

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2018/03

季刊 总第125期



京都律师事务所
King & Capital Law Firm



P31 行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P27 特稿 / 《京都记忆》正式出版，20年奋斗书写辉煌

P51 京都论坛 / 京都以创新之举练好“内功”，独立出庭资格打造刑辩金字招牌

P70 京都实务 / 浅析集体土地建设养老地产的法律政策及途径

P91 京都论法 / 龙哥殒命，骑手无责 一次教科书式正当防卫的法治教育



独立出庭资格是为了做更好的自己

杨斌



2018年8月17日下午，京都律师事务所在北京总部举行刑事律师独立出庭资格授予仪式暨刑事辩护专业化建设研讨会。正式授予曹树昌、金杰、梁雅丽、柳波、王九川、杨大民、杨照东、邹佳铭、张雁峰、朱勇辉共十位律师独立出庭资格。京都律师事务所的这一创举，被包括著名法学家、中国政法大学终身教授江平，中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长樊崇义教授等在内的与会专家学者称之为“律师制度的改革之举”，将对中国律师行业的健康发展带来有益的启示和积极的引导作用。

我有幸成为京都第一批授予独立出庭资格的十名律师之一，出席了当天的活动，见证了这一重要历史时刻。

面对宪法，庄严宣誓。看上去只是一种形式，其实它承载着京都律师对刑事辩护的热爱与追求，责任与担当。

独立出庭资格是京都律师事务所的内部考核机制，是为了顺应刑事辩护全覆盖的发展趋势，为了适应庭审实质化、以审判为中心的诉讼制度改革；为了更有效的为当事人提供法律服务，提高京都律师专业水平，保证刑事辩护质量，在京都内部对律师进行培训和考核，从而推出建立的优中选优的律师评价、考核、选拔机制。

从律师职业的表面特征看，律师独立出庭是律师职业的题中应有之义，出庭辩护是律师职业司空见惯的工作常态，似乎不足为道。实际上，中国的律师出庭辩护几乎没有经历过系统的专业训练和专业培训，确实是风格各异，千奇百怪。出庭律师的辩护水平和出庭质量也是千差万别，参差不齐。

从律师专业化的要求来看，每一名刑辩律师如何出庭辩护？包括法庭上如何发问？如何发表质证意见？如何举证？如何发表辩护意见？都是一项非常专业的执业技能，需要进行专业的培训和系统的训练。而不是只要通过法考取得法律资格，成为一名执业律师就可以胜任独立出庭辩护。

因为刑事辩护关乎人的生命与自由，事关重大，只有专业的刑辩律师出庭辩护，才能弥补当事人法律知识和诉讼经验上的不足，从专业的角度帮助当事人更有效的行使辩

护权。给以审判为中心的法庭提供兼听则明的基础，有助于发挥庭审效率、提高庭审质量，避免庭审形式化，防止庭审走过场，有助于践行和推进“事实调查在法庭、证据质证在法庭、控辩对抗在法庭，定罪量刑在法庭，裁判说理在法庭”的庭审实质化要求。

如果没有经过专业的出庭训练，不具备专业的出庭能力，就不能为当事人提供有理、有据、有效的专业法律帮助。

从对当事人负责的角度来看，京都刑辩之所以在法律界有一定的领军地位，就是因为京都刑辩律师团队在田文昌老师的带领下，对承办的每一个案件都坚持把好质量关，精耕细作、精益求精。用专业知识、专业经验和专业精神办好每一个案件。对案件质量负责本身就是对当事人最大的负责，也是京都刑事辩护律师的职业价值和职业精神的体现。

京都刑事律师独立出庭资格的诞生也引起了中国律师界的强烈关注，有褒有贬，褒贬不一。

不管同行和业界如何评论，独立出庭资格就是京都律师“不负重托、追求卓越”的具体举措。就是京都律师对自己人的“高标准、严要求”的具体行动。做好我们自己才是京都的性格和风格。

京都首批授予独立出庭资格的10位律师都是从事了20年乃至30多年的老律师，但每一位律师都感到这次独立出庭资格的授予既是压力也是动力，更是对每一位京都刑辩律师的鼓舞与鞭策。

正如法学泰斗江平教授所言：“这十位律师早就应该是具有独立出庭资格的刑辩律师，但他们还在不断学习，还在不断提升自己的辩护水平和辩护标准，这说明京都律师事务所很珍惜自己的羽毛。现在，有的律师把民商事业务看作是坦途，把刑事辩护看成是危途，这一点应当得到改变。如果没有更多的人来参加刑事辩护，中国的人权保障将得不到很好的保障，希望京都所的刑事律师出庭资格认证这项改革能够更好的带动中国刑辩律师向更有前途的方向发展。”

京都入选 ALB 2017年 中国国内律所30强



2017年11月，《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business简称ALB）公布了2017年度亚洲律所50强、中国国内律所30强，京都律师事务所入选两个榜单。京都律所连续多年入选亚洲律所50强，这成为京都律所规模化的标志之一。

京都律师事务所成立于1995年，是国内较早设立的合伙制律师事务所之一。经过二十多年的发展，京都不仅在诉讼领域居于全国领先地位，并且在金融、公司事务、证券与资本市场、投融资与并购、房地产与基础设施、能源与环保、风险防控、涉外及国际业务、海商海事等方面为客户提供优质的法律支持与服务。截至2016年末，京都律所拥有近500名执业律师，并在上海、深圳、大连和天津设有分支机构。

作为规模化、专业化、综合化的大型律师事务所，京都律所在不断提高律师专业化的基础上，提倡服务综合化，顺应逐渐增长的多元化法律服务需求，为客户提供全方位、高水准的法律支持与服务。

亚洲法律杂志（Asian Legal Business）是汤森路透旗下的尖端法律杂志，是全球最具影响力的法律媒体之一。其针对从事法律业务的律师事务所、公司法务以及其他法律专业机构进行权威评选，每年评选一次，其奖项授予在各专业领域表现最为出众的律所。该评选根据各律所的律师总数、律师人数、合伙人数等数据排名得出。



京都律師事務所
King & Capital Law Firm

专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

追求卓越 不负重托

主办 京都律师事务所
承办 京都律师事务所品牌建设部
编辑委员会

主任 田文昌

编委

曹树昌	孟冰	白冬颀
蔡景丽	杨照东	金杰
朱勇辉	秦庆芳	王九川
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
李杰利	陈东利	王胜全
周振国	赵岐龙	李波
唐利君	牛支元	柳波
孙巾力	孙艳辉	佟杉杉
郑建鸥		

主编 杨大民

编辑 孟妮

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

南京分所电话 025-85231119

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

目录

卷首语

独立出庭资格是为了做更好的自己 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

《京都记忆》正式出版，20年奋斗书写辉煌 / 27

封面主题

行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

关于2018年年中以来P2P网贷平台风险集中爆发原因探究

吕志轩 徐玉杰 / 32

金融新业态下网络借贷（P2P）行业刑事风险控制

吕志轩 徐玉杰 邢盼 徐坤 / 37

近期网贷监管政策分析研究 徐坤 吕志轩 / 40

从P2P信贷平台视角解读《信披指引》四原则 吕志轩 徐陆嘉 / 42

一起典型的互联网金融“培训贷”纠纷案

——上海xx商业保理有限公司诉杨x合同纠纷案件 吕志轩 / 45

小贷公司未来发展方向在哪里？ 吕志轩 徐玉杰 / 48

京都论坛

京都以创新之举练好“内功”，独立出庭资格打造刑辩金字招牌 / 51

聚焦京都民商论坛青岛专场：探讨民商难题，提升诉讼技能 / 57

京都实务

浅析集体土地建设养老地产的法律政策及途径 孟冰 邓玮 / 70

资产证券化浪潮开启，四种模式优劣对比 柏高原 苏旭 张言非 / 77

中国式家族信托需要“去伪存真” 韩良 聂俊峰 / 83

企业家的朋友圈不能没有刑辩律师 杨照东 / 87

京都论法

龙哥殒命，骑手无责 一次教科书式正当防卫的法治教育

田文昌 蔡栋 陈烈 / 91

新旧法条对比，看清诉讼时效

——兼析最高法《关于〈民法总则〉诉讼时效司法解释》 唐利君 董晓璇 / 94

商品现货市场小心陷入“非法期货交易”，四点说清司法认定 云优 / 98

阴阳合同是如何避税的？通过阴阳合同可以逃多少税？ 高慧云 / 102

律师·生活

雪山和宗教，拼凑出尼泊尔的模样 叶静 / 104

律·诗

开庭前夜 杨大民 / 107

秋天 刘铭 / 108

京都律师

封面题字 江平



2018年第2期
总第124期 季刊



业绩

收藏家李巍、普陀山佛教造像研究院名誉侵权案终获胜诉判决

近日，由北京市京都律师事务所田文昌老师亲自领衔，杨大民律师、刘洋律师、高琨律师共同组成京都律师团队代理的李巍、普陀山佛教造像研究院名誉侵权案终获终审胜诉判决。

涉案展览背景回顾

2015年，李巍先生向普陀山佛教协会捐赠515尊元、明、清时期珍贵金铜佛像及佛教法器，并向舟山市博物馆捐赠精美的金铜佛像和法器各1件。普陀山佛协破例授予李巍先生特邀理事一职，并在普陀山成立了中国第一家佛教造像研究院。

2016年，国际社会瞩目的G20峰会在杭州举行。峰会期间，为了向世界各国来宾展现中华文化的魅力，传达友好和平的时代使命，2016年5月，时任浙江省省长李强同志通过道慈会长介绍，属意在浙江举办李巍先生收藏的佛像展览。

经过一个多月的精心准备和布展，2016年8月18日上午，由中国文化管理协会、浙江省文化厅、普陀山佛教协会联合主办，浙江美术馆和普陀山佛教造像研究院共同承办的“汉风藏韵——中国古代金铜佛像艺术特展”这一宗教、艺术盛事最终于杭州G20峰会前期在浙江美术馆隆重拉开帷幕。展览共展出118件佛教造像及法器，无论从文物价值、等级规格、工艺水平、艺术价值等方面都堪称这一领域中的较高水准，同时大量的历史

实物也证明了自古以来西藏就是中国领土不可分割的一部分。同日，在美术馆召开了《汉风藏韵——汉藏佛教艺术与国家文化认同》学术论坛。

本次展览自2016年8月18日开展至9月25日结束。展览期间，浙江省七位常委及十四位副省级领导先后参观了佛像展，并给予了高度评价。由中华书局出版的大型图集《汉风藏韵——中国古代金铜佛像艺术》随展同时发行。

基本案情

2016年8月19日，展览开幕仅一天之后，一篇题为《浙江美术馆展出的雷人佛像》（原题为：是真到了西天，还是唐僧误入小雷音寺）的文章在新浪网上刊载，作者署名陈建明。文中部分内容捏造事实，对李巍先生收藏多年的展品恶意贬损，误导社会公众。该文章一经刊载后，在相关领域引起轩然大波，一时间该文被纷纷转载引用。李巍先生在收藏界声誉受到严重影响，“汉风藏韵——中国古代金铜佛像艺术特展”盛事也被蒙上阴影。

《从一起侵权之诉透视中国文物界乱象研讨会》

为纠正文物界乱象，重塑民间收藏秩序，传播法治声音，2017年3月31日下午，“从一起侵权之诉透视中国文物界乱象研讨会”在京都律师事务所召

开，会议由京都高级合伙人杨大民律师主持。

研讨会上，法学专家、文物收藏专家及相关人士70余人，一起围绕本案及本案及相关法律问题、文物收藏问题进行了深入探讨。中国政法大学终身教授、民商法学博士生导师江平表示：“这个案子很核心的一个问题是李巍先生以自己个人的收藏无偿捐献给社会，而不是商业行为……李巍先生的捐献是很值得嘉奖的，不是一般的举动，这是很震撼的一个举动。支持这个诉讼很重要的一个原因，就是要将文物界的乱象纠正过来，打赢了这个官司对侵权行为予以在法律上的谴责就是对这种乱象的一种有力纠正。从这一点来说，我是完全支持的。”

与会专家认为文物界乱象释放的负能量、负效应，不仅是对对中华文明做出宝贵贡献的民间收藏家的伤害，更是对中华文明的自戕。嘉宾们共同呼唤，希望案件得到公正对待，以个案为契机纠正文物界乱象，还民间收藏界一个合理、合法的新秩序。

诉讼情况

维护自身合法权益，以正视听，2017年1月6日，李巍先生和普陀山佛教造像研究院正式向浙江省舟山市中级人民法院对陈建明提起名誉侵权之诉。2017年8月22日，浙江省舟山市

业绩



京都律所“从一起侵权之诉透视中国文物界乱象”研讨会



法院外合影

中级人民法院公开审理了本案。2017年11月2日，浙江省舟山市中级人民法院作出一审判决，判令陈建明删除涉案文章中的不实诋毁文字内容及配图，并赔偿原告普陀山佛教造像研究院和原告李巍诉讼合理支出3000元。一审判决后陈建明对上述判决内容不服提出上诉。

终获胜诉判决

浙江省高级人民法院于2017年12月27日立案受理后，依法组成合议庭，于2018年3月7日公开开庭审理了本案，京都律师事务所田文昌律师和刘洋律师作为李巍先生的代理人、杨大民律师和高琨律师代理普陀山佛教造像研究院的

代理人出席了庭审。

二审法院最终认定：陈建明的涉案文章采用图片将展出佛造像与古玩城佛造像进行对比，在缺乏充分认定条件和确实根据的情况下，利用图片和实物的差异，得出对普陀山佛教造像研究院、李巍的名誉产生负面影响的不严谨结论，误导公众观点，具有主观上的恶意，超过了言论自由和舆论监督的合理边界，构成侵权。通观案涉文章上下文，陈建明在缺乏充分认定条件和确实根据的情况下，采用缺乏严谨的修辞和言论，恶意误导公众传播负面的言论，其行为已超出言论自由的合理界限，主观上具有过错。文章在社会上造成一定影响，客观上已对普陀山佛教造像研究院、李巍产生了社会评价降低的损害事实。陈建明的侵权行为与普陀山佛教造像研究院、李巍社会信誉降低的损害事实之间存在因果关系，因此构成对普陀山佛教造像研究院、李巍的名誉权的侵害，应当承担相应法律责任。

据此判令：维持一审判决，陈建明需删除涉案文章中侵权的内容。

海伦·凯勒曾经说过：“乌云遮不住太阳，邪恶终将被打倒，真正的胜利永远属于正义。”天理昭彰，书载言传，走正义之路，从来风雨兼程。李巍在打这场官司之初就已经声明：我不要钱，我要的是9000万民间收藏家的话语权，是个人的名誉。”以法律为剑维护自身合法权益，弘扬中华优秀传统文化之正气，是每一位公民的合法权利，更是每一位民间收藏家应有的担当！



业绩

京都律师三年艰辛无罪辩护， 检察院撤回对涉嫌玩忽职守罪干警的起诉

2015年4月，山东省某监狱对外出租的厂房发生重大责任事故，导致三人死亡，具体负责的干警李某某、陈某某于2015年6月因涉嫌玩忽职守被检察机关取保候审。

李某某委托京都律师事务所赵岐龙、朱娅琳律师为辩护人，陈某某委托京都律师事务所孙广智、宝永生律师为辩护人。辩护人通过阅卷和会见犯罪嫌疑人发现，山东省某监狱通过改制，具有国家机关和国有企业的双重职能，即监狱的管理职能归监狱局行使，监狱的其他企业管理归监狱农场有限公司管理，即犯罪嫌疑人具有双重身份：国家机关工作人员和国有企事业单位工作人员的身份（即国家工作人员身份）。犯

罪嫌疑人李某某、陈某某在对外租赁厂房时是以监狱农场有限公司的名义出租的，行使的是企业的管理职权，并非行使行政管理职权。因此，辩护人认为，李某某、陈某某不具备玩忽职守罪的主体要件，并且该二人在履行职责是否严重不负责任，以及该二人的行为与死亡结果是否具有刑法上的因果关系上均难以证明。

辩护人在侦查及审查起诉阶段就提出犯罪嫌疑人不构成玩忽职守罪的辩护意见，在法院审理阶段，京都律师事务所委托陈兴良等专家对该案进行了论证并出具专家意见，专家一致认为：被告人的行为不构成玩忽职守罪。2015年10月开庭时，四位辩护人根据卷宗材料及

调取的证据据理力争、慷慨陈词，提出被告人的行为不构成犯罪的辩护意见，法庭充分听取了辩护人意见，认真、反复讨论该案，并将该案向上一级法院请示。

三年后，即2018年8月，检察机关提出撤回起诉，法院出具刑事裁定书准予检察机关撤回起诉。一起历时三年多的案件终于尘埃落定，京都律师以精湛的辩护能力和认真负责的敬业精神获得了被告人及其家属、所在单位的一致好评，这也是京都律师在追求依法保障公民不受错误追究的道路上迈出的艰辛一步，该案正义虽然有些迟到，但毕竟没有缺席。



赵岐龙律师



朱娅琳律师



孙广智律师



宝永生律师

最高院基于程序违法不核准死刑， 汤建彬律师又添死刑复核成功辩护案例

近日，最高人民法院采纳辩护律师关于二审法院更换合议庭成员未通知上诉人及辩护人违反法定程序的辩护意见，作出不予核准范某寿、范某坤死

刑，撤销二审判决，发回辽宁省高级人民法院重新审判的刑事裁定。

范某寿、范某坤贩卖运输毒品案，由京都律师事务所汤建彬律师、内蒙古

守正律师事务所曹春风律师担任被告人范某坤死刑复核阶段辩护人。范某坤辩护人在审查辽宁省高级人民法院审判卷宗的过程中发现，该案二审阶段两次

业绩



汤建彬律师

庭审的合议庭组成人员不同，并且更换合议庭成员也未通知上诉人及辩护人，违反了集中审理原则，针对此重大程序性违法事项，范某坤辩护人及时向最高院死刑复核承办法官提交了书面辩护意见。

集中审理原则，又称不中断审理原则，是指法院开庭审理案件，应当在不更换审判人员的条件下连续进行，不得中断审理的诉讼原则。如果合议庭成员

确系因故不能继续参加审理的，应由始终在场的候补法官、候补陪审员替补。如果没有足够的候补成员，案件应当重新审判。作出裁判的法官、陪审员必须参与案件的全部审理活动，听取控辩双方诸如：举证、质证的法庭调查以及法庭辩论的全过程。反之，裁判法官难以对案件事实以及法律的运用形成全面的认识，进而达到内心的确信，并以此为基础作出裁判。避免审者不判，判者未审。

同时，《最高人民法院关于人民法院合议庭工作的规定》第三条明确规定：“合议庭组成人员确定后，除因回避或者其他特殊情况，不能继续参加案件审理的之外，不得在案件审理过程中更换。更换合议庭成员，应当报请院长或者庭长决定。合议庭成员的更换情况应当及时通知诉讼当事人”。

在此基础上，范某坤辩护人还针对本案中存在的如下问题发表了辩护意见：上下家死刑适用错误、同案犯作用地位认定错误、未考虑在逃同案犯的地位和作用、在逃同案犯归案后并未案审理、检材提取不规范导致可认定的毒品数量未达到法定死刑数量标准等等。



最高院裁定书部分截图

吕悦、贾严律师代理的两起工程案件胜诉， 维护超千万的诉讼利益

近日，京都律师事务所吕悦律师、贾严律师在广西壮族自治区百色市中级人民法院取得两起建设工程施工合同纠纷案的胜诉判决。

涉案工程为百色市职业教育中心BT项目，该项目发起人

通过“两招并一招”的方式选定项目投资人（同时也是BT项目施工总承包单位）后，总包单位在BT项目建设过程中将室外道路、铺装、绿化等工程进行了分包。此后，分包工程几经转包、违法分包，最终由实际施工人完成施工。



业绩



吕悦律师

贾严律师

在实际施工人针对分包工程发包人、转包人、违法分包人提起的两起工程诉讼中，吕悦律师、贾严律师代理客户围绕工程合同效力、工程质量、工程结算标准及工程量确定、项目经理表现代理以及施工合同司法解释第26条的运用等问题，深入评估诉讼策略，合理组织证据，最终取得了完胜结果，帮助客户保住了千万以上的诉讼利益。

吕悦律师为京都房地产与基础建设部律师。执业以来，为多家公司提供日常法律顾问工作，涉及房地产建设工程、物业管理等行业；承办了大量合同纠纷、侵权纠纷等民事诉讼、仲裁案件。

贾严律师为京都房地产与基础建设部律师。执业以来，贾严律师始终专注于房地产、建设工程法律业务领域，办理了大量诉讼及非诉法律业务。

孟粉顾问、张金龙律师办理的案件 获得不起诉决定

2018年8月8日，京都张金龙律师代理、孟粉顾问指导的一起轻伤害案件获得不起诉决定。案件当事人年初因道路纠纷致外籍被害人轻伤二级，两个月后被抓获并羁押。

案发当时情况比较紧急，接到当事人委托后，孟粉顾问、张金龙律师研究案情制定辩护方案，指导当事人与对方反复谈判

最终达成和解。案件移送检察机关后，张金龙律师递交了“不起诉申请”的法律意见书，详细阐述了当事人不应被判处刑罚的理由，最终获得检察机关认可，做出了不起诉决定。该辩护方案不但为当事人保留了原职务，而且工作过程得到了当事人高度称赞和认可。

轻伤害案件由于案情不同，往往最终处理结果差距较大。有的被不起诉，有的被判处缓刑，有的被判处实刑。针对这种标准比较模糊的情况，孟粉顾问和张金龙律师研究了过往轻伤害案例以及不起诉案件详情，指导当事人做好各种前期工作，在案件移送检察机关后，由于各项工作做在了前面，做出的辩护意见很快得到检方认可，为不起诉决定做出打下了扎实的基础。



孟粉顾问

张金龙律师

业绩

刘哲律师代理的张某宣扬恐怖主义极端主义案 公诉机关作出不起诉决定



刘哲律师

犯罪嫌疑人张某，系北京某金融机构白领，2017年5月因将一段恐怖视频上传至微信群，涉嫌宣扬恐怖主义、极端主义，于2017年10月8日经北京市朝阳区公安分局批准拘留，于2017年11月3日经北京市朝阳区人民检察院批准逮捕，2018年1月2日向北京市朝阳区人民检察院移送起诉，期间，退回补充侦查一次，因案情重大复杂，两次延长审查起诉期限，2018年1月11日将本案移送北京市人民检察院第三分院。

京都律师事务所刘哲律师代理此案后，认真阅卷，多次会见被告人，积极为被告人申请取保候审，从犯罪情节、影响范围、危害后果及主观恶性等方面向第三分院提出法律意见，同时认为被告人具有自首情节，可以免于处罚。刘哲律师的辩护意见受到第三分院的充分考虑，被告人自首情节也被认定。

经过不懈努力，2018年5月北京市人民检察院第三分院依据中华人民共和国刑事诉讼法173条第2款的规定作出不起诉决定。

马立喜律师承办的案件获得撤销案件的决定

近日，由京都律师事务所马立喜律师承办的尚某涉嫌非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物案，最终公安机关做出撤销案件的决定，并向尚某送达了《撤销案件决定书》。

尚某系河北某宠物蟒蛇驯养繁殖基地（以下简称“繁殖基地”）的实际控制人，据悉，该繁殖基地在国内同行业中规模很大，尚某的职业是某动物园饲养员。经国家林业局许可（林护许准[2015]0037号），繁殖基地从美国 Sandfire Reptile公司进口125条红尾蚺和125条球蟒，美方公司出口声明信上明确指出，这些蟒蛇是其公司通过圈养繁殖的，即进口的动物本身就是子二代以后的子代，国际上已被视为驯养动物，在国际宠物市场上交易并不被禁止。但是，2017年1月1日实施的新《野生动物保护法》，因学理上对“野生动



马立喜律师

物”的定义没有达成共识，新法仍然没有赋予“野生动物”明确的法律概念。

按照当前的刑法及其司法解释的规定，结合涉案红尾蚺数量，本案属于情节特别严重，委托人尚某将被处以十年以上有期徒刑，并处罚金或没收财产。马立喜律师从涉案“红尾蚺”并非野生动物、涉案“红尾蚺”与“蟒”同目但不同科更不同属，无法参照解释附

表认定和执行、出售、运输行为违法但不是犯罪、鉴定意见不能作为认定案件事实的根据等角度展开了详细的论述。最终马立喜律师确定了相对比较充分的无罪辩护意见。

本案由购买方所在地的江苏省某公安机关立案侦查，之后移送检察院审查起诉，又经历了两次退回公安机关补充侦查。马立喜律师多次联系办案人员，阐述辩护观点，并提交书面意见。最终在第二次补充侦查前，检察机关将退补方向确定为涉案物种是否已经在国内人工大量驯养繁殖，以及国内现存红尾蚺的数量情况。公安机关经调查，并结合全案事实、证据情况，最终并未将案件再次移送检察机关审查起诉，而是对尚某作出了撤销案件的决定。至此，经过承办律师认真、负责的工作，此案得到了理想的处理结果，委托人对承办律师的工作给予了高度评价。



业绩

京都中标北京市金融工作局 2018年互联网金融风险管理经费政府采购项目



吕志轩律师

京都律师事务所高级合伙人吕志轩率领京都互联网金融律师团队近日成功中标北京市金融工作局2018年互联网金融风险管理经费政府采购项目。中标后京都互联网金融律师团队将以专业、高效的工作作风参与对北京市互联网金融企业风险管理整改验收工作中，并以客观、公正、公允的精神，保质保量完成本次中标项目。

吕志轩律师主管下组建了一支专

业、高效、敬业、诚信的特色创新法律服务团队，该团队多年来在政府法律服务及互联网金融法律服务中有良好的声誉，特别为政府对互联网金融的监管提供了优质的法律服务，同时为互联网金融企业风险控制、电商平台风险防范、资产管理法律风险控制、非法集资预防、证券、私募股权等领域提供了卓越的法律服务。

京都中标西藏股权投资有限公司律师事务所库入围采购项目

京都律师事务所高级合伙人吕志轩律师率领京都律师团队于2018年5月29日，成功中标西藏股权投资有限公司律师事务所库入围采购项目。中标后京都将作为西藏股权投资有限公司法律服务

供应商为其投、贷、债、租、托、保、资产交易、普惠金融、产业等综合领域提供专业法律服务。

西藏股权投资有限公司是西藏自治区政府出资设立的国有大型金融控股投

资集团。公司立足西藏经济发展，面向全国市场，打造成基金管理、融资服务、资本运营、股权投资、资产管理等为一体的投融资集团公司。

活动

第三届“刑辩十人”论坛在京都举行， 探讨“捕诉合一”对刑事辩护的影响

2018年9月1日，第三届“刑辩十人”论坛在京都律师事务所拉开了帷幕。本届论坛可谓群星云集，有知名专家学者、一线刑辩律师和优秀检察官等，共同探讨刑事法领域的前沿问题，即“捕诉合一”对刑事辩护的深远

影响。本届论坛由京都律师事务所高级合伙人邹佳铭律师主持，共分为主题发言、嘉宾与谈和媒体互动三个环节，嘉宾们的讨论分享热情被充分调动起来，纷纷踊跃发言，进行了有效的沟通交流，产生了激烈的思想碰撞。

第一环节：主题发言

中华全国律师协会刑事业务委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌律师出席了本次论坛。

北京中同律师事务所主任杨矿生律师对“捕诉合一”改革做了积极的预

活动



陈卫东教授



田文昌律师



杨矿生律师



许兰亭律师



钱列阳律师



郝春莉律师



刘卫东律师



王兆峰律师

测：一是“捕诉合一”落实推进的大势已不可阻挡，必将对刑事律师的审前辩护产生重要影响，检察官在审查批捕时必然带着起诉的考量，两个独立的辩护机会可能被压缩成一个；二是“捕诉合一”改革后，不批捕的比例可能会大大的增加；三是审查起诉阶段逮捕的案件，如果没有较大的证据变化，起诉率会有所增加；四是起诉到法院的案件，辩护难度会增大。面对这四方面变化，刑辩律师要做积极的心态和策略调整应对，牢牢抓住审查逮捕的黄金37天开展工作，对于已经不批捕的案件争取更好的辩护效果。

北京君永律师事务所许兰亭律师认为“捕诉合一”改革有利有弊：有利的方面体现在检察机关能够提高效率、实现检察专业化、提升侦查监督的质量和

提升引导侦查取证的效果等；弊端在于混淆了行政职能和司法职能，缺少必要的批捕监督以及如何避免检察机关滥用批捕权以获取定罪证据等。既然“捕诉合一”改革已注定落地，那么刑辩律师应该更好地关注如何应对挑战，如既要重视效率又要追求公正、切实加强律师的专业化和团队化、延长批捕时间、对审查逮捕进行诉讼化改造等等。

北京紫华律师事务所主任钱列阳律师从“捕诉合一”改革后可能给刑事辩护带来的具体问题这个细节出发，强调改革后取保候审的意义很可能就发生了变化，不一定再是不诉和无罪，很有可能最后仍然起诉、定罪、判实刑。那么，就对辩护律师与当事人及其亲属的沟通提出了更大的挑战。一方面，当事人被取保候审出来后，如果要求直接看

卷或擅自找证人对质，律师无法阻拦，该如何办？被告人隐匿后单线联系律师，律师是否面对司法机关有如实说出的义务？当事人意欲脱逃或者自杀，律师又该怎么办？另一方面，取保后被诉的案件增加，取保出来后，最终又被判实刑，当事人及家属的心理落差会很大，即使律师再努力，也可能很难获得当事人的理解，刑辩律师的处境面临更加复杂的挑战。

北京东卫律师事务所主任郝春莉分享了自己一个成功案例，表明捕诉合一改革后，检察机关批捕更加审慎，审前羁押率反而降低。她同时也指出，捕诉合一对刑事辩护律师最核心的影响是辩护工作重心前移。因为审查起诉检察官介入案件的时间点前移，比律师更早的了解证据材料，但辩护律师只能在审查



活动



赵运恒律师



毛立新律师



朱勇辉律师



毛洪涛律师

起诉阶段才能阅卷，捕前辩护只能靠会见获得的一点点信息量，和公安机关、检察院交流，控辩就被置于严重失衡的境地。应当考虑将律师的阅卷权前移，允许辩护律师在批捕阶段阅卷，适当延长批准逮捕的时间，实现控辩平等，否则辩护律师所提意见被采纳的空间将大大压缩。

北京冠衡律师事务所主任刘卫东律师对“捕诉合一”改革表示了大力的支持，强调要看到改革积极的一面，此项改革最大的好处体现在对侦查活动的监督和逮捕率的降低。谈到对刑事辩护的影响，主要体现在三个方面：一是在批捕阶段基于对审查起诉的考量，很可能更愿意倾听辩护律师的意见；二是逮捕必要性的审查，律师的作用会更加的放大和加强；三是对刑事辩护律师的专业化能力提高了，更利于刑事法治的发展完善。

北京德恒律师事务所管理合伙人王兆峰律师指出从“捕诉合一”的试点数据来看，形势要比预期的好，检察官在批捕阶段更加审慎，不捕率上升了。就司法实践看，相比于庭审，辩护律师在审前阶段更是大有作为，“捕诉合一”将这个战场扩大了。刑事辩护律师在这

个阶段的着力点：首先在于就案情与检察官进行持续有效的沟通，充分表达意见，重视审查批捕黄金期；其次是在审查起诉阶段，注重行使律师的调查取证权，甚至可以适当前移；最后是强调保障刑事辩护律师的会见权。

北京大成律师事务所刑委会主任赵运恒律师指出，“捕诉合一”在部分检察院实际早已存在，目前不捕率提高虽有“捕诉合一”改革的一定影响，但也是受羁押率下降的大形势影响的结果。他同时提出三点建设性的呼吁：第一，应当保障并完善现有的辩护制度，检察官应与律师做到认真有效的双向交流。第二，应当增加诉讼化的相关制度，增加监督和制约，如在审查批捕、羁押必要性审查、审查起诉等环节举办听证审查会议等。第三，应当改革检察机关内部考核制度，推动科学化考核改革，让检察官愿意接纳辩护意见。

北京市尚权律师事务所主任毛立新律师从两个方面谈起：一方面是“捕诉合一”对刑事诉讼和刑事辩护的影响：其一，公诉人的作用得以体系化，在介入侦查、审查批捕和审查起诉等各环节都有决定权和发言权；其二，刑事辩护工作必须前移，捕前辩护越来越重要，

且逮捕羁押必要性审查的成功率必然受到影响；其三，公诉的专业化会越来越明显。另一方面是对刑辩律师的建议：其一，律师的刑辩专业化。第二，要特别重视捕前的辩护，不单单是审前的辩护。第三，审查起诉阶段，如果批捕这一关把不住，审查起诉阶段如何挖掘新的辩护点。

京都律师事务所主任朱勇辉律师就“捕诉合一”制度落地后刑辩律师的工作讲了较为具体的内容：一是当前又出现了会见难的问题，律师见不到当事人，谈何捕前辩护；二是批捕审查时律师看不到案卷，如何提出逮捕是否必要的意见？建议律师的阅卷权要前提；三是要将批捕阶段的辩护权落到实处，建议将“可以”听取律师意见改为“应当”听取，同时赋予侦查机关、检察机关通知律师的义务；四是赞同对批捕进行司法化审查，应当采取公开的方式，多方参与。五是强化检察机关的监督权，如加强对立案环节和刑拘措施的监督。六是关于在审查起诉阶段核实证据的两点建议：第一，建议明确规定辩护律师可以向被告人核实全部证据；第二，所有同步录音录像在审查起诉阶段即向辩护律师全部公开。

活动

北京德和衡律师事务所副主任毛洪涛律师从三个方面谈起：一是实行“捕诉合一”之后的影响和趋势。捕与诉关联性增强，审查批捕证据标准会趋于严格，但对社会危险性的必要性审查会进一步弱化；审查起诉趋于形式化，内容前置到审查批捕。二是律师应如何积极应对？捕前阶段辩护更加重要，律师应当尽早介入，敢取证，多沟通；审查起诉阶段也不能忽视，律师阅卷后要调查取证，高度重视羁押必要性审查。三是提出三点立法修改建议：第一，在刑事诉讼法层面明确律师在侦查阶段的调查取证权；第二，保障辩护律师对案卷的平等知情权和对等阅卷权，以免控辩失衡；第三，审查逮捕诉讼化，举行听证，多听取律师意见，适当延长审查逮捕办案期间。

中国人民大学陈卫东教授在总结发言中肯定了本次论坛选题的恰当时机与重要意义，赞扬“刑辩十人”论坛的务实精神与京城刑事辩护品牌形象。就“捕诉合一”，观点始终如一，捕诉合与分都不存在合法性的质疑，里面涉及到的是权力优化配置、程序合理性和正当性、权力属性等问题。在当前“捕诉合一”改革势在必行的前提下，关注

的重点应该是会带来哪些变化上来：一是，公诉的检察机关提前介入到侦查程序；二是检察官的工作重心会前移，在批捕阶段就要做通盘整体的考虑；三是“捕诉合一”势必会以简化、弱化诉讼环节为代价，但不能以损害犯罪嫌疑人的权利，不能损害程序的公正，更不能去挤压律师辩护的空间和时间；四是侦查期间的辩护，实际上由现在单一主体变成了双重主体；五是审查逮捕环节很有可能进行诉讼化改革，这将为辩护律师提供非常重要的辩护余地；六是为了避免审查起诉虚化，要敦促最高检察机关制定相关的审查起诉规范化文件。

第二环节：嘉宾与谈

在这一环节，共七位嘉宾和同仁进入了深入的与谈，包括最高检和海淀检察院的检察官，北京德恒律师事务所合伙人程晓璐律师，京都律师事务所的柳波律师、门金玲律师、金杰律师和梁雅丽律师，法律出版社的副总编杨大康先生。与谈嘉宾能够结合自身实务、从业经验和司法改革等方面，对“捕诉合一”的相关问题进行深入地消化吸收与细致阐述，都颇具亮点。

程晓璐律师从自己之前从事多年检

察工作的经历出发，强调“捕诉合一”有很多的司法实践和数据支撑，不必过多忧虑。“捕诉合一”是顺应司法体制改革的现实需要和必然选择，律师应该多提建议性的意见，如“捕诉合一”要不要区分是否认罪、案件难易复杂程度决定是交由同一个承办人审查还是同一刑事检察部门内部不同承办人审查；针对捕诉合一可能带来压缩辩护时间的问题，如果侦查阶段难以实现阅卷权前移，建议针对实物证据、鉴定意见等允许律师查阅复制，同时审查起诉阶段应充分保障辩护律师的阅卷时间并在检察工作规则中予以明确等等。柳波律师提出两点质疑：一是“捕诉合一”是否与刑事诉讼的回避规则相冲突；二是最高司法机关进行“捕诉合一”改革是为了提高效率，如果再进行一系列的制度配套，是否与初衷相违背。门金玲律师强调任何司法改革都是要有底线的，那就是必须不能是法外改革，不能违背诉讼的基本规律。要想把捕诉两个价值取向相异的职能合到一起，在操作性上也必须不能触碰人权保障的底线。比如大家前面提到应延长批捕时间，那这个时间也必须是公安拘留期限中压缩出来，而不应在37天的无外围审查的羁押



程晓璐律师



金杰律师



柳波律师



门金玲律师



活动



梁雅丽律师



杨大康先生



论坛主持人：邹佳铭律师

之外再行增加时间。金杰律师颇具开创性地提出要对“捕诉合一”的检察权引入一个外部制约，即律师介入的程序化、制度化。梁雅丽律师从自己的办案经验出发提出了多方担忧，如一味追求效率应如何保证公正，又如检察机关实



际办案中是否会因为“捕诉合一”而降低了审查起诉的标准。杨大康副主编高度评价了本届论坛，赞赏了刑辩律师能够关注司法改革重大问题和积极努力争取自身权益的精神！

第三环节：自由提问

本届论坛得到业界十多家媒体记者的关注。各位记者朋友、旁听人员与各位大咖嘉宾进行了深入而亲切的交流。

第三届“刑辩十人”绝对精彩，与会者无不表示受益良多！发起人用实际行动证明，探讨中国刑事法治问题，推动刑事辩护文化，我们是认真的！

京都律师事务所第二批刑事辩护独立出庭资格授予仪式在京举行

2018年9月21日，京都律师事务所第二批刑事辩护独立出庭资格授予仪式在所内举行。出席的嘉宾有北京师范大学法学院院长卢建平教授，中国人民大学法学院陈卫东教授，最高人民法院刑五庭原庭长高贵君先生，最高人民检察院刑事执行检察厅原厅长袁其国先生。京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌老师、京都律师事务所主任朱勇辉律师、京都律师事务所刑事业务主管合伙人杨照东律师以及京都所各位同仁也来到仪式现场。授予仪式由京都律师事务所高级合伙人杨大民律师主持。

田文昌老师首先做了开场致辞。他指出，在当前形势下，亟待解决的是提高刑辩率实现刑事辩护全覆盖的问题，普遍推行刑辩律师分级制的条件还不成熟。京都所的独立出庭资格评审只是旨在保证服务质量的一种内部管理方式。独立出庭资格是京都所内部的一种尝试，一种提升刑事辩护律师水平、控制刑事辩护律师质量的举措。本着成熟一个，授予一个的路径进行。京都所只能对本所内部的业务质量负责，不涵盖、也不会扩展到所外其他的律师队伍当中去。希望取得独立出庭资格的律师，能够更加严格要求自己，注重功底、能



田文昌律师

力、智慧和责任，要真正表现京都律师的水平 and 风采！

卢建平教授旁征博引、说古论

活动



北京师范大学法学院院长卢建平



中国人民大学法学院博士生导师陈卫东教授



律师们庄严宣誓

今，发表了非常幽默的致辞。他从自身当过律师、法官和检察官的经历出发，称对于律师分类和分级有深入而认真的关注和思考，认为在条件成熟时确有必要。这种制度创新至少在三方面具有重要意义：一是律师的分类，甚至分级，符合国际发展趋势。无论是英美法系还是大陆法系，律师制度中都存在分级机制；二是能够促进刑事辩护律师专业化。现在浩大的律师队伍中专门办理刑事案件或者以刑事业务为特色专长的并不多；三是律师分类创新能够满足社会功能转变的法律服务需求。据统计研究，当前我国判处五年以上重刑的比例不足十分之一，法官对不同层级刑事案件的法律服务需求是不同的，轻微罪可能不需要律师，但重大、敏感、复杂案件，就必须要有高层次、专业化的律师服务，不是任何律师都可以做的，需要高水平的刑事专业律师。京都律师事务所从所内改善管理，提升服务水平的角度来推进刑事辩护律师独立出庭资格，是无可争议的，但仍需保持两点警醒：一是要凭实力和本事说话，保留年轻人进阶的通路；二是要激励被授予资格的律师仍保有完善进取的发展势头。

陈卫东教授结合契约精神，指出

在京都律师事务所内部，推行刑事辩护律师独立出庭资格的考评和授予，是内部对律师的管理、培养和培训规定，并不违反律师管理的相关规定，相反，还具有三方面的积极意义：一是这是律师成长创新的方式。世界任何一个国家，无论是英美法系还是大陆法系，都有自己特殊的培养方式。而刑事辩护独立出庭资格就是一个非常好的创新，建议像美国一样，引入导师制，要有一个有声望的师傅去推荐和引导。二是能够激励律师去努力奋斗，保持积极进取的劲头，以尽快获得独立出庭资格；三是对当事人负责。当下我国律师接案子没有任何限制，但在一些重大疑难案件中，特别是死刑案件，需要经验更为丰富的专业律师。如果有了独立出庭资格，就可以在内部有一个考量、筛选。

在简短而隆重的致辞后，授予仪式正式开始。本次被授予刑事辩护独立出庭资格的为京都所的22名优秀律师，他们分别是郭庆、公丕国、孟冰、肖树伟、张振祖、赵岐龙、孙广智、汤建彬、徐莹、聂素芳、夏俊、相榛晶、张小峰、朱娅琳、印波、门金玲、李秀娟、袁方臣、张殿龙、张启明、牛支元、韩瑞奇。其中15名律师参加了接下来的宣誓仪式，7名律师



左一为朱勇辉律师，左二为主持人杨大民律师

因外地出差未能出席。参加宣誓仪式的律师面对宪法，庄严宣誓，体会着此刻的庄严、神圣、责任与荣耀，宣誓结束后他们纷纷发表了自己的感言。

最后，京都律师事务所主任朱勇辉律师做了总结性发言，他对今天到场的嘉宾表示了衷心地感谢！对被授予资格的京都刑事辩护生力军表示了由衷的祝贺！借此机会，他再次重申了在京都所内开展刑事辩护独立出庭资格授予的初衷、路径和配套机制等，强调京都将一如既往的始终以当事人利益为已任，力争在每个案件中不负重托！京都也将不断的推进专业化，不断的追求卓越。京都所愿意与广大律师同仁一起探讨刑辩业务发展的有效途径，为推动中国法治进步共同努力！



活动

田文昌律师受邀为云南省检察院进行专题辅导讲座

2018年9月20日下午，云南省检察院进行第十三届检察委员会第三次集体学习活动，以视频会议的形式辐射全省三级检察院。中华全国律协刑事专业委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌受邀出席了此次活动，田文昌律师以《刑事诉讼中的理念误区》为主题进行专题辅导讲座，引导检察办案人员要大胆走出刑事诉讼理念误区，不断提高刑事诉讼检察能力。

田文昌律师首先从有罪推定和无罪推定、打击犯罪与保障人权、既不冤枉一个好人也不放过一个坏人、证据真实与客观真实并重的冲突等方面，指出了目前刑事诉讼理念上存在的各种误区；从参与刑事诉讼各方的职责任务和职业道德层

面，解读了法律职业共同体的终极目标和相互联系；从刑事立法目的、基本原则和司法理念等维度，强调了依法惩治犯罪、依法保障人权、维护公平正义、维护社会稳定的极端重要性。

田文昌律师强调，司法人员要高度重视专业知识的跨界学习，全面掌握各类法律知识，避免在遇到刑民交叉的案件中出问题、办错案。要勇于正视现实，冷静、理智、旗帜鲜明地走出刑事诉讼的理念误区，摆脱思想桎梏和思维定式，真正提升法治思维和法治能力。

讲座由云南省检察院党组副书记王亚锋主持，云南省院检委会委员、业务部门检察人员、省法院部分法官、省律协部分律师在省检察院主会



场参加学习；各分、州、市（县、区）院检委会委员、业务部门检察人员在分会场参加学习。

刘敬霞律师受邀参加第三届“中国城市地下综合管廊技术研讨暨工程观摩会”并发表演讲

2018年9月6日-7日，由中国建设科技集团股份有限公司、中铁四局集团有限公司、《建筑结构》杂志社主办的第三届“中国城市地下综合管廊技术研讨暨工程观摩会”（以下简称“研讨观摩会”）在江西省景德镇市隆重举行。

我国作为全世界人口最多的发展中国家，在城市发展过程中对地下综合管廊建设的需求显得尤为迫切。2018年1月24日《城市综合管廊运行维护技术规程》的发布，为目前管廊的运维提供了

指导和实施依据，获得了广泛的关注。本次研讨观摩会邀请了全国各行业的专家齐聚一堂，为我国未来综合管廊的发展建言献策。北京市京都律师事务所高级合伙人刘敬霞律师受邀参加了此次研讨观摩会并在会上做了“城市地下综合管廊盈利困境的突破路径探析”主题发言，获得了与会代表的一致好评。

刘敬霞律师首先介绍了我国城市地下综合管廊（以下简称“综合管廊”）的整体建设情况，并以经典、合规的综



活动

合管廊PPP项目--景德镇城市地下综合管廊项目为例，详细分析了综合管廊项目盈利面临的挑战。刘敬霞律师认为，政府在公共基础设施和公共服务事业中负有不可推卸的职责。作为城市发展的“第一责任人”，政府应首先抓住项目实施中的四个核心要素，根据项目的经济特性明确收费机制，让“看得见的

手”真正发挥作用；同时，政府还需制定管线入廊政策、解决使用者导入问题、为项目盈利补充可持续收入资源，并在必要时给予收入补助与救助。

对于社会资本方，刘敬霞律师指出，社会资本要发挥专业优势解决项目的生存与活力，克服短期行为，树立长效意识，为项目提供必要的补充融资与

强力的技术支持；作为政府与社会资本合作的代表—项目公司，则需要实体化并培育投建管运能力和再融资能力。

最后，刘敬霞律师还指出，在现今政府与社会资本合作的大背景下，国家政策要具有稳定性，消解社会资本和金融机构的顾虑，为稳健推进综合管廊项目良性建设和顺畅运营保驾护航。

丁丽萍律师受中国韩国商会邀请就《企业人力资源管理及操作实务》进行分享

时下，因劳动合同解除、终止及岗位变动等引发的劳动争议在劳动法司法实践中最为常见，此类争议往往矛盾尖锐、较为复杂，也是企业人力资源管理相关法律工作中的热点、难点问题。

为了帮助企业人力资源及法务工作者掌握劳动合同解除、终止及岗位变动等方面的相关法律法规，通过司法实践中的典型案例了解劳动仲裁、人民法院审理此类案件的执法标准，规范企业的人力资源管理，健全、完善相关劳动用工制度和工作流程，防范法律风险，9月10日，京都律师事务所合伙人丁丽萍律师受中韩商会的邀请在北京现代汽

车大厦对其所属近百家会员单位的人力资源经理进行《企业人力资源管理及操作实务》的培训。

丁律师就近年来企业人力资源领域的热点问题、企业劳动争议解决现状、企业劳动合同解除条件及法律风险防范、员工岗位变动的目标实现与合规操作、企业人力资源管理制度制定及合法化以及劳动争议发生时用人单位的实务应对思路进行了分享。

与会现场的人力资源管理者积极参与，并基于案例进行交流和讨论，大家表示收获很大并希望商会未来多举办类似的专业分享活动。



丁丽萍律师

茶香缭绕 让爱传承——记“泉计划”第七期助学帮扶活动

第七期“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、受资助的同学等十几位人员参加。

活动从参观风景优美、环境舒适的北京农业职业学院开始。然后，北京农业职业学院的老师讲授茶艺课，从茶文

化的起源、发展以及茶的分类等方面向“泉计划”成员介绍茶文化的悠久历史。两位来自北京农业职业学院的优秀学生还为大家展示如何泡茶、品茶。参与本次“泉计划”的学子们都非常兴奋，纷纷动手学习泡茶。整间茶室淡淡的茶香与大家的浓浓情意交织在一起。

之后，“泉计划”第七期助学帮扶金暨第五期优秀学子奖励金发放仪式在教室举行。房山法院未成年人审判庭马绍辉庭长对于京都律师的持续助学子的爱心行动表示感谢，同时向今年考上大学的两位学子表示祝贺，勉励学子们继续努力学习，将来成为社会栋梁。



活动



望，温暖我们的内心……看到这一席话语，每一位参与“泉计划”的京都律师都表示深受感动。

经过七年的相处，京都所律师与这些学子和家长之间，已经结下了深厚的友谊。每年定期的回访与关爱活动，让学子倍感温暖，他们也用自己实际行动表示真诚的感谢。

“泉计划”于2012年6月29日启动，其初衷是想让京都律所和法官的爱能够传承下去。这份爱不仅仅是解决学子及其家庭经济上的困难，更在未来的入生道路中陪伴学子们前行，给予精神的关怀，人生的引领。

第七期“泉计划”活动现场，图为京都律师、房山法院法官与“泉计划”帮扶的学生合影

有两名学子表示自己已经考上大学，可以通过自己的努力完成学业，不再接受“泉计划”的帮助，希望将机会让给更需要帮助的人，未来自己也会参与到这个爱心活动中来，将爱传递。吴欣荣律师对学子们这种坚韧自强的精神予以赞扬，并表示即使不再接受资助，也欢迎继续参加“泉计划”的活动，保持密切联系，“我们因‘泉计划’结缘，愿做你们一生的挚友”。

仪式结束后，精彩的活动继续。大家来到调酒教室，各种精美的杯子和器具顿时吸引了学子们的目光。调酒的老师教大家制作家庭鸡尾酒，考虑到孩子们的年龄，老师贴心地用饮料代替了酒水。当大家带着自己制作的第一杯鸡尾酒高呼“干杯”时，欢声笑语充满教室。

活动结束后学子们久久不愿与大家分离，纷纷表示希望下次聚会的时间更长，期待下次的见面。其中一位学子考上了北京工业大学，因个人原因没能参加活动，她给大家带来了一份感谢信，信中提到：温暖有治愈内心伤痕的力量，更给人前进的勇气，而“泉计划”带给每一位参与者更多的便是温暖，让被帮助孩子解决生活的困难，带给家庭希



京都律师与“泉计划”帮扶的学生一起学习茶艺课



第七期“泉计划”助学帮扶金暨第五期优秀学子奖励金发放仪式现场，图为京都律师与“泉计划”帮扶的学生合影

活动

加强行业自律，打造律界精品——京都开展执业纪律培训

新时代律师事业的健康发展离不开律师的规范执业，2018年8月16日下午，京都管委会组织北京总部及各地分所的全体律师、部门主管和业务秘书近500人，分别通过现场、直播的方式参加了京都执业纪律培训。

“没有规矩不成方圆”，京都一直高度重视律师执业的纪律问题。本次培训会上，京都创始合伙人、名誉主任田文昌，高级合伙人、刑事业务部主管合伙人杨照东到场并做培训动员，要求各位律师重视执业纪律，加强行业自律，共同维护京都律师的良好声誉。

“打铁还需自身硬”，北京市律师协会理事、惩戒委员会主任、京都高级合伙人肖树伟就“规范律师执业，防范执业风险”进行培训。肖律师重点澄清了律师在执业规范方面存在的认识误区，帮助律师树立牢固的风险防控意识。

“用技术和数据为律师规范执业保驾护航”，京都业务主管刘立杰对当前



田文昌律师做培训动员讲话 | 杨照东律师做培训动员讲话 | 肖树伟律师主讲“规范律师执业，防范执业风险”



业务主管刘立杰分享“用技术和数据为律师规范执业保驾护航” | 在京都22层多功能厅听课的律师

律师和律所面临的业务风险进行了数据分析，针对典型案例进行了详实解读，对提高律所的风控管理水平和降低律师执业风险具有重要意义。

所通过定期开展业务培训，不断提升律师执业水平，规范律师执业行为，防范执业风险，加强执业保障，用心呵护京都集二十三年之力打造的精品品牌。

“追求卓越，不负重托”。京都

聪明维权，律师护航 影视编剧不可不知的法律问题——记“京都知产沙龙”第九期活动

2018年7月4日，京都律师事务所联合创意星球编剧经纪公司，在京都律所北京总部举办“京都知产沙龙”第九期活动之法务圆桌会议。三十位影视编剧、制片人在专业律师深入浅出的讲解和指导后，与京都律所知识产权服

务团队进行了热烈的讨论和交流。提问热烈积极，回答精彩纷呈，就影视编剧“不维权、维权难”的问题展开了充分讨论，受到了参会人员的一致好评！

“京都知产沙龙”是由京都律师事务所知识产权法律服务团队主办的公益

论坛，团队由多名知产专业律师组成，举办了多期收到了很好的社会效应和积极反馈。论坛由本次活动的发起人穆怀怡律师主持，王菲律师和雷蕾律师分别以“编剧基本权利运用与保护”和“编剧遭遇侵权时应如何维权”为主题进行



活动



穆怀怡律师



王菲律师



雷蕾律师



创意星球编剧经纪总监戴维

了全面深入的讲解。通过律师专业细致的讲解，结合实际案例和主题讨论，让编剧们认识到了自己的权利，理解了法律的相关规定，建立了法律维权的思维模式。

京都律师事务所合伙人王菲律师从事知识产权法律服务多年，具有丰富的实战经验。开讲前，王菲律师首先做了简单的会前调查，全场30名编剧中，仅有3位粗略阅读过《著作权法》《合同法》。王菲律师表示：“法律不保护躺在自己权利上睡觉的人。作为文字工作者，《著作权法》《合同法》是保护我们的有力武器，希望每位编剧都能重视起来”。王菲律师从“权利法渊”“权利名称”“权利如何去运用”“在权利运用中需要注意的事项”“编剧权利保护实务技巧”以及“应对策略”方面进行了分享，深入浅出地阐述了法律法规的相关规定，帮助编剧厘清工作过程存在的法律风险及防范措施。王菲律师生动有趣的讲述带动了编剧们纷纷提问，一时各种案例和吐槽引得阵阵笑声。

北京市朝阳区律协知识产权研究会副秘书长京都所雷蕾律师的讲述偏重维权的法律依据、方式、应注意的

问题等，通过结合“北平无战事”“半月传”等鲜活的案例，帮助编剧们建立如何应对侵权、如何搜集和整理证据等思维模式和工作方法。随后的主题讨论阶段，精彩的分享

使得现场气氛融洽，结合自己的亲身经历，多位编剧表示非常感谢这样的活动，为他们送上了“法律服务及时雨”希望以后多多举办经常参加。

创意星球作为编剧经纪公司，自运营以来致力于与一线影视制作公司、有名的制片人一起进行项目前端的创作与开发、希望搭建稳健的平台，通过专业的经纪服务与更多优秀编剧紧密合作，编剧经纪总监戴维女士在活动现场致辞并且提出了困惑“现如今随着行业越发重视编剧和剧本创作，编剧们也意识到版权的重要性，可由于忙于创作，再加上法律知识的欠缺，大多数编剧仅仅凭借吃亏累计的经验来拟定合同”。看来，影视编剧的维权任重道远！



现场合影

随着影视文化产业的飞速发展，知识产权法律问题密集呈现，越来越多的影视从业者注意到了知产的重要性。如何构建科学的知产理念？如何应对纷繁的知产话题？如何解决复杂的知产冲突？如何应对专业的知产诉讼？京都知识产权法律服务团队一直关注影视行业的各种现象，在社会热点频出的乱象下，追根溯源、抽丝剥茧，把知识产权的本质和发展、价值和潜力一一呈现。京都知识产权沙龙是公益论坛，会持续关注社会热点问题，积极开展调查和讨论，在知识产权法律建设和发展的道路上砥砺前行！

活动

资管新规来袭，肖小保律师解读私募基金合规与风控要点

资管新规的出台，百万亿规模的资管行业或将迎来史上最大的调整，已经有相当部分的金融机构缩减或调整规模，对资管新规在实务中的执行亦处于观望状。为帮助企业从法律的视角认识资管新规，更理性地把握私募基金的投资、合规和风险控制，6月22日，京都律师事务所、清科投资界共同主办以“资管新规下的私募基金结构设计及私募基金在IPO中的核查”为题的讲座。

活动现场，京都律师事务所合伙人律师、北京市律师协会风险投资与私募股权投资法律专业委员会委员肖小保从法律的视角分析资管新规的合规与风控的冲突与协调，重点讲解现阶段对私募基金的投资、合规及风控的把握，并对资管新规下的资管产品有关保本保收益、结构化设计和嵌



肖小保律师



讲座现场

套安排进行了深入浅出的分析。

其次，肖小保律师以实际案例讲述私募基金从业者如何进行符合监管规则的基金结构设计、基金投资机构设计，阐述违反资管新规的产品和投资存在的合规风险，并对未来IPO项目中如何依据资管新规对私募基金的合法合规性核查等进行多方面的深入解析。

肖小保律师的讲解涵盖资管新规出台背景下私募基金操作的重点、难点，内容丰富、贴合实际，受到与会100多名私募基金代表的热烈欢迎。

荣誉

京都律师事务所荣获2015-2018年度朝阳区优秀律师事务所等多项荣誉

2018年9月15日至16日，北京市朝阳区第三届律师代表大会隆重召开，北京市司法局、朝阳区司法局、北京市律师协会、朝阳区律师协会领导及朝阳区律师代表共计200余人参加了此次会

议。会上就第二届北京市朝阳区律师协会2014-2018年理事会工作和监事会工作等内容作了详细报告与讨论，并颁布了50家2015-2018年度朝阳区“优秀律师事务所”、100名“优秀律师”和48

名“行业贡献奖”获得者等多项荣誉，其中：

北京市京都律师事务所荣获2015-2018年度朝阳区优秀律师事务所；肖树伟律师第三次当选为朝阳区律



荣誉



肖树伟律师，第三次当选为朝阳区律师协会监事



刘敬霞律师，2015-2018年度北京朝阳区“行业贡献奖”



吴欣荣律师，2015-2018年度北京朝阳区“行业贡献奖”

师协会监事；

刘敬霞律师荣获2015-2018年度北京朝阳区“行业贡献奖”荣誉称号；

吴欣荣律师荣获2015-2018年度北京朝阳区“行业贡献奖”荣誉称号；

刘颖律师荣获2015-2018年度北京朝阳区“优秀律师”荣誉称号；

夏俊律师荣获2015-2018年度北京朝阳区“优秀律师”荣誉称号；

田纪华律师荣获2015-2018年度北京朝阳区“社会公益奖”荣誉称号；

(注：以上排名不分先后)

京都律师事务所肖树伟律师、公丕国律师、徐莹律师参加了此次会议。



刘颖律师，2015-2018年度北京朝阳区“优秀律师”



夏俊律师，2015-2018年度北京朝阳区“优秀律师”



田纪华律师，2015-2018年度北京朝阳区“社会公益奖”

金燕、肖树伟律师入选全国千名涉外律师人才名单

近年来，随着“一带一路”倡议、自贸区建设等重大国家发展规划的实施，涉外法律服务行业也迎来了新的机遇和挑战。党的十八届四中全会对发展涉外法律服务业做出了重要部署。发展涉外法律服务业，需要壮大涉外法律服务队伍。2018年4月28日，司法部正式开展建立涉外律师人才库工作。

8月31日，“全国千名涉外律师人才拟入选名单”公布，通过层层严格选拔，京都律师事务所高级合伙人金燕、肖树伟律师成功入选全国涉外律师人才库，未来将与全国的优秀律师同仁一起，更好地为“一带一路”建设等国家重大发展战略、为中国企业和公民“走出去”、为我国重大涉外经贸活动和外交工作大局提供法律服务。

作为一家国际化的综合性律师事务所，京都汇集了一批熟练掌握中国法律法规，通晓境外投资、并购、海外工程建设、国际贸易等



金燕律师



肖树伟律师

知识，具有在国外学习和工作背景的专业人才，在对外投资、外商在华投资、中外企业合作谈判、国际贸易、涉外商事调解、国际仲裁等领域积累了丰富的经验。

媒体

“庆祝改革开放40年之40位人物访谈录” ——田文昌：为国家法治进步做力所能及的事

引言

田文昌的办公室里，最引人注目的，莫过于一幅牌匾、一面墙。

牌匾上书四字：正义之师。这是中国政法大学生送给他的。

那面墙，其实是占据了一面墙的书柜，摆满了他的藏书，透着庄重典雅之气。

见记者走进办公室，田文昌连忙起身迎上，谦和地与记者握手，打招呼，笑容和蔼。

寒暄过后，田文昌拿出一摞纸，除了为采访准备的资料，还有两页稿纸——上面记录着他用四字排比句凝练出的人生经历，名为《人生历程》。

“从历史的观点来看，我只是律师职业群体中偶尔闪光的一分子，这辈子如果能为我所在的这个光荣群体做些力所能及的事，那是我的荣幸。”

言语间波澜不惊，这位被称为“中国刑事辩护第一人”的大律师，忆及改革开放40年来，他所经历的法治建设。

“改革开放后，国内一些高等院校开始招收硕士研究生，错失高考机会的田文昌胆大包天地直接报考硕士研究生，从此与法律结缘”

与法律结缘，对于田文昌来说，并非水到渠成。

1977年冬，当570万考生走进尘封十年的高考考场时，田文昌心中却是憋闷。因严重的腰间盘突出，他错失了这次难得的机会。

30岁生日那天，田文昌拄着双拐来



到家附近的小酒馆，二两白酒一碟花生米，借酒浇愁，忽然悲从中来，赋诗感叹“忆我三旬空怀志”。

就在几乎绝望之际，田文昌发现一丝亮光。改革开放后，国内一些高等院校开始招收硕士研究生，而且规定可以以同等学历的条件报考，只要能考上，就可以破格录取为硕士研究生。

胆大包天的田文昌地做了一个决定，直接报考硕士研究生。

功夫不负有心人。1980年，田文昌考上西北政法学院(现西北政法大学)刑法学专业硕士研究生。

为了准备这场考试，田文昌耗尽心力，第一外语考试时就晕倒在考场，之后4门考试是挂着葡萄糖水完成的。

也许是机会得来不易，也许是已而立之年后的通达，也许是胸怀家国的志向，就读西北政法学院那几年，田文昌倍加珍惜。

对于这段时光，他在《人生历程》

中总结为：“三年苦读，游学四方。遍访名师，博采众长。”

田文昌的硕士生导师周柏森、解士彬两位教授，是胸襟博大的老师，尽管他们学识渊博，仍唯恐局限了自己的学生。两位教授轮番给田文昌写推荐信，让他去拜访国内其他名师。

“三年寒暑假，我是晚上坐硬板火车，白天拜师求学，访遍了全国的刑法学专家，几乎一个都没落。”田文昌说，三年时间，他走遍了北京、上海、重庆、长春、武汉的政法院系，先后多次拜访了高铭暄、马克昌等著名刑法学家以及知名的哲学家、经济学家，这为他以后的学术研究打下了深厚的理论基础。

田文昌求学的三年，正是改革开放后法学教育恢复建设时期。

随着改革开放政策的实施，经济体制改革迫切需要处理经济生活中划分权利的法律，法学研究及法律人才的培养刻不容缓。在这样的时代背景下，1983年从西北政法学院毕业后，田文昌来到中国政法大学任教。

同年年底，司法部和教育部联合召开全国高等法学教育工作座谈会，肯定了改革开放后“积极发展多层次、多规格、多种形式的高等法学教育”。

初为人师的田文昌成为当时法学教育方针的践行者。为避免给学生讲空泛的理论，上第一堂课之前，田文昌查阅了几十本案例书，将大量案例融入到教学



媒体

中,他的课受到学生热烈欢迎。

田文昌力主推动教学改革。他上课不点名,提倡学生独立思考,主张开卷考试,并提出由学生选择教师等一系列教改思路。

田文昌讲课受关注的程度越来越高,时常是从小教室换到大教室,又从大教室换到阶梯教室。为了听他的讲座,学术报告厅的窗户和大礼堂的门都曾经被挤坏过。

学生的欢迎是对一位教师最大的肯定。

“代理的4起案子接连开花结果,与改革开放后法治进步发展有着莫大的关联。那时,法治理念和律师办案的环境可以说是迅猛发展”

在田文昌的职业生涯中,有很多“第一人”的评价。

1995年,他获得了第一个“第一人”的评价,成为全国由教授转做律师的一个人。

苦于给学生讲课时案例太少,缺乏切身体会。1985年前后,田文昌开始在中国政法大学下属的法大律所兼职代理一些案件。他把律师工作中的一些经验毫无保留地传授给自己的学生。

接下来的几年里,田文昌没有刻意挑案源、打名气。“当时办一个案子也就百八十元,有的甚至还要赔钱。”田文昌说,他选的案件都是别人啃不动的“硬骨头”,“反正自己也不挑不拣”。

1990年前后,田文昌先后办理了天津大邱庄被害人控告禹作敏案、河北省企业家商禄与黑龙江省企业家朱佩金无罪辩护案、81名乘客诉西北航空公司集团全国首例误机索赔诉讼案。这些案件

与改革开放后经济社会发生的变化有莫大关系。其中,最有名的便是禹作敏案。

禹作敏曾是天津市静海县大邱庄党支部书记,在改革开放的大潮中,他一手把一个远近闻名的穷村改造成盛极一时的“首富村”。

然而,“红”起来的禹作敏开始歪了,指使手下殴打他人致死便是他的一大恶行。

1990年4月,大邱庄家具厂厂长刘金会的父亲刘玉田遭殴打身亡。刘金会来找田文昌,请求为他父亲申冤。

“当时没有人敢接,我也有所考虑。禹作敏是农村改革开放第一个典型。当时,禹作敏发了很多材料,说我告他的目的不在于他,目的是否定农村改革开放,大帽子已经给我扣上了。另外,我也担心家人的生命安全。”田文昌回忆说。

一度,禹作敏出动40多辆车、100多号人来抓刘金会,按照当时的说法,“活要见人、死要见尸,必须抓回来,不能让他在北京告状”。而刘金会当时就藏在田文昌家附近。

“只要是他认准了的事,就要做到底,你担心也没有用。”回忆起此事,田文昌的妻子心疼又有着些许无奈。

1993年,法院以犯窝藏罪、妨害公务罪、行贿罪、非法拘禁罪和非法管制罪,判处禹作敏有期徒刑20年。

除了禹作敏案,另一起让田文昌记忆深刻的案件,是81名乘客诉西北航空公司误机索赔案。

1993年10月1日,由广州飞往北京的2138次航班,因机械故障取消航班,机场方面无视乘客利益,不予解决食宿问题,导致乘客与机场方面发生冲突。田文昌

无偿代表乘客起诉西北航空公司。

事后,曾有人半开玩笑地问田文昌:是不是因为有你这样的律师,再加上几个记者,才引出了这场诉讼?

“后来我就说,你的话问得非常好,这正是偶然性和必然性碰撞的结果。如果再往前推10年,有10个像我这样的律师和100个记者,这个案子照样打不起来。而如果再往后推10年,即使没有律师没有记者,也照样能打起来。当时,我打这个案子就是要推动法治化的发展,就是要推动民航服务的改进。”田文昌说。

在田文昌看来,1992年、1993年承办的4起案子接连开花结果,与改革开放后法治进步发展有着莫大的关联,“那时候人的法治理念逐步往前走,是开放的、进步的。虽然基础差,但是发展快,法治理念和律师办案的环境可以说是迅猛发展”。

“律师首先要维护委托人的合法权益,要通过参与司法活动的整体过程去实现并体现正义”

随着改革开放前行的步伐,从上世纪90年代开始,律师行业的改革也不断向前推进,律师的舞台越来越大。尤其是1996年刑事诉讼法的修订,给刑事辩护提供了更广阔的空间。

那个时期,经济发展突飞猛进,发展洪流中也出现了经济犯罪、职务犯罪等问题,刑辩律师代理的案件越来越多,其中不乏大要案。

然而,给涉嫌经济犯罪被告人、涉嫌职务犯罪的落马高官提供辩护的刑辩律师,在无限风光之外,也面临着一个诘问:为什么要给“坏人”辩护。

这一诘问的标志性案件,当属2002

媒体

年的刘涌涉黑案,田文昌正是被告人刘涌的辩护律师。

当时,关于“田文昌该不该为黑老大辩护”“律师的职责是不是维护委托人合法权益”的争论,几乎蔓延了整个舆论场。

就在质疑未消之时,次年,田文昌又接下一个烫手山芋——云南省原省长李嘉廷受贿案。

在几乎没有辩点的情况下,田文昌穷尽一切可以减轻刑责的辩点,李嘉廷最终被判处死刑缓期二年执行。

面对舆论的质疑,田文昌回答:不这样做,我就不是一名合格的律师。

2003年,央视《面对面》节目采访田文昌。在那次访谈中,田文昌第一次明确谈到“律师的职责首先是维护委托人的合法利益”。随即,主持人追问一句:“如果跟社会道德冲突呢?”

“也是如此。”田文昌斩钉截铁地回答。

一石激起千层浪,田文昌为此招来更多批评指责。有人批评他扭曲了律师维护法律公正的形象。

可是,两年后,在律师法修订中,维护当事人合法权益被放在律师职责的第一位。

多年之后,田文昌的那句“律师既不是天使也不是魔鬼”,早已成为法学界的名言,但有些人不知,这句话的完整版本是:律师既不代表正义也不代表邪恶,而是通过参与司法活动的整体过程去实现并体现正义。

2013年12月4日,第十三个全国普法日,央视2013年度十大法治人物揭晓,田文昌位列其中。

颁奖台上,主持人撒贝宁问:您为之

辩护的那些委托人里,是宣告无罪的多还是定罪量刑的多?

田文昌:当然还是定罪量刑的多。

撒贝宁:也就是说经过您的辩护,需要受到法律惩罚、被定罪的还是占到多数?

田文昌:是的。

撒贝宁:那是否意味着就像人们说的,你是在为坏人辩护?

田文昌:如果说公诉人诉一个就定一个有罪,那么法官就没有用了;如果说律师辩护一个就都是无罪的,那么公诉机关就没有用了,这是不可能的事情也是不正常的事情。我从来都认为,律师的辩护,是他维护委托人或被告人应该被维护的那部分合法权益,这是他的职责。一个无罪的人,通过律师的辩护,可以重获清白;一个罪轻的人,通过律师的辩护,可以免受重罪;而一个真正犯有重罪的人,经过律师的充分辩护之后,仍被处以重刑,也可以在程序正义中体现出法律的公正性。

“作为一名律师,我希望能看到律师群体有一个高素质的职业形象展示在公众面前;作为一名普通公民,我更希望尽自己的微薄之力,为国家的法治进步做一些力所能及的事”

从1980年在西北政法初识法律至今,38年光阴匆匆而逝。在这38载中,田文昌不仅经历了个人的职业转型,他心中法治的种子也随着国家法治建设进程的推进而成熟。

近几年,田文昌似乎淡出了公众的视野,但他并没有闲下来。

作为中华全国律协刑事专业委员会主任,田文昌将更多的时间放在了参与立法、建言司法体制改革和律师行业建设之中。

2011年,刑事诉讼法修改引起社会广泛关注。田文昌是参与刑法修正案草案起草前期讨论的几位律师代表之一。

为了在新刑事诉讼法中规范和保障律师办理刑事业务,争取律师权益,田文昌带领全国律协刑事业务委员会全体委员、专家学者共同撰写出版了《中华人民共和国刑事诉讼法再修改律师建议稿与论证》,引起了立法机关的重视和国内外法学界的广泛关注。

“作为一名法律工作者,我希望国家的司法体制改革能有一个阶段性成果;作为一名律师,我希望能看到律师群体有一个高素质的职业形象展示在公众的面前;作为一名普通公民,我更希望尽自己的微薄之力,为国家的法治进步做一些力所能及的事。”田文昌说。

平静的话语,却蕴含着无尽的情感和期盼。

田文昌说,他现在最大的愿望,就是在有生之年办成一所律师学院。

在田文昌看来,中国的刑辩队伍里不乏佼佼者,但还需要更加正规化的严格训练,“中国律师尤其是刑辩律师的培训应是以一种完全进入状态的模拟法庭为基础展开的,从分析案件开始,到法庭调查、质证,在到整个辩论过程,每个人都会进入角色进入状态,这个效果会非常明显”。

“年轻律师入行,起步阶段的技能培训很重要。”田文昌认为,目前国内缺乏这种小班式、互动式的律师培训。中国律师从改革开放之后走过了四十年,已经达到理论专业化的程度,越来越多的硕士、博士、博士后加入到律师队伍中,但是这种专业化仅停留在理论知识水平,欠缺实践经验。



媒 体

田文昌打算首先在自己创办的京都律师事务所内部实行诊所式的小班教学培训,一次培训仅接受二三十人报名,一期培训要经过3个月400学时的学习,课程内容囊括刑事辩护律师实践操作全过程所必备的技能训练。

无独有偶,曾经的母校西北政法大学也找到田文昌。西北政法大学成立了

刑事辩护高级研究院,聘请田文昌担任院长。田文昌决定以京都所和西北政法大学刑事辩护高级研究院为平台,待探索出完备模式后,将其扩大应用到全国律师培训领域,真正做到立足于本所,着眼于全国律师。

采访临近结束,田文昌将那份印有32行语句的《人生历程》递给了记者,

上面写着:

锐意改革,蹒跚前行。
苟利法治,不敢趋避。
誉毁相随,无欲则刚。
实现价值,痛并快乐。
老骥伏枥,欲争朝夕。

(原文刊登于2018年9月14日法制日报04要闻版,记者赵丽)

家长心生怨气杀害女儿同学 该承担怎样刑责?

据媒体报道,9月21日16时许,瑞安警方接到报警称:在隆山小学三楼一厕所内,有小孩受伤。接警后,处警民警迅速赶到现场,抓获犯罪嫌疑人林某某(男,36岁,仙降街道人)。被害人叶某(男,10岁)被120急救车送往医院,经全力抢救无效于当日19时许死亡。经查,犯罪嫌疑人林某某交代了因其女儿周三在学校与叶某发生口角时被打致眼部疼痛(伤势轻,未就医,正常上学)而心生怨气,为此于21日下午携带水果刀到学校寻找叶某报复,用水果刀伤害叶某。现林某某已被瑞安警方刑事拘留,案件正在进一步侦办中。

有网友爆料凶手疑为精神病,这会对该案的定罪量刑有啥影响吗?林某某该承担哪些刑事责任呢?知名刑事辩护律师、北京市京都律师事务所高级合伙人梁雅丽接受《法制晚报》记者的采访就此进行了解读。

梁雅丽律师表示,如果这个凶手存在精神病患者的可能,需要经过权威的司法鉴定,确实是精神病人的,其刑事责任的承担是有限的,因为其不存在犯



梁雅丽律师

罪故意。

法律上所称的精神病来源于医学上的精神病,但两者界定的侧重点和意义不同,法律并不对精神病进行病理和种类上的划分,而仅仅是着眼于精神病患者的行为能力(即辨认能力和控制能力)以及责任能力的确定,从而判定其行为的法律后果和法律责任。

1. 无论什么性质的精神病人犯罪,都必须经法定的鉴定程序鉴定,从而确定是否承担刑事责任。

2. 精神病人经鉴定,实施犯罪行为时没有行为能力的,不承担刑事责任。

3. 精神病人经鉴定,实施犯罪行为

时具有部分行为能力的,应当承担刑事责任,但是可以从轻或者减轻处罚。

4. 精神病人经鉴定,实施犯罪行为时具有完全行为能力的,应当承担刑事责任。精神病史不是法定的量刑情节。

对于精神病人犯罪的刑事责任,梁雅丽律师表示,我国刑法第18条专门规定了精神病人犯罪的刑事责任问题:

(一) 完全无刑事责任的精神病人
刑法典第十八条第一款规定:精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任,但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗;在必要的时候,由政府强制医疗。

(二) 完全负刑事责任的精神病人
刑法典第十八条第二款规定:间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪,应当负刑事责任。

(三)、限制性刑事责任的精神病人
刑法典第十八条第三款规定:尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的,应当负刑事责任,但是可以从轻或者减轻处罚。

《京都记忆》正式出版, 20年奋斗书写辉煌

如何给一段岁月献礼?用淳朴的图像记忆最有质感。历经三年的筹备整理,十几次大规模修改,目前大型回忆录《京都记忆》画册已由法律出版社正式出版发行。

京都律师事务所创建于1995年,是国内较早设立的合伙制律师事务所之一,京都的历史是中国律师业发展史的缩影。《京都记忆》的出版是对京都历史的回顾,也是对中国律师业深厚文化积淀的展现,更是对中国律师的执业精神与文化的传承。

这里有京都人奋斗二十多年的历程,这里有京都的经典案例,这里有一批金光闪闪的荣耀,这里有京都人的美好青春。

翻开《京都记忆》,一批泛黄的照片让我们感受到京都从成立到辉煌的点点滴滴,正如江平教授在序文中说的:“看到这册文集的内容,无论是照片、题词、寄语还是每一篇回忆文章,都会不同程度地感受到京都特有的理念、文化

以及它形成的原因和发展的过程。”

本书得到了江平、任继圣、高铭喧、陈光中、应松年、樊崇义等法学泰斗,来自政法院校、媒体、出版社、文化产业的单位与领导同志,全国著名法学家、艺术家、环保公益人士、客户代表的大力支持,在此,我们表示由衷的感谢。

框架

《京都记忆》分为庆典盛况、祝福京都、京都影像、京都故事、京都团队五部分,近300页,采用了大量史实和珍贵的图片资料,记述了京都从成立、发展到变革、腾飞的历史,为人们呈现一个清晰、连贯、完整、准确的记忆链条。

一图胜千言

1995年,京都律所在凯奇大厦成立,此后,京都律所先后入驻五座大厦。在创始人田文昌老师带领下,在数百位京





江平：再创辉煌



都人的共同努力下，从初始之初刑事辩护一马当先，到后来刑事辩护、民商诉讼两翼齐飞，再到如今刑事、民商和非诉三驾马车并驾齐驱，历经23年，已经发展成为一家“综合化、专业化、团队化、国际化”的大型律师事务所。

在“京都影像”部分留存了京都人二十几年的奋斗、生活痕迹。翻看时，总会不禁感慨：哦，原来这位大律师年轻时，是这样啊！在《京都记忆》里，京都人最重要的身份不是代理人、辩护律师，而是创造京都历史的一位重要成员。

京都故事

一批热爱京都，奉献京都的“元老”律师们陪同京都一路走来，他们的青春年华留在京都，他们的成长足迹刻在京都。陪同京都一路



京都律师事务所的首块牌子

走来的长辈好友回忆京都往事也如数家珍，感慨万千。京都记忆既温情朴实又热血沸腾，折射出律师的成长、律所的成长。对了，这些精彩内容在第五部分“京都故事”。

感谢与愿景

感谢法律出版社对于《京都记忆》的大力支持，



感谢为《京都记忆》提供大量珍贵照片、文字资料的京都人。多方力量的集合才有了这本《京都记忆》。

正如序文中江平教授所说：“……京都人在创新路上经历了波折和坎坷。……今天，京都人在检阅自己的成就。今天，新一代的京都人已经成长起来。”

京都也感谢江平教授的祝福：“愿京都的特色和京都的文化保持下去并且在前进中发扬光大，愿京都律所在建设的探索中独领风骚！愿京都将自己打造成百年老店而经久不衰！愿京都作为人才基地而造就更多的精英人才！”

祝愿京都“再创辉煌”！

在中国，律师和律师事务所应当算是一种新生事物。但是中国的律师队伍发展的速度却很快，自1979年恢复律师制度以来，三十几年之中，中国的律师人员已经多达29.7万人，律师事务所已达到2.4万家。

正是由于历史短暂和发展迅速的原因，律师队伍和律师事务所也是在探索中前行，在困境中发展。也正是由于同样的原因，律师和律师事务所的成长模式也是千姿百态、参差不齐。京都律师事务所就是在这种大环境下成长起来的，也因而形成了自己特有的模式和风格。

看到这册文集的内容，无论是照片、题词、寄语还是每一篇回忆文章，都会不同程度地感受到京都特有的理念、文化以及它形成的原因和发展的过程。

京都最突出的特点，是其学院派的风格和浓厚的学术气息。学者创办的京都所汇集的律师团队也不乏学术精英。所以，京都所一直都注重理论与实务的紧密结合。在京都所，学术研究和业务培训长年坚持不懈，律所不仅成为培养人才的基地，而且对理论问题的钻研和探讨已成风气，学术成就硕果累累，发表论文和出版专著已经成为常态。

这种氛围和水平，在律师事务所中是少见的。它体现了

京都所发展的方向和潜力，展现了京都所理论与实务相结合的综合优势。

京都所的文化，在众多回忆文章中得到了充分体现。在京都，无论是来的人、走的人、还是走了又回来的人，都表达出一种不舍之情。这表明，京都的文化是包容的、融合的。在京都所的律师队伍中，不仅是专家学者云集、新秀辈出，而且各种多才多艺者众多，演员、导演、书法家、音乐家同时又身兼律师者也不乏其人。各种人才云集的多元文化丰富了京都文化的内涵。京都人之所以眷恋京都，是由于京都所有一种超越功利目标之上的聚合力，使京都人在看到自身发展前景的同时，还感受到了这种和谐而秩序的大家庭的温馨。

不断创新、勇于创新，是京都所又一个突出特点。二十年来，京都自创立开始不仅四次变更办公地点，不断扩大办公面积，更重要的是，在不断创新尝试下已经在第三次创业中实现了“综合化、团队化、专业化”综合性大所的目标，并且在管理机制上完成了由非律师管理合伙人实行专业化管理的模式创新。每一次创新都面临一次考验，每一次考验都需要决心和勇气。



再创辉煌

贺京都律师所成立二十周年

汪

二十年间，京都人在创新路上经历了波折和坎坷。二十年后的今天，京都人在检阅自己的成就。今天，新一代的京都人已经成长起来。在老一代京都人奋力奠基的坚实路基上，我相信京都人未来的目标会更加宏伟！因为，不甘寂寞、不断创新，已经成为京都人的性格和传承。

愿京都的特色和京都的文化保持下去并且在前进中发扬光大，愿京都律所在探索中独领风骚！愿京都将自己打造成百年老店而经久不衰！愿京都作为人才基地而造就更多的精英人才！

如果有人问，二十年来京都所最宝贵的传承是什么？每一位京都人都会不假思索地认为，执着、敬业早已经标志性地代表着京都人最纯正的血统。在京都人的理念中，只要精品，不要次品，只有更好，没有最好。即使在执业环境恶化的条件下，京都律师们也始终坚守着执着、敬业的职业操守。可以说，坚忍执着的敬业精神早已渗透到京都人的血液中，正是这种传承使京都律师们赢得了当事人的信任和业内业外的认可；也正是这种传承，吸引了更多的有志者加盟京都。律师是一种高尚的职业，然而在法治大环境不尽如人意，甚至连生存能力和安全都受到挑战的条件下，能够独善其身、坚守信念却并非易事。但是，京都人做到了。翻开京都文集再看看京都的案例，就可以从京都人的业绩和感受中体味到这种精神和情怀。希望这种传承能够一代一代地保持下去。

强烈的社会责任感，应该是京都人另一个标志性的符

号。二十年来，在推动法治的每一个关键时刻和困难时期，京都人都会不失时机、旗帜鲜明地发出自己的声音。参与立法和司法改革，对敏感问题发表评论，为促进改革举办重大研讨活动……多年来在京都所已经成为常态。在京都人的观念中，社会责任并不仅仅体现在直接参政和从政，而且更多地体现于为推动法治所做的切实可行的点点滴滴。京都人似乎已经形成了一种习惯，就是善于从个案中由小见大地发现问题和思考问题，而正是这些问题的提出和解决，才形成了推动法治化进程的真正动力。

正是在这种价值观的支配下，京都人已经将自己的命运与社会责任不由自主地联系在一起。应当说，在京都人的理念中深含着忧国忧民的情怀，这种情怀常常会体现在一些具体的个案之中。在一些典型重大的案件办理过程中，京都律师常常会不计得失甚至奋不顾身地去维护公平，捍卫法治。这种精神的支柱，就是发自内心的、无可推卸的社会责任感！这种社会责任感不仅是京都人的共识，也是京都所凝聚力的内核。

京都二十年，文昌邀请我为京都律师说几句勉励的话，写一篇序文，我欣然应允。因为我是亲眼看着文昌辞去中国政法大学教职创建的京都所。一转眼，二十年过去了，京都所办出了水平，也办出了特色，风风雨雨也确实不容易。所以，我愿意为京都写下此序，并送四字寄语，向他们表示热烈的祝贺，希望京都律师在未来的日子里“再创辉煌”。

——本文写于2015年6月20日

行业洗牌，竞争加剧， 网贷平台如何破解当前困境

今年6月份，P2P问题平台集中爆雷，凸显了网贷行业的风险隐患，网贷行业也经历了一场前所未有的考验。这场风波也将行业的监管强有力地推进一步。自8月17日《关于开展网贷机构合规检查工作的通知》下发后，新一轮网贷合规核查工作正式拉开了序幕，机构自查，协会自律检查，行政核查三部分紧锣密鼓，有序进行，交叉核验。这也预示着网贷行业的备案工作也正式进入倒计时阶段。通过三个阶段的合规检查，网贷行业将进一步驱逐劣币，风险可控，只有真正坚持合规经营、防范风险，技术实力强劲的平台才能在此次行业洗牌中立于不败之地，迎来网贷行业的春天。





关于2018年年中以来P2P网贷平台 风险集中爆发原因探究

吕志轩 徐玉杰 / 文

2018年注定是网贷史上不平凡的一年，自2017年年末57号文¹公布以来，各大网贷平台均在紧锣密鼓地准备迎接监管部门的备案验收。然而随着时间的推移，原定2018年6月底收尾的备案验收工作迟迟未见动静，网贷行业表面一片祥和之下悄悄酝酿着有史以来最大的行业性风险。2018年6月中旬，“四大高返”平台²之一的“唐小僧”轰然暴雷，拉开了这场网贷巨震的序幕。据不完全统计，自6月中旬至8月中旬，短短两个月不到的时间，跑路、提现困难、经营异常的问题平台达到300余家³，仅8月初一周时间之内就有40余家平台出现问题。与以往行业内偶尔有平台暴雷不同的是，本次网贷风险具有爆发时间集中、涉及平台众多、涉案金额巨大、问题平台层次高等特点，尤其是一些行业内头部平台出现问题，更是牵动着广大投资者和从业人员敏感的神经。可以说，此起彼伏的暴雷声不仅让投资者无所适从，而且让行业从业者人人自危，因为谁也不能保证，下一个暴雷的不是自己的平台。

P2P (peer to peer) 是一种自2006年

吕志轩



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。吕志轩律师办理过多起重大复杂刑事案件、民商事案件及非法集资专项处置案件，有丰富的政府法务、刑事辩护、民商事案件代理的实际工作经验。

开始传入我国的新型互联网金融模式，近几年来随着互联网金融的蓬勃发展，P2P迅速发展壮大，迄今为止，运营平台仍有近2000家，行业规模有数万亿之巨。P2P通俗来讲即线上点对点直接借贷，而P2P平台则是为线上点对点借贷双方搭建信息平台的中介方。按照《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》（下称“暂行办法”）的规定，网络借贷信息中介机构（即P2P平台）是指依法设立，专门从事网络借贷信息中介业务活动的金融信息中介公司。该类机构以互联网为主要渠道，为借款人与出借人（即贷款人）实现直接借贷提供信息搜集、信息公布、资信评估、信息交互、借贷撮合等服务。而且按照暂行办法的规定，P2P平台只能作为信息中介而不得从事信用中介，也就是说，P2P平台其实就是网络借贷行业的“媒婆”，只负责信息的传递和借贷双方的撮合，可奇怪的是为何一时之间这么多“媒婆”都跑路了？凡事皆有因果，网贷平台频繁暴雷的背后其实是一系列因素共同合力的结果。那么哪些是本次“暴雷潮”的“元凶”？

一、资产端主要问题

（一）平台“自融”或变相自融
暴雷或跑路平台中，自融或变相自融是较为普遍的问题。所谓自融或变相自融即平台给自己融资，或给平台的关联方进行融资。总之资金最终流入平台账户（或其关联方账户，包括法定代表人及其高管乃至平台员工或家属账户）。根据我国刑法的规定，未经相关行政许可（包括取得相应金融牌照），向不特定的社会公众募集资金，数额较大的，涉嫌非法吸收公众存款等一系列的非法集资犯罪⁴。而且，暂行办法第10条（即俗称的13禁令）中，将自融或变相自融作为了禁令的第一条，可见自融是绝对的红线、绝对的禁区。之所以自融，要么是将P2P作为廉价的资金供给平台（虽然从P2P获取资金成本多在年化8到12个点，相比银行较高，但获取资金的难度极低），或投入房产、或投入股市等高风险高回报领域赚取差价；要么存在非法占有的目的，将资金偷偷转移，据为己有（如“庞氏骗局”）。凡是存在自融的平台均是风险极大，轻者出现大面积逾期，投入资金迟迟难以兑现，重者平台直接卷款跑路，投资者血本无归！而且关键的是，凡是自融平台早晚都会出事！

存在自融的平台，通常有这样几种表现：

1.未接入银行存管。自融平台通常存在假标，但敢于明目张胆的给自己融资的平台毕竟极少，因此，大多数自融平台通过发布假标来实现。这里的假标主要指假在“借款人”上，即通过虚构借款人达到向自己融资的目的，这在资金未全面上线银行存管的平台尤为严重。上线银行存管的其中一个意义就在于给发布假标提高了大量成本，正规的银行存

徐玉杰



京都律师事务所实习律师，硕士研究生学历，毕业于中国青年政治学院法学院。擅长互联网金融、政府法务、民商事等法律服务。开展工作以来，主要从事P2P互联网金融企业核查、P2P平台验收调研、P2P平台合规辅导、P2P平台合规报告尽职调查等互联网金融法律服务，在互联网金融领域有较为深刻的理论研究和实践经验。

管要求借贷双方均通过该银行进行虚拟账户开户，而银行个人开户需要核对四要素信息⁵，企业开户则更为复杂。如果平台已经上线银行存管，那么只能通过购买身份信息、采用皮包公司作为“马甲”⁶等复杂手段绕开银行开户核验，整体造假成本较高；反之，未上线银行存管的平台则可以十分方便的虚构借款人，以达到向自己融资的目的；

2.项目信息披露不足，自融平台对借款项目信息披露一般极为有限，对于借款人信息以及融资项目信息通常语焉不详，一是害怕投资人发现借款人、担保人与平台存在关联关系；二是借款项目可能本身就是虚构得来，自然没有详实的信息加以披露。因此，投资人对于未按照信息披露指引对项目信息进行披露的平台应当谨慎投资；

3.借款标整体收益过高，目前大多数的网贷平台收益率均在年化10%以内（含平台红包形式等各类形式的贴息在内），但仍有少数平台宣传的收益率极高。自融平台为了保证资金链长期不断，通常将产品收益率设计较高，以吸引

投资人将资金投入。投资人只看重了平台超高的收益而自得，殊不知已入彀中；

4.借款人单一或反复出现频次高，有一些自融平台借款人较为集中，通常为数人或数家企业反复出现进行融资，对于此类平台可以查阅近期发布的标的借款人信息，并关注其每月披露的运营报告，如借款人较为集中，则应当予以注意。此外，若大量借款标为同一家企业（非融资性担保公司）或个人为不同的借款人进行担保的，也应当关注担保人与平台之间是否存在关联关系。

（二）销售理财产品

暂行办法第10条明确规定，P2P网贷平台不得发售理财

1 即P2P网贷风险专项整治工作领导小组办公室下发的《关于做好P2P网络借贷风险专项整治整改验收工作的通知》。

2 指联璧金融、唐小僧、钱宝网、雅堂金融互联网金融行业四大民间高返（收益）的平台。

3 据网贷之家统计，目前尚在正常运营的网贷平台不足1700家，比5月底减少300余家。

4 非法集资并非具体罪名，而是一系列罪名的统称。

5 即验证1.银行卡的持卡人的姓名2.银行卡号3.预留手机号4.身份证号的真实性。

6 即虚假的个人或皮包公司作为平台上名义的借款人进行借款后，资金到达他们银行存管虚拟账户后，体现并转移到平台控制的账户，达到自融的目的。

产品。理财产品的投资风险较高，因此这类投资对投资人的风险承受能力要求较高，需要具备较高的风险意识和投资经验。今年4月初，互联网金融风险专项整治工作领导小组办公室下发了《关于加大通过互联网开展资产管理业务整治力度及开展验收工作的通知》（以下简称“29号文”）明确资产管理属于特许经营业务，须纳入金融监管，也就是说理财产品（包括“定向委托计划”“定向融资计划”“理财计划”“资产管理计划”“收益权转让”等）的发行以及销售（包括代销、引流）需获得相应的金融牌照，同时要求相关互联网金融平台在2018年6月底消化完毕违规存量。这意味着大量对接资管类产品，销售理财类产品的P2P平台需要在短短两个多月的时间内消化违规存量。而所谓消化存量，实际上要求相关产品提前结清或转移给有资质的金融机构，而无论哪一项选择都意味着巨额资金的代价。更何况有一些平台的所谓“理财产品”，不过是对自融、庞氏骗局的一番粉饰，在监管压力之下，瞬间无所遁形。因此，对接理财产品的平台如不能很好的化解存量，那么暴雷在所难免。

（三）发售大标资产

大标指超过暂行办法规定的法人（多家分公司借贷的应以单一法人计算）在同一家平台在贷余额超过100万元或自然人（个体工商户以自然人计算）在同一家平台在贷余额超过20万的行为⁷。目前，出现兑付危机的平台中有不少是由于发行的大标出现了逾期而导致了大面积的到期债权无法提现从而导致出现的暴雷。大标的风险在于风险过于集中，少则上千万，多则数亿的债权一旦同时出现无法到期还款，那么对于平台来说无疑是具有毁灭性的，也只有极少数的平台能够在出现问题的時候安然渡过。大标往往伴随着“虚假标的”⁸和自融问题，让出借人的维权之路更为艰难。

（四）借款人集体性恶意违约

“逃废债”⁹问题是本次“暴雷潮”中的一个典型问题。其实以往并非没有恶意违约的情形，相反网络“老赖”一直以来都是严重影响互联网金融健康发展的一个毒瘤。由于绝大多数的网络借贷平台没有接入银行征信系统，平台与

平台之间也尚未达到信息共享，数据互联的程度。大多数平台在防欺诈、防老赖方面仍然是信息孤岛，这就给了“老赖”大量的可乘之机。甚至有不少“老赖”还将自己的“光荣事迹”在网络上传播、分享，造成了很恶劣的影响。

这次的“逃废债”问题不同于以往，之前的“老赖”行为，大体上还可以通过平台的信贷审核系统进行预防，再加上“老赖们”的零星作案，虽然给平台造成了损失，但大体上还是可控，但这次的“逃废债”问题很可能是一些中小平台崩溃的直接罪魁祸首。首先，中小平台的风控审核能力较弱，给了“老赖们”的可乘之机；其次，暴雷之风愈刮愈烈之下，让不少借款人开始有组织、有计划地集体恶意违约（除了专业的“老赖”以外，之前能够正常还款的借款人也开始参与恶意违约），想要迫使平台崩盘，甚至还有一些借款人隐藏在出借人微信群中，编造平台崩盘的虚假信息，鼓动出借人去闹事“维权”，扰乱平台正常经营，以此达到自己“逃废债”的目的。

非常时机，一点风吹草动都可能造成严重的连锁反应，“逃废债”不仅让一些大型平台倍感吃力，而且直接导致了不少中小平台的“暴雷”，“人性之恶”在这次的事件中暴露无遗！

（五）经济下行造成偿债压力

除了恶意违约以外，经济下行、实体经济的低迷也是本次暴雷潮的一个环境因素。目前经济“去杠杆”的大环境下，大量中小微型企业难以从银行机构等低利率金融机构获得融资，只能通过小贷公司或者网络借贷平台解决燃眉之急，但这些平台的借贷成本相当之高，对于中小微企业来说，以网络借贷度日（甚至“以贷养贷”），无异于饮鸩止渴，同时也给网贷平台埋下了风险。尤其是对接某些“供应链金融”资产的平台，上游借款企业依靠P2P平台借款应对贷款账期资金压力，一旦核心企业无法按期向上游企业支付货款，很容易发生上游企业在P2P平台上雪崩式的连锁性违约。而大量企业的被动违约也许就是压倒一些平台的最后一根稻草。

二、产品模式问题

因为产品模式的问题导致发生风险的平台也不在少数：

（一）超级债权人模式产品，这是网贷发展史上曾经最为典型的产品模式之一。通常而言，即平台通过“中间人”个人账户以自有资金（如著名的“唐宁模式”）先向借款人签署“借款协议”进行放贷形成债权，再将这些债权打包作为债权转让产品通过P2P平台转让给投资人。这种模式存在的主要问题在于：一是平台底层资产难以穿透，底层资产信息完全掌握在中间人手中，投资人对这些债权根本难辨真伪。换言之，中间人完全可能利用这种便利，伪造底层资产信息，以达到自融或非法集资的目的；二是平台将债权作为产品转让时，通常未能将单笔债权单独转让，而是打包成债权包进行转让，由投资人对债权包份额进行认购（实质上类似于资产证券化产品），平台在该债权包产品到期后将债权赎回。这种模式下免不了存在期限错配和资金池。一旦平台别有用心，则很容易将其设计成一个庞氏骗局。投资人应当警惕自己所投产品到底是“债权包”，还是真正的“个人借贷”，认清在平台上签署的到底是“借贷协议”还是“债权转让协议”¹⁰。超级债权人模式下，一旦债权包中部分资产出现兑付困难，则可能影响到整个债权包的兑付，进而引发整个平台的崩盘。

（二）“活期”产品，即类似银行提供的随存随取服务，P2P平台提供投资人（出借人）出借后可随时赎回的产品。这类产品一上线就吸引了大量的投资人进行出借，毕竟在投资人看来，可以随时赎回意味着风险的可控。其实不然，P2P平台提供的是点对点的直接借贷撮合服务，既然是直接借贷，那么就是出借人与借款人直接达成借贷合同关系，而借贷合同一般是有固定的借款期限的，除非借款人提前还款或出借人履行不安抗辩权¹¹，一般情况下是不存在随时解约赎回的可能，毕竟借款人的利益也应当受到法律的保护。那么平台之所以能够推出活期产品，通常而言有这样一些操作：一是平台存在资金池和资金错配，可随时调用资金池中的资金（包括自有资金以及其他投资人投资的资金）如银行一般可以实现资金的随存随取；二是利用高频次的自动



债权转让，不断将退出投资人的债权匹配并转让给新进的投资人，以实现资金的快速赎回；三是上述两者操作兼而有之，平台主要利用高频次债权转让实现快速赎回，当新进投资额减少时利用平台资金池或自有资金补充，以保证资金快速赎回。显然，第一种和第三种操作利用资金池、资金错配实现了银行的基本功能直接涉嫌非法集资，这些操作常常还伴随着“自融”和“庞氏骗局”，因此可能随时崩盘；第二种操作则可能涉嫌虚假宣传，因为债权人要想赎回资金就需要有后来者“接盘”实现债权转让，而能否实现债权转让实际上是不确定的，市场行情好的时候，有足够多的资金进入，能够保证投资人及时“提现”，而一旦没有了“接盘侠”，自动债权转让游戏也就无法继续，“活期存取”也就无法实现，显然与其宣传不符。对于“活期”平台而言，最担心的就是流动性风险，一旦出现问题，在投资人看来，这些平台就“雷了”。

（三）“锁定期+自动债转的理财计划”类产品，其实与上述活期类产品类似（类似于银行中的“定期”存款产品，即规定固定的期限（锁定期）后可以提现），原因与上述一致，大体也可能存在资金池、资金错配或虚假宣传的问题。当然，也有些平台的“理财计划”类产品虽然没有上述的这些问题，没有宣传保本保息，固定时间到账等内容。但是在对投资人教育上投入不够，未能将债权转让规则向投资人充分披露、充分提示，在出现流动性风险、债转提现延缓的情况下，又没有充分的渠道化解矛盾，再加上别有用心的人的鼓动。在平台宣布“延期到账”后，投资人信心崩溃，发生挤兑、闹事“维权”，导致平台无法继续经营。

三、资金出现问题

（一）未接入银行存管，直接归集资金。平台资金对接银行存管，实现平台自有资金和客户资金分离是一个合规平台的基本要求。对接银行存管可以较大程度上避免平台存在资金池以及大标问题¹²，实现资金与资产的一一匹配。然而目前仍有少数P2P平台尚未对接银行存管，那么即便通过第三方支付机构对资金“充值、支付、提现”等进行管理，由

7 至于多头借贷，暂行办法规定法人机构不得超过500万，自然人不得超过100万。由于各家平台尚未进行数据互联，处于信息孤岛状态，对多头借贷行为目前难以准确统计。

8 此处的假标，通常以伪造标的的方式，将借款人与借款项目拆分成小标，从而规避监管。

9 指有履行能力而不尽力履行债务的行为。

10 按照当前监管规定，出借人通过本平台出借产生的债权，与平台上其他出借人之间进行转让的符合监管规定。

11 如借款人出现经营状况严重恶化；或转移财产、抽逃资金以逃避债务；或谎称有履行能力的欺诈行为；或存在其他丧失或者可能丧失履行能力的情况时，未能提供相应担保的，债权人可以行使不安抗辩权要求借款人提前偿还。

12 存管银行会对借款人账户在贷余额情况进行监控，提示平台是否存在超额问题。



于平台掌握充分权限，也很难避免平台触碰客户资金。更有平台直接设置中间账户，通过资金池的方式对客户资金进行管理，这种情况下客户资金安全根本毫无保障，是否存在资金挪用、转移，就全赖平台的“道德水准”了。

(二) 存在资金“体外归集”。然而接入银行存管也并非万无一失，某些平台就存在“体外归集”资金的情况。例如，一些平台主要依赖合作方进行资产推荐，其中一些合作方本身也是某类中介平台（如租房中介），客户从平台借款后，资金并非从存管账户中进行提现，而是直接转入该中介平台。那么这种情况下，合作平台就可能产生资金池归集资金，一旦该平台跑路，则可能使借款人权益受损，进而借款人会选择拒绝还款，伤害到P2P平台的投资人。

四、投资人问题

(一) 投资人集中挤兑。本次暴雷潮中一个较为显著的问题就是整个行业内出现了持续的，大额的资金净流出。换言之，有大量的投资人选择了离开P2P平台，在这个过程中甚至出现了大面积的集中挤兑问题，这些挤兑可能成为了某些平台崩盘的重要原因。从P2P的定义来看，似乎本不应该出现所谓的挤兑。因为正如前文所述，P2P平台仅是一个信息中介平台，提供的是信息推介和交易撮合的服务，并非借款合同关系的相对人。要说挤兑的话，也应当是出借人向借款人进行挤兑，但投资人并不管这些。虽说，一方面一些平台其实并无真实、合规的资产，或是承诺了保本保息，债权回购等不合规内容。另一方面，一些平台推出的“活期”或“理财计划”产品作出了相关承诺却未能如期兑付。这些违规平台本身负有不可推卸的责任，向投资人兑付资金本无可厚非。但是一些债权未到期的投资人，或是正规平台的投资人也不分青红皂白的参与哄闹挤兑，置自己签订的“借贷协议”于不顾，要求平台代借款人提前还款，这显然是存在问题的。

(二) 投资人教育欠缺，缺乏合格投资人。有大量不理智的挤兑行为，其实可以归根于投资人风险承受能力的匮乏。一方面，大量平台未强制要求投资人进行风险承受能力评估，或者仅进行了评估，未根据评估结果对投资人的投资额度进行相应限制，而且不少平台本身不重视投资人教育，风险提示存在诸多不足，导致了P2P行业投资人教育普遍不足；另一方面，大量投资人对P2P平台根本不加了解，不少投资人在选择

P2P投资时只关注平台收益，对平台推出的“活期”、“理财计划”产品规则在欠缺充分认识的情况下就进行了大量投资。而一旦发生平台兑付延迟，或仅是听闻某些小道消息的情况下，立即丧失投资信心，采取不理智的挤兑行为。这些都极易对平台乃至整个网贷行业造成严重的打击。

这次P2P平台风险集中爆发，从四大高反平台之一的“唐小僧”突然“暴雷”开始逐步发酵，到“投之家”的悄然崩塌，引起了投资人一片恐慌，开始挤兑，到后来连锁反应般大量平台包括一些“头部平台”开始病毒蔓延式崩盘，若非官方及时介入，局势险些失控，这一路看似偶然，但偶然中其实存在着必然。“资产端问题”是这次整个行业风险爆发的根源，无论是“唐小僧”还是“投之家”都存在着自融或变相自融的问题，股东或实际控制人利用P2P吸收资金进行非法集资是这些平台“暴雷”的根本原因，即便这次能够侥幸渡过，“资产端问题”总有一天会爆发出来；“产品模式问题”是本次问题平台中存在的突出问题之一，是不少平台爆发风险的直接原因，尤其不少“头部平台”出现问题与之密切相关，“活期”、“理财计划”类产品本意可能为了提高投资人的体验，提高资产和资金的匹配效率，然而“资金池”、“资金错配”以及虚假宣传混杂其中，埋下了极其危险的隐患，一旦资金端收紧，将立即出现流动性风险，对平台将会是毁灭性的打击；如果说前面两者是造成平台崩盘的根本原因和直接原因，那么“投资人问题”则是造成P2P平台风险从零星爆发向全面蔓延的催化剂。P2P传入我国虽然已经经历了十多年的发展，但是大多数投资人从认识到投入到P2P行业也不过短短几年的时间¹³，多数投资人对P2P并没有较深的了解，平台长期以来对投资人风险提示和风险教育不到位，此外“打破刚兑”的呼声并没有改变国人长期以来被保本类理财产品培养出来的“刚性兑付”理念。在投资人脆弱的投资心理、匮乏的投资知识、盲目的投资行为推波助澜下造就了本次P2P平台风险的集中式爆发。

所幸，2018年8月以来，监管层已开始重启P2P备案验收，多项措施齐下安抚投资人，重振市场信心。8月下旬以来P2P“暴雷潮”已开始渐渐得到控制，行业资金已从净流出转态扭转至基本持平。如今每天虽然仍有一些平台零星退出，但这其实也是P2P行业前期野蛮发展的一次自我净化自我救赎，就如刮骨疗伤一样，虽然残酷，但只有经历这次寒冬历练的平台，才能迎接接下来的行业春天。

金融新业态下网络借贷（P2P）行业刑事风险控制

■ 吕志轩 徐玉杰 邢盼 徐坤 / 文

近几年P2P网络借贷行业一路呈现爆发性增长。但自今年6月以来，部分平台开始出现逾期，特别是6月中旬至8月中旬，不到两个月时间，跑路、提现困难、经营异常的问题平台达到300余家。极少数平台止步于这个炎热的夏季，甚至平台负责人及运营团队高管因此受到刑事追究，如联璧金融、唐小僧、善林、雅堂金融等平台。P2P平台暴雷不但给投资人造成了重大损失，而且平台负责人及运营团队高管也易受到刑事责任追究。

据网贷之家《2018年上半年全国P2P网贷行业快报》显示，全国P2P网贷截止2018年6月末，贷款余额1.53万亿，环比下降0.38%；基本正常机构数量2163家，环比下降0.64%。P2P网贷“双降”，半年度P2P网贷成交额，环比与同比同时大幅度降低，各项数据表明，P2P网贷发展多年来呈现出的野蛮生长现象经过两年多的整治，行业风险于2018上半年得到根本性控制。

P2P网贷行业虽然8月份整体出现回暖。但应探究P2P网贷行业突发问题的根源，以便今后在网贷平台运行中不但要进行民事风险防范更要预防刑事风险的发生，保护投资人利益、保证企业良好运行、保护企业经营者不受刑事责任追究。

所以互联网P2P企业无论在整改、合规验收过程中，还是在将来经营中，企业及企业家、实际控制人、董、监、高都必须进行刑事风险控制和防范。这样才能在互联网金融这个风口上站的更稳。

一、P2P网络借贷行业刑事风险分析

纵观本次爆雷的平台，多数原因系违规存量尚未化解，平台负重前行，一旦出现经营异常，平台资金就会出现逾期

和资金链断裂，负面信息加速了平台快速爆雷，平台走向不归路。主要源于以下原因。

（一）资产端风险

在“线上交易”模式中，平台资产端的质量几乎直接决定平台的风险大小；部分平台存量资产中资产端资产质量存在瑕疵，有的甚至系假标，以融资担保企业为例，融资担保企业先在出借人与借款人之间形成借款合同，但尚未产生资金流，融资担保企业将该借款合同形成的债权通过平台转让给投资者，当大量的这种债权产生逾期后，由于没有底层资产支撑，一旦出现逾期，形成挤兑，平台就危机四伏。

在资产端风险中，自融尤为突出。若平台的实际控制人或关联方直接在平台上发布自己的真实借款信息，涉嫌自融，平台应尽力避免。然而，通常平台采用虚构借款人、借款需求的方式进行自融，将募集的资金用于自己的公司经营或个人消费及支付高息，涉嫌集资诈骗。

（二）产品异化风险

为了吸引投资者，一些P2P平台的存量产品出现了异化，主要表现有以下几种：

秒标是指满标后自动还款的借款标。秒标原本是P2P借贷平台为了给客户id提供投资体验而使用的，但一些平台对秒标的过度使用使其发生了变异。甚至同一时间发出大量秒标，在账户资金不被冻结的情况下，可以在短时间内完成非法集资，卷款跑路。

天标是指借款期限在一个月以下的标。一些P2P借贷平台把长标拆成短期，大额资金拆成小额，继而进行期限和金额的错配，以提升平台自身的业务量。但是，拆标会给平台带来一定的还款压力，极易引发流动性风险。而一旦出现流

13 我国第一家P2P平台成立于2006年，但直到2010年，从业者、投资人都凤毛麟角。直到2012年，P2P才开始爆发式发展。

动性问题，P2P借贷平台又会用发放新的天标，使风险如滚雪球般叠加。这种行为已触碰非法集资的红线。

存量中部分平台以实际控制人、高管、员工在平台上放款，形成超级放贷人模式，在该模式中，有一个专业放贷人（通常为P2P平台的实际控制人、财务负责人或平台的其他相关人），他以个人名义向众多借款人放款，取得相应债权，再把债权按金额、期限打包错配给投资人购买，这种模式中，借款人是先向超级放贷人借款，产生一个债权债务关系，然后这个债权就转移到了投资人手中。这种形式类似类资产证券化产品。

超级放贷人模式属于监管法规所禁止的业务模式，在监管日趋严格的条件下，理论上超级放贷人涉嫌非法集资。

（三）资金池风险

存量的P2P资金池的形成有两种方式：一是平台以高额收益归集投资者资金，形成资金池，再寻找借款人把钱贷出去；二是平台把借款需求打包成理财项目，再把投资人的资金归集到平台账户，最后进行资金的匹配。这种先吸收存款、后发放贷款的行为，已涉嫌非法吸收公众存款。

因P2P企业的银行存管监管缺位，资金池一旦形成，平台便获得资金支配权。致使沉淀资金的转移处于监管之外。一旦资金链断裂，将会给投资人带来巨大损失，甚至造成整个P2P行业的混乱和无序。

（四）阴阳合同风险

为收取高额手续费或进行错配，有些平台会分别与投资人、借款人签订合同，而非让真实的借贷双方直接签署合同。如平台指定放贷人先与借款人签订合同，然后平台发布借款需求，归拢投资人的资金，与投资人签订另一份合同，再出借给真正的借款人。在此过程中，平台承担了资金中介的功能，必然构建了资金池，涉嫌非法集资。部分不法分子甚至制造“庞氏骗局”。

邢盼



京都律师事务所政府与涉密法律事务部公共助理，对外经济贸易大学硕士。

二、网贷平台刑事法律规定

《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》互联网金融是金融与互联网相互融合形成的新型金融业务模式。发展互联网金融，对加快实施创新驱动发展战略、推进供给侧结构性改革、促进经济转型升级具有积极作用。但是，在互联网金融快速发展过程中，部分机构、业态偏离了正确方向，有些甚至打着“金融创新”的幌子进行非法集资、金融诈骗等违法犯罪活动，严重扰乱了金融管理秩序，侵害了人民群众合法权益。对此现象最高检专门召开了关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题的座谈会，对涉互联网金融犯罪的相关问题作了界定。做出风险提示，互联网机构应当严格规范经营，切勿触碰红线！

（一）关于涉互联网金融行为法律性质的界定如下：

1. 对于非法吸收公众存款行为的认定

借款人故意隐瞒事实，违反规定，以自己名义或借用他人名义利用多个网络借贷平台发布借款信息，借款总额超过规定的最高限额，或将吸收资金用于明确禁止的投资股票、场外配资、期货合约等高风险行业，造成重大损失和社会影响的，应当依法追究借款人的刑事责任。对于借款人将借款主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金，不作为犯罪处理。

2. 对于集资诈骗行为的认定

以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，是集资诈骗罪的本质特征。是否具有非法占有目的，是区分非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪的关键要件，对此要重点围绕融资项目真实性、资金去向、归还能力等事实进行综合判断。具体情形如下：

（1）大部分资金未用于生产经营活动，或名义上投入生产经营活动但又通过各种方式抽逃转移资金的；（2）资金使用成本过高，生产经营活动的盈利能力不具有支付全部本息

的现实可能性的；（3）对资金使用的决策极度不负责任或肆意挥霍造成资金缺口较大的；（4）归还本息主要通过借新还旧来实现的；（5）其他依照有关司法解释可以认定为非法占有目的的情形。

3. 对于非法经营资金支付结算行为的认定

支付结算业务（也称支付业务）是商业银行或者支付机构在收付款人之间提供的货币资金转移服务。非银行机构从事支付结算业务，应当经中国人民银行批准取得《支付业务许可证》，成为支付机构。未取得支付业务许可从事该业务的行为，破坏了支付结算业务许可制度，危害支付市场秩序和安全，情节严重的，以非法经营罪追究刑事责任。

具体情形：

（1）未取得支付业务许可经营基于客户支付账户的网络支付业务。无证网络支付机构为客户非法开立支付账户，客户先把资金支付到该支付账户，再由无证机构根据订单信息从支付账户平台将资金结算到收款人银行账户。

（2）未取得支付业务许可经营，多用途预付卡业务。无证发卡机构非法发行可跨地区、跨行业、跨法人使用的多用途预付卡，聚集大量的预付卡销售资金，并根据客户订单信息向商户划转结算资金。

（二）关于涉互联网金融行为涉嫌其它罪名的认定

1. 涉嫌非法经营行为的认定

根据《刑法》第二百二十五条第一款第（四）项之规定，“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”构成了非法经营罪。非法经营罪多年来一直被法学家认为是口袋罪条款，司法实践中很多处于模糊地带的经营行为极易被归为非法行为而涉嫌构成该罪，被刑事追究。不合规的P2P网贷平台的经营模式，涉嫌构成“非金融机构未经许可，以放贷为主业”的情形，而一旦资金链断裂，造成投资人的重大经济损失或成为涉众案件，该行为就涉嫌构成非法经营罪。

2. 涉嫌洗钱罪构成洗钱行为的认定

洗钱罪是指明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩

徐坤



京都律师事务所政府与涉密法律事务部实习律师，毕业于锦州医科大学。

序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质，而提供资金账户的，或者协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券的，或者通过转账或者其他结算方式协助资金转移的，或者协助将资金汇往境外的，或者以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的行为。

如果P2P网络借贷平台经营者明知资金来源为非法吸收公众存款犯罪、集资诈骗犯罪等所得及其收益，依然为其提供资金账号的、通过转账或者其他结算方式协助资金转移，或协助将资金汇往境外的以及用其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的性质和来源的，依照《刑法》第一百九十一条之规定，以洗钱罪追究刑事责任。

3. 涉嫌共同犯罪行为的认定

P2P网络借贷平台经营者应审慎经营，审慎履行核查义务，明知他人通过网贷平台非法吸收公众资金，依然为其提供帮助的，可能构成了非法集资犯罪的共犯。根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》之规定，“为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助，从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用，构成非法集资共同犯罪的，应当依法追究刑事责任…”即如果P2P网络借贷平台符合上述情节，有可能因共同犯罪而被追究刑事责任。

三、网贷平台刑事风险控制

P2P网络借贷平台如果要做到彻底防范民事和刑事风险必须拥抱监管，按照一个办法、三个指引及相关监管政策做到认真整改，合规运营，不碰触十三项禁令，不做资金池，对资金进行银行存管、不进行期限错配、不做虚假宣传、全面进行信用审核和风险控制、全面信息披露并按照108条认真进行整改，化解存量目标。以科技创新赢未来、合规监管路更宽，愿互联网企业在合规监管与金融创新之间找到更大的发展空间。





近期网贷监管政策分析研究

徐坤 吕志轩 / 文

摘要：互联网新兴金融的一个重要分支-P2P目前正面临发展蜕变中的重要拐点。自今年6月以来，P2P行业面临着有史以来最严峻的一次爆雷潮。近期，P2P网络借贷风险专项整治工作领导小组办公室(以下简称整治办)发布《关于开展P2P网络借贷机构合规检查工作的通知》(下称《检查通知》)以及《网络借贷信息中介机构合规检查问题清单》(下称《108条清单》)，计划在2018年12月前完成又一轮摸底排查工作，通过本次核查的网贷机构将有望实现备案。

一、概述

P2P(peer-to-peer)网络借贷是指个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷。自2010年起网贷平台凭借其易操作、审批快、贷款方便、收益率高等优点受到大众追捧，人气高涨一路飙升直至2015年面临行业第一个低谷。由于我国存在信用体系不完善、互联网金融监管滞后、网贷法律法规不健全等一系列问题，经营不规范的问题平台层出不穷。至此，监管者们不能仅仅隔岸观火，必须行使行政手段将所谓的“金融创新”纳入监管。

纳入监管首当其冲面临的问题：即如何将“网贷”定义。定义意味着明确网贷行业监管部门，是归类到某一行业纳入现有的金融监管机制，还是针对此行业重新设置一套监管机制。2016年8月17日由银保监会颁布的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(以下简称《暂行管理办法》)将网贷平台定性为信息中介机构，明确其不得提供增信服务，不得直接或间接归集资金。至此网贷行业才正式确立了监管体制及业务规则，明确了网贷行业发展方向。之后银保监会又陆续颁布了《网络借贷信息中介机构备案登记管理指引》、《网络借贷资金存管业务指引》和《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》，形成网贷行业的1+3政策框架。

而此次整治办下发的《检查通知》及其《108条清单》

仍然是在以上政策文件基础上予以细化分类。

二、备案问题

按照《检查通知》要求，针对已经纳入各省(区、市、计划单列市)网贷风险专项整治名单的网贷机构开展检查，本次检查的一大亮点即机构自查、自律自查、行政核查分别并行，此举一方面增加核查结果的精准性、全面性，另一方面若网贷平台消极怠慢或提供雷同不具有参考性材料便不能达到预期自查效果。网贷机构(之前已经纳入网贷风险专项整治名单的)若能顺利通过此次检查符合信息中介定位和各类标准，将接入信息披露和产品登记系统，之后条件成熟的可按要求申请备案。

三、监管侧重方向

网贷机构质量参差不齐，圈内不乏打着“网贷”的名义，私自敛财、挪用资金者，再加上这类网贷机构风控能力、财管能力、信息管控能力、应急处置能力相对欠缺，根本不能妥善应对流动性风险。

此次《检查通知》强调的检查重点内容共10条，但大可分为三大类，一是《暂行办法》规定的业务红线和小额分散原则；不得未经审批发布各类理财产品、不得适用高息利诱的方式吸引出借人、投资人；严格定位信息中介，不得设置资金池、自融或变相自融、不得直接或间接提供担保以及承诺保本付息。网贷平台准入门槛低，没有经过类似银行受到资本充足率、存款准备金率、存款保险、公司治理等一系列严格的监管，所以网贷平台所经营的业务理应受限制，出于投资者利益以及区域金融安全稳定的角度考虑，监管者制定网贷平台禁止十三条业务红线，禁止其经营高风险业务。若网贷机构仅仅是撮合借贷，出现挤兑风险的几率会相对较小；若网贷机构为了追求高额利益差，为了迎合投资人的流



动性需求，将长标拆成短标(大多数网贷平台利用债权转让规则规避拆标监管禁令)，造成期限资金错配，流动性风险相应上升。不仅如此，一些实体企业通过网贷机构来获取资金，一旦网贷机构出现挤兑，这些企业难逃资金断裂的厄运，造成连锁反应，例如，此前依赖网贷平台获取资金的连锁便利店“邻家”，近期宣布因资金断裂停止营业。

二是信息披露方面。2016年的《暂行办法》专章对信息披露作出初步规定。早在2016年中国互金协会就已经正式发布了相关信息的披露标准，定义并规范了96项信披指标，但由于行业协会的强制力有限，其只能针对协会会员以及观察员作出相应开除会员资格等处罚措施，信息披露推广事项迟迟得不到开展，直至2017年8月23日银保监会颁布《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》，提供了明确的监管标准。本次《108条清单》更是利用大篇幅着重强调信息披露的要求，信息披露是合规备案过程中必经之路。

三是资金存管问题。此次《检查通知》又再次强调网贷机构不得设置资金池。资金池通常涉及情形有：没有具体项目而先归集出借人资金，客户资金与自有资金混合，未设立专门账户存管。网贷机构设置资金池不受任何第三方监督、随意自行支配资金极易引发“道德风险”。《暂行办法》规定了网贷机构应选择符合条件的银行业金融机构作为出借人与借款人的资金存管机构，随后《网络借贷资金存管业务指引》对资金存管人做出细化规定，包括存管机构独立性要求、技术要求、职责要求。9月20日晚，中国互联

网金融协会在“全国互联网金融登记披露服务平台”发布了民生银行、上海华瑞银行等25家银行通过个体网络借贷资金存管系统测评的声明，这是目前第一批通过系统测评的存管银行白名单。存管银行白名单的出炉极为关键，在此之前不少网贷平台因为没有明确的定论而在犹豫观望，根据网贷之家数据统计，在白名单公布的第二天共有421家正常运营平台与中国互金协会公布的首批通过测评的银行签订资金存管协议(含展期、部分项目

逾期仍在发标的平台和含已完成资金存管系统对接并上线的平台)，其中有377家正常运营平台与中国互金协会公布的首批通过测评的25家银行完成资金存管系统对接并上线(含上线存管系统但未发存管标的平台)，占同期P2P网贷行业正常运营平台总数的23.64%。

四、结语

此次合规检查计划2018年12月底前完成，时间紧、任务重，尽管已将核查范围限定在已经纳入各省(区、市、计划单列市)网贷风险专项整治名单的网贷机构，网贷机构的数量仍然不容小觑，再加上本次检查清单所有要求明确具体、可操作性强，无论是对监管机构、自律机构、或是网贷机构本身来说都是一项繁重的任务。各网贷机构应提前做好准备顺应此次检查的潮流，早日走上合规之路，增强投资者乃至整个行业的信心。

“发展是以规范为前提，整治是为了更好的发展，备案的延期，是为了进一步稳妥有序化解存量风险，消除风险隐患。”两年多来经过监管机构一轮又一轮的风险摸排，逐渐制定出符合行业特点、我国金融形势特点的监管政策，网贷行业经过一轮一轮的淘汰，最终会留下基础过硬运营合规的优质机构，网贷行业重振旗鼓我们指日可待。☞



从P2P信贷平台视角解读 《信披指引》四原则

■ 吕志轩 徐陆嘉 / 文

摘要：在《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》落地一年之久的今天，众多P2P借贷平台在信息披露的实行上仍处于不成熟阶段。针对这一问题，本文将围绕该指引所确立的“真实、准确、完整、及时”四原则，具体分析信贷平台在“信息披露”事项上可能面临的法律风险及规避策略。

关键词：互联网金融 信息披露 《信披指引》

众所周知，对于投资者而言，互联网金融信息披露制度是其进行价值判断的重要信息和依据来源，投资者期望信息披露程度愈高愈好，从而借助信息透明了解并控制自身的投资风险；而对于P2P信贷平台而言，作为信息披露制度的义务承担者，如何实现合规信息披露的成本最小化，如何把握信披义务履行与用户流失风险之间的平衡，正是P2P信贷平台所关注的核心问题。

2017年8月，中国银监会发布了《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》（下称“《信披指引》”），具体落实了《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》关于建立网络借贷信息中介机构信息披露制度的工作部署和要求。该信披指引所确立的“真实、准确、完整、及时”

四原则¹，为P2P借贷平台履行信息披露义务明确了方向。在《信披指引》落地一年之久的今天，仍有众多P2P借贷平台的官方网站上，设置着残疾的“信息披露”模块，运作着幼稚的信息披露机制。针对这一问题，本文将围绕《信披指引》四原则，具体分析信贷平台在“信息披露”事项上可能面临的法律风险及规避策略。

一、“真实”原则

《信披指引》中的“真实”原则，要求信贷平台不得虚假记载。平台履行以下的全部行为，可视为实现了“真实”原则的履行：

- （一）就披露之日起五年以上的信息进行书面留存；²
- （二）将相关的披露公告文稿及备查文件送至地方金融办、银监会派驻机构，同时放在平台住所供公众查阅；³
- （三）法定代表人签字确认信息披露内容；⁴
- （四）平台通过项目尽职调查等形式，确保借款人、出借人的信息真实准确。⁵

当平台披露信息的真实性遭遇质疑，平台面临法律风险时，出示第（一）项中的纸质版信息、第（二）项中的递交

记录与公告文稿以及第（四）项中的尽职调查报告等证据，能够有效地减轻甚至消除平台面临的过错责任，减少损失，因而平台应注意相关文件的保存留底；而第（三）项中的法人签字，则意味着承担更大的法律责任。

同时，《暂行办法》第十二条第一款、第十三条第一款分别规定了借款人、出借人的信息真实义务，要求其提供真实、准确、完整的用户信息及融资信息，当平台能够证明在形式上尽到了信息真实性审核的义务，不良的法律后果将会更多地倾向于信息提供者而非平台本身。

针对违反“真实”原则的法律后果，《信披指引》采用援引性条款加以规定⁶，平台可能面临监管谈话、出具警示函、责令改正、通报批评、将其违法违规和不履行公开承诺等情况记入诚信档案并公布等监管措施及给予警告、人民币3万元以下罚款和依法可以采取的其他处罚措施；构成非法集资活动或诈骗犯罪的，依法追究刑事责任。

二、“准确”原则

《信披指引》中的“准确”原则，要求信贷平台不得诱导性陈述。平台的以下行为可能构成诱导性陈述，将被认定为对“准确”原则的违反：

- （一）以歧义性语言进行片面宣传或促销；
- （二）模糊夸大融资项目的真实性及收益前景；
- （三）散布虚假或不完整信息损害他人商业信誉，从而误导出借人或借款人。

平台在自查过程中应重点注意宣传用语、标题文案的准确性，避免“理财”、“投资”、“平台贴息”、“预期年化利率”等直接或变相向出借人提供担保或者承诺保本保息的表述，可以借鉴行业成熟平台官网中的合规表述。

针对违反“准确”原则的法律后果，《信披指引》同样

以第二十一条的援引性条款加以规定，平台可能面临条款列举的监管措施、处罚措施，若构成非法集资活动或诈骗犯罪，平台还将被追究刑事责任。至于“诱导性信息”的判断方法，司法实践中以善意的一般理性人为标准，若信贷平台的陈述足以产生诱导性影响，并且出借人或借款人基于该诱导性信息做出交易行为而受到不必要的损失，则平台将承担不利的法律后果。

三、“完整”原则

《信披指引》中的“完整”原则，要求信贷平台不得有重大遗漏。《信披指引》第二章⁷就内容和形式两个层面，详细地列举、说明了信息披露的具体要求，主要包括以下内容：

- （一）电信业务经营许可信息、资金存管信息等5项机构备案类信息
- （二）工商信息、股东信息、组织架构等5项机构组织信息
- （三）财务审计报告、合规性审查报告等3项机构审核信息
- （四）借贷余额及笔数等11项撮合交易信息
- （五）借款人基本信息、项目基本信息等4项出借人应当知道的信息
- （六）涉及公司重大变更、公司涉诉等7项48小时汇报事项
- （七）5项咨询投诉举报信息
- （八）1项年度报告

此章明确了核心的信息披露内容，部分条款内容确实有义务过重的嫌疑，如第（五）项中要求的借款人基本信息⁸，需要披露“截至借款前6个月内借款人征信报告中的逾期情况、借款人在其他网络借贷平台借款情况”，而披露个人征信就要求平台持牌，在金融监管程度逐年严格的背景下，平台申

1 《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第一章第五条规定：信息披露应当遵循“真实、准确、完整、及时”原则，不得有虚假记载、误导性陈述、重大遗漏或拖延披露。

2 《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第三章第十五条规定：网络借贷信息中介机构应当对信息披露内容进行书面留存，并应自披露之日起保存五年以上。

3 《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第三章第十六条规定：网络借贷信息中介机构应当按要求将信息披露公告文稿和相关备查文件报送其工商登记注册地地方金融监管部门、国务院银行业监督管理机构派出机构，并置于网络借贷信息中介机构住所供社会公众查阅。

4 《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第三章第十七条规定：网络借贷信息中介机构的董事、监事、高级管理人员应当忠实、勤勉、尽职，保证披露的信息真实、准确、完整、及时。网络借贷信息中介机构信息披露专栏内容均应当有网络借贷信息中介机构法定代表人的签字确认。

5 《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第三章第十八条规定：借款人应当配合网络借贷信息中介机构及出借人对项目有关信息进行调查核实，保证提供的信息真实、准确、及时、完整、有效。

6 《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第三章第二十一条规定：未按本指引要求开展信息披露的相关当事人，由相关监管部门按照《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第四十条、第四十一条予以处罚。

7 本章名为“信息披露内容”，共7条。本章第七条至第十一条规定了信息披露的具体内容，第十二条规定了信息披露的语言要求，第十三条规定了数字格式及货币单位。

8 《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第二章第九条第一款规定：网络借贷信息中介机构应当及时向出借人披露如下信息：
（一）借款人基本信息，应当包含借款人主体性质（自然人、法人或其他组织）、借款人所属行业、借款人收入及负债情况、截至借款前6个月内借款人征信报告中的逾期情况、借款人在其他网络借贷平台借款情况；



请查询权限极其艰难；再比如第（六）项48小时汇报事项⁹中要求的平台董监高人员的重大诉讼事件也需要披露，似乎有违网贷平台“信息中介”的政策定位，转而以更加严苛的“信用中介”的视角加以要求，使平台承担较重的信披义务。

同时，《信披指引》第十九条设置了兜底性条款，要求此类指引中无明确规定，但可能导致借款人、出借人产生错误判断的信息同样需要披露¹⁰。这又进一步加重了平台的信披负担，为其潜在的法律义务留下了解释的余地，平台针对这一条款需持谨慎态度。

就目前活跃于市场上的各P2P信贷平台来看，能够在官方网站上完整披露以上八类信息、不无遗漏的平台屈指可数。如何合规又经济地履行《信披指引》的“完整”原则，仍有待研究。

四、“及时”原则

《信披指引》中的“及时”原则，要求信贷平台不拖延披露。《信披指引》也将该要求进行了量化，具体体现为以下几项：

（一）平台应当于每年1月10日前，披露平台上一年度的财务审计报告及经营合规重点环节的审计结果；应当于每

徐陆嘉



京都律师事务所政府与涉密法律事务部实习生。

年4月30日前，披露平台上一年度的合规性审查报告。若该信息发生变更，平台应当于10内予以更新；¹¹

（二）平台应当于每月前5个工作日内，披露截止于上一月末的撮合交易信息；¹²

（三）平台应当于出借人确认向借款人出借资金前，向出借人披露借款人基本信息、项目基本信息及项目风险评估结果；同时，以六个月的借款期限为标准，平台应当按月或按季度向出借人披露易已撮合未到期项目的有关信息；¹³

（四）平台应当于48小时内，将公司重大变更事项及涉诉情况进行披露。¹⁴

针对违反“及时”原则的法律后果，《信披指引》暂时无明确规定。但是当出借人或借款人由于平台的拖延披露行为而遭受损失时，平台仍将面临不利的法律责任及诚信风险，不利于平台的健康发展。

目前，大量P2P信贷平台仍处于整改阶段，《信披指引》作为整个行业信息披露规则的教科书，其地位不容小觑。鉴于信息披露制度对于改进行业形象、提升网贷机构公信力、完善行业事中事后监管、保护出借人与借款人利益等的重要意义，不难预见的是，未来针对网贷平台的信息披露要求还将进一步加强，相关披露信息制度也将趋于完善。

9 《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第二章第十条第五款规定：网络借贷信息中介机构或其分支机构发生下列情况之一的，网络借贷信息中介机构应当于发生之日起48小时内将事件的起因、目前的状态、可能产生的影响和采取的措施向公众进行披露：（五）公司法定代表人、实际控制人、主要负责人、董事、监事、高级管理人员涉及重大诉讼、仲裁，或涉嫌违法违纪被有权机关调查，或受到刑事处罚、重大行政处罚，或被采取强制措施。

10 《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第三章第十九条规定：本指引没有规定，但不披露相关信息可能导致借款人、出借人产生错误判断的，网络借贷信息中介机构应当将相关信息予以及时披露。

11 规定于《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第二章第七条。

12 规定于《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第二章第八条。

13 规定于《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第二章第九条。

14 规定于《网络借贷信息中介机构业务活动信息披露指引》第二章第十条。

一起典型的互联网金融 “培训贷”纠纷案

——上海xx商业保理有限公司诉杨x合同纠纷案件

■ 吕志轩 / 文

在互联网金融繁荣发展的当下，某些培训机构却借此开展一些违规业务向学员提供“培训贷”，以提供培训为名，让学员在不知情的情况下背上了沉重的债务。对此，一方面监管部门难以定性，另一方面受骗学员举证难度大，造成了此类现象屡禁不止。当然，在培训贷中扮演重要角色的网贷平台，从合规性操作的角度来讲也存在着严重的瑕疵：作为互联网借贷平台负有对客户信息的严格审查义务，应当严格识别审查借款人的身份及资格、征信情况，对借款事由做适当的调查。否则会给平台、出借人带来很大风险，如果变相诱导，透支消费，将会招致严重的法律风险。本是寻求便捷、多赢的互联网金融，因为各种违规操作，变成了防不胜防的陷阱。“培训贷”等套路贷正是这些陷阱中广为关注的一种。

2018年以来“培训贷”的问题引来了多方关注，培训贷是部分不良培训机构的套路，他们以解决学员就业问题为幌子，诱导学员推销其培训服务，以“培训贷”方式收取高昂的培训费用。在招揽学员时，培训机构采用误导性宣传、虚假宣传的手法承诺安排工作，最后学员不但不能安排工作还背负上“培训贷”。对此，学员可通过民事诉讼解决，但是对学员来说，举证难度是比较大，异地诉讼费用大，不少学员放弃应诉，由此而承担了败诉的风险，一旦被法院失信、限制高消费，学员外出打工都不方便，从此生活更加困顿。

笔者办理的一起互联网借贷“培训贷”案件就属于此类案件，在此与大家分享。

一、案情简介

据被告杨x陈述，2017年，其在xx招聘网看到深圳***

公司招聘动漫画师，于是在网站投了简历进行应聘，之后一个声称是公司人力资源部的人联系杨x，询问了一下杨x的绘画经历，并让杨x将自己的作品通过邮件发送过去。几天之后，人力资源部的人说他们看了杨x的作品，觉得很有潜力，让杨x到公司工作。2017年7月，杨x辞掉原来不错的工作到深圳某公司，但公司告知杨x其公司的职位满了，并推荐杨x到另外一个公司，即广州xx网络科技有限公司深圳xx分公司（以下简称xx公司）工作。到了xx公司，该司对杨x进行了简单面试，详细咨询登记了杨x的个人信息，包括姓名、身份证号、手机、邮箱，银行卡号等信息。索要银行卡号时，杨x略微犹豫了一下，公司面试的人好像看出了杨x的迟疑，告诉杨x说银行卡是为了将来发工资用的，让杨x不要有疑虑，如果不放心，可以告诉一个不常用的卡号。之后说他们会再进一步协商一下，让杨x等消息，并发给杨x一个链接，让杨x把该应用app看一下。离开公司后杨x用手机下载了该app，感觉是xx-教育培训金融助手。看着像一款贷款软件，且杨x过去看到过贷款陷阱相关的帖子，所以只是按照公司要求下载了该软件，但没有注册使用。

后来公司通知让杨x去公司一趟，说经过筛选协商，杨x被正式录取工作。为了规范，需要杨x拿着自己的身份证，点头确认同意入职，杨x就按要求拿着身份证点头确认了一下。

入职后单位迟迟没有正式安排其工作，称杨x的绘画基础虽然不错，但是离本公司要求还有一定差距，所以不能直接上岗工作，先观摩一段时间，跟其他师傅一起辅助干工作。公司也没有做具体项目，所以暂时不发工资，但需要和正式员工一样按时上下班并打卡记录同时，杨x也可以在公司吃住，费用自理。杨x看公司迟迟不安排其具体工作，过



了一个多月就离开了。

2018年6月15日，杨x突然接到北京市朝阳区人民法院民事传票和证据材料，上海xx保理有限公司以保理债权转让合同纠纷诉杨x欠款3万多元，对此杨x从来没有听说过上海xx保理有限公司的名字，证据材料中借款协议、分期培训协议，债权转让通知从来没有签署过，债权转让更是无从谈起。

经过与法院了解，方知道培训机构将杨x与其它“学员”以电子签章形成的《分期培训协议》《贷款协议》所形成的债权转让给上海xx保理有限公司；保理公司因此起诉杨x与其它“学员”给负培训费及高昂的滞纳金及罚款。

二、一审庭审

开庭当天方知道杨x同其他100多名被告一样被上海xx保理有限公司诉于朝阳区人民法院，而且其它近100多名被告竟然没有委托律师也没有到庭应诉，因而本案作为群体案件中的唯一一个被告聘请律师应诉，律师代理本案的胜诉与否对于其它100多个同类案件有着判例作用，若打赢此官司，也是间接公益代理了100多名被告胜诉。以下是本代理人庭审过程对法律事实与法律关系的分析及抗辩代理意见。

首先管辖问题：

针对此案原告在上海、借款合同的杨x在河北保定某县、所谓培训机构在深圳，但合同约定管辖在北京朝阳；对此代理人认为管辖不应当在北京，当庭提出管辖异议，被法院口头驳回。案件继续审理。

原告继续举证、代理人质证，针对原告众多的证据，代理人一一辩驳。最后代理人发表了代理意见，一审庭审后，

代理人对驳回管辖的口头裁定提出书面上上诉状，并申请追加深圳某培训机构及北京x电子签章公司为共同被告，并书面建议将本案移交公安机关立案侦查。

庭审后不久原告主动撤回了对杨x的起诉，案件到此暂时结束。虽然案件结束了，但案件所体现的法律关系及办案经验值得与大家分享。

三、本案的法律分析

其一，杨x未授权电子签名公司代其进行电子签章，电子合同应当为无效合同。

电子印章是我国《电子签名法》和我国有关印章管理规定的信息安全基础建设（产品），合格和安全的电子印章含有密码技术作为核心安全模块，它的采购和使用应遵照有关国家法律和管理规定。

申请人可在网上填写申请信息，并须持营业执照、法定代表人身份证、委托书等原件，到公安机关办理审批手续。

本案电子签章是否真实决定着本案合同的效力，庭审过程中原告并未举证电子签章公司是否具有电子签章业务许可、本笔业务电子签章真实性、合法性的证据以及电子签章的流程，所以本案电子签章存在很大瑕疵，合同的效力存在问题。杨x未注册、也未授权电子签名公司代为签名，电子签名公司属于无权代理，属于伪造电子签名。所以本案以电子签章确定管辖地是不严谨的。且电子签名公司无电子签名资质。电子签名公司属于无资质经营，所签合同无效。电子认证服务提供商收到电子签名认证证书申请后，应当对申请人的身份进行查验，并对有关材料进行审查

其二，分期付款培训协议不成立，属于典型的培训贷诈骗

杨x是被应聘工作，而不是去参加培训、工作人员以办理工作证为名要求杨x为名要求其手持身份证拍照，杨某没有得到培训，其对培训一概不知，庭审中原告也未举证培训内容及其过程。

其三，保理业务合同无效

保理业务是以债权人转让其应收账款为前提，集应收账款催收、管理、坏账担保及融资于一体的综合性金融服务。保理业务也是以应收账款合法、有效转让为前提的融资服务。

保理合同应当以合法、有效的基础合同为依据，本案分期培训借款合同即基础合同不成立，显然保理合同应当无效。

其四，保理公司无地方金融办审批的保理业务许可资质

本案庭审中代理人提出原告出具保理公司许可资质，保理公司无地方金融办审批的保理业务许可资质，涉嫌非法经营。

其五，本案法律关系复杂，不适合小额诉讼

本案系法律关系复杂的互联网金融案件，法律关系不但涉及保理债权转让法律关系，而且还涉及保理债权转让前

底层资产债权培训贷形成的所谓业务培训合同的真实性、合法性及有效性问题，从广州xx有限公司深圳xx分公司工商资料显示，其业务范围中无培训业务范围，也无培训资质，其出具的教育培训协议无效。有电子签章的分期借贷协议因电子签章不真实也应当无效，理清本案法律行为是无效还是有效，是否还涉及培训贷非法集资问题，是否应当移送公安机关进行立案审查，需要认真研讨。因此本案不适用小额诉讼程序或简易程序。

后记：杨x案件虽然撤诉了，但与本案类似法律关系的100多个案件的被告人没有出庭应诉，他们的命运如何？代理人一直在牵挂。本案属于互联网金融领域的涉众案件，如果不加以甄别的缺席判决会造成多少个渴望找工作且处于底层的打工者被冤枉（区区几万元却是底层阶层员工近一年的收入），错误的判决会造成多少个家庭陷入困难，会造成社会区域性不稳定，因此在司法审判中金融法庭审判人员及办理此类金融案件的律师，应当仔细甄别以合法形式掩盖非法行为目的案件，运用专业的法律知识进行公正维权，防止违法分子通过审判程序洗白其非法行为，将违法行为合法化，防止通过互联网借贷、保理业务一连串的创新模式，将灰色地带通过神圣的审判程序洗白。

互联网借贷平台负有对客户信息的严格审查义务，应当严格识别审查借款人的身份及资格、征信情况，对借款事由做适当的调查。否则会给平台、出借人带来很大风险，如果变相诱导，透支消费，将会招致严重的法律风险。





小贷公司未来发展方向在哪里？

■ 吕志轩 徐玉杰 / 文

笔者最近有幸参与了某地小贷公司现场检查工作，通过这个机会，笔者充分了解了目前小贷公司的实际运营情况，结合近期重新梳理的各地关于小贷公司的管理办法、指导意见等¹，可以看出目前小贷公司发展面临的众多困境。

一、融资难是最大痛点

小贷公司不同于商业银行，禁止向社会公众筹集放贷资金，而只能通过自有资金实施放贷行为。根据《关于小额贷款公司试点的指导意见》（银监发[2008]23号文）要求，小额贷款公司的主要资金来源为股东缴纳的资本金、捐赠资金，以及来自不超过两个银行业金融机构的融入资金。虽然可以从银行进行融资，但小贷公司的融资杠杆比例却反而小于一般企业，目前全国各地规定的融入资金不得超过资本净额的0.5倍—3倍不等。

区域	注册资本	杠杆倍数	依据
上海	2亿元	0.5倍	《上海市小额贷款公司监管办法》
广州	1亿元，一次性缴纳	2倍	《广州民间金融街互联网小额贷款公司管理办法（试行）》
重庆	3亿元	2.3倍	《重庆市小额贷款公司融资监管暂行办法》
江苏	2亿元	2倍	《江苏省关于小额贷款公司管理办法（试行）》
江西	5亿元，一次性缴纳	2倍	《江西省网络小额贷款公司监管指引（试行）》
河南	3亿元	2倍	《河南省网络小额贷款公司监管指引（试行）》
福建	3亿元	1.5倍	《福建省小额贷款公司暂行管理办法》
湖南	5亿元	3倍	《关于促进小额贷款公司持续健康发展的实施意见》

实务操作中，不仅仅是杠杆比例低的问题，事实上除了依托股东的优势背景获得银行整体授信资金外，绝大多数的小贷公司很难直接从银行融入资金。笔者了解到甚至有些银行机构内部规定凡是小贷公司或者小贷公司员工进行贷款的一律否决，再加上信贷资产转让、资产证券化、P2P融资等渠道被各项规定限制，输血渠道不畅、资金荒已经严重制约了小贷公司的发展。没有外界资金融入，仅依靠股东出资，小贷公司的规模和体量都难以做大。融资难和资金杠杆可以说成了小贷公司目前发展的最大痛点。

二、众多因素导致逾期率偏高

一直以来，小贷公司都徘徊在金融机构的边缘地带，是否定性为金融机构一直充满争议。这导致一些金融圈内的人士有点“看不上”小贷公司，说到底小贷公司只是一个民间“放高利贷”的机构。小贷公司案件在法院立案的时候，也是按照民间借贷纠纷来立案，无法归类为金融纠纷。也正因为如此，小贷公司很难吸引到优秀的专业人才。人才是企业发展的核心竞争力之一，缺乏人才就会导致企业缺乏创新，缺乏活力，换到小贷公司上来，没有优秀的人才，就无法拓展创新业务，没有专业的审贷水平，信贷风险防控能力就难以提升。据笔者现场调查中发现，绝大多数小贷公司在岗人员都在个位数，很难做到审贷分离，也很难对借款项目进行实质调查，这些就为小贷公司后期的超高逾期率埋下了伏笔。

另外，近两年来实体经济下滑，企业违约率上升，小贷公司信审阶段又无法接入银行征信系统，难以识别风险客户导致小贷公司的逾期率也在不断攀升。目前小贷行业整体的违约率都偏高，而小贷公司业务单一，抗风险能力薄弱，一单两单逾期业务就可以让整个公司陷入亏损或停滞。

三、P2P、非法放贷公司影响

小贷行业的不景气并非因为民间借贷市场的萎缩，相反目前民间借贷市场发展迅速，规模年年高涨，但整个行业鱼龙混杂充斥着大量非法放贷机构，冲击着市场的良性竞争。2018年两会期间，6名人大代表建议在《刑法》中增设非法放贷罪，可见地下非法放贷之猖獗。大量没有放贷资质的公司充斥了大街小巷和互联网网站，肆意扰乱民间借贷市场。还有一部分助贷机构，靠低服务费、低利率等为这些机构寻找目标客户。黑户横行野蛮搅乱了放贷市场，势力单薄的正规小贷公司反而只能在夹缝中生存，很多小贷公司沦为了劣币驱逐良币的牺牲品。

此外，P2P“小而分散”的目标人群和小贷公司具有高度一致，P2P借助互联网平台更便捷的操作体验，也吸引走了一大批小贷公司的客户。虽然受网贷机构管理办法“20万、100万”的借贷额度限制，P2P平台无法像小贷公司一样提供大额借贷，但整体而言，更便捷的P2P还是对小贷公司产生了很大影响。

四、资本净额的限制造成了部分客户流失

《关于小额贷款公司试点的指导意见》（银监发[2008]23号文）要求发放贷款应坚持“小额、分散”的原则，扩大客户数量和服务覆盖面，同一借款人的贷款余额不得超过小额贷款公司资本净额的5%²。

受该条款的影响，很多借款人不愿通过小贷公司融资借款。以目前借贷规模最大的房抵贷为例，北上广深一套房子动辄千万元，对于大多数注册资本5000万的小贷公司来说，一两百万的借贷本金却需要价值近10倍的资产做抵押，远远低于行业水准³，而且受限制的借款金额也难以满足其借款需求，因此很多客户就从其他渠道寻求融资机会。

五、税收重负

小贷公司作为非银机构，难以享受税收优惠。除个别地区享受地方的税收优惠外，小贷公司税负较重，运营成本增加。小贷公司作为一般工商企业，应依法缴纳25%的企业所得税和5.56%的营业税及附加，且税收并非按金融机构利差来征收，而是按利息征收，综合税费比例超过30%，远高于

其他金融机构，经营负担较重。

另外，小额贷款公司不能比照金融机构在税前提取风险拨备，不能比照银监会批准的村镇银行、贷款公司、资金互助社享受中央财政按贷款余额的2%给予的补助，不能比照农信社享受“小企业贷款配套风险补偿”和“农业贷款配套风险补偿”。这使得小额贷款公司税负压力过大，盈利空间减小。

不被认可为金融企业，许多地方不把小贷公司当作金融机构，使得小贷公司的综合税率较高。小贷公司如被认定为金融机构，税率一般在15%左右，而按照普通工商企业来收税，许多小贷公司税率是在25%。高税收和低融资杠杆迫使小贷公司把放贷利率定高，而对小贷公司的客户来说，过高的融资成本也给实体经济带来了不小的伤害。

总之，小贷公司目前生存环境不容乐观。

六、小贷公司如何破局

那未来小贷公司的机会到底在哪里？

（一）小贷公司互联网化，局部突破地域限制

小贷公司通过互联网来拓展新业务，在更大的范围内寻找客户，局部突破地域的界限，很多设区市小贷公司基本上都在全市范围内开展业务。如重庆、上海、江苏等地对网上开展小额贷款业务以及局部突破地域限制都逐渐放开。

《上海市小额贷款公司监管办法》规定：对由大型互联网服务企业发起设立、主要开展网上小额贷款业务，以及由境内外知名金融机构（或金融控股集团）发起设立、引入小额信贷先进技术的小额贷款公司，可从持股比例、企业名称等方面予以进一步支持，但应相应提高对其贷款“小额、分散”等方面的监管要求。

《关于促进小额贷款公司持续健康发展的指导意见》（苏金融办发〔2017〕90号）规定：支持符合条件的小额贷款公司在省内设立分支机构。

小贷区域限制放开，跨区域、跨行业的资金匹配可以完成了，小贷公司获客、场景导流的机会多了，产品设计、流程管控、大数据工具通过互联网充分分享，小贷均大有可为。监管终会适应现实，不要局限在传统小贷公司的角度看发展。



（二）依托股东背景优势，打造有场景依托的小贷模式

小贷公司应充分利用股东的优势背景，走差异化的道路，形成自己的差异定位。如消费分期产品主要依靠股东支持，还可利用股东资源进行深度开发。笔者最近接触的几家小贷公司各有所长。A公司为一家全国连锁超市，利用其强大的会员体系在全国几十万名员工，开展信用贷款业务；对几千家上下游供应商开展供应链金融，形成一个风险可控客户群体。B公司大股东为一家知名的白酒品牌，小贷公司利用股东产业背景优势，为全国上千家的白酒经销商开展小贷业务，业务也蒸蒸日上。充分挖掘产、供、销与信贷的契合点，设计出定向的信贷产品，开发出产业链闭环的全流程SAAS系统，形成独特的产融结合小生态圈。笔者认为，这才是未来小贷公司的发展趋势。

（三）拓宽小贷公司的融资渠道

1. 利用自身流量发展助贷模式

对于有巨大的流量的小贷公司而言，在自有资金杠杆不足的情况下，把小贷公司作为一个流量入口，由银行、消费金融公司放款，从中收服务费，也是一种的盈利方式。

如《关于印发2018年重庆小贷公司监管工作要点的通知》规定：引导规范小贷公司联合贷款（含助贷）业务程序，坚持与持牌金融机构合作，坚持合理分担贷款风险原则，严禁以任何方式为联合贷款（含助贷）机构的贷款提供担保和风险兜底。

2. 和其他小贷公司联合放贷

小贷公司应充分重视各地小贷协会的作用，在资金杠杆不足的情况下，可以和其他小贷公司进行联合放贷，既能解决资金杠杆问题，还能分散风险。

3. 主要股东定向借款

对于此种模式，可以参阅《重庆小贷委托贷款管理暂行办法》。

4. 股东增资

增资是无奈之举，小贷公司通过增资来扩大业务规模，实在也是杯水车薪。

（四）合规是小贷公司长期发展的基石

合规是发展的基石，小贷公司在寻求未来发展空间的同时也要坚持走合规发展之路。近年来，由于缺乏法律意识，因为小贷而引起的违法犯罪案件呈现上升趋势。5月24日，

北京市第二中级法院公开通报因民间小额贷款引发刑事案件情况，称民间小额贷款引发的刑事案件多发，涉案金额巨大，金融犯罪、诈骗犯罪等衍生型犯罪呈现上升趋势。数据显示，2015年至2017年，北京二中院共审理因民间小额贷款引发的刑事案件20余件，犯罪金额达1亿余元，涉及诈骗罪、集资诈骗罪、合同诈骗罪、非法拘禁罪等多项罪名，犯罪表现形式呈现出由索债型犯罪向衍生型犯罪发展的趋势，近两年新出现的“套路贷”就是其典型代表。

法律顾问是企业合规经营的伙伴，在日常经营决策中听取法律顾问意见可以更好的规避法律风险，保障合规运营。

（五）普惠金融是未来小贷发展的方向

《推进普惠金融发展规划（2016—2020年）》中明确指出小微企业、农民、城镇低收入人群、贫困人群和残疾人、老年人等特殊群体是当前我国普惠金融重点服务对象。2017年6月9日，财政部和国家税务总局联合发布《关于小额贷款公司有关税收政策的通知》规定在满足一定的条件下，对农户小额信贷利息收入免征增值税。宏观层面鼓励引导小贷公司在“三农”、小微企业、特殊人群等方面发挥积极导向作用，更好地服务实体经济发展。在此背景下，小额贷款公司应关注普惠金融，继续将客户群体锁定为小微企业和“三农”，利用政策红利，跨越发展的瓶颈。笔者最近接触了一家以农业题材为的小贷公司，以养殖贷（用于支付养殖过程中饲料、动保类费用）、收购贷（用于向厂家采购农资货物）、种植贷（用于购买农资化肥等产品）、经销贷（用于向上游供应商采购产品）为主营业务，业务模式创新细分行业，也契合了当下普惠金融的发展政策，比起传统的小贷公司，未来发展持续看好。

注释

1 包括《关于小额贷款公司试点的指导意见》（银监发[2008]23号文）、《小额贷款公司网络小额贷款业务风险专项整治实施方案》（56号文）、《关于规范整顿“现金贷”业务的通知》（整治办函[2017]141号）以及各省、自治区、直辖市关于小贷公司的管理办法、指导意见等

2 部分地区在此基础上又进一步加强了限制，如北京地区规定不得超过3%。

3 通常而言不动产一抵的标准在评估价值的60%至70%。

京都以创新之举练好“内功”，独立出庭资格打造刑辩金字招牌



出庭是否规范和有效不仅会影响一个案件的成败，甚至会影响一个律师未来的发展。京都律师事务所作为行业内的一分子，积极探索提高律师出庭技能的途径，经过不断摸索创新，推出刑事律师独立出庭资格认证制度。



八位律师庄严宣誓

8月17日下午，京都刑事律师独立出庭资格授予仪式暨刑事辩护专业化建设研讨会在北京总部召开，特邀中国法学会《民主与法制》周刊总编辑刘桂明主持，吸引了来自法律行业的专家、律师、媒体等近百人参加。

京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌致辞。他表示，刑事辩护执业素质亟待提高，因此京都所做了一个大胆尝试，即通过严格的培训、考核，以此建立一支技术上过硬、专业性突出、

辩护能力强的刑辩律师队伍，建立起适合真正法治社会发展需求的刑辩律师队伍。

著名法学家、中国政法大学终身教授江平，著名法学家、中国政法大学诉讼法学研究所名誉院长樊崇义，中华全国律师协会培训部副主任李鲲，北京市朝阳区律师协会副会长杨光，京都律师事务所高级顾问、最高人民法院刑五庭原庭长高贵君，京都律师事务所高级顾问、最高人民检察院刑事执行检察厅原厅长袁其国等为曹树昌、金杰、梁雅丽、杨大民、杨照东、张雁峰、朱勇辉、邹佳铭等首批获得独立出庭资格的律师代表授牌。

八位律师代表接过“刑事辩护独



江平：刑辩律师要像爱护羽毛一样爱护刑辩事业



第一行左一为江平教授，左二为樊崇义教授；第二行左一为《民主与法制》周刊总编辑刘桂明，左二为田文昌律师

第一行左一为中华全国律师协会培训部副主任李鲲，左二为北京市朝阳区律师协会副会长杨光；第二行左一为京都律师事务所高级顾问、最高人民法院刑五庭原庭长高贵君，左二为京都律师事务所高级顾问、最高人民检察院刑事执行检察厅原厅长袁其国



八位律师代表接过“刑事辩护独立出庭资格认证书”。左起：曹树昌、金杰、梁雅丽、杨大民、杨照东、张雁峰、邹佳铭、朱勇辉

立出庭资格认证书”，庄严宣誓，承诺：“忠于宪法和法律，恪守律师职业道德与执业规范。诚信勤勉，以维护当事人合法权益为己任。刚直不阿，以追求社会公平正义为目标。胸怀大局，为推动国家法治建设而努力！”随后，各位律师发表感言，为维护当事人的利益而努力，不辜负众人的希望，为京都刑事辩护这块金字招牌再添光彩。

江平教授为授牌仪式总结发言，肯定了京都独立出庭资格认证制度的创造性，也鼓励京都把此经验推向全国，在全国范围内产生更大的效应，倡议大家要像鸟类爱护羽毛一样爱护刑事辩护质量。

樊崇义教授在发言中说，当前的以庭审为中心的刑事司法改革和刑事辩护全覆盖以及律师刑辩专业化都要求提高刑事辩护的专业能力，盛赞刑事律

师独立出庭资格认证是“打造专业化之举”“司法改革之举”，并希望京都将该做法规范化、制度化，形成一个长效机制。

在圆桌研讨环节，与会嘉宾围绕“刑事辩护专业化建设”各抒己见，展开了深入交流。

与会嘉宾以开放的思路、包容的心态从不同的视角阐释了观点与建议，进一步深化了与会者对“刑事辩护专业化建设”的认识。

相关阅读：独立出庭资格认证制度是京都内部质量控制创新之举。只有通过系统的培训、指导和考核，获得独立出庭资格的律师才可以独自出庭，而没有获得资格的普通律师则不能自己单独出庭，需要同有资格的律师一起出庭。

经过前期的筛选和考核，首批获得独立出庭资格的律师除在现场的八位律师外，还有因在外地开庭而遗憾错过授牌和宣誓仪式的王九川律师、柳波律师。

参加京都律师事务所这个仪式，我的感触还是很深的。京都律师事务所是一个大牌律师事务所，今天被授牌的律师都是京都高级合伙人，在我看来，这几位京都律师很早就应该是能独立出庭的刑辩律师了。他们拿到刑辩律师独立出庭的资格，还要经过培训并经过一些严格的手续，这一点说明京都对律师的要求是很严格的。京都的做法在我们国家的律师培养中可以说很值得学习，也值得大书特书。

京都律师事务所很珍惜自己的“羽毛”。一个律所，一个团体，很重视自己的羽毛，这是一个很可喜的现象。只有像京都这样重视刑事辩护的质量，才能博得客户的满意，才能得到客户的信任，才能帮助律所建立很高的信誉，成为存续几十年、上百年、甚至时间更长的律师事务所。这对于现在的中国律师事务所是一个很好的启示。律师事务所应当要像鸟类爱护羽毛一样，爱护自己的业务质量，因为羽毛是一个团体对外表现的象征。对于刑辩律师来讲，要



江平教授 著名法学家

像爱护羽毛一样爱护自己的刑辩事业，爱护律所的名字，这就是维护集体的大名誉。

在座的刑辩律师经过严格的挑选才能够成为独立出庭的律师，很重要的一个原因是京都律师事务所在北京，甚至在全国都是第一批以刑事辩护为特长的律师事务所，因此京都对刑辩质量的要求更加严格，而且京都的成绩也是律师界所公认的。

田文昌律师是中国政法大学的老师，他是研究刑法的，是刑法的高材

生，他本身在研究律师方面也很有造诣。而且，他的著作也不少，《控辩审三人谈》开启了刑辩律师地位的一个很重要的改变，把法官、检察官和律师摆在同样地位上，来讨论一些相关问题。田文昌律师在提升刑辩律师地位方面，做了很好的成就，也带动一批后继者。

中国现在的刑辩律师面临一个非常困难的关键时期，很多人由于做刑辩业务而出现一些问题，甚至受到一些人身安全的威胁。所以，现在有的人把民事代理看作是坦途，把刑事辩护看作是危途，我觉得现在应该改变这一点。如果没有更多的人加入刑事辩护队伍，中国的人权将得不到很好的保障。从事刑事辩护，某种意义上来说，也是参与人权保护的一个重要方面。希望京都律师事务所的这一批刑事律师能够更好地带动中国刑事律师向更有前途的方向发展。谢谢大家！

（以上内容根据江平教授现场讲话整理。）



樊崇义：律师独立出庭资格认证制度是司法改革之举

首先表示两个祝贺，祝贺十位律师获得首批独立出庭的资格，祝贺田文昌主持的京都律师事务所迈出改革的步伐。

对这个步伐，集中到一点，就是对独立出庭资格认证的定位和定性，田老师（田文昌律师）发表的演讲，好像把这个举措定位成一个内部质量控制之举。当然从改革的角度来讲，要低调，要谨慎，这是对的。但是，听了江老师（江平教授）和各位的讲话，我的心情和立场马上有很大的变化，联想到了很多很多，究竟这个改革的科学性和正当性在什么地方，要集中阐述这个问题。

第一点，这次改革的科学性和正当性，有其历史的根据。大家知道西方世界，特别是在英国，有出庭律师和不出庭律师、大律师和小律师之分。我去英国多次，大小律师都接触过。有人终其一生没有拿到出庭律师的资格。英国把出庭律师的资格作为一个等级非常高的资格。

我国的律师分级最后不了了之。有支持和反对的，我是支持的。每个行业、每个职业都有一个等级，人都有一个奋斗的目标。律师为什么不分等呢？大律师和小律师、出庭和不出庭的律师都吃大锅饭，这不符合社会主义的分配原则。所以我说从这个角度上来讲，律师分出庭和不出庭的，或者一级律师、二级律师、三级律师，符合事物发展的客观规律。就像教授一样，有些人也许奋斗一辈子也不能成为一级教授。

第二点，随着我国的司法改革的推进，法官、检察官都在列权力清单，责任到人，实行司法责任制。为什么律师



樊崇义教授 著名法学家、中国政法大学诉讼法学研究所所长

要吃大锅饭呢？在司法改革的背景下，律师如何改革，要不要实行一种激励机制，分出等级，分出档次？所以，我的第二个观点，京都律师事务所的改革不仅仅是一个内部质量控制之举，是司法改革之举，政治的站位要高一点。

第三个观点，在司法改革的背景下，作为刑诉的专业老师，我对律师制度的改革积极主张推广有效辩护制度和无效辩护制度。在各个场合的讨论下，一提到这两个制度的实施，很多人认为这不符合中国的特色。他们的观点是：中国才有多少律师，找律师都找不出来，还要实行有效和无效？一个是刑事辩护有风险，再就是律师人数很少，案多人少，所以在中国不能实行。我认为这是一个悲观的看法，我甚至认为这是一个错误的看法。

为什么不能实行有效辩护制度和无效辩护制度呢？人家委托你，出了庭，你没有尽到职责，当事人权益受到损失，就构成辩护无效，应该构成上诉和

抗诉的理由，也可以发回重审。为了这个问题，2015年我去了美国三次，考察了七八个州，都是实行这样的制度。为什么中国就实行不了呢？所以我说这一场改革是为有效辩护制度和无效辩护制度的实施奠定了一个组织的基础，这个问题要站在这个基础上来看。

第四个观点，京都此次改革是打造专业化之举。当前以审判为中心的诉讼制度的改革、庭审实质化、刑事辩护全覆盖、律师制度结构发展和改革都要求律师走专业化之路、等级之路。这样才能让案件的质量在组织上提供一个可靠的保障。第四句话就是这一场改革是为推进以审判为中心的诉讼制度改革之举。

一个是司法改革之举、一个是有效辩护和无效辩护制度之举、一个是打造专业化之举，这是我对京都此次独立出庭资格认证制度的评价。

在此，我提出两个希望。第一个希望，京都要把这个举措制度化、规范化，形成一个长效机制。要调动大家的积极性，通过培训、传帮带、考核让更多的人拿到独立出庭资格。

第二个希望，评审机制要开放，要吸收当事人参加，要吸收专家和学者参加，组成评审委员会。

一个是形成一个长效的机制，一个要对外开放。希望京都通过这个改革形成一个可推广的经验，推向全国，助力我国的刑事辩护制度和律师辩护制度的改革，在我国产生更大的效应。

（以上内容根据樊崇义教授现场讲话整理。）

田文昌：刑事辩护独立出庭资格制度的由来和设想

关于设立独立出庭资格制度的设想，京都所已经酝酿了三四年，但是出于慎重起见，也由于种种原因，今天才迈出实实在在的第一步，这个过程是比较漫长的。那么，设立这个制度的目的是什么？其实很简单，就是为了顺应刑事辩护全覆盖的发展趋势，提高专业水平，保证辩护质量，加快京都律师的专业化发展步伐。

为什么要走出这一步？

经过了三四年的准备和尝试，我们现在终于迈出了第一步。那么，为什么在这个过程中我们会有这么多的考虑？既然有这么多顾虑为什么还要走出这一步？主要有这样几个理由：

第一，改革开放40年，律师制度也发展40年了，40年来我们发展速度快、成绩显著，但与此同时也有不少问题存在。为什么会存在这些问题？因为中国律师制度的历史太短了，我一直说中国律师制度的发展历程在全世界都是很独特的，在世界历史上，很早以前甚至是千年之前就有了律师制度，但在中国历史上就从来没有过。中国律师制度从1912年（颁布第一个律师暂行条例）开始到现在，这100多年间，真正的连续发展只有这最近的40年，所以律师制度在中国至今仍然被看成是一个新生事物，因为它太新了，太缺乏历史了，没有多少可借鉴的东西，所以问题多是很正常的。所以，虽然进步巨大，但我们不能满足和停留于这个状态之中，我们还要继续向前发展，律师制度的发展特



田文昌律师

别是刑辩律师的队伍建设和能力提升，已经迫在眉睫。

第二，我这么多年的辩护生涯，也见过很多奇特的辩护律师的表现，有些甚至到了无法容忍的程度。但是我还是这句话，总体来讲，不怨这些律师，律师们都很难，都很不容易，因为没有经过系统的培训，没有一个有力的制度支持，很艰难地走到了今天。所以，从现实的角度来说，刑辩律师水平的总体提升问题，亟待解决、迫在眉睫。

基于这些问题的考虑，我们想在京都所搞一个大胆的尝试，通过严格的培训、严格的考核，建立一支技术过硬、专业性强、综合素质高，能够真正适合法治社会发展的刑辩律师队伍。

我们具体要怎么做？

具体怎么做，我们的培训、考核方式可以做一个简要的概括。

首先，我们的培训怎么做？培训主要是深层培训。深层培训包括三个方面

的内容，第一个方面是理论上的提升，这个问题大家都知道，这十几年来全国各地都在搞理论培训，包括各个大学和各个机构都在搞律师学院、刑辩学院、律师研究中心、刑辩研究中心等等，主要是不断地加强理论培训的深度和范围，这也是很有必要的一种方式。

但是，这种理论培训我认为仍然不能适应培养刑辩律师的需求，因为我们的理论只能是法律知识的培训，而且我们现在刑事辩护的队伍绝大部分几乎都是科班出身了，真正需要的是操作能力。那么操作能力怎么培训？一个比较容易和惯常的做法是言传身教，就是老律师带新律师，这是深层培训的第二个方面。

这个做法虽然效果不是最理想的，但确实也是一个应长期坚持的方法。不过，这种传帮带式的培训也还是不能满足刑辩律师培训的需求，因为它只是个别人经验的积累和传授，而且范围很窄。

除了理论提升、言传身教之外，第三个更重要的深层培训就是有组织的技能培训，而这种培训恰恰是我们律师界非常欠缺的一种方式。也就是说，这么多年来我们没有这个先例，不知道怎么培训。

1996年刑诉法第一次修改，司法部搞了个高级刑辩律师培训班，请我去讲课，当时我就跟段部长提出来，我说咱们得搞技能培训，光现在这个不够用了，段部长随口就说那你来搞，我当时



就说那谁给我讲过？谁给我培训过？没有的！因为我刚才讲了，我们没有这个历史，没有这个经验积累，都是自己摸着干。

前些年，通过全国律协刑委会的合作项目以及学术界的交流，我们在美国、加拿大等国家参加了一些国外的技能培训，现在我们正在把国外那种诊所式的技能培训方式移植过来，加以改造和深化，形成我们自己的技能培训方式。这种培训方式要求每一个律师，从接触案件的当事人家属开始，一直到整个刑事诉讼的全过程，每个环节，每一个专题，都要进行演练式的深度培训。这种培训方式的效果已经被证明是非常有效的。

我们最开始的尝试是在西北政法大学，去年西北政法大学成立刑辩高级研究院，请我出任院长主持具体工作。我们整理出几个具体的培训模式，在西北政法大学刑辩高级研究院做了一个尝试，现在证明是非常成功的。第一期我们搞了一个师资研修班，第一期30个人都是全国各地有名的律师，包括在座的一些，还有各个地方省市非常有名的律师，综合来看，大家都觉得效果不错，包括我个人也觉得非常有价值。两个月前我们又搞了一次关于法庭发问技巧的专题培训，五个整天，还加上了几个晚上，大家都觉得时间不够用，而且没有人逃课。

我把这种培训方式总结出一个理念：身份不分主次，虽然有主持者，有被培训者，但是身份都是一样的，互相换位；答案不设标准，大家充分发挥自己的能力，发挥自己的想象，发挥自己的智慧，充分讨论，没有标准答案；人人高度烧脑，一天下来每个人都累得连

饭都不想吃了，因为全程都要紧密参与的；资源充分共享，这种培训人数不能超过30人，如果这么一茬一茬下来，100年也培训不了几十万律师，所以我主张这种培训方式大家学会了以后，可以去广泛传播，培训者再培训培训者，把更多的律师都培训出来。

这种方式，我想在中国开创了从理论培训转向到技能培训的一个先河，真正让律师通过接近实战的训练，有了实战的能力。

京都的每一个刑辩律师首先要经过这样严格的培训以后，再经过严格的考核，才能获得独立出庭的资格。可以说目前这种技能培训是最需要、最缺乏、最实用的，也是最难办的一种培训方式。但是它又是非常重要的，如果不用这种方式，我们很难培养出大量合格的刑辩律师。

前一段时间我在某个论坛上做了一个关于怎样做一个合格刑事辩护律师的演讲，我提出了八个字，“功底、能力、智慧、责任”，深厚的理论功底，较强的辩护能力，很高的临场发挥的智慧，同时还要有强烈的社会责任，包括对当事人的高度责任感。我们把律师的人格、素质、业务能力都结合起来，从严要求，深层培训，才能达到这样一个标准。

其次，我们的考核怎么做？根据我们的初步设想，京都刑事业务部有一个五人评审委员会，这个委员会不是固定的，因为大家都很忙，比如说今天被授予资格的十位，首先是评审委员会的委员，不同时候有不同的五个人参与，就像研究生的答辩委员会一样，五个人组成评审委员会，有笔试，有面试，有模拟法庭，基本上跟论文答辩相类似，最

后投票表决，做到严格把关。通过这样的严格要求，让我们代表京都所出庭的律师，能够真正体现出京都的水平，做到高标准地为当事人服务。

这里，我想说一个问题，就是这种做法有没有依据，有没有法律障碍？我们也论证、研究过，我们认为这个问题不是问题，因为这是京都内部的一个规则，没有这个资格，可以跟别人一块出庭，有这个资格可以自己独立出庭，我们认为这个没有什么障碍，这是一个机构内部的质量标准，主要是为了提高律所的业务质量。

独立出庭资格制度，从今天就开始具体实施，今天颁发首批证书。实际上京都目前达到这个标准的，绝不仅仅只有这十个人，这十个人是京都所刑事业务部高级合伙人的十位律师，今天只是一个仪式性的动作。已经达到要求的其他律师，我们会陆续颁发资格证书，还没有经过考核的，也要经过严格考核。

在考核方面，我们还要求做到机会均等，不是说考核不行就没有机会了，我们要形成培训与考核的常态化和制度化，不仅要经常安排这样的培训，而且律师随时都可以提出申请，随时进行考核。考核不通过再给你机会，再培训，再考核，每个人都机会平等。所以，我们相信，这个制度的推行，会对京都所刑事辩护业务发展起到一个重要的推动作用。

当然，我也希望它能够对我们律师界的发展起到一定的参考作用。我们做的这个尝试，如果有可借鉴之处，能够引领和推动律师界的发展，那更是一件大好事，这是我们的希望，也是一种期待。

（以上内容根据田文昌律师现场讲话整理。）

聚焦京都民商论坛青岛专场： 探讨民商难题，提升诉讼技能

2018年8月25日，京都律师事务所·京都民商诉讼研究中心联合青岛市律师协会举办的“京都民商论坛青岛专场——民商诉讼实务研讨会”在青岛府新大厦会议中心举行。300多名民商律师从全国各地齐聚青岛，聆听法学专家、最高院原法官、京都律师的理论成果和实务经验，共同研讨民商领域的疑难问题和诉讼技术。

青岛市律师协会会长王亚平致辞。青岛市共成立了380多家律师事务所，律师人数达到了5000多人。青岛市律师协会非常重视广大律师的学习、研讨和培训工作，今年也举办过多次高水平的讲座，但是相比较而言，这一次的京都民商事诉讼论坛有自己独特的特点和优势，即本次活动“水平高，内容精，形式新”。

京都律师事务所高级合伙人、民商业务部主管合伙人公丕国致辞，对青岛市律师协会和王亚平会长、刘均副会长表示感谢，对演讲嘉宾表示感谢，更对参加活动的律师表示欢迎。

青岛市律师协会理事王书翰和京都律师事务所合伙人苏鹏分别主持了本次研讨会的上午、下午活动。

全国人大代表，中国社会科学院





研究员，法学研究所教授、博士生导师，中国民法典编纂负责人孙宪忠围绕“当前民法分则编纂中的几个问题”做精彩分享。

孙宪忠教授沿着历史的脉络来论证民法体系性和科学性问题的由来。法学是人类社会几千年来的结晶，是几千年人类社会国家治理经验的总结。

民法典有其体系化效应。法律体系化效应是把大量习惯法和分散的法律编制为一体，找出内在的逻辑变成整体。孙教授提到：“一个庞大的民法规范必须要编成一个体系，编成体系之后立马就会显示出积极的社会效果，就是法律漏洞的弥补和法律自相矛盾的克服。”因此，立法法典化的民法科学恰恰是立法科学形式的体现。“冷冰冰的法典化、体系化的条文是最理性的”，看上去冷冰冰的法律条文系统化后，使得立法者与审判者在法律上的特权被消除。

法律体系化后，还有一个重要作用就是方便学习法律和贯彻法律，“民法典将提供一个很方便的思考方式”。

此外，孙宪忠教授提到了目前民法典分则编纂过程中重点思考的一些问题，揭示出民法典分则的与时俱进。

京都律师事务所高级顾问、最高人民法院原高级法官王宪森结合其多年从事民商事审判工作的经验，讲解了“民商事诉讼律师的技能和出庭注意要点”。

王宪森顾问从“分析和预判案件的四大核心要点”“陈述诉讼案件的六大简明步骤和方法”“‘视觉帮助法’（图示法）的实务应用”以及“民事诉讼文书的写作技能”四大方面，为大家讲解了民商事诉讼律师“分析案件和陈述案件的能力和出庭注意要点”。通过探讨“好庭审”的判定标准以及民商事诉讼律师出庭时应注意的五大要点，王宪森顾问与大家较详细地分享了自己的庭审经验和注

意事项。最高院的任职经历、清晰的谈吐、干货的分享帮助王宪森顾问迅速“圈粉”法律人。

孙宪忠、王宪森，两位在民法领域耕耘几十年的法律人，为本次研讨会带来了睿智、深厚的主题演讲。

在论坛的实务讲座环节，精彩继续，从事民商业的京都律师用深厚的理论、丰富的实践烹任出一顿“法律大餐”。

民法有万法之母之称，民法涵盖着物权、债权、婚姻家庭、继承等内容，在物权中又有自物权与他物权之分，债法中有法定之债和意定之债之分，法定之债包括侵权之债、不当得利之债、无因管理之债。当今市场经济的建立，目的是鼓励交易、物尽其用，实现市场主体利益的最大化，从而促进经济的发展。商品的流转及交易秩序的建立是市场经济秩序的重中之重。侧重保护所有者的利益（财产安全），还是保护交易秩序（财产动的安全），是判断一个国家市场经济成熟与否的重要标志。世界上任何一个市场经济国家，无不重视交易秩序的建立以及交易安全的保护，因此，物权公示原则、善意取得制度、表见代理制度无不代表这一方向。京都律师事务所高级合伙人赵岐龙律师通过讲解民法理论与民法实践相结合，将物权之间的冲突、物权与债权之间的冲突有机地结合起来，让与会的律师面对复杂的民商事案件时，能够借助民法理论

清思路，剥茧抽丝，化繁为简。

京都律师事务所合伙人任视宇律师说，在办理民商事案件中，律师发问对于事实查明、获取信息、提出质疑、放大瑕疵等方面具有重要的作用，实际上其重要程度不亚于庭审调查时的法官发问。但是，我们注意到，虽然民事诉讼法第一百三十九条以及民事诉讼证据规则等法律法规规定了民商事案件庭审中律师可以向对方当事人、证人发问（询问）的诉讼权利，但是律师却很少运用或几乎不用，即便是进行发问，往往也是毫无章法，想到哪问到哪。任视宇律师的分享旨在总结民商事案件的庭审特点的基础上，从“望、闻、问、切”四个发问要素出发，阐述民商事案件庭审中的发问技巧，并引用民商事诉讼实务中碰到的典型案例，说明了相应发问技巧的具体运用。

京都律师事务所高级顾问，最高人民法院原高级法官王胜全以清算责任纠纷为题，与律师们共同探讨“公司清算义务人侵权损害赔偿诉讼律师诉答技巧”。

王胜全顾问说，公司清算义务人损害赔偿诉讼案件数量呈现上升趋势。各地法院案由不一，类型差异大。有的法院案由为“股东损害公司债权人利益纠纷”，有的案由为清算责任纠纷。由于研究尚不深入，争论的问题较多，导致裁判标准严重不一致，裁判结果差异大。就王胜全顾问归纳看，至少有十一



王胜全顾问



王春军律师



黄文艺顾问



第一行左一为陈新章主任，第一行左二为梁晓飞律师
第二行左一为孟岭兴博士，第二行左二为宋晏律师
第三行左一为孔姣副主任，第二行左二为唐利君律师

个方面的较大争议。在有限的时间内，王胜全顾问仅探讨清算义务人损害赔偿诉讼的诉的技巧和答的技巧问题。作为债权人的代理律师，如何追究公司清算义务人不履行清算义务的损害赔偿，如何确定请求权基础至关重要，决定了诉讼的成败；作为清算义务人的代理律师，如何有力地提出各种抗辩和抗辩权，以消减原告的主张，同样决定了诉讼的成败。王胜全顾问系统总结了典型案例呈现出的各种诉、答主张和技巧，逐一研习，并与在场律师探讨，并期待律师在今后的案例中能加以运用。

建设工程施工合同纠纷是一种混合了工程技术争议、合同条款争议、项目管理争议、法律争议的纠纷，单靠一方面的专业知识不能全方位的认识到的本质，也不能解决建设工程施工合

同纠纷。现实中，出现了建设工程施工合同纠纷形成时间长、纠纷的事实争议多、依附造价、计量专业性强、鉴定期限长、审理期限无从把握等特点。

京都律师事务所合伙人王春军律师在本次论坛现场分享了经长期实践总结出的分析建设工程施工合同纠纷的七步法。七步法体现了一个具备一定工程和法律知识的人认识建设工程施工合同纠纷的基本认知过程。七步法具体是：1.合同性质和合同效力的确定；2.工程质量的认定；3.工程量的确认；4.工程价款的计算；5.纠纷产生的原因；6.利息的计算；7.管辖问题。七步法是认知和解决问题的基本流程，在实践中对帮助分析案件有重大意义。

京都律师事务所高级顾问，最高人民法院原法官黄文艺，凭借在最高法院执行局多年深厚的民事执行理论和实务功底，结合近几年在银行、互联网金融、基金、资产管理等金融领域的工作经验，从企业风控与强制执行衔接的独特视野，阐述了企业做好全面风控与确保强

制清收良好效果，需要重点关注和把控的七大方面问题。

黄文艺认为，在经济下行时期，市场形势波谲云诡，企业经营如履薄冰，严控交易流程，做好全面风控，确保债权回收，是企业法务风控人员以及高管、董事们必须坚持的经营理念。从便于交易、便于诉讼、便于执行的角度，分别站在交易双方的立场，重点论述了在尽调、合同约定、管辖、印章管理、变更追加当事人的选择、刑事犯罪风险的防范与化解等环节，应当关注的问题和最优的解决方案，对企业风控人员和律师从事非诉以及诉讼执行工作，都具有非常重要的参考意义。

了解司法指导思想、掌握司法审判思路是诉讼律师的基本功之一。京都律师事务所高级合伙人、民商业部主管合伙人公正国律师以“严管背景下金融纠纷案件审判思路之变化”为题，为大家讲解了当前金融领域强监管政策背景下法院审理金融纠纷案件的指导思想和审判思路的变化。公律师以最高法



参加本次研讨会的部分京都民商律师合影

院今年最新裁判的案例为例，讲解了最高法院对于金融案件的审判思维已经由过去的“为金融创新活动提供必要的成长空间”变更为“对以金融创新为名掩盖金融风险、规避金融监管、进行制度套利的金融违规行为，要以其实际构成的法律关系确定其效力和各方的权利义务”，体现了“以服务实体经济作为出发点和落脚点，降低实体企业融资成本，依法从严审理金融交易纠纷”的司法审判指导思想，提示大家关注和研究这些变化，才能更好地在

涉金融案件实务中设计有效的诉讼方案，实现当事人利益的最大化。

青岛市律师协会常务理事兼民事委员会主任陈新章，北京大成（青岛）律师事务所律师梁晓飞，京都律师事务所律师顾问、清华大学博士、博士后孟聆兴，京都（大连）律师事务所合伙人宋雯，青岛市律师协会民事委员会副主任孔姣，京都律师事务所律师高级合伙人唐利君等作为与谈人，参与实务讲座环节，畅谈自己对相应话题的理解，分享

实务经验，用睿智的语言和中肯的观点博得阵阵掌声。

“传播理念，共享经验，推动律师行业的共同发展”，是田文昌律师一直倡导的京都理念。在活动总结时，京都律师事务所民商研究中心主任、民商法学博士、最高人民法院原高级法官王胜全表示，京都律师将秉承田文昌律师的理念，期待和全国的律师朋友们交流学习，互相切磋，互相探讨，互相合作，共同提升。

孙宪忠教授：从民法的体系性和科学性谈民法分则的编纂问题



孙宪忠教授 全国人大代表，中国社会科学院研究员，法学研究所教授、博士生导师，中国民法典编纂负责人

民法总则颁布以后，现在民法分则也即将提交全国人大常委会进行讨论审议。今天是星期六，下周星期一下午我们就会看到全国人大法工委发布的这个民法分则方案，大概有一千二三百个条文。关于民法分则的这些条文，根据纪律要求，在新华社发布消息前，暂时不能在这里将审议方案方案拿来与大

家讨论分享。本次民法分则上全国人大常委会进行讨论，跟以往的立法程序有所区别，以前的立法都是由法律委员会向全国人大常委会提出，而这次是由委员长会议向常委会提出，从程序上讲可以看到与以往的立法讨论有所区别。关于这一区别如何进行解读也有不同的说法，但这不是我们今天要讨论的问题。

今天主要想谈一下从民法的体系性和科学性一般原则来看我国民法分则的编纂。核心的问题还是想强调一下多年以来一直强调的关于民法的体系性和科学性的问题，想从这个角度来理解我们自己民法分则的编纂，来审视它、讨论它的优缺点。这个题目不是说不引导大家考虑现实，恰恰相反，是强调要从原则性的角度来考虑现实。因为总书记也多次强调，立法要科学，十九大报告也明确强调要科学立法、民主立法和依法立法。所以民法分则的编纂，首先强调的就是科学立法。关于科学立法，总书记也有一个表述，就是说法律的科学

实际上是依据法律治理国家的总结。依据法律治理国家就是一个历史的经验，在这样一个过程中，如何运用我们的民法，民法在这里面发挥了什么样的作用，这几千年来我们的先人总结了哪些经验，现在这些历史经验是不是还在使用，当今还有没有必要遵循这些历史规则，这都是我们要考虑的问题。现在很多朋友经常讲到创造，但是如果从历史的角度来看，我们中有一些人所说的创造实际上可能在几千年以前古人就已经创造过了，古人经过了许多的审视和实践运用以后，已经有了很大的发展。相较而言，我们有一些创造就好像泰山脚下的一块石头一样。所以在历史面前谈到创造的时候就必须更加谨慎、慎重。

所以首先要讨论的一个问题，就是民法体系性和科学性问题的由来，它要解决什么问题，以及这个问题是如何得到解决的。讨论这个问题的理论意义就在于阐述民法科学的体系性。很多朋友

知道法律是一门科学，但是民法科学的体系性到底怎么回事，可能很多人就不是非常清楚。比如说民法法典化这个问题，我们大家都知道世界上很多国家的民法都有民法典，但是为什么民法要变成法典？法典要解决什么问题？我过去念书的时候老师没有给我们讲过原因，只是说是资本主义民法典就完了，但是为什么要有法典，法典是怎么回事，却没有人说过。这些知识到现在也不给学生讲，学生也不知道有法典化运动这么一回事。所以今天在这里我想跟大家聊一下法典化运动是怎么来的，又发生了一些什么事情，解决什么问题，有哪些规律和经验可以总结。

我们大家都知道罗马法，罗马法是人类历史上最伟大的艺术性成就之一，它建立了最早的民法体系。实际上民法体系化最早也不是从罗马法开始的，人类历史上最早的汉谟拉比法典，就已经有体系化，汉谟拉比法典有八九章都谈到了民法的问题，民法当中的财产问题、契约问题、婚姻继承等，在这部法典里都得到了展现。

最早公元二世纪有个法学家叫盖尤斯（Gaius），盖尤斯是他的名字不是他的姓，所以他的家族背景我们并不知道（西方人名字是很一般的，要尊称的话一般都是尊称姓，所以在古代的时候他应该是身份地位不太高的一位学者）。他的最光辉的历史足迹，就是把很多民法中的现象归结成为了三个最基本的因素——即人、物和权利（也可以归结为人、物和诉讼）。民法上的事情是很多的，我们现在应该都可以体会到，人的一生不论身份关系、交际关系、财产等情况如何，都身处一个组织，组织时时刻刻都在发生着财产关系的变化——财产的拥有、财产的转移等等，所以组织的成立要有组织性的立

法，还要有行为性的立法，这方面的规范是非常非常多的。而盖尤斯和他的学生有个很伟大的发现，民法著作有三个基础因素：首先要确定民法上的人，这是最基本的问题；其次要确定人之外有什么物，是可以由民法来规范的。大千世界的物很多很多，并不是说所有的物都能由民法来规范。比如说太阳、月亮这类伟大的东西，我们就无法进行规范。海洋也没有办法纳入到民法的范畴里，真正能够纳入到民法范畴里的物很有限；最后要解决一个问题，即人与人之间、人与物之间有哪些权利，为什么人有诉讼，就是因为权利发生了争议才发生了诉讼。盖尤斯没有解决的一个问题，就是他想从诉讼的角度来解释这个权利，因为人一开始所遇到的问题就是争讼的。我看国外历史著作中，很多的权利和制度都是跟诉讼相关联，都是从诉讼演化出来的，这一点相信在座的各位朋友都深有体会。盖尤斯对人、物和权利三者的总结有着非常伟大的贡献，因为虽然世界上民法实务非常多，但是这三个基本的因素是普遍存在的。

到了公元六世纪，查士丁尼编制了民法典，他先编纂了《民法大全》；又编纂了《法学汇纂》；还有一部著作叫《法学阶梯》，这是在盖尤斯的理论基础之上编的，查士丁尼在执政三十年以后才编制完成。《法学阶梯》也叫《查士丁尼民法总论》，这个民法总论是教科书式的东西，它遵从了人、物和权利以及权利保护的规则，把民法上的问题归结为四个方面：一个是要解决人法的问题，一个是解决物法的问题，一个是权利的取得，一个是权利的保护。权利的取得就是各种交易、继承等等，权利保护就是侵权法。所以公元五世纪左右这样一部法典的立法结构体系，跟我们当今的立法体系已经很接近了，我们已

经能够从中看到我们当今法律制度的影子。

在11、12世纪以后，人们就开始想研究查士丁尼时代的民法，就出现了一个学派叫做注释法学派，人们想看看罗马法当时是怎么规定的，所以就先做注释，把不熟悉的地方找出来，这段话是什么意思，就开始做注释，类似于脚注的做法。这是前期的注释法学派，到后来法学家们从整个法律的体系来思考的时候，发现这个民法的规范如此庞大，可能还要对这个法律规范作整体性的思考，这时候就出现了后期的注释法学派。后期的注释法学派是到了公元15、16世纪以后才出现的，这是很长的一段时间，他们想要研究这个庞大的民法规范是怎么编辑起来的，怎样编辑这个法律规范才能编得让法律本身没有矛盾、没有漏洞，这就是一个很大的立法问题。当时他们已经确立了这样一个法律科学化的目标，就产生了法律科学这个词。《法学阶梯》中提到法律是人与神之间的学问，而民法是法律的科学，它提出了这个科学，但是对科学这个词并没有作解释。真正把立法作为一个科学来看待的是后期的注释法学派，尤其是在德国产生的理性法学（现在我国一般称作“理性法”，要说得全面一些就是叫“理性法学”），这个主要是德意志法学派他们做出的努力。

经过立法活动以后，德意志法学派有一个非常重大的发现，立法随着时代的进步、法律规范不断的增加，有一个重大的问题要解决的是：早先从罗马法时代，到五世纪、六世纪，当时的经济活动虽然复杂，但是当时没有工厂化的作业，人们主要从事的交易都是现实物的交易，就是物都已经存在了，无论是一只猪、一匹马、一牛或者是一座房子，它都是现实存在的。但是到了后期



注释法学派就是公元十七十八世纪的时候，已经有了工厂。有了工厂，那么交易就发生了变化，人们可以购买不存在的物，即交易的标的物虽然还没有生产出来，可是交易双方可以先订立合同，订立合同后在标的物完成生产后再取得这个标的物，这就导致了我们的民法上一项重要制度的诞生，就是债权。在罗马法早期的时候，人们所认识的债权基本上就是以欠债还钱的民间借贷、货币借贷为基础的，产生的这种对未来的约束，主要是合同成立以后对合同履行的约束。可是在工厂化交易之后，人们就把它用在了生产服务的各个领域，比如说买工厂的机器、设备，罗马法时代是没有的，罗马法时代最多买个镰刀、锄头，可是到了十七、十八世纪，欧洲有了新的企业，可以买机器、轮船、火车、发动机，买这样的东西，那你定合同的时候东西是没有的，只有过了很长时间才会产生标的物，这种情况下就对民法提出了一个非常大的挑战，就是合同订立之后订立合同的法律行为和履行合同的法律行为必须是要区分开的，这个问题在十七、十八世纪就解决了。而在新中国成立后的立法初期，我们认识的交易就是农贸市场，像罗马法早期那种一手交钱一手交货的交易，我们还没有意识到合同订立以后先产生一个债权法的约束力，等到合同履行的时候才产生物权变动，把债权的成立和物权的变动区分开，是我本人从德国回来以后才提出来的，在我之前民法学界还没有人这样主张过，所以这个区分原则是我后来努力在中国法学界中提出的。

通过这些历史考察以后，人们才发现我们这个民法典必须要编起来。为什么要编一个民法典呢？民法的规范和体系太庞大了，它不能像是一麻袋土豆，看起来是一堆放在那，彼此之间没有联

系、没有关联。法典不能这样，法典必须是要有体系的，需要有一个很强大的逻辑，现在我们在审视这个过程的时候我们就能发现，原来很多的问题都是历史上曾经出现过的，也确实是需要认真研究解决的问题。法典的编纂后来在欧洲成为一个国际化的运动，因为人文主义思想产生了，科学主义的思想观念产生了，牛顿力学产生了，物理世界、自然世界中的可复制、可推广的自然规律这样一种科学观念影响到了法学，人们希望在法律中也能够建立一种可复制可推广的总结经验，然后就把这种规律用在了我们的民法典之中。

这个规律和经验简单来说两个方面，艾伦沃森总结了这个过程，民法的编纂之所以从欧洲起源，后来又影响到了亚洲、拉丁美洲、非洲，成为世界上一个蓬勃的运动，世界上多数国家都在编民法典，而不是说有一个国家或者个别的国家、几个国家编民法典，其中一个最基本的原因，就是它有两个经验、两个规律，其中一个经验叫做体系化效应，这个体系化效应就是一个庞大的民法规范必须要编成一个体系，编成体系之后立马就会显示出积极的社会效果，就是法律漏洞的弥补和法律矛盾的克服。一个简单的民法典体系，内部之间怎么互相关联，一关联起来以后马上就会显示出来，我们就会知道在哪个环节上，立法是有漏洞的，我们很快就会找到它，就会弥补它，而且我们会把相同类型的规范放在一起，这样的话就会消除它存在的矛盾，相类似的规范放在一起，通过这些规范互相整理，我们就会消除这个规范和其它规范的矛盾。比如说关于人的行为能力问题，一个人之所以会有行为能力，是因为产生了意识事物的能力，在这种情况下产生行为能力的概念。可是在习惯法的情况下没有做

这种整理，人们就认为这个孩子多大了才算懂事，这个地方的孩子多大，那个地方的孩子多大，比如说在这个民族的孩子聪明，好像七八岁就懂事了，别的民族的孩子十几岁才懂事，不一样，不一样就造成了法律规范上的矛盾，实际上有些事物是不科学的。通过体系化这样一个概念就可以建立起来人的法律资格体系的统一，这些问题就解决了。另外我们还要解决立法制度上的矛盾，比如说一个人，从他成为法律上的主体，然后自己作为一个有完全行为能力的人，开始定合同、挣工资、结婚、生孩子，然后自己创业、成立公司等等，一直到他最后，整个这个过程我们把它都整理起来，把相邻的法律制度都串在一起的时候，我们就发现到底哪个制度是有缺陷的、是不足的，我们就可以很好地解决这一问题。再比如说这次民法分则的编纂，在婚姻问题上就会有一些微小的改动，比如说离婚一个月冷静期的问题，这次就准备采用这样一个制度。为什么要有这样一个制度？很简单，可能夫妻二人私下打架说了很多次都要离婚，可真正到了法院或者到了民政部门去登记离婚的时候，就需要想一想是不是真的要离婚，在这个环节跟前两口子私下里吵架说的我要离婚是不是一样，所以采用一个月的冷静期，这就算是漏洞的一个小小的弥补。

通过这样一个整体的思考，体系化的效应就出来了，这是第一点。另外，恰恰就是这样一个能够公开给全国甚至全世界的法典，让大家都能学习它引用它的规范，看起来是冷冰冰的，其实它是理性的。它已经拜托了某个具体的人或各种各样的人，它让每个人都在法律面前是平等的，不管你身份多高或者是多低，反正大家在这个法律上都是民法上的人，适用规则都是统一的、一

致的。所以这种冷冰冰的法典化、体系化的条文是最理性的，任何一个人都不能因为自己的感性和自己的爱好、自己的理解去适应法律，这就极大地压抑了立法的任意和司法的随意。一个国家制定法律的人，你不能说我想干什么就干什么，我想制定什么法律就制定什么法律，那不行，你必须先看看立法上的科学和它的规则，看看我们现有法律上的问题。比如说习近平总书记讲到要依法立法，依法立法所依的那个法本身就是一个法律条文，就是一个法律制度，就是一个具体的规则，它就是理性的。你不能说我想怎么干就怎么干。我现在在全国人大看到很多的法律议案，包括我自己要起法律议案，包括我们这次民法分则大会上就要提的立法议案，那你这个立法议案是子么产生的，你不能说我不考虑中华人民共和国立法法的规定，就在这提一个议案，或者说我通过一个什么机构就提一个议案，我这个法律就产生了。立法必须要有这个程序，你不能说比谁的声音大，我们就遵你，那不行，不管站得多高，我们大家都要依据立法法来提议案，这就是个很冷静的问题。另外司法也要有这个法律规范，法官不能任意而做。法官容易使用习惯法，同案不同判，法官是惯例的创造者，但是我们通过法典化效应以后我们就要求要依法司法，这样才能实现公平正义。所以理性的原则对律师而言是非常重要的，必须要吃透法律，然后来琢磨立法上一些非常重要的问题。

另外体系化还有一个非常大的效应，就是我们学习和贯彻法律的方便，现在我们颁布了民法典，关于人的问题、基本原则的问题在总则中写好了，物权的问题、合同的问题，婚姻家庭、侵权继承问题等等，我们都在分则里面写好了。给将来无论法官也好，律师也

罢，所有适用法律的人，在贯彻法律的时候提供了一个极大的方便。我们现在涉及到买卖房屋的纠纷，这个时候你去买房子或者是要解决这个问题的时候，我们不是像老百姓一样，你这个合同到底是个什么问题，我就只去解决这个问题行了。这种就事论事的说法，或者是说我们国家有一些法理学家的说法是不负责任的，比如说我们有一些法理学家经常批评民法典，说民法典把一个交易的思路人为的割裂了，搞得不亲近民众了。其实这是民粹主义，是属于法盲性质的说法。法学家当中有很多法盲，真正学习民法的人都知道，一个买卖房屋的交易，首先要看当事人自己有没有法律上的资格，当事人的意识表示是不是真实，当事人订立的合同是不是合法，所以我们要从法律行为的角度考虑这个问题，然后再看双方订立合同的问题，我们要看双方当事人意识表示是不是真实一致的，是不是符合合同法的要求。然后在看物权法要求的时候，我们就要认真思考这个合同订立以后是不是在履行？没有履行的原因是什么？是合同有效没有履行的还是合同无效没有履行的，而合同有效没有很好履行的，是交付面积不够还是交付标的物有瑕疵，还是交付的时间延迟了，还是因为交付中有登记或者其他方面的问题。我们必须把这个交易区分为合同法解决的问题，物权法解决的问题等等，我们再去思考这个问题。一个稍微经过法律培训的律师，就能够很好地解决这个面的问题。如果说拿到合同就可以考虑如何解决，那是不可能的，那是民粹主义。一个交易必须要区分为不同的阶段，区分法律上一般的问题，区分合同上的问题，这就是民法典提供给我们一个很方便的思维方式。所以中国近代也就采用了德国法、欧洲法民法典编纂的方式，来解决

我们本身的问题。

这是我刚才讲从意识的考察来看体系化和科学化的由来，以及它的经验总结，我们分析这个问题的时候就一下子很清晰的看到民法法典化是人类的一个成就。

第二个问题，我想跟大家简单谈一下中国目前这个民法典有一些什么样的思考。如今民法总则已经编纂完成，民法分则的编纂正在进行。首先就是要肯定现在我们经过很长时间的努力，民法分则有很大重大的法律上的进步。总则部分的问题可以说原来没有想到的现在也想到并且解决，今天就不再赘述。到了分则中第一个大的问题就是物权法的问题，在物权法方面，目前来看有一些比较大的进步，有可能要把三权分置提一下，另外还想解决一下居住权的问题。关于居住权，在物权法立法的时候很多学者是反对的，因为他们不知道居住权到底要解决什么样的问题，后来居住权的问题没有在法律上有所规定。实际上我自己多年来一直主张想将居住权写在物权法之中。居住权要解决的问题，是在一些情况下没有法律上的规定，没有法律上的原因，但是想给某些特别的人解决一个法律的问题，由此我们设定了一个物权性的契约来解决这个问题，就是居住权。举个简单的例子，譬如说你有一个叔叔或者你有一个侄子，这个侄子的父母已经不在，或者这个叔叔是没有子女的。在这个情况下，从国家的角度来讲叔叔不是你的亲属，侄子也不是你的亲属，婚姻法规定兄弟姐妹是你的亲属，我们没有权利养叔叔或者侄子，但是从生活角度来讲，叔叔是自己的亲人，还是想养育一下他，叔叔住你的房子本来是没有法律根据的，这时候就想给他设立一个居住权，侄子也是一样的。为什么要设一





个居住权呢？因为他想避开所有权的问题，将来这个房屋是你的所有权，要永远存在，那你的所有权从法律上来说应该归你自己的子女去继承，你这个侄子或者你这个叔叔在你这住，将来就会产生所有权的争议，现在你可以达成一个物权性的契约，比如说一个孩子让他住到十八九岁或者独立成年的时候，房子不涉及所有权转移，房子还是在你自己子女的名下，同时也承担了你作为亲属法律上的义务。居住权是为了解决类似这样的问题。所以居住权问题我是坚持了很多年，本次民法分则的编纂这个问题有可能得到解决。有些人过去说居住权没有必要，甚至把它作为误导，说妻子要住在丈夫的房子里，或者保姆要住在雇主的房子里，这些都不是理由，因为妻子住在丈夫的房子里是建立在他们有夫妻关系的基础上，是有法律上的其他的权利；保姆住在雇主家里也是有法律上的其他的权利，没有其他的定性必要。所以在2004到2007年通过物权法方案的时候，很多老师提出反对居住权，而支持居住权编纂的理由也不对，经过这几年的努力我们才认识到它真正的理由和真正要解决的问题。

物权法这部分我们想解决业主这方面的一些问题，有几个法律方面的条文，因为立法目的是想扩大业主的权利，前两年有一个部门曾经提出来我们要把小区打开，把小区的公路交给市政去通公共汽车，我们都是坚决反对的，类似于像这样的问题，还是要再明确，必须要由业主共同决定，不能由其他的行政部门来决定。行政部门要做这个决定的话，法律是无权也是无效的，类似于这样的问题也需要进一步得到解决。

关于小区里面的一些共同收益的问题，有些楼里做广告，是建筑物的收

益，也应该归大家所拥有，类似于这样的问题也要再明确在物权法领域，我们在担保制度这方面也有一些积极的改进，过去担保物权存在的问题还是挺多的，关键是不动产登记的信用是相当不足的。在合同法方面，我们想增加合同的内容，比如说物业的服务，甚至像快递这方面的内容。

另外在婚姻家庭方面的内容，也有一些改进，像我刚才跟大家说的冷静期的问题、计划生育的问题，现在我们国家劳动力人口已经出现恐慌，如果说还要搞计划生育的话，恐怕不行。此外在继承部分也有一些积极的想法。

关于整体立法方面也存在一些问题，首先我们国家改革开放已经发展这么快了，还有一些重要的改革还没有反映，比如说农村三权分置，除了承包地三权分置已经发展到宅基地三权分置，但是很多人还不知道三权分置是怎么回事，但是从我来看已经推进得很显著了，耕地的三权分置现在已经涉及到5亿多亩土地，新兴产生的经济体组织发挥的作用是非常大的，它解决了农村一个非常重要的问题，我们原来的土地是条块化，小快化的土地，这不但在耕作上效益甚微，而且造成了严重的化学农业现象，农民为了提高产量，在小块地上不断使用化肥、农药，造成化学农业，这种化学农业对身体是相当有害的，尤其是对城市人是有害的，因为农民不吃这些化学农业生产出来的粮食蔬菜，主要是供给城市居民吃，虽然这经常用来当玩笑话，但实际上情况也是这样。这个问题其实也很好解决的，将来三权分置以后建立家庭农场，或者是耕作性的农业模式，就把这个解决了。农村宅基地三权分置也要很好地解决这个方案，但是在农村地区推广不开，更多的是城市近郊地带可以解决这个问题，大家如果有兴趣的话，我最近还有成果发表，大家可以注意查看一下。像类似这样的改革，我希望大家能够充分的反映。第二大的问题，在我们民法总则已经解决的问题，希望在分则中也能得到解决，其中最显著的问题就是民法总则第96条规定的公法所有人制度集体所有权制以及农村中的村民自治、城市居民自治的组织，这些组织法律已经规定他们是特别法人，法人就拥有特别的财产所有权和相关的财产权利，自治组织自己本身就能够包括对财产的自治。另外一个很重要的社会化问题，中国已经进入老年社会，我们这个老年社会的失独家庭、空巢老人等现象到现在没有任何的解决途径，老人的赡养问题已经很显著了，有些人还在强调创业回乡，那这些人回乡怎么创业？这是需要解决的问题。

第三个问题是想讲一下区分原则的问题，在合同订立阶段产生债权债务关系，债权效力和物权效力要区分开，不仅仅是买卖涉及到的所有权问题，甚至涉及到股权变动问题、担保物权设立的问题，甚至像矿权批准等等方面的很多问题，都会涉及到区分原则，所以这个裁判规则是一个普遍性的法理现象，可是这次立法还是不能明确公开的承认，对这个问题我本人持保留意见。

最后一个要提出的，是关于部分立法没有进行系统的探究与考证，也没有立法理由，是因为政治原因而非民法科学性的原因进行立法，关于这一点我也是持有部分意见。

上述就是今天主要要谈论的问题，希望今后有机会能够进一步探讨沟通。

（以上内容根据孙宪忠教授现场讲话整理）

（以上内容根据孙宪忠教授现场讲话整理）

公丕国律师：严管背景下金融纠纷案件审判思维之变化



公丕国律师 京都律师事务所高级合伙人、民商业部主管合伙人

北京市京都律师事务所高级合伙人、民商业部主管合伙人公丕国律师就严管背景下的金融纠纷问题发表演讲。以下内容根据公丕国律师现场讲话整理。

了解司法指导思想，掌握司法审判思路，是诉讼律师办好案件的基本功之一。下面我们一起讨论下当前金融领域强监管政策背景下法院审理金融纠纷案件的审判思路的变化，供大家在处理涉金融类案件时参考。谈三个问题：简要了解金融强监管政策制度，梳理法院审理金融案件的思路变化，探讨违反金融监管制度的合同效力问题。

一、强监管的金融政策简述

先看一下近几年法院审理金融类案件的数量统计：2014年86万件，2015年113万件，2016年132万件，2017年统计为504万件，案件数量两年就翻了4倍。2018年，金融类案件数量肯定还会大量增加。

金融案件数量激增，大的方面原因有两个：一是过去多年来国家金融宽松政策背景下金融市场积累的风险到了集中爆发期；二是自2016年开始的国家金融严管政策的实施也促使各类金融交易行为出现“违约潮”。这些数量激增的案件，既包括传统的法律关系简单的借贷纠纷、银行卡纠纷，也包括法律关系复杂的金融创新类业务，如互联网金融纠纷、金融资产管理业务纠纷。一个“e租宝”案件，刑事卷宗7400本，涉

项整治：“三违反”：违反金融法律、违反监管规则、违反内部规章；“三套利”：监管套利、空转套利、关联套利；“四不当”：不当创新、不当交易、不当激励、不当收费。

2. 2017年7月，全国金融工作会议：服务实体经济、防控金融风险、深化金融改革“三位一体”的金融工作政策

3. 2018年4月，中国人民银行 银保监会、证监会、外汇局《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》：禁止刚性兑付、限制嵌套层级、实行穿透式监管。

在上述严管政策背景下，金融机构自查自纠，收缩业务，甚至直接终结新型业务；在禁止刚性兑付的政策下，民间资本也不再迷恋于各种名目的融资计划，“借新还旧”的融资模式失灵，违约潮爆发。“潮水退去，才知道谁在裸泳”，大量的金融隐患暴露出来，纠纷显现。

二、司法指导思想和审判思维的变化

司法不是独立存在的。在法律原则范围内，适应金融政策变化，调整司法政策，促进各项制度的落地，引导和规范金融秩序，也是司法的社会功能之一。2012年最高法院《关于人民法院为防范化解金融风险 and 推进金融改革发展提供司法保障的指导意见》：“不宜以法律法规没有明确规定为由，简单否定

1. 2016年开始，银监会金融行业专

金融创新成果的合法性，为金融创新活动提供必要的成长空间。”该意见的指导思想：促进交易、规范发展，尽量减少认定合同无效的情形、严格适用合同解除、维护交易稳定。

而在金融严管政策背景下，2017年7月，最高人民法院颁布《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》【法发（2017）22号】：“以服务实体经济作为出发点和落脚点，引导和规范金融交易……对以金融创新为名掩盖金融风险、规避金融监管、进行制度套利的金融违规行为，要以其实际构成的法律关系确定其效力和各方的权利义务。对于以金融创新名义非法吸收公众存款或者集资诈骗，构成犯罪的，依法追究刑事责任”。

以最高人民法院对于借贷利息年化利率24%上限的是否适用金融机构的意见变化为例：

2015年最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十六条：借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持；借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。对于该限定利率的适用主体，该规定第一条明确：

本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为；经金融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用本规定。即，金融机构的借贷利息不受年利率24%、36%的限制。

但是，在2017年最高人民法院《关

于进一步加强金融审判工作的若干意见》第二条规定：金融借款合同的借款人以贷款人同时主张的利息、复利、罚息、违约金和其他费用过高，显著背离实际损失为由，请求对总计超过利率24%的部分予以调减的，应予支持，以有效降低实体经济的融资成本。也就是说最高法院的新的司法解释规定24%的借贷利息限制适用于金融机构的业务。这是一个新的变化，请大家注意。

再看最高法院对于金融创新的各种通道业务纠纷的指导意见变化：

最高法院2012年指导意见为：“不宜以法律法规没有明确规定为由，简单否定金融创新成果的合法性，为金融创新活动提供必要的成长空间。”而最高人民法院2107年22号文明明确规定“对以金融创新为名掩盖金融风险、规避金融监管、进行制度套利的金融违规行为，要以其实际构成的法律关系确定其效力和各方的权利义务；对名为融资租赁合同、保理合同，实为借款合同的，应当按照实际构成的借款合同关系确定各方的权利义务，防范当事人以预扣租金、保证金等方式变相抬高实体经济融资成本”。新的司法解释强调去伪存真，探究当事人真实意思防范金融交易中的虚假、逃避监管和制度套利行为，也是对《民法总则》146条“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”的规定的细化解释。

最高法院通谋虚伪意思表示第一案（2017）最高法民终41号：正拓公司对民生银行南昌分行负有7000余万元的逾期贷款未还，该公司的实际控制人同时也是有色金属公司实际控制人与民生银行南昌分行协商，由有色金属公司向红鹭公司购买阴极铜，有色金属公司以商业承兑汇票形式支付货款，再由红鹭公司持该票据向民生银行南昌分行申请贴

现，所得贴现款项将用于归还正拓公司的逾期贷款。为此，民生银行南昌分行向有色金属公司单笔授信1.1亿元的商业承兑汇票贴现额度。有色金属公司作为付款人开具了票面金额为1.1亿元的商业承兑汇票，收款人为红鹭公司。红鹭公司、与民生银行南昌分行、有色金属公司签署《贴元宝合作协议》一份，就案涉商票进行贴现，并进行了背书转让；民生银行南昌分行按约定办理了商业承兑汇票贴现业务，向红鹭公司支付了贴现款。红鹭公司获得贴现款后，部分由正拓公司用于归还民生银行南昌分行逾期贷款，部分用于有色金属公司经营。该商票到期后，有色金属公司未能如期支付票据款项。

最高法院的裁判意见：票据贴现系各方通谋虚伪意思表示，相关合同无效；真实法律关系为金融借款合同；支持红鹭公司不还票款的抗辩事由，判决有色金属公司还款。

三、违反金融监管规则的合同效力认定

央行、银保监会等制定的监管规则，从法律层级上讲属于部门规章。按照合同法52条“违法法律、违反行政法规的合同无效”的规定，以前的司法审判对于违反部门规章的合同效力均以“违反部门规章而不是法律行政法规”为由认定合同有效。但是，最近最高法院的几个终审裁判打破了这一传统认定。最高法（2017）民终529号福建伟杰投资有限公司、福州天策实业有限公司营业信托纠纷二审民事裁定“涉案代持股协议违反保监会的规定而无效”，最高法（2017）民申2454号杨金国、林锦坤股权转让纠纷案，也引用证监会的一些规定认定涉案代持股协议无效。看一下最高法529号案件：

天策公司与伟杰公司签订《信托持股协议》约定，天策公司享有君康人寿公司2亿股的股份的实益权利，通过信托的方式委托伟杰公司持股。天策公司通过伟杰公司向君康人寿公司增资2亿元。后天策公司向伟杰公司提出终止信托关系，将代持股份过户到天策公司名下，被拒，形成争议。

最高法认为：涉案《信托持股协议》的内容违反保监会制定的《保险公司股权管理办法》第八条“任何单位或者个人不得委托他人或者接受他人委托持有保险公司的股权”的规定，虽然该管理规定属于部门规章，但在规范目的、内容实质，以及实践中允许代持保险公司股权可能出现的危害后果进行综合分析，违反该管理办法的协议，有损社会公共利益，当属无效。一个最重要的理由是“允许隐名持有保险公司股权，将使得真正的保险公司投资人游离于国家有关职能部门的监管之外，如此势必加大保险公司的经营风险，妨害保险行业的健康有序发展。加之由于保险行业涉及众多不特定被保险人的切身利益，保险公司这种潜在的经营风险在一

定情况下还将危及金融秩序和社会稳定，进而直接损害社会公共利益。根据《合同法》52条，损害社会公共利益合同无效”。

最高法院（2017）民申2454号案，认定涉案代持股协议通过隐名代持方式投资拟上市公司，违反相关股权清晰的监管规则，损害社会公共利益而无效。

上述两个案例，都是直接引用部门禁止性监管规则认定合同无效。是不是突破或违反了《合同法》52条合同无效的法律规定？个人认为不是的。仔细分析两个案例认定合同无效的辩法说理部分，发现两个案件的共性：：第一个案件是“保险行业涉及众多不特定被保险人的切身利益”，第二个案件是“上市公司涉及广大非特定投资者的合法权益”，涉案合同都涉及到“不特定多数人的利益”，进而直接损害社会公共利益，裁判文书虽然直接引用部门规章做判案根据，但落脚点还是“涉及不特定多数人利益，从而损害社会公共利益”而认定合同无效。另外，两个案件还有一个共性点：涉案主体都受到特殊监管机构的监管：对于保险公司的、上

赵岐龙：民法理论在民法实践中的应用

一、民法物权在民法实践中的应用

（一）民间借贷中的让与担保与第三人利益保护问题

案例

甲向乙出借资金10万元，乙将自有房屋（价值100万元）过户至甲方提供让与担保，甲取得房屋所有权后，与丙



市公司的股东尤其是董监高等高管，保监会、证监会都有特殊的监管条件和义务要求，如果认定代持股协议有效，监管机构对实际投资人的监管就会落空，进而影响行业管理。故从这个角度考量，上述案例的裁判结论，也体现了在金融严管背景下，司法与监管合力引导和规范金融市场的审判思维。在具体的案件中，律师如何适用上述裁判思维论证相关合同的效力问题，站在不同的当事人角度，会有一个较大的博弈空间。

在金融严管政策背景下，法院审理金融纠纷案件的思路已经发生变化：在不违反法律原则和法律规定的的前提下，与监管政策相呼应，依法从严审理金融纠纷案件，体现金融服务于实体经济的指导思想，引导和规范金融市场的良性发展。律师应当掌握和研究这些审判思路的变化，才能在具体的案件中站在当事人的角度设计正确的诉讼方案，实现当事人利益的最大化。

（以上内容根据公丕国律师现场讲话整理）

（第三人）签署房屋买卖合同，收取了丙大部分房款，并交付了房屋，并且向房产登记部门申请变更登记，已获得受理。此时，乙申请法院保全该房屋，提起解除房屋买卖的诉讼，认为该买卖并非真实的意思表示，系为了担保借款的履行，该担保属于让与担保，违反了物权法定的原则，主张无效。第三人提出异议，认为已支付合理对价70余万，并



已经实际占有房屋，属于善意第三人，应取得房屋所有权。

主题：让与担保物的处分与第三人利益的保护

在民间借贷中，为了保障债权的履行，债权人（出借人）往往要求债务人（借款人）提供担保物，譬如用房产提供担保，由于房产抵押需要登记，当事人嫌抵押手续繁琐，往往会签订房屋买卖合同，将房屋过户至出借人处，约定一旦借款不能按时归还，房屋将归对方所有，这种担保方式被称为让与担保，也称非典型担保。由于这种担保违反了物权法定原则，往往被法院认定为无效，但其担保功能仍在，债权人仍然有权要求债务人就该担保物履行清算义务，既可以请求法院拍卖该房屋以清偿债务。

但是如果债权人将房屋出让给第三人，此时出现了房屋原所有人（借款人）与第三人利益冲突问题，第三人的利益如何保护？我认为，如果出借人与借款人之间的买卖合同被主张无效、撤销，出借人再向第三人处分房屋，属于无权处分，如果第三人符合《物权法》第106条关于善意取得的规定，是可以取得房屋所有权的。如果出借人与借款人之间的买卖合同或过户登记行为没有被主张无效、撤销，此时，出借人的处分仍属于有权处分，如果不存在其他合同无效的情形，第三人无需满足善意取得的规定，是可以取得房屋所有权的。本案中，出借人甲基于买卖合同取得所有权，该房屋已经依法律行为发生物权变动，此时，甲处分房屋的行为属于有权处分，第三人与甲的房屋买卖合同属于有效的房屋买卖合同，所以，第三人可以依据有效的合同要求甲方交付房屋并移转房屋所有权，而不是已经上善意取得的规定主张所有权。如果甲与乙



赵岐龙律师

（借款人）之间的房屋买卖合同已经被认定无效或撤销，则甲再与第三人签署房屋买卖合同时，对该房屋属于无权处分，第三人必须基于《物权法》第106条善意取得的规定才能房屋所有权，即必须取得房屋所有权证才能取得所有权。

（二）物权变动与强制执行 案例

甲公司（某汽车集团）出资与乙公司（某房地产开发公司）出地合作建房，房子建成后，乙公司没有向甲公司支付约定的收益。甲公司向法院起诉获得胜诉，后通过法院强制执行，与乙公司达成以房屋抵债的和解协议，法院裁定房屋归甲公司所有，但一直没有房产过户手续。后其他法院因乙公司拖欠其他债权人的债务，将未过户给甲公司的房屋查封，甲公司认为其已经取得以物抵债裁定书，法院无权查封案外人财产。

主题：以物抵债协议的法律文书能否对抗其他法院的强制执行？

有些案件中，债务人为了清偿债务，与债权人签署了以物抵债协议，并通过法院制作调解书或者裁定书确认以物抵债协议。由于当事人没有及时办理

过户登记或交付等物权公示要件行为，债务人的其他债权人会申请法院将尚未过户的抵债物查封或扣押。这就涉及到民事调解书、裁定书与法院查封行为的冲突问题。究其根本就是，调解书、裁定书的生效时间是否是物权变动的时间。根据《物权法》第二十八条规定：因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生法律效力。该条所称的人民法院的法律文书应包括判决书、调解书和裁定书。但是并非所有的人民法院法律文书都会引起物权变动的法律效果，只有直接导致物权发生变动的法律文书，如形成判决、具有确权性质或共有财产分割的调解书、直接确定所有权的以物抵债裁定书，才能引起物权变动，才是物权法第二十八条所称的非依法律行为产生的物权变动。如果仅仅是约定以物抵债，其内容是合同关系，仅仅是物权变动的基础法律关系，不产生物权变动的法律效果，法院是可以查封这些财产的。

因此，如果是导致物权发生变动的法律文书，尽管还没有办理不动产登记或者动产的交付，但法律文书已经替代登记或交付，产生物权变动的公示效力，这也是非依法律行为产生的物权变动，法院是不能查封或扣押这些财产的，这些财产已经属于案外人的财产。

本案的裁定属于以物抵债的裁定，是发生物权变动效力的，但从内容来看，属于双方之间的执行和解的协议，属于债权协议，严格来讲，法院是不应该出具以物抵债裁定书的，但是本案发生在2006年，那时不但没有物权法，更没有最高法院2018年出台《关于执行和解若干问题的规定》第六条：“当事人达成以物抵债执行和解协议的，人民

法院不得依据该协议作出以物抵债裁定。”

二、民法债权在民法实践中的应用

案例

江苏某建筑公司在新疆承揽某建设工程，新疆某开发公司拖欠工程款，合同约定发生争议由北京市仲裁委员会仲裁。后某国有企业总经理张某通过股权转让成为开发公司股东，并承诺对工程款承担付款责任，并同意发生争议由北京市仲裁委员会仲裁。后张某所任职的国有企业也出具承诺，同意对该工程款承担付款责任，但没有约定争议解决的方式。后建筑公司因各方没有给付工程款申请仲裁，北京仲裁委员会裁决三个被申请人承担给付责任，并承担连带责任。建筑公司到新疆乌鲁木齐中院申请执行时，法院认为，某国有企业没有与建筑公司达成关于同意由北京仲裁委员会仲裁的条款，双方之间没有仲裁条款，仲裁无效，遂裁定不予执行。

主题：仲裁条款对债务加入人是否有效？

合同法有关于债权让与、债务转移以及合同权利义务的概括转移规定，以及债务加入（或者称“债务承担”）的规定。无论是债权让与、债务转移或债务加入，都有一个共同特征，即不改变合同内容的同一性，仅仅是合同主体发生了变化，合同的权利义务对新的主体仍然有效。其中，关于管辖的条款也仍然生效。尤其是在债务加入的情形下，争议解决条款对新的债务人仍然生效。新加入的债务人不得以未与债权人签署关

于争议解决的条款为由，否认原合同约定的北京仲裁委员会的仲裁的权利。

最高人民法院关于适用《仲裁法》的司法解释第九条规定：“债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。”本案中各方当事人均明知《建设工程施工合同》约定了仲裁条款，故该仲裁条款对各方当事人均生效，法院裁定不予执行错误。

三、民法债权与物权在民法实践中的应用

案例

李某从肖某处购得房产一套，仅支付了一部分购房款，便将房屋过户。李某用此房屋在青岛某典当公司设定抵押，获得当金一千万。李某没有将该款支付给肖某，用于偿还个人其他债务，后李某涉嫌诈骗被羁押。肖某起诉李某迟延履行构成根本违约，要求解除合同，法院判决解除合同，并判处李某返还房屋。青岛某典当公司申请法院强制执行，要求拍卖房屋，实现抵押权。问法院的房屋返还判决能否对抗典当公司的抵押权？

主题：法院的返还原物请求权能否对抗抵押权？

物权优于债务，先成立的物权优于后成立的物权，这是物权法关于物权与债权、物权与物权之间的效力优先的规定。房屋买卖合同如果存在无效、可撤销或者解除的情形，就会产生返还原物的问题。无效合同、可撤销合同被确认无效或者撤销后，返还原物是基于物

权返还请求权，因为我国实行债权行为与物权行为一体把握原则，不适用德国法、台湾法的物权行为无因性的原则。合同一旦无效，标的物所有权视为从未发生转移。此时，如果是合同被认定无效或撤销后，买受人没有办理所有权回复登记，再行处分房屋（包括买卖或抵押），就属于无权处分，如果产生新的物权，则要判断是否符合《物权法》第106条善意取得的规定。

如果在合同被撤销或无效前处分标的物，则属于有权处分，不适应善意取得的规定。如果是合同被解除，由于合同解除的前提是解除一个有效的合同，标的物房屋所有权基于有效合同已经发生了合法转移，该处分行为为有效行为。法院此时判决返还原物并非是基于物权返还请求权的返还，而是基于债权返还请求权，即不当得利返还请求权，根据物权优于债权的原理，该债权不能对抗他物权（抵押权），不能要求抵押权人返还抵押物，除非原房屋所有权人行使涤除权消除所有权上的权利负担，才能要求返还房屋。

（以上内容根据京都律师事务所高级合伙人赵岐龙律师的讲话整理。）

更多论坛精彩内容，可手机扫描二维码收看直播回放。





浅析集体土地建设养老地产的法律政策及途径

■ 孟冰 邓玮 / 文

我国养老地产业发展迅速，潜力巨大，近年来，越来越多的房地产商与金融机构发力养老不动产行业。但是养老地产与其他房产不同，具有投资额大兼资金回笼慢的特点，前期成本是阻碍养老地产发展的关键，如何降低土地成本成为养老地产持续经营的重要考量。与国有建设用地相比，集体建设用地取得成本相对较低，空余数量多。据统计，现阶段我国农村所拥有的存量建设用地多达2.5亿亩，倘若能加以合理利用，盘活农村资源，将养老地产开发与农村结合，或许通过集体土地进行养老开发将成为中国土地经济增长的“下一个风口”。有鉴于此，笔者拟围绕集体建设用地开发养老地产的相关法律问题探讨。

一、集体土地上开发养老地产的政策支持

养老地产作为传统的一项支柱型产业，国家频频出台多项政策加以支持。早在2004年的《土地管理法》第四十三条就规定，兴办包括养老服务设施在内的乡（镇）村公益事业建设的，可以使用农民集体所有的土地。2013年9月6日，国务院颁布《国务院关于加快发展养老服务业的若干意见》进一步明确，要“切实加强农村养老服务”，要求“依托行政村、较大自然村，充分利用农家大院等，建设日间照料中心、托老所、老年活动室等互助性养老服务设施”；“鼓励城市资金、资产和资源投向农村养老服务”；“民间资本举办的非营利性养老机构与政府举办的养老机构享有相同的土地使用政策，可以依法适用国有划拨土地或者农民集体所有的土地”。2014年04月17日，国土资源部下发的《养老服务设施用地指导意见》第九条再次明确规定：“农村集体经济组织可依法使用本集

孟冰律师简介



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

体所有土地，为本集体经济组织内部成员兴办非营利性养老服务设施。”在集体土地上开发养老地产的开发主体包括政府、集体经济组织或者企业(民间资本)。国家鼓励开发非营利性的养老地产，但也并不禁止在集体

土地上开发营利性的养老地产。

自1998年以来，我国规定农村集体建设用地不得进入市场进行流转，资本自然无法进入。然而，尽管法律禁止，但地方政府主导的试点市场却一直存在。2005年6月，广东省政府就颁布了《广东省集体建设用地使用权流转管理办法(草案)》，这是中国第一个允许集体建设用地直接进入交易的省级地方性法规，尝试把全省纳入试点范围。深圳市近年也在研究制定支持在集体土地上开发养老地产的政策。深圳市规划和国土资源委员会于2014年8月4日公布的《深圳市机构养老设施用地供应暂行办法》(征求意见稿)第5条规定：“原农村集体经济组织继受单位尚未进行开发建设的、规划为机构养老设施的合法用地，鼓励原农村集体经济组织继受单位自行举办机构养老设施”，第6条规定：“尚未完善征(转)地补偿手续且规划为机构养老设施的用地，可以采取招拍挂方式公开出让土地使用权。所得收益的50%纳入市国土基金，50%归原农村集体经济组织继受单位。”

近年来，全国范围内关于集体土地流转的改革探索也在进行。2015年2月27日，全国人大通过了《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县（市、区）行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》，授权在北京市大兴区等33个试点县（市、区）行政区域，暂时调整实施《土地管理法》、《城市房地产管理法》关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地管理制度的有关规定，自此，集体土地流转获得重大突破。2017年11月，此项改革试点期限延长一年至2018年12月31日。2017年8月，国土资源部、住房城乡建设部联合印发《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》，将北京、上海、沈阳、南京、杭州、合肥、厦门、郑州、武汉、广州、佛山、肇庆、成都等13个城市作为开展利用集体建设用地建设租赁住房试

邓玮简介

京都律师事务所实习律师，邓律师毕业于对外经贸大学，具有2年工作经验，参与办理数起民商事案件，为多家公司提供顾问服务，在房地产、保险、资管、基金、合同审查、争议仲裁与相关诉讼和非诉领域积累了较为丰富的经验。



点，方案提出，村镇集体经济组织可以自行开发运营，也可以通过联营、入股等方式建设运营集体租赁住房。集体租赁住房出租，应遵守相关法律法规和租赁合同约定，不得以租代售。承租的集体租赁住房，不得转租。这也意味着农村集体土地首次得以不经过国家征地环节，直接进入市场，租赁住房、共享度假小院这类项目将获得快速审批通道。

2018年5月，自然资源部召开农村土地制度改革三项试点工作推进会，会上透露，农村土地制度改革试点工作启动3年以来，经营性建设用地入市积极稳妥推进，形成了比较完整的工作制度和政策体系，社会和市场对于入市集体土地的接受程度逐步提高。据估算，33个试点地区共查明农村集体经营性建设用地约11.9万宗、141.5万亩。截至2018年3月，集体经营性建设用地入市地块812宗，面积1.6万亩，总价款约183亿元。上述集体经营性建设用地入市价格每亩平均在114万元左右，每宗地块具体价格根据地理位置以及入市后的用途等上下浮动。在确权登记环节，33个试点地区集体经营性建设用地使用权已发证25万多宗，发证率为82%。截至2018年3月，试点地区共办理78宗集体经营性建设用地抵押贷款，贷款金额约23.56亿元。

北京市大兴区作为农村集体经营性建设用地改革试点区县，曾被国土部评价为全国“特大城市和发达地区”的入市典范。大兴区共计出台40多个政策文件，以期通过“统筹、集约”为特征的“大兴模式”实现农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股与国有地“同等入市、同权同价”。试点入市地块采取“区级负责、区级审批、市



级备案”审批新程序，二级建设项目审批进行“流程再造”，手续办理综合时限缩短至40个工作日。其效果也较为明显，目前大兴区拥有集体建设用地的所有镇实现了全覆盖，参与改革的经济组织达232个、受益成员22万，已拆除腾退土地超过9万亩，共储备14个地块约5000亩产业用地，并达到入市条件。围绕入市所运转的资金累计已超千亿。这些都为集体土地开发养老地产提供了政策支持。

企业方面，2017年5月18日，江苏雷利电机股份有限公司（以下或简称“雷利电机”）在深交所挂牌创业板。值得关注的是，根据《招股说明书》，该公司的某一工业园区占用土地为江苏省常州市自武进区遥观镇钱家塘社区居民委员会的集体建设用地，面积为3.6亩。2017年3月7日，常州市国土资源局常州经济开发区分局出具《关于常州宏利电机有限公司建设用地出让有关事宜的说明》，确认上述土地已完成土地征收，该土地已转变为国有建设用地，并取得项目用地指标，准备提交常州市土地交易中心以公开招拍挂的方式出让，届时宏利电机可按照招拍挂公告的条件参与竞拍，在合法合规的前提下取得上述土地的土地使用权。宏利电机将在上述土地征收为国有建设用地，并合法取得上述土地的使用权后，尽快启动办理上述房屋的产权办理手续。该案例也是中央农村土地使用制度改革试点以来，全国首家以出让方式，取得集体经营性建设用地使用权后，实现沪深A股IPO上市的企业。

二、养老地产土地的取得方式

1. 非营利性养老地产的土地取得方式

我国《土地管理法》第43条规定：“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是兴办乡(镇)村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。”如所开发的非营利性养老地产可认定为“乡(镇)村公共设施和公益事业”的，则可以直接使用集体土地进行开发建设。根据《土地管理法》并结合前述《养老服务设施用地指导意见》第9条的规定，对于何谓“乡(镇)村公共设施和公益事业”，可根据以下标准进行判断：拟建的养老地产应以满足本集体经济组织成员的养老需求为目的，具体而言，其服务对象应为本集体经济组织成员或者至少应以本集体经济组织成员为主。

2. 营利性养老地产的土地取得方式

如前所述，如以兴办乡镇企业的形式开发建设养老地产的，即使系营利性质，也可以使用集体土地。对于其他形式（非乡镇企业）的营利性养老机构，依法本不可以直接使用集体土地进行开发建设。但基于前述的地方政策对《土地管理法》进行的突破，满足一定条件的企业（包括养老机构）可以使用集体土地。如《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》第8条明确规定：“下列建设项目可以使用集体建设用地：1.兴办各类工商企业，包括国有、集体、私营企业，个体工商户，外资投资企业(包括中外合资、中外合作、外商独资企业、“三来一补”企业)，股份制企业，联营企业等。”因此，在广东，即使养老机构的性质为营利性的，也可使用集体土地进行开发建设。另外，根据该办法，如开发主体为本集体经济组织以外的主体的，具体可以通过出让、转让、出租、入股等方式取得集体建设用地使用权。而北京市大兴区的集体土地改革试点，更为营利性养老地产使用集体土地的探索提供了广阔空间。

3. 集体土地的处分程序

利用集体建设用地开发建设养老地产，涉及到集体建设用地的处分和集体经济组织及其成员的根本利益，根据《村民委员会组织法》第24条第1款第9项“村民会议认为应当由村民会议讨论决定的涉及村民利益的其他事项”，应按照《村民委员会组织法》由村民会议或者村民代表会议表决通过。另外，地方政策如《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》也规定“出让、出租和抵押集体建设用地使用权，须经本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意”。因此，为防范因未经村民会议或者村民代表会议表决而导致程序瑕疵引起纠纷，集体经济组织应事先就在集体

土地上进行养老地产开发建设事宜，提请村民会议或者村民代表会议表决通过。

三、养老地产的开发模式

根据《国务院关于加强发展养老服务业的若干意见》规定，“严禁养老设施建设用地改变用途、容积率等土地使用条件搞房地产开发”，地方政策如《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》也规定：“通过出让、转让和出租方式取得的集体建设用地不得用于商品房地产开发建设和住宅建设。”因此，开发企业或者集体经济组织开发建设养老机构时，不应将养老机构设计为或者用作商品住宅等非养老服务用途的物业形态。

1. 开发企业与集体经济组织合作开发模式

一般而言，合作开发是由集体经济组织提供项目用地，开发企业提供开发资金，合作进行养老地产的开发建设。以广东为例，根据《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》，集体经济组织可以集体土地作价出资等方式与开发企业进行合作开发。就具体的合作方式而言，可由合作双方设立项目公司并通过项目公司开发养老地产，合作双方也可不设立项目，仅按照合作协议合作开发养老地产。因此，在设立项目公司的合作模式下，开发企业与集体经济组织之间为出资协议法律关系，两者与项目公司则是投资法律关系；在不设立项目公司的合作模式下，开发企业与集体经济组织单纯依赖合作协议的法律关系。

2. 开发企业自主开发模式

在此模式下，开发企业需按照国家和当地有关集体土地流转的规定，从集体经济组织处取得集体建设用地使用权后，方可进行养老机构的开发建设。而集体经济组织并不参与养老地产的开发建设，但会向开发企业

让渡集体建设用地使用权。至于具体的让渡方式，则需视当地政策而定。如根据《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》，可通过出让、转让和出租等方式取得集体建设用地使用权。开发企业与集体经济组织之间将产生集体建设用地使用权出让、转让或者出租等法律关系。

3. 集体经济组织自主开发模式

根据《养老服务设施用地指导意见》第9条规定，集体经济组织可依法使用本集体建设用为本集体经济组织内部成员兴办非营利性养老服务设施。集体经济组织也可以选择自主开发养老地产

四、北京市大兴区试点政策方向

北京市大兴区做作为试点模范城市，笔者对该试点的政策方向进行了梳理总结，以供参考：

1. 指导思想

试点地区按照实现“归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅”农村集体产权制度的要求，探索研究系统完备的农村集体经营性建设用地入市新模式。在确保土地公有制性质不改变、耕地红线不突破、农民利益不受损的前提下，坚持问题导向、突出规划引导、尊重农民主体、强化统筹实施、发挥市场在资源配置中的决定性作用，积极推进。坚持“不折腾就不建设”，“不统筹就不申报”，“不规划就不实施”，“不评估就不操作”，“不民主就不推进”，“不上平台就不交易”，围绕“同等入市、同权同价”的要求，鼓励地块交易采用“招标、拍卖、挂牌”等方式进行。

2. 主导部门

区试点工作领导小组作为全区农村集体经营性建设用地入市试点改革的领导机构。区试点办作为区试点工作领导小组的办事机构，是全区农村集体经营性建设用地入市试点工作的协调主体。区国土分局作为农村集体经营性建设用地入市试点的行业主管部门和监督主体。区规划分局负责用地规划文件等工作。区发改委负责制定审批流程，对项目性质等进行审查。区金融办负责制定农村集体经营性建设用地融资指导意见，引导金融机构积极创新金融产品。区住建委负责指导农村集体经营性建设用地地上物拆



除腾退、公共租赁住房建设管理。区农委负责指导农村集体经营性建设用地配套农业现代化建设工作，加强对配套农业发展项目的监管。区财政局负责指导土地增值收益调节金收取及使用管理，积极探索财政支持试点工作的办法。区税务局负责农村集体经营性建设用地入市配套税收工作。区经管站作为农村集体经济组织运行及管理的指导主体，负责指导农村集体经营性建设用地入市主体及组织运行。各镇政府作为镇级统筹与入市试点的责任主体，负责组织协调镇级土地联营公司(股份合作社)的组建，监督和引导村级组织切实履行民主程序，完成本镇域内农村集体经营性建设用地入市项目初审，指导土地整治开发工作。各镇土地联营公司(股份合作社)作为农村集体经营性建设用地入市试点的实施主体，按照入市试点要求，实施镇级统筹的土地整理、资金筹措、基础设施建设、入市申请等工作。

3. 集体土地的流转手续

鉴于现行阶段集体土地流转采取试点模式，相关手续的具体规定有所不同，笔者参考《大兴区统筹协调推进农村集体经营性建设用地入市与土地征收制度改革试点工作方案》与《大兴区农村集体经营性建设用地入市试点工作方案》加以列举如下：

(1) 确定拟征收地块，报备相关土地情况，取得村民代表大会的同意。

具体包括：区发改委、规划分局、国土分局等部门依法依规办理项目立项、规划、预审等手续，明确项目的投资、位置、用地规模和性质等情况；区维稳办牵头，开展社会稳定风险评估；确定补偿安置费用标准；征地单位与被征地农村集体经济组织（村民委员会）签订书面协议；被征地农村集体经济组织（村经济合作社或镇合作经济联合社）召开成员大会（村民代表大会）就协议主要内容形成书面决议并进行第一次公示。

(2) 进行第二次公示，区政府审核“一书四方案”，呈报市政府备案。

具体包括：农村集体经济组织和征地单位准备相关材料报区国土分局；区国土分局审核并进行第二次公示，随后编制审查报告及“一书四方案”（一书：建设用地项目呈报说明书，四方案：农用地转用方案、补充耕地方案、征收土地方案、供地方案）；区政府审核“一书四方案”和社会稳定风险评估报告，市政府批准土地征收及农用地

转用后，向区政府核发批复。

(3) 各部门进行审查，办理不动产登记，完成流转手续。

具体包括：区发改委牵头立项，以建设单位为主体，与区规划分局、园林绿化局、民防局等部门，同步分别对设计方案、园林工程、民防工程进行审查；开展项目建设与不动产登记。区不动产登记中心受市规划国土委委托，承担权限内的不动产登记工作，核发不动产权证和不动产登记证明。

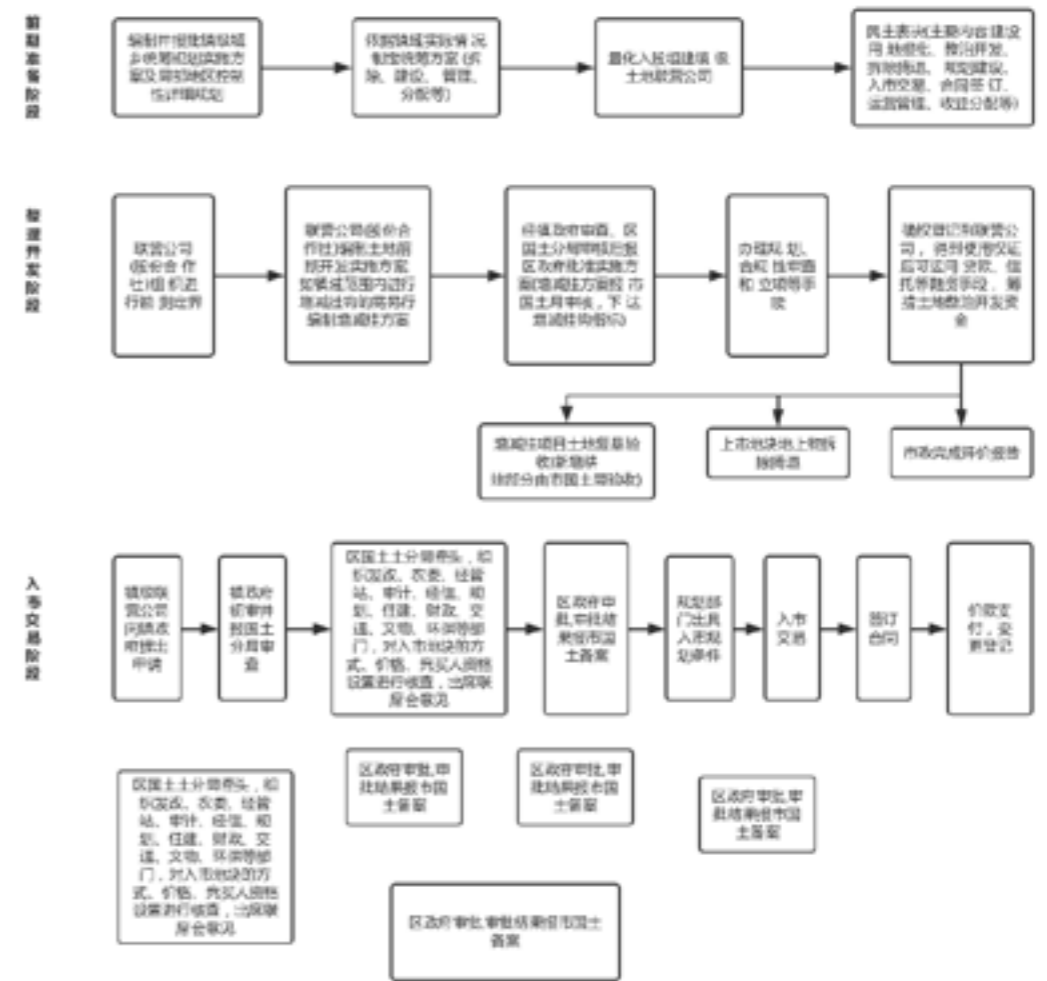
具体实行步骤共分为四步：前期准备、整理开发、入市交易和项目建设。具体流程图附图后。

五、集体土地入市政策的困境

尽管集体经营性建设用地入市潜力巨大，但改革也面临诸多困难和矛盾，各种历史遗留问题错综复杂，需要理性看待。

1. 入市主体多元化

农村土地所有权人为农民集体，乡（镇）农村集体经济组织、村集体经济组织或村民委员会、村内各该农村集体经济组织或村民小组只是土地所有权的代表，并非土地所有权人本身。也正因为集体土地代表组成的多样性，在入市环节，除了传统的集体经济组织、村委会外，诸如集体经济组织成立的资产管理公司、村民议事会主导的村集体、股份经济合作社、农业合作社等新型集体经济组织也逐步成为市场主体，而相关主体范围还在由集体经济组织内部成员拓展到地方政府、城乡居民、甚至企业法人等。参与主体的多元化也意味着更复杂的入市矛盾与更多的协调磋商，这一弊端也在各试点逐步暴露，需根据个案分析，这就为寻求可量化的流程化处理方式带来困难。



集体土地流转手续流程图

2. 入市后土地性质的不确定性

虽然部分试点政府为推进集体经营性建设用地直接入市，曾尝试打消企业顾虑，许诺将来能对已入市的集体土地二次变更，可由集体土地转征为国有土地。但目前法规尚待完善，且这一征收过程涉及征地补偿、集体土地受让人权益保护、土地再流转等问题，每一环节都可能引申出新的矛盾。其次，目前多数试点地区土地入市的前提是保持土地所有权不变，这就意味着原本须通过征收变性为国有土地的集体土地，可以在不被征收的情况下，直接入市流转，间接赋予其与国有土地同样的流转权能。但是毕竟该类型的流转权能缺乏立法的合理性，但若

朝令夕改，相关主体也只能遵照执行。例如2017年10月19日，广东省东莞市国土资源局就下发了《关于明确集体建设用地征收为国有建设用地后协议出让有关问题的通知》，对入市后的集体土地转征为国有土地做出了相关规定。集体土地入市后的性质问题仍在探索阶段。笔者认为，对已入市的集体土地二次征收无疑有违土地试点改革的初衷，为今后的发展埋下更多的隐患。

3. 出让方式更灵活，但协议出让受限

相较于我国对于国有建设用地严格执行的“招拍挂”形式，集体经营性建设用地在主推公开交易形式的同时，也允许以“协议”方式交易。2015年8月，浙江省湖州市德清县莫干山镇集体就以协议方式出让给赵建龙，用途为商服用地，成交价300多万元。这也是全国第一宗入市的



农村集体经营性建设用地。目前德清县入市宗地102宗，面积达758.45亩，成交额达1.64亿元，农民和集体收益1亿多元。德清县委副书记敖煜新介绍，德清通过探索，“同权同价、流转顺畅、收益共享”的农村集体经营性建设用地入市制度，实现了常态化运行。随后各试点地区也纷纷效仿，积极尝试“协议”出让。

然而，协议出让看似灵活，实则受到诸多限制，仅在特定情况下适用。例如2017年06月26日，广东省湛江市人民政府就下发了《关于三旧改造集体土地征收为国有建设用地办理协议出让土地出让金计收问题的通知》，要求集体土地征收为国有土地的，需缴纳土地出让金，数额按出让时新设定规划建设条件下的国有出让土地使用权正常市场价格，减去集体土地使用权价格，再按湛府函〔2012〕338号文计收。集体土地使用权价格通过委托评估机构评估确定。再例如2015年11月16日，海南省文昌市政府印发的《文昌市农村集体经营性建设用地入市试点暂行办法》明确规定“农村集体经营性建设用地使用权出让、出租和作价出资（入股），应采取招标、拍卖或者挂牌方式公开交易。特殊情况，经文昌市政府批准可以采取协议方式交易”。

因此，协议出让的依旧受到各类实施办法的严格限制，不是集体土地入市的主流方式。此外，如前所示，涉事主体的多元化也将导致其中利益纠葛增加，协议磋商的成本提高，不同于相对公开有序的“招拍挂”，且各试点的具体规定不一而同，协议出让必将带来更多的法律风险，目前尚缺乏作为主流方式的条件。

综上所述，集体经营性建设用地入市潜力巨大，但改革也面临诸多困难和矛盾，各种历史遗留问题错综复杂，需要理性看待。为防范政策变动风险，开发企业或者集体经济组织在开发建设养老地产前，应就当地有关集体建设用地流转和养老地产用地的最新政策及时调研，加强与政府部门前期沟通，在法律允许的范围争取最有利的投资条件及政策支持，同时通过更优的合作架构安排，并在需要签署相关法律文件时，尽量就可预见的风险救济措施进行约定，以保障投资资金的安全。

资产证券化浪潮开启， 四种模式优劣对比

柏高原，苏旭，张言非 / 文

一、资产证券化的概述

1. 资产证券化的含义

资产证券化（英文缩写ABS），是指以基础资产未来所产生的现金流为偿付支持，通过结构化设计进行信用增级，在此基础上发行资产支持证券或受益凭证的过程。

与传统债券相比，资产证券化具有以下特点：第一，资产证券化以基础资产作为信用基础，打破了以发行主体信用为基础的传统证券发行模式。第二，传统债券无法达到基础资产与发行主体隔离的效果，资产证券化通过特殊目的载体（SPV），实现基础资产与发行主体的风险隔离，基础资产不属于破产清算财产。第三，在满足《企业会计准则第23号——金融资产转移》相关规定的情况下，资产证券化可以实现基础资产“出表”的效果，达到优化财报和表外融资的目的，这也是相较于传统债券较为明显的一个优势。

2. 资产证券化的结构和参与主体

资产证券化的参与主体包括发起人（原始权益人）、发行人、资产服务机构、承销机构、托管机构、监管机构、中介机构（会计师事务所、律师事务所、信用评级机构等）、投资者等，资产证券化的交易结构下一页图片所示。

柏高原律师简介

京都律师事务所兼职律师，于2006年开始从事律师工作，办理了大量非诉讼业务。柏高原律师担任多家公司和机构的法律顾问，如中信银行总行、国家开发银行总行、民生银行总行、金谷信托、民生信托、建设银行天津市分行、国家开发银行天津市分行、天津投资集团公司等。担任法律顾问期间，柏高原律师协助这些企业完成诸如金融产品法律架构设计与审查、金融产品合同设计与起草、业务流程及法律框架创新、公司重组、常规业务审查等法律问题的处理。



3. 资产证券化的核心要素

资产证券化的结构设计通常应满足如下核心要素：

（1）真实出售

真实出售要求原始权益人将基础资产真正转让给SPV，即实现金融资产“所有权的风险与报酬”或“控制权”的实质性转移。只有认定为真实出售，才能实现风险隔离的效果。

（2）破产隔离

资产证券化的“破产隔离”有两个层面的含义：第一，基础资产与原始权益人资产相分离，不因原始权益人



苏旭简介

京都律师事务所实习律师，南开大学法学硕士。曾参与境内外基金、并购、投融资、新三板挂牌等多项法律服务，参与《家族信托法理与案例精析》等著作的编写工作。



储备账户等，外部信用增级措施主要有差额支付承诺、流动性支持、第三方回购承诺、第三方担保等。较为新兴的外部信用增级措施还有保险、信用违约互换。

二、资产证券化的对比解析

基于我国“分业经营、分业监管”的金融行业现状，根据主导的监管机构不同，我国资产证券化业务分成四种模式：一是央行

张言非简介

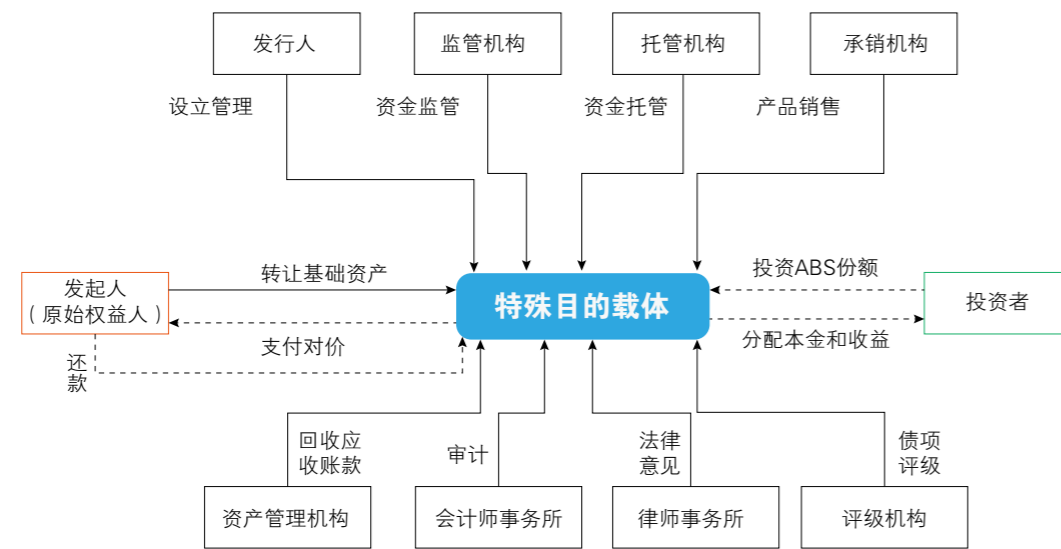
京都律师事务所天津分所实习律师，南开大学法律硕士。曾供职于融创中国华北区域公司，处理大量企业法律事务。



与银保监会（原银监会）主导的信贷资产证券化（以下简称“信贷ABS”）、二是证监会主导的企业资产证券化（以下简称“企业ABS”）、三是银行间交易商协会主导的资产支持票据（以下简称“ABN”）、四是银保监会（原保监会）主导的资产支持计划（以下简称“保险ABS”）。

主导机构的不同导致了监管规则和资产证券化产品要素的差异。四种模式的资产证券化业务可以作如下比较：

比较项目	信贷ABS	企业ABS	ABN	保险ABS
发起人	金融机构	企业	非金融企业	企业
基础资产	信贷资产	负面清单以外的财产权利或财产	财产、财产权利或财产和财产权利的组合	负面清单以外的财产权利或财产
发行人	信托公司	证券公司、基金管理公司子公司	信托公司	保险资产管理公司
发行载体	特殊目的信托	资产支持专项计划	特殊目的信托或特殊目的的企业	资产专项计划
发行方式	注册制	备案制	注册制	初次申报核准，同类产品事后报告
流转平台	银行间债券市场或证券交易所	证券交易所、新三板、报价系统、证券公司柜台市场	银行间债券市场	上海保险交易所
投资主体	因流转平台的不同有所区别	合格投资者	投资者应满足银行间债券市场对投资者的规定	投资者应满足原保监会制定的投资者适当性管理标准

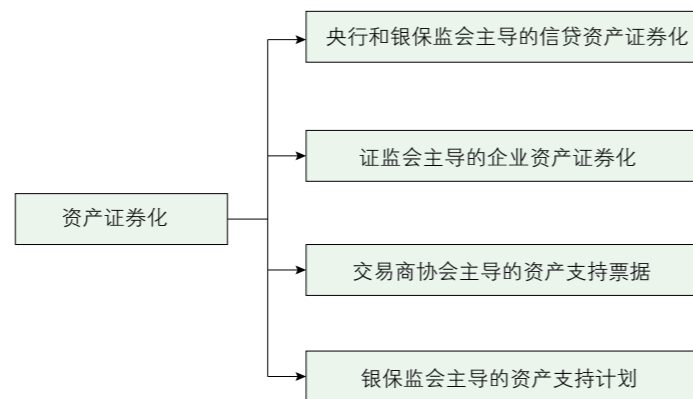


资产证券化交易结构图

破产而受到影响。第二，基础资产与ABS管理人、资产服务机构的固有财产相分离，不因资产服务机构的破产而受到影响。

(3) 信用增级

为了吸引投资、降低融资成本，资产证券化往往会引入信用增级措施。实践中，信用增级的方式包括内部增信和外部增信两种。内部信用增级措施主要有优先与次级结构分级、现金流超额覆盖、超额抵押、超额利差、保证金/现金



1. 发起人（原始权益人）

(1) 信贷ABS的发起机构

根据《金融机构信贷资产证券化试点监督管理办法》第6条的规定：金融机构是信贷ABS的发起机构。金融机构包括银行业金融机构和非银行金融机构两类。两类机构开展信贷ABS业务适用不同的监管规定。

银行业金融机构主要适用《信贷资产证券化试点管理办法》《金融机构信贷资产证券化试点监督管理办法》等规定，根据该《管理办法》第21条的规定，贷款服务机构可以作为信贷ABS的发起机构。

非银行金融机构主要适用《中国银监会非银行金融机构行政许可事项实施办法（2015修订）》，该《实施办法》第154条和第164条规定金融资产管理公司和经银保监会批准的其他非银行金融机构，可以发起信贷ABS业务。

(2) 企业ABS的原始权益人

根据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》的规定，企业ABS的原始权益人是合法拥有的基础资产的主体。该主体的范围较为广泛，在实践中，企业ABS的原始权益人通常是大型工商企业。在近几年逐渐发展的供应链金融ABS业务中，原始权益人为保理公司。

(3) ABN的发起机构

根据《非金融企业资产支持票据指引》第2条的规定，ABN的发起机构是非金融企业。



(4) 保险ABS的原始权益人

《资产支持计划业务管理暂行办法》对原始权益人未作定义，只在第14条对原始权益人的资质做出了规定，即：原始权益人依照约定将基础资产移交给支持计划。原始权益人应当符合下列条件：1) 具备持续经营能力，无重大风险；2) 生产经营符合法律法规和公司章程的规定，符合国家产业政策；3) 最近三年未发生重大违约或者重大违法违规行为。

根据对发起人的资格要求来看，信贷ABS的门槛最高，发起人必须是金融机构；其次是ABN，发起人必须是非金融企业；保险ABS对发起人的要求略高于企业ABS，必须符合一定的条件；企业ABS的要求最为宽松，只要拥有符合证监会规定的合法的基础资产，原则上即可以发起ABS产品。

2. 基础资产

(1) 信贷ABS基础资产

根据《信贷资产证券化试点管理办法》的规定，信贷ABS的基础资产为信贷资产。

(2) 企业ABS基础资产

企业ABS的基础资产范围较广，不在中国基金业协会负面清单内符合法律法规规定，权属明确，可以产生独立、可预测的现金流且可特定化的财产权利或者财产都可以成为基础资产。中国基金业协会根据基础资产风险状况对可证券化的基础资产范围实施负面清单管理，并可以根据市场变化情况和实践情况，适时调整负面清单。

根据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》第3条的规定，企业ABS的基础资产可以是企业应收款、租赁债权、信贷资产、信托受益权等财产权利，基础设施、商业物业等不动产财产或不动产收益权等财产或财产权利。

(3) ABN基础资产

根据《非金融企业资产支持票据指引》第4条的规定，基础资产，是指符合法律法规规定，权属明确，可以依法转让，能够产生持续稳定、独立、可预测的现金流且可特定化的财产、财产权利或财产和财产权利的组合。

基础资产可以是企业应收账款、租赁债权、信托受益权等财产权利，以及基础设施、商业物业等不动产财产或相关财产权利等。以基础设施、商业物业等不动产财产或相关财产权利作为基础资产的，发起机构应取得合法经

营资质。基础资产为信托受益权等财产权利的，其底层资产需要满足《指引》第4条对基础资产的相关规定。

(4) 保险ABS基础资产

根据《资产支持计划业务管理暂行办法》第7条的规定，基础资产，是指符合法律法规规定，能够直接产生独立、可持续现金流的财产、财产权利或者财产与财产权利构成的资产组合。根据第11条的规定，中国保监会根据基础资产风险状况和监管需要对基础资产的范围实施动态负面清单管理。

总结来看，信贷ABS的基础资产范围为狭窄，只能为信贷资产。与之相比，企业ABS、ABN以及保险ABS的基础资产范围相对宽泛。

3. 发行人

(1) 信贷ABS的发行机构

在信贷ABS中，发行机构称为受托机构。根据《信贷资产证券化试点管理办法》第16条的规定，信贷ABS的受托人机构是信托投资公司1或中国银监会批准的其他机构担任。

(2) 企业ABS的发行机构

根据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》第2条的规定，企业ABS的发行机构即管理人，是指证券公司、基金管理公司子公司。同时对开展企业ABS业务的管理人资格做出了规定：开展企业ABS业务的证券公司须具备客户资产管理业务资格，基金管理公司子公司须由证券投资基金管理公司设立且具备特定客户资产管理业务资格。

(3) ABN的发行机构

根据《非金融企业资产支持票据指引》第11条的规定，ABN的发行机构是特定目的载体的管理机构，特定目的载体管理机构是指对特定目的载体进行管理及履行其他法定及约定职责的机构。实践中，ABN的发行机构基本上由信托公司担任。

(4) 保险ABS的发行机构

根据《资产支持计划业务管理暂行办法》第2条的规定，由保险资产管理公司作为保险ABS的受托人。

总结来说，根据监管机构的监管对象的不同，各个模式ABS的监管机构有所区别：信贷ABS和ABN的发行机构均为信托公司，企业ABS的发行机构为证券公司及基金管理公司子公司，保险ABS的发行机构由保险资产管理公司担任。

4. 发行载体

为实现破产隔离的效果，发起人一般通过特殊目的载体发行ABS，通过将基础资产真实出售给特殊目的载体，达到资产出表的目的。

(1) 信贷ABS的发行载体

根据《信贷资产证券化试点管理办法》第3条的规定，信贷ABS的发行载体为特定目的信托。

(2) 企业ABS的发行载体

根据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》第4条的规定，企业ABS的发行载体是为开展资产证券化业务专门设立的资产支持专项计划或者中国证监会认可的其他特殊目的载体。

(3) ABN的发行载体

2016年12月初，交易所协会发布《非金融企业资产支持票据指引（修订稿）》，引入信托型ABN这一新型交易结构，ABN的发行载体可以为特定目的信托、特定目的公司或交易商协会认可的其他特定目的载体，促进了ABN的爆发式增长。同时，ABN仍旧可以由发起机构发起。在此之前，ABN只能由发起机构发起，其缺陷较为明显，例如无法实现出表和破产隔离，ABN发行和利率受发起机构主体信用影响较大，这也限制了ABN的发展规模。

(4) 保险ABS的发行载体

根据《资产支持计划业务管理暂行办

法》第2条的规定，保险ABS的发行载体称为资产支持计划，其实质是一个特殊目的信托。

5. 发行方式

(1) 信贷ABS

信贷ABS的发行采用注册制。根据2015年央行发布的《关于信贷资产支持证券发行管理有关事宜的公告》的规定，信贷ABS的受托机构和发起机构可以向中国人民银行申请注册，并在注册有效期内自主分期发行信贷资产支持证券。

(2) 企业ABS

企业ABS的发行采用备案制。根据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》第36条的规定，企业ABS的发行实行备案制，管理人自资产支持专项计划成立之日起五日内至中国基金业协会备案，同时抄送对管理人有辖区监管权的中国证监会派出机构。

(3) ABN

ABN的发行采用注册制。根据《银行间债券市场非金融企业债务融资工具发行注册规则》第3条的规定，中国银行间市场交易商协会（简称交易商协会）负责受理债务融资工具的发行注册。

(4) 保险ABS

保险ABS的发行采用“初次申报核准，同类产品事后报告”的制度。根据《资产支持计划业务管理暂行办法》第22条的规定，受托人发起设立支持计划，实行初次申报核准，同类产品事后报告。中国保监会依规对初次申报的支持计划实施合规性、程序性审核。支持计划交易结构复杂的，中国保监会可以建立外部专家评估机制，向投资者提示投资风险。

6. 流转平台

(1) 信贷ABS的流转平台

信贷ABS的流转平台为全国银行间债券市场以及交易所。《信贷资产证券化试点管理办法》第3条规定：资产支持证券在全国银行间债券市场上发行和交易。2015年中国人民银行颁布的《关于信贷资产支持证券发行管理有关事宜的公告》规定：按照投资者适当性原则，由市场和发行人双向选择信贷资产支持证券交易场所。由此，拉开了信贷ABS在证券交易所流转的序幕。目前，上交所和深交所都可以公开流转信贷ABS。



(2) 企业ABS的流转平台

根据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》第38条的规定，企业ABS可以按照规定在证券交易所、全国中小企业股份转让系统、机构间私募产品报价与服务系统、证券公司柜台市场以及中国证监会认可的其他证券交易场所进行挂牌、转让。

(3) ABN的流转平台

根据《银行间债券市场非金融企业资产支持票据指引》第2条的规定：ABN在银行间债券市场发行。

(4) 保险ABS的流转平台

保险ABS的流转平台为保险资产登记交易平台，即上海保险交易所。《资产支持计划业务管理暂行办法》第25条规定：受益凭证可按规定在保险资产登记交易平台发行、登记和转让，实现受益凭证的登记存管和交易流通。保险资产登记交易平台对受益凭证发行、登记和转让及相关信息披露进行自律管理，并与中国保监会建立信息共享机制。

7. 投资主体

(1) 信贷ABS

信贷ABS可以在银行间债券市场及交易所进行交易，因此要各自遵守两个流转平台对于投资者的要求。

根据《全国银行间债券市场柜台业务管理办法》第8条的规定，在银行间债券市场开办业务的主体要建立投资者适当性管理制度。《管理办法》第9条规定，满足如下条件之一的投资者才可以投资柜台业务的全部债券品种和交易品种：1) 金融机构；2) 所持有或者管理的金融资产净值不低于一千万元的投资公司或者其他投资管理机构；3) 理财产品、证券投资基金和其他投资性计划；4) 净资产不低于人民币一千万元的企业；5) 年收入不低于五十万元，名下金融资产不少于三百万元，具有两年以上证券投资经验的个人投资者。不满足上述条件的投资者只能买卖发行人主体评级或者债项评级较低者不低于AAA的债券，以及参与债券回购交易。

在证券交易所流转的信贷ABS面向合格投资者发行。

根据《私募投资基金监督管理暂行办法》

第12条和第13条的规定，合格投资者是指：1) 净资产不低于1000万元的单位；2) 金融资产不低于300万元或者最近三年个人年均收入不低于50万元的个人；3) 社会保障基金、企业年金等养老基金，慈善基金等社会公益基金；4) 投资计划；5) 投资于所管理私募基金的私募基金管理人及其从业人员。

(2) 企业ABS

根据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》第29条的规定，企业ABS面向合格投资者发行。“合格投资者”的范围参见上文。

(3) ABN

鉴于ABN在银行间债券市场发行，因此银行间债券市场对于投资者的要求与信贷ABS一致。

(4) 保险ABS

根据《资产支持计划业务管理暂行办法》第2条的规定，保险ABS面向保险机构等合格投资者发行受益凭证，并由保监会（现银保监会）根据市场情况制定投资者适当性管理标准。保险公司投资者适当性管理相关监管规定主要见于《中国保监会关于保险资产管理公司开展资产管理产品业务试点有关问题的通知》，要求资产管理产品只能向境内保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理公司等具有风险识别和承受能力的合格投资人发行。

注释：

1 2007年原银监会（现银保监会）制定《信托公司管理办法》时，将原来的“信托投资公司”统一改称为“信托公司”。☞

中国式家族信托需要“去伪存真”

■ 韩良，聂俊峰 / 文

经过一段时间家族信托知识的普及，很多高净值客户意识到了设立家族信托对其财富管理和家族传承的重要性，在国内设立了上千万元的“单一资金信托”理财计划，并冠以“家族信托”的名义。由于国内家族信托市场刚刚起步、从业机构良莠不齐、信托文化有待构建、设立家族信托缺乏严格的程序保障等原因，目前设立的一些“家族信托”功能非常初级，甚至隐含了较大的法律风险。业界称其为“伪家族信托”。

“伪家族信托”并不是一个严格的法律概念，一般将实质上为营业信托的理财计划，或者不符合信托法以及判例原理，设立程序上存在瑕疵，家族信托面临被穿透、无效和被撤销的风险的信托皆称为“伪家族信托”。如何在现有法律体系下，能够将这些“伪家族信托”去伪存真，从而达到委托人财富管理和家族传承的目的呢？

“伪信托”之一： “理财计划”而非信托

应对：简单的“理财计划”应该升级为“财富管理与传承规划”

受限于国内信托登记的配套法律法规，业内操作的家族信托在信托财产初始状态上仅仅是资金受托管理业务，将原来信托公司自益的“单一资金信托”业务转变为为他益业务，实质上属于营业信托产品中的“理财计划”。在该模式下的信托产品对于家族企业的财富保全和传承而言，存在三方面的问题。

韩良律师简介

京都律师事务所金融业务总监，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，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。主持了200亿船舶基金、20亿滨海创投引导基金等十余只股权投资基金的研发及筹建法律服务工作。主编了《非证券类投资基金法律问题研究》，《并购基金法理与案例精析》等著作。擅长投资基金产品研发与基金架构、投资工具设计、基金法律风险控制、家族信托等业务。



第一，信托期限普遍较短。一些“家族信托产品”的期限在5年~10年，较短的期限很难对家族财富进行长期规划。

第二，信托功能非常简单。多数家族信托的功能仅限于理财和家族成员生活的保障及财产的保护，家族信托所具备的家族财富传承、家族企业治理、税收筹划以及慈善等的事务性管理性功能还有待进一步深化。

第三，按照信托产品进行监管和运作。家族信托包含了家族事务管理和家族财富管理业务，银监会按照信托产品对家族信托进行监管会大大限制家族信托的事务管理职能。并且信托公司作为家族信托受托人，按照银监会要求，从2015年4月1日开始，新发资金信托按照新发行金额的1%认购信托业保障基金。家族信托缴纳信托业保障基金，不仅与家族信托基于“信任”的法理相悖，也大大加



重了委托人的负担。

上述“理财计划”是符合监管机构要求的有效信托，但我们将其称之为“伪家族信托”，是指其难以实现高净值客户财富管理和家族传承的复合需求，加之有“合格投资者”及上千万元投资门槛的要求，一般的家庭还难以通过信托这个工具实现财富管理与传承的目的。因此，监管机构应该改变当前对家族信托按照营业信托的监管模式，还家族信托为“民事信托”的真面目，将目前简单的“理财计划”升级为符合家族财富管理与传承需求的“财富管理与传承规划”，同时降低委托人进入的门槛与成本，真正让信托普惠广大民众。

“伪信托”之二： 委托人“虚托”

应对：对委托人过度的权利保留进行限制，避免信托被穿透风险

经过长期发展，英美法系形成了“受托人中心主义”的信托法原则。信托财产被认为是委托人送给受益人的礼物，信托一旦设立，信托事务及信托财产就交于受托人进行管理，委托人除了知情权，一般不再保留更多的权利。在英美法中，依据“受托人中心主义”，委托人保留过度控制权的信托被认为是“虚假信托”，通常情况下，虚假信托被视为无效，即使侥幸不被认定无效，信托财产也可以被用于偿还委托人的债务。

比如在Burn v. Turnbull案中，委托人设置了一个以自己和其叔叔为共同受托人的信托，委托人能够任意指令受托人以她的意志进行信托财产管理和投资，有权任意任命新的受托人，并且保有随时撤销、修改信托的权利。委托人去世后，委托人的丈夫诉诸法院主张该信托为虚假信托，请求法院认定该信托无效。历经两次审判，上诉法院与原审法院均认定该信托无效，受托人应向原告转让全部信托财产和收益。在本案中委托人保留了对信托的绝对控制权，使得法院认定该信托中委托人仍然是信托财产的真正所有人。在美国大多数州的立法下，只要保留无限制的信托撤销权，就足以认定委托人对信托财产具有控制性了。

“伪信托”之三： 信托成“通道”

应对：重建信托精神和死亡文化 设立信托保护人

近年来各离岸地国家、我国香港地区以及大陆法系国家，允许委托人保留一定的投资权利和财产管理的职能，但信托法中的“受托人中心主义”的原则并没有彻底改变。由于受民法中委托代理的影响，我国《信托法》是大陆法系中赋予委托人权利最大的立法之一，委托人除了知情权以外，还有要求受托人调整信托财产管理方法的权利、对不当信托行为的撤销权、选任新受托人的优先权以及解除信托的权利。委托人拥有上述权利在英美法系将面临信托被法院判决穿透的风险，这也是造成我国信托和代理很难区分的重要原因，也造成了将来信托法律关系极其不稳定的状态。更有甚者，一些信托公司人员出于营销便利，将家族信托委托人直接进行财产管理作为营销“家族信托”理财产品的手段，使信托成为委托人的“通道”。

真正的家族信托需要委托人规划好信托目的、选好受托人、设计好信托架构中监督制约机制，而不是自己赤膊上阵。同时也需要受益人尊重信托契约，知晓自己的法律地位、权利，不做超越受益人权利的事情。在我国今天的家族财富管理行业，委托人权利保留过大的现状既反映了信托精神的欠缺，也是健康传承文化缺位的体现，而面对死亡的传承文化是一个人、群体和民族内心深处修为的反映。设立家族信托其实就是一份家族财富管理与传承的遗嘱，家族宪章其实就是一部家传遗训。这就需要信托委托人具有大智慧，“看得开，想得透，放得下”。然而，事实上，大部分华人企业家讳谈死亡，很难“看得开，想得透”，在生前就做了周密的财富传承安排。即使做了传承安排，也

家族信托的“去伪存真”，需要我们建立健全家族信托的法律支持环境，向全社会普及信托知识及受托人“信义精神”理念，建立和完善家族信托的法律程序保障和司法保障体系。

很难“放得下”，在家族信托中为自己保留了过度的控制权，这一点，我国南方及港台的企业家尤甚。

对于委托人保留过度控制权的家族信托，信托公司成为委托人的通道非常危险，银监会已经禁止信托公司的通道业务，因此其会面临将来信托无效或者被穿透的风险。英属维尔京群岛为了规避委托人直接保留过度控制权而导致信托无效的风险，颁布了VISTA法案，通过私人信托公司的董事会行使管理权解决了这个问题。由于我国缺乏信托传统，因此高净值客户对将其上千万的资金装入信托架构并委托受托人进行管理是不信任的，目前我们不可能马上制定类似维尔京群岛的VISTA法案，允许委托人设立私人信托公司的法规解决问题的方法是设立保护人制度，由委托人信任的近亲属和朋友担任家族信托的保护人，将委托人希望保留的要求受托人调整信托财产管理方法的权利、对不当信托行为的撤销权、选任新受托人的优先权以及解除信托的权利交给保护人去行使，这样就可以避免将来信托架构被穿透甚至无效的风险。

“伪信托”之四： “不合法”信托

应对：为家族信托设立提供程序保障，防范家族信托无效及诉讼风险

我国《信托法》规定，设立信托要满足四个条件：第一，信托目的合法；第二，信托当事人主体要适合；第三，信托财产具有

合法性；第四，信托行为具有合法性。

实践中，每个委托人设立家族信托的情况千差万别，可能会面临委托人设立家族信托的目的是否合法？设立的信托是否具有欺诈债权人的目的？信托当事人是否具有不同的国籍身份并且需要进行税收筹划安排，信托财产是否具有合法性或者处置了不经配偶同意的财产？是否还要履行信托登记手续等等复杂情况，家族信托的设立关系到众多相关人员的切身利益，必须要严格家族信托的设立程序、防范将来家族信托诉讼引发的其无效或者被撤销的风险。

可以采取以下措施，为家族信托的设立提供程序上的保障：

第一，依照《信托法》的谨慎原则，受托人要对信托财产的合法性进行仔细审核。可聘请律师出具对该信托设立合法性的法律意见书，以保证信托财产设立的有效性。

第二，对于个人的现金类资产，委托人要出具收入证明以及取得该现金类资产的其他证明以及完税证明。如果该资金来源于家族企业，还要企业董事会或者股东会按照其章程职权规定出具决议，并且保证是在其净资产范围内出资设立。

第三，对于不动产信托，根据我国《信托法》，必须履行信托登记手续才能有效设立。在不能取得有效的信托登记手续的情况下，可以采取先设立资金信托再通过交易的方式将不动产装入该信托。

第四，对于动产，委托人要出具购买证明或者取得动产的权属证明。以限制流通的财产（权利）设立家族信托的，例如金银、文物等，在信托设立前，只有在依法经有关主管部门批准取得该项财产（权利）的授权后，才可以作为信托财产。以上情况，律师可以提供法律见证或者由公证处出具公证。

第五，对于股权信托，根据我国《信托法》，属于只有履行信托登记手续后才能有效对抗第三人的信托。在不



能取得有效的信托登记手续的情况下，同样可以采取先设立资金信托再通过交易的方式将股权装入该信托。在装入该信托的过程中，可参照上市公司的一些要求，由注册会计师对其进行审计和评估并出具相应报告，由律师对其财产合法性出具法律意见书。

家族信托的“去伪存真”，需要我们建立健全家族信托的法律支持环境，向全社会普及信托知识及受托人“信义精神”理念，建立和完善家族信托的法律程序保障和司法保障体系。

与此同时，家族财富管理行业还需要在信托财产管理和家族治理顶层设计方面齐头并进。

一方面要把信托财产的资产配置逻辑定位为代际传承的价值投资。家族信托服务的财富不是客户短期逐利的资本，而是有耐心的资本、有长情的投资、有深度的传富，资产的科学配置是必由之路。很显然，将家族信托资产全部配置于能够“刚性兑付”的短期“固定收益类”信托产品，并不符合家族财富管理与传承的主旨，需要在安全投资的理念上加入价值投资、长期投资、慈善投资的理念。

另一方面要把家族治理作为家族财富管理的顶层设计。仅仅就“家财”论信托、仅就账户谈产品配置，所略及的无非是家族的“闲钱”罢了。在客户“家业”的

广度面前，整个行业的从业者的视野和经验是存在群体缺陷的。将家族治理、家族信托和家族办公室服务三位一体运用于从私人到家族、从家族到家业无边界服务—这是财富管理行业发展的必由之路，也是那些希望三代共治或四世同堂家族的深切需求。

“世上有朵美丽的花，那是青春吐芳华。”今天很多家族信托的目标客户正是冯小刚导演电影《芳华》里的那一代人—成功的“50后”和“60后”。经历40年改革开放，他们在青春吐露芳华的同时创造了人类历史最伟大的财富和商业传奇。这一代人成功地改变了昨天，塑造着今天，向往着明天，但是也需要家族财富管理专业人士帮助他们去伪存真、正本清源安排好“后天”。毫无疑问，这需要持之以恒地进行自我进化和行业净化，莫让芳华负初心，但愿福泽永绵延。

原文刊登于《家族企业》杂志，本文的另一作者聂俊峰为北京银行股份有限公司私人银行部总经理。

企业家的朋友圈不能没有刑辩律师

■ 杨照东 / 文

一、企业家面临的最大的法律风险是刑事风险

作为一个企业家，不管是民营企业还是国企，大家都是成长并且奋斗在这样一个法治的时代，我们所做的每一件事情、每一项经营都离不开法律的规则。既然是在这个规则中一起去做事业，肯定就离不开法律的约束。法律能给我们带来益处也能够给我们带来约束，约束的同时一定就会带来风险。归纳起来，这些风险有以下几种。

首先是民事风险和行政风险。比如说我们企业的设立是否符合法律的规定。我们在经营中所签的各种合同，这些合同是否合规合法，这些合同的签订能够给我们带来多大的效益？

无论是企业的设立是否合规，还是企业签订的合同能带来多少效益，说一千道一万它都是利益问题、利润的问题、效益的问题。也就是说这样的风险充其量只是一个财产性的风险。

可是朋友们你们有没有想过，还有一种比刚才说的财产风险更大的风险。我们把它叫作人身风险或者叫作刑事法律风险。一个企业设立的时候不符合规定，充其量是受到工商机关的处罚。合同没有签好出现了问题，充其量是受到民法的调整。行政法上的调整结果会是什么？充其量是关闭企业。民法的调整结果是什么呢？充其量砸一些钱进去。可是刑事法律风险不一样，我们见到太多企业家因为刑事法律风险失去了自由，甚

杨照东律师简介

京都律师事务所高级合伙人，曾荣获《亚洲法律评论》中国十佳诉讼律师称号。执业以来先后担任过中国大陆前首富黄光裕内幕交易案、浙江亿万富姐吴英集资诈骗案等国内重大刑事案件的辩护。



至失去了生命。

有这样一个报告，叫作《企业家犯罪研究报告》，我们先看一看这个报告，通过这样一组数字来了解一下现阶段企业家在经营过程中面临的刑事法律风险究竟有多大。

这个数据来源于北师大的中国企业家犯罪预防中心的统计。从这上面的数字可以看出，企业家腐败犯罪的总数逐年攀升。生活中我们听到的、看到的企业家犯罪的案例也并不少。

十年前的前大陆首富黄光裕、浙江的亿万富姐吴英，还有近期曝光的张文中、顾雏军等案件，这些企业家在出事之前应该说都是身价过亿，拥有巨大的财富。无论是行政处罚还是民事处罚，可能对他们来讲都是毛毛雨，不算什么大问题。大问题是他们触犯了刑法。刑事法律对他们进行了制裁，所以这些人有了一个共同的结局—都进去了。这些鲜活的、血淋淋的案例确实应该给企业的经营者们敲响警钟。作为一个企业家，在你们的经营过程中，当你们走在事业坦途的时候，你们可能面临着一个比其他任何风险都要大的风险—刑事法律风险。



二、企业家落马的案件类型及成因

前面提到的《企业家犯罪报告》中的“犯罪”两个字不仅是刺耳的，也是不够准确的。事实上，在已经被认定为犯罪的这些案例中，有一些是真的构成了犯罪，而有一些则根本不是犯罪，这些年不断涌出的冤假错案也印证了这一点。张文中被押了那么多年，最终法律还了他清白，但是在还他清白之前，在申诉获得成功之前他就被认为是犯了罪。被判决认定有罪的企业家们未必真的犯了罪，但无论如何他们都是被制裁了，被从“马上”拉到了“马下”。所以田文昌大律师主张把《企业家犯罪报告》改为《企业家落马报告》。

包括企业家在内的任何刑事案件的类型和成因无外乎以下四种：

(一) 过失犯罪

我估计在座的学员里面有的是学法律的，大家都知道过失犯罪的概念是什么。我这里说的“过失犯罪”跟刑法总则中的过失犯罪不是一个概念。这里的“过失犯罪”指的是由于企业家对法律本身的不了解而稀里糊涂地犯了罪。在经营过程中我们必须要做一些事情，可是我不知道刑法的红线在哪里，不知道什么是犯罪什么不是犯罪，不知道违法与犯罪的界限，因此在追求利润的过程中不知不觉地就踏入了雷区。这样的案件有很多，今天因为时间有限，我就不举例讲了。这是由于企业家自己不了解法律规定而犯的罪。

(二) 故意犯罪

换言之就是以身试法铤而走险。实践中这样的案例也不少。很多企业家知道这样做是错的，比如说行贿、受贿、职务侵占、诈骗犯罪、涉税犯罪等。没有学过刑法的人也都知道这个事是不能做的，但是为了追逐利益还是想要去做，抱着侥幸的心理故意为之。

(三) 过失被犯罪

“被XX”是一个比较时髦的词，大概是四五年前出现了“被失踪”“被精神病”，

在此我套用“被”字创造了一个“被犯罪”的概念。意思就是说本来他没有犯罪，但是被认定犯了罪。本来没有精神病，大家都非得说他是精神病。本来没有犯罪，被司法机关通过法律程序冠以犯罪的一顶“帽子”。

这里的“过失”并不是企业家自己的过失，而是司法机关的过失。司法机关整体的专业水准是比较高的，但仍然有部分司法机关的人对法律的掌握不够精准、对事实的认定不够准确，因此把一个本来应该无罪的案件错判为有罪。有些司法人员对法律掌握的并不是那么清晰，还有的可能是对案件本身没有了解清晰，没有通过证据还原事实的真相，在认定事实的过程中出现了偏差，这样就导致一个没有罪的人被定罪判刑。这种基于司法人员过失的被犯罪，对企业家来讲无疑是一种悲剧。

(四) 故意被犯罪

这里的“故意”指的是司法人员明知无罪而故意判决有罪，所谓“欲加之罪何患无辞”。并非危言耸听，这种现象现实中并不少见。为什么会有这样的事情发生？法官、检察官、警官都是人，人就有感情、就有利益取舍、就有自私的一面。有一些司法人员办案的时候他们清楚地认识到嫌疑人其实是清白的，但是基于外在的干扰，比如说来自

上方的压力，领导告诉这个事必须要判，不判小鞋就穿上了、乌纱帽就要没了，于是就违心地判了。还有一些是上方没干预，但举报方对这个司法人员进行了收买，基于对利益的追求，就明知无罪而故意认定有罪。对企业家来说，这是最可怕的一种情况，冤狱就是这样形成的。

我一直认为在冤假错案中存在着一个较为共性的问题，一些故意办错案的司法人员身上缺少一种东西。他们缺的并不是法律专业的知识。近些年来司法官员本身学历都很高了，法律专业的素养都不差。缺的是脊梁和良心。有的面对上方的压力他们挺不起脊梁，不能为正义而战，没有法律人应有的担当，宁可冤枉一个人也要唯命是从。有的面对金钱的收买，他们抛弃了公平，泯灭了良心，视人的自由和生命如草芥，为满足贪欲而不惜枉法裁判。

作为一个企业家，在你们的经营过程中，当你们走在事业坦途的时候，你们可能面临着一个比其他任何风险都要大的风险——刑事法律风险。我们见到太多企业家因为刑事法律风险失去了自由，甚至失去了生命。

三、企业家容易触及的相关罪名

在企业的设立、经营、融资中容易触及的罪名有很多，比如说公司设立中的虚报注册资本罪、抽逃出资罪，尽管2015年以后随着公司法的修改，相关刑事法律对着两个罪名的规定有所变化，但仍然予以了保留。

在企业的生产经营过程中最容易触及的是非法经营罪，近年来刑法225条第四款事实上已经形成了“口袋罪”，各地司法机关对该条款的理解和执行乱象丛生，使很多本属于行政

法调整范畴的违法经营行为被以罪论处。

在企业融资过程中罪常见的就是集资诈骗罪、贷款诈骗罪、非法吸收公众存款罪等。

今天时间有限，以后如果有机会，我们再来详细聊聊这个话题。

四、企业家眼中的刑辩律师

相信在一些企业家的心中，犯罪、刑事辩护、刑辩律师可能都是相对比较遥远的概念。

30年前，企业家们不了解刑辩律师。

30年前也就是我刚毕业的时候，中国的律师穿警服，属于国家工作人员。在人们的眼里，律师也是吃皇粮的，和公检法是一家。当时的法庭辩护也只是一种形式上的对抗，刑事辩护的意义和价值还远没有体现出来。没有人真正了解什么是刑事辩护，也没有人真正知道刑辩律师是干什么的，跟企业家又有什么关系。

20年前，企业家们不用刑辩律师。

20年前，改革开放成果初现，中国经济快速发展，企业家们如沐春风。法制开始走向完善，企业家们开始认识到企业的经营必须遵从法律的规则，签署各项经济合同需要有专业的法律人士帮助把关，于是开始聘请从事民商法律事务的律师做企业的法律顾问。这些法律顾问只局限于民商法或者公司法等商事法律领域的服务，还没有哪个企业家聘请刑辩律师来做企业的法律顾问。

10年前，企业家们开始聘用刑辩律师。

10年前中国企业家落马事件开始越来越多。而随着法治的逐步完善，法庭辩护也从形式对抗走向理性对抗，刑事辩护越来越呈现出其真正的意义和价值，刑辩律师的作用越来越被人们认可。企业家们开始认识到其面临的巨大风险不是民商事风险，而是刑事法律风险，开始认识到在



刑辩律师能为企业家做什么



自己的法律顾问团队中应该有一个搞刑辩的律师。刑辩律师开始以法律顾问的身份走近企业家。

黄光裕的国美集团有30多人的法务团队，其中很多人毕业于北大、清华等名校的法律专业。但是这30多人的法务团队当中偏偏就没有搞刑事的律师。尽管他们在国美的经营中提供了很多好的建议，有效避免了很多商业风险，但是他们却很少从刑事的角度去考虑问题，在审查一个立项或商事合同时，很少审查其中有哪些刑事风险。当黄光裕涉嫌内幕交易、非法经营、单位行贿这些相对比较复杂的刑事专业问题时，他们显得有些力不从心。也正因为如此，我和田老师成了黄光裕的辩护律师。

今天，企业家们已经离不开刑辩律师。

不仅越来越多的企业家在自身涉嫌刑事犯罪的时候聘请刑辩律师为自己提供辩护，更有越来越多的企业家在平时的经营中就聘请刑辩律师作为企业法律顾问，参与到商事活动中来。每当决定一项新的业务之前，都会让刑辩律师先从刑事的角度进行风险评估，并进行相应的预防。毫无疑问，此举不仅扩大了刑辩律师的服务市场，转变了社会对刑辩律师的传统认识，更重要的是更有效地保护了企业家们的人身安全，保护了企业的生存和发展。

五、刑辩律师能够为企业家做些什么

企业家最大的法律风险是刑事风险，他们很需要刑辩律师。接下来一个问题就是刑辩律师能为企业家做什么？

我不知道朋友们想否过这个问题。

一直以来，很多企业家都认为刑辩律师就是打官司，

当某人被刑事追究之后，会想到聘请一个刑辩律师为自己辩护。刑辩律师的工作以及风采都是在法庭上。不错，从传统的意义上看，刑辩律师的工作主要就是为当事人打官司，刑辩律师在法庭上舌剑唇枪，据理力争，为当事人维权。这个时候的当事人或者企业就像是一名病人，而刑辩律师就像是一

名主治医师，为当事人解除病痛，其职责主要体现在治病救人。

但是今天的情势已有所不同，更多的企业家们对刑辩律师的认识已有所转变。他们发现刑辩律师不仅仅是当自己生了病时为自己开刀下药的主治医师，更可以在自己还没有生病的时候做自己的保健医师。真的当自己得病的时候，尤其似得了重病的时候，即便是华佗再世也恐无力回天。而如果在自己还没有生病的时候，有这样一位保健医师，随时随地为自己把把脉、开个处方调理调理，身体就可能健朗如初、百病不侵。中国有句话叫作“治未病”，说的就是当你还没有得病或者虽病但还无大碍的时候就做去医治。而“治未病”需要的就是保健医师。

一个企业从设立开始到整个经营过程中，如果有搞刑事的人在身边，从项目的设立、资金的来源、产品的产销等各方面帮助把关，这样的企业家真的就会远离刑事法律风险，他的企业才能长久生存，才能蒸蒸日上。这个时候，刑辩律师的身份应该是企业的法律顾问，职责是企业的保健医师，作用是为企业及企业家们保驾护航。

既是主治医师，更是保健医师，这就是刑辩律师能够为企业家们做的事情。

让我们做个好朋友！

（以上内容根据杨照律师在某次企业家培训讲座上的发言而整理。）

龙哥殒命，骑手无责 一次教科书式正当防卫的法治教育

田文昌，蔡栋，陈烈 / 文

8月27日晚发生于江苏省昆山市的宝马车司机持刀行凶反被砍杀事件，引起了社会的极大关注，各种评论层出不穷。

权威发布：骑手不负刑事责任

昆山市公安局于9月1日下午17时发布的《警方通报》，对8月27日发生于昆山市震川路的“于海明致刘海龙死亡案”进行了明确的定性，“于海明的行为属于正当防卫，不负刑事责任，公安机关依法撤销于海明案件”。同一时间，昆山市检察院也发布“检方通报”，内容为，“检察机关认为：我国刑法第二十条第三款规定‘对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。’根据上述规定和查明的事实，本案中，死者刘海龙持刀行凶，于海明为使本人人身权利免受正在进行的暴力侵害，对侵害人刘海龙采取制止暴力侵害的行为，属于正当防卫，其防卫行为造成刘海龙死亡，不负刑事责任。公安机关对此案作撤案处理符合法律规定。”

警方、检方的权威发布，使得这起高居各大网络媒体头条的“社会龙哥行凶反被扑杀”事件，有了明确的定性：社会龙哥（即视频中满身刺青的刘海龙）持刀行凶，系严重危及自行车骑手（即视频中骑自行车的于海明）人身权利的暴力犯罪；骑手捡起龙哥脱手的管制刀具，捅刺龙哥致其死亡系正当防卫，不负刑事责任。

田文昌律师指出：“针对正在进行的严重暴力性不法侵害，法律赋予了当事人无限防卫权，此时造成不法侵害人死伤后果的，防卫人不承担责任”。（引自2018年9月1日中央电视台对田文昌律师的采访，田文昌律师的观点请见下文）司法机关的权威发布，亦可谓是一次“教科书式”正当防卫的法治教育课。

田文昌律师简介

京都律师事务所创始人、名誉主任，中华全国律协刑事业务委员会主任。2013年被评为“CCTV年度法治人物”。田文昌律师以擅长办理各类典型疑难法律事务而著称，成功代理过大量案件。其中包括代理天津大邱庄被害人控告禹作敏案，辽宁沈阳刘涌黑社会犯罪案，云南省原省长李嘉廷受贿案，福布斯原第二富豪杨斌合同诈骗案，黄光裕非法经营案等在国内外具有重大影响的案件。



以下文字根据田文昌律师在9月1日接受中央电视台采访时的录音整理

正当防卫的问题虽然在我们国家的法律上早就有规定，但是几十年来，在司法实践中一直没有得到很好的落实。以至于很多年来，不少符合正当防卫条件的案件没有按照正当防卫处理，或者没有超过必要限度的被作为防卫过当处理。

之所以出现这样的问题，我认为主要的原因是由于对正当防卫的价值定位有不同的看法，在理念上存在不同的倾向，这是我们应当注意的。各个国家对防卫问题都有比较明



确的规定，但由于在防卫的价值定位上有细微差别，导致在防卫条件的限定上可能会有所不同。我们国家法律对正当防卫制度也有明确规定，但之所以难以得到全面执行，或者说在司法实践中存在一些问题，主要也是对价值观的不同理解所引起的。

我认为于欢案和昆山案，给我们提出了一个很重要的启示，那就是——社会公众应如何认识正当防卫的条件、必要性和社会意义？

在法治社会条件下，积极地鼓励、支持公民对一些不法性暴力侵害进行防卫，对于维护社会秩序、打击不法侵害，是有积极意义的。所以，希望这两个案件能成为推动全社会正确认识正当防卫的一个契机，提升社会公众的法治理念。我们在认识上要有新的转变，包括在立法和司法上都应当有一个提升。

立法上，关于正当防卫的正当性的问题，还存在进一步完善的空间。根据目前的法律规定，正当防卫主要有两种情形：一种是有限防卫权，一种是无限防卫权。实际上，我认为还有另外一种情况没有包括进去，比如于欢案，当时他遭受的不法侵害没有达到无限防卫的范围，但是他是处在一种无法躲避、迫不得已的情况下，无法选择和把握防卫的限度。这就反映出一个问题，虽然不存在现行法律规定的无限防卫的前提条件，但是由于被侵害人处在想躲避又无法躲避的情形下，他该怎么去把握必要的防卫限度？对于这种情况，我认为，不应对于防卫人的防卫限度过于苛求。因此，在这种情形下，是否可以考虑赋予防卫人以无限防卫权？我想这是在立法层面值得研究的问题。

三阶段行为方式： 何为“教科书式”正当防卫

事件中，社会龙哥的行为分为三个阶段，从交通违章到寻衅滋事再到持刀行凶，其不法侵害步步升级，而自行车骑手的行为，则始终处于防御状态，直至生命安全到达“不是你死便是我亡”这一最危险的边缘。

第一阶段，龙哥意欲横插违章借道，骑手正常行驶泰然处之。从视频中可以看到，龙哥醉酒驾驶的机动车强行穿插进入右侧非机动车道，且险些碰撞到骑手的自行车，此时龙

蔡栋律师简介

任职于京都（南京）律师事务所。曾在江苏省公安厅任职，先后在南京、无锡、镇江市公安局担任重要职务。毕业于中国人民公安大学，后取得南京大学法律硕士学位。对刑法学、刑事诉讼法学、刑事侦查学、证据法学及军事安保国际法学均有深入的研究和大量的司法实践，并已经取得多项研究成果和案例。



哥显然已经违反了《道路交通安全法》并涉嫌构成危险驾驶罪，这是其违法行为的第一阶段。虽龙哥违法在先，又有宝马车上同乘人员刘某某下车与其发生争执，后又有同车的女士下车劝阻，骑手一直比较泰然，表现出愿意和解不予计较的态度，甚至把自行车推上了人行道，准备就此与宝马车“各走各道、互不干涉”。

第二阶段，龙哥寻衅滋事拳脚并施，骑手躲闪退让力求自保。就在之前与骑手发生争执和劝阻的一男一女准备上车，骑手以为此事已经平息的时候，驾驶室的龙哥突然下车，径直奔向骑手进行推搡，并施以拳打脚踢。这一阶段的拳打脚踢行为，显然符合《刑法》“寻衅滋事罪”的构成要件，且符合该法条所规定的“随意殴打他人，情节恶劣的”这一行为特征。骑手则一直躲闪退让，虽有还击但力求自保，毕竟宝马车上人多势众而自己势单力薄。拳打脚踢一番后，龙哥返身跑回宝马车，而骑手则静立不动。从骑手的行为方式上看，他依然表现出被动防御的状态。

第三阶段，龙哥持刀行凶步步紧逼，骑手绝地反击挥刀防卫。视频中可以看到，龙哥返身跑向宝马车，从驾驶室抽出砍刀，再次冲向骑手连续砍击，击中砍刀甩脱。骑手抢到砍刀，在争夺中向龙哥砍击捅刺，最终致龙哥死亡。此一阶段，龙哥的行为已属于“行凶”，骑手的生命安全受到严重侵害，且已经到达“不是你死便是我亡”的边缘。在抢到砍刀后，骑手持续对龙哥进行砍击，符合正当防卫的全部情形，骑手的砍击是为了制止龙哥的侵害，没有超过合理的限度。从龙哥强烈的攻击行为来看，可以肯定，骑手如果不挥刀防卫，倒下的一定是骑手自己。

此前最让学者和专家热议的是，龙哥在被骑手追砍的过程中跑回车旁，骑手仍持刀砍击，有观点认为此时骑手的行为应系防卫过当。司法机关在权威发布中对这一细节也予以了正面回应，“在紧急情况下，于海明无法排除其从车内取出其他‘凶器’的可能性。砍刀虽然易手，危险并未消除，于海明的人身安全始终面临着紧迫而现实的危险”。因此，骑手的追砍行为是一个连续行为，仍属于正当防卫。

从三个阶段龙哥和骑手的行为方式来看，龙哥的不法侵害持续升级且严重危害到骑手的生命安全，骑手从被动防御到挥刀反击，其行为可谓是与刑法正当防卫中“特殊防卫”之规定严丝合缝。司法机关对昆山“8·27案件”骑手行为的定性，正是一场“教科书式”正当防卫之行为方式的解读。

特殊防卫： 法律不会强人所难

《刑法》第二十条第三款对于特殊防卫的规定，正是鼓励公民在面对不法侵害时，勇于行使正当权利，即使造成不法侵害人伤亡，也不属于防卫过当，不负刑事责任，然而在司法实践之中却难有以正当防卫判定的案例，公检法机关在认定正当防卫、防卫过当问题上大致持保守、谨慎态度，执法尺度较为严苛。

被评为“2017年中国十大影响性诉讼”的山东聊城于欢案件，在社会舆论的期待之下，从无期被改判为有期徒刑五年。舆论普遍认为，二审判决充分考虑到了于欢实施防卫时的因素，因而判定于欢行为是防卫过当，该案作为涉及防卫问题的标杆性案件，既坚守了法律底线，也回归了公众的期待。

如果说，于欢案是一起防卫过当的标杆型案件，而昆山案件，势将成为一起正当防卫的标杆型案件。法律作为社会

陈烈律师简介



京都（南京）律师事务所一级合伙人。曾在南京市人民检察院公诉一处任检察官，从事刑事案件审查起诉工作十二年，承办百余起“三大刑”和副处级以上职务犯罪类案件。从事律师职业以来参与了大量刑事、民商事诉讼案件代理。在职务犯罪、经济犯罪领域案件的辩护和处理上积累了丰富的司法实践经验，能为客户提前预防犯罪、合规管理提供丰富的社会资源和宝贵经验。

规范，它只能以一般的普通人的标准为标准。人非圣人，法律不应强人所难。骑手是一个普通人，在遭受紧急迫害的状态之下，法律不应要求骑手适可而止地做出精确打击，也不应以非紧急状态下一般人的理性和心理来要求骑手达到必要的限度。在强弱瞬间可变、危险尚未解除的情况下，骑手持刀追砍是情理之中、法之所容的。检察机关也在通报中予以明确地认定，“于海明抢刀后，连续捅刺、砍击刘海龙5刀，所有伤情均在7秒内形成。法律不会强人所难，所以刑法规定，面对行凶等严重暴力犯罪进行防卫时，没有防卫限度的限制。检察机关认为，于海明面对挥舞的长刀，所做出的抢刀反击行为，属于情急下的正常反应，不能苛求他精准控制捅刺的力量和部位。虽然造成不法侵害人的死亡，但符合特殊防卫要求，依法不需要承担刑事责任。”

我们认为，司法机关对于该案系正当防卫的定性，体现了正义要得到有效维护的法治理念。当自身权益受到危害之时，如果防卫权利得不到正确认定，

又怎么能期望在国家、社会、他人深陷危难之际有人伸出援手，又有谁敢于伸出援手？田文昌律师呼吁：“对部分存在于司法实践中的传统的、朴素的报应观念应予以摒弃，坚持社会主义法治理念，正确认定正当防卫”。

“徒法不足以自行”，好的法律规范如果得不到正确实施，承载它的不仅是一张废纸，更是伤人身寒人心的诏令。“昆山案件”让我们看到了司法机关依法维护当事人合法权益的决心，让加害之人无处遁形，使受害之人心有所藉。就在该案被定性之后，我们也看到，主流媒体也纷纷以“让公平正义成为法治社会的价值标杆”等标题进行了宣传报道，这也正是司法机关贯彻最高院宽严相济刑事政策的最好体现，也是对“充分考虑人民群众的安全感以及惩治犯罪的实际需要”的更好解读。☞



新旧法条对比，看清诉讼时效

——兼析最高法《关于〈民法总则〉诉讼时效司法解释》

唐利君, 董晓璇 / 文

引言

诉讼时效制度是指民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利, 当时效期间届满时, 即丧失了请求人民法院依诉讼程序强制义务人履行义务权利的制度。

2018年7月18日, 最高法发布《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉诉讼时效制度若干问题的解释》(以下简称《解释》), 并于2018年7月23日起施行。

《民法总则》颁行后, 因对诉讼时效部分条文理解的分歧, 导致学术界及实务界对诉讼时效制度的适用观点不一。该司法解释的颁布, 便以此为背景, 明晰了《民法总则》下诉讼时效制度的适用问题。现将新旧法律条文进行简要梳理, 以飨读者。

《民法总则》建立的诉讼时效制度概览

我国诉讼时效制度是围绕《民法总则》及相关司法解释建立起来的。1987年1月1日施行的《民法通则》规定了诉讼时效制度, 2008年施行的《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》(以下简称《时效规定》)进一步完善了诉讼时效制度。

于此, 诉讼时效以期限为标准可以划分为三种:

唐利君律师简介



京都律师事务所高级合伙人, 执业十余年专注于民商事诉讼、刑事辩护、房地产业务, 承办了大量民商事诉讼、刑事辩护案件(其中, 厦门航空开发股份有限公司与北京南钢金易贸易有限公司及第三人厦门市东方龙金属材料有限公司买卖合同纠纷案被最高法选为2017年01期公报案例), 带领律师团队为众多房地产、基础设施项目提供了专业法律服务。尤为擅长综合运用民事、刑事手段, 处理重大、复杂、疑难的刑民交叉案件, 依法为企业排忧解难、保驾护航, 依法帮助企业实际控制人、股东、高管规避民事、刑事法律风险。

1.最长诉讼时效期间, 原则为20年。(《民法通则》第137条: 诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是, 从权利被侵害之日起超过二十年的, 人民法院不予保护。有特殊情况的, 人民法院可以延长诉讼时效期间。)

2.普通诉讼时效期间, 为2年。(《民法通则》第135条: 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年, 法律另有规定的除外。)

3.特殊诉讼时效期间, 包括1年短期诉讼时效期间(《民法通则》第136条: 下列的诉讼时效期间为一年: (一)身体受到伤害要求赔偿的; (二)出售质量不合格的商品未声明的; (三)延付或者拒付租金的; (四)寄存财物被丢失或者损毁的。))和其他法律规定的特殊诉讼时效期间(如《合同法》129条: 国际技术进出口合同与国际货物买卖合同争议, 期限为4年; 再如《保险法》第26条: 人寿保险的被保险人或者受益人向保险人请求给付保险金的诉讼时效期间为五年, 自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。)

《民法总则》对诉讼时效制度作出的重大修改

2017年10月1日, 《民法总则》开始施行。《民法总则》第九章对于“诉讼时效”的规定, 相较于《民法通则》而言, 做了重大的调整。主要包括:

1.将普通诉讼时效期间调整为3年。(《民法总则》第188条第一款: 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的, 依照其规定。)

2.不再规定1年短期诉讼时效。对于《民法通则》第136条规定的适用1年诉讼时效的情形, 《民法总则》没有再予规定, 但是否仍适用1年的诉讼时效, 在学术界存在着分歧。王利明教授认为, “在《民法通则》有规定的情况下, 《民法总则》未予规定属于”立法者有意义的沉默“, 应视为在立法意图上否定了《民法通则》1年短期时效存在的价值, 故全部不应再适用。”1余文唐学者认为, “《民法通则》规定的1年时效所适用的那些事项属于具体事项, 不宜在《民法总则》之中予以规定, 须留待《民法分则》相应篇章加以吸纳或修改。在《民法分则》制定之前, 仍然属于”法律另有规定的, 依照其规定“之列。”2以上两种截然的观点, 亦是此次《解释》所解决的核心内容。

3.细化了特定条件下诉讼时效期间的起算点。(如《民法总则》第190条: 无民事行为能力人或者限制民事行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间, 自该法定代理终止之日起计算。《民法总则》第191条: 未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间, 自受害人年满十八周岁之日起计算。))其中, 对于性侵的特殊规定, 正是考虑到了“受害人自己属于限制行为能力人或者无行为能力人, 不可能自己寻求法律保护。于监护人疏于履行监护职责甚至监护人自己就是加害人的情形, 受害人往往得不到法律保护。受害人成年之后自己寻求法律保护, 却因诉讼时效超过被法院拒绝受理或者予以驳回。”3, 因此起算点的特殊化有利于进一步保护受害人。

4.明确了不适用诉讼时效的请求权范围。(《民法总则》第196条下列请求权不适用诉讼时效的规定: (一)请求停止侵害、排除妨碍、消除危险; (二)不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产; (三)请求支付抚养费、赡养费或者扶养费; (四)依法不适用诉讼时效的其他请求权)。按照民法法学一般理论, 我国的诉讼时效制度主

董晓璇简介



京都律师事务所律师助理, 北京航空航天大学法律硕士。曾就职于某大型建筑央企法务部, 熟悉工程招投标、建设工程施工合同、工程索赔变更和风险管理。

要适用于民法上的请求权, 而支配权、抗辩权、形成权是不适用诉讼时效制度的。因此, 反观《民法总则》第196条的规定可知, 其第一款属于支配权请求权, 既包括物权请求权, 也包括侵权责任请求权, 故不适用诉讼时效; 其第二款属于返还原物请求权, 返还原物请求权是基于支配权所产生的, 故除未登记的动产物权的例外规定外, 亦不适用诉讼时效; 其第三款虽是债权, 但是基于对特殊身份关系中生存权的保护, 亦不应适用诉讼时效。

5.对诉讼时效中止、中断作了修改。(如《民法总则》第194条: 自中止时效的原因消除之日起满六个月, 诉讼时效期间届满。))对于诉讼时效的中止的解析, 详见本文第三部分。

对于诉讼时效中断, 主要有两点: 一是增加了中断的事由, 《民法总则》第195条增加了“(四)与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形”。

此条规定的“其他情形”, 在司法实践中可能包括申请支付令、申请诉前财产保全、申请破产、申报债权、在诉讼或仲裁中主张抵销等情形。二是诉讼时效期间中断后重新起算点的变化, 《民法总则》第195条将《民法通则》第140条规定的“从中断时起”, 修改为“从中断、有关程序终结时起”。此处规定, 主要是便于司法实践中的实际操作。

6.重新规制了诉讼时效延长条件。(《民法总则》第188条第二款: 但是自权利受到损害之日起超过二十年的, 人民法院不予保护; 有特殊情况的, 人民法院可以根据权利人的申请决定延长。))该规定将延长的条件变更为“依权利人申请决定延长”, 与之前《民法通则》规定的“人民法院可以延长诉讼时效期间。”相比, 更加注重保护权利人的权利。

《解释》衔接起新旧法中诉讼时效制度的适用

正如《解释》的出台背景“民法总则对民法通则的规定进行了修改、完善。由于两法的规定存在不同, 导致在司法实务中, 对如何正确适用民法总则诉讼时效制度存在较大争



议，亟需统一司法裁判标准。”4所言，《民法总则》颁行后，法律条文未就旧法与新法中诉讼时效制度的衔接问题予以明确规定，从而导致了适用上的争议。

此次司法解释明确了新旧法中时效适用的衔接问题，便于《民法总则》时效制度更好的适用，主要内容包括：

1.《民法总则》实施后，1年短期诉讼时效不再适用。（《解释》第一条规定，民法总则施行后，诉讼时效期间开始计算的，应当适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间的规定。当事人主张适用民法通则关于两年或者一年诉讼时效期间规定的，人民法院不予支持。）

该条文的立法背景：民法通则规定了一年短期诉讼时效，民法总则未做规定，实践中对民法总则施行后一年短期诉讼时效是否仍然适用，存在不同理解。全国人大常委会《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》指出，民法总则与民法通则的规定不一致的，根据新法优于旧法的原则，适用民法总则的规定。民法总则将诉讼时效期间规定为三年，有利于建设诚信社会，更好地保护债权人合法权益。

2.规制了《民法总则》与《民法通则》的衔接问题。（《解释》第二条：民法总则施行之日，诉讼时效期间尚未满民法通则规定的二年或者一年，当事人主张适用民法总则关于三年诉讼时效期间规定的，人民法院应予支持。《解释》第三条：民法总则施行前，民法通则规定的二年或者一年诉讼时效期间已经届满，当事人主张适用民法总则关于三年诉讼时效期间规定的，人民法院不予支持。）

第二条的立法背景：本解释如此规定，主要考量以下三方面因素：一是有利于保护债权人权益，符合民法总则将诉讼时效期间规定为三年以及不再规定一年短期诉讼时效的立法目的。二是当民法通则规定的诉讼时效期间跨越民法总则

施行日时，依据法理，可推定当事人对于民法总则三年诉讼时效期间的规定是知情的，不损害当事人的期限利益。三是一般情形下，新法的规定优于旧法，适用新法更有利于保护权利人的权利。

第三条的立法背景：之所以作出如此规定，主要考虑到：一是尊重立法本意。司法解释是立法在审判工作中的具体化，在制定《解释》时应尊重立法本意。二是依据法的溯及力法理。遵循实体从旧、程序从新原则，诉讼时效制度为实体法制度，应采从旧原则。三是基于稳定交易秩序和利益平衡考虑。民法通则规定的诉讼时效期间已经届满的情形下，义务人已经享有诉讼时效抗辩权，义务人行使诉讼时效抗辩权的，交易秩序已经稳定，如果再适用民法总则的规定会使已经稳定的交易秩序受到冲击。

《解释》前三条的规定，具体适用的可视化如下图所示：

3.诉讼时效中止适用《民法总则》。（《解释》第四条：民法总则施行之日，中止时效的原因尚未消除的，应当适用民法总则关于诉讼时效中止的规定。）对诉讼时效中止，《民法总则》主要有两点变化：一是增加了中止事由，但《民法总则》并未增加新的事由，只是吸收了《最高人民法院关于贯彻执行中华人民共和国民法通则若干问题的意见（试行）》及《时效规定》中的规定。二是其对诉讼时效中止后的计算方法进行了改变，在中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间不是继续计算，而是赋予了权利人6个月的期间。

《民法通则》《民法总则》《解释》中关于诉讼时效中止的条款对比详见下表：

《民法通则》	《民法总则》	《解释》
第一百三十九条 在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。	第一百九十四条 在诉讼时效期间的最后六个月内，因下列障碍，不能行使请求权的，诉讼时效中止： （一）不可抗力； （二）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权； （三）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人； （四）权利人被义务人或者其他他人控制； （五）其他导致权利人不能行使请求权的障碍。 自中止时效的原因消除之日起满六个月，诉讼时效期间届满。	第四条 民法总则施行之日，中止时效的原因尚未消除的，应当适用民法总则关于诉讼时效中止的规定。

↑ 诉讼时效中止条款对比

通过梳理诉讼时效制度，我们认为，《解释》的正式实施，为诉讼时效制度的适用及时建立起了新旧法上的桥梁。诉讼时效制度是民商法中的一项基本制度，诉讼时效制度的推陈出新，势必会为民商法的发展积极助力，进而有利于稳定交易秩序和利益平衡。

注释：

- 1 王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》，中国法制出版社2017年版，第855页。
- 2 余文唐：《民法总则：普特时效之适用关系论》，

载中国法院网<https://www.chinacourt.org/article/detail/2017/04/id/2822690.shtml>，访问日期：2018年7月24日。

3 梁慧星《〈中华人民共和国民法总则（草案）〉：解读、评论和修改建议》，载华东政法大学学报2016年第5期，第23-24页。

4 引自《最高院颁布适用民法总则诉讼时效司法解释》，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-108211.html>。

5 同注释4。

6 同注释4。

7 同注释4。

诉讼时效制度

第一条：2017年10月1日后开始计算时效的，适用三年。

第二条：2017年10月1日前时效二年/一年未届满的，2017年10月1日以后，时效延长至三年。

第三条：2017年10月1日前时效二年/一年已经届满的，2017年10月1日后，时效不延长。





商品现货市场小心陷入“非法期货交易”，四点说清司法认定

■ 云优 / 文

随着近年来全国清理整顿各类交易所专项活动的开展，逐渐暴露出部分产权交易、文化艺术品交易和大宗产品中远期交易所（相对于依法设立的证券期货交易所，此三类交易所统称“商品现货市场”或“交易所”）从事非法期货交易的违法违规行。投资者起诉此类交易所、要求认定有关交易模式为非法期货交易并返还交易本金的诉讼案件逐渐增多。本文拟从商品现货市场非法期货交易活动的认定依据、构成要件、司法考量因素、民事法律后果四方面对此类案件的司法认定进行简要分析。

一、商品现货市场非法期货交易的认定依据

规范商品现货市场非法期货交易活动的各类规范性文件主要为《期货交易管理条例》和众多部门规范性文件，后者主要包括：

《国务院关于清理整顿各类交易所切实防范金融风险的决定》（国发〔2011〕38号，下称“38号文”）；

《国务院办公厅关于清理整顿各类交易所的实施意见》（国办发〔2012〕37号，下称“37号文”）；

《证监会、发展改革委、工业和信息化部、商务部、工商总局、银监会关于禁止以电子商务名义开展标准化合约交易活动的通知》（证监发〔2013〕74号）；

《商品交易所交易特别规定（试行）》（商务部、人民

云优律师简介



京都律师事务所合伙人。从业以来，云优律师承办了大量民、商事诉讼案件及非诉案件，为多家国有企业、金融机构、大型民营企业提供过常年及专项法律服务，均取得了良好的效果。云优律师的主要执业领域为各类商事诉讼、仲裁案件，债权并购及重组，股权投资，金融不良资产处置及债权追索，企业管理制度设计，招、投标业务，常年法律顾问维护等各类商事业务。

银行、证监会〔2013〕第3号令，下称“3号令”）；

《关于做好商品交易所非法期货交易活动认定有关工作的通知》（证监办发〔2013〕111号）及附件《关于认定商品交易所非法期货交易活动的标准和程序》（下称“111号文”）；

《清理整顿各类交易所部际联席会议办公室关于地方交易所涉嫌非法证券期货活动风险提示函》（清整联办〔2016〕12号）；

《清理整顿各类交易所部际联席会议办公室关于做好清理整顿各类交易所“回头看”前期阶段有关工作的通知》（清整联办〔2017〕31号）及附件《地方交易所主要违规交易模式特征、违规问题及整治措施》。

除上述规范性文件外，部分省级人民政府和金融主管部门还出台了规范本地区非金融类交易所的规范性文件。例如，北京市人民政府2012年11月7日出台了《北京市交易所管理办法（试行）》，北京市金融工作局2016年2月23日发布《北京市交易所管理办法实施细则》，用以规范北京地区权益类交易、大宗商品交易及其他标准化合约交易所的设立及运营活动。

上述规定，除了《期货交易管理条例》为行政法规之外，其余均属部门规范性文件。根据《合同法》第五十二条第（五）项规定，只有法律和行政法规可作为认定合同无效的依据，那么依据上述部门规范性文件认定某交易所的非

法期货交易合同无效应如何理解？司法实践中人民法院的认定模式为：首先对照“38文”“37号文”“111号文”“3号令”的标准，判断该交易所的交易行为是否属于“以集中交易方式进行标准化合约交易”的非法期货交易行为；对于构成非法期货交易的则依据《期货交易管理条例》这一行政法规第四条和第六条的禁止性规定来认定投资人同交易所、会员单位签订的入市合同和交易合同无效。

二、商品现货市场非法期货交易的构成要件

根据“111号文”，商品现货市场非法期货交易包括《期货交易管理条例》所规定的“非法组织期货交易活动”和“擅自从事期货业务”等情形。如果某交易所的交易模式被认定属于非法期货交易，则该交易所属于组织非法期货交易，其经纪会员、做市商则构成擅自从事期货业务。有关商品现货市场非法期货交易活动可以从正、反两方面加以认定。

（一）从商品现货市场的交易模式是否符合法定的现货交易模式进而判断其是否为现货交易，如果其交易模式不属于法定现货交易模式，那么可能构成非法期货交易

对于合法的商品现货交易，“3号令”从交易对象和交易方式两方面进行了规范。根据第七条有关交易对象的规定，商品现货市场交易对象包括三类：第一，实物商品；第二，以实物商品为标的的仓单、可转让提单等提货凭证；第三，省级人民政府依法规定的其他交易对象。根据第九条有关交易方式的规定，商品现货市场交易可以采用的交易方式为：第一，协议交易方式，即买卖双方以实物商品交收为目的，采用协商等方式达成一致，约定立即交收或者在一定期限内交收的交易方式；第二，单向竞价交易方式，即一个买方（卖方）向市场提出申请，市场预先公告交易对象，多个卖方（买方）按照规定加价或者减价，在约定交易时间内达成一致并成交的交易方式，例如拍卖、拍买；第三，省级人民政府依法规定的其他交易方式。如果交易所的交易对象或交易方式不符合上述“3号令”的规定，那么该交易所从事的就不是法律意义上的现货交易。

（二）“37号文”“38号文”“111号文”等规范直接规定了商品现货市场非法期货交易的构成要件，满足此类要件则构成非法期货交易

根据“37号文”和“38号文”的规定，除依法设立的证券、期货交易所或国务院批准的从事金融产品交易的交易所外，其他交易所实施如下行为可能构成非法期货交易：第一，将任何权益拆分为均等份额公开发行；第二，采取集中交易方式进行交易；第三，将权益按照标准化交易单位持续挂牌交易，即将股权以外的其他权益设定最小交易单位，以最小交易单位或其整数倍进行交易，且投资者买入后卖出或卖出后买入同一交易品种的时间间隔少于5个交易日；第四，除法律、行政法规另有规定外，权益持有人累计超过200人的上限；第五，以集中竞价、集合竞价、电子撮合、匿名交易、做市商等集中交易方式进行标准化合约交易。

根据“111号文”的规定，认定商品现货市场非法组织期货交易活动应采取目的要件和形式要件相结合的方式。就目的要件而言，主要是以标准化合约为交易对象，允许交易者以对冲平仓方式了结交易，而不以实物交收为目的或者不必交割实物。就形式要件而言，根据“38号文”和“37号文”的有关规定，一般有如下特征：第一，交易对象为标准化合约。所谓标准化合约是指除价格、交货地点、交货时间等条款外，其他条款相对固定的合约。交易者将此类合约作为交易对象，订立合同时，并非全额付款，而只缴纳商品价值的一定比率作为保证金，即可买入或者卖出；合约订立后，允许交易者不实际履行，而可通过反向操作、对冲平仓方式，了结自己的权利义务。第二，交易方式为集中交易。所谓集中交易是指由交易所安排众多买方、卖方集中在一起进行交易（包括但不限于人员集中、信息集中、商品集中），并为促成交易提供各种设施及便利。集中交易又可细分为集合竞价、连续竞价、电子撮合、匿名交易、做市商机制等交易方式。

综上，商品现货市场非法组织期货交易的目的要件判断标准为交易是以实物交收、转移商品所有权为目的，还是以获取建仓与平仓之间的价格利差为目的。形式要件判断要素为：第一，交易对象是否为标准化合约，即交易对象是指除价格、交货地点、交货时间等条款外其他条款相对固定的合约；第二，是否采取保证金交易模式，即订立合同是否无需全额付款，而只需缴纳商品价值的一定比例作为保证金即可买入或卖出；第三，是否允许以对冲平仓方式了结交易，即允许通过与建仓（买或卖）时交易方向相反的操作来解除履

约责任而无需进行实物交割；第四，是否通过集中交易方式进行交易，即是否由交易所安排众多买方、卖方集中在一起进行交易，并为促成交易提供各种设施及便利。交易所的交易如以获取价差而非商品所有权为目的，并且交易对象为标准化合约，交易方式采用保证金、对冲平仓、集中交易的，构成商品现货市场非法组织期货交易。

三、司法实践中商品现货市场构成非法期货交易的司法考量因素

实践中，司法机关在适用以上规范性文件认定交易所是否属于“以集中交易方式进行标准化合约交易”时，通常会考量如下现实因素：

第一，交易所的主办方是否具有组织、开展交易的合法资质。如果某交易所的平台公司未经有关金融主管部门批准成立，或虽经金融主管部门批准成立但上线产品未经有关行政审批，例如上线危化品未经安监部门及道交部门审批，上线原油、成品油未经商务部门审批，那么此类交易所属违法或违规经营，增加其被认定属于组织非法期货交易的风险。当然，并非是说经批准设立的交易所或是经部级联席会议验收后加以保留的交易所即不会从事非法期货交易，交易所合法设立不代表其全部经营活动合法合规，判断交易所的交易是否合法合规仍应根据“37号文”“38号文”“111号文”等规范性文件进行判断。

第二，交易对象的具体情况。鉴于标准化合约交易为非法期货交易的重要特征，因此判断交易对象属于标准化合约还是实物对于认定是否构成非法期货交易尤为关键。对此，需确认交易标的为权益份额还是具体的物，包括交易标的的交易品种、交易单位、最小变价单位、标的的质量等要素是否在交易前已经确定而不得由投资人进行变更（例如交易所设定的交易品种为“93#汽油 50吨”、交易单位“50吨/手”、最小变价单位“元/吨”，投资人仅能选择买、卖及具体交易手数），交易标的是否具有线下交割的条件、资质和渠道（例如投资人在不具有成品油、原油销售及仓储资质和条件的交易所买卖此类标的物，投资人个人亦不具有交收此类标的物的资质与能力，那么可认定该标的物不具备线下交割的条件和资质）等因素。

第三，投资人交易资金的流向。投资人交易资金的流向对于确认投资人与交易所之间是否存在直接法律关系、存在何种法律关系，甚至对确定具体的交易模式至关重要，属于

案件审理过程中不可缺少的基本事实。在投资人主张交易所为其提供受托交易、代为划转资金和产品等居间服务时，如果没有证据显示投资人的交易资金曾进入交易所账户，那么投资人与交易所之间的居间服务合同恐难成立；如果没有证据证明投资人的入金最终结算给其他交易对手（需结合交易对手信息进行判断）而仅在投资人与交易所之间进行往来，那么该交易所可能构成做市商交易的集中交易方式。

第四，投资人的入金是否有银行或其他具有资质的资金结算平台进行监管。如果某交易所并未开立银行资金监管专户（银行仅提供资金划转及结算服务而不对交易资金进行实际监管的不属于资金监管）亦未加入具有资质的资金监管平台（通常为省级金融主管部门主导设立），投资人入金资金系直接进入交易所账户由交易所直接进行控制，那么投资人的资金安全即无从保障，这一点也构成司法机关认定交易所是否合规经营、是否构成非法期货交易的考量因素。

第五，交易所的交易模式是否向每一笔交易的投资人披露其实际交易对手。鉴于集合竞价、连续竞价、匿名交易、电子撮合等集中交易方式下交易对象往往具有高标准化、高流动性特点，交易所通常无法向投资人披露其交易对手信息（做市商交易模式除外），这一点与现货交易应采取的协议交易、预先公告交易对象的单向竞价交易方式截然不同，从交易目的角度可以理解为不以实物交收为目的。因此，如果某交易所的交易模式未向投资人披露交易对手信息，则属于集中交易特征。

第六，交易所整体交易流程的考虑。包括有无保证金等高杠杆交易机制，有无进行开户前的充分风险提示，是否允许卖空等。如交易所采用保证金等高杠杆交易机制，并未进行开户前充分风险提示，允许卖空，则易被认定属于非法期货交易。

第七，标的物的实物交收情况。交易对象是标准化合约还是实物是认定交易是否属于非法期货交易的核心要素，无需进行实物交收而允许通过对冲平仓方式了结交货义务的交易不符合现货交易特征，可能构成非法期货交易。对于这一点，实务中不仅考察是否进行了实物交收，而且会结合交易产品是否具有实物交收的条件和渠道综合加以判断。尽管司法实践中存在将卖空情形认定为“指示交付”的判例，但更多情况下，允许不进行实物交收的交易方式仍被认为与现货交易特征及目的不符，“指示交付”尚未形成通说。

除上述因素之外，值得关注的是，金融主管部门出具的有关交易所是否构成非法期货交易的专业性鉴定意见以及合规性

答复意见，对人民法院最终的司法认定具有至关重要的作用。

四、司法实践中交易所组织非法期货交易的民事法律后果

2016年之前交易所涉及的非法期货交易诉讼案件中，投资人取得胜诉的并不多见。2016年之后，随着法院对此类案件性质的认识逐渐深入，投资人对此类案件规律的逐渐掌握，特别是近年来政府层面的清理整顿工作力度加大以及最高院对此类案件的态度逐渐明朗，司法实践中此类案件的裁判尺度渐趋统一。某现货交易市场一旦被认定组织非法期货交易，可能产生如下裁判结果1：

第一，受诉法院根据《合同法》第五十二条第（五）项即“违反法律、行政法规的强制性规定而合同无效”的规定，在认定《期货交易管理条例》第四条2、第六条3属于效力性强制性规定的前提下，判定通过该交易所实施的开户和全部交易行为均属无效。

法院将《期货交易管理条例》第四条、第六条认定为效力性强制性规定的具体理由，最高人民法院（2017）最高法民申3794号民事裁定书中的论述较有代表性：

《期货交易管理条例》第四条规定：“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所进行。禁止在前款规定的期货交易所之外进行期货交易。”该条例第六条规定：“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所或者以任何形式组织期货交易及其相关活动。”因为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，必须在经批准的特定交易所，遵循严格的管理制度规范进行。上述规定虽然并未明确载明违反该规定将导致交易无效或不成立，但若将违反上述规定、未经批准在期货交易所以外开展的期货交易行为认定为有效，极有可能扰乱期货交易秩序，引发经济金融风险并影响社会稳定。因此，《期货交易管理条例》第四条、第六条的规定属于效力性强制性规定。根据《合同法》第五十二条第五项规定，案涉交易因违反了上述效力性强制性规定，应属无效。”

第二，受诉法院根据《合同法》第五十八条“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”之规定，在认定交易所对于合同无效存在过错的情况下（例如不具有组织交易的合法资质、未进行投资者适当性审查、未对投资人进行充分风险提示、使用违规交易软件、对交易资金未依法建账等），判决交易所根据其过错程度、遵循损失填补的原则承担投资人的实际损失；在投资人的交易对手是交易所的会员单位即做市商交易模式下，判决该会员单位承担返还责任，交易所作为非法期货交易的组织者对此承担连带责任。

第三，受诉法院根据《合同法》第五十八条规定，在认定投资人对于合同无效亦存在过错的情况下，判决由投资人自行承担部分损失。

结语

在当前政府部门全面清理整顿交易所力度不断增强、投资人的法律意识日益提升、法院对此类案件的裁判规则日趋统一的背景下，各类产权交易、文化艺术品交易和大宗商品中远期交易所在后续经营当中，应合理设计自身交易模式及交易规则，避免以现货交易名义开展不以实物交割为目的标准化合约交易，避免采取单项竞价交易方式，通过充分、合理方式向投资人履行信息披露义务及投资者适当性审查义务，完善风控制度和会员管理制度，采取规范的资金监管措施，有条件的交易所还应参与地方金融主管部门设立的资金结算平台。最重要的是，交易所在运营当中应主动接受金融主管部门的日常监管、积极进行交易品种和交易规则的审批及备案，以确保经营活动的持续合法合规。

尾注

1 个案而言，裁判结果还需结合投资人的具体诉求及诉讼策略确定。

2 《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所进行。禁止在前款规定的期货交易所之外进行期货交易。

3 《期货交易管理条例》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所或者以任何形式组织期货交易及其相关活动。”





阴阳合同是如何避税的？ 通过阴阳合同可以逃多少税？

■高慧云 / 文

近期曝光的影视从业人员阴阳合同的涉税问题愈演愈烈，那么阴阳合同是如何避税的呢？

一、什么是阴阳合同？

所谓“阴阳合同”，是指合同当事人就同一事项订立两份以上内容不相同的合同，一份对内，一份对外，其中对外的一份并不是双方真实意思表示，而是以逃避国家税收等为目的；对内的一份则是双方真实意思表示，可以是书面或口头。“阴阳合同”是一种违规行为，在给当事人带来“利益”的同时，也预示着风险。

一般因为“阴阳合同”中的“阳合同”因不体现当事人的真实意思而不发生效力，而“阴合同”是当事人的真实意思表示而认定为有效合同，“阴合同”只要内容合法，同样受到法律保护。

然而，如果利用“阴阳合同”实施违法行为，或者以合法的形式掩盖违法的目的，则不仅伪装的“阳合同”无效，被伪装的“阴合同”也因内容违法而无效。因此，对“阴阳合同”要慎之又慎。

二、一个演员的片酬合同该交多少税？

1. 以真实的金额演员应该缴纳的税收

一般来说，影视企业与演员签订合同，如果谈好的价格

高慧云律师简介



精通国内外税法，曾为私人银行、信托投资公司、各类基金提供并购、上市、融资等税务和相关法律支持，为企业离岸金融架构提供国际税收支持，擅长投资移民、家族信托的海外税收筹划和涉税经济诉讼，在加入京都律师事务所之前，在高校任教，具有税法教授职称。

是税前6000万，直接以税前6000万签合同，则该演员需要缴纳：

增值税=6000万/(1+3%)×3%=174.76万

城建税和教育费附加=174.76万×(3%+7%+2%)=20.97万

个人所得税=(6000万-174.76万-20.97万)×(1-20%)×40%-0.7万=1856.67万元

全部应交税收合计=174.76万元+20.97万元+1856.67万元=2052.4万元

但以上税收中的个人所得税根据个人所得税法的规定的劳务报酬所得的计算方法计算的，该个人所得税由影视企业为演员代扣代缴。

对于个人从事影视行业，属于文化体育业，如果企业能够以该演员名义到税务局代开发票，而不是代扣代缴，则一般在计算个人所得税时按照个人所得税带征率计算。个人所得税带征率各地规定并不相同，以厦门市地方税务局关

于重新调整个人所得税带征率的公告（2011年第10号）为例，文化体育业个人所得税带征率1.6%，按照这种算法，上述全部应交税收会有所变化：

个人所得税=(6000万-174.76万-20.97万)×1.6%=92.86万元。

如果以到税务局代开发票的形式，则缴纳的全部税收=174.76万+20.97万+92.86万=288.60万元。

虽然按照带征率的算法个人所得税会大幅降低，但这种算法不是每个地方都可以这样计算的。如果没有地方相应的

带征率政策，则只能按照个人所得税法规定的规则计算。因此这种带征率的算法我们仅作参考。

2. 以阴阳合同的方式缴纳的税收

如果通过阴阳合同的方式，阳合同签订的税前价格为1000万，然后通过费用报销等其他方式再给5000万。则演员仅针对1000万需要纳税：

增值税=1000万/(1+3%)×3%=29.126万元

城建税及其教育费附加=29.126×(3%+7%+2%)=3.495万元

个人所得税=(1000万-29.126万-3.495万)×(1-20%)×40%-0.7万=309.16万元

缴纳的税收合计=29.126万+3.495万+309.16万=341.78万

3. 通过阴阳合同可以逃多少税？

经过比较，如果按照真实的片酬签订合同，则演员需要缴纳2052.4万元的税，如果按照阴阳合同的方式签订合同，演员实际缴纳341.78万元的税收。按照全国统一的个人所得税法的计算规则，则演员逃避缴纳税收1710.62万元。

三、演员逃税真的要演员承担逃税责任吗？

对于增值税及其附加（城建税和教育费附加），根据财税2016年36号文的规定，并未说明企业向个人支付款项要代

扣代缴增值税的问题，因此对于增值税及其附加，则应该由演员个人作为纳税人主动向演出地的国家税务局申报纳税。如果没有及时申报纳税，则涉嫌逃税。

对于个人所得税，个人所得税法第八条规定，个人所得税，以所得人为纳税人，以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。因此对于个人所得税的申报和上缴责任是归属于支付单位的。对演员来说，如果该演员的个人所得税未足额上缴，逃税的责任由支付单位承担。

四、一旦构成逃税，会承担刑事责任吗？

逃税罪的立案标准是：（1）纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上，经税务机关依法下达追缴通知后，不补缴应纳税款、不缴纳滞纳金或者不接受行政处罚的。（2）纳税人五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚，又逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上的。（3）扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额在五万元以上的。

涉及该罪，立法时主体阶层的意图是很明显的，对纳税人来说，给钱了事，那就是补缴税款，一般是可以不予追究刑事责任的。但对扣缴义务人，则没有这么宽松了，背后的企业压力山大。





雪山和宗教，拼凑出尼泊尔的模样

■ 叶静 / 文

“就像我们都未曾见过的，那串加德满都的风铃。它不在这里，它无处可寻。”听着汪峰的《加德满都的风铃》，公司的小伙伴们开启团建之旅。这一站，我们来到了一个神秘的国度：尼泊尔。

从北京飞往成都转机到加德满都，是为了一睹雪山的芳容。大家在飞机上纷纷欣赏拍照留念的时候，空姐开始提醒我们，加德满都特里布万国际机场就快要到了。

“那马斯特”（你好），尼泊尔。

下飞机之后我们排队办落地签证。海关处的官员们慢条斯理的处理着各种手续，时不时还用他们那纯正的印度式英语与你搭讪一下。这个把生活过得不疾不徐的国度告诉我们，生活真的可以慢下来。

虽然是尼泊尔的首都，加德满都机场却很逼仄。总共三个领取行李的传送带，等待取行李的人们就把机场候机楼挤的满满当当。各种类型肌肤的人们相视而笑，每个人的探索之旅，似乎已经迫不及待了。

杜巴广场

“杜巴”在尼泊尔语里的意思是皇宫。马拉王朝，是尼泊尔的鼎盛时期。马拉王朝的第六代国王的三个儿子，在他们的父亲死后自立为王，于



是有了三个杜巴广场，分别位于加德满都、帕坦和巴德岗，均属于世界文化遗产。我们游览了加德满都和巴德岗的杜巴广场。

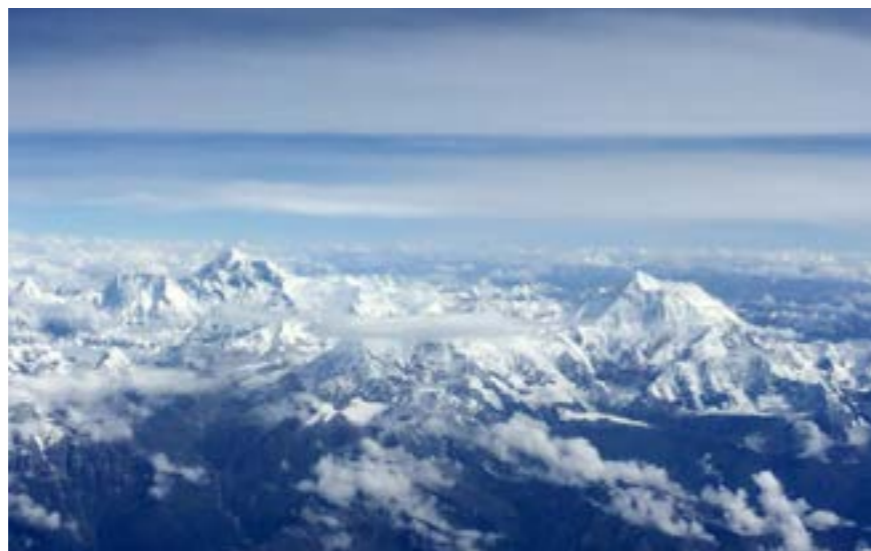
这个极具特色的广场，由红砖堆砌

而成。精妙绝伦的门楣、雕刻栩栩如生的石像、造型独特的外形，还有墙壁墙沿上无处不在的印度教先知们，拼凑成杜巴广场自己的模样。

在加德满都的杜巴广场，我们见到了活女神。“活女神”的选拔极其严苛，必须出自佛祖释迦牟尼出身的释迦家族，任期从三四岁直至青春期。“活女神”在尼泊尔有至高无上的地位，她在窗口停留的十几秒，不允许拍照，只允许双手合十行注目礼瞻仰和膜拜。

英国旅行家鲍威尔说：“就算整个尼泊尔都不在了，只要巴德岗还在，就值得你飞越半个地球来看它”。

巴德岗，是尼泊尔艺术和建筑的发源地，巴德岗的杜巴广场，向人们展现出尼泊尔曾经的辉煌。五层塔拔地而起屹立不倒，每个台阶上的巨大石像经过



日月的洗礼，见证着这个地方的变迁。在五层塔下，我们留下了这次团建的第一张合影。

纳加阔特

纳加阔特，喜马拉雅山的观景台。上下山都需要经历一段盘山泥巴路，摇摇晃晃的车体，总让人提心吊胆。很怕一个失衡，大巴车就翻滚到山下。

有惊无险，迎接我们的是远方的喜马拉雅山。夕阳西下，雪山在阳光的照耀下熠熠生辉，展现它在今日最后的绚烂。

博达哈大佛塔

巨大的白色穹形大佛塔，是尼泊尔藏传佛教的重要圣地，也是世界文化遗产。尼泊尔的佛教塔，画着一双眼睛。这双眼睛望着世人，生生不息。佛教徒前来祈祷，以顺时针方向绕行，一边拔数念珠或背诵经文，一边转动祈祷轮。

苦行僧站立在塔下，任由风吹日晒。旁边的鸽子悠然自得，吃着游客泼

出的口粮。在这里，感受着前所未有的安宁，仿佛时间和空气都静止下来。

斯瓦扬布纳寺

斯瓦扬布纳寺，因猴子众多，也称为猴庙。这里的猴子虽然活泼好动，与游客们互动，但会刻意与游客保持着距离。



猴庙里面屹立的是佛教塔，登上台阶之后，能够看见加德满都全景。猴庙里的狗狗们相比上蹿下跳的猴子们，简直闲适懒散，一个个东倒西歪地躺在地上睡得正香。

帕斯帕提那神庙

帕斯帕提那神庙，供奉湿婆神，是尼泊尔最大的印度教庙宇，属于世界文化遗产。帕斯帕提那神庙也叫烧尸庙，是尼泊尔印度教徒举行露天火葬的地方。印度教徒在去世之后的24小时之内，必须由家里的男性成员抬到帕斯帕提那神庙外的巴格马蒂河畔进行露天火葬，他们认为这样逝去的亲人就能够最快的进入天堂。

家庭成员们会先用河水给逝去的亲人洗脚，再用河水湿润逝去亲人的嘴唇，代表着洗涤凡尘。在长子点火的那一刻，亲人们没有悲恸哭泣，只是静静矗立在旁。也许他们在心中祷告，祈祷他们的神能够让自己逝去亲人好好安歇。



博卡拉徒步

博卡拉，尼泊尔的第二大城市，也是尼泊尔最负盛名的旅行地，更因徒步闻名，号称“亚洲小瑞士”。与热闹喧嚣的加德满都不同，博卡拉有属于它的宁静。

大家相互鼓励相互搀扶，终于在暴风雨前夕顺利抵达山上 Angel's Guest House。在享受一顿纯正尼泊尔餐的同时，狂风骤雨霹雷闪电如期而至且愈演愈烈。雷电毫不客气的霹坏每个小木屋的电闸。断电断网雷雨交加的夜晚，听着雨声和雷声，我们和衣而睡，慢慢把时间交托出去。

第二日清晨，被一阵惊叹叫醒。只因为眼前的这美景，足以告诉众人，趋之若鹜的原因。安娜普纳山脉和鱼尾峰，微笑着展现自己最美的一面。迎着朝阳，静静的绽放着她的美。小伙伴们迫不及待拍照留念，好希望时间就定格在这一刻。



费瓦湖

费瓦湖位于博卡拉，紧邻尼泊尔国王行宫。风光宜人，泛游湖上，感受着微风拂过脸颊。

小船摇晃着把我们送至湖心小岛，岛上的夏克蒂女神庙是博卡拉最重要的标志。

归途

九月十日一大早，我们收拾行装和心情，踏上了回国的航班。七天的尼泊尔行程，就此告一段落。从踏上旅程

到团建结束，公司的小伙伴们一起吃一起住一起聊天一起说笑，那辆承载我们的大巴车每天都溢出满满的欢声笑语。虽然之前很多小伙伴们相互之间都不甚熟悉，是这次活动让我们走的更近。也许，这就是团建的意义吧。

Tips:

1. 尼泊尔全民信教，其中81%的人民信奉印度教。每一个尼泊尔人的一天都是从朝拜开始。
2. 尼泊尔的印度教庙宇很多，在加德满都就有两千多座。印度教的庙宇不允许非印度教徒进入，即便是印度教徒进入庙宇参拜，也需要脱掉鞋子光脚进入，以示对神灵的尊重和敬仰。
3. 因宗教的影响，尼泊尔的犯罪率极低。主要信奉印度教的尼泊尔人，在饮食方面有很多禁忌。正宗尼餐很简单，一个圆盘，中间放着米饭，周围有鸡块、绿叶菜、土豆等，米饭浇上咖喱

汁，不用餐具，直接手抓着吃。

4. 尼泊尔的女性眉心的红色塑料红点，代表她已为人妇。若是脑门上擦着红色颜料，说明她当天一早去了庙宇参拜祈福。所以看见哪位漂亮小姐姐，需要仔细分辨她眼以上红色涂抹的位置。

5. 尼泊尔处于印度板块的边缘，地震多发。三年前的那一场地震，把尼泊尔的很多世界文化遗产震毁，非常可惜。因此在尼泊尔，高楼很少。

6. “要致富先修路”，所以尼泊尔是贫穷落后的。整个尼泊尔只有一条高速公路，一共十公里，还是日本人援建的。而尼泊尔，甚至没有一条铁路运输。

7. 因尼泊尔没有铁路，从首都加德满都到旅游胜地博卡拉，可以选择开车八个小时的跋涉，也可以选择飞行时间只有半个小时的小型螺旋桨飞机。这个轰隆隆的小飞机，让我们在飞行的过程中看见波澜壮阔的雪山。

8. 尼泊尔通用货币卢比，美元也可以使用，人民币只有部分商铺能够使用。但是完全不需要担心，因为不论在加德满都还是博卡拉，街道上每隔几百米就有一家 Money Exchange。

9. 尼泊尔的生意人多多少少都会一点中文，谈价格是没有问题的。我们购买羊绒围巾的店铺老板小飞，流利的中文“买卖不成仁义在”张口就来。

10. 不仅尼泊尔人说点简单的中文，有一些招牌上也会标记。比如机场海关落地签的窗口上的醒目中文字：请在黄线外面等待呼吁。

11. 尼泊尔海拔1300米左右，无需担心高原反应。🚫

开庭前夜

■ 杨大民 / 文

每一个这样的夜晚
我的细胞都会失眠
事实 证据 法律
占据了我的大脑

我进入了庭审现场
我希望法官睿智慈祥
不要像雕塑那样冰冷

我的目光
从法律条文到案件现场
来回穿梭 徘徊
有时候我怀疑法律
有时候我怀疑自己

为什么公正的审判
成了这个世界
最贵的奢侈品

老师说
案件是一件精美的工艺品
需要工匠精神
更需要大智大勇

秋天

■ 刘铭 / 文

秋天
每天都像被雨水洗染
疏花浓淡
芳草也深浅

落叶
青虫爬过你的心思
相看好处
不需殷勤蝉鸣

秋风
象打开记忆的钥匙
落红绿老
天高雁帖
说来也话长

秋思
无聊心事
凉风吹瘦
都躲在厚厚的诗词里
却总被秋天打开
相遇 过往



图：刘铭律师

京都家园人团圆，欢声笑语庆月圆

忆对中秋丹桂丛，花也杯中，月也杯中。

转眼，花月桂香的八月十五，中秋佳节来临，这是家家户户团团圆圆的日子。9月20日下午，京都大家庭的亲人朋友们也齐聚在所大会议室共同庆祝这个传统的节日，共谱一曲“京都家园人团圆”。随着一声声祝福，京都人亲手制作月饼和京都红灯笼的活动，热烈开场啦！





作品：《三羊开泰》

作者：刘铭



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座22-23层
邮编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86-10) 57096000
传真：(86-10) 85251268
邮箱：info@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区体坛路22号
诺德大厦19层01-02室
邮编：116021
电话：0411-85866299
传真：0411-84801650
邮箱：dalian@king-capital.com

深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号
新华保险大厦17楼
邮编：518048
电话：0755-33226588
传真：0755-33226566
邮箱：shenzhen@king-capital.com

天津分所

地址：天津市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
邮箱：info@king-capital.com

上海分所

地址：上海市南京西路580号
(仲益大厦)3903A室
邮编：200041
电话：021-52341066 52341099
传真：021-52341011
邮箱：shanghai@king-capital.com

南京分所

地址：南京市建邺区庐山路188号
(新地中心)4004室
邮编：210019
电话：025-8523 1119
邮箱：nanjing@king-capital.com