

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2015/01

季刊 总第110期



京都律师事务所
King & Capital



P28 建筑工程热点实务研究

P21 特稿 / 从律师角度看四中全会《决定》

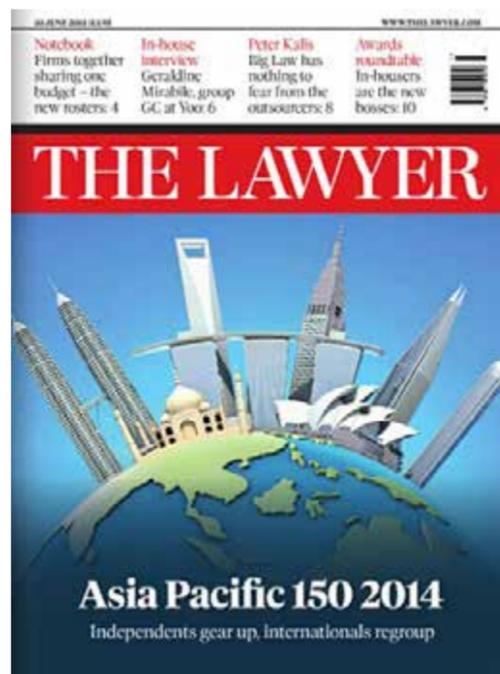
P48 京都实务 / 从实证视角看轻微刑事案件的律师帮助

P65 京都论法 / 再论对虚开增值税发票罪构成要件的表述亟待修改

P69 京都论法 / 私募股权投资基金的法律风险控制



京都入选 英国《律师》杂志亚太地区 50强律师事务所



近日，京都律师事务所成功入选英国《律师》杂志（《The Lawyer》）亚太地区50强律师事务所。最新出版的《律师》杂志上刊登了这一消息。

《律师》杂志（《The Lawyer》）（周刊）于1987年在英国伦敦创刊，是英国上市公司Centaur传媒的下属刊物，发展至今已成为欧洲以前全球最知名且历史最悠久的法律行业专业刊物之一。从去年开始，《律师》杂志的编辑团队开始就亚太地区150强律师事务所进行独立调查、分析，最终确定了包含有京都律师事务所的亚太地区最新榜单，京都入围50强。

正如《律师》杂志对京都的评价，虽然京都在刑事诉讼领域居于全国领先地位，但是并不满足于仅依靠诉讼，目前京都已建设成为一家提供包括非诉业务、民商诉讼等全面法律服务的综合性律师事务所。同时，京都律师事务所积极参与国家的法治建设，通过参政议政、普及法律知识、办理法律援助案件以及各种公益活动等最大限度地履行社会责任。

造梦京都

■田文昌 / 文



2015年是京都所创所20周年；也是京都所完成第三次创业华丽转身成功之年；还是京都所业务收入创下历史新高的一年。同时，又是中国的法治大环境整体回暖的一年。2015年，京都人追寻了二十年的“京都梦”终于踏上了第一级台阶，2015年是京都人值得庆贺和值得回味的一年。

二十年来，京都人风风雨雨，一路走来，享受过喜悦，也经历过辛酸，感受过成功，也遭遇过坎坷。

如今，当梦想已经走向现实的时候，京都人应当想些什么？做些什么？

“京都梦”的第一个目标，就是京都所实现综合化、团队化、专业化。20年前，在京都所初创之际，只有十几个人的京都所是仅仅以诉讼见长的特色化律所。但是，综合化、团队化、专业化在创所之初就既定为京都所的发展方向。

如今，京都所“三化”的目标终于实现了。以综合化为平台，京都所可以面向更广泛的服务对象，为客户提供全方位的法律服务。以团队化为支撑，京都所可以发挥团队配合的管理优势，确保服务模式的优质、高效。以专业化为保障，京都所可以造就和集合各专业领域的优秀人才，追求业务水平的精益求精。

“三化”是京都人走过了二十年才得以实现的目标，但这只是京都人刚刚踏上第一级台阶。因为，“三化”的实现还仅仅是“京都梦”的开始，只是京都人踏上寻梦征程的第一步。“三化”的巩固、发展和提升还需要奋力争取，京都所还要谋求更高远的宏图，京都人面临的考验还会更

多，需要攻克的难关还会不断出现。因为，在京都人的信念中，没有“满足现状”和“停滞不前”。

面向未来，京都向何处去？

在实现“三化”的基础上，京都所何时能够以自身的足够强大而走向全国，冲向世界？何时能够以无可阻挡的诱人魅力吸纳更多的精英加盟？

何时能够以理论与实务成功结合的独特优势，成为造就律界精英的人才基地？何时能够以视天下为己任的社会使命感为推进中国的法治进程建言献策，尽一份绵薄之力？……这所有的一切，都是京都人需要认真思考和努力实现的问题。

京都所走过二十年之后的今天、明天和未来，“京都梦”的内涵究竟是什么？这是每一个京都人都需要积极面对的美好憧憬和严肃课题！综合化、团队化、专业化只是京都梦的基础和初级目标，远不能称之为“京都梦”的全部内容。“京都梦”的内涵应当更丰富、更深刻、更温馨、更诱人、更恢宏、更震撼……

“京都梦”是全体京都人的梦，是京都所的创建者和后继者不断追寻的梦。“京都梦”的构想，要由所有的京都人不断地去创造，去丰富，去描绘，去追寻。

京都所的第一个二十年过去了，作为京都的创始人，我欣慰之余更觉惭愧。对于人生而言，二十年实在太长。为什么不能快些，再快些？历史是以加速度方式前进的。下一个二十年，一定要再快些！

京都所的青葱一代们，一定要加快步伐，千万别懈怠！京都都是你们的，你们才是京都所走向辉煌的造梦人！



京都律師事務所
King & Capital Law Firm

强化责任观念

修炼气质风度

树立精品意识

提供系统服务

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 王一
白冬枫 蔡景丽 韩嘉毅
杨照东 金杰 朱勇辉
秦庆芳 王九川 瞿丽红
张振祖 公丕国 牛支元
杨大民 钟延红 郭庆
韩良 肖树伟 关键
邹佳铭 吴立伟 刘铭
王卿芸
主编 杨大民
编辑 孟妮 吴璇
美编 王敬瑜
地址 北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座23层
邮编 100020
北京总所电话 010-57096000
全国免费咨询电话 400 700 3900
业务咨询电话 010-85253900
传真 010-85251268
上海分所电话 021-52341066-1099
深圳分所电话 0755-33226588
大连分所电话 0411-85866299
网址 www.king-capital.com
邮箱 info@king-capital.com

目录

卷首语

造梦京都 田文昌 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

从律师角度看四中全会《决定》

重视律师是法治社会的显著标志 田文昌 / 21

律师对纠正错案的作用举足轻重 邹佳铭 / 22

构筑法治信仰 发挥律师作用 推进法治进程 刘铭 / 23

“疑罪从无”观念应当得以确立 吴立伟 / 24

律师在依法治企中大有可为 肖树伟 / 25

京都论坛

京都召开非法证据排除规则中的若干问题与完善建议研讨会 / 26

封面主题

建筑工程热点实务研究

建设项目招投标中的利害关系要点分析 秦庆芳 / 31

建筑工程领域转包、挂靠行为的识别 贾严 / 32

建设工程施工合同无效之法律后果研究 王春军 / 37

浅析建筑企业内部承包制度 温树飞 / 39

非洲法律事务中心

对非基础设施投资的法律问题与风险防控 公丕国 / 42

京都实务

从实证视角看轻微刑事案件的律师帮助 柳波 杨海明 / 48

一起涉外股东代表诉讼案中涉及的原告主体资格问题 华洋 / 54

急难中的相助，铜细里的诱惑——“百变”民间借贷 / 58

如何在美设立子公司并移民？ 丁杰 / 62

京都论法

再论对虚开增值税发票罪构成要件的表述亟待修改 田文昌 / 65

私募股权投资基金的法律风险控制及非法集资的预防 吕志轩 孟冰 董宇琼 / 69

论我国反垄断法执法机构存在的问题与完善 周振国 李坤 / 74

浅谈地理标志国际保护 刘铭 / 78

近来关于企业拆借资金有效的审判实践 郑建鸥 / 80

律师·执业

刑事被告人的出庭着装之道 刘玲 / 82

所庆·征文

与京都这二十年 王九川 / 86

最好的时光 刘洋 / 90

京都悦读馆

读书 品牌建设部 / 92

京都律师

封面题字 江平



2014年第3期
总第109期 季刊



业务

京都律所成为北京王府井百货(集团)股份有限公司常年法律顾问

近日,北京王府井百货(集团)股份有限公司(以下简称“王府井集团”)聘请京都律师事务所为其常年法律顾问。11月2日下午,双方举行了见面会,京都律师事务所孟冰律师、赵婉彤律师、贾宝军律师、林敏捷律师,王府井集团总裁东嘉生先生、副总裁曾群女士出席了此次活动。



孟冰律师

会议上,孟冰律师首先向在座的王府井集团管理层介绍了京都律所的概况,而后东嘉生先生表示今后王府井集团的法律事务工作要以京都律所为主导,在提高集团上下法律意识的同时也要规范集团法律事务室的工作。

此前,京都律所已经为王府井集团下属的百货大楼和电商提供了两年多的法律服务,服务期间双方合作融洽。此次京都律所被聘请为王府井集团法律顾问也是客户对京都律所专业能力和服

务质量的肯定。京都接下来将为王府井集团提供的法律服务内容包括商务合同起草或审查、规章制度起草或审查、法律纠纷的非诉讼处理、法律理论和实务培训等。

京都律所为300亿元中原航空港产业投资基金提供总体法律服务

近日,合伙人关键律师代表京都律所与中原航空港产业投资基金筹备组签署法律服务合同,京都所金融律师团队成员以往已向9只国家级产业投资基金提供法律服务,京都律师将继续发挥这一专业优势,为中原航空港产业投资基金管理公司以及基金的设立,提供总体

设立方案的法律建议,包括基金管理公司和基金设立框架、资金募集、投资、管理、退出机制等方面,并将对基金管理公司和基金设立的总体方案出具法律意见。

中原航空港产业投资基金,于2014年3月21日经国家发展和改革委员会

【发改财金(2014)488号】正式批复同意筹备设立,该基金将本着国务院《郑州航空港经济综合实验区发展规划(2013-2025)》和《河南省国民经济和社会发展的第十二个五年规划纲要》实施的原则,发挥金融支持实体经济的作用,助力中原经济增长。

京都柳波律师承办的梁某省被控合同诈骗特大案一审宣判:无罪

2014年12月3日,河南省许昌市中级人民法院对梁某省被控合同诈骗案做出一审判决,宣告梁某省无罪。

检察院指控:梁某省等三人在签订、履行合同的过程中,虚构事实,隐



柳波律师

瞒真相,诈骗被害人财产2.6亿元(其中既遂1.2亿余元),数额特别巨大,已构成合同诈骗罪,且梁某省系主犯。

京都律师事务所柳波律师于2012年1月接受委托,担任梁某省

的辩护人。本案于2013年9月一审开庭审理,案卷多达几十册,庭审时长两整天。柳波律师认为:这是一起典型的民事合同纠纷,且过错方不是被告人,应宣告被告人无罪。本案曾因启动非常证据排除审理程序而被媒体关注和报道。

据悉,此案是柳波律师办理的本年度第二件被宣告无罪的案件。

业务

京都律所成为P2P平台“随时融”特聘法律顾问

近日,京都律师事务所成为P2P平台“随时融”特聘法律顾问,在法律上为其投资者保驾护航。

北京随时融网络技术有限公司(简称“随时融”),是由国际最大金融机构美国银行美林证券(美银美林)及国内知名第三方支付公司(快钱及盛付通)高管创立,注册资金千万级人民币,总部位于首都北京中关村高新技术区,并由国内上市企业董事长及知名投资机构IDG,上海联创负责人,清华及耶鲁知名教授担任顾问。

京都律师事务所为“随时融”



(委托人)提供的法律服务包括:协助委托人对拟开展的各项P2P网贷平台业务进行调研、业务流程梳理;对委托人拟开展的P2P网贷平台业务流程所涉及的法律法规进行检索、法律论证,对各

项风险尤其是刑事法律风险进行充分提示,并提出法律建议;解答委托人日常P2P网贷平台经营中存在的法律问题,提供法律咨询和法律建议,根据委托人的要求出具法律意见书等内容。

京都中标北京市市级行政事业单位 2015-2016年度法律定点服务政府采购项目

2014年11月,北京市政府采购中心针对2015-2016年度北京市级行政事业单位法律定点服务政府采购项目发布招标公告,京都律师事务所北京总部随即组织所内律师展开紧锣密鼓的申报工作,圆满完成了网络电子

信息录入、资质文件整理、标书撰写与现场竞标等一系列任务,最终成功中标北京市市级行政事业单位2015-2016年度法律定点服务政府采购项目。

这意味着,京都律师事务所已具

备为北京市市级行政事业单位提供各种法律服务的资格,我们将秉承“强化责任意识,修炼气质风度,树立精品意识,提供系统服务”的宗旨,为客户提供全方位、高标准的综合性法律服务。

京都律所公丕国、牛星丽律师辩护的秦运良单位行贿案“排非”成功

近日,京都律师事务所律师公丕国、牛星丽辩护的苏州秦运良单位行贿案审结,律师排除非法证据申请取得完胜,法院排除被告有罪供述,以其他小额行贿判其一年半徒刑(羁押期)。

秦云良是苏州高鼎建筑公司老板,在纪委、反贪局四十余次的审讯中,秦云良承认逢年过节送些小红包给相关领导,但在办案人员非法审讯下,尤其是被监视居住在某宾馆和非法羁押

在南京军事看守所期间,被迫承认行贿80万、20万等大数额行贿,整个供述反复不一,疑点重重。

京都律师事务所辩护律师公丕国、牛星丽通过查阅卷宗,尤其是耗时20天查看200小时的同步审讯录像,发现了大量非法审讯的证据和线索,随即提出非法证据排除申请。在庭前会议及数次开庭过程中,辩护人多次展示录像中发现问题,强调被告“戴着头套被

拖进审讯室”等典型视频,绘制了被告人认罪与否与身体状况的对比关系图,以无可辩驳的图像和扎实的汇总工作赢得了合议庭的认可,公诉人无言以对,第一次开庭后被告即被取保候审。最后,法院认定被告有罪供述均为非法证据排除,80万元的行贿数额不予认定,以其他小额行贿判其(羁押期)徒刑。



业务

京都律所刘铭律师代理“拍客”状告新浪侵权案胜诉

一个注册商标竟然“败给”了词汇使用量？这是接下来将要讲述案件的独特之处。在互联网时代，网络热门词汇屡见不鲜，而且传播极快、极广，那么这些词汇是否会改写注册商标的垄断“特权”呢？

“当一个词汇被大量使用，成为社会公认的描述性词汇，那么就可以被认定为通用词汇，如果以该词汇注册商标，那么该商标的显著性就会受到冲击。”代理该案件的京都律师事务所合伙人刘铭律师这样认为。

商标之争“拍客”状告新浪侵权败诉

新浪拍客是摄影、摄像爱好者分享作品的平台，但是“拍客”二字给新浪惹来了官司。原来，早在2007年，原告李先生和韩先生就注册拥有了“拍客”商标。12月4日，北京市海淀区人民法院对这起商标纠纷案件做出判决——新浪胜诉，法院认为“拍客”一词已成为通用词汇，商标所有权人不能禁止他人正当使用该词汇。

原告方称，其于2008年9月、2008年7月、2008年8月分别获得了国家商标局批准注册的涉及不同领域的“拍客”商标专有权，包括计算机软件、计算机编程、电子出版物、网站等相关类别。而新浪从2012年底开始，推出“拍客”客户端、“拍客”小助手等程序软件，这些软件可以在新浪网、新浪微博上点击下载，安装到用户的智能手机上，并与新浪微博直接互通。原告认为，新浪的行为侵犯了其享有的商标专有权，要求新浪停止侵权，并赔偿损失300万元。

新浪否认侵权。“‘拍客’经广大网友使用，已经成为通用词汇，原告无权垄断该词汇，禁止他人合理使用。”新浪律师刘铭当庭提出反对意见。刘铭解释，“拍客”指在互联网时代下，利用各类照相机、手机或DV摄像机等数码设备拍摄的图像或视频，通过计算机编辑处理后，上传网络并分享、传播影像的人群。早在2005年就有相关“拍客”网站出现，央视、优酷

网等媒体也大量使用“拍客”一词，所以应认定“拍客”一词已经进入公共领域。另外，新浪拍客主打的商标还是新浪特有的标志，不会造成用户混淆，所以新浪没有恶意使用他人商标的主观故意，不构成侵权。

法院审理后认可了新浪的答辩意见。判决书中写道：类似“×客”的称呼由来已久，特别是进入互联网时代，催生了一批“×客”的新称呼，如“黑客”、“博客”等，“×客”的组词方式逐渐成为网络热门新词的产生方式，“拍客”一词正是在此环境下应运而生。

法院认为，也许原告在注册“拍客”一词时，该词汇有一定的显著性，但是该词汇并非原告独创，而是网民智慧的结晶，由于网民普遍使用该词汇，导致该词汇商标显著性明显减弱，可以认定“拍客”已经成为通用词汇，他人在通用范围内使用“拍客”词汇，而不是作为商标使用，不造成相关公众混淆，就不应认定为侵犯商标权。

京都智艳军律师代理最高院提审王某某确认合同效力纠纷案胜诉

2014年年末，最高人民法院对由京都律师事务所智艳军律师代理的王某某与他人确认合同效力纠纷提审一案，作出终审判决。判决书撤销了内蒙古自治区高级人民法院的判决并依据我方的意见判决我方胜诉。

本案一审中王某某作为被告在赤峰市中院败诉后上诉至内蒙古高院仍然败诉，后依法向最高人民法院申请再审，本案最终由最高人民法院裁定

提审。王某某除了续聘原审律师外，开始在北京寻找为其在最高人民法院代理的律师，最终确定聘请了京都所智艳军律师为其代理，曹树昌律师对本案进行全面指导。

值得一提的是：| 智艳军律师



本案在最高人民法院开庭刚开始，法官受一、二审判决书的影响，为了查明案情，对我方提出了极其犀利的质疑。智艳军律师有针对性的对焦点问题进行分解分析，在最后系统阐述观点时，已经可以察觉到法官对代理观点的接受。庭审交锋也可谓惊心动魄。

业务

北京福建企业总商会水产农特产商会聘请京都律师事务所提供常年法律顾问服务

北京福建企业总商会水产农特产商会，于2012年9月23日在北京正式成立，被北京市民政局授予“5A级商会”，综合评定成绩第一名。商会成立以来，影响力不断增强，来自北京、河北、广东、河南、黑龙江及台港等地区关联行业人员踊跃入会，目前商会会员单位已达900多家，遍及北京各大水产农产品批发市场，为北京及北方地区水产农产品消费市场提供90%以上市场需求。商会于2013年联合茶业商会、食品调味品商会合力组建“北京福建食品行业商会联盟”，覆盖成员单位1万多家，成为北京乃至全国水产农产品行业的中坚力量。商会现与国内外百余家水产农产品行业协会开展业务合作交流，诚邀司局级以上领导和国内外行业专家、学者组成专家顾问团。为会员企业提供商务考察、融资投资、项目信息、企业诊断、讲座培训、法律咨询、人才招聘、联谊交流、广告宣传等各种服务。

商会于2014年11月16日聘请了北京市京都律师事务所作为常年法律顾问服务单位，由陈宇、任视宇、李源、殷俊茹、周海琼、赫词组成律师团队为商会提供综合性法律服。



陈宇 任视宇 李源



殷俊茹 周海琼 赫词

京都律所律师拜访南非最大律所ENS



| (右一)周振国律师、(右二)黄永华律师

2014年11月2日，京都律师事务所非洲法律事务中心合伙人黄永华、周振国两位律师在南非最大城市约翰内斯堡拜访了非洲最大律师事务所ENS。

两位律师与ENS律师事务所公司业务部主管合伙人Isaac Fenyane和中国企业服务部总经理Kenny Chiu进行了亲切友好的会谈。双方就京都与ENS今后法律服务长期合作事宜进行了深入探讨并达成共识，重点涉及双边投资、并购等领域。

ENS律师事务所是南非及非洲最大的法律事务所，曾为多家中国企业代理非洲并购或投资事务，在非洲当地有较大的影响力。

京都律师事务所非洲法律事务中心自2012年成立成立以来即与ENS开展中非投资领域的业务合作。



活动

投资非洲，法律先行 ——京都律所作为国内唯一法律服务机构参加金砖五国博览会



石，70%的银，84%的铁矿石，93%的铝，99%的铜。金伯利地区是南非最主要的钻石分布地带。

本次博览会由南非经济发展与旅游部和金砖五国博览会共同主办。参会的企业有来自中国、南非、印度、巴西、加纳、莱索托等国一百多家企业，覆盖行业包括能源、矿产、基建、农业、贸易等。其中来自中国的企业有包括南车集团、隆平高科、中林集团等在内的二十几家企业。京都律所非洲法律事务中心两位合伙人黄永华律师、周振国律师出席了本次博览会。京都律所是唯一一个来自中国的法律服务机构。

本次博览会设有主会场、国际投资者大会、企业一对一交流会等环节。通过这些环节，博览会主办方成功地将本地的一些包括矿产、能源、基建、农

业大型优势项目进行了推介，并与参会的外国企业进行了充分对接。中国企业更是受到了各项目方的青睐，多家中国公司在大会当场就与项目方签订了合作协议。

作为致力于中非投资贸易法律服务的专业机构，京都律所非洲法律事务中心也成为本次博览会的关注焦点之一。北开普省的省长Sylvia Lucas女士亲自到访我们的展位，并在大会间歇时间多次与中心的两位律师就发挥法律服务在推动北开普省经济发展中的重要作用进行了会谈。Lucas女士对我们的参展表达感谢，并表示有了我们这种专业机构为中国和南非之间的投资贸易保驾护航，项目的成功进行就有了最重要的保障。

南非政府及北开普省政府对本次博览会高度重视，包括The New Age（新时代）、E-TV（南非国家电视台）、湖南卫视等多家媒体对大会进行跟踪报道，其中，北开普省的省长Sylvia Lucas女士与京都律所非洲法律事务中心黄永华律师亲切会谈的照片刊登在The New Age（新时代）的头版头条。

中国仲裁法学研究会2014年年会召开 田文昌律师当选副会长



12月2日，中国仲裁法学研究会2014年年会暨第七届中国仲裁与司法论坛在北京召开。京都律师事务所名誉主任田文昌律师、合伙人孟冰律师、郭庆律师出席会议。

本次年会暨第七届中国仲裁与司

法论坛同时进行了换届选举，田文昌律师当选为第三届中国仲裁法学研究会副会长，孟冰律师、郭庆律师成为会员，郭庆律师还在会议上作了精彩发言。本次会议的成功召开，标志着中国仲裁法学研究会进入了崭新的时期。

活动

中非投资贸易法律研讨会在京召开



9月10日，中国法学会主办、京都律师事务所非洲法律中心协办的中非投资贸易法律研讨会在京召开。来自非洲20个国家的法官、检察官、律师与中国的专家、法官、律师齐聚一起，聚焦非洲法律，研讨实务经验。京都律师事务所郭庆、公丕国、黄永华、孙靖宇律师出席会议。

中国法学会副会长鲍绍坤致开幕词，来自商务部、最高法院、北外法学院、清华大学、中石化及多家律师事务所的专家、法务工作者与非洲国家一线法律工作

者，共同研讨了“中非FDI的前沿问题”、“在非投资贸易的相关风险”、“中非经济合作的机遇与挑战”等专题。京都律师事务所高级合伙人郭庆律师作了《如何识别可靠的合作伙伴》的主题发言，介绍了京都律师事务所非洲法律中心的研究成果和实务经验，受到了中外与会人员的高度评价。

中非经贸合作发展迅速的同时，中国企业在非洲遭遇法律纠纷损失惨重的现象也普遍存在。中国法律界从事非洲法律研究和法律实务运作的专业人士严重短缺，与中非经贸合作对法律服务的需求形成极大矛盾。本次研讨会旨在通过对中非投资经贸合作中出现的问题在法律层面进行深入探讨，为推动中非投资经贸的发展、为落实中非合作“461”框架提供强有力的智力支持和实务支持，顺应了当前中非投资经贸蓬勃发展的趋势，契合了当前中非经贸合作发展对法律服务的旺盛需求。



郭庆律师演讲

田文昌出席第五届财新峰会并担任专场嘉宾

12月19日，第五届财新峰会在国贸大酒店召开。京都律师事务所名誉主任田文昌律师作为律师界的唯一嘉宾代表出席了此次活动，在下午的“法治维新”主题讨论会上，田文昌律师表示，尽管中国的法治建设在经过30年的努力后取得了显著的成果，但在这30多年的后半期，法治产生了严重的倒退，下一步的改革推进步履维艰。

“过去十年法治倒退之所以如此严重，有历史的偶然性，破坏越严重，反弹越大。我们的法治传统太差，法治观念太单薄，一旦走到一段时期，就会



死灰复燃，人治再现。”田文昌称。

中共十八届四中全会要求全面推进依法治国，在此背景下，田文昌称，如今法治建设面临的困难和障碍，一是机制有待完善和改进，而目前机制的问

题在于立法缺乏救济手段；二是法治理念有待转变，但中国的现状是在基本的法治理念方面存在误区。

在中国的刑事诉讼中，既不能冤枉一个好人，也不能放过一个坏人。不过田文昌认为，这是一个终极目标：“我们既无罪推定，也无罪从有，我们的口号是实事求是，没有方法论支撑，结果就导致了话语权决定是与非，本质上还是人治。”

田文昌表示，如果法治的理念不能转变，而是继续用空洞的口号喊法治，这种后果往往要超过公开实现人治的后果。



活动

京都律所梁雅丽律师参加中国法学会法律文书学研究会学术年会

2014年10月26日，中国法学会法律文书学研究会在京举行2014学术年会，京都律师事务所合伙人梁雅丽受邀参加了此次学术年会，并在此次年会的“法律文书的实证研究”环节中，梁雅丽律师以“同一判决中对‘职权’的双重标准”为题发表了精彩演讲。

中国法学会法律文书学研究会本次年会的主题为“法律文书与司法公开”，中国法学会副会长、全国政协社法委副主任委员朱孝清同志出席会议并讲话，与会代表180余人围绕法律文书公开的基础理论、文书公开的机制与内容、裁判说理与文书质量、法律文书的实证研究等专题展开了深入的研讨和交流。

梁雅丽律师在发言中，首先向大家讲述了一起典型案件：孙某自2003年至2005年担任上海某船舶管理有限公司副总经理，2005年因工作需要调离船管公司到上级单位上海某运输有限公



司船运部任职，2008年辞职。因涉嫌国有公司人员滥用职权罪，于2011年1月14日刑事拘留，同年3月16日被逮捕。2011年12月7日，检察院以孙某涉嫌国有公司人员滥用职权罪、受贿罪，向法院提起公诉。2013年3月1日，法院作出判决。

梁雅丽律师介绍说，法院对孙某滥用职权罪和受贿罪两项罪名均作出有罪认定，但在证据的采信和事实的认定上分别采用了不同的标准：即在滥用职权行为的事实认定和证据采信上，采用

了严格标准——通过缩小上海某船舶管理有限公司的经营范围而把集装箱租赁业务排除于经营范围之外，从而为孙某滥用职权的行为找到了“依据”；而在孙某受贿行为的认同时，对孙某的“职权”，却采用了宽松的标准——通过将上海某船舶管理有限公司的经营范围扩大到包含船舶买卖居间等领域，而将孙某利用个人知识、经验和技能为周某某、陈某某购买船舶提供便利的行为，认定为职权范围内的行为，从而为判决孙某犯受贿罪找到了“依据”。这同一判决中，对于两个行为适用了截然相反的标准。

梁雅丽律师认为，在该案中，法院作出的认定孙某犯滥用职权罪和受贿罪的判决，违反了证据的客观性、关联性和合法性规则，也违背了无罪推定和以事实为依据、以法律为准绳等刑事司法原则和政策，与法律所追求的公平和正义背道而驰。

京都律所杨照东律师应中国合规网邀请做企业高管刑事风险防控讲座

2014年12月5日，京都律师事务所合伙人杨照东律师应中国合规网邀请做了一场主题为“从GSK详解企业高管刑事风险防控”的讲座。

此次讲座的背景是2014年9月19日，长沙市中级人民法院对葛兰素史克中国公司(GSKCD)及其前中国区总经理马克锐(Mark Reilly)等人对非国家工作人员行贿、非国家工作人员受贿案进行审理。葛兰素史克中国公司被判罚金30亿元，马克锐等被告被判有期徒刑三年、缓刑四年，并处驱逐出境。这是

迄今为止中国对单家企业开出的最大罚单。商业贿赂案件的频繁发生和曝光，不仅使企业的生产经营活动受到极大的负面影响，而且社会声誉和商业信誉也因此遭受无形的巨大损失。

杨照东律师讲座内容涵盖葛兰素史克案件分析、企业怎么样不会构成行贿犯罪、行贿和受贿的，谁的责任更大、公司被判有罪，哪些高管应当承担法律责任等几个方面。杨照东律师还在讲座中对数十起商业贿赂案例的实践经验做了精彩分享；对企业关心的贿赂风

险管理问题进行了总结；对企业高管正考虑的自身刑事责任风险大小给予了详细分析，引发听众强烈反响。

杨照东律师所在的京都律师事务所承办了大量商业贿赂案件，其中包括国美电器前董事局主席黄光裕单位行贿案、中国人寿保险公司黑龙江分公司原党组书记常某受贿案等大批社会影响重大的案件，在商业贿赂案领域积累了丰富的理论知识和实战经验，同时也探索出有效帮助企业预防和降低商业贿赂法律风险的制度和办法。

活动

《北京律师》文化之旅京都站活动圆满举行



11月20日下午，《北京律师》文化之旅京都站活动在京都律所圆满举行。金杜律师事务所、大成律师事务所、中伦律师事务所和北京市律协等同仁代表参加了活动。作为该系列活动的第五站，京都律所精心筹备的本次活动，为《北京律师》文化之旅活动画下了浓墨重彩的一笔。

活动开始，京都律所管理合伙人王卿芸女士向参会嘉宾致以热烈的欢迎，并对京都建设的整体情况作了介绍。王卿芸表示，希望借此次《北京律师》文化之旅的契机，与各位领导和同仁共同探讨律所如何践行社会责任的问题。京都律所各合伙人律师和主管分别以不同主题与嘉宾们分享了京都文化建设的经验与成果。

稍后，品牌建设主管孟妮女士介绍所刊《京都律师》。京都律师事务所的所刊——《京都律师》已经有十余年的历史，迄今为止共出版了109期，这本内刊由专业人士设计、制作，体现了京都律师事务所和京都律师群体的专业素质、服务精神。《京都律师》每期封面内容以当下最热门的法律问题为核心，结合京都律师的丰富经验展开论述，加上《京都实

务》、《京都论法》、《律师生活》等栏目，展现了京都大气、沉着的律所文化和深厚的法律底蕴。

其后京都律所合伙人律师朱勇辉律师介绍了这些年来京都在推动法治建设中所付出的努力。京都律师多次以律师身份参与刑法、刑事

法、证据法、律师法的立法研讨活动，提出了很多有价值的建议。主任田文昌律师主持起草并出版了我国第一部以律师协会名义起草出版的《刑事诉讼法修改律师建议书》，这是中国律师界第一次以律师名义向立法机关正式提交的建议书。此外，京都还举办了各类型法律研讨会，从吴英案，到收容教育制度存废研讨，从完善死刑复核的规则和程序研讨，到中国家族信托法律支持环境研讨，京都秉承个案推动立法的精神，践行社会责任。

合伙人刘铭律师和吴立伟律师分别介绍了京都普法系列活动、京都培养法律后备人才的高校“京都杯”系列活动。合伙人律师王九川还向在座的嘉宾介绍了他导演的微电影《同窗律师》中的拍摄花絮和拍摄花絮，讲述了如何用镜头的手法来描述律师自己的故事。这些年来，京都律师不忘“践行社会责任，推动法治建设”，积极投身各项社会公益事业，形成了京都独特的文化气

息。在社会公益事业方面，京都也取得了不俗的成绩，京都所合伙人秦庆芳律师专门介绍了旨在资助房山区困难家庭孩子上学的公益活动——“泉计划”。京都希望通过这样的活动，不仅能够为这些孩子的上学路上解决一些经济困难，更重要的是给他们一些精神上的鼓励和帮助。

随后京都执行合伙人孟冰律师还专门做了关于“好读书，读好书”的读书推荐并引申出律师自身能力提升的话题。



活动中场，人事行政主管钱屿女士带领来宾参观京都律所并组织合影，京都合伙人着重向大家介绍了“京都三宝”和党建长廊。整场活动期间，大家还就“律所年会”和“律所内刊”的话题展开了热烈的探讨。

活动最后，北京市律协副秘书长刘军女士作总结发言，对京都所举办的此次活动给予了肯定。刘军女士表示，在此次活动中收获到了很多惊喜，也希望大家能把这份社会责任传承下去。



活动

京都律所柳波、杨海明律师参加“轻微犯罪的律师参与问题”专题研讨会

2014年12月7日下午14点，“轻微犯罪的律师参与问题”专题研讨会在北京友谊宾馆顺利举行，京都律师事务所柳波律师及杨海明律师应邀参加了此次专题研讨。

此次研讨会由“剥夺人身自由的行政处理的现状与改善”课题组主办，中国人民大学法学院黄京平教授和最高人民检察院检察理论研究所研究员石磊主持，荷兰马斯特里赫特大学Taru Spronken教授和Anna Ogorodova 博士及中英协会江冰博士参加研讨。在研讨会一开始，Taru Spronken教授和Anna Ogorodova 博士分别作了“轻微犯罪和庭外和解的荷兰经验”和“欧盟国家保障轻微犯罪公平审判权的途径”的主题发言，介绍了轻微犯罪处理的荷兰经验及欧盟的做法。

在其后的中方与会人员发言交流环节，柳波律师做了“从实证视角看轻微刑事案件的律师帮助”的发言，以朝阳法院2014年第二季度的盗窃、危险驾驶及故意伤害案件为样本，对中国轻微刑事案件律师的参与度、所起作用以及产生这种状况的原因进行了分析。随后，杨海明律师以自己所做具体案例为范本对轻微刑事案件中律师所能做的工作和所起的作用进行了剖析。



荣誉

《京都律师》荣获2014年度北京律协所刊评选银奖



9月18日下午，北京市律师协会召开律师事务所优秀所刊及《北京律师》

优秀撰稿人颁奖座谈会。京都律师事务所的所刊——《京都律师》荣获“2014年度北京市律师事务所所刊评选综合类”银奖，吕志轩律师获年度优秀撰稿人奖。

京都律师事务所的所刊——《京都律师》已经有十余年的历史，迄今为止共出版了109期，这本企业内刊由专业人士设计、制作，体现了京都律师事务所和京都律师群体的专业素质、服务精神。《京都律师》每篇文章均为京都律师原创，封面内容以当下最热门的法律问题为核心，结合京都律师的丰富经验展开论述，加上《京都实务》、《京都论法》、《律师生活》、《京都悦读馆》等栏目，展现了京都大气、沉着的企业文化和深厚的法律底蕴。



活动

北京交通大学法学院与京都律师事务所签约成立实习基地

12月3日，北京交通大学法学院与京都律师事务所的教学实习基地签约仪式在京都所内举行。京都律师事务所名誉主任田文昌律师、合伙人孟冰律师、企业风险防控中心李彬律师和北京交通大学法学院副院长陶杨副教授及研究生们参与了此次签约仪式。

仪式由李彬律师主持。首先，孟冰律师和陶杨副教授分别简要介绍了京都律所和北交大法学院的情况，孟冰律师还针对性介绍了京都律所的职业生涯管理模式。随后，田文昌老师对师生们讲到：近年来，在高等院校乃至整个法律界，“理论与实务相脱节”“相关学科相脱节”“实体法与程序法相脱节”的现象严重，期望能与北交大法学院合作研究出一条解决这些问题的道路。田文昌老师还告诫学生们不要刻板的背诵法条而是要理解原理、培养法律意识。紧接着，签约仪式正式开始，孟冰律师和陶杨副教授代表双方签署共建协议，京都律师事务所孟冰、张振祖、杨照东、邹佳铭和李彬律师还被聘任为北京交通大学法学院兼职研究生导师。最后，孟冰律师还回答了在场学生的提问，对律师的基本素养、大学生就业以及律师事务所的营销模式等问题作出了解答。

签约仪式后，陶杨副教授带领学生们参观了京都律师事务所。



刘铭律师应邀为北京市民主党派特约监督员培训班讲座

9月22日至30日，“北京市民主党派特约监督员培训班”在北京社会院开班，并先后在北京社会主义学院、天津社会主义学院、河北社会主义学院学习、现场教学等。本次培训也标志着京津冀社院协同开展教学培训正式启动。

9月23日，北京市京都律师事务所高级合伙人、北京市司法局援处处长助理（挂职）刘铭律师应北京社会主义学院邀请，就《如何做好特约监督员》进行了专题讲座。

刘铭律师多年来担任北京市政府特约监察员、朝阳区政府特约监察员、朝阳区行政服务中心行风评议员、朝阳区国税局监察员等。刘铭律师结合多年来学习及监察履职工作情况，就监察员工作的性质、职能任务、工作方式及如何有效开展监察等进行了经验交流。





媒体

京都律所刘玲律师以辩护人身份谈“立二拆四案”

11月18日上午，备受关注的“立二拆四”非法经营案公开宣判。朝阳法院微博直播，各大媒体几乎同步报道了判决结果。紧跟着该案的审判人员、公诉人纷纷接受媒体采访，“立二拆四”杨秀宇也接受了采访。在媒体舆论这个社会法庭上，好像唯独缺了辩护人这一重要角色，同事说：“你也应发表意见，让媒体舆论疆场中的控辩审达到平衡。”

我想，从牙缝里挤出来两句话：“我尊重法院的判决，我坚持自己的辩护意见。”

在本案宣判之前，我和本案的律师团队从未接受过任何媒体采访，也没有通过微博、论坛、博客等任何形式对本案表达观点，我们把所有的时间和精力，都用在对本案的研究和庭审准备上。我们认为这是一个值得深入研究、需要认真探讨的新型案件，其中涉及到很多法理、网络技术、证据规则、法律适用等很多需要思考的问题。我们律师团队不仅仅是在做案子，更是在进行一个综合课题的研究。2014年8月14日，本案开庭，朝阳法院通过微博直播庭审，将辩护人的主要辩护观点同步直播，我的无罪辩护观点、论证等意见已经被公众知晓，也被同行及法律人评论，或批评、或认可、或赞同。

本案是单位犯罪，第一被告“尔玛天仙”、第二被告“尔玛互动”系单位，“立二拆四”杨秀宇作为两家



↑ (左一) 刘玲律师

公司直接负责的主管人员被列为第三被告人，卢梅作为“尔玛互动”的直接责任人员被列为第四被告人。我是第一被告“尔玛天仙”的辩护人。我做的是无罪辩护（辩护意见详见朝阳法院2014年8月14日新浪微博），第二被告“尔玛互动”也是无罪辩护，杨秀宇和卢梅及其辩护人进行的是罪轻辩护。这一辩护方案在尊重被告人、委托人的意见的前提下，经过研究案卷证据和法律，数次论证后确定的。在几个月的准备期间，我们律师团队六个人十几次开会讨论，就技术问题请来网络技术专家来解疑，就专项问题请来法律专家一起研究，就程序中发生的问题研究制订应对方案。这个案子，我们律师团队的六位律师共同的感受是，心里犹如放着一个石头，面对一百多本的案卷，把自己泡在证据中，每每出现“孕吐”感觉。

这个案子之所以受关注，不仅仅因为“立二拆四”在网络上的知名度，而是因为刑事法律首次调整网络秩序，在法律上、技术上、秩序构建、价值取向、权利保护等方面，这个案件有很

多课题要研究。如果一个案件，它能够启发法律人进行深度思考，促进发现最恰当的解决方案，挖掘其中蕴藏的法学原理，探索未来立法方向，那么这个案件就能成为法律史上具有里程碑意义的案例。立二拆四案就具有上述研究价值，如果仅仅被当作一种噱头、一种娱乐，满足大众猎奇心理和娱乐享受，那么低估了这个案件的价值，也是极大的资源浪费。在研究立二拆四非法经营案过程中，我们发现并汇总了十个法律课题来研究，现撷取两个，以抛砖引玉。

第一个问题：起诉书指控的删帖、有偿发帖、炒作之行为，有无违反国家规定，违反哪一国家规定？

这是本案的争点，也是法院判决中必须解答的一个焦点问题，它关系到罪和非罪问题。对这个问题，通过如下路径进行研究，剥茧抽丝，条分缕析，结论自然清晰呈现：

非法经营罪的构成要件之一是“违反国家规定”，但是搜遍所有全国人大及其常委会的法律和决定，查阅所有国务院的法规、行政措施、决定和命令，都没有对删帖、有偿发帖、炒作行为（或者称之为发布虚假信息行为和删除信息行为）的禁止性规定。

全国人大常委会《关于互联网安全的决定》和国务院《互联网信息服务管理办法》，其内容中均没有对发布虚假信息行为和删除信息行为的规制。

全国人大常委会《关于互联网安全的决定》和国务院《互联网信息服务管理办法》，其内容中均没有对发布虚假信息行为和删除信息行为的规制。

媒体

最高法院、最高检察院2013年出台的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》法释（2013）属于司法解释，不能作为《刑法》中关于非法经营“违反国家规定”的依据。即便该司法解释，在第七条同样指出“违反国家规定”是认定非法经营罪的必要条件，并将“违反国家规定”再次指向刑法总则96条（“本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”）。

由此可以对这一争点得出结论：本案被告单位和被告人，通过网站发布信息或删除信息的行为，非法律禁止之行为。对于私权利而言，法无禁止即自由。至于有违道德，不属司法探讨的范畴。

第二个需要探讨的问题，是本案被告的行为是否扰乱了市场秩序？

起诉书以及判决书都予以认定。

但是我们需要厘清两个概念：市

场秩序和网络秩序。不能否认，尔玛天仙在向社会提供危机公关、品牌管理服务中，通过网站有针对性地发布信息（或虚假或真实）和删除信息（或虚假或真实），这有可能在一定程度上扰乱了网络秩序，影响了网民对信息的获取和对事实的判断，可能破坏了公序良俗，破坏了人们对真善美的美好愿望。

但是，扰乱网络秩序，并不等于扰乱刑法第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第八节“扰乱市场秩序罪”中的非法经营罪所保护的市场经济秩序。扰乱网络秩序，绝不等于扰乱市场秩序，践踏社会道德底线、伤害人们的情感体验，也不等于破坏了刑法保护的法益。

同时我们必须正视一个现实，即网络对于人类而言是新事物，人类尚未寻求并制定出一个公平、公正、符合正义的网络秩序标准，自然也无法通过这个标准来比对、判断、衡量哪些行为属于扰乱网络秩序，哪些行为不属于。网络秩序正处在形成中，呈进行时状态。从无序到有序，需要长时间的积累、分

析、归纳，需要人类投入足够耐心和智慧。本案的发生就在有序网络尚未形成之前，人们对网络的认识还处于初级层次，对于删帖等行为，人们对其性质、危害后果、是否需要规制等还没有形成一个基本判断标准，对于其属于道德范畴，还是法律规制范畴，也没有达成人类共识，所以，对于新事物、新情况，如果在事实不甚清晰、性质不好确定、未来趋势不好把握的前提下，如果用既定的思维、既往的经验断然下结论，或者直接动用超大力度的惩罚手段扼杀，可能有些操之过急，也可能与该事物发展规律相悖。

在这里有必要再谈谈非法经营罪，有关这个罪名的论文可谓汗牛充栋，此罪名被学界公认为口袋罪，啥都能装。从条文看，刑法225条对非法经营行为进行了列举，前三项是擅自经营专营、专卖物品、买卖经营许可证和批准文件、非法经营证券期货保险、资金支付结算业务，第四项是兜底条款“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。兜底条款中的其他行为，不是其他任意行为，而应当与前三项有着共同的实质，有着相同的“基因”——即扰乱了市场秩序，在行为表现上也应呈现出一定的延续性。兜底是兜住这个罪名的底限，不是将这个罪名做成一个大容量、有弹性的口袋，为任意归罪提供工具。

当然，在我的辩护意见中，除了法律适用之外，还用了较多时间对本案证据、对事实认定发表意见，我认为本案证据不足，指控事实不能成立，法律适用错误，通过多角度、多维度地分析论证，得出结论：尔玛天仙不构成犯罪。

文 / 刘玲





媒体

田文昌解读呼格吉勒图案再审关键点

11月20日，央视《新闻1+1》栏目就“呼格吉勒图案十八年后再审”这一热门新闻事件连线京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌律师，对呼格吉勒图案的再审关键点进行分析。

田文昌律师表示，再审程序根据不同案件，审理的内容可能有所不同。像呼格吉勒图案，当事人已经死亡，那么再审主要是两方面内容：一方面是所谓的真凶再现，赵志红是不是真凶，对他交代的杀人事实加以审查；另外一方面就是对呼格吉勒图案本身的证据重新进行审查和过滤，从法定的角度来看这些证据能不能达到确实充分的程度，如果不能达到，那么根据疑罪从无的原则应当对本案加以纠正。



柳波律师就呼格案国家赔偿问题接受《人民日报》记者采访

2014年12月30日，内蒙古高级人民法院对呼格吉勒图案作出国家赔偿决定：一、向赔偿请求人李三仁、尚爱云支付死亡赔偿金、丧葬费共计1047580元；二、向赔偿请求人李三仁、尚爱云支付呼格吉勒图生前被羁押60日的限制人身自由赔偿金12041.40元；三、向赔偿请求人李三仁、尚爱云支付精神损害抚慰金100万元。以上各项合计2059621.40元。

其中，100万元的精神抚慰金创下了国家赔偿中精神赔偿的纪录。有人提出，根据最高法的有关规定，精神抚慰金原则上不超过依照国家赔偿法确定的人身自由赔偿金、生命健康赔偿金总额的35%，但“呼格案”100万元的精神抚慰金明显超过上限，此项赔偿是否符合规定。

京都律师事务所柳波律师就这一问题接受《人民日报》记者采访。柳

波律师认为，确定精神损害抚慰金应考虑的因素包括：刑罚轻重和执行方式、精神受损情况、社会评价受到影响情况、侵权机关及其工作人员的违法和过错程度等。就本案而言，呼格吉勒图的父母遭受的精神痛苦是不证自明的，“丧子之痛”带来的不仅是社会评价的降低，还有生活轨道的紊乱，100万元精神损害赔偿金不存在过高的问题。

京都律所吴立伟律师：涉毒明星回归社会难



吴立伟律师

近日，曾代理李代沫容留他人吸毒案的京都律师事务所合伙人吴立伟律师接受腾讯新闻的邀请，就房祖名涉毒一案进行专家点评，以下是报道全文。

2015年1月9日上午9时30北京东城区法院将公开审理房祖名涉毒案件，这也是房祖名自2014年8月14日涉案被拘捕后，首次公开露面。庭上，房祖名自愿认罪，并坦承曾一共容留他人吸毒4次，其中3次是柯家凯(柯震东)，

“2012年中旬一次，2014年7月一次，8月13日一次，都在家里房间和洗手间”。还有1次是容留女星李晓楠(洛诗)吸毒，时间是2014年8月14日，地点为家里的洗手间。

仅自2014年至今，经媒体公布的便有多起明星涉毒案件，用“多发”来表述也不为过。以至于社会公众认为，明星群体为涉毒高发区。笔者以为，这种判断不仅会给明星群体带来巨大的社

媒体

会压力，更严重的社会后果是，由于明星的公众性和示范性，会使得公众，尤其是青少年造成价值取向的扭曲。笔者试图通过办理明星涉毒案件的体会，谈一些关于明星涉毒的相关问题，以期在消除认识差错后，最大限度消除明星涉毒带来的负面效应。

2014年北京警方进行的缉毒大会战中，查获的涉毒明星占全部查获的涉毒人员的0.15%，而据《中国新闻周刊》不完全统计，自1998年以来曝光的中国涉毒明星不到40人。显然，明星涉毒只是涉毒人群的“小众”。但因为明星群体涉毒报道率近乎100%，且社会关注度较高，使得人们产生了明星群体为涉毒高发区的误解。



尽管通过数据说明了“明星群体为涉毒高发区”的判断有误，但由于明星群体对社会公众具有引领和示范作用，明星涉毒的社会危害性远远大于普通涉毒案件，因此，在秉承“适用法律上一律平等”的法律原则下，对此类案件严格查处是具有非常重大的社会意义的。

我认为，明星涉毒的起因无别于其他涉毒人员，无外乎有“猎奇型”、“排压型”、“奢靡型”、“炫酷型”等，每个人的起因不尽相同。有的是在朋友聚会时，出于好奇，尝试一下吸毒的感受，自此沾染毒品；有的是由于工作紧张、疲劳，期冀以毒品来缓解情绪；也有的是功成名就，以毒品来消遣；还有的是为了赶时尚，以吸毒来体现其生活“品味”。要使明星群体远离

毒品，不仅仅是法律打击和道德指引就能简单完成的，这是一个十分庞大和复杂的社会系统工程。

我们看到，通过媒体披露的这些涉毒明星，除个别的以外，都表示强烈的忏悔，诚恳的歉意。都恳求社会包容、谅解，并在改过后接受。那么，我们国家，我们社会应当正确对待和处理他们的案件及后续问题。在案件处理

上，同种行为和情节，对明星的处罚略重于其他人，公众和涉案者本人都能理解并接受。有必要探讨的是，涉毒明星行政处罚或刑事处罚执行完毕后，国家和社会应如何对待他们。

从已结和未结的案件看，社会公众对这些涉毒明星还是给予了最大限度的包容与谅解。这使得他们减小了很大的心理负担和压力。至此，涉毒明星违法犯罪接受处罚后，能否重新走向社会、走向生活、走向自己的事业，关键要看政府任何对待了。

我们国家的法律、法规及相关政策，一贯强调刑罚的教育和挽救作用，一贯坚持对违法犯罪人员在各方面不予歧视。我个人认为，对待违法犯罪的明星也应如此。在他们接受了法律处罚

后，非因法律原因并有法律依据，不应剥夺或限制他们从业权利。理由如下：

一、我们应正确理解和处理法律评价与道德评价的地位和关系。他们依法承担的行政或刑事处罚，是对其行为作出的法律评价。而作为明星，应有更高的道德准则、其行为对社会道德起了负面的示范作用，这是道德评价。法律评价的标准低于道德标准，但其具

有国家强制力，效力高于道德标准；道德评价的标准高于法律标准，但其不具有国家强制力，效力低于法律评价。如果以某种法外的决定、命令来剥夺或限制涉毒明星的从业权利和自由，实质上是将道德标准法律化了，这是违背法理的。

二、涉毒明星的从业权利和自由，是其人身权利的重要组成部分。任何人身权利如无法法律依据和裁判，是不可以被剥夺的；

三、十八届四中全会确立了依法治国的大政方针。“法无授权不可为”是对法治政府的基本要求，也是对公权力特征的高度概括。如果以法外方式剥夺或限制涉毒明星的从业权利和自由，损害的不仅仅是涉案明星个人的权益，更是对法治政府的公信力、法律至高无上的地位和权威的损害，甚至因此而否定我们是法治国家。这个后果，远比涉毒明星继续其演艺事业可能给社会带来的负面效应严重得多。

以上对明星涉毒谈了一点粗浅的认识和看法。最后恳切的希望明星们能够规范自己的行为，为社会公众起到良好的道德示范作用。



媒体

英国律师杂志刊登京都律师撰文——《了解你的合作伙伴》

随着中国经济力量的崛起，许多中国企业加快了开拓国际市场的步伐，同时，越来越多的境外企业也表示了与中国同行合作的强烈意愿。但是由于文化、环境和语言等各方面的差异，毋庸讳言，许多跨境交往的背后也潜藏着出现纠纷的隐患；更有一些缺乏诚信的公司，利用互联网的虚拟环境和对方法律风险防控意识的欠缺，以欺诈的手段攫取非法利益，伤害了彼此合作的诚意和信心。

京都对外投资与贸易部合伙人郭庆律师和孙靖宇律师，从合作之初审慎了解合作伙伴的角度，向跨境投资与贸易的主体做出了实务操作层面的风险提示，获得英国《律师》杂志刊载。



田文昌：应认真反思造成冤假错案的司法机制

11月20日，呼格吉勒图案进入再审程序；12月12日，最高人民法院指令山东省高级人民法院对聂树斌案进行复查；12月15日，内蒙古自治区高院再审判宣告原审被告人呼格吉勒图无罪……在党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》后，许多尘封多年的冤假错案得到纠正的速度明显加快。许多人直言，嗅到了法治春天的气息。

“确有进步，但还不够。”近日，我国著名律师、中华全国律师协会刑事业务委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌在接受中国青年报记者专访时指出，目前得到纠正的冤假错案，相当一部分是由于真凶再现或者被害人“死而复生”，才不得不加以纠正。除了因为现实倒逼去纠正一些个案，更应该认真反思造成过去那些冤假错案的司法机制，从根子上铲除造成冤假错案的土壤。

法治的本质特征是以法治理国家，用法律规范和制约公权力

中国青年报：党的十八届四中全

会前后，法治被提升到了前所未有的重要位置，成为当下政治生活中的核心词汇。这一状况在您的意料之中吗？

田文昌：两年前，当薄熙来、王立军的案件被披露后，我在《律师文摘》杂志举办的一次学术沙龙上公开断言，法治的春天会提早到来。现在回过头来看，果不其然。

我当时之所以做出这样的判断，是有根据的。回顾历史，中国的法治道路走得很艰难。第一次法治的复兴，出现在上世纪70年代末80年代初。当时，十年文革刚刚结束。文革对政治、经济、文化、社会、人权的全面破坏，让全社会认识到，没有法治不行，于是开始痛定思痛，搞法治建设。

从上一次法治的复兴算起，至今已经30多年了。随着时间的推移，许多教训被逐渐淡忘，破坏法治的事件又开始增加，其中以薄熙来、王立军案件最为典型。近年来一系列破坏法治的事件，却也有另一种效果，就是再一次给全社会敲响了警钟，让大家意识到，法治建设容不得丝毫懈怠与倒退，否则就

会祸国殃民。

在这样一种背景下，新一届党中央顺应历史和社会发展规律，将法治作为核心的执政理念之一，出现了十八届四中全会这样一个首次以依法治国为唯一主题的党的全会。在这种意义上说，我们现在提倡并重视法治是一种历史的必然。

中国青年报：您理解的法治是什么？

田文昌：从字面上理解，“法治”二字的意思是用法律去治理。治理的主要对象是谁？这里面就涉及法治的核心要义。现实中，我们经常将法治与法制两个词用混，两个词虽只一字之差，包含的意思却相差很大。

法制，简单来说就是将法律制度作为工具，来管理国家和人民。法律只是一种手段，作用的主要对象是公众。而法治，指的是依靠法律来治理国家，就是以法律作为治国之道。法律是全社会包括统治者都应遵守的规范，作用的主要对象是以政府为代表的公权力。

所以说，法治的本质特征是以法

媒体

治理国家，用法律规范和制约公权力。只有在公权力得到有效约束的前提下，法律才能树立起自身的权威，受到民众的尊重和服从。当公权力不受法律约束，并且可以影响法律甚至取代法律的情况下，法律的权威就无从谈起，法律的公正性就难以实现。

法治不是抽象的，而是老百姓看得见摸得着的公平正义

中国青年报：您怎么看当前社会的法治理念与法治水平？

田文昌：现在全社会都在讲法治，这是好事情。但是，法治不能光靠嘴上讲，还要看心里是不是真的认同，行动中是不是真的落实。事实上，由于法治在我国走过的道路还比较短，许多人骨子里存在根深蒂固的人治思维，我们法治理念的每一次进步都很难。

上世纪80年代初，当社会普遍认同要搞法治后，第一个争论就是程序正义的问题。当时，主流观点认为我们应该讲客观真实，与程序有关的都是资产阶级的“虚招子”。后来，经过长期的争论与实践，我们才逐渐认识到，程序正义是实体正义的保障，没有前者就没有后者。

再比如有罪推定与无罪推定的争论。当年，主流观点认为，无罪推定是资产阶级反动理论，理由是，我们既不讲有罪推定，也不讲无罪推定，讲的就是实事求是。“实事求是”这句话本身一点没错，可问题是怎么实现实事求是呢？当年，我也想参与讨论，结果刚提出质疑就被拍了回来。讨论成为禁区。后来大家才逐渐意识到，不搞无罪推定，就是在搞有罪推定，中间道路并不

存在。最后就变成了谁的话语权大，谁就代表事实，实事求是也成了一句空话。现在，无罪推定虽然被普遍接受，但这几个字仍然没能被堂堂正正写在我们的刑事诉讼法中，这不得不说是个很大的悲哀。

值得欣慰的是，十八大以后从党和国家领导人的许多讲话中，我们能够清晰地看到，他们具有很强的法治理念与法治思维。比如习近平主席讲，要将权力关进制度的笼子，一语道破了法治的最基本要义。李克强总理说，私权利法无禁止即可为，公权力法无授权不可为，说的就是公权与私权之间差别这一法治核心概念，直指长期以来我们存在的公权力泛滥而对私权严格限制，“只许州官放火，不许百姓点灯”的反常现象。

中国青年报：我看到您在不同场合均提到习近平主席的一句话——“要努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”。您为什么格外重视这句话？

田文昌：在我看来，这句话是法治思维的集中体现。以前，我们讲法治，多是在抽象的层面，有人认为所谓的“大局”要比法治更为重要。这就导致很多时候，我们对法治的落实只停留在口号上，在抽象层面是肯定，在具体层面其实是否定。比如在“稳定压倒一切”的理念下，许多具体的司法案件没能得到公平的审判。

而“要努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”这句话一针见血地指出，法治不是抽象的，它是老百姓看得见摸得着的公平正义。抛弃了具体案件上的公平正义，法治就成

了一个抽象的概念。公平正义是一点一滴累积起来的，是从一个一个具体个案做起的。只有在具体司法案件中做到了公正，才能体现法律的公正，老百姓才能信赖法律，依法治国才能真正被落到实处。

我们必须认真反思造成过去那些冤假错案的司法机制

中国青年报：最近，许多尘封已久的冤假错案都得到了纠错，或者进入纠错程序。您怎么看这一趋势？

田文昌：十八大以后，最高人民检察院出台了《关于切实履行检察职能防止和纠正冤假错案的若干意见》，最高人民法院也出台了《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》。许多已经过去十几年的冤假错案都有了得到纠正的希望。这些都是扎扎实实的进步，具有非常积极的意义。但我认为这还远远不够。

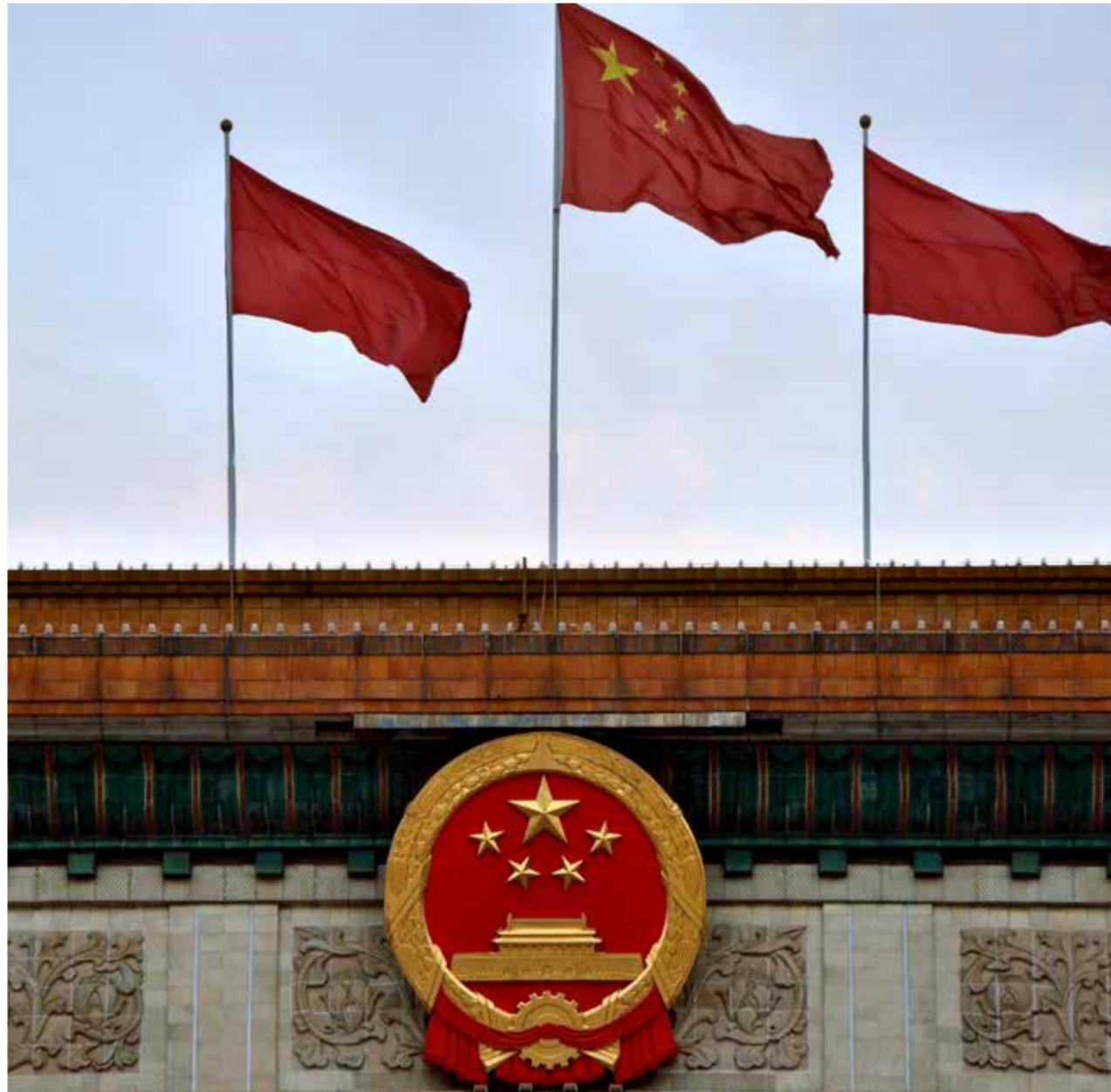
为什么不够？我大概统计了一下，最近一段时间得到纠正的冤假错案大概有二十几个，其中相当一部分都是由于真凶再现或者被害人“死而复生”，才不得不加以纠正。这是很悲哀的事情。因为真凶再现、被害人“死而复生”都是概率极小的事件，只是大量冤假错案的冰山一角。没有出现真凶再现或者被害人“死而复生”的冤假错案怎么办？难道就得不到纠正了吗？

所以说，在清理冤假错案方面，除了因为现实倒逼去纠正一些个案，我们更应该主动去认真反思造成过去那些冤假错案的司法机制，从根子上铲除造成冤假错案的土壤。

（原文刊登于中国青年报12月19日07版）



从律师角度看 四中全会《决定》



重视律师是法治社会的显著标志

■ 田文昌 / 文



田文昌：京都律师事务所创始人，原主任，现京都律师事务所名誉主任。中华全国律协刑事业务委员会主任，西北政法大学刑事法学院名誉院长，中国政法大学、北京大学、清华大学、社科院法学所等多所高校兼职教授。2002年被美国刑事辩护律师协会授予“终身荣誉会员”证书，2013年被评为“CCTV2013年度法治人物”。

律师是法律职业共同体的必要组成部分，是法治社会中不可或缺的职业群体。没有律师，以法治为基础的市场经济就难以维系；没有律师，以正当程序为保障的法律天平就难以扶正。所以，律师制度与法治社会是不可分割的统一体。没有律师，就没有法治。

法治建设和律师制度发展30余年来，虽然中国的律师群体从无到有，从小到大，律师的概念也逐渐为社会所熟悉和接受。然而，迄今为止，在中国社会中律师却处于被边缘化的境地。这种状况，也从侧面反映出中国目前还没有形成一种完备的法治环境。

建设法治社会，绝不仅仅是一种抽象的概念，而是实实在在的对法治结构的搭建，一个没有律师的法治结构是残缺的。其实，保护法治环境与保护人类生存环境的理由并无二致。排斥律师的结果必然是破坏了法治环境的生态平衡，从根本上则会挖掉法治社会的根基。

因此，我认为：重视律师是法治社会的显著标志。

我们必须认识到，没有律师在法

律职业共同体中有效的发挥作用，真正的法治社会是不可能形成的。这么多年来，律师的地位一直受到质疑，律师被边缘化的问题十分严重。实际上，表面上看这是对律师制度的忽视，但从根本上来讲，由于缺少了控辩审三方的制衡关系，则会导致法律天平的倾斜，从而破坏了整体法治环境的生态平衡，破坏了司法公正。所以，要让律师堂堂正正地在法治社会中立足，才能真正地实现依法治国。

长期以来，社会上对律师制度和律师的作用一直存有偏见。不仅是老百姓有这样的认识，有些官员有些机构也有这样的认识。

其实，律师争取职业权利，并不单纯是在为自己争权的问题，而是为了能够让全社会重视律师的作用，最终目的是为了维护司法的公正，为了促进法治建设的发展。

十八届四中全会以后，如果中国律师的地位能有明显的提升，能够让律师堂堂正正地在法治社会中立足，我认为这可以视为一个标志性的进步。因为，在一个国家中，律师的地位和作用如何，直接标志着这个国家民主与法治的程度。☞



律师对纠正错案的作用举足轻重

■ 邹佳铭 / 文



邹佳铭律师，京都律师事务所合伙人，法学博士、博士后，主持多项刑法、刑事诉讼法领域的课题与研讨，为多位企业负责人、高管提供刑事诉讼辩护与代理。

冤假错案，会影响司法机关的公信力及国家的形象，甚至影响到公众的法治信仰。从最高院的调研来看，几乎每起冤假错案背后都有刑讯逼供存在。在防范和纠正冤假错案方面，律师可发挥举足轻重的作用。

首先，刑讯逼供之所以发生，与侦查阶段是一个完全封闭的状态，公权力的运行缺少有效的约束和监督密切相关。尤其在法律没有规定被讯问人沉默权，录音录像措施在现有实践中为侦查机关所控制，对规范侦查行为作用有限的情况下，最为有效的措施应该是赋予律师在场权。所有的案件没有律师在场，不能讯问犯罪嫌疑人和被告人，这样才能有效平衡侦辩双方的严重失衡，对被讯问人提供最直接和有效的法律帮助。当然我们也必须考虑我国刑事辩护率严重底下的现状，作为应对措施可以在看守所配备政府公职律师，除犯罪嫌疑人或被告人聘请的律师外，如果被讯问人没有能力或不能及时聘请律师的，应该由公职律师在场进行讯问。

其次，在非法证据排除程序中，辩护人最重要的职责就是帮助被告人对公诉人提出的取证合法性的证据进行质证。在司法实践中，被告人也包括有的公诉人和法官存在一个错误认识是，被告人本人应该提出证据证明他被非法取证。其实依照法律规定证据合法性的证明责任在公诉人，并且证明要达到“确实、充分”的标准。但是一个证据是否有证据资格、证明

力如何，所有的证据能否确实充分地证明侦查机关取证合法，完全是一个法律问题。被告人如果不借助律师的法律知识和技能，可能完全不能胜任。就此而言，我认为如果案件启动非法证据排除程序，被告人没有聘请律师的，法律应该将此作为指定辩护的法定情形，否则该程序将流于形式。

再次，公诉机关对于证据合法性的证明，主要包括讯问笔录、侦查人员到场、录音录像这三类有效证据，前两类证据都很难突破，只有录音录像相对客观。而法庭受时间限制，不可能临时播放全部全程录音录像，被告人在押也不可能事前观看的情况下，可行的办法只能是律师在庭前全程观看录音录像，选择其中有非法取证嫌疑的片段要求庭审播放，并由控辩双方当庭质证，才能查清相关事实。

最后一个重要问题是，非法证据不仅包括非法取得的被告人供述，还包括证人证言，而后者对一个案件的定性往往起到至关重要的作用。被告人在押的情况下，只能在法庭上获悉证人证言，即使他当庭提出异议，由于证人一般不出庭，也难以有效地当面质证。而辩护律师在审查起诉阶段就可以阅卷，还可能通过其他渠道获悉相关信息，所以在获悉证人有被非法取证嫌疑的情况下，辩护律师可以在庭前申请排除证人证言。或者是庭前向被告核实证人证言的真实性，在存疑的情况下，庭前向法庭提出证人出庭的申请，通过当庭质证，查清案件事实。

构筑法治信仰 发挥律师作用 推进法治进程

■ 刘铭 / 文



刘铭律师的主要执业领域为：公司法律事务、知识产权、房地产、投资并购等民商法律事务。

2002年开始从事律师工作，2013年加入京都律师事务所，执业十余年，办理了大量诉讼和非诉讼业务。以其理论基础及执业经验，致力于法治、社会进步与高端法律服务。在公司事务、知识产权、投资并购、房地产、重大婚姻家庭等民商法领域有深入的法律实践。曾担任美国AT、英国MINVA、意大利KPD等多家国际知名公司法律顾问，恰当运用法律手段解决客户所关注的问题，有效解决公司、个人法律事务，维护当事人的合法权益。

法治是国家治理的方式，也是理想的社会状态，是社会文明的一个标志，相信“法治”一词会因为十八届四中全会成为时代语境。

不同的人、不同的角度对《中共中央关于推进依法治国若干重大问题的决定》（下称《决定》）会有不同的解读和愿景。作为律师，更希望在构筑法治信仰、发挥律作用中更好推进法治进程。

第一、法治社会首先要构筑法治信仰

“法律的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰”。法治社会首先根植于全社会的法治信仰！如果没有法治信仰，法治就不会有土壤和存在的环境。但法治信仰也恰恰是我们所缺少的，是法治进程中首先要我们思考和努力去构建的。

什么是法治信仰？法治信仰应该有什么样的内涵？

作为法律人对法治信仰会有更深入的思考。

我认为法治信仰应该包含三个层次。

第一个层次是树立法治意识，具有法治观念。法律意识应该成为我们的思维方式、行为方式、生活方式、人际交往的方式，成为内心信奉，行为准则。有理找法，遇到事情靠法。就象《决定》讲的“全体人民都成为社会主义法治的忠实崇尚者、自觉遵

守者、坚定捍卫者”。如果大家都有法治意识，法律意识融入我们的点滴生活，形成法治环境。法治就会改变我们的生活，人与人的关系会变得单纯，生活会变得简单省心。法治的“行为红利”也会逐步凝结为民众的行为动力，会加速法治愿景的实现。

第二个层次，法治信仰也不意味着要唯法独尊，法律不是万能的，法律只调整社会关系中的法律关系。社会关系中的道德关系、纪律关系、伦理关系、友情关系、宗教关系等等都不是法律所能调整的。所以，构建法治体系，不仅要讲法，也要德法兼备，要构建包括伦理道德，意识形态等综合的价值体系。我们在强调法治的同时，也要强调加强公民的道德建设，增强法治的道德底蕴，弘扬公序良俗，要“坚持依法治国和以德治国相结合”，具有道德引领的法律才能讲理服众的法律。

第三个层次，法治精神的核心是理性思维和理性精神。理性思维意味着一个人的言行具有谨慎的思考和科学的判断，意味着不盲从、不非此即彼、不人云亦云；理性思维也意味着一个人知道该信什么，不该信什么；意味着言行节制，理性表达诉求……

社会步入自媒体时代，每个人都能够发出声音，评论是非。这是多元社会的标志和体现。但是我们发现，很多声音往往不具有理性思维，不具有是非观，缺少价值取向，象“东莞挺住”、“绿豆能治病”、“神医胡万林”、盲目抵制日货，这些都能看



到理性的缺失，但恰恰这些声音，也容易形成“草根民意”、“网络狂欢”，影响社会风气。

我们应准确理解法治信仰，也要努力推动全社会的法治信仰，需要健全普法宣传教育机制，深入开展法治宣传教育，尤其要加强青少年的法律教育，就象《决定》提到“要把法治教育纳入国民教育体系，从青少年抓起，在中小学设立法治知识课程”。青少年对法治思维和法治信仰的形成，对法治国家确实具有不可替代的作用。

第二、建设法治社会需要更好发挥律师作用

《决定》提到加强法律服务队伍的建设。律师是学习法律的，法律是治理国家的规则，律师是天然的参政议政者，对民主、公平、法治有着天然的崇尚性。实践证明，社会的文明进步程度也和律师作用发挥的好坏成正比。

所以，应该按照《决定》更多发挥律师作用，包括建立律师参与者立法的途径，实践委托律师作为第三方起草法规草案；积极推行政府法律

顾问制度，加强依法行政；畅通从符合条件的律师中进入立法工作者、法官、检察官渠道；加强律师提供法律援助；在各级党政机关和人民团体普遍设立公职律师等等。

《决定》为我们描绘了法治中国的蓝图，但我们也清醒的认识到，目标越明确、思路越清晰，反面要清醒冷静。法治建设没有完成时，依法治国历程是一场漫长的接力赛，不会一蹴而就，需要每个人以知促行，踏实努力，才能让法治的理想尽快照进现实。

律师在依法治企中大有可为

■肖树伟 / 文



肖树伟律师现为京都合伙人，中国法学会会员，中国贸促会/中国国际商会调解中心商事调解员，中国政法大学法学院兼职教授，中央民族大学法学院客座教授，第八届北京市律师协会国际贸易与投资专业委员会副主任，北京市律师协会银行法专业委员会委员，北京市律师协会执业纪律与调处委员会副主任，北京市涉台律师，第九届北京市律师代表大会代表，第一届北京市朝阳区律师代表大会代表、监事。

肖树伟律师精通英语，在金融、公司、合同、矿产资源及国际贸易与投资法律事务等领域均开展大量业务，擅长国际贸易及投资法律事务，曾成功代理了多起国际经济贸易投资纠纷仲裁案以及众多国内经济合同纠纷案，为境内外企业和个人提供了大量诉讼、仲裁及非讼的专业法律服务。

党的十八届四中全会决定作出的全面推进依法治国的决定，对于依法治企具有重要的意义。正像决定指出的“社会主义市场经济本质上是法治经济”。企业作为国家中的一个法律主体，市场经济的重要组成部分，依法治企是必须的，对企业的生存和发展也是必要的。律师作为法治队伍中的重要成员，在依法治企中大有可为。

作为党的全会决定，四中全会决定史无前例的提出了律师在依法治企中的具体工作内容，即“参与决策论证，提供法律意见，促进依法办事，防范法律风险”。这既是党中央对律师工作的高度重视，也是对依法治企的具体部署和要求。作为企业特别是国有企业一定要贯彻落实党中央的指示要求，在企业的经营管理的整个过程中，充分听取律师的法律专业意见，依法治理企业。作为律师一定要不辜负党中央的信任，充分发挥自己的法律专业特长，为企业的健康规范发展保驾护航。根据党中央的上述指示精神，律师在依法治企中可以发挥以下作用。

1、在企业决策过程中，作为法律专业人员，参与决策的论证。在参与企业的决策时，重点在法律方面论证企业的决策是否符合法律规定，在法律上是否可行。例如在讨论企业投资矿产资源开采时，要对矿产资源的

开采是否符合国家环境保护法等，进行论证，对于违反法律的投资建议，提出否定的意见。

2、就企业的经济管理行为，提出法律意见。提供法律意见是律师的一项常态性的工作，既可以围绕日常的生产经营做出，也可以就特定事项做出。律师就企业全部的经营管理行为是否合法、有效发表独立性的法律意见。对于具有特殊性的项目或决策，则应当由在某个法律领域有专业特长的律师提供专项的法律意见。比如在对外投资时，就要由懂得拟接受投资国的法律的律师，对该国有关投资的法律提供专业意见。

3、出于法律专业人员的职责，律师有义务向企业经营管理层讲解法律规定，培养他们的法律意识，增强他们的法律观念。使他们懂得法律的重要性特别是违法的危害性，从而自觉知法守法，促进企业经营管理层依法办事。

4、作为法律专业人员，根据法律规定以及自己的专业经验，同时参考其他企业的经验，对企业可能存在的法律风险进行识别分析判断，从而提出法律风险的应对措施。律师可以在企业的横向法律风险防范（平等交易主体之间的法律风险）、纵向法律风险防范（政府监管的法律风险）、企业内部法律风险防范三个方面发挥律师的专业作用。

“疑罪从无”观念应当得以确立

■吴立伟 / 文



吴立伟律师的主要执业领域为：刑事辩护，重大民商案件代理。经办了职务犯罪、经济类犯罪、涉黑犯罪、毒品犯罪、其他普通刑事犯罪等大量案件。曾在某公安高等院校执教25年，主讲刑法、刑事诉讼法，有扎实的理论和丰富的实践经验。

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，勾画了将我国建设成为社会主义法治国家的蓝图。我们感受到了法治春天的气息，为之振奋，并期盼社会主义法治的真正实现。

我认为，在刑事司法领域，要实现真正的法治，建立健全法律和制度固然重要，但首要解决的问题是执法机关和执法人员的执法理念。

从刑事司法的理论上看，任何国家、任何时期，都不可能做到一切有罪的人无一遗漏地受到追究，但我们一定要保证任何一个无罪之人不被蒙冤，一定要真正做到“疑罪从无”。

很多执法人员错误地认为，有些案件的证据上虽然有一定的瑕疵，但判决你被告人有罪，肯定是不冤的。

执法人员往往错误地以为这样做是在维护国家法律的威严。殊不知，国家法律和司法机关的公信力，就是通过这种错误执法理念指导下的这些案件，在民众中丧失的。

如果没有正确的执法理念指导，法律再完备、制度再健全，也都难以避免冤假错案的发生。

出现冤假错案的另一重要原因是，侦查、起诉、审判三机关的配合有余，而监督制约不足。公安抓了，检察院就捕，检察院诉了，法院就判。因此，必须强调并强化三机关之间的监督、制约机制。

此外，侦、控、审、辩，一定要摒弃基于各自的职务、业务所产生的本位主义，将理念统一到尽管身份角色不同、但共同终极目标是为了使每一个司法案件得到公正处理这个高度上来。



京都召开非法证据排除规则中的若干问题与完善建议研讨会



2014年12月6日，京都律师事务所秉持“个案推动立法”之精神，在北京召开“完善人权司法保障制度系列之——非法证据排除规则实施中的若干问题与完善建议研讨会”，特邀我国刑事法领域的著名专家学者，以及国内知名律师、媒体记者，对非法证据排除规则等相关问题进行深入探讨。这是京都律师事务所完善人权司法保障制度系列研讨会系列第二辑，我们希望对这些问题的思考和建议，能为完善我国的人权司法保障制度添砖加瓦。

研讨会由京都律师事务所刑事訴訟部合伙人朱勇辉律师主持。合伙人邹佳铭律师做了主题演讲，她认为：第一，新刑法模糊了非法证据的外延，现阶段刑讯逼供等暴力行为有所遏制，但是威胁、引诱、欺骗行为悄悄蔓延，刑法应明确将威胁、引诱、欺骗行为取得的证据作为非法证据排除。第二，在之前的非法取证行为查明的情况下，法庭应排除重复自白，直接采信被告人的当庭供述。第三，为防止在具有利害关系的共犯证言和对象犯证言取证中的利益交换，应该考虑这种情形作为证人出庭的法定事由。第四，应明确规定指证和指供取得的证据是非法证据。第五，规范录音录像的录制和保管，控方如果不提供录音录像，要承担对证据合法性证明不足的后果。第六，重视律师在非法证据排除规则中的作用，规定讯问时律师在场权，将启动非法证据排除程序作为指定辩护的法定情形。

稍后，与会的专家学者发表了他们的看法。中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长樊崇义教授认为，当前谈非

法证据排除规则首先要谈提高认识，要将严格执行非法证据排除规则提高法治中国的高度，是完善人权司法保障的重要内容，当前中央司法机关关于“严格执行”的基调是正确的，必须坚决拥护。在提高认识的基础上，当前关于非法证据排除规则的改革应强调六个问题的调研与落实，具体包括：（1）疲劳审讯获取证词的排除；（2）采取非法拘禁、超期羁押等方法获取供词的排除；（3）重复自白的排除；（4）威胁、引诱、欺骗获取供词的排除；（5）采用暴力方法威胁近亲属等获取供词问题；（6）“毒树之果”的排除。樊老师进一步提出了完善非法证据规则的三点建议：一是同步录音录像应强制性地全部随案卷移送，否则可考虑成为检察机关和审判机关拒绝收案的理由；二是审讯应在看守所内进行，否则供述不得作为定案证据；三是司法机关应就非法证据排除程序给出结论，强调判决书的拒绝说理是错误的。



北京师范大学刑事法律科学研究院常务副院长卢建平教授发表了他的看法。

中共十八届四中全会的《决定》发布后，非法证据排除规则站在了第四轮改革的起点上，最高人民法院联合公安部、司法部、最高人民检





院和国家安全部等五部委正在积极地开展相关司法解释的起草工作，目前已经形成了包含40条的初稿，正在广泛征询意见。中央司法机关正在努力实现非法证据排除规则的六大突破：一是试图扩大非法证据的范围，明确变相刑讯逼供的外延，包括诱供、欺骗、指供、威胁本人、威胁证人、威胁犯罪嫌疑人近亲属等；二是“毒树之果”的裁定排除；三是论证非法拘禁、超期羁押获取的犯罪嫌疑人供述的排除；四是积极发挥律师在非法证据排除过程中的作用；五是办案机关提交的关于证据搜集的说明不能作为证明证据合法性的根据；六是细化非法证据排除的程序。非法证据排除规则的制度化是关乎部门关系、权责划分等问题的重要改革举措，改革的大幅推进确实困难重重，上述六方面的任何突破都是非法证据排除规则在中国的重大进步。

中国社会科学院法学研究所研究员王敏远教授指出，在提高观



念层面，“要努力使每一个案件的当事人都能感受到司法的公平正义”和“司法是社会公平正义的最后一道防线”这两个理念也应当成为非法证据排除规则的重要注脚。在制度层面，非法证据排除制度不是证据制度中的一项，也不是刑事诉讼某个阶段的制度，而是整个国家刑事程序法律制度中的一项，是一个体系。要把非法证据排除制度体系化，形成一个有机的整体，审判机关是防线中的防线，审判机关真正落实排除程序和排除效力，进而向“前端”辐射，真正发挥非法证据排除的作用。在规则层面，应该首先抓住关键环节：一是发挥犯罪嫌疑人和辩护律师在非法证据排除中的积极作用；二是排除的非法证据不仅不能作为定案的根据，更不能作为“心证”的根据。

北京师范大学刑事法律科学研究院刘广三教授认为自修订的《刑事诉讼法》在法律层面确立了非法证据排除规则以来，非法证据排除规则还是发挥了积极的效果，公安机关的侦查行为的确得以规范，促进了侦查模式的转变。当然由此也引发了新的问题，如网络

取证、电子取证的证据合法性和非法证据排除问题。在讨论非法证据排除问题时，我认为《刑事诉讼法》第73条是应该予以重点关注的问题，指定监视居住必须得以规范，类似办案基地这样的场所在全国的兴起和蔓延应引起足够的警醒。正如王敏远教授所言，非法证据排除是一个体系，相关制度需要配套，排除的后果并不能从根本上解决问题，例如仅仅规定讯问的律师在场权，但在夜间讯问的情况下如何保障？还是要考虑配套制度，如果规定不得夜间讯问，问题就解决了。



北京大学法学院陈瑞华教授强调，随着纠正冤假错案之风在我国的蔚然兴起和非法证据排除规则被写入党的重大文件，非法证据排除规则已经到了最关键时刻。在非法证据

排除规则的完善上，我国中央司法机关一直在积极推进，思路从给刑讯逼供下定义到扩大刑讯逼供的外延，这是值得肯定和坚持的。这一次最高人民法院牵头起草的司法解释，在扩大外延上做了很大的突破，但毕竟列举具有有限性，还要留有一定的扩展空间。在排除对象层面，当前非法证据排除规则改革已经取得了很大的突破，应努力将威胁、引诱、欺骗，“毒树之果”，重复自白，律师不在场的讯问和没有同步录音录像的讯问列入排除对象。在排除规则层面：一是应将解决证据的证明力程

序放在证明之前，也就是说非法证据排除程序原则上应在庭前会议完成；二是非法证据排除程序必须给结论，以保证上诉权，并便于律师进行辩护准备。

除了在座的专家学者，律师界的代表们也发表了自己的看法。京都律师事务所创始合伙人、名誉主任，全国律协刑事专业委员会主任田文昌律师首先提出三个问题供大家思考：监所外提讯、重复自白和录音录像全程公布的问题，另外非法证据排除启动时间的问题，要明确非法证据排除要在质证前，否则就没有意义。此外京都律师事务所公丕国律师结合自身办案经验，提出了三个问题及建议：一是建议进一步释明“对于非必要的、故意干预被审问人睡眠导致其生理、心理极端痛苦的连续审讯取得的言词证据为非法证据”。二是侦查人员拒不到庭的问题；排除非法证据过程中，侦查人员到庭接受质询是查清事实的重要因素，但实践中多数侦查人员拒不到



庭。鉴于侦查人员不是普通的证人而是“非法审讯的嫌疑人，法院认为侦查人员必须出庭而侦查人员拒不到庭的，建议强制传唤，或规定应当出庭而拒不到庭的侦查人员形成的审讯笔录无效。三是律师录音录像查阅权的问题：查阅同步录音录像，是律师发现非法证据线索或证据的重要环节，但实践中检察院甚至有些法院不允许律师查阅，应当规定录音录像随卷移送，检察机关和人民法院应当保证律师及时查阅录音录像，提供必要的查阅条件。

北京市律师协会刑法专业委员会副秘书长、京都律师事务所合伙人柳波律师认为：2013年1月1日新刑诉法实施以后，非法证据排除方面有亮点，有彩头，有实效，有进步。但非法证据排除的司法常态是：对口供的异议和排非申请不澄清、不辨伪、不证实，导致“真伪不明”；不敢排、不提排，不去排。造成这种状态的原因是：观念上认



识不到位，立法规定上有缺位，司法实践操作上错位、越位、不到位。

同时，吴立伟律师也认为非法证据排除，除了注重犯罪嫌疑人、被告人的口供外，还应该注重证人证言的非法证据排除。京都所经办的很多案件，就是靠应该作为非法证据排除的证人证言来定案的。如果只排除了犯罪嫌疑人、被告人的口供，还有包括证人证言在内的其他非法证据，照样可以定罪。因此，要把使用暴力、威胁、利诱等手段取得的证人证言，一律作为非法证据予以排除。



此外，尚权律师事务所律师张青松、君永律师事务所律师许兰亭、康达律师事务所杭州分所主任周伟良，京都律师事务所曹树昌、梁雅丽、刘玲律师也发表了他们的意见和建议。活动最后，京都律师事务所杨照东律师做总结发言，杨照东律师认为当前刑事侦查中存在的非法取证现象触目惊心，其后果不仅侵害了当事人的诉讼权利、也侵害了当事人的基本人权，严重地损害了司法的公正及党的形象。近年来出现的冤假错案都与非法证据的存在有关。对违法取证行为缺少惩罚措施是违法取证现象频发的主要原因。司法良知的缺失，人权意识的不足，司法理念的偏差，公、检、法一家人的错位体系，导致非法证据排除规则难以落到实处。其根本原因不在技术层面，而是认识问题、信念问题、决心问题。因此，我们要用我们微博的力量进行一些呼吁，为我们国家的法治建设贡献一份力量，是京都律师永恒的追求。





建筑工程热点 实务研究

建设项目招投标中的利害关系要点分析

■ 秦庆芳 / 文

20 12年2月1日起正式施行的《中华人民共和国招标投标法实施条例》(以下简称《条例》)第三十四条规定“与招标人存在利害关系可能影响招标公正性的法人、其他组织或者个人,不得参加投标。单位负责人为同一人或者存在控股、管理关系的不同单位,不得参加同一标段投标或者未划分标段的同一招标项目投标。违反前两款规定的,相关投标均无效”。

这一规定的主要目的是为了防止发生潜在投标人串标围标的风险,但其中对“利害关系”并没有明确的定义和说明。我们认为在具体建设项目的招投标过程中,只要潜在投标人和招标人之间存在隶属关系或个人关系或经济关系,都可以被认定为潜在投标人和招标人之间存在着利害关系。

根据招标投标法第三条“工程建设项目,是指工程以及与工程建设有关的货物、服务。前款所称工程,是指建设工程,包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建及其相关的装修、拆除、修缮等;所称与工程建设有关的货物,是指构成工程不可分割的组成部分,且为实现工程基本功能所必需的设备、材料等;所称与工程建设有关的服务,是指为完成工程所需的勘察、设计、监理等服务”的规定,上述工程建设项目招投标中均应涉及利害关系的避嫌要求。

对此,《工程建设项目施工招标投标办法》第三十五条规定“投标人是响应招标、参加投标竞争的法人或者其他组织。招标人的任何不具独立法人资格的附属机构(单位),或者为招标项目的前期准备或者监理工作提供设计、咨询服务的任何法人及其任何附属机构(单位),都无资格参加该招标项目的投标”。

《标准设计施工总承包招标文件》1.4.3 投标人不得存在下列情形之一:

- (1) 为招标人不具有独立法人资格的附属机构(单位);
- (2) 为招标项目前期工作提供咨询服务的;
- (3) 为本招标项目的监理人;
- (4) 为本招标项目的代建人;
- (5) 为本招标项目提供招标代理服务的;
- (6) 被责令停业的;
- (7) 被暂停或取消投标资格的;
- (8) 财产被接管或冻结的;

秦庆芳律师简介

京都律师事务所合伙人, 主要执业领域为: 房地产开发、建设工程、土地征用征收、物业租赁与管理、公司重组并购、金融及资产处置、矿产资源、知识产权、商事及劳动人力资源管理等非诉讼及诉讼业务。



- (9) 在最近三年内有骗取中标或严重违约或重大工程质量问题的;
- (10) 与本招标项目的监理人或代建人或招标代理机构同为一个法定代表人的;
- (11) 与本招标项目的监理人或代建人或招标代理机构相互控股或参股的;
- (12) 与本招标项目的监理人或代建人或招标代理机构相互任职或工作的。

1.4.4 单位负责人为同一人或者存在控股、管理关系的不同单位,不得同时参加本招标项目投标。

但禁止有“利害关系”的投标人参与投标竞争的前提条件是利害关系“可能会影响招标的公正性”。由于招投标法对“利害关系”的规定较为原则,为防止对利害关系模糊滥用或不确定产生的争议,要求招标人在编制招标文件时,审慎并有针对性的提出对潜在投标人的资格要求,如《财政部关于信息系统建设项目采购有关问题的通知》(财库[2011]59号)规定,“凡为整体采购项目提供上述服务的法人及其附属机构(单位),不得再参加该整体采购项目及其所有分项目的采购活动;凡为分项目提供上述服务的法人及其附属机构(单位),不得再参加该分项目的采购活动;《公路工程施工招标资格预审办法》(交公部发[2006]57号)第20条明确要求,具有投资参股关系的关联企业,或具有直接管理和被管理关系的母子公司,或同一母公司的子公司,不得同时申请同一标段的资格预审。

因此,招标人在招标资格预审时即对潜在投标人与招标人的利害关系进行分析判断,在不违反法律禁止性规定的前提下,对于招投标法中规定的利害关系,在招标文件中提出要求或作出适当安排,是防范法律风险的有效途径。



建筑工程领域转包、挂靠行为的识别

■ 贾严 / 文

序言

自从1998年3月1日施行的《建筑法》对违法发包、转包、违法分包、出借资质证书等违法行为做出原则规定之后，我国《合同法》、《招标投标法》以及国务院颁布的《建设工程质量管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《招标投标法实施条例》等法律、法规都对上述四类违法行为作出了相关规定。但是在实践中，上述法律明文禁止的行为却长期存在，屡禁不止，并且引发了大量的重大安全质量事故。究其原因，还是在于我国现行的法律法规对违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的规定过于原则，以致上述违法行为的表现形式以及构成要件缺乏统一的认定、查处标准。

2014年9月4日，国家住房和城乡建设部召开“全国工程质量治理两年行动电视电话会议”，部署开展工程质量治

理两年行动。会议颁布《工程质量治理两年行动方案》、《建筑施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》等多项规范性文件。其中《建筑施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》（以下简称“《认定查处管理办法》”）终于针对建筑工程领域违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为制定了统一的认定和查处标准，为行政机关认定查处建筑工程领域违法行为提供了新的依据。

鉴于违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为中，隐蔽性较强的变相转包、挂靠行为较为多发，因此本文试图重点梳理《认定查处管理办法》出台前后有关转包、挂靠的具体规定，厘清建筑工程领域变相转包、挂靠行为与合法行为的界限。

一、建筑工程领域转包行为的识别

1、《认定查处管理办法》出台前法律法规对“转包”的规定

《建筑法》第28条：禁止承包单位将其承包的全部建筑工程转包给他人，禁止承包单位将其承包的全部建筑工程肢解以后以分包的名义分别转包给他人。

《合同法》第272条第2款：承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。

《建设工程质量管理条例》第78条第3款：本条例所称转包，是指承包单位承包建设工程后，不履行合同约定的责任和义务，将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第4条：承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企

业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。

从上述规定看，法律法规仅对“转包”行为下了基本定义，但是并未对转包行为的表现形式以及构成要件作出细化规定，以致司法机关面对工程实践中层出不穷的变相转包行为很难作出准确的处理。

2、《认定查处管理办法》对“转包”的认定标准

《建筑施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》第7条：存在下列情形之一的，属于转包：

（一）施工单位将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；

（二）施工总承包单位或专业承包单位将其承包的全部工程肢解以后，以分包的名义分别转给其他单位或个人施工的；

（三）施工总承包单位或专业承包单位未在施工现场设立项目管理机构或未派驻项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人等主要管理人员，不履行管理义务，未对该工程的施工活动进行组织管理的；

（四）施工总承包单位或专业承包单位不履行管理义务，只向实际施工单位收取费用，主要建筑材料、构配件及工程设备的采购由其他单位或个人实施的；

（五）劳务分包单位承包的范围是施工总承包单位或专业承包单位承包的全部工程，劳务分包单位计取的是除上缴给施工总承包单位或专业承包单位“管理费”之外的全部工程价款的；

（六）施工总承包单位或专业承包单位通过采取合作、联营、个人承包等形式或名义，直接或变相的将其承包的全部工程转给其他单位或个人施工的；

（七）法律法规规定的其他转包行为。

该项规定对“转包”的认定标准比此前《建筑法》、《建设工程质量管理条例》的规定具体了很多，针对工程实

践中常见的以内部承包、劳务分包之名行非法转包之实的变相转包行为，《认定查处管理办法》第7条第3-6款为我们提供了操作性较强的识别标准。

3、《认定查处管理办法》新规对变相转包行为的识别

（1）内部承包VS内部承包幌子下的非法转包

所谓内部承包，一般表现为以总公司或母公司的名义对外承揽工程，但总公司或母公司收取管理费，并不直接参与工程项目的实际施工和对质量、安全生产进行统一管理，具体施工和管理由下属的分公司、内部员工或子公司来负责，总公司或母公司通过日常监管、制度建设、加强分公司或子公司的管控等监督、检查方式间接对施工进行管理。对于内部承包，我国现行法律法规并无禁止性规定。从目前各地高级人民法院出台的指导意见上看，对内部承包的态度亦较为一致。如：《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第5条规定：“建设工程施工合同的承包人将其承包的全部或部分工程交由其下属的分支机构或在册的项目经理等企业职工个人承包施工，承包人对工程施工过程及质量进行管理，对外承担施工合同权利义务的，属于企业内部承包行为；发包人以内包人缺乏施工资质为由主张施工合同无效的，不予支持。”《浙江省高级人民法院民事审判第一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第1条规定：“建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同，将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可认定为企业内部承包合同；当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由，主张该内部承包合同无效的，不予支持。”

正因为内部承包行为具有合法性，一些别有用心当事人往往在内部承包合同的幌子下进行非法转包活动。通常的表现形式是：建筑企业承包建设工程后，不履行合同约定的义务，将其承包的全部建设工程或其承包的全部工程肢解后以分包的名义转给由第三人组建设立的该建筑企业的项

法律法规仅对“转包”行为下了基本定义，但是并未对转包行为的表现形式以及构成要件作出细化规定，以致司法机关面对工程实践中层出不穷的变相转包行为很难作出准确的处理。

贾严律师简介



京都律师事务所执业律师。

贾严律师的主要执业领域为：房地产、建筑工程以及诉讼仲裁业务。执业期间办理了大量诉讼及非诉讼业务，曾为北京珠江房地产开发有限公司、恒大地产集团有限公司、金融街控股股份有限公司、北京华融基础设施投资有限公司、北京西环置业有限公司、长江实业（集团）有限公司提供法律服务。



目部或分公司，建筑企业与项目部或分公司签订内部承包合同，约定建筑企业按工程结算价格的一定比例收取管理费，工程由项目部或分公司自行组织人员施工，独立经营，自负盈亏。

面对“以内部承包之名行非法转包之实”的乱象，《认定查处管理办法》第7条第3款、第4款主要从总包单位、专业分包单位是否派驻主要管理人员、是否履行管理义务、主要建筑材料构配件及工程设备由谁采购等方面对内部承包幌子下的非法转包行为进行识别。只要承包人在承接工程后，对所承接的工程不派驻主要管理人员，不进行质量、安全、进度管理，不依照合同约定履行承包义务，任何假借内部承包之名，将其承接的工程转包给“内部”项目部或分公司的行为均将被认定为非法转包行为。但需要注意的是，《认定查处管理办法》第7条第4款所述的“主要建筑材料、构配件及工程设备的采购由其他单位或个人实施”，除了可能存在转包情形之外，还可能存在施工单位委托其他单位或个人采购材料设备的情况。因此，当上述情形出现时，应当允许相关单位进行合理解释。

(2) 劳务分包VS劳务分包幌子下的非法转包

根据《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办

法》（原建设部令第124号）关于劳务分包的规定，劳务作业分包是指施工总承包企业或者专业承包企业（劳务作业发包人）将其承包工程中的劳务作业发包给劳务分包企业（劳务作业承包人）完成的活动。《建设部关于印发<建筑业企业资质等级标准>的通知》将劳务作业分包的范围限定为13种，即土木作业、砌筑作业、抹灰作业、石制作业、油漆作业、钢筋作业、混凝土作业、脚手架作业、模板作业、焊接作业、水暖电安装作业、钣金作业、架线作业。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第7条规定：“具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人订立的劳务分包合同，当事人以转包建设工程违反法律规定为由请求确认无效的，不予支持。”可以肯定的是，只要劳务分包企业具有劳务作业分包的法定资质，劳务作业分包合同就是有效的，除此之外，现行法律法规对劳务作业分包没有严格的禁止性规定。

正因为劳务作业分包具有合法性，劳务分包幌子下的非法转包活动亦非常多见。通常的表现形式是：建筑企业承包建设工程后，不履行合同约定的义务，将其承包的全部建设工程或将其承包的全部工程肢解后以劳务分包的名义转给第三人。一般意义上的劳务分包仅指包清工，附加一些低值易

耗材料、小型机具的采购或租赁的劳务分包亦属有效，但是劳务分包幌子下的非法转包活动往往采用扩大劳务分包的形式规避法律的禁止性规定。《认定查处管理办法》第7条第5款针对上述变相转包行为，从劳务分包单位的承包范围以及劳务分包单位计取的工程价款的角度封堵了劳务分包幌子下的非法转包行为。

二、建筑工程领域挂靠行为的识别

1、《认定查处管理办法》出台前法律法规对“挂靠”的规定

《建筑法》第26条：承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。

禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。

《认定查处管理办法》的出台明确了建筑工程领域违法发包、转包、违法分包等违法行为的认定查处标准，对于进一步规范建筑工程市场秩序，确保工程质量具有重要意义。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：

- (一) 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- (二) 没有资质等级的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- (三) 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第4条：承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定，收缴当事人已经取得的非法所得。

2、《认定查处管理办法》对“挂靠”的认定标准

《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理

办法（试行）》第10条：本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义，承揽工程的行为。

前款所称承揽工程，包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。

《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》第11条：存在下列情形之一的，属于挂靠：

- (一) 没有资质的单位或个人借用其他施工单位的资质承揽工程的；
- (二) 有资质的施工单位相互借用资质承揽工程的，包括资质等级低的借用资质等级高的，资质等级高的借用资质等级低的，相同资质等级相互借用的；
- (三) 专业分包的发包单位不是该工程的施工总承包或专业承包单位的，但建设单位依约作为发包单位的除外；
- (四) 劳务分包的发包单位不是该工程的施工总承包、专业承包单位或专业分包单位的；
- (五) 施工单位在施工现场派驻的项目负责人、技术负责人、质量管理负责人、安全管理负责人中一人以上与施工单位没有订立劳动合同，或没有建立劳动工资或社会保险关系的；
- (六) 实际施工总承包单位或专业承包单位与建设单位之间没有工程款收付关系，或者工程款支付凭证上载明的单位与施工合同中载明的承包单位不一致，又不能进行合理解释并提供材料证明的；
- (七) 合同约定由施工总承包单位或专业承包单位负责采购或租赁的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备，由其他单位或个人采购、租赁，或者施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明，又不能进行合理解释并提供材料证明的；
- (八) 法律法规规定的其他挂靠行为。

3、《认定查处管理办法》新规对挂靠行为的识别

(1) 重新定义挂靠行为

“挂靠”，并不是规范的法律术语，我国法律法规对何谓“挂靠”并无明确的规定，只是为了解决诉讼中的程序性问题，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的解释》曾作出规定：“个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业



建设工程施工合同无效之法律后果研究

■王春军/文

与其挂靠的集体企业为共同诉讼人。”对于工程挂靠，更无具体规定。与“挂靠”最相近的法律概念为“借用资质”，通常情况下，建设行政主管部门和法院将“挂靠”与“借用资质”做同义语加以使用，如《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第2条曾作如下表述：“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽建设工程（即“挂靠”）”。此次《认定查处管理办法》第10条对“挂靠”进行了完整定义，即“本办法所称挂靠，是指单位或个人以其他有资质的施工单位的名义，承揽工程的行为。前款所称承揽工程，包括参与投标、订立合同、办理有关施工手续、从事施工等活动。”从定义上看，挂靠行为并不要求挂靠人必须实际承接到工程，只要实施了“以其他有资质的施工单位的名义承揽工程”的行为即可认定为“挂靠”。此外，应对“承揽工程”的具体情形做宽松认定，只要是与“承揽工程”有关或以“承揽工程”为目的的活动，均应认定为“承揽工程”行为，而不应局限于《认定查处管理办法》第10条第2款所明确列举的四种“承揽工程”情形。

（2）从严认定不同形式的借用资质行为

在《认定查处管理办法》出台之前，资质等级低的施工企业虽然具备所承揽工程的施工资质，但仍以资质等级高的施工单位的名义承揽工程，或者资质等级高的施工单位出于某些因素的考虑，以资质等级低的施工单位的名义承揽工程，又或者相同资质等级的施工单位之间相互借用资质承揽工程的行为是否属于“挂靠”，在工程实践中存在争议。如：北京市高级人民法院在2007年5月18日发布的《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五（试行）》第46条规定：“建筑行业中的挂靠经营行为并不都是当然无效，在下列情形下挂靠行为有效：（1）挂靠者虽然以被挂靠者的名义签订建设工程施工合同，但其本身具备建筑等级资质，且实际承揽的工程与其自身资质证书等级相符；（2）被挂靠者提供工程技术图纸、进行现场施工管理，并由开发单位直接向被挂靠者结算。而此次《认定查处管理办法》第11条第2款将“资质等级低的借用资质等级高的”、“资质等级高的借用资质等级低的”、“相同资质等级相互借用”等不同形式的借用资质行为明确认定为“挂靠”。

（3）《认定查处管理办法》对变相挂靠行为的识别

如前所述，对于内部承包行为，我国现行法律法规并无禁止性规定，因此一些不具备建设工程施工资质或达不到

建设工程要求施工资质的单位或个人往往利用内部承包的幌子，变相实施挂靠行为。具体而言，上述单位或个人一般先行物色一家符合要求的建筑企业作为被挂靠人，由该建筑企业与发包方签订施工合同。被挂靠人任命或聘用挂靠人为其员工，并委以项目经理或施工负责人的职务，双方签订内部承包合同，明确由挂靠人承担项目人、财、物及施工管理职责，被挂靠人负责处理对外事务，并且约定挂靠人向被挂靠人缴纳内部承包管理费的运作模式。

面对上述变相挂靠行为，《认定查处管理办法》第11条第5款、第6款、第7款主要从项目实际管理人员与施工单位是否存在劳动合同关系、社会养老保险关系，实际施工单位与建设单位是否存在工程款收付关系，主要建筑材料、构配件及工程设备是否由实际施工单位采购等方面进行识别。但需要注意的是，《认定查处管理办法》第11条第6款所述的“实际施工总承包单位或专业承包单位与建设单位之间没有工程款收付关系，或者工程款支付凭证上载明的单位与施工合同中载明的承包单位不一致”，除了可能存在挂靠情形之外，还可能存在施工合同当事人对工程款支付存在特殊安排的情况，《认定查处管理办法》第11条第7款所述的“合同约定由施工总承包单位或专业承包单位负责采购或租赁的主要建筑材料、构配件及工程设备或租赁的施工机械设备，由其他单位或个人采购、租赁，或者施工单位不能提供有关采购、租赁合同及发票等证明”，除了可能存在挂靠情形之外，还可能存在施工单位委托其他单位或个人采购材料设备的情况。因此，当上述情形出现时，应当允许相关单位进行合理解释。

结语

《认定查处管理办法》的出台明确了建筑工程领域违法发包、转包、违法分包、挂靠等违法行为的认定查处标准，对于进一步规范建筑工程市场秩序，确保工程质量具有重要意义。但因其仅为住建部的部门规范性文件，位阶较低，根据《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定（法释【2009】14号）》的规定，仅可作为裁判说理的依据，而不能直接引用，因此《认定查处管理办法》主要是作为行政机关的行政处罚依据存在。对此，建议相关法律、行政法规、司法解释及时吸收《认定查处管理办法》中有价值的内容，结合法律实务尽快修订补充原有法律法规，为司法审判提供裁判依据。

建设工程施工合同是一类特殊的承揽合同，因其标的特殊，多具有固定性、形体庞大、生产的流动性、单件性、生产周期长等特点，决定了建设工程施工合同内容繁琐，履行周期长，对合同监督要求严格。我国《民法通则》第60条、61条，《合同法》第56-59条，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）第2条、第3条及第4条对建设工程施工合同无效的法律后果做了规定，但在实践中，建设施工合同无效的法律后果如何认定是一个复杂的法律问题。为了论述的方便，笔者把无效的建设工程施工合同分为如下类型：A：承包方有资质，因符合其他法律规定的无效情形而导致合同无效的（如无建设规划许可证、应招标未招标、串标、低于成本价等）；B：承包方无资质、超越资质、借用资质而导致合同无效的；I、工程质量合格的（包括视为竣工的情形）；II、工程质量不合格的。

一、存在A及I的情况下的无效合同

按《解释》第二条规定，建设工程施工合同无效，但建设工程竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

《合同法》第58条规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。建设工程施工合同的标的物特殊，比如厂房、公路、商品楼等，是建设材料通过人工凝结的成果，按返还显然无法实现。在不能返还的情况下，应当折价补偿，这里就涉及据实结算还是按无效的合同约定的折价补偿的问题。所谓据实结算就是依据发包方及承包方提供的证据确定工程量，在以工程定额计算出工程款。工程定额标准是一个任意性规范，是

一个指导价格，比市场实际价格高许多，承包方在接洽工程时为了获得承包权会让利投标，可以说工程定额标准无法反映工程的市场价格。承包方为了承接工程在以较低工程款的情况下签订合同，后又以合同无效主张据实以定额标准结算，这就是以自身不利的法律行为获得有利的法律后果，这违背了民法诚实信用的基本原则，不应当获得支持。

《解释》中充分考虑了双方当事人在签订合同时的意思自治，虽然这种对工程款的约定可能违反法律对合同有效要件的国家干预，但不能否认当事人在签订合同时对工程款的理解和合意是真实的，是可以反映当时双方的真实意图的。《解释》在用词上“参照”没有硬性的规定必须按照，是没有承认合同关于工程价款约定的完全有效性以及对双方的法律约束力，更没有承认合同其他条款的有效性，所以整个合同仍然是无效的。（合同中独立存在的有关解决争议方法条款是有效）这也体现了合同法规定的适用折价补偿的基本处理原则，而不是承认合同约定的有效性对工程款进行结算。当然此条款中写明承包方应在诉讼中请求，根据权利义务相对等的原则，发包人在诉讼中也可以请求参照无效合同约定支付工程。现实中，《解释》第二条虽在文字上突出了承包方，但诸多案例显示此条变成了发包方对抗不诚信承包方的强大武器。

二、存在A及II的情况下的无效合同

按《解释》第三条规定，建设工程施工合同无效，且建设工程竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理：（一）修复后的建设工程竣工验收合格，发包人请求承包人承担修复费用的，应予支持；（二）修复后的建设工程竣工验收不合格，承包人请求支付工程价款的，不予支持。因建设工程不合格造成的损失，发包人有过错的，也应承担相应的民事责任。并结合《解释》第二条之规定。

建设工程施工合同是一类特殊的合同,《解释》的出发点是规范建设工程市场,强调“质量至上”的原则,可以说“无质量,无款项”。合同法和建设法里明确规定,建设工程未经验收和竣工验收不合格的不得交付使用,不得交付使用是法律法规的强制性规定,不得违反,特别强调一点如不经验收发包人擅自使用的视为验收合格。

无效的建设工程施工合同,建设工程经验收不合格的,应当修复后再行验收,只有建设工程验收合格后才可以参照无效合同的约定请求或给付工程款。修复因承包人施工的原因造成的,根据公平原则理应由承包人承担。在《解释》中第十二条约定了发包人责任造成工程质量问题的情形,笔者觉得可部分适用于合同无效。

三、存在B及 I 的情况下的无效合同

按《解释》第二条,并结合第四条规定,承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据民法通则第一百三十四条规定,收缴当事人已经取得的非法所得。

《建筑法》规定,从事建筑活动的建筑施工企业、勘察单位、设计单位和工程监理单位,按照其拥有的注册资本、专业技术人员、技术装备和已完成的建筑工程业绩等资质条件,划分为不同的资质等级,经资质审查合格,取得相应等级的资质证书后,方可在其资质等级许可的范围内从事建筑活动。承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书,并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照,以本企业的名义承揽工程。

资质是企业施工资格证明,办理某方面资质合格后才有资格做此方面的施工,是企业业绩和能力的体现。《建设工程施工发包与承包计价管理办法》,该办法规定:“施工图预算、招标标底和投标报价由成本(直接费、间接费)、利润和税金构成。”按此定义,工程价款包括直接费、间接费、利润和税金四个部分。由资质的承包人所签订的无效合同完成的建设工程付出了企业管理、协调等工作,是可以按

王春军律师简介



王春军律师的主要执业领域为: 建设施工企业法律顾问,建设工程施工合同纠纷及仲裁。执业七年,办理了大量建设工程施工合同纠纷的诉讼和非诉讼业务。王春军律师担任多家建筑施工企业公司和公益机构的法律顾问,为公司项目决策、运作提供法律服务,并处理涉诉业务。

照《解释》第二条规定请求工程款的,此工程款包括成本、利润和税金。无资质、超越资质、借用资质的企业(实际施工人)本身就没有国家认可业绩和能力,如简单依据《解释》第二条规定,上述承包人就会因签订无效合同而获得全部合同利益,与有效合同处理结果一样,这会使法律对资质的管理毫无意义,直接扰乱建设工程市场。实践中,多对上述承包人(实际施工人)判决给付工程款的成本部分,人民法院根据民法通则第一百三十四条规定,收缴上述承包人已经取得的非法所得,见之甚少。

四、存在B及 II 的情况下的无效合同 按《解释》第三条之规定并结合第四条。

承包人既无资质,建设工程质量又不合格,可以说该违反都违反了,国家为了平衡发包人、承包人、实际施工人和建设工人的利益还是赋予了实际施工人一些权益,即修复竣工验收合格后,承担修复成本的前提下给付成本价的工程款。



浅析建筑企业内部承包制度

■温树飞/文

我是世界上每年新建建筑量最大的国家,房地产行业曾经持续走热,部分建筑企业受利益驱动,不顾建筑工程质量盲目追求快速发展。与国外建筑平均近百年的寿命相比,我国建筑平均寿命只有25至30年,“楼歪歪”、“楼脆脆”现象比比皆是。这种现象与建筑市场内普遍存在的非法转包及挂靠行为有关。项目经过层层转包,承包人为保证盈利,在施工过程中偷工减料、以次充好,导致工程质量不达标。而挂靠的根本目的是绕过国家的资质管理制度,让完全不具备或不完全具备建筑技术能力的人来进行工程建设,在无法保证技术储备的前提下,要保证工程质量几乎是不可能的事情。非法转包与挂靠行为严重扰乱了正常的建设活动和市场经营秩序,是法律明文禁止的行为。

内部承包制度则是建筑施工企业在承包一个工程后,与其内部职工或部门签订一份协议,约定企业许可内部承包人在企业资质范围内组织项目施工。内部承包制度产生于工程实践并逐步发展起来,其与非法转包、挂靠行为存在诸多相似点。这一制度在理论及司法实践中经历了从否认到逐步被认可的过程,且满足了当前建筑业的要求,具有现实的合理性和合法性。对内部承包制度与非法转包、挂靠等违法行为进行区分,并明确内部承包合同各方的法律责任,对规范建筑市场和指导审判实践均具有现实意义。

一、内部承包制度的司法实践变迁

内部承包制度最早的法律起源是1987年原国家计划委员会、财政部、中国人民建设银行发布的《关于改革国营施工企业经营机制的若干规定》,其第二条规定:“施工企业内部可以根据承包工程的不同情况,按照所有权与经营权适当分离的原则,实行多层次、多形式的内部承包经营责任制,以调动基层施工单位的积极性。可组织混合工种的小分队或专业承包队,按单位工程进行承包,实行内部独立核

算;也可以由现行的施工队进行集体承包,自负盈亏。不论采取哪种承包方式,都必须签订承包合同,明确规定双方的责权利关系。”虽然这条针对的是国营企业,但自此以后内部承包经营模式便开始在建筑业中迅速发展起来。不过这一时期,法院却基本不受理内部承包合同纠纷。最高人民法院《关于加强经济审判工作的通知》(法〔研〕发〔1985〕28号)第二条第二项指出:“许多企业内部的经济纠纷要求法院受理。这类纠纷原则上应由企业或其上级主管机关处理。工资、福利、奖金等方面的纠纷,因各单位情况不同,而且变化很多,由企业或其上级主管机关调处比较适宜。企业内部的承包合同纠纷,大部分应由企业或其上级主管机关调处;极少数违反法律,必须由人民法院受理的,人民法院应予受理。”即法院将内部承包合同排斥在合同法范围外。

随后,中国房地产行业进入高速发展阶段,这也带动了建筑业的发展,行业需求促进了企业内部承包制度在建筑业中的广泛适用,但同时也产生了许多内部承包合同的纠纷。按照上述最高人民法院的规定处理纠纷显然已经不能满足实践发展的需要。为合理解决纠纷,人民法院逐步将内部承包合同双方当事人按平等民事主体来对待,并且明确了内部承包合同的法律效力。如2012年4月浙江省高级人民法院民事审判第一庭《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》中明确:“建设工程施工合同的承包人与其下属分支机构或在册职工签订合同,将其承包的全部或部分工程承包给其下属分支机构或职工施工,并在资金、技术、设备、人力、等方面给予支持的,可以认定为企业内部承包合同;当事人以内部承包合同的承包方无施工资质为由,主张该内部承包合同无效的,不予支持。”

二、内部承包制度的特征

建筑企业内部承包制度从法律上的被排斥到最终确认,更多的是市场需求催生了制度的发展与壮大。企业直接与内

部承包人签订合同，实现了企业内部承包资源的重组，使生产要素的优化配置和动态管理成为可能。内部承包经营模式实现了所有权与经营权的分离，把市场竞争机制引入企业内部，从而提高了企业和内部承包人的经济效益。内部承包制度有如下特征：

（一）承包主体的特定性，仅限于与企业有行政隶属关系的职能部门或企业劳动者个人。

（二）作为发包人的企业与承包人按照内部承包合同的约定进行分工，企业负责财务、技术、安全、工程质量等方面的指导、管理、监督，内部承包人则在许可的资质使用范围内组织人、财、物，负责具体的施工事宜。

（三）内部独立核算、自负盈亏，承包人向企业缴纳一定的管理费；企业取得管理费的代价在于其对工程施工的各个方面进行全面的指导、管理、监督，承包人取得工资外的劳动收入的代价在于他充分地发挥了能动性，其与独立核算中可能赔偿损失的风险相平衡。

三、内部承包制度与非法转包、挂靠的区别

《建设工程质量管理条例》第七十八条规定：“本条例所称转包，是指承包单位承包建设工程后，不履行合同约定

温树飞律师简介



温树飞律师的主要执业领域为：民商事纠纷及仲裁、房地产开发、建筑工程、公司法律事务。尤其在房地产开发及运作、建筑工程实务方面业务娴熟，经验丰富，理论与实践相结合，成功代理多起重大疑难案件，取得了当事人满意的效果，最大限度的维护了当事人的合法权益。

的责任和义务，将其承包的全部建设工程转给他人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转给其他单位承包的行为。”《建筑法》明确禁止承包人将承包的工程转包他人。

挂靠是指无资质的单位、个人或低资质等级的单位利用有资质证书或高级资质等级单位的名义承接工程的行为。《建筑法》第二十六条规定：“禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。”挂靠行为绕开国家建筑资质管理制度，使得大量没有能力从事房地产建设的人或单位进入建筑市场，严重扰乱了正常的建设活动和市场经营秩序。

与非法转包、挂靠行为不同，内部承包制度中建筑企业将项目承包给其职能部门或劳动者个人，企业并不完全脱离项目，仍然对于资质条件所要求的事项进行监督与管理。这种制度并不违反法律法规的规定，内部承包合同效力受法律保护。内部承包制度与非法转包、挂靠存在以下区别：

（一）在人员构成方面，内部承包其管理及技术人员就是建筑企业的内部职工，这些人员需接受建筑企业的监督管理。而非法转包、挂靠则经常假借内部职工名义进行违法操作，建筑企业并不会派出人员对工程质量、安全、进度进行管理与技术指导。

（二）在资金来源方面，内部承包的主要资金来源于建筑企业，承包人的财务体系受到建筑企业的制约。挂靠的资金不是来源于建筑企业，而是来源于挂靠人，挂靠人要承担项目的人、财、物及施工管理职责。非法转包的资金同样不是来源于建筑企业，建筑企业将项目转包给他人，收取“管理费”，并不提供资金支持。

（三）在收益分配方面，就内部承包而言，盈利后往往是由建筑企业进行利润分配，如给予内部承包人一定的物质奖励。挂靠、非法转包则是拿到项目后以一定的“管理费点数”返给建筑企业，其余利润由挂靠人、承包人自己分配。

四、内部承包合同效力

（一）内部承包合同的对内效力

内部承包合同的双方主体虽然存在隶属关系，但此种隶属关系并不影响整个内部承包合同的根本内容。内部承包合同内容体现了合同法意义上合同所具有的平等、自愿、等



内部承包制度并不是扰乱建筑市场秩序的违法行为，虽法律法规未对内部承包作出明确界定，但只有认真将非法转包、挂靠等违法行为与内部承包制度予以严格区分，方能避免建筑企业及有关负责人承担不必要的民事及行政责任。

价有偿原则。故承包人与建筑企业发生纠纷，应受合同法调整，而不是作为劳动合同纠纷处理。

（二）内部承包合同的对外效力

有效的内部承包合同实质上是建筑企业内部为了提高生产效率、优化资源配置而采取的一种内部包干激励机制，有着内部责任制的本质。内部承包合同对双方具有法律约束力，但根据合同相对性原则，内部承包合同不能对外发生法律效力。内部承包人以建筑企业名义对外发生民事行为而产生的法律责任应由建筑企业承担。

1、与发包人产生纠纷时的诉讼主体问题。

由于内部承包人代表建筑企业行使建筑工程承包合同的相关权利义务，其重要特征是内部承包人与建筑企业相对于发包人的一体性。在与发包人产生纠纷时，内部承包人不能基于内部承包合同直接起诉发包人，而只能以建筑企业的名义起诉发包人。

另外，笔者认为内部承包人不享有实际施工人地位，不能基于实际施工人身份直接起诉发包人。实际施工人是最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称“《建设工程司法解释》”）第一、四、二十五、二十六条中使用的一个新名词，在合同无效的情况下适用。从这一点看，合法有效的内部承包合同下的内部承包人不是法律性质上的实际施工人，内部承包人不能依据《建设工程司法解释》第二十六条的规定适用合同相对性例外直接起诉发包人。

当然，依据《合同法》第七十三条关于代位权的规定，内部承包人可以基于代位权起诉发包人。即内部承包人作为建筑企业的债权人，在建筑企业怠于行使对发包人的债权影响到内部承包人的利益时，内部承包人可以行使代位权起诉发包人。

2、内部承包人对外签订合同发生纠纷时的责任承担。

内部承包人与建筑企业签订内部承包合同后，双方之间

形成内部承包法律关系，内部承包人遂以建筑企业名义对外实施各种法律行为，最常见的包括对外签订材料购销合同、建筑设备租赁合同等，而这些法律行为又往往通过内部承包人与第三人签订协议，在协议上加盖项目部印章的方式表现。此种情况下，对外的法律责任应由建筑企业来承担。当然，建筑企业在承担了相应责任之后，可以根据内部承包合同的约定及相关法律规定向内部承包人追偿。

如果内部承包人以自身名义对外签订合同，建筑企业并未在合同及其他法律文件上盖章，也未通过其他方式追认内部承包人的法律行为，建筑企业是否承担民事法律责任，取决于相对第三人是否有足够理由相信内部承包人有代表建筑企业，即是否构成表见代理。如果第三人有足够理由相信内部承包人代表建筑企业，则应由建筑企业承担相应法律责任。如表见代理不能成立，内部承包人应该自行承担法律后果。

五、结语

针对当前建筑市场和工程质量存在的突出问题，住房和城乡建设部决定，从今年9月份开始，在全国开展为期两年的工程质量治理行动。其中一项重要任务便是要求各级住房城乡建设主管部门按照《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法》（建市〔2014〕118号）的规定，对在建的房屋建筑和市政基础设施工程项目的承发包情况进行全面检查，并对存在非法转包、挂靠等违法行为的单位和个人予以严惩重罚。

内部承包制度并不是扰乱建筑市场秩序的违法行为，虽法律法规未对内部承包作出明确界定，但只有认真将非法转包、挂靠等违法行为与内部承包制度予以严格区分，方能避免建筑企业及有关负责人承担不必要的民事及行政责任，从而更有利于促进建筑行业的健康发展。☞



对非基础设施投资的法律问题 与风险防控

■ 公丕国 / 文



国际货币基金组织IMF统计，过去十年间，非洲GDP总值已翻了三倍，南部非洲经济年均增长4.6%，成为全球增速第二的地区。但是，由于地缘政治历史等特殊因素，非洲国家普遍存在着交通、水电、通讯等基础设施落后的局面，严重阻碍了非洲国家社会经济的发展。

中国作为非洲重要的投资国，在非洲国家基础设施项目的投资规模和数量居世界各国前列，这对发展非洲国家基础设施、促进非洲经济腾飞以及中国企业自身的发展都起到了巨大的作用。但是，毋庸讳言，中国企业对非基础设施的投资亦不乏失败的案例。究其原因，除少数战争、动乱等极端原因外，更多的是中国企业因为缺少对非洲国家政策、法律、市场的了解，缺少规范的经营管理和法律运用而遭遇纠纷造成损失。

本文拟在概述非洲基础设施需求和中国企业对基础设施投资现状的基础上，总结中国企业对非基础设施投资的法律问题，提出预防纠纷、防控风险的建议，以期促进中国企业在对非基础设施投资领域，提高法律运作意识，加强风险防控措施，取得项目投资的最大利益化。

一、非洲基础设施的现状和市场需求

非洲基础设施落后，交通运输设施、水电医疗公用设施的现状，严重制约非洲经济的发展。

据世界银行数据，撒哈拉以南非洲地区每平方公里的公路密度仅为204公里，其中只有25%为铺面道路，远低于世界平均的944公里；非洲大陆的铁路只有8.5万公里，多数年久失修，运力落后，平均时速不足百公里；目前非洲国家的总发电能力仅为11.4万千瓦，相当于德国一国的发电量，德国人口数量仅为8200万，非洲却面临着10亿人口的用电需求，非洲大陆整体通电人口不足40%。落后的交通设施导致非洲多数国家运输费用是其他国家的4倍，高昂的电费及电力不足导致非洲企业的生产成本大幅提升。在经济相对发达的尼日利亚，没有一天不停电，笔者的一个客户辽宁某公司在尼日利亚某油田施工，只能自带发电机组供电。

近年来，非洲各国及有关区域组织纷纷出台了加大非洲基础设施投入的计划和措施。如为促进非洲基础设施发展推进其区域一体化进程，非盟已于2012年通过《非洲基础设施发展规划》(PIDA)，在能源、交通、信息通讯和跨境水资源四大领域，投资总额预计为3600亿美元；南非计划在运输、燃料、水和能源基础设施上的工程项目达42个，涉及投资金额4200亿美元，预计在2015年前的资金投入达1110亿美元；津巴布韦至少有12800公里的公路需要修缮，而未来十年该国基础设施改造所需资金达到142亿美元。

但是，非洲国家自有资金的不足成为非洲基础设施建设的瓶颈。例如，非洲每年需要投资400亿美元用于发展电力项目才可满足当地人民生活和企业生产的需求，但目前该地区每年的电力投资额仅为116亿美元。巨大的市场需求和资金缺口，成为世界各国进军非洲基础设施建设领域的市场机遇，除传统资助国外，巴西、中国、印度和众多阿拉伯国家近年来已成为非洲基础设施的主要投资人。非洲基础设施的建设市场潜力巨大，投资利润丰厚，据麦肯锡公司一位专家称，该回报可“高达其他投资回报的两倍多”。



二、中国对非基础设施投资的现状综述

长期以来，中国在谋求自身发展的同时，积极援助非洲的发展。官方数字统计，中国援非项目已累计1000余成套，包括500多个国家场馆、公路桥梁、卫生教育等基础设施项目。著名的坦赞铁路、非盟会议中心、莫桑比克体育中心以及多个国家的一条“中国路”，都为当地人民的生产和经济发展带来巨大的利益。

近年来，非洲各国都希望改变本国单一的经济结构，把新建和改善公路、港口、供水、供电等基础设施领域作为发展经济的优先选择，这为中国对非工程承包提供了众多机会。南非标准银行的一份统计报告指出，非洲基础设施建设2/3的资金来自中国，仅2010年中国对非基础设施建设的投资达到90亿美元。2012年，中国企业在非洲完成承包工程营业额408.3亿美元，占中国对外承包工程完成营业总额的35.02%。非洲已连续四年成为中国第二大海外工程承包市场。

中国对非洲的援建项目，属于政府间合作项目，主力军是大型国有企业，而近年来，随着非洲国家自身的经济实力增强及中国企业“走出去”战略的实施，企业间的商务合作成为各领域项目合作的主要形式，中国民营企业已经成为对非基础设施投资和施工的重要力量，以国有企业为竞标和融资主体、以民营企业分包施工成为现在中国企业在非洲基础设施建设的主要模式。但是，由于非洲地缘政治的因素以及中国企业自身存在的一些问题，中国企业在非基础设施项目的运作经常会遇到一些问题，导致投资失败，损失巨大。

非洲个别国家、地区仍然有内战、暴力冲突，这对建设周期长、政府因素明显的基础设施项目自然是个巨大的风险，如众所周知的利比亚内战爆发导致中国大规模撤侨、所有施工项目停止，直接损失1000余亿元。但这只是极端偶然的因素，绝大多数国家政局平稳、经济发展环境稳定。不过，正如其他发展中国家一样，非洲多数国家也具有市场机

公正国律师



京都律师事务所合伙人
北京市律师协会公司法委员会委员；
非洲法律事务中心研究员；中国非洲
联合商会理事
专业领域：经济犯罪辩护、公司、股
权转让、融资并购、合同纠纷等公司
法律事务。

制不完善、政策不稳定、法律法规复杂且执行不力等特点。中国企业在非基础设施项目运作中，遭遇商业欺诈、合同纠纷，造成预期利润无法实现甚至亏损的案例时有发生。而刚进入非洲市场的一批中国企业，对非洲的政策、法律、市场风险缺乏了解，自身公司管理、项目运作、风险防范缺少国际经验，也是造成纠纷的重要原因。

三、中国对非投资基础设施的主要法律问题

非洲国家基础设施建设，需要企业、政府、投资方和运营方等各方共同参与，从项目策划、融资、设计、施工、运营到移交一般要持续几年甚至十几年时间。期间，政府更迭、企业更替以及人员变化等各种不确定因素都有可能发生。同时，非洲作为新兴市场，其投资环境仍存在许多不完善和不规范之处。由于多数中国企业对非洲市场不了解甚至是误解，对项目的启动、运作、施工缺少规范的法律管理，缺少防范风险的措施，一旦遭遇纠纷，往往陷于被动。

(一) 忽视规范的法律运作，触犯当地法律底线，遇到纠纷陷于被动。

【案例一】赞比亚政府关停中企某煤矿：2013年2月，赞比亚政府吊销中企投资的柯蓝煤矿牌照，收归政府管理，理由是违反环保、安全、劳务法律等。

【案例二】加纳军警逮捕中国淘金工人事件：2013年6月，加纳政府出动军警，以非法采矿为由，拘捕中国淘金工人124人。

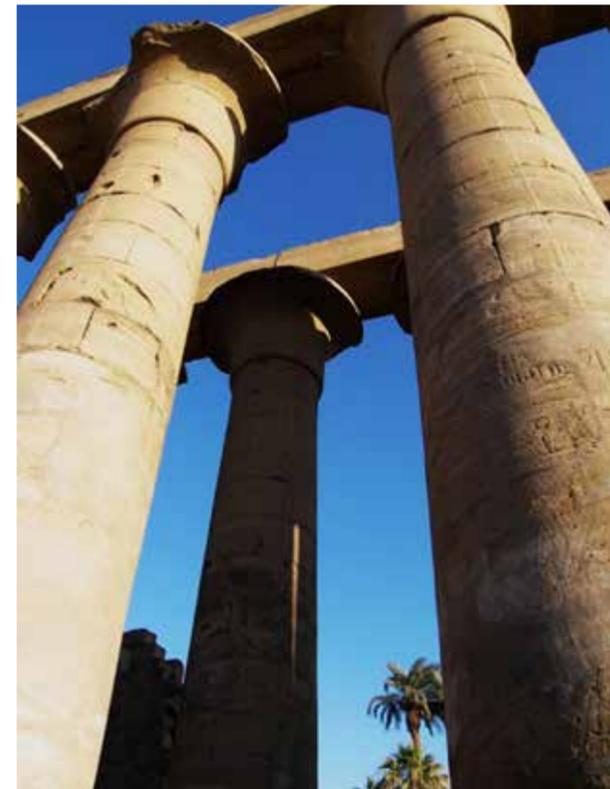
许多企业认为，非洲国家经济落后没有法律，在非洲承揽项目和施工主要靠权利和关系，这是一种错误的观点。事实上，非洲绝大多数国家在西方国家殖民统治过程中和近几十年的现代化发展过程中，形成了以西方法律制度为主、以宗教法和当地法为辅的数量庞大的法律法规和完善的西方司法体系；另一方面，掌握国家政权和经济命脉的新一代非

洲国家领导人和企业高管，多数都有西方文化教育背景，他们对国家及经贸活动的管理法律意识非常明确。前述两个案例，主要原因都是中国企业明显违反当地法律遭到处罚。所以，认为非洲国家法律不健全而对项目经营缺失严格的法律程序、在项目运作中触犯当地法律底线，容易造成极大的经济损失。

(二) 缺失事前尽职调查，忽视合同文本的签订，为项目运作埋下纠纷隐患。

【案例】辽宁某公司与尼日利亚某公司成立合资公司运作油田设施建设项，因为中国企业要投入巨大价值的设备，向中国信用保险公司投保。中信保公司在信用风险评估中，从公开信息上了解到该当地公司人员规模在500人以上。而经过实际考察和尽职调查，该公司人员不过50人左右。

真正了解非洲的人都同意这一观点：现在的非洲，就是八十年代的中国，九十年代的印度。这一观点的内在意思，包括非洲市场潜力巨大、投资机会众多、市场管理不规范，还有当地公司多数实力较弱、背景模糊，商业欺诈普遍存在。而基础设施项目的运作，包括融资、投标、设计、施



工、雇佣劳工等多个内容，存在参与主体多元化的特点。中国企业除了要与当地政府、代表政府的甲方公司合作外，还要与多个当地公司合作。这些公司的实力、背景、商业信誉等等都是影响项目运作顺利与否的重要因素。而当地政府和企业为了招商引资，也往往公示一些虚假信息。不少中国企业片面相信当地政府和提供的资料，对项目和公司不做深入的尽职调查，为以后的合作留下隐患。

非洲国家法律体系复杂，法律条文细致，为保护当地国家利益和市场主体，诸多法律中设置了许多直接或间接的禁止性条款。中国企业尤其是中小企业，由于法律意识的淡薄、缺少对相关法律的了解及语言文化障碍等原因，对于合同文本的签订草率行事，对于合同中存在的模糊约定、确实违约争议条款甚至是法律陷阱，不去矫正或不能矫正，遇到纠纷，因为合同中存在的“硬伤”而难以维护自己的利益。中国企业对合同文本的漠视，忽视合同文本所造成的低级错误，只能自己买单。

(三) 低价中标项目，反悔合同约定，工程纠纷时有发生。

【案例一】中国某集团以低价中标博茨瓦纳某机场项目，打算中标后提修改合同价款。博方要求信守合同，拒绝修改，中方无奈施工。因中标价低，资金严重不足，工程做到一半，中方停工，项目停滞。已建成的机场顶棚被大风掀翻，机场路等多数不亮，形成诉讼。

【案例二】中国某公司承建博茨瓦纳某电站项目，层层分包，偷工换料，以次充好。验收时，四台机组有一台无法使用，据查该机组设备是二手货。

中国国内建筑市场，因为关系运作、恶性竞争、监管不严而导致质量纠纷、瑕疵工程，成为行业诟病。对非投资基础设施的中国企业，多数是实力雄厚、管理严格的大型国企，总体来讲，履行合同、建筑质量受到当地政府和人们的好评。但是，也有某些企业把国内建筑行业的坏习惯带到非洲市场，例如低价竞争竞标、资金不够停工怠工、多层分包侵占资金、以次充好留下质量隐患等等；而非非洲国家虽然经济相对落后，但高层管理人员法律意识强烈，产品多数执行欧盟标准。提到中国企业的施工问题，博茨瓦纳驻华大使萨拉·乔治就满脸苦笑。

中国企业对非投资基础设施，除了上述自身存在的法律问题，在非洲很多国家，政府办事效率低、劳工素质差、外



汇管制严等问题，都会加大成本，引发纠纷。如何正确地规避风险、预防纠纷，是中国在非企业管理者必须面对的问题。

四、中国企业对非投资基础设施的风险防控措施

非洲国家众多，各国的政策、法律、市场都有其特殊性；基础设施项目多数是政府因素明显、投入大，周期强，环节多。成功顺利的运作项目，是取得丰厚利润的前提。一旦遭遇纠纷，不管是企业自身问题还是当地因素造成，企业都难免损失。调查显示，60%的外国客户认为非洲当地法院判决不公，90%的外国当事人对非洲当地诉讼程序、耗费时间不满。所以，中国企业在非投资施工，对于防控风险、避免纠纷的问题，高层管理者应该不仅从思想认识上高度重视，还应该采取切实可行的行动落实风险防控措施。笔者提出四点具体分析风险防控措施。

（一）解读了解目标国政策和法律，避免触及法律底线而陷入纠纷。

全面了解目标国的主要法律，如投资法、财税法、劳工法、公司法，是企业投资活动避免纠纷的前提。非洲多数国家为了保护当地经济或地方利益，在一些特别法中设置了一些限制或禁止性规定。譬如南非政府的“黑人振兴经济政策”，通过法律强制规定企业一定比例的股份由黑人持有；埃及法律规定公司中埃及员工数量不得少于90%；马拉维法律规定外国人只能在首都利隆圭等6大城市进行商业活动等。这些特殊规定或禁止性规定无疑会增加项目经营成本，或存在潜在的经营风险。目前，非洲法律事务中心已经编辑整理了南非、尼日利亚、埃及等22个非洲主要国家的《投资法律风险指南》，简要介绍了各国公司法、投资法、劳工管理等法律的综合状况和禁止性规定，提示中国企业对非投资贸易的法律风险。

无须讳言，在非洲的许多地方，靠关系拿项目的现象仍然存在，但是不容置疑的是，拿到了项目以后的具体落实、实际操作，都需要遵守当地的法律法规和政府的规章制度，还要顾及当地环境保护、雇员利益等，而这些运作的细节，在很大程度上决定了项目最终的收益甚至成败。

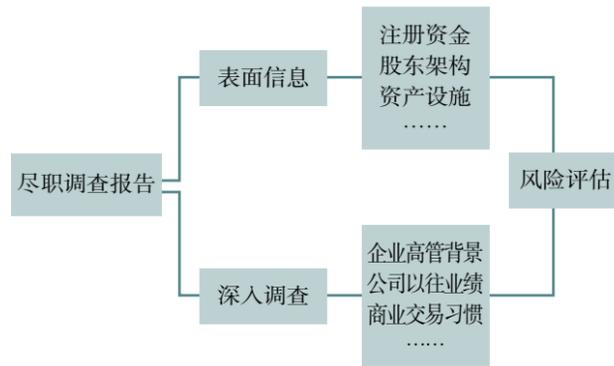
（二）选择与中国签定双边条约和加入国际公约的

国家投资贸易，为纠纷处置设立最后的法律救济。

目前，与中国签署投资贸易保护双边协定的非洲国家已经有30多个，已经生效的有突尼斯、南非、纳米比亚、阿尔及利亚、摩洛哥等16个国家。这些投资贸易保护协定是政府层面对企业投资经贸活动互利优惠的约定，包括保护条款和纠纷处置约定。另外，非洲国家是否加入国际公约，也反映了该国政府对国际公约设立的规则和义务的遵守，为纠纷处置提供最后的救济保障。最典型的是1958年的《纽约公约》（《承认和执行外国仲裁裁决公约》），核心意思是缔约国在其领土范围内承认和执行外国的仲裁裁决。中国1987年批准加入《纽约公约》，南非、阿尔及利亚、肯尼亚、尼日利亚、摩洛哥等24个非洲国家是该公约的缔约国。

（三）聘请专业调查公司进行深入的尽职调查，是避免纠纷的前提和保证。

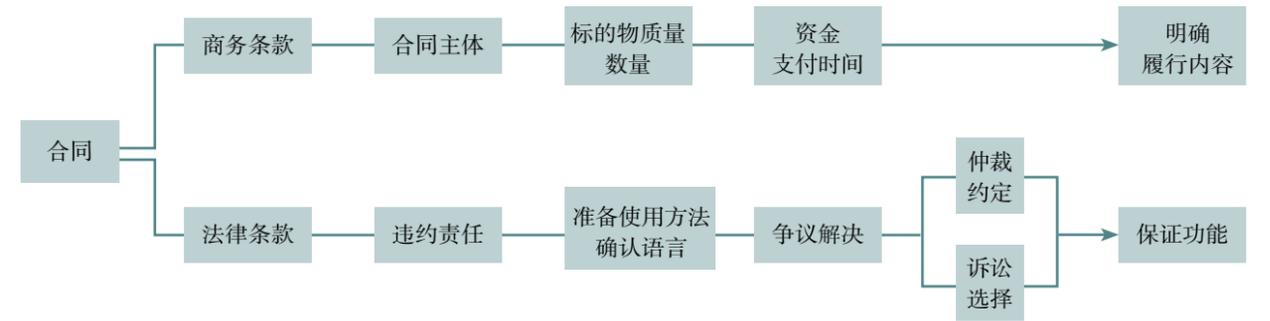
一份好的尽职调查报告，不应当只包括公司注册资金、股东架构、资产设施等公开渠道得到的表面信息，更应当包括企业高管背景、公司以往业绩、商业交易习惯等直接影响合作成败的真实信息。如图：



对非投资的中国企业，一般会从大使馆，商务处级当地政府的公开信息了解合作公司的状况，但这远远不够。鉴于非洲当地政府的管理不规范及当地公司的特殊状况，中国企业还应当聘请专业的第三方调查机构对当地公司的背景、业绩等情况做深入的调查，为企业决策提供真实的、全面的目标公司的信息，避免草率合作，骑虎难下。

（四）签署规范合同文本，重视法律条款的约定，为合同履行和纠纷处置提供有力的保障。

中国企业投资非洲基础设施，除了承担设计、采购、施



工等义务外，对于当地资金匮乏的项目，还要承担投资者的角色。一套基础设施项目合同，除了包括EPC或BOT之类的大合同，也包括融资合同、采购合同、分包合同、施工合同及附属合同等一系列合同。一份规范严谨的合同，包括密不可分两大部分——商务条款和法律条款，体现合同的两大基本功能——履行功能和保证功能。如上图：

中国企业管理者习惯上重视合同中商务条款部分而忽略法律约定部分，而“没有违约责任的权利义务是没有保证的约定”；中国企业的法务团队对非洲法律知之甚少，对于合同中模糊约定甚至陷阱条款难以发现和纠正。所以，中国企业在非投资施工，应当聘请既熟悉中国企业又了解非洲法律的专业团队审慎审查合同，保证合同合法有效、避免陷阱。譬如，对于“争议解决”条款，律师都会建议选择第三方仲裁裁决以规避当地国的诉讼保护，但是非洲有些国家为自身利益作出许多强制性法律规定，例如尼日利亚法律规定，对于知识产权和政府资产有关的纠纷，必须选择当地法院诉讼；南非法律规定，对于“金钱纠纷”法院可以通过扣押在南非争议财产的方式“确立管辖权”，这需要用“稳定条款--合同约定不得以扣押财产方式确立管辖权”来对抗。这些细致的法律规定，需要了解非洲法律的律师去设计对抗、回避条款。但是，实践中存在一个问题，研究和从事非洲法律事务的中国团队甚少，中国企业往往依靠非洲律师审查合同、解决纠纷，这又存在着不少问题，怎么办呢？

（五）寻找和培养研究非洲法律的中国法律团队，为项目提供全过程的法律支持。

随着中非经贸的迅速发展，中非企业间的法律纠纷越来越多。而由于中国企业在合同签订、项目运作方面存在一些“硬伤”，企业在纠纷处置中往往陷于被动，被迫“和解”甚至败诉，造成巨大损失，这自然导致中国企业在对非业务

中防范风险意识的加强和法律服务需求的增加。另一方面，中国法律界研究和从事欧美法律事务的团队和个人人数众多，而从事非洲法律研究和实务操作的法律人少之又少。中国企业在对非业务中很难找到既熟悉中国文化又了解非洲法律的专业人员，只能被动地依靠非洲当地律师。而非洲当地律师对中国企业的法律服务，除了语言、文化、法律理解的隔阂外，在合同可选择性条款上、在纠纷处置的过程中，天然地倾向于非洲企业，甚至人为地制造陷阱或障碍，使中国企业的利益难以保障，遭遇纠纷时“雪上加霜”。中国企业在非投资的纠纷损失以及非洲法律事务人才的缺失，已经引起了中国政府和法律界的高度重视。今天中国法学会组织的“非洲法律研究专题会”就是一个很好地例证。作为已经进入非洲和即将走进非洲的中国企业，应当积极寻找和培养自己的中国法律团队。只有熟悉中国企业又了解非洲法律的专业团队，才能全身心地为中国企业提供法律支持。而这个法律支持，不仅仅是审查合同或处置纠纷的单一服务，应该包括法律解读、尽职调查、合同审查、风险防控、纠纷处置等全程的法律服务。

中国作为世界上最大的发展中国家，非洲作为发展迅速的新兴经济体，双方的经贸合作发展前景广阔。而非洲的基础设施现状和发展需求，为中国企业投资非洲基础设施创造了难得的机遇。2014年5月，李克强总理在世界经济论坛非洲峰会上致辞时提出，非洲实现包容性增长，基础设施特别是交通基础设施建设应先行，中国将继续把基础设施建设放在对非合作的重要位置，与非洲合作打造非洲高速铁路网络、高速公路网络、区域航空网络。中国企业应当抓住这一历史机遇，积极投资非洲的基础设施领域，同时针对非洲特殊的市场和法律，采取切实可行的防控风险的措施，“敏于识别风险，敢于承担风险，善于化解风险”，为企业自身的发展和中非经贸的发展做出更大的贡献。



从实证视角 看轻微刑事案件的律师帮助

■ 柳波 杨海明 / 文

重大疑难刑事案件是司法实务界、法学界关注的重点，此类案件的律师帮助事宜也因此而备受关注。故而，轻微刑事案件的律师帮助具有了研究空间，从实证的视角分析更有研究价值。

一、轻微刑事案件概述

（一）轻微刑事案件的界定

1、立法指向的“轻微刑事案件”

“轻微刑事案件”一词的法律渊源，见于刑事诉讼法第204条“自诉案件包括下列案件：（一）告诉才处理的案件；（二）被害人有证据证明的轻微刑事案件；---”，但刑事诉讼法、司法解释没有对“轻微刑事案件”做出具体的解释。2006年12月28日最高人民法院第十届检察委员会第六十八次会议通过的《关于依法快速办理轻微刑事案件的意见》对轻微刑事案件的范围做了大致的划分，2007年3月1日发布的《最高人民法院关于进一步发挥诉讼调解在构建社会主义和谐社会中积极作用的若干意见》第6条曾提到“对轻微刑事案件可以推动当事人和解”¹，结合刑事诉讼法第277条“和解协议的适用范围”的规定²，从立法意向而言，轻微刑事案件包含三类：因民间纠纷引起，涉嫌刑法分则第四章、第五章规定的犯罪案件，可能判处三年有期徒刑以下处罚的；除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪；自诉案件³。

2、本文指向的“轻微刑事案件”

笔者认为立法指向的“轻微刑事案件”范围过窄。轻微刑事案件可以把故意犯罪案件界定为刑罚可能不超过

三年有期徒刑的案件，但不应局限于“刑法第四章、第五章规定的犯罪案件”，可以包括刑法其他章节规定的“法定最高刑不超过三年有期徒刑的故意犯罪案件”，如危险驾驶罪等。因此，本文指向的“轻微刑事案件”为四类，即（1）因民间纠纷引起，涉嫌刑法分则第四章、第五章规定的犯罪案件，可能判处三年有期徒刑以下处罚的；（2）除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪；（3）自诉案件；（4）除刑法第四章、第五章外规定的法定最高刑罚不超过三年有期徒刑的故意犯罪案件。

（二）轻微刑事案件的特点

根据刑事诉讼法、司法解释等规定，结合上述界定，轻微刑事案件具有以下特点：

1、涉案事实相对简单、清晰，不需要运用专门技术和手段进行侦、控、审，诉讼流程时间短，个案占用司法资源较少。比如2013年1月1日河北省高级人民法院、河北省人民检察院、河北省公安厅、河北省司法厅关于快速办理犯罪嫌疑人、被告人认罪的轻微刑事案件的工作意见（试行）第八条规定，“对于符合条件的轻微刑事案件，公安机关、人民检察院、人民法院应当及时启动轻微刑事案件快速办理

程序，形成案件整体联动，原则上在一个月内完成一审全部诉讼流程，至多不超过一个半月”。

2、刑事法律责任较小、可能判处的刑罚或法定刑较轻，判处缓刑的可能性大。这在前述界定概念时已有述及，不再重复。

3、一般具有和解可能，法律也鼓励当事人和解。此类大多案件当事人之间有和解的愿望、空间、现实基础，法律允许、鼓励和解。

4、侵害范围较窄，侵害目的较为单一。此类案件多发生在亲属、邻里和熟人之间，多发生于人们的日常生活中；从目的而言，以侵犯财产权、人身权为主，如故意伤害案（轻伤）、重婚案、遗弃案、侵犯通讯自由案、非法侵入他人住宅案、过失致人重伤案、非法拘禁案、诬陷案、非法搜查案等等。

柳波律师简介



京都律师事务所合伙人，北京市律师协会刑法专业委员会副秘书长，中国政法大学语言与证据研究中心研究员，中国法学会会员。专业领域为民商事、行政、刑事诉讼和民商事仲裁。

二、律师帮助的概念

（一）广义的律师帮助

我国法律没有律师帮助术语，但它有律师帮助的实质术语如辩护和代理等。不同的国家对此有不同的规定，如美国最高法院判决主张“处于羁押状态的嫌疑人在接受讯问以前还享有咨询律师的权利，在讯问过程中，有权要求律师在场”。日本宪法第37条第3款规定：“刑事被告在任何场合都可委托有资格的辩护人。被告人不能自行委托时，辩护人由国家提供”。日本刑事诉讼法第36条规定：“被告人由于贫困或其他事由不能选任辩护人时，法院依据被告人的请求，应当为其选任辩护人。但被告人以外的人已经选任辩护人时，不在此限”，第39条规定：“身体受到拘束的被告人或者嫌疑人，可以在没有见证人的情况下，与辩护人或者受可以选任辩护人的委托而将要成为辩护人的人会见，或者接受文书或物品。……”⁴。笔者无意对各国关于律师帮助的规定进行探讨，旨在说明尽管规定各有不同，广义的律师帮助应为：从时间维度上指从第一次被询（讯）问到判决结束；从空间维度上指从法庭外到法庭内，甚至延伸到监

¹第6条全文：“对刑事附带民事诉讼案件，人民法院应当按照民事调解的有关规定加大调解力度。对行政诉讼案件、刑事自诉案件及其他轻微刑事案件，人民法院可以根据案件实际情况，参照民事调解的原则和程序，尝试推动当事人和解。人民法院要通过行政诉讼案件、刑事自诉案件及其他轻微刑事案件的和解实践，不断探索有助于和谐社会建设的多种结案方式，不断创新诉讼和解的方法，及时总结经验，不断完善行政诉讼案件和刑事自诉案件及其他轻微刑事案件和解工作机制”。

²刑事诉讼法第277条：“下列公诉案件，犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪，通过向被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人谅解，被害人自愿和解的，双方当事人可以和解：（一）因民间纠纷引起，涉嫌刑法分则第四章、第五章规定的犯罪案件，可能判处三年有期徒刑以下刑罚的；（二）除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件。犯罪嫌疑人、被告人在五年以内曾经故意犯罪的，不适用本章规定的程序”。

³该类案件范围详见2013年1月1日最高人民法院《关于适用中华人民共和国刑事诉讼法解释》第一条。

⁴刘国庆《美日刑事诉讼中律师帮助权比较研究》，《西部法学评论》2011年第3期。



狱；从受助对象看，既包括嫌疑人/被告人，又涵盖被害人；从帮助主体分析，仅指律师；从帮助内容看，包括咨询、会见、讯问在场、辩护、控告、接受文书物品、通信等等。

（二）本文的律师帮助

为了研究的有效性，本文的律师帮助不是广义的，而是限缩的，仅指辩护律师对嫌疑人/被告人进行的会见、辩护。

三、轻微刑事案件中律师帮助的实证统计分析

（一）实证样本的选择和说明

1、区域的选择——北京市朝阳区
北京市朝阳区位于北京市东部，区域面积470.8平方公里，共有街道办事处23个，地区办事处20个，常住人口300余万，占全市人口的近1/5。它是北京对外交往的窗口，是正在崛起的国际商务中心区，聚集了除俄罗斯和卢森堡之外的所有外国驻华使馆，云集了首都60%以上的外国商社，入驻北京的世界500强企业中逾2/3落户朝阳。年均实现地区生产总值（GDP）超过2000亿元，约占全市GDP的20%，人均GDP超过7万元，年财政收入近200亿元，占全市财政收入的近十分之一⁵。截至2010年人口普查，北京704.5万常住外来人口中，朝阳区就有151.5万，占外来人口总比重的21.5%⁶。至2013年底，朝阳区检察院年均办理各类案件6000余件，约占全市办理案件数量的18%⁷。近年来，朝阳法院年收案数量均在5.5万件左右，约占全市法院的1/7强⁸。

从上述简介可以看出，北京市朝阳区具有区域大、

杨海明律师简介



京都律师事务所律师。专业领域为刑事业务、劳动争议纠纷等民商事诉讼业务、银行信贷业务。杨海明律师在从事律师工作之前供职于中国农业银行，熟悉银行业务操作流程和信贷风险控制。

人口多且外来人口和常住人口基本相当、国际化和本土化特征共存、刑事案件多等特征，该区域既和国际接轨，又接北京地气，还辐射全国，既有典型性，又有普遍性，能体现样本的点、线、面，所以选择朝阳区作为样本。

2、案件类型的选择——盗窃、故意伤害、危险驾驶

本着既体现刑法第四章、第五章故意犯罪类案件，也体现其他章节的故意犯罪案件，同时避免因被告人个体差异（如文化程度、经济条件等）而导致样本不具有全面性、可比性，笔者选取盗窃（为财，经济状况可能不佳）、故意伤害（与经济状况关联不大）、危险驾驶（经济条件较好，驾驶的多为自家车辆）三个类罪。

3、案例来源的选择——中国裁判文书网Judicial Opinions of China

中国裁判文书网<http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/>是最高人民法院依照权威、规范、便捷原则建立的全国法院规范、统一的网站，具备文书种类齐全、更新及时、分类清晰、检索科学、统计便捷等综合效能，符合实证分析样本的要求，故，笔者把中国裁判文书网Judicial Opinions of China作为案例源头。

4、时段的选择——判决时段2014年4月1日至2014年6月30日

因2013年1月1日《刑事诉讼法》才新

规定了刑事和解案件，考量到刑事案件案发周期、侦控审运转流程、案件判决的上网周期等因素，也考虑到选择时段过长则使样本不具有时效性，时段过短不具有普遍性，笔者把案件的时段选择为2014年4月1日至2014年6月30日判决的。

5、必须说明：案例按照判决时间先后排列，统计时间截至2014年11月28日，但不排除因法院未及时录入而导致判决不全的可能。

（二）实证样本的个案统计

1、盗窃罪

北京市朝阳区法院2014年4月1日至6月30日共判决盗窃案件113件。其中：

（1）刑期三年以下（含三年）共107件，占所有盗窃案件的94.7%；刑期一年以下（含一年）的共计99件，占所有盗窃案件的87.6%。

（2）取保候审的共计14件，占比12.4%，其中判处缓刑的共计12件，占取保候审案件的85.7%，只判罚金的1件，占取保候审案件的7.1%，判处实刑的1件，占取保候审案件的7.1%。即取保候审案件中有92.9%被判处缓刑或罚金刑，占所有盗窃案件的12.1%。

（3）有律师帮助的共计22件，占比19.5%；有律师帮助并取保的共3件，占所有取保总数的21.4%，占律师帮助案量的13.6%，占所有案件的2.7%。有律师帮助并判处缓刑的2件，占律师帮助案量的9.1%，与取保重合比为100%，占缓刑总量的16.7%。有律师帮助但被判实刑的1件，占律师帮助案量的4.5%，与取保重合比为100%，占取保但被判实刑比的100%。

无律师帮助被判处缓刑的案件共10件，占判处缓刑案件总量的83.3%，与取保重合比为100%。

（4）律师意见未被提及的1件，占律师帮助案量的4.5%；律师意见未被采纳的共1件，占律师帮助案量的4.5%；律师意见

被采纳（含部分采纳、全部采纳、酌予采纳）的共计20件，占律师帮助案量的91%。

2、危险驾驶罪

北京市朝阳区法院2014年4月1日至6月30日共判决危险驾驶案件57起。其中：

（1）刑期为5个月拘役以下共57件，占100%。

（2）取保候审的共计0件，占比0%。被判处缓刑的共计0件，占比0%。

（3）有律师帮助的共计12个，占比21%。

（4）律师意见被采纳的共计11件，占律师帮助案量的91.7%，律师意见未被采纳的共计1件，占所有律师帮助案量的8.3%。

3、故意伤害罪

北京市朝阳区法院2014年4月1日至6月30日共判决故意伤害案件83件。其中：

（1）刑期超过三年的共3个，占所有伤害案件的3.6%，、刑期三年以下（含三年）共80个，占所有伤害案件的96.4%；刑期一年以下的（含一年）共计69个，占所有伤害案件的83.1%。

（2）取保候审的共计40件，占比48.1%。其中判处缓刑的共计38件，占所有伤害案件的45.8%，占取保候审案件的95%，判处实刑的2件，占取保候审案件的5%。即取保候审案件中有95%被判处缓刑，占所有伤害案件的45.7%。

（3）有律师帮助的共计34件，占比41%。

有律师帮助并取保的共9件，占取保总数的22.5%，占所有律师帮助案量的26.5%，占所有案件的10.8%。

有律师帮助并判处缓刑的8件，占律师帮助案量的88.9%，与取保重合比为100%，占缓刑总量的21%。

我国法律没有律师帮助的术语，但它有律师帮助的实质术语如辩护和代理等。不同的国家对此有不同的规定，如美国最高法院判决主张“处于羁押状态的嫌疑人在接受讯问以前还享有咨询律师的权利，在讯问过程中，有权要求律师在场”。

⁵引自北京市朝阳区法院网站，2014年12月1日访问。

⁶2011年07月05日03:25京华时报马文婷《朝阳区海淀区常住外来人口均超百万》。

⁷引自朝阳区检察院网站，2014年12月1日访问。

⁸同5。



有律师帮助但被判实刑的1件，占律师帮助案量的2.9%，与取保重合比为100%，占取保但被判实刑比为50%。

无律师帮助被判处缓刑的案件共30件，占判处缓刑案件总量的78.9%，与取保重合比为100%。

(4) 律师意见未被提及的1件，占律师帮助案子的3%；律师意见未被采纳的共2件，占律师帮助案件量的6%；律师意见被采纳（含部分采纳、全部采纳、酌予采纳）的共计31件，占律师帮助案量的91%。

(三) 实证样本的整体统计

由前(二)，就轻微刑事案件整体而言

1、律师帮助率整体不高、律师参与较少，分布不平衡，因案件类别不同而有一定差距。

三类案件共253件，有律师帮助的共68件，占比为26.9%。律师帮助率呈现不平衡分布。如盗窃类律师帮助率为19.5%，危险驾驶类律师帮助率为21%，而故意伤害类律师帮助率为41%。

2、律师意见被采纳率高，且采纳率基本持平。

三类案件律师意见共被采纳62件，占律师参与案件量68件的91.2%。其中盗窃类律师意见被采纳率为91%，危险驾驶类律师意见被采纳率为91.7%，故意伤害类律师意见被采纳率为91%。

3、律师帮助和案件实体结果关联度不高，律师帮助案件的实体效果不明显，与无律师帮助案件相比，无显著效果。

以被告人是否被判处缓刑为据，没有律师帮助的占缓刑总量的比高达83.3%、78.9%，有律师帮助的占缓刑量仅为16.7%、21%。且判处缓刑与取保候审的重合比为100%，是否判处缓刑，与前期是否取保候审存在直接关联，缓刑以取保候审为前提，与律师帮助无明显关联。不仅如此，存在被告被取保候审也有律师帮助，但被判实刑的实例，却无被告未被取保候审，有律师帮助，后被判处缓刑的实例。

四、轻微刑事案件中律师帮助现状的原因分析和解决路径

(一) 原因分析

1、由案件本身特点决定，与被告人的经济状况等关联不大。

(1) 事实相对简单、清晰、争议不大，被告人刑事法律责任较小，可能被判处的刑罚或最高法定刑较轻，被告人认罪，具有和解可能，法律也鼓励当事人和解，这是轻微刑事案件的特点。律师帮助的现状恰由其特点决定。盗窃、危险驾驶、故意伤害三类案件的律师帮助率对此有清楚的体现。一般而言，盗窃和危险驾驶较于故意伤害事实更为清楚、简单、争议更小，而故意伤害涉及伤情鉴定、案发起因、事实性质（防卫）等，事实较为复杂、专业知识要求较高、争议点较多。统计的事实也是：盗窃类律师帮助率为19.5%，危险驾驶类律师帮助率为21%，而故意伤害类律师帮助率为41%。轻微刑事案件的特点对律师帮助的决定性由此可见。

(2) 与被告人的经济状况等个体差异关联不大。

就盗窃、危险驾驶、故意伤害相比较，盗窃的目的是为财，被告人经济上对财物有进项需求；危险驾驶必不可少犯罪载体——汽车，从侧面说明被告人经济能力尚可；故意伤害则不好判断被告人的经济状况。而盗窃和危险驾驶律师帮助率分别为19.5%、21%，相差不大；但二者与故意伤害类律师帮助率41%相差50%左右。该比较说明律师帮助与被告人的经济状况等个体差异关联不大，是由案件特点决定。

2、法律显规则的明确、透明，被告人及其家属法律知识提高，影响了律师帮助率。

(1) 轻微刑事案件的犯罪构成，法律规定的较为清晰、明确，模糊弹性规定少。轻微刑事案件如何量刑，诸如认罪、自首、退赔或赔偿、和解等可以从轻，如前期取保庭审时只要认罪基本都判处缓刑等，尤其是最高法院量刑规范化规定出台后，已经成为显规则，明确而透明。

(2) 随着网络普及、法制类节目的推广、法院审判工作的公开、看守所对在押人员法律意识教育越来越重视、司法机关律师事务所免费咨询活动的不断展开，被告人及其家属获取法律知识的途径增多、能力增高、理解能力增强、存储能力增强，进而法律知识提高。

(3) 被告人及其家属在熟知法律显规则、法律知识提高的前提下，对案件的走向、结果会有自己的判断，作为理性的人，他们也会进行投入产出分析，他们会认为“辩点简单、被告人可以胜任”、“量刑情

在尊重规律的前提下，把律师帮助重心和阶段前移，侧重于审前咨询、指导，介入和解，帮助被告人“建立”酌予量刑情节。

节可以自行完成”，无须再行投入律师费。这种认知制约了律师帮助率。

3、辩护空间小，实效不明显，被告人及其家属无请求律师帮助的积极性，律师也无参与的积极性。

(1) 样本统计分析可见，此类案件律师辩护的空间小：如盗窃87.6%的案件被判处1年以下有期徒刑；危险驾驶最高被判处5个月拘役，最低1个月15日拘役，律师辩护的空间最多为3个月15天；故意伤害83.1%被判处1年以下有期徒刑。

(2) 律师辩护实效不明显，尽管律师意见采纳率很高，但绝大部分是“酌予采纳”，律师的帮助实效无明显体现。且缓刑率与律师帮助率不存在正相关，与取保候审存在直接关联，三类案件中被告人审前取保但未判处缓刑的共3件（盗窃1件、危险驾驶0件、故意伤害2件），其中两件有律师帮助。

(3) 律师帮助的空间小、实效不明显，降低了被告人及其家属对律师帮助的期望值，打击了其请律师帮助的积极性，也打击了律师参与的积极性，导致委托合同的双方均无合作的强烈意愿。

(二) 解决路径

1、尊重案件自身规律，尊重律师帮助规律。

律师帮助与被告人最终的刑期无直接显著关系，律师帮助率的高低和被告人的实体利益无明显关联，律师帮助率本身也不存在一个固定的数字，不能人为的设置一个标准率。而且，律师帮助涉及律师和被帮助者双方，这是少了一方都转不了的“二人转”，不能强制任何一方提高或接受帮助。而我们只能认识规律、利用规律，但不能人为创造、改变规律。因此，尊重案件自身规律，尊重律师帮助规律，是我们的第一选择。

2、在尊重规律的前提下，把律师帮助重心和阶段前移，侧重于审前咨询、指导，介入和解，帮助被告人“建立”酌予量刑情节。

虽然我们不能再人为改变律师帮助规律，但在介入案件的情形下，可以把律师帮助的重心和阶段前移，不再把庭审作为帮助重心，从阶段上应侧重于庭审前，帮助的内容上应侧重于审前咨询、指导，介入和解，帮助的目标应侧重于帮助嫌疑人/被告人“建立”酌予量刑情节。如此，则可改善、体现律师实效，扩大律师帮助空间，进而形成良性循环，更好地维护被告人权益。



一起涉外股东代表诉讼案中涉及的原告主体资格问题

——日本人岩间××与大连××项目管理办公室侵权纠纷案¹

■ 华洋 / 文

案件导读

本案是因高速公路建设中征地拆迁产生纠纷而以被拆迁企业的股东提起的股东代表诉讼。原告是被拆迁企业的外方投资者，第一被告是被拆迁企业的中方投资者，第二被告是负责征地拆迁的高速公路建设方，第三人是在一审诉讼中主动申请参加诉讼的被拆迁企业。

本案因管辖权移送至吉林省高级人民法院审理，由最高人民法院二审终审。原告在一审诉讼中死亡。本案在原告诉讼主体资格方面存在如下问题：1、原告及其继承人在诉讼中均没有按照法律规定向法庭提交身份证明，而提交的授权书等文书又是他人在日本公证役场办理的“代理公正”，在本人没有亲自出庭的情况下如何确认本案诉讼的真实性；2、被拆迁企业主动申请参加诉讼并表示完全同意原告诉讼主张，本案是否符合股东代表诉讼的法定条件；3、原告死亡后，其继承人没有取得被拆迁企业股东资格的情况下，法院能否以股东代表诉讼的形式作出判决。

基本案情

2007年，因国家重点项目建设需要部分征用被拆迁企业承租的辽宁××进出口公司（以下简称“进出口公司”）的仓储用地，大连××项目管理办

公室（以下称“项目办”）作为高速公路项目的建设方，与进出口公司签订了《征地拆迁协议》，并支付了1200多万元的补偿款，进出口公司按期进行了搬迁，政府收回了进出口公司的国有土地使用权。而承租进出口公司部分场地的大连××饲料有限公司（以下称“被拆迁企业”）却拒不搬迁，提出7900万元的补偿要求。该被拆迁企业是2003年成立的中日合资公司，注册资本40.6万美元，中方投资者是吉林省××集团公司（以下称“中方股东”），占75%投资额，外方投资者为日本人岩间××，占25%投资额，经营范围为加工稻草。

2007年6月，为确保高速公路能按时竣工通车，施工单位将被拆迁企业位于施工线内部分财产移至红线外存放，然后对进出口公司的部分建筑物进行了拆除。

随后，外方投资者岩间××（以下称“原告”）提起股东代表诉讼，将中方股东、项目办、进出口公司列为共同被告，在中方股东所在地法院立案，诉讼请求包括赔偿流动损失、停产停业、机器设备、装修、职工工资等各项损失7800多万元。

因项目办提出管辖异议，经吉林市中级人民法院裁定案件移送至吉林省高级人民法院审理。案件进入一审程序后，被拆迁企业主动申请以第三人身份参加诉讼。

案件审理

一审诉讼中，原告的诉讼主体资格问题是法庭审理的焦点问题之一，各方当事人对此发表了针锋相对的意见和观点，第一被告中方股东和第三人被拆迁企业，均与原告的立场和观点完全相同，认为原告具有诉讼主体资格，本案符合股东代表诉讼的规定。

第二被告项目办则认为原告在诉讼主体资格方面存在两个问题。第一，原告作为外国人，没有按《民事诉讼法》和最高人民法院《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》的规定向法院提交身份证明，无法证明本案是原告本人提起的诉讼，由于本案只有中

文起诉状而没有日文文本予以佐证，加之原告律师陈述说起诉状是在中国境内签署的，经查询中国边检部门，在签署起诉状的2009年5月25日原告并没有入境记录，因此，本案的真实性存在重大疑点。因此，要求法院按涉外诉讼的法律规定，让原告提供身份证明及能够证明其签署起诉状时的入境证明。然而，原告代理人并没有在法院指定的时间内提交上述证明材料，只提交了经日本公证役场公证的原告对诉讼代理律师的《授权委托书》。第二，案件进入一审诉讼后，被拆迁企业主动申请参加诉讼，并完全同意原告的诉讼请求。对此，项目办认为，本应在股东代表诉讼中怠于行使起诉权的被拆迁企业已经实际成为了原告，本案名为“股东代表诉讼”而实为“公司直接诉讼”，本案不符合《公司法》第152条股东代表诉讼的规定，原告已经丧失了股东代表诉讼的主体资格。

华洋律师简介



京都律师事务所大连分所主任，全国律师协会民事委员会委员，辽宁省律师协会理事，民事委员会委员，大连市律师协会副会长。主要执业领域为基础设施特许经营、招投标、建筑房地产、公司、民商事诉讼、行政诉讼；金融期货、证券。

一审法院对项目办提出的有关原告主体资格的异议，在原告补充证据的情况下，未继续核实相关问题，径行就本案的实体问题作出一审判决，判决项目办向被拆迁企业赔偿各项损失4000余万元。

一审判决下达后，项目办向最高人民法院提出上诉，除了对实体赔偿内容提出异议外，继续对原告主体资格和股东代表诉讼问题提出异议，主要观点是：一审法院没有查明原告是否具备诉讼主体资格，属于认定事实错误，同时也违反《公司法》有关股东代表诉讼的规定。

首先，作为涉外案件，原告应向人民法院提供身份证明，证明材料应符合我国法律要求的形式。拒不提供的，应裁定不予受理。

案件已经受理的，法院可要求原告在指定期限内补充提供相关资料，期满无正当理由仍未提供的，可以裁定驳回起诉。

其次，从被拆迁企业主动申请参加诉讼的行为和在一审中的观点看，本案根本不属于股东代表诉讼，完全是被拆迁企业滥用股东代表诉讼而设计的诉讼陷阱。

再次，从本案的事实可以看出，本案的股东代表诉讼完全是被拆迁企业为规避管辖而提起的虚假诉讼，由于一审法院没有查清原告曾进入中国签署了起诉状的这一事实，在原告本人没有出庭及起诉状上的署名签字不真实的情况下，本案虚假诉讼的疑点无法排除。

二审期间，项目办委托日本律师调查得知，原告早在一审诉讼期间就已经死亡。项目办及时向二审法院提交了原告死亡证明文件，并向二审法院提出中止诉讼申请书，指出：由于原告是在本案一审诉讼中死亡，要求将案件发回一审法院重审。二审法院并没有将案件发回重审，而是暂时中止了诉讼，要求原告方在规定期限内作出是否由继承人参加诉讼的决定，并特别提示：“由于本案是股东代表诉讼，原告的继承人必须取得被拆迁企业的股东资

¹本案案号：中华人民共和国最高人民法院（2013）民四终字第（18）号，裁判文书尚未公开。



从被拆迁企业主动申请参加诉讼的行为和在一审中的观点看，本案根本不属于股东代表诉讼，完全是被拆迁企业滥用股东代表诉讼而设计的诉讼陷阱。

格才能参加诉讼。”

在诉讼中止期间，项目办继续委托日本律师就以下事实调查取证：1、原告代理律师提交的《授权委托书》的公证认证情况；2、寻找并调取原告的真实签名。日本律师从房屋登记管理部门调取了原告在不动产登记档案材料中的亲笔签名，到公证役场调查了原告对中国律师授权委托书的公证过程，并向项目办提交了调查结果和法律意见书。调查结果表明，按照日本公证人法，对私署文书的公证有三种方式：（1）当事者在公证人面前，在证书上署名或者盖章，为“目击认证”；（2）当事者在公证人面前，自认证书上的署名或者盖章是本人所为，为“自认证”；（3）当事人不是在公证人面前在证书上署名或盖章，而是委托代理人去办理认证，为“代理自认”或叫做“代理认证”。本案原告委托中国律师代理诉讼的《授权委托书》就不是原告本人亲自办理的，而是由高××办理的“代理认证”，原告本人并没有亲自到公证役场，公证人是根据高××的陈述做出的对《授权委托书》的认证。

在诉讼中止期间，原告方提交了原告女儿小林××参加诉讼的申请书和对中国律师的《授权委托书》，也以“代理认证”的方式进行了公证，证明小林××是原告的法定继承人。大连市外经贸主管机关规定：股东办理变更登记的条件必须是股东之间没有纠纷，由于本案的第一被告即为中方股东，导致外经贸主管机关无法批准变更被拆迁企业的股东。

针对二审诉讼中新出现的问题，项目办向法庭提出了如下补充代理意见：1、原告在一审诉讼中，没有根据《民事诉讼法》及最高法院《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第16条的规定提交涉外诉讼中外方当事人必须提交的身份证明，同理，小林××要求参加诉讼同样没有其身份证明；2、原告在一审提交的《授权委托

书》和小林××在二审中提交的《授权委托书》，由于不是本人亲自到公证役场办理的，是委托他人办理的“代理认证”，无法确认委托中国律师参与本案诉讼的内容是他们的真实意思表示，不能证明本案是原告提起的诉讼；3、将日本律师调取原告亲笔签名与起诉状上的签名进行比对分析，存在着不是原告本人签字的虚假性问题，结合原告代理人在本案中多次提供虚假资产评估报告，隐瞒原告死亡真相的种种不诚信表现，项目办认为本案存在虚假诉讼的问题；并着重向法庭强调，在原告继承人没有取得被拆迁企业股东资格的情况下，请求法院驳回原告的起诉或发回一审法院重审。

二审法院对项目办提出的上述问题，既没有予以审查，也没有要求原告方继续补证，在小林××没有取得股东资格的情况下径行下达了判决书。虽然判决结果减少了赔偿数额，但对原告方诉讼主体方面存在的问题均没有论证和说理，至此，这起以股东代表诉讼方式提起的涉外侵权诉讼案，竟以公司直接诉讼的结果结案，其中涉及的原告诉讼主体方面的问题始终没有得到澄清，令人遗憾，本案的真实性也始终令人怀疑。

律师点评

一、本案并不符合《公司法》152条股东代表诉讼的规定。股东代表诉讼是“正当原告”原则的例外，是指当公司的利益受到侵害时，在公司拒绝或者怠于行使诉权的情

况下，为了维护公司的利益，由具备法定资格的股东代表公司提起的民事诉讼。

1、本案中，被拆迁企业主动申请参加诉讼并完全同意和支持原告诉讼请求的作法，使本案丧失了股东代表诉讼的基础，形成了公司直接诉讼的格局。既然被拆迁企业可以以公司身份参加诉讼，就充分说明其没有拒绝或怠于行使诉权，也就完全没有必要再以股东代表诉讼的方式继续本案的诉讼。在通常的股东代表诉讼中，尽管诉讼的利益和结果最终归属于公司，但是，公司本身是处于被动状态的，无法自主的决定诉讼行为，往往是由法院通知其参加诉讼。因此，本案在一审中已经不是股东代表诉讼。

2、被拆迁企业作出主动申请参加诉讼并同意原告诉讼请求的决定，与原告将中方股东列为第一被告的作法是自相矛盾的。

本案中，原告作为外方投资者把中方股东列为第一被告，要求其项目办承担赔偿责任流动资产损失960余万元的责任，这说明在原告起诉时，中方股东是不同意原告赔偿请求的，但是，当被拆迁企业主动申请参加本案诉讼并作出同意原告的诉讼请求的意思表示时，就说明作为控股股东的中方股东已经同意了原告的赔偿请求，由此看来，本案已经丧失了股东代表诉讼的法律特征。

3、原告将中方股东列为被告不符合《公司法》股东代表诉讼中有关被告主体资格的规定。

《公司法》152条规定的股东代表诉讼，是针对董事、高级管理人员、监事的违反章程的行为，或者对公司造成侵害的“他人”实施的侵权行为提起的诉讼，而并不包括对公司股东的诉讼。原告与中方股东同作为被拆迁企业的股东，根据《合资经营合同》的约定，原告与第一被告的诉讼，应是股东之间的合同之诉，不应在股东代表诉讼中解决。

本案二审没有以股东代表诉讼的方

式结案，显然没有实现程序正义。既然本案是以股东代表诉讼的方式提起的，那么在小林××没有取得股东身份的情况下法院就不能径行作出判决，否则就等于否定了本案股东代表诉讼的法定要件，二审法院是在原告主体身份缺失的情况下作出判决，违反了《公司法》第152条股东代表诉讼的规定。

法院之所以这样判决，从诉讼的终极目的上看追求的是实体公正。但是，本案的特殊性在于，股东代表诉讼的程序是否正义直接关系到本案诉讼的真实性问题，二审法院的判决结果，将一个可能是虚假诉讼的案件合法化了，在程序正义上存在明显的瑕疵。

二、由于本案原告及其继承人始终没有提交身份证明，而他们本人又从未出庭，他们所提交的《授权委托书》等文件的公证手续又是他人代办的，二审法院在这方面问题却没有给予足够的重视，这不仅仅是不符合涉外诉讼法律规定的问题，也同样存在掩盖虚假诉讼的可能。

虽然《民事诉讼法》没有明确规定委托人必须亲自办理公证手续，但从我国《民事诉讼法》和公证法律制度的立法目的来看，本人亲自办理公证是确保诉讼真实性的基础。然而，由于日本公证制度与我国公证制度的差异性，仅提供形式上的授权委托书不足以证明原告亲自提起了诉讼、小林××真实地继承了诉讼，无法排除本案存在虚假诉讼的可能性。

办案心得

原告的主体资格问题只是本案的众多焦点问题之一，本案法律关系复杂，涉及征地拆迁、公司诉讼、资产评估、日本继承法、侵权等多重实体法律问题和继承人参加诉讼等程序性法律问题。笔者作为项目办的代理人，在办理本案过程中，首先在多重法律关系中梳理出主要的法律关系，找出了包括原告主体资格在内的多个焦点问题，多角度全方位的向法院提出抗辩意见和观点，对原告提交的多项材料中存在的的虚假性问题搜集调取了大量的证据，客观上动摇了原告的诉讼基础，虽然二审法院没有否认原告的诉讼主体资格，但是客观上减少了最终赔偿数额，为项目办减轻了赔偿压力。同时，通过本案的办理，熟悉了日本的《公证人法》和《继承法》等法律，也不失为额外收获。



急难中的相助，铜细里的诱惑

——“百变”民间借贷

这是一系列极具“创造力”的民间借贷操作方案，我国自上个世纪开始对民间借贷所构建的种种规制在它们面前荡然无存，禁止高额利息、禁止砍头息、禁止流质抵押的强行性规定对它们来说形同虚设。在巨额收益的驱动下，民间借贷粉饰一新、改头换面，“百变”登场！

陷民不法——冤假合同诈骗！

老李（化名）是一家制造型企业的老板，2012年初，因企业转型急需大笔资金，四处筹款未果，无奈下向专做民间放贷的金鑫（化名）筹借资金3000万，约定月息5%，还款期限一年。可就在签订《借款合同》的时候，金鑫拿出了一份《投资协议》，上面所载的内容是：老李欲投资开发楼多多房地产项目，经双方协商，金鑫投资该项目；老李保证每月支付金鑫120万的投资收益，且一年后金鑫收回全部投资。看着这份《投资协议》，老李有些不明就里，但考虑到和《借款合同》并没什么实质出入，所谓“投资收益”即“借款利息”，所谓“项目投资款”就是“借款本金”，筹资心切的老李就签了字。一年后，老李的企业转型失败，一时间难以偿还全部本金，于是再次找到金鑫协商，希望宽限数月。谁料金鑫却拿出《投资协议》，称当时双方协商的就是投资，不是借款，老李根本没有进行任何房地产开发，如果7天之内他不偿还全额投资款和收益，金鑫就以老李虚构投资项目骗取其投资款为由，控告老李合同诈骗。这可吓坏了老李，如果还不上钱，有可能搭上自家性命，可一时之间去哪筹这么多钱？

真假买卖——虚构违约责任！

2013年初，因经营困难，老王（化名）向小额借贷公司老板银长（化名）借款300万元，约定月利率6%，还

款期限一年，还款期限届满时一次性还本付息。可在签合同同时，银长拿出的却是一份《买卖合同》，内容是：银长向老王购买服装，老王应在10日内供货，如超过10日未供货视为老王违约，老王应每月按全部合同价款的6%计算向银长支付违约金。银长解释称，这不过是为保证老王按期还款的一种方式，如果老王不签字，他就不借钱给老王。急于用钱的老王迫于无奈，签订了《买卖合同》。一年后，老王返还了全部借款本金，但因资金有限，无法支付全额借款利息，于是和银长协商，看看能不能先支付一半的利息，剩余利息从后继经营收益中逐步偿还，否则自己的企业可能无法继续经营。可是银长毫不退让，商谈无果，银长以老王延期供货为由向人民法院提起买卖合同纠纷之诉，要求老王支付每月6%的违约金！

阴阳合同——错位高额利息！

当事人叫老张（化名）一直经营一家文化创意公司。2013年初，因资金短缺，他向铜贵借款500万元，借款期限半年，月利率5%，按月支付利息。在签订合同时，铜贵与老张签订了两份协议，一份是正规的《借款合同》，约定月利率2%。另一份是《咨询服务协议》，约定：铜贵向老张提供投资咨询服务，每个月老张需向铜贵支付咨询费15万元。这样折算下来，铜贵每月可从老张处收取款项共计25万元，正好为双方约定的月利率5%的高额利息。半年中，老张一直按期支付咨询服务费及借款利息。

律师团队成员：

殷俊茹，毕业于清华大学，经济管理学院
周海琼，毕业于北京师范大学，心理学院
高琨，毕业于吉林大学，法学院



殷俊茹



周海琼



高琨

但半年后，老张因经营不善，一时无法足额返还本金。铜贵随就以老张为被告向人民法院提起借款合同纠纷之诉，要求老张立即返还全部借款本金。

倒签协议——买卖不破租赁！

小梁（化名）是个白领，2013年4月份，他从小吴（化名）手上买了一套房子。随后他根据合同的约定交了首付款，办了银行贷款，并且和小吴办了房屋过了户。可两个月后，就在他根据合同准备收房的时候，却发现一个叫铁源的人占了自己买的房子。小吴找到铁源理论，谁知铁源称这个房子早在2013年2月份就已经租给他了，且一租就是20年，租金他也早就全部缴清。为了证明自己的话，铁源拿出一份他和小吴在2013年2月签订的《房屋租赁合同》，上面写着：小吴将房屋租赁给铁源，租期自2013年2月份至2033年2月份，2013年6月份之前的租金按月支付，2013年6月份之后的租金共计80万元一次性汇款至小吴的银行账户。同时，铁源还拿出他在2013年6月给小吴转账80万元的银行转账凭条。小梁大吃一惊，买房子前自己曾多次前来看房，当时房子一直是空着的，并没有人住啊。一头雾水的小梁又找到小吴询问。原来在房子卖给小梁后，小吴为了投资期货向铁源借了80万，借款的时候，除了借款协议外铁源还让小吴签了一份空白的《房屋租赁合同》。小吴本想自己的房子已经变卖，签订空白的《房屋租赁合同》也无所谓，所以就

签了字。谁知就在房子过户给小梁后，小吴的期货投资亏了本儿，无力偿还铁源的借款，铁源就把空白的《房屋租赁合同》填上了卖房前就已经出租的内容，并且强占了房子。得知真相的小梁可犯了难，一方面投资失败的小吴根本没有钱返还他的购房款，而另一方面根据“买卖不破租赁”的法律规定他要在漫长的20年之后才能真正的住进自己买的房子，最终很可能落得“房”“财”两空的现实让小梁叫苦不迭。

事实保管——无端赔偿之诉！

宝货公司（化名）是一家专营仓库出租业务的知名企业。2011年初，经营红酒贸易的干红公司（化名）与宝货公司订立《租赁合同》，承租宝货公司的仓库存放红酒。半年后，因干红公司经营困难，其与铜钱（化名）公司订立借款合同，向铜钱公司借款700万元，借款期限1年。为了担保按期还款，干红公司把它在宝货公司仓库存放的价值700万的红酒质押给了铜钱公司。在干红公司的撮合下，铜钱公司以远高于租金的价格与宝货公司订立了一份《保管合同》，约定由宝货公司使用干红公司承租的仓库为铜钱公司保管上述质押红酒，保管期限1年。但实际上，除了签约那一天，宝货公司就再没见过铜钱公司的人，一直是干红公司代铜钱公司支付的保管费，且质押红酒也一直是干红公司自行保管。1年后，保管协议期满，铜钱公司未再续签合同。本以为合同履行完毕的宝货公司未去过问这批质押红酒。谁想2014年4月，宝货公司却突然接到人民法院的传票，铜钱公司以宝货公司丢失为其保管的700万元红酒为由，一纸诉状将宝货公司告上法庭。收到诉状后，宝货公司找到干红公司，却发现干红公司早已人去货空。经宝货公司多方调查，原来干红公司早在2013年底就因红酒市场不景



气，赔光了家底，那批质押的红酒也早已变卖。干红公司的老板为了躲债不知所踪。虽然宝货公司很冤枉，可无奈当初错签了合同，现在也只能硬着头皮应诉。

是借款，还是投资？

老李和金鑫本是借款合同关系，但为保证如期收回本息，金鑫从借款之初就虚构投资项目，与老李签订《投资协议》，一旦老李不还钱，他就以控告老李合同诈骗为要挟，迫使老李砸锅卖铁，偿还欠款。因为早有预谋，就现有的证据而言，如果金鑫向公安机关控告，老李很可能会被立案调查，甚至最终被含冤定罪。老李的清白如何证？



赵岐龙



任视宇



陈宇

律师团队成员：

赵岐龙，毕业于中国政法大学，民商经济法学院任视宇，毕业于吉林大学，法学院
陈宇，毕业于中国政法大学，法学院

额利息。如此一来，老王要偿还铜贵的合法本息，而非法高利却没有理由要回来。额外利息可怎么免？

是租赁？还是担保？

小梁本是铁源和小吴民间借贷关系的局外人，可铁源为使自己的借款能有担保，利用“买卖不破租赁”的法律规定，以租赁关系代替担保关系，在空白的《房屋租赁合同》中采用倒签起租日期的方式，使租赁合同的生效日期提前到《房屋买卖合同》订立之前。当小吴无法偿还借款时，铁源摇身一变，从借款人变成为房屋承租人，合法的继续占有小梁的房子，并以转租等形式收回借款本金及利息。而小梁只能望房兴叹，再等20年。他的房子怎么要？

是保管？还是租赁？

《保管合同》是一种比较特殊的合同，在我国法律规定中，只要保管人未返还保管物，就算没有书面的合同，就算寄存人违反合同约定不支付保管费用，保管人仍然要承担保管责任。干红公司和铜钱公司以高额保管费做诱饵，诱使宝货公司签订《保管协议》，但实际上却根据《租赁合同》的约定占有仓库自行保管货物，并且在《保管协议》到期后，干脆就不再续签合同，让仅经营出租业务，而对保管合同不甚了解的宝货公司误以为合同已经履行完毕。此时，对于铜钱公司和干红公司来说，它们仅以一年保管费用的对价成功的将宝货公司拉进他们的借贷关系中。而对宝货公司而言，却以保管人的身份成了两家公司之间借

贷的“保证人”。一旦本小利薄的干红公司经营失败，无力还款，铜钱公司即要求资金雄厚的宝货公司承担保管赔偿责任。此时的宝货公司只能哑巴吃黄连，有苦说不出。红酒赔偿该谁担？

将错就错！

因为存在书面的合同，这些案子中的事实真相很难被还原，想要证明真实的交易关系，揭露民间借贷的实质，往往是徒劳无功。但想要胜诉，维护当事人合法的权益并不是毫无办法。

上述案件中，民间借贷模式的运用需要极其细致的布局和全面的法律知识，而大多数人往往因为整体考虑不周或对法律规定一知半解，在实际操作过程中出现种种疏漏。比如金鑫错误的在《投资协议》中约定了每月120万元的固定收益，该条款的存在直接影响了《投资协议》的合法性；银长约定了高额的违约金责任，却未对其实际损失提前布局取证；铜贵的疏漏在于没有在老张支付咨询费时确认款项的性质，也没有制作履行咨询服务义务的证据；铁源在诱骗小吴签订《房屋租赁合同》时，没有向其收集支付2013年2月至6月租金的缴费凭证，以及这期间的水电费票据等能够证明其在2013年2月即占有房屋的证据材料；而铜钱公司在与宝货公司签订《保管合同》时，忽略了在保管期限内，干红公司与宝货公司之间还存在一份《租赁合同》，《租赁合同》所约定的租赁范围恰恰涵盖了《保管合同》中约定的质押红酒存放地点，且为了节省开支，铜钱公司并未亲自支付保管费用，而是让干红公司代为承担。

正是这些疏漏，让我们能将错就错，反戈一击。

殊途同归的公正

在老李的案件中，投资行为和借款行为的根本区别在于投资时要共担风险，而借款时是固定收益。正是基于金鑫在订立合同时约定内容错误，我们拟定诉讼计划，让老李先下手为强，以金鑫为被告向人民法院提起诉讼，主动提出双方名为投资，实为借贷，以民事诉讼确认合同性质，进而免除了刑事控告的风险。

在老王的案件中，因为我国法律规定违约金不得过分高于给守约方造成的实际损失。而银长根本没有任何证据证明自己遭受了实际损失，最终在我们的申请下，人民法院将老王的违约责任调低到银长已支付贷款的银行同比较贷款利息。

在老张的案件中，基于老张的疏漏，我们向法院提出老张每月所支付的15万元是提前偿还的借款本金，而《咨询服务协议》根本就没有履行。因无证据证明《咨询服务协议》的履行情况，铜贵的违法高利贷一分也没收到。

在小梁的案件中，因为无证据证明铁源自2013年2月即占有房子，且他始终拿不出支付前三个月租金的凭证，法院最终认定《房屋租赁合同》的实际订立日期在房产过户之后，进而否定铁源“买卖不破租赁”的主张。

在宝货公司的案件中，我们基于《租赁合同》与《保管合同》约定范围重合，且一直由于干红公司支付保管费用的事实，主张质押红酒始终由于干红公司实际保管，铜钱公司与干红公司恶意串通，诱骗宝货公司订立《保管协议》，损害宝货公司的利益，进而向人民法院提起确认《保管合同》无效之诉，最终成功的免除了宝货公司的赔偿责任。

在这些案件的处理过程中，我们从未否定“那些合同”的真实性，也未试图还原真实的民间借贷关系，而是运用这些民间借贷操作模式设计者的疏漏，在他们设计的框架下还当事人以公正。

结语

约定提前还款违约金收取高额利息；制作交易凭证收取砍头息；采用“直存”的方式让银行承担担保责任；以传销模式运营民间借贷；拆分出借人主体，以借款行为构成非法集资为由而免除担保责任……

民间借贷的变化模式还在如野草般疯长，并借机获益。而在综合性治理制度构建形成之前，法律工作者与民间借贷之变的博弈，还是一条漫漫前路。



如何在美国设立子公司并移民?

■ 丁杰 / 文

近段时间,众多的中国公司,特别是民营企业考虑在美国设立子公司,以加速公司的国际化进程,很多民营企业家,除了上述的考量之外,其家族成员的移民需求亦是他们在美国设立子公司的目的之一。

针对上述需求,我特整理相关材料,并撰写本文。但请注意,对于美国法律事项,我并无发表专业意见的能力,以下内容是基于我对公开资料的搜索并结合过去相关经验完成的,仅供参考之用。

一、选择何种形式注册?

(一) 公司 (Corporation)

公司股东可以享受有限法律责任的保护,简化的会计账目和较少的纳税额。

股份公司的收益可以进行再投资或作为分红汇回外国母公司,分红需缴纳30%的代扣所得税。

与有限责任公司相比(LLC),股份有限公司的利润很可能无需缴纳医疗保险税和社会保障税,还可以通过转移所得降低纳税额。然而,C型股份有限公司受到双重征税:首先公司作为企业实体纳税,股东再作为个人纳税。S型股份有限公司不被双重征税,但仅限于少于100名股东且全部股东为美国公民/居民的S型股份有限公司,且C型股份有限公司、S型股份有限公司、有限责任公司和合伙均不能成为S型股份有限公司股东。

因此,S型股份有限公司可能并不是在国外设立企业的理想选择。

(二) 有限责任公司 (LLC)

与S型股份有限公司相似,建立有限责任公司以特定身份避免双重征税。有限责任公司不以公司实体纳税,而

是缴纳从业税。

由于有限责任公司还享受有限责任制度对股东的保护和其他相关的公司可以享受的利益,这使得其能够高效运转。有限责任公司还可以从收入中扣除经营成本,而C型股份有限公司不可以。

与C型股份有限公司相似,有限责任公司并无股东限制。

二、签证

受益人是受雇于外国企业的经理、管理人员、专业人才吗?

受益人在过去的三年里,是否连续一年在国外工作?

受益人的外国公司是否与即将设立的美商机构有商事往来?外国企业是否继续存在?

受益人会来美国为公司开设一个新的办公地点?

如果受益人对上述大部分问题的回答是肯定的,受益人就符合L-1签证的申请条件。如果受益人对上述大部分问题的回答是否定的,那么受益人可能不符合申请L-1签证的条件。

雇主必须代表雇员,缴纳申请费,填写I-129表。持有L-1签证的雇员的配偶和21岁以下未婚子女可以申请L-2签证。

要求一:提出申请的美国机构应当与受益人的国外企业有合格的关系

在美国新设的办公室必须与聘用受益人为经理、主管或专业人员的在国外的外国企业有联系。这就意味着新设的美国办公室是外国企业的母公司、关联公司、子公司或分支机构且美国的办公室与外国企业必须继续有共同所有权和控制权。

1、证明材料

可提交作为显示与在美国的经营活动有必要关系的证据,包括但不限于:

证明美国和外国企业共同所有权的公司发起协议;

证明共同所有权的营业执照或其他文件;

描述企业组织结构的年度报告;

详述从属关系的合同或其他文件;

描述公司关系的在美国或国外的公司归档文件;

其他任何证明美国和外国企业所有权和控制权的证据。

(例如,购股协议、表决权协议、资本构成表、投资条款清单)

2、子公司

如果设立子公司,需要提供一份详细的写明持股比例的国外公司和美国公司的股东名册,和相关的支持文件。

子公司是一家由母公司拥有(直接或者间接)半数或者半数以上控制权的公司。这包括有同等的控制权和投票权的对半出资的合资公司和拥有不足一半子公司股份但能实际控制子公司的母公司。

3、证明以合格的工作能力在国外工作了一定时长

为证明受益人已经在海外工作了要求的时长,美国公民和移民署建议提交证明雇佣关系(例如工资单、雇员工资记录、纳税申报单)和工作成果的证明。除了上述证明之外,美国公民和移民署还有可能会要求提



供其他证明材料。

为表明受益人有能力胜任在海外的工作,美国公民和移民署建议提交例如显示受益人职位的组织结构图、基于工作获得专利或其他证据证明公司的成果、绩效评估表、代表公司的贷款/筹集资金、在组织内的职位说明和一份陈述受益人工作成就的简历。除了上述证明之外,美国公民和移民署还有可能会要求提供其他证明材料。

要求二:新公司获得足够进行商事活动的办公场所

如果受益人申请设立新公司,需要提供一份表明在美国投资额和在美国经营进行商业活动能力的商业计划书或是执行摘要的副本。

证明材料

可提交的证明材料包括:签订的租约,贷款或其他购买不动产的证明、与要求的场所相联系相关的商业计划书或其他商业活动材料。

如果受益人请设立新公司,需要提供一份表明在美国投资额和在美国经营进行商业活动能力的商业计划书或是执行摘要的副本。



丁杰律师简介

京都律师事务所资深顾问，执业领域包括：资本市场、并购重组、海外投资相关业务与高净值资产个人的财富管理和投资移民等，关注影视娱乐、房地产和互联网等行业。丁顾问曾就职于英国路伟律师事务所、英国年利达律师事务所以及美国富励律师事务所等顶尖国际律师行，拥有在中国、美国和韩国的工作经历。



除了证明已获得办公场所，还需要证明这个工作地点足够进行商事活动。

要求三：如果申请延长在美国停留时间，新公司必须在获得赴美L-1签证后的一年内持续运营

L-1签证是为了帮助外国公司的美国新公司有一个启动期。在此之后，如果新公司达到要求，就可申请获得L-1签证的延期。

基于不同的商业性质，新办公室运作的标准也不同。通常情况下，包括如雇佣额外的雇员、满足订立合同的条件，有收益源或存活清单。

要求四：如果在L-1A签证项下申请延长在美国停留时间，新公司应在一年后正式设立经理级或管理的职位

新的公司可能由组织内工作的、持有L-1签证的、具有经营、管理或是专业知识能力的人设立；一年后，公司必须高效运作且可以支持这样的一名经理或管理人员。这个经理或管理人员应当完全承担其职责。如果经理或者管理人员仍然需要亲自处理一些琐碎的事务而没有起到管理性的职能，就很可能没有达到法律规定的要求：即经理或管理者应关注他们的管理和经营任务。

证明材料

美国公民和移民署推荐以下证明材料，以表明新办公室是功能完备的：

- 采购订单，合同或商业活动的其他证据；
- 雇用的员工的工资记录；
- 银行报表；
- 显示月收入的财务报表；

- 持续的风险投资或获得重大成果的其他第三方出的投资；
- 关于商业活动的媒体报道；
- 说明所有现有员工的作用和职责职位描述，或清楚地说明经理或管理人员不承担不应由其承担责任的其他证据。

三、EB1绿卡

L-1签证是双重意图签证，所以申请绿卡不会影响L-1签证的非移民身份的问题。就业绿卡有很多种。EB1针对杰出人才，EB1C是针对跨国公司的经理和主管。有时也被称为E13。雇主填写I-140表格。雇主为I-140申请人。

EB1C的申请过程短于1年。

要求

在申请前的三年中，受益人必须在美国雇主的海外机构工作过至少一年，而且在进入美国后将继续为该企业或组织服务。受益人必须在美国境外同样的雇主、雇主的附属机构或是子公司里从事经理或管理工作。

注意：持有L-1签证并不是申请EB1C的前提。

只要受益人在过去的三年中连续一年在国外担任经理或管理职位，受益人就可以马上申请EB1C绿卡。

再论对虚开增值税发票罪构成要件 的表述亟待修改

■ 田文昌 / 文

2011年在刑法修正案（八）草案讨论期间，本人曾在《民主与法制杂志》2011年2月刊发表了关于《对需开增值税发票罪构成要件的表述亟待修改》的文章，并向全国人大法工委提交了修改建议稿。但时至今日，除在《修八》中删除了死刑条款之外，对于205条的条文表述仍未作修改。鉴于实践中出于对条文理解的原因导致对该罪误判的情况仍然很普遍，再次撰文论证对罪名条文表述修改的必要性。

刑法修正案（八）草案删除了205条虚开增值税专用发票罪第二款死刑条款，很有必要。但该条关于犯罪构成的具体表述也亟待修改。

多年来，实践中已有大量案例表明，很多虚开增值税发票行为并无骗取税款的目的，也无骗取税款的行为和结果，而只是出于其他动机，如为虚增业绩，因购买原料时供货方无发票而找其他单位代开，或者应付质量检查等等，且有时数额特别巨大。如有一钢铁公司购买废钢原料时，因供货方没有发票，只好找其他废品公司代开增值税发票达八亿之多。但其并未骗取税款，其所开发票与购买废钢的吨数是相对应的，即发票项下确有真实交易，且票与货数量相符，只是张三供货，李四开票而已。最终被判决有罪。

因过去曾有司法解释认为有无真实交易并不影响入罪，所以，实践中有大量只有形式上虚开行为，而并无骗税目的和行为被定罪重罚。更有甚者，理论界还有人据此将该罪论证为行为犯。这种后果是非常严重的。

为此，建议对该罪构成条件的表述予以修改，意在强调骗税目的和结果，以避免司法实践中把握界限不清的混乱状况。





一、虚开增值税专用发票罪的立法背景及实践中的问题

该罪是97年新刑法增设的新罪名，源于95年全国人大对打击虚开增值税发票犯罪的补充规定。其立法背景是：94年实行新税制改革后，出现了个人和单位利用开具增值税专用发票骗取国家税款的行为。即在无真实货物交易的情况下，开具或者利用虚构的假发票来向国家税务机关抵扣税款，或者开具和利用票面价格超出实际交易价格的发票去向国家税务机关抵扣税款。仅凭一纸虚假发票即可向国家骗取巨额税款，这种行为不同于原来意义上的逃税犯罪。逃税罪是表现为在经营活动过程中逃避纳税义务，而本罪则在没有任何经营活动的情况下造成了国家税款的严重损失。1995年全国人大常委会以补充罪名的方式针对这种犯罪现象出台了专门的规定，其目的在于打击以采取虚开增值税专用发票的方法骗取国家税款的行为，继而在97年刑法修改时增设了该罪名。后来，司法实践中发现，出于各种不同目的开具增值税专用发票的情况日益复杂，表现形式各不相同，其中包括许多只有虚开行为而并无骗税目的的情况。这种现象致使在理论和实践中对该罪构成条件的理解发生了重大分歧，以至于出现了“行为犯”、“目的犯”、“结果犯”之争。

持行为犯观点者认为，该罪特征不以骗税为目的，也不要求具有骗税的结果。因此，只要在形式上实施了虚开行为，就构成犯罪既遂。于是，实践中有大量案例在并未骗取一分钱税款的情况下，被告人被科以重刑。

二、对《刑法》第205条虚开增值税专用发票罪法定要件的分析

（一）如何正确理解“虚开”的概念？

从字面上理解，“虚开”即开具虚假的发票。相对于真

实而言，“虚开”的含义无非包括：1）全部虚假；2）部分虚假（即半真半假）。

全部虚假，是指全无真实交易，纯属无中生有，凭空开具假发票的行为。部分虚假，是指虽有交易，但发票的金额高于实际金额。这里包括，品名不符、数量不符、质量不符等等，由此导致金额不符。在此情形之下，超出部分的金额就属于“虚开”。

由此可见，发票是否为“虚开”，关键在于发票项下有无票与货相符的真实货物交易，

（二）如何理解“有无真实货物交易”？

实践中，反映货物交易真实与否有四种情况：

1. 抵扣税款的行为人与任何人都没有发生过货物交易，以凭空开具的假发票（包括自己开具或他人开具）去抵扣税款。这种情况，显然属于没有真实货物交易。

2. 抵扣税款的行为人用于抵扣税款的发票虽有真实的货物交易背景，但发票的价格和金额高于实际价格和金额。这种情况，其“超出部分”属于没有真实货物交易。

3. 抵扣税款的行为人（受票方）与开票方之间有真实的货物交易，且票与货价格和金额相符，受票方与开票方之间的货物交易具有直接的对应关系。这种情况，被公认为有真实货物交易。

4. 抵扣税款的行为人（受票方）与他人之间有真实货物交易，且票与货的价格和金额相符，但受票方与开票方之间无对应关系，也就是说，张三供货，李四开票。这种情况下如何界定货物交易的真实性，正是争议的焦点所在。

有一种观点认为，真实交易仅指受票人与开票人之间而言，不考虑第三方的存在，即不考虑货物交易事实的客观真实性，而只注重受票方和开票方之间的货物交易的对应性。只要无此对应性存在，即视为无真实货物交易，进而视为“虚开”。

因过去曾有司法解释认为有无真实交易并不影响入罪，所以，实践中有大量只有形式上虚开行为，而并无骗税目的和结果的行为被定罪重罚。这种后果是非常严重的。

另一种观点认为，货物交易的真实性体现于其交易事实本身的客观存在性，这种真实性并不以交易主体的不同身份而发生变化。因此，不能简单地以受票方与开票方之间有无相对应的货物交易事实为标准来确定货物交易的真实性，而应该以发票项下有无货物交易事实为标准来确定货物交易的真实性。

比较分析前述两种观点，第二种观点的正确性应当是显而易见的。因为，发票是用于抵扣税款的唯一凭证，只有发票项下所列的货物交易价格和金额具有虚假性才属于票与货不符，并进而导致骗取税款的后果，而开票人的主体身份与骗税的后果并无必然联系。即如发票项下货物交易虚假，则会发生骗税结果；反之，如发票项下货物交易真实，则无骗税的后果。更进一步说，实际供货人也可以开出假发票，即超出实际交易数量的发票；而非实际供货人同样可以开出真发票，即发票中的价格和金额与实际交易相符。由此可见，只要发票项下所列的交易是真实的，就属于票与货相符，即属于有真实货物交易。而有真实货物交易，就不是“虚开”，就不会发生骗税的结果。第一种观点的问题在于：只注重事物的表面形式，而忽略了事物的本质。

三、对虚开增值税专用发票罪基本特征的分析

根据原刑法第205条规定，本罪原有四个刑罚幅度，即三年以下；十年以下；无期徒刑；死刑。属于可判死刑的最严重的犯罪之一。修改后最高刑改为无期徒刑。根据罪刑相适应的原则，这种重罪必以相应的严重后果为构成条件。反之，如果将该罪视为行为犯，那么，不具有骗税目的的虚开行为所侵犯的客体就不是税收征管制度，而仅仅是发票监管制度。这种行为的危害性显然未达到应当科以重刑的严重程度。

在如何认识本罪基本特征的问题上，将本罪与逃税罪作比较分析是最有说服力的。刑法第201条规定的逃税罪侵害的客体是国家税收征管制度，且以数额较大和情节严重的犯罪后果为构成条件。而对逃税罪的处罚只有二个刑罚幅度，最高刑期才为七年有期徒刑。

对前述两个罪名相比较可以看出，如果犯罪客体为税收征管制度的逃税罪最高刑罚才规定为七年有期徒刑，那么，不具有骗税目的的虚开行为所侵犯的客体仅仅是发票监

管制度，其最高刑罚就不可能为死刑或无期徒刑。理由十分明显：犯罪客体重要程度是反映犯罪社会危害程度和决定刑罚尺度的最重要依据，而税收征管制度与发票管理制度相比，前者显然重于后者，因为前者造成了税收损失，而后者只造成发票管理混乱，并不必然导致税款流失的后果。所以，如果认为“虚开”罪的基本特征仅仅是实施虚开发票的行为本身，那就意味着在罚则中倒置了犯罪客体的主次关系，这种认识显然是违背罪刑相适应的立法原则的。

由此得出的结论是：由于“虚开”罪的刑罚远远高于逃税罪，所以，“虚开”罪的客体应该是税收征管制度而不可能只是发票监管制度，“虚开”罪的基本特征应该是骗取国家税款而不可能仅仅是违规、违法的开具发票的行为本身。所以，“虚开”罪的构成必须具有骗取国家税款的目的和结果，“虚开”罪只能是结果犯，而不可能是行为犯。

如果将该罪理解为行为犯，就形成了“以行为犯定罪，以结果犯量刑”的冲突。这种认识是违背罪刑相适应的立法原则和司法原则的。

通过前述分析可见：本罪的基本特征应当是，“以虚开增值税专用发票的手段骗取国家税款”，而并非仅仅是“虚开增值税专用发票的行为本身”。

四、本罪的基本特征决定本罪的构成条件

当明确“虚开”罪的基本特征为“骗取国家税款”之后，再分析其犯罪构成条件，问题就迎刃而解了。

“虚开”罪的构成条件应是：1）虚开发票的行为；2）骗取税款的目的；3）有骗取国家税款的行为；4）骗取国家税款的结果。前述行为的目的和结果，都是围绕着“骗取国家税款”的基本特征而存在的。

至此，我们回过头来再分析本罪的相关概念，就会更加清晰、更加透彻。

1. 关于“虚开”的概念。本罪中的“虚开”，是针对发票项下有无真实货物交易而言，而与开票方的主体身份并无必然联系。因为只有发票项下所列的货物交易价格虚假，才能造成骗取税款的结果。否则，即使开票主体身份与供货方主体身份不符，也不应视为“虚开”。

2. 关于“货物交易的真实性”概念。本罪的“真实货物交易”体现于交易事实本身的客观性、真实性，不因交易



主体的不同身份而发生变化。因为只有交易事实本身的虚假性，才能造成骗取国家税款的后果。只要交易事实存在且与发票价格相符，就不可能造成骗取国家税款的结果。所以，开票人主体身份不重要。

3. 关于本罪犯罪形态的界定。本罪只能是结果犯，而不可能是行为犯。因为，虚开发票的行为本身并不必然造成骗取国家税款的结果。以行为犯论，违背了罪刑相适应的原则。

可见，对上述三个概念的理解，都是与本罪“骗取国家税款”的基本特征相联系的。综上所述，犯罪基本特征与犯罪

具体构成条件之关系不可分割，与犯罪构成要件中相关具体概念的关系不可分割。只有遵循立法原意，从犯罪基本特征出发去分析、理解犯罪构成的具体条件及其相关概念，才能避免理解上的偏差，走出误区，得出符合立法原意和立法原则的正确结论。

2000年12月28日上海高级法院组织的司法审判会议并印发的《关于审理经济犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》中指出，认定虚开增值税专用发票罪，“还必须查明或证实虚开行为在实质上具有偷逃国家税款的实际危害性或者造成该种危害的现实可能性……，如果缺少这一实质特征（即虚开以后如实申报缴税），则意味着行为人在主观上并没有通过虚开增值税专用发票的手段达到偷逃国家税款的非法目的，客观上也没有实际侵害国家税收管理制度。因为主观和客观要件均有欠缺，故单纯具有形式上的虚开行为，不能认定虚开增值税专用发票罪。”

最高人民法院于2004年11月24日至27日，在苏州召开了全国部分法院经济犯罪案件审判工作座谈会，会议形成了《全国部分法院“经济犯罪案件审判工作座谈会”综述》，其中关于虚开增值税专用发票犯罪的认定中明确：“正确认定虚开增值税专用发票犯罪的客体是最终确认该罪定罪标准的关键。对此，倾向性观点认为，该罪侵犯的是复杂客体，一是增值税专用发票管理秩序，二是国家税收征管制度，二者缺一不可。其中，根据刑法第三章第六节的规定，国家税收征管制度应当属于主要客体。因此，如果虚开行为仅仅破

坏了增值税专用发票管理秩序，但未实际危及国家正常的税收活动，只能属于一般的行政违法行为。”并在此基础上得出了一致结论：“都认为行为人主观上不具有偷、骗税目的，客观上也不会造成国家税款流失的虚开行为，不应以虚开增值税专用发票犯罪论处。”

由此可见，无论是从理论层面还是从实务角度，在主流观点上对于该罪构成要件的认识都已经达成共识。然而，由于立法条文中表述的抽象性和一部分司法人员的认识误区，实践中将该罪以行为犯对待的案例仍然不在少数。改善这种状况的根本办法，就是使刑法205条的内容表述明确、具体而不致引起歧义。

五、对刑法205条修改的具体建议

建议修改的理由是为了明确条文表述的含义，强调构成该罪必须具有骗税的目的和结果。所以，只做如下改动即可：

虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票骗取税款的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；骗取（原为“虚开的”）税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；骗取（原为“虚开的”）税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

单位犯本条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；骗取（原为“虚开的”）税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑；骗取（原为“虚开的”）税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，是指为他人虚开、为自己虚开、让他人

由于立法条文中表述的抽象性和一部分司法人员的认识误区，实践中将该罪以行为犯对待的案例仍然不在少数。

私募股权投资基金的法律风险控制及非法集资的预防

■ 吕志轩 孟冰 董宇琼 / 文

私募股权投资（简称PE）是金融创新和产业创新结合的产物，PE作为金融创新的一种手段，能够为新兴公司提供创业和持续发展所需的宝贵资金，催生新的产业，促进产业结构和消费水平的升级，扩大就业机会。这几年PE给我国金融市场带来了巨大活力，我国股权投资市场在这几年里呈现爆发式增长，PE投资机构投资活跃度达到历史高峰，而在资本市场活跃态势的影响下，一部分PE投资机构的投资已经成功实现退出，并获得丰厚回报，一部分PE投资在未来几年将要密集实现退出，这给我国金融市场带来不小压力。目前我国金融改革开放已进入新阶段。中央政府以更大决心和力度推动金融改革创新，通过放宽市场准入，允许各类资本平等参与金融市场竞争；同时党的十八届四中全会也明确提出的全面推进依法治国，包括

在金融领域也要大力加强依法监管和积极完善金融法制体系，全方位营造良好的金融法治环境，在金融创新的同时也要重视预防金融风险的发生。PE作为受众较多的金融创新的工具，在发展的同时也迫切需要法律风险控制。

第一部分 案例——私募股权投资涉嫌非法集资的经典案例

一个披着“合法外衣”的私募股权创投企业

（一）案情回放

2005年前后，一大批私募股权创投企业如雨后春笋般的破土而出，业务开展得如火如荼，众多的股权投资者也纷纷涌入股权投资的“淘金大潮”中来。在一片看是繁荣的景象下，却暗藏着巨大风险。一些披着“合法外衣”的私募股权创投公司，在政策和法律的“模糊地带”苦心经营，这其中就有xxxx创投公司。

2006年7月6日xxxx创投公司在北京成立，法定代表人xx。同年9月，该公司高调入驻金融街，这让该公司一度名噪一时。

xxxx创投公司对外所称的投资项目主要有四个，即投资北京xx科技有限公司股权、某地xx石油化工有限公司股权项目、某地xxxx电池有限公司股权项目和xx银行股权项目。

（二）刑事介入

公安侦查机关接到报案后，立即立案侦查，侦查结果是：1、北京xx科技有限公司项目，注册资本1000万元。早在一年半前营业执照已经被吊销。2、另一个拥有众多投资者的项目xx石油项目。该项目“招股书”称是一家高科技企业，调制生产高清洁无铅汽油和柴油年创效益超亿元。工商资料显示为正常。但该投资项目地区并没有xx石油这家

吕志轩律师简介



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



公司。3、xx电池项目。该电池有限公司成立于2009年10月27日。而2012年8月30日该公司经营期限已经到期。4、至于xx银行股权项目，由于多次转手，xxxx创投公司原来所持的xx银行股权早在2010年5月就被抵押了。至此，该xxxx私募股权创投公司项目全部落空，投资者损失巨大，引发了诸多不稳等因素。目前该企业的主要负责人已经受到法律严厉制裁，但遗留的诸多社会问题依然影响着一些人的正常生活。

（三）非法集资经营模式

这个xxxx创投公司与国内其他创投机构无异。公司与投资人之间一般会签订《xx号（XX）号委托代理创业投资合同书》。双方约定，投资人委托xxxx创投公司代为持有被投资企业股权，依法从事私募股权创业投资。

同时，双方约定投资人承担代理私募股权投资的投资损失。收益分配方式为，合同期限内投资人可按持股比例分享出资所投股权当年产生红利的70%，投资期满投资人可按持股比例分享股权升值部分70%收益；红利与股权升值部分之外的30%归xxxx创投公司所有。合同有效期多为2年。但上述合同会包括一个手写补充条款：“合同期满时，如果投资项目未上市，乙方（xxxx私募股权创投公司）按投资额的140%为股权转让价格，受让投资人的全部股权。”也正是这条回购条款，让投资人陷于被动。

xxxx创投公司采用披着合法外衣进行非法集资。首先入驻金融街“镀金”其次，到发改委备案；再次，每年坚持参加北京一年一度的金博会，虚假的提高声誉。

（四）投资者无法实现的愿望

对于这类案件发生后，一般一部分投资者会比较迷茫，希望放集资者一马，让其在外继续盘活资产，兑现对投资人的承诺；错误的认为如果定性为非法融资或集资诈骗，刑事介入后就比较漫长，还可能是血本无归。正是基于这样的片面的认识，部分受害者在希望严惩xxx的同时，却又积极地为其开脱。投资人对刑事介入追回资产是较快的解决方式的理解有一定局限性。一般在非法集资案件中，普通受害者往

孟冰律师简介



京都律师事务所合伙人，现为中华全国律师协会民事业务委员会委员，北京市律师协会房地产专业委员会委员。孟冰律师的主要执业领域为：房地产、金融、公司业务、合同纠纷及仲裁。

往有一种心理，即希望自己不是最后一个“接棒”的人。“只要xxx没被抓，就可以通过其他方式融资，把欠投资人的钱还上，哪怕是再继续欺骗下一拨投资人。希望以这种”“击鼓传花”的方式是自己的投资能够收回，这样的想法会是非法集资者集资规模越来越大，受害人愈来愈多，会产生严重的社会不稳定等问题。

（五）本案的借鉴与启示

对监管部门来说应当规制私募股权投资应建立合格投资人制度，“合格投资者是有一定风险识别能力和风险承受能力的人。一是不容易被骗，二是即使被骗，也不会构成系统性风险。合格投资者可以包含三类，一是机构投资者、金融机构理财产品等；二是有一定注册资金以上的实体企业；三是金融资产配置达到一定规模

以上的个人投资者。

对于投资人来说：首先投资要合法。其次，投资要理智，充分考虑风险，一般集资案件现在发生的结果就是当初风险的体现，如果投资者当时注意风险，就不会发生被骗情况，如果投资者当时已经注意到风险，当风险发生后，就要接受现实，依法维权。不能为维护自己的利益，采取非法的手段，包括通过黑社会追债，或者非法上访等过激行为，严重影响正常的社会经济秩序，还有可能涉嫌违法和犯罪。

第二部分

一、私募股权投资概念

私募股权投资(简称“PE”)是指通过私募形式对私有企业，即非上市企业进行的权益性投资，通过上市、并购或管理层回购等方式，出售持股获利。广义上讲，私募股权投资涵盖企业首次公开发行前各阶段的权益投资，即对处于种子期、初创期、发展期、扩展期、成熟期等各个时期企业所进行的投资。因此私募股权投资也包括创业投资。

目前我国也已成为亚洲最活跃的私募股权投资市场。私募股权投资机构在中国大陆地区投资投资空前高涨。

二、私募股权的主要法律特征

1、募集方式非公开性。不得通过媒体（包括本企业网站）发布公告、在社区张贴布告、向社会散发传单、发送手机短信或通过举办研讨会、讲座及其他变相公开方式（包括在商业银行、证券公司、信托投资公司等机构的柜台投放招募说明书），直接或间接向不特定对象进行推介；

2、募集人数限制性。以股份有限公司形式设立的，募集人数不得超过200人；以有限公司形式设立的，募集人数不得超过50人；以合伙制形式设立的，合伙人人数最高不得超过50人；

3、募集主体适格性。募集人只能向特定的具有风险识别能力和风险承受能力的合格投资者募集，包括合格的机构投资者和自然人投资者；

4、要充分提示风险，不得承诺固定收益。募集人须向投资者充分揭示投资风险及可能的投资损失，不得向投资者承诺确保收回投资本金或获得固定回报；

5、资金托管。募集所得资金由属地商业银行进行托管；

6、管理团队的专业化。基金的管理团队必须是有专业背景、知法守法的专业管理团队，有股权投资或相关业务经验。

三、目前我国私募股权投资主要采用的主要模式

（一）公司制

公司制私募股权投资基金就是法人制基金，主要根据《公司法》(2005年修订)、《外商投资创业投资企业管理规定》(2003年)、《创业投资企业管理暂行办法》(2005年)等法律法规设立。

在目前的商业环境下，由于公司这一概念存续较长，所以公司制模式清晰易懂，也比较容易被出资人接受。在这种模式下，股东是出资人，也是投资的最终决策人，各自根据出资比例来分配投票权。

（二）信托制

信托制私募股权投资基金，是指信托公司将信托计划下取得的资金进行权益类投资。其设立主要依据为《信托法》(2001年)、银监会2007年制定的《信托公司管理办法》、

《信托公司集合资金信托计划管理办法》(简称“信托两规”)、《信托公司私人股权投资信托业务操作指引》(2008年)

采取信托制运行模式的优点是：可以借助信托平台，快速集中大量资金，起到资金放大的作用；但缺点是：目前信托业缺乏有效登记制度，信托公司作为企业上市发起人，股东无法确认其是否存在代持关系、关联持股等问题，而监管部门要求披露到信托的实际持有人。

（三）有限合伙制

有限合伙制私募股权基金的法律依据为《合伙企业法》(2006年)、《创业投资企业管理暂行办法》(2006年)以及相关的配套法规。

按照《合伙企业法》的规定，有限合伙企业由2个以上50个以下合伙人设立，由至少一个普通合伙人(以下简称为GP)和有限合伙人(以下简称为LP)组成。普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，而有限合伙人执行合伙事务，也不对外代表有限合伙企业，只以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

同时《合伙企业法》规定，普通合伙人可以劳务出资，而有限合伙人则不得以劳务出资。在运行上，有限合伙制企业，不委托管理公司进行资金管理，直接由普通合伙人进行资产管理和运作企业事务。

采取有限合伙制的主要优点有：(1)财产独立于各合伙人的个人财产，各合伙人权利义务更加明确，激励效果更好；(2)仅对合伙人进行征税，避免了双重征税。

（四）“公司+有限合伙”模式

“公司+有限合伙”模式中，公司是指基金管理人为公司，基金为有限合伙制企业。该模式是目前较为普遍的股权投资基金操作方式。由于自然人作为GP执行合伙事务风险较高，加之目前私人资本对于有限合伙制度的理念和理解都不尽相同，同时，目前《合伙企业法》中，对于有限合伙企业中的普通合伙人，没有要求是自然人还是法人。为了降低管理团队的个人风险，普遍采用“公司+有限合伙”模式，即通过管理团队设立投资管理公司，再以公司作为普通合伙人与自然人、法人们一起，设立有限合伙制的股权投资基金。由于公司制实行有限责任制，一旦基金面临不良状况，作为有限责任的管理公司则可以成为风险隔离墙，从而管理人的个人风险得以降低。在该模式下，基金由管理公司管理，LP和GP一道遵循既定协议，通过投资决策委员会进行



决策。

(五) “公司+信托”模式

“公司+信托”的组合模式结合了公司和信托制的特点。即由公司管理基金，通过信托计划取得基金所需的投入资金。

在该模式下，信托计划通常由受托人发起设立，委托投资团队作为管理人或财务顾问，建议信托进行股权投资，同时管理公司也可以参与项目跟投。依据《信托公司私人股权投资信托业务操作指引》第21条规定，“信托文件事先有约定的，信托公司可以聘请第三方提供投资顾问服务，但投资顾问不得代为实施投资决策。”这意味着，管理人不能对信托计划下的资金进行独立的投资决策。同时，管理人或投资顾问还需要满足几个重要条件：（1）持有不低于该信托计划10%的信托单位；（2）实收资本不低于2000万元人民币；（3）管理团队主要成员股权投资业务从业经验不少于3年。

目前地产类权益投资项目主要采用该模式。此外，一些需要通过快速运作资金的创业投资管理公司，也常常借助信托平台进行资金募集。

(六) 母基金(FOF)

母基金是一种专门投资于其他基金的基金，也称为基金中的基金，其通过设立私募股权投资基金，进而参与到其他股权投资基金中。

母基金利用自身的资金及其管理团队优势，选取合适的权益类基金进行投资；通过优选多只股权投资基金，分散和降低投资风险。

四、私募股权基金募集过程中可能涉及的刑事方面法律风险，即：涉嫌非法集资问题。

(一) 防止非法集资主要注意两点

- 一是募集人数不能超过200人，否则会构成公开发行；
- 二是不能承诺固定收益，否则很有可能触线。

2011年1月4日起施行的《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中，对非法集资的构成要件做了明确规定：1、未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；2、通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；3、承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；4、向社会公众即社会不特定对象吸收资金。因此，要适当

提高LP的合格度，严格控制人数，即不超过法律规定的50人上限，对单个的LP，其出资按规定最低不能低于100万元。做到上述两点，基金募集过程中基本就可以避免非法集资风险。

此外《解释》还列举了非法集资犯罪的十种具体形式，最近一年来利用众筹平台和p2p平台互联网犯罪的增多且异常活跃，p2p平台跑路者不少，这给社会带来极大的隐患，应加强预防。

(二) 私募股权投资过程中涉嫌非法集资所涉罪名

根据最高人民法院2011年1月4日生效的《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称解释）的规定，涉及非法集资的罪名主要有以下六个：

第160条的欺诈发行股票、债券罪；第176条的非法吸收公众存款罪；第179条的擅自发行股票、公司、企业债券罪；第192条的集资诈骗罪；第225条的非法经营罪；以及刑法第222条的虚假广告罪。

其中，私募股权基金易涉及的罪名有：非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪这两个罪名，

(三) 私募股权投资基金管理者应当特别注意的法律风险

私募股权投资基金的法律风险，指私募股权投资融资操作过程中相关主体不依据法律规则、疏于法律审查、逃避法律监管所造成的经济纠纷和涉诉给企业带来的潜在或已发生的重大经济损失，因此私募股权投资基金募集者要有清晰的法律风险意识。

1、要依法设立和依法报批

私募股权基金必须依《公司法》《合伙企业法》及其他部门规章、地方法规等相关规定的条件及程序设立。公募募集资金需要相关部门登记或审批。只有依法设立的企业才有募集的主体资格，只有经过批准的经营范围，才有从事股权私募的权限。

国家发改委于2009年7月10日颁布了《国家发改委关于加强创业投资企业备案管理严格规范创业投资企业募资行为的通知》（发改财金[2009]1827号），针对国务院十部委于2005年11月15日颁布的《创业投资企业管理暂行办法》（国家发展改革委等十部委令[2005]第39号）《创投办法》）实施过程中部分备案创投企业以“募集有限合伙基金”，和“从事代理业务”，等名义开展非法集资活动的现象，提出了明确的监管要求。这在《公司法》、《合伙企业法》及《创投办法》均有明确的规定。

2、人数要在法定范围，要有识别风险能力

首先，要对投资人数量限定：股份公司形式的公司“投资者不得超过200人；有限公司形式投资者人数不得超过50人；合伙企业形式的投资者亦不要超过50人。在募集过程中，一定要杜绝“代持股”或其他形式的投资者实际超出规定人数现象的发生。实践中，一些私募发起人为了获取注册，安排或者默许一些投资能力不足的单个投资者，采取代持股的方式进入企业股东，而代持人可能持有数十甚至数百名投资者的资金。这种行为给私募企业的运营带来了巨大的法律风险。一旦超过投资人数量上限，就容易涉嫌向不特定对象募集资金，从而具备构成非法吸收公众存款罪的可能。

3、要对投资者进行风险提示

资金的募集方式不能通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传，需向特定的有投资风险辨别能力及承受风险能力的人募集，且在募集过程中要将风险充分提示。若未向社会公开宣传，有些发起人为了募集资金，故意隐瞒相关信息甚至进行虚假披露，这就会给私募企业埋下触犯刑律的隐患。股权投资企业的资本募集人须向投资者充分揭示投资风险及可能的投资损失，不得向投资者承诺确保收回投资本金或获得固定回报。

4、不承诺保本付息及固定收益

是否承诺固定收益或签订了保本付息条款是认定行为是否构成非法集资的主要认定标准。变相允诺给付固定回报涉嫌非法吸收公众存款承诺给付固定回报是构成非法吸收公众存款罪的条件之一。现实中，有些私募发起人在融资难的背景下，为了扩充资本，视法律的禁止性规定于不顾，采取诱导方式向投资人展示基金的过往回报业绩、预测投资的收益回报、展示对其他投资人的预期收益等暗示的方式，或者在招募说明书中载明按期支付高额利息、在宣传中默认给付回报等方式。变相的实施“承诺给付固定回报”，这就极易触犯非法吸收公众存款罪。

5、私募基金要专款专用，要由商业银行进行托管的法律风险。有些不法分子逃避监管，结果出现“携带资金逃匿”的现象，给社会造成极大的影响。

6、除过上述法律明确规定外，投资者在实际操作过程中还需要关注以下的法律风险防范。

除过违反有关法律法规带来的风险外、通常在项目实施过程中还有经营管理方面的法律风险如（1）合同法律风险（2）操作风险（3）知识产权法律风险（4）尽职调查不实法律风险。

此外还要注意私募股权投资基金进入企业后的企业日常法律风险。如：合同风险、不规范经营风险、债权过于集中带来的风险。治理结构缺陷带来的决策风险、人力资源

风险、规章制度不健全导致的员工道德风险、公司印章管理不严带来的债务风险。投资合作风险、分支机构风险、借贷风险、担保风险。

私募股权在退出过程中也存在法律风险，目标企业股票发行上市后，投资者作为发起人在经过一段禁止期之后即可售出其持有的企业股票或者是按比例逐步售出持有的股票，从而获取巨额增值，实现成功退出。但由于我国企业上市热衷于买壳上市。目前我国上市公司壳资源大多数“不干净”，债务或担保陷阱多，职工安置包袱重，如果买壳方没有对“壳”公司历史做出充分了解，就会存在债侵权、怠于行使公司的法律权利等。如债务拖欠，合同诈骗，盲目担保，公司治理结构软化，监督乏力，投资不做法律尽致调查等风险，权人通过法律的手段取得上市公司资产或分割买壳方已经取得的股权，企业从而失去控制权的风险。

回购退出方式表现为：私募股权投资基金进入时的投资协议中回购条款设计不合法或者回购操作违反《公司法》等法律法规。

对于失败的投资项目来说，清算是私募股权投资基金退出的唯一途径，及早进行清算有助于投资方收回全部或部分投资本金。但是在破产清算程序中还存在许多法律风险，包括资产申报、审查不实、优先权、别除权、连带债权债务等法律风险。

综上所述：私募股权投资企业的管理者及投资者要有高度的风险意识，避免非法集资现象发生。

董宇琼律师简介



主要业务领域：主要从事政府及公司法律顾问服务业务、不良资产处置、破产清算、金融及金融衍生品业务，在合同审查、股权转让、企业风险控制等领域具有较丰富的经验，具有良好的综合执业能力和专业素质。



论我国反垄断法执法机构存在的问题与完善

■周振国 李坤 / 文

序

2014年，反垄断领域大事不断。

6月，商务部发布公告，对马士基、地中海航运、达飞3家航运企业设立网络中心经营者集中反垄断审查案做出禁止决定。

7月，国家工商总局组织北京、上海、广东、四川、福建、湖北等省工商执法人员对微软中国的多个经营场所进行反垄断突击检查。

8月，国家发改委对对日本住友等八家零部件企业价格垄断行为依法处罚约8.3亿元，对日本精工等四家轴承企业价格垄断行为依法处罚约4亿元，合计罚款约12.4亿元。

上述事件说明我国政府正在加大对反垄断领域的管理力度，其行为依据为2008年8月1日实施的《反垄断法》。《反垄断法》被业界称为“经济宪法”，对预防和禁止垄断行为，保护市场公平竞争，提高经济运行效率，促进经济健康发展有重要作用。

通过上述事件，不难发现，我国的反垄断执法机构由商务部、工商总局、发改委分别行使。但是，这种执法机构分立的体制存在诸多弊端。

我国现行反垄断执法机构的设置及其存在的问题

我国现行反垄断法执法机构的设置

根据我国反垄断法第九条、第十条规定，并结合我国反垄断执法权的实际配置情况看，我国反垄断执法机构的设置为“1+3+x”模式。“1”指国务院反垄断委员会。“3”是指三个主要的反垄断法执行机构，即商务部、国家工商总局以及国家发改委。“x”是指行业管理部门、监管机构及其

授权机构，如电监会、证监会等。各执法机构的职权如下：

1、国务院反垄断委员会负责组织、协调、指导反垄断工作，履行职责包括：

研究拟定有关竞争政策；组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告；制定、发布反垄断指南；协调反垄断行政执法工作；国务院规定的其他职责。除此以外，国务院可以根据实际需要，赋予国务院反垄断委员会其他职责，以更好地执行反垄断法。

2、商务部的主要负责对经营者集中行为进行反垄断审查，指导企业在国外的反垄断应诉工作，开展多双边竞争政策交流与合作。另外，商务部承担《反垄断法》规定的国务院反垄断委员会具体工作。

3、国家工商总局负责垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力排除限制竞争方面的反垄断执法工作（价格垄断行为除外）。依法查处不正当竞争、商业贿赂、走私贩私等经济违法行为。

4、国家发改委负责组织制定和调整少数由国家管理的重要商品价格和重要收费标准，依法查处价格违法行为和价格垄断行为。

5、行业监管部门
除《反垄断法》规定的上述反垄断指导部门和执法部门外，《反不正当竞争法》还规定可以依法设置其他反垄断监督检查机关。目前依据此项规定设置的机构主要是行业行政管理机构。如证监会、银监会、保监会、邮政局、信息产业部、电监会、民航总局、交通部等。这些部门被授予法定职权，在其主管的行业范围内执行反垄断法。

此外，根据《反垄断法》的规定，国务院反垄断执法机构可以根据工作需要授权省、自治区、直辖市人民政府的相应机构，依照反垄断法的规定负责有关反垄断执法工作。因此，省、自治区、直辖市人民政府的工商行政管理部门、商

务主管部门、发展和改革部门，也可以依授权成为反垄断执法机构。

我国现行反垄断法执法机构设置存在的问题

如上所述，在反垄断法执法机构的“1+3+x”模式中，国务院反垄断委员会是议事协调机构，负责组织、协调、指导反垄断工作；商务部、国家工商总局及国家发改委是执行机构，三者分别主要负责经营者集中行为审查、滥用市场支配地位行为/滥用行政权力排除限制竞争行为审查、价格垄断行为审查。同时，相关行业监管部门也承担了部分反垄断法执法工作。从表面上看，反垄断法执法机构结构清晰，分工明确，不存在交叉问题，但在实际执法中上述执法机构却存在着执法权管辖冲突，缺乏独立性、权威性、专业性，协调机制缺失等问题。

1. 执法权管辖冲突

三部门的联合执法模式易导致执法权管辖发生冲突，如国家发改委发布的《反价格垄断规定》中专门规定了滥用市场支配地位的价格垄断行为。而根据《国务院反垄断委员会工作规则》规定，价格垄断行为查处应属发改委管辖，滥用市场支配地位的查处应属国家工商总局管辖。实践中，垄断协议、滥用市场支配地位等限制竞争行为常有价格因素掺杂其中。经营者常是通过实施包括价格因素在内的多种限制竞争行为来达到其实施垄断协议或滥用市场支配地位的目的。因此，如果经营者实施了经营者集中，又凭其市场支配地位，实施价格垄断时，三部门的执法权管辖势必会存在冲突。

2. 执法机构缺乏独立性、权威性和专业性

商务部具体负责反垄断法执法的是商务部的一内设机构“反垄断局”，国家工商总局具体负责反垄断执法的是其内设机构“反垄断与反不正当竞争执法局”，国家发改委具体负责反垄断执法的是其内设机构“价格监督检查司”。三个部门都各有众多内设机构，承担着除反垄断之外的其他重要职能。三个内设机构分别作为三个部门的众多内设机构之一，其在各部门内部独立性及权威性可想而知。此外，对于同级机关的影响，也可能因自身缺乏执法的超然性而容易被干扰。

反垄断法的执行专业性较强，涉及到法律、经济、金融等多个学科的知识，因此对执法人员的专业背景有较高要求。而同时肩负着其他职责的国家发改委、商务部和国家工商总局是否有足够的符合上述要求的人员从事复杂的反垄断

周振国律师简介

京都律师事务所合伙人，
非洲法律事务中心秘书长
主要执业领域为：
公司、金融、合同、投资
并购业务以及相关的非洲
法律事务。



法执行工作值得怀疑。

3. 反垄断执法机构与行业监管机构之间缺乏协调机制

电信、电力、邮政、铁路、石油、民航、银行、保险等行业的监管部门被赋予了一定的反垄断执法权。而在反垄断法中没有规定这些行业监管部门之间的以及行业监管部门与商务部、国家工商总局及国家发改委之间的相应的协调机制，因此容易发生执法缺失或交叉执法，即有可能发生在执法过程中有利可图时，相互争夺执法权，无利可图时，则无人执法的情况出现。

国外反垄断执法机构设置模式及其特点

国外反垄断执法机构设置模式

国外关于反垄断执法机构的设置，其模式主要有两种：一是准司法模式，代表国家是美国；一种是行政模式，代表国家是德国。

1、美国

美国的反垄断执法机构是司法部反垄断局和联邦贸易委员会，两者平行执法，互不隶属。但两者在执法中都享有很大的权限和权威。

(1) 联邦贸易委员会

联邦贸易委员会享有广泛的权力，包括行政权、准立法权和准司法权。行政权主要包括对经营者相关资料的收集与调查权；对违反反托拉斯法行为进行调查的权利；对违反反托拉斯法公司经营调整的建议权；同意命令权；向国会提出报告的权利；行政指导权；停止不公平竞争或欺诈行为的命



令权；对国外交易状态的调查权等。准立法权是指联邦贸易委员会根据国会的授权可以制定行政规则和命令，效力与法律相似。准司法权是指委员会有权审理和裁判违反反垄断法的案件，程序与法院审理案件的程序非常相似。

联邦贸易委员会由委员会议和办事机构组成。为了保证联邦委员会的专业性和权威性，制定了非常严格的委员选拔程序。联邦贸易委员会共由5名委员组成，经过参议院推荐和批准后由总统任命。属于同一政党（无党派人士为一政党）的委员不能超过3名。第一任期3至7年不等。自第二任起，任期都为7年且每年轮换一名委员。委员不得从事任何其他职业或工作。为保障联邦委员会的独立性，委员会实行任职终身制，除非该委员实在不能胜任工作或有玩忽职守、渎职等严重违法行为。

（2）司法部反垄断局

司法部反垄断局同样拥有较高的独立性及广泛的职权，主要包括调查权和起诉权。调查权包括要求当事人、证人提供资料、证据；向当事人签发“民事调查令”；在有些案件中，对经营者进行搜查等。起诉权主要指司法部反垄断局可以向法院提起刑事诉讼或民事诉讼。

反垄断局由审判处、地方办事处及专家办公室三个部门组成。审判处负责处理特别调查案件、大陪审团审理及法院判决的执行；地方办事处共有十个，与审判职能类似；专家办公室又分有经济政策办公室、政策规划办公室、外国商业组织办公室及工业办公室。专家办公室主要负责专业咨询和研究。

（3）联邦贸易委员会和反垄断局之间的关系

联邦贸易委员会和反垄断局在反垄断法中分工合作，互相配合。一般来说，联邦贸易委员会处理汽车和卡车、计算机软硬件、能源、医疗、药品制造和生物技术等领域的反垄断行为。反垄断局负责处理计算机软件、金融服务、媒体和娱乐以及电信市场的竞争问题。此外，两机构还设置了“联络官”负责疏通双方之间的关系。

（4）联邦贸易委员会、反垄断局和法院的关系

在整体上，美国法院在联邦贸易委员会和反垄断局的执法中起着非常重要的作用。根据美国法律，当联邦贸易委员会有较充足理由认为个人或企业正在违法时，可以到联邦地区法院提起诉讼，要求禁止违法行为，请求民事或者刑事救济。如果违法企业或者个人不与配合，如拒绝提供证据或者提供虚假证据时，联邦贸易委员会也可以提起诉讼要求法院

对违法者处以罚款或者刑事监禁。根据美国法律，反垄断局可以作为公诉人向联邦法院提出刑事诉讼或者民事诉讼。如果司法部反垄断局在民事诉讼中胜诉，可以从法院得到一个禁止违法行为的禁令，或在例外情况下代表美国作为相关产品者服务的买方取得三倍损害赔偿。如果它在刑事诉讼中胜诉，违法者除被禁止违法行为外，还会被征收罚金甚至受到监禁。联邦贸易委员会和反垄断局都不能直接对违法者处以行政罚款，只能通过法院对违法者进行处罚。

2、德国

德国的反垄断执法机构是联邦卡特尔局及州卡特尔局。联邦卡特尔局为纯行政机关，隶属于联邦经济部，但不受其干涉。

（1）联邦卡特尔局

联邦卡特尔局有广泛的职权：在其职责范围内依法批准各种合法卡特尔；主管经批准的合法卡特尔合同、决议，并在卡特尔登记簿上登记；对种种违反《反限制竞争法》的扰乱治安行为的司法制裁提出建议；对出版销售合同中价格限制的范围进行审查；在其职权范围内依法管理大型企业的兼并，并受理企业兼并形成垄断的案件；对邮政部门、铁路部门违反《反限制竞争法》规定的行为予以处理。

联邦卡特尔局由九个决议处、一个基础处和一个欧洲处组成。局长由司法部一名助理部长担任，经国会批准，由总统任命。决议处为调查和裁决案件的专门机关，由一名主席和两名委员组成，他们均具备担任法官职务或高级行政职务的能力，为终身公职人员，独立负责对案件的立案、调查、审理和采取强制措施。每个决议处都具有独立审理、裁决案件的权力，不受联邦经济部长和卡特尔局局长的干涉。垄断案件当事人对联邦卡特尔局的裁决不服的，可以向州高等法院以上的法院起诉，法院有权改变或撤销联邦卡特尔局的裁决。

（2）州卡特尔局

州卡特尔局和联邦卡特尔局之间无隶属关系，通常只对涉及小公司的、影响范围限于地方的案件享有管辖权。联邦卡特尔局或各州卡特尔局任何一方启动反垄断调查时应相互通知。如果双方同时启动了同一项调查，而联邦卡特尔局存有《反限制竞争法》第四十四条第一款所列之管辖权，则州卡特尔局必须放弃该项调查。

3、美、德执法机构模式的特点

美、德执法机构设置模式总结起来有以下特点：一，有明确的分工、协作机制：各执行机关之间分工明确，配合

默契。二，机构位阶高，具有较高的权威：两国执法机构及其成员均享有较高的级别，如美国联邦贸易委员会独立于政府，只对国会负责，其委员经国会批准，由总统任命；德国卡特尔局虽隶属于联邦经济部长，却不受其干涉。三，依法享有广泛的职权：执法机构集行政执法权，准司法权、准立法权于一身，具有强有力的执法手段，保障了反垄断执法的顺畅进行。四，独立性强：执法机构及其执法人员均具有高度的独立性，不受其他部门的非法干预。如美国联邦贸易委员会则独立于政府，委员终身任职。五，专业性强：如美国联邦贸易委员会竞争处由法学家组成，经济处由经济学家组成，专业化程度很高。

完善我国反垄断执法机构设置建议

域外经验为我国反垄断执法机构的设置提供了有益的借鉴，但我们在借鉴域外有益经验的同时应结合我国的具体国情综合考虑。我国反垄断要面对的情况很复杂，应当建立权威、独立、专业及灵活的反垄断执法机构，以保证反垄断法得到有效和统一实施。

高位阶

反垄断法的执行往往是对大型企业甚至超大型企业的审查，也常常需要与经济或市场相关的政府各部门的配合，所以反垄断执法机构缺乏权威性将难以运作。因此为保障反垄断执法机构的权威性，执法机构应具有较高位阶。执法机构应专管反垄断执行事务，由国务院直接领导，对国务院总理负责，且执法权高于国务院其他部委，便于其处理超大型企业利益集团及部委和省级政府的行政性垄断行为。

独立

执法机构的独立性主要包括两方面，一是执法机构本身的独立性，另一个是执法机构的具体执法人员的独立性。执法机构的独立性要求：1、执法权由专一的执法机构统一行使，执法机构独立负责对案件的立案、调查、审理和采取强制措施，不受其他行政机关及人员的干预；2、执法机构的经费由国家财政部编入预算，以便保证该机构与大的利益集团和政府保持距离，执法过程中可以不受其干扰。执法人员的独立性要求：1、通过严格的人员选拔程序遴选执法人员，执法人员由国务院批准后国务院总理进行任命；2、执法人员一经任命，除严重违法违纪及明显不能胜任工作外，终身任公职并不得削减工资待遇；3、执法人员应只能任职

一处即反垄断执法机构，而不得在其他国家机关担任或兼任公职，更不得在任何营利性机构任职。

专业

反垄断执法是一项专业性很强的工作，执法过程中会涉及到法学、经济学、金融学及工商管理等诸多学科知识。反垄断执法机构执法人员要想胜任反垄断执法工作客观上要求具有较高的法学经济学甚至社会学等方面的专业知识水平。因此反垄断法执法机构专业性要求：1、设立一套严格的人事选拔与资格审查程序，遴选出有法律、经济及工商管理等专业背景并有较为充分实践经验的专门人才组成反垄断专家办公室。2、反垄断机构根据国务院的授权可以制定行政规则和命令，效力等同于行政法规，法规的制定具体由反垄断专家办公室负责。3、反垄断执法机构有权审理和裁判违反反垄断法的案件，程序类似法院审理案件的程序。

灵活

反垄断是一个国家在市场上出现的严重妨碍自由竞争的行为时实施的一种干预手段和竞争政策。市场、经济形势在不断发生变化，反垄断法的执法及适用也应随之进行政策性调整，保持一定的灵活性，以适应国家经济发展要求。反垄断执法的灵活性要求：1、在反垄断政策的制定上，应定时组织调查、评估市场总体竞争状况并作出评估报告，根据评估报告制定竞争政策。2、在反垄断法执法过程中，赋予反垄断执法机构首要负责人一定的特权，以适应整体经济和公共利益方面的要求。如允许反垄断执法机构首席负责人，可以国家整体经济发展及公共利益方面的需求为由，批准协议和决议豁免适用反垄断法有关禁止性规定。3、在反垄断案件进入诉讼阶段后，法院适用法律时可以合理性及公共利益为原则进行适当的自由裁量。

结论

我国应从国情出发，在借鉴国外有益经验的基础上，以机构独立权威、组成人员专业、灵活等为基本原则建立反垄断法专门的执法机构。反垄断执法机构应有广泛的职权，包括行政执法权，准司法权、准立法权等，加强其执法能力，保障反垄断执法的顺畅进行。从而使反垄断执法机构真正有效的预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展。



浅谈地理标志国际保护

■ 刘铭 / 文

地理标志是一种特殊的商业标志，具有知识产权的某些共同属性，能给所有人和使用人带来经济利益，在世界范围内被纳入知识产权的保护体系。《与贸易有关的知识产权协议》明确将地理标志权作为知识产权组成部分之一进行界定和法律保护。

一、关于地理标志含义的发展演变

地理标志是指用以明确产品源自某个国家的特定区域，或者源自该区域中的某个具体地点或位置的商业性标志。吴汉东教授在其《地理标志法》（建议稿中）将地理标志定义为标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。

地理标志在国际条约中依次由货源标志、原产地名称和地理标志演变发展。

货源标志是指用于区别商品来源的标志，通常由名称、用语或符号所构成，用以表示该商品来自某一国家或地区。^[1] 1883年缔结的《巴黎公约》最早以“货源标志”对地理标志进行保护，但未对“货源标志”含义做出界定。根据世界知识产权组织（WIPO）的解释，货源标志是指任何用于标示产品或服务起源于某个国家、某个地区或某个特定地点的任何“表达形式expression”或“标记sign”。台湾学者方彬彬将货源标记分为直接标志和间接标志。1891年签署的《马德里协定》进一步明确了货源标志的范围及货源标志概念的含义，其将通用名称排除在货源标志范围之外。

关于“原产地名称”，《马德里协定》中有了最初的原产地名称概念，即协定第4条对葡萄产品的来源地区名称的特别保护。《里斯本协定》关于原产地名称被定义为“一个国家、地区或地方的地理名称，用于指示一项产品来源于该

地，其质量或特征完全或主要取决于地理环境，包括自然和人文因素。^[2]

《与贸易有关的知识产权协议》使用了“地理标志”的概念，《协议》第22条第1款规定：“在本协议中，地理标志是指示出一种商品是在一缔约国的领土内或者在上述领土的一个地区或地点所生产的原产品的标记。而该产品的某种质量、声誉或者其他特性在本质上取决于其产地。

综上，地理标志依次由货源标志、原产地名称和地理标志演变发展。目前，《与贸易有关的知识产权协议》关于地理标志概念是通常使用的一个标准概念，其关于地理标志的定义不同于货源标志及原产地名称，从某种意义上讲，《知识产权协议》地理标志概念将货源标志及原产地名称二者合二为一。

二、关于地理标志国际保护条约

地理标志具有非常大的经济价值，可以促进各国经济和社会发展，对其进行保护成为国际社会共同关注的问题。

保护地理标志的国际公约有：《保护工业产权巴黎公约》1883年、《制止商品来源的虚假或欺骗性标志协定》1891年、《保护原产地名称及其国际注册里斯本协定》1958年、《发展中国家原产地名称和产地标记示范法》与《与贸易有关的知识产权协议》等。

在1883年《巴黎公约》缔结之前，地理标志已经受到某种程度的法律保护，假冒商标、商号及产地名称往往要受到不同的刑事制裁。另外，还有少量的双边条约涉及地理标志保护，例如，1882年法、英、瑞士、意大利与黑山的《通商条约》等。该时期保护仅是作为来源的一种标志，它在实践中往往与商标、商号一起使用，因此，地理标志基本上还没有从商标和商号中独立出来。^[3]

1883年缔结的《巴黎公约》是世界上最早规定对地理标志进行保护的国际公约。《公约》第2条将地理标志列为工业产权的保护对象：“工业产权保护对象是专利、实用新型、工业品外观设计、商标、服务商标、商号、货源标志或原产地名称以及制止不正当竞争”。公约关于国民待遇原则适用货源标志保护。同时，公约第10条规定：直接或间接使用商品原产地的虚假标记，或生产者、制造者或商人身份的虚假标记适用公约第9条的规定的制裁措施，即“凡生产、制造或销售此项商品的生产者、制造者或商人，无论为自然人或法人，其企业设在被冒称原产地标记的地方、地区或国家或使用该虚假标记的国家者，均应视为有关当事人”，可以根据公约第9条采取措施。

《制止商品来源的虚假或欺骗性标志协定》是世界上最早对地理标志进行专门保护的国际公约，该协定规定其成员国具有以下义务：如果发现任何商品上标示着涉及某成员国或成员国内企业或地方的虚假标志或欺骗性标志，无论是直接的还是间接的，都必须禁止该商品进口或者在进口时予以扣押，或采取其他制裁措施。协议还规定，禁止在广告或广告性质的宣传物上，使用欺骗公众的有关商品虚假来源的标志。此外，协定还允许各成员国的法院在确定哪些标记或名称不适用本协定方面，保留自己的酌定权。但该协定明确指出，一切有关产品来源的地名，只要是虚假的或欺骗性的，就适用本协定的规定，不在各成员国法院的保留权限内。^[4]

1958年《里斯本协定》对地理标志具有较高保护水平，其规定了保护的主体、标准，详细的规定了地理标志的国际注册程序和要求，对地理标志知识产权保护制度发展过程具有重要意义。该协定第2条指出：本协定保护的是“国家、地区或地点的地理名称，用这种名称所标示的产品所具有的特点完全或主要由该地的地理环境（包括自然因素和人的因素）所决定”。第3条规定：“防止任何假冒和仿冒，即使标明的系产品真实性来源或者使用翻译形式或附加‘类’‘样’‘仿’字样或类似的名称。”，第6条规定：“一个在特别联盟国家受到保护的原产地名称，只要在原属国作为原产地名称受到保护，就不能在该国视为已成为普通名称等。该协定规定凡是申请国际保护的原产地名称，须由



该原产地名称所在成员国的工业产权主管部门向国际知识产权组织国际局提出书面申请。

《知识产权协议》是目前对地理标志保护最全面的国际条约，它与专利、商标、版权并列，在第二部分第三节作为一项独立的知识产权加以保护，在保护措施和力度方面，也超越了以往国际公约。《知识产权协定》在第三节第22条—24条中对地理标志的含义，对葡萄酒和烈性酒地理标志的特殊保护等方面均作了详细的规定。同时，协定第24条第9款规定：“对于来源国不受保护、中止保护、废止使用的地理标志，依本协定无保护义务，第72条规定：“未经其他成员国同意，不得对本协定中的任何条款予以保留。

另外，还有一些国际公约，如非洲知识产权组织的《班吉协定》以及《中美洲知识产权协定》等，也都对地理标志的国际保护作出了专门的规定。^[5]

参考文献目录

[1] 吴汉东.《知识产权基本问题研究》中国人民大学出版社 2005 610 .
[2]董炳和.知识产权国际保护制度研究[M].知识产权出版社, 2007: 552.
[3]See Iadas及董炳和.知识产权国际保护制度研究[M].知识产权出版社, 2007: 561、562.
[4]郑成思.知识产权论.法律出版社, 2007: 326.



近来关于企业拆借资金有效的审判实践

■ 郑建鸥 / 文

不具备金融从业资质的企业给其他企业拆借资金，过往的审判实践一律认定合同无效，不过认定无效的法律依据则一直含糊不清。1996年，最高人民法院在《关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款应如何处理问题的批复》中规定“企业借款合同违反有关金融法规，属无效合同”。但对“有关金融法规”具体为何，则未提及，主流观点认为是指中国人民银行发布的《贷款通则》，该通则规定“企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务”。但是，《贷款通则》属于部门规章，不属于合同法规定的“法律和行政法规”，不应当作为认定合同无效的依据，因此最高法院该批复没能平息质疑。1998年，中国人民银行给最高法院经济审判庭《关于对企业间借贷问题的答复》中称：“根据《中华人民共和国银行管理暂行条例》第四条的规定，禁止非金融机构经营金融业务。借贷属于金融业务，因此非金融机构的企业之间不得相互借贷。……应认定无效。”虽然人民银行这一答复有扩大“金融业务”范围的嫌疑，但毕竟《中华人民共和国银行管理暂行条例》属于国务院颁布的行政法规，勉强算是为合同无效找到了“法律和行政法规”层级的依据。但该条例于2001年10月6日被国务院废止，取而代之的《中华人民共和国中国人民银行法》、《中

华人民共和国商业银行法》并没有类似禁止性规定。国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》虽然也是行政法规，但没有明文规定取缔企业间临时性的资金拆借行为，也未见过类似的行政执法。因此，至少在2001年10月6日之后，企业间资金拆借无效的法律依据变得极不充分。虽然有人援引《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）》第十条“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外”之规定，将企业间资金拆借行为解释为“违反国家限制经营、特许经营”的行为，然后再援引《贷款通则》关于“企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务”的规定，将《贷款通则》的该规定作为合同法司法解释（一）的“国家规定”。但是，《贷款通则》的上述规定仍然需要以“违反国家规定”作为前提，而恰恰这个“国家规定”并不存在。事实上，“国家规定”这种粗糙的立法语言是历史的产物，经不起司法实践的严格推敲。由于国家对金融行为的严格管制，法院在审理此类纠纷时，一方面必须苦守无效的红线，另一方面又碍于法律依据的缺失，判决说理只好放弃援引依据，往往以“原被告的借款行为违反了国家相关法律法规的规定，故借款合同应认定为无效”一笔带过。

最近形势发生了变化。2013年9月，最高法院副院长奚晓明在全国法院商事审判工作座谈会上发表了《商事审判中的几个法律适用问题》的讲话，其提到“在商事审判中，对于企业间借贷，应当区别认定不同借贷行为的性质与效力。对不具备从事金融业务资质，但实际经营放贷业务、以放贷收益作为企业主要利润来源的，应当认定借款合同无效。对不具备从事金融业务资质的企业之间，为生产经营需要所进行的临时性资金拆借行为，如提供资金的一方并非以资金融通为常业，不属于违反国家金融管制的强制性规定的情形，不应当认定借款合同无效。”奚晓明院长上述讲话的核心是对“金融业务”这一特定概念正本清源，明确临时性的资金拆借不属于金融业务。

在奚晓明院长上述讲话之后，不少法院积极响应，查阅裁判文书网就可以看到，北京、上海、江苏、浙江等地法院纷纷出现了认定有效的判例，最高法院更有一个判例以充分的说理肯定了此类合同的效力。试举例如下：

判例一：郑州广厦置业有限公司、毋尚梅与被上诉人郑州佳德物业服务公司、李振州借款担保合同纠纷二审，最高人民法院（2014）民一终字第39号民事判决，判决时间：2014年5月22日

最高法院认为：广厦公司与佳

德物业公司签订的《借款协议》是双方真实意思表示，且符合《合同法》第一百九十六条的借款合同的形式要件，其效力问题应按照《合同法》的相关规定予以认定。《合同法》第五十二条第（五）项规定违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效，《最高人民法院关于适用〈合同法〉若干问题的解释（一）》对该条的“法律、行政法规”解释为“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”。广厦公司、毋尚梅没有提出关于企业之间不得借款的法律、行政法规的强制性规定，其主张缺乏法律依据。《最高人民法院关于企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理的批复》认定“企业借款合同违反有关金融法规，属无效合同”，乃针对企业之间经常性的资金融通行为可能扰乱金融秩序的情形，不属于违反国家金融管制的强制性规定的情形，《借款协议》有效的认定并无不当，本院亦予以确认。

点评：最高法院这一判例确立了企业间临时性资金拆借有效的规则。并且明确了只有企业之间经常性的资金融通行为、可能扰乱金融秩序的情形才属于违反国家金融管制的强制性规定的情形。企业间借款合同无效的范围被缩小到了最低限度，堪称里程碑式的判例。若该判例被收入最高法院指导案例，将完全改变司法实践。

判例二：成都天晟正天新影联文化传播有限公司与北京新影联影业有限公司企业借贷纠纷二审，北京市第二中级人民法院（2014）二中民终字第00930号，判决时间：2014年2月19日

北京二中院认为：新影联公司向天晟正天公司提供380万元借款是基

郑建鸥律师简介



京都律师事务所合伙人。
擅长信托业务、证券公司资产管理业务、上市公司重大资产重组和投融资业务。

于股东的身份为天晟正天公司经营需要所进行的临时性资金拆借行为，本案现有证据不能标明新影联公司是以资金融通为常业，故本案《借款协议书》不应当认定无效。

点评：自此，在北京一、二中院管辖区域内，此类合同的效力基本可以无忧了。虽然还未见三中院判例，但几乎可以肯定会效仿。但惯性的力量也是巨大的，在外地不少法院，仍然将此类合同视为无效，甚至在查清了双方系临时性资金拆借行为的情况下，仍然“顽固”地认定无效。比如：

判例一：上海国绩投资控股有限公司与江苏天都建设工程有限公司企业借贷一审，上海市闵行区人民法院（2013）闵二（商）初字第1401号民事判决，判决时间：2013年12月9日

闵行区法院认为：原、被告之间的借款虽系为生产经营所需而进行的临时性资金拆借行为，但由于原告国绩投资公司不具有贷款的经营资格，故其向被告江苏天都公司出借款项的关系应属无效。

判例二：上海明力德实业有限公司与上海求实电气有限公司、中瑞

财团控股有限公司企业借贷纠纷案再审，上海市高级人民法院（2014）沪高民二（商）申字第36号民事裁定，裁定时间：2014年3月3日

上海市高级法院认为：求实公司与明力德公司订立的借款合同违反了企业之间不得借贷的规定，为无效合同。这些坚持无效认定的判例关于无效的说理并不充分。但是，至少说明企业间临时性资金拆借的效力尚未在全国法院范围内形成共识。现阶段，除北京之外，企业间借贷仍要冒相当大的无效风险。不过，可以预计会有越来越多的判决支持合同有效。域外的金融立法也支持这一理念。比如香港的《放债人条例》规定从事借贷业务的出借人原则上应在主管部门取得相应的牌照后方可从事贷款行为，否则，其与借款人签订的借贷协议是无效或不能被执行的。但“根据公司条例注册之公司或任何商号或人士，其基本或主要业务不涉及贷款，其在日常业务中提供之贷款”，属于“豁免管制之贷款”。据闻央行一直在酝酿《放贷人条例》，至今也没有立法的迹象。长期以来，监管部门对企业间拆借管制过死，而对个人放贷又管理过松，导致绝大部分本应由企业间直接进行的资金拆借，不得不通过自然人过桥完成。而相当多的个人高利贷主是以放贷为常业，属于典型的金融业务，但在审判实践中却一律按合同有效处理。这两种极端都在冲击着正常的金融秩序。最高院和地方法院的突破性实践正在扭转第一种极端，按理也完全可以根据国务院《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》将个人高利贷主的长期放贷行为作无效处理，迫使自然人放贷业务回归金融管制，扭转第二种极端。



刑事被告人的出庭着装之道

■ 刘玲 / 文

穿衣打扮本属个人私事，依个人品位、喜好自由决定，市场经济的繁荣为自由、个性着装提供了物质基础和选择余地。但也有时候，穿衣自由会受到不同程度的限制，比如，警察、城管等执法人员执行公务时着制式服装以表明身份，小学生集体出游时被要求穿校服便于管理，医护人员穿白大褂既是职业标志又是防护所需。刑事诉讼中，被告人出庭时穿什么衣服，这是律师辩护工作中应当考虑的一项内容，也应当成为刑事辩护研究课题之一。

刑事辩护无小事，细节关乎成败。田文昌律师曾言：“辩护律师在法庭上应当像警犬一样，收集信息，迅速分析形势作出判断，需要出击时果断出击。”刑事庭审，可以比喻成一场战争：在法庭主持下，控辩双方围绕着罪与非罪、罪轻罪重、此罪彼罪、刑罚轻重等，针对证据、事实认定、法律适用展开有序的攻防对抗。这场战争没有演习，也不能悔棋重来。庭审中，控辩任何一方的疏忽、疏漏都可能影响法庭的判断，继而影响法庭最终裁判结果。作为辩方，辩护律师不仅是被告人的同盟战友，还是其军师、庇护者，二者形成合力与控方进行对抗，并说服法官，以

维护被告人的合法权益。

刑事审判属于裁判刑事案件实质问题的关键阶段，在刑事诉讼中具有决定性意义。凡事预则立，辩护律师作为提供法律服务的执业人员，在开庭审理前，除了和当事人一起研究辩护策略、制定辩护方案等履行法定辩护责任之外，还需要对当事人进行必要的“庭前辅导”。辅导内容包括告知庭审程序、告知权利义务，解释庭审中的法律术语，提醒其注意发言语速、声调等等，此外还有一项内容是商议被告人出庭时的着装。

有一则美国笑话涉及到庭审着装：美国律师第一次去见被羁押的嫌疑人时，首先从公文包里拿出尺子为嫌疑人量三围，记下尺寸后才开口说话。这则笑话还是有一定现实基础的，美国律师帮助嫌疑人订制上好西装让其出庭时穿，并不乏见。美国法庭中的刑事被告人，多西装革履，如若“成功人士”参加商务谈判。被告人正式、得体的服装向陪审团以及法官传递的信息是：“我是体面的好人，我不是犯罪人。”服装表达的信息契合了无罪推定原则。

在我国，辩护律师也为被告人穿衣服这件事操心费力。以前被告人出庭时被要求穿看守所的号服号坎，律师每

每提出反对意见，认为号服号坎是一种有罪推定的标签，也有人格贬损之义，申请法庭让被告人脱去号服号坎，穿上自己的衣服。随着“人权入宪”，人们的人权意识逐渐增强，法治文明有所提高，再加上近年来辩护律师锲而不舍的努力争取，最近几年年，多数法院能够允许被告人穿自己的衣服出庭。因此，辩护律师和被告人在庭前准备中，探讨穿什么衣服也自然成了必答题目。

对近几年出庭被告人的着衣风格略作盘点，可以总结出一些特点：出庭被告人在衣服选择上呈多样化，或夹克或西装或运动服，衬衣或者高领衫，颜色多为深色、素色，下身多穿长裤，鲜见牛仔裤、短裤；被羁押的刑事案件被告人，仍有很多人穿号服号坎出庭接受审判，原因多样，或出于当事人自己意愿，或家属没有准备；未被羁押的被告人，其可以亲自选择出庭服装，选择余地更大也更用心；庭审中的官员被告人多穿夹克、衬衣，如薄熙来、刘志军等，“夹克衬衣”成为官员被告人的“标配”；出庭被告人，很少有打领带的；女性被告人，穿裙装的非常少，都是裤装并且很少有配饰，曾有一名女被告人头部曾受伤怕风吹，律师向法庭解释后，法庭允许其戴着帽子出庭。

衣服不仅在法庭上能够对他人传递信息，同时对被告人本人也是一种暗示或鼓励，提醒他注意自己的言行举止，保持冷静思考的能力。被告人穿什么衣服出庭，律师要全盘考虑、精心研究，并给其妥当的建议。被告人出庭着装选择，要和总辩护方向保持一致，遵循整体辩护方案。一般而言，无罪辩护案件，服装要正式，通过衣服传递无罪的信息。如果罪轻辩护，服装选择要柔和一些，夹克、T恤、衬衣都可以。如果单纯从着装角度讲，被告人出庭时最好穿有领子的衣服，颜色深色、单色，不要有图案、文字、字母等。如果被告人在看守所羁押，律师还要通知其家属提前准备衣服。对于女性被告人，建议其出庭时穿保守、宽松、中性特点的衣服。

被告人的着装还能够影响到法庭旁听席上被告人亲友的心理感受。刑事案件公开开庭庭审，也是被羁押的被告人和家属得以见面的机会。按照我国法律规定，犯罪嫌疑人、被告人如被羁押，则和家属亲人隔断联系，只能等到法院开庭时才能在法庭上相见，这往往在是被羁押数月之后。法庭上亲人相见却不能进行语言交流，其中情感纠结，可想而知。逆境、窘境中的人一般都希望把

刘玲律师简介



刘玲律师，京都律师事务所执业律师，北京市律师协会刑事诉讼法专业委员会秘书长。刘玲律师擅长的专业领域为刑事诉讼，企业法律风险防控。刘玲律师曾在检察院工作，获得省级“优秀公诉人”、“全省人民满意检察干警”等称号，并担任公诉处副处长、主诉检察官。律师执业期间，刘玲律师先后为数十家大型公司企业提供法律服务，为三家上市公司组织构建法律风险防控体系。承办数百件诉讼案件，以深厚的法律理论功底和丰富的实践经验，维护当事人权益，捍卫法律之尊严。

自己安好、坚强的一面展现给亲人，被告人的这种愿望更加强烈。庭审中被告人不能和亲属进行语言交流，其只能通过外在着装来传递内心情感。被告人整齐、得体的衣服能展现其精气神儿，在很大程度上降低旁听席上被告人亲属的心理落差，缓解亲人内心的痛楚。让被告人穿得体面，让其有尊严地坐在法庭上接受审判，不仅仅是技术层面的问题，有时也考验着律师的智慧。我有一位当事人，因一起故意伤害案中被列第七位（最后一位），取保候

审，他曾留学美国数年。开庭前讨论时，他要像美国绅士一样穿西装打领带出庭，我则建议他参照建筑工地农民工兄弟的服装标准。我的理由：辩护方案是罪轻辩护，服装低调能够传递认罪态度；同案其他被告人被羁押，可能穿看守所号服号坎出庭，西装与之形成的反差太大，有可能造成同案他人心理抵触进而推诿责任；现阶段人们有仇富仇官心理，不要人为制造刺激点……他最终采纳了我的建议，庭审效果非常好，判决结果很满意。后来他到律所表达谢意时，为自己放弃西装选择普通衣服出庭而庆幸。国情不同，环境不同，当然不能照搬他国传统、习惯。被告人开庭时穿什么衣服，当然不是简单的服饰搭配，律师也不是简单的服饰顾问，律师的目标是通过被告人的服装向法庭传递与辩护目标相一致的信息，实现有效辩护，最终维护被告人的合法权益。

由此看来，成为一名优秀的刑辩律师，拥有深厚的法律素养还远远不够，还要有“人文素养和社会关怀”（注：王泽鉴先生2014年10月24日在北京大学发言中提倡），还要对社会、对复杂的人类情感和心理有足够的洞察力。

除此之外，还要粗通一点点服饰知识。

京都律师事务所 二十周年庆典征文启事

2015年春，京都律师事务所将迎来他二十岁的生日。

1995年，以知名律师田文昌先生为代表的一群充满理想的法律界同仁，克服了种种困难，在相对简陋的条件下创办了京都律师事务所。从此，拉开了京都积极参与国家法治建设之路。

经过二十年的努力，京都已经从最初的以刑辩为特色转型成为综合化的大所，已经具备了诊治法律界的各种疑难杂症的功能，成为特色专业所转型成综合大所中的明星。

二十年来，京都人恪守“强化责任观念，修炼气质风度，树立精品意识，提供系统服务”的理念，与客户共同走过岁月的风风雨雨，经历成长的酸甜苦辣。

二十年来，京都人积极进取，努力创新，培养和造就了诸多法律界的“第一”，这中间凝结了几代京都人的辛勤汗水。

二十年的磨炼，承载了多少京都人的故事和回忆？值此二十周年所庆到来之际，特举办《我们一起走过——京都律师事务所20周年所庆征文》活动。

征文主题：

1. 我与京都：如果您曾经是京都的客户，请您讲述和京都之间的感情故事，讲述京都带给您的感动瞬间，见证京都20年不断奋进历程；
2. 我的亲历：如果您现在是或者曾经是京都的一员，请您回忆曾经和京都发生的亲历故事，书写自己在京都的成长过程中的点点滴滴；

3. 对京都的期许：如果您是京都的老领导、创办者，法律界的专家，请您对京都的事业发展建言献策，说出对京都的期许。

本次征文将择优在《京都律师》登载，并将遴选优秀稿件编撰成《京都律师事务所20周年庆典系列文丛》公开出版，欢迎社会各界踊跃投稿，

征文要求：

征文标题自拟，体裁不限，字数2000-5000字左右。要求作品原创，内容真实具体，感情真挚，可读性强。

图片征集：记录本所发展过程中的重要事件、活动的图片，也在本次征文范畴中。请将图片配以简短说明文字并标明作者。

截稿日期：2015年3月

征文参与方式：

1. 发送电子邮件至：mengni@king-capital.com
2. 信件邮寄至：北京市朝阳区景华南街5号远洋光华国际C座23层京都律师事务所
品牌建设部 邮编：100020

注：无论用何种方式投稿，请在稿件前面注明：真实姓名、工作单位、联系电话、电子邮箱等，并标明“所庆征文”字样。

征文联系人：

孟妮 品牌建设部
电话：010-57096101

京都律师事务所品牌建设部
2015年1月



与京都这二十年

■王九川 / 文

和境外的情况不同，在国内开业二十年的律师事务所已算是“老所”了，如果被冠以“著名”二字，更当引以为荣。几个月后，京都所即满二十岁，大家都认为这一次的庆祝是必做的。而我的律师生涯，大致与京都同步。这里的故事当然不少，在此仅以我的视角对京都的历史作一次回顾，谈几点感想。



1995年与田老师合影。

大学毕业后，我曾在体制内逗留一段时间，也曾受到栽培，然而终生倦意，在同窗的感召下，于1993年参加律师资格考试，顺利通过。第二年底，我提出辞职，好心的领导认为我学的法律专业有前景，没有为难我。

记得当时北京的律师所有二百多家，由于资讯平台有限，除了口耳相传，很难了解具体情况，司法局曾组织几次律所专场招聘，也是用摆桌挂牌的方式。最终在一家不大的律所办下实习证，几天后得知：母校的田文昌老师辞职办所，两个月业绩惊人。这位深受学生喜爱的老师、常被记者采访的律师，真的辞职了？这个“京都所”应该不错吧？

在曹子丹教授的推荐下，我拨通

京都所的电话，再次听到田老师那沉稳的声音。面试后不久，我坐在北京北三环凯奇大厦八层京都所的办公室内，正式开始律师生涯，那是1995年的四月下旬。

那时所里只有十几人，却是人才济济，可谓之三多：教授、博士多，政法大学校友多，田老师的学生多（后来一度呈现东北人多的势头），可见田老师的感召力。京都所成立前后，控告禹作敏案、81名乘客诉西北民航案、李强律师诉遵义公安局案、朱佩金无罪案等案件接续成为热点，田老师已成为无可争议的公众人物，第二年登上央视《东方之子》，表明他已成为律师界、法律界的一位标志性人物。所以，在田文昌牵头法律界精英创办的京都所工作，年轻人不无自豪，也会有很多憧憬。

成立第一年，印象中有一个月稍显冷清，其它时间里则是人来人往。所里多数案源来自田老师，常有人通过

电话和书信求他接手疑难案件，上门请的也不少。我们年轻人经常接待咨询，必要时书信答复。有些案子接下来，那些我们无能为力或无需走法律途径的纠纷，我们会耐心劝解来者，对多次来敲门的，只能一再好言相劝。学会与形形色色的人打交道，耐心处理好每一件小事，这是我最初的执业体验。

除日常的接待咨询，也有些事务性工作，有的还颇有高大上的感觉。在这里常会见到央视、法制日报等大媒体的记者，偶尔会蹭到上镜露脸的机会；遇到疑难案件，参与论证会的筹办，会接触到那些大名鼎鼎的法律学者；随田老师和其他合伙人回法大，哪怕坐在台下，也是一种荣耀。

后来，因名人效应，加上律师增多的缘故，直接找京都所咨询、委托的人渐渐多起来。第一年，在北京新成立律所里面，京都的业绩名列前茅，第二年，律师增至数十人，有特色的诉讼案件接连受到关注，律师的专业度也得到当事人和业界的普遍认可，京都所谓名声鹊起。

对我们几个年轻律师，田老师主张从难而上，直接参与一些大案、疑难

案件的办理，他亲自指导。印象最深的是95年江苏扬中的那起贪污案，涉及当时常见的“红帽子企业”问题，有多名被告人，案件争议很大，田老师邀到上海、西安和北京多位律师前辈组队，带着我们几个年轻人一起跑。几趟下来，颇有收获，再接手类似的案件，不会找不到门路了。

当时我的年龄为倒数第三，拿到正式执业证时我是持证者中最小的一个。田老师对我讲：我要像带研究生那样带你学做业务，教是一个方面，会不会学就看个人了。95年夏接手盐城的一起贪污、受贿案，应是田老师带我单独外出的第一次。下飞机坐上汽车，他便和我讲他的经历。他是我的父辈，建国前生人，几十年的阅历肯定不简单，但还是比我想象的更有故事，他是那种天生就会产生传奇的人物。这以后，其他年轻律师也有类似的经历，我们背后称之为——“痛说革命家史”。人之相知，总要交换各自的历史，我知道他是不想让我们有距离感，也以此告诉我们：要有知难而上的雄心，要有抱负。

这一年，我随田老师办理山东、江苏的两起经济犯罪案件，两次开庭，让我领略到他的法庭魅力。此外，和王晶等同事又单独处理几起民事、刑事案件，同当事人、司法机关打交道的经验渐长。初冬时节，我一个人跑到辽宁的深山里，为一起故意杀人案做开庭准备，因为交通不便，在那里停留两周，直到田老师赶来开庭。我每日研究案卷，查找资料，还冒险赶到大雪覆盖的矿区里取证，回来准备庭审方案，当事人非常感动。在法庭上，我们师生配合默契，后来此案以判处被告人缓刑告终。回京的火车上，我似乎看到老师满意的微笑。

从此，随田老师办案的机会多了，与其他同事的合作也多起来。执业不到一年，对普通的诉讼案件，我已能独自应对，也多少有些律师的派头了。有两次在法庭上，我竟不自觉以田老师的腔调讲话，不过很快调整过来，以免出现东施效颦的后果，我想个人风格还是要顺应自己的个性。

年轻人初做律师，遇到一流的老师、获得高起点自然是幸运，但当老师转给你重要的案件，因为发黑、面嫩而接不住时，苦恼随之而来，电话里我是一名声音低沉、老成持重的律师，等到见面，当事人发现原来是个二十几岁的小伙子，往往到开庭后，他们才如释重负。在那个年代，年轻律师要比现在少得多，当事人对律师的想象有限，皱纹、白发的意义不亚于名牌法学院的毕业证，曾有人以为田文昌是个白发苍苍



作者简介
京都律师事务所高级合伙人

1995年开始执业，主要从事诉讼业务，同时提供法律风险防控顾问服务，在刑事辩护领域业绩突出，曾为深航高官挪用资金案、重庆陈明亮涉黑案、山西关建军涉黑案、广西玛雅公司非法经营案等诸多重大案件被告人提供辩护。

的拄拐老人，其实他创办京都所时还不满四十八岁。

三

第二年，所里陆续进来几拨人，有的从本地律所转来，有的来自外地，也有刚毕业的学生，访学回国的也有两位。其中就有曹树昌、韩嘉毅这些今日元老。那一年人气窜升，老京都人都记得南戴河的夏天，最难忘的第一次集体出游，二、三十个俊男靓女一起下海、登山，朝气蓬勃，气氛何等融洽。前两天与元老蔡景丽翻看在海边的那些半裸照，不禁为大家身材的变化唏嘘不已。

这些新进的人才多数长于诉讼，当时京都所在诉讼领域特别是刑事辩护领域的业绩，已广受瞩目，继续强化优势也是应有之义。但田老师等合伙人的目标是办综合化律师所，早在筹办这个所时，曾有人建议称“田文昌律师事务所”，主打诉讼，被他拒绝了，经过讨论，绝大多数人认为要走综合化的路子，所以，引进非诉讼业务人才，增加法律顾问单位，对某些非诉讼专业领域给予特别支持，是京都的一项长期策略。

我也为自己制定新的规划，想趁精力旺盛且无家累之际，出国学习一、两年。96年新东方的课堂上，就有我这样的社会闲杂人员了，同在校生一起上大课。然而人生无常，97年父亲突然住院，两个月后又意外过世，悲伤中我决定放弃出国，和新婚妻子把母亲接来，开始新的生活。

此后，我选择在中国社会科学院读在职研究生。挑选的专业是经济类，因为从几年的执业经验看，市场经济的迅猛势头必然催生更多的法律课题，会

有更多的刑事问题与经济生活相关联，经济犯罪的比重将大幅增加，如果于公司、知识产权、金融等领域缺乏常识，辩护律师将会非常被动；另外，我的一些法律顾问工作也需要做这样的知识储备。除了课程学习，我还参与一些非诉讼业务的实践，如公司并购、企业改制、房地产和破产清算等，我把这些视为自己的基础实践课。以后的执业实践证明，我的功课做得还算及时、有效。

四

为拓展非诉讼业务，京都所于97年搬迁，同时调进一批公司、证券业务律师，成立证券部，并着手启动企业改制、公司并购等业务。那一阵，京城的律师所纷纷搬家，大有比试的架势。可写字楼的数量和质量远不如今天，二环边上的“富华”、“万通”就是仅次于国贸一期的写字楼了，每个楼内都有数家知名律师所，当时市司法局称之为：“东富华、西万通”。京都便搬进这个“西万通”——位于阜成门的万通新世界广场。

因为律师人数增加较快，面积有限，在98年秋京都所又迁至金融街华实大厦。当年，我加入合伙人。在这以后的三年半时间里，人员继续扩大，今日大Par孟冰、秦庆芳、白冬颀、朱勇辉等先后入所，新的业务增长点随之出现，房地产部、国际业务部和知识产权部相继设立，“热线律师”也开通了。不久，又先后在深圳和上海设立分所，律师执业总人数增加一倍多。

规模扩大，业务增长，自然带来管理运营上的压力。在京都所运行的前两年，因为有田老师这棵大树，可登高，亦可遮阳避雨，但也会给一些人带



照片拍摄于1998年。

来惰性。田老师发现问题，在合伙人会议上提出：要把所谓“田文昌的京都所”变成“京都所的田文昌”，倡导今后的京都人要“强化责任观念，修炼气质风度，树立精品意识，提供系统服务”。大多数合伙人也认为，公司化是现代律师事务所的发展趋势，为此，在合伙机制、运营系统和品牌推广等方面下功夫进行改进。

这期间，田老师还牵头组建全国律协刑事业务委员会，我加入并出任秘书长，协助处理日常工作，组织法律事务活动。此后，我又加入中国法学会等若干社团组织。京都的一些优秀律师也先后加入类似的专家组织，这些专业平台于个人和律师所的成长大有裨益。

2001年底，京都所迁入朝阳门外中国人寿大厦，在调整合伙机制的基础上，设立管理委员会，并重新划分组建八个业务部门。第二年，成立大连分所。后来又设立企业法律风险控制中心等业务部门。迁址前后，我们这批骨干有的离开，有的被提升为合伙人，有的离开后又回归，经过一、两年的磨合运转，京都的新机制稳定下来，律师人数

和创收连续出现大增长，品牌美誉度获得提升，京都连续多次获得“文明律师事务所”荣誉。大家把这一时期视为二次创业。

在离开人寿大厦前，我和一些老同事终于生出白发，迈进中年。大家执业大多在十年以上，可谓尝尽甘苦，个人简历里能列出一批好看的案例和若干兼职头衔，在法庭下、会场里、讲堂上也能时常赢得赞扬和掌声了，有时也会有人点名找上门来。这些当然与个人的心力付出有关，而平台的作用不可小觑，一家不断进步的大律师有良好的运作机制，还会把好的机会与资源带进来，为大家所共享，而个人品牌的提升无疑也为律师所增加新的业绩和荣誉，当两者形成良性循环时，向上走是必然的。

五

在2010年迁入北京中央商务区后，京都所吸收一批新合伙人，重新设立管理合伙人制度，并着力改进律师与客户管理及案件质量风险管控系统，在精简业务部门同时成立非洲法律事务中

心、家族信托法律事务中心和文化法律事务中心，随后设立天津分所，律师人数和创收两个指标持续增长。2012年，京都所获得《亚洲法律杂志》企业公民律师事务所大奖和年度诉讼律师事务所大奖，2013年，又入围英国《律师》杂志年度亚太地区50强律师事务所。目前这个阶段，可算是第三次创业。

在这段时间里，除打理业务，参与部分所内事务，我还把不少精力放在读书、写作和其它个人爱好上，还经常参加法律事务、文化交流和参政议政等活动，我以为这些也是自我需求的一部分。即便从功利的角度考虑，律师也不宜终日陷入案卷之中，许多复杂的法律事务，单从法律角度不足以解释明白，法律人要有洞悉情势的能力，这样在运用法律时才会有放矢，所以要适时放慢，反求诸己，所谓“汝果欲学诗，功夫在诗外”。对现在的年轻律师，还有法学院的学生，我也经常讲：不要沉溺于专业知识，要做通才，要研究方法，这比知识重要；不要盲从于学习技术，重视人格培育的单位、学校屈指可数，修炼在于自己。

我想我的这些意见，不少京都人会有同感，京都所的一大特点就是没有彻底商业化，缺少精致的利己主义者，尽管在技术层面学习公司模式，但京都仍是由一群富有人文情怀、注重基本操守的专业人士组成的社会中介组织。京都人不局限于算财务账，而会“算大账”。如何理解这个“大账”？回顾二十年历程，我想用京都的几个“未变”来尝试作出解答：

其一，京都所的“人和”优势未变。在引进人才时，京都最为看中人品，强调对人格的评估，不管有多大的

资源、多强的创收能力，如果做人有问题，坚决不用。在合伙人关系上，多年来大家做事能遵循诚信底线，坦率交换意见，无勾心斗角之虑，算计他人在这里不可能成气候，偶有小人也难以立足。而对于被聘用者，同样以诚信相待，尊重其权益，为其提供最大的发展空间。京都被视为一个人际关系简单的律师所，这里的人不会感到压抑。当然，从长远看，在“人和”基础上，增加“资和”的份量，更可以巩固这一优势，这也是今后改进的一个方向。

其二，京都所律师的专业品质未变。作为从诉讼成长起来的律师所，长期坚持专业立足更属不易。京都人以律师身份获得尊重为荣，讲究实干，不喜浮夸、装神。以刑事领域为例，曾有一个说法：“某某所是关系派，京都所是专业派。”不少同事都遇到这种情况：案子被炫耀关系包打赢的同行拿走，待到起诉后，当事人又转回来，诉说此前被忽悠的经过，认为还是专业律师靠得住。有人认为我们低调，这并非出于刻意，只是我们不喜欢夸夸其谈，也不愿违背客户意愿披露秘密或隐私，那种戏剧般一夜成名的故事，这里没有。有江湖习气者，在这里也会有所收敛，或者知趣离开。有人常为我们的律师感到惋惜：依实力和业绩，理应获得更多的声誉，有更广的知名度，你们有点亏。当然，我们愿意改进营销技巧，也不反对中国特色，但以不影响专业形象为限。

其三，京都人的人文情怀未变。我发现一个规律，那些令许多律师成名的案件往往是不赚钱、甚至是赔钱的案件，且有不小的风险，如果处处作商业算计，就不会有今日的田文昌，不会有这些成功的律师。他们的共同点就是有人性，有社会责任感，而且爱好广博，



重视个人修为。在京都所，有一大批具有这些特点的律师。在办理业务中，他们会认真倾听每个客户的诉求，倾力而为，而不是应付程序，在参与立法、科研和社会公益上，他们重在做事，以责任和荣誉为动力。有人在考察京都所后这样讲：京都人普遍外表平和，内有激情，专业性强又多才多艺，做事比较大气，京都所内那伫立的独角兽、正义女神像和那尊古朴的刑鼎，是京都人风格的象征。其实，京都人并不自认为高大上，只是没有丢掉本分，没有学坏而已。

其四，京都所稳健发展的风格未变。先做大，还是先做强，如何理解其中的辩证关系？这是律师界的老话题。以京都的名气，在短时间内迅速扩张、跻身前列不成问题。在合伙人内部，多次就发展模式进行讨论，大家认为，不管外所如何，京都不适合“大跃进”，更适合“积土成山”。律师所的常见排名，是以人数、面积和创收为主要依据，而在非量化指标上，也当有自己的考量——客户口碑、新业务领域、经典案例、运营模式以及社会公益等——在这些方面，要做到心中有数。今后，在“综合化、专业化、团队化、国际化”几个方面，京都还当继续努力，永远保持危机感，在做精做强的基础上，逐步做大。

我希望后来的京都人能承继这几个“未变”，并有新创造，我也要提醒他们：在这芜杂而躁动的时代，如京都这种风格的律师所要付出更多代价。我想京都人会继续追随自己的志向，不抱怨，少困惑，多一些坚持。我相信，现代法治环境愈好，如我等这样的律师愈有市场，如京都这样的律师所愈有前景，希望这个预想，在下一个二十年里得到印证。



最好的时光

■ 刘洋 / 文

2007年春，当我第一次踏入朝阳门外京都律师事务所的大门，并没有想到这里将和我今后的生活、命运发生怎样的联系，更没有看到八年以后的今天，我还在这里，容颜和心境、周遭和际遇、还有身边的人，变了的，没变的，成为了这一刻的自己。时光，川流不息，这些和京都有关的记忆，挥之不去。

来到京都，或许是因为对中学时代看到的被央视“东方之子”专访的田文昌律师留下了崇敬而美好的印象；或许是因为作为法学院的学生更加知道这位传奇人物在中国法律界的影响和成就，想到他所创办的知名律所学习和一试身手的勇气；或许是因为喜欢朝阳门外厚重又现代化的办公环境，或许是因为对于一个刚刚走出校门的学生，京都没有给我冷冰冰的感觉，面试、培训我的业务主管赵岐龙极其深厚的法学理论功底和真诚亲切深深打动了我，于是，连薪水也没有问，直接来到京都，投入赵主管的麾下，开始了业务助理的工作。

这是我走出人大校门后的第一份工作，虽然经过了六年的法学院系统教育，通过了司法考试，但关于律师行业，除了美好的憧憬和想象，所知甚少。这份工作使得我得以接触大量形形色色的当事人以及他们层出不穷纷繁

复杂的各种问题，也使我有机会与京都众多资深律师共同谈案，有机会学习到他们清晰的逻辑思维模式、精准的案件分析、切中要害的对策，感受到他们不同的办案风格，正是这段经历养成了我对案件刨根问底的劲头和精神，并对我日后办案风格的形成影响极大。令我高兴的是，其中有些当事人后来成为京都忠实的“粉丝”，某外资公司至今仍以京都为法律顾问，也有很多当事人传递正能量，给我留下了深刻的印象。2008.5.12地震时，原本刚结束咨询撤离的两位当事人又在人流涌动的避难广场上找到我，只因撤离时情急忘了交咨询费。

当然，初出茅庐、涉世未深的我有很多不足之处，赵主管都给予了宽广的包容，也在每一次我迷茫低落的时候及时地给予指引，引领我走上律师道路。在我随后的执业生涯中，一次又一次地锦上添花、雪中送炭。

在主管合伙人杨照东律师和赵主管的鼓励和帮助下，我们几个年轻人积极开拓，业务部取得了优秀的工作成绩。与此同时，我们几个年轻人志同道合，一同分享喜悦、承担工作压力、经历迷茫和痛苦，见证彼此的成长。一年以后，我们实习律师转正，相继离开业务部。业务部也不断增加新鲜的血液，有人继续留在京都追寻梦想，也有人到

国家部委、各级公检法任职，赵主管也开始实现他自己的律师梦想，风声水起。不管时间和距离，京都业务部永远都是我们的纽带，给我们的记忆无法磨灭。

那时血液里都涌动着年轻的不安、希冀，偶尔的迷茫困惑在青春的光环下也都微不足道，未来，似乎有无穷的可能，不能等待，只有向前，去经历……

我终于成为了这家知名律所的一名执业律师，但这仅仅是开始，我必须去证明，自己能够胜任。年轻人的豪情壮志总是有的，现实却是严苛而残酷的。面对顾问单位随时可能突发的任何事件，必须迅速有效地给予法律建议并出具法律文书或是通过谈判、诉讼多种方式解决争议；作为一名诉讼律师，除了要做好与当事人充分沟通，对案件事实、法律关系、既往判例了然于胸，证据精准的各项准备，在瞬息万变的法庭上，必须时刻清醒而准确地反应出各种关于诉讼程序、实体法律关系的法律法规并灵活运用，领会法官和对方当事人及代理人的表达意图，通过自己的诉讼策略实现诉讼意图，为自己的当事人争取权益并做到无懈可击；出具的任何一份法律文书，必须在形式上、内容上精准无误，说出的每一句话，必须专业又恰到好处。要想做好这些，没有经年累

月的积累是难以做到的。

我并不是那种领悟力极强、效率极高的孩子，但我充满热爱、执着而倔强。我全身心地投入到每一项事务。在执业的前两年，由于工作需要，每周都要换几次公交、地铁斜穿北京城到顾问单位，也常常要四处奔波查询、递交各种文件材料，风雨无阻，爱美的我因此坏掉了一双又一双高跟鞋，脚上常是千疮百孔，回到家里往往倒头就睡。有时遇到素质低的办事人员，竟被为难的不知所措，转过身眼泪就会涌出，还要再想办法完成。我开始投入大量的时间和精力去学习和摸索，加班加点，挑灯夜战，魂牵梦绕，有时酝酿几天才完成一份满意的法律意见，有时冥思苦想写出的信函却被同事改的面目全非。有时，夜深人静，还在又一遍检查证据或是埋在厚厚的案卷中抽丝剥茧，压力和孤独感突然袭来，真想第二天就辞职不干，可是，当第二天到来，我完成了对自己的挑战，又开始打了鸡血般地运转起来。每当我遇到各种疑难杂症，在京都所内走一圈，各位亲爱的前辈、小伙伴们从不吝于他们的时间，各种讨论、经验介绍以及发邮件，每当我加班饥肠辘辘，总能在所内同事的桌上“搜刮”到食物，当然，我的存货也被他们“无情”地席卷一空。最“倒霉”的是相憬晶律师，这位经验丰富对各类案件游刃

有余的资深律师，既要面临我各种求教又要经常被“洗劫”。

民商事诉讼纷繁琐碎，我手上常常同时进行着近二十个案件，每周开二至三个庭是家常便饭，少的时候一个月也至少三四个庭，每个案件进展不同，还要完成一些顾问单位的事项和各种突如其来事情，丝毫不能松懈、混乱。我模仿大咖张振祖律师，这应该是他统筹大量繁杂事件而又能对每一件紧密跟进、了若指掌的秘诀之一吧，我订了个大本子，每周、每天安排好工作任务，记录待做和完结事项，既有条不紊也有据可查。我乐于尝试各种各样类型的案件。那些商业仲裁合同纠纷让我体会到商场的利益纠葛寸土必争，那些婚姻家庭诉讼让我沉思家庭和责任的担当。这样一年又一年，辛苦付出的同时，也收获了自己的成长和快乐。

我有幸协助杨大民律师代理了金巧巧诉宋祖德名誉权纠纷案、中国美术馆馆长范迪安“被署名”案、著名作家石钟山著作权纠纷案等多起文化产业领域的相关案件以及一系列行政诉讼案件。在这些案件的代理过程中，杨律师充分运用了他的智慧、学识乃至胆识带领我度过了一个又一个难关，竭尽所能为每一位当事人争取最大权益，使我开始领悟到超越律师基本诉讼技巧之外的更深层次的综合能力，也开始清楚一个

律师所应承担的社会责任和家庭责任。

在京都，总有人比你更勤奋，总有人比你更优秀，总有人让你望尘莫及，也总有人令你心灵有所依归，感到温暖。我钦佩京都所那些始终关注中国法治进程为推动法治进步而敢于建言勇于担当的刑辩大律师，他们是这个国家这个时代推动法治的中坚力量；我崇敬那些默默奉献辛勤耕耘执业多年却依然坚持梦想维护正义的资深律师，他们的敬业和踏实是年轻人学习的榜样；我欣喜于这里有一群志同道合甘洒青春追求卓越的年轻同伴，一起疯狂加班也一起把酒言欢；我感恩京都这个大家庭所给予我的一切，感恩于那些给予我信任、指引和帮助的人们，感恩于所有欢乐、痛苦青春时光，感恩于现在所拥有的一切。

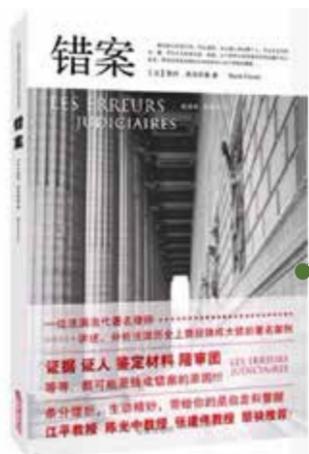
我的一位研究生同学毕业时说：“傻孩子的奋斗道路总是要更长一些，不要以为傻人有傻福这句话的意思是守株待兔，要像阿甘一样跑起来，一直跑下去。”我深以为然。从青葱岁月到三十而立，这些一路奔跑的时光，这些寻找自我的时光，这些欢乐难忘的时光，这些痛彻心扉的时光，这些迷茫怅惘的时光，这些坚定执着时光，这些我与京都共同走过的时光，这些京都滋养温暖我的时光，在我的生命里镌刻着，这些最好的时光。



刘洋律师简介

刘洋律师的主要执业领域为合同纠纷、侵权纠纷、婚姻家庭纠纷、公司法律顾问服务等民事诉讼及非诉业务。致力于合同法、公司法等民商法领域的研究及实践，成功办理了数十起民事诉讼及仲裁案件。

京都悦读馆



《错案》

〔法〕勒内·佛洛里奥 著，赵淑美，张洪竹 译
法律出版社2013年出版

法国当代著名律师勒内·佛洛里奥，讲述、分析法国历史上曾经铸成大错的著名案例。勒内·佛洛里奥，是法国著名律师，1902年生于法国巴黎，21岁毕业于索邦大学法律系。而后，从做辩护人起，他开始了律师生涯。生前积累了五十多年的办案经验，办理了许多有名的案件，在法国公众中享有很高声誉。被赞为“有最惊人的记忆天赋”和“巴黎收费最高的律师”。

该书条分缕析，生动精妙，带给你的是启发和警醒。错案的发生，常常与司法人员的疏忽、主观，甚至偏执有关，如何避免、减少错案，本书具有很好的借鉴意义。



《正义的成本：当法律遇上经济学》

熊秉元 著
东方出版社2014年

当经济学与法学相遇，会衍生出什么样的学问呢？熊秉元教授在说明法律经济学旨趣的同时，回顾了法律经济学的发展史，介绍了法律经济学的奠基人物的基本思想。作者以平实、精确、有趣、深入浅出的文字，阐释经济行为、成本、效率等概念，建构一套严谨的经济分析架构，并用于讨论契约、正义等法律问题。这些问题的提出和处理方式，显示经济学上的效率和司法学上的正义确有密切的关联，及互相启发之处。作者以优雅的散文形式，将经济分析的方法带进法律学，阐释经济学上的“效率”和法律上的“正义”。一般读者读了本书有助于判断事务，分析问题。经济学者可扩展视野，找到新的研究方向。法律学者读了本书，也可扩展视野，并学习到一种新的思考方法。



《不知死，焉知生：法医的故事》

〔日〕上野正彦 著，王雯婷 译
北京大学出版社2014年

有人这样死，有人那样活，有些人生我们从来都不懂。本书是日本首席法医上野正彦的代表作，作者将60年法医生涯浓缩成43个真实故事，用质朴却不失风趣的文字，为我们呈现出一幕幕与死亡相关的悲喜剧，深深打动了无数人：被残忍杀害的小孩子眼中最后的景象，被子下被冻死的老人临终前的孤独，用身体做盾牌保护爱子的伟大母爱。这就是拥有2万次医检经验的原东京都监察医院长眼中的生命，带领我们阅读那些异样的人生。作者从事法医工作近60年，至今已检验两万多具尸体，堪称日本法医界之神。本书为其退休后的第一本著作，在日本热卖65万册。



“灋”是“法”的古字，由灁、廌、去三部分组成。其中的“廌”（zhì），是中国古代传说中的神兽，据说它能辨别曲直，在审理案件时，它会用角去触理曲的人。“灋”是中国古代最早明文记载表示法律含义的字之一。

書民大揚初年未乙



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号远洋光华国际C座23层
邮编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86-10) 57096000
传真：(86-10) 85251268
E-mail: info@king-capital.com

深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号
新华保险大厦1701室
邮编：518048
电话：0755-33226588
传真：0755-33226566
E-mail: shenzhen@king-capital.com

上海分所

地址：上海市南京西路580号
(南证大厦)3903A室
邮编：200041
电话：021-52341066 52341099
传真：021-52341011
E-mail: shanghai@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区中山路572号
星海旺座603室
邮编：116023
电话：0411-85866299
传真：0411-84801650
E-mail: dalian@king-capital.com

天津分所

地址：天津市河西区友谊路5号
北方金融大厦14层A座
邮编：300201
电话：022-88351750
传真：022-28359225
E-mail: info@king-capital.com