

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2017/03

季刊 总第121期



京都律师事务所

King & Capital Law Firm



P18 关注金融纠纷 维护金融安全

P35 京都论坛 / “司法职权的优化配置与《看守所法》的制定”研讨会成功召开

P53 京都实务 / 海外远程会诊的法律风险

P68 京都实务 / 网络借贷信息中介机构在互金监管新形势下的法律风险防范

P73 京都论法 / 探究循环贸易型融资的“形”与“质”



缓缓图之，其事卒成

楊斌



2017年9月4日晚，我应中国律师网主编刘耀堂邀请，带女儿参加“九四学社”的生日家宴。北京大学贺卫方教授，中国人民大学陈卫东教授，《民主与法制》总编刘桂明夫妇，刑辩律师张青松一家，还有从济南赶来的卢金增父子。一起为9月4号出生的五位寿星庆生。让我惊诧的是席间上初中二年级的女儿居然淡定地在庆生现场抽空写作业。我说：今天是你的生日，来的又都是知名大教授，你听他们讲就够了，不用写作业了。女儿回答：不行，教授们在他们13岁的时候也得写作业，要不然今天怎么当教授？我瞠目结舌。

一方面惊讶女儿的反应如此的思辨，另一方面感叹她如此淡定，如此专注，如此依心而为。或许，这是学校教育的结果，亦或是孩子本人的体悟。但是，一个13岁的初中二年级学生的上述反应和回答令我们这些成年人都颇感意外。为她精彩有趣的回答连连点赞。

其实，无论小孩还是大人都需要定好自己的位，专注自己的事，才能够“缓缓图之，而其事卒成”。

京都创始人田文昌老师就是我们身边最直接最有说服力的典范和楷模。古稀之年，宝刀不老，依然像战士一样专注于自己的律师事业。他在做好日常的律师出庭辩护工作之外，马不停蹄参加各类研讨会，发表中肯的建设意见，在各类机构担任重要职务，接受媒体的采访，出版个人论文选集，真是一个都不能少。本期《京都律师》就有大量内容给予佐证。

证据一：7月8日，西北政法大学刑事辩护高级研究院成立，田文昌律师受聘担任院长。

证据二：由江平教授题写书名、高铭喧教授作序的《与法治同行：田文昌论文选集》近日由法律出版社公开出版发行。

证据三：“司法职权的优化配置与《看守所法》的制定研讨会”成功召开。田文昌发表《看守所转隶的必要性

与必然性》的主题演讲。他强调：侦查、羁押、起诉、审判相互独立、相互制约原则，是刑事诉讼活动的基本规律，也是国际社会的通行原则。侦羁不分的管理模式，不符合国际惯例，在一定程度上会影响我国的国际形象，成为国际社会批评我国人权状况的理由。将看守所从公安机关分离出来，划归司法行政部门管理，不仅符合刑事诉讼规律，可以消除体制上的各种弊端，节约司法资源，而且也是我国当前刑事政策乃至社会管理模式转型的必然要求，是国际社会羁押体制发展的必然趋势。

证据四：田文昌律师做客央视，接受白岩松采访“刑讯逼供，能否就此打住？”。田文昌律师表示，其实有一个很重要的原则，他一直在强调：没有律师就没有法治，没有律师就没有司法公正。但是，这些年来中国律师的地位和作用，仍然不尽人意。那么在落实《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的过程中，如果再不加强律师的作用，恐怕还会流于空谈。所以，他一直认为在这个问题上必须充分重视律师的作用，充分发挥律师的作用。

证据五：8月28日，田文昌律师主持了司法部部长张军与68位刑辩律师的对话。他呼吁律师行业壮大自己的力量，保持内部的团结。

70岁的田文昌律师，为了律师事业如此专注，如此不停地呐喊、表达、据理力争，为我们树立榜样，给予我们力量，激励着我们一起为中国的律师事业，为京都的律师事业“缓缓图之”。就像《京都律师》杂志一样，也是十八年如一日地总结京都律师经验，推广京都律师观点，分享京都律师成果，传播京都律师故事。已经连续5年被北京市律师协会评选为北京市律师事务所所刊评选综合类银奖。虽然，综合类金奖总与我们擦肩而过，但是京都律师坚信只要坚持我们的理想，专注我们的事业，总会有一天也会与“综合类金奖”相遇相拥，“其事卒成”。🦋



专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

主 办 京都律师事务所
承 办 京都律师事务所品牌建设部
编辑委员会

主 任 田文昌

编 委

曹树昌	孟 冰	白冬飙
蔡景丽	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
刘敬霞	陈东利	王胜全
周振国	赵岐龙	李 波
唐利君	方 堃	

主 编 杨大民

编 辑 孟 妮 白绪玲

美 编 独角兽工作室 臧晓飞

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

缓缓图之，其事卒成 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

封面主题

关注金融纠纷 维护金融安全

以案说法 看企业应当如何防范外汇衍生产品交易风险 韩良，杨琨 / 19

如何防范虚开增值税专用发票的刑事法律风险 肖树伟，高慧云 / 22

涉有限合伙企业投资理财纠纷案件的处理及有关问题 韩冰，游乐 / 25

现货交易场所纠纷案件有关问题探析 游乐 / 28

主张违约金过高或过低的权利能否放弃？ 杨琨 / 32

京都论坛

“司法职权的优化配置与《看守所法》的制定”研讨会成功召开 / 35

樊崇义：看守所转隶是“牛鼻子”问题 / 36

田文昌：看守所转隶的必要性与必然性 / 37

王顺安：由《看守所法》制定引发的若干思考 / 40

熊文钊：看守所转隶的关键在于剥离部门利益 / 43

张建伟：看守所归谁掌管，意义重大 / 44



追求卓越 不负重托

京都律师

封面题字 江 平

毛立新：只有侦羁分离，才能保障看守所的中立性 / 46

门金玲：未决羁押场所之中立 / 47

邹佳铭：侦羁分离——权利与权力的博弈 / 49

关于看守所管理体制转隶问题的专题报告 / 51

京都实务

海外远程会诊的法律风险 周振国，刘畅 / 53

丈夫贪污，妻子把活期转存定期，定共犯？ 门金玲 / 57

浅议挂牌公司年度股东大会规范性问题（上） 王秀宏，曲承亮 / 62

网络借贷信息中介机构在互金监管新形势下的法律风险防范 吕志轩，徐玉杰 / 68

京都论法

探究循环贸易型融资的“形”与“质” 李波，冯诏锋 / 73

新旧“排非规则”对比 朱娅琳 / 78

红罐之争引发的思考 常莎 / 82

营业信托纠纷争什么？ 高琨 / 84

内地企业在中国香港上市或面临强制执行风险 柏高原，汤杰 / 89

律师·生活

无题 刘铭 / 92



2017年第2期
总第120期 季刊

业绩

京都律所受聘为国电科技环保集团股份有限公司常年法律顾问

近日，国电科技环保集团股份有限公司（简称国电科环集团）聘请京都律师事务所担任其境内常年法律顾问。

本次顾问律师团队由京都律所高级合伙人孟冰律师，以及胡丽娟、林敏捷、丁丽萍、郑建鸥、张启明等律师组成。京都所将以其在国有大型企业法律风险防控、并购重组，以及国

有企业资产处置领域丰富的专业经验为国电科环集团提供法律服务。

此前，京都律所还受聘担任国电联合动力技术有限公司境内常年法律顾问，并为其多个下属公司资产重组项目提供全程法律服务。

国电科环集团是由中国国电集团公司对其下属的高科技产业进行整

合而组建的企业集团，为香港联合交易所有限公司主板上市企业，公司是致力于环保节能解决方案、可再生能源设备制造及解决方案业务的旗舰平台。2015年，国电科环集团再次入选全球新能源企业500强，排名第16位，并连续两年获得“全球新能源500强卓越贡献奖”。

京都律所被聘为北京市金融工作局常年法律服务机构

2017年4月底，北京市京都律师事务所高级合伙人吕志轩律师率领政府及互联网金融法律服务团队参加竞聘北京市金融工作局的常年法律服务机构。

京都所高级合伙人吕志轩及其团队多年来在政府法律服务及互联网金融风险整治业务领域的优秀业绩及优质服务的表现，赢得了北京市金融工

作局的认可。京都律所被继续聘请为北京市金融工作局2017-2018年度的常年法律服务机构。

京都律所将在政府法务、非法集资预防和处置、互联网金融风险控制、证券、私募股权等领域的政府监管方面进一步提供更加精准，更加优质的法律服务。



京都律师事务所高级合伙人吕志轩

相悖晶律师代理涉嫌徇私枉法罪案免于刑事处罚

2017年6月12日，由京都律师事务所相悖晶律师担任辩护人的杨某涉嫌徇私枉法罪一案，在经过吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院的一次庭前会议、三次公开开庭，历时十个月的审理后，做出了“定罪免于刑事处罚”的一审判决。杨某于宣判当天被取保候审，在其被羁押于敦化市森

林公安局看守所676天之后，被释放出狱，回到吉林省梅河口市与家人团聚。

相悖晶律师担任杨某的一审辩护人，在审查起诉阶段，才介入该案。阅卷后，相悖晶律师提请京都所刑事诉讼部的律师召开了案件研讨会，确立了无罪辩护方案。随即，相悖晶律师向公诉机关提出了书面的无罪辩护



相悖晶律师



业绩

意见，并附有相关证明无罪的证据。但公诉机关仅采纳了律师意见中，杨某没有收受两笔行贿款3万元钱的部分，仍然认为其构成徇私枉法罪，并于2016年8月15日向延边朝鲜族自治州中级法院提起公诉。

2017年1月9日，延边朝鲜族自治州中级人在珲春市法院开庭前会议。

在庭前会议上，相榛晶律师与延吉当地的韩继强律师共同提出：对杨某在侦查阶段，被刑讯逼供等非法获取的13份口供，应依法予以排除的问题，并具体指出：被告人口供与同步录音录像中存在审讯人员采取连续多日让被告人坐在特训室的约束椅子上不让他休息，并以被告人亲属的人身自由相威胁，向被告逼迫其自证有罪口供等非法取证的事实，并有理有据、详细地列出了审讯人员进行非法取证的线索。对此，延边州检察院公诉人当庭同意排除在侦查阶段办案人非法所获取的被告人任杨某的全部《讯问笔录》，并称：其不在开庭审

理时，作为控方的证据，再向法院予以出示。控辩双方达成共识，且得到法庭的当庭认同。至此，辩方就排除非法证据问题取得了阶段性的胜利，为澄清案件事实，奠定了无罪辩护的基础。

在延边州法院于2017年1月17日、3月9日、5月15日的三次庭审过程中，针对公诉方的指控，辩护人进一步提出了无罪辩护意见，并有针对性地对控方开庭后不断收集及所举证据，也陆续向法院提交了三组二十七份证据。合议庭法官在认真听取辩护人的有关杨某被指控的两笔徇私枉法罪均不构成犯罪的无罪辩护意见后，引起州法院合议庭的高度重视，并亲自去杨某原工作过的梅河口市公安局调查、走访，核实相关证据。鉴于该案系吉林省检察院督办，州中级人民法院亦非常慎重，几经延期，于2017年6月12日做出（2016）吉24刑初字第《刑事判决书》对公诉机关即延边朝鲜族自治州检察院所指控杨某犯有两笔徇私枉法罪的事实，做出判定：“指控

第一笔杨某徇私枉法罪事实不清，证据不足，不予认定”。另外一笔判定：

“被告人杨某犯有徇私枉法罪，免于刑事处罚。”

在这案件代理工作中，辩护人也感受到了“排除非法证据”的问题虽不彻底，但毕竟有了实质性的推进，辩护人提出的排除非法证据问题得到了部分认同。法院多次开庭、细致审理，也体现了“以审判为中心”和“实行庭审实质化”审判制度的改革已在延边州法院审理工作中，逐步得以推进和贯彻，律师的辩护意见得到了办案机关的重视和认同，律师在刑事辩护作用也得到了发挥。现今执法环境，仍有些许不尽人意的地方，还有待进一步完善和提高，这需要工作在一线的每一位律师，能够本着对案件、对当事人高度负责的精神，一丝不苟地去认认真真地对待每一起经办的案件，让个案去推动立法，推动办案部门规范执法，为能够营造出更好的执法环境尽一份力量，做坚持不懈的努力。

梁雅丽律师成功辩护 合同诈骗案不予批捕

一位企业家，被公安机关以涉嫌合同诈骗罪刑事拘留后，近日在京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师提供的专业而有效的法律服务下，最终使得检察机关采纳了梁雅丽律师所出具的辩护意见，对该企业家作出不予批准逮捕的决定，企业家重获自由。

据悉，这是梁雅丽律师在2017年度成功办理的又一起不予批准逮捕案件。梁雅丽律师凭多年的丰富执业经验和深

厚法学功底，最大程度地维护当事人的合法权利，使本案获得了良好的辩护效果。

王某系哈尔滨某公司法定代表人，因涉嫌合同诈骗被哈尔滨市公安局于2017年6月25日刑事拘留，并羁押在哈尔滨市第一看守所。

企业的法定代表人突然变成犯罪嫌疑人，王某的家属焦急万分，并慕名找到京都律师事务所梁雅丽律师。

2017年7月20日，梁雅丽律师在接受委托后，便第一时间前往看守所会见王某。梁雅丽一方面了解案件的详细情况，梳理案件相关证据，一方面与办案民警就案件进行了充分沟通。

经过几天的紧张案情调查和分析评判，梁雅丽认为王某的行为并不符合“合同诈骗罪”构成要件，遂于7月24日向哈尔滨市人民检察院提交了《不予批捕法律意见书》。

业绩



梁雅丽律师

梁雅丽律师在这份《不予批捕法律意见书》中指出：王某与举报人公司之间具有长期购销合作关系，2017年双方再次签订购销合同属于之前合作关系的延续，合同内容真实、有效。合同已在实际履行中，且王某本人具有继续履约的能力，王某的行为不应构成诈骗犯罪。王某与举报人公司的问题只是正常民事合同履行纠纷，完全可以通过民事途径得到解决。

梁雅丽律师表示，尽管本案存在伪造企业单位印章的事实，但伪造行为的

出发点是促成合同履行，而非骗取举报人公司财物，其行为没有对举报人及其公司造成损失。显然，伪造企业单位印章的行为情节轻微，不具有逮捕的必要性。

经过梁雅丽律师的不懈努力，哈尔滨市人民检察院最终采纳梁律师的辩护意见，并于2017年7月31日对王某作出不予批准逮捕的决定。

同日，哈尔滨市公安局对王某做出取保候审决定。随后，王某走出看守所大门，获得自由。

京都上海分所协助“苏润资产”成功募集私募基金2亿元



张庆生律师



黄鹏律师

南通苏润资产管理控股有限公司在京都（上海）律师事务所提供法律帮助下于2017年1月24日完成私募基金管理人登记。南通苏润资产管理控股有限公司第一笔私募基金募集采取有限合伙形式，设立“南通苏润新兴股权投资合伙企业（有限合伙）”募集基金规模2亿元人民币，资金投向海南房地产开发、经营项目。该私募基金于2017年6月23日在中国证券投资基金业协会成功获得备案。

京都（上海）律师事务所合伙人张庆生律师、黄鹏律师在基金投资者适格性确认、招募说明书、基金合同等募集材料准备、基金备案过程，以及项目投资过程提供了全程法律服务。

京都成功中标“中核集团法律服务机构库中资所项目”

2017年6月，中国核工业集团公司（以下简称“中核集团”）法律服务机构库面向国内外公开招标。京都律师事务所对本次招标项目十分重视，由金融部高级合伙人肖树伟律师牵头组成了包括韩冰、游乐和杨琨在内的律师服务团队，有针对性地选配了多名具备大型央企国企法律服务经验、“走出去”法律服务经验和涉核企业法律服务经验的合

伙人、资深律师，为保障中核集团法律服务的良好质量奠定了坚实基础。

2017年7月8日，在肖树伟律师的带领下，京都前往中国原子能工业有限公司参加了现场述标。最终，京都凭借着优秀的法律服务能力和良好的业界口碑，在37家国内优秀律师事务所中脱颖而出，成功中标“中核集团法律服务机构库中资所项目”，成为中核集团法律

服务机构库中的一员。

本次成功中标入围，是京都近年来业务蓬勃全面发展的具体体现。近年来，京都律师事务所不断开拓新业务领域，积极引进先进的管理理念和人才，致力于成为中国最优秀的专业化、团队化、国际化的综合性律师事务所，为中核集团等广大客户提供更加全面优质的法律服务！



业绩

京都上海分所协助“爱护网”在全国中小企业股份转让系统成功挂牌

由京都（上海）律师事务所提供服务的上海爱护网信息科技发展股份有限公司（以下简称“爱护网”），近日在全国中小企业股份转让系统成功挂牌。

本项目由京都（上海）律师事务所合伙人陈华锋律师、黄鹏律师等组成的团队提供尽职调查、股改、法律意见出具等全程法律服务。

爱护网成立于2013年，为国家高新技术企业。公司主要从事虚拟现实应用软件产品研发、设计、销售和服务，主要产品包括VR+3D互联网平台、VR+项目展示、VR+项目管理及其他定制软件服务，产品主要应用于数字营销、设计展示、信息管理等领域。



陈华锋律师



黄鹏律师

活动

李步云教授莅临京都 带领律师“研法理，论法治”

2017年8月24日上午，中国“法治三老”之一、84岁的法学家李步云教授莅临京都律师事务所，奉献了一场“研法理，论法治”的讲座，给京都律师们提供了一次弥足珍贵的学习机会。

京都律师事务所管理合伙人方堃先生主持了本次讲座，对李老的莅临表示诚挚的感谢与欢迎。京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌律师在讲座前结合自身的学习经历，强调了法理学对律师的重要性。

法理学是法学的研究和理论基础，同时也是法律背后的原则、法律的本质、法律推理、法律体系和法律制度的起源与发展。李步云教授从“法治”二字讲起，从法理学的角度把“依法治国”的含义阐释得鞭辟入里。此外，他还提到法哲学的概念，建议律师多学习马克思主义，以唯物论、辩证法学的角度去学习法律。

讲座互动环节，京都律师事务所合伙人律师金杰、袁方臣、王九川、肖树伟等分别提出了自己的问题，李步云教授现场做了解答。

讲座结束时，京都律师事务所主任朱勇辉律师为李步云教授献花，表示李老的讲座让律师们对中国的法治充满信心，也鼓励律师们用自己的努力工作推动中国法治的脚步。

专家介绍：

李步云，中国社会科学院荣誉学部委员，广州大学人权研究院院长兼法学院名誉院长，上海金融与法律研究院院长，最高检察院专家咨询委员会委员，中央党校、中国政法大学、西南政法大学博士生导师，中国“法治三老”之一。



李步云教授在讲课中



部分京都律师与李步云教授合影留念

活 动

西北政法大学刑事辩护高级研究院成立 田文昌律师受聘担任院长

7月8日上午，西北政法大学刑事辩护高级研究院成立大会暨首届长安刑事辩护高峰论坛在西北政法大学长安校区图书馆一楼报告厅举行。司法部律师公证工作指导司副司长杨向斌，陕西省司法厅副厅长李艾平，中华全国律师协会刑事专业委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌，西北政法大学党委书记宋觉，校长杨宗科，党委副书记李平安，副校长王瀚、王麟等出席会议。来自全国各地的专家、学者、律师、校友以及学校从事刑事法律学科教学与研究的专家教授、学生100余人参加成立大会。

成立大会上，京都律师事务所名誉主任田文昌接受学校的聘请担任刑事辩护高级研究院院长，京都律师事务所兼职律师、中国青年政治学院副教授门金玲女士担任副院长，此外京都高级合伙人朱勇辉、杨照东、邹佳铭、梁雅丽律师受聘担任高级研究员。

田文昌律师在致辞中对母校的培养与信任表示感谢。他

认为，研究院不能停留和满足于举办学术性讲座和简单的知识更新，更应当注重理论与实际相结合，以贯彻刑事诉讼全过程的实务培训、诊所式的模拟法庭培训以及理论水平的提升等三方面为主要培训内容。希望通过教学与研究过程中的充分互动，使每位学员在理论和实践能力方面都能得到极大提升。他还希望在座的专家、学者、律师能够共同为研究院的发展出谋划策，共同为培养高精尖的刑辩人才而努力。

成立仪式结束后，首届长安刑事辩护高峰论坛正式拉开帷幕。刑事辩护高级研究院院长田文昌、清华大学法学院张建伟教授、中国政法大学阮齐林教授、中国人民大学黄京平教授等20余名专家、教授、律师分别就司法改革语境下的辩护制度理论与实践、有效辩护的理论与实践等内容进行了主题发言。同时，担任该院副院长以及高级研究员的京都所律师门金玲、朱勇辉、杨照东、梁雅丽在高峰论坛上也分别做了精彩的发言。



西北政法大学党委书记宋觉（图右）为刑事辩护高级研究院院长田文昌（图左）颁发聘书



刑事辩护高级研究院副院长聘任仪式，左一为京都门金玲律师



刑事辩护高级研究院高级研究员聘任仪式，右一为朱勇辉律师，右三为邹佳铭律师，右四为杨照东律师，右五为梁雅丽律师

田文昌律师主持司法部张军部长与刑辩律师的对话

8月28日，在全国律师协会举办的“刑事辩护与律师制度改革”专题研讨班期间，司法部部长张军与68位刑辩律师对话，本次对话由全国律协刑委会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌律师主持。

张军部长用语言传递出心里一直期盼着与律师朋友面对面谈法论治的真情实意，如一股暖流温暖了律师们的心。

会议现场，对于“死磕”派律师，张军部长直言不讳地表示：对于

“死磕”，他有自己的认识，在他眼里，田文昌、李贵方、顾永忠、陈有西等才是真正的“死磕”派刑辩律师。他说自己在最高法院做过刑事法官，当年，曾经与刑辩大律师田文昌、最高检的公诉人姜伟编写一本



活 动



司法部张军部长



田文昌律师

书，叫《控辩审三人谈》。为什么会联络田文昌？因为田文昌就是真正的死磕律师，各种机会只要见到他或其他法官就会讲法庭审理中的程序问题；对律师意见不重视、司法解释不及时、不严谨问题等等，就跟你死磕，叨叨个没完，有时都到了他本人不胜其扰的地步。

他继续举例说，陈有西、顾永忠等都和许多大法官磕过，在立法征求意见会上死磕，为司法制度健全完善发挥了很大的作用。

田文昌利用主持人的身份特别明确地表达了自己的观点，他坚决反对律师内部被分作这派那派。

田文昌说：近几个月以来，司法部在律师工作方面有了一些有力举措，呈现出一些新气象，这正是广大律师所需要的、希望的。在这种向好的背景下，他呼吁律师们需要思考的是，律师行业如何壮大自己的力量，如何保持内部的团结。对此，张军部长表示肯定。

会议现场，张军部长与律师们进行

了深入、坦诚的交流，取得了良好的沟通效果。

目前，中国司法体制改革已成果斐然，不可否认已经进入攻坚区、深水区。可以这样说，司改的每一项工作，都与律师有关，尤其是以审判为中心的诉讼制度改革，更是离不开刑辩律师的参与。律师活跃在司法活动第一线，也可谓“春江水暖鸭先知”。律师的参与，将为司改的科学决策和顺利进行发挥不可替代的作用。

《与法治同行：田文昌论文选集》出版 ——江平教授题写书名，高铭喧教授作序

由江平教授题写书名，高铭喧教授作序的《与法治同行：田文昌论文选集》近日已由法律出版社公开出版发行。

田文昌律师作为一名法律人的成长过程与我国法治建设的进程几乎是同步的，其对法律问题的思考也与

我国法治化进程的发展息息相关。本书收录了田文昌律师多年来对刑事法治、律师制度、刑事法律法学、刑事辩护等的思考，希望与律师同行、法律专业人士分享和探讨。



《与法治同行：田文昌论文选集》

活 动

京都举办“民商律师诉讼技能训练营”开幕式暨首次讲座

2017年6月22日，“民商律师诉讼技能训练营”开幕式暨首次讲座在京都举办。京都民商诉讼部主管合伙人公丕国律师致辞，欢迎与会的律师前来京都参与交流。

京都民商诉讼部高级顾问、最高人民法院原高级法官、民二庭资深审判长——王宪森老师以“漫谈民商诉讼律师的几项基本技能”为主题，奉献了一场精彩的讲座。

王宪森老师的讲座从以下三个方面展开：分析案件、介绍案件的几种方法和建议，关于“律师庭审表现”的几点建议，关于民商诉讼文书写作的“基本法则”。三个方面的内容讲解，融合了王老师多年的最高人民法院审判经历，打开了律师与法官沟通的通道，让与会的几十名律师茅塞顿开，受益匪浅。

“民商律师诉讼技能训练营”系列活动由京都民商诉讼研究中心主办，旨在与律师共同探讨和研究民商诉讼技能，提升民商律师的诉讼实务能力。“民商律师诉讼技能训练营”将邀请拥有多年审判经验的资深法官和丰富实务经验的优秀律师为讲师，从案件沟通、庭审技巧、证据展示、文书写作等方面讲解和探讨民商律师诉讼能力。



京都民商诉讼部主管合伙人公丕国律师致辞



京都民商诉讼部高级顾问王宪森先生在讲座中

京都民商诉讼研究中心自2017年4月成立以来，定期开展了民商领域专题论坛、国内外民商诉讼律师交流培训、疑难案件个案论证、民商实务论文编辑等活动。通过各种研讨、培训

及其他活动，将民诉实务和法理探讨相结合，研究和提升民商律师诉讼能力，为我国民商法治的发展和完善发挥应有的作用。



“民商律师诉讼技能训练营”开幕式暨首次讲座现场局部图片



活 动

京都所聘请Krishnan律师为家族信托法律事务中心（FTLAC）顾问

2017年5月29日至30日，“财富管理工具的架构——离岸信托和私人基金会”讲座在南开大学法学院举办，马来西亚国民大学法律系客座讲师Raja Segaran S. Krishnan带来了有关离岸信托与私人基金会的精彩演讲。

讲座现场，京都律师事务所聘请

Krishnan律师为家族信托法律事务中心（FTLAC）顾问，并由金融业务部总监韩良律师向Krishnan律师颁发聘书。Krishnan律师在信托与基金会领域具有深厚的理论基础和丰富的实践经验。Krishnan律师，法学、经济学双学士，法学硕士，离岸财富管理专家。曾任

英属维京群岛（BVI）金融服务研究所（FSI）主任，现为马来西亚国民大学法律系客座讲师，并担任全球信托和不动产从业人员协会（STEP）纪律委员会成员、国际合规协会专业会员、毛里求斯顾问和Pronumeris培训中心的董事和首席项目导师。

刘铭律师被聘为北京化工大学文法学院兼职教授

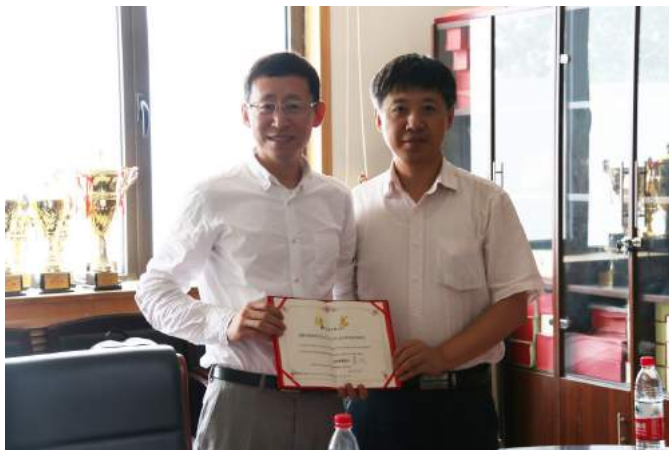
2017年7月17日，京都律师事务所高级合伙人刘铭律师受聘担任北京化工大学文法学院兼职教授的仪式在化工大学举行。北京化工大学文法学院党委书记张亮、院长甫玉龙、法律系主任薛长礼等领导出席了活动。仪式上，刘铭律师的学术、法律实务得到了院长甫玉龙教授、法律系主任薛长礼教授的高度认可。刘铭律师也表示，化工大学文法学院的师生具有治

学、做人的严谨、踏实和谦虚的品质，能够受聘为北京化工大学兼职教授对自己也是难得的学习，并表示珍惜信任，在教学及研究中履行好职责。会后，院党委书记张亮向刘铭律师颁发了教授聘书及配带了校徽。

刘铭律师为北京市京都律师事务所高级合伙人，具有深厚的法律执业广度和深度，在知识产权、公司治理、投资并购等专业领域有深入的法

律实践。担任部委、政府，多家国际知名公司、大型国有、民营企业法律顾问，代理众多复杂诉讼、非诉讼案件。

同时，刘铭律师在法学理论层面更不懈钻研、锐意进取，编著出版书籍、论文专著，学术研讨，高校巡讲，并参与立法活动，为相关法律修改、完善建言，具有很高的行业和社会知名度。



北京化工大学文法学院党委书记张亮（图右）为刘铭律师（图左）颁发聘书



刘铭律师的聘书

活 动

京都举办一带一路之“弘扬中医药”研讨会

2017年政府工作报告中指出，要支持中医药、民族医药事业发展。“十三五”期间，中医药产业也将乘“一带一路”的东风，迎来新的机遇和挑战。为支持中医药、民族医药事业发展，2017年6月24日，京都律师事务所合伙人肖虹律师团队在京都律师事务所顺利举办了一带一路之“弘扬中医药”研讨会。研讨会由京都律师事务所合伙人张振祖致辞，北京养生文化创意产业协会会长赵立冬、国际商务高级专家汪泽、资深外交官余波、北京环球博盛医疗投资管理有限公司吴志泉董事长等数十位嘉宾参会，并进行了精彩发言。

资深外交官余波发表了《一带一路上的中医药国际化机遇》演讲，主要介绍了以匈牙利为代表的欧洲国家中医药现状及“走出去”所面临的机遇和挑战。

北京养生文化创意产业协会会长赵

立冬在题为《大中医 新业态》的精彩演讲中提出了“大中医新业态”的概念，并结合《中医药“一带一路”发展规划(2016-2020年)》等国家战略规划详细阐述了中医药发展面临的问题及解决路径。

管理咨询专家徐健以《风口经济实务研究》为题表示，在“一带一路”大政策背景下，要把握风口经济历史机遇和政策红利，合理利用现有资源，将中医药产业做大做强。

国际商务高级专家汪泽在题为《利用WTO及多双边协议规则推动中医药走出去》发



京都高级合伙人张振祖律师致辞



京都律师事务所合伙人肖虹律师

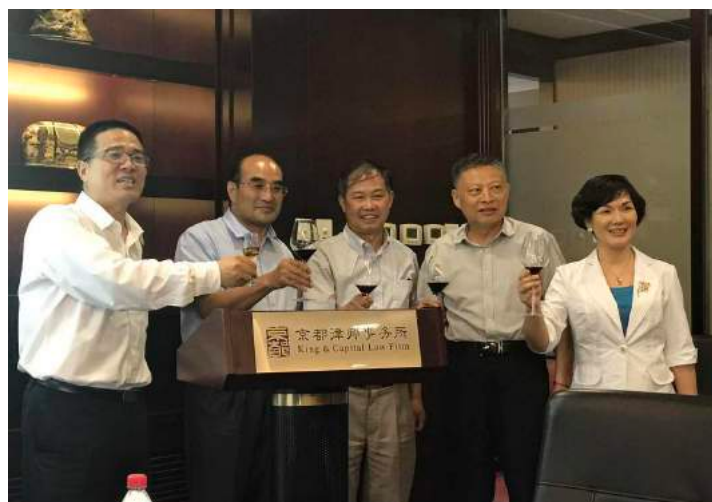
会培训部非药物治疗法技术推广中心主任赵春枝介绍了《中医济世之海外经典案例》，以自己多年的临床实践经验分享了非药物治疗在海外的成功案例。

中央财经大学科技与金融法律研究中心主任董新义教授以《中医药产业的金融工具》为题，从法律和金融角度为到场的中医药企业嘉宾代表介绍了目前最为全面和先进的融资方式和金融工具，为中医药企业发展提出了良好的建议。

京都律师事务所合伙人肖虹律师在题为《为“大中医+”保驾护航》的精彩演讲中，提出了组建“大中医+法商管理服务联盟”的构想，呼吁为我国中医药产业的发展提供全方位的法商管理等服务。

会上，京都律师事务所合伙人肖虹律师接受了北京养生文化创意产业协会会长赵立冬颁发的聘书，自此担任北京养生文化创意产业协会首席法律顾问。

中 医
名家、中国
民族卫生协



与会专家代表倡议为大中医发展结盟，左起：国际能源合作专家秦云锦、中国城市旅游研究院副院长汪建国教授、资深外交官余波、国际商务高级专家汪泽、京都合伙人律师肖虹



活 动

曾静音律师应邀参加香港大学举办的“以审判为中心诉讼制度改革背景下的死刑有效辩护研讨会”

2017年6月24-25日，京都律师事务所的刑事诉讼部合伙人曾静音律师应香港大学邀请，参加了在港大举行的“以审判为中心诉讼制度改革背景下的死刑有效辩护研讨会”。来自国内外知名专家、学者、刑辩律师等二十余人参与了此次研讨会。

此次研讨会旨在为与会者提供一个交流、学习的平台，共同探讨中国死刑辩护的空间、策略和技巧，学习和借鉴其他国家的先进经验，以帮助提高死刑辩护的专业性和有效性。在两天的会议中，与会者围绕“全球死刑适用的现状与发展趋势”“域外死刑有效辩护的经验”“中国死刑案件的证据审查与证明标准”“中国死刑复核程序律师的有效参与”“死刑改判的辩护策略与辩护技巧”“冤假错案的平反与律师的作为”等议题展开了充分的讨论和经验交流。



↑ 京都律师事务所合伙人曾静音律师

张妍、王冠楠律师做公益培训，传授企业合理合法裁员的技巧

在市场经济里，诸多企业面临淘汰落后产能，转变经营方向的问题。在此过程中，难免有些冗余员工需要被裁减。企业如何合理合法地裁员是一个难点，为帮助企业解决该难题，6月17日，京都律师事务所举办了主题为“企业裁员流程”的公益培训。

京都律师事务所资深律师张妍从“裁员的定义”“适用情形及除外情形”“优先留用人员”“报告所需材料，劳动关系的解除及赔偿标准”等五个方面对企业裁员的注意事项进行讲解。她的专业阐释为企业代表消除了各种裁员顾虑，更明确了各种操作规范，让出席讲座的代表受益匪浅。

京都律师事务所资深律师王冠楠的讲座从“裁员流程需要达成的目

的”“具体流程”“备案登记”“善后工作”等四个方面展开。对于具体流程，王冠楠律师进行了重点强调。在确定被裁员人员名单时，他建议从小处试点，积累经验，提示企业代表不要突然宣布所有的裁员名单，防止出现不可收拾的局面。结合自己丰富的实务经验，王冠楠律师分享了如何召开裁员会议发布裁员声明，如何安

抚大量情绪激动的人员，如何应对不接受裁员的员工等技巧，把本次培训推向一个高潮。

本次活动主题紧扣企业需求，深入阐释法律与实务热点，真正帮助企业解决难题，取得了圆满成功。京都律师事务所后期将继续开展企业类培训，把公益活动进行到底。



↑ 张妍律师



↑ 王冠楠律师

活 动

“一路有你，再铸辉煌”——京都律所徒步穿越活动

2017年7月1-2日京都律所举办“一路有你，再铸辉煌——怀柔黄花城水长城徒步穿越活动”。本次活动分为“破冰分组”“徒步12公里穿越怀柔黄花城水长城”“共绘京都巨画”等环节。这是一次人与自然的挑战，也是一次对体力与毅力的考验。通过团队协作，京都律师感受到了挑战成功的喜悦、伙伴共同努力的快乐。本次活动圆满成功。

团队的力量离不开每个人的努力。作为最基础的组成单元，个体



徒步穿越水长城



共绘京都巨画

付出的多少直接决定着最终力量的大小，只要每个人都全力以赴将自己的能量发挥到极致，团队必将坚如磐石、坚不可摧，成为钢铁般不可战胜的力量。京都律师事务所一直重视团队的建设，每年的拓展成为京都律所的保留曲目。

荣 誉

肖树伟、吴欣荣律师被评为“2016-2017年度北京市律师行业优秀共产党员”

6月28日，北京市司法局、北京市律师协会党委联合召开北京市律师行业党建工作会议。会议对2016至2017年度北京市律师行业先进党组织、优秀共产党员和优秀党务工作者进行了表彰，京都律师事务所合伙人肖树伟、吴欣荣律师被评为“2016-2017年度北京市律师行业优秀共产党员”。

肖树伟律师1989年开始从事律师工作。擅长民商事纠纷争端解决及企业法律顾问工作。办理了数百起国内及国际诉讼及仲裁案件，担任了长城计算机软件与系统有限公司、中非基金、中国城市规划协会等单位的常年法律顾问，获得过司法部颁发的党员标兵律师、北京市律师协会授予的北京市优秀律师等荣誉。

吴欣荣律师自执业以来，为多家公司提供日常法律顾问服务及专项法律服务。在房地产开发与建设工程法律、银行金融业、影视娱乐传媒等方面具有丰富的经验，还曾荣获“北京市优秀党务工作者”“朝阳区优秀共产党员”等称号。



肖树伟律师



吴欣荣律师





荣 誉

《京都律师》荣获2016-2017年度北京市律师事务所所刊评选综合类银奖

7月20日，北京市律师协会召开了“所刊、微信公众号及优秀撰稿人等颁奖座谈会暨律所品牌建设培训”会议。京都律师事务所荣获两个奖项，其中所刊《京都律师》荣获“2016-2017年度北京市律师事务所所刊评选综合类银奖”，微信公众号“京都律师”荣获“2016-2017年度北京市律师事务所微信公众号评选二等奖”。

京都律师事务所的所刊——《京都律师》已经有18年的历史，迄今为止共出版了120期，这本企业内刊由专业人士设计、制作，体现了京都律师事务所和京都律师群体的专业素质、服务精神。《京都律师》每期有“封面主题”“京都论坛”“京都实务”“京都论法”“律师·生活”等栏目，展现了京都大气、沉稳的企业文化和深厚的法律底蕴。

京都律师事务所于2014年7月创立微信公众号——京都律师（jingdulvshi）。公众号“京都律师”京都律所重要的品牌推广阵地，以原创首发为最大特色，在立足本所律师法律观点基础上，推送热点法律评论，共享律师实务经验，传播最新理论观点，发布京都活动预告，汇总行业前沿信息，第一时间传递京都律师事务所的资讯动态、法治发展动态。经过近三年的运营，公众号“京都律师”已经成为京都与客户、同行进行信息传递的重要窗口。



1 《京都律师》的荣誉证书



1 微信号“京都律师”的荣誉证书

媒 体

田文昌律师做客央视，谈“刑讯逼供，能否就此打住？”

6月27日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》，当天田文昌律师参加央视“新闻1+1”栏目制作的专题——“刑讯逼供，能否就此打住？”解读该规定，与主持人白岩松展开讨论。

以下内容根据现场访谈整理。

第一部分

白岩松：为什么加上严格两个字？是过去一直执行得不严格，还是呼格案等案件提示我们这样的问题很严重，必须严格？

田文昌：问得非常好，实际上就像你说的这个样子，2010年出台了关于排除非法证据的规定，2012年随着刑事诉讼法的再次修改，把它纳入到刑事诉讼法规定的内容当中去了。但是，这么多年来，可以说，排除非法证据的实现程度非常之低。每一个法律人心里头都是有数的。排除的比率是非常低

媒体



图左为中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌律师，图右为央视主持人白岩松

的。也就是在这种基础上，才提出了现在的规定。为什么叫严格排除非法证据若干问题的规定？就是过去不够严格。可以说这个规定是法律界千呼万唤始出来的一个结果。

白岩松：接下来其实大家一定会关注这样一个问题，既然加进了“严格”两个字，请问通过这样一个若干问题的规定，我们怎么看出来严格了？也就是说用常规意义来说亮点在哪里？怎么能去体现这种严格？

田文昌：这种严格，过去实际上如果说，只是用要求严格的话，那往往会流于空谈的。那么，这个严格的主要体现就是在规定本身，对于非法取证的表现形式更加具体，更加明确化了。那么，具体说呢这个规定的主要亮点，也

可以说有价值的几点集中体现在前六条上。

比如说，第一条“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据”这里要强调的是威胁、引诱和欺骗，这三个问题在过去直到现在还有争论，有些观点认为威胁、引诱、欺骗很难加以排除，很难加以界定。这次把它明确说成了属于非法收集证据的一种手段，这是一个比较突出的问题。

第二条更重要，“采取殴打、违法使用戒具等暴力方法或者变相肉刑的恶劣手段，使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿作出的供述，应当予以排除。”这点非常重要在哪儿呢？我们可以看到联合国禁止酷刑公约里面提到了使人难以忍受、遭受痛苦的方式。为什么要这样表述？过去在这

个问题上非常模糊。就得是打，就得是折磨，大家都知道的“冻，饿，晒，烤，熬”这个五大方法，熬是熬夜不让睡觉。冻，饿，晒，烤，熬，罚站啊，罚跪啊，什么坐老虎凳等等，这些都没有打你。现在规定了，只要是遭受了“难以忍受的痛苦”，这可以叫“痛苦原则”，然后导致了“违背意愿作出了供述”，这叫“自白任意性原则”。只要有这两条，就囊括了各种变相的非法取证、变相的刑讯逼供的行为。（这）是非常重要的。是非常重要的。是非常重要的。

白岩松：等于根据现实中存在着这种情况，非常对症下药地，你别光说你没打；你没打，但是你采用了其他方式让他难以忍受而且产生痛苦，出现的这种证据也是非法证据。

田文昌：把它概括出来了，这样的话，就堵住了一些借口。再接下来，还有一条可以说更重要。第三条，“采用以暴力或者严重损害本人及其近亲属合法权益等进行威胁的方法”，这招更厉害。在以往发生的刑讯逼供里面，非法取证里面，有的时候，有些被告人坚决顶住了刑讯逼供，但是一旦拿出来以老婆孩子相威胁，说把你老婆孩子抓了，你老婆孩子有病不给治了等等，一旦出现这个问题，基本全都垮了。（白岩松：其实这是另外一种暴力）这是杀手锏。这个暴力有的时候比直接使用那种暴力作用还强烈。所以这一次能够把这个问题，用专条加以规定，应当是比较重要的一点。

再接下来比如第四条，“采用非法



媒 体

拘禁等非法限制人身自由的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除”也是一个比较明确的规定。

第五条就是你刚才谈到的重复性供述问题，但是重复性供述有一个不足之处，我们这里头有两条例外，侦查期间更换侦查人员的，或者在审查起诉期间告知权利的。

白岩松：我明白您的意思，这就等于说既然有这两条例外，他就有可能利用它成为一个漏洞。

田文昌：留了一个口子。在研究的时候，其实我是坚持了一个观点（白岩松：因为您参与了这个过程）。这个例外怎么留，我的观点是只能留在法庭审理阶段。因为法庭审理阶段是控辩审三方同时在场，公开进行的场面，这个时候给你权利，你应当来说。但是在法庭审理之前的那几个阶段，很难证明他是不是消除了这个威胁，这是不好说的。

第六条的一个亮点，对证人和被害人的非法取证问题，这次也明确规定下来了，也可以排除。

白岩松：其实就是更细更严，针对上有政策下有对策，针对你的对策形成了新的政策，这样的话，你就很难突破了。

田文昌：一定程度上堵住了一些漏洞。

第二部分

白岩松：要通过这样的一个规定让

非法取证，刑讯逼供等所有的东西真的从我们生活中消失，光靠一个文件是不够的，它只是一个方向，接下来需要方法。第一个，怎样去更好地维护律师的这种司法权利，让他来真正地能够帮助他的当事人，能够不被非法采集证据。您怎么看待这一点？

田文昌：其实有一个很重要的原则，我一直在强调：没有律师就没有法治，没有律师就没有司法公正。但是，这些年来我们中国律师的地位和作用，仍然不尽人意。那么在落实这个《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的过程中，如果再不加强律师的作用，恐怕还会流于空谈。所以，我一直认为在这个问题上必须充分重视律师的作用，充分发挥律师的作用。

白岩松：否则当事人有的是不懂，有的是不敢，但是只有律师能够才能更好地维护他的权利，这需要一个综合的律师的司法环境。第二个问题接下来针对，包括中间有很多细节，侦查机关有可能是出示非法证据，你得本人到法庭来，出具单位证明没有；另外检查机关要去询问到底有没有非法取证，您觉得这一系列的方法能不能让我们真正地做到严格，并且彻底地做到让刑讯逼供从我们的生活当中消失。

田文昌：实际上包括两个大的方面。第一个《规定》本身还要进一步严格，我们的规定虽然有了很大的进步，但是还是不够彻底，比如有些规定，在

看守所外讯问的问题，如果做合理解释就可以有效，这都是不彻底，是留有余地的一些规定。比如全程同步录音录像必须完整提供的问题，在规定里还没有得到彻底的落实。

白岩松：可能外行看不懂，在这个规定里，我明确看到了，比如说涉及到了无期徒刑、死刑等等，所有的审判过程都必须全程的录音录像，而且不能够有任何中断。

田文昌：但是现实当中，比如说，他说，我这一次是完整的，但如一百次有一次没有拿出来，没拿出来的那一次就可能出现刑讯逼供的问题。所以，录音录像必须一秒钟都不少，才能反映问题。必须是全过程，一个都不能少。但，现实当中，经常是断章取义。

白岩松：您觉得这次规定向前迈了很大一步，接下来有更严格的一些细则和执行的東西？

田文昌：应当有。不仅要有，而且在落实的时候，还要有保障措施。比如说，在落实当中，肯定会出现这样的问题。那么当事人、律师提出来申诉，提出来异议的时候，怎么办？应当有专门的机构来解决问题。还有一个非常重要的问题，在排除非法证据的时候，非常重要的一点，就是必须在庭审当中进行，在公开审判当中必须有媒体关注。✂

关注金融纠纷 维护金融安全





以案说法 看企业应当 如何防范外汇衍生产品交易风险

■ 韩良，杨琨 / 文

伴随着涉外企业国际化经营的不断深化，企业参与外汇衍生产品交易越来越频繁和深入，投资外汇衍生产品遭受损失的新闻也不断见诸报端。需要提醒企业注意的是，参与外汇衍生品交易，应当以规避汇率风险而非投机为主要目的，以真实贸易为基础，深入认识外汇衍生产品的内涵与风险，提升相应的交易能力，建立风险防控体系。如果没有以上基础，企业将会在风云变幻的外汇市场中遭遇不必要的损失。

一起外汇期权交易 引发争议

2007年9月，B公司就委托A银行办理包括外汇期权、超远期外汇买卖等产品在内的外汇理财业务与A银行签订了《代客外汇理财业务总协议》（下称《总协议》）。随后，B公司向A银行出具了《代客外汇理财业务交易委托书（期权类产品）》（下称《交易委托书》）一份，载明：B公司委托A银行开展外汇理财业务，委托交易品种为超远期日元外汇买卖，B公司卖出日元买入美元，每三个月交割一次，理财期限为10年。2008年1月，B公司又向A银行以类似的条件出具了另一份《交易委托书》。为了进行这两笔交易，B公司共向A银行交纳2800万元保证金。

协议签订后，A银行找到某外资M银行作为对手方，签署了法律文件《USD/JPY STRUCTURED FORWARD》。该文件在交易日及交割时间、交易方向、交易条件等条款都与A银

韩良律师简介



金融工程学博士，法学博士后，民商法学教授，博士生导师，南开大学资本市场研究中心主任，京都家族信托法律事务中心主任，京都所金融业务总监，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。韩良律师的执业方向为基金与信托、公司与证券、国际投融资业务。韩良律师现担任中信银行、光大银行、北京银行、中非发展基金等国有大型银行与投资基金的法律顾问。为上百家金融机构、企业、投资基金进行投融资方案及法律服务工作；为私人银行、信托公司和高净值客户提供海内外家族信托法律架构设计服务。韩良律师共主编和独著法学专著8部，公开发表论文50多篇。

行与B企业签署的《交易委托书》相同。不同的是，A银行收取了M银行150万美元的期权费，并赋予了M银行单方取消权。

协议生效后的三年间，A银行与B公司总计进行了25次交割。此后，由于外汇市场环境发生了明显变化，B公司于2010年10月和11月两次向A银行发函要求解除《总协议》与《交易委托书》并终止该期交易。A银行回函表示，B公司的解除通知函不符合《总协议》约定，要求B公司继续履行交易。此后，B公司没有就该两笔交易向A银行出具《交易确认书》，也未进行资金交割。此后的2013年12月和2014年1月，由于M银行行使了单方取消权，A银行先后向B公司发函，终止了双方的前述两笔交易。

2015年1月，B公司将A银行诉至法院，要求A银行按照合同约定，返还B公司交纳的2800万元保证金。A银行提出反诉，要求B公司支付因其应交割未交割造成A银行对外垫付的款项2200余万元。2016年5月，一审法院对该案进行判决，认定A银行与B公司的交易性质为交易对手关系，并判定由B公司对损失承担主要责任（65%）、A银行对损失承担次要责任（35%）。A银行与B公司均对该判决不服并提起上诉，二审法院维持了一审判决。

“四不像”格式合同致分歧

为什么A银行与B公司签订合同后的3年期间，合同一

直履行顺利且相安无事，而此后却产生了巨大的分歧？究其原因，关键就在于A银行提供了一份“四不像”的格式合同，且未就合同条款向B公司进行充分说明，进而导致了双方在交易关系、单方解除权、合同终止后的平盘结算等问题的理解上产生了分歧。

首先，双方对交易关系的性质认识存在分歧。A银行认为，本案中产品符合《金融机构衍生产品交易业务管理暂行办法》（下称《暂行办法》）中对衍生产品的定义，故双方进行的是金融衍生产品交易，双方互为交易对手关系。而B公司认为，本案涉案的协议、委托书中大量使用“代客”“理财”“委托”字样，且从A银行对交易的管理及A银行与M银行达成的交易内容来看，A银行是受B公司委托，以自己的名义与M银行达成衍生产品交易，故双方构成委托理财关系。

其次，双方对于未到期的交易是否具有解除权或者取消权存在分歧。B公司按照约定履行了20余笔盈利的交割后，迎来了两笔亏损的交割。面对两倍于收益的亏损额，B公司为及时止损，于2010年10月21日向A银行发函要求终止协议并停止交易。由于《总协议》第十二条第二款约定“若协议一方要求终止本协议，须提前30个工作日书面通知协议另一方”，所以B公司认为，解除通知函符合双方协议关于单方终止合同的条件，故《总协议》与《交易委托书》应当于A银行收到解除通知函之日解除。而A银行认为，此交易为期权交易，根据《交易委托书》约定，A银行从第五次（含）有权取消该交易，故于2013年12月和2014年1月，A银行向B公司发函行使单方取消权，取消了双方的两笔交易。

再次，合同终止或交易取消后，双方对于未到期的交易是否应当进行平盘结算问题存在分歧。B公司向A银行发函要求终止协议后，因A银行并不认可协议已解除，仍然自行交易三年有余，共计24笔交割，并每年向B公司发函要求偿付A银行的垫款。2013年底，A银行向B公司发函表示两笔交易已提前终止，并要求B公司偿付垫款合计800余万美元。B公司回函表示，按照《总协议》第十二条约定，提前终止协议应当按照终止通知书送达日的市价对交易进行平盘，故要求A

杨琨律师简介



杨琨律师毕业于对外经济贸易大学，获法律硕士学位，主要工作领域为民商事诉讼及仲裁、金融等。实习与执业期间办理了大量诉讼和非诉业务，特别在公司、金融的争议解决案件方面具备丰富的实务经验。

银行按照约定将平盘盈利资金720余万美元汇入账户。但对此，A银行却认为，其行使的是《交易委托书》中“从第五次（含）开始银行有权取消该交易”条款约定的银行独享的单方取消权，取消交易是无需进行平盘结算的。

最后，双方对于A银行垫付的交易损失应承担何种责任存在分歧。B公司认为，在B公司向A银行发出《解除通知函》之后，对已终止的交易，B公司均未向A银行出具交易确认书。在未取得交易确认书的情况下，A银行径自进行的交易不是B公司的真实意思表示，代垫款项是A银行的单边行为，其行为后果与B公司没有任何因果关系，不应由B公司承担。而A银行认为，在《总协议》与《交易委托书》的履行过程中，部分交易出现亏损，但B公司没有按照协议的约定继续履行相应的付款义务，致使A银行在与M银行的后续交易中，代垫了800多万美元，

给A银行造成了损失。B公司除应该履行协议项下的付款义务外，还应该承担相应的违约责任。

多重原因引深思

导致A银行与B公司巨额损失与多处分歧的因素是多重原因造成的。

首先，A银行与B公司的代客外汇理财应是委托代理关系，而不是直接交易关系。本案中，A银行在本次交易中仅仅起到通道和居间作用，即使A银行不参与本次交易，B公司和M银行也能达成本次交易。A银行混淆了自己作为代理人的身份和代理具体事务内容的区别。本案的代理内容就是寻找合适的对手方进行外汇衍生产品交易，外汇衍生产品只是B公司委托A银行代为理财的标的。一审诉讼中，A银行不断主张其“已经对外垫款”并且承担了“垫付”损失。所谓垫付，必须发生在一方为另一方向第三方支付的情况下。由此不难看出，在A银行的主观意识中，也是定性为委托理财交易。此外，A银行对此业务交易风险的安排，符合银行“中间业务”的特征，并没有进入其资产负债表，因此，A银行与B公司之间不构成直接交易关系。一旦本案定为委托代理



关系，A银行超越代理权限收取了M银行150万美元期权费并赋予了M银行单方取消权就构成重大过错，超越代理权限进行“代垫”的损失只能自己承担。这也是A银行不愿意看到的。

其次，A银行存在大量违反《暂行办法》的行为，并在协议签订、履行过程中存在严重违规和重大过错行为。A银行的违规表现包括：未按照《暂行办法》要求参照国际惯例的国际掉期与衍生工具协会（ISDA）的法律文件签订交易合约，拟定相关协议；未按照《暂行办法》要求揭示衍生产品风险；未按照《暂行办法》要求披露相关信息。A银行的严重过错主要体现在以下方面：第一，A银行在没有给付期权费的情况下，加入了单方取消权的条款。第二，本交易是一项风险极高的投机交易，脱离了B公司的真实需求。B公司虽然从事外贸经营，但根本没有进行超远期日元买卖的实际需求，而本案产品单纯依据美元兑日元汇率进行结算，完全是一项投机交易。第三，A银行未按约定履行相关义务，并违约进行垫付。

对衍生产品交易认识不深刻，风险控制措施不健全，则是B公司参与外汇期权衍生产品交易过程中存在的“缺陷”。

第一，B公司对外汇衍生产品的复杂性与风险性认识不足。B公司是当地规模较大的民营企业，但直至案件审理过程，B公司对相关产品仍不甚了解，也没有对交易产品进行充分的风险评估。本案中的衍生产品是结合了期权和超远期互换的外汇衍生产品，非常专业复杂，特别是在双方收益的计算部分，使用了非常复杂的公式。以第一笔交易为例，当美元兑日元汇率高于85时，B公司盈利，交割汇率为56，交割金额为50万美元；而当美元兑日元汇率低于85时，B公司亏损，交割汇率为浮动汇率，交割金额为100万美元。也就是说，当B公司盈利时其盈利的数额为较小的数目，且几乎没有波动；但当B公司亏损时其亏损的数目不仅会直接扩大两倍，而且随着汇率的降低亏损还会迅速放大。B公司单笔交割的最高盈利额为258283.12美元，最低盈利额为187917.97美元；而单笔交割最低亏损额为413534.5美元，最高亏损额则可达711198.22美元，风险之大显而易见。

第二，B公司对案涉合同的法律性质及终止条款认识不清。双方签订的《总协议》第一条约定，“外汇期权，是指交易一方向另一方支付一定费用，获得在约定日期按约定的汇率和金额进行外汇买卖交割的权利的业务”。可见，期权合同必须以支付期权费为基础。但双方签订的《委托书》除

了副标题标明期权类产品外，正文中并没有约定期权费用，反而约定A银行从第五次交易开始具有取消权。不仅如此，直到庭审，B公司也没有搞清楚合同的解除权（需要对合同解除后产生的法律后果承担责任）与单方取消权（不需要对合同解除后产生的法律后果承担责任）的关系，以至于做出在A银行通知B公司取消交易时，要求A银行履行平盘结算义务的行为。

对企业的启示和建议

通过本案可以看出，与专业的金融机构相比，企业无论在产品的选择、合同签订的条款、合同的解除等方面都处于弱势。因此，在当前的市场环境下，参与外汇交易的企业主体，需要不断修炼“内功”，以规避参与外汇衍生产品交易中的重重风险。

首先，要正确认识外汇衍生产品本质，避免投机行为。随着我国金融开放和金融深化程度的不断提高，境内企业对外贸易规模不断扩大，加之我国汇率形成机制不断完善并且利率市场化程度逐渐提高，大多数企业开始意识到规避汇率风险对于企业发展的重要意义。更为重要的，企业应当基于自己的真实经营需求开展外汇衍生产品交易，避免投机交易。企业应当意识到，开展外汇衍生产品交易的目的，是帮助自己进行外汇风险管理，而不是赌博。

其次，应尽量运用简单的外汇衍生产品。在确实有外汇避险需求的情况下，建议企业在选择外汇衍生产品时，应当以基础的、结构简单的产品为首选，并且所选产品与自身基础资产风险指标的相关度尽量高，绝不能涉及损失没有限度的高杠杆外汇衍生产品，尽量避免过分复杂化、没有透明度的外汇衍生产品。

再次，应建立、健全衍生品交易的风控体系。在确有较大的外汇避险需求的情况下，企业应当聘请专门人员对外汇风险进行管理，建立、健全企业风控体系。风险管理的具体职责包括分析企业外汇风险、研究外汇衍生产品、选择合适的产品并进行动态评估等。此外，考虑到现实中金融机构普遍强势的现状，企业在没有非常强烈的外汇避险需求，但综合考虑各种因素仍然要进行外汇衍生产品交易的情况下，应当聘请外部专业机构对交易风险进行充分的评估并制定防范措施，避免日后可能遭遇的重大损失或可能产生的重大纠纷。

如何防范虚开增值税 专用发票的刑事法律风险

■ 肖树伟, 高慧云 / 文

随着营业税改征增值税的全面推开, 虚开增值税专用发票行为越来越多, 很多当事人被税务机关约谈, 也出现了很多相关的定罪判例, 近年来全国法院每年新收的一审虚开增值税专用发票罪案均多达几千件。如何防范虚开增值税专用发票的刑事法律风险是企业及有关人员面临的当务之急。

一、虚开增值税专用发票罪的认定和量刑标准

(一) 什么是虚开增值税专用发票?

法院认定虚开增值税专用发票行为的标准与税务机关认定虚开增值税专用发票行为的标准是不同的, 税务机关在认定范围上更广泛一些。

1. 税务机关认定虚开增值税专用发票行为的标准

根据《中华人民共和国发票管理办法》(国务院令〔2010〕第587号)第二十二條的规定, 开具发票应当按照规定的时限、顺序、栏目, 全部联次一次性如实开具, 并加盖发票专用章。下列行为属于虚开发票行为:

(1) 为他人、为自己开具与实际经营业务情况不符的发票。什么是与实际经营情况不符? 没有真实交易发生, 却开具发票, 属于虚开; 卖的是苹果, 发票开的是桔子, 属于虚开; 卖了3个苹果, 发票开的是2个苹果, 属于虚开; 卖的苹果5元一斤, 发票开的是7元一斤, 属于虚开; 东西卖给了甲, 发票却开给了乙, 属于虚开; 甲卖东西给乙, 发票却是

肖树伟律师简介



京都律师事务所高级合伙人。主要业务领域为涉税刑事、公司、合同、国际贸易和投资及企业法律顾问。1987年毕业于中国政法大学。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。因其优秀的法律服务被司法部评为律师标兵, 被北京市律师协会评为北京市优秀律师。

丙开给乙的, 属于虚开。只要发票上的销货方、购货方、商品名称、数量、单价、金额与实际经营业务不一致, 即为虚开。

(2) 让他人为自己开具与实际经营业务情况不符的发票。不仅对外开具与实际经营业务情况不符的发票属于虚开发票, 让他人为自己开具与实际经营情况不符的发票也属于虚开发票的行为。A公司为逃避税款缴纳, A公司法定代表人让好友任法定代表人的B公司在没有实际交易的情况下为A公司开具发票。在这里, A公司和B公司的行为均属于虚开发票的行为。

(3) 介绍他人开具与实际经营业务情况不符的发票。这一条把中间人也纳入了虚开发票的范畴, 这里面又有两种情况, 一种是职业的, 即以此为赚钱的方式, 在开票方与受票方之间充当“掮客”的角色, 赚取中介手续费; 另一种是恰巧知道有多余发票的企业和缺少发票的企业, 以帮朋友忙的想法变成了介绍人。

2. 法院认定虚开增值税专用发票行为的标准

根据最高人民法院《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》(法发[1996]30号)(以下简称“《惩治虚开增值税专用发票犯罪的解释》”)第一条的规定, 具有下列行为之一的, 属于“虚开增值税专用发票”:

(1) 没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务而为



他人、为自己、让他人自己、介绍他人开具增值税专用发票;

(2) 有货物购销或者提供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人自己、介绍他人开具数量或者金额不实的增值税专用发票;

(3) 进行了实际经营活动,但让他人为自己代开增值税专用发票。

但最高人民法院研究室《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质》征求意见的复函(法研[2015]58号)中对于“进行了实际经营活动,但让他人为自己代开增值税专用发票”这种情况规定了例外情形:挂靠方以挂靠形式向受票方实际销售货物,被挂靠方向受票方开具增值税专用发票的,不属于虚开。

因此,法院认定虚开增值税专用发票犯罪行为的范围要比税务机关认定虚开增值税专用发票行为的范围要窄。税务机关强调只要与事实不符的发票均属于虚开。

(二) 虚开增值税专用发票罪的量刑标准

1. 虚开增值税专用发票的行政处罚

根据《中华人民共和国发票管理办法》第三十七条的规定,虚开发票的,由税务机关没收违法所得;虚开金额在1万元以下的,可以并处5万元以下的罚款;虚开金额超过1万元的,并处5万元以上50万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

2. 虚开增值税专用发票的刑事处罚

根据《中华人民共和国刑法》第205条的规定,虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处二万元以上二十万元以下罚金;虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

单位犯本条规定之罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处三年以下有期徒刑

高慧云律师简介



京都律师事务所高级税务顾问,税法教授,多次参与重大虚开增值税专用发票案件的处理。

或者拘役;虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑;虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

那么如何确定起刑点以及数额较大、数额巨大呢?根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第六十一条的规定,虚开增值税专用发票罪的追诉标准为“虚开的税款数额在1万元以上或者致使国家税款被骗数额在5000元以上”,入罪门槛较低。这种高起刑点低入罪门槛的情况,导致司法机关在量刑时往往陷入尴尬的境地,按照现行的数额来看,对于个人的处罚明显偏重,实践中往往采取对个人判处缓刑的手段来处理解决这一问题。

《惩治虚开增值税专用发票犯罪的解释》第一条中也明确规定了“虚开税款数额1万元以上的或者虚开增值税专用发票致使国家税款被骗取5000元以上的,应当依法定罪处罚”,同时规定“虚开税款数额10万元以上的,属于虚开的税款数额较大,虚开税款数额50万元以上的,属于虚开的税款数额巨大”。

随着经济的发展,如再参照执行上述《惩治虚开增值税专用发票犯罪的解释》,将出现类似犯罪之间的量刑明显失衡问题,为此最高人民法院研究室于2014年11月27日作出的《关于如何适用法发[1996]30号司法解释数额标准问题的电话答复》(法研[2014]179号)中强调,为了贯彻罪刑相当原则,对虚开增值税专用发票案件的量刑数额标准,可以不再参照适用《惩治虚开增值税专用发票犯罪的解释》,在新的司法解释制定前,对于虚开增值税专用发票案件的定罪量刑标准,可以参照最高人民法院2002年制订的《关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称“《骗取出口退税解释》”)的有关规定执行,该解释定罪处刑标准分别为“数额较大”5万元,“数额巨大”50万元,“数额特别巨大”250万元。因此,如虚开增值税专用发票罪的量刑标准参照适用《骗取出口退税解释》的规定,则认定“数额较大”以及“数额巨大”的金额应分别为“虚开税款数额50万元以上”与“虚开税款数额250万元以上”。



二、如何防范虚开增值税专用发票的刑事法律风险？

虚开增值税专用发票罪属于重罪，最高刑期达到无期徒刑。单位犯罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以刑罚。单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员经常会涉及单位的法定代表人、会计、业务人员等。那么这些人员如何防范刑事法律风险呢？

（一）建立企业内控制度，防范企业法定代表人刑事风险

建立企业内控制度是防范风险的重要手段。笔者经手的一个重大的企业虚开增值税专用发票案件，牵连到了法定代表人。法定代表人向公安机关说明自己并不知道此事。虚开增值税专用发票罪属于故意犯罪，要认定犯罪嫌疑人犯该罪，必须要证明犯罪嫌疑人属于“明知”。所谓明知系指明知没有真实的交易，仍然虚开增值税专用发票的行为。但这并不意味着法定代表人声称“不知道”，公安机关就能据此认定其“不知道”，因为法律上有“应当知道”的规定。只要公安机关通过证据证明犯罪嫌疑人“应当知道”，也能证明法定代表人是故意的。这时律师就应协助法定代表人用各种证据证明其“不应当知道”。如何证明法定代表人“不应当知道”呢？那就是看企业是否建立了内控制度。如果企业建立了内控制度，就会对合同和开发票有相应的审批流程，而审批一般不会是一个人审批，是多个人在审批单上签字。

如果一个企业有内控流程并且也执行到位，审批单上又有不同的人签字，一个合同经过那么多人审查都没发现是“无真实货物交易”，作为最后把关的法定代表人也不一定能够发现，这样就能够证明法定代表人对虚开发票行为“不应当知道”。

（二）企业要派2人以上业务人员亲自验货，防范业务人员刑事风险

笔者曾经处理过企业的业务人员为了提高业绩，自己寻找企业的上游和下游来进行交易的虚开发票行为，最后发现上游企业和下游企业是一家，是上游企业利用业务人员所在的企业作为虚开平台。因此为了防范个别业务人员为了业绩故意或被骗进行虚开发票行为，企业对于任何一个合同履行时，验货环节要安排2人以上验货，并在验货单上签字。这样一旦以后发生虚开风险，两个业务人员可以证明当时是相信货物的真实性的，相互证明“不知道虚开”，达到彼此保护的目的。

（三）会计人员要看到证据开发票，不盲目开发票

开具增值税专用发票特别强调票流、合同流、物流、资金流要清晰，否则很容易出现虚开增值税专用发票的行为，因此会计人员在开发票时要根据合同的当事人开具，开票时要有合同、验收单，货物类合同要有出库单或入库单，服务类合同要有服务成果证明，如咨询报告等。这样会计人员就能够避免虚开发票，即使真的发生虚开发票的行为，会计人员可凭着这些会计证据，证明自己“不知情”，以避免受到刑事处罚。



涉有限合伙企业投资理财纠纷案件的处理及有关问题

■ 韩冰, 游乐 / 文

一、概述

投资理财类纠纷案件的处理历来是我国商事案件审判中的热点与难点,特别是随着金融创新业务的发展,出现了诸多新型的投资理财形式。与此同时,随着有限合伙企业的合法地位在我国得以确认,有限合伙企业在税收政策、灵活性等方面优势的体现,投资人通过设立或加入有限合伙企业,以有限合伙企业为主体进行投资也成为了常见的一种投资形式。

近年来,便出现了一种通过购买有限合伙企业发行的投资理财产品从而获取投资收益的投资形式,涉及投资人人数众多、金额巨大。这种投资形式的基本模式通常为:有限合伙企业以购买投资理财产品形式招募投资人,由有限合伙企业与投资人签订《合伙协议》或《入伙协议》(以下统称《合伙协议》),约定投资人向有限合伙企业进行投资,成为有限合伙人,当约定的投资期限届满或符合一定条件时,投资人享有获得投资本金及预期收益的权利。投资人向有限合伙企业支付投资款并成为有限合伙人后,有限合伙企业再将募集的投资人资金以借款、受让股权或某项资产收益权并约定回购等方式支付给第三方(以下称为“融资方”),进行对外投资。

本文探讨的涉有限合伙企业投资理财纠纷案件即是,因融资方资金链断裂,无法按约向有限合伙企业支付相应款项,导致有限合伙企业无法按约向投资人支付投资本金及预期收益时,投资人向有限合伙企业、担任有限合伙企业执

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。

行事务合伙人的普通合伙人(以下简称“GP”)、融资方主张权利而引发的纠纷。

二、司法实践中对此类案件的处理

1. 案件性质

如前所述,通常在此类案件中,投资人会与有限合伙企业或/和GP签订《合伙协议》,在协议中约定投资人的预期收益率、投资期限,投资人仅享有取得投资本金及预期收益的权利而不承担有限合伙企业的亏损,投资期限届满或符合一定条件时有限合伙企业应当向投资人支付投资本金及预期收益等诸如此类的条款。有的案件中还会出现有限合伙企业、GP、融资方向投资人出具承诺函,承诺对投资人的本金及预期收益承担支付义务以及融资方与投资人就还款相关事宜达成一致并签订协议(以下简称“还款协议”)的情况。

众所周知,合伙企业是各合伙人共同出资经营、共担风险、共负盈亏的一种企业组织形式。而在此类案件中,可以看出,投资人真正的目的并非为了成为有限合伙人,以有限合伙企业的名义进行对外投资,分享有限合伙企业的投资收益或分担有限合伙企业的投资亏损。投资人其实并不关心有限合伙企业对外投资的盈亏,其真正目的仅是通过购买一种投资理财产品,取得固定的投资收益。因此,实践中,法院在审理此类案件时,如发现《合伙协议》中存在前述条款,而投资人并没有真正成为有限合伙人的目的,仅是为了取得固定的投资收益时,通常都会认定此类案件并非真正因合伙

引发的纠纷，而倾向于认定为民间借贷纠纷或合同纠纷。

2. 被告的确定

实践中，《合伙协议》的签订主体通常为投资人与有限合伙企业或/和GP。根据合同相对性的原理，有限合伙企业、GP作为协议的签订主体，投资人要求有限合伙企业、GP依据协议的约定承担支付投资本金及预期收益的义务，应当以有限合伙企业、GP为被告。

当GP未在《合伙协议》上签字盖章，或者GP虽然在协议上进行签字盖章，但其主张协议的主体仅为有限合伙企业，GP在协议上签字盖章的行为仅仅是作为执行事务合伙人在履行职责，是代表有限合伙企业的职务行为时，投资人是否还能以GP作为被告的问题，在法院审判中尚未达成一致认识。笔者认为，根据《合伙企业法》关于“有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任”的规定，因有限合伙企业对投资人负有支付本金及预期收益的义务，因此担任执行事务合伙人的普通合伙人应当对此义务承担无限连带责任，即GP具有被告的主体资格。此外，在融资方出具承诺函或与投资人签订还款协议的情况下，融资方也具有被告的主体资格。

3. 投资人的请求

实践中，投资人通常根据《合伙协议》的约定，要求被告向其支付投资本金、预期收益、未按期支付投资本金及预期收益的违约金或损害赔偿金等款项。法院在确认《合伙协议》为合法有效的前提下，通常会尊重双方协议的约定，投资人要求被告支付投资本金以及按照协议约定的预期收益率（不超过年利率24%）计算的投资收益的请求都会得到支持，被告未按期支付投资本金及预期收益的违约金或损害赔偿金等款项在不超过年利率24%的范围内通常也会获得支持。

三、几个问题

1. 关于投资人与融资方签订还款协议后，还能否依

游乐律师简介



2009年毕业于中国政法大学，取得法律硕士学位，同年开始从事律师工作。游乐律师的执业领域为：金融及投资类争议解决及非诉项目服务、民商事诉讼与仲裁业务、各类合同纠纷的处理、企业法律顾问及企业法律风险防范业务等。游乐律师自执业以来，为国有企业、部队机关、公司及个人处理了大量法律事务，涉及行业包括金融业、建筑业、服务业、农业等，获得了当事人的好评。

据《合伙协议》向有限合伙企业、GP主张权利的问题

当融资方无法按约向有限合伙企业支付相应款项时，常常会出现融资方与投资人就投资本金及收益的支付或偿还有关事宜达成一致，并签订还款协议的情况。此时，投资人是否还能依据《合伙协议》向有限合伙企业、GP主张相关权利是实践中经常遇到的问题。笔者认为，此种情况的处理不可一概而论。如还款协议的签订主体仅为投资人与融资方，则当融资方未履行还款协议约定的义务时，投资人既可以依据还款协议的约定向融资方主张权利，也可以依据《合伙协议》的约定，向有限合伙企业、GP主张有关权利。如还款协议的签订主体除了投资人与融资方，还有有限合伙企业、GP时，可以理解为投资人与有限合伙企业、GP对《合伙协议》的相关条款进行了变更，故投资人可依据还款协议的约定要求融资方、有限合伙企业、GP承担相关义务。

2. 关于《合伙协议》与承诺函、还款协议等约定的纠纷解决方式不一致时，如何确定纠纷解决方式的问题

如前所述，此类案件中，常出现融资方出具承诺函或融资方与投资人签订还款协议的情形，有的案件中，也会出现有限合伙企业、GP出具承诺函的情形。因此，常出现《合伙协议》中约定的纠纷解决方式为诉讼（仲裁），而承诺函、还款协议则约定仲裁（诉讼），几份文件间约定的纠纷解决方式不一致的情形。此时，应当如何确定纠纷解决方式也是实践中的一大难点。笔者认为，应当根据案件的具体情况进行判断，大致为：（1）有限合伙企业、GP出具承诺函的情形。如投资人也对承诺函予以签字确认，应当按照签订在后的承诺函确定纠纷解决方式；反之，承诺函仅为有限合伙企业、GP单方出具，不能约束投资人，应当以《合伙协议》的约定确定纠纷解决方式；（2）还款协议中有有限合伙企业、GP签字盖章的情形。应当按照签订在后的还款协议确定纠纷的解决方式；（3）有限合伙企业、GP出具承诺函，同时有限合伙企业、GP也在还款协议中签字盖章的情形。



如还款协议的签订时间晚于承诺函，则无论投资人是否对承诺函进行签字确认，均应当以还款协议的约定确定纠纷解决方式；如承诺函出具的时间晚于还款协议，则投资人对承诺函签字确认的，以承诺函约定的纠纷解决方式为准，反之，投资人未对承诺函签字确认的，则以还款协议约定的纠纷解决方式为准；（4）融资方出具承诺函或仅融资方与投资人签订还款协议的情形。无论投资人有无签字对承诺函予以确认，投资人可分别依据《合伙协议》与承诺函、还款协议约定的纠纷解决方式向有限合伙企业、GP与融资方主张权利。当然，实践中的情况可能更加复杂，届时需要根据签订主体、签订时间等因素进行综合判断，进而确定纠纷的解决方式。

3.关于投资人已获得对有限合伙企业、GP的胜诉裁决时，还能否向融资方主张权利的问题

当投资人对有限合伙企业、GP主张权利，并获得胜诉裁决后，还能否依据承诺函或还款协议向融资方主张权利也是实践中经常遇见的问题。笔者认为，只要投资人的债权未完全实现，其当然可以依据承诺函或还款协议的约定，向融资方主张有关权利，要求融资方承担约定的义务。当然，对于有限合伙企业、GP已经履行的部分义务，融资方可要求予以相应扣除。

4.关于有限合伙人的派生诉讼问题

投资人虽然取得对有限合伙企业、GP的胜诉裁决，但因有限合伙企业、GP没有资金而无法履行生效裁决，导致投资

人无法取得投资本金及收益的情形屡屡发生。特别是在许多案件中，GP往往与融资方有着千丝万缕的联系，其对于实现债权一事表现得并不积极。在此种情况下，受制于合同相对性的原理，投资人往往不能直接对融资方提起诉讼，投资人往往陷入维权艰难的困境。

《合伙企业法》第六十八条规定“有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。有限合伙人的下列行为，不视为执行合伙事务：……（七）执行事务合伙人怠于行使权利时，督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼”，该规定突破了合同相对性的原理，赋予了有限合伙人提起派生诉讼的权利。但由于该规定过于原则缺乏实操性，并且尚没有配套规定，长期以来投资人并未通过采取提起派生诉讼的方式维护自己的权利。2017年3月29日，最高人民法院在其作出的(2016)最高法民终756号民事判决中，从司法实践的角度对有限合伙人派生诉讼的权利予以了肯定。该判决的做出，为今后在实践中处理此类案件提供了一种新的思路与途径。从该判决中可以看出，当执行事务合伙人怠于行使其权利时，有限合伙人为了有限合伙企业的利益，可以作为原告对有限合伙企业的债务人提起诉讼，采取此种“曲线救国”的方式维护其合法权利。当然，对于执行事务合伙人怠于行使其权利，有限合伙人需要提供初步证据予以证明。此外，通过该判决我们还可以知道，有限合伙人对有限合伙企业的债务人提起诉讼并不局限于自己的出资金额，可以就有限合伙企业对债务人的债权总额提起诉讼。

现货交易场所纠纷案件有关问题探析

■ 游乐 / 文

近年来，各地各类现货交易场所创新不断，发展势头迅猛，现货交易也逐渐成为了一种低门槛的投资手段。与此同时，部分投资者尤其是自然人投资者也因投资损失，陆续将现货交易场所以及相关主体诉至法院，纠纷不断。笔者因此对近几年此类案件的部分判决进行了梳理，并在此基础上对此类案件的特点以及目前审判中存在的问题进行分析，进而提出几点自己的思考，以期对实践中解决此类案件有所助益。

一、现货交易场所纠纷案件的特点

1. 纠纷类型多样化

在案件事实相同的情况下，纠纷类型却呈现多样化的特点。就笔者梳理的判决中此类案件涉及的案由就包括：合同纠纷、服务合同纠纷、确认合同无效纠纷、期货交易纠纷、财产损害赔偿纠纷、侵权责任纠纷等等。

2. 当事人地位固定

案件中的原告均是自然人投资者；被告均是交易场所及有关机构，部分案件中的被告为交易平台以及交易平台的会员单位（以下简称“会员单位”，各交易场所中称呼不尽相同，本文统一称为会员单位），部分案件中被告仅为交易平台或会员单位，个别案件中被告中还包括对交易资金进行监管、结算的银行。

3. 原告诉求及诉讼思路殊途同归

案由多样化也决定了原告诉求及诉讼思路的不同。以合同纠纷为案由的案件的诉求中均包括要求被告返还投资损失金额一项，部分案件中原告的诉求还包括要求被告支付相应的利息损失、手续费等有关费用。其诉讼思路基本为因原被告双方之间的交易并非现货而是非法期货交易，而主张原被告双方之间的协议或交易行为无效，被告应当返还原告的交易损失。而以物权纠纷、侵权责任纠纷为案由的案件的诉求则为要求被告赔偿原告造成的损失。其诉讼思路为因被告违法经

营、进行期货交易的侵权行为导致了原告的损失，因此被告应当对原告的损失承担赔偿责任。虽然原告的诉求及诉讼思路不尽相同，但殊途同归，原告诉讼策略的核心点和目的几乎都是主张双方的交易行为为非法期货交易。

4. 案件争议焦点相似

如前所述，虽然此类案件的案由、原告的诉讼请求以及诉讼思路不尽相同，但原告诉讼策略的核心点基本一致。因此，各法院在对此类案件进行审理时，争议焦点中几乎都涉及原被告之间的交易行为的性质这一问题，即交易行为是属于现货交易还是非法期货交易。

二、现货交易场所纠纷案件审判中存在的问题

在对此类案件进行梳理的过程中，笔者发现目前此类案件的审判中存在如下问题。

1. 各法院对原被告之间法律关系的认定存在差异

此类案件案由的多样化恰恰能反映出实践中对原被告之间法律关系的认定是一大难点，也导致了各法院对原被告之间法律关系的认定存在差异。部分法院认为投资者与交易平台之间为服务法律关系，投资者的交易相对方为会员单位，比如，（2015）滨民初字第1126号民事判决认定投资者的交易相对方为会员单位（案外人）而非被告交易平台，被告仅系为投资者和会员单位从事贵金属现货及现货延期交收业务提供交易平台及相关服务，其本身并不参与交易；（2016）辽02民终664号民事判决、（2015）青民二商终字第758号民事判决也持此种观点。而部分法院认为投资者的交易对手为交易平台，投资者与交易平台之间为期货交易法律关系，比如，（2015）陕民二终字第00113号民事判决认为交易平台与投资者建立合同关系，投资者并根据交易平台提供的交易软件和交易平台进行买卖的行为，是期货交易行为；（2015）乐民初字第116号民事判决也持此种观点。而部分法院甚至避免对投资者与会员单位以及交易平台之间的法律



因关于非法期货交易认定的规定较为原则、抽象、实操性不强等问题，导致各法院在理解和适用时产生分歧。因此，细化、明确有关规定亦是当务之急。

关系进行认定。由此可见，实践中，在案件事实相同的情况下，法院对投资者、会员单位、交易平台三者之间的法律关系尚未形成统一的认识。

2. 审理依据相同，裁判思路及结果却不同

如前所述，此类案件中几乎都涉及原被告双方之间交易行为的性质这一争议焦点，即交易行为属于现货交易还是非法期货交易。各法院在认定交易行为的性质时适用的规定即法律依据基本一致，即《期货交易管理条例》、《国务院关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》（国发〔2011〕38号，以下简称“38号文”）、《国务院办公厅关于清理整顿各类交易场所的实施意见》（国办发〔2012〕37号，以下简称“37号文”）、《关于做好商品现货市场非法期货交易活动认定有关工作的通知》（以下简称“《非法期货交易认定通知》”）及其附件《关于认定商品现货市场非法期货交易活动的标准和程序》（以下简称“《标准和程序》”）等有关规定，但各法院的裁判思路却存在差异，也导致了同案不同判的情况。

部分法院认为交易行为不属于非法期货交易，因此驳回了投资者的诉讼请求。比如，（2014）六商初字第967号民事判决认为“《期货交易管理条例》规定设立期货交易所由国务院期货监督管理机构审批，未经国务院批准或者国务院期货监督管理机构批准，任何单位或者个人不得设立期货交易场所或者以任何形式组织期货交易及其相关活动。期货交易是指采用公开的集中交易方式或者国务院期货监督管理机构批准的其他方式进行的以期货合约或者期权合约作为交易标的的交易活动。期货合约，是指期货交易场所统一制定的、规定在将来某一特定的时间和地点交割一定数量标的物的标准化合约。综上，期货交易或者非法期货交易应具备以期货合约作为交易标的和以集中交易方式为交易方式两个必要条件。本案中，案涉交易并未规定某一特定时间和地点交割一定数量的标的物，不符合期货合约的构成要件。同时，案涉交易模式中的交易价系交易K线中的报出价，该报价并非交易方通过竞价形成的价格，即报出价的形成机制与案涉交易

方无关，不符合集中交易价格形成机制的特征……案涉交易中，客户曹征伟与会员单位旺亨公司在大圆银泰公司提供的交易平台上根据大圆银泰公司的交易K线的价格走势进行买入和卖出，赚取差价，不进行实物交割，买卖双方交易目的均不在于获取商品的所有权，与回购构成要件不符，该交易模式系名为现货回购，实为投资理财。同时，案涉交易模式系由大圆银泰公司及其会员单位旺亨公司、客户曹征伟三方组成，大圆银泰公司提供交易K线并报出价格，客户根据交易K线走势及其报价自行选择时机买入商品或者卖出商品，会员单位接单进行卖出与买入商品，双方系一对一进行的交易，交易价格不经过撮合，仅由客户选择时机通过对冲平仓方式了结交易，互相赚取对方亏损金额，该交易模式非传统现货交易模式，也区别于期货交易模式，无法律规定对该模式进行明确禁止，根据‘法无明文禁止即自由’的原则，一审法院不宜确认该交易模式无效”，江苏省南京市中级人民法院作出（2016）苏01民终645号民事判决维持了前述判决。（2015）青民二商终字第758号、（2014）浙金商终字第1653号等民事判决均未认定交易行为属于非法期货交易，均驳回了投资者的诉求。

而支持投资者诉讼请求的法院则认为交易行为属于非法期货交易。比如，（2015）乐民初字第116号民事判决认为“期货交易，是指采用公开的集中交易方式或者国务院期货监督管理机构批准的其他方式进行的经期货合约或者期权合约作为交易标的的交易活动。期货合约，是指期货交易场所统一制定的、规定在将来某一特定的时间和地点交割一定数量标的物的标准化合约。期货市场实行保证金制度、当日无负债结算制度（日终结算）、涨跌停制度、持仓限额和大户持仓报告制度、风险准备金制度。结合上述法律规定和期货交易的特征，一项交易是否构成期货交易，应当从两个方面判断。一是形式上是否构成期货交易，判断要素包括：1.交易标的具有同质性或可替代性，即属于标准化合约；2.公开交易，即对大众出售；3.集中交易，即多个买主和多个卖主之间，出价最低的卖主和进价最高的买主达成的

交易，或经监管机关批准的协商一致下的非集中竞价方式；4.未来交易；5.以保证金（保证金类型包括资金）做担保，即以担保机制进行交易；6.以对冲的方式完成交易。二是实质上是否构成期货交易，判断要素包括：1.交易目的并非转移商品所有权，交易双方并非期待真实交付，而是期望在价格波动中赚取差额利润；2.交易功能并非促进商品流通，而是套期保值、发现价格和投资管理。一项交易行为应同时符合上述实质和形式上要件，方能构成期货交易……从被告九汇公司电子合约品种的交易规则可以看出，交易品种、最小变动单位、交易时间、报价单位、最小变动、延期费、实物交收方式、实物交收时间、实物交收品级、实物交收地点合约要素是交易前就确定好的，仅价格一项未经事先确定，具体价格是交易时被告九汇公司提供的实时价格，原告下单买卖的实际上是以‘白银’为名称的标准化合约。客户只要通过被告九汇公司的审核，就可在被告九汇公司开设的网络交易平台开户，向其指定的账号汇入一定数量的资金作为买卖的保证金即可与被告九汇公司开展交易，因此，就单独客户而言，其与被告九汇公司是一对一的交易，因被告九汇公司以会员单位制发展客户，被告九汇公司是同时与会员单位所发展的客户开展了买、卖行为，实际上构成了集中交易的结果。从被告九汇公司的保证金、风险提示、限仓、强行平仓等制度，结合原告账户报表可以看出，客户建仓时可以买空也可以卖空，也就是说被告九汇公司不断向客户提供买、卖双向的价格，并按其提供的价格接受客户的买卖要求，在原告与其所有交易中始终没有实物交割，均是通过平仓与建仓相反的操作了结了合同义务。由此事实可知涉案交易行为之目的并非转移现货白银的所有权，而是通过价格涨跌获得利润。涉案交易行为采用了期货交易的规则，与现货交易存在本质差别……期货交易具有特殊的金融属性和风险属性，直接关系到经济金融安全和社会稳定。从《期货交易管理条例》第一条‘为了规范期货交易行为，加强对期货交易的监督管理，维护期货市场秩序，防范风险，保护期货交易各方的合法权益和社会公共利益，促进期货市场积极稳妥发展，制定本条例’的规定也可以看出，其主要立法宗旨在于通过调整期货交易行为，规范市场运行、保护投资者合法权益、防范系统性风险、促进国民经济发展。期货交易场所作为所有市场参与者提供平等、透明交易机会，进行有序交易的平台，具有较强的社会性和公开性，更加需要依法规范管理，确保安全运行。虽然《期货交易管理条例》第四条、第六条未载明违反其规定将导致合同无效或不成立，但若违

反上述规定而设立的交易场所开展期货交易就会不受监管，无法实现客户资金封闭运行，投资者面临资金被挪用、自己承担风险头寸、对手欺诈交易等巨大风险，资金安全和投资利益均无法得到有效保护，极易引发金融风险，甚至影响社会稳定，有损国家利益和社会公共利益。因此，《期货交易管理条例》第四条、第六条的规定属于效力强制性规定。被告九汇公司与原告的交易行为违反效力强制性规定，应属无效。”（2015）二中民（商）终字第07970号、（2015）陕民二终字第00113号等民事判决也支持了投资者的诉求。

3.对法院能否对非法期货交易活动进行认定存在不同认识

关于法院是否有权对商品现货市场非法期货交易活动进行认定，各法院也存在不同认识。如（2015）乐民初字第116号民事判决认为“目前无任何法律法规对非法期货交易的认定应由行政机关先行认定进行规定，故本案不适用行政前置程序，人民法院有权依法对包括非法期货在内的事实作出认定和裁决。”而认为非法期货交易活动应当由行政机关进行认定的法院也不在少数，如（2016）湘0112民初2441号民事判决认为“法院不是商品现货或期货交易市场的监督管理机构，对认定被告的经营活动是否合法不具有相应的专业知识和技能，不能作出相应的认定。所以，本院不宜对原告周林有与被告华夏银都公司之间的交易活动是否存在非法商品期货市场交易活动作出认定。”

4.将交易平台建立及存续的合法性等同于交易行为的合法性

涉及诉讼的交易平台几乎都是为了通过了联席会议审核予以保留的交易平台，因此部分法院在审理案件时简单地将交易平台设立存续的合法性等同于交易行为的合法性，进而认定原被告双方之间的交易行为有效。如（2015）宁商终字第1897号民事判决即认为，交易平台经清理整顿未被认定存在违法开展期货活动、从事期货类业务的问题，亦未被关闭、取缔或暂停交易，并已报国家清理整顿各类交易场所部际联席会议后予以保留，故投资者主张交易行为违法性的主张于法无据。

三、几点思考

（一）关于投资者与会员单位、交易平台之间的法律关系

投资者与交易平台、会员单位之间的法律关系如何认定



是此类案件的一大难点，而厘清他们之间的法律关系是裁判的基础。

现货交易模式通常为投资者与会员单位签订诸如《客户协议书》等协议，约定双方之间在交易平台进行现货交易，投资者与交易平台之间往往不会就交易行为签订协议。笔者认为，此类交易模式下，投资者的交易对象为会员单位，投资者与会员单位之间为买卖合同关系。而投资者与交易平台之间并未就双方进行交易的有关内容签订协议或形成事实上的交易关系，投资者仅利用交易平台进行交易，投资者与交易平台之间形成服务法律关系。

投资者如主张交易行为或交易协议无效，根据合同相对性的原理，会员单位理应成为被告。而交易平台作为第三方服务平台，如其提供的服务不符合法律法规等的规定，笔者认为投资者可将交易平台列为共同被告，要求其对交易行为或交易协议无效的后果承担连带责任，交易平台应当承担相应责任。当然，如因交易平台提供的服务存在违法性导致了投资者的损失，投资者也可仅以交易平台为被告要求交易平台承担赔偿责任等责任。

（二）关于交易行为性质及效力的判定依据

对交易行为的效力做出准确判断的前提是对其性质作出准确界定，即交易行为属于现货还是非法期货交易。如前所述，目前各法院对交易行为性质的判断通常适用《期货交易管理条例》、38号文、37号文、《非法期货交易认定通知》及其附件《标准和程序》等有关规定，从目的要件和形式要件两方面入手进行认定，即是否采用集中交易的方式进行标准化合约的交易。笔者认为，应当先根据前述规定从交易标的与交易方式两方面入手，对交易行为是否属于期货交易进行判定，如一旦认定交易行为属于期货交易，则可以根据《期货交易管理条例》第四条“期货交易应当在依照本条例第六条第一款规定设立的期货交易所、国务院批准的或者国务院期货监督管理机构批准的其他期货交易场所进行”、“禁止在前款规定的期货交易场所之外进行期货交易”、第六条“设立期货交易所，由国务院期货监督管理机构审批”、“未经国务院批准或者国务院期货监督管理机构批准，任何单位或者个人不得设立期货交易场所或者以任何形式组织期货交易及其相关活动”的规定，认定交易协议或交易行为因违反行政法规的效力性强制性规定而无效。

此外，如前所述，虽然各法院认定交易行为是否属于

非法期货交易适用的法律依据一致，却出现了同案不同判的情况。有的法院认为交易行为虽与传统的现货交易不符，但也因其不具备期货交易的“集中交易方式”或“交易标的为标准化合约”的条件而不属于期货交易，根据“法无禁止即为允许”的原则进行裁判；而有的法院则认为交易行为属于“以集中交易的方式进行标准化合约的交易”，符合期货交易的特征，而交易平台不具有期货交易资质，属于非法期货交易。可见，因关于非法期货交易认定的规定较为原则、抽象、实操性不强等问题，导致各法院在理解和适用时产生分歧。因此，细化、明确有关规定亦是当务之急。

（三）关于交易平台合法性与交易行为合法性的关系

交易平台通过了清理整顿并经联席会议审核后予以保留的事实，只能证明其在审核当时不存在违法行为，并不等于其在通过审核后不会存在非法期货交易的问题。在案件的审理过程中还是需要根据交易规则、交易模式、交易行为、交易时间等综合因素对交易行为的合法性做出认定，不能简单地将交易平台设立及存续的合法性等同于交易行为的合法性。

（四）关于法院对交易行为合法性进行认定的权限

虽然38号文、37号文以及《非法期货交易认定通知》及《标准和程序》等对监督、管理交易场所的机构、对非法期货交易进行认定的单位等进行了明确规定，但不能理解为前述规定排除了法院对其审理案件的当事人之间的法律关系的合法性进行审查和认定的权利。法院对案件进行审理，必然要对案件当事人之间的法律关系是否合法、有效进行判断，这也是做出合法判决的前提和基础。

（五）关于审查案件事实的重要性

现货交易场所纠纷案件的审理虽需遵循一般民商事案件的审理程序和规则，但此类案件涉及金融领域，专业性强，比如需要对“集合竞价、连续竞价、做市商机制、标准化合约”等概念进行理解和判断。因此，法院在审理此类案件时应当重视对交易规则、交易模式、交易过程等具体案件事实的审查，以便准确适用有关规定进而作出公平公正的裁决。



主张违约金过高或过低的权利能否放弃？

■ 杨琨 / 文

引子

违约责任是指当事人一方或者双方不履行合同或者不当履行合同，依照法律的规定或者按照当事人的约定应当承担的法律责任。违约金是违约责任的一种，是通过违约方付给守约方一定数额金钱从而承担违约责任的形式。违约金简单直接的将违约方抽象的违约责任转化为了实实在在的金钱数额，在争议解决过程中具有简单明确的特点，所以在合同起草中被广为采用。

金融机构作为经验丰富实力强大的商主体，在外部律师的协助下起草的合同往往看似非常严密，违约责任约定十分给力。但实际情况如何呢？日前笔者办理了一个案件，A公司向M信托公司进行融资，双方在信托合同中约定的违约金是“应付未付金额×万分之五×逾期天数”，并且逾期期间依然计算利息。这样将违约金加上利息算下来年息接近40%了。于是我们依据《合同法》第一百一十四条的规定，向法院主张违约金过高，要求调整。法院最终支持了我们的抗辩理由，将违约金计算标准下调至万分之二，并且在违约金起算时间、计算违约金的本金数额等多个方面支持了我们的抗辩理由，为A公司避免了3000万元的损失。

本案判决做出后不久，合伙人组织年轻律师交流学习，提醒大家在为金融机构审查合同时一定要将违约金约定过高被调整的风险向客户进行提示。笔者突发奇想，既然约定的违约金存在被法院调整的风险，那么约定违约金的同时约定双方放弃向法院主张违约金过高或过低的权利是否可行呢？

一、放弃违约金调整权的理论探究

对当事人对违约金调整权放弃的约定是否有效这一问题，目前存在两种观点。

最高人民法院中国应用法学研究所的朱新林博士在2014年3月5日出版的《人民法院报》上发表《放弃违约金调整请求权约定之效力》一文，认为“违约金调整申请权不是民事

实体法意义上的请求权，而是民事诉讼法意义上的诉权”，“是具有公法性质的请求司法保护的權利”，所以当事人无权对此权利进行处分。而且，调整违约金的权利是将“‘合同自由’与‘合同正义’相结合的公共政策”，如果允许当事人约定排除此权利可能会在某些情况下造成天价违约金等极度不公平的情况出现。所以朱博士认为当事人放弃调整违约金权利的约定是无效的。上海市通力律师事务所杨培明律师、张亦文律师在2016年第10期《上海律师》杂志上发表的《论“放弃违约金调整权”的条款效力及违约金调整若干问题》一文中同样持此观点。

杭州某公司法务经理董新悦2015年8月28日发表在微信公众号“高杉LEGAL”上的《放弃违约金调整请求权约定效力分析》一文对此持不同意见。他认为，主张违约金过高请求法院调整是为了避免出现显失公平的情形，而显失公平是《合同法》第五十四条规定的变更合同的情形之一，也就是说当事人请求法院调整过高违约金实际是在行使合同的变更权，是一种民事实体权利，允许当事人自行处分。而且，如果人民法院总是以公平或者利益衡量为理由，在当事人已经明确约定违约金或者损失数额的情况下，对违约金进行调整，很有可能造成当事人恶意利用此制度造成实质的不公平，对社会诚信体系造成不利影响。

可见，他们的分歧主要在于违约金调整权的性质，是否是当事人可以自行处分的实体权利。

二、放弃违约金调整权的司法实践

笔者通过最高人民法院裁判文书网检索到了一些涉及到放弃违约金调整权的判例，列明如下。

● 最高人民法院在（2016）最高法民申1780号民事判决中指出，“违约金是对守约方因对方违约造成损失的补偿，不主要体现惩罚功能，故关于违约金不得调整的约定应以不违反公平原则为限”。在该案中，尽管双方在合同中均承诺“放弃向仲裁机构或法院以任何理由申请降低本合同约定的



违约金简单直接的将违约方抽象的违约责任转化为了实实在在的金钱数额，在争议解决过程中具有简单明确的特点，所以在合同起草中被广为采用。

违约金的权利”，但山西高院和最高院未对其约定的效力做出评价，在一方的申请下直接对违约金进行了调整。

● 新疆高院在（2014）新民二初字第65号民事判决中，“法律赋予当事人申请调整违约金的权利是为了防止以意思自治为由而放任当事人约定过分高或过分低的违约金，从而保护当事人的利益，避免利益失衡，因而当事人申请调整违约金的权利应不允许事先放弃，故双方之间关于放弃关于违约金的抗辩的约定无效”，明确的对放弃违约金调整权约定给予了无效的结论。

● 湖北省宜昌市中级人民法院在（2014）鄂宜昌中民二初字第00010号民事判决中认为，“合同法规定的违约金调整请求权属合同当事人的法定权利，当事人不能以约定方式加以排除”。所以即使做出了这样的约定，在违约金明显高于实际损失时仍可以申请法院调整。

● 江西省芦溪县人民法院在（2016）赣0323民初897号民事判决中认为，“虽双方均放弃法律赋予的违约金调整请求权，但该约定因违反相应的法律规定而无效”。

● 江苏省苏州市虎丘区人民法院认为，“当事人双方约定放弃向司法机关申请降低违约金的请求权，系以契约方式单方限制当事人在发生纠纷时寻求司法救济的权利，首先排斥了法律赋予法院对违约金调整的裁判力，其次违背了合同法的公平原则，应属无效”¹。

从笔者检索到的判例来看，各级法院均以“违反公平原则”、“法定权利不得约定排除”等理由，或认定放弃违约金调整权的约定无效，或是直接跳过该约定径自对违约金进行调整。笔者唯一检索到支持该约定的是广西省南宁市青秀区人民法院。

● 广西省南宁市青秀区人民法院在（2014）青民一初字第1784号民事判决中认为，“《合同法》第一百一十四条赋予了当事人根据实际损失调整合同约定的实体权利，而根据意思自治的法律原则，当事人可以对实体权利进行处分”，

“《借款合同》第八条约定借贷双方均放弃该项权利，于权利义务对等的形式而言，并无不公。此外还应注意到，违约金的调整请求权具有双向性，可以调高亦可调低。借贷双方约定的是一定比例的定额违约金，但客观上的逾期还款经济损失则与逾期时长成正比关系，故在逾期时间相当长的场合，原告按此定额违约金主张权利，于被告而言未必不利”。因此，认定该约定有效。

三、从违约金的性质与功能看违约金调整权

最高法在多份文件中指出，违约金具有补偿和惩罚的双重性质，但是赔偿非违约方的损失是其主要功能，而非旨在严厉惩罚违约方，应坚持违约金补偿性为主、惩罚性为辅的性质，避免以意思自治为由放任当事人约定过高的违约金，否则无异于鼓励当事人通过不正当的方式获取暴利。

诚然，违约金具有补偿和惩罚两项功能，但这都是违约发生后的功能。违约金还有一项非常重要的功能就是督促当事人及时、完满的履行合同。当事人为何会约定高额的违约金？目的就在于将违约金作为悬在潜在违约方头顶的“达摩克利斯之剑”，时刻提醒合同各方积极履行合同。但是，违约金调整权却使违约金几乎丧失了这项功能。在笔者办理的一个案件中，法院认为非违约方的实际损失仅是资金占用成本，故将双方约定的违约金调整为按照银行贷款基准利率计算的资金占用费。但事实上在现在的经济形势下，除非是依靠超大型国有企业的信用或是提供非常优质的担保，否则根本不可能以如此低的利率获得融资。于是该违约方通过各种途径拖延诉讼进程，通过合法的形式以极低的利率占用非违约方大量资金，客观上造成了实质的不公平。

更为严重的是，法院对于违约金调整的自由裁量权直接使得当事人双方对违约金的约定形同虚设，导致当事人对

1 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2007/11/id/274010.shtml>

违约金约定产生不良预期。用时髦的话讲是“违约金你说多高就多高，不被法院调整算我输”，非常不利于培养市场主体诚信履约的品质。根据笔者了解，这一点在前几年的北京房地产市场屡见不鲜。房屋买卖双方一般约定如果一方根本违约则需赔偿对方房价款的20%。因为房屋价格上涨速度惊人，很多卖方在签订合同后反悔，而买方请求按照合同约定支付违约金的一般都未能得到支持，因为买方无法证明其实际损失。随着这样的违约案件愈发增多，直到近一两年北京法院才开始将房屋差价认定为守约方的损失予以支持。

可见，为了避免不公平而设立的违约金调整制度，在一些情形下反而会导致另一种不公平。

四、违约金调整权能否约定放弃？

那么当事人双方约定放弃违约金调整权是否有效？笔者认为应当区分民事案件和商事案件这两种不同情况来看待这一问题。

民事案件当事人主要是自然人，每个人的学识、阅历等存在一定差异，故其缔约能力存在差异，所以更加强调对弱者的特殊保护，侧重于公平优先，以实现民事法律行为结果公平，实质公平。而商事案件当事人主要是法人、企业，其应当是高度职业化的，当然的推定其具有专业判断能力、高度注意义务和对等的交易能力，因而在商事审判中，强调公平与效率二者并重，更加侧重于效率优先，保护当事人缔约机会公平、形式公平。

在如火如荼开展的司法改革中，审判专业化改革是其中重要的一部分。而正因为民事主体和商事主体存在着根本性差异，审判专业化改革中民商分立、商事审判理念成为重点。商事审判理念要求法官在审理商事案件时尊重商事主体的专业性和自主性，在确定商事行为不违反法律强制性规定的情况下，谨慎介入市场主体的自治领域，充分尊重当事人对合同的自由权利和公司的自治权利，不轻易地以司法判断取代商业判断。

以放弃违约金调整权为例。如果当事人双方均为民事主体，那么可能在交易能力、风险认知等方面存在差异，也有可能其中一方具有某些优势地位，合同中约定高额违约金并

且双方放弃调整权后，造成显著的不公平。这样的情况下司法介入对显失公平的情形进行干预是合理的。但如果当事人双方均为商事主体就不同了。第一，法律赋予了商事主体较高的注意义务，商事主体也具有较高的风险识别能力和风险承受能力，应当在合同签订前对可能出现的风险进行全面的评估。第二，商事主体之间缔约机会平等，基本不存在优势地位一说。有人举例说，民营企业在金融机构面前就是绝对的弱势群体。笔者不同意此观点。商事主体最大的特点是逐利，如果民营企业经过评估认为与金融机构进行交易无利可图，那大可以不进行交易。从笔者办理的诸多案件来看，很多看似不公平的条款都有其复杂的签约背景，看似弱势的一方也是经过反复权衡利弊之后达成的协议。这样达成的放弃违约金调整权约定，是双方签约时的真实意思表示，即使违约金约定的相对高一些也根本谈不上不公平，更无需由法院认定无效。

所以笔者认为，如果民事主体约定放弃违约金调整权，则该约定无效；如果商事主体约定放弃违约金调整权，除有法律法规明确规定无效的情形外，都应当认定有效。

五、总结与展望

但是，从笔者了解到的情况来看，目前理论和实务界的主流观点都还是对放弃违约金调整权的约定持否定态度。实际上，放弃违约金调整权约定的效力问题并不是笔者以及当事人真正关心的问题，笔者以及当事人真正关心的是能否限制法院对于违约金进行调整的自由裁量权。尽管一些法院、法官在某些讲座、培训中提到审判专业化改革后，会在商事案件中减少对当事人意思自治的干预，尽量减少对案件相关数额进行酌定的情况，但是想要真正实现民事案件和商事案件分别按照民事审判理念和商事审判理念进行审判还需要更进一步的顶层设计，例如民商法分立的立法模式。不过这需要一个漫长的过程，就如被誉为美国公司法皇冠上明珠的商业判断规则（Business Judgement Rule）²也是经过180多年的发展才不断完善的。这一次的司法改革算是开了一个好头，之后的发展进程京都律师也将持续关注，及时的为当事人提供优质高效的法律服务。

² 商业判断规则是美国等判例法国家的一项公司法原则，其主要作用在于确定了法院在审查公司董事忠实勤勉义务时，不当进行“事后诸葛亮”式的实质审查，而是仅应当对其决策程序的正当性进行审查，因为法官不是商人，不具有商人应具备的技能和经营判断能力，要求法官对经营决策是否正确进行判断未免勉为其难。



出席“司法职权的优化配置与《看守所法》的制定”研讨会的部分嘉宾合影

“司法职权的优化配置与《看守所法》的制定”研讨会成功召开

2017年7月5日，京都刑事辩护研究中心与《中国法律评论》杂志共同举办的“司法职权的优化配置与《看守所法》的制定”研讨会在京都律师事务所成功举行。

著名法学家樊崇义教授，北京师范大学刘广三教授，全国律协刑事业务委员会主任田文昌律师，中央民族大学熊文钊教授，清华大学张建伟教授，中国政法大学王顺安教授，中国人民公安大学毕惜茜教授、赵桂芬副教授，《中国法律评论》副主编易明群女士等嘉宾莅临研讨会，纷纷做了精彩的发言。同时出席研讨会的还有紫光达律师事务所主任倪泽仁律师，尚权律师事务所主任毛立新律师，京都律师事务所的曹树昌律师、王九川律师、梁雅丽律师和门金玲律师等，与会专家发表了精彩的主题分享。

现选取部分专家的精彩发言，以飨读者。

樊崇义：看守所转隶是“牛鼻子”问题

关于看守所的问题，我刚完成了一篇题为《看守所：处在十字路口的改革观察》的文章，观点都在这篇文章中阐明了，在此不赘述。今天要强调的是，我们的座谈会，不要对《看守所法》泛泛而谈，要加强专题性研究，要突破重点。看守所改革的问题要从体制上进行改变，具有艰巨性，但这是一个“牛鼻子”问题，管理体制修改好了，一切问题也就迎刃而解了。所以我建议重点研究《看守所法（征求意见稿）》的第六条“隶属关系”。

看守所为什么要转隶？党的十八届三中、四中全会强调人权司法保障。总书记讲，要从源头上治理、防范冤假错案，源头就在看守所。具体理由包括：

一是按照依法治国的进程，我国刑事犯罪治理要实现从控制犯罪模式向人权保障模式、正当程序模式转型，这种转型的实现要求看守所必须转隶。我国看守所的形成完全是为了侦查，方便打击犯罪，是控制犯罪模式。而按照当前的形势看，我国的犯罪治理模式已经转移到法律正当程序模式、人权保障模式。当然国际公约的要求也决定了这种转型的必然性。所以看守所的转隶问题要适应这种模式的转型，这是一个大前提。

二是权力制衡是刑事诉讼的基本原则，羁押权、侦查权、检察权、审查权和执行权这些刑事诉讼的基本职权要贯彻权力制衡原理，实行羁侦分离，这是一个法律的底线。看守所再也不要抓余犯、找余罪、找漏人为目标，要实现羁押与侦查分离，要结束以羁代侦、羁



著名法学家樊崇义教授

侦不分，要贯彻权力制衡原理。失去了制衡，失去了监督，必然走向腐败，必然出现冤假错案。

三是我国长期以羁代侦造成的冤假错案的历史教训，值得反思，看守所转隶已刻不容缓。我查到全国已经公布的34起冤假错案，每起案件都有刑讯逼供，都是在看守所完成的，所以看守所转隶是防范冤假错案的需要。

四是看守所承载的历史使命无法在公安机关内部改革解决，唯有转隶才能有所突破。近些年来，公安机关，特别是公安部监管局在看守所改革上所进行的努力和取得的成绩是必须要肯定的：第一是看守所的定位，公安机关把看守所定位于当地人民政府的一个机关，公安机关只是代管；第二是看守所的职能定性，公安机关反复强调羁侦分离，把看守所的职能定性为看守职能、人权保障职能。第三是保障刑事诉讼的顺利进

行，特别是一定程度上解决了历史上的会见难、申诉难和辩护难的问题。

公安机关的顶层设计很好，但像县级看守所这些基层，长期依赖形成的逻辑思维，即打击犯罪模式，是很难改变的。我几乎走访了20多个省，进行实地调研，发现我国看守所当前还存在诸多问题，集中可概括为四句话：第一句，看守所内刑讯逼供屡禁不止；第二句，看守所内违法乱纪现象丛生。看守所监管人员在工作时间打牌，用粗绳将被监管人员捆绑成串，粗暴管理，忽视基本人权，这样的现象绝非罕见；第三句，非法证据充斥在刑事诉讼中，不会排、不敢排、不能排、不想排；第四句，冤假错案仍时有发生。

人权保障原理在看守所的运用和实现，从机制上要求必须转隶，不转隶，许多人权保障措施就难以实施。我列举了13项制度：（1）入所人员的信息保密制度；（2）入所人员的体检制度；（3）入所的登记制度；（4）入所的询问制度；（5）询问后的录音录像制度；（6）物品保管制度；（7）律师会见制度；（8）不被监听制度；（9）申请申诉制度；（10）提审登记制度；（11）法律援助制度；（12）吃住生活保障制度；（13）羁押的变更制度。这13项制度都是和人权保障相连的，如果不转隶，不制定具体的措施，光靠公安机关来改革，很难落实下去。

只有看守所转隶，我国的依法治国才能落到实处，民主法治的进程才能往前推进一步，中华人民共和国和中华民族才能站到世界人权斗争潮流的前列。



田文昌：看守所转隶的必要性与必然性



全国律协刑事业务委员会主任田文昌律师

最近，随着《中华人民共和国看守所法（公开征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）的公开，看守所的改革问题再次成为法律界以及全社会关注的热点话题。不可否认，本次《看守所法（征求意见稿）》确有一些亮点，针对社会关注，也有一些回应的措施。但客观地说，这些改进能否从根本上解决长期以来存在的一系列难题，尤其是在操作层面上具有多少可行性和保障性？诸如看守所内被羁押人员的各种非正常伤亡现象，侦查权与羁押权的“藕断丝连”，律师会见的种种障碍，尤其是非法取证的屡禁不止等等。对于这些问题，理论界和实务界都提出了不少质疑。

其中，人们最大的质疑和最普遍的担忧，则是关于看守所的管理体制问题，即在现有体制下，这些问题为什么总是此起彼伏，无法遏制？破解这道难题的出路，究竟是在于管理制

度的改进，还是在于体制设计的重建？

毋庸置疑，在社会各方面改革开始进入深水区的当下，随着法治的不断完善，对多年以来一直被颇多诟病的看守所管理体制进行全方位的改革，已是十分必要。特别是被视为问题根源的看守所隶属权问题，已成为引起我们高度重视的不可回避的话题。

看守所的隶属权调整，不仅对于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革具有十分重要的意义，而且也能够消除不少社会矛盾和社会管理上的弊端，更好地维护社会稳定。

一、看守所转隶的必要性

一直以来，出于管理方便以及侦查中心主义的传统观念，看守所向来被认为是公安机关的“自留地”。但是，也正是由于这种侦查权和羁押权的合一，导致了诸多弊端的出现，主要表现在以下几个方面：

第一，看守所既承担着对犯罪嫌疑人、被告人的羁押任务，还行使着一部分已决犯的刑罚执行权，同时还负有协助侦查机关破案以及“深挖余罪”“扩大侦查成果”的使命。这种集羁押、执行、侦查“多种功能”于一体的管理体制，必然就决定了其职责的多元与混乱。也正是这种混乱，直接导致了被监管对象中“线人”“耳目”或者“特情人员”的存在，滋生牢头、狱霸，进而造成看守所内各种莫名其妙的“躲猫猫”“冲凉死”等被监管人员的非正常伤亡事件。

第二，当前看守所的管理体制，难免导致其在保障诉讼顺利进行的“天平”上过于倾向于侦查机关，不符合刑事诉讼的基本规律。侦查、羁押、公诉、审判、辩护等各种权力、权利的相互分离和制约，是现代刑事诉讼活动的基本原则，也是实现和保障司法公正的前提和基础。在侦羁不分的管理体制下，由于看守所与办案机关隶属于同一上级，二者无法形成具有独立地位的制约关系，就难以从体制上有效屏蔽办案人员非法取证的机会，则会在一定程度上维护着“重口供、轻证据”的传统观念，从而导致刑讯逼供、超期羁押等各种乱象屡禁不止，加剧冤假错案的发生。

第三，多年来，看守所一直将“犯罪嫌疑人、被告人”当成“犯人”来管理，并且形成了“未决犯、已决犯”的观念。正是在这样的理念和思维模式下，对犯罪嫌疑人、被告人进行教育、改造，让其认罪伏法，成了看守所的重要工作内容之一。

这次《征求意见稿》虽然明确将“人犯”修改为“犯罪嫌疑人、被告人”，但还是专门用了一节的篇幅来安排对犯罪嫌疑人、被告人的教育工作。实际上，这不仅是对被羁押人基本权利的侵犯，也违背了“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”的刑事诉讼法基本原则。被羁押人有没有犯罪行为还是未知数，教育改造从何谈起？与此相联系，在侦羁不分的管理模式下，被羁押的犯罪嫌疑人、被告人的许多基本权利也无法得到有效保障。通

信权、自行辩护权、对案件证据的知情权、亲属会见权、准备开庭的条件、上诉权、申诉控告权都受到一定的限制；住宿、衣物、伙食、医疗条件也缺乏相应的保障，有些还远不如监狱的条件。

深入剖析这些长期以来难解之题的症结，就无法绕开体制性障碍这个深层原因：在侦羁合一的管理体制下，由于侦查机关与看管机关隶属于同一个部门，侦查与看管这两种不同思维方式的相互纠结与渗透，在客观上即具有一定的必然性。只有主体的独立，才有思维方式的独立。

第四，由于侦羁不分的管理体制，办案机关与看守所相互配合，以侦查机关提审、需要侦查机关同意等各种理由，直接或者变相地拒绝律师会见的现象仍然时有发生。有的当事人甚至在看守所被羁押八个月后律师才被允许会见，律师要求侦查机关提供全程同步录音录像的请求也经常得不到满足；律师向看守所调取提讯记录和体检记录，有时候障碍重重，甚至于内容失实。更无奈的是，面对这些问题，律师的投诉单位却是看守所与侦查机关共同隶属的上级公安机关。这种情况下，有效制约从何谈起？

第五，侦查、羁押、起诉、审判相互独立、相互制约原则，是刑事诉讼活动的基本规律，也是国际社会的通行原则。侦羁不分的管理模式，不符合国际惯例，在一定程度上会影响我国的国际形象，成为国际社会批评我国人权状况的理由。

无论是英美法系国家还是大陆法系国家，对于审前羁押的管理，大多是由司法行政部门负责。也有学者曾指出，英国的审前羁押也是由警察负责的。但是有一个不能忽视的重要前提是，英国的犯罪嫌疑人是有沉默权和讯问时律师

在场权的。英国是世界上实行沉默权制度最早的国家。

近几年来，公安机关加大力度对看守所的管理进行全面整顿而且卓有成效，在保障嫌疑人、被告人权利和保障律师会见权等方面确有较大改善。这些效果不可否认。但是，尽管如此，看守所内的各种“负面消息”还是频频出现，一些“顽症”并没有从根本上得到遏制。这正是我们需要进一步深入反思的问题：对症下药，重在治本，“药方不对”，“病根”则永远无法消除。在不消除体制性障碍的前提下，这种舍本求末的治理整顿，无论如何加大力度，都不能从根本上解决问题。

看守所管理中所暴露出的种种弊端和无法破解的难题，已经提出了严峻、迫切且不可回避的课题：看守所转隶已经势在必行，否则就无法消除司法改革向纵深发展的体制性障碍。

二、看守所转隶的必然性

将看守所从公安机关分离出来，划归司法行政部门管理，不仅符合诉讼规律，可以消除体制上的各种弊端，节约司法资源，而且也是我国当前刑事政策乃至社会管理模式转型的必然要求，是国际社会羁押体制发展的必然趋势。

（一）侦羁分离可以对侦查与羁押两部门在各自独立的基础上实现有效制约，是限制权力任意性的必然要求

在看守所与侦查机关各自分属于不同上级机关的情况下，任何一方都只能按照本系统的规则行事，并只能对自己的上级负责和对自己的行为后果负责，不可能有同一个上级机关来协调或约束二者的关系。这种分离的机制，不仅会阻隔二者无原则配合或相互通融的便捷通道，而且还增强了二者之间相互制约

的效力。这会在很大程度上化解当前存在的刑讯逼供、被羁押人员非正常伤亡等一系列屡禁不止的难题，有利于保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权利。

（二）侦羁分离可以使看守所回归到纯粹的看管职能，是遵循诉讼规律、科学施策的必然要求

在我国《刑事诉讼法》的表述中，在不少条文里，“看守所”是与公安机关并列的。至少在立法原意上，看守所是一个独立于公安机关的特定主体，其基本职能就是保障刑事诉讼程序正当、有序的顺畅进行。因此，它不应该从属于公、检、法三机关中的任何一方。

看守所回归独立的审前羁押场所的核心功能，不仅便于提高管理质量，而且在切实保障人权的同时，还便于平等、高效地为侦查、起诉和律师辩护活动营造良好的条件，服务并保障刑事诉讼进程的顺畅；有利于化解被诟病多年的“超期羁押”“会见难”等各种影响司法公正的问题。

（三）侦羁分离后，看守所与监狱同属于一个主管机构，便于相互衔接，是节约司法资源的必然要求

看守所与监狱同属于监管机构，除了管理对象身份的差异之外，在管理方式、原则和经验上具有更多的共性。将二者归于同一个主管部门，使其成为集司法羁押、刑罚执行为一体的统一监管机构，不仅在机构设置、人员配备、管理模式等诸多方面便于统一设计、统一调配，而且还可以因减少重复配置而节省大量资源。

而且，从20世纪80年代，司法行政部门接管监狱工作以来，已经积累了丰富的监管经验，尽管监狱制度仍存在着不少问题，但是与看守所相比较，监狱管理在立法、人权保障、安全管控、运行机制等方面都要成熟很多。看守所转



隶后,在两种管理机关相互学习和借鉴的基础上,还可以更好地梳理职责和功能,更有针对性地改善、加强看守所和监狱的羁押监管工作。

(四)看守所转隶是对历史的回归,也是我国刑事政策乃至社会管理模式转型的必然要求

在建国初期,看守所即是由司法行政部门管理的。随后为了便于打击反革命、巩固新政权,又调整为公安机关管理。在20世纪80年代,国家监管机构体制改革时,考虑到司法行政部门刚刚恢复不久以及当时正在进行的“严打”,要“从重从快”打击犯罪,仍然还是保留由公安机关管理看守所。

当前,“严打”的刑事政策已经被“宽严相济”刑事政策所取代,社会管控模式也在发生着深刻的变化,而且司法行政部门也积累了丰富的监管机构管理经验。因此,看守所管理权回归司法行政部门属于“正当时”,是顺应我国社会时代发展的明智之举。

(五)从世界范围看,侦查与羁押分离,由专门的机构而不是侦查机关来管理审前羁押场所,是改革的总体趋势,是顺应诉讼规律的必然选择

在西方法治发达国家,审前羁押的决定机关是法院,羁押作用也仅仅是为了保证刑事诉讼活动的顺利进行,是一种预防性的羁押。所以,司法机关决定的羁押由监狱或者其他不由警察、检察官控制的监禁机构负责执行,不受侦查机关的掌控。即便是在由警察负责未决羁押的英国,也是由独立于侦查警察的羁押警察专门负责。而日本从1980年开始,羁押就由侦查部门负责改为由拘留所的监管部门负责。

从世界范围内考察整个羁押体制的历史发展可以看到,负责羁押活动的主管机构越来越独立于侦查机关等其他办

案部门,其中立化的地位早已是世界潮流的总体趋势。潮流不可挡,规律不可违,侦羁分离的看守所管理模式应当是我国司法改革体制设计中的不二选择。

三、看守所隶属体制调整的其他“功效”

除了以上直接效果以外,看守所管理体制的调整,从宏观上看,还有不少其他“功效”。

一是为推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革提供配套环境。从侦查中心主义向审判中心主义转变,看守所隶属体制的调整是十分关键的一个环节。不从根本上解决这个问题,以审判为中心的刑事诉讼制度改革就很有可能被“空心化”。因为,刑事诉讼是一个闭合性环节,任何一个环节出现的问题,最后都会影响到案件结果的公平公正。在我国侦查权一家独大的现实状况下,如果能够改变侦羁合一的不合理状况,对于我国整个刑事诉讼结构的平衡、刑事诉讼制度的改革会起到令人期待的“化学反应”。这种效果则是以审判为中心的刑事诉讼制度走向实质化的前提。

二是有利于实现从“重口供、轻证据”向“重证据、轻口供”的现代诉讼理念的转变,从而推进我国刑事侦查模式、理念甚至是技术上的全面现代化。

“重口供、轻证据”已经被公认为落后的传统司法理念,其铸成冤假错案的严重后果已经被不断地验证。但是,在我国,这种理念至今还有相当大的“市场”,甚至在侦查机关办案过程中仍然根深蒂固。这种状况导致了侦查机关在审前羁押阶段向嫌疑人获取口供的强烈需求。如果看守所能够从公安系统中分离出去,由第三方进行管理,那么侦查人员获取口供的很多便利条件将不

复存在。

有一种顾虑认为,这种转变会影响破案率,甚至会影响社会秩序和反腐败力度。这种忧虑并非多余却并不足虑。不可否认,在这种转型的初期,侦查的效率会受到不同程度的影响,但这种影响仅仅是转型过程中的暂时现象,绝不至于达到影响大局的程度。而更重要的是,与减少冤假错案、推进司法公正的长远目标相权衡,这种问题并不能成为因循守旧、阻碍转型的理由。不容置疑而且已经被国外成熟经验所证明的事实是,在转型的新形势下,侦查人员必将在更新理念、提升技能的过程中通过侦查模式、侦查技术等方面的更新和进步,寻求和创造出更先进、更高效的侦查模式和侦查手段。世界各国刑事诉讼活动的历史都是这样发展过来的。成功的经验已经摆在面前,别人能做到的,我们也一定能做到。

三是客观上也有利于给公安机关“减压”,以集中力量维护社会治安。当前,公安机关承担着巨大的工作压力,在社会转型时期,更要面对着空前的各种社会舆论压力。看守所转隶后,公安机关不仅可以卸下不必要的包袱,集中精力做好治安管控、打击犯罪,维护社会稳定,而且也有利于更好地维护自身形象,平息“公安机关权力太大”的种种社会质疑,提高其执法公信力。

当然,不可否认的是,对看守所管理体制进行全面改革,会面临一定的困难和阻力,且涉及人、财、物等方面的调整和配置等各种问题。但是现实问题已经不容回避,在司法改革向纵深发展的重要时期,在大势所趋的历史潮流中,可以说是不进则退,别无选择。

而且,此前的监狱管理体制改革的实践经验表明,其实,没有解决不了的难题,关键

还是在于决心！

正如习近平总书记所强调的：“改革面临的矛盾越多、难度越大，越要坚定与时俱进、攻坚克难的信心，越要

有进取意识、进取精神、进取毅力，越要有‘明知山有虎，偏向虎山行’的勇气。”

作为建设法治国家、法治社会的践

行者，我们希望并相信有关管理部门能够以推动深化改革的决心和勇气，为社会发展、民族复兴和国家的长治久安，勇敢地承担起历史的重任，在看守所转变隶属关系问题上迈出重要的一步！

王顺安：由《看守所法》制定引发的若干思考

看守所的由来、历史和定位

我国自古从汉狱、明监到清的监狱，历史上典型意义上的关押场所都是看守所。它不是对已决犯剥夺自由的刑罚机构，关押仅仅是围绕着刑讯逼供、定罪量刑和肉刑、死刑的服务，主要是待审待判待决，尤其是等待秋后问斩的机构。

严格来说，近现代的监狱是西方列强用坚船利炮打开中国国门后在租界设置的，是执行剥夺自由刑的机构，看守所叫班房。当时的关押制度主要是移植日本，同时也揉和了德国、美国和法国等相关制度，在法律上也非常先进，包括减刑、假释制度等都已存在。国民党将这些制度一直延续到现在，由“法院”附属的“检察署”管理看守所和监所，更多强调的是打击。但这种情况在2016年发生改变，看守所归属到法务部的矫正署统一管理，跟监狱和其他剥夺自由的机构并列，不属于公安机关也不属于检察机关。

新中国的看守所孕育在革命根据地的监所和解放战争时期接收的国民党政府监所，大部分是隶属于法院。新中国成立之后，设置了司法部，看守所和监

狱归属司法部，但只是很短暂的时间。由于建国初期强调的是国家安全、人民专政、劳动改造和安全至上的，大力镇压反革命活动，关押的人数很多，国民党移交的监狱不够，于是在1950年底，就把司法行政管理的看守所和监狱，全部移交给武装公安部队，成为用于关押劳改犯的劳动改造机关，这样才归公安部管理。1959年，司法部取消了，就更不存在管理看守所的可能了。1979年我国推进改革开放初期的司法体制改革，恢复了司法部。1983年根据中共中央的战略考虑与安排，中央政法委将劳改和劳教部门从公安部移交给刚成立不久的司法部统一领导与管理，成立了劳动改造工作管理局。据了解，当时也准备将看守所一并移交司法部。但正逢1983年我国掀起第一次全国范围的“严打”运动，基于提高效率的要求，看守所归由公安机关预审部门直接领导，将看守所定位为打击犯罪的场所，而非羁押性质的场所。为了缩短侦查起诉的时间，甚至公安机关、检察院和法院联合办公，看守所转隶就耽搁下来，一直拖到现在。

结合历史考察，新中国的看守所是作为劳改机关和监狱来对待的，是“混合监”。1954年，我国的《劳动改造条例》明确规定看守所是五大劳动改造机



中国政法大学王顺安教授

关之一。1994年12月29日由全国人大常委会通过颁布的《监狱法》规定，司法部管理监狱，但只有两个半刑种（有期、无期和死缓）在监狱执行。《监狱法》由司法部负责起草，没有也无法规定看守所的性质和内容。1990年3月17日由国务院颁布的《看守所条例》，深受落后刑事诉讼观念的束缚，对看守所的性质定位与功能作用更超偏左，充满了追究犯罪、深挖犯罪、配合惩罚犯罪、教育改造、从事生产活动内容，忽视了对在押人员的人权保障和体现无罪推定思想要求及其内容。看守所没有改变混合监的样态：一方面看守所负责部分已决犯的刑罚执行。原来看守所负责二年以上有期徒刑和拘役刑的执行，



到1997年因新刑诉和刑法的修改,改为余刑在一年以下有期徒刑、拘役刑在拘役所执行。即便经历了《刑法修正案(八)》和2012年新刑诉法的调整,但仍负责三个月以下有期徒刑的执行和对拘役刑的代为执行,且没有纳入监狱法;另一方面,看守所负责未决犯的羁押。对于未决犯,西方国家是以不羁押为主,羁押为辅;我们是羁押为主,不羁押为辅;保外就医、取保候审、监视居住、在所外执行比例很小。看守所的工作从实际上表现出来的是侦查预审职能,辅助侦查机关,主要是用来扩大战果、深挖余罪、检举揭发,对犯罪嫌疑人采取剥夺自由,实行有罪推定原则。这种通过羁押代侦的混合形态,功能多样,当然就出现了很多的问题,所以近十年来躲猫猫等恶性案件不断出现。

自躲猫猫事件出现以后,我们承认公安部监所管理局做了大量的工作和努力,推进法制保障建设和现代监所的制度完善,大力加强人权保障,过去的封闭、禁止、神秘、超期羁押、刑讯逼供、以羁代侦等现象有了较大改观。但是即便如此,公安机关主管看守所仍然不合理。在2006年政协人大会议上,包括梁慧星老师等著名的民商法教授,就提出了看守所管理体制改革归属司法行政,但是到现在还没有真正到位。看守所剥离,或者是单列,或者是真正的宪法化和法治化,是理所当然的改革思路。公安机关的本位主义、司法机关的维稳高效理念、政法相关部门的多元维稳的考虑等,都是使看守所改革举步维艰的原因。但无论如何,看守所再归到公安机关,是绝对不合适的,应归到司法行政管理。看守所的本质功能——未决羁押和人权防卫,是一个典型的司法行政管理工作,它不符合公安机关的治安管理和侦查预审所涉及到的若干刑事

司法活动,即便它是保障刑事诉讼活动的,看守所的保障服务功能定位也不应仅仅是为公安机关侦查服务,而应是平面化的、平等化的和一体化的,为公安侦查、提起公诉、法院审判、律师辩护等服务。看守所的功能不是侦查,而是羁押;不是专政,而是服务;不是惩罚,而是预防;不是报复,而是修复。看守所不仅是打击犯罪的战场,而更是保障人权的阵地,甚或看守所不是打击犯罪的战场,而是保障人权的阵地。看守所是检验与窥视一国人道文明法治水平的最主要的指标与窗口。

看守所划归司法行政机关管理在当下中国具有合理性、可行性

看守所归公安机关管理与现代权力制约原理不符。就权力制约而言,公安机关主抓的是治安行政管理、侦查预审破案工作,严格说公安侦查权的行使要受到检察机关的制约,可惜我国刑事侦查模式缺乏检察机关的制约及指挥机制。权力没有分割,没有约束,就很有可能是一个洪水猛兽,即便是基于高压打击犯罪、保护被害人这样一种崇高的理念,也很有可能因权力没有合理分割和必要制约而好心办坏事或因为难以克服的人性弱点而导致侵犯犯罪嫌疑人和被告人的人权,危害了受害人的利益,甚至涂炭了守法公民的人权,所以一定要进行权力分割与权力制约。为什么要把看守所剥离出来?转隶司法部作为司法行政管理,也主要为了分权和制约,主要为了刑事诉讼全过程中的刑事司法各机关优化职能,明晰责任,分工负责,相互配合,相互制约,从而更好地专业化,更好地保障人权。还有很重要的一点,看守所转隶便于同样属于司法

行政管理的律师、社会法律救济的参与,避免公安机关在律师的会卷权、阅卷权、调查取证权、帮扶救助权等权利行使及其有效运用方面为难。

域外经验表明,大多数国家和地区的看守所归司法行政机关管理。我国台湾地区就从“法院”“检察院”管辖看守所,变成了“法务部矫正署”管理。从世界各国来看,看守所和监狱都属于矫正系列,或者是广义的监狱系列,大部分属于司法行政管理,以便于为刑事诉讼过程中的侦查权、检察权和审判权平等性服务,方便生效刑事判决、裁判、决定、法官禁止令和行政赦免令的有效执行。

司法职权各司其责决定了看守所应隶属司法行政机关。十八大以来,三中全会和四中全会明确指出了要司法职权,各司其责,侦查权、检察权、审判权、执行权,相互配合,相互制约,剥离分开。侦羁分离,审执分离,是大势所趋。公安机关负责侦查预审破案权,检察机关负责检察公诉权,法院负责定罪量刑审判权,司法行政负责所有的执行权,这非常合理,也比较好理顺关系,更体现了专业化。检察机关管理看守所并不合适,它是代表公诉和监督的机关,不能既监督又公诉,还要管理司法行政中收容、羁押,还有部分的矫正,甚至行刑。法院管理看守所容易引发问题,我国历史上看守所曾归法院管理,那是司法与行政不分、定罪与行刑不分、侦查与检察审判不分的时代,到现在还给法院留下很多遗留问题,权力容易被滥用,法院很难保持司法裁判者的中立性、公正性。

司法部具有管理监所的能力、经验。自从1983年,监狱分到司法行政机关之后,司法部的核心工作之一就是管理监狱行刑和矫正等。应该说,政策使

然，该工作完成得是比较好的。我国官方公布的重新犯罪率是6%，即使考虑到数据失真的可能，但跟美国普遍的30%、40%甚至是60%至80%比，这个数据还是有一定的客观性的。我国监狱系统的行刑矫正水平也是获得相对公认的。司法部30多年来的管理和跟进，使得监狱的规范化、科学化、现代化和信息化，都达到了相当的水平，形成可供复制的经验、规律，所以由司法部来管理看守所并不是一个难题。更何况，看守所等监所管理部门和工作在整个庞大的公安工作体系中属于边缘性或不太受重视的岗位。从事此项工作的警察，大多是年迈体弱或难以提拔的群体，若整体转隶到司法部，获得充分重视，其价值会因此大放异彩。当然，有学者提出看守所出现的超期羁押、刑讯逼供、以羁代侦和侵犯人权等问题监狱也可能存在。确实应该警惕，不是看守所转隶了，各种困扰看守所的问题就能自然而然获得彻底解决！但关键是要看到司法行政远离公安、检察、法院，它担负的未决羁押仅仅是司法行政性质的保障工作，以及负责对已决犯的行刑矫正。后续帮正辅助的服务工作，发挥的更多的是行政和社会服务救济的功能，它不涉及很敏感的定罪量刑。而公安、检察、法院与犯罪嫌疑人或刑事被告人的未决羁押、已决犯的定罪量刑都是紧密相关的，难免会想要扩大战果，提高功效。而司法行政相对消极、相对独立、相对远离，可以起到分工、制约的作用。当然，这一切也不能太理想化，最后还是要检察院和法院的执行监督。

综上，从权力制约、域外经验、司法部门职能配置和司法行政机关的工作成绩上看，看守所都应该划归司法行政机关管理并且在当下中国具有合理性、可行性。除此之外，看守所转隶还

可以迅速解决一些特殊的问题。如秦城监狱的归属，该监狱是混合监狱：有已决犯，包括部级以上干部的关押；又有未决犯，是带级别人员的关押场所。它被认为很神秘，甚至被认为是“特殊监狱”。作为监狱，它不属于司法部的监狱局管理，而是归公安局的监所管理局管理。这些曾经是部级领导干部的在押人员在日常管理、生活待遇、劳动处遇等方面显然与其他已决犯不同，不符合法律一体化，严重违反了法律面前人人平等原则。如果看守所等所有监所都统归司法部管理，那么像秦城监狱这样的特殊问题就顺理成章地解决了。

要将《看守所法》的 制定放到刑事执行法的 宏观框架中

从更宏观的层面，不应仅将目光放在《看守所法》立法上，而是要建构一个一体化的刑事执行法体系。在此层面上，我不赞成单独制定《看守所法》，因为将其定位未决羁押场所和审前监管服务机构，不利于解决短期自由刑三个月以下有期徒刑和拘役刑的归口管理问题。建立短期轻刑犯监狱，每个区县新建一座，既不经济也不现实，更何况社区矫正的取消缓刑、假释、暂予监外执行的收监执行案件越来越多。根据看守所的历史演变和国防社会发展趋势，保留与发展看守所的混合监狱形态，作为轻刑监狱与社区矫正一体化设计更具有可行性和现实性。但此类问题的法律规制单靠《看守所法》的制定和《监狱法》的修改是不能解决问题，应当将所有的刑事诉讼过程中的强制措施和刑罚方法的执行制度和方式方法整合起来，遵循刑事执行一体化的理念与要求，参照加拿大、俄罗斯、德国、丹麦、波兰

和韩国等国制定和颁布的刑事执行法典的经验，制定一部完整的《中华人民共和国刑事执行法》。在刑事执行法立法过程中，要遵循四个基本原则：

第一，人权保障原则。现在的刑事执行，无论是未决犯关押还是已决犯矫正，最强调的是人权保障，即便犯罪嫌疑人是万恶的杀人犯，但是在失去自由之后，在国家强大的暴力机器——监狱或看守所面前，他是弱势群体。所以，一定要把人权保障放在极高的地位来审视。

第二，程序公正原则。该原则包括两个层面：一、凡是剥夺自由的措施，一定由审前司法来裁量。我国当前是由检察院来进行羁押必要性的审核，这已经是一个进步，但检察机关是公诉机关，并且是部分侦查机关，其不具备该审核权力，应该由终极、被动的法院来裁量。建议我国建立一个审前法院来进行羁押审核，所有剥夺和限制人身自由都只能由审前法院决定，这才符合我国宪法的规定和国际人权公约的要求。二、所有看守所和监狱的收押、解押和变更等措施，一定要严格的程序化，只有通过严格的程序化，才能保障人权，用制度和程序来进行约束权力，防止滥用。

第三，权力制约原则。即便看守所转隶到司法行政机关，也难免会出现复杂的实践情况和难题，所以还是要强化对刑事执行的全面监督，既包括检察监督，还有其他的传媒监督、立法监督和社会监督等。毋庸置疑的是，四个权力机关之间的制约要好于三个权力机关的制约。

第四，宪法法律原则。我们讨论的刑事执行制度一定要有宪法依据，符合宪法和法律的原则，要在刑法、刑事诉讼法和未来的刑事执行法典的框架内。



我国宪法是1982年制定的，而监狱是1983年从公安机关剥离出来的，所以现在的监狱、看守所乃至社区矫正，是没有宪法依据的，甚至连最严格的全国人民代表大会通过的狭义的法律依据都没有。宪法中的打击犯罪及其刑事诉讼、刑事司法全程，强调公安、检察、法院

的相互配合、相互制约和相互监督，而忽视了司法行政。而事实上，监狱和将来可能形成的综合看守所的监狱以及所有监押场所，内部都有相互监督和制约，也只有如此，充分认识到司法机关与公检法及相关部门在打击犯罪、改造罪犯，保障人权过程及目标实现所

必需的彼此分工、相互配合、相互制约和相互监督的宪法性规制和法律性细化，才能共同完成打击犯罪、保障人权和维护公平正义的职能！

熊文钊：看守所转隶的关键在于剥离部门利益

当前的《看守所条例》是行政法规，而根据立法法规定，对公民人身自由的限制是法律保留事项，行政法规无权规定。如果有规定，会启动违宪审查机制，来审查《看守所条例》的合法性和合理性问题。《看守所条例》一直与上位法处于直接冲突的位置上，在这种情况下，不得不启动全国人大常委会的立法程序。

我非常赞同樊崇义老师的观点，应集中讨论《看守所法（征求意见稿）》的第六条，要先解决职权优化配置的问题。司法职权优化配置是触及到政治层面的深层次的司法体制改革。而所谓讲政治，就是要贯彻十八届三中全会和四中的精神，首先要讲法治，讲法治就是改革的思维应是法治的思维、保障人权的思维，以此来贯彻宪法的精神，全面推进依法治国，这是最大的政治。

在此前提下，司法职权优化的很重要的就是将司法行政事务全面划归司法行政管理部门。首当其冲的就是看守所的转隶司法部。从世界各国的经验看，我国的很多司法行政事务并没有归位到司法部，应该让司法行政事务真正回到



中央民族大学熊文钊教授

司法，除了看守所外，死刑的执行、未决羁押和查封、扣押等都应该转移到司法行政部门管理。

就看守所转隶而言，关于必要性、科学性和可行性的论证樊老师在《十字路口》的文章中已经阐释得非常充分，学界也基本达成共识。实践中，也具有现实的可操作性。当前负责看守所管理的是公安部监所管理局，只要整个局转隶到司法部，这只是转了体制关系而已，在改革中是可以操作的，不会影响到基本的管理格局。而对于司法部而言，司法部能够将监狱局管理好，为什

么就不能把其他的监所管理好呢？担心司法部管理不了的顾虑大可打消。司法部应切实加强接受这套司法行政制度的条件和思想准备，认识上要提升，要把真正的司法行政事务管理好。

那么，为什么看守所转隶却面临重重困难？说到底不是个别部门领导人的个人意志阻碍，公安部监所管理局的领导近年来在看守所管理改革上所做的努力和取得的成绩是有目共睹的，而是存在部门利益。因为看守所的管理直接关系到公安机关最核心的利益，公安机关要破案，长期依赖存在口供依赖思维，保留对看守所的管理权能够便于拿口供、找证据，甚至是采取非常极端的方式。所以，解决看守所转隶的问题关键是如何实现部门利益的剥离。高层要充分重视，将看守所转隶提升到稽查权从检察院转隶到监察委的高度、力度。看守所问题是体制改革的一个重要抓手，是一个源头问题，确实带来了司法上的一系列冤假错案。如果这问题还不能汲取经验教训，还去固化部门少数人短视的判断，确实有愧于我国全面推进的依法治国这项伟大的事业。

张建伟：看守所归谁掌管，意义重大

这里谈到的看守所话题，我的观点既不新鲜，也非原创。十多年前。我曾写过文章谈过将看守所划归司法行政机关的观点，其他也有学者阐述过这个观点并加以论证，有的还要更早，似乎影响都不大，也没有形成聚蚊成雷的效应。看守所归谁掌管，这个话题看似小焉者也，实际上关系重大。

我国的看守所既是一个判决确定前羁押的场所，也有“代用监狱”的功能，刑期很短的自由刑可以由看守所代监狱而执行，这种情况跟日本非常相似。我国刑事司法中一些带有特征性的问题，很多在日本都能找到影子。在日本，羁押场所的问题就跟中国极为相似。

在日本，使用一个词叫“代用监狱”。在日本的司法中，有两种羁押场所，一是法务省下辖的拘置所、刑务所，另外就是警察署控制下的留置场。听到“留置场”大家就会明白了我们国家监察委的“留置”措施是从哪里来的——日本羁押场所叫“留置场”。

“留置”这个词，在我国制定《人民警察法》的时候，就从日本学来，但日本“留置”并不是强制措施，它是指警察署下面的羁押场所，即留置场。现在国家大力进行监察委员会的改革，立法机关在审议《国家监察法》，又从《人民警察法》移植来“留置”的概念。

日本警察署下设的留置场，相当于中国公安机关下辖的看守所。本来，裁判确定前的羁押应该在法务省的拘置所或者刑务所，但是，在日本存在一个理由，即附属于法务省的监狱数量不足，需要在警察署下面设留置场。

这个理由听起来似曾相识，原来，日本明治维新的时候就曾经基于同样的理由——日本监狱不够——在学德国起诉制度的时候，没有采行起诉法定主义，即只要嫌疑人构成犯罪，检察官没有选择就一定要起诉，这是当时德国的制度，日本没有学，日本实行的是起诉便宜主义——即使嫌疑人构成犯罪，不一定非要起诉，要不要起诉，由检察官来自由裁量。日本实行起诉裁量原则的理由就是日本的监狱不足。

日本的监狱不足，跟古代中国的情况是一样的，我国古代实际上没有所谓判决确定后作为剥夺人身自由刑罚执行场所的监狱，在县衙和府衙等处设立的监狱，是判决生效前的羁押场所，当然存在容量有限和数量不足的问题，日本也有同样的问题。日本在1908年制定、到现在仍然有效的《监狱法》第一条第三款规定，“附属于警察官署的留置场可以用来代替监狱”，于是留置场就取得了代用监狱的地位，但是这种代用监狱制度在日本实际上争议非常大，多年来一直受到律师界、学者的反对，他们的意见和自民党政府、警察当局形成立场鲜明的对立以及激烈的交锋。主张废除代用监狱制度的理由包括：第一，将逮捕后的犯罪嫌疑人羁押在警察控制的场所，必然产生违法人权的问题，也是日本产生冤案和误判的温床。

不仅如此，日本留置场还存在其他问题，北京大学法学院龚刃韧教授曾经指出：在那里关押的犯罪嫌疑人每时每刻都受到严厉的监管，每个房间约10平米，关押着人有好几个人，嫌疑人在房间内不准随意走动，也不能彼此交谈，



清华大学张建伟教授

必须按照规定的方式打坐。耐人寻味的是，我国在学日本司法制度的时候，有很多好的东西学得慢，糟糕的东西却有时学得很快，我国的看守所所谓“坐板儿”，在看守所的板铺上，被关押的人吃完饭之后，就被命令在那上面端坐，就是从日本学的。

在日本，嫌疑人在房间内不但要做这种打坐，而且不准打电话，不准与律师联系，在羁押期间嫌疑人还要被带到附近面积很小的警察密室内接受询问，尽管日本宪法和刑诉法都规定，嫌疑人有沉默权，但是警察拒绝承认嫌疑人有拒绝接受讯问的权利，相反，认为嫌疑人有忍受讯问的义务，而没有拒绝被询问的权利——你可以沉默，但是警察仍然可以讯问。

那么，在警察密室当中会发生什么，外界无从得知，这是日本警察署辖下的看守所存在的问题，或者是曾经存在的问题。第二个理由，是不符合现代国家的法律原则，将犯罪人羁押在法官



能够直接监督控制的场所，才是现代法治原则和精神的体现。第三个理由，违反日本已经批准生效的《公民权利和政治权利国际公约》。

这都是日本的律师界和学界，对日本警察署下面控制的羁押场所的批评。但是，日本的警方和自民党政府予以反驳，反驳的理由是1980年日本警视厅已经将侦查部门与看守部门分开，“代用监狱”已经不存在侵犯人权的问题。另外，日本政府以财政困难为由，拒绝废除“代用监狱”制度。

我们可以将日本的问题跟中国的问题做耐人寻味的对比。在中国，公安机关下辖看守所同样存在着诸如此类的问题：

首先，侦查机关自身的角色就决定了它的心态，它在心理上不可能是中立的。看守所应当中立，这是看守所应划归司法机关一个理由，这个理由有相当的说服力。

其次，公安机关下辖看守所容易侵犯犯罪嫌疑人和被告人或者短期服刑罪犯的合法权利。由一个机关既进行侦查，又进行监管羁押，容易造成该机关权力过大，又缺乏制约。多年之前，在山西临猗县就发生过公安局副局长宁某的儿子骑着摩托车压了市场一个农民的藕的事件，他跟买菜的父子俩发生了冲突，觉得受了委屈的宁某的儿子给宁某打电话，父亲就派警察来了，把菜农父子两个抓去，关到看守所，最后造成一死一伤的情况。虽然这是多年前的一个案件，仍然能够说明一定的问题，谁能说在当前看守所运作当中已经完全消灭了这一隐患？

另外，大家记忆犹新的，发生在黑龙江某看守所的案件：在早晨5点多钟，一个看守所的干部把里面关押的两个重犯，带到他的办公室，那两个重犯

把他杀掉后，大摇大摆地走出看守所，迄今官方都没有公布原因——为什么看守所的干部要将两个重犯带到办公室，这究竟是怎么回事？

公安机关下辖看守所，也不利于犯罪嫌疑人维护自己的合法权利。有些嫌疑人被刑讯打伤，打伤之后看守所把他收押，关了几个月之后，伤已养好，刑讯的证据就湮灭了。云南杜培武案件就是如此，杜培武刑讯受伤之后回到看守所，把自己受刑讯逼供时沾着血迹的衣服保留下来，他在法庭上出示给法官，后来法官告诉他衣服找不见了、丢了。他曾经要求检察机关给他拍照，因为受了伤，如果不通过拍照固定证据，在看守所里面关了几个月之后，这个伤就看不见了，趁身体有伤给他拍照可以保全证据，在法庭上，他要求公诉人出具照片，公诉人拒绝提供这些照片。这个例子就说明嫌疑人维护自己的合法权利很难。另外，犯罪嫌疑人和被告人被侦查人员刑讯，然后关在同属于侦查系统的公安机关下辖的看守所，也不敢主张自己的权利、披露真相。

近年来公安部监管局做了大量工作，加强看守所管理，看守所各方面确实很有进步，特别是律师会见方面获得了很多的便利。其原因，恰恰是因为存在将看守所转给司法机关的呼声，这种进步不能不说是在这种外在压力之下取得的，当然也是整个刑事司法进步推动的结果。但是，看守所还是存在着不少的问题。公安部监管局在介绍看守所的进步方面，让我们感到振奋，但是最高人民检察院监所检察部门介绍的情况，让我们看到的是钱币另外一个方面，揭示了很多问题，又令人忧心忡忡。

公安机关下辖看守所，不利于加强侦查中的对抗性。另外制约也存在不

足，虽然公安机关将看守所的警察将办案刑事侦查的警察分开，形成内部警种、部门之间的制约。外部还有检察院的监督，但是显而易见，多一个机关，就多一个制约的机会，如果能够将看守所划转给司法机关，对于看守所的制约能够有所增强。

不仅如此，还有一个非常重要的理由，就是现在公安机关人员众多，机构庞大，权力过大，职能过繁，既进行侦查，又进行治安保卫，又管理交通和户籍，又进行看守管理，战线太长。对公安机关，应当考虑“削藩”，例如对于户籍管理，在网络信息化这么发达的情况下，民政部门完全可以跟公安机关进行信息的互通共享，公安机关的户籍管理可以交给民政部门去管理，从而把警力释放出来，还有，就是基于同样的理由将看守所全部转给司法机关，让公安机关将警力集中于社会治安维护和刑事案件侦查。

对于看守所转给司法机关的问题，学界和律师界应当表明自己的立场，发出自己的声音。现在的司法改革模式，可谓商鞅变法模式，是从上往下发动的，我们还需要另一种司法改革模式，就是从下往上推动。民间社会推动司法改革的力量应当释放出来，民间社会的司法改革发动机应设置好，使之真正发动起来。

看守所转隶给司法机关，涉及我国的司法体制问题，司法职权的配置有一个密码，经常被人忽略，这就是中国的司法机构、司法职权的配置，起初都是从军队转型而来的，监狱和羁押场所都存在军事化或者准军事化的现象，看守所的归属设置，涉及同样具有军事化色彩的警察权，对警察权力的任何限缩，都带有一定的根本性，自然会十分慎重。难得的是，《看守所法》的制

定，提供了对看守所归属问题重新思考的机会，我认为现在进行看守所归属改革，条件已经成熟。

看守所转隶给司法行政机关，是一项惠而不费的改革，不会引出很多棘

手的问题，现在牵扯到的主要是利益问题，现在有些看守所警察不愿意转隶过去，是担心转隶过去之后待遇会下降，这是从利益方面的思考。这种利益方面的纠缠必须要打破，这样才能走出艰难

的一步。总的说来，这项改革在中国司法进步方面，具有标志性，甚至说具有里程碑意义也不为过，我们期待看守所划转给司法行政机关能够在现在的依法治国大背景下得以实现。

毛立新：只有侦羁分离，才能保障看守所的中立性

一、侦羁合一体制下，看守所很难保证中立性

侦羁分离，其实是一个老生常谈的问题。在法律界，尤其是法学界早已形成了基本共识。前面各位学者的发言，特别是田文昌老师这篇《看守所转隶的必要性和必然性》，对侦羁分离的理由，论证得都比较充分。

首先，我的态度是很明确的，就是主张侦羁分离，将看守所转隶司法行政机关。6月15日，公安部公布了《看守所法（公开征求意见稿）》之后，我们尚权律师事务所第一时间召开了内部研讨会，并形成了一个21条的修改意见，除了反馈给公安部，还寄报给了全国人大法工委。21条修改意见的第一条，就是改变现行管理体制，实行侦、羁分离，将看守所转隶司法行政机关主管，使看守所成为中立的、服务于诉讼各方的刑事羁押机构。

我在公安机关工作过很长时间，理解公安部门对这一问题的想法和顾虑。侦羁分离后，难免会给公安机关侦查破案带来一定影响。但是，从大局的角度来考虑，从长远的角度来考虑，侦羁分离是必由之路，这个方向已经不容动摇。截至目前，仍然坚持侦羁合一、维持现有管理体制的，即使在公安机关



尚权律师事务所主任毛立新律师

内部，也至多一半左右，学者更是极少数。

思考这个问题，论证的逻辑可以进一步简化。刑事羁押，是不是一项独立的司法职权或职能？作为刑事羁押机关的看守所，要不要保持应有的中立性？这一点，我注意到，无论是主张转隶的，还是主张维持现有管理体制的，都认同看守所应具有中立性的观点。只不过，主张转隶的，是希望改变管理体制，来实现和保障其中立性。而主张维持现有公安主管体制的，是想通过公安系统内部的权力制衡，例如看守所和侦查部门分别由不同的局领导分管，甚至对看守所实行省级公安机关直管，来摆脱地方公安机关对看守所的干预，从而

实现看守所的中立性。

既然在看守所的中立性问题上，各方存在基本共识，这就为我们讨论这一问题提供了逻辑起点。究竟哪一种管理体制，更有利于保障看守所的中立性呢？很显然，如果不改变侦羁合一的管理体制，而仅靠公安机关内部改良，靠公安机关内部监督制约、权力制衡，是不能解决问题的。侦羁合一体制下，看守所的中立性是有限的，是缺乏充分保障的。

二、体制不变革，看守所已取得的改革成果易丧失

近年来，公安机关在看守所管理方面，确实是取得了焕然一新的改革成果。这些改革成果很好，值得充分肯定，但需要警惕的是，如果不进行体制变革，这些成果可能会被公安机关的侦查权侵蚀，难以长期维继。比如，稍微特殊一点的案件，各种专案，办案部门一个通知，看守所就不允许律师会见了。还有，律师会见的时候，侦查人员仍然违法在场的情形，也很多。这些违法问题，之所以能够存在，根源就在于侦羁合一，在侦查权的不断侵蚀下，看守所最终难以保持其中立性。

因此，要保证看守所的中立性，体制变革是必然和唯一的出路。这一变



更，不仅仅是杜绝刑讯逼供等违法办案的问题，更是刑事羁押权独立性的必然要求。在性质上，看守所作为刑事羁押机关，是各级政府下设的一个独立机关，并非公安机关的内设部门，公安机关只是代管。如果公安机关代管不合适，那么调整其主管机关，转隶归司法行政机关主管，也是很正常的事情。

还要注意一个问题，下一步，以审判为中心的刑事诉讼制度改革诸多措施，例如值班律师制度、认罪认罚从宽、非法证据排除等，都和看守所密切相关。看守所的中立性，已经是一个前提性的、基础性的保障措施。不解决看守所的管理体制问题，不仅辩护律师的各项诉讼权利受到影响，可能连检察、法院的职权行使也会受到影响。因为，只要羁押隶属于侦查，就无法做到平等地为诉讼各方提供服务，而必然侧重于服务侦查破案。

三、公安机关对看守所的依赖，已今非昔比

主张公安主管看守所一个最重要的理由，就是有利于侦查破案。看守所，一方面为侦查部门破案提供服务和配合，另一方面还直接承担着破案任务。在2006年前后的时候，统计数据显示，全国有四分之一的案件是通过看守所深挖犯罪侦破的，看守所被称为侦查破案的“第二战场”。但实际上，并没有这么多，看守所实际破案数，大约占总数的十分之一。

即使是十分之一，决策者可能也会想：如果看守所脱离公安机关，是否会影响到打击犯罪？前面，公安大学教授毕惜茜介绍的有关研究成果，对这一问题是有说服力的。一方面，看守所直接侦破的案件数量是有限的，主要是给侦查部门提供破案线索，而提供线索的功能即使在转隶后，也不会完全丧失，在

押人员提供的线索仍然可以反馈给侦查机关；另一方面，也是最重要的，现在公安机关侦查破案的模式发生了重大变化，从对“人”和“口供”的依赖，更多转向对“技术”和“信息”的依赖，看守所对侦查破案的重要性也今非昔比了。

最后，看守所整体转隶，有成功的经验可循，操作上没有问题。1983年劳教和劳改部门整体转隶司法行政机关，人、财、物整体转移，实现了平稳过渡。前不久，检察机关反贪、渎职侦查部门整理转隶监察委，也是这么操作的。因此，转隶在技术上是没有任何障碍的。

综上，实行侦羁分离，将看守所转隶司法行政机关，不仅具有必要性，而且具有可行性，势在必行。当然，转隶后，司法行政机关也要励精图治，汲取监狱管理方面的经验和教训，采取切实有效的措施，把看守所管好，为诉讼各方服务好。

门金玲：未决羁押场所之中立

随着近日公安部在其网站上公布了由其牵头起草的《中华人民共和国看守所法（公开征求意见稿）》，向社会公众征求意见，自2009年看守所发生“躲猫猫死”事件（2009年云南晋宁看守所在押人员李荞明被殴打致死，看守所声称系在押人员玩躲猫猫游戏致死，媒体一曝光，舆论一片哗然！）把看守所体制改革推向公众关注视野之后，又一次掀起了有关看守所是否应该从侦查机关独立出来的热议。我国刑事诉讼审前羁押率畸高，未决羁押的决定由作为控方的侦查机关和检察机关完成，没有司法审查，侦查程序高度封闭，导致人权

保障状况堪忧，律师行使会见权受阻，诉讼的公平公正受质疑，这些司法诟病伴随着此次《看守所法》征求意见的行动，将“看守所从公安机关剥离出来”的客观诉求再一次推到改革前台。

未决羁押场所中立化，是看守未决羁押嫌犯场所之功能的应有之义。而我国看守所整体隶属公安机关的体制，使其丧失应有的中立性。因此笔者呼吁，在公安机关内部保留已决犯关押的看守所，将未决羁押场所从公安机关独立出来，划归司法行政机关管理具有现实意义。



京都律师事务所门金玲律师

一、未决犯与已决犯须分离关押

目前我国的看守所里关押着包括接受治安处罚的已决犯（实质上拘留所与看守所合二为一了）、刑事判决之后所剩刑期不足三个月的已决犯和未经审判的未决嫌疑犯，其中，使看守所归属引起关注的当属对于未决羁押犯的看守。对于已决犯而言，因为对其触法行为的评价已经完成，限制人身自由、劳动改造和教育是其行为应受的惩罚。而对于未决犯的羁押，羁押措施是否得当以及嫌疑犯在限制人身自由期间的生活状况，需要面临包括辩护权在内的人权保障、无罪推定、诉讼公正等原则的拷问，在限制人身自由与保障权利之间，需要坚持比例原则。因此对于未决羁押场所，其在控辩双方是否中立，会极大影响上述原则的贯彻和实施。未决犯与已决犯的“羁押”目的和价值诉求迥异，故而须分离关押。

二、无罪推定与人权保障

根据无罪推定原则，“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”（我国刑事诉讼法第12条），未决羁押就是在未经人民法院审判之时，为保障诉讼的顺利进行而对犯罪嫌疑人、被告人实行的限制人身自由的措施。因此，对待未决羁押犯不可以像对待接受劳动改造的已决犯一样。一方面，每个未决羁押犯在程序意义上都须被视为有无罪的可能；另一方面，因为未决羁押犯面临着国家公权力的追诉，因此，人权保障机制启动！国家必须保障一个公民在面对公权力威胁时应该享有的身体健康、人格尊严和辩护权。哪怕是一个

衣不蔽体食不果腹的流浪汉，其日常多么狼狈那也是他对自己生活的选择和经营所致，但是，一旦他陷入国家机器的刑事追诉，进入看守所成为未决羁押犯，则国家必须保障其身体健康、人格尊严和应有的辩护权，这是国家理性的体现，这是宪法所赋予一个公民在面临公权力追诉时的权利。为了维护社会公共秩序和安全，我们需要刑事诉讼，需要未决羁押制度，但是，无罪推定和人权保障又要求我们在采取未决羁押措施时保持克制态度，坚持比例原则。

三、诉讼公平的要求

未决羁押场所作为一个广义上的诉讼设施，承载着诉讼公正的义务。未决羁押场所的中立是指在控辩双方之间须保持中立，利益无涉。

显然，公安机关作为刑事犯罪的侦查机关，与检察机关一道组成诉讼中大控方阵营，未决羁押犯被羁押在公安机关控制的场所，先不说会不会发生刑讯逼供、阻止律师会见等现象，这样的设计外观就不公正。不符合现代正义之程序正义的要求。在高度封闭的侦查程序中，侦查人员基于执业利益最大化的正当诉求之下，采用了违法手段取证，发生刑讯逼供、阻止律师会见等侵犯人权和辩护权现象就不足为奇了。

羁押是对公民人身自由的限制，是国家公权力对公民宪法基本权利的干预，须审慎适用。我国的司法实践中未决羁押为常态，取保候审为例外，羁押率畸高。在批捕的适用条件中，除了一般性羁押外，还有预防性羁押。预防性羁押的适用，更是稍有不慎就有触犯公民基本宪法权利之虞。批捕由侦查机关申请，检察机关批准，即由作为诉讼大控方的侦检组合共同完成，没有司法

审查。所有重要的侦查笔录都是在这一个阶段完成的。并且这些笔录在立法上具有作为指控公民有罪的定案根据的资格。我国的侦查程序不同于其他国家，高度封闭状态，被告人没有沉默权，却有如实陈述之义务，讯问犯罪嫌疑人没有律师在场制度，是侦查人员与嫌疑人、被告人一对一的进行，产生的讯问笔录，法律上又赋予其作为定案根据的资格……如果，再加上讯问地点——看守所所在公安机关的掌控之下，这样的方式下所得笔录，不具有外观中立性和正当性。

诉讼证明是他向证明，不是侦查人员明白发生了什么就可以定罪，而是要到法庭上接受辩方质询并说服法官。但是，侦查人员与犯罪嫌疑人、被告人之间“一（方）对一（方）”的，封闭的，并且是在侦查人员控制的看守所里进行讯问所得笔录，根本不具有向中立第三方的可证明性。我国立法对侦查讯问笔录给予了证据资格，这是侦查中心主义的体现，法庭审判沦为对侦查结论的认定过程。虽然现阶段，审判中心主义改革要求将庭审实质化，以庭审为中心。但目前尚无法撼动侦查程序的高度封闭性，也无法废止“侦查讯问笔录”能够作为定案根据的证据法则。那么，未决羁押场所从公安机关独立出来，先解决未决羁押场所的中立化，也不失为一个推动司法改革前行的步骤。

未决羁押场所从公安机关独立出来对于侦查人员来说也未尝不是一件好事。有的时候，拥有一个不受控制的权力，对于行使该权力的主体来说，并未见得是一件好事。权力从来都是双刃剑。网络自媒体时代的到来解构了传统社会治理模式，人们对正义的诉求从重实体到重程序，国家公权力行使须受制约和人权保障的理念得以迅速传播，人



们在个案中对公平正义的诉求，特别是对程序正义之公开、公平、公正、参与、透明的诉求，会让侦查人员有越来越不堪承受的压力和重负。

四、未决羁押场所的归属

未决羁押场所归属哪里可以实现其中立化呢？比较法研究的结果告诉我们有的国家是隶属地方法院，有的国家是隶属监狱，还有其他一些国家将其设在完全中立的“看护中心”。任何比较法研究都只能是从功能主义视角看待，不可随便犯拿来主义的错误。但功能主义的视角可以解读出，羁押场所的中立性的要求。

针对我国国情，成立中立于控辩双方的专门机构，从人、财、物到设施实现中央一级财政保障其中立，这是现阶段不可能实现的改革目标。就当前体制内的机构来说，审视司法行政部门与诉讼之控辩双方的关系，从其与控辩双方之间的联系来看，一方面，是管理律师的行政机关，其（应该）是刑事诉讼中律师的“娘家”，外观上或与辩方有着天然的亲近。另一方面，司法行政部门作为体制内公检法司大家庭的一员，与

公安机关也有着实质的“血缘”。从其与控辩双方之间的张力来说，一方面，司法行政部门与公安机关的两个独立的行政部门，互不隶属；另一方面，律师职业实现了社会化，处于制度之外，司法行政部门对律师的管理不是行政隶属关系的管理，是通过协会管理。司法行政机关这样一个和控辩双方关系都“若即若离”的机构，在现阶段将未决羁押场所交由这样的司法行政机关管理，具有现实可能性和正当性。

司法行政机关同时管理着监狱，但是，笔者并不能认同将未决羁押场所放置监狱中，因为监狱是对已决犯执行的场所，与未决羁押的理念、功能和价值诉求相异。

笔者倾向于在司法行政部门成立平行于监狱的未决羁押场所，专门用于看守未决羁押犯，并设区别于管理监狱的专门人员管理。

五、未决羁押场所必须去“挖余罪”之功能

“挖余罪”是现有体制下看守所和监狱管理人员在监守被羁押人员时需要对其可能尚存的未追究之罪进行调

查揭露的制度。首先，“挖余罪”之“余罪”的称谓就可以看出这是对已决犯的管理。“余罪”之谓就有对羁押犯“已经有罪”之义，现在要“挖”的是“余”罪，这不符合未决羁押之无罪推定情形。其次，未决羁押管理人员的主要功能是通过涉嫌犯罪的羁押，保障其未来顺利参与诉讼。未决羁押场所管理人员，一方面保障国家公权力去追诉一个公民有罪，同时保障被羁押人的身体健康、人格尊严和辩护权等权利。“挖余罪”的职能会让未决羁押嫌犯的管理者丧失中立的属性。制度中任何在角色上自相矛盾的功能设计都是不可取的，是违反自然法则的。

诚然，未决羁押场所交给司法行政部门依然可能出现一些问题，但并不能成为我们反对看守所转隶改革的理由。未决羁押场所从其应然性上须中立。这是其保障诉讼顺利进行，保障犯罪嫌疑人、被告人人权之功能的必然要求。以国际人权相关文件为导向，在我国宪法、刑事诉讼法的框架之下，制定未决羁押场所法，确保未决羁押场所实现诉讼公正和人权保障之功能，为当下司法改革的当务之急。

邹佳铭：侦羁分离——权利与权力的博弈

今天我们研讨的是一个在刑事诉讼中隐蔽的存在——看守所。法国著名的思想家福柯在他的经典名著《规训与惩罚》中，透过刑罚和监狱的历史，深刻剖析了现代国家权力和知识的运行机制以及共生结构，振聋发聩，启人心智。

其实，看守所也是一国刑事法治的

窗口，透过它，我们能看到侦查权的现实运行和犯罪嫌疑人的人权保障状况。这两方面实际上是一个硬币的两面，因为在看守所封闭的环境中，处于未决地位的犯罪嫌疑人面临的最大的威胁就是侦查权的滥用。看守所中存在的比如超期羁押、以押代侦、刑讯逼供、牢头狱

霸等问题，无不是通过看守所控制犯罪嫌疑人的人身来获取有罪供述，突破案件。如果羁押机关同时负有刑事侦查职责，就不可能阻断侦查中通过身体和精神强制获取有罪供述的这条捷径。所以，某种程度上可以说，看守所改革的落脚点在于保持其中立性。



京都刑事辩护研究中心主任邹佳铭律师

这个结论应该是学界的共识，也是现代法治国家的通行做法。但在我国立法上之所以还存在阻碍，在于观念尚未转变。1983年颁布实行、至今有效的《中华人民共和国看守所条例》是以1979年刑法为基础制定的，仅从将“犯罪嫌疑人”称为“人犯”这一点，我们就可以窥探到它背后以打击犯罪为

支撑的价值追求。2012年刑法修正将“尊重和保障人权”作为刑法的任务，但是人权保障的理念入法不易，将这个理念贯穿到下位法中更难，改变人们头脑中根深蒂固的观念更是一场艰难的长途跋涉。

不可否认，将看守所划归司法行政机关面临很多现实困难，转隶也不意味着解决所有的问题。但是侦羁是否分离归根结底就是在“打击犯罪”和“保障人权”两种价值之间做选择，当然这种选择并不意味着偏废另一种价值，而是在两种价值存在冲突的情况下，两利相权取其重。“尊重和保护人权”不是一句口号，只有在这种冲突中的选择才能看出我们真正的价值追求。

但是，任何选择都是有成本的，经济学中的成本就是“放弃了的最大代价”。如果我们选择保障人权，就意味着我们放弃了在“打击犯罪”中可能存在的效率，这实际上是践行人权保障理念必须付出的成本。如果我们以这个成本作为阻碍改革的借口，只能说人权保

障还是躺在法律中的具文。

同样虚置的还有“无罪推定”原则。我在法国考察监狱时，发现他们的未决犯罪嫌疑人可以比较自由地会见家属，与家属通讯。反观在我国看守所被羁押的犯罪嫌疑人，不仅不能与家属会见，即使是法律规定的通信权，也必须经过看守检查，最后大多石沉大海，不知所踪。

这些现象的背后实际上都是有罪推定的观念作祟，在这种观念下，一旦启动刑事诉讼程序，犯罪嫌疑人就像是被装入看守所这个封闭装置中，在侦查、公诉、审判的流水程序中流转，难以被叫停，直到被判决有罪，这也是造成冤假错案的根本原因。如果看守所不能保证中立，这个被密封的装置不被打开，就不可能有外力制约侦查权的滥用。冤假错案的源头不被肃清，其他的改革措施难免是舍本求末。所以，侦羁分离应该是看守所改革和立法必须坚持的原则。



研讨会现场



关于看守所管理体制转隶问题的专题报告

2017年6月15日公安部发布公告，就《中华人民共和国看守所法（公开征求意见稿）》向全社会公开征求意见。7月5日北京市京都律师事务所召开“司法职权的优化配置与《看守所法》的制定”研讨会。众多学者与律师通过深入研讨，达成共识，并形成专题报告如下：

一、以依法治国、人权保障为指导思想，看守所管理体制必须转隶

《中华人民共和国看守所法（征求意见稿）》第六条规定：“国务院公安部门主管全国看守所工作。县级以上地方人民政府公安机关主管本行政区域看守所工作。”这就是说，该法仍然沿袭了看守所归公安部门管理的体制，与会专家认为看守所的管理体制是看守所改革和立法的“牛鼻子”，一定要牵住这个牛鼻子，实现看守所从公安部门转隶到司法行政部门管理，否则其他的司法改革措施都难以有效落实。

我国现行的《中华人民共和国看守所条例》1990年颁布实施，是以1979年的《中华人民共和国刑事诉讼法》为基础制定的，旧的刑法强调的是打击犯罪，人权保障的重要性还未得到充分认识。当时正逢上世纪九十年代初全国范围“严打”运动，基于提高打击犯罪效率的要求，看守所归由公安机关预审部门直接领导，将看守所定位为打击犯罪而非羁押性质的场所，这一管理体制一

直沿袭至今。

2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》将“尊重和保障人权”列为刑法的基本任务。2013年党的十八届三中全会提出依法治国，建立法治中国的目标。2014年十八届四中全会则明确提出“加强人权司法保障”的要求。观念的进步和历史的发展都要求我国的刑事诉讼从打击和控制犯罪模式向正当程序、人权保障模式转型。

在打击犯罪模式下，为提高破案效率，看守所异化为“为侦破案件”而关押的场所，审前羁押率高位运行。羁押和侦查兼于公安机关一身，侦查权缺乏有效监督，公安机关滥用对看守所管理的便利条件，以刑讯逼供等非法手段获得口供的现象十分普遍，由此出现各种非正常死亡事件极大败坏了看守所的公众形象。同时，公安部要求将“深挖余罪”作为看守所的一项重要职能，完全背离了看守所的基本定位，人权保障价值消失殆尽。所有问题的症结都在于，在旧有管理体制下看守所难以保持其中立性，成为侵害人权的重灾区。为顺应刑事诉讼模式的转型，看守所管理体制必须转隶。

另一方面，从世界范围来看，现代法治国家基本实行未决羁押与刑事侦查相分离的制度。这种制度安排不仅可以避免刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法取证行为，从源头上减少冤假错案；还可以保障犯罪嫌疑人的人身权利和辩护权的顺利运行，真正落实人权保障的各项措施。看守所归司法行政机关管理是现代法治国家通行的做法，我们

不应违背司法的基本规律和原则。

二、根据权力制衡原则，侦羁必须分离

绝对的权力导致绝对的腐败，是一个在任何领域都适用的道理。公安机关管理看守所的直接后果，就是羁押权不能有效制约侦查权，必定导致侦查权的滥用，引发冤假错案。据专家统计，全国公布的三十四起冤假错案，每个案件背后都存在侦查人员利用控制看守所的便利实施刑讯逼供等非法取证行为，这样的历史教训太沉重，我们应该深刻反思。为防止冤假错案，杜绝刑讯逼供，这些年我们实施了多项改革措施，但是未能从根本上解决问题。根源在于，如果看守所的管理体制不改，侦查权和羁押权合于一身，没有独立的一方介入，侦查权不被有效监督和制约，刑讯逼供就会屡禁不绝。要从源头上避免冤假错案，看守所转隶已到势在必行、刻不容缓的地步。

同时，刑事诉讼中也应贯彻权力制衡的基本原则，羁押权、侦查权、检察权、审判权和执行权必须在分离的前提下相互制约，才能实现刑事法治。在破案压力之下，侦查人员天然的倾向通过控制犯罪嫌疑人的人身侦查案件，这是刑事诉讼中最易侵害人权的环节，我们必须将两种权力进行分离。另一方面，看守所作为羁押管理机关，必须回归其本来的定位，将挖大案、找余罪、抓漏人作为看守所职能的做法，完全偏离了权力制衡和人权保障的原则。我们要结束以前以羁代侦、侦羁不分的状态，侦



羁押分离是刑事法治必须坚守的底线。

三、现有看守所改革卓有成效，但是不能从根本上解决管理体制的弊端

近几年来，公安部监所管理局对看守所进行了一系列改革措施，在保障犯罪嫌疑人、被告人人身权利和律师会见权等方面取得了显著效果，但是存在的问题并没有从根本上得到遏制，用四句话总结现在存在的主要问题是：刑讯逼供屡禁不止；违法乱纪现象丛生；非法证据不想排、不敢排、不会排、不能排；冤假错案时有发生。

从根本上反思，这些现象存在的原因，还在于看守所在公安部门的管理下，既不能在事前有效地制约非法侦查行为，也不能在事后对该行为的查处提供客观地支持，导致违法行为没有任何后果，相关规定成为一纸空谈。如果管

理体制障碍不消除，一些舍本求末的改革措施，无论如何加大力度，都不能从根本上解决问题。历史遗留下来的看守所打击犯罪、深挖余罪的传统思维和固定模式，必须通过管理体制的改变将错误的观念强行扭转过来。

看守所转隶意义重大。首先，通过转隶可以回归看守所的基本职能：一、未决犯罪嫌疑人的监管；二、保障被羁押人员的基本人权；三、保障诉讼和审理的顺利进行。

其次，通过管理体制改变保持看守所的中立性，也利于通过对非法行为追责，倒逼侦查机关依法破案，从根本上减少冤假错案的发生。

最后，看守所职能的转变必将对会见难、辩护难、申诉难等问题的解决起到积极的推动作用，有助于切实保障犯罪嫌疑人的基本权利。

四、人权保障理念在看守所的运用和实现，从机制上要求看守所必须转隶

刑事诉讼中人权保障理念的运用和实现，落脚点都在看守所中具体制度的建构。概括而言，这些制度主要包括：第一，入所人员的信息保密制度；第二，入所人员的体检制度；第三，入所的登记制度；第四，物品保管制度；第五，基本生活保障制度；第六、提审登记制度；第七，入所的讯问制度；第八，讯问时的录音录像制度；第九，律师会见制度；第十，会见时不被监听制度；第十一，申请申诉制度；第十二，法律援助制度；第十三，羁押变更制度。

以上具体制度涉及犯罪嫌疑人的基本生活保障、接受侦查、辩护权的实现等方方面面，无一不与犯罪嫌疑人的人权保障息息相关。如果看守所的管理体制不变，公安机关在侦破案件、打击犯罪的目标驱动之下，通常会罔顾犯罪嫌疑人的基本生活保障，排斥律师的参与，这些具体制度都难以有效建立和实施，人权保障理念就会在实践中被架空。所以，从人权保障理念具体实施的机制而言，看守所必须转隶。

习近平总主席在“深化司法体制改革、保证司法公正进行”的学习会议中强调：“完善司法制度、深化司法体制改革，要遵循司法活动的客观规律，体现权责统一、权力制约、公开公正、尊重程序的要求。”看守所改革正是司法体制改革的重要内容，我们一定要严格贯彻习近平总书记讲话的精神，尊重司法活动的客观规律，体现权力制约的原则，将看守所管理体制由公安部门向司法行政管理部门转隶。



海外远程会诊的法律风险

■ 周振国, 刘畅/文

随着国人收入水平的提高,一些重病、慢病患者选择到海外进行治疗。相比国内,海外医疗在医疗技术、医疗环境、特效药物方面存在明显优势,但是高昂的治疗费用,又让很多患者望而却步。随着互联网技术的迅速发展,“远程会诊”成为海外医疗的一种重要方式。患者借助互联网,足不出户就能享受国外医疗机构的诊断服务和购买国内没有上市的特效药物。这种模式下,为患者提供远程会诊服务的境内医疗服务机构大量涌现。对于服务机构而言,这种商业模式有着巨大的市场前景,并且有着丰厚的利润空间,但是,这种模式同时隐藏着巨大的法律风险。

一、海外远程会诊的定性

1. “海外远程会诊”的服务内容及法律规定

我国相关文件中与“海外远程会诊”相近的概念有“远程医疗会诊”和“远程医疗服务”。《卫生部关于加强远程医疗会诊管理的通知》(卫办发[1999]第2号)指出远程医疗会诊是“应用计算机及网络、通讯技术进行异地医疗咨询活动,属于医疗行为,必须在取得《医疗机构职业许可证》的医疗机构内进行。”当时由于远程医疗会诊刚刚起步,仅限定在医疗机构之间进行,不涉及医疗机构和患者之间的问诊内容。

《国家卫生计生委关于推进医疗机构远程医疗服务的意见》(国卫医发[2014]51号)(以下简称“意见”)指出远程医疗服

周振国简介



京都律师事务所高级合伙人,2002年开始从事律师工作,主要专业方向为金融、证券、投资并购、商事争议解决。周律师服务的客户主要集中在上市公司、基金公司、资产管理公司、银行等,包括中国五矿集团公司、华夏银行股份有限公司、东方资产管理公司、首都机场集团公司、太平保险集团公司。除了为客户在金融、证券等领域提供非诉讼法律服务外,周律师同时擅长以上领域的争议解决业务。

务是:“一方医疗机构邀请其他医疗机构,运用通讯、计算机及网络技术,为本医疗机构诊疗患者提供技术支持的医疗活动。”同时指出:“医疗机构运用信息化技术,向医疗机构外的患者直接提供的诊疗服务,属于远程医疗服务。”可以理解为远程医疗服务除了医疗机构之间的医疗活动,还包括医疗机构向患者提供的诊疗服务,服务项目包括:“远程病理诊断、远程医学影像(含影像、超声、核医学、心电图、肌电图、脑电图等)诊断、远程监护、远程会诊、远程门诊、远程病例讨论及省级以上卫生计生行政部门规定的其他项目。”

上述法律文件对“远程医疗服务”的界定如图1所示。

目前,各海外远程会诊服务的机构,从官网上能够查到的主要提供的服务集中在帮助患者:预约国外医生、获

取第二诊疗意见、获取新药、生活和用药指导（见图2、图3）。

根据多家提供海外远程会诊机构的官网内容来看，提供的服务与我国关于医疗机构和患者之间的远程医疗服务基本一致，虽然多以“咨询”的名义尽量规避“诊疗”行为，但如果涉及到医院开具处方并提供药品，则海外医院有被认定为“诊疗”行为的可能。通常而言，开展远程会诊的医院应当具备医疗机构执业资质、医师执业资质、处方药开具资质，海外医疗应该参考当地法律规定，由有相关资质医院的名义进行。

2. “海外远程会诊”的运营模式

海外远程会诊服务涉及到多方法律关系和多国法律规范，属于比较复杂的运营项目，由于多种因素影响，医疗服务中介机构存在多种法律风险。

运营模式及风险概况，如图4。

刘畅



京都律师事务所实习律师

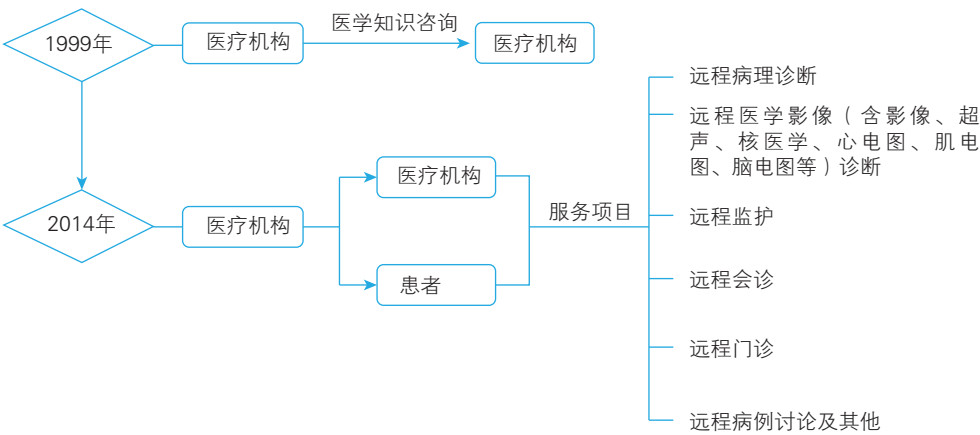


图1

国际远程会诊咨询服务

帮助病情复杂的患者明确诊断，获取第二诊疗意见。

无需出国，即可预约国外顶级医院专家会诊或国内外顶级专家联合会诊，降低成本。

获取新药，多学科联合治疗方案，最新临床试验等信息。

需要医生予以生活、用药或康复指导。

图2

远程咨询流程



图3



二、诊疗失败的法律风险

1. 虚假宣传的风险

海外远程会诊机构对外宣传内容通常包括：合作医院及医生介绍、治疗及药物效果、患者接受服务成功案例。

我国《广告法》中明确规定不得使用“使用‘国家级’‘最高级’‘最佳’等用语”（见图6），虽然并未明确规定不得使用“最”字，当广告协会负责人及各地工商部门均表示，上述规定的用意是避免广告方违反公平竞争原则，违背广告的真实性原则。

我国《广告法》规定广告不得含有虚假或引人误解的内容，不得以虚假宣传为手段，不欺骗、误导消费者。海外远程会诊机构在患者与海外医院之间扮演着“中间人”的角色，居间人应当就有关订立合同的事项向委托人如实报告。某些情况，海外远程会诊机构往往与海外医院之间还存在一个“中间人”，并不直接与海外医院存在合作关系，但对外宣传中暗示与多家权威海外医院达成良好的合作关系，构成误导消费者。

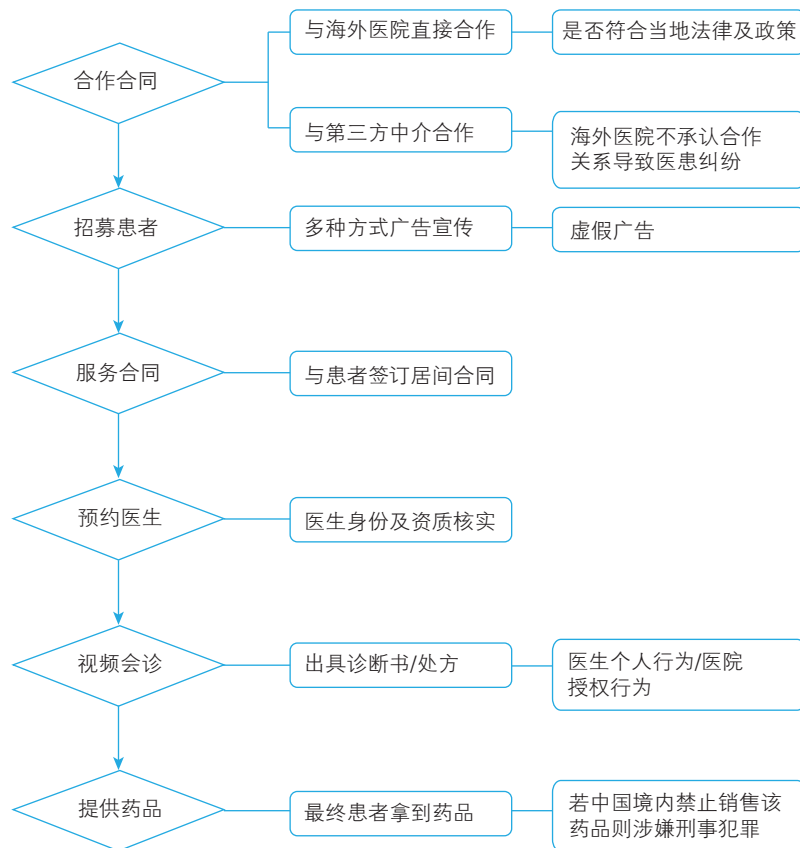


图4

2. 患者维权或诉讼的法律风险

海外远程会诊中，境内患者、境内服务机构及海外医院（有的还存在海外中介机构）的法律关系如下图所示：

合作模式一：患者-境内服务机构-海外医院模式，如图7。

合作模式二：境内患者-境内服务机构-境外中介机构-海外医院模式，见图8。

在海外远程会诊过程中，由于语言不通、信息匮乏、专业知识欠缺等障碍，患者与海外医院的沟通基本依靠境



图6

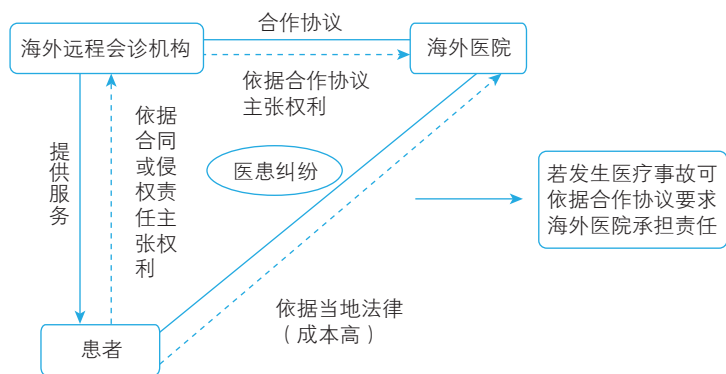


图7

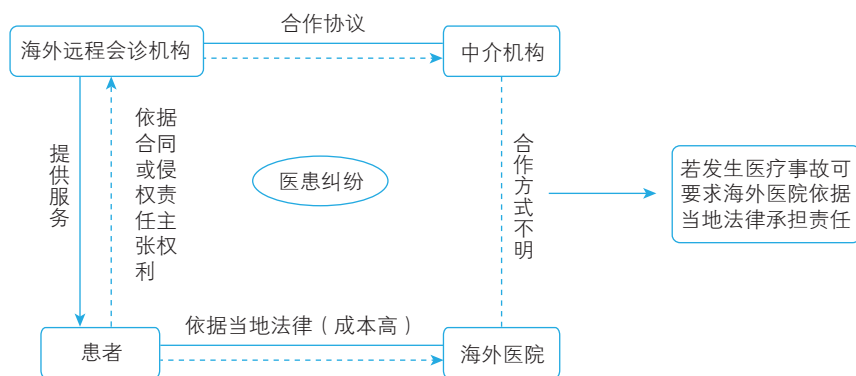


图8

内远程会诊服务机构进行。在维权过程中，基于海外医院诉讼成本考虑，患者大多选择向境内远程会诊服务机构进行维权，甚至提起违约之诉及侵权之诉。

三、“特效”药品入境可能存在刑事法律风险

由于受我国药品审批、监管的影响，海外特效药从海外上市到批准在我国销售，一般会有3-5年的滞后期，有的会更长。因此，对于部分急需特效药的患者而言，其在海外远程医疗会诊中的主要目的就是购买未在中国上市的“特效”药品。

实际操作中，远程会诊服务机构的服务中往往包括代购药品并代缴药费，此种情况，即便远程会诊服务机构不负责且不知道药品如何进入中国，也可能构成刑事犯罪。

1. 生产、销售假药罪

我国《药品管理法》明确规定“必须批准而未经批

准生产、进口，或者依照本法必须检验而未经检验即销售的”按假药论处；《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》指出“明知他人生产、销售假药、劣药”提供“网络销售渠道等便利条件的”“提供广告宣传等帮助行为的”以生产、销售假药罪共同犯罪论处。

对于在中国未上市的药品，患者通过海外远程会诊进而取得该药品，服务机构存在触犯生产、销售

假药罪的风险。

2. 走私罪

我国《刑法》中的走私国家禁止进出口的货物、物品罪指“走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品的”；《海关法》明确规定走私罪包括：“运输、携带、邮寄国家禁止或者限制进出境货物、物品或者依法应当缴纳税款的货物、物品进出境的”。

通常情况下，海外药品大多通过跨境邮寄、专人携带送等方式进入中国，送达患者手中。即使远程诊疗服务机构没有直接参与药品入境环节，但该药品属于限制入境货物，该机构在明知的情况下，提供购买药品的相关服务依然有可能构成刑法上的走私罪。



丈夫贪污，妻子把活期转存定期，定共犯？

■ 门金玲/文

本案导读

被告人蓝某被控贪污共犯，该案主犯为其丈夫，丈夫的案件已经审理完毕被判处有期徒刑14年，送交监狱执行。本案辩护的关键点在于，作为从犯的被告人蓝某，是否是在主犯贪污行为既遂之前介入的；抑或在主犯贪污行为既遂之后，被告人蓝某方介入的行为是否还能构成贪污共犯？本案对于如何认定贪污犯的配偶，在共同贪污中的作用具有样本意义。

本案的辩护要旨：1. 主犯的行为何时既遂？2. 本案被告人作为从犯何时介入贪污行为？3. 合议庭变更罪名如何应对？4. 如何界定掩饰隐瞒转移非法所得罪之“掩饰、转移、隐瞒”？5. 司法实践中，主犯量刑14年，对于从犯量刑的消极影响；6. 被告人处于取保候审，对于法院判决的积极影响。

一、案情简介

被告人蓝某系王某强的妻子，王某强犯贪污罪被判处有期徒刑14年，已经交付监狱执行。随后，检察院通过王某强的律师电话给其妻子蓝某，暗示其到检察院自首，到时候会考虑其有一个一岁多的孩子而给其取保候审的处理，否则就直接把她抓起来！于是，蓝某便到检察院“自首”，做了供述笔录，检察机关也如约对其做了取保候审。2012年7月，检察机关对蓝某提起追诉，指

门金玲律师简介



京都律师事务所兼职律师，北京大学法学院诉讼法学博士毕业，现任中国青年政治学院法学院副教授、硕士生导师。主要研究领域为刑事诉讼法学、证据法学、法律诊所教育。常年

专业办理刑事案件，积累了丰富的庭审辩护经验和审判前辩护的成功经验，办理多起具有较大社会影响力的案件。发表论文数十篇，参加撰写论著数部，参与过国家社科基金、公安部、司法部、北京市、全国律协刑事辩护委员会以及其他民间课题十余项，独著《侦审关系研究》（社科文献出版社2011年版），主编《刑事辩护实务指南》（法律出版社2015年第二版），主编《刑事辩护的技术、方略与案例》（法律出版社2017年版）。

控罪名为贪污共犯。

二、起诉书指控事实和罪名

起诉事实：被告人蓝某（女，1984年3月19日出生）伙同其丈夫王某强贪污公款。2008年8月至9月间，原H市丰顺劳动和社会保障事务代理中心会计王某强（已判刑）利用职务上的便利，采用调减代理单位账面住房公积金、调增实发工资额度等手段增发工资，将增发款项人民币

323979.72元转入以其妻子被告人蓝某名义虚开的账号为XX-XXXXXXXXXXXXXXXXXX的农行工资卡存折账户。被告人蓝某在明知转入款项是单位公款的情况下，仍帮助王某强将公款从存折中取出，并用自己的姓名以定期存款形式将其中174400元公开占为己有。具体帮助行为的事实分别是：在2008年8月1日，被告人蓝某帮助王某强将公款28300元从存折中取出；2008年8月8日，取出30000元；2008年8月19日，取出28800元；2008年9月3日，取出58800元；2008年9月20日，取出28500元。上述五次帮助王某强取出公款后，马上又以定期的形式存入被告人名下的储蓄存单。

2011年9月23日，被告人蓝某主动投案。

起诉书附具证据清单认定上述事实的证据：“1.书证：被告人蓝某的人口信息、存折开户信息及流水清单、王某强的刑事判决书、进账单、存取款凭条等；2.证人证言：侦查人员出具的案发经过；3.被告人蓝某及同案犯王某强的供述与辩解。”

指控罪名：检察机关认为被告人蓝某伙同国家工作人员非法侵吞公款，其行为已经触犯《中华人民共和国刑法》第三百八十二条第三款、第三百八十三条第一款第（一）项之规定，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以贪污罪追究刑事责任，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百四十一条之规定，提起公诉，请依法判处。

【附相关刑法条文】

第三百八十二条【贪污罪】国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。

与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。

第三百一十二条【掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪】明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

2009年11月4日最高人民法院《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，就审理洗钱、掩饰、

隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益等犯罪刑事案件具体应用法律的若干问题解释如下：

第一条 刑法第192条、第312条规定的“明知”，应当结合被告人的认知能力，接触他人犯罪所得及其收益的转换、转移方式以及被告人的供述等主、客观因素进行认定。

三、控辩双方争议焦点

辩方认为：被告人蓝某不构成贪污罪共犯。首先，蓝某对于其丈夫王某强使用其名义虚开银行卡的行为不知情；对钱款究竟是公款，还是奖金，认识不清。其次，蓝某取钱时，钱已经从公款账户脱离，主犯贪污行为已经既遂；再次，蓝某取钱的行为并未帮助王某强实现控制公款，相反，蓝某将钱转存进自己名下的定期储蓄存单中，让王某强更难控制公款。第三，蓝某取钱时，钱已经在蓝某名下的银行卡内，蓝某出于定期利息高的目的，转存了一下而已。故而，蓝某作为王某强的妻子，在王某强贪污既遂之后，为实现利息增值，对自己姓名下的存款做了一个活期转死期的转存而已，其行为不构成贪污共犯。

控方认为：被告人蓝某帮助其丈夫将公款从虚开的银行卡中取出，就是帮助其实现对公款的控制，因此，构成贪污共犯。

四、辩护意见及其论证

（一）钱款从公款账户中转出，主犯王某强即构成贪污罪既遂

从控方提供的主犯王某强判决书这一证据中可以看出，王某强贪污案的起诉数额认定以及判决书认定的数额皆为公款账户中被移出的数额，不是王某强实际控制的数额。王某强贪污的总数达200多万，其中除了蓝某之外，还有其他虚开的12张银行卡，有些银行卡里的钱并未被王某强实际控制，但是



在主犯王某强案件的审理中，在控辩双方争论很大的贪污数额如何计算的焦点中，法院认定了控方的指控，判处贪污数额为公款从账户中移出的数额，即公款从公款账户中移出之时，主犯王某强犯罪既遂。因此，可以看出，在公款被转移出单位账户，被转入王某强虚造的工资卡之后，即构成贪污罪既遂。

（二）主犯既遂之后，从犯被告人蓝某的取款行为不能构成贪污共犯

在被告人蓝某取款之时，主犯王某强的贪污行为已经完成，构成犯罪既遂。此时，从犯行为并未发生在主犯行为的过程中，无法构成共犯。作为指控蓝某构成贪污共犯的下级人民检察院，应当与上级检察院的指控逻辑保持一致，即公款在脱离账户的时候即为主犯犯罪既遂。

如果将被告人蓝某认定为王某强贪污案的共犯，则意味着王某强被指控的贪污数额有误，应当以王某强实际控制的从虚开的工资卡中取出的数额为准。如果本案合议庭做出蓝某构成共犯的认定，则这一判决可以成为推翻王某强案审理中存在事实认定错误的重审理由。

假设，王某强将公款转移至蓝某账户上之后，便没再取出，此时案发，难道王某强不构成贪污罪既遂吗？显然，王某强同样构成贪污罪既遂。

（三）在公款转移至蓝某账号上之后，王某强已经实际控制赃款

由于蓝某和王某强系夫妻关系，财产共有，因此，尽管工资卡名义上是蓝某的，其实，王某强已经具有实际控制权，因而此时，王某强贪污犯罪构成既遂。

当使用“他人名义”套取公款时，会有争论说，到底是公款转移到“他人名义”之下即构成犯罪既遂，还是说被告人必须从“他人名下”转入自己实际控制才能算作犯罪既遂。之所以有这样的争论是因为被告人有时对此处的“他人”没有完全控制权，在有些个案中会出现被告人从“他人”名下难以再行将款项提出的情况。但是，在本案中，不存在出现这个争论的前提，因为，王某强与本案被告人是夫妻，夫妻财产共有，王某强对蓝某名下的财产具有完全控制权。因此，当公款被王某强成功转移至被告人蓝某的名下时，贪污犯罪即告完成。蓝某的后续行为，仅仅是对家庭财产的整理，是为了增值需要而从活期转存定期。

（四）蓝某的取款行为并未帮助王某强实现“实际控制”

控方指出在公款转移至蓝某名下的活期存折时，由于存单需要蓝某本人签名方可取出，即认为王某强并未实际控制钱款而认定犯罪尚未具备完成形态。那么，蓝某将存款转存至自己名下的死期存单后，众所周知，死期存单银行的取款程序更加严格，更需要蓝某本人才可以取出，则蓝某转存死期存单的行为，按照控方逻辑，并没有使得王某强获得对钱款的控制。甚至，比起先前的活期存折，定期存单反倒更加削弱了王某强对钱款的控制。

从银行的操作规范来看，取款有两种形式，一种是凭密码支取；一种是凭密码与证件支取；凭密码支取的存款可以由他人携带本人及存款人身份证代领；凭密码与证件支取的，必须由本人领取。这两种取款形式在开卡时由办理人申明。以蓝某名义开户用于转移公款的存折是由王某强一手办理的，蓝某根本不知情。王某强完全可以采取第一种取款方式，不需要蓝某即可将钱款取出。之所以王某强让蓝某去取款，仅仅因为此时钱款早已是他们家的私有财产，钱款只要到了蓝某的名下，王某强就实际取得了控制权。因此，从钱进入蓝某的活期工资存折账户上时，王某强的贪污行为就已经完成。

（五）蓝某将钱从自己名下的活期存折转存至自己名下的死期存折的行为，不符合贪污罪构成要件

起诉书指控被告人蓝某5次取款与存款行为，皆为被告人蓝某出于家庭财产增值的需要，将本是自己名下活期存折的钱款取出，存为定期而已。不符合贪污罪构成要件。

起诉书中指控犯罪事实共5起，从2008年8月1日到2008年9月20日之间，被告人共分5次提取款项，并将其存入自己名下的定

期存款中。被告人这5次提取款项都是从自己名下的一个账号中取出，又以定期存单的形式存入自己名下。也就是说，在王某强案中被界定为贪污的款项已经不是在公款账户或者其他账户上，在被告人提取款项时已经被王某强转移到自家账户上了。在被告人蓝某取款与存款之时，王某强的贪污行为已经完成。被告人从自己名下的一个账户上取款，存入自己名下另一个账户，存款取款都是在自己的名下账户，唯一的区别是从活期存折上取出，存入定期，获得高额存款利息。因此，蓝某的行为是在王某强贪污行为完成之后，出于家庭财产增值的需要而转存钱款，不构成贪污罪。

（六）王某强用蓝某的名字开户，蓝某毫不知情

王某强为转移公款，共虚造了包括蓝某在内的12张工资卡，有王某强的口供笔录和银行方面的证据为证，证明王某强在办理这些工资卡时仅仅是通过电邮方式向银行提供了包括蓝某在内的12个人的姓名及身份证号，银行方面即给予办理开户。蓝某对此毫不知情。虽然蓝某与王某强分属不同的单位，但是蓝某所在的单位的工资一直是由王某强就职的丰顺代理中心代发的，所以，王某强可以在蓝某毫不知情的情况下办理蓝某名义的工资卡以及其他11张他人的工资卡。

对于上述事实，控方也不持异议。

（七）蓝某对王某强的非法收入是否构成明知

口供笔录显示，蓝某几次问王某强钱的来源，王某强都是以“是几个领导分的……”“是单位发的……”回应蓝某。蓝某对于王某强打入其卡上的钱起过疑心，并因为这些钱远远超过其工资应得数额而感到害怕、恐惧，似乎从这些事实上判断，蓝某应该知道这些钱是非法所得。但是，确定一个行为是否构成犯罪需要同时符合犯罪构成的所

有要件。退一万步讲，即使蓝某对王某强打入其账号的钱款构成明知，但是，蓝某无任何犯罪行为——既没有参与王某强犯罪的预谋，也未参与其贪污犯罪过程，在王某强犯罪完成之后，蓝某将活期存款转成定期，是出于家庭财产增值的需要，而不是转移、隐匿财产的需要。如果是基于转移、隐匿财产的需要，经验事实表明，一个正常的人不会将钱款在同一个银行同样以自己的名义存成定期。因此，蓝某既没有转移财产也没有隐匿财产的行为。

在王某强一案中，被告人蓝某作为王某强的妻子，在怀疑丈夫钱来路不明时，有义务劝阻、阻止王某强犯罪，但在阻止无效，或者王某强犯罪既遂之后，这一仅为道德上的义务，并不能成为被告人蓝某需要承担刑事责任的法律依据。因为这并不是法律明确规定的法定义务，特别不是应承担刑罚义务的根据。夫妻关系是整个社会关系的基石，被告人蓝某为了家庭财产增值的需要，将自己名下的存款由活期转存为定期，将夫妻间的这种行为也扩大解释为贪污的话，不符合贪污罪的立法精神，有导致刑罚泛滥之虞，不利于基本社会关系的维护和社会和谐与稳定。

综上，蓝某不构成贪污罪共犯。

此外，对于司法实践中，主犯被判处14年有期徒刑的，被认定为从犯的，一般在7年以上处刑，然而，对于取保候审的被告人，在处刑时一般都不会在三年以上。蓝某便同时具备了上述两种矛盾的情形，如果认定被告人构成贪污共犯，则存在量刑上的窘境！

五、辩护意见对合议庭的影响及变更罪名

（一）采纳辩护意见，被告人蓝某不构成贪污罪共犯

本案审理过程中，辩护意见得到本案合议庭的高度重视，认定本案被告人蓝某不构成贪污罪共犯。但是，应当以掩饰、隐瞒、转移犯罪所得罪追究刑事责任，遂决定变更罪名。

（二）变更罪名——掩饰、隐瞒、转移非法所得罪

关于合议庭能否变更罪名。我国传承大陆法系传统，是成文法国家，法院审理的范围是公诉事实，只要法院审理范围符合公诉事实同一性判断，则不违背不告不理原则。检察官起诉的罪名对法官没有约束力。本案公诉事实



未变更，只是变更罪名，因此并未违背不告不理原则。合议庭只要通知被告人及其辩护人，给其辩护的机会即可。

本案辩护人认为，被告人蓝某不构成掩饰、隐瞒、转移非法所得罪，该罪名中要求的“掩饰、转移、隐瞒”。首先，不是实践中的随便动过“赃款”的行为就都能构成刑法意义下的“掩饰、隐瞒、转移”；其次，必须是以规避侦查为目的；再次，必须是可能产生规避侦查的实际效果。

相较于被告人蓝某的行为，不构成该罪之“转移、隐瞒、掩饰”的情形。首先，蓝某是将自己名下的存款转入了自己名下的定期存单之中。这种“转存”不构成应负刑事责任的“转移”；其次，其转存行为是在同一个银行完成的，如果其要隐匿财产，这种在同一银行的转存显然没有任何作用；再次，其转存是出于家庭财产增值的目的，不是规避侦查。最后，蓝某的转存行为没有，也不可能给侦查行为带来任何障碍。

对于此罪中的“掩饰、转移、隐瞒”应该做出规范性限缩解释，不可以随意扩大使用，特别是对于夫妻关系，否则，刑法有滥用之虞。

控方认为，被告人蓝某的转存行为给侦查带来了障碍，本来，在公款脱离账户之后所去的第一个站点——虚开的蓝某银行账户就可以追踪到赃款，结果，徒增一个环节，并且是一个保密强度更大的定期存折。故而，构成转移、隐瞒、掩饰非法所得罪。

合议庭采纳了控方意见，认定被告人蓝某构成掩饰、隐瞒、转移非法所得罪，判处有期徒刑八个月缓刑一年。

办案手记

本案当事人找到我时，离本案开庭时间已经只有两天时间了。

在急匆匆与助手一起赶赴H市之后，下午即去了法院阅卷。阅卷过程中发生一个不得不分享的花絮。

本案承办法官将案卷交于我之后，我和助手一起到了法院复印室，自行复印卷宗。复印卷宗需要手动一页一页翻页复印，因为阅卷、准备开庭的时间实在太紧迫，于是，我和助手便决定偷偷将案卷拆开快速自动复印。突然，复印机出了故障，不走纸啦！我们一边通知了法院行政说复印机坏掉啦，一边换另一台继续复印。复印完毕，照原样装订卷宗时发现，卷宗少了一页……而且还是一个挺重要的控方证据……，我们在复印室里找遍了角角

落落，也没有发现。怎么办呢，时间一点一点过去……法官打电话催我过去交流一下辩护意见……，我和助手只好硬着头皮去和法官交流，在交流过程中，助手出去了，我知道他是不死心，找那张不见的卷宗。我也沉着地和法官说着自己对本案的看法。不一会儿，助手回来啦，手里拿着丢失的那一页，从我手里接过卷宗，出去悄悄的装订到一起，拿回来还给了法官。我出了法院后，长出一口气，赶紧问他，哪里找到的！他说他不死心，回到复印室，发现这一页就在桌子上放着，皱巴巴的……原来是复印机卡纸卡到机器里了，一定是维修的师傅来过，看到是一页卷宗，就放到桌子上了！

助手问我，老师，如果真的找不到这一页了，如果这一证据是认定被告人有罪的关键性证据，而且这一证据是原件，怎么办？我说这种情形类似民诉中的证明妨碍，民诉中如果有证据证明没有证明责任一方拥有证据，但拒不提供，则可以对有证明责任一方做有利的推定。当然，出于故意不提供，还是过失将证据弄丢，我国法律没有明确规定。刑事诉讼中没有此规定，可以设想一下，在刑事诉讼中能否适用此规定：我们作为辩方出于故意，或者过失将控方证据弄丢，导致控方证明不能，是不是能推定对我们不利的后果呢？助手想了一下回答说，不能！刑事诉讼和民事诉讼不一样，证明被告人有罪需要达到事实清楚、证据确实充分的标准，这是一个不能随便降低的法定标准。如果我们辩护人失职，也只能惩罚我们，不可以让被告人带我们受过的！我满意地点了点头。

本案接受代理比较仓促，取得的辩护效果是非常明显的，交谈中能够感受到当事人家属表示非常满意！但是，我回想起发现丢失卷宗一页时感觉，至今心有余悸！作为刑事辩护律师，以后，对待每一个应该遵守的细节，万万不敢有任何松弛和懈怠！

浅议挂牌公司年度股东大会 规范性问题（上）

■ 王秀宏，曲承亮/文

挂牌公司年度股东大会是监管机构和股转系统（新三板）非常关注的重要事项，涉及挂牌公司年度报告及其摘要、董事会年度报告、监事会年度报告、上一年度财务决算报告、下一年度财务预算方案、上一年度利润分配方案及年度日常性关联交易预审等关系股东投资权益的问题，所以《公司法》《公司章程》均有专项规定，监管机构、股转系统也都制定和公布了专项规范性文件和业务规则，以确保挂牌公司年度报告事项规范审议、批准与披露，保障挂牌公司股东合法权益。

笔者根据《公司法》等法律、法规及中国证监会关于挂牌公司规范性文件和全国中小企业股份转让系统业务规则的规定，结合参加多家挂牌公司年度股东大会时遇到的相关问题，同时参考和借鉴股转系统其他挂牌公司年度股东大会召开信息披露情况，就挂牌公司召开年度股东大会规范性情况，谈一谈对相关问题的肤浅认识、理解和处置经验，以供同行参考、商榷和讨论，并藉此促进相互间的专业经验交流与分享，更好地为委托人提供专业法律服务的水平。

一、关于挂牌公司年度股东大会存在的问题

2016年度股东大会召开高峰期即将结束，根据笔者查阅股转系统有关挂牌公司召开2016年度股东大会信息披露情况和作为挂牌公司法律顾问出席挂牌公司年度股东大会见证情况，对挂牌公司2016年度股东大会召开情况进行了简单梳理，发现挂牌公司2016年度股东大会的召开存在下列较为常见的规范瑕疵：

1. 召集人董事会发布召开2016年度股东大会通知公告遗漏上一年度规定报告，如2016年度监事会工作报告、2016年度利润分配方案；

王秀宏律师简介



王秀宏律师1990年从事律师工作，曾供职于大连市刘宝有律师事务所，担任副主任一职。2003年加入北京市京都（大连）律师事务所，执业二十七年来办理了大量的非诉讼业务，先后为吉林敖东、紫鑫药业、江苏飞力达、智云股份、宁城老窖、大连金牛、大连控股、大化B股等股份公司股票发行与上市、股份转让、资产并购、股权激励等提供了法律帮助。为天成股份、中核辐照等非上市公司在全国中小企业股份转让系统挂牌“新三板”提供了法律帮助。

2. 董事会误将2016年度总经理工作报告作为年度股东大会审议事项提交2016年度股东大会审议；

3. 公司年度预计没有日常性关联交易，



曲承亮律师简介



1989年2月考取律师资格,2002年12月取得独立董事资格。2003年2月,加盟京都(大连)律师事务所,曾先后主持或参与多家公司股票发行上市、并购重组、融资或再融资、合并分立、股权投资、企业改制、股权激励、公司治理、债券发行、私募基金设立等非诉讼法律事务,现担任多家上市、挂牌公司的法律顾问。独立发表及合作发表多篇有关公司治理、企业改制与产权交易等方面的论文。

却仍形式主义地拟定一个2017年度日常性关联交易议案,提交年度股东大会审议通过;

4.将上一年度财务决算报告与下一年度财务预算方案合为一个议案提交年度股东大会审议,虽然多数情况下会获得通过,但若对上一年度财务决算报告或下一年度财务预算方案有一个同意、一个不同意时将无法表决,因为无论同意或反对都会出现对上一年度财务决算报告与下一年度财务预算方案的反对或同意;

5.延期开会及补充提交临时提案的情形较多;

6.表决程序中计票监票环节存在规范瑕疵;

7.董事长不主持股东大会,委托或指派、授权董事、董事会秘书或其他人主持会议;

8.年度股东大会不审议或不主要审议公告的预定议案,而审议非通知事项;

9.公司对年度股东大会不重视,召开股东大会日主持人、大部分董事、监事、高管出差或不参会,存在规范性和责任欠缺情形;

10.年度股东大会非公司股东、董事、监事、高管等外来人员参加会议,不符合信息披露前的保密原则和信息披露的公平原则。

发生上述不规范情形,归纳起来主要原因如下:

一是挂牌公司数量急剧增长,质量良莠不齐,其中大多数是小型民营企业,一直处于“野蛮生长”过程中,形成了任性习惯,缺乏规范运营的基础和意识。

二是挂牌公司董事长、董事、高管一般都身兼数职,即使主要负责董事会、股东大会会务及信息披露工作的董事会秘书,其董事会秘书工作也不是其主要业务,所以对召开年度股东大会会议缺乏应有的专注度。

三是挂牌公司董事长、董事、董事会秘书等高管多数不是法律、财金、投资与资本运营专业人员,《公司法》《公司章程》及其三会议事规则淡薄,虽然在挂牌前后会被要求参与诸如股转系统要求、安排的培训,抑或在挂牌前负责任的主办券商、律师、会计师进行了专业辅导,但由于大部分人只是形式应付,并未真正重视和掌握基本规则,没有把心事放在公司法人治理规范运作上来,难以在短时间内形成规范意识。

四是监管机构和股转系统对拟申请挂牌的公司规范性要求较上市公司宽松,门槛较低,报告期内存在的不规范问题只要能够在申请挂牌前解决并如实披露即可被接受、认可,造成了挂牌公司虽然一朝挂牌进入了资本市场而成为非上市公司,但并未因此达到法人治理规范的公众公司的要求和标准,在挂牌后仍然会经常发生或出现不符合相关法律、法规和业务规则的行为,而且不规范的情形多发生于新挂牌的公司或董秘更换频繁的挂牌公司。规范化是挂牌公司需要经历的一段较长的成长之路、锻造之旅。

五是由于新三板市场的快速扩容,券商、律师、会计师服务市场随之扩大,券商原有的人员不够用,招聘了许多刚毕业的大学生或缺乏业务经验的人员办理相关业务;或者原做IPO项目的人员,在做了一两个挂牌项目后就被安排作为项目负责人,组成三板挂牌项目组,引入和带领一批缺乏资格和经验的新人同时或交叉从事多个新三板挂牌项目,按照所谓的申报文件模板制作申报材料;律师从事证券业务因早已取消了证券从业资格的限制,任何律师

事务所和律师均可从事包括新三板挂牌、IPO上市业务，但正因为如此，许多从未做过证券业务的律师无师自通地涌入了证券市场而做起了新三板挂牌业务。源于新三板市场中介机构的良莠不齐，相关专业人员缺乏必要的专业知识、经验准备、积累和储备，未能从专业上对拟挂牌公司进行深入、广泛且专业化的尽职调查、核查，提供真正的证券专业服务。中介机构对拟挂牌公司的调查范围、深度不到位，遗漏、忽视了许多基本性问题，即使发现了问题，也没有及时提出合法、合理、有效、可行的解决方案和规范意见，一切均以申报挂牌为目标，只要通过了即OK了，造成挂牌公司带病上岗；加之，一些主办券商承办的新三板项目日多，精力时间有限，甚至其二级市场营业部的人员都被动员或安排做新三板项目，导致主办券商总体水平参差不齐，对挂牌公司拟披露信息没有起到严格把关和充分履行持续督导义务的作用；又因许多挂牌公司董秘身兼数职，工作繁忙或不屑于律师把关，迷信和盲从于个别券商的权威，或者自以为是；抑或律师缺乏系统的证券法律服务专业知识和经验，如再因责任心不强等原因，体现在挂牌公司年度股东大会中的问题就较为突出或频发，致使一些挂牌公司从挂牌开始即显得先天不足、后天无补。

二、关于挂牌公司年度股东大会问题的规范意见

笔者在出席挂牌公司年度股东大会时，针对挂牌公司召开年度股东大会出现的些许瑕疵，均及时予以纠正；针对股转系统信息披露中出现的一些挂牌公司年度股东大会规范问题，根据相关法律、法规、证监会规范性意见和股转系统业务规则及公司章程通常条款的规定，提出以下规范意见和建议，敬请参考。

1. 关于年度股东大会通知遗漏年度议案的补救问题

公司董事会发布召开2016年度股东大会通知公告遗漏上一年度规定报告，如2016年度监事会工作报告、2016年度利润分配方案，这两个报告或议案经常是最容易被忽略或遗漏的议案。

挂牌公司召开年度股东大会通知通常是由董事会秘书制作和发送的，年度股东大会的大部分议案都是由董事会审议通过后提交股东大会审议，而监事会年度报告是由监事会审议通过后提交股东大会审议，董事会在制作和发

布年度股东大会通知及股东大会议程时，往往会从董事会通过的文件中复制、粘贴到召开年度股东大会通知文件中，此时最容易忘记或忽略监事会通过的并需要提交年度股东大会审议的监事会年度工作报告，由此造成发布的召开年度股东大会通知中遗漏监事会年度工作报告的情形。

挂牌公司可能进行年度利润分配、也可能不进行利润分配，不进行利润分配的公司往往会认为：不进行利润分配就不存在利润分配方案就不需要制作公司年度利润分配方案，也就更不存在需要提交年度股东大会审议的情形了。股东投资公司是为了获取利润，不论公司是否进行年度利润分配都应当编制利润分配方案提交年度股东大会审议，是对股东知情权的尊重，也是股东关心的重要事项。不分配利润的挂牌公司应当将上一年度公司经营、盈利或亏损、可分配利润情况及不进行分配利润的原因、依据在利润分配方案中充分说明；拟进行利润分配的公司，应当将公司上一年度经营与盈利、可分配利润情况及分配金额、方式制成方案，经董事会审议通过后提交年度股东大会审议批准。因此，不分配利润并不等于没有利润分配方案，不论是否分配利润都应当制作年度利润分配方案作为年度股东大会审议事项提交年度股东大会审议。

挂牌公司年度监事会工作报告、年度利润分配方案是《公司法》《公司章程》规定的年度股东大会审议事项，不应遗漏或删减。

针对挂牌公司召开年度股东大会需要律师进行见证并发表见证意见的规定，确保挂牌公司年度股东大会合规性、规范性是律师发表见证意见的前提和基础。针对挂牌公司议案遗漏的情况，我们建议公司采取以下措施纠正和补救：

一是通过发布召开年度股东大会更正公告将遗漏的议案补充到年度股东大会拟审议议案中。挂牌公司年度监事会工作报告、



年度利润分配方案即可以通过更正通知方式补充到召开年度股东大会的通知中,使其在年度股东大会上能够得到审议批准。如喜报科技(838616)于2017年4月20日在全国股转系统刊登了《2016年度股东大会通知公告》,定于2017年5月10日9时在长春市高新区前进大街2326号修正服务外包大厦1908室公司会议室召开2016年度股东大会。发现遗漏2016年度监事会工作报告后,于2017年5月8日在全国股转系统刊登了《关于2016年年度股东大会通知公告的更正公告》和《2016年年度股东大会通知公告(更正后)》,通过更正通知的方式将遗漏的《关于公司2016年度监事会工作报告的议案》补充到2016年度股东大会拟审议的议案中。

虽然遗漏的议案通过更正通知的方式补充到了年度股东大会拟审议的议案中,但采用更正通知补充遗漏议案的方式也存在一定的程序性瑕疵。根据《公司法》《公司章程》的相关规定,股份公司召开股东大会会议,应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东。而补充议案的更正通知公告往往是在公司年度股东大会通知发布之后甚至一段时间作出的,补充进来的议案已不符合“于会议召开二十日前通知各股东”的规定,所以,通过更正召开年度股东大会通知的方式补充遗漏议案,存在一定的程序瑕疵。

二是延期召开年度股东大会同时由符合临时提案资格和权力的股东通过向召集人(公司董事会)提交临时提案的方式将遗漏的议案提交年度股东大会审议。根据《公司法》《公司章程》的相关规定,单独或者合计持有公司3%以上股份的股东,可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面提交召集人。召集人应当在收到提案后2日内发出股东大会补充通知,公告临时提案的内容。除前述情形外,召集人在发出股东大会通知公告后,不得修改股东大会通知中已列明的提案或增加新的提案。所以,具有临时

提案权的人只有持股3%以上的股东,董事会及其他召集人均无临时提案权;同时,受限于召开年度股东大会需提前20日通知股东的规定限制,为避免因违反上述时间限制所产生的程序瑕疵,在董事会发出召开年度股东大会的通知后,若已不足20日的时间而需要补充新的议案时,可采取由董事会发布延期开会公告,给予具有临时提案提交资格和权力的持股3%以上的股东将遗漏的议案作为临时提案提交年度股东大会审议的时间机会,从而将遗漏的议案补充到年度股东大会议案中去,使遗漏的年度议案及时得到年度股东大会的审议。采用延期开会补充遗漏议案的方式,需要给延期开会一个充分、合理的理由并披露。

2.关于董事会误将2016年度总经理工作报告作为年度股东大会审议事项提交2016年度股东大会审议问题

挂牌公司存在将2016年度总经理工作报告作为年度股东大会审议事项提交2016年度股东大会审议情形。如赛诺科技(837042)、鸿泰时尚(871412)2016年度股东大会。

根据《公司法》《公司章程》的相关规定,总经理是由董事会聘任或解聘,总经理对董事会负责并报告工作;总经理年度工作报告不属于年度股东大会职权范围内审议事项。因此,总经理年度工作报告只需提交董事会审议批准即可,不需要提交年度股东大会审议。

3.关于公司未有年度预计日常性关联交易而制作并向年度股东大会提交下一年度预计关联交易议案的必要性问题

挂牌公司年度股东大会审议日常性关联交易一般存在以下类型:

一类是关于确认上一年度日常性关联交易的议案。该等议案通常是因上一年度做过预计关联交易并经上一年度股东大会审议通过,但当时无法确定发生交易的准确、真实额度,至年度结束时发生日常性关联交易已经确定,而在新的年度股东大会上予以追溯确认。

另一类是关于预计下一年度日常性关联交易的议案。预计下一年度关联交易议案通常分两种情况,一种是确实存在预计的日常性关联交易,第二种是没有日常性关联交易。如果存在预计关联交易,制作议案并提交股东大会审议,符合《公司法》《公司章程》和中国证监会其他规范性文件及股转系统业务规则的要求;但如果没有预计关联交易发生而非要制作一个预计关联交易议案并提交股东大会

会审议，却没有法律依据和必要，这种做法对法律、法规和规则的理解、执行未免过于机械和形式主义了。有的挂牌公司迷信于一些主办券商或其相关业务人员的权威，只要是券商的意见不论对错、是否合法合理都接受、认可和执行；但作为挂牌公司的法律顾问应在知情的情况下及时地提供独立的专业意见，是否接受、认可或执行由公司自行决定，如此，律师方能称为履行了勤勉尽责的义务。

4.关于董事会将公司上一年度财务决算报告与下一年度财务预算方案合为一个议案提交年度股东大会审议问题

董事会将公司上一年度财务决算报告与下一年度财务预算方案合为一个议案提交年度股东大会审议虽然多数情况下会获得通过，但若对上一年度财务决算报告或下一年度财务预算方案一个同意、一个反对时将无法表决，因为无论同意或反对都会出现对上一年度财务决算报告与下一年度财务预算方案整体的反对或同意。

笔者认为，公司上一年度财务决算报告与下一年度财务预算方案，虽然都属于财务问题，且具有一定的连续性，但毕竟属于两个独立财务年度的专项问题，每个年度经营状况、市场变化、法律政策调整等诸多因素都会对公司的财务产生实质性影响，所以，公司上一年度财务决算报告与下一年度财务预算方案是两个独立的事项，不应混合为一个议案，对上年度财务决算报告的认可并不会必然导致对下一年度财务预算方案的认可，反之亦然。建议将公司上一年度财务决算报告与下一年度财务预算方案分为两个独立的议案，有利于股东审议和表决，不至于因前后意见的反差或冲突造成难以表决的僵局，具有合理性、可行性。因此，挂牌公司在编制公司上一年度财务决算报告与下一年度财务预算方案时，应分别制作公司上一年度财务决算报告与下一年度财务预算方案两个独立的议案，分别提交年度股东大会审议表决。

5.关于年度股东大会延期和增加临时提案问题

公司年度股东大会延期召开常见的原因：一是主持人及公司董事、监事、高管临时发生业务上的重要安排不能在公告的会议日期出席会议，不得已延期开会；二是董事、监事因公司经营业务临时发生或出现重大安排或事项需要提请股东大会审批的，召开临时股东大会的通知时间相对较长，而安排在拟召开的年度股东大会审议又错过了临时提案期限，召集人通过临时延长年度股东大会会议时间的方式为追加临时提案提供合规的窗口期间。

如建龙微纳（833540）2016年度股东大会延期召开，同时具有上述两种情况。

2017年4月8日，建龙微纳董事会通过了公司年度报告事项及召开2016年度股东大会的相关决议。

2017年4月10日，建龙微纳董事会在全国股份转让系统指定信息披露平台（www.neeq.com.cn或www.neeq.cc）刊登了《2016年年度股东大会通知公告》，定于2017年5月5日在洛阳市洛龙区世贸中心A座26层召开2016年年度股东大会。遗漏了公司聘任2017年度审计机构的这一适宜在年度股东大会审议的事项。

为了让遗漏的聘任公司2017年度审计机构议案和临时发生的公司申请银行贷款议案能够及时提交拥有审批权的股东大会的审议批准，董事会于2017年4月17日审议通过了《关于续聘瑞华会计师事务所（特殊普通合伙）的议案》《关于补充预计2017年度日常性关联交易事项的议案》《关于修改的议案》《关于公司股东拟以股权质押对公司在中國工商银行股份有限公司偃师支行的贷款业务进行担保的议案》《关于拟以公司部分房产及土地对公司在中國工商银行股份有限公司偃师支行的贷款业务进行抵押的议案》五项议案。根据《公司法》《公司章程》的相关规定，单独或者合计持有公司3%以上股份的股东，可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面提交召集人；召集人应当在收到提案后2日内发出股东大会补充通知，公告临时提案的内容；除前述情形外，召集人在发出股东大会通知公告后，不得修改股东大会通知中已列明的提案或增加新的提案。为使上述临时议案能够尽快提交股东大会审议，公司于2017年4月18日在全国股份转让系统指定信息披露平台发布了《关于增加2016年度股东大会临时议案的公告》；在新增临时提案说明中描述：公司董事会于2017年4月17日召开公司第一届董事会第三十二次会议，会议审议通过了《关于续聘



瑞华会计师事务所（特殊普通合伙）的议案》、《关于补充预计2017年度日常性关联交易事项的议案》、《关于修改的议案》三项议案，该三项议案通过后需提交股东大会审议；为提高决策效率，公司控股股东提议在公司2016年年度股东大会上新增上述三项议案。但控股股东的临时提案却遗漏了《关于公司股东拟以股权质押对公司在中国工商银行股份有限公司偃师支行的贷款业务进行担保的议案》《关于拟以公司部分房产及土地对公司在中国工商银行股份有限公司偃师支行的贷款业务进行抵押的议案》两项议案，而在《关于增加2016年度股东大会临时议案的公告》补充后的公司2016年年度股东大会审议事项中，却将上述五项议案均数列入年度股东大会议案中。

根据建龙微纳公司章程和股东大会议事规则的相关规定，股东大会通知中未列明的提案，股东大会不得进行表决并作出决议。建龙微纳《关于增加2016年度股东大会临时议案的公告》虽然将公司董事会新通过的五项议案全部增加到公司2016年度股东大会拟审议的议案中，但其中《关于公司股东拟以股权质押对公司在中国工商银行股份有限公司偃师支行的贷款业务进行担保的议案》《关于拟以公司部分房产及土地对公司在中国工商银行股份有限公司偃师支行的贷款业务进行抵押的议案》两项议案系没有提案人提交的提案，股东大会不应进行表决并作出决议。

建龙微纳2016年度股东大会定于5月5日召开，在五一假期间，笔者作为该公司的法律顾问，在预审该公司年度股东大会召开公告时发现上述问题，立即通知公司董秘。根据建龙微纳公司章程的规定，公司发出股东大会通知后，无正当理由由股东大会不应延期或取消；一旦出现延期或取消的情形，召集人应当在原定召开日前至少2个工作日公告并说明原因。鉴于时间的紧迫性和有限性，

律师建议尽快采取如下补救措施：因延期召开年度股东大会时间不少于10个工作日，为拥有临时提案权的股东创造提交临时提案的时间窗口；同时由具有临时提案权的控股股东再次行使临时提案权，将遗漏的《关于公司股东拟以股权质押对公司在中国工商银行股份有限公司偃师支行的贷款业务进行担保的议案》《关于拟以公司部分房产及土地对公司在中国工商银行股份有限公司偃师支行的贷款业务进行抵押的议案》两项议案作为临时提案追加到公司2016年度股东大会议案中。2017年5月2日，公司董事会在全国股份转让系统指定信息披露平台再次发布了《关于增加2016年度股东大会临时提案暨2016年年度股东大会延期召开通知公告》，公司定于2017年5月5日召开公司2016年年度股东大会，并于2017年4月10日在全国中小企业股份转让系统指定信息披露平台发布了《2016年年度股东大会通知公告》，因控股股东增加临时提案，公司董事会为提高决策效率和效益，经审慎研究决定，同意将2016年年度股东大会的召开时间延期至2017年5月16日召开，会议登记时间调整为2017年5月16日，股权登记日调整为2017年5月8日，会议地点、召开方式、审议事项、登记方式等均不变。

由于新更改了会议时间，公司发生了新的重要业务安排，无法在延期后的会议时间召开年度股东大会，公司董事会于2017年5月10日第三次在全国股份转让系统指定信息披露平台发布了《2016年年度股东大会延期公告》，由于公司工作安排缘故，经董事会审慎研究决定，同意将2016年年度股东大会的召开时间由2017年5月16日延期至2017年6月28日召开，股权登记日调整为2017年6月21日，会议地点、召开方式、审议事项、登记方式等均不变。

基于公司董事长、董事等工作安排和拥有临时提案权股东补充追加临时提案及公司章程有关临时提案权、延期开会的时间限制和规定要求，公司先后两次追加临时提案和延期开会，均在规定的窗口予以补救，确保了公司股东大会延期、临时提案人资格的合规性和提案权行使的有效性，从而确保了公司年度股东大会召开程序合法、有效。✎

《浅议挂牌公司年度股东大会规范性问题》因为篇幅过长，分上下篇刊登。下篇将刊登在122期《京都律师》。

网络借贷信息中介机构在互金监管新形势下的法律风险防范

■ 吕志轩, 徐玉杰/文

前言

个体网络借贷即P2P (peer to peer) 自2006年引入我国以来一直备受关注, 其基于互联网思维的直接、快速、便捷的小额融资模式备受广大投资者和融资人的青睐, 是互联网金融的重要一支。近些年, 随着互联网技术的迅猛发展和互联网金融的广泛兴起, P2P平台开始了雨后春笋般的爆发式增长。由于发展伊始缺乏必要的法律、政策以及行业监管, 野蛮生长下的P2P平台产生了不同程度的异化, 相较传统的纯粹信息中介模式, 又发展出“准金融机构模式”和信贷资产证券化等模式¹, 这些异化出的新模式虽是互联网金融在市场经济下自我创新的产物, 但是这些游走法律边缘的经营模式, 不可避免地带来了众多难以预测的风险。据统计自2013年以来, 互联网金融平台累计出现问题、跑路的有近2000家²。如此众多的平台出现问题, 继而引发重大的社会问题, 不得不给政府敲响了警钟。于是大量监管措施陆续出台, P2P平台也被重新定义为“网络借贷信息中介机构”, 回归其本源。政府对互联网金融的监管一步步收紧, 对金融监管的重视程度也逐步上升为了国家战略层面³。本文将以前互联网金融监管新形势为背景, 对新形势下网络借贷信息中介机构的风险防范问题进行分析。

一、新形势下网络借贷信息中介机构的监管政策

对网络借贷信息中介结构 (以下简称P2P平台) 具有正式监管意义的文件始于2015年7月出台的《关于促进互

吕志轩律师简介



京都律师事务所高级合伙人, 北京市朝阳区民事专业研究会会员。主要执业领域: 政府法务、金融及金融衍生品、金融互联网法律风险控制、刑事案件辩护及刑事风险控制。公司日常民事法律风险控制、房地产, 基础设施, 公司上市、并购、重组、股权转让、企业清算等综合性法律服务和专项法律服务等业务。

联网金融健康发展的指导意见》, 该文件中提到个体网络借贷 (P2P) 是“个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷”, “个体网络借贷机构要明确信息中介性质, 主要为借贷双方的直接借贷提供信息服

1 参见张莹:《P2P网络借贷平台的风险防范研究》, 载《征信》, 2015年第3期。

2 数据来源于网贷之家统计, “截至2016年6月底, 累计停业及问题平台达到1778家”, 网址链接: <http://www.wdzt.com/jhzt/paolup2pshuliang/>

3 2017年7月召开的第五次全国金融工作会议, 将强化金融监管作为了会议的重心。

4 见《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》第(八)之规定。



徐玉杰



京都律师事务所实习律师

务”⁴。该意见虽然名为指导，但其实是互联网金融改革的发端，奠定了进一步改革的大纲基调，指明了改革的大体方向。指导意见的表述，实质上已经宣判了“准金融机构模式”和信贷资产证券化模式下的P2P平台的消亡，P2P平台只能作为网络借贷的信息中介机构，而不能发展为“网络银行”化的类金融机构（信用中介），从而明确了P2P平台的法律性质。为了落实指导意见，2016年4月，政府出台了《P2P网络借贷风险专项整治工作实施方案》，正式对P2P平台的现状进行摸排，并根据摸排情况进行分类处置：合规的，在进一步监管的前提下鼓励其发展；存在一般问题的，进行限期整改，而存在涉嫌非法集资等严重违法犯罪行为的，则坚决打击，依法取缔。另外，为了对指导意见进行进一步细化，为专项整治提供更为明确的法律依据，2016年8月出台了《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》，作为P2P平台整改和今后发展的重要法律依

据，暂行办法不仅进一步明确了P2P平台的法律性质（即作为网络信息中介），明确了各级监管部门，而且明确了12项平台禁止从事的行为⁵。暂行办法虽然没有对P2P平台设置准入门槛，但是为P2P平台的经营行为设置了红线。在此基础上又陆续出台了《互联网金融信息披露个体网络借贷》、《网络借贷信息中介备案登记管理指引》、《网络借贷资金存管业务指引》等文件对暂行办法进行了进一步细化。与此同时，一些P2P平台较为集中的城市 and 地区（如广东、上海、深圳、北京）地方政府还陆续出台了各地方的P2P平台备案登记管理办法意见稿，对备案登记事项和流程进行了具有地方特色且较为具体的规定。近日，最高检发布了《最高人民检察院关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》，进一步强调了互联网金融监管的红线。几乎同时，最高法也发布了互联网金融的指导案例，并在杭州设立了全国第一家互联网法院。

这一切的政策，从指导性意见到具体管理办法紧锣密鼓的发布，逐步从粗放到细密地组建了互联网金融尤其是P2P平台的监管政策网络。目前，对P2P平台的监管逐渐清晰明了，乃至初步具有了可行性。当然，目前的监管政策虽然在逐步完善，但仍是新事物，很多细节的地方仍然需要摸索，另外新政策究竟能够实行得怎样，依然充满未知。

二、监管政策下网络借贷 信息中介机构的 法律风险识别

随着监管政策的一个个落地，对互联网金融尤其P2P平台的监管正逐步进入正轨。因此，不管是平台自身还是监管机构都必须了解监管政策下网络借贷信息中介机构的法律以及政策风险，明确各自进一步需要防范的要点。法律及政策风险既包括法律、政策自身的风险，同时也包括违反法律、政策的风险，而违反法律、政策的风险既包括违反监管政策出台前的法律法规的风险即固有的法律风险，也包括违反目前监管政策将引发的新的违法风险，尤其值得注意的是，这些行为在监管政策出台之前有些并不属于违反法规的行为，但是随着监管政策的出台，那些原本不属于违法的行为被列入了违法行列⁶。

5 见《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第2、3、10条的规定。

6 如债转模式，在政策出台之前，就是一种合法的民间借贷模式，在政策出台后就被一律禁止。

（一）法律、政策自身的风险

就目前的监管政策而言，由于起步较晚，目前只是初步解决了有无的问题，并非完善，仍然存在较多未能明确的地方。比如就P2P平台登记备案而言，目前各地方虽有部分城市已经出台暂行办法或者征求意见稿，但是正式文件仍多在酝酿中，更多的地区连意见稿都没有出台。就目前已经出台的而言（包括意见稿），其制定的规则中的一些标准就互不统一，由于互联网企业很容易跨区域发展，不同地区采用不同的监管标准，在各地区未能相互协商磨合的情况下，难免会存在龃龉的情形⁷。此外，一些政策的真正落实还依赖其配套的其他政策的出台，比如北京备案登记意见稿中对存管银行规定了准入制，即需要与获得北京市认可的银行签订第三方资金存管协议。但是银行怎么准入法，整改期间P2P平台已经和银行签订了存管协议，而已经签订的银行日后未能入围的如何处理等等，并未解决，因此这些问题还有赖于其他政策予以明确。法律、政策自身的风险主要是由于对P2P平台的监管还属于新事物，很多问题尚在摸索阶段，随着监管政策被逐步实践，如能在发现问题后解决问题，此类风险将会越来越少。

（二）固有的法律风险

在监管政策出台之前，乃至出台后，有一些禁止性规定是一直存在的，比如《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第10条第10项规定的禁止虚假宣传、欺诈行为以及捏造信息损害他人商誉等行为本身就是其他法律法规已经规定的禁止性行为。第3条规定的不得非法集资，不得损害国家利益和社会公共利益。这些行为在之前的法律规范中本身也有规定。比如刑法中规定了非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、非法经营罪等，在合同法第52条规定了损害国家利益和社会公共利益合同无效等等。其他的还有保护借款人和出借人的隐私等等，这些都是固

有的法律风险。但是需要注意的是，即便是这些固有的法律风险，在P2P平台上仍然具有了新的含义。比如，关于非法集资行为，在P2P平台上有了新的行为方式，因为P2P平台作为借贷双方的平台，而同时P2P平台又负有审核双方资质的义务，那么一旦P2P平台明知借款人存在违规行为，仍然为其非法吸收公众存款提供借贷平台的，那么就要按照非法吸收公众存款罪的帮助犯进行处理⁸。另外，关于旁氏骗局式的集资诈骗行为也是固有的法律风险之一，但是在P2P平台上，则会有新的形式，主要通过在网上虚假宣传，虚构借款人、虚构借贷标的来构建资金池以及《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第10条第5项规定的拆分融资项目期限的方式来实现⁹。可见，即便是固有的法律风险，在P2P平台上仍然具有了新的特征，这些不仅仅需要平台自身在经营中严格遵守法律，同时也对监管机构提出了要求，即监管机构必须多研究互联网金融的特征，准确地识别这些风险，才能起到监管的作用。

（三）新的法律风险

这些风险主要来源于目前的监管政策。对于被监管者P2P平台而言，风险较多，而且较为新颖，因此需要非常重视。首先是禁止性规定¹⁰产生的新的法律风险：比如在监管政策来临之前并不禁止P2P平台线下经营业务，但是《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》对此进行了禁止¹¹；在监

7 比如目前北京地区出台的意见稿中对于在当地的中介机构分支机构的监管要求较严格（要求在注册地完成备案登记后在京进行报备，未能报备的将进行公开风险提示），那么一旦北京政策落地的时间早于该平台注册地，那么该平台将可能受政策的影响而存在被公开风险提示的风险。相比而言，深圳只是要求必须报备总部的备案登记情况（未要求总部已经备案登记），而上海等地则没有要求。

8 在刚刚出台的《最高检关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第8条第2项中也对此进行了确认。

9 拆分项目期限，则意味着需要将一个项目分成多个时间段的子项目，在子项目内部用后面子项目吸收的资金偿还之前到期子项目的出借人，通过“发新偿旧”，实质上是一种旁氏骗局行为。

10 此为监管红线，是目前整治活动中关注的重点，也是今后监管机构进行监管的重心。

11 见《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第10条第4项的规定。



管政策出台之前并不禁止直接或间接接受、归集出借人的资金，以及发放贷款业务，即债权转让P2P模式（但是要注意的是，在此期间如果虚构借款标的或者通过期限错配构建资金池，再发放贷款则属于典型的非法吸收公众存款行为或集资诈骗行为而受到禁止），但暂行办法对此直接进行了禁止，不仅如此，《最高检关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第8条第1项直接将其认定为了非法吸收公众存款的行为¹²，即今后只要P2P平台通过各种方式自融或变相自融，或者直接接受或者间接接受、归集出借人的资金的直接按照非法吸收公众存款行为认定。至于以自有资金进行发放贷款的行为，根据对暂行办法的解读，除非另有规定外，也被禁止了；此外，平台自身直接提供担保，或者其他变相增信的行为；开展类资产证券化业务或实现以打包资产、证券化资产、信托资产、基金份额等形式的债权转让行为；自行发售理财等金融产品募集资金，代销银行理财、券商资管、基金、保险或信托产品等金融产品；向高风险的融资提供信息中介服务等行为也均被禁止。

除了12项禁止性规定中存在的法律风险外，还包括其他义务性规范中存在的法律风险。最为典型的是真实披露义务产生的法律风险。即将P2P平台定位为“网络借贷信息中介机构”之后，如实披露交易双方的信息是P2P平台的重要义务，平台一旦未能履行该义务，轻则引发民事纠纷或受到行政处罚，重则有刑事责任之虞。目前中国互联网金融协会发布的《互联网金融信息披露个体网络借贷》可作为P2P平台进行信息披露的行业标准。而关于监管政策出台之前大多数

平台都面临的信用风险¹³（以此产生的法律风险），则由于信息中介平台的定位，而自动消弭¹⁴。但是值得注意的是，在整改期间，仍然存在大量存量的平台仍然可能面临此项风险，应当谨慎化解。而今后的平台只要严格遵循信息中介的定位，严格审核借贷双方的资质，严格披露双方信息，则可以充分化解此类风险。

对于监管机构而言，最大的法律风险就是监管不及时，监管不作为产生的风险。根据《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第39条的规定“地方金融监管部门存在未依照本办法规定报告重大风险和处置情况、未依照本办法规定向国务院银行业监督管理机构提供行业统计或行业报告等违反法律法规及本办法规定情形的，应当对有关责任人依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。

三、对风险的防范措施

对P2P平台的法律风险防范的主体，既包括被监管者P2P平台，也包括监管机构。对于P2P平台而言最关键的是要做到合法合规运营，而对于监管机构而言最关键的是要能够及时准确发现被监管平台的问题，并且有科学的风险处置措施。具体而言：

（一）P2P平台对法律风险的防范

P2P平台是被监管的主体，因此其自身对法律风险的防范是最为重要的。首先是风险识别阶段，P2P平台应当严格按照目前的法律法规的规范，对平台进行自查并配合相关监管机构进行检查。如前文所述，即便是固有的法律风险在互联网金融领域也有其特殊之处而难以准确识别，因此P2P平台最好聘请外部专业机构如律师事务所对合规性风险进行准确识别；其次是整改阶段，在风险识别阶段被查出问题的平台，应当及时按照合规要求进行整改。在此期间，一定要注重防范化解大额存量资金时的法律风险。在整改阶段，P2P平台应当及时和监管部门进行信息沟通，

12 《最高检关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》第8条第1项规定“中介机构以提供信息中介服务为名，实际从事直接或间接归集资金、甚至自融或变相自融等行为，应当依法追究中介机构的刑事责任。特别要注意识别变相自融行为，如中介机构通过拆分融资项目期限、实行债权转让等方式为自己吸收资金的，应当认定为非法吸收公众存款”。

13 主要存在于债转模式的P2P平台，一旦借款人违约，则平台资金面临风险，立即产生信用危机。

14 由于P2P平台不再承担信用中介的角色，因此理论上P2P平台今后将不再具有信用风险及其继发的法律风险。



及时上报整改情况，直至符合整改要求，通过整改验收；最后也是最为关键的运营阶段，运营阶段是风险的产生阶段，此时可能发生的法律风险较多。运营阶段的P2P平台首先要合规运营，但是在实务中由于互联网金融的特殊性，交易过程中法律关系的复杂性，很多平台并不清楚自己的行为到底是否符合规范要求（或者已经触犯了禁止性规定），如实务中一些平台向律所咨询，平台线下与借款人签订的中介服务合同与线上借款人和出借人签订的借款合同是否存在效力冲突的问题、平台自行寻找第三方担保机构专门为借款人提供担保服务是否涉嫌自担保问题等等。因此，P2P平台应当设置高效的法律风控部门，或者聘请专业法律人员作为常年法律顾问提供法律咨询服务。在运营阶段，P2P平台应当严格把握自身的服务定位，即仅仅作为信息中介平台，且只能进行线上信息推介、撮合服务。因此应当把披露信息的真实性作为首要考虑的风险点，目前的O2O（online to offline）模式下，平台线下审核借款人相关资质，如组织尽职调查，或委托第三方机构进行资质调查，在目前是最能有效保障信息真实的途径，但是相应的时间成本和人工成本较大，极大压缩了P2P平台的盈利空间，而且由于时间较长，也不利于实现P2P借贷便捷性的宗旨。在未来，应当在完善征信系统、行业黑名单等制度后，尽可能实现线上借贷信息快速审核，P2P

平台在信息审核时应当尽审慎义务，对于故意或者因重大过失披露虚假信息的，应当承担相应的法律责任。

（二）监管机构对法律风险的防范

监管机构一般也是法规、政策的发布者，因此，为了防范法律风险，首先要完善相关的法规、政策，填补目前的监管漏洞。只有完善的法规、政策，平台运营才能有法可依，监管机构进行监管才能有据可行。在监管过程中：第一，要重视行业协会的作用，即加强行业自律监管，这样有利于避免行政的过多干预，并且能够提高监管的效率；第二，随着互联网+时代的到来，对大数据的合理运用，将能极大的提高监管效率，因此应当积极研究大数据在互联网金融监管方面的运用¹⁵，在各家平台按照规定接入信息监管平台后，实时进行监管；第三，在监管过程中，必要环节可以聘请外部专业机构进行辅助，提高监管人员专业化，有利于监管的有效落实；第四，各级监管部门分工合作，相互配合，互联网金融时代地域跨度大，涉及范围广，需要各部门相互协作，才有利于问题的妥善解决；第五，一旦发现风险，要按照既定的应急处置方案进行处置，对于风险可以设定不同级别，对于不同级别的风险设置相应的应急措施，这样才能在风险后，快速进行处置，避免风险的扩散和蔓延。

15 目前北京市金融工作办公室已经开始相关研究，在北京市网络借贷信息中介机构备案登记办法意见稿中已经对此提及，相信不久的将来，将会得到极大的运用。



探究循环贸易型融资的“形”与“质”

——以企业法律风险与司法裁判规则为视角

■ 李波, 冯诏锋 / 文

近年来,随着金融信贷规模的逐步收紧,一些中小企业面临资金压力,转而寻求贸易型融资实现其资金需求,其中循环贸易即最常见的融资形式。循环贸易型融资是出借人、中间人、借款人三方两两签订贸易购销合同,由借款人通过中间人高价向出借人采购特定货物,再以低价将货物销回出借人,从而使买卖货物通过流转回到出借人,而借款人则利用账期差实现资金占有的目的。(如图1)循环贸易型融资以买卖为形,行融资借贷之实,出现“形”与“实”的分离,引发了理论界与实务部门对该类合同定性和处理上不同观点的碰撞。

一、循环贸易型融资的基本特征： 贸易还是融资？

孤立地看循环贸易各环节的合同,我们通常会发现各方签订的独立购销合同具有买卖合同的合法形式,合同文本规范,票据凭证齐全,财税资料完整;但系统地审视整个交易模式,我们则会发现该类交易违背商业逻辑和贸易习惯,其区别于正常贸易活动,具有融资的内容特征。

(一) 合同协商订立过程趋于形式化

正常贸易活动中买卖双方均关注标的货物,无论是规

李波律师简介



京都律师事务所高级合伙人,从业十三年,期间主要从事重大疑难民商案件的办理、政府法律事务的处理、职务犯罪的刑事辩护,在银行诉讼领域颇有建树。多年来已办理民商事案件近千起。目前李波律师致力于探索和研究国内私人律师的法律服务模式及环境资源的保护与诉讼。

格数量,还是交付方式、质量保证、货物单价都是双方博弈的焦点。但在循环贸易中,一旦交易模式形成,各方对标的货物通常并不关注,甚至买卖标的完全由单方确定,购销合同的协商和签订趋于形式化。笔者发现循环贸易合同签订过程通常存在以下现象:其一,买受人与出卖人自行协商确定交易内容,二者之间常存在特定的关联,例如法定代表人、实际控制人相同,或存在其他经济往来。其二,买受人与出卖人并不存在直接交易的障碍,但却要通过中间人完成销售采购,其目的在于通过中间人交易掩盖买受人与出卖人之间一买一卖的抵消效果。其三,中间人往往并不参与合同协商和交易内容的确定,而是根据买受人的指定向特定的出卖人或供应商采购货物,且货物的规格、数量、价格也完全取决于买受人和出卖人的指定。

(二) 销售采购流程形成闭合的回路

循环贸易多通过连环采购或代理采购实现,各环节的买卖标的完全相同、时间相近,且货物所有权均由出卖人经中间人流向买受人,最终再回到出卖人手中,从而形成闭合的交易回路。这是循环贸易区别于其他正常贸易或代理采购销售合同最显著的特征,正常贸易流程必定是从生产商通过销售商逐级流转至零售商销售给消费者,这个过程中也会可能出现合同标的相同、价格逐级上涨、存在账期差别、采取拟

制交付的方式等特征，但无论交易流程如何，都是由生产商向消费者方向流转，而不会回流至生产商形成闭合回路。（如图2）

（三）交付行为简化不产生实质效果

循环贸易中，各方关注的焦点并不在货物，且货物所有权在交易完成后并不发生转移，故合同履行过程中的交付货物环节通常会被简化，各方对交付行为的简化往往采取放任的态度。具体方式可能是：其一，完全没有实际交付行为，各方逐次向上手出具虚假收据或验货单；其二，约定通过指示交付方式，各方约定由其上手直接向其下手交付货物；其三，采取权利凭证交付方式，各方交付仓单、提货

冯诏锋



京都律师事务所实习律师

单、收据、指示收货单等权利凭证，实物并不流转；其四，每个环节均进行实物交付，但最终货物经交付流转回出卖人手中。上述四类方式的结果是相同的，即交易完成并不发生货物交付的实质效果。

实务中还存在一种“托盘”的贸易模式，即买受人资信或规模不足，需借用中间方的资信或规模，以中间人的名义与供应商签订买卖合同并约定由出卖人直接向买受人交付货物，同时其与中间人签订标的相同、价格略高的买卖合同，从而取得贸易规模、价格、账期等方面的利益（如图3）。比较上述两类交易模式，其形式上存在诸多共同点，但关键的差别在于货物交付上，“托盘”贸易标的货物虽经两轮以上买卖交易以及存在出卖人与

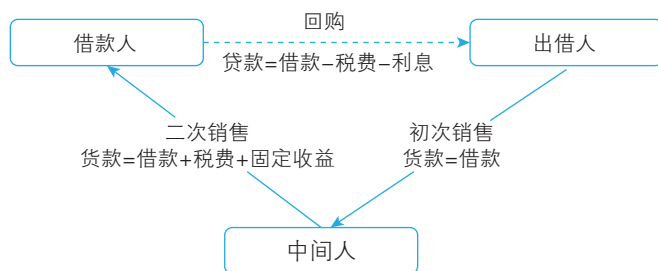


图1

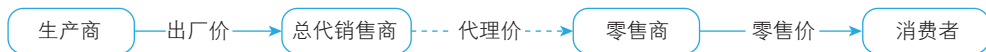


图2

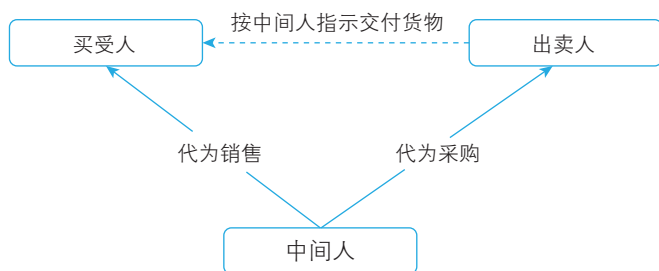


图3



买受人不经过中间人直接交付货物，但其最终仍然发生交付的实质效果，货物所有权由出卖人转移至买受人，故其实为买卖合同。

（四）买受人“高买低卖”以获取“账期利益”

与正常贸易中市场主体通过低买高卖赚取利润不同，循环贸易出卖人通过中间人将货物销售给买受人的过程虽逐级加价，但最终买受人将货物销回出卖人时，其价格却低于采购价格。买受人在短时间内高价买进低价卖出，明显不符合交易习惯。与此同时，买受人向出卖人销售货物时货款通常先行结清，而出卖人经中间人将货物销售给买受人时，则往往存在账期。因此，买受人会先于出卖人取得货款，且其在账期届满前可以占用上述资金，其效果类似于取得借款，而账期期满时其需要通过中间人向出卖人支付更高的采购费用，并承担相应的交易成本，类似于偿还本金并支付利息。（如图4）

二、循环贸易型融资的性质界定： 买卖还是借贷？

一种观点认为虽产生资金占用效果，但其形式上完全符合买卖合同构成要件，即使出卖人向买受人回购货物，以及买受人高买低卖，也不违反法律强制性规定，不影响其合同性质认定。另一种观点认为其虽形式上为买卖合同，但其并不符合买卖交易习惯，各方的实质目的为融资，应认定为借

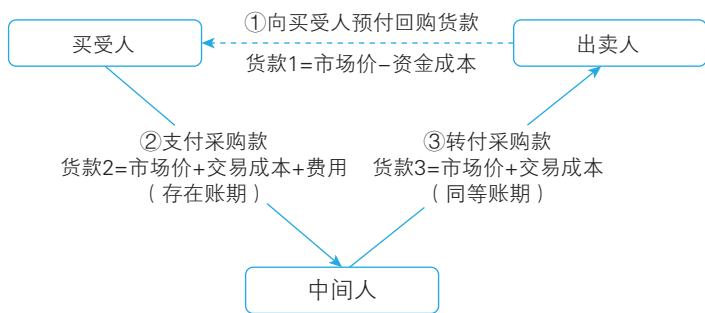
贷合同。¹笔者认为，对循环贸易型融资合同性质作出准确认定，还应由表及里探究合同的实质内容和交易目的，若仅依据其外观即界定为独立买卖合同关系只能是“貌合神离”，而将其认定为借贷合同才能实现“表里如一”。

（一）合同性质应由其实质内容决定

依照《合同法》第52条之规定，以合法形式掩盖非法目的的合同应为无效。从其立法原意来看，即合同的属性和效力不以其形式决定，而应从其实质内容和目的来判断。此外，我们还可从《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》理解司法机关的裁判规则，其中第四条规定联营一方不参加共同经营，不论盈亏按期收取固定利润的，名为联营，实为借贷，违反金融法规应为无效。此外，司法实践中还存在名为房屋买卖，实为借贷；名为租赁，实为借贷等形式与内容不符的合同，司法实践中均按照其实际法律关系认定。上述规定对于贸易型融资的性质界定具有借鉴意义，即借贷合同的核心内容是提供资金方不参与资金使用，不分享收益承担风险，收取固定利益，即使当事人通过其他合法形式订立和履行合同，但只要符合借贷关系的实质内容，仍应认定为借贷合同关系。

（二）循环贸易型融资符合借贷合同本质

在循环贸易中，出卖人通过销售合同将货物经中间人出售给买受人但暂不结算货款，同时又与买受人签订回购协议并先行支付货款，货物所有权并未发生实质变更。因此，出卖人在交易中的法律地位是向买受人提供资金，并在买受人的账期届满时收回货款及固定收益，其法律地位等同于借贷合同中的出借人。买受人通过采购形式获取货款支付账期，同时将货物销回出卖人并先行收取货款，待账期届满时将再通过采购款的形式连本带息返还出卖人，其法律地位等同于借贷合同中的借款人。至于中间人，笔者认为其在交易过程中一方面代买受人向出卖人采购，另一方面代出卖人向买受人销售，并不参与货物交付，收取款项也仅作交接后代为转交并收取固定费用，因出卖人和买受人知悉真正的合同主体并非中间人，其地位应类似于隐名代理或间接代



货款支付顺序为：①-②-③，金额大小关系为：货款1<货款3<货款2

图4

¹ 譬如：杭州天恒实业有限公司与上海豫玉都钢铁贸易有限公司、常熟科弘材料科技有限公司、查莉莉借贷纠纷一案，杭州市中级人民法院（2008）杭民二初字第253号判决、江苏省高级人民法院（2009）浙商终字第248号判决均认定其循环贸易为买卖合同，并据此判决买受人返还货款，支付代理费。最高人民法院对本案提审后认定该交易为各方以货物买卖形式掩盖的企业间的融资交易，并确认相关合同均属无效。

理中的代理人角色。²（如表1）

	买卖合同	借款合同	循环贸易
出卖人	交付货物， 收回货款	提供借款， 收取利息	先低价支付货款，后高价收回货款
买受人	支付货款， 取得货物	占用资金， 支付利息	先收取回购货款，再向支付更高的货款
中间人	转交货物， 获取利润	获取“手续费”	标的相同，不参与货物交付，收取固定收益
货物交付	货物交付 所有权转移	不存在货物交付	不产生交付效果
款项支付	低买高卖， 获取利润	借得本金， 支付利息	高买低卖，支付费用

表1

（三）司法机关可释明原告按照借贷关系主张权利

在实践中，循环贸易的资金链条一旦断裂，出借人通常并不会主张借贷关系要求借款人还款，而是起诉中间人要求支付货款。其原因在于：其一，出借人为了防止企业间借贷被认定为无效合同需借助买卖合同的形式；其二，买卖合同仅涉及两方主体，且原告能提供买卖合同、发票、验收单等凭证；其三，中间人多为国有企业或上市公司，具有良好的资信和较大的规模，偿付能力较借款人更好。笔者认为，司法机关经审理，如发现存在循环交易，应当向原告释明变更诉讼请求，如原告不同意变更，则可判决驳回其诉讼请求。³必要时，法院可追加借款人为无独立请求权第三人，从而全面查清案件事实，包括三方合同关系、交易流程、款项支付情况等。如确属借款人未向中间人支付货款，可以判决借款人实际承担返还款项的责任。

三、循环贸易型融资的合同效力：
有效还是无效？

关于循环贸易型融资的合同效力，一种观点认为该类合

同无效，依照《合同法》第五十二条之规定，以合法形式掩盖非法目的的合同应为无效，且企业间的常业性借贷也应为无效。⁴另一种观点认为，依照2015年颁布实施的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第一条，已对企业之间资金拆借行为的合法性作出了肯定，贸易型融资只要不是常业性借贷行为，就应当认定其合法有效。⁵笔者认为，循环贸易型融资的合同是否有效，取决于出借人与借款人之间的借贷关系是否有效，司法机关应在裁量空间内予以严格审查，原则上应认定合同无效。

（一）影响合同效力认定的考量因素

笔者认为，司法机关认定循环贸易型融资合同效力应着重考量三个因素：一是各方之间的合同是经常性、主营性，还是临时性、补充性的交易，如为前者则应认定为无效，如为后者则可认定为有效；二是所取得资金来源于金融机构还是其自有资金，如为前者则应为无效，如为后者则可认定有效；三是出售方所得价格差是否超出法定标准，如已超出法定标准其超出部分应为无效，如未超出可认定有效。

（二）司法机关应对合同效力严格把握

司法机关在认定循环贸易合同效力上存在一定的自由裁量空间，但笔者认为其应从严把握自由裁量权的行使标准。理由在于：其一，各方通常是为了避免规避金融监管而签订，故其交易通常是违反金融法规的，在司法解释对企业间资金拆借行为的效力有条件认可的背景下，企业间的借贷行为应纳入相应法律保护 and 监督范围，不再应通过循环贸易方式予以规避。⁶其二，该类合同存在重大风险，其涉及主体和交易环节较多，无论哪个环节出现衔接问题都可能引发系统性风险、存在较大不确定性。其三，该类合同具有隐蔽性和误导性，不利于经济秩序的健康发展，存在其他社会危害性，不应得到法律的支持和鼓励。

2 《中华人民共和国合同法》第四百零二条规定：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”

3 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第三十五条规定：诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第三十四条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。

4 参见查莉莉与杭州天恒实业有限公司企业借贷纠纷（2010）民提字第110号再审民事判决书。

5 参见浙江福士达集团有限公司与中国国旅贸易有限责任公司、佳木斯龙江福浆纸有限公司等进出口代理合同纠纷（2015）浙商终字第114号二审民事判决书。

6 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十一条将民间借贷的范围进一步放宽，有条件地认可了法人之间临时性的资金拆借行为的合法性。



（三）不应忽视循环贸易型融资的社会危害

循环贸易型融资可能存在其他损害市场主体权益和市场经济秩序的危害。其一，循环贸易融资可能通过虚假交易引入银行贷款，从而将资金偿付风险转嫁到金融机构，危害金融秩序，情节严重者还可能构成贷款诈骗罪。其二，各方在交易过程中依次开具增值税发票，尤其是借款人开具的增值税发票小于其收到的销项增值税发票，交易行为可能涉嫌虚开增值税发票罪。其三，如果借款人签订合同的目的为非法占有资金，虚构事实或隐瞒真实情况，造成其他合同方的损失的，还可能构成合同诈骗罪。司法机关在审理该类案件时应当全面审查，如发现相关行为涉嫌刑事犯罪的，应驳回起诉并将案件移送刑事侦查机关处理。⁷此外，循环贸易型融资还对经济宏观调控、财税统计产生负面的影响，也可能对市场监管机关和投资人产生错误的导向，司法机关对此应当保持谨慎态度。

四、合同无效的法律承担责任： 返还还是赔偿？

循环贸易型融资的风险主要表现在借款人不能偿付借款，从而导致中间人向出借人拒付款项，引起连锁纠纷。此时，出借人通常会向偿付能力更强的中间人主张权利要求支付买卖合同中的货款，而中间人则会以借款人未向其提供资金为由予以抗辩。若相关合同被认定为无效，则应以合同法的相关规定确定各方主体的责任。⁸

（一）借款人应向出借人返还本金

合同无效后，借款人占有出借人的款项应予返还。但关于借款人实际占用期间的利息，存在三种观点：一是不予支付利息；二是按照同期存款利率或贷款利率支付利息；三是

由法院对出借方已取得或尚未取得的约定利息予以收缴。其中第三种方式具有明确的法律依据。⁹笔者认为，关于利息支付问题可灵活掌握，司法机关重点审查各方过错程度，并酌情判定不支付利息或按存款、贷款利率支付利息，而对于损害国家或公共利益的，可对约定利息或利息差予以收缴，而中间人因此收取的固定费用也应一并收缴，从而达到各方均不能从无效借贷合同中获益的目的。

（二）各方按过错程度分担赔偿责任

合同无效后，存在过错的一方应当赔偿对方因此遭受的损失。损失不仅是资金占用上的利益损失，应包括借款人不能清偿借款而造成出借人遭受的本金损失。司法实践中存在一种裁判思路，即司法机关判决借款人偿还借款，同时判决借款人、中间人对债务无法得到清偿部分各承担部分赔偿责任。¹⁰笔者认为，上述判决方式符合各方权利义务对等，过错与责任一致的原则，具有借鉴适用的意义。

（三）中间人有向借款人追偿的权利

中间人在向出借人垫付款项，或经司法机关判决承担赔偿责任并实际履行后，有权向借款人予以追偿。现有判例中对中间人的追偿权很少论及，但笔者认为，偿还借款的责任最终应由借款人承担，中间人承担赔偿责任也不能改变其代借款人支付的性质，为节省诉讼资源、减少争讼，司法机关可在判决中直接判定中间人实际承担赔偿责任后有权向借款人追偿。

当前环境下，循环贸易型融资弊大于利，容易导致各方纠纷并产生社会危害，司法机关应当对该类交易进行严格审查，透过其“形”探究其“实”，对其合同效力进行严格认定，判决各方按照过错程度承担相应的法律责任。

7 《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第十一条规定：人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关。

8 《中华人民共和国合同法》第五十八条规定：合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

9 《最高人民法院关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》、《最高人民法院关于企业间相互借贷的合同出借方尚未取得的约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答》均作出类似规定。根据最高人民法院于2007年发布的《民商事审判若干疑难问题》，对一般无效借贷，应判令借款方向出借方归还本金，按当事人过错决定责任承担，或直接按照同期银行活期存款利率的标准，由借款方向出借方支付因占用资金所产生的法定利息或者赔偿。对借款合同无效且损害国家或者社会公共利益的，法院对贷款方已经取得和尚未取得的约定利息与国家法定同期活期存款利息之间的利差部分仍应予以收缴；对借款方处以相当于银行同期借款利息的罚款。

10 参见最高人民法院（2010）民提字第110号民事判决书、（2013）民再申字第15号民事判决书，上述判决中均认定中间方对融资起到了积极帮助作用并获利，最终判决中间人对不能清偿的债务部分承担一定比例的赔偿责任。

新旧“排非规则”对比

■ 朱娅琳 / 文

为从源头上防范冤假错案的发生，根据中央深化司法改革的部署，2010年“两高三部”联合出台《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《非法证据排除规定》），标志着我国正式确立非法证据排除规则。2012年刑事诉讼法修改，吸纳了《非法证据排除规定》的主要内容，在立法层面确立非法证据排除规则。

非法证据排除规则的确立，对遏制刑讯逼供和非法取证发挥了积极的作用，但司法实践中由于法律规定较为笼统，相关部门和人员的理解和认识存在一定分歧，在一定程度上影响了法律实施的效果。为此“两高三部”于2017年6月20日联合印发了《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《规定》），紧扣司法实践中的突出问题，着眼于有效性和可操作性进一步规范司法行为，有效遏制刑讯逼供等非法取证行为。现笔者通过对比2010年与2017年出台的两个规定，以期帮助大家更好地理解《规定》的内容，更有效地运用到司法实践中去。

遵循《规定》划分的五个部分，逐一进行对比分析：

一、一般规定

《规定》将犯罪嫌疑人、被告人供述，证人证言，被害人陈述以及物证、书证等实物证据纳入排非的范围，相较

朱娅琳律师简介



京都律师事务所合伙人。2004年起任职于中国企业家协会从事法务工作。2008年入职京都律师事务所，专项从事刑事辩护业务并致力于企业家刑事法律风险的防控以及职务犯罪、经济犯罪的研究。多年来，其积累了丰富的企业法务工作经验和扎实的刑事法学理论功底，使其在刑事辩护领域得心应手，承办了“刘某”百亿元诈骗案；“曾某”诈骗案；“肖某”受贿案；“袁某”受贿案等国内具有影响的重大刑事案件，得到了当事人及相关办案人员的认可。

于2010年《非法证据排除规定》中，更为明确，但有三个问题值得我们注意：

第一，《规定》在排除“采取殴打、违法使用戒具等暴力方法或者变相使用肉刑的恶劣手段、采用以暴力或者严重损害本人及近亲属合法权益等进行威胁的方法收集的证据”时，要求必须达到使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦，并违背意愿而作出供述的程度，才可以将其排除。

显然，规定将判定被告人、犯罪嫌疑人“是否难以忍受及是否违背意愿”的权利赋予了法官。然而，每个人的身体状况不同、对痛苦的敏感程度不同、意志力程度不同，同样的暴力行为有的人忍受得了，有的人就忍受不了，法官又如何能判断出被告人、犯罪嫌疑人是否难以忍受呢？做出的供述是否违背意愿，这恐怕只有被告人、犯罪嫌疑人自己才知道。《规定》赋予法官的这一自由裁量权，其实并不科学，以法官并不科学的自由裁量来决定是否排非，其结果可想而知。

第二，《规定》于实物证据采用的是裁量排除原则，即在证据收集的过程不符合法定程序的情况下，首选进行补正或者作出合理解释，只有在无法补正或不能作出合理解释的，才予以排除。但此处问题就来了，什么情况下取得的物证可以“补正”？“解释”“补正”及“解释”的主体、程度、适用的范围又是什么？此处有必要加以说明和限制，以增加实操性。因为这一规定背后蕴含着打击犯罪和保障人权的博弈，



非法证据排除规则的确立，对遏制刑讯逼供和非法取证发挥了积极的作用，但司法实践中由于法律规定较为笼统，相关部门和人员的理解和认识存在一定分歧，在一定程度上影响了法律实施的效果。

在利益角逐的过程中，没有明确的规定，势必会造成理解的分歧，导致实践中的滥用，影响法律的实施效果。笔者认为，只有那些程序轻微违法的才可以通过“补正”“解释”的方式将证据趋于合法化，相反的，那些收集程序严重违法，甚至以侵犯人身权利为代价而取得的证据，无论通过何种方式，都不能使其合法化。

第三，规定了“重复自白”的排除原则及例外情形。2012年在修改《中华人民共和国刑事诉讼法》时规定了“不得强迫任何人证实自己有罪”在法律层面正式确立了自白任意性原则。以刑讯逼供等非法方式收集的证据违背了这一原则，不应在裁判案件的过程中采用。但是，关于犯罪嫌疑人、被告人受到刑讯逼供之后作出的与刑讯逼供时的供述相同的重复供述，是否应当予以排除的问题，在新修订的《刑事诉讼法》及《非法证据排除规定》并没有给出明确答案。因此在理论界及司法实践中一直存在很大的争议。

一种观点认为应该排除，原因是这种供述极有可能受到之前刑讯逼供产生的恐惧影响，该种重复供述属于“毒树之果”，应当排除。另一种观点认为不应排除，理由是在后来没有受到刑讯逼供的情形下所做的重复供述并不是先前侦查人员靠刑讯逼供获得的证据的派生证据，不符合“毒树之果”的理论，且法律并没有要求将此类证据一并排除，若将其排除没有法律依据。

此次出台的规定，采用了一种折衷的方式，即原则上一并排除，但符合以下两种特殊情况下，认为此前刑讯逼供的影响已经消除或阻断，犯罪嫌疑人、被告人不再受刑讯逼供的“余威”影响，该供述是真实的，可以采信。

其一，侦查期间，无法排除非法取证而更换侦查人员，再次讯问时告知诉讼权利及法律后果，犯罪嫌疑人、被告人仍自愿供述的。

其二，审查逮捕、起诉和审判时，检察人员、审判人员讯问时告知诉讼权利和认罪的法后果，犯罪嫌疑人、被告人仍自愿供述的。

笔者认为，将排除“重复自白”纳入《规定》已是司法

实践向前迈进的一大步，如果一味地排除重新讯问取得的重复性供述，势必会影响侦查机关自我纠错，主动排非的积极性、主动性。并且我国公、检、法三机关互有监督、制约的职责，随着诉讼阶段的变换，先前机关对犯罪嫌疑人、被告人的影响亦应消除。这样折衷的模式亦符合中国的司法实践现况。但是如此规定仍然留有非法取证的隐患。例如，先前的侦查人员在该部门中居于领导职位，新更换的侦查人员受其领导，在这种情况下新的侦查人员是否还有足够的勇气和抗压能力去纠错？再例如；虽然诉讼阶段变换，看似犯罪嫌疑人、被告人脱离了先前的办案机关，但是退补，补充起诉等情况仍然会使案件反向流转，届时嫌疑人、被告人将又被先前的办案机关“控制”。还有，即便犯罪嫌疑人、被告人脱离了原办案机关，但如何确保其亲属也脱离了原办案机关的威胁，使犯罪嫌疑人、被告人不再受其胁迫的影响也是一个问题。诸如上述情况无法解决，排非仍然得不到切实的保障。

但不论怎么说，此篇的修改、增设是保障了公民合法权利，提高司法公信力，是让人民群众在每一个案件中感受到公平正义的一大进步。

二、侦查期间

《非法证据排除规定》中，未就侦查阶段的排非作具体规定，而《规定》从讯问、提讯登记体检、补救措施（包括向检察院提出排非申请、驻所检察员监督、侦查机关自我检查）三个方面，作进一步具体规定，增强了操作性。此处结合司法实践，笔者想着重谈两方面的问题：

（一）同步录音录像的问题

《规定》第十条要求对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，必须对讯问过程进行录音录像。但是关于“重大犯罪案件”的范围并没有明确，实践中《中华人民共和国刑事诉讼法》《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》《最高人民法院、最高

人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》《公安机关办理刑事案件程序规定》《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》对于“重大案件”均有规定，但认定标准却不同。值得借鉴的是《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》，将“重大犯罪案件”列举的较为清楚、全面，包括：（一）可能判处无期徒刑、死刑的案件；（二）致人重伤、死亡的严重危害公共安全犯罪、严重侵犯公民人身权利犯罪案件；（三）黑社会性质组织犯罪案件，包括组织、领导黑社会性质组织，入境发展黑社会性质组织，包庇、纵容黑社会性质组织等犯罪案件；（四）严重毒品犯罪案件，包括走私、贩卖、运输、制造毒品，非法持有毒品数量大的，包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子情节严重的，走私、非法买卖制毒物品数量大的犯罪案件；（五）其他故意犯罪案件，可能判处十年以上有期徒刑的。

《规定》中仅仅要求讯问过程录音录像，应当不间断进行，保持完整性，不得选择性地录制，不得剪接、删改。但是实践中多出现将犯罪嫌疑人带入审讯室后先进行数十分钟甚至数小时的思想教育、动员工作，甚至是刑讯逼供、指供、诱供等非法行为，在犯罪嫌疑人与办案人员达成一定默契后，再进行录音、录像。这导致讯问过程的录音录像虽然没有间断，未剪接、删改，但此前的数十分钟甚至数小时，犯罪嫌疑人究竟经历了什么，我们无从得知。即便犯罪嫌疑人提出有非法取证的情况，其自身或辩护人也无从提供线索，无法启动排非程序。此处我们不妨借鉴一下最高人民法院关于印发《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》的通知，第五条第二款规定：在看守所、人民检察院的讯问室或者犯罪嫌疑人的住处等地点讯问的，讯问录音、录像应当从犯罪嫌疑人进入讯问室或者讯问人员进入其住处时开始录制，至犯罪嫌疑人在讯问笔录上签字、捺指印，离开讯问室或者讯问人员离开犯罪嫌疑人的住处等地点时结束。这样可以某种程序上杜绝“打时不录，录时不打”的情况，弥补司法实践中的漏洞。

笔者认为，同步录音录像是遏制非法取证一项较有力的措施，且没有技术难度，方便操作，因此建议进一步明确适用范围并尽快推广适用于所有的刑事案件，惠及更多的犯罪嫌疑人。

（二）体检的问题

由于看守所不是侦查机关，它的职责就是看管犯罪嫌疑人，所以对侦查机关及其侦查人员能够起到一定的制约作

用。而收押体检制度又是及时发现在和防范刑讯逼供的有效手段。看守所的体检记录能够直观的反映犯罪嫌疑人身体是否有伤或者存在异常，是审查判断证据收集合法性的重要依据。但是客观上又存在这样一个问题，就是看守所看似一个独立的机构，但其实质与侦查机关（这里仅指公安机关、安全机关）是一脉相承，让看守所监督侦查机关无疑存在“亲亲相隐”的可能，实践中表现为看守所一纸说明，讲述由于某些客观原因没有体检记录的，使入所体检制度流于形式。因此，《规定》中规定看守所收押犯罪嫌疑人进行身体检查时，驻看守所检察员可以在场，以确保看守所能够如实记录体检结果，为检察机关、审判机关在此后的诉讼阶段中审查、调查证据收集合法性，追究办案人员刑讯逼供、非法取证的法律责任及时固定证据。但是，笔者认为基于上述目的，仅仅要求驻看守所检察员在体检时“可以”在场还远远不够，既然列入第三方监督，应确保每一次的体检，均“应该”在场监督。此外，能否考虑将体检记录像提讯证一样作为必备的诉讼程序文件存于卷宗，通过硬性规定，确保体检制度不流于形式。

三、审查逮捕、审查起诉期间

这部分内容较《非法证据排除规定》规定的更为细致，明确了告知犯罪嫌疑人申请排非的权利、检察院调查核实的义务以及排非后的处理方式。

审查逮捕、审查起诉是刑事诉讼程序中两个承前启后的关键环节，结合前面规定的，重大案件人民检察院驻看守所检察员在侦查终结前应核查是否存在刑讯逼供、非法取证情形。这有助于人民检察院对非法收集的证据早发现、早核查、早排除。越早发现并纠正违法取证的行为，越能防止冤假错案的发生，越有利于保证案件审判结果的公平、公正。

四、辩护

辩护律师的介入，有助于推动非法证据的排除规则的实施，因此，《规定》在该部分进一步完善了辩护和法律援助制度。笔者认为，如今的律师代理刑事案件仍然仅关注法庭辩护是不够的，应将工作重点提前到法院开庭以前，在侦查、批捕、审查起诉中都要充分发挥律师的作用，不仅要关注实质辩护，更不能忽视程序辩护。排除非法证据是一项繁重、艰苦的工作，仅仅依靠当事人和司法机关是远远不够



的，必须要通过律师的推动来完成。现今仍有许多犯罪嫌疑人因缺乏律师的帮助，在面对刑讯逼供等非法取证时，不知如何保护自身的权益，难以获取办案人员非法取证的证据材料，其提出的排非申请也很难得到支持，这也对律师提出了更高、更新的工作要求——如何能在排非的过程中最大程度的发挥作用。（事实上笔者认为有律师介入收集证据，申请排非难度依然很大，除非侦查人员讯问时律师必须在场，但鉴于国情，此不赘述）

五、审判

《规定》在此部分主要完善了审判阶段对证据收集合法性的审查与调查程序。证据收集是否合法，直接关系到证据能力的问题，而证据能力是证据是否具备证明力的先决条件，只有先解决证据能力，才能谈得上举证、质证，进一步解决证明力的问题。所以法庭调查、核实应该有一定的顺序性。而关于何时进行证据合法性的调查，以前没有明确的规定，虽然根据“六机关”《关于实施刑事诉讼法若干问题的

规定》第11条，对证据收集的合法性进行法庭调查的顺序由法庭根据案件审理情况确定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第100条第二款规定：

“对证据收集合法性的调查，根据具体情况，可以在当事人及其辩护人、诉讼代理人提出排除非法证据申请后进行，也可以在法庭调查结束前一并进行。”但是这些规定也并没有对法庭调查的顺序作出硬性规定，导致在实践中，先开庭再调查、核实的情况层出不穷。一旦完成庭审，不论证据最终是否被排除，这些证据内容均会在审判长、陪审员、旁听群众的脑海中留下印记，很容易使人对证据的判断产生先入为主的影响，且实践中，庭审后的调查、核实基本上是流于形式，走过场而已，根本起不到预期作用。所以《规定》第32条强调，在法庭作出是否排除有关证据的决定前，不得对有关证据宣读、质证，从根本上杜绝了上述情况的发生。

总的来说，《规定》的出台进一步细化了排非的程序、作用，是以审判为中心的司法体制改革的重大举措，使排非更具有实战性和操作性。但也不难想象，在实践中仍然会遇到这样、那样的问题，但幸运的是我们毕竟又向前迈进了一大步。✎

红罐之争引发的思考

■ 常莎 / 文

一、案件回溯

自加多宝、王老吉2011年的商标之争开始，两者前前后后打了十几次官司，涉及的内容有商标之争、广告语之争、红罐装潢之争、商誉之争等。在多次的诉讼中，王老吉取得了压倒性的胜利，不算本次最高院的判决，加多宝仅在广药集团就《揭秘王老吉之争》广告一案胜诉过一次，剩下的案件获胜方皆为广药集团和王老吉大健康公司。

此次，最高院终审判决的案件是加多宝、王老吉之间的仿冒纠纷。2012年7月6日，王老吉和加多宝分别向法院提起诉讼，诉指对方使用红罐的行为侵犯了其红罐的特有装潢权益，构成不正当竞争。广东省高院一审支持了王老吉大健康公司和广药集团，认为加多宝生产红罐凉茶构成侵权。

2017年8月16日，最高院终审判决认为，广药集团与加多宝对涉案“红罐王老吉凉茶”包装装潢权益的形成均作出了重要贡献，双方可在不损害他人合法利益的前提下，共同享有“红罐王老吉凉茶”包装装潢的权益。

二、法律分析

我国加入《巴黎公约》后，在界定不正当竞争时越来越注意与国际趋同。一般认为，构成不正当竞争行为需要以下几个要件：

1.不正当竞争的行为主体是“经营者”；

常莎律师简介



京都律师事务所专职律师，北京经济法学会理事，中国社会科学院研究生院兼职教师，北京市律师协会信息网络与电信邮政委员会委员，北京市朝阳区律师协会知识产权研究会委员。主要执业领域为公司业务、知识产权、民商事诉讼仲裁。同时担任多家公司和机构的法律顾问，精通内外资企业知识产权战略管理规则，承办了大量诉讼及仲裁案件，拥有丰富的司法实践经验，赢得客户的广泛好评。

2.行为人主观方面有故意或者过失的“竞争意识”、客观方面有“竞争行为”；

3.竞争行为有直接违法或规避法律的违法性；

4.竞争行为具有不正当性、非诚实性；

5.竞争行为具有损害性。

本案中，加多宝是否具备2、3、4项要件存在争议。在最高院前，法院均认定加多宝不拥有该商品装潢而使用，属于过失地、不正当地、违法地使用该包装，构成不正当竞争。从此意义上讲，最高院的判决更具合理性。加多宝、王老吉双方对红罐包装的贡献难以衡量孰多孰少，将商品装潢相关权利单独判给一方有违公平原则。

同时，根据我国反不正当竞争法第5条第2项之规定，该种不正当竞争行为（仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢）的要件包括：

1.被仿冒的商品须为知名商品；

2.被仿冒的装潢需为该商品所特有；

3.仿冒知名商品的特有装潢需在相同或近似的商品上使用、仿冒实际或可能导致消费者的混淆或误认。

如果如此前法院判决时认为的“红罐”这一包装属于王老吉或者加多宝其中一方特有，那么毫无疑问，另一方的行为构成侵权。

广东省高院之所以在加多宝诉王老吉，以及王老吉诉加多宝的两个仿冒纠纷案件中都判决王老吉（广药集团和大健康公司）胜诉，便是因为其认为红罐的包装与王老吉的商标应结合在一起，广药集团才是“红罐”包装的持有人。在



加多宝诉王老吉案件中，广东省高院认为加多宝虽然对红罐申请了外观设计专利，但是外观设计专利不等同于特种包装装潢权，外观设计专利获得者不一定享有特定包装。加多宝公司继受了涉案知名商品特有包装装潢权，只是解决诉权问题，并没有解决归属问题。

在最高院审判前，王老吉与加多宝仿冒纠纷案争议的焦点一直是红罐包装与王老吉商标是否为一体不可分割的。若红罐包装需要和王老吉商标结合在一起，则该包装装潢权可能属于王老吉，若两者完全独立则可能归属于加多宝。但是本案的特殊性在于，一方面王老吉的商标确实属于广药集团，由其授权加多宝生产凉茶；另一方面加多宝为红罐包装做出了显著的贡献，王老吉凉茶与红罐包装已结合在一起，红罐王老吉凉茶获得如此巨大的成功离不开任何一方。所以，最高院作出的判决充分考虑了这一情况，以公平原则为基础而不是机械地适用法条，做出了双方共同享有红罐商品包装的判决。

三、发展趋势

在加多宝、王老吉仿冒纠纷案宣判的同一天，最高人民法院发布了《最高人民法院关于为改善营商环境提供司法保障的若干意见》。该意见规定要依法平等保护各类市场主体，全面贯彻平等保护不同所有制主体、不同地区市场主体、不同行业利益主体的工作要求，坚持各类市场主体法律地位平等、权利保护平等和发展机会平等的原则，推动形成平等有序、充满活力的法治化营商环境。该意见的出台与加

多宝案的判决一起为日后的相似案件提供了一种思路，即要以平等原则为基础，不能机械地判决，导致判决结果显失公平。

随着中国市场经济的发展，知识产权及其派生权利附带的商业价值越来越高。除了最为基础的著作权、商标权与专利权之外，知名产品的特有包装、装潢也包含了巨大的经济价值。对授权方而言，应该尽可能完善授权合同，约定因授权合同产生的知名商品权，及相应的包装装潢等权利归自己所有。对使用方而言，应该把包装装潢尽可能多地申请平行的知识产权权利，包括但不限于设计图版权登记、外观设计专利和立体商标等，以维护自己在生产经营中获得的商业权益。加多宝和王老吉之间的众多纠纷，虽然有公私合营、商标与配方分离、加多宝公司红罐凉茶的成功运营等历史原因，但是更重要原因的是双方产品定位相同，市场竞争激烈。市场经济必将导致竞争和不正当竞争，一方面知识产权制度设立的目的就是鼓励正当竞争，不允许权利的滥用；另一方面知识产权必然引发违反商业道德、竞争秩序的行为，必须通过反不正当竞争法调和。

仔细分析加多宝与王老吉的纠纷，不难发现在两者的诉讼中，反不正当竞争法与知识产权法已经交融在一起。这是因为知识产权法不仅确认和保护知识产权人的利益，而且服务并追求公平竞争的目标。对他人知识产权的侵犯，往往构成一种不正当竞争行为。阻止不正当竞争行为的一个行之有效的方法就是赋予受害人包括知识产权在内的相应权利。当然，反不正当竞争法保护的对象除了竞争经营者的正当利益之外，还包括消费者利益和社会整体利益。现代反不正当竞争法所规制的行为也越来越超出侵犯私人知识产权的范围。这也是加多宝与王老吉的仿冒纠纷，在之前的审理中一直强调即使加多宝拥有红罐的外观设计，却不能当然地享有红罐装潢权的原因。

知识产权尤其是商标权的价值完全来自于市场，因此商标或者产品装潢权的归属等法律问题只是竞争市场份额的其中一种方式。对于市场经营者而言，更重要的是扩大市场，获取消费者的认同感。商标权和以商标权为中心的市场混淆行为的反不正当竞争法保护，其实质便在于分辨品牌，维护消费者的权益，维持市场秩序。因此，除了明确商标权及其相关权利的归属之外，市场经营者需要做的便是获得消费者的信任与喜爱，只有获得稳定的消费者群体，企业才能长足健康发展。✎

营业信托纠纷争什么？

■ 高琨 / 文

随着经济的发展,营业信托业务在我国早已蜕变为企业的融资渠道。企业将目光聚焦信托市场,原因不是将自有资金设立信托获得相应收益,而是借信托之手吸引社会资金,从而弥补自有资金的不足。然而,随着近年来曾经热门的信托投资行业——房地产、矿产等行业逐渐难及昔日辉煌,相关信托产品频频出现未如约兑付的情况,由此导致相关纠纷开始逐渐进入司法视野。

目前此类纠纷主要发生的争议焦点有哪些?相应的司法裁判要旨是什么?裁判所依据的主要证据是什么?笔者通过公开可查途径检索了“营业信托纠纷”相关案例,从中选取几则最能体现目前营业信托纠纷争议焦点的典型案件,通过案例就上述问题做简要总结,并供读者参考。

争议焦点一：纠纷性质之争

案件名称：安信信托投资股份有限公司诉昆山纯高投资开发有限公司（下称昆山纯高公司）、戴海峰、戴小平、嘉兴纯高投资开发有限公司（下称嘉兴纯高公司）营业信托纠纷案

原被告双方主张：

1.原告主张，双方是贷款合同法律关系，理由如下：

（1）原告按照约定发放了贷款，发放贷款时借据、收据中均表明该笔款项性质为“借款”。

（2）双方依据该贷款合同办理了相应的抵押登记，办理了具有强制执行效力的公证。且被告戴海峰、戴小平、嘉兴纯高公司作为保证人就该笔贷款出具了担保函。

（3）被告在其向原告出具的承诺函、律师函回复、情况说明等文件中也表明双方一直以来都是以《信托贷款合

高琨律师简介



吉林大学法学硕士，京都律师事务所
民商诉讼部律师

同》为依据协商如何履行各自的义务。

2.被告主张，原告与被告昆山纯高公司之间是资产收益财产权信托法律关系，理由如下：

（1）原告根据信托合同将转让款交付给被告昆山纯高公司，双方之间不存在贷款关系，原告从信托专户中向被告昆山纯高公司支付的是优先受益权转让款。

（2）相关凭证（特种转账借方凭证等）上写“贷款”、“还款”，名为贷款，实为按信托约定支付优先受益权本金及收益，是被告昆山纯高公司认识错误，不影响法律关系。

裁判依据：

1.依据《信托合同》与《信托贷款合同》（包括：合同签订时间、资金来源、还款结构等条款内容），以及庭审笔录中双方对于各份合同签订时间、资金来源的确认，认定：《信托合同》成立在先，贷款资金来源于信托募集资金，且信托合同已履行完毕；《信托贷款合同》的还款方式采用信托合同中对信托专户最低现金余额的约定方式，该合同依附于信托合同而产生，原告发放贷款又有违信托合同约定。另外在特种转账借方传票中，其摘要亦载明：支付信托优先受益权转让款、优先受益权转让款。

2.依据信托宣传材料认定，对案外投资人而言，其所能知晓的法律关系仅仅是信托合同，本案信托的设立、投资人资金的募集，都具有公示效力。

裁判要旨：

本案纠纷的性质应定为营业信托纠纷。《信托贷款合同》仅作为表面形式，其实质在于实现信托合同中所约定的抵押权登记。

（1）被告现要求本院完全否认《信托贷款合同》并进



而否定抵押权的存在，与双方当时的合意不符，不予采信。本案信托财产仅仅是受益权，而基础财产的抵押是保障案外投资人获得受益权的重要手段，如果缺乏这种抵押，原告亦无法为被告昆山纯高公司招徕足够多的案外投资人。由于信托合同结构复杂、权利义务不清晰，难以用于办理抵押登记，为此，原告与被告昆山纯高公司通过签订《信托贷款合同》以达成办理抵押登记手续的目的，情有可原。对此双方均有预期且达成了合意。

(2) 原告与被告昆山纯高公司之间的权利义务以及违约责任，应以信托合同为准。原告借机在《信托贷款合同》约定被告承担罚息、复利、违约金等责任，借被告违约之机，主张高额的违约责任归其所有而不是归于案外投资人所有，这种未经案外投资人同意，借助案外投资人财产为自己私自谋利的行为违反诚实信用原则，不应予以支持。

案件名称：原告中国金谷国际信托有限责任公司（下称金谷信托）与被告玉环县中小企业投资管理有限责任公司（下称中小企业公司）金融借款合同纠纷（一审）

原被告双方主张：

1.原告主张，金谷信托按照《承诺函》的约定履行了借款的义务，被告应当按照《承诺函》的约定履行还本付息的义务，理由如下：

(1) 中小企业公司系金谷信托发行并作为受托人的某信托计划的次级投资人。

(2) 中小企业公司向金谷信托出具《承诺函》，其中明确：中小企业公司因资金状况暂无力承担信托计划中的差额补足义务，为此特向金谷信托借款9210万元，用以履行差额补足义务。

(3) 金谷信托按照中小企业公司要约的要求作出承诺的行为，中小企业公司应当按照《承诺函》的约定履行还本付息的义务。

2.被告主张，本案不属于金融借款合同纠纷，应属于信托合同纠纷，理由如下：

(1) 按照我方与金谷信托签署的信托合同等约定，我方已依约支付部分信托本金。

(2) 金谷信托作为信托受托人按照信托计划以金谷信托名义出借信托财产给借款人。

(3) 金谷信托有权依据《信托合同》等约定要求中小企业公司承担差额补足义务。

裁判依据及裁判要旨：

中小企业公司向金谷信托出具的《承诺函》系其向金谷

信托发出订立借款合同的要约，金谷信托对该要约进行承诺后，金谷信托和中小企业公司之间形成借款合同关系，此合同是双方当事人的真实意思表示，内容不违反国家法律、行政法规的强制性规定，应属合法有效。中小企业公司认为本案属于信托合同纠纷，其主张依据不足。

争议焦点二：信托财产确定性之争

案件名称：

上诉人世欣荣和投资管理股份有限公司（下称世欣荣和）为与被上诉人长安国际信托股份有限公司（下称长安信托）、天津鼎晖股权投资一期基金（有限合伙，下称鼎晖一期）、天津鼎晖元博股权投资基金（有限合伙，下称鼎晖元博）、天津鼎晖股权投资管理中心（有限合伙，下称鼎晖管理中心）、原审第三人天津东方高圣诚成股权投资合伙企业（有限合伙，下称东方高圣）信托合同纠纷（笔者注：此案件为最高院公报案例）

上诉人与被上诉人双方主张：

1.上诉人主张，本案信托财产并不确定，理由如下：

(1) 本案中在确定信托财产是否确定时应针对涉诉股票收益权是否确定来进行。原审判决以信托资金是确定的就认定信托财产确定，是错误的。

(2) 信托财产的确定应是其“所有权”的确定。本案中涉诉股票上被设定了权利负担，涉诉股票有被案外人回购的可能；被上诉人长安信托与被上诉人鼎晖一期、鼎晖元博签订《股票收益权转让协议》、《股票质押合同》会使案外人回购受阻进而侵害社会公众股东利益，所以《股票收益权转让协议》存在无效的可能，因此本案中涉诉股票的所有权也就不确定，相应地，作为涉诉股票所有权权能之一的股票收益权也就不确定。

(3) 原审判决以涉诉股票最终未发生被回购情形为由来否认信托财产的不确定性，不能成立。涉诉股票未实际发生被回购，也无法补正信托财产即涉诉股票收益权的不确定。

2.被上诉人主张，本案信托财产是确定的。

被上诉人长安信托理由如下：

(1) 世欣荣和公司必须具备“确定”性的信托财产概念理解错误。《信托法》第七条、第十一条、第十四条的规定表明，信托财产“确定”只是信托设立时的要求，信托设立后在执行阶段无需“确定”性。本案信托设立的信托资金是确定的。

(2) 本案中长安信托的财产损失是信托下正常风险所引起, 该损失与涉诉股票的所有权不确定没有关系。

(3) 涉诉股票的所有权并不存在“不确定”。其一, 涉诉股票上被上诉人长安信托已经设立了质押权, 该物权优于案外人享有的作为债权的回购权; 其二, 案外人对涉诉股票享有的回购权实质是对案外人小股东的补偿。即便发生回购情形, 被上诉人鼎晖一期等可以在市场上购买相应数额股票来满足回购要求, 不会导致涉诉股票不确定; 其三, 本案中事实上也没有发生回购情形。

2. 被上诉人鼎晖一期、鼎晖元博、鼎晖管理中心理由如下:

鼎晖一期、鼎晖元博持有的涉诉股票及收益权是信托资金购买的对象, 并不是信托财产。所以该股票收益权是否会被回购, 并不影响信托财产确定性。

裁判依据:

(1) 东方高圣按照涉诉两份《信托合同》认购信托单位而交付给长安信托的112031000元资金, 因上诉人世欣荣和公司被上诉人长安信托、东方高圣均认可其属于上述《信托合同》项下的信托财产, 故本院对该资金属于受托人长安信托获得的信托财产予以确认。

(2) 因受托人管理运用、处分信托财产而取得的财产也应归入信托财产, 而长安信托以上述资金从鼎晖一期、鼎晖元博处受让涉诉股票收益权系运用信托财产, 故上诉人世欣荣和公司主张被上诉人长安信托因此取得的涉诉股票收益权亦属于信托财产, 本院予以支持。

(3) 本案中, 被上诉人长安信托与鼎晖一期、鼎晖元博分别在相应《股票收益权转让协议》中约定, 股票收益权内容包括鼎晖一期及鼎晖元博持有的股票的处置收益及股票在约定收益期间所实际取得的股息及红利、红股、配售、新股认股权证等孳息。该约定明确了长安信托所取得的涉诉股票收益权的数量、权利内容及边界, 已经使得长安信托取得的涉诉股票收益权明确和特定, 受托人长安信托也完全可以管理运用该股票收益权。

裁判要旨:

信托法律关系中信托财产的确定是要求信托财产从委托人自有财产中隔离和指定出来, 而且在数量和边界上应当明确, 即, 信托财产应当具有明确性和特定性, 以便受托人为了实现信托目的对其进行管理运用、处分。信托财产无论是东方高圣按照涉诉两份《信托合同》交付给长安信托的资金, 还是长安信托以上述资金从鼎晖一期、鼎晖元博处取得的股

票收益权, 均系确定。

争议焦点三: 受托人是否尽责之争

案件名称: 上诉人太原市东阁服务有限公司(下称东阁公司)、上诉人安信信托投资股份有限公司(下称安信信托)因与被上诉人中国光大银行股份有限公司太原分行(下称光大银行太原分行)、被上诉人河南新陵公路建设投资有限公司(下称新陵公司)及被上诉人河南省万通路桥建设有限公司(下称万通公司)营业信托纠纷

上诉人被上诉人双方主张:

1. 上诉人主张:

(1) 上诉人太原市东阁服务有限公司主张: 安信信托在履行信托合同过程中存在过错, 应按信托法律关系承担赔偿责任财产损失的责任, 理由如下:

安信信托对信托资金的流出监管不严, 使得新陵公司负责人李乙和光大银行太原分行原私人业务部总经理贾某某挪用项目资金, 用于弥补贾某某个人经营的亏损, 进而导致新陵公司项目未能如期完工。

安信信托未能审查发现项目的缺陷, 管理信托事务存在严重失职。新陵公路项目尚缺《公路工程项目报建表》、《公路工程开工报告》和《环境影响报告书》等材料, 未办完合法建设项目的全部手续。根据上诉人一审时已经提交的山西省交通厅文件证明, 陵马公路根本就不存在。

在证据已经表明安信信托未尽善良管理义务的情况下, 安信信托应按信托法律关系承担赔偿责任财产损失的责任, 而不应以收回的信托财产为限, 向上诉人支付信托利益的责任。

(2) 上诉人安信信托投资股份有限公司主张: 本案系争的信托项目未完工, 因完全是因上诉人东阁公司与被上诉人光大银行太原分行恶意串通, 以合法的信托方式掩盖其非法挪用信托资金的目的而造成的, 本案系争信托合同应当被认定无效。

根据原审法院向太原市检察院调查和对新陵公路实地调查所取得的材料, 以及国家审计署对光大银行太原分行河南新陵公路信托项目所作的专项审计报告和光大银行太原分行对国家审计署专项审计报告的自认, 均已证明光大银行太原分行实施新陵公路信托项目的主观恶意及非法目的。

2. 被上诉人主张:

(1) 被上诉人光大银行太原分行主张: 我方在整个项目中没有过错。安信信托没有尽到管理人的义务, 应当承担



赔偿责任,理由如下:

在安信信托主动发起信托后,通过我方代理销售信托计划,我方才向客户募集。根据当时的信托管理法规,代理募集信托计划不能超过200人,而实际向1923人募集,故我方将资金交给威廉公司、东阁公司。本案中,我方与威廉公司、东阁公司是委托法律关系。两公司作为我方的受托人与安信信托签订信托合同,不违反法律,不存在恶意串通规避法律侵害安信信托利益的情况。

(2)被上诉人新陵公司、被上诉人万通公司主张:基于2,000万元被光大银行太原分行挪用,新陵公路无法完工收费。

裁判依据及裁判要旨:

安信信托并不存在过错,理由如下:

1.安信信托在信托合同履行过程中已经按照合同约定履行了相关的义务。信托计划开始之初,将信托资金按照信托文件规定以及《贷款合同》的约定,汇入新陵公司开设在光大银行太原分行的信托专户中。在信托项目的进展中,及时披露信托项目存在的风险情况,要求信托项目借款人及时履行支付借款利息义务并敦促其履行公路收费权质押承诺,对信托资金以及项目的进展履行了监管职责。

2.导致账户资金被挪用是光大银行太原分行实际控制了相关账户所致,而非安信信托监管不力,故安信信托对此不应担责。从资金流向情况来看,贷款项目资金当中的2,000余万元资金并没有真正用于新陵公路建设,而是在万通公司、东阁公司、新陵公司开设在光大银行太原分行的系列账户之间进行资金流转。从账户实际控制情况来看,光大银行太原分行实际控制了万通公司、东阁公司、威廉公司、新陵公司开设在光大银行太原分行的账户。

3.新陵公司支付给安信信托关联公司——凯盟公司的296万元系支付财务顾问费,该笔费用属于另一法律关系,与本案并无直接关联。无充足的证据证明安信信托与新陵公司事先达成安排,明知新陵公司支付该笔款项非法而由关联企业凯盟公司收取。无证据证明凯盟公司收取该笔咨询费是非法的。同时无证据证明就凯盟公司收取该笔咨询费这一事件中安信信托存在过错。

延伸阅读:

营业信托纠纷案由下的案件中,绝大部分都涉及受托人即信托公司是否尽责的问题,从裁判结果来看,做出“受托人已尽到自己的职责,不存在过错”的判断占据大多数,而形成这一判断的理由主要有以下几点:

1.受托人揭示了可能存在的风险,相关方已确认其完全

了解并自愿承担信托资金运用可能产生的相应风险。信托公司没有通过尽调报告等文件误导相关方启动或加入信托项目。信托相关文件中出现笔误,受托人在后续信托文件中予以纠正,该纠正经相关方签字确认。

2.受托人信托管理过程中,已经尽到了诚信及勤勉义务。信托公司对信托资金运用进行了监管,通过各种公开途径及时进行信息披露,必要时根据信托合同的约定积极采取了相应措施。

3.信托终止时,受托人将终止时的信托财产进行分配,相关方未表示异议。

4.受托人没有违背信托目的,擅自处分信托财产。

5.受托人没有利用信托财产为自己谋取不正当利益。

案件名称:

上诉人新华信托股份有限公司(下称新华信托公司)与被上诉人钱海莹信托纠纷

上诉人与被上诉人双方主张:

1.上诉人主张:新华信托公司已按照合同约定管理信托财产,未能向钱海莹分配信托财产及收益的原因是项目公司未能向新华信托公司按时支付信托本金及收益,且《认购风险申明书》中新华信托公司没有承诺信托资金的最低收益。

2.被上诉人主张:新华信托公司作为信托受托人,没有把项目履行情况、分配情况向被上诉人公开,被上诉人有理由相信:信托计划已经按约履行完毕,应当根据信托合同向信托受益人进行分配。

裁判依据及裁判要旨:

上诉人未尽其应尽的披露及管理义务,应按照合同约定向钱海莹分配信托本金及收益,并承担相应的违约责任。

1.信托合同约定,信托计划存续期间,如果发生可能对信托受益人权益产生重大影响的事项时,受托人在知道临时事项发生之日起10个工作日内向委托人或受益人作临时披露等。

2.信托合同还约定,新华信托公司作为受托人,应当在信托终止后10个工作日内编制信托财产分配的清算报告。

3.即使被上诉人应当了解信托计划具有投资风险,但在合同期满后新华信托公司既未向钱海莹分配信托本金及收益,亦未举示证据证明湖州凯旋信托计划发生不可归咎于其自身原因的损失,亦未尽到合同约定的编制清算报告、临时披露等义务。

延伸阅读:

就笔者检索到的案例来看,在营业信托纠纷案例中,法院最终认定受托人未尽到管理、披露等应尽职责的案例,认

定的理由均为受托人违反信托合同的约定，未尽到披露及监管等管理义务。

争议焦点四： 委托人是否履行了应尽义务

案件名称：原告中国金谷国际信托有限责任公司（以下简称金谷信托公司）与被告浙江优选中小企业投资管理有限公司（以下简称浙江优选公司）营业信托纠纷

原被告双方主张：

1.原告主张：按照《资金信托合同补充协议》的约定，金谷信托公司有权要求浙江优选公司无条件按照特定的金额受让延长期优先级信托本金和收益。

2.被告主张：金谷信托公司提出的浙江优选公司“差额补足及无条件按照特定的金额受让延长期优先级信托本金及收益义务”的条件不成就。

裁判依据及裁判要旨：

浙江优选公司应当继续履行《合作框架协议》规定的差额补足义务，并在金谷信托公司提出要求的时候无条件按照以下公式计算的金额收购优先级受益权。

1.《资金信托合同补充协议》系金谷信托公司与浙江优选公司经过协商自愿签订的协议，并非金谷信托公司提供的格式合同，且显失公平亦不属于认定合同条款无效的法定理由，因此应当认定《资金信托合同》和《资金信托合同补充协议》有效，双方当事人均应当依约履行己方的义务。

2.双方在上述协议中约定优先级受益权可以转让，符合法律规定；且金谷信托公司已经依约履行了支付标的信托受益权转让价款的义务，依法受让了本期信托计划项下的全部优先级受益权。

3.中国工商银行网上银行电子回单证明金谷信托从自己的信托报酬账户向信托计划项下的信托财产保管账户转账支付8966.1万元，该笔款项后经信托财产保管账户陆续转账支付至优先级受益人的收款账户。

4.浙江优选公司与金谷信托公司签订《资金信托合同补充协议》，对本期信托计划顺延期间由担保公司先行偿付贷款本息的约定进行了变更，变更为：浙江优选公司将继续履行《合作框架协议》规定的差额补足义务，并在金谷信托公司提出要求的时候无条件按照以下公式计算的金额收购优先级受益权。

5.金谷信托公司是否依约履行了其在《资金信托合同》

项下的受托人义务，不影响金谷信托公司在本案中依据《资金信托合同补充协议》的约定，以优先级受益人身份要求浙江优选公司履行无条件收购优先级受益权的义务。

案件名称：

原告新华信托股份有限公司（以下简称新华信托公司）与被告武汉湖畔豪庭房地产开发有限公司（以下简称湖畔豪庭公司）、刘宏梁、钱昌秋、周国庆信托合同纠纷

原被告双方主张：

1.原告主张：双方之间《信托计划合作协议》、《保证合同》、《股权质押协议》等合同文本真实、合法、有效，被告湖畔豪庭公司、刘宏梁、钱昌秋、周国庆应当积极履行支付信托收益、信托报酬、保管费等合同义务。

2.被告主张，被告无需再履行相关义务，理由如下：

（1）新华信托公司没有提供相关证据证明其诉讼主张；

（2）信托资金的性质在股权投资时已经转化为负债，只能将可分配的利润作为信托收益、保管费、报酬等的来源；

（3）新华信托公司隐瞒了信托资金已经退出的事实，新华信托公司已经将湖畔豪庭公司的全部资产转移，并采取了质押贷款的方式转入湖畔豪庭公司的关联公司，完成了所有的收益报酬，信托计划已经全部实现；

（4）因信托计划已经完成并退出故本案的其他担保人不应承担担保责任。

裁判依据及裁判要旨：

新华信托公司的诉讼请求不能成立，本院不予支持。因新华信托公司并未举示充分证据证明本案《合作协议》项下的信托计划仍然在进行，亦未按照《合作协议》约定的方式退出资金，其请求湖畔豪庭公司向其支付信托计划届满后的信托收益、信托报酬、保管费，以及律师代理费并无法律与事实依据，本院不予支持。对新华信托公司请求刘宏梁、钱昌秋、周国庆对湖畔豪庭公司债务承担连带清偿责任，以及其对于本案质押股权享有优先受偿权的诉讼请求，本院亦不予支持。

上述案例反映了信托诉讼中，主要发生在性质之争、信托财产是否确定之争、受托人是否勤勉尽责之争、委托人是否应尽合同义务之争的纠纷，管中窥豹、略见一斑。随着多元化资财富理需求的爆发，投资渠道越发受到青睐，信托资金更多进入股权市场、家族信托市场、海外信托市场，越来越多的纠纷将呈现在人们面前，资金运用的多元化，将带来纠纷的复杂化，信托市场的健康发展有赖于各方的共同努力。



内地企业在中国香港上市或 面临强制执行风险

——由法国Arjowiggins公司申请晨鸣纸业强制清盘案引发的思考

■ 柏高原, 汤杰/文

前言

随着我国内地企业在境外上市、全球投融资布局的快速增长以及境内公司与境外公司之间合作往来的增多,涉外商事争议也越来越多。而在涉外争议解决中,许多企业因不了解国际通行的仲裁解决方式、仲裁规则与惯例以及境外法院对于仲裁的实操及态度,很难控制风险,也因此在发生争议后常处于被动境地。近期发生的法国Arjowiggins公司在香港申请中国内地公司晨鸣纸业强制执行案,情节一波三折,引人深思。

一、合资协议引纠纷, 香港法官驳撤裁

法国公司Arjowiggins和中国内地山东公司晨鸣纸业于2005设立了一家合资企业,在经营过程中产生了纠纷。2012年,Arjowiggins公司根据合资协议的仲裁条款向香港国际仲裁中心(HKIAC)提起仲裁。2015年底,由Dr. Michael Moser、卢松教授和首席仲裁员Christopher Lau组成的仲裁庭作出了Arjowiggins公司获得金

柏高原律师简介



柏高原律师于南开大学获法律硕士专业学位,并于2010年在天津大学获管理学博士学位。现为京都律师事务所合伙人。执业领域包括:银行信托法律事务;私募股权投资基金设立、募集及运作;外商投资企业设立、变更、增资、境内再投资等;企业重组、改制及并购;企业日常法律事务等。

额2.47亿美元的裁决。裁决作出后,Arjowiggins公司向香港法院Mimmie Chan法官申请取得执行仲裁裁决的许可。但执行程序随即被晨鸣纸业向香港法院提出的撤销仲裁裁决的申请打断。

晨鸣纸业申请撤裁的主要理由为:

1. 仲裁协议无效。涉案仲裁协议仅约定仲裁程序适用香港国际仲裁中心的仲裁规则而没有明确约定机构,违反内地《仲裁法》第十六条的规定;

2. 管辖权异议。中国内地有另一诉讼正在法院进行,仲裁庭无管辖权;

3. 组庭程序不合规。仲裁庭的组成不符合仲裁规定和当事人约定,且仲裁员由HKIAC委员会指定而不是HKIAC主席指定。

本案合资协议和仲裁协议均应受中华人民共和国(PRC)法律管辖,其中仲裁协议条款为:“由本合资协议产生或相关争议应适用香港国际仲

裁中心仲裁规则在香港通过仲裁最终解决……”¹, 中华人民共和国仲裁法第十六条规定:“仲裁协议应当具有下列内容:(一)请求仲裁的意思表示;(二)仲裁事项;(三)

¹ “Disputes arising out of or in connection with the JV Contract shall be referred to and finally resolved by arbitration in Hong Kong in accordance with the Arbitration Rules of the Hong Kong International Arbitration Centre (the “HKIAC Rules”) …”

选定的仲裁委员会。”最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释（法释〔2006〕7号）第四条规定：“仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。”对于晨鸣纸业提出的上述第一点撤裁理由，香港Mimmie Chan法官在Arjowiggins HKK2 Ltd v Co [2016] HKEC 2472号判决中表示，根据香港国际仲裁中心（HKIAC）之仲裁规则，HKIAC是“可以明确的仲裁委员会”（identifiable as the “Arbitration Commission”），此外，

她还查明当事人双方达成过“补充协议”（supplemental agreement）明确了HKIAC的名称。最后，她指出，当事人提出的反对应当避免“不适当的延迟”（undue delay），否则应视为权利的放弃。²Mimmie Chan法官也驳回了第二点理由，因中国内地法院的诉讼为合资公司和晨鸣纸业之间的完全另一争议，与Arjowiggins公司无关。针对第三点理由，Mimmie Chan法官指出无重大影响的技术性问题或细微的程序异议不足以导致裁决的撤销（这也是香港地区长期建立的一项原则）³。此外，HKIAC主席也是HKIAC委员会的一员。这一案例再次反映出香港法院长期坚持的“友好仲裁信号”（arbitration-friendly message），特别是Mimmie Chan法官，本案结果不仅立即驳回撤裁申请，还在判词中斥责晨鸣纸业的撤裁请求“毫无事实依据”（totally without merit）。

二、撤裁目的未达成， 执行禁令再被驳

撤裁程序结束后，Arjowiggins重新申请启动执行程序，

汤杰



京都律师事务所实习律师

寻求在香港实现裁决赋予的权利（因合资企业曾针对自己的中方股东晨鸣纸业在中国国际经济贸易仲裁委员会提起仲裁，赢得人民币9000余万元。但胜诉贸仲裁决最终被潍坊市中级人民法院裁定不予执行，山东省高级人民法院此后又在复议程序中维持了不予执行的裁定⁴，故此次调整策略，转战香港）。晨鸣纸业注册在中国内地，在香港没什么资产，但持有香港H股上市股票。因此，Arjowiggins公司以晨鸣纸业拒不执行仲裁裁决为由，向香港法院申请将晨鸣纸业在香港强制清盘。同时，晨鸣纸业也申请香港法院作出阻止清盘申请的禁令。

2017年7月7日，Jonathan Harris法官作出本案判词⁵（HCMP3060/2016），他指出，晨鸣纸业是一家注册在中国内地地区的公司，持有深圳证券交易所A股和B股的股票，同时，持有香港证券交易所主板H股股票。根据香港公司条例（the Companies Ordinance），其为“非香港公司”（non-Hong Kong company）。本案中，法院必须考量其对于“非香港公司”（non-Hong Kong company）的强制清盘管辖权是否能够合理行使。他援引了2015年的Kam Leung Siu Kwan v Kam Kwan Lai一案中，Chief Justice Ma和Lord Millett对非香港公司清算总结了相关原则：以下情形下“非香港公司”（non-Hong Kong company）可以被清算：A. 公司被解散或已停止经营业务，或仅为清算从事相关活动；B. 公司无法偿还债务；C. 法院合理和公平地认为公司应当进行清算。从上面可以看出，该问题还是涉及到法官的自由裁量权。首先，最有权清算公司的是其注册所在地法院，非注册地法院如果作决定有被视为“过分”（exorbitant）或“越权”（usurping）的风险，故，法院在此问题上，应持必要谨慎的态度（self-imposed constraints），其中有三个核心要求（core requirements）必须

2 参见：Arjowiggins HKK2 Ltd v Co [2016] HKEC 2472

3 参见：<http://globalarbitrationreview.com/article/1076351/paper-producers-set-aside-request-torn-apart-in-hong-kong>

4 参见：申请执行人阿尔诺维根斯晨鸣特种纸有限公司与被执行人山东晨鸣纸业集团股份有限公司蒸汽供应合同纠纷案（(2014)鲁执复议字第62号）

5 参见：MISCELLANEOUS PROCEEDINGS NO3060 OF 2016 IN THE HIGH COURT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION COURT OF FIRST INSTANCE



要满足⁶：A. 公司要与香港有充分联系，而不一定必须有财产在香港；B. 必须有合理的可能性使清算手段让申请人受益；C. 法院必须对公司资产分配中的一人或多人有可执行的管辖权。Jonathan Harris法官认为上述三个核心要求应视为法官行使自由裁量权的参考因素。

晨鸣公司对于强制清盘的方式提出不满，其认为其

与香港唯一的联系就是H股上市股票，除此之外，其在香港既没有财产也没有实际经营活动，本案应执行中国内地财产。Arjowiggins则认为晨鸣公司在香港的上市股票是其在香港有价值的且可实现的财产。Jonathan Harris法官认为，问题的关键不在于公司在香港是否有财产或申请人能否从清盘中获益，而是有没有合理的理由使申请人从被申请执行人清盘中获益。他认为，晨鸣纸业在完全具备清偿能力的情况下不应拒绝履行仲裁裁决。晨鸣纸业通过在香港上市享受香港金融系统、司法系统资源优势的同时，应积极履行相应义务。晨鸣纸业拒绝履行仲裁裁决的行为，罔顾香港司法体系的公正，藐视香港法院的权威。如果晨鸣纸业希望继续在香港上市，就应当遵守Mimmie Chan法官关于执行仲裁裁决的判决。因此，Jonathan Harris法官驳回了晨鸣公司阻止清盘禁令的申请。

三、禁令驳回再上诉， 执行风险使人忧

Jonathan Harris法官的判决作出后，晨鸣纸业已提起上



诉。然而，无论从前述撤裁案中Mimmie Chan法官的态度，亦或是执行清盘案中Jonathan Harris法官的判词，都可明显看出香港法院对于香港仲裁裁决的友好态度以及灵活适用法律的精神以及维护大局的宗旨。因此，晨鸣纸业在香港的股票仍面临一定的执行风险。Arjowiggins现已要求根据香港法例第32章《公司（清盘及杂项条文）条例》将公司清盘及其他香港高等法院认为合适的命令，以及此次清盘呈请的讼费由公司的资产支付。此清盘呈请将于2017年8月23日上午于香港高等法院进行聆讯。根据清盘及杂项条文第182条规定，在由法院作出的清盘中，清盘开始后就公司财产作出的任何产权处置，以及任何股份转让或公司成员地位的任何变更，除非法院另有命令，否则均属无效。⁷

结语

本案提醒我国内地企业，无论是在合同签订还是发生争议时，都应对国际争议解决方式以及境外司法实践操作给予足够的重视，企业境外的资产包括上市股票同样也面临被执行的风险。本案后续也值得我们持续关注。✎

6 参见：[2009]6HKC 351, 355-6, [23]

7 参见：<https://kknews.cc/finance/eo695kn.html>，访问于2017年8月13日



刘铭律师简介



京都律师事务所高级合伙人律师，毕业于北京大学、长江商学院EMBA 27期，教授（兼职）、独立董事、

北京市政府特约人员、民盟北京市委委员、朝阳区政协委员、政府监察员、检察院监督员、法学会理事、中央电视台《社会与法》频道特约评论员，北京市司法局副处级挂职(2014年)，担任部委、政府、国际知名公司、大型国有企业、民营企业法律顾问，代理众多复杂诉讼、非诉讼案件，在公司事务、知识产权、资本市场、公司并购重组等有深入的法律实践，具有很高的行业知名度。

无题

■ 刘铭 / 文

在城市的一隅
寻一处房子
这里有窗外四季的变化
有延伸至水畔的木栅栏
有庭院
春天要开满花
溢出芬芳和燕子呢喃
有两只狗和一只猫在树下追逐

这里可以装得下我的书
我的画
我的白衬衣
我喜欢的音乐和青草香
可以盛得下我追赶的思想和灵魂
要有亲人迎送的目光
容得下已说了千遍的嘱托

这里有我想要的安静
一个人的星空
映着深秋夜读的灯

还可以每晚
在周遭寂寥的天幕下
饮一杯淡酒

就这样
每天
把日子读成水一样的颜色
像慢慢吹过岁月的风

“泉计划”第六期助学帮扶金暨 第四期优秀学子奖励金发放活动成功举办



第六期“泉计划”活动现场，图为京都律师与“泉计划”帮扶的学生合影



参加“泉计划”活动的人员听西周燕都遗址博物馆关战修馆长（图中穿粉色上衣者）解读历史



发放助学金后，参与“泉计划”活动的部分人员合影留念

“我想等我长大了，也要加入‘泉计划’去帮助更多的小伙伴们。”接受“泉计划”帮助六年的杜同学，今年高考成绩优异，考入首都医科大学。他在8月11日，第六期“泉计划”活动现场，说出上述话，并感动了在场的所有人。

第六期“泉计划”的活动由京都律师事务所联合房山法院未成年人审判庭举办，京都律师、房山法院法官、受资助的同学等几十位人员参加。活动从参观西周燕都遗址博物馆开始，西周燕都遗址博物馆的关战修馆长声情并茂、以古喻今为大家阐释历史文化的精髓，并鼓励同学们独立、自强，用自己的努力改变处境。随后，在房山法院举办了“泉计划”第六期助学帮扶金暨第四期优秀学子奖励金发放仪式。

活动现场，京都律师事务所主任朱勇辉律师说：“‘泉计划’已经开展六年了，帮助很多孩子成长为优秀的少年。今年更有两位学子考入大学。学生们取得的成绩让我们欣慰、感动。我们也从学生身上学到了很多。”

京都律师事务所高级合伙人秦庆芳律师是“泉计划”的负责人，她在了解同学们将来的就业方向后，非常感慨地说：“目前已经有学医的学生，报考法学院的学生，还有研习艺术的苗子。不论你们有什么理想，做什么工作，我们都替你们高兴。”

房山法院未成年人审判庭马绍辉庭长对于京都律师持续帮助学子的爱心行动表示感谢，鼓励受帮扶的学生说：“贫困与困难都是暂时的，你们的努力能够让自己活得满足与快乐，也要给家庭带来快乐。”

经过六年的相处，京都律师与这些学生和家之间，已经结下了深厚的友谊，每年定期的回访与关爱活动，让学倍感温暖。而学生也用自己的行动表示感谢。王同学今年高考，直接选择了法学专业。她说：“正是叔叔阿姨们的关怀，让我选择了法学这个专业，我希望以后自己也能够成为一个关爱社会的法律人。”

“泉计划”于2012年6月29日启动，其初衷是想让京都律师和法官的爱能够传承下去。这份爱不仅仅是金钱，还包括很多，因为孩子的人生路还很长，他们的困难也不只是经济上的，他们也需要心灵的关怀，人生方向的引领。



京都律师事务所主任朱勇辉律师



京都律师事务所高级合伙人秦庆芳律师



房山法院未成年人审判庭马绍辉庭长



书法作品：绿艳闲且静
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：大连市沙河口区体坛路22号
诺德大厦19层01—02室

邮 编：116021

电 话：0411-85866299

传 真：0411-84801650

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A座1708

邮编：300037

电话：022-88351750

传真：022-28131519

E-mail: info@king-capital.com