、差异化的群体意识，是企业全体职工共同的价值准则。企业价值观决定着职工行为的取向，关系企业的生死存亡。

3. 企业精神

企业精神是公司文化的核心，在整个公司文化中起着支配的地位，是指公司基于自身特定的性质、任务、宗旨、时代要求和发展方向，并经过精心培养而形成的企业成员群体的精神风貌。因此，企业精神又是企业职工观念意识和进取心理的外化，是企业的灵魂。

4. 企业道德

企业道德是指调整本企业与其他企业之间、企业与顾客之间、企业内部职工之间关系的行为规范的总和。企业道德是从伦理关系的角度，以善与恶、公与私、荣与辱、诚实与虚伪等道德范畴为标准来评价和规范企业。

5. 团体意识

团体即组织，团体意识是指组织成员的集体观念。团体意识是企业内部凝聚力形成的重要心理因素。企业团体意识的形成使企业每个职工把自己的工作和行为都看成是实现企业目标的一个组成部分，使他们对自己作为企业的成员感到自豪，对企业的成就产生荣誉感，从而把企业看成是自己利益的共同体和归属。因此，他们就会为实现企业的目标而努力奋斗，自觉地克服与实现企业目标不一致的行为。

6. 企业形象

企业形象是企业通过外部特征和经营实力表现出来的、被消费者和公众所认同的企业总体印象。由外部特征表现出来的企业的形象被称为表层形象，如招牌、门面、徽标、广告、商标、服饰、营业环境等，这些都给人以直观的感觉，容易形成印象；通过经营实力表现出来的形象被称为深层形象，企业形象是企业内部要素的集中体现，如人员素质、生产经营能力、管理水平、资本实力、产品质量等。

7. 企业制度

企业制度是在生产经营实践活动中所形成的，对人的行为带有强制性，并能保障一定权利的各种规定。企业制度属中间层次，企业制度是精神文化的表现形式，是物质文化实现的保证。企业文化具有导向功能、约束功能、凝聚功能、激励功能、调适功能、辐射功能。

境外并购概述及案例分析

■安勇刚 刘红玉 / 文

境外并购是中国境内企业并购境外非金融企业，取得境外企业的所有权、控制权、经营管理权及其他权益的行为。境外并购的方式主要分为直接并购和间接并购两种，并购资金来源通常为自有资金、银行贷款、发行股票募集的资金等。在监管方面，我国对境外并购企业与项目分别实施核准和备案制度。

境外并购的方式

境外并购是中国企业“走出去”，参与国际竞争的重要途径。境外并购，是指在中国境内企业并购境外非金融企业，取得境外企业的所有权、控制权、经营管理权及其他权益的行为。境外并购的方式主要包括直接收购和间接收购。

1. 直接收购

直接收购，是指境内企业直接进行海外收购。2016年1月，青岛海尔股份有限公司（以下简称“青岛海尔”）与GENERAL ELECTRIC COMPANY（以下简称“通用电气”）签署了《股权与资产购买协议》，青岛海尔直接向通用电气购买其家电业务相关的股权及非股权资产。

对于上市公司而言，直接进行海外收购，可以直接获得标的资产，但是不得面临较为严格的审批、停牌、信息披露等要求以及较大的资金压力。

2. 间接收购

（1）通过设立境外子公司进行收购

为加速收购进程，减少审批环节，境内企业多选择设立境外子公司（以下简称“SPV”）作为收购主体，将境外标的公司变为旗下子公司，或者将SPV与标的公司合并，标的

安勇刚律师简介



法学硕士，京都金融团队海外投资业务合伙人。拥有中国及美国华盛顿州律师资格。擅长涉外投资与并购、私募基金设立及退出、反垄断申报与调查，外企合规等业务。

公司继续存在，SPV予以注销。

2015年11月，北京首旅酒店（集团）股份有限公司（以下简称“首旅酒店”，）在境外设立SPV1，并由SPV1设立SPV2，用于收购HOMEINNS HOTEL GROUP（以下简称“如家酒店集团”）。其收购方案为：SPV1向如家酒店集团支付交易对价，由SPV2与如家酒店集团合并，如家酒店集团存续，SPV2予以注销。

在实践中，境内企业更倾向于通过设立SPV进行境外并购交易。一方面，SPV作为独立法人，在境外进行各项交易更为便利，缩短交易时间；另一方面，由SPV进行并购能享受境外税收优惠。

（2）引入财务投资者共同收购

为缓解资金压力，境外企业也会与财务投资者进行合作，完成境外并购。财务投资者仅以获利为目的，多为私募基金。

2016年4月，珠海艾派克科技股份有限公司（以下简称“艾派克”）发布《重大资产购买报告书草案》，拟收购Lexmark International, Inc.（以下简称“Lexmark”）的100%股份。艾派克联合两家私募基金，在境外设立三层SPV，由SPV3与标的公司合并，标的公司为合并后的存续主体。

2016年9月，西王食品股份有限公司（以下简称“西王食品”）发布《重大资产购买报告书（草案）》，拟联合春华景禧（天津）投资中心（有限合伙）（以下简称“春华资本”）共同收购Kerr Investment Holding Corp.（以下简称“Kerr”），的100%股权。西王食品与春华资本共同设立境内合资子公司西王食品（青岛）有限公司（以下简



称“西王青岛”），由西王青岛在加拿大设立全资子公司SPV1，SPV1设立全资子公司SPV2，由SPV2收购标的公司Kerr 80%的股权，完成后，三年内继续收购剩余20%股权。

随着越来越多的财务投资者加入境外并购，监管机构也逐渐完善对该类境外并购的监管。2015年9月，上海证券交易所颁布《上市公司与私募基金合作投资事项信息披露业务指引》，要求上市公司充分履行相关信息披露义务。

境外并购的资金来源

境内企业进行境外并购的资金通常为自有资金、银行贷款、发行股票而募集的资金，或以自身股份作为支付手段，购买境外资产。根据商务部发布的最新数据，2016年1月—9月，中国企业共实施跨境并购项目521个，实际交易金额674.4亿美元。¹计算下来，平均每个项目的交易金额在8亿元人民币以上。为缓解资金压力，企业多采用混合方式筹集资金。

1.自有资金+银行贷款

收购人以自有资金加银行贷款支付交易对价，是最为常见的资金募集方案。青岛海尔购买通用电气资产的交易金额为54亿美元，其资金来源为自有资金和银行贷款，其中银行贷款金额约为交易对价的60%。

2.银行贷款+发行股份购买资产+发行股票募集配套资金

北京首旅购买如家酒店集团的100%股权，首先来自银行贷款的现金支付65.13%股权的对价，再发行股份购买剩余的34.87%股权。同时发行股份募集配套资金，用于支付本次重组中介机构费用、相关税费、收购如家酒店集团股权或置换本次交易中预先投入的部分银行贷款。

3.自有资金+银行贷款+财务投资者资金+发行股票募集资金

西王食品先行收购Kerr的80%股权，由西王食品与春华资本以现金方式对西王青岛进行增资，西王青岛的累计出资加上西王青岛或SPV2并购贷款，用于支付本次交易首期收

购股权对价以及换汇、支付过程中发生的费用。同时通过非公开发行股票募集资金，扣除发行及相关费用后的募集资金净额用于联合收购Kerr 80%的股权。

4.自有资金+股东借款+财务投资者资金+银行贷款

艾派克收购Lexmark的100%股份，交易金额约27亿美元。考虑Lexmark的债务及利息等因素，本次交易的内含企业价值约为40.44亿美元，其融资方案包括现金出资和银行贷款两部分。艾派克以及两家财务投资者以现金出资，剩余款项由海外子公司向银团申请中长期并购贷款取得。其中艾派克的现金出资来源为自有资金以及控股股东的借款，控股股东的借款资金包括自有资金以及以上市公司股票发行可交换债等方式筹集的资金。艾派克同时运用多种融资方式，得以实现本次如此大额的收购交易。

境外并购的监管

目前，我国对境外并购企业与项目实施分开管理制度，商务部对境外并购企业进行审核或备案，国家发展改革委员会（以下简称“发改委”）对境外并购项目进行管理。

企业核准与备案

根据商务部颁布的《境外投资管理办法》（2014），商务部对企业境外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的，实行核准管理²；商务部和省级商务主管部门对其他情形的中央企业和地方企业的境外投资，分别实行备案管理，核准或备案后，向企业颁发《企业境外投资证书》。

项目核准与备案

2016年12月12日，国务院颁布《政府核准的投资项目目录（2016年本）》，规定涉及敏感国家和地区、敏感行业的项目，由国务院投资主管部门核准。除此之外的中央管理企业投资项目和地方企业投资3亿美元及以上项目报国务院投资主管部门备案。

除国务院的规范性文件外，发改委还将颁布《境外投

境外投资项目		负责部门	
核准类	涉及敏感国家和地区、敏感行业 ³ ，中方投资额在20亿美元及以上	由发改委提出审核意见报国务院核准	
	涉及敏感国家和地区、敏感行业，中方投资额在20亿美元以下	发改委核准	
备案类	核准类以外的项目	中央管理企业实施的境外投资项目	发改委备案
		地方企业实施的中方投资额3亿美元及以上	
		地方企业实施的中方投资额3亿美元以下	各省、自治区、直辖市及计划单列市和新疆生产建设兵团等省级政府投资主管部门备案

图1

资项目核准和备案管理办法》（以下简称“境外项目管理办法”），对境外投资项目的核准与备案做出具体规定。根据现行有效的《境外项目管理办法》（2014修订），国家根据不同情况对境外投资项目分别实行核准和备案管理，具体情况如图1。

需要特别注意的是，《境外项目管理办法》第10、29条规定，中方投资额3亿美元及以上的境外收购或竞标项目⁴（以下简称：“3亿以上项目”），投资主体在对外开展实质性工作⁵之前，需向发改委报送项目信息报告。发改委将对符合国家境外投资政策的项目，在7个工作日内出具确认函。如投资主体未获得信息报告确认函而开展实质性工作，严重的将受到发改委的行政处罚。

但是，2016年4月，发改委发布修改《境外项目管理办法》的征求意见稿，一方面将涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目的审核均交由发改委；另一方面要求3亿元以上项目在开展实质工作之前，仍需向发改委报送信息报告，但发改委只出具收悉函，不再审查并出具确认函。未按规定报告信息的，将受到相关处罚。本次修订进一步放宽了对境外投资项目的监管。境内企业应密切关注该办法的修订，并按照新的相关规定进行境外投资。

案例解析

近年来，越来越多的上市公司通过跨境并购完成资产重

组，进一步提高国际竞争力。2016年10月，北京首旅酒店（集团）股份有限公司以现金与“跨境换股”的支付方式，成功收购美国上市公司HOMEINNS HOTEL GROUP（如家酒店集团）100%股权。

案例背景

收购人为北京首旅酒店（集团）股份有限公司（以下简称“首旅酒店”，股票代码：600258），首旅酒店的控股股东为北京首都旅游集团有限责任公司（以下简称“首旅集团”），持股比例为60.12%，实际控制人为北京市人民政府国有资产监督管理委员会（以下简称“北京市国资委”）。被收购人为美国纳斯达克证券交易所上市公司HOMEINNS HOTEL GROUP（以下简称“如家酒店集团”）。

2015年6月11日，首旅酒店召开董事会通过了向如家酒店集团发出非具约束力私有化提议函的议案。

2015年9月8日，首旅酒店取得国家发展改革委员会（以下简称“发改委”）对本次境外收购的确认函。

2015年11月，首旅酒店在香港设立全资子公司BTG Hotels Group(HONGKONG)Holdings Co., Ltd（以下简称“首旅酒店（香港）”），由首旅酒店（香港）在开曼设立全资子公司BTG Hotels Group(CAYMAN)Holdings Co., Limited（以下简称“首旅酒店（开曼）”）。

2015年12月8日，首旅酒店发布《重大现金购买及发

1 《投资领域不断拓展 跨境并购需防范三大风险》，中国新闻网，网址http://finance.chinanews.com/cj/2016/10-21/8039404.shtml，访问时间2016年12月25日。

2 根据《境外投资管理办法》（2014）第7条，实行核准管理的国家是指与中华人民共和国未建交的国家、受联合国制裁的国家。实行核准管理的行业是指涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国（地区）以上利益的行业。

3 根据《境外投资项目核准和备案管理办法》（2014修订）第7条，敏感国家和地区包括：未建交和受国际制裁的国家，发生战争、内乱等国家和地区。敏感行业包括：基础电信运营，跨境水资源开发利用，大规模土地开发，输电干线、电网，新闻媒体等行业。

4 根据《境外投资项目核准和备案管理办法》（2014修订）第10条，境外收购项目，是指投资主体以协议、要约等方式收购境外企业全部或者部分股权、资产或其它权益的项目。境外竞标项目，是指投资主体参与境外公开或不公开的竞争性投标等方式获得境外企业全部或者部分股权、资产或其它权益的项目。

5 根据《境外投资项目核准和备案管理办法》（2014修订）第10条，境外收购项目的对外开展实质性工作，是指对外签署约束性协议、提出约束性报价及向对方国家或地区政府审查部门提出申请；境外竞标项目的对外开展实质性工作，是指对外正式投标。

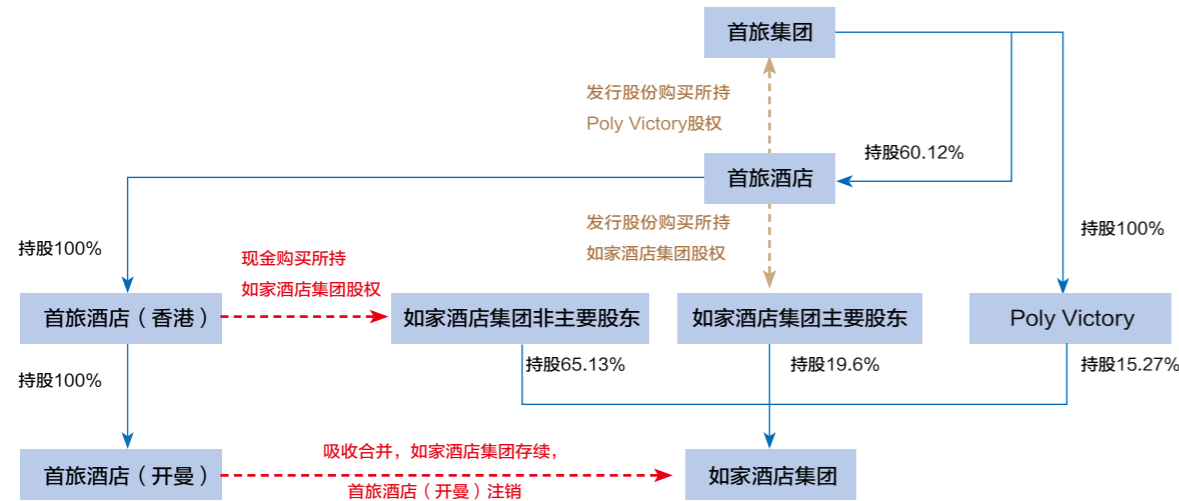


图2

行股份购买资产并募集配套资金暨关联交易报告书（草案）》，拟以发行股份和现金方式购买如家酒店集团100%股份，同时向10名特定对象非公开发行股份募集不超过38.74亿元的配套资金。

其中，购买如家酒店集团股份的交易结构如图2。

(1) 现金购买股权

首旅酒店（香港）向如家酒店集团非主要股东提供现金对价，获得如家酒店集团65.13%股权，由首旅酒店（开曼）吸收合并如家酒店集团，如家酒店集团继续存在，首旅酒店（开曼）注销。现金来自工商银行纽约分行的贷款。

(2) 发行股份购买股权

首旅酒店向首旅集团发行股份购买其持有Poly Victory Investments Limited（以下简称“Poly Victory”）的100%股权，从而间接持有如家酒店集团15.27%的股权；向如家酒店集团主要股东（包括宗翔新、Smart Master

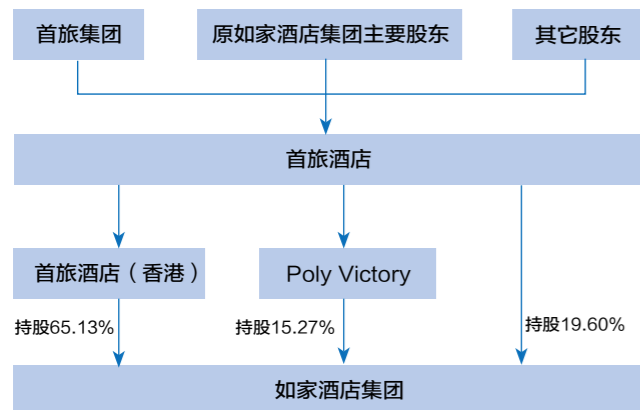


图3

International Limited等境内外投资者）发行股份购买其持有如家酒店集团的19.60%股权。

交易完成后，首旅酒店与如家酒店集团的股权结构如图3。

本次交易构成重大资产重组，但不会导致首旅酒店的实际控制人发生变更，因此不构成借壳上市。

2015年12月17日，首旅酒店收到上海证券交易所的对本次交易安排的审核意见函，要求回复有关交易安排、标的资产财务及会计处理等问题。2015年12月25日，首旅酒店回复上述问题。

2015年12月28日，本次重大资产重组获得北京市国资委审批通过。

2016年1月25日，首旅酒店收到发改委同意对首旅酒店收购如家酒店集团100%股权项目予以备案的通知。

2016年3月4日，首旅酒店收到中国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）出具的反馈意见通知书，要求回答本次发行股份购买资产取得相关审批的进展情况、人民币对美元汇率变动对交易价格的影响等问题。首旅酒店于2016年3月19日进行回复。

2016年3月11日，首旅酒店收到商务部反垄断局出具的《不实施进一步审查通知》，本次交易通过商务部的反垄断审查。

2016年4月1日，首旅酒店的重大现金购买交易完成交割，如家酒店集团成为首旅酒店旗下子公司。

2016年4月8日，首旅酒店发行股份购买资产的交易获得证监会并购重组委的有条件通过。

2016年7月28日，首旅酒店获得证监会的核准批文。

审批及审查内容	监管机构	主要法律依据
项目核准或备案	发改委和省级投资主管部门	《境外投资项目核准和备案管理办法》（2014修订）等
企业核准或备案	商务部和省级商务主管部门	《境外投资管理办法》（2014）等
外汇登记及备案	国家外汇管理局及其分支机构	《境内机构境外直接投资外汇管理规定》（汇发[2009]30号）等
反垄断审查	商务部	《反垄断法》、《经营者集中审查办法》等
重大资产重组审批	证监会	《上市公司重大资产重组管理办法》等
国有资产审批（如有）	各级国资委	《企业国有资产法》等

图4

2016年9月28日，首旅酒店收到商务部出具的《关于商务部关于原则同意Smart Master International Limited等战略投资北京首旅酒店（集团）股份有限公司的批复》。

2016年10月14日，首旅酒店发行股份购买资产的标的资产完成过户，至此，首旅酒店合计持有如家酒店集团100%股权。

法律分析

1. 跨境并购所需的审批

上市公司如进行跨境并购，通常需要经过如下审批过程，见图4。

首旅酒店跨境并购美国上市的如家酒店集团，均应履行上述审批程序。虽然直至2016年10月14日，首旅酒店发行股份购买资产的标的资产完成过户，首旅酒店仍未获得北京市商务委关于本次境外投资的备案，但其在公告中表明，后续办理不存在实质性障碍。

2. “跨境换股”的特殊规定

首旅酒店收购如家酒店集团，是近年来首例通过商务部审批而顺利实施的“跨境换股”案例。所谓“跨境换股”，是指境外上市公司的股东以其持有的境外上市公司股权，作为支付手段，购买境内公司的股权或增发的股份。根据《关于外国投资者并购境内企业的规定》（2009修订），外国投资者以股权作为支付手段并购境内公司，应报送商务部审批。如果被并购企业为境内上市公司，还应遵守《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》（2015修订）（以下简称“外国战略投资办法”）的规定。

如家酒店集团原主要股东包含境外投资者，首旅酒店向其发行股份购买如家酒店集团的股权，将使得境外投资者成为首旅酒店的新股东。根据《外国战略投资办法》（2015修订），经商务部批准后，投资者方可对上市公司进行战略投

资。投资者进行战略投资应符合以下要求：（1）以协议转让、上市公司定向发行新股方式以及国家法律法规规定的其他方式取得上市公司A股股份；（2）投资可分期进行，首次投资完成后取得的股份比例不低于该公司已发行股份的百分之十，但特殊行业有特别规定或经相关主管部门批准的除外；（3）取得的上市公司A股股份三年内不得转让；（4）法律法规对外商投资持股比例有明确规定的行业，投资者持有上述行业股份比例应符合相关规定；属法律法规禁止外商投资的领域，投资者不得对上述领域的上市公司进行投资；（5）涉及上市公司国有股股东的，应符合国有资产管理的相关规定。

在持股比例方面，为收购如家酒店集团，首旅酒店向首旅集团、如家酒店集团主要股东（包括宗翔新、Smart Master International Limited等境内外投资者）定向发行新股，经商务部批准，Smart Master International Limited等境外投资者的持股比例不足首旅酒店发行股份的10%。

在股份锁定期方面，如家酒店集团原主要境内股东包——宗翔新等人，只需根据《上市公司收购管理办法》、《上市公司重大资产重组管理办法》，遵守12个月股份锁定期的规定；而对于境外投资者，则需根据《外国战略投资办法》（2015修订），承诺自本次股份发行结束之日起36个月内不得转让本次交易所获得的股份。

3. 小结

2015年6月4日，国务院总理李克强在召开的国务院常务会议中提出，鼓励境外优质上市公司、特殊股权结构类企业回归境内上市。此次首旅酒店收购如家酒店集团，正符合该政策导向，因此得以顺利通过相关部门的审批。“跨境换股”的成功，也进一步拓宽了境外企业回归境内资本市场的途径。相信，中国A股市场将会迎来更多跨境并购的案例。



上市公司并购重组审核重点及流程

■ 丛彦国 严新雨 / 文

中国证监会对上市公司的大资产重组实施审核，流程一般包括：接收、补正、受理、反馈、反馈回复、并购重组委会议、审结等环节。审核的重点，包括：交易价格公允性、盈利能力与预测、资产权属及完整性、持续经营能力等方面。

上市并购重组行政许可流程

根据《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国行政许可法》、《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》（国发〔2014〕14号）、《上市公司收购管理办法》（2014年修订，以下简称“收购管理办法”）、《上市公司重大资产重组管理办法》（2016修订，以下简称“重大资产重组办法”）等法律法规，中国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）对上市公司并购重组中的以下事项实施审核：（1）要约收购义务豁免；（2）上市公司收购报告书备案；（3）上市公司发行股份购买资产核准；（4）上市公司合并、分立审批；（5）上市公司重大资产重组。

为规范上市并购重组行政许可流程，证监会颁布《中国证券监督管理委员会行政许可实施程序规定》《上市公司并购重组审核工作规程》《上市公司并购重组行政许可审核

丛彦国律师简介



京都律师事务所金融部律师，法学硕士、民商法博士生。参与了大量的并购基金、家族信托、离岸金融、上市企业法律风险防控、融资租赁等项目的研发与法律服务工作。擅长信托与投资基金、公司与证券、银行、投融资等领域的法律业务。

工作流程》《并购重组共性问题审核意见关注要点》、《行政许可事项服务指南》等。

根据申请事项的不同，审批流程有繁有简。对于要约收购义务豁免、上市公司收购报告书备案等事项，审核包括：接收、补正、受理、反馈、反馈回复和审结6个主要环节。对于上市公司发行股份购买资产核准，上市公司合并、分立审批，上市公司重大资产重组行为审批（需要提交并购重组委审核）等行政许可事项，申请人反馈回复后，审核结束前，还需增加“并购重组委会议”环节。

1.接收。申请人按照《收购管理办法》《重大资产重组办法》《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第16号——上市公司收购报告书》《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第26号——上市公司重大资产重组

等规定以及证监会出台的行政许可事项服务指南准备并提交申报材料，由证监会办公厅受理处接收。

2.补正与受理。证监会上市公司监管部对申请材料进行形式审查，原则上应在3个工作日内提出是否受理或补正的建议。对申请材料形式要件齐备，符合受理条件的，予以受理；对资料不足或存在形式错误的，要求申请人在规定时间内进行补正。如申请人未按时提交补正材料，或提交的补正材料依然不齐备或不符合法定形式的，直接不予受理。

3.初审与反馈。上市公司监管部并购监管部门按照标的

资产所属行业进行分行业初审，从法律和财务两个角度对申报材料进行审阅，撰写初审报告。而后召开反馈专题会，讨论初审中关注的主要问题、拟发出的反馈意见等事项。如重组事项相关问题存疑、或被投诉举报，监管机构可能会进行实地核查。自受理材料至反馈意见发出期间为静默期，申请人不得与审核人员进行任何形式的沟通交流。

4.反馈回复。申请人收到反馈意见后，应及时提交反馈回复意见。此时如有任何问题，可与审核机构联系沟通。如在规定时间内未能提交反馈回复意见，可以书面申请延期。

5.审核专题会。审核专题会主要审核反馈意见的落实情况，讨论决定是否提交并购重组委审议。如仍需进一步说明、解释的，审查部门可以提出第二次反馈意见，并要求申请人在书面反馈意见发出之日起30个工作日内提交书面回复意见。如需提交并购重组委审议的，将尽快召开重组委会议。如无需再次反馈以及提交并购重组委审议的，则直接作出准予或者不予许可的决定。

6.并购重组委审议。并购重组委召开审核会议，各委员对重组项目发表意见后，申请人及中介机构到会陈述和接受委员询问。委员再次进行讨论，形成的表决结果当场公布，当日对外公告。重组申请获有条件通过的，申请人应在10个工作日内提交反馈回复及更新后的重组报告书。委员将在2个工作日内作出无异议确认或者不确认的决定。

7.审结。上市公司监管部作出核准或者不予核准并购重组行政许可的决定后，审结发布审核结果公告。

上市公司并购重组审核的重点

证监会于2010年9月公布了首批《并购重组共性问题审核意见关注要点》（以下简称《关注要点》），并于同年11月进行增补。《关注要点》共有十四项，包括：（1）交易价格公允性；（2）盈利能力与预测；（3）

资产权属及完整性；（4）同业竞争；（5）关联交易；（6）持续经营能力；（7）债权债务处置；（8）股权转让和权益变动；（9）过渡期间损益安排；（10）收购资金来源；（11）挽救上市公司财务困难的重组方案可行性；（12）矿业权的信息披露与评估；（13）审计机构与评估机构独立性；（14）实际控制人变化。《关注要点》列明了监管机构对上述要点的具体审查内容，为申请人提供有效参考。

据统计，2016年6月1日至2016年11月30日期间，并购重组委共审核了130余家上市公司的并购重组行为，其中47家公司获得证监会并购重组委的有条件通过，17家上市公司未通过审核。

对于有条件通过的上市公司，证监会主要要求补充披露以下方面的内容：

- 1.是否构成股份支付，以及支付价格的公允性；
- 2.如重组未按时完成，业绩承诺的相关协议和安排；
- 3.相关人士是否存在一致行动关系；
- 4.是否存在股权代持的情形；
- 5.标的资产（公司）未来收入和盈利预测的依据及合理性

6.评估方法、参数选择的依据及合理性；

7.中介机构的独立性问题；

8.未取得相关权证的风险及应对措施；

9.募集配套资金的必要性和合理性，以及用途是否符合法律规定；

10.交易方案是否符合国家关于外国投资者战略投资及跨境换股的相关规定。

对于不予通过审核的情形，证监会的理由主要有以下几种：

1.申请材料对标的资产未来盈利能力的持续性、稳定性披露不充分或标的公司未来持续盈利能力存在重大不确定性；

2.申请材料对上市公司和标的公司

严新雨律师简介



法律硕士，具有证券从业资格。在投资基金设立、基金管理人备案和基金日常法律服务方面有丰富经验，特别是擅长企业的劳工关系处理和员工激励方案的设计业务。



实际控制结构及法人治理结构、交易完成后维持上市公司控制权稳定性的披露不充分，上市公司控制权存在不确定性；

3.申请材料关于标的公司本次交易作价与历次股权转让定价差异合理性披露不充分；

4.违反公开承诺、未披露重要协议等其他原因。

上市公司的前述行为不符合《上市公司重大资产重组管理办法》第四条、第十一条或第四十三条的规定，因此证监会并购重组委作出不予通过的决定。

除《关注要点》外，证监会并购重组委作出不予通过或有条件通过决定的理由，也是其审核的重点，申请人应予以重视，尽量避免因同样的问题导致并购重组未能通过审核。

附：上市公司并购重组审核流程图

1. 要约收购义务豁免、上市公司收购报告书备案见图1。

2. 上市公司发行股份购买资产核准，上市公司合并、分立审批，上市公司重大资产重组行为审批（需要提交并购重组委审核）见图2。

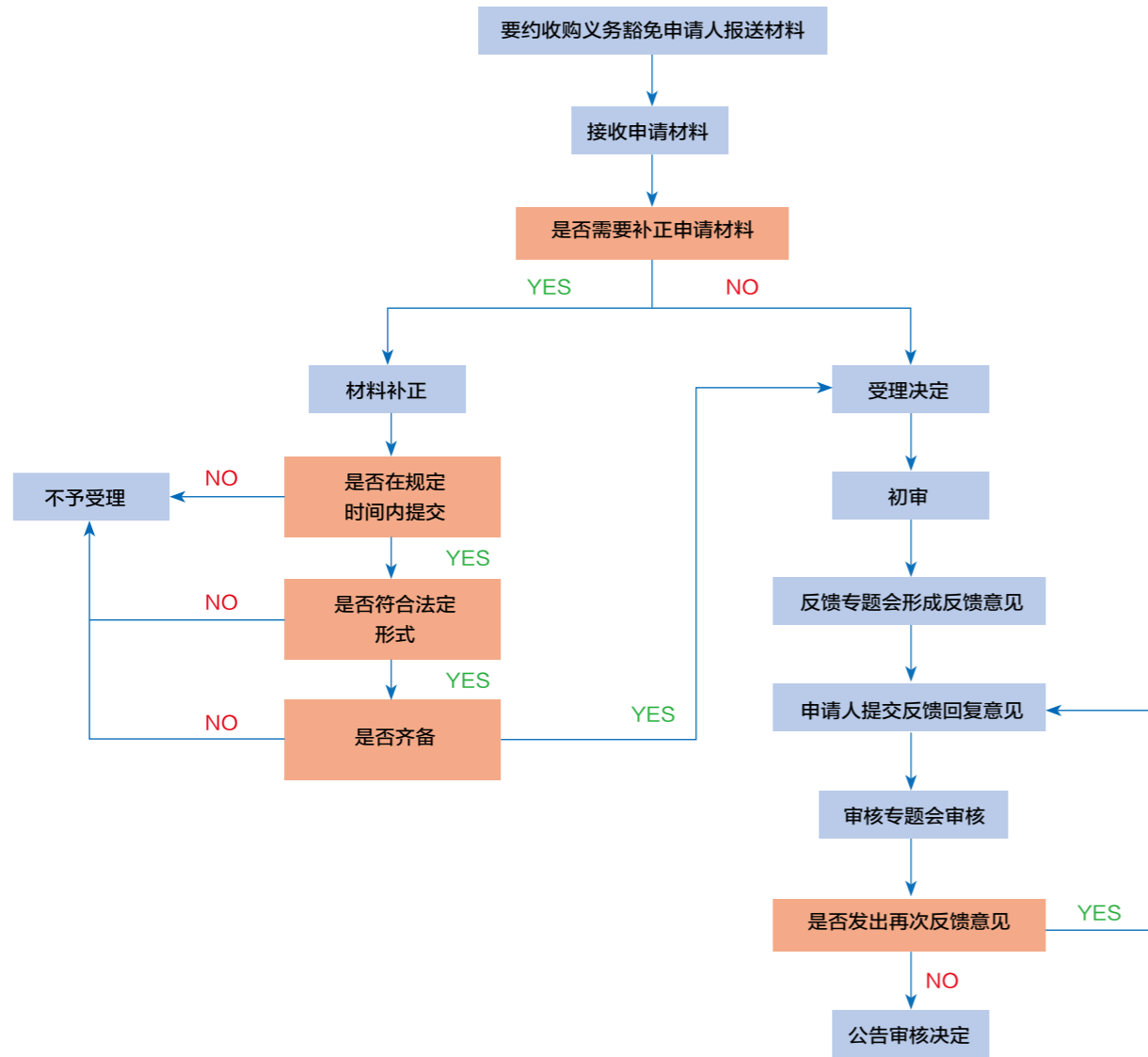


图1

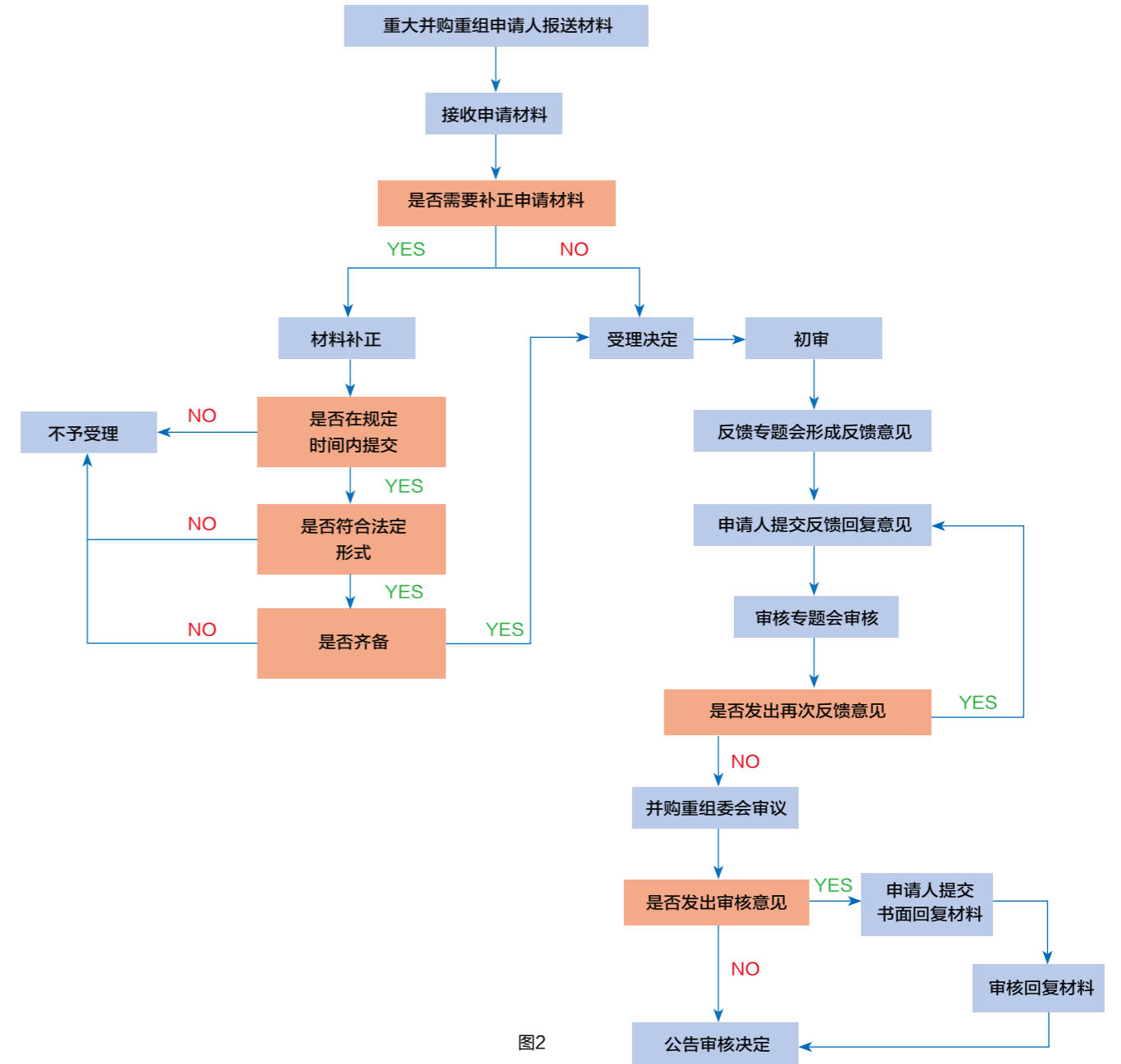


图2



对赌协议的类型及法律效力

■ 郁璇 余慧华 / 文

对赌协议 (Valuation Adjustment Mechanism, VAM), 直译过来就是“估值调整机制”, 是并购重组过程中常用的一种方式, 是收购方与目标公司在达成并购协议时, 对于未来不确定的情况进行一种约定。如果约定的条件出现, 收购方则可以根据协议约定行使某种权利。在签订对赌协议时, 面临的最大的风险就是法律效力问题, 如何在签订对赌协议时避免因无效导致收购方遭受损失就显得极其重要。

对赌协议的类型

在对赌协议中, 协议主体将约定一个标准, 通常而言, 该标准为一定时间内目标公司能够上市或者实现一定的业绩指标或其它标准。若目标公司未达到标准, 则收购方有权行使相应的权利, 如要求目标公司股东回购、现金补偿等等; 反之则由目标公司行使相应的权利, 如收购方给予目标公司股东或者管理层一定业绩奖励等, 此为典型的双向对赌。在单向对赌的情况下, 只有收购方可以在目标公司未达到约定目标时行使权利。

(一) 财务业绩型对赌协议和非财务业绩型对赌协议

由于对公司经营绩效有重要影响的业绩指标或业绩指标的组合等均可以成为对赌协议的核心条款, 因此, 根据对赌内容不同, 对赌协议可以分为财务业绩型对赌协议和非财务业绩型对赌协议。

郁璇律师简介



京都律师事务所合伙人
英语学士, 法律硕士, 管理学博士, 具有证券从业资格。为《非证券类投资基金法律问题研究》一书的主要撰稿人, 参与了船舶产业投资基金架构设计和相关制度起草工作, 在投资基金管理人备案和投资基金法律风险控制领域具有丰富的经验。专长于基金研发、基金投资工具设计以及涉外投资基金法律业务。

在财务业绩型对赌协议中, 收购方对赌的是特定时间内目标公司的利润、年增长率等财务指标方面。这种形式在我国的对赌实践中较为常见, 即常说的“业绩对赌”。具体案例有: 蒙牛对赌摩根士丹利、英联和鼎辉; 永乐对赌摩根士丹利、鼎辉等。

在非财务型对赌协议中, 收购方关注的则是目标公司财务指标以外的因素, 诸如一定时期内完成上市、人才引进、改善公司治理结构、更换公司管理层和特定公司行为等, 因此收购方往往以上述因素设定对赌标准。“上市对赌”、“人才对赌”都属于非财务型对赌协议。

(二) 股权对赌、现金对赌、控制权对赌、混合对赌

根据对赌的权益类型进行分类, 可以分为股权回购对赌、现金对赌、控制权对赌、混合对赌等。在实务中, 收购方更多的是采用混合对赌方式。

在股权回购对赌协议中, 当目标公司无法如期兑现协议约定的对赌标准时, 目标公司实际控制人或股东 (通常为控股股东) 需要按照协议约定的计算方式确定的股权转让价格向收购方支付价款对收购方进行补偿。

在现金对赌协议中, 当目标公司不能如期兑现协议约定的对赌标准时, 目标公司实际控制人或股东 (通常为控股股东) 将直接以现金形式向收购方进行补偿。

在控制权对赌协议中, 当目标公司不能如期兑现协议约定的对赌标准时, 目标公司实际控制人或股东 (通常为控股股东) 需要按照协议的约定, 以无偿转让或者根据事先商定的计算方式得出的价格, 将目标公司股权转让给并购方, 其

最终效果在于使得收购方取得对目标公司的控制权。控制权对赌协议和股权回购协议的方式相同, 两者主要区别在于收购方是否以取得目标公司控制权为目的。

混合对赌协议, 顾名思义即在对赌协议中, 收购方综合设置了两种及以上对赌权益类型的对赌协议, 这在实务中最为常见。

对赌协议的法律效力

对赌协议是一种非典型合同, 根据我国《民法通则》及《合同法》的相关规定, 一个合同是否具有法律效力, 应主要从主体是否适格, 意思表示是否真实, 合同的内容是否违反法律、行政法规的强制性规定, 是否损害国家或社会公共利益方面进行考察。

(一) 对赌主体

在对赌协议的法律关系中, 对赌主体一般为: 收购方与目标企业的实际控制人或者控股股东及其关联人。在司法实践中, 存在对赌主体的效力争议问题。在被称为“中国对赌第一案”的甘肃世恒—海富对赌一案中, 法院确认股东与公司之间的对赌协议无效, 而股东与股东之间的对赌协议有效。因为股东与公司之间的对赌协议存在侵害公司和债权人利益的可能, 同时也违背了公司法的基本精神, 导致投资人作为股东, 无论公司经营好坏均可以获得固定的回报; 但是股东与股东之间的对赌协议则属于股东自由行使其权利的范畴, 在不违反法律的强制性规定时, 合法有效。

(二) 意思表示

至于意思表示真实问题, 就对赌协议而言, 其只是在信息不对称的情况下, 投融资双方自愿签署的估值调整协议, 由于涉及的金额巨大并且往往关乎目标公司的未来发展, 无论是收购方还是目标公司, 在签订对赌协议之前都要经过内部反复的论证和双方多轮的磋商。因此, 对赌协议通常不存在重大误解、欺诈、胁迫和乘人之危的情形。

余慧华律师简介



西北政法学院法学硕士, 天津大学法学院讲师, 金融业务资深律师。承担和参与了多项国家级和省部级课题研究工作, 长期从事银行法与信托法的研究工作, 同时为国内商业银行及信托公司提供理财业务法律服务, 擅长银行及票据业务。

(三) 合同内容

在内容上, 由于对赌协议内容复杂且种类较多, 对对赌协议的法律效力都会产生一定的影响。在实务中, 通常需要重点关注以下内容。

1. 过高的财务绩效目标

一般而言, 对赌协议中的财务绩效指标是基于目标公司自身的判断, 对于目标公司而言并无明显的不公平之处, 不会影响对赌协议的效力。但是在实践中, 有时候目标公司为了获得融资, 过高估计了其盈利能力或者是在收购方的压力之下承诺了超过其能够承受的最大范围的财务绩效指标, 从而可能因为显失公平而被法院撤销。

2. 股权转让义务发生时间

我国《公司法》《上市公司证券发行管理办法》均对上市公司股东的股权转让做出了锁定期规定, 即股东

在一定期限内不得转让其所持有的公司股份。对于股份锁定期, 《公司法》第141条不仅对股份转让锁定期作了规定, 还对公司董事、监事、高级管理人员转让股份的数量进行了限定; 《上市公司证券发行管理办法》也规定, “控股股东、实际控制人及其控制的企业认购的股份, 自公司股票发行结束之日起36个月内不得转让”。《上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份及其变动管理规则》对董事、监事和高级管理人员的股份转让做出了更为细致的规定。因此, 一旦对赌协议约定的股份转让义务发生在股份锁定期内, 则会因为锁定期的问题导致收购人权利无法实现。

3. 收购方为国外机构

收购方为国外投资机构的情况下, 通对目标公司注资后可能会导致目标公司性质发生变化, 转变为外商投资企业。在此情况下, 股权转让除了要受《公司法》的制约外, 还要受到《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》《中外合资经营企业法实施条例》等有关外商投资法律法规的限制。因此, 当收购方为国外机构时, 要严格遵守上述法律法规要求, 同时还要符合国家关于投资产业的禁止性和限制性规定。



京都召开 中国民营企业平等保护论坛 建言完善产权平等保护法律制度

11月6日，由京都律师事务所主办的“中国民营企业平等保护论坛——落实中央《完善产权保护制度依法保护产权的意见》研讨会”成功召开。知名法学家江平、樊崇义、孙宪忠、王敏远等，以及著名经济学家盛洪，众多民营企业企业家、资深媒体记者等齐聚一堂，对如何认识民营企业对我国经济发展和国家建设的重要意义，建构民营企业的平等保护法律制度等问题进行了深入的交流和研讨。根据嘉宾发言整理精彩观点如下，以飨读者。

江平：从观念、制度、政策三方面完善民营企业产权平等保护

中央深化改革小组的意见，我认为最重要的有三个方面：

第一，十条意见里面，有一半讲的是民营企业的保护，其他也有很多涉及到民营企业平等保护的内容，看得出来这个文件的重点就是保护民营企业。

第二，归纳了侵犯民营企业产权的四种主要表现形式：一是把个人财产和企业财产混淆；二是把个人财产和家庭财产混淆；三是把合法财产和非法财产混淆；四是对于私人财产的强制措施、没收等处理程序存在很大问题。

第三，针对现在的情况提出来，对于侵犯民营企业财产的错案应该平反，这给我们提供一个很好的机会，纠正一批冤案和错案。

我今天主要讲的是平等保护，平等保护的反面是什么？是特权和歧视，这两个问题在我们的法律里仍然存在，特权是国营企业的特权，歧视是对民营企业的歧视。我想从意识观念、制度、政策三个方面来谈这个问题：

首先，从物权法起草过程中可以反映这种观念上的问题。原来物权法在总则方面就讲了在市场经济方面平等保护，市场经济面前国有企业和民营企业都是平等的。但是这一条款有人提出反对意见，认为它是违宪的。而且考虑到企业界、经济学界、法学界的人士，还有一些人赞同这个意见，最终达成妥协，在总则里面加上了一段，就是按照宪法来规定，我们国家是国有企业为主，国有经济为主，但在市场经济方面，是平等保护。

这种写法实际上就是说政治上它们是不平等的，国有企业为主，主要是保



江平：著名法学家，中国政法大学终身教授

护国有企业。我想这是一个二元论，这种二元论给民营企业一个很大的危害和威胁。政治上是不平等的，经济上是平等的，这种说法实际上隐藏着一种民营企业的原罪，这个原罪来自于哪里？来自宪法规定的国有企业为主体，民营企业是补充。

另外在物权法里，涉及到私人财产的保护，也有变动，原来写的是私人财产保护。有一次《人民法院报》让我写一篇文章，讲私人财产的保护。发表之后，我问编辑文章的反映如何，他说大部分人说好，也有一些人反对。反对的意见是说这些人捞足了，所以现在要制定一个私人财产保护的律，这句话也算是一种民意反映。后来物权法将“私人财产”保护前面加了“合法”两字，也就是说私人的合法财产才受保护，这句话出来了之后，民营企业很反感。他们说私人财产应该保护，加上“合法”两字，就意味着我们的财产里面有一些合法，有一些不合法，不合法不加

保护，合法的才加以保护。

这个问题涉及到民法里面很大的一个问题，就是世界各国的法律都规定将动产的占有人推定为权利人，谁占有谁就是权利人。但是我们在制定法律的时候把这个原则都取消了，理由是刑法中有一个巨额财产来源不明罪，来源不明的财产是有罪的，占有人不能推定为权利人，把刑法上的特殊规则也引入民法，这是对民营企业财产合法性的一个打击。

所以，我认为这种原罪的观念，或者歧视的观念，在我们法律中是有所表现的。

其次，谈一下制度。制度的问题我想谈一谈反垄断法，反垄断法第七条是这么讲的，国有经济占控制地位的、关系国民经济命脉和国家安全行业，以及依法实行专营专卖的行业，国家对其经营者和合法经营活动予以保护。

什么叫合法经营活动予以保护？实际上就是说这些领域不受反垄断法的管辖，反垄断法不能管到这些。其中很重要的一个是关系国民经济命脉的领域，我们拿石油来说，石油是三桶油，中石油、中石化、中海油，三家都是控股的国有企业。他们之间有没有可能是违反反垄断法的行为呢？当然有可能，他们规定石油降价了，降到了某一个点以后，再降，石油价格不变。这就有损消费者的利益，45美元一桶之后，不论再降多少，老百姓买油还是那个价格，这就是垄断。这是生产油和销售油的企业自己来控制市场，为什么就不能对他们适用反垄断法呢？应该说关系到国计民生的行业，仍然有很多是竞争性的，

而竞争性行业一定要受反垄断法规制，除非是国家完全控制，或者是没有竞争性。

另外，行业垄断跟国家垄断并不一样，国家垄断应该说是合法的，但是行业垄断还要区别，不能因为这个行业是国有企业控制为主，就不实行反垄断法，这是完全错误的。因此，在制度上我们也有许多需要改进的地方，并不是说现在制定的法律都是符合市场经济竞争精神的。

最后，谈一下政策。我觉得政策也非常重要，特别是产业政策，我想最近张维迎教授和林毅夫教授争论的产业政策，实际上也是涉及到国家权力的干预。从现在的情况来看，应该说国家对经济的干预，很大层面上是通过产业政策来实现的，或者说很多地方政府滥用自己的权力限制民营企业的发展，也是通过产业政策来实现的。

而在各级政府里面，利用权力谋私，出现贪污腐败，也和产业政策有关，所以产业政策实际上弹性非常大，但它又不是法律，法律没有规定任何产业政策。产业政策在各级政府手中，是一个威力巨大无比的武器，随时可以用。我们讲这个产业政策是多方面的，从市场来说，市场准入有产业政策，市场退出也有产业政策，国家重点投资也有产业政策。我们就拿这个退出为例，现在供给侧结构性改革，马上面临一个叫去多余的产能，那么这个多余的产能去谁，就要按照产业政策来决定。

随便举一个例子，前些年山西实行煤改，把中小型的民营企业煤矿都给撤掉了，并入国营大企业，他们变成了国有大型企业股权的一部分，这个股权占的比例就很小了，可能只有5%、6%左右，这样就既没有了决策权，也没有管理权。产业政策就是中小企业产

能不行，效率不高，安全不好，不去你去谁？在这种情况下，钢铁也好，煤炭也好，水泥也好，任何一个产业领域里面，都面临着这个问题。这个问题的结果就是保国有企业，去民营企业。但是要从企业发展的能量来看，民营企业的发展力是很强的，也很有发展前途。所以目前的产业政策对民营企业的发展是很不利的。

所以我认为在产业政策方面，我们必须实行平等和公平的原则，必须考虑发展的前景。所以我觉得从观念上、制度上、政策上，应该说我们的法律都有所欠缺。如果我们不能解决这些法律上的问题，就没有一个很好的依据，在实践中难以对民营企业实现平等保护。所以我觉得我们需要从法律理念、制度、政策方面加以完善。

樊崇义：国家法律监督要同样重视对私权的保护



关于民营企业家的平等保护，看起来好像主要是民事方面的问题，实际上在刑事方面的问题也不容忽视，比如民营企业的发展当中出现的罪与非罪、如何打击和如何保护的问题都值得我们重视。

刑事诉讼中如何贯彻对民营企业平等保护的原则，我觉得这个问题太严重了。2010年刑事诉讼法修改的时候，我们采取了两个措施，一个措施是在刑事诉讼的目的和任务上，增加了尊重和保障人权，民营企业如果犯了罪，如何来打击，如何来保护，是不是产生了一个根本性的变革？我想这是一条，要从



樊崇义：著名法学家，中国政法大学诉讼法学院院长

刑事诉讼的目的、任务的转型上，认识到如何在诉讼中保护犯罪嫌疑人、被告人的诉权。

关于刑事诉讼的目的和任务，我们提出了从一元化转向了二元化。长期以来只有一个目的和任务，就是查清事实、打击和惩罚犯罪，现在增加了尊重和保障人权，既要打击，又要保护。我认为打击犯罪和保障人权是两项平行不悖的任务，同等重要。在新时期应该把打击和保护的问题，都列为刑事诉讼的指导思想、目的和任务。

第二，要把尊重和保障人权的原則，作为刑事诉讼的一个基本原则，并

且还要贯彻在刑事诉讼过程中。我们建立了不得强迫自证其罪、严禁刑讯逼供、非法证据排除的机制，诉讼过程要全程录音录像，这些都是人权保障的重要措施和改革。

今天讲民营企业平等保护的问题，我想这两点非常重要。另外，全国近三四年来，法院平均一年是审理180万件左右的案件，有律师辩护的仅仅只有60万件，还有120万件案件没有得到律师的帮助，这个事实说明我们的人权保护保障不够，需要解决这个问题。所以三中全会、四中全会又提出人权司法保障制度，把律师辩护问题列为其中一个重点，要改革我国的律师辩护制度，要解决127个县还没有律师的问题，要解决三分之二的案件律师还没有到场的问题。像这些问题我想对民营企业的平等保护也是有重要意义的。

就今天的议题，如何贯彻平等保护原则，服务和保障非公有制企业健康发

盛洪：平等保护就要真正做到奖功罚罪



关于对于不同企业的产权保护问题，经济学家提供合理性，法学家提供合法性。法学家强调公正，我认为效率和公正有很大的重叠部分。一个最重要的方面是分配机制不仅仅是分配制度，同时也是激励机制。它的最简单的基本规则就是奖功罚罪，如果相反的话，这个社会就会崩溃。

9月份我去柏林参加一个会，提到了两个数。第一，从2000年以来民营企业提供了百分之百新增就业。第二，到2015年民营企业提供了90%以上的新增GDP。这两个数据都是根据国家

展，我提出四点建议：

第一、要依法打击诈骗、盗窃、职务侵占等破坏非公有制企业生产经营的犯罪，把这些犯罪列为打击的一个重要点。

第二、要坚决惩治国家工作人员利用市场监管、社会管理、公共服务等职务之便侵犯非公有制企业合法权益的职务犯罪。

第三、在办理涉及到非公有制企业案件时，要坚决防止发生不讲方式、方法，随意执法、选择性执法的问题。司法实践中有很多案例，体现对国有企业和民营企业区别对待的问题。

第四、要强化对涉及到市场准入过程当中竞争问题的法律监督，促进建立平等合法的市场经济规则。

最后一点，关于我国的法律监督给谁的问题，我有一个基本的观点，不管给谁，我国的法律监督都要注重两方面。一方面是加强对公权的制约和监

统计局的数据间接计算出来的。

国家要奖功罚罪，但对国有企业和民营企业有不公平的法律对待，这是非常危险的。今年上半年民营企业的投资增长率下降到了2%，同时资本大量流出。5月份，发改委找专家开会，我也被邀请参会。我首先表态，我说中央出台这个意见很好，应该说中央高层看到了问题想纠正，而且我感觉是真心实意地想纠正这个错误，确实是希望挽留民营企业，让大家吃定心丸，放心在国内发展，这个态度是真诚的。

但是，我还是要讲这是不够的，以



督，另一方面还要加强对私权的保护。长期以来我们检察机关的法律监督，重点是放在对公权力的制约上，侦查监督、审判监督、执行监督，对私权的保护却忽视了。我此前就倡导公诉职能同监督职能分离，搞公诉不要搞监督，搞监督不要搞公诉，要成立专门的法律监督机构。

根据我提出的这个二元化的建议，目前正在进行机构的整顿和改革，要成立专门的法律监督机关，既要加强对公权力制约，也要加强对私权的平等保护。这些措施，比如以审判为中心的制度改革，还有监察制度改革正在全国展开。刚才有提到了冤假错案的平反问题，长期以来我们没有重视对民营企业家一些典型冤假错案的平反。这个问题也应该有思想上的震动，现在就是要找一个切入点进行平反，来体现和倡导对民营企业的平等保护。



盛洪：天则经济研究所所长，山东大学经济研究中心教授

前也发布过很多类似的文件，但并没有取得预期的效果。所以我们要采取一种慎重的态度，这个意见代表的方向是对的，原则是好的，但还需要落实。

关于这个文件，我谈几点想法：

第一，这个文件层级是不够的，法律层级不高。在中国政策框架和法律体系内，这个意见效力不高，要上升到法律甚至是宪法层面才行。必须要把这个原则作为社会的基本原则，也就是说所有的企业家都是被平等保护的，不是对

你好就是让你不跑，让你赚钱，以后再整你，这是不行的。

第二，我们在讨论的时候，也提这样一个建议，要改变观念，可以下定决心平反一两个错案，比如为薄熙来在重庆打黑的民营企业平反，这是有示范意义的，不下这个决心不行。

第三，要思考平等保护产权的一些新措施。比如，要求民营企业建立党支部这个措施就是有问题的。如果企业有党员，自觉自愿建立党支部这是合情合

理的，但是不能强制民营企业去做。

第四，要修改法律和宪法。我们希望直接废止一些文件，比如说平等进入，不要设壁垒，很多规定国有企业垄断的文件是不合法的，不是法律，却让个别企业获得了全世界公司都没有的权益。要是不废除这类文件，平等保护就是一句空话。

总之，中央深化改革领导小组的意见非常好。我们希望拿出实际行动来，继续推进落实。

孙宪忠：不能因保护公共财产而歧视民营经济

刚才几位老师都谈到，民营经济在我们国家经济生活中发挥了很大的作用，应该根据其作用，享有与之相适应的法律地位和法律权利。我想从另外一个角度来思考这个问题，我们说的产权平等保护，实际上涉及到民法中的公有制问题。大家平时可能都忽略了一个问题，就是公有制经济包括公共财产为什么值得法律如此特殊的保护？

这个问题可能是近几年法学界讨论得比较少的。关于公共财产和国家财产，很多人认为它在法律上代表人民的根本利益，也代表了国家的长远利益，最后归根结底的结论是国家要掌握生产资料的所有权。

那么，在社会主义制度下怎么强调个人财产呢？至少形式上要平等，不能让公有制经济和民营经济，一个坐大椅子，一个坐小板凳，至少要有形式上的平等。

其实，公共财产和国家财产并不是笼而统之在法律上有特权，或者受特殊



孙宪忠：中国民法学研究会常务副会长，社科院法学研究所教授

保护。从国际上来看，虽然有不同的做法，但是基本道理都一样，就是把公共财产划分为三大类：一种叫做绝对公共物，绝对公共物就是水流、大气、阳光等物品，这些物品不能设置任何私权，国家和政府也不能在此之上设置所有权。

再就是相对公共物，指的是以国

家和政府的名义，设置的公共权利，但是这个权利必须要保证公共利用。在主权领土范围内可以设置国家意义上的所有权，然后这个权利必须交给社会来利用，主要包括道路、土地、森林、矿藏、大学和图书馆等。

第三个公有物，叫公法法人所有权，不向社会公开，但是本质上是公共财政的财产，比如政府办公大楼，法院办公大楼，还有政府财政买的笔记本和电脑等办公用品，交给法院使用，这类物品是公法法人使用的，社会就不能使用。

从这个角度来看，公共所有权的含义是很复杂的。我们应该区分哪些是大家共同的公共利益，哪些是必须借助物权法来保护的，不应该不加区分地一并当成公共物品。

另一个是关于经营物的问题，在传统民法中认为公法法人不得牟利。但是，在我们国家，政府要参与经济建设和组织经济建设，就不能否定它的牟利



性。从事经济建设，从事社会服务的企业，我们就把它叫做公有制企业。问题不在于它是否能够牟利，而在于是不是国家组织的经济建设就代表了所谓的公共利益，然后就可以实行特殊的保护，或者对民营经济的歧视呢？这是不对的，这个观念需要改变的。

在我看来，我们一方面要承认公有制经济的存在和地位，另一方面我们不应该许可它构成对自然人和其他经济

的歧视，至少从民法上来讲要消除这个歧视，这是我们必须做到的，至少在法律上要平等。在法院诉讼的时候，大家要有平等的机会，如果要许可持股，股权也要平等。要尊重公司法，公司法第149条规定，如果说你这个公司大股东欺负小股东，或者说利用股权来操纵公司，然后排斥小股东的知情权和决策权，就要依法处理。

最后的结论，从物权的角度来说，

产权平等保护的问题，首先必须在法律上包括宪法、民法和物权法，要承认民营经济是社会主义经济的一个组成部分，它在经济社会中会发挥很大的作用，特别是在解决就业的问题上，一个人就业，全家安心，这是非常重要的。税收方面，也应该获得支持。其次是平等保护，首先是对其法律地位的承认，在它受到侵害的时候要给一个平等保护的机制。

王敏远：共同重视民营企业的人身权与财产权

今天这个主题是民营企业产权平等保护的问题，这个问题恰好也是我很关注的，有这么几个问题可以跟大家一起来探讨。

第一，首先梳理民营企业的产权保护到底面临着哪些问题。如果问题没有梳理，对原因的研究容易无的放矢，后面的对策研究也不可能有针对性。

对问题的梳理不仅需要从律师实务的角度，还需要经济学和民法学等多重视角。梳理好问题，寻找出原因，才能为探讨政策奠定一个基础。

第二，在观念上需要重新认识国企、民企，允许不同观点的碰撞、交流。正确对待不同观点，不能因为观念不同，就觉得对方都是谬误，理念上就排斥，我觉得这个都不是解决问题的方法，也是我不赞成的。关于国有企业和民营企业产权平等保护的问题，它的根基和基础到底有哪些，到底应该如何来获得更大的认同。我们要深入研究。

对于学术研讨我有一个看法，新观点不是常见的，更多时候是不同观点的

碰撞、交流，然后通过学术研讨这种方式加以传播，在社会当中引起更多的关注和讨论，最后形成理性的共识。

第三，共同重视人身权与财产权。刑事诉讼研究领域当中，原来特别重视人身权的保护，到现在为止我们国家的强制措施制度还限于对于人身自由的限制和剥夺，如取保候审、监视居住等；对于财产的查封、扣押、冻结，还有其他权利，比如窃听、技术侦查的手段等，都不在强制措施制度之列。这意味着什么？这意味着在传统当中我们对于人身自由权的重视，跟其他权利是不一样的。刑事诉讼法制定的时候是1979年，1992年和2012年有修改，但是有一个观念并没有因此发生变化，就是刑事诉讼法制定的时候，人身权利确实是人们关注最多的。文革之前主要是对人身自由权利的限制剥夺，以前是没有财产权的，既使规定了，侦查机关自己去做就行了。在刑事诉讼中，如何看待财产权的保护，我觉得很重要的一点是与与时俱进，因为现在财产权成了公民



王敏远：中国社会科学院法学研究所研究员，中国法学会刑事诉讼法学研究会副会长

权利很重要的部分，我用“共同重视”这个词，是指不仅要看到人身权利，还要看到财产权利。

第四，需要解决刑事与民事，何者优先的问题。“刑事优先于民事”是一种传统观念。当初有它的合理性，现在实践当中如果仍然把它当作一个不可破除的原则，会带来很多问题。

“刑事优先民事”这种思维，现在



的合理性到底在哪？在产权不明晰的案件当中，很多情况是需要民事优先刑事的，因为民事在解决产权问题上具有一套复杂的、独特的制度设计，有一套诉讼要求和权利保障体系，刑事相对是简单的，无法解决产权问题。所以，刑事优先不能一概而论，也需要与时俱进。

什么情况下传统的概念还有存在的合理性，什么情况下应当确立民事优先，最高法院应该有一个司法解释。我们需要有一个更高一级的原则支配着到底是刑事优先还是民事优先。刑事涉及到公共安全，民事只是局部和少数的权利保护，那么怎么做更有利于权利保护，更有利于限制权力，更有利于规范职权行使，应该有一个更高的原则。实体法一直主张的是刑法的谦抑性，还有刑事保护的最后性。如果最后性一直在前面，这是有问题的。

第五，需要解决制度设计问题。强制措施的司法控制需要纳入到民营企业的财产保护中。我们国家强制措施的设计，仅仅包含自由的限制和剥夺等小部分，查封、扣押、冻结、监视等这些权利都没有司法控制，这会带来很多问题。限制人身自由的强制措施，都经过司法机构事前的审批。那么如果没有紧急情况，查封、扣押和冻结一定也要经过司法机关事先审批。

现在对强制措施的事中审查不具有可溯性，虽然可以申诉控告，但是申诉控告不能纳入到司法保护的范畴中来，作为一种权利，职能部门接到申诉控告后应该答复，但是这种权利和我们讲的诉权意义上的保护，不能同日而语。

侦查措施分为任意性的侦查措施

和强制性的侦查措施。我们国家强制性的侦查措施，普遍处于非司法控制的状态，所以侦查失控在我们国家目前还是一个时有发生的情况。尽管我们内部有各种各样的规定，对于侦查权的行使，技术侦查的手段的使用要经过县或者地级以上市公安局的领导审批之后才能采取。也有审查，还有内部的制度，这些制度也有作用，但是经常出现失控，经常发生一些案件，尤其是敏感事件，往往都是侦查权的失控引起的。而侦查权的失控实际上的影响，和民众对于权利感受上的影响是两个概念。实际上对民

限制人身自由的强制措施，都经过司法机构事前的审批。那么如果没有紧急情况，查封、扣押和冻结一定也要经过司法机关事先审批。

众产生了影响，民众还没有地方去告。可溯性这个问题如何解决？两年前，我就说我们国家要确立事先审查制度，估计有难度，但是我也主张可以逐步确立起来，比如说可以考虑先确立查封、扣押、冻结的司法审查，情况紧急时侦查机关可以先采取措施，但是24小时内要报司法机关审查。还要给诉讼的对方申辩的机会、主张权利的渠道。以审判为中心的诉讼制度改革过程中，司法权应该向前延伸到侦查权，侦查就不至于失控。有人提出来经过司法审查，破案的良好就丧失了，我觉得基本上不存在这个问题。个别案子可能有影响，但是紧急情况下可以允许先采取强制措施，之后在限定的时间内报司法审查，并给对

方当事人申辩的机会，这个问题就解决了。

第六，刑事诉讼办案机关采取查封、扣押、冻结措施，以及处理案件时，利益怎么做有效的切割。一方面办案部门主动性确实需要激发起来，没有主动性，对于办案是很不利的。很多情况下民众去报案，他不愿意办，不积极办，这种情况时有发生，因为他没有动力。另一方面，这个动力应该建立在什么基础上呢？如果动力建立在查封、扣押、冻结财产和处置财产有利益挂钩上，将有损权力的公正性。权力的公正性包含了权力行使公正与否，还有行使过程中的公正与否。涉及到的财产标的可能是100万，一下子查封一个亿，甚至更多的财产，这完全不是脑子糊涂的问题，而是因为利益没有在制度上做切割。具体制度怎么设计，需要研究。

第七，没收财产刑应该慎重使用。没收财产刑相当于财产刑方面的“死刑”。现在没收财产涉及到的犯罪种类还是比较多的，实施过程中，就像死刑要慎用一样，没收财产刑也要慎用，不然民营企业财产随时面临死刑的威胁。

第八，避免出现在看守所里签产权转移协议包括股权转让协议的现象。看守所里签的产权转移协议，在民事上的合法性是不可想象的，在刑事诉讼当中我们却时有所闻。时有所闻意味着案件数量不多，但这样的案件一旦发生，震动就大了。看守所里签产权转让协议，相当于把证人关押起来了做证词，这个证词还能合法吗？这个道理是一样的，我们要高度警惕。

赵军：民营企业刑事保护失衡的结构透视



大家上午好！我的题目是《民营企业刑事保护失衡的结构透视》。

第一个问题，我想谈一下关于民营企业企业家犯罪的罪与罚。

从我们的数据统计来看，民企犯罪与国企犯罪在罪与罚两方面存在结构性的失衡。

从犯罪数量上来看，2012年民营企业企业家犯罪占整个企业家犯罪的65%，2013年该比例是76.2%，2014年上升到近80%，2015年是81.97%。民营企业企业家罪案在整个企业家罪案中占了大头。当然，这不能说民营企业家的犯罪率就更高。因为国有企业在整个企业组织中占的比例很小，不超过2%。不过，民营企业家的犯罪率未必高过国企，但民营企业刑事化的总体规模还是很大的，而且上升的趋势相对于国企更快。所以，民营企业所面临的刑事风险环境在恶化，这是我们考察该领域问题的一个大背景。

从罪名分布来看，相对于国企而言，民企触犯的罪名更多，且更多基于企业经营的考量，更多被寻租。根据2015年的数据，民营企业家触犯的罪名是51个，国企是19个。相对于国有企业企业家犯罪，民营企业企业家犯罪更多基于某种企业经营的考量，比如集资犯罪、涉税犯罪、非法经营犯罪等。而国企的企业家犯罪的罪名就很集中，犯罪目的更多不是基于企业经营的考虑，更多是基于个人的利益，比如说受贿罪和贪污罪。一定程度上，民营企业较多涉及被寻租型犯罪，国有企业的企业家则更多涉及寻租型的犯罪。



赵军：北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院副教授、法学博士

从免于刑事处罚和缓刑适用上看，相对于国企，民营企业企业家犯罪后免于刑事处罚及拘役后的缓刑适用的概率更低。也就是说，民营企业企业家犯罪之后，自我保护和抵御刑事风险的能力要更弱一些。根据2015年的数据，7.06%的进入刑事诉讼程序的国企企业家最后被免于刑事处罚；但是，只有2.67%的民营企业企业家犯罪后被免于刑事处罚，构成了统计上的显著差异。国营企业家如果判处拘役的刑罚，缓刑适用率是百分之百；而民营企业家拘役后的缓刑适用率不到80%，由此看出民营企业企业家进入刑事诉讼的程序之后，自保能力要更弱。

可见，民营企业与国营企业家相比，在罪与罚两方面存在结构性的失衡。

第二个问题，我要说的是，构成民营企业与国营企业家刑事待遇结构性失衡的原因同样也是结构性的。

一、法律条文设计本身就未能彻底贯彻同法益同等保护的法治精神，民

企保护力度明显偏弱。比如说保护国企财产的贪污罪，其法定刑就要重于保护民企财产的职务侵占罪，挪用公款罪法定刑也要重于挪用资金罪。刑法里还有大量专门保护国有企业的条文，民营企业在相应利益上的刑事保护却是空白。从这个角度来说，法条和制度设计本身没有贯彻同法益同等保护的精神，对民企产权的保护力度整体弱于刑法对国企的保护。

二、司（执）法权力运行机制本身进一步扩大了民企法律待遇的差别化。从保护企业的角度来说，比如说贪污罪通常由纪委、监察、审计或反贪局主动启动；只要有举报、有嫌疑，一般都会查。但当民企里面有内鬼，涉及到职务侵占罪或其他犯罪时，企业去公安机关举报立案的门槛却很高。一方面要证明相关事实的存在，另一方面还要完全排除经济纠纷的可能，才能启动相关程序。司法、执法权对民企、国企的保护存在结构性的差异。

从打击犯罪的角度来说，民营企业在与国有主体交往过程中，如果发生一些矛盾，一些纠纷，它就很可能面临民事或者经济纠纷被人为刑事化的重大风险。反过来，国企则很少面临这种情况。民营企业家犯罪的案件还经常出现这样一种情况：立案、拘留、逮捕的时候是一个罪名，最后判决的时候很可能是另外一个罪名。仅从个案来分析，也许各有理由。但在整体上，当这种情况更多出现在民营企业家身上时，就不得不进一步思考现象背后的成因。实际上，这种情况往往是因为“以人找



案”，一定要挑出毛病把你“搞定”的办案模式造成的。民营企业所面临的不利处境，由此可见一斑。

三、陈旧的司法及社会观念、前法治时代的“立场意识”使得民企刑事风险更为凶险。传统观念认为“无商不奸”，民企犯罪都是为了“私利”，所以在量刑的过程当中，如果对民企量刑“轻”了，法官可能就会被怀疑“有问题”。相反，对于国企的犯罪，尤其是单位犯罪，法官就很少判巨额罚金，因为国企的钱是“公家”的，就算犯了罪，也不能重判。所以在现实中，巨额的罚金往往出现在对民营企业犯罪者的判决当中。这么多年遗留下来的陈旧观念与“相同法益同等保护”“法律面前人人平等”原则有很大差距。

四、民企在现在经济体系的角色定

位，决定了它必然会面临更大的刑事风险。民企赚取的是非垄断利润，没有资源优势，也没有政策优势，交易成本、税费成本都很高，融资也很困难，融资困难就导致了融资类犯罪。有一些国企在垄断行业里面，创新需求较弱。而民营企业则有更强的创新动力或者说创新压力，但是创新经常意味着风险。一种新的经营模式很可能面临触犯法律的风险，比如说快播。类似中石化和中石油这种垄断企业因有垄断利润可赚，当然不会因为创新面临这样的风险。

第三个问题，我简单谈谈如何实现平等保护。从大的思路上来讲，我觉得有三个方面工作可做。

一是观念先行。整个社会要树立相同法益同等保护的观念。官方数据显示，非公经济占国内生产总值的比重超

过60%，税收比重超过了50%，新增就业的比重超过了90%。我在网上搜集到了天则的数据，如果把国企享受的各种各样的优惠政策除掉，其实国企的收益率是一个负数，-6.2%，是亏本的。民企在很大程度上支撑了这个国家的经济，即便从功利的角度看，也应该同等保护。

二是司法探索。在法律范围内，最高司法机关应用好法律解释权，尽可能实现平衡保护，明确划定民刑界限。如关于行贿和受贿犯罪的数额，仍然把国有主体与非国有主体进行区分，这背后的观念值得反思。

三是推动修法。只有完善顶层设计才能为民企平等保护清除制度障碍。这种事情要靠全社会的力量进行推动。



田文昌：平等保护必须转变对民营企业的原罪观念

中央完善产权制度依法保护产权的文件出台后，有些人认为这是要赦免民营企业家原罪。在有些人看来，民营企业的原罪，就是指最初起家时，靠不正当或者违法手段积累财富，比如走私、投机倒把、偷税漏税等。

事实上，原罪的概念并非如此。原罪是生而带来的，生出来就有罪，这才是原罪。原罪和本罪的区别在于，本罪是犯了罪才有罪，原罪是生来就有罪。

我们研究企业家的原罪问题，首先要把它的概念搞清楚，否则就很容易误解为民营企业起家都是非正当的，都是违法乱纪的。我认为，赦免原罪，应该是指要为民营企业正名。事实上，民营企业所谓的原罪，就体现在它的地位明显不同于国有企业，甚至还有人认为民



田文昌：京都律师事务所名誉主任，全国律协刑事专业委员会主任

营企业的存在没有多大价值和意义，自然就无法得到平等保护、平等待遇。

我为民营企业代理过很多经济纠

纷的案子，结果在法庭上对方的律师就很明确地说，我们社会主义的法庭怎么能让资本家占了便宜。我们的法官在讨论案件时也表示，首先得保护国企，国企不能受损失，这是比较普遍的一种观念。

前些年我开车经常听广播，有一个节目叫非公有经济之窗。我当时很困惑，为什么要叫非公有经济呢？怎么就不能叫私有经济呢？后来想想，这是非得把男人说成非女人，女人说成非男人。究其原因，就是不敢说，还是观念问题。

要解决非公有经济名不正、言不顺（原罪）的问题，首先要解决民营经济的角色、地位和作用的问题。民营经济是社会主义经济的异己力量，还是补

一个法官如果不首先保护国有企业，就会受到指责，受到批评，被人家告状。这也正是为什么我们要不断研讨，不断呼吁，要让不了解情况的人了解真实情况，转变观念。

充力量，还是必要组成部分，还是主力军？这四个层面的地位和作用完全不一样。从历史上来看，原来是异己力量，后来是补充力量，再后来是必要组成部分，现在能不能把它认定成主力军？目前在法律上看来还是“羞羞答答”，还没有完全正名。这是解决民营企业平等保护问题一个很重要的前提。我的观点是，随着市场经济、国民经济的发展，民营经济必然也必须成为主力军。

其次，对于本罪，民营企业家犯罪怎么处理？民营企业的经济纠纷怎么处理？这其实是如何做到公正司法的问题，涉及民事案件和刑事案件。

一个很重要的前提还是观念问题，中国前半个世纪没有民营企业。在很多人的老观念中，只要是私人的，就肯定是骗人的，买东西就买国企的。这种观念体现在民事纠纷上的处理，一般认为首先要保护国有企业。甚至，一个法官如果不首先保护国有企业，就会受到指责，受到批评，被人家告状。这也正是为什么我们要不断研讨，不断呼吁，要让不了解情况的人了解真实情况，转变观念。

刑事方面的问题就更严重了。先刑后民已经成了用刑事手段解决民事纠纷或者回避民事责任一个有利借口。其实，

先刑后民在刑民交叉的案件中并不是一个既定的处理原则。事实上有三种情况：有些时候，当刑事责任的确是判断民事责任的前提下，可以采取先刑后民的原则；有时则相反，如果民事责任的认定是判断刑事责任的前提，则应当采取先民后刑的原则；还有些刑民交叉案件中，判断民事与刑事责任两种法律关系互不影响，这种情况下，民事案件与刑事案件可以同步进行，不存在谁先谁后的问题。所以，长期以来，先刑后民的原则被曲解、误读，甚至误导了很多案件，有些时候俨然成了民事案件刑事化的理由和借口。

现在我手上就有一个非常典型的案例。一个包工队给一个国营的研究所施工，垫付施工款，钱不够，找了三个人借了几千万，研究所做担保。后来，这个钱没还上，债权人起诉了，研究所要承担担保责任。为了摆脱研究所的担保责任，就把包工头和研究所所长都抓起来了，认定是贪污，说利用假借款的方式，共同贪污研究所的钱。可是，债权人的钱都在，债权也是真的，真担保了，真借了钱，那么要怎么证明他们贪污了研究所的财产？最后一审还是判刑了，现在处于发回重审阶段。所涉及的借款纠纷民事案件，也以刑事案件的理

由中止了审理，几年了仍然处于中止状态。

这样的例子实在太多了。有一本书叫做《中国企业家犯罪报告》，里面涉及到的几乎三分之一的企业家犯罪案件都是我亲自办的。其中一些案例，确实存在问题。在未来的司法实践中，能不能做到在民事审判和刑事审判中，对民营经济和民营企业平等保护？这是我们要研究的最现实的问题。

第三，中央的文件还提到了甄别纠正历史错案，要真正落实这一点，之前也有专家表示，哪怕是拿出一个典型的案例来纠偏，也是一个标志性的动作。如果真正要想给民营经济正名，真正想平等保护民营企业，给民营企业家一种姿态，首先要做的就是公正司法，紧接着就是要清理过去的一些案件，要有甄别纠正的实际动作，只有这样，才能使这个文件真正得到落实，真正发挥作用。

我觉得这也是应该引起大家注意和值得呼吁的问题。我们现在的责任就是要推动在全国范围内甄别、纠正一批民营企业的冤假错案。如果能真正做到这一点，那也是一个成果。



邹佳铭：对民营企业的保护已经刻不容缓



探讨对民企平等保护如何提供法律支持，实际上都是关于民营企业家人身权和财产权的保护。

从人身权的角度上来说，我们首先必须反思一个问题，对待民营企业家的经济犯罪，有无必要适用逮捕这类强制措施？这一类犯罪一般都是逐利型的“白领”犯罪，如果不对他们使用羁押措施，是不是有社会危害性？这是我们必须重视的一个问题。正是因为逮捕的不必要扩张，催生了民事纠纷的刑事化。因为我国现阶段民营企业大多处于初步发展阶段，企业架构不是很稳固，在民营企业家涉嫌犯罪的情况下，如果一律采取逮捕措施，很多时候往往直接摧毁了一个企业，这样不仅给社会带来一些不必要的损失，也带来了很多潜在的危险和不稳定因素。

从财产权的角度上来讲，因为我国现在的法律没有规定对侦查措施适用司法审查的原则，这就导致了侦查措施的滥用，使得这些措施的适用完全偏离了法律的轨道，带来了十分严重的后果。搜查往往异化成犯罪线索的追查措施，在犯罪嫌疑人的住处或办公室，没



邹佳铭律师：京都律师事务所高级合伙人，京都刑辩研究中心主任

有特定指向的地毯式搜查几乎成为一种常态。在我办的案件中，曾经有这样一个例子，一个企业涉嫌串通投标罪，但是办案机关把这个民营企业经营十几年的账本和合同，用几卡车运到了办案单位，追查新的犯罪线索，这是一个很极端的例子。查封、扣押、冻结的适用也存在很大问题，这些本来是固定犯罪证据或犯罪所得的措施，但是在司法实践中对与案件无关的财产实施侦查措施，或者超范围的实施侦查措施，比比皆

是。曾经有一个民企的上市公司涉嫌轻罪，但是办案单位冻结了该公司几十个账户，共数亿的资金，并且查封了价值十几亿的办公楼，这几乎把一个优秀的民营企业逼到了破产的绝境。我们看到这些没有受到司法制约的侦查措施，很容易异化成公权对私权的掠夺，或者是有权之人利用法律实施打击报复的工具。这些现象的背后是我们传统的“官本位”的思想，以及对个人权利的极端漠视。

其实，在任何一个社会，犯罪都是一种正常的存在，我国现阶段的民营企业家犯罪与我国的市场经济不完善有很大的关系。我们不可能消灭犯罪，只能将其遏制在一定的范围之内。但是，如果我们不能依法打击犯罪，公权可能成为与民争利的手段，使得国家、社会、个人均受其害。每一个犯罪对社会的危害都是局部和有限的，但是，如果公权不受约束，沦为一种牟利的工具，这对每一个人都是普遍、潜在的危险，所以国家公信力的丧失是比犯罪更具有摧毁民心的破坏力。资本外流、移民潮、经济下行已经向我们发出了危险的警报，对民营企业的保护已经刻不容缓。

韩良：五种方式可使民营企业的财产权得到有效保护和传承



今天我从民商法的角度和大家一起探讨企业家的财产权保护问题。中国企业家特别是民营企业原罪，是社会不能回避的一个问题。在财富积累的过程中会有原罪，在财富产生过程中，这个罪责也在产生。因为我们有很多法律界限不太明显，如我们国家目前的税收

体制，导致了许多的企业家的账本禁不起查，一查肯定会有问题。在座的民营企业企业家想一想，恐怕没有人敢内心认为自己百分之百清白。这如同在圣经中，我们的始祖亚当和夏娃犯了罪，作为亚当和夏娃的后人，我们不犯罪、不犯错误是不可能的，因此我们需要上帝的救

赎。我们的民营企业同样需要救赎和保护，民营企业家不能每天都生活在恐惧之中。

民营企业家的原罪究竟能不能被赦免，上午都讨论了。既然不能笼统地说被赦免，下面我从民商法的角度，给大家抛砖引玉，看我们怎么样去保护民营

企业家的财产权。

第一，是大家熟知的上市方式。一旦企业上市，企业变成了一个公众公司，政府的公权力干涉一个上市公司就不像单纯处置一个私营企业那么容易了。因为一个企业上市的时候，要经过评估，律师、会计等各个中介机构出具相应的报告和意见书，表明上市的资产是合法的，是严格按照法律程序而来的。比如说黄光裕，他入狱之后，仍然是上市公司的股东，不能剥夺他的合法财产。薄熙来在重庆唱红打黑时，几乎不涉及上市公司，涉及到的大部分是房地产企业。这个行业的原罪可能更大，因为在这个行业里确实有很多民营企业说不清楚，这就给了薄熙来们一些机会。因此，民营企业家们将来把自己的企业做大后，做成上市公司，哪怕做成新三板公司，都是民营企业保护自己的一个非常重要的方式。

第二，是国有企业合资或者被收购的方式。上午我讲了冯仑的例子，他采取了和泰达控股一起组建了房地产公司方式，通过和国有企业“结婚”，解决了财产权保护问题。有些民营企业干脆就被国有企业收购，无论被全资收购还是组建合资公司与国有企业共同持股，都为自己财富的合法性增加了保护层。但被国企看中的民营企业毕竟是少数，随着反腐的深入，国企业存在“怠政”，国企的领导人不会像以前那样敢于收购民营企业以及和民营企业合资，因为存在相当大的被怀疑与民营企业进行“勾兑”的风险，这种“傍大款”的方式现在很难走得通。

第三，是家族信托与私人基金会的方式。家族信托从法理上讲，就是企业家把个人和企业的财产，信托给信托公司，信托公司具有了名义上的所有权，受益权归企业家指定的人，包括其亲



韩良律师：京都家族信托法律事务中心主任，南开大学资本市场研究中心主任

属、员工以及其他需要帮助的人。根据《信托法》，信托财产具有独立性，合法的信托财产是不受违法查封、扣押和冻结的。另外，做家族信托的好处还有可以做税收筹划，据说我国的遗产税可能要出来，遗产税的草案是递进制的。根据测算，3000万的遗产要收1034万，三分之一都要被国家收走，而且还是现金的形式。现在北京很多的居民都有一两套房子，差不多都达到上千万资产；按照遗产税草案，都可能成为征税对象。如果生前已经将财产信托给了信托公司，由于财产改变了所有人，原来财产的主人就不会被当做遗产税的课税对象。私人基金会的方式被誉为大陆法系的信托，由于时间关系，不再叙述。

第四，是通过保险的形式。保险被犹太人当做家族财产传承一个非常重要的工具，通过保险的方式传承，保险的收益是免税的，是没有法律风险的。其实保险这种方式和信托方式具有类似性，从法律关系上都具有委托人、受托人和受益人的架构，保险公司起到了信托受托人的作用，实际上两者起到的效果是一样的。但是保险和信托有不一样的地方，它的标的物只能是现金，不

能是其他的财产。从信托的角度来看，理论上信托财产可以是任何财产，虽然我们国家现在直接以房地产这种不动产做家族信托存在登记上的法律障碍，但我们可以变通一下，比如说可以将房产装入公司的方式做家族信托。我们国家为了避免资金外流，对外汇实行严格管制，现在很多民营企业家排着队去香港保险公司刷卡，就是为了对资产通过保险的方式进行保护和传承。如果我们想让民营企业家的钱留在国内，就必须能够保证国内的保险真正做到财产保护和增值。我有一个朋友在北美做保险中介服务很成功。一次回到上海，朋友问他，上海好还是温哥华好？他觉得可能直接回答对方不太礼貌，于是他说，衡量一个地方好与坏，有三个标准，叫好山、好水、好制度。很显然，智商正常和诚实的人会判断出哪个城市更好。为什么国外的保险给客户带来有很高的收益？就是因为山好水好，客户得病少，保险公司赔付少，社会保障制度好，社会恶性案件就少了，保险的收益率就非常高。所以我们特别希望大家一起努力，把我们的国家建设成为一个真正山好、水好、制度好的国家。

第五，是通过遗嘱的方式。没有遗嘱，产生很多问题。前一段有一个帖子传遍了整个业界：一个父母双亡的孩子，父母没有写遗嘱，按照法定继承的规定，父母名下几套房产他能否直接继承呢？大家都知道是不可以的，因为他的父母上面还有其他第一顺序继承人，必须所有的第一顺序继承人放弃了继承，他才可以继承父母的房产。有了遗嘱，在实践中也会遇到很多问题。有两个案例需要引起大家的关注。一个是大连的某房地产企业，父亲先是跟二儿子一块创业，后来二儿子去了国家机关。父亲继续带着大女儿和大儿子继续创



业，公司做得很好。后来父亲觉得自己身体不好，就立下了公司不分家，由大女儿进行管理的遗嘱。结果父亲去世后，大儿子率先反对。最后变成了法定继承，一半先给老太太，然后按照第一顺序继承人去分，老太太是最高的。后来老太太又写了遗嘱，把他名下所有财产给大儿子。老太太的遗嘱遭到了其他几个孩子的反对，但法院判决大儿子胜诉。一个好端端的家庭走向了失和。另外是我国台湾地区长荣集团的案例。父

亲生前立下遗嘱由二夫人所生的孩子担任公司的董事长，持有公司的大部分股份，结果遭到大夫人所生的子女的全部反对，不仅遗嘱执行不下去，小儿子的董事长职位也被罢免。如果以上两个案例的父亲采取家族信托的方式来处置遗产，效果可能会好得多。

作为民营企业要很好地筹划，要谋万世，不能只考虑一时一地，要将爱传输给整个家庭、企业和社会。企业家自己的修身齐家其实是最好的自我保

护。不同于改革开放初期企业家面临的原罪，我们现在IT新贵随着企业的兼并重组发展壮大的同时，将近50%的人要对家庭进行重组，要换老婆，从而给自己的事业蒙上了很多阴影。家和万事兴，如果企业家能够对自己和家庭进行很好的约束，对员工和社会承担应尽的责任，具有良好的社会形象，即使受到了某些司法机关人员的非法对待，强大的社会舆论压力也会迫使这些人员不敢恣意妄为。

朱勇辉：刑事诉讼中保护民营企业权益的十个问题



对民营企业的平等保护，首先要从“保护”谈起。这些年，民营企业家落马比较多，作为一名刑辩律师，我在代理案件中深有体会，在此，想谈谈民营企业家权益“保护”问题，包括企业家的“人身保护”和“财产保护”。

近些年以来，民营企业家被追究犯罪的比例呈上升态势，涉及到的罪名也呈现多元化的趋势，主要有融资、经营创新、贿赂和权益纠纷四类犯罪。其中，经营创新很危险，企业在创新过程中，由于立法、司法滞后，一旦创新失败，往往带来刑事问题。有很多企业家其实是经营天才、商业奇才，他们在经营方式上搞创新，成功便头顶光环，成为企业家、改革家；而一旦出现危机，尤其是资金链断裂引发群体性的问题时，企业往往在劫难逃，企业负责人往往被一判了之。此外，近年来企业家涉及的权益纠纷类犯罪数量激增，很多企业家落马都起源于民事权益纠纷。本来不是犯罪的问题，因为纠纷一方动

用司法权力介入，最后民事问题被刑事化，这一现象值得警惕！

那么，如何对企业家和企业财产进行保护呢？我认为应该从制度入手，解决目前刑事诉讼中保护民营企业权益的如下十个问题：

1. 刑事案件异地管辖应加强规范 刑事案件异地管辖应加强规范

我国刑诉法对刑事案件的管辖进行了明确规定，这对防止地方保护具有积极意义。但是，现在许多司法乱象就体现在管辖权方面，但凡跟这个案子有任何一点关系的司法机关，都能立案，都有权抓人。比如说，“资金来源地”本身不是财产犯罪的管辖地，但往往被作为管辖依据。更有甚者，资金来源地的上一级来源地的司法机关也来抓人。如果这么行使管辖权，资金的上家的上家……都有管辖权，都可以抓人，那么法律关于管辖权的规定岂不成了一纸空文？其实，一些公安机关强行管辖没有



朱勇辉律师：京都律师事务所高级合伙人

管辖权的案件，千里迢迢把人从外地抓回来，就是为了替本地有关部门或企业去讨债。这类人情案现在越来越普遍，而且这种案子一旦启动就非常难以解决。当事人被抓到了对方的地盘上，往往最后不得不掏钱了事，而拿不出钱的就基本被起诉，被定罪。

所以，当前急迫的问题是必须对

如果更进一步，可以考虑将“立案”和“侦查”分离，把经济犯罪的立案权从公安剥离出来（比如交由检察院来决定是否立案），这将会在很大程度上改善公安机关自行立案、自行侦查、自行采取强制措施的一体化工作模式。

刑事案件异地管辖权作出进一步的明确和限制。如果异地管辖权的问题得不到规范，经济犯罪案件就难以避免冤假错案。

2. 从严控制刑事案件“立案” 环节从严控制刑事案件“立案”环节

刑事案件的特点是一旦立案，不管是否构成犯罪，都难以销案。所以，为避免民营企业家被无端追究刑事责任，把好了管辖这一关后，最重要的就是严把经济犯罪案件入门关，即在“立案”环节从严把控、从严监督。在刑侦中，因为出现了人的死伤，立案有客观事实，比较清楚。相比而言，经济犯罪案件是否该立案往往争议很大，甚至乱象丛生，需要加强监督。如果更进一步，可以考虑将“立案”和“侦查”分离，把经济犯罪的立案权从公安剥离出来（比如交由检察院来决定是否立案），这将会在很大程度上改善公安机关自行立案、自行侦查、自行采取强制措施的一体化工作模式。这种一体化模式可能导致很多并非刑事案件的民事纠纷陷入刑事程序而无法自拔。

如果做不到对公安立案权的剥离，也应当建立一套有效的监督机制。目前，虽然检察机关有法律监督职责，但在实际中对公安立案的约束不大，不愿插手公安的立案环节，多数是等到批捕阶段才发挥一部分控制作用，或者等审

查起诉阶段终结时再考虑是否不起诉，而这时当事人已被长时间羁押，造成很大损失甚至无法摆脱本不成立的指控，所以，从立案环节就加强把关，非常重要。

3. 非羁押强制措施要加大适用 非羁押强制措施要加大适用

我们的民营企业家对社会的贡献非常大，在税收、就业等方面推动着社会经济的发展。一个企业的老总涉嫌犯罪被抓起来，一关就是几个月，甚至几年，期间不能见家人，不能进行经营活动，企业停产甚至倒闭，这对社会的损失非常大。按照我国法律的规定，未经人民法院判决认定，任何人都不得被认定有罪，那么，在法院判决之前，在案件立案查办的过程中，我们为什么非得把他关起来呢？尤其对民营企业家，由于涉及到企业存亡、经济发展乃至社会稳定，更应当加大非羁押强制措施的适用力度。

这方面，美国的做法值得借鉴。今年初，我们京都律师事务所组织了国内部分律师去美国纽约大学培训，参观交流，其中我对美国司法机关对非羁押措施的适用印象深刻。我旁听了一个法庭的审理，是法官、检察官和律师三方讨论是不是对被告人取保候审。出乎我意料的是，与国内取保比登天还难相反，他们控、辩、审三方在庭审中竟然

一起想方设法创造条件让被告人取保候审回家：检察官、法官帮着被告人联络住处，到银行开设账户收取亲属转来的保释金……从美国的经验看，大量采取非羁押强制措施并没有对刑事诉讼造成不便，相反，很好的保护了嫌疑人的人权。

而我们的做法是，尽管这个企业家还没有被认定是一个罪犯，但在刑事诉讼过程中却基本一直被羁押着。根据刑诉法的规定，嫌疑人被刑拘后面临37天的羁押；如果被批捕，后面的侦查羁押期限经过三次延长可达七个月；侦查终结移送检察院审查起诉后，如果两次补充侦查，期限可再达六个半月；法院一审审限六个月，二审审限四个月。粗略算下来，一个人从被抓到宣判之间需要长达两年的时间，这还不算其他特殊的延期。很多本来无罪的案子正是因为宣判前羁押的时间太长了，最后得不到无罪的判决，比较“好”的结果是最后关了几年就判几年，民间俗称“实报实销”。如果没有那么长的时间，采取了取保候审的非羁押措施，他可能就不会被定罪。所以，无论是保护企业家的人权，保证企业的经营，还是对于案件最终的客观公正处理，我认为加大取保候审的适用都是非常有意义的。尽管新刑诉法强调了非羁押强制措施的适用，但实践中要申请一个取保仍然和以前一样困难，这需要司法机关转变观念。

4. 保障民营企业家被羁押期间的企业经营权保障民营企业家被羁押期间的企业经营权

在刑事诉讼过程中如何保障被羁押的经营者对企业的经营权，目前在立法上还是空白。实践中，由于大多数涉嫌犯罪的人都处于被羁押的状态，和外界完全隔离，要想在看守所里实现对企业的经营掌控几乎不可能；甚至签署授权委托书转移经营权都不被允许，这对企业的正常经营无疑造成障碍。因此，强烈呼吁尽快弥补在侦查过程中保护犯罪嫌疑人对其企业“经营权”的法律空缺，只要不影响侦查工作，应当保障被羁押的企业家有条件继续行使企业“经营权”，对涉嫌犯罪的企业家的此类正当请求应当设置一套完整的审查处理程序。

5. 查封、扣押、冻结财产应予规范查封、扣押、冻结财产应予规范

一是规范查封、扣押、冻结财产的范围。这一部分在目前司法实践中更加混乱。比如当事人涉嫌一个罪名A，侦查机关把罪名ABC的财产全部都扣押；当事人个人涉嫌犯罪，侦查机关把他的老婆或老公、老爹、儿子的账户全部查封；当事人一个公司涉嫌犯罪，侦查机关把他所拥有的几个公司全部查封……企业家一不小心犯个小小的错误，就可能给他所有的企业带来灭顶之灾。其实，无论有罪还是无罪，该是什么责任就是什么责任，在侦查过程中涉及哪些就是哪些，范围边界应当清楚。目前相关法律对刑事诉讼中财产的查封、扣押、冻结措施的执行范围、方式和流程有规定；但在执行中存在很多问题，需要加强规范。

二是落实查封、扣押、冻结的救济措施。关于这一点，现有的法律基本没

有相关规定。在刑事案件中，一个企业被超范围查封、超标查封，可以说目前没有什么有效的救济途径。因为现行法律没有规定一个明确的实行方法：具体的受理部门、途径、流程等等，都没有落到实处。应该出台具体规定，让失去的权利得到救济，让滥用的权力得到惩处。

三是涉案的合法财产应及时返还。按照法律规定，在案件办理过程中发现查封扣押的财产物品与案件无关的，应及时返还。实践中往往明明案件已审判结束，被告人被宣判无罪，或者宣判有罪但确定了涉案金额，但对应的合法财产却长时间不能及时解封、返还。当事人去找办案单位，办案单位相互推脱，没人负责，更没有期限。这严重地侵犯了当事人及其公司的民事权益，给企业的经营造成了很大困难。其实这方面有非常明确的法律规定，但是在实践中没有得到很好地执行。

6. 取缔“赃款提留”制度取缔“赃款提留”制度

在刑事诉讼中，办案单位可以从追缴的赃款赃物中得到财政返还，这是一个公开的秘密。这一“赃款提留”制度是历史上办案单位经费不足的遗留产物，现在办案经费充足了，这一制度却仍然存在。“赃款提留”制度弊端极大，必须予以取消。试想，定了罪，“抓人者”就可以分“被抓者”的钱；相反，不定罪就不能分钱。在这种关系中，谁能相信“抓人者”能对“被抓者”进行公正地处理？这个道理我觉得谁都能听明白。“赃款提留”导致办案机关有动力接受“似是而非”甚至明显不是刑案的案件，可以说这是导致“民事问题刑事化”恶果的一个重要原因，这一问题应该尽早得到解决。

7. 改变一律“先刑后民”的做法改变一律“先刑后民”的做法

在我国司法实践中，“先刑后民”是普遍做法。但在司法活动中不管具体案情一律“先刑后民”，对案件的公正处理危害很大，也违背对客观事物的认识规律。其实，与之相反，有很多案件首先需要搞清楚双方的民事法律问题，比如在合同诈骗案中，合同是否有效？合同双方的权利义务是什么？是否履约？是否存在欺诈？这些民事问题是当事人能否构成合同诈骗罪的前提。在这样的案件中，就应该“先民后刑”，先审民事问题。而我们的做法却恰恰相反，由刑事法官直接就被告人是否定罪进行审理，这就导致在整个刑事审判过程中，控辩双方讨论最多的不是犯罪构成的问题，而是合同效力、是否违约、应否担责等完全属于民事范畴的问题。很显然，在这些问题上刑事法官不如民事法官专业，以这样的审理顺序产生的刑事审判结果几乎很难保证客观。

“先刑后民”的结果，是实际形成了“以刑代民”，刑事审判完全代替了民事审判。当事人一旦被定罪，所有的民事权益都失去了翻身的机会。所以，我们应该改变简单的“先刑后民”做法，根据案件实际情况选择“先刑后民”还是“先民后刑”或者“刑民并进”。

因此，可以考虑借鉴我国民事诉讼法的规定。根据民法，人民法院在审理民事案件中，如果发现案件涉嫌刑事犯罪时，应裁定中止审理，并将发现的情况或线索及时移送具有侦查权的侦查机关。相对应的，我们能否在刑事诉讼法中增加一条，规定在刑事审判的过程中，如果刑事法庭认为需要先审理民事问题的，刑事法庭也应该把案件移送民事法庭。如果有这样一个法律依据，相信刑事法庭是欢迎的，也有利于案件公

正处理。

8. 扩大刑事和解案件的范围

按照现行法律规定，因民间纠纷引起，涉嫌侵犯人身权利、民主权利、侵犯财产犯罪，可能判处三年有期徒刑以下刑罚的故意犯罪案件，以及除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件，纳入公诉案件适用和解程序的范围。但是，犯罪嫌疑人、被告人在五年以内曾经故意犯罪的，不适用这一程序。对于当事人之间达成和解协议的案件，人民法院、人民检察院和公安机关可以依法从宽处理。

我认为，可以加大刑事和解立法的力度，将更多的经济犯罪纳入刑事和解的案件范围，如诈骗类犯罪、职务侵占、挪用资金等案件。在加大和解力度的情况下，会让很多案件尽早停下诉讼的步伐，节省司法资源，提高诉讼效

率，这也是符合目前的司法解释精神的。并且，涉财的刑事案件如果能在民事问题上达成和解，也有利于涉案财产的执行。

9. 历史上形成的企业家冤假错案应进行再审

这些年，民营企业落马不少，不可否认的是：基于各种原因，其中存在冤假错案。但是，这些冤假错案却几乎没有被纠正平反，甚至社会上公认的一些错案也难以进入再审，比如重庆“打黑”期间查办的一些案件。十八大以来强调公平正义，法院系统也纠正了几个标杆性的典型错案，但都是故意杀人一类的暴力型犯罪；而贪腐类、涉黑类、涉及企业家财产类的案件鲜有听说进入再审的。难道这些案件中就没有一个错案？其中民营企业要申请再审尤其困难，因为企业的财产都已经被划走了。

要对企业家平反，就涉及企业财产返还问题，这成了纠错的障碍。当前，要让民营企业家重树信心，重拾安全感，就必须对历史上的冤假错案进行纠正，而这可以从一些典型大案开始做起。

10. 建立“刑事赔偿保险”制度

一个正常经营的企业家，因为经济纠纷卷入刑事案件，即使最终被确认无罪，往往他的合法财产却都损失了，企业也不在了。一个人涉嫌犯罪最终被处以刑罚，但是被害人损失的钱往往还是拿不回来。虽然我们有国家赔偿制度，但是依然不够完善，很多时候就是因为钱没有出处而耽误了赔偿，甚至影响了案件纠错。如果国家设立一个刑事赔偿的保险制度，以全国司法机关作为投保人，那么有了这个赔偿基金库的支持，相信这类案件的赔偿就有了保障，也为案件纠错排除了资金的障碍。

公丕国：立法缺失，是民事案件刑事化的重要原因

上午老师们讲了，中央为什么出台《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》，就是因为没有平等保护产权，主要是对民企产权没有平等保护。民企产权保护乏力，在司法实践中的一个普遍现象，就是民事案件的刑事化问题。

民事案件刑事化，就是本身是一个民商争议案件，但是公权力出于各种原因，倾向于用刑事手段来解决；也就是以刑事手段之名去解决民事纠纷，是一种公权力插手民事活动、干预私权领域的表现，其实质是利用公权力谋得私



公丕国律师：京都律师事务所高级合伙人

利。最典型和普遍的例子，就是民营企业 and 国有企业发生经济纠纷时，地方政府或者国企认为国企资产是国家的，很重要的，动辄就指使公安介入这种民事纠纷，抓人，封财产。民营企业的人身权受到侵害，更不用说财产权。

出现民事案件刑事化的现象，原因有很多。从法律的层面上来讲，是司法实践中尤其是在民刑交叉案件中，有一种“先刑后民、刑事优先”的司法思维。这种司法思维本来是没有法律根据的，但在实践中几乎成了一种司法原则。大量的民事纠纷，尤其是合同纠纷



类的案件，一旦刑事立案，就会遭遇“法院不立案，立案也中止”的悲催结果。民事纠纷被刑事化，很多当事人含冤入狱，公司关门。人身权和财产权无安全可言，是当前民营企业“人才出国、资金外流”的主要原因。

我们团队刚接手了一个中国、加拿大合作开发煤田项目的案子。这个煤田位于加拿大BC省北部，现在的勘探结果显示全世界焦煤含量世界第一，是当时很有影响的的一个中加合作项目，网上能查到。中方是山东某煤矿集团，外方是加拿大的一个矿业集团，老板是加拿大籍华人。中方国资委和企业考察研究后，双方签了合同，中方出资先勘探后继续投资经营，加拿大一方负责手续、施工。勘探结束，中方报告是质量非常好。但是，山东这煤矿集团资金链断了，加上国内立项有问题，山东煤矿集团要求终止合同，不继续投资了，还要加拿大的一方把前期中方投入的3.2亿人民币给退回来。大多数资金投入项目了，加拿大老板无钱可退，煤矿就找山东当地政府，当地政府就找公安局，公安局长兼副市长大笔一挥，加拿大老板就成合同诈骗罪嫌疑人，立案了。老板被边境控制，面临国际通缉的风险，关联的北京、山东几家民企财产被查封，账户被冻结。本来这是一个事实很清楚，各方面书证、物证和人证充分的合同纠纷案件，就因为地方国企和地方政府是一家人，因为公安局长兼副市长的因素，成了一个刑事案件。

从商务纠纷角度讲，因为煤田质量好，山东某煤矿集团没钱投资了；加拿大老板再找一个投资方继续合作，把山东某煤矿集团的前期投入退回，才是解决问题之道。一个山西的民企上市公司看中项目，愿意投资，签了合同，山西的董事长一打听此项目涉嫌到刑事犯

罪，坚决毁约不干了。这个纠纷现在就陷入了“没钱还，刑事立案，没人再投资，没钱还”的僵局。山东某煤矿集团直接就讲“还钱就撤案”。这是公安机关插手经济纠纷的一个案件。

与之相反的，面对刑事案件，公安不作为。我们团队正在处理的一个金融借贷担保案件，我们的当事人是担保方。借款人是个人公司，编造了财务报表和交易合同向银行借款，还了以前的旧债，然后低价变卖房产、车辆、货物，公司关门，法人携款跑了。银行起诉借款人和担保人。大家知道，人也跑了，物也没了，三千多万的本息就是担保人的事。担保人向公安机关控告借款人合同诈骗。因为借款人的老岳父是当地退休干部，案件辖区的公安局长是这个岳父提拔起来的，公安先是不立案，后来勉强立了一个个人骗取贷款罪。然后立案一年了，人还是没到案，而民事案件非常推进快。对方的策略就是刑事案件搁在这里，民事案抓紧判，判完了就执行担保人，这个事就不了了之。

骗贷罪是指利用欺骗的手段拿到借款去经营，后来想还款还不上。本案是明显的合同诈骗，主观目的就是拿到钱关门跑人；不仅骗了银行，也骗了担保人。法院一直以个人犯罪为由判决民事案中止，担保人承担责任。从专业角度来讲，法院这种商事独立裁判的思维也不是不可以，但是法院的理由有问题，说个人犯罪不影响借贷和担保的关系。我们强调这是合同诈骗罪，受害人不仅是银行，还有担保人，是影响到民事责任的。所以我们现在在努力协调公安机关改案由为单位合同诈骗罪。主办民警法理水平很高，已同意协调更改罪名。还有最新消息是上周那个公安局长被调走了。

一正一反两个例子来说明，有些时

候，公安机关强行介入案件，不该立案的立案，或是立了案就在那搁着不办。法院对这类民刑交叉案件也是标准不一，司法混乱。为什么呢？

随着市场经济的发展，商业模式、市场关系越来越复杂，民刑交叉案件越来越多。出现民事案件刑事化、重刑轻民的司法乱象，原因有很多。但是从法律层面来讲，最重要的原因是我国立法对于民刑交叉案件没有明确的法律规定，存在立法缺陷。

我们查阅目前的法律，《刑事诉讼法》第77、78条是设置了刑事附带民事赔偿案件的程序，和民刑交叉案件有关联性，但还不能覆盖现在的民刑交叉案件；而《民事诉讼法》136条第五款“一个案件必须以另一个案件的结果为依据的，本案中止审理”，是大家普遍适用的民刑交叉案件处理的法律原则。除了这两个不够完整、非常原则化的法律条文外，我们找不到其他对于民刑交叉案件的适用和程序有规定的法律。而对于民刑交叉案件的规定出现在几部司法解释中，这些司法解释规定得也不明确，而且还倾向于刑事优先。民刑交叉案件本身因为案情复杂、关系复杂，容易产生一些是非不清或者判断不明的问题，需要一个权威的法律标准来统一。但是因为立法层面上的缺失和司法解释本身的局限性，导致了实践中大量的民商案件被刑事化，刑事程序、诉讼程序交叉混乱，出现了乱七八糟各种冤假错案和负面的问题。

中央深改组出台的平等保护产权的文件，有十条推进措施，第二条是“完善平等保护产权的保护制度，加快推进民法典的编纂工作……加大对非公有财产的刑法保护力度”。个人认为，文件中的第二条，是对立法层面的一种要求，也是我们讨论民刑交叉立法的政策

基础。作为一名从业多年的执业律师，我深切感受和体验到“重刑轻民”的司法思维和民事案件刑事化对民营企业的财产权及民营企业家人身权的破坏，真诚希望立法和司法层面对实践中已经大量存在的民刑交叉纠纷，有明确的实体界定和程序规范。两个具体的建议：

一个是从立法层面完善诉讼法的立法，明确民刑交叉案件的适用条件和程序规则，加大对此类案件的监督和制裁。从民事诉讼法的角度来讲，应当明确“刑民并重、刑民分离”的司法原则，吸收近年来关于民刑交叉的相关司法解释的成熟意见，制定明确的刑民交叉案件的适用条件和程序规范的法律规则。现行《刑事诉讼法》对“批捕”之外的查封财产、取保候审等强制措施没有设定司法审查制度，由公安机关一家决定，规定了对于公安机关不立案由检察机关监督；而对公安机关立案不积极作为没有下文。所以建议对刑事诉讼

法的修正中，除了规定对公安机关不应立案却立案的违法行为的监督制度外，还要对公安机关立案不作为的现象设置救济机制和惩治制度，对查封财产等强制措施进行司法审查的程序设计。

在司法层面，我建议尽快出台一个专门针对刑民交叉案件的司法解释。8月30日中央发布的平等保护企业产权的意见，9月2日最高人民法院就发布《关于依法审理和执行民商事案件，保障民间投资健康发展的通知》，速度很快；但这个通知是一种精神，一种原则，没有规范操作性。据了解，最高人民法院曾经多次组织专家讨论民刑交叉案件的司法解释，2015年曾经出台了民刑交叉案件司法解释的征求意见稿，但是没有正式出台。专门司法解释没出台，但是最高法院的商事审判庭近年来以诸多指导案件来强调“刑民可以分离，民商案件可以独立司法”的裁判思维。从中央政策、专门论证及指导案例的角度，

可以说出台一部专门针对民刑交叉案件的司法解释，已经有了基础，这对于解决大量的民营企业的保护问题，是一个直接的作用。

还有一点，习总书记要求立法机关2020年完成《民法典》的立法工作，我们相信有了这个平等保护产权的中央文件，《民法典》对于私有经济产权的规定会更加具体。

作为一个律师，感触很多，建议也很多，但是我也知道很多时候是说了也白说。但是我相信田老师那句话，“说了也白说了，白说也得说，说多了就不白说”，很多现行法律法规的修改和完善都是多年的呼吁才形成的。所以我借这个机会，就民刑交叉案件的立法、司法问题，提一些自己的建议。让我们一起来发声，一起来呼吁，加快民刑交叉案件的立法和司法，为民营企业家人身权和产权保护，做出一些努力。谢谢大家！

王九川：改变观念 着力纠正民企冤案错案



关于冤案错案的难点和对策，这个题目很大，我还缺少深入的思考，今天作临时发言，在这里提出几个思路，供大家讨论。关于冤假错案的纠正，我觉得有两个观念问题值得关注，虽然在很多的申诉案件里面都存在，但是我感觉在有关民营企业刑事冤案错案的申诉中显得尤为突出。

一个问题是，面对一些申诉案件，一些法律人士持有“冤枉你的事，但是不冤枉你这个人”的观点，这实际也是一种“原罪推定”。我曾办理一起“红帽子企业”负责人涉嫌犯罪案，和



王九川律师：京都律师事务所高级合伙人

一位办案人员交流看法。在证据、法律适用上我们没有多谈，他一再强调说，你的被告人“慷了国家的慨”，占了公家多少便宜，起诉的只是其中一部分，不冤。到今天，不单在法律界，甚至在民间，对民营企业的这种歧视观念还存在。上午有一位媒体人士提到了平等保护的问题，认为民营企业现在自由度已经很大了，能做的事情非常多，受到的保护已经不少，言下之意你们要知足。我想什么叫平等，我觉得要横向的比较，纵向的比较，的确是进步了，向后看，私有企业还一度被消灭了。我们说



的平等保护，应该是横向比较，在同一个时期内，不同的主体是不是能够享受到同样的权益。我觉得在法律实务部门，尤其要改变这种观念，在法律适用上，对待民营企业要一视同仁。

第二个问题，就是在申诉案件的审查中，认为没有新的证据就不能够立案。刑事诉讼法规定了五种再审立案的情形：法律适用错误的问题；违反法律程序的问题；审判人员徇私枉法的问题；证据不足的问题；还有一种就是有新证据的情况下，能够推翻原裁定认定的事实，这种情况下应当重新审判。虽然有法定五种情形，但是根据我的经验，在实践中基本上是按照第五条来走的，就是只要你申诉中提交不了新证据，轻易不会给你立案再审。有相当一部分冤案、错案，民营企业的负责人被定罪、服刑，企业被拿走，很多重要的

证据早已无法查找或灭失，按照实践中的这种操作标准，永远没有纠正的可能。

还有一个不能忽视的难题，就是利益平衡问题。有一个可悲的说法：大案看政治，中案看背景，小案看关系。很多民营企业家的案件后面都有复杂的背景。在我经手的多数民营企业家经济犯罪案件里面，都或多或少存在这个问题。有些案件，拿到了非常有力的证据，足以推翻原判认定的事实，能够得到重申；而有些案件，即使有新证据，不解决背景问题，不消除这个障碍，也很难走得通。这种政治利益、经济利益交织的情况，是一个大难题。这里有官、商的私利，也可能有地方利益，案外干预相当普遍。我们在申诉中要有足够的心理准备。

怎么解决这些问题，第一点，在

实践中要“放宽”再审立案的尺度，真正做到完全按照刑法规定的五种重新审判的情形来执行。对于证据不足、法律适用错误、程序违法的情形，要给予重视。第二点，要做好大案、要案再审成功的宣传工作。必须要解剖一两个典型案例，进行广泛的宣传，形成大的影响，借此推动有关办案人员观念上的改变，并且带动全社会对民营企业有关犯罪现象的重新认识。第三，要从审判体制上进行改革，这里不展开讲了。最后，还要强调我经常谈的问题，制度改革其核心问题还是司法独立。如果不朝这个方向走，没有一个实质性的改革，不但旧案的纠正非常难，还会产生新的冤案错案。这是一个漫长的解决过程，需要大家付出十倍、百倍的努力。

刘敬霞：PPP模式中应从规则层面切实保护民营企业产权和公共利益

刑事案件的处理，都是在事后。如何将刑事诉讼、民商事诉讼的风险提前揭示，在正常的交易当中来进行民营企业的产权平等保护，是一个非常重要的问题。

在特殊时期对于特殊问题，比如国企改革、混合所有制改革、不良资产处置，特别是现在的政府与社会资本合作PPP模式，有很多制度上的创新，但并没有一个完善的制度。在商业行为当中，怎样把事情落实，如何让民营企业安心地参与，实际上是一个探索甚至混乱的状态。

公用事业领域，我们国家从2013年到现在，几乎所有的政府部门都在大力推行PPP模式。2016年8月底，财政

部牵头，一共20个部委发文公布了第三批PPP示范项目，共516个项目涉及1.17万亿元投资，但仅占全国入库项目的5%和项目金额的9.5%。京都律所在其中参与了14个项目的法律服务。这些项目都涉及怎么样落实政府和社会资本合作的问题，涉及国有企业改革包括混合所有制改革的问题。讲到国计民生，公用事业是非常重要的国计民生领域。我们国家并没有统一的关于政府与社会资本合作的法。合作的程序牵涉到招标法的规定，比如说涉及到基础设施公用事业的项目，应该用公开招标的程序。但是财政部为了把政府和社会资本合作项目快速推广下去，又创新了一种制度叫做竞争性磋商。在公开招标、竞争性



刘敬霞律师：京都律师事务所高级合伙人

谈判和竞争性磋商这三个程序当中，实际上有很多灰色的地带。在这个领域里面，多数投资项目规模都非常大，在财

政部第三批示范项目中涉及到的金额是1.17万亿，列入财政部PPP项目库里面是12.2万亿，这是一个什么样的概念？未来大部分的基础设施和公用事业项目都会用PPP的方式推进。

PPP的模式，就是政府和社会资本的合作，大部分是政府不投资，社会资本投资。在2014年修订后的《行政诉讼法》第十二条第十一项将涉及“政府特许经营协议”的诉讼列入行政诉讼受案范围后，出现了同样的项目合同名称叫“政府和社会资本合作协议”就是民事合同，但是叫“特许经营协议”这就是行政合同如此任性的法律关系定性！政府和社会资本合作到底是行政法律关系，还是民事法律关系？现在的舆论界和实务界都非常混乱。在不同的法律关系里，当事人的权利义务、权利保护和法律救济机制差异很大。如果是民事法律关系，社会资本就可以按照“意思自治”实现合同权利，按照民事诉讼程序保护权利；如果是行政法律关系，政府很容易推翻授予社会资本的权利，就是一个行政诉讼。按照国家赔偿和按照民事合同约定赔偿，有天壤之别。PPP立法，首先要解决法律关系的定性问题，如果这个根本性问题如果没有定性，这个法肯定不出来。

第二，基础设施、公用事业牵扯到公共利益的。民营企业投资的基础设施、公用事业项目所形成资产的法律属性和权利归属到底是谁的？比如说我们过去认为铁路是国计，是民生，通常情况下是政府投资的，资产归国家所有。对此，大家没有争议。现在的问题是，财政部、发改委和住建部都在出一些政策，欢迎民营企业和民营资本投资铁路事业，包括我们的地铁、高速公路、机场。一个项目几百亿、几十亿，社会资本去投资了，然后所有权到底归谁所

有？现在实际处理的时候，就是把所有权的问题搁置下来不谈。虽然是社会资本投资的，但在合同中写明只拥有经营权，所有权的问题没有落实的情况下，如何去谈经营权的问题？如果项目的所有权不属于社会资本，哪属于谁？产权所有人不应缺位。

如果是政府也投了资，在投资中占了一部分股权，比如国有股占了5%，甚至更小比例，实际就是混合所有制了。按照企业国有资产法的规定，包括2016年5月份的时候又出了一个关于企业国有资产监督管理办法，就是国有资产所有的交易都要经过产权交易中心，而且前面有20个工作日预披露，还有20个工作日的正式披露，要经历这么长的一个周期。而且国有资产转让的时候要经过很多的程序，包括清产核资、审计评估等。在政府和社会资本合作的过程当中，国有资本和民营资本想要退出的时候，在《公司法》与《企业国有资产法》之间到底怎么协调处理，实际上也是一个悬而未决的问题。

PPP实际上就是一个公用事业私有化的过程，要么就是民营企业百分之百投资，要么就是控股的；因为不允许当地国有平台公司控股。现在很多项目在做的時候，政府只占有5%，但是提到了在重大事项上要求“一票否决权”。什么叫做“重大事项”，实际上并没有一个明确的界定。国有资本要求的“一票否决权”与公司法上的法人治理结构中的“同股同权”到底怎么去定？股权占的比例很小，却行使一票否决权，跟公司法的资本多数决定制度是相冲突的。公司法作为一个基本的商事法律，一个部门规章就可能把这个规则改变了，这个合理不合理？

另一方面，却凸显的是公用事业中公共利益代表缺席的问题。过去大家

以为政府代表的就是公共利益，其实不是。政府代表的就是政府自己，资本代表的是资本自己，合同双方合作中没有公共利益的真正代表，如何保护公共利益，法律没有给予空间。比如说供气、供热、供水项目，小区居民买房交了小区内这些设施的钱。因为开发商计入售房成本中了，由开发商把供气、供热、供水管道的接驳费交给供气、供热、供水公司了，发票开给开发商了。供气、供热、供水公司铺设了这些管道、设施，在产权处理的时候，就把这些管道、设施在财务上记成了自己的固定资产，直接当做自己的资产。这个合理性在哪里？这在许多地方是一个很大的灰色地带。如果供气、供热、供水公司与社会资本合作，在PPP的过程中，把这些管道、设施当作自己的产权处置了，社会资本花钱买了这些管道、设施的权益，社会资本的权利如何保护？小区居民的公共利益如何保护？

如果政府在公用事业和基础设施领域的权力和权利边界从经济学上和法律上都缺乏一个清晰、可行的划分，没有切实可行的操作边界，就很难谈民营企业产权的保护，产权的保护首先是产权的界定。

因为公用事业涉及到公共利益，合同当中都会有危及公共利益情况下政府对公共基础设施的临时接管，以及基于各种原因的合同提前终止。PPP的项目多数情况下都要在不超过30年的期限后把资产无偿移交给政府，那么移交的法律性质是什么？跟国有化征收之间是什么关系？PPP项目中社会资本“投资”到底是什么法律属性？这些模糊的问题实际上都是悬而未决的。从2013年底财政部从政策层面积极推动PPP模式，到2015年下半年PPP项目实际操作真正热起来了期间，部门规章逐渐突



破了法律法规，这有积极的一面，但程序上和法律关系上处理都非常乱。由于PPP项目在程序上涉及《招标投标法》《政府采购法》，在实体上涉及《预算法》《价格法》《合同法》《公司法》《物权法》以及国务院诸多法规及众多部门规章，在项目主体方面涉及政府、央企、国企、民企、银行、保险公司、信托公司、私募基金、工程公司等诸多

主体，具有多层次法律关系，导致经济学界和法学界对一些基本问题都尚未达成共识。但非法律引导的大量PPP项目都已经爆发式签约了。在两到三年的建设期以后，估计到2019、2020年之后，这个领域将有大量的纠纷会爆发，包括民事诉讼、行政诉讼，甚至还会有很多刑事案件。

现在国家宏观经济政策出台不少，

可是缺少相应的法律制度及制度之间的协调法则。政策与法律冲突给民营企业产权保护带来法律风险。那么在现在及今后的整个政策推广的过程中，怎么样去落实民营企业产权保护的问题，实际上也牵扯到国有资产到底会不会流失的问题与如何保护社会公共利益的问题。这些问题首先需要法律界清晰地去思考。

王宪森：谈谈“平等保护”法治环境下民刑交叉案件的诉讼程序问题

中央深改组发布的《关于完善产权保护制度 依法保护产权的意见》中提出了“加强各种所有制经济产权保护，完善平等保护产权的法律制度”等具体措施，特别强调“坚持权利平等、机会平等、规则平等”，这些提法对于营造和完善公平的法治环境，激发全社会的创造力，推进市场经济法治化均具有重要现实意义。如何落实该《意见》，司法实务角度应首先从矫正不当的观念入手，宏观上营造平等主体的法治生态环境，市场主体共沐阳光雨露，共经风雨，没有差别对待，公平竞争。江平老师总结的“理念、制度、政策”，也可统称之“法治环境”。从法律上讲，“平等权”首先是一个宪法权利；其次，在民商法领域，是最讲“民事主体平等”了，这是全部民法、商法规范的“基石”。市场经济要求市场主体平等竞争，才有宏观层面的成本最低、效益最佳。大家之所以对出台《意见》反映强烈并寄予希望，是因为以往现实中的确存在着诸多“不同所有制经济经营机会、地位不平等”现象。所以，我认为

中央深改组的《意见》反映了当前时政之需，今天论坛的主题也很切中“焦点”。

从具体诉讼实务方面看，反映较强烈的问题，主要是刑事案件中的一些强制措施（包括限制人身自由、没收财产等）常会被滥用，干扰、影响了民事诉讼顺利的进行。正如刚才有发言者讲的民事案件刑事化问题，就是地方保护主义或个别私利者滥用公权力的表现。为制止此类违法行为，国家相关部门也出台了禁止公安机关借刑事侦查为由不当插手商事纠纷、民事纠纷的规定。但在实践中，这类情况还是时有发生。究其原因，一方面是上述说的“非法干预民事诉讼程序”，以谋取私利；另一方面，也是由于相关刑事案件与民事案件在诉讼程序上协调、衔接的规则不完善、比较模糊。在多年办案中，我们发现，在有关民商事诉讼案件的企业中，特别是民营企业，一旦其法定代表人个人涉嫌刑事犯罪，往往影响该企业在民商事诉讼程序中行使正常的诉讼权利，债权无法及时清收，甚至正常的经营活

动也被迫中断，造成了巨大的财产损失。以往这样因一桩刑事案件而毁掉一个企业的案例的确不少，这既是企业的悲剧，也是我们国家和社会的悲剧。企业是社会的营养细胞，承担着纳税、解决就业、满足社会对产品的需求，以及创新发展的重任。只有创建良好的法治环境，企业才能安心经营，社会才能稳定、发展、进步。如果这些“营养细胞”不稳定，没有生命力，甚至因一件普通的刑案就迅速毁掉，那么这个社会很难稳定、发展，社会将缺失“财富创造力”。所以，我觉得今天论坛的主题非常好，不管是国企还是民企，都是平等的市场主体，全社会都将受益于他们的发展壮大。

回到具体的民刑交叉案件。民刑交叉案件，简单讲就是同处诉讼程序中的一个刑事案件和一件民事案件，其相关案件事实中存在着重合或相互交织的部分内容。不管是刑事案件还是民事案件，都是依据国家的法律规范对相应法律关系进行司法矫正的过程。在民刑交叉案件中，不仅要有部分主体交叉、

重合、联系，还应存在“案件事实”相交叉、重合的情形。如果两案件在法律关系及案件事实上均无任何联系，就不属于我们这里讨论的民刑交叉案件。实践中，诉讼主体交叉的情况较多，如甲公司因偷税漏税行为而涉刑事案件，同时其又因购销合同纠纷，与另一企业之间形成商事纠纷案件，两案件均在法院审理，但两案件仅存在诉讼主体（甲公司）重合，案件事实并无联系，因而不属于民刑交叉案件，应各自审理。再举一例，如某信用卡内巨额资金被盗刷，持卡人报案，公安机关作为刑事案件立案侦查；同时，持卡人认为银行对其遭受的损失应承担民事责任，遂将银行诉至法院，形成信用卡纠纷商事案件，两案均涉及“信用卡被盗刷”的案件事实，就是典型的民刑交叉案件。法律关系由其主体、内容、客体三要素组成，反映在具体案件中的诉讼当事人及案件事实是否存在必要的关联，是判断一民（商）是否构成民刑交叉案件的基本依据。实务中较常见到刑事上定合同诈骗，而民商事方面又以合同纠纷立案，个案中是“构成合同诈骗罪”还是违约行为，往往争议较大。即使理论上能够区分，但实践中因存在地方保护主义等原因，有的执法部门故意混淆两者，以公权力干预民商事纠纷的解决，这显然是违反相关规定的。此外，在案件事实认定及证据运用方面，构成民刑交叉两案件的关联度也较大，例如，刑案中有关“诈骗的事实”的认定，同样构成相关“民事欺诈”的证据。

有些民刑交叉案件如何协调、处理，也的确存在难点，争议较大，且诉讼实务中可用于操作的司法解释、司法文件不多。我大致查阅了一下相关的依据。最早的是1991年最高人民法院经济审判庭制作的法经（1991）195号



王宪森：最高人民法院原高级法官

《关于刑事案件与经济案件交叉时如何处理问题的函》，认为当时公安部五局反映的刑事侦查案件与相关的一起购销合同纠纷案件，既有联系，又有本质不同（法律事实和法律关系不同），合同案件审理不影响公安机关刑事侦查，法院对经济纠纷案件可继续审理。该复函虽内容简单，但明确了“经济纠纷和刑事案件可以分开审理”，这对及时解决经济纠纷，防止其因刑事案件而久拖不决具有积极意义。1998年，最高人民法院制定了一个正式的司法解释，就是法释[1998]7号《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》，共12条，主要明确了企业主管人员、直接业务人员涉嫌经济犯罪，或企业向涉嫌经济犯罪的他人出借业务介绍信、合同专用章等情况下，交易相对方提起的经济纠纷案件是否应立案、审理或移送的几种情形。该解释规定，经济纠纷和经济犯罪涉及不同法律事实的，应分开审理；如法院发现有牵连的经济犯罪线索，但与审理中的经济纠纷不属于同一法律关系的，应将发现的线索、材料移送侦查机关，受理的经济纠纷案件继续审理，不受影响。这里谈到的是

法院审理经济纠纷时“涉及经济犯罪嫌疑”的情况，如前面讲的，“不同法律事实、不同法律关系”的民刑两案不是严格意义上的民刑交叉案件，本该单独审理，彼此不受影响。

这是最高法院1998年制定的司法解释规定，时间比较长了。这些年，在具体个案中，民刑交叉案件涉及程序法方面的问题很多，很难几句话说明清楚，应结合具体个案探讨。近两年也有这方面的调研，但还没有制定新的司法解释。通常情况下，法人从事民商事活动时，如其企业高级管理人员、直接业务人员在办理相关业务时涉嫌刑事犯罪的，形成民刑交叉案件的比较常见。

我们可以概括一下司法实践中一些基本的解决要点：

第一，如果民（商）事、刑事两个案件在法律事实、法律关系上没有任何牵连，相互独立，则民商事案件的审理就不应受刑事案件诉讼程序的影响。

第二，虽然两案法律关系对应的案件事实（交易行为和过程）存在交叉、重合的内容，但刑事案件的处理结果如不影响民商事案件的审理、判决，则民商事案件应继续审理，无需中止诉讼程序。例如，常见的一种情况是，银行的窗口业务员在办理存贷、理财等业务时涉嫌刑事犯罪，如因该笔业务引发了客户和银行之间的民事纠纷案件，如果客户对业务员的犯罪行为毫不知情，则通常情况下该民事案件的审理也不受刑事案件是否审结的影响。

第三，就是我们常说的“先刑后民”的情形。同样是上面提到的银行窗口业务员涉嫌犯罪的例子，如果客户（交易相对人）与该业务员串通，也涉嫌构成犯罪，银行则主张不承担民事责任。那么，客户在交易活动中的行为是否构成了犯罪，或其与业务员之间是否



存在串通行为等事实，应由相关刑事判决作出认定，显然，其结果影响到银行的民事责任认定问题。因此，民事案件应中止诉讼程序，等待相关刑事案件的判决结果。

最后，刚才王敏远老师提到了“先民后刑”，我想谈谈这个问题。实务中很少见到刑事案件裁定中止，等待民事案件判决结果的例子。但在现实中，却存在着许多民事案件判决、执行后才能确定某交易最终损失的案例，这可能会影响到相关刑事案件的罪名是否成立，

或者量刑的轻重。例如，某企业交易失败后立即寻求民事诉讼救济，该民事案件正在审理之中，损失结果还没有定论，可能是500万，也可能最终损失就50万。如需要等待该项损失的最终结果，则刑事案件最好也裁定中止进行。所以，在处理民刑交叉案件时，“先民后刑”也应成为一项原则和制度。在诉讼程序中，传统的“重刑轻民”不可取，应提倡刑事诉讼与民事诉讼两个程序有序协调，相互配合。建议未来修改刑事诉讼法时，充分考虑一下这一问

题。

总之，涉及企业家的经济犯罪，其刑罚也最好多用经济的办法。处理民刑交叉案件时，也应多考虑一下两案的协调，尽量维护企业的正常经营秩序，使其不至于因一件刑事案件而毁掉。这个问题，涉及立法、司法等多方面，也与执法者的理念、良知、技能有关。在对待民营企业方面，首先应转变观念。希望全社会共同努力，为其营造一个良好的、平等竞争的法治环境。

王胜全：纠正侵害民企产权错案，呼唤特殊司法政策出台



中央深改组《完善产权保护制度依法保护产权的意见》的出台，我马上想到英国一个大法官的名言：“正义可能会迟到，但不会缺席”。但又感到担忧，要想正义不缺席，光有意见是不够的，最高司法机关须出台相关的司法政策。

我审过一件侵害民企产权的案子。河南洛阳朱女士在90年代初成立了一家民营信用社。后来洛阳银行成立，收编所有当地的信用社，但没有给民营信用社任何的补偿。朱女士就起诉侵权，官司一直打到最高法院。最高法院裁定提审后，仍判决维持原判。不久前，周女士又来北京见我。18年前，她牵头出资成立了一家民营企业。当地纪检委以该企业的财务科长为党员，该党员违纪为由，暂扣了该民企1660万元的3张存单和一辆轿车。后来又上缴财政。该企业因此关门清算，法定代表人郁郁而终。我看了材料后很犯难：周女士无力缴纳高额诉讼费；诉讼时效或已

经过；人证物证所剩无几；以纪检委为被告，法院是否受理？周女士的诉求可能面临诉讼无门的结果。管中窥豹、一叶知秋，侵害民企产权的案件而言，大多具有以下特点：

一、涉及政治因素和公权力的滥用。主要是行政权力、司法权力的滥用，给民企造成损害。公权力在查处民营企业所谓原罪的同时，采取查封、扣押、冻结、征收等强制措施或者罚款没收措施，损害民企产权。

二、背景复杂、产权不明晰。不少涉及国企改制、挂靠、承包、借名登记、股权代持。有的多种产权混合于一体。有的合法财产与违法财产难以区分。

三、证据难寻、时效经过。由于时间较远，侵害民企产权的纠纷，大多诉讼时效已经经过，申诉、申请再审期间也已经过。有的甚至穷尽了诉讼程序。民企一方举证能力脆弱，有的当事人已经死亡，有的证人散失难寻，难以维

权、翻案。

四、刑民交叉、国家赔偿并存。民营企业遭受牢狱之灾的同时，个人财产被公权力侵害。

在处理侵害民企产权过程中，如果司法者机械适用现行实体法、程序法，则大多数的民企产权纠纷或者面临不受司法救济的结果，或者面临败诉的结果，迟到的正义最终还会缺席。边沁说过：“要真正理解法律，必须理解法律的缺陷。”执政者必须认识到，现行法律只适用于正常的纠纷解决，并不完全适用于历史形成的侵害民企产权纠纷，这就是现行法律的“缺陷”。因此，要真正有效地解决民企产权纠纷，让迟到的正义得到实现，必须平衡好法律与政策的关系，适度调整现行法律的具体适用，出台有针对性的、量身定制的特殊司法政策。就像当年为配合国企改制、不良金融资产、证券公司风险处置，出台特殊司法政策一样。具体而言：

一、确立统一领导，两级管理的体

制。中央及省级层面应成立专门的甄别纠正产权纠纷申诉的领导机构，整合党委、政府、司法等多方力量，出台具体的落实《意见》的细则，统一领导、协调民企产权纠纷的处理。各省应设立申报受理中心，统一接受民企产权纠纷的申诉，梳理统计，分类处理各类产权纠纷，交办、督办具体案件。

二、法院应开启诉讼“闸门”，更加放宽司法救助条件，把信访诉求引导为诉讼请求。为此，应当确立民事案件兜底原则，即对某些特殊组织参与的、不能通过行政、国家赔偿给予救济的案件，均应当作为民事案件受理，不应当再将这类诉求以不合法为由阻挡在司法大门之外。否则无异于承认我国境内有可以不受宪法、法律约束的特殊组织。对于经济困难的企业家或其继承人，采取诉讼费缓减免的救助措施。

三、充分运用指定异地管辖、提级管辖、集中管辖等弹性管辖制度，避免



王胜全：最高人民法院原高级法官

地方干预司法。侵害民企产权案件的发生，多与地方公权力的滥用相关，如不采取异地审判，难以保障案件被公正地对待和处理。为统一司法政策，每个省指定一两个审判力量较强的中院集中管辖这类案件。法院内部指定专门审判组织，统一裁判尺度，统一司法政策的适用。

云关秋：对民营企业知识产权的“硬保护”迫在眉睫



作为来自经济第一线的企业界代表，我抛砖引玉，提出自己的一些观点和建议，把一些不成熟的想法说出来供大家参考。

一、2016年8月30日，中央全面深化改革领导小组第二十七次会议，审议通过了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》。《意见》一经公布，就受到了企业界的热烈欢迎。我们北大企业家的微信群里，马上就有转发和认同，人们感受到了顶层设计层面吹来的阵阵暖风。

应该说，这个指导意见，出台得非常及时。今天的信息传播已经发生了巨

大的变化，我可能和大家一样，从微信公众号的文章看到了部分内容。有一篇公众号文章的题目很令人深思，说中央“大赦”了民营企业的“原罪”；这个题目不一定准确，但是很有意思。我认真研读了文件有关内容，感到一定是有著名的经济学家和法学家参与起草，措辞很考究，谈到了诉讼时效等专业问题，没有突破当前法律的框架；既有深刻的指导意义，又体现了法治精神。我觉得，这是很有智慧和高度的一个文件。

在今天这样一个时代背景下出台这个文件，非常及时，很有必要。因为我

四、需要尊重历史事实，探索裁判标准，妥善处理历史形成的产权纠纷。在处理挂靠为国有、集体性质的民企产权纠纷中，曾经有国家、集体、企业家个人各占三分之一的不成文分配惯例。这种处理方法是否公平合理？供大家评判。

五、正确理解诉讼时效、申诉期间等时限制度的精神实质，适度调整举证责任的分配规则。民企产权遭受侵害后，民营企业并非只是限于权利之上的懒惰者，而是由于历史原因，司法不能为其提供正义，故被迫放弃司法救济。因此对于诉讼时效经过的纠纷，以及申诉期间经过的已决案件，不宜简单予以驳回。在举证责任的分配上，不宜严格执行法官居中裁判、谁主张谁举证的分配规则。应采取职权探知主义，主动调查收集证据，多采用听证的审理方式查明事实，以实现举证能力上的实质正义。

们看到，很多企业家，都在讨论移民；有的人走了，绕了一圈回来又接着做生意，什么都不耽误。人才外流，资本外流，已经成为一个不大不小的潮流。像电视剧《小别离》，内容是孩子们出国留学，已经堂而皇之在北京卫视播放。中学生们都考虑出国，怎么控制企业资本外流的问题呢？这是一个非常大的问题。企业大到一定的程度，部分企业家不去思考把这个企业做大，或者长久地经营，想的就是怎么样走，不是一个好的现象。走的原因，有孩子教育的问题，雾霾的问题，食品安全的问题，这些都是原因，也许还有产权制度保护的





原因。

有了财产制度的保证，企业家的心就能定下来。现在国家如此推动大众创业，万众创新，主体不是已经成功的企业家，而是一批大学生和年轻人；大众创业和万众创新在未来一定能够构成对中国经济的新支撑，但是短期内还应该把现有企业做好。对于中国经济来说，我们应该西瓜和芝麻都要。当然，将来芝麻可能长成西瓜，西瓜也有可能变小。

大家知道，近年来资本外流严重。以部分民营企业代表为中产阶层大量移居海外，已经成为一种不可忽视的社会现象。在今天这样经济新常态的情况下，怎么样让民营企业扎根于中国经济，安心创业，努力经营，已经是一件迫在眉睫的事情。欲安其身，必先安其心。

二、我仔细研读了一下中央的意见，有很多感触：坚持平等保护公有制和非公有制的财产权，明确地提出“同样不可侵犯”，具有跨时代的指导意义。

可以说，坚持全面保护的原则，“非公有制经济财产权同样不可侵犯”，是广大学者和政法界的朋友一再呼吁的事情，现在写入中央文件，确实是非常大的突破。加快编撰民法典，完善物权、合同、知识产权体系，把平等保护作为规范财产关系的总原则，夯实整个平等保护的基础，进而给中国经济的长远发展，以及社会的公平、公正奠定坚实的基础。

产权制度保护文件给中国展现了新的方向。30年来，我们看过很多发展民营企业、保护民营企业的措施，累加起来是非常有效的。中央文件在中国政治体制之中层级是非常之高的；这个文件从执政党的意志，变成国家的法律意



云关秋：云盟集团董事长

志，变成了千千万万执政者和执法者每天的行动是历史过程，只要长期坚持，就会成为现实。

学法律的时候，听说过一句话：徒法不足以自行。如果一个意志，一个法律，没有切实地执行，就没有意义。执行的第一步是什么，要把它具体到法律当中去，具体到各种部门的规章中去。

中央文件提出了一个词组，叫“同样不可侵犯”，我觉得是跨时代的一步。保护民营企业知识产权是中国经济的一大进步。怎么把它变成社会现实，我觉得要有两个维度：第一个维度就是一定是时间的维度，是一层一层递进的；第二个维度就是空间的维度，这个空间的维度既包括对原有措施或者法条、法规的落实，也包括对有些不合时宜法规的升级、整理和升华。

三、对民营企业产权的保护，可以分类进行。作为民营企业的产权，可以分为硬产权和软产权。所谓硬产权，是看得见的财产；所谓软产权，就是看不见实物的知识产权。

硬产权的保护，已经有很多专家论述了，这里我主要谈谈对软产权的保护。现在民营企业的知识产权受到了双

重的打压。

第一，是来自于国际企业巨头的打压。国际巨头的知识产权意识非常强，经济实力很强。诉权是要靠财力来保障的，中国的广大中小民营企业没有这么多财力和精力来做这个事情。

第二，受到国内恶劣竞争环境的挤压。现在部分不法分子对商标权的恶意盗用，已经到了肆无忌惮、让人目瞪口呆的程度。法律上没有得到有效的执行，最后就形成了一个破窗效应。所谓破窗效应，比如说在一个街区，有一个窗子打破了，众人对好的窗子也就不爱惜了。现在对民营企业商标权的盗用，已经形成了破窗效应。在破窗效应下，原本可能守法的人开始变得蠢蠢欲动。法院的胜诉判决，有时是得不到执行的一纸空文，有时要打折执行。

四、把知识产权这种软的权利，加上硬的保护。一定要加大对民营企业知识产权的保护力度，其中保护商标权、专利权，以及其他各类知识产权。司法机关保持民营企业这种软权利的时候，能不能就像在“非移动支付时代”保护企业的“保险柜”一样有力度？

今天企业的知识产权如商标权等，就像过去的保险柜一样；因为今天这个时代，不仅仅是靠硬实力竞争的时代，更是靠软实力竞争的时代。在今天这样一个大众创业和万众创新的年代，所有产生的效果和成果，一定得体现在两种权利当中，一种是股权，一种是知识产权。知识产权如果不能保护的话，大众创业和万众创新，最后容易变成了一个没有规则的竞争，也会影响供给侧的改革。

真正的供给侧改革，一定得跟知识产权密切相关。知识产权加原材料，才等于中国经济的升级。目前看，这个保护普遍受到漠视；我们不仅仅是缺制

度，我们还缺的是执行制度。

政府大力推动“大众创业，万众创新”；如果没有知识产权的保护，任由抄袭、模仿泛滥成灾，所有的创新仿佛是在面对洪水的娇嫩花朵，不堪一击。大家知道，公安机关遇到保险柜被砸、被撬案件，都是作为重点案件来侦破的。对民营企业知识产权的保护，比非移动支付时代的保险柜保护更加重要，因为它会直接动摇企业的根基。

五、我们非常欣喜地看到，中央文件里明确提出，要建立健全知识产权侵权惩罚性赔偿制度，建立收集假冒产品来源地信息的工作机制，完善知识产权审判工作制度，提高知识产权侵权成本，降低维权成本。

今天各位学者们在讨论很多深度问题，能不能抽出10%—30%的时间，呼吁一下推动对现有的制度的落实，让社会各界对法律有更深的敬畏感。在现实中，我们看到的是，部分不法分子对于侵犯品牌权毫不在乎，其实质是对法律后果毫无敬畏。有些人为什么对知识产权没有任何敬畏感？因为没有惩罚性的赔偿。

这其中，我认为要关注两个要点：第一个要点，那些侵犯了知识产

权，而没有任何惩罚性条款的判决，是不完善的公正，是有待升级的公正。部分不法分子侵犯产权之后毫无顾忌，最后了不起就还给你应得的那一份而已；而且是在被侵权人付出巨大的时间成本和维权成本之后。没有惩罚，对侵权者和不法人员而言是没有威慑力度的。

第二个要点，就是一定要加强对已经胜诉的知识产权案件的执行工作。不能让人民法院的判决变成一纸空文。个别违法人员通过变更企业法人代表名字、寻找代理人等方式，逃避侵权责任，最后形成难以执行等情况。

目前全国范围内，对恶意、故意拖延执行人民法院判决的情况，还没有形成一个强有力的打击力度，没有形成一个有威慑力的社会共识。如果任由这种情况蔓延下去，会导致经济运转的迟缓甚至停滞。

六、要把对知识产权的保护，当成中国经济的新增长点。

大家知道，中国经济经过三十多年的高速发展，现在已经站在一个比较高的平台上。在这种情况下，如果不进行“从重生产数量到重内涵发展”的转变，就很难有新突破。加强对民营企业知识产权的保护，就是为中国经济注入

新活力；就是推动产业升级；就是抓好供给侧改革；就是保护大众创业和万众创新。

从某种意义上说，目前对民企知识产权保护不力的局面，也正是中国经济的新机遇，也正是中国社会改革的新方向。

作为一位经常参加社会公益扶持活动的创业导师，我看到今天的年轻人正在朝气蓬勃地创业、创新。如果没有对知识产权的保护，他们的创业成果就会大打折扣，甚至毁于一旦。

最后小结一句：对产权保护薄弱的领域，就是民营企业；对民营企业产权保护中的薄弱环节之一，就是知识产权。换言之，对民营企业知识产权的保护，是薄弱之中的薄弱，应该成为有关部门今后工作的重点中的重点。像木桶原理一样，加长短木条，能起到最有效的效果。

云盟国际资本和云图智库，希望能和各机构、各位时代精英共同携手，在民营企业产权保护方面，做一些力所能及的工作。我相信，所有立足中国长期发展、依法经营的企业，都盼望着中央文件的深化落实。我们对此充满信心，也充满期待！

张东旭：民营企业需要公开、公正、公平的金融环境



我今天谈的话题是，民营企业需要和国有企业一样，处在一个公开、公正和公平的金融环境中。

金融是现代经济中一个重要的行业，金融也是解决资产配置最核心的一环。最近20多年以来，民营经济一直是占有中国经济增量贡献的主体，可是

在金融资源上面，民营经济一直处于弱势，得到的金融资源和国有经济没法比，没有得到国企所得到的这种公正、公平的一个金融环境。

下面我从观念、制度和政策这三方面，说一点自己的看法。

首当其冲的是观念问题，观念最重

要。无论是民营企业自己，还是广大的学者以及媒体，应该纠正一个观念，那就是谁是经济的主体。我们一直有个模糊的概念，就是中国经济的主体是国有企业，这是不对的。对于一个国家，什么最重要？创造就业最重要。美国的竞选，比如现在希拉里和川普的竞选，



纲领中第一个问题就是创造就业。稳定的核心是就业的问题，所以解决了最多就业的这个板块，就是命脉，就是核心。从这个角度看，近20年来，民企创造了中国近3/4以上的就业机会。因此民企才是中国的经济命脉。

创造就业之外，另一个重要的指标是创新。因为经济要想持续发展，需要创新能力。所有迹象都表明创新的主体也是民企。阿里巴巴是民企、腾讯是民企、大江无人机是民企，华为还是民企。

综合这两点，我觉得民企自己要先挺直腰板。借用冯仑的两句话，“走正道不必傍大款，从野蛮生长到自然生长”。那么民企做正当的事业和生意，为什么要傍大款，就是没有钱，所以我们变相跟国企合作，跟官方合作，来取得金融资源。因此不论民企自身，还是金融机构，还是政府，还是媒体，都需要纠正观念。正确的观念就是：民企就是主流，就是主体，就是国家经济的脊梁。

其次，观念纠正了，我们就应该群策群力，一点一点地完善经济体制，尤其是金融体制。民企经营环境的不良，主要是金融体制的问题。比如资本市场的层次问题，直接融资和间接融资的比例问题。克强总理也曾在多个场合，不断地讲，我们要大力发展直接融资。很多人就说，以商业银行为主体的间接融资占比过大的金融体系是不支持民营企业的。其实这里也有偏颇。我在加拿大生活了很多年，那里的中小企业（全都是民营企业）得到最多的资金不是来自资本市场，而是来自银行体系。除了政策性银行之外，每一家商业银行都对中小企业各种各样的优惠扶持，也都有大笔的贷款给民营企业、中小企业。为



张东旭：北京时澍投资管理中心创始合伙人，中国金融理财标准委员会-学术委员、资深培训师

什么呢？不是因为有政府的号召，而是因为银行是要赚钱。他们因此就会把款放给他们认为最能赚钱和最有可能的企业。中国的民企盈利能力比国企强，增速比国企快，创新能力比国企强，中国的商业银行为什么就会违反这个经济学上的一般原则，不愿意跟民企合作吗？什么问题呢？因为中国银行他不是纯经营性的，它们受到各种各样的制度的制约、各种各样的窗口指导和有倾向性的产业政策束缚等等。

不但银行，其他金融机构也是如此。刚刚和几位来自于保险资管的朋友交谈，我们也聊到现在放款主要放给谁，回答是主要放在地方政府融资平台。为什么？保监会有很明确的要求：信用评级在AAA以上的放多少、AA以上的放多少。问题是，中国的评级本身就就有问题。只要是省一级的政府投资平台，几乎自动评为AAA级，地市一级的投资平台，自动评为AA+或至少是AA级的。可民企呢？就连民企上市公司，AA+以上的也不多。这样既存的体系、制度的存在，就像是朝既定方向挖

好了的水渠，资金这水流自然往国企和政府融资平台那边流。诸如此类的问题多的数不过来。

再比如说上市的注册制问题，专家学者呼唤了这么多年，市场翘首等待了这么多年。什么是注册制？就是任何公司都有权上市。市场决定资金流向哪一家企业，以什么样的倍数流向哪一家企业。现存的上市公司是以国企为主，他们的现有和持续的盈利能力都不如民企，注册制一推出，这种对比就会被清晰的显现出来，他们的估值就会下降，再融资的能力就会下降。资金就会源源不断地流向效率更高的民企。这对中国经济的未来本来是大有好处的。可现实呢？我们也不用忌讳什么，正是基于这种国有企业会竞争不过民企的担忧，至少部分原因是，注册制被叫停了。已经在排队IPO的上千家民营企业，一下子陷于无限期的等待中，而且在等待期间，大体量股权融资几乎没有可能。这是对民企的巨大打击。幸好后来有了新三板，但新三板的融资能力、流动性和退出机制，都限制了民企的大体量融资。除了中国，无论是发达国家还是新兴经济体，上市都是注册制，决定权都在市场，我们的经济体难道就真的这么独特吗，证监会的发审委员会就真的比市场更有甄别力和远见吗？

总而言之，我们的经济体制在制度上，尤其是金融体系上，设定了太多对国有企业的照顾，对民企的制约。这些制约，束缚了中国经济的发展。在一个健康的经济体中，资金应该流向有盈利能力强、生产效率高和富有创新精神的企业。如果反过来，经济就不会发展、社会就会终结了。

“关于刑事诉讼中的‘认罪认罚从宽’制度研讨会”在京都成功召开



11月24日，京都刑事辩护研究中心与耶鲁大学中国中心共同举办了“关于刑事诉讼中的‘认罪认罚从宽’制度研讨会”。这是一次中美法律专家、律师坦诚交流，观点碰撞，讨论深入，相互学习的研讨会。

美国联邦法官凯瑟琳·海登，美国出庭律师协会研究员和美国刑事律师委员会研究员约瑟夫 A. 海登律师，美国驻华大使馆法律顾问胡依婷，耶鲁大学中国中心主任唐哲介绍了美国辩诉交易的现状与部分细节，并分析了中美之间处理相关问题的差异。中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长樊崇义，中国法学会刑事诉讼法学研究会副会长王敏远，中国人民大学法学院博士生导师陈卫东教授，原最高人民法院刑五庭庭长高贵君先生，京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌律师等参与研讨，并介绍了中国“认罪认罚从宽”制度出台的背景、现状、目前面临的问题。本次研讨会由京都刑事辩护研究中心主任、高级合伙人邹佳铭律师主持。



邹佳铭：“认罪认罚从宽”制度不能逾越刑事法治的基本原则

以下为邹佳铭律师的致辞：

在这个繁忙的岁末，大家能百忙之中抽出时间参加今天的会议，各位美国朋友更是万里迢迢而来。我们首先表示衷心的感谢，并致以热烈的欢迎。

“关于‘认罪认罚从宽’制度研讨会”由京都刑事辩护研究中心和耶鲁大学中国中心共同举办。“认罪认罚从宽”诉讼程序改革是我国2016年司法改革的重点，也是我国法律应对有限司法资源和不断攀升的犯罪率之间的矛盾，努力实现效率和公平最大化所做出的积极尝试，将会对我国刑事诉讼制度产生很大影响。但是，政策性的考量不能逾越刑事法治的基本原则。如何保证进入程序的案件达到“事实清楚，证据确凿”的证明标准？如何实现被告人在认罪认罚程序中的主体地位？如何保证被告人在认罪认罚之前能获得律师的有



邹佳铭：京都刑事辩护研究中心主任、高级合伙人

效帮助，从而获得充分的案件信息，并在对该程序的后果有充分认识的前提下，自愿、明智地认罪？从宽的幅度如何在节约司法资源的价值和罪刑相适应

的原则之间达到大致的平衡？最后，还需考虑的一点是，在认罪认罚程序从简的同时，是否也应将司法资源更多地投入到对重罪无罪答辩的案件里，做到让证人和专家出庭，真正实现以庭审为中心。这都是我们需要面对的问题。

尤其在现阶段案件质量普遍堪忧、刑事辩护率不足、被告人人权保障不利、程序公正观念尚未完全树立的情况下，很多问题值得我们特别关注和高度警惕。正如英国学者谈到辩诉交易时所说的：“如果罪犯把减刑的裁决当作奖励，或者受害者或公众把它视为不正当的仁慈，那么审判所要实现的更广泛的目标就打了折扣。”

所幸和荣幸的是，今天有中美两国的理论和实务专家参与研讨，我们期待更多的经验分享和思想碰撞。

樊崇义：“认罪认罚从宽”改革的五大困境与六大问题

一、认罪认罚从宽改革当前面临的五大困境

认罪认罚从宽改革在我国刚刚起步，处于试点的阶段，通过我近期的调研和思考，我觉得当前的改革面临五方面的困境，用简单的五句话概括为：一是认罪认罚的内涵不明；二是权威不确定；三是从宽的标准没有规定；四是程序设置缺陷，到底在哪个程序中适用，公诉阶段和法院审理阶段有争论。五是认罪认罚从宽中的律师参与率不高。

二、认罪认罚从宽程序设计需研究的六大问题

第一，认罪认罚从宽与辩诉交易的比较。根据去年我去美国南方很多州的调研和结合今天美国专家的介绍，我认为美国的辩诉交易实际上就是一场“交易”，是在罪名和罪数等方面的全面妥协。调研中，很多美国检察官表示，刑事案件要想彻底查清楚是非常不容易的，而辩诉交易就能够解决不确定的因素。什么是不确定因素？就是公诉机关和犯罪嫌疑人一起谈判，这个犯罪嫌疑人承认了，公诉机关就不查了，犯罪嫌疑人承认多少就交易多少。而我国推进的认罪认罚改革是即使犯罪嫌疑人认罪，也还要继续侦查，达到“事实清



樊崇义：著名法学家，中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长

楚、证据充分”的证明标准，是不是都要查清楚了再交易或从宽？对于认罪认罚的案件是不是要适当降低证明标准？这些都需要研究。我们现在推进的认罪认罚从宽改革与美国的辩诉交易制度到底是什么关系？对于这个问题，官方权威和理论界都没有给出答案，搞不清楚现在的认罪认罚从宽与辩诉交易到底是一回事还是两回事？没有答案的原因之一，是对于“交易”这个词的避讳，官方不爱听，检察官觉得不光彩，人民群众也有怀疑。但没有必要抓住“交易”这个词不放，要明确的是认罪认罚从宽制度与辩诉交易制度有哪些是相通的？要借鉴吸收哪些？是量刑刑妥协还是事实和量刑都可以妥协？这些都需要深入的研究。

第二，认罪认罚从宽的定位、定性。认罪认罚从宽究竟是一个刑事政策还是个制度，还是制度和政策皆有之？这个问题需要明确。什么叫认罪？什么叫认罚？什么叫从宽？从宽的幅度怎么来把握？从内涵上来讲，认罪认罚是光有量刑内涵还是量刑内涵和事实内

涵兼有？这些都不明确。当前中央权威机关也承认，只是明确了政策，但具体要怎么做还不明确。如果说定性、定位都不明确，我们的基层单位大多认为就是一个政策，哪有什么程序？哪有什么制度？因此，我们要研究认罪认罚从宽的定位、定性问题。如果是政策，我们要在诉讼过程中观察这个政策；如果是制度，那么制度的内涵是什么？如何实现？我认为，我们的目标应该是要将这个刑事政策法律化、制度化。

第三，认罪认罚从宽的适用范围。认罪认罚的适用范围包不包括程序？我们认为，认罪认罚不能只关乎实体，速裁程序、简易程序、普通程序、特别程序等也要体现区别。在犯罪嫌疑人或被告人认罪认罚的情况下，对应的诉讼程序应该简化。那么，是不是仅适用速裁程序就可以了，其他程序要不要体现？还有就是适用主体的问题，主体是不是要落实到法院？再有对于一些重大立功等特别案件，公安机关可以撤诉，是否动摇权力运行机制？这些适用范围的相关问题，都需要认真研究。

第四，认罪认罚和证据制度。在认罪认罚从宽制度中，事实要不要交易？证据要不要交易？证明标准要不要降低？现在学者的回答是，不管犯罪嫌疑人或被告人是否认罪认罚，证明标准都不能降低，这就跟美国的辩诉交易制度有明显的区别了，需研究。

第五，认罪认罚的执法规则。如何保证犯罪嫌疑人或被告人是在自愿的情况下做出的？此外还有其他一系列的执法规则，都需要认真深入的研究。

第六，律师参与认罪认罚程序。我国的律师辩护率本来就很低，而在国内的调研中发现，有的司法机关工作人员认为，如果犯罪嫌疑人或被告人都已经认罪认罚了，就不需要律师了，律师参与只是给犯罪嫌疑人或被告人增添经济负担。所以不仅要借鉴美国的辩诉交易制度，更要在我国的国情下研究当前的这些问题。希望像京都刑事辩护研究中心这样的高质量、高品位的律师团体都能够关注认罪认罚改革中的律师参与问题，将律师参与程序体现在国家立法中。

凯瑟琳·海登：美国联邦法官眼里的辩诉交易

一、美国辩诉交易制度中三类专业个体

法官：在检方和被告人进行辩诉交易的时候，法官一般都是不参与的。法官在辩诉交易的案件中所起的作用，主要体现在三方面：一是，法官在检方和被告人交易的过程中，要确保整个司法过程是合理进行的，会向被告方一些问题，如“有没有人威胁你要你认罪？有没有除了辩诉交易书以外的其他交易？有没有人不正当的影响你让你承诺辩诉交

易、承认有罪？二是，在辩诉交易的过程当中，法官必须要确保认罪是自愿，而且交易和认罪是在充分了解可能的法律后果的前提下做出的。三是，法官根据指控的罪名，参与量刑的过程。在法院需要快速审理大量案件的情况下，选任的法官应该是人性化的或者说是具有人情味的。

检察官：在美国的基层法院，尤其是处理大量非严重犯罪案件的法院中，检察官扮演了非常重要的角色。检察官

有权来决定到底是要进行什么样的指控，他进行什么样的指控将会决定之后有什么样的量刑。

辩护律师：当辩护律师第一次见到代理案件的犯罪嫌疑人或被告人时，要迅速了解当事人，评估相关证据，拿出是否进行辩诉交易的建议。法律援助的律师，如果要担任这样的角色，就要非常聪明、尽职，要为捍卫犯罪嫌疑人或被告人的权益，投入个人的努力与热情。



美国的辩诉交易制度拥有较长时间的历史，运用的案例也比较多，积累了一些经验。总体而言，这样一项制度设计，要想运行得理想，最好的制度保障就是三类专业个体人员的选任，尤其是要选任出专业能力够格的公诉人和法官。

二、美国辩诉交易的促成

为了确保非常有效的辩诉机制，庭审是不可或缺的一个环节。而事实上，辩诉交易时的所有条件都是摆在桌面上的，整个过程存在很多力量的博弈，而很大程度上，辩护律师和检察官的博弈直接决定了辩诉交易的促成或失败。一是，律师对辩诉交易有重要的影响，如果律师能够非常出色地与检察官进行沟通，那么检察官可能更愿意去达成交易。律师能够提供的法律服务质量的好坏，甚至是双方辩诉交易谈判的条件之一，检察官会充分考量。二是，检察官的经验是否丰富、是否公正以及思维是否缜密等都会影响辩诉交易。如果检



凯瑟琳·海登：美国新泽西州地区法院法官，曾担任新泽西州最高法院法官助理和助理检察官，1991年被任命为新泽西州法院法官，并于1997年成为联邦法官

察官能够很好地分析手中的条件，提出好的、公正的交易条件，那么犯罪嫌疑人或被告人及其辩护人会更愿意达成交易。

三、美国辩护交易的法律后果

其一，被告人不接受辩诉交易的直

接后果，那是显而易见的，会受到更加严苛的惩罚。

其二，被告人进行辩护交易后可能出现新的证据证明无罪的情况。在整个诉讼过程中，辩护方有很多机会出示证据，如果说等所有诉讼程序都走完后，突然发现一个可以扭转乾坤的证据，这是非常少见的。当然，也不能彻底排除这种极端情况的出现，导致的原因包括检察官在审理过程中有不当行为，一些证人做了假证，或者DNA等一些新证据的出现等，如果能够证明已经认罪、定罪“犯罪人”是无罪的，那之前的定罪就是错误的，是错案。为了避免辩诉交易中出现错案，法官会做很多工作以确保不会出现新的证据来推翻之前的定罪。如法官会在诉讼程序过程中，反复地问被告人关于交易中是否存在威胁、是否自愿和是否有不正当影响等问题。再如法官会告知被告人，如果你在无罪的情况下故意认罪、认罪，这样你就是有罪的。

王敏远：“认罪认罚从宽”改革不仅要“谋其利”还要“虑其害”

一、认罪认罚从宽改革不仅要“谋其利”还要“虑其害”

我国正在进行认罪认罚从宽制度改革，无论是改革设计者还是理论研究者，更多关注的是制度所带来的好处、积极意义，换句话说，跟原来的制度相比，能够为国家司法制度或当事人带来什么好处。我觉得除了积极方面的考量外，还要考虑到另一面，即这项制度改革可能带来什么问题。为什么要考虑这个问题？因为我们建构制度的时候，实

践操作的时候，进行理论研究的时候，要考虑一个基本的底线。我们只有预估到它会产生什么样的问题，才会考虑设置对应的制度的底线，包括实践操作的底线，这是不能突破的。

对于认罪认罚从宽制度这类底线性的问题有很多，这里我重点谈一下辩护律师在认罪认罚从宽中发挥的作用，这也是一个底线。为什么说是底线？因为无论是辩护交易还是认罪认罚从宽，案件所要求的最基本的底线就是犯罪嫌

疑人或被告人认罪的自愿性和真实性。那么，怎么保证呢？其中很重要的方面就是要律师给其提供强有力且有效的帮助。相对于犯罪嫌疑人或被告人，控诉方的检察官处于绝对强势的地位，如果没有律师来帮助作为弱势方的犯罪嫌疑人或被告人，我想即使在美国发达的法制环境下，也很难保证结果公正。在律师参与方面，我国面临较大的困境：一是我国的刑事辩护率过低。我国从1979年制定刑事诉讼法到现在30余年

的时间里，辩护制度确实取得了长足的发展，但即使这样，我国的刑事辩护率才30%，这还是官方比较乐观的统计数字。所谓30%，意味着有70%的刑事案件的犯罪嫌疑人或者被告人是没有辩护律师为他们提供辩护的。二是我国刑事辩护的质量整体有待提升。这30%获得辩护的刑事案件中，还有相当一部分比重为法律援助，辩护的质量到底如何？我们是画一个问号的。据我了解，即使死刑案件的辩护质量也是参差不齐的，也需要探讨有效辩护的问题。

美国在辩诉交易制度上具有较长时间的实践基础，在守住自愿性、真实性底线方面积累了较多的经验。如刚才美国专家介绍的，法官不直接介入辩诉交易程序，我觉得这是公正的，法官只有不介入才能保持中立、公正。再如律师在辩诉交易过程中认真负责、尽职调查，认真思考控方是否真的掌握了证据还是只是虚张声势等。我觉得这些都是正面积极的经验，我们当前推进认罪认罚从宽制度改革，应重视借鉴美国等发达国家的经验，尽量避免该项制度可能带来的弊端。

二、认罪认罚从宽改革可能带来刑辩危机的担忧

从正面上看，认罪认罚改革为我国刑事辩护的数量跟质量都带来了很好的发展契机。为什么这么说呢？一方面，认罪认罚的前提是自愿真实的，为了保障自愿和真实，就需要辩护律师的参与，在我看来，这是必不可少的底线。那么，我国当前30%的刑事辩护率是远远不够的，需要在刑事辩护数量上有一个大规模的扩张，我甚至认为应该是百分之百地得到辩护。也就是说，所有的刑事案件，在诉讼的所有阶段，都要有辩护律师为犯罪嫌疑人或被告人提供辩

护。另一方面，我国刑事辩护参差不齐的现状也要改变，这并不是说法律援助辩护的辩护质量一定就低，律师的水平能力就差，而是说辩护的质量要整体提升，应该提出有效辩护的要求。

但是问题也来了，问题来源于什么呢？问题来源于复杂的背景，这里我说一个重要的背景。我们国家刑事审判无罪率是极低的，而且这些年逐年在降低，一方面表明我们办案的质量在提高，另一方面也说明了我们的无罪判决做出来是比较困难的。官方公布的数据是，近三年来，我国的无罪判决比例是万分之一点六。此外还有一个数据，就是法院经过法庭审理终结，但是没做出判决，这个时候检察机关发现这个案件质量有问题，主动撤回起诉的比例是1.4%。这两个数据相比，相差是比较悬殊的，这说明不是我国的办案质量不存在问题，而是我国的无罪判决都通过其他途径处理了。这个背景又说明什么呢？我们国家在制度设计上、程序设计上，在侦查、起诉和审判阶段，后一个阶段对前一个阶段应当发挥制约作用。检察机关对公安机关有制约作用，法院



王敏远：中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师，中国法学会刑事司法研究会副会长

对提起公诉的检察机关有制约作用。但是这个背景说明虽然不能否认这种制约作用的客观存在，但是其往往会受制于其他各种各样的因素，有时不能真正发挥法律所期待的制约效果。当然还有其他背景，在此不赘述。

在这个背景下，提出我们的担忧。那就是认罪认罚从宽制度推行以后，刑事辩护尤其是高质量的刑事辩护，可能不仅没有发展，反而更危机了，原因是什么呢？认罪认罚了，那就不需要律师了，都认罪认罚给他从宽处理了还要你律师干什么呢？不说高水平的大律师参与认罪认罚案件的意愿会不会降低的问题，仅说当事人聘请律师的意愿可能会受到影响。如果犯罪嫌疑人或被告人认罪认罚是可以从宽的，不认罪不认罚，我们不说是从严，至少是不能从宽了。那么，当事人不仅是没有聘请律师为其进行辩护的意愿，而是有了一个反意愿，可千万不能请律师。因为无罪辩护率那么低，请了律师定罪的概率又那么的高，那我请律师干什么呢？所以，认罪认罚从宽制度原本应当是推动我们刑事辩护在数量跟质量上有很大提升的一个契机，但在实践当中，在当前的特定背景下，很有可能转变为当事人聘请辩护律师的意愿下降。

三、不是所有适用速裁程序的案件都要从侦查提速

速裁程序中从侦查提速，在实践中确实具有现实意义，其最初提出是主要针对醉驾案件。我本人对于“提速”这种说法一直不是特别认可，不应叫做提速，而是按照案件侦查本应该有的速度来办。像醉驾这类案件的侦查过程能够多复杂？特别简单，只要发现醉驾当时就进行检测，整个侦查活动没有必要经过太长的时间。所以，不能笼统地说侦

查提速，对于故意杀人等本身就需要周密的侦察，收集书证、物证等证据的方方面面，然后抓捕犯罪嫌疑人的案件，这类案件本身就需要更长的时间侦查，应按照其固有的时间来完成侦查，不能提速。

约瑟夫 A. 海登：美国辩诉交易中的律师作用

美国辩诉交易的数量越来越多，原因在于控诉越来越多、案件越来越多。在辩诉交易系统中，控方承担证明犯罪事实的责任，但更为关键的是辩护律师的作用。因为，律师要确保被告人知道认罪认罚的后果，确保被告人接受辩诉交易是非常明智的决定。在我的律师执业生涯中，有两个决定是最难做的：第一就是被告人是不是应该认罪；第二就是如果上庭的话，被告人是否应该自己辩护。

一、庭审是辩诉交易制度有效运行的重要保障

总体而言，辩诉交易是一项利大于弊的制度，但不可否认，辩诉交易确实存在较大的弊端。有人说，辩诉交易的过程不体现人性化，影响刑事司法的公正性。只要进行辩诉交易，被告人承认自己有罪，那么就不用再管其他的，可以直接去办理其他案件了，这样共同生产出来的产品会使警方在整个的过程当中很懒惰，控方、法官也很懒惰。

要想使辩诉交易制度有效运行，很重要的一点就是必须有庭审，因为庭审可以减少参与辩诉交易各方的懒惰性，也可以将辩诉交易操作中的一些不当行为及时暴露出来。半个星期前，在《纽

四、简易程序的框架能够容纳速裁程序

我国在2012年设计简易程序的时候，并没有否定、并没有不允许如当前速裁程序这样的程序存在。简易程序，允许针对不同的案件有不同的简易方



约瑟夫 A. 海登律师：帕斯曼·斯坦·瓦德侯爵·海登（Pashman, Stein, Walder, Hayden）律所的合伙人，新泽西州刑事辩护律师协会的创始人和首届主席，美国出庭律师协会研究员和美国刑事律师委员会研究员。

约时报》刊登了一篇文章，讨论的就是美国要不要废除庭审。反对者主张，庭审是决定是否定罪的过程，可以促使检察官和警方非常专业地去工作。此外，我发现在美国，辩诉交易做得最成功的律师是那些准备要上庭的律师，因为这些律师为了上庭应诉，会做大量细致认真、尽职尽责的调查、准备工作；相应地，检察官也会意识到，如果提供的交易条件不好的话，很可能对方不会答应，辩诉交易也就无法成功了。

法，有的案件就可以简易成现在所说的速裁程序。事实上，现在进行的速裁程序改革是在简易程序的大框架内进行的，原本就不需要专门建构一个速裁程序。

成立辩护律师协会也是提高律师专业性的重要措施，比如新泽西州就成立了刑事辩护律师协会，这个协会是我在1985年建立的。通过协会，辩护律师可以相互帮助，他们可以交流一个案件的方方面面，同时也可以分享办案经验，比如说某一个法官、检察官的审判、控诉特点，来帮助彼此思考怎样去更好地处理案件，为客户服务。

辩诉交易的确存在上述弊端，或者说是危险，但这种危险是可控的，因为我们希望整个司法系统是非常公正和仁道的，其中，有很多非常棒的律师、检察官和法官在这个过程中努力做到公正、专业与高效。

二、美国辩诉交易中的律师尽职调查

在美国，辩护律师基本上可以参与到刑事案件处理的每一个阶段，而在辩诉交易过程中，律师要做到尽职调查，具体指如下方面：

第一，法律层面的审查。我首先要看，检方指控的行为是否真的构成法律上的犯罪，最近有一些案件就做了撤诉处理，比如医保中的一些欺诈或者是政治上的贪污等，因为未达到刑事犯罪指控的标准。还要看起诉的案件是否已经

超过了法定的追诉时效。

第二，控方证据的审查。我要看检方到底是不是有证据，这些证据是否足以证明我的客户犯了罪，存不存在检方虚张声势而逼着我们认罪的情况。比如，在谋杀案当中，很有可能被告人是因为自卫而无心犯了一个错误，或者说当时是突发性精神失常等。

第三，案件事实的审查。我要看我的当事人是否真的实施了犯罪行为。如果说当事人完全无罪，仅是为了从宽而去认罪认罚的话，这是有悖律师职业准则的。为了审查案件真实，律师要花很多时间去研究案件，因为在现实当中，可能一开始当事人不会告诉律师实话。在得到所有信息之后，我会用一条检验标准来决定是否建议当事人进行辩诉交易：假如当事人是我的家庭成员的话，我是否会建议他进行辩诉交易？如果答案是肯定的，我就会建议我的当事人接受交易。

如果做了一系列的尽职调查后仍建议我的当事人接受交易，我就会明确地告知我的当事人如果进行认罪认罚后他将放弃什么样的权利，会有什么样的法律后果。

三、美国辩诉交易中律师对当事人的风险告知

虽然辩诉交易事实上就是一场交易，是对指控的交易，对定罪量刑的交易，甚至可能服刑的监狱的条件好坏也是交易的条件之一，但我在跟客户进行交流的时候，也不常用“交易”这个词，我会把交易说成风险，跟他讲一些可能面临的风险。

我会告诉我的当事人接受辩诉交易和上庭的风险程度不同，比如说如果上庭的风险是100%的话，那么进行辩诉交易只是上庭的50%。具体还要看当

事人能够承受什么样的风险，上庭不是对他来说具有经济性，另外他上庭的话还要经历很多心理上的困难，所以，这其实就是一个风险和保证收益之间的一个博弈。我会让我的当事人以及其家人来做出这样一个权衡，最终由当事人决定。如果出现当事人有法律认识错误的情况下，我会告知他行为的违法性以及很可能面临的有罪判决。例如，我的一个当事人涉嫌一起移民造假的案件，他准备了假护照等相关文件，但最终他没有使用这些文件，而是交给别人使用了，他认为自己的这种行为不违法，但我会告诉他已经违反了法律。此外，如果说我的当事人并没有犯罪，但是他想要认罪进行辩诉交易，我会告知他如果没有实施犯罪，这种认罪本身是违法的。对于辩护律师来说，让你的当事人知晓、明白这些是应该做的工作。

四、美国辩诉交易中律师对检察官的谈判策略

在辩诉交易过程中，律师与检察官谈判的技巧非常重要，可能会直接影响争取到的交易条件的好坏。结合我多年的经验，在与检察官谈判时的策略主要包括：

其一，如果说你对这案子比较有把握的话，就可以直接跟检察官说，如果上庭，我是会赢的。当然，你的表达一定要非常礼貌，非常具有外交性。不然的话，检察官很有可能就会要你提出证据证明为什么你会赢，这样对你来说也是不利的。

其二，你可以跟检察官说，如果说这案子上庭，可能会给你们造成一些不光彩的事情，比如说警察在进行搜索的过程中有不当行为等，这些在媒体上曝光的话，可能会给检察官和警方带来负面影响。当然，你所说的可能带来的

负面影响本身也是有事实支持的。

其三，你可以说希望检察官是专业、非常公正的。我可能会指出，是不是对我的当事人的指控太多了，他所犯的罪行和定罪量刑是不吻合的。如果说跟你交流的是一个非常专业的检察官的话，他就会看一下类似的案件，忖度当前案件的指控是否是真地太过分了。

其四，我会使我的被告人人性化，这是非常重要的。比如说这个被告人经常吸毒或者说酗酒的，就会受一定的影响；或者被告人是有精神病史；或者说他在小的时候曾经受过虐待等。诸如此类的背景因素，都需要我在做准备工作的时候，找出一些相关信息。因为无论是检察官还是被告人，大家都是人，所以辩护律师在整个的过程当中，必须要指出被告人也是人，也可能会犯一些错误。如此，检察官可能更愿意去进行辩诉交易。曾经有一位非常著名的律师对我说过这样一句话，如果你从纸面上给一个犯罪嫌疑人起诉定罪是很容易的，但让你真正地去给一个“人”定罪，其实是比较难的。当然，你要是想让你的客户显得更加人性化，要做很多工作。

五、美国辩诉交易中当事人认罪的反悔

美国的司法程序的设置，努力确保当一个被告人进行了辩诉交易而认罪认罚后，这个决定将会维持而并不会在日后被推翻。

辩诉交易中的一个程序是事实基础程序，一般需进行15—30分钟。在这个程序中，被告人首先必须进行宣誓，法官会问被告人一系列问题，主要是围绕实施了哪些犯罪行为，被告人都要如实回答。这个时候，检察官也会确保有相关的证据来证明被告人所说的这些事





实，证明被告人的确是构成了犯罪。被告人的陈述是在他宣誓之后所说出的证言。如果只是有了新的普通证据，很难推翻被告人当着法官的面作出的宣誓证词，更不能简单地说，我之前说的都是假的，我要推翻之前的陈述。唯一有效

的推翻方式，就是被告人主张是他的律师叫他撒谎认罪的，其实他自己是无辜。

当然，在司法实践中，确实也存在极端的情况，就是被告人认罪并且进行辩诉交易了，但后来又发现了新的

DNA证据来证明他其实并没有实施强奸等犯罪。但是，这种情况的发生很大程度是由于律师工作不利造成的，因为律师没有做到很好地询问当事人，没有做更多、更充分的尽职调查。

陈卫东：“认罪认罚从宽”制度的框架体系

认罪认罚从宽问题，是刑事诉讼制度改革方面的一个重要举措。这是一项连通审判中心制度改革程序的改革，应该说是当下三大主要改革任务之一。这个改革的具体背景为：一是在国家新的形势下，为了更好地保障犯罪嫌疑人的合法权利，增强刑事执法的人文关怀，体现宽容的精神。二是为了更好地化解日益增多的轻微刑事案件和有限的司法资源之间的矛盾，实现司法公正。对于这一项改革目前全国人大已经授权两高，在北京、上海、天津、重庆等18个大中城市进行为期两年的试点。



陈卫东：中国人民大学法学院教授，博士生导师

一、官方对认罪认罚从宽制度的宏观定位

党的十八届四中全会决定中首次提出认罪认罚从宽制度的改革，使用的表述为“完善”。完善与建立或者说建构是不同的表达，应该看到其中的差别。2016年9月3日，第十二届全国人民代表大会常务委员第二十二次会议通过了“授权两高在18个城市试点试行认罪认罚”决定的当天，两高的相关部门负责人在记者会上明确提出了认罪认罚从宽实际上就是我们国家宽严相济刑事政策或者说坦白从宽刑事政策进一步的制

度化、具体化。但什么叫认罪什么叫认罚？认罪认罚以后如何从宽？在什么样的诉讼程序来启动认罪认罚的从宽？对于这些问题，无论是全国人大的决定还是周强院长在全国人大的报告，都只是做了一个框架性的描述，具体的制度设计还有待于最高法院、最高检察院、公安部、司法部和国家安全部来制定实施的规范。

二、认罪认罚从宽制度推进的两个维度

一是程序从简。根据案件的不同

情况，对于认罪认罚的犯罪嫌疑人分别适用不同的诉讼程序。虽然全国人大常委会讨论时有很大的争议，但是当前的现状是认罪认罚从宽没有案件范围的限制，即使是涉恐、涉黑或者及其严重的判处死刑的案件也可以适用认罪认罚从宽制度。因为在认罪认罚这个问题上，不管什么性质、什么类型的案件，犯罪嫌疑人都有权利来认罪来认罚，我们没有权利不让他认罪认罚，当然从宽不从宽是另外一个问题。对于犯罪嫌疑人或被告人认罪认罚的案件，决定适用何种程序的标准是依法判处的刑期：（1）对于案件事实清楚、证据充分，依法判处3年以下有期徒刑或者单独拘役、管制的案件，适用速裁程序。认罪认罚从宽制度改革将速裁程序的适用范围极大扩充，是彻底的突破。2014年6月，全国人大常委会表决通过的关于适用速裁程序的改革试点决定规定速裁程序适用于判处1年有期徒刑以下或单独拘役、管制的案件或者依法单处罚金的案件，而且仅限于危险驾驶、交通肇事、抢夺、盗窃等案件。（2）对于案件事实清楚、证据充分，依法判处3年以上有期徒刑的案件，适用简易程序。这就出现了另外一个问题，认罪认罚从宽的案

件，如果涉及到判处无期徒刑和死刑，此类案件一定是在中级人民法院审理，法院适用的是普通程序，如何体现认罪认罚后的程序从简？

为什么认罪认罚的案件要程序从简？从我国刑事案件的构成看，判处3年以下的案件占到了我国刑事案件中相当大的比例，虽统计数字不一，但大体而言应该达到了七八成。在大案、要案、重罪案件持续下降，轻罪案件大幅上升的治安形势下，无论是简易程序还是速裁程序都能大大提升办案效率。众所周知，简易程序只能在审判阶段适用，具有很大的局限性；但速裁程序适用于整个刑事程序，从侦查阶段便开始提速，提速幅度是非常大的。

二是实体从宽。对犯罪嫌疑人、被告人而言，其认罪认罚最直接目的就是获得从宽，但是如何从宽？这是一个非常复杂的问题。目前的有关方面，包括即将公布的五部委认罪认罚实施方案，都没有规定。这里面有两个重要问题：（1）从宽的幅度标准。量刑规范化改革过程中，自首也好、坦白也好甚至其他的法定的或者是酌定的从轻情节，都一套从轻或者减轻的标准，比如在基准刑以下优惠20%或者30%。认罪认罚从宽的幅度标准是下一步实践中必须要研究的问题。有两点是肯定的：第一，凡是认罪认罚的，一定要从宽；第二，从宽必须在法律规定的幅度、框架内进行，不允许突破现行刑法规定的量刑幅度。（2）死刑案件的从宽。比如说被告人认罪认罚了，应当判处死刑的，可不可以改判为死缓？面对这样的问题，据我所知，高层表示这是非常复杂和敏感的问题，有待下一步研究。

三、认罪认罚从宽制度的核心环节

认罪认罚从宽适用于整个刑事诉讼程序，也就是说从侦查程序起开始适用。侦查机关、检察机关和审判机关的办案人员都要告知犯罪嫌疑人这样的权利，特别是要告知行使这种权利的法律后果。在侦查阶段，如果犯罪嫌疑人能够认罪认罚，侦查机关就可以依据犯罪嫌疑人认罪后所交代的事实和线索等来获取案件证据。这里面必须强调认罪认罚以后侦查人员不能停止对案件的取证，不能认为犯罪嫌疑人认罪认罚就是侦查终结，仍然必须获得足够的证据来定罪量刑。

审查起诉是认罪认罚从宽制度的核心环节。认罪认罚从宽在审查起诉阶段得以具体化，得以实现。为什么这么讲呢？按照现在改革的精神，检察人员认为犯罪嫌疑人认罪、认罚，要提出一个量刑建议；如果犯罪嫌疑人同意检察机关的量刑建议，检察人就要出具一个认罪认罚的正式文书，也就是在这样的环节完成了认罪认罚从宽。这个过程类似于美国的辩诉交易，但又与辩诉交易制度不同。认罪认罚从宽制度是借鉴了辩诉交易的合理内核，但两者完全不同：首先，认罪认罚必须是在控方指控犯罪的范围内来进行认罪。认罪既不允许对罪名讨价还价，更不允许对罪数讨价还价。其次，认罪认罚是检察机关根据案件情况提出一个量刑建议，犯罪嫌疑人同意就继续，不同意就停止适用。

量刑建议书和认罪认罚书提交给法院后，人民法院一般情况要接受采纳，当然也可以不采纳。如果法院认为被告人不是自愿认罪，有强制、强迫，或者认为被告人的行为不构成犯罪，都不能适用认罪认罚从宽程序。此外还有如下两种情形，要排除该制度的适用：第一，如果犯罪嫌疑人或被告人是限制行为能力人，如无法认识和控制自己行为

的精神病人，不能适用。第二，如果未成年人的法定代理人和辩护人认为，未成年人的认罪有问题，不同意的，不能适用。

四、认罪认罚从宽制度对刑事辩护的影响

构建或者说完善任何一项制度，不但要看到它的好处，更要考虑有可能带来负面的影响。王敏远教授担心认罪认罚从宽制度可能会给刑事辩护带来冲击，虽有一定道理，但我觉得大可不必把它看得非常严重。认罪认罚从宽制度不是刑事辩护走向衰退的危机，而是契机，该制度更加提升了辩护律师的地位和作用。

一是，辩护律师可以在认罪认罚制度的框架下与检察机关充分沟通，对量刑起到重要作用。应该说，就当前的刑事诉讼程序而言，刑事辩护律师能够发挥作用的空間是非常有限的，即使是辩护律师在法庭上做出了非常有理有据的辩解有时候也很难被法官采纳。但在认罪认罚制度中，特别是在审查起诉环节，律师可以很好地跟检察官进行沟通，在检察机关提出了量刑建议的过程中发挥影响作用，并且这个量刑建议一般最后可以直接通过法院的判决加以体现。从这个层面讲，该制度提升了律师的地位，为刑事辩护律师开辟了发挥作用的空間。

二是，认罪认罚制度无形当中增加了对律师参与案件的需要。虽然当前的规范中没有规定认罪认罚案件必须有强制辩护，但我们觉得在今后的运作中如果没有律师的介入，这个认罪认罚是不能进行的，过去的低辩护率要改变。所以说，认罪认罚制度使得刑事辩护的需求量提升了，尤其需要强化法律援助律师的参与。



三是，认罪认罚制度对被告人或犯罪嫌疑人有利、对提升诉讼效率有利，也就有利于律师的辩护工作。第一点，中国的基层法院认罪率高、有罪判决率高，因此在这样的认罪有罪的现实情况下，换句话说，就是在认罪本身就不可以避免的情况下推行认罪认罚从宽，被告人或犯罪嫌疑人能得到从宽的实惠。第二点，认罪不等于降低案件的标准。无论是公安机关的侦查，还是审查机关的起诉，实施认罪认罚的前提都是案件事实清楚、证据充分。所以这种情况下，有罪无罪不是靠被告人认不认，是靠证据来证明的。那么犯罪嫌疑人、被告人在这种情况下有时候不得不认罪，这反而可以更好地提升诉讼效率。

五、认罪认罚从宽改革中需研究的重点问题

一是，特殊情形下的不起诉或撤案问题。按照当前试点改革的方案，对

于有重大立功或者是涉及国家利益的案件，公安机关经公安部同意可以撤销，检察机关经最高人民检察院批准可以不起诉。（1）这个方案对于检察机关来说，法律问题不大，但有一点值得研究，即如果案件构成数罪，经最高检同意的，涉及到重大的国家利益的，检察机关可以就其中的一个罪或者几个罪不起诉，这就有了辩诉交易的做法。（2）按照现行的刑法、刑诉法的规定，侦查机关对于犯罪嫌疑人的行为已经构成犯罪，应当追究刑事责任的，必须要起诉，没有权力撤案。这个方案，突破了我们现行法律的底线，如何捋顺法律关系，还需要进一步研究。

二是，审查起诉阶段的认罪认罚不起诉是否会规避了人民法院司法审查权的问题。这一问题，最高人民法院非常关心。就目前的改革框架而言，这种担心还没有必要。因为认罪认罚从宽制度下检察机关依法不起诉的案件，仍然

必须符合现行的刑诉法规定的不起诉条件，所以这类案件的数量会很少。但这个问题值得持续关注。

三是，被害人的权利如何保障。因为我们发现刑事和解的主体是犯罪嫌疑人和被害人。但是，认罪认罚没有被害人的事，主体是检察机关和犯罪嫌疑人、被告人。被害人在诉讼中的地位是什么？他的权利是什么？这个问题也需要深入研究。

另外，被告人在侦查、起诉阶段认罪认罚的，可否在审判阶段反悔？这些都需要关注、研究。问题较多，在此不赘。总体言之，我觉得为期两年的认罪认罚从宽制度试点，值得期待，但是这其中有很多问题，因为它是一个跟其他不同程序交叉在一起的新制度。在这样的程序中，如何更好地贯彻以审判为中心，推进刑事司法公正，仍有很多问题需要探讨。

胡依婷女士：从八个方面全面解析美国辩诉交易

一、“谈判”的表述更胜于“交易”一词

辩诉交易本身并不是一个法律上的术语，所以我们在座的几位美国专家，对于辩诉交易本身定位都有不同的看法。就我个人而言，我不喜欢交易（bargaining）这个词，更喜欢谈判（negotiation）的表述。

司法实践中，要就某个案件进行谈判有很多原因，首先就是检察官和辩护律师的案件工作量太大了，不可能让每个案件都走完整的审理程序。其次就是为了能够获得一个裁决，一个解决的最



胡依婷：美国驻华大使馆法律顾问，曾任美国华盛顿州西区联邦检察官办公室恐怖和暴力犯罪部门的检察官。

终决定，来最大程度地保证司法公正，保证犯罪嫌疑人或被告人按照宪法获得了公平的对待。那么，在这个过程中，双方都要做一些妥协：犯罪嫌疑人或被告人需要放弃一些诉讼权利，控方也要放弃更严重的罪刑指控，可能在这层意义上才有我们所谓的交易的这种表述。

但在美国的文化当中，案件的受害人如果听到这是一个交易的话，他会觉得整个的过程好像有一个很大的折扣。另外作为检察官来说，如果我们用交易这个词的话，好像我们整个办理过程当中可能有一些弱点，所以我们要做这交

易。当然，在一些案件当中，检察官要去交易可能确实是因为自己的案子有瑕疵，可能有一些证据没有拿到，或者说有一些证据并不是特别强有力。但是，我的大多数案件中，控方是没有弱点的。这些案件其实都是有强有力的证据支持的。但是，我还是有这样的一个意愿想要从宽处理，或者说稍微给被告人一些减刑，因为我觉得这是法律或者说是宪法要求我这么做的。

总体而言，我认为这里面不存在什么打折或者讨价还价的含义。辩诉交易是两个专业人士分别代表自己的客户来商讨一些议题，中间不存在谁为了获得一个折扣，而放弃他本应该享有的一些权利的问题。

二、美国辩诉交易中的经济成本考量

如果说犯罪嫌疑人或被告人要为辩护律师付费的话，那么其实法庭也是要承担经济成本的，因为有一些案子需要陪审团，而陪审团来参加案件的审理，法庭是需要向他们付费的。而对检察官来说，成本也是非常高的，比如，有时要准备专家证人，也是要一定的花费。另外还要处理一些证据，使得这证据能够在法庭上呈现出来，也是有花费的。所以，如果一个案件需要上庭，可以看到每一方都增加了经济成本。另外，美国的州法院与联邦法院在案件数量上有非常大的差别，州立法院的案件数量大大超过了联邦法院，所以在立法院更需要辩护律师和检察官来进行辩诉交易。

在进行辩诉交易的时候，经济成本是我们考虑的非常重要的一点。我们努力把经济成本和被告人可能受到的惩罚进行平衡。为了实现这种平衡，辩诉交易的谈判会一次又一次地进行，有的时

候在开庭的时候甚至是开庭的前一天晚上，我们还会进行辩诉交易谈判。

三、美国辩诉交易协议的“终局”效力

在标准的辩诉交易协议当中，会有关于辩诉交易效力的表述，即如果被告人认罪的话，控方就不会对被告人进行其他的指控。也就是说，之前控方放弃的一些指控，即使后来可能出现了更加有力的证据，控方都会放弃起诉。但是对于这种“终局”效力，存在几种不适用的情况：

其一，如果在达成辩诉交易之后，被告人实施了新的犯罪，则不适用。

其二，如果控方在达成交易之后，又发现了新的信息，即被告人还有控方之前没有掌握的新的犯罪事实，这个时候也不适用。

其三，如果在华盛顿州的一个联邦法院，律师、检察官达成辩诉交易，其效力不适用于州的法院或者另外一个州的联邦法院。其实，检察官和被告人都知晓，即使被告人达成交易也很有可能会在另外的司法管辖区被指控犯罪。因此，被告人很有可能会要求检察官去进行协调，检察官会做一个全国性的辩诉交易的协议，也就是说被告人不会在其他的司法管辖区再一次受到指控。但检察官不能强制要求，或者指明另外一个州检察官不再指控，只能进行这样的努力。

四、美国辩诉交易中检察官角色

1. 每一名检察官在辩诉交易中也要坚持无罪推定的立场

在美国，绝大多数被告人第一次在州或者联邦法庭上出庭，他们通常都是向法官做无罪申辩。但如果一名被告人在第一次出庭就在法官面前承认有罪，

那么，检察官从自身的职业道德出发，也要秉持无罪推定的立场。按照工作规则，在控辩双方互相公开、互相分享所有证据之前，是不可以进行任何形式的谈判和交易的，所以检察官要在进行辩诉谈判之前，尽职尽责地搜集证据，并将手头的所有证据，无论是对被告人有利的证据还是不利的证据，都要跟被告人进行分享之后才可以进行谈判。

2. 检察官在辩诉交易谈判中要考虑的因素

在谈判过程中，检察官要综合考虑很多因素（具体因素大家可以去查18-USC-35-53A），主要包括：

其一，要看被告人是不是真地犯了这个罪行。检察官有责任不能让一个没有犯罪的人进行辩诉交易。

其二，要看被告人的背景资料。给大家举一个非常简单的例子，我来中国之前刚办理的一个谋杀案件，被告人在一个赌场的停车场里面开枪杀害了受害人。非常明显，这就是一个谋杀案件，因为当时在停车场有监控录像记录了案发的全过程。这个案件定罪是非常充分的，但控方还是与被告人做了辩诉交易，我们建议的刑期是25年到30年的监禁。正是参考了律师提供的背景资料，考虑到这是一名30岁的年轻人，如果判处他超过30年的监禁，既不符合法律公正的精神，同时对他个人来说也是不公平的。

其三，要看他是不是有精神病史、身患残疾或者有其他法定辩护理由。

其四，要看他个人对于认罪的赞同立场。

其五，要考虑案件涉及的监禁和罚金，通过与辩护方讨论，到底是多罚钱少坐牢还是少罚钱多坐牢更为有效。

其六，要考虑案件可能由哪个法官来裁决。例如，有一些法官对涉毒品犯

罪会判得很重，有一些则在涉毒品犯罪量刑方面轻一些。因为归根到底，无论控辩双方达成什么样的协议安排，最后还要由法官批准才行，如果法官驳回了交易的安排，则只能重新谈判或直接进入审判的程序。

3. 辩诉交易中控方需作出妥协

为了保证辩诉交易的谈判成功，控方要做出一定程度的妥协，就是法律规定中授权检察官来做的事情，选择不去做。比如作为公诉人，我们可能有证据证明被告人的罪行，但只起诉部分罪名而放弃对其他罪名的指控。再如检察官向法官建议判处被告人更短的刑期。以上文的停车场谋杀案为例，被告人还把枪指向了现场的四个其他行人，并威胁他说“我要杀了你们”。被告人持有枪械，在暴力的犯罪当中威胁了四个其他人，其实这都是可以分别去起诉的。但在辩诉交易中，控方放弃了指控。当然，控方的这种妥协也是有限度的，法律明文规定了，即使存在辩诉交易，情节相似的同类案件之间的量刑也不能有太大差异。

4. 检察官开展辩诉交易不受警方限制

在美国州法院和联邦法院系统，检察官在进行辩诉交易时可以去征询执法部门比如说警方的意见，但警方对检察官提出的交易协议是否赞同并不影响检察官的判断，检察官有权利自行权衡是否要达成辩诉交易。

五、美国辩诉交易中律师的角色

1. 律师可以启动辩诉交易谈判

美国法律没有明确规定辩诉交易谈判必须由控方发起或者由被告人一方发起，司法实践中，有时候是律师主动找到检察官提出要启动辩诉交易谈判。无论由谁发起，这就是我们谈判的起源。

2. 辩诉交易中律师需注意增强被告人的信任

美国的辩诉交易制度面临这样的挑战：由于做了辩诉交易的谈判，被告人会觉得辩护律师是跟控方一伙的，律师并不是为自己辩护。为了打消被告人的这种疑虑，辩护律师和控方在做辩诉交易谈判的过程，要以书面的形式来确认谈话的内容，这样的话，被告人就会感觉控方和辩护律师都是很专业地来进行谈判。

3. 律师不能代替被告人做辩诉交易的决定

律师一定要跟被告人讲清楚，认罪和辩诉交易是你自己的决定，而不是你的亲人告诉你这么做，更不是律师告诉你这么做。如果一个客户非要由律师来做决定的话，律师也是没有办法为客户做这样的决定的。因为在联邦法庭上法官会问被告人，这个辩诉交易是不是被告人一个人做出的决定，问被告人是不是有人威胁、胁迫或者是以不正当的手段影响你让你做出这个决定。如果被告人回答是辩护律师告诉他应该去承认自己有罪的话，那么，法官是不会接受他的认罪答辩的。

4. 律师在辩诉交易中起着至关重要的作用

当一名律师见到他的客户时，这个客户马上承认了犯罪，在这种情况下，律师也不能说既然你承认有罪，那你就认罪吧。律师要在看到所有控方搜集到的证据之后才能做出是否建议认罪的判断。

辩护律师的法律服务质量在整个辩诉交易谈判当中起着举足轻重的作用。是不是被告人都认罪了，律师的辩护就失去价值了或者说会降低律师的辩护质量？答案是否定的，律师在量刑阶段的作用甚至超越了庭审的重要性。

在量刑中，律师提供的详细的背景调查资料具有重要作用。仍以停车场谋杀案为例，该案的辩护律师是联邦公设律师，其很早就开始了针对量刑的准备。其中包括：聘请法医学专家为被告人做心理评估；提出被告人是一名年仅30岁的年轻人，且无其他犯罪记录；提出被告人具有自首的情节；提出被告人的枪支是合法持有的而不是非法获取的；提出被告人有精神病史等。

六、公设辩护人制度不会降低辩护的水平

据我了解，在中国有这样的争议：如果设立了公设辩护人制度，好像就会降低刑事辩护的水平。我觉得这是一个误解，并且希望能够尽量避免这样的误解。在美国很多公设律师都是非常专业、聪明的人士，他们的辩护能力和尽责态度完全不亚于那些犯罪嫌疑人或者被告人自己聘请的私人律师。我觉得辩护质量完全是看个人因素的。

七、不接受辩诉交易并不必然导致更重的惩罚

如果被告人接受了辩诉交易，那么就会面对更少的罪行指控，同时在联邦量刑指南中也明确规定，对于认罪的被告人可以给予优惠，让其获得从宽处罚。相对应的，上庭的被告人所受到的处罚就会相对严重一些。根据我了解的情况，多数情况确实如此，但并不是所有的情况都是这样的。比如说，有时候在庭审的过程当中，法官就会发现检察官的指控可能会有一些薄弱的环节，这时候即使陪审团认定了被告人有罪的，最后法官在定罪量刑的时候也会给被告人一些从宽的处理。但是这情况并不是特别多，法官并没有办法知道所有案件的方方面面，所以他有的时候也并不知

道检察官在案件当中会有什么样的薄弱环节。

八、法官主持下的和解会议及其被推翻

在作为检察官的职业经历中，我曾

经参加过和解会议。所谓和解会议，就是由法官主导一个调解的过程来达成一种协议。负责调解的法官不是本案的主审法官，是另一名法官，不参与后续的审判程序。但三年前，这一套制度被推翻了。当时有观点认为联邦法院的法官

不应当以法官的身份来参与调解工作，来帮助控辩双方达成某种协议，这是不合适的。主要考虑的是，联邦法院认为如果以法官的身份参与这种谈判，他的这种在场其实对被告人和辩方来说就是一种压力，应该把这压力去除。

田文昌：“认罪认罚从宽”必须有法官和律师参与

我一直认为，从简易程序到认罪认罚速裁程序，都是中国司法改革很重要的成果，很有必要，很有意义，主要体现在两个方面：

一是大量节省了诉讼资源。中国现在司法机关案件压力非常大，很多法官在加班加点，而且，压力大了就容易出现质量问题，这其实也是效率和公正的关系问题。过去有人曾主张过效率第一，显然是有问题的。现在我们强调公正第一，这是正确的，可是如何做到公正？按照现在的案件数量，如果没有速裁程序，没有简易程序，中国的法官再增加两倍都没有用，所以必须要节约诉讼资源。

二是能够真正下功夫审理重大和疑难案件，这样可以从根本上提高办案质量。这也是最主要的意义所在。但是问题在于，任何一个事物的发展，特别是在改进过程当中，或多或少都会存在各种问题，也就是说存在两重性，这也是我个人最担忧的问题。我认为无论是早些时候推行的简易程序还是现在的认罪认罚速裁程序，都存在两个重要的前提和保障。这个问题在若干年前讨论简易程序改革的时候，我就提出过，现在认



田文昌：京都律师事务所名誉主任，全国律协刑事专业委员会主任

罪认罚程序当中这一问题会更突出。

这两个前提和保障是什么？

第一个是必须经过法院的司法程序。离开法院司法程序的后果不堪设想。已经废除的劳教制度，问题的关键是脱离了司法程序。脱离了司法程序，劳教必然走入歧途。那么，现在的认罪认罚程序如果离开法院，在侦查和起诉阶段就可以进行的话，那么就很可能出现问题。具体来说，可能有两个方面的后果，一个是变成了一种不正当的交易，规避法律的交易。因为在脱离法院

监督的情况下，有些人可以采取非法手段把真正有罪的、重罪的问题，大事化小小事化了。另一方面则相反，如果要想欲加之罪的话，对一个不了解法律的当事人，可以采取各种软硬兼施的手段，让他盲目认罪，被迫认罪，把无罪的人变成有罪，把罪轻的人变成重罪，这是非常可怕的。所以，我一直坚持认为，离开法院的审理程序，离开法官的参与，这个程序是不可以进行的。

第二个前提和保障是，无论是简易程序还是认罪认罚速裁程序，都必须有律师参与。没有律师参与，也会有两个方面的问题。

一个是认罪的真实性问题。当事人不知道后果，对法律认识的错误经常会发生。我曾经办过一个死刑案子，杀人者是一个农民，用猎枪打死了村支部书记，被告人认罪，也判了死刑，但是在死刑复核的时候我发现问题了。子弹是从腰间射进锁骨出来，这个问题已经非常明显了，因为只有趴在地上打枪才能出现这种后果。我问他什么原因，他就描述了整个过程。因为他看不惯平时村支书贪污腐败，有一天喝了酒就拿着枪去找村书记，怕控制不了，进人家





院子之前把枪放在墙外，结果刚一进门被村支部夫妻俩打骂出来，他一股火上来，回身取枪，村支部老婆过来抢枪。夺枪过程中枪响了，不是他自己扣动扳机将村支部书记射杀的。我就问他：“这个情节你为什么之前不说？”他说：“我有什么好说的，杀人偿命，天经地义，是我杀了，没有必要说。”

大家想想，他本人坚决承认，一审、二审都忽略了这问题。这个例子非常典型，我国很多当事人，特别是文化水平偏低的当事人，根本不理解法律，如果没有律师参与，这种认罪会有何等

严重的后果。在某些正当防卫、紧急避险等之类的案件里，当事人由于不懂法律很可能轻易认罪，而忽略了免责或者减轻责任的理由。

另一个是认罪的自愿性问题。很多当事人不懂法律，面对一些压力、引诱时，如何保证认罪的自愿性？或者侦查机关可能采用一些违法的取证手段，当事人不能辨别时，如何保证认罪的自愿性？没有律师行吗？

我一直认为简易程序当中尤其是在认罪认罚程序当中必须要有律师辩护，律师辩护最主要的目的就是保障认罪的

真实性和自愿性，由律师帮助嫌疑人、被告人了解自己行为的性质到底是什么。

所以，没有律师参与，这样的程序是不能进行的，无法保障其公正性。但是从现在情况来看，我觉得这个问题还没有得到很好的解决，这是令人担忧的。如果不重视律师参与的必要性问题，可能会出现更多的冤案错案，这个问题应当引起特别重视。改革是一件非常好的事情，但是不能因为我们程序设定的疏漏，反而导致更多问题的出现。

朱勇辉：“认罪认罚从宽”制度对律师既是机遇又是挑战

第一，作为一名辩护律师，我对“认罪认罚从宽”制度非常期待，只是担心“从宽”的幅度不够大，得不到被告人的普遍认同。因为如果被告人认罪认罚之后得到的“好处”不够多，这个制度将失去吸引力，不能得到很好地推进，从而难以达到出台这个制度预期的目的和效果。我注意到，官方的提法是认罪认罚从“宽”，而不是从“轻”，“从宽”的内涵就比“从轻”的内涵广多了。我认为将来很有可能加大对认罪认罚的被告人的从宽力度，而不是现在这种简单的从轻、减轻处理，只有这样，才能真正体现出这个制度的价值和意义。我热情期盼在座的老师们能为此进行呼吁。

第二，我不担心“认罪认罚从宽”制度会冲击律师的刑辩业务，相反，我认为会给律师业务带来增长。最近三



朱勇辉：京都律师事务所高级合伙人

年，法院的无罪判决率是万分之一点六，那么，这万分之一点六之外的案件理论上都可能走“认罪认罚从宽”的路子，而被告人在这个过程中是需要律师

提供专业的法律支持的。你不懂法律，提不出有理有据有力的理由，人家怎么给你从宽？何况很多案子恐怕还需要“边打边谈”，所以，辩护律师将来大有可为。

第三，这个制度的出台，也给律师的技能提出了新的要求：提高调解、谈判能力，为当事人争取到更“从宽”的结果。我非常赞同胡依婷女士的观点，所谓辩诉交易，应该叫辩诉谈判，是一个双方协商的过程。因此，我们辩护律师应当加强谈判能力的培训，这对律师是一个新的业务技能要求。以前我们强调律师要有“说服”的能力，“说服”和“谈判”还不一样。“说服”更多的是要把自己的观点加给对方，是单向的；而“谈判”是双向的，需要相互妥协，最终才能达成一致。这里面有很多的技巧。

唐哲先生：“认罪认罚从宽”在借鉴辩诉交易时应考虑国情不同

关于美国辩诉交易制度应该用“交易”这个词，还是应该用“谈判”这个词，我觉得只是语言翻译的问题，不是重点。美国的检察官、辩护律师不会对“交易”的说法有任何的意见，因为在英文里bargain是动词也是名词，大多数人采用名词的意思，就是“交易”，做动词就有“谈判”的意思，所以用“交易”还是“谈判”这个不是重点，重点是两个制度的本质都是在认罪的前提下从宽处罚。“认罪认罚从宽”与辩诉交易具备比较、借鉴的基础。

在此前提下，制度运行的顾虑是一样的，重点在于犯罪嫌疑人或被告人在认罪的时候是否自愿？是否了解法律后果？是否了解会面临怎样的惩罚？是否了解他放弃的是什么样的权利？

无论是“认罪认罚从宽”还是辩诉交易，都是一项非常重要的制度，因为制度的运行会直接影响到犯罪嫌疑人或被告人所面临的刑事处罚。如我在美国进行过实证研究，以持有毒品犯罪为例，接受辩诉交易的与开庭审理的案件相比较，判决结果完全不同：接受控方辩诉交易的被告人，可能就只要坐几个月的牢，或者缓刑；参与开庭审理的被告人，惩罚就更重，往往是实刑。

这种重要的制度，在比较借鉴时要充分考量各自国情的不同，看到法律框架、法律环境的差别。例如在美国，被告人初次出庭，就要做出关于无罪还是有罪的答辩。但中国的刑事诉讼程序则不同，被告人往往很晚才能见到法官，前期可能要经过批准逮捕等程序，所以



唐哲：耶鲁大学中国中心主任

可能检察官的角色更重要。如果不考虑一国自身的国情，全盘引入、移植另一国的法律制度，是会出问题的。

刘铭：认罪认罚的有效实施更依赖于律师发挥作用

我尤其关心认罪认罚制度体系建构中的参与主体，比如说，关于辩护律师的参与，这时候应该是更重要了，这一点我同意陈老师的意见。到底认罪还是不认罪，当事人可能不会作出理性的判断，需要律师解释说明清楚利益得失。认罪认罚的有效实施，更依赖于律师发挥作用。

其次，对于被害人，到底要不要作为认罪认罚制度参与主体，这里我们要把两种情形想清楚。一方面，被害人的物质、精神损失要得到被告人的补偿。我们在追究犯罪过程中还欠缺对被害人



刘铭：京都律师事务所高级合伙人

的有效保护，他们容易受到二次伤害。但另一方面，被害人在追究责任过程中往往有非理性和情感因素，如果以被害人同意为必要性就很麻烦。我是朝阳区检察院的监察员，该检察院很多案件都要正式地征求被害人的意见，我都有参与。从外部监督的角度，我会发现，不管被告人判多少年，被害人没有满意的。有一交通肇事罪，撞死被害人2岁的孩子，我认为已经是顶格判了，是重了；但被害人还有意见，要求杀之后快！所以，让被害人作为参与主体对案件协商从宽产生实质影响也不行。



梁雅丽：律师视角下的“认罪认罚从宽”制度

十八届四中全会决定在“优化司法职权配置”这一部分提出了“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”。随后，最高人民法院在《人民法院第四个五年改革纲要（2014—2018）》中、最高人民检察院在《关于深化检察改革的意见（2013—2017年工作规划）》中均明确提出完善该制度的决定。而且，部分地区已经开始试水，并产生了实际的判例。2016年9月3日上午，十二届全国人大常委会第二十二次会议表决通过了《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》（以下简称《决定》），试点为期两年，共有北京、天津、上海、重庆、沈阳、大连、南京、杭州、福州、厦门、济南、青岛、郑州、武汉、长沙、广州、深圳、西安18个城市开展试点。但目前有关部门并未就“认罪认罚从宽”制度的概念给出权威性界定，学术界司法界对此亦有不同解读。从律师辩护的视角看，在该制度的设计上应注意以下几个问题：

一、必须保障被告人认罪认罚的自愿性

为了避免陷入无辜者被迫认罪的“陷阱”，在设计“认罪认罚从宽”制度时，建议：

第一，应明确规定认罪认罚的自愿性。“认罪”，即被告人自愿供述其所犯罪行、自愿接受法庭审判，而不是出于被胁迫或者欺诈等因素，而且最好对这些非自愿因素作列举规定，以利于实践的操作。“认罚”即犯罪嫌疑人、被告人在认罪的基础上自愿接受所认之罪在实体法上带来的刑罚后果，以及对诉



梁雅丽：京都律师事务所高级合伙人

讼程序简化的认可，即放弃其在普通程序中所具有的部分法定诉讼权利，同意通过适用克减部分如法庭调查与辩论等诉讼环节的诉讼权利来对自己定罪量刑。

第二，被追诉人自愿做出相应供述，应当获取与之相称的信息以供其做出选择是否认罪认罚。为保障自愿性，降低控辩双方对抗的风险，该项制度的适用实际上要求办案机关有义务向被追诉人公开有关已案的证据材料。

第三，应重视利用我国现有刑事诉讼法等法律对社会调查报告制度的规定，以利于法官全面了解被告人是否因为其他客观原因而非自愿性地认罪认罚等。

第四，保障犯罪嫌疑人、被告人获得实质的而非形式的律师帮助和咨询。

二、必须保障被告人是在获得有效律师帮助的前提下自愿认罪认罚

为了避免被告人在没有获得有效法律帮助的情况下认罪，在制度设计上建

议：

第一，应明确法律援助律师的行业准入资格和职责的评价体系，加强对法律援助经费的管理，加大对法律援助制度的建设力度，对于贫困地区的法律援助律师应该加大财政投入力度，从而保障处于社会底层的贫困被告人也能获得法律帮助的权利，以保障被告人是在获得有效律师帮助的前提下自愿认罪认罚。

第二，我国还应借鉴域外国家设置强制辩护制度以提高认罪认罚的正当性。被追诉人较之于追诉机关本身处于弱势地位，尤其是在促使被追诉人选择认罪认罚以争取从宽处理的过程中，为彰显控辩双方平等对抗的诉讼精神，在“认罪认罚从宽”制度中设置专门的强制辩护制度有其合理性。

第三，为确保强制辩护制度的适用取得实质效果，还非常有必要探讨讯问阶段律师在场的可行性。犯罪嫌疑人侦查询问时要求律师在场的权利，有利于加强对办案全过程的社会监督。

三、必须保证法官在此类案件中居中裁判，不得充当控方角色

在适用“认罪认罚从宽”制度处理案件过程中，法院应主要审查认罪认罚自愿性以及控辩双方协议的合法性等基本内容，这是坚持以审判为中心的诉讼制度的必然要求。具体而言，包括以下几个方面：

第一，被告人认罪认罚的自愿性。结合被告人在侦查阶段、审查起诉阶段的综合表现，并听取其辩护律师的意见。

第二，被告人是否满足认罪认罚

制度适用的法定条件。包括是否构成认罪、认罚，且符合相应案件类型的特殊要求。

第三，控辩双方达成认罪认罚协议的合法性。主要是定罪量刑在实体法上的考量，重点审查法院认定事实与协商认定事实是否相一致、认罪认罚协议是否违反刑法实体法律规定。

第四，检察院移送程序适用建议的合法性。由于认罪认罚制度的适用在速裁程序、简易程序中均有体现，法院应着重审查是否满足不同程序类型的法定条件，有无存在程序转换的可能。

第五，是否存在其他不得适用“认罪认罚从宽”制度的法定因素。

四、必须奠定在事实清楚证据确实充分的基础上，严格禁止检察官犯罪协商，严格禁止在侦查阶段适用该制度

“认罪认罚从宽”制度是我国长期执行的宽严相济刑事政策的体现，是该项政策的制度化新发展。尽管不同国家的刑事司法及其运行有其普遍共性，但并不意味着我国推行该项制度改革就是辩诉交易制度的翻版。

我们还需认识到，美国的辩诉交易制度所交易的内容既包括罪名也包括罪数。而在我国的制度设计中，控辩双方的协商只能是在检察机关指控犯罪嫌疑人、被告人有罪的前提下，控辩双方就犯罪嫌疑人积极认罪而获得的可能优惠达成协议。在此过程中禁止交易罪名、罪数，应当是我们坚持的基本底线。此外，美国的辩诉交易很多是在案件事实有争议或者证据有疑问的情形下，换取被告人的轻罪轻罚认可，而我们推行的“认罪认罚从宽”制度则必须在案件事实清楚、证据确实充分的条件下进行，

不允许司法机关借认罪认罚之名，让犯罪嫌疑人、被告人承受事实不清证据不足情形下的罪与罚，依此减轻或降低检察机关的证明责任。

此外，侦查阶段应不适用认罪认罚制度。认罪认罚制度的适用应当有严格的诉讼节点限制，只能在审查起诉阶段和审判阶段发挥特定优势，而不能适用于侦查阶段。原因如下：

第一，认罪认罚的前提是事实清楚、证据确实充分，侦查机关只有全面侦查取证，才能够达此目的，因此侦查阶段的主要任务是取证而不是认罪协商。

第二，若许可侦查机关促成犯罪嫌疑人认罪协商，则可能导致侦查人员放弃法定查证职责，不去收集能够证明犯罪嫌疑人无罪的各种证据，过分依赖获取犯罪嫌疑人的口供定罪，冤枉无辜。

第三，由于侦查机关公权力的天然优势、侦查活动的秘密性等，一旦侦查机关在办案过程中承担此项职能，可能会出于减轻办案压力或者其他目的，而采取威胁、利诱等方式迫使犯罪嫌疑人选择认罪认罚，进而成为造成冤假错案的诱因。

五、“认罪认罚从宽”法定化，以增强犯罪嫌疑人和被告人的可预期性

在实体刑法方面，需要明确对被告人认罪认罚应给予充分、普遍有效的积极评价。

首先，在立法上应该将其提升为“应当”型（即强制型）的法定情节，即如果被告人认罪认罚，应当从轻或者减轻处罚，法官在量刑时须适用该情节，并在判决结果中加以体现。具体而言，在刑法上对被告人认罪认罚应获得

的从宽予以明确化、法定化。建议对于坦白认罪的，可以从轻或者减轻处罚，对其中犯罪情节较轻的，应当从轻或者减轻处罚。被告人认罪认罚的，特别在诉讼早期即认罪认罚，供述自愿真实合法且作为主要定案证据立案的，可以考虑比照本案应当判处的刑罚给予四分之一到三分之一的减刑，在最大程度上鼓励被告人积极认罪认罚。

其次，必须注意到认罪认罚有两种表现形式：自首和坦白。较坦白而言，自首表明犯罪人的人身危险性相对较小，因此对自首的从宽力度显然应该大于坦白。在案件情况相似或者其他条件类似时，对自首的从宽幅度应当大于对坦白的从宽处罚幅度，以鼓励犯罪人积极认罪认罚。

六、必须保障被害人辩护交易的实质参与

在我国，关于被害人是否应当作为“认罪认罚从宽”制度参与主体也存有争议，例如，有观点即主张“在认罪协商时应当征得被害人的同意，其重要条件就是应当由被告人对被害人在精神、物质两个方面予以补偿，被害人同意并且愿意接受赔礼道歉和物质补偿。”但也有观点认为，“为确保认罪认罚制度适用的效率性，防止因被害人主观情感的变化而导致协商过程随意变更损害诉讼程序的确定性，被害人不宜作为参与主体而对案件协商过程产生实质影响。”我们基本赞同第一种观点，认为“认罪认罚从宽”必须基于被害人的同意，并应将被害人的受损利益获得弥补作为认定被告人认罪认罚的合理条件之一，且应将被害人获得赔偿的程度与被告人可能获得的从宽幅度直接挂钩，调动被告人积极赔偿被害人的主动性。



案外人执行异议之诉阻却执行标的处分效力相关问题简析

■ 肖树伟 韩冰/文

案 外人执行异议之诉是指在执行程序中，案外人对执行标的提出书面异议，经法院审查后裁定驳回该异议，案外人对驳回执行异议裁定不服而提起的诉讼。案外人执行异议之诉制度的设立初衷是为了平衡申请执行人与案外人之间的权利，力求在保护申请执行人利益的同时亦不对案外人的利益造成损害。因此，在执行程序中赋予案外人提出执行异议之诉的权利具有必要性及合理性。我国《民事诉讼法》第二百二十七条也对案外人执行异议之诉作出了原则性的规定。但既然是权利就存在被滥用的可能，特别是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称“《民诉法解释》”）实施后，案外人执行异议之诉案件数量明显增加。

根据《民诉法解释》第三百一十五条“案外人执行异议之诉审理期间，人民法院不得对执行标的进行处分”的规定，案外人执行异议之诉一旦受理，法院将不得对执行标的进行处分。由此导致实践中许多被执行人串通案外人对执行标的提出执行异议，在执行异议被裁定驳回后，又进而提起执行异议之诉，以达到拖延法院对执行标的进行处分、逃避债务的目的。因此，案外人执行异议之诉制度亟需完善。

本文在对《民诉法解释》实施前后相关规定进行对比分析的基础上，指出《民诉法解释》规定的不合理性，并在此基础上提出完善案外人执行异议之诉制度的对策。

一、案外人执行异议之诉阻却执行标的处分效力的法律依据

（一）《民诉法解释》实施前的有关规定

《民诉法解释》实施前，实践中审理执行异议之诉

案件适用的有关法律法规主要是《民事诉讼法》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》（以下简称“《执行程序解释》”）。此外，一些地方高院也颁布了司

肖树伟律师简介



京都律师事务所高级合伙人
主要执业领域为：公司、合同、信托、基金及国际贸易和投资。1989年开始从事律师工作。现为中国法学会会员、中国政法大学兼职教授、中国国际贸易促进委员会/中国国际商会调解中心调解员、北京市律师协会理事及执业纪律与执业调处委员会主任。长期为信托公司和基金公司的募集、投资、管理及退出业务提供法律服务，积累了丰富的经验。曾被司法部和北京市律师协会评为优秀律师。

法文件，对执行工作进行规范与指导，如《北京市法院执行工作规范》（以下简称“《工作规范》”）。

如前所述，《民事诉讼法》仅对执行异议之诉进行了原则性的规定，而《执行程序解释》的规定则更具有可操作性。《执行程序解释》第二十条中明确规定，案外人依照民事诉讼法规定提起执行异议之诉的，诉讼期间，不停止执行。案外人的诉讼请求确有理由或者提供充分、有效的担保请求停止执行的，可以裁定停止对执行标的进行处分；申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行。《工作规范》第四百九十五条也规定，案外人依照《民事诉讼法》规定提起执行异议之诉的，诉讼期间，不停止执行。但审判庭认为“诉讼请求确有理由”的，可以向执行实施机构发出停止处分执行标的的建议书，执行实施机构收到建议书后，应当停止对该标的物的处分行为。

从上述规定中可以看出，《民诉法解释》实施前，司法实践中，如案外人提起执行异议之诉，诉讼期间法院不停止执行，只有在案外人的诉讼请求确有理由或者案外人提供充分、有效担保的情况下才可能停止对执行标的进行处分。并且，在法院停止对执行标的处分的情况下，如申请执行人请求继续执行并提供充分、有效的担保的，法院应当继续执行。即案外人执行异议之诉并不能当然产生阻却执行标的处分的效力。

（二）《民诉法解释》的规定

《民诉法解释》第三百一十五条规定，案外人执行异议之诉审理期间，人民法院不得对执行标的进行处分。申请执行人请求人民法院继续执行并提供相应担保的，人民法院可以准许。

从上述规定可以看出，《民诉法解释》的规定可以说推翻了此前的规定。案外人执

行异议之诉审理期间，法院不得对标的进行处分。而只有在申请执行人请求继续执行并提供担保的情况下，才有可能继续执行。即案外人执行异议之诉一旦受理，将产生阻却执行标的处分的效力。

二、《民诉法解释》规定的不合理性

通过对上述规定的对比，笔者认为《民诉法解释》的规定较此前的规定存在不合理之处，是一种立法的倒退，违反了法律最基本的公平原则。主要理由为：

1.《民诉法解释》采取“一刀切”的方式规定案外人执行异议之诉审理期间，不得对标的进行处分，并未针对案外人的具体情况作出区分规定。而《执行程序解释》等规定则在原则上规定诉讼期间不停止执行的情况下，又将“案外人的诉讼请求确有理由”“案外人提供充分、有效的担保”作为可以停止对标的进行处分的补充规定，规定更加科学，合理。

2.《民诉法解释》的规定极易导致执行异议之诉成为被执行人拖延执行程序、逃避债务的“利器”，从而成为化解“执行难”问题的阻碍。“执行难”是我国司法实践中一个老生常谈的问题，也是一直致力解决的难题。近年来，我国陆续出台了許多执行相关规定，试图缓解，甚至解决“执行难”的问题，也初见成效。但《民诉法解释》关于案外人执行异议之诉阻却执行标的处分效力的规定，极可能导致被执行人与案外人进行串通，通过案外人提起执行异议之诉以达到拖延执行、逃避债务的目的。实践中，许多案外人与被申请人具有千丝万缕的联系，有合作伙伴，有关联公司甚至亲朋好友，被申请人与案外人进行合谋串通，成本十分低廉，过程也十分简单，很容易达到阻碍申请执行人提出的处分执行标的的合法要求实现的目的。

虽然，《民诉法解释》第三百一十五条第二款规定了，被执行人与案外人恶意串通，通过执行异议、执行异议之诉妨害执行的，人民法院应当根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。申请执行人因此受到损害的，可以提起诉讼要求被执行人、案外人赔偿。但此种事后救济的方式，无疑增加了申请执行人的“讼累”。而且，即使法院判决被执行人、案外人应当对申请执行人的损害进行赔偿，申请执行人可能又将面临债



权无法实现的风险。

3. 过于保护案外人的利益，加重申请执行人的责任，平衡申请执行人与案外人利益的立法目的恐难以实现。实践中，申请执行人往往属于“弱势群体”，空有胜诉判决而迟迟得不到执行款的情况比比皆是。即便通过执行程序实现债权的申请执行人也为此花费了大量人力、财力、物力，有些甚至为此负债累累。而根据《民诉法解释》的规定，在案外人执行异议之诉审理期间，如申请执行人请求法院继续执行的，还需提供相应的担保。在此情况下，申请执行人的合法债权不仅没有得以实现，还需为了实现债权而另行提供担保，无疑加重了申请执行人的责任，对于申请执行人而言无疑是雪上加霜。实践中有相当一部分申请人因没有能力提供担保，导致不能处分执行标的，自己的合法债权不能实现。

三、完善执行异议之诉的对策

虽然《民诉法解释》的相关规定并不合理，但基于法律规定应该具有稳定性的原则，贸然废止有关规定也不可取。因此，笔者认为，目前案外人执行异议之诉制度亟需完善，具体可从以下方面着手：

1. 完善案外人执行异议之诉的相关规定。进一步对执行异议中案外人的主体资格进行细化，明确案外人必须是与执行标的具有法律关系且是申请执行人、被执行人以外的主体，同时对案外人与被执行人之间的关系进行限制；对案外人对执行标的享有的权利种类进行区分，进而明确案外人对执行标的享有哪些权利时可以提出执行异议；从案外人提起执行异议之诉的时间、证据、形式、审理期限等方面对案外人执行异议之诉的程序进行细化。

2. 《民诉法解释》第三百零五条规定了案外人提起执行异议之诉的条件，法院应当依法对案外人执行异议之诉进行立案审查，对不符合立案条件的案件明确不予受理，从源头上杜绝案外人对执行异议之诉权利的滥用。

3. 《民诉法解释》第三百一十一条规定，案外人执行异议之诉中，案外人应当就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益承担举证证明责任。法院审理案外人执行异议之诉案件时，应当严格依法要求案外人承担举证责任，对案外人提出的证据进行严格审查，该证据必须是案外人对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的有关

韩冰律师简介



京都律师事务所合伙人，主要执业领域为民商事诉讼及仲裁、公司法律事务。2001年开始从事律师工作，具有丰富的法律实践经验、深厚的法学理论功底和娴熟的诉讼仲裁技巧，诉讼业务涉及房地产建设和开发、制造业、商业、服务业、高科技等众多领域；代理的案件涉及国际贸易、债权债务及各类合同纠纷案件。

证据。此外，法院应注意对执行异议之诉案件审理期限的把控，提高案件审理的效率，并在案件审结且未支持案外人诉讼请求的情况下及时恢复对执行标的的处分，以减轻因不能处分执行标的对申请执行人带来的不利影响。

4. 加大对案外人、被执行人通过案外人执行异议之诉程序妨碍执行、侵害申请执行人利益行为的惩罚力度，提高案外人、被执行人的违法成本。

结语：执行程序的设立是为了保护申请执行人的利益，但不能因保护申请执行人的利益而侵害案外人的利益，案外人执行异议之诉制度由此产生。同样，我们也不能因为保护案外人利益而损害申请执行人的利益，不能让案外人执行异议之诉制度成为化解“执行难”问题的阻碍。

刑事诉讼庭审发问技巧（上篇）

■ 张小明 / 文

“问”是法官、公诉人和律师在法庭上不能不做的一件事，实际上也是在绝大部分时间里做的事，因此，问话是他们的一个重要工具，也是控辩双方对抗的一个主要武器”（引自《法庭语言技巧》第三版，廖美珍著，法律出版社，2009年8月第3版，第21页）。

但是，在案卷中心主义之下，开庭审理往往演绎成一场由控方召集、律师参加、法官主持、被告人可以发言的案件研讨会。除了被告人可以被发问，目击证人、鉴定人、被害人、侦查人员、控辩双方的其他证人很少出现在法庭上，接受控辩双方的发问。

在审判中心主义之下，诉讼证据应当出示在法庭，案件事实应当查明在法庭。作为证据使用的证人证言、被害人陈述、鉴定意见等等，必须在法庭上经过举证、质证、认证程序。

“证人证言具有生动形象具体丰富的优点，但由于受主观因素的影响较大，容易含有虚假成分。”（引自《证据法学》第三版，陈光中主编，法律出版社，2015年3月第3版，第167页）“被害人陈述容易夸大或缩小，虚假的可能性较大”（同上，第175页）“鉴定毕竟是由人做出的，鉴定人存在个体差异，再加上某些客观原因，存在偏差，错误的可能性是难免的。”（同上，第189页）

鉴于言辞证据的易受干扰、模糊和不稳定性等天然的缺陷，证人、被害人、鉴定

人、侦查人员在对方提出异议的情况下，必须在法庭上，通过公开、平等发问的方式，完成对言辞真实性、关联性和合法性的检验。

但是，由于证人等出庭率极低以及现行发问规则的不足和瑕疵等原因，目前的发问环节也是辩护律师实务能力中最薄弱的之一。相应地，控方的发问技巧和审判方对于发问环节的把控能力也是严重不足的。

在此现状下，笔者尝试归纳现有规则和技巧，并参考域外知识和经验，对这个领域进行更全面的探索。

第一节 发问的意义

一、发问的对象

鉴于本文的目标读者是执业刑事辩护律师，因此本文主要是从律师在刑事案件中担任辩护人的视角和立场出发。

从被发问者提供的信息所要证明的事实对何方有利的角度看，发问的对象可以分为辩护方和控方两类：

（一）为辩方立场服务的被发问人：被告人、辩方证人、辩方申请的有专门知识的人、附带民事诉讼被告人等；

（二）为控方立场服务的被发问人：被害人、控方证人、鉴定人、侦查人员、附带民事诉讼原告人等。

当然这个角度是从发问人最初所期望的立场出发，在发问过程中，原为辩方或控方立场服务的被发问人可能改变立场，提供了对对方有利的信息，从而成为事实上为对方立场服务的被发问人，或者说成为了己方的敌意证人。立场的改变将涉及发问方式的变化（具体见之后详述）。

二、发问的目的

对法庭来说，发问的主要目的在于协助法庭查明案件事实，以便确认证据是否确实、充分，依据法律认定被告



人有罪还是无罪。

对辩护律师来说，发问的主要目的在于：

- (一) 展示辩方案情的主要细节
- (二) 揭露控方证据的瑕疵和谬误，具体包括：
 1. 证据不共同指向同一待证事实；
 2. 存在无法排除的矛盾；
 3. 存在无法解释的疑问；
 4. 不能形成完整的证明体系；
 5. 根据证据认定案件事实不足以排除合理怀疑；
 6. 结论不具有唯一性；
 7. 运用证据进行的推理不符合逻辑和经验。

发问中最精彩的部分是交叉询问，又称反询问、反盘问。对于交叉询问的目的，杨良宜和杨大明先生在《国际商务游戏规则：英美证据法》（法律出版社，2002年，368页）中所列举的以下目的或作用同样对理解刑事庭审中交叉询问的作用有帮助：

- (一) 澄清主讯问中不明确、有回避、有矛盾、有疑点之处；
- (二) 不让对方证人蒙混过关、避重就轻；
- (三) 对证人可能遗忘或忽略的事实进行探求，作全面的盘问，打破砂锅问到底；
- (四) 设法令对方证人认同自己乙方对事实的看法；
- (五) 解释对方证人愚昧无知、丑化对方证人；
- (六) 揭示对方证人不诚实；
- (七) 让法官或仲裁员观察证人的“言行举止”(demeanor)的唯一机会。

三、发问的意义

对辩护方而言，通过有效的发问，可以帮助法庭认识到对辩方有利的证据，帮助法庭认识到对控方不利的证据，为法庭辩论提供对辩方有利的证据材料、线索和合理怀疑的依据。

第二节 发问的规则

一、现行法规规定

(一) 律师发问权

根据目前的法律、司法解释等规定，除下列(二)项

张小明律师简介



张小明，京都上海分所律师，在中国执业十年以上，处理过大量诉讼案件。在商业贿赂防范和职务犯罪辩护、国际贸易领域犯罪与辩护、白领犯罪和合规等方面拥有丰富经验。在国际刑事司法、美国刑事司法、刑事诉讼比较等领域有较深理论研究。除律师执业经验外，张律师还担任过多年世界五百强美国公司法律部长，并从事过国际贸易实务多年。

中所限制的发问方式外，法官不得随意打断或者制止律师按程序进行的发言。

(二) 限制的发问方式

以下发问可能被法官制止：

1. 发问的内容与本案事实无关；
2. 以诱导方式发问；
3. 威胁证人；
4. 损害证人的人格尊严；
5. 过于重复；
6. 相关问题已在庭前会议达成一致；
7. 侮辱、诽谤、威胁他人；
8. 故意扰乱法庭秩序。

二、现行法规的局限

(一) 限制诱导式发问的问题

发问是通过证人的陈述来确认案情并间接表达发问者的意见。因此，控制陈述者回答什么问题、回答的形式和内容都是保障实现发问目的的重要原则。另外，简短易懂也是必须坚持的原则之一，目的是保证发问的有效进行，避免产生误解和异议。

诱导和引导的区别：最高人民法院的司法解释规定发问不得采用诱导方式。至于何谓“诱导”、“诱导”和“引导”的区别、诱导方式有无例外等问题没有具体和明确的规定，给实践操作带来了困惑。

长期以来，我国司法实践对于引导性问题是否可以采用一直存在极大争议。“两高”司法解释也出现一定分歧。”“但在被告人不认罪或者存在较多辩解的情况下，被告人在接受讯问中，是不会按照公诉人的提问顺利回答问题的，实际上就可以视为“辩方证人”，公诉人可以对其采用引导性发问方式。”（引自《国家公诉人出庭指南》最高人民法院公诉厅编，法律出版社，2013年6月第1版，81页）

“若辩护人只是意在通过暗示使被告人、被害人或证人恢复对某些细节的回忆的诱导性发问，不影响陈述或证言真实性的，公诉人可以不予反对。”（引自同上，98页）“对于记忆诱导性的提问，即对于理解能力有限和记忆有限的被告人或证人，唤起其记忆的诱导性问题，不属于诱导性发问，司法实践中是允许的”。（引自《公诉实务教程》余啸波主编，上海检察文库检察实务丛书，上海交通大学出版社，2102年2月第1版，192页）

交叉询问中诱导式问题的例外：“如果接受询问的证人或鉴定人为友性证人，其在反询问的询答明显与询问者相互配合，而有勾串之虞时，就应该禁止诱导询问”。（引自《刑事诉讼交叉询问之研究》王国

忠著，中国人民公安大学出版社，2007年1月第1版，306页）

(二) 对品格证据的限制

虽然法律没有品格证据的规定，但是鉴于“司法实践中，证人的品行是影响证人证言可采性的客观原因之一。诚实、守信、刚直、没有前科的证人比一贯撒谎、怯懦、劣迹斑斑的证人做出可信证言的概率要大很多”（引自《国家公诉人出庭指南》最高人民法院公诉厅编，法律出版社，2013年6月第1版，118—119页），笔者认为如果辩护人获得有力的相关证据，可以尝试就品格进行发问。

三、试点改革

(一) 允许反询问中使用诱导性问题

最高人民法院《人民法院统一证据规定（司法解释建议稿）》（2008年4月21日）第八十一条规定：“提请传唤证人的一方在对该证人的询问中不得提出诱导性问题，但在交叉询问中，允许提出诱导性问题。诱导性问题，是指直接或者间接暗示了特定答案的问题，或者假设了某待证事项存在的问题。”此建议稿在数个法院试行，表明了最高审判机关对诱导性问题的新认识和改革尝试。

(二) 辩护人与被告人同席对发问的意义

目前，在部分法院试行辩护人与被告人同席制度，即辩护人和被告人坐在一起，可以随时对被发问人的回答和表现进行交流，以便更准确地掌握证言的真实性，保障被告人的质证权。

第三节 发问的方法

一、发问的基本原则

发问是通过证人的陈述来确认案情并间接表达发问者



的意见。因此，控制陈述者回答什么问题、回答的形式和内容都是保障实现发问目的的重要原则。另外，简短易懂也是必须坚持的原则之一，目的是保证发问的有效进行，避免产生误解和异议。

二、发问的方案

尽管不需要在法庭上照读问题清单，但是事先进行如下准备，包括发问问题清单或要点，是十分必要的。这个清单也帮助你事先考虑清楚每个问题的可能答案和预判意外答案，并提前考虑对意外答案的反驳理由和相关证据。

清单：

发问的具体目的；

发问问题清单；

问题答案的预判；

意外答案的预案。

三、发问的庭前调查

虽然目前辩护律师的庭外调查能力较弱，并且法律对律师调查的合法性边界不明确，但是如果辩护人事先知道有证人等需要出庭接受发问，除了对证言内容的审核研究外，还应当就证人等的作证能力、利害关系和诚实品格等方面进行研究并根据实际条件进行相关调查。以下信息和角度可以考虑：

（一）背景信息：姓名、曾用名、出生年月日、身份证号码、身份证住址、实际住址、婚姻状况、子女情况、教育经历、工作经历、职业、近亲属关系等；

（二）观察、记忆和表达能力；

（三）与公检法司法人员、诉讼参与人各方的血缘、婚姻、工作、教育等密切关系；

（四）对案件的了解：怎么知道这一事件、以前的证言、对事件的讨论、是否和其他证人讨论过；

（五）案件的经济利益归属；

（六）对被告人的偏见、仇恨等；

（七）作证费用的支付和承担；

（八）以往的诚信记录；

（九）违法犯罪记录。

四、对发问对象的庭前准备

（一）被告人的准备

（二）证人的准备

虽然会见证人有一定风险，但是必要时仍应进行面对面会谈。以达到如下目的：

（1）解释相关诉讼过程；

（2）解释作证规则；

（3）了解证人与被告人的关系；

（4）了解证人与本案侦查、检察、审判和其他当事人的关系；

（5）了解证人诚信背景；

（6）了解案情；

（7）了解之前作证情况和内容；

（8）核实证人作证能力、证词可信度；

（9）了解可以和证人在案发现场见面；

（10）可以带证人去法庭旁听，熟悉庭审环境。

有必要时，应当事先进行模拟问答练习，包括模拟发问、回答和异议。证人可以参与思考对方可能提出的问题并提供他/她的答案。（参见《舌战手册》，林正和于志怡编译，中国商业出版社，2011年11月第1版，第206—207页）

一般情况下，整个会谈和排练过程应当录音录像，并且除辩护律师外，还应有其他律师或律师助理在场。

五、发问的基本要求

（一）发问问题和答案一般使用一问一答方式进行；

（二）发问应简洁、清楚、准确、严密；

（三）发问重点应围绕与定罪量刑紧密相关的事实；

（四）发问主要针对证言中有遗漏、矛盾、模糊不清、明显不合理之处；

（五）发问应针对未达成一致意见的内容。

六、发问的具体形式

根据问题的开放度和控制力等因素，通常将问题分为以下种类（参见《侦查讯问话语实证研究》，曾范敬著，中国政法大学出版社，2016年6月第1版，133—141页）：

（一）开放性问题。根据寻求的答案的具体程度，又分为：

1.宽式开放性问题。常见句式：“为什么”“为何”“怎样”“什么”等。

比如：

你为什么没有报警？

你看到了什么？

2.窄式开放性问题。包含“什么……”“哪个……”“多少……”等疑问词用以了解具体或特指的信息。

比如：

你看到的那个人穿什么衣服？

当时房间里还有多少人？

（二）封闭性问题。要求回答是或不是、对或不对、同意或不同意、或者在给定的结果中进行选择的问题，一般属于封闭性问题。其中有分为：

1.选择问题

比如：

你看到被告人从自己身上拿出刀，还是别人给了他一把刀？

2.正反问题

你有没有看到被告人从自己身上拿出一把刀？

3.是非问题

又分为肯定式是非问题、否定式是非问题、陈述式是非问题。

肯定式：你看到了吗？

否定式：你没有看到吗？

陈述式：你没有看到？

上述否定式是非题“带有一定的期望

和没有实现后的惊讶”（引自同上，第139页），此处隐含：“我认为你看到了”的意思。陈述式“所表达的期望没有实现而产生的惊讶比否定的是非问话更强烈”（引自同上）。

4.附加问话

你没有看到被告人从自己身上拿出一把刀，是吗？

从支配力的强弱（笔者认为支配力的强弱一般情形下与引导或诱导的强弱成正比）排列，以上句式的支配力从强到弱的顺序如下（参见同上第140页）：宽式开放性问题、窄式开放性问题、选择问题、正反问题、肯定式是非问题、否定式是非问题、陈述式是非问题。

七、发问的具体方法

（一）直接询问（主询问）

1.直接询问是指对己方证人（包括被告人）的发问。但是，理论上讲，当出现以下情形，可以对己方证人进行交叉询问：证人提供了严重不利于本方的证言；可以合理地认为该证人了解某事项，但其在直接询问时拒绝提供证言；证人证言与其先前陈述明显不一致。

2.直接询问的目的是证明被告人不构成犯罪或者具有有利情节，和/或证明控方证据中的弱点或错误。

3.发问顺序一般按照时间顺序，或者重要性排序，也可以将最有力的放在前。

4.不要使用诱导或引导性问题，这样是被法律禁止的，且容易使证人失去可信度。

5.直接询问中可以将对被告人明显的不利和矛盾之处主动揭示，要求被告人予以解释，避免被动地被对方揭示。

6.如果有多个证人，则证人的出场顺序可以用时间发展、逻辑顺序、倒序、证明力为顺序，另外，有利的证人可以发在最前和最后。

7.根据上海某中院的调查，部分法律人士认为，对下列情形（参见《刑事证据规则研究》，沈志先主编，法律出版社，2011年8月第1版，第221—222页），可以允许在直接询问中进行诱导性询问：

（1）涉及证人、鉴定人等的身份、经历、社会关系等事实；

（2）控辩双方没有争议或者已经明确的事实；



(3)对证人、鉴定人等记忆不清的事项,为唤起其记忆而有必要;

(4)证人、鉴定人等对直接询问方明显持有敌对情绪并故意提供不利于直接询问放的证言的;

(5)直接询问下证人、鉴定人等意图避免就某一事项作证的;

(6)直接询问下证人、鉴定人等的陈述与其在庭审前的陈述相反或者实质上不同的;

8.直接询问主要方法

(1)叙述法:适用于陈述能力较强的被告人和证人、鉴定人。但是,需要及时针对遗漏或不清晰内容补充发问。

比如:

问:请问你的住址?

答:南京西路xxx号。

问:南京西路和江宁路口靠近你家吗?

答:就在旁边,大概100米。

问:2016年10月1日中午12点,你在哪个路口吗?

答:在。

问:在干什么?

答:我出去吃午饭,在等红灯。

问:你看到了什么?

答:我看到了xxx。

问:你刚才说那辆汽车“歪歪扭扭地”开过来。请问“歪歪扭扭”什么意思?(此处参见《舌战手册》,林正和于志怡编译,中国商业出版社,2011年11月第1版,第198页)

答:那辆车先越过中心线,又回到自己车道,后来马上又越过中心线。(参见同上)

(2)问答法:适用于陈述能力一般,辩护人不太确信被告人、证人、鉴定人能否主动控制内容并对辩方有利。

比如:

问:你说你看到了一辆车子撞了一个人,那么车子是什么颜色?

答:红色。

问:车子是轿车,还是其他车型?

答:是轿车。

问:车子开着灯吗?

答:没有。

问:车子速度大概多少?

答:很快。

问:请具体将一下很快什么意思?

答:比前后其他车快很多,我一下就注意到了。

(3)偏离主题的打断

如果证人等在叙述过程中偏离了主题,则可以用有关联性的问题来打断叙述,使其回到主题。(参见同上,第198-199页)。比如:

答:那车子又越过中心线了。我当时就发觉不对,对面的车子差点撞到他,后面的车子也在按喇叭……

问:请问越过中心线大概多少距离?

答:大概越过了两米。

9.直接询问被告人的顺序

目前庭审询问被告人的特殊顺序:向被告人发问属于直接询问,按理应该辩护人先发问,但目前法律规定由控方先讯问被告人(属于交叉询问)。因此,在辩护人向被告发问时,要注意根据被告人被控方讯问的问题和回答,判断是否需要有针对性的及时发问,以扭转不利。比如在一起贪污罪庭审中的以下发问(内容参见《刑事辩护技能与技巧培训学习指南》顾永忠主编,法律出版社2010年12月第1版,第133-134页):

公诉人:A公司是什么性质?

被告人:国有。

公诉人:A公司的分公司B是什么性质?你的职务?

被告人:国有,我担任总经理。

公诉人:C公司的性质?

被告人:我和家人开的私人公司。

公诉人:你把B公司3千多万的现金和房产过户到C公司,有无经过国资部门批

从发问的角度讲,直接询问和交叉询问各有难度,但是在实践中,辩护律师主要通过

对控方的证人、受害人、鉴定人和侦查人员进行交叉询问,达到发现错误、漏洞、矛盾,揭示真相的目的。

准,办理过法律手续?

被告人:没有经过批准,不过……

公诉人:不要解释,只要回答有无。

被告人:没有,不过……

公诉人:不要说了。讯问完毕。

辩护人:你把国有公司的资金和房产未经批准、未办理法律手续就过户到你私人公司,难道你不知道这是犯罪吗?你向法院明确解释一下为什么这样做?

被告人:情况是这样的,B公司名义上是借A公司成立的,实际上是我个人出资经营管理、承担盈亏的私人公司。我和A公司原来的老总达成协议的。现在A公司新来的老总不承认,要我每年上缴100万管理费,我当然不同意……

(二)交叉询问

简单地说,交叉询问是指对对方证人的发问。英美证据法大师、美国西北大学法学院前院长威格莫尔称:“交叉询问是人类为探明事实真相的最伟大的发明,是发现事实真相的最有效的法律装置”(转引自《辩护人庭审发问原理与方法》,王俊民著,上海人民出版社,2012年12月第1版,第16页)。从理论上讲,交叉询问与直接询问的主要区别在于交叉询问一般允许使用引导性问题(Leading Question)。

1.从发问的角度讲,直接询问和交叉询问各有难度,但是在实践中,辩护律师主

要通过对控方的证人、受害人、鉴定人和侦查人员进行交叉询问,达到发现错误、漏洞、矛盾,揭示真相的目的。因此,掌握交叉询问的方法和技巧是发问工作的重要部分。

“法庭雄辩艺术的高峰——交叉询问是控辩双方所有学问中最困难的一门,同时也是最有价值的学问之一。”(转引自《刑事诉讼交叉询问之研究》王国忠著,中国人民公安大学出版社,2007年1月第1版,第257页)

2.“我国在立法及其司法解释中基本确立了交叉询问制度的总体框架”。“庭审交叉询问的规则有顺序规则、关联性规则、禁止诱导询问规则、保护证人规则、异议规则等。”(摘自《刑事证据规则研究》主编:沈志先,法律出版社,2011年8月第1版,第220页)

3.对于交叉询问的能力要求,王国忠先生的阐述非常准确和详尽(参见《刑事诉讼交叉询问之研究》王国忠著,中国人民公安大学出版社,2007年1月第1版,第257页)。辩护人应当平时注重培养和锻炼这些能力:

- 逻辑思考的习惯;
- 广泛常识的清晰把握;
- 无穷的耐心和自制力;
- 透视人心的能力;
- 精确有力的行为特点;
- 极度的谨慎;
- 敏锐地揭露证词弱点;
- 对案件相关知识的精湛理解。

4.交叉询问的类别

交叉询问可以分为建设性和攻击性两种(参见《走向法庭-律师庭审制胜战略》,[美]丹尼尔·斯默著,法律出版社,2005年3月第1版,190页)。



(1) 建设性的询问：当对方证人可能对我方有帮助、对方证人的证词证明力更强或者证人的其他职责和知识对其他文件和事件有利，交叉询问可以从对方证人处获得对自己有利的信息。

(2) 攻击性的询问：通常情况下，交叉询问可以从以下角度攻击证人和证言的可信度：

①攻击证人的可信度：偏见、记忆力、观察力、表达力、利益、名誉、不诚实行为和犯罪记录等；

②攻击证言的可信度：前后不一致、模棱两可、不合逻辑、不合常理、与其他证据矛盾、混乱、错误、增加和删减等。

(3) 建设性和攻击性询问同时使用的风险提示：获得对方证人确认的有利信息之后，如果还攻击其可信度，可能同样会破坏已经获取的有利信息的可信度。

5.交叉询问的决定因素

交叉询问不是必须要进行的。是否进行交叉询问，需要考虑直接询问是否对辩方不利，另外，交叉询问预计是否能够问出有利的信息。

6.交叉询问的通常注意事项

(1) 引导性问题交叉询问的最好武器。引导性的问题形式包括：“是不是……”“……，是吗？”“如果说……这是事实吗？”；

(2) 对证人回答要进行预测，尽量不问不知道答案的问题；

(3) 尽量不要问开放式的问题，比如：“什么”“为什么”“解释下原因”等等；

(4) 如果得到了最有利的信息，就应考虑是否立即停止询问；

(5) 改变发问顺序是常用的方法，用以改变证人的记忆顺序，使得死记硬背的证人露出马脚；

(6) 准备几个无法回避和反对的对辩方有利的问题，用于结尾。

八、发问的内容

常见的发问内容是从证人和证言两个角度考虑。

(一)对证人的发问

1.证人对案件情况的感知力和记忆力是发问首要考虑

的因素。

(1) 首先考虑证言的内容是否为证人直接感知；

(2) 其次考虑证人是否处于明显醉酒、中毒或者麻醉等状态；

(3) 考虑证人感知的准确性，通常从以下角度入手（参见《论质证》，尚华著，中国政法大学出版社，2013年11月第1版，156-157页）：

空间状况：距离、遮挡物等；

外部环境：光线、天气、时间、噪音等；

自身能力：视力、色觉、听觉、嗅觉等；

事件发生的突然性；

事件发生时的干扰因素：现场的混乱、物体和人物的众多、现场的血腥和震撼。

(4) 对于证人的记忆力，需要考虑记忆时间长短、记忆是否变形和被干扰（比如有无其他证人、侦查人员、新闻报道等介入信息）等因素。

2.证人作证时，需要考虑利害关系、理解法律程序的能力、表达力、诚实性、不当外力影响等因素。

(1)利害关系

①不良情感和动机（参见同上，200—202页）：

a.偏见或成见：

他人支付费用作证、证人资助本案；

对诉讼结果有财务利益；

家庭或其他关系、业务关系；

通过行为或表达显示友情；

作证可以保证豁免处罚、即将被指控、假释期间。

b.利益：证人与诉讼事项的利害关系：

免于起诉/不起诉、从轻量刑建议等，或处罚被告，或迫使赔偿，或获得其他相关利益

（比如获得被告人资产或公司控制权）。

c.腐败：可能接受物质等好处。

d.恩怨、报复、敌意：负面陈述、打斗争吵、被起诉。

e.证人间串通：细节的高度近似。

f.“情感上的依赖”、“盲目的爱心”。

②利害关系：“关于证人做伪证的主要原因，63%的被调查者认为是证人与当事人有利害关系，如证人与当事人亲属、仇敌等恩怨关系。有39%的人认为是碍于情面，从某种意义上说，情面来源于一种长期的利害关系，如不能抗拒近邻、同学、同事的求情而作伪证。”（引自同上，155页）利害关系是最常见的影响证人能力和资格的因素。从这个角度讲，事先对利害关系的调查显得尤为重要。

(2) 证人作证时的年龄、认知、理解力、表达能力，以及生理和精神状态是否影响作证也是需要考虑的重要因素。

(3) 证人的诚实性：如前所述，证人的诚实与否对证言的有效性具有重大影响，虽然确定证人是否诚实是难度很高的工作。但是，以下因素是域外司法实践中使用的方法，供参考：

①犯罪记录：除少年犯罪外，发生在十年以内的、实际被判有罪的涉及不诚实（欺骗）或虚假陈述的犯罪或者不涉及不诚实的重罪，可以运用平衡测试，认定证人的可信度。

②不良行为、名声证据、意见证据也可根据证据规则适当使用。

(4) 不当外力影响：实践中，侦查方对被告人或证人的说服、媒体舆论的导向、亲友和周围人对证人的影响可能改变证人的证言。

(二)对证言的发问

1.与定罪相关的内容：

被告人的身份；

指控的犯罪事实是否存在；

是否为被告人所实施；

案件起因；

实施犯罪行为的时间、地点、方法、手段、结果；

被告人在共同犯罪中的地位、作用；

被告人有无刑事责任能力；

有无故意或者过失；

行为的动机、目的；

有无依法不应当追究刑事责任的情况；

犯罪对象、作案工具的主要特征；

与犯罪有关的财物的来源、数量以及去向；

被告人全部或者部分否认起诉书指控的犯罪事实的，否认的根据和理由。

2.与量刑有关的内容

有无法定的从轻、减轻以及免除处罚的情节；

被告人犯罪后的表现等；

被害人有无过错及过错程度，是否对矛盾激化负有责任及责任大小；

被告人的近亲属是否协助抓获被告人；

被告人平时表现，有无悔罪态度；

退赃、退赔及赔偿情况；

被告人是否取得被害人或者其近亲属谅解。

3.前后不一致的质疑

(1) “揭示陈述着前后陈述的不一致，实质在于发现和解释矛盾来说明陈述者的不可信。”（引自同上，202页）

(2) 操作方法（参见同上，203页）：

再次确认法庭中陈述的内容；

询问先前陈述的真实性；

进行对比，揭示矛盾。

一般情况下，前后不一致的质疑限于对犯罪构成的实质性事项的质疑。有时，也可以一并指出存在大量非实质性事项的不一致。

说明：《刑事诉讼庭审发问技巧》因为篇幅过长，本刊将分上下两篇进行刊登。《刑事诉讼庭审发问技巧（下篇）》将刊登于《京都律师》119期。



关于雷洋案的四次思考

■ 孙广智/文

2016年平安夜的前一天，北京市人民检察院发布了标题为“北京检方：不起诉雷洋案5名涉案人员”的消息。应该说，北京检方发布的这条消息不仅没有起到一块石头落地的效果，反而激起了对雷洋案的新一轮的质疑、争论和思考。

借此消息，相信包括我在内的很多不明真相的吃瓜群众都有机会“窥探”到了该案的案情经过，也终于有机会结合“案件事实”谈一谈对雷洋案的一些思考。

第一次思考：疑惑和惋惜

在雷洋案发生之初，有关“警察滥用职权”、“雷洋无辜枉死”的文章率先在网上亮相并引起热议，随后，相关涉案警务人员开始通过某些主流媒体进行“辟谣”。与此同时，网络上针对该案进行声讨、质疑的文章开始遭遇大规模的“删帖”。这种明显用力过猛的“灭火行动”不仅没能起到定纷止争的效果，反而进一步引起了公众对案件的好奇、怀疑，甚至愤怒。最终，据媒体公开报道，雷洋的家属委托了律师，并向北京市的检察机关递交了《关于要求北京市检察院立案侦查雷洋被害案的刑事报案书》。

在这个过程中，作为案件外围的旁观者，在没有掌握，也无法掌握事实真相的情况下，我们只能是疑惑，对雷洋死因的疑惑、对涉案警务人员行为性质的疑惑、对网络上众说纷纭真假难辨的观点的疑惑。

疑惑之外，便是惋惜，虽然部分舆论将解读案件的笔墨更多放到了雷洋在案发当晚是否接受了有偿性服务这个问题上，但这终究不能成为一个年轻生命逝去的正当理由和合理解释。此时此刻，惟愿真相大白，惟愿逝者安息。

第二次思考：期待和唏嘘

2016年6月1日，北京市人民检察院第四分院对涉案警务人员东小口派出所民警邢某某等5人立案侦查。随后，有关涉案警务人员邢某某的人生轨迹及生活点滴开始见诸媒体。从这些媒体文章中，我们看到了邢某某身为一名寒门子

弟的艰辛和不易。从个体角度来看，邢某某等警务人员的涉案对于他们自己和他们的家庭而言，无疑也是一桩悲剧。

也许是警务人员被立案侦查的缘故，对雷洋案的关注重点从对雷洋死因的探究逐渐转向对警察权的解读。于是乎，各路人马开始各显神通，旁征博引，又一次掀起了一场你方唱罢我登场的论斗。在这个过程中，警察队伍之于社会长治久安的重要性一再被提及和强调，类似于“不能让警察队伍寒心”的忧虑也慢慢在人群中传播、蔓延。

客观来讲，司法的介入应当是查明案件事实最权威、最有效的手段，作为一名法律从业人士，我也非常期待司法介入对于本案各方当事人，甚至于对整个社会的积极意义。与此同时，涉案警务人员及其家庭的境遇也会因司法介入而永久性的偏离原有的轨迹，最终的结局也不免让人唏嘘不已。

第三次思考：对于“情节轻微”的拷问

个人理解，对犯罪情节是否轻微的评判，应当根据行为人实施犯罪行为当时的主观恶性和客观危害两个方面进行考量。根据北京检方发布的“不起诉雷洋案5名涉案人员”的消息，邢某某等五人犯玩忽职守罪的主要行为包括：

- 1、在执行公务活动过程中，不正确履行职责，存在不当执法行为，执法行为超出合理限度，致执法对象发生吸入性窒息；
- 2、不履行职责，在发现雷某身体出现异常后，未及时进行现场急救、紧急呼救和送医抢救，致执法对象未得到及时救治，以致发生死亡结果。
- 3、事后故意编造事实、隐瞒真相、妨碍侦查。

据此，5名涉案警务人员所实施的犯罪行为足以导致并且实际导致了被害人雷洋死亡的结果，而他们在实施行为当时的主观恶性则可能体现在以下方面：

- (1) 对不当执法、过度执法的明知和应知；
- (2) 在过度执法行为危及雷某生命安全后，未及时采取措施救治而体现出的对雷某生命权的不重视、不尊重；
- (3) 事发后编造事实、隐瞒真相、妨碍侦查而体现出的对责任的逃避和推诿的心态。

以上转述及分析中所提到的主观恶性和客观危害能否称

得上是“情节轻微”着实引人深思。

另据北京检方发布的消息的相关内容，北京检方认为邢某某等人“犯罪情节轻微”并决定不起诉的理由是：“鉴于邢某某等五人系根据上级统一部署开展执法活动，对雷某执行公务具有事实依据与合法前提且雷某有妨碍执法行为，犯罪情节轻微，能够认罪悔罪，综合全案事实和情节，根据《中华人民共和国刑法》第三十七条之规定，不需要判处刑罚，依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十三条第二款之规定，决定对邢某某等五名涉案警务人员不起诉。”

对此，个人认为可能存在三个需要探讨的问题：

第一，应当说，几乎在所有“玩忽职守犯罪”中，行为人都具有执行公务的事实依据与合法前提，之所以构成犯罪是因为行为人严重不负责任的主观心态和在这心态支配下所实施的“荒唐走板”的不当履职行为及所造成的危害后果。

由此，如果将“行为人具有执行公务的事实依据与合法前提”作为认定“玩忽职守犯罪”情节轻微的理由，那是不是就意味着，所有的“玩忽职守犯罪”都天生自带“从轻、减轻的情节”？

第二，从北京检方发布的消息来看，雷洋在本案中应当存在妨碍执法的行为，但在本案中，雷洋妨碍执法的行为与涉案警务人员的不当执法行为之间究竟哪个是因，哪个是果？还是互为因果？可能也是进一步评判本案是否“犯罪情节轻微”需要探讨的问题。

第三，认罪悔罪的确是从轻处罚的情节。但作为一种事后情节，涉案警务人员的认罪悔罪有没有征得被害人雷洋家属的谅解？有没有涉及对雷洋家属的经济赔偿及精神抚慰？我们目前不得而知。在实践中，如果刑事案件中的犯罪嫌疑人、被告人未能得到被害方的谅解，或者未能对被害方赔偿到位的话，则往往很难被决定不起诉或者免于判处刑罚，即便是在情节轻微的刑事案件中也是如此。

第四次思考：不让警察寒心，不让人民落泪

在北京检方发布“不起诉雷洋案5名涉案人员”的消息

后，网上不乏对此决定的支持者，甚至赞赏者，更有人在表达支持的同时提出了类似于“不能让警察寒心”的论调。

对此，我个人认为，对于雷洋案中涉案警务人员的法律评判不应与“如何不让警察寒心”这样的问题纠缠到一起。从政治学的角度上讲，警察也属于国家机器，而大量的事实表明，国家机器的良性运转当然会造福人民，但国家机器的滥权失职也会给人民带来灾难。可见，在出现“故障”的时候，国家机器是有可能站在人民利益的对立面的。因此，发现、排除国家机器中的故障和问题，理应是一个政治问题，一个法律问题，而不是一个情感问题。

由此，在评价雷洋案中涉案警务人员是否属于“犯罪情节轻微”这一法律问题时，过分的强调如何不让警察寒心，则多少有些将法律问题“情感化”的味道，给人的感觉也似乎是在以照顾情感的方式来解决法律上的争议。

根据《中华人民共和国刑法》第四条的规定，“对任何人犯罪，在适用法律上一律平等，不允许任何人有超越法律的特权。”由此，即便是作为法律的执行者和捍卫者，警察也不被允许有超越法律的特权，如果警察因滥权失职而涉嫌犯罪，也应被追究刑事责任。

而根据北京检方公布的消息，涉案警务人员的行为已经符合玩忽职守罪的构成条件，已经构成犯罪。既然如此，对于涉案警务人员的处理结果是否被接受归根结底应当取决于该处理结果是否真正符合法律的规定，而不是该结果是否会令某一个群体寒心。

我们尊重人民警察和警察的职权，也充分重视人民警察在维护国家和社会治安秩序，保护公民的合法权益上所起到的作用和作出的贡献。但如果在雷洋案的处理上一再强调“不要让警察寒心”则无疑是将该案中嫌疑人与被害人的关系曲解成人民警察和人民群众之间的关系，只有在这种错误的理解下，才可能滋生出在雷洋案中强调“不要让警察寒心”的论调。

最后，我们应当相信，一个真正基于事实，恪守法律所作出的处理结果不仅不会让警察寒心，也同样不会让人民落泪，希望我们每一个人和我们生活的这个世界会更加美好。

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。



罗尔事件，关于你我

律师团队成员

陈宇，毕业于中国政法大学，法学院

任视宇，毕业于吉林大学，法学院

殷俊茹，毕业于清华大学，经济管理学院

周海琼，毕业于北京师范大学，心理学院

梁成栋，毕业于北京大学，法学院

吴希瑞，毕业于西南政法大学，民商法学院



陈宇



任视宇



殷俊茹



周海琼



梁成栋



吴希瑞

事件回顾

11月30日上午，一篇《罗一笑，你给我站住！》的文章刷爆朋友圈，文中称深圳本土作家罗尔5岁女儿罗一笑，被查出患有重病，医疗费高额。

罗尔选择“卖文”，与小铜人公司之间达成协议：罗尔撰文一篇在小铜人上发表，每获得一次转发，小铜人就向罗尔赠与一元钱，下限为2万元，上线为50万元。网友在转发的同时也通过微信的打赏功能甚至要到罗尔的账户为其捐款。

后有网友称此事为营销炒作，罗一笑的治疗花费远没有那么高额，而且罗尔在东莞与深圳均有房产，善款也早已筹齐。罗尔接受媒体采访，承认了三套房的事实。

有关罗一笑具体的医疗费用数字，深圳市卫计委、儿童医院也作出了官方通报，截至目前医保报销比例超过80%。此后，事件又经历了“将所有赞赏资金成立基金会”到最后四方商谈后决定将所有打赏收入原路退回的历程。

12月24日早上6点，罗一笑因白血病去世，年仅6岁，她的父母捐献了她的遗体 and 器官。

关于打赏

打赏，就是在微信、微博等平台上，读者在阅读文章后

通过平台给予作者金钱的行为。在爆出罗尔一家的经济情况充裕后，不少曾经为其打赏的读者纷纷要求罗尔退还。

读者能否要求其返还赏金？首先要看打赏属于什么性质。

目前，笔者看到有三种说法，一种是稿费，一种是劳务报酬，还有一种是赠与所得。笔者认为应当不属于稿费或是劳务报酬，因为不管是稿费或是劳务报酬，支出这笔费用的应该是雇佣其写稿的单位，而非读者。况且在文章阅读之后进行打赏的读者毕竟是少数，大部分读者并不会打赏，读者与作者之间并没有契约关系，将其定性为稿费和劳务报酬显然不妥。

当然我也可以理解稿费或者劳务报酬的合理之处。因为就我国目前的个人所得税法中并没有明确约定赠与需要缴税而企业所得税法中规定了。而现实生活中，不少写手以写文章获得读者打赏为业，却不需要缴税，确实存在问题。

从读者角度而言，就像在马路看到卖艺的一样，看完表演之后，随手给一点钱，阅读完文章之后，发自内心地赞叹，进而愿意给作者打赏，是一种无条件地赠与。

而罗尔事件中的打赏有些不一样。读者给罗尔钱并不是因为他的文章写得好，至少不是全部原因，更主要的原因在于他的女儿生病了，需要钱。这应当是一种附条件的赠与，应当是要求罗尔将这笔钱用于其女儿的治疗。

但是，这又引出一个问题。当时罗尔收到赠与的时候，

虽然没有立刻用于女儿的治疗，但也没有挪为他用，存在着未来继续用于女儿治疗的可能性。不满的读者未必能用附条件的赠与中条件没有达到为由撤销赠与。

由于罗尔在文中或明示或暗示地强调了医药费高额而家庭经济不好，所以感到受到欺骗的公众自然会想到以受到欺骗为由要求赠与合同无效。

一般公众遇到个人救助信息是有一个合理的预期的，就是需要救助的人走投无路了。也就是说遭遇不幸（无论是疾病、事故乃至灾害）不是足够的理由，不幸加贫穷才是。公众不会向每一个病人捐助，只会对无力支付医药费而会有严重后果的人，甚至只对有可能治愈的人才会给予援手。因此受救助人的经济情况以及医疗费用对社会捐赠而言是至关重要的信息。倘若在这些信息上隐瞒，乃至于谎报，至少是构成民事上的欺诈行为的。

但是由于罗尔至少在其女儿的病情上没有编造，所以读者也有两种看法：其一认为，罗尔女儿确实得了白血病，所以并不介意，希望罗一笑早日康复，相当于对之前的意思表示瑕疵进行了追认，赠与有效。另一种看法则认为罗尔自己明明有钱却不愿意自己出钱治疗，编造出高额医疗费和低收入使得自己陷入错误认识赠与了金钱，因此要求合同无效，返还金钱。

所以罗尔接受的打赏的性质应该是存在意思表示瑕疵的附条件的赠与，具体是否有效根据打赏者不同的态度来判定。

关于个人求助

首先需要明确的是：罗尔向社会发文并附上自己二维码让读者为自己女儿的医疗进行捐赠的行为属于个人求助而不是慈善募捐。

个人求助指的是为解除特定人的困难向个人进行的捐赠。慈善募捐是为了从事慈善活动，向慈善组织进行的捐赠，其受益人为不特定的社会公众。前者是赠与的法律关系，适用合同法。后者是捐赠的法律关系，适用慈善法和公益捐赠相关法律。慈善法规定用于慈善活动的资金募集必须由慈善组织进行。不具有慈善资质的组织和个人发起的慈善募捐属于违法行为。

所以公众向罗尔个人打款，用于他女儿治疗的钱属于个人求助，而不是慈善募捐。



个人求助虽然不受慈善法调整，但依然需要遵循一般的法律规范。就像前文讲过的一样，求助者与资助者之间是附特定目的的赠与。特定目的是帮助求助者脱离困境。所以求助者将资金挪为他用，资助者可以撤销赠与。求助者编造虚假信息或者隐瞒真相，会构成民法上的欺诈，资助者可以要求返还财产。如果求助者有非法占有目的，还可能受到刑法中诈骗罪的惩罚。

随着网络的越来越发达，个人求助也愈加便捷，在网络上众筹治病的情况已经屡见不鲜。在一般法律规范之外，也应该有特别的法律法规来规制这些问题。

《公开募捐平台服务管理办法》第10条规定：个人为了解决自己或者家庭的困难，通过广播、电视、报刊以及网络服务提供者、电信运营商发布求助信息时，广播、电视、报刊以及网络服务提供者、电信运营商应当在显著位置向公众进行风险防范提示，告知其信息不属于慈善公开募捐信息，



我们无法去评判别人的选择。网络信息鱼龙混杂，无条件的相信是愚蠢，一概而论的拒绝是冷漠。但是心怀善意地去帮助别人永远是值得赞赏的。所有转发打赏的网友至少都证明了人性中的善良。

真实性由信息发布个人负责。

这条法规对于信息平台和个人之间进行了义务的划分，信息平台应当尽到风险提示义务，而不存在对真实性负责的义务。信息发布的个人对所发布信息的真实性进行负责。

虽然法律上并没有进一步的规定，但是信息发布平台为了减轻自己的风险，至少应该尽到形式审查的义务，对于信息发布人的身份以及困境的情况进行审查，也可以帮助个人进行更规范的求助。

关于商业营销

本案例中，罗尔与小铜人之间达成协议：罗尔撰文一篇在小铜人上发表，每获得一次转发，小铜人就向罗尔赠与一元钱，下限为2万元，上线为50万元。

严格从法律意义上讲，该协议属于附条件的赠与，根据罗尔文章的转发量决定赠与的数量，条件在于转发量，甚至不在于该笔款项的目的是否用于罗尔女儿的救助之中。

从商业的角度上来讲，该行为属于商业营销，小铜人试图通过该赠与的传播提高自己公司的知名度和微信公众号的关注度。

就事论事，笔者认为，带有市场营销的个人救助是可行的。子贡赎人和子路救溺的故事我们都知道，道德标准过高只会导致善事变少。如果企业在救助需要帮助的人的同时也能对自身品牌有所帮助，那么比起普通人来说更有财力的公司会更乐于救助，让更多人获得帮助，有什么不好？

带有市场营销性质的慈善捐助并不是个新鲜产物。知名品牌约定每销售产品就捐助一定金额给慈善组织，既提高了企业的知名度和民众对其的好感，也能为慈善组织带来充沛的资金。

所以我们不需要因为存在商业营销而对慈善心生反感，相反应该感谢。感谢这些更有能力的公司履行企业责任，对社会进行回报，做到了我们个人做不到的事情。而企业品牌的增值只是个微不足道的副产品罢了。

关于你

罗尔事件后，网友对于网络上个人求助的态度出现了更多的茫然。这恐怕是罗尔事件最恶劣之处。正如彭宇案之后，人们对于扶起街边摔倒老人总是心有余悸。

你还会不会相信网络上的个人求助信息？

取决于你。

我们无法去评判别人的选择。网络信息鱼龙混杂，无条件的相信是愚蠢，一概而论的拒绝是冷漠。但是心怀善意地去帮助别人永远是值得赞赏的。所有转发打赏的网友至少都证明了人性中的善良。

你可以谨慎，可以观望，但是希望当真正有需要的人出现的时候，你可以伸出援手。

关于我们

我们法律人要做的，就是去帮助这份善良更好的到达彼岸。一方面，要帮助建立更严格的慈善组织监督体系，提高慈善组织的透明度、执行力和多样性，赢得公众信任。另一方面，要建立起规范的个人求助平台，完善信息审核机制，让有爱心的人放心地捐，把这些善款都给到真正需要的人的手里。

愿罗一笑小朋友在天堂安息！愿需要帮助的人都能获得帮助！愿每一份善意不会被辜负！



邹佳铭律师（右二）与巴黎法院预审法官（图中）合影

权力·自由·文明

——巴黎刑事司法掠影

■ 邹佳铭 / 文

十 一月中旬，应法国大使馆的邀请，我们四位中国刑事辩护律师在巴黎进行了短期的参观学习。由于时间限制，主要是参观座谈，对于一国浩瀚深邃的司法制度而言，可谓浮光掠影，但是思想上的撞击却是极为深刻的，所以为记。

巴黎是一座历史悠久的古城，巴黎法院座落在据说有千年历史的一个古建筑里。当我们驻足在它的面前，无不被它庄严、肃穆又奢华的气势所震撼。这个热爱自由、艺术的民族，是资产阶级启蒙思想发轫地之一，最早创立了系统

完整的现代成文法典，也经历了法国大革命的风血雨。作为大陆法系职权主义诉讼模式的代表，在向民主和自由社会转型的过程中，它一方面保留了浓厚的本土特色，另一方面也不断吸收英美当事人主义立法的经验，与时俱进。悠久的历史、大陆法系的渊源、国家职权主义的法律传统，让我们的巴黎刑事司法之行有更多的感同身受和启迪。

一、预审法官

法国是职权主义诉讼模式的代表

国家。在法庭参观时，我们注意到一个有趣的现象，检察官的席位高于辩护律师的席位。带我们参观的法官解释说：“之前检察官又叫‘地板’，因为他们和律师一样，位置是在地板上的。后来他们提出异议，认为检察官代表国家权力，所以现在检察官的席位都高于律师。”法庭席位的设置只是其国家职权主义的一个小小缩影，预审法官的设置则充分体现了职权主义诉讼模式中法官在整个刑事诉讼中的主导地位。

法国司法系统中法官的设置十分复杂，包括审判法官、预审法官、自由与

羁押法官、执行法官等。预审法官主要负责复杂案件的侦查，侦查的手段十分多样，既可以指导司法警察工作，也可以与书记员、律师和专家合作，还可以自行走访、询问和讯问等，包括使用监听、定位等技术侦查措施。但是，这些调查应该是客观公正的，因为预审法官同时收集对嫌疑人有利和不利的证据。预审法官还可以决定审前羁押，权力十分集中，从而饱受诟议，以至于有人批评预审法官扮演着“超级警察”的角色，并发出取缔的呼声。后来，20世纪末的刑事预审制度改革，将预审法官调查的案件限制在重罪案件，大概占全部案件的3%左右，并增设自由和羁押法官，限制其在审前羁押方面的权力；同时，不断吸收当事人主义诉讼模式的做法，允许律师广泛参与审前程序，注重控辩双方在鉴定、听审等重要程序中的地位平等和角色对抗。

法国著名的公法学家米歇尔·弗罗蒙教授曾说：“不管在司法领域还是在政治领域，法国人都对其制度的原创性津津乐道。”这种相对保守的制度优越感造就了所谓的“法兰西例外”。但是这些年来，法国刑事诉讼制度为平衡社会保护和人权保障之间的关系，越来越多吸收当事人主义诉讼模式的一些做法。但是值得强调的是，法国刑事诉讼的改革是相对保守和理性的，在不断调整中总能看到他们对制度的自信和坚持。在预审制度改革中，废除预审法官的呼声高涨，1993年1月24日的法律修正案收回预审法官审前临时羁押的权力，但是在同年8月24日的法律修正案就恢复了原有的规定，主要原因是考虑到预审法官是法兰西法律传统的一部分，激进的变革可能会导致制度排异和实践中的强力反弹。但是增设自由和羁押法

邹佳铭律师简介



京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任。

2002年至2009年一直脱产研习刑法，武汉大学刑法学博士。2009年至2012年在北京师范大学刑事法律科学研究院做博士后研究，在校期间，公开发表学术论文20多篇，专著一部。攻读博士和博士后研究期间，兼职从事律师工作。现为专职刑辩律师，同时兼任高校刑法学硕士导师。

邹佳铭律师专业领域是刑事辩护，擅长复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的效果。2015年，邹佳铭律师获得了ALB评选的“ALB2015年最佳女律师”称号。

官，加强律师在审前程序中的作用，让我们看到法国刑事诉讼在“职权”和“对抗”，“权力”和“权利”之间的不断调整。任何国家的司法改革都是在特定的法律文化和传统中的变革，如果这种变革不能在传统的土壤中生根发芽，就不会让制度焕发新的生机。

和我们座谈的预审法官特意强调了律师和法官之间的合作关系，改革后的刑事诉讼程序更加注重律师在审前的

介入，比如，律师在侦查终结之前就可以获得大部分卷宗，对于预审法官委托调查的证据，主要涉及监听等秘密侦查的内容不在侦查阶段向律师公开，但是如果用作指控的证据，在庭审前必须公开。两年前法国开始建立讯问时律师在场的制度，以辩护权约束侦查权。预审法官在调查结束后，会听取控辩双方的意见，并决定是否补充调查或重新鉴定等，充分体现了对辩护权的尊重。

二、重罪法庭

法国取消了死刑，重罪法庭审理的是可能判处10年以上刑期至终身监禁的案件。与职权主义质问制审判明显不同，重罪法庭实行直接言词证据原则和陪审团制，被告人、被害人、证人、专家证人原则上必须出庭接受控辩双方的直接质证。而在其他法庭审理的案件，除非律师提出请求，证人和专家都无需出庭。

重罪法庭由三名职业法官和六名陪审员组成，陪审员代表人民，法官代表经验和司法体系。陪审员是从三十名选民中抽签选出六名，律师有四名候选人的否定权，检察官可以否定三名候选人，都无需提供任何理由，陪审员必须宣誓后才可以参与庭审。

庭审分为定罪和量刑两个部分。定罪程序中，在庭审结束后的评议阶段，法官向陪审团以书面方式提出问题，一般陪审员只需做“是”还是“否”的回答，问题措辞很简单，陪审员也无需对他们的选择说明理由。当然，法官在此过程中会做指示和讲解，指导陪审团做决定。陪审团既决定定罪，也决定量刑。一般需多次投票才能得出最终判决，定罪需九人当中的六人达成一致意

见，量刑则只需五人。

和所有的成文法国家一样，法国法律只规定了刑罚的上限和下限，跨度很大，量刑程序就是为被告人找到一个合适的刑期。实现量刑的个别化是法国刑事司法的重点，即使是非重罪法庭，在涉及量刑问题时，法庭都需参考由专门机构出具的被告人的性格报告，涉及被告人的心理、性格、前科等多个方面。同时法庭还会考虑犯罪的具体情节和侵犯的法益，重点关注的是被告人是否积极地融入社会，从而决定最终的量刑。在重罪法庭中，出具性格报告的专家也需出庭，帮助法庭更好地理解报告内容。在对被告人有相对深入了解的基础上，裁定最合适的刑期，这就导致重罪法庭审理案件的周期特别长，有的长达数年的时间。但是重罪案件的数量也是有限的，每年只有三、四千件，占全年刑事案件的3%-4%左右。正是由于在重罪案件中投入了大量的司法资源，案件质量相对来说更有保障，重罪法庭审理的案件上诉率很低，只有20%左右。

其实，任何国家都面临如何利用有限司法资源实现最大司法公正的难题，在“公正”和“效率”之间总有些底线是不能突破的，正如英国一位法学家所

言：“判决过于仓促，则司法将万劫不复。”法国刑事司法在重罪案件中投入大量司法资源，庭审赋予被告人充分的质证权和公民审判权，并为每个被告人量身定做个性化的量刑，莫不体现了对公民自由和权利的关注。

三、警察

法国人认为虽然警察权是国家宪法赋予的，但是是为公民的公众利益服务的，所以警察属于公民，不属于政府，政府指挥、使用警察的权力要受到限制，并接受公民的监督和评价。在这种理念之下，法国虽然有一支设备精良的警察队伍，但是法律和社会对它的控制和监督是十分有效的。

法国的警察分为治安警察和司法警察两种，司法警察必须经过考试通过，只占总数量的20%。治安警察的主要任务是负责辖区和街面巡逻，如果发现犯罪，他们必须保护现场，但是不能直接侦办，只有司法警察才能协助检察官和预审法官侦办案件。当有案件发生时，司法警察要及时赶赴现场，当场传讯羁押嫌犯，但要及时通知检察官。嫌犯一旦被警察控制，必须有相应的文字

记录，向其宣布已被羁押的状态和见律师、家属、医生的权利。司法警察对嫌犯临时羁押的时间一般案件不得超过48小时，48小时之后由检察官决定是逮捕还是释放，释放嫌犯的同时，要通知他们具体开庭的时间和地点。

司法警察侦办案件几乎没有独立的权力，都要受检察官和预审法官的指导，尤其是逮捕、搜查等强制措施的应用，涉及公民的权利和自由，必须由检察官或预审法官授权或命令，并且有严格的程序规定。如果违反程序，会导致侦查行为无效，案件不得立案，或者取得的证据不能被法庭采信。这样，警察就没有任何违法办案的动力，在执法的过程中十分注重程序的合法性，也保证了进入司法程序中的证据的质量。

警察执法不仅受司法审查，警察内部还有专门的督察机构，主要是维持内部纪律，调查和整肃警察违纪行为。同时，警察还受检察官的监督，检察官要对警局的临时羁押场所进行经常性地检查，确保对嫌犯的拘留场所安全和卫生。如果在拘捕过程中嫌犯受伤，检察官要亲临现场，或由警察将嫌犯带给检察官进行验证，办案警官应对嫌犯的伤情作出解释，写出书面材料。检察官认为解释合理，就存入档案。如果认为解释不合理，有权对警察执法行为的合法性进行调查。如果嫌犯对警察的执法行为提出控告，督察部门也会派专人开展调查，如果警察执法行为不当，会做出处理决定。

1986年法国内政部印制了规范警察行为的《警察工作手册》，不仅警察人手一册，每个警察部门都张贴，而且向全社会公开，成为法国警察的行为准则，也便于接受社会的监督。同时，检察官也在网上接受公民对警察执法



邹佳铭律师（右二）在巴黎法院与重罪法庭法官合影



这让我想起了法国著名历史学家托克维尔的观点，他说国家并不是“万恶之源”，只有国家的权力跃出其范围，形成“无限的权威”和“绝对的专制”，才成为一种对社会和个人自由的“恶”。

不当行为的投诉。这样法国刑事司法通过内部督察与外部监督、司法审查等方式，实现了对警察权的有效制约和控制。这让我想起了法国著名历史学家托克维尔的观点，他说国家并不是“万恶之源”，只有国家的权力跃出其范围，形成“无限的权威”和“绝对的专制”，才成为一种对社会和个人自由的“恶”。同理，警察权本身并不是“恶”的，只有当它缺乏有效制约，逾越权力的边界，才构成对公民自由和权利的威胁。

四、律师

法国法律明确规定：“律师是独立自由之职业。”只有独立的律师，才能在权力和权利严重失衡的刑事诉讼中，维护委托人的合法权利，律师公会对保证律师的“自由性”和“独立性”发挥了重要作用。巴黎有2.7万律师，接近占全国律师人数的一半，所有的律师都必须参加律师公会。该公会属于社会自治组织，国家不进行任何监管，接待我们的律师说：“律师公会是保护我们的一道围墙。”

该公会每两年经全体律师选举产生一名首席律师和一些理事会成员，理事会处理所有与律师执业相关的问题，监督律师恪守执业规范，保护律师执业权利。首席律师作为公会负责人，负有保护律师利益的职责，对于可能损害律师行业利益的行为，都应予以干涉，并

充分表达律师的意见。律师在执业过程中涉嫌违纪或犯罪的案件，必须由律师公会查处，并且做出处罚；对处罚不服的，当事律师可向法院上诉，这就避免了执业中可能存在的职业报复，从法律程序上保障律师的独立性，而独立性正是律师制度存在的根本前提。

同时，法律还赋予律师一些豁免权。首先，律师在法庭上发表的言论和在诉讼文书中的言词不受刑法侮辱罪和诽谤罪等指控。其次，律师办公场所不受侵犯，尤其不得在该场所搜查当事人涉嫌犯罪的证据。如果律师本人涉嫌犯罪，预审法官必须在首席律师的陪同下亲自到场搜查。律师接受讯问时，首席律师也必须在场。最后，律师的保密权不受侵犯，原则上不得要求律师泄露从委托人处获悉的秘密，特殊情况下由首席律师决定。同时律师与当事人的信件往来也不受审查或扣押。

在与法国同行当面交流的时候，我特意问到法国律师如何处理与委托人之间关于无罪和罪轻辩护的分歧，他说律师是委托人聘请的，当然要听客户的。如果律师无法认同委托人的观点，可以辞去委托，但是不能违背委托人的意愿。对于律师能否在庭前向犯罪嫌疑人核对案卷中同案犯供述或者证人证言，他说：“当然可以。”当我问到不担心这样做被告人可能会在庭审中改变自己的供述吗？他很惊异地问到：“这是需要律师考虑的问题吗？律师要做的就是最大限度地维护委托人的利益，证

据的合法性和真实性是由法官考虑的问题。”他认为这个问题在法国不能成为一个问题，因为社会已经达成共识，并深入到每个人的观念中，律师的职责就是最大限度地维护委托人的利益，司法公正正是由相互制约的整个司法系统达成的，而不能以牺牲律师的职责为代价。

法国法律规定司法机关有全面、客观调取对犯罪嫌疑人有利和不利证据的义务，在此背景下，律师的调查权十分受限。如果律师有调查取证需求，一般应向预审法官或检察官提出申请，由他们决定是否调查。律师自行调取的证据，在庭审中很容易被认为是不客观的而不被采信。如果法官认为律师调取的证据有价值，也会在庭前交给警察核实，这充分体现了职权主义诉讼模式的特点。

值得一提的是，法国律师的职业培训也独具特色。在法国具有法学学士学位申请律师执业者，首先要通过律师学校的入学考试，之后在该校经过一年半的职业培训。具体的培训计划和培训原则由全国律师公会制定，培训老师主要也是律师。培训分三个阶段，每个阶段六个月左右：第一个阶段主要为律师职业道德、法律文书写作、辩论技巧、诉讼规则等实践中的规则和执业技能。与四年法学本科教育根本的不同在于它注重实践中的具体操作知识。第二个阶段根据学员自身的职业规划设立针对性的培训内容。第三个阶段申请者必须在律师事务所实习，协助资深律师完成一

些辅助性的工作。之后需要通过律师资格考试，才能获得注册律师资格。

由此可见，法国律师执业同样受职权主义诉讼模式的限制，在取证能力和轻罪案件庭审中并不如美国律师那样有广阔的可为空间。但是有一点是十分重要的，就是社会对律师的定位和职责有着共识，并在此基础上充分尊重并保证律师执业的独立性，从而使得律师在刑事诉讼中发挥重要的作用。

五、量刑

法国的刑事诉讼十分注重量刑的个性化。由于国家权力主导了案件的侦查，律师在事实认定方面的辩护空间十分有限，据法官介绍法国的无罪率很低，在1%左右。但是与美国相比，其犯罪率也较低，这说明对社会的控制是有效的。在当面交流中，法国律师认为他们在刑事诉讼中的作用主要是体现在两个方面：一方面是帮助被告人度过诉讼的难关；另一方面是使法官理解被告人犯罪的背景和缘由，使他获得公正的量刑。如果案件指控证据不足，他们会突出怀疑，以实现疑罪从无；如果有罪证据充分，他们会突出对被告人量刑有利的情节，比如积极赔偿、努力融入社会等，以减轻被告人的处罚。“在维护客户利益的同时也服务于司法。”所以，量刑辩护是法国律师在刑事诉讼中的一类重要工作。

所有的刑事案件，都会有专门机构出具的被告人性格报告作为量刑参考，如果是由预审法官主导调查的重罪案件，更有关于被告人十分专业和详尽的心理和性格等方面的分析报告。重罪法庭的法官量刑时十分重视被告人的性格因素，会要求做出报告的专家出庭，轻罪法庭主要是书面审查这些报告。量刑

的精细化和个性化体现出法国刑事诉讼不仅关注被告人之前的犯罪行为，更是探究导致这些行为背后的因素，以期对症下药，让被告人更好地重返社会。

法国刑事诉讼中还有一个独特的职位是执行法官，主要负责刑罚执行过程中对被告人原有量刑进行调整。执行法官可以启动专门的听证程序，由执行法官、书记员、检察官、被告人（包括辩护律师）、受害者（重罪的情况下）出席，执行法官听取各方意见，根据服刑的态度和融入社会的努力情况，包括赔偿、积极求职或戒除毒瘾，有固定居所等因素，调整原来的量刑，这种调整是向减轻刑罚的方向。如果服刑人出现违反监规或者重新犯罪，由监狱长做出处罚或检察官另行起诉，不由这个程序解决。

同时，在刑罚执行方式方面，也做了很多有意义的尝试。其中有一种是半自由的服刑形式，服刑人白天在监狱，晚上回归家庭，这把刑罚对服刑人个人和家庭的负面影响减少到最低。还有一种是从2005年开始实行的电子监督方式，在服刑人脚上戴一种电子脚环，监督他在特定的时间外出，从而免除对服刑人员实施监禁。据今年截至到10月1日的统计数据，法国全国有7.8万服刑人员，其中9000人左右是采用的这种电子监督方式。在交流过程中，执行法官说的一句话给我留下了深刻印象：“监狱越多，犯人越多。”其实，犯罪人并不必然是犯人，某种程度上是因为社会和监狱的隔离塑造了犯人。

和我们交流的执行法官最后还特意提到，从2014年开始，法国开始借鉴加拿大的做法，将执行分为两个阶段，第一阶段是对服刑人员的评估考核，第二阶段是根据评估的情况，做个性化的辅导、帮助。由此我们可以看到，法国

刑事诉讼从审判阶段到被告人入监服刑到服刑的整个过程中，都有专人负责了解、跟踪和调整被告人的刑期，最终的目的是为了让被告人更好地重返社会。这体现的是一种往后看的刑罚观，刑罚不仅是对被告人之前行为的惩罚，更是对被告人之后生活的帮助。

六、监狱

在整个行程安排的活动中，给我们最直观感受的是在巴黎郊区参观的一座监狱。这座监狱有二十多年的历史，服刑的75%以上人员都是三十岁以下的年轻人。监狱设施并不是很先进，但是却洋溢着青春的活力和人文的温暖。

法国的监狱包括像我国羁押未决犯的看守所和已决犯的监狱两个部分。不论是未决还是已决的人都有打电话、会见律师和通信的权利。与我国明显不同的是，未决犯比已决犯享有更多的会见家属的权利，一周有三次。监狱长解释说：“因为根据无罪推定原则，他们是无罪的人。而且这样做有助于稳定他们的情绪。”同时，监狱还有公寓提供给服刑人与家人团聚。我们还看到一个专门为孩子们准备的房间，放置了各种玩具，还有室外的儿童娱乐设施，都是为有孩子的家庭准备的。还有一点让我们很受启发，监狱会为服刑的企业家提供尽可能多的机会，比如在监狱内与合作伙伴、客户见面，尽量减少企业家服刑给企业带来的影响。这些人性化的安排不仅是司法文明的表现，也反映出国家为这些脱离社会者融入和重返社会所做的努力，其实这才是刑罚的最终目的。

在参观的过程中，我们略感意外的是，监狱长是一位年轻美丽的女士，但是参观过后，我们都被她的个人魅力所折服，同行最后告别时对她说道“你兼



具女性的温暖和男性的威权。”据监狱长介绍，这里的三位副监狱长也都是女性，我曾问到是不是刻意的安排，她说这是偶然的，但是这种偶然性背后也折射出监狱管理不一样的理念。

在参观的过程中，我们看到穿便服的服刑人和穿制服的狱警在身边川流而过，他们都会和身边的监狱长热情地打招呼，而她也像是一个熟络的大姐，和身边的人简单地寒暄几句，或者开几句玩笑，谈笑风生之中让我们忘记了置身之地。当我们问到狱警配枪的问题时，她招呼不远处一位魁梧的狱警走过来，让我们查看他腰间的配备，除了钥匙之外别无他物。她从狱警手中拿过一部对讲机，指着其中的一个按钮告诉我们是报警用的，但是狱警并不配枪，武器是特定人员在特定情况下使用的。这座监狱启用二十多年，并未发生一起暴乱事件。

监狱长告诉我们，每个服刑人入监的初期都会把他们放在一个特定区域观察，并根据观察的情况将他们安置到合适的区域服刑。有暴力倾向的人不会被隔离，而是被分散到不同监区。但是一些身体弱小、情绪敏感的，被他们称为脆弱者的人，会被安置在一个脆弱区域保护起来，让他们免受攻击。这种与惯常思路相反的做法：接纳暴力倾向者，保护脆弱者的背后，是让所有的人先融入这所监狱，这也是为他们重返社会做的准备。

一路参观时，我们发现窗外有美丽的花卉和绿油油的蔬菜，监狱长说那都是服刑者自己种植的，他们不被要求劳动，但是自愿劳动可以获得报酬，充满生机的绿色给这座监狱增添了很多的生机。狱所内有健身房和球场，狱警和服刑人员在一起健身，球场旁的围墙上满是巴黎特色的“墙画”，也许任何地方

高墙都不能遏制人们内心对美和自由的向往。在这个封闭的建筑内，最喧闹的是绿茵茵的足球场，一群不同肤色和年龄的人正在足球场上挥汗奔跑。监狱长说因为场地有限，踢球的人必须提前报名，但是并无次数限制。

离开喧闹的球场，我们来到了安静的图书室，里面摆满了各种文字、各种类型的图书，既有世界名著，也有电脑技术方面的实用类图书，居然还有几本中文书。隔壁的房间内，有一个律师志愿者正在给服刑者上法律课，我看到墙上贴有这几周法律课的海报，既包括移民方面的内容，还有普及的刑法知识，内容十分丰富。监狱长说这些法律课程很受服刑人的欢迎。另外的教室里，有人认真地上电视教育课程，还有的服刑者正相互教语言，课程十分丰富，让人恍如回到了校园生活。值得一提的是，这座监狱除200人左右的固定工作人员外，还有150名左右的医务人员、心理医生、老师等，都是来自社会各界的自愿者。他们的加入，让这座监狱有更多新鲜的气息和社会的关怀。

监狱之行印象最为深刻的是以“尊重”为理念，探索新的服刑方式的试验区的设立。据监狱长介绍，巴黎地区有四个这样的试验区。一走进这个区域，我们就发现地面和墙面都被涂成各种温暖的颜色，服刑人可以自由活动。我们看到一个类似货物配送的中心，一个服刑人正在给大家分配各自购买的东西，有香烟、食品、日用品等。当我们问到这些需要付费吗？他调皮地对我们说：“不用，这些都是福利。”逗得我们哈哈大笑。

监狱长带我们参观了一个监室，敲开门后，里面的服刑人很热情地请我们进去看。房间不大，两个床位，各有一个储物柜，还有一个狭小的卫生间，房

间里的电视正在播放节目。我们留意到桌子上有一个电磁炉，下面还有一些鸡蛋、水果和蔬菜。监狱长说服刑人可以自己购买厨具做饭，监狱也有食堂可以就餐。如果有违规的情况，他们也会受到没收电视机或者关禁闭的惩罚。

临别时监狱长的问话“监狱到底是惩罚还是帮助？”一直印在我的记忆中。法国诗人英格索尔说：“真正的文明在于每个人把自己应得的权利留给他人。”当我们不因为一个人脱离常规的行为而视其为异己者，并排斥在我们的视野之外，而是尊重他们作为人最基本的权利，并帮助他们回归正常的生活，这就是文明。而在一个文明的社会中，握有权力的人，会尊重每个弱小卑微生命的尊严和权利，自然不会滥用手中的权力，这其实就是一个法治的社会。

回忆短暂的巴黎之行，脑海中总抹不去这样一幕：十一月的巴黎初冬之夜已很寒凉，有位流浪老人坐在街边的长条凳上，目光平静地看着街边人来人往的人群，有一只干净漂亮的大黑狗，温顺地依偎在他脚边。一个美丽的、手拿装面包大纸袋的少女，匆匆走过时，留意到了老人和大狗，于是坐在老人身旁慢慢聊起来，并把手中的面包给了老人，一边抚摸身旁大狗黑黝黝的长毛，一边掰些面包给它。画面中一切都是那么自然和温馨，仿佛是祖孙两人与狗共享闲暇时光。

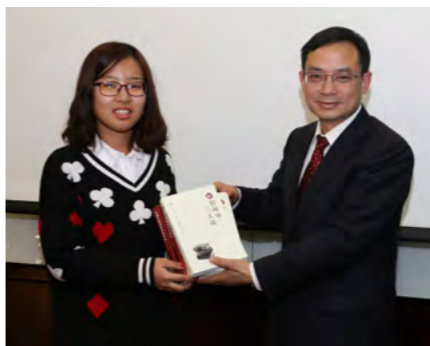
英格索尔还说：“文明的历史是人类得到缓慢而痛苦的解放的历史。”我想，这不仅是从贫困和无知中解放，更是从偏见和观念中解放。如果我们不再有歧视和隔离，人和动物、贫困者和富有者、弱小者和有权者都能平等且相互尊重，那么这个文明而人性的社会，一定是法治社会。



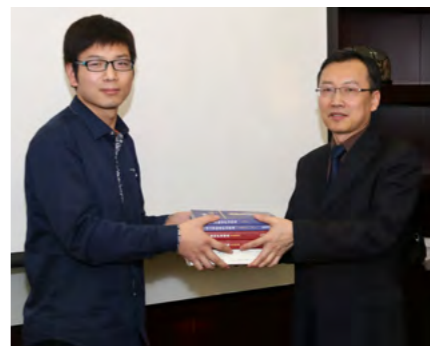
书香之旅 ——人大、清华法律学子参观京都



中国人民大学的学子与京都律师合影



朱勇辉律师代表京都律所赠书给清华大学法学院学生代表



王九川律师代表京都律所赠书给中国人民大学法律协会的学生代表

近日，中国人民大学法律协会的学生代表与清华大学法学院四十余名同学分别参加京都律师事务所“书香之旅”的活动。

王九川、刘铭、朱娅琳、徐莹等合伙人律师、京都管理合伙人方堃、京都运营支持部主管钱屿接待了中国人民大学的学生，寄语学子注重修炼正直的品格，培养人文气质。

朱勇辉、邹佳铭、曾静音、袁方臣、肖小保、孙广智等合伙人律师与清华大学的学生进行了深入交流，回答了学生关于律师就业、律师前景等问题。

活动最后，京都律所赠送学生书籍。



画作：大吉
作者：刘铭律师



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号远洋光华国际C座22-23层
邮编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86-10) 57096000
传真：(86-10) 85251268
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17楼
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
(仲益大厦)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：天津市南开区长江道金融街
中心融汇广场A座1708
邮编：300037
电话：022-88351750
传真：022-28131519
E-mail: info@king-capital.com