

# 京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM  
2018/04  
季刊 总第126期



京都律师事务所  
King & Capital Law Firm



## P34 聚焦刑事诉讼法修正案

P30 特稿 / 问渠哪得清如许，为有源头活水来——京都律师事务所党建工作纪实

P59 京都论坛 / 京都成功举办“落实产权保护精神，助力民营经济持续发展”研讨会

P76 京都实务 / 合规纾困民营企业——为民营企业在法治经济中远航扬起法律风帆

P106 京都论法 / “舆论火疗”下的权健，需要拷问的五大法律问题



## 京都入选 《亚洲法律杂志》2018年 中国最大30家律所榜单



近日，权威法律媒体《亚洲法律杂志》(Asian Legal Business, 以下简称“ALB”)发布了2018年“中国最大30家律所”榜单。京都律师事务所作为国内大型综合性律所之一，凭借杰出的业务能力和专业能力，蝉联2018年排行榜，位列25名。

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一，2018年经过批准，改制为特殊普通合伙制律师事务所，注册资本2026万。经过二十多年的稳健发展，京都不仅在诉讼领域持续居于全国领先地位，而且在公司事务、证券与资本市场、投融资与并购、能源与环保、涉外投资、知识产权、娱乐传媒、婚姻家庭、劳动法律，特别是金融、房地产与建筑工程、基础设施与公用事业等方面为客户提供全方位、高标准法律支持与服务，是中国大型综合性律师事务所。京都律师事务所总部位于北京CBD中央商务区，办公面积超过5000平米，在上海、深圳、大连、天津、南京设有分支机构。截至2018年末，京都拥有逾500名执业律师。

作为规模化、专业化、综合化的大型律师事务所，京都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(ALB)是汤森路透旗下的高端法律杂志，是全球最具影响力的法律媒体之一，其奖项授予在各专业领域表现最为出众的律所。ALB评选榜单影响力覆盖全球多个地区，素有法律界“奥斯卡”之称。

## 为我们自己人辩护

杨斌



2018年是中国改革开放四十周年，40年来，我国的经济建设发生了翻天覆地的变化，取得了举世瞩目的辉煌成就。这是全社会各个领域的劳动者共同创造的，尤其是在1978年改革开放之后个体工商户和民营企业家群体的出现，为中国经济的健康发展注入了新的活力，发挥了积极的作用，做出了有目共睹的贡献。包括就业贡献、出口贡献、纳税贡献等等。京都律师在关心关注国家宏观经济健康发展的同时，更加关注为全社会创造财富的具体的自然人(民营企业家)和法人(民营企业)。他们的命运伴随着中国经济的发展也经历过冰与雪和血与火。

近40年的发展过程中，有多少民营企业和民营企业家因为诉讼和涉案被依法查扣财产、限制人身自由乃至判处徒刑；多少民营企业破产、多少民营企业家家破人亡。这也是40年来中国民营经济发展过程中存在的问题和付出的代价，既有个人的原因，也有制度的原因。

京都律师长期关注和服务中国的民营企业和民营企业家，从德隆案、顾雏军案到吴英案、黄光裕案。从法律咨询到案件代理，京都律师深度接触了中国的民营企业家，深知他们面临的各类法律问题和法律风险。近十年来，一直在为中国的民营企业和企业家呐喊呼吁。

2018年12月1日上午，著名法学家江平教授、陈光中教授、应松年教授、经济学家盛洪、田文昌律师等150余人莅临京都共同研讨“落实产权保护精神，助力民营经济持续发展”。京都又一次为保护民营企业家的合法权益组织会议，发声建言。

江平教授指出，要保障民营企业家权益，中央提出的分清三个财产界限非常重要。一是分清合法财产与非法财产。刑事追诉没收的只能是非法财产，没收合法财产就是侵犯民营企业家的合法权益。二是分清家庭财产和私人财产。司法实践中存在没收犯罪嫌疑人股权的，但这股权也是夫妻共同财产，不能全部没收。三是分清公司财产和私人财产。私人在公司中有股权，可以把股权没收、拍卖等，但不能把整个

公司都查封了。

陈光中教授强调：普通刑事案件中尚存在冤假错案，民营企业犯罪中也一定存在。要做到避免冤假错案，需要切实贯彻如下几个基本的法律原则。一是罪刑法定。确实是法律规定的才能追究其刑事责任，严格控制、准确适用法律。二是证据裁判。如果证据不能达到确实充分的标准，就不能定罪求刑。三是疑罪从无。如果证据达不到确实充分，就应当做无罪处理，而不是疑罪从

轻。四是当宽则宽。我国刑事法律无论是程序法还是实体法，整体而言是偏重的。民营企业家涉及的罪名主要是经济犯罪，应当在现有法律基础上，尽量从宽处理。

应松年教授指出，因为具体执法的是行政机关，确实存在权力滥用侵犯民营企业合法权益的风险，所以对于民营企业的保护，行政机关负有很大责任。要规范权力，在以下方面着力：一是加强政府工作人员的产权保护观念，这点非常重要；二是为公权力滥用的相对人提供切实的司法救济；法院要依法独立审判，不能被政府机关牵着鼻子走；三是在制度设计上对行政处罚权等权力设定清晰明确的限制，包括行政处罚的金额、种类，以及和刑事处罚的衔接等方面。

田文昌主任说，京都律师办理的很多企业家落马的案件，都是在做无罪辩护的，但在庭审中不止一次听法官说，我们是社会主义国家，怎么能让资本家占了便宜。所以说，我国立法、司法的导向性是关乎民营企业保护的最关键的问题，究竟是保护还是打击？是重视还是轻视？现在是时候转变立法和司法上的观念，提高民营企业的市场地位，把民营企业看成中国经济不可或缺的重要组成部分，切实加强对民营企业的法律保护。这不仅仅是一个法律问题，更是关乎国计民生，涉及中国经济向何处去的重大议题。

“民营经济是我国经济制度的内在要素，民营企业和民营企业家是我们自己人”。这是习近平总书记对民营企业和民营企业家的肯定。从这个意义上来说，京都律师为中国的民营企业和民营企业家辩护发声就是为我们自己人辩护。



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

为我们自己人辩护 杨大民 / 01

### 京都资讯 品牌建设部 / 04

### 特稿

问渠哪得清如许，为有源头活水来

——京都律师事务所党建工作纪实 京都律师事务所党总支 / 30

### 封面主题

#### 聚焦刑事诉讼法修正案

缺席审判制度给刑辩律师带来的机遇和挑战 朱勇辉 / 35

新刑事诉讼法修改若干问题浅析 邹佳铭 / 37

辩护律师如何运用认罪认罚从宽制度和速裁程序实现当事人利益的最大化

彭吉岳 封旺 / 39

“侦控审辩”四人谈

——认罪认罚从宽制度下的犯罪嫌疑人、被告人的权益保障

陈宇 蔡栋 陈烈 张国民 陈思思 / 43

新刑事诉讼法“认罪认罚”给刑事辩护带来的新课题 孟粉 / 49

缺席审判案件中律师的辩护权行使问题 王馨全 / 52

我国刑事缺席审判立法评析 李秀娟 / 55

### 京都论坛

京都成功举办“落实产权保护精神，助力民营经济持续发展”研讨会 / 59

### 京都实务

合规纾困民营企业

——为民营企业在法治经济中远航扬起法律风帆 肖树伟 黄立云 / 76

融资性贸易案件的法律实务探析 陈宇 任视宇 梁卓卿 / 82

以划拨地进行合作开发的合同效力新论 唐利君 倪燕秋 / 89

股权转让适用善意取得制度的新问题 张庆生 刘娜 / 96

### 京都论法

天津港堆场垄断协议案件评述 金毅 王玲凌 / 101

“舆论火疗”下的权健，需要拷问的五大法律问题 张启明 / 106

基因编辑婴儿的“罪”与“罚” 孙广智 / 108

50岁还是55岁退休，女员工和企业谁有决定权？ 贾宝军 / 112

### 律师·生活

读书之悦 悦在相善 刘铭 / 115

### 律·诗

2018年的最后一首诗 杨大民 / 封三

京都律师

封面题字 江平

京都律师  
KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM  
2018/03  
第125期



P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

P2P行业洗牌，竞争加剧，网贷平台如何破解当前困境

2018年第3期  
总第125期 季刊



## 业绩

### 京都律师代理原银监会主席助理杨某才 受贿系列案件取得良好的辩护效果

北京市京都律师事务所瞿丽红律师、张小峰律师、夏俊律师、宝永生律师在为原中国银监会主席助理杨某才及其家人系列受贿案件辩护的过程中，以严谨的工作态度、优秀的专业素养，最大限度地维护当事人的合法权益，经过律师们的不懈努力，案件取得了良好的辩护效果。

瞿丽红律师、张小峰律师为原

银监会主席助理杨某才辩护，杨某才涉嫌受贿罪、巨额财产来源不明罪，合并执行有期徒刑十六年，并处罚金二百万元。

夏俊律师为杨某才之妻代某辩护，代某涉嫌受贿罪，现检察院对代某做出不起诉决定，代某已恢复自由。

宝永生律师为杨某才之子辩护，其子涉嫌受贿罪，目前已被取保候审。

在这一系列受贿案件的辩护过程中，京都律师在历经一年多的时间里，积极会见、认真阅卷、及时提交律师意见，并与办案机关充分沟通，尽最大努力去维护当事人的合法权益。经过律师们的充分辩护，案件取得了良好的诉讼效果。这一业绩充分彰显了京都律师专业、高效、敬业的辩护风采！



瞿丽红律师



张小峰律师



夏俊律师



宝永生律师

### 阳泉煤业周月槐贪污、受贿案撤销一审判决 发回重审

2018年9月10日，山西省阳泉市中级人民法院下达刑事裁定，撤销阳泉市城区法院对阳泉煤业集团房地产管理中心原副主任周月槐的一审判决，发回重新审判。

一审判决认定周月槐犯贪污罪判处有期徒刑十一年，犯受贿罪判处有期徒刑十三年，决定执行有期徒刑

十八年，罚金共计300万元。周月槐不服提出上诉。北京市京都律师事务所接受委托，由高级合伙人陈宇律师和南京分所的陈烈、蔡栋律师组成辩护团队，为上诉人周月槐进行辩护。

本案是阳泉市监察委成立以来侦办的第一起案件，案情极其复杂，涉及人员众多。山西省纪委监委对本

案高度重视，办案机关对周月槐讯问了79次，对证人询问谈话共161次，形成笔录和证明材料300余份，装订案卷材料52卷。辩护团队接受委托后，加班加点对全案证据材料进行了详细梳理和缜密分析，并对起诉指控和法庭审理的思路进行了细致剖析。一审判决认定阳泉市兴居小区工程本应由阳

## 业绩

煤集团承建，但该工程却由周月槐同学和兄长挂靠的山西六建进行施工建设，因此该工程盈利款748万余元系周月槐贪污所得。辩护团队提出辩护意见认为，兴居小区工程是经过招投标手续的施工项目，并非必须由阳煤集团承建，该工程是否盈利、盈利多少均与阳煤集团没有关系，该工程盈利不属于贪污犯罪构成中的“公共财物”。一审判决将不确定的商业机会和由此产生的商业利润直接认定为公共财物，属于认定事实不清，适用法律错误。

辩护团队在与二审承办法官的多次沟通中，也强调了上述辩护观点，并指出按照一审判决的逻辑，必然会得出

“多赚多贪、少赚少贪、不赚不贪”的结论，得到了二审法官的认可。此外，针对一审判决对于“周月槐使用其兄长公司1400余万元的款项收受其兄长贿赂构成受贿罪”的认定，辩护团队提出，该行为应当以非法经营同类营业罪这一罪名予以评价。二审法院最终以一审法院认定事实不清而作出发回重新审判的裁定。

京都律师事务所南京分所自开业以来，注重在刑事辩护业务领域精耕细作。特别是在办理重大复杂的刑事案件中，精于证据梳理，长于事实重构，提出的辩护观点和意见多被办案机关采纳，为当事人获得公正的判罚而不懈努力。



陈宇律师



陈烈律师



蔡栋律师

### 聂素芳律师办理的张某涉嫌合同诈骗案 检察机关做出不起诉决定

2018年11月5日，京都律师事务所合伙人聂素芳律师办理的张某涉嫌合同诈骗一案被检察机关依法做出了不起诉决定。

张某系广州某企业管理公司的法人，该公司系新技术创新管理企业，案件发生时企业正处于创业初期。由于先进的创新管理理念及技术项目，张某的企业及项目受到了业内多家投资公司的青睐，并陆续开始与张某进行投资谈判并对其企业进行尽职调查，但之后由于种种原因，以上投资公司均未实际投资。在上述投资公司与张某进行投资谈判的过程中，本案的被害人也得知了张



聂素芳律师

某的项目并产生了投资意向，遂在简单对张某企业进行了解后便签订债转股投资协议进行了投资。获得投资款项后，张某将所有款项都用于了公司经营，甚

至经营后期，由于很多应收款项无法收回，为了继续维持经营，张某用个人资产抵押贷款用于公司经营。但最终，由于技术和理念的问题，项目开发失败，公司无法继续经营，投资款项无法偿还。公司停止经营后，张某与被害人积极协商还款方案，但由于双方分歧较大暂时未达成一致意见，后被害人以张某虚构与知名投资公司的投资框架协议（后经调查框架协议确为真实）、鼓吹其项目、个人占有使用投资款等为由，控告张某合同诈骗。

由上述过程可以看出，本案系典型的因创业企业融资后创业失败，导致



## 业绩

无法及时返还融资款项所引发的纠纷。接受委托后，聂素芳律师第一时间会见了当事人，了解了以上事件经过后认为本案有很大的辩护空间，且如果经济纠纷处理得当，将为案件奠定良好的辩护基础。因此，在征求了当事人本人的意见后，聂律师将第一阶段的工作重点放在了经济纠纷的解决上。最终，在当事人家属的共同努力下，在最短的时间内和被害一方在经济纠纷上达成和解（是和解而非退赃）。在此前提下，律师及时向公安机关提出了取保申请及相应的律师意见，

在当前最高法、最高检多次发文强调要谨慎处理涉民营企业经济纠纷案件的大背景下，当事人的强制措施在公安机关尚未报捕前即变更为取保候审。

当事人被取保后，聂律师仍然没有放松辩护工作，多次指导当事人搜集有关的证据材料提交给办案机关。得知案件移送检察机关后，律师及时查阅了全部案卷材料，并向当事人调取了与案件相关的多份证据材料。在此基础上，提出了张某不构成合同诈骗罪的无罪律师意见，并与公诉人进行了充分沟通。最

终，案件经过两次退回补充侦查，检察机关依法做出了不起诉决定，并解除了对张某取保候审的强制措施。

聂素芳律师主要致力于刑事诉讼业务，执业十余年来，承办了大量刑事诉讼及民商诉讼案件，积累了丰富的办案经验。在办案过程中，聂素芳律师以严谨的工作态度、优秀的专业素养，最大限度地维护当事人的合法权益，积极为当事人排忧解难，所办案件均得到了当事人的认可和赞许，且多数案件取得了良好的辩护效果。

## 业绩

政复议的申请。在启动并参与行政复议的过程中，政府相关部门听取了李律师阐述的意见。她明确提出政府相关部门隐瞒事实挂牌出让国有建设用地事实是违法的行政行为，从国家相关法律法规制定的目的、法理等角度看，应当予以纠正，切实保护申请人的合法权益，为合理解决纠纷奠定事实基础。

四是启动行政诉讼程序。针对政府作出的行政复议决定并没有纠正前期被

申请人违法（不当）行为的结果，李律师代理委托人无奈的走上了行政诉讼之路。将具体行政行为机关及上级复议机关一并告上了法庭。同时，她注意在诉讼过程中，将沟通、谈判贯穿始终。以诉讼手段作为维护当事人合法权益的有力保障，以谈判作为促成事件妥善解决的重要途径，引起当地政府及上级有关部门领导的高度重视。经过不懈努力，最终双方达成共识：地方政府同意通过土地回收

的方式，如数退还了委托人预交的近5000万元保证金，委托人同意撤诉。

在整个行政诉讼过程中，李律师不畏行政主体的强势，依法尽责地对相对人的权利进行维护。探索并实践了“诉前沟通、诉中协调、诉后疏导”的律师工作模式，既促进“官民”和谐方式化解行政争议，又在纠纷解决过程中保障委托人的最大利益，收到了良好的社会效果和法律效果。

### 京都所金杰、杨照东律师为青花集团提供法律服务 助力民营企业发展

### 李秀娟律师“四步”致胜“民告官”案件，挽回客户损失近五千万



李秀娟律师

行政诉讼俗称“民告官”案件。由于普通公民与国家机关地位悬殊，素有行政诉讼艰难的说法。这是一场私权利与公权力的对簿、弱势与强势的博弈。

近日，京都律师事务所合伙人李秀娟律师在一起行政诉讼案件中，不畏强势，运用谈判协商、行政复议、行政诉讼等综合手段，为客户挽回经济损失近5000万元。

这是一起国有建设用地使用权出让

纠纷案件。委托人——某房地产公司在参与地方政府国有建设用地公开拍卖中标，与政府签订了《成交确认书》，并缴纳了成交保证金人民币近5000万元。但事后现场勘察发现标的土地不符合“净地”条件，成交价格远超市场价数倍以上且涉嫌围标等问题，随后提出退标的请求。但按照合同约定，此时退标政府不予退还保证金。委托人陷入“继续开发亏损、退出亦亏损”的两难境地。

李秀娟律师代理此案后，多次前往标的地块实地踏勘，对非“净地”现场、政府拍卖公告、“围标线索”等问题进行认真细致的调查、梳理、分析、取证。在此基础上，果断采取以下措施：

一是发送律师函。在律师函中指出，地方政府前期公开拍卖程序存在明显错误，违反了国家相关法律法规。进

而提出希望政府及有关领导审慎决策，妥善处理相关问题，纠正错误行政行为，撤回土地成交确认书、退还竞买保证金的意见，为后续问题的解决指明了法律基础。

二是与政府沟通谈判。为了灌输法治思维的理念，据理力争，形成共识，李律师与地方政府相关领导反复沟通，提出行政行为应当遵循公开、公正、诚实守信的原则，符合国土资源部《关于进一步加强土地出让管理的规定》等法律法规，保护善意投资企业的合法权益，保证土地供应市场和房地产市场稳定健康发展的意见。为最大限度地争取地方国土资源部门的理解和上级政府依法行政以及事件的妥善解决奠定了思想基础。

三是启动行政复议程序。在谈判及沟通的同时，李律师代理委托人提出行

近日，京都律师事务所高级合伙人金杰、杨照东带领团队，为中国最大的耐火材料生产企业、亚太地区最大碱性耐火材料生产基地——营口青花集团提供法律服务，为民营企业助力。

习总书记11月1日《在民营企业座谈会上的讲话》指出：“查清问题，也要保障其合法的人身和财产权益，保障企业合法经营。对一些民营企业历史上曾经有过的一些不规范行为，要以发展的眼光看问题，按照罪刑法定、疑罪从无的原则处理，让企业家卸下思想包袱，轻装前进。”

随后，“两高一部”陆续发声，护航民企。最高法院要求，坚决防止将经济纠纷当作犯罪处理，坚决防止将民事责任变为刑事责任，“凡有悖于平等保护民营经济的条款，要及时废止”。最高检察院要求对民营企业符合从宽处理的案件，坚决从宽处理，对包括民营



金杰律师



杨照东律师

企业在内的涉经济犯罪案件，不该封的账号、财产一律不能封，不该采取强制措施的一律不采取。司法部出台了护航民企的“20条”意见，要求严防执法扰企，对于民企一般违法行为要以教育为主，防止执法“一刀切”，慎用查封、扣押、冻结。

青花集团建企34年来，不忘初心，坚持良性发展，销售收入累计实现402亿元，利税累计实现54亿元，累计出口创汇7.9亿美元。青花集团服务于国内

外知名的钢铁企业、建材企业、有色企业，为国家税收和当地经济发展、带动就业和出口创汇等做出巨大贡献，董事长王守彬连续五届当选全国人大代表，并多次受到国家领导人亲自接见。

不久前，青花集团有关人员涉及到刑事和民事交叉的法律问题，企业运行陷入有史以来最大的困境。京都所接受委托后，立即组成专业化律师团队，由高级合伙人律师金杰和杨照东带队，为青花集团提供专项法律服务。金杰律



## 业绩

师先后几次听取了企业的情况介绍，审查了企业提供的相关材料，考察了企业现状。尤其针对企业担忧的问题，与企业高管人员进行了探讨，分析和解答了企业目前涉及的民事和刑事交叉的法律问题，有针对性的提供了保持稳定、维

护运营、加强沟通、寻求理解的法律意见。对被采取强制措施的企业员工，派出律师接受委托、进行会见，了解涉案情况，协助企业积极做好稳定工作。接下来，京都律师将加强与有关办案机关的沟通协调，建议对个别人员的涉案问

题，历史的看待，把个人行为与企业行为区别开来，把孤立事件与企业牵连区别开来，把员工行为与企业高管区别开来，依法妥善处理本案，避免企业涉案后导致人心浮动，力争最大限度地维护民营企业的正常运营。✎

### 从步步为营到步步为赢， 京都律师用“四位一体”辩护法决胜刑民交叉案件

刑民交叉案件如今属于高发案件，需要同时考虑和处理其中的民事和刑事问题，对于辩护人综合运用各部门法，驾驭辩护工作的能力提出了更高的要求，京都律师事务所的律师们在长期的辩护实践中代理了大量的刑民交叉案件，积累了一定的经验。近日，由张启明律师担任辩护人的席某某涉嫌寻衅滋事一案，经过两次激烈的庭审，历时近十个月的审判程序，山东省某法院最终采纳了辩护人的辩护意见，裁定准许检察院撤回起诉。本案的成功辩护，为京都刑民交叉案件再添一例成功案例，其案件中“四位一体”的辩护思路不乏可借鉴之处。

#### 案情：争抢挖掘机引发的寻衅滋事案

##### 1. 以挖掘机质押的一笔民间借贷

2012年10月，山东省某县的王某某向席某某借款26万元，承诺四天后归还，席某某万万没想到司空见惯的一笔民间借贷四年后竟给自己带来了一场牢狱之灾。王某某并未如期归还欠款，经席某某催要后，王某某将自己购买的挖



张启明律师

掘机拖至席某某处质押，约定一个月后如还不能还款由席某某全权处置挖掘机，随后王某某失去联系。

##### 2. 挖掘机被抢走

直到2014年2月，王某某和某担保公司纠集二十余名社会人员，在席某某不知情的情况下，强行将挖掘机拖走，席某某得知后报案，第二天在担保公司找到该挖掘机，担保公司辩称王某某购买挖掘机时为王某某的借款提供了担保，王某某尚有19万元未归还，担保公司拒不归还挖掘机。

##### 3. 席某某如法炮制将挖掘机抢回

此后，席某某依然联系不上王某某

某，在2014年4月，听说王某某已将借款归还并将挖掘机拖回，席某某便四处寻找王某某和挖掘机，并在一个破旧工厂内找到该挖掘机，一天晚上，席某某邀约了几位朋友并雇佣了一辆拖车，在该工厂破窗将挖掘机拖走，并于当晚向公安机关报备。席某某将挖掘机抢回后便联系了买家，将该挖掘机出售。

##### 4. 公安机关介入挖掘机纠纷

席某某不知道的是，该挖掘机在2014年2月被王某某和担保公司拖走后，就已抢先出售给周某，所得款项归还担保公司的借款。席某某在2014年4月抢走该挖掘机停放在地是周某的工厂。

因为周某的报案和持续上访，公安机关于2015年12月向席某某下发《非法讨债行为告诫书》，于2016年7月以寻衅滋事罪对席某某立案并对其刑事拘留，后将案件移送审查起诉。

##### 5. 检察机关以寻衅滋事罪对席某某提起公诉

检察机关经过审查认为，席某某在

## 业绩

2014年4月采用砸窗入室的手段，将挖掘机强行拖走，涉案价值50万元，且经有关部门批评制止后拒不改正，其行为涉嫌寻衅滋事罪，于2018年1月对席某某提起公诉。

### 辩护：“四位一体” 综合论证

张启明律师在审判阶段接受席某某的委托，通过阅卷并向当事人了解案情，经过律师团队的充分论证后认为，本案系典型的刑民交叉案件，必须精心、审慎制定辩护策略：

#### 1. 以民事论证为先导

刑事程序一般不解决民事纠纷，但就本案而言，民事纠纷已经深入到刑事程序的审判阶段，挖掘机的权属问题以及行为的性质，是本案罪与非罪的关键。就辩护策略的选择而言，应就民事定性主动出击，抛给刑事法庭解决民事纠纷这一难题，达到论证本案系民事纠纷的目的。

在辩护意见中，辩护人围绕挖掘机的所有权、质权等民事关系主动出击。着重论述了挖掘机作为特种车辆按照动产进行管理的方式，席某某在某种程度上善意取得涉案挖掘机所有权，本应由席某某占有并处分。席某某在2014年4月24日将挖掘机开走的行为，是基于权利人对质物的占有的保护，本质上属于自力救济行为。在庭审中，辩护人又充分论证了本案实际是一起民事纠纷。

#### 2. 以刑事辩解为根本

对民事纠纷性质的分析，本质上

是“虚晃一枪”，为无罪的刑事辩护铺垫，如果一味围绕民事纠纷进行论证，偏离刑事诉讼的主题，就会本末倒置，不会取得良好的效果。

辩护人在论证挖掘机的民事权属之后，又以退为进地指出即使挖掘机权属不明，但存在债权债务纠纷是显而易见的，进而论证2014年4月找到该挖掘机并拖走是自力救济行为。同时指出担保公司在2014年2月将挖掘机拖走的行为，同样属于民事纠纷的范畴，不能依刑法进行评价。又步步为营地论证，若行为人误认为对财物存在合法权益，都不属于寻衅滋事罪中强拿硬要、任意占用公私财物的行为。

#### 3. 批判插手经济纠纷

每一个刑民交叉案件的背后，都有侦查机关插手经济纠纷的影子。

对此，辩护人连发四问：“首先，公安机关有没有权利越俎代庖就民事纠纷代行审判职能，擅自裁断诉争标的归何人所有？其次，就本案中标的物——挖掘机，涉及物权转移、动产质押、善意取得、侵权等诸多民事法律关系，公安机关是否具有进行裁决的专业能力，能不能阐述一下对席某某告诫的法律依据和论证过程？第三，公安机关对合法质权人席某某予以告诫，对席某某的债权如何保护有没有做出安排，席某某的合法债权由谁来保护？第四，以同样手段在2014年2月获取挖掘机的担保公司，公安机关为什么不同样作出告诫？”

#### 4. 法庭外进一步阐释

当然，法庭辩论远不是刑事辩护的

全部，庭审外与审判人员的交流是刑事辩护必不可少的组成部分。

本案辩护人在庭审外除了向审判长诉说席某某的冤屈，还就本案核心问题向法庭进行进一步阐述：“如果认定席某某构成寻衅滋事罪，有几个显而易见的矛盾无法解决：第一，席某某对王某某的合法债权如何实现保护？第二，刑事法庭确定该挖掘机应当归属于何人，席某某与王某某的借条及《抵押担保协议》为何无效？第三，以同样手段从席某某处拖走挖掘机的担保公司的行为如何评判，是否也构成犯罪？第四，作为其他犯罪补充的寻衅滋事罪，以挖掘机价值五十万元之巨大，席某某是否构成其他侵犯财产的犯罪？”

除此之外，辩护团队还主动查找了河北省某检察院就类似寻衅滋事案件作出的不起诉决定书供合议庭参考。

### 结果：合议庭采纳 辩护人意见，检察院撤回 起诉并作出不起起诉决定

历经九个月的艰苦工作，法庭最终采纳辩护人的意见，并与检察机关沟通。检察机关随后做出撤回起诉的决定，法院随即裁定准许。检察机关于2018年9月底以《\*检公诉刑不诉【2018】9号》不起诉决定书对席某某作出不起诉决定。

厘清民事法律关系，牢牢把握刑事法律的实质，分清主次，围绕案件展开论证，适当揭露插手经济纠纷的违法行为，并通过与法庭的良性互动有效的沟通，“四位一体”的开展辩护工作，是刑民交叉案件辩护的重要方法。✎



## 业绩

### 李杰利律师当选为财信发展独立董事



李杰利律师

2018年12月28日，财信国兴地产发展股份有限公司召开2018年第六次临时股东大会，会上选举京都律师事务所高级合伙人李杰利律师为独立董事，任职期限为自股东大会决议通过之日起至第十届董事会任期届满之日止。

财信国兴地产发展股份有限公司，中国A股上市企业（股票代码：000838），中国房地产百强，拥有国家一级房地产开发资质。本次选举李杰利律师为独立董事，是客户对李杰利律师专业能力的高度认可。

李杰利律师1999年取得律师资格，现

任京都律师事务所高级合伙人，李律师擅长公司境内外上市、并购重组、投融资法律业务，已为几十家客户提供法律服务，先后担任中国人保集团股份有限公司、中信银行总行、中国化工集团公司、中铁资源投资有限公司、第一拖拉机股份有限公司等大型企业的常年法律顾问，现兼任金正大生态工程集团股份有限公司（002470）、财信国兴地产发展股份有限公司（000838）、凯瑞环保科技有限公司（832964）独立董事。

### 京都所成功入选北京高院企业破产案件机构管理人名册

根据《中华人民共和国企业破产法》和《最高人民法院审理企业破产案件指定管理人的规定》，经过北京市高级人民法院编制管理人名册评审委员会对申报机构评审、在北京法院网和全国企业破产重整信息网对初审名册公示、评审委员会最终审定等程序，北京市高级人民法院近日正式公布了北京市企业

破产案件社会中介机构管理人名册，共有50家机构入选，其中41家律所，9家会计师事务所。北京市京都律师事务所成功入选，这是距2007年京都首批入册后，再获殊荣。

北京市京都律师事务所作为一家专业能力突出、服务优质的综合性律师事务所，拥有一支完善的具备较高破产领域专

业素养的法律服务队伍，在破产法律实践中成功解决了多类案件，积累了丰富的经验。在面对愈加复杂的破产事务面前，京都所将以更为专业、团结的姿态面对，精益求精，严格遵守《中华人民共和国企业破产法》，坚守律师职业道德，切实维护债权人、债务人以及第三人的合法权益，为建设法治社会贡献力量。

### 京都所入选北京城市副中心投资建设集团有限公司律师事务所库

2018年11月29日，北京市京都律师事务所收到北京城市副中心投资建设集团有限公司（以下简称“北投集团”）《入库通知书》，北投集团确定京都律所为入库单位之一。12月10日，双方正式签订入库协议。

北京城市副中心投资建设集团有限公司，是北京市属一级特殊功能类国有独资公司。2003年12月12日，北京新奥集团在原北京奥运场馆土地一级开发指挥部的基础上成立。2017年11月20日，北投集团由原北京新奥集团翻牌组建而

成，注册资本金100亿元人民币，出资人为北京市人民政府国有资产监督管理委员会。北投集团现设15个职能部门，3个业务中心（含8个业务部门），9个直属项目部。全资及控股分子公司12家，其中分公司1家、全资子公司7家、

## 业绩



刘敬霞律师

控股子公司4家。截至2018年6月底，北投集团资产总额达1132.6亿元。

“十三五”时期，北投集团发展定位是：服务首都发展战略，聚焦城市

副中心，主动承担京津冀协同发展重点任务，按照经营城市的理念营造城市，成为国内领先、集“投资、融资、开发、建设、经营”于一体的城市综合运营商。北投集团的两大主业是：城市投资与融资、城市建设与综合运营，承担2022年北京冬奥会冬奥村、北京大兴国际机场临空经济区、北投金融中心（亚投行总部将永久落户于此）等重大项目的投资建设，安全有序高水准运营城市副中心、奥林匹克中心区等。

京都律所本次入库，将为北京城市副中心投资建设集团有限公司及所属分子公司、项目部的日常法律事务、合同

审核、重大项目决策、对外投资合作、内部管理、各类纠纷、诉讼处理、项目建设、普法宣传等事务提供法律服务。

金融部高级合伙人刘敬霞律师牵头组织了本次入库投标，并得到金融部、民商诉讼部、公司与合规部、资本市场部等部门多位合伙人、律师及助理的鼎力支持，同时业务管理部、财务部、运营支持部等职能部门也在投标过程中给予了大量帮助。

京都律所将自入库协议签订后至2021年12月31日期间协助北投集团，努力为北京建设国际一流和谐宜居之都作出新的更大贡献。

### 柳波律师办理的罗某某被控受贿、玩忽职守案 取得良好的辩护效果

近日，北京市京都律师事务所高级合伙人柳波律师办理的广东罗某某被控受贿、玩忽职守一案一审宣判。

罗某某被指控在任职期间，收受贿赂近百万元，玩忽职守造成国家损失2.3亿余元。柳波律师在辩护过程中，根据事实、证据、法律，以专业知识、敬业精神、严谨态度，对玩忽职守罪做了无罪辩护，对受贿罪做了减轻处罚的



柳波律师

辩护。最终，一审法院以受贿罪、玩忽职守罪判处罗某某有期徒刑两年三个月。

宣判后，检察院没有抗诉，罗某某没有上诉，判决书已经发生法律效力。

柳波律师长期专注于职务犯罪、经济犯罪、刑民交叉案件的辩护，办理过多起无罪案件。本案再次取得良好的辩护效果。

### 京都刘哲律师代理的物业服务合同纠纷一、二审胜诉

著名歌唱演员宋某某位于香河某高档小区某单元2楼的房子装修好后准备入住，2017年7月，宋某某接到该小区物

业通知说房子漏水，宋某某从北京迅速赶到香河住所，打开房门后看到地面全是污水，每个房间每个角落全是充满污

水，当时家具全部泡裂、房间木地板全部鼓起，洗衣机和电冰箱被污水浸泡，所有地面上放的物品全部被泡，造成44项



## 业绩



刘哲律师

财产损失，宋某某精神上也受到巨大痛苦。与物业公司多次交涉，物业公司只是说排污总管堵了，认为是楼上其他业主装修导致堵塞，物业公司没有责任。

接受宋某某委托代理后，京都律师事务所刘哲律师迅速去现场进行实地调查，指导当事人多方取证，固定证据。根据双方所签订的前期物业管理协议及业主临时公约结合所调查的事实。刘律师认为，因为物业没有定期检查清理排污总管，未尽到维修管理义务，致排污总管堵塞造成地漏返水给宋某某造成损失。刘律师据此制订诉讼方案及办案思

路，及时将北京某某物业服务有限公司及其香河分公司作为被告向香河法院提起诉讼，诉请赔偿各项损失。被告方应诉后，申请法院将北京某某保险公司追加为被告。

诉讼中，原告向法院提出对房屋各项损失进行评估，经河北省某某资产评估公司评估后，出具评估报告。庭审中，被告提出的答辩理由主要是本案的损失系其他原因所致，并非当然系被告所致，对评估报告的依据提出异议，同时提出被告针对物业服务投保公众责任险作为抗辩。针对被告答辩观点，刘哲律师提出，根据双方协议约定，公共排污管的日常维修养护管理责任由被告物业管理企业承担；被告未履行维修养护责任，以确保物业共用设施设备正常运行，导致下水管堵塞，庭审中原告提交的多份证据包括被告部门经理亲自书写签名的情况说明及相关录音、照片、光盘等均证明被告管理的上下水管堵塞造成原告损失，二者之间存在直接因果关

系，庭审被告对此未提交任何反驳证据，不能证明造成堵塞的原因是由于原告或者其他责任者所导致；被告物业公司没有提供负责执行管道疏通管理工作的相关工作人员日常排污管道巡检记录、维修记录、定期疏通记录等证据；被告对评估结果的依据有异议，但未举证证明；保险合同是发生在被告和保险公司之间的文件，根据合同相对性原理，该保险合同对原告没有法律约束力，且原告对保险公司的定损结果不认可。一审判决支持了刘哲律师的观点，依法支持原告诉讼请求。

被告不服判决提出上诉，认为一审认定事实错误，同时存在认定事实不清，逻辑错误等理由。廊坊市中级法院开庭审理，认为上诉人的上诉理由不能成立，上诉请求不予支持，依法驳回，维持原判。

原告宋某某对案件结果非常满意，对刘哲律师专业尽职的工作态度和职业能力赞赏有加。

## 京都律师事务所受聘为国家林业和草原局森林公安局常年法律顾问

2018年起，北京市京都律师事务所受聘为国家林业和草原局森林公安局常年法律顾问，为国家林业和草原局森林公安局提供全面法律服务。

国家林业和草原局森林公安局自成立以来，在我国林地、森林和野生动植物资源安全方面做出巨大贡献，有力地遏制了当前涉林违法犯罪态势。在依法治国的新形势下，为进一步提升依法行政水平，加强法治政府建设，国家林业和草原局森林公安局经过对多家律师事务所的考察与评选，最终与北京市京



庞晓军律师



马若飞律师

## 业绩

都律师事务所建立长期合作关系，聘请我所为常年法律顾问单位。北京市京都律师事务所将在依法行政、法律培训、内部制度审查、专业领域法律咨询代理

等方面提供专业法律顾问服务。

本次顾问律师团队由京都所合伙人庞晓军律师及马若飞、吴艺楠等律师组成。该团队秉持京都深厚的法学理论底

蕴和丰富的法律服务积累以及团队成员个人在为政府、企业客户服务中形成的专业经验为国家林业和草原局森林公安局提供优质的法律服务。

## 京都所入选大同煤矿集团有限责任公司律师库

近日，北京市京都律师事务所接到大同煤矿集团有限责任公司（以下简称“同煤集团”）《中标通知书》，京都律所入选同煤集团律师库。

大同煤矿集团有限责任公司前身是成立于1949年的大同矿务局，2000年改制为有限责任公司。同煤集团是我国第三大煤矿国有企业，总部位于山西省大同市，拥有煤田面积6157平方公里，总储量892亿吨。目前，同煤集团拥有20万员工和80万员工家属，170多个基层单位，还有包括漳泽电力、大同煤业2家上市公司和1家财务公司。同煤集团以煤炭、电力为主，还涉及金融、煤化工、冶金、机械制造、物流贸易、建筑建材、房地产、文化旅游等多元产业。2018年7月，同煤集团在“2018年《财

富》世界500强”中排行第497位。

京都律所本次分别在四个标段中入选了同煤集团律师库，将为同煤集团及其所出资的企业提供如下方面的法律服务：债券发行、企业贷款、收购与杠杆融资、银行与金融市场、项目融资、债务与资本市场（IPO）、证券与资本市场业务等法律服务；公司咨询、劳动与就业、反贿赂与反腐败、商业合同及外包、公司并购与私募股权等法律服务；各类民商事诉讼、仲裁、劳动争议仲裁和诉讼、行政诉讼等案件代理服务；为企业在经营过程中涉及到的技术转让、合作、开发、许可等知识产权相关项目等提供法律服务。

本次投标由金融部高级合伙人刘敬霞律师牵头组织，金融部程光、刘为

同、齐超、程通在此过程中付出了辛努力，并得到了来自金融部、民商诉讼部、公司与合规部、房地产与基础设施部、资本市场部、涉外业务部的肖树伟、郑建鸥、张振祖、陈东利、李杰利、周振国、金燕等律师的协助及其他擅长不同业务领域的优秀律师和律师助理的共同参与，并得到了业务管理部、财务部、运营部的大力支持。

本次入选，一方面得益于京都律所的专业化能力、综合化服务、组织体系整体构建，更与京都所多年为国有大中型企业、众多银行、上市公司、资产管理公司等众多客户提供多样化法律服务的丰富经验密不可分。加入同煤集团律师库后，京都所将根据客户委托，为其提供专业、优质、高效的法律服务。

## 活动

### 朝阳区惩戒委赴京都律师事务所深度调研

2018年11月30日，北京市朝阳区律师协会惩戒委来到京都律师事务所（以下简称“京都所”）进行深入地调研交流，本次调研由朝阳区律师协会副会长

熊智先生带队，惩戒委主任胡永春先生、副主任青松先生、张志同先生、张群力先生，副秘书长徐莹女士、孙刚先生悉数莅临。京都所名誉主任田文昌律

师，主任朱勇辉律师、高级合伙人肖树伟律师、张雁峰律师以及业务管理部刘立杰主管和市场部田一夫主管对朝阳区律协各位领导表示了诚挚的欢迎，并出





## 活动



与参会人员合影



主持人：徐莹

席座谈会。会议开始前，朝阳区律师的各位领导参观了京都所，并与所内同仁合影。本次会议由京都所合伙人徐莹律师主持。

京都所朱勇辉主任首先做了热情洋溢的欢迎词，对朝阳区律师协会多年来对京都所的关怀和帮助表示感谢！京都所一直注重对律师执业素质的培养和考核，走专业法律服务的道路，严格执业纪律要求。

朝阳区律协熊智副会长发表了讲话，肯定了京都所在业界所取得的成就，京都将法律服务事业精神不断发展

和传承，具有标杆性意义。要严肃地关注律师行业，促使行业健康、有序发展，惩戒委具有重要作用，开展工作的基本导向是“害群之马坚决清除，恶意投诉坚决抵制”。本届惩戒委要积极创新，主要在以下方面着力：第一，判词质量的提高。惩戒委的判词要投入精力、展现专业，体现法律人的理性与精神，用惩戒来完善；第二，工作模式的转变。惩戒委的工作模式要从被动投诉向主动巡查转变，通过巡查提升律师行业的纯净度；第三，树立律所标杆。没有具有标杆意义的律师事务所，是整个行业的悲哀。惩戒委要防止对律师事务所的恶意攻击和中伤，维护“朝阳律师”的品牌。



朱勇辉



熊智



胡永春

朝阳区惩戒委胡永春主任讲话，其首先介绍了本届惩戒委的人员组成和工作重点。京都所作为全国知名的大所，七年来基本做到低投诉及投诉不成立，大所并没有产生大的投诉率，京都的成功经验值得总结、推广。并与参会律师就事务所内部设立惩戒机制的架构与效果等改革问题，进行了深入的交流。

北京市律师协会惩戒委员会主任、京都所高级合伙人肖树伟律师致辞，表达了三个“感谢”：第一，感谢本届惩戒委将成立后调研的第一站放在了京都所，表明了朝阳区律师对京都所工作的重视；第二，京都所虽然在律师管理上取得了一定成绩，但也存在问题，感谢惩戒委一直以来对京都所的支持和帮助；第三，感谢朝阳惩戒委对北京市律协惩戒委工作的支持，对整个律师行业发展的保护，对个案的惩戒就是对整个行业的维权！他还就刑事案件风险代理问题谈了自己的观点，介绍了京都所在规范律师执业上的两条必须坚持的禁令。

京都所高级合伙人张雁峰律师发言，对协会领导一行表示衷心的感谢！

在自由讨论环节，熊智副会长、张志同副主任、张群力副主任就事务所品牌建设、内部一体化管理经验、刑事辩护独立出庭资格认证的比例、程序等具

## 活动



肖树伟



张雁峰



张志同



张群力



刘立杰



田文昌

体问题表现了较浓厚的兴趣。京都所主任朱勇辉律师和业务部刘立杰主管等相关问题做了解答和回应。

京都所业务部主管刘立杰详细描述了业务管理部门的主要职责和工作范围：其一是业务部对立案、盖章的管理；其二是对投诉案件的内部处理。在确实评判不清的情况下，本着有利于客户的原则处理；其三是对全体律师进行执业风险培训，内容包括基本的法规培训和警示案例，并作为考核指标。

朱勇辉主任进一步介绍了京都所的团队管理和惩戒工作概况。一是，总体

做到合适的人办理合理的案件：所谓合适的人，就是严格把握进人关，筛选专业能力强、价值观认同的法律精英；所谓合适的案件，就是不以收费作为收案的唯一标准，充分揭示风险，不盲目承诺结果。二是，凡是接下来的案件，严格按照流程办事。我们在收案、开票、质量控制等方面有严格的流程，必须依规则办案。三是，加强树立京都品牌，强化主人翁精神，形成品牌认同感。我们聘请专业的市场开拓、品牌营销的职业人，来打造京都的金字招牌。四是，对于接到投诉的案件，第一时间处理，

层层布局，高端干预，将律师与客户纠纷积极地消解。五是，首创的刑事辩护律师独立出庭资格，是对当事人服务质量负责，有效地避免风险。而关于年轻律师的成长，既给予途径，也给予压力。

京都律师黄立云、常莎，市场部主管田一夫也参与了本次调研会议，并对相关问题发表了观点。

在热烈的讨论之后，京都名誉主任田文昌律师和熊智副会长对本次调研活动进行了总结发言，肯定了成效，提出了期望！

田文昌律师说道，由于客观的历史原因，中国律师的现实状态是出身卑微、处境险恶、缺乏传承、管理混乱，惩戒工作是非常必要且重要的。惩戒和维权是一体两面，要搞清楚律师定位、基础原理，把握好界限，该处理的处理，该维护的维护，才能搞好惩戒工作。

熊智副会长说道，今天的交流既有广度又有深度。朝阳律师是一个非常有价值的品牌，我们要爱惜和不断发展这个品牌，建立良好的律师执业生态！

在朝阳律协领导的关怀、指引下，京都所将进一步创新、求索，形成律师事务所管理的京都经验，为行业规范发展、服务法治进步做出积极的贡献！

## 中国建筑股份有限公司赴京都律师事务所 就法律服务深入洽谈

2018年11月22日，中国建筑股份有限公司总法律顾问秦玉秀女士、法律部副总经理程海波先生、助理总经理周逸女士、助理总经理甫永恒先生和业务经

理孙昂先生，来到京都律师事务所进行工作交流。京都律师事务所名誉主任田文昌律师、朱勇辉主任和高级合伙人孟冰律师、刘敬霞律师、赵岐龙律师，市

场部主管田一夫、业务部主管刘立杰出席了会议。

田文昌律师对秦总一行到访京都律所表示热烈欢迎，如话家常般将京都创



## 活动



与参会人员合照

立以来的故事娓娓道来，自始秉持“专业化、综合服务”的办所目标，并为此付出了二十余载不懈努力。时至今日，京都律所已在打造“专业化、综合化、团队化、国际化”一流律师事务所方面取得了一定成绩，有能力为高端客户提供全方位优质法律服务。

朱勇辉主任代表京都所对中国建筑股份有限公司法律团队的到来表示诚挚感谢，并简要介绍了事务所的成立历



田文昌 朱勇辉 刘敬霞 秦玉秀 黄雅君

史、所获荣誉、品牌定位、使命、宏观布局 and 战略发展方向和管理模式。

刘敬霞律师以数据介绍了京都所的发展历程和取得的成绩，京都的职能部门、业务部门、业务板块、四大中心构造及管理模式、核心价值观，都是为了给客户

中国建筑股份有限公司总法律顾问秦玉秀女士就中国建筑股份有限公司的历史沿革、组织架构、业务类型、发展方向、海外市场、品牌塑造等方面做了介绍，结合法律团队和法律需求谈了法律服务的价值、特点和业务类型等。

黄雅君律师对中国建筑股份有限公司的信任和工作过程中给予的支持表示

衷心感谢，并就商标法律服务的相关工作向中国建筑股份有限公司做了汇报，与中国建筑股份有限公司法律团队交流了商标法律服务工作计划和建议。

业务管理部刘立杰主管向中国建筑股份有限公司法律团队介绍了京都律所的业务管理模式，并汇报了大数据分析为提升客户服务和事务所专业化发展提供的有效支持。

京都律师事务所将一如既往地为客户提供专业化、切实有效的法律综合解决方案！

### 田文昌律师出席“新时代刑事辩护热点问题”论坛并发表主题演讲

2018年12月28日，由湖北省法学会律师法学研究会、中南财经政法大学刑事

辩护研究院联合主办，湖北省律师协会刑事法律专业委员会承办的2018年年会暨“新时代刑事辩护热点问题”高端论坛（以下简称“论坛”）在武汉市中

南财经政法大学成功举办。中华全国律师协会刑事法律专业委员会主任、京都律师事务所名誉主任田

## 活动



“新时代刑事辩护热点问题”高端论坛现场



田文昌律师在论坛现场

文昌律师发表了《走出刑事诉讼的理念误区》的主题演讲。他指出，法律人走出刑事诉讼的误区最关键的两点是更新滞后的法律理念和提高实务应用技能，并结合近年来倍受关注的刑事案件阐述了“无罪推定”与“实事求是”、“证据真实”与“客观真实”、程序的“规则目的”与“独立价值”之间的逻辑冲

突，认为只有厘清上述逻辑关系才能建立真正的法治思维。此外，田文昌律师同时提出，未来我国律师制度将进入发展期，应高度关注理念更新和刑事辩护业务的培训。此次论坛以习总书记新时代中国特色社会主义思想为指导，以“新时代刑事辩护热点问题”为主题，深入贯彻中

央与司法高层关于刑事案件律师辩护全覆盖试点和“扫黑除恶专项斗争”的重大工作部署，以着力推动《监察法》与《刑事诉讼法》的有效衔接，是一次非常有意义的刑事学术盛会。来自湖北省内外政法机关、科研院校、司法实务部门的近两百名领导嘉宾、专家学者和有关代表出席了此次论坛。

### 田文昌律师出席“改革开放与企业法治”座谈会

12月22日，为庆祝改革开放四十周年，深入探讨新时代企业改革、企业法治的法律政策、体制机制等问题，促进企业又快又好发展，由中国人民大学商事法律科学研究中心、中国集团公司促进会、法制日报社中国公司法务研究院共同主办、由中国企业法治智库和北京市国联律师事务所共同承办、中国企业法治论坛组织的“改革开放与企业法治”40周年40人座谈会，在中国人民大学召开。全国律协刑事业务委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌应



会议现场



## 活动



田文昌律师在会场

邀出席了此次会议并发言。

田文昌律师指出：市场经济是法治经济。法治进程40年来成绩卓著但曲折很多，而企业也是成绩卓著但举步维艰。这种现象，一是体制交叉所导致，

体制交叉对这一结果有一定的必然性；二是两种不成熟状态——市场经济不健全、法治市场不成熟是更为重要的原因。这些问题要正视、要解决。简单说，从法律人角度看，要真正实现法治经济，要从理念上、制度上、操作上进行转变。怎样加强重视企业经营活动中的法律保护问题迫在眉睫，我们要重视律师的综合化、团队化。我国律师行业发展历史短，人们对律师服务缺乏认识。我们的律师服务法律市场非常小，从业律师多“单打独斗”，而企业的重大问题一般牵涉刑法、民法等众多领域，过于复杂。这一体制问题使得律师对企业的法律服务较难，团队化的大型律所才能提供全面的服务，才能更好地服务企业。

此外，来自全国人大、商务部、工信部、中国企业联合会、中国集团公司促进会、中国国际经济贸易仲裁委员会、北京仲裁委员会、中国人民大学、中国人民保险集团、中国银河证券、华融华侨资产管理股份公司等有关领导，中国航空集团、东方航空集团、中国建筑集团、中国民航信息集团、中国中铁股份公司等总法律顾问和法律机构负责人参加了此次座谈会。与会代表一致认为，改革开放在企业法治中发挥决定作用。本次座谈会，通过政府、立法机构、法学法律界、律师界、司法与企业界加强合作，释放了法治精神的正能量，有效联合各界共同推进了企业法治进程，推动了依法治国建设。

## 《人民的名义》被诉抄袭案媒体答疑会在京都所举行，金杰律师助力作家知识产权保护

2018年12月12日，一个充满爱的温馨日子。京都律师金杰代理的作家周梅森《人民的名义》被诉抄袭案媒体答疑会在京都所举行，一直关注本案的多家媒体记者冒着寒冷来到京都所。参加媒体答疑会的有《人民的名义》的总发行、总监制李学政，同是被告的北京出版集团的委托诉讼代理人陈玉成。答疑会特别邀请了中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国人民大学国际知识产权研究院研究员张广良老师，就涉及著作权法保护的对象、判定抄袭剽窃的标准和独创性等问题，进行专家解读。



答疑会现场

## 活动

原告李霞诉周梅森《人民的名义》抄袭案，北京市西城区法院于12月11日作出一审判决，驳回原告李霞的全部诉讼请求。

答疑会上，金杰律师介绍了参与本案诉讼的基本过程。原告李霞起诉认为，小说《人民的名义》在人物设置、人物关系、关键情节、一般情节、场景描写、语句表达等方面大量抄袭、剽窃原告《生死捍卫》一书，且未给原告署名，侵犯了原告享有的著作权，故诉至法院。原告向周梅森索赔80万元，向出版社索赔20万元。

金杰律师作为周梅森和北京出版集团的代理人，在庭审中答辩认为：

一、《人民的名义》与《生死捍卫》二部小说的人物和人物关系设置不同。

《人民的名义》中设置的人物有检察官侯亮平等七十多位有名有姓、性格鲜明的人物。在人物和人物关系的设计上，与小说《生死捍卫》有实质性区别：一是人物的经历描写不同；二是人物的个性特征描写不同；三是人物之间发生的故事冲突不同；四是人物之间交往和联系不同。至于检察机关和行政机关的设置，以及检察、行政人员等职务设置的部分雷同，属于司法和行政机关设置的固定模式，属于公知素材，不构成侵权。

二、《人民的名义》与《生死捍卫》二部小说的故事情节不同。

《人民的名义》是以检察官侯亮平查处小官巨贪赵德汉入手，以侯亮平的侦查行动为叙事主线，讲述了检察官查办贪腐案件中的艰辛和曲折故事。将大风厂作为故事的辅助线索来描写，通



金杰律师在会场

过检察官侯亮平查处案件，揭露了高育良、祁同伟、丁义珍等腐败贪官和利益集团，同时揭示了汉东省官场政治生态存在的问题，最终使贪官受到法律的惩罚。小说《生死捍卫》是以杨天翔为主人公，从描写杨天翔出任云都市检察院检察长当日，检察院发生爆炸案入手，带领检察官查处贪腐案件，开展公益诉讼，维护弱势群体利益，忠实履行检察机关的法律监督职能，经受住亲情、友情和金钱的考验，捍卫了党和人民的利益。两部作品虽然在总体上都是描写检察官办案，但在故事情节上存在实质性区别。

三、《人民的名义》与《生死捍卫》二部小说的场景描写不同。

《人民的名义》在场景描写上跨度很大。从检察官查处小官巨贪赵德汉，到牵出京州市副市长丁义珍外逃；从反贪局长陈海被撞昏迷，到揭露山水集团高晓琴的利益集团黑幕；从查处公安厅高晓琴的儿子赵瑞龙，到揭露腐败官员与利益集团的勾结等等。小说《生死捍卫》从访问学者杨天翔奉调回国，到出任云都市检察院检察长；从上任当日

遇到爆炸案，到牵连出反贪局长为获取非法利益，徇私枉法；从杨天翔接待上访群众，到发现弱势群体的利益遭受严重侵害；从开展公益诉讼，到查处腐败官员等腐败案件等等。两部作品对于故事场景的描写上均存在实质性区别。在语句表达和其他内容方面，两部作品同样存在实质性区别。综上，《人民的名义》与《生死捍卫》描写的是两个完全不同的故事，在表达方式上具有实质性区别，不存在抄袭和剽窃的事实，请法院依法驳回原告的诉讼请求。

为了让到会的媒体记者全面了解两部小说对比的具体情况，金杰律师结合庭审和一审判决书，对两部小说存在的实质性区别进行了举例介绍。

金杰律师介绍，经过庭前交换证据、进行对比，以及庭审调查，《人民的名义》是一部反腐败的经典作品。小说反映了以侯亮平为代表的检察官查处腐败贪官的艰辛和曲折故事。揭露了高育良、祁同伟、丁义珍等腐败贪官和利益集团，同时揭示了汉东省官场政治生态存在的问题。以侯亮平的调查行动为叙事主线，讲述了当代检察官维护公平正义、查办贪腐案件的故事。

《生死捍卫》主要讲述的是以访问学者身份在国外进修的杨天翔，被省委电召回国，出任云都市检察院检察长。杨天翔上任当日，云都市检察院院内发生爆炸案，检察院分管反贪的副检察长张立言提出辞职，老检察长吕子风托病住进医院，紧接着国光厂国有资产流失案浮出水面，高阳苗木受贿案引发大规模上访。内外交困中的杨天翔带领张立言、晏秋、周海波等检察官冲破重重阻力，与以赵长青为代表的腐败分子做



## 活动

斗争，维护社会的公平正义；检察官们开展公益诉讼、维护弱势群体的利益，经受各种考验，用忠诚乃至生命捍卫法律、捍卫党的事业、捍卫人民的利益。

比如，原告认为《生死捍卫》中主人公检察长杨天翔与《人民的名义》侯亮平在个人背景、家庭结构、社会关系、履职经历、办案遭遇方面皆相似。

通过对比，杨天翔与侯亮平在个人背景、家庭结构、社会关系、履职经历方面描写不同。

原告认为检察院反贪局长遇害的情节相似。

通过对比，《生死捍卫》中，检察长杨天翔上任当天，原花石湾矿主耿顺开引爆捆绑在身上的雷管，与云都市检察院反贪局长段明仁同归于尽。其作用是通过反贪局长被炸身亡，引出矿产纠纷，将案件线索引向银行行长白无瑕主管的农业银行违法放贷，并暗示案件牵扯人员的情况复杂。

《人民的名义》中，反贪局长陈海接到举报电话，在接近案件真相时，遭遇不明车祸，被撞昏迷。通过反贪局长被撞昏迷，引出侯亮平接替陈海出任省反贪局长，并暗示检察工作的危险性。两者完全没有可比性。

原告认为关于跳楼的情节相似。

通过对比，《生死捍卫》中，违法商人向荣华为逃避法律的制裁，跳楼自杀，没有描述跳楼的过程。

《人民的名义》中，油气集团董事长刘新建为了抗拒抓捕，手持水果刀站在紧靠窗户的大办公桌上扬言要跳楼，经过侯亮平的细致劝导，刘新建内心发生变化，被侯亮平带走，交待了违法犯罪的事实。二者也没有可比性。

原告认为喝咖啡的描写相似。

通过对比，《生死捍卫》中描写：“一条僻静的小街尽头，一个名叫‘伊人吧’的咖啡屋里赵长青与白无瑕相视而坐，两杯刚刚煮出的咖啡，缭绕着赭色的水雾，在两人的眼前聚散离合，盘旋交织。”“白无瑕本来心不在焉地舀着咖啡”。《人民的名义》中描写到：“二人来到接街口拐角处，推门进入一家咖啡厅。灯光幽暗，音乐袅袅，咖啡香气四下弥漫。”“街灯照着陆亦可的侧影，她低头搅拌饮品，神情忧郁”。二处的文字、意境不同，描写不同。《生死捍卫》中描写的是，副省长赵长青在咖啡屋里与情人白无瑕约会，回顾旧情。《人民的名义》中描写的是，反贪局长侯亮平与处长陆亦可在谈工作，完全不同。

再如“揣着明白装糊涂”“混蛋（混账东西）找死”句式虽然相同，因都属于生活中发泄不满的俗语，不具有独创性。

一审判决认为，涉案两部小说在原告主张的破案线索的推进及逻辑编排、角色设置、人物关系、情节、具体描写五个方面，通过具体比对，在表达上不构成实质性相同或者相似，《人民的名义》不构成对《生死捍卫》的抄袭，李霞关于周梅森、北京出版集团侵犯其著作权的主张不能成立。遂判决驳回原告全部诉讼请求。

参加答疑会的记者提出了如何判断两部作品的相同或相似，如何把握作品的实质性区别等问题。

中国人民大学法学院教授张广良解读到：“同样的题材，如果是公有领域中的表达，任何人都是可以用的。所谓



张广良教授在会场

独创性，首先是作者要有独立完成，其次创作的作品与在先作品具有实质性区别，不是抄袭别人而来的。如果虽然是自己写的，但是已经在公有领域中的素材，比如借刀杀人这样的说法、喝咖啡等等日常的表述，虽然是你书中写出来的，但是不受到著作权的保护。”

“作者仅仅对自己做出独创性的表达享有权利，即体现作者的个性与表达，而不是进入到公有领域的东西。要求故事的线索、组成故事发展脉络的情节要有独创性的东西在里面。首先，人物的形象一定是丰满的、能够体现个性的人物形象，而一些大众都想到的检察官是怎样的，贪污犯怎样跳楼等，则难以达到著作权法所规定的独创性的规定。关于语言的表达，有的作者甚至要求语言表述的风格，比如北京的痞子文学的风格，这些就不属于著作权法保护的内容。”

张广良教授强调，当一个电视剧很火爆的时候，常常会有侵权案件的发生，比如《宰相刘罗锅》很火的时候，一个写《刘罗锅传奇》的人就去法院提出诉讼，还比如《圈里圈外》《梦里花落知多少》《宫锁连城》等等。所以，作者著作权的保护及显得尤为重要。

## 活动



李学政老师在会场

《人民的名义》中王文革的扮演者李学政表示，周梅森遇到这样的事情已经气病了，一审以后，原告如果再上诉就要二审，这些都严重影响到周梅森的创作欲望。原告在诉讼之前要深刻反思一下自己的作品，不要找没有知识的、无良的专门赚原告钱的律师，这是对于

司法资源的极大浪费。

北京出版集团有限责任公司编辑陈玉成也谈到：“《人民的名义》是近年来深受各界读者喜爱的一部现实主义力作。其无端被诉抄袭侵权，对于作者周梅森老师与北京出版集团来说，都是一次创作出版与名誉上的极大伤害，也由此带来了网络舆论上的许多纷扰。西城区法院对此案做出的公正判决，还原了本书创作出版过程中的客观事实，对于这部精品的原创力也是最好的正名。对于著作权与原创力的保护，相信这个案件也是一次很好的法律普及。”

对于记者们提出的问题，张广良教授都给予了专业的解答，金杰律师也与记者进行了相关问题的探讨。

最后，金杰律师建议，本案的结

果是意料之中的，关键是从本案中引起人们的许多思考。诉权是法律赋予每个公民的权力，作为当事人，认为自己的著作权受到了侵害，提起诉讼本无可非议。但应当谨慎为好，在起诉之前咨询一下著作权方面的法律专业人员，请这些专家帮助研究把关。另外，作为法律人，对当事人应当尽到必要的指导和审查的职责，以防止滥用诉权，避免给原创作家带来名誉上的损害，也避免误导公众。

答疑会虽然言犹未尽，但与参会人员都了解了本案的真实情况，感受到了保护知识产权，以及保护原创作家合法权益的紧迫性，也研究学习了著作权方面的法律和实务知识，获益匪浅。

## 朱勇辉、聂素芳律师应邀为清华大学工业工程系供应链管理高级研修班授课

2018年12月23日晚，在清华大学工业工程系供应链管理高级研修班2018班的开学典礼上，京都律师事务所主任朱勇辉律师及合伙人聂素芳律师应邀为学员授课，授课题目为《企业经营中合同诈骗罪的风险及规避》。

二位律师结合相关法律法规及自己在实务中承办具体案件的体会，以多个具体实务案例为切入点，为学员们提示了在企业经营管理过程中无处不在却又难以察觉的合同诈骗罪的风险，重点讲述了如何尽可能避免被错误追究合同诈骗罪，另一方面也讲述了如何避免被诈骗。授课内容与学员们日常经营活动密切相关，授课氛围良好，参与度高，授课效果受到了学员的一致好评！



朱勇辉律师在典礼上演讲



聂素芳律师在典礼上演讲



## 活动

### 佟杉杉律师参加北京律协研讨会， 主讲企业国有资产交易律师业务及案例

2018年11月3日下午，《国有企业改革政策动向及热点、难点法律实务》研讨会在北京市律师协会三层报告厅举行。京都律师事务所公司与合规部高级合伙人、北京市律师协会国有资产法律专业委员会秘书长佟杉杉律师作为主讲人受邀主讲“企业国有资产交易律师业务及案例”，本次研讨会吸引了一百五十余名律师参加。

本次研讨会，佟律师从理论角度和实践经验出发，围绕国有资产交易中的产权转让、增资扩股、重大资产转让三个方面展开论述，为大家梳理和解读了国有资产交易法律法规及政策的相关规定，通过案例深入浅出的阐述了国有资产交易中存在的重点难点问题并提供了针对性的应对及防范措施，同时详细讲解了国资监管下资产交易中的国资监管机构审批、资产评估备案/核准程序、职工安置问题、交易条件设置、竞



法律实务讲座现场

价方式选择等特殊性问题，对律师从事股权重组案件中股权结构及交易模式的设计提出了建设性的看法。佟杉杉律师的讲解条例清楚、层次鲜明、亮点频出，干货满满，受到与会者的热烈欢迎。

佟杉杉律师从业十几年来，为众多

国有企业提供了多种形式及内容的法律服务，尤为擅长国企改革、国有资产交易，为国有企业设立、变更、改制、外资并购、兼并重组、清算等提供专项法律服务，曾操作做过数百例国有资产交易的案例，具备丰富的专业知识和法律实践经验。

### 京都知识产权公益沙龙之影视宣发风险

2018年10月31日，知识产权公益沙龙之“影视宣发行为的法律风险管理”在京都律所北京总部如期举行，二十多位影视行业从业者、三位嘉宾讲师共同研讨行业中的疑难问题及应对策略，讲师深入浅出的剖析、参会者认真的聆听与积极的反馈，使得现场充满着

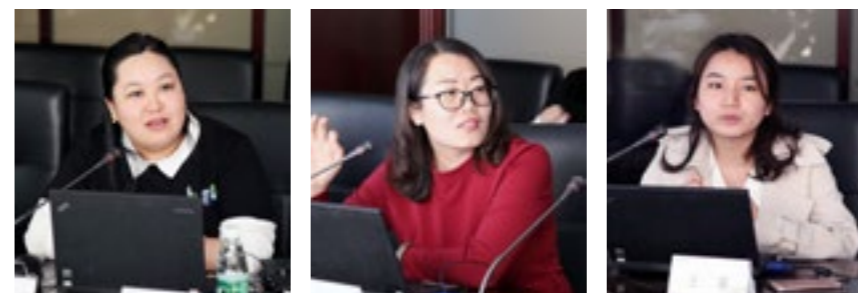
浓厚的学习的氛围。

“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系列沙龙，团队由多名知产专业律师组成，举办的多期活动受到了很好的社会评价和积极反馈，至今已成功举办了十二期。本期王菲律师、雷蕾律师和李

楠楠讲师分别从宣发行业的行政程序、宣发的法律关系、宣发过程中的法律风险及规避建议三方面，结合生动有趣的实际案例进行了深入全面的讲解。

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，分享内容严谨专业、讲解

## 活动



王菲

雷蕾

李楠楠

过程生动有趣，王菲律师首先带大家一起了解了“宣发概况与趋势”，然后从“需要关注的那些行政程序”进行一一梳理，最后针对行政风险给出了具体的管理建议，层层递进，有效的帮助宣发从业人员厘清了工作过程中存在的法律风险和找到了防范措施。

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从宣发行为主体切入，带大家梳理了常见的法律合同，并对合同法律关系进行了详细讲解，最后结合“《英雄本色》宣发风波”、“黄志忠”工作室等生动的案例

给出了有效落地的建议”，精彩的分享使得现场互动积极、气氛融洽。

作为新生代的力量，清华大学知识产权法硕士李楠楠，结合“手机”严守一VS 崔永元，《爱情公寓》电影宣传，同人作品《此间的少年》，《我不是药神》海报抄袭等近期热点事件，把宣发过程中可能遇到的法律风险及规避建议进行了抽丝剥茧的分享，收到了参会人员的一致好评。

“京都知识产权公益沙龙”是一个持续的公益系列沙龙，我们将会继续关注社会热点问题，积极展开调查和讨论，和大家一起在知识产权法律发展和建设的道路上砥砺前行！

### 新书发布：《律客先生》智艳军——以宾客自处，内外兼修

近日，京都律师事务所合伙人智艳军律师的新书《律客先生》由知识产权出版社正式出版发行。

谈到律师，大家都会想到TVB里戴着假发、唇枪舌战的电视剧场景。然而，律师业在中国，却经历了曲折的百年故事。

1912年，北洋政府颁布了中国历史上第一部律师法——《律师暂行章程》，标志着近现代律师制度在中国的正式建立，也意味着作为法制现代化重要符号的律师制度在中国迄今已历时百年之久。

中华人民共和国成立后，我国曾效仿苏联开始了律师制度的除旧立新。经历了把律师纳入国家公职范围，后律师制度发展中止。

改革开放后，随着整个社会大发展变迁，律师业回归社会并在社会中逐渐形成了与其职业使命和专业化要求相适应的自治自律机制，表现为一个完整的社会化和行业化进程。中国律师业在这40年中取得了巨大的发展。而时代的发展，对律师的要求也有了新的维



智艳军



## 活动

度，不光是要从单纯的法律眼光来看待法律事件和法律问题，更重要的是要有社会视野和人文关怀。

智艳军律师的新书《律客先生》恰恰体现了这种新时代律师的专业素养与人文精神。恰如作者在自序中所言：“律客先生，旨在以宾客自处，通过对法律规则技术层面的运用从而能够靠近法律艺术，体现天理、国法、人情的交响境界。”

这本书以作者主持的《律客先生》脱口秀节目为基础，包含了45期节目的主题和内容。2015年到2017年的很多社会热点事件，都能在这本书中找到回应。从“特赦”探讨宪法的历程和视野，从“复旦投毒案”思考年轻人如何奋斗并与自己和解，从“魏则西事件”探讨企业的社会责任，从“疫苗案”谈及疫苗各个环节的监管责任，从浙江省中医院的“艾滋病事件”谈到了法律规

则与法律信仰……

这本书里，你能看到宏观层面法律与道德、情与法的关系，能看到法律系统本身的力量和缺失，也能看到具体法律事件的法律关系分析和法律运用；听起来像是娓娓道来的热点事件的法律盘点，背后是一个职业律师的审慎、缜密和专业。

就像封面上那位勇敢而笃定的律客先生，身后已是过往，前方还有希望和梦想。

### 印波律师新书发布

#### 《法槌下的正义——审判中心视野下两大法系辩审关系探析》

近日，京都律师事务所兼职律师、北京师范大学刑事法律科学研究院/法学院副教授印波博士的新书《法槌下的正义——审判中心视野下两大法系辩审关系探析》由人民法院出版社正式出版发行。该书立足司法改革，从两大法系审判在诉讼中的中心地位、辩护律师在诉讼中的作用、辩护律师与法官辩审关系的构建为切入点，力求为推进以审判为中心的诉讼制度改革提供域外经验与难点问题研究成果，全书每章具体包括域外立法及动态、研究热点及前瞻、典型案例及其评析。其中，典型案例具有代表性，评析也比较通俗易懂，是全书的亮点。据悉，本书已在京东、当当及各大书店上架出售。

法官和辩护律师是法律职业共同体中两个重要的组成群体，两者之间的关系是审判中心视野下刑事诉讼主体间

的核心关系之一。本书逐一探讨了英美德法四国法官与辩护律师关系的立法及动态、研究热点及前瞻、相关典型案例及评析，系统归纳、例证了法治发达国家在践行审判中心主义，构建科学、和谐辩审关系的实践。在本书中，作者认为借鉴两大法系的先进经验，在新一



印波新书发布



轮的司法改革中应当致力于确立法官居中裁判，控辩双方平等对抗的等腰三角形刑事诉讼构造，辩护律师的工作需要得到法官庭审调查、核实。法官和辩护律师在角色上分工负责，在身份上相互独立，两者应当在法律允许的框架下协商、沟通，谨慎地实施协商性司法。律

## 活动

师应当尊重法官的审判权威，对法官履行坦诚义务。法官具有对于律师的庭审指挥权和适度的惩戒权。法官尊重并适度照料辩护律师，保障其有效行使诉讼权利。与此同时，辩护律师应当适时地监督法官，增强其行为的合法性。司法的形象需要法官与辩护律师共同努力加以维系。

本书由中华全国律师协会刑事业务委员会主任田文昌律师和原最高人民法院审判委员会委员、刑事审判第五庭庭长高贵君作序，他们都认为这是值得推荐的一本好书。尽管学界探讨审判中心主义的文章很多，然而成型的专著寥寥，且缺少对域外状况的全面展示。本书所援引的英文资料翔实，是值得借鉴的重要参考。

以案述理，饶有趣味。系统归纳、例证了英、美、德、法等法治发达国家在践行审判中心主义，处理法官和辩护律师关系，构建和谐的法律职业共同体的经验。有助于思考我们自身的辩审冲突问题，使我们在实现法治的进程上少走弯路，甚至实现弯道超车。

——中华全国律师协会刑事业务委员会主任 田文昌

因时而谋、应势而动。域外资料的梳理以及探讨弥足珍贵，为我们规范法官与辩护律师的关系提供了重要参考，深化了我们对诉讼规律、司法规律、法治规律的认识。为发挥刑事审判职能的作用，构建科学、和谐的审辩关系提供了理论支撑。

——原最高人民法院审判委员会委员、刑事审判第五庭庭长 高贵君

印波律师主要研究方向为刑事司法学、司法制度、刑事诉讼法学，曾出版专著两部，译著一部，在International and Comparative Law Quarterly, Social & Legal Studies, Journal of Contemporary China, 《中国行政管理》《法律科学》《现代传播》《法学杂志》等国内外核心期刊发表中英文论文50余篇，曾获得高铭喧刑事法学专著类一等奖。印波律师跨越理论界与实务界的鸿沟，以丰富的实务经验给养学术研究，以学术钻研的态度对待实务案件，是不可多得的“双栖”法律人才。

### 京都律师事务所荣获“2018年度全国十佳最受信任律所”称号



京都律所被评为“2018年度全国十佳最受信任律所”



左三为李波律师

2018年12月15号，第六届中国首席法务官高峰论坛暨2018年度法务行业领航者颁奖典礼在杭州香格里拉酒店隆重举行，此次论坛由中国首席法务官研究院主办，北京仲裁委/北京国际仲裁中



李波律师在现场

心、杭州仲裁委员会等机构协办，三百余位法务工作者共享本次盛会。此外，2018年度公司法务行业十佳领航者获得者也在本次论坛公布，京都律师事务所被评为年度十佳最受信任律所，京都律



## 活 动

师事务所高级合伙人李波律师代表京都上台领奖。

2018年度“中国公司法务行业领航者”排行榜，由中国法务界首份纸质媒体《首席法务官》杂志发起主办，中

国首席法务官研究院和中国法治企业研究院鼎力协办。《首席法务官》杂志定位于关注公司法务官群体，致力于传达法务界同仁的思想精髓、报道法务界顶尖人物，系目前最具影响力的权威法务

刊物。本次活动，不但吸引了广大专业人士、法律界、法务界及企业的积极参与，同时，国内多家主流媒体亦实时报道关注，是中国法务界少有的大型权威评选活动。

## 京都大连分所党支部荣获“2016—2017年度辽宁省律师行业先进党组织”称号，高文晓等三名党员律师获得个人荣誉

12月24日，中共辽宁省律师行业委员会发布了表彰“2016—2017年度辽宁省律师行业先进党组织、优秀党员律师和优秀党务工作者”的决定，对全省50个先进党组织、150名优秀党员律师和40名党务工作者予以表彰。京都大连分所党支部被授予“辽宁省律师行业先进党组织”称号，高文晓、姜晓飞两位律师被授予“优秀党员律师”称号，许俊律师被授予“优秀党务工作者”称号。

京都大连分所党支部自2004年成立至今，多次被评为省市先进党支部、非公党建示范点等荣誉称号，多次代表非公党建示范点接待上级领导的莅临检查和调研，获得中组部、省委、市委组织部领导的一致好评，支部非常注重探索创新党建工作的新思路，打造党建特色，推进自身建设取得新突破，被同行业各支部作为标杆争相进行学习。京都大连分所始终坚持把党建工作摆在各项工作的首位，以党建工作指导律师业务，党建和业务两手抓，把党建工作作为律所健康蓬勃发展的政治保障，积极发挥支部的战斗堡垒和党员的先锋模范作用，致力打造精品律所而不懈努力！



中共辽宁省律师行业委员会发布表彰红头文件



高文晓

姜晓飞

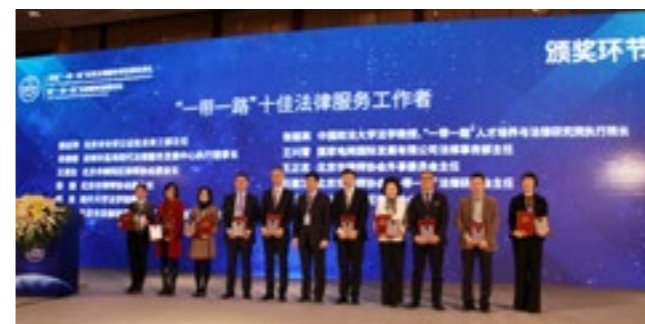
许俊



京都大连分所党支部学习现场

## 荣 誉

### 京都律师事务所韩良律师荣获“一带一路”十佳法律服务工作者称号



韩良律师获得“一带一路”十佳法律服务工作者称号（右二）



韩良律师在会场



田文昌律师在会议现场发表讲话



《非洲商事法律制度精析》

由法制日报社主办、法制网承办的首届“一带一路”优秀法律服务项目颁奖典礼12月18日在京举行。京都律师事务所凭借在“一带一路”领域丰富的法律服务经验，尤其是“一带一路”非洲项目赢得表彰，南开大学法学院教授、京都律师事务所“一带一路”非洲法律事务中心高级顾问韩良律师荣获“一带一路”十佳法律服务工作者称号。

颁奖典礼结束后，“一带一路”法律服务高端论坛举行。全国律协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就“中国律师事务所服务

‘一带一路’建设应如何作为”参与到现场的高端对话中。

早在2012年，京都律师事务所就和中非工业合作发展论坛共同组建了“非洲法律事务中心”，该中心致力于为中非企业提供法律政策咨询服务，帮助中非企业规避风险，平稳发展，更好的发展中非贸易合作，并为非洲人士在华相关的法律事务提供专业的法律支持。

2013年底，由韩良与肖树伟律师带领的京都金融律师团队成功中标北京律师协会《非洲各国国别投资流程及法律风险调研》课题，负责非洲22国投资

指南的编制工作，该课题受到了北京律协及司法局领导的高度肯定。非洲课题完成后，京都金融团队在此基础上，出版了《非洲商事法律制度精析》一书，努力做到理论与实践相结合。2015年和2017年，在韩良与肖树伟律师的带领下，京都金融团队凭借强大的专家律师阵容和过硬的“走出去”研究成果，又两次中标北京市律师协会《北京律师为“一带一路”项目提供法律服务的调研报告》、《欧洲国别法律风险与投资案例专题研究报告》课题。三项课题的中标，标志京都所在“一带一路”的法律



## 荣誉

服务方面走在了全国律所的前列，也标志着京都所在“国际化、综合化、专业化”道路上迈出了坚实的一步。

在韩良教授的主持和带领下，京都律师事务所创造性地将民营企业家“一带一路”投资与海外家族信托架构结合

起来，实现了民营企业海外投资架构的优化和投资风险的有效防范。

### 京都荣获“最为客户信任的家族财富法律服务机构”奖项

2018年12月9日，由《家族企业》杂志主办的第五届中国家族企业传承主题论坛暨中欧第七届中国家族传承论坛在深圳举行，京都律师事务所家族信托法律事务中心主任韩良律师、资深税法教授高慧云律师应邀出席了此次活动。该论坛是家族传承领域规模最大、参与群体最聚焦、学术研讨最专业的主题活动之一。本届论坛汇集了来自美国、欧洲、澳洲、东南亚、日韩以及中国内地、香港、澳门、台湾地区的家族企业掌门人、接班人、专家学者、创投大咖逾500人参加。

论坛揭晓了2018年度最佳传承企业及专业服务机构的获奖榜单，该榜单由《家族企业》杂志社发起，经过家族企业客户专业投票形成，京都律师事务所

荣获“最为客户信任的家族财富法律服务机构”称号，京都家族信托法律事务中心主任韩良律师作为代表接受了组委会的授奖。

组委会公布的获奖理由为：京都律师事务所的“京都家族信托法律事务中心”律师团队，坚持“工匠精神”，一直专注于境内外家族信托法律服务领域的深入耕耘。在家族财富管理、家族慈善、海内外信托架构与投资架构设计、国际税务筹划领域打造了核心竞争能力。京都律师同时坚守“信义精神”，作为多家商业银行总行、信托公司、家族办公室的法律顾问，以及多位超高净值客户海内外家族信托法律服务提供者，京都在业界赢得了良好的口碑和声誉，与客户建立了长久的合作信

任关系。

此外，韩良律师作为点评嘉宾出席了“中国私人银行新十年”分论坛。该分论坛由北京银行私人银行部总经理聂俊峰先生主持，中国民生银行私人银行部总经理孔庆龙先生、中宏保险首席银保官刘军峰先生等多位重磅嘉宾做主题分享。韩良律师专业严谨的点评获得在场嘉宾和观众的阵阵掌声。

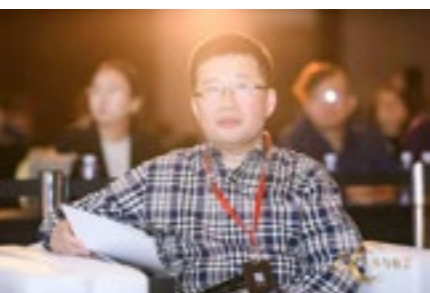
京都律师事务所此次荣获“最为客户信任的家族财富法律服务机构”这一殊荣，表明京都律师事务所在“综合化、团队化、专业化、国际化”的一流律师事务所建设上又迈出了重要一步，京都家族信托法律事务中心的专业能力、服务精神再次得到业界与客户的高度肯定！



论坛现场（左一为高慧云律师，左二为韩良律师）



颁奖现场（右三为韩良律师）



韩良律师在平行论坛担纲点评嘉宾

## 荣誉

### 刘铭律师继任为民盟中央第十二届法制委员会委员

2018年10月15日，第十二届民盟中央法制委员会成立大会在北京召开。

京都律师事务所高级合伙人律师刘铭为民盟中央第11届法制委员会委员，经考核、推荐，继任为民盟中央第12届法制委员会委员。



刘铭律师在民盟中央法制委员会会场



刘铭律师聘书

### 刘铭律师被聘为朝阳区委政法委纪律作风督查巡查员



聘任仪式现场（左三为刘铭律师）



刘铭律师聘书

为更好落实《关于新形势下加强政法队伍建设的意见》，根据北京市委建立党委政法委纪律作风督查巡查机制的要求，充分发挥社会各界对政法机关及其工作人员的监督作用，朝阳区委政法委作为中央政法委联系点，结合政法队伍建设需要和朝阳政法工作实际，制定《纪律作风特约督查巡查员工作规定》，从人大代表、政协委员中选聘纪律作风特约督查巡查员。2018年9月29日上午，朝阳区委政法委举行纪律作风

督查巡查员聘任仪式。聘任仪式上，来自区党代表、区人大代表、区政协委员、区监委特约监察员、区居民群众代表等共30名纪律作风督查巡查员接受了聘书。朝阳区公安局、检察院、法院、司法局等领导出席会议。京都律师事务所高级合伙人刘铭律师被聘为纪律作风督查巡查员，并作为督查员代表发言。

朝阳区委政法委常务副书记、维稳办主任赵红伟对开展纪律作风督查巡查

工作的意义、具体要求作了强调。根据《规定》，督查巡查对象为朝阳区公安分局、检察院、法院、司法局全体党员干部，重点是窗口服务岗位及一线执法司法办案人员。督查员将采取察、查、听、看形式对区政法系统党员干部履职情况和执法情况进行督查巡查。拓宽社会监督和民意表达渠道，主动征求社会各届对政法干警的评价，全面掌握一线真实情况，在全社会树立朝阳政法干警的良好形象。





# 问渠哪得清如许，为有源头活水来

## ——京都律师事务所党建工作纪实

■ 京都律师事务所党总支 / 文

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，总部位于北京，在上海、大连、深圳、南京、天津设有分所，北京总部现有执业律师300多名。

京都律师事务所是较早建立党支部的律师事务所之一，特别是2008年以来根据党委要求进一步完善党支部建设，全面开展党建工作，积累了一定的工作经验，党员队伍逐渐壮大。经朝阳区律师行业党委批准，京都所于2017年成立党总支，下设8个党支部，目前共有正式党员108名，入党积极分子4名。

近年来，京都所高度重视律师党建工作，坚持以党建促所建工作方针，以律师事务所规范化和品牌化建设为抓手，注重发挥党员的模范带头作用，结合律师行业特点，大胆探索，努力实践，走出了一条具有自身特点的党建工作之路。

的方法和途径。京都所名誉主任任继圣先生在律所年会上以律所党建为主题，发表了慷慨激昂的讲话，呼吁律所要重视党建工作，实现党建与所建有机结合。律所的灵魂人物田文昌律师，带头积极参加党组织活动，还专门为党建宣传园地撰写了“利己与利他”的文章，提到“古往今来，无论是个人还是整个社会，都是在利己与利他这两种境界的冲撞中前行。而在唤醒民众和推动历史发展的进程中，永远都离不开利他的境界和壮举”。律所主任对党建工作的重视与支持，直接给予了党支部成员以工作信心，鼓舞了党员及积极分子参加党支部活动的积极性，对于党建工作的顺利开展，起到了至关重要的作用。



利用所内两面墙壁，以《建党伟业》电影海报为背景设计和制作党支部园地展板。红色、巨大的党徽、飘扬的红旗与党建工作相契合，用红旗图钉、心形相片作为角贴，在细节上体现党建特色；各个板块的标题为加入民主党派的高级合伙人亲笔书写，展示了律所党支部统战工作的新格局。



党建园地不仅展示党支部成员信息、党建工作内容、学习资料、党支部获取的成绩等，还展示党员律师办理业务工作中的先进事迹，对全所律师形成潜移默化的影响力。



律所每年评选一定比例的优秀党员，并在年会上予以表彰，鼓励党员起到先锋模范作用。

在律所主任及高级合伙人的支持下，律所管委会将党建工作作为律所建设的一项重要组成部分，克服办公场所有限、经费紧张的困难，为党建工作提供了独立的党员活动室，将党建经费作为一项常设经费单独进行预算和拨款，每年年会单独设立环节对党建工作进行介绍、评选优秀党员并颁发奖状及奖金。此外，党总支书记、副书记由高级合伙人、律所主任担任，对于党建活动的开展，也起到了积极的促进作用。

律所主任、高级合伙人对党建工作的认同与支持，带动了全所律师对党建工作的向往和热情，是京都所党建工作不断进步、不断创新的力量源泉。

### 二、责任与使命，党建工作的动力所在

责任感与使命感，是每个法律工作者打在心中的烙印。而作为党员律师，对责任与使命的认识，则会升华到一个更



分别为参加高校法律讲座、参加高校模拟法庭、与国家法官学院共同开展模拟法庭、召开律师法实施周年座谈会

高的层次。这首先是一名党员本身自有的认识，但经过党建工作，通过宣传、学习、交流、参观等各种活动，这种认识会更加强化和升华，与律师工作紧密结合，并且成为律所文化的一部分。

律所十分重视业务传承及律师之间的传帮带，经常组织各项业务交流，力求律师办案的专业性和合规性，要求老党员律师向年轻律师传授经验时，除了传业务，更要讲政治，传觉悟。律所党总支还鼓励党员积极参加社会活动，如参加中国政法大学刑事司法学院举办的“法科学子的职业规划与执业准备”活动、京都·北京大学法律硕士成长成才论坛公司法务专场及公检法公务员专场分论坛、北京大学“京都杯”模拟法庭大赛、国家法官学院办的模拟法庭等，为在校学生提供实务指导。部分合伙人受聘为中国政法大学法学院兼职教授，担任中国政法大学法学院“六年制法学人才培养模式改革试验班”（简称“法学实验班”）联合培养导师，重点为“法学实验班”学生提供专业实习指导。2013年首批法学实验班学生到京都所进行实习，党支部书记亲自担任其中两名学生的指导老师。

在这种氛围中，京都所党建工作不仅仅是理论的学习、文件精神的传达，更重要的是在全所律师心中坚定了责任感与使命感，强化了家国情怀，党建与律所文化相互融合相互促进，成为不可分割的一个整体。

### 三、创新与持续发展，党建工作的引力之源

律所并未简单把党建工作当成一项任务去完成，而是将其作为律所建设的重要组成部分，投入了热情与激情，不照



### 一、认同与支持，党建工作的有效保障

在律所党建工作开始起步阶段，绝大多数律师对律所开展党建工作还有一些困惑，存在一丝犹豫，找不到党建工作

搬照抄政府企事业单位的党建模式，而是在借鉴与吸取成功经验的基础上，针对律师事务所管理与律师工作特点，不断探索适合律师的党建之路，并不断创新活动形式，在律所内形成了强大的吸引力。

在党支部的设置上，按照业务部门划分党支部，每个党支部都由该部门一级合伙人或在律所工作时间比较久的律师担任，党员之间的工作安排比较容易协调，党员之间熟悉度比较高，有利于党员发展以及党建工作的开展。

在宣传方面，充分利用各种资源，律所期刊、网站、微信公众号、微信群、党建园地、合伙人会议、事务所年会等，均作为党建工作的宣传阵地，既增强了宣传力度，又方便了大家了解、接收信息。

在档案归集管理方面，重视党建工作各项资料的收集、归档与保管，做到党员资料单独建档、所有活动保留工作底稿及影像资料，所有荣誉奖章扫描上传律所品牌宣传部门。

在党支部活动的形式上，京都所力求因地制宜与多样性，既能够吸引大部分党员参与，又能够避免给党员的工作造成影响。开展活动时，尽可能安排在周五或者周末，开展活动的形式包括参观、讲座、读书、观影、座谈等。

自2018年至今，京都所党支部已经组织党员至北京的焦庄户地道战遗址、北京城里小延安、天津烈士陵园、承德董存瑞纪念馆、枣庄、西柏坡、井冈山、狼牙山、白洋淀以及南京大屠杀纪念馆等进行参观学习。

2018年，京都所积极探索新的党建工作形式，针对南京分所设立伊始，党建工作尚未全面开展的情况，总所将年度党支部活动安排在南京开展，并与南京分所开展座谈会，



组织学习十九大报告会



组织党员至李大钊纪念馆参观学习



组织党员至承德董存瑞烈士陵园学习



与南京分所开展党建座谈会



组织学习十九大报告会组织党员至李大钊纪念馆参观学习、组织党员至承德董存瑞烈士陵园学习，就党建工作

的重要性、党建工作的内容、党建工作的注意事项等开展了座谈，对南京分所的党建工作提供了帮助，加强了总所与分所在党建工作、党建与所建共同促进方面的联系，参加活动的党员对党建工作也具有了系统和全面的了解。

行千里路，读万卷书，党员走出去，不仅重温了革命历史，学习了书本上没有的知识，而且增进了相互间的了解，融洽了党员之间的关系，进一步提升了党支部的战斗力和凝聚力。红色之旅，已经成为京都所党建活动的固定内容，党员对红色之旅给予了充分的肯定，每次活动刚结束，就开始期待下一次的活动的，对党员及积极分子的吸引力越来越强。

党建活动形式的新颖性和多样性，活动内容的知识性及趣味性，对于党建工作的持续发展、对于党员参与活动的吸引力，具有非常重要的作用。

### 四、爱心与恒心，党建工作的温暖柔情

经京都所党支部倡议，2012年京都所正式启动了“泉计



泉计划启动仪式



风雨无阻家访路，爱心微信群沟通



划”爱心助学公益活动。该活动由京都所与房山区法院未成年人审判庭共同举办，法官在办理案件过程中发现品学兼优但家庭困难的学生，由京都所党总支成员逐一家访，了解他们的性格、学习及生活之所需，为他们提供物质和精神两方面的帮助。除了经济帮助外，更重要的是心灵的关怀和人生方向的引领，实现爱的传递。

自2012年以来，该活动已经持续7年，累计帮助学生10名，已经有5名学生考上大学，离自己的人生理想近了一步。每年两次举办助学金及奖学金发放仪式，并为他们的家庭送去生活用品，并与房山法院共同带领学生们开展丰富多彩的参观活动，帮助他们学习历史、科学、环保、茶道等文化知识，开阔他们的眼界，培养他们的兴趣，引领他们进入一个多彩的世界。

为了不耽误学子们的学习，律师们都是利用周末休息时



琉璃河西周遗址博物馆、长沟世界地质公园博物馆、低碳生活博物馆、北京海洋馆



奖学金及助学金发放仪式



间，清晨出发。有几多辛苦，也有更多收获，7年的坚持，风雨无阻，孩童成长为少年、青年，曾经叹命运不公与悲生活之艰难的他们，慢慢变得自信变得开朗起来，多了勇气和坚毅。他们的成长给我们惊喜，使党建工作充满了温情。

### 五、回望与前行，党建工作的路在远方

总结京都所党建工作，律所的支持是前提，党务工作者的热情与执着是保证，同时党组织的发展壮大离不开党员以及群众的支持和帮助。正是有了京都所全所同志的共同努力，才有了律所党总支的不断发展，也取得了一定的成绩，律所连续多年获得北京市、朝阳区行业党委的表彰，包括北京市优秀律师事务所、北京市律师行业创先争优先进集体、北京市律师行业先进党组织、五好党支部等。

上级司法行政部门和行业党委对京都所党建工作的认可与肯定，更加坚定了我们加强党建工作、探索适合律所的特色党建之路的决心，也给予了我们莫大的安慰与鼓舞。我们将继续努力、一往直前，将党建与所建有机结合、共同进步！



2017-2018年度北京市律师行业先进律师事务所党组织



朝阳区先进党组织

### 六、工作展望

未来京都所将进一步加强党建工作的力度，并继续拓展党建工作的形式及内容，一是进一步加强学习，提高党总支及各支部书记及委员的政治理论水平及工作能力，对党员开展各种形式的教育活动；二是在律所管理、律师开展业务活动等方面，继续发挥党总支在律所中的重要作用，为各项业务的开展提供正确的方向；三是继续坚持有特色的党建之路，将党建与所建有机结合，争取更多合伙人、律师参与；四是持续开展公益活动，承担社会责任。



# 聚焦刑事诉讼法修正案



## 缺席审判制度给刑辩律师带来的机遇和挑战

朱勇辉 / 文

刑事案件的缺席审判，是这次新刑事诉讼法确立的一项新诉讼制度，此前，中国律师都还没有办理过这类案件。现就学习缺席审判相关法条谈点个人体会。

在刑事诉讼中确立缺席审判制度，是我国法律的一个进步，既跟国际司法接轨，也是国内形势所需。在这里，我就不谈国家宏观层面的设计考量了，我认为，对刑辩律师而言，缺席审判制度无疑给我们带来了新的业务机会，是一片全新的业务领域。此前监察法的出台，导致律师在监察机关查办的案件中全面丧失了监察调查阶段的介入机会，但是缺席审判制度的确立又给我们带来了一块新的蛋糕。我注意到，近期国内司法中出现了百亿级的职务侵占案、贷款诈骗五百亿罚金处罚案，可以预见，在缺席审判领域将可能出现更高标的的刑事案件。所以，刑辩律师在缺席审判制度实施中存在极大的业务发展空间。

首先，关于缺席审判制度，从辩护律师的业务视角出发，我谈几点看法：

第一，司法机关应当在理念上正确认识缺席审判制度的功能定位，避免职权主义思维。虽然众所周知，缺席审判制度在刑事诉讼中的引入，主要的出发点就是为了制裁逃往海外而无法到案的贪腐人员，但是作为一名刑辩律师我担心的是，如果在理念上将这一制度单纯理解为制裁、惩处手段，则在实施过程中难免会有所偏颇，难以保证其作为诉讼制度的公正性。其实，缺席审判制度的设立是要让实体法相关规定得以落实，把打击犯罪的目标落到实处，并非为了打击而打击，因此，在这一制度的实施过程中同样应当注意保护犯罪嫌疑人的合法权益。因此，监察、检法机关在将来如何避免职权主义思维，如何坚持把握严格的定罪标准，不因缺席审判而加重被告人人身刑或财产刑的处

### 朱勇辉律师简介



京都律师事务所主任。曾先后供职于北京某大型国有企业、中共中央某部。2000年起在京都律师事务所专职从事律师工作至今。执业十余年来专注于刑事辩护，办理国内各省市刑事案件数百起，积累了丰富的的工作经验，对刑事辩护工作有较深刻的理解和研究。其办理的赵新先、高斌、徐卫国、孙卫、孙寅贵、马厚亮等知名企业家涉嫌犯罪的案件备受社会关注。

罚，是我们在理念上首先要注意的问题。

第二，辩护律师在当事人没到案的情况下，应当保持应有的责任心。面对缺席审判，不仅需要期待检法等机关在理念上对缺席审判制度有正确定位，作为刑辩律师，也有值得我们自身注意的地方，那就是必须保持责任心。在以往的案件中，律师有权会见当事人，或多或少会与当事人产生直接联系，而缺席审判的案件中，多数情况下律师无法与当事人直接接触，可能仅仅是跟当事人家属进行联系。那么，在见不到当事人本人的情况下，律师对当事人及其案情的了解程度、对当事人的情感、为当事人辩护的责任心还能否与以往案件一致？就律师办案体会来看，我通常是在与当事人面对面交流的过程中，倾听其诉说案件经历与诉求，通过充分的信息沟通后彼此产生信任，在我自己确信他无罪或罪轻的情况下开展辩护工作，在整个辩护过程是贯穿着情感的。而在缺席审判中，辩护人与当事人之间直接交流的缺失，会不会对律师的辩护工作产生负面影响，也是值得我们律师注意的。

第三，缺席审判制度对辩护律师的知识结构提出了新的要求。在缺席审判中，除了被告人没到案，很大的一个特点就在于案件具有了涉外性质，可能涉及国际条约、他国法律以及国家之间的司法协助等等。当前我们一般案件的辩护中对刑辩律师的外语能力没有特殊需求，一方面，国内刑辩业务不常有涉外性质；另一方面，即便案件涉及外文材料也可通过翻译公司解决。但是，缺席审判制度的实施会导致这类刑事案件的涉外因素大大增加，对刑辩律师的外语能力与知识水平提出了更高的要求。如果刑辩律师能够直接查阅相关的国际条约、国外立法规定、司法协助的具体条约条文，或者能直接使用外语



作为工作语言对外沟通，那么这样的律师在缺席审判的领域将获得先机。因此，即便是专职从事刑辩的律所，也有了配备涉外刑事法律人才的现实需求。所以，缺席审判制度对律师事务所、律师都提出了人才储备和知识结构上的挑战。

第四，缺席审判制度将在审判模式、证据规则等多方面带来改变，对控辩双方乃至审判机关都是全新的挑战。

首先，可以预见的是，缺席审判中的程序辩护将得到重视。案件是否属于缺席审判的范围，是否具备缺席审判的条件，比如送达是否已经完成等等，都需要引起充分注意，同时也可能成为辩护人的重要突破口。这其中涉及国际法知识、司法协助、国际条约、国外法律规定等，辩护律师找出被告人所在国相关法律规定，论证案件是否具备缺席审判条件，若存在问题，则庭审不应继续进行。

其次，在缺席审判中，被告人在整个侦查、审查起诉和审判阶段都不到案，可能没有一份口供，这将带来庭审模式和控辩思路的巨大变化。比如庭审中举证质证问题，律师可否为被告人代言？如果可以代言需要经过什么程序？如果不能代言，事实认定仅从其他证据入手，控方如何建立完整证据链？这些都将成为困扰诉讼各方的问题。此外，对辩护人而言，因为没有了口供，以往被告人翻供、被告人前后供述不一、被告人供述与证人证言的矛盾等等辩护策略将不复存在，这意味着传统的辩护思维模式需要改变。还有，辩护律师一直强调法庭上的发问技巧，旨在通过发问向被告挖掘案件事实真相，找出辩护理由，而在缺席审判中，法庭上被告人不到场，向被告发问的环节消失了，律师要如何填补这一缺陷，组织辩护思路，值得思考。最后，除了审判模式、辩护模式面临转变外，证据规则也相应发生了变化。对控方而言，缺少了被告人口供的印证，如何认定相关事实和被告人主观故意？对辩方而言，以往倚重被告人对事实的陈述将不复存在，而证据间的矛盾也因被告人不到场而难以呈现，这对辩护律师而言无疑也是一个难题。

第五，刑辩律师办理缺席审判案件，应特别注意执业风险。我国缺席审判的案件范围与国际经验基本相反，域外刑事缺席审判大多是对轻罪的适用，甚至美国、我国台湾地区更是强调仅针对轻罪适用，他们认为缺席审判相对于对席审判的程序有所缺失，能否承担起处理重罪、办理大案的功能，还值得观察。而我们的缺席审判对应的基本是大案、要案，因此，辩护律师介入缺席审判案件的所有执业行为都需要更加严格遵守法律法规。比如，缺席审判的被告人基本都是“红通”人员，如果有机会或工作需要，能否与当事人见面？如果见

面如何避免串供的风险、帮助联络转移资产的风险等问题；代为陈述方面，若辩护律师能代为陈述对被告人是有利的，那么需要经过什么程序对被告人进行“取证”？如何证明转达的被告人陈述的真实性、出现其他法律后果律师有无责任等等，都会产生新法律风险，值得辩护律师警惕。

其次，对缺席审判制度的立法，我也谈点小的建议：

第一，当前规定尚未细化，仍需进一步制作相关细则准确指导缺席审判制度实践。例如，律师出境取证需要办理什么手续，需要哪些认证，当事人在境外委托需要经过何种程序等等。再如，关于被告人死亡的缺席审判案件，修正案规定“有证据证明被告人无罪”的，应当经人民法院审理后依法判决，那么其中“有证据证明被告人无罪”的证据标准如何，与“无证据证明被告人有罪”的区别如何，尚未规定。

第二，建议规定允许律师介入缺席审判案件的审查起诉。这次刑法修正案中，缺席审判制度的规定是直接审查起诉阶段开始的，那么意味着起诉条件成立与否的判定，即案件是否达到“证据确实、充分”的起诉标准由检察院认定，但修正案没有规定辩护律师是否可以以及如何介入此阶段。建议在司法解释中增加相应细则，让辩护律师有效及时地介入，在审查起诉阶段参与案件办理，协助审查起诉机关严格把关，维护缺席审判被告人的合法权益。

第三，应规定被告人对缺席判决提出异议导致案件重审的，重审不得加重对被告人的处罚。修正案规定，被告人到案后对缺席审判的判决、裁决提出异议的，应当重新审理，这一规定将国家对司法程序的重审启动权让渡给了被告人本人，有助于维护被告人权益，但此条规定并不完善，应当在此基础上根据“上诉不加刑”的原理补充规定经被告人异议后的重审不得加重对被告人的处罚。因为既然缺席审判能产生生效判决，则说明事实已经审理清楚，证据已经固定，若被告人到案后在重新审理中进一步为自己辩护，那么案件的事实走向应当是有利于被告人的方向，因此从逻辑上看，被告人到案后提出异议的重审，在结果上只有维持原判和发生有利于被告人的转变这两种情况，而不可能在事实上出现不利于被告人的情况。此外，出于避免对被告人异议的打击报复，也有必要规定重审不得加重处罚。

总之，缺席审判对刑辩律师而言，是收益与风险潜在、机遇与挑战并存。在将来的审判实践中，缺席审判制度还有待于观察和完善。

（根据朱永辉律师在第四届“刑辩十人论坛”上的发言整理）

## 新刑法修改若干问题浅析

■ 邹佳铭 / 文

### 一、职务犯罪调查中的律师介入问题

在此次刑法修正案中，未规定职务犯罪调查程序中律师的介入权，这是一个无法回避的硬伤。无论我们将这个程序称为侦查还是调查，这只是一个概念表述的问题，都改变不了这个程序的本质——有权机关对犯罪嫌疑人的人身自由或财产进行限制。根据刑法的基本原则和国际公约的要求，凡是对人身自由采取强制措施程序中的当事人，都有获得律师帮助的权利，这是人权保障和司法公正的底线要求，也是公民的基本权利。就此而言，刑法修正案应该明确规定职务犯罪调查程序中律师的介入权。

如果律师不能在职务犯罪调查程序中介入，将会导致司法实践中以“口供为中心”问题更为严重。职务犯罪的侦查是所有犯罪类型中最依赖口供的，侦查人员更有动力以非法的方式取得犯罪嫌疑人的口供。恰恰在最容易产生非法取证的案件中，法律反而放松了对公权力的限制，这实际上为侦查权的滥用创造了条件。当然，刑法也同时规定了依法取证、非法证据排除等，但是如果我们将规范取证寄希望于办案人员自身素质和事后补救，总是靠不住和低效的，以权利制约权力才是根本措施。

就我的办案经验而言，近些年来，普通刑事犯罪中的非法取证现象已经得到了一定程度的遏制，职务犯罪成为非法取证最为严重的领域。这种立法缺憾会带来司法实践中的

### 邹佳铭律师简介



京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任，武汉大学刑法学博士。2009年至2012年在北京师范大学刑事法律科学研究院做博士后研究，在校期间，公开发表学术论文20多篇，专著一部。邹佳铭律师专业领域是刑事辩护，擅长复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的效果。曾荣获《亚洲法律杂志》“2015年中国最佳女律师”、“2017年中国十五佳诉讼律师”称号。

一系列问题，也与我国刑事诉讼法规定的人权保障原则相背离。虽然刑事诉讼法的基本价值取向包括“人权保障”和“打击犯罪”，但其本质上是权利保障法，不论何种类型的犯罪嫌疑人都有权获得律师的帮助，这应该是刑法坚持的一个基本原则。

### 二、认罪认罚从宽制度

#### （1）该简则简和该繁则繁

资源有限，是经济学的一个出发点，在这个前提之下，我们必须对司法资源进行有效地配置。认罪认罚和速裁制度的出发点就是司法资源的有效配置。尤其在我国现有的刑事庭审程序中，证人出庭严重不足、专家鉴定质证缺失、被告人辩护权不充分的情况下，将有限的司法资源更多地投放在严重的刑事犯罪案件中，避免冤假错案，能够更好地保障人权、实现司法公正。在美国，辩诉交易非常普遍，大部分刑事案件都通过辩诉交易来处理，但任何一个死刑案件都要付出高昂的的司法成本，长达数年或十多年的时间和高达数百万美元的支出。法国的重罪法庭也有非常冗长和复杂的程序，这体现了对生命和自由的尊重。认罪认罚和速裁程序做到了该简则简，但是我们更希望看到该繁则繁，简不是目的，繁才是。

#### （2）认罪认罚案件的证明标准

认罪认罚从宽制度尤其是速裁程序的出发点就是将天平向效率方向倾斜，必然在一定程度上牺牲公正，这没有什



么可遮掩的。凡事都难以两全其美，制度设计上既要效率，又要公平，可能最后什么都得不到。如果设定很高的证明标准，反而背离了它的初衷。司法实践中被告人选择认罪有的是真诚悔罪，有的是为了回避审判过程中的心理煎熬、心理创伤等，只要当事人的选择是其利益权衡后的真实表示，没有造成国家和公共利益的损害，又可以节约司法资源，就没有必要设定很高的证明标准。这项制度最重要的问题不是证明标准低于普通案件是否有失司法公正，而是如何保障当事人认罪的真实性和自愿性。在这个前提之下，就是个人价值权衡的问题，国家没必要干涉。

### （3）值班律师制度

毫无疑问，值班律师制度能够进一步保障犯罪嫌疑人或被告人得到律师的帮助，但是我国的值班律师制度仍处于起步阶段，有很多需要探讨的地方：

其一，值班律师的法律定性和定位等基本问题还很模糊，从逻辑上讲，我们在诉讼程序中另行配置值班律师，是因为它能解决法律援助律师和当事人委托律师不能解决的问题。那么他与法律援助律师、公职律师和一般律师的区别是什么？他要履行什么职责？要履行这个职责，他享有哪些权利、承担哪些义务？这些都是不明确的。

其二，值班律师也是一个职业，需要基本的生活保障和诉讼权利，所以这一制度的建立实际是一个系统工程，刑法的一个条款远远解决不了这些问题，亟待配套制度出台。

其三，在我们的诉讼体系中，现在已经存在辩护律师、法律援助律师和值班律师，在增加律师参与覆盖面的同时，增强律师的权利也是必须的。我在办案的过程中，通过录音录像发现，很多涉及到犯罪嫌疑人对案件定罪量刑的关键事实的陈述，都有记录不实的问题。要不有利的事实不被记录，要不做出不实的记录，要不被侦查人员打断不让说。笔录本身就是被告人供述的载体，不可避免会损失一些信息，如果笔录不实，被告人的当庭供述普遍不被采信，我们怎么能够查清案件事实。在这种情况下，律师的在场权是十分必要的。

其四，我国的律师资源分布严重不均匀，很多偏远地区或经济落后地区连律师都没有，何谈值班律师，如何保障这些地方犯罪嫌疑人和被告人的权利，也是需要思考的一个问题。

## 三、缺席审判制度

刑事案件的缺席审判，是法学研究中的新问题，就追

逃追赃来说，有其价值，但论及正当性问题，需要更深入的探讨。我没有这方面的深入思考，在此不做评论，只从实践操作层面谈谈我的想法：如果我的客户是一名在逃的涉嫌贪污贿赂犯罪的官员，家属委托我为其提供法律服务，那么我依法享有基本的权利：一是会见或者说是沟通；二是调查取证。这种沟通或者调查很有可能都在境外进行，这就产生一系列问题。律师与其沟通，是否负有劝返和提供信息的义务？因为我在类似案件中就遇到这样的问题，办案人员要求我劝返犯罪嫌疑人归案。刑法对境外取证有特殊的认证和公证程序要求，我承办的案件就出现了案件开庭，但是公证和认证程序没有走完的情形，这个问题怎么解决？这是我之前遇到过的问题，可能还存在更多的问题需要我们有更全面的配套和实施制度。

## 四、对刑事诉讼法修改的几点期望

对于本次刑事诉讼法的修改，我觉得有一点特别有价值，就是像监察委改革和认罪认罚从宽制度、速裁程序等都是在试行过程中积累了经验，然后在立法中明确下来，而不是直接做文字的修改，这种方式值得推广。我始终认为，法律是有生命的，它的生命是来源于活生生的现实生活，所以我们一定要尊重实践中的智慧。

结合自身的办案经验，我认为刑事诉讼法的立法存在两个问题：一是缺少惩罚性后果，违法行为如果没有惩罚后果，法律条文就成为宣示性条款甚至虚置。如在司法实践中普遍存在的超范围查封、冻结、扣押，就是因为法律对这种非法行为没有规定惩罚后果。二是刑诉法律制度的有效运转，都不是只有刑法的规定就行，还需要有其他层面的配套措施。比如规范取证，就需要看守所的相关制度配套，值班律师制度就需要律师法的配套等。三是法律的生命在实施，应该说我国的刑诉法已经相对完善了，实践中的问题还是层出不穷，比如非法取证屡禁不止，其实不用反复立法，严格执行法律就行。“徒法不足以自行”，也许比法律修改更重要的是落实。我真心希望，在推动法律落实方面我们有所突破！

（根据邹佳铭律师在中国政法大学刑事法论坛第三十期现场发言整理）

# 辩护律师如何运用认罪认罚从宽制度和速裁程序实现当事人利益的最大化

彭吉岳 封旺 / 文

2014年6月，全国人大常委会授权最高人民法院、最高人民检察院在全国18个城市开展刑事案件速裁程序试点工作；2016年9月3日，全国人大常委会授权最高人民法院、最高人民检察院在18个城市开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作。经过几年的摸索和积累，这两项制度已经酝酿成熟。2018年10月26日，《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》审议通过，认罪认罚从宽制度和刑事案件速裁程序正式被纳入刑事诉讼法之中。

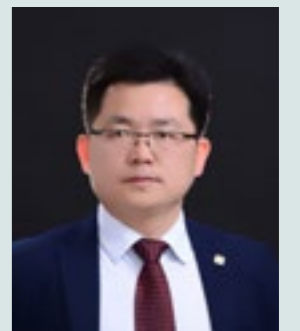
新的制度变革对辩护律师既是挑战也是机遇。认罪认罚从宽制度和速裁程序的出发点是以国家本位为视角，对司法资源进行合理配置，以提高司法效率。另一方面，这两项制度也与犯罪嫌疑人、被告人以及辩护律师密切相关。如何以辩护律师的视角解读和运用认罪认罚从宽制度和速裁程序，以最大限度地维护当事人利益，承担起辩护律师在司法改革大潮中应有的历史使命，是值得每一个辩护律师需要认真思考的问题。

## 一、刑事辩护律师需要宏观上理解认罪认罚从宽处罚制度和速裁程序，微观上需要更加精细化辩护，不能在案件快办、好办的过程中忽视细节辩护

繁简分流的司法改革，是站在司法机关的视角进行考虑和架构到的，目的是使司法机关能够更加迅速、高效的处理案件，虽然其中也涉及到辩护权的配套设计，但本质上不是以辩护人为本位设计的。这也是为什么社会各界对此有担忧的声音，担心因追求效率而牺牲公正。

## 彭吉岳律师简介

京都律师事务所合伙人，对外经济贸易大学校友会理事，曾经在美国强生公司、德国贝朗公司担任高级管理经理近十年，曾外派德国、西班牙、马来西亚等国学习与工作，曾办理过影响中国法治建设的“雷洋案”、“最高检指定查办的原铁道部装备部主任、北京铁路局局长、太原铁路局局长杨某巨额财产来源不明、受贿案”、“衡阳人大代表贿选案”等案件。



（一）案件分流——不认罪案件和认罪案件在认罪认罚从宽制度改革的主导之下就出现一种趋势，刑事案件从宏观上被划分为认罪案件和不认罪案件两种，以前基本不区分是否认罪，都适用同一套流程、同一套辩护规则，认罪与否作为量刑情节，主要体现在裁判结果上，对刑事诉讼程序的进行影响不大。

现在相当于是从原来的干流当中，单独引出一条支流。这条支流就是随着认罪认罚从宽制度和速裁程序而出现的认罪案件，甚至这条支流的力量是巨大的，不乏将来有超过干流的可能。从社会现实来看，不可否认的是，在被立案侦查或者提起公诉的案件中，绝大多数犯罪嫌疑人或被告人确实是有罪的，除非一个国家的司法系统运转失灵，才会抓的“好人”比“坏人”多。在这种大背景下，加之认罪认罚



从宽制度和速裁程序带来的利益引导，认罪认罚案件在将来可能成为主导。据报道，从2016年11月正式启动刑事案件认罪认罚从宽制度试点以来，截至2017年12月，广州、深圳两级检察机关共适用认罪认罚从宽制度处理案件18354件20465人，其中，提起公诉17280件19222人，占同期提起公诉数的49.61%。（《广东试点认罪认罚从宽制度：一年适用案件1.8万余件》<http://www.66law.cn/laws/449013.aspx>）

（二）认罪案件的精细化辩护案件类型的分流导致辩护制度的分流，从目前司法改革措施进行观察，将会出现这样一种现象：对不认罪案件的辩护有一套辩护规则，对认罪认罚的案件有另一套辩护规则。然而，随着认罪认罚制度和速裁程序的制度化、法律化，律师的辩护，不应当随着当事人认罪而有所削弱，应该更加关注各个诉讼环节上的精细化辩护，如何在认罪认罚各个程序关键点进行精细化辩护，为认罪认罚者提供专业辩护、有效辩护，刑辩律师需要跟随司法改革的步伐。

## 二、辩护人如何利用认罪认罚从宽制度与速裁程序为当事人带来实际利益

认罪认罚从宽制度，是指对于犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实没有异议，并愿意接受处罚的刑事案件，公安机关、人民检察院、人民法院可以简化相关诉讼程序，并对被告人予以从宽处罚的一项制度设计。法律并没有限定该项制度的适用范围。

在认罪认罚案件中，基层人民法院管辖的可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件，案件事实清楚，证据确实、充分，被告人认罪认罚并同意适用速裁程序的，可以适用速裁程序。适用速裁程序审理案件，一般不进行法庭调查、法庭辩论，但在判决宣告前应当听取辩护人的意见和被告人的最后陈述意见。

笔者认为，这两项制度对犯罪嫌疑人、被告人至少带来三方面利益。

1.程序变简洁带来时间上的利益。被告人认罪认罚会简

### 封旺



京都律师事务所实习律师。

化刑事诉讼程序，因为这种情况下控辩双方已经在很大程度上达成共识，法庭只需就争议事项进行处理，同时检察机关作出量刑建议，法院一般应当采纳，这也减小了审判人员的工作量，因此，认罪认罚案件的审理程序一般要比普通案件更加快捷。

特别是适用速裁程序的案件，程序上的快捷性更加明显。据抽样统计，刑事案件速裁程序实施一年以来，检察机关审查起诉周期由过去的平均20天缩短至5.7天；人民法院速裁案件10日内审结的占94.28%，比简易程序高58.40个百分点；当庭宣判率达95.16%，比简易程序高19.97个百分点。（数据来源：《最高人民法院、最高人民检察院关于刑事案件速裁程序试点情况的中期报告》）

根据“中国法院网”的一篇报道：2017年8月25日，王某驾车与另一车辆发生刮擦事故。经鉴定，王某血液酒精浓度达到醉驾标准。当天，王某被依法刑事拘留。4天后，移送检察机关审查起诉并启动认罪认罚制度，同时通知律师为王某提供法律帮助。30日，检察机关将案件起诉至天桥区人民法院，经审查案件并核对认罪认罚从宽制度各项法律文书的真实性、完整性，当天，天桥法院就对案件开庭审理，并当庭对王某作出了宣判。这起危险驾驶案从案发到宣判，只用了不到一周时间。

2.强制措施改变概率变大的利益。认罪认罚还影响强制措施适用。新《刑事诉讼法》第八十一条规定，犯罪嫌疑人是否认罪认罚，是办案机关作为是否可能发生社会危险性的考虑因素之一，影响着是否要对其进行逮捕。据调查，认罪认罚案件犯罪嫌疑人、被告人被取保候审、监视居住的占42.2%（数据来源：最高法《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作情况的中期报告》，2017年12月23日），而2016年全国普通刑事案件的批捕率高达77.6%（孙谦：《司法改革背景下逮捕的若干问题研究》，载《中国法学》2017年第3期），意味着只有22.4%的当事人被采取了非羁押措施。

3.刑罚可能明显变轻的利益。认罪认罚从宽制度和速裁程序的内在逻辑是以程序权利换取实体利益。根据最高法公布的数据，认罪认罚案件被告人被免于刑事处罚的占0.3%，判处三年有期徒刑以下刑罚的占96.2%，其中判处有期徒刑

缓刑、拘役缓刑的占33.6%，判处管制、单处附加刑的占2.7%，非羁押强制措施和非监禁刑适用比例进一步提高。但是，犯罪嫌疑人认罪认罚后，从宽的限度是什么还有待明确。

这三种利益，又是相互影响相互制约，目前刑事案件办理实践中，如果羁押时间过长，最终认定为无罪的概率就会变小，判决缓刑的概率也会变小，影响羁押时间的关键因素还是嫌疑人、被告人对指控的犯罪是否认罪、是否认罚，如果不认同，只能使侦查证据一而再，再而三地完善，以防辩护人找到证据的缺陷而前功尽弃，这也是办案机关没有办法快速办结案件的顾虑，这样，实质上是牺牲了当事人的利益。

## 三、借助新刑法，辩护人如何通过审前判断、沟通和协商实现当事人利益的最大化

（一）认罪认罚从宽制度的理论定位下，辩护人应当树立协商型辩护理念认罪认罚从宽制度的定位在于控辩双方以平等姿态进行协商，以从宽处理换取犯罪嫌疑人、被告人认罪，而不仅仅是办案机关基于家长主义对认罪认罚的犯罪嫌疑人、被告人进行的恩赐，这类类似于英美法系的辩诉交易。

这种定位也可以从新修订的法律条文中看出。根据新《刑事诉讼法》第一百七十三条第二款，犯罪嫌疑人认罪认罚的，人民检察院应当告知其享有的诉讼权利和认罪认罚的法律规定，听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师、被害人及其诉讼代理人对罪名、刑罚、程序适用等事项的意见。这条规定的背后是一种协商的理念，也是未来辩护人施展拳脚的重要机会点。

依据新的《刑事诉讼法》相关规定，辩护人应当树立“协商型辩护”的新理念，不要代理案件后不自觉地就产生抵触、怀疑的心理，应积极主动与办案机关、当事人以及同案犯等多方主体沟通协商，进行协商型、预防型、前置型的辩护，努力为当事人争取最有利结果。

（二）认罪认罚案件要以审前辩护为重心办理认罪认罚案件，律师辩护的重点必须放在审前，这不仅仅是诉讼策略或技巧的选择，也是回应刑事诉讼理念的必然要求。一方面，就现实而言，随着认罪认罚具结书的签署和检察机关量刑建议的作出，庭审会高度简化，如果适用速裁程序，法庭调查和法庭辩论的环节都会被省略，庭审辩护的意义将被大

幅削弱。另一方面，从理论上讲，只有审前程序辩护权的强化才能够为审判程序的简化提供正当性支持。

（三）辩护律师在认罪认罚案件中所应重点把握的环节辩护律师是认罪认罚程序的积极参与者而非消极的“见证人”。在认罪认罚程序中，由于被告人认罪，传统刑事诉讼中的激烈对抗不复存在，但这并不意味着辩护律师可以消极怠工、甘当案件局外人，相反，辩护律师应当积极沟通协商，追求最大利益，避免无效辩护。具体而言，辩护律师应当着重把握以下环节：

1.案件评估辩护律师首先要通过会见、阅卷等方式对案情进行全面研判，在此基础上对案件的预期结果、认罪认罚的可能效果等问题进行评估。辩护律师应当将这些情况如实告知当事人，全面告知其诉讼权利，并向其详细讲解认罪认罚程序以及不同选择可能会出现不同后果。

应当注意的是，侦查人员第一次讯问犯罪嫌疑人时就会通知其认罪认罚先关事项，但此时辩护律师并不在场。如果犯罪嫌疑人在侦查阶段就表示认罪认罚，辩护律师要着重考察犯罪嫌疑人认罪认罚的真实性和自愿性，告知其没有自证其罪义务，并询问当事人是否遭到了暴力、威胁或者诱供等情形。

在当事人全面了解自己行为的定性、诉讼权利和认罪认罚的后果后，请当事人最终做出决定，是否认罪认罚。

2.在侦查阶段积极做好沟通、赔偿、争取谅解等事宜立案侦查是刑事诉讼的起点，也是进行刑事辩护的黄金阶段。在侦查阶段，辩护律师除了协助当事人作出是否认罪认罚的决定，还可以与其他主体沟通联络。首先，辩护律师可以积极与侦查机关联系，对犯罪嫌疑人认罪认罚情况、案件性质及其他量刑事由进行充分说明；其次，辩护律师可以尝试与被害人取得联系，就赔偿和谅解问题进行磋商，争取以诚恳和积极主动的态度取得被害人的谅解，给当事人创造新的量刑事由；再次，辩护律师还应当争取为当事人适用非羁押性强制措施，结合认罪认罚等情况，充分说明当事人不具备社会危险性，没有逮捕必要，对于符合法定条件的案件，要努力说服侦查机关作出撤销案件的决定。同时，侦查终结之后，辩护律师还要注意起诉意见书中是否载明了犯罪嫌疑人认罪认罚情节。

3.在检察阶段主动与检察机关就羁押必要性、量刑建议、审理程序等问题进行沟通协商移送审查起诉是审前程序的最后一个环节，律师应当珍惜机会，及时开展工作。首先，如果当事人仍处于被羁押状态，辩护律师应当向检察院提请羁押必要性审查，争取使当事人早日获得自由；其次，



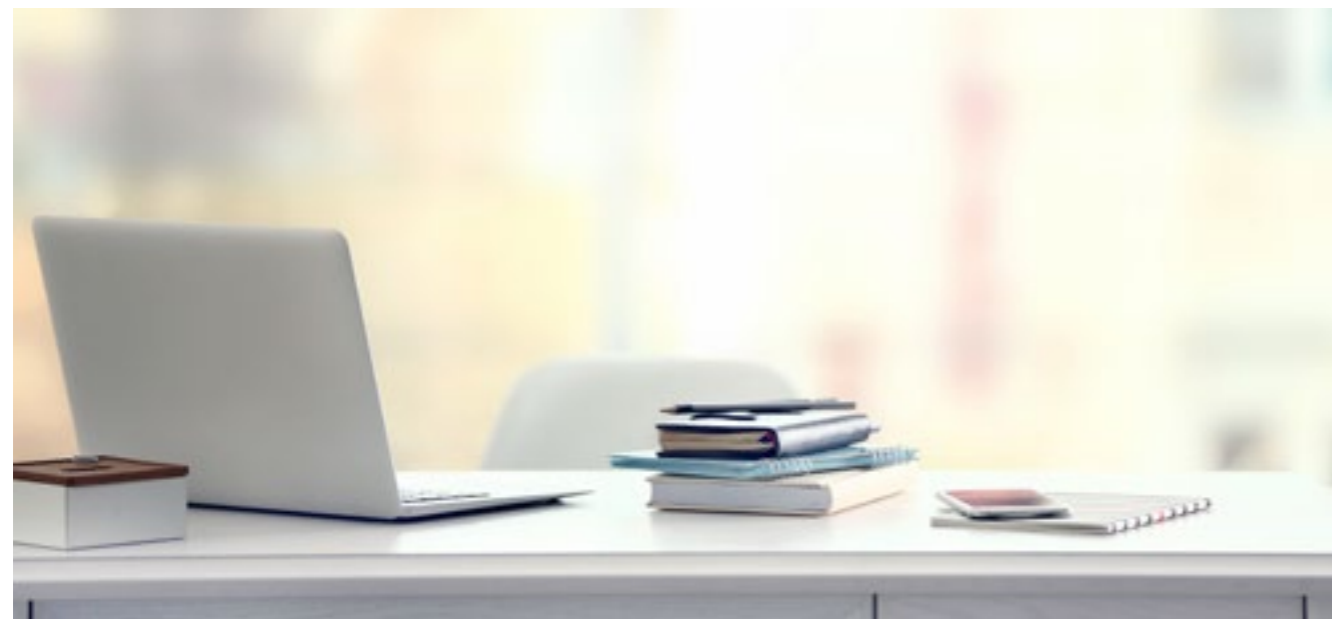
依据新的《刑事诉讼法》相关规定，辩护律师应当树立“协商型辩护”的新理念，不要代理案件后不自觉地就产生抵触、怀疑的心理，应积极主动与办案机关、当事人以及同案犯等多方主体沟通协商，进行协商型、预防型、前置型的辩护，努力为当事人争取最有利结果。

辩护律师应当与检察机关就量刑建议展开协商，最大程度上减轻对当事人的量刑。当然，对于符合法定条件的案件，应当提出建议检察机关不起诉的法律意见，尽早终结诉讼；再次，律师在与当事人沟通协调确定的前提下，应当就案件审理程序与检查机关沟通，对于符合法定条件的案件，可以适用简易程序，这样可以减轻当事人在审理过程中的煎熬，减少羁押时间，早日重获自由。

4.在审判阶段辩护律师仍然要发挥监督法律实施的作用。虽然认罪认罚案件主要工作在审前，但是在审判阶段辩护律师也不可掉以轻心。对于量刑建议是否合理，是否有新的辩护理由，以及控辩双方其他争议事项，辩护律师仍然可

以表达意见。要知道，在认罪认罚案件中，辩护律师是独立发挥作用的诉讼主体，而非办案机关的配合辅助人员。

不是所有的案件都可以做无罪辩护，也不是所有的认罪案件都无辩护价值。辩护律师作为私权的代表，是法律实施过程中重要的监督员。在认罪认罚案件中，律师的监督同样不能缺席。即便犯罪嫌疑人“罪有应得”，但是否罚当其罪、基本权利是否得到保障，都是辩护律师应当关注的问题。新的制度给律师带来了新的机遇，也是新的挑战，在繁简分流的诉讼程序改革潮流中，更加考验辩护律师的宏观思考能力、协调能力、沟通能力、专业能力，有挑战，更有作为！



## “侦控审辩”四人谈

### ——认罪认罚从宽制度下的犯罪嫌疑人、被告人的权益保障

陈宇 蔡栋 陈烈 张国民 陈思思 / 文

2018年10月26日，第十三届全国人大常委会第六次会议审议通过关于修改《中华人民共和国刑事诉讼法》的决定。修改决定共26条，对2012年《刑事诉讼法》18个条款进行了修改，新增条款18条，修改后法条条文总数由原290条增至308条。

在本次刑法修改的全部内容中，认罪认罚从宽制度无疑是最大亮点之一。北京市京都（南京）律师事务所陈宇、蔡栋、陈烈、张国民四位律师围绕该制度下犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利如何保障和行使的问题针锋相对、各抒己见。

【主持人陈思思律师】相较于1996年和2012年的两次“大修”，这次《刑事诉讼法》的修订，专家和学者都认为，认罪认罚从宽处理制度吸收了这几年改革试点的有益经验和成功做法，对于进一步落实“宽严相济”的刑事政策，深化司法体制改革，进一步完善中国特色的刑事诉讼制度，推进国家治理体系和治理能力现代化等具有重大意义。

【蔡栋律师】是的。这次修改《刑事诉讼法》决定的26项条文中，与认罪认罚制度相关条文就有13项，其重要性不言而喻。进入21世纪以来，随着法治文明的不断发展，我国刑事政策也逐渐显示出“突出宽缓精神，强调宽字当头”的趋势。应当说“宽严相济”刑事政策的提出，是一种科学、理性的回归，是我们正视社会稳定与犯罪增长关系后的理性回应。

刑法第十五条即明确了刑事案件认罪认罚可以依法从

#### 陈宇律师简介



京都律师事务所高级合伙人，南京分所主任，擅长综合运用民商事、刑事案件过往处理的经验、资源，以及金融与资本市场、TMT、知识产权等领域的大量法律服务实践经验，为企业治理结构设计和规范运营，为企业处理公共关系管理及危机处置，防止、避免企业、股东及高管承担企业、公司经营过程中所出现的民商事赔偿、刑事控诉等风险。

宽处理的原则，但是认罪认罚从宽制度是需要通过程序来落实的，即速裁程序或是简易程序，如果不愿意认罪认罚，则要适用普通程序。所以，认罪认罚制度如何施行，显然是需要与相关的程序匹配。而如何匹配，辩护人如何向嫌疑人解释该制度如何实行，刑法也需要增加相应的规定。因此在第三十六条中增加了这样的内容，“由值班律师为犯罪嫌疑人、被告人提供法律咨询、程序选择建议……”。其中程序选择建议，显然是速裁程序或简易程序二者之一与普通程序的选择建议，这一条也是“辩护与代理”这一章节中新增加的规定。

【主持人陈思思律师】做为辩护律师，在代理案件的过程中，您会建议犯罪嫌疑人、被告人选择什么样的程序？

【蔡栋律师】简单说，就是建议犯罪嫌疑人是否同意认罪认罚，还是建议适用普通程序。实践中其实是很难做出建议的，在侦查阶段，特别是在批准逮捕之前的三十天拘留阶段，辩护人获取

案件的信息量十分有限。虽然法律明确规定，辩护人除了会见犯罪嫌疑人，还可以向侦查机关了解涉嫌的罪名和案件有关情况，但是仅仅通过这样的渠道来获取案件信息，信息量是远远不够的，无法判断案件下一步的具体情况。此外，在拘留阶段存在诸多不确定因素，是否会进入批准逮捕环节都存在未知，此时的程序选择建议还无法开展，所以辩护律师更多的工作是提供法律咨询。

【主持人陈思思律师】我们知道蔡栋律师曾在省公安厅工作了二十年，对于刑事案件的侦查手段和侦查思路更为熟悉。那么在侦查阶段过程中，对于认罪认罚案件辩护人应当注意什么？

【蔡栋律师】侦查阶段是调取证据、固定证据的基础和关键阶段。我们都知道，获取犯罪嫌疑人供述常常是侦查阶段的重点和难点，特别是一些客观证据相对较少的案件，如强奸犯罪、毒品犯罪，在这类案件中嫌疑人的口供往往成为认定案件的关键证据。这时候，认罪认罚制度会不会成为一种新的“诱供方式”，耐人寻味。《刑诉法》第五十二条明确规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，不得强迫任何人证明自己无罪”。这一法律规定，相当于国外英美法系我们熟悉的那一句“你有权保持沉默”，保障的是嫌疑人的沉默权。但司法实践中，如果没有嫌疑人的口供，客观证据又无法达到定案程度的，在认罪认罚从宽处理制度的“诱惑”之下，嫌疑人开口认罪，那么实锤落下，后面的有罪判决下得干脆利落，这是否也违背了无罪推定的原则呢。所以，也担心实践中侦查人员会把认罪认罚从宽处理制度运用得“变了味儿”。

【主持人陈思思律师】我们都知道，在拘留阶段申请取保候审非常困难，特别是如果嫌疑人没有作出侦查机关想要的供述，这种情况下如果嫌疑人问您，“公安说我认罪了就放我出去，我要不要认罪”，您该怎么回答？

【蔡栋律师】这是个难题，此次修改后的《刑诉法》第一百二十条增加规定了“侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利，如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定”。在侦查阶段，辩护人的责任应当侧重于提供法律帮助，向嫌疑人释法说理，让他明白认罪认罚的法律后果。犯罪嫌疑人何时认罪认罚、如何认罪认罚、对哪些行为认罪认罚等问题，需要辩护律师通过了解案情、综合各方面证据，以现行法律法规为依据并结合司法实践的具体做法，提出针对性的建议。这样，才有利于最大限

## 蔡栋律师简介



任职于北京市京都（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。

度维护并保障犯罪嫌疑人的权利。

你刚才说到侦查阶段取保候审很难，确实如此，目前司法实践中较低的取保候审适用率，导致大量犯罪嫌疑人（被告人）在审判前被限制人身自由，有的甚至在审判前被拖延关押一至两年。看守所恶劣的环境对嫌疑人（被告人）造成的人身伤害和心理打击是巨大的，这就导致案件一旦进入侦查阶段后期、起诉环节和审判阶段后，控方（甚至审判方）可以将“认罪认罚”作为手中的王牌筹码，压制被告人低头认罪。我认为司法机关也要避免用这种方式滥用认罪认罚制度。

【主持人陈思思律师】陈宇律师，您是在座的四位中律师执业年限最长的，十多年的执业生涯中您也代理了很多起刑事案件，一直主张辩护要贯穿于刑事诉讼的每一个阶段，您认为在侦查阶段，对于犯罪嫌疑人认罪认罚案件，律师能做些什么呢？

【陈宇律师】蔡栋律师刚刚已经谈到了，认罪认罚从宽制度对侦查机关的要求，就是应当告知诉讼权利和将认罪情况记录在案。因此，要求侦查机关在起诉意见书中增加对认罪情况的说明对于辩护人和嫌疑人来说就至关重要，它是嫌疑人以认罪认罚、减轻办案机关工作量为条件换回来的一个筹码、一种优待。此外，我认为，“认罪”这个词容易误导人们，以为指的是“承认罪名”，但事实上我们要帮助嫌疑人厘清一个概念，“认罪”是指承认罪行，即如实供述犯罪事实，即便是嫌疑人认为自己是正当防卫，或者认为自己的行为是合同诈骗而不是诈骗，这些异议也并不影响他的“认罪”。

但不可否认的是，在我国司法实践中，由于羁押优先、取保例外的现状，辩护人在侦查阶段可发挥的实质性作用有时候不大。在认罪认罚制度出台之后，我也担心，这一制度会侵蚀平等对抗原则、司法公平原则，维护公检法一定要办成“成案”的决心，把辩护空间压迫得更加窄小。

我认为为保证认罪认罚制度的公正实施，一个可行的办法是降低羁押率。降低羁押率不仅可以降低羁押场所的管理



## 陈烈律师简介



北京市京都（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，从事刑事案件的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。

压力，还可避免公检法滥用该制度。此外，我们也可以参考其他国家的一些做法，把取保候审决定权从侦查机关（或检察机关）手里转移到法官手中，以保证被告人的“认罪认罚”是真正出自内心。

【主持人陈思思律师】陈烈律师，在成为律师之前您是南京市人民检察院的一名公诉人，一直从事“三大刑”案件的审查起诉工作。您觉得在审查起诉环节，反正嫌疑人都认罪了，认罪认罚案件的证据标准是否可以降低？

【陈烈律师】审查起诉环节，是案件处理的关键阶段，公诉人审核全案的证据，达到事实清楚、证据确实充分的起诉标准则向人民法院提起公诉。我认为公诉机关不能放松证据标准，在认罪认罚状态下肯定是有罪供述，尤其要避免对这种有罪供述形成依赖，重蹈“以口供为核心”的覆辙。如果嫌疑人认罪认罚后，全案证据仍不能形成完整证据链，这种案件应当坚持“疑罪从无”原则，不能以认罪认罚为由提起公诉，进入到法庭审理程序。

【主持人陈思思律师】我们知道，在认罪认罚从宽处理制度被写入刑法之前，经历了很长时间的铺垫和试点。近两年加快了这一试点的步伐，2016年7月，习总书记主持召开了深化改革领导小组第二十六次会议，审议通过了《关于认罪认罚从宽制度改革试点方案》，此后全国人大常委会授权两高在部分地区开展刑事案件认罪认罚试点工作，舆论一直认为这是中国模式的“诉辩交易”。认罪认罚从宽处理制度是不是移植了美国的诉辩交易模式，有无差别？

【陈烈律师】本次修改后的刑法第一百七十四条规定，“犯罪嫌疑人自愿认罪，同意量刑建议和程序适用的，应当在辩护人或者值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书”。从目前试点过程来看，公诉机关与辩护人交易的内容仅仅是量刑幅度，它是建立在事实清楚、证据充分的前提下而进行的。未来是否可以就指控犯罪的罪名、数量、量刑的

种类进行协商，都值得期待。这与美国的诉辩交易双方可以在罪名的选择、量刑的轻重上达成交易还是有差异的。

不管如何，检察官和律师终于可以友好合作了！我这样说虽然有些调侃，但从节约司法资源的角度，特别是在办理事实清楚、证据充分、对适用法律无争议的危险驾驶、交通肇事、盗窃、诈骗、抢夺、伤害、寻衅滋事等在基层检察院占比很重的案件，这一制度确实是公诉人繁重工作中的唯一甘泉！检察官、律师都可以劝嫌疑人认罪认罚，以期获得从宽处理，在这个层面上的合作，既可以追求办案效率、又让嫌疑人获得从轻处罚，可以说是一种双赢。

《人民日报》2017年5月曾报道过北京市海淀区人民检察院办理的一起认罪认罚从宽处理的盗窃案件，42个小时，即完成了从传唤至公安机关到依法作出判决的全部过程。这真的是令人咋舌的速度！

【主持人陈思思律师】法条中写明，“犯罪嫌疑人认罪认罚的，人民检察院应当就主刑、附加刑、是否适用缓刑等提出量刑建议，并随案移送认罪认罚具结书等材料。”检察机关的量刑建议是否一定能体现出从宽处理的态度，可否直接建议缓刑？

【陈烈律师】辩护人可以直接地感觉到，在司法实践中检察机关虽然积极推动认罪认罚，但在量刑建议方面却过于“虚弱”，特别是在能否适用缓刑上不肯明确表态，这也抑制了嫌疑人和辩护人的积极性，毕竟，获得人身自由是嫌疑人最大的渴望。我认为，在认罪认罚制度写入刑法之后，检察机关量刑建议方面应该是大有作为，因为法院应当在公诉机关的量刑建议区间甚至以下进行量刑。因此，检察机关量刑建议的约束力应该是刚性的、明确的，而非柔性的、含混的，唯有此，才能让认罪认罚制度有良好的实践基础。辩护人在代理案件中，也应当要求公诉机关在量刑建议时予以明确，刑期多长、是否缓刑均应当在量刑建议材料中载明。直白地说，只有检察机关拿出筹码，嫌疑人才愿意妥协。





【主持人陈思思律师】针对量刑，检察机关是否可以跟被告人或者是辩护人进行协商呢？

【陈烈律师】是的，这是值得探讨的一个话题。认罪认罚的最大好处就是可以获得从轻处罚，那么在量刑上当然可以协商。怎样协商呢？是控辩协商？在有些被告人没有辩护律师的情况下，检察官直接与被告人或是值班律师协商？我认为，协商的双方应当具有最低限度的平等，也就是说，协商双方的信息来源应当大体平衡，知识体系和执业技能应当一致或接近。美国辩诉交易之所以被认为具有基本的公平性，就是因为交易的双方是检察官和辩护律师，辩护律师一般都全面查阅了控辩双方的案卷材料，对公诉方的证据了如指掌，也了解公诉方的指控理由。在这样的情况之下，检察官才不会利用信息优势，来引诱或欺骗辩护方接受某种不公平的方案。

在我国刑事速裁程序的试点过程中，大都是检察官与被告人所进行的协商。这是由于大多数案件的被告人没有委托辩护律师，而“值班律师”提供的仅仅是法律咨询，不可能对所有案件都进行阅卷，对公诉方的证据情况无法熟悉，他们给予被告人的咨询和建议其实是十分有限的。检察官面对势单力孤的被告人，从心理上就具有明显的优势，可能会迫使被告人接受未必公平的量刑方案。因此，认罪认罚从宽处理制度应当确立检察官与辩护律师进行控辩协商的机制，确保被告人获得真正意义上的辩护保障，辩护律师应全程参与控辩协商过程和法庭审理过程，真正从实质上维护被告人的合法权益。

【主持人陈思思律师】陈宇律师，您觉得审查起诉环节，反正嫌疑人都认罪认罚了，辩护人是否还有辩护空间？

【陈宇律师】并非所有的公诉案件都能达到事实清楚证据确实充分，这一点公诉人心知肚明，有的案件一旦开庭审理就会面临失控的风险。但是，来自于自身职业的要求以及司法机关或者其他“有关部门”的压力，又要求他们必须把案件“诉出去”。这也迫使公诉人在承办案件事实和证据有

## 张国民律师简介



就职于北京市京都（南京）律师事务所，曾在南京市鼓楼区人民法院担任法官（副庭长），先后从事刑事、民商事审判十七年，后又曾在广发银行南京分行资产保全部任副总经理二年。本科毕业于西北政法大学，后取得南京大学法律硕士学位。熟悉刑事诉讼、擅长合同法、物权法、侵权法、公司法、金融法、房地产法等民商事诉讼。

瑕疵的案件时，使出浑身解数以恢复人身自由作为交换条件，让嫌疑人低头认罪。更为可怕的是，在某些案件里，控方甚至可能在事实和罪名上故意加大对嫌疑人的指控，以此来加大认罪认罚的胜算率。

我们都知道，辩护人在审查起诉环节的工作量最大。而在认罪认罚案件中，辩护人更要练就“火眼金睛”的本领，看出案件事实和证据存在的问题和瑕疵，试图放手一搏，如果无法在审判前达成诉辩交易，就应当追求在法庭审理阶段的认真审理。但是，对大多数嫌疑人来说，期待尽快被释放后与亲人拥抱、痛哭，因此，大多数在事实和证据上有瑕疵的案件，就这样稀里糊涂地走速裁程序或者是简易程序混过去了。案件最终就有了一个皆大欢喜的结局：被告人戴上了一顶“罪人”的帽子，但得到了想要的自由，公诉人得到了自己想要的有罪判决，法院也避免了在有罪和无罪之间进行痛苦的抉择。一些本来可能无罪的嫌疑人（被告人）在自由的诱惑下站到了罪人的队伍中，罪与非罪的界限越来越模糊了。这一点，确实值得我们刑辩律师深思。

【主持人陈思思律师】张国民律师到京都所之前是敲了十多年法槌的法官，您觉得在法庭审理阶段，认罪认罚制度的意义何在？

【张国民律师】当下的社会各种矛盾激发，刑事犯罪案件数量激增，加上法官员额制的改革，“案多人少”的矛盾进一步加剧。而以审判为中心的诉讼制度改革，又强调证人、鉴定人出庭，非法证据排除，案件证明标准要求特别严格，普通刑事案件审判周期大幅度延长。以前对于被告人认罪的案件，法院大都仍旧适用普通程序审理，程序耗时过久，不能体现“坦白从宽”的宽大处理原则，案件应该复杂的不复杂、应该简单的不简单，案件“繁简分流”通道不够通畅。而出于解决上述问题的迫切需要，且经过很长时间的试点，认罪认罚从宽制度写入刑事诉讼法就成了历史必然。推动刑事案件的繁简分流，让有限的司法资源集中在重大疑难复

杂案件上，最终整体上提高案件质量，预防错案。我个人认为，这是认罪认罚制度最大的意义所在。

【主持人陈思思律师】法官对于认罪认罚案件审查的重点是什么？在速裁程序中辩护人是否只是走个过场？

【张国民律师】审查的重点显然是被告人认罪认罚的自愿性和具结书内容的真实性、合法性。针对符合条件的认罪认罚案件，在法庭审理阶段设置了速裁程序和简易程序。但必须注意到，速裁程序由于过度简化了法院审判的工作内容，并且在庭审阶段省去了“法庭调查”和“法庭辩论”环节，导致速裁案件不再是以“审判中心”，而是以“审查起诉”为中心构建起来的程序模型。所以，应当对速裁程序进行了严格的限定，并赋予被告人的自主选择权。只要被告人不同意适用速裁程序，人民法院就不能适用速裁程序进行审理。因此，在法庭审理过程中，辩护人的辩护重点也应当根据庭审查明的情况，及时调整程序建议，并向被告人予以充分说明。

刚才陈烈律师也谈到了，在审查起诉阶段检察官跟辩护律师建立控辩协商机制，通过减少刑期来吸引被告人认罪认罚。但是这里面潜伏着两方面的法律风险：一是检察官在没有充分证据证明被告人构成犯罪的情况

## 陈思思律师简介



北京市京都（南京）律师事务所律师。南京市秦淮区2016-2017年度优秀女律师。担任多家公司的破产管理人，全面负责破产清算事务；全程负责常年顾问单位投资的PPP项目相关合同的起草、修改，并参加PPP项目相关会议谈判；提供不良资产相关投后管理、处置服务。在从事法律服务工作期间，承办了多起民商事诉讼、刑事诉讼辩护案件，通过处理大量诉讼纠纷案件，为客户挽回损失，最大程度避免客户遭受不公正的判罚。

下，促使被告人做出了不理智的认罪认罚；二是被告人在选择速裁程序时没有获得有效的辩护，没有获知指控的罪名和理由，没有经过深思熟虑，选择了不利于己的程序和结局。前者可能造成一种潜在的实体非正义，后者则有可能损害程序上的正义。

鉴于此，认罪认罚制度在注重提高诉讼效率的同时，还应当将维护实体正义和程序正义作为基本目标。而要达到这两个目标，法官就要将开庭审理作为最基本的程序保障。询问被告人、让辩护律师有机会发表辩护意见，防止检察官所指控的犯罪事实没有充分的证据支持，避免无罪的人受到刑事追究。法官还需要就量刑建议听取被告人及其辩护律师的意见，避免被告人在信息不对称的情况下作出不明智的选择，也避免检察官提出貌似畸轻但实质上畸重的量刑幅度。因此即便是在速裁程序中，辩护人绝不仅仅是走个过场。

【主持人陈思思律师】您认为，在认罪认罚制度之下的法庭审理过程，辩护人的重点工作应当是量刑辩护？

【张国民律师】是的。刑事审判要尽可能地公开、公正，那么对法官的自由裁量权的约束是很有必要的。而法官自由裁量权中很重要的一部分就在于量刑尺度。但是在过去

从目前试点过程来看，公诉机关与辩护人交易的内容仅仅是量刑幅度，它是建立在事实清楚、证据充分的前提下而进行的。未来是否可以就指控犯罪的罪名、数量、量刑的种类进行协商，都值得期待。这与美国的诉辩交易双方可以在罪名的选择、量刑的轻重上达成交易还是有差异的。



## 新刑法“认罪认罚” 给刑事辩护带来的新课题

■ 孟粉/文

2018年10月26日，全国人大常委会第六次会议通过对《刑事诉讼法》修改的决定，并于当日公布实施。这次修改的主要内容之一，是将前两年试点的“认罪认罚从宽”制度和速裁程序作为司法改革经验上升为法律。认罪认罚是落实“以审判为中心的诉讼制度”的配套前提之一，是“坦白从宽、抗拒从严”刑事政策的法律化，虽然写入刑法的认罪认罚还面临着许多细节问题需要落地，但可预见的是，今后大量刑事案件会走在认罪认罚的程序中，然而相对应的刑事辩护明显准备不足，对于如何在认罪认罚中保障当事人合法权益，笔者将结合自己办理刑事案件的体会，谈一下这次刑法修法中的认罪认罚给辩护带来的新课题。

### 认罪认罚在公检法中的 权益分配

新刑法增加的第十五条——“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实愿意接受处罚的，可以依法从宽处理。”这条对“认罪认罚将从宽”原则进行了奠定，纵观新刑法，“认罪认罚从宽”从侦查阶段贯穿到了审判阶段，针对不同阶段的认罪认罚实施，辩护律师如何从中找到自己合适的时机来保障当事人合法权益，在不同阶段有不同的发力点。

总的来说，新刑法对公检法在认罪认罚中的职权分配

### 孟粉律师简介



孟粉律师曾在北京市检察院某分院工作十七年，转型律师后辩护的多起经济犯罪案件，被做出不批准逮捕、不起诉、或者从轻减轻处罚获得最低量刑等。从事法律工作期间，办理了大量的一审疑难复杂大要案。孟粉律师刑事辩护视野开阔，角度新颖，尤其从检期间还办理多起秦城监狱服刑原高官的减刑及开庭案件，对于如何让委托人最少服刑、能够减刑有着独到的辩护视角和辩护经验。

如下：“公安告知，检察运作，法院核查”。这也是两年前认罪认罚制度在实践中操作的普遍模式。这个模式的权益分配，检察机关比例最高，表现为强化了公诉权和量刑建议权，也算是对检察机关大部分侦查权被拿走的一种补偿，当然这种模式在英美法系的辩诉交易中也是国际惯例，但可以肯定的一点是，我国的“认罪认罚从宽”绝不是“辩诉交易”。“交易”还有平等协商的意味，协商的内容可以包括罪名、量刑，这在我们的认罪认罚中是不被允许的，因为认罪认罚的前提是证据标准不降低，事实和罪名不可以协商，可以协商的就是量刑，而且量刑的协商也不是完全开放式的。

“公安告知”是指，公安机关在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利，以及如实供述自己罪行可以从宽处理和认罪认罚的法律规定。如果嫌疑人自愿认罪的话，公安机关会在移送检方的起诉意见书中写明这个情况。拿下嫌疑人的认罪口供，向来都是公安机关努力的方向，如何让公安机关在引供诱供和客观告知后当事人自愿认罪中间拿捏好平衡，是侦查人员

永恒的课题，也是检察官和辩护人要核实的重点。这个阶段公安机关没有实体处理权，对辩护律师来讲和以前区别不大。

“检察运作”，是指对于嫌疑人愿意认罪认罚的案件，检察官不但要告知当事人认罪认罚从宽的规定，还要听取辩

甚至现在，量刑仍然是刑事审判中最被忽视的内容。

在理想状态下的刑事审判是这样的：被告人始终保持沉默，控方要承担证明他有罪的举证责任，而辩方则不断给控方和侦查机关的侦查活动挑刺，在完美无暇的证据下，法院经过细致的审判，最终驳回辩方的一切质疑，宣判被告人有罪。这一理想模式下，认定犯罪事实要再三审查，把“公正”的价值目标最大化，但它的背后却是极大的司法资源消耗。实现效率目标，就要想办法尽可能省去其中能省略的步骤。在犯罪事实清楚、证据确实充分的情况下，如果被告人自愿省略一部分审查程序，则以量刑上的优待作为奖励。因此，增强辩方的对抗能力，使之有资格和资本在量刑中“讨价还价”，同时让量刑更加透明，使辩方能够参与其中。这就是辩护人的量刑辩护工作，也是辩护人在法庭审理的核心工作。

【主持人陈思思律师】陈宇律师，最后想请您谈谈，走到法庭审理阶段，认罪认罚案件在审理过程中您最担心的问题是什么？我们发现，做为在座最资深的刑辩律师，您一直在考虑制度的弊端，为当事人的辩护权利担忧。

【陈宇律师】我认为，与被告人诉讼权利最紧密的内容，就是保障被告人的辩护权利。如何改变被告人在刑事审判中的不利地位，使之有足够的能与控方对抗，同时把法院拉回中立的位置，这是辩护人在保障被告人诉讼权利的职责所在。而刑事诉讼中，加强辩方的对抗能力，必然会导致司法资源的进一步消耗。认罪认罚制度下的速裁程序，显然是对辩方诉讼权利的压制。在速裁程序中，公诉人宣读起诉书、法庭调查和法庭辩论都可以略去，而且不能对量刑提出异议，这意味着被告人在速裁程序审理过程中，自愿放弃了他本应享有的诉讼权利。我认为，在一个公正的诉讼程序中，被告人应该是在问到自己的时候，再对事实、罪名与量刑是否有意见作出回答，但由于认罪认罚，这些过程均被省略，按照法律规定，这甚至是被告人自己放弃的。这明显是对被告人诉讼权利的限制。

好在，刑法修改后，并没有增加认罪认罚案件不能上诉的规定，这也是立法机关在制度设计时，要充分考虑到，认罪认罚案件不能以违反事实认定和降低证据标准为代价，更要严格防止为达到认罪认罚或是追求破案率而采取逼供、诱供等手段制造的冤假错案。☞

护人、值班律师、诉讼代理人和被害人的意见，而后根据事实证据情况决定是否要走认罪认罚程序，并提出案件的罪名、量刑以及后期程序适用，在辩护人或者值班律师在场的情况下让嫌疑人签署认罪认罚具结悔过书。这个期间，检察官工作量加大，如果很多案件没有意外的话，嫌疑人的罪名和量刑在这个阶段基本就明确了，这意味着在审判阶段庭审也就是走个程序而已。

对于嫌疑人来说，检察环节尤为重要，虽然最终决定权在检察官，但辩护人要充分抓住与检察官沟通、协商的机会，从事实证据到罪名、量刑，向检察官阐明是否够罪、此罪彼罪的观点，以及嫌疑人不认罪的理由，未来庭审检察官要面临的压力等等，争取为嫌疑人利益的最大化。这是认罪认罚制度中，辩护律师工作最应该发力的节点。

“法院核查”，主要是指法官对于认罪认罚的案件要核查被告人认罪认罚的真实性，如果确认的话，一般应当采用检察机关的量刑建议。除非法院认为不够此罪够彼罪，或者无罪，以及法院认为量刑建议明显不当。此阶段辩护人除非有特别关键的证据推翻检察阶段的认罪认罚，否则就会很被动。

当然如果在检察阶段公诉人坚持己见，嫌疑人也坚持不认罪，案件正常审理的话，辩护律师在审判阶段仍可以坚持观点充分辩护，让中立的法官最终来裁决。这是没有走认罪认罚程序案件的普通审理程序。

## 认罪认罚对刑事辩护的影响

面对“公安告知、检察运作、法院核查”认罪认罚模式，刑事案件的辩护空间被压缩了，辩护关口也前移至审查起诉阶段，辩护人在每个阶段都面临着给当事人指明辩护方向的艰难选择。

### 一、批准逮捕阶段的辩护人选择更加困难

刑拘后的37天是辩护人为当事人争取权益的重要时期，特别是报捕阶段，提交确实有效的“不捕法律意见书”，是为嫌疑人争取人身自由的重要机会。而带给刑辩律师最大的挑战在于新刑法增加的对逮捕必要性审查第八十一条之规定：“批准或者决定逮捕，应当将犯罪嫌疑人、被告人涉嫌犯罪的性质、情节，认罪认罚等情况，作为是否可能发生社会危险性的考虑因素。”这意味着，如果嫌疑人如实供述罪行，检察官会认为他的社会危险性会降低一些，增加不捕可

能性；如果拒不认罪，他被逮捕的可能性要加大。这时如何帮助当事人在得到自由的现实利益和坚定无罪的长远利益之间做出抉择，对只能获取少量案件信息的辩护人说是个十分艰难的抉择。

### 二、审查起诉阶段辩护空间压缩，辩护策略没有回旋余地

审查起诉阶段，认罪认罚案件检察机关会决定最终的定罪和量刑，而且这种定罪和量刑会在审判阶段得到强有力的支持，因为新刑法增加的第二百零一条规定：“对于认罪认罚案件，人民法院依法作出判决时，一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议”，除非无罪或者构成彼罪，以及不认罪。

这样一来，辩护人在审查起诉阶段就要确定是无罪辩护还是罪轻辩护方向，辩护策略的回旋余地就不大了。举例来说，新刑法修改前，即便在审查起诉阶段做无罪辩护意见，到了法院还可以改为罪轻辩护，并不损失什么。但新刑法实施后，在审查起诉阶段的辩护思路确定之后很难再调整，比如诈骗案，如果想在审查起诉阶段走认罪认罚程序，需要赔偿被害人到位，对方出具谅解书，检察官提出罪名和量刑让嫌疑人签署具结悔过书，一旦到了法院又做无罪辩护，前期的退赔工作就白做了；如果审查起诉阶段做了无罪辩护，案件没有走认罪认罚程序，到了法院审理阶段，就丧失了从宽处罚的机会。而对于合同诈骗、集资诈骗、诈骗类这种复杂的经济犯罪案件，当事人的“非法占有目的”永远都有辩护空间，证据也会发生变化，在审查起诉阶段就要确立好辩护方向和思路，对辩护人来说又是个艰难的选择。

当然，认罪认罚并非带来的全是挑战，辩护律师也可以运用得当，在与检察机关公诉人沟通、协商过程中，通过对事实证据的分析，向检察官施加压力，争取对当事人最有利的量刑，这就需要辩护人具有丰富的实践经验，娴熟地谈判技巧以及对案件发展走向的精准判断。

## 认罪认罚实施中防止异化的几个问题

认罪认罚制度实施的目的是繁简分流、构建不同案件审理程序体系。但是大量证据有瑕疵、取证困难、控辩双方势均力敌的案件，会不会因此划入认罪认罚中去，导致这类案件的证明标准降低呢？

从检察官立场的逻辑来讲，证明标准如果不降低的话，

认罪认罚的意义何在？一个事实清楚、证据确实充分的案件，检察官不需要听取任何人意见就能够快速审查提起公诉，法院也能快速判决。检察官如果走了认罪认罚程序还要征求辩护人或者值班律师、诉讼代理人、被害人一千人等意见。实在想不明白，对于证据完好的案件检察官有什么理由启动增加工作量的认罪认罚程序。只有对于庭审压力大，证据不好被告人又不认罪的案件，检察官才有动力启动认罪认罚，通过量刑协商让被告人认罪，减轻检察官庭审压力，从而避免无罪风险，这才是站在检察官立场应有的逻辑。对这类案件，认罪认罚的适用需要检察官和辩护人都秉持客观公正的立场，否则会造成一种对证明标准普遍降低的认同，久而久之，此罪彼罪、罪与非罪的界限模糊，入罪门槛也随之降低，必然对司法公正造成真正的伤害，这是要防止异化的重要问题之一。

而对于能让检察官随叫随到的“值班律师”能否切实担当起为嫌疑人“提供法律咨询、程序选择建议、申请变更强制措施、对案件处理提出意见等法律帮助”的实质审查重任，是大家普遍担心的问题，如何对值班律师激励和惩戒，保证其尽

职尽责，防止其定位异化，也是下一步要考虑的问题。

在认罪认罚试行期间有的地方规定，对被害人的赔偿达成和解或者谅解是考察被告人认罪认罚的因素之一，对于诈骗类案件，如何防止被害人漫天要价，如何确认没有赔偿能力但各方面表现较好的被告人进入认罪认罚被从宽处理，防止认罪认罚程序被被害人利用成为索取利益的筹码，也是防止异化的重要问题。

总而言之，“认罪认罚从宽”在刑法中的落地无疑证实了今后案件分流审理的大趋势，认罪案件快审，疑难重大案件精细化审理，能让时间有限的检察官、法官将更多的精力放在复杂案件办理上，是符合效率规律的。但提升效率不能损害公正正是认罪认罚制度设计的初衷，也是我国的“认罪认罚”区别于“辩诉交易”的根本。而刑事辩护律师是防止效率侵占公正的有效屏障之一，刑事辩护律师只有坚持罪与非罪、此罪与彼罪的界限，鼓起较真的勇气，防止无罪案件被裹挟到认罪认罚中去，协助检察官对此罪彼罪案件进行厘清界定后认罪认罚，才是认罪认罚制度在实践中最好的落地。





# 缺席审判案件中律师的 辩护权行使问题

■ 王馨全/文

2018年10月26日，十三届全国人大常委会表决通过了关于修改《刑事诉讼法》的决定，此次修改的一大亮点即为增设了刑事诉讼中的缺席审判制度。

这一制度的确定与同时通过的《国际刑事司法协助法》共同完善了境外追逃工作配套的法律制度，解决了当前追逃工作中出现的困境。

目前我国境外追逃主要借助外交力量,但由于许多国家法律和《联合国反腐败公约》都明确要求，引渡和遣返必须以生效的司法判决作为前提，不少外逃案件因被告人缺席导致庭审无法进行，造成无法引渡或遣返的现实困难。

缺席审判制度的建立可以有效解决这一问题，更为重要的是避免因为被告人缺位而导致司法正义的缺席。缺席审判制度是从诉讼经济的角度出发，在保障人权和追求司法公正之间进行博弈的结果。

在肯定该制度的积极效果的同时，我们还必须关注到缺席审判制度对被告人的辩护权所形成的挑战。

刑事案件中最了解案件事实的人就是当事人本人，本人的缺席将对涉案事实的认定和证据采信等方面带来很大的难度。在当事人缺席的情况下，如何通过律师合理行使辩护权以维护当事人的合法权益，就成了值得我们高度关注的问题。

笔者曾在国际上第一个也是唯一一个缺席审判恐怖犯罪

## 王馨全律师简介



王馨全，京都律师事务所律师，曾处理多起民事、商事以及刑事诉讼案件，取得良好效果，并担任多个科技、医药等公司的企业法律顾问。毕业于荷兰莱顿大学高端国际法专业国际刑法方向，取得硕士学位。王律师曾在荷兰海牙黎巴嫩特别刑事法庭工作，担任检察官办公室法律处和诉讼处律师助理，参与对黎巴嫩前总理Rafic Hariri爆炸案的公诉工作。曾在荷兰海牙塞拉利昂特别刑事法院第二审判庭工作，担任塞拉利昂前总统Charles Taylor案件主审法官的法律实习生，参与一审判决的起草工作。曾在荷兰海牙前南斯拉夫国际刑事法庭工作。

的国际刑事法庭——黎巴嫩问题特别法庭工作过。

该法庭是2007年根据联合国安理会的决议，由联合国和黎巴嫩共同设立的国际刑事法庭。

2011年6月，该法庭签发了对4名嫌疑人的逮捕令。2012年2月1日，法庭通过审查认定因为无法逮捕被告人，决定对他们进行缺席审判。

法庭为所有的被告人指派了辩护人，以保障其合法权益。根据此段工作经历，现对我国刑诉法所设立的缺席审判制度提出以下辩护权方面的思考，以期立法者在今后制定配套司法解释等法律规定时能予以考虑：

## 一、缺席审判前，律师是否可以介入？

修订后的《刑事诉讼法》第293条规定，“人民法院缺席审判案件，被告人有权委托辩护人，被告人的近亲属可以代为委托辩护人。被告人及其近亲属没有委托辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”

由此，缺席审判案件中被告人的律师可以基于被告人或其近亲属的委托，或者法律援助机构的指派而产生。但是，这条规定同时透露出的一个信息是

此类案件辩护人明确介入的时间点是在人民法院确定缺席审判之后，而修订后的《刑事诉讼法》对于审判阶段中适用缺

席审判程序之前的阶段，以及审查起诉和侦查阶段律师的介入以及辩护权行使问题没有进行明确规定。

笔者认为，从保障人权和维护司法公正的角度出发，应当从立法中明确规定缺席审判程序前的律师介入以及辩护权行使问题。

现行法律对于嫌疑人\被告人未到案的案件，律师能否介入规定不明。《刑事诉讼法》第34条规定，“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。”

也就是说，在侦查和审查起诉阶段，只有在被讯问或者被采取强制措施之后，犯罪嫌疑人才可以委托律师；在案件被检察机关提起公诉之后，犯罪嫌疑人成为被告人才有权委托律师。

那么，对于嫌疑人未到案的情况，律师在上述阶段能否介入、如何介入都是法律未与明确规定的灰色地带。

然而，在刑事追责的各个阶段中有效保证缺席嫌疑人/被告人的合法权益，无疑是至关重要的，这也将影响到缺席判决是否公正，引渡被请求国是否会认可缺席判决从而引渡在逃被告人的执行问题。

## 二、缺席审判条件是否成就，应听取辩护人的意见

《刑事诉讼法》第291条规定，“人民法院进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实，符合缺席审判程序适用条件的，应当决定开庭审判。”

也就是说，在检察机关提起公诉后，人民法院决定适用缺席审判程序前，还有一个人民法院审查缺席审判条件是否满足的阶段。缺席审判针对的是已经知晓被告人所在的确切位置，并进行了有效送达，但被告人没有按照要求到案。其目的是为了保障被告人的知情权，被告人必须明确知道其指控的罪名、事实，以及不到庭的后果，而后选择不到庭，缺席审判的条件才成就。

我国法律把被告人的知情权通过对诉讼文书的有效送达来实现。那么，具体个案中的送达行为是否能够购成有效送达，则成为案件的关键，辩护人也可能有不同意见，人民法院应当召开庭前会听取控辩双方的意见。

缺席审判适用的条件规定在第292条中，即“人民法院应当通过有关国际条约规定的或者外交途径提出的司法协助

方式，或者被告人所在地法律允许的其他方式，将传票和人民检察院的起诉书副本送达被告人。传票和起诉书副本送达后，被告人未按要求到案的，人民法院应当开庭审理，依法作出判决，并对违法所得及其他涉案财产作出处理。”

上述这一规定对境外送达进行了比较详尽的规定，表达了对国际条约和被告人所在地法律的充分尊重。其立法意图在于促进缺席审判所做出的司法裁判能得到被告人所在国的承认与执行，从而顺利将定罪的被告人引渡回国，追回被转移的违法财产。

《国际刑事司法协助法》第21条规定：“向外国请求送达文书的,请求书应当载明受送达人的姓名或者名称、送达的地址以及需要告知受送达人的相关权利和义务。”

可以看出，立法者的本意是只针对已经能够确定被告人藏身之处的案件，才能进行这种有效送达，理想的状态应该是通过当地司法人员将起诉书及传票交到被告人手中。

但是，如果被告人未对上述诉讼文书的送达进行签字确认、未亲自接收诉讼文书，或当地法律允许公告送达，但是被告人客观上无法在公告期间知悉自己涉诉的信息（如生病或暂时离开所在国/地区），那么这种送达方式能否构成有效送达，控辩双方可能会有不同的理解。

缺席审判的前提条件是否成立，辩护人则可能有不同意见，人民法院应当在充分听取控辩双方的意见之后，做出公正的裁定。

与此同时，人民法院应当召开庭前会议来听取控辩双方关于是否应当缺席审理案件的意见。

根据最高人民法院《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第183条和《人民法院办理刑事案件庭前会议规程》的规定，人民法院可以召开庭前会处理刑事案件的程序性事项。

是否应当适用缺席审判制度，无疑是一种程序性事项。相关法律应明确该阶段被告人及其近亲属有权委托律师，未委托律师的法律援助机构应当为其指派律师，辩护人应在全案阅卷后，对该案是否应当适用缺席审判制度发表辩护意见，有效维护被告人的合法权益。

## 三、缺席当事人自行委托律师参加诉讼可能产生的问题

按照《刑事诉讼法》第293条之规定，缺席被告人可以自己委托律师参加诉讼过程，且这种参与过程依然被认定为



缺席审判制度的建立可以有效解决这一问题，更为重要的是避免因为被告人缺位而导致司法正义的缺席。缺席审判制度是从诉讼经济的角度出发，在保障人权和追求司法公正之间进行博弈的结果。在肯定该制度的积极效果的同时，我们还必须关注到缺席审判制度对被告人的辩护权所形成的挑战。

缺席审判，并且根据《刑事诉讼法》第295条的规定，缺席审理中以及判决后，被告人到案要求重新审理的，人民法院应当重新审理。

这样的做法与某些国际做法相矛盾，可能产生浪费司法资源、诉讼策略试探的问题。

黎巴嫩特别问题刑事法庭第104条规则规定，如果被告人亲自参与庭审、通过视频方式参与庭审，或者委托、接受律师代为参与庭审，并且没有书面拒绝出席庭审，则不应当认定为缺席审理。

也就是说，在黎巴嫩特别问题刑事法庭，如果缺席被告人自行委托律师进行辩护，则不适用缺席审判制度。其理念在于，与法律援助机构指派的律师不同，一般来讲，当事人亲自委托的律师，可以在诉讼策略选择、质证意见等方面与当事人充分沟通，辩护人发表的意见一般为当事人所认可的意见（辩护人独立发表辩护意见的特殊情况除外），其法律后果理应由当事人承受。

与之相比，我国现行制度下，如果被告人被定罪判刑，而后归案要求重新审理此案，随即改变诉讼策略和此前被认定无效的辩护意见，就相当于此前缺席审理过程中，他拥有一种诉讼策略试探的机会，而且不用承担相应法律后果，这样无疑不利于实现司法正义，并造成了司法资源的浪费。

在此之前的审查起诉阶段，如果境外嫌疑人亲自委托了辩护律师，依照现行法律规定，辩护律师可以阅卷，进行调查取证。辩护人可以与当事人核对案件信息，调取对当事人有利的证据，并向公诉机关提交法律意见，与承办人交流案情和意见，以保障当事人的合法权益。

但是，与此同时，《刑事诉讼法》第173条规定了检察院应当在审查起诉阶段讯问犯罪嫌疑人。由于犯罪嫌疑人未到案，检察官没有当事人亲自委托的辩护律师那样的便利条件与犯罪嫌疑人进行交流。

因此，在实践中，是否可能产生检察官委托辩护人向嫌疑人问几个问题或了解相关案情的情况？律师是否可以明确拒绝协助检察机关与当事人之间的交流？

根据《律师法》第31条的规定，辩护人应当提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，这与检察机关提起公诉承担刑事案件定罪量刑证明责任的职责是相佐的。

同时《律师法》第38条规定，律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息，应当予以保密。

依据上述规定，辩护人可以拒绝检察官的上述要求，但是为了避免在代理案件过程中与承办人员对此问题的认识产生语言方面的歧义，影响控辩双方的顺畅沟通，建议相关部门在后续的法律解释中将此问题予以明确。

此外，随着监察体制改革，职务犯罪类案件的初始阶段由侦查阶段改为调查阶段，按照现行法律规定，律师无法参与其中，但因为犯罪嫌疑人外逃类案件的特殊性，不可避免的形成律师介入的现实挑战。

在该阶段，犯罪嫌疑人可能无法或不愿接受监察委员会的调查，但如果他亲自委托了律师的话，监察委员会是否可以从加快工作效率和追逃的角度出发，向被委托律师告知犯罪嫌疑人涉嫌的罪名、和基本案件情况？在此情况下，律师如何严格遵守职业道德，既维护当事人利益又保护好自身安全？这都是值得我们进一步探讨的问题。

综上所述，缺席审判制度是我国司法改革过程中迈出的重要一步，有利于法律制度的完善并且具有重要的现实作用。正如任何制度的改革都是一个不断充实、调整、完善的过程一样，很多在相关制度建立后才发现的现实问题，都会在后续立法和司法解释的制定过程中得到明确和解决。

## 我国刑事缺席审判立法评析

■ 李秀娟/文

十三届全国人大常委会第六次会议表决通过了关于修改刑事诉讼法的决定。新修改的刑诉法,在第五编特别程序中专门增设了缺席审判程序一章。

刑事缺席审判制度的建立,不仅打击了腐败犯罪,同时解决了“被请求国在对相关财产没收后,应基于请求国法院作出的生效判决,才能将所没收的资产返还请求国”的难题【见《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)第57条“资产的返还和处分”第3款第(二)项的规定】。

中国政府于2003年12月10日签署了《公约》,全国人大常委会已于2005年10月27日审议批准了该《公约》。根据《公约》第68条第1款的规定,2005年12月14日《公约》生效。这意味着中国应当按照《公约》的规定行使权力、履行义务。

不仅《公约》如此规定。在贪污贿赂案件的国际合作中,对于冻结、没收和追回已经转移到国外的资产,有些国家也需要由法院出具命令。而我国的法院由于在犯罪嫌疑人在逃的情况下不介入刑事诉讼,无法出具这样的命令,这种现象严重影响反腐败案件的进程,特别是冻结和没收已经转移到国外的犯罪所得。

因此,从这个意义上讲,我国刑事缺席审判制度的构建,并非对刑事诉讼法的“小修小补”,而是推动中国刑事诉讼立法道路上的重要进程。

### 李秀娟律师简介



京都律师事务所合伙人。主要社会兼职：中央纪委监察委纪检监察学会理事、中国消费者研究会常务理事、北京市社会科学院特聘教授、中华全国律师协会刑事委员会委员等。李秀娟律师注重理论与实践相结合，出版专著、合著若干部以及在《中国司法》、《法制日报》等报刊杂志发表论文几十篇；曾参与《刑事诉讼法》修改、《消费者权益保护法》等国家重大立法研究与论证。在诉讼和非诉讼律师实务中，李律师强调责任、追求公正理念，所承办的刑事、行政案件及专项法律服务受到当事人的赞誉并在全中国产生影响，有的案件得到了最高人民法院的支持。

### 一、凸显了刑事缺席审判与保障被告人诉讼权的平衡

应当说，缺席审判与程序参与原则是冲突的。

刑事参与原则是刑事诉讼的一项基本原则，它为刑事案件当事人提供了在法庭陈述意见的机会。程序参与原则体现在刑事审判阶段当事人的在场权，控辩双方亲自参与诉讼，在平等对抗的前提下发表对案件的意见。当事人在场权的价值基础在于诉讼公正：一方面，当事人双方亲自到庭出席审判，参与审判过程，以言词辩论发现实体真实，有利于实现结果公正；另一方面，控辩双方亲自到庭出席审判保证了诉讼主体对诉讼程序的有效参与，有利于保障程序公正。

在刑事诉讼中，被告人诉讼参与权的保障具有更为重大的意义。因为刑事诉讼以惩罚犯罪分子和保障无辜的人不受刑事追究为目的，不仅涉及国家安全和稳定，而且直接关系到公民财产安全、人身自由乃至生命权等重大权益。因此，在程序上必须确保被告人能够有效地参与到刑事诉讼过程中，并最终影响到法院判决的形成。也正是在参与庭审过程之中，被告人的人格尊严才能真正得到尊重，其诉讼主体地位才

得以凸显。因此，被告人出庭就成为刑事审判的前提要件。也由此发展出直接审理原则。此原则要求审判法官不只对证人，也要对被告亲自观察，以对其人格获得真正的认识。如被告未到庭者，不得进行审判程序。

从理论上讲，刑事审判只有贯彻言词原则和直接原则，控、辩双方亲自到庭直接陈述其主张和意见，才能有充分的机会实质性地参与诉讼并影响裁判结果，法院也才能据此明辨是非，查明案件的真相。

但是，由于在诉讼实务中实际情况的复杂多样，被告人为了逃避刑事追诉，往往会因逃匿而缺席审判。这种情况下，是严格按照程序参与原则要求，待被告人归案后方可进行审理，还是作为原则的例外，在一方缺席的情况下继续开庭审理并作出判决以迅速终结诉讼？法院面临着两难的价值选择：

缺席审判固然不利于保障结果公正和程序公正的实现，但是，严格遵守参与原则也可能产生诸多弊端：

一是迟延刑事诉讼程序，相应地会延长诉讼周期，增加诉讼成本，降低诉讼效率。而且这种刑事诉讼程序的迟延，还可能为刑事被告人或辩护人所滥用，作为其延缓刑事诉讼程序的手段。

二是诉讼迟延同样有碍诉讼公正价值的实现。所谓“迟来的正义为非正义”，随着时间的流逝，有的证据可能灭失，证人对案情的记忆也可能逐渐淡化，从而导致对案件事实真相的认定愈来愈困难，影响公正判决的作出。

三是诉讼迟延还会制约刑罚威慑功能的发挥。正如贝卡里亚所言：“刑罚的及时性是比较有益的，因为犯罪与刑罚之间的时间隔得越短，在人们心中，犯罪与刑罚这两个概念的联系就越突出、越持续。因而，人们很自然地把犯罪看作起因，把刑罚看作不可缺少的必然结果。只要使犯罪和刑罚衔接紧凑，才能指望相联的刑罚概念使那些粗俗的头脑从诱惑他们的、有利可图的犯罪图景中立即猛醒过来。推迟刑罚只会产生使这两个概念分离开来的结果，给人造成的印象不像是惩罚，倒是像表演。”<sup>1</sup>

由此可见，缺席审判制度与程序参与原则存在着一定的矛盾关系，突出表现为两者赖以存在的基础价值冲突：程序参与原则在于追求诉讼公正，而缺席审判程序则注重诉讼效率的实现。在这种价值冲突的情形下，需要权衡利弊作出明智而理性的选择。

正是基于对缺席判决的诉讼价值的清醒认识，我国在刑事诉讼中设置缺席审判制度的同时，又规定了对缺席审判弊端进行补救的措施，以寻求诉讼公正与诉讼效率的平衡，将打击犯罪与保障人权贯穿始终。

第一，严格限定刑事缺席审判制度的适用范围。即只有贪污贿赂犯罪，以及需要及时进行审判、经最高人民检察院核准的严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件，犯罪嫌疑人、被告人在境外的，可以适用缺席审判（第291条）。

第二，具体规定刑事缺席审判制度的适用程序。即由犯罪地、被告人离境前居住地或者最高人民法院指定的中级人民法院组成合议庭进行审理（第291条）。人民法院送达传票和起诉书副本后，被告人未按要求到案的，应当开庭审理，依法作出判决（第292条）。

第三，进入缺席审判程序前的审查。即审理之前，人民法院应当对起诉书是否具有明确的指控犯罪事实，以及案件是否符合缺席审判程序适用条件进行审查（第291条）。

第四，充分保障被告人的诉讼权利。即对委托辩护、法律援助等作出规定，同时赋予被告人近亲属上诉权以及罪犯异议权（第293条）。

第五，明确人民检察院抗诉权。对于缺席审判的判决，人民检察院认为确有错误的，应当向上一级人民法院提出抗诉（第294条）。

综上，我国缺席审判制度注重了惩罚犯罪和保障人权、程序与实体、公正与效率的平衡。

## 二、问题思考——期待操作性更强的司法解释

由于本次刑事诉讼法再修改采用的是“修正案模式”，一定程度上限制了制度的周密性及执法的实用性。为了兼顾效率与公平，充分保障被告人知情权、辩护权和程序救济权，有必要通过司法解释进一步对缺席审判立法进行细化与完善。

### （一）缺席审判与审前程序的衔接

审判是侦查、审查起诉程序的延伸。缺席审判由于被告不在场，必然导致部分程序的缺失，故在缺席审判具体程序设计上，应尽量注意弥补并与审前程序衔接。

1.被告知的程序。在对席审判中，审前侦查、审查起诉过程中对犯罪嫌疑人、被告人有告知的程序。如侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利，如实供述自己罪行可以从宽处理和认罪认罚的法律规定

（第120条）。

审查起诉阶段犯罪嫌疑人认罪认罚的，人民检察院应当告知其享有的诉讼权利和认罪认罚的法律规定（第173条）。

缺席审判缺失了被告人审前被告知的程序。为了体现不偏不倚执法，应给予缺失权利的被告人“补偿”救济途径，如增加送达内容、或告知指定代理人行使权利等补救措施。

2.委托律师的程序。在缺席审判的情形下，犯罪嫌疑人在审前程序中委托律师参与和辩护的权利也应该给予关注。即使嫌疑人已经潜逃境外，其在刑事诉讼过程中委托辩护人的权利应该与一般嫌疑人一致。如果审前程序没有律师的介入，不符合诉讼基本的“两造具备”构造和程序正义的要求。

### （二）缺席审判庭审中的权利保障

1.由辩护人代理缺席的被告人出庭，在保障被告人辩护权的同时，是否赋予一定的代理权？

缺席审判过程中，由辩护人代理缺席的被告人行使辩护权，就兼有辩护及代理的性质。目前我国刑事诉讼法只规定律师“独立诉讼参与人”的职责，即根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见。没有诉讼代理人的职责规定。依据我国刑事诉讼法，三种人有权委托诉讼代理人：即公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属、自诉案件的自诉人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人（第46条）。将刑事案件被告人排除之外。

而缺席审判情况比较复杂，如被告知的认罪认罚机制，被告人同意但有碍于境外无法当庭表达，律师是否可以代理转达之意？考察国外缺席审判立法，如德国刑事诉讼法典第234条规定：“在准许进行无被告人的审判情况中，被告人有权让持有书面全权委托的辩护人作为他的代理。”只有明确的法律规范，才能使缺席审判一定程度上兼顾诉讼公正与效率。因此，有必要进一步研究并解决。

2.被告人应获得向法庭陈述意见的机会

被告人尽管在缺席审判程序中不在场，但为了维护被告人的辩护权，可否赋予被告人的代理人或辩护人向法庭最后陈述意见的机会。

### （三）缺席审判效力范围与刑事实体法的对应

上文我们已经分析，刑事缺席审判制度既有利，也有弊。只能在迫不得已的情形下作为例外使用。

虽然我国刑事缺席审判适用对象有严格的案件范围限制，即主要是犯罪嫌疑人、被告人在境外的贪污贿赂犯罪案件以及需要及时进行审判、经最高人民检察院核准的严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件。另外，还针对两种不是太典型的案件，一种是被告人患有严重疾病无法出庭，中止审理超过六个月，被告人仍无法出庭，被告人及其法定代理人、近亲属申请或者同意恢复审理的，另一种是被告人死亡的无罪案件。但上述立法规定还应明确与刑事实体法相对应的适用条款。如以贪污贿赂犯罪案件为例，对刑事实体法即指我国刑法第382条、第394条和第271条第2款规定的犯贪污罪的人员。我国刑法第384条和第372条第2款规定犯挪用公款罪的人员和第385条、第388条规定的犯受贿罪的人员，还应当包括我国刑法第396条规定的犯私分国有资产罪的人员等。

同时，效力范围还要考虑《联合国反腐败公约》追究腐败犯罪相对应条款。如《公约》追究腐败犯罪所包含的范围是犯有受贿、索贿罪（第15条、16条和第21条）、贪污、挪用或者以其他类似方式侵犯财产罪（第17条）、职务侵占罪（第22条）、洗钱罪（第23条）、资产非法增加罪（第19条）等经济犯罪。

综上，为了应严格限制剥夺在场资格的效力范围。避免扩大化。应在司法解释中予以明确刑事实体法的适用条款。

### （四）缺席审判与对席审判的转换

缺席审判立法规定：“在审理过程中，被告人自动投案或者被抓获的，人民法院应当重新审理。”

“罪犯在判决、裁定发生法律效力后到案的，交付执行刑罚前，人民法院应当告知罪犯有权对判决、裁定提出异议。罪犯对判决、裁定提出异议的，人民法院应当重新审理。”（第295条）由此可见，在缺席审判过程中，出现上述两种情况可以转换对席审判。审判形式的转换，要基于保障被告人程序参与原则和有效辩护原则，也应具体明确：

1.对重新到庭的被告人，法庭有告知其诉讼进展的义务

在缺席的被告人被准许重新到庭的情况下，法院不仅有告知当事人有权对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员申请回避；告知被告人享有辩护权利的告知程序。还应有诉讼进展情况的告知义务。目的在于使被告人了

<sup>1</sup> 参见[意]贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第56-57页。





解其不在场时诉讼的有关情况，以尽快地进入角色，更好地行使辩护权。这方面德国刑事诉讼法典规定：“被告人一旦恢复参加审理的能力，如果此时还尚未开始宣布判决的，审判长应当对他告知他缺席时进行的审判的主要情况（第231条a第2项）”。法国刑事诉讼法典为确保被告人的知情权也有类似规定：“对因被告人拒绝到庭缺席审判的，每次开庭后，重罪法庭书记官应当向被告人宣读其缺席的审判笔录，并且将检察院的要求和一切被告人可能不同意法庭裁决送达被告人（第320条）”。我国可以借鉴国外立法经验，将法院的告知程序、罪犯提出异议的程序等问题司法细化。

#### 2. 被告人有重新选择律师的权利

缺席审判中，被告人及其近亲属没有委托辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。这是为了保障缺席审判被告人的诉讼权利，法律强制辩护的规定。

转换对席审判后，依据我国刑事诉讼法规定，在审判过程中，被告人可以拒绝辩护人继续为他辩护，也可以另行委托辩护人辩护（第45条）。由此可见，缺席审判是强制辩护，对席审判是选择辩护。既然已经转换对席审判，当二者发生矛盾时，应该充分体现当事人的意志，赋予被告人对律师有选择的权利。

#### （五）缺席审判与律师的帮助

缺席审判是一种特殊的审判形式，也是多种诉讼价值权衡之后的选择。为了保证程序基本的正义性，它必须要设置相应的权利保障程序，其中一个非常关键的步骤是应当有律师的参与帮助。基于上述考虑，我国缺席审判作出强制辩护的规定：被告人及其近亲属没有委托辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护（第293条）。但相关问题还应做如下细化：

##### 1. 律师介入的时间

为保证犯罪嫌疑人能及时得到律师提供的法律帮助，使被告人及其辩护律师获得足够的时间和手段准备他们的辩护，刑法规定了律师提前介入的权利（第36条）。体现控诉与辩护双方职能的相对均衡，反之将会影响刑事诉讼的程序公正。进而影响到惩罚犯罪与保障人权的统一。

但在缺席审判中，法律只规定了指定律师，而没有规定律师介入的时间。如果律师晚于控方进入案件，控辩双方职能很难保持相对均衡，故需要司法解释进行细化。

##### 2. 律师会见和通信的权利

辩护律师可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信

（第39条）。缺席审判主要针对的是外逃的犯罪嫌疑人、被告人。由于嫌疑人并不在押，立法无法保障律师的会见和通信。但是法律应进一步明确，是否允许律师前往外逃地与嫌疑人会见或与其通信，以及通过此种方式获得的证据能否在庭审中使用。

##### 3. 律师保密与告密的选择

辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息，有权予以保密。但是，辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他人员，准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的，应当及时告知司法机关（第48条）。

缺席审判律师接受帮助的犯罪嫌疑人可能恰恰是涉嫌危害国家安全罪（第291条）。法律即规定保密又规定告密，律师如何选择？笔者分析，立法的理念是让律师告密，因为涉及危害国家安全罪，国家的利益高于一切。告密的价值要高于保密的价值。但是，如果被告人明知其委托的律师有告密的义务，他还会委托吗？若拒绝委托，律师指定辩护将形同虚设。

#### （六）缺席审判国内立法与国际司法的对接

针对贪污贿赂犯罪案件，以及需要及时进行审判，经最高人民检察院核准的严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件，犯罪嫌疑人在境外的，传票和起诉书副本送达后，被告人未按要求到案的，人民法院应当开庭审理（第291、292条）。上述的规定可知，境外送达十分重要。

送达不到案是缺席审判的前提条件。

我国于1965年加入《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》（以下简称《海牙送达公约》）

司法实践中，由于各国立法不同，也可能引发依据双重犯罪原则不予配合，签订的双边司法协助协定国家不同，也可能引发合作方式迥异；各国参加国际公约情况不同，也可能不予合作。还可能会出现一些国家没有加入《海牙送达公约》，与我国也没有双方司法协助协定情况。为避免长时间得不到送达结果，导致司法文书长期处于一种不确定状态，影响法院审理案件的效率，司法解释也应详细规定“视为送达”和“视为不送达”情况以及签收、翻译等事宜。如果受送达人所在国既与我国签订有司法协助协定，同时又是《海牙送达公约》的成员国，那么根据特别优于一般的原则，也应明确相关司法文书的送达依照司法协助协定的规定办理。

☞

## 京都成功举办“落实产权保护精神，助力民营经济持续发展”研讨会



2018年12月1日，“落实产权保护精神，助力民营经济持续发展”研讨会在京都律师事务所多功能厅举行。本次研讨会的嘉宾阵容强大，可亲可敬的江平先生、陈光中先生和应松年先生三位学界泰斗亲临会场，还有天则经济研究

所盛洪所长、北京师范大学法学院卢建平院长等多位法学、经济学的专家教授，美国司法部常驻法律顾问Richard W. Daynes先生等外宾，中国中小企业协会马彬副会长等来自企事业单位、人民团体和媒体界的代表。整个多功能厅高

朋满座、济济一堂，共有将近150人出席本次会议。本次研讨会由京都刑辩研究中心主办，邹佳铭律师主持，京都律师事务所朱勇辉主任代表京都所致欢迎辞。



## 开幕致辞

尊敬的江平先生、陈光中先生、应松年先生，尊敬的盛洪教授、卢建平教授、阮齐林教授以及在座的各位专家老师，尊敬的美国朋友Richard W. Daynes先生、Daniel P. Brindle先生，尊敬的田文昌老师、高贵君老师、袁其国老师以及尊敬的现场各位嘉宾、企业精英、律师同仁、媒体朋友们：大家上午好！

我是京都律师事务所主任朱勇辉。在这个寒意渐浓的初冬时节，我们满怀热忱之心再次齐聚京都律师事务所，共同关注、研讨“落实产权保护精神，助力民营经济持续发展”这一重要主题。在此，请允许我代表京都律师事务所，对出席本次研讨会的各位学界泰斗、各位嘉宾和朋友们的到来，表示最热烈的欢迎和最衷心的感谢！

民营经济产权法治保护，一直是我们关注的话题。当前，中国经济总量已经超越日本，成为仅次于美国的第二大经济体，其中民营经济做出了不可磨灭的突出贡献。据统计，民营经济占我国企业总数的90%以上，解决城镇就业80%以上，占社会投资总量60%以上。但与民营经济的贡献不相称的是，我们的市场经济法治尚不够健全，多年来对民营经济的权利保护不够。甚至，民营企业所谓原罪如悬在民营企业家头上的达摩克利斯之剑，出于各种原因，这些年来，一些民营企业家锒铛入狱，企业财产被司法机关处置，众多民营企业家黯然离场。

京都律师事务所一直关注中国民营经济发展的法治建设。两年前，2016



朱勇辉律师

年11月6日，就在今天这个会场，京都律师事务所曾经举办了“中国民营企业平等保护论坛——落实中央《完善产权保护制度依法保护产权的意见》研讨会”，今天在座的江平先生、盛洪教授等嘉宾都出席了上次会议，对保障民营经济发出过大声的疾呼。会议虽然已经过去两年，至今仍然历历在目。在此，让我们再次用热烈的掌声对以江平先生、陈光中先生、应松年先生为代表的法学界专家们多年来对民营经济法治发展的热忱帮助表示由衷的敬意！

在那次研讨会上，与会专家、老师们提出了很多富有建设性的意见，会议取得了丰硕的成果，我们提出了保护民营企业权益的诸多建议。其中在刑事领域，我们提出了包括涉及民营企业的案件立案环节从严审查、限制异地管辖、加大非羁押强制措施适用、保障企业家在被羁押期间对企业的经营权、查封扣押冻结措施必须依法规范等方面，我们还呼吁对历史上形成的民营企业冤假错案进行再审等等。两年来，我们上次会议的很多建议，在司法

机关后来的各项政策和法规中不同程度的得到了采纳。

当前，国家对民营经济更加重视，对民营企业家权益的保护有了进一步提高。2018年11月1日，习近平总书记在与民营企业家座谈时发表了关于民营企业发展的重要讲话，明确“三个没有变”，强调要鼓励、支持、引导非公有制经济的发展。11月5日，最高人民法院明确：坚决防止将经济纠纷当作犯罪处理，坚决防止将民事责任变为刑事责任，让民营企业家专心创业、放心投资、安心经营，让财产更加安全，让权利更有保障。11月6日，最高人民检察院提出检察机关要充分发挥检察职能作用，着力为民营经济发展贡献检察力量，并具体提出了保护民营企业和企业权益的11个执法司法标准。此后，司法部和公安部都相继发布了保护民营经济发展的相关文件。可以说，我们迎来了一个推进民营经济法治发展的最好机遇！

但是，如何具体落实中央精神，如何具体推进相关改革，如何让民营企业真正拥有正常的经营环境和得到法治的保护，仍然需要我们继续思考，继续讨论，继续为有关部门献计献策，向社会发出我们的呼吁，这就是我们再次召开这次研讨会的价值所在。今天在座的有法学大家、经济学大家、著名的民营企业家、知名的媒体人，机会非常难得，我不再多说，把宝贵的时间留给各位嘉宾。

最后，预祝本次研讨会圆满成功！再次谢谢大家！

## 江平：保护民营企业家利益 分清三个界限非常重要

12月1日，在京都律师事务所主办的“落实产权保护精神，助力民营经济持续发展”研讨会上，著名法学家江平教授提出：“保护民营企业家的利益，中央提出的三个界限要分清，至今仍然非常重要。”

这三个界限分别是：合法财产和非法财产的分别，家庭财产和私人财产的分别，公司财产和私人财产的分别。

江平指出，在侵犯民营企业家合法权益方面，除了没收合法财产之外，对家庭财产和私人财产没有分清楚的案例也很多。“在没收财产时把私人的股权也没收了，而这个股权(实际上)是夫妻共同财产，并不是他一个人的，还有子女的抚养费，一股脑都没收了，这个现象也存在。”

在江平看来：“最重要的是第三个界限的划分问题，即公司的财产和私人的财产没有划清，因为私人在公司里面只是投资，如果要没收只能没收私人在公司中的股权，把私人在公司中的股权拿来拍卖，或者用其他方法来变卖，但不能把公司查封了，把公司的账户也查封了，把公司一切东西都扣了，这也是一个非常严重的侵犯民营企业家权利的现象。”

“由于这三个方面的问题现在都存在，而且也不是很少见的，所以当前我们要保护私营企业家的利益，要把这三个界限划清，这是非常重要的。”江平表示。

不仅如此，江平还从观念和原则的角度反思了当前对财产权和平等权的一



江平，著名法学家

些认识，以及一些错误的做法，由于财产权和平等权在任何社会，尤其对企业家来讲，都是两项最基本的权利，这也让江平的发言更显犀利。

江平表示：“习近平总书记最近说了一句话，说要把民营企业看作自己人，这句话我印象还是很深，这是新话，新说出来的话。过去从政府到法院或者检察院还有很多人并没有把民营企业看成自己人，不仅这样，而且历来也存在着没有把民营企业看成自己人的情况。”

江平以物权法为例，指出：“物权法已经通过十多年了，本身应该说是保障私权最重要的法律，该法的通过本应受到民营企业的鼓掌欢迎，但是就事实来看，民营企业和企业家对于物权法是很有意见的，也就是说并不太喜欢这个物权法，为什么呢？其中有两个方面他们不太满意，一个是关于民营企业平等地位的问题，另一个是关于保护私人合法财产的问题。”

对于第一个问题，江平表示：“原来物权法总则里规定的是市场经济的所

有参与者都是平等的，但是紧接着北京大学的一些人说物权法违宪，理由就是宪法上讲的是国有经济为主，现在怎么说平等了呢？不应该平等，就像我们现在有些人的论断，民营企业应该灭亡，或者应该减退一样的道理，在这种压力下，最后在物权法的总则里面采用的是宪法规定的国营企业全民所有为基础，而市场经济是平等的。实际上是二元主义了，宪法讲的是不平等，而物权法讲的是平等，这对民营企业家来说，显然是不能满意的。”

“本来写得很清楚，市场经济都是平等的，而现在由于有些人反对，认为它违反宪法，所以我们在民法物权法里面加上了一句宪法的规定，这个二元主义实际上把平等的地位大大削弱了。”

对于第二个问题，江平表示：“物权法草案原来规定的是保护私人财产，后来修改的时候就加了两个字，保护私人合法财产，加上‘合法’二字，表明私人财产里面显然一部分是合法的，还有一部分是非法的，合法的给予保护，非法的当然不保护。但这样的表述埋下了一个对民营企业家财产里面存在非法财产的伏笔，所以民营企业家在这一点上显然不满意。”

不仅如此，江平还提出了“合法占有”的问题，他表示：“保护合法占有是物权法中很重要的一个问题，世界各国都有规定，我国的立法过去没有，现在物权法中进行了专门的规定，这是一个很大的进步。但规定的时候就要写明什么是合法的财产（世界各国都是这





么写的)，也就是说一个人所占有的财产，如果没有相反的证据证明，那么就可以推理为合法财产，这就像这个帽子是我的，不需要来证明，不用证明我的帽子怎么来的，买的还是送的，都应该算我的，就是说民法里面合法财产的推定和刑法里面的无罪推定差不多，不能证明他有罪，他就是无罪。”

“在民法里面，我的财产只要在我的占有之下，就推定为是合法的，除非有人证明这是他的，不能说我证明不了的就不是我的，或者我既然证明不了，

就归国家了，没有这个道理。这样的规定是从有利于社会秩序的稳定出发的，因为每个财产都应有主，不能搞了很多都是没有人所有的财产，没有人能够享有权利的财产，这是不行的。”

“但是我们原来都有的这个规定，后来也取消了，也就是说从原来认定合法的财产就是我占有的(财产)，现在变成了不能够证明是我的(财产)，就不能算是合法的财产。在这一点上，也是对于民营企业家的合法财产埋伏了很多的陷阱。”

在江平看来，民营企业有意见，实际上是对他们的地位和合法性的两个认定有意见，一个是平等原则的认定，民营企业是不是和国有企业平等，第二个是对他们合法财产的认定。当前的立法显然是退步了，因此观念改变非常重要，唯有立法者的观念改变，才能真正保护民营企业家的利益，推动中国民营经济的发展。

显然，越来越多的数据表明，民营经济的发展对中国经济的发展至关重要。

## 陈光中：从刑事制度上为民营企业创造宽松的环境

“对民营企业，你首先要留得住，然后才能说高质量的发展。”

12月1日，在京都律师事务所主办的“落实产权保护精神，助力民营经济持续发展”研讨会上，著名法学家陈光中教授如是表示。

在陈光中看来：“我国的民营企业在当前遇到了很大的困难，在有的地方也可以说面临着崩溃的边缘，其背后有很多复杂的因素，包括外部环境的因素，但是仅就内部因素来说，对民营企业地位的重视及其相关的权利保障，过去在观念上和实际措施上都还不够。而且存在一些错误的看法，尤其是对民营企业企业家(不论大小)的人身安全和财产安全的保障存在着很多问题。”

作为新中国刑事诉讼法学的开拓者和重要的奠基者之一，陈光中指出：“对民营企业家的问题，应该做到当宽则宽，在现有法律的基础上，尽量从宽来处理。”



陈光中，著名法学家

同时，陈光中认为：“给民营企业家以宽松的环境，不仅限于经济环境的宽松，更重要的是政治环境的宽松、法律环境的宽松以及司法环境的宽松，这是非常重要的。如果没有宽松的环境，民营企业都长着两条腿，人可以跑，资金可以转移，你是想留也留不住的，更不要说自主创新、高质量的发展。”

值得注意的是，对民营企业的财产扣押，无论国内外，都存在刑事、行

政、民事三个方面的内容。但仅就刑事方面来看，陈光中认为，当前我国对民营企业的人身安全和财产安全的保障存在许多问题。

“过去一些民营企业家，有的当然有不规范的行为，或者涉及到犯罪，或者涉及到一些违法；但有的也未必是违法、未必是犯罪，却不仅进行了行政上的处罚，而且进行了刑事诉讼的追究，有的没收了财产，而且抓到人、判了刑，这个企业差不多也可以说是树倒猢猻散，这个企业就垮了，很多工人就失业了。”

陈光中表示：“中央已经明确，民营企业在中国的社会主义初级阶段是非常重要的，那么，如何从司法的角度为民营企业创造宽松的环境呢？我认为从刑事方面要切实做到以下几条：

第一，罪法定，确实是法律规定的，才能追究刑事责任，并且严格控制和严格准确适用法律。

第二，证据裁判，真正要追究一个人的犯罪，必须是证据确实充分。刑事诉讼法也规定了，证据不充分，就不能定罪。

第三，疑罪从无，如果说达不到在刑法及其司法解释上属于构成犯罪的，

或者属于不明确的灰色地带的，证据尚达不到确实充分的，应该坚决做无罪处理，不能疑罪从轻，而必须是疑罪从无。不能怀疑一个人，就判他轻罪，这是不行的。”

除了以上三条原则之外，陈光中认

## 应松年：行政机关负有保护民营企业产权的责任

因为具体执法的是行政机关，确实存在权力滥用侵犯民营企业合法权益的风险，所以对于民营企业的保护，行政机关负有很大责任。要规范权力保障民营企业合法权益，要在如下方面着力：

一是要加强政府工作人员的产权保护观念。有相当一部分人仍持有陈旧观念，需看到走市场经济是我国富国强民的必经之路，而民营经济在市场经济中发挥着重要作用，应尊重、保护民营经济和民营企业权益。通过宣传教育，使政府工作人员转变观念，这是非常重要的。

二是要在制度设计上对行政处罚等权力设定清晰、明确的限制。具体包括：（1）行政处罚的罚金上限。从现实的案例看，行政处罚的数额非常巨大，动辄上亿元。由于行政处罚的证据标准要比刑罚的标准低，就形成了行政机关可以用行政处罚的名义罚，却不像刑罚那么严格的情况。行政处罚如何



应松年，著名法学家

设定一个合理的上限，需要在立法上解决。（2）行政处罚的种类。我国历史上曾经出现过行政处罚种类繁多，不受制约的情况，简直是上至法律，下至乡政府都有各种巧立名目的处罚。后行政处罚法对行政处罚的种类做了明确的限定，除了这几类之外，不得随意增设处罚种类。但近年来，我感觉到到处都是黑名单，这显然对公民权利有所损害，如果是合法的，那就应该是处罚。但其属

为还有一条，即“当宽则宽”：“当然民营企业主要是经济犯罪，但是经济犯罪的罪名也是相当多的，而行政惩罚方面就更不要说了。”

于何种行政处罚？谁有权来设定、执行这种处罚？这些基本的问题都迫切需要在立法上明确。

三是要处理好行刑衔接的问题。这是一个重大的问题，理论上需要梳理，立法上也需要明确。比如说行政处罚上有没收违法所得，刑法上有刑罚手段叫没收全部财产。两者有什么区别？没收的范围有什么限制？可以说，两者的衔接理论不清、立法不明。

四是要为公权力滥用的相对人提供切实的司法救济。就我观察，当前出现的公权力滥用侵害私人产权的案件，都能通过法院的公正司法解决。如有的地方政府出于利益，将已合法转让土地使用权的土地收回，侵犯民营企业权益，这类案件还是比较多见的，很多通过法院诉讼还是得到了比较好的解决。关键是法院要依法独立审判，不能被政府机关牵着鼻子走。



## 马彬：促进民营经济和中小企业发展是重要任务

中国中小企业协会专职副会长马彬表示，目前来看，中小企业普遍存在着规模小，底子薄，经营管理不规范的特点，我国中小企业在生存发展中面临着诸多的问题和困难。中小企业作为市场创新的主体，贡献了70%以上的技术创新，所以依托创新研发的新产品，也是中小企业立足市场的核心竞争力之一。不过，“目前非公有产权的保护依然存在着一一些薄弱环节和问题，产权保护的立法体系还不完善等，一方面打击



马彬，中国中小企业协会专职副会长

了中小企业研发的积极性，另一方面使得投资者也担心自身合法的权益受损，不能安心经营，放心投资。”

目前政府主管部门，社会机构，各类服务机构都把促进民营经济和中小企业发展工作作为重要任务来抓，也希望更多地及时了解企业的难点、痛点等，发挥法律专业的服务特长，为不断推动民营经济和中小企业高质量发展做出新的贡献。

## 田文昌：保护民营经济应重视调整立法和司法导向

我们今天谈的这个话题是一个沉重的话题，而且这个沉重的话题并非现在才出现的，改革开放40年了，这个沉重感就没有减轻多少，甚至有的时候还越来越重。我们回过头看看过去，改革开放伊始，从牟其中开始，一代一代的民营企业家善终者甚少。

我给企业家讲刑事风险防控的时候多次讲过，改革开放初期的企业家们，充满了勇敢精神、开拓精神，一批一批地往前冲锋陷阵，好比战场上的敢死队。但是，十个上去，倒下九个，剩下的那个也只有半条命了，我觉得我这个形容不算夸张。

几十年来，我们企业家的命运，尤其是民营企业企业家，坎坷多难，当然不排除民营企业企业家本身也确有一些违法乱纪的问题，包括“原罪”问题，但是从



田文昌，京都律师事务所名誉主任

现实状况来看，总体上说，他们确实受到了一些不应有的、不公正的待遇。

作为一个法律人，这么多年来，我办了很多案件，参加过很多研讨会，看过很多资料，发现这个问题有的时候是愈演愈烈。

今天我们研究这个话题，更应当

注意到这些问题。前几年有人写了一本书，现在陆续每年还在出，叫“企业家犯罪报告”。第一集的时候，请我给写序，我写了序，同时建议他把企业家犯罪报告的书名改一下，改成“企业家落马报告”，因为犯罪肯定落马，落马不等于犯罪。那一年报告所列举的企业家犯罪案件，有近三分之一都是我亲自办的，我多数都是做的无罪辩护，我认为他是落马，但是他并没有犯罪。

这样的个案太多了，为什么会出现这样的问题？我觉得最核心的问题是我们国家立法、司法的导向性的问题。我们的宪法有了几次改变，例如，由不承认民营经济变成了民营经济是社会主义经济的重要补充，后来又成为重要组成部分，立法上是一步一步在往前走，但是在一些具体的法律规范和司法理念

上，我们仍然没有走出涉及到这个问题的一系列误区。

究竟我们的立法和司法，对民营企业是保护还是排斥，是重视还是轻视？之前我们的媒体广播有一个栏目叫“非公有制经济之窗”，为什么不能堂堂正正说是民营经济或私有经济呢？这种说法就好像非要把男人说成非女人，把女人说成非男人，总是有一种羞羞答答的感觉。这说明在整个理念上我们还是有一定的距离。包括江老师刚刚说到的保护公民合法财产的表述问题。对于私人财产，是首先推定为合法，还是首先推定为非法？这其实是个导向问题。在保护私人财产的表述上，加上个“合法性”前提，就埋下了不合法的伏笔。难

道还要公民去自证其财产的合法性吗？

物权法、民法原则的确立，包括刑事诉讼法原则的确定，其实都贯穿了一条理念上的主线，即对民营经济是重视、保护还是轻视、打压？现在改革开放已经40年了，是时候要重新审视和重视这些问题了。归根到底这是一个理念问题，是一个立法和司法导向问题。所以，我认为我们今天所研究的话题，落脚点在哪里？我们今后能不能更新理念，能不能把民营经济看成是中国国民经济不可缺少的，而且是最重要的一部分，是属于中国社会经济发展不可缺少的一种力量？如果不是这样的认识，随着民营企业家的受挫、民营资本的外流以及民营企业家的外逃等一系列问题，最后将

导致人财两空的局面，这样对国家的发展、国家的利益是有害的。

今天的研讨，如果要从这个层面上达成共识，提出一些具体的理论依据来，就应当考虑一些更具体的问题，即我们应如何提升民营企业的市场地位，以及如何加强对民营企业法律保护的问题，这是我们要讨论的更具体的话题。我觉得我们如果从这一点上着手，可能会使我们的研讨具有更加现实的意义。也希望我们的媒体能够在这一方面大声疾呼。今天的话题看起来是一个法律问题，实际上可以说是涉及到国计民生、涉及到中国的经济向何处去的大问题。我们担负的责任很重大！

## 卢建平：从立法、司法和行政执法维度全面保护民营经济

2016年11月，中共中央、国务院发布了关于产权保护的意見（以下简称《意見》），正值两周年。在这个文件发布以来，立法机关、司法机关和行政机关等各个部门机关纷纷出台政策和文件。如果在某一个领域，发布的文件越多，在某种程度上说明这一领域的问题越多，而且文件效率或者说是边际效用是递减的。应该说，民营经济保护在立法、司法和行政执法方面都取得了一定成绩，但问题不同程度存在，简而言之：

### 一、立法层面在全面和平等上都未达到《意見》要求

根据文件，立法上要对产权保护贯彻全面和平等的原则。就全面保护而言，刑法表现出诸多方面的落后和不



卢建平，北京师范大学法学院院长

足：如财物概念的滞后，“财物”是刑法上常用的概念，特别是与经济相关的犯罪，但《意見》采用的“产权”，更像是经济学的概念，财物的概念要与产权的概念的对接，还有很多台阶需要攀爬。再如立法就对新兴互联网经济的保护不够。如一家企业通过虚假登记的方法使得另一个企业因异常交易而触发

淘宝自动制裁规则，司法机关在审理时就找不到适当的罪名定罪追责。这个例子说明，我国刑法对民营经济的保护不够全面，只侧重现实社会的民营经济，但随着《电子商务法》的生效，大量的电商就是另一种形态的商人或者是企业，刑法要全面地保护。就平等保护而言，我国立法上确实存在对公有经济和非公经济的差别对待。这一点，江平先生已经阐述得非常清楚，在此不赘。

### 二、司法层面确实存在乱象亟需改进完善

在司法层面，没有法治就没有产权，对于产权的保护主要依靠司法。但是非常遗憾，我国司法实践中确实存在诸多可能侵犯民营企业产权权益的情况，比较突出的包括：一是动用刑事监



禁来逼迫当事人还债。很多案件是典型的民事纠纷或经济纠纷，却出于地方保护主义或其他案外因素，错误地动用公安的权力。由于我国在司法上是刑事优先，则通过查封、扣押财产等逼迫当事人还债，但往往最后就是假戏真做，真的办成了刑事案件。二是查封、扣押、冻结适用的不规范。公安立案只是一个行政决定，还不能确定组织或个人是否有罪，但在打黑程序中，一旦公安立案，企业所有的财产和财务账户都会被查封、冻结。刚美国的同行Richard先生介绍，美国存在被查封、扣押财产的解

封程序和上诉程序，这值得研究借鉴。三是涉案财产处置的不规范。从一些陈年旧案的司法判决可以看出，司法处置的财产并不是犯罪人的财产或犯罪所得、作为犯罪工具和用来资助犯罪的财产，而是与犯罪活动没有任何关联的财产，时间更是长达十几年、二十多年。

### 三、行政执法层面要警惕行政权名为限缩实为扩张的趋势

我国全面推进依法治国，从加强保

障人权和保护产权的角度，司法权不断扩张，而行政权不断限缩，但要警惕行政权力名为限缩实为扩张的趋势。如行政拘留权，现在除了公安机关、森林公安、铁路公安有拘留权，环保、税务和海关都与这种权力，同时立法机关收到越来越多要求增设行政拘留权的立法请求，比如教育行政部门、卫生行政部门等。

## 阮齐林：民营企业的保护和刑事风险的防范

从刑事法律角度，民营企业家涉嫌犯罪、蒙受牢狱之灾，无疑是民营企业生存状态糟糕的现状之一。民营企业家不仅承担经济风险，还有承受成为阶下囚的风险，实在是不能承受之重。这种状况怎么产生的呢？

首先是立法方面的问题，经济、行政违法行为和刑事犯罪行为之间的界限究竟在哪里？不仅仅是数量、金额问题。我国立法上刑法规定的犯罪行为和治安违法行为以及其他行政、经济违法行为之间的划分，大多采取简单的数额、金额标准，比如盗窃行为，不够数额较大的是治安违法、数额较大的是刑事犯罪；殴打他人没有造成轻伤以上结果的，是治安违法行为，造成轻伤以上结果的就是故意伤害罪。这种划分，对于“天然犯”没有问题，因为盗窃、伤害、诈骗、杀人、伤害天然具有侵害性、天然具有反伦理性，与人类社会生活不能共存，必须加以禁止，无论数



阮齐林，中国政法大学教授

量、数额、结果大小，性质恶劣严重都要加以禁止，以犯罪定罪处罚还是以违法行为予以制裁，立法上只是各法律之间的分工问题。

民营企业家在经营过程中涉及到的法律问题，比如非法经营罪、走私罪、非法买卖、储存爆炸物罪、倒卖土地使用权罪等，这些经济犯罪，是不同于天然犯的“法定犯”，行为本身并非天然具有侵害性和反伦理性，而是由于

国家管理社会的需要而予以禁止，换言之，不是天然的恶而是法律规定的恶，如烟草买卖有许可证就合法，没有许可证就非法，其实有没有许可证做的事情都是一样的，即买卖香烟。还有发行彩票，私彩非法、公彩合法。行为自身其实相同。有罪无罪不在于行为自身的善恶，而在于有没有得到法律许可或被法律禁止。不注意区分“天然犯”和“法定罪”之间的差异，导致立法上对违反经济、行政法规的法定犯如同盗窃、诈骗、杀人、放火一样评价，从性质上认为一种恶，根据涉案数量、金额、后果划分一般违法与刑事犯罪，如挪用资金罪，数额较大构成犯罪，数额巨大处三年以上十年以下有期徒刑；非法经营“情节严重”构成犯罪处五年以下有期徒刑，通常掌握数额标准为5万元以上；情节特别严重的加重犯处五年以上有期徒刑，通常掌握的数额标准15万以上，根据数额标准区分罪与非罪、

罪轻罪重。再如走私罪，也是随逃金额增加而增加法定刑，直至十年以上有期徒刑、无期徒刑。最近有个案子，被告人搞海外代购的，偷逃税额数百万，被判处了十年以上有期徒刑。做海外代购，新鲜事物，对于这方面的法律、政策不够了解。一旦被追查，多年累积偷逃税额数百万元。对于挪用资金、非法经营、走私等行为国家出于管理的需要，应该加以禁止、予以惩罚。但是这些法定犯与天然犯行为性质不同，不能仅仅因为数量多、结果大就逐步加重，甚至惩罚到十年以上有期徒刑。这涉及我们观念上没有认真区分天然犯和法定犯的差别、认真区别对待。法定犯的性质、轻重，不仅仅是数量、数额、结果问题，其处罚的轻重也是有限制的。对天然犯，刑事犯罪还是行政违法可以根据数量或程度切一刀、划分开来。对于“法定犯”这样的划分可能过于简单。因为生产规模大，因为调动的资金量大，很可能一下子就达到天量，受到严厉的惩罚，显而易见是不合理。有学者注意到这个问题，像清华大学的张明楷教授撰文指出过，我国刑事立法体例上问题之一是“天然犯和法定犯不分”，导致处罚的不合理，以及对法定犯处罚过于严苛。这意味民营企业家在经营活动中承受较大风险，甚至承担如同抢劫、盗窃、杀人犯一样严重的风险。从事生产经营活动，创造财富、创造就业，开拓税源，这些经营活动对社会有贡献，支撑着社会的发展。经营中触犯刑律，应当受到与天然犯不同的评价和对待。

这种立法问题的背后还是与观念有关。经历一大二公的计划经济时期，长期把私有经济看作是资本主义的尾巴，在观念上不仅轻视，甚至歧视、蔑视。一段时期，做买卖等同于投机倒把。改

革开放进入市场经济时代，现在的法律和政策虽然把这些抛弃、淘汰了，这种观念还没有完全消失。中央高度重视民营企业的重要作用，加强保护，是要求我们不仅不应该轻视民营经济，而且应该、重视、尊重、保护民营企业的发展。因为企业家承担了经济风险，带头创造财富，带来就业、税收，支撑着整个国家和社会。企业家也是劳动者，甚至付出了更多辛劳，理应得到尊重，得到平等对待。在英国，一直反对债务监禁，认为因为欠债把人关起来索债，由经济风险转变为人身自由不合适。企业家从事经营活动失败，风险不应当仅仅由企业家个人承担，社会也要有所承担。让企业家承担有限的风险，可以破产解脱，涅槃重生。承受经济损失之外就不要再受丧失自由的风险。尽量减轻企业家的风险，这种理念非常好。企业家的负担轻了、风险小了，其实也在减轻减少企业经营的成本，最终会惠及国家、社会、人民群众。很多高利贷者，采取侵债务人人身自由、居所安宁、人格尊严等方式讨债，往往得到宽容的对待，这不正常。职业放贷人为获高利而放贷，应当有承担风险的意识和防范风险的能力，不应当通过非法手段讨债。

如果国家法律、机关被“公器私用”，成为股东争权夺利的手段，成为催讨高利贷的工具，那么企业家的处境就更为艰难了。

民营企业家卷入较多的罪名为行贿、诈骗包括骗取贷款、合同诈骗、挪用资金。其中，既有客观经营环境的原因，也有企业家自身的原因，需要有一个清楚的认识，以避免无辜被卷入刑事犯罪。

#### （一）行贿问题

民营企业很难得到政府的支持，揽业务、拿项目、融资存在一定的困难。

另外，有时还会遭遇政府官员的刁难卡要的情况。因此，为经营为生存，给予有关人员财物，从而涉嫌行贿罪。当前党和国家加大反腐力度的，大量腐败分子落马，同时牵连出大量的企业和企业家行贿的案件。值得关注。

从国家刑事立法、司法角度，应当对贿赂双方的社会危害性有正确的评价。在中国，党和政府在国家政治、经济事务中具有重要的作用，因此，拥有权力、资源国家工作人员一方占据主导地位，因此对于行贿相对于受贿，应当采取较为宽大的态度。对于“为谋取不正当利益”的主观要件，作出一定的限制；对于“被勒索”的认定，应当适当扩张。从而限缩行贿定罪的范围。

从企业家自保的角度，首先洁身自爱，合法经营、正当竞争，远离贿赂。同时，应注意刑法对行贿和单位行贿的不同评价。第390条“对犯行贿罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；……处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”第393条“单位行贿罪，……对单位判处有期徒刑或者拘役，并处罚金。”，定罪的数额起点也差别很大。

单位行贿与个人行贿区别的要点在于：第一、单位利益而非个人利益；第二、单位名义而非个人名义。单位名义主要体现在单位出资。如果单位决定、单位员工实施，更能表明是单位行为。

从司法角度，认定单位行贿还是个人行贿存在的主要问题是随意性。由案件承办人员认定，难免存在随意性。应当出台司法解释加以明确，避免认定的随意性，也便于公民可预知自己行为的法律后果。



## 赵军：民企模式和腐败犯罪的关系

民企模式与腐败犯罪这个话题，其实也是一个有关企业合规的问题。中国企业要走出去，跟美国人做生意，到美国上市，就必须合规经营。就算在国内，合规问题也会变得越来越重要。

从我们这几年的统计来看，民营企业的行贿犯罪构成了我国利益输出型腐败犯罪最突出的部分。民营企业行贿数额大，平均数额是202万，最高单次行贿高达7千多万。92.8%的企业家行贿犯罪是民营企业实施的，可以说，该群体构成了我国行贿犯罪的“主力军”。我们司法机关把主动行贿，行贿数额巨大，长期围猎干部的行贿作为打击重点，实际针对的就是这一群体。

从统计分析可以看到，民营企业向谁行贿，行贿多少，取决于行贿对象手中所握有权力的性质及其大小。在民营企业向国有主体行贿的案例当中，向国家机关工作人员行贿的平均数额是253万元，向国企中的国家工作人员平均行贿117万元，向权力相对小一点的事业单位的国家工作人员平均行贿42万元。从环节上看，82.7%的行贿发生在日常经营和工程承揽环节，产品生产、贸易、物资采购等环节则较少发生。从领域上看，30%的行贿集中在工程建筑业和房地产业。也就是说，更多受公权力管制，更多由公权力进行资源和商业机会配置的环节，有更多的行贿。民营企业如何行贿，是跟着公权力的影子走的。

对我们的民营企业来说，权力依赖型的发展模式，内置了其行贿犯罪的



赵军，北京师范大学教授

以“人情往来”，文玩字画“交换”，股权房产“交易”等掩盖贿赂的实质。这些努力的确在一定程度上增大司法证明的难度，从而弱化部分因行贿带来的刑事法律风险，但从另外一个角度来看，这些努力又会导致新的风险。因为这些行贿手法的“升级”有一个前提条件，那就是一定要与腐败权力形成一个长期的、深度的绑定关系。从这些年反腐侦查、调查的工作模式看，民营企业家与腐败权力长期、深度的绑定关系，恰恰为相关机构查案提供了极为重要的线索与工作方向。而且，这些腐败官员自身往往自带“腐败风险”或“政治风险”，一旦这些风险爆发殃及鱼池，腐败官员的风险就会转化为与之绑定的民营企业家的刑事风险。对于权力依赖型的民营企业来说，最大的刑事风险其实就是与腐败权力的绑定。

“源代码”。我们的社会主义市场经济是由计划经济转型而来的，最重要的生产要素多由国家直接掌控。民营企业在与国有企业的竞争中往往处于一个相对弱势的地位，为了平衡这样的劣势，收买权力成为他们寻求企业发展空间的一个重要手段。行贿公权力甚至成为一些民营企业获取利润的手段，比较极端的例子就是类似丁书苗的“企业”，依靠权力承接工程项目，转手即可获取巨额利润。这类企业的经营模式决定了它们最大的刑事风险就是和腐败权力的绑定。

这几年随着反腐力度的加大，因行贿而被查处的民营企业数量激增。从2014年到2017年，在四个年度统计当中，民营企业行贿的案件增加了八倍，行贿犯罪占民营企业腐败犯罪的比例也升到了43%，行贿所伴随着刑事风险成为民营企业最大的刑事风险。为了规避这些刑事风险，一些民营企业想了很多的“办法”，试图通过行贿手段的升级弱化或化解刑事风险。譬如

产与个人财产的隔离，企业资金调用注意遵守企业的财务审批制度，避免无辜触犯刑律。

(三) 融资涉嫌骗取贷款、诈骗的问题

1、近几年来，民营企业家涉嫌骗取贷款罪显然增多。对此看看骗取贷款罪的立案标准不难理解。立案标准规定，骗取贷款100万元，或造成20万元不能归还的，立案追究刑事责任。在银行授信贷款条件很高的情况下，企业不对申请贷款财务状况造假基本达不到银行贷款的标准。因此，申请贷款材料存在造假难以避免。就出现贷款还不上就可能涉嫌贷款诈骗，即使贷款还上了，也不能完全排除被追究刑事责任。

另，构成骗取贷款罪不以具有非法占有目的为必要。如果具有非法占有目的，则成立贷款诈骗罪。

从司法实践而言，应当合理掌握骗取贷款罪的刑事立案标准，原则上应当要求有严重的欺骗行为，如虚构交易背景，担保虚假等。仅有企业申贷财务状况虚假的情况，不应当认定为骗取贷款罪。

从企业自保角度，应当知法守法，回避骗取贷款罪。

2、被职业放贷人举报（合同）诈骗罪

职业放贷人往往有强大的催债手段，一方面采取借助黑恶势力恶讨，令企业家不堪其扰；另一方面借助公安机关、通过诉讼甚至是虚假诉讼催帐。在通过刑事诉讼途径的场合，往往导致负债的企业家被指控诈骗罪，因而被采取强制措施，定罪判刑。

从刑事司法角度，对于职业放贷人的举报以及立案、抓捕的诉求，应当谨慎对待。不能轻易采取抓捕的强制手段。最近，职业放贷人所造成的种种社会问题引起了有关方面的重视。其中，中央“四部委”联合发文，《关于规范民间借贷行为 维护经济金融秩序有关事项的通知》，对于职业放贷人严格管理，打击“套路贷”，防范职业放贷人的恶意诉讼、虚假诉讼。

从企业家自保的角度，远离高利贷，避免落入债务陷阱。

3、区分融资与非法集资的界限

企业民间融资，不违法。但是，如果采取在社会向公众宣传、承诺回报的方式，向公众吸收资金，则涉嫌非法吸收公众存款罪。根据立案标准：个人集资20万元、单位集资100万元以上的，或者个人集资30户、单位集资150户以上的，立案追究刑事责任。没有达到以上标准的，属于违法行为不构成犯罪。



(二) 挪用资金问题  
许多民营企业卷入挪用资金罪，大多不了解挪用资金罪的司法习惯的来源。

挪用资金罪的司法习惯或尺度来源于挪用公款罪的。而挪用公款的司法实践始于计划经济时代，其时代特点，第一都是发生于国家机关、国有企事业单位，第二、其资金都是公款且大多是财政拨款，第三、当时几乎没有民营企业、没有市场经济，甚至做买卖都被认为是投机倒把活动遭到禁止。在这样背景下，挪用公款的行为显然是严重的犯罪行为，与贪污没有本质区别。连私营经济都被禁止，更何况挪用公款去从事经营活动！其司法尺度也是十分严厉的。

时至今日，中国进入市场经济时代多年，企业也大多是民营企业，有的是家族企业，有的是个人绝对控股的企业。有的企业家没有把企业财产与个人财产区分、隔离的观念，在企业向来就是一个人说了算，对企业的资金也是随意支配，以至于涉嫌挪用资金罪。

从国家刑事司法角度，对于民营企业挪用资金案件，不能照搬计划经济时代沿袭下来的司法习惯，应当针对市场经济时代、民营企业的特点，采取不同的定罪标准。

从企业家自保的角度，注意企业财

这些风险如何化解？在我看来，最好是完成一个转型，从权力依赖型的企业生存模式，向以合规为保障，以创新为驱动的市场导向型企业转型，要从热衷于寻求政治权力的庇护，转向依靠法律手段和合规经营来维护企业发展。不过，需要提醒的是，企业合规其实也不是一个万能药。源自美国的合规计划更多要针对企业内部员工的犯罪，其有效性严重依赖于企业高层强力的推动和支持。但在我国，民营企业行贿往往是为了企业或企业家自身的利益，由高层甚至“一把手”亲自决定实施的。所以在中国的民营企业中，合规的功效有相当的局限性。



显然，对于权力依赖型企业来说，在企业合规与通过行贿争取权力不当支持之间，更可能选后者。也就是说，合规与这一类企业的商业逻辑和利润逻辑相冲突。由此带来一个问题，对这类企业来说，与合规相比，创新是摆脱权力依赖更为关键的着力点。大家可以看到，最近这些年做得好的企业，其最核心动力往往是创新。不管是马云也好，还是马化腾也好，不管是技术的创新，还是商业模式的创新，他们都是在创新当中去寻找新的利润增长点。你只有通过创新，有了新的利润增长点，你才有能力和底气摆脱对腐败权利的依赖。

不过，不是所有企业都能成为创新型企业，传统企业总会存在。而且，即便是创新型企业，也会面临某些刑事风险，因为创新往往意味着企业在某一方面进入到法律边缘地带。举例来说，现在通过微信可以打越洋电话，但十几年前刚开始通过网络打电话时，提供这

种服务的人就有可能被抓起来，说他是非法经营。当时的执法者有可能认为，电信是国家专门控制的，通过有相关资质的电信系统你才能经营越洋电话。可事实上，这不过是一个技术的创新。

快播这个软件其实也是一个创新，但是这个创新同样面临着刑事法律的风险。你让企业去合规，让企业去创新，还是离不开一个关键的问题，那就是权力的运行问题。说到底，反腐最核心的问题还是要规范权力，你如果不规范权力，权力就会过度介入市场，就会去设租、寻租，如果这成为常态，让企业不去行贿，是不可能的。

对于权力，最该强调的是三点。第一点是简政放权，政府能不介入的领域，应该尽量交给市场，由市场来配置资源。公权力介入得越多，涉租和寻租的机会就越多。

第二点是规范权力。社会运行不可能没有公权力，没有公权力社会没有办

法正常运行。但这部分必要的权力，其运行应公开透明，应该规范、可监督、难以滥用。

第三点是平等对待。以前民营企业融资很难，造成很多的犯罪，集资类罪多与融资难有关，为解决这个问题，民营经济座谈会以后，银行的信贷政策会向他们倾斜，这当然是一个好的现象，能够解决许多民营企业的资金问题。但其实，民营企业要求并不是倾斜保护，而仅仅是要求平等对待就可以了。只要平等对待，市场自然会淘汰那些该淘汰掉的企业，那是愿赌服输，好的企业也会自然而然地做大做强。

总之，在腐败治理上，作为民营企业企业家，你要尽可能向合规的方向走、向创新的方向走，逐步完成企业模式从权力依赖向市场导向的转型；对于国家和政府，规范自己手中的权力，才是腐败治理的根本与关键。

## 盛洪：保护民营产权落实的三个制度信号

中央高层发布文件强调保护民营经济并非第一次，但落实的效果并不理想，仍出现了企业家锒铛入狱的冤案，关键不是文件的规定，而在于具体的执行落实。应该说，自2016年的《中共中央国务院关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》出台以来，政府和法律界都做了很大的努力，很多民营企业的冤案得以重审或平反，但这是远远不够的。民营企业产权保护是否落实有三个制度信号：

第一，民营企业是否有自由表达



盛洪，天则经济研究所所长，山东大学经济研究中心教授

的权利。这是宪法赋予的基本权利，要让民营企业企业家受到不公待遇时有发出声音的机会，否则产权保护将无从谈起。这是一个非常重要的制度信号。

第二，行政部门的权力是否受到有效约束。根据宪法，行政机关是执法机构，必须尊重宪法规定的权利，而产权是宪法权利。从这个意义上讲，行政权是要服从于产权的。但现实却存在某国土局没收企业产权的事例，非常荒诞。那么，如某国土局这样的行政机关在执法中违法甚或违宪时，是否会受到

惩罚？这也是很重要的一点，如果不会受到处罚，没有任何违法后果，又怎么让民营企业相信不会有其他行政机关再次肆意侵犯产权呢？

第三，司法独立。我国宪法规定，法院要依法独立审判，也只有这样才能保证司法公正。法官作为公务员，要把宪法原则当做最高命令，要心怀善意，而不是机械地服从上级命令。这些年来，我国的司法制度确实在不断完善，

在一点点改进，但我们想要的不是自身的比较，而是横向的比较，跟欧美等法治发达国家相比，司法改革已迫在眉睫，并且需大刀阔斧地推进。很多民营企业都对我国的司法改革抱有更高的期待！

习近平总书记11月1日发表的关于保护民营经济的讲话非常及时和重要，现在关键是落实的问题，只有实际推动才能使民营企业真正树立起信心，可

以进一步给出制度落实的路线图和时间表。此外，不要将所有希望都寄托在中央政府甚至个别领导人身上，社会制度是每一个社会成员互动形成的。我们的企业家、律师等都要以实际行动去激活宪法，激活法律，落实法律。领导人的决心和全社会的努力，只有通过这种上下互动，才能形成合力，才能真正推动我国有关保护产权制度的前进和完成。

## Richard W. Daynes先生：美国刑事司法中的三类财产没收程序

美国的财产没收法律制度是非常古老的，是在15、16世纪允许扣押没收海盗船的海关法基础上演变而来的。没收财产法律制度设置的目的主要在于：一是剥夺犯罪行为人的获利；二是剥夺为犯罪行为创造可能性的资源；三是击碎犯罪组织；四是向犯罪受害人返还财产。根据美国法律，犯罪所得的没收途径主要分三类：

第一，行政没收。执法机关（如美国的FBI或缉毒所）在对犯罪嫌疑人告知要没收的财产、没收的原因（犯罪所得或犯罪工具等）和没收的类型等内容后，可以进行没收。如果无人对标的物提出权利主张，即作出没收裁决。如果有人对没收标的提出权利主张，要么执法机关返还标的物，要么由行政没收程序转变为民事或刑事没收程序。

第二，刑事没收。刑事没收的前提是被告人被定罪，且所定的罪名必须要跟最终刑事没收的财产相关联，刑事没收是刑事判决和量刑的一部分。没收的只能是犯罪嫌疑人或被告人的财产，如果财产属于第三方而不是刑事案件的



Richard W. Daynes，美国司法部常驻法律顾问、犹他州前联邦检察官

当事人，则财产不能被刑事没收（傀儡物主的财产除外）。如果没收的标的财产消失，法庭会作出罚款判决或决定替代财产。刑事没收的证明标准是优势证据标准，要比刑事犯罪的证明标准要低。对于刑事没收，辩护人的主要抗辩理由包括：一是刑事没收财产缺乏犯罪基础，物主并未被定罪；二是财产属于无辜物主，所谓无辜物主，是指这个物主不是共同犯罪的共犯，其对犯罪并不知情；三是过度罚款。

第三，民事没收。基于财产的民事

没收是针对财产本身的一个民事诉讼，不属于刑事案件的一部分。政府作为原告，证明财产是从犯罪行为中产生或被用于犯罪，无需刑事定罪。在被没收财产的产权人潜逃或者死亡时非常有效，有严格的时间限制，采用的是优势证据标准。对于民事没收，辩护人的主要抗辩理由包括：一是公诉方没有证据证实明显的关联关系；财产属于无辜物主。

此外，他还介绍了美国的解冻被查封财产程序。根据美国法律，如果同时具备以下条件，申请人有权立刻解封财产：（一）申请人有财产权；（二）申请人有足够社群关系，并担保财产会被留存至审判；（三）政府持续持有被查封财产会导致显著困难，如公司运营、个人无法工作；（四）和以上“显著困难”相比，被解封财产流失或损坏的风险不大。当律师认为存在针对没收程序的抗辩理由或解除理由，要第一时间与有权机关联系、沟通，及时地保护当事人的财产权益。



## 袁其国：检察机关应通过立案监督和审查批捕切实保护民营企业家人身自由

听了一天的会，感觉收获很大。既然来了，我也说几句。不过，我已经是退休的检察官，所以我今天的发言不代表检察机关。但是作为高校的兼职教授，我可以学者的身份谈一下。下面，我还是侧重检察职能来解读相关文件，因为这是我的专业。

改革开放40年，没有民营企业的诞生和发展，就没有今天富强的中国。这一点，不管是轻视富人也好，藐视富人也好，还是仇视富人也好，都不得不承认。在40年前，我们中国的国民经济是什么样子？像我们这个年龄的人都是过来人，看得很清楚。40年来，民营企业为国家创了那么多的财富，但是现在却遇到了改革开放以来可以说是前所未有的困境。有人形容民营企业遇到了“三座大山”：市场的冰山，融资的高山，转型的火山。这就有了最近的民营企业座谈会。在我印象中，党和国家最高领导人主持召开民营企业座谈会并且发表重要讲话，在改革开放40年来还是第一次。

习近平总书记讲话之后，紧接着，从国务院各有关部门部委到最高人民法院、最高人民检察院，相继出台了相关的文件。这些文件林林总总，总体上是响应习总书记的号召，进一步加强对民营企业的平等保护。我比较了一下，又感觉到只有最高检这个文件最切合今天会议的主题，就是《关于充分履行检察职能加强产权司法保护的意見》。以产权司法保护作为文件的标题，在中央各单位所有文件里是独有的。就其内容而



袁其国，最高人民检察院刑事执行检察厅原厅长

言，这个文件的可操作性也是最强的。它从八个方面22条，即从检察机关各个职能部门的角度出发，制定了相关的法律措施，实实在在，干货满满。

时间关系，我主要从三个方面点一下，供企业家和律师们参考。

第一个是关于立案监督。今天上午有的律师问我，我们的企业家因为经济纠纷，结果被公安机关当做刑事案件给拘留了，怎么办？我知道，这种情况是比较普遍的。我要告诉大家，根据我国刑事诉讼法规定，检察机关负有对公安机关的立案监督职责，有权监督纠正公安机关不应当立案而立案的行为。但是，由于公安在决定刑事立案时不需要通过检察院，因此通常情况下只有批捕的时候检察院才知道。我们经常发现，如果公安对民营企业经营者已经立案而且采取了刑事拘留这种强制措施，在公安报捕的时候，一般来讲这个民营企业经营者已经在看守所住了一段时间了。当然，检察院可能批捕，也可能不批捕，但是

毕竟他已经在里面待了这么长时间了，而这一段时间检察院是不知道的。从这个意义上讲，我们的企业家也好，我们给企业家辩护的律师也好，要抓住这个机会，赶紧向检察机关反映这一方面的问题，就是明明是一个经济纠纷，而被作为刑事案件立案，被刑事拘留了。检察院发现不该立案而立案的，要通知公安机关撤案，立即放人。但是检察机关的立案监督是被动的。在这种情况下，只能是你们主动找检察机关反映，建议检察机关干预这件事情。检察机关的立案监督是诉讼监督的一部分，包括两个方面：一是不该立案的立案了要监督；二是该立案的而没有立案的，也要监督。

第二个，关于审查批捕。最高检强调，检察机关办理民营企业案件，要严格审查是否符合法律规定的逮捕条件，防止“够罪即捕”、“一捕了之”。用我的话来说，就是坚持慎捕和少捕，能不捕就不捕。我非常厌恶通过刑事拘留来讨债这种恶劣的做法。许多企业家因为债务被刑事拘留，结果往往把这个企业给搞砸了。如果再被检察机关给批捕了，那就更是雪上加霜。所以，即使民营企业经营者构成犯罪，如果不羁押不致发生社会危险性的，就应当采取监视居住等其他非羁押强制措施。这不仅保护了民营企业经营者的人权，也保护了民营企业的正常经营。所以，当出现这种情况的时候，要力争不捕。现在有一个非常有利的形势，就是现在中央的大政方针对民营企业有利。党和国家最

高领导人已经发话了，相关各行各业都出台文件了。但是我还要说，中国的一些事情，说起来容易，做起来难，所以最关键的还是在执行，在落实。尽管如此，我还是想告诉大家，企业家也好，辩护人也好，要借这个机会积极向检察机关呼吁解决好这个问题。我当过好多年的监所厅长，特别关注羁押必要性审查这一检察机关的监督职能。对于已经逮捕但确实没有必要继续羁押的民营企业经营者，其本人和他的律师可以找我们派驻看守所的检察官，要求进行羁押必要性审查。驻所检察官经审查认为不需要继续羁押的，应当及时建议公安

机关予以释放或者变更强制措施。一般来讲，公安机关接受驻所检察官的建议的，我们内部有统计，采纳率在90%以上。

第三，就是关于刑事审判监督和刑事执行监督的问题。这个文件第13条里讲得很明确。一是要重点监督判决、裁定在认定事实、采信证据、适用法律方面确有错误的案件。最近，司法机关在甄别纠正一批侵害企业产权的错案冤案，人民法院已经依法重审了几个典型案例，比如张文中案，在社会引起强烈反响。检察机关对于这类案件，要积极主动，依法提出抗诉或者提出再审

建议。二是要主动加强对刑事执行活动的监督，重点监督涉产权案件生效判决、裁定的执行活动，发现人民法院执行财产刑过程中，存在应当执行而不执行，不应当执行而执行，非法处置被执行人或者案外人财产等侵犯产权违法情形的，应当依法提出纠正意见，确保财产刑执行到位。依法保障各类产权主体在服刑期间的申诉权，尤其要防止刑事被执行人因为不服判决和裁定而申诉，被限制或者剥夺依法获得减刑的权利。对于犯罪的民营企业投资人，依法保障其在服刑期间行使财产权利等民事权利。

## 熊秋红：国家民营企业产权保护的新动向

从世界银行对中国营商环境和法治环境的报告可以看出，中国的营商环境在逐年好转，今年我国的排名提升了32位，从去年的第78名提升到第46名。这是我国各部门、层面共同努力的结果，接下来将有如下新动向：

一是国家层面的民营企业保护。今年可能要出台关于优化营商环境的国家行动计划，这体现了中央的态度。

二是司法保护民营企业产权。目前，涉及民营企业的案件分布情况是：刑事上，主要涉及逃税罪、骗取贷款罪、合同诈骗罪、非法经营罪、非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪等这些类型的案件；民事上，主要涉及劳动争议、合同纠纷、金融担保、知识产权和涉外商事等案件类型；行政上，主要是以民营企业作为原告的行政案件为主。中央司法机关相应出台了一系列加强民营企业司法保护的文件，确立了保护原则，



熊秋红，中国社会科学院法学研究所研究员

如依法保护、能动保护、平等保护、全面保护、实质保护和及时保护等，表明已有明确的思路。

重点工作体现在三个方面：（1）涉及产权的错案和冤案的甄别纠正。最高人民法院于2016年成立了专门的工作小组来解决民营企业的冤假错案问题，2017年决定再审此类案件3件，且其中一个案件已审结并宣告无罪。（2）刑

民交叉的问题。现在民营企业遭受非法侵犯的最严重的问题应该就是国家权力机关违法干预将普通民事纠纷升级为刑事案件。最高人民法院正在研究起草规范刑民交叉的司法解释，来划清罪与非罪的界限。学界的学者也开始加大对刑民交叉问题的研究热情和力度，《法学研究》今年就刊发了两篇以“刑民交叉”为研究内容的学术论文，都颇具新见。（3）虚假诉讼和恶意诉讼的问题。

三是重点规范刑事诉讼涉案财物的处置。中办和国办已经通过了一个综合性文件，来对涉案财物问题进行统一规范，包括查扣冻的程序、办案部门财物保管、集中财产管理信息平台、审前财产返还、涉案财产先行处置和追逃追赃等，都做了比较细致的规定。其认为该文件明确了涉案财产处置的四项原则，即谦抑原则、平衡原则、法定原则和比例原则。



## 郭艳茹：国有多产企业产权变更历程与 民营企业制度性原罪的由来

中国民营企业中，有很大一部分是改革早期依托国有单位发展起来的。多产公司和国有公司通常是一套领导班子，剥离（改制）后国有公司的领导人很多变成了民营企业的实际控制人。这些企业在很长时期内与依托单位的产权关系模糊，在发展过程中不同程度地利用了国有资源，存在利益往来，尽管这种做法在当时非常普遍，但近年来成为追查重点，许多企业家因此获刑，罪名涉及“贪污、挪用、私分、滥用职权”等。



郭艳茹，山东财经大学教授

结合历史发展事实，其提出了可能的司法解决路径：一是承认剥离前民营多产企业具有一定的国有企业属性，把民营多产企业和国有公司之间的利益往来看成是国有企业的内部交易；二是援引公司法中关联企业的概念，把民营多产企业和国有企业间的利益往来在民法框架下解释；三是以剥离（改制）为节点，既往不咎。只要改制时的资产清查没有证明有隐瞒欺诈，就表示以往的利益关系已结清。

## 万方：企业合规的全球发展与中国参与

美国当地时间2018年10月31日，美国政府发布了对中国的新倡议书，宣称要加大对中国企业涉及商业秘密等案件的调查、执法等。在此时间节点，习近平总书记发表的重要讲话和中央政府机关先后出台的保护民营经济的文件，是对我国民营经济的有力支撑。

中国企业要想真正走出去，企业合规是不能回避的重要内容。合规源于美国，后加拿大、澳大利亚、德国、法国等国家开始效仿美国进行企业合规的立法，至今已经有30多年历史。主要领域涵盖反腐败、反垄断、反洗钱、数据保护、进出口管制、环境保护、食品安全和税务合规等。

以反腐败合规为例展开说明。首先，关于反腐败合规的相关立法已经在全世界范围内遍地开花，从美国1977年的《反海外腐败法》（FCPA），以及



万方，北京师范大学社会发展与公共政策学院博士后

1991年的联邦指南，美国2002年的《萨班斯-奥克斯利法案》，英国2010年的《反贿赂法案》还有国际组织G20、OECD、世界银行2013年制作的反腐败道德和商业手册。除此之外，法国、澳大利亚、巴西和俄罗斯很多国家都开始制定关于反腐败企业合规的相关立法

文件。其次，反腐败合规的罚金数额惊人。根据美国的选择性罚金法案，最高的罚金数额可以达到一家企业意图通过行贿利益的两倍，如果一家企业行贿了一千万美金，但是他想获得十个亿的利益，最高处罚可以达到20亿美元，处罚的力度非常严苛。以美国FCPA执法为例，国反腐败法处罚罚金前20名，没有低于5千万美元的，最高达到9.5亿美元。FCPA已经成为美国司法部、FBI、财政部的自动提款机，被美国很多学者在论文质疑，巨额罚金对很多企业造成了巨大的经济损失。

我国是从“中兴事件”后开始真正重视企业合规。美国对中兴开出了25.9亿美元的巨额罚单，2017年整个中兴的净利润为7亿美金，且不考虑日后经营环境更为严苛的情况下，需要5年甚至更久来偿还罚金。除了罚金之外，还包

括派出合规官，在十年内，如果合规官发现中兴发生额外的违规，美国商务部可以随时启动禁售令。美国驻中兴的合规官都承认这是美国商务部历史上对一个公司进行的最为严厉的惩罚。

习近平总书记自2016年起就多次在会议上强调中国企业要防范海外的合规风险，合规合法经营。国资委在2018年发布了《中央企业合规管理指引》，要

求中央企业应该贯彻全面覆盖、强化责任、协同联动、客观独立的原则，加快建立健全合规管理体系，为企业开展合规体系建设和相关工作提供政策指导。通过正式规范的形式，确定了合规管理的意义、定义和原则，央企各层级管理机构的职责、重点领域和重点职责，如何构建合规管理的运行机制，包括合规管理的保障与支持。但这只是一个原则

性的纲领和框架，后续还需要企业结合自身情况和法律规定，构建切实有效的、有针对性的企业合规。总体来讲，国内关于企业合规在立法方面相对滞后，在中美贸易战的背景下，中国的民营企业、国企、央企，是需要慎重对待来自美国执法机构的关于合规执法的风险，这可能是对中国企业的一种最大伤害。

## 周绍杰：高质量发展的微观基础——民营经济的支撑

民营经济对我国工业发展、就业、出口和纳税都做出了突出的贡献，相关统计数据能够有力的证明。

第一，民营经济对工业发展的贡献（以下均是以“规模以上工业企业”的数据进行分析）。具体在诸多方面均有所体现：其一，工业企业的数量。民营企业占企业总数的56%左右，而国有和国有控股企业仅有5%左右。其二，资产分布。1998年，中国工业企业总资产10万亿，私营企业的资产只占1.4%。从1998年到2016年，中国工业总资产从10万亿增长到108万亿，私营企业占到22%左右，比例大大提高。此外，1998年正是国有企业改革的关键时点，带来了大规模的工人下岗，某种程度上，私营企业还起到了维护社会稳定的作用。其三，绩效。绩效是用利润总额除以企业的资产规模，衡量整个企业的资产回报率。总体而言，私营企业的效率是最高的，或者资产回报率是最高的。但不可否认，这与国有企业和私营企业分属不同的行业有很大关系，国有和国有控股企业承担了提供基础设施和公共服务的社会责任，这些本身就是一些回报率相对较低的行业。



周绍杰，清华大学公共管理学院院长特聘副教授、国际发展与全球治理研究所副所长

第二，民营经济对就业的贡献（以下均是以“非农就业”的数据进行分析）。非农就业的统计口径有三，分别是“城镇非私营单位就业”、“私营企业就业”和“个体就业”。城镇非私营单位并非全部是国有，很多有限公司等也统计在列，其中的公共部门和国有企业等真正的国有单位，根据2017年的统计数据显示，只有6千万人就业。而私营企业和个体就业这两项是可以纯粹划到民营经济的范畴，共达到3.5亿人，占就业总人口5.2亿人的比例是显而易见的，非常重要的。

第三，民营经济对出口的贡献。国有企业从2001年的贡献42%下降到2017

年的10%左右，私营经济的贡献度增长是非常快的。2001年，我们的统计还没有把私营经济对出口的贡献进行单独统计，到了2017年，我们可以看到私营经济贡献了44%左右的出口份额。

第四，民营经济对税收的贡献。国有企业的纳税贡献在2007年差不多是占22%左右，到了2016年的时候，差不多占了10%左右。私营企业在2007年差不多占了8.6%左右，2016年差不多是占了10.81%，单纯的私营企业和国有企业在纳税方面的贡献，基本相当了。如果考虑到其他的外资企业，还有个体经济，宽泛口径统计下的民营经济部门占了纳税贡献的主要主体。

无论是十九大报告，还是2017年的中央经济工作会议，都明确指出中国经济正处于向高质量发展的转型过程中。在此基础上，其指出：民营经济应该成为中国经济高质量发展的支柱；没有民营经济的高质量发展就难以实现经济的高质量发展；完善民营经济的制度环境是民营经济高质量发展的必要条件；要实现高质量发展，需要新型的民营企业家。最后，地方政府的理念、执政对于民营企业的发展具有至关重要的作用。



# 合规纾困民营企业

## ——为民营企业在法治经济中远航扬起法律风帆

■ 肖树伟, 黄立云 / 文

民营企业是我国国民经济的重要组成部分, 为我国的经济建设作出了重要贡献。但是民营企业在发展过程中面临不少困难。本文拟从民营企业内、外部困境入手, 剖析深层次的原因, 探讨企业合规以及“浸入式”合规法律服务对民营企业发展的重要性, 以期为民营企业纾困尽绵薄之力。

改革开放以来, 我国的民营经济已逐渐成为推动我国经济和社会发展的有生力量。据统计, 我国民营企业占全国企业数量的90%以上, 贡献了50%以上的税收、60%以上的国内生产总值、70%以上的技术创新成果、80%以上的城镇劳动就业, 在世界500强企业中, 我国民营企业由2010年的1家增加到了2018年的28家。我国民营企业已经成为创业就业的主要领域、技术创新的重要主体、国家税收的重要来源, 为我国社会主义市场经济发展、科技创新、政府职能转变、农村富余劳动力转移、国际市场开拓等发挥了重要作用。(注释1)

但是民营经济在蓬勃发展的同时, 也凸显出不少问题, 这些问题已经或正在成为民营企业健康可持续发展的障碍。本文拟从分析内、外部困境入手, 剖析深层次的原因, 探讨企业合规以及“浸入式”合规法律服务对民营企业发展的重要作用, 以期为民营企业纾困开辟一条道路。

### 一、民营企业发展的困境

总体而言, 制约我国民营企业发展主要有两大因素。

一是民营企业内部因素, 这主要体现在如下几个方面:

#### (一) 民营企业的“依法治企”意识淡薄

我国的民营企业经过多年的发展, 已形成一批国内甚

### 肖树伟律师简介



京都律师事务所高级合伙人。主要业务领域为公司法律顾问、企业法律风险防控、民商事争端解决、刑事法律业务。1987年毕业于中国政法大学。1989年开始从事律师工作。现为中国法学会会员、中国政法大学法学院兼职教授、中国国际贸易促进会/中国国际商会调解中心调解员、北京市律师协会理事及惩戒委员会主任。因其优秀的法律服务被中国司法部评为党员律师标兵, 被北京市律师协会评为北京市优秀律师。

至世界知名的民营企业, 如华为投资、苏宁控股、山东魏桥、海航、正威、联想、华信、京东、万达、恒力、恒大、万科、

### 黄立云律师简介



黄立云律师于中国政法大学民商经济法学院获得法学硕士学位, 2005年进入律所工作。黄立云律师在十余年的执业经历中积累了通过建立风控机制、非诉、诉讼、仲裁等方式, 为境内外企业和个人处理民商事法律事务的丰富经验, 专长于公司合规、风险管控、融资、破产清算、改制重组、侵权纠纷等, 是北京市朝阳区律师协会商事与经济业务研究会委员、“一带一路”法律服务工作小组委员、惩戒委员会委员。

吉利、美的、碧桂园、TCL、比亚迪、百度等, 但从整体数量上看, 90%以上的民营企业是中小微型企业。这些中小微型企业大部分是家族企业, 其典型的组织架构是以企业创始人为核心的集权化治理结构, 并未按照《公司法》的要求真正建构起现代企业制度, 不按照在工商管理部门登记备案的公司章程办事, 企业的所有权、经营权、决策权、执行权、监督权均由家族内部成员控制, 企业内部职能的运作很大程度上依靠家族成员的“人治”, 缺乏科学有效的内外监控、反馈和制约等治理机制, 导致民营企业战略决策的正确性和高效性大打折扣。部分民企在发展势头正好之时出现严重的内耗(注释2), 甚至出现重大或致命的失误(注释3)。

#### (二) 民营企业的“依法承责”意识不强

我国大部分民营企业由于自身实力有限, 在信用、劳动用工、产品质量、环境保护、知识产权等方面存在不规范甚至不合法的问题: 履行合同的过程中不诚信履约, 一旦发生经营困难等情形, 企业主、股东“跑路”的现象频发, 被列入失信黑名单的人数惊人, 企业信用形象低; 不遵守《劳动法》和《劳动合同法》用工, 劳动时间长、强度大, 拖欠工资、拒缴社保、随意辞退等现象严重; 由于不具备自主创新所需要的资金、人才、技术等物质基础, 民营企业主要从事传统制造业、服务业等一般竞争性行业, 短期投机行为严重, 趋利性极强, 对自主创新的重要性和必要性认识不足, 不重视培养熟练技术工人, 不研发有核心竞争力的“拳头”产品, 长期依靠低成本、低层次模仿、低水平加工在市场上竞争, 污染环境现象严重, 引起民愤甚多等等, 这些问题制约了民营企业的长期可持续健康发展。

#### (三) 民营企业对“依法维权”有畏难情绪

很多民营企业在被侵权时, 急于或不敢运用法律资源给予的维权渠道维护自身的合法权益。之所以如此, 一方面由于维权成本较高, 另一方面在对外贸易和知识产权保护中存在“重内轻外”的怪象: 不少民营企业打内部官司十分积极, 而当遇到涉外纠纷时却常常“不战而降”(注释4、5)。此外, 还有不少民营企业的自主产品质优价廉, 在国际市场上有很强的竞争力, 但由于缺乏依法保护知识产权的意识, 经常因产品的商标、专利在国外被抢注而蒙受重大损失, 甚至影响了企业的生存。

二是民营企业的外部因素, 这主要体现在如下几个方面:

#### (一) 融资难, 融资贵

长期以来, 民营企业的融资很艰难: 银行出于信用风险和市場风险的考虑, 不愿意贷款给民营企业, 而即便同意贷款, 也会提出许多苛刻要求, 例如提高利率或要求企业购买银行的不良资产等, 大大提高民营企业的融资成本; 在贷款期间, 随意抽贷、断贷的现象也不鲜见。由于缺乏相关法律、法规、政策, 股权、基金、债券融资有较高的门槛, 民营企业很难通过融资融券等方式来募集资金。如果企业转向民间借贷, 又极易产生巨大的经济风险乃至刑事风险, 这种风险对大型民营企业也无法避免(注释6)。资金是企业发展的推动力, 企业发展离不开资金





的支持，尤其人力和原材料成本逐年上升，更使得“融资难”成为制约民营企业发展的主要问题。

### （二）地方保护主义无法形成公平竞争

出于地方税收、就业等因素的考虑，在原本应由市场规律规范的民事经济领域，地方保护主义表现突出，在市场准入、审批许可、经营运行、招投标等方面设置各式各样的“卷帘门”“旋转门”“玻璃门”，而一旦民营企业的正当权益被跨区域侵权，合法维权的难度极大。以我国民营经济最活跃的地区——温州的低压电气行业为例，正泰和德力西集团对低价倾销、充斥市场的冒牌正泰电气、德力西电气发起过几次维权行动，强烈要求有关当地部门对制假者绳之以法，并承担经济赔偿责任，但是由于地方保护主义作梗，最终维权无果。此外，民营企业（尤其是民营企业与国企之间）的正常民事经济纠纷却经常被用刑事、行政手段不正当干预（注释7），没有形成公平竞争的良好经济秩序和发展环境。

### （三）账款被拖欠的现象严重

不少地方政府近些年过度扩大城市规模，建设各类城市工程（包括形象工程），随之而来的是债务快速形成；还有不少大型国有企业盲目负债扩张。这些自然垄断、行政垄断部门/大型国企利用不公平、不合理的格式条款合同、行业惯例侵害民营企业利益的现象一直存在，这其中就包括拖欠民营企业账款的现象（注释8），多数民营企业对此无力承受，很快就进入亏损状态甚而倒闭，继而引发拖欠农民工工资等一系列社会问题。

我国民营企业的上述“内忧外困”使其可持续发展能力受到严重挑战，造成民营企业寿命较短，往往“富不过一代”。据统计，我国民营企业的平均寿命只有2.9年，而国外民营企业平均生命周期为12.5年，跨国民营企业中不少甚至有超过百年的历史。

## 二、民营企业发展的重要基石 ——合规

多年以来，笔者在为众多民营企业和民营企业提供法律服务的过程中，也深刻感受到了民营企业的上述痛点对其自身发展的掣肘、对民营企业家人身和财产安全造成的不利影响。按照现代企业制度的要求，从我国现行法律

法规、监管要求和最新政策出发，结合笔者的多年法律实务经验，从法律专业服务人员的角度来看，“企业合规”能对纾困民营企业、促进民营企业发展起到巨大的帮助。

“合规”的概念肇始于上个世纪的金融行业，在本世纪初被引入企业管理范畴中。笔者认为，企业“合”的“规”至少应包含三个层面：1、国家的法律、法规、监管规定等；2、企业的章程和规章制度；3、商业伦理、道德操守等。企业合规不仅要求企业内部行为合规，也要求企业外部行为合规，既包括企业的价值观、商业准则，也包括企业的社会责任。具体而言，企业合规是指企业重视建设并遵循符合现代企业制度要求的规章制度，企业行为遵守所在地国家的法律、法规、监管规定，符合商业伦理和道德操守。企业合规涉及企业治理制度建构（章程、规章制度）、市场准入（经营范围、资质等）、信用（产品质量、消费者权益）、税务（报税、税制）、知识产权（商标、专利、版权、商业秘密）、劳动者权益保护、环境保护、竞争（收购、并购等的审批、报告，避免不正当竞争、垄断）、反腐败、反洗钱、反商业贿赂、外汇管制、信息披露、争议解决（诉讼、仲裁等ADR、争议管辖、适用法律）等方面，分为预防、识别、应对等阶段，贯穿在自企业设立至合法退出的全部过程中。

外企尤其是跨国公司对企业合规向来十分重视，近些年来，我国也在大力推进央企和大型国企的合规制度建设（注释9）。笔者认为，合规应该是对所有企业都适用的要求和资源（注释10）。一般认为，合规与企业的风险控制、成本控制、资本回报等企业经营的核心要素具有正相关的关系，能为企业创造巨大的价值，有效的合规管理能将风险消弭于无形，而企业的某部分/行为违规，往往会对企业造成全局性的损害，因此，合规是规范企业经营行为、提升经营管理水平、遏制违规问题、全面防范风险的需要。总体

而言，企业合规是一个持续的、系统性的、“浸入”企业日常经营活动的综合性浩大“建设工程”。囿于篇幅，针对前述的民营企业困境，笔者仅从下面几个方面谈谈企业合规对民营企业发展的正向作用。

### （一）合规有利于民营企业建立现代企业制度

我国很多民营家族企业采用以企业创始人为核心的集权化治理结构，这种结构在创立初期（市场规模小）信息畅通、沟通及时，具有极强的凝聚力。但随着市场规模扩大，这种模式在人才资源和知识结构方面的局限性逐渐显现出来，与现代市场经济的运行机制背道而驰，使得企业规模难以扩张，甚至在竞争中被淘汰。因此，家族企业普遍都是中小企业，大型企业较少。而如国外的迪斯尼、福特、华伦天奴、松下、惠普等，以及我国的方太、新希望、格兰仕等知名大型家族企业都建立起了现代企业制度（注释11）。

科学规范的公司治理结构和管理制度是企业可持续发展的保障，民营企业要重视构建现代企业制度，并在企业经营中遵循依据该制度设计和制定的章程、各项规章制度等。例如，通过制定章程和规章，科学地配置股东（会）、董事（会）、监事（会）、（总）经理的权力和责任，完善企业内各主体的相互制衡机制；通过设计和实施合理可行的管理制度来监督和激励优秀的专业管理人员（家族企业发展壮大的国际经验）；再如，通过增资扩股等方式引进战略投资者，给民营企业带来科学的管理技术、先进的生产技术和必要的资金，改变民营企业的产权现状（由于历史原因，我国民营企业的产权问题向来是一个大隐患，引入战略投资者，有助于为建立现代企业治理结构奠定基础）。

### （二）合规有利于民营企业全方位提升企业信用，拓宽融资渠道

从企业自身的角度看，合规是企业常青

的必要条件，是企业转型升级的基本特征，也是获得市场信任的基础条件；如果企业追求利益最大化是建立在不合规、甚至是违法经营基础上，无疑是自杀行为。有些民营企业肆意破坏、污染环境，生产低质甚至有毒、有害的产品、经营手段无道德底线、无视企业社会责任，对市场、客户、环境的“杀鸡取卵”式的过度掠夺，这样的企业注定是“短命”的。

因此，民营企业要在充分认识企业信用是企业核心竞争力的关键所在的前提下，做到经营管理合规。首先，规范企业经营管理，将合规理念制度化，渗透到企业的各个层面和生产经营的每个环节，会不断提高企业的信用和商誉；其次，规范健全财务制度，会提高企业财务状况的透明度和可信度，经得起合作方、银行和政府有关部门的审核；再次，合规让企业重视自主知识产权，重视产品创新和工艺创新，培育知名品牌，提升企业品牌在消费者中的美誉度和信用值；最后，合规能够为企业创造财富，合规是企业能够利用的重要资源，通过包括金融工具在内的各项资源，建立多元化的融资渠道，依据企业自身的发展需要，有针对性地选择融资方式。例如，在内源上，可以通过增资扩股、留存收益、应收账款转让、闲置资金变现等方式筹集资金，在外源上，可以通过融资租赁、担保融资、短期拆借、供应链融资、信托融资等。在资金充裕的条件下，很多民营企业的发展理念也会随着市场规模的扩大而发生转变，积极进行技术创新和转型升级，增强企业的竞争能力、盈利能力和还贷能力。

### （三）合规有利于民营企业对外依法维权

近日，习近平在民营企业座谈会上发表了支持和鼓励民营企业发展的讲话，李克强在国务院常务会议上要求加大金融支持缓解民营企业特别是小微企业融资难融资贵的问题，决定开展专项行动，解决拖欠民营企业账款问题，部署有效发挥政府性融资担保作用支持小微企业发展；司法部发布了关于充分发挥职能作用为民营企业发展营造良好法治环境的意见；最高人民法院也发声要为民营企业发展提供全方位司法保障。这些“春风”将为我国民营企业的发展营造良好的外部环境。民营企业在做好事后被动维权到事前主动防范、修炼好“合规”内功前提下，若发生了不法侵犯民营企业合法权益的行为时，民营企业可藉由包括法律在内的“规”的资源、渠道，积极维权。



### 三、“浸入式”合规法律服务助力民营企业发展

市场经济是法治经济，在企业设立、企业治理（构建现代公司制度）、经营管理、合同签订和履行、市场营销、人力资源管理（包括劳动争议）、激励和约束员工（包括高管）、税收、知识产权保护、投资、融资、并购、合法退出市场的整个过程中都需要合规进行，都离不开法律专业人士的服务和帮助。如前所述，包括法律在内的“规”与人、财、物一样，对企业而言都是一种资源，都能为企业创造财富/价值。企业在企业治理、风险控制、税务安排、知识产权保护、业务模式、合同管控、内控制衡等方面科学合理地利用法律的制度资源，那么法律对于企业的作用和价值就会凸显。笔者认为，合规法律服务是指法律专业人员为企业提供可执行的合规指南，防范、识别、规避合规风险，避免或减轻因违规而遭受的损失/处罚的综合性、管理性、全程性的服务。这种法律服务不同于人们传统观念上的侧重于“事后介入”的律师服务（审合同、提供咨询、项目尽调、解决争议等等），更强调“事前参与，事中监督/修正”，“浸入”企业诞生、运营、退出的全过程。

按照防范的法律风险来划分，企业合规法律服务可以分为民事合规法律服务、行政合规法律服务和刑事合规法律服务。以刑事合规法律服务为例，其内容就“浸入”企业经营活动的全部部分，例如，为企业提供日常性刑事合规法律服务，规范完善企业规章制度，对重大决策和交易行为进行审查把关，防止出现侵犯知识产权、偷税、商业贿赂等常见的刑事法律风险，提供刑事合规咨询、专题讲座和培训服务；在企业的法人、股东、高管、员工被限制出境或立案调查时，需要分析判断可能的刑事法律风险，提供防范风险的方案，并及时提出进一步完善规章制度的建议等等，同时，正确引导企业的相关人员配合国家机关的调查，帮助他们了解涉嫌罪名的构成要件、罪与非罪的界限，讲解证据规则、司法流程、如何充分收集能证明无罪的证据以及面对违法调查等等。

由于任何一种风险都可能“牵一发而动全身”，不仅会对民营企业的发展乃至生存造成决定性的影响，而且涉及民营企业法人、股东、高管的人身和财产安全，因此，合规法律服务是企业合规中的重要部分，做好“浸入式”合规法律服务对民营企业的发展至关重要。对于民营企业

而言，最大的危机不仅是市场风险，更多的是法律/政策风险。如何正确解读国家政策调整，法律、法规、监管规定的颁布和修订会带来何种变化，都是企业为了全方位防范风险必须关注的重点。企业合规若要真正发挥作用，离不开法律专业人员的“浸入式”合规法律服务。现代的合规法律服务不再局限于仅处理法律专业事务，而是藉由控制法律风险达到为企业创造价值的服务本质。

综上所述，民营企业面临的困境在其发展环境持续优化的大前提下，其自身做好企业合规，在企业合规中重视“浸入式”合规法律服务，将会很好的促进民营企业的持续健康发展，帮助民营企业走得更远，为我国国民经济充分发挥其应有的作用，迎来更美好的明天。

#### 注释：

- 1.习总书记在民营企业座谈会上的讲话。
- 2.曾被不少人看好，将成为“中国的麦当劳”的“真功夫”，距离IPO仅一步之遥，但由于高层内斗致使上市折戟，在连锁餐饮业地位下滑，品牌信誉受损。
- 3.曾经叱咤手机界的金立，如今却资不抵债，面临倒闭，重要原因之一是金立董事长挪用公司资金赌博。
- 4.玉环县是中国眼镜零配件生产基地之一，2000年，产品在中国市场的覆盖率达到60%以上。刚进入国际市场的玉环县眼镜配件行业，由于其质美价廉，给德国OBE-工厂翁玛赫特与鲍姆盖特纳公司（以下简称OBE公司）造成了很大的竞争压力。2002年，OBE公司向北京市一中院递交两份起诉状，以弹簧铰链的制造方法被侵犯专利权为由起诉我国浙江省玉环县康华眼镜有限公司（以下简称康华公司）、玉环县正大眼镜厂（以下简称正大厂）。康华公司认为其生产的弹簧铰链完全是按照我国传统工艺生产方式制作而成的，与OBE公司享有专利的制造方法既不相同、也不等同，积极应诉，一审、二审、再

审，历经数年，最终以康华公司胜诉尘埃落定；而正大厂自认势不如人，无法承担高额维权费用，早早放弃了应诉，与OBE公司达成赔偿和解。

5.2015年欧盟通过了对我国钢制紧固件产品出口的反倾销调查法案，很多相关企业明知这是有失公正的“霸王”条款，却又不愿意主动站出来参加反诉，成了隔岸观火的旁观者。

6.2018年11月，“宁夏首富”宁夏宝塔石化集团公司董事局主席、宝塔实业实控人孙昕超主要因为集团下属财务公司在融资过程中出现票据违约引发无限连带责任涉嫌刑事犯罪而被采取强制措施。

7.2017年末，最高院作出(2011)民一终字第81号判决，认定榆林凯奇莱能源投资有限公司(以下简称“凯奇莱”)与西安地质矿产勘查开发院(以下简称“西勘院”)合同有效，继续履行，撤销了陕西省高院作出的上述第1、2、3项，维持第4项。至此，凯奇莱十二年马拉松式维权，获得法律层面全面胜利。十二年间，凯奇莱历经民事、行政、刑事三方面法律问题，更“走过”区、市、省、最高院四级法院，法定代表人赵发琦曾公开实名举报多名高官。

8.据人民网2018年11月28日的报道，该网站的《地方领导留言板》推出“民营企业问题征集专区”一周以来，其中账款拖欠问题的留言占比63%，是民营企业反映最多的问题。在网民的留言中，账款拖欠情形不一而足，有的企业被拖欠数千万账款，有的企业被拖欠账款长达十几年，账款追讨困难重重。民企被拖欠账款不仅影响着企业的正常运转，也影响着企业的发展和转型升级。而且，民营企业特别是中小企业融资难融资贵，严重的账款拖欠容易导致一些企业陷入困境，甚至影响企业生存。

9.2006年国务院国有资产监督管理委员会印发《中央企业全面风险管理指引》；2008年财政部会同证监会、审计署、银监

会、保监会制定《企业内部控制基本规范》及配套指引；2010年国家标准委发布《企业法律风险管理指南》；2014年，国资委印发了《关于推动落实中央企业法制工作新五年规划有关事项的通知》，明确要求提升合规管理能力和依法治企能力；2015年，国资委印发了《关于全面推进法治央企建设的意见》给出了企业合规体系建设的目标、重点和方向；2016年中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》；2016年4月，国资委印发了《关于在部分中央企业开展合规管理体系建设试点工作的通知》，确定中国石油、中国移动等5家中央企业为试点企业，探索开展合规管理体系建设；2016年8月，《国务院办公厅关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》；2018年7月1日，由中国标准化研究院牵头制定的GB/T 35770-2017《合规管理体系指南》正式实施。

10.从国际标准化组织（ISO）2014年12月15日正式发布的《合规管理体系——指南》[ISO 19600:2014(E)]看，凡是向市场和公共领域提供产品或服务的一个或者一个人以上的组织，就与合规相关，即向第三方提供产品或服务，该人/组织就要接受合规约束。

11.据统计，位列世界500强的民营企业中96%以上的企业建立了现代企业制度。

#### 参考文献：

- 1.邵琳洁.浅析宜兴民营企业发展的问题与对策——以江苏凌特精密机械有限公司为例[J].科技经济市场, 2018(10).
- 2.郭春丽、郑方.民营企业发展环境持续优化[J].现代企业, 2018(10).
- 3.刘致远.当前民营企业发展存在的三大问题及对策[J].中外企业家, 2018(15).
- 4.内外兼修齐步走 根植合规理念——朱宏任会长在2018中国企业合规论坛上发表讲话[J].新经济, 2018(10).
- 5.姜先良.构建企业合规体系有章可循[J].小康, 2018(30).
- 6.卞传山.“融入式管理”的现代公司合规与法务平衡思维[J].法人,2017(11).
- 7.夏泽行.企业管理培训公司合规经营要点分析[J].中国管理信息化, 2017(24).



# 融资性贸易案件的法律实务探析

■ 陈宇、任视宇、梁卓卿 / 文

融资性贸易是近年来在贸易领域、金融领域和法律领域都引起广泛关注一个热词。其概念是指，企业间借买卖贸易之名，行拆借融资之实。虽然名为“融资性贸易”，但究其本质，其描述的是企业间的融资行为而非贸易行为，因此也有人认为称“贸易性融资”更为恰当，本文将沿用“融资性贸易”这一惯用说法。融资性贸易案件近年来数量激增，但对于此类案件的研究甚少，只有少数最高法官对此进行过专门的理论研究，而从律师实操层面进行解读的法律实务类文章并不多见。我们有幸在融资性贸易纠纷爆发潮中接受了多家企业的委托，办理了多起类似案件，积累了丰富的司法实践经验。本文将以我们代理的其中一起典型的融资性贸易案件为例，探究办理融资性贸易案件的经验和方法，以期为广大律师同行提供一些办案思路。

## 一、融资性贸易案件概览

### 1. 融资性贸易案件大数据分析

在法院判例大数据网站上搜索“融资性贸易”一词，我们可以从宏观层面对这一类型的案件有所了解（以下数据为2018年12月12日检索结果。需说明的是，部分案件虽属于融资性贸易案件，但在其判决书中未采用“融资性贸易”的表述进行定性，因此以下数据为融资性贸易案件的不完全统计）：

从数量来看，融资性贸易案件从2015年起开始大量出现并呈上升趋势，在2017年达到数量高峰，2018年有所回落。

从地域分布来看，融资性贸易案件主要集中在浙江省、广东省、安徽省等省份，其中浙江省的案件量最多。

从行业来看，融资性贸易纠纷高发行业为批发和零售业及制造业。

## 任视宇律师简介



京都律师事务所合伙人，任律师自从业以来便将自己定位于诉讼业务与非诉业务均衡发展的综合型律师，承办并参与了大量的民商事诉讼、仲裁及刑事辩护等案件，同时为多家公司提供日常法律顾问工作，其中涉及金融业、投资、互联网、影视娱乐传媒等行业，具备提供综合法律服务的能力。

从标的额来看，标的额为100万-500万的案件占41.94%，500万以上的案件占53.76%，即将近96%的融资性贸易案件涉案标的为百万级。

从审理期限来看，42%的融资性贸易案件审限为91-180天，20%的审限长达181-365天，更有21%的案件审限超过365天。

## 梁卓卿律师简介



京都律师事务所律师。在北京大学法学院学习期间从事金融法方向研究，曾任职大型国有企业金融公司，熟悉企业集团金融、互联网金融、汽车金融、供应链金融等工作。执业以来办理了大量的民商事诉讼、仲裁及刑事辩护案件，同时为多家公司、政府企事业单位提供日常法律顾问服务，客户涉及金融业、房地产、新零售、互联网、物流、能源、教育、医疗、出版等行业，法律实践经验丰富。

综合以上大数据可见，融资性贸易案件多发于大宗商品贸易市场发达领域，有数量增幅大、标的额大、审理难度高的特点。

## 2. 融资性贸易的类型

融资性贸易的形式花样迭出，随着融资性贸易业务在摸索中不断成熟，其参与主体及交易形式也在不断变化，但就我国融资性贸易实践而言，资金方通常以两种形式为融资方提供融资便利，一是直接提供资金，二是提供融资增信服务。因此根据资金方的融资方式，融资性贸易一般可以分为买卖型融资性贸易和增信型融资性贸易两大类。

(1) 买卖型融资性贸易主要指以买卖方式直接为需方提供资金的融资性贸易，买卖型融资性贸易又分为无真实贸易背景型（也称资金空转型）的融资性贸易和有真实贸易背景型（也称代垫资金型）的融资性贸易。前者交易模式中，当事人没有买卖货物的真实意思，纯粹为资金融通。后者交易模式中，当事人有买卖货物的真实意思，只是交易模式为“先款后货”，买方缺少资金，故寻求有资金实力的第三方作为托盘人加入到贸易中，为买方代垫资金并可规避企业间拆借在特定时期的法律管制。

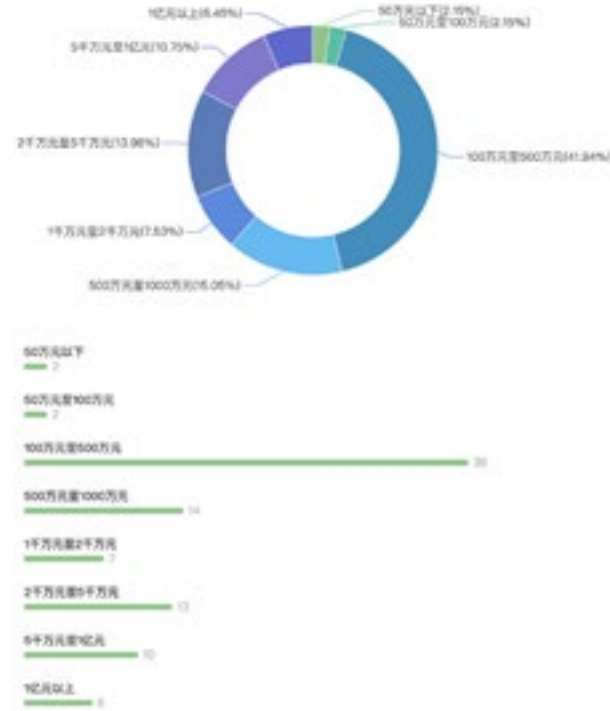




(2) 增信型融资性贸易则是指提供资金方并不直接向需方提供资金，而是通过贸易为其增信，帮助其顺利获得银行贷款的融资性贸易，基于不同的交易场景，采用质押监管、仓储保管、保兑仓、保理等实现方式。

司法实践中，“不见货物流转，只见资金空转”的无真实贸易背景型融资性贸易是最为典型和常见的。故本文只对资金空转型融资性贸易进行研讨。

## 二、融资性贸易典型案例



资金空转型融资性贸易往往通过循环买卖贸易的方式进行，即通过相同企业，或者关联企业之间签订内容相同的多份买卖合同，形成一个闭合的货物流转回路，帮助融资方取得资金在一定时间内的使用权，同时无需发生实际的货物流转，为增加信用，经常引入中间人（多为国企）托盘，促成交易。

下面通过我们代理的其中一起真实的融资性贸易案例，更为直观的描述采取循环买卖贸易模式进行资金空转型融资性贸易的运作方式：

本案涉及四个民事主体：分别为宁波A公司、天津B公司、吉林C公司和宁波D公司，其中宁波A公司和宁波D公司为关联企业，是资金需求方；吉林C公司是资金提供方；天津B公司为国企，是托盘企业，提供信用、促成交易。

案情概括如下：2014年3月31日，宁波A公司与天津B公司签订《煤炭购销合作协议》，约定天津B公司向宁波A公司采购的煤炭，销售给宁波A公司指定的下游接货单位吉林C公司；2014年3月6日，天津B公司与吉林C公司签订《煤炭购销合作协议》，约定吉林C公司向天津B公司采购的煤炭，销售给天津B公司指定的下游接货单位宁波D公司；吉林C公司与宁波D公司亦签署了相应的《煤炭购销合作协议》。由此形成连环买卖货物



交易链条，货物的流向为：

上述三份两两主体之间签署的《煤炭购销合作协议》，格式一致、货物相同、结算价格相互挂钩，具体约定为：吉林C公司采用预付的方式向天津B公司支付货款，吉林C公司与宁波D公司的结算价格降7元为天津B公司与吉林C公司的结算价格；宁波A公司与天津B公司的结算价格按照天津B公司与吉林C公司签订《煤炭购销合作协议》的相关条款确定。由此吉林C公司以预付的名义通过天津B公司向宁波A公司支付巨额借款，再以每吨货物加价7元的价格自宁波D公司收回借款本金及固定收益。资金的流向为：

上述四主体按照该运作模式持续了一段时间后，宁波A公司和宁波D公司资金链断裂，无法偿还吉林C公司借款本金，吉林C公司随即将天津B公司告上法庭，要求其偿还预付款及利息。我们作为天津B公司的代理人参加了应诉。

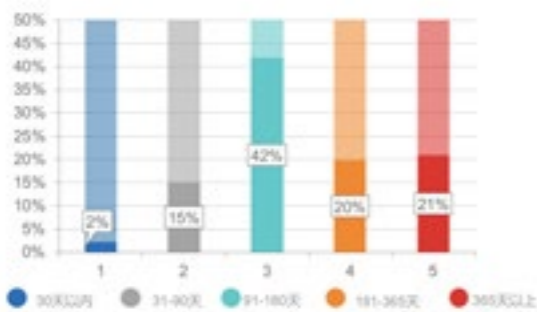
近年来此类以循环买卖为依托的资金空转型融资性贸易案件频发，国有企业作为“托盘人”介入融资性贸易不仅可以坐享手续费等收益还可完成营业收入、利润总额这

些上级部门要求的考核指标，因此往往忽视其中暗藏的巨大法律风险。在融资性贸易链条中，交易各方虽明知国有企业并非真实借款人，然而一旦民企用资人资金断裂无力还款，出资人回款无望，便“假戏真做”，转向托盘人要求还款。托盘人百口莫辩，成为“冤大头”。据了解，已有中铁物资公司、中远公司、五矿集团、中储公司、中外运公司、厦门建发等众多大型知名国有企业或上市公司因从事托盘融资买卖而纷纷卷入诉讼当中。

通过代理上文所述案件，我们认为，还原案件本真、为国企洗冤并非难于登天。此类案件的争议焦点，同时也是被告方举证论证的难点，可归纳为三点：一是如何定性并向法庭证明这是一件融资性贸易案件而非普通的买卖合同案件；二是确定了案件为融资性贸易案件后，阳合同买卖合同和阴合同借款合同的效力如何认定；三是中间托盘企业是否承担责任，承担何种责任。因此，我们总结出办理融资性贸易案件的三个步骤：一是融资性贸易案件性质的认定，二是融资性贸易合同的效力认定，三是中间托盘企业的责任认定，后文将结合案件逐一展开分析。

## 三、融资性贸易案件性质的认定

在上述案件中，我们作为托盘人天津B公司的代理





人，免除其还款责任是我们的最终诉讼目标。如果案件始终停留在审理买卖合同纠纷的层面，根据合同的相对性，天津B公司作为卖方，应承担向吉林C公司发货或返还货款的合同义务。因此，为达到免除天津B公司还款义务的诉讼目标，第一步就是组织梳理证据材料，并从繁杂的表面证据中找到体现当事人真实意思的内在逻辑，以达到证明本案性质非一起普通的买卖合同纠纷而是融资性贸易案件的目的。

为达到以上证明目的，我们向法庭举证说明了本案交易模式不正常，违反商业逻辑，体现在：

1. 连环买卖交易链的首尾两端为自卖自买。证明的重点是宁波A公司和宁波D公司为关联企业，两公司联手策划实施了整个虚假交易。为此，我们组织的证据有：相关邮件证明宁波A公司和宁波D公司指使并促成涉案三份《煤炭购销合作协议》的签署、增值税专用发票的开具、货转证明的开具等；相关证人证言证明宁波A公司和宁波D公司实际控制人、股东之间相互存在亲属关系。

2. 整个连环买卖交易链做亏本生意。连环买卖交易链的首端宁波A公司低价卖出，连环买卖交易链的尾端宁波D公司加价每吨7元买进，自甘受损。

3. 在合同履行过程中“流单不流货”。该项无法正向举证，我们向法庭反向论证：整个交易中，只有《入库单》作为货转凭证，原告未提交运输凭证等证据，故无法证明双方实地参与了煤炭的验收、交接与运输的过程。此外，第一手交易的出货地和最后一手交易的交货地均为宁波，但连环买卖的货物流转途中要经过天津等地，不符合常识。因此，货物流转是虚构的，不具有真实性。

4. 连环买卖合同标的物相同，合同版本条款几乎一致，合同的条款设计系为融资服务。首先，从交易对象来看，天津B公司和吉林C公司的下一手交易对象均是由上一手交易对象指定，在整个交易链条中，交易各方均是固定的，天津B公司和吉林C公司均无自主决定和随意变更交易对象的权利。其次，从定价看，结算价格相互挂钩，吉林C公司与宁波D公司的结算价格降7元为天津B公司与吉林C公司的结算价格，宁波A公司与天津B公司的结算价格按照天津B公司与吉林C公司签订《煤炭购销合作协议》的相关条款确定。再次，从盈利方式看，天津B公司和吉林C公司在交易过程中收取的是固定差价，获利空间固定，不受煤炭市场价格波动影响，不符合商业活动需承担市场风险的属性。最后，从合同的履行情况看，天津

B公司与吉林C公司在交易过程中不对煤炭的质量、数量及交货时间等问题负责，即不承担作为出卖方的瑕疵担保责任。以上事实均出自三份《煤炭购销合作协议》的约定，同时有《付款凭证》《结算单》《业务报表》《增值税专用发票》等予以佐证。

综上，我们向法庭证明了循环买卖交易链条上的四个民事主体，均没有买卖煤炭的真实意图和货物需求，涉案款项的出借和回收是买卖合同背后的真实逻辑，其实质是以买卖合同的形式实现融资的目的，故本案应定性为融资性贸易。其真实的交易结构是：最初出卖人和最终买受人为用资人，最初预付货款的买受人为出资人，预付货款为借款本金，买卖价差为借款利息，入库单等收货凭证均为虚假，中间托盘的是我们的委托人，因出资人是国企，只能和信用度有保证的国企开展贸易，因此我们的委托人被用资人拉入交易链条中成为交易的一环，利用其国企的身份促成整个交易，从中仅收取极少的手续费。由于我们的证据链条完整，说理充分，法庭采纳了我们关于案件定性的观点。

通过代理本次诉讼，我们总结出融资性贸易的几个特点：（1）自卖自买；（2）低卖高买；（3）流单不流货；（4）结算价格的差价与民间借贷市场的利率高度吻合；（5）合同版本条款具有一致性，标的物相同，结算价格挂钩；（6）合同约定简单，一般约定付款为预付，明确付款时间，不明确交货时间；（7）交货方式一般为通过仓库提单的交付来完成货物的交付，缺少验货环节等。

律师在办理买卖合同纠纷案件时，如果发现案件有上述特点，应引起注意，通过进一步收集相关证据相互佐证，确定是否为融资性贸易。只有准确定性案件性质和法律关系，才能明确诉讼主体之间的权利义务，从而形成正确的诉讼思路，进可攻、退可守。

## 四、融资性贸易合同的效力认定

当案件确定为融资性贸易后，本案的阴、阳两组合同也浮出水面。阳合同是三份《煤炭购销合作协议》，统称连环买卖合同。阴合同是宁波A公司、宁波D公司与吉林C公司之间的《借款合同》。下面逐一分析上述合同的效力：

### 1. 阳合同——连环买卖合同的效力

当案件确定为融资性贸易后，就不能再按照买卖合同来处理，因此买卖合同应归于无效。只是买卖合同无效的法律依据，以2015年9月1日为分界点，有个法律适用上的变化。

在2015年9月1日之前，企业间相互拆借融资行为属于非法行为，因此融资性贸易被认定为民间借贷行为是属于非法的。根据合同无效的相关规定，融资性贸易中的阳合同买卖合同因属《合同法》第五十二条第三款规定的“以合法形式掩盖非法目的”的合同而归于无效。

而2015年9月1日起施行的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》则明确了企业间的拆借融资属于合法行为，融资性贸易也不再具有“非法目的”，因而不适用《合同法》第五十二条第三款的规定。此时，阳合同买卖合同的效力如何认定，在法律上出现了空白。因此，这段时期的判决书对于买卖合同效力的评价均采取回避的态度。

2017年10月1日施行的《民法总则》又填补了这一空白。《民法总则》第一百四十六条规定：“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。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”根据该条虚伪表示无效的新规定，融资性贸易存在的虚伪意思表示，即阳合同买卖合同当属无效。

### 2. 阴合同——借款合同的效力

根据《民法总则》第一百四十六条规定，“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”因此，隐藏行为的效力要根据《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》及其他相关法律法规的规定进行单独考量。根据民间借贷相关法律法规及司法解释的规定，对于从事非金融业务的企业偶尔向其他企业出借款项，出借的资金系企业的自有资金，借款用于生产、经营需要，未违反法律、行政法规强制性规定的，可以认定其有效。反之，不具有从事金融业务资质的出借人以从事民间借贷为常业的，民间借贷合同无效。判断出借人是否以民间借贷为常业，尚无明确的法律规定，可结合企业的注册资本、流动资金、借贷数额、一年内借贷次数、借贷利息的约定、借贷收益占企业收入的比例、出借人与借贷人之间的关系等因素综合认定。除上述以从事民间借贷为常业的借贷合同无效外，如果借贷行为存在《合同法》第五十二条以及《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十四条规定的情形，借贷合同也属无效，此处不再赘述。

## 五、中间托盘企业的责任认定

融资性贸易案件性质确定后，买卖合同被认定无效，借款合同如不存在前文所述法律规定无效的情形，应当被认定为有效。此时，贷款方和借款方的权利义务也已明确，借款方应承担还本付息的责任。但在实践中，借款方往往资金断链或下落不明，不能返还所借款项，而造成贷款方的损失。对于该损失是否应由中间托盘人承担及责任大小如何确定，实践中认识不一：

一种观点认为，应根据合同的相对性，由贷款方自行承担借款风险和损失，其他参与者并非借贷主体，不应承担相应的责任。而主流观点认为，融资性贸易中涉及多份合同，各参与主体通过相应合同而建立联系、相互作用，共同构筑了一个完整的交易流程，并从中分享收益。故在责任主体的范围确定上，应突破单一合同的相对性限制而进行整体考虑，将中间托盘人纳入考量的范围，这也符合利益与风险相一致原则，其责任大小应根据责任主体在整个交易中的过错程度予以确定，无过错的即可以免于承担责任。

通过以下几个判例可对司法实践中对中间托盘人责任的处理方式略知一二：



# 以划拨地进行合作开发的合同效力新论

■ 唐利君, 倪燕秋 / 文

## 引言

在房地产投资项目中, 我们经常会遇到以划拨地进行合作开发的情况。在此类项目中, 投资各方需要签订《合作开发协议》等相关协议, 以明确界定各方当事人在项目中的权利、义务。

但由于以划拨地进行合作开发, 涉及土地用途管制、城市房地产开发经营规划、行政审批等一系列法律问题, 稍有不慎, 就会导致各方签署的《合作开发协议》等相关协议被认定为无效协议。如果发生此种情况, 无论是提供划拨地的一方, 还是在划拨地上投资建设的一方, 都将面临极大的法律风险。

基于此问题的复杂性, 在法学理论层面, 以及法律法规、司法实践层面, 都存在着较大的认识分歧。在以往的此类法学文章中, 大多囿于法律法规、司法解释的字面理解, 拘泥于以往的判例, 不深究其理, 往往将“以划拨地进行合作开发”的行为一概视为无效。

为正本清源, 笔者详细梳理、研究了相关法律法规、司法解释, 审阅、研究了最高人民法院于此类案件的大量判例, 尤其是近年来的新判例, 对此问题做了深入的探讨和研究, 以期让读者用一个新的眼光重新审视这个问题!

## 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①房地产和建设工程、②民商事和资本市场诉讼、③刑事诉讼这三类法律业务。尤为擅长综合运用刑事、民事手段, 处理重大、复杂、疑难的刑民交叉、刑行交叉案件, 依法维护企业合法权益, 依法帮助企业、股东、高管规避刑事、民事、行政法律风险。此外, 唐利君律师还在公司日常法律顾问服务、公司投融资、公司并购重组等业务领域也有一定建树。



## 一、一些需要先交待清楚的概念

如果想把本文的论题弄清楚, 那么我们需要先弄清楚一些重要的基础性概念。这些概念包括“什么是划拨地?”、“什么是房地产开发经营?”、“什么是合作开发?”。下面我们逐一说明:

### (一) 什么是“划拨地”?

#### 1. 划拨地的概念

1987年《土地管理法》并未对“划拨地”的概念进行

1. 不承担责任的案例: 在(2018)鲁01民终3961号案中, 对济南铁贸公司的责任承担问题, 一审法院认为其无需承担责任, 理由为: (一) 济南铁贸公司非实际借款人, 日照宝丰公司是实际借款人; (二) 济南铁贸公司的加入, 仅仅是完善交易链条, 成为双方交易的桥梁, 而非双方履约的信用担保, 更不是该借款链条中的第一手借款人及转借方; (三) 从资金的流向看, 济南铁贸公司收到兖矿东华公司背书转让的承兑汇票后, 直接背书转让给日照宝丰公司, 从中也可以看出济南铁贸公司仅仅是双方交易的桥梁; (四) 从所谓价差的分配比例看, 济南铁贸公司每吨只收取1元, 而兖矿东华公司每吨收取8元或10元。济南铁贸公司收取的每吨1元, 交纳增值税、承担差旅费等以后, 基本没有收益。在济南铁贸公司基本没有收益的情况下而承担数额巨大的民事责任, 明显违反公平原则; (五) 兖矿东华公司在没有实际收到货物的情况下, 向济南铁贸公司出具了《实物验收单》, 使济南铁贸公司持有了向兖矿东华公司交付合同全部标的物的充分证据, 从中也可以看出兖矿东华公司并没有向济南铁贸公司主张权利的真实意思表示; (六) 兖矿东华公司及日照宝丰公司均未能举证证明济南铁贸公司撮合了双方的交易, 参与设计了该循环贸易的交易结构, 提供自身商业信誉作为借款双方提供担保。

2. 承担责任的案例: (1) 在(2013)民再申字第15号案中, 中间方对融资起到了积极帮助作用并获利, 应当对合同无效所致损失承担相应赔偿责任。本案判令托盘人对实际资人不能返还部分的损失承担50%的赔偿责任。(2) 在最高法院(2010)民提字第110号案中, 各方当事人作为融资交易的参与者, 在明知企业间借贷的非法性前提下参与融资, 存在主观过错, 对合同无效所致损失均应承担相应责任。本案判令各方(含出资方)按照公平原则, 对融资方不能清偿的损失部分, 各承担三分之一的赔偿责任。(3) 在(2015)民提字第74号案中, 最高法院认定出资人与托盘人均有过错, 可适当减轻托盘应返还的利息金额, 根据公平原则, 酌定按照中国人民银行同期同类存款基准利率计算。

值得注意的是, 上述判决中间托盘人承担责任的案例, 均为在2015年9月1日之前, 企业间相互拆借融资行为属于非法行为时期的案例, 中间托盘人的过错程度显然较大, 甚至与借款人的责任相当。2015年9月1日之后, 企业间资金拆借原则上合法, 对中间托盘人是否具有过错的认定应当采取较为宽松的态度, 上述第一个判决具有较强的代表性。当

然, 若能证明中间托盘人对融资性贸易并不知情, 甚至受到欺诈, 便可最大程度上为中间托盘人争取到免除责任的裁判。

回到我们代理的天津B公司为被告的融资性贸易案例中, 我们通过大量举证, 向法庭证明天津B公司在订立合同时对涉案交易系名为买卖实为借贷的融资性贸易并不知情, 其系于2015年在吉林C公司向其主张偿还款项时, 经过多方调查才得知实情, 其加入涉案交易链条的本意系为了建立与吉林C公司之间的贸易关系。通过上述证明, 我们从最大程度上将天津B公司排除于还款义务人之外。

## 六、小结

融资性贸易案件案情错综复杂, 涉及的主体众多, 合同、票证等数量庞多、真假难辨, 对于办案律师来说具有较大的难度和挑战。本文通过一则案例总结了融资性贸易案件的办理方法, 首先找准融资性贸易的特点, 收集符合融资性贸易特点的相关证据, 从而“刺破买卖贸易的面纱”, 将案件还原为民间借贷纠纷; 其次, 找准法律依据, 否认买卖合同的效力, 确认借款合同的效力; 最后, 结合案件事实, 厘清各方责任, 为委托人争取最大利益。

随着2018年8月1日《中央企业违规经营投资责任追究实施办法(试行)》的出台, 国企“违反规定开展融资性贸易业务或‘空转’‘走单’等虚假贸易业务”“违反规定提供赊销信用、资质、担保或预付款项, 利用业务预付或物资交易等方式变相融资或投资”的行为将被追责。然而在实践中, 有些国企系在不知情的情况下被动卷入融资性贸易, 本文所举案例就是如此, 因此在上述实施办法出台后国企应更加提高警惕, 国企的法务部门及顾问律师可根据本文对融资性贸易的介绍, 审慎审查交易合同, 防止无端卷入融资性贸易甚至遭受合同诈骗。



## 倪燕秋律师简介

东南大学法学硕士。主要从事房地产与建设工程、信托以及公司法律顾问等领域法律业务。具有法律、财会复合专业背景，法学功底扎实，熟悉企业会计业务，能够将理论与实践较好地结合，为委托人提供诉讼仲裁代理、参与商务谈判、尽职调查、起草法律文件、出具法律意见等法律服务。拥有注册会计师（CPA）专业阶段合格证书、剑桥商务英语资格证书等技能证书。



界定，只是原则规定了国家机关用地和军事用地等四类用地，可以以划拨方式取得。1992年《划拨土地使用权管理暂行办法》首次界定了“划拨地”的概念，该办法第二条规定：“划拨土地使用权，是指土地使用者通过除出让土地使用权以外的其他方式依法取得的国有土地使用权”。1995年《城市房地产管理法》第二十三条第一款规定：“土地使用权划拨，是指县级以上人民政府依法批准，在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用，或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为”。

### 2. 划拨地的分类

1987年《土地管理法》第54条规定：“建设单位使用国有土地，应当以出让等有偿使用方式取得；但是，下列建设用地，经县级以上人民政府依法批准，可以以划拨方式取得：

- （一）国家机关用地和军事用地；
- （二）城市基础设施用地和公益事业用地；
- （三）国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地；
- （四）法律、行政法规规定的其他用地”。

2001年《划拨用地目录》将上述四类划拨用地做了进一步的细化规定：

（一）国家机关用地和军事用地，包括：

1. 党政机关和人民团体用地；2. 军事用地。

（二）城市基础设施用地和公益事业用地，包括：

1. 城市基础设施用地；2. 非营利性邮政设施用地；3. 非营利性教育设施用地；4. 公益性科研机构用地；5. 非营利性体育设施用地；6. 非营利性公共文化设施用地（图书馆、文化馆等）；7. 非营利性医疗卫生设施用地；8. 非营利性社会福利设施用地（福利性住宅、老年人、儿童福利设施等）。

（三）国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地，包括：

1. 石油天然气设施用地；2. 煤炭设施用地；3. 电力设施用地；4. 水利设施用地；5. 铁路交通设施用地；6. 公路交通设施用地；7. 水路交通设施用地；8. 民用机场设施用地。

（四）法律、行政法规规定的其他用地，即特殊用地，包括：

1. 监狱；2. 劳教所；3. 戒毒所、看守所、治安拘留所、收容教育所。

上述法律规定的划拨用地分类，即现行法律对划拨用地的完整、全面的分类。上述《划拨用地目录》第二条规定“符合本目录的建设用地项目，由建设单位提出申请，经有批准权的人民政府批准，可以划拨方式提供土地使用权”，非上述目录规定的国有用地，一律应以有偿方式提供土地使用权。

### 3. 划拨地使用权的特征

根据上述法律规定，划拨地使用权具有如下特征：

（1）划拨土地首先必须是国有土地，集体土地不能成为划拨土地的对象。

（2）划拨土地是与出让土地相对的概念。所谓出让土地，是指国家以土地所有者的身份将土地使用权在一定年限内让与土地使用者，并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金，这样的土地称为国有出让土地。

（3）划拨土地是国家无偿提供给土地使用人的（国家取得土地的成本（土地补偿费、安置补偿费）、国家规定的税费除外）。

（4）划拨地的用途是受管制的，即包括国家机关用地和军事用地、城市基础设施用地和公益事业用地、国家重点扶持的能源、交通、水利等基础设施用地、其他特殊用地，共4大类，21小类。

（5）划拨用地必须是公益性的或非营利性的。

### （二）什么是“房地产开发经营”？

关于“房地产开发经营”的定义，1998年《城市房地产开发经营管理条例》第2条规定：“本条例所称房地产开发经营，是指房地产开发企业在城市规划区内国有土地上进行基础设施建设、房屋建设，并转让房地产开发项目或者销售、出租商品房的行为”。根据该定义，凡是在国有土地上进行基础设施建设和房屋建设，并具有房地产项目转让或商品房租售的行为特征，即应认定为“房地产开发经营”。

但上述“房地产开发经营”的定义，仅将“具有房地产项目转让或商品房租售”作为房地产开发经营的行为特征，明显窄于社会实践中关于房地产开发经营的惯常理解，例如开发酒店、剧院等营利性房地产项目，不具备“租售”的特性，但明显也应列入房地产开发经营范围之内。

### （三）什么是“合作开发”？

关于合作开发的定义，现行房地产法律法规中没有明确规定，但根据2005年《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称“2005年《解释》”）第14条规定：“本解释所称的合作开发房地产合同，是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资，共享利润、共担风险合作开发房地产为基本内容的协议”。根据该司法解释的定义，凡是以提供出让土地使用权、资金等进行共同投资，并约定合作双方“共享利润”、“共担风险”，这样的合同统一称为

“合作开发房地产合同”，适用该司法解释。

从字面上看，2005年《解释》所规定的“合作开发”限于“以提供出让土地使用权……作为共同投资”，似乎该司法解释不适用于本文所讨论的“以划拨地进行合作开发”的行为。但细读该司法解释全文，其中第十一条、第十二条、第十三条、第十六条共计四条条文对“划拨地转让”及“以划拨地与他人订立合同合作开发房地产”的相关问题作出了规定。由此可见，2005年《解释》所规定的“合作开发”不只限于“以提供出让土地使用权……作为共同投资”，还应包括以“以划拨土地使用权作为共同投资”。

### （四）重要概念小结

综合上述概念，无论是“房地产开发经营”，还是“合作开发”，一个基本的特性是“经营性”或“营利性”，本文中采用这个观点。对于非营利性的“合作开发”（例如2003年国务院机关事务管理局、财政部、国土资源部联合发布的《在京中央单位利用划拨土地开发建设管理暂行办法》第六条所规定的“在京中央单位利用划拨土地进行开发建设，必须以解决本单位生产、科研、办公和住宅困难为前提……”的情形），因为没有商业价值，其探讨价值不大，本文不予讨论。

## 二、以划拨地进行合作开发的禁止性规定

通过逐一研讨上述相关概念，我们可以大致形成一个基本的认识，即划拨地是国家无偿（不包括国家取得该幅土地的成本）提供给特定主体（党政机关、公益事业团体的），用途严格管制（限于国防、党政行政管理、公益性、非营利的用途）的土地。

为了贯彻前述原则，国家法律法规、司法解释，做了大量禁止未经审批的划拨地转让或划拨地参与房地产营利性开发的规定，主要包括：

1. 1987年《土地管理法》第56条规定：“建设单位……确需改变该幅土地建设用途的，应当经有关人民政府土地行政主管部门同意，报原批准用地的人民政府批准”。

2. 1990年《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》（以下简称1990年《暂行条例》）第44条规定：“划拨土地使用权，除本条例第四十五条规定的情况外，不得



转让、出租、抵押”；

第45条规定：“符合下列条件的，经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，其划拨土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权可以转让、出租、抵押：（一）土地使用者为公司、企业、其他经济组织和个人；（二）领有国有土地使用证；（三）具有地上建筑物、其他附着物合法的产权证明；（四）依照本条例第二章的规定签订土地使用权出让合同，向当地市、县人民政府补交土地使用权出让金或者以转让、出租、抵押所获效益抵交土地使用权出让金。转让、出租、抵押前款划拨土地使用权的，分别依照本条例第三章、第四章和第五章的规定办理”。

3. 1992年《划拨土地使用权管理暂行办法》（以下简称1992年《暂行办法》）第40条规定：“以土地使用权作为条件，与他人进行联建房屋、举办联营企业的，视为土地使用权转让行为，按照本办法办理”。

4. 1995年《城市房地产管理法》第40条规定：“以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产报批时，有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理”。

5. 2001年《划拨用地目录》对于划拨用地范围作了明确规定，改变用途后属于《划拨用地目录》规定范围内其他用途的，经批准仍作为划拨地使用。如果超出了《划拨用地目录》规定用途，按照《划拨用地目录》第4条规定“以划拨方式取得的土地使用权，因企业改制、土地使用权转让或者改变土地用途等不再符合本目录的，应当实行有偿使用”，应当依法办理土地出让手续。

6. 2004年《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（以下简称2004年《国务院规定》）第17条规定：“经依法批准利用原有划拨土地进行经营性开发建设的，应当按照市场价补缴土地出让金。经依法批准转让原划拨土地使用权的，应当在土地有形市场公开交易，按照市场价补缴土地出让金；低于市场价交易的，政府应当行使优先购买权”。

7. 2005年《解释》第11条规定：“土地使用权人未

经有批准权的人民政府批准，与受让方订立合同转让划拨土地使用权的，应当认定合同无效。但起诉前经有批准权的人民政府批准办理土地使用权出让手续的，应当认定合同有效”。

第16条规定：“土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，以划拨地使用权作为投资与他人订立合同合作开发房地产的，应当认定合同无效。但起诉前已经办理批准手续的，应当认定合同有效”。

上述禁止性规定小结：

1. 未经审批，转让划拨地使用权的合同，无效；
2. 未经审批，出租划拨地使用权的合同，无效；
3. 未经审批，抵押划拨地使用权的合同，无效；
4. 未经审批，以划拨地投资的合同，无效。

### 三、实践中“以划拨地进行合作开发”的类型

#### （一）类型之一：划拨地不转出地的情况下

这主要是指在不改变划拨地属性的前提下，利用原有划拨地进行营利性开发。对此，从是否转让划拨地使用权的角度，又可以将之进一步分为“转让划拨地使用权的合作开发”和“不转让划拨地使用权的合作开发”两种情形。

##### 1. 转让划拨地使用权的合作开发

根据1995年《城市房地产管理法》（2009年修正版）第40条的规定，划拨用地转让在例外情形下可以不办理出让手续。原建设部2001年修订的《城市房地产转让管理规定》第12条对此作了进一步明确：“以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，属于下列情形之一的，经有批准权的人民政府批准，可以不办理土地使用权出让手续，但应当将转让房地产所获收益中的土地收益

上缴国家或者作其他处理。土地收益的缴纳和处理的办法按照国务院规定办理。（一）经城市规划行政主管部门批准，转让的土地用于建设《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十三条（2009年修订版第二十四条）规定的项目的（即国家机关用地和军事用地等四类用地）；（二）私有住宅转让后仍用于居住的；（三）按照国务院住房制度改革有关规定出售公有住宅的；（四）同一宗土地上部分房屋转让而土地使用权不可分割转让的；（五）转让的房地产暂时难以确定土地使用权出让用途、年限和其他条件的；（六）根据城市规划土地使用权不宜出让的；（七）县级以上人民政府规定暂时无法或不需要采取土地使用权出让方式的其他情形。依照前款规定缴纳土地收益或作其他处理的，应当在房地产转让合同中注明。”

上述规定的七种情形中，有些不属于营利性开发，有些因类型极其特殊，探讨意义不大，本文不予讨论。

从房地产开发实践来看，转让划拨地使用权进行合作开发的具体模式主要有：

##### （1）纯粹转让划拨地使用权

在此类合作开发中，通常约定合作双方受让划拨地使用权，转让方取得转让价款，受让方取得划拨土地进行房地产开发。

##### （2）联建房屋

一方提供划拨地，另一方投资并组织开发建设，项目建成后，双方约定按比例取得建成房屋的所有权。

##### （3）举办联营企业

双方举办联营企业，约定划拨地作为投资注入联营企业（即项目公司）。

上述几种合作开发模式，均涉及办理划拨地变更登记手续，而事实上未办理政府审批手续，各方往往发生争议诉至法院。此类纠纷，自1990年《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》（以下简称1990年《暂行条例》）颁行至2005年《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用

法律问题的解释》（以下简称“2005年《解释》”）出台期间，是多发性纠纷。

最高法院判决的基本倾向是：未经政府审批同意，此类合同自始无效。自2005年《解释》出台后，此类合同更不被法律所认可，实践中亦鲜有采取上述三种方式进行合作开发的情形。

#### 2. 不转让划拨地使用权的合作开发

直接转让划拨地这条路被堵死后，实践中往往采取不转让划拨地使用权的方式进行合作开发，具体方式包括：

##### （1）划拨地出租给开发方

划拨地使用权人作为出租方，配合办理开发手续，并收取一定的租金。

##### （2）划拨地委托开发方经营

划拨地使用权人配合办理开发手续，项目建成后将项目委托给开发方经营。

此类开发行为因不变更划拨地使用权的主体，相对比较隐蔽，在认定违法性时争议较大。1992年《划拨土地使用权管理暂行办法》（以下简称“1992年《暂行办法》”）第40条规定：“以土地使用权作为条件，与他人进行联建房屋、举办联营企业的，视为土地使用权转让行为，按照本办法办理”。由于该暂行办法在法律层级体系中只是行政规章，按照1999年《最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)》（以下简称“《合同法解释（一）》”）第4条：“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据”。1992年《暂行办法》不能成为判定合同效力的法律依据。

值得注意的是，2005年《解释》第16条对此作了明确规定：“土地使用权人未经有批准权的人民政府批准，以划拨土地使用权作为投资与他人订立合同合作开发房地产的，应当认定合同无效。但起诉前已经办理批准手续的，应当认定合同有效。”但笔者认为，上述司法解释的规定有待商榷。《土地管理法》第19条规定：“使用国有土地，有下列情形之一的，由土地管理部门报县级以上人民政府批准，收回用地单位的土地使用权，注销土地使用证：一、用地单位已经撤销或者迁移的；二、未经原批准机关同意，连续二年未使用的；三、不按批准的用途使用的；四、公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。”据此，对于划拨地进行营利性开发（不按批准的用途使





用)，法律仅规定了收回土地使用权的行政法责任，司法解释直接认定合同无效，有不适当地扩张解释之嫌。

#### （二）类型之二：划拨地转出地的情况下

划拨地变性包括划拨地变为出让地或者划拨地变更使用用途。需要强调的是，因为划拨地的非营利性属性，在划拨地范畴内将划拨地改为经营性用地，几乎是无法获得审批的，必须履行划拨地转出地的审批程序。

在划拨地转出地的情况下，合作开发的主要模式是：一方提供划拨地，另一方投资开发；双方约定办理划拨转出手续，提供划拨地的一方予以配合。双方在划拨地上开发经营性项目，项目建成后进行出售或出租，所得收益双方按比例分享。

按照2004年《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》（以下简称2004年《国务院规定》）第17条规定：“经依法批准利用原有划拨土地进行经营性开发建设的，应当按照市场价补缴土地出让金……”，也就是说在划拨土地使用权的主体不发生变化的情况下，可以采取补缴土地出让金的方式。所以，实践中有很多项目采取先变性为出让地，然后再调整规划的方式，调整为经营性开发。2004年国土资源部、监察部联合发布的《关于继续开展经营性土地使用权招标拍卖挂牌出让情况执法监察工作的通知》第二条规定“各地要严格和规范执行经营性土地使用权招标拍卖挂牌出让制度。2002年7月1日《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》（国土资源部令第11号）实施后，除原划拨土地使用权人不改变原土地用途申请补办出让手续和按国家有关政策规定属于历史遗留问题之外，商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地必须采用招标拍卖挂牌方式供应……”，国土部11号令将划拨地转出地作为招拍挂的例外情形，等于变相给“划拨地先转出地、然后再调整规划变为经营性用地”这种开发行为开了政策口子，所以实践中存在一些划拨地开发项目采用这种开发方式。

### 四、行政审批对于合作开发合同效力的影响

#### （一）2013年以前，最高法基本认定合同无效

对于未经批准以划拨地进行合作开发的，一般按照2005年《解释》第16条的规定，直接认定合同无效。

#### （二）2014年以后，最高法的个别判例观点明显转变

值得注意的是，近几年来，最高法的观点开始发生松动，特别是在划拨地上合作建房及房屋转让问题上，个别判例观点明显转变。

例如，在“中国银行股份有限公司武汉宝丰支行与武汉中南汽车修造有限公司、武汉中合信达投资有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷申请再审案”（〔2014〕民提字第187号）中，最高法院判决认为：“《合作建房合同》约定中南汽修厂出地、中行宝丰支行出资，双方合作改造中南汽修厂老旧综合办公楼并按5：5分配重建新房的主要内容，体现了合作建房双方共同出资、共担风险、共享利益的法律特点，……故合同性质应认定为在国有划拨土地上的合作建房合同。……双方订立的合建合同基本履行完毕，中行宝丰支行已实际转移占有分配房屋18年余，讼争标的物—综合办公楼的房屋产权证、土地使用权证也均已办妥，尚余双方共同为中行宝丰支行分配房产办理相关房屋产权、土地使用权转让手续等合同义务，双方应当继续遵循诚信原则，按照订约目的，严守国家法律规定，为履行后续合同义务作出具体安排并实际履行，不能因为后续合同义务未履行完毕而反推在前订立的民事合同无效。……中行宝丰支行对讼争房屋的占有使用具有合同依据和法律依据，属合法占有。……”

在“北京瑞德康住房开发股份有限公司与内蒙古普利房地产开发有限责任公司其他买卖合同纠纷审判监督案”（〔2014〕民抗字第41号）中，最高法院判决认为：“普利商城是由呼和浩特市人民政府立项批准，在城市改造建设中享受优惠政策的项目。根据该优惠政策，各房地产公司以划拨方式获得土地，其土地使用权为划拨土地使用权，各房地产公司开发建设的住宅楼和商业楼均属于

商品房性质。呼和浩特市批准在划拨土地上进行商品房开发建设，使得普利商城具备了进行房屋产权交易的法律条件。……《中华人民共和国城市房地产管理法》及本院《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》旨在维护国家土地管理秩序和打击擅自改变划拨土地的使用用途损害国家利益的行为。而本案中呼和浩特市已经批准了在划拨土地上进行商业开发，由此形成的房地产项目进入房地产交易市场，并未突破呼和浩特市优惠政策的目的。……涉案房屋买卖行为不会造成国有划拨土地使用权控制权的流失和国家利益的损害。普利公司主张涉案房屋买卖协议违反强制性规定，损害国家利益的理由不能成立，其主张《普利商城买卖协议》无效的主张，本院不予支持。”

### 五、最高法最新审理倾向的法理辨析

#### （一）基于合同、物权效力区分原则的判断

虽然在概念上，法律、行政法规的强制性规定作了管理性、效力性的区分，但实际上仍然缺乏可操作的判断标准。最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（法发〔2009〕40号）也指出：人民法院应当综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益，诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等，综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的“市场准入”资格而非某种类型的合同行为，或者规制的是某

种合同的履行行为而非某类合同行为，人民法院对于此类合同效力的认定，应当慎重把握。据此，径行将办理审批手续作为合同的效力性强制性规定，应当认为缺乏充分的理由。

笔者认为，行政审批对于合作开发合同效力的影响，应当以区分原则为基点进行判定。2007年《物权法》第15条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”此即合同、物权效力的区分原则。合同生效与物权变动系两个法律事实，物权是否发生变动并不影响合同效力的判断。即：依法办理批准手续影响物权变动的效力，也可能构成应当履行的合同义务，但并不属于合同有效性的构成要件。未办理审批手续的，不影响划拨地合作开发合同的效力。

#### （二）倾向于放活土地这项重要的“生产要素”

近几年来，放活土地要素市场、扩大土地流转范围逐渐成为改革的趋势。2016年10月，中办、国办联合印发《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》，《意见》提出：将土地承包经营权分为承包权和经营权，实行所有权、承包权、经营权分置并行，是继家庭联产责任制后农村改革又一重大制度创新。要充分发挥“三权”的各自功能和整体效用，形成层次分明、结构合理、平等保护的格局。其中，加快放活土地经营权，赋予经营主体更有保障的土地经营权，保障其有稳定的经营预期，是完善农村基本经营制度的关键。2018年3月10日，国务院办公厅印发了《跨省域补充耕地国家统筹管理办法》（国办发〔2018〕16号），明确规定“三区三州”及其他深度贫困县城乡建设用地增减挂钩节余指标由国家统筹跨省域调剂使用。2018年10月23日，最高院印发了《关于为实施乡村振兴战略提供司法服务和保障的意见》，其中也明确了助推农村改革发展，保障农村土地“三权分置”、放活土地经营权有关内容。

笔者认为，促进土地要素流动、充分释放土地活力的改革趋势，某种意义上也为最高院最新审理倾向转变提供了一个解读视角。☞



# 股权转让适用善意取得制度的新问题

■ 张庆生, 刘娜 / 文

路漫漫其修远兮, 吾将上下而求索。

律师的一生能有几个历时五年之久最终胜诉的案件呢? 当事人经受五年多的煎熬更是痛苦。审理多年的案件画了一个句号令笔者想着去汲取点价值, 这篇文章也应时而生……

## 案件简述

在本案中, 山东辰泽公司于2007年设立时注册资金1000万元, 股东及持股比例为张某持股40%、邹某持股30%、王某持股30%。三个股东并未实际出资, 注册资金找专门垫资公司垫资, 支付费用4万多元, 邹某让张某代办工商登记注册等手续。邹某、王某常年在上海工作, 张某在公司注册地—菏泽巨野处理公司具体事务, 公司日常的财务账目等事宜张某及时向邹某汇报并由其决定处理。

2009年2月16日, 张某通过电话沟通后制作辰泽公司的股东会决议, 并以王某的名义与自己签订股权转让协议。王某持有辰泽公司30%的股权转让给张某, 张某持股70%。辰泽公司开始是租赁土地, 县政府要求辰泽公司办理国有土地并缴纳土地出让金, 邹某表示没有钱缴纳土地出让金。为避免租赁土地被收回, 张某联系缴纳土地出让金及购买已建办公楼等设施的买家, 为到达少交税的目的, 双方同意采取股权转让方式共计款项500万元。2010年3月17日张某与邹某多次沟通后, 制作辰泽公司的股东会决议, 将自己70%的股权及邹某30%的股权转让给刘某等人, 第三人刘某等人持有辰泽公司100%的股权, 后刘某等人在辰泽公司建设3000余平方的厂房。

## 案件审理

2013年2月17日, 邹某、王某将张某诉至菏泽市巨野

## 张庆生律师简介



北京京都(上海)律师事务所合伙人, 2001年开始从事律师工作, 拥有投资项目分析师、心理咨询师资格、上海证券交易所独立董事资格、深圳证券交易所董秘资格, 中国政法大学硕士学历, 上海交通大学私募股权班、复旦大学管理学院金融班学习经历。主要业务领域刑事辩护及民商诉讼。

县法院, 请求法院确认张某制作的辰泽公司的两份股东会决议、张某与王某的股权转让协议、张某与刘某等人的股权转让协议及邹某与刘某等人的股权转让协议无效, 因涉及级别管辖案件转到菏泽中院。

2013年10月30日, 菏泽市中级人民法院判决认为: 股东要求确认股东会协议无效之诉, 应以公司为被告。对原告邹某与王某确认辰泽公司股东会决议无效的请求不予支持。张某不能证明其在邹某、王某同意的情

## 刘娜



北京京都(上海)律师事务所执业律师。

况下代其二人签订股权转让协议, 故该两份协议无效。因张某与刘某等人签订转让70%股权的股权转让协议是建立在张某与王某协议有效的基础上, 故张某与刘某等人股权转让协议因转让基础不合法而无效。并且超出原告诉讼请求, 判令张某支付刘某等人股权转让款500万元、恢复邹某、王某、张某的股东身份。

2014年6月27日, 山东省高级人民法院判决认定三份股权转让协议无效, 但是撤销了财产返还、恢复股东身份的判决。高院对于张某提出的其与刘某等人股权转让协议基于善意取得而有效的主张并未支持, 认为刘某等人不符合法律规定的善意取得条件。

2015年10月4日, 最高院决定提审本案, 并于2016年12月27日作出判决, 以适用法律错误、诉讼程序不当发回菏泽中院重审。

2018年1月30日, 菏泽中院审理后判决: 张某与王某之间的股权转让协议不成立; 张某与刘某等人之间的股权转让协议有效; 张某以邹某名义与刘某等人签订的股权转让协议有效。

2018年8月21日, 山东高院作出维持原

判的判决。

案件审理至此结束……

## 案件深入

本案的焦点问题在于三份协议的效力问题。

(一) 2009年2月16日以王某名义和张某签订的股权转让协议的效力应如何认定。

本案中2009年2月16日股权转让协议的主要内容是王某将其持有的辰泽公司30%股权转让给张某, 该协议书股权转让方“王某”签字系由张某代签, 张某虽抗辩称其代签字行为事前已经过王某同意, 但是王某不予认可, 并且张某亦没有充分的证据以证明王某事先授权或者事后追认。因此, 本案的证据并不足以证明该协议内容是王某本人真实意思表示, 王某主张协议无效对张某是十分不利的。

但是《合同法》第四十四条第一款规定: “依法成立的合同, 自成立时生效”, 合同成立和合同效力属于不同的法律概念。因此, 该份股权转让协议虽然具备了合同的外在形式特征, 但协议中王某的签名并非本人所签, 不具有缔约合意。且内容是张某代签字将属于他人的股权转让给自己, 这不符合合同成立的实质要件, 致使合同没有依法成立。合同的效力应以合同成立为前提, 合同效力是依法成立的合同所产生的法律后果, 合同是否有效应以合同是否依法成立为判断依据, 上述协议不具备合同成立的实质要件, 没有依法成立, 也就失去了判断合同效力的前提。故, 2009年2月16日股权转让协议不成立。

(二) 2010年3月17日张某以邹某名义与刘某等人签订股权转让协议的效力问题。

张某以邹某的名义与刘某等人签订股权转让协议, 将邹某持有的辰泽公司30%股权转让给刘某等人。该股权转让协议系张某以他人名义代为订立的合同, 该行为的效力以及法律后果应当根据代理的相关法律规定予以认定。据此, 需要区分该协议属于无权代理还是有代理权。

根据《合同法》对无权代理的规定可知, 无权代理行为并不必然导致合同无效, 其属于效力待定合同, 合同是否有效取决于被代理人是否追认或者取决于是否构成表见代理。在本案中, 辰泽公司于2010年8月6日在地报纸发布



股权变更公告，邹某等人并未提出任何异议，且张某主张已经将剩余的股权转让款通过银行转账给邹某，邹某也安排亲属拉走处置了部分公司物品，故当时邹可军对涉案股权转让虽未明确表示追认，但也是没有异议的。

根据合同法规定，表见代理制度，是为保护交易安全和第三人信赖利益、维持代理制度的信用而设置的。它不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。

### 1. 代理权的表象

本案中第三人刘某等人已到工商管理部门查询到公司法定代表人是张某，股权登记是张某持股70%、邹某持股30%。且此前双方也曾多次沟通磋商，张某已经收取预交订金，实际履行了部分合同义务。而且在2017年1月8日决定设立辰泽公司的股东会决议、指定代表或者共同委托代理人的证明、公司章程等文件，上面全体股东签字“张某、邹某、王某”字样均由张某一人签写，邹某、王某认可代签字效力，公司实际运营过程中都是张某通过电话、邮件等方式经由邹某沟通决定后履行相应行为，并无书面委托授权手续，张某一直称对其系无限授权，向第三人出售公司资产、转让股权已经经过邹某同意，并向第三人说明了该情况。据此，辰泽公司实际运营均委托张某一人具体负责处理，为三股东行使股东权利时的习惯和通常惯例，相对符合客观实际 应不违背第三人的共同意思表示。因此，第三人在客观上有相对充分的理由相信张某具有代理权的表象。

### 2. 第三人主观的善意或过失

第三人刘某等人在某县政务服务大厅亲笔签署股权转让协议，尽到了必要的谨慎审查义务，经工商管理部门审核、监督后完成了股权变更登记手续，并支付了合理对价，第三人有充分理由相信转让股权是邹某的真实意思表示，应当认定第三人主观上是善意且无过失的。第三人基于对该表象产生合理的信赖，并且在此基础上与行为人完成股权转让交易。

故，张某的行为可认定为构成表见代理，且无合同法第五十二条 规定的导致合同无效情形，2010年3月17日张某以邹某名义与刘某等人签订股权转让协议是有效，对协议当事人具有法律拘束力。

(三) 关于2010年3月17日张某作为转让方与刘某等人签订股权转让协议的效力及股权受让问题。张

某转让的该70%股权由两部分构成，即张某原有的40%股权及其受让王某的30%股权。

### 1. 该股权转让协议中涉及的原属于王某的30%股权。

上文论述，张某据以取得该30%股权所依据的2010年2月16日股权转让协议不成立。因此张某转让该30%股权应属无权处分。关于该无权处分行为是否影响涉案股权转让协议的效力问题呢？根据买卖合同解释规定可知，当事人以无权处分为由主张该部分的协议无效，缺乏法律依据，故股权转让协议的该部分有效。根据最高法的丁俊峰法官在《公司法司法解释(三)中的善意受让股权规则》一文中的观点“股权转让合同有效是股权善意取得的前提条件”。在协议有效的前提下，第三人刘某等人是否能取得股权呢，其中的关键因素便是善意取得制度。

根据善意取得的构成要件：首先，第三人刘某等人基于公司股权登记、工商管理部门查询等公示方式而产生对张某合法持有公司股权的信赖，符合法律规定的维护善意第三人对权利公示之信赖，以及保障交易秩序的稳定安全的意旨，属于善意。其次，第三人刘某等人通过股权转让协议取得股权，支付了合理对价。最后，第三人在工商管理部门办理了股权变更登记手续完成了公示，此后又实际行使了股东权利和公司运营权，亦投入大量资金进行公司厂区等建设。

因此，第三人受让股权时出于善意且有偿取得，实际行使了股东权利并使股权发生重大变化，从保护善意第三人、鼓励交易、维护交易安全和维持公司法律关系稳定性出发，应当保护第三人对受让股权的正当权利。

2. 张某将原有的40%股权转让给刘某等人，双方当事人均具有民事权利能力和行为能力，意思表示真实，内容不违反法律规定，应确认为合法有效。关于张某转让该40%股权是否侵犯其他股东的优先购买权、

是否据此影响协议效力问题，笔者认为并不影响。虽然《公司法》第七十一条规定了股权转让中股东的优先购买权，但是也规定了“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定”。由此看出，虽然公司法赋予其他股东同意权和优先购买权，但可以通过公司章程排除适用，即该条并不是强制性规定，而是任意性规定，故将未经其他股东同意向股东以外的人转让股权的合同认定为无效没有法律依据。再者，股权转让合同与股权变动是两个具有不同内涵的法律概念。转让股东与受让人签订的股权转让合同具有相对性，其效力状态并无当然的法律瑕疵。其他股东于该合同生效后是否行使优先购买权，并不改变该合同的原有效力状态。换言之，股权转让合同的效力与股权转让合同的履行分属不同范畴。张某40%股权转让协议的效力不受是否存在侵害其他股东知情权权和优先购买权情形的影响，应认定为有效合同。同上文相同，第三人刘某等人可以适用善意取得制度，合法拥有受让股权。

纵观本案，代理律师即笔者始终秉持的一个观点便是张某与刘某等人、张某代邹某与刘某等人签订的股权转让协议有效，刘某等人也符合善意取得的要件，可以适用善意取得制度合法取得股权。即在股权转让合同有效的前提下，第三人以确实充分的有效证据证明当事人在受让股权时是善意的，支付了合理对价并且进行了股权工商变更登记，则可以根据善意取得制度获得股权。值得注意的是，本案并非是《公司法司法解释（三）》中明文规定适用股权善意取得的情形。故，在对待这个问题方面，最高院的处理也十分审慎，更何况是下级法院，这也是本案反复审理的一个重要原因。但笔者相信精诚所至金石为开，一直为案件的公平审理、当事人的正当权益做努力，最终在经最高院发回重审后得到了菏泽中院和山东高院的支持。

## 案件反思

在接到法院判决的那一刻，笔者内心掺杂着不同的感觉，有为多年努力终获认可的欣慰、有为司法实践再添判例的自豪、也对案件忽略的细节论证进行反思……

善意取得制度在民事领域存续已久，也取得了法律学者的认同，但在商事中却鲜有规定。《公司法司法解释（三）》作为我国立法上对股权善意取得制度的首次规定，虽规定了股权转让案件可以参照物权法第106条善意取得制度的规定处理，但却未对股权善意取得制度做出具体规定。因近年来股权善意取得引发的纠纷案件逐渐增多，在司法实践中如何参照物权法就成为了学者、法官、律师一直争论不休的问题。倘若在这篇以案写法的文章中对这个问题进行全面分析，便会过于繁杂，脱离文章主旨。故，笔者仅对与本案有关的一个问题进行论证分析。即股权转让的善意第三人是否可以依据股权善意取得制度取得股权即解决路径。

### 1. 股权转让的善意第三人是否可以依据股权善意取得制度取得股权的问题。

根据公司法解释（三）的第二十六条规定，名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。以及第二十八条规定 股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，受让股东以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。善意取得制度的前提是无权处分，同样股权善意取得制度的前提也是股权的无权处分。即公司法解释（三）对股权无权处分导致股权善意取得的规定仅限于名义股东的无权处分和一股二卖的无权处分。

显然，本案并非如此，而是这样一个徘徊在股权善意取得边缘的案件。公司股东在对外转让自己持有股权时，无有效证据证明其征求了其他股东的同意或者通知了其他股东以使其行使优先购买权的情况下，与股东之外的不知情第三人达成股权转让协议。根据公司法解释（三）规定的无权处分的情形可知，该情形不能贸然适用股权善意取得



根据合同法规定，表见代理制度，是为保护交易安全和第三人信赖利益、维持代理制度的信用而设置的。它不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。

制度，即股东之外的善意第三人不能直接依据股权善意取得制度取得股权。

### 2. 股东优先购买权是否影响股权转让协议的效力的问题。

股东优先购买权保护的是公司的人合性和封闭性，限制的是股权的自由转让。而善意取得制度保护的是契约自由以及善意第三人的法益。故，股东优先购买权和善意取得制度是存在利益冲突的。那股权转让协议是因为股东优先购买权的影响导致无效还是根据契约自由而有效呢？

众所周知，股东优先购买权是对股权转让自由的限制，但其限制的是什么？如上文所述，股权转让合同与股权变动是两个具有不同内涵的法律概念。笔者认为股东优先购买权限制的并不是股权转让协议，而是股权的变动。转让股东和善意第三人之间订立的合同虽因为侵犯股东优先购买权不能达到股权变动的法律后果，但因双方之间的协议是双方当事人真实的意思表示，也没有违反相关法律法规的禁止性规定，应当认定股权转让协议有效。故，股东优先购买权不影响股权转让协议的效力，既保障了股东优先购买权，又最大限度的保护了善意第三人的利益。

### 3. 善意第三人在股权转让中善意取得股权问题解决路径之构想。

如上文所述，股东优先购买权不影响股权转让协议的效力。转让股东与善意第三人签订的股权转让协议是有效的，第三人符合善意取得的构成要件并在取得全部

股权后投入大量资金进行建设，最终却不能获得公司股权。这明显是不合理的，但并没有明确的法律规定进行保护。

公司法解释（三）对于设定股权善意取得立法目的是为了在维护公司利益的前提下，注重保护第三人的利益。但最高院对这个问题比较审慎，因此只列举了两种股权善意取得的适用情形。法律的滞后性决定了需要法院、律师、学者的共同努力，在维护立法目的的前提下推动法律的前进。

因此，对于本案这种情形应类推适用股权的善意取得制度，这是本案笔者一直坚持的观点，也最终获得法院的支持。

## 结 语

相信很多读者在阅读之后会有很多不同的意见，这是笔者所喜闻乐见的，也是在意料之中的。不管是法学研究还是法律实践都是对法律的探索，只是侧重点不同罢了，学者更注重学术研究、法理探索，律师更注重法律、法院的判例在实践中的运用研究、具体情况具体分析。这次案件也可以算是一次有借鉴价值的案件，名义股东、一股二卖情形外的善意第三人能否取得股权的司法实践中又多了一个有力武器。

# 天津港堆场垄断协议案件评述

■ 金毅，王玲凌 / 文

## 一、案件背景

2018年12月10日，国家市场监督管理总局公告发布了天津港口岸堆场垄断案（以下简称“本案”）的全部十七份行政处罚决定，包括一份《免除行政处罚决定书》和十六份《行政处罚决定书》<sup>1</sup>。该批决定是由天津市发展与改革委员会（以下简称“天津发改委”）于今年11月16日做出的，主要针对包括中外运（天津）储运有限公司、天津振华海晶物流有限公司等二十七家经营者达成并实施横向垄断协议的行为。根据《今晚报》报道<sup>2</sup>，本次天津港堆场垄断协议涉案经营者共有二十七家，由于其中十家经营者于本案之前已经发生股权变更、不再存续或不再营业，最终天津发改委针对现存的十七家经营者作出了行政决定。

本案中天津发改委经调查认定，自2010年以来天津港口岸共二十七家堆场公司通过签署倡议书、聚会聚餐、邮件沟通、电话联络等形式对综合附加费和卸车费价格进行固定。涉案各堆场公司形成了相对稳定的价格同盟，并持续共同对上述费用的具体价格进行调整。天津发改委认为，涉案堆场公司通过协议的方式对依法实行市场调节的综合附加费和卸车费进行固定或变更，排除、限制了天津港口岸堆场服务

## 金毅律师简介

京都律师事务所合伙人。自2007年开始从事反垄断业务，代理的案件涉及反垄断诉讼、调查、经营者集中申报审查以及企业合规等多个方面。曾代理多起反垄断诉讼，其中包括由最高人民法院审理的北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位案，该案2017年入选最高人民法院指导案例。



市场的竞争，违反《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）第十三条第一款第（一）项的规定，属于具有竞争关系的经营者达成并实施“固定或者变更商品价格垄断协议”的违法行为。

1 国家市场监督管理总局发布天津港口岸堆场垄断案行政处罚决定书，公告链接：[http://samr.saic.gov.cn/gg/201812/t20181211\\_277378.html](http://samr.saic.gov.cn/gg/201812/t20181211_277378.html)

2 《今晚报》相关报道链接地址：[http://epaper.jwb.com.cn/jwb/html/2018-11/29/content\\_2\\_3.htm](http://epaper.jwb.com.cn/jwb/html/2018-11/29/content_2_3.htm)



## 二、处罚情况

表一：本案涉案经营者处罚情况列表

	经营者	宽大制度适用的理由	罚款确定的理由	处罚比例
01	天津振华海晶物流	-----	在垄断协议达成和实施过程中起到了重要作用；积极配合，主动停止违法行为	5%
02	中外运（天津）储运	-----	在垄断协议达成和实施过程中起到了重要作用；积极配合，主动停止违法行为	5%
03	胜狮物流（天津）	提供执法机关尚未掌握的其他证据，有立功表现	在垄断协议达成和实施过程中起到了重要作用；积极配合，主动停止违法行为	3%
04	天津振华国际物流运输	提供执法机关尚未掌握的其他证据，有立功表现	在垄断协议达成和实施过程中起到了重要作用；积极配合，主动停止违法行为	3%
05	天津金狮五矿国际物流	-----	积极配合，主动停止违法行为	3%
06	天津博达集团	-----	积极配合，主动停止违法行为	3%
07	天津玛伦达物流	-----	积极配合，主动停止违法行为	3%
08	长华国际物流（天津）	-----	积极配合，主动停止违法行为	3%
09	天津中外运集装箱发展	-----	积极配合，主动停止违法行为	3%
10	津克运国际物流集团	第二个主动报告达成价格垄断协议的有关情况，并提供重要证据	在垄断协议达成和实施过程中起到了重要作用；积极配合，主动停止违法行为	2.5%
11	天津胜狮货柜	有立功表现	积极配合，主动停止违法行为	2%
12	天津中创海通物流	-----	涉案业务基本处于停滞状态，涉案程度较轻	2%
13	天津朝华中电物流	-----	积极配合，主动停止违法行为，涉案程度较轻	2%
14	天津地海集装箱堆场	-----	积极配合，主动停止违法行为，涉案程度较轻	2%
15	中储发展天津分公司	-----	积极配合，主动停止违法行为，涉案程度较轻	2%
16	天津滨海中远集装箱物流	-----	积极配合，主动停止违法行为，涉案程度较轻	2%
17	天津外代物流	第一个主动报告达成价格垄断协议的有关情况，并提供重要证据	积极配合，主动停止违法行为	免于处罚

在当前的贸易形势下，针对进出口物流相关领域可能会有进一步执法行动，例如货代、仓储等领域，以及在港口、拖轮、理货等领域尚未被调查的企业。除海运以外，对其他涉及物流的行业，如航空、铁路、公路等领域也可能成为执法机关重点关注的对象。

## 三、执法机关的分析

### （一）天津港区各堆场公司具有竞争关系

1. 在经营范围方面，涉案堆场公司的营业执照中均载明经营范围包括“集装箱堆存、搬倒、装卸”等服务内容；
2. 在商品功能方面，涉案堆场公司向相对人提供的服务均包括集装箱堆存、搬倒、吊装等相关服务；
3. 在行业性质方面，涉案堆场公司均为集装箱堆场经营企业，相关经营项目须经行业主管部门批准后方可开展经营；
4. 在地域市场方面，涉案堆场公司的经营场所均分布于天津港港区内，空间距离较近，竞争相对激烈。

### （二）涉案堆场参与达成并实施了固定或变更服务价格的垄断协议

1. 自2010年以来，涉案堆场公司通过签署倡议书、聚会聚餐、邮件沟通、电话联络等形式对综合附加费和卸车费价格进行固定。部分当事人分别于2010、2011、2012、2014年多次提出对综合附加费和卸车费价格进行固定价格的倡议书，并与其他涉案经营者形成较为稳定的价格联盟，共同维持议定的价格水平；
2. 根据协议约定，天津港区各涉案堆场于2011年1月1日开始共同收取综合附加费，此后曾于2013、2014、2017年间先后四次上调费率标准，并维持至今；

3. 根据协议约定，天津港各涉案堆场还于2011年5月1日起开始共同调整卸车费，此后的2012、2013年先后两次上调该费率标准，并维持至今；
4. 根据证据显示，涉案堆场在协议达成后随即执行了协议内容，基本按约定时点、幅度对综合附加费和卸车费价格进行调整，价格变动与垄断协议约定的内容基本一致。

### （三）处罚幅度及宽大制度适用

根据本次公布的行政决定，涉案经营者接受处罚的幅度分为五档，即上一年度销售额的5%、3%、2.5%、2%和免于处罚（参见上述表一）。具体而言：

1. 本次处罚幅度的第一档为上一年度销售额的5%，处于该档的两家涉案经营者均对垄断协议的达成和实施起了重要的作用，违法程度较为严重；在确定罚款比例时，天津发改委考虑了其积极配合及主动停止违法行为的情节，并考虑到其行为持续的时间等因素，综合确定了5%的处罚比例；
2. 本次处罚幅度的第二档为上一年度销售额的3%，处于该档的有七家涉案经营者，其中两家由于对垄断协议的达成和实施起了重要作用，违法情节较为严重；但在确定罚款比例时，天津发改委考虑到其在配合调查时主动提供执法机关尚未掌握的其他证据，具有立功表现，因此在第一档5%处罚比例基础上降低了处罚幅度至3%。第二档的七家经营者中剩下的五家，由于并未对垄断协议的达成及实施起重要作用，其违法程度相对较低；在考虑是否适用宽大制度时，没有明显立功表现，因此处罚幅度也为上一年度销售额的3%；

3. 本次处罚幅度的第三档为上一年度销售金额的2.5%，处于该档的有一家涉案经营者。该经营者虽与第一档经营者一样，对垄断协议的达成和实施起了重要的作用，违法程度较为严重；但是其作为第二个主动报告达成垄断协议的经营者，并且提供了重要证据，在适用宽大制度时，天津发改委考虑了以上因素，在第一档5%处罚比例的基础上直接减为2.5%；

4. 本次处罚幅度的第四档为上一年度销售金额的2%，处于该档的涉案经营者共有六家。其中一家就违法程度而言为一般违法，但由于有立功表现，因此处罚幅度较低；另外五家则由于涉案程度较轻，处罚幅度也是上一年度销售额的2%；

5. 本次处罚幅度的第五档免于处罚，本案中天津发改委对天津外代物流免于处罚，因为其第一个主动报告达成价格垄断协议的有关情况，并提供重要证据，同时积极配合调查、主动停止违法行为。

## 四、本案的启示

### （一）鼓励被调查的经营者与执法机构积极配合，申请宽大

关于适用宽大制度，反垄断执法机构合并之前国家发改委和国家工商总局均有现行有效的部门规定<sup>3</sup>，但二者的规定并不完全一致。正在起草中的《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》（征求意见稿）（以下简称《宽大制度指南》）对适用宽大制度对罚款比例予以减免进行了进一步的规定

<sup>3</sup> 2010年国家发展和改革委员会颁布的《反价格垄断行政执法程序规定》和2010年国家工商总局《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》以及配套的程序规定（合称“两规定”）



(参见表二)。

表二：《宽大制度指南》中罚款金额的减免幅度

	第一顺位	第二顺位	第三顺位	其他
立案前/立案后	100%/≤80%	30-50%	≤30%	≤30%

根据《天津日报》对本案的报道，本案中顺序处于第一位和第二位主动报告违法行为的经营者属于在反垄断案件正式启动前主动向执法机关进行报告的情形。本案中在适用宽大制度对罚款比例予以减免时主要考虑了以下因素：

首先，本案中天津外代物流由于具有“第一个报告违法行为”并“提供重要证据”的情节，而被100%免除处罚。

其次，若经营者对垄断协议的达成和实施起到重大作用，则认定为“严重违法”；而对其他一般的参与者，则认定为“一般违法”。本案中，执法机关对构成严重违法，但具有积极配合调查、主动停止违法行为等情节的天津振华海晶物流、中外运（天津）储运均处以上一年度销售额5%的处罚；对同样构成严重违法，但作为本案第二个主动报告达成垄断协议有关情况且提供重要证据的津克运国际物流集团，对其罚款比例给予50%的减轻，即减至上一年度销售额的2.5%。

第三，除天津外代物流、津克运国际物流集团以外，天津发改委还对胜狮物流（天津）、天津振华国际物流运输、天津胜狮货柜三家经营者给予了一定程度的处罚减免，因为其具有“提供执法机关尚未掌握的其他证据”以及其他立功情节。《宽大制度指南》第十二条规定，一般情况下在同一案件中最多给予三个经营者宽大，但如果案件重大复杂，涉及经营者众多，且申请宽大的经营者确实提供了不同的重要证据材料，执法机关可以考虑给予更多的经营者宽大。

综上所述，本案中执法机关对宽大制度的适用思路与《宽大制度指南》基本吻合。除此以外，根据《天津日报》披露的案件细节<sup>4</sup>，涉案经营者的下列行为也有助于获得处罚减免：（1）主动与执法机关进行沟通；（2）同时采取多种有效措施提高效率及质量；（3）主动发布公告取消不合理

费用，实行“阳光价格”举措；（4）主动提高服务，改善服务环境等有助于尽快恢复被垄断行为破坏的市场竞争秩序的做法。因此，本案显示出反垄断执法机构在执法过程中适用宽大及处罚减免具有一定的空间，且总体上对经营者申请宽大持鼓励的态度。

## （二）进一步完善配套法规和指南，明确罚款确定依据

对于垄断违法行为的罚款确定依据，前反垄断执法机关的两项规定中没有具体明确。目前尚在起草中的《国务院反垄断委员会关于认定经营者垄断行为违法所得和确定罚款的指南》（征求意见稿）（以下简称《罚款指南》）也许可以作为一个参考，该《罚款指南》第十六条明确了作出罚款决定时候的一些步骤。具体就横向垄断协议而言，该《罚款指南》第二十一条明确对于达成固定价格的横向垄断协议的处罚初始比例为上一年度营业额的3%。在该《罚款指南》第十六条和第二十三条分别规定了违法行为持续时间作为上调处罚幅度依据。对于宽大制度的适用，该《罚款指南》第二十九条规定，执法机关应综合运用该指南及《宽大制度指南》认定违法所得和确定罚款。

本案查处过程中，《罚款指南》尚未生效。但从具体处罚结果看，罚款幅度的确定与该指南思路大致接近。近期国家市场监督管理总局在各种公开场合对工作进展的通报均表示，各项指南的起草工作正在积极推进。我们希望上述有关罚款确定及宽大制度适用的指南也能尽快出台。

## （三）与贸易相关的物流环节仍然是重点关注对象

近年来，我国反垄断执法机构已针对滚装海运、集装箱海运、港口等多个涉及航运的领域展开反垄断执法行动。2017年起，国家发改委专门开展港口反垄断调查，着力降低企业进出口物流成本<sup>5</sup>。2017年4月25日，国家发改委、财政部、工业和信息化部、民政部联合下发《关于清理规范涉企业经营服务性收费的通知》（发改价格[2017] 790号）<sup>6</sup>，在该



通知的第三项“清理规范的措施”中，明确列举了对进出口环节收费进行清理规范，要求“对进出口环节涉嫌滥用市场支配地位行为开展反垄断执法调查，规范收费行为”。2018年5月23日，国家市场监督管理总局下发《关于开展全国涉企收费专项检查的通知》（国市监价监[2018] 56号）<sup>7</sup>，在“检查重点内容”中列举了“物流领域相关收费”，具体包括铁路、港口、公路三项。2018年6月，国家市场监督管理总局成立后第一起公开处罚的横向垄断协议案件<sup>8</sup>调查对象为港口拖轮企业。7月，国家市场监督管理总局又对深圳两家理货公司进行了反垄断行政处罚<sup>9</sup>。与此同时，笔者还观察到天津发改委在其网站上，除公布了本案的行政处罚决定之外，最近公布的包括针对价格违法行为作出的处罚决定也涉及港口相关的港口作业费<sup>10</sup>。

因此，我们认为：在当前的贸易形势下，针对进出口物流相关领域可能会有进一步执法行动，例如货代、仓储等领域，以及在港口、拖轮、理货等领域尚未被调查的企业。除海运以外，对其他涉及物流的行业，如航空、铁路、公路<sup>11</sup>等领域也可能成为执法机关重点关注的对象。我们建议相关领域的经营者在熟悉《反垄断法》的律师帮助下展开自查，及时纠正违法行为并积极整改。

## （四）为应对跨部门综合执法做好准备

首先，根据《天津日报》对本案的报道<sup>12</sup>，本案案件来源是地方执法人员在例行的价格违法行为专项调查中自行主动发现相关违法行为，并进一步主动搜集证据而正式开始对涉嫌横向垄断协议的案件展开立案调查的；而在我国较早的反垄断行政执法中，主要的案件来源是通过竞争者或第三方举报获得的。其次，今年年初国家市场监督管理总局成立，反垄断执法机构由原来的三家合并为统一的执法机构，更能协同各部门优势经验、统一执法基准、提高执法效率。再次，机构改革要求执法机构跨部门综合执法。我们相信在可以预见的未来，更多反垄断案件将会在价格执法、广告执法或不正当竞争执法中浮出水面。

十年磨一剑，随着我国《反垄断法》实施进入第十个年头，反垄断执法机构的执法经验和专业水平也有显著的提升，今年又正逢国务院开始实行机构改革，国际贸易形势正处于敏感时期，因此，我们建议与贸易、物流相关行业的经营者提前在企业内部做好合规工作以及内部风险审计，降低企业反垄断合规风险，为跨部门行政综合执法做好充分的准备。☞

4 天津日报新闻《天津港堆场垄断案调查：五间港口堆场“潜规则”》，新闻链接：<http://news.eastday.com/eastday/13news/auto/news/china/20180905/u7ai8037127.html>

5 国家发改委公告《国家发展改革委开展港口反垄断调查着力降低企业进出口物流成本》，公告链接：[http://jjs.ndrc.gov.cn/fjgld/201711/t20171115\\_867112.html](http://jjs.ndrc.gov.cn/fjgld/201711/t20171115_867112.html)

6 四部委《关于清理规范涉企业经营服务性收费的通知》，链接：[http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/201705/t20170509\\_2596201.htm](http://www.mof.gov.cn/zhengwuxinxi/caizhengxinwen/201705/t20170509_2596201.htm)

7 国家市场监督管理总局公告《市场监管总局关于开展全国涉企收费专项检查的通知》，链接：[http://samr.saic.gov.cn/xw/yw/wjfb/201805/t20180528\\_274356.html](http://samr.saic.gov.cn/xw/yw/wjfb/201805/t20180528_274356.html)

8 国家市场监督管理总局发布对深圳4家拖轮公司的行政处罚决定，公告链接：[http://samr.saic.gov.cn/gg/201806/t20180625\\_274741.html](http://samr.saic.gov.cn/gg/201806/t20180625_274741.html)

9 国家市场监督管理总局发布对深圳2家理货公司的行政处罚决定，公告链接：[http://samr.saic.gov.cn/gg/201807/t20180720\\_275163.html](http://samr.saic.gov.cn/gg/201807/t20180720_275163.html)

10 天津发改委行政处罚决定公示链接：<http://fzgg.tj.gov.cn/zwgk/wjgl/jgxzcfjd/>

11 公告链接：[http://samr.saic.gov.cn/xw/yw/wjfb/201805/t20180528\\_274356.html](http://samr.saic.gov.cn/xw/yw/wjfb/201805/t20180528_274356.html)

12 同注4。



# “舆论火疗”下的权健， 需要拷问的五大法律问题

■ 张启明 / 文

一直以为“权健”是天津的一名足球运动员，直到丁香医生发布《百亿保健帝国权健，和它阴影下的中国家庭》的报道，作为一名律师，我才发现自己对保健品行业与足球的孤陋寡闻。下面我根据报道所反映出的蛛丝马迹，以片言折狱，尝试分析权健事件所涉及的五个法律问题。

## 第一，周洋的去世，权健是否应当承担法律责任？

按照丁香一文的报道，癌症患者小周洋在儿童医院做了23次化疗后，服用两个月权健的抗癌产品后凄然离世。

问题是：周洋的去世，权健是否应承担法律责任？

法律上的因果关系远不如“因果报应”爽快，它有着特定的含义，是指行为与结果之间引起与被引起的关系，法律会根据行为对结果的原因力来判断是否应当由行为人承担责任。

小周洋的死亡结果历历在目，但是在患癌化疗23次这一前提之下，加之服用权健两个月的抗癌产品，使得因果关系认定异常复杂。如果要讨论权健一方是否涉嫌非法行医犯罪，暂且抛开是否存在擅自从事医疗活动这一行为不讨论，确定因果关系的尸体检验报告便无法做出。如果要讨论权健一方是否承担民事责任，暂且抛开是否存在“劝阻治疗”的言语不讨论，确定死因同样是不可逾越的障碍。

对于小周洋死于癌症的这一事实，大家不难得出结论，而服用权健产品是否加速这一死亡的过程，法律的判断更多是依托于医学上的判断，法律对于此类事件，如同医学面对癌症一般力不从心。

## 第二，对于有关治愈周洋的虚假宣传，能否追究权健的虚假广告责任？

网络上流传的一张带有“权健”字样的颠倒黑白的报道，“服用束总开的中药一个半月后，小周洋在医院检查的所有指标

### 张启明律师简介

京都律师事务所合伙人。毕业于中国人民大学法学院，刑法学硕士，主要执业领域为涉黑案件、金融犯罪、职务犯罪刑事辩护，曾获得省级“十佳公诉人”、“优秀公诉人”等称号，曾办理过“巨鑫联盈”非法吸收公众存款案和北京市首例老鼠仓犯罪案件等一系列重特大刑事案件。



均显示：正常”。权健一方称“死马当活马医”也就罢了，竟然网上有宣传图片称把将死的人医活，这难道不是虚假广告吗？

民事法律确定利用网络广告侵权的民事责任，广告法确定了虚假广告的行政责任，刑法第二百二十二条规定虚假广告罪，法网对于虚假广告的编织不可谓不严密。而能否引发法律责任的条件，是行为人是否实施一定的行为。不可否认，权健字样的图片宣传广告的受益者是权健一方，权健一方比谁都具有发布这一图片的动机，从动机到行为虽然只有一步之遥但仍需有证据证明已迈出这一步。如果能够通过调查证明有关小周洋的这张图片权健公司发布过，可以追究权健一方的法律责任。但是证明几年前的一张网络图片是何人制作、何人发布、何人传播，如同证明一颗松果被哪个松鼠储藏起来一样，其难度可想而知。

当然，通过审查权健对外的广告发售渠道，包括官网、展板、产品说明等，如果宣传对保健品有治病效果，夸大产品功效等，可以按照虚假广告追究法律责任，具体追究何种

责任，视情节而定。

## 第三，权健的销售模式，是直销还是传销？

直销和传销，绝不像公马和母马的区别那样明确，而是像马和白马之间的关系那样纠缠不清。

对于直销，按照国务院颁布的《直销管理条例》第三条的规定，“是指直销企业招募直销员，由直销员在固定营业场所之外直接向最终消费者推销产品的经销方式”。直销与传统经销的区别在于绕过传统批发商和零售渠道，不依托于固定的场所，依赖于直销员口口相传的地推模式。只有直销企业及其分支机构可以招募直销员，直销企业及其分支机构以外的任何单位和个人不得招募直销员。在中国合法的直销模式是指经审批通过的单层直销模式。

对于传销，又叫“老鼠会”，按照《禁止传销条例》，是指组织者或者经营者发展人员，通过对被发展人员以其直接或者间接发展的人员数量或者销售业绩为依据计算和给付报酬，或者要求被发展人员以交纳一定费用为条件取得加入资格等方式牟取非法利益，扰乱经济秩序，影响社会稳定的行为。《禁止传销条例》的传销行为包括拉人头、收取入门费和团队计酬型三种模式。刑法第二百四十一条还规定了组织、领导传销活动罪，俗称为“层级诈骗”或“金字塔诈骗”，而且与非法集资犯罪是近亲属关系，是对于拉人头和收取入门费型的传销活动，参与人数在30人以上且层级在三级以上的，对于组织者和领导者予以追究刑事责任。

传销，是由多层直销变异而来的，二者之间存在复杂的血缘关系。所以实践中会存在这样的分歧：经营者拿着直销牌照告诉消费者，我是直销而不是传销；消费者根据经营模式判断，他是传销而不是直销。那么，对于权健这样的模式，直销中是否存在传销行为呢，能否据此对其进行刑事处罚或者追究刑事责任呢？如果能够认定权健直接或者间接，明示或者暗示，由直销员发展直销员，按照先后顺序或者业绩组成一定层级作为计酬和返利的依据，可以认定其存在传销行为。但是，对于直销企业的营业守则、合同中，都会严格禁止直销员发展直销员，这就在直销企业与直销员之间形成一道防火墙，也就是说直销员如果违反守则或者合同的约定擅自发展直销员甚至组成一定的层级而形成传销，应由直销员承担责任；只有证明这来源于企业的授意，企业才承担法律责任。

当然，直销牌照并非是一切销售行为的“保护罩”，如

果查明存在直销过程中虚假宣传、直销员管理不规范、直销员无证直销等违法违规行为，可以对其进行调查和处罚。

## 第四，对于火疗，是不是非法行医？

据报道，权健的火疗加盟店有7000多家，根据对生效裁判文书的查询，不乏存在“烤糊”、“烤焦”的个案。

火疗的“疗”字本身，虽然是吃了正规医疗的豆腐，但不能据此认定为法律上的医疗行为。如果突破保健的范畴，不具备行医资格的情况下，以火疗治病的，属于非法行医行为。如果导致被治疗人轻度残疾等或死亡的，可以按照非法行医罪追究刑事责任；对于不存在医疗行为的，可以按照过失致人死亡罪或者过失致人重伤罪追究刑事责任。对于其中“火候”掌握比较好，但宣称以治病为名从事医疗活动的，可以按照非法行医行为予以行政处罚或者取缔。

## 第五，对于权健的产品，能否追究有关产品质量责任？

对于在销售保健品的过程中，推销人员如果谎称保健品含有医药的成分和功效，夸大保健品的治病功效，利用封建迷信宣传保健食品，消费者可以根据《保健食品管理办法》的规定进行控告以追究其行政责任，同时可以提起民事诉讼；如果以保健品冒充药品来销售的，还可能构成销售假药罪、销售劣药罪。如果能够证明保健食品不符合卫生标准，足以造成食物中毒或者其他食源性疾病的，可以按照刑法第一百四十三条的规定，可以按照生产销售不符合卫生标准食品罪追究刑事责任；如果证明保健品中掺入有毒、有害的非食品原料的或者销售明知掺入有毒、有害的非食品原料的食品的行为，可以按照生产销售有毒有害食品罪追究刑事责任，造成消费者损失的，同样可以根据消费者权益保护法可以提出民事诉讼。

通过权健事件可以看出，真刀真枪打一场法律官司，与口诛笔伐打一场口水官司相比，难度不可同日而语。对于消费者而言，不要盲目相信包治百病的口头虚假宣传，注意固定和留存证据，这将决定在法律纠纷中双方的地位；对于监管机关而言，企业的对外合规宣传，与实际调查而得出实际运行模式，决定在行政监管中能否拿到实锤。

所谓：“众恶之，必察焉；众好之，必察焉。”权健事件，公司能否全身而退，消费者能否健康依旧，我们且待更多的事实浮出水面。☞



# 基因编辑婴儿的“罪”与“罚”

■ 孙广智 / 文

或许我们不得不承认，在大自然面前，人类永远是愚蠢和无知的。这也意味着，对大自然馈赠的探索之路势必遍布荆棘，每一次鲁莽的试探都有可能将人类的命运带入万劫不复的深渊，也正因如此，才需要以伦理和规则加以约束。然而尽管如此，却还是阻挡不了有些人为了己私利而冒天下之大不韪。

根据公开媒体报道，2018年11月28日12时50分左右，香港大学李兆基演讲厅内，南方科技大学副教授贺建奎发表主题演讲时称，人类历史上第一对基因编辑婴儿已于2018年11月份在中国诞生。这两个名为露露和娜娜的婴儿基因经过修改编辑后，生下来就具有抵抗艾滋病的免疫力。贺建奎还表示，他们检测之后发现结果符合预期，两个基因序列得到预期效果的改善。虽然基因测序发现了一个潜在的脱靶风险，但是距离其他的基因都很远。

2018年11月29日，国家卫生健康委员会、科学技术部、中国科学技术协会等三部门负责人就此事接受新华社记者采访表示：此次事件性质极其恶劣，已要求有关单位暂停相关人员的科研活动，对违法违规行为坚决予以查处。

那么，基因编辑婴儿为何会招致如此之大的非议？贺建奎等人所实施的这一实验究竟存在哪些问题抑或风险？对于本次事件中的相关人员，除去伦理层面的谴责之外，刑法这柄达摩克里斯之剑是否已经悄然悬起？又当如何落下？

对此，笔者拟在整合迄今为止有关“基因编辑婴儿”相关媒体报道的基础上，结合我国刑法的相关规定进行相应的探讨和分析。

## 一、关于“基因编辑婴儿”事件的风险介绍<sup>1</sup>

根据公开媒体报道，本次事件中的“基因编辑”，是指

### 孙广智律师简介

京都律师事务所合伙人。2007年开始从事律师工作，先后在京都律师事务所、金杜律师事务所工作。孙广智律师的工作方向主要为针对经济犯罪案件、有组织犯罪及商业贿赂犯罪案件的刑事法律服务，曾为众多的企业和企业家提供有关刑事法律方面的合规咨询、诉讼代理及刑事辩护服务，在执业过程中积累了丰富的刑事法律服务工作经验。



利用CRISPR基因编辑技术修改受精卵或早期胚胎的基因，改变艾滋病毒进攻的入口，使得艾滋病毒无法对人体进行攻击。

但实际上，CRISPR基因编辑术并不是一项新技术。早在多年前就有很多研究者研究过，目前这项技术仍然有极大的、不可控的风险。

首先就是“脱靶”效应，即经过基因编辑技术后的基因很容易破坏人体当中原本正常的无关基因，从而导致非常严重的后果。

而在“基因编辑婴儿”事件中，被编辑掉的CCR5基因虽然与艾滋病毒感染有关，但同时也是具有多种生理作用的功能基因。如果将其失活甚至切除，就像这次婴儿在受精卵期间就将其敲除，未来可能产生免疫系统、神经系统、造血系统、内分泌系统及心血管系统功能紊乱的潜在风险。

而从人类生命的角度来看，在贺建奎的试验中，其在受精卵当中进行修改基因之后，这些修改是有可能进入婴儿生殖细胞。也就是说，基因修改不仅仅会影响单个实验体，还会一代代传递至其子孙后代。

未来，如果两名基因编辑婴儿长大成人，再与他人生育女，则对她们基因修改无疑会传递至其子孙后代，假如上述分析中所提及的潜在风险客观存在，则意味着这种风险将会世代遗传并在人类群体中不断扩散……

据此，“基因编辑婴儿”事件所引发的风险主要集中在两个方面：

1. 对于已出生的“基因编辑婴儿”个体而言，潜在的“脱靶”效应，以及因被编辑掉CCR5基因所可能产生免疫系统、神经系统、造血系统、内分泌系统、心血管系统功能紊乱的潜在风险势必会威胁，甚至危及到“基因编辑婴儿”个体的生命健康安全。

2. 对于人类群体而言，“基因编辑婴儿”被编辑后的基因将随着她们与他人生育女而在子孙后代中繁衍，从而在人类群体中不断扩散，从而导致“基因编辑婴儿”个体面临的生命健康威胁被扩散到不特定多数人的群体之中。

## 二、关于“基因编辑婴儿”事件的刑法分析

刑法的立法目的在于通过惩罚犯罪来保护人民，对某一行为适用刑法的前提是该行为构成犯罪。本次“基因编辑婴儿”事件是否涉及刑事犯罪，需要对相关主体的主观方面是否具有“罪过”，客观方面是否具有“社会危害性”进行综合考量，并在坚持罪刑法定原则的基础上作出相应的分析和判断。

### 1. 关于“基因编辑婴儿”项目组成员主观方面的分析

从目前公开媒体报道所披露的信息来看，“基因编辑婴儿”的项目组成员在本次事件中具有比较明显的主观罪过，即明知自己所实施的行为会发生危害社会的后果，并且希望或者放任这种结果发生。主要体现在两个方面：

第一，对伦理审查违规立项的明知、应知。根据本次事件中《深圳和美妇儿专科医院医学伦理委员会审查申请书》的内容，该项目正式命名为“CCR5基因编辑”立项时间为2017年3月，其中该院医学伦理委员会的审批意见为符合伦

理规范，并同意开展。据报道，有媒体采访到该报告签字七人中一人，他对记者表示，对此并不知情。该委员称：“我们医院的伦理委员会是2017年5月8日成立，我是其中的一名委员，但是这个《申请书》涉及的会议我没参加，也没有签字，更不知道试管婴儿跟我们这个科室有什么关系。”<sup>2</sup>

据此，成立于2017年5月的伦理委员会居然能在2017年3月对本次事件中的“CCR5基因编辑”项目审查立项。该伦理审查存在违规、造假的嫌疑不言而喻。

如果上述媒体报道内容属实，则“基因编辑婴儿”的项目组成员对该伦理审查违规显然是明知、应知的，在这种情况下，仍然违规开展项目研究活动，相关主体恶意违规的主观恶性显而易见。

第二，对项目研究可能引发危害后果的明知和放任。根据媒体披露的《基因编辑婴儿知情同意书》（以下简称《知情同意书》）的相关内容来看，“基因编辑婴儿”项目组对于该项目研究可能引发的危害后果不仅明知，而且放任其发生，甚至妄图通过诸多“霸王条款”来为自己免责。

例如：在这份《知情同意书》中，项目组提到项目试验会有脱靶的风险，但却以这“超出了现有医学科学和技术的风险后果”<sup>3</sup>作为免责理由。

由此可见，项目组成员在明知该项目试验所涉及的技术存在重大风险隐患且现有医学科学和技术无法把控的情况下，仍然开展该项目研究，放任该风险后果的发生。这份《知情同意书》赤裸裸的呈现了项目组成员极其不负责任又想逃避责任的主观心态。在刑法适用上，这种不负责任的免责声明从来就不是而且根本也不可能成为阻却违法的事由，这样的免责声明不会影响对相关主体的刑事责任的追究。

综上，“基因编辑婴儿”项目组成员主观上明知、应知该项目违规立项，并在违规立项的情况下，在知晓该项目研究存在重大风险，可能会发生危害社会的风险后果的情况下，仍然违规开展项目研究活动，放任相关危害后果的发生。因此，该项目组成员开展项目活动的主观恶性及主观罪过显而易见。

### 2. 关于“基因编辑婴儿”项目组成员客观方面的分析

如前所述，“基因编辑婴儿”的项目研究活动给新出生的两名基因编辑婴儿个体及人类群体的生命健康安全带来了巨大的风险隐患。如果该风险隐患最终被证实客观存在，甚至在一定程度上已经转化为实际的危害后果，则项目组成员





的项目研究行为至少侵犯了两类刑法所保护的客体，即刑法分则第二章所保护的“公共安全”和刑法分则第四章所保护的“公民人身权利”。

具体来讲，“基因编辑婴儿”项目组成员可能涉嫌犯刑法第一百一十四条、一百一十五条第一款规定的“以危险方法危害公共安全罪”和刑法第二百三十四条规定的“故意伤害罪”。

### 3. 关于“以危险方法危害公共安全罪”的相关分析

根据刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款关于“以危险方法危害公共安全罪”的规定，放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

据此，“以危险方法危害公共安全罪”既可以是“危险犯”，也可以是“结果犯”。即便没有实际的损害结果发生，但该危险方法已经对公共安全造成了现实危险，也应当以“以危险方法危害公共安全罪”追究相关主体的刑事责任。

(1) “基因编辑婴儿”的研究活动是否属于“危险方法”：毋庸置疑，任何的科研活动都存在风险，但是这种风险是在相关科研活动因依法依规开展而被纳入到规则框架内的，可预见、可控制的合理风险，是被法律和规则所允许的风险；而“基因编辑婴儿”的研究活动则不同，该活动是在违规立项的情况下，在明知研究活动所存在的风险“超出了现有医学科学和技术的风险后果”的情况下所实施的非正当活动，该活动所面临的风险实际是不可预知且无法控制的“危险”。因此，该研究活动实际是以“科研”之名，行“危险活动”之实，应当将之认定为是“危险方法”。

(2) “基因编辑婴儿”的研究活动造成的社会危害后果：目前看来，“基因编辑婴儿”事件尚未造成“致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失”的危害后果，但是其所造成的巨大风险隐患不能忽视。在这种情况下，我们不妨“让子弹飞一会”，待相关部门的调查结论作出之后，再就本案的社会危害后果做进一步评判。需要指出的是，在司法实践中，对于危害公共安全犯罪，特别是在重大责任事故犯罪的审理上，事故调查组的调查结论中关于危害结果的认定、危害结果与危害行为间因果关系的论证往往是人民法院审理此类案件的重要参考和定案根据。

(3) 适时出台刑事司法解释，将科研活动管理秩序明

确纳入到公共安全的保护范围：我国刑法分则第二章已经围绕基础设施、交通运输、生产和作业安全，以及枪支、弹药、爆炸物、危险物质管理等诸多关乎公共安全的事项设置了具体的罪名。在此基础上，刑法第一百一十四条、第一百一十五条规定“以危险方法危害公共安全罪”的罪名设置就是为了避免“挂一漏万”，将分则第二章的具体罪名未能涵盖到的那些影响公共安全的领域和活动纳入刑法调整和保护视野。科研活动关乎人类的福祉，对公共安全有着重大的意义和影响，完全可以通过适时出台刑事司法解释的方式，将科研活动管理秩序明确纳入到公共安全的保护范围。

同时，由于刑事司法解释本身并不具有独立的时间效力，其时间效力往往溯及到解释对象的施行期间，但在此之前已有相关刑事司法解释的除外<sup>4</sup>。据此，通过适时出台刑事司法解释来对某些犯罪的定罪量刑作出进一步的解释，既有助于实现对犯罪活动的精准打击，也可以在一定程度上完善刑法条文的内涵和外延，从而避免不必要的法律修正，更不会使相关主体以“法不溯及既往”为由逃避法律制裁。

综上，在“基因编辑婴儿”项目组成员主客观方面进行考量的基础上，可以根据相关部门调查所掌握的事实及得出的结论，结合现有法律规定（及未来可能出台的相关刑事司法解释）对相关成员是否涉嫌犯“以危险方法危害公共安全罪”进行综合的评判。

### 4. 关于“故意伤害罪”的相关分析

首先不得不面对的是，我国现行法律并不承认胎儿的法律主体身份，胎儿乃至胚胎均很难被认定为法律意义上的“人”。在这种情况下，即使“基因编辑”行为确实对胎儿的基因造成了破坏，从而影响到胎儿成人后的生命健康安全，但在犯罪认定上，也可能面临危害行为实施当时，侵害对象（人）不存在或者不成立的困境。

笔者认为，对该问题还是应当回归到故意伤害罪的犯罪构成上进行思考：

第一，基因编辑婴儿已经出生，从其出生时起，其便是法律意义上的人，其生命健康权就是刑法第四章所保护的客体，其也能够成为故意伤害罪的犯罪对象。

第二，如果“基因编辑技术”的“脱靶”等风险客观存在并且转化为现实危害，则基因编辑婴儿的生命健康安全无疑受到了侵害，且该危害后果与“基因编辑行为”之间存在明显的引起与被引起的因果关系。

第三，在上述“第一”和“第二”成立的前提下，结合



前述对“基因编辑婴儿”项目组成员的主观方面的分析，相关主体对于上述危害后果存有明知且放任的主观心态，属于犯罪故意中的间接故意。

据此，如果“脱靶”等风险实际发生并转化为对“基因编辑婴儿”的现实的人身危害，则导致这种危害后果的“基因编辑”行为与其他故意伤害犯罪中的致害行为相比，实际仅仅是行为表现形式上的不同，而这种形式上的差异，不当成为影响犯罪认定的根据和理由。

因此，笔者认为，如果“基因编辑”行为所存在的“脱靶”等风险已经在出生的基因编辑婴儿的身上得以体现并造成实际的人身危害后果，那么该行为与基因编辑婴儿所蒙受的人身伤害之间的因果关系就不应当被切断，相关主体因其主观罪过实施了该“基因编辑”行为，无疑应当对此承担故意伤害罪的法律后果。

## 结 语

在“基因编辑婴儿”事件出现后，许多媒体给本次事件的主角贺建奎以“科学狂人”的称号。贺建奎究竟算不算

是“科学狂人”笔者不做判断，但是社会的发展和进步是否需要此类“狂人”？可能是我们需要进一步思考的问题。也许有人认为，社会的进步恰恰是依赖某些“狂人”不去循规蹈矩，但是笔者相信，在“狂人”改变世界还是“狂人”毁灭世界这道选择题前，后者永远是大概率事件。因此，为了让我们生活的这个世界更加美好，我由衷的希望类似贺建奎这样的“狂人”越少越好。

### 注释

1. 该部分内容主要参考并引用了（腾讯新闻）《基因编辑婴儿：是天使or恶魔？潘多拉墨盒被打开》和《基因编辑婴儿诞生为什么引发如此大的反对和质疑？》中的相关内容。

2. 内容引自（凤凰网资讯）《基因编辑婴儿伦理审查文件“签字”者：不知情 没签字》。

3. 内容引自（凤闻社区）《基因编辑婴儿知情同意书曝光：感染艾滋脱靶均不负责》。

4. 详见最高人民法院、最高人民检察院《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》。



# 50岁还是55岁退休， 女员工和企业谁有决定权？

■ 贾宝军 / 文

**摘要：**退休年龄是指劳动者达到法律规定的年龄后就能退休，享受法定的社会保障待遇。退休年龄一直都是人们所关注的热点，关于女员工的退休年龄产生的争议更是纠纷不断，那么女职工退休年龄到底应该是50岁还是55岁？在女职工的退休年龄认定上，用人单位还是员工自己更有决定权？

## 一、案例梗概

### 1. 当事双方：

员工：党某，女，1962年10月20日出生。  
用人单位：XX影业投资有限公司

### 2. 争议焦点：

在本案中，党某诉请继续履行劳动合同，XX影业公司答辩双方劳动合同已经因党某达到退休年龄而终止。因此，本案最核心的争议焦点是在党某50周岁时双方劳动合同是否终止，或者说，党某系干部还是工人身份该如何认定？

### 3. 基本案情：

党某自2002年10月起在XX影业公司工作，2002年-2008年任企业出纳，2008年10月调入办公室工作，担任办公室行政人员。2010年6月11日，党某与公司签订无固定期限劳动合同。2012年9月初，党某临近50周岁，公司认为党某达到退休年龄，遂与党某沟通退休事宜，并通知党某准备退休材料。2012年9月中旬，党某向公司提交本人手写退休申请书、身份证原件、户口本原件等资料，准备办理退休手续，后党某以55岁退休为由将上述资料取回，拒绝配合办理退休手续。

2012年10月18日，公司通过内部管理网络平台向党某发送《关于为您办理退休手续的紧急通知》，内容为：根

## 贾宝军律师简介

京都律师事务所合伙人。擅长劳动法律仲裁、诉讼及非诉讼业务，企业劳动法律风险防控业务。执业十余年来，累计为150余家企业实施了劳动法律风险防控服务，为客户培训近百余次，服务对象涉及各类型公司（企业）、事业单位、社会团体、非企业法人，亦曾代理数十起劳动者维权案件。在人力资源管理风险诊断和风险控制、出具劳动争议解决方案、代理劳动仲裁诉讼案件以及劳动法律和实务培训等方面具有丰富的经验。



据国家及北京市社保局相关规定，您将于2012年10月20日达到退休年龄，为保障您的合法权益，公司企划部从2012年9月初开始，与您就退休事宜沟通，并要求您准备相关退休材料。在此期间，您先提出“您本人社保账户中的身份已由前一家公司改为干部身份”，并以此为理由要求55岁退休。就此问题，公司企划部咨询相关管理部门，按照相关规定，您应于今年10月20日退休。公司多位领导给您解释了相关政策法规、公司制度，您仍表示可以配合公司办理退休手续，但拒绝手写退休申请书。现人社局要求必须提供退休员工本人手写退休申请书，请您务必于2012年10月19日前提供资料，以免影响您享受国家养老保险待遇。

2012年10月26日，党某通过公司内部邮件向规划部回函，

内容为：当时由于我不了解国家有关退休政策，开始也认为自己到了退休年龄，按照企划部要求写了退休申请，提交了资料。之后我了解到我社保缴费和档案存档等问题出现无法直接办理退休手续的情况，这时社保局同志也给了我一份文件，按照该文件，从事管理岗的女员工应该工作至55岁再办理退休手续。由于我目前从事的岗位为管理岗位，因此才要我提交个人退休申请才能在50岁办理退休手续。我个人认为既然国家政策规定我可以工作到55岁，那我坚持按规定处理。

双方由此就党某是否达到法定退休年龄一事产生纠纷。

2013年7月，党某向北京市丰台区劳动争议仲裁委员会（以下简称丰台仲裁委）申请仲裁，请求裁决XX影业公司继续履行劳动合同以及给付劳动合同履行期间的报酬及保险。2014年5月4日，丰台仲裁委作出京丰劳仲字[2013]第2178号裁决书，认定党某是工人身份，2012年10月其已年满50周岁，达到法定退休年龄，劳动关系终止。其要求继续履行劳动合同以及给付劳动合同履行期间的报酬及保险，没有法律依据，故裁决驳回党某的各项仲裁请求。

裁决后，党某不服，于2014年5月起诉至北京市丰台区人民法院。法院经审理认为：党某的档案材料中未体现其干部身份，《劳动合同管理规定》中明确约定党某的岗位性质为非管理岗位，且党某与XX影业公司均认可其工人身份。根据《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》第一条之规定，2012年10月20日，党某满50周岁，达到法定退休年龄，故其要求XX影业公司继续履行劳动合同、补发工资差额、岗位津贴、福利待遇等诉讼请求，没有法律依据，法院不予支持。故于2015年10月判决驳回党某的诉讼请求。

判决后，党某不服上诉至北京市第二中级人民法院，请求撤销原审判决，依法改判支持其全部诉讼请求。法院通过核查劳动合同签订情况及与争点有关的合同约定、关于党某的身份、岗位及其履职情况、党某的劳动报酬支付、社会保险缴存情况、XX影业公司关于岗位性质的规章制度，最终认定党某尚未达到女职工法定退休年龄，双方劳动合同应当继续履行。故判决撤销一审判决，XX影业投资有限公司与党某之间的劳动合同继续履行。

### 4. 审理结果总结：

劳动仲裁：裁决驳回党某的各项仲裁请求

一审：判决驳回党某的诉讼请求

二审：撤销一审判决，判决公司与党某之间的劳动合同继续履行

## 二、法律分析

### 1. 关于女职工退休年龄的成文规定

《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》第四条和《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》(国发[1978]104号)规定：党政机关、群众团体、企业、事业企业的女干部，年满五十五周岁，参加革命工作年限满十年的，可以退休。全民所有制企业、事业企业和党政机关、群众团体的女工人，年满五十周岁，连续工龄满十年的，可以退休。

1999年《劳动和社会保障部关于制止和纠正违反国家规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》(劳社部发[1999]8号)规定：国家法定的企业职工退休年龄是：男年满60周岁，女工人年满50周岁，女干部年满55周岁。

《北京市人力资源和社会保障局关于进一步加强基础管理，规范退休核准工作有关问题的通知》(京人社养发[2011]49号)附件一《北京市基本养老保险退休核准工作流程告知书》规定：正常退休条件为：男年满60周岁，女管理和专业技术岗位年满55岁，女非管理岗位年满50周岁，缴费年限(含视同缴费年限)累计满15年。按非管理岗位办理退休的女职工需提供本人退休申请及劳动合同书、岗位协议等其他相关证据材料。

依据上述规定，目前我国女职工的法定退休年龄，是以该员工退休前的身份和工作岗位作为界定标准，女干部(或者技术岗位)55周岁到达退休年龄，女工人50周岁到达退休年龄。

### 2. 人社部门关于女职工身份认定标准的变化

《劳动部关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法>若干问题的意见》(劳部发[1995]309号)第46条规定：关于在企业内录干、聘干问题，劳动法规定用人单位企业内的全体职工统称为劳动者，在同一用人单位内，各种不同的身份界限随之打破。应该按照劳动法的规定，通过签订劳动合同来明确劳动者的工作内容、岗位等。

《国家经济贸易委员会、人事部、劳动和社会保障部关于深化国有企业内部人事、劳动、分配制度改革的意见》(国经贸企改[2001]230号)规定：在国有企业内部取消企业行政级别。企业不再套用国家机关的行政级别，不再比照国家机关公务员确定管理人员的行政级别，打破“干部”和“工人”之间的界限，变身份管理为岗位管理。在管理岗位工作的即为管理人员。管理人员是指企业内部担任各级行政领导职务



的人员、各职能管理机构的工作人员以及各生产经营企业中专职从事管理工作的人员。

向北京市人力资源及社会保障局养老处咨询，得到的答复是：目前判断女职工退休年龄，不再按照干部、工人的身份来确定，而是按照管理岗与非管理岗的岗位区别来判断。以退休前的岗位和工作职责为标准，管理岗位和专业技术岗位55岁达到法定退休年龄，非管理岗位50岁达到法定退休年龄。

据此，北京市人社部门判断女职工的退休年龄，不再按“干部”和“工人”身份区分，而是区分管理岗位（专业技术岗位）和非管理岗位，管理岗位或专业技术岗位55岁达到法定退休年龄，非管理岗位50岁达到法定退休年龄。

### 3. 关于管理岗位与非管理岗位的甄别

目前关于管理岗位与非管理岗位这两个名词的含义，仅在《国家经济贸易委员会、人事部、劳动和社会保障部关于深化国有企业内部人事、劳动、分配制度改革的意见》(国经贸企改[2001]230号)中规定：在管理岗位工作的即为管理人员。管理人员是指企业内部担任各级行政领导职务的人员、各职能管理机构的工作人员以及各生产经营企业中专职从事管理工作的人员。

除此之外，目前国家各类规范性文件中针对退休条件中所指“管理岗位与非管理岗位”没有准确定义或列举式定义。实践中管人可成为管理岗，管事也可称为管理岗，主要由用人企业和劳动者在劳动合同中对于劳动者从事岗位是否具有管理性质进行约定，或由用人企业在规章制度、岗位架构等文件中予以规定。既无约定也无规章制度规定，则由用人企业与劳动者协商确定岗位性质。

显然，究竟是管理岗还是非管理岗，需要《劳动合同书》、档案、公司内部文件、双方往来函件、社会保险个人缴费信息对账单、个人住房公积金信息查询单等一切有可能直接或间接证明劳动者身份的证据材料予以佐证。

### 4. 关于退休身份和职位认定，用人单位和女职工谁更有决定权？

关于是否为管理或技术岗位，究竟由谁说了算呢？

最高人民法院（2017）最高法行申8303号行政裁定书中提到：“对于职工退休时工作岗位性质属于管理或技术岗位还是操作、生产或服务岗位，已办理内退的情况如何处理等等，则要结合企业内部岗位分类管理文件和职工档案等综合

认定，属于企业的用工自主管理权范畴。”从上述裁决中，我们可以发现法院认为“三资、私营”企业中，在符合公司《章程》和内部管理规范的前提下，“是否是管理或技术岗位”企业享有较大自主权。

第一，用人单位作为经营主体，天然拥有制定规章制度的自主权利，因此在区分管理岗位与非管理岗位时，享有较大的自主权。第二，对于是否属于管理或者技术岗位，用人单位也可以根据自己的经营情况享有较大的自主解释权，当然这种自主解释不能超过社会的一般理解，例如：“保安”岗位，一般的社会理解是非管理或技术岗位，但若是特种保安公司的贴身保安，用人单位解释为“技术岗位”也完全是企业自主解释的一种体现。第三，对于员工人事档案的管理、转移也是由用人单位的人事管理部门进行操作的，劳动者本人无法控制自身的人事档案，因此在档案管理角度看也是由用人单位说了算。

当然，上述普遍情况并不意味着，具体案件中职工退休身份和岗位就是用人单位单方说了算。劳动合同中的岗位约定很关键，虽然在《劳动合同法》中仅规定了“工作内容”是必备条款，并未明文规定“工作岗位”，但用人单位普遍会在劳动合同中明确约定“工作岗位”。其实这对于女职工的退休身份判断来说，有着十分重要的定纷止争的作用。

## 三、风险提示

用人单位与劳动者就退休年龄产生争议的时候，双方的着力点应该是如何证明自己“管理岗”或“非管理岗”的问题。

用人单位虽然在证明此问题的过程中天然优势显而易见，但如果没有确凿证据，亦无法仅凭解释权获得胜诉，尤其是寄希望于原有的人事档案中的“干部”和“工人”身份的记载，更是不能实现其目标。

作为劳动者的职工，也不是完全无处下手，劳动合同中的岗位约定是职工身份和岗位认定的关键证据。作为劳动者可以做的是在劳动合同签订时关注到其中对于岗位性质的约定，或在任职过程中妥善保存关于岗位性质的相关文件、往来函件，以便在退休时保护自己的权利。

总之，在讲求以人为本、和谐关系的当今社会，尽量对双方的权利义务予以明确，化模糊为清晰，可以消除盲目和侥幸，让争议在萌芽之初即化解于理性沟通，一定可以在很大程度上减少劳动争议。☞

# 读书之悦 悦在相善

■ 刘铭 / 文

## 刘铭律师简介



京都律师事务所高级合伙人。2002年开始从事律师工作，对公司事务、知识产权、投资并购、房地产等重大民事、刑事法领域有深入的研究与法律实践。刘铭律师以其深厚的理论基础和丰富的执业经验，致力于法治建设、社会进步和提供高端法律服务。曾担任美国AT、英国MINVA、意大利KPD等多家国际知名公司法律顾问。

为，理性的书生气才是律师最好的气质。

但我更想说，读书于我是享受，是趣味，是“无用”之乐，是美育和至善。

人渴望的精神愉悦书都不会辜负。文字确实如此奇妙，几行文字的排列，就能幻化出风景、美味、哲思、远古、未来、传奇、欢笑、悲伤……如同亲

历，如师友在旁，如古人对座，如先贤凝望，静下内观，都会感到读书之悦，归静至善。

钱钟书总结“书画相通”时曾说：“文字可以涉及嗅觉、触觉、听觉、颜色、气氛……文字服从心的规律，有情感和想象的流动”。确实如此，“疏影横斜水清浅，暗香浮动月黄昏”，“疏影”、“暗香”都看不到，都是我们心中的通感，带给我们心的愉悦。

闲书中最喜欢的还是古文、诗词。

老子修心，孔子修形，《道德经》、《论语》都有好多版本。尤其《格言联璧》，我觉得对自己影响至深。随时翻阅，读了已不少于百遍。弘一法师在《李书同说佛》一书中辑录了一部分。梁实秋、林语堂等文化巨擘誉其为“一字千金，值得所有人慢慢阅读，慢慢体味，用一生的时间静静领悟”。所言绝不夸张，学问存养、持躬敦品、处事接物，这些集言警句，修心解惑，处处提醒，常读确实会让人少一些轻浮躁动，省察持重，不犯或少犯错误，好处多多。

读书之悦，诗词之美是不可缺少的。大、小境界，咏景述情，每个字自带生命，细细品读，都意味无穷，怎一个愁字了得。尤其李商隐，辞藻绮丽，古锦斑斓，声色意全，最有诗意、诗味。与白居易明白浅显不同，李义山的诗确实朦胧，但诗词最忌穿凿。“心



主和平而成立。民盟先贤大家灿若星光，仰慕追随，民盟文章便读得多。

有一本《民盟历史文献》，无非“纲领”、“简章”、“信约”，“致电”、“函件”之类，但绝无八股之风，无不情真义切，读之毫不枯燥。公约中

有彩凤双飞翼，心有灵犀一点通”，读诗、读书、读人生，抒情达意，不言含蓄，“不求甚解”才好！

纳兰小令也喜欢，“一种凄婉处，令人不能卒读，人言愁我始欲愁”。容若愁思，流溢于楮墨之间。但一直好奇，相国才子、荣华之家、少年得志，一等侍卫，“上马驰猎猎，拓弓作霹雳声”，怎会写如此婉约之词，写塞外豪放诗才对。连康熙也说：“这孩子哪来的这些愁苦。”。想来康熙江山社稷，确实难以理解纳兰的儿女情长，用情至深。其实，从古至今，人的生活、情感还是自己的，“如鱼饮水，冷暖自知”，有多少是我们不可知或妄知妄见的。

古文中，豪侠传记，植物山石，园林饮食，市井交游，志怪传奇……都能让人穿越时空，如历其境。很多文章，千百文字即是一篇九曲回肠醒世奇文，美不胜收。寥寥几笔，即是微言大义，或难以企及的仰慕风范，或触摸可闻的纤细情感。

一直觉得，中国古文诗词浸染着属于中国人自己的古意和美学，是中国人的文化气质来源。

我是民盟盟员，入盟也有十余年了。民盟是一群“手无寸铁”的知识分子，以“淡泊宁静”的胸襟，担当“任重道远”的责任，为抗战救国，民

盟中央张冠生最有民盟遗风和学识。其《从前的先生》一书，读了又读，民盟先辈诸位，故事多，逸事多，充满传奇。书中随处可见民盟先生性情风范。比如“民国四公子”张伯驹，国家事大，急公好义，不惜出售占地十五亩房院，卖掉夫人首饰，只为保护国家文物《游春图》不流失。购后悉数捐赠，现为故宫博物院镇院之宝。文章最后写道“酷爱美食的张伯驹，千金散尽，自品清寒，在其生命中最后一年，画家黄永年在北京莫斯科餐厅看到他，只见张伯驹点了一客红菜汤，几片面包，草草食毕，将剩余的面包、黄油用小毛巾包好，带走……”。生活场景，寥寥几笔戛然而止，无不为之动容触情。这本书曾买来送盟员，希望民盟盟员都能涵养先生之风，传承师道，有民盟的精神和气质。

闲书中金庸武侠不能不提，置身豪气云天，笑傲江湖的武侠世界。金庸书总是最好的人生治愈。其中《射雕英雄传》中有一情节，郭靖、黄蓉为救王处一，夜闯赵王府，书中写道：“郭靖十余丈外回头，只见黄蓉使个‘倒卷珠帘势’，向厅里张望，清风中白衫微动，犹如一朵百合花在黑夜中盛开”。这便如一幅宋人小品刻在记忆中了，美不胜收，可见文字之妙。

因为喜欢画画，画论、画史、画册便看多一些。一幅山水，几笔浅墨，便物我两忘。线面构图，疏密浓淡。中国人只用一只软笔勾勒点、线、面，便幻化出无穷无尽的美学世界，形成中国的艺术美源。

其实读书、画画都是守静之道，可涵养静气，让时间缓慢，心灵沉潜，神志清明，让人平和淡定。读书多了，会心平气和，明晓规律，对得失淡然收敛，少一些昏沉浑噩。此消彼涨，平常心多了，欲望少了，内心的充实、清明慢慢也就多了。

休闲时，读的大多“无用”之书。读书没有无用的，也不能作有用无用论，生活中如果以有用作行为导引，人就成了生活的奴役。无用即是大用，人有出世的精神才有入世的事业。书是情感的产物，以陶养情感为目的，这也是蔡元培所倡导的“美育”。“纯粹之美育，陶养人之感情，使有高尚之习惯”。读书是读自己，是情感体验，让人发现自己，久之就有了自律省察、心向往之的自觉。人俗气，无非是缺乏美感的修养。

所以，读书之悦，悦在相善。读书使人身心愉悦，内化情感，外显行为。好书都心存善念，会潜移默化我们的情感，使人善意，正直、真诚、深邃，崇高、平和……人的美好都在读书里。

## 2018年的最后一首诗

杨大民 / 文

从前以为  
写诗的只有李白和海子  
现在发现  
其实每一个人都是诗人

从前感觉  
诗人不是飘逸就是抑郁  
现在忽觉  
飘逸的都是诗人  
抑郁的多是官人

从前羡慕  
出有车 食有鱼  
现在体味  
只要心安方便面味更香

从前觉得  
市场经济抛弃了诗人  
现在方知  
诗歌属于任何一个时代

从前向往  
繁华的都市霓虹  
现在青昧  
鸡犬相闻的黎明

从前喜欢  
呼朋唤友的热闹  
现在沉醉  
禅茶一味的宁静

从前仿佛  
诗人不食人间烟火  
现在好像  
写诗的人都在人间

从前只属于从前  
现在才属于自己  
不管世间如何喧嚣  
诗人都会在自己的诗里  
享受孤独 品尝寂寞

2018.12.31



作品：《孤松》

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

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

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

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

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

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