

# 京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM

2017/01

季刊 总第119期



京都律师事务所  
King & Capital Law Firm



## P18 新经济下民商事纠纷疑难问题研究

P15 特稿 / 营造“京都发展加速度”的新常态——田文昌律师在2017年会上的致辞

P42 金融业务 / PPP资产证券化的适用对象解析

P44 京都论坛 / 海外并购政策展望与并购模式分析研讨会成功举办

P82 京都实务 / 胜诉在北京，执行在域外——一起典型国际货物买卖合同纠纷案

P102 京都论法 / 在处罚决定的肩膀上看“内幕交易”

# 京都律师事务所入选 《亚洲法律杂志》 中国国内**30**强 亚洲律所**50**强



2016年11月，《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business简称ALB）公布了2016年度亚洲律所50强、中国国内30强律所，京都入选两个榜单。这是京都律师事务所继入选英国《律师》杂志2016年度亚太地区50强律师事务所之后荣获的又一殊荣。

2016年8月，京都律所北京总部扩容后，办公面积超5000平米。经过二十多年的发展，京都不仅在诉讼领域持续居于全国领先地位，而且在公司事务、证券与资本市场、投融资与并购、能源与环保、风险防控、海商海事、涉外投资、知识产权、信息技术与互联网、物流、娱乐与媒体、婚姻家庭、劳动法律，特别是金融、房地产与建筑工程、基础设施与公用事业等方面为客户提供全方位、高水准法律支持与服务，是中国大型综合性律师事务所。

亚洲法律杂志（Asian Legal Business）是汤森路透旗下的尖端法律杂志，是全球最具影响力的法律媒体之一。其针对从事法律业务的律师事务所、公司法务以及其他法律专业机构进行权威评选，每年评选一次，其奖项授予在各专业领域表现最为出众的律所。该评选根据各律所的律师总数、律师人数、合伙人数等数据排名，于2016年8月开始收集数据，2016年11月在《亚洲法律杂志》公布评选结果及调研报告。



# 不满足 敢超越 让我们再次出发

杨斌

“7个半小时的原始热带雨林穿越，惊险刺激，惊心动魄。体验了手脚并用，连滚带爬的真正的爬山。穿越途中没有成熟道路，有时需要边走边开路，直线高度提升600多米，多处陡坡接近九十度，乱石飞滚，松土打滑，侧坡狭窄且无树木遮挡，有些石崖陡坡需要凭借现搭绳索方能通过。确实可称之为艰难险阻，很刺激。又经历了一次人生的砺炼，这种机会太难得了，量你也走不下来。”

收到70岁的田文昌老师从云南西双版纳原始热带雨林发给我的微信和现场穿越照片。40出头的我瞠目结舌，半天没醒过神来。反复阅读了三四遍，回复微信道，“好奇心，不满足，敢超越，膜拜啊，不服不行”。

在中国，70岁的律师本来就已经寥寥无几了，70岁还在亲自出庭办案的律师几乎没有多少人了。可是，京都的创始人田文昌律师不但亲自出庭办案而且还用7个半小时的时间穿越原始热带雨林。令人惊诧的是，在2017年的京都年会上他还声称今后要“武力征服京都”，就像这次的口气一样“量你也走不下来”。他的毅力、精力、耐力、体力和魅力真是不服不行啊，用时尚一点的表达就是，我和我的小伙伴们都惊呆了。

田文昌老师的魅力也正是京都的魅力——不满足，敢超越。京都经过20多年的披荆斩棘，摸爬滚打，历经三次创业，已经日益成熟，而且日益精进。在2016年，京都不仅圆满完成年度业绩任务，更是吸引了大批包括最高人民法院原高级法官、大学知名教授、国内外著名法学院优秀毕业生等精英力量加盟。京都的执业律师数量将近500余人，在位于北京中央商务区的京都总部进行了扩租，办公面积增加至两层楼，共计5000多平米。

今年年初，朱勇辉律师接替曹树昌律师担任京都律所主任和方堃先生出任京都律所管理合伙人，标志着京都步入一个新的加速发展时代。

恰如朱勇辉律师在就职演讲中所言“担任主任后，我将继续坚守京都文化和核心价值观，积极创新，不断提升管理



水准，继续推动京都专业化、国际化、综合化进程，带领京都走向高速发展的轨道”。我们坚信朱勇辉主任的表态发自肺腑，底气十足，而且他也有足够的能力和智慧带领大家去实现和完成京都的新目标。因为朱勇辉主任在京都已经15年了，是京都的老合伙人，是和京都一同成长起来的。他为京都的发展和壮大，流过汗，出过力，献过智。京都的标语“追求卓越，不负重托”这8个字就是他第一个提出来的。更让大家信任的是朱

勇辉主任为人诚恳，踏实务实。最重要的是他时不时秀秀肌肉和健身后的身材，展现京都律师不只一面的精彩人生。其实，他向我们表达和展现的就是京都人的精气神——积极、乐观、向上——这就足够了。

启用非律师担任管理合伙人进行专业化管理的制度创新是促进京都长足发展的一个成功尝试，经过几年的磨合与实践，也已经逐步成熟完善。管理合伙人方堃先生的儒雅淡定和丰富的管理经验也会成为京都新的助力。

京都从凯奇大厦转万通大厦，后入华实大厦，再到中国人寿大厦，最后入驻远洋光华国际，走过22年的光阴历程。一路走来，磕磕碰碰，风风雨雨。创业初期，也是手脚并用，连滚带爬；刘涌案、杨斌案、吴英案、文强案、罗力案也是惊险刺激，惊心动魄。其实也是一场如同田文昌老师穿越热带雨林的人生体验和人生砺炼，每一位京都律师都是一个有故事的人。

京都创建之时，田老师48岁。今年，朱勇辉律师出任京都新一任主任是46岁。京都律师又开始了新的跋涉与篇章。

田文昌老师在西双版纳穿越过原始热带雨林之后对抱柱导师营的律师学员说：“在新的形势下，提升技能，更新观念，下一个历史篇章是你们的，希望你们做好自己，担起重任，不辱使命，为中国刑辩律师业做出更大贡献。”

这不也正是田文昌老师对全体京都律师的鼓励与希望吗？

提升技能，更新观念。不满足，敢超越，让我们再次出发。



# 专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

主办 京都律师事务所  
承办 京都律师事务所品牌建设部  
编辑委员会

主任 田文昌

编委

曹树昌	孟冰	白冬飙
蔡景丽	杨照东	金杰
朱勇辉	秦庆芳	王九川
瞿丽红	张振祖	公丕国
杨大民	钟延红	郭庆
韩良	肖树伟	邹佳铭
刘铭	陈宇	吕志轩
金燕	张雁峰	梁雅丽
刘敬霞	陈东利	王胜全
周振国	赵岐龙	李波
唐利君	方堃	

主编 杨大民

编辑 孟妮 白绪玲

美编 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22-23层

邮编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

业务咨询电话 010-85253900

传真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

## 目录

### 卷首语

不满足 敢超越 让我们再次出发 杨大民 / 01

### 京都资讯 品牌建设部 / 04

### 特稿

营造“京都发展加速度”的新常态

——田文昌律师在2017年会上的致辞 田文昌 / 15

### 封面主题

#### 新经济下民商事纠纷疑难问题研究

金融借款民刑交叉案件中民事审理中止之议 公丕国 / 19

关于“损害股东利益责任纠纷”案件的几个实务问题 王宪森 / 22

新闻媒体侵权的特点及其立法上的不足

——从神州专车起诉自媒体名誉侵权谈起 赵岐龙 / 26

守约方继续履行请求权的行使与限度 李波 冯诏锋 / 31

公司清算纠纷系列研究（一）：诉讼时效之争 王胜全 / 35

### 金融业务

成也垄断，败也垄断——首例PPP供水项目滥用市场支配地位被罚2000余万，

敲响PPP项目反垄断风险警钟 刘敬霞 安勇刚 / 39



追求卓越 不负重托

PPP资产证券化的适用对象解析 余慧华/42

#### 京都论坛

海外并购政策展望与并购模式分析研讨会成功举办 /44

专题一：“一带一路”与政府海外并购政策的解读 /46

专题二：海外并购架构设计与风险防范 /55

专题三：海外并购基金投资业务专题 /61

专题四：加拿大科创项目并购专题 /73

#### 京都实务

胜诉在北京，执行在域外

——一起典型国际货物买卖合同纠纷案 吕志轩 郝京 宋兰 / 82

如何通过阅卷发现毒品案件中的常见问题（上篇） 汤建彬 / 86

刑事诉讼庭审发问技巧（下篇） 张小明 / 91

#### 京都论法

在处罚决定的肩膀上看“内幕交易” 赵婉彤 / 102

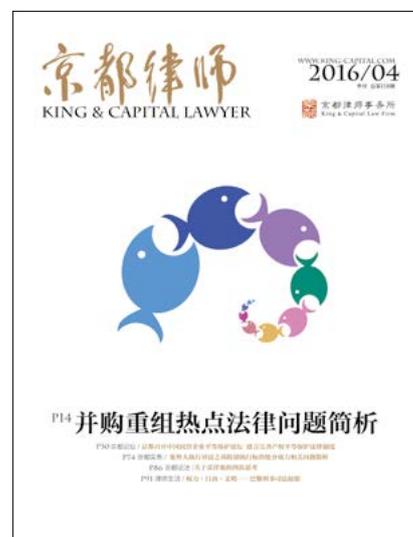
法眼下的北京地铁辱骂事件 陈宇 任视宇等 / 105

#### 律师·生活

保护共享单车 方便明天出行 白而强 / 107

# 京都律师

封面题字 江平



2016年第4期  
总第118期 季刊

## 业 务

### 京都律师事务所充实管理层 步入发展加速度时代

近日，京都律师事务所正式发布通知，经合伙人会议讨论通过，原执行合伙人朱勇辉律师接棒曹树昌律师，当选京都律师事务所主任，任期两年。方堃先生担任京都所管理合伙人。田文昌律师继续担任京都所名誉主任。同时，田文昌、朱勇辉、蔡景丽、公丕国、韩良、杨照东、孟冰、方堃当选为新一届管委会成员。此次，京都所在实现由非律师担任管理合伙人进行专业化管理的制度创新的基础上，取消执行合伙人的岗位设置，由律所主任做管委会召集人，管理合伙人主持日常工作。

早在今年年初京都年会时，朱勇辉律师接替曹树昌律师担任京都律师事务所主任和方堃先生担任京都所管理合伙人的消息就已经被宣布。年会现场举行了主任交接仪式和管理合伙人就职演讲仪式。

京都律师事务所主任朱勇辉律师表示，在曹树昌律师的带领下，京都业绩取得稳定增长，担任主任后，他将继续坚守京都文化和核心价值观，积极创新，不断提升管理水准，继续推动京都专业化、国际化、综合化进程，带领京都走向高速发展的轨道。

京都律师事务所管理合伙人方堃先生表示，中国的律师业务有巨大的市场潜力，他将用自己专业的管理经验推行高效的管理模式，助力京都腾飞。

2016年，京都律师同仁们齐心协力、携手共进，不仅圆满完成年度业绩任务，更是吸引了大批包括最高人民法院原高级法官、大学知名教授、



图左为京都律师事务所现任主任朱勇辉律师，图右为原主任曹树昌律师



京都律师事务所管理合伙人方堃先生

国内外著名法学院优秀毕业生等精英力量加盟，执业律师数量将近500人。此外，2016年，位于北京CBD中央商务区的京都总部进行了扩租，办公面积增至两层楼，共计近5000平米。

朱勇辉律师，2000年在京都律师事务所专职从事律师工作至今，执业十余年来专注于刑事辩护，办理国内各省市刑事案件数百起，积累了丰富的的工作经验，被《方圆律政》杂志誉为京都“刑辩八杰”之一。朱勇辉律师办理的多位著名企业家涉嫌犯罪的案件备受社会关注，对公司、企业的刑事法律风险有深入了解，担任多家公司的刑事法律专项顾问，曾在美国纽约大学法学院参加刑事辩护培

训，被聘为北京大学法学院“刑事辩护实务”暨北京市律师协会“北大刑辩课堂”第二期课程授课律师、中国青年政治学院法学院“刑事辩护律师实务”课程任课教师、北京吉利大学法学院客座教授、美国国际司法桥梁（IBJ）“刑事辩护培训专家”。

方堃先生，机械工程硕士，加入京都所前的17年职业历程里，曾在多家跨国公司，如美国ADP公司、塔多思公司、莱博智环球科技有限公司、Monster.com中国区等担任高级管理职务，积累了丰富的专业服务业态的管理经验；并在发展战略、业务模式创新和国际化运营方面有深厚的经验。



## 业 务

### 田文昌、曹树昌、张殿龙等律师代理的李月英、李传联涉嫌骗取贷款等罪一案被撤回起诉

2017年2月27日，由京都律师事务所田文昌、曹树昌、张殿龙等律师担任辩护人的李月英、李传联涉嫌骗取贷款罪、职务侵占罪、对非国家工作人员行贿罪、挪用资金罪一案，在经过辽宁省本溪市两级人民法院一审、二审及发回重审后，最终由本溪市明山区人民检察院撤回起诉，案件至此宣告终结。

约5年前，即2011年12月25日，辽宁省抚顺市东洲公安分局以李月英涉嫌挪用资金罪对其立案侦查。2012年1月6日，辽宁省公安厅就本案成立了“1.06”专案组，并于同年2月21日将本案指定本溪市公安局管辖。侦查终结后，公安机关以李月英、李传联涉嫌骗取贷款罪、职务侵占罪、向非国家工作人员行贿罪、挪用资金罪，将本案移送至本溪市明山区人民检察院。

田文昌律师、曹树昌律师担任李月英的一审辩护人，在审查起诉阶段，辩护人即向公诉机关提出了初步的无罪辩护意见。但公诉机关仅采纳了意见中不构成挪用资金罪部分，认为其他犯罪仍然构成，并于2014年3月13日向明山区法院提起公诉。

公诉机关指控称，李月英、李传联等人于2011年5月至2012年8月间，利用虚假的抚顺新博瑞经贸有限公司的财务资料及购货、销售合同，先后两次骗取抚顺银行新抚支行贷款共计9500万元。

李月英于2009年4月至6月间，在任抚顺天麒房地产开发有限公司董事



田文昌律师



曹树昌律师



张殿龙律师

长期间，利用职务便利，以虚假支付沈阳市祺纬市政工程有限公司工程款的方式，套取天麒公司资金350万元，并将其中的324.5万元据为己有。

此外，2011年11月份，李月英还向某刑事案件的被害人代理律师请托，要求该律师在收到判决后不要提起上诉，事后指使他人支付该律师好处费5万元。

在庭审过程中，针对上述指控辩护人进一步提出了以下无罪辩护意见。辩护人指出：第一，公诉机关的指控不符合骗取贷款罪的立法本意，虽然贷款资料中有虚假的成分，但本案中的两笔贷款已全部还清，且贷款的担保真实有效，完全可以保证银行不会受到任何经济损失。同时，被告人李月英伙同他人实施了骗取贷款的行为的证据不足，也没有证据证明李月英知道贷款材料中存在虚假成分。第二，李月英从公司拿走300万元得到了公司的同意，并且给公司出具了借条，李月英没有非法占有公司财物的主观目的。第三，律师不是非国家工作人员受贿罪的犯罪主体，且李月英所支付的5万元是到底借还是给，事实

不清，证据不足。

庭审结束后，明山区人民法院于2015年3月9日作出一审判决，采纳了辩护人关于李月英不构成职务侵占罪的辩护意见，判决李月英“犯骗取贷款罪判处有期徒刑四年，并处罚金人民币五十万元。犯对非国家工作人员行贿罪，免于刑事处罚。数罪并罚，决定执行有期徒刑四年，并处罚金人民币五十万元。”李传联等人也因犯骗取贷款罪被判处有期徒刑四年，并处罚金人民币五十万元。

李月英、李传联不服一审判决，上诉至本溪市中级人民法院。田文昌律师、曹树昌律师担任李月英的二审辩护人，同时京都律师事务所的张殿龙律师担任李传联二审阶段的辩护人。在二审过程中，本溪市中级人民法院在认真听取了辩护人关于骗取贷款罪的辩护意见后，对本案高度重视，几经延期，于2017年2月14日裁定：原审判决认定事实不清，证据不足，撤销一审判决，发回重审。

9天后，即2月23日，本溪市明山区人民检察院向明山区人民法院提交了撤回起诉决定书，认为李月英涉嫌

## 业务

职务侵占、骗取贷款、对非国家工作人员行贿，事实不清、证据不足，李传联没有犯罪事实，决定撤回起诉。

2月27日，本溪市明山区人民法院作出裁定，准许检方撤回起诉。

3月3日，本溪市明山区人民检察院作出不起诉决定书，决定对李月英、李传联作不起诉处理，本案终于尘埃落定，涉案被告人均获无罪。

在一这案件中，辩护人的意见

得到了办案机关的重视，刑事辩护制度的重要作用得到了充分的体现。同时，本案对于骗取贷款类案件的审理也具有一定的指导意义。

### 常莎律师代理天价拖车费案 为客户节省近10万元

2017年1月20日，上午，曾引发广泛关注的“天价拖车”案的当事人王允礼来到京都律师事务所为常莎律师赠送锦旗。一面红艳艳，书写着“捍卫正义，维护公正”的锦旗，是当事人的心声，也是对京都律所、京都律师的高度认可。

2017年1月13日，海淀法院审结“天价拖车”案，法院判决被告车辆所属公司支付拖车施救费31685元。京都律师事务所的常莎律师是本案被告的代理律师之一，被告被起诉支付费用12.87万元，她的成功辩护为客户节省近10万元。

常莎律师，2004年开始从事律师



图左为“天价拖车”案的当事人王允礼，图右为常莎律师

工作，中国社会科学院法律硕士，师从民法学专家、中国物权法主要起草人孙宪忠教授。同时担任多家公司和机构的法律顾问，为其提供处理制度建设、合同审核、股权转让、资产并购、知识产权保护、劳动及民商事争议解决等法律问题的服务。精通内外资企业知识产权战略管理规则，并能熟练处理商标保护、专利保护、版权保护、国际国内知识产权侵权调查及诉讼、反不正当竞争等相关领域的专业法律实务。承办了数百起诉讼及仲裁案件，积累了丰富的诉讼技巧及司法实践经验。

### 京都（上海）律所协助“普蕊斯”在全国中小企业股份转让系统成功挂牌上市

京都（上海）律师事务所提供法律服务的普蕊斯（上海）医药科技开发股份有限公司（股票代码：871269），近日在全国中小企业股份转让系统成功挂牌上市。

普蕊斯改制前名称为普蕊斯（上海）医药科技开发有限公司，创建于

2013年。普蕊斯系一家提供临床试验现场管理服务的公司，通过派遣临床研究协调员CRC协助研究者执行临床试验中非医学判断性质的具体事务性工作，从机构层面利用项目管理方式自主推进临床试验进度和提高试验质量，以确保临床研究过程符合GCP和

研究方案的规定。普蕊斯的主营业务为临床试验现场管理工作（SMO）。

该项目由京都（上海）律师事务所高级合伙人王众律师、叶志文律师、唐树进律师组成的团队提供全程法律服务。



## 活 动

### 京都喜迎王宪森、王胜全两位原高级法官加盟

2017年1月12日，京都律师事务所举办隆重欢迎仪式，对王宪森、王胜全两位原高级法官的加盟表示诚挚的欢迎。王宪森、王胜全加盟京都，任职京都高级顾问。

京都管理合伙人方堃主持了欢迎仪式。京都创始人、名誉主任田文昌，京都高级合伙人朱勇辉、公丕国、杨大民、郭庆、肖树伟、梁雅丽、陈宇等律师对于王宪森、王胜全老师的加盟表示热烈的欢迎与诚挚的祝福。

京都律所创始人、名誉主任田文昌律师表示，实务专家王宪森、王胜全的加盟对于京都来讲是大好事。两位专家级人才的加盟对于京都的实务探究、经营提升是有力的补充，有利于京都的全面发展。综合化架构，专业化建设，良好的创收局面，新生力量的崛起都为京都2017年展翅腾飞打下了坚实的基础。此时，猛将加入京都将起到非常好的支持与促进作用。田文昌律师充满信心，期待两位专家与京都律师融在一起，干一番大事业。

民商诉讼部负责人公丕国律师说，两位王老师的到来增强了京都民商诉讼部的力量。他们的审判经历与审判思维



参加欢迎仪式的京都人合影

帮助律师更好地拓展案源、服务客户。刑事诉讼，民商事诉讼、非诉业务是京都的三驾马车，两位专家的到来，让民商事诉讼业务迎来换挡提速的时机。京都民商事诉讼的品牌将更加闪亮。最后，他希望京都律师与两位专家好好配合，大家一起撸起袖子，加油干！



王宪森

王胜全

田文昌律师

公丕国律师

民商诉讼业务部是京都律所大部门之一。京都民商事诉讼律师，多数毕业于专业法学院，拥有法学学士或硕士学位，具有较深厚的法学理论功底；多数律师从业时间长，承办数十起、上百起疑难复杂民事案件，具有丰富的办案经验和娴熟的出庭技巧，是“专家派”“技术派”律师的代表团队。王宪森、王胜全的加盟对于民商诉讼部来讲是如虎添

翼，将有助于夯实业务能力，提高服务质量。

王宪森，吉林大学经济法硕士学位，加拿大蒙特利尔大学法律硕士（DESS），最高人民法院原高级法官、民二庭原资深审判长。王胜全，民商诉讼法学硕士、民商法学博士学位，最高人民法院原高级法官、国网金控集团首席法务，中国人民大学律师学院兼职教授。

## 活 动

### “中美律师职业伦理研讨会”在京都律所成功举办

2016年12月29日，由京都刑事辩护研究中心和纽约大学法学院亚美法研究中心共同举办的“中美律师职业伦理研讨会”在京都律师事务所举行。本次会议由京都刑事辩护研究中心主任、高级合伙人邹佳铭律师主持。京都高级合伙人杨照东律师致欢迎辞，京都名誉主任田文昌律师与纽约大学法学院亚美法研究中心执行主任柏恩敬分别致辞，对中美双方与会者表示热烈欢迎。

中外与会法学学者和律师围绕律师的忠诚和坦诚义务、律师与媒体的关系、律师的调查义务、律师的沟通义务四个方面展开充分的研讨。与会嘉宾分别做了专题演讲与深度发言。

著名法学家樊崇义认为“在法庭上控方还没有拿出排除合理怀疑的证据、认定被告人有罪之前，律师完全可以做无罪辩护，因为还没有人定他有罪。也就是说，在指导理念上要始终坚持无罪推定的原则”。

斯德普多和约翰逊律所纽约办公室的管理合伙人查尔斯·斯蒂尔曼律师表示，“关于律师取证的风险，对中国律师和美国律师来说，都是真实存在的。我去寻访证人，或者我去调取证据的时候，我总是带着一个人一块去，以防止证人将来做出对我不利的事情。有时候我们也会把证人的谈话录下来，有时候我们会让证人写一个书面的证词。所以我同意取证的时候，要尽一切努力保护自己，同时获得信息”。

田文昌律师表示“律师的责任是维护委托人的合法权益，没有查明真相的义务”。他说，“因为依照审判的规律，只有分工制约，才有利于查明真相，而任何单独一方，都没有能力去查明真相，所以多年来才形成一种两方对抗、一方裁判的机制。只有通过这个机制才能查明真相，实现正义。所以，律师只是作为诉讼活动中单独的一个方面，没有查明真相的义务。律师不代表正义，也不可能代表正义”。

纽约大学法学院教授、《诊所法律评论》主编兰迪·赫兹说，“关于信息披露以及与媒体沟通的问题，如果律师希望在审前阶段不要披露太多的信息，在做



参加“中美律师职业伦理研讨会”的部分嘉宾合影



“中美律师职业伦理研讨会”现场

媒体公关的时候，要跟媒体方面的专家合作，通过媒体专家告诉公众，案子不像公诉人所说的那样，还有另外一面，等到庭审的时候再看另外一面”。

此外，《民主与法制》杂志社总编辑刘桂明，纽约大学法学院亚美法研究中心执行主任柏恩敬教授，最高人民法院刑五庭原庭长高贵君，中国政法大学法学院副院长许身健教授，多伦多大学社会学系助理教授刘思达，中国政法大学副教授吴洪淇，纽约大学法学院亚美法研究中心研究员阿里·布拉德·帕特森以及来自京都律所、尚权律所、典谟的律师们都做了精彩分享。

会议在充分研讨和深入交流中进行，取得了圆满成功。



## 活 动

### 京都律师事务所与韩国檀国大学签订合作协议

2017年2月13日，韩国檀国大学法学院知识产权及信息保护中心孙承佑教授、南基然教授等师生七人一同到访京都律师事务所，就京都律师事务所和檀国大学“知识产权信息保护法专家项目”正式签订了协议，约定双方在知识产权领域的合作以及京都律师事务所为该中心的实习基地。京都律所金燕律师、刘铭律师、李明学律师、梁成栋律师等出席活动，热情接待了来访的客人。

活动由京都律所高级合伙人金燕律师主持。金燕律师向来访客人表示诚挚欢迎，展示了京都律师事务所的历史沿革和近年来取得的丰富成果。随后，檀国大学孙承佑教授和南基然教授对京都律师事务所的热情款待表示感谢，简单介绍了檀国大学法学院和BK21知识产权事业团，并希望今后双方能推进进一步的交流与合作。

京都律所高级合伙人刘铭律师在谈话中提到知识产权在中国的经济发展中扮演着越来越重要的角色，知识产权专业人才的培养也越来越得到重视，并表示非常希望能与国外学生有更深入沟通。在亲切友好的交流之后，双方正式签订协议。

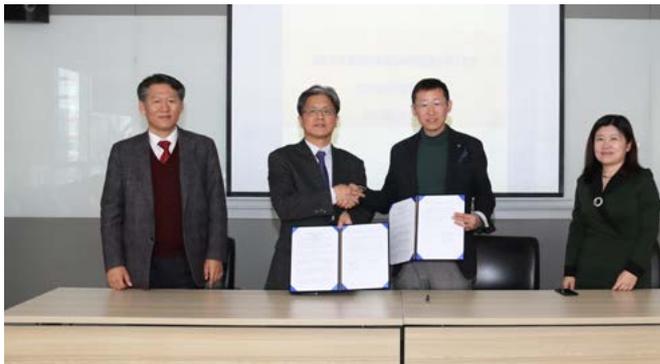
在合作期间，双方将在学术交流、联合研究活动和实习项目上进行合作。

之后京都律所的梁成栋律师以“2016年互联网法律服务行业调研报告”为主题，为檀国大学的研究生们开展了讲座。

双方进行交流及讲座课程后，京都律所为来访学生颁发了结业证书。

于1947年创立的檀国大学是由韩国独立运动人士张炯设立的一所韩国私立综合大学。学校在京畿道龙仁市竹田洞、忠清南道天安市安栖洞设有校区，法学院则位于高校和研究院聚集的竹田区。檀国大学结合地理优势，大力推动“产学合作领先大学（LINC）”的各种项目，将信息通讯技术及文化技术领域作为竹田校区的特色办学方向，并获得了“知识产权领先大学”与“创业领先大学”的项目支持。檀国大学在知识产权和信息保护领域致力于培养“具备法学、工学、经济管理等复合型知识的创造性专业人才”。

韩国BK21（Brain Korea 21）PLUS项目是韩国政



双方签订协议。左起分别为孙承佑教授、南基然教授、刘铭律师、金燕律师



韩国嘉宾与京都律师合影留念



结业证书

府设置的大规模国家级教育支援项目。自2013年起至2019年，韩国教育部计划选拔580个事业团（大规模学科单位），投入3兆3143亿韩元的预算，每年计划支援入选学校，培养科学技术领域和人文社会领域人才。2013年，檀国大学的8个事业团入选BK21PLUS工程，其中包括此次来访的知识产权信息保护法专业人才培养事业团。

## 活 动

### 京都所成立党总支暨召开预备党员转正大会

2017年1月4日，中共北京市朝阳区律师协会委员会作出《关于成立北京市京都律师事务所党总支的请示的批复》，批准成立北京市京都律师事务所党总支，秦庆芳担任书记，朱勇辉、公丕国担任副书记，肖树伟担任纪律委员，瞿丽红担任统战委员，吴欣荣担任组织委员，杨柳担任宣传委员，欧洋担任文体委员，翁小平担任青年委员。京都所党总支下设八个党支部，目前共有党员74名，积极分子2名。

2017年3月1日，京都所第六党支部召开郭顺祺预备党员转正大会。这是成立党总支以来第一次召开支部大会，由第六党支部书记吴欣荣主持，党总支书记秦庆芳、支部委员范颖慧、王书以及党员张双参加了会议，经支部全体党员讨论投票表决，同意郭顺祺按期转正。中共北京市朝阳区律师协会党委委员、党委办公室主任刘素红莅临大会，对党总支及党支部的工作进行指导，并向转正的预备党员提出了继续



韩国嘉宾与京都律师合影留念

学习和提高自身综合素质的要求，党总支书记秦庆芳做总结发言，指出不仅要做一名合格的党员，更要做一名合格的党员律师，努力提高自己的业务能力。

### 2017春节前 京都再次开展“泉”计划公益助学活动



前排为熙蕾小朋友，熙蕾的妈妈；后排左起分别为京都律所李毅然，房山法院王友娟，京都律所何维、吴欣荣、欧洋、范颖慧，房山法院法官



2017年1月17日，京都所律师与房山区法院的法官，共同看望了“泉”计划帮助的学子及其家庭，给他们送去了新春的祝福。经过六年的相处，京都所律师与这些学子和家长之间，已经结下了深厚的友谊。在探望河北省涿水县的熙蕾小朋友时，她还通过视频，向远在北京的京都所律师表达自己的新年祝福，并祝田文昌，田爷爷新年快乐。

“泉计划”是京都所与房山法院共同发起的公益助学活动，六年来共针对十名学子及其家庭提供了帮助。“泉”计划致力于向优秀学子提供物质及精神的双重支持，除提供经济帮助外，更注重对学子及父母家人的引导，帮助他们建立乐观、自信的生活态度，鼓励他们通过自身的努力创造自己的未来。此外，京都律师还利用自身的专业特长，为他们提供了许多法律援助。



## 荣誉

### 肖树伟律师出席“维护律师执业权利中心和投诉受理查处中心揭牌仪式”并讲话

根据司法部《关于进一步加强律师协会建设的意见》精神，全国律协各地律师协会印发了《关于律师协会成立维护律师执业权利中心、投诉查处中心的通知》，要求各地律师协会在3月底前挂牌成立“维护律师执业权利中心”和“投诉受理查处中心”（以下简称“两个中心”）。

2017年3月2日，北京市律师协会举行了“维护律师执业权利中心和投诉受理查处中心揭牌仪式”。司法部律师公证工作指导司副司长丘征，中华全国律师协会副秘书长李海伟，北京市委政法委副书记鲁为，北京市司法局党委书记、局长苗林，市司法局副局级领导王群，北京市律师协会会长高子程出席揭牌仪式。市律协副会长、监事长、秘书长、副秘书长，市司法局有关处室负责同志，各区司法局、区律师协会相关负责同志，以及市律师协会维护律师执业权利中心和投诉受理查处中心的负责同志参加揭牌仪式。

揭牌仪式上，京都律师事务所高级合伙人、市律协投诉中心副主任、市律协执业纪律与执业调处委员会主任肖树伟代表投诉受理查处中心讲话。

截至2016年底，我国律师人数达到32.8万多人，律师事务所2.6万多家。随着律师队伍的不断壮大，律师协会承担的职责和任务越来越繁重。两个中心的成立对于全面加强



肖树伟律师

律师协会建设，更好地维护律师执业权利、规范律师执业行为，促进律师行业健康发展具有重要的意义。

同时，两个中心的成立，有利于深入践行党的群众路线，打造便民利民的“一站式”服务窗口；有利于整合律师协会资源，更好地发挥相关专门工作委员会和协会秘书处相互协调配合的作用；有利于增强协会权益保障工作和行业惩戒工作的专业化水平，提升权益保障工作和行业惩戒工作的快速反应能力；有利于上下联动、无缝衔接，增强权益保障工作和行业惩戒工作的合力。

### 刘铭律师当选朝阳区法学会第一届理事会理事

2017年1月5日，北京市朝阳区法学会成立大会召开，来自朝阳区政法战线、政府机关、基层法律工作者及首都法学专家、媒体界的会员代表参加了大会。北京市京都律师事务所高级合伙人刘铭律师当选为第一届理事会理事。

朝阳区法学会将在北京市法学会的业务指导下，开展学术研究、交流、法治宣传和法律服务等各项活动。通过开展各种形式的法学研究工



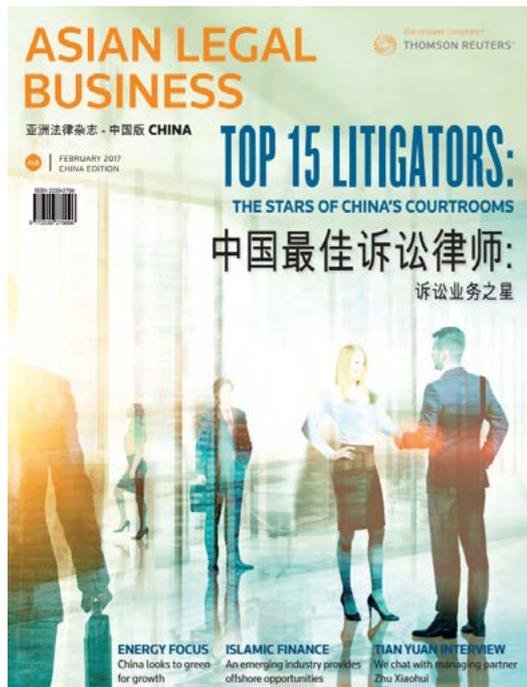
刘铭律师



作，研究朝阳区法制建设，探讨具有朝阳区特色的法学理论和法治实践问题。本学会目前共有会员173人，理事61人。

## 荣誉

### 邹佳铭律师荣列“汤森路透ALB 2017年中国十五佳诉讼律师”



ALB公布“2017年中国十五佳诉讼律师”

2017年2月20日，汤森路透旗下的《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business，以下简称ALB）2017年度中国十五佳诉讼律师评选榜单发布，京都律师事务所高级合伙人邹佳铭律师入选，邹律师也是该榜单中唯一一位专注于刑事辩护的律师。

《亚洲法律杂志》ALB是汤森路透旗下知名法律评论杂志。本次评选对律师在2016年的诉讼成就进行了详细的解析、评价。根据案件的难易程度、律师诉讼策略、案件影响力、创新性及其他方面进行评判，旨在表彰诉讼领域的优秀律师。

2015年，邹佳铭律师荣获“ALB2015年最佳女律师”称号。本次，邹佳铭律师以“ALB 2017年中国十五佳诉讼律师”的荣誉第二次出现在《亚洲法律杂志》的评选榜单上。



邹佳铭律师

邹佳铭律师认为现代社会，法律是解决所有纠纷的最后手段。在这个国家权力体系中，诉讼律师是唯一存在的社会力量。只有这个独立、自由的社会力量有效存在，才可能制约天性就易于扩张和滥用的国家权力，使得国家在秩序和自由中平稳、长足的发展。

## 我们为什么需要刑辩律师？

当一个犯罪发生，往往危害或威胁的是一个社会基本的生活或生产秩序，我们能够看到的往往是犯罪对社会的伤害：被害人伤亡、公私财产受损、社会秩序失范、公共安全受到威胁……但是这些现象背后，还有我们可能看不到的：如果国家权力滥用，将导致个人权利受损，一个人失去未来、一个家庭离散、一个企业倒闭……

国家可以举一国之力，全力追捕和追诉犯罪嫌疑人，而犯罪嫌疑人一旦被羁押，如果没有刑辩律师的帮助，就会陷入无助的境地。他既没有专业的法律知识，也没有调取有利证据的能力，更可怕的是，他要独自面对国家这个权威

无比巨大的“利维坦”。马克思曾说，“犯罪的本质是孤立的个人反对统治关系的斗争”。其实，刑事诉讼又何尝不是孤立的个人捍卫个人权利的斗争。所以，辩护律师的设置，就是为改变控辩双方力量失衡的状态，将一个独立的、专业的社会力量配备在弱势的辩方，以期在控辩平等中实现“兼听则明”，获致一个公正的判决。

但是这种制度的安排在现实中总是遭遇到诸多质疑，最多的疑问是：律师为什么为“坏人”辩护？即使我们暂且接受罪犯是“坏人”这个假设，这个问题的提出实质上也是在定罪之前将犯罪嫌疑人等同为罪犯。但是，如果没有

审判，就没有“坏人”；如果不让“坏人”说话，就没有审判；如果没有刑辩律师的帮助，“坏人”就不能充分地把话说清楚。所以，我们需要刑辩律师。

其次，以什么标准认定“坏人”。中国古代法律实际上是两元体系，一个是国家制定法，一个是“礼法”和“德法”，道德、宗教、意识形态长期在社会治理中占据重要地位。在这种文化传统中，很多时候我们认定“坏人”，不是因为他触犯了法律，而是因为他不符合常规。但是，所有的创新都需要突破常规，所有的社会进步都需要打破旧观念，如果没有自由的言论和多元的思想，社会就会止步不前。当



## 媒 体

一个声音或权威垄断了法庭，言论、思想、道德的缺失都可能成为犯罪。唯有一个不受权力控制、独立的第三方才能打破这种垄断，所以我们需要刑辩律师。

再次，以什么程序认定“坏人”。程序之所以重要，是因为案件的客观真实是事后无法复原的，也是我们看不见的，我们能看见的，是司法机关调取的证据。但是在调取证据的过程中，出于强烈的追诉动机，公权力最容易越过法律的界限，侵犯被追诉人的权利。古罗马诗人奥维德说：“制定法律法令，就是为了不让强者做什么事都横行霸道。”某种程度上可以说，刑事诉讼法就是规范权力运行程序的法律。法律的正义实际包括两个维度：实体正义（让真正的罪犯受到惩罚）和程序正义（以合法正当的程序追诉犯罪），美国大法官道格拉斯说：“正是程序决定了法治和恣意人治之间的基本区别。”所以，比惩治犯罪这个结果更为重要的是

如何惩治犯罪这个过程。如果没有刑辩律师的参与，这个过程就会完全失去制约和控制，就无所谓程序正义，更无从建立法治。

最后，如何对待“坏人”。德国诗人歌德曾经说过一句话：“不管他应惩罚人，还是应监护人，他必定把人当人看待。”但是，在人类社会漫长的发展过程中，“把人当人看待”却是一个艰难的历史进程。古代社会人被分成若干等级，有的人并不享有完全的权利，即使是现代社会也不能完全消除种族或阶级的差别，如果一个人被打上“坏人”或“罪犯”的标签，就更谈不上人的权利。直至17、18世纪欧洲新兴资产阶级提出“天赋人权”的观念，“人权保障”才逐渐被各国和国际社会所认同，成为现代社会的共识。我国2012年修订刑事诉讼法将尊重和保障人权列为刑事诉讼的基本任务，无罪推定、不得强迫自证其罪、非法证据排除等刑事诉讼原则和规则就是保障人权的具体措

施，也是对权力的约束。但是这些法律条文，必须由刑辩律师加以运用，才能转化为保障犯罪嫌疑人或被告人权利的武器，否则，“人权保障”永远是躺在法典中的具文。所以，我们需要刑辩律师。

当我们把“坏人”当人看待，刑事诉讼的最终目的就不是惩罚，而是回归。被告人在起诉状中是一个由冰冷的法律词汇堆砌而成的抽象人，只有辩护律师一路的陪同、理解、沟通，才能挖掘到法律术语下面具体的事实，还原事实后面活生生的人。古希腊悲剧《安提戈涅》中有句名言：“法律之内，应有天理人情在。”因为这份人情，法律散发着人性和文明的光辉，召唤失散者的回归。所以，刑辩律师就象一座桥梁，桥在，就没有隔离，更没有孤岛。

说明：邹佳铭律师入选《亚洲法律杂志》“ALB 2017年度中国十五佳诉讼律师”后，应《亚洲法律杂志》之约，撰写此文。

## 新规能否应对夫妻债务“罗生门”？

2017年2月28日，最高人民法院公布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）的补充规定》（以下简称“补充规定”），对2004年颁布的“婚姻法解释（二）”新增了若干内容。值得注意的是，新规定对此前备受争议的“婚姻法解释（二）”第24条新增两款规定，分别为：夫妻一方与第三人串通，虚构债务，第三人主张权利的，人民法院不予支持；夫妻一方在从事赌博、吸毒等违法犯罪活动中所负债务，第三人主张权利的，



宇文鸿雁律师

人民法院不予支持。

与此同时，最高法院还发布了《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》（以下简称“通知”），对各级人民法院在审理涉及夫妻债务案件时提出了七个原则：坚持法治和德治相结合原则；保障未具名举债夫妻一方的诉讼权利；审查夫妻债务是否真实发生；区分合法债务和非法债务，对非法债务不予保护；把握不同阶段夫妻债务的认定标准；保护被执行夫妻双方基本生存权益不受影响；制裁夫妻一方与第三人串通

## 媒 体

伪造债务的虚假诉讼。

据媒体报道，2004年“婚姻法解释（二）”开始实施起，不断有因丈夫所借债被法院判决共同承担债务的女性自发结成联盟，诸如“二十四条公益群”等组织，联合向全国人大代表和政协委员反映问题，要求修改或废止第24条。

如今，最高法院发布了新的规定，这些规定将会产生什么新的影响？有关24条的争议是否能就此平息？

### 意见领袖观点

京都律师事务所民商诉讼部合伙人宇文鸿雁律师在接受财新网记者采访时表示，此次新规定出台的主要目的在于统一各级法院的裁判思路，并严格审查债务的真实性以及明确对非法债务坚决不予保护。

“第24条制定时，起草人内部争论也很大，认为该规定可能剥夺不知情配偶一方的合法权益，尤其是赌博，吸毒等非法债务或举债一方恶意和第三人串通损害配偶一方利益的。”宇文鸿雁说。

关于“婚姻法解释（二）”的出台背景，宇文鸿雁解释“任何法律法规的制定都有滞后性，2001年修订婚姻法，夫妻双方通过假离婚或者财产约定形式联手转移家庭共有财产，侵害债权人利益的情况时有发生。在反复权衡优先保护债权人还是夫妻另一方利益后，出台了第24条。”

“第24条颁布后，从新闻反馈的内容和法院审判实践，主要针对的是虚假债务和非法债务问题，所以补充规定也主要是针对这两点。”宇文鸿

雁认为，此次是根据实践反馈的酌情修改，集中于应对虚假债务、非法债务，并通过“通知”进一步强调各级法院审理涉及夫妻债务案件要严格审查。

宇文鸿雁表示，中国婚姻财产关系原则上是夫妻共同财产制，极少数家庭实行夫妻财产约定制。所以，根据《婚姻法》第十七条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的生产、经营的收益，归夫妻共同所有。根据权利义务相一致原则，因生产经营产生的负债也应当由夫妻共同承担。但是，现实中，夫妻一方对外举债的情况非常复杂，不管第24条还是新出台的规定，均意在涵盖更多情况。

根据第24条的规定，第三人与夫妻一方发生债权债务关系，如果第三人知道夫妻双方财产已约定归各自所有的，由其一方做财产清偿，如果不知道，该约定对第三人不产生效力，不能对抗第三人，将按照夫妻共同财产偿还。

那么，问题随之而来，实践中第三人如何知道是否存在该约定？如何判断第三人是否知道该约定？对于此问题，宇文鸿雁表示，夫妻一方或双方需要承担举证责任，证明第三人确实知道该约定。“如果夫妻一方在外举债不告知其配偶，而所借款项又未用于家庭共同生活，此种情况下要求债务人的配偶举证证明其不知道该债务的存在是不合理的，因为这等于是要求其证明一种主观状态。如果将债务人向其配偶告知举债情况视为一种行为，则没有告知就是没有行为，要求对于不存在的行为证‘无’，在逻辑

上是讲不通的。”因此，债务人的配偶只能设法证明债务人所借款项没有用于实际家庭共同生活。但是，提供这种证据对于债务人的配偶来说也是有一定难度的，实践中少有成功的例子。

此次“通知”，在防止虚假诉讼方面，明确提出当事人本人、证人应当到庭并出具保证书，通过调查、询问，进一步核实债务是否真实。宇文鸿雁认为，夫妻共同债务应当通过审判程序认定，而不能直接由执行程序认定。在参与诉讼程序的过程中，当事双方都有不断举证的机会，以保护自己的合法权益不受侵害。

新规颁布，如何防范规定在执行中走形？宇文鸿雁表示，从专业家事律师的角度看，还是应该更多从证据层面解决这一问题。实际审判中，法院应当对于债务的真实性予以确认。作为公民，在遇到此类情况下要事先注意举债一方资金流向、以证明是否夫妻共同举债。

最高法院还提出，要树立生存权益高于债权的理念。对夫妻共同债务的执行涉及夫妻双方的工资、住房等财产权益，甚至可能损害其基本生存权益的，应当保留夫妻双方及其所扶养家属的生活必需费用。执行夫妻名下住房时，一般不得拍卖或抵债被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋。

宇文鸿雁认为，“基本生存权益和必需生活保障是在执行案件中统一的原则，为了维护债权人利益，必需居住房屋仍然可以拍卖，当然，也要具体情况具体分析。”

（本文转自财新网，编辑时略有改动。）



# 营造“京都发展加速度”的新常态

## ——田文昌律师在2017年会上的致辞

■田文昌/文

今天我要讲的关键词是“腾飞”。首先表示感谢。2016年是京都成绩斐然的一年。这种成绩的取得除了我们自身的努力之外，还有赖于我们京都所众多朋友的支持。感谢我们的专家团队，各方面的同行、朋友，多年来一如既往地支持、理解、帮助京都所。

在此，我首先对在座的和不在座的支持过我们、帮助过我们的朋友们表示衷心的感谢！

今年的年会是参加人数最多的一年，超过了220人。这种盛况说明我们不仅人强马壮，而且士气高了。为什么？因为2016年是京都历史上最辉煌的一年。所以，我想说，2017年是京都所插上翅膀、全面腾飞的一年！

经过20多年的努力，我们三次创业，已经成蓄势待发之势。回顾20多年的历程，我们经过不断的努力，可以说今天

已经创造出京都所快速发展的运行模式。接下来，我们要营造出“京都发展加速度”的新常态，这也是我们2017年所面临的主要任务。为什么要提出这个任务呢？有四个重要的前提：

第一，京都的业务类型综合化已经形成规模，整体架构已经搭建完成。京都所是以刑事诉讼起家的，以诉讼见长，其中刑事诉讼领先。经过20多年的努力，我们完成了综合化业务类型的整合。现在，我们完全有理由，有信心，有能力说我们已经成为综合化的大所。

第二，律所管理团队化的基础已经奠定。非律师管理合伙人模式就是我们京都所这么多年的一个创新和尝试。京都所采取聘请专业的管理人才，进行公司化管理，这在中国可以说是首创。在这种机制的磨合下，我们团队建设的基础已经打好。这种团队化的建设和团队化的管理为京都所的发

业务类型综合化已形成规模；律所管理团队化已奠定基础；律师的专业化水平全面提升；整体创收能力呈持续增长的态势。有了这四个方面的前提，京都所未来的发展已经形成厚积薄发之势。

展奠定了一个非常好的基础。

第三，京都律师的专业化水平全面提升。这些年来，我们通过内部培养和外部引进，整个律所已经人才济济。内部培养帮助年轻人不断地提升；外部引进不断扩充新生力量。这么多年我们不仅引进了大批不同领域的专业律师人才，还引进了一些来自法、检系统的原高级法官、原检察官做我们的高级合伙人和高级顾问。对京都未来发展来讲，他们的加盟使京都所如虎添翼。这都是我们为2017年全面腾飞储备的重要力量和资源。

第四，律所的整体创收能力已经呈现出稳定增长的态势。这些年，我们的创收快速增长，2016年收入比2015年增长30%。在增长数字的后面，还有两个值得注意的因素。2016年，我个人创收减少了一半；律所整体创收增长了30%。这说明了什么？说明后继有人，说明京都所整体创收能力的提升。还有一点，去年非诉讼业务收入大幅度增长，说明我们的综合化建设的效果已经显现。

所以，业务类型综合化已形成规模；律所管理团队化已奠定基础；律师的专业化水平全面提升；整体创收能力呈持续增长的态势。有了这四个方面的前提，京都所未来的发展已经形成厚积薄发之势。2017年，我们会有一个很大的突破和进展。那么，前提已经成立，基础已经奠定，目标实现起来就指日可待，但是大家还需要努力。

为了实现这个目标，我提出个人的四点希望：

第一点，希望京都的每个人能够增强信心，奋力进取。怎么做？我们把多年积蓄下的能量，充分挖掘出来，在2017年形成一种喷发之势，要有新的突破。这是我们主观努力的心态，一定要有这种信心。

第二点，我们各个部门要专业互动，相辅相成。具体体现在两个方面：

一是我们充分发挥团队配合的优势，把加法变乘法。团队建设的目的是什么？如果只是简单相加，是没有优势的。

我们做团队建设就是为了把加法变乘法，通过协作互动，成倍、成数倍地提高我们的效率，增强我们的能力。所以，我们一定要做到团队之间的互动，才能实现加法变乘法的目标。

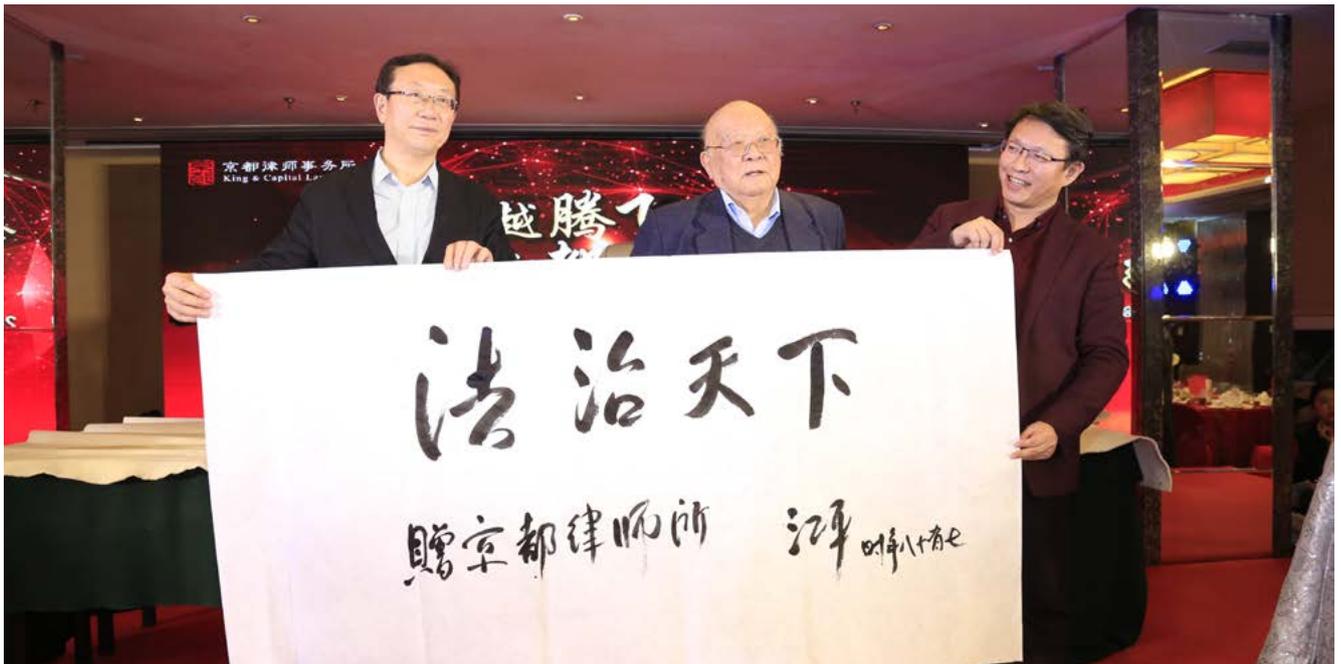
另一方面，在加强团队配合的同时，希望各个专业部门能够打造品牌，各领风骚。每个专业部门要发挥各自的长处。刑事业务部有刑事业务的长处，金融部以家族信托为依托已经打开一个非常好的局面，民商诉讼在刑事诉讼影响带动下，也应当迅速成长起来。除此之外，我们的房地产与基础建设部、公司业务与破产清算部、涉外业务部、知识产权部、资本市场业务部、企业风险防控中心、非洲法律事务中心、政府法律服务、文化产业事务中心，也要有各自的亮点。

一个综合化的大所再综合也不可能包罗万象。但，如果我们三个、五个亮点出来，打造三个、五个明星品牌的专业领域，就能把京都的整体局面撑起来了。所以，这一点非常重要！我非常希望，我们在加强团队配合的同时，每位律师、每个团队，能在每个领域发挥自己的长处，各显其能，各领风骚。我们把单独的努力、小团队的努力和京都所整体努力结合起来，就能达到我们所追求的目标。

第三点，要更新观念，勇于创新。现在是信息时代、大数据时代。这是一个非常神奇的时代。人类历史上什么农业革命、工业革命，任何一次变革都无法与信息革命相比拟，信息革命将改变全人类。在这种情况下，如果我们不能及时更新观念，就无法跟上时代的脚步。更新观念，在操作层面，具体表现在哪两个方面？一个是更新方法，一个是更新服务领域。

更新方法又表现在两个方面：

一方面，我们要把传统的法律服务技能掌握好。为什么这么说？中国律师的历史太短。从改革开放后到现在的三十几年里，在我们短短的律师业发展历程中，很多律师还没有



掌握好基本技能。所以，我们要先把现有的知识掌握好。我们的各种研修，我们与纽约大学的联合培训，都起到这样的作用：要先把自已打造成一支真正的、名副其实的正规军。另一方面，在此基础之上，我们还要努力创新。在信息时代大潮到来的过程当中，我们会发现很多新的事物、新的问题，要适应新的形势才能跟上时代的脚步。我们既要学习传统的律师服务的技能，又要努力创新。

另一方面就是服务领域的创新。服务领域的创新也包括两块内容：

第一，是老话题，中国有14亿人口，30几万律师，但是还有很多律师吃不饱饭。而国外的律师就要多得多，如美国有100多万律师。这说明什么？说明中国的法律服务市场还有许多领域远远没有开发出来。比如，非诉业务可以说有百分之八十的领域还没有开发出来。目前，有很多领域不让律师参与，不用律师参与，或者我们律师不知道自己应不应该参与。法律服务市场上有很大一片的处女地等待开发。我们首先要把这些领域开发出来。

第二，我们还有不断出现的新领域，比如说最时髦的互联网领域，现在可以说是大浪滚滚而来，我们律所也不甘落后，也在进行这样的尝试。对新领域的开发不能落后，落后就没有发展空间。在信息时代的大潮当中，敢于创新，有信心，就能有所发展，否则就只能被淘汰。

不能以为近两年我们形势很好，就可以停滞不前，那样

肯定要被淘汰。所以一定要不断地更新观念，勇敢创新。

第四点，从京都所的长远发展来看，我们每个人，特别是每个老合伙人都应当自觉地激发活力。常言说后生可畏，我在这里说后生可敬。京都的未来是属于年轻人的。京都所20多年的发展虽然走得不错，但是很多观念也在不断受到冲击。那么，未来靠谁？要靠京都的后续力量，靠京都的年轻人。所以，我一直对京都所的年轻人，对已经来到京都所的年轻人和尚未来到京都所的年轻人充满期待。只有不断地注入新的血液，吸收年轻人的活力，京都所才能更快地向前发展。当然，同时，我也要提示年轻人：当前是信息时代，而且是社会变幻莫测的时代，这种社会环境是造就人才的时代，同时也是容易摔跟头的时代。我们要有信心，有勇气，要努力前进，与此同时，更要切记不能浮躁。如果有信心，有勇气，我们就会有所建树，就会成功。如果我们没有勇气，就会被淘汰。如果我们过于浮躁，就会身败名裂。

我希望京都的年轻力量充分考虑两方面因素。年轻律师在理论功底与操作能力的锻炼上，一定要勤奋起来。与此同时，心态要平和。律师一定要有好心态，没有好心态一定做不了好律师。

以上是我提出的四点希望。

最后，希望大家一起努力，让京都在2017年真正腾飞起来，共同营造出“京都发展加速度”的新常态。

谢谢大家！

# 新经济下民商事纠纷 疑难问题研究





# 金融借款民刑交叉案件中民事审理中止之议

■ 公丕国 / 文

**金**融借款纠纷案件中，在借款人涉嫌或构成犯罪的情况下，借款人对银行的还款责任争议甚少，案件纠纷争议点往往落在担保人的担保责任问题上。在此类纠纷的民事审理中，担保人均会以借款人涉嫌或构成犯罪为由请求法院中止民事审理或驳回起诉或免除担保责任。法院对此类诉请的判决结果不一，但多数判例以“借款人的犯罪不影响银行与担保人的担保关系成立”为由，裁定不予中止民事审理，判决担保人承担保证责任。

那么，在借款人涉嫌或构成犯罪的情况下，借款担保纠纷的民事审理应否中止？需要强调的是，在此类案件中，基于刑事侦查的公权力性质和侦查手段的特殊性，公安机关往往能获取民事案件当事人所不能取得的一系列与民事关系相关的证据材料，影响到法院对涉案借款、担保等民事关系的认定；同时，公安机关对涉案财物的查封和追赃情况，也直接影响到担保人实际承担担保责任的结果。所以，从担保人的角度讲，此类案件民事审理是否“中止”，不仅仅是一个“暂时中止审理”的程序问题，也具有影响担保责任的认定和实际承担保证责任结果的实体意义。

笔者以自己正在办理的一起借贷担保纠纷为例，结合最高法院相关的几个判例，对上述问题的实务观点总结梳理并加以分析，以期与读者共享、探讨。

【案例】 济宁T公司是廖某任法定代表人且实际控制的一家有限公司。廖某以购买钢材为由请求济宁C公司为其担保贷款。济宁银行和T公司、C公司签订最高额担保合同，C公司在1600万元额度内为T公司借款担保，廖某、廖某之妻李某、C公司实际控制人赵某等亦为担保人。之后，济宁

## 公丕国律师简介



公丕国律师，京都律师事务所高级合伙人，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。

银行分次向T公司提供贷款，T公司未能还款，后发现公司关门、廖某逃匿。银行起诉T公司还款，同时诉请C公司及廖某、李某、赵某等担保人承担保证责任。

C公司控告T公司及廖某涉嫌合同诈骗罪，济宁公安机关以廖某骗取贷款罪立案侦查。根据C公司自行搜集和公安侦查掌握的证据，可确定：T公司申请贷款时向银行提供的购销合同、财务报表、完税凭证均为虚假；全部借款未用于购销钢材，而是经过一系列的公司、个人转账回到T公司或廖某手中用于还旧债、购房产等；借款到期前后，廖某将公司及个人名下的房产抵押给他人还债、车辆低价变卖（如价值百万元的英菲尼迪豪车以一万元价格卖给他人）后，逃匿。另查明，银行该业务主办人卢某在T公司借款数十万元，账目记载尚有5万元未还。

C公司以公安机关已经立案侦查为由，请求法院中止民事审理。法院认为：公安机关立案侦查的是廖某个人骗取贷款罪，廖某在本案中只是担保人，其是否犯罪不影响T公司与银行借款关系及担保人与银行担保关系的认定，法院亦未发现其他经济犯罪线索，不予中止审理，判决担保人承担保证还款责任。

根据侦查获得的进一步案情证据，公安机关变更刑事案件罪名为T公司、廖某合同诈骗罪。（案情有编辑）

本文不讨论“虚假的购销合同、财务资料”是否属于“经济犯罪线索”，也不去质疑法院在廖某是公司实际控制股东等基本案情下认定“廖某个人犯罪不影响单位借款性质”是否是形式主义，只讨论在T公司及廖某涉嫌合同诈骗罪的情况下，民事审理应否中止。

本案例中，借款人涉嫌的刑事罪名常见的是骗取贷款

罪、贷款诈骗罪和合同诈骗罪，三个罪名的犯罪构成要件近似但有明显的区别。骗取贷款罪不是以非法占有为目的，只因在不符贷款条件的情况下为取得贷款而采用了非法手段，主观上有归还的意愿但因经营失败等原因“想还款而无力还款”；贷款诈骗罪是通过非法手段骗取贷款“没有还款的打算和行为”，主观意图就是“非法占有”，获取借款后不用于经营、任意挥霍、携款潜逃等是其明显行为特征；合同诈骗罪是泛指利用虚假合同、编造事实骗取贷款的犯罪行为。本案中，T公司及廖某提供虚假合同、财务资料，贷款用于还旧债、购房买车，之后低价变卖房、车，公司关门人逃匿，其主观上就没打算借款经营赚钱还贷，不符合骗取贷款罪的构成要件。鉴于现行法律规定贷款诈骗罪的犯罪主体只能是个人而单位不构成该罪，故公安机关变更案由为“T公司、廖某合同诈骗罪”，是符合合同诈骗罪的犯罪构成要件和本案实际状况的。

长期以来，绝对化的“先刑后民”原则一直被司法机关作为审理刑民交叉案件的“金科玉律”，即民事案件涉及刑事问题时，对民事案件不予立案或中止审理。这导致了当事人滥用控告权、公安机关插手经济纠纷、法院重刑轻民错判案件的司法乱象。近年来，最高人民法院通过出台司法文件和公布指导案例等形式努力纠正这一乱象，强调“刑民分立”“刑民并行”等司法规则，但在实践中，关于刑民交叉案件的程序先后、判例观点仍然意见不一，各说各理。究其原因，除了刑民交叉案件本身的复杂性外，更重要的原因是缺失明确统一的立法或司法解释。

刑事诉讼法第九十九条规定：“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼”。此类刑民交叉案件法律规定明确，实务中无甚争议，而争议最大、数量较多的是“同一事实或有关联的不同事实”引起的刑民交叉案件。此类案件的处理原则，立法层面上只有民事诉讼法第一百五十五条第一款第（五）项“本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结”的规定。该规定的意思表示明确，但实务处理中理解各异，缺乏统一标准。

基于本案民事案件中涉及的事实与刑事侦查的内容系同一事实，且刑事案件的结果直接影响民事关系、民事责任的认定，该刑民交叉案件应适用先刑后民原则，民事审理应当中止。

从1998年《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》<sup>1</sup>、2014年《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》<sup>2</sup>、2015年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》<sup>3</sup>等关于刑民交叉案件的司法解释看，最高院确立了以“同一事实”为判定“先刑后民”或“民刑并行”的标准。借用最高院民二庭2015年12月《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》的说法，该判定标准表述为：如果民商事案件法律事实与刑事案件法律事实不同，那么原则上民商事案件应当与刑事案件分别审理，审理民商事案件的法院不能以涉嫌刑事犯罪为由当然中止对案件的审理；如果民商事案件与刑事訴訟所涉事实完全相同，在立案阶段就应不予受理民商事案件，受理后民商事审判中发现的，应当裁定驳回起诉；民商事案件与刑事訴訟涉及的法律事实部分相关时，如果审理民商事案件必须以另一刑事案件审理结果为依据，那么在刑事案件尚未审结时，应当中止民商事案件审理，如果民商事案件审理无需以刑事案件审理结果为依据，则民商事案件不得中止审理。

最高法（2016）民申3534号《牛小强、王文宽等民间借贷纠纷申诉、申请民事裁定书》裁定：刑民交叉案件处理时，并不是必然适用先刑后民的原则。在民事案件中，合同的效力、法律责任认定如果无需受刑事案件办理依据和审理结果的影响，一方当事人通过民事诉讼的方式保护自己的权益，民事案件并不必然中止诉讼或驳回起诉。

最高法（2015）民申字第1778号《梅振娇与李红玲、海南鸿凌投资担保有限公司等借款合同纠纷申请再审民事裁定书》认定：在刑民交叉涉及同一事实时，均规定应当先刑后民；若案件涉及不同事实，则应当对不涉及犯罪事实的民事纠纷继续审理。对“同一事实”的认定，并非是指民事法律规范和刑事法律规范作出规定的要件事实，而应是自然意义上的事实本身。如果民事案件中涉及的事实，对刑事案件的审理、善后处置等有影响，也当属同一事实。具体到本案，法院认定出借人与借款人的借款事实是借款人涉嫌刑事



犯罪事实的一部分,与该借款合同关联的其他保证、房屋抵债等合同,均系依附于主借款合同的从合同,其从属性决定了上述从合同涉及的事实也会对刑事案件的审理和善后处置产生影响,当事人财产上的关联关系对刑事案件的审理和善后亦会产生影响,本案交叉民刑关系涉及的主要事实应系同一事实,按照先刑后民的方式处理。

最高人民法院于2014年7月针对民刑交叉案件出台《关于审理民刑交叉案件若干问题的规定(征求意见稿)》,该意见稿第六条规定“人民法院审查当事人提起的民事诉讼,发现涉嫌犯罪线索、材料的,应当告知当事人有权控告或者报案,……当事人的起诉符合民事诉讼法规定的受理条件的,人民法院应当受理”;第七条规定“人民法院受理民事案件后,被告或者第三人以民事案件涉嫌犯罪为由请求移送按照刑事案件处理的……民事案件不以刑事案件的办理结果为依据的,民事案件继续审理;民事案件必须以刑事案件的办理结果为依据的,应当裁定中止民事案件的审理”。从上述两条的规定可以看出,最高人民法院对民刑交叉案件的处理意见倾向于中止诉讼。

客观地讲,基于刑事侦查手段作为公权力实施方式的固有特点,与民事纠纷以当事人举证为主的调查方式相比,所查清的事实更有可能接近事实真相,中止审理民事案件,等待案件事实的进一步明朗,可以避免与刑事案件查明的事实相矛盾。同时,刑事案件所侦查的事实,可能会出现民事案件所不能掌握的、但可能对案件最终处理结果产生极大影响的事实,为避免刑事判决与民事判决的矛盾,也应当中止审理。

根据上述综合意见,本文文首的案例,在T公司及廖某涉嫌合同诈骗罪的情况下,济宁银行与T公司借款的事实与T公司及廖某涉嫌合同诈骗的事实是同一事实毫无争议,C公司及众多担保人担保的债权债务就是T公司及廖某涉嫌合同诈骗的贷款,接受刑事侦查的银行工作人员是否参与借款人的犯罪影响到借款合同、担保合同的效力认定,刑事侦查可能发现的诸多事实证据影响到借款关系、担保关系的认定,刑事案件查赃追赃、法院附带民事诉讼的结果都影响到担保人担保责任的承担结果。故,基于本案民事案件中涉及的事实与刑事侦查的内容系同一事实,且刑事案件的结果直接影响民事关系、民事责任的认定,该民刑交叉案件应适用先刑后民原则,民事审理应当中止。

当然,民事审理的中止,只是审理程序的暂停,并不等

于担保人必然免除保证责任。担保人是否承担保证责任,还要看借款合同、担保合同的效力、各方当事人的过错认定等实体问题。笔者另行撰文《金融借款民刑交叉案件中担保人责任之辨析》与读者共同探讨。

对于数量众多、争议较大的民刑交叉案件的法律适用问题,我们特别期望最高人民法院的《关于审理民刑交叉案件若干问题的规定》能够早日颁布,我们更期望,在将来的刑事诉讼法、民事诉讼法修正时,能够对这一问题明确立法,例如:同一事实或相互牵连的不同事实分别涉及民事法律关系和刑事法律关系的案件,按照下列方式予以处理:(1)民事案件的审理必须以刑事案件的审理结果为依据的,刑事案件的审理终结后,再审理民事案件;(2)刑事案件的审理必须以民事案件的审理结果为依据的,民事案件的审理终结后,再审理刑事案件;(3)民事案件的审理不以刑事案件的审理结果为依据的,民事案件和刑事案件可以分别进行。

1 《关于审理经济纠纷案件发现违法犯罪嫌疑若干问题的规定》(法释[1998]7号 1998年4月)第一条:同一公民、法人或其他经济组织因不同的法律事实,分别涉及经济纠纷和经济犯罪嫌疑的,经济纠纷案件和经济犯罪嫌疑案件应当分开审理。第十条:人民法院在审理经济纠纷案件中,发现与本案有牵连,但与本案不是同一法律关系的经济犯罪嫌疑线索、材料,应将犯罪嫌疑线索、材料移送有关公安机关或检察机关查处,经济纠纷案件继续审理。

2 《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》(最高院 最高检 公安部2014年3月)第七、关于涉及民事案件的处理问题。对于公安机关、人民检察院、人民法院正在侦查、起诉、审理的非法集资刑事案件,有关单位或者个人就同一事实向人民法院提起民事诉讼或者申请执行涉案财物的,人民法院应当不予受理,并将有关材料移送公安机关或者检察机关。人民法院在审理民事案件或者执行过程中,发现有非法集资犯罪嫌疑的,应当裁定驳回起诉或者中止执行,并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关。公安机关、人民检察院、人民法院在侦查、起诉、审理非法集资刑事案件中,发现与人民法院正在审理的民事案件属同一事实,或者被申请执行的财物属于涉案财物的,应当及时通报相关人民法院。人民法院经审查认为确属涉嫌犯罪的,依照前款规定处理。

3 《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》(法释[2015]18号 2015年6月)第六条:人民法院立案后,发现与民间借贷纠纷案件虽有关联但不是同一事实的涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料的,人民法院应当继续审理民间借贷纠纷案件,并将涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。

# 关于“损害股东利益责任纠纷”案件的几个实务问题

■ 王宪森 / 文

自2006年1月1日开始实施新的公司法以来，人民法院受理的“公司诉讼”纠纷案件的类型也日渐多样化。特别是随着“公司法司法解释（一）、（二）、（三）”的陆续出台，公司法中多数“商事法律关系的争议”均有了相应的“裁判依据”与其对应，大大地提升了“公司诉讼”案件在“立案受理”及“审理”方面的可操作性。这其中，“损害股东利益责任纠纷”即是较常见的一类纠纷案件。现结合一个实际案例，对此类纠纷在实践中的基本程序规则及法理思路，进行几点实务性分析和总结。

## 案例

基本事实：A公司与B公司注册成立了C公司，A公司出资比例40%；B公司出资60%。一年后，C公司增资扩股，A公司持股比例降为30%，B公司持股比例为49%；另有D公司持股9%，E公司、F公司各持股6%。C公司设立时制定的《有限责任公司章程》关于“议事规则”规定：“股东会一般一年召开一次，其决议，修改章程必须经三分之二以上的股东表决通过”。增资扩股后，C公司的股东及股权结构发生了变化，但公司章程未修改。

在此后的经营中，C公司董事会就C公司与H公司的合作开发事项，致函各股东，要求进行投票表决。五个法人股东均提交了表决意见，其中：B公司、D公司、E公司投了赞成票，三股东共持股64%；A公司、F公司合计持股36%，投了反对票。据此，形成了《C公司股东会决议》，通过了C公司和H公司的合作开发方案。此后，双方签订了《合作

## 王宪森简介



京都律师事务所高级顾问，吉林大学经济法硕士学位，加拿大蒙特利尔大学法律硕士（DESS）。最高人民法院原高级法官、民二庭资深审判长。在最高法院从事民商事案件审判及司法解释调研工作长达20余年，兼任《民商审判指导》执行总编。精通合同法、公司法、担保法、金融法。

开发协议》，但在履行合作协议过程中产生了纠纷，H公司诉至法院，请求判令C公司将xx亩土地使用权过户H公司名下，并向其支付违约金xxx万元。一、二审判决支持了H公司的诉讼请求。

A公司认为，由于大股东B公司不顾其他股东的反对意见，决定C公司与H公司合作，导致C公司数亿元的损失，造成A公司相应损失了x亿元。遂以“损害股东利益责任纠纷”为由，将B公司诉至某高级法院，请求判令：1、认定B公司在通过《C公司股东会决议》过程中滥用股东权利；2、B公司赔偿其经济损失x亿元；3、B公司赔偿因C公司支付H公司xxx万元违约金，使A公司产生的xxx万元损失；4、B公司承担本案诉讼费。

## 一审、二审概要

一审法院认为：一、关于C公司和H公司土地开发合作事宜的表决，持有64%股份的股东投赞成票，另36%股份的股东投了反对票，赞成票未达到公司法第四十三条关于“经代表三分之二以上表决权的股东通过”的规定。股东B公司利用其董事长同时为C公司董事长的条件和掌管C公司公章的权力，自行制作《C公司股东会决议》，系滥用股东权利，并由此侵犯了A公司的合法权益。二、A公司请求赔偿的损失分为两部分：一是在C公司过户给H公司的xx亩土地的土地使用权中A公司所占的相应份额，具体损失按持股比例计算为xxx万元；二是，关于C公司应支付给H公司的xxx万元违约金所造成A公司的损失部分，由于该违约金C公司尚未支付，损失未实际发生，故对A公司请求该部分的损失在本案中尚不能支



持。三、A公司依据公司法第二十条起诉要求B公司赔偿其损失，有法律依据。该院遂判决：一、B公司在通过《C公司股东会决议》过程中滥用股东权利；二、B公司向A公司赔偿经济损失xxx万元；三、驳回B公司的其他诉讼请求。

A公司、B公司均不服一审判决结果，提出上诉。

二审判决支持了B公司的上诉请求：撤销一审判决；驳回A公司的诉讼请求。

## 实务要点

本案系比较常见的股东诉股东的“损害股东利益责任纠纷”案件，也是典型的由“公司内部法律关系”而引发的争议。通过对案中相关争议问题的解读和分析，在类似案件的实务操作中，至少应注意把握以下问题。

### 一、准确把握公司诉讼中“法律关系”的性质

公司法作为一部商事组织法，其调整的商事法律关系从“空间上”看，可大致分为“内部法律关系”和“内外部法律关系”，后者通常也简称“外部法律关系”。显然，“内部法律关系”对应于在公司内部各个民事主体之间形成的法律关系，如：股东与股东之间，股东与公司之间，股东与董事、高管、监事之间，股东与清算组之间，公司与实际控制人、董事、高管、监事之间等等。而对于“外部法律关系”，从公司法角度，主要是“公司”外部的“他人”、债权人等，与公司内部各主体之间因受公司法的规范调整而形成的法律关系，如：公司与“他人”（公司法第一百五十一条）之间，债权人与股东之间，债权人与董事、高管、清算组之间的法律关系等等。实践中，如上述不同的“公司法律关系”中出现了争议，一方商事主体诉至法院，就形成了某一特定类型的“公司诉讼案件”。

值得注意的是，公司与其他商事主体之间所建立的一般性的商事合同关系，如买卖、租赁、装饰装修等，因其产生的纠纷，多数情况下属于合同法调整、解决的范畴，而并不属于这里谈到的适用公司法的“公司诉讼”。这其中，只有极少一部分合同交易，因形成于“公司设立”过程中，存在着“设立中的公司”这一的特殊主体，为了避免出现交易秩序的混乱，才在“合同相对性原则”基础上，制定了一些确认“发起人与公司之间如何承继合同权利义务”的规则，以确保“交易公平”和“交易安全”。对此，许多国家的公司法（包括判例法）均有相应的规则。最高人民法院2011年发

布实施的公司法司法解释（三）第二条、第三条中，即对这类问题作出了比较明确的规定。因此，对处理这类商事合同纠纷时，在适用合同法相关规定的同时，还应关注公司法司法解释的特别规定。同理，相关的商事侵权纠纷中，如侵权事实发生在“公司设立”期间，也会产生相应的民事权利义务的承继问题。目前国内的商事立法还未见明确规定，如出现民事权利行使之障碍时，相关权利人之间可以通过具体的“协议授权”方式，协商解决。

此外，从行政法律关系看，公安、税务、工商等行政管理机关在其履行其管理职责时，也会与“公司内部主体”之间形成“外部”法律关系。但这已不属于公司法“商事法律关系框架”中的外部法律关系，而属于政府在行使行政管理职能时所形成的行政法律关系。尽管两者性质不同，但行政管理的措施及结果（如行政处罚款、关闭公司）却经常对“公司法律关系”的变动产生直接的影响，进而引发相应的赔偿之诉、公司解散、清算诉讼等。

本案中，股东A公司起诉股东B公司，属于“公司内部法律关系”争议而引发的诉讼案件。依据最高人民法院制定的《民事案件案由规定》，属于“与公司有关的纠纷”中的“损害股东利益责任纠纷”。从程序上看，A公司提起本案诉讼，符合民事诉讼法第一百一十九条规定的“起诉条件”，法院应予受理。

当然，对于本案应否受理的问题，实务中也是存在争议的。有一种观点认为，A公司提出的诉讼请求，表面看是“股东直接诉讼”，但原告主张的“损失”实际是“目标公司”C公司对外投资的损失的一部分。原告认为，“C公司的损失”就是其行使请求权的依据。然而，如果原告为了维护“C公司的利益”而提起诉讼，则依据公司法第一百五十一条的规定，本案应属于“股东代表诉讼”，其诉讼利益应直接归C公司。对于“股东代表诉讼”如何确定诉讼主体问题，程序规则上一直存在两种建议模式，就本案而言，一是C公司为原告，股东A公司为诉讼代表人，B公司为被告；另一模式是，股东A公司为原告，被告为B公司（或C公司董事、高管），C公司为第三人参加诉讼。从公司法司法解释（四）（征求意见稿）关于“人民法院受理股东依据公司法第一百五十一条第二款、第三款的规定提起诉讼的案件后，应当通知公司作为第三人参加诉讼”的规定看，采纳了第二种模式。本案股东A公司起诉股东B公司，即使没有列第三人，法院如认为属于“股东代表诉讼”案件，可以“通知”公司以第三人身份参加诉讼，本案“受理”也不存

股东权利，包括知情权、表决权、收益分配权、清算请求权等多项权益。其中，股东正当行使“表决权”，是保证“公司决策机制”正当运行的前提，也是判断公司决策是否“正当”的依据。

争议。但如果按照第一种模式安排，则原告A公司以自己的名义提起“股东代表诉讼”，显然法院应驳回其起诉。这也是B公司答辩称应“驳回起诉”的依据。

关于本案“应否受理或驳回起诉”的第二种观点认为，A公司自己是本案诉讼的受益方，对应的利害关系人是B公司，符合股东直接诉讼的程序特征。目前，我国还没有具体的商事诉讼程序法，有关商事侵权案件的受理，仍统一适用民事诉讼法的相关规定，且公司法第二十条第一款关于“股东不得滥用股东权利损害其他股东的利益”的实体规定，亦同时含有诉讼程序规则之意。至于A公司的诉讼请求是否有事实和实体法上的依据，应由法院实体审理后作出判断。鉴于此，本案不宜从程序上直接驳回A公司的起诉。从一、二审判决结果看，两级法院也均采用了这样的做法。

在司法实务中，某些“公司诉讼”所涉及的法律关系较为复杂。准确地把握每一具体争议中“法律关系”的性质，这对于确定“诉讼案由”、“诉讼主体”、“请求权及内容”等，明确争议解决思路，至关重要。

## 二、“公司决策机制运行”与“股东滥用权利”之间的关系

股东权利，包括知情权、表决权、收益分配权、清算请求权等多项权益。其中，股东正当行使“表决权”，是保证“公司决策机制”正当运行的前提，也是判断公司决策是否“正当”的依据。所谓“正当”，是指“符合公司法及公司章程的规定”。同时，基于公司之“资合”的本质，“表决权的分配”直接来源于“股东出资的比例及构成”。尽管公司法或公司章程对公司的各类决策事项有一些具体的限制规定，但“资本多数决法则”始终是“公司决策机制”从设计到运行的法定“内核”，不可动摇。

本案中，A公司主张B公司的行为给其造成损失的理由主要有：“B公司作为控股股东，其不顾其他股东的反

对，对与H公司的合作事宜投了赞成票”，“属于滥用股东权”，“该投资项目给C公司造成了损失，也意味着给A公司造成了损失”。前两点属于公司决策权行使问题，是否属于滥用股东权；后两点属于通常判断“商事侵权”是否成立的一项基本构成要件，即“行为”与“损害结果”之间是否存在法律上的因果关系。从C公司董事会召集股东投票的过程及投票结果等事实看，B公司行使其表决权的行为，是基于自身的商业判断，且最终有过半数的表决权通过决策事项，并未违反公司法及该公司章程的规定。A公司主张B公司滥用股东权利，并没有其他的事实依据。

A公司的另一理由是：C公司投资失败，B公司作为控股股东，对合作方案表决通过起了决定作用，B公司应承担责任的。对此观点的反驳，涉及到公司法理论中的一个重要原则的运用，即“商业判断原则”。法官不是商人，应尊重公司按照正常决策程序做出的商业判断，尽量减少对商业经营决策活动的介入。从另一角度讲，因商业风险的不确定而造成的决策失误及损失，与商业决策行为本身并不存在法律上的因果关系。因此，仅仅依据市场经营决策失误，产生了经营损失，而追究决策股东“判断失误”责任，没有法律依据。对于这样的“请求”，各国商事法院均“予以驳回”，法理上并无争议。之所以维护这样的决策规则，也是基于市场经济的一个基本判断，即“资本”是代表“财富和商业成功”的标尺。因此，“资本多数决”可谓公司制度中“决策机制”的生命性法则。

在公司制度的实践中，与“资本多数决原则”相对的一个命题是：如何“防止大股东暴政”和保护“中小股东的权益”。在传统公司法确立的“公司决策机制”基础上，出现了有利于中小股东推选代表其利益的董事进入公司董事会的“累计投票制”，以及保证中小股东退出公司的“请求公司收购股权制度”，等等。但这些均未改变“公司决策机制”及“资本多数决”的根基。如果不分主次，矫枉过正，随之



而受害者，必然是全体股东。

此外，一审判决认定本案“表决未过三分之二多数”所适用的公司法条文也明显不当。在法律及公司章程均无明确规定的前提下，二审判决还是将商业上的判断权、决策权的“制定标准”交还给了公司和多数表决权所代表的股东。

总之，在没有证据证明B公司滥用了股东权利，并给A公司股东权益造成损害的情况下，A公司仅以“商业风险”造成的投资损失主张所谓的“股东权利”，法理依据不足。

### 三、股东无权获取公司的“权益和利益”，也不直接分担公司经营的损失

依据公司制度的基本原理，股东出资设立了公司，但“公司”有自己独立的人格，其享有的财产和权益并不属于股东。“公司”是股东创造财富的企业形式和创业工具，同时，它也是社会财富和债权人利益的蓄水池。股东依法参与公司经营，通过正当程序，实现股权中的收益权，但其无权直接分割公司的财产、获取属于公司的利益。否则，不仅侵害了公司内部其他主体的合法权益，还直接损害了外部债权人的利益，以及间接损害社会公共秩序和公共利益（如竞争秩序、税收等）。另一方面，公司的民事责任亦应由其独立承担，包括投资失败的损失。如不存在滥用有限责任及股东权利的行为，股东对于公司的经营损失不承担任何赔偿责任。股东仅以其出资额承担经营失败、甚至血本无归后的“有限责任”。

就本案而言，即使C公司与H公司的投资合作失败，其损失也应由C公司独自承担。A公司以其享有C公司的“股权比例”为依据，要求股东B公司赔偿其损失，即混淆了“损失”承受的主体，也违反了股东仅以其出资承担“有限责任”的基本原则。显然，其诉讼请求没有法律依据，应予驳回。

类似本案，实践中也常有股东以自己的名义起诉公司的债务人，要求按股权比例清收债务的例子；或未经清算程序，擅自分割公司财产，一旦产生纠纷即诉至法院。这些诉讼行为均是违反公司法基本原理的，在诉讼程序上，类似“诉权”也存在问题。当然，如果股东处于维护公司合法权益的目的，在公司不能及时主张权利的情况下，股东可以代公司提起诉讼，并由公司享有诉讼利益。这便是公司法第一百五十一条公司的“股东代表诉讼”案件，其诉讼利益归属于公司，尽管股东也会间接受益于公司的利益，但这与

“股东直接享有诉讼利益”相比，二者的本质截然不同。

### 四、关于董事、高管人员的民事责任与法人控股股东的关系问题

本案中，虽不涉及董事、高管之民事责任的判定问题，但C公司“董事长”的双重身份，导致“其董事的责任”与“股东B公司的责任”明显存在诸多交叉、混沌的“地带”。究其原因，主要在于“法人控股股东”与“公司的董事、高管人员”二者存在着天然的“近亲”关系。致使这些管理人员在面对“两个法人”的经营管理活动时，有时其行为归属难以分辨，进而时常带来一些令人难解的纠葛及争议。

“董事、高管人员”是公司内部法律关系中的重要主体。在公司诉讼案件中，其自然享有独立的民事诉讼主体地位。在履行管理职责时，其是否违反了公司法及公司章程的规定，是否侵害了公司内外其他商事主体的合法权益，通常可以依据具体的侵权事实，做出独立的判定，由其本人承担责任。但如果其同时以“法人控股股东”的身份实施了侵权行为，则不排除该控股股东承担相应的责任。反之，如“控股股东”依法律及章程规定，正当行使了股东权利，则其对“董事、高管人员”个人实施的侵权行为就不应承担责任。为此，我们应针对个案反映的具体事实，做出判断，不能一概而论。

此外，A公司在其诉讼理由中还提到了C公司与B公司“人格混同”问题，但其唯一证据是两公司的董事长为同一人，显然依据不足。而且，本案也不存在适用“公司人格否定理论”的法理基础，诉讼关系亦不吻合。

依据上述分析，本案二审判决驳回了A公司的诉讼请求，其法律依据及法理依据是很充分的。股东A公司主张B公司损害了其股东权益并要求赔偿其损失，没有事实和证据支持。

总之，在面对“损害股东利益责任纠纷”这类案件时，首先要分清公司内外法律关系的性质、类型，设计好诉讼程序方案，准确固定“案由”。同时，为“诉讼请求事项”找出对应的实体法依据。同时还要注意，一些公司法上的“实体规范”本身又兼有“程序规则”的内容。这也是公司法作为一部商事组织法，区别于其他民商事法律的特点之一。在处理公司诉讼纠纷时，应注意把握该特点。

# 新闻媒体侵权的特点及其立法上的不足

## ——从神州专车起诉自媒体名誉侵权谈起

■ 赵岐龙 / 文

### 案情简介

神州优车股份有限公司（以下简称“神州专车”）于2016年4月申请新三板挂牌之际，自媒体王某某、方某、天津某公司等人发布有关神州专车投资运营的相关报道，尤其是对阿里巴巴与神州专车投资、合作进行了解读，神州专车认为该报道存在歪曲事实、故意抹黑神州专车，属于“公关黑稿”，系竞争对手指使自媒体诽谤神州专车的行为，意图阻止神州专车申请新三板。神州专车在官网发布《严正声明》，神州专车表示，王某某、方某、天津某公司，这三家个人及企业机构已经严重违反了《刑法》《民法通则》和《侵权责任法》的相关规定。神州专车运营公司神州优车股份有限公司已于（2016年）4月12日向北京海淀区人民法院提起民事诉讼，并已获得受理立案。同时，神州专车声明中表示将于不久向公安部门报案，追究当事人的刑事责任。

京都律师事务所赵岐龙、张雁峰律师接受自媒体王某某的委托，作为其诉讼代理人参与神州专车与王某某名誉侵权一案。神州专车认为王某某撰写的《阿里放弃投资神州专车因重大不利条款？》有四处事实存在严重失实，其中最主要的两处事实为：神州专车的亏损状况存在故意夸大的部分，与公开转让说明书披露的亏损事实不符，阿里巴巴不存在因重大不利条款而放弃投资，而

### 赵岐龙律师简介



于2007年加入京都，现为高级合伙人。1990年进入某省法院系统工作，历经刑事审判庭、民事审判庭、执行庭工作，曾任庭长职务。2004年开始从事律师工作，专注于民商事诉讼与仲裁、刑民交叉经济犯罪辩护、企业法律风险风控等业务。赵岐龙律师从事法律行业25年，办理了大量的刑事、民商事纠纷案件，熟悉各种案件的法律流程及办案技巧，深谙法官审判心理，尤其在办理重大疑难案件方面具有丰富的实践经验。

是由关联公司参与了投资。神州专车认为，王某某作为中国十大自媒体之一，在业界具有较大的影响力，王某某撰写的《阿里放弃投资神州专车因重大不利条款？》存在严重失实，故意或错误解读阿里巴巴不直接参与投资的事实，故意诽谤其商业名誉，导致其社会评价降低，尤其是在其申请中国第一股——新三板申请挂牌之际，其主观恶意十分明显，神州专车认为王某某的评论行为构成商业诽谤，应承担名誉侵权的法律后果。王某某认为，神州专车亏损的事实是业内皆知的事实，德国《路透社》也有报道。阿里巴巴投资神州专车是原告神州专车对外的宣称，但据知情人消息，阿里已经放弃投资，并且神州专车在后来公布的公开转让说明书中，股东名册中确实没有了阿里巴巴的身影，因此，王某某的报道是符合事实的，不存在侵权。

这起案件的特点就是涉及到新闻媒体侵权。由于我国没有新闻法，新闻媒体侵权被归入到普通的民事侵权当中。而普通的民事侵权没有区分新闻媒体与其他自然人、法人侵权的特点，更没有区分一般名誉权侵权与商业诽谤的区别。

因此，人民法院在认定新闻侵权与其他普通侵权中，很难适用一套特别的规则来认定是否构成新闻侵权，如果完全采纳普通侵权的归责原则来认定新闻侵权，势必会扩大新闻侵权的范围，把属于正常的新闻评论纳入到普通侵权当中。



新闻媒体是否构成侵权，往往是由其报道的事实与主观的评论构成的。主观评论一般要求适当即可，只要没有侮辱性的语言，一般不会构成侵权，关键是报道的事实是否构成侵权。

因为，新闻机构或媒体机构承担了比一般人更多的社会责任，代表着社会的“公言论”，代表着一定的公益性，履行着保障公民知情权、舆论监督权等权利，与一般的民事侵权有着本质的区别，应当适用特别的归责原则。

最高人民法院先后出台了两个关于侵犯名誉权的司法解释，其中各有部分条文规定了新闻侵权，分别为新闻侵犯自然人名誉权和侵犯商业经营者的名誉权的情形，其中《关于审理名誉权案件若干问题的解答》（法发〔1993〕15号）：“因新闻报道严重失实，致他人名誉受到损害的，应按照侵害他人名誉权处理。”“文章反映的问题基本真实，没有侮辱他人人格的内容的，不应认定为侵害他人名誉权。”《关于审理名誉权案件若干问题的解释》（法释〔1998〕26号）规定：“新闻单位对生产者、经营者、销售者的产品质量或者服务质量进行批评、评论，内容基本属实，没有侮辱内容的，不应当认定为侵害名誉权；主要内容失实，损害其名誉的，应当认定为侵害名誉权。”这两份司法解释基本确定了两个原则：一新闻单位侵犯自然人、法人名誉权的一律按照侵犯名誉权处理；二是新闻单位侵犯名誉权以严重违反事实为条件。但该两份司法解释没有区分侵犯自然人与法人的名誉权有何不同，更没有界定新闻违反事实的标准是什么。因此，在法官在认定新闻单位是否构成侵权具有很大的自由裁量权。

新闻单位或者新闻媒体不同于一般的民事主体，它具有特殊的职能或职责。新闻媒体的传播行为具有一定的公益性，还代表着新闻自由的宪法权利，并且还肩负着行使舆论监督权的职责。尽管新闻单位在传播信息时可能会侵犯他人的隐私权，也可能因传播的事实有误而侵犯他人的名誉权。但新闻单位侵权与一般主体侵权应有原则性的区别，这是由新闻单位的上述特点决定的，我们不能简单的、不加区分地认定侵权的主体。

新闻传播行为具有公益性，代表着社会公共利益。新闻单位通过传媒进行传播的新闻信息具备“公言论”的性质，使其与一般人格侵权中的“私言论”区别开来，新闻传播行为与公民知情权、舆论监督权、言论自由权等一系列重要的社会利益相联系，从而成为关系社会公共利益的问题，换言之，新闻传播代表着社会公共利益，它必须得到特殊的对待和处理。尽管现代民法倡导权利本位，但是在关系到社会公共利益上，权利本位应当有所限制，这是权衡法律价值冲突时的优先选择的结果。

新闻自由是宪法规定的言论自由的重要表现形式。当新闻自由与其他权益相冲突时，对这种宪法权利的限制与其他权利的限制需要有所区别，只有这样才能保障公民的基本人权和知情权、舆论监督权等社会公共利益权利，这是新闻侵权作为一种特殊侵权行为存在的核心价值之一。

新闻单位还承担着舆论监督的职责，该职责与实现公众的知情权息息相关。新闻媒体担负着向社会公众传播信息的职能，它是公民参与民主政治和实现个人自由的重要保证。新闻媒体甚至被誉为与立法、行政、司法并列的“第四权力部门”，正因为如此，新闻媒体应比一般主体享受更多的言论自由以及免受更少的法律规制，才能充分发挥其舆论监督的职能，维护社会公共利益。

但是我国没有新闻法，没有规定新闻媒体的上述特点，在最高人民法院关于名誉权的两个司法解释中尽管规定了新闻单位只有在报道新闻时存在严重失实时才承担侵权责任，但却没有规定背后的法律基础，导致在适用法律时，法官具有很大的自由裁量权，有时会错误地让新闻媒体承担不必要的侵权责任。

新闻媒体是否构成侵权，往往是由其报道的事实与主观的评论构成的。主观评论一般要求适当即可，只要没有侮辱性的语言，一般不会构成侵权，关键是报道的事实是否构成

侵权。报道的事实标准是什么？是客观事实还是法律事实，还是新闻独特的事实？法律没有规定事实的标准。但是，新闻媒体之间有一定的共识或惯例，新闻媒体报道的事实，不可能达到客观事实或者法律真实的标准。这主要是新闻的及时性决定的。新闻主要体现在“新”上，“新”要求新闻报道必须及时，否则，新闻就是旧事，公众关注到的仅仅是故事了，进而损害公众利益。所以，新闻的及时性与真实性之间存在着较大的矛盾，我们不能过分追求客观真实而牺牲新闻的及时性。因此，在立法制度设计上，应充分考虑以牺牲少数受害人的的人格权益来满足更多公众的正当权益。具体可采取降低新闻媒体的注意义务或者赋予新闻媒体更多的抗辩事由，以达到保护新闻自由、新闻监督以及公众知情权等公共利益。

新闻真实由于及时性的要求，一般无法达到客观事实的标准，也无法达到司法机关（如人民法院）所要求的法律真实的标准。尽管法律真实的标准低于客观真实的标准，但法律真实是在司法机关的介入下，还需要旷日持久的调查才能达到，而新闻媒体核查事实真相的能力囿于客观因素（人力、技术、设备）的限制，原本就不如司法机关，再加上新闻及时性对新闻行为的特殊要求，新闻真实的要求就会明显低于客观事实或法律真实，因此，只要达到基本事实准确就可以了，甚至只有严重失实才可能承担侵权责任。因为过于严格的新闻真实会导致相当数量的新闻报道都构成新闻失实，使许多新闻工作者无论怎么努力都难以达到新闻真实标准，无疑会严重打击新闻工作者追求真实真相的积极性，因此，宽松且具体的判断标准或许更为合理。在这一点上，最高人民法院的两个名誉权司法解释采用了过低的事实认定标准无疑是正确的。

尽管新闻真实低于客观真实、法律真实的标准，但不代表新闻真实没有任何标准。新闻工作者必须实施必要的新闻活动程序，去探寻和报道客观事实，即遵循“程序真实”，即使最后报道新闻事实与客观事实不完全相符，仍属于新闻真实的范畴，不承担任何侵权责任。

新闻媒体在是否承担民事责任上，还应该享有更多的抗辩事由，譬如，受害人的故意或受害人的过错行为导致报道与事实不符，新闻媒体不承担侵权责任。比较常见的还有第三方的过错行为导致报道与事实不符。新闻媒体由于采访、调查能力有限，又加上及时性的要求，必然会借助第三方的平台来实现调查目的，譬如引用国家权威机构的信息，转载

了第三方媒体报道，尤其是转载权威媒体的报道，都可以构成免责事由。

新闻媒体除了报道事实之外，还会加入有一部分主观评论，如果评论不适当，同样会构成侵权。合适的评论是指，评论具有事实基础（新闻真实），评论不是恶意的，评论一般与社会和公共利益相关。

因此，新闻媒体享有更广泛的言论自由，代表着社会公共利益，新闻媒体评论时只要具有一定的事实基础，不存在主观恶意，就不构成民事侵权。

另外，如果新闻媒体报道对象如果是商事主体，有可能构成商业诽谤，但商业诽谤应与名誉诽谤有很多区别，商业诽谤的客体是企业及其产品、服务，名誉诽谤的客体是自然人，对商业主体的报道应享有比自然人更多的抗辩事由。因为，商事主体成立与发展离不开社会大众的支持，关系到社会的发展和公众的福祉。因此，商业主体的经营活动及其商品是否符合法律法规的要求，是否符合公序良俗，是否会对社会和公众带来不良影响，都关乎整个社会的利益。因此，商事主体在经营中必须诚实守信，应尽更多的社会责任，同时也必须受到社会舆论的监督和评价。因此，商业诽谤一般以新闻媒体存在主观故意（或称“恶意”）为必要，而名誉诽谤以存在过失为必要。尤其在报道知名企业时，新闻机构享有更多的抗辩权，知名企业相当于公众人物，它的隐私权或名誉权应受到一定限制，即使侵犯了其隐私权或名誉权，一般也不承担侵权责任，因为，知名企业从社会及公众那里获得了更多的社会资源，赚取了更多的利益，为了满足公众的知情权、监督权，它们理应让渡一部分隐私权或名誉权。

案例中提到的神州专车，属于社会知名企业，在分享出行领域占有很大的市场份额，尤其在申请新三板之际，吸引了公众的眼球，包括其宣传的阿里巴巴对其有投资意向，引起了社会的广泛关注。无疑神州专车的发展与壮大与社会经济、公众利益密切相关，已经涉及到社会的公共利益，因此，新闻媒体（包括自媒体）有权根据新闻真实对其进行相应的报道和适当的评论。王某某在其《阿里放弃投资神州专车因重大不利条款？》里中提到神州专车巨额亏损，市场份额下降，阿里放弃投资，不仅有《路透社》的报道佐证，还有神州专车事后公布的新三板公开转让书说明相互印证，尽管亏损的金额有一定的误差，以及阿里巴巴将股权转让给关联公司参与投资（公开转让说明书中没有股东阿里巴巴，对方称阿里已经转让给其关联公司，并没有放弃投资），均不



影响王某某在公布公开转让说明书之前所做的合理判断与正常评论。王某某报道的事实基本准确，评论适当，没有主观恶意，并且王某某作为中国十大自媒体之一，每天都在深度报道国内外经济类事件，其评论代表着社会公共利益，即使侵犯了神州专车的部分名誉权，也不构成侵权。况且，王某

某的文章并没有侵犯神州专车的名誉权。庭审中，王某某的代理律师赵蛟龙、张雁峰发表了《阿里放弃投资神州专车因重大不利条款？》不构成侵权的代理意见，庭后，原告神州专车撤回了起诉，王某某的合法权益得到了一定的保护。

附：代理意见

## 关于神州优车股份有限公司与王某某网络侵权责任纠纷一案补充代理意见

**审判长、审判员：**

刚才我方代理人张雁峰律师已经对被告通过自媒体报道新闻及适当评论的行为发表了不够成侵权的代理意见，我完全赞同！下面，我仅对代理意见中没有涉及到部分做一点简单的补充，供法庭参考！

### 第一、新闻自由应受到法律的特殊保护

言论自由规定在我国《宪法》第35条当中，即公民有言论、出版、集会等权利。我国宪法规定了公民享有言论自由的权利，而新闻媒体（包括自媒体）在传播社会公共信息，促进民主政治及公民个人自由方面发挥着重要作用，甚至被誉为与立法、行政、司法并列的第四种“权力”，因此，新闻媒体应享有比一般主体更多的言论自由和更少的法律规制。

正因为新闻媒体享有宪法保护的新闻报道权，它通过言论自由的方式来行使媒体的监督权，以满足广大公众的知情权、监督权及批评建议权，因此，媒体具有“公言论”的特点，媒体代表着社会公共利益，故新闻自由应得到法律的特殊保护。

### 第二、新闻媒体的性质具有公益性，它的报道涉及社会公共利益

新闻不仅关系国家的政治生活，更关系到人民的经济生活，特别是针对一些商业主体的报道更是涉及社会公共利益。因为商业主体是社会财富的主要缔造者，商业活动是以公众的关注和参与为主要目标的，商业活动涉及国计民生，商业发展的终极目标是为了社会的发展和公众的福祉，因而涉及到社会公共利益，是媒体重点关注和监督的对象。尤其是在当今资本活动异常活跃的今天，一些上市公司、新三板公司吸引了大量投资者的眼球，这些企业在获得融资的同时，法律也让其承担更多的信息披露义务，以满足公众的知情权。而新闻机构（包括自媒体）在报道这些商业活动时，承担了主要的监督职能。它们通过各种渠道，及时报道事实真相，履行舆论监督职责，以满足公众的知情权、监督权等公益需要。由于新闻机构的报道具有一定的公益性，因此，在涉及公共利益、新闻自由与个别人格权的冲突上，应优先保护公益权和新闻自由权。

结合到本案，神州优车是万众瞩目的企业，它关系着我们千家万户的出行利益，我们经常在电梯间看到十个专车七个神州的广告语，包括我本人也是神州优车用户的一员，因此，神州优车自成立之日起就已经纳入公众关注的领域，其经营行为要受到社会的监督与评价。根据神州优车自己的



及时性的特点，加上囿于人力、技术、设备、资金等原因，其报道无法达到绝对客观的事实标准，也无法达到司法机关要求的法律事实的标准，因此，新闻真实只要达到相对客观，即基本事实准确即可，最高法院关于名誉权保护的两个司法解释已经阐明了这样的法律判断标准。

### 最后，关于第三方 信息源是否应该披露的问题

报道，它拥有500万的注册用户，涉及到众多不特定人的利益，显然更属于公共利益了。因此，公众有权了解神州优车的商业模式及管理动态，以决定是否选择或继续购买其服务。这些公共利益相比较于神州优车的个人利益更值得保护，这也是法律在衡平价值冲突后的正确选择。

另外，神州优车作为社会知名企业，尤其在挂牌新三板之际，更类似于公众人物，我国在公众人物的人格权保护上，是采取了限制原则，即公众人物在赚取更多社会资源的同时，应让渡一部分隐私权等人格权利益，因此，神州优车作为知名企业，在特定的时期，尤其是在阿里巴巴这一商业巨头是否参与投资的噱头下，公众完全有权利了解真相，神州优车应更多地让渡自己的隐私权或名誉权，以满足公众的知情权，但遗憾的是神州优车至今也没有公布阿里巴巴放弃投资的原因。

被告作为投资类资深自媒体人，他关注的是我国经济领域的发展，关注的是社会公共信息，而且他每天都在发表一篇深度经济类文章，因此，被告有权依据某些媒体的新闻信息来源、消息人士透露及自身的判断能力对神州优车的运营模式、投融资情况、管理团队等进行相对客观的报道和合理的评论。

### 第三，新闻的及时性要求新闻报道的 事实不必是完全客观的事实

新闻媒体承担的社会公共信息传播的职能，并且兼具

刚才，第一代理人也说过按照新闻伦理原则，媒体有保护信息提供人的行业惯例或义务。在国外，记者享有拒证特权，即拒绝披露信息来源的权利。我国虽然没有相关规定，但是完全可以参照其精神。如果强制新闻媒体披露信息来源的提供者，就个别案件而言，确实有利于案件事实的查明，但从整体而言，对新闻媒体事业的打击是致命的。它不但摧毁了信息提供者的自我保护防线，还破坏了记者与信息提供者之间的信赖关系，直接威胁了新闻自由的存在基础，如果没有信息提供者的帮助，新闻记者的采访将举步维艰，这种结果对于依赖信息提供者才能得以生存的新闻媒体而言无异于切断自己的生命线，新闻自由便成了无源之水。

综上，本案被告作为新闻类自媒体，享有新闻言论自由的权利，履行着与公众知情权、舆论监督权、批评建议权等宪法权利相关的职责，被告在履行上述职责时，也尽到了基本事实准确，评论适当的义务。而原告作为商事主体、知名企业，在挂牌上市之际应让渡一部分人格权，容忍新闻媒体及公众提出质疑与批评！

最后，恳请法庭，在今天这个公共利益、新闻自由与私人利益相冲突的案件中，能充分保护新闻自由，保障公民的知情权，让社会公众了解更多事实真相，依法判决支持被告的抗辩理由，驳回原告的诉讼请求！谢谢！

代理人：赵岐龙

2016年6月16日

未经作者允许，不得转载



# 守约方继续履行请求权的行使与限度

■ 李波 冯诏锋 / 文

合同在履行过程发生障碍时，守约方享有请求相对方继续履行合同的權利，其与守约方单方解除合同共同构成两类主要的违约救济方式。<sup>1</sup>长期以来，理论界关于继续履行的权利性质界定并不清晰，司法实践对守约方继续履行请求权的保障受到观念、制度和现实条件的束缚而遭遇重重困境，其结果表现在合同一方强行违约，以及守约方的实体权利难以得到充分救济的情形不断增加。因此，理论界与实务部门应准确界定继续履行请求权的性质，规范和明确该类诉讼案件的权利行使、裁决内容、执行效力，确立继续履行的优先地位和级别，同时加大对守约方继续履行请求权的制度保障。

## 一、性质界定：抽象和具体维度下的继续履行请求

当前理论界关于继续履行的权利性质界定并不清晰，继而引发了该项权利在行使方式、诉讼类别以及执行力、既判力认定上的争论。一种观点认为，继续履行是违约方承担违约责任的一种方式。<sup>2</sup>理由在于《合同法》第107条将继续履行与采取补救措施、赔偿损失并列作为一类违约责任，其应为违约方对守约方强制干涉的服从状态所应承担的不利益法

### 李波律师简介



京都律师事务所高级合伙人，从事法律工作十二年，主要承接疑难复杂民事、商事案件，政府法律顾问、企业法律顾问业务。先后为央企、外企、金融机构、政府机构提供专项法律服务或常年法律顾问服务。

律后果。另一种观点则认为，继续履行请求权是给付请求权的一个效力，即诉请执行力，其不过就是债的强制履行力，并非一种违约责任，其结果应为并无单纯的继续履行请求，只有表现为继续履行的具体请求权。<sup>3</sup>上述分歧产生了三个问题，一是守约方请求继续履行的前提是相对方存在违约行为，还是守约方具有请求对方给付特定行为的实体权利；二是守约方能否概括请求继续履行合同，还是仅能请求相对方履行特定合同义务；三是人民法院作出的继续履行合同的裁判内容是否具有执行力以及既判力。

笔者认为，两种不同观点在法律制度框架内均具有一定依据，在现实判例中也都找到适用的案例和特定情形，如采用一种观点而全盘否定另一种观点都将存在重大缺陷和适用困难，故笔者试分为两种抽象和具体情况讨论：

一种情况是，当事人因合同履行状态发生争议，一方当事人概括请求对方继续履行合同，实则是确认合同的履行状态，即是否存在违约行为或不可抗力导致合同应当解除，或者一方发出的单方解除通知是否产生合同解除的法律效力。此时，其诉讼类似于确认之诉，并诉请及裁判内容均无具体履行内容，其权利并非源于合同中某项具体合同权利的派生，而是双方出现民事争议时请求司法机关对合同法律状态的确定。<sup>4</sup>该类诉讼具有三个显著特征，一是该类诉讼并

1 “继续履行”又称“强制履行”、“实际履行”，“强制履行”着重于履行的实际方式，其与“任意履行”相对应，参见韩世远：《履行障碍法的体系》，法律出版社2006年版，第233-240页。

2 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社2007年第4版，第304-305页。

3 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2008年版，第536页。

4 例如，出借人与借款人签订最高额借款合同，约定出借人在特定期限内向借款人提供一定限额内的借款，借款人提供了最高额抵押。履行过程中，出借人认为借款人违反借款用途的约定，单方中止提供借款。借款人认为其并无违反约定使用借款，向法院提起诉讼，要求出借人继续按照约定继续提供借款。借款人此时仅要求确认合同履行状态，概括性地要求出借人继续履行合同；而不能提出具体的履行请求，因为具体提供借款的时间、金额尚处于不确定的状态。

不以存在违约行为为前提,既可能是一方违约不履行义务,也有可能为双方均无违约行为但合同履行状态待定,例如一方行使不安抗辩权,导致合同履行中止。二是当事人诉讼请求和法院裁判内容均表述为相对方继续履行合同,而不包括具体的给付行为,因而也不具有执行内容。三是该类诉讼类似于确认之诉,其作用在于定止双方关于合同履行状态的争议,将来合同履行过程是否符合约定,以及发生新的事实或争议的情况下,一方仍可提起诉讼,不受既判力的约束。

另一种情况是,当合同相对方不履行特定义务,守约方请求法院判令其履行特定合同义务。<sup>5</sup>此时,该诉讼应为给付之诉,诉讼标的为特定给付行为,该类诉讼也具有三个显著特征:一是往往存在一方违约,或者双方均存在一定违约行为,其与当事人的实体请求权密切相关。二是诉讼请求和法院裁判内容均存在具体的给付行为,从而具有明确的执行内容。三是该类诉讼具有终局性,其裁判内容通常涵盖了双方合同履行的剩余全部义务,即便属于原告方义务,或者双方并无争议的事项,也将反映在裁判内容中,在出现新情况及特殊事由造成判决无法继续履行的,裁判结果具有既判力,当事人不得再次就合同履行提起诉讼。<sup>6</sup>

## 二、价值冲突:在“契约严守”与“效率违约”之间

在守约方请求继续履行与违约方解约赔偿损失的适用选择上,大陆法系与英美法系存在不同价值取向,大陆法系奉行“契约严守”的原则,即合同双方应当诚实行事,合同一旦形成,各方均应自觉接受信守诺言的伦理道德约束,从而维持合同应有的约束力。<sup>7</sup>而英美法系并不承认守约方要求继续履行合同的在道德上的优先性,受自由主义和法经济学的影响,英美法系允许甚至鼓励义务人在足额赔偿守约方的损失,从而提高资源分配的效率以实现帕累托最优。<sup>8</sup>

实际上,“契约严守”与“效率违约”都具有一定合理因素,且在我国立法中均有所体现。例如,合同法第8条规定依法成立的合同具有法律约束力,当事人不得擅自变更或解除,第107条还规定一方违约应承担继续履行、采取补救措施或赔偿损失的责任。同时,合同法第110条中规定了三项非金钱之债继续履行的限制条件,均是一定意义上优选了效率的价值。其一,法律或事实上的履行不能,其并非物理学或逻辑学上之法则,而是社会上或法律上的观念对于金钱

给付之债,即根据一般社会观念或交易观念属于不能。<sup>9</sup>其二,债务标的的不适于强制履行或者履行费用过高,例如具有人身专属性的给付内容,无法由他人代替,否则将可能拘束债务人的人身自由,而履行费用过高的,不必要继续履行,是为考虑平衡双方的利益关系。<sup>10</sup>其三,债权人在合理期限内未要求履行,此为守约方设定的一项义务,

	抽象权利	具体权利
原因	合同履行状态产生争议	相对方未履行特定合同义务
诉讼类型	类似于确认之诉	给付之诉
是否违约	不一定存在违约行为	通常存在违约行为
诉讼请求	概括要求相对方继续履行合同	要求相对方履行具体给付义务
裁判结果	概括表述继续履行合同	载明双方具体履行内容
执行内容	无执行内容	有具体执行内容
既判力	可就履行内容提起新的诉讼	受既判力约束

5 例如,房屋买卖合同中,买受方依约支付了首付款,但出卖方拒不交付房屋及办理产权变更登记。买受人提起诉讼,要求出卖方交付房屋并办理房屋产权转移登记。

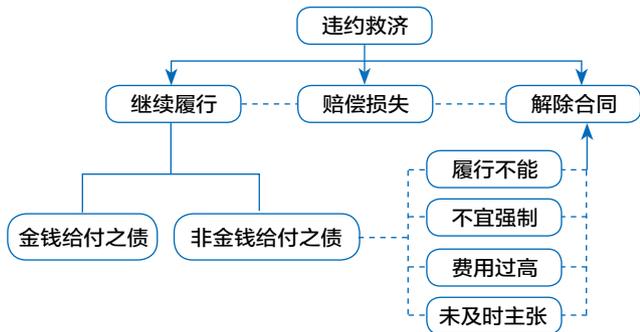
6 例如,房屋买卖合同纠纷案件中,买受方仅要求出卖方履行交付房屋及办理产权变更登记,但法院还需要一并处理剩余房款的给付问题,或者买受人代为清偿房屋抵押贷款及抵押权注销手续。上述履行内容一经生效裁判确认,双方继续履行的方式和内容即已确定,如一方拒不执行判决,另一方可通过审判机关强制履行判决内容。

7 例如,德国民法认为,继续履行是对违约的主要救济方式,凡是债务人违约的,债权人都有权请求债务人实际履行。参见崔建远:《合同责任研究》,吉林大学出版社1992年版,第175页。

8 参见[美]理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社2012年版,第4页。

9 例如海底捞捞针虽属物理上的可能,但在社会观念上则认为不能。参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第363页。

10 参见梁慧星:《梁慧星教授谈合同法》,四川省高级人民法院印,川新出内(98)字第174号,第138页。



守约方须不得延迟地主张该项权利，如过分延迟行使可能导致该项权利的丧失。

笔者认为，“契约严守”与我国的现实土壤更加相宜，过分关注个别合同中违约所带来的经济效益，其带来的隐性损失是对信任体系的破坏，以及反复的市场交易过程中交易成本的增加。更为重要的是，继续履行和解除合同是法律赋予守约方的选择自由，守约方才是自己利益的最佳判断者，而审判机关应当尽可能保障守约方的理性选择和自由意志。因此，当守约方选择继续履行合同时，应优先保障其权利实现，而当守约方选择解除合同时，应受到一定的限制。<sup>11</sup>与此同时，立法可在个案权利实现中吸收效率违约的合理因素，考虑继续履行的成本和现实可能性，从而对守约方继续履行请求权加以限制，当继续履行成本或需要克服的现实障碍过大时，引导守约方通过主张赔偿实现合同解除的目标，防止守约方非理性维权或报复性维权，或者继续履行的判决无法得到实际履行以及难以执行的窘境。因此，继续履行与解除合同之间的关系，应当为首先遵循守约方选择自由，其次优先保障守约方继续履行的救济方式，当继续履行明显不符合效率时通过损害赔偿弥补守约方的损失，并防止违约方因违约行为而获利。

因此，当违约方希望通过承担赔偿责任从而达到解除合同目的时，应当尊重守约方的选择，如守约方不同意接受赔

偿而要求继续履行合同时，应当优先保障合同继续履行。现实中，经常还会发生守约方继续履行请求权的竞合和冲突，例如在一物多卖的合同纠纷中，出卖人违约，多个买受人均享有继续履行请求权，但最多仅有一方能够实现合同目的，继续履行合同，其余守约方均只能通过解除合同主张违约责任。该种情况下，应从保障交易的稳定性，以及履行的现实困难上予以确认继续履行请求权的优先性，具体包括四个因素：一是优先保障已具有公示公信效力的合同履行，例如不动产已办理权利登记的优先于未办理权利登记的合同，动产已完成交付的优先于未交付的合同；<sup>12</sup>二是优先保障履行程度较高的合同，合同解除将必然产生返还财产的后果，无论是从维护交易的稳定性还是降低守约方损失的角度来看，都应当优先保障履行程度较高的守约方权利；<sup>13</sup>三是优先保障不具有履行现实障碍的合同，具有现实履行障碍的合同继续履行存在更多的不确定性，需要更大的成本；<sup>14</sup>四是优先保障成立在先的合同，其他条件相当的情况下，应遵循合同的稳定性，合同一旦成立双方均应严守，不应通过单方变更合同主体而改变原有合同的履行状态。

### 三、制度保障：继续履行与损害赔偿的平衡互补

尽管当前我国的违约救济途径是以继续履行为主而以解除合同为辅，但在司法实践中，审判机关往往存在判决解除合同的倾向。其原因在于：其一，大量的合同强制继续履行难以实现合同目的，例如经营场地租赁合同中，出租方违约欲解除合同，承租方理论上具备继续履行的权利，然而出租方如采取断水、断电或其他方式干扰承租方正常经营，承租人单方坚持继续履行合同将难以实现合同目的，或耗费成本过大，容易形成新的纠纷。其二，判决继续履行的案件在审理、判决和执行难度较大，以存在抵押权人的房屋买卖为

11 例如，合同法第94条规定，守约方行使法定解除权存在两个前提条件，即债务人存在根本违约（不履行主要义务），继续履行已无现实意义（合同目的无法实现）。

12 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条、第10条，确立了动产买卖合同中，多重买卖合同中按照“交付—登记—付款—成立”的优先顺序保障守约方的继续履行请求权。

13 例如，买卖合同中已支付主要价款的守约方，应优先于仅支付定金的守约方。又如，租赁合同中，已对租赁场地进行过装饰装修的承租人，应优先于仅办理租赁登记的承租人。

14 例如，一房多卖的合同中，具有全款支付能力的买受人应当优先于不具有全款支付能力的买受人继续履行合同，如需要办理贷款的买受人可能会因为出卖方不配合或第三方贷款无法取得等原因导致合同无法继续履行。

例，如判决继续履行可能涉及买受人代为清偿债务，以及抵押权人协助办理抵押权注销登记的事项，甚至还包括买受人变更付款方式的问题，审判机关如判决继续履行需要追加抵押权人为第三人，或询问抵押权人意见，并在判决中设计、变更合同履行事项和顺序，此外继续履行的判决是否能得到执行，还存在较大的不确定性。其三，判决解除合同的案件风险更小，判决解除合同仅需处理返还财产和赔偿损失两项内容，而这两项损失都是相对确定的，对于双方约定违约金的，由违约方承担违约金的方式更容易实现，尤其是在涉及善意第三人情况时，解除合同更为简便易行。但是，司法实践中的这种倾向，常常不利于保障守约方的合法权益，违约方通常利用双方关于违约金约定的空白或不充分实现获利，通过转移财产拒不执行导致最终守约方的损失无法得到赔偿。<sup>15</sup>

笔者认为，为充分保障守约方的继续履行请求权，确保合同双方权益的平衡，维护市场交易的稳定性，应当从以下四个方面完善制度：

第一，建立多元化的合同履行替代措施。在大量的双务合同中，权利人同时也为义务人，且权利人行使权利或履行义务时也需要得到义务人的配合，抑或合同以外的第三方支持。因此，守约方很多情况下不得不解除合同，实际上是因为在合同履行过程中无法得到相对方的配合，又缺乏充分和可行的履行替代方案。仍以存量房屋买卖合同为例，出卖人与买受人的义务相互交替交织，买受人申请贷款也需要出卖人参与面签，配合评估等，而且买受人是否能够取得贷款还取决于银行的审核结果，又如买卖房屋存在抵押权登记，需要抵押权人协助注销抵押权后才能实现权属转移登记。此类情况下，买受人如请求继续履行原合同，将会存在较大的不确定性，也可能导致判决最终无法执行，但如轻易解除合同，则可能难以保障守约方预期利益，违约方也将实现解除合同的目的。因此，审判机关应当允许和支持更多的履行替代方案，例如允许买受人代为清偿贷款，允许买受人通过其他融资途径取得全款支付的能力，审判机关对买受人举证证明应当从宽把握，采取一定方式制约买受人履行付款义务即可，如判决买受人完成付款后再行办理产权转移登记，如此

可敦促买受人积极主动寻求资金履行付款义务，同时也保障出卖人的合法权益。

第二，适当降低诉讼保全措施的门槛。在较大标的的买卖、租赁等合同中，义务人通常采取转移、隐匿合同标的的方式造成合同无法继续履行的情形，从而实现解除合同的目的。此种情况下，诉讼保全措施则具有更为重要的意义，可确保合同继续履行的现实可能性。因此，审判机关可在原告请求继续履行合同的案件中，适当降低诉讼保全的门槛，譬如原告提供的担保财产虽达不到与其诉讼请求等额对应的标准，但足以覆盖保全错误可能造成的损失，审判机关即可采取保全措施。此外，立法也可赋予审判机关在特定情况下下发行为限制令，例如限制出租人在诉讼期间自行收回租赁物，或对租赁物进行拆除、新建等行为。

第三，增加继续履行与赔偿损失的并列适用。司法实践中，合同双方仅约定了守约方有权要求继续履行或解除合同主张赔偿，而未约定要求合同继续履行情况下，违约方的赔偿问题。即便双方约定了继续履行情况下的违约责任，审判机关处于利益平衡考虑，支持守约方继续履行合同的请求后，对于损害赔偿的支持力度并不大，或以无法证明实际损失为由大大降低违约金的适用标准。这种不予并用的“利益平衡”常常导致合同义务人采取尝试性违约，当或被判决继续履行时与守约方协商，以配合履行换取对方的和解。因此，审判机关应当增加继续履行合同情况下，支持损害赔偿请求的范围，增加违约成本，从而督促违约方主动履行合同义务。

第四，增加审判机关调整违约金标准的自由裁量空间。义务人违约的动机往往是违约所获利益将大于其所应付出的成本，而导致该情况的原因通常在于合同未约定违约金，或者约定违约金标准过低，不足以弥补市场变化导致违约方通过违约将获取的利益。当合同约定违约金无法弥补守约方实际损失，审判机关应做必要的利益考量，根据守约方的申请提高违约金标准，以实现利益的平衡。法官行使自由裁量权，应综合考虑守约方的实际损失、违约方违约产生的利益、市场价格波动、守约方承担的时间成本、人力成本、诉讼成本等因素，加大违约赔偿力度，从另一方面也是对违约方的利益引导，能促使其优先选择继续履行。

<sup>15</sup> 一个常见的现象是在当房屋交易市场价格明显波动的时期，违约方往往选择强行违约，或另行与他人签订协议并迅速履行导致原合同无法继续履行。在合同解除后，违约方承担违约责任后仍可获得可观利益，或者违约方通过转移财产导致赔偿无法实现，致使守约方的损失无法得到弥补。



# 公司清算纠纷系列研究（一）： 诉讼时效之争

■ 王胜全 / 文

公司法第一百八十三条规定，有限责任公司发生被吊销营业执照、责令关闭等解散事由的，股东应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组开始清算。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（以下简称公司法解释二）第十八条进一步规定，上述股东怠于履行清算义务，导致公司财产贬值、灭失或者无法清算的，将对公司债务承担清算赔偿责任。公司法解释二实施后，主张股东承担清算赔偿责任的诉讼越来越多地进入法院，追究股东清算赔偿责任是否适用诉讼时效的问题被提了出来，争议较大。

## 一、典型案例与判决

国扬公司于1994年8月经工商部门依法登记设立，性质为中外合资经营企业，公司的股东为台湾汉新公司、宁都中心、三佳公司。1999年5月，国扬公司被吊销营业执照。国扬公司与天成公司因房屋参建转让协议发生纠纷，1998年，法院生效判决判令：国扬公司应返还天成公司款项1184万元。1999年，因国扬公司无财产可供执行，法院作出中止执行的民事裁定。后该案历经数年强制执行，仍未能执行到任何财产。2012年，天成公司作为申请人，以国扬公司、三佳公司、宁都中心作为被申请人，向法院申请对国扬公司进行强制清算。法院发现国扬公司处于没有任何财产、账册、重要文件和人员下落不明的状态，故于2012年作出裁定终结国扬公司的强制清算程序，并告

## 王胜全简介



京都律师事务所高级顾问，民事诉讼法学硕士、民商法学博士学位，最高人民法院原高级法官、国网金控集团首席法务，中国人民大学律师学院兼职教授。王胜全在最高法院从事民商事审判和研究十几年，参与1000余件复杂疑难民事案件的一审、二审、再审审查审理工作。在投资融资、交易架构、项目谈判、风险控制方面有全面的法律操作经验。

知作为债权人的天成公司可以另行依据公司法解释二第18条的规定，要求国扬公司的股东、董事、实际控制人等清算义务人对其债务承担偿还责任。天成公司遂提起诉讼，以三佳公司、宁都中心为被告，要求法院判令三佳公司、宁都中心对国扬公司的债务1184万元承担连带清偿责任。三佳公司、宁都中心以天成公司诉请已超过诉讼时效等理由进行抗辩。上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民四（商）终字第2300号二审民事判决书认为：“公司债权人主张股东承担清算赔偿责任是债权请求权，属于侵权责任性质。依照最高人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》，除非法律有特别规定，否则当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩。清算赔偿责任非属法律特别规定不适用诉讼时效的情形，应当适用诉讼时效。关于清算赔偿责任诉讼时效起算点如何认定，

本案中，天成公司申请对系争债权强制执行，本院裁定因无财产可供执行中止执行的时间为1999年10月。而国扬公司已在同年5月被吊销营业执照。在此期间，天成公司应当知晓国扬公司的状态及国扬公司股东未及时履行清算义务。我国公司法解释二自2008年5月19日正式实施，该司法解释赋予了债权人追究股东清算赔偿责任的权利，则天成公司应在上述规定正式实施后及时向国扬公司股东主张权利。但现有证据表明，天成公司仅在2012年8月申请对国扬公司进行强制清算，显然超过了我国民法通则第一百三十五条关于

向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为二年以及第一百三十七条关于诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算的规定。三佳公司、宁都中心本案中提出天成公司向其主张清算赔偿权利的权利因为诉讼时效的抗辩成立，应予采纳。”

一石激起千层浪。关于清算责任纠纷，是否适用诉讼时效，如何确定起算点，引起了广泛的讨论。

## 二、纷争的观点及理由

关于清算责任纠纷是否适用诉讼时效的问题，一种意见认为，不适用诉讼时效。理由在于公司解散后，清算义务人对解散后公司进行清算其法定义务，若其怠于履行清算义务，当然应承担清算赔偿责任。追究清算赔偿责任不适用诉讼时效，更符合我国公司法严格规范股东责任、保护债权人利益的立法本意和价值取向。公司应清算而未清算是一种持续进行的侵害状态事实，债权人债权因此而持续不断地受到损害，诉讼时效的起算无法开始。另外一种意见认为，应当适用诉讼时效。理由在于公司债权人主张清算义务人承担清算赔偿责任，其法理基础属债权请求权，依照最高法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》，除非法律有特别规定，否则当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩。清算赔偿责任非属法律特别规定不适用诉讼时效的情形，故应当适用诉讼时效。清算所需要的公司账册等资料存在一定的保管期限，无限期地支持债权人追索股东的清算赔偿责任，会过分加重清算义务人的责任，也给法院的审查认定带来困难。

在主张清算责任纠纷适用诉讼时效的前提下，关于清算赔偿责任诉讼时效起算点应如何认定的问题，有三种意见。第一种意见认为，以公司解散事由出现之日起满15天后开始计算诉讼时效。根据公司法规定，公司应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组开始清算，故解散事由出现之日起15日期满仍未成立清算组的，可以视为股东怠于履行清算义务，故诉讼时效应从解散事由出现之日起满15天后开始计算。第二种意见认为，以公司财产贬损、灭失或无法清算事实发生之日起计算诉讼时效。根据公司法解释第二十八条的规定，股东承担清算赔偿责任的前提是未履行清算义务导致公司财产贬损、灭失或无法清算，故仅是未履行清算义务并不必然导致清算赔偿责任。因此，清算赔偿责任的诉讼时效

应从未履行清算义务导致公司财产贬损、灭失或无法清算事实发生之日起计算。第三种意见认为，以公司法解释二颁布实施的时间开始计算诉讼时效。在公司法解释二出台前，公司法并未明确规定清算赔偿责任，股东、董事也无法预见其怠于清算的法律后果，因此，司法解释关于清算赔偿责任的规定不具有溯及力。如果股东、董事怠于履行清算义务发生在该司法解释之前，就不应承担清算赔偿责任。

## 三、公司清算责任应当适用诉讼时效

### 1.关于清算人与“清算义务人”、清算组的关系

按公司法理，公司自解散之日起，即进入清算程序，此时公司在清算目的范围内视为存续，成为“清算中公司”（清算法人）。同时，执行公司业务的董事退出，清算人取代董事对内执行清算事务，对外代表公司，为清算中公司之法定、必备机关。清算人在清算期间为公司负责人，应当遵守公司章程及股东会决议。为保护股东及债权人的利益，清算程序具有强行法性质，不允许清算人任意为之。<sup>1</sup>法人因无继承问题，必须在解散后对其财产加以清算整理，故解散为清算之开始。<sup>2</sup>公司自解散之日起，作为公司负责人的董事、高管即应黯然退出，清算人即应登场，完成权利交接，成为清算中公司的负责人，期间不应当存在时间间隔和权利真空。公司自解散之日起，清算人的清算义务依法立即产生，其怠于接管公司、怠于保管公司财产、账册、文件，导致财产丢失或者公司无法清算，给债权人造成损失的，自应承担损害赔偿赔偿责任。对域外法上所谓清算人的概念，我国公司法相应规定为清算义务人和清算组。公司法解释第二十八条、最高人民法院《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第29条更是直接提出了“清算义务人”这一术语。查阅域外公司立法例，并未在清算人之外再有所谓“清算义务人”的概念。盖因我国公司法解释及纪要规定的“清算义务人”的义务范围，已经在其清算人的义务范围之内，并无另外创设的必要与实益。至于公司法解释第二十八条规定在法定期限内成立清算组，既不妥当，亦属多余，因为清算人为数人的，该数人即成为合伙关系，对于清算事务之执行，依合伙关系定之。清算人为一人（例如在一人公司场合）的，更是无需组成清算组。至于被聘请参与清算的律师、会计师和其他人员，不过是作为清算人履行清算义务的履行辅助人而已，不是域外法律意义上的清算人。



大致而言，清算人=清算义务人+清算组。尽管如此，为避免歧义，本文在表述上仍然沿用“清算义务人”的概念，特此说明。

## 2. 公司清算责任的请求权基础是侵权损害赔偿请求权

清算人在执行清算事务时，既可能对公司负有责任，也可能对第三人负有责任。清算人与清算中公司之关系，应当类推适用董事与公司之关系，即为民法上的委托关系。依照民法上的委托关系原理，清算人为受托人，对作为委托人的清算中公司负有善良管理人的注意义务，怠于履行此种注意义务，造成公司损失的，应当承担契约上的债务不履行的损害赔偿赔偿责任。或许有人认为，清算人与清算中公司并未签署委托协议，何来契约上的责任？这种契约来源于公司章程。公司章程可谓是公司、股东、董事、监事、高管和清算人等六方主体之间的最高效力的协议。我国公司法第一百四十七条规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。”公司法第一百四十九条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”这两个重要法条规定了公司设立时起至公司解散日止的正常公司形态下，公司负责人与公司之间的义务关系，并未规定公司解散后，清算人对清算中公司的法定义务及违反该义务的法律责任，显然属于法律漏洞，应当依据漏洞填补规则进行补充。依据“类似问题类似处理”的类推适用规则，清算人对清算中公司也负有忠实义务和勤勉义务，怠于履行此义务，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。因此，清算人对清算中公司既负有契约上的注意义务，也负有法律上的注意义务，清算人怠于履行注意义务，给公司造成损失的，应当承担合同上的损害赔偿赔偿责任。

清算人在执行清算事务时，违反法律，除了会给公司造成损失外，还可能给第三人造成损失。此时，对他人应负损害赔偿之责。<sup>3</sup>该处他人应当包括债权人。对此，公司法解

释第二十三条规定：“清算组成员从事清算事务时，违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造成损失，公司或者债权人主张其承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”公司债权人并不参与签署章程，不受公司章程拘束。公司清算人怠于履行清算义务，造成债权人利益受到损害的，不能寻求合同法的责任原理，只能诉诸侵权行为责任原理。

## 3. 清算义务人怠于履行法定的清算义务，致使公司债权人遭受损失，即在二者之间产生损害赔偿之债的关系

公司债权人主张清算义务人承担清算赔偿责任，请求权基础为侵权损害赔偿请求权，属债权请求权。凡债权请求

权，无论其发生原因为何，均为诉讼时效的客体，包括合同履行请求权、合同不履行所生之损害赔偿请求权、缔约过失所生之损害赔偿请求权、不当得利所生之损害赔偿请求权、无因管理所生之损害赔偿请求权、侵

权行为所生之损害赔偿请求权、其他法定债之关系所生之请求权。最高法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条规定：“当事人可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法院不予支持：（一）支付存款本金及利息请求权；（二）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；（三）基于投资关系产生的缴付出资请求权；（四）其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。”因此，除非另外有法律明确规定，债权请求权应当适用诉讼时效，应无异议。

## 四、公司清算责任诉讼时效起算点的确定

诉讼时效计算的关键，是明确其起算点。关于诉讼时效的起算点，有所谓客观说与主观说。客观说认为，诉讼时效自请求权可行使时起算，请求权人主观上是否知悉，则非所问。客观说认为，诉讼时效自请求权人主观上知悉权利被

清算人在执行清算事务时，既可能对公司负有责任，也可能对第三人负有责任。清算人与清算中公司之关系，应当类推适用董事与公司之关系，即为民法上的委托关系。

侵害及受害人时起算。从我国立法例不难看出，我国一贯采取主观说。民法通则第一百三十七条规定，“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起算”，旗帜鲜明地表达了主观说立场。最高法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第八条规定：“返还不当得利请求权的诉讼时效期间，从当事人一方知道或者应当知道不当得利事实及对方当事人之日起计算。”可见，对于不当得利返还不当得利请求权，采主观说。第九条规定：“管理人因无因管理行为产生的给付必要管理费用、赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从无因管理行为结束并且管理人知道或者应当知道本人之日起计算。本人因不当无因管理行为产生的赔偿损失请求权的诉讼时效期间，从其知道或者应当知道管理人及损害事实之日起计算。”可见，对无因管理所生之请求权，采用主观说。但该司法解释对于侵权行为所生的损害赔偿请求权，是否采用主观说，却付之阙如，漏未规定，实为一大缺憾。对此法律漏洞，可类推适用不当得利、无因管理所生债权请求权的现有规定，以知道或者应当知道损害事实及侵害人之日起计算，即采主观说。此外，还可从比较法角度获得填补法律漏洞的法理依据。我国台湾地区“民法典”第197条第1项规定：“因侵权行为所生之损害赔偿请求权，自请求权人知有损害及赔偿义务人时起，二年间不行使而消灭。自有侵权行为时起，逾十年者亦同。”台湾“最高法院”1983年台上字第1428号判例解释为：“所谓知有损害及赔偿义务人之知，系指明知而言。如当事人间就知之时有所争执，应由赔偿义务人就请求权人知悉在前之事实，负举证责任。”对此，王泽鉴先生认为，我国台湾“民法”第197条第1项规定，特色在于关于消灭时效期间的起算兼采主观说及客观说，乃沿袭德国民法第853条而来。<sup>4</sup>综上，侵权行为所生之损害赔偿请求权，以请求权人知道或者应当知道损害事实及侵害人之日起计算，应无异议。

如前文一再所述，解散为清算之开始，解散事由出现之日即为清算义务产生之日。因清算义务人怠于履行该法定清算债务（第一次义务），致使债权人利益受损，即转变成损害赔偿之债（第二次义务）。依债的同一性原理，第二次义务系第一次义务的变形或延长，并未丧失同一性，故侵权损害赔偿请求权的诉讼时效，应自第一次义务之日起算。<sup>5</sup>以公司解散事由出现之日起满15天后开始计算诉讼时效的观点，错误在于以成立清算组为清算程序之开始。

由于我国公司法司法解释二自2008年5月19日正式实

施，该司法解释突破公司法的规定，首次赋予了债权人追究清算义务人清算连带赔偿责任的权利，明显具有造法的性质。因此基于法不溯及既往的法律适用原则，对于2008年5月19日以前的怠于履行清算的行为，不宜追究清算义务人的清算赔偿责任。但《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（一）》第二条规定：“因公司法实施前有关民事行为或者事件发生纠纷起诉到人民法院的，如当时的法律法规和司法解释没有明确规定时，可参照适用公司法的有关规定。”据此规定，公司法解释二第十八条能否参照适用，就成为问题。笔者认为，就此股东、董事无法预见其怠于清算的严重法律后果，如强行以“补缺例外”的规则参照适用，会产生严重的利益失衡。正如有关判决所言，让当事人根据法律事实出现多年以后才颁布实施的公司法解释二的规定承担连带清偿责任，有失公正。<sup>6</sup>就本文引述案例而言，债权人在2008年5月19日前，知晓债务人被吊销营业执照，清算义务人不履行清算义务，但迟至2012年8月才申请强制清算，已过4年，显然超过了诉讼时效期间。

## 五、对本文案例的评价

结合上述分析，本案判决至少在三个方面值得肯定，不愧为伟大的判决：一、明确清算责任为侵权损害赔偿，所产生的损害赔偿请求权应为诉讼时效之客体；二、明确清算责任的追究，应当限定为《公司法解释二》正式实施日之后，既往不咎；三、明确诉讼时效的起算点，为债权人知道或者应当知道清算义务人怠于履行清算义务，导致公司财产贬损、灭失或无法清算的时间点。简言之，债权人知道解散事由出现之日，为诉讼时效起算日。<sup>7</sup>

### 参考文献：

- 1 王文宇：《公司法论》，中国政法大学出版社，第2004年版，第156页。
- 2 林诚二：《民法总则》，法律出版社，2008年版，第208页。
- 3 柯芳枝：《公司法论》，三民书局，修订9版，第334页。
- 4 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第530页。
- 5 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第506页。
- 6 参见最高人民法院（2016）最高法民再37号上海丰瑞投资有限公司与上海汽车工业销售有限公司、扬州市机电设备总公司企业借贷纠纷一案民事判决书。



# 成也垄断，败也垄断

——首例PPP供水项目滥用市场支配地位被罚2000余万，  
敲响PPP项目反垄断风险警钟

■ 刘敬霞 安勇刚 / 文

摘要：公用事业领域很容易形成自然垄断，滥用垄断地位为法律所禁止，华衍水务反垄断案件为公用事业PPP投资项目敲响警钟。项目投资运营中，反垄断相关法律风险的识别和防范应得到高度重视。

## 一、首例PPP供水项目因滥用市场支配地位被处巨额罚款，一石激起千层浪

根据国家工商行政管理总局（“国家工商总局”）2017年2月7日发布的《竞争执法公告2017年3号》，经国家工商总局授权，江苏省工商行政管理局（“江苏省工商局”）于2015年6月23日对吴江华衍水务有限公司（“华衍水务”）涉嫌滥用市场支配地位的垄断行为进行立案调查，于2016年12月30日对涉案当事人作出行政处罚决定。根据江苏省工商局《行政处罚决定书》（苏工商案〔2016〕00050号），当事人（即华衍水务）在供水经营中，利用其在吴江区范围内公共自来水供水服务的支配地位，明示或暗示房地产开发企业将给水安装工程、二次供水工程、接水装表工程等交由其全资子公司吴江华衍建筑工程安装有限公司或其指定的企业施工。对供水工程所需的水表、管材等主要材料和设备，要求房地产开发企业、施工单位必须使用当事人提供或指定的品牌、厂商。当事人在交易过程中附加的上述不合理交易条件，使房地产开发企业在供水工程施工单位的选择、材料设备的采购等方面没有自主选择权，破坏了公平竞争的市场秩序，违反了反垄断法第十七条第一款第（五）项的禁止性规定。根据反垄断法第四十七条之规定，江苏省工商局决定责令当事人停止违法行为，并处以2014年度销售额306,134,558.39元7%的罚款，计21,429,419.08元。

华衍水务成立于2005年，是香港中华煤气有限公司在内地以PPP模式投资运营的第一个水务项目的项目公司。根据与当地政府签署的《吴江市区域供水特许经营协议》，华衍

水务享有吴江区域30年供水特许经营权，该项目总投资9.7亿元。

据悉，对华衍水务的上述处罚为首例PPP供水项目违反反垄断法滥用市场支配地位被处罚的公开案例。该处罚一石激起千层浪，一公布即引起PPP界及公用事业行业的巨大反响。PPP模式、特许经营打破了政府对水、电、燃气、交通等众多公用事业的垄断，为各类社会资本提供了进入公用事业领域的机会。公用事业本身具有自然垄断属性，一旦企业获得某类公共产品或服务的特许经营权，该企业则成为一定区域范围内特定产品或服务的垄断经营者，获得市场支配地位。市场支配地位保证了项目的投资回报，但滥用市场支配地位将面临巨大法律和经营风险。所谓，成也垄断，败也垄断。特许经营与垄断、特许经营与政府管制，PPP项目中的反垄断风险应引起项目各方的高度关注。

## 二、公用事业领域滥用市场支配地位案件频发

公用事业因为关系民生，执法机关一直保持高压监管态势，严厉打击滥用市场支配地位行为，以维护公平有序的市场竞争秩序，保护消费者的合法权益。在华衍水务案之前，反垄断执法机关已处罚数起水、电、煤等公用事业领域的垄断案件。

2017年1月11日国家工商总局召开的公用企业限制竞争和垄断行为专项整治行为情况通报会，通报指出，2016年，全国工商机关以供水、供电、供气、公共交通、殡葬等行业为重点进行专项执法，查处公用企业滥收费用、强制交易、强制服务、附加不合理交易条件、设置行业壁垒排除限制竞争等违法行为，共罚没金额1.67亿元，退赔多收费用及减少消费者经营者损失4.7亿元。

已公开的具体案例包括：

2017年1月，国家工商总局公布，国网山东省电力公司烟台市牟平区供电公司因为在组织建设新建住宅小区供配电工程时，将9家新建住宅小区临时用电工程交由其关联企业山东恒源电力有限公司进行施工，而被山东省工商局实施反垄断调查。

2016年11月，宿迁银控自来水有限公司因在住宅小区给水安装等工程中指定交易相对人的行为，被江苏省工商局认定为限定交易的滥用市场支配地位行为，没收违法所得3,665,347.08元，并处上一年度销售额百分之三的罚款1,835,071.66元，罚没款共计5,500,418.74元。

2016年10月，乌鲁木齐水业集团有限公司因在新、改、扩建供水接装业务过程中，要求用户单位必须选用其确定厂家的水表，被新疆工商局认定为限定交易的滥用市场支配地位行为，处以2013年度销售额1%的罚款，计149.3891万元。

2016年3月，青岛新奥新城燃气有限公司因以“不能保障稳定供气”等条件强制向工商业户收取“预付气费款”，被山东省工商局认定为附加不合理交易条件的滥用市场支配地位行为，被没收违法所得52,308.49元，并处2013年度相关市场销售额百分之三的罚款6,818,533.79元。

### 三、PPP项目投资公用事业所面临的滥用市场支配地位法律风险

我国反垄断法所称的市场支配地位（又称垄断地位），是指经营者在相关市场（注：相关市场，是指经营者在一定时期内就特定商品或服务进行竞争的商品/服务范围 and 地域范围）内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。因为公用事业的自然垄断特性，以及特许经营的原因，或者二者的综合原因，提供公共产品或服务的经营者极易在某个相关地域的相关市场上获得垄断地位。垄断地位本身并不违法。在公用事业领域，垄断性经营也可以避免自由竞争

#### 刘敬霞律师简介



京都律师事务所高级合伙人，执业20多年，同时具有丰富的法律、咨询、投资、基金、证券业务经历。国家发改委PPP入库专家及国家发改委第二批典型案例评估专家、财政部PPP入库专家及财政部第三批示范项目案例评审专家。

引起的重复建设和资源浪费。公用事业领域的经营因为具有垄断优势，能够获得稳定的经营现金流，投资回报不会因市场竞争而产生大的波动，非常受投资者青睐。但是，垄断优势应当合理使用，滥用将违反反垄断法，面临严厉的处罚。

反垄断法第十七条所禁止的滥用市场支配地位行为主要包括以下几种情形：

- （一）以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；
- （二）没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；
- （三）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；
- （四）没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；

- （五）没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；
- （六）没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；

（七）国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

江苏省工商局即是以华衍水务限定房地产开发企业对小区居民供水工程设计、施工和供水材料设备的自主选择的行为，构成上述第（五）项所禁止的附加不合理交易条件，而对其进行了处罚。事实上，该行为很可能同时违反了上述第（四）项所禁止的指定交易相对人行为。在对宿迁银控自来水有限公司类似违法行为的处罚中，江苏省工商局即认定宿迁银控自来水有限公司类似行为违反了上述第（四）项的禁止性规定。

根据反垄断法第四十七条，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。公用事业领域的经营者虽然具有垄断优势，但因为投资和运营成本大，且重要公用事业价格需执行政府定价或指导价，销售净利率一般并不高，如因滥用市场支配地位再被处以销售额百分之



一以上百分之十以下的高额罚金，很可能导致项目亏损。

## 四、公用事业PPP项目涉及的其他反垄断法律问题

除了滥用市场支配地位，反垄断法还禁止滥用行政权力排除、限制竞争，垄断协议，排除、限制竞争效果的经营者集中等行为。对公用事业PPP项目涉及的其他反垄断法律问题，简要分析如下：

### 1. 滥用行政权力排除、限制竞争

根据反垄断法规定，作为公用事业PPP项目的当事人一方，项目实施机构及法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织，需要在授予独家经营权时实施反垄断法所禁止的滥用行政权力行为，不应以设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式，排斥或者限制外地经营者参加本地PPP项目招标投标活动，不得歧视对待外地经营者；政府机关亦不应为了保证项目盈利，强迫或协助项目方实施垄断行为。

根据最近发布的《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》（国发〔2016〕34号），PPP项目所涉及的政府机关亦不得设置不合理和歧视性的准入和退出条件，不得未经公平竞争授予经营者特许经营权，不得设置没有法律法规依据的审批或者事前备案程序，不得对市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等设置审批程序，不得违法给予特定经营者优惠政策，不得超越定价权限进行政府定价等等。

### 2. 垄断协议

因为公用事业的经营者一般在相关地域独占经营，很少涉及与竞争对手达成横向垄断协议；其产品或服务一般也直接销售至最终用户，中间没有转售行为，也很少涉及与交易相对人达成纵向垄断协议。但如果公用事业PPP项目由多方股东合资经营，在股东协议或合资合同中设置限制竞争条款时，需注意限制的地域和时间范围应符合合理性原则，否则有可能被认定为分割市场的垄断协议，面临没收违法所得和上年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款，该限制竞争条款也可能被认定为无效条款。

### 3. 经营者集中

以合资形式实施的公用事业PPP项目，如果合资各方对项目具有共同控制，将被视为《反垄断法》意义上的经营者集中行为，如果各方的营业额达到经营者集中的申报标准，则在实施前，需报商务部进行反垄断审查。如果不进行经营者集中申报，将可能被责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，并处或单处五十万元以下罚款。

## 五、如何防范风险

首先对于PPP项目所涉及的政府机关，在制定有关PPP项目市场准入、产业发展、招商引资、招标投标、政府采购、经营行为规范、资质标准等涉及市场主体经济活动的规章、规范性文件和其他政策措施时，应当根据《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》事先进行公平竞争审查。经审查认为不具有排除、限制竞争效果的，可以实施；具有排除、限制竞争效果的，应当不予出台，或调整至符合相关要求后出台。在制定政策措施及开展公平竞争审查时应当听取利害关系人的意见，或者向社会公开征求意见。

对于公用事业PPP项目所涉的投资经营单位，在签署PPP合同以及业务经营合同前，最好由具备反垄断法律知识的专业人员事先审核，以避免滥用市场支配地位的风险。在评估项目投资收益、进行可行性分析时，应基于合理的经营行为进行预测，不应将滥用市场支配地位可能获得的垄断性收益计算在内。在因为滥用市场支配地位行为被执法机关调查时，应寻求反垄断专业法律人员的帮助，积极配合调查，及时采取整改措施，申请中止调查，或者争取在处罚时获得宽大或豁免对待。

如果PPP项目以合资的形式实施，在实施前还需评估是否存在共同控制，是否达到了经营者集中申报标准。如果达到申报标准，应事先及时向商务部进行申报，审查通过前不应进行项目实施。在签署股东协议或合资协议时，也需由专业律师进行审查，以评估其中的限制竞争条款的合理性。

结语：在国家大力倡导PPP模式的大背景下，社会资本参与公用事业的投资运营正面临前所未有的机遇，但风险与机遇并存，PPP项目各方应高度重视项目所涉及的法律风险，尤其是反垄断风险，以确保项目的成功。

# PPP资产证券化的适用对象解析

■ 余慧华 / 文

2016年12月26日，发改委与证监会联合印发了《关于推进传统基础设施领域政府和社会资本合作（PPP）项目资产证券化工作的通知》，布置开展PPP项目资产证券化工作，并请各地区于2017年2月17日前推荐1—3个首批拟进行资产证券化的传统基础设施领域PPP项目。随后，财政部、发改委、国务院等部门为PPP推进做了大量政策工作。2月22日，发改委主管的中国经济导报微信公众号发布消息称，截至目前，各地区共上报“PPP证券化”项目41单，其中污水垃圾处理项目21单，公路交通项目11单，城市供热、园区基础设施、地下综合管廊、公共停车场等项目7单，能源项目2单。PPP+资产证券化可以盘活存量，使得基金等要求在较短时间收回资金的社会资本能较快地退出，并进而拓宽PPP项目的融资渠道，促进PPP项目的落地。但并非所有PPP项目都可以进行资产证券化。

## 一、关于PPP资产证券化适用对象的相关立法

我国资产证券化分为信贷资产证券化、企业资产证券化、保险资产证券化和资产支持票据四类。其中，信贷资产证券化只适用于银行信贷资产，因此，PPP资产证券化所能采取的限于企业资产证券化、保险资产证券化和资产支持票据三种方式，同时，从适用性来看，企业资产证券化更为适用于PPP项目。当然，并非所有的PPP项目都可以进行企业资产证券化。

在企业资产证券化中，根据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》第3条规定，基础资产是指符合法律法规规定，权属明确，可以产生独立、可预测的现金流且可特定化的财产权利或者财产。基础资产可以是单项财产权利或者财产，也可以是多项财产权利或者财产构成的资产组合，但是其交易基础应当真实，交易对价应当公允，现金流应当持续、稳定。同时，基础资产必须没有任何权利限制，即基础资产不得附带抵押、质押等担保负担或者其他权利限制，通过专项计划相关安排，在原始权益人向专

项计划转移基础资产时能够解除相关担保负担和其他权利限制的除外。在规定基金资产应满足上述条件的同时，《资产证券化基础资产负面清单》列明了不适宜采用资产证券化业务形式、或者不符合资产证券化业务监管要求的基础资产。

除上述关于企业资质证券化的相关规定之外，《关于在公共服务领域深入推进政府和社会资本合作工作的通知》规定，其重点推动的开展资产证券化融资的PPP项目应符合下列条件：一是项目已严格履行审批、核准、备案手续和实施方案审查审批程序，并签订规范有效的PPP项目合同，政府、社会资本及项目各参与方合作顺畅；二是项目工程建设质量符合相关标准，能持续安全稳定运营，项目履约能力较强；三是项目已建成并正常运营2年以上，已建立合理的投资回报机制，并已产生持续、稳定的现金流；四是原始权益人信用稳健，内部控制制度健全，具有持续经营能力，最近三年未发生重大违约或虚假信息披露，无不良信用记录。

## 二、甄别PPP项目是否适用企业资产证券化需要注意的问题

根据上述规定，在甄别PPP项目是否适用企业资产证券化时，需要注意如下问题：

### 第一，非经营性PPP项目不可适用企业资产证券化

根据《资产证券化基础资产负面清单》第1条，以地方政府为直接或间接债务人的基础资产属于负面清单资产，原则上不得作为资产证券化的基础性资产。但地方政府按照事先公开的收益约定规则，在政府与社会资本合作模式（PPP）下应当支付或承担的财政补贴除外。

从上述规定来看，经营性PPP项目和准经营性PPP项目都可以适用企业资产证券化。PPP项目根据其经营性质分为经营性项目、准经营性项目和非经营性项目。其中，经营性项目是指有明确收费基础，并且经营收费能够完全覆盖投资成本的项目。政府和社会资本在经营性项目中的合作方式通常为政府授予社会资本特许经营权。社会资本获得项目特许经营权，在经营期间，通过使用者付费方式收回投资回



报,如污水处理项目;准经营性项目是指经营收费不足以覆盖投资成本、需政府补贴部分资金或资源的项目;非经营性项目是缺乏使用者付费基础,主要依靠政府付费收回投资成本的项目。这三类PPP项目中,非经营性项目形成的资产属于上述负面清单资产,因此,不得进行企业资产证券化。

此外,经营性PPP项目和准经营性PPP项目如果存在地方政府保底承诺、明股实债等问题,因这些问题将导致地方政府成为直接或间接债务人,且违反《国家发展和改革委员会关于开展政府和社会资本合作的指导意见》等相关规定,因此,不得采取企业资产证券化方式融资。

## 第二,经营性PPP项目和准经营性PPP项目基础资产的合规性及基础资产是否可以转让的问题

尽管经营性PPP项目和准经营性PPP项目可以适用企业资产证券化,但仍需要进一步分析其基础资产的合规性及基础资产是否可以转让的问题。

在资产证券化中,发起人需要将基础资产转让给SPV,以实现真实销售和风险隔离。而在PPP项目中,经营性项目中项目公司享有的为特许经营权,准经营性项目中项目公司除享有特许经营权之外,还享有政府提供的财政补贴或可行性缺口补助。

首先,对于特许经营权是否可以转让给SPV,《基础设施和公用事业特许经营管理办法》未有限制性规定,但在PPP项目中的特许经营协议中一般会对特许经营权的转让进行限制性约定。同时,《市政公用事业特许经营管理办法》第18条规定,获得特许经营权的企业在特许经营期间不得擅自转让、出租特许经营权,否则主管部门应当依法终止特许经营协议,取消其特许经营权。因此,特许经营权的转让应当在征得主管部门许可后方可进行。从目前实践来看,为了避免特许经营权转让合规的风险,一般都以特许经营权产生的收费收益权作为资产证券化的基础资产,而不以特许经营权收费权本身作为资产证券化的基础资产,但这种做法难以真正实现基础资产的真实销售和风险隔离;对于政府提

## 余慧华律师简介



西北政法学院法学硕士,天津大学法学院讲师,金融业务资深律师。承担和参与了多项国家级和省部级课题研究工作,长期从事银行法与信托法的研究工作,同时为国内商业银行及信托公司提供理财业务法律服务,擅长银行及票据业务。

供的财政补贴或可行性缺口补助可否作为基础资产转让问题,这类资产从性质上来看属于一种债权债务,且未纳入资产负面清单。但这类财政补贴系依据特许经营服务产生并针对特定的特许服务提供者,是否可以转让给特定的特许服务提供者之外的第三人目前未有明确规定。

其次,关于特许经营权或其收费收益权质押担保的问题。一般情况下,PPP项目公司成立后,在建设初始就会把特许经营权或其收费收益权质押给商业银行或其他金融机构作为贷款担保。但如前所述,根据《证券公司及基金管理公司子公司资产证券化业务管理规定》规定,企业资产证券化的基础资产必须没有任何权利限制,即基础资产不得附带抵押、质押等担保负担或者其他权利限制,通过

专项计划相关安排,在原始权益人向专项计划转移基础资产时能够解除相关担保负担和其他权利限制的除外。根据该规定,这类基础资产已经设定担保的PPP项目开展资产证券化融资时必须解除相关担保负担的安排。

## 第三,基础设施PPP项目适用企业资产证券化的特殊要求

发改委重点推动的开展资产证券化融资的PPP项目应已建成并正常运营2年以上,已建立合理的投资回报机制,并已产生持续、稳定的现金流。并非发改委重点推动的在上交所和深交所挂牌的PPP资产证券化项目不需要满足上述条件,例如2017年2月3日,“太平洋证券新水源污水处理服务收费收益权资产支持专项计划”在机构间私募产品报价与服务系统成功发行,成为市场首单落地的PPP资产证券化项目,而该项目于2016年1月8日才投入正式运营。但需要注意的是,根据《资产证券化基础资产负面清单》,下列与不动产相关的基础资产纳入负面清单:待开发或在建占比超过10%的基础设施、商业物业、居民住宅等不动产或相关不动产收益权。当地政府证明已列入国家保障房计划并已开工建设的项目除外。也就是说,除已列入国家保障房计划并已开工建设的项目之外,待开发或在建占比超过90%以上的基础设施PPP项目才可以进行资产证券化融资。



## 海外并购政策展望与并购模式分析研讨会成功举办

2016年12月22日，9点，民营企业、投资领域的专家、经济学者、法律专家齐聚一堂，参加由京都律师事务所主办，律商联讯LexisNexis、《全球化》杂志社支持的“海外并购政策展望与并购模式分析研讨会”。

2016年是中国跨境并购最为火热的一年，全部并购金额将超过2500亿美元，预计是2015年的2.5倍左右。与前几年国有企业作为海外并购的主力军不同，今年的民营企业与各类并购基金成为了海外并购的主角。在成绩斐然的同时，行业发展也遇到了难题，最近相关部门收紧了对企业海外并购的管制政策。政策的收紧对跨境并购将会造成什么影响？民企、并购基金与国企相比，在海外并购模式上有何不同？本次研讨会旨在通过不同领域专家的解读，提供不同视角与观点，帮助关注并购领域的人士答疑解惑。以下内容根据与会嘉宾发言整理，供读者参考。



## 主办方致辞



方堃：京都律师事务所管理合伙人

大家好，我是京都律师事务所管理合伙人方堃，很荣幸和大家见面。

首先，请允许我向各位简要介绍一下参加本次大会的嘉宾：光华俱乐部理事长向宏，中国国际经济交流中心信息部副部长、《全球化》副总编王晓红教授，工业和信息化部国际经济技术合作中心副所长、副研究员毛涛博士，中投研究院副院长陈超博士，溢思得瑞（加拿大多伦多）投资基金合伙人王立新、华融发展投资有限公司投资总监郭宇博博士，全球知名的法律信息提供商LexisNexis律商联讯高级经理郑辰光，京都律师事务所金融部总监、南开大学法学院民商法博士生导师韩良教授，京都律师事务所各相关行业领域的律师代表：金燕律师、高慧云律师、柏高原律师、郁璇律师、余慧华律师、丛彦国律师、于川律师。

大家已经看到：在中国尤其是最近的两到三年，海外并购势头很猛。2016年上半年时间，中国在海外并购的规模就超过了去年全年，按照这个速度预测，中国今年对外并购的规模会超过2500亿美金。这是一个相当大的历史性跳跃。

我个人在翻看了各种各样的资料和报道后，总结了两点比较重要的特征。

第一个特征是：过去的并购是以能源、资源、原材料等这一方面的收购为主，以国有企业收购为主；近三年，尤其是今年，逐步转向现在很明显的以民营企业 and 并购基金为主导的海外并购模式。

另外一个特征是：现在的并购更加多元化。除了刚刚提到的民营企业和并购基金为主导的模式已经形成外，同时并购目标国家、并购企业的多元化也越来越明显。从行业特征来说，现在越来越多的并购，面向了所谓的新经济体，包括高科技，包括消费者领域，也包括一些服务业，如酒店等。

我们在振奋和高兴的同时，大家观察到这么一个现象：正因为我们的并购多元化，我们要接触到更多的当地国家，当地市场，当地相关行业各种各样

的政策和法规（包括一些财务、税务制度等），因为对这些因素不够了解，在并购前期、并购过程中、并购完成以后，面临很多的风险，大家也看到了一些并购失败的例子。

所以，在这样一种背景下，京都律师事务所携手世界知名的法律信息提供商LexisNexis律商联讯，以及王主编的《全球化》杂志社，共同举办这次海外并购展望。

今天会议分四个模块。上午有两个模块：第一个模块是从“一带一路”政策层面上，政府的角度，来看一看我们在这一方面并购的政策。这一块内容将会由韩良教授为大家主持。第二个模块是海外并购的架构设计，从政策层面过渡到架构设计，包括一些具体风险防范的措施。下午还有两个模块：一个是海外并购基金投资业务的专题，一个是以加拿大这个区域作为特定的市场，来看一看加拿大的科创项目并购专题。会议从宏观层面到行业层面，再到具体的区域，各个角度都有涉足。

希望我们的精心安排能让大家有所收获。感谢大家光临京都。预祝会议圆满成功！

## 专题一：

## “一带一路”与政府海外并购政策的解读

## 向宏：解读“一路一带”超级项目与政府海外并购政策



向宏：著名经济学家、实业家、光华俱乐部理事长

我认为，今天的会议有两个目的。一个目的是：大家作为京都的老朋友，有必要通过这样一个会议分享并购市场的一些基本信息，使京都把并购业务清晰地界定在海外并购或者是跨境并购上，更好地开展非诉业务。第二个目的：在座的已经有并购实践经验的企业朋友，希望在理论上把并购市场了解得更清晰，更希望看到一些比自身企业能力更大的案例，从案例当中去抽象出一些基本原理来。

看上去是两个主体，一个是为大家提供全程法律服务的律所，另外一个是有并购诉求的企业，其实这两个主体是融合的。我负责任地告诉大家一个结论：所有的并购，其实法律环节既是起点，又是终点！一个成功的并购，首先取决于法律性的判断。从我们的并购来看：基本上是把法律判断放在第一位，第一步走好了，我们再来做并购标的本身的商业价值判断。

韩律师给我出的题目是《“一带一路”超级项目与政府海外并购政策》，所以我也出于这个动机，来跟京都互动。我来交流，其目的就是希望：找到一家“能够跟进超级项目层面并购”的律师事务所。通过和在座的一些京都所潜在客户的互动，为京都所找到这样一个定位。

## 相关并购实务

目前，我本人在投资市场是两个角色。一个是我们有一个投资平台（梧桐资本），社会上对我们的评价信息比较多，总体来讲还是比较正面的。另外还有一个喜洲资本公司。这两个公司，在中国并购市场，尤其是跨境并购领域来讲应该比较活跃，不能讲我们的规模最大，但是业界认为我们的并购案例性，或者叫先导性，或者叫示范性最强，这一点我觉得从证监会，乃至于一行三会的其他部门，甚至是国务院的一些宏观部门，都对我们跨境并购给予充分的肯定。

我们并购的一个基本特点是：把中国公司放到全球市场竞争力这个比较的大环境里面看，再进行要素重组与市场重置。我们把整个产业链拉长了以后，

发现中国在全球市场的背景下缺哪个环节就做哪个环节，这种背景下我们做的事情就比较多了。

我们所做的这些并购，基本都立足于上市公司，我们一手做上市公司重组，一手做标的目标的并购，然后通过和上市公司结合，最终使上市公司转型为一个所谓“战略投资型”的上市公司。这种“战略投资”，也有我们自己的一个特定的概念。它实际上已经变成了一个专有名词，叫做“德隆版的战略并购”。这个战略并购的基本特点，就是要诉求这个行业的全球领先地位，同时在短时间内取得行业话语权，完成整个行业资源的重组、竞争力体系的重新配置。我们过去是这么做的，现在也是这么做的。过去这些经验，应该说长江或北大等商学院的MBA和EMBA，都会讲我们的案例。

我们的跨境并购更多的是在境外买先进核心技术，有些技术的孵化仍然在所在的国家，并没有购买回来。技术来源可能有美国、欧洲、俄罗斯、以色列、韩国和日本等国家。可能更多是在海外买市场份额：比如，有一些企业竞争力逐渐失去，但是它过去有相当规模的客户资源，我们把相关因素注入了以后，它能迅速提升竞争力。

通过曹德旺事件，我们看出了：中国税务环境进一步恶化，中国经济释



现在全球进入到了一个所谓的超级项目的新时代，并不是说这个超级项目和超级资本就主导了今天市场的基础，而是使今天运作的方式发生了改变，出现了一种新的资源配置形式。

放出了很多信号。我个人认为：中央宏观管理部门，对于通过并购来提升中国全球竞争力的操作层面的判断，不够缜密。出台的这样一些政策，看似很有可能收紧，但不止是一个简单的收紧，而是一个所谓的分类指导。过去看到中央政府出了很多的政策，朝令夕改。所以大家大可不必过于执着于某些政策，尤其是中小企业。

大企业要走到政策的前面，要有底气去引导政策的变化，事实上有很多的案例在引导。中国投资市场鱼龙混杂：一方面，有比较理性优秀的企业在进行一些国家战略层面很有价值的投资并购；另一方面，所谓的“门口的野蛮人”在做一些比较野蛮的并购。

我觉得，真正仔细去研究所谓的这些野蛮人，他们背后也有道理。事实上：在格力和万科并购案中，金融资本的介入，对他们两家公司实业资本形成的长期经营惯性以及经营战略，某种意义上是一次重组，很有可能使这两家企业实现一次质的飞跃。企业管理者，对这个企业有感情，但不等于你持续有能力引导这个企业，使它抓住最佳的机会，抵达最佳的竞争位置。所以，从这个意义上来讲：财务投资人进入高层，往往对这个企业治理结构和企业战略能力做出调整；哪怕这个资本的动机是阻力动机，但是带来的直接结果是整体能

力的提升。

这两个并购案的保卫战，其实是：企业创业者希望的并购与市场希望的并购发生的一个冲突。所以，我们要在这两个案子背后看到更本质的问题，这是需要大家静下心，仔细去研究的。

我上面讲的主要内容就是：做投资并购，重点依托上市公司，基本上就是要要素重组和市场重置。

### “一带一路”超级项目

根据中国国内市场的变化，以及我们这群人自身的特点，我们也在做一些调整，尤其是特朗普上台后。特朗普的出现，不但改变了美国一些游戏规则，而且他上台后，就给中国来了几个下马威。首先，特朗普冒着惹怒中国的危险，和台湾“总统”蔡英文直接通电话，这显然和几十年以来美国的亚洲政策相背离。接下来，说要干预南海，要干预中国的宏观经济政策。

大家的一个基本判断：特朗普是一个生意人。从中南海到做企业的人，甚至到街头老百姓都在讨论“怎么跟特朗普做生意”。这句话说起来很容易，我们把特朗普定义为一个商人也很容易，但如果特朗普仅仅就是一个简单的商人，显然不可能当选为美国的总统，这是一个常识问题。所以，“跟特朗普做

生意”是摆在习大大和李克强总理等国家领导人、国家级的智库、在座的投资者面前的一个很重大的议题。

这个题目离大家可能有点远，为什么我愿意来讲这个题目，就是希望大家去感受一种方法。我个人不太主张大家独立走向市场，如果要把去年或者过去十年做过海外并购的中国企业来做参考，80%以上都是失败的。轻者是投资方向的错误，重者是拖累整个母公司。所以跨境并购在准备不充分的背景下，并不是一件容易的事情。

比如说，我们是一个小微企业，这个行业本身在国内已经是一个领先企业，那么我们所了解的并购对象，应该是前面我讲的能够带来所谓的要素重组，市场重置的。同时我们依然是一个小行业的冠军，单独行动是没有问题的。这种小企业在行业生态链往往不能独立存在的，这个需要我们动脑筋。如果不是这一类型的企业，而是一个产业链上的一个关联企业，我就觉得我们要往上看，要看到产业链顶端企业的动向，主动寻求在产业链上去加盟某一个环节里面去，成为这个环节里面不可或缺的角色。至于我们在产业链上处在哪一个层级，要看我们的经营规模和企业能力。

所以我今天给大家分享的题目，所谓的“一带一路”超级项目，其实与大

家也有关系，我刚才已经铺垫清楚了，大家应该知道这个关系了。

我做第二件事情，是存续期有20年的国际基金平台的重组。这个基金存续投资规模超过了1200亿美金，算是跟中国市场上关系很紧密的国际资本。我们越来越多地关注到了：在中国资本外逃的大背景下，境外资本又热情滚滚地准备进入中国。进入中国的原因，他们认为：习大大带领中国到了一个阶段以后，应该会推动市场进一步发展，中国会有更多的投资机会。

我们看到了中国资本和国际资本之间出现了一个逆向运动的现象。尤其是：华尔街大的投资资本和中国投资之间。中国的钱到海外去，海外的钱到中国来。这个现象出现的原因在哪里，其实我们要算账。大家算账以后就发现，中国的钱有出去的合理性，海外的钱有进来的合理性。所以这个基金来讲，未来的一个动向就是准备做成这种所谓超级项目的引导性投资。现在来讲，我们基金投资的方向，主要是三大类型：基础设施，产业重组和一些新兴产业。具体投资的地方在：美国、中国以及“一带一路”和其他一些地方。

“一带一路”事实上不止是中国的国家战略。有些中小企业往往会认为“一带一路”和我们的距离很远，其实“一带一路”和中小企业恰恰距离很近。在国内市场相对饱和，或者境内市场竞争相对激烈的背景下，“一带一路”给我们带来了全新的市场空间。但是我们能不能把握这个新的空间所带来的成长机会，还要看我们的本领。

我除了在两个公司做管理者以外，同时还抽了一部分精力去建了智库，我参与了国家级“一带一路”智库的工作。

这个智库对外讲有两大职能：第一个职能是“一带一路”的顶层设计，为我们党和国家出谋划策。我们这个智库的领导者也是党和国家领导人；第二个职能就是做所谓的超级项目设计。我们发现：过去我们很多智库，都是为我们的宏观决策部门做政策设计，或者说做价值判断的研究。那样就好像：我们要不要搞社会主义，我们都不去回答怎么搞社会主义。恰恰在今天，我们不是要不要搞社会主义，或者说要不要搞“一带一路”，不是要不要搞海外并购，而是怎么搞的问题。

我们的智库有一套新的理念和模型，就是准备在微观层面参与到微观项目的组合，我们称之为微观干预。这种微观干预本质是要直接把这种所谓的微观项目，能够在国务院领导，甚至更大的领导层面形成决策意见。这种项目带来的是：整个全球经济基础性秩序的改变，以及中国参与全球经济基础秩序的方便。

前不久，巴基斯坦新贸易港口瓜达尔港正式开通，这成为中国向中东和非洲出口的最新国际贸易通商枢纽。我三年前就陪同国家的领导去那里签协议，那个时候是工商联在推动。他们在推动的时候并没有做很深入的研究，只是凭直觉。有时候往往很多商人的直觉是值得我们尊重的，但是中国商人在宏观政策市场上没有发言权，商人们的直觉和表达能力也很有限，很难形成宏观公共政策的基础。之所以当时巴基斯坦总统要拉中国政府去做瓜达尔港，当然是站在巴基斯坦的角度。因为它南北发展不平衡，经济重心在北方，南方又是海港城市，除了卡拉奇以外，没有一个像样的滨海城市，整个工业化和城市化率比较低。随后我们有一些军事和资源战略的研究发现：瓜达尔港据守在霍尔木兹

海峡的峡口，港口有一个陆上的运输管道，它所承载的中巴石油管道使得中东的石油不走海道，直接通过陆上运输管道2千公里就进入新疆。

当时是基于一个直觉，现在来看，瓜达尔港这个地方完全有可能形成一个全世界独一无二的超级重化工基地。它面对了亚洲两个经济区，一个是南亚，另一个是西亚。

首先，谈南亚方面。印度、巴基斯坦、孟加拉是三个人口大国，印度工业化发展很不平衡，孟加拉工业化刚刚开始。这是一个巨大的市场，有可能把中国过去30年工业化发展的故事在这里重新演绎一遍。中国过去走了30年，在这个地区可能15年就会实现，因为资本组织方式和产业组织方式发生了变化。大家认真去研究中国经验，和过去欧美的工业化经验，两个经验的叠加，就可能在这个地区找到真正意义上的工业发展的后发模式。

后发也解释了中国今天的成功，其实还有一种更新的后发模式就是“一带一路”。这个模式核心就是超级项目加上超级资本，瓜达尔这个案例我们所看到的就是一个经典的超级项目。第一个超级项目的市场，就是南亚十七八亿人的市场。

其次，随着西亚战争逐渐缓和，如果城市发展水平和工业发展水平更高，那么文明冲突和民族冲突也会淡化。前不久美国智库布鲁金斯学会出了一本书，也出了一个叫《超级版图》的研究报告。这个研究报告，告诉我们：在今天全球化秩序被弱化的背景下，一个全球化过渡时期正在来临。后全球化是什么样子，大家还说不清楚。这个全球化与其说是国与国之间的竞争，不如说是经济体之间的竞争，经济体之间的竞争不如说是工业体系之间的竞争。这种工



业能力的竞争，基础是互联互通的竞争，这种互联互通的竞争又体现为城市聚集生产要素能力的竞争。

按《超级版图》这样一个逻辑推演下去，你就会发现基础设施的互联互通，是一切竞争的基础，也是化解世界上一些基本矛盾和基本冲突最有效的一个契机，这个能力现在中国最强。

我们以瓜达尔港这个案例来看，它除了面对南亚和西亚这两个人口巨大的市场以外，同时面对整个非洲。穿过霍尔木兹海峡，不到150海里，就到了非洲的东岸，非洲东岸的经济也在起来，北非地区经济相对发达。同时，中国政府也在非洲内布局南北和东西通道的铁路货运。如果这个时候在瓜达尔港形成这么一个重化工业基地，把整个河北钢铁产能都搬过去，这个地方完全可能形成一个超级重化工业基地。这个地区涵盖南亚、西亚，乃至非洲，不再是以国家、省为单位的生产力布局，而是形成一个共同市场的布局。

现在全球进入到了一个所谓的超级项目的新时代，并不是说这个超级项目和超级资本就主导了今天市场的基础，而是使今天运作的方式发生了改变，出现了一种新的资源配置形式。所以，回头说到我们这个智库，就是在微观层面去干预策划这种项目，我们称之为超级项目的前夕。

中国的企业为了争取马新高铁，和日本一轮一轮打价格战。我到马来西亚国会做了一个演讲，讲了以后，整个马来西亚从上到下把高铁项目倾向于中国，因为我讲了马来西亚怎么实现一次“后发的工业化”。马来西亚修一条高铁，我建议不要从现有的城市走，而是选一条新线，新线的沿线可以形成一批新城市。现在这些老城市，多有百年以上历史，也很漂亮。新的线路要避开老

城，在老城和新城之间再修轻轨，轻轨把老城和新城联系起来，在老城和新城之间再搞工业区。中国给你投资就等于投了一条高铁，修了五条轻轨，建了五座新城，搞了五个园区，一口气就投了四大类项目，静态投资过万亿。一步下去，三五年时间，马来西亚就成了南亚经济发展的明珠了。这样，马来西亚GDP3万亿，进入了发达国家的行列。这个事情你就主动跟日本讲，日本要愿意干，中国就撤，它不愿意干，我们就做。

“一带一路”研究院首先做顶层设计，第二个做超级项目的设计，第三个是推动国家级“一带一路”论坛。这个智库由于在系统的方法论和系统的理论走到前面去了。我估计：明年的“一带一路”论坛，我们有可能是协办单位之一，后年就由我们主办。我们有把握把它变成一个超越现在其他论坛的最有市场感觉的一个论坛。最近，我们围绕“一带一路”，组织了较大的力量，编了一百本“不是要干什么，而是要怎么干”的书。在超级项目即将到来的这么一个新的时代，这就是学术力量的价值！

还有一个功能：要创办一所特殊的“一带一路”大学，把沿线的国家都组织起来。光华俱乐部是在20年前，汪道涵先生创办的民间全球化智库，我是第五任理事长。我们就是找一批经济学家来研究全球化策略，然后通过这些会长们跟上层去交流。所以，光华俱乐部为中国全球化，为中国今天孵化出来的“一带一路”战略，扎扎实实地做了很多的贡献，但我们是无名英雄，我们只做给领导们提意见的工作，不做任何的市场推广。

这些去世的老同志都是大领导，现在一些人不愿意干了。今天的经济很

复杂，政治形势不确定性因素很多，也有很多的变化，所以把光华俱乐部交给我，希望我能重新定位，我就定位在了“一带一路”的超级项目和超级资本上。

我们和长三角地区三个省共同发起了“绿色火车头论”，就是：推动长三角和泛长三角实现经济转型。这种经济转型，民间资本或者市场资本都是不够的，但是政府资本和国有企业在里面乱做也是不行的。于是，我们提出了一个基本的策略：把市场资本和政府资本融合起来，搞所谓的母基金，或者基础市场基金。由这种基础市场基金来构建整个长三角地区的市场秩序，市场化的相应资本跟进来，扮演不同的角色。

## 给京都律所的三点建议

第一，京都所要发挥学院派的优势，主动涉足超级项目。京都所在某个超级项目里面有所建树，自然就带动了整体。在跨境并购领域，超级项目是最顶端的；再往下一个层面就是金融资本和产业资本所介入的战略并购，这是过去一些上市公司所做的事情；再往下层，才是一些中小企业在产业链上所发生的一些关联并购。如果京都在超级项目里面有所作为，那么京都这个品牌有可能在今天跨境并购竞争激烈的背景下成为佼佼者。京都所已经有四五百人了，但是金杜有几千人。有的所号称过万人，形成了大量的跨境律师服务联盟，这些使他们在一般性战略并购和一般性的供应链整合方面有独特的优势和发展。京都所在这个领域怎么去寻求突破，我建议你们从超级项目着手下功夫。

第二，我们要找到一套以法律服务为导向的并购模式。这是一般中小企业

不太在意的，在这个基础上去形成我们的品牌，形成我们的资源体系。

第三，就是要通过典型案例，来形成影响力和话语权。

## 给企业的三点建议

第一，大家要研究一下长江商学院的校训“取势，明道，优术”。这是我十几年前送给长江商学院的院长项兵的。我们在并购市场上如果有“势道术贯通”的本领，那么你就不用走出去了。势，就是大的整个发展趋势，市场走势，政策走向。道，就是商业模式。术，是各种各样的技术：金融技术也好，投资技术也好，市场竞争技术也好。所以，我们的商业模式要能够把势和术融汇起来，这就是最好的商业模式。商业模式有原理意义上的趋同，但

每个企业都有自己个性化的商业模式和个性化的商业解决方式。

第二，要了解并购的生态。说到自然界，有大家很容易理解自然生态。并购，也有一个生态。大企业怎么做的，小企业怎么做的，金融企业怎么做的，不同市场构成了一个并购关系，只有了解了，你才知道自己在这个体系里面是什么角色。另外，在了解并购生态基础上，追踪所谓的大项目，通过大项目去寻找自己在里面的角色。

第三，我们要关注整体的中国并购战略的宏观动向。在中国并购市场，不要以为我们每个企业单项并购项目是一个孤立的行为。中国企业之所以今天在海外并购比较热，受资国和投资国也比较接受中国资本，是因为：走出去的中国资本整体展现了比较健康的并购行为。但一两只老鼠，就很有可能毁烂一

锅汤。所以，我们随时随地要有准备，比如：一个国家对中国资本采取了一个限制，甚至驱除的措施，这种概率是非常高的。想明白这些问题后再去参与并购的中国老板并不多，并购以后乱来的却很多，只是由于并购行为很小，不足以形成市场太大的风波。这一次，美国组成了豪华的商人团队，虽然政治能力有待观察，但是他们的商业能力都很强。这帮人在面对中国企业的跨境并购，尤其是中国资本到美国投资行为的时候，他们的行为会非常刁钻。也许我们这个并购行为很好，但由于中国资本的行为对人家市场秩序的某种干扰，或者某种破坏，就很有可能被制约，乃至“城门失火，殃及池鱼”。

真诚希望我的分享能对大家有所启发，我们能够共同进步！

## 郑辰光：中国企业“走出去”的观察与分析

我是律商联讯产品经理郑辰光。律商联讯在过去两年一直在做企业走出去的调研报告。今天我给大家分享的是过去两年我们收集上来的样本，以及得出来的初步结论。今天的分享主要是四个方面：调研背景及样本说明，“一带一路”专项分析，“走出去”风险调研，投资效果及投资计划。

### 一、调研背景及样本说明

参与2015年调研的有将近一半的企业是央企和国企，但是在2016年样本当中，民营企业和合资企业比重更



郑辰光：律商联讯产品经理

大，占到70%。我们在走访企业当中发现，央企并不像十几年前那样，在“走出去”中起主导的作用。

本次调研范围立足全球，包含“一带一路”在内；涵盖各种投资方式，全球投资、绿地并购、其他的投资方式都纳入到这一次调研报告当中。

### 二、“一带一路”专项分析

#### 1.去“一带一路”的原因

我们先看“一带一路”这个地区。首先分析大家为什么要去“一带一路”的国家。70%的企业去这里是为了开拓市场，产能过剩到“一带一路”国家一定程度上缓解。第二大原因是，这些



年政府主导鼓励企业走“一带一路”路线，并提供政策支持。也有一些其他的原因，比如说可能到国外地区为了获取资源，开拓市场。

## 2. 行业与领域

在“一带一路”地区，主要是基础建设、能源类的企业占了主导，制造业包括房地产也会在当中有一些涉猎。我本人在律商联讯的工作当中，帮助很多走出去的企业做法律检索咨询、信息方面的解决方案。在能源、矿产领域，国企和央企的比重更多一些。一些辅助加工、运输、还有物流等相关的民营企业，也是在能源矿产方面。这个主要是由“一带一路”国家的特性决定的。

## 3. 进入“一带一路”国家的困难

在“一带一路”国家，企业遇到的最主要的、最头疼的困难是法治环境和商务环境不健全。跟发达国家或者欧洲国家非常不同，发展中国家和第三世界国家的投资环境是有挑战的。同时，很特别的困难就是政局不稳定、恐怖主义和战乱。这也是我们在跟很多企业做具体项目时发现的。无论是哪个行业，或者具体到某个国家，内乱和政局的振荡，以及对这些国家的一些制裁，会对一些投资或者企业生意带来风险。

信息收集困难在“一带一路”国家也非常突出。我上周去了东北汽车行业的一个公司，他们特别提出，他们想进入“一带一路”市场的时候，获取当地一些很基础的公司法和投资相关的政策和信息，哪怕只是想要一个外资比例和外资限制方面的调查，无论在当地中介机构还是国内中介机构，获取的答案都不同。较发达国家相比，在一个“一带一路”国家获取信息有非常大的困难。

## 3. 企业对投资的评价

我们同样问了这些企业，他们对这些年投资的评价。10%的企业普遍认为投资比较成功，达到目的就很不错。21%觉得总体上是得大于失，8%的比例认为现在得失相当，61%的企业认为现在不好说，可能时间上还没有看到收益，或者是喜忧参半。按照时间轴，比较五年前就开始投资的和最近三年的投资的，五年以前投资的认为成功的比例相对更高一点。企业在“一带一路”地区需要有长远的，至少是五年以上的战略性的投资，才能看出收益，这区别于财务性的投资或者见效较快的投资。

调研报告当中对这一块的分析数据还非常多，这是我节选了一小部分，认为比较有代表性的。

## 三、全球其他地区的数据

除了“一带一路”国家以外，我们来看一下企业在全世界走出去的情况。我们收集到的有效样本是201个。如果我们暂且抛开企业所有制的性质，从地区来看，在北美、欧洲西部和东亚的投资量是最大的，这个是跟我们十年前或者是很多年前刚开始接触的情况是非常不同的。现在我们走出去，主要是走向了发达国家。

民营企业是更倾向于选择去北美和欧洲西部，对于央企擅长的能源和基础设施建设领域的，他们也都有一些想法。进入北美或者是欧洲西部的发达国家开拓市场，确实存在着一些国家安全审查、政治方面的困难，这对国企、央企、民企都是一个非常大的挑战。

## 四、风险防范措施

企业在走出去过程中，应对风险的

防范措施有哪些？这跟各位的专家的预期应该也是比较类似的，跟我们的猜测也是比较吻合的。最多的是做尽职调查，自己或者聘请专业中介机构做一些项目的尽职调查。其次，企业会购买保险，这个保险非常丰富，其他商业保险机构给企业提供各种各样的投资额的保险。国企买的保险多一些，民营企业相对买的保险少一些。另外，企业会建立一种风险投资机制和流程。当然还有其他的方法去规避风险。

做尽职调查，预测投资的成本和风险时，最困难的地区就是撒哈拉以南的非洲。尽职调查的真实性、靠谱性和预期投资项目的成本和风险，跟很多“一带一路”国家本身的政局、法律制度有关。调研报告当中会有很多分类的风险，今天只分享一部分。

## 五、投资效果及投资计划

### 1. 投资效果

看一下企业总体上对自己这些年投资的一个评价，30%—40%的企业认为成功或者得大于失，这比投资“一带一路”企业的反馈要高一些。同时认为暂时无法评价，或者当时没有透露信息的企业，也占到了50%。所以大体上符合我们的判断，中国企业走出去是喜忧参半。

回复是不是还要继续投资的问题时，基本上超过了一半的企业会坚定走出去；已经后悔的，或者将来不会去了的占了17%；待定的是30%。

### 2. 投资计划

企业以后继续投资的方向。企业今后仍然注重投资欧洲西部、北美、东南亚、南亚。前两天我也看了新闻，一个福建玻璃企业的老总把他的厂建到了

美国，引起了很多人的讨论，说中国企业不给老百姓工作，去给美国人创造就业机会，引发有很多的争议。但是，确实也看到北美地区的制造业，已经成为企业走出去非常看中的一点。当然有很多的讨论，比如成本问题，交易成本、税收和交通费等其实比发达国家要贵得

多。这在行业内已经不是秘密了。包括很多律所在美国建律师所和招聘美国律师的成本，要比上海和北京低得多。早些年，很多从事制造业、金融业和保险业的企业都去了发达国家。

另外从行业上分析，制造业、金融、证券、保险公司都会是未来的一个

主要的方向。这跟传统上以央企为主导的企业到第三世界非发达国家从事以能源、基础设施建设为主的行业相比，完全逆转了。现在出去是为了买渠道、买技术、买人才、买市场，完全做以劳动力为导向的项目不多了。

## 王晓红：“国际并购：获取战略资源与风险防范并重”主题报告

受老朋友韩律师的邀请，很高兴能够有机会在这里跟大家见面。

今天这个研讨会，应该说举办得恰逢其时。因为我们现在企业走出去，已经到了一个加速期，从理论和发展阶段来讲，我们处于一个资本净流出的时期。海外投资方面，向宏向总用了很多他大量工作中的案例和他们一些成功的经验，给大家进行了分享。确实，我们已经到了一个获取战略资源和防范风险并重的阶段。国际并购这几年增长得很快，尤其是我们获得了很多战略性资源，在全球资源配置能力上明显地增强。

中国国际经济交流中心这个单位，是国家25个高端智库之一，由国家发改委主管，国务院前副总理曾培炎先生担任中心的理事长。

今天，我就跟大家分享一下工作过程中的一些体会。

### 海外投资

对外直接投资是实现高水平双方开放和构建开放型经济新体制的重要组成部分，从海外投资来讲，我们现在是全球FDI主要输出国和投资最多的一个发



王晓红：中国国际经济交流中心信息部副部长、《全球化》副总编、国家著名民间智库领导人

展中国家。金融危机之后，我们是全球跨国投资增长最快的。2015年，海外投资额在世界上排名第二，存量第八，我们成为了国际投资的净输出国。

2016年，我们的增长也很快。根据1—9月份的数据，海外投资比去年同期增长了53.7%。我们现在实施积极的对外直接投资战略，有助于推动全球产业链、价值链、创新链和供应链的构建。这既是新常态下破解国内发展难题的需要，也是我们分享全球化利益的长远战略需要。这有利于我们更主动地参与经济全球化，在全球治理中把握主导权和话语权。

从目前来讲，虽然现在政策上可

能有一些短期的收紧措施，但是我觉得我们投资发展仍然是一个大的趋势。前不久，商务部专门召集有关的专家开会，讨论解决贸易下降的问题。因为外贸连续两年呈负增长，今年大概是将近2%。

我觉得必须要考虑海外投资的问题。海外投资可以带动出口，可以解决现在的产能过剩。现在国际产业合作，装备合作，对解决产能过剩的问题，实现传统产业的海外转移，都发挥了非常好的作用。

我认为，海外投资有以下非常重要的途径：“引进来和走出去”相结合，投资与贸易相结合，国际市场和国内市场相结合；实现国际国内产业的联动，市场和创新的联动；实现资本、技术、品牌、管理、人才等生产要素和全球要素的全球化配置。

特朗普上台以后，我们将来可能面临的国际形势，尤其是贸易，下行的压力可能还会增大。比如，对中国产品的征税、把中国列为汇率操纵国等都会对贸易产生很大的影响。

另外，推动传统产业、富余产业转移和国际产能合作，推动国内产业结构加速调整，有利于化解国内资源能源



消耗和环境污染的矛盾。构建网络化、信息化、数字化和平台化的全球创新体系，是全球创新一个非常重要的特征。我们也要通过海外投资来把握这样一些机遇。

通过海外投资，企业和东道国实现了互利共赢，“一带一路”战略和沿线国家形成了一种利益共同体、责任共同体和命运共同体。

## 国际跨境并购——获取战略资源

第一点，跨境并购已成为我国企业高水平参与国际分工的重要方式。这一轮的跨境并购较上一轮有非常显著的特点：并购项目大、规模大，而且领域比较宽。一方面，金融危机以后，很多跨国公司优质资产走低，这给中国并购带来了机会。另外，中国企业国际化经营能力不断增强。2015年，跨境并购的金额是544亿美元。其中，十大海外并购案平均金额是35亿美元，占的比重并

不是非常高，但在我们获取海外资源的过程中，主要是通过跨境并购完成的。2015年十大并购案金额，已远远超出了以前的规模。

第二点，跨境并购已经成为我们获取全球高端要素资源的一个重要途径。这些年，我们都是通过跨境并购，获得发达国家的研发设计资源、关键核心技术、领军人才、品牌、营销渠道、服务网络等高端的资源要素和战略性的资产。我觉得，这个确实是我们国家在全球化的过程中，构建全球化价值链非常需要的。通过跨境并购，我们很多自主品牌在成长，在全球价值链，产业链和供应链中的地位也在不断的提升。

跨境并购，首要就是获取技术研发的能力，其次是获取了品牌，最后是与国内业务的匹配和互补，拓宽了零部件的筹措渠道。并购以后，有96%的企业认为增加了海外市场销售份额，有89%的企业在欧美设立了研发中心，51%的企业提高了国内的研发水平，并且提高了国际的知名度。

第三点，这一轮的并购主要还是在发达国家地区，对象主要集中在欧美。其中美国占的比重应该说是最高的。前十位的跨境并购的海外目的地，总数大概占了整个海外并购70%以上的份额。另外就是“一带一路”。2015年，我们对亚洲并购主要是在“一带一路”国家，数量仅次于欧洲和北美，同比增长63%。所以“一带一路”对于我们走出去，应该说是非常有利的一个因素。

第四点，民营企业跨境并购的能力日益增强。通过调研，我们对这一点感受非常深刻。首先，民营企业在高新技术、新能源、电力、军工等战略性新兴产业方面的海外投资快速发展。其次，大规模、先进技术型国际并购实力增强。吉利并购沃尔沃，万向集团收购美国汽车电池生产商，今年海航的收购，都是非常好的案例。今年，我们专门到浙江做了一次关于民企海外投资的调研。海外并购做得还是非常成功的，当然也有一些问题。我们写了一个内参，报给了中央，张高丽同志也给了批示。

民企走出去已经是主力，现在已经占据了半壁江山。中国未来要走出去，更多要发挥民企的作用，因为国企现在面临的问题越来越多。

## 风险增加

2016年1—9月份，非金融类的海外投资增长是77.7%，境外并购增长是380.5%，这确实是比较高的，领导们看了这个数据，很担忧。另外，对外投资、项目跨境累积流出同比增长37.3%，外汇流出也比较大。

应该说大规模走出去的同时，风险也会增大。

前一段，国家发改委和商务部联合下发了一个关于对海外投资的文件，主要是针对今年短期之内资本外流太多，海外投资增长过快可能引发的风险。

第一，债务风险。尤其是国有企业，为了追求政绩，无视经济效益和自己的能力，在投资并购中缺乏自有资金，主要依靠银行贷款，所以导致了过度负债，这是一个很严重的问题。第二，海外经营风险。一些国有企业片面追求轰动效应，收益率低，很多企业并购后缺乏对企业文化、人员团队、财务、业务等方面的整合经验，导致企业巨额亏损。第三，资本外流风险。企业的资产外币化，负债本币化，还有假借对外投资渠道向境外大量转移资金，冲击我国金融安全。第四，通过并购投资，一些企业在将国内产能向国外转移的过程中，存在着产业空心化的隐患。我们现在只是一个规模性走出去的阶段，还没有达到跨国公司真正地产业和制造产能完全转移到国外的阶

段。所以更主要还是防范前三个风险。

## 风险防范

各位大部分都是企业朋友，掌握一些政策会比较有好处。

第一，坚持企业为主体，市场为导向，商业化运作，遵循国际惯例的基本原则。企业是经营的主体，它在一线，到哪去投，企业是最有感受的。所以，我觉得海外投资行为，应该主要依靠企业。过去，政府长期过分主导、干预市场，干预企业经营行为，往往带来经营

**防止资本外逃和经营风险，这是我们在政策调控的时候注意的重点。要建立海外投资的信用信息平台，完善项目的评估制度。主要就是防范一些假借投资名义，向境外转移资金的一些行为。**

风险，导致经营失败。

另外，根据我们研究的情况来看，现在确实问题也比较多。我们面临着的是和国内完全不同的情况，不同的综合环境，所以我们可能就要更注重国际规则，更注重社会责任，更注重帮助东道国发展社会经济，更尊重他们的文化、法制和规范。现在，我们很多的企业不太注重这些，所以最后就给东道国留下了非常不好的印象，这是很负面的。

第二，要加强对企业并购投资真实性的审查，加强对项目可行性和安全性的评估和监管。防止资本外逃和经营风险，这是我们在政策调控的时候注意的重点。要建立海外投资的信用信息平台，完善项目的评估制度。主要就是防

范一些假借投资名义，向境外转移资金的一些行为。另外，要建立海外投资的黑名单制度。把海外投资违规的企业，纳入黑名单去管理，并进行惩治。

此外，还要切实规范国有企业的并购投资行为。要建立健全国有企业对外投资的决策、财务、管理和审计制度，国有企业资产监管和责任追究制度，国企对外投资资本金的管理制度。现在要求对外投资要落实不低于20%的自有资本金，才能够让你走出去。缺少自有资金的，依靠大额举债的并购投资，要进行严格的控制。要对重大的境外投

资经营活动、境外大额资金的使用，境外资产保值增值等方面的情况加以审计。审查备案，要求应该更严。

第三，可实施阶段性对外投资管理措施。监管层拟对一些特殊性质的对外投资业务实施规范监管，包括对于企业境外购买或开发中中方投资额10亿美元及以上的大宗房地产，中方投资额10亿美元及以上的企业非主业大额并购和对外投资，中方投资额100亿美元及以上的特别大额对外投资项目等。若这些政策得到实施，将对于防范并购投资风险具有积极作用。

第四，为我国企业开展战略性国际并购提供服务保障体系。比如说光华、京都律所韩律师的金融业务部、中投等金融机构提供金融服务、设计咨询、资产评估、信用评估。我们要设计并购基金和产业基金，为并购企业进行融资。要加强对并购东道国的信息搜集，做好宣传、推广、渠道的沟通。这些都是我们降低企业并购风险非常重要的保障。



## 专题二：

# 海外并购架构设计与风险防范

## 陈超：“中国企业海外并购面临的金融、经营、债务风险及防范”报告



陈超博士：中投研究院副院长

今天非常高兴，也非常荣幸有这样一个机会跟大家交流海外并购的话题。

中投研究院2007年刚成立的时候，在中国，基本上没有人进行海外并购。海外并购真正成为一个热点，是从金融危机之后。从大的方面来说，这确实和中国经济转型升级有很大的关系。企业本身已不具备过去的“人口低成本”优势，产业又要面临升级，通过海外并购这种“拿来主义”的做法，是提升产业的一个很好的做法。当然这还跟中国外汇储备增加，资金流动性过剩等因素有关。我们需要考虑这样一个大的背景，既要看道，也要看术，既要低头走路，也要抬头看天。

我今天分享的话题：首先，介绍中国海外并购总体有哪些主要的参与者；其次，我们来讨论一下主要的风险和对风险的防范；最后，我想和大家分享一下，中投在过去快十年的时间当中，在帮助中国企业走出去当中起的作用。

### 中国海外并购的参与者

从现在来看，我认为其实主要有三类投资者，在海外并购当中发挥了很重要的作用。

第一类，中国产业和实体企业投资者，这是最重要的主体。因为它要通

过这样一个积极的投资，参与被投公司的公司治理，最后谋求和国内产业的整合。

第二类，慢慢成长的跨境并购基金。尽管目前在私募股权基金的领域，真正做得好的跨境并购基金并不多，但我相信，在国际并购的舞台当中，它会越来越活跃。

第三类，长期机构投资者。这些长期机构投资者，慢慢在海外并购当中也逐渐活跃。像保险、主权基金、海外的房地产收购、酒店的收购等，他们都通过这样一个收购，来持有一些现金流充裕、回报比较稳定的资产，最后获得一个比较持续稳定的收益。

按并购的目标，产业投资者无外乎包括四类。第一类是资源寻求型。目的是为了获得原材料和生产资料，过去很多能源资源行业的并购，都属于这种。第二类是市场寻求型。他有产品，

但依靠他自己的力量去布点，去做营销渠道，可能需要数年的时间，而通过海外并购，能够最快地获得这样一个网络销售渠道。第三类是战略资产寻求型，包括技术、品牌、研发和产品升级。第四类是效率需求型，该类型主要发生在“一带一路”低成本的国家，为了降低成本，投资者所进行的一些并购活动。

下面分析上述四种类型。

### 第一类，资源寻求型

实际上，我们看到了：过去很多年，特别是金融危机之后，资源并购型的投资者在资源能源方面出现了瓶颈。中国经济高速增长，使得很多企业去寻求海外的资源能源，特别是央企，包括中石油、中石化、煤炭和有色金属。在危机之后，它们在澳大利亚、北美、拉美、非洲，都做了这些领域的并购。

### 第二类，市场寻求型

很多企业希望通过并购进入海外市场，获得渠道。比如：海航旗下的渤海租赁（000415.SZ）的子公司Avolon宣布同意以100亿美元收购CIT Group Inc.（美国控股银行）的飞机租赁业务。它通过并购了CIT，一下子成为了全球第三的飞机租赁公司，这样就打开了飞机租赁的渠道和市场。锦江是属于酒店领域的品牌，它也通过并购法国的卢浮酒店和洲际酒店，迅速把业务和客

户渠道给打开了。

### 第三类，战略并购型

我觉得其实在近几年当中，它应该是属于整个并购领域产业投资的一个主体。中国企业虽然很大，但是并不强，所以我们要进行战略并购。今天全球金融危机的背景下，在欧美尤其是欧洲，很多有上百年历史的企业，由于危机，融资和现金流出现了困难。而且，欧洲很多企业已经到了第三代或第四代继承人的手上，很多人也不愿意做。这种情况其实给中国企业创造了很好的机会。当下欧洲，很多企业集团由于经营下滑，就越来越聚焦到主业。聚焦主业的过程当中，它们就把很多非主业给剥离掉了。飞利浦将来要聚焦到跟生命，跟健康，跟生活方式有关的产品，所以把普通照明、LED和汽车照明都卖了。很多公司把主营业务纷纷剥离出去，这给中国企业创造了很多的投资机会。他们是一些市场竞争力、品牌、技术并不差的公司。

德国海力达公司(Hilite)在全球液压传动力系统、自动变速器领域排名前列。通过中投，卖给了中航工业集团。2014年，很多国内的企业都跑来找我，包括像中航等做发动机的国企和民企，他们看到这家公司有很好的技术，通过收购它，可以迅速实现发动机核心零部件方面价值的提升。王主任也提到了吉利收购沃尔沃，那也是非常成功的案例。既收购了技术，也获得了营销的渠道。

### 第四类，效率提升型

这一点也体现在中国的优势产能，或者在过剩产能中，如家电、水泥行业，也包括复星所做的复星医药。印度的劳动力成本远远比中国要低得多，我们通过进入低劳动成本的国家，把成本

降下来。这种并购，也是很多企业慢慢寻求的一种方式。

这里面也有一些问卷调查，问卷调查的结果显示：技术、品牌和渠道方面的并购诉求是最多的。作为一个新兴经济体，中国的并购私募应该说还在一个萌芽或者初步增长的阶段。私募基金行业也就10多年的历史，大部分是属于成长型的基金。欧美那种杠杆并购型的基金，在国际并购当中是主流方向，中国这方面实际上刚刚起步。所以，在跨国并购和海外并购当中，我们看到目前有一类是刚刚成长起来的本土跨国并购基金：鼎晖、弘毅、华山等。国内还活跃了一些国际私募基金：亚洲基金和北美旗舰基金。

当今，中国还有正在蓬勃发展的政府间的并购基金。比如：最早做的中非基金，中投和墨西哥做的中墨基金，人民银行主导的中拉基金，中非产能合作基金，比较市场化的中银基金，还有中法（凯辉）基金。其实，政府间的并购基金在这个市场上慢慢会越来越多。在它们背后，我们还注意到：中国各个省的引导基金，政府的母基金也开始参与到海外并购当中。他们更多是以母基金的身份跟在一些基金的后面。汉能基金的背后有亦庄国投，有湖北产业基金。此外，中国保险公司成长起来了，像人寿、安邦、新华在海外并购当中，相对来说也是比较积极的。

有一类机构是被动的持有。比如，有四个项目跟我们团队有关系。像飞利浦项目，是2015年十大交易。这个项目我们是和国内金沙江创投、江西南昌政府的平台公司，一起去做的。飞利浦把汽车照明剥离出来，价值33亿美元左右，我们收购80%的股份。很遗憾这个项目从2015年4月份开始签了协议之

后，要经过反垄断审查，国家安全审查。那个时候我们去做调研，这个公司有700多项专利。4月份申报，一个周期是两到三个月，然后到8、9月份被否决了。美国认为是有军事技术，或者是核心技术。我们做了一个结构，把这个东西给剥离出去，让飞利浦持有，给我们供货，第二轮又被否决了。它在全球有10多个工厂和实验室，在新加坡和马来西亚都有很大的工厂，我们就把新加坡和马来西亚的工厂也剥离出去，第三轮，还是被否决了。美国国防部的人专门到荷兰去见了飞利浦公司的人，说这个项目不能卖给中国人，这个芯片用在美国太空和导弹防御系统里面。我们很多项目最后就是死在美国手上。我们投美国的一个房地产项目，有一栋楼是租给美国交通部的数据中心，我们不买那一层和那一栋都不行，最后没有成功。他们的戒备非常之多，我们专门针对美国的安全审查也做了很多。

渤海租赁收购avelen百分之百的股权，我们两家联合去报价，做完了尽调，出了22亿，对方要25亿，我们就放弃了。最后它去美国上市，上市之后价格一直起不来，一年之后，它就跟海航再谈，跟我们一路竞价，股价长期在21元左右。我们报的是25元，海航直接报27元，我们最多提到了30元，海航报了31元。海航觉得这个价格买得很贵，找到我们，希望中投跟他们合作。并购其中的一个大问题，就是出价太高。并不是说买得贵，中国企业就不能赚到钱。我们不否认有合理性，但是，大部分保险机构的投资者是比较难参与的。

还有一个案例，就是光明集团买以色列一个乳制品公司，这个收购是非常好的。2015年的项目可能有40%都跟



一方面，是从整个政府整个全社会的角度，提供并购贷款、夹层融资，海外并购方面已经有各种各样的融资机构。另外，完善中介服务。我们需要一些更多的服务国际并购的租赁机构、律师事务所、咨询公司、会计事务所以及信息发布的渠道。

我们有很大的关系。

## 风险及防范

通过上面的案例，我们看到主要风险是法律的监管和审批。一是反垄断，二是国家安全。尤其在投资这个阶段，这种反垄断和国家安全审查，就使得很多企业不愿意卖给你。四年前，我们和中航国际去竞标比利时的一个机场项目。我们很熟悉卖方，因为它是英国的一个老牌基金。我们当时和法国的基金一起去竞标，我们的出价比法国人还高，但最后不卖给中国人。因为美国军事机场在用，卖给中国人，审查不易通过。监管也是不可控的，我们也不能承担风险。

投资之后，还有劳工和环境的风险问题。万达投西班牙的房地产，最后只有退出，就是这样一个案例。

还有文化差异的管理风险。文化上的差异，管理方式上的不同，中国企业往往只能选择信赖他们的管理层。尽管我们说西方管理层是很尽职的，但并不是所有的都是合适的。

再就是利益相关者。中国认为搞定了股东、管理层后，什么都解决了。但在国外，工会的力量是很大的。养老金

的问题，工会和媒体公关管理等对我们的挑战都非常大。我们去美国见万向，他们收购芝加哥附近的一个企业，连续报道说裁员和工人失业。他们当时也没有经验，做了一些管理，但是效果不好。那一段时间，整体都在往下滑。万向最后做得很成功，因为他们想办法把那边的东西和中国整合起来，在中国销售，在美国做核心的东西，并不断整合扩大。过了三年之后，增加了就业，提高了员工福利，这个问题就化解了。

在国内，资本管制和投资政策风险是很大的。

首先是战略问题。很多人没有意识到为什么要做并购，特别是很多国企为了做大，为了政绩，匆匆忙忙，战略不清，特别是协同的价值不知道在哪里。

其次就是尽调。它实际上非常关键：第一，帮助你掌握价格是不是真实的。第二，看是不是有潜在的风险，对风险进行识别，判断关键风险。第三，未来的协同效应和增值点在哪里，提升空间在哪里。这些问题如果不去搞清楚，自己没有对风险的识别评估能力，过度依赖中介机构会出问题。第四，是整合，这种并购或者是整合，中国企业真的是没有想得特别明白。我们所见到的欧美PE基金，在收购任何一家公司

之前已经进行了100天的计划：具体实施什么项目，一年要做什么，两年要做什么，很清晰；在哪些角度能够提升公司的价值，甚至把整个投后管理分成十几个模块，几十个细项；包括公司的治理、品牌管理、流程管理、产品优化、营销和市场等方面，非常细；每个领域的核心指标是什么，怎么来跟踪，怎么来做等，这些东西在中国差得特别远。第五是社会责任。第六是经营能力。

我们怎么办？

一方面，是从整个政府整个全社会的角度，提供并购贷款、夹层融资，海外并购方面已经有各种各样的融资机构。另外，完善中介服务。我们需要一些更多的服务国际并购的租赁机构、律师事务所、咨询公司、会计事务所以及信息发布的渠道。

对企业来说，关键因素的一是战略，二是执行力。过去这些年我跟很多中国国企和民企都探讨合作过，如万达、海航和复星等。很多企业没有资金能力，缺少国际化的团队。在今天，很多并购都是通过竞标的方式进行。时间很紧，你得按照时间表来，这些企业根本做不到。并购后的准则，相关的能力建设也是需要 we 注意的。

## 高慧云：CRS框架下民营企业海外并购框架设计

各位来宾，大家好。我们先看一个案例，某企业为了海外并购，在开曼设立了特殊目的的公司，该公司在新加坡一家银行开立银行账户，在非金融账户涉税信息尽职调查管理办法一旦生效的情况下，会有什么影响？这个管理办法就是说我们目前正在热谈的CRS，那CRS到底是怎么回事，我们就带着这样一个问题，一起研究一下。

CRS简单来说是全球政府联合起来，一起对抗有钱的企业和有钱的人。全球政府联合起来的基础文件是多边税收征管互助公约，提出了税收情报自动交换的概念。这个税收情报自动交换的标准又是什么？G20就开始推动OECD制订这个标准，这个标准就叫税收情报自动交换标准，一共包括四大部分，其中最重要的一部分，就是统一报告准则，简称CRS。我们平时一说CRS，就会与情报自动交换联系起来，实际上CRS是情报自动交换标准的核心部分。

2016年10月14日，国家税务总局发布了《非居民金融账户涉税信息尽职调查管理办法（征求意见稿）》。这个稿规定2017年1月1日生效，但已经2016年12月30日了，到目前为止还没有正式发布。但根据CRS的要求，一定要在2017年1月1日生效的，也可能就在临近点的时候发布。

那么在这样一个背景下，我们的企业怎么办？目前全球一共有101个国家都加入了CRS，CRS这样一个政府自动交换体系，是分两步走，一部分国家是在2016年1月1日开始实施，一部分国家是在2017年1月1日开始实施的，



高慧云：京都律师事务所律师，首席税务顾问

我们国家包括香港、澳门这些地区，都是在2017年1月1日开始实施，只是情报真正在政府间进行交换，是在2017年9月和2018年9月，但是却从2016年1月1日和2017年1月1日开始进行尽职调查。

首先我们看谁会受到尽职调查？非居民个人和企业要受到尽职调查，今天我们更多关注企业，怎么就成了一个非居民企业呢？你在这里设立一个企业，你就地开户，你不会成为非居民企业。你在中国成立一个企业，你跑美国开户，你就是美国的非居民企业，美国的银行就可能往中国报。当然目前美国没有加入CRS，中国和加拿大都加入了CRS。如果你不是就地设立企业，就地开户，就会有非居民相互进行信息情报互换的问题。对于企业来说，150万以下的不查，但是对于个人来说，一分钱都查，只是600万以上的先查，600万以下的后查。

第二，哪些金融机构要进行尽职调查，银行、证券公司、期货公司、证券

投资基金管理公司、私募基金公司、信托公司等都要进行尽职调查，都有披露的义务。但金融资产管理公司不具备披露的义务。金融机构进行尽职调查，主要是通过电脑、网络，搜索你的非居民标识，通过搜索这种非居民标识来进行核查确定非居民企业

如果发现这种非居民标识，就让该企业来确认，到底是居民还是非居民，当然不一定在境外设立的就一定是非居民。搜狐是在境外设立的，但实际管理机构在中国，也可以认为是中国的居民企业，这个时候你自己经过这样的确认是中国的居民企业后，金融机构就不把你进行对外交换了。

最后我们看金融机构到底尽职调查什么？主要包括三部分：一个是基础信息，二是本年年末的账户余额，三是本年年度的增项。

我们回头来看这个案例，某企业为了海外并购，在开曼设立了特殊目的的公司，这个公司在新加坡一家银行开立银行账户，会有什么样的影响？最后就会发现在全球CRS背景下，新加坡银行会将开曼公司的账户信息交还给开曼，同时如果该公司又属于消极的公司，会查清公司实际控制人是谁。如果实际控制人是中国人，那么就将实际控制人的信息报告给中国。这个时候就出了一个新的概念，什么是消极的企业，什么是积极的企业？消极企业是躺着挣钱的企业，完全靠债权、股权、特许权使用费等方式得到收入的公司。消极公司与积极公司的界定主要看是否有具体的生产、服务等经营，如果就是作为一个投



投资机构，投资机构也有会计，也有管理人员，但主要的收入向别人去投资，然后获得收入，这个公司就是消极的公

司。当然消极公司的确认有指标的，消极收入占50%就是消极的公司了。如果是这样的公司，就会查清背后的实际

控制人，如果是积极的公司，只查到企业，不查到背后的实际控制人。我今天的演讲就到这里，谢谢！

## 柏高原：民营企业海外并购的股权架构设计



柏高原：京都家族信托法律事务中心秘书长，京都律师事务所合伙人

感谢研讨会主办方给我发言的机会。我的内容很简单，跟各位分享几个案例，其中两个案例是从境外公司向大陆投资，而第三个案例则是中国企业投资于境外的案例。其中既有架构设计成功的案例，也有失败的。

第一个案例是上海世纪汇广场转让案。如图1所示，世纪广场是一家设立于上海的外商投资企业，该公司的股东是一家香港公司。这样安排的好处在于，如果上海公司以世纪汇广场获取租

金完税后向股东香港公司分红的，可以

享受到最低为5%的预提所得税。再来看香港公司的结构，香港公司的股东为一家BVI公司，而这家BVI公司则又有三家股东。在这家BVI公司的背后是有两方面股东，一个股东是李嘉诚的海外基金会，是一家非营利机构，另外两家股东则是长江实业设立的两家BVI公司，长江实业是一家上市公司。

从上市公司所披露的资产转让交易结构安排来看，

是由三家BVI公司通过转让持有的Mapleleaf Developments公司的全部股权，从而实现上海世纪汇广场的转让。相比在境内直接转让不动产，通过境外公司股权转让的方式间接转让境内不动产，可以实现一定的税务筹划目的。当然税务筹划是否能成功，还需考量跨境交易是否具备“合理商业目的”。从Mapleleaf Developments公司的股权结构看，50%的股权最终归属于李嘉诚海外基金会。李嘉诚海外基金会是李嘉诚先生从事慈善事业的一间非营利组织，设立于开曼，并且这间开曼的基金会还在全球各地设立有多个公益基金会。因此，海外基金会的持股架构，可以为海外交易架构构建一个合理的商业目的。而如没有合理商业的目的，通过海外公司股权转让而实质上转让境内资产的，将可能被“看穿”，导致税负大幅的增加。

另外一个案例中如图2，集装箱码头公司为中外合资公司，在国税局办理

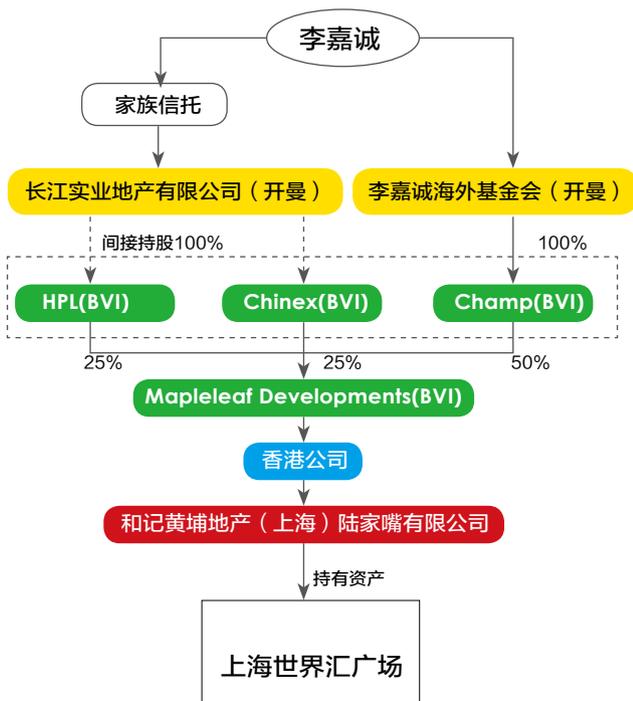


图1

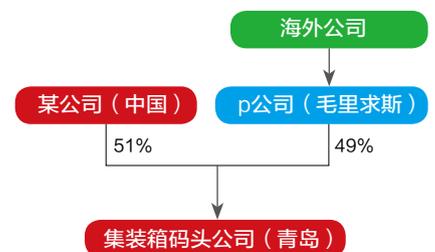


图2

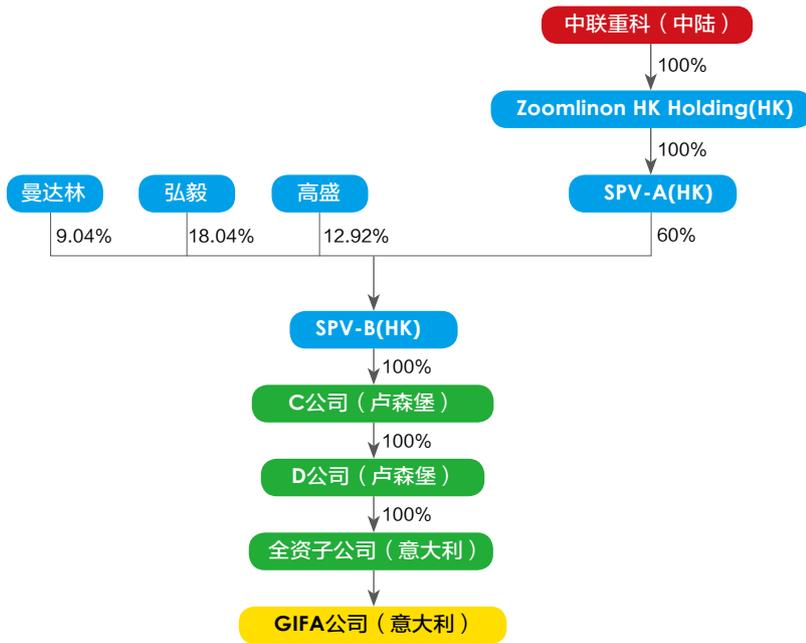


图3

董事都在海外，均没有薪资收入。税务机关认为毛里求斯公司是被其股东控制的，它自己不是一个真正的实体。而且，毛里求斯公司在当地没有任何的纳税。根据协定，毛里求斯公司从税务角度来讲不是一个真正的受益所有人（beneficial owner），尽管是法律上的股东，但不是一个税法上的股东。根据企业所得税法及其实施条例，应按10%的税率代扣代缴毛里求斯公司股息所得的非居民企业所得税。

接下来和各位分享中联重科投资意大利的案例（如图3）。通过层层合理的结构设计，由中国大陆的公司，最终来持有意大利公司的股权。在结构设计上，大陆公司首先去落地香港，在香港设立公司。从香港公司层面来看，我们发现香港公司引入了很多的投资人，包括弘毅投资还有高盛。香港本身没有直接持有意大利公司的股权，而是选择在卢森堡先落地，然后再由卢森堡公司投资于意大利公司。意大利和卢森堡都是欧盟的成员国，根据欧盟内部的法律规定，如果一家意大利公司在符合法律规定的条件下，向卢森堡公司去分红，没有利息所得税。卢森堡和香港也有双边的税务协定，也是没有税的，香港和大陆也有避免双重征税的税收协定。因此，在这样的交易结构设计下，意大利公司的利润可以经由卢森堡、香港，以最低税负成本回流到大陆公司。

总结来看，在境外的投资架构安排的时候，有两个类型，一个是直接的投资架构，如果投资方和目标公司所在国家或地区恰好有税收协定，可以采取直接投资的做法。否则，只能安排通过间接的投资结构。究竟采取何种架构，税务问题应该是必须着重考量的因素。

谢谢各位！

公司分配股息决议备案登记时，提出将于近期向投资方支付股息，并申请税收优惠。这家海外公司通过在毛里求斯设立一间公司，然后利用毛里求斯公司投资青岛一家公司。青岛公司股东向毛里求斯这家公司分红的时候，希望获准适用中国和毛里求斯间的税收协定。《中

华人民共和国政府和毛里求斯共和国政府关于对所得避免双重征税和防止偷税漏税的规定》第十条第二款规定，如果收款人是股息的受益所有人，则所征税款不应超过股息总额的5%。但经过税务机构核实，毛里求斯公司只有七名董事，其中两名董事在毛里求斯，其他的





### 专题三：

## 海外并购基金投资业务专题

### 金燕：有效利用中韩FTA促进对韩投资



金燕：京都律师事务所高级合伙人

今天的主题是中国企业海外并购的主题，我要讲的主题是有效利用中韩FTA促进对韩投资。FTA就是自贸协定，自贸协定跟“走出去”以及对外并购有什么关系？FTA是双边和多边国家关税减让和消除贸易壁垒的协定，下面我们一起来探讨一下怎么利用FTA优惠的条件，来促进中国企业对韩国投资，投资的过程当中有什么法律问题。

首先看一下中国和韩国签署FTA的现状，中国迄今为止签署了共14份FTA，涉及到22个国家，现在正在谈判中的有8个，包括中日韩，包括地域全面经济伙伴关系，也就是RCEP。RCEP中包括东盟十国在内等国家。为什么RCEP比较重要？因为特朗普上台以后，他宣布要退出TPP，也就是泛太平洋合作伙伴关系协定，这个TPP是美国主导的一个多边FTA，有加拿大、墨西哥、澳大利亚和日本，一共12个国家。美国退出TPP以后，RCEP就显得比较重要，RCEP中也包括了日本和澳大利亚，还有韩国。所以目前我们国家正在加速促进RCEP的签署。

韩国目前与世界上53个国家签订了FTA，中国是第51个国家，跟中国签署了以后，韩国就成为了跟世界三大经济圈都签订了FTA的国家，涉及到世界总GDP的73%。这样韩国就步入了

FTA的枢纽国。因为TPP的夭折，越南失去了与美国间FTA的机遇，这样韩国就是亚洲国家唯一的一个跟欧盟和美国都有FTA的国家，所以韩国的FTA枢纽国的地位，对我们来说是比较重要的。

再看签署过程，2004年开始研究，2012年开始正式进入谈判，到了2015年6月1日正式签署，2015年12月20日正式生效。为什么要在12月份生效呢？因为这样2015年开始就进入第一次关税减让元年，2016年是第二次，2017年是第三次的关税减让年度，减让的幅度就很大。FTA主要内容包括22个章节，18个附件，除了关税和消除贸易壁垒，中国和韩国签署的FTA，包含了电子商务、环境与经济、投资等很多内容，是中国签署迄今为止覆盖地区最广，涉及国别贸易额最大的

自贸协定。

看一下中韩自贸协定实施一年的效果，2016年世界经济的萎缩，还有中国新常态政策的实施，中韩贸易额比去年有一些减少。2016年1—10月韩国对中国的出口额是1008亿美元，同比减少了9.8%，但是涉及FTA优惠的商品减少1.7%。中国对韩国的出口是减少了5.6%，但是FTA商品减少了2.8%。所以说FTA的作用还是比较明显的。

怎么利用中韩FTA对韩国进行有效的投资呢？一直以来，比起中国和韩国的贸易和韩国企业到中国投资的积极性来讲，中国企业对韩国的投资一直以来不是特别活跃。但从2014年开始，中国企业到韩国投资增长比较快，到了2015年，大概达到了20亿美元，2016年9月份为止也达到了16亿美元，估计2016年将破20亿的投资额。

从投资的领域来看，以前是传统的贸易业和饮食业，现在慢慢扩大到了多领域，在房地产、文化产业、服装、化妆品这些领域，都有较大幅度的增长。

分析韩国中小企业厅做的在韩国投资的上市公司和比较大型的非上市公司的统计，得出如下数据：2013—2015年底为止，总的投资额有29亿美元，上市公司的投资总共有25家，领域分布得也比较广。对上市公司的投资，从之前



战略投资慢慢过渡到了参与企业经营，成为控股大股东的投资也越来越多。在韩国投资上市公司的方式，定向增发的方式比较多，韩国定向增发的程序比我们国家要简单一些。投资的股东只要承诺一年限售这么一个限售期，就不需要到韩国金融监督委员会去审批，只要到交易所去备案，通过董事会决议并进行公告就可以了，操作比较简单。所以，中资企业对韩国上市公司投资的需求在增加。而且上市公司投资了以后，对上市公司股价推动也比较好。比如说朗姿集团并购韩国一个儿童品牌，投资三个月以后，大概股价涨了130%。一个娱乐公司，大概也涨了140%。还有一个机器人的公司，也涨了250%左右。所以说，中资企业对韩国上市公司进行投资或者是参股，对股价波动的影响还是比较大的。

看一下怎么样通过投资的方式，利用FTA有利的条件投资韩国。刚才讲了

FTA要求20年之内对双方国家91%的商品达到零关税，有的商品是5年，有的商品是10年内降低或者消除关税。我们的国产产品可以到韩国做完成品的基地。把中国的原材料或者半成品拿到韩国，做一个成品的基地，然后用低关税或者无关税的方式出口到欧美，也可以返销到中国。因为中国市场对韩国的产品还是比较认可的。为什么这种方式比较有效可行？我们举一个例子，日本车出口到韩国，从日本通过海运到韩国需要3天的时间，从美国到韩国港口需要两个月的时间，自从韩国和美国FTA生效以后，很多日本车都是从美国生产基地过来的，因为要利用韩美FTA关税的优惠。从2012年开始，韩国和美国的汽车关税，从8%降到4%，2016年就是零关税。所以对企业来讲，绕道从美国出口到韩国，还是比较有优惠。中韩FTA生效以后，行动最快的不是中国企业，是日本企业。他们扩大了在韩国的生产

基地，为了在对中国出口的商品中占一定的市场份额。

中国的企业也有利用这个商机在韩国投资，如九龙汽车要在韩国投资电动车的生产线，新生活集团斥资2000万美元在韩国生产化妆品，市场是针对中国的。特朗普上台以后，扬言要对韩国征收45%的惩罚性关税，说要把中国指定为汇率操纵国。当然，这个是否能实施，我们还有待验证，但是企业、投资者是不是要利用韩国的关税枢纽国的地位，调整商品结构和调整投资战略，这也是我们需要探讨的问题。

韩国政府和机构为了利用FTA来招商引资，制定了很多政策。韩国的韩亚银行推出了一个内保外贷的项目，去韩国投资的内资企业，通过内保外贷的形式，通过其香港或者新加坡这些子公司得到一个比较低息的欧元贷款，可以用来投资韩国企业，进行并购等项目。

看一下韩国的投资环境，2014年韩国做了一个国别投资环境比较表，在市场、基础设施、技术开发、选址四个选项中，韩国位置是比较靠前的。对七个国家的比较，综合排位是在第二位，2015年底穆迪对韩国国家的评级，上升了一级，全球20多个主要经济国家当中，只有七个国家被授予了这个评级。穆迪评价韩国今后五年的经济增长速度持续高于发达国家，人均收入也将接近欧洲的一些发达国家的水平。

韩国对外商投资的准入政策是比较开放的，分为禁止和限制项目。它的投资程序都是有比较简便和明确的规定，税和投资的优惠政策，都是有法规和规定来明确的。

我们看一下对韩投资会遇到一些什么样的风险？在韩投资的外国企业，通过问卷调查的形式，选出了对韩投资



的一些问题。首当其冲的是劳资关系，韩国的工会是非常强硬的，上海汽车在韩国投资失败，当时媒体就说很大的原因就是因为在韩国投资失败的几次罢工，导致工厂无法正常经营，所以最终导致上海双龙汽车向法院提出破产重整，上海汽车从他们的股权结构当中退出来。韩国的工会是分几大产业工会，像这种汽车公司都属于大型产业工会。这个产业工会是一个组织能力和行动能力都比较强的工会。所以，我们走出去，对国外的工会，对劳资环境和市场要进行了了解。要学会怎么样跟工会打交道，不要把它当成像我们国家的工会一样对待。现在随着世界化的推进，越来越多的发达国家把劳动环境归入贸易保护的范畴里面。企业通过走出去的方式，要熟悉当地的劳动环境，学习跟工会打交道，搞好关系，学习有效利用当地劳动市场和劳动法规。这些学习对于提升我们国家的劳动环境有很大影响。

世界劳动组织有八大劳动标准，我们国家目前批准加入了其中四个劳动标准。发达国家老说我们劳动标准不先进，所以我们需要进一步改善国家的劳动法规。

韩国投资我们要熟悉的韩国的法律问题。韩国的法律是比较健全的，执行也比较严谨。在韩国投资或经营企业，我们一定要有这么一个意识：守法经营，透明经营。韩国几大财团，三星、SK等财团的老总都是进过监狱的，主要就是因为做假账，弄小金库。所以，在韩国投资上市公司的时候，提交的一些信息和一些财务报表，应该是真实的。

对投资上市公司的企业来说，内部交易的风险也是比较大的。因为中资企

业的投资对上市公司股价波动较大，相关机构的监管也比较严，所以要注意内幕交易的风险。

韩国通过公正交易的监管，对企业监管比较严。在并购的时候，有一个合并申报的过程，要做反垄断的审查。经营过程当中，对反不正当竞争进行监管，比如串通投标等，还有对关联企业的资金资助等，都是属于反不正当法律规范的范畴。

韩国公正交易委员会的权力是比较大的，其权限相当于咱们国家发改委的价格管理部门、工商总局的反不正当竞争的管理部門、商务部反垄断管理部门等三个职能的叠加。而且，他有域外适用的功能，即使你是外国企业，只要你有价格串通或者串通投标等反不正当竞争行为影响到了韩国国内市场，照样可以对你进行处罚。

还有地域和政治的风险，韩国作为世界上唯一仅存的单民族分裂国家，北朝鲜的局势对韩国的经济会有一些的冲击。目前因为萨德的问题，中韩的关系处于不利期。近期因为限韩令，文化产业的合作进入萧条期，这些都是政治风险。另外大家也了解了目前韩国的政局，总统被弹劾，政局不安，也是对经济有一定的冲击作用。

下面看一下纠纷解决问题。FTA里面有两个纠纷解决的程序。一个是违反FTA条款的，可以根据里面仲裁程序进行仲裁。一个是处理投资纠纷的程序。这里所说的投资纠纷是对国家提起的投资纠纷，就是投资者与政府间的投资纠纷，根据FTA规定，这类纠纷首先要经过四个月的行政复议，像我们国家就要提交到商务部条法司进行行政复议程序。如果四个月内，通过这个行政手

段，还不能解决的话，就可以到对方国家的法院提起行政诉讼，或者提交到国际仲裁委走仲裁程序。

现在韩国有一家房地产企业，对我们政府提起了国际仲裁，国际仲裁现在受理了，还没有开庭，仲裁案显示的被告是中华人民共和国习近平。

下面是企业之间和个人之间的纠纷解决方式，我们简单说一下仲裁的方式，由大韩商事仲裁院仲裁。韩国和中国都加入了纽约仲裁协定，所以双方仲裁委的裁决都可以到对方国家去申请执行。韩国跟中国的诉讼程序不太一样，韩国是三级三审终审，我们国家是四级两审终审。在审判的结果方面，目前两个国家都没有对民事诉讼审判的承认和协定，要想在对方国家申请执行，还是比较有难度的。

我问一下大家，现在韩国政局大家都知道，朴总统被弹劾，议会通过了这个弹劾案，这个弹劾要通过法院来最终裁决才能定，这家法院是哪家法院？是宪法法院，韩国有一个宪法法院，我们国家没有。这个宪法法院就是对所有的法律和规定违宪的，可以进行审查，朴总统弹劾的议案也是由宪法法院来审查。在其他的民事诉讼当中，你觉得你要适用这个法律是违宪的，也可以提交到宪法法院进行违宪审查。宪法法院接受了你的请求，这边法院就会停止审理，等到宪法法院对法律做一个是不是有违宪的裁决之后，然后再进行审理。

大家对韩国法律还有具体想了解的，可以参考我跟韩国贸易协会北京代表处的代表一起编写的《中韩自由贸易协定投资事务指南》。大家可以了解一下。谢谢！

## 郁璇：加拿大并购基金设立的法律问题初探

【摘要】由于加拿大包含的省市比较多，本文主要选取了投资并购基金活动较活跃的安大略省和不列颠哥伦比亚省作为重点进行比较和介绍。与中国私募投资基金相同，出于税收和运作的灵活便利性考虑，加拿大的投资并购基金也主要采取有限合伙形式，所以本文主要是对有限合伙制并购基金设立的法律问题进行探讨。



郁璇：京都律师事务所合伙人

### 一、法律适用问题

加拿大是实行混合法系的国家，其中，魁北克省属于大陆法系，其他地区都是普通法系；同时加拿大还是个联邦制国家，联邦和各省市都享有立法权，地方性企业和地方直接税，都由地方进行立法和管理。因此，在加拿大进行投资时，不同的投资区域可能适用于不同的法律，只有当该投资地区没有地方性规定，或者地方性规定与联邦法律相冲突的情况下，才会适用联邦法律。安大略省（以下简称“安省”）和不列颠哥伦比亚省（以下简称“BC省”）都有关于有限合伙企业的立法，因此，在设立有限合伙制并购基金时，主要适用本省关于有限合伙企业的规定。

### 二、有限合伙基金的特点

安省和BC省的有限合伙基金在名称、组成、合伙人的权利义务等方面都与中国有限合伙私募基金有区别。

关联人。在加拿大安省和BC省，LP和GP是可以重合的，也就是说可以在担任GP的同时也可以同时作为LP。如果同时担任了LP和GP，作为GP享有GP的权利和履行GP的义务；作为LP的时候，该合伙人也同时和其他LP一样享有以其出资对抗其他合伙人的权利。

在BC省，有限合伙企业要取得企业经营证明书（certificate），类似于中国的营业执照，其记载内容比中国营业执照更加详尽。根据BC省合伙企业法的规定，该证明书要包括企业的名称、经营范围、GP和LP的全称（姓名）以及地址、现金出资的总额和其他财产明细、以及在LP一致同意的情况下额外出资的总金额、以及LP取得收益或者是其他补偿的具体条件。除此之外，如果说在合伙协议中，出现了法定事项的约定条款的，也需要将相关条款写在该证明书里，包括：有限合伙返还出资的次数，有限合伙人更换其代理人的权利，包括更换条件、以及承认增加有限合伙人的权利。另外，如果约定某个或某些LP享有优于其他LP权利的情况下，也需要列明。如果该有限合伙涉及多个GP，其中一个GP出现了破产、死亡、退休、脑部疾病、解散等事项时，其他GP如果想继续经营，也必须在这个证明书中事先写明，否则这个有限合伙就要解散。有限合伙人允许新的GP加入或者现有GP退出的权利，也要在证明书中明确。

#### （一）有限合伙名称

安省和BC省对有限合伙企业的名称是有严格要求的，除了和中国一样，要求企业必须包括“有限合伙”字样外，还要求LP的姓或者LP姓名中的主要部分不能出现在有限合伙企业名称中，如果出现，该LP需要承担和GP一样的无限连带责任。当然也存在例外情形：如果在该LP参与有限合伙企业之前，该合伙企业名称虽然和LP的姓或者其姓名的主要部分相同，但是该合伙企业已经进行了运营，由于合伙企业成立在先且进行了经营，所以是被允许的；另外LP如果和GP恰好是同姓，也不存在承担无限连带责任的问题。

#### （二）有限合伙组成

和中国一样，有限合伙企业也要求由至少一个普通合伙人和一个有限合伙人构成。但是，在中国设立有限合伙制私募基金时，GP和LP不能重合，即不能是同一人，LP可以是GP的



### (三) 合伙人权利义务

#### 1. GP权利义务

GP的权利和中国有限合伙中的GP类似,享有大多数事项的决定权,构成了对有限合伙的表见代理,其代表合伙企业对外签订的任何协议或者声明等文件都视为是有限合伙企业的行为。

GP的禁止行为包括:不能采取任何违反合伙协议的行为;不能采取任何导致有限合伙企业无法正常开展业务的行为;同意对合伙企业的判决;因非合伙企业的目的,占有有限合伙企业的财产,或者转让特定合伙企业财产的权利;承认他人为GP和LP,合伙协议另有约定除外。(在这一点上,安省的规定比较特殊,在安省,不能通过合伙协议约定赋予GP承认他人为GP的权利,也就是说在安省必须是所有合伙人同意的情况下,GP才能加入。)

#### 2. LP权利义务

在安省和BC省设立的有限合伙基金中的LP享有的权利包括:查询、复制、摘录有限合伙企业簿;查看所有、真实地影响有限合伙企业经营的信息,完整和正式的企业账册;在特定条件下,要求返回其出资的权利;获得终止有限合伙企业的法院令;获取基金投资收益。一般而言,有限合伙的收益都是采用现金分配方式,除非是在合伙协议中事先已经约定,或者在证明书中约定了其他的分配方式。在LP没有同时兼任GP的情况下,是可以和有限合伙企业进行借贷和交易的,并且对于因此形成的债权也是有权根据债权人的比例获得清偿的。

此外,有限合伙协议中还可以约定LP的优先权。这一点和中国的私募投

资基金产品是完全不同的,在中国的有限合伙制私募基金中,所有LP享有平等权利,但是在加拿大的这两个省,在有限合伙协议中可以约定一个或者多个LP享有优先权,具体包括出资、获得收益分配和其他事项,因此,通过优先权的事先约定,LP可以采用不同出资方式(劳务除外),虽然出资相同但是

在加拿大设立投资并购基金时,首先,要注意适用法律的问题。其次,要遵守加拿大关于有限合伙企业法规的强制性规定,这些规定是不能通过自由约定排除使用的。

可以获得不同收益,只要不违反法律法规,还可以约定其他不同的权利义务,比中国的基金更加灵活。在没有约定的情况下,则是按照出资比例享有权利义务。

### 三、合格投资者问题

中国的私募投资基金中,合格投资者是大家比较关注的问题,也是区别是不是非法集资的一个重要标准,在进行私募基金募集时,一定要按照证监会和基金业协会的相关规定向合格投资者募集并保存相关证据。加拿大这两个省关于合格投资的界定是适用加拿大联邦的国家证券法45—106条例的规定。第一,对于自然人投资者而言,只要符合下述这三个条件之一就算是合格投资者:单独拥有或者与配偶共有的净资产超过了40万美元;税前净收入在最近两年每年都会超过7.5万美元,且合理预期在投资的当年可以超过该收入水平;

单独拥有或与配偶共有的税前净收入在最近两年每年都超过12.5万美元,且合理预期在投资的当年可以超过该收入水平。第二,大部分拥有投票权的证券是合格投资者实质拥有或者大多数董事为合格投资者的投资主体,也是合格投资者。也就是当投资者是机构时,如果其内部符合上述规定,则具有合格投资者资格。

第三,所有合伙人都是合格投资者的普通合伙企业。第四,大多数普通合伙人是合格投资者的有限合伙企业。五,所有受益人或者是大多数受托人或执行人,为合格投资者的信托或财产,有点类似于中国的信托计划和资管计划。

第六,被认可的投资者,主要是指一些特定的银行、证券公司、交易商以及符合特定条件的投资基金等等。第七,已经获得有关该项投资适当性意见的人,如果该人居住在加拿大司法管辖区,则该项意见需要从合格顾问处获得。

### 四、结语

综上,在加拿大设立投资并购基金时,首先,要注意适用法律的问题。其次,要遵守加拿大关于有限合伙企业法规的强制性规定,这些规定是不能通过自由约定排除使用的。反之,基金也可以利用自由约定条款,根据自身情况进行个性化定制,使得有限合伙基金更加符合自己的需要。最后,要重视合伙协议,对于合伙协议中可以自由约定的要点同时在合伙企业证明书中进行明确,避免因约定不明导致纠纷。

## 丛彦国：PE+上市公司海外并购法律问题

### 一、PE与上市公司的合作方式

“PE+上市公司”即PE与上市公司的合作，在PE+上市公司海外并购中，具体合作方式主要有以下五种：

#### （一）共同设立投资基金

上市公司与PE共同设立并购基金参与海外并购，这是海外并购中PE与上市公司合作的传统方式。在这种合作方式中，可以将上市公司与PE合作设立的并购基金称为“新PE”，并由该新PE去进行海外并购交易，新PE也是一种并购基金。我国对这种合作方式的运用也较为常见，例如从2011年开始至2013年底，天堂硅谷就先后与大康牧业、广宇集团、京新药业和升华拜克等上市企业签署了发起设立并购基金的协议。

#### （二）上市公司持有PE份额

上市公司通过认购由发起人设立的PE份额，使上市公司嵌入到PE中，然后再由该PE进行海外并购交易。在这种合作方式中，上市公司参投PE不可忽视信息披露问题。例如浙江广厦于2016年9月27日在上交所网站披露了《关于拟参投盛世云金基金以及对外专项投资的公告》，披露公司拟作为LP认购盛世云金的基金份额。同日，收到了上交所下发的《关于对浙江广厦股份有限公司参投基金事项的问询函》，要求浙江广厦进一步履行信息披露义务。



丛彦国：京都律师事务所金融部律师

#### （三）共同签订合作协议

PE可以与上市公司签订业务咨询、财务顾问或市值管理服务等合作协议，这种合作方式既可以发生在上市公司海外并购的投资阶段，也可以发生在投后管理阶段。例如富祥股份于2016年9月与东方高圣签订了《顾问合同书》，具体是由富祥股份向东方高圣提供其战略发展方向和并购需求，而东方高圣应富祥股份的要求，向富祥股份提供顾问服务，依据富祥股份的发展方向，协助富祥股份制定并购战略规划和实施方案等。

#### （四）PE持股上市公司

PE通过对上市公司进行投资，直接或间接持股上市公司，使PE嵌入到上市公司中，然后再由上市公司进行海外并购交易。PE对上市公司持股对PE的资金实力要求较高，在资本市场发达国家和地区较为普遍，这种合作方式近年来在我国也常被采用。例如据2016年三季度报统计显示，A股2016年以来共有63家公司被举牌，大部分是私募基金

或资管公司；有30多家公司被私募等机构持有流通股比例超5%，达到举牌线。

#### （五）PE管理人与上市公司合作

若PE管理人与上市公司有上述合作的，视同PE与上市公司的合作，适用相同的监管规则。因私募基金管理人与私募基金具有极为密切的关联关系，故PE管理人与上市公司合作也被视为PE与上市公司合作。实际上，私募基金管理人与私募基金的混同会造成一定消极影响，业界习惯将私募基金管理人称为“基金”，这是不严谨的，两者并不是一个概念。我国现行法律并没有对基金进行明确和具体的界定，这不利于保证基金财产的独立性。

### 二、PE+上市公司海外并购的监管

#### （一）一般性监管规则

海外并购，无论是上市公司还是非上市公司，均需要遵守一般性的监管规则，这主要涉及项目审查、商务审查、外汇登记、国资审查和反垄断审查等，如表1所示。

另外，自贸区内的企业可享受自贸区的优惠政策，例如在外汇登记方面，自贸区内已下放到银行，区外也将下放到各银行办理。

#### （二）上市公司监管规则

作为上市公司，还要遵守一些特殊的监管规则，主要体现在信息披露、重



表1 海外并购一般性监管规则

监管事项	监管机构	主要法规依据
项目审查	发改委	《境外投资项目核准和备案管理办法》(2014)
商务审查	商务部门	《境外投资管理办法》(2014)
外汇登记	外汇局	《境内机构境外直接投资外汇管理规定》(2009) 《关于境内居民通过特殊目的公司境外投融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》(2014)
国资审查	国资委	《企业国有资产法》(2008) 《企业国有资产监督管理暂行条例》(2011) 《中央企业境外投资监督管理暂行办法》(2012)
反垄断审查	商务部	《反垄断法》(2007)

表2 海外并购上市公司监管规则

监管事项	监管机构	主要法规依据
信息披露	交易所	《上市公司信息披露管理办法》(2007) 《上交所股票上市规则》(2014) 《深交所股票上市规则》(2014) 《上市公司与私募基金合作投资事项信息披露业务指引》(2015) 《中小企业板信息披露业务备忘录第12号：上市公司与专业投资机构合作投资》(2015)
重大资产重组 非公开发行	证监会	《上市公司重大资产重组管理办法》(2016) 《上市公司收购管理办法》(2014) 《上市公司证券发行管理办法》(2006) 《上市公司非公开发行股票实施细则》(2011)

大资产重组和非公开发行等几个方面，如表2所示。

值得注意的是，于2016年9月发布的修订后的《上市公司重大资产重组管理办法》对一些监管标准进行了具体化，但并没有实质性变化。例如，虽然顺丰借壳鼎泰新材与韵达借壳新海股份的时间跨度不同，但上市均获得了批准。

### 三、PE+上市公司海外并购的模式

#### (一) 直接并购

直接并购的基本步骤是由上市公司直接收购境外标的资产，但完全这样操作的案例并不多，大多都是由上市公司设立境外子公司来收购境外标的资产，即以境外子公司作为交易方，这样可以降低风险。例如2013年襄阳轴承为收购波兰FLT公司股份，就是由其全资子公司襄轴香港在卢森堡设立的全资子公司襄轴卢森堡进行交易的。这种交易模式的资金来源一般来自于上市公司的自有资金、超募资金和银行并购贷款，因此对资金实力要求非常高。

在我国现有法律环境中，若采用以股权作为支付对价则存在下列障碍，

这也影响到了海外并购的交易设计：第一，股东资格受限。根据我国规定，只有符合特定条件的外国投资者并经过商务部的严格审核，方可以成为上市公司的股东。持有上市公司的股份必须满三年，这个规定也比较严格，期限过长，影响了资产的流动性，很多投资者会放弃购买。第二，审批问题。在中国企业海外并购中，审批是一个重要的时间成本，主管机构较多，审批时限较长，从而会影响到与对方的交易，我国有很多海外并购失败的案例均和审批时限过长有关。第三，我国资本市场尚不成熟。我国资本市场波动性大，境外交易方会

考虑中方支付的股份估值合理性的问题。资本市场的成熟也会导致恶性循环，无法借鉴国外的先进做法，相关制度又难以创新。

## （二）间接并购

与直接并购不同的是，间接并购分为两个步骤：第一步由大股东或PE先行买入境外的资产，即由关联人先买入目标资产；第二步是由上市公司发行股份将该资产购入。例如2015年天保重装收购美国圣骑士的交易结构简要概括如下：天保重装与资产管理公司共同设立并购基金PE；PE在境外设立收购主

体；SPV完成对美国圣骑士的收购；天保重装非公开发行股份，并用募集资金收购SPV持有的目标公司股权。与直接并购相比，间接并购的优势比较明显，避免了直接收购的风险，提供了多元化的支付手段，还可以避开直接收购中比较严格的停牌规则的限制。例如2015年青岛海尔收购美国通用家电，停牌时间长达三个半月。不过间接收购也有一些缺点：对大股东的资金实力要求较高，若通过PE进行收购，也会有中间成本；在整个交易过程中，若前后估值不一致，也需进行解释说明；发行股份购买资产需要股东大会通过，而且也会

涉及到证监会的监管，提高了交易风险。

因此在实践中，对上述方案进行了改进，具体也是分为两步：第一步是由大股东或PE与上市公司同时收购境外标的资产，大多是由上市公司先参股，以保证上市公司的收购不构成重大资产重组；第二步是上市公司再通过发行股份购买资产的方式将境外标的资产全部注入上市公司。由于这种方案的第一步会涉及到股东的知情问题，避免了将来被股东大会否决的风险；而且这种方案也可以缓解资金压力。

## 于川：中国企业境外并购中离岸地的选择



于川：京都律师事务所律师

2015年，中国对外直接投资占全球当年流量9.9%，流量首次位列全球国家（地区）排名的第2位，实际使用外资金额1356亿美元，同比增长6%，位列全球第三位，对外直接投资（ODI）1456.7亿美元，较同年吸引外资（FDI）高出100.7亿美元，首次实现直接投资项下资本净输出。2015年，中国企业对外投资并购项目分布在全球62个国家（地区），从实际并购金额上看，美国、开曼群岛、意大利、中国香港、澳大利亚、荷兰、以色列、百慕大群岛、哈萨克斯坦、英国位列前十。其中，流向拉丁美洲地区的投资126.1亿美元，同比增长19.6%，占当年对外直接投资流量的8.6%，主要流向开曼群岛，为102.1亿美元。（数据来源为《2015年度中国对外直接投资

统计公报》）

从上面这些数字可以看出，2015年中国对外投资的火热现状。2016年的完整统计数据尚未出炉，但从各方面的报道，我们可以看出2016年仍然是中国境外并购火热的一年，全部并购金额将超过2500亿美元，预计是2015年2.5倍左右。

此外，这里还有一个表格（表格一）也非常的有意思，是中概股在纽交所和纳斯达克上市企业注册地为开曼群岛的统计。

通过这个表格可以看出，在纽交所和纳斯达克上市的中概股公司注册地为开曼群岛的比例居然达到了57.14%，这是在纽交所网站上查找并核实的数字，来源依据是SEC美国证券交易委员会的文件。实际这里只列举了中概股公司的名称，除此之外一些我们非常熟悉的欧美企业例如脸书、可口可乐、宝洁、英特尔、甲骨文的注册地也在开曼，从这些数字和鲜活而熟悉的企业名称中我们可以看到，跨国企业和商界大佬对“开曼”的偏好，颇有一些“情不知所起，一往而深”的意味。开曼是如何在国际金融市场筑巢引凤，吸引了全



表格一

NYSE纽交所、纳斯达克挂牌 中概股			
交易代码	中国公司名称	市值(美金)	注册地
BABA	阿里巴巴	2275.65亿	Cayman Islands
CHL	中国移动	2185.55亿	Hong Kong, China
PTR	中石油	1379.61亿	The People's Republic of China
SNP	中石化	870.54亿	The People's Republic of China
RAI	雷诺美国	795.16亿	North Carolina
LFC	中国人寿	768.23亿	The People's Republic of China
CEO	中海油	608.68亿	Hong Kong, China
BIDU	百度	586.98亿	Cayman Islands
CHA	中国电信	385.08亿	The People's Republic of China
JD	京东	376.46亿	Cayman Islands
CHU	中国联通	287.13亿	Hong Kong, China
NTES	网易	284.30亿	Cayman Islands
CTRP	携程	193.97亿	Cayman Islands
WB	微博	97.10亿	Cayman Islands
MPEL	新濠博亚	94.21亿	Cayman Islands
EDU	新东方	69.08亿	Cayman Islands
VIPS	唯品会	68.11亿	Cayman Islands
ACH	中国铝业	64.74亿	The People's Republic of China
CEA	东方航空	57.37亿	The People's Republic of China
SMI	中芯国际	54.44亿	Cayman Islands
ZNH	南方航空	52.62亿	The People's Republic of China
QUNR	去哪儿网	49.53亿	Cayman Islands
SINA	新浪	47.72亿	Cayman Islands
WUBA	58同城	44.44亿	Cayman Islands
GSH	广深铁路	39.88亿	The People's Republic of China
MOMO	陌陌	37.22亿	Cayman Islands
HTHT	华住	31.85亿	Cayman Islands
ATHM	汽车之家	30.19亿	Cayman Islands

球最大的 25 家银行在此设分支机构？为什么岛内金融业、信托业总资产超过 2500 亿美元，并且撬动了逾 9500 家对冲基金的资金的？

下面，我就尝试着揭开大佬们“开曼情结”的神秘面纱。讲开曼，实际就是在说离岸地，讲这个话题，首先要说

的是为什么选择离岸公司。

提起离岸公司，首先联想到的都是它可以规避法规同时可以减免税收。但是，为什么境外上市公司、投资公司都要设置两层或多层离岸公司。他们选择这种结构的根本原因可能就在于为满足“海外重组”、“规避非关税贸易壁

垒”、“风险管理”及“融资平台”等方面的需求。当然，不同的公司有着不同的需求例如，一些境外上市或投资的公司，即所谓“红筹结构”或“海外投资结构”，为顺利进行资产所有权的转移而选择离岸公司，也有一些进行过海外扩张，但未能合理规划股权结构的

公司，选择离岸公司是为了重组海外资产，海外资产通过多层离岸架构的梳理，方便今后的股权操作以及分拆上市。还有一些公司是为了为规避风险，以离岸地注册的公司作为母公司，再以该母公司持有位于世界各地不同司法管辖区的不同目的的子公司，可以以这些子公司有限责任规避控股者风险或最终受益人风险等原因可能都促使大家选择离岸公司。当然了刚刚提到的减免税收稍后我也会再次讲到，这一原因仍是离岸岛屿吸引海外客户的重要原因。

明白了为什么选择离岸公司后，可能紧接着我们就要考虑如何选取离岸公司或者说选择哪里呢？我们有开曼、香港、新加坡、美国的个别州，还有英属维京群岛，还有百慕大可供选择，这个实际上也是因公司而异的，看公司的性质。未来拿离岸公司做什么，离岸公司如果将来作为海外上市或并购主体，

在哪里上市和进行并购交易都是影响离岸公司选择的最为关键的因素。这个话题要是展开讲的话可以做为一个专门的专题，但我们简单地说，企业的存在最重要的目的是给股东赚钱，将来我们在海外上市还是做其他交易都得找有钱的市场，找风险小的市场，我们可能很少听说哪个企业去了非洲某国上市。在很多地方做贸易都是非常可行的，但如果涉及上市或并购，自身的保护的重要性可能不比赚钱要低。因此企业海外上市或进行跨国并购，往往会选择发达成熟的市场，常规是美国、香港、新加坡、加拿大和其他一些欧洲国家和地区，因此，我们选择离岸地，实际上可以说是在选媒婆，媒婆选得好，娶得好嫁得好就会更容易一些。也就是说，我们选择的离岸地需要被美国、香港、新加坡和欧美国家和地区认可。举重以明轻，从严苛的上市条件来讲的话，根据美国纽约

交易所上市规则还有香港交易所上市规则，尤其是这个香港交易所上市规则，里面明确的说明，香港交易所除香港本土外只接受中国大陆，开曼和百慕大注册的公司，这是法律条文里白纸黑字明确写着的，近几年有放宽，逐渐接受了美国加州，巴西，马恩岛，日本和意大利，但接受他们也是因为他们的会计准则、公司治理、法律架构与开曼相近，甚至他们在审核公司提交的材料时，就拿他们的这套材料和开曼的材料对比，相同或类似就极有可能通过审批，差得多就不会有希望。美国也一样，接受开曼注册的公司在其交易所上市，而不接受BVI或其它离岸地。归根结底的说，如果企业最终的筹划是在美国、香港等地，那么曼应该可以说不二之选。

实际上，可能不会有人突发奇想去开曼注册公司，然后就把它丢在那里不去用它，虽然每年的管理费很便宜。

表格二

<p><b>“轻装”上市</b></p>	<p>开曼群岛的上市审批流程较为宽松。如果企业需引入外资或海外上市，可通过在开曼群岛注册境外公司，对境内公司进行 100%股权收购，然后将开曼公司提交香港或是美国上市来完成境内公司的海外融资。这种上市方式的成本较低、程序透明、花费时间较短，并且可以避开国内复杂的审批程序，对中国企业吸引力极大，尤其是对互联网、教育以及传媒等在中国引进外资有限制的公司。</p>
<p><b>容易注册</b></p>	<p>任何国籍年满 18 岁的人都可以在开曼注册公司，且注册股本只要50,000美元，不需要验资。同时，公司不需在注册地进行实质性的业务，而且只收取少量年度管理费。</p>
<p><b>合理避税</b></p>	<p>由于开曼群岛采用的是英式普法。1978 年，开曼获得英国皇家法令，被永远豁免缴税义务，故而其完全没有直接税收。根据开曼群岛的税收规定，岛内税种只有进口税、工商登记税、旅游者税等简单税种。几十年来开曼没有开征过个人所得税、公司所得税、资本利得税、不动产税等。</p>
<p><b>资料保密</b></p>	<p>在开曼群岛注册公司只需一位股东、一位董事，且股东董事可同为一人，股东资料绝对保密。</p>
<p><b>资金流动灵活</b></p>	<p>开曼群岛没有外汇管制，使企业在国际交易中的资金更加灵活。而且，由于大部分金融服务业大佬都在开曼，所以即使在内地开公司，公司账户也无需跨国，直接其分行运行即可。此外，注册公司股东甚至可以从未到过开曼，只需要在拿到注册账号后，利用在离岸管辖区的空壳公司，就可以制造大量关联交易，再将企业利润转移到空壳公司。</p>



海外投资与并购是一项涉及多方主体的复杂工程，过程中需要经过多个政府机关的审批和备案，从开始交易的目标选择到交割完成历时长，需涉及适用的法律包括两个或更多国家（地区）的法律。

首先说，离岸问题，肯定是中国企业海外投资与并购的一个环节。海外投资与并购是一项涉及多方主体的复杂工程，过程中需要经过多个政府机关的审批和备案，从开始交易的目标选择到交割完成历时长，需涉及适用的法律包括两个或更多国家（地区）的法律。第一个，就是关于中国法律和有关信息的理解，例如，发改委从海外投资角度对投资项目进行核准；商务部从海外投资设立境外企业的角度进行核准；银行主要对境外投资所涉的外汇及汇出进行登记；国资委从国有资产监督管理的角度进行核准。此外，还有一个是并购标的所在地法律和有关信息的理解，还有一个，就是离岸地的法律和有关信息的理解。

简单的说，只要有海外交易的筹划，有设计离岸架构的需求，我们推荐开曼和香港。

下面通过表格二我们看一下在开曼设立离岸公司的优势。

我们知道，企业海外投资并购，可以是以基金的形式进行。依据开曼群岛《Mutual Funds Law》（2013 Revision），开曼基金的主要形式有三种：一、根据《Companies Law》（2013 Revision）的豁免公司（exempted company）；二、单位信托（unit trust）；三、根据《Exempted Limited Partnership Law》（2013

Revision）的豁免有限合伙（exempted limited partnership）。实践中，多数开曼基金采用豁免有限合伙形式设立，因此豁免有限合伙的普通合伙人的设立事宜同样尤为重要。同时，在实践中，各国企业、个人主要以豁免公司来作为豁免有限合伙的普通合伙人进行金融方面的筹划。下面就豁免公司进行简单的介绍。通俗易懂地说，无论是以基金形式还是以公司形式投资，你都需要了解开曼豁免公司的如下知识。

#### （1）注册资本

开曼群岛政府对其拟注册的离岸公司的注册资本并没有限制，但是一般做法是采用50,000美元作为最少的注册资本注册。资本可划分为50,000股每股1.00美元。

#### （2）股东

岸公司最少有一名股东，该股东可以是自然人也可以是法人，对其没有国籍上的限制。

#### （3）董事

开曼群岛政府要求其拟注册的离岸公司最少有一名董事。该董事可以是自然人也可以是法人，对其没有国籍上的限制。

#### （4）注册办事处

开曼群岛政府要求其拟注册的离岸公司的注册办事处必需位于开曼群岛内。

#### （5）公司名称

开曼群岛政府要求其拟注册的离岸公司名称不能与在先已注册公司名称相同或过于相似，除此以外，没有特殊要求。但公司必须使用以Limited、Corporation、Incorporated、Societe Anonyme或其缩写作为结束语以表示公司性质为有限责任公司。除此之外，除非经过特许，否则公司名称不能出现bank（银行）、trust（信托）、mutual fund（基金）、insurance（保险），或是reinsurance（再保险）等字眼。

#### （6）财务报表与税务要求

开曼群岛政府对于离岸公司不要求其编制和提交财务报表。除了缴纳年度牌照费之外，开曼群岛政府对于离岸公司不要求其申报或缴纳任何税项。

#### （7）隐密性

在开曼群岛登记设立的离岸公司，享有高度的隐密性，公司股东名册完全不对外公开。

最后我们了解一些形式上的东西，就是设立豁免公司客户需提供的资料。

#### （1）拟注册公司的名称。

（2）注册资本。一般做法是采用50,000美元作为最少的注册资本注册。资本可划分为50,000股每股1.00美元。

（3）股份比例（在存在多于一个股东的情况下）。

#### （4）所有股东和董事的身份证明



文件。该等身份证明文件必须清楚地显示该人士的姓名、地址、出生日期以及国籍，例如护照经认证的复印本。如股东和/或董事是企业法人，则需提供企业注册证书。

(5) 所有股东和董事的住址证明，例如水电费单、电话费单或银行对账单。

(6) 除上述文件外，开曼当局一般还要求每位股东（持有10%或多于10%的股份）和每位董事分别出具两封由认识他们超过两年以上的专业机构或人士签署的推荐信（介绍信）。该等推荐信（介绍信）必须详细地说明被推荐（介绍）人的姓名和住址，通常其中一封为被推荐人熟悉的银行出具的推荐信（介绍信）。

还需要再次强调的是，投资资金目前仍然主要是通过香港地区进出大陆，新加坡也比较活跃，对这两个法域的法律环境也应该有一定程度的了解。而且，香港及新加坡的股票市场允许在

开曼群岛注册的境外公司到当地股票市场进行挂牌交易。此外，还有很多中国资本需求在美国上市，按照美国纽约交易所的交易规则，作为海外公司在纽约交易所上市的话，需要在其认可的几个国家和地区，比如香港、开曼（但是不能是维京群岛BVI）等国家和地区，其主要考量的是该国家和地区的会计制度与美国的差异不大，税收管制和信息披露要求也比较严格。在香港和开曼设立企业的目的是不同的。一般来说，从具体业务操作以及运营有关的税费高低的角度等进行考虑，企业设立在香港比较方便，而在开曼等地区设立企业的更主要的原因是这些地区的股权买卖比较方便，还有就是这些地区的股权买卖只有很低的交易税费。很多上市企业为了更好地控制管理旗下企业，也为了更加便利地进行交易，一般会通过一个或者多个上述地区的公司来控制旗下运营的企业，所以很多上市企业旗下都有这些地区注册的企业。

中国境内设置外商投资企业，从实践操作上来看，一般都是通过开曼来进行控股的，正如上文所说，通过开曼来进行控股的主要目的就是为了更加良好的税收筹划和便利的股权交易。举例来说，一个国内企业的股东如果要进行股份出让时，需要在工商、税务等部门办理一系列的手续，但是如果这个国内企业的股东是一个开曼公司的话，该开曼公司的股东在出让其国内公司的股份时，其实就可以出售该开曼公司，这样，就可以省去了国内工商等部门的股东变更手续。

企业在“走出去”时，会根据几方面因素来选择离岸司法管辖区。优良的服务质量、完善的基础设施及法律体制都是最重要的。开曼群岛作为最重要的离岸司法管辖区之一，始终吸引着人民的注意。开曼群岛是加勒比海地区根基深厚的企业工具和基金投资渠道，它的优势地位至少为中国投资者全球资产配置提供了一个良好的选择。



## 专题四：

# 加拿大科创项目并购专题

## 王立新：加拿大科创项目并购市场的现状及发展趋势



王立新：溢思得瑞投资基金合伙人

溢思得瑞为例，我讲一下自己在加拿大进行科技VC投资的体会，介绍如何在中加之间继续进行科技创新、科技孵化，并介绍什么样的模式是赢家的模式。

### 加拿大市场现状

我是在多伦多运作科技孵化基金，跟溢思得瑞合作，所以我们的基金叫溢思得瑞多伦多孵化基金。谈两件小事。第一件，我以前从事传统行业。回国几次，期间与国内主要的VC、PE基金负责人聊天，谈及与加拿大合作进行科技孵化，很多人包括业内比较资深的基金负责人都感到很奇怪，疑惑加拿大还有科技。他们投资科技就是在硅谷和以色列，投资加拿大主要是油气、农业、三文鱼、大虾和干净的空气。第二件，在李克强总理访问加拿大之后，中国企业家俱乐部代表组成了亿万富翁访问团，由原招商银行董事长马蔚华带队。北京代表是北京风投协会会长、信中利的汪潮涌先生，他在温哥华临走时发表了一个演讲，说自己作为北京风投协会的主席，原来考察科技项目、考察风投项目，只看硅谷和以色列，还不知道加拿大有如此好的科研创新企业的土壤。他说，从现在开始，要重视这个市场，进行宣传，组织专门的基金在这个方向进行投资。这两点反映了一个问题：都说

发达国家不了解中国，其实我们也很不了解这些科技前沿国家。但我们又自认为很了解，包括一些投资的大佬，只把目光和机会放在硅谷。现在我觉得这是有很大瑕疵的。

加拿大人口3600万，市场非常小。2015年加拿大整个VC投资规模非常小，23亿加币，不到20亿美金。不管是滑铁卢地区还是渥太华地区，加拿大大学校资源非常丰富，学生数量巨大，科研资源丰富，有大型科技公司，是大量小企业、创新企业的温床。大家都不知道，加拿大滑铁卢创新企业的密度高于以色列特拉维夫，这是加拿大创新企业的第一个特点。第二个特点就是加拿大的创新企业和创新人才，往往在成长之后，就被美国收割了，在美国孵化和放大，卖到全世界增值。

加拿大的创新企业总共有20多亿加元的市场，在ICT（TMT）这个领域，就有13亿—14亿美元VC的市场。

但是大量的加拿大初创企业的市场定位和未来预期不足，从来没有把自身放在全球化思维中去考虑自己的价值。这些企业创新基因非常好，技术积累非常好，还享受加拿大政府的支持。加拿大政府多年来默默为科技企业提供补贴：一个初创企业，科研项目工程师的收入，政府最高补贴70%左右，也就是一个10万元收入的工程师，雇主的成本仅三四万元，研发成本低于北京的一半，这是不可想象的。加拿大拥有如此优秀的研发基础技术积累和政府的支持政策，给我们进行境外投资、境外并购，尤其是技术的境外并购、科技企业的境外并购，提供了一个非常好的价值洼地，为中资企业创造了绝佳的境外投资和并购机会。

### 溢思得瑞模式

很多中国投资基金，包括中关村的基金，以及一些科技企业，在加拿大进行并购，通常采取的方式是并购IP或者公司，但是IP或公司不能获得很好的后续发展，这是很严重的问题。那么我们要怎样真正抓住和充分利用加拿大的价值洼地所创造的投资机遇？在这种环境下溢思得瑞诞生了。我们充分利用中边两国的条件，走出了一个全球协同孵化、离岸孵化的独特商业模式。

溢思得瑞是加拿大最大的华人科技

企业，是加拿大成长最快的科技企业，是一个通过本土化来实现全球化的科技研发平台，是一个制造、生产高科技企业的企业，是生产公司的公司。公司创办时间不到四年，从一个加拿大的初创企业开始成长，目前员工人数在全球范围内突破1500人，在加拿大有400名工程师，已成功孵化22个项目，绝大部分成熟项目在中国商业化落地，成为一个跨国科技创新创业的平台型企业。

大家关注的是溢思得瑞为何成长如此之快？主要有这么几个原因：第一，一定要选择站在风口上。投资者的聪明才智和勤奋努力肯定是成功的一个必要条件，但是站在风口上才是保证成功的充分条件。从前年开始，我国未来发展趋势很明确：未来的十年是科技投资主导的，是创新、研发、孵化、发展和成长的一个风口。中国过去十几年的人才技术积累不足，造成了产业升级的时候，需要大量的技术来填补供和求之间的差距。自主研发需要很长的时间进行追赶，只能通过海外并购的模式加速这个过程。我们永远不相信跨越式发展，不可能存在跨越式发展，但是通过海外并购的方式，可以加速弥补技术供和求之间的差距。溢思得瑞就是站在这样一个风口上，这是它能成功的非常必要和充分的条件。

第二，关注中国最需要的领域。溢思得瑞不做电子商务平台，也不做共享经济，也不做手机应用，做的都是跟经济转型相关的、跟工业4.0相关的所谓硬技术、高门槛的项目。这些技术成功率非常低，所以大家追求效率高的电子商务、共享经济等产品，很少关注硬科技。国内少有投资硬科技的案例，但这是中国真正需要的东西。作为一个大国不能空心化，中国拥有巨大的制造业

和传统企业规模，需要大量的技术，应该鼓励人们研究技术、投资技术。溢思得瑞从事的是工业4.0相关的硬科技，形成的格局是以物联网为核心的几个研发领域。其一是工业智能化，包括企业安全、传统工业升级。其二是大容量存储，研究颠覆性和革命性的闪存服务器。从芯片到运营系统，所有技术都是填补国内技术空白，全部是我们自主知识产权研发。关于芯片设计，我们在北美有400多所创新研究院，包括存储芯片、交换机芯片、IUT芯片，都是目前国内没有的技术，填补国内空白。公司瞄准的领域是风口当中的风口，所以才能够发展得如此之快。

还有一个原因是理念的问题。最近清华控股调整创新策略，在国内“双创”活动中，进行颠覆性的思考，提出逆向创新。逆向创新是指是创新不能蒙头创新，创新完成后要考察市场反应，然后继续创新，也就是市场导向型的创新。溢思得瑞之所以能够成功，就在于市场导向化的创新。先在中国发现和验证市场，然后集中北美人才高地上优秀人才和技术积累，迅速研发和交互。名字就说明了公司的定位：溢思得瑞（Istuary）是Estuary“入海口”这个单词，用Innovation的I，替代了Estuary的E。除了注册商标方便，更主要是强调在科技创新和科技研发的阶段，我们不会在大海里去进行，因为形成了红海市场，竞争很激烈；我们也不做唐古拉山的雪水，流下来却不知流向何方。我们就研究入海口阶段的技术，也就是说在北美发达国家已经验证了这个技术不再有创新空间，但是在中国目前还比较薄弱，或者空白，同时未来两三年有爆发性的市场需求的技术，在入海口阶段投入研发，在蓝海市场形成自

己的市场。按照集团创始人孙先生所说的，拿着锤子找钉子，从市场找需求，再回来做研发。这就是清华控股所谓的逆向创新，这也是我们公司能够成长得如此之快的根本原因之一。

不管是海外并购还是海外投资，总结经验和教训，我们的模式有三个核心要素。第一个要素，称为“哑铃模式”。这要求国内国外双重并重，在发达国家要注重研发，同时在本地也要注重开发自己强大的研发团队。这样能够充分了解本地的市场和技术，迅速集合当地的优秀人才。引进海外高层次人才“千人计划”出发点很好，国家真正想引进的是在国外有深厚积累的人才，但这些人国外都已经成家立业，生活工作了很长时间，被引进回国后在国内生活，家庭和本人适应不了，所以“千人计划”不能解决长久的问题。另外，“千人计划”无法保证整个研发团队都自愿被引进回国。比如，我们公司从事的填补国内空白的芯片研究，是个非常精简的60人团队，将这60人全部引进回国，是不可能的。一定要充分利用境外的人才，在境外形成重研发的基地，而不是聘请专家和顾问提供短期服务。第二个要素是国家落地。溢思得瑞经过三年多的工作推进、业务推广，在中国形成17个城市的业务分布，包括基金、研发中心、营销中心等的合作基地，其目的是不论自己研发的项目，还是境外研发的项目，能够在中国落地。现在国外企业缺乏对中国市场的理解和平台的铺设，这两件事完成后，才能进行海外的并购，才能有效地将海外项目吸收和消化，但这两件事的完成是非常困难的。

还有第三点核心问题，是人才。看到中国市场有需求，如何才能满足这



一需求？为什么华为、中兴满足不了，说到底就是“人才”的问题。为什么特斯拉制造电动车，而奔驰、宝马、福特等老牌汽车厂家没有从头开始？因为企业有传统的包袱，不会轻易退出历史舞台，谁也不会把过去投入的大量基础设施，正在赚钱的产品砍掉，再重新投入，颠覆自己，没有人会自杀。我们看到了诺基亚和黑莓这样的巨头不断走向毁灭，这是跟大公司的传统包袱相联系的。要想进行颠覆性的创新，核心是人才。我们在北美能够迅速颠覆比自己大得多的公司，是因为我在美国，要找到该领域在北美最强的团队，找不到创始人，就找他的学生；找不到学生，就找

市场上交互过产品的团队，成建制地把团队挖掘过来，这样才能迅速地进行研发，形成交互的能力。

## 投资机遇

我们看到了中加之间一个巨大的结构性机遇：加拿大的资本市场小，创新企业多，创新企业的质量比较好，政府扶植力度很大，创业环境非常好，但是企业成长不足；中国有大量的资本，但企业创新质量不够高，AB轮融资的企业价值虚夸成分大。加拿大给中国投资人创造了一个非常好的投资价值洼地，我们要充分利用这个机会，在当地形成

自己对技术的深刻理解，形成自己的核心团队；然后要在中国有落地的能力，以合伙而非打工的方式笼络最优秀的人才。成果由大家共享，企业才有更好的凝聚力。

落地企业在2017年、2018年一级市场的销售达到40亿至50亿人民币，二级市场将这一数字进一步放大。现在PE和VC的界限已经模糊了，进行海外并购和投资科技企业，应该在早期进行，考察企业的模式、落地的能力、对科技和研发的理解、核心团队的能力、过往的历史等，能够发现更有价值的企业。

## 韩良：在加拿大建立与并购科技创新企业的历史性机遇

我国民营企业 and 国有企业在“走出去”的过程中，之前投资以资源行业为主，如今需要优化提升，在海外并购科技创新企业以提高相应的竞争能力。

今天我们一同探讨三个问题，第一是加拿大对外资企业实行的主要保护措施，第二是加拿大的科创人才优势，第三是加拿大对科创企业的优惠政策。

## 投资困境

前一段时间，我国许多企业在加拿大投资的各个方面，特别是收购传统资源型产业时，都遇到了很多问题，这些



韩良：京都律师事务所金融业务部总监，南开大学法学院教授，民商法博士生导师

企业中也包括中投。问题的出现，需要我们认真反思。在加拿大这样一个市场化和法制化程度非常高的国家，我们把在国内收购的传统思路继续运用到国外

收购，是不正确的。在国内，我们拥有低成本优势，不需要为污染买单，甚至不需要考虑劳动法的限制。但是在加拿大，土地属于印第安人私有，原住民势力强大，投资时考虑问题必须全面。

有一家企业收购BC省的煤矿，煤矿资源优质，雇佣的中国工人吃苦耐劳，投资额巨大也很受BC省欢迎。但是，这家企业忽视了当地民众的反应。民众认为这家企业没有为当地人提供就业或带来其他益处，还存在环境污染问题，进行了抗议游行，导致煤矿无法开工，引发了一系列问题。资源类投资在国外遭遇困境，启示我们现在要改变这

种投资方式，提升核心竞争能力，在加拿大进行科技创新企业的收购。

## 加拿大政府对外资企业的保护

加拿大和中国签订了《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》，是中国缔结的双边投资协定中内容最为广泛的一部。加拿大加入了亚投行，这也是对美国的一个深刻刺激。中加两国总理互访互动，签署了多份合作协议，覆盖金融等诸多领域。

我们原来对加拿大的认识是一个资源型国家，实际上这个国家有很多技术是走在世界前列的，是一个技术密集型国家。加拿大对华出口的技术与美国不同，在技术方面的服务很灵活。加拿大人在思路与我们不同，以温哥华当地的两个电信供应商为例，一个华人初到加拿大，你如果选择了其中一个电信供应商，使用到第二年的时候，费用就会全面上涨，因为它认为你第一年是客户，第二年肯定成为其稳定的客户。许多华人就会选择在第二年换一个供应商，到第三年再换回来。华为进入加拿大市场时，为了调整其与当地电信供应商之间的关系，政府修改了一些相关规定，使得华为能够更好地进入当地市场。这其中，华为的一些提供商做了很多前期工作：华为在多伦多、渥太华设立了几个研究院，为当地解决了很多就业问题，政府和当地民众均有所受益。

## 加拿大的科创人才优势

加拿大技术人才的积累丰富。加拿大在通讯行业、计算机行业、生物技

术行业等，特别是在航空航天行业，技术居于国际领先地位。加拿大的航空航天产业规模达到200亿，拥有500家航空航天公司，占据了全球27%的飞机市场。最近，我国光启科技收购了加拿大太阳方舟公司，该公司的飞机综合应用了飞机技术和环保技术，特别是能够利用太阳能在极地和高山飞行，在我国高寒的地区有非常大的应用价值。加拿大科技人才的聚集优势，突出表现在安大略省的多伦多和滑铁卢，这是北美仅次于硅谷地区的高新技术人员集中区。要想成为一个专家，要保证一万小时持续不断的钻研，还要避免更换研究场所这种麻烦。加拿大比较完善的社会保障福利体系，能够有效保障这种研究和工作环境，所以在北美找一个从事一个行业十年的人比比皆是。我们国家做东西比较粗糙，而加拿大无论在各个行业，处处都体现着精细化，如果大家到加拿大开车体验一下，可以发现道路的交通规则设计都是非常仔细的。

华为和溢思得瑞这两个企业，抓住了在加拿大投资的机遇。它们以不同的方式进行：溢思得瑞是第一个在北美设立研究院，然后孵化技术到大陆进行产业化的企业；华为是国内产业化，然后到海外去设立相应研究院的企业。华为渥太华中心最早抓住了北美产业调整的机遇，网罗电信方面的专家，以专家为中心组建了研究院。溢思得瑞采取了新的思路，它利用北美移民华人的财富，把结构性调整的人才集中在一起，开辟了一种新技术、新人才、新资本的研究模式。溢思得瑞在大数据的存储、网络信息安全以及芯片领域独占鳌头，其中的工业网络安全性，在国内已经有非常成熟的产业化发展模式。

我国企业可以采取海外选才的方

式，必须做好人才本地化的协调工作，否则将会和收购国外能源型企业时一样出现问题。其一，对于人才的引进，必须是以团队带头人为主，进行团队化引进，而不是把单独的人才吸引过来。比如芯片团队必须几十年共同默契地工作，才能有效率。我们花大价钱从国外引进人才，不能让他们因为老婆和孩子而“身在曹营心在汉”。团队的引入涉及到很多复杂人力资源的问题，必须避免冲突，有效解决。其二，要处理好中方投资者与加拿大研究团队的关系，研究方向一定要面向市场需求。

## 加拿大政府的优惠政策

加拿大政府一直致力于为科技创新企业提供优惠政策，扶持科创企业发展。曹德旺说，中国的税收是世界上可怕的国家。单纯的税收高低的比较是没有意义的，要考虑税收的用途。北欧国家税收很高而大家都愿意缴纳。加拿大通过减税，刺激本国经济的发展，并将税收真正运用到扶植科创企业上。溢思得瑞做过一个测算，在温哥华聘用一个工程师的成本比北京聘用工程师的成本要低，因为政府要给工程师提供60、70%的补贴。特朗普支持美国产业回流，大家都在比较美国的人工成本和人工成本。我们如今真的要有危机意识，也许过了一两年，美国的人工成本比我们低，再加上人工智能和机器人，中国在未来的世界的竞争力何在呢？

加拿大具体的减税政策非常多，由于时间的关系，我只是开个头，希望大家继续关注加拿大科创企业的投资。



## 郭宇博：在加拿大并购的税收政策



郭宇博：博士，华融发展投资有限公司投资总监

很高兴借此机会与大家分享并购加拿大企业，特别是高新企业关于税收的一些要点和个人经验。

目前越来越多的中国企业到加拿大以并购方式进行快速资产布局，但我们通过分析案例，发现中国企业没有涉及许多交易要点，也没有适用加拿大的税收优惠政策。这些要点包括加拿大《所得税法典》的三个主要标准，一是85条款1，二是88条款2，以及116条款。

我们需要以非常严谨的态度审查尽职调查，因为其中涉及到中国企业在加拿大进行资产买卖时能否创造出真正的税收价值。在此种交易架构中，重点是加拿大所得税问题。对于所得税，我们可以根据所得税的流程审计条款，对整个并购施加显著的影响。一个影响是对在交易形式和支付形式上所要求对价的审计。在审计中存在很多支付要件，于所有要件中我们发现，大部分中资企业在加拿大进行并购时，支付对价的形式应用85、88条款。对于未来税收以及后续所承担的税务责任，加拿大的税收资产出让会产生30%税差的影响。因此，我们考虑一种支付形式的组合是采取一般的税收考量，还是特殊性的税收考量，是非常重要的。另一个适用要点就是税收优化，根据88条款中的1和1延伸点D，我们在进行BCP整合时，选择提高税收成本基础还是降低税收成本基础，是规划的核心要点。此外，还有一个重点是成因价格的要素。在审计中，我们强调律所的角色和义务，是因为在加拿大，监管者有权利对审计事务所的任何交易架构进行穿透性的约见。一旦约见，无论交易架构和交易

进行到什么程度，所有的纸质和非纸质性的材料都需要公开。有唯一的例外：如果交易是由律师进行认定，那么就享有保存权，可以“关在小黑屋里”进行封闭讨论，交易内容仅限于律师知道。这就是非常好的对财团和信息披露的保护措施。此外，在最终交易中，并购事项和安全性涉及到抑制性条款，这些条款在2005年到2008年一直未被大规模地适用。在此特别提醒，灵活运用加拿大税收优惠政策。加拿大是一个高税的国家，高税是把双刃剑，同时提供了许多税收优惠政策。加拿大税收从联邦体系，到省的体系，再到区的体系，可能不为国内所认知和了解，我在这里介绍一些知识和经验，可能会为交易架构的设计提供帮助。

如果交易架构上买卖双方签约的合同等由律所出具，即便是由会计师事务所主导，也不受披露管辖权的限制。买卖双方如果有问题应当先找律师，与律师就哪些条款不可以披露达成共识。加拿大税务局（CRA）在进行税收调查时的态度是比较强势的，公司一定要避免被CRA约见，就税务问题进行沟通

和解释。关于律所资格的认定标准，可能是美国、加拿大或是中国的，标准相当宽泛，核心在于必须是非加拿大税务的参与者。此外，买卖双方一定要提前进行、尽早完成所有税务问题的核查。

关于交易结构的设计，要进行交易结构审查。第一，PEUC的实缴资本确定是依据加拿大规定的标准，即一家上市公司发行特定类的优先股或者其他股份，都归类至特定类别，所收到的对价添加到该类实缴资本中。第二，审查中会添加一个另类标准。根据最近的许多案例，很多中资企业在加拿大进行房地产开发，大部分以私募基金或以公募基金的形式进行，其中有10%，无论是以基金的方式体现，还是以信托的方式体现，都会进入加拿大的应税标准当中。例如，加拿大多伦多西区的一块地，是5.7亿加币应税标准额度的交易额。当代置业已经中标，联合投标的方式是15%的优先级基金和30%的夹层基金，最后配比下来，应税标准需要全额计入资本收益；即便将基金设立在香港，也会穿透至源头，最终按照应税标准计入资本收益。加拿大资本收益有一个优点是不能抵销任何形式的资本损失；要想抵销，只能向前追溯3年，但可以无限期向后追溯。

另外一点，交易之前，要制定一个全盘的规划，明确税收目标。加拿大公司持有大部分的本地资产，主要聚集在三处，一个是多伦多，一个是温哥华，还有蒙特利尔。最近出现比较多的交易是在阿尔伯特塔，一个大型的资源、重工业和矿业生产的聚集地。2013年美国企业收购了多伦多的两家零售商，变相

持有加拿大企业股份，主要经营活动还留在美国。因为企业注册地在加拿大，按照美国税法以注册地、财税地和发生地为标准，该企业成为加拿大企业，由37%的美国所得税纳税标准变为20%的加拿大所得税纳税标准。这就是一个差异化并购标准的典范。对我国而言，大多数并购交易尚未考虑到如何偿付税收的优惠。我国很多的交易方式都是选择在开曼等地通过夹层控制某一个基金，在北美和欧洲，在子公司或母公司或法律结构关联公司中去寻找税差。但这种交易方式还没有穿透最后一层，期待未来更多地关注加拿大TCP收入和财税所在地结构之间的关系。

标准的交易方式都是混合型，即收购方会以一部分股权和一部分现金作为对价。在“资产+现金”对价的方式中，收购方关心的是利用母公司或子公司所认购的权限到底是什么。加拿大本土企业需要保留部分股权，有人倾向于持有，有人倾向于债转股。在这一交易架构下，以非基金方式进行，通过在境外选择一个非税地或税收优惠地等途径，最终形成标的公司。这里有两个核心问题，一个是分拆资产要前置，还有合理设计NAR体系。要尽早明确标的的核心，尽量避免后期分拆。如果没有进行提前规划，事后核心交易资产的剥离和分拆会给企业带来沉重税负。

在价格定制上，回到主线加拿大《所得税法典》的85、88和116条款，尤其是最关键的85和88条款，涉及到关键的两点，一是收购方转移资本中增值价格的确认，到底以哪一条款来审视这笔交易的公允价值和社会资产转让价值。还要考虑出售方收购股份的成本。依照加拿大税法规定，对全球性资产进行征税，加拿大本土具有延伸的海外资产、海外资产的收益，以及相关资产的

负债可用以抵扣。大部分项目都选用的81.1条款的双方置换的方式，利用公允价值。事实上这并非是最优方案，要根据项目的具体行业、税负标准等灵活确定。另外就是收购方的规划，关键在于如何避税。加拿大法律规定，只要不违反法律，鼓励以各种方式对税收进行合理规避。收购方要与律所和会计所达成共识，研究现在的、过去的和未来的税收整体规划是否合理。

加拿大《所得税法典》88条款的整体架构，对收购方来讲，在收购后处置部分目标公司的资产时，会更具有吸引力。在处置资产时不是资本升值，反而是资本减值。资本减值后，产生大量的税负，又可反过来利用成本基础提高的条款，降低在资本收益TCP的应税标准。但是88条款适用的申请非常难，需要专业的人士提供意见。因此，在交易和并购中，建议在律所和会计所上多多投入，以避免更多的麻烦。

收益性现金回流是我们面临的又一个关键问题，主要关注两点，第一是收购加拿大企业后，把钱投入很简单，产生收益也不难，但钱想离开加拿大，回流到中国，如同现在外资想流出中国一样困难，甚至更加复杂。因为涉及到的116条款中，对于出售属于加拿大应税资产股份的，非居民条件下不同情况的认定，认定标准非常复杂。根据不同的情况，必须从律师和会计师处获得专业意见。第二点，在中资企业大规模收购矿产以及航空业时，还有我国许多民营企业收购加拿大科技型企业。这些科技型企业大部分是规模在30人以下，营收2千万元以下的企业。这类企业有三条主要的认定标准，包括24个月非受让期，必须是一个私人公司，以及不能是上市公司。收购此类企业，享受终生资本受益豁免权这一优厚政策，即每个

出让股东享受813600加币与通胀挂钩的税收减免，并且是终生制的减免。另外，并购加拿大的企业在进行估值时，我们发现员工激励计划、嵌套股权、行权等，对估值都有一定影响，在此就不一一赘述了。

简单地总结，直接所得税的工具和间接所得税的工具同样重要。国内企业参与加拿大投资，不仅要缴纳加拿大企业所得税，还要了解国内税法相应的代扣代缴制度。中国企业购买加拿大的资产，在代扣代缴条款下，是否可以相互抵扣，要根据行业、企业以及国家之间的约定来确定。并购加拿大资产，最多25%的纳税标准，在国内代扣代缴的部分是10-15%，这中税负的缴纳问题，需要强调预沟通。另外在并购中，在主要资产买卖协议中必须进行预设，协议中的预设能够为税收规划提供很好的帮助。还有预先裁决的运用。在加拿大并购一个企业，无论采用何种方式，与律师事务所和会计师事务所沟通时，要敢于站在CRA面前与其预先沟通、讨论税收问题。假设中石油和中海油在阿尔伯特收购矿产资源，该交易如此之庞大，为两国带来巨大影响，这其中就可以有一些税收的减免，两企业就应该在这一巨额交易中与CRA进行博弈。CRA没有权利拒绝这个交易的理由有三点：第一，是公有制下的社会主义市场和定价标准；第二，它为税收国和非税收国都带来了实际的社会贡献，为加拿大政府带来了进步。第三，从公众公司向私人公司的转化，或者私人公司向公众公司的转化，都是交易架构税务上的突破。当具备合同、律所出具的支持意见书和完整的披露，就可以申请预先裁决，最高法院都无法推翻该裁决的效力。所以我们应该采取更加灵活的税务筹划方式，进行更加丰富的交易种类、交易架构的设计。✎



## 余慧华：加拿大进行并购的知识产权问题



余慧华：京都律师事务所金融部律师

今天跟大家分享的是关于并购加拿大高新科技企业的知识产权风险以及防范的问题。

我们都知道，中国近些年来企业跨境并购的规模和数量在急剧地上升，细看这些数据统计，我们会发现近两年来出现了一个很大的倾向，这就是并购的对象开始以高新科技企业为主。为什么会出现这种现象？是因为我们的企业非常清晰地认识到了，唯有能够拥有全球领先技术及自有知识产权，企业才能够真正成为在全球具有竞争力的企业，但自我研发需要的时间太长，通过并购高新科技企业可以更快地达到这个目标。所以近两年来，高新科技企业并购的规模和数量在不断地上升。但是高新科技企业跟其他的企业不同，高新科技企业本身是以知识产权为主的，所以并购高新科技企业所面临的知识产权的风险相对于一般的跨境并购，会更加得大。而我今天要跟大家分享和探讨的就是这样一个话题，我们选取的是加拿大这样一个国家。

今天要讲的是两个方面：第一是中资企业并购加拿大高新科技企业的知识产权战略考量，第二是并购中面临的主要知识产权风险和防范的问题。

为什么选择加拿大作为代表，去探讨跨境高新科技企业并购面临的知识产权风险？这里面当然有一个背景，因为目前中加科技领域的合作极富潜力。2016年9月李克强总理访问加拿大，这是中国总理13年以来，首次访问加拿大。中加之间达成了将近29项协议，这将打造中加关系新的“黄金十年”，所以我觉得可以预见的是中加之间的贸

易和投资的往来，将会有有一个很大的增长空间。而在这样的背景下，高新科技领域实际上蕴含了极大的潜力。

面临着这样的机遇，从企业知识产权战略角度看，我们认为具有这样三方面的考量：可以在极富潜力的中加高科技领域合作中抢占先机；可以获得加拿大在全球的领先技术，提高企业核心竞争力；可以提高中资企业的研发能力，获得企业持续竞争优势。

我们都知道中国前不久颁布了《“十三五”国家战略性新兴产业发展规划》，而这个发展规划之中提到了一个目标，是到2020年，五个战略性新兴产业，包括信息产业、生物技术产业等，达到10万亿元的规模。而加拿大在生物技术产业、信息通讯业、绿色低碳等方面，都具有全球领先的技术。同时，正如韩老师在之前所介绍的，加拿大对于外资投资本地的科技企业持较为宽松的态度，没有像美国那么严格的对华技术出口和转让限制。所以在这种情况之下，我们认为中资企业通过并购加拿大高新科技企业，抢先布局，不仅可以在极富潜力的中加高科技领域合作中

抢占先机；而且可以获得加拿大在全球的领先技术，提高企业核心竞争力；同时，并购后将加拿大高新科技企业转换为中资企业在加拿大的研发中心，可以提高中资企业的研发能力，获得企业持续竞争优势。这是第一个方面，关于中资企业并购加拿大高新科技企业的知识产权战略考量。

接下来，我们来探讨并购所可能涉及的主要知识产权风险及其防范。在并购的过程之中，无论是并购前，还是并购中，还是并购后，都会面临着知识产权的风险，而这里只是把并购前和并购中的主要的风险点列出来。包括知识产权权属瑕疵风险，知识产权权利行使受限的风险，知识产权权利担保融资风险，知识产权的效力风险，以及知识产权的诉讼风险；还有并购中，转让不符合规定的风险，以及影响知识产权权益转让的风险。

在跟大家去探讨这些风险之前，有两点，我必须要加以说明。第一，知识产权本身，实际上包含多种类型，包括专利权、商业秘密使用权、软件著作权、专利许可实施权等，我们今天主要以专利权为例来探讨上述知识产权风险。第二，知识产权本身具有地域性、时间性、专有性等特性。所谓地域性，实际上强调的是知识产权只在授权的这个国家地域范围内有效。也就是所，如果是中国专利局所授予的专利权只在中国地域范围内有效。如果是加拿大专利局所授予的专利权，只在加拿大的地域范围内有效。超出了这个地域范围，其他国家不会承认这种知识产权的存在。基于这样的特性，当企业拥有的技术是

在加拿大雇主跟雇员要有非常明确的劳动协议和其他的协议，明确约定这个雇员的专利权。如果没有这个协议，雇主不能享有雇员发明的专利权。

领先于全球的技术的时候，这个企业可能会采取全球知识产权保护策略。这种情况下，企业所申请和获得的可能不仅是一个国家的专利，而是若干个国家的专利。而如果目标企业同时拥有若干个国家的专利，我们就会发现，因为日本、美国、中国、韩国、加拿大等国的知识产权保护制度是不一样的。也因此，这些知识产权在并购之中面临的风险也将会不一样。而今天我们主要是以目标企业所享有的加拿大知识产权为前提来做一个风险和防范的分析。

第一个知识产权风险，是关于知识产权权属瑕疵的风险。在并购前的尽职调查中，律师首先要确认知识产权的存在。以专利权为例，专利本身从申请到授权，它要经过两个大的阶段：一个是初步审查，一个是实质审查。一般在初步审查之后，这个国家的专利局就会进行初步公开，之后才会进入实审的阶段。也就是所，初步审查之后并没有获得真正的专利权，只有在实质审查并授予专利权后，专利权才真正的存在。我国可以通过国家的专利局官网核查专利申请和专利权的真实情况。其次，在律师尽调的时候，是不是通过核查专利局官网和专利证书，确认专利权的真实存在、目标企业是这些专利的专利权人就可以了？事实上远远不止如此。因为

这些专利权可能存在权属不清晰，不明确的风险，这是我们说的权属的瑕疵风险，这个权属的瑕疵风险是根据专利权的种类而不同的，会存在职务发明权属不明确，委托发明权属不明确，以及共同发明权属不明确等风险。

以职务发明（雇员发明）为例，职务发明之中，中国专利法的规定和加拿大专利法的规定，区别非常大。中国专利法规定，只要是职务发明创造，执行本单位的任务，或者主要用本单位物质技术条件完成的发明，我们称之为职务发明创造，都是属于单位所有。哪怕是雇主跟雇员没有签合同。但是根据加拿大《专利法》第27条第1款，专利权只授予发明人或其法定代表。法定代表包括哪些？继承人、通过合同取得专利权的主体等。这意味着雇主跟雇员要有非常明确的劳动协议和其他的协议，明确约定这个雇员的专利权。如果没有这个协议，雇主不能享有雇员发明的专利权。所以对于加拿大的雇员发明，我们需要进一步核查授予雇主享有专利权的协议。与此同时我们还要注意这个协议本身有没有关于雇员发明人补偿的约定，如果有，而雇主没有兑现对于发明人的补偿，这会存在潜在的风险和争议。这是职务发明权属不明确的风险及其防范。

如果是委托开发完成的发明，这种情况之下，需要去核查委托开发合同中关于专利权归属的归属是否明晰。如果在委托开发合同中约定，完成的成果及其知识产权归于委托人所有，则委托人享有委托开发完成的发明的专利权。但是还有潜在的问题，如果说受托人是在自己专利基础上，进一步研发而完成的技术成果，且根据约定，专利权是归于委托人，这里还可能存在从属专利导致的风险。什么叫从属专利？只有在实施前一专利的基础上，才能实施后一技术含量更高的专利。所以如果这个委托开发是在受托人自己的专利基础之上所完成的，并且形成从属专利，意味着委托人现在拥有的技术含量更高的专利，除非得到了受托人的许可，否则无法实施。

共同发明则更加复杂，涉及共同发明的专利权归属、行使及利益分配等一系列问题。加拿大专利法规定，如果是共同发明，发明人可以拒绝申请，拒绝申请的情况下其他人可以申请，但是必须向加拿大专利局出示拒绝申请的发明人书面文件。同时，被授予专利权之后，如果该专利是共有专利权的话，这里需要更加小心，因为共有专利权如何行使，以及行使之后利益的归属，如果约定的不明确，会存在很大的争议。例



如共有专利权人之一能否单独许可他人行使，能不能单独转让，如果需要所有共有人同意，则意味着目标企业作为共有的专利权人之一，不能单独转让。对于上述知识产权权属瑕疵风险，律师在尽调的时候，不仅需要核查专利权是否真实存在，目标企业是否是真正的专利权人，而且要根据专利不同的种类，来进一步核查权属来源，及相关的合同条款。这是第一个知识产权风险。

第二个知识产权风险是权利行使受限的风险，这种风险，包括自有知识产权行使受限的风险，也包括非自有知识产权行使受限的风险。自有知识产权行使受限，例如目标企业的某项专利权已经和第三人签订了许可使用协议，并且这种许可使用是独占性的，这意味着尽管目标企业把这一项专利权转让给了并购企业，但是在合同约定的时间和区域之内，并购企业仍然不能实施这一项专利，因为独占性的许可使用中，只有被许可人可以实施，在合同约定的时间和地域范围内包括专利权人自己在内的其他人都不可以再实施这项专利权，这就使得这项专利权的价值会大打折扣。

非自有知识产权行使受限的风险。如果是目标企业是被许可人，但许可合同之中施加了很多限制，也会导致技术的实施受限。例如，一家中资企业计划并购欧洲的一个汽车公司，这个企业拥有的技术至少领先中国五年以上，中资企业看中了这个企业的技术和产品。但是，在做尽调的时候，发现这个企业的知识产权管理方式，是把所有的知识产权都交给一家位于瑞士的集团公司管理，然后集团共享这些知识产权，这种情况下汽车公司研发了技术，但不享受知识产权，只有瑞士集团公司给他的许

可，并且这个许可是受限制的。这种情况下，对于中资企业来说，并购将无法达到其目的。

第三，可能存在专利担保融资的风险。我们都知道高新科技企业本身资产很少，最重要的资产就是知识产权，因此，极有可能用知识产权进行质押融资，这种情况下会导致知识产权本身存在被变卖和拍卖，以及被限制转让等风险。

第四，知识产权效力瑕疵风险，包括我们保护期限已经届满，或者即将届满，没有采取知识产权的维护措施、知识产权被宣告无效的风险等。根据加拿大的专利法，加拿大专利权的保护期限自申请日起20年，一旦保护期限届满，专利权即不再存在，而成为社会的公共财富。如果保护期限已经届满或即将届满，这一项知识产权将没有太大的价值。而未采取知识产权维持措施，是指加拿大的专利法规定，为了维持专利权的有效，专利权人每年要交年费，如果未在规定期限内缴纳年费，该专利权将被专利局撤销。被宣告无效的风险是一旦专利被宣告无效，视为这项专利就不存在。针对上述知识产权效力瑕疵风险，我们一般通过设置知识产权权利担保条款进行防范。

第五，知识产权的诉讼风险，包括两个方面：一方面是知识产权本身侵犯了第三人的知识产权的风险。另一方面是第三人侵犯了目标企业的知识产权的风险。对于后者，企业一般会提起侵权诉讼，但如果专利申请文件中权利要求不明晰的话，那么这一项诉讼的胜败很难预料。也就是说，当我们在核查这一项专利的时候，不仅要看专利的证书，核查专利权权属，还需要具体去看专利

申请书的内容，尤其是权利要求是否清晰。另外，被告在侵权诉讼中，经常向法官提出要求宣告目标企业的专利权部分或者全部无效，以进行抗辩。而法官将会对这些专利进行核查，可以导致目标企业面临专利被宣告无效的风险。

另外还需要注意如果目标公司所签署的知识产权的许可协议，其中包含了限制研发改进，限制购买竞争技术这样一些涉及到滥用专利权的条款，可能会因为违反反垄断法而面临被相关行政机构的审查的风险。

第六，是转让程序不符合法律规定的风险。根据加拿大专利法，专利权的转让需要向该国专利局提出，专利局登记和公告后，专利权转让才生效。这意味着专利权转让并不是双方当事人签一纸契约就可以生效，需要办理相应的手续，而且有些时候这个程序可能时间会相当漫长，这也是我们并购中必须考虑的一个问题。

第七，影响知识产权权益转让的风险。如果申请人在提交申请之前或者之后书面转让整个或者部分发明所有权或者利益的，专利权的转让效力会存在风险。根据加拿大专利法第51条的规定，只有在上述权益转让已经在专利局登记的情况下，这样的权益转让，才会对之后专利权的转让带来影响，所以为了应对这种情况需要去核查这项专利权在专利局的所有申请文件，审查是否有关于专利申请权的全部或者部分转让的登记文件。

这是关于并购加拿大高新科技企业面临的主要知识产权风险及其防范问题，有说得不当的地方，请大家批评指正。

# 胜诉在北京，执行在域外

## ——一起典型国际货物买卖合同纠纷案

■ 吕志轩、郝京、宋兰/文

**国**际货物买卖合同是指营业地处于不同国家或地区的当事人之间所订立的，并由一方提供货物并转移所有权，另一方支付价款的合同。国际货物买卖合同是当今买卖合同最复杂形式之一。由于此类合同的当事人往往处于距离遥远的不同国家，其文化背景、法律制度各不相同，使得诸如货物运输、政府许可、海关手续、价款支付以及纠纷解决等程序及法律适用均相当复杂。国际货物买卖合同最鲜明的特征就是国际性，无论是合同的主体，还是在合同的订立、履行等方面都有涉外因素。本文将通过一起笔者代理的典型的国际货物买卖合同纠纷案，就有关国际货物买卖涉及诉讼执行而产生的法律问题与大家共享。

### 一、案情简介

**债权形成：**2007年1月10日，北京xx物资公司(简称物资公司)与xxx国际林业公司(域外公司，简称国际林业)签订了两份《木材买卖合同》；并于2007年1月11日物资公司与xx进出口公司签订了两份《委托代理进出口协议》；随后于2007年物资公司与xx进出口公司签订了《变更协议》将合同履行主体由物资公司变更为北京xx木业公司(简称木业公司)；2007年5月31日木业公司与xx进出口公司签订了《委托代理进出口协议》并完成了合同签署与货款支付。

**股权转让：**木业公司有两个股东，其中北京xx林公司占49%股份，2009年11月30日北京xx林公司、物资公司、xx物流公司三方签订《股权转让协议》，约定北京xx林公司将其持有的木业公司的49%股份以协商价2150万元人民币分别转让给物资公司占19%股份，转让价833.67万元人民币；物流公司占30%股份，转让价为1316.33万元人民币。

2009年12月16日，由北京xx林公司、物资公司、xx物流公司三方签订《股权转让款支付协议》，约定“xx物流公司将其应支付给北京xx林公司的股权转让款直接支付给物资公司以冲抵北京xx林公司的债务，同时物资公司应当支付给xx物流公司款项转让与北xx林公司，其拖欠物资公司的款项冲抵其中2150万元人民币”。

**债权转移：**2009年12月10日，由北京xx林公司、物资公司、木业公司、国际林业四方签订《债权转移及债务承担协议书》，约定(1)木业公司对北京xx林公司合计享有3734.18万元债权，国际林业将其中2150万元债务转移到北京xx林公司承担；(2)木业公司将享有北京xx林公司债权2150万元转移给物资公司，物资公司对北京xx林公司债权以其应支付的股权转让款抵消2150万元完毕。(3)在债权债务实现彻底抵消后，国际林业欠木业公司的债务变为1584.18元人民币，还款方式为现金或实物，其中：2010年4月30日前应还500万元；2010年8月30日前应还500万元；2010年12月31日前应还584.18万元；约定如采取实物还款应当用圭亚那原木，数量、质量经双方书面确认后冲抵债务。履约保证是以圭亚那享有的所有权并与债权相当的设备、资产作为抵押优先受偿。违约责任为包括损失、利息、罚息等。诉讼管辖为北京市朝阳区人民法院；协议有附件、三份合同、一份成交确认书、原木到发货确认，《抵押设备明细表》。



由于国际林业一直未履行合同，截止2011年5月30日尚欠1569.89万元人民币；国际林业盖章及负责人签字确认了《债务偿还协议》；随后几年中陆续出具了《还款承诺书》，《抵偿确认书》等。但拖欠的款项一直未能归还。债权人依法向人民法院提起诉讼，法院经多次审理后判决。

## 二、判决要点

目前该案已于2015年8月19日由北京市朝阳区人民法院一审审结。判决如下：（一）被告xxx国际林业开发有限公司于本判决生效之日起七日内向原告北京xx木业公司给付欠款人民币一千四百九十三万八千二百七十元三角三分；（二）被告xx国际林业开发有限公司于本判决生效之日起七日内向原告北京xx木业公司给付利息人民币六百八十六万两千九百八十四元三角一分（截止2014年12月31日）；（三）被告xxx国际林业开发有限公司于本判决生效之日起七日内向原告xx木业公司给付利息（以人民币一千四百九十三万八千二百七十元三角三分为基数，自2015年1月1日起至实际给付之日止，按照中国人民银行同期同类贷款利率计算）。

如果未按照本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费人民币十五万零八百零六元，由xxx国际林业开发有限公司负担。判决后双方均未提起上诉。

## 三、关于本案涉外法律分析

1. 本案胜诉的关键是最初订立的《国际货物买卖合同——木材买卖合同》的真实

## 吕志轩律师简介



京都律师事务所高级合伙人，北京市朝阳区民事专业研究会会员。

主要执业领域：政府法务、金融及金融衍生品、金融互联网法律风险控制、刑事案件辩护及刑事风险控制。公司日常民事法律风险控制、房地产，基础设施，公司上市、并购、重组、股权转让、企业清算等综合性法律服务和专项法律服务等业务。

性，笔者作为本案原告的代理人对最初的合同、汇款情况、委托代理关系及合同主体、合同履行等进行仔细审查，本次国际货物买卖合同的真实性是本案起诉胜诉的基础。

2. 对于复杂的股权转让、债权转让及债务承担协议的法律适当性、合法性和有效性进行审查。股权转让及债权转让的合法性有效性，决定了本次诉讼主体是否成立，如果这种股权转让有瑕疵或者债权不成立、不合法，那么诉讼请求有可能以诉讼主体不当被驳回，这对于案件尤为重要。笔者作为代理人，对于本案复杂的股权转让、债权转让进行了详细审查，认为符合法律规定是有效的。

### 3. 对于案件管辖的判定

国际货物买卖合同有着复杂的管辖关系，一般情况下依据国际私法去确定管辖法院，确定其适用哪国法律，本案虽然是由于国际货物买卖合同纠纷引起的，但由于《木材买卖合同书》对于争议的解决已明确约定由中国北京市朝阳区人民法院管辖；同时，后来各方签署的《债权转移及债务承担协议书》亦约定由合同签订地北京市朝阳区法院管辖，由此可确定本案依法由中华人民共和国北京市朝阳区人民法院管辖。本案在合同签订之初及股权、债权转让过程中对于管辖的约定，成功避免了在异国他乡诉讼的困难。

### 4. 关于本案的诉讼时效问题

《合同法》第129条规定：因国际货物买卖合同和技术进出口合同提出诉讼或仲裁的期限为4年。本案成功实



现债权转让，将诉讼由繁到简，笔者通过审查本案发现，诉讼时效延续后依然在诉讼时效期间内。

#### 5.关于本案债权债务法律关系的确认

本案被告未按照2009年12月10日签订的《债权转移及债务承担协议书》（四方协议）履行义务，应当依法承担支付款项并承担迟延履行期间的利息。原、被告之间2011年5月30日签署的《债务偿还协议》证明，截至2011年5月12日被告仍欠原告1569.89万元，且协议约定了迟延履行债务应双倍计算利息。双方对于被告迟延履行债务应双倍计算利息达成了真实有效的合意。该协议不具有效力瑕疵。应依据《合同法》第八条得到如约履行。被告签署的《还款承诺书》再次证明原告诉讼的标的的真实性。原、被告之间《原木抵偿欠款确认书》证明被告以木材抵债金额真实性。

## 四、关于本案域外送达和执行的 法律分析

### 1.关于涉外送达

本案属于涉外案件，被告在南美圭亚那，该国与中国

没有司法协定和共同参加的国际司法方面条约，所以送达和执行存在诸多困难。那么如何破解送达这一难题是本案进入实体审理的关键。通常涉外案件的送达方式为：

（1）通过外交途径送达。笔者经过查询，由于圭那亚共和国与我国并未缔结双边司法协助条约，因此法院无法依照送达人所在国与中华人民共和国缔结或共同参加的国际条约中规定的方式送达。只有通过外交途径送达，其流程为：首先准备司法文书、案件简介、托请专递委托书、请求书。这些文书必须翻译为英文。然后，将这些准备好的文书逐级报送给最高人民法院，最高人民法院审查后再将文书转给司法部或外交部，由外交部将司法文书递交给我国驻圭亚那共和国大使馆。圭亚那大使馆接受文书后，再按照其国内法律将文书传递给执行送达的法院。文书送达后，送达证明按同样地路径原路返回到本案的受诉法院。但是这个程序，将费时一至两年，无论对于原告还是律师，均感到漫长。

（2）向中国领域内设立的代表机构送达。向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达。在本案中国际林业公司直接在中华人民共和国境内没有代表机构，但律师调查发现负责人及其子女在北京市朝阳区有实体公司，但与被告公司无直接的股权关系。

（3）除选择以上两种方案，也可以采用公告方式送达，公告刊物可选择《人民日报》海外版、《人民法院报》以及省级以上对外公开发行的报纸上或受案法院公告栏内刊登。自公告之日起满六个月，即视为送达。

本案无论是采取何种方式，均会有较长的时间，为了能有效快速送达，代理人对于该公司有可能存在关联关系的公司、高管及公司信息进行网络及大数据搜索，经了解被告的负责人同时也是某省某公司的法定代表



人,通过各种方法发现被告负责人恰在中国境内,代理人将此情况提供给人民法院,法院也快速完成了送达。一审判决之后,被告人又出现了送达困难,人民法院通过公告送达方式进行了送达,一审判决生效后,原告方根据生效的一审判决,申请了对被告方强制执行程序。

## 2.关于本案的执行

本案涉外执行的思路,依据涉外案件执行的程序,首先可以选择申请国内法院执行其在中华人民共和国领域内的财产。国际林业在国内有相关财产或关联股权投资权益,国内法院就有权查封执行。本案中被执行主体国际林业从其网站宣传来看,在国内有多处合作投资,目前通过了解其在黑龙江、北京及全国各地均有投资,若该投资不只属于以自然人作为股东投资,而是国际木业在国内通过其关联公司做出投资,那么可以就该投资涉及的款项在国内实现全面执行。

另外,被告国际林业在中华人民共和国领域内虽无代表机构,但其子女位于北京市的公司有可能是关联公司,因此在执行中可以就其子女的公司的房产及财务(若此资产完全属于国际林业)进行评估、查封和执行。

经初步查询,关联公司一北京xx林公司的法定代表人为被告负责人的女儿,股东为儿子和儿女;关联公司二xx省xx公司,其法定代表人为被告负责人。

经查询被告公司网页宣传资料,在南美洲圭亚那,被告公司旗下拥有三家子公司,均是在域外注册成立的具有独立法人资格的森林开发实体企业。

其次,申请人也可以选择申请圭亚那法院执行其在中华人民共和国领域外的财产。人民法院作出的发生法律效力判决、裁定,如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内,当事人请求执行的,可以

由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行,也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定,或者按照互惠原则,请求外国法院承认和执行,

由于我国与圭亚那共和国之间没有相关的双边司法协助协定,因此无法要求人民法院请求圭亚那法院承认和执行该判决。只能由执行申请人木业公司向圭亚那有管辖权的法院提出申请承认和执行。但是,申请国外法院承认和执行时间较长,外国法院承认中国法院的判决,也存在一定困难,总之涉外执行的路程较长,需要当事人有足够的耐心。

## 五、本案的启示

本案是一起因跨境国际货物买卖合同纠纷引发的跨国诉讼案件,在无法收回款项的情况下,为尽快实现债权,设计了股权转让程序、债权转让程序,最后使原告作为本案合同履行主体,延续了诉讼时效,起诉后历经举证、质证、庭审,最终判决原告胜诉。本起国际货物买卖合同纠纷案的一审终于落下帷幕。然而我们并不能因为一审已经结束而懈怠,涉外案件最为困难的执行阶段仍正在进行中,木业公司可以通过此次诉讼为今后签署国际买卖合同积累经验和风险意识,更加注重律师法律服务在国际贸易交往中的作用,进一步熟悉涉外贸易相关规则及法律规定,保护其在国际贸易中的合法权益。本案的相关经验能够让国内企业在日益复杂的国际贸易环境中日益成熟。

重视国际货物买卖合同纠纷的法律风险已经刻不容缓,在全球世界经济一体化的今天,国际贸易中的买卖双方相互的贸易过程中有可能面临各种风险,这些风险复杂、繁琐,如果处理不当将导致企业有不可承受的后果。如由于在国际贸易中的合同条款的约定不明、法律程序的不确定以及法律法规的修改而形成的潜在风险,从而导致产生各种贸易损失。在国际货物买卖合同各个阶段随时会产生风险,如合同履行中的交货风险、提单风险、信用证风险、知识产权风险等。这些风险一旦出现,均会对企业造成很大损失,因此涉外企业在国际货物买卖进行中风险控制尤为重要。国际贸易当事主体应当学会辨别法律风险,并采取有效的规避措施。希望我国企业在国际贸易交流与合作中表现得更加游刃有余。

# 如何通过阅卷发现毒品案件中的常见问题（上篇）

■ 汤建彬 / 文

**阅**卷是律师进行辩护的基础工作,目的就是通过对阅卷发现案件中的问题,形成质证意见和辩护意见,为当事人争取无罪和罪轻的结果。毒品犯罪案件相较其他犯罪案件,在犯罪构成、证据、程序等方面具有独特性,如何通过阅卷发现毒品案件中的问题?笔者结合多年办理毒品犯罪案件的辩护经验,谈谈自己的方法。

## 一、审查《起诉意见书》、《起诉书》、《一审判决书》、《二审判决书》,初步了解案件相关的事实和证据

《起诉意见书》、《起诉书》、《一审判决书》、《二审判决书》,都会对案件的基本事实和证据有一个描述,上述材料有可能在事实认定上存在错误,但这些材料能够让律师快速地了解案件的基本情况,并了解检方或原审法院对案件的态度。

有观点认为律师阅卷时不应该先看上述材料,先看这些材料会形成先入为主的一个判断,不利于在阅卷中发现问题。对此,笔者认为并不矛盾,看到案卷之前,律师已经见过当事人的家属或会见过犯罪嫌疑人(被告人),他们已经给了律师讲了一个关于本案的“故事”,律师在听完“故事”后,再来看《起诉意见书》、《起诉书》、《一审判决书》、《二审判决书》等材料,会比较出被告方与控方或原审法院之间的“争点”,更有利于在阅卷过程中发现问题。

审查《起诉意见书》、《起诉书》、《一审判决书》、《二审判决书》,重点做到以下三点:

### 第一,找差别,做比较。

比较家属和被告人讲的“故事”与这些材料里边认定案情的差别。

## 汤建彬律师简介



京都律师事务所刑事诉讼部律师。汤律师师承刑诉大师,专长于毒品犯罪辩护和死刑复核辩护。汤建彬律师被《法邦网》聘请为首席刑事辩护律师,担任《毒品犯罪辩护网》首席律师,《毒品犯罪辩护适用法律规范大全》编委。

比如:是否参与、是否明知、是否共犯、是否从犯、是否上下家关系、是否代买、是否居间介绍等等,这些问题,有时候家属和被告人讲的和案件认定的不一样,相互对照就初步找到了案件的争议点,也了解了案件基本事实。

比较前后材料在案情认定和法律适用上的差别。

《起诉意见书》《起诉书》《一审判决书》



毒品案件比较特殊，经常将上下家的并案处理，有时候一个案件中有多层上下家存在，所以案件中的人物关系相对比较复杂，先行将人物脉络关系理清楚，有利于在后续阅卷过程中准确把握各被告人在案件中所起的不同作用。

《二审判决书》依时间顺序先后做出，在有些案件中，这些前后材料在事实认定和法律适用上并不一致。

如笔者办理的莫某某贩卖毒品死刑复核案，该案《起诉书》中认定：“2014年3月15日，薛某某驾车至广东省陆丰市，通过莫某某以人民币7万元的价格从他人处购买甲基苯丙胺（冰毒）2公斤”，按照起诉书的认定，莫某某不是薛某某的上家（卖货人），只是帮助薛某某完成了购买毒品行为，与薛某某构成贩卖毒品的共同犯罪，而薛某某的真正上家（卖货人）是“他人”；

但该案《一审判决书》中认定：“2014年3月15日，薛某某驾车至广东省陆丰市，从莫某某处以人民币7万元的价格购买甲基苯丙胺（冰毒）2公斤”，并认定“莫某某与薛某某系毒品上下线关系，不构成共同犯罪”。

本案中如果莫某某与薛某某是上下线关系，意味着莫某某与薛某某均需独立对全部的毒品数量承担责任，2700多克的毒品数量，按照最高院的掌握的标准，本案上下线两方中要判处一个死刑立即执行，在薛某某有重大立功的情况下，这个死刑立即执行判给莫某某可能性较大。但如果按照《起诉书》的认定，莫某某帮助薛某某购买毒品，与薛某某构成共同犯罪，与薛某某共同承担贩卖2700多克的毒品责任，因为薛某某的作用大于莫某某，即使薛某某有重大立功情节，也不应判处莫某某死刑立即执行。

从上述分析可见，通过比较前后材料在案情认定和法律适用上的差别，不仅可以找到案件的“争点”，也能找到案件“辩点”。

### 第二，对照前后材料，找新证据

主要是对照《一审判决书》和《二审判决书》，有的案件，一、二审判决书认定的证据不完全一样，二审中补充了新证据，有法院调取的新证据，也有二审中辩护人提交的新证据，这些新证据不论是对被告人有利的还是不利的，都应该是我们关注的重点。

### 第三，制作初步的人物关系图

通过审查《起诉意见书》《起诉书》《一审判决书》《二审判决书》等既有材料，制作一个初步的人物关系图。毒品案件比较特殊，经常将上下家的并案处理，有时候一个案件中有多层上下家存在，所以案件中的人物关系相对比较复杂，先行将人物脉络关系理清楚，有利于在后续阅卷过程中准确把握被告人在案件中所起的不同作用。

## 二、审查立案手续和抓获说明，查找特请人员和控制下交付

立案手续包括《立案决定书》和那个《立案登记表》，《抓获说明》在有的案件中叫《抓获经过》，这些材料是我们发现是否有特情人员及是否存在控制下交付的重要依据。

案件中有特请人员往往能够印证案件中存在诱惑侦查措施，诱惑侦查包括：犯意引诱、机会引诱、数量引诱、间接引诱和双套引诱等，犯意引诱属于一个引诱犯罪的行为，依照刑法151条的规定，犯意引诱是严格被禁止的，如果发现有关犯意引

诱存在, 律师应当做无罪辩护。

案件中更多的诱惑侦查措施是数量引诱和机会引诱, 行为本来只有实施数量较小的毒品犯罪的故意, 在特情引诱下实施了数量较大甚至达到实际掌握的死刑数量标准的毒品犯罪的, 属于“数量引诱”。对因“数量引诱”实施毒品犯罪的被告人, 应当依法从轻处罚, 即使毒品数量超过实际掌握的死刑数量标准, 一般也不判处死刑立即执行。机会引诱, 又称特情贴靠, 对已持有毒品待售或者有证据证明已准备实施大宗毒品犯罪者, 引诱其出售和实施, 实践中, 机会引诱不能作为从轻量刑的情节, 但存在机会引诱的案件, 毒品犯罪行为往往是在侦查机关的控制下完成的, 属于“控制下交付”。

刑诉法第151条同时也规定了可以对涉及毒品交付的犯罪进行控制下交付, 控制下交付的直接后果是毒品没有流向社会, 整个过程是在公安机关的监控下完成的, 无法毒品交易的目的, 社会危害性相对较轻, 应酌定从轻处罚。

案卷中的立案手续和抓获说明, 往往能够显示出案件是否有特请介入和控制下交付的存在。

《立案登记表》中有案件来源一栏, 多表述为群众举报或为工作中发现, 如果案件来源显示为群众举报, 但却没有举报人信息, 案卷中也没有匿名举报的来电记录或匿名信, 这些信息告诉我们, 本案的线索很有可能来至特情人员, 本案中很可能有特请介入。

如果案件来源显示为工作中发现, 则需要进一步了解侦查机关是在办理哪个案件的工作中发现的本案的犯罪线索, 工作中的“案件”的立案时间, 工作中的“案件”犯罪嫌疑人和本案犯罪嫌疑之间的关系等信息, 如果案卷中没有, 则要申请检察院或法院进行调取, 以便准确查清案件的来源及是否有特请介入和控制下交付的存在。

《抓获经过》是侦查机关的侦查人员对如何发现并抓获犯罪嫌疑的过程做的说明, 这些材料中往往能反映出侦查机关是否使用了技术侦查措施, 是否使用了特情人员, 是否进行了控制下交付, 所以对《抓获经过》的内容要进行仔细审查, 发现隐含的蛛丝马迹。

如莫某某贩卖毒品死刑复核案件中关于薛某某的《抓获说明》有如下内容: “2014年2月份, 我所在侦查刘莹(注: 薛某某前女友) 贩卖毒品案件时, 发现薛某某有贩毒嫌疑, 遂对薛某某展开调查。2014年3月17日, 民警根据技术手段确定了薛某某的位置……, 将薛某某抓获”, 从上述《抓获经过》的内容可见, 侦查机关在抓获薛某某一个多月前已开始对其进行监控,

并采取了技术侦查措施, 可以证明本案中存在“控制下交付的情形”, 同时, 因为薛某某在与下家交易前被抓获, 所以本案应重点关注薛某某的下家是不是公安机关的特情人员。

### 三、审查毒品保管链条中的程序瑕疵, 累积量刑利益

公安部出台的《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量、取样和送检程序若干问题的规定》于2016年7月1日开始实施, 该文件对侦查机关在查获毒品后如何进行毒品提取、扣押、称量、取样和送检做了明确性的规定, 该文件为辩护律师审查毒品保管链条中的程序瑕疵提供了依据。

#### (一) 毒品提取、扣押

毒品提取、扣押环节要求要有两名侦查人员进行, 要有犯罪嫌疑人和见证人在场, 要有《扣押决定书》、《扣押笔录》、《扣押清单》, 应当进行拍照或录像。查获毒品应当场封存, 封存后做标记和标号, 并侦查人员、犯罪嫌疑人和见证人三方签字确认; 情况紧急等原因异地封存的, 需拍照固定。

毒品提取、扣押环节一般存在手续不完全或事后补做手续的问题, 2016年7月1日之前的破获的案件, 多存在扣押手续不完整, 比如没有《扣押决定书》, 没有《扣押笔录》或和《扣押清单》, 没有封存手续等等情况, 上述程序瑕疵, 辩护律师可以直接依据《刑事诉讼法》、《公安机关办理刑事案件程序规定》进行质证。

《最高院刑诉解释》第73条规定“物证、书证的收集程序、方式有下列瑕疵, 经补正或者作出合理解释的, 可以采用: (一) 勘验、检查、搜查、提取笔录或者扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见证人签名, 或者对物品的名称、特征、数量、质量等注明不详的”, 实践中, 辩护律师提出上述程序瑕疵的辩护意见后, 侦查机关会提供一个《情况说明》进行解释, 《情



侦查机关没有进行毒品称量，属于重大程序瑕疵，明显违反了相关的法律法规的规定，且毒品称量属于侦查行为，应当由侦查人员进行，所以，侦查机关不得转委托鉴定机构称量，鉴定机构也没有做出毒品重量（数量）鉴定的资质。

况说明》能够使瑕疵证据得以采用，但却掩盖不了程序瑕疵的存在，瑕疵证据的证据标准已经降低，辩护人应基于此为被告人争取量刑利益。

目前，笔者办理的大部分毒品案件中都没有封存手续，基本上侦查机关查获毒品后原包拎走，再到派出所进行称量，再补做扣押手续。毒品没有封存手续，在毒品与犯罪嫌疑人分离后，毒品由侦查人员保管，到办案机关后，侦查人员再拿出拎回来的毒品，进行称量并由犯罪嫌疑人进行确认，这种不规范的做法，因为缺乏保管链条中的封存环节，很难认定称量的毒品和查获的毒品是同一批毒品，难以认定具有同一性，如果犯罪嫌疑人否认该批毒品是被查获的毒品，侦查机关将难以找出证据进行证明，对此，法院也只能充分相信侦查人员具有不会对毒品“掉包”的人品来建立内心确信。可见，程序不规范，不仅有可能使犯罪嫌疑人处于毒品被“掉包”的不利境地，也使侦查人员承担巨大的“人品风险”，现实中查获的毒品被“掉包”的事情不是没有发生过。

## （二）毒品称量

称量直接关系到认定毒品数量的多少，毒品数量是最重要的量刑依据，如贩卖毒品（冰毒、海洛因）：10克以下：量刑3年以下或3—7年；10—50克，量刑7—15年；50克以上，量刑15年、无期、死刑；2000克，死刑立即执行，如果毒品数量正好在每档量刑标准的左右，称量的毒

品数量结果多1克或少1克，就意味着量刑的明显差别，或者说能够关系到生或死，所以，辩护律师在阅卷时要对毒品称量环节的证据重点关注。

毒品称量环节常见的问题有：

1.没有进行毒品称量或委托鉴定机构称量。

侦查机关没有进行毒品称量，属于重大程序瑕疵，明显违反了相关的法律法规的规定，且毒品称量属于侦查行为，应当由侦查人员进行，所以，侦查机关不得转委托鉴定机构称量，鉴定机构也没有做出毒品重量（数量）鉴定的资质。

2.称量笔录存在瑕疵，如：事后补做；没有侦查人员、毒品持有人、见证人三方签字；没有净重等。

3.称量前没有或没有证据显示秤具读数已归零。

4.称具不合格及不能提供秤具合格的证明材料（出厂合格证、计量鉴定证书）

## （三）毒品取样

毒品取样就是提取毒品鉴定的检材，检材提取是否规范直接影响到毒品鉴定结果的准确性和代表性，该类证据应当审查：

1.侦查机关取样的，由两名侦查人员进行，犯罪嫌疑人、见证人在场，制作提取笔录并由三方签字确认；

2.到鉴定机构取样，提取笔录必须有侦查人员签字；

3.不同形态的，多包装的毒品，检材提取应当：

（1）对单个包装的毒品，应当按照下列方法选取或者随机抽取检材：

（a）粉状。将毒品混合均匀，并随机抽取约一克作为检材；不足一克的全部取作检材。

（b）颗粒状、块状。随机选择三个以上不同的部位，各抽取一部分混合作为检材，混合后的检材质量不少于一克；不足

一克的全部取作检材。

(c) 膏状、胶状。随机选择三个以上不同的部位,各抽取一部分混合作为检材,混合后的检材质量不少于三克;不足三克的全部取作检材。

(d) 胶囊状、片剂状。先根据形状、颜色、大小、标识等外观特征进行分组;对于外观特征相似的一组,从中随机抽取三粒作为检材,不足三粒的全部取作检材。

(e) 液态。将毒品混合均匀,并随机抽取约二十毫升作为检材;不足二十毫升的全部取作检材。

(f) 固液混合状态。按照本款以上各项规定的方法,分别对固态毒品和液态毒品取样;能够混合均匀成溶液的,可以将其混合均匀后按照液态的方法取样。

(2) 对同一组内两个以上包装的毒品,应当按照下列标准确定选取或者随机抽取独立最小包装的数量:

(a) 少于十个包装的,应当选取所有的包装;

(b) 十个以上包装且少于一百个包装的,应当随机抽取其中的十个包装;

(c) 一百个以上包装的,应当随机抽取与包装总数的平方根数值最接近的整数个包装。

4.提取的检材应别独立封装不能混同,应当称量检材净重。

#### (四) 毒品检材送检

检材送检要求在毒品被查获3日内(案情复杂、查获毒品数量较多、异地办案、在交通不便等情况可在7日内),由两名侦查人员一同将检材送往鉴定机构,鉴定送检是否规范可以从案卷中的《鉴定委托书》审查,如案件中无《鉴定委托书》,应申请调取。

在审查《鉴定委托书》时,应关注侦查机关是否依据《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量、取样和送检程序若干问题的规定》的要求委托了毒品含量鉴定,该规定第33条要求:

“具有下列情形之一的,公安机关应当委托鉴定机构对查获的毒品进行含量鉴定:

(一) 犯罪嫌疑人、被告人可能被判处死刑的;

(二) 查获的毒品系液态、固液混合物或者系毒品半成品的;

(三) 查获的毒品可能大量掺假的;

(四) 查获的毒品系成分复杂的新类型毒品,且犯罪嫌疑人、被告人可能被判处七年以上有期徒刑的;

(五) 人民检察院、人民法院认为含量鉴定对定罪量刑有重大影响而书面要求进行含量鉴定的。

进行含量鉴定的检材应当与进行成分鉴定的检材来源一致,且一一对应。”

#### (五) 见证人身份

通过案卷中见证人的身份信息审查见证人是否适格,案卷中没有见证人身份信息应要求调取。

《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量、取样和送检程序若干问题的规定》明确要求:

“毒品的提取、扣押、封装、称量、取样活动有见证人的,笔录材料中应当写明见证人的姓名、身份证件种类及号码和联系方式,并附其常住人口信息登记表等材料。”

并明确了了那些人不能担任见证人:

“(一) 生理上、精神上有缺陷或者年幼,不具有相应辨别能力或者不能正确表达的人;

(二) 犯罪嫌疑人的近亲属,被引诱、教唆、欺骗、强迫吸毒的被害人及其近亲属,以及其他与案件有利害关系并可能影响案件公正处理的人;

(三) 办理该毒品犯罪案件的公安机关、人民检察院、人民法院的工作人员、实习人员或者其聘用的协勤、文职、清洁、保安等人员。”

说明: 因为《如何通过阅卷发现毒品案件中的常见问题》篇幅过长,本刊将分上下篇进行刊登。

《如何通过阅卷发现毒品案件中的常见问题(下篇)》将刊登于《京都律师》120期。



# 刑事诉讼庭审发问技巧（下篇）

■ 张小明 / 文

《刑事诉讼庭审发问技巧》因为篇幅过长，分上下两篇进行刊登。上篇已经在118期《京都律师》上刊登。请扫码查看内容。



## 九、发问的技巧

（一）发问是证据的累积过程，发问不是演讲比赛，也不是长篇评说。“证据是一点一滴慢慢堆砌起来”（引自《刑事诉讼交叉询问之研究》王国忠著，中国人民公安大学出版社，2007年1月第1版，344页）

（二）发问是高难度工作，以下在发问时辩护律师需要几乎同步进行的工作说明了这一点（参见同上，345页）：

正确发问；

对对方的异议进行反驳；

法官同意对方异议或法官直接依职权打断后重新发问；

观察证人的神情、姿态、动作；

认真听清证人的回答内容；

如有不当，及时提出异议；

做好证人回答的记录；

确认庭审笔录记载是否准确；

观察法官和陪审员的神情、姿态、动作；

听清法官依职权打断的异议，并解释发问的理由；

对法官依职权发问的异议：关联性、诱导性等理由。

### （三）证人撒谎的线索

发问的重要目的之一是揭示谎言，说谎这一行为可以通过所说的内容、语气、语调、神情、动作等方面流露出蛛丝马迹。律师通过发现说谎，可以帮助发问者调整随后的发问问题和方向。

被誉为“现在侦讯实务之父”的已故美国西北大学英鲍教授在其经典名著《刑事审讯与供述》中指出了焦虑和撒谎之间的关系。“在撒谎的时候，适当社会化且精神正常的询问对象将会体验到焦虑。”（引自《刑事审讯与供述》，第5版，英鲍等著，刘涛等译，中国人民公安大学出版社，2015年8月第1版，100页）

一般来说，在回答问题时，被询问者如果不讲真话，则有三个回复选项：欺骗、逃避和忽略。因此所产生的焦虑水平，最高的为欺骗，其次为逃避，最低为忽略。比如（参见同上，101—102页）：

问：这事是你干的吗？

欺骗式回答：不，不是我干的。

逃避式回答：我为什么会做那样的事情？

忽略式回答：（摇头表示“没有”）

“焦虑是不受欢迎和不需要的。……询问对象会实施一些行为以降低他在回复中所经历的内在焦虑水平。”（引自同上，102页）英鲍教授提供了以下参考准则帮助我们判断被发问者是否存在撒谎的可能（参见同上，102—107页）：

1. 逃避式：

不直接回答问题；

用问题替代回答:比如“为什么我会那样做”、“你认为我会冒着坐牢的危险去干那事”等等;

引用性撒谎:比如“就像在我的书面声明中所说的”、“我之前告诉过你”等等。

2.部分否认:比如问:“你拿枪对着他吗?”,答“我根本不拥有任何枪”。

3.限定式答案:

泛化陈述:一般来说,通常情况、实际上等等;

责备记忆:据我所知道的、就我能想起来的、如果我没有记错的话等等;

估测性措辞:我将不得不说、我的答案将会是等等。

4.加强式措辞:上帝为我保证、我发誓、我拿人格担保等等。

5.引入不利己的陈述:听起来很疯狂、可能你会不相信等等。

6.列举式解释:原因是(1)……(2)……(3)……

(四)抓住证人要害:不可能保证有时间对所有证人的弱点进行攻击,就算有时间,也不见得有必要这样做。对于证据链中的重要一环,或犯罪构成中的必要构成要件的一次成功攻击,就足以使控方不能排除合理怀疑。

“没有必要对证人的全部证言都各个击破,只要选择最薄弱的部分进行攻击就可以了。……特别是对专家证人进行反询问(编者注:反询问即交叉询问)时,这种方法尤为重要。”(引自《刑事辩护的技术与伦理》佐藤博史著,法律出版社,2012年9月第1版,第240页)

(五)使用简短问题,让法官自己发现结论,印象更为深刻(参见《走向法庭——律师庭审制胜战略》,[美]丹尼尔·艾·斯默著,国立波译,法律出版社,2005年3月第1版,196—197页):

结论性问题:昨天上午你花了很多时间在做家务?

系列短问题:你上午拖了全部5个房间的地板?

你上午洗了全家4人一周的衣服?

你上午准备了10个人中饭和晚饭?

(六)常见错误侦查讯问方法给发问的启示:

很多控方工作人员和辩护律师都曾具有一定的侦查经验,或多或少地接触过常见的错误侦查讯问方法。比如,威胁

## 张小明律师简介



京都上海分所律师,在中国执业十年以上,处理过大量诉讼案件。在商业贿赂防范和职务犯罪辩护、国际贸易领域犯罪与辩护、白领犯罪和合规等方面拥有丰富经验。在国际刑事司法、美国刑事司法、刑事诉讼比较等领域有较深理论研究。除律师执业经验外,张律师还担任过多年世界五百强美国公司法律部长,并从事过国际贸易实务多年。

如果不配合态度不好就加重处罚,改变供词以符合侦查机关要求就可以获得从轻处理的诱供。还有常见的引供和指供。比如(引自《侦查讯问话语实证研究》,曾范敬著,中国政法大学出版社,2016年6月第1版,288—289页):

引供举例

问:你是从哪个门进去的?

答:北边的门。

问:你再想想。

答:那是南门?

问:对吗?想清楚再说!

答:东门。

指供举例

问:你捅的他哪个部位?



答:我当时脑子是晕的,很慌张,不知道捅哪里了。

问:是不是捅到肚子上了?

答:好像是有一刀捅到肚子上了。

使用以上方法的发问应当被及时提出异议,理由是证人已经被引供或指供。

#### (七) 不允许使用引导性问题时的处理

1.在不允许使用引导性或诱导性问题时,要从另外一个角度,全面理解非引导性问题的以下作用:

“它强调这是证人的证词,而不是律师的”(引自《走向法庭——律师庭审制胜战略》, [美]丹尼尔·艾·斯默著,国立波译,法律出版社,2005年3月第1版,162页)

“它可以帮助避免快速交谈”(同上)

“迫使你更认真地听证人的话,而不是你自己的”(同上)

2.被迫使用非引导性问题时,可以尝试:

(1) 拆散问题。

(2) 使用提示语“其他的”和“下一个”之类的,比如“还有什么人在哪里?”、“接下来发生了什么事?”、“你下次什么时候见到他?”、“你那样做还有什么原因?”、“他们还去哪里了?”(参见同上,163页)

(3) 使用暗示性发问。这种发问可能具有诱导性,但界限比较模糊。比如:“他会不拒绝当众收钱吗?”、“他是你的下级,怎么敢半夜十二点打电话给你呢?”

(4) 使用限定回答范围的半开放问题,比如:“他把受害人打倒后,你又看到他做什么?”、“他报警之后,在警察到达前,你听到他说什么?”

(八) 防止发问中暗示了未定情节:在发问或引用中,对于不承认的人或情节,要加上“你声称的”或“你所谓的”之类的限定,防止落入圈套,或暗示事实存在只不过证据不足。比如(参见《对方证人》, (美) 史蒂文·莫罗和詹姆

斯·费格利罗主编,中国人民大学出版社,2013年4月第1版,第32页),

如果证人指认被告人就是抢劫行为人,千万不要问证人:“当本案被告人走进商店后,是直奔收银员而去吗?”或者“因为天黑,你看不清本案被告人的脸,是不是?”

更好的发问方式是:“那个你所谓的本案被告人,走进商店以后,是直奔收银员而去吗?”和“因为天黑,你看不清你声称就是本案被告人的那个人的脸,是不是?”

(九) 不同句式的区别:同样的内容,不同的发问句式,可能产生不同的语气和效果。这个需要根据情况,加以区别和选择。比如(参见《对方证人》, (美) 史蒂文·莫罗和詹姆斯·费格利罗主编,中国人民大学出版社,2013年4月第1版,第109页):

- 1.你在哪里见过他?
- 2.你不是在中山路见过他吗?
- 3.你在中山路见过他,不是吗?
- 4.你见过他,在中山路见过他。

(十) 观察证人:做好笔记,不断“窥视”证人的表情、态度(《周礼秋官司寇》中以五声听狱讼,求民情:一曰辞听,二曰色听,三曰气听,四曰耳听,五曰目听。《宋刑统》中更具体说明了证人不真实的表现:“观其出言,不直则烦。观其颜色,不直则赧然。观其气息,不直则喘。观其听聆,不直则惑。观其瞻视,不直则赧然。”

(十一) 预设好基础问题和答案,堵住证人退路:比如在确定受伤的原因时的如下发问(摘自《胜诉谋略:律师的诉讼策略与技巧》朱德锴著,法律出版社2012年1月第1版,第194页):

原告企图回避受伤是被他人打的事实真相,被告律师作如下发问:

问:“你在办理住院手续时叙述的病情都是事实,是吗?”

答:“是的。”

问:“按你在住院医疗记录中的陈述,你身上的伤是他人打的,不对吗?”

答:“……那是我随便说说的,不是事实。”

(十二) 连续发问:针对关键细节,可以采用多方位的集中、连续的发问,达到使得证人露出破绽和错误。比如:针对原告是否自己打开车门跳车这一细节的如下发问(内容概要摘自

同上,第205页):

问:原告跳车时,你站在客车的哪一侧?

答:左侧。

问:按你的说法,你是透过车窗看见原告打开车门的,是吗?

答:是的。

问:你是透过左侧墨绿色的车窗,看见原告打开右侧的车门,对吗?

答:(沉默)

问:你站在客车的左侧,亲眼看见原告从右车门跳车的,是吗?

答:我记不清了。

(十三)及时打断不需要的解释:

无论对于直接询问辩方的被告人和证人等,还是对于控方的证人等,如果已经得到答案,一般情况下要及时制止和打断辩方不需要的解释和继续发言。一来可以提高效率,二来可以防止破坏已有答案的效果,三来可以防止提供预料之外具有潜在风险的信息。比如(参见《对方证人》,(美)史蒂文·莫罗和詹姆斯·费格利罗主编,中国人民大学出版社。2013年4月第1版,第172—173页):

问:你刚才说你是设计和生产卷帘门的专家,对吗?

答:是的。

问:但是,你却从没有设计过这样的卷帘门,对吗?

答:没有。

问:你也从未在卷帘门公司工作过,对吗?

答:没有,但是……

问:没有就足够了。

(十四)适时提出异议(参见《刑事诉讼交叉询问之研究》王国忠著,中国人民公安大学出版社,2007年1月第1版,336页):

1.提出有效的异议可以给证人造成律师能力超过控方的印象,证人可能因此会紧张,露出破绽,或者不敢再说谎,或者更顺从律师发问。

2.同时,有效的异议还具有以下作用(参见同上,337页):

- ①控方不恰当地取得证据;
- ②为可能的上诉打下基础;
- ③揭露控方不公平的策略和手法;

④让控方感到尴尬,并打断思路。

(十五)虚假前提试探:发问中假设不存在的前提,无论如何回答,都说明陈述者在撒谎。比如:“你看到他在楼下是按门铃还是用钥匙开的楼道一楼的防盗大门?”(事实上,该楼道一楼没有安装防盗大门)

(十六)必要的重复:有时候需要进行必要的重复发问,以保证发问的连贯或提醒法庭注意发问和答案的重要。以下提问方式,可以尽量避免被异议和制止(内容参见《刑事辩护技能与技巧培训学习指南》顾永忠主编,法律出版社2010年12月第1版,第137页):

1.“你刚才没有回答清楚公诉人提出的某一问题,这个问题对案件定罪量刑至关重要,请你在向法庭详细回答一下。”

2.“刚才你回答某个问题声音太小,没有听清,你再明确、简要地讲一下。”

(十七)如何证明庭外文件的真实性:

有时为了向法庭证明庭外文件的真实性,可以向文件制作者从各个角度全面发问,甚至包括制作时的环境,尽力排除所有怀疑。比如(参见《对方证人》,(美)史蒂文·莫罗和詹姆斯·费格利罗主编,中国人民大学出版社。2013年4月第1版,第218—220页):

问:你知道这类报告很重要吗?

答:是的。

问:你已经接受了多久的训练?

答:8个月。

问:训练的重要部分包括如何准备报告吗?

答:是的。

问:训练包括如何准备草稿,就是事件发生时做准确地记录,是吗?

答:是的。

问:训练包括报告准备好之后也要保存草稿吗?



答: 没错。

问: 要求保留草稿的原因在于可以和报告进行对比, 是吗?

答: 是的。

问: 训练中你知道这类报告可能被用作证据接受法庭质证?

答: 是的。

问: 如果领导未批准你的报告, 你必须按照领导的指示进行修改, 是吗?

答: 是的。

问: 如果修改了, 那么修改前的报告就不使用了, 是吗?

答: 是的。

问: 如果领导指示你重新制作报告, 那么原来的报告就会被销毁, 并且没有人会保存副本, 是吗?

答: 是的。

问: 对于这个案件, 你被指示保留那些草稿, 是吗?

答: 是的。

问: 你也确实保存了那些记录, 你也知道法庭和律师都已看了那些记录, 对吗?

答: 是的。

问: 你在准备这个案件的报告时, 是否参考了你的草稿?

答: 是的。

问: 那样做的原因是为了确保报告的详细和准确, 是吗?

答: 是的。

问: 在报告提交领导时, 是否把草稿页交了?

答: 可能, 不太确定。

问: 领导是否因报告不准确而要求你修改或补充?

答: 没有。领导在报告上签了字, 没有修改, 没有要求准备新报告。

问: 所以, 你在准备报告时使用了草稿, 对吗?

答: 是的。

问: 你认为这个案件的草稿是完整、详细以及准确的, 对吗?

答: 你的报告是在你的办公室里准备的, 对吗?

答: 是的。

问: 那么, 我们可以这样理解准备的过程: 你拿着草稿去办公室, 静静地坐在那里, 竭尽全力准备准确的报告, 是吗?

答: 是的。

问: 你觉得办公室是一个很舒服的地方, 你和那些与你亲如兄弟般的警官都在办公室里, 你可以和他们中的任何人聊天。

答: 不错, 办公室是比在其他地方更舒服, 但是我不必与其他警官闲聊。

问: 我的理解是, 你在准备官方报告, 不是在大街上面对某些特殊事件。

答: 当然了。

问: 也没有秒表之类的东西提醒你必须在中午之前完成报告, 是吗?

答: 是的。

问: 因此, 你是在办公室里努力准备一份准确的正式报告的, 相对比较舒服, 没有人强迫你在某个时间完成报告, 从而可能导致它不正确或不准确, 对吗?

答: 是的, 是这样的。

(十八) 对证人的惯常行为模式进行发问, 以帮助证人回忆具体的对辩方有利的细节。比如:

问: 你儿子每天几点放学?

答: 下午三点一刻。

问: 你每天几点离开家去接他?

答: 下午两点三刻左右。

问: 周五也是这个时间吗?

答: 想起来了, 周五提前到二点三刻放学, 所以我两点一刻离开家的。

(十九) 证人的回答技巧:

1. “不要自告奋勇, 回答完问题就立即停止” (引自《走向法庭——律师庭审制胜战略》, [美]丹尼尔·艾·斯默著, 国立波译, 法律出版社, 2005年3月第1版, 170页)
2. “不要回答不明白的问题” (同上)
3. “如果忘记了, 就实话实说” (同上)

4.“不要猜测实际的细节(数据、数字等等),“不要通过猜测进行推理,阐述观点(可以有、应该有、将有、必须有)(同上)

5.“认真倾听带有暗示的问题(“还有什么其他……”“你确定……”)(同上)

6.听不清问题就要求重复发问,直到听清和理解正确。

7.回答问题前稍作停顿,以便留下足够思考时间、给辩护方流出时间向法庭提出反对。(参见《舌战手册》,林正和于志怡编译,中国商业出版社,2011年11月第1版,第203页)

8.如果被打断,重新开始时要回到被打断前的地方。(参见同上,第204页)

9.在对方要求仅回答“是”或者“不是”,如果你有充分理由需要解释,你可以简单地解释。(参见同上)

10.如果被问起是否事先和辩护方见过面和讨论过,可以如实回答见过面和讨论过。

11.注意倾听被控方抗议的问题、双方的理由、法官的裁判,并在以后的机会里把答案说出来。

12.“不能让证人死记硬背答案。……背答案的弊端在于一旦忘记了答案,就会发懵,或者提问的顺序一发生变化,就无法回答。”(引自《刑事辩护的技术与伦理》佐藤博史著,法律出版社,2012年9月第1版,第277—278页)

13.避免冗长的回答,避免给予对方发现疑点和不利点。

#### (二十) 将计就计的追问:

当明知证人在欺骗时,可以考虑使用将计就计的追问,逼其回答不了后续的问题。比如,在《胜诉谋略:律师的诉讼策略与技巧》(朱德锴著,法律出版社 2012年1月第1版)一书第218页中的以下案例,可以很好地说明这个方法的作用:

一被害人作证宣称被告人亲自指挥他人殴打被害人。辩护人明知证人作假,仍漫不经心地进行如下发问:

问:“按照你的说法,被告人亲自参与、指挥他人对你进行殴打,是吗?”

答:“是的。”

问:“既然是亲自参与、指挥,那么,被告人当时说了些什么话?”

答:“我记不清了。”

问:“被告人指挥他人将你打伤,你一定不会忘记被告人穿的衣服颜色,对吗?”

答:“(沉默),我记不清了。”

#### (二十一) 眼神体态和手势的运用:

侦查机关在庭审前对嫌疑人的讯问中,积累了很多有效的身体语言方法,以辅助和促进达到讯问的目的。辩护人可以参照其中的一些方法,灵活运用于庭审的发问中。当然,在法庭上还是要注意运用时的适度,以免被认为威胁、威吓证人。比如(参见《侦查讯问》,赵昌平主编,全国司法警官院校“十三五”规划教材,法律出版社,2015年5月第1版,第196-198页):

##### 1.眼神语:

漠视或轻蔑的眼光:表示已经识破伎俩,对证人表演的不屑一顾;

威严的目光:增加对方的思想压力;

凝视对方双眼:表明决不罢休的必胜信息;

心平如镜的眼神:显得胸有成竹,又不暴露意图。

##### 2.体态语:

笔直正面而坐:威严正视对方,可以产生威慑力量;

稍侧身而坐:创造不拘谨的气氛,便于对方放松;

身体前倾:表示注意倾听;

身体后仰:表示蔑视和怀疑;

耸耸肩:表示不屑一顾。

##### 3.手势语:

摆摆手:表示打断或者制止撒谎;

两手前伸两掌外翻:表明摊牌,暗示不要再狡辩。

(二十二) 在极其重要的证词面前保持冷静:无论你获得了对你极为有利的证言,还是极为不利的证言,都不要显露出任何的异常,除非你能确保异常的反应可以引起对方相反的推测。这个时候要考虑是否需要重复,还是继续不动声色地发问。如果轻易重复,可能会引起



对方警觉。

(二十三) 不要轻易对关键性的问题发问: 每一次开庭几乎都是奥运会的决赛, 一般情况下, 在同一个合议庭, 对于同样的问题法庭不会重复调查。这就要求发问人首先要避免犯错, 要稳妥地发问, 奇迹和戏剧性的场面不会经常出现。“大多数审判结果决定于哪一方在法庭盘问中犯了更大的错误。”(引自《法庭对质的艺术》, (美) 威尔曼著, 辽宁教育出版社, 2005年11月第1版, 第21页)

在这本有关交叉询问的世界级名著里, 威尔曼先生举了个想碰碰运气而彻底失败的律师的故事。他以为证人外表年轻, 看起来阅历很浅, 目前在律师事务所工作, 应该对精神错乱的判断力没有经验。

于是, 律师大胆地发问: “你一生中见过确定为精神错乱的人吗?” 没想到的是, 年轻的女证人停了一下, 开始咯咯笑了, 回答道: “大约有吧, 以往两年我在精神病院当过护理员。”(引自同上, 21—22页)

#### (二十四) 证人不直接回答的处理

有时证人不直接回答问题, 或者反问发问者问题, 以下方法可以参考使用(参见“Trial Advocacy in a Nutshell”, 5th edition, Paul Bergman, Thomson Reuters, 2013, page 323-327):

1. 重复发问;
2. 说明没有对答案内容发问, 而是发问(先前问题);
3. 请求法庭对不针对发问问题的答案内容不作记录, 并重新发问;
4. 请求法庭要求证人直接回答问题;
5. 对反问者声明现在是证人回答问题;
6. 对“可能”“也许”的模糊答案, 重复发问或适当调整用词后再发问。

#### (二十五) 证人解释答案的处理

有时证人会解释答案, 一般情况下不要允许解释。方法包括(参见同上, page 327—335):

1. 拒绝解释的要求;
2. 忽视解释, 重新发问;
3. 打断解释;
4. 请求法庭对解释部分不作记录;
5. 事先提醒只要回答是或者不是。

#### (二十六) 交叉询问十大戒律:

美国著名的欧文杨格教授(Irving Younger)提出的交叉询问十大戒律是经典的交叉询问技巧, 有很高的参考价值, 应当牢记。

1. 问题简明
2. 平实语言
3. 只用诱导问题
4. 事先准备
5. 倾听
6. 不争执
7. 不重复
8. 不允许证人解释
9. 问到即止
10. 保留观点到总结

## 十、发问与异议

对于控方的发问和被发问人的回答, 如果不符合法律规定, 辩方可以提出异议。除对于交叉讯问时是否可以使用引导或诱导式问题现行规则与实践和理由有重大冲突外, 以下异议从理论上将可以成立, 虽然目前规则并没有列举以下所有的不当发问和回答方式。

(一) 对对方的发问问题可以考虑提出以下异议: 无关联性、无资格作证、结论、不合格证人的意见、叙事、诱导、重复、假定待证事实、误导、模糊、不明确、无法理解、猜测、组合问题、争论性问题、不当定性、错误引用、不当弹劾等。

(二) 对证人的回答可以考虑提出以下异议: 相关性、结论、意见、不当定性、没有回答等。

(三) 另外,以下发问方式将被提出异议且获得法庭支持:

- 威胁证人;
- 损害证人的人格尊严;
- 侮辱他人;
- 诽谤他人;
- 威胁他人;
- 故意扰乱法庭秩序。

(四) 台湾地区“刑事诉讼法”第166条之7的规定比较清晰,可以参考:

- 1.下列之诘问不得为之:
  - 与本案及因诘问所显现之事项无关者;
  - 以恫吓、侮辱、利诱、诈欺或其他不正之方法者;
  - 抽象不明确;
  - 不合法之诱导。
- 2.除非有正当理由时,下列之诘问也不得为之:
  - 假设性事项或无证据支持之事实;
  - 重复;
  - 个人意见、推测、评论;
  - 对名誉、信用、财产有重大损害;
  - 未亲身经历或鉴定。

提示一下,诽谤的方式并没有在上述法条中列明,这点与大陆的规则不同。

(五) 异议举例:

- 1.诱导或引导
  - “你推了他一下,他就拿刀砍你,是吗?”
  - “看到她被欺负,你很愤怒,是吗?”
- 2.意见
  - (向非专家证人)“你觉得这个车门设计是否合理?”
  - (向专家)“你觉得被告人是否是故意的?”
- 3.模糊
  - 问:“你看到那些警官在干什么?”
  - 对方律师:“反对,时间模糊。”
  - 重问:“当你刚看到那些警官时,他们在干什么。”

(引自:“Evidence – Text, Problems, and Cases” 4th ed., by Ronald J. Allen & others, Aspen Publishers, 2006, page. 47.)

4.错误引用证词

“你刚才说的……(错误的引用)”

5.假定待证事实

“你被公司警告后是否对他产生怨恨?”  
(如果公司是否警告尚未被证实)

6.猜测

“如果车子离开远一点的话,你就能够避免撞上他,是吗?”

(引自“Trial Techniques” 8th edition, Thomas A. Mauet, Aspen Publishers, 2010, page 471)

7.多个问题

“你走进去之后看到了什么,手里当时拿东西了吗?”

8.结论/辩论/评论/评价

“既然你相距80英尺远,天又黑又下雨,整个抢劫仅仅持续了几秒钟,你不可能有好的机会看见劫犯的脸,是吗?”(引自同上, 472页)

9.没有回答问题

(问)“那天天气如何?”(答)“那天我没有出去。”

(六) 异议的及时

有时候证人回答较快,等异议时已经听到答案,或者当异议时整个问题已经全部说完,即使异议成功,被发问者已经听出发问者的意图,在接下来的回答中会顺着该意图回答。因此,有时候可以根据发问问题的句型,在问题没有全部说完之前提出异议,打断发问。比如说:

问:“总结一下,你刚才证实说……”

反对的理由可以包括:结论;错误引用;已经问答过。

(引自“Trial Advocacy - Planning, Analysis, and Strategy” Third Edition, Marilyn. J. Berger, John B. Mitchell, Ronald H. Clark, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, page 219)

又比如:



问：“你会怎么说，如果我告诉你芬特女士已经作证……”

反对的理由可以包括：猜测，评价，其他证人证言未隔离。（引自同上）

## 第四节 发问的其他注意事项

### 一、对鉴定人的发问

对于鉴定人的发问具有鲜明的特殊性，原因之一在于鉴定基本都涉及专业的科学技术知识、规则和经验，而大多数辩护律师不具有这些能力。即便辩护律师可以向有专门知识的人求教，甚至申请他们出庭，辩护律师仍然必须对涉及的专业知识有足够的了解以达到可以提出相关问题的程度。

第二个原因在于鉴定意见本身具有复杂性和科学层面上的非终结性，很多鉴定意见很难获得专家的一致认可。“英美国曾对精神病的鉴定结果进行统计，80%的精神病鉴定意见是不一致的，不一致就说明了鉴定的科学性真实性都是应当存疑的。”（引自《刑事证据规则论》，侯东亮著，法律出版社，2015年9月第1版，第201页）

然而，法官在实践中却过度依赖于鉴定意见。“在司法实践中，鉴定意见采信率过高已经成为司法的怪状。根据实证数据，近乎99.9%采信率暗示着法官已经放弃实体裁判，同时鉴定人出庭作证比例极低；据不完全统计，当前鉴定人出庭率仅为百分之5%。”（同上，第203页）

对于鉴定意见，常见的考虑角度包括：

1. 鉴定人与案件的关系；
2. 鉴定人与被告人、被害人的关系；
3. 鉴定机构和鉴定人是否具有法定资质；
4. 鉴定人是否受到外界的干扰和影响；
5. 鉴定的依据和材料；
6. 鉴定的设备和方法；
7. 检材的来源、取得、保管、送检；

8. 鉴定程序；
9. 鉴定的过程和方法；
10. 鉴定意见与其他证据的关系；
11. 鉴定意见是否有科学依据。

从发问的角度，以下参考问题可以开拓思路（参见《走向法庭——律师庭审制胜战略》，[美]丹尼尔·艾斯默著，国立波译，法律出版社，2005年3月第1版，第11章表格）：

1. 让他承认他不是案件涉及的具体领域的专家或者学科专家。
2. 让他承认他的实践领域不包括案件所涉及的论题。
3. 让他承认你的专家是这个领域的专家或者从业者。
4. 同意对你的案件有利的假设，或者回避不利的假设。如果有对假设强有力的支持证据则更有效。
5. 当直接询问中的假设没有足够的证据来支持时，使用假设性问题，用以测试证人的知识或者观点。
6. 关于可能性的假设性问题。在专家认为意外也许不是受伤的原因时，交叉询问可以询问这类的意外有没有可能导致此类的伤势。
7. 证人承认他在形成自己观点时曾查阅文本。
8. 证人承认文本是权威的。
9. 这个领域的专家依赖该书。
10. 该书被认定是具有权威的。
11. 在这个领域中此书是标准性的。
12. 显示证人没有亲身经历事件，而是从其他当事人的口中得知细节。通过打击其他当事人的可信度来降低证人的可信度。
13. 表明证人没有对其他的，对你有利的证据加以考虑。
14. 问证人他有没有可能错。如果答案是肯定的，利用它。如果是否定的，询问他是否曾经错过。
15. 询问证人他是否曾经和其他专家争论过。

二、多学科方法的运用（参见《论质证》，尚华著，中国政法大学出版社，2013年11月第1版，223页-250页）

#### （一）逻辑学

1. 矛盾律：  
迫使证人承认或无法否认事实上的自相矛盾，是最常见

的发问想要达到的效果。并且,“自相矛盾意味着证人在不同场合作出了不同的供述(说话有矛盾),这本身就会损害证人的可信性。”(引自《刑事辩护的技术与伦理》,佐藤博史著,法律出版社,2012年9月第1版,第243页)

但是,要注意的是,“证人陷入决定性的矛盾之中时,询问者容易犯的错误是无目标的叮嘱式追问,例如,你为什么作出不一致的陈述。有时这种询问会导致致命的错误。”(引自同上,第244页)因为你并不知道证人将如何解释、狡辩,或者真的有什么原因,而这些解释和原因可能彻底破坏你好不容易得到的证人的自相矛盾。

## 2. 证据矛盾的体现:

- (1) 单个证据内部的矛盾;
- (2) 同一陈述者不同陈述之间的矛盾;
- (3) 不同陈述者之间的矛盾;
- (4) 言词证据与实物证据的矛盾;
- (5) 证据与常识经验的矛盾。

## (二) 心理学

1. 认知心理学证实信息失真的环节: 感知、记忆、陈述的失真。

关于失真的原因,根据《刑事诉讼中证人证言相关问题研究》(秦野著,中国人民公安出版社 2016年1月第1版,参见第27—58页)的介绍,在各个阶段,如下因素可能是造成失真的原因:

- (1) 感知阶段:
  - ① 证人所处的现场位置;
  - ② 证人与案发现场的距离;
  - ③ 案件偶然突,证人没有充分的感知时间;
  - ④ 光线: 比如白天裸眼视力1.5的人能够清楚分辨颜色的可视距离为500m左右,而晚上,能够清楚分辨颜色的可视距离几乎为零。另外,同为一种颜色,在灯光下与月光下,人们感知到的是不一样的。

⑤ 温度: 人体对温度的感觉最为直接。例如,证人在回忆时间时,只记得当时很冷,所以可能时间在寒冷季节。

⑥ 证人情绪: 极端的恐惧、厌恶等情绪,可能影响证人真实、清晰、全面地感知与案件相关的正确信息。

⑦ 注意力: 如果事物的形态、大小、颜色等存在与周围环境或通常状态明显差别,或构成鲜明对比时,容易引起证人

的注意。反之,则容易被忽视。

⑧ 错觉: 心理学中常见的错觉可能严重影响感知的正确性,比如: 垂直线与水平线的错觉、图形背景的影响、违反透视规律的错觉、对象和背景关系的错觉、两可图形和定式错觉等等。

(2) 记忆阶段: 以下因素可能造成失真:

① 识记阶段: 对象, 频率, 注意, 情绪, 方法;

② 保持阶段: 时间, 加固, 年龄, 专业知识, 联想;

③ 再现回忆阶段: 重建过程中的篡改和歪曲。

(3) 陈述阶段:

① 动机的影响: 以下动机可能造成陈述阶段的失真: 正义感, 责任感, 虚荣心, 私欲和报复, 明哲保身, 同情心理, 有顾虑、被威胁恐吓, 在审理时发现对被害人不利、记忆恢复, 怕受惩罚, 良心发现, 压力解除, 报复和反报复, 发现不能自圆其说等等。

② 暗示的影响: 以下常见暗示对陈述的真实性有很大影响: 侦查人员带有暗示性的询问、闲聊、议论、庭审过程中情景、权威、舆论。应当高度注意。

2. 证人的心理特点: 希望得到法官的正面评价, 讨厌被不信任:

(1) “除非有充分的其他证据, 尽量不要直接正面否定证人在直接询问中的陈述;”

(2) 不要重复已经发问过的问题, “证人一般不会自己轻易地否定自己的在先陈述。”

(3) “证人具有易受暗示性的心理特点”, 印象深刻程度不同, “证人自己可能没有意识到这些模糊或缺失的细节, 从而为联想或受暗示留下了空间。”

3. 发问过程中的心理利用:

(1) 赢得合作: “一开始就要亲切有礼貌”, 尽力获得合作者、“客观正义且值得信任的感觉”。(引自《论质证》, 尚华著, 中国政法大学)



学出版社, 2013年11月第1版, 235页)

(2) 虚假陈述的蛛丝马迹: (参见同上, 237页):

- ①声音不稳定;
- ②眼神空洞;
- ③没有表情;
- ④身体不停移动;
- ⑤背诵故事;
- ⑥语言不符合教育和身份;
- ⑦突然开始或停止的行为。

4. 揭示虚假陈述的心理学方法 (参见同上, 238—239页)

①在有其他充分证据的情况下, 直接正面攻击;

- ②在细节中发现矛盾;
- ③改变发问循序, 快速、跳跃式发问;

④顺着虚假陈述, 继续追问, 直到暴露矛盾、漏洞、可笑、反常之处;

⑤明知证人撒谎, 让其陈述虚假细节和周围情节, 最后点破, 突出显示证人满口假话, 情节恶劣, 具有极大的杀伤力和法庭效果。比如 (以下引自《法庭对质的艺术》, (美) 威尔曼著, 辽宁教育出版社, 2005年11月第1版, 第148—150页)

问: “你说你看到立遗嘱者签上这个文书?”

答: “我看到的。”

问: “你作为立约证人, 曾按他的请求签了字吗?”

答: “签了。”

问: “封口用红火漆还是用黑的火漆?”

答: “用红火漆。”

问: “你看见他用红火漆封好封口吗?”

答: “我看到的。”

问: “他在遗嘱上签字加封是, 人在什么地方?”

答: “在床上。”

问: “请问用的红火漆有多长?”

答: “大约三英寸长。”

问: “谁把火漆给立约者呢?”

答: “我给的。”

问: “你从哪儿拿到火漆的呢?”

答: “从他书桌的抽屉里。”

问: “他怎么融化那块火漆呢?”

答: “用根蜡烛。”

问: “蜡烛是哪里来的?”

答: “我从房中一个橱子里拿到的。”

问: “你说那根蜡烛有多长?”

答: “也许四五英寸长。”

问: “你记得谁点蜡烛的吗?”

答: “我点的。”

问: “用什么点的呢?”

答: “哦, 用火柴呗。”

问: “你从哪儿弄到火柴呢?”

答: “从房间火炉架上拿到的。”

问: “现在, 先生, 你按照庄严的誓言, 你看到了立约者签了遗嘱。他在床上签的。你也按照他的请求作为立约证人在遗嘱上签了字。你看见他封了遗嘱。他用的是红火漆。一根大约三英寸的火漆。他用你从橱子里找的一根蜡烛点上蜡。你是用火炉架上找到的一根火柴点了这根蜡烛, 对吗?”

答: “我这么做了。”

问: “再问一次, 先生, 按照你的誓言回答, 你做了这些吗?”

答: “我做过这些。”

问: “大人, 您会看到这些遗嘱是用一张封缄纸封上口的。”

总之, 有效的发问是顺利进行法庭调查的重要部分, 也是最体现辩护律师应变能力和智慧的时刻。精彩的发问将给之后的质证和辩论打下坚实的基础。

鉴于发问是一项实务技能, 仅靠书面知识和他人经验是远远不够的。只有通过大量的演练和实务操作, 才能积累起足够的经验, 形成自己的风格, 最终达到炉火纯青的地步。

# 在处罚决定的肩膀上看“内幕交易”

■ 赵婉彤 / 文

在证监会作出的行政处罚案件中，涉及内幕交易的案件数量较多，且都颇具典型性。如2016年8月5日证监会将宝莫股份一场获利丰厚的内幕交易详情公之于众。该案涉案金额相当巨大，处理力度也着实不小，罚没金额累计超过6000多万元，其中，涉案账户交易IP地址和MAC地址等均成为相关证据。值得关注的是，该案非常具有典型性，即利用“马甲”炒股。

目前是大数据时代，各种信息都有记录，违规操作很容易被发现，“从个股内幕交易来看，处罚力度还是很大的，比如一个上市公司财务造假可能罚60万元，但个股内幕交易可能罚几百万元。”并且很有可能涉及刑事犯罪。

全国政协原副主席苏荣的女婿之一、安华农业保险股份有限公司原董事长刘志强，就因犯挪用资金罪，及内幕交易罪，且内幕交易一项“犯罪情节特别严重”，被河北省承德市中级人民法院一审判处有期徒刑五年，并处罚金人民币二千万元<sup>[1]</sup>。而最近审理的“陈海啸证券内幕交易案”在安徽蚌埠中级法院开庭审理。安徽皖瑞税务师事务所原负责人陈海啸被控在上市公司“东源电器”“巢东股份”的重组过程中依靠内幕交易非法获利1亿余元，而涉嫌向其泄露内幕信息的，正是在资本市场上有“投行大佬”之称的原平安证券总裁、华林证券董事长薛荣年。<sup>[2]</sup>由此可见，内幕交易是中国股市目前最大的弊端之一，几乎每一起重组案例中都存在着内幕交易行为，尤其在创业板和中小板，内幕交易已经登峰造极。所以，从市场交易层面看，证监会对于打击和防控内幕交易违法行为的力度势必不断加强。

所谓内幕交易，是指证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人在内幕信息公开前，买卖该证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券的违法行为。

## 一、关于内幕交易

### （一）内幕信息的认定

关于内幕信息的认定《证券法》第六十七条第二款与第七十五条都有明确的规定。据此，内幕信息具有两个重要特点，非公开性以及重大性。此外，《证券法》第七十五条第八项规定了兜底条款：国务院证券监督管理机构认定的对

证券交易价格有显著影响的其他重要信息。其中应注意，若相关重大信息事先已经进行公告，但是实际上市公司进行的投资计划与具体合作方已产生变化，与此前所公告内容不相符，此投资计划仍然属于内幕信息的范畴。

### （二）获取内幕信息适用职务推定的方式

《证券法》第七十四条规定用列举的方式规定内幕信息知情人，但其实是开放性列举。此处，应注意该条款的第四项。个人行政责任部分，除一般所知的董事、监事、高级管理人员外，所任公司职务可以获取公司有关内幕信息的人员被列为法定内幕信息知情人。第一，其职位为管理性职务，第二，具备条件参与内幕信息的形成或知悉到内幕信息。此项可以理解为董事、监事、高级管理人员的延伸以及补充。

### （三）证监会通过对交易账户的变动情况判断行政处罚相对人是否利用内幕信息进行交易

账户资金有大金额交易的异动。

“内幕交易”的其他常见情形：

1. 控制、利用他人（熟人）的证券账户买入股份并交易；
2. 知悉内幕信息及共同筹集资金；
3. 知悉内幕信息并交易股份，泄露内幕信息并建议他人买卖股份。

### （四）证监会对内幕交易罚款数目具有裁量权

《证券法》第二百零二条 证券交易内幕信息的知情人或者非法获取内幕信息的人，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息公开前，买卖该证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券的，责令依法处理非法持有的证券，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足三万元的，处以三万元以上六十万元以下的罚款。单位从事内幕交易的，还应当对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万元以上三十万元以下的罚款。证券监督管理机构工作人员进行内幕交易的，从重处罚。

1. 对违法所得的计算采取实际获利法。

（1）获利型内幕交易：证监会通常采用直接计算买卖



差价的简单方法；

(2) 避免损失型交易：证监会采用了该内幕信息公告日作为计算基准日，以实际卖出时的股票金额减去卖出股票在计算基准日的虚拟市值来计算违法所得的方式：

违法所得（避免的损失）= 累计卖出的金额—卖出证券在基准日的虚拟市值—交易费用

卖出证券在基准日的虚拟市值= 卖出股票数量 × 基准日该股票的收盘价<sup>[3]</sup>

2. 《证券法》规定证券监督管理机构对内幕交易人应没收违法所得，并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款。通过对行政处罚书的初步分析，可以观察到实践中证监会对违反《证券法》202条的内幕交易人一般进行没收违法所得以及处以三倍罚款的处罚。尚未见证监会对行政处罚相对人进行顶格处罚的情况。

其次，实践中证监会对违法情节与社会危害程度较轻的行政处罚相对人在法定处罚幅度内处以较轻的处罚。违法情节与社会危害程度主要以内幕交易违法所得数额作为判断标准。具体而言，对内幕交易违法所得在十万元以下的且违反行政处罚相对人，进行没收违法所得并处以一倍罚款的处罚。

3. 没有违法所得或者违法所得不足三万元的，处以三万元以上六十万元以下的罚款。但，在实践中，证监会一般对没有违法所得或者违法所得不足三万的内幕交易行政处罚相对人处以六十万元的顶格罚款，但有例外情况。

4. 态度良好、积极配合调查在调查中并不能成为从轻处罚的情节，但目前在内幕交易中行政处罚决定书中，被采纳的有效申辩事项为证监会认定的内幕信息敏感期与事先告知书不一致，证监会对此会进行重新复核，并把在非敏感期的交易所得从行政处罚相对人的违法所得当中剔除。

## 二、相关的法律法规

1. 《证券法》第七十三条、第七十四条、第七十五条、第七十六条；

2. 《上市公司信息披露管理办法》当中也有对“内幕交易”违法行为的规定，证监会的部分行政处罚也以此为依

### 赵婉彤律师



京都律师事务所合伙人，2008年开始从事律师工作。赵婉彤律师执业以来，为公司提供法律顾问服务。主要从事企业并购重组、投融资业务并代理了大量民商事案件，积累了较丰富的律师经验。

据。例如在〔2016〕95号中国证监会行政处罚决定书（满善平、孙立明、宋君燕等5名责任人员）中，证监会认为：本案内幕信息为上市公司宝莫股份对外投资收购资产，相关信息存在从宝莫股份与锐利能源双方合作向宝莫股份、康贝石油与锐利能源三方合作的演变过程，整个谈判过程中宝莫股份起主导作用。根据《上市公司信息披露管理办法》第三十条第二款第（二）项和《深圳证券交易所股票上市规则》第九章9.2（一）的规定，宝莫股份本次对外投资收购资产的信息属于应披露的“重大事件”，自形成之日起至2014年1月21日公告前，该信息属于《证券法》第六十七条第二款第（二）项和第七十五条第二款第（一）项规定的内幕信息。<sup>[4]</sup>

## 三、法律风险回避要点

### 1. 违法行为主要主体

上市公司高管，一般工作人员利用职务便利。上市公司董事、监事及高级管理人员由于直接参与公司经营管理，能够更为便捷和及时获知上市公司的重要尚未公布的内幕信息，与其他公众投资者相比具有信息方面的优势。这种信息不对称，容易为这些内部人员所利用，并进行内幕交易活动。从近年来证监会内幕交易案件的处罚情况来看，上市公司董事、监事及高级管理人员是主要的内幕交易行为主体。

### 2. 内幕信息知情人

根据《证券法》第74条可知，内幕信息知情人主要是指因职务而知悉内幕信息的机构或人员，具体包括：发行人的董事、监事、高级管理人员；发行人控股的公司及其董事、监事、高级管理人员；证券监督管理机构工作人员；保荐人、承销的证券公司、证券交易所等七类人员。

根据《上市公司重大资产重组管理办法》第41条，除了《证券法》第74条规定的这七类机构或人员以外，在重大资产重组过程中，“因提供服务和业务往来等知悉或者可能知悉股价敏感信息的其他相关机构和人员”也属于内幕信息知情人员。在“江泉实业”案中，当事人周继和及其代理律师申辩道，提供信息的张某业并不属于《证券法》第74条规定的内幕知情人类型；而证监会指出，本案所涉事项是关于

重大资产重组的信息，根据《上市公司重大资产重组管理办法》第41条，张某业作为唯美德科技和江泉实业的中间介绍人，也属于内幕知情人。因此，正常交易应避免自己的职权范围。

### 3. 内幕信息判定标准

(1) 该消息是否具有重要性，主要考虑的是当事人交易所依据的信息是否属于《证券法》第六十七条第二款第(二)项规定的“公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定”；

(2) 该消息是否具有非公开性，主要考虑的是当事人获取相关信息的时间点是否在内幕信息敏感期(通常是内幕信息形成到公司发布停牌公告之日之间)内。根据上述案件可分析得出，证监会一般将公司着手《证券法》第六十七条第二款第(二)项下之行为的意愿出现之日认定为内幕信息形成之日，如“利欧股份”案中上海漫酷与利欧股份互相表达合作的意愿之日作为内幕信息形成之日。

因此，正常交易应避免上述范畴。

### 4. 内幕交易行为判定标准

(1) 交易时间点与获知内幕信息时间的一致性；

(2) 交易行为是否异常，主要考虑的是当事人的操作方式、交易量与其日常交易情况的差异度。

通常情况下，如果当事人交易时间与其联系内幕信息知情人时间大致吻合(不要求高度吻合)，且交易量、交易方式和以前明显不同，证监会就会认定是内幕交易行为。一般正常交易应尽量避开关键信息的时间范畴，避免被追究。

### 5. 关于内幕交易行为的证据认定问题

监管机构提供的证据能够证明以下情形之一，且被处罚人不能作出合理说明或者提供证据排除其存在利用内幕信息从事相关证券交易活动的，人民法院可以确认被诉处罚决定认定的内幕交易行为成立：(一) 证券法第七十四条规定的证券交易内幕信息知情人，进行了与该内幕信息有关的证券交易活动；(二) 证券法第七十四条规定的内幕信息知情人的配偶、父母、子女以及其他有密切关系的人，其证券交易活动与该内幕信息基本吻合；(三) 因履行工作职责知悉上述内幕信息并进行了与该信息有关的证券交易活动；(四) 非法获取内幕信息，并进行了与该内幕信息有关的证券交易活动；(五) 内幕信息公开前与内幕信息知情人或知晓该内幕信息的人联络、接触，其证券交易活动与内幕信息高度吻合。

由此可见，只要我们认真分析前车之鉴，总结出一般规

律和常见法律风险，就可以以法律为准绳，从实体和证据等角度，做好提前预防；即使被立案调查，也可以充分用好手中的证据予以证明，尽可能降低损失。

## 四、注意事项

### 1. 上市公司注意事项

(1) 缩短决策流程，减少泄露可能：缩短决策时间，缩小参与范围；及时停牌，避免信息扩散，减少交易窗口。

(2) 增强保密意识，杜绝泄露信息：筹划重大事项，应及时告知相关各方保密；如果预计无法保密，应立即停牌，或者立即披露。

### 2. 上市公司高管注意事项

(1) 内幕交易亏损同样违法，知悉敏感信息并不违法，但应戒绝交易，做好保密；

(2) 一旦开始商谈，即使没有签约，也必须保密，无论重组是否成功，同样涉嫌内幕交易；

(3) 获知敏感信息后，自己不要买卖相关证券，不要“借用”他人账户交易，不要“指使”、建议他人交易。无论是为了本人利益，还是他人利益，买卖证券都要受罚；

(4) 使用配偶、亲属、朋友的账户未必能够成功隐身，配偶、亲属、朋友有可能构成共同违法或犯罪；

(5) “打听消息”很可能会牵涉内幕交易，将打听来的消息告诉他人，可能构成泄露内幕信息。“过失”泄露内幕信息也是一种内幕交易。

### 参考文献：

[1] 新浪网：安华农业保险原董事长涉内幕交易 非法获利六千万，2016年10月17日16:48 新浪综合，<http://finance.sina.com.cn/money/insurance/bxdt/2016-10-17/doc-ifxwpar8272771.shtml>，最后访问日期：2017年1月22日。

[2] 中国法院网：蚌埠法院一审开庭审理一起涉嫌内幕交易案，2017-01-21 11:49:51 | 来源：法制日报——法制网，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2017/01/id/2530857.shtml>，最后访问日期：2017年1月22日。

[3] 彭冰：《内幕交易行政处罚案例初步研究》，载《证券法苑》(2010)，第三卷，第86-130页。

[4] [2016] 95号中国证监会行政处罚决定书(满善平、孙立明、宋君燕等5名责任人员)



# 法眼下的北京地铁辱骂事件

## 律师团队成员

陈宇，毕业于中国政法大学，法学院

任视宇，毕业于吉林大学，法学院

殷俊茹，毕业于清华大学，经济管理学院

周海琼，毕业于北京师范大学，心理学院

梁成栋，毕业于北京大学，法学院

吴希瑞，毕业于西南政法大学，民商法学院



陈宇



任视宇



殷俊茹



周海琼



梁成栋



吴希瑞

## 事件回顾

2017年3月4日，一段拍摄于北京地铁十号线车厢的视频在网络流传。视频中，一年轻男子不断辱骂两名女子，语言粗鲁，行为蛮横，最后甚至抢夺手机后，将女子一把推下即将关闭的地铁车门。该视频的内容发布后，一石激起千层浪，引发了网友们激烈的讨论。

2017年3月5日凌晨2:25分，北京警方通过微博发布通报称，针对网友反映的一段拍摄于北京地铁十号线的车厢的视频，警方已经关注，并开展调查。同日凌晨6:45分左右，北京警方再次发布通报称，经过警方连夜工作，现已将嫌疑人张某（男，17岁）查获。

2017年3月6日，警方依法查清并向社会公布案情始末。经调查，因当事女子蒲某某和胡某某请求张某扫手机二维码推销产品遭拒，引发争吵，后张某对二人实施了辱骂、抢手机、推等行为。在警方调查过程中，张某对自己的违法行为深感后悔，并对蒲某某、胡某某等二人真诚道歉，获得了对方谅解。因张某悔过态度好，系未成年在校学生，且初次违反治安管理处罚法。警方依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的有关规定，对张某决定行政拘留5日，并依法不执行行政拘留。对当事女子蒲某某、胡某某二人在地铁车厢要求他人扫码推销产品等涉嫌违反地铁运行管理的行为，警方已通报相关责任单位，并对二人进行教育。

对于此次事件，网友们踊跃地表达自己的看法，可谓

众说纷纭。笔者认为，此次事件可以从以下几个角度进行探究：

## 针对男子行为是否违法

从网传的视频当中我们可以看到，该名当事男子共进行了三类典型行为，分别是辱骂、抢夺手机和地铁门关闭前推人，我们将从法律角度探讨这三类行为是否涉嫌违法，以及涉嫌哪些具体罪名。

### 第一个行为——辱骂 = 侮辱罪？

从视频显示来看，该男子针对两名当事女生一直肆意谩骂，进行激烈的语言攻击，对其人格尊严进行侮辱和诋毁。该男子行为是否构成我国刑法上的侮辱罪呢？

罪名解释：侮辱罪是指使用暴力或者其他方法，公然贬损他人人格，破坏他人名誉，情节严重的行为。侮辱罪客观上使用暴力或者其他方法，公然败坏他人名誉，主观上只能是故意，即行为人明知自己的侮辱行为会造成败坏他人名誉的危害结果，并且希望或者放任这种结果的发生。

分析探讨：侮辱罪作为亲告罪，也即被害人告诉才处理的罪名，不告诉对这种犯罪就不提起诉讼。并且，侮辱罪是情节犯，我国刑法中明确规定行为公然侮辱他人的行为，必须达到“情节严重”的程度，才构成犯罪并予以立案追究，视频中该男子的辱骂行为没有造成严重后果，情节也

未达到所谓的严重标准，因此不能将该男子以侮辱罪定罪处罚。

### 第二个行为——抢夺手机 = 抢夺罪？

视频中显示，在其中一名当事女子打电话报警时，该男子突然将其手机抢走，并在对方几次要求归还的情况下仍拒绝归还。此种看似带有很大“争抢”成分的行为是否构成我国刑法上的抢夺罪呢？

罪名解释：《中华人民共和国刑法》第267条针对抢夺罪作出明确的量刑规定，所谓抢夺即是指乘人不备、出其不意，使财物所有权人不及抗拒便夺取其财物。

另根据最高人民法院2002年7月15日通过，7月20日起施行的《关于审理抢夺刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第1条的规定，抢夺公私财物价值人民币500元至2000元以上的，为“数额较大”。

分析探讨：该男子乘女子不备，使其不及抗拒并使用暴力取得财物，符合抢夺罪构成的先决行为条件。

另外抢夺罪的构成要件中有对财物数额作出规定，从视频中大致可以判断该名女子使用的是智能手机，据了解，目前市面上展卖的智能手机价值大都在500元以上，甚至更高，因此案中手机应属于数额较大的财物，满足抢夺罪中有关财物数额的构成要件。

但伴随着视频中事情进展的后续，该男子并未将所取得的财物即手机据为己有，而是在屡次告知当事女子下车即返还后，于地铁门即将关闭之前将手机扔还，此不符合抢夺罪以非法占有为目的的构成要件，因此不能以抢夺罪给该男子定罪量刑。另据事后公安方面的回应，该男子扔出的手机并未造成损坏，此亦然不构成刑法上的故意毁坏财物罪。

### 第三个行为——地铁门关闭前推人 = 故意伤害罪？

该男子在地铁门警示铃响起后将当事女子强行推下地铁的行为，有很大的危险性。但我们可以据此作出两项分析判断。

其一，如果该男子将当事女子强行推出车外，而女子因此摔倒受伤，就很可能构成故意伤害罪，其关键在于判定男子是否有伤害女子的主观故意，还有男子的暴力行为与女子受伤后果之间是否具有刑法上的因果关系，这是断定当事男子是否构成故意伤害罪的重要判断基准；

其二，随着科技的进步与应用，北京地铁防护装置上拥

有防挤压和再开闭功能，地铁司机也会在每一站次发车前多次进行瞭望，多人反复确认后才会关门启动，因此即使有人被地铁防护门夹住，也会及时再次开启，对当事人的身体挤压不会过大。但即使如此，该男子的行为仍对女子的人身安全构成一定的风险。总的来讲，该男子的强推行为不足以直接现实地损害该女子的人身健康，事后有关部门的反馈也未反映有当事女子受伤的情况，因此不能以故意伤害罪给当事男子定罪量刑。

综之，该男子的行为尚未上升构成至我国刑法上所规定的罪名，其行为应基于我国治安管理处罚法的有关规定进行必要的处罚。我国治安管理处罚法第二十三条第三款中“扰乱公共汽车、电车、火车、船舶、航空器或者其他公共交通工具上的秩序”的行为，应处警告或者200元以下罚款；情节较重的，处5日以上10日以下拘留，可以并处500元以下罚款。

因张某悔过态度好，系未成年在校学生，且初次违反治安管理处罚法。警方依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的有关规定，对张某决定行政拘留5日，并依法不执行行政拘留。

## 针对两名当事女子要求“扫码”的行为是否合法

据北京市第十四届人民代表大会常务委员会第十五次会议于2014年11月28日通过2015年5月1日起施行的《北京市轨道交通运营安全条例》第四十三条第十六款：“禁止下列危害轨道交通运营安全的行为：在车站、车厢内派发广告等物品”的规定，两名当事女子在地铁内寻求乘客扫码的商业行为正是上述条例所禁止的。在北京生活的人都知道，地铁内扫码推销以及乞讨卖艺的行为现象层出不穷，在很大程度上干扰了乘客的休息与情绪，对“应邀”扫码乘客的手机账户埋藏了潜在的安全隐患。事件的后续，公安机关已通报相关责任单位，针对两名当事女子的行为进行了批评教育。

## 小结

尊重他人，尊重自己。学法、守法、懂法、用法，维护社会治安环境，需要大家共同坚守与践行。



# 保护共享单车 方便明天出行

■ 白而强 / 文

共享单车，这个诞生不足两年的新兴行业，据说已经集纳了40多亿元资本涌入，黄绿蓝粉……各种鲜艳颜色的小单车成为各个城市街头的一道风景。

## 单车乱象

共享单车为一大批学子和上班族提供了便利，也为苦于“最后一公里”的群体提供了极大方便。无疑，这种“无烟交通工具”同时还为城市空气的净化作了贡献。这个新生事物，应该受到大家的爱护。

但是，我们实际看到的现象却是，由于使用者的“随意”，很多漂亮的单车被放置在他们本不该出现的地方。

这其中有些是使用者为了自己眼下的方便，一直骑到冷僻寂静的目的地，下车撒手不再管；有些人是为了自己“下次使用”的方便，像私车一样骑到自己家门口，再“精心”地将车子放置在一个不引人注意的角落；更有的人是使用完随手一推，弃之如敝履。

共享单车的乱停乱放，正在成为城市管理的一大问题。

另外，据业内人士介绍，共享单车上市没有多少时间，就有“高智商”者把自己的“才华”集中用于破解车锁密码上，竟然成功了，使得自己和“同盗”们能够任意免费用车。此举迫使各共享单车商不得不将精力和财力立即集中到升级车锁安全系数上。据说现在的车锁已经集成了很多种功能。

但是，“道高一尺，魔高一丈”。

## 白而强律师



白而强律师，自1984年从事律师工作，1998年加入京都律师事务所，从业二十余年，有丰富的法律服务经验。

无须仔细观察就会发现：“破解密码，免费使用”之手刚被斩断，共享单车行业又因影响了“某些行业”赚钱而遭到忌恨。于是，就有很多这种漂亮的小车子先先后后地被遗弃在它们不该去的地方，甚至干脆被扔进污水坑、杂草丛！

上述种种，在冲击城市管理秩序的

同时，影响着共享单车未来的命运。

## 保护单车

规范单车管理及保护单车安全，就是在保护每位公民明天方便出行的权利。而规范和保护的责任就责无旁贷地落在共享单车经营者的头上。

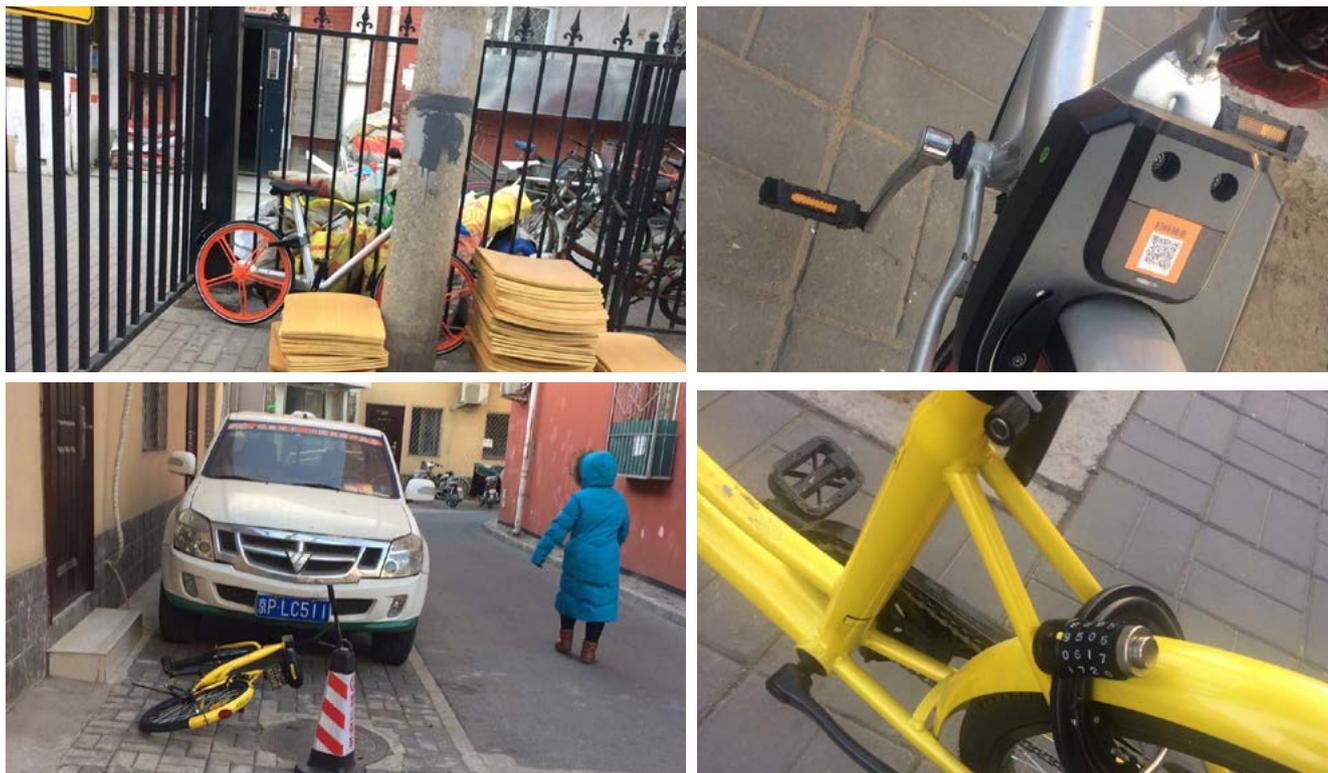
规范和保护首先要制定可行的能同时约束使用者和经营者双方的游戏规则，而制定规则的基础则是预先设置能够保证规则得到执行的技术集成方案——在IT技术已经很成熟的现在，这应该不是很困难的事。

技术集成，即将使用者和经营者对盗车的控制和使用的多种可能性都集成在固定模块中，双方通过模块可以有效地实现互动，互通，互制。

据查，2015年摩拜单车就研制了智能锁。目前车上使用的圆形锁扣集中了多种通讯模块，几乎相当于一部手机。用户每次扫码开锁实际上就是通过“窄带物联网”将信号传输到智能车锁



被任意停放的单车。拍摄：白而强



被任意停放的单车。拍摄：白而强

的SIM卡上，收到命令后车锁才会自动打开。正是得益于这个智能锁，使得摩拜单车能够对每一辆车进行精准的定位，同时可以将更多与用户有关的数据收集起来。

摩拜单车对使用者的约束力也很强。一位使用者有一次就曾因忘了落锁，专门跟单位请了假去“追车”。如果不上锁导致车子丢失，未落锁的使用者就可能要赔偿2000元。这位使用者根据客服提供的车辆定位，花了大半天才把车子追回来。

摩拜的经验为单车的有效管理提供了样板。有了技术集成的基础，制定公正、公平、细密、严格可行的合同条款，就能让使用者和经营者双方共同承担起对单车的控制、管理和保护责任。

比如：单车被使用后，使用者必须落锁，单车落锁后自动向系统发回

使用人、停放地、停放时间等信息；如果使用者未落锁，系统自动给予提示；在预定时间内使用者仍未妥善落锁，系统将再次提示。

因单车未妥善落锁而被人骑走，直至该车最后落锁位置所产生的费用全部由第一位未妥善落锁者承担。

对随意乱停乱放者（各公司都规定了正确停车位置及惩罚规则），一方面规定最后使用者承担相应费用的责任，另一方面则可以考虑发动社会力量共同关注单车停放问题：卫生清洁工、城管、其他社会力量，凡是自愿参加共同管理的人员，通过系统注册，其手机即成为共同管理的设备——发现乱停车，拍照，将定位和时间信息发回系统（由此即可以与该车最后使用者的信息相对照，取得责任人的证据）；帮助将乱停的车在不开车锁的情况下搬到正确位置，拍照，发回系统；以上两个环节

可以分别规定具体奖励规则。至于清洁工、城管人员的共同管理工作与本职工作的冲突，在通过与单位协商取得一致的情况下，可以约定他们的“共同管理时间”应为正常工作时间之外或者“不影响正常工作的前提下”的时间。

对于发现故意破坏单车行为的举报者，另予奖励。

将城管与清洁工纳入单车管理队伍，其好处应该不言而喻。

通过IT技术和合同条款，将单车的使用、停放、安全、保护以及惩罚、司法保护等各个环节衔接在一起，各环节信息集中到系统管理员面前实现无缝对接，责权分明，奖罚分明，应该是共享单车经营者努力的方向。

发动全社会更广泛的力量，共同管理好共享单车，是遭受空气污染危害的我们理应承担起的历史责任。



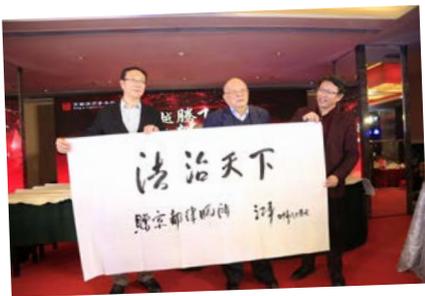
# 超越腾飞 京都精彩

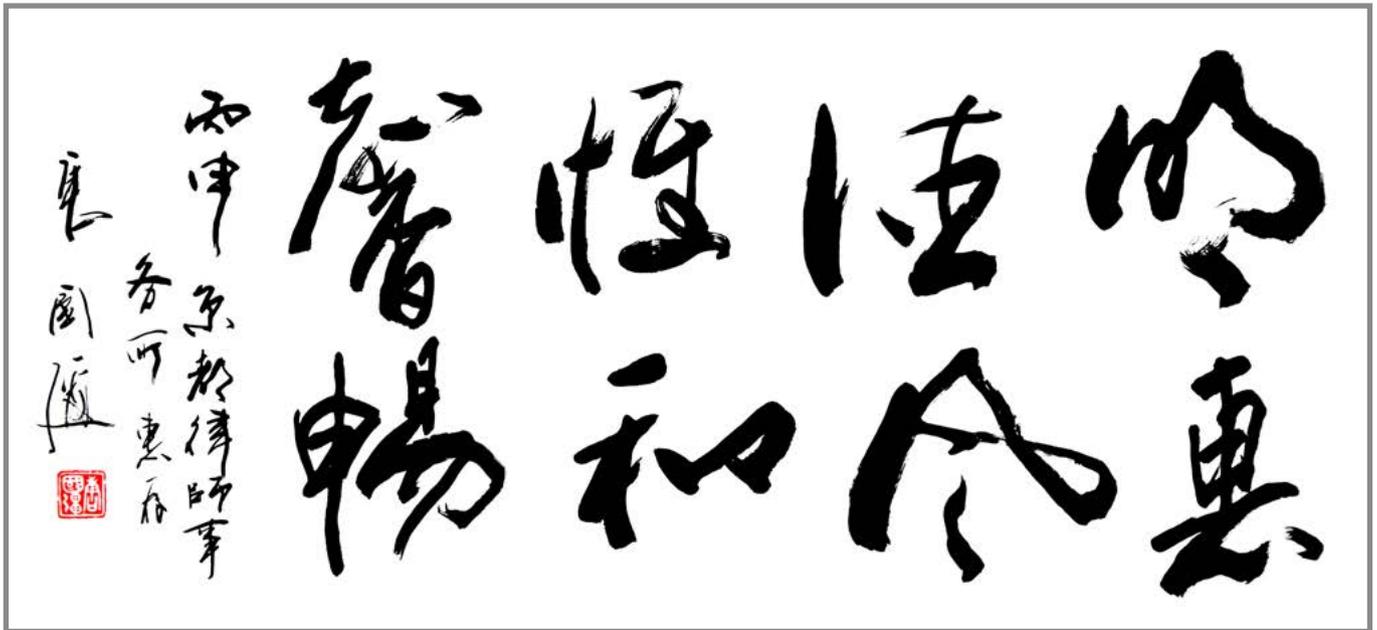
2017年1月20日，京都律师事务所年会隆重开幕。

这次年会吸引了几位重量级的嘉宾参与。民商法学泰斗江平、行政法学泰斗应松年，《民主与法制》杂志社总编辑刘桂明，中国新能源产业协会投资中心主任李孝书，艺术家唐国强，中国演员协会秘书长张歌，书画家、收藏家刘亚谏，央视科教频道高级编辑寒冰等到场，与京都人同欢乐。

京都律所发布了一系列人员变动信息。新旧主任交接仪式、管理合伙人就职演讲、为高级顾问颁发证书、新增合伙人亮相等环节，揭示出京都后继有人，朝气蓬勃的实力。

节目表演、现场抽奖等环节把年会拉回到狂欢、热闹、惊喜的轨道。帅气阳刚、婀娜多姿的律师们着盛装，用颜值、笑声把年会现场烘托得热气腾腾！





书法作品：明德惟馨，惠风和畅  
作者：唐国强



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号远洋光华国际C座22-23层  
邮编：100020  
全国免费咨询电话：400 700 3900  
办公电话：(86-10) 57096000  
传真：(86-10) 85251268  
E-mail: info@king-capital.com

深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号  
新华保险大厦17楼  
邮编：518048  
电话：0755-33226588  
传真：0755-33226566  
E-mail: shenzhen@king-capital.com

上海分所

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

大连分所

地址：大连市沙河口区体坛路22号  
诺德大厦19层01-02室  
邮编：116021  
电话：0411-85866299  
传真：0411-84801650  
E-mail: dalian@king-capital.com

天津分所

地址：天津市南开区长江道金融街  
中心A座1708  
邮编：300037  
电话：022-88351750  
传真：022-28131519  
E-mail: info@king-capital.com