

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2016/01

季刊 总第115期



京都律师事务所
King & Capital



P16 PPP法律实务全解析

P41 金融业务 / 家族信托业务洗钱风险管理初探

P63 京都实务 / 如何着手应对私募基金管理人登记最新监管要求?

P67 京都论法 / 法治在人们心中

P77 京都论法 / 论大数据背景下刑事法律风险防控



问题疫苗关乎的不仅仅是健康

楊舫



撰写本期《京都律师》卷首语的时候，我正处在重感冒的第四天，被感冒病毒和感冒胶囊折磨的浑身无力六神无主，对任何事情都提不起精神。医生说除了吃药要多喝水，我遵医嘱，除了吃药就是喝水。

当我看到微信上满屏的问题疫苗文章，突然被刺激的来了一点点精神，原因是开始怀疑自己吃进去的药和喝进去的水是不是也是失效了。

看到新闻公布的问题疫苗案那一组组数据令人瞠目结舌。9家药企涉案，疫苗流向10余省市，300多人正在被追查。在这一刻，每一个孩子的爸爸妈妈爷爷奶奶都愤怒了，丧尽天良啊，人神共愤。

财经传媒常务副主编张进先生第一时间发表评论指出：山东问题疫苗案的本质是人心的溃散。他说：从疫苗生产企业、疫苗经销批发企业、疾病预防控制机构到接种单位四者中，每个单位都负有审查疫苗及其经营者资质的义务，只要有一个环节略微严格，即可斩断罪恶的链条。疫苗案再一次暴露了监管层面的缺失与失职。

如此震惊全国的售假大案渎职大案，按照惯例，最高检一定会介入督办。毋庸置疑，肯定又会有大大小小的责任人一个接一个接受法律的审判，承担相应的法律责任。或大或小，有期无期，乃至凌迟腰斩，但那都属于后话了。

问题是，问题疫苗可能造成的危害已经发生，到底有多少孩子已经接种了问题疫苗，接种问题疫苗对孩子的身心健康造成危害，这已经不是恐慌而是事实。为什么我们不能把这种伤害无辜孩子身体健康的风险提前预防呢？销售问题疫苗牟利，是利令智昏的故意犯罪行为，而让这些问题疫苗蒙混过关，注射到孩子的身体里是药品监管部门的渎职行为，亦是不可饶恕的犯罪行为。为什么我们不能把这些伤天害理的犯罪行为消灭在萌芽之中而放纵他们去伤害年幼的孩子呢？对于接种过问题疫苗的孩子来说，我们都是罪人。

其实，在五年之前，时任《中国经济时报》记者王克勤就曾发表《山西疫苗乱象调查》，揭露问题疫苗存在的问题。当时，同意发表并签发此文章的《中国经济时报》总编辑包月阳却因为此次签发行为而被免职。王克勤本人也因

为写作发表这篇文章而被迫“下岗”。王克勤和包月阳这两位有良知的媒体人，为了向历史负责，在五年之前，就已经向问题疫苗“亮剑”，揭露他们图财害命，危害儿童身体健康的违法犯罪事实。然而，令人费解更令人吃惊的是“有关部门”却把这两位先生当做“问题疫苗”给处理了。究竟是谁出了问题，记者？疫苗？还是有关部门？如此不符合常识和逻辑的逻辑至今也让我们看不清看不明看不懂。

五年之后的今天，问题疫苗再次成为震惊全国的大案主犯，成为众矢之的、过街老鼠。真希望，有关部门能够找到问题疫苗存在的问题，然后将问题彻底解决。不仅仅是案发后的渎职追责，更应该建立健全疫苗从研发、生产、销售到接种的一条完整的法律保障体系。同时，针对那些问题疫苗的治理和打击要制定完善有效的预防机制，将生产销售问题疫苗的土壤彻底根除。

此外，最重要的是健全和加强监督机制特别是舆论监督和群众监督。如果五年之前，有关部门对王克勤先生的文章给予足够的重视，那么今天的问题疫苗案件还会发生吗？如果我们重视舆论监督和群众监督，任何领域的老鼠想过街都是一件不太容易的事情。

京都律师的卷首语，居然写起了问题疫苗，有人会说是不是有些跑题啊？我想说的是，京都律师只关注问题不关注跑题。何况，疫苗问题是一个比文章跑题不跑题更重要的问题。她关乎着我们的孩子，关乎着我们每一个孩子的健康，还有他们的未来。

更何况问题疫苗关乎的不仅仅是健康，它直接反映这个社会的诚实信用、法制保障、监管机制、舆论监督、天地良心。

人体的病除了绝症几乎都有药可医，就像我这两天的重感冒一样，吃吃药，多喝水，输输液，再重的感冒也会好起来。

社会的病可不一样了，一旦人心出了问题，社会没了诚信，法治成了口号，有良知的人被边缘化，那么，任何疫苗也预防不了病毒。但是得了病，也得治。🙏



专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

追求卓越 不负重托

目 录

主 办 京都律师事务所
承 办 京都律师事务所品牌建设部
编辑委员会

主 任 田文昌

编 委

曹树昌	孟 冰	白冬枫
蔡景丽	韩嘉毅	杨照东
金 杰	朱勇辉	秦庆芳
王九川	瞿丽红	张振祖
公丕国	杨大民	钟延红
郭 庆	韩 良	肖树伟
邹佳铭	吴立伟	刘 铭
陈 宇	吕志轩	金 燕
张雁峰	梁雅丽	李 彬
刘敬霞	王卿芸	

主 编 杨大民

编 辑 孟 妮 王凌凌

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

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

卷首语

问题疫苗关乎的不仅仅是健康 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特 稿

梦想征途：健康是基石——京都2016年年会田文昌律师讲话实录 / 13

封面主题

PPP法律实务全解析 / 16

PPP项目基础知识问答 京都PPP律师团队 / 17

PPP市场中的律师实务探析 公丕国 宋刚明 / 19

政府购买公共服务PPP项目中社会资本的选择方式 刘敬霞 / 26

PPP项目全操作流程及全套法律文件综述 唐利君 / 30

PPP项目股东协议内容设计若干法律问题初探

——以某国家体育场项目为例 肖树伟 余慧华 / 36

金融业务

家族信托业务洗钱风险管理初探 柏高原 / 41

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》中复利相关问题的探讨 肖树伟 游乐 / 45

金融账户涉税信息自动交换对高净值人士的影响 高慧云 / 48

京都实务

无罪认定和有罪判决

——一场针对“走私”和“虚开”的无罪辩护 孙广智 / 50

骗局（中）——“铤而走险”的收购能否“化险为夷” 58

如何着手应对私募基金管理人登记最新监管要求？ 肖小保 / 63

京都论法

法治在人们心中 田文昌 / 67

金融新业态下私募股权投资与非法集资的法律风险控制 吕志轩 王悠 / 70

浪漫的福利 贾宝军 马若飞 / 73

论大数据背景下刑事法律风险防控 季刚 / 77

建设工程施工合同转包、违法分包中的连带责任 王春军 / 81

所庆·征文

我的京都缘 曾静音 / 84

律师·生活

因篮球之名 马若飞 / 86

京都律师

封面题字 江 平



2015年第5期
总第114期 季刊



业 务

京都律师事务所张雁峰、郭庆律师办理的沈某某涉嫌诈骗案嫌疑人被不起诉

沈某为广东省某科技公司总经理，2015年4月25日因涉嫌诈骗罪被东莞市第一市区人民检察院批准逮捕。在审查起诉阶段，京都律师事务所合伙人张雁峰、郭庆律师接受委托，担任沈某辩护人。

接受委托后，张律师立即前往东莞市第二看守所会见沈某，询问了其本人对本案的认识。张雁峰和郭庆两位律

师随后认真阅读了案卷，比对嫌疑人自述，对案件的定性重新审视，发现了诸多无法定案的疑点。律师阅卷后向东莞市人民检察院递交了《法律意见书》，提出沈某的行为不构成犯罪，与承办检察官进行了书面、电话和当面探讨。检察官对律师意见非常重视，也就某些具体问题表达了检方的意见。张律师就检察官提出的问题多次会见嫌疑人，并调

取相关证据、向检察院提供相关线索，与检察官多次交流意见。

2016年2月2日东莞市人民检察院审核了两次退回补充侦查后的案件，最终以证据不足为由做出《不起诉决定书》，将羁押10个月的嫌疑人无罪释放，使嫌疑人在春节前得以与家人团聚。

业 务

京都律师事务所合伙人吕志轩律师受聘担任北京市新水季环境工程有限公司常年法律顾问

基于京都律师事务所合伙人吕志轩律师在政府法务和政府PPP项目良好的业绩，北京市新水季环境工程有限公司特聘请吕志轩律师团队担任其常年法律顾问，进行项目法律文件合规性审查和法律风险防范。

北京市新水季环境工程有限公司是

一家专业从事河湖水体治理、污水资源化、水务设施建设及运营等业务的高科技环保企业，通过了ISO9001国际质量管理体系的认证，具有进出口贸易权，是北京市重点扶持的高新技术企业。公司通过对适用环保技术和人性化管理手段的应用，致力于解决环境保护方面的

良性机制构建和污染防治工作，推广建设资源节约型社会的环境技术和管理模式，传扬环境友好理念。在水质净化、生态修复、再生水回用、污水处理等领域拥有多项专利；是北京地区实施政府PPP项目重点公司，该公司投资实施了国内多省多项PPP项目。

荣 誉

香港卫视2015全球华人影响力盛典举行 京都律师事务所田文昌荣获“最具影响力华人大律师”称号

2016年1月19日，由香港卫视和全球杰出华人联合会共同主办的“凝聚华夏情，共筑中国梦”全球华人影响力盛典暨峰会在北京钓鱼台国宾馆举行。盛典上，京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌律师荣获“最具影响力华人大律师”称号，京都律师事务所荣获“最具公信力律师事务所”大奖。

田文昌律师1985年开始从事律师工作，以擅长办理各类典型疑难法律事务而著称。先后成功地代理了天津大邱庄被害人控告禹作敏案、81名乘客诉西北航空公司误机索赔集团诉讼案等重大疑难案件。田文昌律师现任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，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”。

京都律师事务所成立于1995年，是国内第一批合伙制律师事务所。目



前，京都已建设成为一家提供包括非诉业务、民商诉讼、刑事诉讼等全面法律服务的综合性律师事务所。其中，京都在刑事诉讼领域居于全国领先地位。京都目前拥有300余名执业律师及专业人员，能够为客户提供高标准、高质量的法律服务。京都律师事务所积极参与和推动国家的法治建设，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。

田文昌律师在发表获奖时表示：“在律师界，乃至整个中国的法律界，

做出杰出贡献的佼佼者不乏其人，我今天获此殊荣只不过是一种幸运。这种幸运对我来讲，更多是一种激励、鞭策。面对这种激励，我将在今后的工作中继续努力、一如既往、无怨无悔，为中国的法治建设尽自己的绵薄之力。”

由香港卫视主办的此次盛典，旨在国际上打造华人品牌，提升华人在国际社会上的形象，使华人的事迹和奋斗精神在海内外得到广泛传播。海内外众多政界人士、知名企业、文艺界人士出席了此次活动。

京都律师事务所入选中国工业节能服务产业联盟

为进一步推进工业节能服务产业发展，在工业和信息化部节能与综合利用司的支持下，部国际经济技术合作中心联合有关节能服务企业发起组建了中国工业节能服务产业联盟，并于2015年12月19日在京召开成立大会，同时举行了2015工业节能服务产业发展研讨会。来自节能服务企业、科研院所、金融机构、律师事务所、行业组织等单位的近100名代表参加会议。其中，京都都是唯一一家律师事务所成员。



京都律师事务所被科技部聘为法律顾问单位



刘铭律师

2015年12月7日，科技部发布了选聘法律顾问的通告。经过资格审查、初选和面试，从参加选聘的16家律师事务所中选定北京京都律师事务所担任科技部法律顾问，时间为1年。

该项目由京都律师事务所合伙人刘铭律师带领，刘铭律师2002年开始从事律师工作，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、房地产等重大民事、刑事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。



荣 誉

京都律师事务所公丕国律师荣获“ALB2016年中国15佳诉讼律师”称号

诉讼律师的庭审策略、雄辩口才和机智应变是律师界不可或缺的精彩看点，相较于非诉律师，诉讼律师的工作更为淋漓尽致地体现了律师的风采。

《亚洲法律杂志》ALB调研团队近期根据2015年诉讼案件的影响力，难度，客户和市场的反馈做出评选，京都律师事务所公丕国律师斩获殊荣，荣膺“ALB 2016年中国15佳诉讼律师”称号。

公丕国律师是京都律师事务所民商事诉讼部合伙人，从业20余年，曾经从事十余年刑事辩护业务，为“五毒书记”张二江贪污受贿案、“4、27专案”新立克集团高官贪污案、“郑州5、05事件”陈月新重大安全事故责任罪、新华社高级记者冯xx诈骗案等有影响的案件辩护；现在主要执业领域为公司法律事务，代理了东莞常联纸业公司股权转让系列案、香港罗氏集团与北京住总集团、华科实业、总后勤部等股权转让



系列案、苏州长江路市场公司与梅世林合作合同案等复杂疑难案件；并从事非洲法律事务的研究和实务处理，是京都律师所非洲法律中心负责人。公丕国律师现担任际高建业集团、芝莆（香港）基金有限公司、中非工商联合会等单位的常年法律顾问。

ALB对公丕国律师如此评价：

“从业20余年，公律师在刑事辩护和公司诉讼领域表现出色。2015年，苏州高鼎工程建设有限公司、秦云良单位行贿罪案成为以“非法证据”排除控方证据、判决被告人无罪或罪轻的典型案件；代理云南黄某就其与杨某等投资关系纠纷案申请再审，最高人民法院裁定再审。此外，公律师还将案件实务与法律疑难问题结合，探讨立法缺陷和法律适用难点，出版《股权转让诉讼流程与办案技巧》著作、发表多篇专业论文。公律师表示，诉讼律师最有意义之处在于‘以个案推动立法，以律师的法律服务推动法治国家的建设’。”

《亚洲法律杂志》（ALB）是汤森路透旗下的尖端法律杂志，是全球最具影响力的法律媒体之一。旨在为客户和读者提供前沿的法律商业资讯和律所法务评级。

刘铭律师出席北京市朝阳区政协第十二届第五次会议并获优秀提案奖

2016年1月11日至13日，人民政治协商会议北京市朝阳区第十二届委员会第五次会议在北京会议中心开幕。在此次会议上，京都律师所合伙人刘铭作为政协委员认真履行政治协商民主监督、参政议政职能，围绕十八届五中全会精神，结合朝阳区区情，提交了“互联网+政务服务”、“关于简化优化公共服务流程、减少证明材料，方便基层群众办事的建议”等相关提案，并在会议中积极为朝阳区经济社会发展建言献策。同时，刘铭律师作为朝阳区和北京市特约政府监督员，在履行民主监督职能也认真履职，发挥作用。此次全会，刘铭律师也获得2015年度优秀提案奖，相关媒体对刘铭律师多年来履职奉献，所承担的社会责任进行了报道、肯定。



荣 誉

京都律师事务所张振祖律师入选LEAGALBAND2016年中国十佳互联网金融律师

在近期公布的《2016年度LEGALBAND中国十佳互联网金融律师》榜单上，京都律师事务所张振祖律师入选该榜单。评选核心要素包括客户及同行对该律师的评价、参与的重大交易或案件、工作经历等，评选调研历时一个多。

张振祖律师是京都律师事务所公司业务部合伙人，专注于公司企业法律风险管理系统化建设法律课题的研究，在国内率先完成公司企业法律风险管理的法律服务系统模块，并为国内多家大型企业提供了法律风险管控和法律顾问服务。

LEAGALBAND给出张振祖律师的上榜理由是：

张振祖律师在近期为金融加、网利宝、网信财富等平台提供了常年法律服务及风控体系专项服务。客户评价其提供了对互联网金融产业的深层见识，能够把法律业务和商业意识结合，属行业领先。张律师及其团队擅长对网络借贷的发展向及监管态度进行深度总结，帮助客户在行业整合过程中



牢牢占据有利地位。

LEGALBAND是国际媒体公司Accurate Media旗下的国际法律评级机构。该机构是在中国区拥有驻地调研团队的专业法律评级机构，以调研数据为竞争激烈的法律服务市场提供指引，是寻求高端法律服务的权威参考之一。

活 动

京都律师事务所董新义律师参加“2016金融消费者权益保护高峰论坛”

3月16日电由新华网主办，联合中国人民大学法学院、中央财经大学法学院、中国社科院金融研究所支付清算研究中心共同举办的“2016金融消费者权益保护高峰论坛”15日在中国人民大学召开。京都律师事务所董新义律师参加了论坛并做了主题发言。论坛以诚信、理

性、责任为主题，就“让普惠金融更安全”、“互联网+金融时代下金融消费者权益保护”等议题展开研讨。作为“金融315系列活动”的重要环节，“2016金融消费者权益保护高峰论坛拟每年举办一届。

当日，蚂蚁金服、百度百付宝、宜信等23家金融相关机构联合发起签署



“2016金融知识普及中国行”启动仪式，左一为董新义律师

了《金融行业自律公约》，呼吁金融行业切实保护消费者的金融权益。

新华网常务副总裁魏紫川，国家工商总局消费者权益保护局局长杨红灿，中国人民银行金融研究所所长姚余栋，中国人民大学法学院副院长、金融创新与风险治理研究中心负责人杨东，中国社科院金融研究所所长助理杨涛、中

央财经大学法学院副教授、京都律师事务所律师董新义分别做了主题演讲。

董新义建议金融机构应当以通俗易懂的语言，及时、准确地向金融消费者披露可能影响其决策的信息，充分提示风险，不得掩饰产品风险。

附：《金融行业自律公约》签约单位：蚂蚁金服、百度百付宝、宜信、91金融、信和财富、PPmoney万惠、冠群驰骋、玖富集团、微贷网、普惠家、首创财富、中融民信、理财范、道口贷、欢乐合家、天峰普惠、中航生意贷、柚子理财、寰珩国际、鼎信贷、瑞钱宝、掌众金融、鼎盛财富。



活动

京都律师事务所与美国纽约大学法学院共同举办刑事辩护培训课程



图 田文昌律师致辞



图 拉瓜迪亚讲座教授Martin Guggenheim先生和助理院长Lisa Hoyes女士授课

由京都律师事务所与美国纽约大学法学院共同举办的刑事辩护培训课程第一期，于2016年1月4日在纽约大学法学院开课。中国律师 36人代表团参加了培训。

此次培训注重刑事辩护律师的技能培训，包括证人询问技巧、非法证据排除规则、刑事实务伦理问题、案件的原理等几个大的方面，并且实际演练和知识性授课相互穿插。通过这样具有实际操作性的培训，提高刑辩律师的辩护技能。

1月4日，中国律师代表团抵达纽约大学法学院。纽约大学法学院副院长、诊所教授，刑事辩护项目主任Randy Herz致辞欢迎中国律师的到访。随后，田文昌律师代表中方律师进行了简短的致辞。当天，亚美法研究中心兼职教授Ira Belkin介绍了美国刑事司法制度概述；刑法学助理教授，纽约联邦辩护人，助理辩护人，Amanda David

女士和兼职教师、纽约联邦辩护人Christopher Flood介绍了证人询问技巧，并进行了演练；下午，拉瓜迪亚讲座教授Martin Guggenheim先生和助理院长Lisa Hoyes女士向大家进一步介绍了证人询问技巧，并针对具体案例，就诱导式发问进行了演练。

5日，纽约大学法学院副院长、诊所教授，刑事辩护项目主任Randy Herz为学员们讲授了美国非法证据排除的规则、交叉询问技巧并进行了模拟演练。

6日，学员们分成三组分别到美国南部联邦法院，纽约布朗克斯区最高法院、联邦东区法院旁听了美国法院审判。

7日，上午的课程，教授组织学员们一起对旁听美国法院审判的行程进行总结和讨论，进一步加深了学员们对美国司法体系和司法制度的了解。随后的课程，学员们听取了办案原理的授课，

并和教授们一起探讨了律师的调查取证义务和律师在刑事实务中的伦理问题。

理论需要运用到实践中去，才能融会贯通，培训的最后两天，纽约大学的教授们为学员们精心设计了两个案例，带领大家将本周学到的具体技能放到实践中去。练习了从接到一个案件后，如何形成辩护思路，如何分析使用证据，如何对证人进行交叉询问，如何发表总结陈词。教授们手把手的指导大家切入案件，激发学员的独立思考，鼓励大家上台演示。学员们都非常珍惜难得的学习机会，争相上台演示，课堂一片活跃。

6天的课程不仅是一次学习，更是一次交流。美国法学院的教授们通过中国刑辩律师，进一步了解了中国的法治发展。而中国律师们更是获益匪浅，了解了美国的法律体制，旁听了庭审，更是深入研习了美国的刑事辩护技能。全部课程结束后，纽约大学为学员们颁发了结业证书。

活动

终积小流成江海——京都“泉”计划继续开展

1月16日，周六“泉”计划2016年度第一次活动的日子。天色微亮，京都律师们已经在清冷的晨曦中出发，赶往房山区法院。八点半在房山区法院接到“泉”计划帮助的孩子们，带他们去活动地点——北京海洋馆。

“泉”计划活动已经开展到第四年，京都律师事务所帮助孩子数量也达到了十名。经过三年多的陪伴，他们与京都律师日渐熟稔，由最初的羞涩、紧张，变成了现在的亲切和依恋。为了纪念他们的成长，纪念他们与京都共同走过的时光，京都律师事务所党支部特别挑选了几年来的照片，为他们每个人制作了一本相册。同时还为他们准备了新年礼物，祝福他们能够度过一个欢乐的春节。随后，京都律师与孩子们一起观海豚表演，并在北京海洋馆为我们一行特别提供的讲解员的陪同下，走进了海洋和科学的世界，聆听那妙趣横生的讲解，观看着展厅内丰富多彩的动物，不仅了解了海洋动物的起源与发展，更是对人类智慧的伟大力量发出由衷的感叹。



叹。

活动结束后，将孩子们送回房山区法院，目送他们分别与前来迎接的家长离去后，暮色渐沉，京都律师们也踏上了回家的路。这一天，固然劳累，但心中真是充满了温暖。因为你快乐，所以我快乐，这是一种可以传递的力量。

最后，要特别感谢韩嘉毅律师以及他的常年法律顾问单位北京海洋馆，为这次活动提供了许多的便利和无偿的支持，给与了孩子们一个在科学世界里探

索无穷奥秘的机会。

京都所是一个充满爱的大家庭，特别为“泉”计划提供资金，给活动长久持续的发展提供了充分的保障。并且每一次“泉”计划活动，还有许多律师的子女也来参加，与得到帮助的孩子们成为了好朋友。虽然我们付出的是涓涓细流，但清泉长久，最终也必将汇成江河。2016年，我们的“泉”计划，继续前行！

媒体

京都宇文鸿雁律师接受《法制晚报》独家采访，谈婚姻遇上法律的那些事儿

2月18日，京都律师事务所合伙人宇文鸿雁律师，在京都律师事务所会客室接受了《法制晚报》的独家采访，酣畅淋漓畅谈了两个多小时关于“当婚姻遇上法律时”的那些事儿。宇文鸿雁律师是京都律师事务所民商事诉讼与仲裁部出庭律师、合伙人，在高净值人士家事

法律风险防控及纠纷解决、家族企业股权结构设置、涉外婚姻和继承纠纷领域有丰富的办案经验。以下为采访实录。

背景介绍： 每年春节过后，到法院起诉离婚的案件往往会有一波爆发。根据本报的最新数据统计，北京市朝阳区人民法院春节前三天的离婚诉讼立案

数量为10件，节后三天暴增至28件，西城法院春节前后三天的离婚诉讼立案数量分别为7件和10件。

提问1：夫妻离婚，只能上法院打官司吗？

宇文鸿雁：我国离婚制度分为协议离婚和诉讼离婚，协议离婚也叫双方自



媒 体

愿离婚。夫妻双方达成离婚合意通过婚姻登记程序解除婚姻关系，可以选择协议离婚，双方必须到婚姻登记机关申请离婚，婚姻登记机关查明双方自愿离婚并对子女和财产问题有适当处理的，发给离婚证。

而如果一方不同意，只能通过诉讼离婚解决。

提问2： 签离婚协议需要有什么条件？男方逼迫或欺骗女方签的离婚协议是否还有效？

宇文鸿雁：协议离婚的前提是“双方自愿”，协议离婚的当事人应当有一致的离婚意愿，须是真实的意愿。协议离婚后法律给了离婚双方再次寻求救济的机会，也就是对于离婚协议书的内容，当事人从诉讼程序上对财产分割有反悔的权利。

根据最高院相关司法解释，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。当然这个救济

有前提：签订离婚协议时候，一方存在欺诈或者胁迫行为。

那么对于协议离婚未成，财产分割协议的效力，即达成以登记离婚或诉讼离婚的财产分割协议，但一方反悔的，该协议不生效，法院应当根据实际情况对财产进行分割。

提问3： 很多明星离婚时，都是本人去民政部门办理离婚手续，他们可通过委托他人办理离婚手续吗？必须本人到场才能离婚吗？

宇文鸿雁：男女双方应当共同到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理离婚登记。亲自办理不得委托，诉讼离婚如一方不在国内或重大疾病不能到庭的可以委托律师代理，但必须向人民法院提交书面意见。

提问4： 现在有些夫妇为了买房，多得补偿款，出现很多假离婚事件，这有什么法律风险？

宇文鸿雁：所谓的“假离婚”，从法律形式要件上看，双方履行了正常的

离婚程序，并取得了离婚证，符合法律形式上真离婚的法律要件；因此，一旦离婚取得购房优惠后，如一方不复婚则有可能假戏真做，导致家庭的破裂，财产遭受损失。

提问5： 婚姻法规定婚姻自由，这是说只要提出离婚，法院就得判离吗？

宇文鸿雁：婚姻自由，包括结婚自由也包括离婚自由。法院在审理离婚案件时，一般先行调解，而不是立即审理和宣判，便于维护婚姻的稳定，对于感情确已破裂调解无效的才作出离婚判决。

法院一般判断离婚的标准是“夫妻感情确已破裂”，是否破裂，法院会从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状和有无和好的可能等方面综合分析判定。主审法官根据对上述内容的审查、审判实践经验及法律规定作出判决。 因此，并不是说只要上法院提出离婚法官就会判离。

提问6： 很多打工妹结婚去了外地后，打工多年再无音信，男方是否可以再娶？

宇文鸿雁：这个是有办法解决的。根据法律规定，夫妻一方下落不明，另一方可以到法院起诉，通过诉讼解除双方的婚姻关系。之后，男方就可以重新建立婚姻和家庭了。

提问7： 有些打工妹在外结婚，父母得知后不同意强行把女儿带走，这种行为合法吗？

宇文鸿雁：家长的这种行为肯定是违反婚姻法的，婚姻自由是一项极其重要的人身权利，这也是打工妹的法定权利，父母可以从态度上反对其婚姻，但不能强行干涉剥夺儿女的婚姻自主的

媒 体

权利。

提问8： 很多大龄剩男花数万元通过中介买来的越南新娘合法吗？

宇文鸿雁：如果是买来的婚姻肯定是不合法的。即使通过合法程序取得结婚证，但这种快速达成的跨国婚姻很不稳定，由于语言不通、习俗习惯不同，很难共同生活，因此新闻报道中有很多越南新娘不辞而别。

另外，跨国离婚系涉外诉讼，涉外诉讼涉及的管辖权、涉外送达、公证认证、法律适用以及对判决的承认与执行等法律问题，离婚周期时间十分漫长。

提问9： 有些离婚案件中，女方曾两次起诉离婚，但还是被法院判决驳回。请问法院判决离婚要考虑哪些因素啊？

宇文鸿雁：法院一般判定离婚的标准是夫妻感情确已破裂，是否破裂法院会从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系的现状以及有无和好可能等方面综合分析。一般来说，如果女方两次提出离婚，也足以说明无和好的可能，再次提起诉讼时法院判决离婚的可能性就比较大。

提问10： 法院一般怎样认定夫妻感情确已破裂？

宇文鸿雁：法院审查夫妻感情是否确已破裂，主要审查对夫妻关系造成严重影响的行为和情况，如果一方构成重婚、或与他人同居、家暴、赌博吸毒等恶习严重影响家庭和睦，及长期分居的，这些情况可以构成感情破裂。

提问11： 在很多离婚案件中，女方往往指责男方有“第三者”，哪些证据才能被法院认可？

宇文鸿雁：主要有这样几类：保证

书，或任何书面形式中男方自认的；嫖娼事件被查处等，通常有警方介入，有警方的笔录；公职单位鉴于作风问题的处分文件；双方来往的书信、短信、电子邮件、通话记录；证人证言；录音材料。

提问12： 雇用私家侦探，通过偷拍、偷录、跟踪的方式调查另一半是否存在婚外情行为，是否违法？

宇文鸿雁：调查权仅限于公安局、法院、检察院等国家机关，律师在办理案件中也享有依法取证、调查的权利，但“私家侦探”没有调查权。偷拍、偷录、跟踪等手段涉嫌侵犯他人隐私，不符合证据的合法性，这种证据一般不被法院所认可。

提问13： 婚姻一方热衷于网恋但从不见面，或者在网络游戏中称呼其他玩家“老公”、“老婆”，搞“精神出轨”，这种行为是否违反了婚姻法的规定？

宇文鸿雁：“精神出轨”不构成法院可以直接判决离婚的条件，但以“精神出轨”为由提出离婚是可以的。

我国《婚姻法》规定夫妻之间负有相互的忠实义务，“网婚”在审判实务中不构成狭义的违反忠实义务，但从广义上分析必定会影响夫妻感情，造成夫妻感情破裂。离婚是一种复杂的社会现象，违反忠实义务不可能列举式的列明，故从破坏夫妻感情的角度理解，我认为“网络婚姻”违背了夫妻之间相互的忠实义务。

提问14： 有人伪造好几个身份，与多名女子办理结婚登记手续，这是否构成重婚？哪一次婚姻才是有效的？

宇文鸿雁：这种行为构成重婚罪。

只有使用真实身份办理登记结婚的婚姻才是有效的。

提问15： 结婚多年妻子发现丈夫有重婚行为，她报案后又向警方申请撤案，丈夫就没有责任了吗？

宇文鸿雁：重婚罪既是自诉案件，也可以转化为公诉案件。在司法实践中，不少重婚案件的被害人，往往不敢起诉或者起诉后受对方甜言蜜语或逼迫而撤诉，致使一些犯罪分子逍遥法外，逃避法律制裁。

重婚罪的被害人，可以直接向法院起诉，对其中证据不足、可以由公安机关受理，或者移送公安机关立案侦查。公安机关应当依法侦查，检察院应当依法提起公诉，对于提起公诉的案件不得撤诉。

提问16： 国家出台二孩政策了，丈夫想要二孩，但妻子以错过生育最佳期为由坚决不同意，丈夫可以据此向法院提出离婚吗？男性有生育权吗？

宇文鸿雁：根据相关法律规定，妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由。作为男性公民，虽然有生育权，但其生育权的实现，要借助于女性的配合，当女性不愿意生育时，男性生育权利的实现，就不能建立在对女性权利的侵害之上。

二孩政策放开后，女方错过最佳生育期强行生育必然导致女方身体受损或达不到优生优育导致胎儿不能健康发育。如夫妻双方因是否生育发生纠纷致使感情破裂的，一方请求离婚的，法院经调解无效可以判决离婚。

（原文刊登于2016年2月25日《法制晚报》A35版，记者李奎采写）





媒 体

京都律师事务所邹佳铭律师谈女法官被枪击案

虽然烛光在屏幕摇曳，谴责在连篇累牍，但是我们都知，这并不能扶起倒在枪口之下这个年轻女法官孱弱的身躯，也唤不回一个十二岁孩子在这个世界上最亲爱的妈妈。也许我们对她最好的祭奠，不仅仅是哀悼和谴责，更要反思和改进，以免类似的悲剧重演。

枪杀北京昌平区人民法院女法官马彩云案件的制造者是两名离婚男子，其中一人是该女法官承办的离婚后财产纠纷案的原告。两人持自制手枪枪击女法官和其丈夫的前后，还制造了另外两起枪案，致一死一伤。后两人驾驶的车辆被警方截停后在车内开枪自杀。当法官被枪杀事件向外延展、血腥四处弥散之际，在对这些丧尽天良的暴行发出强烈谴责之余，我们能否隐约感受到两名性格极端的施暴者内心也有的深深绝望。要是人，就会对人事、家庭、生命有所眷恋，是什么让他们走到穷途末路，不惜用戕害自己和他人生命的这种最惨烈的方式，向世人发出最后、也是最微弱的声音。杨佳袭警案、湖南永兴法院爆炸案、湖北十堰四法官被刺案，莫不是如此。如果之前有人伸出援手或俯下身来倾听，是否能够让事情的发展更为理性和平和？

司法，本是社会定分止争的最后手段，但是纠纷的最终解决绝不是靠高高在上、藐视一切的司法判决，而是在这个判决形成过程中体现出来的对弱者的体恤和对权利的尊重。西塞罗说：“让我们记住，公正的原则必须贯彻到社会的最底层”。但是当个基层法官每年处理上百件案件时，我们如何要求她（他）在每个案件中有时间和耐心倾

听每一个人的声音，对每个声音有充分的理解和回应。而对于文化程度较低的当事人来说，他们对司法公正的理解也许并不是判决书中深奥的说理，更何况我们现在的很多判决书都不屑于说理，而是更多的是来自于每一个裁判者具体的言词和态度。如果能让他们感受到被关注和尊重，即使最后的结果不尽如人意，也难以将他们推到与社会绝然对立的地步。所以给案件分流，给基层法官减负，不仅是法官的待遇的问题，更是关系到案件的质量和社会效果。

如果司法生产的产品不能表达当事人的诉求，疏解他们的情绪，一纸判决不仅不能解决矛盾，还会产生新的矛盾。当人们对司法这种最后的社会救济手段失望之余，更容易采取极端的手段报复社会，无法在诉讼中宣泄或缓解的矛盾，就会在没有理性的世界中左冲右突，强行寻找出口，最后酿造成个人和社会的悲剧。所以说，如果判决本身和它的产生过程不是一种对话，而是权力对权利的冷漠和傲慢，那我们永远无法解决矛盾，只不过是转化或者叠加矛盾而已。

我们必须认识到，只要贫困、社会不公无法被彻底消灭，冲突和矛盾就永远存在。美国建国早期，种族冲突不断，经常酿成街头流血事件。为将这种社会矛盾从街头引向法院，美国建立并不断完善法律援助制度，通过律师建立对话和沟通，减少对立和杀戮。正如托克维尔所说，在美国，所有的政治问题迟早会变成法律问题。很遗憾的是，我在网上看到最高人民法院一名法官就此事件发表的评论中提到，为保护司法

者，应该给予法官当庭迳行判决构成扰乱法庭秩序罪的权力，而这种权力更多的指向的是当事人权利的维护者一律师。可以毫不讳言地说，正是这种将权力与权利对立起来的思维，不仅制造了法庭内的矛盾，更是将可以通过法律解决的问题变成了社会问题，并将走进法庭的人冷酷地推向社会，制造了不可控的社会危险。

律师作为当事人权益的维护者，更容易获得当事人的信任，这样便于律师向当事人解释法律，让他们更易理解并接受判决。同时，律师具有的法律专业知识和在执业中养成的理性思维，也使得他们能更好地和法官沟通，除非在法庭上律师无法依法履行权利，才会导致“死磕”。可以说，律师是法官和当事人之间的桥梁，在民事案件中，这道桥梁可以化解矛盾、解决冲突。在刑事案件中，律师可以更好的帮助法庭实现程序的正当性，只有这样对一个人施以最严厉的刑事处罚才具有最低限度的可接受性。如果律师不能在法庭上发声，就意味着当事人的诉求无法表达，它就会突破理性的阀门，形成危险的洪流涌向社会。一位律师同仁说得，法律职业共同体虽然不是一荣俱荣，但却绝对一损俱损。文革已经印证了这个结论，当律师被取缔之时，离砸破公检法就不远了。

对立，不论是对弱者的忽视，还是辩审冲突，最终受伤的都是司法的权威和公信，还有每一个代表这种权力的司法者。孟德斯鸠说：“对他人的公正就是对自己的施舍。”法官认真地倾听当事人和律师的声音，就是对自己最好的保护。

（原文刊登于财新网）



梦想征途：健康是基石 ——京都2016年年会田文昌律师讲话实录

每年一次的聚会今天来的人最多，每年都让我说几句，我想了一下，2012年我讲的是胸怀，13年讲的是创新，14年讲的是坚持，15年讲的是梦想担当。16年讲什么，我想了想，讲一个你们都想不到的问题：健康。

为什么讲健康，京都20年造梦，打下了坚实的腾飞的基础，2016年是京都所全面腾飞的一年，已经上了跑道。我们这个题目很好，“京都有我，梦想绽放”。我们做了20年的梦，现在开始成真了。我们上了起飞的跑道，在梦想的征途上，要谈谈健康的问题。特别是2015年的基础打得非常好，

经过20年的努力，创业、转型，到了2015年，大家回忆一下，我们打下了多少坚实基础，我们综合化专业配置基本成型，团队化建设基本成型，业务成长、业务培训取得非常好的成果和经验。比如，去年最成功的美国刑事辩护律师培训，我们费了一番周折，培训获得了极高的评价，无论是美国纽约大学培训方，被培训方以及作为京都所组织的一方都获得了极高的评价。这种培训将来带动我所其他部门都可以开展，而且形成了一个非常实质性的共识，纽约大学愿意与京都所，并联合中国政法大学成立“京都刑辩研究中心”。这个中心我们可以搞论坛、培训等等，在这种培训的模式

一个人的成功心理素质往往比知识和能力更重要，有的人很有知识和能力，因为心理素质脆弱，一事无成。心理素质对律师这个职业尤其重要。

下，京都的其他业务都可以如法炮制，联合国内国外的高校。如果这种培训搞起来，我们京都的业务能力又会提高一大步。

第四个收获是京都20周年的庆典，大家都感同身受，庆典的外界反应是前无古人后无来者，我们不自吹自擂，我们的规模 and 效果非常好，就我们内部的感受，我都感受到了，所庆以后全所上下整个的气氛都非常好，信心都增强了，最典型的的就是各部门为了今天的年会，排练节目的热情超过了以往任何一年。我从来没感受到这么高的热情，这么积极主动的精神，看来通过这次活动，我们京都所涌现了一批明星和导演（冒牌的），虽然冒牌也很可嘉，心气高了。

第五方面，我们2015年的全所收入，比2013年翻了一翻，这在京都历史上是从来没有的，照这样翻下去，两年一翻，过上五六年不知道要翻多少，这个基础非常好，奠定了京都所全面腾飞的基础。

腾飞需要健康，我们都知道，京都人很累。这么多年来，同样是做律师做业务，京都人做业务精益求精一丝不苟，无论是诉讼与非诉讼。我们到一些法院办案子，一些法官都吃惊，说没有你们这么办案子的，你们的卷宗搞的这么细，你们的阅卷笔录搞得这么有水平，你们下这么大功夫，帮着我们看卷，帮助我们分担了很多工作。我们的非诉团队也是这样，做了多少像样的成果出来，我们很累，我们的培训没有间断，我们去年的所庆一次性出了20多本专著，这在中国律师的历史上绝无仅有的，是下工夫做来的，所以我们很累，我们认真，我们要提升自己。还有我们京都的律师多少年如一日转战大江南北，疲于奔命，新来的年轻律师马上就满天飞，马不停蹄，京都所律师有多少人不同航空公司的金卡银卡，这又说明一个特点，所以我们京都人很累。

我知道大家累，我很少表扬大家，我不喜欢表扬，我喜欢激励，可能与我的个人经历有关。我成长一辈子不是夸出来的，都是逼出来的，所以我不爱夸人，动不动我还要鞭答鞭答，恨铁不成钢，不过我现在觉得钢口差不多了，快要练出来了，要腾飞的时候我要讲讲健康了。

年轻的时候我特别爱读传记，我读过毛泽东的青年时代，毛泽东讲了两句话，我特别印象深刻。“体者载德智之车”，所以他要“文明其精神，野蛮其体魄”，他年轻时参与各种锻炼，一个人没有坚强的体魄是不行的。健康包括两个方面，一个是体魄的健康，一个是心理素质的健康，这是两个方面都不可以缺少。

体魄的健康是第一位的，“载德智之车”，我深有体会，我年轻的时候还是很爱运动，但是83年研究生毕业到北京，几乎三十年不锻炼，每天就苦于做学问，人有惯性，越来越不愿意锻炼，所以身体越来越差。最近这几年，我才开始健身，大家都知道，我健身的效果非常好，我曾经夸下海口，一年以后武力征服京都！所以现在我发现京都律师已经开始了健身，很多人都在加强健身，希望京都2016年掀起健身热潮来，大家都把锻炼自己的身体放在重要的位置，身体锻炼好了，效率提高了，活力增强了，磨刀不误砍柴工，我们会有更高的效率，做更多的工作。

所以身体好还比较好办，更重要的是心理的健康，一个人的成功心理素质往往比知识和能力更重要，有的人很有知识和能力，因为心理素质脆弱，一事无成。心理素质对律师这个职业尤其重要，大家都知道，我们每年每天每时每刻都承受着超强的心理压力，特别是我们做刑事诉讼的律师，面对超强的心理压力，心理素质不好，根本就无法做下去。所以心理素质是心理健康的重要体现。



我个人体会，心理素质体现在四个方面，一个是自信，没有自信就没有成功，很多人问我成功的秘诀是什么，我说我都谈不上成功，至少我争取成功的原则和方式是努力加自己，有努力没有自信，有自信没有努力都是不行的。我年轻时候的同学很多人智商都比我高得多，但是很多人缺乏自信没有走向成功。当然，自信不是夸夸其谈。没有自信就没有成功。

第二点是坚韧，没有坚韧就没有进取，律师尤其如此，我们是在充满荆棘的道路上前进，如果缺乏坚韧，我们很可能在某个阶段就被压垮，就灰心丧气。而我们在前进道路上无论走的多快多好，一旦被阻断，就前功尽弃，所以我们要坚韧的性格。

第三是乐观。没有乐观就没有幸福，很多人庸人自扰，自寻烦恼，他永远不会有幸福感。但是很多人处境艰辛，他能够在乐观心态的支持下一步一步往前走。所以有乐观才有幸福，没有乐观就没有幸福。

第四是豁达。没有豁达就没有朋友，律师是社会科学，

不是像陈景润那样两耳不闻窗外事，律师满脑子都是“窗外事”，不想知道“窗外事”就不要做律师，在我们这个职业中，没有豁达的心态就没有朋友，没有朋友就一事无成。

我的一生体会是这样，包括对人的判断也是这样，我们所很多律师说你看不准人，眼睛不够锐利，老看错人。我说不是看错，人都有缺点弱点，不能求全，看对了人，他有缺点不要紧，看错了不是主要的，能容纳他，这样我们才有自己的朋友和事业。京都所的胸怀是海纳百川，绝不搞武大郎开店，绝不排斥能人，绝不嫉贤妒能，海纳百川才能发展壮大，去年我们全年进来一百多人，包括我们这些合伙人团队，希望来者比我们更强更好，比我们做的更大，这样京都才能发展壮大。所以京都律师们今年要有好的体魄，同时必须有健康的心态，形成一个京都式的心理素质，自信、坚韧、乐观、豁达。在这样的基础上，京都就更加具备了全面腾飞的条件，这是我对每个京都人的希望。希望京都人在这个基础上携手并肩创造新的辉煌！

谢谢大家！



PPP法律实务全解析



PPP项目基础知识问答

■ 京都PPP律师团队 / 文

Q：什么是PPP？

A：PPP，是英语Public-Private-Partnership的缩写，直译为公私伙伴关系或公私合营，是指政府与社会资本为提供公共产品或服务而建立的全过程合作关系，以利益共享和风险分担为特征，通过引入市场竞争和激励约束机制，发挥双方优势，提高公共产品或服务的质量和供给效率。

Q：PPP项目的基本特征有哪些？

A：1、是政府与社会资本的合作关系。交易双方应该是政府和社会资本方，如果是企业和企业之间的，如电厂脱硫脱硝、工业污水处理等，则属于第三方治理的范畴是企业治污责任的包。

2、项目产出的应该是公共产品。竞争性行业如房地产、商业项目等不适合PPP项目。

3、是长期契约（10年以上），能实现全生命周期的绩效管理。其蕴含的理念是，PPP需要整合项目全生命周期的管理，实现管理成本的最优化，其中关键一点就是要把运营阶段纳入进来，这是很多BT项目所不具备的。形象的比喻是，PPP项目是“长期的婚姻而非短暂的婚礼”。

4、项目要体现风险分担原则。要有合理的风险适配机制，即最适合政府政府承担的风险，如法律风险、政策风险、最低需求风险等，由政府方承担；而建设、运营等风险，由社会资本方承担；不可抗力风险，由双方共担。在这一风险适配机制下，政府和社会资本各方各自承担己方善于应对的风险，最终实现项目成本最小化。

5、项目要体现利益共享原则。保证社会资本“盈利但不暴利”。

6、项目符合PPP模式的物有所值和财政可承受能力论证。

Q：PPP项目的参与主体有哪些？

A：1、政府或其机构：主要是提出需求，并决定项目是否适合采用PPP模式

2、私营部门：以营利为目的、通过竞争获得公共服务项目的企业、资本，包括国有、私有、外资等各类企业。

对于政府融资平台公司，现行政策规定“已经建立现代企业制度、实现市场化运营，其承担的地方政府债务已纳入政府财政预算、得到妥善处置并明确公告今后不再承担地方政府举债融资职能的融资平台公司”可以作为PPP项目的社会资本方。

3、项目公司：项目公司由项目主办人设立，作为特许经营公司，一般通过股本募集获得资本，并由股东协议明确各主办人之间的关系，以及在整个特许期中的投资总额分摊和各自的义务等。

4、金融机构：一般是综合性金融机构、商业银行、基金公司等，它们会给相关项目提供金融资本（股加债），一般有基金、银行贷款、信托贷款、开发性贷款等。

5、承包商、运营商或供应商：建设承包商、设施运营商通常也是项目主办人或主办人的附属机构，项目公司通过固定价格交钥匙合同聘用它们。

6、保险机构

7、项目咨询服务机构：如专业咨询公司、律师事务所、会计事务所、招投标代理机构等

Q：PPP项目的收费机制？

A：1、完全依靠项目用户付费（如供水、燃气项目、收费公路）——经营性项目；

2、完全由政府支付服务费用（如市政道路、生态环境项目）——非经营性项目；



3、部分来自项目用户付费并由政府提供缺口补贴，以保障项目财务可行性（如污水处理项目、垃圾处理项目）——准经营性项目

Q：PPP的合作模式有哪些？

A：1、新建项目：典型模式BOT（建设—运营—移交）：社会资本方负责建设、运营，到期后交给政府方。BOO（建设—拥有一运营）BOOT（建设—拥有一运营—移交）为常见变体模式；

2、存量项目：

典型模式TOT（转让—运营—移交）：政府将建成或正在建设的项目作价转让给社会资本方，社会资本方负责后续建设和运营管理，期满后交还政府。常见的另一种模式是ROT（重建—运营—移交）。

Q：PPP项目的操作流程？

A：分5个步骤19个环节，业务俗称“5.19流程”：

- 1、项目识别（1）项目发起方式（2）项目筛选（3）物有所值评价（4）财政承受能力论证
- 2、项目准备（5）管理机构组建（6）实施方案编制（7）实施方案审核

3、项目采购（8）资格预审（9）采购文件编制（10）采购文件评审（11）谈判与合同签订

4、项目执行（12）项目公司成立（13）融资管理（14）绩效检测与支付（15）中期评估

5、项目移交（16）移交准备（17）性能测试（18）资产交割（19）绩效评价

从社会资本方（企业）角度，PPP项目的流程可表述为项目确认、可研阶段--招投标阶段--建设阶段--运营阶段--移交阶段。

Q：如何辨识伪PPP？

A：“地方融资太饥渴，企业谨防伪PPP”。有些地方政府通过保底承诺、回购安排、明股实债等方式吸引社会资本投资，将项目包装成PPP项目。企业一旦陷入此类项目，可能遭遇政府方到约定时间不能兑现承诺，会陷入新一轮政府债漩涡。辨识伪PPP，还是要抓住PPP项目“共同合作、共担风险、共享收益、全生命周期合作”等基本特征，对于政府对项目公司或股东的收益、本息兜底承诺等违背PPP模式性质的项目，谨慎论证，明辨是非。✎

（文字整理 席琪）

PPP市场中的律师实务探析

公丕国 宋刚明 / 文

所谓PPP，是英语Public-Private-Partnership的缩写，中文直译为公私伙伴关系或公私合营，具体指政府与社会资本以合资组建公司的形式开展合作，共享收益，共担风险，提供公共产品或服务的一种方式。当前，在中央强力推行、地方政府踊跃、社会资本蓄势待发的背景下，PPP市场进入飞速发展期。据统计，截至目前，仅财政部和发改委公布的示范推介性PPP项目已有2000多个，投资总额超过4万亿元！PPP项目作为化解地方债危机、拉动投资市场、推进城镇化建设的重要模式，已经成为当前社会、经济领域的热点话题。

与此同时，PPP市场遭遇法律体系不健全、社会资本惧怕风险不积极等法律和实务问题。作为有着综合法律知识、能够从理论研究和实务运作方面直接参与这一市场的律师，应当是推进PPP市场发展的重要力量。笔者总结律师在这一领域的操作实务，探讨有关法律问题，以期激励更多的同仁参与这一市场的研究和实务操作，为我国PPP市场的发展做出积极的努力。

律师实务一

研究PPP项目的法规政策

熟悉PPP项目的基本特征

PPP项目是多方主体长期合作的市场行为，涉及到政府

公丕国律师简介



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，中国政法大学研究生毕业，1994年取得律师资格，从事律师职业二十年。主要执业领域为刑事辩护、公司法律事务、投融资领域，已出版《公司股权转让诉讼流程与技巧》一书。担任芝莆（香港）基金有限公司、中非工商联合会等多家企事业单位常年法律顾问。

采购、预算法、公司法、合同法、投融资、建筑法等诸多法律。同时，为推进和规范这一特殊的市场模式，近两年时间里，国务院、发改委、财政部、银监会等部门密集出台了40余个行政法规、政策文件。律师参与PPP项目，首要的实务就是研究PPP项目的法规政策，熟悉PPP项目的基本特征。

上述40多个法规政策，可以分为控制地方政府债和推广规范PPP项目两大类。

银监会《关于加强2013年地方政府融资平台贷款风险监管的指导意见》（银监发【2013】10号），针对政府融资平台公司，明确提出“六不准”：如不允许财政支出类的BT、不允许吸收公众资金、禁止地方政府担保等。《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》（国发【2014】43号），以控制地方政府债务增长、控制债务规模上限、加强财政预算管理

等为主要内容。这一系列文件，以管理地方政府债务为目的，关闭了政府融资平台的融资大门。

而一大批推广和规范PPP项目的法规文件，为地方政府融资建设打开一扇窗。最重要的有：

1、财政部财金【2014】76号《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》——吹响了推广PPP模式的号角；

2、发改委【2014】2724号《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》——发改委版PPP合同指南；



2015年4月7日，财政部印发《政府和社会资本合作项目财政承受能力论证指引的通知》，明确规定政府对PPP项目的支出不能超过政府财政预算收入的10%

3、财政部财金【2014】156号《关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知》——财政部版版PPP合同指南；

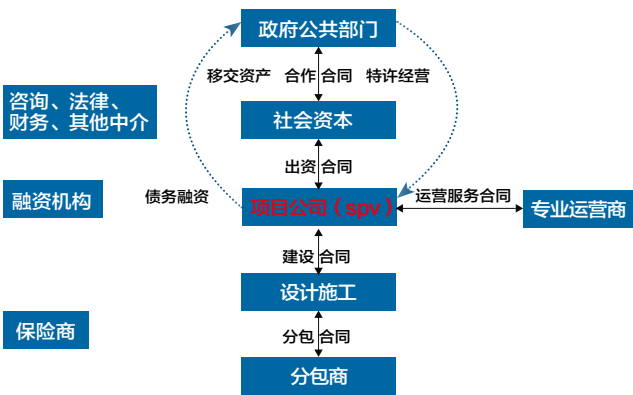
4、国务院国办发【2015】42号《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式指导意见的通知》——国务院推广PPP指导意见；

5、国务院【2015】25号令《基础设施和公用事业特许经营管理办法》——PPP立法基础。

上述法规文件，将地方政府的融资渠道限定为发行政府债和PPP融资两种途径，而政府债只用作归还老债务，所以PPP项目就成为地方政府解决基础设施和公共服务建设所需资金的唯一融资渠道，这就导致了目前各地政府的PPP项目蜂拥而上，形成PPP热。作为一种新型的投融资模式，有其基本的条件和特征，律师应当熟悉掌握PPP项目的基本特征，为后面的律师实务操作打好基础。

1、PPP模式最突出的特征是合作关系，一方为政府，另一方为社会资本。

政府或政府平台公司是PPP项目的一方，而社会资本，并不仅仅是通常理解的民营企业，而是包括合法注册的国有企业、民营企业、外企及其他经济组织。下图明确展现了政府部门和社会资本各方在PPP项目中的合作关系：



需要指出的是，传统的政府融资平台公司，如各地政府成立的城投公司、交投公司，其成立的目的就是政府融资工具，是政府的市场行为代表。在PPP项目合作关系中，这些政府平台公司可以作为政府一方，但“如果建立现代企业制度，承担的地方政府债务已纳入政府财政预算、得到妥善处置，并明确公告今后不再承担地方政府举债融资职能的平台公司，可以作为社会资本方参与PPP项目合作”（财金发【2015】45号文）。

2、政府方和社会资本方利益共享、风险共担，是PPP项目的另一基本特征。

所谓利益共享，不是政府与社会资本简单的分享利润，而是指政府和社会资本共享PPP的社会成果。PPP项目中，政府方最大的价值取向是公共福利和社会效益的增长，有时政府方会为了这一价值而让渡利润分享的权利；社会资本则获取相对平和、长期稳定的投资回报。同时，作为公共性质的项目，也不允许社会资本在项目执行过程中形成超额利润，即社会资本方“盈利而不暴利”。

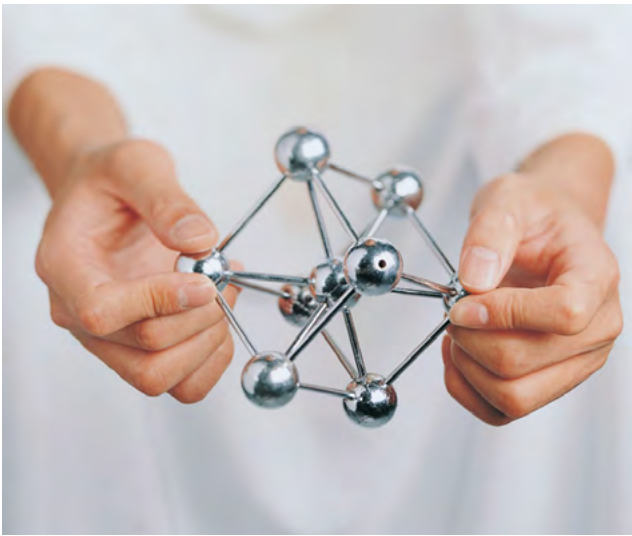
风险共担是PPP项目区别于政府与社会资本其他交易形式的显著特征。项目要体现风险分担原则，要有合理的风险适配机制，即最适合政府政府承担的风险，如法律风险、政策风险、最低需求风险等，由政府方承担；而建设、运营等风险，由社会资本方承担；不可抗力风险，由双方共担。在这一风险适配机制下，政府和社会资本各方各自承担己方善于应对的风险，最终实现项目成本最小化。

3、PPP是长期契约，把运营阶段纳入进来，实现管理成本的最优化。

为了实现管理成本最优化，确保项目运营顺利实施，PPP项目需要整合项目全生命周期的管理。一般来说，PPP项目的经营期至少10年，而像供水、供暖等关系到民生福利、收益回报较慢的项目，经营期多设计为20年，甚至30年。也就是说PPP项目体现了过程性，最形象的比喻是PPP项目是政府和社会资本之间的“婚姻”，而不是仅仅交接仪式式的“婚礼”。传统的BT项目，因为只是“建设-移交”而不具备合作经营期，被明确排斥在PPP项目外。

4、PPP项目须符合物有所值评价和财政承受能力评估。

物有所值评价（value for money，缩写为VFM），是国外决定是否采用PPP模式建设基础设施项目的一种决策工具，指的是一个项目采用传统体制政府要为项目付出的代价总和与采用PPP模式政府要付出代价总和的差值。PPP项目



是中央政府深化投融资体制改革的一种模式，要求PPP项目要符合物有所值评价，即比传统的政府采购模式比较有价值。

政府推广PPP模式，原因之一是化解政府债务负担。虽然，社会资本承担PPP项目的主要投资、经营义务，但有些项目政府还是要承担部分出资、付费、可行性缺口补助甚至特殊情况下接管项目管理经营的义务。为了不增加新的政府负债，PPP项目支出总额有一定的限制，2015年4月7日，财政部印发《政府和社会资本合作项目财政承受能力论证指引的通知》，明确规定政府对PPP项目的支出不能超过政府财政预算收入的10%。“关上一扇门，打开一扇窗”。中央政府为了控制地方债务危机，关闭了地方政府融资平台的大门，而为了保障地方经济发展的资金需求，打开了PPP这一融资渠道。但“地方融资太饥渴”，有些地方政府申报的PPP项目，采取“保底承诺、到期回购、明股实债”等方式吸引社会资本，即所谓伪PPP，借PPP之名行融资借债之实。律师只有认真研究PPP的政策法规，熟悉PPP的特征，辨识伪PPP，才能为参与真正的PPP项目打好基础。

律师实务之二

了解PPP项目交易模式

审查PPP项目交易架构的合规性

PPP广泛应用于市政建设、能源交通和医疗教育等基础设施和公共服务等领域，其运作模式有很多种。PPP项目的

运作模式，可以分为新建项目和存量项目两大类。

新建项目的运作模式，以BOT（建设—运营—移交）模式最为典型：社会资本方负责融资、设计、建造和运营，期满后转交给政府。实践中还有BTO（建设—移交—运营）、BOO（建设—拥有一运营）、BOOT（建设—拥有一运营—移交）等模式，均是在BOT基础上的变体。大型基础设施项目也经常采用集中模式的综合体，如大家熟悉的北京地铁4号线，就是BT+BOT模式的成功例子¹。

存量项目，即已经存在的项目，包括建设完毕进入经营期或开始建设但无资金完成建设的项目。存量项目转化为PPP项目，是化解政府债务危机、解决政府财政压力的重要方式。常见模式有：

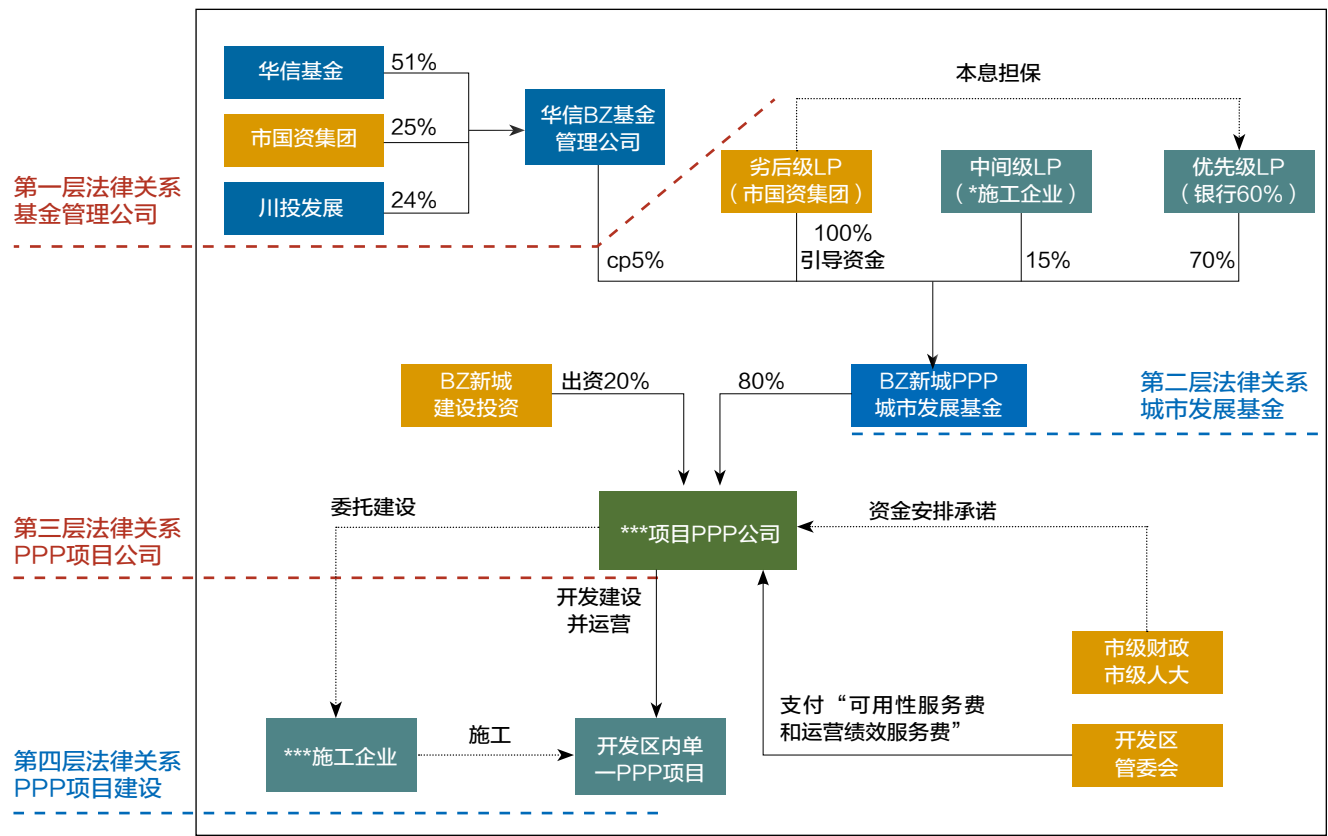
TOT（移交—运营—移交）模式：政府将建成或正在建设的项目作价转让给社会资本方，社会资本方负责后续建设和运营管理，期满后交还政府。张家口桥西区供暖项目是TOT模式成功典型例子²。

ROT（重建—运营—移交）模式：社会资本方接手政府方的项目进行投资扩建或重建，经营一定期限后交还政府。北京市门头沟医院原来是一家规模小效益差的公立医院，民营企业凤凰医疗集团以ROT模式与区医院合作，改革管理模式，扩大医院设施，取得了很好的经济效益和社会效益。

上述交易模式只是PPP项目的基础交易模式。实践中，为了隔离法律风险、合理避税，实现利润最大化，社会资本方往往组织多层次公司架构、成立基金公司等形式参与项目，而政府方往往以政府引导基金、产业基金等形式参与项目，这就导致一个具体的PPP项目出现多层次的交易架构。下图就是常见的社会资本联合体与政府平台公司成立发展基金参与开发区基础设施建设的交易架构：

¹ 北京地铁4号线BT+BOT模式：北京地铁四号线工程分两部分，A部分（征地拆迁、洞体结构、轨道工程）由北京市政府的京投公司建设；B部分（车辆、信号线路等）由京投公司、港铁公司、首创集团组建的PPP项目公司京港地铁公司投资；京港地铁公司租赁使用A部分，管理运营A、B两部分25年后交还北京市政府。

² 张家口桥西区供暖项目TOT模式：张家口政府恒丰热力公司已投资8亿元建设3年多未完工，无力继续；今年5月作为财政部首批PPP示范项目向社会推介，北京源通热力公司亿4.6亿元竞标成功，取得项目经营权25年并负责后续工程投资。10月初，该区域市民享受供暖服务。



此图看起来复杂，实际是华信投资集团和建筑公司联合参与BZ市开发区PPP项目建设。为了隔离风险、合理避税，各方协商确立了多层次的交易架构。第一层：华信投资集团以下属的华信基金出面，与BZ市国资集团、当地的一家社会企业川投发展公司成立基金管理公司；第二层：该基金管理公司发起成立BZ新城城市发展基金，该基金由市国资集团作为劣后级LP,对中间级LP建筑公司、优先级LP银行担保本息；第三层：该发展基金和政府平台公司BZ新城投资公司合资成立PPP项目公司，市政府、开发区管委会负责资金支持、支付有关费用；第四层：项目公司进行项目建设运营。

PPP具体项目的交易架构，有的是项目咨询公司主导设计，有的是律师主导设计，但各种交易架构涉及的注册法律文件、股东协议等，需要律师起草和审查，交易模式的合法性合规性审查，当然是律师的基本义务。

律师参与PPP项目，应当了解PPP的运作模式，了解PPP项目的交易架构，才能从项目整体模式到具体的交易行为把握PPP项目的合规性审查。

律师实务三

起草法律文件

编制或审查项目实施方案及各类合同

编制项目实施方案，是PPP项目操作流程中的重点环节。项目实施方案，包括项目概况、风险分配框架、项目运作模式、项目公司组建、财务测算、交易架构、合同体系等内容，是PPP项目运作的基础和框架。社会资本方编制的项目实施方案的质量，影响甚至决定项目招投标、合同谈判、合同签署等环节。作为社会资本方的律师，重要的工作就是协助项目团队或者主导编制项目实施方案，论证实施方案中的各项内容的合法合规性。

项目实施方案，也是参与各方主体合同权利、义务设定的基础。如前所述，PPP项目是多个主体、多层次合作的综合项目。大量的注册公司的法律文件，如公司章程、股东协议、基金成立文件等，需要律事来起草。更重要的是，PPP项目除了政府和社会资本两方基本主体，还有银行、保险公司、建筑商、运营商、专业顾问公司等多个主体参加，各方

的权利义务就需要通过合同来确定，十几个、几十个合同组成PPP项目合同体系。拟定或审查合同条款，成为律师参与PPP项目的基本工作。下图是PPP项目合同体系图：

上述合同体系中，政府和社会资本的合作合同——PPP项目合同是核心合同、基础合同。PPP项目有着较为复杂的、严格的操作流程，根据财政部《政府和社会资本合作模式操作指南》（财金〔2014〕113号）的规定，PPP项目分为识别、准备、采购、执行、移交五大环节19个流程，通俗称之为“5.19”流程。。发改委和财政部在2014年底分别发布了PPP项目合同范本，基本上是按照“5.19”流程来约定合作双方在各个流程环节的权利义务。发改委版本份15节86个条款1.2万字，系合同大纲性质，而财政部合同版本分四章29节6.1万字，内容详细。笔者建议，律师在草拟或审查PPP项目合同时，可以参照财政部版本合同拟定条款、审查把关。

律师实务四

尽职调查 防控风险

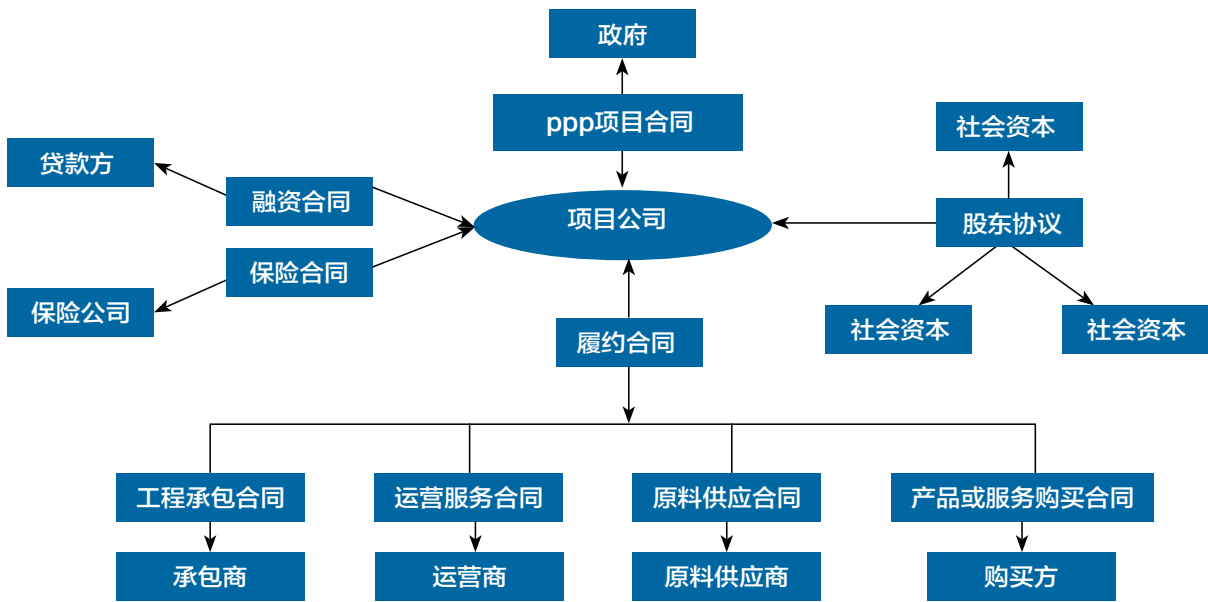
引导社会资本积极参与PPP项目

PPP项目适用于基础设施和公共服务建设领域，具有明显的社会属性，而且项目投资巨大、合作周期较长，故政府对参与项目的企业的实力、信誉、契约精神要求较高；而各

企业的深度、长远合作，也需要合作各方相互了解、防控违约风险。鉴于此，律师的尽职调查报告，就成为政府选择社会资本方、各方当事人决策合作预防风险的重要基础。律师对参与PPP项目的尽职调查，不应该局限于通过工商登记等公共渠道了解企业表面的股权架构等信息，应该对企业的股权体系、股东背景、关联交易、历史业绩等深层次的信息进行调查，出具一份完整的、有深度的、高质量的尽职调查报告。

PPP项目中，政府既是提供土地资源、支付费用、承担风险的商务主体，也是统筹规划、资源管理、资格审查等管理职能的行政机关。政府在PPP项目中的的双重身份及前些年政府在招商引资过程中的违约案例，导致社会资本其是民营企业对参与PPP项目并不太积极，担心“政府违约，无可奈何”，甚至一些地方民企老板戏称“PPP”为“怕怕怕”。但是，在当前政策背景下，PPP项目的巨大市场对社会资本又有着强大的吸引力。如何在PPP项目中防控“政府违约”的风险，成为社会资本方的律师的首要任务。笔者提出如下建议：

1、首选财政部、发改委公布的示范、推荐项目。财政部、发改委已经公布2000多个示范、推介PPP项目，投资总额4万多亿元。这些项目都是经过层层审批、严格审查，入选部委PPP项目库。财政部、发改委作为PPP市场的直接管理者，对入库项目的运作全程监管、网站公示，地方政府违约的社会成本极高。





2、选择经济发展水平较好的地区的项目。经济发展水平较好的地方政府，财政支付能力、融资协调能力、税收等优惠力度自然较强，这是确保政府严守合同约定的基础。

3、完善合同细节，按标准流程运作项目。摒弃过去“重红头文件，轻合同文本”的观念和做法，严格按照财政部、发改委合同指南制定合同，合同各方的权利义务明确细致，违约责任明确具体。

4、识别伪PPP，避免陷入政府债的漩涡。多数企业对PPP项目似懂非懂，热心有余、知识不足。有的PPP项目存在承诺保底、到期回购、明股实债等内容，社会资本参与此类项目，初级阶段投入资金双方合作愉快，而到政府兑现承诺时，又形成新的政府债。律师帮助当事人识别伪PPP项目，提醒当事不要被表面的政府保底承诺迷惑，避免陷入政府债的漩涡。

5、尽量吸收当地社会资本参加项目的合作。外来资本参与地方PPP项目，应当吸收当地社会资本比如与政府关系良好的地方企业、地方私募基金参与合作。当地资本方参与PPP项目，一方面是加强与政府的沟通减少纠纷，一方面政府惮于违约可能造成的上访群访事件而避免违约。

6、利用基金管理公司交易架构，政府平台公司为基金其他股东担保。PPP项目严禁政府为整个项目收益承诺担保，但没有禁止政府资本做劣后级股东为其他股东保底本息。如前文引用的华信投资集团参与BZ市PPP项目的交易架构中，市国资集团作为项目发展基金的劣后级LP，为该基金优先级、中间级LP担保本息。

当然，律师还应当引导当事人用发展的眼光看待政府。随着我国法治化水平的不断提高，政府职能转变的各项措施逐步落实，新一代中青年官员走上实权岗位，政府的法律风险意识、长远发展意识也在逐步提高。对于PPP项目，社会资本要有预防政府违约的忧患意识，但也不能因风险意识太强而裹足不前。尤其是当前PPP项目处于机遇期，是社会资

宋刚明律师简介



京都律师事务所律师
曾供职于北京市怀柔区人民法院，审理买卖、借款、保险、融资租赁等各类合同纠纷，与公司、企业有关的纠纷，以及农业承包合同、农村土地承包合同纠纷等各类案件近200件，熟悉民商事诉讼。2015年加入京都以来，主要从事公司法律风险防范，民事商事纠纷解决等业务领域。

本参与的最佳时期。等两三年各方市场完善，只能做看客了。

律师实务五

处置纠纷 研究问题 促进PPP立法和司法的完善和发展

PPP项目是多方主体长期合作的综合项目，法律关系复杂，交易环节复杂，不可避免会遭遇纠纷。尤其是在PPP项目尚处初级阶段，立法滞后、规章冲突、各方经验不足，各方的合作也难免存在纠纷隐患。作为法律工作者，调解纠纷促成和解，和解不成，代理诉讼，是律师的基本实务。

正是由于PPP项目是多方主体长期合作的综合项目，更需要完善的法律环境保障。但是目前PPP立法例尚未出台，各部门规章也存在细节冲突，有些推广政策与现行法律冲突。

譬如PPP项目长期合作的特征要求合作方保持稳定与公司法股权转让相对自由的冲突问题、TOT模式下政府资产装让给民营企业与过资产管理法规的冲突等，在实务界、法律界都存有较大争议。律师应当发挥自己的专业优势，总结实务经验，发表专业意见，积极参促进PPP市场法律问题的解决。

PPP项目合同是民商合同还是行政合同，即项目纠纷时民商诉讼仲裁还是行政诉讼？这不仅是法律界处置纠纷的专业问题，也是企业界普遍关心的“民告官难”从而影响积极性的的实务问题。

2014年12月30日，财政部《关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知》（财金〔2014〕156号）明确规定：在PPP模式下，政府与社会资本是基于PPP项目合同的平等法律主体。财政部《关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》（财金〔2014〕113号）第二十八条规定：在项目实施过程中，按照项目合同约定，项目实施机构、社会资本或项目公司可就发生争议且无法协商达成一致的事项，依法申请仲裁或提起民事诉讼。上述财政

正是由于PPP项目是多方主体长期合作的综合项目，更需要完善的法律环境保障。但是目前PPP立法例尚未出台，各部门规章也存在细节冲突，有些推广政策与现行法律冲突。

部的文件把PPP项目合同明确界定为“平等主体之间的民商事合同”。

但是，今年4月22日，最高人民法院颁布《关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释》，第十一条规定：行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政协议；公民、法人或者其他组织就政府特许经营协议等行政协议提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。最高法院的司法解释，导致PPP项目合同的性质和纠纷处置程序，再次引起企业界、实务界的迷茫和争议。

笔者认为，最高法院的司法解释，只是对受理和审理的程序的解释，而不是对合同性质的解释。界定合同的性质，应当从合同的签订目的、签订过程、合同主体的权利义务等方面分析；对于政府参与的合同性质的界定，重点应辨析政府在合同履行过程中是行使行政管理职的公权力机关能还是按协议约定履行权利义务的的商务主体。PPP项目合同，是政府方和社会资本方合资成立公司，共同建设、运营基础设施或公共服务体系；是经过招投标或竞争性磋商等竞争谈判过程确立合作关系；双方按合同约定各享权利、各尽义务、共担风险，而不是管理与被管理的关系。政府不是基于公权力性质行使公共管理职能，而是按照市场规则与社会资本方协商合作，双方是平等的商事主体。因此，PPP项目合同应定性为平等主体之间的民商事合同，纠纷的处置程序是民事诉讼或仲裁，而不是行政诉讼。虽然，PPP项目合同中有“政府特许经营”及政府监管等内容，但这些内容是为了实现双方合作目的而由政府方必须尽到的法定或约定义务，而不是政府的行政管理职能的表现。至于在PPP项目运作过程中，社会资本方对政府的具体行政行为如招投标资格认定、

行政处罚决定不服，则应通过行政复议、行政诉讼程序解决，这是另外的问题，不影响PPP项目合同的民商事合同性质。

2015年11月19日，最高人民法院发布第11批指导案例（指导案例53-56号），这4个民字号案例都与PPP项目纠纷有直接或间接的关联。例如指导案例53号作为福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷一案，就明确了“特许经营权的收益权可以质押，并可作为应收账款进行出质登记”的裁判要点。从这批案例的案号及裁判思路来看，最高法院也认定了PPP参与各方因项目合同纠纷属于民事纠纷范围。

党的十八届三中全会决定提出了“积极发展混合所有制经济、混合所有制经济是基本经济制度的重要实现形式”，中共中央《十三五发展规划建议》，确定了“国有企业改革、财税体制改革、金融体制改革”三大改革主题，提出了“创新公共服务提供方式，能由政府购买服务提供的，政府不再直接承办；创新融资方式，带动更多社会资本参与投资；创新公共基础设施投融资体制，推广政府和社会资本合作模式”等具体建议。PPP项目，作为政府与社会资本的合作模式，是天然的公私合营混合所有制形式，完全匹配《十三五发展规划》的改革主题。中央政府强力推行PPP，原因不仅仅是这一市场模式能够化解政府债危机、满足城镇化发展的需求，更深层次的原因在于这一模式吻合我国深化政治经济体制改革的需要。可以判定，在未来两到三年内，PPP市场会进入“爆发期”。就法律服务市场来看，非诉法律服务需求巨大，潜在的诉讼服务市场也相当可观。律师应当从“讲政治”的高度认识这一市场模式，抓住机遇，积极参与，以自己的智慧和勤奋为PPP市场的发展作出努力。



政府购买公共服务PPP项目中 社会资本的选择方式

■刘敬霞 / 文

- 1、政府采购服务的法规依据
- 《政府采购法》第二条规定，本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。《政府采购法实施条例》进一步明确，政府采购法第二条所称服务，包括政府自身需要的服务和政府向社会公众提供的公共服务。
- 2、招选社会资本的法定方式

表1：法规及规范对社会资本招选方式的规定

规范性文件名称	相关规定	方式
《基础设施和公用事业特许经营管理办法》	第十五条 实施机构根据经审定的特许经营项目实施方案，应当通过招标、竞争性谈判等竞争方式选择特许经营者。 特许经营项目建设运营标准和监管要求明确、有关领域市场竞争比较充分的，应当通过招标方式选择特许经营者。	招标、竞争性谈判等竞争方式
《政府采购法》	第二条 在中华人民共和国境内进行的政府采购适用本法。本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。本法所称采购，是指以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为，包括购买、租赁、委托、雇用等。本法所称货物，是指各种形态和种类的物品，包括原材料、燃料、设备、产品等。本法所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。本法所称服务，是指除货物和工程以外的其他政府采购对象。 第四条 政府采购工程进行招标投标的，适用招标投标法。 第二十六条 政府采购采用以下方式：（一）公开招标；（二）邀请招标；（三）竞争性谈判；（四）单一来源采购；（五）询价；（六）国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。公开招标应作为政府采购的主要采购方式。 第二十七条 采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式的，其具体数额标准，属于中央预算的政府采购项目，由国务院规定；属于地方预算的政府采购项目，由省、自治区、直辖市人民政府规定；因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。	1、公开招标；2、邀请招标；3、竞争性谈判；4、单一来源采购；5、询价；6、国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。 公开招标应作为政府采购的主要采购方式。因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。
《政府采购货物和服务招标投标管理办法》	第四条规定，货物及服务采购项目达到公开招标数额标准的，必须采用公开招标方式。因特殊情况需要采用公开招标以外方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府财政部门的批准。	公开招标方式。因特殊情况需要采用公开招标以外方式的，应在采购活动开始前获得设区的市以上人民政府财政部门批准。

《政府采购非招标采购方式管理办法》	第二条 采购人、采购代理机构采用非招标采购方式采购货物、工程和服务的，适用本办法。本办法所称非招标采购方式，是指竞争性谈判、单一来源采购和询价采购方式。竞争性谈判是指谈判小组与符合资格条件的供应商就采购货物、工程和服务事宜进行谈判，供应商按照谈判文件的要求提交响应文件和最后报价，采购人从谈判小组提出的成交候选人中确定成交供应商的采购方式。单一来源采购是指采购人从某一特定供应商处采购货物、工程和服务的采购方式。询价是指询价小组向符合资格条件的供应商发出采购货物询价通知书，要求供应商一次报出不得更改的价格，采购人从询价小组提出的成交候选人中确定成交供应商的采购方式。 第三条 采购人、采购代理机构采购以下货物、工程和服务之一的，可以采用竞争性谈判、单一来源采购方式采购；采购货物的，还可以采用询价采购方式：（一）依法制定的集中采购目录以内，且未达到公开招标数额标准的货物、服务；（二）依法制定的集中采购目录以外、采购限额标准以上，且未达到公开招标数额标准的货物、服务；（三）达到公开招标数额标准、经批准采用非公开招标方式的货物、服务；（四）按照招标投标法及其实施条例必须进行招标的工程建设项目以外的政府采购工程。 第四条 达到公开招标数额标准的货物、服务采购项目，拟采用非招标采购方式的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，向设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准。	竞争性谈判、单一来源采购 拟采用非招标采购方式的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，向设区的市以上人民政府财政部门申请批准。
《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》	第二条 本办法所称PPP项目采购，是指政府为达成权利义务平衡、物有所值的PPP项目合同，遵循公开、公平、公正和诚实信用原则，按照相关法规要求完成PPP项目识别和准备等前期工作后，依法选择社会资本合作者的过程。PPP项目实施机构（采购人）在项目实施过程中选择合作社会资本（供应商），适用本办法。 第三条 PPP项目实施机构可以委托政府采购代理机构办理PPP项目采购事宜。 第四条 PPP项目采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购。项目实施机构应当根据PPP项目的采购需求特点，依法选择适当的采购方式。公开招标主要适用于采购需求中核心边界条件和技术经济参数明确、完整、符合国家法律法规及政府采购政策，且采购过程中不作更改的项目。 第五条 PPP项目采购应当实行资格预审。项目实施机构应当根据项目需要准备资格预审文件，发布资格预审公告，邀请社会资本和与其合作的金融机构参与资格预审，验证项目能否获得社会资本响应和实现充分竞争。	公开招标 邀请招标 竞争性谈判 竞争性磋商 单一来源采购
磋商采购方式管理暂行办法》	第二条 本办法所称竞争性磋商采购方式，是指采购人、政府采购代理机构通过组建竞争性磋商小组（以下简称磋商小组）与符合条件的供应商就采购货物、工程和服务事宜进行磋商，供应商按照磋商文件的要求提交响应文件和报价，采购人从磋商小组评审后提出的候选供应商名单中确定成交供应商的采购方式。 第三条 符合下列情形的项目，可以采用竞争性磋商方式开展采购：（一）政府购买服务项目；（二）技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求的；（三）因艺术品采购、专利、专有技术或者服务的时间、数量事先不能确定等原因不能事先计算出价格总额的；（四）市场竞争不充分的科研项目，以及需要扶持的科技成果转化项目；（五）按照招标投标法及其实施条例必须进行招标的工程建设项目以外的工程建设项目。	竞争性磋商采购方式

表2：招选社会资本方式比较

采购方式	采购要求	时限	竞争者数量
公开招标	政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》第四条规定，PP项目采购方式包括公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购。公开招标主要适用于采购需求中核心边界条件和技术经济参数明确、完整、符合国家法律法规及政府采购政策，且采购过程中不作更改的项目。 《政府采购法》第二十七条规定：采购人采购货物或者服务应当采用公开招标方式；因特殊情况需要采用公开招标以外的采购方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门的批准。 《政府采购货物和服务招标投标管理办法》第四条规定，货物及服务采购项目达到公开招标数额标准的，必须采用公开招标方式。因特殊情况需要采用公开招标以外方式的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府财政部门的批准。	至少20日	至少3家
邀请招标	《政府采购法》第二十九条规定：符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用邀请招标方式采购：①具有特殊性，只能从有限范围的供应商处采购的；②采用公开招标方式的费用占政府采购项目总价值的比例过大的。	至少20日	至少3家
竞争性谈判	《政府采购法》第三十条、《政府采购非招标采购方式管理办法》第二十七条规定，竞争性谈判的适用情形包括：①招标后没有供应商投标或者没有合格标的，或者重新招标未能成立的；②技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求的；③非采购人所能预见的原因或者非采购人拖延造成采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的；④因采购艺术品或者因专利、专有技术或者因服务的时间、数量事先不能确定等导致不能事先计算出价格总额的。	从谈判文件发出之日起至供 应商提交首次 响应文件截止 之日 止 不得 少于3个工作 日。	至少3家
竞争性磋商	《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》第二条：符合下列情形的项目，可以采用竞争性磋商方式开展采购政府购买服务项目：①政府购买服务项目；②技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或者具体要求的；③因艺术品采购、专利、专有技术或者服务的时间、数量事先不能确定等原因不能事先计算出价格总额的；④市场竞争不充分的科研项目，以及需要扶持的科技成果转化项目；⑤按照招标投标法及其实施条例必须进行招标的工程建设项目以外的工程建设项目。 第四条：达到公开招标数额标准的货物、服务采购项目，拟采用竞争性磋商采购方式的，采购人应当在采购活动开始前，报经主管预算单位同意后，依法向设区的市、自治州以上人民政府财政部门申请批准。	从磋商文件发出之日起至供 应商提交首次 响应文件截止 之日 止 不得少 于10日。	至少3家
单一来源采购	《政府采购法》第三十一条：符合下列情形之一的货物或者服务，可以依照本法采用单一来源方式采购：①只能从唯一供应商处采购的；②发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的；③必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求，需要继续从原供应商处添购，且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。	/	唯一

刘敬霞律师简介

京都律师事务所合伙人，资深PPP、证券、并购法律专家。1996年起从事证券业务，2000年起持续从事PPP咨询，国内最早PPP专业律师之一，参与近百个PPP项目。为桑德、北控、E20、威立雅等公司的项目提供了专业服务。



采购方式	采购要求	时限	竞争者数量
单一来源采购	《政府采购法实施条例》第二十七条：政府采购法第三十一条第一项规定的情形，是指因货物或者服务使用不可替代的专利、专有技术，或者公共服务项目具有特殊要求，导致只能从某一特定供应商处采购。 《政府采购非招标采购方式管理办法》第四章对单一来源采购作了如下规定： 第三十八条 属于政府采购法第三十一条第一项情形，且达到公开招标数额的货物、服务项目，拟采用单一来源采购方式的，采购人、采购代理机构在按照本办法第四条报财政部门批准之前，应当在省级以上财政部门指定媒体上公示，并将公示情况一并报财政部门。公示期不得少于5个工作日，公示内容应当包括：（一）采购人、采购项目名称和内容；（二）拟采购的货物或者服务的说明；（三）采用单一来源采购方式的原因及相关说明；（四）拟定的唯一供应商名称、地址；（五）专业人员对相关供应商因专利、专有技术等原因具有唯一性的具体论证意见，以及专业人员的姓名、工作单位和职称；（六）公示的期限；（七）采购人、采购代理机构、财政部门的联系地址、联系人和联系电话。 第三十九条 任何供应商、单位或者个人对采用单一来源采购方式公示有异议的，可以在公示期内将书面意见反馈给采购人、采购代理机构，并同时抄送相关财政部门。 第四十条 采购人、采购代理机构收到对采用单一来源采购方式公示的异议后，应当在公示期满后5个工作日内，组织补充论证，论证后认为异议成立的，应当依法采取其他采购方式；论证后认为异议不成立的，应当将异议意见、论证意见与公示情况一并报相关财政部门。采购人、采购代理机构应当将补充论证的结论告知提出异议的供应商、单位或者个人。	/	唯一

PPP项目全操作流程及全套法律文件综述

■唐利君 / 文



【引言及摘要】

政府和社会资本合作模式（“Public-Private-Partnership”，简称“PPP”），于二十世纪九十年代发源于英国，泛指在基础设施和公共服务领域，对符合条件的项目采取政府与社会资本合作经营的模式。这种模式是对传统意义上应由政府负责并主导的社会服务体系的补充或替代，如果项目投入、产出规划、设计合理，管理规范，运行良好，这种方式既能在一定程度上解决政府的财政困境，也能提高政府提供社会服务的效率及效益，也能为公众创造福祉。

为加大城市基础设施的投资建设，实现新型城镇化的政策目标，转变政府职能，十八届三中全会明确提出“允许社会资本通过特许经营等方式参与城市基础设施投资和运营”，随后国务院、财政部和国家发改委于2014下半年至2015年期间密集发文，积极推动PPP项目的实施，PPP模式在中国迎来新的发展浪潮已是大势所趋！

由于PPP项目参与主体众多，法律关系、交易结构复杂，涉及到投融资、特许经营、招投标、政府采购、公司、

预算等的众多法律门类，如何实现PPP项目全流程规范运作，如何明确、具体的规范各方权利、合理分担风险，需要法律工作者予以认真的研究。笔者根据相关法律规定及自己多年来PPP项目的实践经验，完成了本文，以期对我国PPP项目的规范运作添砖加瓦。

PPP项目的操作流程包括项目识别、项目准备、项目采购、项目执行、项目移交五个阶段，PPP项目所涉的全套法律文件亦分别体现在这五个阶段之内。PPP项目的全部操作流程及相关法律文件的概貌，详见如下图表：



一、项目识别阶段

所谓项目识别，即政府在确定一个基础设施及公共服务类项目是否采用PPP模式时，需综合评价该项目是否符合“投资规模较大、需求长期稳定、价格调整机制灵活、市场化程度较高”等条件，从而最终决定是否采用采用政府和社会资本合作模式（PPP模式）。

（一）项目发起

根据PPP项目发起方式的不同，PPP项目包括政府发起、社会资本发起两种方式。

1、在政府发起方式中，财政部门（政府和社会资本合作中心）应负责向交通、住建、环保、能源、教育、医疗、体育健身和文化设施等行业主管部门征集潜在政府和社会资本合作项目。行业主管部门可从国民经济和社会发展规划及行业专项规划中的新建、改建项目或存量公共资产中遴选潜在项目；

2、在社会资本发起方式中，社会资本应以项目建议书的方式向财政部门推荐潜在政府和社会资本合作项目。

在上述过程中，涉及到PPP项目中的第一个重要的法律文件——《项目建议书》。项目建议书的主要内容一般包括：①项目概况、②项目必要性、③项目规划、④项目建设条件分析、⑤项目投融资方案等主要内容。

注：由于每一阶段所涉及的PPP法律文件都篇幅巨大，限于本文的篇幅，笔者无法将PPP法律文件的全文在本文中予以体现，本文仅提纲挈领性的对相关文件作简要综述，笔者将在后续文章中陆续呈现相关全文。

（二）项目筛选

财政部门会同行业主管部门，对潜在政府和社会资本合作项目进行评估筛选，确定备选项目。财政部门应根据筛选结果制定项目年度和中期开发计划。

对于列入年度开发计划的项目，项目发起方应按财政部门的要求提交相关资料。新建、改建项目应提交可行性研究报告、项目产出说明和初步实施方案；存量项目应提交存量公共资产的历史资料、项目产出说明和初步实施方案。

唐利君律师简介



京都律师事务所合伙人
2003年毕业于吉林大学法学院，取得法学硕士学位。擅长公司业务、收并购业务、投融资业务、证券业务、房地产项目全过程法律风险管理、建设工程项目（含大型基础设施）全过程法律风险管理、PPP项目全过程法律风险管理。

在上述过程中，涉及：1、新建、改建项目 ①《项目可行性研究报告》、②《项目产出说明》、③《项目初步实施方案》；2、存量项目 ①《存量公共资产的历史资料》、②《项目产出说明》、③《项目初步实施方案》。

（三）物有所值评价

财政部门会同行业主管部门，从定性和定量两方面开展物有所值评价工作。定性评价重点关注项目采用政府和社会资本合作模式与采用政府传统采购模式相比能否增加供给、优化风险分配、提高运营效率、促进创新和公平竞争等。定量评价主要通过对政府和社会资本合作项目全生命周期内政府支出成本现值与公共部门比较值进行比较，计算项目的物有所值量值，判断政府和社会资本合作模式是否降低项目全生命周期成本。

在上述过程中，涉及：《项目物有所值评价报告》，该文件主要包括①物有所值定性分析、②物有所值定量分析、③物有所值评价结论等主要内容。

（四）财政承受能力论证

为确保财政中长期可持续性，财政部门应根据项目全生命周期内的财政支出、政府债务等因素，对部分政府付费或政府补贴的项目，开展财政承受能力论证，每年政府付费或政府补贴等财政支出不得超出当年财政收入的一定比例。

在上述过程中，涉及：《项目财政承受能力论证报告》，该文件主要包括①项目基础信息、②项目投资估算及资金筹措、③项目产出说明、④项目回报机制、⑤政府运营补贴支出、⑥风险承担支出等主要内容。

二、项目准备阶段

（一）管理架构构成

通过物有所值评价和财政承受能力论证的项目，可进行项目准备。县级（含）以上地方人民政府可建立专门协调机制，主要负责项目评审、组织协调和检查督导等工作，实现简化审批流程、提高工作效率的目的。政府或其指定的有关



职能部门或事业单位可作为项目实施机构，负责项目准备、采购、监管和移交等工作。

（二）项目实施方案编制

项目实施机构应组织编制项目实施方案。

在上述过程中，涉及：《项目实施方案》，该文件主要包括：1、项目概况。项目概况主要包括基本情况、经济技术指标和项目公司股权情况等。基本情况主要明确项目提供的公共产品和服务内容、项目采用政府和社会资本合作模式运作的必要性和可行性，以及项目运作的目标和意义。经济技术指标主要明确项目区位、占地面积、建设内容或资产范围、投资规模或资产价值、主要产出说明和资金来源等。项目公司股权情况主要明确是否要设立项目公司以及公司股权结构。2、风险分配基本框架。按照风险分配优化、风险收益对等和风险可控等原则，综合考虑政府风险管理能力、项目回报机制和市场风险管理能力等要素，在政府和社会资本间合理分配项目风险。3、项目运作方式。项目运作方式主要包括委托运营、管理合同、建设-运营-移交、建设-拥有-运营、转让-运营-移交和改建-运营-移交等。4、交易结构。交易结构主要包括项目投融资结构、回报机制和相关配套安排。项目投融资结构主要说明项目资本性支出的资金来源、

性质和用途，项目资产的形成和转移等。项目回报机制主要说明社会资本取得投资回报的资金来源，包括使用者付费、可行性缺口补助和政府付费等支付方式。相关配套安排主要说明由项目以外相关机构提供的土地、水、电、气和道路等配套设施和项目所需的上下游服务。5、合同体系。合同体系主要包括项目合同、股东合同、融资合同、工程承包合同、运营服务合同、原料供应合同、产品采购合同和保险合同等。6、监管架构。监管架构主要包括授权关系和监管方式。授权关系主要是政府对项目实施机构的授权，以及政府直接或通过项目实施机构对社会资本的授权；监管方式主要包括履约管理、行政监管和公众监督等。7、采购方式选择。项目采购应根据《中华人民共和国政府采购法》及相关规章制度执行，采购方式包括公开招标、竞争性谈判、邀请招标、竞争性磋商和单一来源采购。项目实施机构应根据项目采购需求特点，依法选择适当采购方式。

（三）物有所值、财政承受能力验证

财政部门应对项目实施方案进行物有所值和财政承受能力验证，通过验证的，由项目实施机构报政府审核；未通过验证的，可在实施方案调整后重新验证；经重新验证仍不能通过的，不再采用政府和社会资本合作模式。

项目采购应根据《中华人民共和国政府采购法》及相关规章制度执行，采购方式包括公开招标、竞争性谈判、邀请招标、竞争性磋商和单一来源采购

三、项目采购阶段

（一）资格预审

项目实施机构应根据项目需要准备资格预审文件，发布资格预审公告，邀请社会资本和与其合作的金融机构参与资格预审，验证项目能否获得社会资本响应和实现充分竞争，并将资格预审的评审报告提交财政部门备案。资格预审公告应在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布。

在上述过程中，涉及：1、《资格预审公告》内容应包括项目授权主体、项目实施机构和项目名称、采购需求、对社会资本的资格要求、是否允许联合体参与采购活动、拟确定参与竞争的合格社会资本的家数和确定方法,以及社会资本提交资格预审申请文件的时间和地点；2、《资格预审申请》；3、《资格预审评审报告》。

（二）项目采购文件的编制

项目有3家以上社会资本通过资格预审的，项目实施机构可以继续开展采购文件准备工作。项目采购文件应包括采购邀请、竞争者须知（包括密封、签署、盖章要求等）、竞争者应提供的资格、资信及业绩证明文件、采购方式、政府对项目实施机构的授权、实施方案的批复和项目相关审批文件、采购程序、响应文件编制要求、提交响应文件截止时间、开启时间及地点、强制担保的保证金交纳数额和形式、评审方法、评审标准、政府采购政策要求、项目合同草案及其他法律文本等。采用竞争性谈判或竞争性磋商采购方式的，项目采购文件除前款规定的内容外，还应明确评审小组根据与社会资本谈判情况可能实质性变动的内容，包括采购需求中的技术、服务要求以及合同草案条款。

在上述过程中，涉及：1、《采购邀请》；2、《竞争者须知》；3、《采购方式说明》；4、《采购程序说明》；

5、《相应文件编制要求》；6、《项目合同草案》等。

（三）项目采购邀请及响应文件评审

1、组建评审小组

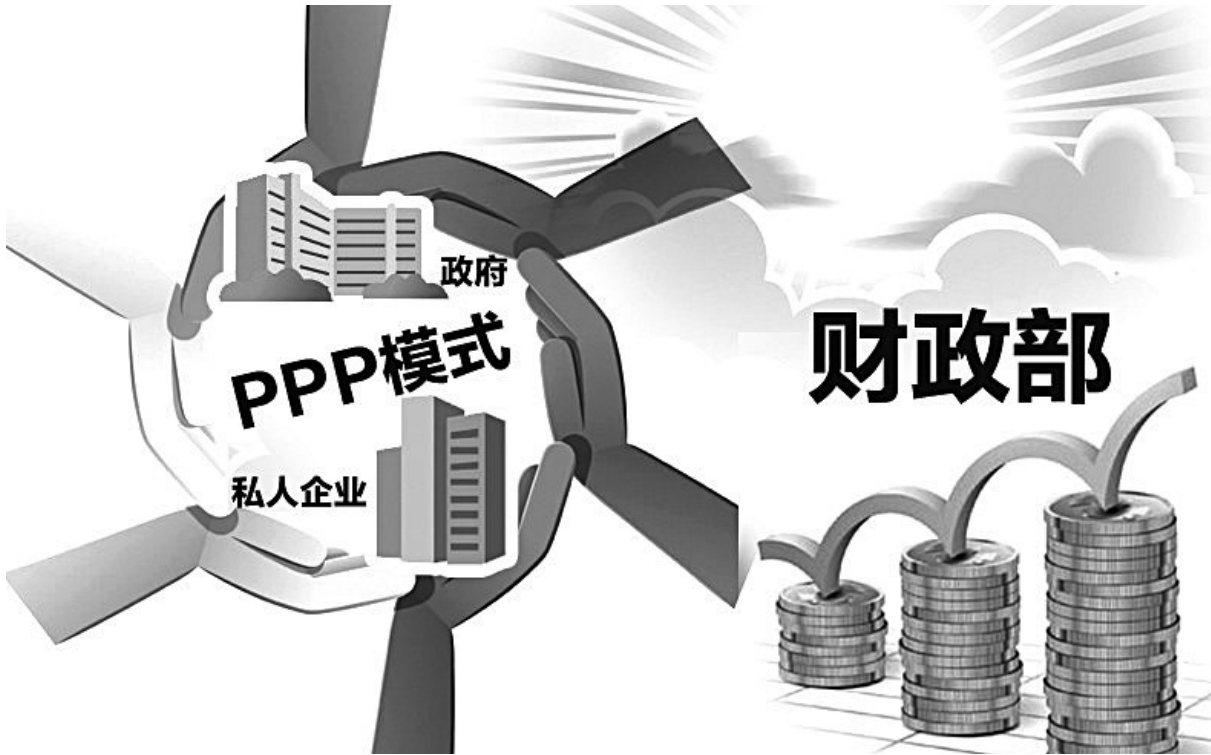
评审小组由项目实施机构代表和评审专家共5人以上单数组成，其中评审专家人数不得少于评审小组成员总数的2/3。评审专家可以由项目实施机构自行选定，但评审专家中应至少包含1名财务专家和1名法律专家。项目实施机构代表不得以评审专家身份参加项目的评审。

2、政府采购程序

项目采用公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购方式开展采购的，按照政府采购法律法规及有关规定执行。

3、竞争性磋商程序

项目采用竞争性磋商采购方式开展采购的，按照下列基本程序进行：（一）采购公告发布及报名。竞争性磋商公告应在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上发布。提交响应文件的时间自公告发布之日起不得少于10日。（二）资格审查。已进行资格预审的，评审小组在评审阶段不再对社会资本资格进行审查。允许进行资格后审的，由评审小组在响应文件评审环节对社会资本进行资格审查。项目实施机构可以视项目的具体情况，组织对符合条件的社会资本的资格条件，进行考察核实。（三）采购文件的澄清或修改。提交首次响应文件截止之日前，项目实施机构可以对已发出的采购文件进行必要的澄清或修改，澄清或修改的内容应作为采购文件的组成部分。（四）响应文件评审。项目实施机构应按照采购文件规定组织响应文件的接收和开启。评审小组对响应文件进行两阶段评审：第一阶段：确定最终采购需求方案。评审小组可以与社会资本进行多轮谈判，谈判过程中可



社会资本或项目公司违反项目合同约定，威胁公共产品和服务持续稳定安全供给，或危及国家安全和重大公共利益的，政府有权临时接管项目，直至启动项目提前终止程序。

实质性修订采购文件的技术、服务要求以及合同草案条款，但不得修订采购文件中规定的不可谈判核心条件。第二阶段：综合评分。最终采购需求方案确定后，由评审小组对社会资本提交的最终响应文件进行综合评分，编写评审报告并向项目实施机构提交候选社会资本的排序名单。

在上述过程中，涉及：①《竞争性磋商公告》应包括项目实施机构和项目名称、项目结构和核心边界条件、是否允许未进行资格预审的社会资本参与采购活动，以及审查原则、项目产出说明、对社会资本提供的响应文件要求、获取采购文件的时间、地点、方式及采购文件的售价、提交响应文件截止时间、开启时间及地点等内容；②《补遗文件》；③《竞争性磋商相应文件》；④《采购需求方案》；⑤《采购需求方案评审报告》等法律文件。

（四）采购谈判及项目合同签订

项目实施机构应成立专门的采购结果确认谈判工作组。按照候选社会资本的排名，依次与候选社会资本及与其合作的金融机构就合同中可变的细节问题进行合同签署前的确认谈判，率先达成一致的即为中选者。确认谈判不得涉及合同中不可谈判的核心条款，不得与排序在前但已终止谈判的社会资本进行再次谈判。

确认谈判完成后，项目实施机构应与中选社会资本签署确认谈判备忘录，并将采购结果和根据采购文件、响应文件、补遗文件和确认谈判备忘录拟定的合同文本进行公示，公示期不得少于5个工作日。合同文本应将中选社会资本响应文件中的重要承诺和技术文件等作为附件。合同文本中涉及国家秘密、商业秘密的内容可以不公示。公示期满无异议的项目合同，应在政府审核同意后，由项目实施机构与中选社会资本签署。

需要为项目设立专门项目公司的，待项目公司成立后，由项目公司与项目实施机构重新签署项目合同，或签署关于

承继项目合同的补充合同。

在上述过程中，涉及：1、《确认谈判备忘录》；2、《PPP项目合同》，该合同是PPP项目的核心，综合、全面体现各方权利义务。内容包括（1）定义及解释、（2）项目的范围和期限、（3）前提条件、（4）项目的融资、（5）项目用地、（6）项目的建设、（7）项目的运营、（8）项目的维护、（9）股权变更限制、（10）付费机制、（11）履约担保、（12）政府承诺、（13）保险、（14）守法义务及法律变更、（15）不可抗力、（16）政府方的监督和介入、（17）违约、提起终止和终止后处理机制、（18）项目的移交、（19）适用法律及争议解决、（20）合同附件、（21）其他；3、《项目合同补充合同》等。

四、项目执行阶段

（一）项目公司设立

社会资本可依法设立项目公司。政府可指定相关机构依法参股项目公司。项目实施机构和财政部门应监督社会资本按照采购文件和项目合同约定，按时足额出资设立项目公司。

（二）融资管理

项目融资由社会资本或项目公司负责。社会资本或项目公司应及时开展融资方案设计、机构接洽、合同签订和融资交割等工作。财政部门 and 项目实施机构应做好监督管理工作，防止企业债务向政府转移。

（三）政府支付及绩效监测

项目合同中涉及的政府支付义务，财政部门应结合中长期财政规划统筹考虑，纳入同级政府预算，按照预算管理相关规定执行。财政部门 and 项目实施机构应建立政府和社会资本合作项目政府支付台账，严格控制政府财政风险。在政府综合财务报告制度建立后，政府和社会资本合作项目中的政

府支付义务应纳入政府综合财务报告。

项目实施机构应根据项目合同约定，监督社会资本或项目公司履行合同义务，定期监测项目产出绩效指标，编制季报和年报，并报财政部门备案。

政府有支付义务的，项目实施机构应根据项目合同约定的产出说明，按照实际绩效直接或通知财政部门向社会资本或项目公司及时足额支付。设置超额收益分享机制的，社会资本或项目公司应根据项目合同约定向政府及时足额支付应享有的超额收益。

社会资本或项目公司违反项目合同约定，威胁公共产品和服务持续稳定安全供给，或危及国家安全和重大公共利益的，政府有权临时接管项目，直至启动项目提前终止程序。在项目合同执行和管理过程中，项目实施机构应重点关注合同修订、违约责任和争议解决等工作。（一）合同修订。按照项目合同约定的条件和程序，项目实施机构和社会资本或项目公司可根据社会经济环境、公共产品和服务的需求量及结构等条件的变化，提出修订项目合同申请，待政府审核同意后执行。（二）违约责任。项目实施机构、社会资本或项目公司未履行项目合同约定义务的，应承担相应违约责任，包括停止侵害、消除影响、支付违约金、赔偿损失以及解除项目合同等。（三）争议解决。在项目实施过程中，按照项目合同约定，项目实施机构、社会资本或项目公司可就发生争议且无法协商达成一致的事项，依法申请仲裁或提起民事诉讼。

（四）中期评估

项目实施机构应每3-5年对项目进行中期评估，重点分析项目运行状况和项目合同的合规性、适应性和合理性；及时评估已发现问题的风险，制订应对措施，并报财政部门备案。政府相关职能部门应根据国家相关法律法规对项目履行行政监管职责，重点关注公共产品和服务质量、价格和收费机制、安全生产、环境保护和劳动者权益等。社会公众及项目利益相关方发现项目存在违法、违约情形或公共产品和服务不达标准的，可向政府职能部门提请监督检查。

在上述过程中，涉及：1、项目公司设立文件；2、《融资方案》；3、《履约保函》；4、《项目产出绩效指标季/年报》；5、《项目产出说明》；6、《修订项目合同申请》等。

五、项目移交阶段

（一）移交准备

项目移交时，项目实施机构或政府指定的其他机构代表政府收回项目合同约定的项目资产。项目合同中应明确约定移交形式、补偿方式、移交内容和移交标准。移交形式包括期满终止移交和提前终止移交；补偿方式包括无偿移交和有偿移交；移交内容包括项目资产、人员、文档和知识产权等；移交标准包括设备完好率和最短可使用年限等指标。采用有偿移交的，项目合同中应明确约定补偿方案；没有约定或约定不明的，项目实施机构应按照“恢复相同经济地位”原则拟定补偿方案，报政府审核同意后实施。

（二）性能测试

项目实施机构或政府指定的其他机构应组建项目移交工作组，根据项目合同约定与社会资本或项目公司确认移交情形和补偿方式，制定资产评估和性能测试方案。项目移交工作组应委托具有相关资质的资产评估机构，按照项目合同约定的评估方式，对移交资产进行资产评估，作为确定补偿金额的依据。

项目移交工作组应严格按照性能测试方案和移交标准对移交资产进行性能测试。性能测试结果不达标的，移交工作组应要求社会资本或项目公司进行恢复性修理、更新重置或提取移交维修保函。社会资本或项目公司应将满足性能测试要求的项目资产、知识产权和技术法律文件，连同资产清单移交项目实施机构或政府指定的其他机构，办妥法律过户和管理权移交手续。社会资本或项目公司应配合做好项目运营平稳过渡相关工作。

（三）绩效评价

项目移交完成后，财政部门应组织有关部门对项目产出、成本效益、监管成效、可持续性、政府和社会资本合作模式应用等进行绩效评价，并按相关规定公开评价结果。评价结果作为政府开展政府和社会资本合作管理工作决策参考依据。

上述为PPP项目的全操作流程及全套法律文件，由于自2014年下半年至今，从国务院、财政部、国家发改委到各地方主管部门，各种规定、通知、指引等PPP法规层出不穷，且各法规的发布主体不统一，各个法规的侧重点亦不尽相同，项目操作流程、相关法律文件多有不一致甚至相冲突之处，我们将在摸索中不断前行。

PPP项目股东协议内容设计 若干法律问题初探

——以某国家体育场项目为例

肖树伟 余慧华 / 文



目前，发改委已总计推介PPP项目数2529个，总投资金额达到约42443亿；财政部总计推出PPP示范项目233个，总投资金额达到约8170亿，故而，目前在全国范围内的PPP示范、推介项目总投资金额

已达到了约4.95万亿元，由此可见国家积极贯彻并大力推行PPP之决心。但从目前已经实施的PPP项目来看，PPP项目合同体系的合理设计是PPP项目顺利实施的保障。而PPP项目股东协议是PPP项目合同体系的重要组成部分。本文拟以某国家体育场项目为例，探讨PPP项目股东协议内容应注意的相关法律问题，以期为合理设计PPP项目股东协议提供参考。

一、某国家体育场项目案例简介

某国家体育场项目是我国第一个以PPP模式建设的大型体育场项目，项目总投资额31.4亿元。2003年8月9日，由A金融集团、B城建公司、C外国企业组成的联合体中标该国家体育场项目，其与某国有资产经营管理有限公司共同组建项目公司——国家体育馆有限责任公司，负责国家体育馆的融资、建设和运营工作，，其中某国有资产经营管理有限公司代表政府出资58%，联合体出资42%，待建设完成后，项目公司以特许经营权方式在30年内负责该国家体育场赛后运营、维护工作。项目公司各方投入的资本金金额及比例如下：

股东	联合体股份比例	项目公司股份比例	资本数额/万元
某市国资委		58%	182062
A金融集团	65%	27.3%	85695
B城建公司	30%	12.6%	39551
C外国企业	5%	2.1%	6592
总计	100%	100%	313900

肖树伟律师简介

京都律师事务所合伙人

肖树伟律师自1989年开始从事律师工作，至今已从业27年，其中在1998年受中华全国律师协会的选派在香港律师事务所工作。为中外企业和个人提供了大量诉讼仲裁及非诉的专业法律服务。肖树伟律师的主要执业领域为：公司、合同、金融、矿产资源及国际贸易与投资及PPP法律事务。肖律师在PPP法律领域具有一定的经验。曾受某集团公司的委托，就PPP模式下的云南某高速公路的政府和社会资本的BOT合作模式、特许权经营合同及项目公司的融资事宜提供法律服务。



从股东架构来看，引入了来自C外国企业（占“联合体”5%股份）和其他外资（A金融集团的投资也有10%的外资部分）的资本，使项目公司得以注册为注册为中外合营企业，可以享受相关税收优惠。但是，该股东架构存在如下问题：第一，某市国资委拥有超过50%的股权。这使得项目的建设阶段，受到政府较大的干预；第二，因各方都想从建设承包合同中获利，所以项目的整个建设工程按照A金融集团、B城建公司和C外国企业在项目公司中的股份比例分给各方，导致项目公司对项目建设失去良好控制。第三，从股东构成来看，A金融集团、B城建公司集团、C外国企业等都具备丰富的建设经验和良好的融资能力，但都未经营过体育场馆，严重缺乏运营管理经验和体育产业资源，为后期的经营不善留下隐患。

在投资回报方面，根据项目公司股权协议（以下简称“联营体协议”）约定，某国有资产经营管理有限公司对其投资不要求回报。但该约定违反《公司法》等法律关于有限责任公司清算的规定。

在兜底方面，协议中约定了“某市发展与改革委员会协调各部门帮助联合体取得利润”的兜底条款，但该兜底条款操作性不强，使得项目实施过程中，股东之间的争议较难得到解决。

在该国家体育场项目中，公共部门和私营（企业）部门共同组建项目公司负责项目的融资、建造、运营、维护，并获得30年的特许经营权，但该项目中仅在运营一年后社会资本方便放弃了特许经营权而转为永久股东。这在很大程度上违反了PPP模式的初衷。而导致该国家体育场项目失败的主

要原因之一便是上述项目公司股权协议内容设计的不合理。本文将首先对PPP项目公司的股东构成及主要目的进行分析，然后由此入手，根据相关规定，结合上述案例，探讨股东协议内容设计需要注意的问题。

二、PPP项目公司的股东构成及主要目的分析

（一）项目公司的股东构成

1.相关法律对PPP项目公司股东范围的规定

根据财政部发布的《PPP项目合同指南（试行）》（以下简称“财政部合同指南”），项目公司可以由社会资本（可以是一家企业，也可以是多家企业组成的联合体）出资设立，也可以由政府和社会资本共同出资设立。因此，政府和社会资本都具有PPP项目公司的股东资格。

但关于社会资本的范围，发改委和财政部相关文件表述各有不同，财政部合同指南指出“本指南所称的社会资本是指依法设立且有效存续的具有法人资格的企业，包括民营企业、国有企业、外国企业和外商投资企业。但本级人民政府下属的政府融资平台公司及其控股的其他国有企业（上市公司除外）不得作为社会资本方参与本级政府辖区内的PPP项目。”而《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（发改投资[2014]2724号）附件二“政府和社会资本合作项目通用合同指南”（以下简称“发改委合同指南”）规定：“签订项目合同的社会资本主体，应是符合条件的国有企业、民营企业、外商投资企业、混合所有制企



但是，对于PPP项目而言，因在PPP项目实践操作中，PPP项目一般会涉及固定资产投资，因此，项目公司注册资本往往需要满足固定资本投资对资本金的要求。

业，或其他投资、经营主体。”这两个文件主要的分歧在于本级人民政府下属的政府融资平台公司及其控股的其他国有企业和外国企业是否具有项目公司股东资格。

首先，关于本级人民政府下属的政府融资平台公司及其控股的其他国有企业，财政部合同指南认为“本级人民政府下属的政府融资平台公司及其控股的其他国有企业（上市公司除外）”不具有本级政府辖区内的PPP项目股东资格而发改委合同指南对此未进行限制。对此，国务院办公厅转发财政部、发展改革委、人民银行《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式指导意见的通知》中进一步指出地方融资平台在已经建立现代企业制度、实现市场化运营的，在其承担的地方政府债务已纳入政府财政预算、得到妥善处置并明确公告今后不再承担地方政府举债融资职能的前提下，可作为社会资本参与当地政府和社会资本合作项目。由于该文件为三个部门联合发布，且为规范性文件而不仅仅是指导性文件，故而，笔者认为，关于本级人民政府下属的地方融资平台是否具有PPP项目公司股东资格问题，应以该文件为准。同时，需要注意的是，相关文件并未限制本级人民政府下属的地方融资平台的上下级平台参与PPP项目。

其次，财政部合同指南明确外国企业具有项目公司股东资格，但发改委合同指南表述较为含糊。在这种情况下，外国企业可通过在中国设立外商投资企业的方式参与PPP项目，以避免此类股东资格不明确而带来的风险。

2.已实施的PPP项目股东构成

从目前已经实施的PPP项目来看，项目公司的股东大致包括如下类别：第一类是政府指定的出资人代表，例如上述国家体育场项目中的某市国有资产经营管理有限公司；第二类银行、基金、信托等纯投资者，例如国开金融及其旗下各子公司、基金；第三类是像建设商、设备供应商、运营商

这样的专业公司，例如中国城建集团、中国中铁股份有限公司、中信地产等。另外政府融资平台也可能参与，例如安徽省投资集团控股公司作为上级政府融资平台投资安庆开发区长风棚户区集中还建项目和宜秀区C-6地块棚户区集中还建点项目，但目前已经实施的PPP项目中，政府融资平台因受到限制，故参与的较少。

（二）股东的主要目的

上述三类股东中，政府通过指定出资人代表直接参股从而成为项目公司的股东主要目的如下：第一，更直接地参与项目公司的重大决策；第二，掌握项目的实施情况。但政府通常并不直接参与经营管理。

纯投资者参与PPP项目的主要目的是获得项目长期稳定的投资收益、拓展事业领域（公共事业）和可以使用项目公司前期的亏损税务等。

建设商、设备供应商、运营商等专业公司参与PPP项目的主要目的根据其公司性质不同，具体来说，建设商主要是为了获得工程的建设承包权，设备供应商是为了成为PPP项目设备的供应商，运营商是为了获得PPP项目的运营权等。

三、PPP项目股东协议主要条款涉及的法律问题分析

股东协议由项目公司的股东签订，用以在股东之间建立长期的、有约束力的合约关系。根据财政部合同指南，股东协议通常包括以下主要条款：前提条件、项目公司的设立和融资、项目公司的经营范围、股东权利、履行PPP项目合同的股东承诺、股东的商业计划、股权转让、股东会、董事会、监事会组成及其职权范围、股息分配、违约、终止及终

止后处理机制、不可抗力、适用法律和争议解决等。上述条款主要涉及如下法律问题：

（一）关于项目公司注册资本问题

PPP项目公司的注册资本不能完全适用《公司法》的规定。现行公司法对于有限责任公司、一人公司、股份有限公司的设立，并无法定最低注册资本的要求，而是由公司股东或者发起人自行确定公司注册资本的数额，同时，注册资本缴纳制度为认缴制而非实缴制。但是，对于PPP项目而言，因在PPP项目实践操作中，PPP项目一般会涉及固定资产投资，因此，项目公司注册资本往往需要满足固定资本投资对资本金的要求。具体来说，根据《关于调整和完善固定资产投资项目资本金制度的通知》，城市和交通基础设施项目的最低资本金比例要求为：城市轨道交通项目20%，港口、沿海及内河航运、机场项目25%，铁路、公路项目为20%；房地产开发项目的最低资本金比例要求为：保障性住房和普通商品住房项目为20%，其他项目为25%。同时，上述资本金应为实缴。

另外，对于政府来说，在选择投资人时，项目公司的注册资本及缴纳时间等与项目公司的融资能力和履约能力密切相关，因而，成为政府选择投资人的重要考虑因素，从这个角度来看，项目公司的注册资本也不宜完全适用《公司法》的规定。

（二）关于出资比例问题

在进行股权结构设计时，需要注意出资比例限制问题。如前所述，政府可以指定出资人代表作为政府PPP项目公司股东，但财政部合同指南规定，政府在项目公司中的持股比例应当低于50%，且不具有实际控制力及管理权。虽然，该文件仅为指导性文件而非强制性规范，因此，其对政府出资比例的限制并无强制性法律效力。但是，部分地方性法规对政府出资比例进行了明确限制，如《浙江省财政厅关于推广运用政府和社会资本合作模式的实施意见》明确指出“政府在项目公司中的持股比例应当低于50%”。

同时，从实操的角度来看，如政府在项目公司中的持股比例超过50%，则政府可能面临较大的商业风险。根据《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》（财金[2014]76号），在风险分担方面，项目设计、建设、财务、运营维护等商业风险原则上由社会资本承担，政策、法



律和最低需求风险等由政府承担。《国家发展改革委关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（发改投资[2014]2724号）亦规定，原则上，项目的建设、运营风险由社会资本承担，法律、政策调整风险由政府承担，自然灾害等不可抗力风险由双方共同承担。而在项目公司负责项目的设计、建设、财务、运营的情况下，政府在项目公司的持股比例越高，意味着其面临的商业风险越大，从而违反上述规定中PPP项目风险分担的基本原则。

另外，在政府控股的情况下，政府对PPP项目的干预权限过大，可能导致PPP项目难以顺利进行。在上述国家体育场项目中，某市国有资产经营管理有限公司代表政府持有项目公司58%股份，使得市政府对项目拥有较大的权限，后在该国家体育场建设过程中，因设计过于复杂，建设费用超过预算、可闭合顶盖难以按期完成等诸多原因，为保证体育场按期完成，体育场全面停工，进行重新设计。此后，体育场可闭合顶盖方案取消，但图纸未能及时提供导致接近半年的工期延误，同时各投资方也因为体育场设计方案的更改而进



行利益的角逐与诉求，以至争议不断。

因此，无论是从法律的相关规定，还是实操的角度来看，政府指定的出资人代表在项目公司中的持股比例都不宜过高。

（三）关于股东选择和股东权利

从实操的角度来看，如PPP项目公司的股东架构由上述三类股东共同构成，即股东同时包括政府出资人代表、纯投资者、专业公司这三类主体，则项目的顺利实施较有保障。因政府如作为项目公司股东，便于项目公司与政府相关机构的沟通和协调，特别是涉及土地问题时；而纯投资者的参与可以较好的解决项目公司的融资问题；建设商、运营商等专业公司的加入有利于项目建设和运营等的顺利进行。但如PPP项目公司的股东构成多元化，则股东权利分配需要进行合理的设计。在上述国家体育场项目中，项目公司的股东都未经营过体育场，因此，缺乏体育场的运营经验，以至使体育场建成后，商业运营效益不佳。因此，在股东架构方面，安排不尽合理。同时，项目的整个建设工程按照A金融集团、B城建公司和C外国企业在项目公司中的股份比例分给各方，导致项目失去控制。

另外，在关于股东权利的条款设计中，需要对利害关系人的相关权利进行限制。例如，为了防止承包商在工程承包事项中享有过多的控制权，可能需要在股东协议中限制承包商在工程建设及索赔事项中的表决权。

（四）关于股权变更限制问题

项目公司自身或其母公司的股权结构发生变化，可能会导致不合适的主体成为PPP项目的投资人或实际控制人，进而有可能会影响项目的实施。鉴于此，为了有效控制项目公司股权结构的变化，在PPP项目合同中一般会约定限制股权变更的条款。在设计股权变更限制条款时，需要注意如下问题：

第一，关于股权变更限制的范围。在不同PPP项目中，股东对于股权变更限制的范围和程度要求不同，需要根

据具体情况设计。通常来说，股权变更限制主要针对如下二种情况：第一种情况，直接或间接变更股权。在实操中，投资人经常会搭建多层级的投资架构。因此，项目公司股东各层级母公司的股权变更可能都会导致项目公司的股权变更。在这种情况下，对股权变更的限制不能仅限于直接变更，而因将间接变更一并纳入其中，但是，对于母公司股权变更的限制，一般仅限于可能导致母公司控股股东变更的情形。第二种情况，并购、增发等其他方式导致的股权变更。PPP合同中的股权变更，通常并不局限于项目公司或母公司的股东直接或间接将股权转让给第三人，还包括以收购其他公司股权或者增发新股等其他方式导致或可能导致项目公司股权结构或母公司控股股东发生变化的情形。除上述情况外，为了确保“股权变更”范围能够全面地涵盖有可能影响项目实施的股权变更，PPP项目合同中往往还会增加一个关于股权变更范围的“兜底性条款”，即“其他任何可能导致股权变更的事项”。

第二，关于股权变更限制的方式。股权变更限制的主要方式为锁定期。锁定期，是指限制社会资本转让其所直接或间接持有的项目公司股权的期间。至于具体期限，需要根据项目的具体情况进行设定。例如，以对承包商的锁定期为例，如果承包商参与项目的主要目的是承担项目的设计、施工等工作，并不愿长期持股，承包商会希望在股东协议中预先做出股权转让的相关安排，但是另一方面，包括融资方在内的其他股东通常会要求限制承包商转让其持有的项目公司股权的权利，例如要求承包商在工程缺陷责任期满后才可以转让其持有的项目公司股权。此外，需要注意的是，在锁定期内，发生特殊情况内，应可以允许股权变更，这些特殊情况被称为锁定期的例外情形。例如，如果政府参股了项目公司，则政府转让其在项目公司股权的往往不受上述股权变更限制。

另外，除锁定期外，在一些PPP项目合同中还可能会约定对受让方的要求和限制，例如约定受让方须具备相应的履约能力及资格。在一些特定的项目中，政府方有可能不希望特定的主体参与到PPP项目中，因此可能直接在合同中约定禁止将项目公司的股权转让给特定的主体。



家族信托业务洗钱风险管理初探

柏高原 / 文

家族信托是受托机构接受个人或家族的委托，代为管理、处置家族财产及家族事务的管理方式，以实现家族财富与家族企业传承的目的。近年来，家族信托可谓是财富管理领域的新宠，各类机构纷纷抢滩家族信托市场，其中既有内资商业银行、信托公司，也有第三方财富管理机构，境内外律所、中介机构也都涉足其中。家族信托在海外有着相对普遍的应用，但在大陆还出在发展初期。在2013年初才诞生了第一款家族信托产品，即由平安信托发售的国内第一款家族信托产品。随后，多家金融机构纷纷大举进入该领域，并且以商业银行银行和信托公司的协同推进为主要特点，例如招商银行与外贸信托合作推出的私人银行家族信托产品服务、北京银行与北京国际信托合作推出面向双方顶级客户的家族信托服务、建设银行与建信信托合作推出的家族信托业务以及中信银行与中信信托合作推出的家族信托服务等。

总体看来，虽然家族信托在大陆诞生较晚，但其发展迅速。可以预见，家族信托业务将成为许多信托公司未来发展的重要业务板块。但在业务迅速拓展的同时，相关问题也不容忽视，如家族信托相关法律制度的完善、家族信托业务人才的培养和家族信托业务的风险管理等。笔者认为，洗钱风险是家族信托业务风险管理中不可忽视的一个环节。

信托行业的反洗钱现状

第一，信托公司普遍存在重视业务拓展，忽视洗钱风险的情况。我国信托业发展始于改革开放初期，30多年间经历五次清理整顿，现在已经走上规范化法制化轨道。信托公司是目前唯一能够跨越货币市场、资产市场和实业市场，具有直接融资功能的非银行金融机构。这些特点决定了信托公司的相对优势，促进了信托业的快速发展。根据信托业



协会发布数据显示，截至2015年3季度末，信托全行业管理的信托资产规模为15.62万亿元。尽管信托业的规模已经相当巨大，但信托依然面临与银行、证券、保险、基金子公司、私募基金等其他各类机构的激烈竞争。在信托成长初期，往往将注意力集中在业务拓展和营销产品方面，忽视客户身份识别和资金来源审查，潜藏洗钱风险[1]。有研究表明，2010年至2011年6月，全国50家信托公司可疑报告仅4份，而大多数机构仍处在反洗钱“零报告”状态[2]。也有研究表明，个别信托公司虽按照反洗钱“一法四令”建立健全反洗钱内控制度和组织架构，配备反洗钱工作人员，但在反洗钱客户身份识别及可疑资金监测分析等方面仍存在较多问题[3]。因此，而信托公司的反洗钱工作相对银行、证券和保险等其他金融行业而言正处在初步阶段。

第二，信托公司掌握客户信息不充分，对反洗钱相关工作开展构成一定障碍。实践中，往往一些信托公司并不直接掌握投资者资源，因此信托公司主要通过其他机构（主要是商业银行）代销的方式销售信托产品。在代销过程中，商业银行等代销方往往不允许信托公司直接与客户接洽，因信托公司难以直接接触客户，这使得信托公司难以实质开展反洗钱工作审查。信托公司在客户资料方面的信息劣势和缺失，也导致了信托公司无法有效开展反洗钱审查。与客户订立信托合同时，信托公司仅能对客户身份证件的形式审查，对于信托委托人的职业、收入状况，机构委托人的财务或经营状况，以及信托财产的性质和来源等往往无法做深入了解和判断。

第三，信托业缺乏反洗钱经验和案例。信托业反洗钱经验缺乏，不仅仅是指信托机构，更包括监管部门，具体表现在信托行业异常交易标准、洗钱风险评估及信托业务反洗钱操作指引等方面[4]。银监会是我国信托业的主要监管部门，但同时也是银行业的监管机构，目前银行业的反洗钱工作较

柏高原律师简介



京都律师事务所合伙人
柏高原律师担任多家公司和机构的法律顾问，如中信银行总行、国家开发银行总行、民生银行总行、金谷信托、民生信托、建设银行天津市分行、国家开发银行天津市分行、天津投资集团公司、天津北方电影集团等。担任法律顾问期间，柏高原律师协助这些企业完成诸如金融产品法律架构设计与审查、金融产品合同设计与起草、业务流程及法律框架创新、公司重组、常规业务审查等法律问题的处理。

为成熟，但信托业还没有此类经验，尚未制定信托行业反洗钱的标准、操作指引等规范。早在2006年，中央银行便发布了《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》，仅对银行类、证券基金类以及保险类公司的可疑交易作出规定，并没有对信托行业的可疑交易做出规定，且该管理办法一直未进行补充和调整。信托行业的反洗钱案例更是屈指可数，由此导致信托公司开展反洗钱工作没有参照对象，可疑交易的报告数量很低也不在意料之外。

家族信托业务给信托业反洗钱带来的挑战

家族信托业务有着巨额的潜在需求，同时也是信托业转型的重要方向之一，家族信托业务已被很多信托公司作为重要的业务发展板块。在未来，必然会有越来越多的高净值人士选择家族信托，实现财富保护、家族企业治理、家族财富传承、税收筹划、开展慈善事业等多重功能。家族

信托的架构设计极具个性化特点且异常复杂，信托涉及委托人、受托人、受益人、交易对手方等三方主体，过程包括签订信托合同、指定受益人、交付信托财产、信托财产管理、分配信托收益、归还信托财产等环节，这些特征都为信托公司在开展家族信托业务中的反洗钱工作将带来巨大挑战。

对于集合资金信托而言，因委托人受益人合一、交易对手由信托公司选定、信托财产管理由信托公司决策等原因，因此被用作洗钱通道的可能性相对较低。但在家族信托业务中，家族信托业务的自身特点决定了其可能被用作洗钱工具的可能性大大提高。因此，在相关机构大力开拓家族信托业务市场的同时，不应忽视家族信托业务的反洗钱审查，并进行前瞻性的研判和分析。

第一，实际控制人以他人名义设立家族信托洗钱的风险。通常，洗钱的核心需要借助此项业务交易隐匿洗钱者

家族信托业务有着巨额的潜在需求，同时也是信托业转型的重要方向之一，家族信托业务已被很多信托公司作为重要的业务发展板块。



的真实身份、掩盖违法资金的来源。FATF将幕后的洗钱分子称为“实际利益所有者”（Beneficial Owner，简称BO），即最终直接或间接地控制交易客户以获得资金漂白利益的自然人。在家族信托业务中，为避免此类情况出现，应对委托人设立信托的财产进行必要的尽职调查。这既是确保委托人设立信托财产合法性的必要措施，也是反洗钱的基本审查。

第二，利用受益人洗钱的风险。设立信托，需有明确的受益人或者确定范围的受益人。受益人的设定相对灵活，这体现在受益人既可以是确定某一个人，也可以通过制定一个范围，依靠范围确定受益人；另外，受益人可以是自然人、法人或者依法成立的其他组织。对于传统的集合资金信托，在其设立时委托人与受益人为同一人，信托生效后委托人可

对外转让受益权从而变更受益人，但集合资金信托计划一般规定受益权的转让要在受托人出办理变更手续，且受托人收取比例不等的手续费。可见在集合资金信托中，受益人的身份取得面临较高的程序成本和一定的费用成本，再加上集合资金信托计划的期限较为固定且受益人无法赎回，因此不是洗钱工具理想的选择。但在家族信托中，受益人通常不是委托人，且范围较为灵活，并且信托文件往往会授权委托人或监察人单方变更受益人的权利。因此在家族信托业务中，对于受益人的变更，信托公司应进行必要的审查，以防范利用受益人变更洗钱的风险。

第三，利用信托财产投资进行洗钱的风险。对于传统的集合资金信托计划，信托公司往往主导着信托财产投资，体现为信托公司负责投资项目筛选、执行投资和投后管理。但在家族信托业务中，出于各种考虑，委托人可能保有信托财产管理处分的实质权利。考虑到信托公司是唯一可以跨越货币市场、资产市场和实业市场的金融机构，信托公司在家族信托业务中如处于类似于通道的地位，不排除家族信托的实际控制人利用复杂的交易进行洗钱的可能性。

综上，家族信托的单一业务规模较大、受益人安排灵活、投资结构安排复杂，这些特点可能导致家族信托被不法分子利用作为洗钱工具。当下，各家机构都在忙于家族信托业务的开拓和市场的分割，在业务开拓的冲动和业绩激励之下，对其中可能出现的洗钱风险也应给予必要的重视。

家族信托业务反洗钱的对策建议

（一）坚持风险为本的反洗钱理念

2000年，英国金融监管局最早提出“以风险为本”的监管理念，随后美国、澳大利亚等国家相继建立风险为本的反洗钱原则。根据FATF《银行部门风险为本法指引》（Risk-



Based Approach Guidance for the Banking Sector），风险为本法（Risk-Based Approach，RBA）是指国家、监管当局和金融机构识别、评估、理解洗钱风险，并采取相应措施有效减少该风险。2012年以来，中国人民银行也大力推行“风险为本”的反洗钱工作理念，要求相关机构应制定洗钱风险控制政策或洗钱风险控制目标，根据控制政策或控制目标，制定相应流程来应对洗钱风险，包括识别风险、开展风险评估、制定相关策略处置或降低已识别的风险。

经济学的研究表明，在金融机构反洗钱的问题上，双方存在严重的信息不对称，其中：金融机构是信息优势一方，直接接触客户；监管机构则是信息劣势一方。金融机构在面临激烈竞争时，为了生存，在利润最大化目标驱动下会使其放弃反洗钱[5]。因此，面对家族信托业务中可能的洗钱风险，信托公司要树立合法合规经营理念和风险控制优先意识，重视反洗钱工作。此外，信托公司还应加强内部从业人员反洗钱知识和技能培训，提高业务人员对可疑交易的甄别、判断能力，有效防范和抵御洗钱风险。

（二）加强信托业反洗钱制度建设

目前我国反洗钱领域主要有《反洗钱法》、《金融机构反洗钱监督管理办法（试行）》、《金融机构大额交易和可疑交易报告管理办法》、《金融机构客户身份识别和客户身份资料及交易记录保存管理办法》等综合性规定，虽然均将信托业纳入监管范围，但是缺乏针对信托行业更为具体且有操作性的规范和引导。2014年4月，中国证券业协会关于发布《证券公司反洗钱工作指引》，同年12月，保监会于出台了《保险机构洗钱和恐怖融资风险评估及客户分类管理指引》。因此还应当出台针对信托业的反洗钱指引。

（三）客户尽职调查

世界范围来看，防止犯罪分子利用信托洗钱，是国际社会反洗钱监管的重要内容。金融行动特别工作组（Financial Action Task Force，FATF）是专门进行反洗钱（含反恐怖融资）工作的政府间机构，该机构制定了一系

列反洗钱国际标准，俗称《40条建议》。2012年，FATF发布最新版《40条建议》，规定信托服务提供者应当履行客户尽职调查（Customer Due Diligence，CDD）义务，识别客户身份、受益人以及实际利益所有者身份，了解客户的业务关系并持续尽调、审查交易活动，保存交易记录等。客户尽职调查旨在使信托公司能够形成对客户背景的合理判断，真正识别客户。信托公司客户尽职调查程序应包括：（1）及时识别和核实每个客户的身份；（2）识别实际受益人，并采取合理措施核实实际受益人的身份；（3）获取适当的额外信息以了解客户的具体情况和业务，这取决于所提供服务的性质、范围和持续时间。

信托公司要根据其对客户的了解确定适合每个委托人的客户尽职调查要求，包括：（1）通常适用于所有客户的客户尽职调查标准；（2）在考虑适当的风险变量以及已知低风险情况下简化的客户尽职调查标准；（3）被信托公司合理判定为高风险的客户要采取强化的客户尽职调查标准[6]。除此以外，信托公司还应注意，尽职调查不应尽在信托设立阶段进行，应确保持续尽调，在家族受益人变化、信托财产对外投资、管理或处分时应审查交易活动、保存交易记录等已进行反洗钱审查。

[1] 张婧雯，张超，冯慧佳，信托公司反洗钱现状及潜在风险研究，金融与经济，2013年第4期，90-92

[2] 廖晓雯，信托业洗钱风险分析及反洗钱对策，福建金融管理干部学院学报，2012年第1期，15-18

[3] 王晨辉，当前信托反洗钱工作现状、原因分析及监管建议——检查辖区内某信托公司引发的思考和启示，资本观察，2013年第6期，43-45

[4] 王晨辉，当前信托公司反洗钱工作现状、原因分析及监管建议——检查辖内某信托公司引发的思考和启示，浙江金融，2013第6期，44-45

[5] 杨胜刚，何靖，曾翼，反洗钱中监管机构和商业银行的博弈与委托代理问题研究，金融研究，2007年第1期，71-83

[6] 童文俊，信托公司洗钱风险分类与管理研究，金融教学与研究，2013年第4期，13-15

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》中复利相关问题的探讨

肖树伟 游乐 / 文

导论

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“《民间借贷规定》”）已于2015年9月1日起实施，《民间借贷规定》的出台在规范我国目前乱象丛生的民间借贷市场，指导司法实践中对民间借贷纠纷案件的处理等方面意义重大。

复利，即我们俗称的“利滚利”，是指在每经过一个计息期后，都要将所生利息加入本金，以计算下期利息的一种利息计算方式。在民间借贷案件的审理中，对于本金数额的认定、利息如何计算常常是案件审理的重点以及难点，特别是对于复利认识和理解的不同可能导致案件的判决结果出现差异，出现同案不同判的现象。因此，正确理解与适用有关规定对民间借贷纠纷案件的公平处理至关重要。

《民间借贷规定》关于复利的规定

《民间借贷规定》第二十八条对复利问题进行了规定：“借贷双方对前期借款本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。约定的利率超过年利率24%，当事人主张超过部分的利息不能计入后期借款本金的，人民法院应予支持。”“按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率24%计算的整个借款期间的

游乐律师简介



游乐律师是京都律师事务所金融业务部律师，为国有企业、部队机关、公司及个人处理了大量法律事务，主要包括：担任企业常年法律顾问，协助企业处理日常法律事务，为公司设立、股权转让、并购、投资等专项项目、企业争议解决等提供法律服务，为企业和个人处理民商事领域争议以及信托、基金等法律事务。

利息之和。出借人请求借款人支付超过部分的，人民法院不予支持。”

根据上述规定，我们可以看出，《民间借贷规定》对复利的计算持部分支持的态度，即在尊重当事人意思自治的前提下，以年利率24%为界限，对复利的计算出了一定限制。具体为：

1.对每一借款期间借款利率的限制。

根据第二十八条第一款的规定，借贷双方可以对前期借款本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权



有关复利的规定看似明确，但实践中民间借贷纠纷案件的情况往往纷繁复杂，我们只有准确理解有关规定的含义，才能正确适用有关规定。

凭证。如果前期利率没有超过年利率24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。例如：甲向乙出借人民币100万元，约定借款期限为1年，年利率为10%。1年后借款到期，乙因无力偿还本息共计人民币110万元，重新向甲出具了一张借条。借条约定：乙向甲借得人民币110万元，年利率为24%，借款期限为6个月。6个月期限届满，甲请求乙偿还本金人民币110万元以及利息人民币13.2万元（ $110 \times 0.24 \div 12 \times 6$ ）。乙在向甲重新出具的借条中，将前期的借款本息共计人民币110万元作为本金进行计算，该110万元中的10万元为前期借款的利息，因其未超过按照年利率24%计算的利息，故该10万元可认定为后期的借款本金。但如果双方在前期借款中约定年利率为30%，前期借款利息为30万元，超过按照年利率24%计算的利息24万元，超过部分6万元则不能计入后期的借款本金，即后期的借款本金为124万元。

2.对借款期间届满后借款人应当支付的本息和总额的限制。

根据第二十八条第二款的规定，虽然借贷双方可以对前期借款本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，且对重新出具债权凭证的次数未予以限制，但借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率24%计算的整个借款期间的利息之和。例如：甲向乙出借人民币100万元，约定借款期限为1年，年利率为24%。1年期限届满，乙因无力偿还借款而重新向甲出具借条，约定：甲向乙出借人民币124万元，借期为1年，年利率为24%。1年期满后，

甲请求乙偿还本金人民币124万元及利息人民币29.76万元（ $124 \times 0.24 \times 1$ ）。由于前期本金为100万元，因约定之利率未超过年利率24%，前期利息24万元可计入后期本金，故后期借款本金为124万元，从而后期借款利息为29.76万元，后期的本息和为124万+29.76万=153.76万元。但前期加后期的整个借款期间的本息和上限为： $100 \times 24\% \times 2=148$ 万元。虽然借贷双方在每一借款期间约定的年利率均没有超过24%，但计算得出的最终本息和153.76万元仍然超出了148万元这一上限，超出金额为5.76万元，该超出部分法院不予支持。所以从这个角度讲，《民间借贷规定》规定的24%的年利率并不是绝对能够得到法院支持的。

《民间借贷规定》关于复利规定中的几个问题

上述有关复利的规定看似明确，但实践中民间借贷纠纷案件的情况往往纷繁复杂，我们只有准确理解有关规定的含义，才能正确适用有关规定。笔者通过对《民间借贷规定》中有关复利的规定进行分析并结合代理的有关案件进行思考后发现，该规定中的如下几个问题还需进行深入理解与探讨。

1.“前期借款本息”的范围如何界定

“前期借款本息”如果仅从字面意思进行理解，“息”应该指利

息或者甚至仅指借贷双方约定的借款期间的利息。但实践中，许多当事人除了约定借款期间的利率外，还会约定逾期利率、违约金等款项，当借款人因约定的借款期限届满而

无力偿还借款时，借贷双方经协商后，将借款期间的利息、逾期利息、违约金等款项一并计入后期借款本金并重新出具债权凭证的情况屡见不鲜。因此，“前期借款本息”范围的界定，与借贷双方的利益息息相关。

笔者认为，对“前期借款本息”中的“息”可做扩张解释，不仅包括前一约定的借款期间的利息，也包括借款人重新出具债权凭证前的逾期利息、违约金等，但其总额超过按照法定年利率24%计算的部分不得计入后期本金。同时，在借款人多次向出借人出具债权凭证的情形下，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基数，以年利率24%计算的整个借款期间的利息之和。主要理由为：首先，《民间借贷规定》第二十九条规定：“借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率24%为限。”“未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：（一）既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率6%支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持；（二）约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。”第三十条规定：“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率24%的部分，人民法院不予支持。”可见，出借人向借款人主张逾期利息、违约金等款项具有法定依据。其次，结合第二十八条的规定，即便将前一期的逾期利息、违约金一并计入后期的本金，但其数额仍然受到限制。最后，这样理解较符合现实情况并与实践惯例相符。如前所述，实践中借款人通常在借款期限届满后，因无力偿还借款，经借贷双方协商，重新出具债权凭证。此时，往往会将逾期利息、违约金等一并计入后期本金。此外，《民间借贷规定》实施前，法院在审判中，通常也认可这一做法，但对超过按照法定利率计算的部分不予支持。

2.对“前期”、“后期”、“借款期间”等期间如何认定

仅从文字来看，第二十八条规定中的“前期”、“后期”、“借款期间”可能仅指借贷双方约定的借款期间。

笔者认为，对第二十八条中的有关期间的表述也应做扩张解释，即借款人重新出具债权凭证当日前的期限都可理解为“前期”，反之则为后期。“前期”既包括借贷双方约定的借款期间（名义借款期间），也包括约定的还款期限届满后至借款人重新出具债权凭证当日这一期间即逾期期间。如前所述，笔者认为对“前期借款本息”可做扩张解释，相应地对借款期间也应当做扩张解释，将借款期间理解为借款人实际占用资金的时间（实际借款期间）。当然，实践中也可能出现借贷双方在重新出具债权凭证时，对“前期”、“后期”等期限进行约定的情形，此时，应结合案件的具体情况对期间进行理解和判断。

3.对“最初借款本金”如何判断

通常理解，“最初借款本金”指借款人首次重新出具债权凭证前实际从出借人处获得的资金。但实践中，大量存在借款人偿还部分借款以及借款人又向出借人增加借款的情形，此种情形下如何对“最初借款本金”进行判断，从而计算借款人应偿还本息和的上限对借贷双方均影响重大。笔者认为，从促使借款人及时履行还款义务，公平保护出借人、借款人的利益等角度，第二十八条第二款可理解为一个原则性的规定。当出现因借款人偿还部分款项或借款人又向出借人增加借款，致使后期借款本金与最初借款本金不一致的情形时，本息和上限的计算方式也应根据实际情况相应进行调整。此时，若因借款人偿还部分款项致使借款本金小于最初借款本金时，应以小于最初借款本金的那一期借款本金为基数，以那一期为起始期来计算之后期间的本息和上限。同理，当出借人向借款人增加借款时，应以增加借款后的那一期借款本金为基数，以那一期为起始期来计算之后期间的本息和上限。

结语

民间借贷纠纷案件的复杂性远非本文所述，从民间借贷的复利的确定可略见一斑。如何结合每个案件的具体情况正确理解并适用《民间借贷规定》，做到公平和公正处理案件，在今后的很长一段时期可能将会是司法实践中的重点和难点。希望拙作能对此有所帮助，至少能抛砖引玉。



金融账户涉税信息自动交换 对高净值人士的影响

■ 高慧云 / 文

经国务院批准，我国于2013年8月27日签署了《多边税收征管互助公约》（以下简称《公约》），并于2015年7月1日由第十二届全国人民代表大会常务委员第十五次会议批准。2015年10月16日，我国向经济合作与发展组织交存了《公约》批准书。根据《公约》第二十八条的规定，《公约》将于2016年2月1日对我国生效，自2017年1月1日起开始执行。

什么是《多边税收征管互助公约》？

《多边税收征管互助公约》经合组织（OECD）发起的，共6章32条，规定的征管协作形式包括情报交换、税款追缴和文书送达，但允许缔约方对税款追缴和文书送达作出保留。考虑到我国现有法律制度及税收征管实际，我国在《公约》批准书中对税款追缴和文书送达（包括邮寄文书）作出了保留。因此，我国税务机关主要是与其他缔约方开展情报交换协助。

2013年7月，二十国集团（G20）财长与央行行长会议支持经合组织将《多边税收征管互助公约》框架内的税收情报自动交换作为全球税收情报交换的新标准。因此《多边税收征管互助公约》核心创新是“税收情报自动交换”，以前我国签订的双边协议有很多有税收情报交换条款，但基本上都是经请求申报。那么税收情报如何自动交换呢？

税收情报自动交换是有标准的，自从美国《海外账户税收遵从法案》颁布以后，美国的一些国外高净值客户就非常敏感，担心其在中国的金融账户信息被披露。如今，OECD与G20共同配合，在此基础上制订了要求更高的自动交换标准，那就是2014年2月13日OECD发布的《金融账户涉税信息自动交换标准》（Standard for Automatic Exchange of

Financial Account Information,以下简称《AEOI标准》）。AEOI标准要比美国的FATCA协议可怕的多！2010年《海外账户税收遵从法案》由美国国会通过，规定所有的美国税务居民和外国金融机构必须向美国国税局报告其美国客户的账户信息，不合作的金融机构若有源自美国的任何收入，包括获得投资处置收入和来源于美国资产的利息、股息收入，将会被惩罚性扣缴30%的预提所得税。

AEOI标准与FATCA的关系

AEOI标准在G20推动下，并经2014年7月15日经合组织理事会批准，要求各主权国家通过金融机构获得信息并实现每年与其他主权国家自动交换这些信息，它规定了金融账户信息交换、金融机构对不同类型的帐户和纳税人的报告义务，以及金融机构要履行尽职调查的程序。该标准主要包括四大主要部分：第一部分：主管当局协议范本（CAA），第二部分通用报告准则（CRS），第三部分CAA和CRS模型和相关附件。AEOI标准要求金融机构这些信息包括：利息、股息、特许权使用费、工资薪金、各类津贴、奖金、退休金、佣金、劳务报酬、财产收益、经营收入等收入信息。

而FATCA协议是美国与他国双边达成的协议。美国总统奥巴马2010年3月18日签署生效的就业加强法中，在税法（IRS Code）里新增第四章，要求外国金融机构（FFI）和税务局（IRS）签署类似合格中介协定（QIA）的协定；也就是，FFI必须申报具有美国公民身份或持有永久居留证（绿卡）的客户资讯。包括：客户姓名、银行帐户、帐户余额等。

与美国《海外账户税收遵从法案》相比，自动交换标准要求金融机构提供的信息更多。

我国实行AEOI标准的时间

经国务院批准，我国承诺将于2018年9月实施这一标准。这一标准与原来的情报交换相比，有两个突出变化，一个是“自动”，一个是“批量”。所谓自动，就是各缔约国收集对方国家纳税人在本国的金融账户信息，按年主动向对方国家发出；所谓批量，就是每次主动交换的情报并不是有关国家某个纳税人的单一信息，而是尽可能将掌握的该国所有纳税人的账户信息进行交换。

高净值人士怎么办？

1. 不是所有的税种都会的中国税务机关的协助

《公约》在我国适用除关税、船舶吨税外的所有税种。根据《公约》规定，缔约方必须按类别列出本国适用《公约》的税种，未列入的税种，缔约方不能向其他缔约方请求征管协助，也不对外提供该税种的征管协助。我国在声明中列出了目前由税务机关负责征收的16个税种。也就是说，《公约》执行后，我国开展国际税收征管协助的范围将由原来的以所得税为主，扩大到税务机关征收的所有税种，税务机关收集纳税人涉税信息的力度将得到大大加强。对于我国未开征的税种，我们不对外提供任何形式的征管协助。

比如美国开征的遗产税，我国就不负责征管协助啦。因此有些税种可以规避。

2. 不是所有的金融机构都有报送信息的职责

根据AEOI标准，并不是所有金融机构都具有向有关国家报送信息的职责。需报送信息的金融机构包括存款机构、

托管机构、投资机构和特定保险公司等。无需报送信息的金融机构主要包括政府机构、国际组织或中央银行、特定退休和养老基金机构、符合条件的信用卡发行机构、豁免集合投资工具以及受托人已被记录的信托公司等。

因此高净值人士可以多利用这些没有报送信息义务的金融机构来协助提供解决方案。

3.我国关于金融机构报送信息需要得到国内法支持

金融机构报送纳税人账户信息，还需要有法律支持。

2015年7月1日，在国家税务总局的积极推动下，全国人大常委会批准《多边税收征管互助公约》，为实施自动交换标准奠定多边法律基础。目前，国家税务总局正在积极推动税收征管法的修订，为金融机构报送有关信息提供更为充分的国内法依据。同时，关于对金融机构不合规行为的惩罚措施，我国将研究国内法中适用的处罚措施，以确保相关要求得到有效执行。

当然，欧盟委员会已经要求当地的金融机构自2016年1月1日开始向当地税务机关报送税务信息。我国还要等到2018年9月。

4. 《公约》仅对主权国家开放

公约仅对主权国家开放，因此我国的香港特别行政区和澳门特别行政区不能独立签署《公约》。根据两特区基本法以及我国相关国内法规定，经征询两特区政府意见，我国在《公约》批准书中声明，《公约》暂不适用于香港特别行政区和澳门特别行政区。

因此高净值人士可以考虑某些地区来做财产规划安排。



高慧云律师简介

京都律师事务所律师，税法教授，经济法专业硕士，曾赴澳大利亚、新加坡、德国、英国访问和进修。为中信银行、信托投资公司、各类基金提供并购、上市、融资等税务和相关法律支持，为企业离岸金融架构提供国际税收支持，擅长投资移民、家族信托的海外税收筹划，为全国各地的财务人员提供税法公开课和税收筹划服务，承担北京航天信息股份有限公司等十多家企业的税务法律顾问。



无罪认定和有罪判决

——一场针对“走私”和“虚开”的无罪辩护

■ 孙广智/文

2015年初，应事务所主任曹树昌老师的工作安排，我们共同承办了一起颇具“案中案”色彩的刑事案件。在该起刑事案件中，我们作为被告单位杰诺公司的法定代表人杨某某的辩护律师，为其出庭辩护。

公诉机关以被告单位杰诺公司及被告人杨某某涉嫌走私废物罪、虚开增值税专用发票罪提起公诉。

关于走私废物罪的指控

根据起诉书的指控，被告人杨某某于2007年1月注册成立杰诺公司，杨某某是该公司的法定代表人。因杨某某在国外有废塑料及废铜电线等固体废物的货源，且其成立的杰诺公司又具有进出口经营权，为了达到进口固体废物牟利的目的，杨某某通过登录环保部网站查询等方式，联系到多家具有环保资质的加工利用企业，利用这些企业作为利用商申办了《限制进口类可用作原料的固体废物进口许可证》（以下简称“《进口许可证》”）。随后，杨某某以杰诺公司为进口商，以相关加工利用企业为利用商，使用所申办的《进口许可证》从国外进口了大量国家限制进口类可用作原料的固体废物。

自2010年1月11日至2013年4月8日，杰诺公司利用上述加工利用企业的进口许可证，在货物进口环节采取伪报国内收货人的方式，共进口废塑料、废铜电线等固体废物合计70056.531吨。货物在进口通关后并没有运到进口许可证指定的利用商处加工利用，而是直接被运往天津等地销售牟利。

公诉机关认为，杰诺公司、杨某某违反国家法律，利用进口许可证，在进口报关过程中伪报实际收货人逃避海关监管，走私进口固体废物，因而其行为触犯《中华人民

共和国刑法》第一百五十二条第二、三款、第一百五十六条，应当以走私废物罪追究其刑事责任。

关于虚开增值税专用发票罪的指控

针对前述进口废物的国内的流转情况，公诉机关又指控杰诺公司和杨某某涉嫌虚开增值税专用发票罪。

根据起诉书的指控，在将涉案固体废物进口到国内以后，杨某某安排他人组织车辆将货物运至天津，以不开票的方式卖给当地的个体废旧电线拆解点（以下简称“个体拆解者”）。随后，杨某某与相关受票企业签订虚假销售合同，由受票企业向杰诺公司汇入相应“货款”，再由杨某某将上述货款扣除一定比例的税款后，使用其本人及亲属的个人银行卡返还到受票企业相关人员的个人银行卡中。之后，由杨某某安排杰诺公司的财务人员为受票企业开具相应价税金额的增值税专用发票。

2012年，杰诺公司共计向四家受票企业虚开增值税专用发票共计1635组。经鉴定机构鉴定：杰诺公司于2012年1-12月期间，确定为他人虚开增值税专用发票318组，虚开发票价款金额31,169,017.19元，已抵扣增值税5,298,731.82元，价税合计36,467,746.01元。职业判断认为为他人虚开增值税专用发票1317

组，虚开发票价款金额131,173,433.34元，税额22,299,478.47元，价税合计153,472,911.81元，于2012年认证抵扣增值税税额16,146,521.03元；362组增值税专用发票，于2013年1月认证抵扣增值税6,152,957.44元。

公诉机关认为，杰诺公司及杨某某违反国家税收征管和发票管理规定，为他人虚开增值税专用发票，虚开的税款数额巨大，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百零五条，应以虚开增值税专用发票罪追究刑事责任。

综合上述两部分指控内容，我们可以看到，围绕涉案固体废物的进口行为及进口后的处置行为，被告人杨某某及其担任法定代表人的杰诺公司被指控涉嫌走私固体废物罪和虚开增值税专用发票罪两个罪名，且分

别由海关缉私分局和公安经侦支队两班人马分别负责侦办。可见，本案算得上是一起不折不扣的“案中案”。并且，按照起诉书所指控的情况，如果相关指控成立的话，被告人杨某某将面临十年以上有期徒刑，甚至是无期徒刑的“重刑”！

公诉机关的指控逻辑与“山穷水尽”的证据表象

根据2014年9月10日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第21条3款的规定，租用、借用或者使用购买的他人许可证，进出口国家限制进出口的货物、物品的，以走私犯罪定罪处罚。

而在本案涉及“走私废物”的指控中，公诉机关恰恰就是指控杨某某及杰诺公司使用加工利用企业的《进口许可证》，以伪报国内收货人的方式，逃避海关监管，从而构成走私犯罪。由此，被告人杨某某被指控的行为似乎是符合前述司法解释所规定的使用他人许可证，走私国家限制进出口货物的情形。

围绕该项指控，公诉机关向法院移交了侦查机关（海关缉私分局）收集的大量证据，这些证据基本证实了杨某某利用加工利用企业的环保资质申办《进口许可证》，并以该企业作为利用商，使用许可证进口固体废物的到国内，但实际并未将进口的货物交付给利用商进行加工利用等起诉书指控的基本事实。

此外，在公诉机关移交的案卷材料中，我们还看到了一则由海关总署提供的关于走私废物罪的生效判决。根据海关总署的说明材料，该判决中，被告单位及被告人就属于利用他人许可证进口国家限制进口类固体废物而被人民法院认定构成走私废物罪。

这么一来，公诉机关关于被告人杨某某涉嫌走私废物罪的指控不仅有了证据支持和法律依据，甚至有了参考判例。

在本案涉及“虚开增值税专用发票”的指控中，公诉机关认为，杨某某及杰诺公司先将进口货物（废塑料、废旧电线）以不开票的方式卖给个体拆解者。之后，杨某某及杰诺公司又与受票企业签订销售合同，而在杨某某及杰诺公司已经把货物提前卖给个体拆解者的情况下，其与受票企业之间显然不可能再发生真实的货物购销贸易。而在不存在真实贸易的情况下，杨某某又通过杰诺公司向受票企业开具增值税专用发票的行为显然是“虚开”行为。

孙广智律师



京都律师事务所合伙人

孙广智律师的工作方向主要为针对经济犯罪案件、有组织犯罪及商业贿赂犯罪案件的刑事法律服务。在针对经济犯罪案件所提供的刑事法律服务中，孙广智律师在涉及侵害企业财产权、妨害金融管理秩序、金融诈骗及涉及企业高管人员渎职案件方面积累了丰富的刑事法律服务工作经验。



在透过“山穷水尽”的证据表象之后，我们发现了一个又一个有利于被告人的合理怀疑。正是这些合理怀疑，最终成就了我们的无罪辩护。

此外，如前所述，受票企业先将所谓的“货款”支付给杰诺公司，由杨某某从中扣除一定费用后，将剩余货款通过其本人和亲友的银行卡返还给受票企业相关人员的个人银行卡。这样的资金往来基本就意味着杨某某是在收取受票企业的“开票费”后，为对方有偿“虚开”增值税专用发票。并且，该资金往来情况已被鉴定意见所确认。

在公诉机关向法院移交的证据中，除去鉴定机构关于虚开增值税专用发票数额的鉴定意见以外，就属个体拆解者们的证人证言最让人印象深刻了，在这26名证人的证言笔录中，这些证人几乎众口一词的表示，与杨某某及杰诺公司之间是货物买卖关系，且是以不开票的方式向杨某某一方购买货物，这样的证言内容几乎“坐实”了公诉机关的指控事实。翻阅着这些证人证言，我竟不禁想起一句话，“众口铄金，积毁销骨”！

公诉机关的指控逻辑基本搞清楚了，但是似乎大量的证据都在强有力的支持着起诉书的指控内容，这对被告人杨某某而言，真是有些“山穷水尽”，接下来的辩护工作该何去何从，着实让人一筹莫展。

会见被告人，究竟是“竹篮打水”还是“柳暗花明”

在看守所里，我们向被告入杨某某介绍了前述起诉书的指控情况，并就若干关键事实对杨某某进行了细致的询问，经过多次的会见询问及核实证据，杨某某逐渐向我们揭示了一个与指控内容大相径庭的事实。

据杨某某介绍，其所经营的杰诺公司具有国内收货人资质（即“进口商资质”），但却没有环保资质（即“加工商资质”），而要进口国家限制进口类可用作原料的固体废物，则必须要由两家企业（具有进口商资质的企业和具有加工商资质的企业）共同向环保部申请办理《进口许

可证》。

然而，让杨某某无奈的是，其通过上网查询找到的加工商们无一例外的空有“加工商资质”，却没有实际的加工能力，这就导致杨某某无法将进口的货物交给对方加工。并且，由于从国外购买这些货物的货款均由杨某某的杰诺公司承担，因此，如果杨某某在货物进口到国内后弃货不顾，则意味着自己的杰诺公司因购买货物的资金将血本无归。在这种情况下，杨某某只能选择自行处理这些货物。

就处理货物的具体情况，杨某某表示，其并没有将进口的货物以不开票的方式卖给个体拆解者，双方之间并非货物买卖关系，而是委托加工关系，即杨某某及杰诺公司将进口货物交给个体拆解者，委托对方对货物拆解加工，将废旧电线拆解成废旧胶皮和废铜线，然后再将这些拆解出来的废铜线出售给起诉书中提到的受票企业。因此，杨某某与受票企业之间的货物贸易是真实的，而在真实贸易基础上所开具的增值税专用发票不属于“虚开”。

既然与个体拆解者之间不是货物买卖关系，那么他们又为何通过个人账户向杨某某支付大量的资金，如果这些钱不是货款的话，那又是什么钱呢？对于这个问题，杨某某的解释是，个体拆解者付给她的资金不是所谓的“货款”，而是货物的抵押金，因为这些货物是杨某某的杰诺公司出资从国外购买，如果无条件的交付给个体拆解者加工，则无法有效的防范对方侵吞或遗失货物的风

险，为此，只好按照货物价值收取对方一定比例的资金作为抵押金。

那么经鉴定意见确认的，杨某某及杰诺公司与受票企业及相关个人之间“循环走账”及“扣除开票费”的情况又是怎么回事呢？对此，杨某某表示，废旧物品的贸易往往是拆解一批，销售一批，平时都是分批分次的以现金结算，具体是由杨某某在天津地区的代理人韩某建将这些个体拆解者拆解出来的废铜线分批分次的销售给受票企业，并负责接收受票企业以现金形式支付的货款，并将这些现金货款支付给个体拆解者们，以冲抵他们加工拆解货物时交付给杨某某的抵押金。由此，在没有进行银行转账的情况下，杨某某及杰诺公司已经与购买货物的受票企业以现金的方式结清了大部分的货款。

由于杰诺公司和受票企业均系一般纳税人主体，税务机关对企业的财务工作有着比较严格的要求，因此，两家企业在已经通过现金方式结清大部分货款的情况下，不得不再通过“公对公”转账的方式“重现”一次货款支付，以应对税务机关的检查。为此，杰诺公司在收到对方以“转账”方式支付的“货款”后，必须按照对方此前已经通过现金支付的货款数额将对方大部分转账支付的“货款”通过个人账户返还给受票企业。否则受票企业就相当于“买了一次货，付了两次款（现金一次、转账一次）”。

对于鉴定机构所确认的，杰诺公司在此过程中扣留的“开票费”，杨某某表示，这些钱根本就不是什么“开票费”，而是杰诺公司与受票企业间的未结清的货物余款。

杨某某的上述辩解为我们的辩护准备工作提供了方向，如果其上述辩护内容能够得到在案证据的支持，我们认为，至少公诉机关关于杨某某涉嫌虚开增值税专用发票罪的指控是难以成立的。

当务之急，是循着杨某某的辩解进一步审查在案证据，可以说，本案的辩护工作

究竟是“竹篮打水”还是“柳暗花明”，就在此一举了。

不断呈现的“合理怀疑”成就了我们的无罪辩护

根据《刑事诉讼法》第五十三条的规定，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。证据确实、充分，应当符合以下条件：

- （一）定罪量刑的事实都有证据证明；
- （二）据以定罪的证据均经法定程序查证属实；
- （三）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。

据此，在没有排除合理怀疑的情况下，是不能认定被告人有罪和处以刑罚的。基于这样的原则，我们展开了阅卷工作，在透过前述“山穷水尽”的证据表象之后，我们发现了一个又一个有利于被告人的合理怀疑。正是这些合理怀疑，最终成就了我们的无罪辩护。

1、看似“坚如磐石”的26名个体拆解者的证言笔录在形式上和内容上都存在着无法合理解释的“硬伤”。

前面提到，多达26名个体拆解者均称与被告人杨某某及杰诺公司之间是“以不开票方式进行的货物买卖关系”，而非杨某某辩解中提到的“委托加工关系”。但是这些看似“坚如磐石”的证人证言却在形式上和内容上都存在着无法合理解释的“硬伤”。

形式上，前面提到，因为本案是一起涉及“走私”和“虚开”的案中案，因此，负责侦查“走私”案件的海关缉私分局和负责侦查“虚开”案件的公安经侦支队都向这26名证人调取了证言笔录，即每名证人都两份证言笔录，一份是缉私分局调取的，另一份是经侦支队调取的。可是，这些由不同单位的侦查人员对同一证人所调取的证言笔录不仅在内容上是一致的，甚至连标点符号和错别字都是一模一样的，这明显是对同一份笔录的复制粘贴，而非侦查人员根据实际询问情况做出的如实记录。

不仅如此，在这26名证人中，有22名证人的各自两份证言笔录在取证时间、取证地点上完全重合，即两家不同单位的侦查人员在同一时间、同一地点对同一证人进行询问，而且还取得了内容上“一模一样”的笔录。

而在余下4名证人的各自的两份证言笔录的起止时间上则存在“你方未唱罢，我方已登台”的情况，即从笔录



的起止时间上看，缉私分局的调查询问还没有结束，经侦支队的调查询问就已经开始了，并且一直持续到缉私分局的询问结束之后。

证言笔录在记录时间上存在的这些不正常、不合理的现象，以及记录内容上近乎简单粗暴般的一致性在很大程度上凸显出侦查机关调查取证工作不规范，甚至不合法的合理怀疑。

内容上，如前所述，虽然这些证人在各自的两份证言笔录中均声称与杨某某之间是货物买卖关系，但这些笔录对所谓的“购买环节”及购买后的“销售环节”的描述却难以让人信服。

在“购买环节”上，这些证人声称，在向杨某某及杰诺公司购买进口废旧电线时，是以目测的方式估算废旧电线中铜线的铜含量，并根据铜含量来确定购买废旧电线的价格。我们认为，这样的说法显然是无法令人信服的，因为根据受票企业（均系具有法人资格的铜业公司）的专业检测人员的证言，即使是对于从废旧电线中加工拆解出来的废铜线的铜含量的确认也要依赖于专业的检测设备。

由此，这些个体拆解者的证言笔录中所谓仅凭目测就可以对包裹着塑料胶皮的废电线的铜含量作出判断，并据此确定购买价格向杨某某及杰诺公司购买进口废旧电线的说法显然是经不起推敲的。

并且，根据这些个体拆解者的证言笔录，他们向杨某

某购买废旧电线并非“论斤按两”，而是以集装箱为单位，每次“购买”数十吨之多的废旧电线，这样所谓的大宗“买卖”，怎么会凭“目测”来确定货物的铜含量及价格呢？细微的错估，都可能给这些以“购买方”自居的个体拆解者带来巨额的损失。因此，我们认为，这些个体拆解者的证言笔录中关于“购买环节”的描述内容既不符合行业实际，也不符合交易规律，这样的证言内容无异于信口开河。

在“销售环节”上，这些证人又均称，从杨某某及实业公司处购买的废旧电线经过加工拆解后，已经由他们自行销售给当地周边（即天津静海地区周边）的铜厂了。可是究竟销售给哪家或者哪几家铜厂了，证言笔录中并没有说明，也没有其他的证据予以印证、佐证。从证据审查的角度来看，这样的证言内容存在明显的事实不清，证据不足的问题。我们有理由怀疑这些个体拆解者实际可能根本就没有参与对拆解后的货物的销售。否则，“自己”的货物，为什么连卖到哪里都说不清楚呢？

综合上述分析，我们认为，如果按照

这26名证人的证言笔录中的上述说法，这些货物恐怕既无法“买进来”，也没有“卖出去”。既然如此，所谓与杨某某及杰诺公司的“货物买卖”关系又从何谈起呢？

总的来讲，这些证言笔录在形式上和内容上存在的诸多问题在很大程度上动摇了其来源的合法性及内容的客观性，也使得杨某某关于其与杰诺公司和这些证人之间系委托加工关系，而非货物买卖关系的辩解越发显得真实、可信。

2、鉴定意见基于“职业判断”作出的结论性意见属于“有罪推定”，这样的证据不能作为认定杨某某涉嫌虚开增值税专用发票罪的定案根据。

为收集指控杨某某涉嫌虚开增值税专用发票罪的有罪证据，侦查机关专门委托了鉴定机构对杰诺公司及四家受票企业进行了税务鉴定。但据我们审查发现，该鉴定意见无论是在鉴定的过程中，还是在鉴定结论上，都存在着明显的“有罪推定”的痕迹。

在“鉴定过程”中，鉴定机关提到，在受票企业向杰诺公司以银行转账的方式支付“货款”后，杨某某在扣除部分“款项”后，将剩余的款项通过个人账户汇到受票企业的相关个人账户。随后，鉴定意见在计算杨某某扣除款项的金额占受票企业转账支付“货款”的百分比后，便将杨某某扣除的部分款项认定为因向他人虚开增值税专用发票而收取的“开票费”。而实际的证据情况则是，仅有个别受票企业的证人声称存在“开票费”，而这样的说法既无法得到包括杨某某在内的相关当事人的印证，也与鉴定意见所计算的金额比例严重不符。

我们认为，鉴定机构并非司法机关或执法机关，其作为专业第三方机构不应在所作的意见中对当事人的行为性质进行涉及到犯罪构成的评价。这样的评价不仅存在有罪推定的嫌疑，而且也超出了鉴定机构的职责权限。因此，我们认为，这样的鉴定内容应

视为无权、无效的内容，不应予以采信。

在“鉴定结论”上，鉴定意见称，职业判断认为被鉴定人（即杰诺公司）为他人虚开增值税专用发票。那么，什么是“职业判断”呢？我们仔细查阅了该鉴定意见及附属于该鉴定意见的，由同一鉴定机构作出的其他相关鉴定意见的全部内容，发现该鉴定机构对“职业判断”的解释是，在现有鉴定材料不足以确认存在虚开增值税专用发票的情况下所作出的“主观判断”。

据此，该鉴定机构实际是在明知现有鉴定材料不足以确认存在“虚开”的情况下，仍以“职业判断”这样的表述对被告人杨某某及杰诺公司做出了有罪推定的“主观判断”。因此，我们认为，这种明显属于“有罪推定”的鉴定意见显然是不能作为定案根据的。

3、受票企业相关证人的证言内容存在反复，不仅难以成为对杨某某的定罪根据，反而在一定程度上印证了杨某某的无罪辩解。

经对受票企业相关证人的证言笔录进行细致的审查，我们注意到，这些证人对于和杨某某及杰诺公司之间是否具有真实的货物购销贸易存在不同的说法。具体表现为：

受票企业中，参与货物购销贸易的具体业务经办人员均证实与杨某某及杰诺公司之间存在真实的购销贸易，且具体的贸易往来由杰诺公司的业务员韩某建负责联系。而这个韩某建恰恰就是杨某某在其无罪辩解中提到的，货物拆解后，在天津地区帮其联系销售并接收货款的代理人。从这一点上来看，受票企业中具体业务经办人员的证言内容与杨某某的无罪辩解是能够印证的。

反观这些受票企业的负责人的证言笔录，则大多声称与杨某某及杰诺公司之间不存在真实的货物买卖关系，涉案增值税专用发票也是杨某某及杰诺公司虚开给受票企业的。除了与本单位具体业务人员的证言内容存在矛盾外，这些受票企业负责人的证言笔录关于杨某某及杰诺公司为受票企业“虚开”发票的“背景”及“对价”方面的描述均存在明显的事实不清、证据不足的问题。具体体现在：

在“虚开”的“背景”方面，这些企业负责人的证言笔录称，因企业的供应商在供货后无法开具增值税专用发票，所以才找到杨某某及杰诺公司为其“虚开”增值税专用发票，也就是我们打比方时经常提到的“张三供货、李四开票”。按照这些企业负责人的说法，这里的“李四”就是杨某某及杰诺公司了，那么“张三”呢？“张三”究



竟是谁？或者说究竟是哪家单位？对此，这些企业的负责人无法回答。

在这种情况下，结合相关企业具体业务经办人员的证言，有真实的货物购销贸易，有针对该等购销贸易开具的增值税专用发票及开票单位（杨某某及杰诺公司），且相关真实的货物购销贸易又是开票单位方的人员韩某建联系的。那么，我们凭什么还相信受票企业负责人证言笔录中所谓“张三供货，李四开票”的说法呢？我们相信，实际情况应当就是“李四供货，李四开票”，没有所谓的“张三”，更没有所谓的“虚开”。

在“虚开”的“对价”方面，部分受票企业负责人的证言笔录称，因杨某某及杰诺公司为其企业虚开增值税专用发票，故由其企业按照发票金额的一定比例向杨某某及杰诺公司支付“开票费”，具体是由受票企业的业务人员与杨某某商定“开票费”的金额比例的。然而，这样的证言内容并没有得到相关业务人员及杨某某的印证。不仅如此，这些受票企业负责人的证言笔录中提到的“开票费”的比例也与鉴定意见中提到的数据不符。至此，受票企业负责人证言笔录中关于“开票费”的说法缺乏其他证据的支持，其客观性严重不足，应当视为孤证并不予以采信。

也许是注意到上述受票企业负责人证言内容中存在的问题，本案的补充侦查卷宗显示，办案机关在案件补充侦查阶段对上述受票企业负责人又进行了补充询问，在这些因补充询问形成的证言笔录中，有部分企业的负责人推翻了此前的证言，表示与杨某某及杰诺公司之间具有真实的货物贸易，杨某某及杰诺公司没有虚开增值税专用发票，并对起诉书及鉴定意见中提到的疑似支付“开票费”的情况做出了与杨某某无罪辩解相一致的合理解释。但仍有部分受票企业的负责人还在坚持原来的证言内容，声称杨某某及杰诺公司为其虚开了增值税专用发票。

4、韩某建的意外死亡，造成了侦查机关取证环节上无法弥补的缺口。

无论是杨某某的辩解，还是受票企业相关证人的证言笔录，均提到了一名关键的证人韩某建。按照他们的说法，韩某建系杨某某及杰诺公司在天津地区的代理人，在杰诺公司的货物经当地个体加工拆解者加工后，就由韩某建联系将拆解加工后的货物销售给包括四家受票企业在内的相关单位。

因此，韩某建的证言对于案件事实的认定无疑是至关

重要的。然而，让人没有想到的是，在杨某某被羁押后不久，韩某建就因脑出血死亡，这使得侦查机关无法对韩某建进行调查取证。现有证据中，与韩某建关联最为紧密的证据就只有租用场地给韩某建的证人徐某民（居住在天津静海地区）了。

根据证人徐某民的证言笔录，徐某民将自己家的田地（已改造成货场）租给韩某建，并帮助韩某建看货。韩某建使用该场地存放从废旧电线中拆解出来的废铜线，并联系销售这些废铜线，但这些废铜线从何而来，销售到何处，徐某民并不清楚。

我们从徐某民的证言中可以看到，韩某建确实从事联系销售废铜线的业务，这样的证言内容与杨某某及受票企业相关证人对韩某建的描述存在一定程度的印证关系。

由此，在这种情况下，我们认为，对侦查机关及公诉机关而言，他们已经无法通过向韩某建进行调查取证来否定杨某某无罪辩解中涉及到韩某建的辩解内容；而对于被告人杨某某而言，现有证据的相关内容及疑点已经形成了一个办案机关难以排除的，有利于她的合理怀疑，即杨某某及杰诺公司与个体拆解者之间是委托加工关系而非货物买卖关系；相关货物经过加工拆解后，由韩某建联系销售给受票企业，并由杰诺公司据此开具增值税专用发票。因此，相关增值税专用发票的开具是基于杨某某及杰诺公司与受票企业间真实的货物购销贸易，因而不是虚开增值税专用发票的行为。

5、在走私废物罪的指控中，杨某某并没有使用别人的进口许可证进口涉案货物。

前面提到，按照现行司法解释的规定，使用他人许可证，进出口国家限制进出口的货物、物品的，以走私犯罪定罪处罚。据此，涉案《进口许可证》的权属状况几乎决定了杨某某究竟是否构成走私犯罪。

经对涉案《进口许可证》的内容进行查阅，我们发现，该许可证实际是由国家环

保部颁发给杰诺公司和具有环保资质的加工利用企业共同持有的许可证。在该许可证上，杰诺公司的身份是“进口商”，相关加工利用企业的身份是“加工商”。因此，公诉机关将该许可证简单的视为加工利用企业的许可证是不准确的，该进口许可证应是杰诺公司与相关加工利用企业共同所有的证件。

在这种情况下，我们认为，起诉书关于杨某某及杰诺公司使用他人许可证进口涉案货物构成走私废物罪的指控显然与客观事实存在出入，因而不能成立。

此外，我们还注意到，在海关总署提供的判例中，被认定犯走私废物罪的被告单位与其使用的进口许可证之间没有任何关联。该案件中的进口许可证上的进口商和加工商均不是被告单位。可见，该判例中的被告单位所实施的行为才是真正的利用“他人”许可证走私废物的犯罪行为。而本案中的杰诺公司进口货物时，使用的是自己作为进口商的进口许可证，这应当是使用自己许可证的行为。因此，我们认为，海关总署提供的判例与本案的事实情况并不一致，不能作为认定杨某某犯走私罪的参考或根据。

综上，我们认为，起诉书关于杨某某涉嫌走私废物罪的指控不能成立。

最终，在法庭上，针对起诉书关于杨某某涉嫌走私废物罪、虚开增值税专用发票罪的指控，我们根据上述分析及理由为杨某某做了无罪辩护。

无罪的认定和有罪的判决

根据辽宁省营口市中级人民法院2015年11月26日作出的（2014）营刑二初字第00002号刑事判决书、辽宁省营口市中级人民法院（2014）营刑二初字第00008号刑事判决书：

对于起诉书关于杨某某涉嫌虚开增值

税专用发票罪的指控，法院经审理认为，公诉机关对被告单位杰诺公司及被告人杨某某犯虚开增值税专用发票罪的指控事实不清、证据不足，现有证据达不到确实、充分的证明标准，指控的犯罪事实不具有唯一性和排他性，无法推翻有利于被告人的证据及在此基础上形成的有利于被告人的合理怀疑。因此公诉机关指控该罪名不能成立，本院暂不予支持。

对于起诉书关于杨某某涉嫌走私废物罪的指控，法院经审理认为，被告单位杰诺公司利用与其他单位共同申办或冒用其他单位名义申办的《限制进口类可用作原料的固体废物进口许可证》，将境外固体废物运输进境，逃避海关监管，未将进口废物送至许可证载明的加工利用商处加工、利用，而自行或委托他人拆解销售牟利，情节特别严重，构成走私废物罪。本案系单位犯罪，被告人杨某某作为被告单位直接负责的主管人员，其行为构成走私废物罪。本案在侦查机关传唤被告人杨某某的过程中，其能主动到侦查机关办案场所如实交代其走私废物犯罪的事实，对被告人杨某某及杰诺公司均可认定为自首，依法可对其从轻或减轻处罚。

最终，经法院审判委员会讨论决定，依照刑法的相关规定，对杨某某及杰诺公司判决如下：

被告单位杰诺公司犯走私废物罪，判处罚金人民币二十万元；被告人杨某某犯走私废物罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币五万元。（刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。罚金已缴纳）

以上就是审理法院对本案作出的无罪认定和有罪判决。在收到判决书后，被告人杨某某决定不再上诉，该判决现已生效执行。由于被告人杨某某在判决执行以前先行羁押的期限长达22个月之多，相信她在不久的将来就可以重获自由，希望她和家人早日团聚，重归平静的生活。

对我们而言，本案的辩护经历多少有些坐过山车的感觉，从最初的“一筹莫展”到最终的“柳暗花明”实际是一个对事实和证据反复推敲、去伪存真的艰辛历程。审理法院最终能够采纳我们关于被告人杨某某不构成虚开增值税专用发票罪的辩护意见，既是对律师工作的认可，也是对“以审判为中心”诉讼制度在个案实践的最好的诠释。



骗局（中）

——“铤而走险”的收购能否“化险为夷”

前情大事记

2001年东吴公司组建荆州公司，陆续自东汉府取得地铁4号线、地铁10号线及15号线等线路站前广场的经营许可权。

2012年初，东吴公司向甘兴霸、程德谋及鲁子敬三人让渡荆州公司51%的股权。

2014年初，荆州公司对外负债7000万元，经营陷入困境。

2014年1月、2014年6月，东吴公司两度与刘景升、甘兴霸协商出售荆州公司股权，以换取投资款事宜，但均告流产。

2014年8月，荆州公司与东汉府签订《还款协议书》，约定由荆州公司于2015年1月30日向东汉府偿还地铁站前广场许可使用费1000万元，于2015年4月30日向东汉府偿还地铁站前广场许可使用费3000万元，否则将收回地铁站前广场经营许可权。

2014年12月31日，蜀汉公司法定代表人刘玄德与荆州公司订立《股权转让意向书》，约定蜀汉公司对荆州公司展开尽职调查，并拟收购荆州公司100%的股权。



殷俊茹



李彬



周海琼



李源

2015年1月23日，皮匠律师事务所向刘玄德及蜀汉公司提交法律分析意见书，设计交易模式。

2015年1月28日，蜀汉公司与东吴公司、甘兴霸、程德谋及鲁子敬订立正式《股权转让协议》，约定向荆州公司提供股东借款7000万元以偿还荆州公司所欠债务的方式受让荆州公司70%的股权。

2015年1月30日，蜀汉公司依约提供1000万元股东借款以履行荆州公司与东汉府订立的还款协议。

2015年2月末，东吴公司拒绝协助办理股权变更工商登记手续及交接荆州公司经营资料等合同义务，致使2015年1月28日《股权转让协议》履行陷入僵局。

2015年3月初，东吴公司及荆州公司的法定代表人周公瑾要求蜀汉公司向东吴公司提供1400万元借款，否则将拒绝配合继续履行《股权转让协议》。

周郎妙计

对于周公瑾的无理要求，刘玄德断然拒绝。随之，双方的争议进一步升级，东吴公司发起了一系列的动作，试图制造蜀汉公

律师团队成员：

殷俊茹，毕业于清华大学，经济管理学院
李彬，毕业于中国公安大学，法学院
周海琼，毕业于北京师范大学，心理学院
李源，毕业于中国政法大学，法学院

根据我国相关法律法规的规定，未履行股权变更工商登记手续之前，公司新的股权结构不具有对抗第三人的效力。

司违约的证据。

最先受到东吴公司发难的是蜀汉公司派驻荆州公司的代表组。东吴公司控制荆州公司采取更换办公室门锁，封锁经营资料等方式强行赶走赵子龙等代表组成员，企图逼迫蜀汉公司就范。同时，为防止荆州公司无端终止履行公司交割义务的事实构成违约，东吴公司又在荆州公司内部发送通告，倒打一耙称蜀汉公司擅自撤离派驻代表，致使公司经营管理不续，故此东吴公司重掌荆州公司经营管理权限。

其后，东吴公司控制荆州公司不断的向蜀汉公司发送函件，在函件中编造蜀汉公司违反合同约定未如约提供借款的虚假事实，为其拒绝履行股权变更登记手续系因为蜀汉公司中止提供借款而创造理由借口，制取证据以备诉讼。

于此同时，东吴公司频繁与鲁子敬等荆州公司其他股东协商，以引进新投资人，提前偿还其他股东的股东借款为诱饵，与荆州公司其他小股东达成攻守同盟，共同阻碍蜀汉公司进驻荆州公司。

善守者藏于九地之下

——子龙战荆州

对于东吴公司的手段蜀汉公司并不意外，但东吴公司驱逐蜀汉公司代表组的行为确实事发突然，蜀汉公司并未及时留存证

据，如果最终闹上公堂，究竟是蜀汉公司擅自撤走还是东吴公司强行驱逐双方各执一词，难以辨明。为落实东吴公司的违约行为，在皮匠律师团队的建议下，蜀汉公司决定再让荆州公司驱逐一次。

2015年3月6日，在皮匠律师团队的建议下，赵子龙如同往常一样，若无其事地来到荆州公司“正常”上班，仿佛从未发生过驱逐事件。赵子龙拿出钥匙试图打开其办公室的门锁，发现锁已被换。随即，赵子龙以急于拿取个人物品及保存在荆州公司办公室中的蜀汉公司重要交易资料为由报警并叫来开锁公司打开办公室门锁。闻讯赶到的周公瑾与赵子龙发生了激烈的争吵，周公瑾无礼地强令赵子龙一次性收拾好个人物品及蜀汉公司资料滚出荆州公司。在周公瑾看来，这无非是蜀汉公司在蓄意闹事，殊不知整个过程已被紧随其后的蜀汉公司员工关云长拍摄下来。荆州公司驱逐蜀汉公司，拒绝履行合同义务办理公司交接手续的证据就此固定。

——蜀汉询诸侯

对于荆州公司编造虚假事实的各类函件，皮匠律师团队协助蜀汉公司严格围绕股权转让协议约定内容进行一一回复，将其中不实的陈述逐条驳斥。同时，因在蜀汉公司收购股权前即已聘请诸葛会计师事务所及皮匠律师事务所对荆州公司债务进行了详尽的调查，基于之前的尽职调查，蜀汉公司以协商还款计划为由向荆州公司的债权人发送征询函，就欠款事项逐一核实，本以为索债无望的债权人得知有公司要代荆州公司还款，自然是积极配合，纷纷回函确认。荆州公司虚构债务到期，恶意栽赃的事实得以固定下来。

自此，证实东吴公司及荆州公司违反合同约定拒不办



理公司经营资料交割及股权变更工商登记义务的证据链条形成。

2015年3月17日，蜀汉公司正式以荆州公司及东吴公司为被申请人向东汉府仲裁委员会提出仲裁申请，请求裁定东吴公司及荆州公司继续履行股权转让协议，依约办理荆州公司经营资料的交割义务及股权转让工商变更登记手续。

困兽犹斗

面对着蜀汉公司提供的证据材料，周公瑾祭出了杀手锏——拖延。2015年3月24日，荆州公司向东汉府仲裁委员会提出仲裁反请求，以蜀汉公司未依约提供借款偿还荆州公司到期债务为由请求解除合同。同时，蜀汉公司以需要补充收集证据材料为由向仲裁庭提出延期开庭的申请。

正如上文提到过的，时间是整个交易过程中，唯一一个蜀汉公司无法控制的因素，随

着2015年4月30日向东汉府偿还第二期许可使用费最后期限的临近，荆州公司随时可能丧失地铁站前广场经营许可权，进而导致荆州公司丧失收购价值。而在蜀汉公司业已丧失对荆州公司账户进行监管的情况下，蜀汉公司的任何出资均有可能被周公瑾挪用偿还东吴公司的股东借款。所以在未能全面控制荆州公司的情况下，蜀汉公司绝对不能再提供任何款项。

对于蜀汉公司来说，面对荆州公司的拖延战术看似只有两个选择，要么放弃本次收购计划，要么答应周公瑾的无理要求，向其支付1400万元的额外款项。而在荆州公



曾静音



任视宇



高琨



陈宇

律师团队成员：

曾静音，毕业于中国人民大学，法学院
任视宇，毕业于吉林大学，法学院
高琨，毕业于吉林大学，法学院
陈宇，毕业于中国政法大学，法学院

司看来，蜀汉公司前期的投入如此之大，对于地铁站前广场的经营许可权志在必得，其决然不会放弃本次收购计划。所以，周公瑾得意地断定只要在2015年4月30日前蜀汉公司未能拿到生效的仲裁裁决，蜀汉公司最终只能乖乖答应他的条件。

善攻者动于九天之上

然而，整个事态的发展却因皮匠律师团队在交易之初所设计的交易结构而并未按照周公瑾的设计发展，皮匠律师团队在股转协议中铺设的交易条件及合同条款的作用开始显现。

——寻找利益同盟

“解除合同”是一把双刃剑，一方面他是荆州公司逼迫蜀汉公司的利器，但同时也可以成为蜀汉公司用以清除东吴公司的妨碍，保证合同继续履行的工具，为谁所用的关键在于由谁主张。

本次交易的设计中，偿债式收购模式使得在整个交易过程中荆州公司原股东并未实际收到任何对价，其股权转让款转变成荆州公司未来的经营收益。而荆州公司全体股东对于在合同解除时，荆州公司返还蜀汉公司所付款项的义务承担连带保证责任的合同条款设计使得一旦蜀汉公司因荆州公司违约而提出解除合同，全体股东将承担向蜀汉公司返还已提供资金的义务。



荆州公司及东吴公司自然是债多人不愁，而鲁子敬、甘兴霸及程德谋却将面临资产被追诉的危险，不但之前的投资均已损失殆尽，还要无端的向蜀汉公司承担1700万元的还款责任，割肉之痛岂是周公瑾引进新投资人优先偿还三人出资的空头支票所能弥补，他们三人正是和我方利益一致的人。

而正如前文提到过的，在荆州公司的原股东持股比例中，东吴公司一家独大持股49%，实际经营管理荆州公司，而鲁子敬、甘兴霸及程德谋三个小股东虽然每个人的持股比例并不高，但三人持股总和达到荆州公司全部股权的51%。如果三人联合一致，足以控制股东会，进而彻底架空东吴公司。所以，除了大股东东吴公司的妥协外，只要能够与三个小股东达成同盟，一样可以使荆州公司继续履行合同约定内容。而建立同盟最好的办法，是让对方不得不答应。

2015年3月27日，蜀汉公司向荆州公

司及其原股东东吴公司、鲁子敬、甘兴霸及程德谋发送函件，通知解除股权转让协议，要求荆州公司向蜀汉公司返还已提供的借款1700余万元，并要求东吴公司、鲁子敬、甘兴霸及程德谋对上述返还义务承担连带责任。

2015年3月31日，在确认荆州公司及其原股东收到通知函件后，蜀汉公司向东汉府仲裁委员会提交变更仲裁请求申请书，请求解除股权转让协议，追加鲁子敬、甘兴霸及程德谋为案件共同被申请人，并请求荆州公司、东吴公司、鲁子敬、甘兴霸及程德谋共同返还蜀汉公司业已提供的合计1700余万元的借款。此时,距离2015年4月30日荆州公司应向东汉府偿还第二期借款的时间节点还剩不到1个月的时间。

——内战夺权

收到蜀汉公司变更仲裁请求申请书后，如同预先彩排过一样，鲁子敬、甘兴霸、程德谋三人在短短的一周内全面夺权，强行撤换荆州公司财务管理人员，收缴荆州公司公章、印鉴及财务资料，并在东汉日报上发表撤换法定代表人声明。



2015年4月10日，鲁子敬、甘兴霸、程德谋提出反请求，要求继续履行股权转让协议。同时，三人控制荆州公司提出变更仲裁请求申请，将原来的解除股权转让协议变更为请求继续履行。

随后，鲁子敬、甘兴霸及程德谋三人共同与蜀汉公司法定代表人刘玄德协商，承诺在2014年4月30日前办理完毕公司经营资料交割义务并向工商局提交股权变更工商登记申请。此时,距离2015年4月30日荆州公司应向东汉府偿还第二期借款的时间节点还剩不到20天的时间。

疥癬之疾

丧失对荆州公司实际控制的东吴公司对于股权转让协议的履行来说已经变成疥癬之疾，无关痛痒。但是，荆州公司股权变更工商登记尚需周公瑾及东吴公司签字盖章，而根据我国相关法律法规的规定，未履行股权变更工商登记手续之前，公司新的股权结构不具有对抗第三人的效力，也就是说，东吴公司转让的股权未登记在蜀汉公司名下之前，从外部看来东吴公司仍然是荆州公司最大的股东，其仍有机会向第三方转让其股权。如果在东汉府仲裁

委员会裁定继续履行前，荆州公司与新的投资人订立股权转让协议并且办理了工商变更登记手续，则整场交易将因为新的投资人实际取得荆州公司股权而无法继续履行下去。届时，蜀汉公司将不得不选择真的解除股权转让合同。如何使东吴公司及周公瑾顺利的配合办理股权变更手续成为鲁子敬、甘兴霸、程德谋在4月30日前兑现承诺的条件，亦是蜀汉公司排除风险，切实掌控荆州公司的关键。同时，经过这场纠纷，东吴公司及周公瑾与荆州公司的众位股东已经产生芥蒂，在蜀汉公司正式入驻荆州公司后，东吴公司必将滥用其股东权力阻碍荆州公司的正常运行。

如何使周公瑾及东吴公司配合顺利交接荆州公司并办理股权变更登记手续？如何有效排除东吴公司利用其股东身份阻碍荆州公司运营？这场仲裁之争又发生如何戏剧化的转变，以及最终如何收场？

敬请关注《骗局》（下）……

如何着手应对私募基金管理人 登记最新监管要求？

■ 肖小保 / 文

对私募基金管理人最新的监管要求是什么？

按中基协发〔2016〕4号文《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》（“《公告》”）对私募基金管理人应当依法及时备案私募基金的要求：

1、自《公告》发布之日起，新登记的私募基金管理人在办结登记手续之日起6个月内仍未备案首只私募基金产品的，中国基金业协会将注销该私募基金管理人登记。

2、自《公告》发布之日起，已登记满12个月且尚未备案首只私募基金产品的私募基金管理人，在2016年5月1日前仍未备案私募基金产品的，中国基金业协会将注销该私募基金管理人登记。

3、自《公告》发布之日起，已登记不满12个月且尚未备案首只私募基金产品的私募基金管理人，在2016年8月1日前仍未备案私募基金产品的，中国基金业协会将注销该私募基金管理人登记。

基金管理人如何着手应对新的监管要求？

◆ 私募基金管理人应当依法及时备案私募基金

1、自《公告》发布之日起，新登记的私募基金管理人应在办结登记手续之日起6

个月内完成私募基金产品的备案；

2、自《公告》发布之日起，已登记满12个月且尚未备案首只私募基金产品的私募基金管理人，应在2016年5月1日前完成私募基金产品的备案；

3、自《公告》发布之日起，已登记不满12个月且尚未备案首只私募基金产品的私募基金管理人，应在2016年8月1日前完成私募基金产品的备案。

◆ 私募基金管理人应当及时履行信息报送义务

1、已登记的私募基金管理人应尽快按时履行季度、年度和重大事项信息报送更新义务；

注：（1）自《公告》发布之日起，按照《私募投资基金管理人登记和基金备案办法(试行)》和中国基金业协会的相关规定，已登记的私募基金管理人未按时履行季度、年度和重大事项信息报送更新义务的，在私募基金管理人完成相应整改要求之前，中国基金业协会将暂停受理该机构的私募基金产品备案申请。

（2）私募基金管理人未按时履行季度、年度和重大事项信息报送更新义务累计达2次的，中国基金业协会将其列入异常机构名单，并通过私募基金管理人公示平台（<http://gs.amac.org.cn>）对外公示。一旦私募基金管理人作为异常机构公示，即使整改完毕，至少6个月后才能恢复正常机构公示状态。

2、及时按《企业信息公示暂行条例》规定公示年度报告；

注：（1）自《公告》发布之日起，已登记的私募基金管理人因违反《企业信息公示暂行条例》相关规定，被列入企业信用信息公示系统严重违法企业公示名单的，在



私募基金管理人完成相应整改要求之前，中国基金业协会将暂停受理该机构的私募基金产品备案申请。同时，中国基金业协会将其列入异常机构名单，并通过私募基金管理人公示平台（<http://gs.amac.org.cn>）对外公示。一旦私募基金管理人作为异常机构公示，即使整改完毕，至少6个月后才能恢复正常机构公示状态。

（2）新申请私募基金管理人登记的机构被列入企业信用信息公示系统严重违法企业公示名单的，中国基金业协会将不予登记。

◆ 私募基金管理人应当及时提交登记/变更法律意见书

1、为进行私募基金管理人登记/变更、基金备案需出具法律意见书的情形有哪些？

自《公告》发布之日起，新申请私募基金管理人登记、已登记的私募基金管理人发生部分重大事项变更，需通过私募基金登记备案系统提交中国律师事务所出具的法律意见书。

私募基金管理人登记法律意见书具体适用情形如下：

①自《公告》发布之日起，新申请私募基金管理人登记机构，需通过私募基金登记备案系统提交《私募基金管理人登记法律意见书》作为必备申请材料。对于《公告》发布之日前已提交申请但尚未办结登记的私募基金管理人申请机构，应按照上述要求提交《私募基金管理人登记法律意见书》。

②已登记且尚未备案私募基金产品的私募基金管理人，应当在首次申请备案私募基金产品之前按照上述要求补提《私募基金管理人登记法律意见书》。

③已登记且备案私募基金产品的私募基金管理人，中国基金业协会将视具体情形要求其补提《私募基金管理人登记法律意见书》。

④已登记的私募基金管理人申请变更控股股东、变更实际控制人、变更法定代表人\执行事务合伙人等重大事项或中国基金业协会审慎认定的其他重大事项的，应提交《私募基金管理人重大事项变更专项法律意见书》。

2、私募基金管理人登记法律意见书需对哪些事项进行核查？

按《私募基金管理人登记法律意见书指引》，律师在尽职调查的基础上应就下述事项逐条发表法律意见：

肖小保律师



京都律师事务所合伙人
肖小保律师是北京市律师协会风险投资与私募股权法律专业委员会委员，中国人民大学法律硕士，拥有证券从业资格（证券发行与承销），先后在公司、律所工作十余年，专注于公司法律事务。在私募基金、新三板、公司并购重组、投融资、员工股权激励、互联网金融和诉讼等方面具有丰富的法律服务经验。

（1）申请机构是否依法在中国境内设立并有效存续。

（2）申请机构的工商登记文件所记载的经营范围是否符合国家相关法律法规的规定。申请机构的名称和经营范围中是否含有“基金管理”、“投资管理”、“资产管理”、“股权投资”、“创业投资”等与私募基金管理人业务属性密切相关字样；以及私募基金管理人名称中是否含有“私募”相关字样。

（3）申请机构是否符合《私募投资基金监督管理暂行办法》第22条专业化经营原则，说明申请机构主营业务是否为私募基金管理业务；申请机构的工商经营范围或实际经营业务中，是否兼营可能与私募投资基金业务存在冲突的业务、是否兼营与“投资管理”的买方业务存在冲突的业务、

是否兼营其他非金融业务。

（4）申请机构股东的股权结构情况。

（5）申请机构是否具有实际控制人。

（6）申请机构是否存在子公司（持股5%以上的金融企业、上市公司及持股20%以上的其他企业）、分支机构和其他关联方（受同一控股股东/实际控制人控制的金融企业、资产管理机构或相关服务机构）。

（7）申请机构是否按规定具有开展私募基金管理业务所需的从业人员、营业场所、资本金等企业运营基本设施和条件。

（8）申请机构是否已制定风险管理和内部控制制度。

（9）申请机构是否与其他机构签署基金外包服务协议，并说明其外包服务协议情况，是否存在潜在风险。

（10）申请机构的高管人员是否具备基金从业资格，高管岗位设置是否符合中国基金业协会的要求。

（11）申请机构是否受到刑事处罚、金融监管部门行政处罚或者被采取行政监管措施；申请机构及其高管人员是否受到行业协会的纪律处分；是否在资本市场诚信数据库中存在负面信息；是否被列入失信被执行人名单；是否被列入全国企业信用信息公示系统的经营异常名录或严重违法企业名录；是否在“信用中国”网站上存在不良信用记录等。必要时，申请机构及其高管人员需出具相关证明文件。

（12）申请机构最近三年涉诉或仲裁的情况。

（13）申请机构向中国基金业协会提交的登记申请材料是否真实、准确、完整。



（14）经办执业律师及律师事务所认为需要说明的其他事项。

3、如何聘请律师事务所并为出具法律意见做准备？

①根据最新监管要求，私募基金管理人应当具有相应的风险管理和内部控制制度及其他规范经营要求，因此应聘请具有基金综合服务能力和丰富实务经验的律师事务所，以帮助企业建立、完善相应的基金管理制度，符合法律法规和监管规定的内控制度，并为基金募投管退业务提供良好的法律服务。

②聘请律所后，应当按照律所出具的尽职调查清单，提供相关的材料，并接受、配合律师开展尽职调查工作，按律师的要求进行相应的规范，出具相关承诺保证等。

◆ 私募基金管理人应当按时提交经审计的年度财务报告

根据《私募投资基金管理人登记和基金备案办法(试行)》第21条规定，私募基金管理人应当于每年度四月底之前，通过私募基金登记备案系统填报经会计师事务所审计的年度财务报告。

注：（1）自本公告发布之日起，已登记的私募基金管理人未按要求提交经审计的年度财务报告的，在私募基



已登记的私募基金管理人应当按照上述规定，自查相关高管人员取得基金从业资格情况，并于2016年12月31日前通过私募基金登记备案系统提交高管人员资格重大事项变更申请，以完成整改。

金管理人完成相应整改要求之前，中国基金业协会将暂停受理该机构的私募基金产品备案申请。同时，中国基金业协会将其列入异常机构名单，并通过私募基金管理人公示平台（<http://gs.amac.org.cn>）对外公示。一旦私募基金管理人作为异常机构公示，即使整改完毕，至少6个月后才能恢复正常机构公示状态。

（2）新申请私募基金管理人登记的机构成立满一年但未提交经审计的年度财务报告的，中国基金业协会将不予登记。

◆ 尽快获得私募基金管理人基金从业资格

1、从事私募证券投资基金业务的各类私募基金管理人，其高管人员（包括法定代表人\执行事务合伙人（委派代表）、总经理、副总经理、合规\风控负责人等）均应当取得基金从业资格。

2、从事非私募证券投资基金业务的各类私募基金管理人，至少2名高管人员应当取得基金从业资格，其法定代表人\执行事务合伙人（委派代表）、合规\风控负责人应当取得基金从业资格。

3、已取得基金从业资格的私募基金管理人的高管人员，应当按照《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》及《关于基金从业资格考试有关事项的通知》的要求，每年度完成15学时的后续培训方可维持其基金从业资格。

4、已登记的私募基金管理人应当按照上述规定，自查相关高管人员取得基金从业资格情况，并于2016年12月31日前通过私募基金登记备案系统提交高管人员资格重大事项变更申请，以完成整改。逾期仍未整改的，中国基金业协会将暂停受理该机构的私募基金产品备案申请及

其他重大事项变更申请。中国基金业协会将持续在私募基金管理人公示平台（<http://gs.amac.org.cn>）对外公示该机构相关高管人员的基金从业资格相关情况。

注：基金从业资格可通过以下四种方式获得：

（1）通过基金从业资格考试。基金从业资格考试的考试科目含科目一《基金法律法规、职业道德与业务规范》及科目二《证券投资基金基础知识》。根据中国基金业协会《关于基金从业资格考试有关事项的通知》（中基协字[2015]112号），符合相关考试成绩认可规定情形的，可视为通过基金从业资格考试。

（2）最近三年从事投资管理相关业务并符合相关资格认定条件。此类情形主要指最近三年从事资产管理相关业务，且管理资产年均规模1000万元以上。

（3）已通过证券从业资格考试、期货从业资格考试、银行从业资格考试并符合相关资格认定条件；或者通过注册会计师资格考试、法律职业资格考试、资产评估师职业资格考试等金融相关资格考试并符合相关资格认定条件。

（4）中国基金业协会资格认定委员会认定的其他情形。

拟通过上述第（1）、（2）情形的认定方式取得基金从业资格的私募基金管理人，还应通过基金从业资格考试科目一《基金法律法规、职业道德与业务规范》考试，方可认定取得基金从业资格。

已取得基金从业资格的私募基金管理人，应当按照《私募投资基金管理人登记和基金备案办法（试行）》及《关于基金从业资格考试有关事项的通知》的要求，每年度完成15学时的后续培训方可维持其基金从业资格。



法治在人们心中

■ 田文昌 / 文

在法治发达国家，当人们受到委屈，首先想到的是寻找证据，诉诸法律。一旦败诉，则只能寻求法律上的救济途径。即使不成，也只能息讼认输，另图机会。在中国，人们受到委屈，首先想到的不是寻找证据，而是以博取同情来寻求支持。一旦失利，则不依不饶，不择手段。即使因证据不利而缺失法律救济途径，也不甘罢休。自认为，有冤就能申，有理就能赢。

在法治发达国家，当人们遇到麻烦，首先想到的是找律师，靠法律。在中国，当人们遇到麻烦，首先想到的是找关系，靠权力。

这种差别，就是法治思维与人治思维不同之处的直观反映。它表明，法律的条文铭刻在法典上，法律的精神却要融汇在人们的内心中。所以，一个法治社会的标志并不仅仅在于其法律条文的多少，而更在于其公民法律意识的强弱。

那么，法律是什么？

在30多年前提倡法治的初期，在国人眼中法律似乎还很神秘，甚至很多人还谈法色变。记得当时我在中国政法大学任教时，带着学生们到街头义务普法，很多人不屑一顾，有些人远远地围观，少数人则小心翼翼地向我们靠近，试探性地提一些与己无关的问题，如此而已。后来，人们才逐步开始咨询一些实质性的问题。可是，很多人都是悄悄地、乘人不备地把我们拉到一边甚至到一个小胡同里去咨询问题，深怕被别人注意到。很显然，在他们眼里，法律似乎都与坏人坏事有关，咨询法律问题也是一件丢人的事。

那时候，由于人们没有法律意识，即使发生纠纷时也没人想到法律。当你指出某个事件涉及到法律责任的时候，很多人都会用怪异的口吻反唇相讥，认为你是在小题大做。这



在法治发达国家，当人们遇到麻烦，首先想到的是找律师，靠法律。在中国，当人们遇到麻烦，首先想到的是找关系，靠权力。

是因为，他们把法律看得过于神秘，甚至在很多人眼中，涉法就是犯法，而犯法就是犯罪。

其实，法律本来并不神秘，它就是一种规则，是一种具有国家强制力的规则。这种规则既是对自由的约束，也是对自由的保护。历史上，从远古开始，人们一旦形成群落，就会形成自由与规则的冲突。就个体而言，每个人都具有自由行为的欲望和权利，这是天经地义的。但是，就不同的个体而言，每个人的行为与他人行为之间则难免发生冲突。于是，就产生了对规则的需求。简言之，每个人的自由应当以不妨害他人的自由为前提。而要避免多个自由的相互碰撞，就必须对个体的自由加以必要的限制。这种限制的方式就是制定规则。

所以，规则是人类社会的必然需求，只要有人群，就离不开规则。除非在独来独往的一人世界里才不需要规则。

规则如何形成法律？

法律是规则，但法律又不仅仅是规则。法律与规则最本质的区别就是法律是具有国家强制力的规则。规则一旦被赋予国家强制力，就上升为法律，人们就必须遵照执行。所以，法律就是一种具有国家强制力的规则。

法治与人治

在人治社会中，人们不重视法律，而更重视开明君主的治理和社会公众的自律。在法治社会中，人们不相信个人能力和自律，而只相信法律的约束。这种不同的认识，其实与对人性的定位不无联系。

人性善与人性恶，历来是个争论不休的话题，至今也难成共识。然而，在人治与法治的研讨中，却可以引起对这个问题的进一步思考。

在资本主义社会形成与发展进程中，展现的是一部血

腥争斗的历史。一些人为了争夺财富，实现原始积累，常常会不择手段地相互欺骗，相互残杀。有时候，为了追逐共同的利益，会结成同盟，共同奋斗。一旦成功后，又会为了争斗成果而相互残杀。但是，当他们为了追逐下一个目标而需要再次合作时，又会在各怀心事的情况下为了各自的利益结成新的联盟。他们之间虽然并无信任并且相互提防，却可以为了共同的利益而结盟。正是在这种既勾结又斗争的过程中，在他们的认识中所形成的共识是：只有永远的利益，而没有永远的朋友，在追逐利益的过程中不能相信任何人。因此，只能依靠机制和法律来防止侵害，保护自己。

正是基于这种理念，资本主义社会经历了几百年的经验积累，建立了一系列完备的法律制度和社会管理机制。因为在他们看来，任何善良的愿望都不是绝对可靠的，在巨大的利益面前，人的恶性往往会受到诱发而占据主导地位。而这种认识逻辑的基础，就是性恶论。

与资本主义社会发展的轨迹相反，中国社会的现代发展史所经历的则完全是另外一种过程。二十世纪初期，由于中国社会出于内忧外患，民不聊生的特定环境下，中国的一大批仁人志士革命先辈为了追求自由、平等和民主的崇高目标，不惜抛头颅洒热血，舍生忘死，前赴后继地努力奋斗，他们不仅最终赢得了革命的胜利，实现了追求的目标，而且以自己的行动，给社会和后代树立了光辉的榜样。

正是在这种无私的精神和榜样的影响和激励下，人们日益崇尚和提倡高尚的品格和奉献精神，坚信只要除恶扬善，提高道德修养，充分发挥人的主观能动性，就可以使世界变得更美好。于是，多年来始终把加强思想教育置于首要地位，而忽视了法律和机制的重要作用。这种认识逻辑的基础，就是性善论。

由于历史演进的不同背景，形成了不同的思想观念，而不同的思想观念，有铸就了不同的社会管理模式。

在性恶论的支撑下，人们轻视个人的品质而注重机制的约束，资本主义社会经历了几百年时间建立了完备的法律体系和各种管理机制。无论在社会管理层面还是在生产经营领域，都可以对个人的权力和贪欲实行有效的约束。

在性善论的支撑下，人们忽视机制的作用而注重个人的品质，在先辈们无私奉献精神的感召下，多年来我们一直推崇思想教育和对个人品质的培养，把这种教育放在第一位。认为只要人的思想觉悟提高了，就是弃恶扬善，就能只做好事不做坏事，如果大家的思想觉悟都普遍提高了，整个社会就会走向良性发展。在这种理念支配下，选拔人才的标准更注重的是人的思想觉悟而不是他的知识和能力。更重要的是，管理社会的手段凭借的也是人的自觉性，而并不是法律和制度的约束。在我国改革开放以前，管理还没有成为一种专业，在选择干部时，一直把思想品质和奉献精神作为首要条件。所以，劳动模范、先进分子都可以被送到很高的岗位上去担任领导职务，甚至可以被选为国家领导人。外行领导内行就是这种理念的产物之一。

然而，非常残酷的现实是：当特定条件下所追求的特定目标已经实现，当分享成果的机会已经到来的时候，一些人的私欲逐渐地萌生、暴露和膨胀起来。而这时候，思想觉悟和道德标准只能成为一部分人的行为准则而不能约束所有人了。

例如，建国初期，因革命成功而掌握权力的领导阶层中，就开始有人滥用权力谋取私利，而当前腐败犯罪的愈演愈烈则进一步印证了个人品质的不可靠性。这一系列事例表明，在缺乏机制保障的情况下，人人都能自我约束，遵守纪律的神话并不存在。

而在法治发达国家，遏制官场腐败的基础并不是官员个人的品格高尚，却是科学而完善的机制设计。一个有效的机制未必能够消除人的恶性，却可以抑恶扬善，使恶性得以控制。

政界如此，商界也不例外

仅以民营经济为例，改革开放以后，由于缺乏管理经验和控制能力，多数民企都以家族式企业为基础，认为只有三亲六故才是最可靠的。然而，在企业发展过程中，利益的碰撞一旦发生，亲情和友情便失去了作用，夫妻反目，父子成仇者不计其数。而在法治发达国家中，各种形式的跨国公司



可以分散在世界各地，即使没有亲属关系也可以运行得仅仅有条、安安稳稳。究其原因，其根本差异就是人治与法治所带来的不同结果。“先小人后君子”“丑话说在前头”，是法治的思维方式，含义就是先定规矩后办事，防范在先。在这种行为方式下，表面上看似缺乏情义，却因有规则的约束而避免了争端。“先君子后小人”“大话说在前头”则是人治的思维方式，含义就是不定规矩先办事，许诺在前。在这种行为方式下，表面上看似义气大度，却因没有规则的约束而容易发生争端，而一生争端便由君子变成了小人。

曾几何时，我们曾经对西方人的许多行为方式嗤之以鼻，如，AA制，财产公证，立遗嘱，订合同，等等。认为那是自私自利，缺乏人情味儿的表现。直到如今，还有许多人甚至上千万元的交易都不签订合同，借款不立借据，认为那样做会伤害感情。然而，大量的案例却一再表明，这种方式不仅容易发生争端，而且争端之后会失去法律上的救济手段，更有甚者，由于无法救济则往往会引发法律之外的极端报复手段。

人治与法治，这两种不同理念，形成于不同的历史环境，其认识的根源与“性善论”和“性恶论”不无联系。应当说，对“人性”的反思，有助于帮助我们走出“人性善”的误区。“性恶论”并非自我贬低，而只是正视现实。由“恶”而向“善”应该比由“善”而向“恶”更为理性，更为明智。更重要的是，“性恶论”才是法治的基础。

人们之所以相信法律，崇尚法律，首先是因为需要法律。只有当人们认识法律比承诺更可靠，制度比智慧更安全的时候，才会将法律植根于自己的内心之中。而人们心中有法，才是法治社会的真正体现。



金融新业态下私募股权投资与非法集资的法律风险控制

■ 吕志轩 王悠 / 文

2016年3月5日，第十二届全国人民代表大会第四次会议上，国务院总理李克强在政府工作报告提出，要深化金融体制改革。整顿规范金融秩序，严厉打击金融诈骗、非法集资和证券期货领域的违法犯罪活动，坚决守住不发生系统性区域性风险的底线。

由此可见，在当前金融新业态下，非法集资现象已经严重影响到国民经济的持续发展。然而私募股权领域作为非法集资的重灾区，进一步加强私募股权投资风险控制已经不可避免。

事实上，无论是在国家政策层面，还是部门监管层面，均出台了很多措施规制私募股权的规范发展。

我国私募股权投资的现状

私募股权基金一般是指从事私人股权（非上市公司股权）投资的基金。目前，私募股权投资在我国虽然还处于起步阶段，但私募股权基金蓬勃发展,私募股权基金的数量仍在迅速增加，发展迅猛，但私募股权投资领域的法律法规尚不够健全、私募基金PE行业管理人整体的管理水平不高，行业投资仅限于传统行业，退出机制目前还不健全，整个行业鱼龙混杂，广大普通居民金融知识严重缺乏、投资风险意识不高，受到高利诱惑盲目投资现象普遍，有的甚至演变为非法集资。当前私募基金领域存在以下违法、违规问题，甚至涉嫌非法集资等犯罪活动：

私募股权投资基金法律风险

私募股权投资基金的法律风险，指私募股权投融资操作

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。如：未依法设立和依法报批；代持股中投资者人数超过《公司法》、《合伙企业法》及《创投办法》规定的上限；承诺固定收益，向不特定对象公开宣传。

代持股中实际投资人数超限，涉嫌向不特定对象募集资金。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

吕志轩律师简介

京都律师事务所合伙人。执业二十年资深律师，曾在政府法制部门工作过，系北京市律师协会会员，金融衍生品专业委员会委员，朝阳区民法民事专业研究会会员。业务领域为政府日常法律事务、刑事辩护、非法集资案件处置的

专项法律服务、私募股权基金、金融及互联网金融等领域金融衍生品法律业务、金融机构不良资产处置业务。公司企业日常风险控制、法人治理结构设计、股权融资、房地产项目转让及融资等法律业务。吕志轩律师办理过多起重
大复杂刑事案件、民商事案件及非法集资专项处置案件，有丰富的政府法务、刑事辩护、民商案件代理的实际工作经验，有优秀的从业业绩。



种行为给私募企业的运营带来了巨大的法律风险。具体法律风险存在如下几方面的。

1、登记备案信息失真。如私募股权基金管理人在私募基金管理机构和私募基金登记备案信息方面不完整、不真实，更新不及时，没有按规定报送定期报告和重大事项变更情况。

2、资金募集行为违规。如向非合格投资者募集资金、变相降低投资者门槛、向不特定对象公开募集、夸大或虚假宣传、违规保本保收益、投资者人数超过法定人数限制等。

3、投资运作行为违规。如挪用或侵占基金财产、将固有财产与基金财产混同、违反合同约定列支费用、进行利益输送等。

4、公司管理失范。如内部管理和风险控制制度不健全，公司管理薄弱；有的公司管理和风控流于形式。

5、信息披露制度不健全，披露信息不充分；没有建立利益冲突防范机制或执行不到位等。

6、资金未实现第三方托管。将公司资金与基金资产混同使用，甚至转移使用。

7、涉嫌非法集资。如以虚假或夸大项目为幌子，以保本高收益为诱饵，向不特定对象公开募集资金，涉嫌变相高利吸收公众存款或集资诈骗；操纵市场、进行内幕交易等。

8、股份代持，变相超越法定人数，在代持股份情况下，经过股份代持后，如有限责任公司合伙人超越50人；股份有限公司超越200人。

私募股权法律风险控制与防范

（一）监管层面对于风险的控制

我国近几年非法集资发展的情形来看，合法的民间私募基金与非法集资的法律边界模糊，私募基金的审核手续及备案手续尚不完备。部分私募基金没有履行此类手续，导致无法正常监管。目前证监会及股权投资证券基金业协会已经开始在这方面加强。证券基金业协会在2015年底已经委托律师所开始开始对私募基金管理人的人会资格开始严格核查和筛选，对于不合格的投资人审慎入会，2016年2月中国证券基金业协会发布了一系列的新规定，以期建立一个全面的私募股权基金自律规则体系如《私募股权基金管理人内部控制指引》；《私募投资基金信息披露管理办法》《关于进

一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》；及中基协发〔2016〕4号及附件《私募基金管理人登记法律意见指引》；上述组合文件，加强了信息报送、强化法律意见书出具及高官人员资质的要求，加强了对私募基金管理人的备案管理，从源头治理私募基金投资领域违规和非法集资行为的发生。一是监管PE产品。二是监管PE的运营方式。三是识别合格投资者。

（二）私募股权投资管理人方面风险控制

1、要依法设立和依法报批和备案

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备案。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。

2、投资者人数不得超过《公司法》、《合伙企业法》及《创投办法》规定的上限；或单个投资者对创业投资企业的投资不足100万元人民币；或多个投资者以某一个投资者名义代持创业投资企业股份或份额的创投企业，不予备案。

3、人数要在法定范围，要有识别风险能力

首先，要对投资人数限定：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。但目前私募领域涉嫌非法集资犯罪中的代持股现象较为普遍。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。

4、投资者要具有识别风险及抗风险能力，如单个投资者对创投企业的投资不得低于100万元人民币。

而非非法集资的投资者人数没有上限，涉案人数达到数万人的不占少数。

5、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。

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。保本付息业务只有人民银行批准的金融机构才能开展，一般机构是无权向客户做这一承诺的。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。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。

（三）私募股权投资人法律风险防范

1、识别自己是否是合格投资者。根据《私募投资基金监督管理暂行办法》，私募基金的合格投资者是指具备相应风险识别能力和风险承受能力，投资于单只私募基金的金额不低于100万元且符合下列相关标准的单位和个人：净资产不低于1000万元的单位；金融资产不低于300万元或者最近三年个人年均收入不低于50万元的个人。

2、查看私募基金管理人是否办理了基金备案手续，及基金项目是否备案。

3、网络搜集该是否PE企业利用报刊、电台、电视、互联网等公众传播媒体或者讲座、报告会、分析会和布告、传单、手机短信、微信等方式，向不特定对象宣传推介。

4、了解投资人数是否超过200人的或者有变相股权代持行为。

5、该PE公司是否进行了充分信息披露、揭示和疲劳相关风险。

6、基金管理是否进行托管及 是否违反“专款专用专管”原则。

7、是否有变相承诺给付固定回报，如果有就涉嫌违规。

总之私募股权在金融新业态下变得日益复杂，风险大增，导致高风险因素多样，对股权投资基金实行行业自律为主、政府监管为辅，同时投资者注意防范风险，从源头防范。才能有效抑制私募股权基金领域中可能产生的非法集资现象，促进金融新业态下私募股权健康发展。

浪漫的福利

■ 贾宝军 马若飞 / 文

贾宝军律师简介



京都律师事务所合伙人

擅长劳动法律仲裁、诉讼及非诉讼业务，企业劳动法律风险防控业务。执业十余年来，累计为150余家企业实施了劳动法律风险防控服务，为客户培训近百余次，服务对象涉及各类型公司（企业）、事业单位、社会团体、非企业法人，亦曾代理数十起劳动者维权案件。在人力资源管理风险诊断和风险防范、出具劳动争议解决方案、代理劳动仲裁诉讼案件以及劳动法律和实务培训等方面具有丰富的经验。

而另一方面，伴随着新计生法的颁布，最受人瞩目的地方其实在于我国对计划生育政策的调整上升到法律层面，这也意味着“二胎政策”的全面推行。这其中，更耐人寻味的地方在于新计生法中对于鼓励二胎政策的条文附加表述了“符合法律、法规规定条件的，可以要求安排再生育子女”，这也取代了原来的“符合法律、法规规定条件的，可以要求安排生育第二个子女”。这里面的“再生育子女”取代了“安排生育第二个子女”，体现了我国在应对人口危机的时候所采取的政策态度，更是全面实现生育自主权的重要表态。

那么，关于新计生法和地方人大相继出台的《人口和计划生育条例》中，到底还强调了哪些问题呢？或者说有哪些问题是我们以及用人单位所密切关注的呢？让我们一起来看一下“北上广”的新规对比：

通过对“北上广”新规的整理，我们可以发现，各地都针对“可再生育政策”进行了具体的规定，并且从各项规定中也能发现不同地方对可再生育的政策态度。而这其中，广东省对“再生育”问题的政策表现的相对严苛。同时，北京市因为仍没有根据新计生法修正《北京

2015年年末，第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议对《中华人民共和国人口与计划生育法》（以下简称“新计生法”）进行了修正。而这次修法可谓一石激起千层浪，众多年轻未婚网友甚至在网络平台开起了新计生法的玩笑，纷纷在网上“招亲”，企图赶上“晚婚假”的末班车。说到这里，大家想必已经猜到，关于新计生法，最重要的一条改变在于取消了陪伴广大劳动者十几年的“晚婚晚育假”。

“晚婚晚育假”来源于2002年9月1日起施行的《中华人民共和国人口与计划生育法》，也就是新计生法的前身。按照当时的规定，公民晚婚晚育，可以获得延长婚假、生育假的奖励或者其他福利待遇，从而“晚婚晚育假”也就应运而生了。每个符合晚婚、晚育标准的公民，都可以享受最少7天的带薪假期。而在新计生法中，“晚婚晚育”的概念已经被完全取消，这是否意味着，这项伴随着我们十几年的“浪漫福利”就此退出了历史舞台呢？广大未婚同仁对此应当感到欣慰，这个独具特色的“浪漫福利”的退出只停留于形式，也就是说，“晚婚晚育假”的名称虽然不再出现于各个法律法规中，但是大多地方人大根据新计生法修正的《人口与计划生育条例》却仍然保留了该项福利。



市人口和计划生育条例》，从而也导致在北京市工作的年轻人，在新规未出台前，满足晚婚晚育政策时仍然可以享受“晚婚晚育假”。而上海市则完全保留了“晚婚晚育假”的福利待遇。在产假的方面，上海市对女员工在怀孕期间的身体状况表现出了更多的关怀，这自然体现在女员工可以获得相对较长的产假上。

在“北上广”之外，深圳经济特区、湖北省、天津市、浙江省、安徽省、江西省、宁夏回族自治区、四川省、山东省、福建省也相继根据新计生法修正了原有的《人口与计划生育条例》。在这些新规中，深圳经济特区显得比较特殊，除了表明在婚假、产假的问题上基本适用广东省的规定外，对流动人口的管理问题并没有采取全国通用的“流动人口的计划生育工作由其户籍所在地和现居住地的人民政府共同负责管理，以现居住地为主”的原则，而是结合深圳经济特区

流动人口较多的特点，规定了“女方为本市户籍的，执行广东省的生育政策”和“女方为流动人口的，执行其户籍地的生育政策”。并且，其对“流动人口育龄妇女在本市居住的”和“已怀孕的流动人口已婚育龄妇女户籍迁入本市的”两种情况也分别明确了办理“计划生育证明”的规定。从这一点来看，深圳经济特区在对待计划生育工作问题的态度上，未免显得过于严苛。

此外，这次发布新规的其它省、市中，仅有安徽省和山东省对于生育政策持更为开放的态度，即在规定再生育政策的时候并没有限制为夫妻已有两个子女的，符合相应条件时，“经批准可以再生育一个子女”。

而对于我们一直关心的“晚婚晚育假”，修正后的新规中均取消了“晚婚、晚育”的相关表述，但是对于假期的调整却各有不同。对于湖北省的新规，对于婚假的规定也一并删除，这也就意味着，“晚婚假”的福利将不再被居住在湖北省的公民所享有，但是其增加了男方五天的陪产假（护

马若飞律师简介



京都律师事务所律师

主要执业领域为：商事争议解决、刑事诉讼、常年法律顾问服务等，具有财税法背景。自加入北京市京都律师事务所以来，参与、处理了多起国企债权债务纠纷的争端解决，同时具有丰富的刑事诉讼经验。现在同样为企业资产处置、法律风险控制、金融企业合规性审查等业务提供专业服务。

理假），这也算是对取消婚嫁的另外一种补偿。而天津市的新规中不仅删除了“晚婚假”，而且对于产假也没有任何变化，与其它省市不同的地方在于针对不能增加三十天产假的，用人单位应当“给予一个月基本工资或者实得工资的奖励”。而浙江省、安徽省、江西省、四川省则与湖北省类似，虽然都取消了晚婚假，但是浙江省的新规却将女员工的生育奖励假延长至六十天，同时将男方的陪产假（护理假）延长至十五天；安徽省的新规也将女员工的生育奖励假延长至六十天；江西省的新规同样延长女员工的生育奖励假至六十天，并将男方的陪产假（护理假）延长至十五天；四川省的新规也是将女员工的生育奖励假延长至六十天，并将男方的陪产假（护理假）增加至二十天。对于宁夏回族自治区，由于在2014年修正的《人口和计划生育条例》中并没有对晚婚晚育进行规定，所以如今的新

规只是增加了女员工六十天的生育奖励假和其配偶二十五天的陪产假（护理假）。山东省则与天津市的新规采取了一样的原则，即仅仅将“晚婚假”删除，对于产假则没有任何变化。所有颁布新规的省份中，福建省最为特殊，因为不管是2014年修正的《人口与计划生育条例》还是2016年修正的版本中，都没有对“晚婚晚育假”进行明确的列明。

综上所述我们可以看到，由于产假的法律规定来源于《女职工劳动保护特别规定》，但是该规定并没有依据新计生法而做出修正，所以各地方的《人口与计划生育条例》针对产假也没有做出特别的调整。而各地在应对新计生法的时候，虽然绝大部分省、市均取消了“晚婚晚育假”，但是却普遍以增加生育奖励假和陪产假（护理假）的方式来提高员工的福利。也就是说，新计生法的出台，其实仅仅是名义上取消了“晚婚晚育”的“名分”，但是从实质上，并没有过多的影响到公民享受那由来已久的“浪漫的福利”！



建设工程施工合同 转包、违法分包中的连带责任

■王春军 / 文

笔者2015年代理两个争议焦点相同的建设工程施工合同纠纷案例，事实相似，但不同地方法院判决结果却有所不同，特拿来与大家分享，以期从案件判决中窥见出不同地方法院的审判思路。

基本事实

案件一：承包方安徽同济公司，将安徽某钢结构工程以总价包干的方式交于十七冶公司。十七冶公司又将该工程转包给三马公司。2014年1月20日，三马公司与钢马公司的法定代表人张某签订一份协议书，将涉案工程转包给钢马公

司。其后，钢马公司与京沧公司就涉案工程签订钢结构加工合同书。

合同签订后，京沧公司进行了施工，并于某年某月某日撤出施工现场。涉案工程已实际投入使用。另查明，十七冶公司、钢马公司均没有钢结构制作、安装的资质。

京沧公司多次催要工程款，钢马公司以种种理由推拖，至起诉之日，尚欠工程款800余万元。

案件二：2007年5月10日，桃源开发公司与信德公司就一开发项目签订了建设工程施工合同，信德公司项目负责人张某就该项目14#、17#、20#、会所工程与谢某签订了《建筑工程施工协议书》，协议书约定了工程概况、承包范围、



工程价款、结算方式等。

后谢某按合同约定履行了自身义务，并在施工过程得知张某系借用信德公司资质承揽的该项目。张某未按合同约定给付工程进度款，工程竣工验收后，以种种原因推拖给付剩余工程款。

代理思路

当事人慕名找到京都所，笔者对案件进行了论证，经分析，上述两案均属于典型的建设工程施工合同中的转包、违法分包纠纷。对此类案件需注意六大方面：

第一、涉案合同的效力

建设工程施工合同系一类特殊的承揽加工合同，是一类继续性合同，合同的标的大，关系社会公共安全、利益，必须加强行政监管。

合同有效的，按合同进行结算；合同无效的且按无效合同履行的，可参照无效合同结算（虽然司法解释仅规定了承包人可以请求按照无效合同结算，但发包人是否有此权利争议较大）；合同无效的且未按无效合同履行的，需鉴定评估按市场价据实结算。

第二、工程量的确认

建设工程施工合同的工程量不仅需要参考工程量清单、中标书、协议书、专有条款，还有可能出现大量设计变更、计日工等，需要进行确认。对于工程量的确认需要专业人士进行，发包方的项目负责人、工程师可以确认工程量，监理工程师也可以确认工程量，但发包方、监理方一般人员能否确认工程量争议较大。工程量的确认双方有争议的，应依据国家强制标准工程量计量规范进行确认。（GB50854-2013—GB50862-2013九个计量规范）

第三、工程价款

根据已完成的工程量且验收的确认的工程量，根据合

王春军律师简介



王春军律师2004年起在建筑施工企业从事法务工作，2006年开始从事律师工作，现加入京都律师事务所，着手建立其建设工程法务部门，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；多次参与央视及地方电视台法治节目、新闻评述的录制。

同约定、计价规范进行结算确认。虽有合同约定了固定总价（所称“大包干”），但如遇人工费调整、工程量大幅变更、政府指导价的材料价格变化的，可做工程价款调整。

第四、工程质量问题

“工程质量第一”，工程质量问题是决定工程款是否给付的根本问题，工程质量合格有两个原则：（1）竣工验收；（2）发包方擅自使用视为质量合格。

第五、责任承担

责任问题分为对于涉及发承包双方的是否违约、缔约过错责任等；涉及转包、分包的，对于发包方、承包方、分包方或转包人、违法分包人等责任的分配和承担问题。

第六、利息计算

此处利息分为两类：（1）垫资款的利息，有约定从约定，无约定的无利息；（2）拖欠工程款的利息，拖欠工程款利息何时计算的标准有竣工验收之日起、发包方擅自使用之日起、起诉之日起按同期银行贷款利率计算。

结合上述案件事实，笔者决定：

1、两案所涉合同无效的必须要求法院认定；2、工程量、工程价款可按无效合同的约定请求，如对方不予认可，在牺牲诉讼时间的情况下进行司法审计，初步估计可多审计出工程款百分之二十；3、工程质量以发包方或承包方擅自使用为依据认定质量合格，且对抗对方当事人的工程质量抗辩或反诉；4、因竣工验收与实际使用有时间差，以较早者为起点计算利息；5、适用《关于审建设工程施工合同纠纷若干问题的解释》第二十六之规定，突破合同相对性直接起诉转包方、违法分包方要求其承担连带责任，起诉发包方在欠付的工程款范围内承担连带责任。

笔者汇同项目经理、造价人员组织起诉材料，诉至人民法院，法院充分听取了双方的意见，对工程问题及相关法律问题要求进行专业陈述说明，庭审进行顺利。



法院对事实的认定和判决

审理中，法官总结的争议焦点与笔者完全相同，也认同笔者的代理意见和陈述，但两个案件的判决结果却有所不同，具体如下：

案件一：案涉钢结构工程由同济公司转包给十七冶工程公司，十七冶转包给三马公司，三马公司将部分工程分包给钢马公司施工，其后钢马公司又将该工程转包给了京沧诚公司施工。钢马公司所签订《钢结构加工合同书》，因违反国家建筑法的禁止性规定而无效。判决书明确写明“该案工程经多层违法转包”。判决支持了当事人所请的工程款，但未判决连带责任。

案件二：张某借用信德公司的建筑资质承包合同，违反了法律强制性规定，谢某与张某之前签订的施工合同载明甲方为信德公司、有关工程签证上也体现了施工单位为信德公司，但谢某为自然人，没有施工资质，同时也违反了法律的强制性规定，上述合同无效。最后法院判决支持了谢某主张的工程款，并同时判决信德公司承担连带责任。

建设工程施工合同中转包、违法分包中连带责任的确认

在笔者诉讼主张都得到支持的情况下，法院对连带责任的认定却截然不同，为什么类似的案情，法院都认定了层层转包的事实，但在判决上一个支持了连带责任，一个没有支持？这在某种程度上体现了建设工程施工合同案件的地方性。笔者认为，在建设工程转包、违法分包中转包人、违法分包人应当承担连带责任，发包人应在欠付的工程款范围内承担连带责任。具体理由如下：

（一）最高人民法院的司法解释

《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》第二十六条规定：实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。此条体现了对实际施工人利益的保护。

现在建筑市场上转包和违法分包的情形非常多，有的工程几经转手，按照合同相对性的原理，最后一手只能告他上一家，上一家跑了或者找不到人了，他不能往上告，否则就突破了合同的相对性。不能突破相对性的结果是什么呢？发包人工程价款只支付了一部分，中间转手的人赚的是差价，是倒卖工程的钱，最后干活的没有拿到钱，但是也没法起诉。因为他只能告他的上一手，上一手找不到人了，所以就造成两头落空，应当付钱的人不付也无法告，想要钱的人要不着。往往实际干活的人是一个工头领着十多个农民工，造成农民工讨薪无门，导致矛盾激化。

（二）地方法院的司法实践

1、《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》（京高法发[2012]245号2012年8月6日）19、违法分包合同、转包合同的实际施工人主张欠付工程款的，诉讼主体如何确定？发包人的责任如何承担？

实际施工人以违法分包人、转包人为被告要求支付工程款的，法院不得依职权追加发包人为共同被告；实际施工人以发包人为被告要求支付工程款的，应当追加违法分包人或转包人作为共同被告参加诉讼，发包人在其欠付违法分包人



考虑到发包人对于承包人转包、违法分包具有选任上的过错，履行合同中对于实际施工人的行为有时是明知或者默认，为了更能充分保护实际施工人的合法权益，转包人、违法分包人和发包人应对实际施工人的工程欠款承担连带责任。

或转包人工程款范围内承担连带责任。发包人以其未欠付工程款为由提出抗辩的，应当对此承担举证责任。

2、《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》（苏高法审委[2008]26号 2008年12月17日）第二十三条规定：实际施工人以发包人为被告要求支付工程款的，人民法院一般应当追加转包人或者违法分包人为被告参加诉讼。建设工程因转包、违法分包导致建设工程施工合同无效的，实际施工人要求转包人、违法分包人和发包人对工程欠款承担连带责任的，人民法院应予以支持，但发包人只在欠付的工程款范围内承担连带责任。实际施工人要求发包人给付工程款，发包人以实际施工人要求给付的工程款高于其欠付的工程款进行抗辩的，应当由发包人承担举证责任

3、浙江省高院《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》的通知（浙法民一[2012]3号 2012年2月23日）二十三、实际施工人可以向谁主张权利？实际施工人的合同相对人破产、下落不明或资信状况严重恶化，或实际施工人至承包人（总承包人）之间的合同均为无效的，可以依照最高人民法院《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》第二十六条第二款的规定，提起包括发包人在内的被告的诉讼。

4、山东省高级人民法院于1998年10月30日通过的《关于审理建筑工程承包合同纠纷案件若干问题的意见》“44、建筑施工企业转包、出借资质证书或以其他方式允许他人以本企业名义承揽工程，因此导致合同无效而造成的损失，应由转包人、接受转包人、出借人和借用人承担连带赔偿责任。”

山东省高级人民法院又于2011关于印发全省民事审判工作会议纪要讨论稿中明确在责任承担上，实际施工人因与发

包人之间不存在合同关系，其直接向发包人主张主权利已经突破了合同相对性原则，目的是保护农民工权益。考虑到发包人对于承包人转包、违法分包具有选任上的过错，履行合同中对于实际施工人的行为有时是明知或者默认，为了更能充分保护实际施工人的合法权益，转包人、违法分包人和发包人应对实际施工人的工程欠款承担连带责任。

（三）审判理论方向

在最高人民法院《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（二）》【征求意见稿】》中第二十四条【发包人对实际施工人承担付款责任的性质】建设工程施工合同无效，实际施工人要求转包人、违法分包人对工程欠款承担连带责任的，应予以支持。此文件还未通过，仅在讨论阶段，但极有借鉴意义，也表明了法院对此类情况的处理原则。

（四）法理依据

建设工程施工合同中转包、违法分包中实际施工人的工程款和利息的请求法理上可归因于不当得利请求权。

1、实际施工人以其施工的行为且基于自己的意思表示增加了发包人的财产，以自己投入的人工、材料、机械、设备而形成了在建或已建工程。

2、发包人、转包人、违法分包人因实际施工人的给付而受益。发包人获得了在建或已建工程的所有权，转包人、违法分包人因发包人的给付获得了或可能获得工程款的利益。

3、实际施工人与被借用资质企业、被借用资质企业与发包人的合同因违反法律强制性规定归于无效，实际施工人要求返还物的所有权，不切实际（发包人不会将已建工程或打散给付实际施工人的），最经济的方式就是给付损失赔偿，给付损失赔偿的表现就是给付工程款。

4、民法公平原则，达到各方利益平衡。即转包人、违法分包人对工程欠款承担连带责任的，但发包人在欠付的工程款范围内承担连带责任。

建设工程施工合同纠纷错综复杂，本文仅对此类案件一个争议点进行推敲，其他法律点实践中争议亦较大。经分析，这种争议除了法律规定的不明确，各方对法律、法规、合同、工程类规范的理解不同。因此，顺利解决建设工程合同纠纷有待当事人、法官、仲裁员及律师的共同努力。



论大数据背景下刑事法律风险防控

■季刚 / 文

当下，互联网和信息技术迅速发展，催生了数据量和数据规模的爆炸式增长。计算机硬件的发展为海量数据的存储奠定了物理介质的基础，宽带连接的不断提速为数据的快速获取和收集提供了速度上的保证，物联网、移动互联、云计算技术的发展使数据来源的渠道得到大幅拓展，联机分析、数据挖掘、数据可视化技术的发展，为分析、应用数据提供了技术上的支撑。由此，大数据的概念应运而生，并成为当下热词。大数据对于推动社会进步的积极作用自然无需赘述，但当我们的前景望眼欲穿时，也需要冷静地洞察大数据背后潜藏的法律风险，而一旦在收集数据、应用数据的过程中触碰到刑法的红线，使自己身陷囹圄，则更加得不偿失。下面，我根据自己的工作经验和对数据技术的研究，分析一下大数据时代，企业或个人所面对的三个方面的刑事法律风险。

对数据安全性的保障 ——刑法对于计算机信息系统数据的三重保护

数据的安全性是大数据发展和应用的前提，数据安全体现于两个方面：一是保密性，二是真实性。如果数据轻易被丢失或泄露，海量的数据对于数据管理人而言将会成为沉重的负担，而非财富；如果数据的真实性无法保证，越多的数据就越有可能将人们引向错误的方向，如此，针对大数据所进行的分析、挖掘以及决策都将毫无意义。我国刑法共设立三个罪名，构建了对计算机信息系统数据的保护体系，分别是：（1）非法侵入计算机信息系统罪；（2）非法获取计算机信息系统数据罪；（3）提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪；（4）破坏计算机信息系统罪。上



大数据给我们的生活带来便利的同时，也可能为实施犯罪提供了新型的手段，因此在大数据面前，人们必须保持清醒。

述四个罪名分三个层次对威胁计算机数据安全的行为进行制裁：

1、侵入行为。从法益保护的角度分析，侵入计算机信息系统仅仅对计算机数据安全构成了危险，不一定对数据安全造成实际的侵害。因此一般情况下，单纯侵入计算机系统的行为不作为犯罪处理。但是对于重要领域和要害部门的数据安全，鉴于其极端重要性，即使仅仅面临危险，法律也无法容忍。根据刑法规定，国家事务、国防建设、尖端科学技术领域，只要侵入上述领域的计算机系统即构成该罪，即使没有对数据安全造成实际的侵害。而为侵入行为提供程序和工具的行为，同样构成犯罪。

2、非法获取行为。为了保护数据的秘密性，防止数据泄露，《刑法》规定了非法获取计算机信息系统数据罪。非法获取数据的关键在于其“非法性”，“非法性”主要表现在以下两个方面：一是权利的非法性，即行为人并不具备约定或法定的获取数据的权利；二是数据取得手段的非法性，通常情况下，数据权利人、控制人并不知道其数据被他人获取；或者即使知道其数据被他人获取，也没有能力阻止这种情况的发生。

3、破坏行为。为了保护数据的真实性，防止数据被恶意删除和篡改，刑法规定破坏计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据的行为，后果严重的，构成破坏计算机信息系统罪。其中破坏行为包括对系统数据的增加、修改、删除等。

对数据披露与取得的规范——刑法对国家安全、商业秘密以及个人隐私的保护

大数据的关键在“大”，在于数据的规模和数量。多数情况下，孤立、小样本的数据是没有意义的。数据量越大，

我们能掌握的信息越多，就越接近真实，而且大量孤立数据综合起来所反映的信息，要远远大于每个孤立信息所能反映的信息总和。海量数据面前，各类信息愈发透明，国家秘密、商业秘密、个人隐私的泄露风险也随之加强。为此，特别需要关注大数据可能对以下几类犯罪产生的影响：

1、过失泄露国家秘密罪——对国家工作人员提出更严格的保密要求。构成该罪有两个前提，缺一不可：一是国家秘密确已泄露；二是国家秘密泄露的原因是由于国家工作人员违反国家保密法规的规定。如果国家工作人员在不具有泄密故意的情况下，单纯违反保密法规，但未造成国家秘密实际泄露，则不会构成犯罪。在数据收集和挖掘技术相对落后的情况下，一次违规行为造成泄密的可能性较低，由此可能使一小部分涉密人员心存侥幸，为图一时便利而对相应的保密法规视而不见。但大数据时代，数据搜集无处不在，却又无声无息；数据分析技术高超，以致洞若观火。国家工作人员违规行为导致国家秘密泄露的概率将极大提高，致使其刑事法律风险明显提升，也倒逼小部分涉密人员摒弃侥幸心理，严格遵守保密法规的相关规定。

2、侵犯公民个人信息罪——大数据时代，对个人隐私的刑法保护不断强化。2009年通过的《刑法修正案（七）》（简称《修七》）规定了非法获取公民个人信息罪，以及出售、非法提供公民个人信息罪两个罪名，迈出了刑法对于个人信息保护的第一步。2015年10月正式实施的《刑法修正案（九）》（简称《修九》）及相关司法解释撤消了上述两个罪名，增设侵犯公民个人信息罪，其实质上将原有的两个罪名合二为一。从《修七》到《修九》，刑法对于公民个人信息的保护从无到有，由弱到强，特别是《修九》的修改，符合大数据时代对个人隐私保护的法律发展趋势，主要变化有二：一是犯罪主体从特殊身份到一般身份的转变，《修七》将出售、非法提供公民个人信息罪的主体限定为国家机

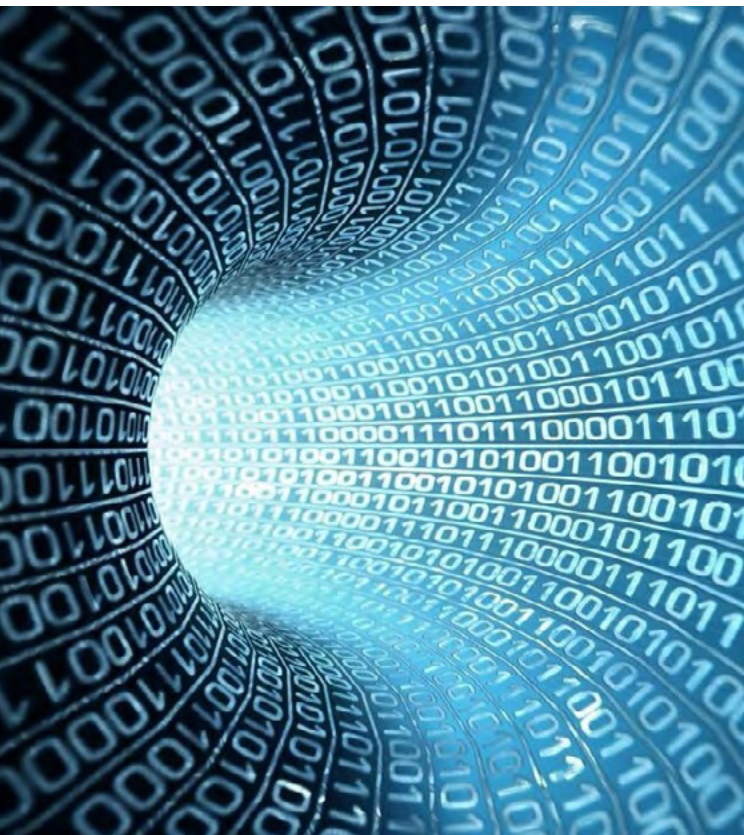
关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位及其工作人员，而《修九》已取消上述限定，任何个人和单位都能够成为该罪主体。因为移动互联技术的发展，以及网络购物、在线支付、定位服务等技术的发展，极大地拓宽了信息收集的渠道，使得很多单位甚至是个人能轻易获得公民个人信息，如果刑法仍将该犯罪主体限定为特殊主体，将造成法律保护的缺位。二是加大了刑罚力度，将该罪的法定最高刑由有期徒刑三年升至七年，并明确在履行职责、提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，从重处罚。原因是大数据使个人信息富含商业价值，利益的诱惑会诱导人们铤而走险，只有提高刑罚惩处力度，增加犯罪的成本，才能有效遏制犯罪势头。随着信息的透明化，刑法不断加大对个人隐私的保护力度是大势所趋，对个人隐私的尊重和保护将是任何企业和个人不可逾越的红线。

3、侵犯商业秘密罪——“云环境”下，云服务提供商应严格自律。云计算实现了硬件资源的虚拟化，其便捷、高效、廉价的特点让很多企业愿意将海量的经营数据存入“云端”，其中很多信息涉及商业秘密。“云计算”在给企业储存数据、使用数据带来便利的同时，他方托管、数据物理位置不确定等特点也为企业的商业秘密保护带来难以预测的风险。作为企业数据的实际掌管者，云服务商及其员工应树立严格的自律意识，在保护“云端”数据安全的同时，尤其应在利益面前经受住考验，杜绝监守自盗——即利用其掌握企业内部数据、信息的优势地位，使用、披露或者允许他人使用相关企业保存在“云端”的数据、信息，以谋取经济利益。而如果因此侵犯到商业秘密，并使权利人遭受重大损失的，构成该罪。

对数据应用的控制——刑法对数据应用的规范

大数据给我们的生活带来便利的同时，也可能为实施犯罪提供了新型的手段，因此在大数据面前，人们必须保持清醒。为此，刑法规定主要如下：

1、关于利用计算机实施有关犯罪的规定——新瓶装旧酒同样处罚。《刑法》第287条规定，利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。该规定为利用大数据实施传统犯罪的行为提供了法律支持。



2、拒不履行网络安全管理义务罪——明确了网络服务商的作为义务。平台、应用、软件等网络服务商对于第三人利用其实施的违法行为，不能以非我所为为由坐视不管。网络提供商有义务承担一定的信息管理义务，如怠于履行该义务，且经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，导致违法信息传播等严重情节的，构成该罪。以社交软件为例，社交软件服务提供方有责任通过数据挖掘等方法，对用户发布和分享的信息进行分析和筛查，如果发现违法信息，有义务进行屏蔽或删除。

3、帮助网络犯罪活动罪——大数据时代下，网络不能成为犯罪的帮凶。刑法规定，明知他人利用信息网络实施犯罪，为其提供互联网接入、网络存储等技术支持，或提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的，构成该罪。以网购平台为例，有了大数据的支持，提取、分析平台各商家的销售信息轻而易举，判断商家经营行为是否合法也并无困难。而如果网购平台明知商家经营行为涉嫌犯罪（如销售伪劣产品、销售枪支等违禁品等），仍然为其经营行为提供技术支持和各种便利，则可能面临刑事处罚。



我的京都缘

■曾静音 / 文



1 后排左五为曾静音律师

我始终认为，人生的很多选择看似偶然，其实却包含着必然。就像我和京都，为什么在北京那么多家律所中，我偏偏选中了京都所？而在数不清的求职者中，京都所最终相中了我？这或许就是说不清道不明的缘分吧！

和京都初次结缘源自2007年7月。那时的我刚参加工作两年，有幸作为海淀检察院的选手之一，参加了“海淀检察院VS京都律师事务所模拟法庭论辩赛”并荣获最佳辩手称号。作为司法战线的一名新兵，那时的我除了模糊地知

道京都所的主任是著名的刑辩大家田文昌老师以外，对于京都所说不上熟悉，更谈不上了解，但在论辩友谊赛中，京都所律师们所展现出来的专业素养和翩翩风采却给我留下了深刻的印象。

之后，日常工作紧张而忙碌，和京都所的人与事也都疏于联系了，只是在案件的审查起诉工作中，偶尔会遇到由京都所律师代理的案件。这时我都会自觉不自觉地加以关注，认真倾听他们的法律意见，仔细甄别辩方提供的证据。虽然与“京都”的接触依然屈指可数，但就在点点滴滴的工作往来中，京都律

师严谨的工作态度和出色的辩护水平已经逐渐赢得了作为“对手”的我的尊重。

人生无常。原本以为和京都的缘分就将这样继续下去，恰如君子之交，平淡而长情。却未曾想，在我职业生涯的重要转折点上，会有机会与京都进行一次“亲密接触”，成为她其中的一员，彼此休戚相关，荣辱与共。

2013年8月26日，是我到京都正式报到的的第一天。在决定投身律师行业之后，我曾多方了解各大律所的基本情况，也接到了一些著名律所的盛情邀

请，但权衡再三，我最终选择了加入京都。这其中除了源于在之前的点滴接触中所积累的对京都的好感以外，更重要的是通过进一步了解，我对于京都所的综合实力、业界口碑和发展前景都有了更加清晰的认识。我觉得作为一名专职于刑事法律领域的律师，选择京都这样一家积淀深厚、专业性强、业界影响力大的律所作为职业发展的平台应当是一个不错的选择。

初入京都就感受到了压力和挑战。虽然之前从事过八年的审查起诉工作，自信对于各种案件的处理也能做到游刃有余，但律师工作和公诉工作的差异还是让“初来乍到”的我感觉到了不适应。不再有现成的纸质版卷宗方便查阅，办案期限无法自行掌握且通常比较紧张，案件中的疑难问题需要自行取证且困难重重……工作方式方法的变化还仅仅是一方面，差别更大的是工作内容的不同：作为一名优秀律师，专业水平和营销能力同样重要，在潜心研究法律，做好案件本身的同时，如何敏锐地捕捉市场心态，成功地实现自我营销将是一个崭新的课题；客户的法律服务需求往往是多角度、综合化的，这就要求律师在精通某一专业领域的同时也要具备全面的法律知识和综合的法律素养，力争做到“一专多能”；在刑事法律服务的传

统领域如何培育新的市场需求，开发新的法律产品，将刑事风险防控与刑事案件辩护有机结合起来，扩展业务领域，还需要不断地实践和探索……在京都的每一天，工作都是新鲜而富有挑战的，也正是这些新的历练让我不断地鞭策自己、挖掘潜力，朝着“早日成为一名成熟而优秀的律师”的奋斗目标一步步迈进。

细细盘点一年多在京都的日子，虽然参与的案件和项目还不太多，但每一次经历对我而言都是重要的体验：开庭历时20余天的扬州非法经营案，让我从新的视角审视中国司法实践的现状，并开始思考作为一名刑辩律师，应当如何为实现个案公正和推动司法全面进步尽一份微薄之力；社会影响力巨大的山东招远麦当劳杀人案，让我曾经纠结于社会舆论压力与律师法定职责之间的抉择，同时也引发我的思考：在当事人的意见明显与事实和法律相左的情况下，作为辩护律师，如何既能保证最大限度维护其合法权益又不使得辩护意见过于偏激，伤害公众的感情，其中的尺度拿捏值得细细琢磨；参与世界五百强企业的风险防控项目，让我更加近距离地了解企业的刑事风险点和风险防控需求，将工作思维从“办案模式”、“诉讼模式”拓展到“预防模式”、“非诉

模式”，学习摸索法律服务的新领域；以律师的身份为各地检察系统的公诉人开展实训，让我更加真切地感受到公诉思维和辩护思维的激烈碰撞，对于法律共同体之间存在的差异及其原因有了进一步的理解和认识……在京都，参与的每项工作都让我品尝着初为律师的酸甜苦辣，而同事们的亲切关心和无私帮助更让我感受到大家庭的温暖：他们或者与我畅谈职业规划，将过来人的经验和体会倾囊相授；或者在实际工作中给予我指导，及时提醒注意事项和潜在风险；或者手把手教会我准备各种法律文书，帮助我尽快熟悉律师工作流程……点滴温暖消除了我的陌生感，很快，我就融入到新的集体当中，和大家一同分享喜怒哀乐，一起努力工作，痛并快乐着……

一年多的时间确实过得很快，其间，除了完成职业转型，我还幸运地迎来了我的第二个宝宝。有时候，我忍不住想，这冥冥之中或许就是上天的安排，一个新生命的诞生伴随着职业发展的新起点，是否就预示着我的人生将由此开启崭新的一页？感谢和京都的结缘，期盼这段缘分能碰撞出更多的火花，创造出更大的价值，也期待着和京都的小伙伴们在今后的岁月里彼此激励，相互扶持，走得更远……

2013年8月26日，是我到京都正式报到的第一天。在决定投身律师行业之后，我曾多方了解各大律所的基本情况，也接到了一些著名律所的盛情邀请，但权衡再三，我最终选择了加入京都。



因篮球之名

■马若飞/文

篮球，与其说是一项运动，其实更可以被简单的描述为一个游戏，一个有着许多繁琐的不可理喻的规则的游戏，一个被许多人调侃为“十个傻冒争抢一个皮球”的游戏。但是在我看来，这些不假思索的描述是对这个有着悠久历史的游戏的偏见，因为它的存在和意义远比那些门外汉们所理解的更为“荒谬”。

1891年，当基督教青年会国际训练学校的体育教师詹姆斯·奈史密斯博士正式发明这项游戏的时候，他应该也不会怀着那样的野心，寄希望于通过一项起初只是为了增加学生在冬季室内活动趣味性的游戏来被历史所铭记。毕竟，这项“伟大”的发明，不过只是一个游戏而已，一个有着许多繁琐的不可

理喻的规则的游戏。

在我的家乡，很多男孩子都被这项游戏所深深的吸引，其受众面之广，是另一个扭着丰满臀部，随着动感步伐跳广场舞的庞大“民间体育组织”所觉得不可思议的。当然，篮球在青少年中得到如此的热捧是有很多客观原因的，也许是源于一种本能的乐趣，又抑或是别的什么原因。但是，当我们冷静下来想一想的时候，或许也可以尝试着问一下自己，这个游戏为我们自己又带来了什么呢？可别像那些广告语中所说的那样：“篮球是五个人的”、“无兄弟，不篮球”等等，谁会真的为了结交个朋友，而去挖空心思钻研这个游戏里那些可笑的战术，或是利用课间十分钟反复摆动手腕来增加投篮动作的柔和性。毕

竟，这只是一个游戏，一个有着许多繁琐的不可理喻的规则的游戏。

记得第一次正式站在篮球场上的时候，是在小学，学校组织了班级间的比赛。记得我当时在场上发挥的并不好，跟最近的几场比赛一样，满脑子都是空的，腿也是僵硬的，所有的回忆好像都停留在关注着哪个班级的女孩儿在场下为谁加油，这点也跟现在一样。当比赛结束的哨音响起的时候，几个队友哭了起来，那应该就是我们这一群毛头小子第一次在人生中体验失败的滋味，而且又刚好被那么多漂亮的女同学见证了我们的失败。而哭过之后，我们那几个小队友好像很快就又回到了傻吃蒙睡的状态中，关于失败，什么就都不记得了。

到了高中的时候，学校又组织篮球

赛。我们班级一路打到决赛，我作为主力队员，也第一次站上了决赛的舞台，要知道，在这场篮球赛之前，我连背诵课文，都没有进入过班级的前三名。就是那次比赛，我第一次感受到了篮球的意义，因为它满足了我当时关于一切的虚荣心：我们赢得了冠军；我得到了场上的最高分；我那传统的父亲刚好到学校观看啦整场比赛；最重要的是，我与自己当时暗恋的女孩儿第一次紧紧相拥在一起。

大学的时候，学校、社会的各种规模的篮球赛就已经很正规了，并且也引起了学校师生更为广泛的关注。记得又是班级间的一场比赛，我通过罚球得到了自己那场比赛的第二十分，兴奋的心情自然溢于言表。我当时挥舞起双臂，向看台上的同学们致意，他们有的欢呼，有的则大笑。那场比赛，我们最终惜败，导致的结果是第二场比赛的时候，我们班级的看台空无一人。那一次，我真的觉得输掉了。之后的几年大学时光里，我已经不再积极多跑动，不再勉强出手投篮，不再企图通过这个游戏来满足虚荣心，来体验尝试失败所能带来的快乐。

再次开始认真对待这个游戏，就已经是来到京都律师事务所的时候了。在这里，很多被篮球包围起来的时间，与其说是为了参与并享受一个游戏，更不如说是为了讨些欢喜，这个由几块皮子拼接起来的球体，已经不再是这个游戏中大家所瞩目的主角。我也疑惑，身

边的队友们都是一把年纪了，却依然将所有的注意力专注于这项游戏中，为的是什么呢？回顾我与篮球的点滴记忆，不禁再一次把那个问题翻了出来：对于“篮球之父”，对于家乡一代又一代的人，对于我，对于眼前的这群运动能力已经走下坡路的队友们，这个游戏到底为他们，为我们带来了什么？真的，在我看来，这不过是一个有着繁琐的不可理喻的规则的游戏。

加入“京都篮球队”后，很快便开始了一系列的友谊赛，跟其他律师事务所较量，又跟媒体联队较量，自己队内也经常打训练赛，在球场上，没有谁会谦让。对于热身赛的战绩，我们没有过多的宣扬，更多的时候还是彼此鼓励，总结其中的各种不足，当然也会欢愉的吹嘘自己偶尔的精彩动作。那个时候的大家，就已经变的有意思起来，像是一群孩子，仿佛眼前努力做的一切，都有一个伟大的目的似的。

后来，实现这个伟大“目的”的机会终于来了，但是我们却错过了。作为“朝阳区律师协会篮球联赛”乙级联赛的种子队，我们被认为是冲击甲级联赛的不二选择，甚至没有一场失利是在我们的预料之中。然而，我们还是输了，不管是遗憾也好，惋惜也罢，总之就是那么不经意的让胜利从手边溜走。赛后大家依然很沮丧，但这份沮丧跟我小学时候第一次尝试失利的时候有很大不同，可能是因为没有人为这件事而哭泣；这份沮丧当然也与我大学时期因为

没人关注而倍感挫折不同，可能是因为有人在纠结自尊心、虚荣心这些可怕的东西。不管怎样，我们还是失败了，输了球，总归是谁也抬不起头的。

朝阳区律师协会的篮球联赛结束后，赵岐龙律师作为篮球队的“传奇领队”又组织了一系列的友谊赛，奇怪的是，我们又开始一路高歌的打了下来，并且屡次品尝到了胜利的滋味。这期间，我的出勤率并不是太高，篮球这个游戏似乎不像以往那样能够勾起我的兴致了，换句话说，我终于可以不那么纠结的认为这项游戏或许可以为我带来什么。

与中央电视台法制频道的友谊赛，是最近的一场比赛，我还是参加了。不管在场上的时候，还是在场下的时候，我都始终不能被那个本以为自己已经解决了的问题所摆脱：这个游戏，到底给我们这些人带来了什么？

赵岐龙律师，作为京都篮球队的领队，当仁不让的承担起了全队的所有责任。有些时候，我看他人在场上跑动的步伐，真的会觉得他的肩上似乎扛着一整支球队：赛前的准备会、赛后的总结会、特别比赛的动员会、训练时候请教教练、比赛过程中权衡各个队员的角色等等。他喜欢定点跳投，手感异常柔和，他也喜欢队友们称赞他的手感和准度；他不抱怨任何队员的发挥，却会埋怨队员们对于比赛的重视程度不足；他几乎每场必到，从不缺席，有时连记分牌、矿泉水这样的小事也会亲力亲为；对

篮球，这项有着繁琐的不可理喻的规则的游戏，是不是真的给我们带来了什么呢？带来了些什么，让我们不可言喻。



了，我们的“龙队”就快要五十岁了。然而，对于这个“老顽童”，能从篮球这项游戏中得到什么呢？

韩嘉毅律师，同样是将近五十的年纪，却有着连我都要羡慕的身材。他能够作为球队的主教练，更多的不是因为球技，而是因为对篮球这项运动的执着，这份执着甚至让他展现出大将的气度，以及难得的威严。在比赛中，队员们虽然心往一处使，但是却很难做到力量也往一处使。我们时常展现出来的就是心里着急，但打法却是一盘散沙，而韩教练则是一把拢着沙子的撬，我们不得不按照他使劲儿的方向努力。更令队员们津津乐道的是，在篮球队组队初期，韩教练为了能鼓励大家积极参与篮球活动，可是自掏腰包宴请这群来打球的兄弟们在赛后大吃一顿，他这么做，又是为了什么呢？难不成这个游戏会给他什么回报吗？

张启明律师，进队的时间虽然不长，但马上就成为了球队的头号得分

手，强硬的打法和细腻的技术使他始终扮演着对手眼中钉的角色。贾宝军律师，或许是这支球队中最积极的队员，尽管上场的时间不能得到保障，但是却能始终出现在最为关键的位置，不管是场上，还是场下。林敏捷律师，“稳重”似乎已经牢牢的刻在了他的脸上，每次紧急情况都能够沉着应对，并能不急不缓的贯彻赛前布置的每一个战术。苏鹏律师，是全队中最“异样”的声音，他同样对胜利充满着渴望，但是在更多的时候，他的注意力都在篮球所能为我们带来的除了胜利以外的其他东西，比如快乐，比如兄弟情谊。赵晓东律师，他的积极与认真从来都是有目共睹的，每一次进攻，每一次防守，他都倾尽了全力。还有金辉律师、张殿龙律师、杨琨律师、赵攀律师、朱坤律师、郑翰平律师、张雷律师、吴卫炜律师、张立琼律师、何驰翔律师等等队员，都在用自己的方式贡献着自己的力量，没有怨言，只有嬉笑，如孩童般一样的嬉笑。

篮球，这项有着繁琐的不可理喻的规则的游戏，是不是真的给我们带来了什么呢？带来了些什么，让我们不可言喻。

与央视法制频道的比赛，我们以一种令人愉悦的方式取得了胜利，有的队员发挥出众，有的队员留有遗憾，终归，大家都洋溢着笑容，在这么一个游戏中满载而归。

我们从中得到了什么呢？我是没有答案的，谁又能脱口而出一个令人信服的答案呢？

或许，我们每个享受着这个有着繁琐的不可理喻的规则的游戏的人，都不得不承认，我们其实在最心底，是爱着这个游戏的，以欺骗自己开始，以欺骗别人结束。那就以这个游戏的名义，以篮球之名，来结束我心理的那个问题罢：我们从这个游戏中到底得到了什么？我们所得到的，只是一个能够因篮球的名义讲述自己的机会；因篮球之名，陈述自己的爱的机会。🏀



京都年会

2016年1月29日，京都律师事务所在北京希尔顿酒店举办了“京都有我，梦想绽放”主题年会。小伙伴们凹足了造型，各部门奉献了精彩的节目。田文昌主任激情朗诵了一首《致青春》作为晚会的收尾：

青春，是一个充满魅力时代。
好动，好奇，好玩是青春，铁肩担道义更是青春；
京都二十年，20岁的京都人激情、敬业，正直青春！
我们曾经冲动、狂热。也曾冷静、反思！
我们实现个案正义，忧国忧民；
我们为法治中国呼吁并先行！
这种担当和责任亦是青春！
这个激情四射，斗志昂扬的年纪！
我们叫它“青春”；
这种勇于担当、敢于先行的精神，
我们叫它“青春”！
燃烧吧青春！





篆刻：曾经沧海难为水

作者：王九川律师



北京总所

地 址：北京市朝阳区景华南街 5 号远洋光华国际 C 座 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