



# 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。



# 亦思亦行京都人

杨斌



京都律师是一群很积极、很努力、很阳光的法律思考者和法律行动者。

在短短的三个月时间里，京都刑事辩护研究中心就分别召开了“律师是否有向被告人（犯罪嫌疑人）核实人证的权利”研讨会和“美国辩诉交易制度给我们怎样的启示”研讨会。著名法学家、中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长樊崇义教授，中国刑事诉讼法学研究会副会长、中国社科院法学研究所研究员王敏远教授，耶鲁大学中国中心主任唐哲先生，美国驻华大使馆法律顾问胡依婷女士，中国政法大学原副校长、博士生导师张保生教授，国家检察官学院孙锐教授，最高人民法院刑五庭原庭长高贵君先生，全国律协刑事业务委员会主任田文昌律师等十几位专家、学者与京都律师就上述议题进行热烈讨论、碰撞思想火花，达成一致观点。

对于第一个话题，大家普遍认为，无论从个人权利保障来讲，还是从节约庭审时间的需要来讲，不让被告人、犯罪嫌疑人在庭前了解案件材料的全部内容，都是没有根据的。一个重要的维度就是权利保障，言辞证据的有效质证，对于辩方来说，就是要反复核对。当前，认罪认罚制度改革需要一个基本的前提，就是认罪认罚的真实性和自愿性。这个前提建立在当事人对相关事实和证据真正了解的基础上，这样才能保证认罪的真实性和合法性。所以，律师一定要有效介入，核对言辞证据是基本权利。从审判实践的角度也越来越强调客观证据的重要性，特别是死刑复核案件，即使在被告人供述的情况下也能定案。也就是说，即使被告人翻供了，案件也可以定。从刑法的立法本意来说，不应该排除律师核实人证的权利。而且，律师的辩护权也不能代替被告人、嫌疑人本人的质证权和辩护权，更不能以担心翻供和串供为由否定律师向被告人（犯罪嫌疑人）核实人证的权利。

对于辩诉交易，中美专家也一致认为。律师的参与和法官的中立是实施认罪认罚程序的重要前提，否则，无法保障认罪的自愿性和司法的公正性。

京都律师经常把这些在法律实践中遇到的一些具体问题所产生的疑惑进行整理，通过组织召开专家研讨会的方式，通过学者和律师的进一步充分讨论和论证来寻找解决的办法，消除思考的困惑。这是京都律师的一种有效的学习方法和提升专业素养的培训方法。

律师是一个思考的职业，更是一个行动的职业。需要理论与实务的结合，更需要将法律理论通过不断反复的法律实践进而修炼成一种能够解决具体问题的技能。

正如田文昌老师在京都民商诉讼研究中心成立仪式上所言：“诉讼是一种专业技能，我们整体缺失‘怎样做律师’的能力培训。”他说：“凡涉及诉讼，都是一种专门的技能。从律师的专业领域来看，在各种服务领域中，首先要具备这个方面的专业知识，同时还要具有操作的技能。非诉讼服务有非诉讼服务的技能，各种非诉讼服务都有它需要遵循的一系列规则、规律，还有具体的技能。而诉讼又有它更特殊的、独特的能力。三大诉讼也好，仲裁也好，是需要经过特殊训练的。如果我们仅凭一种单一的专业知识，而缺少诉讼技能的训练，是不能做好诉讼业务的。比如说很多高水平的专家，如果他没有诉讼的历练和经验，操作起来仍然不能适应诉讼的需求，仍然打不好官司。相反，有些律师能力很强，思维能力、表达能力、应变能力都很强，但是他的专业知识比较薄弱，所以到法庭上就只会耍嘴皮子，也同样打不好官司。对于一个好的诉讼律师来说，知识和技能这两种能力都不可缺少。

去年京都所在美国搞培训的时候，我们参加培训的人都有非常深的体会，美国纽约大学几个教授在讲课的时候，头头是道，尽显教授水平。而在做演示的时候，再看他的表情、动作、语气，则完全是一个律师。这说明他不仅具有双重的能力，而且还有丰富的经验。”

本期《京都律师》内容非常丰富，从多个领域、多个侧面、多个视角又进一步向客户向大家展示了一群即思考又行动，即行动还思考的京都律师。👍



# 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 独角兽工作室 臧晓飞

地址 北京市朝阳区景华南街5号  
远洋光华国际C座22-23层

邮编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

业务咨询电话 010-85253900

传真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

## 目录

### 卷首语

亦思亦行京都人 杨大民 / 01

### 京都资讯 品牌建设部 / 04

### 特稿

律师应有权向被告入、嫌疑人核实人证 田文昌 / 20

### 封面主题

聚焦医改，机遇与挑战并存

2009年至今“新医改”的征程 张振祖 孙迪 / 23

抢占先机，药企如何在药品医疗器械改革中赢得未来 张双 魏天颖 / 27

医药专利使用权出资的现实障碍及解决路径 刘佳 管鹏 / 32

别急着哭，卫计委的本意你们搞错了！

——浅析互联网医疗政策 何梓雍 王可怡 / 37

### 京都论坛

民商诉讼研究中心成立 京都“三驾马车”齐头并进 / 39

致辞 / 40

专题一：民法总则的制度创新与民法典编纂 / 45



## 业 务

### 京都律所与双创街投资签署战略合作协议



图右为京都律所高级合伙人孟冰律师，图左为双创街投资董事、常务副总经理师麒盛



右一为京都律所王强律师，右三为京都律所业务部主管雒鸿政律师

2017年3月22日，京都律师事务所与北京双创街投资管理有限公司（以下简称“双创街投资”）在北京市海淀区中关村创业大街Bingo咖啡厅二层大会议室签署战略合作协议。京都律所高级合伙人孟冰律师代表京都律所与双创街投资董事、常务副总经理

师麒盛正式签约。王强律师是该项目指定联络人。业务主管雒鸿政律师将协助配合王强律师，团队作业，共同为双创街投资服务。

双方旨在通过签署战略合作协议，形成战略合作伙伴关系，使双创街投资的创新创业服务资源、运营管

理优势与律师事务所全方位的法律服务、渠道资源和人脉资源优势有效结合与实践，逐步建立、完善甲乙双方的合作共商机制，为双方的业务发展提供有力支撑。

### 京都成为北京市市级行政事业单位2017-2019年度法律定点服务单位

2017年4月24日，京都律师事务所领取了“北京市市级行政事业单位2017-2019年度法律定点服务单位”的证书，为持续近一个月的投标工作画上了圆满的句号。

中标后，自签订框架协议之日起至2019年12月31日止，京都有资格成为为北京市市级行政事业单位提供法律服务的供应商，京都可以参与在此期间所有的北京市市级行政、事业单位的招投标项目。

本次投标，京都准备了将近一个月时间，律师逐字逐句定稿来确保投标文件准确无误。最后，京都凭借丰富的法律服务经验、专业的服务水准和良好的行业信誉于3月30日收到中标的通知书，并于4月24日领取证书。



“北京市市级行政事业单位2017-2019年度法律定点服务单位”的证书



## 业务

### 张雁峰律师受聘担任中旅总社常年法律顾问



张雁峰律师

2017年6月1日中国旅行社总社（北京）有限公司聘请京都律师事务所高级合伙人张雁峰律师团队担任常年法律顾问。

张律师为国内知名律师，曾办理吴英集资诈骗案、央视大火案、“人肉搜索第一案”（“网络暴力第一案”）等重大影响案件，也为多家企事业单位担任法律顾问或提供法律服务，包括人民日报社、首都经贸大学、北京金象大药房医药连锁有限责任公司、中国石油河北销售分公司、北京易车信息科技有限公司（易

车网）、浙江丰元医药股份有限公司等。

中国旅行社作为中国第一家旅行社，经过半个多世纪的发展，已经拥有遍及全国、延伸海外的100多家旅行社，在品牌实力、业务规模、服务品质等各方面均居于国内旅行社领先阵营，连续多年在“全国百强旅行社”评比中名列前茅。

中旅总社的母公司中国旅游集团创立于1928年4月，是中央直接管理的国有重要骨干企业，也是总部在香港的三家中央企业之一。🐶

### 京都律所协助河北东方视野文化传播股份有限公司在全国中小企业股份转让系统成功挂牌

2017年4月18日，河北东方视野文化传播股份有限公司（以下简称东方视野，股票代码：871435）取得全国中小企业股份转让系统下发的同意挂牌函，并于2017年4月24日完成了首次信息披露，标志着东方视野成功在全国中小企业股份转让系统挂牌。

东方视野主营业务为宣传片、纪录片、电影、电视节目制作等影视承制业务，以及文化咨询策划、广告代理、发布等其他服务。此外，东方视野正在积极开展影视剧的投资、摄制及发行等版权影视业务。

京都律师事务所的周振国律师、叶静律师为东方视野在全国中小企业股份转让系统挂牌提供了全程的法律



周振国律师



叶静律师

服务。两位律师勤勉尽责，对公司挂牌的主体资格、公司治理结构、股权是否清晰、是否存在其他潜在的法律风险等问题进行了详尽的法律尽职调查并出具了相应的法律意见书。🐶

## 业 务

### 京都（上海）律师事务所协助“华弗资产” 完成私募基金管理人登记备案

京都（上海）律师事务所为上海华弗资产管理有限公司（简称“华弗资产”）出具的私募基金管理人登记法律意见书于2017年3月22日通过中国证券投资基金业协会（以下简称“基金业协会”）的审核，成功协助华弗资产完成私募基金管理人登记备案，登记编号P1062025。

华弗资产注册资本为1000万元人民币，实缴资本为1000万元人民币，是一家从事“资产管理，投资管理”的公司，主营业务为私募基金管理，管理基金主要类别为股权、创业投资基金。

京都所接受华弗资产委托后，根据《律师事务所从事证券法律业务管理办法》、《律师事务所证券法律



| 王众律师



| 叶志文律师



| 唐树进律师

业务执业规则（试行）》及基金业协会的相关规定，对华弗资产进行了全面的尽职调查，并根据基金业协会的最新要求向客户提出了针对性的规范化建议，积极协助客户落实基金业协会相关自律规则要求，并在此基础上出具了法律意见书。法律意见书提交后，顺利通过了基金业协会审核，成

功协助华弗资产完成私募基金管理人登记备案。

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

### “美国辩诉交易制度给我们怎样的启示” 研讨会在京都召开，中美专家展开热烈讨论

2017年5月18日，京都刑事辩护研究中心和耶鲁大学中国中心在京都律师事务所成功举办了“美国辩诉交易制度给我们怎样的启示”研讨会。

美国资深律师梅琳达·萨拉法（Melinda Sarafa），美国驻华大使馆法律顾问、曾任美国华盛顿州西区联邦检察官办公室恐怖和暴力犯罪部门检察官的胡依婷女士（Ye Ting Woo），耶鲁大学中国中心主任唐哲先生（Jeremy Daum），著名法学家、中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长樊崇义教授，武汉大学林亚刚教授，清华大学张建伟教授，全国律协刑事业务委员会主任田文昌律师，最高人民法院刑五庭原庭长高贵君先生，国家检察官学院孙锐教授等专家、学者，



| 部分与会嘉宾合影



## 活 动



京都刑事辩护研究中心主任邹佳铭律师



耶鲁大学中国中心主任唐哲先生 (Jeremy Daum)



美国资深律师梅琳达·萨拉法 (Melinda Sarafa)

以及京都律师所的朱勇辉主任，梁雅丽、门金玲、颜九红律师，尚权律师事务所主任毛立新等来自律师界、媒体界的近百人参加了本次研讨会。

京都刑事辩护研究中心主任邹佳铭律师在致欢迎辞时表示，如何解决司法资源的稀缺性和日益攀升的犯罪率，司法公正和司法效率之间的矛盾是现在国家共同面对的难题。虽然辩诉交易自产生之日起，对它的垢病和争议从来就没有停止过，但是它却表现出了旺盛的生命力。在这一现象的背后，有很多值得我们探讨和借鉴的地方。但是在我国尚未建立真正的程序公正理念的现实背景下，如何在现有的法律文化和制度中容纳这种协商、契约式的诉讼制度，需要更多的智慧，也面临更多的考验。

唐哲先生在致辞中特别强调，昨天（5月17日）和美方专家受邀在国家检察官学院交流，最触动他的是检察官们都提到了希望辩护律师尽早介入，发挥重要的作用。这其实是辩诉交易和认罪认罚从宽制度最核心的问题。

梅琳达·萨拉法律师围绕辩诉交

易中被告人认罪的自愿性问题作了深入、全面的阐述。她首先结合美国宪法对于程序性保障的规定，从律师与当事人的关系、律师对当事人负有的忠诚义务和保密义务、律师对案件的分析以及向当事人的咨询、解释等方面介绍了律师如何在辩诉交易制度中为当事人提供有效辩护；其次列举了检察官应当主要考虑的可能影响认罪自愿性的事实和美国法律规定的相应保障措施；并介绍了法官在辩诉交易制度中应当履行的确认被告人认罪的自愿性、向被告解释认罪的法律后果等职责。梅琳达·萨拉法女士认

为美国的辩诉交易制度有许多程序性的保障措施来保证认罪的自愿性，但也并不完美，她很高兴与中国同行分享有关辩诉交易制度的内容并供中国同行参考。

胡依婷女士主要介绍了辩诉交易的事实基础。她认为，律师参与对于辩诉交易的过程以及最后达成的结果来说，都是不可或缺的重要组成部分。在美国，辩诉交易协议是一个书面的文件，相当于民事诉讼中双方达成的和解协议，本质上是合同，对双方当事人具有约束力。事实陈述部分是辩诉交易协议中的重



美国驻华大使馆法律顾问胡依婷女士 (Ye Ting Woo)



清华大学张建伟教授

## 活 动

要内容，双方必须在认罪协议中就案件的基本事实达成一致，这是法官定罪的基础。

张建伟教授从中国的现实情况出发，表达了对劣质辩诉交易的警惕。他认为当前中国的司法改革，一方面强调以审判为中心，增强庭审的实质化、去空洞化，另一方面却采取了一系列简化庭审的措施，有时是相当矛盾的。辩诉交易的需求源于美国陪审团制度效率的低下，但是中国的庭审不存在繁冗的问题，反而是简化的。在认罪认罚从宽处理程序中，前期的人权保障和认罪的自愿性必须到位，我们不能为了单纯追求效率，牺牲了准确和公正。

樊崇义教授强调“律师在认罪认罚从宽制度中应发挥重要作用”和“事实认定的证明标准不能降低，但方法可以松动”两个重要观点。樊教授指出，经过对速裁和简易程序的调研，律师参与、在场是保证认罪自愿性的最保险的办法，而且律师如何参与事实认定也是非常关键的问题。认罪认罚程序中对事实的证明标准不能下降，基本的犯罪事实，如时间、地点、行为等，证据要一



著名法学家、中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长 | 全国律协刑事业务委员会主任田文昌律师  
樊崇义教授



定充分，坚持实事求是的原则。

孙锐教授认为认罪认罚与辩诉交易最大的区别，就是辩诉交易没有庭审，而我们的认罪认罚从宽程序还有庭审。在辩诉交易程序中，法官关心的核心问题是被告人认罪是否具有自愿性，而非事实认定问题。

田文昌律师认为，律师的参与和法官的中立是实施认罪认罚程序的重要前提。认罪的原因很多，还可能存在欺骗、引诱和威胁，因此律师的参与应当是这个制度的前提。同时法官的立场十

分重要，在美国的辩诉交易中法官会不厌其烦地询问被告人是否自愿认罪，非常谨慎。在认罪认罚从宽程序中，如果法官不能做到中立、谨慎，就会失去认罪自愿性的最后一道防线，这也是一个很重要的问题。

毛立新律师认为，评估中国刑事诉讼效率问题不能仅仅着眼于审判阶段，真正影响到中国刑事诉讼整体效率的，一方面是漫长的审前阶段，另一方面是投入和产出的不成比例。另一个问题是现在认罪认罚制度中的律师参与多流于形式，凭空构造的律师值班制度，难以真正维护当事人的权益。我们至少应当保证所有的认罪认罚案件中的律师要具备相当的专业技能，能够为当事人提供有效的法律服务，否则认罪认罚制度容易偏离原本的初衷。

朱勇辉律师、王馨全律师以及来自广东、山东、上海、辽宁等地60多位律师就实践中的一些具体问题和美方专家展开了积极有效的交流，研讨会现场的讨论热烈而深入，与会人员受益匪浅，会议取得圆满成功。🐶



国家检察官学院孙锐教授



尚权律师事务所主任毛立新律师



## 活 动

### “律师是否有向被告人（犯罪嫌疑人）核实人证的权利”研讨会在京都召开，学术与实务观点共鸣

2017年5月4日，“律师是否有向被告人（犯罪嫌疑人）核实人证的权利”研讨会在位于北京CBD商务区的京都律师事务所召开。

中国政法大学原副校长、博士生导师张保生教授，中国刑事诉讼法学研究会副会长、中国社科院法学研究所研究员王敏远教授，中国法学会《民主与法制》总编辑刘桂明先生，北京大学国际法学院满运龙教授，中国政法大学证据科学研究院副院长、博士生导师张中

教授，最高法院刑五庭原庭长高贵君先生，中华全国律师协会刑事业务委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌律师等专家、学者，以及来自律师界、媒体界的近百人参加了本次研讨会。

京都刑事辩护研究中心主任邹佳铭律师在致欢迎辞时表示，律师有无向当事人核对人证的权利，在刑事诉讼理论中是一个很小的问题，但是这个小问题却可以折射出一个国家刑事诉讼制度的基本理念。虽然有观点认为，律师不能

向当事人核对人证的一个主要理由是，如果在庭前向当事人核对人证，有可能导致当事人庭审改变供述或者串供。但是我们也应该看到，如果不能核对证据，那么当事人在庭审之前就无法获悉对他指控证据的内容，有效辩护就无法行使，人权保障的价值更无从实现。所以，律师有无与当事人核对人证的权利，既是涉及到刑事案件当事人和辩护律师的基本权利问题，也直接影响到刑事诉讼过程中人权保障和刑事法治能否



京都刑事辩护研究中心主任邹佳铭律师



中国刑事诉讼法学研究会副会长、中国社科院法学研究所研究员王敏远教授



中国政法大学原副校长、博士生导师张保生教授



中华全国律师协会刑事业务委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌律师

实现。这个问题与刑事诉讼的目的、当事人在刑事诉讼中的地位、辩护律师在刑事诉讼中的定位、当事人与律师以及自行辩护和律师辩护之间的关系紧密相关。

王敏远教授强调，这是一个立法规定试图解决，但是又没有很好解决的问题。刑事诉讼法第37条规定，自案件移送审查起诉之日起，可以核对有关证据。但是，目前的状况是，对于这个“有关证据”到底是什么含义，仍然是仁者见仁、智者见智。他认为，看待这个问题

应该有多维视角。一个是历史的维度，问题都是一步一步慢慢解决的，提出这个问题本身就是进步。还有一个重要的维度就是权利保障。言辞证据的有效质证，对于辩方来说，就是要反复核对。当前，认罪认罚制度改革需要一个基本的前提，就是认罪认罚的真实性和自愿性，这个前提建立在当事人对相关的事实和证据真正了解的基础上，这样才能保证认罪的真实性和合法性。所以，律师一定要有效介入，核对言辞证据是基本权利。他甚至主张审讯的时候必须有律

师在场，否则不能保证认罪的真实性和自愿性。

田文昌律师在研讨中详细介绍了这个问题的由来以及立法上的演变过程。他认为，无论从个人权利保障来讲，还是从节省庭审时间的需要来讲，不让被告人、嫌疑人在庭前了解案件材料的全部内容，都是没有根据的。而且，律师的辩护权也不能代替被告人、嫌疑人本人的质证权和辩护权，更不能以担心翻供和串供为由否定这个权利。

张保生教授介绍，刑事诉讼中当事

## 活 动



北京大学国际法学院满运龙教授



中国法学会《民主与法制》总编辑  
刘桂明先生



中国政法大学证据科学研究院  
副院长、博士生导师张中教授



最高法院刑五庭原庭长高贵君先生

人的诉讼权利，从证据的角度来说，包括不得自证其罪权、质证权等。质证权又可细分为交叉询问权和对质权，对质权是一个宪法性的权利，中国的说法叫共同被告人之间对质的权利。还有一个叫特免权，这种权利保护的是秘密交流，就是说只有在当事人和律师进行充分秘密交流的前提下，律师才能给委托人做最好的服务和辩护。从根本上来讲，律师的辩护权是依附于当事人的诉讼权利的。

满运龙教授介绍了美国的一些域外经验。他说，在美国，整个刑事司法体系最终和最高的目的，是用所有的法律保障被告人得到一个公平的审判。但是，美国只有5%的刑事诉讼，才走到审判这一步，95%的案子实际上在审前都已经解决了。进入诉讼程序中的案件，只有在控方充分开示证据，辩方充分了解证据的前提下，才能达成诉辩交易。在美国，检方充分披露所有证据是法定义务，但是并没有要求辩方一定要完全披露。当然，美国各个州执行的情况并不一样，有的州要求完全披露，有的州要求没有那么严格。在没有要求完全披露的州，律师的地位非常重要，律师要知

道向检方要什么东西，主动要了不给，那就是检方的问题。所以，检方可以不披露，但是那样的话即使一审胜了，上诉之后案件可能被翻过来，所以检方有这种顾虑，他不愿意这样去做。所以，确实没有什么理由不让律师与被告人讨论、核实所有证据。

刘桂明总编从法律媒体人角度出发，对这个问题做了充分阐述。他认为，由于现实生活中人权意识和程序意识的缺乏，对当事人质证权缺乏足够的重视，才导致这个分歧存在。对于到底刑诉法37条的规定是指核实物证还是人证，可能因为言辞证据不好固定，才使司法机关有了更多的担忧。但是他认为，刑诉法第37条的规定是保障权利，而不是约束权利；是规范执业权利，而不是限制执业权利；是促进人权保障，而不是管制人权保障。所以律师应该有向当事人核对人证的权利。

张中教授从制度、理解、操作这三个层面来讨论律师是否有向当事人核实人证的权利。他提出，辩护权是针对指控而产生的一种权利，没有指控就没有辩护。辩护权没有强制力，这是与公诉权没法比的。为了把这个

天平稍微的扭正一些，需要规定一些特权，只有当事人能享有。这也是为什么要强调控方的全面开示义务，而被告人只有有限的开示义务。从这个角度而言，应允许当事人在庭前了解所有的证据，包括人证。

高贵君先生强调，从法律条文解读上看，这个问题立法上没有说得特别清楚，是核实有关证据。这个“有关”本身有一个空间，会产生不同的解读。办案机关当然不希望律师跟犯罪嫌疑人透露更多的信息，因为案件还在审查起诉阶段。律师当然希望能够跟犯罪嫌疑人做很好的沟通，核实有关的证据，才能够为下一步工作做好准备。之所以实践当中会产生这种问题，办案机关有一个司法观念转变的问题。如果审查起诉阶段律师已经介入了，跟犯罪嫌疑人进行了充分沟通，特别核实了人证，可能就会对侦查机关的工作造成一定的影响，所以有一些地方不愿意让律师核实人证。但是，现在最高法院也越来越强调客观证据的重要性，特别是死刑复核案件，即使在没有被告人供述的情况下也能定案。也就是说，即使被告人翻供了，案件也能定。所以，他认为，



## 活 动



活动结束后，部分专家与嘉宾合影

从立法本意上来说，不应该排除律师核实人证的权利。

辽宁省法学会法律逻辑学、证据学研究会副会长王长余，北京王登瑞律师事务所主任王登瑞律师，京都律师事务所的梁雅丽、聂素芳、汤建彬等律师，则从各自执业过程中的经验和体会出发，分析了各种律师因为核实人证而可能面临的风险，并提出了一些规避风险的方法和技巧。他们认为，律师当然有向被告人核实人证的权利，但是出于自身执业安全的考虑，应当要有所注意。比如，在核实中不告诉当事人人证的具体内容，而是以提出问题的方式变相地核实等。

在主题发言之后，与会人员还就刑诉申诉、律协制作明确操作指引、被告人之间能否当庭对质等问题展开了谈论。

研讨会现场，讨论热烈而深入，专家从不同角度分享了新信息，打开了新的视野，会议取得圆满成功。

## 京都律师事务所召开“从一起侵权之诉透视中国文物界乱象研讨会”

为纠正文物界乱象，重塑民间收藏秩序，传播法治声音，2017年3月31日下午，京都律师事务所召开“从一起侵权之诉透视中国文物界乱象研讨会”。本次会议由京都律师事务所主办，京都高级合伙人杨大民律师主持。

### 缘起

本次会议缘起一个案例。

2016年8月18日至9月25日，由浙江美术馆和普陀山佛教造像研究院共同承办的《汉风藏韵——中国古代金铜佛像艺术特展》在杭州举办。本次展览展出了由李巍先生提供的其多年来收藏的多件珍贵藏品，展现了中国文明的传承，取得了良好的社会反响。

2016年8月19日，展览开幕仅一天之后，名为“浙江省青铜冷兵器文



京都高级合伙人杨大民律师

化研究专业委员会”的微信公众号就推送了一篇标题为《是真到了西天，还是唐僧误入小雷音寺》的文章，后标题改为《浙江美术馆展出的雷人佛造像》并刊载于新浪网，作者署名陈建明。文章指出所展出的118尊金铜佛像和法器“表情媚俗，千像一面，工艺十分粗糙，纹饰僵硬，线条呆滞，身上的金色都是现代化学金色”；“90%以上的造像都粗俗不堪，花里胡哨，跟北京古玩城工艺品店里摆的

批发货品一样”……。

随之，在“西风言论”（真实姓名：张星忠）的新浪微博和博客中，自称为“古陶瓷研究学者、资深评论、专栏作家”的博主转载了陈建明的文章，并发表了《浙江美术馆展雷人佛造像以外国科技鉴定能行吗》《涉藏领域的一些人该不该痛批？》等文章、微博来恶意抨击此次佛像展。

2016年9月19日，一位并无记者证的“记者”周永亮（已另案起诉）在自媒体“北京时间”上发表了一篇标题为《惊爆！杭州官方办高规格佛教造像展多是赝品》的文章，大肆抨击此次展览所展佛像均为赝品。随后该文章更换了不同的标题在众多网站发表转载。

陈建明、张星忠等人在没有任何事实依据的情况下，肆意发表文章污

## 活 动



中国政法大学终身教授、民商法学博士生导师江平



中国人民大学法学院教授、博士生导师杨立新



清华大学法学院教授、法学院民法研究中心主任崔建远

蔑此次展览，诋毁展出的佛像。

李巍先生作为佛造像的收藏者，依法提起名誉权之诉，将陈建明、西风告上法庭。请求法院判令被告删除侵权文章，公开赔礼道歉，消除影响，恢复名誉，赔偿损失。

目前浙江省舟山中级人民法院已受理案件。

### 声音

研讨会上，法学专家、文物收藏家及相关人士70余人，一起围绕本案及本案反映出的法律问题、文物收藏问题进行了深入探讨。

中国政法大学终身教授、民商法学博士生导师江平表示，“这个案子很核心的一个问题是李巍先生以自己个人的收藏无偿捐献给社会，而不是商业行为……李巍先生的捐献是很值得嘉奖的，不是一般的举动，这是很震撼的一个举动。支持这个诉讼很重要的一个原因，就是要把文物界的乱象纠正过来，打赢了这个官司对侵权行为予以在法律上的谴责就是对这种乱象的一种有力纠正。从这一点来说，我是完全支持的。”

中国人民大学法学院教授、博士生导师杨立新说：“这个案件，原告在选择起诉理由的时候是对的，贬损展品的

做法诋毁了两位原告的名誉权……我觉得起诉的理由是对的。”他表示，原告的展品有来源，也有相关的鉴定，已经完成了基本的举证责任，侵权的事实是清楚的。被告随口下结论说是假的，既不负责任，也没有根据，被告对此承担当然的举证责任，否则已构成侵权。

清华大学法学院教授、法学院民法研究中心主任崔建远认为，关于举证的问题，原告方只要证明对方侵权就足够了，而侵权的事实就是那些诋毁、贬损的具体言论。没有必要对李巍产品的真假进行鉴定，对方则要为自己没有侵权来举证，这才是核心的问题。中国社会科学院法学研究所研究员，法学教授，博士生导师孙宪忠认为，“我个人觉得在构成名誉侵权方面，他们有故意是一定的。”他主张，民事诉讼法关于谁主张、谁举证的规定是明确的，在被告声

称李巍先生展出的佛像有假的情况下，必须由被告方举证证明这个假的事实，而且要有支持其90%都有问题的说法的证据，而原告方对此没有举证责任。如果被告完不成举证责任，对方说的不符合事实，就损害了李巍先生的名誉权。

清华大学法学院教授博士生导师，中国民事诉讼法研究会会长张卫平说，在这样的案件当中，如果被告认为佛像有假就必须提出造假的证明，原告没有必要证明佛像是真的。“而且，展示本身是有相应的展出机构提供保证的，这种保证是一种信誉保证。从以往的活动，以往的公益事业，以往你（原告）的信誉和展出单位的信誉，都是一种基本的信誉保证。重要的是，被告作为对佛像真实性的否定者，必须提出其否定的证据，无根据的否定就是一种侵权。这是举证责任的基本原则。”

北京师范大学法学院教授、中国民事诉讼法研究会副会长刘荣军说：“还要考虑到收集和展出文物这一方付出的代价和诋毁本身付出的代价。收集和展出付出的代价是非常大的，诋毁本身是简单的几句话，简单几句话就可以对文物贬损到这种程度，付出的成本太小。从均衡原则来说，举证责任也应该由被告来承担……”



中国社会科学院法学研究所研究员，法学教授，博士生导师孙宪忠



清华大学法学院教授博士生导师、中国民事诉讼法研究会会长张卫平



北京师范大学法学院教授、中国民事诉讼法研究会副会长刘荣军



## 活 动



1 北京大学法学院教授、博士生导师刘凯湘



1 原国家文物局法规司司长、中国文物保护基金会社会文物保护专项基金管委会主任彭 Gangxin



1 中国文物保护基金会社会文物保护专项基金管委会执行主任薛国芳



1 中华全国律师协会刑事业务委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌律师

北京大学法学院教授、博士生导师刘凯湘表示,“我仔细看了这些材料,特别是看了视频、录像,而且我在这个中间详细看了这本书,这个案子当中从发表的这些言论来看,确确实实已经构成了对李巍先生的名誉权的侵犯。”

文物收藏专家也纷纷发言,支持李巍先生的作品是真品。

原国家文物局法规司司长、中国文物保护基金会社会文物保护专项基金管委会主任彭 Gangxin 说,“当前国家对民间收藏文物的行为在法律上面是有保护的,在政策上面也一直在鼓励民间合法收藏”“追溯李巍先生一切所作所为完全按照文物保护法的规定做他自己的事情,合理,合法,也合乎规定。”

中国文物保护基金会社会文物保护专项基金管委会执行主任薛国芳想代表社会文物保护机构和力量发声。他见证过李巍先生的善举,也参与了李巍先生捐赠佛像的活动。他认为在杭州举办的《汉风藏韵——中国古代青铜佛像艺术特展》,有震撼的效果。“为什么震撼,他这部分收藏在系统性、全面性、稀缺性、精美程度这几个方面令人震撼……有一些展品在全球范围内都是很少的……”。

原公安部刑侦局主管,中国刑事科学技术学会“文物艺术品自然老化痕

迹”课题组专家成员,文物艺术品物证鉴定技术首席专家,痕迹物证鉴定高级工程师梁亚力;原公安部刑侦局主管,中国刑事科学技术协会“文物艺术品自然老化痕迹”课题组专家成员,文物艺术品物证鉴定技术资深专家,痕迹物证鉴定高级工程师王金凤;北京老爷艺术品公司董事长,私人收藏家乔华等近30位收藏专家也纷纷发言,支持李巍先生。

京都律师事务所田文昌律师表示,研讨会开得非常成功,微观和宏观两个方面都谈到。在微观上,收藏家、法学家对案件本身谈得很清楚。涉及到三个问题。一个是存在侵权事实;一个是对举证责任分析得很清楚,这两个问题分析得非常透彻。三是管辖问题,管辖问题其实不言自明,非常简单,在网络时代对于侵权行为所波及的范围是没有边界的,凡是网络可

以到达从而可能造成侵害的地方都有管辖权。在宏观上,大家则一致说到治理文物界乱象的重要性和紧迫感。他说,“案件的提起,希望能够唤起全社会对文物界出现这种问题的重视,能够通过个案的诉讼推动文物管理制度的完善,文物管理法规的完善。实践当中以个案推动立法的作用正在于此。”

### 愿望

文物界乱象释放的负能量、负效应,不仅是对为中华文明做出宝贵贡献的民间收藏家的伤害,更是对中华文明的自戕。参与“从一起侵权之诉透视中国文物界乱象研讨会”的嘉宾们共同呼唤,希望案件得到公正对待,以个案为契机纠正文物界乱象,还民间收藏界一个合理、合法的新秩序。🐶



1 合影(前排左三为李巍先生)

## 活 动

### 京都家族信托法律事务中心举办“家族财富传承高端研讨会”

4月20日，京都家族信托法律事务中心联合宜信财富举办“家族财富传承高端研讨会”，重点关注家族财富传承中的法律风险及信托构架安排。

京都律所金融业务总监韩良律师和宜信财富北京区域总经理王蕾女士，都对“高净值人群如何做好财富传承和安排”这一话题做了深入浅出的分析和探讨。

目前，国内越来越多的高净值人群开始关注家族信托这一财富传承工具。根据贝恩公司与境内银行分析，34%的高净值人士与46%的超高净值人士已经开始考虑财富传承。本次活动主题鲜明，吸引了100多位高净值人士参加。



图右为京都律所金融业务总监韩良律师，图左为宜信财富北京区域总经理王蕾女士

### 各大高校“京都杯”模拟法庭大赛圆满落幕

2017年4月-5月，中国人民大学、中国政法大学、北京大学举办的“京都杯”系列模拟法庭大赛圆满落幕。京都律所选派优秀律师代表参与活动，给法律学子指导。

4月16日，中国人民大学第二届“京都杯”刑事模拟法庭大赛决赛落下帷幕。本届模拟法庭大赛的冠军、亚军与两支在半决赛止步的队伍，都能够获得由京都律师事务所提供的奖金。

京都律师事务所律师高级合伙人梁雅丽律师受邀，担任本次活动的评委，她强调了事实论证的重要性，希望选手们能够更加强调对证据的说明，有逻辑地一步一步按照逻辑链分析案件。梁律师代表京都律师事务所表示，希望像“京都杯”这样的活动以后能够一直办下去，真正能帮助到同学。欢迎有志于将来做律师、做刑事辩护的同学能够来京都律所实习。

5月7日上午，“京都杯”中国政法大学第五届刑事模拟法庭大赛在中国政法大学昌平校区明法楼进行了最后的角逐，邀请赛冠军为中国政法大A队。

京都律师事务所孙广智律师受邀担任审判员。孙广智律师着重对辩方进行了细致的点评，针对控辩双



参与中国人民大学第二届京都杯模拟法庭决赛的团队与嘉宾合影，前排左起第六位为梁雅丽律师



参与“京都杯”中国政法大学第五届刑事模拟法庭大赛决赛的评委与选手合影，前排左七为孙广智律师



## 活 动

方比赛时的表现提出了一些建议，同时充分表达了对辩方同学的肯定。

5月21日京都律师事务所独家支持的“京都杯”北京大学法学院第九届模拟法庭大赛在北京大学英杰交流中心月光厅成功举办。京都律师事务所高级合伙人公丕国、赵岐龙律师受邀担任决赛评委。

公丕国律师作为京都律师事务所代表进行发言，介绍了京都律师事务所，肯定模拟法庭的工作，同时也鼓励同学们积极进取。公丕国、赵岐龙律师分别从专业律师的角度对参赛选手的表现进行了点评，并鼓励同学们积极参与到实务中来，欢迎优秀同学来京都实习。



公丕国律师（左一）、刘凯湘教授（右一）为“京都杯”北大第九届模拟大赛的冠军团队颁奖



赵岐龙律师（右一）为“京都杯”北大第九届模拟大赛的选手颁奖

## 京都律师参加“中国·雄安经济发展高峰论坛”并做主题发言

以“解读一带一路、助力企业发展；探析创新模式、推动分享经济”为主题的中国·雄安经济发展高峰论坛于2017年5月29日在国家战略重地——雄安新区隆重召开，约200多位中外来宾出席了本次论坛会议。京都律师事务所名誉主任田文昌律师，高级合伙人吕志轩、金燕、刘敬霞律师，管理合伙人方堃先生作为嘉宾参与了本次盛会。

田文昌律师在会议上做主题发言，唤醒新形势下企业法律风险防控意识，也传达了京都愿意为企业和企业家提供强有力法律护航的心声。

刘敬霞律师为众多企业家代表做以“用好PPP模式，助力一带一路和雄安发展”为主题的权威解读，引发现场



田文昌律师

## 活 动

高度关注。

吕志轩律师为与会嘉宾解读金融新业态下的中小企业风险控制，赢得阵阵掌声。

中国·雄安经济发展高峰论坛，由中国中小企业信息网企校中国组委会、中国投资协会新能源产业投资促进中心、中国生产力学会网络经济专业委员会联合主办，旨在以“一带一路”和雄安新区为例，深度剖析国家重大发展战略政策中的各种机遇，并对如何帮助企业实现跨越式发展和转型升级，更好加



刘敬霞律师



吕志轩律师

入“一带一路”和“雄安新区”的国际化发展快车道，及如何促进分享经济在

法治化保障下的健康成长等问题进行深入探讨。

### 瞿丽红律师为金融从业人员传授金融理财业务法律风险防范经验



瞿丽红律师

4月10日上午，在中国行为法学会培训合作中心举办的“银行业金融机构法律顾问业务技能提升暨银行业法律风险控制专题研讨班”上，京都高级合伙人瞿丽红律师做了主题为“新形势、新规定下，金融理财业务法律风险防范”的分享。

当前，国内银行业的国际化、综合化程度不断提升，新型法律风险因素大

量涌现，使得国内银行业法律风险管理面临一些新的挑战 and 值得警惕的问题。瞿丽红律师结合银行业常见的法律风险与自己代理过的经典案例从“金融理财业务的发展、类型及相关法律”“银行员工私售私募基金产品的法律分析”两方面为与会人员做了精彩的专业分享，受到了热烈的欢迎与良好的反馈。

### 京都律师参加《关于发展涉外法律服务业的意见》座谈会

2017年3月9日上午，北京市律师协会外事委员会专门组织召开贯彻落实《关于发展涉外法律服务业的意见》座谈会。北京市律师协会高子程会长、张卫华监事长、张巍副会长出席了座谈会。京都律师事务所高级合伙人郭庆律

师、管理合伙人方堃先生代表京都律所参加了会议，并就如何发展北京律师涉外法律服务业提出了意见和建议。

郭庆律师表示，比起与会的其他涉外律所，京都都是以诉讼业务见长。但，近年来，京都的涉外民商事案件数量开

始急剧增多，京都律师不仅解决了很多境外或外资企业在中国大陆的纠纷解决，而且与其他司法领域的律师合作，代理境外的诉讼和仲裁。此外，涉外刑事案件渐渐进入中国律师的视野，一方面，中国公民出境数量大幅度增加，在



## 活 动

海外碰到了刑事方面的难题，包括犯罪和被犯罪行为侵害；另一方面，外国人或外资企业高管在中国境内的犯罪也有增加。京都律师在代理涉外刑事案件方面有丰富的经验，通过外国驻华使馆、商会或其他渠道，接收和处理了不少这类案件。我们也希望北京律协与外交部、司法部等相关部门合作，将承接涉外法律服务的律所的信息提供给中国驻外使馆、商会等，方便他们在需要不同类型的法律服务时，能尽快找到合适的律所和律师。

方堃先生表示，根据统计，在国际的涉外法律服务领域，中国律所的业务量只占10%左右，甚至低于这个数据。中国的涉外律师占国际涉外律师人数的1%。由此可见，我国的涉外法律业务有待挖掘，律师的涉外服务能力有待提升。目前，中国的涉外法律业务模式正在从被动型向主动型转变。过去，



郭庆律师

涉外企业先进入国际领域，遇到问题时，律师才会介入，帮助解决诉讼、非诉讼的难题，所以律师的介入比较仓促，也比较被动。如今，随着国家政策对海外业务的正确引导，涉外法律业务正在向主动型转变。在企业进行各类海外业务的前期，律所就能够与企业接轨，积极介入。主动型涉外法律模式也



方堃先生

对律所、律师提出了更高的要求。为了更好地适应海外业务模式，一方面在律协推动下，律所在人才培养、品牌宣传、了解海外当地政策法规方面加强投入。另一方面，普通律所可以参照国际大律所洽谈业务，操作业务的经验，帮助自身成长。希望中国的律所共同努力提高涉外服务能力。🐱

### 吕志轩律师为多家网贷机构进行P2P整改专题讲座

2017年4月13日上午10点，诺远科技发展有限公司、北京东方财蕴金融信息服务有限公司、北京升值空间信息科技有限公司等多家网贷机构和第三方支付机构天津融宝支付网络有限公司齐聚京都所北京总部，参加高级合伙人吕志轩律师主讲的《金融新业态下互联网金融风险整治及风险控制》（P2P整改专题）讲座。

吕志轩律师对当前互联网金融监管政策分别做了详细解读，主要从以下几部监管细则展开：《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》（银监会2016年1号令）、《网络借贷信息中介机构备案登记管理指引》、2017年2月23日银监会《网络借贷资金存管业务指引》等规定。并对目前网贷平台运营的几种模式进行深度分析，增强大家对不合规经营模



P2P整改专题讲座现场

## 活 动

式的识别，并结合现实对金融新业态下P2P领域非法集资的类型进行分析。

讲座过程中，各家平台与高级合伙人吕志轩律师就北京市网贷监管细则及容易模糊误解的问题进行了深度沟通。吕志轩律师通过对法律政策的解读并配合对实际案例的讲解，进一步提高了各家P2P平台对互联网金融风险专项整治的重要性的认识，提高了互联网金融企业自我约束、防范金融风险的能力。



前排左四是京都高级合伙人吕志轩律师

## 梁雅丽律师被聘为北外法学院校外硕士研究生导师

3月11日，京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师被北京外国语大学法学院正式聘请为校外硕士研究生导师，担任“国际司法与执法合作专业”客座研究员。

硕士研究生指导双导师制，是北外法学院特色研究生培养方案中的核心内容。在双导师培养方案中，校内导师负责培养学生的法律专业知识能力和法学学术素养，而校外导师则结合自身在法律实务中的成功经验，对学生的法律执业发

展和规划进行指导。

北京外国语大学法学院副院长王文华教授向梁雅丽律师等颁发了校外硕士研究生导师聘书。

梁雅丽律师在接受聘书后，与北外国际司法与执法合作专业2016级的两名研究生进行了亲切交流与沟通，勉励两位学生积极学习，在国际化大背景下，早日成为国家所需要的高端法律实务人才。



北京外国语大学法学院副院长王文华教授（图右）为梁雅丽律师（图左）颁发了校外硕士研究生导师聘书



梁雅丽律师的证书



## 活 动

### “京都知识产权沙龙”第二期传授与知识产权有关的风控秘诀

2017年6月7日，“京都知识产权沙龙”第二期活动在京都律师事务所举行。本次活动的主讲嘉宾是权大师联合创始人兼CEO晁阳飞先生和京都律师事务所合伙人王菲律师。

权大师联合创始人兼CEO晁阳飞先生从企业内部知识产权人事架构构建策略，企业内部人员与外部知识产权顾问的合作模式，企业结合知识产权研发流程系统的设计与实践，企业知识产权战略执行过程中各部门职责分工等四个方面跟与企业代表交流。他融合观点于经典案例当中，讲座通俗易懂，受到企业代表的欢迎。

京都律师事务所合伙人王菲律师从企业战略规划设计及企业内控制度设计两个层面分享与知识产权有关的企业内部风控实务，力求能够为企业面临的巨额研发投入无有效产出，核心高管、商

业秘密流失严重无处追责，优势产品被逼退市，品牌战略无辜躺枪等问题提供有效参考。

“京都知识产权沙龙”是高端深入的实操性干货分享课程，也是公益课

程，目标群体为创业公司CEO，投资机构合伙人，企业知识产权总监或法务负责人。第一期于5月10日举行，第三期、第四期将于7月12日，8月9日举行。



京都律师事务所合伙人王菲律师

## 荣 誉

### 京都荣获“2016年度中国水业专业服务领域领先企业PPP法律服务年度标杆”奖

近日，2016（第十四届）水业企业评选活动落幕，京都律师事务所荣获“2016年度中国水业专业服务领域领先企业PPP法律服务年度标杆”奖，京都高级合伙人刘敬霞律师代表京都出席颁奖仪式。

本次活动从2017年2月正式启幕，力求保证公正性和权威性，采用多维度，多方阵，线上线下结合的形式。活动由E20评审团、行研评审团、专家评审团、媒体评审团、网络评审团组成评审方阵。



# 律师应有权向被告人、 嫌疑人核实人证

## 一、问题的由来

关于律师是否有权向被告人（犯罪嫌疑人）核实人证的问题，我首先介绍一下这个问题的历史状况和问题的提出。

最开始是没有这个问题的，因为第一，当时律师是在审判阶段才能介入。第二，那时也不能复制卷宗，只能摘抄，要在有限时间内把它抄出来，也不可能全面。由于审判阶段也没有人关注这个问题，律师到看守所都是可以给被告人看摘抄的案卷材料的。后来可以复印卷了，也是抱着卷跟被告人一起核对的，也没有人管，这是历史的状况。

后来，到了侦查阶段律师可以介入后，由于审查起诉阶段可以看卷了，就出现了一些案例，由于律师给被告人看卷，有的人被定罪了。

接下来，十几年前，刑法修改前，先提出了双方证据开示的问题，为此举办了若干次工作会议，争议的焦点是对等开示还是不对等开示。我是坚决反对对等开示证据的，为什么民事诉讼中叫证据交换而刑事诉讼中叫证据开示？因为交换是对等的，而开示不是对等的。这是因为刑事诉讼中控辩双方的举证责任不同。在讨论证据开示问题时，我提出来了给嫌疑人、被告人核对证据的问题，证据开示的目的是为了节省开庭时间、提高诉讼效率，如果不给嫌疑人、被告人核对证据，这个目的就达不到了。

但是这个问题始终争论非常激烈，最后由于我们律师方面坚决不同意对等开示，证据开示问题就搁置下来了，一直拖到了刑法修改。后来在讨论刑法修正案时还是争执不下，干脆就改成了律师可以在审查起诉期间全面阅卷。

而关于嫌疑人、被告人如何了解案卷内容的问题，则作出了在审查起诉阶段律师会见时可以向其核对有关证据的规定。虽仍有争论，但终于还是写进了刑法修正案。这一点应该说是一项重大进步。

但是，再后来，在多部委会签《关于依法保障律师执业权利的规定》的时候，又曾经改成了列举式的限制性解释，明确地把同案被告人的供述和证人证言排除在核对的内容之

外，也就是说核对证据只剩下实物证据和被告人本人的供述。但是，要知道，包括同案犯以及证人证言在内的言辞证据是当前很重要的定罪证据。所以，当时我坚决反对，我说如果达不成一致，只能回到原点，绝不能做出限制性解释，也没有这个权力去做这种限制性解释。

在随后的几年中，对于这个问题经历过七上七下的反反复复，我们律师一方继续强烈反对，坚决不同意作出限制性解释。在这个规定最后出台时，终于取消了限制性解释，回归了刑法原文。

这个历史背景说明了这个问题争议的激烈程度。当然了，这个问题现在还有争议，实践中有些地方限制律师，有些地方不限制，比较混乱。我们为什么开这个会？就是希望从理论上进一步论证这个问题，进一步把这个问题说清楚，能够讨论出清晰的界限。

## 二、庭前要给被告人、嫌疑人充分的时间准备质证

对于这个问题，我做了大量的比较研究。首先，实际上无论是美国还是德国、英国，都明确的规定，嫌疑人、被告人有全面阅卷权。被告人、嫌疑人的阅卷权，由律师来帮他实现。如果没有律师，由公诉机关负责提供案卷。其次，从我们现实情况来看，被告人、嫌疑人有没有质证的权利？

我们立法上明确规定，一切证据都要经过当庭质证，才能作为定案依据。那么，如何落实质证权的问题？有时候一个复杂的案件，阅卷和准备质证，要几个月的时间，少的也要十天八天，要做大量的准备才能有效质证。如果被告人一点准备时间都没有，只是让他当庭去质证，这样质证权无法实现，也无法落实。

换一个角度来看，如果严格按照法律规定，一个负责责任的律师，为了保证被告人充分行使质证权，在法庭出示证据的时候，可以要求被告对每一份证据都详细查看，可以一页一页纸地看。那么，问题来了，到底是要当庭看还是庭前



1 中华全国律师协会刑事业务委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌律师

看？那么多经济犯罪的问题，需要算账，还有公式，人脑不是电脑，说出来不一定算得清楚账，必须得看。但如果这样做起来，开庭时间将会变成马拉松。所以，无论从个人权利来讲，还是从节省庭审时间的需要来讲，这个问题都应该解决，不这样做，庭审要延长多少时间？所以，从质证权和庭审需求来讲，我认为不让嫌疑人、被告人在开庭前了解案卷的内容，就是剥夺了他们的质证权，也是没有法律依据的。

### 三、律师辩护权不能代替被告人的质证权

关于律师辩护权的来源和基础问题，很多人还没有弄清楚，需要认真研究。其中律师辩护权独立性究竟体现在什么地方？关系还很混乱。现在有一个观点，把律师的辩护权独立性解释为独立于当事人的权利。所以，在法庭上会出现，被告人拒不认罪，律师却以独立行使辩护权为由坚持进行罪轻辩护的情况。而我们坚持的观点是应独立于当事人之外其他权利的干预，而必须忠于当事人。律师辩护是有偿服务，是基于当事人委托而形成的种种权利。如果把律师辩护权独立性与当事人的意志割裂开来，当事人的权利就无法实现。

还有，现在我们的庭前会议就出现了新的动向，很多庭前会成了变相庭审，很多法庭要求在被告人不到场的情况

下，由律师来质证，排除一些所谓没有异议的证据，到庭审时就不出示了。对此，我是坚决拒绝的，律师怎么能代替当事人质证呢？

这种观点就是把律师辩护权与当事人的权利给割裂开了，扭曲了律师的职业道德，抽掉了律师制度的根基。

我一直认为，对于审判活动来说，发现真相是手段，不是目的，目的是司法公正。从证据角度来讲，只要达到法定的证据真实的标准了，就起到了维护司法公正的作用。如果查明真相与维护公正能够统一，当然最好。但不能统一的时候，前者只能是手段，后者才是目的，否则就会本末倒置。

### 四、不能以担心翻供和串供来否定核实人证的权利

现在反对被告人、嫌疑人对同案口供和证人证言，即对言词证据有知情权的一个重要理由就是担心翻供和串供。我认为这个问题并不难解决，第一，证据固定了，侦查已经终结了。第二，究竟是以审判为中心还是以侦查为中心？有些人到现在这个结还没有打开。那么，能不能翻供？翻供是不是一种正常现象？如果翻供就有问题，那么就是回到以侦查为中心。既然强调以审判为中心，那么翻供还是问题吗？

还有一种说法，认为案卷材料庭审之前是秘密，庭审之后才不是秘密的，这种说法是有问题的。现在核心问题是，我给你质证权，但是我不给你准备时间。现在法院要求必须庭审前三五天把证据交上来，控辩双方不能搞突袭。但是，可以给被告人搞突袭，而且必须给被告人搞突袭，不搞突袭就不行。这个逻辑我认为站不住脚，既然让被告人质证，为什么不能够给人家充分的质证准备时间呢？指控人家犯罪还不让被指控者知悉指控的证据，这种逻辑岂不回到了文化大革命时“背靠背的揭发检举”？可是那种做法恰恰是破坏法治的极端手段！

还有就是串供问题，担心律师帮助被告人串供。这个问题可以这么理解：第一，律师有律师的纪律，串供是要负责任的。第二，侦查人员照样存在串供问题，为什么偏偏只指向律师？不能以不该发生的情况为理由，来剥夺被告人知悉案件材料的权利。👊

本文根据田文昌律师在2017年5月4日举办的“律师是否有向被告人（犯罪嫌疑人）核实人证的权利”研讨会上的讲话整理成文。





# 2009年至今“新医改”的征程

■ 张振祖, 孙迪 / 文

## 一、2009—2017年的 医改回顾

“新医改”的序幕从2009年拉开至今, 效果瞩目。

### (一) 2009年医改

2009年3月17日, 中共中央、国务院发布了《关于深化医药卫生体制改革的意见》(以下简称意见), 该《意见》全文13000余字, 分六个部分。《意见》最开始实事求是地审视了我国深化医疗卫生体制改革的紧迫性, 明确了医改的两个目标, 提出五项重点改革方案。短期目标是在2011年之前“有效减轻居民就医费用负担, 切实缓解‘看病难、看病贵’”长期目标是在2020年之前“建立健全覆盖城乡居民的基本医疗卫生制度, 为群众提供安全、有效、方便、价廉的医疗卫生服务”。“五项重点改革”, 即:

1. 推进全民医保体系建设, 加大医保的全民覆盖面。
2. 初步建立国家基本药物制度, 规范药品流通秩序, 防止药价虚高。
3. 健全基层医疗服务体系, 完善基本医药制度, 稳定和优化乡村医生队伍。增加公共卫生服务项目, 加大经费投入。
4. 促进基本公共卫生服务均等化。
5. 推进公立医院改革试点, 于2010年开始试点, 2011年逐步推开。另外, 鼓励社会资本和外资的参与办医, 加快形成多元化办医格局。

### (二) 2010年医改

2010年1月5日, 国家卫生部部长陈竺在全国卫生工作会

## 张振祖律师简介



张振祖, 京都律师事务所高级合伙人, 兼任北京交通大学法学院硕士研究生导师、中国人民公安大学法学院高级教官、北京吉利大学客座教授、北京市律师协会担保法委员会副主任。被评为首届北京市朝阳区优秀青年律师评选“先锋青年律师”, 2016年度LEGALBAND中国十佳互联网金融律师。执业十余年专注于公司法律事务, 担任京都公司业务部主管合伙人, 具备司法机关长期任职经历, 为公司提供多方面、全过程法律服务, 善于以市场化的模式处理公司面临的各类刑事、民事争议及危机。目前, 重点关注与研究由于全面深化改革和持续创新出现的医疗大健康等新业务。

议上指出, 2010年是医药卫生体制改革承上启下的关键一年, 强调要巩固完善新型农村合作医疗制度; 稳步推进基本药物制度建设; 健全城乡基层医疗卫生服务体系; 稳妥推进公立医院改革试点; 加强食品药品监管; 推进中医药事业科学发展; 加快医药卫生信息系统建设。

### (三) 2012年医改

医改的步伐不断加快, 2012年国务院又部署了3个工作重点, 即:

1. 加快健全全民医保体系, 扩大覆盖面、提高基本医保政府补助标准和保障水平等工作;
2. 全面落实基层医改各项政策, 扩大基本药物制度实施范围, 继续加强基层软硬件建设, 不断提高服务水平。医药分开, 试点先行;

积极推进公立医院改革, 要把县级公立医院改革放在突出位置, 拓展深化城市大医院改革, 大力推进便民惠民措施, 积极鼓励社会办医。

### (四) 2013年医改

在2012年的基础上, 2013年的医改重点又集中在了以下几点: 加快健全全民医保体系; 巩固完善基本药物制度和基层医疗卫生机构运行新机制; 实施2012年版国家基本药物目录, 严格规范地方增补药品; 创新绩效考核机制, 提升基层服务能力; 加大乡村医生补偿政策落实力度; 积极推进公立医院改革, 提升县级医院服务能力; 推进社会办医, 进一步开放医疗服务市场, 减少对社会资本举办医疗机构的相关行政许可事项, 有序扩大境外资本独资举办医疗机构的试点范围; 完善药品价格形成机制, 创新卫生人才培养使用制度; 优化医疗卫生

资源配置，推动各地科学制定区域卫生规划和医疗机构设置规划，新增医疗卫生资源优先考虑社会资本；加快医疗卫生信息化建设，等等。

### （五）2014年医改

2014年医改的重点工作仍以公立医院改革为重点，巩固完善基本药物制度和基层医疗卫生机构运行新机制，推进医疗、医保、医药三医联动。

当年的《深化医药卫生体制改革2014年重点工作任务》提出了6方面共31项医改工作任务，主要为：

- 一是加快推动公立医院改革。
- 二是积极推动社会办医。
- 三是扎实推进全民医保体系建设。
- 四是巩固完善基本药物制度和基层运行新机制。
- 五是规范药品流通秩序。
- 六是统筹推进相关改革工作等任务。

### （六）2015年医改

2015年3月，国务院办公厅在《深化医药卫生体制改革2014年工作总结和2015年重点工作任务》中提出了2015年医改的7个方面27项重点工作任务，指出本年的重点是：

一是全面深化公立医院改革。破除以药补医机制，推动建立科学补偿机制，进一步理顺医疗服务价格，深化编制人事制度改革，建立符合医疗卫生行业特点的薪酬制度，优化医疗卫生资源结构布局，加快建立完善现代医院管理制度和加强绩效考核评估等。

- 二是健全全民医保体系。
- 三是大力发展社会办医。加强监督管理，规范服务行为。

四是健全药品供应保障机制。落实公立医院药品集中采购办法，深化药品生产流通领域改革，积极推进药品价格改革，保障药品供应配送，完善创新药和医疗器械评审制度等。

五是完善分级诊疗体系。提升基层服务能力和加快建立基层首诊、双向转诊制度。

六是深化基层医疗卫生机构综合改革。调动基层积极性，加强乡村医生队伍建设，加快促进基本公共卫生服务均等化。

## 孙迪简介



孙迪，京都律师事务所实习律师。

七是统筹推进各项配套改革。推进卫生信息化建设，加强卫生人才队伍建设，健全医药卫生监管体制等有关工作。

### （七）2016年医改

2016年国务院在《深化医药卫生体制改革2016年重点工作任务》（以下简称《工作任务》）中提出了10个重点。即：

全面深化公立医院改革；加快推进分级诊疗制度建设；巩固完善全民医保体系；健全药品供应保障机制；建立健全综合监管体系；加强卫生人才队伍建设；稳固完善基本公共卫生服务均等化制度；推进卫生信息化建设；加快发展健康服务业；加强组织实施。

其中深化公立医院改革尤为重要，这也是中央一直以来都重点强调的。这一点可细化为在多个医改试点县市，对所有试点城市有公立医院的市辖区给予补助；控制医疗费用不合理增长；加快推进分级诊疗等。

2016年成绩显著，在持续深化公立医院综合改革，县级公立医院改革全覆盖成果进一步巩固，城市公立医院改革试点进一步扩大。加快分级诊疗制度建设，80%的城市和50%的县开展了分级诊疗试点，超额完成2016年政府工作报告提出的目标任务。

### （八）2017年医改

紧接着，2017年的新医改政策主要集中于以下三点：

1.顶层设计。出台建立现代医院管理制度、建立健全医疗卫生行业综合监管制度、完善公立医院党建工作等重要政策文件。

2.任务落实。扩大分级诊疗试点范围，推进家庭医生签约服务和医疗联合体建设。全面推开城市公立医院综合改革，全面取消药品加成（中药饮片除外），推进现代医院管理制度建设。加强行业监管，规范医疗行为。规范和引导社会办医健康发展。

3.改善服务。强化健康教育和健康促进，加强重大疾病防控。

除此之外，2017年3月28日，全国医改工作电视电话会议召开。在这次会议上，又更加详尽地部署了10件“医改实事”。最重要的有4点：



(1) 全面启动多种形式的医联体试点。

一是在城市建设医疗集团，二是在县域内建设医供体，三是跨省域组建专科联盟，四是边远地区发展远程医疗协作网，各地结合实际建立有效的分级诊疗模式。

(2) 全面取消公立医院药品加成。

(3) 开展公立医院薪酬制度改革，落实公立医院分配自主权，并加强医疗机构的绩效考核。

(4) 推动医药卫生信息化建设。健康信息平台，健康医疗数据共享共用，居民健康档案、电子病历。

可以看到，2009至2017这9年间，每年的医改任务越来越具体，这正是我国医疗框架已大致建好、剩下的就是逐步增补细节并加紧落实的一个真实写照。

## 二、历年医改的重中之重

纵观这9年的医改历程，可以发现有几个最核心的要点。中央政府从一开始就意识到了在我国当前条件下，这些问题才是最难打的框架，所以几乎每年都列为医改重点，然后在第二年的工作报告中作出回顾和总结。除2009年最初提出的第一条计划，即扩大医保覆盖面在2011年就基本完成，所以之后并不再提。其他都是每年逐步推进，成效斐然。

医改横向上可大致分为“医”和“药”两部分，而纵向则分为“城市”和“乡镇”。这一横一纵就架构起了全民医保体系这座大厦。

综合分析这几年的政策和实际执行状况，可以得出9个每年都提的核心要点：

1. 以人民生命健康利益为根本指向，努力促进医疗公平。这点看似大而空，实则不然。要让医改的所有参与者，包括政府和社会各阶层都认识到这一点，才能正视医疗卫生事业的本质其实就是非盈利性质的，这是全民应该享受到的基本权益。并非每个人都是医生，但每个人都可能是患者。所以，尊重患者、以患者的最核心利益为导向进行改革才能取得成效，和谐的医患关系才能得以构建，总之这是大方向的问题。

2. 培养医学专业人才。人才是一切的根本，没有专业人才，一切都是空谈。扩大高等医学院的招生规模和提高其培养质量是重中之重。这里会涉及到很多细节问题，比如教材的编写等。还要对现有的医学从业者进行培训，提高他们的专业素养，制定新规则。另外，非常重要的一点就是保障医疗工作者的权益，医患关系的解决单靠尊重患者是不行的，

还要尊重专业医药人才，提高其待遇，从法律和行政上保障其权益，在宣传上也要提高他们的行业认同感和荣誉感。最后，国务院文件几乎每年都单个强调的是，保障对贫困、偏远地区和基层医疗薄弱地区的人才输入，这些地方是医疗短板，建立一支扎根基层和中西部的医疗队伍显得尤为重要，只有他们才能服务于数亿基层和少数民族地区人民。

3. 人事制度的改革。要改革，就必须促进人才的积极性，而旧的人事制度对此有很大限制。例如公立医院就不能办成另一种国有企业，从而死气沉沉，不求进取，促进对人才的引进和培养，建立公正合理的赏罚机制，就能促进人才的自由流动，做到有上有下，让他们在医疗事业的各个环节都能充分发挥自己的创造性和积极性。

4. 药物的质量、流通和价格。除了“医”，另一个核心就是“药”。药物的质量必须保证，这与人民的生命健康相挂钩，不能放任良莠不齐的药品混杂于市场，这其中就要加强研发，在各个环节上要管控质量；在流通的渠道要合理制定价格，核算成本，减少中间环节，最终让患者少花钱，吃好药；另外，还要做到“医”“药”分开，这一点直指长期存在的医生变相卖药、回扣巨大等不良现象。

5. 公立医院改革。近几年的中央医改文件非常重视县级公立医院的改革。这对完善分级诊疗制度作用巨大。因为正是县级公立医院截流了绝大部分患者，减轻了市级、省级等更高规格医院的压力。这在最大程度上做到使群众病有所医，大病、疑难病症去高等级医院看，中小病症在乡镇县级医院就能得到治疗。同时减轻了医学工作者和患者的压力。

6. 物质基础建设和技术设施的引进。国家逐年加大投资，建立更多的各级医院，努力做到医疗保障对全民的全覆盖；另外，也要对很多老旧的医学器材进行更新换代。

7. 社会资本的参与。仅仅靠国家办医是不够的，尤其是在我们这样人数巨大、地域情况千差万别的国家，更需要各式各样的社会资本参与到医疗事业中来。其中也包括港澳台和外国资本。公立医院是非盈利的，而私立医院可以在尊重患者权益的前提下做到盈利，这能缓解公立医院的压力，也能促进社会资本的流动，形成多元化办医格局。

8. 信息的透明和公开性。这一点贯穿整个医改的环节，因为医改是一项极其庞大、艰巨而漫长的事业，仅靠政府监督是远远不够的。政策制定再好，基层不落实或者阳奉阴违，都于事无补，甚至造成反效果，让广大人民群众对医改事业产生误解。这就需要社会各阶层参与进来，及时发现问题，及时补救。做到共同监督，共同改进。

以人民生命健康利益为根本指向，努力促进医疗公平。这点看似大而空，实则不然。要让医改的所有参与者，包括政府和社会各阶层都认识到这一点，才能正视医疗卫生事业的本质其实就是非盈利性质的，这是全民应该享受到的基本权益。

9. 重视疾病预防，做到全民保健。最近几年，中央越来越重视医疗保健方面的投入，并适时推广中医养生等传统的医药文化。在对疾病的管控中，预防的作用是大于治疗的。而传统医学在养生保健方面富有悠久历史，完全可以加以推广，宣传健康饮食和日常保健。这样做也是给医疗事业减轻压力，在最上游就做到对疾病的预防。

### 三、新医改的未来动向

2009年“新医改”政策刚出台就明确短期和长期目标。短期目标是在2011年之前“有效减轻居民就医费用负担，切实缓解‘看病难、看病贵’”，这一点已经基本实现；而长期目标是在2020年之前“建立健全覆盖城乡居民的基本医疗卫生制度，为群众提供安全、有效、方便、价廉的医疗卫生服务”。

结合我国复杂的社会现实，对城乡医保的全民覆盖可以做到，但健全却殊为不易。这需要数十年的苦心经营，其间会遇到很多困难，尤其是在资金和人才方面。我国老龄化现象严重，不同于发达国家，我国是“未富先老”，而在整个医保体系中，老人需要的医疗资源最多，而青年人最少，但随着人口结构的变化，青年人数量减少，这就意味着所交的保险金越来越少，而需要这笔资金的老年人群越来越多。这很可能是本世纪我国面临的巨大挑战。

长期来看，未来数十年的医疗改革仍将集中于上述提到的9点，这些政策都需要长期维护，而这些政策得以贯彻落实的前提都是我国社会的长期稳定和繁荣。很难想象，一个经济发展缓慢的社会如何能支撑得了这么宏大的医改方案。

### 四、律师的空间和社会责任

随着医疗改革的进行，相关立法也在不断出台，政策

在实施过程中必然会触及既得利益者的利益，原来的矛盾也会再次激化。2009年新政策出台至今，很多问题反而变本加厉。比如医患关系再度恶化，近几年严重的医闹事故层出不穷；在药品招标中接连发生腐败案件，如2012年的重庆医疗腐败案和2014年的广东基药腐败案；促进人才自由流通和基层医疗体系建设这两者相结合所产生的恶果就是，好医生全都主动或被迫出走向三甲医院聚集，基层人才大量流失，随之而来的就是基层群众全都涌向市级省级三甲医院，分级诊疗制度成空壳，这导致患者和医生都苦不堪言；公立医院和社会资本参股的医院界限不分，导致很多公立医院的非盈利性质被破坏殆尽，甚至在一些公立医院中很多科室被外人承包，于是医疗市场混乱，众多医院大搞竞价排名，欺骗患者，尤其是2016年的“魏则西事件”将这一现象暴露无遗；这些问题的出现，一部分原因可以归结到医疗监管不力上，监管机构甚至监带头腐败，在医药采购中收受贿赂。另外放任大量公立医院沦陷于“莆田系”，让医药界人士心痛不已，同时令广大患者对医院信心尽失等等。

在我国，这些问题的解决需要依靠法律，这也是衡量一个社会进步与否的重要标准。而律师，在这宏大的改革历程中，更是作用巨大。

对律师而言，需要及时了解新出台的法律法规，学习是永无止境的。两会每年都会出台相关政策，而各省甚至各市每年都会针对当地的特定问题出台相关法规条例，总体而言，这些法律法规极其庞杂，要了解这些无疑是律师们要面临的一大挑战，但这也正是他们的职责所在。

此外，改革中各方所发生的利益冲突都需要专业律师积极参与，这是他们参与到这个宏大事业中的最好平台。由此督促国家加快立法，督促行政和司法机关更加重视问题的解决，并借此机会向全民普及法律常识，培养社会公众的法治思维。

总而言之，这是律师的平台，他们也责无旁贷。🐶



# 抢占先机，药企如何在药品医疗器械改革中赢得未来

■ 张双，魏天颖 / 文

**自** 2015年国务院颁布《关于改革药品医疗器械审评审批制度的意见（国发【2015】44号）》（以下简称“国务院44号文”）以来，国家食品药品监督总局（CFDA）出台了一系列法规和政策，在强调鼓励创新、透明和高效等科学监管的同时，还讲究宽严相济，谨慎把握着监管力度，落实“四个最严”的精神，此番如雨后春笋般涌现的新政给药品医疗器械行业带来了巨大的变革。本文将梳理改革以来的药品医疗器械领域的主要制度并分析其所带来的影响，在此基础上，本文将探讨此次改革的发展趋势。

## 一、四项重大新政带来的机遇与风险

总体来说，CFDA在药品医疗器械方面的改革可以分为上市前评价和上市后监管两部分，其中主要以上市前审评审批制度改革为核心。具体而言，上市前审评审批方面的改革主要围绕“质量、效率、鼓励、透明”展开。其中，在提高质量方面，主要体现在对已上市药品开展一致性评价及对未上市药品实行新注册分类；在提升效率方面，在加强审评队伍建设的同时，建立沟通交流机制，完善审批制度，推行BE试验备案管理，实行药品与包材、辅料关联审评；在鼓励创新方面，主要体现在开展药品上市许可持有人制度试点，对具有临床价值的新药和临床急需仿制药研发上市的品种实行优先审评审批，以及开展临床试验数据核查等；在公开透明方面，主要体现在加强信息公开机制，启动电子技术文档eCTD建设，引入第三方专家决策机制，建立专家咨询委员会制度。

### 张双简介



张双律师2005年加入京都律师事务所，开始从事律师工作，并于2009年通过证券从业人员资格考试，熟悉房地产业、银行业、证券业等相关规定，属于复合型法律人才。张双执业九年，领域涉及金融借款合同纠纷等民商事诉讼业务及上市公司资产重组、信托、私募基金、破产债权申报、房地产项目收购、国有产权转让、法律风险防控等非诉讼业务多个方面。

在鼓励创新与提高效率的同时，CFDA对于数据造假行为采取了零容忍的态度，如总局开展药物临床试验数据自查核查工作；又如在《最高人民法院、最高人民检察院关于办理药品、医疗器械注册申请数据造假刑事案件适用法律若干问题的解释》中规定，对于符合本解释规定的药品医疗器械注册申请数据造假的情况，将依法追究药物非临床研究机构、药物或医疗器械临床试验机构、合同研究组织、药品注册申请人的刑事责任，并建立相应的行政、刑事责任衔接制度。

笔者认为，在大刀阔斧地改革中，最为重要的制度主要包括药品上市许可持有人制度、仿制药一致性评价、沟通交流制度和专家咨询委员会制度以及临床试验数据的自查核查。笔者将对这些重点制度进行介绍，并分析其可能对业界造成的影响。

#### （一）药品上市许可持有人制度

在药品上市许可持有人制度出台前，我国对国产药品采上市许可与生产许可合一的管理模式，仅允许药品生产企业在取得药品批准文号，经药品生产质量管理规范认证后，方可生产该药品。实践中，由于药品研发机构和科研人员无法取得药品批准文号，新药研发机构在获得新药证书后只能将相关药品技术转让给药品生产企业，造成了药品行业低水平重复建设的泛滥，不利于鼓励创新和保障药品供应。

2015年8月，国务院44号文提出开展上市许可持有人制度试点。2015年11月，第十二届全国人大常委会第十七次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在部

分地方开展药品上市许可持有人制度试点和有关问题的决定》，意味着我国药品上市许可持有人制度开始建立。2016年5月26日，国务院办公厅发布了《国务院办公厅关于印发药品上市许可持有人制度试点方案的通知》（以下简称《试点方案》），标志着药品上市许可持有人制度试点工作正式启动。

所谓药品上市许可持有人制度，系指将上市许可与生产许可分离的管理模式。根据《试点方案》的规定，试点行政区域内的药品研发机构或者科研人员可以作为药品注册申请人，提交药物临床试验申请、药品上市申请，申请人取得药品上市许可及药品批准文号的，可以成为药品上市许可持有人（以下简称持有人）。法律法规规定的药物临床试验和药品生产上市相关法律责任，由申请人和持有人相应承担。持有人不具备相应生产资质的，须委托试点行政区域内具备资质的药品生产企业生产批准上市的药品。持有人具备相应生产资质的，可以自行生产，也可以委托受托生产企业生产。

《试点方案》明确了药品研发机构和科研人员都可以成为持有人，但仍有区域和责任承担能力两方面的限制。关于区域限制，国家经综合考虑将试点区域定为北京、天津、河北、上海、江苏、浙江、福建、山东、广东、四川十个省、直辖市。至于责任承担能力，药品研发机构应具备依法独立承担责任能力，而科研人员则应具备中国国籍。此外，申请人在申请中应提交相应的资质证明文件和药品质量安全责任承担能力相关文件，包括责任承诺书、担保协议和保险合同等。

为配合《试点方案》的落实，北京、上海、浙江、江苏、福建和四川六省市陆续出台了具体落地的工作实施方案。以上海为例，上海制定了药品委托生产中双方权利和责任的指南范本，并明确了持有人及与持有人合作的企业应承担的责任。此外，上海还规定了一系列的配套激励政策，如设立试点药品的风险救济资金，为新药研究机构或个人购买商业责任保险提供适当保费补贴等。截至2017年1月，上海有11家药物研发机构、13家药品生产企业递交了15个品种参加试点的申请资料。

持有人制度不仅为研发机构和人员“松绑”，同时对

## 魏天颖简介



魏天颖，京都律师事务所实习律师。

于生产企业也具有重大意义。对于研发者而言，持有人制度使其成为市场主动方，增加了收益，激发了积极性。同时该制度松绑了研发机构的生产能力，降低了成本，尤其对于一些科研型创业公司来说，可以将精力和资源集中在临床前研究上。对于兼具研发和生产能力的大型药企来说，持有人制度避免了重复投资建设生产线，加速新药上市时间，并且由于研发者会主动寻求与生产企业的合作，也提高了效率，节约了成本。此外，持有人制度也将盘活一些曾无人问津的新药证书，更多的研发力量也会涌入新药研发领域。总体来说，药品所有权和经营权的分离将促进医药行业的

产业升级，研发、生产、销售领域的分工将更为精细，合作也将更为密切。

## （二）仿制药一致性评价

长期以来，我国医药产业结构以仿制药生产为主，仿制药的质量和疗效直接关系到公众的健康水平，而目前我国的仿制药生产水平和质量参差不齐，严重影响着患者用药的安全和有效。为提升我国制药行业的水平，保障药品质量，促进我国医药产业升级和结构调整，我国提出了对已上市仿制药开展一致性评价的工作。

随着《国家药品安全“十二五规划”》、国务院44号文、《国务院办公厅关于开展仿制药质量和疗效一致性评价的意见》（国办发〔2016〕8号）、《国务院办公厅关于进一步改革完善药品生产流通使用政策的若干意见》（国办发〔2017〕13号）、《仿制药质量和疗效一致性评价工作程序》等一系列政策的出台，仿制药一致性评价的帷幕正式拉开。

所谓仿制药一致性评价，系指对已经批准上市的仿制药，按与原研药品质量和疗效一致的原则，分期分批进行质量一致性评价，使仿制药在质量和药效上达到与原研药一致的水平。根据一致性评价的工作要求，对于化学药品新注册分类实施前批准上市的仿制药，凡未按照与原研药品质量和疗效一致原则审批的，均须开展一致性评价。我国对于仿制药一致性评价是按批按期进行的，国家基本药物目录（2012年版）中2007年10月1日前批准上市的化学药品仿制药口服



固体制剂，应在2018年底前完成一致性评价，其中需开展临床有效性试验和存在特殊情形的品种，应在2021年底前完成一致性评价；逾期未完成的，不予再注册。

根据CFDA统计，截至2017年5月18日CFDA共收到5321个参比制剂备案件，江苏、山东、上海、浙江、广东等制药大省名列前茅，其中2018年底前必须完成一致性评价的289个品种的备案数量为2882件，参比制剂备案中非289品种数远远多于289品种。而在2018年底前必须完成一致性评价的289个品种中，232个品种已经有备案。根据总局药品审评中心化学仿制药生物等效性与临床试验备案信息平台数据显示，一致性评价BE备案85件。由此可见，一致性评价取得了较大的成效，然而也存在着问题，例如在参比制剂方面存在着一些争议；又如生物等效性试验资源短缺等。

对于企业而言，一致性评价的开展将引导企业从以往关注批准文号转变为关注研发质量疗效与原研药一致的品种，这就要求企业有更为精准的眼光和谨慎的判断。随着上市许可持有人制度的实施，对于能够通过一致性评价的药品企业，可以作为药品的上市许可持有人委托其他企业生产；对于无法通过一致性评价的企业，可以利用自身的优势从事药品的委托加工。如果企业判断、把握准确，将在新一轮的改革中获得先机。

### （三）药物临床试验数据的自查核查

为贯彻“四个最严”的要求，CFDA于2015年7月22日发布了《关于开展药物临床试验数据自查核查工作的公告（2015年第117号）》，拉开了药物临床试验数据核查工作的序幕。根据CFDA对于该项工作的要求，所有已申报并在CFDA待审的药品注册申请人，均须按照《药物临床试验质量管理规范》等相关要求，对照临床试验方案，对已申报生产或进口的待审药品注册申请药物临床试验情况开展自查，确保临床试验数据真实、可靠，相关证据保存完整。CFDA将组织专家对申请人的自查材料等进行数据分析并视情况开展飞行检查。检查中发现临床试验数据弄虚作假的，临床试验数据不完整不真实的，将依据《药品管理法》和《药品注册管理办法》的有关规定，追究申请人、临床试验机构、合同研究组织的责任，并向社会公开。为进一步保障药品医疗器械安全，维护人民群众的生命健康权益，如上文所述，最高法起草了与药品医疗器械临床试验数据造假相关的司法解释，明确了临床试验数据造假将入刑。

根据实践情况反映，自自查核查工作开展以来，大量药

品注册申请由企业主动撤回。对于企业而言，药物临床试验数据自查核查的数据无疑是一份沉重的责任，这不仅要求企业自身具备诚信，也要求企业谨慎选择临床试验合作伙伴，一旦有所疏忽，重则将因数据虚假而承担行政责任、刑事责任，轻则或将因数据记录的不规范而导致无法获得药品批件，令投入大量资源和精力的辛苦付之东流。

### （四）技术审评阶段的沟通交流和第三方专家评价制度

近两年以来，CFDA陆续发布了《药物研发与技术审评沟通交流管理办法（试行）》和《医疗器械审评沟通交流管理办法（试行）》，针对药物研发过程中以及部分医疗器械注册申请受理前、技术审评阶段，注册申请人可提出与CFDA相关部门进行沟通交流。

此外，CFDA发布了《药品注册审评专家咨询委员会管理办法（试行）》和《医疗器械技术审评专家咨询委员会管理办法》，在技术审评方面建立起专家咨询委员会制度，引入第三方评价机制。与以往专家咨询会相比，以药品注册审评专家咨询会为例，主要有三方面的变化：一是会议由项目管理人与专家共同主持，改变了以往专家会由CFDA内部人员主持的方式；二是与会专家针对CFDA提出的问题公开陈述意见，最后以投票表决的形式对重大技术难题作出判断，投票结果由主持人现场公布；三是会议接受社会公众、媒体旁听。

对于企业而言，CFDA一系列的关于公开透明的制度将影响企业在药品医疗器械审评审批过程中的参与度，平衡双方信息的对称度。针对某些可能存在问题的品种，企业也可通过及时的沟通交流，听取专家意见作出判断，降低风险和成本，少走弯路。此外，这无疑也给企业增加了救济的途径，企业可以在前期解决技术问题，以免混淆技术和行政问题，不利于后期的行政和法律救济。

## 二、改革新趋势：创新性、简程序、国际化、全流程

此次药品医疗器械改革的理念在于注重“科学监管”，在保障公民用药和使用医疗器械安全和有效的前提下，也考虑到该行业中药企、研发者等市场主体的利益，利用政策引导和保障，实现行业的良性发展。本文将结合《“十三五”国家药品安全规划》（以下简称《“十三五”规划》）和国

务院、CFDA近期公布的法律法规、政策文件及相关征求意见稿，对今后药品医疗器械方面的重点改革的趋势予以探讨。

### （一）鼓励创新，提高药品医疗器械质量

综合目前的政策形势，鼓励创新和提高质量是此次改革的重中之重，主要表现在药品医疗器械上市许可持有人制度的推开、药品专利链接制度和药品试验数据保护的建立和完善、部分药品医疗器械的优先审评审批、仿制药质量和疗效一致性评价等方面。

关于持有人制度的建设，根据《“十三五”规划》和CFDA近期发布的一系列征求意见稿显示，在试点工作结束后，CFDA将总结试点经验提出修改完善《药品管理法》《药品管理法实施条例》等法律、法规的建议，并修改完善相关部门规章，以便适时在全国范围内针对所有药品和医疗器械全面推行药品上市许可持有人制度。此外，国家在鼓励科研机构 and 科研人员进行研发的同时，还鼓励临床机构和医生参与创新药和医疗器械研发。

关于药品专利链接制度和药品试验数据保护制度的建立与完善，虽然目前《药品注册管理办法》对于这两种制度都有简单的规定，但由于该规定较为简单，在实践中欠缺可操作性。根据近期CFDA公布的《关于鼓励药品医疗器械创新保护创新者权益的相关政策（征求意见稿）》的规定，我国将对这些予以细化。在药品专利链接制度方面，征求意见稿明确了药品注册申请人对相关药品专利权的声明义务，并规定了仿制药企业挑战专利权时的通知义务、专利药企业的起诉期及上市申请的批准等待期等，向美国的药品专利链接制度靠近了一步。在药品试验数据保护方面，征求意见稿扩展了数据保护的客体和期限，这不仅使创新药企业结合专利链接制度获得双重保护，也可以使某些非专利的试验数据获得保护。

关于部分药品医疗器械的优先审评审批制度，我国将持续鼓励部分药品和医疗器械的优先审评审批。针对药品部分，我国鼓励具有临床价值的新药和临床急需仿制药研发上市，对具有明显临床价值的创新药及防治艾滋病、恶性肿瘤、重大传染病、罕见病等疾病的临床急需药品，实行优先审评审批；针对医疗器械部分，我国鼓励对列入国家科技重大专项或国家重点研发计划的医疗器械和临床急需的医疗器械实行优先审评审批。

关于仿制药质量和疗效一致性评价的推进，我国将建

立我国仿制药参比制剂目录集。为鼓励一致性评价工作的开展，我国将在医保支付、集中采购、资金扶持、技术支持等方面给予保障，例如对于通过一致性评价药品生产企业的技术改造，可以向相关部门申请中央基建投资、产业基金等资金支持；对于通过一致性评价的药品应优先采购并在临床中优先选用，对于同品种药品通过一致性评价的生产企业达到3家以上的，卫生计生部门在药品集中采购等方面不再选用未通过一致性评价的品种。而针对上文所述的生物等效性临床试验资源短缺的问题，CFDA近期颁布了《关于鼓励药品医疗器械创新改革临床试验管理的相关政策》，将临床试验机构的资格认定改为备案管理。由此可见，是否通过一致性评价对于仿制药企业而言或是生死存亡的问题。

### （二）深化审评审批制度改革，积极寻求国际合作

综合目前的政策形势，我国将继续推进以临床为核心的药品医疗器械审评机制，逐步形成以技术审评为核心、现场检查和产品检验为支撑的药品医疗器械疗效和安全保障制度。为简化CFDA内部审批程序，提高审批效率，CFDA于今年3月调整了部分药品医疗器械审批程序。其中，将药物临床试验审批决定（含国产和进口）、药品补充申请审批决定（含国产和进口）、进口药品在注册审批决定，调整由总局药品审评中心以CFDA名义作出；将第三类高风险医疗器械临床试验审批决定、国产第三类医疗器械和进口医疗器械许可事项变更审批决定、国产第三类医疗器械和进口医疗器械延续注册审批决定，调整为由总局医疗器械技术审评中心以CFDA名义作出。

药品医疗器械疗效和安全保障制度的另一核心在于技术方面的进步。为此，我国将制订和完善一系列的技术标准和指导原则，力求符合改革需要及与国际接轨。在技术标准建设方面，我国将对照国际先进水平编制新版药典，提高药用辅料、药包材标准整体水平，建立药品标准淘汰机制。加快医疗器械国际标准研究转化，优先提高医疗器械基础通用标准和高风险类产品标准。在技术指导完善方面，我国将持续修订药物非临床研究、药物临床试验、处方药与非处方药分类、药用辅料安全性评价、药品注册管理、医疗器械注册技术审查等指导原则，修订药品生产、经营质量管理规范附录和技术指南。制定医疗器械生产经营使用以及不良事件监测技术指南。

自开展药品医疗器械改革以来，我国吸收FDA、EMA、PMDA等国外发达国家的药品医疗器械监管机构的经验，努



力与国际接轨。就在本月，CFDA成为人用药品注册技术要求国际协调会（ICH）的正式成员，这意味着我国在药品研发和注册国际化道路上迈出了历史性的一步，我国不仅在国际药品研发和注册技术要求领域有了发言权、参与决策权，同时也将使我国的制药行业更容易得到国际认可。

### （三）注重上市后监管，加强全流程监管

不同于以往“重上市前审批，轻上市后监管”的局面，我国逐渐意识到应加强药品医疗器械上市后的监管，这主要体现在规范研制生产经营使用行为、建立实施全生命周期管理制度、强化现场检查和监督抽验等方面。

在规范研制生产经营使用行为方面，我国将从研制环节、生产环节、流通环节、使用环节予以监管。其中，在研制环节方面，我国将全面实施药物非临床研究、临床试验、医疗器械临床试验的质量管理规范。同时建立起临床试验数据管理平台，加强临床试验监督检查，严厉打击临床数据造假行为，确保临床试验数据真实可靠。在生产环节方面，我国将全面实施药品医疗器械生产质量管理规范，并对药用原辅料和药包材生产企业开展延伸监管；对疫苗、血液制品等生物制品以及血源筛查诊断试剂全面实施批签发管理。在流通环节方面，我国将全面实施药品医疗器械经营质量管理规范，加强冷链运输贮存质量监管。实行生产经营企业购销业务人员网上备案与核查制度。按照“十三五”深化医改要求，推行药品采购“两票制”。在使用环节方面，我国将落实医疗机构药品医疗器械监督管理办法，严格落实凭处方销

售处方药的规定，加强麻醉药品、精神药品处方管理。加强植入性等高风险医疗器械使用管理。

在建立实施全生命周期管理制度方面，我国将建立药品档案。全面落实药物医疗器械警戒和上市后研究的企业主体责任，加强上市后再评价，同时淘汰无价值和风险高的品种。

在全面强化现场检查和监督抽验方面，我国将按照“双随机、一公开”

原则，重点围绕行为规范、工艺合规、数据可靠等方面，对企业开展质量管理全项目检查，严厉打击弄虚作假等各类违法行为，督促企业严格执行相关质量管理规范。

除上述改革之外，为促进利益相关者响应和配合改革，我国将推出一系列的保障措施，例如，与医改制度相衔接，建立药品价格信息可追溯机制，建立统一的跨部门价格信息平台，实现与药品集中采购平台、医保支付审核平台的互联互通。同时，出于对用药公平性的考虑，完善短缺药品供应保障和预警机制，保证临床必需、用量不明确低价药、抢救用药和孤儿药的市场供应，并建立同情给药制度。又如，改革将鼓励药品生产流通企业兼并重组，做大做强。此外，在鼓励的同时，改革还将加强企业的信用考核，对失信行为开展惩戒，同时完善药品医疗器械的损害赔偿赔偿责任，探索建立产品责任保险及损害赔偿补偿机制。

综观以上政策，不难看出我国药品医疗器械行业破釜沉舟改革的决心和壮士断腕的勇气，接下来将会有更多细化的落地性政策。值得注意的是，这些制度并非是独立存在的，其相互之间存在着关联和交叉，而某些乍看之下对企业而言是责任的政策，其实也暗含着机遇。改革是挑战，也是机遇，是因新政而被市场淘汰，还是因新政成为市场的宠儿，关键在于如何利用好这些政策。此外，药品医疗器械领域的改革将是一场行业的洗牌，在重新分配利益的同时，也调整了该行业中各主体的责任，企业在追逐利润的同时，还应提高法律意识，厘清责任和规避风险，注重合规部门的建设，防范法律风险。👊

# 医药专利使用权出资的现实障碍及解决路径

■ 刘佳, 管鹏 / 文

2015年,全球范围内申请医药专利数量最多的十个组织中,有五个席位被我国占据。其中,江南大学和浙江大学分别以320项和274项专利位列第二和第三名。从科研机构的角度来看,我国的医药创新已经呈现蒸蒸日上的趋势,但现实情况却是,国产原研药不多,药企多以生产仿制药为主。形成这样相对矛盾的现象是由于目前国内在医药领域的产业化能力不足,医药专利技术没有成熟的路径进入市场,实现成果转化。而在世界范围内,发达国家基于长期的人才和资金投入,仍然主导着高端医疗设备和重要专利药物市场,如何与外国医疗企业展开有效商业合作以降低国内患者的医疗消费就显得尤为重要。

大众创业、万众创新的大时代背景下,技术入股作为国家和地方基于股权激励目的倡导的一项重要制度安排,不仅有利于促进医疗行业科技成果的转化,更为外国医疗企业与中资企业的商业合作提供了重要思路。专利技术的无形性决定了其可以在同一时间、不同地点由多人分别按各自的方式加以利用,

且该种使用不会引起任何有形物的损害或转移。因此,弱化专利技术的所有权观念,强化其使用权观念,充分开发利用专利技术的使用权,将有效放大大专利技术的市场价值,降低合作各方的商业成本。在这样的背景下,讨论专利使用权出资的问题,既具有理论价值,亦具有实践意义。本文拟基于现行有效的法律法规和司法实例,探讨并分析使用权出资的合法性和出资过程中的常见问题,并结合实际为投资人提供实操意见。

## 刘佳律师简介



刘佳律师,京都律师事务所公司业务与破产清算部律师,2007年北京大学研究生毕业,拥有多年上市公司法务工作经验。主要执业领域为公司合规业务、投资并购业务、破产清算业务,曾为多家企业提供法律风险管理、公司合规及内控管理、医疗行业监管、生物科技研发及成果转化等方面的法律服务,担任内蒙古福瑞医疗科技股份有限公司、中国科学院天津工业生物技术研究所等单位常年法律顾问。

## 一、专利使用权出资的立法规范及司法实务考察

### (一)专利使用权出资的立法规范考察

1.国家层面的法律规范对专利使用权出资没有明确规定

《公司法》第27条规定,“股东可以用货币出资,也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让等非货币财产作价出资;但是,法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外”。《公司登记管理条例》第14条规定,“股东的出资方式应当符合《公司法》第二十七条的规定,但股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资”。可见,对专利使用权出资问题,我国公司立法则既未明文支持,也没直接否定。

2005年1月1日施行的《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律

若干问题的解释》第十六条规定,“当事人以技术成果向企业出资但未明确约定权属,接受出资的企业主张该技术成果归其享有的,人民法院一般应当予以支持,但是该技术成果价值与该技术成果所占出资额比例明显不合理损害出资人利益的除外。当事人对技术成果的权属约定有比例的,视为共同所有,其权利使用和利益分配,按共有技术成果的有关规定处理,但当事人另有约定的,从其约定。当事人对技术成果的使用权约定有比例的,人民法院可以视为当事人对实施



该项技术成果所获收益的分配比例，但当事人另有约定的，从其约定”。这一司法解释规定了出资人对于投资技术权利范围的选择权，从条文的表述可推断出应有认可“技术使用权出资”之意，但可惜的是其采取的是合同法视角，且法律效力层级不高，适用范围具有特定性。

2.地方层面规范性文件确立了专利使用权出资的适格性

学界还在争论专利使用权的适格性，国家层面也尚无明确规定，部分地方政府则已先行一步，出台相关文件正式确立专利使用权的可出资性。

(1) 2011年，江苏省苏州市工商局下发了《关于认真贯彻市委十届十四次全体（扩大）会议精神进一步鼓励和支持市场主体转型升级的若干意见》，意见第5条指出“探索以商标、专利等知识产权的许可使用权作为出资方式”。

(2) 2012年2月16日，国家工商总局、上海市人民政府在上海召开政策发布会，发布《国家工商总局关于支持上海“十二五”时期创新驱动、转型发展的意见》（以下简称《意见》）。《意见》从加快构建现代市场体系、加快形成以服务经济为主的产业结构、深化浦东综合配套改革、完善市场监管体制机制等方面，系统提出了支持上海经济社会发展的18条政策措施，这其中就包括支持上海开展专利使用权等知识产权出资研究工作<sup>1</sup>。2015年，上海市嘉定区人民政府关于印发《嘉定区开展创业型城区创建工作实施方案》的通知（嘉府发〔2015〕47号）在第三部分“具体措施”章节重申了上述规定。

(3) 2012年，丹东市人民政府下发了《丹东市人民政府关于支持小微企业发展的实施意见》，意见第十七条规定：允许投资人依法以土地使用权、房屋产权、专利使用权、商标使用权出资创办小微企业。

(4) 较为明确支持专利使用权出资的政府文件当属湖南省科学技术厅、湖南省工商行政管理局和湖南省知识产权局于2014年12月9日联合下发的《关于支持以专利许可使用权出资登记注册公司的若干规定（试行）》（湘科政字〔2014〕44号）（以下简称“《规定》”）。《规定》指出，

## 管鹏简介



管鹏，京都律师事务所实习律师

专利使用权是专利权人使用该项专利应用于生产并获得收益的权利，属于知识产权范畴。专利使用权出资是将其作为资本进行投资，与资金投资方提供的资金共同投资入股。同时，就出资必须具备的一些条件，如专业评估机构评估作价、专利许可方式为在中国境内独占许可、专利许可使用权出资方具备的能力等，《规定》亦做出了初步要求。

## （二）专利使用权出资的司法实务考察

专利使用权出资在公司立法中虽然没有直接规定，但是，在司法实践中，

法院在处理与之相关的纠纷时，对专利使用权出资的效力基本上予以确认。

### 1.法院确认专利使用权出资的效力

江苏省南京市中级人民法院在中国长城资产管理公司南京办事处与成红喜、仁顺强、原审被告南京市安中仪表厂、南京马良实业公司债权转让合同纠纷上诉案（〔2013〕宁商终字第1443号）中对专利使用权出资予以了肯定。法院指出，“马良公司发起人为成红喜、任顺强及案外人吕根宝，成红喜是以专利技术使用许可还是以专利所有权转让出资，股东之间没有明确约定，结合成红喜用于作价出资的速热微型无电源烙铁专利技术已实际用于马良公司生产经营，且马良公司股东缴纳出资后，已经验资机构验资并出具证明的情形，可以认定成红喜以专利技术出资30万元的约定，是指专利技术许可使用。法律并未禁止股东以专利技术许可使用权作价出资，故上诉人长城资产公司以成红喜的该专利技术没有办理转移手续等为由，主张成红喜以专利技术作价出资30万元未到位，缺乏依据”。

北京市第一中级人民法院在美国环球科技开发股份有限公司诉北京橡果经贸有限公司等确认协议无效纠纷案（〔2003〕一中民初字第9658）中认定，万钧开发部作为氧立得公司出资方，将“氧气发生器和氧气发生剂的配方、专利使用权和商标使用权进行出资”的行为有效，氧立得公司在合营期间依法享有的是技术工艺、配方、专利和商标的使用权，并非所有权，在合营期满后万钧开发部有权依约收回

1 <http://finance.people.com.cn/GB/70846/17134619.html>

该专利使用权。

## 2.不以法无明文规定直接否定专利使用权出资的合法性

浙江省宁波市中级人民法院在李伏林与宁波康麦隆医疗器械有限公司股权确认纠纷上诉案（〔2011〕浙甬商终字第62号）中并没有直接以“专利使用权不能出资”为由驳回李伏林的主张。而是认为，康麦隆公司在工商机关备案的章程第10条载明，李伏林的出资方式为专利所有权，在公司成立后六个月内依照有关规定办理专利技术的过户手续。对章程的这一约定，李伏林不予认可，也未签署公司章程，故其并未与其他股东就如何设立康麦隆公司达成合意，因而不具备成为该公司股东的条件。

## （三）专利使用权属于《公司法》第27条可以用于出资的非货币财产

根据《公司法》第27条，非货币财产只要符合《公司法》所规定的“可以用货币估价”和“可以依法转让”这两个要件，且不属于《公司登记管理条例》中列举的不得作为出资的财产即可用来对公司出资。

### 1.可以用货币估价

《专利资产评估指导意见》（中评协〔2008〕217号）第十二条规定，“专利资产评估业务的评估对象是指专利资产权益，包括专利所有权和专利使用权。专利使用权的具体形式包括专利权独占许可、独家许可、普通许可和其他许可形式”。可见，专利使用权作为一种财产表现形式可以用货币估价的，投资人可以委托专业的资产评估机构对其专利使用权进行评估，出具评估报告。确定其经济价值。

### 2.可以依法转让

虽然《专利法》严格区分了专利权的转让与许可使用，转让似乎仅限于专利权全部权益的让渡而不包括使用权的让渡，但《合同法》第三百四十二条规定，“技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同”。《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十二条第一款亦规定，“合同法第三百四十二条规定的‘技术转让合同’，是指合法拥有技术的权利人，包括其他有权对外转让技术的人，将现有特定的专利、专利申请、技术秘密的相关权利让与他人，或者许可他人实施、使用所订立的合同。”可见，关于技术“转让”的标的，并非仅限于专利权，还包括申请权和使用权。

### 3.法律和行政法规不禁止

用于出资的非货币财产必须是法律和行政法规不禁止的

财产。因此，枪支、弹药等法律禁止流通物以及通过非法方式取得的财物不能用于出资。另外，《公司登记管理条例》第14条规定：“股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。”专利使用权不在此限。

## 二、专利使用权出资过程中的常见问题

### （一）专利使用权用于出资的形式

从《合同法》的角度看，专利使用权的转让即是专利的实施许可。《技术合同司法解释》第二十五条第一款规定，“专利实施许可包括以下方式：（一）独占实施许可，是指让与人在约定许可实施专利的范围内，将该专利仅许可一个受让人实施，让与人依约定不得实施该专利；（二）排他实施许可，是指让与人在约定许可实施专利的范围内，将该专利仅许可一个受让人实施，但让与人依约定可以自行实施该专利；（三）普通实施许可，是指让与人在约定许可实施专利的范围内许可他人实施该专利，并且可以自行实施该专利。”

那么，权利人将专利使用权用于出资的，是否以上三种方式均可呢？有观点认为，专利使用权用于出资的只能以独占许可权的形式体现，因为专利独占许可使用权在实际使用效果上与专利所有权无异，只有被许可人独家使用，有别于通过其他方式以专利技术的使用权向公司出资。而专利排他许可使用权或普通许可使用权用于出资后无法避免第三人仍可能不经公司同意继续使用该专利使用权，不仅可能引发股东与公司之间的同业竞争，更有侵害公司利益之嫌。

笔者认为，专利使用权是以专利权作为客体的债权，专利使用权用于出资的，无论是独占许可使用权、排他许可使用权还是普通许可使用权，其本质上体现的均是投资人与公司之间就“债权债务关系”的一种让渡；不同的许可使用方式，在投资人入股时便对应不同的评估作价。普通许可使用权用于出资的，评估作价时理应考虑第三人或出资人自身使用专利权给公司带来的减损，因此第三人或出资人在出资后使用专利权也就无所谓占用公司财产，损害公司利益了。同理，排他许可使用权用于出资亦然。至于出资人与公司之间的同业竞争，其本身并不为法律所禁止，也完全可以通过协议安排来解决。再者，认可专利使用权出资的意义在于适应专利的无形资产特性，虚化其所有权观念，充分利用使用权，最大



程度发挥其经济价值。而独占许可使用权在某种程度上不啻为所有权的一种变体，被许可人获得授权后再无第三人可以合法使用该专利权，仅仅认可独占许可使用权的出资地位无疑会大大减损专利使用权用于出资的积极意义。简言之，笔者认为，专利使用权既可以通过独占许可的方式用于出资，也可以以排他许可或普通许可的方式用于出资。

## （二）专利使用权出资比例

第四次修改后的《公司法》第二十七条删除了“全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十”的规定，取消了非货币财产出资比例以百分之七十(70%)为上限的规定。换言之，非货币财产出资比例可超过百分之七十(70%)，从理论上而言，甚至可以达到百分之一百(100%)。虽然实践中，投资人不可能全以非货币财产予以出资。

## （三）专利使用权出资主体

投资人以专利使用权出资的，其对专利使用权有合法来源系应有之义。那么专利权人和享有分许可权的被许可人是否均可以专利使用权出资呢？笔者认为，许可使用系专利权的固有权能，只要专利处于有效状态，专利权人便当然地享有稳定的许可专利的权利。但与专利权人不同，被许可人许可专利的权利来源于专利权人的许可一旦专利权人向被许可人收回实施专利的许可或分许可，被许可人用以出资的专利使用权便丧失了权利基础，可见其权利属性并不稳定。而这种不稳定与因可能被宣告无效而导致的专利权不稳定的情形具有本质区别，专利权被宣告无效更多的是基于客体不符合《专利法》规定的授权条件，系由客观因素所致。因此，为确保交易安全并保障和平衡公司及其债权人的利益，在现行的法律环境下，笔者建议对被许可人以其专利使用权出资予以限制，仅允许专利权人以专利使用权出资。

## （四）评估作价

《公司法》第二十七条第二款规定，“对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。”

由于专利为无形资产，缺乏市场公允价格，而且以专利使用权出资也无法通过拍卖的形式确定价值，在确定其价值时容易发生争议，因此在以专利使用权出资时不仅不能缺少评估程序，而且一定要委托有资质的评估机构按照公平合理

的原则确定其价值，以免日后产生出资不实的问题。

## （五）专利使用权出资的税负承担

### 1. 所得税

投资人以专利使用权出资的，根据投资人是自然人还是法人的不同，缴纳所得税的情况如下：

#### （1）自然人

根据财政部2015年下发的《关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》（财税[2015]41号）（以下简称“《个人通知》”）第一条的规定，“个人以非货币性资产投资，属于个人转让非货币性资产和投资同时发生。对个人转让非货币性资产的所得，应按照‘财产转让所得’项目，依法计算缴纳个人所得税”。《个人通知》第五条第2款规定，“本通知所称非货币性资产投资，包括以非货币性资产出资设立新的企业，以及以非货币性资产出资参与企业增资扩股、定向增发股票、股权置换、重组改制等投资行为”。

因此，自然人投资人以专利许可使用权出资，应按照上述要求缴纳个人所得税。

#### （2）法人

根据《财政部、国家税务总局关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知》（财税[2014]116号）（以下简称“《企业通知》”）的相关规定，居民企业以专利许可使用权出资设立新企业的行为属于非货币性资产，应当以非货币性资产对外投资确认的非货币性资产转让所得，依法缴纳企业所得税。

### 2. 增值税

#### （1）自然人

2016年5月1日，财政部、国家税务总局出台了《关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税[2016]36号）（以下简称“《营改增通知》”），规定销售无形资产征收增值税。

根据《个人通知》的规定，个人以非货币性资产投资，属于个人转让非货币性资产和投资同时发生。根据《营改增通知》附件1《营业税改征增值税试点实施办法》及附件2《销售服务、无形资产、不动产释义》的相关规定，股东以专利许可使用权出资的，属于销售无形资产的应税行为，应当缴纳增值税。但同时，《营改增通知》附件3《营业税改征增值税试点过渡政策的规定》第二十六又规定该种技术转让的，免缴增值税。



## （2）法人

根据《企业通知》，企业以专利许可使用权出资属于企业非货币性资产投资，但《企业通知》未将企业以非货币性资产投资明确规定为转让非货币性资产和投资同时发生。因此，企业专利许可使用权出资能否视同转让无形资产的行为，有待商榷。

综上，自然人以专利使用权出资，应缴纳个人所得税和增值税，其中增值税可以免缴；法人以专利许可使用权出资，需缴纳企业所得税，但是否应缴纳增值税尚不明确。

## 三、专利使用权出资的不确定性及其解决路径

如上所述，由于现行法律规定上的模糊不清，专利使用权出资仍然存在一定的不确定性。

网络上有律师分别咨询过北京市、上海市、湖南省及四川省的部分工商行政管理局及知识产权局，电话调研情况显示：北京市接受咨询人员表示不允许股东以专利许可使用权出资；上海市接受咨询人员表示需要根据专利的实际情况判断能否以专利许可使用权出资；湖南省接受咨询人员表示虽然政策上较为支持，但操作层面因缺乏先例并不鼓励；四川省接受咨询人员表示投资者可自由选择出资形式，工商部门和知识产权局并不干涉。相信商标使用权出资的情况也定是

如此。因此专利使用权是否可用于出资，现实操作中还会受到各地工商局的影响，具体情况可能还需要与当地的工商局进行沟通。

那么当下专利使用权出资就是否死路一条呢？虽然大部分工商部门不支持专利使用权直接出资，但创业者们对此的需求还是非常强烈的，为此市场上出现了一种专利使用权间接出资方式。举例来说，股东A以货币出资，股东B以专利使用权出资，实际操作中股东A先与股东B以货币出资，公司设立后，公司与股东B出资现金等同的价格购买股东B的专利使用权。而对于增资过程，投资人可以先与目标公司签署一份技术合同以提供技术，其中约定目标公司就技术的提供须支付一定价款（数额等于出资款），以此形成有效债权，再以债转股的方式对目标公司增资。

## 四、小结

综上所述，投资人可以专利许可使用权出资，但要履行评估、财产权转移（许可合同备案）等程序。同时，投资人以专利使用权出资的，还要充分考虑税负成本，就专利使用权的许可地域范围、期限和许可形式作出明确约定，就所出资技术的改进成果归属作出安排，并设置有效的出资财产不足的补偿机制等，以避免或减少不必要的法律纠纷。🐱



# 别急着哭，卫计委的本意你们搞错了！

——浅析互联网医疗政策

■ 何梓雍，王可怡 / 文

近日，有关互联网医疗的话题频繁出现，起因在于一份卫计委内部流出的《关于征求互联网诊疗管理办法（试行）（征求意见稿）和《关于推进互联网医疗服务发展的意见》（下称《意见》）。此《意见》一出就好比一捧投入湖水的石子，顷刻间激荡起阵阵涟漪。不少行业内人士对此《意见》表现出了极大的忧虑，认为此《意见》是未来互联网医疗行业的拦路虎，阻止了很多意图进军此行业人的脚步，甚至很多已经踏入此行业的人要面临着被迫出局的窘境。

纵观我国近几年互联网医疗的发展，互联网医疗作为一个新兴行业还处在发展初期的跑马圈地阶段，行业竞争小，国家政策也多以鼓励支持为主，不少人都跃跃欲试，意图抓住有利时机，抢占互联网医疗市场的高地。因此，这样具有制约性色彩的《意见》流出，也难怪会引起如此多的关注和讨论。但是，在笔者看来此《意见》并非如大多数数人担忧的那样，反而是互联网医疗行业的一剂强心针。

限定范围，提高门槛，  
净化行业，利好群众

《意见》在总则部分明确规定了互联网医疗可以开展的业务范围。其中，第四条允许开展的互联网诊疗活动仅限于医疗机构间的远程医疗服务和基层医疗机构提供的慢性病签

## 何梓雍律师简介



何梓雍律师，民商法及国际商法双硕士学位，海归律师，从业近10年。擅长企业并购，尤其专注于医疗机构收购中的交易结构的设计、政策资源的利用与整合及代表谈判；公司日常法律事务，公司日常法律事务及法律文件的处理。

约服务。不得开展其他形式的互联网诊疗活动。

业务范围的限定，实际是为了有效杜绝互联网医疗机构因过分追求盈利而增加不适宜通过网络进行的诊疗活动的不良现象。医疗行业不同于其他盈利性行业，如果过分以盈利为目的，就会诱发太多社会不安因素。限定业务范围，可以严格把控行业行为，更切实为人们享受互联网医疗服务创造了一个良好的行业环境，提升信任感。

《意见》虽然对行业范围进行了严格限定，缩小了互联网医疗的活动范围，却为基层医疗开辟了一块独有的空间，除了准许医院与医院之间的远程诊疗外，还特意准许基层医疗机构可以通过远程诊疗为慢性病签约患者服务，有利于对基层之外的医生的工作量分流，方便患者实现小病区域内就诊，为从事慢性病管理和搭建医联体平台的机构带来机遇。

《意见》第七条、第八条要求互联网诊疗活动应当由取得《医疗机构执业许可证》的医疗机构提供。未经国务院卫生计生行政部门颁布相应医疗机构类别和医疗机构基本标准，县级以上地方卫生计生行政部门不得擅自设置审批虚拟医疗机构。

以审批制、备案制为前提的准入制度是一种有效的管理和预防手段。一方面将不具备相关资质的机构阻挡在互联网医疗行业之外，从入门开始就进行严格把关，提高准入门槛，预防一些不必要发生的医疗事件；另一方面将入驻该行

业的机构进行登记备案管理，除了方便相关行政机关管控该行业，更能切实做到责任的追究溯源，有据可依。

## “不得首诊”怎会限制互联网医疗行业？

《意见》第十四条规定：“医疗机构不得对首诊患者进行互联网诊疗活动。当患者出现病情变化需要医务人员亲自诊查时，医疗机构及其医务人员应当立即终止互联网诊疗活动，引导患者到医疗机构就诊。”

但凡需要远程会诊的病情，一般都是发展了很长一段时间，所以这样的患者肯定在某某医疗机构已经就诊过，通常情况下，大病、疑难杂症通过互联网进行首诊的情况极为罕见。其次，疾病的临床症状表现是一个比较复杂的课题，必须依托化验等手段才行。如果首诊只单纯依靠互联网，靠病人口述自身患病的感受来判断病情，误诊率毫无疑问会上升，这必会与发展互联网医疗的初衷相背离。

所以，首诊本就不适宜互联网医疗行业，《意见》只是将此条落实纸面，实现有据可依，并未对该行业进行限制。

## 扼杀医生自由职业？！是你想太多

《意见》第二十三条规定：“医务人员开展互联网诊疗活动应当依法取得相应执业资质，并经其执业注册的医疗机构同意。”第二十四条规定：“医疗机构应当使用在本机构职业注册的医务人员开展互联网诊疗活动。”这两条主要针对医务人员制定的，很多人认为这在实际操作层面直接限制了医生自由执业，至少让跨省执业变得几乎不可能实现。我们国家目前还没有一张行医资格全国自由注册的制度，而是以省或者直辖市为属地管辖，跨省必须重新去卫生局换证备案注册。换句话说，医师目前看似几乎不可能在两到三个省

### 王可怡简介



王可怡，京都律师事务所实习律师

同时进行执业地点注册！

事实真的如此吗？

根据2017年4月1日施行的中华人民共和国国家卫生和计划生育委员会令第十三号《医师执业注册管理办法》第十七条规定：“医师跨执业地点增加执业机构，应当向批准该机构执业的卫生计生行政部门申请增加注册。”通俗点讲，比如北京医生到上海执业，只需要医生直接向上海的卫生行政部门提出申请增加注册即可。不再需要向以前那样通过原有医疗机构向卫生行政部门申请注册那么麻烦了，这表示其中的主动权都掌握在医生手里，不需要通过原有单位了。

可见，《意见》中的条款与是否限制医师多点执业毫无关联。只是由于医务人员这一职业的特殊性，《意见》特别强调要对医务人员进行严格的注册备案制度，这是很有必要的，一方面便于监管，保障医疗服务水平，另一方面对享受医疗服务的患者也是更强有力的保障。笔者认为，《意见》并没有对医师参与互联网医疗执业进行限制，只是增加了一些监管性条款，这对于互联网医疗行业的优化有很大的促进作用。新政策的出台，必然会经历一段运行的磨合调整期，相信后续会有其他更具体的可操作性强的政策出台，大家可以不必现在就开始忧虑，毕竟医务人员是互联网医疗行业中的重要部分，医务人员执业受限很大程度上会阻碍该行业的发展。

众所周知，法律法规及政策的制定通常具有滞后性，互联网医疗作为互联网大时代背景下产生的一个新兴行业，其本身的优势和发展前景再加上国家的鼓励和支持，必然吸引很多人。但是，医疗行业的特殊性使得互联网医疗行业必须要加强行业的监管力度，《意见》的制定无疑是给行业注入的一剂强心针，不仅时刻提醒行业内人士所肩负的职责，而且使整个行业逐步向着规范化，有序健康的发展方向前行。👊



京都民商诉讼研究中心揭牌仪式。左起苏号朋，梁上上，崔建远，刘凯湘，田文昌，王宪森

## 民商诉讼研究中心成立 京都“三驾马车”齐头并进

2017年4月8日，“京都民商论坛暨京都民商诉讼研究中心成立仪式”在京都律师事务所成功举办，法学专家、律师、媒体朋友、公司法务等100多名嘉宾参与了本次活动。

2017年3月15日，十二届全国人大五次会议表决通过了《中华人民共和国民法总则》。作为我国民法典的总则篇，民法总则的颁布对于我国民事、商事活动及纠纷处置必将产生深远的影响。京都律所举办本次活动旨在深入解读民法总则的立法意义和规章内容，探讨新形势下公司纠纷的审判规则和实务处置。

中国法学会民法学研究会副会长、清华大学法学院教授、法学院民法研究室主任、民法典课题组负责人崔建远，中国商法学研究会副会长、北京大学法学院教授、博士生导师刘凯湘，第八届“全国十大杰出青年法学家”、清华大学法学院教授、博士生导师梁上上，对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师苏号朋等法学专家莅临现场共同见证了京都民商诉讼研究中心的成立，并在其后的京都民商论坛上做了精彩的主题演讲。

现摘录部分嘉宾的发言，以飨读者。



京都律师事务所高级合伙人郭庆律师主持京都民商诉讼研究中心成立仪式

## 致 辞

### 朱勇辉：京都民商诉讼研究中心是京都的百年大计



京都律师事务所主任朱勇辉律师

尊敬的田文昌老师，尊敬的崔建远老师、赵旭东老师、刘凯湘老师、梁上上老师、苏号朋老师，以及各位已经在现场的和正在赶往京都的路途中的嘉宾、朋友们，还有在京都23层分会场，通过观看直播的方式参与今天盛会的京都同仁们：

大家上午好！

四月的北京，是春天的季节，新事物应运而生。今天，我们大家齐聚一堂，共同见证京都民商诉讼研究中心的成立，并举行首届京都民商论坛。在此，我代表京都，对各位嘉宾的到来，表示热烈的欢迎和衷心的感谢！

京都自1995年成立，诉讼业务一直是京都的传统优势。22年来，在田文昌老师的带领下，京都秉承“追求卓越、不负重托”的发展和服务理念，坚持“专业、诚信、理性、执着”的执业精神，经过众多京都同仁的共同努力，现已发展成为诉讼、非诉业务“两翼齐

飞”的综合大所，其中，刑事诉讼、民商诉讼、非诉业务“三驾马车”齐头并进。京都民商诉讼研究中心的成立，是京都所继去年成立刑辩研究中心之后的又一力作，必将充分地发挥京都的传统优势，整合京都的民商诉讼资源，为业界提供更多的研究成果，为客户提供更优质的民商诉讼法律服务！如果说雄安是国家的千年大计的话，那么京都民商诉讼研究中心就是京都的百年大计！因为田文昌老师一直说，我们要把京都办成百年老店！在此，我代表京都，向多年来关注、关心、支持、帮助京都发展的各界朋友表示最衷心的感谢！

近年来，京都以高水准的法律服务、独特的人文魅力和卓越的社会责任担当，吸引了包括高等院校著名法学专家、最高人民法院原资深法官在内的各级公检法人员、律师业界精英等各路英才加盟京都。目前，京都总所、分所执业律师已近500人。下一步，京都将沿着专业化、团队化、综合化、国际化的发展道路不懈努力，我们将进一步优化机制、创造条件，把京都做得更强、更大！今天来了不少京都的老朋友和新朋友，在此，我插播一则广告：我们欢迎各界精英加入京都，共谋发展！无论你是业界大咖，还是刚毕业的有志青年；无论你是法律高手，还是业务管理或者市场营销人才，相信在京都，都能找到满意的发展平台！因为我们的理念是：在京都，大家好，才是真的好！

最后，再次感谢大家，感谢“律商联讯”对本次活动的支持！祝今天的会议圆满成功！谢谢！🙏



## 公丕国：京都民商诉讼研究中心提升民商诉讼律师的 法理水平和实务能力

尊敬的各位老师，各位同事，各位朋友，大家早上好！

今天是京都民商诉讼研究中心成立的日子，也是这个中心首次筹办和组织京都民商论坛的日子。作为京都民商诉讼业务的负责人，也是这次活动的组织者，我本人特别感谢各位能够光临现场。感谢各位的光临！

大家都知道，京都的刑辩业务全国领先，以田老师为代表的刑辩团队高手很多，业绩斐然。但是很多人不知道，京都的非诉业务，像金融、资本、房地产、公司业务，团队规模和业绩也都非常强；而京都的民商诉讼业务，可以说人才济济、业绩明显：就在北京总部的办公室里，专职从事民商诉讼业务的律师就有50多位，其中三位是来自最高人民法院的原资深法官，他们的审判阅历、法律功底、以及实务处理能力，使京都民商业务团队的理论研究水平以及疑难案件的处理能力提升到了一个新的台阶。所以，就像刚才朱勇辉主任讲的，京都不是很多人传统理解的只有刑辩强，而是刑辩业务、民商诉讼业务、非诉业务“三驾马车”并驾齐驱，是一个具有规模化和综合化业务特色的大律师事务所。但是我们觉得还不够，我们还想做一点“事”，这点“事”，就是要基于案件的研究并突破案件本身，能够上升到法理研究，推进立法、司法的完善和发展。

随着市场经济的发展，复杂的疑难新的民商案件越来越多，这些案件



京都民商诉讼部负责人、高级合伙人公丕国律师

的大量存在，既是对法官审判水平的考验，也是对代理律师专业水平的考验。老生常谈的话题，律师的价值是什么？当然是帮助当事人追求合法权益，但是要实现这个目的，优秀的律师应当是“以审判者的思维去审视案件，帮助法官办案”，而律师要想帮助法官办案就是要帮助法官把复杂、凌乱的事实和证据能够理清楚，能够提出高质量的专业分析和法律观点，供法官参考。而想做到这些，必须有很深厚的法理功底和研究能力。如何提升律师的研究能力？

一位优秀的律师，不仅应该是办案高手，还应该是写书的高手。律师如果觉得写书困难，可以多写文章，积文成书。撰文著书，是锻炼律师的研究能力、提升律师的法理水平、展现律师研究成果很好的方法。而京都有着著书立说的传统，这当然得益于田文昌学者律师的言传身教。前年，我们在京都成立20周年的庆典上，一次推出了20本律师

业务专著，展现了几十位律师的办案智慧和研究成果；去年，我们成立了刑辩研究中心，已经举办了多场专业的业务论坛，发表了几十篇高质量的论文，并已经开始了律师刑辩制度这个课题的研究；今天，我们又发起京都民商诉讼研究中心，想的就是团结大家各种力量，能够在诉讼仲裁案件研究的基础上，去做一些问题的探讨、理论的提升，把我们的民商诉讼业务的法理水平和实践水平，提升到一个更高的高度上去。

京都民商诉讼研究中心，是一个开放的平台。我们真诚地欢迎感兴趣的有志向的各界人士，积极加入这个中心。我刚才看了一下来宾签到，有一大批的公司法务人员，还有不远千里来自郑州、南京的一些律师、法官朋友们。我们欢迎京都所之外的律师参加，也特别邀请公司的法务人员能够加入到这个中心。大家一起借京都民商诉讼研究中心这个平台，一起来面对公司的疑难案件，一起来探讨复杂案件的处理，一起来面对立法和司法中的问题，把我们在实践中的思考和问题带到立法及司法的研究中去。让我们在这个中心的基础上，在各位老师的指导下，能够做一点事情，为我们国家的立法和司法的发展和完善，发挥我们应有的作用。

最后，预祝京都民商诉讼研究中心发展顺利，成果丰硕；也祝在座的各位老师、朋友，身体健康，工作顺利。再次感谢各位的光临！🐶

## 田文昌：诉讼是一种专业技能， 我们整体缺失“怎样做律师”的能力培训

各位来宾，各位老朋友，新朋友，大家上午好！

说到致辞，实际上就我来讲，首先只是想做一个说明，说明一下研究中心产生的意义和背景。其次还得附加一个说明，说明我是滥竽充数的，都知道我是办刑事案件的，其实民商案件我也没少办过，但毕竟是刑事案件为主。

我想说几个问题：

一个是民商诉讼研究中心成立的背景。京都民商诉讼研究中心的成立，首先是为了进一步提升民商诉讼部的诉讼实力。公丕国律师讲了，我们已经有了了一定的基础，有了一定的实力，成立这个中心的目的就是要进一步提升。另一个原因就是适应京都所向综合化、专业化发展的总体目标。我们就是在这两种需求下成立民商诉讼研究中心。

另一个想要说明的问题是：京都所除了有民商诉讼之外，还有民商事非诉讼服务业务。为什么要把民商诉讼单独拿出来，成立这样一个研究中心？这就涉及到民商诉讼的特殊性。我一直认为，刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼，包括仲裁，凡涉及诉讼，都是一种专门的技能。从律师的专业领域来看，在各种服务领域中，首先要具备这个方面的专业知识，同时还要具有操作的技能。非诉讼服务有非诉讼服务的技能，各种非诉讼服务都有它需要遵循的一系列规则、规律，还有具体的技能。而诉讼又有它更特殊的、独特的能力。三大诉讼也好，仲裁也好，是需要经过特殊训练的。如果我们仅凭一种单一



全国律协刑事业务委员会主任，  
京都律师事务所名誉主任田文昌

的专业知识，而缺少诉讼技能的训练，是不能做好诉讼业务的。比如说很多高水平的专家，如果他没有诉讼的历练和经验，操作起来仍然不能适应诉讼的需求，仍然打不好官司。相反，有些律师能力很强，思维能力、表达能力、应变能力都很强，但是他的专业知识比较薄弱，所以到法庭上就只会耍嘴皮子，也同样打不好官司。对于一个好的诉讼律师来说，知识和技能这两种能力都不可缺少。在座最典型的例子就是刘凯湘教授，又有专业知识，又有诉讼能力，我曾经多次与他合作，出庭代理民商诉讼的案子，像这样的人才在中国是很少的，属于稀缺资源。

去年在美国搞培训的时候，我们参加培训的人都有非常深的体会，美国纽约大学几个教授在讲课的时候，头头是道，尽显教授水平。而在做演示的时候，再看他的表情、动作、语气，则完全是一个律师。这说明他不仅具有双重能力，而且还有丰富的经验。而在我们

国家这种人却很少。

这样的教授给律师上课，确实会有很好的效果，而我们往往是纸上谈兵者居多。所以，根据这种情况我们越来越认识到成立这个研究中心的重要性。我们就是要通过这个研究中心把理论和实务的问题很好地结合起来。我跟京都所的律师们说，我一直在追求一个目标，那就是把京都所打造成一个理论和实务相结合的制高点，这也是中国司法界、律师界和理论界共同需求的一个平台。京都所的刑事诉讼研究中心、民商诉讼研究中心就是要成为这样一个平台。期待着法律圈里的跨界人士能够在这个平台上大展身手、各显其能。

接下来是这个中心要干什么？我认为至少有两个主要的任务：

一个是搞研究、搞论坛。中国的法学理论和立法修法的发展速度是非常快的，因为我们的法律不成熟，所以老在变，那就要不断地学习。我们的研究中心就要不断地组织学习，不断举办论坛。

另一个任务就是培训。中国的律师缺少技能培训，我们对诉讼技能的培训要从头做起。30多年过去了，没有人教过我们怎么样去做律师。包括法官和检察官也一样，也没有人系统地教他们怎么样去做法官和检察官，以为有了法律知识就是通才，什么都可以做。可实际上什么都做不好，而且经常角色错位。别人我们管不了，但律师自己要管自己，我们律师一定要学会怎么样做律师。



1997年刑法第一次修改的时候，司法部办了几期刑辩律师培训班，请我去讲课。我跟主管部长提出要加强技能培训，他说那你来讲吧，我哭笑不得，我说，“谁给我讲过啊？”后来我们逐步跟国外的律师机构合作，才搞了一些正规的技能培训。目前为止，民商诉讼的培训比刑事诉讼还弱，而且这种状况还没有引起足够的重视。所以，我们应当高度重视律师诉讼业务的技能培训。我希望，在京都所的诉讼业务中，不仅刑事诉讼要有京都风格，而且民商诉讼

也要有京都的风格，要有一套有规律可循的、正规化的打法。这是加强民商诉讼业务培训的一个重要理由。

民商诉讼研究中心就是在这种背景下，即为了提升民商诉讼业务能力，为了适应京都综合化、专业化的总体目标的这样一种环境下应运而生的，它也标志和体现了京都的综合化和专业化发展进程中一个新的起点。

所以，非常希望民商诉讼研究中心能够在最短的时间内发展起来。当然，发展离不开同行的支持，离不开媒体朋

友的帮助，更离不开在座的专家、顾问、学者们的倾力支持。

本来今天不只来这些人，江平教授、赵旭东教授、张卫平教授都说好要来的，还有社科院的孙宪忠教授也说好了要来，但是因为临时有事情来不了。所以，与会的专家人数比原定人数少了一点。不过，没到会并不重要，重要的是他们都是我们中心的顾问，相信他们都会不遗余力地支持中心的活动！

谢谢大家，谢谢各位的支持！👍

## 王胜全：京都民商诉讼研究中心 打造理论与实践相结合的民商平台

各位老师，朋友们，在这个美好的人间四月天，京都民商研究中心呱呱落地了。聘为主任，我感到非常荣幸。田老师刚才讲了中心的定位，就是要联合国内外知名的民商诉讼研究机构，致力于提高民商诉讼研究水平，把我们这个中心打造成国内最具实力、最前沿、最顶端的一个平台。中心的口号是：“用案例说话，探索民商前沿”。中心的工作主要有以下五个方面。

第一个方面是组织民商事专题论坛，不定期开展论坛的工作。今天下午开展的是公司诉讼论坛，下一次的主题是开展金融论坛。我们的中心将以公司诉讼、金融诉讼、房地产诉讼和环境资源诉讼四大板块为主开展工作。

第二是开展公司法务交流，我们这个中心既是律师的平台，也是公司法务人员的平台。各位公司法务们有空到公司来坐坐，聊一聊法律，还可以谈谈诗意和远方。



京都民商诉讼研究中心主任王胜全

第三是开展个案的法律论证工作。中心汇集了国内最优秀的民商法大家，最优秀的前法官，最优秀的大律师。中心在这方面有其他律所无法比拟的能力和实力，足以给任何一家公司提供最专业、最权威、最高效、最到位的民商诉讼法律服务和体验。

第四个工作是开展律师培训，京都的刑辩律师培训已经卓有成效了，在业界很有影响力。今年下半年京都也要组

织民商诉讼律师去美国培训，以此来拓展民商诉讼律师的国际化视野，提高国际化水准。

第五个工作是开展成果的编辑工作，我们中心刚刚推出了一个微信公众号，这个微信公众号推出的文章，我们会结集成册，定期出版，以此来推进民商诉讼法领域的发展。这个公众号是开放的，欢迎各位不吝赐稿，尤其是欢迎各位从事公司法务律师的朋友，把你们的工作经验分享给我们。

最后，我想以一个民商法律人的一段表白，作为我的结束语：中心愿做一人公司/所有的股份都归你垄断、独占/我们的友情，坚如不动产/永不清算，永不上市/我们的眼里，甚至容不下善意第三人/永不对外增发股份/即使有人嫉妒骂我们不是“人”/那我也不抗辩/因为我们人格混同，难分彼此。

谢谢大家的支持，期待与大家合作。👍

## 崔建远：法律人需要理论实务并重



中国法学会民法学研究会副会长，清华大学法学院教授，法学院民法研究室主任，民法典课题组负责人崔建远

各位朋友早上好！非常荣幸参加京都民商诉讼研究中心的成立仪式，原来接到邀请，感觉躲不开田大律师私人的情感，我和京都律师所在业务上有多年的交往，现在身临其境，看到了会议日程的安排，觉得不虚此行。

既然让我说几句，想到哪就说到哪。研究中心在一个律师所里面设立，确实耐人寻味，我们现在有种种的误解，一种认为理论没有多大的用处，法学院学到的在实务很少能用到。比如说合同法中讲某一种合同，老师们这样讲，但是到实务中一个合同文本遇到有很多种类性质不同的法律关系，就晕了。还有课本上学的，跟实际个案中用到的，也往往有差异，于是得到这么一个结论。我就特别有想法，有的时候就愤愤地说，为什么案子要找我们，你们自己怎么解决不了呢？从实际经历来看，有了一种理论的素养，这种素养它就潜移默化的影响到你对问题切入的角度，展开推进的过程。实务中出现的案子，在法条上和教科书上不容易对号入座的，不会只有一个解决方案。如果你没有这样的素养，你就觉得怎么看怎么陌生，束手无策。就像一个人的哲学好，他会在无形中对你的思考、演讲、写作起作用一样。从这样一个角度来

讲，理论很有用，你觉得没有用，那还是修炼未到家。

从另外一个角度，实务被轻视也是错的，不要说票据纠纷这样的法律业务，没有实务你根本搞不懂，就算物权合同纠纷这些不像票据案件技术性那么强，有实务和没有实务，结果也是大不一样。这次课题上有民法总则，其中有一条是法人登记事项不能对抗善意相对人。看到这一条可能想到了法人和相对人做交易，可能就没有法人登记事项。比如我是这个法人的股东，我的股权与登记事项相关，一个受让人根据登记事项来受让股权，作价就按照登记的价值。另外受让人又提出来主张撤销这个合同，我不要了，登记了一百亿，我按照一百亿来受让这个主权行不行？那么这个登记事项能对抗这个受让人吗？它是转让人的相对人，可不是法人的相对

人，是法人的第三人。如果你接触了实务，就很容易想到这个法条不应该这样写。你不了解实务，可能就这样写了。

理论上，都是一个个非常纯而又纯的合同，可是到实务中，一个文本五花八门。在债权转让的时候，是一个梯级关系一个梯级关系的转让，还是整个文本都转让过去？转让过去以后，转让人这边解除权和撤销权还有没有？如果只看我们的法条和教科书，这些问题都难有一个合适的答案。所以从这个角度，实务又特别重要。

我到北京来工作很庆幸的一点，就是有机会接触很多看起来相对复杂疑难的案件，参加讨论的往往有民法、商法、刑事诉讼，甚至刑法和行政法的，从中学到了很多的知识。参加各种场合的活动，收获最大的有几种活动，一种就是各个学科的人各自发表意见，还有一种是参加法律司法解释草案的讨论，谁也不甘落后，毫不客气亮出自己闪亮的地方，从中，我学到了很多的知识。还有就是今天这种活动，尤其跟田大律师，跟京都所多年的关系，今天来参加会议，结识了新朋友，又见了老朋友，很高兴。预祝京都所今天成立的民商诉讼研究中心越办越红火！👍



## 专题一：

# 民法总则的制度创新与民法典编纂

## 崔建远：运用民法解释学解释新法，做“聪明法律人”

### 关于第一百五十三条

关于民法总则，里面有不少的地方可能需要我们注意的，例如第一百五十三条“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效，但是该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”，我听到一些专家学者对这一条文有疑惑，探讨是不是应该对这一条规定持否定态度，我认为不应该这样来理解。

这一条文的出台，是经历了一定的历史沿革过程的。一直以来最高人民法院都主张“法律行为如果违反法律、行政法规的效力性强制性规定，视为行为无效”。我们不少的专家学者认为这样规定不周详、有问题，因为这会让人认为违反管理性的强制性规定的民事法律行为效力就不受影响，然而包括最高人民法院的（史法官）自己在不少司法判例当中也都认为即使民事法律行为违反的是管理性的强制性规定，该行为的效力也不能一概而论，要根据个案具体甄别，有的行为效力会被认定为有效，有的行为效力就会被认定无效。例如《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》中规定，“承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得相应资质等级，当事人请



中国法学会民法学研究会副会长，清华大学法学院教授，法学院民法研究室主任，民法典课题组负责人崔建远

求按照无效合同处理的，不予支持”，所以违反管理性强制规定是否导致民事法律行为无效，还要根据具体的情况具体分析。

因此，尽管全国人大法工委在民法总则草案中关于这一条文的表述一直以来都是“效力性的强制规定”，我们还是提出是不是可以在此基础上加上一款，即违反管理性的强制性规定，民事法律行为的效力根据具体的情况认定。

就这一条法律条文存在的意见分歧，我是道听途说的，据说在两会的时候有人提出：干脆就把这一条删掉。但删掉的话，那么就存在一个问题：关于民事法律行为无效的规定中，如果不管是不是“效力性强制性规定”，彻底删除了“违反法律行政法规强制性规定”的内容，那这一方面的案件该怎么处理

呢？于是主张删掉的人提出：只有规定了民事法律行为的有效要件不就可以了吗？

其实不然，规定民事法律行为有效要件与规定民事法律行为无效情形，这两者是不一样的，符合有效要件的民事法律行为，行为效力还是需要根据具体的情况来具体分析，光靠规定有效要件是不能解决全部问题的。我认为为了调和这个矛盾，应该这么来理解这一条文：违反法律行政法规效力性的强制规定，肯定是无效的，而违反法律行政法规管理性的强制性规定，则要根据个案的具体情况来做判断，即不要把这一条文理解为是对真伪的彻底否定，那么这个条文就彻底没有意义了。

法律条文的表述肯定有这样那样的缺点，即使这个条文表述得不尽如人意，我们作为解释法律之人，要比立法者聪明，不然法律就不能进步。所以解释的人要把立法在这一方面表现不如人意的地方补上。我们解释法律的人，尤其是有裁判权的人，应该采取这样的态度：遵循解释论规则，把有问题的法条解释得没问题，并将这些法条更好地适用到个案。

我不赞成一些老师，也不知道出于什么动机，劈头盖脸地就批判这个法条，批判得越狠，学生越觉得老师有水平，掌声雷动，我觉得这是哗众取宠，不是一个合格的法律人应有的操守。不

能为了迎合学生盲目的崇拜，为了显得自己多么了不得而去批判这个法律，不给出路；批判是可以的，但是要给出路，要思考如何解决问题。所以我所在的清华大学法学院，至少清华大学的民商法学是遵循这样的规则，就是不要整天批判这个法条，我们在批判的同时，也要思考解决问题。

## 关于紧急救助

关于民法总则，还有一个方面要说的，我核实了一下这个方面还真是属于我们的创新，就是关于实施紧急救助，对被救助者造成损害不负责任的一条。我查阅了国外的资料，对于影响生命健康的重大危险的紧急情况，境外的立法还是会强调如果在这种情况下进行紧急救助存在故意、重大过失的，仍然要承担一定的责任，例如德国，中国台湾地区的相关规定对于紧急救助适用范围就很窄。而我们对于紧急救助适用的范围就很宽。这是一个制度的创新，从我们提倡的社会风气的角度，把那些不尽如人意的表现扭转过来，应该都是有积极意义的，有值得肯定的价值。

但是从学者的角度来讲，我对于这一条文的想法是太焦虑了，太渴望了，结果该有防范措施的，该刹车的地方也不要了，这个是有些过了头。就是说有一些从外形上看他是实施救助，可是他的内心是在伤害被救助者，这种情况按我们的法条，只要客观上有这个救助行为，他就不需要负责。我觉得还是像多数的专家学者的意见那样，应该考虑“故意、重大过失”的情况。有代表反对，认为那么紧急，谁来得及深思熟虑？“故意”这个理由肯定不对。而对于“重大过失”而言，特别紧急的情况下可以不考虑是否存在重大过失，但是

没有那么紧急的情况下，例如他就躺在马路上，你可以从容的救助，有时间能够想一想的情况下，这个时候要求重大过失承担责任，还是有道理的。

但是法律没有那么写，这时候就是解释法律的人发挥作用的时候了。结合整个民法总则的立法目的以及第一百八十四条对于这一点的规范目的，我们理解应该包含这个主观要件的要求，结果由于立法者考虑不周，就没有加这样的要件。按照这个目的来解释，适用法律的人就要在个案里面适用法律时加一个“但是”，即法律条文这个涵盖得太宽了，本来有一些例外，条文中也没有写，我们解释和适用法律的时候就加这么一个例外，明确在重大过失故意也要承担责任。

## 关于表见代理

关于民法总则，我还想讲一点，也不能说是制度的创新，但我觉得很有价值，就是关于表现代理。合同法第五十条规定相对人有理由相信你有代理权即为表见代理。后来到了最高人民法院的准司法解释（2009—40号判例）就加了一个“没有过失”的要件，这也是解释法律的一个体现。

但我认为这样解释法律是有问题的，将这样一个要件适用在实务中，就很难成立了。实践中我们动辄就过失，没有过失的情况是极罕见的，因此很容易就可以举出存在过失的情形，有了过失就不能成立（表见代理），表见代理制度的功效发挥得就不理想，这样对交易相对人要求苛刻了一点。当然不同意的人也有理由，如果不提“过失”的话，真正的权利人利益就没办法得到保障，真正的权利人利益为什么就漠视呢？两方都有道理，所以就要找平衡

点。找的那个平衡点就是：只要是善意的，即使是存在一般过失，也应该认为表见代理成立，但我觉得对“过失”要求还是高了一点。

我自己感到欣慰的就是，虽然民法总则草案中关于“表见代理”的规定，一直是有“善意且无过失”这一要件的，但在最终版本当中还是把这个“过失”删掉了，我很赞成，因为这样就增加表现代理成立的机会。交易安全与真正权利人保护这两方面是不能两全的，是需要进行取舍的，而把“表见代理”制度的价值取向更多地偏向交易安全这一方面，对于真正权利人的利益保障那边相对漠视了一些，这样的取舍还是值得赞成的。

由此延伸到另外一个问题，就是法定代表人或者是非法定代表人的负责人超越权限的问题。公司法第十六条、合同法第五十条、以及民法总则的相关规定，被不少专家学者以及最高人民法院都定义为“表见代表”，最高法院在典型指导性案例里面有一个，就直接用“表见代表”这样的表述。最高法院在编纂相关指导性案例的时候，我提出的观点是：赞成该案例的判决思路和判决观点，但是我坚决不同意用“表见代表”这四个字。为什么不同意？“表见代理”和“表见代表”，容易让人理解这是两个相同或者是相近制度。实际上从法律的规定和我的理解上看这两者之间差别很大，甚至有本质的差别。

表见代理只要一构成，被代理人不能不受代理行为产生的权利义务的约束，必须来承受。而所谓的“表见代表”那种叫越权行为，只要相对人有理由相信这个行为没有越权，那么法人、非法人组织就必须来承受这个法律行为项下的权利义务，这一点上跟表见代理是类似的。



但接下来就很不同了，如果相对人是恶意的，那么法人的权利仅限于否认这个法律行为的效力，可是后果仍然由法人来承受，而不是由越权的法定代表人或负责人来承受。也就是说从法律后果上讲，这个法人是逃不掉的。这跟狭义的无权代理不一样的，狭义无权代理中被代理人可以主张由无权代理人承担责任。而在超越权限这个问题上，被代理的法人肯定是跑不掉的，法人能够做

出选择的只是：要么承认行为有效，承受由此产生的后果；要么不承认行为效力，由此导致行为无效或者被撤销，承受由此产生的后果。这样一来，如果在合同纠纷里面，恐怕就涉及到违约金的差异。如果是相对人有理由相信行为有效，那么被代理的法人要承担违约金条款的责任。如果说相对人无理由相信行为有效，被代理的法人可以主张否认行为的效力，从而主张不适用违约金的条

款，但是缔约过失的责任法人还是逃不掉的。

所以由此可见，所谓“表见代表”与“表见代理”有不小的差异，如果采用这样类似的命名方式，很容易让人把它们当成相同或者是相近的制度。

今天我就说到这里，关于民法总则，有若干的研究刊物大概是下一期就能把我系统阐述的观点登出来，大家有兴趣可以看。☞

## 刘凯湘：如何理解并适用新规定，考验法律人的智慧

各位上午好！因为这个题目是叫做民法总则的制度创新和民法总则编纂，也是一个主题，但是太散，太杂的一个主题。崔建远教授已经谈了几个方面的问题，对民法总则谈到了一些自己的评价，包括后面的几位教授，我们选择两三个点来谈谈自己的一些想法。

### 一、民法总则对于法人的规定

我想谈三个小问题，第一个就是涉及到这次民法总则对于法人的规定。当初法工委民商司开会的时候，我们都一起参加了，对于法人相关规定，应该是属于争议最大的问题之一，尤其是法人的分类，到底采用社团法人和财团法人的基本分类类型，还是营利法人和非营利法人的基本分类类型，争议很大。当时比较占主流地位的观点应当还是按照学界对于法人最常见的、最重要的分类，即分为社团法人和财团法人。但是民法总则最终的版本则是采纳了营利性法人和非营利性法人的分类方式，只是



中国商法学研究会副会长，北京大学法学院教授、博士生导师刘凯湘

把“性”字去掉了，将法人分成了营利法人和非营利法人。

其实很多学者对此提出了批评，认为没有按照学者主流观点对法人进行分类，而采纳了跟商业法的价值判断更接近的一种分类方法。我个人是这么理解的，第一，我们国家目前来说还是一种民商合一的基本体（我个人是比较反对民商合一的），禁止民商分立的，不管是立法还是司法实践中我们的法律思维基本上还是以民商合一为主的，所以民

法典和民法总则当中，这种民事行为和商事行为一并考虑的考量和归置，并不为过，甚至还必须得这么做。第二，营利法人和非营利法人确实也是一种对于法人基本分类的方法，社团法人当中也有营利性的，也有不以营利为目的，财团法人一般认为是不以营利为目的，其实也很难判断。以营利还是非营利对法人进行分类，可以对法人本身的要求进行区分，可以根据对创办者、投资人的要求，对其他方面的法律规制，包括治理结构，包括对外行为，甚至包括公法的规制，税收等各方面的要求进行区分。

总的来讲，既然采取了这么一种主要的分类方式，其实我们还是可以慢慢来接受法人营利和非营利的分类方式。法学教学、司法实践，用这种分类方式来区分法人基本的类型，然后对前面所讲的不管是主体资格，内部规制等进行区分，这也许会成为一种创新。

但下一阶段还是需要思考很多问题，比如说现在营利法人和非营利法人这种基本的分类标准，涉及到营利法人的定义，就是以营利为目的，并且股东

或投资者之间能够对所赢得的利润进行分配，这种表述本身不好说有什么太大的问题，但是到底怎么样来落实到具体制度层面？

举一个最简单的例子，有限公司、股份有限公司是最典型的营利法人，但不是所有的公司都是营利的，有些企业也是以这种有限公司或者是股份公司的组织形式存在的，但是可能并不营利。不营利有两种可能：一种公司很难营利，并不是法律不允许它营利，而是体制模式决定了它很难营利，比如说地铁公司，公交公司。北京市政府都是补贴北京市公交公司上百亿；另外一种就是不被允许营利的公司，例如某些国有企业，不是说公司没有能力营利，而是社会福利在里面，这些国有公司不能追求营利。

反过来说，学校基本上是非营利机构，作为事业单位的，但现在从幼儿园开始，到小学，到中学，都有私立的学校，大学慢慢也会有一些私立的。这些社会资本来办学校，要求其不以营利为目的，要求其做雷锋，这是不可能的。另外如果他办得好，学生愿意去，很有市场，收费也很高，到年底的时候一结算有盈利，有利润，投资人不能分配，它是不是营利法人呢？好像是一个非营利性的法人，但是它又符合营利的概念，投资人可以取得利润，并且应当允许他进行分配。

所以我们接下来更多的工作可能就是怎么样对营利和非营利进行一种甄别，然后设置不同的规则，另外就是这种交叉性应当怎么来看待，这也是我们下一步需要做的重大课题。

## 二、英雄烈士的人格保护问题

第二个就是英雄烈士的人格保护问

题。这其中就涉及到相关条文规范的效力问题，这是一个学理问题，但是实际上这个条文写进了法律，写进了民法总则，已经离开了学理，跟学术逻辑已经没有太大的关系，是社会意识形态的问题，是一个政治考量的问题。如果永远不会发生这个事情或者案子，或者不会涉及到诉讼，那么这个条文就成为一个无害的条款，这样也就慢慢证明当初将这个条文写入民法总则，本来就没有什么价值。但是不一定，不排除有的人会动用这个条款，如果他真的会提起这个诉讼，但是他可能与英雄烈士是八竿子都打不着的关系，于是他干脆就以公益诉讼的名义来起诉，这就又涉及到是否损害社会公共利益的问题。由此看来这一条文一旦涉及到实务问题，真的会给我们的法官、律师，包括我们的法学教育工作者带来一些难题。

如果是第一种情形，这个条文是一个消极性的条款，无害的条款，搁在那里没有人用它，这是一个好事。但如果一旦发生第二种情形，尽管用得很少，哪怕在某个地方提起了这么一个诉讼，该条文被用在了一个案子当中，比如董存瑞某个亲戚站出来，提出某些文章中对董存瑞不尊重，要提起诉讼，就能给法官、律师出很大的难题，这可能就需要我们研究这一类诉讼是不是只能提起公益诉讼，以及这些条款将来怎么适用的问题。

一般来讲死者的人格也是受保护的，是保护死者生存的近亲属，对死者人格的污蔑或诽谤使得生存的近亲属的生活不安宁，心理不安宁，法律真正保护的还是活着人的利益，死的人也不知道。所谓英雄烈士人格受到侵犯，他们亲戚和亲属提起诉讼，可能是为了心里的不安宁，比如我是董存瑞第三代侄子，某些文章中出现对董存瑞不尊重的

文字，我受到了伤害，心里不安宁，这就跟公共利益没有关系，可以直接适用保护死者人格的相关规定。

但是如果侵犯英雄烈士的人格，英雄烈士的亲属没有受到什么伤害，而是损害了社会的公共利益，这类问题最后也许有可能变成一种公益诉讼，那就应当由民政机构，甚至检察机关依据这一条提起公益诉讼。因为如果是近亲属以个人民事权利主体身份起诉，但是又以损害公共利益作为起诉理由，我觉得这一条文用起来就是很矛盾的条款。

## 三、诉讼时效的问题

最后谈一下诉讼时效的问题，一个问题是诉讼时效改为三年，我们仍然觉得是不满意的，至少得有四年，这是一个技术性的问题了。原来民法通则的规定是比较简单，导致权利被侵害后，其实很难起诉或者不可能起诉，因为经常出现知道权利被侵犯，却不知道被告是谁的情况。因为按照民事诉讼法，提起诉讼需要有明确的被告。现在民法总则进了一步，除了知道或应当知道权利被侵害，还要知道义务人是谁，甚至是有能力提起诉讼（譬如无民事行为能力、限制行为能力及未成年人等权益遭受损害）。更具体来说，你既使有的时候知道了被告，知道了侵权行为人，知道了违约方，不管是公力救济方式还是私力救济方式，你不一定能够行使这个权利。这个在合同纠纷中比较少见一些，在侵权诉讼当中有时候有这个情况的。比如说病人躺在床上重伤，医院告诉你了，派出所出了一个鉴定报告或者责任事故书认定报告，你也知道被告是谁，但是你可能没法行使。或者自己本身动弹不得，本来可以请律师和代理人但不知道如何去聘请律师。所以实际的情况



也可能通过这种个案当中，或者法律的解释当中，以有利于权利人的解释方式来确立一个对“起诉”非常准确的界

定，而不是一个模糊的法律条文表述。尽管民法总则已经有进步，但是事

实上已经还是有一些不很清晰的地方。谢谢各位！

## 梁上上：民法总则中关于设立中的公司责任承担有创新，简洁明了，进步大

各位京都所的朋友，大家早上好！

我接着崔老师和刘老师的话题，我特别赞同崔老师的发言，我们现在已经到了不能不解释的时代，因为民法总则已经制定出来了，所以更重要的是如何解释，把法律解释到符合我们所期待的那种程度。一个法律条文规定没有遗漏那是不可能的，没有遗憾也是不可能的。

总体我觉得这个民法总则还是不错的，一是有继承，二是有创新。

### 一、法人的概念

从继承的角度来看，我讲几个点，第一个是法人的概念。当时有很多的学者在立法过程中提出我们的法人概念是不是可以除了自然人之外的其他组织，或者是建筑法上的非法人组织也包括过来了，这可能是一个误解。

其实法人的概念，在不同的国家，概念是不一样的。有的学者会举到台湾地区一些例子，或者日本的一些例子，或者说法国的一些例子，台湾地区、日本、韩国的法人概念和中国内地是不同的，台湾地区的法人概念中最重要的一类就是公司，包括无限公司，两合公司等，那么无限公司其实就相当于中国内地的普通合伙企业，台湾地区、日本的“公司法”明确规定，它属于法人，但



第八届“全国十大杰出青年法学家”、清华大学法学院教授、博士生导师梁上上

它的特征不是独立承担责任的。而我们的国家的法人一个很重要的基本特征，就是要独立承担责任。

所以我们用法人概念的时候，大家可能还是需要注意这个区别，我们国家的法人概念跟德国的法人概念是一样的，跟美国也是一样的，但是跟法国、日本和韩国是完全不一样的。所以那些建议我们国家也采取台湾地区“民法”关于法人的概念，可能这是一种潮流。

法人概念的外延没有扩大，这是我们的继承，我觉得是可取的，但是有一个不是特别理想的地方，讲法人概念的时候，体现它的一个特征的归纳，是以民事权利能力和民事行为能力的归纳；但是讲到非法人组织的时候，是以自己的名义从事民事活动这样的特征来归纳，这个其实跟前面的归纳方式是不一

样的，特征的选择角度是不一样的。非法人组织也是具有民事权利能力和民事行为能力，无非不同的就是责任承担能力就不太一样，这可能是在适用的时候要注意的。

### 二、“社会公共利益”的界定

还有一个有继承，又有创新的，就是“社会公共利益”的界定。民法总则第一百三十二条规定民事主体不得滥用民事权利损害国家利益，社会公共利益，还有他人的合法权益。在我们长期的法学教育当中，一般都认为社会公共利益跟公序良俗是一样的，应当采取国外的公序良俗的概念，但民法总则当中使用的是“社会公共利益”的概念，因此有人认为应当把这个“社会公共利益”替换成“公序良俗”。

其实我个人觉得恐怕保留“社会公共利益”是比较妥当的，因为社会公共利益跟公序良俗，基本的内涵是完全不一样的，有的时候公序良俗可能会影响社会公共利益，有的时候社会公共利益也可能会影响到公序良俗，这两者不是完全一致的。台湾1982年修改“民法总则”的时候，还特别加进了“社会公共利益”这个条款，我们把“社会公共利益”如果彻底去掉

有的时候国家利益和社会公共利益是会有一些重叠的地方，还有社会公共利益和国家利益如何转化的问题，这是在适用当中是需要注意的。当然民法总则有一个遗憾的地方，没有把第一百三十二条作为民法总则基本原则，而是作为民法总则的具体条文，这样的安排可能会影响适用的空间。

的话会有一些问题的。

举一个例子，变压器对广大的居民基本的生活是非常重要的，如果原告坚持要求把现在的变压器厂房拆掉并移到距离自己一定范围之外，但又找不到合适的地方再建变压器厂房的话，原告的这个主张就跟社会公共利益是有冲突的。社会公共利益也是有一个合理适用的空间，在这个案子当中如果适用了公序良俗，恐怕就很可能影响社会公共利益。民法总则第一百三十二条能够保留“社会公共利益”，我觉得还是非常可取的，这也是符合中国国情的。

当然还有一个与“社会公共利益”有关的问题，就是国家利益跟公共利益之间如何转化。有的时候国家利益和社会公共利益是会有一些重叠的地方，还有社会公共利益和国家利益如何转化的问题，这是在适用当中是需要注意的。当然民法总则有一个遗憾的地方，没有把第一百三十二条作为民法总则基本原则，而是作为民法总则的具体条文，这样的安排可能会影响适用的空间。

### 三、关于设立公司的规定

另外一个问题就是民法总则第七十五条关于设立公司的规定，比公司法司法解释三的第二、三条规定得要合理一些。公司设立的过程当中肯定要开展一些民事活动，那么在开展民事活动

的过程当中，可能是以设立人自己的名义进行，也有可能是以设立中的公司的名义进行。

根据现行的公司法和司法解释三的第二条的规定，如果发起人以设立公司为目的，以发起人自己的名义与第三人开展民事活动，应当是由发起人自己来承担民事责任。如果设立中的公司享受了绝大部分的权利，或者履行了主要义务，或者公司事后进行了追认，第三人可以选择，要么就以发起人为被告，要么以公司作为被告。

如果设立公司是以设立公司的名义开展民事活动的，当然是以公司作为被告承担责任。但是如果说发起人是以自己的利益为目的，与其他人开展民事活动，公司可以不承担责任，但是第三人是善意的除外。

另外根据现行的规定这两个条文来看，关于设立中公司最终没有设立而产生的责任承担的规定，逻辑是比较复杂的，总体来说他们采取的是外观主义的路线。非常复杂在什么地方？第二条第一款讲的是一般的原则，第二款是例外的规定，第三条又是从外观主义出发，首先是基本的原则（即公司承担责任），接下来又是例外的规定，读起来非常复杂。

但是现在民法总则第七十五条的规定就非常简洁，很好理解，为设立法人从事的民事活动，法律后果由法人承

受；法人未成立的，其后果由设立人承受；设立人为两人以上的，享有连带债权，承担连带义务；设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人，或者设立人承担。只要以设立公司为目的的话，公司就要承担责任，但是如果说以设立人私人的名义从事民事活动，第三人享有选择权。

这样简洁的表述，就包括了前面所有的问题，作为老百姓和律师，就非常容易理解条文的内容，以设立公司为目的的从事的民事活动，无非就是一种以设立人自己的名义进行，一种以公司的名义进行。只要以公司设立为目的，公司就要承担责任，但是如果说以设立人私人的名义从事民事活动，第三人享有选择权，所以问题就变得比较简单并且容易理解了。

可能大家有一个疑问，如何证明“目的就是为了设立法人”？在实践当中这一直是依靠主观的判断，这个问题很难避免。公司法司法解释二、三里面表述的也很复杂，“以公司设立为目的”也是靠实践中的主观判断。我们在讨论这个设立问题的时候，预设的前提就是以“公司设立为目的”来进行讨论的。

总体上民法总则一定程度上来讲，无论是继承原有法律规定的方面，还是创新的方面，都是有很好的表现，有很大的进步。🐶



## 苏号朋：民法总则中无效民事法律行为类型的评析

首先要说明的是，民法总则立法已经完成，所有在立法过程中产生的观点、见解、不同的意见，都已经尘埃落定，我们要做的工作是对法律文本本身的研读和解释，不应再去为哪个条文、哪个规则是谁提出的而去争宠。

第二，在整个民法典立法过程中，民法总则只是过渡性的立法。按照立法规划，很快会制定出完整的民法典。民法总则作为民法典的组成部分，在民法典的后续立法过程中，需要进行更深刻的体系化。这是因为，在民法典的体系中，不仅民法总则内部存在的问题需要解决，而且还要顾及民法总则和民法分则之间的关系，比如说物权、债权，甚至在民法典外部和其他未纳入民法典的民事特别法之间的关系，如公司法、知识产权法。

第三，必须承认的是，采取此种模式制定的民法总则，一定是模仿德国民法典的结果，因为此民法总则的思维模式是德国人创造的，所有采取此种“总则式”立法模式的国家都是在学习德国，无一例外。因此，我们面前的民法总则在体系上绝非中国特色，也绝非中国立法者或者学者的独创。至于在小的方面的改变，无非是特定中国国情的体现以及意识形态的要求。

当然，从整个大陆法系观察，并没有几个国家的民法典存在高度体系化的民法总则。那是因为，当德国人创造出这一体系时，大陆法系中的绝大多数国家已经有了自己的民法典，不会学习德国的模式，再改过重来。因此，采取此种立法模式的主要是一



对外经济贸易大学法学院教授、  
博士生导师苏号朋

些后发国家，尤其是亚洲国家，如日本。这就意味着，民法总则中绝大多数概念、规则是移植过来的，是从别人那里学过来的。我们在理解、适用这个法律时，进行比较法上的研究是非常有必要的，尤其是要关注德国和日本、我国台湾地区对相应问题的思考和处理。

顺便要说明的是，有人可能将民法法典化与体系化混同，认为法典化的民法必然是体系化的，这种理解是错误的。古罗马已有编纂法典的尝试，法国开启了近代民法法典化的时代，但很难说这些法典有很强的体系化。真正的体系化是德国人在完成“潘德克吞”式的立法体系研究，并以此为基础，用含义明确的概念和提取公因式的抽象规则建构起结构严密的法典化体系。当然，越来越多的人会指责，这样的体系化有何意义，绝大多数的国家没有制定如此体系化的民法典，法律秩序不也一样在正常运行。但是，我们现在面对的现实是，中国接受了德国人设的套，制定了德国式的民法总则，因此是否应当体系

化就不再作讨论了。

当然，在某些方面，我们的民法总则试图做些创新，如法人的分类。民法总则将法人分为营利法人、非营利法人、特别法人，且此类分类的理论基础与德国民法有较大差异，是有独特性的。在德国民法理论中，社团法人可进一步分为营利法人和非营利法人，但民法总则是没有这一前提，而是将全部的法人分为营利法人和非营利法人。但此种分类存在的重大问题是，它们不能包容的法人类型太多，导致“特别法人”中的种类太多，包括四种。在营利法人和非营利法人之外，有如此之多的特别法人，说明类型化本身是有问题的。

我今天将发言的重点放在法律行为领域，且只探讨无效民事法律行为的类型问题。法律行为是德国人的独创。无论哪个国家的民法典的总则部分，只要规定了法律行为，一定是从德国人那里学过来的。

在我国民事立法中，无效法律行为的类型经历了三个阶段：民法通则到合同法，再到民法总则。在这一发展历程中，立法对无效法律行为的类型化，一直有明显的进步。1986年的民法通则规定了七种无效的民事法律行为的类型，并采取了非常严厉的无效认定方式，传统民法认为只是可撤销的法律行为，它也规定为无效，如欺诈，胁迫和乘人之危。这成为学者批评的对象，也成为在合同法立法过程中去改变的一个主要内容。到了合同法立法的时候，它就改变了民法通则过于严厉性的要求。其中最明显的变化是将欺诈、胁迫一分为二，如果是欺诈、胁迫的方式订立合同，

损害国家利益的，属于无效；未损害国家利益的，为可撤销。这样一种条文的设计，很明显是为了回应民法通则的立法缺陷，但是合同法的这种处理产生了一些新的缺陷，即以欺诈胁迫的方式损害国家利益的合同无效，这一规定明显存在不周延性。

我们可以想象一下，如果一个合同不是欺诈或者胁迫的方式，但是损害了所谓的国家利益，难道就是有效吗？按照合同法的规定，同样是无效的。所以，合同法试图以这种方式改变民法通则关于欺诈、胁迫规定的缺陷，但是造成了新的问题。所以，民法通则、合同法在法律行为无效性认定上，存在相同的问题，即没有按照法律行为的生效要件做类型化的认定。

法律行为的生效要件包括如下方面：第一，当事人具有相应的民事行为能力；第二，意思表示真实；第三，不违反法律、行政法规的强制性规定；第四，不违背公序良俗。在设计无效法律行为的类型时，也应分别针对上述四个要件，加以设计，而不应将各个要件叠加在一起，制定出逻辑混乱的法律规则。但是，合同法在规定无效合同的类型时，在一定程度上存在将各个要件叠加在一起的现象，即第52条第1项的规定。

在回顾以往立法的基础上，我们来看民法总则关于无效法律行为的规定。我觉得最为重大的进步就是它完全根据法律行为的生效要件，在四个方面分别评价法律行为的无效。民法总则有四个条文（144、146、153、154）规定了5种无效法律行为的类型，144条是民事行为能力上的问题，146条是意思表示上的问题，153条第1款是违法问题，153条第2款是违反公序良俗的问题。它们都对应了上述的法律行为的生效要件，亦与其他国家的规则完全相同。

154条规定的恶意串通，是中国特色的规定，其他国家都没有作规定。

如果将民法则规定的这五种无效法律行为的类型和民法通则、合同法的规定相对照，你会发现它有比较大的差别。也许有人会说，它们之间并没有大的差别，合同法也规定了恶意串通，也规定了违反法律。但是，我们要注意到，它们之间最重要的一个差别是，民法总则严格以法律行为的生效要件作为确定无效民事法律行为类型的依据，不存在性质认定错误或者体系违反的问题，这是民法通则和合同法都没有做到的，这才是它们之间根本性差异所在。

在此要特别说明恶意串通的问题。在这一点上，民法总则仍然接受了从民法通则到合同法的安排，规定了恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。刚才已经讲过，从比较法的角度来说，这是其他国家都没有规定的一类无效法律行为。有人说这类似德国民法典第826条规定的恶意背俗。但是，我们要注意的，德国民法典第826条是关于侵权行为的规定，而民法总则把它放在了法律行为里面，作为法律行为无效的类型。也就是说，民法总则评价的是这个法律行为本身，而不是去评价这一行为在侵权法上的法律后果，立法意旨是完全不同的。我个人认为，民法总则对恶意串通的规定是可以接受的，但需要在民法理论上对其作进一步说明和研究。

恶意串通适用于何种案件类型，值得研究。与此前的立法相比，民法总则有了一个新的规定，就是通谋虚伪表示的法律行为无效。这就涉及到通谋虚伪表示和恶意串通的区别，及在具体案件中的适用范围。另外，民法总则取消了原来立法上一直存在的以合法形式掩盖非法目的。这一选择是正确的，它解

决了原来一直存在的恶意串通和以合法形式掩盖非法目的之间的区别、理解和适用问题。但是，新规定的通谋虚伪表示与恶意串通之间有区别，则要引起我们的高度重视。我认为，在通谋虚伪表示中，当事人的意思表示是虚假的，而在恶意串通，当事人的意思表示是真实的。另外，在恶意串通时，要求其主观目的是损害他人利益，而在通谋虚伪表示中，则无此要求。

接下来我要谈一下民法总则关于无效法律行为类型的规定存在的问题。我们应当思考如下问题：民法总则关于法律行为的规定，尤其是关于无效法律行为的规定，是以哪一种类型的法律行为作为模型设立规则呢？

依民法总则第134条规定，我国立法认可了三种形态的法律行为：单方法律行为、双方或多方法律行为、决议。但是，在关于无效法律行为类型的规定中，民法总则选取法律行为的模型时，基本使用的是双方法律行为，这可以从相关条文的用语中得到答案，如第146条中的“行为人与相对人以虚假的意思表示”、第154条中的“行为人与相对人恶意串通”。既然民法总则规定了三种形态的法律行为，但该法在设计无效法律行为的类型时，却主要采用了双方法律行为作为模型，所以这就出现了问题，即目前关于无效法律行为类型的规定不够全面，或者说目前的规定无法涵盖单方法律行为和决议的情形。

例如，民法总则规定叫通谋虚伪表示的法律行为无效，这一规定显然主要是针对双方法律行为的。如果单方法律行为的表意人作了虚伪表示，或者决议的表意人作了虚伪表示，效力如何？民法总则第146条能作为法律依据吗？可见，民法总则是有法律漏洞的。

再比如说，民法总则规定恶意串



通，损害他人合法权益的法律行为无效。恶意串通显然是以双方法律行为作为模型的。但是，如果决议的表意人恶

意串通，或者单方法律行为虽然不存在恶意串通，但是损害了别人的利益，这

种情况下又怎么办？显然这也是没有顾及到的问题。☞

## 王宪森：民法总则实务操作中的几个值得注意的问题

各位老师，各位嘉宾，各位同仁，上午好！

借这个机会，我跟大家一起学一学民法总则。我原来主要从事民商事纠纷的实务工作，所以主要从实务分析的角度，谈几个问题。法律，尤其是成文法，从纸上到生活，从法学院到法庭，这之间存在着很漫长的距离。这个漫长的距离，我们用什么来填补呢？一是通过实务操作，再就是像今天这样的研讨会。这是我们缩短这段“距离”的最有效的方法。今天京都民商诉讼研究中心成立，并举办研讨会，对法律人来讲是很难得的机会。大家应珍惜这个平台，努力学习，积极研讨。

关于民法总则的适用，我有这么几点体会，跟大家分享一下。

### 第一个问题， 关于合同的效力

从实务的角度来看，不管是商事案件还是民事案件，首先应解决一个法律关系的定位问题。而从案件性质出发，首先要解决的某一民事活动或交易的效力问题，也就是民法总则第143条的适用。大家都知道，民事法律行为有效的三个要件，主体适格，内容合法，意思表示真实。人民法院审理案件，确定其效力，就是基于这三个要件。这次颁布的民法总则的第143条，关于民事法律行为效力要件的变动，主要增加了“公



最高人民法院原资深法官王宪森

序良俗”作为效力判断的条款，“公序”即公共秩序、公共利益，原来的民法通则第58条有规定。这次，大家关注的是“良俗”对民事法律行为效力的影响。裁判标准如何把握？个人感觉，这在实务中会引起许多争议。

可以说，成文法的缺陷是：条文越简洁，适用时的问题也就越多。问题多就需要“解释”。关于民事法律行为的违法性问题，实践表明，“不违反法律、行政法规的强制性规定”中的“强制性”，实务中解释为“效力性”规定，而不是“管理性”规范。但对于某一具体的规定而言，到底属于“管理性”还是“效力性”规定，就会众说纷纭。有的法律条文规定比较明确，例如矿产资源法明确规定，采矿权的转让必须经过主管部门批准，合同才能生效。这种“效力性规范”特征就很明确，用语也准确。而对有些“资源合作勘探合同”，就没有类

似的强制性规定，只是要求“合同报批备案”，不需要经过主管机构批准，只是到政府部门备案就可以了。这些区别，主要体现在法律、行政法规的明确规定，操作起来争议不大。

但对于“公序良俗”条款，就要具体分析了。原来民法通则中就有“公共利益”条款，实践中也有适用的判例，比如前几年国务院做出了关于清理污染企业的规定，有些当事人因转让“国家定点淘汰的小高炉”而产生了纠纷，诉至人民法院，这类合同虽然仅是违反了国家的政策性规定，但因其造成了“大气污染”，危害、恶化了公共环境，于是法院引用了“公共利益条款”，否定了该合同的效力。相比之下，“良俗”的外延比较复杂，涉及更多的道德、社会风俗，既有地域性又有历史和时代性变化，其“边界”如何界定，掌握起来标准比较模糊。在诉讼中定会有一些争议。例如，常见的股权转让纠纷，涉及到家庭的矛盾，丈夫转让股权未经妻子同意，其将股权转让给了另一关系暧昧的女老板，妻子知道后起诉到法院。实践中，类似的交易还可附加更多的道德因素和背景。这样的合同交易是否违反了民法上的“良俗”，是否足以否定合同的效力，个案判定的“弹性”是比较大的。第153条还专门规定了“违反公序良俗的合同无效”，说明更有必要在实务操作中予以细化，避免出现过多的争议。

判定合同是否有效非常重要，关系

到从合同的效力认定问题，如担保合同的效力认定，依附于主合同。再就是，处理后果和责任分配也不同。这是第一个问题。

## 第二个问题， 关于诉讼时效

一般诉讼时效期间由两年改为“三年”，最长保护期间为20年。此外，还有几个具体的规则，均是经多年审判实践总结的规则，这次被写入了民法总则。第一，是关于分期履行的合同，规定其诉讼时效以最后一期时间届满起计算。值得注意的是，对于履行时间较长、金额较大的框架协议，在具体操作的时候，一般还分别又签了具体的合同，这些合同都是独立的，内容及履行期限也很完备，这类合同的诉讼时效如何认定，就有争议了，是以框架协议（例如八年）的最后一期起算，还是以每次单独签订合同约定的履行期限届满起算，这是有争议的。

关于“非经义务人提出抗辩，法院不得主动适用诉讼时效制度”，这个好像没有什么争议，如果债务人没有提出时效抗辩，法院是不能主动适用的，法官在庭审时也不应主动向债务人释明该项抗辩权。超过了诉讼时效期间，债务人仍然履行了债务，债权人并不构成不当得利，债务人也无权请求返还。还有关于不适用诉讼时效规定的几种请求权，如物权人请求返还财产，请求停止侵害、排除妨碍、消除危险等。此外，关于适用诉讼时效制度的解释规定中，还有“居民存款”“客户保证金”等不适用诉讼时效制度的情形。再有一点，就是“约定的诉讼时效无效”，也就是“时效法定”原则。再就是“放弃时效无效”，具体而言，当事人在合同中明

确表示今后一旦产生纠纷，承诺自动放弃诉讼时效抗辩。这样的约定是无效的。过去在实务案件中，这样的约定很常见。从现在起，应该逐步消失了。

## 第三个问题，关于 民法总则第147条到 151条的规定

民法总则第147条到151条，这几条都是关于民事法律行为可撤销的情形。我们特别关注到了民法通则第59条中的“变更和撤销”权，这次“变更权”不见了。对此，我认为，实务中仍可以适用合同法第54条的规定，当事人主张合同部分内容变更的，法院不应判决撤销。这样，显然有利于双方当事人履行合同。而且，这与民法总则第136条总则关于“行为非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或解除民事法律行为”的规定，也并不矛盾。这里的“变更权”是基于法律规定和当事人的约定而提出的主张，不是一方当事人擅自变更合同内容。显然，在存在欺诈、胁迫、乘人之危以及显失公平和重大误解等情形下，“变更权”无论从理论还是实务上看，都是非常重要且必要的。民法总则此次取消了“变更权”，令人有些不解，好在还可以适用合同法的规定。

## 第四个问题，关于 民法总则第75条的规定

民法总则第75条关于“法人设立”这部分内容，很多是吸收了这些年公司法实践中的积极成果，有积极的意义。比如，“公司设立”过程中，设立人或发起人以自己的名义或以公司的名义从事的交易行为，其法律后果如何承继或认定问题。第75条的根本点是指，在设立公司过程中，存在着一个“设立中

的法人”，公司能否设立，其人格能否“丰满”，还是一个不确定的事件，但一些交易已经发生了，所形成的“合同权利、义务关系”或者债权债务，在公司成立或不成立时，是否发生转移，以及如何发生转移。在制定公司法司法解释（三）时，具体第二到第四条规定，参照了普通法国家的一些判例规则。考虑到了合同法中的“合同相对性”原则，并结合“公司法人”设立后“合同权利义务实际归属”的原则，作出了相应的规定。相比较而言，民法总则第75条的规定，只是原则性地规定了其中的部分情形，没有公司法司法解释（三）第二条至第四条规定得全面。仔细分析二者，就不难看出“不同点”。尽管如此，相比民法通则而言，民法总则在“法人设立”这方面的内容，还是有了很大的进步，及时地总结了这些年商法实践的实务经验和研究成果，这是应该肯定的。

## 第五个问题，关于 “公司法人”的人格终止 于“注销登记”的规定

关于“公司法人”的人格终止于“注销登记”的规定，这与新公司法及其司法解释的规定衔接了起来，清算结束并完成法人注销登记时，法人才终止。而此前的“解散”“清算”程序中，法人仍处于存续状态。如“公司法人”没有经过清算程序，则其清算义务人，如股东、董事和高管等应承担相应的责任，且可能对后来债权人关于赔偿损失的请求承担连带责任。该规定对于规范市场准入及退出秩序，保障债权人的合法权益，促进交易安全，具有重要的现实意义。

以上是关于学习民法总则后的几点认识，不一定准确，仅供参考。如有问题，下午还有研讨会，再与大家探讨。🐶



## 赵岐龙：从律师角度分析民法总则真正的亮点



京都律师事务所高级合伙人赵岐龙律师

各位老师，各位嘉宾，大家中午好！我是京都律师事务所民商诉讼部的合伙人，今天我也是抱着学习的态度来分享一下民法总则的心得体会。民法总则是民法典编纂的重要组成部分，大概在十几年之前国内就组织编纂中国的民法典。我记得2002年在政法大学读民商法研究生的时候，曾经聆听过一次关于民法典编纂的高峰论坛。当时法学界的三位泰斗，江平老师、梁慧星教授、王利民教授对民法典的编纂进行了高峰对话。当时全国人大委员长是李鹏委员长，他想在任期间通过民法典。但当时中国还没有物权法和侵权责任法，民法典的编纂条件不够成熟，民法典各编无法形成体系，因此，当时的全国人民代表大会没有通过这部民法典。通过这十几年的立法，物权法和侵权责任法都已经颁布，形成了单行法规，现在已经具备了制定民法典的条件。在编纂民法典的步骤上，有两种意见，一种是分三步走，还有一种是分两步走。分三步走是王利民教授提出的，他建议先制定民法总则，再制定人格权法，然后制定民法典。两步走是中国社科院法学研究所的孙宪忠教授提出的，他提出先制定民法总则，再制定民法典，后来立法还是采用了孙宪忠老师的两步走方案，决定先制定民法总则。

民法总则自今年3月15日通过之后，我本人从律师的角度看感觉亮点也不是特别多。网上将民法总则归纳了有八大亮点，十大亮点。但从律师的角度

观察这些所谓的“亮点”基本都不是亮点，比如说限制民事行为能力年龄下调的问题，由10周岁下调到8周岁，德国民法典是7周岁。这个下调对我们的司法实践影响不大，因为在我国，小孩从事重大的民事法律行为还是比较少见的，很少出现未成年人对外签署重大民事法律行为的情况。

另外涉及到监护人的制度，民法典用很大的笔墨规定了监护人制度，这个制度虽然很重要，这可能和以后老龄化比较严重有一定的关系，但是从司法实践的角度还是比较少见的。另外涉及到虚拟财产的保护、见义勇为等等，都有司法解释予以确定，司法实践中已经形成了一些规则，也难以说是一个亮点。

### 亮点一：诉讼时效

我认为有一些亮点，譬如诉讼时效。中国的诉讼时效是世界上最短的诉讼时效，普通诉讼时效是两年，还有一

个特殊时效是一年。这次民法总则一律改为三年，时间相对比较长，但相比于德国民法典五年还是短了一点。三年诉讼时效对于一个权利人保护是相对比较充分了。

### 亮点二：双方虚伪表示

另外就是涉及到虚伪表示这一方面，把虚伪表示明确写入民法典当中，实际上虚伪表示的规定在立法上还不够彻底，仅仅规定了双方的虚伪表示，对于单方的虚伪表示并没有规定。双方的虚伪表示在实务当中大量存在，譬如我们经常说的“黑白合同”和“阴阳合同”都是双方虚伪表示。比如最高法院关于国有土地转让的司法解释，就有名为合作开发实为土地转让，名为合作开发实为民间借贷，名为合作开发实为房屋租赁之类的，还有商品房买卖中，把一些商品房的价格折成装修款逃避税收，都是双方的虚伪行为。双方虚伪表示在以前的民法通则当中也有规定，就是以合法的形式掩盖非法的目的。德国民法典，包括中国台湾地区、日本的“民法典”都有关于通谋的虚假表示的规定，由于双方表面上的意思表示是虚假的、不真实的，因此，虚假的意思表示因缺乏合意而无效，但是背后隐藏的这种民事行为是否有效，应按照相关法律规定来确定。隐藏的行为可能是有效的，也可能是无效的，比如说商品买卖，双方为了避税，签了阴阳合同，

房子明明是500万，备案合同却写成200万，200万的合同是双方通谋的虚伪表示，是无效的，但是500万元的合同是双方真实的意思表示，逃税条款是无效的，所以，按照500万元的商品房价格来认定合同的效力，并按照500万来征收税款就可以，不能认为隐藏的行为是无效的。

我记得去年请崔建远等老师论证一个案件，就是两家公司涉及到一个房地产合作开发的案子。当时的土地使用权一部分是登记在自己的名下，一部分是登记在对方的名下，由于开发的需要，需要将我们的土地使用权转让到对方的名下来开发，原来双方签署的是委托代建协议，对方代建之后交付房产给我们。但是现在因开发需要，需要将土地使用权过户到对方名下，那么房屋建成之后，房产只能登记在对方名下。为了保证房产过户到我们名下，双方签了一个假的房屋买卖合同，但最后法院不认可隐藏的代建协议，只认可表面虚假的商品房买卖行为，但该房地产因为涉及到旅游地产，规划时是不允许转让的，所以，法院就认为买卖合同无法实际履行。所以，没有法律规定之前，这类案件的判决缺乏操作性，经常会出现不同的判决。

另外就涉及到单方的虚伪表示，这次立法没有规定，无论是德国的民法典，还有日本的民法典都有单方的虚伪表示规定，一般叫真意保留、游戏表示、戏谑表示等，真意保留是什么意思？就是当时当事人一方将自己真实的意思隐藏起来，而向对方表示的是另外一种意思，它表示出来的意思跟内心的想法是不一致的。比如我戴一个手表，你说这手表不错，我就说把手表送给你的，我的真实意思表示是开玩笑的，内心是不想给你的。但是如果你要接过我

的手表，就认为构成了赠与，显然是不对的，这只是我的游戏表示而已。曾经大概在十年前，有一个案件在网上非常有名，大连有一位老艺术家搞雕刻的，雕刻得非常好，应该说是举世无双的。在一次访谈节目中，他吹牛说，我的雕刻技术举世无双，没有人能作出一模一样的，当时主持人问了一句，如果有人模仿出来怎么办？他说如果有人模仿出来，我的家产全部给他，这明显是一个吹牛的行为，但就有一个河南的小伙子看完电视节目后，就较真了，结果这个河南小伙子非常用心，用了大概一两年的时间，真模仿出来一模一样的东西，然后就要求这个老人兑现诺言，这个老艺术家当然不同意了，小伙子在河南当地的法院起诉了，结果还胜诉了。这个老人在访谈节目中的吹牛明显是一个戏谑的意思表示。

按照德国、日本民法典这种单方虚伪表示，完全是由你表意人造成的，原则上你要承担法律责任的，但是如果对方知道或应当知道是虚伪表示的时候，这个意思表示就是无效的，包括这个老头吹牛，他肯定不希望有人模仿出跟他的产品一模一样的东西，因为对他没有任何益处。这种游戏表示显然是无效的。但是这次民法典没有规定，不能不说是一个遗憾。

### 亮点三：涉及第三人 欺诈的撤销问题

另外我觉得民法总则还有其他亮点。我认为一个是涉及到第三人欺诈的撤销问题，一个是涉及到民事代理的越权代理行为。按照我们以前的民法通则，一方实施欺诈行为，导致对方损失，以前规定是无效的，后来合同法进行了修正，变成了可撤销合同。但是，

涉及第三人欺诈的法律后果没有规定，这一次民法总则把第三人的欺诈加进去了。很多情况下对方并没有实施欺诈行为，而是第三人实施了欺诈，但是这种第三人实施欺诈时，没有与表意人有意思联络，如果有意思联络，肯定是一个通谋行为，就不属于一方的行为了。表意人跟第三人甚至都不认识，第三人实施了一个欺诈的行为，导致相对人产生错误，这种情况下就涉及能否撤销的问题。这次民法总则规定，如果表意人知道或者是应当知道第三人实施欺诈的，是可以撤销的。

### 亮点四：代理权问题

另外涉及到代理权问题，以前我们知道行为人无代理权，超越代理权和代理权终止而实施的民事行为，需要委托人进行追认，如果不追认，那么这种代理行为是无效的。合同法规定了由无权代理人承担相应的民事责任。但这到底是一种赔偿责任，还是一个其他的责任？实际上，当时在学理上，也有人认为可以是一种合同责任，由无权代理人承担。但大多数人学者以前认为是缔约过失责任，承担赔偿责任。这次民法典将这条进行了明确规定，就是相对人可以要求无权代理人赔偿损失时，也可以要求承担履行责任。比如说无权代理人出卖他人之物，后来委托人不追认，恰恰无权代理人本人有这个东西，比如一些种类物，这时相对人说既然你本人有，让你履行也可以，这种情况下，相对人就可以要求无权代理人承担合同履行责任。

以上就是我这几天学习民法总则一点启发，在各位老师嘉宾面前有点班门弄斧，再次欢迎大家到京都律师事务所来作客，谢谢诸位。🍷



## 专题二：

# 主题演讲

## 梁上上：公司正义与公司诉讼

公司正义这个词大家可能陌生，是我最近思考的一个问题。公司正义是从最高法院的案例里面衍生出来的，其中比较核心的一个问题就是公司正义与公司自治的关系。公司法领域和民法传统领域有一些不同的地方，民法比较擅长是用法律关系去思考问题，但是在公司法里面用法律关系去思考，两种思维方法的不同会带来一些问题。

### 一、对公司正义的思考—— 从“胡克案”展开

大家可能知道胡克案。河南省高院一审胜诉，到最高法院二审就败诉了。胡克是一个公司的股东，这个公司大概有四个股东，公司的名称叫河南思维有限公司。第一审的时候是胜诉的，胡克是四个股东中的一个，他们四个人平均每人出资75万元，注册资本300万元，平均每人25%的股份。公司1998年设立，起诉是2005年，这六年的时间里面，从来没有分过红利，股息都没有分过，但是这个公司的效益非常好，注册资本是300万，未分配利润达到了一个多亿，还有资本公积金大概是几千万，加上盈利公积金大概是6千多万，加起来有两个多亿的未分配的财产，相当于注册资本的167倍。河南省高院判决可以分配2600万的利润，最高法院认为不能分。为什么不能分？根据1993年的公



第八届“全国十大杰出青年法学家”、  
清华大学法学院教授、博士生导师梁上上

司法第38条股东大会的职权和第46条董事会的职权规定，公司利润分配是由董事会提出方案，然后经过股东会审核批准。

最高法院认为河南公司的股东会和董事会没有对公司利润分配做出决议之前，胡克以股东身份直接向人民法院起诉，请求分配公司利润，诉讼请求不予支持。由于公司是否分配利润，以及分配多少利润，属于公司股东会和董事会的决策权范畴。原审判决认为思维公司有巨额利润，长期不向股东分配，损害了较小股东的利益，并判决公司向股东分配利润，不符合公司分配利润的法律规定，应当予以纠正。

最高法院可能认为这是一个公司决策权的范畴，或者是公司自治的范畴，法院是予以干预的。这就提出了一个问题，公司自治与司法干涉之间的关系究

竟是什么？当公司有巨额的利润，因为公司里面其他的股东都是在位的，只有胡克不是在位的，在位的可以拿到高额的薪酬和奖金，胡克一分钱都拿不到，这样对这个小股东，是不是符合公平正义的基本原则？最高法院认为这是公司自治的范畴，不予干预，是不是妥当的？是不是应该往前去走一点，这个确实是属于公司自治的范畴，但是即使属于公司的范畴，法院难道不能干预吗？或者不可以干预吗？我觉得需要思考的问题就是意思自治和干预之间的关系。我们的公司一直在国家强烈干预之下，强调意思自治特别重要。

### 二、公司自治与公司 正义的关系

另外一个层面，公司自治是否需要一种思想来平衡，使公司在一定范畴之内可以自治，超越范畴是不可以的。盈利分配可以分为三个类型，第一种类型就是公司已经做出一个决议，该怎么分就怎么分，但是董事会没有去执行分配决议，这种情况是比较简单的，就按照股东会的一个决议去强制执行，这是第一类。第二类是没有股东会的决议，向法院提起诉讼是不是可以？法院应该怎么来判？第三类是分配的数额过少，如有两个多亿，但是只拿出了200万来分，如果向法院起诉是什么类型？还有

一个小类，就是盈余分配的方式不当，这样是否可以？大致可以分为以上三类，第一类因为有股东会的决议，比较简单，可以解决。第二类和第三类，最核心的问题就是司法是否可以干预公司决议的问题。从国外的情况来看，美国对于分配数量过少的情况，是可以干预的。福特公司效益特别好，福特可能为了炒作，或有一些其他的目的，分的数量比较低，实际上当时的利润是非常之高，有股东提出分得太低。于是法院认为分得太少，判决增加。

我们再回顾一下法院不予支持的理由，一个是公司自治的问题，第二个是股东盈余分配请求权具有特殊性，盈余分配需要经过决议程序来做出，必须由董事会提出方案，股东会做出决定。没有这个程序，法官也没有办法。不可能强制你分配多少，也算不出来，这可能是一个很大的理由。我觉得最核心的问题是怎么样理解公司正义和意思自治。公司自治不能违背公司的正义，为什么这么讲呢？我提出公司正义的概念，是从合同法里面受到的启发。比如说合同法里面有合同自由，合同自由其实跟公司自治是一回事，自由就是公司治理的体现，签订的合同是什么样的标的，如何来履行，选择的对象，都是自由来决定的。法院是否可以干预？怎么干预？比如说合同效力判断是有效的，还是无效的，还是可撤销的？合同效力的判断本身，就是法院在干预意思自治，是在干预合同自由。我们不要以为合同自由，法院就不干预了，法院是可以干预，这是最核心的一个问题。另外合同法第114条关于违约金的调整规定，如果违约金显著过高的话，是可以调整的，这就是一种干预。合同都是可以干预，公司里面其他的事项是不是可以干预呢？不要以为合同自由了，法

院就不干预了，意思自治就不能干预。法院是最后一道防线，肯定是可以干预的，关键是干预到什么程度，以及如何去干预。前面是可不可以干预的问题，后面是如何干预的问题，或者是以什么样的方式去干预的问题。那么，从公司法角度来看，很多干预的现象，比如说公司决议的效益问题，根据《公司法》第22条第一款的规定，如果公司的股东或者董事会的决议违反法律行政法规强制规定，那么它的决议是无效的。还有第22条的第二款关于可撤销的规定，显然是属于公司的范畴，但是如果法院不能干预，就不存在有效、无效、可撤销了，这是我们需要理解的。再有董事和高管的注意义务，公司里面的决策都是按照注意义务来做的，是否违反注意义务，法院要进行判断，判断本身就是一种干预，所以不能说意思自治，意思自治本身推导不出法院不能干预，只是说法院应该如何干预。

回到胡克这个案子，问题在什么地方？我们平时在讲公司法的时候，有一对视角是我们搞混了，一个是内部视角，一个是外部视角，也就是外部的关系和内部的关系，处理方式是不一样的。现行公司法特别强调保护债权人的利益，比如说分配利润，首先要交税，然后要弥补亏损，提取公积金，然后才能分配利润。这个流程，目的是在保护债权人。但是忽略了另外一个视角，就是公司内部视角，这个视角在公司内部股东与股东之间是不一样的。股东和股东在性质上存在不同，比如像大股东和小股东、当权派和非当权派身份地位就完全不一样，利益的需求或者利益保护的力度都是不一样的。但在我们传统的思维方式里面，或者现行公司法的思维里面，就没有去区分其中的差别，认为股东都是相同性质的股东，具有共同的

诉求，其实不是。在公司里面不同的股东利益诉求是不一样的。比如盈余分配，从胡克这个案子可以看出大股东或者说当权派是无所谓分不分的，但小股东是需要分配盈余的。

所以得出一个结论，在特定的场合下，股东享有盈余分配的请求权。这涉及到另外一些问题，就是在看待法律的时候，是从什么样的视角去看。我们看一下公司法司法解释四征求意见稿的第20条第二款的规定，股东起诉请求公司分配利润，没有提交具体分配方案的股东会或者股东大会的决议，应当驳回诉讼请求，但是有限责任公司的股东，有证据证明其他股东滥用股东权利，或者董事、高管存在欺诈行为，导致公司不分配利润的除外。这一条出来之后，受到了学界的批评，很多人建议应当修改或者删除“但是”的部分，没有提交具体分配方案的股东会或者股东大会的决议，应当驳回。有限责任公司的股东有证据证明其他股东滥用权利，或者董事、高管存在欺诈行为，导致公司不分配利润除外。删除的理由大概有几个理由，第一，滥用股东权利和欺诈证明困难，缺乏可操作性。其二，即便能够认定存在滥用股东权利或者是欺诈行为，不存在在具体分配方案的股东会决议的情况下，法院既无权强制公司分配利润，也不可能自己决定分配方案，利润分配是严格属于公司范畴的事项，也是法院并不擅长的一个商业判断的问题，司法应当保持克制。当然，司法应当保持克制是对的，严格属于公司自治的范畴，这个理由就很难成立了。

第一个问题是证明困难，证明困难不是法院所考虑的，证明困难是当事人的事情，当事人觉得他能够证明，为什么不让他享有这个分配利润的权利呢？我觉得征求意见的第二款写得挺好



的，我是比较支持这一点的。股东有证据证明其他股东滥用权利，或者高管滥用权利，他能够证明，干吗不让他提出来呢？第二，法院并不擅长商业判断的问题，有的时候并不需要法院做商业判断，按照正常法律逻辑去判断就行了。找到一种具体分配利润的方案，分配数额的精确计算也是很困难的，但是精确计算谁也做不到，我们不需要精确计算，相对合理就行。任何一个案子都不可能做到数学那样，但是我们只需要做到相对合理就可以了。比如说商标的侵权损害能算出来吗，我们现在计算标准不是按照受到的损失来计算，就是按照对方获得的利益来计算。上次我们讲的评估，前面是三个亿，后来评估八千万，再后来又变成了两个亿，究竟哪个是对的？一定要精确的计算，确实做不到，但是相对的合理性是可以做到的。

从这个案子里可以看出来，我为什么会提出公司正义。除了公司正义之外，公司自治是一个基本的原则，我们其实缺少一个相对制衡的原则，公司正义是可以制约公司自由的一个原则。另外公司里面很多的问题，比如公司效力原则，其实是缺少的。

### 三、公司法中关于公司正义的制度

从第一个案例里面讲到公司正义和公司自治的关系。再往前走一步，什么样的事情算是公司正义，公司正义在整个公司制度里面是如何体现出来的？这个其实跟利益衡量有很大的关系，我们在传统的民法训练之下，觉得法律关系清晰是特别重要的，比如说有主体、客体和内容。但是在公司法里面很多东西很难用法律关系去分析。那么用什么样

的关系来代替？是利益关系。

举一个例子，像公司的法人人格否认制度。我们根据现行公司法第20条第三款的规定，股东滥用法人独立地位和股东有限责任，逃避债务严重损害债权人利益，债权人可以要求股东和公司承担连带责任。在案子里面，包括侵权和合同，做交易的都是公司，公司跟股东完全是两个不同的主体，风马牛不相及。但是在某种特定的情况下，刺破公司的面纱，这就是公司正义的一个体现。刺破公司面纱，就是把公司和股东合在一块，按照法律的逻辑是推不出来的。因为公司是基于法人的独立人格，发生交易的，根据合同的相对性，只能追溯到公司这一步，追不到股东这一步。但是如果追股东的话，很难符合正义的观念。

公司法上有意思的例子就是股东派生诉讼。当董事造成公司损害的时候，应当谁去追究他要求对公司承担赔偿责任？按照法律关系只有公司，因为董事是公司的董事，造成的损害是公司的损害，股东跟公司的关系只是投资关系。如果说董事对公司造成重大损失，不要求他去赔偿，那么对公司来讲是一种损失，间接会造成股东的损失，所以股东要求董事来承担赔偿责任。从这个案子里面可以看出，它其实是跨越了不同的法律关系。这个地方重点在于利益关系，不是法律关系，所以这是很典型的例子。

在实践当中，如果说不用公司正义的观念去分析，可能会存在一些问题。有一个指导性案例，是关于清算义务人责任的，公司大概有五个股东，持股比例大概是20%左右，从来不参与公司的经营，也没有在公司里面担任任何职务。后来这个公司欠第三方大概是几百万的债务，公司没有经过清算，第三

方就提出来要求股东和公司承担连带责任，当然其他股东也承担连带责任。

这个案子作为典型案例来分析，不是很妥当，因为我们讲它违背了最基本的假定，就是公司的假定和普通合伙人的假定是不一样的。普通合伙人的假定是所有的合伙人都参与合伙企业的管理，但是公司的股东跟公司的关系只是一个投资关系，并不必然每一个股东都成为公司的管理者。如果不是管理者的话，就不会知道公司存在什么样的情况。凭什么要他承担连带责任呢？这违背了基本的逻辑关系。

公司法对股东的权利义务和对董事的权利义务在配置的时候，没有按照公司正义的理念去做很好地分配。比如股东的知情权，根据公司法第33条，股东可以查阅会计账簿，但这个会计账簿不包括原始凭证呢？从我的观点来看，当然是不能包括原始凭证，为什么呢？回到公司正义的角度去看，权利义务应该去分配才符合公司正义。公司法这一条很单薄，找不到可以供参考的地方，但是如果去看一下同样的组织法，在合伙企业法第28条，就明确讲合伙人有权了解公司的经营状况和财务状况。原始凭证是否有助于了解经营状况和财务状况，应该说没有的。另外，公司法第33条关于会计账簿的规定怎样去理解？公司法讲到了原始凭证和会计账簿，是把原始凭证和会计账簿并列在一起的。一般从法律解释角度来讲，同一个词语应该按照同一种含义来解释，显然可以推导出原始凭证和会计账簿是不一样的。第三个理由，股东跟纪委、检察院是不是一样的？肯定是不一样的，检察院为了调查一个案子，可以查阅一些原始凭证。但是作为股东没有这个权力，从这个比较当中可以感受出来的，如果我们认为会计账簿包括原始凭证，是不妥当的。

## 四、结语

从更广的层面来看，我们需要树立公司正义的理念。这种理念主要是对权

利、义务和责任在分配机制上的调整，以及和利益衡量相协调的问题，可能公司法很多场合会从法律关系跨越到利益关系，所以利益关系在某种程度上比法律关系会显得更重要一些，特别是在公

司法里面。耶林讲过“经由罗马法，超越罗马法”，但是前提必须经由法律关系，然后才能超越法律关系。无视法律关系的存在，也是不妥当的。👊

## 王宪森：“公司诉讼”法律关系的特点及案件类型

大家下午好！

由于在接下来还有第二部分的主题，几个资深律师讲几个更具体的论题，所以，我想就公司诉讼中一般的法律关系特点及案件类型划分问题，简单概括、归纳一下。

经过多年的实践，我总体的感觉是，公司法确实是一部复杂、实务操作难度较大的法律。记得国外有一位公司法的专家，用了一个词，把公司叫做“可爱的怪物”，可爱是因为它的重要性，“怪物”却是因为它的复杂多样。有些规则存在着相互制约、矛盾。例如，有限责任原则，对着“人格否定原则”；从公司设立、存续，直至消亡，均存在着种种规则上的“冲突”，包括各种规则之间的“价值冲突”，坚持资本多数决原则，同时还要考虑中小股东的权益保护；坚持资本三原则，同时也允许公司依据法定程序减资等等。确实规则多而复杂，把握不好，便有“混乱”之感。可以说，很多规则追求的“价值”，从不同出发点考虑，都有一定的道理。包括“盈余分配”问题，是属于公司的自决行为，还是属于司法干预的范围，干预的力度如何确定，这些都有“价值考虑”的背景。刚才，梁教授介绍的案例，反映了这方面的问题。

接下来，我总括性谈谈“公司诉



最高人民法院原高级法官王宪森

讼”的法律关系及主要案件类型和案由设计，算是抛砖引玉，供大家以后的实务工作中参考。

### 一、公司制度的创立、发展及现代公司制度原理的理解

公司法律关系，离不开对公司制度的创立、发展及现代公司制度原理的理解。提到公司的制度，从时间看，1600年，英国最早设立了东印度公司，主要用于开发对东方的贸易。1602年，荷兰设立了联合东印度公司，到现在已经过去410多年。当时的情况是，公司并没有“有限责任”规则，每次赚了多少钱就分多少，属于合伙制，还不属于现在的

公司法人。没有过多地考虑公司财富的积累，以及扩大经营、再生产等。

尽管这样，联合东印度公司还是对现代公司的建立积累了很多不可磨灭的经验，做出了很多的贡献。今天我们研究的公司法，实际上是在一些发达国家多年的公司制度完善及司法实践的基础上，普通法和大陆法国家不同的司法制度及商法理论不断融合，兼容并包，相互吸收各自的合理内核，而逐步完善起来的。现在，我们常常说到商法的独立性问题，不得不承认，跟一般的民法原理相比，商法确有一些其特殊的规则。在公司法中，这个特殊的商事组织法，其“内外关系”方面的一些规则，如按照普通的民事法律关系来理解，确实有时是解释不通的，我们只能是根据其商法的特点，来制定一些特别的交易规则和诉讼规则。

### 二、什么是“公司诉讼”

这里谈到的“公司诉讼”，不是简单地指一个公司所参加的所有诉讼。确切地讲，仅是指相关的商事主体基于适用公司法规定的权利义务关系时产生了争议和纠纷，进而形成的商事案件。习惯上，把这些适用公司法的诉讼案件，统称为“公司诉讼”。所以，大家在使



用“公司诉讼”这个词的时候，要注意它的范围。而适用一般的民法、合同法或者其他的商法，形成的商事案件，就不属于我们这里讲的“公司诉讼”范畴。对于公司诉讼案件，这里特别把它放到“商事组织法”这个框架下来讨论。首先要了解公司诉讼中“法律关系”的总的特点，为什么要了解这些？原因是，这些基本的原理、特点，与公司制度追求的一些基本理念相关。了解了某一部门法的理论框架，掌握了基本的理念，在适用具体规则、规定时，就能准确把握法律的内在价值和外部规范的统一。有的时候，实务中的争议点，并不在法条本身，而是隐藏在“法条”之外，依据的原理不同，自然得出的解释及操作方法、处理结论等，都会不同。某一问题对应哪个“价值”点，这与法律关系的“特点”也是有密切关联的。

### 三、公司诉讼的特点

#### 1. “综合性”

公司诉讼，其法律关系的第一个特点是“综合性”。争议及纠纷中，其所涉及的法律关系，除有民商事法律关系之外，还有刑事法律关系和行政法律关系，这也反映了国家公权力对商事主体的规范和管理活动。刑事法律关系，我国刑法及修正案中明确规定了“公司犯罪”以及相应的责任承担，包括公司的责任，法定代表人的责任，其他董事、高管的责任等。在刑罚上，除自由刑，还有罚金刑，公司会为此遭受损失。行政法律关系中，主要是政府行政主管部门基于行政管理职责，对违反行政法规的公司及管理人员进行行政处罚，包括罚款、吊销营业执照，甚至行政撤销公司等。这些机关有工商、税务、公安、

海关等。这些刑罚及行政制裁的结果，也是引发部分“公司诉讼”案件的原因。这些，大家应有一个基本的印象。

#### 2. “团体性（或组织性）”

回到“公司诉讼”法律关系的特点，我们重点要讲的是“民商事法律关系”的特点，也就是第二特点。刚才梁老师也提到了公司是一部商事组织法，在传统商法中，公司法也是唯一一个商事组织法。保险、票据、海商法，以及广义“商法”中的合同法，都是解决法人之间的交易关系（或侵权关系）的问题。而公司法的团体性，特别地体现出了“内部关系和外部的关系”的特点。这个特点在适用法律、分析案件时，是很重要的。打个比喻，房间代表公司，其内的公司、董监高、股东、雇员、清算组成员等，都是公司的内部的主体；外面除了“公权力”主体外，一个是“债权人”，另一个是公司外部的“债务人”，即公司法151条中的“他人”。这些外部主体与公司内部主体之间形成的法律关系，我们叫它“外部关系”。

这些内部主体之间的纠纷，如：董事起诉其他高管，或者是股东起诉另一个股东，或者起诉公司的董监高等。内部主体里面有一个特殊的“职员”，其与公司之间存在受劳动法调整的雇佣关系，但职员也是公司潜在的股东，因为按照公司法的规定，公司职员可以经公司收购自己的股份后，而取得部分股份，成为告诉的股东。还有清算组成员，在清算过程中公司还没有被注销，清算组成员作为特殊主体，与公司及公司的债权人之间，因“清算活动”而形成特殊的法律关系。如其违反清算义务时，公司及债权人均可向其提起诉讼。此外，公司法第151条中提到的“他

人”，是指除“董事、高管”之外，侵害公司利益的内部主体和外部主体，股东有权代表公司向其提起诉讼，请求判令其对公司承担民事责任。

总的来说，区分公司的内部关系和外部关系，是分析公司法律关系的一个基本方法，也是一个不可忽视的思维点。当某一争议涉及到的案件事实，一旦涉及到内、外不同的主体，就要有这方面“甄别”的意识，如果内外关系不分，就可能得出错误的结论。例如公司法第16条的对外担保问题，如何在实践中予以适用，理论及实务界一直争议很大，可以说争论不休。在旧的公司法中，没有类似规定，公司对外担保活动，受担保法、合同法、民法通则等交易法调整，公司向银行提供担保，需要出具一份担保函，加盖公司的公章，证明其意思表示真实，就可以了，对其效力没有任何争议。新公司法实施后，有了第16条规定，争议随之而来。要求公司要“按照公司章程约定，由股东会或股东大会决议”；如公司为股东和实际控制人提供担保的，必须经股东会或股东大会决议”，等等，对这些担保行为效力的认定，其实均涉及公司内外法律关系的协调处理问题，一是对外交易的效率问题，另一点又关系公司内部交易行为的安全问题。如何平衡这两点，过多考虑内部的交易安全，必定增加交易时间，加大外部主体的交易成本，降低了经济活动的效率。目前，对于银行是否要审查担保人（公司）内部的股东会决议问题，仍存在三种观点，即：无需审查、形式审查（有限的审查）和实体审查，第二种意见作为一种妥协，更易被接受。当然，第三种观点走得更远，不仅要求形式审查，还要求债权银行进行实质审查，并对其“真实性”承担相应责任，这就太过了，显然弊大于

利，法理上也讲不通。

关于代表诉讼的问题。当公司决策机关出了问题，不能依法维护公司的利益，董事和高管违背信义义务，有了私利。这时，公司法赋予股东代替公司行使诉权。除了董事、高管外，外部的“他人”侵害公司合法权益时，也是一样，公司权力机关不对外行使诉权的话，股东也可以代表公司起诉。这也是一个打破了内外关系的例子。

公司法有一些基本的规则，组合到一起，共同维系着“公司组织运行”。有一些规则看上去是“矛盾”的，却共同发挥着作用，构成了一个复杂的“商事组织”的总体规则。这些基本规则主要有，最基本的“有限责任”原则，这是公司制度的一个基石性原则，其作用正如“工业革命”中的蒸汽机，促进了现代社会经济的蓬勃发展；与其对立的是“人格否定”原则，公司法第20条第三款的规定。还有一个基本原则是“同股同权”，也是公司制度的一个基本的原则，每一股份对应的自益权、共益权均相等，包括增资扩股时的认缴出资权，除非有例外规定，如公司法34条、第42条，就是对“分红权”“优先认缴权”“表决权”的例外“约定”。

还有资本三原则，确保资本“确定、维持、不变”，与这个相对的，就是允许公司依照法律程序减资。还有一个“资本多数决”原则，公司所有的董事会、股东会的决策，都是按照资本多数决议原则来设计和运行，但是，也有一个“中小股东权益保护”原则，目的是防止大股东的暴政和压榨。刚才梁老师讲的公司迟迟不分红的案例，小股东不能忍受，于是提起诉讼，请求法院判决公司分配红利。当然，司法能不能干预公司的分配决策权，这是另一个问题。按照目前公司法的规定，这种情况

下，中小股东可以请求公司收购自己的股权，退出公司，因为原有的人和性被破坏了，不能维系了。小股东与大股东走不到一起了，小股东可以诉至法院，要求判决公司收购其股权，这是比较好的保护小股东退出的途径。实务中也遇到过这样退出的案件，公司收购股权，小股东离开公司。这是没有办法的，法律救济也只能到这个程度，司法干预是有限的。

说到小股东请求公司收购其股权的案件，那么“股权价格”怎么计算？通常有这么几种方法，第一种是按净资产计算，委托评估机构得出公司的净资产总值，乘以小股东的持股比例，这是一种算法。另一种算法是，公司全部资产的市场价格，除了净资产，企业还有一些软的价值，比如说商业信誉，还有知识产权，以及未来发展的前景，这些都会形成一个溢价，往往这个价格会大大高于净资产的价格。一般也应由专业的机构评估计算。我记得在日本，有一种方法是，由税务厅来进行公平的评估，得出股权价格。

### 3. “程序性”

公司法律关系的第三个特点，就是“程序性”特点。这与适用其他的商法是不一样的，包括合同法。主要体现为，几乎所有的公司法中的条文规定，都与程序设置有关。比如，第71条规定的“股权转让”，关于“有限责任公司优先购买权”的实现过程，其程序设计是多么的复杂：股东转让其股权先要经过多数股东同意，而且还要书面通知其他股东，其他股东接到通知后30日要回复，如不回复就视为你同意了；如果不同意，你就要购买；如不购买，就视为你同意，等等，可见这个程序非常复杂。所以，公司法中的每一个争议，其

“程序性”都体现得非常明显。再比如，决议无效、决议不存在、请求重新做出决议等案件，本身就是解决程序的问题；还有诉请公司解散，就是要求启动一个程序，来达到解散公司的目的；还有启动“公司清算”的程序，等等。甚至法院执行时拍卖股权，涉及到股东“优先购买权”的行使，也严格按照法定程序进行设计。所以程序非常重要。

说了这么多，三个特点，希望大家记住，尤其是第二个，公司的“商事组织性”特点，决定了内、外法律关系，非常实用。第三个是“程序性”特点，也很重要。

## 四、关于“公司诉讼”的实务案件类型

最后，给大家介绍一下司法实践中适用公司法解决纠纷的案由。最高人民法院2011年41号文，规定了有关的案由，一共是25个案由，在第八部分，与公司证券、保险、票据有关的民事纠纷中。客观讲，有些“案由”设计得不够准确，也不很科学。大致划分一下，可以分成四类：

第一部分，主要是基于“协议”，简称“协议纠纷”。例如，出资协议纠纷、股权转让协议纠纷、公司设立、公司合并、公司分立、以及发起人责任纠纷，都是基于股东订立的协议而产生的纠纷。

第二部分，属于典型的商事侵权纠纷。主要有：损害股东利益责任纠纷、损害公司利益责任纠纷、股东损害公司债权人利益责任纠纷、公司关联交易损害责任纠纷、以及清算责任纠纷，共五种类型案由。

第三类是“公司经营及治理活动”产生的纠纷，从违反公司章程角度，



具有违约的特征，但同时也有一般商事侵权的性质。主要有：股东资格确认纠纷、股东名册记载纠纷、新增资本认购纠纷、请求变更公司登记纠纷、股东知情权纠纷、请求公司收购股份纠纷、公司决议纠纷（效力确认、撤销纠纷）、

公司证照返还纠纷、公司盈余分配纠纷、公司增资纠纷、官司减资纠纷，以及上市公司收购纠纷。共计12个案由划分。

第四类，属于特别程序纠纷。两类案由：公司解散纠纷、申请公司清算。

以上是简单的“案由”归类划分，可能有的设计得不够准确，个别的还存在一定重复或矛盾。但是，目前在司法实践中仍是有效地适用。时间所限，具体案件就不一一讨论了。谢谢大家！👍

## 黄文艺：商务谈判中的诉讼风险点把控

公律师给我的命题作文是“商务谈判中的诉讼风险防控”，接到这个题目之后，没有任何的反对，刚好借此把原来法院的知识积累，结合这两年出来做金融业务的想法总结一下。准备从三个方面来交流一下，第一是概论，将涉及论题的基本框架、概念和理论，搭建论述的基础。然后跟大家分享我理解的诉讼风险防范的要义，就是律师（含执业律师和公司法务）在商务谈判中做诉讼风险防范的意义在哪，为什么要这么做？最后要跟大家具体探讨一下做公司业务中，尤其是商务谈判中诉讼风险防范怎么去做，从细节上简单探讨一下。



恒昌利通投资公司副总裁，最高法院执行局原法官、中国民生银行总行法规部诉讼管理中心负责人黄文艺

### 第一节 概论

第一个是概论方面，就是我讲的概念，理论体系的前提。商务谈判真是一门艺术，它不是一般的日常谈话或者学生授课，两方面的思路是完全不一样的。谈判很复杂，包含了各种复杂的要素，汇集了各方面相关的知识，所以就要求法律人做法务的时候，尤其做商务谈判的时候，要对这些学科最好要精通。你要知道有这些知识，才能去做好这个工作，应对各种场合发生的情况。

就商务谈判的特征而言，大家都学过商法，了解商事主体，商事裁判的一些原则，如以盈利为目的、以经营为特征、外观主义和交易安全的侧重等原则。这些原则实际上跟我们做商务工作的很多理解是一体的，或者原则基本上是相通的。比如金融工作，看似很高大上，但我理解凭借对法律思维和逻辑的把握，法律人应该是很容易判断交易结构设计的奥妙，很容易理解其中风险和风控的关键。与商务谈判的特征类似，它以追求经济利益为目的，以价格问题为核心来进行角力。大家强调一个我的思想转变的过程：学法律的时候，在本科或者以后的阶段没有老师给你讲，法

律到底是做什么的。我现在的理解，法律其实不仅仅是用做公检法的工作，更多的是公司实务，是社会工作中的法律工作，法务工作的方法更多的是依据法律去解决协商争议，达成妥协，寻找各方利益最大化，这才是法律的精髓。商务谈判中的法务工作中，这一点尤其重要。

诉讼风险不是一个学术概念。狭义的理解，诉讼风险是指当事人及其诉讼代理人在诉讼活动中可能遭遇的，与争议事实、当事人法律意识及社会风气无关的，可能影响案件审理和执行，最终致使合法权益无法实现的风险因素。广义是可能引发不利诉讼结果的一切风险因素。这个争议没有实践意义，学术意义也不大，但可以启发我的思路，比如说今天跟大家沟通这个问题的时候，对诸如超过诉讼时效、不及时提出证据等类似风险，我觉得不是一个诉讼风险，是常见的法律风险、操作风险，就不必要多讲。

### 第二节 要义

#### 一、精髓

法律风险的防控，公司法的风险防控的精髓重在事前防范，事中控制，避

免事后救济，这个才是我们做法律，做公司法务的一个核心的原则。重点是扎扎实实做好日常法务工作的基础：法务管理的流程化、规范化，做好合同等相关重要文书的管理，这才是我们做法务和平时日常要做好的工作。

## 二、目的是无讼

第二个方面，诉讼风险的防控，尤其是商务谈判，或者我们做法务的，诉讼风险防控的要义在于，“目的是无讼”，即避免诉讼、促成谈判，便于我们谈判达成的协议也好，结果也好，能够顺利的履行，这是目的。要点是，一旦一些情况下只能通过诉讼方式进行的时候，要尽快采取最有利的方式去诉讼，避免冰棍效应，化了也解决不了，要避免败诉，争取胜诉，便于最后的强制执行。

## 三、策略

下面从四个方面探讨防控诉讼风险的策略。

第一个方面，谈判前的准备。一是谈判之前建议组建商务、法务、技术和法律人员组成的团队，全面控制风险。学法律的人特别注意法律和法律人在谈判中的重要性，但是商务运作过程中，财务、技术等人员在团队中也是不可或缺的。第二，全面的尽调，大家是很了解的，不多说。第三，研究掌握谈判相关的法律法规，这个大家都很清楚，但是到了企业之后，最大的一个感触是我们不仅仅要看法律法规，实际上对于一个企业，对于一个行业的发展来讲，行政监管方面的影响，可能对它的影响更大，所以我们还要了解相关的一些部门规章和行业政策。违反了一些发展政策，企业可能直接面临死亡，商场如战场，一点不假。第四个是拟定提纲，明

确谈判的底线，尤其是法务这一块的，大家都很清楚，不详细说了。

## 四、律师在谈判中的作用和地位

关于律师在谈判中的作用和地位，我从六个方面来总结。

第一，我们的作用是什么？我们的作用是法律支持、战略战术配合，我们没有最终的决定权。有些律师自己觉得法律很重要，自己很重要。确实法律和法律人对于商务谈判都很重要，但是在谈判过程中，千万要摆正自己的作用和地位。有一次谈判，一位律师特别坚持自己的意见，谈判过程中还是坚持己见，逼得董事长不得不说：你先别说话。这就是律师没有摆正自己的作用和地位。

第二，身份。根据谈判的类型、不同的情况来确定到底是以律师的身份还是以公司员工的身份来参与。如果是一个对抗性的谈判，最好还是要以律师的身份来参加，凸显中立性。比如放了一笔贷款，催收过程中态度不太好，借款人自杀，家人闹到营业部，还请了记者过去采访，这对公司是很大的风险。底层的员工把关系搞得很僵。后来总公司派人去，因为关系不好，跟他们谈不是特别和谐。让法务以律师的身份去，以律师身份来谈，最终谈成了。另外有的时候在一些合作型的谈判过程中，律师的出现，可能对方会觉得是不是有点防备心太重了，所以这个时候以法务副总裁、法务总监之类去谈，效果会更好一点。

第三，律师在谈判过程中，一定要重点关注的是法务问题，而不是商务问题，商务问题让老板他们去决定，不要轻易突破自己的界限。

第四，语言。尽量要通俗易懂，让大家能听得懂看得明白，不要老用法

言法语。有一次我们跟一个大老板谈，将财产抵债给我们，我自己拟了合同，同事和领导都说特别好，交给对方老板看，说看不懂，我只好重新拟定。我们虽然很专业，但是要让客户听得明白、看得清楚，这是很重要的。

第五，合作的思维。合作是协商而非对抗、反驳。能够走到谈判桌，大多数的商务谈判，事先都是有一定的了解，所以律师一定要把思维转变过来，我们不是在法庭上对抗。

第六，律师在商务谈判过程中的贡献是什么？我这两年体会特别深刻，以前学法律的时候，包括在法院的时候，坚持公平正义的理念深入骨髓，现在依然坚持这种想法，但是好的法务，好的法律工作者，最大的贡献是在防范交易的法律风险和促进交易成功之间做到平衡，这才是做法务，是做合规工作最大的挑战和贡献。

## 第三节 预防诉讼风险的具体措施

预防诉讼风险的具体措施，简要说几条。

第一，在谈判过程中，确认谈判主体及其授权，我们谈判的时候要用一些方式确定到场的人员。不光看名片，最好每人写下，这还是挺有用的。律师来谈的，互相看一下代理文书。确认主体及谈判，除了法律要件的应用之外，还有一个作用就是确认这个谈的人是不是我们事先了解有权利发言的，有权做决定的人，这是非常重要的。

第二，确认谈判对方对谈判标的是否有处分权，说起来很简单，但有时也会出问题。如拟转让的银行不良资产，谈判对象并没有从银行取得转让文书就和我们谈判等。



京都律师代表向与会专家颁发民商诉讼研究中心学术顾问的聘书

第三，留意公司及重要人物的地址、通讯方式等信息，比对最终形成协议时的地址、通讯方式的差异。有两点：有的公司是一个主体，树形结构下面很多的公司；再就是诉讼和执行之间的送达、效力方面有关系的。比如说很多公司在运作的，同一个公司实际经营地和注册地是不一样的，到底以哪个为合同中确定有效的，一定要弄清楚，在谈判中要确认。

第四，判断对方履约能力和优势，巧妙设计交易结构。我们经常合作的一些对象，都是很多公司和企业的，有的是全国几百个主体，在谈判过程中，合作主体到底是哪一个，一定要搞清楚。如果他跟你谈判的时候，包括最后签约的时候，不是他所讲的公司，公司不一致也是挺麻烦的。另外根据公司

履约能力强弱要确定要不要担保，用什么来担保。还有，在一些交易结构设计中，权利优先劣后次序的安排，也要在谈判中提出、讨论并得出结论，这是律师要做的很重要的工作。

第五，证据意识贯穿谈判过程。尽量避免出现诉讼事实客观存在，却因举证困难无法证实导致不能胜诉的后果，尽量不要向对方提供不利证据。有的时候对方理解我们的诚意，让对方让步，说我们多不容易，把一些对我们不太好的东西说出来，想让人家理解我们。但是，一旦谈不成，我们所递交的材料，所说的情况，很有可能成为抗辩我们的观点或者对我们不利的证据。所以想来想去，还是尽量不要向对方提供不利的证据。

第六，把控谈判的核心内容、条

款和关键细节。在谈判过程中，可能会形成一些标的、数量、质量、交付的时间期限，合同履行的内容，包括无法履行，尤其是解除的条件，这些在谈判过程中，作为专业律师该提的时候一定要提，写到协议里面去，不然合同法履行不明的补救办法，好多在实践中也是很难确定的。避免审判中事实不明，执行中依据和标的不明确。

第七，谈判协议盖章、签名的核对要仔细，盖骑缝章。我们在谈判的时候，一定要问一下哪个公司的法律代表人是谁，都要弄清楚，公司章和法人章都不要盖错。骑缝章一定要盖，而且纸张得散一点，宽一点，不容易被拆开做假，防患于未然。

时间有限，就交流到这，谢谢大家！

专题三：

# 公司纠纷裁判规则与诉讼技巧研究

## 王胜全：清算义务人责任构成的变迁

我想在座的有不少从事银行不良资产包处置的业务。自从公司法司法解释二出来了以后，其中公司法司法解释二第18条被很多人利用上了。企业是不存在了，但这个企业可能会有有钱的股东，我们就要求股东承担清算义务人的责任。这是个李代桃僵的策略，为不少高明的律师所利用，所以导致相关的诉讼特别多，这已经成为一个审判实务的热点。我想就这个问题来谈一谈清算义务人责任构成的变迁。

总的来说，有三个阶段的变迁。公司法183条规定有限责任公司的股东，股份公司的董事或者是股东大会确定的人员，为清算义务人，这是第一个阶段。第二个阶段是公司法解释二出台以后，第18条对清算义务人做了很详细的解释。最大的特点是扩展清算义务人的主体以及相关的责任。第三个阶段是民法总则的阶段，民法总则第70条，也对清算义务人及其责任做了规定。大家比较一下就会发现，民法总则与公司法及公司法司法解释的规定是不一样的，下面分别来进行阐述一下。

第一个阶段公司法第183条的阶段。在这个阶段，清算义务人是确定的，有限责任公司是股东，股份公司是董事或者股东大会确定的人员。请求权人是公司的债权人。这个股东或者是股份公司的董事，如果不履行清算义务，



京都民商诉讼研究中心主任王胜全

对公司或者债权人造成损害，要不要承担责任以及承担什么责任，公司法未做规定。一种观点认为，根据公司法解释一的第二条规定，如果当时的法律明确规定，即可以参照适用公司法的规定。故公司法解释二第18条有“补缺例外”的法律溯及力。另外一种意见则认为，公司法解释二当时没有出台，谁也不知道会产生这么严重的清算义务，令其承担连带赔偿责任，显然不公平，也不合理，也缺乏期待可能性。对这个问题的争论，出现了不同的判决，但是有一个判决我们一定要关注，即（2016）最高法民再字第37号判决，这个判决有里程碑的意义。其裁判意旨是，公司法解释二出台即2008年5月19日之前，清算义务人只知道有清算的义务，但是他并不知道不清算的话，会承担连带损害赔偿

责任这么重的后果，如果让他承担连带清算赔偿的责任，有失公允，这个判断非常合理。后续我们还要做深刻的研究。

第二个阶段是公司法解释二的阶段。公司法解释二出台了以后，其第18条把清算义务人的范围从股东、董事，扩展到实际控制人。实际控制人肯定不是股东，是站在股东后面，或者是董事后面的人，实际控制人和控股股东是两个概念，一定是站在后面、戴着面纱的那个人。请求权人的范围还是限定为公司的债权人。至于损害行为，公司法解释二说了是不作为，也就是说清算义务人不履行清算义务。至于损害后果，司法解释二规定为主要财产账册文件丢失，造成无法清算。关于因果关系，要证明未履行清算义务而导致无法清算，这个是很难证明的，但是公司法解释二规定，如果法院裁定无法清算，而强制终结清算程序，可以视为已证明因果关系。

第三个阶段，进入民法总则阶段。民法总则第70条规定：“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。清算义务人未及时履行清算义务，造成损害的，应当承担民事责任；主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组



进行清算。”我认为是对公司法，以及公司法解释二做了一个限缩解释，清算义务人限定为董事、理事等执行机构，或者是决策机构成员。这个决策机构是什么？我们不能理解为是股东会等权力机构。大家看一下民法总则，决策机构是事业单位，或者是捐助法人的理事会或者董事会。因为这类法人没有自己的意思机关，没有权力机关，这个时候是由决策机构的成员作为清算义务人的。

股东为权力机构的成员，规定股东为有限公司的清算义务人，是不符合公司法理的，迟早要改变。现行公司法规定有限公司的股东对公司负有清算义务，过分加重了股东的责任，相应减轻了董事的责任，有失公允，是世界上独一无二的立法例。相比较而言，民法总

则第70条的规定更为合理。但是它又规定“法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”是否意味着公司法另有规定的，从公司法的规定？对此，有人主张特别法优于一般法，应当适用公司法的规定。但也有人主张新法优于旧法，应当适用民法总则。梁慧星教授在深圳的演讲中，认为民法总则关于公司制度的规定，有许多地方不同于公司法，应当采用新法优于旧法的态度。如此，则有限公司的清算义务人应由股东调整为董事。我比较赞同梁慧星教授的意见。对这一问题，有待公司法修改或者通过司法解释来解决。

就我个人的解读而言，请求权人的范围突破了原先的仅限于债权人的规定，扩展到了公司。如果清算义务人不

履行清算义务，给公司本身造成的损害，这个公司也可以请求这些清算义务人承担损害赔偿责任。公司不起诉的，其股东可以提起股东派生诉讼。清算义务人的损害赔偿责任，性质属于侵权损害赔偿责任还是违约损害赔偿责任？对于债权人而言，属于侵权损害赔偿责任；但对于公司而言，因为公司与清算义务人之间属于委托关系，故属于违约损害赔偿责任。至于损害行为，跟公司法的解释是一样的，就是未履行清算义务。从损害后果来看，也扩展了公司法解释二的必须达到无法清算的标准，现在只有一个标准，就是造成损害就可以了。没有达到无法清算后果的损害，也可以请求承担损害赔偿责任。✎

## 王宪森：关于“公司分配”、“股东代表诉讼”、“股东资格继承”等个案的讨论及意见

### 案例一：公司盈余分配纠纷

“公司正义”这个话题也是很大。梁老师刚才提到的案例，实际问题是：在公司分配制度（注：这里均指有限责任公司）中，盈余分配权作为公司股东享有股权的一部分权能，属于自益权，其实现方式要不要由司法权来干预的问题。有关这个话题的争论也是很久了，从2005年颁布新的公司法以来，历次较大规模的实务研讨，似乎都有谈到这个问题。但后来，多数意见都倾向于把公司分配的决策权交给公司，这属于公司经营问题，不应由司法权来判定，所



最高人民法院原高级法官王宪森

以，在“决策”盈余分配方面，股东一般不应享有诉权。

后来，实践中确实有一些其他问题出现，需要解决，例如公司法司法解

释（四）（草案）中提到的“决议分配的执行问题”，可以说是“有限的让步”，但是还没有超出大的理论框架。该规定的大概意思是，如果公司通过正当的决策程序做出了分红的决议，执行上也具有可操作性，分配利润总额或每股收益明确，只是后来由于管理层的原因，没有得到执行，那么股东依据该决议，就可以诉至法院，要求判决公司执行该分配方案。这是可以诉的，法院并没有主动强制公司做出分配决议。实际上，“公司分配”是一个很严肃的问题。刚才，孟博士也提到了这个“正义”其实是一把双刃剑。公司制度要权衡，是短期内保护小股东实现“盈余分配权”重要呢？还是从长远看，保护公

司享有独立的经营权更重要呢？可以说，一般情况下，公司有利润不分，自有其不分的理由。公司积累，扩大经营规模，把握商业投资机会，等等。房价涨得那么快，如没有资本积累，只能错过极佳的投资机会，这些都属于经营者或说大股东们在市场决策时需要考虑的问题，应尊重其决策权。如果赚一点利润就分光了，公司没有壮大资本积累，就可能错过了市场投资机会。所以“公司经营”这一块，还是不要由司法权过多地干预。公司法司法解释（四）草案也是持非常谨慎的态度，这是对的。从这点看，胡克案件判决结果也是对的，法官掌握的价值导向，是把这个“经营决策权”交给公司。

## 案例二：股份代持及 股东资格确认

刚才一位法务提到的国有公司的股份代持问题。案例中，实际反映了该国有企业及代持方追求各自利益不同的商业动机。严格来说，股东应该以真实的身份参与公司的投资活动，股份代持是为了使一些投资信息避免在市场上公开，而做出的特殊安排，例如前些年有公务人员投资办公司。当然，也有一些代持行为是关联公司之间或者合作伙伴之间纯粹出于商业上的考虑，而实施的，并不违法。刚才提到的国企通过代持的方式，规避了一些监管，或者一些不利的做法，由于股权不显名，按照公司法第32条的规定，未登记的股权不能对抗第三人。这样，股权登记在代持方名下，随时是有风险的。对外而言，等于说被代持方的“股权”，其风险已有些失控了。但这个风险，完全是基于该企业对市场的判断和决策结果所造成的。目前依据公司法的规定，还不能找

出一个两全其美的答案：既让代持关系存续，又能消除被代持方的风险。这是两条路径，要选择一下，要么请求确认你的股东身份，提起“股东资格确认”之诉，然后将股权登记在该企业自己的名下，这是一种方法；要么，如你想继续保持现状，维持股权的代持状态，这种情况下，代持方的对外交往活动形成了大量债务，一旦其不能清偿，债权人向其主张债权，则被代持的股权就存在了风险。公司法的规定非常明确，就看该企业如何选择了。

## 案例三：股东代表诉讼中 几个问题

还有华主任谈到的案例，涉及股东代表诉讼的一些问题，很有典型意义。股东提起代表诉讼后，公司又站了出来，参加诉讼，主张自己的权益，且其诉讼请求也与股东提出的请求一致。我个人意见，如果诉讼刚开始，公司可以作为原告，法院可马上就变更主体，这时，代表诉讼就变成了公司直接诉讼了。关于案由，“代表诉讼”本身不是规范的案由，但是在审判实务中有一些判决也采用过。该类案件实际上是一种商事侵权关系，股东代表公司向害人主张赔偿。股东代公司起诉，具有公益性（尤其是对上市公司而言，公益性更明显）特点。分析起来，也涉及很多的问题，如果公司参与诉讼了，按直接诉讼对待，要不要让股东退出诉讼；如股东退出，公司在诉讼过程中再与害人串通，放弃权利，则公益诉讼的目标还是实现不了。如让起诉的股东继续作为原告，就可以避免这一点。华主任谈到的案例发生在多年以前，当时对此类诉讼的主体安排，实务操作上所依据的规定并不明确。而按照公司法司法解释

四（草案）的意见，公司在此类案件中是“第三人”地位，所以，即使公司也提起了诉讼，且请求与股东提起代表诉讼时的请求完全一样，公司作为诉讼利益的承受人，其仍以“第三人”参加诉讼也不受影响。因此，如现在遇到类似问题，仍将公司作为第三人即可，股东作为原告地位无需改变。

接下来，该案例还涉及到股东代表诉讼的管辖问题。实践中也遇到过公司与股东为了规避公司直接诉讼的管辖规定，故意让股东提起代表诉讼，双方实际是先安排好了。如公司直接起诉，会受到约定管辖条款的约束，公司不想受此约束，想通过代表诉讼方式，改变案件的管辖法院，因股东在外地，故改为在另地法院起诉。为解决这一问题，可以制定一个规则，规定股东代表诉讼案件，应按照“公司”作为原告确定管辖法院，避免出现上述案件中的问题。

还有一个关于自然人股东死亡后，股东资格的继承问题，也是值得探讨。按照公司法第75条规定，自然人股东死亡以后，其合法继承人可以继承其股东资格，但公司章程另有规定的除外。但是，如果公司章程没有规定的怎么办？那明显公司股东的人和性就被“亲属、血缘关系”打破了。这一点，跟其他国家的规定是不一样的。从公司制度原理考虑，自然人股东死亡后，人和性是需要维护的，死亡股东的继承人只能继承其股权中的财产权利。是否同意其受让股东身份，应由其他股东按规定程序表决认可才行。其他股东认可该股东，但是不意味着也认可其子女、夫人等成为股东。所以公司的人和性不应被“亲属继承权”所打破和干扰。这是不合商业规则和公司制度原理的。既然公司法做出了这样的规定，所以我们通常建议公司股东在设立公司时，在《公司章程》



里面做一个“排除性”的限制条款，这样就可以避免出现这样的争议问题。

刚才所谈的案例，从现有的规定来看，如公司章程没有特别约定，则死亡股东的女儿是可以继承其父的股东身份并参加诉讼的，法院应考虑她的正当请求，因为在法律上有依据。如对其“继承身份”本身没有异议的话，诉讼程

序可以等待其作为继承人参加诉讼。这是我个人的观点，供大家参考。总的来讲，代表诉讼是很复杂的，实务操作中确有许多问题。

最后，还有股东代表诉讼是否适用调解的问题。一般来讲，基于其公益性特点，不适用调解原则，担心可能损害公司利益及其他股东的间接权益。但如

果有限责任公司的全体股东均表示接受调解协议的结果，大家均签名确认，这在实体上就不存在损害其他股东利益的情形了，类似于全体股东通过“决议”予以了认可，应认可这样的调解处理结果，并不违反程序规定。类似的股东代表诉讼案件，此前我们也处理过，是可以以这种“调解方式”结案的。✎

## 公丕国：从“先刑后民”到“民刑并行” 裁判规则在变化

公司诉讼中，比较复杂难办的一类案件就是民刑交叉案件。此类案件之所以难办，原因大概有三：一是案件本身复杂，参与主体太多，法律关系多，法律适用争议大；二是“重刑事轻民事”的传统思维和实践规则导致刑民冲突先刑后民，公安机关的强势客观存在很大程度上导致了这种现状；三是立法缺失导致实践操作缺少规范，唯一的法条是民事诉讼法的“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。

这一类的案件，既牵扯到当事人的人身自由权利，也牵扯到财产权益的有和无的问题，而且律师办理起来，需要既懂得商法，又要懂得刑法，还要面对着社会实践中的公检法之间的各种利益斗争等，所以确实比较难。怎么办呢？我还是说要研究最高人民法院的裁判规则，把这个规则研究明白，设立合理的方案，才能行之有效地解决问题。此话题内容很多，今天我选择法院对此类案件的“裁判规则”这一角度谈点个人意见，因为只有熟练地掌握和深入地了解法院的裁判规则，才能对这类案件作出正确的分析，设计恰当的诉讼方案，争



京都民商诉讼部主管合伙人公丕国律师

取当事人的权益最大化。

首先理清一下概念，民刑交叉案件分两大类，一类是我们说的因为犯罪人的犯罪行为导致受害人财产损失、人身损失的，受害人有权提起损失所赔，这个实际上就是传统所讲的民事附带刑事诉讼案件，这个没有什么太大的争议。另一类是指的同一事实或者相关联的同一事实引发的民事和刑事关系都存在的案件，就是今天我们讨论的民刑交叉案件，争议最大。

在这一类案件中，怎么研究裁判规则？刚才我讲了立法缺失，那我们只能研究司法解释和最高法院的案例。纵

观我国司法机关对民刑交叉案件的处理规则和实务案例的变化，我把民刑交叉案件的裁判规则的发展分为三个阶段，即“先刑后民绝对化”“重刑轻民有进步”“刑民分离趋公正”。

第一个阶段是1985年到1997年间，先刑后民绝对化，也就是说民事诉讼绝对让位于刑事诉讼。改革开放第一个阶段，市场经济很活跃，出现了大量的经济纠纷，当然也不乏其中经济之类的犯罪，我们国家司法实践上是怎么做的呢？就是一遇到有刑事，民事就让步。具体的体现，最早的司法解释是1985年两高一部《关于及时查处经济纠纷中发现经济犯罪的通知》；当年12月份最高法院又专门出了一个《关于审理经济纠纷案件发现违法犯罪必须严肃执法的通知》；1987年3月份两高一部又出来了《关于审查经济纠纷案件发现违法犯罪案件必须及时移送的通知》。这三个文件，不管叫什么名字，核心内容就是经济纠纷中有刑事犯罪线索和刑事犯罪案件必须移送，也就是说民事案件必须终止。

在这种司法规则或者司法解释的面前，出现的就是当事人滥用刑事控告

权解决经济纠纷、地方政府利用公权力介入经济纠纷、法院重刑轻民错判案件等司法乱象。在实践中为了财产权益，为了股权争议，夫妻反目，兄弟成仇，股东之间打得头破血流，今天我告你，明天我告你的现象是层出不穷。年龄大一点的律师都能想起很多案子，本来是一个经济纠纷，公安介入，检察介入，人先弄进去，民事纠纷不了了之，这类的案子太多了。我以前住在通州京贸国际公寓，有一个与这公寓开发商有关的典型案例，媒体称作“美女操盘手”案件——李爽职务侵占罪案。李爽很漂亮，歌舞演员出身，是京贸公寓老板孙旭娶的第几任妻子。后来俩人协议离婚，孙旭给李爽多少钱加车子什么的。后来老板不想给钱了，控告李爽职务侵占公司广告费，给弄到监狱里去了，田文昌老师带队辩护也没有办出来，最后是判了五年，具体的案情当然比较复杂。像这一类的夫妻反目，兄弟成仇，股东之间你进监狱、我进监狱的这一类的太多了，多数都是民事纠纷，但用刑事手段解决，相当多的都是错案。这是一个阶段，叫做先刑后民绝对化。

第二个阶段是1998年到2014年之间，重刑轻民有进步。什么意思？就是最高人民法院专门的司法解释出台，但是在实践中执行困难。专门的司法解释是指的两个，一个是1997年12月份，最高法院出了一个《审理存单纠纷案件的若干规定》，这里面明确提到了刑民分离的问题，就是出现了刑事案件，民事不绝对终止，可以审理的就可以审。另一个是最完整的一个关于刑民交叉案件的规定，1998年4月最高人民法院《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》。应该说这是一部非常好的司法解释，它确定了一个基本原则：同一事实和同一法律关系的先刑

后民，不是同一事实不是同一法律关系的，刑民分离或者叫刑民并行，它确定了这么一个原则。

但是我为什么说它只是有进步？是因为在实践中执行困难。实践中，前面说的那些问题，公安老大哥的强权地位，地方政府利用公权力干预经济纠纷这一类的思维都还没有改，所以在实践中这个解释是存在的，但是实践中执行的情况类似于前面那个阶段，基本上是很难的，或者是没有。

第三个阶段是2014年之后，刑民分离趋向公正，也就是说刑民分离、刑民并行这样的审判思维不仅是有了，而且是逐渐落地，趋于公平。2014年，最高法院出台了《关于审理涉及刑民交叉案件若干问题的规定》（征求意见稿），明确了前面我们所讲的同一事实怎么认定、同一事实的情况下如何去实际操作案件，非常详细，非常公正。第一条就规定：发生刑民交叉时，民事案件与刑事案件符合以下情形之一的，民事案件与刑事案件应当分开办理、审理：（一）同一公民、法人或其他组织因不同的法律事实，分别涉及民事责任和刑事责任；（二）主债务人涉嫌犯罪，债权人起诉要求连带保证责任人承担保证责任的；（三）主债务人涉嫌犯罪，债权人起诉要求就主债务人以外的第三人提供的担保物优先受偿的；（四）行为人涉嫌犯罪，合同相对人主张构成表见代理、表见代表或者行为人对合同相对人的损失负有过错，要求行为人所在单位承担民事责任的；（五）追究有关行为人的刑事责任并不影响对民事案件审理的其他情形。前款规定的情形，民事案件必须以刑事案件的审理结果为依据或者存在法律规定的需要中止诉讼的其他事由的，应当在刑事案件终结后再进行审理民事案件的审理。

但是该意见至今没有通过。为什么？估计是公安、检察院不同意或者领导不同意。不过最高人民法院不乏高手，司法解释没有通过，就出内部意见，所以，2015年12月份，最高人民法院的民事审判二庭出了一个《关于审理商事纠纷案件中涉及到刑事问题》的内部意见，再一次明确地把这个刑民分离和先刑后民等问题具体化、实务化和规范化。而且除了民二庭的意见之外，最高院用大量的公报案例和指导案例的形式来践行刑民并行的裁判规则。现在最新的司法裁判意见，是2015年—2016年关于刑民交叉案件16条意见。研究和关注刑民案件都应该好好去研究16条意见，是16个案子，从几个角度对最高人民法院关于刑民交叉案件的实际应用，做了一些实证指导。而且不仅是判决的结果问题，是对刑民交叉案件中如何适用同一事实这样的细节问题做详细的分析。我相信，2014年审理刑民交叉案件的司法解释虽然没有通过或者将来通过，现在不能公开使用，但是肯定会成为法官办案时的一些参考标准。

16条意见就是对这个2014年刑民交叉意见的体现，比如说先刑后民、刑民并行的这个程序问题，这16个案子中有五个这一方面的裁判。举几个常见问题和对应案例：

大家最常见的银行借贷合同纠纷，银行起诉，往往担保人或者是债务人去立刑事案件，不让民事审理进行下去。最高法院（2015）民申字第2929号判决明确意见，“立了刑事案，如果没有审理的判决结果，或者说关联的事实不是太密切的话，民事案件照常进行”。

公司法人犯罪案涉案的民事审理是否终止？法人犯罪了，那么公司的民事诉讼怎么办？最高法院（2015）民二终字第335号裁判要旨就是：虽然法人构



成犯罪，但是民事诉讼有关事实在本案能够查清，无需以刑事案件是否为依据时，民事诉讼不中止。

还有借款人涉嫌犯罪，有关借款合同和担保合同审理是否终止，争议非常大。最高法院（2015）民申字第1778号判决结果是“民事应当中止审理”。什么意思？最高法院认为：如果民事案件中涉及到的事实对刑事案件的审理有影响，应当属于同一事实，具体到本案，法院认定出借人、借款人的借款事实，

是借款人涉嫌行使犯罪实施的一部分，与该借款合同关联的其他保证合同、房屋抵押合同，均系依附于主合同的从合同，其从属性决定了上述从合同涉及到的事实会对刑事案件的审理和善后处置产生影响，当事人财产的关联性对这个刑事案件的审理和善后也会产生影响，本案交叉的刑民关系涉及到的主要事实系同一事实，按照先民后刑的方式处理。

总之，刑民交叉案件比较难，但

是纵观法院裁判规则，由原先的绝对化的先刑后民，到现在逐渐发展的刑民分离、刑民并行，逐渐落地。最高法院的判例，司法实践中不亚于司法解释的效力，尤其对地方法院来讲。目前实践中也不一定就能解决公安机关查处经济纠纷这一类的问题，但是有这样的裁判规则的变化，大家要好好研究好好运用，尽最大的努力去追求公平、公正。👍

## 赵岐龙：股东的代表诉讼裁判规则及实务操作技巧

各位嘉宾、同仁，大家下午好！

感谢各位今天坚持了一天来参加京都律师事务所举办的民商诉讼论坛，按照组委会的安排，我下午分享的题目是《股东的代表诉讼裁判规则及实务操作技巧》。如果说公司法解释二关于公司解散、清算是律师获取业务的一座金矿，那么公司法解释四关于股东代表诉讼就是律师发现业务的另一座金矿。以后股东代表诉讼制度会大量存在，给我们律师带来很多业务，尤其律师费还由公司承担。

要了解股东代表诉讼，就必须了解公司法第149条关于公司的董事、监事、高级管理人员因违反忠实义务，侵犯公司利益，给公司造成损害，应当向公司承担赔偿责任（第一百四十九条董事、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。）我国公司法第151条规定：

“董事、高级管理人员有本法



京都律所高级合伙人赵岐龙律师

第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

监事会、不设监事会的有限责任公

司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。”

通过上述规定可以看出，151条第一款是股东请求公司提起直接诉讼，第二款、第三款是股东的代表诉讼（也叫派生诉讼）。上述规定确定了如下诉讼规则：

1.代表诉讼的原告：

（1）有限责任公司股东；

（2）股份有限公司连续180日以上单独或合计持有公司1%以上股份的股东。

上述股东要求在提起诉讼前必须是

公司的股东。

2.代表诉讼被告：一般是公司的董事、监事、高级管理人员，还有他人。

3.股东提起代表诉讼是为了公司的利益。

4.以股东自己的名义提起诉讼。

5.股东提起代表诉讼的前置程序如下：

1) 穷尽公司内部救济原则。如董事、高管侵权→有资格的股东书面请求监事会或监事向法院提起诉讼；如监事侵权→有资格的股东书面请求董事会或执行董事提起股东代表诉讼；

2) 前置程序的豁免：情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，股东可以直接向人民法院提起诉讼。

上述规定是股东代表诉讼的一般规则，但是公司法第151条未对公司的诉讼地位、诉讼管辖、诉讼费用的承担、他人的范围进行界定，更没有对母公司的股东是否可以对子公司的董、监、高提起代表诉讼作出明确规定。下面结合司法实践及公司法解释四进行交流、分享。

## 一、公司的诉讼地位

公司到底是原告、被告、名义上的被告还是第三人？由于公司在代表诉讼中拒绝了股东的请求，不提起直接诉讼，因此，公司不是原告。由于胜诉后，诉讼利益归属公司，股东也不是被告。在英美上采取了名义被告的说法，我国的司法实践，把公司列为第三人，这次公司法解释四（修改稿）也是建议列为第三人，但不是民法意义上的第三人，既不是有独第三人，也不是无独第三人，是一种特殊情况的第三人。

## 二、诉讼管辖

采取专属管辖原则，即由公司注册地或主要经营地管辖。专属管辖便于调查取证。民事诉讼法关于专属管辖的情形：不动产纠纷、港口作业纠纷、遗产继承。另外公司的破产、清算、解散也适用专属管辖。

弊端：给当事人更多规避一般管辖的机会。如公司与第三人之间存在纠纷，第三人存在违约或侵权，如果公司提起诉讼要遵守一般管辖原则，但如果提起派生诉讼就可以适用专属管辖的原则。

## 三、诉讼费用的承担

股东为了公司的利益提起派生诉讼，一旦胜诉后，所得利益归属于公司，那么诉讼费用也要由公司承担，其中案件受理费由败诉方承担，其他交通费、差旅费、律师费等应由公司承担。但是，一旦败诉怎么办？公司法解释四仅规定胜诉后，请求公司承担合理的律师费、为诉讼支出的调查费、评估费、公证费等合理费用。没有规定，一旦败诉谁承担费用，如果诉讼风险完全由股东承担，势必会影响股东提起派生诉讼的积极性。英美法规定，只有恶意的情况下，股东才承担败诉后的费用，并赔偿被告的经济损失。如果股东提起代表诉讼是善意的，即使败诉，诉讼费用也

## 四、他人的界定

德国、我国台湾地区采取了限制式的界定，只能对董事和高级管理人员提起代表诉讼，而我国代表诉讼采取了

英美法同样的开放式的界定，除了公司的董、监、高外，还包括公司的控股股东、实际控制人、公司内部雇员、公司外部的第三人均可以构成侵犯公司利益的主体。

## 五、主体资格的扩大

公司法第151条的规定，只有公司的股东才能提起派生诉讼。没有规定母公司的股东能否提起派生诉讼，换言之，缺少公司股东能否对子公司的董监高、他人提起诉讼的规定。譬如，甲乙丙三个香港人，在香港成立一家A公司，A公司在北京成立一家外商独资企业，其中甲乙两个香港人在外商独资企业担任高管，这两个高管在北京又成立了一家公司，进行同业竞争，损害了外资企业的利益。香港企业的股东之一丙能否提起派生诉讼？按照第151条的规定母公司的股东不得对子公司的董监高提起代表诉讼，但外商独资企业的股东香港企业因受到甲乙的控制，无法提起诉讼，从而陷入僵局。如果按照公司法解释四的规定，这个问题就迎刃而解了。公司法解释四征求意见稿第三十五条规定：“股东因公司的全资子公司利益受到损害，依据公司法第151条提起诉讼，请求被告向全资子公司承担民事责任的，应予支持；请求向公司承担民事责任的，不予支持。”这一点非常重要，如果公司法解释四通过后，这类诉讼将大量存在。

## 六、严格限制诉讼中的调解

原、被告不得自行调解，一旦双方达成和解协议，需要经过股东会或股东大会通过调解协议的决议，才能出具调



解书，因为该调解书对公司及全体合伙人均具有约束力。

## 七、被告不得提出 反诉原则

因为股东是为了公司的利益提起诉讼，与自己的利益无直接关系，因此，被告不得对原告股东提出反诉，更不得主张抵消债务。

## 八、如果股东能提起直接 诉讼，不得提起代表诉讼

譬如股东认缴出资义务未到期，一旦出现加速到期的情形，按照法律规定，公司及股东、债权人均有权要求认缴股东提前缴纳出资。这个时候股东可以采取直接诉讼要求认缴股东提前缴纳出资，不得采取代表诉讼。

## 九、股东是否可以撤诉问题

由于代表诉讼的股东是为了公司的利益提起诉讼，并非是自身的权利，因此，原则上，股东不得撤回起诉，经过其他股东同意才可以撤回起诉。在英美法中，还受“洁手规则”的约束，即一旦该股东撤诉，不得再行提起诉讼，只有其他未提起过代表诉讼的股东才有权提起。

由于时间有限，暂时就简单分享这些，希望有机会与大家多交流，谢谢大家！👍

# 苏鹏：“揭开公司面纱”之司法认定

揭开公司面纱制度主要来源于判例法，最早的判例是1905年美国诉密尔沃基冷藏运输公司案。在我国2005年修订公司法才首次规定了该制度，十余年的司法实践中出现了大量的该类案件。根据近年来全国各级法院的99例该类案件，成功揭开公司面纱的案件为63件，占比三分之二，但仍有三分之一的案件未能揭开公司面纱。虽然原因各不相同，但客观反映了大家对“揭开公司面纱”制度的司法认定存在种种疑惑，这里我仅对该制度的司法认定问题与大家沟通、分享。

通常情况下，公司具有独立的人格，表现为其作为独立的商事主体，公司财产与股东财产严格区分。股东以认缴的出资为限对公司的债务承担责任，公司以其全部资产对外承担责任。一旦公司资产无法清偿其全部债务，即应进入破产清算程序，经过破产清算程序仍



京都律师事务所合伙人苏鹏律师

未能得到清偿的债务即告消灭。但在例外的情况下，法律可能揭开公司的面纱，否认公司所具有的独立人格，责令股东对公司的债务承担连带责任；或者在法律上将数个关联公司视为一体，共同对外承担法律责任。在极其特殊的情况下，也可能责令公司对股东的债务承担连带责任。这就是公司法理论中所谓

的“揭开公司面纱”或者“法人人格否认”制度。

## 一、揭开公司面纱的 法律依据及司法实践运用

### （一）法律依据

我国公司法第20条第3款以及第63条的规定便是这一制度的体现。第20条第3款规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”第63条规定：“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”

2009年6月25日上海市高级人民法院颁布了《关于审理公司法人人格否认案件的若干意见》，明确了公司法人人格否认案件的审理原则、诉讼主体、

构成要件、各要件认定的标准以及举证责任等。从实体和程序上对公司法人人格否认制度的适用做出了规定,虽然该意见仅在上海市范围适用,但是对司法界适用揭开公司面纱制度提供了非常重要的依据和参考。

司法实践中,股东对公司债务承担连带责任可以直接依据公司法第二十条第三款以及第六十四条的规定做出裁判。但在关联公司中适用揭开公司面纱制度则无法得到具体明确的法律条文支撑。与英美法系国家通过判例引申发展出一套完整的司法规则不同,在成文法国家,当具体的法律规则无法适用时,便需要适用法律原则。事实上,揭开公司面纱制度的法理基础可以溯源至民法中的诚实信用原则;这也就不难理解,我国法院在揭开关联公司面纱的案件中为何总是援引民法通则第四条,而不是直接适用公司法的规定。

## (二) 司法实践运用

公司法人人格否认制度的立法本意在于保护公司债权人,以免因为股东滥用其有限责任以及公司独立人格而使债权人的利益受到损害。因此可以说,否认法人人格是为了债权人而设立的,其出发点就是扩大公司责任财产的范围,将其延伸至股东个人财产或者关联公司的财产,从而为债权人能够很好地实现自己的债权提供保障。

我国司法实践中一般认为,具有下情况之一的,应当揭开公司面纱:

1. 公司资本显著不足;(股东投入公司的股权资本明显不足)。

2. 关联公司之间人格高度混同,不能保持相互间独立性,表现如下:

(1) (财产混同情形)存在股东与公司资金混同、财务管理不作清晰区分等财产混同情形的;

(2) (业务混同情形)存在股东与公司业务范围重合或大部分交叉等业务混同情形的;

(3) (人事混同情形)存在股东与公司法定代表人、董事、监事或其他高管人员相互兼任,员工大量重合等人事混同情形的;

(4) (场所混同情形)存在股东与公司使用同一营业场所等情形的。

3. 控制股东滥用控制支配地位,对公司进行不当操控;主要表现为控制股东利用关联交易,非法隐匿、转移公司财产。

在诉讼过程中否认法人人格,一般应具备以下要件:

第一,(主体要件)公司法人已经取得独立人格;

第二,(行为要件)股东实施了滥用公司人格的行为,如,人格混同、财产混同、不正当控制等;

第三,(因果关系)滥用公司人格行为与债权人利益或公共利益损害之间具有因果关系;

第四,(结果要件)上述行为对债权人利益造成了严重的损害。

## 二、揭开公司面纱的法律后果

### (一) 股东对公司债务承担连带责任

一般情形:股东对公司债务承担责任的情况比较常见,如公司资本显著不足的情况即为实例。现行公司法对公司注册资本采取认缴登记制,对法律有特殊规定的27类公司仍采取实缴登记制。事实上,由于公司经营过程中,实有资产与公司的注册资本之间没有必然的联系,注册资本很高的公司可能净资产为负值,反之亦然。注册资本认缴制环

境下,如果公司股东认缴的注册资本过高,一旦公司难以对外承担债务,债权人即可申请公司破产。根据破产法第35条的规定,人民法院受理破产申请后,债务人的出资人尚未完全履行出资义务的,管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资,而不受出资期限的限制。因此,认缴制环境下,不适当地追求高额注册资本,亦可能相应地面临在认缴的高额注册资本范围内对债权人承担法律责任的麻烦。

此外,公司股东未能遵守法定程序,如表现为怠于履行公司清算业务、股东对公司过度操控公司财产与股东财产无法区分等,都是法院适用公司法第20条第3款,否认公司法人人格,揭开公司面纱的理由。

公司法第63条对于一人有限公司法人人格的否认,规定了举证责任倒置,即“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己财产的,应当对公司债务承担连带责任”。

### (二) 关联公司共同对外承担连带责任

关联公司如未能保持各公司之间的人格独立从而损害债权人的利益的,法院也可能揭开公司面纱,否认其法人人格;判令数个公司共同对外承担连带责任。这种情况,我们虽然无法从公司法第20条第3款的规定中找到证据,但是我们可以依据诚实信用原则对案件做出判断。如最高人民法院第15号指导案例,徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案中,法院即是以民法通则第4条的规定作为判决的法律依据。最高人民法院公布的裁判主要观点为:关联公司的人员、业务、财务等方面交叉或混同,导致各



自财产无法区分，丧失独立人格的，构成人格混同。关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，关联公司相互之间对外部债务承担连带责任。

事实上，此前最高人民法院在中国信达资产管理公司成都办事处诉四川泰来装饰工程有限公司、泰来房屋开发有限公司、泰来娱乐有限责任公司借款担保合同纠纷案中，法院即以“装饰公司、房屋公司、娱乐公司股权关系交叉，系由同一公司投资设立，三家公司在同一地址办公、法定代表人相同、联系电话相同，财务管理人员在一段时期内相同……（三家公司）构成人格混同，其行为违背了法人制度设立的宗旨和诚实信用原则”为由，判令三家公司对外承担连带责任。

### （三）反向揭开公司面纱——公司对股东债务承担连带责任

以上关于揭开公司面纱的理论探讨和司法案例都侧重于否认公司法人人格之后，要求公司控制股东或者关联公司共同向公司的债权人承担连带责任。新的司法实践中还存在揭开公司面纱、否认公司法人人格后，判令公司对股东的债务承担连带责任的情况；这可以称之为“反向揭开公司面纱”或者“公司法人人格的逆向否认”。

例如：沈阳二建诉惠天公司、新东方供热公司建设工程施工合同纠纷案。沈阳市中级人民法院在本案中即扩张适用揭开公司面纱制度、判令惠天公司与新东方供热公司连带偿付沈阳二建工程款。本案中惠天公司与沈阳二建签订数份建设工程合同，累计结欠工程款140万元。庭审中查明，新东方供热公司与惠天公司在人员、业务管理及资金方面存在混同。法院认为：“公司法人独立地位和有限责任是现代公司两大基石，



若存在股东滥用人格和股东有限责任，公司须为股东债务承担责任，也应是公司法第20条有关法人人格否认规定的应有之义。”由此，法院否认新东方供热公司的法人人格，判令其对法人股东惠天公司的债务承担连带责任。本案中一个重要的事实是，被告新东方供热公司给沈阳二建发过两次往来征询函，表明截至2009年6月30日，新东方供热公司欠沈阳二建工程款1400221.70元。依据合同法的规定，债务承担需要经过债权人沈阳二建的同意；而沈阳二建一旦做出同意的意思表示，其只能向新债务人主张债权。而本案中，法院正是基于惠天公司与新东方供热公司二者人格存在混同的情况，才否认新东方供热公司的独立人格，判令其对惠天公司的债务承担连带责任。这属于公司法人人格的反向否认，有别于普通的债务承担。

### （四）法院判决不具有从根本上否认公司法人人格的既判力

最高人民法院《民事案件案由规定》并未将公司法人人格否认纠纷列

为独立的案由，所以在司法实践中，能否提起法人人格否认诉讼取决于个案的案情。法院在审理这类案件时，也是遵循“司法谨慎干预”的原则，不应滥用人格否认制度。除非原告能够举证证明公司法人人格存在混同，且这种混同已经损害了作为债权人的原告的利益，法院才能适用揭开公司面纱，对公司法人人格予以否认。并且法院作出的否认公司法人人格的判决，也只针对个案适用，并不因法院在某一具体的案件中否认公司的法人人格，就使得公司从根本上丧失法人资格，该判决不具有从根本上否认公司法人人格的既判力。

综上所述，在适用法人人格否认时应当注意的是，尽管公司法规定了公司法人人格否认制度，但在公司法人人格独立制度和公司法人人格否认制度的关系上，前者始终是处于本位的主导性规则，后者仅为适用于特定场合和特定事由的例外性规定。所以在审判实践中，要慎重适用，防止滥用，不完全符合适用条件的，绝不能适用法人人格否认制度。☞

## 黄文艺：被执行人之司法救济权

### 一、我国民法的 执行救济体系

今天要讨论的这个问题实际上是执行救济制度的问题。借这个机会梳理一下我国关于执行救济的体系，如何操作其实就一目了然了。我们民法确立的体系，主要是针对三个内容：

一是当事人对执行依据不服的，该种情况主要依再审诉讼解决。关于第三人撤销之诉，是否属于对执行依据的再审，曾有争议，我认为第三人撤销之诉与执行程序没有关联，可以不计入执行救济制度的范围。

第二个方面是执行行为瑕疵的救济，主要是针对法院在执行过程中，对被执行人及其财产，对申请人存在消极执行，对执行当事人之外的利害关系人侵害他人的利益等方面存在的程序上的瑕疵，通过执行异议复议的程序来解决。

第三个方面就是对于执行的实体错误，指的是在执行标的上的一些错误，执行过程中错误地执行了案外人的财产等，主要是享有所有权或者足以阻止执行标的的转让、交付的实体权利的救济，几次民法的解释和修改，逐步确定了案外人异议这样一个制度。在这个过程中，异议提出来之后，如果法院维持了原来的对执行标的的执行的决定，也就是驳回了案外人异议，案外人可以提出诉讼，要求法院明确争议的标的物不得执行；如果法院认可了案外人的异议，不再执行该争议标的物，本案的申请执行



恒昌利通投资公司副总裁，最高法院执行局原法官、中国民生银行总行法规部诉讼管理中心负责人黄文艺

人人可以提出许可执行的诉讼，基本上这是这三个方面的救济。

另外民法226条，也是2007年修改加进去的，后来调整到226条这样一个申请执行人申请变更执行法院的规定，执行法院对于有财产等有条件执行而六个月没有结果的，可以向执行法院的上一级法院申请变更执行法院。现在我国的民事执行救济这一块的制度体系，基本上是这样的。这个执行救济体系，是2007年、2012年两次的有关民事诉讼法的最高法院的立法建议，还有2008年和2015年最高法院在民法修改之后所做的司法解释最终确立的。我亲身感受到了执行救济制度的巨大进步。我对照了一下规定，实际上这些规定，基本上都是从德国、日本那里学过来的，没有什么太多出奇的地方。相比于日本来讲，我们缺少一个请求异议之诉，针对的就是执行依据生效后，向法院申请执行立案之前，生效文书确认的

当事人之间实体的权利义务，已经发生了改变，这时用什么制度对被执行人予以救济？日本有一个请求异议之诉，来要求向原做出裁判的法院，或者是其他执行依据所谓的管辖法院，提出这样一个简单的诉讼，就可以解决这个问题。

### 二、执行监督程序

另外在我国执行法的体系里面，还有其他国家没有的救济措施，就是执行监督程序，执行监督程序是执行规定里面规定特别清楚的一个制度。当事人认为执行法院执行过程中的一些执行行为不当，可以向上级法院申请监督要求改变，或者是撤销执行法院的行为，这样一个制度应该是当时在执行异议、复议、异议之诉等制度没有建立起来之前，执行当事人寻求执行救济一个比较有效力依据的法条。但是执行监督的这个规定，区别于上述所说的这些规范的执行救济制度的缺陷，有其不确定性。当事人虽然提出监督申请不受约束，但是法院没有法定义务一定要受理，管不管是法院的事，所以这个就造成了很多想通过执行监督进行救济其实是很无力的这种现象。

在一系列规范的执行救济制度建立后，对于这样执行监督的制度，在2015年的司法解释过程中，大家争论的一个很大的问题，就是执行监督制度要不要废除？讨论了之后，认出于对法院执行队伍素质和人员操守的怀疑，这个制度还是保留了下来，还是可以用的，这对当事人和律师而言，是好事。执行异议



复议程序都走完了之后，或者消极执行后，法院不动了，怎么办？执行监督还是可以做的，但是这个执行监督不是说想提起，它就能启动的，有很多不确定性因素。

### 三、执行救济制度的缺陷

另外，在多年执行工作和参与立

法和司法解释的过程中，我一直对我国执行救济制度的缺点深有感触。即，救济制度缺乏救济，如果是规范一审二审再审程序，它是符合条件的，法院必须办理，有期限、上级监督等方面的程序约束和规定的。但是执行救济的程序里面，很多法条没有明确，过了规定的期限之后，法院必须怎么做，一定要怎么做，或者要求必须做一定的行为而法院

不做，该怎么办？所以过了期限之后，法院不做，当事人和律师往往束手无策，只能等，这是救济制度的最大问题，就是执行救济之缺乏救济。

谢谢大家！🙏

## 王乐兵：公司担保裁判规则及实务应对

我自己在学校教学多年，一直关注研究公司担保，每年都要给学生讲，但是每年都有新的案例出来，尤其是今年，最近山东东营的天信集团破产案件，其中一家企业山东金茂纺织化工集团发布公告称，截至2017年2月9日，其为山东天圆铜业有限公司在渤海银行济南分行和中国农业银行东营东城支行分别提供了不超过4900万元和不超过4800万元的连带保证担保。此外，还有一个案例。齐星集团的债务危机也影响到了滨州的魏桥集团和西王集团旗下的上市公司——西王食品，该公司因为受到担保牵连，导致公司经营受到较大影响，西王食品股价甚至跌停，虽然被证明了是躺枪，但是能看出来市场对于企业间互联互保的恐惧。互联互保是公司担保的一个形象化的描述，公司的担保已经严重地摧残了市场的信心，这已经不是一个纯粹的法律规则问题，而与金融市场的稳定、地方经济的发展变得密切相关。但是，作为法律人，我们还是要在宏观背景下继续尝试从规则的层面上来解释它。



对外经贸大学法学院副教授、院长助理，意大利博洛尼亚大学法学博士，中国商法学研究会和中国证券法研究会理事王乐兵

对于公司对外的担保的裁判研究，学界和实务界的讨论主要集中在公司法第16条的性质，到底是管理性的规定，还是强制性的规定？主流的看法还是说它是一个管理性的规定，不会对于担保合同的效力本身构成影响。但是最高人民法院民二庭有关领导在2009年全国法院商事审判工作会议上的总结讲话中却提出“并非公司对外提供的所有担保都需要股东会作出决议。只有在公司为股东或实际控制人进行担保时，是否经过了股东会决议同意才应成为公司担保效力的

考量因素。但即使是为股东或实际控制人提供担保，也不宜笼统认定该担保无效，仍应区分情形。若为封闭公司，对外担保即使未经股东会决议能否绝对地据此认定担保无效，值得商榷。而公众公司未经股东大会决议同意的担保，属于重大违规行为，侵害了众多投资者利益，扰乱了证券市场秩序，应当认定无效。”

这样一种处理态度和方式，可能有它的合理性，但是我在想，我们现在有限责任公司因为互联互保出了这么大的问题，可能跟这个规则也有很大关系。如果当年把这个门也堵上，是不是现在就不会出现这个问题？在上世纪90年代末及2000年初，母公司通过对外担保的方式，掏空上市公司的情况很多。现在我们普通的非上市的公司也出了这个问题，我们是不是也要这样弄？我考虑，还是要对公司对外担保进行一定程度的限制，但是限制到什么程度，这可能是一个技术层面的问题。

对于公司对外担保的限制，公司法第16条提供了一个很重要的规则指引，即公司向其他企业投资或者为他人提供

担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；……”，尤其是对控股股东担保的时候，必须要由股东会决议。从接受公司担保的债权人角度来讲，作为一个理性的相对人，需要尽一个审查义务，但是审查到何等程度却是一个实践中争议很大的问题。是只要法定代表人签字、加盖公司盖章，该担保合同就有效？还是要提供董事会和股东会的决议？如果这个决议是假的，或者没有经过必要的流程，这个时候要不要再进一步去核实？如何去核实对债权人来讲也是一个很大的问题，毕竟其对公司内部的流程和情况并不熟悉。在这方面，法院系统之前有过相关判决，判决书中说债权人不仅要审查公司提供担保的决议，还要审查公司的章程，从而确定法定代表人提供的公司决议是否符合公司章程的决定，从而避免公司章程要求提供股东会决议、而法定代表人提供董事会决议的情况的发生。这是对债权人审查义务规定最重的一种情形。债权人审查义务的程度，决定了其是否构成合同法50条所规定的善意相对人，进而决定了对于公司对外担保的

效力。如果我们降低相对人善意的认定标准，意味着公司要承担责任，这个时候对公司会形成一个激励，因为这会使公司加强自己的内部合规，在对外担保时更加谨慎。如果将相对人的审查义务强化，可能会帮助部分公司在某些情形下摆脱担保责任，进而会使公司对外担保的行为更加泛滥，从而酿成今天这种区域性的互联互通危机。

我老家就是山东，天信集团破产和齐星集团债务危机对当地政府产生了很大压力。当地市、县两级政府以及地方金融办动用了大量资源来协调金融机构与债务人企业之间的关系，尤其是邹平，几年前已经爆发过一次企业互保债务危机。由此，现在我们看到公司担保已经不是一个单纯的公司自治的问题，它牵扯到区域性金融市场的稳定，同时因为涉及到中行、工行等全国性的银行，对一些全国性的金融市场也会形成影响，甚至越过传统的信贷市场而影响资本市场，如魏桥旗下的香港上市公司中国宏桥、西王集团旗下的上市公司西王食品，均发生了股价大幅下跌甚至跌停，在资本市场形成了恐慌。

我自己在学校一方面搞担保，同时还做法律与金融的交叉研究，并给研究生开设相关课程，对于微观的制度设计和宏观的市场稳定之间的关系，我有很多思考，所以今天主要也是从研究的角度来跟大家交流一下。如果从实务的角度来看，我认为，如果您是担保债权人，尤其作为法律专业人士，保险起见需要去查一下公司章程，看一下该公司的公司章程对公司对外担保的规定，然后据此安排公司担保的具体操作，这种情况下我们就尽到了最大的善意或者形式上的审查义务，从而确保公司担保有效；如果您是提供担保的公司本身，建议强化对公司对外担保的约束，通过公司章程明确规定公司对外担保的程序，以防范可能的外部诉讼。

此外，公司担保中最重要的问题是提供担保的公司的偿付能力问题。但这已经不是一个单纯的规则问题了。对于公司担保的问题的应对，不只是对裁判规则的研究，还要基于当地金融市场、企业经营状况的作出一个综合的判断。

我的发言就到这里，谢谢大家。👍

## 冯诏锋：资本认缴制下股东出资义务的加速到期

### 问题缘起

2013年修订的《公司法》对注册资本制度作出重大调整：（1）取消注册资本最低限额；（2）取消了首次出资最低比例；（3）取消了实缴出资的最长年限。理论上，股东可以在没有启动资金的情况下设立一家“大公司”，长期依靠信用资本从事经营活动。这一变

化虽有利于促进投资创业，但伴随而来也出现了诸多“天价出资”和“无期出资”的空壳公司，交易风险的放大使得债权人实现即期债权愈加困难。在这种背景下，探究股东出资义务加速到期的条件和实现途径具有现实意义。

### 现行制度

《公司法解释（二）》第22条规

定，公司解散时股东未缴纳的出资应作为清算财产，包括未到期的出资。《破产法》第35条规定，破产管理人可要求未完全履行出资义务的出资人缴纳认缴的出资，不受出资期限的限制。上述规定构成了当前股东出资义务加速到期的法律依据，同时也将股东出资义务加速到期的条件框定在公司解散和公司破产两种情形下。是否允许通过其他途径（尤其是诉讼途径）实现股东义务加



速到期，当前理论界存在严重分歧，实务部门讨论激烈亦未能形成裁判规则。（参考《商事审判指导》2016年第2辑，总第41期，《认缴资本制度下的债权人诉讼救济》，第97-115页。）从裁判案例来看，司法机关普遍不支持债权人在审判和执行中要求股东出资义务加速到期。（参考〔2016〕苏01民终字第8727号民事判决书、〔2016〕京执复106号执行裁定书）



京都律师事务所冯诏锋

## 反对理由

当前较为主流的观点反对在诉讼程序中引入股东出资义务加速到期，认为出资义务加速到期应严格限于公司解散及公司破产。理由是：（1）从现行立法看，仅有公司解散和公司破产具有法律依据，其他任何途径下加速股东的出资义务缺乏法律依据。（2）出资期限利益是股东依据章程取得的合法权益，其与债权人的债权同样受法律保护，不应通过侵害一种合法权利去保护另一种合法权利。（3）公司注册资本属于公示信息，若债权人自甘冒险或怠于注意而选择与之交易，应被视为自愿承担相应的风险。（4）债权人可以通过申请破产警示债务人，同时倒逼股东主动解决公司债务，也能鞭策企业保持竞争力。（5）对于大面积不能清偿债务的公司，通过破产加速有利于所有债权人在概括清结公司债权债务时得到平等保护，也可避免债权人争先挤兑的现象。

## 支持理由

也存在另一种观点认为应放宽股东出资义务加速到期的条件和途径，而不应局限于解散和破产程序。理由是：

（1）当前虽无明确规定支持解散和破产程序外，股东出资义务加速到期，但似可依据《公司法》关于未履行出资义务的股东责任的规定做扩大解释（参见李建伟：《认缴制下股东出资责任加速到期研究》，载《人民司法》2015年第9期）。（2）股东出资是公司融资的方式之一，允许分期认缴实则隐含了一个前提，即不实缴注册资本也不会影响公司正常经营，而当公司不能清偿到期债务时这一前提也不复存在。（3）债务期限并非一成不变，典型莫如债务人所负银行的债务，若出现单笔违约，其结果可能会是整个债务加速到期，既然银行债权人可以通过加速到期得到实现，普通债权人亦未尝不可。（4）诉讼加速比破产加速成本更低，若因个别债务追索需要就引入公司破产过于严重，债权人维权将背负沉重的负担，对司法资源也是严重的浪费。

## 笔者观点

笔者认为，关于限制加速到期和放宽加速到期的观点都具有一定的合理性和弊端，也能找出相应的论据和可适用的案例，故其本质上并不是是非对错的问题，而属于价值选择的范畴，立法

应当优先保障股东的权益抑或优先保障债权人权益，这对矛盾实则贯穿于整部公司法。结合当前现实情况，笔者认为应适当放宽出资义务加速到期的条件和途径。理由是：（1）当前社会最突出的问题并非股东权益得不到保护，相反种种逃废债手段层出不穷，公司可以迅速人去楼空，股东消失在茫茫人海，而债权人明明享有债权却不得不苦苦追索，这也催生了一批专业的追债公司，类似于艾滋病追债队、贴身跟踪等游走在法律边缘地带的手法折射的是一种社会畸形。（2）放宽加速到期的条件可以敦促股东理性安排出资，它将成为股东头顶上悬着的利剑，使股东在认缴出资时不得不心存顾忌，在经营过程中也将更加小心谨慎避免公司陷入经营不善或债务缠身的泥潭。（3）当前破产程序难以承受其应背负的使命，债权人如申请债务人破产，往往要先通过诉讼取得胜诉判决，通过执行程序穷尽执行措施，才启动破产程序，其中还将需要处理选择破产管理人、公告、撤销权、别除权、重组、债权人内部争议等复杂事宜，对债权人而言无疑是耗时耗力的考验，不花费两三年往往难以实现，甚至这段期间债务人股东还可以大摇大摆奢侈消费，转移财产。对于标的不甚巨大的债权人而言，放弃债权或者将债权转让给资产管理公司往往更为理性。理论上，破产应当是对债务人的威慑，犹如债权人手持利刃要求债务人还债，债务人担心破产而积极偿还债务；而现实中，破产常常成为债务人的护身符，债务人以破产相要挟，债权人不得不予以宽限甚至减免利息。因此，在当前社会环境下，放宽加速到期条件和限制确有必要，立法也应当向保护债权人适当倾斜，防止股东利用出资期限逃避债务。

## 路径设计

股东义务加速到期的诉讼途径可有两种：（1）债权人在诉讼程序中请求公司偿债，同时请求股东在其未出资范围承担补充责任的，予以支持，如果章程约定出资期限过长、实有资本与其经营性质风险明显不相称的，也可基于股东权利滥用要求缴付出资。（2）经人民法院强制执行仍不能清偿到期债务，债权人可在执行程序中要求未完全出资股东承担补充责任。笔者认为，后者更为合理且具有可行性，理由是：（1）在执行中实现加速到期更符合公司独立人格精神，此时未完全实缴的股东所处的地位类似于一般保证人的地位，享有“先诉抗辩权”，债权人须先通过诉讼或仲裁程序向债务人即公司主张权利，在强制执行仍不能清偿债务的情况下才

可向股东主张权利。（2）在执行中实现加速到期更符合当前立法背景，经强制执行仍不能清偿到期债务的公司，其实体上已达到了破产的实体条件，诉讼加速到期更多的是在程序上进行了简化，而且此时其债务已经被生效的判决所确认，不再存在争议，依据代位权理论和相关执行法规，执行股东财产也不再存在法律障碍。（3）执行中实现加速到期可避免诉讼结构过于复杂，如允许债权人在审判环节即享有对股东承担责任的请求权，则可能引发大量诉讼案件中股东陪绑审判的现象，即便在普通的债权纠纷，被告也可能人数众多，影响审判的正常进行。

## 写在最后

不可否认，当前社会迫切需要放宽股东出资义务加速到期的条件和途

径；但不容忽视，现有立法缺乏明确依据却又是实现加速到期的最大障碍。无论是依据诚实信用原则、股东权利滥用还是代位权理论对股东出资义务加速到期条件做扩大解释都显得牵强附会。而笔者认为，最高人民法院拟颁布《公司法司法解释（四）》正是一次契机，若能通过司法解释明确债权人可在经强制执行仍不能受偿的情况下，有权请求其股东在尚未实缴的出资范围内承担补充责任，而不受出资期限限制，这一问题将迎刃而解。当然，我们也应以发展的眼光看待问题，随着时间的推移，市场逐渐规范、信用体系建立、破产程序完善，市场对长期未实缴资本的企业会进行自然筛选和淘汰，条件成熟后再对保护股东权益和保护债权人权益的天平进行调整，乃至将出资义务加速到期限定在解散和破产程序中亦未尝不可。👉



京都民商论坛现场



# 租赁合同提前解除 装饰装修物何去何从

■ 赵岐龙, 徐伟/文

## 一、引言

房价飞涨、人员跨地域流动频繁的时代,租房是一个很普遍的现象,尤其在北京,各类租赁异常活跃,本文从合同提前解除后装饰装修物的处理问题略做分析。

## 二、对法释[2009] 11号 第九条、第十条、第十二条 条简要阐述

法释[2009] 11号第九条关于合同无效装饰装修物的处理,未附合的装饰装修物因为其所有权仍属于承租人,无论从实务还是理论上皆意见一致,故在此不做展开讨论。

法释[2009] 11号第十条规定了承租人经出租人同意后,未形成添附的装饰装修物的处理,约定优先,没有约定的,按照物权法中所有权的规定,应当属于承租人。值得注意的是有观点认为此处的规定忽略了装饰装修物为不动产的情况,仅默认为动产装饰装修物。“该装饰装修物为不动产的,在逻辑上应按《物权法》第142条前段的规定处理,即归属于租赁房屋基地的建设用地使用权人,一般来说,也就是归属于房屋所有权人”。<sup>1</sup>此处与房屋扩建有交叉,不在此处做展开叙述。

法释[2009] 11号第十二条规定了,合同

## 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。

正常到期后,除有约定外,不对附合的装饰装修物进行补偿。第十二条的规定有不妥之处,此处不应当视为折旧为零,与第十一条在理论运用上有相同之处。

因此,本文将通过典型案例并结合法释[2009] 11号第十一条规定重点分析房屋租赁合同提前解除后装饰装修物(附合物)的赔偿问题。

## 三、典型案例与判决 (内容略有精简)

2006年海特饭店与江南春天公司签订租赁合同。2007年原合同中承租方由江南春天公司变更为纳百家酒楼。并

1 《法学家》,2009第五期,第134页,崔建远,《租赁房屋装饰装修物的归属及利息返还》

没有约定合同提前解除后装饰装修物的处理方法。租赁合同履行过程中，双方发生租赁纠纷。

本案中，经纳百家酒楼申请，对纳百家酒楼承租房屋及场地装修残值、不可移动物品残值进行鉴定评估。评估结论为：1.有争议项目评估价值449023元，其中拆除工程评估价值380389元；二层6、8、9、10包间窗帘1758元；二层6、8、9、10包间风机盘管6558.4元；不可移动物品、设备62285元；2.无争议项目评估价值2813820元。纳百家酒楼将二层6、8、9、10包间窗帘交付给海特饭店使用。

一审经审理认为，拆除工程部分的评估价值应属于装饰装修残值损失范围。二层包间窗帘及争议项目不可移动物品均交付海特饭店使用，故该部分相应评估值亦应计入纳百家酒楼的装修损失范围。因纳百家酒楼未能证实二层包间风机盘管系其装饰装修的添附物，故该部分评估值不应计入其装修装饰损失范围。

一审法院判决：北京海特饭店于本判决生效后七日内赔偿北京纳百家大酒楼有限公司装饰装修残值损失共计二百七十六万元（鉴定总额为283万，海特饭店赔偿97.5%。）

二审法院审理后认为一审法院在装修残值的计算上存在一定的错误，对于双方无争议项目的重置成新价值认定为4191057.71元，争议项目的重置成新价值认定为389877.26元，两者合计4580934.97元。判决海特饭店赔偿北京纳百家大酒楼有限公司装饰装修残值损失共计一百零五万元。

#### 四、对一二审法院观点的 简要分析

本文装饰装修物皆指附合物。

本案中，一审法院对装饰装修物有如下几个观点：

1.附合物应包括装修与不可移动物品；2.因承租人将二层包间窗帘交付给出租人，所以认定窗帘为装饰装修残值损失；3.承租人为新装修的拆除工程的价值应属于装置装修残值损失范围；4.装饰装修的残值应当以鉴定部门给出的实际残值为准。

二审法院观点：确定剩余租赁期内附合的装饰装修价值应当根据租赁合同约定的租赁期限，将装饰装修费用平摊，进而得出剩余租期内的装修残值。即“装饰装修残值=装饰装修费用÷租赁月份数×剩余租赁月份数”据此将海特饭店的赔偿额从一审的276万降低到了105万。

### 徐伟简介



徐伟，京都律师事务所实习律师。

一审与二审的观点，均有不足，分析如下：

1. 附合物应包括装修与不可移动物品。

附合物不应当简单从物理外形上确定，还应当包括拆除分离后不符合经济原则也应当认为是附合物。具体而言，一是从物理上判断能否拆除，或拆除是否损害租用的房屋，二是从经济上看拆除是否损害其自身的使用价值。

2. 因承租人将二层包间窗帘交付给出租人，所以认定窗帘为装饰装修残值损失。

此处的判决虽程序上实现了化繁为简，却做了有失公平的违法判决。法释[2009] 11号第十条规定了承租人经出租人同意装饰装修，合同解除后，未附合的装饰装修物可由承租人拆除，并没有规定，如果出租人愿意使用未附合的装饰装修物应当如何处理。从法理上而言，未附合的装饰装修物此时的所有权仍然归承租人所有，如果出租人愿意使用，也应当依照不当得利给予承租人一定的补偿。退一步说，即使不依照不当得利的理论，也应当参照法释[2009] 11号第九条的规定，折价补偿承租人才对。一审法院将窗帘归属为损失的范畴之内是错误的。窗帘不应当作为装饰装修残值损失由出租人承担主要责任，而应当依据不当得利原理给予承租人适当的补偿。

3. 承租人为新装修的拆除工程部分的评



估价值应属于装饰装修残值损失范围。

对于这点,首先需要弄清楚的是“装修费用”与“残值”的概念。两者不可以对等,“装修费用”明细繁杂,作为装修投入的成本,“装修费用”是可以作为测量“残值”的依据的,但并不是所有的“装修费用”都应当算做“残值”。“残值”的概念应当是从出租人角度而言的,“值”应当理解为价值,即可以利用为前提。再具体些就是以出租人可以使用为前提(暂且不讨论主观价值还是客观价值)。那“装修费用”中不能算做“残值”的部分在合同提前解除后应当怎么定义呢?这部分应当定义为“损失”。“残值”与“损失”这两个概念一是源于出发点的不同,“残值”即从出租人角度出发,“损失”即从承租人角度出发;二是源于基于的理论不同,“残值”基于添附与不当得利原理,“损失”基于违约责任。所以“残值”理论上而言不应当包含拆除工程方面的估值。拆除工程方面的估值应当算做损失由双方根据各自的过错承担相应的责任。

4. 一审法院认为,装饰装修的残值应当以鉴定部门给出的实际残值为准;二审法院认为,装饰装修残值=装饰装修费用÷租赁月份数×剩余租赁月份数。两审法院的观点完全不同,一审法院以实际价值的角度进行估价,二审法院参考着租赁期内的摊销原则,以拟定价值的角度进行考量,角度不同,得出的结论大相径庭。二审法院的算法在一定程度上脱离了实际,将折旧与残值计算混为一谈,理由有三:首先,在查询阅读相关案例后发现,在鉴定残值时,鉴定公司已经将折旧的因素考虑在内。其次,如果按照二审法院的算法,难免会出现偏向于其中一方的情况发生,比如本案中,二审判定出租人海特饭店减少赔偿178万元之多。但如果承租人在实际使用上不加关注,中途发生毁损,造成最后理论上出租人赔偿或者赔偿数额远超于实际价值,也会造成判决不公。最后,最高法院关于装饰装修的判决较少,但是内蒙古锦联投资顾问有限公司与呼和浩特市理德企业管理服务有限公司房屋租

赁合同纠纷申请再审民事裁定中最高院认为“装修物是全新的且能够被继续利用,不能定义为装修残值”。笔者赞同此观点。笔者认可一审的计算思路,但是作为法院而言,对于鉴定结果,应当正确运用,对于不应当按照残值计算的部分应当予以扣减,一审法院应当将拆除工程部分的评估价值从中扣除。

## 五、法释[2009] 11号第十一条与第十二条的不足之处

上文对“装修费用”与“残值”“损失”的区别做了简单的论述,其理论支持涉及违约责任、物权添附原理、债权不当得利。之所以在两审判决中出现如此大的反差,源于法释[2009] 11号第十一条存在不足之处。

1. 法释[2009] 11号第十一条第一、二、三、四项首先将残值与损失进行概念混淆,并且未有将残值如何计算予以明确,给司法实务造成了一定的困难,浪费了司法资源,降低了司法效率。其次,违约责任吸引了大部分的注意力在承租人遭受的损失上,不当得利关注的则是出租人所获得的利益,如果出租人获得的利益大于承租人遭受的损失,对于承租人而言是非常不利的。

2. 法释[2009] 11号第十一条第一、二、三项对于合同解除后装饰装修物的处理方式不妥有二,一是此三项仅仅以违约责任为理论基础,未有见到添附、不当得利的字样,即使规定了适当补偿也是点到即止,既没有说明基于何种原理,也没有规定如何才算是“适当”。二是此三项因以违约责任为基础,一旦出租人在主观上没有过错,承租人是无法获得装修所支出的费用补偿的,这对于承租人而言是不妥的。

3. 第十一条第四项规定,在不可归责的情况下合同解除,双方依据公平原则承担装饰装修残值损失。在此情况下出租人应当将剩余价值返还承租人,承租人应当将租赁物返还,双方不能返还的部分,使得租赁物增值的,应当按照不当得利给予承租人补偿;剩余部分应当以损失论,按照公平原则承担。

4. 第十二条规定,承租人经出租人同意装饰装修的,在租赁期间正常届满时,除约定外,承租人不得请求出租人补偿已附合的装饰装修物。虽然本文开头即已提出司法实践与部分学者均认可第十二条的规定,但本条规定有不妥。从理论上而言,本条规定违反了物权上的添附原理,

出租人在租赁期届满后基于添附原理获得附合动产的所有权，出租人应当根据当时动产的客观价值给予承租人一定的补偿。但本条规定却主观推断承租人的动产价值在租赁期届满即消失；从实践上而言，生活中不乏因为主观亦或客观的原因造成装饰装修物的投入在租赁期届满后依然具有一定剩余价值的情况，如果依据第十二条的规定直接由出租人享有剩余价值，对出资的承租人而言是不公平的。

## 六、装饰装修物赔偿或补偿应当注意的问题

1. 对于何种装饰装修物承租人可以依据添附原理与不当得利请求进行补偿，在实务中必然会出现分歧，承租人希望只要是装修物都补偿，出租人往往以装修不符合自己的意图和利益或者自身日后不使用为理由，不同意补偿。有观点认为应当以一般人的合理认知作为标准来判断承租人的装修是否使租赁房产增值，如果增值，出租人就应当予以补偿。并从实践的角度对装饰装修物进行了分类：

“第一类是承租人对租赁房产的增建或者设备改造和完善，诸如中央空调安装、水电设施完善等添附行为。这类添附使租赁房产的价值增值，一般应当由出租人补偿。第二类是一些普通性的装修，诸如墙面粉刷、门窗安装等，此类装修具有市场通用性，如果客观上使租赁房产的价值提高，也应当考虑补偿。第三类是承租人用于特定经营用途的装修，例如，承租人开办餐厅、开设歌厅所进行的装修，对于其中特殊的标志性装修物、开设桑拿的浴池等特定用途的经营性装修物，出租人一般不予补偿。此部分的投入宜作为损失，由过错方承担”。<sup>2</sup>

2. 对于附合的装饰装修物究竟应当如何处理？应当将违约责任理论与物权添附原理、债权不当得利理论分别适用，最终相抵得出各自应当承担的部分。

无论合同是提前解除还是租赁期届满后解除，依据物权的添附原理将附合的装修物进行权属分配，并客观的计算出当时的剩余价值，最后承租人依据不当得利请求出租人进行补偿。装修费用中其他部分如果造成损失的，依据违约责任按照各自的过错承担责任；如果承租人因添附而失去动产所有权，因出租人的原因给承租人造成了损失

的，不当得利请求权与损害赔偿请求权发生竞合，承租人可以择一而用。最终将计算结果相抵。此解决办法无论从法理角度还是从实践的公平上都算是相对合理的解决办法。

民法通则关于不当得利的规定中关于“没有合法依据”具体何种情况并没有相关的解释与规定。虽然出租人依据的添附原理是基于法律规定而获得，但承租人因此丧失了所有权，双方失去了利益平衡。虽然形式上是依据法律规定取得了所有权，但实质上只能构成不当得利，同时可以实现双方的利益平衡。关于不当得利的规定是做任意性规定还是做强制性规定本文不做深入讨论。下文中将引用台湾“民法”对该问题做简单介绍。

综上，就本案而言，租赁合同解除，鉴定报告中认定的残值部分应当包括装饰装修、不可移动设备、窗帘共计2877863元分别依据添附原理、不当得利由出租人适当补偿，拆除工程380389元应以损失按照过错由双方各自承担。

## 七、台湾关于装饰装修方面的有关规定

1. 台湾“民法”并没直接规定合同解除后装饰装修如何处理的规定，只规定了“有益费用”的承担。台湾“民法”第四三一条第一项规定：“承租人就租赁物，支出有益费用，因而增加该物之价值者，如出租人知其情事而不为反对之表示，于租赁关系终止时，应偿还其费用，但以其现存之价额为限。”

2. 台湾“民法”第816条规定：“因前五条之规定而受损害者，得依关于不当得利之规定，请求偿还价额”。第811条规定：“动产因附合而为不动产之重要成分者，不动产所有人，取得动产所有权。”该两条规定以债权上的请求权平衡物权变动带来的不公平。

房屋租赁合同提前解除后的装饰装修的情况纷繁复杂，有不足之处，望指正！👉

<sup>2</sup> 《法学杂志》，2004第3期，第60页，周孟炎，《略论房屋租赁纠纷中装修投入的处理》



# 民办非企业印章控制人与 法定代表人冲突解决之困境及路径

■ 陈鲁宁, 张庆生, 刘娜/文

2017年3月4日, 江苏省高级人民法院(以下称“江苏高院”)作出(2016)苏民申6368号裁定, 让一场历时两年的案件终于落下帷幕。这是一场发生在南京XXX医院(以下简称“医院”)和江苏XX医学会(以下简称“医学会”)之间的侵权责任纠纷案件, 在此案中法人机构印章控制人与法定代表人的冲突该如何解决是重中之重。很多人乍一看上去会十分疑惑: “这种类型的案件很多, 有什么值得讨论的?” 不可否认, 此类案件在公司中很普遍, 但作为本案主体之一的医院却是一家民办非企业单位, 在该类企业中就十分鲜见了。其难点在于对民办非企业的印章控制人与法定代表人的冲突问题, 目前我国尚无法律规定。因而, 此案件的胜诉对于民办非企业在该方面的纠纷解决, 有着极为重要的借鉴意义。

## 一、案情简介

医院是南京市一家民办非企业, 其理事会成员: 周某、励某、黄某、施某、李某、姬某、芮某, 周某为法定代表人和理事长。

医院的公章、财务章、法人章等各类印章均由芮某掌控。

2014年11月7日, 芮某召集理事会。在周某和励某不知情的情况下, 由黄某、李某、姬某、施某、芮某、卢某(非理事会成员, 芮某的妻子)参加。在黄某、李某、姬某不明所以的情况下通过修改章程等理事会决议。

## 陈鲁宁律师简介



陈鲁宁律师, 京都上海事务所合伙人, 擅长民商法涉及上市、股权交易、国际金融贸易、公司法、建筑房地产、知识产权保护、医疗纠纷、特许经营、连锁加盟和涉外等法律服务, 熟悉诉讼与非诉讼法律

实务, 并参与多项外资、民营企业的重组、兼并、收购业务, 担任过多家大型外资(伦敦、纳斯达克上市英美公司)、国企和民营公司的常年法律顾问, 能较深入地为客户提供与企业运营的法律事务相关联的复合型、综合性的一揽子服务。

2014年12月16日, 医院的举办人医学会成立临时工作组, 拟全面接管医院的管理, 对医院进行审计并收回公章。

此后, 芮某以医院的名义诉至南京市雨花台区人民法院(以下简称“一审法院”)。认为医学会的行为构成侵权, 要求法院判决其立即停止侵权行为。

本案经由一审法院审理后, 判决医学会侵权成立, 医学会遂提起上诉, 后经南京市中级人民法院(以下简称“二审法院”)裁定发回重审。重审过后, 一审法院对程序问题和部分实体问题判决医学会侵权不成立。然后医院就程序问题另行起诉, 一审法院驳回医院的起诉。紧接着医院上诉至二审法院。二审法院裁定: 驳回上诉, 维持原裁定。随后医院又申请再审, 江苏高院予以驳回。

## 二、案件冲突解决之困境

### 1. 目前我国法律体系中尚无法可依

法律法律，依法而律，这是当前法治社会的核心。没有相关法律法规，便无法约束相关领域。公司法领域有《公司法》及四个解释性法律文件约束，所以，若公司的法定代表人与印章控制人发生冲突，是有法律进行规制的，譬如《公司法》所设立的第十三条、第二十二条、第三十七条、一百零三条等。而此案中的医院是一家民办非企业，我国目前也仅有一部《民办非企业单位登记管理暂行条例》（以下简称《暂行条例》）来约束它，表面上看有法可依，实质上却并非如此。因为《暂行条例》仅仅是一部行政法规，且只涵盖了“登记”之管理，法律效力很低。再加之规定内容空泛，适用的范围、程度、效果可想而知，乃至在本案审理过程中，找不到具体的适用条文。因此，若仅从司法层面上看，审理难度是相当大的。

### 2. 主体的特殊性

民办非企业单位，是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人，利用非国有资产举办的从事非营利性社会服务活动的社会组织。如各类民办学校、医院、文艺团体、科研院所、福利院等。本案中医院是由医学会举办的民办非企业，属于非营利性社会组织。它不同于公司、合伙、个体等营利性机构有着完善的法律约束，也正是基于对这类法人机构规制的缺失，给本案的审理带来更大的难度。

### 3. 冲突背后的思考

透过案件的冲突不难发现，印章控制人与法定代表人的冲突、印章持有人的争夺，究其本质，是印章控制人与法定代表人之间的利益冲突。

法定代表人代表法人意志，具有代表法人做出意思表示的权利。同样，印章对外也能代表法人机构。这就意味着印章控制人也能够在未经法人同意的情况下，擅自使用印章对外显现出法人的意思表示，这对法定代表人来说是绝对不能容忍的！因此，印章控制人与法定代表人之间的利益冲突有可能如雪球般越滚越大，最终进入司法程序。本文所议之案便是如此。医院法定代表人

## 张庆生律师简介



张庆生律师2001年开始从事律师工作，办理了大量诉讼和非诉讼业务，具有丰富的诉讼和非法经验。张庆生律师先后担任多家公司和机构的法律顾问，拥有投资项目分析师、心理质询师资格，上交所独立董事资格，中国政法大学硕士学历，上海交大、复旦大学私募与金融课程班结业，张庆生律师现为京都上海事务所合伙人。

周某代表医院最高权力机构——理事会，将印章交与芮某使用，具有授予其代理权的法律效果。故印章控制人芮某应属于医院权力机构的代理人，其权限来源于医院权力机构之授权。众所周知，代理人的权限原则是“有授权则有权利”，若芮某超越权限使用印章便可能损害到医院权力机构及其法定代表人的权益。本案中，因代理人芮某与法定代表人周某之冲突已久，导致这种权益损害越积越多，最终引起诉讼。

## 三、司法机关审理之曲折

该案一共经过法院的六次审理：

第一次，芮某以医院名义起诉医学院侵权，医学会在一审中提起反诉，认为医院起诉是芮某私自利用公章所为，并非医院的真实意思表示，应驳回其起诉，但一审并未对此反诉进行审理。对于本诉，一审认为按照



《暂行条例》和医院章程，认为医学会虽为医院的举办人，但并无监督管理权。并且医院的最高决策机构是理事会而非医院。因此，医学会对医院设立临时工作小组损害医院权益的部分构成侵权。

第二次，本案中医学会上诉后，二审法院对事实的调查更加详尽，案件主要事实、争议焦点认定明确。最终以一审法院未对医学会的反诉进行处理属于程序违法，发回重审。

第三次，一审法院经再次审理，对案件本诉的事实已基本认定清楚。根据《暂行条例》和医院章程，认为医学会作出对医院设立临时工作小组的决议有效，不构成侵权，医院应配合医学会的工作。

第四次，一审法院将本诉反诉分开处理，对于反诉，法院经审理认为在公章控制人与法定代表人发生法人代表权冲突的情况下，公章控制人若仅持有公章，而无证据证明持章人有法人授权或持章代表法人意志的证据，则持章人无权代表法人行使诉讼权利。因此，裁定驳回起诉。

第五次，医院不服一审对反诉的裁定再次上诉，二审法院认定公章控制人应属于医院代理人。由于代理人的权限来源于医院授权，其实质是法定代表人将其代表医院表达意思的权利部分委托给代理人来行使。因此，代理人的权限原则是“有授权则有权利”。当两者发生冲突时，法定代表人的代表权应优先于代理人的代理权。遂裁定驳回上诉，维持原裁定。

第六次，医院仍旧不服二审法院的终审裁定，向江苏高院提出再审申请。江苏高院认为医院与医学会双方一致确认医院的最高权力机关是理事会，故理事会的决议应当认定为医院的真实意思表示，芮某无权提起诉讼。因此，予以驳回。

#### 四、案件引发的思考

本案经各法院的审理达六次之多，且

出现审理结果不尽相同的情况。由此可见，民办非企业在印章控制人与法定代表人冲突解决问题上确实存在着难解之困境。这仅仅是本案审理中所遇到的情况导致的吗？答案是否定的，其实在医院日常运营中便早早地埋下了困境之隐患。本案中医院的章程从2006年设立到出现纠纷的近10年时间里，竟一次都未被修改过，出现小问题后基本协商解决，对章程却未作丝毫改动。最终导致案件审理无所依据、困难重重，这同样是民办非企业所要吸取的教训。

此案的审理虽已结束，但这个案件背后的困境该如何突破，仍是作为法律职业者亟待思考的问题。笔者认为，在这种几乎无法可依的局面，突破民办非企业印章控制人与法定代表人冲突困境的关键就在于为所涉各方主体寻找解决困境之路径。

##### 1.立法者

目前规制民办非企业的只有一部《暂行条例》，且从1998年颁布以来一直未被修改。改变无法可依局面主要的办法就是立法机关尽快制定相关法律或者先行制定临时性法律文件，使民办非企业在出现纠纷后不至于“孤立无援”。

而当立法机关不能及时制定出法律时，国务院也可从以下几方面完善相关法规：（1）尽快颁布《社会服务机构登记管理条例》（《暂行条例》的修订）。（2）将民办非企业的主管和登记合并到一个行政部门，赋予民办非企业章程更大的自我管理权利。当前民办非企业的登记机关是当地的民政部门，主管机关是工商部门。将主管部门与登记部门合并，不仅有利于厘清多个部门重复管理的行政权，亦可减少对市场主体过多的行政审批行为，降低行政成本。

##### 2.司法机关

在立法机关制定出相关法律之前，司法机关应发挥自己的能动作用。在审理民办非企业纠纷时，若现有的《暂行条例》并无明确规定，那么司法机关则应从法理方面考虑，即法理溯源，对于现行法不可否认的一点就是其存在滞后性，社会生活的不断前进导致某些纠纷出现法律空白。那么在审理具体的案件时，司法机关应在法理的角度上不断探求，研究上位法对案件的适用。如本案中的民办非企业属于非营利法人，那么可以根据《民法通则》乃至上溯到《宪法》来获取法理依据。

### 3. 民办非企业

在既没有立法机关的立法，也没有司法机关的寻求法理支持的困境下，民办非企业要想在法定代表人与印章控制人（未发生纠纷前称印章持有人）发生冲突或纠纷时，公正合法地解决问题，可以：

（1）以完善章程为起点，目前情况下民办非企业设立时应严格按照《暂行条例》制定章程，并聘请律师参与制定，避免不必要的纠纷。

□在章程中明确印章的持有人及其使用。譬如规定，由法定代表人或理事会决议按法定程序来指定人员持有及使用印章。

□在章程中赋予法定代表人变更印章持有人的权利。法定代表人可能并不涉及企业的日常运营和管理。因此，赋予法定代表人变更印章持有人的权利，在印章持有人超出权限行使权力时，可以及时制止并变更。

□在章程中增加以法定代表人签字处理司法文件的明确规定。在司法实践中，经常出现印章持有人损害权益或超出权限起诉时，法定代表人却不能起诉或者撤回起诉的情况。在章程中增加法定代表人签字处理司法文件的明确规定，则会尽可能避免这种情况。

（2）企业应及时完善章程。

□企业在日常经营中要与时俱进，及时修订章程，保持章程与实际运营间相契合。防止在纠纷产生时，合法的经营方式虽利于企业利于职工，却不符合章程的规定，而造成彼此冲突的尴尬局面。

□在出台相关法律法规后，应及时听取律师等专业人士的意见，并在其指导下按照相关法律法规修订章程。

（3）当进入企业控制权的争夺战中时，民办非企业的最高权力机构——理事会的召开要比以往更加严格，每一步必须按章程规定的法定程序进行。在会议中建议采用视频录像或录音的记录方式，必要时采用公证方式。这样可以降低其理事会的决议因为程序上的瑕疵而受到质疑，保留证据，确保理事会决议合法有效。

（4）若公章持有人违反程序，召集理事会通过一系列有损企业的决议或代表企业起诉。法定代表人可以通过在起诉书上签字的方式，向法院提起确认决议无效或撤诉，并行使变更权之请求，请求变更公章持有人。

## 五、结语

本案经由江苏高院作出最终裁定，具有极高的法律约束力，为民办非企业这类问题的解决提供了宝贵经验。“君子以思患而豫防之”，借鉴本文的经验教训，在企业设立之初或运营初期就充分完善章程，听取律师等专业人士意见，那么企业之舟必定会行驶地更加平稳。

### 附：江苏高院论述：

本院经审查认为，首先南京XXX医院虽称其法定代表人周某作出的有关医院公章实际使用情况的声明系周某在受到蒙蔽情况下出具的，并非周某的真正意思表示，但医院对此未提供证据证明，其该申请再审理由不能成立。

其次，XXX医院在提起本案诉讼时虽提交了加盖公章的起诉状，但公章仅为法人对外作出意思表示的常用形式，而非绝对的、唯一的形式。法人系依法通过其组织机构或授权人员对外作出意思表示，在就加盖公章行为是否系法人的真正意思表示发生争议时，应当进一步审查该行为的作出是否经过了该法人组织机构的意思形成程序。本案中，根据医院章程的规定，该单位理事会是其决策机构。本案二审中，医院与医学会双方亦一致确认医院的最高权力机关是理事会，故理事会的决议应系医院对外作出真实意思表示的形成依据。现医院的理事会成员周某、励某、姬某、黄某、李某五人已向一审法院书面申明反对医院起诉医学会，该申明由医院理事会三分之二以上的成员支持，应当认定为医院的真实意思表示。因此，最终裁定驳回南京XXX医院的再审申请。👊



# 处理医疗纠纷案件， 司法鉴定尤其重要

■ 肖永成/文

医疗纠纷，或者与医院打官司是我们都曾经遇到或接触过的事情。人们常常听到某某患者因医院救治措施不当，导致病情加重或死亡；某某医院因用药或输血错误而引发纠纷。由于此类负面消息传播较快，造成医院和病人之间越来越不信任，医患矛盾也越演越烈，医院和患者的纠纷案件也逐年增多。

2015年6月，本人接触了一起医疗纠纷案件，在近一年的准备、申请司法鉴定、法院开庭、重新申请鉴定过程中，得出了一些认识和体会，供大家分享。

2015年3月27日，患者奚某身体不适，来到离家较近的某小医院就诊。医院发现他意识不清，呼吸困难等症状后，便立即通过120送到甘肃某大型三甲医院急诊科。经这家医院专家会诊，诊断出的疾病为肝脓肿。自2015年3月29日起，重症监护室对症治疗，患者病情基本稳定，意识恢复。

2015年4月8日，医院将病人由重症监护室转入消化科。转入消化科后，患者的病情开始反复，出现了持续的高烧，头痛和呕吐等症状；意识也出现了问题，回答不切题，吐字模糊。但医院对此症状没有给予足够的重视，除一般抗菌和支持疗法外，对于高烧体征仅进行简单的物理降温。

2015年4月17日晚，患者再次出现昏迷，并在4月18日开始失去自主呼吸。虽医院全力进行抢救，但病情未见好转。4月28日，医院发出《病危通知书》，确定病情已发展为感染性休克，化脓性脑膜脑炎，脑

质，电解质代谢紊乱等疾病，病人仅靠呼吸机维系生命体征。6月4日，病人去世，年仅53岁。

患者的疾病为肝脓肿，医院主要针对肝脓肿进行治疗。但小小的肝脓肿却导致病人死亡，对此患者的家人，朋友等都对医院的诊疗产生强烈质疑，认为医院存在严重过错，病人的去世和医院的诊疗错误有直接的因果关系。

病人死亡后，家属将全部病例封存，并依照规定向甘肃省第三方医疗纠纷人民调解委员会申请调解。由于双方无法达成意见，最终家属将甘肃XXX医院告上法庭。

## 一、案件的性质和案由

本案为医疗纠纷，人们通常会将此类医患纠纷理解为医疗事故纠纷。对于医疗事故问题，国务院曾在2002年颁布了《医疗事故处理条例》，该条例为国内处理医疗事故最早的法律依据。

2003年1月，最高人民法院颁布了“关于参照《医疗事故处理条例》审理医疗纠纷民事案件的通知”。随后，部分省市高级人民法院也下发了关于审理此类纠纷案件的一些意见，上述法律法规确定了在审理类似医疗纠纷案件中，法院应参照国务院《医疗事故处理条例》进行，如果需要医疗鉴定，由法院委托当地的医学会组织专家进行。案件的案由可定为“医疗事故损害赔偿纠纷”。

2013年4月8日，最高人民法院以废止了2003年颁布的“关于参照《医疗事故处理条例》审理医疗纠纷民事案件的通知”。自此，法院受理的医疗纠纷案件不再参照国务院“条例”进行处理。对于此类案件的法律适用，法院主要依民法通则、侵权责任法，及最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》进行。在审理过程中，如果案件需要鉴定，法院将不再通过当地医学会组织医疗专家鉴定，法院会委托有资质的司法鉴定机构

进行。

患者奚某的去世，很容易被人理解为可能是医院的“医疗事故”造成。但依目前的法律规定，该案的案由应该是“医疗损害责任纠纷”，或“医疗损害赔偿纠纷”，而非“医疗事故损害赔偿纠纷”。

## 二、患者的原发疾病及正确的诊疗办法

据悉，患者奚某在单位历年组织的身体检查中，从未发现患有任何严重疾病。

2015年3月27日，医院通过病理分析，确定所患疾病为“肝脓肿”。

肝脓肿是由细菌、真菌等多种化脓性细菌侵入肝脏，造成局部肝组织炎症，坏死，液化，脓液积聚而形成的肝内化脓性感染。临床上主要以寒战、高热、肝区疼痛、肝大和局部压痛为主要表现形式。此类疾病如果不能及时救治或救治不利，可能会造成全身感染，并最终导致死亡。

对于此类疾病的治疗方法，国内最为权威的《实用内科学》（第14版）叙述，对于肝脓肿的治疗主要有三种，

（一）药物，一旦考虑为细菌性肝脓肿，须尽早使用抗生素治疗，要坚持足量，全程的用药原则，防止耐药性的产生；（二）B超引导下经皮肝穿刺抽脓或置管引流术；（三）外科手术治疗等。

目前，国内医院主要采用抗生素治疗，全身支持疗法，补充营养，纠正水电解质平衡，物理降温，及B超引导下肝穿刺引流术等方式进行。只要遵循了上述治疗办法，肝脓肿完全可以治愈。

## 三、医院的诊疗及过错的推定

卫生部《医疗机构管理条例实施细则》规定，“诊疗活动是指通过各种检查，使用药物、器械及手术等方法，对疾病作出判断和消除疾病、缓解病情、改善功能、延长生命、帮助患者恢复健康的活动”。

医院及医务人员在诊疗过程中，如果违反了医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章和诊疗护理规范、常规等规定，自然会被认定存在过错，这种过错如果给患者造成损害，医院应承担赔偿责任。

《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》中规定：“医疗损害赔偿纠纷，是指医疗机构在诊疗护理工作

## 肖永成律师简介



京都律师事务所合伙人。肖永成律师具有英语、法学教育背景，并有长达十年的国际贸易实务经验和二十多年的律师执业经历。主要执业领域为国际贸易、公司业务、民商业务、刑事业务。

中，因医务人员诊疗护理过失，直接造成病人死亡、残疾、组织器官损伤导致功能障碍事故而引起对受害人的赔偿纠纷”。

本案患者因“肝脓肿”住院治疗，但最后却死在医院。医院的诊疗是否违反了“诊疗护理规范、常规等规定”，医院是否遵循了《实用内科学》有关肝脓肿诊疗的原则。这些问题是判断医院是否存在过错的关键。

由于本案患者已经死亡，遗体当时就进行了处理，要判断医院是否存在过错，只能从医院的病历中寻求线索。

医院的病历分为客观病历和主观病历。客观病历主要包括门诊病历、住院志、医嘱单、化验单、医学影响检查资料、检查同意书、护理记录等能够客观记载病人实际病情的资料。而医生的用药主要通过医嘱单进行。

医院的主观病历主要包括讨论记录，医师查房记录，会诊意见，病程记录等反映医师对病情的主观认识和观点。

经咨询医务人员及查阅医学资料，在对



照了医院的相关病历档案后，笔者推定甘肃XXX医院在诊疗患者的过程中存在过错。

### （1）违反了全程用药的原则

肝脓肿经确诊后应全程使用抗生素治疗，自发现疾病至基本康复。经核实医嘱单，发现医院在使用抗生素方面存在“中断”。

患者奚某在重症监护室时，医院一致使用抗生素治疗。但当患者转入消化科后，笔者发现前三天的医嘱单没有抗生素的记载，消化科是在病人转入后的第四天才开始使用抗生素，说明医院抗生素用药存在“中断”，违反了全程用药原则。

### （2）抗生素药物的更换违反了规定

患者在重症监护室时，医院使用的抗生素为“万古霉素”，该药物为目前顶级抗菌药物。当时情况危机，使用“万古霉素”并无不当，且效果明显。

患者转入消化科后，医院中断了抗生素用药，在没有化验确定病人已对“万古霉素”产生耐药的情况下，医院为患者更换了抗生素药物，医院用“舒普深”替代了“万古霉素”。“舒普深”为第三代头孢，在药物的疗效方面，“舒普深”显然不及“万古霉素”。

对于抗菌药物的使用问题，国家卫生部曾颁布过《抗菌药物临床应用指导原则》，规定使用抗生素时，要考虑药物的适应症，要进行细菌培养和药敏实验，要根据病原菌种类选择用药，否则会导致病情迁延，治疗失败。被告医院在4月11日至17日治疗过程中，盲目更换抗生药物，导致患者的疾病进一步加重。

### （3）医院存在误诊的可能性

患者住院后，医院主要围绕“肝脓肿”进行治疗，包括用药，物理降温，及“肝穿刺活检术”“肝穿刺引流术”等。但患者最

后却因“化脓性脑膜炎，脑疝，肝脓肿，感染性休克，多器官功能障碍综合症，电解质代谢紊乱”等病因去世。可以说病人除肝脓肿外，很有可能还患有严重的脑膜炎等病症，但医院疏忽和误诊了。

患者刚住院时，医院曾组织各科专家进行会诊，神经内科的医师认为，应考虑为病毒性脑膜炎，建议用抗病毒，激素，降颅内压等方式治疗。但在消化科的治疗过程中，患者在出现高烧、头痛，呕吐，意识模糊等符合病毒性脑膜炎症状时，医院却没有进行充分的注意，忽视了神经内科医生有关脑膜炎的诊疗建议，也未再次进行腰椎穿刺脑脊液检查，从而耽误了治疗时间。病人的去世很可能与医院后期的误诊有因果关系。

## 四、原告的诉请及司法鉴定

推定医院存在过错，要求其承担责任，自然须法律诉讼方式进行，通过法院的审理，确定医院是否存在的过错，并判定赔偿责任。

医疗纠纷不同于其他民事案件，法官无法对起诉书上所叙述的医院过错，以及法庭上出示的，证明医院存在问题的证据作出正确判断。法官不是医疗专家，法院对事实的认定主要依赖于司法鉴定机构出具的鉴定意见。鉴定意见认为医院有过错，法院就判定医院承担过错责任。

本案起诉后，经法院委托，当地的司法鉴定机构对案件事实进行鉴定，鉴定的主要事项为：（1）甘肃XXX医院的医疗诊治行为是否存在过错；（2）医院的诊疗过错与患者的死亡结果之间是否存在因果关系；（3）如果医院有过错，且存在因果关系，过错责任的比例为多少。

鉴定机构收取的送检材料为医院所有病历，起诉书及陈述书等。

三个月后，鉴定机构作出了《司法医学鉴定意见书》。意见书认为：（1）患者所患疾病复杂、危重，其死亡后果与其所患原发疾病有关，与院方的诊疗过错无直接因果关系；（2）院方在使用抗生素治疗方面，存在“中断”现象，没有遵循全程用药的原则，存在过错；（3）院方过错的参与度为25%。

鉴定意见书肯定了笔者起初判断的医院抗生素用药存在“中断”的情形。但意见书却认为医院的诊疗行为与患者的死亡不存在因果关系。

笔者认为，这份鉴定意见书不够客观、公正。如果采

我国民事诉讼法规定，“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据”。

用该份鉴定意见进行判决，对患者和其家人都将不公。对此，应当要求鉴定人员出庭作证，并申请重新鉴定。

## 五、鉴定人员的出庭作证和申请重新鉴定

申请鉴定人员出庭作证是法律赋予当事人的一项权利。我国民事诉讼法规定，“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据”。

如果认为鉴定意见存在错误，为了让法官更清晰地了解案件事实及本案涉及的医学知识，以期达到法官同意重新鉴定的目的，申请鉴定人员出庭非常必要。

对鉴定人员的询问及对鉴定意见的质证，可围绕下列问题进行。

### （1）司法鉴定许可证和司法鉴定人执业证

国家对司法鉴定机构和司法鉴定人员设定了准入制度。达到一定的条件，并经省级司法行政机关审核登记，就可取得《司法鉴定许可证》，和《司法鉴定人执业证》，《司法鉴定许可证》注明了鉴定机构的业务范围。

司法鉴定机构通常由法院进行委托，鉴定机构的许可证和鉴定人员的执业证一般不会存在问题。

但是，鉴定人员具有执业证书，并不意味着他对某项鉴定事务具有执业资格。对于法医鉴定，应首先核实鉴定人的执业种类。目前法医鉴定执业可分为五类，分别为法医病理鉴定；法医临床鉴定；法医精神病鉴定，法医毒物鉴定和法医物证鉴定等。本案适用的执业类别应是法医临床鉴定。

实践中，法官和代理律师往往忽视了鉴定人员的执业类别。

### （2）鉴定程序的合法性

对于鉴定程序问题，司法部颁布了《司法鉴定程序通则》，《通则》强调的是独立，客观，公正地完成鉴定事宜。鉴定意见一定是具有合格资质的鉴定人作出的判断。但本案的鉴定意见书却叙述，“组织专家对案件进行会鉴讨论，并得出如下结论”。《通则》并无专家会鉴制度的规定。本案参加会鉴讨论的专家也未必都有执业资格。这显然与“程序通则”规定不符。

《通则》规定的鉴定期限为一个月，自接受委托开始，需要延长的，经负责人批准可再延长一个月。但本案的鉴定时间却达三个月，违反了“通则”的规定。

### （3）应对鉴定意见的专业性问题进行询问，从而确定鉴定意见是否客观，公正

医疗行为具有高度的专业性，鉴定人员是否能够判断出医院的诊疗过错取决于鉴定人所具备的专业知识和临床经验。但鉴定人可能是由鉴定机构负责人随意指定，鉴定人员未必对须鉴定的事项有足够的知识和经验。

本案进行鉴定及出庭作证的鉴定人系当地某医院的中医骨科医生，显然他对案件有关脑系和消化等疾病专业知识的回答不够准确。

如，鉴定意见认为，患者的死亡是由其原发疾病所致。但鉴定人在回答原发疾病时，却将患者在医院消化科出现的症状认定为原发



疾病。他认为病人起初住院时，就患有感染性休克，多器官功能障碍综合症，化脓性脑膜炎，脑疝等疾病。这显然与事实不符。

代理人询问鉴定人员，医院在抗生素用药方面是否存在过错。医院将“万古霉素”更改为第三代头孢“舒普深”是否违抗抗生素药物的使用规范。鉴定人员答复为，改变抗生素用药并不违反如何规定。显然，鉴定人员对于卫生部颁布的《抗菌药物临床应用指导原则》，及抗生素使用时的注意事项并不十分了解。

另外鉴定人员认为，患者自住院以来，其疾病十分“凶险”，“危重”，一直处于“中度昏迷”状态，但医院的“病程记录”和“护理报告”却记载，患者自3月29日至4月17日意识清楚，对答切题。说明鉴定人并没有仔细阅看和研究送检材料及相关病历，鉴定过程敷衍，草率，鉴定人员专业知识欠缺。这种鉴定人出具的鉴定意见自然漏洞百出。

通过对鉴定人员的询问和质证，法官就能准确地判断鉴定人员是否专业，是否有倾

向性；能够确定鉴定意见是否客观公正，是否符合逻辑。自然法官就能决定是否同意重新鉴定的申请。

鉴定人员必须出庭作证，这是修订后的民事诉讼法新的规定，显示了中国法制的进步。在患者和一些医院不对等的医疗纠纷案件中，在鉴定意见可能存在不公的情况下，申请鉴定人员出庭作证显得十分必要。

医疗纠纷因医院的医疗行为而产生，医疗纠纷案件具有一定的特殊性和复杂性，医疗行为也具有的高度专业性。医院以拯救生命和保障健康为目的，医生的诊断、治疗方法具有很高的风险性，可能会遇到许多无法预知，无法解释和无法控制的情况。但是，医院不能以能力不足作为免责的事由，医生不能对病人的病情懈怠，医院不能违背诊疗护理规范和常规，毕竟人的生命权和健康权大于一切。

基于上述原因，我们认为甘肃XXX医院在对患者疾病的诊疗存在过错。甘肃XXX医院应当因其过错承担其应有的责任。我们相信法院一定会作出公正的判决。

我们感到非常欣慰的是，法院同意了我们重新鉴定的申请。

希望新的鉴定机构能作出正确的鉴定结论。🐶

（注：本文对一些医学知识及疾病的认识和说明仅代表个人的意见）

# 如何通过阅卷发现毒品案件中的常见问题（下篇）

■ 汤建彬 / 文

《如何通过阅卷发现毒品案件中的常见问题》因为篇幅过长，分上下篇刊登。上篇刊登在119期《京都律师》。请扫码查看完整内容。



## 四、审查《鉴定意见》，撼动证据根基

鉴定意见是认定查获物品是否毒品，是何种毒品及含量多少的核心证据，阅卷中审查《鉴定意见》（包括《鉴定委托书》）重点从以下八个方面发现问题：

### 1. 委托单位、委托时间、送检人

委托时间、委托人的审查内容见前述《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》关于送检的规定。

有些案件中，也存在委托单位不资格的问题，如笔者承办的莫某某死刑复核案件，该案件中的《毒品检验报告》显示委托单位是金门路派出所，按照公安部出台的《关于建立派出所和刑警队办理刑事案件工作机制的意见》的规定，派出所没有办理贩卖毒品案件的管辖权，委托毒品鉴定属于办理毒品案件的侦查行为，派出所作为“委托单位”委托毒品鉴定明显不资格，同时，从《毒品检验报告》中显示委托单位也印证了，金门路派出所及其民警超出管辖权限办理贩

卖毒品的事实。

### 2. 委托事项

从笔者办理的毒品案件来看，委托事项有3类：重量、成分、含量。有的3项都委托，有的是委托成分和含量，有的就委托其中1项成分鉴定。

如果委托单位委托了鉴定机构进行重量鉴定，这个毒品重量数据属不属于鉴定意见？笔者认为不属于鉴定意见，鉴定机构的鉴定范围没有重量鉴定的项目，侦查机关也不能委托鉴定机构对毒品进行重量鉴定，因为毒品称量属于必须由侦查人员完成的侦查行为，不能转委托。

成分鉴定是指鉴定检材中含有哪种毒品，含量鉴定是指检材中含有某种毒品的百分比。侦查机关在委托时常常出现不规范的情况，如莫某某贩卖毒品死刑复核案的鉴定意见中显示，侦查机关只委托了“毒品成分鉴定”，但该案查获的毒品数量已经达到2000克以上，已经达到了判处死刑的毒品数量标准，但侦查机关遗漏了“毒品含量鉴定”的委托，但鉴定机构却在没有接受委托的情况下，对涉案毒品既做了成分鉴定有做了含量鉴定，并得出了“检出甲基苯丙胺成分，含量为63%”的鉴定意见，这个超出委托事项的毒品含量鉴定意见，能不能作为定案依据？笔者认为接受委托是鉴定机构及鉴定人进行鉴定的基础，没有委托擅自做出的鉴定意见，不应当采信，也不应当作为定案依据。



## 汤建彬律师简介



京都律师事务所刑事诉讼部律师。汤建彬律师承刑诉大师，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。

### 3. 检材来源及提取方法

审查检材来源及提取方法目的是验证查获毒品与送检检材是否具有同一性及代表性。

同一性，重点审查从毒品查获到检材送检期间的扣押、称量、提取检材、封存、保管等环节的证据有没有缺失，毒品有没有被调换、污染的可能性，现有证据能够证实送检毒品与查获毒品是否同一批毒品。

代表性，结合《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》中的相关规定，重点审查检材的提取方法是否规范，检材是全部（多包装）毒品的一部分，不规范的提取方法提取的检材，无法代表全部（多包装）毒品，得出的鉴定结果只能适用于该部分检材相关的毒品，并不能适用全部（多包装）毒品。

笔者办理的梁某某贩卖毒品死刑复核案中，侦查机关当场查获的6包毒品（5817克），平均每包毒品重970克，但6包毒品只

提取了1份检材，案卷中并没有说明是对其中1包毒品提取了1份检材还是将6包毒品混合后提取了1份检材，但无论哪种方法都明显违反了检材提取规范。这1份检材无法代表6包（5817克）毒品进行鉴定，所以，对这1份检材的鉴定结果，并不能适用于6包（5817克）毒品。这种不规范的检材提取，很容易使假毒品、掺假的毒品、含量明显比较低的质量差的毒品无法鉴定出来，用这样的鉴定意见来认定全案毒品，会使一些假毒品、掺假的毒品、含量明显比较低的质量差的毒品，被认定为高含量毒品。

### 4. 鉴定人及鉴定机构资质

（1）鉴定人及鉴定机构是否具有合法有效的鉴定资质。

案卷中没有或经申请调取证据后仍不能提供鉴定人及鉴定机构资质的、鉴定资质已过有效期的，依据最高院刑诉解释第85条的规定，属于“不具有法定资质”，要求法庭不能将该鉴定意见作为定案依据。

笔者办理的关某非法持有枪支案中，一个鉴定人在做枪支鉴定时，因正值换证期间，原鉴定人资格证书已经过期，新的鉴定人资格证书还没有下发，笔者认为该鉴定人在鉴定时属于“不具有法定资质”，后来，鉴定机构补充了该鉴定人在完成鉴定后发下来的新的鉴定人资格证书，新证上显示该鉴定人鉴定的时间在新证的有效期内，但笔者仍然认为，这个鉴定后取得的新证，并不能证明该鉴定人在鉴定时“具有法定资质”，该鉴定人在进行鉴定时，仍然不是适格的鉴定人。

（2）鉴定人及鉴定机构资格证书中鉴定权限是否包括本案委托的鉴定事项。

鉴定人及鉴定机构超出资格证书中鉴定权限进行鉴定的情况也有发生，辩护人在进行阅卷时要进行仔细审查。

笔者办理的赤峰制毒物品案件中，对制毒物品进行鉴定的是公安部禁毒情报技术中心毒品实验室，该鉴定机构的鉴定业务范围是：毒品分析检验，鉴定项目是海洛因、甲基苯丙胺、可卡因、氯胺酮等常见毒品的分析检验；该案鉴定人的资格证书上显示，鉴定专业是毒品分析检验，由此可见，鉴定机构和鉴定人均不具有对制毒物品进行鉴定的资格，却对本案的制毒物品进行了鉴定并出具鉴定意见。

### 5. 鉴定标准和鉴定方法

《司法鉴定程序通则》规定：

“司法鉴定人进行鉴定，应当依下列顺序遵守和采用

该专业领域的技术标准和技术规范：

- (一) 国家标准和技术规范；
- (二) 司法鉴定主管部门、司法鉴定行业组织或者相关行业主管部门制定的行业标准和技术规范；
- (三) 该专业领域多数专家认可的技术标准和技术规范。

不具备前款规定的技术标准和技术规范的，可以采用所属司法鉴定机构自行制定的有关技术规范。”

笔者办理的毒品案件中，很多鉴定机构并没有按照《司法鉴定程序通则》的要求选用鉴定标准，比如北京市公安局司法鉴定中心在毒品鉴定（甲基苯丙胺）时使用的鉴定标准是《北京市公安局刑事技术毒物与毒品检验技术规范》，在甲基苯丙胺鉴定存在国家标准GB/T 29636-2013和行业主管部门标准IFSC04-02-07-2011的情况下，北京市公安局司法鉴定中心的做法显然不符合《司法鉴定程序通则》规定鉴定标准选用顺序。

按照毒品的鉴定标准和规范的要求，毒品鉴定的方法是使用气质联用仪，通过气相色谱或者液相色谱进行准确的含量鉴定，通过质谱进行准确成分鉴定。

笔者办理的毒品案件中，也有鉴定方法存在错误的情形，如泉州吴某某贩卖毒品案中的鉴定意见显示，鉴定人只使用气相色谱仪，做出了毒品的成分和含量鉴定，因为气相色谱仪定量准确但定性不精准的特点，在没有进行质谱鉴定的情况，无法得出准确的毒品成分鉴定意见。

## 6. 鉴定人签字和盖章

最高院刑诉解释第85条的规定，“鉴定文书缺少签名和盖章的”，不能将鉴定意见作为定案依据。同时，最高院刑诉解释第84条要就对鉴定意见着重审查“是否由鉴定机构加盖司法鉴定专用章”，由此可见，最高院刑诉解释第85条中的“盖章”应当是指鉴定机构加盖该机构的司法鉴定专用章。

笔者办理的莫某某贩卖毒品死刑复核案件中的《鉴定意见》文本上，就缺少了鉴定单位青岛市公安局刑事警察支队技术处的印章。

另外，笔者办理的天津肖某某贩卖毒品案中，鉴定机构是天津市公安局毒品检验鉴定中心，但鉴定意见上盖的印章却是“天津市公安局毒品鉴定专用章”，该印章显然不属于鉴定机构的司法鉴定专用章，应当认定属于最高院刑诉解释第85条的规定的“鉴定文书缺少签名和盖章的”情形。

## 7. 检材消耗及《收取上缴毒品回执》

笔者办理的很多毒品案件案卷中有一个《收取上缴毒品回执》，这个回执上显示侦查机关在将查获毒品提取检材并鉴定后，上缴给有关部门的毒品数量，笔者有时候会惊奇地发现，提取检材并做完鉴定后剩余的毒品数量和查获的毒品数量完全一样，这就证明了鉴定过程中没有任何检材（毒品）的消耗，这明显不符合鉴定常识，这种情况下，《收取上缴毒品回执》可以用于证明毒品鉴定没有规范进行。

## 8. 鉴定意见的送达

《鉴定意见通知书》没有送达或没有及时送达给犯罪嫌疑人情况时常发生，鉴定做出来了却没有及时给犯罪嫌疑人送达，相当于剥夺了鉴定人重新鉴定的机会。笔者办理的关某非法持枪案中，关某一直认为一把枪状物不能正常击发不能认定为枪支，但关某收到《鉴定意见通知书》知道有申请重新鉴定的权利时，涉案的枪支已经被销毁，实质上剥夺了关某申请对枪支进行重新鉴定的权利，最后法院没有基于鉴定意见将关某提出疑点的枪状物认定为枪支，做出了有利于关某的判罚。

## 五、关注《补充侦查提纲》、 《调取证据材料决定书》和 《情况说明》，补过来的 都是重点

无论是在审查起诉阶段检察院要求侦查安机关补充的证据，还是在审判阶段法官要求检察院调取的材料，都是案件中的重点证据和争议点，应当重点关注。

案卷里的《情况说明》，是针对证据、程序包括案件事实上存在问题的回应。《情况说明》回应这个问题，有时候却带出了其他问题。比如，为了说明抓捕的合法性，侦查机关主动说明采取技术侦查措施，这时候，我们就可以审查这些技术侦查措施有没



有合法的审批？是不是由适格的技术侦查部门来实施？质证技术侦查措施的合法性。

## 六、审查犯罪嫌疑人供述和证人证言及同步录音录像，还原失真的案件事实

审查犯罪嫌疑人供述和证人证言时，要和同步录音录像结合起来看，通过同步录像还原案件中失真实事。一些重大毒品犯罪案件中，侦查机关为了更多地获得口供，犯罪嫌疑人到案后和送到看守所前在办案中心羁押的这段时间，侦查人员会对犯罪嫌疑人进行多次高强度的审讯，其中不排除有刑讯逼供的存在，这个阶段形成的讯问笔录往往没有同步录音录像，或同步录音录像和笔录内容无法对应。

如被告人在办案中心认罪后到看守所后翻供，并坚称在刑讯逼供下被迫做出了有罪供述，对此，辩护人一定要认真审查，有罪供述属于非法取得的证据一定要坚持要求法庭排除。

2016年广东省高级人民法院审理的陈泽雄运输冰毒14公斤案，最终宣告陈泽雄无罪，该案为我们结合同步录音录像排除非法言辞证据提供了很好地指引：“陈泽雄在审讯录像中供述的内容和对应的讯问笔录记载的内容确实存在较大差异，录音录像显示陈泽雄没有作过有罪供述，因此该讯问笔录不能真实地反映陈泽雄的供述内容”，“综上，由于现有证据不能排除侦查机关在收集陈泽雄供述时存在以非法方法收集证据的情形，且亦不能证明侦查机关随案移送的关于陈泽雄有罪供述的讯问笔录的真实性，故本院认为陈泽雄在侦查阶段所作的有罪供述的合法性、真实性均存疑，决定予以排除，不作为认定本案事实的证据使用”。

## 七、检索未归人员和另案处理人员，拓宽案件的空间和视野

结合制作的人物关系图，检索这个案件

里面有没有参与案件但还没有归案的及另案处理的人员。

如果有未归案的人员，应提请法官对被告人量刑时要考虑到在逃人员的在共同犯罪中的作用。如果被告人与在逃人员在共同犯罪中的作用大小难以区分，应基于存疑有利的原则对在案被告人从轻处罚，不能因为在共同犯罪中作用更大的人未归案而加重在案被告人的处罚。

笔者办理的丹东范某寿、范某坤贩卖毒品二审案件中，负责与丹东买货人确定毒品交易时间、地点、价格、数量、付款方式，并负责大部分货款回收的饶某某未被抓获，饶某某安排将10千克冰毒送到丹东交易的范某寿、范某坤被抓获。一审范某寿、范某坤均被判处死刑立即执行。按照目前的毒品犯罪判处死刑的政策，在上下家均抓获的情况下，本案判处上家2个死刑立即执行明显量刑过重，且一审在对在案的上家两个被告人量刑时，并未考虑在逃人员阿宝在上家共同犯罪中所起作用明显大于在案的两个被告人事实。基于此，笔者结合《武汉会议纪要》的相关规定，在二审中提出了范某坤在上家3人的共同犯罪中作用相对最轻，应改判为死缓的辩护意见。

另外，我们还要重点关注另案处理人员在案件中的作用，在毒品交易过程中，如果另案处理人员是独立上家或下家，到案后却做了另案处理，且无法提供另案的信息及在另案中是否将本起犯罪也做了刑事处罚的信息，则这个另案处理人员是侦查机关特情人员的可能性就非常大，侦查机关在本案中可能用特情人员实施诱惑侦查，对此，辩护人要进行深入挖掘。

## 八、审查监控录像、通话短信记录、微信qq记录、银行交易记录，真相藏在细节

案发前的监控录像，各被告人之间、上下家之间的通话记录，电话短信记录，微信QQ记录，银行交易记录，应当重点审查。因为上述材料形成于案发之前，其真实性明显高于各被告人归案后的口供，特别是被告人供述的事实和其他被告人和证人供述事实明显不一致，被告人可能被冤枉或要承担更大责任的时候，通过上述材料还原有利于被告人的案件真相，更容易被法官采信。

笔者办理的唐山梁某某贩卖毒品死刑复核案件中，案卷中有一份侦查机关对案发前监控录像拍摄到的梁某某与买货人翁某交谈内容的文字整理稿，该内容显示梁某某与

翁某交易的毒品有大量掺假，该监控录像内容和被告人关于毒品掺假的供述相印证，再结合该案中查获6包毒品（5817克）只提取了1份检材的违反检材提取规范行为，及得出的毒品含量高达63%的鉴定结果，监控录像的中内容进一步证实了掺假的毒品没有被鉴定检验出来的事实，因为检材不具有代表性，该案的鉴定结果并不能适用于查获6包（5817克）毒品。

## 九、挖掘立功线索， 兑换成立功情节

毒品案件中立功线索通常来源于上下家之间的相互检举，包括本案中毒品交易上家对其上家的检举，如果该上家不在本案侦查机关的管辖的区域内，则本案侦查机关对在异地的被检举人很难进行有效的查处，或者说，因为侦查机关本案的侦办工作已经完成，其对继续查出在异地的被检举人的动力不足，因此，被检举人的检举往往得不到落实，直接造成被告人有立功的机会而不能实现。

在这种情况下，辩护人可以换一个方式，将被告人检举的犯罪线索举报到被检举人所在地的公安机关，被检举人所在地的公安机关更便于对检举线索的查处，如果被检举人构成犯罪，对当地公安机关来讲属于新的案件，破获新案的积极性会更高，因此，能更有效地促进被告人的检举线索变成立功情节。笔者办理的梁某某贩卖毒品死刑复核案件中，梁某某向唐山的办案机关检举了5名上家及3名和该案无关贩毒人员的犯罪行为，因这5人均在广东，唐山办案机关直到笔者代理死刑复核阶段仍然未对检举线索做出处理。笔者介入案件后，及时通过有效途径帮助被告人将上述被检举人的犯罪线索举报到了广东省禁毒局，目前，广东省禁毒局已对被检举人开展调查，大大增加了梁某某检举线索变成立功情节的机会。

## 十、结合被告人的家庭情况和社会表现，争取酌定从轻情节

通过案卷及与被告人和其家属交流，了解被告人的家庭情况和其在社会上的表现，了解其成长环境和身上的闪光点，在感情上争取法官的同情和好感，形成酌定的从轻情节。

笔者办理的于某某贩卖毒品死刑复核案件中，了解到

1978年出生的被告人于某某是独生子，其父母已经70多岁的老人了，分别为国家的军工事业和教育事业贡献了一辈子，笔者向两位老人了解他们为什么只有一个孩子时，两位老人拿出了1978年山东省革命委员会计划生育领导小组发给他们的《独生子女优待证》，两位老人讲他们年轻时，积极响应国家的晚婚晚育政策和计划生育独生子女政策，在当时可以生育两个子女的情况下，毅然在1978年于某某出生后放弃在再生育其他子女的机会，于某某成为了国家第一代独生子女，他们成为了第一代独生子女的父母。

两位老人很痛心自责没有把唯一的孩子教育好，如今面临白发高龄送儿子上刑场的局面。笔者认为结合我国宽严相济的刑事政策，结合该案有特情引诱的情节，于情于理，都应当不核准于某某死刑立即执行。为此，笔者在约见最高院承办法官时，不仅将上述情况的相关材料提交给了法官，还将两位老人向法官求情的视频播放给了法官，承办法官对此很受感触，目前该案还在死刑复核过程中。

另一个案例，是笔者办理的尹某某贩卖毒品死刑复核案，笔者了解到尹某某在毒品犯罪前有积极参与5.12抗震救灾、勇救落水儿童、带领本村村民养鱼致富获得县里颁发的《宜宾县青年致富能手》的良好社会表现。死刑复核阶段，辩护人应当将每一个有利于被告人的情节和证据都挖掘出来呈现给法官，这样才能不留有遗憾。为此，笔者先后收集找到了2008年尹某某工作的驾校向成都市交通委提交的抗震救灾的汇报材料（里面有尹某某抗震救灾的事迹）、汉旺镇出具的2008年尹某某作为自愿者冒着余震的风险到该镇帮助农户抢修大棚的证明、经公证的落水儿童及其母亲口述见义勇为事迹的视频材料、2004年《宜宾县青年致富能手》证书等等，这些材料已全部提交给最高院承办法官，这些材料也从侧面提高了最高院法官对辩护人的不予复核意见的重视程度。👍



# 规范运用PPP模式 创新市域铁路投资发展机制

■ 刘敬霞 / 文

**摘要：**向地方政府和社会资本放开市域（郊）铁路所有权、经营权，规范运用政府和社会资本合作（PPP）模式，建立多元化的投融资机制，减轻财政直接投资压力，增加公共交通设施和服务供给，培育具有竞争力的市场化运营主体，根据市域（郊）铁路的公益属性和准经营性特点给予政策性支持和补贴，使社会资本通过运营收益、相关开发收益等方式获取合理回报，克服制度落地障碍，激活社会资本投资积极性。

**关键词：**市域铁路；PPP模式；补贴；综合开发收益；盘活铁路资产

## 引言

### 1.国发〔2013〕33号对我国铁路发展具有里程碑意义

为确保全面实现“十二五”铁路规划发展目标，2013年8月中央政府门户网站发布了《国务院关于改革铁路投融资体制加快推进铁路建设的意见》（国发〔2013〕33号），明确提出“向地方政府和社会资本放开城际铁路、市域（郊）铁路、资源开发性铁路和支线铁路的所有权、经营权，鼓励社会资本投资建设铁路”。该《意见》成为“十二五”至“十三五”时期指导铁路工作的纲领性文件，其中提出的一些政策思路和发展理念是开创性的，并对我国铁路的长远发展具有里程碑意义。

### 2.发改基础〔2015〕1610号重申全面开放铁路投资与运营市场

为贯彻落实国发〔2013〕33号文精神，2015年7月国家发展改革委、财政部、国土资源部、银监会、国家铁路局联合发布《关于进一步鼓励和扩大社会资本投资建设铁路的实施

## 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。

意见》（发改基础〔2015〕1610号），重申全面开放铁路投资与运营市场，积极鼓励社会资本全面进入铁路领域，除法律法规明确禁止的外，列入中长期铁路网规划、国家批准的专项规划和区域规划的各类铁路项目均向社会资本开放。

“重点鼓励社会资本投资建设和运营城际铁路、市域（郊）铁路、资源开发性铁路以及支线铁路”，并且推进铁路投融资方式多样化，支持社会资本以独资、合资等多种投资方式建设和运营铁路，向社会资本开放铁路所有权和经营权；推广政府和社会资本合作（PPP）模式，运用特许经营、股权合作等方式，通过运输收益、相关开发收益等方式获取合理收益。由此丰富了市域（郊）铁路的投融资方式，特别是政府和社会资本合作（PPP）模式在市域（郊）铁路投资建设方面领域得到了充分肯定。

### 3.铁路建设项目可分类投资建设

2015年9月，中国铁路总公司为深入推进铁路投融资体制改革，规范铁路分类投资建设，出台了《关于规范非控股合资铁路建设项目管理的指导意见》，首次明确，中国铁路总公司非控股的铁路建设项目，按照《公司法》及铁路总公司

与地方政府签订的合作协议，由各方出资人或其授权的出资人代表依法组建项目合资公司。项目公司作为项目法人，对铁路建设项目的策划、前期工作、资金筹集、建设管理、运输经营、还本付息、资产保值增值全过程负责。铁总不再要求对项目绝对控股。在铁路运输统一调度指挥的前提下，项目公司依法决策运输管理方式，可以委托铁路运输企业进行运输管理，也可以由项目公司自管自营。《指导意见》对于鼓励社会资本以PPP模式进入铁路建设领域具有重要意义，也表明合资铁路自主运营在国家政策层面已不存在障碍。

## 一、市域铁路的法律属性和经济特性

### 1. 市域铁路的法律属性

根据2015年修正后的《中华人民共和国铁路法》，我国铁路包括国家铁路、地方铁路、专用铁路和铁路专用线。其中，国家铁路是指由国务院铁路主管部门管理的铁路，地方铁路是指由地方人民政府管理的铁路，专用铁路是指由企业或者其他单位管理，专为本企业或者本单位内部提供运输服务的铁路，铁路专用线是指由企业或者其他单位管理的与国家铁路或者其他铁路线路接轨的岔线。据此，从市域（郊）铁路通常由地方人民政府指定机构管理的实际可见，市域（郊）铁路应属于地方铁路的范畴。

《物权法》第五十二条第二款规定：“铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施，依照法律规定为国家所有的，属于国家所有。”依据该条，并不是所有的铁路都属于国家所有，而是法律规定为国家所有的，才属于国家所有。但我国现行《铁路法》对铁路的所有权只字未提，亦未涉及铁路的投资。

从财产所有权取得的方式来看，市域（郊）铁路通常由地方政府投资建成，地方政府可原始取得市域（郊）铁路的财产所有权，并根据《民法通则》第七十一条和《物权法》第三十九条规定依法享有占有、使用、收益和处分的权利。但铁路资产效用价值的核心并非所有权，而是使用权（或经营权）、收益权，更重要的是路网运营控制权。所以，虽然国发〔2013〕33号和发改基础〔2015〕1610号明确提出向地方政府和社会资本放开市域（郊）铁路的所有权、经营权，但从这几年的实际情况看，因上述两个文件缺乏可操作性细则，落实放开市域（郊）铁路所有权、经营权的路径尚不清晰，社会资本投资建设包括市域（郊）铁路在内的铁路项目的积极性并不高。

### 2. 市域铁路的经济特性

从经济特性来看，市域（郊）铁路项目投资规模巨大，以通勤、商务、旅游短途城际客运为主，公交化运营，运输量大，但客流波动大具有潮汐现象和明显的向心特点且早晚上下班高峰更加明显，主要构建大城市城际轨道交通通勤圈，具有很强的公益性特点。

运营市域（郊）铁路项目可以获得一定的票款收入及广告经营收入、相关服务设施经营收入，但这些收费不足以覆盖项目的巨额投资成本和运营成本并使投资人获得合理投资收益。市域（郊）铁路属于预期收益较低的准经营性项目，需要政府进行可行性缺口补助或以其他资源进行补偿。

为使市域（郊）铁路项目具有生存能力和可持续发展，可根据地方财力和市域（郊）铁路项目的实际情况，将与该项目相关的资源通过有效打包整合提升项目的收益能力，以吸引社会资本的投资积极性并促进项目提高运营效率和服务质量。

## 二、通过PPP模式增加市域铁路供给

### 1. 转变供给方式，鼓励社会资本参与市域（郊）铁路项目

2017年2月3日《国务院关于印发“十三五”现代综合交通运输体系发展规划的通知》（国发〔2017〕11号），指出“十三五”时期我国交通运输发展正处于支撑全面建成小康社会的攻坚期、优化网络布局的关键期、提质增效升级的转型期，将进入现代化建设新阶段，到2020年城市轨道交通运营里程比2015年增长近一倍，预期达到6000公里，重要城市群核心城市间、核心城市与周边节点城市间实现1—2小时通达，要加快建设大城市市域（郊）铁路，有效衔接大中小城市、新城新区和城镇。

在城市化进程逐年加快、公共交通出行需求急剧膨胀、地方财力受金融危机影响至今尚未完全复苏、地方政府负债严格受限的情况下，地方政府应该转变供给方式，鼓励社会资本通过政府和社会资本合作（PPP）模式参与市域（郊）铁路项目投资、建设、运营和维护，与地方政府共同参与项目全周期管理，发挥政府和社会资本各自优势，提高市域（郊）铁路服务供给的质量和效率。

### 2. 建立多元化投融资机制，PPP模式当是首选

除了中央政府通过专项基金、转移支付等方式对地方



发展市域（郊）铁路给予支持外，地方政府适当投入，引入国家铁路发展基金、其他市场化基金、社会资本加大投入，地方政府通过小投入、让利、放权等措施吸引各类社会主体积极参与市域（郊）铁路投资建设运营，形成财政资金、政府引导基金、社会资本投资、私募基金、信托基金、保险资金、金融机构贷款等多元化的市域（郊）铁路投融资机制，在不增加政府一次性巨额投资的情况下，发挥财政资金“四两拨千斤”的引导和带动作用，拓宽社会资本发展空间，有效释放市场活力，支持社会资本增加市域（郊）铁路服务供给。在当前形势下，采用政府与社会资本合作（PPP）模式当是首选，其本身就是一种供给侧改革方式，而且经过2014年至今3年多的广泛实践，PPP模式不仅已经具有有章可循的政策路径，而且也为社会各界所熟知。

### 三、规范运作PPP程序

#### 1.项目发起及识别

发起并筛选拟建设的市域（郊）铁路项目，进行PPP模式可行性识别。可以由市域（郊）铁路项目所在地政府行业管理部门发起项目，也可以由具有市域（郊）铁路项目建设运营经验的社会资本以向政府行业管理部门提交项目建议书通过推荐潜在项目的方式发起项目。

#### 2.项目入库

根据发展规划，进行项目前期论证研究，明晰项目边界，并根据项目特点和PPP模式规范性文件的要求，初步判断项目是否适合引入社会资本，对于拟采取PPP模式的潜在项目，可以录入当地财政PPP项目库或发改委重大项目库。

#### 3.物有所值评价

对拟采用PPP模式的市域（郊）铁路项目进行物有所值评价，判断该项目采用PPP模式实施是否比政府传统投资运营方式提供公共服务更能降低项目全生命周期成本、更能提高效率和质量，从而可以代替政府传统投资运营方式。

#### 4.财政承受能力论证

对于物有所值评价结论是“通过”的市域（郊）铁路项目，可进行财政承受能力论证。识别、测算拟以PPP模式实施的市域（郊）铁路项目的各项财政支出责任，科学评估项目实施对当前及今后年度财政支出的影响，为PPP项目财政

管理提供依据。

财政承受能力论证的结论为“通过论证”的市域（郊）铁路项目，财政部门应当在编制年度预算和中期财政规划时，将项目财政支出责任纳入预算统筹安排。“未通过论证”的项目，则不宜采用PPP模式。

#### 5.编制并评审PPP项目实施方案

对于通过物有所值评价和财政承受能力论证，确定采用PPP模式的市域（郊）铁路项目，市域（郊）铁路的行业管理部门可以根据政府的授权作为项目实施机构，编制PPP项目实施方案（之前或同步进行工程可行性研究报告编制及专家预审查），开展项目推介，进行市场测试，了解潜在社会资本的合作意向及对项目投资、融资、合作的条件等，并根据市场测试情况适时修改完善PPP项目实施方案，组织专家对实施方案进行评审，由相关部门进行联审。

实施方案通过相关部门联审后，由地方政府对市域（郊）铁路PPP项目实施方案进行批复。

#### 6.社会资本招选

市域（郊）铁路PPP项目实施方案获得政府批复后，实施机构可以组织对具有合作意向的潜在社会资本进行资格预审、评审、公告资格预审信息。

实施机构组织编制社会资本采购文件，并向通过资格预审的潜在社会资本发出邀请函和社会资本采购文件，对参与采购的潜在社会资本的响应文件组织评审，按照专家评审推荐的顺序与候选社会资本进行合同谈判，进行预成交信息公示。

#### 7.项目公司设立及项目协议签署

公示期满，未接到异议的，由项目实施机构与中选社会资本签订《投资协议》，确定招标采购方与中选社会资本间的法律关系，明确中选社会资本按约定出资设立项目公司、协助项目公司融资等义务。

在项目公司成立后，由项目实施机构与项目公司签订PPP合同及/或特许经营协议。

#### 8.出资及项目融资

中选社会资本向项目公司出资，项目公司为市域（郊）铁路项目进行融资、建设。

### 9. 项目建设实施

项目公司在项目竣工后进行工程初验；初验合格的，可以进行试运行；试运行合格，并具备基本运营条件的，可以进行试运营，并报有关部门备案。经验收合格后，可交付正式运营。

### 10. 项目运营及收付费

项目公司负责运营管理市域（郊）铁路项目，向公众提供服务并收取票款。实施机构和/或相关部门及公众对项目公司的运营、管理、服务进行绩效考核，并由财政按照PPP合同约定支付操作可行性缺口补助，使项目公司取得合理收益并可持续负责。

在市域（郊）铁路PPP项目的操作过程中，实施机构应始终坚持“规范、公开、透明”的原则，充分识别并合理分配和分担项目中的各种可能存在的风险。

## 四、通过有效竞争培育市场化运营主体

目前国内尚缺乏具有丰富经验的市域（郊）铁路投资建设运营综合服务商，在北京、上海、重庆、温州等地的市域（郊）铁路项目逐渐积累成熟的经验后，这种局面可能会得到改善。在此之前，地方政府应在开展市域（郊）铁路PPP项目社会资本方招选的过程中，通过设定符合项目实际的招选条件，吸引具有一定相关经验和业绩、较强财务实力的社会资本参与竞争，并建立激励与约束相容的合作机制，为市域（郊）铁路项目培育具有核心竞争力的市场化运营主体，打破轨道交通运营领域的垄断局面，形成市场化的有效竞争机制。正如北京在引入港铁合作后，由北京市基础设施投资有限公司、北京首都创业集团有限公司和香港地铁有限公司共同出资组建的北京京港地铁有限公司已经发展为一个地铁建设、运营、管理的专业化公司，并在北京地铁4号线后承接了大兴线、14号线、16号线，已经成为北京市轨道交通领域非常有竞争力的市场化运营主体。

## 五、市域（郊）铁路PPP项目的具体运作形式

在运用PPP模式的过程中，根据拟实施的市域（郊）铁路项目的特点，可以采用如下具体运作形式：

1. 对于利用既有铁路线路改造完善开行市域列车的项目，可以采用TOT+ROT等形式，通过授予社会资本特许经营权，由其在特定期间内投资、改造、运营特定市域（郊）铁路项目，向社会公众提供运输服务，获得收益，并在特许经营期满后完好、无损、可运营的市域（郊）铁路基础设施无偿或有偿移交给政府。

2. 对于新建市域（郊）铁路，可以采用BOT、BOOT、BOO形式，由政府授予社会资本特许经营权，按照特许经营协议和/或PPP合同履行义务，享有权利。

## 六、建立项目全生命周期合同管理体系

市域（郊）铁路发展将从一种交通运输方式独立发展向交通与产业深度融合发展转变，从满足基本出行需求向多元供给服务转变，要坚持投资、建设、运营为一体的全过程、全链条、全生命周期的合同管理体系。下表所列的主要合同，基本可实现市域（郊）铁路PPP项目的全程激励与约束管理目标。见图1。

## 七、克服制约市域铁路发展的制度因素

### 1. 合理确定项目资本金

《国务院关于调整和完善固定资产投资项目资本金制度的通知》（国发〔2015〕51号）已经将铁路项目的资本金由25%调整为20%，但对于投资规模达几十亿、上百亿元的市域（郊）铁路项目而言，20%的项目资本金对政府和社会资本通常也并非易事。现实中许多投资人都采取“小股大债”的方式解决项目资本金，但因金融机构在提供信贷支持和服务时独立审贷，要根据借款主体和项目实际情况，按照国家规定的资本金制度要求，对资本金的真实性、投资收益和贷款风险进行全面审查和评估，由金融机构在风险可控、商业可持续原则前提下自主决定是否发放贷款以及具体的贷款数量和比例。为此，市域（郊）铁路PPP项目投资人应综合国家规定、银行融资可得性、项目条件、项目运营前期资金保障等因素，合理确定项目资本金。资本金过低可能导致贷款机构要求股东提供担保等增信措施。



市域（郊）铁路PPP项目主要合同体系			
合同名称	签约甲方	签约乙方	关键内容
投资协议	政府实施机构	中标社会资本	社会资本投资设立项目公司，提供融资、技术、管理等支持
PPP合同	政府实施机构	项目公司	融资、建设、运营、维护、收费、移交
股东协议	中标社会资本各方（及政府出资方，如有）		投资设立项目公司
公司章程	项目公司股东（中标社会资本各方〔及政府出资方，如有〕）		设立项目公司及建立法人治理结构和公司运作机制
融资合同	项目公司	债务资金提供方	融资
设计合同	项目公司	设计单位	设计
施工合同	项目公司	施工单位	施工建设及交付
采购合同	项目公司	供应商	货物和服务提供
保险合同	项目公司	保险公司	相关保险
	施工单位	保险公司	建设过程中各项保险

图1

### 2. 落实向社会资本放开市域（郊）铁路所有权、经营权措施

2013年《国务院关于改革铁路投融资体制加快推进铁路建设的意见》提出“向地方政府和社会资本放开城际铁路、市域（郊）铁路、资源开发性铁路和支线铁路的所有权、经营权，鼓励社会资本投资建设铁路”，2015年国家发展改革委、财政部、国土资源部、银监会、国家铁路局联合发布《关于进一步鼓励和扩大社会资本投资建设铁路的实施意见》，重申向社会资本开放铁路所有权和经营权，但至今没有具体的落实措施和路径，对于铁路运营至关重要的路网资源的分配亦没有明确细则，在铁路系统运营方式并不透明，投资权益得不到确定保障的情况下，较难取信于社会资本使其具有投资动力。

### 3. 落实“以地养路”措施弥补市域（郊）铁路运营现金流不足

《国务院关于城市优先发展公共交通的指导意见》（国发〔2012〕64号）、《国务院关于改革铁路投融资体制加快推进铁路建设的意见》（国发〔2013〕33号）以及《关于进

一步鼓励和扩大社会资本投资建设铁路的实施意见》（发改基础〔2015〕1610号）都规定了加大对社会资本投资的政策支持，尤其是推动社会资本投资铁路享受国家有关支持铁路建设实施土地综合开发的政策，允许通过开发铁路用地及站场毗邻区域土地、物业、商业、广告等资源提高收益，允许地方政府以国有土地入股参与铁路项目建设。社会资本投资的铁路项目用地，在用地政策上与政府投资的铁路项目实行同等政策。但上述土地综合开发政策至今缺乏配套可操作细则，导致良好的政策预期落地困难，没有真正为社会资本进入创造便利条件。

要解决发展市郊铁路存在的问题，政府应该加大政策落地的支持力度，依法保障和维护地方政府及社会资本的投资权益，形成责、权、利对等的合作基础，并尽快形成效力较高、内容具体完备、条文系统协调的铁路建设法律法规，对铁路建设规划、铁路建设投融资、铁路建设项目管理、铁路建设相关工程、铁路建设监督管理等进行全面规范，特别是调动投资者的积极性并保证投资者的利益是铁路投融资立法要解决的重要问题。

# 试论监察委员会的调查和 辩护律师的介入

■ 柳波 / 文

随着2016年12月25日《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》（下称《决定》）的实施，三地监察委员会正式挂牌运转。据山西省纪委监委网站消息，继山西省监察委“留置”措施第一案——对山西煤炭进出口集团有限公司原董事长郭海采取留置措施之后，地级市监察委也相继办理了留置第一案、第二案；北京监察体制改革后首例适用留置、移送检察院批准逮捕案（通州区永乐店镇财政所出纳李某案）业已诞生、公开；留置等调查措施从《决定》的纸面规定走入执行、落实。这也直接将监察委员会调查期间辩护律师的介入问题从“纸上谈兵式的争论”切入“实战模式”。监察委员会调查期间辩护律师应否介入、怎么介入就成了迫在眉睫的问题，亟待解决。

欲厘清监察委员会调查和辩护律师的介入问题，首先必须从监察委员会的调查和辩护律师的介入自身谈起，只有在明晰了二者的内涵和实质后，方能得出水到渠成的结论。

## 一、监察委员会的调查和 辩护律师的介入

### （一）监察委员会的调查

正如《决定》第一条所言，“在北京市、山西省、浙江省及所辖县、市、市辖区设立监察委员会，行使监察职

### 柳波律师简介



柳波律师，京都律师事务所刑事诉讼部律师，兼任中国政法大学语言与证据研究中心研究员、中国政法大学刑事司法研究中心研究员、北京市律师协会刑法专业委员会副秘书长，拥有十多年刑事辩护经验，专注于职务犯罪、经济犯罪、财产犯罪类刑事案件的辩护，代理过国家能源局原副司长魏鹏远受贿、巨额财产来源不明案、梁某某合同诈骗无罪案、刘某某受贿滥用职权无罪案、朱某某诈骗被不起诉案等案件，著有《证据的脸谱》等书。

权。将试点地区人民政府的监察厅（局）、预防腐败局及人民检察院查处贪污贿赂、失职渎职以及预防职务犯罪等部门的相关职能整合至监察委员会”，监察委体制的改革是一种历史和经验的跨越，是行政法和刑法的跨越和跨界，是行政法和刑法的整合和融合。

继而，《决定》第二条规定，“试点地区监察委员会按照管理权限，对本地区所有行使公权力的公职人员依法实施监察；履行监督、调查、处置职责，监督检查公职人员依法履职、秉公用权、廉洁从政以及道德操守情况，调查涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪行为并作出处置决定，对涉嫌职务犯罪的，移送检察机关依法提起公诉。为履行上述职权，监察委员会可以采取谈话、讯问、询问、查询、冻结、调取、查封、扣押、搜查、勘验检查、鉴定、留置等措施”。据此可知，调查是针对公职人员的职务违法犯罪行为而进行

进行，涉及被调查人的财产权利和人身权利，并能产生刑事追诉后果的手段和措施。

因此，综合而言，调查是在监察委员会体制改革背景下，针对公职人员的职务违法犯罪行为而进行，涉及被调查人的财产权利和人身权利等重大权利，并能产生刑事追诉后果，整合和融合了行政和刑法，兼具行政和刑诉性质的手段和措施。



## （二）辩护律师的介入

刑事诉讼法第33条第1款规定：犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。刑诉法第35条规定，“辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益”。上述规定从立法上明确了辩护律师在侦查阶段介入的双重意义：一是实体性意义，即辩护律师根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见；二是程序性意义，即辩护律师维护犯罪嫌疑人的诉讼权利和其他合法权利。简而言之，刑事侦查阶段，辩护律师的介入是在涉及自由和财产权利的重大事项的调查和维护犯罪嫌疑人的实体权利和程序权利，保障人权和公正的必要途径、必然要求。

## （三）监察委员会的调查和辩护律师的介入

如前所言，“调查是在监察委员会体制改革背景下，针对公职人员的职务违法犯罪行为而进行，涉及被调查人的财产权利和人身权利等重大权利，并能产生刑事追诉后果，整合和融合了行政和刑法，兼具行政和刑事诉讼性质的手段和措施”。而辩护律师的介入“是在涉及自由和财产权利的重大事项的调查和维护犯罪嫌疑人的实体权利和程序权利，保障人权和公正的必要途径、必然要求。”可见，辩护律师介入与调查在案件属性、范畴上存在重合、契合，但不冲突。

## 二、监察委员会调查中 辩护律师应否介入

尽管如前所述，调查与辩护律师介入与在案件属性、范畴上存在重合、契合而不冲突，但笔者仍不急于对这个问题给出结论，笔者再从微观和宏观两个角度进行分析调查。

### （一）微观：调查问题延展分析

#### 1. 调查的后续程序和法律效力

《决定》第二条明确规定，“调查并作出处置决定，对涉嫌职务犯罪的，移送检察机关依法提起公诉”。即监察委调查涉嫌职务犯罪的下一环节是“移交检察机关审查起诉”，它直接对应的后续程序、法律效力是“审查起诉”，它和“审查起诉”实现了无缝对接。而众所周知的是，任何案件包括职

务犯罪案件均需经历侦查之后方能移送审查起诉。

#### 2. 调查与刑事诉讼法的关系

调查和刑事诉讼法之间有无关联，有什么关联？《决定》第三条规定，“在北京市、山西省、浙江省暂时调整或者暂时停止适用《中华人民共和国行政监察法》，《中华人民共和国刑事诉讼法》第三条、第十八条、第一百四十八条以及第二编第二章第十一节关于检察机关对直接受理的案件进行侦查的有关规定，《中华人民共和国人民检察院组织法》第五条第二项，《中华人民共和国检察官法》第六条第三项，《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第五十九条第五项关于县级以上的地方各级人民政府管理本行政区域内的监察工作的规定。其他法律中规定由行政监察机关行使的监察职责，一并调整由监察委员会行使。”据此，《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国人民检察院组织法》《中华人民共和国检察官法》涉及检察机关对直接受理案件侦查的规定，因调查的适用而暂时调整或暂时停用，即调查和检察机关直接受理案件的侦查存在重合和替代性，两者不能并存。

#### 3. 谁来调查

《决定》第一条已经给出了答案，“将试点地区的人民检察院查处贪污贿赂、失职渎职以及预防职务犯罪等部门的相关职能整合至监察委员会”。即检察机关原直接受理案件侦查的职能转归监察委，原职能部门和人员“转隶”到监察委，结合前述检察机关停止适用刑事诉讼法直接受理案件侦查的相关规定，检察机关“转隶”部门和人员参与调查职务犯罪案件是一个不证自明的结论。

#### 4. 怎么调查

根据《决定》，调查手段包括“谈话、讯问、询问、查询、冻结、调取、查封、扣押、搜查、勘验检查、鉴定、留置”等12项措施，涉及人身权利和财产权利，其中的留置可能限制人身自由的时间很长，甚至可能长于一般刑事案件的羁押时间。即调查手段严厉，对人身权利和财产权利具有强制性。

根据上述分析，“调查”的程序属性、实质权属已经呼之欲出了。对涉嫌职务犯罪的“调查”已经溢出了“行政调查”的内涵，是名为“调查”实为“刑事侦查”。该“调查权”实为“刑事侦查权”。

### （二）宏观：法治和人权保障

无需赘述，法治在我国发展全局中的地位和作用不断得



到提升、拓展和加强，我国社会主义法治建设不断前进，人权司法保障制度不断完善，法治中国建设的路径既清晰又务实，让人民群众在每一个司法个案都感受到公平正义被时刻践行。有权也不任性，权力逐渐被关进制度的笼子里，“权利制约权力”、审判中心主义、庭审实质化、证据裁判原则等已经成为不争的常态事实。可以说，法治和人权保障在我国已达到了前所未有的高峰，已经得到了长足的进步。2013年1月1日刑事诉讼法的施行即为明证。在此背景下的监察体制改革遵循“法治和人权保障”原则，毫无疑义。法治和人权保障是改革思考的基本前提和底线。而调查作为监察体制改革的重要组成部分，理应发扬“法治和人权保障”原则，在实现职务犯罪侦查权向调查权的衔接中，也要实现“权利”的衔接，不允许出现“权力衔接、权利断层”的局面；理应着眼于“法律程序正当化”，贯彻审判中心主义和庭审实质化；理应继续发扬“权利制约权力”的监督作用。即调查在“法治和人权保障”方面只能前进，不能倒退。

经由以上微观、宏观两大角度的分析，结合前一的论述，辩护律师介入监察委员会调查已成为唯一的答案。

### 三、辩护律师如何介入 监察委员会的调查

#### （一）原则

笔者认为，辩护律师介入调查的原则应该是：以“法

治”“人权保障”的既有标准不降低，既有举措不减少作为基本前提；以“只升不降”为原则；以拓宽、提升包含刑事诉讼法在内的当事人权利保护机能为导向。

#### （二）具体方式

目前，监察体制处在试点阶段，国家监察法尚未制定，试点的第一案、第二案……都相继产生，调查已经进入“真刀实枪”的实战阶段，而《决定》并未涉及辩护律师的介入，刑事诉讼法对职务犯罪案件律师的介入早有规定，为避免“权利悬而未决”形成“权利真空”，监察机关应依照刑事诉讼法开通辩护律师介入调查的通道，具体程序可以参照刑事诉讼法及相关解释进行。这是比较现实、务实、具体的方式。

## 四、期待和建言

国家监察体制改革是重大的政治体制改革，是既体现全面从严治党与全面依法治国有机统一，又实现党内监督和人民监督有机结合的顶层设计和制度创新，如改革试点从北京、山西、浙江三地转向全国施行，则应当以法律的形式将改革的成果固定下来，制定国家监察法，并在其中将辩护律师的介入进行详细规定，既实现以法治保障监察制度的规范运行，也实现以法治保障权利的有效行使。👊



# 以“人民的名义” 论奇货可居的“违法性”

——从“首例”炒房无效的判决说起

■ 陈宇, 任视宇/文

天津市滨海新区法院首开先河, 判决中介炒房认定合同无效, 引得网友及专家、学者纷纷拍手称赞, 对该判决的社会意义及法官的智慧勇气大加褒奖。一时间“炒房中介”变成过街老鼠人人喊打, 而一边倒的舆论趋势使得对于判决结果稍有质疑就被口诛笔伐, 鲜有几篇质疑该判决法理基础的文章, 最终却都落脚于为认定合同无效寻找更加合理的法理基础。然而, 作为法律从业者, 我们始终认为对于看似正义却有悖法理的判决应“在法言法”, 大可不必因为“有违民意”而缄默不语。

## “每日新报”说

经查, 截至本文推送之日, 权威网站并未刊登该案件判决书原文(中国裁判文书网查询连接: <http://wenshu.court.gov.cn/>), 笔者亦未曾参与本案, 基于此, 本文仅依据《每日新报》及相关媒体报道对本案基本案情的介绍进行分析讨论。据《每日新报》介绍: “2016年3月, 尤某某与吴某某签订房屋买卖居间合同, 约定以81万元购买吴某某的房屋一处, 并约定同意买方在办理该房屋手续时过户给第三方。后来吴某某发现尤某某系从事炒房的人员, 便明确表示解除合同。”

尤某某将吴某某起诉到法院, 要求继续履行合同, 并赔偿损失。法院围绕合同缔约履行过程, 约定过户第三方的目的等方面进行了审理, 认为原告尤某某利用其具有的房源信息优势及熟悉房屋交易流程优势, 签订该买卖合同的目的是为了转售他人, 并非要购买被告名下的涉诉房屋, 其签订买卖合同并非真实意思表示, 故该买卖合同不成立, 进而认定合同无效。”(以上信息来源于2017年4月10日《每日新报》第3版“天津新闻”。相关链接: [http://epaper.tianjinwe.com/mrxb/mrxb/2017-04/10/content\\_7579202.htm](http://epaper.tianjinwe.com/mrxb/mrxb/2017-04/10/content_7579202.htm))

## 律师简介

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



陈宇



任视宇

## 讨论“动机”

根据散见的报道, 天津市滨海新区法院对该案作出判决的法律依据为: 中介人员是为了“炒房”而非“买房”, 所以中介人员的意思表示不真实, 故此合同不成立。然而, “炒房”和“买房”并非同一层面的概念, 二者也不存在对立性和排他性, “炒房”侧重于描述当事人在购买房产时的心理活动, 学理上称为动机, 即作出意思表示的内心起因。动机并非意思表示的要素, 仅为意思表示的“间接原因”。每个人买房都有自己的心理活动, 比如“结婚”, “落户”, 又比如“孩子上学”。按照该判决的逻辑推演, 无论是为了“结婚”而“买房”, 还是为了“自住”而“买房”, 都不是为了“买房”而“买房”, 属于意思表示不真

实，合同不成立，应该被认定无效。

实际上，因为作出一个意思表示的动机千差万别，民事法理中并不考察动机问题，只有在刑事法理中因涉及犯罪主观方面的认定才会考察行为的动机，如“以非法占有为目的”等。该案件中，“购买房产”或“出售房产”为双方当事人通过签订购房合同所想达到的法律效果，双方意思表示与外在行为表现一致，并不存在意思表示不真实的情形，为此该判决据以做出合同不成立的法理基础有待商榷。

## 讨论“公序良俗”

有的学者另辟蹊径，从“违反公序良俗”的角度为判令合同无效寻找法理基础。其理由是，鉴于国家已经针对“炒房”行为采取严格的调控措施，因此恶意炒房、扰乱市场秩序的行为，可被评价为《民法总则》第一百五十三条规定的“违反公序良俗”的行为。

对于前述观点，我们无法苟同。“炒房”行为究其本质无非是基于对房价的合理预计而进行投资的行为，先不论“炒房”对房价高企的作用到底几何，单就我国房产政策而言，其仅仅是针对房地产市场交易行为的事先调控，但从未禁止房产投资行为。而以国家政策为理据，通过司法的途径彻底否定“炒房”的合法性，则属于通过司法手段对房地产市场交易行为进行的事后干预，其曲解了国家政策“调控”本意，实为矫枉过正。此先河一开，所有以投资为目的签订的房屋买卖合同又将何去何从？

实际上，公序良俗起源于罗马法，是指国家社会的存在及其发展所必需的一般秩序及一般道德。自房产成为商品后，投资房产本身即是普遍且合法的市场行为。试问房地产市场投资如非实行市场经济的我国的公序何为公序，恪守合同自担风险不是良俗何为良俗？

## 讨论“利益”

行文至此，我们不得不说我们有可能忽略了另一层利益关系。回到该案件中，细心的读者会发现，除了中介和卖方

之外，直接的利害关系人还有涉案房产的最终买方。涉案合同的无效必然导致最终买方与中介之间的房屋买卖合同无法继续履行，而在房价一日三变的情况下，其是否还能以相同的价款购买同样的房产？其合法权益又将被置于何处？

另一方面，既然该判决考虑中介人员的买房“动机”，那么我们也来探讨一下卖方提出合同无效的动机。如果房价暴跌，卖方是否依然会提出前述主张？合同无效的情况下究竟是保护了合法权益，还是使得违背忠实履行合同义务的一方获得其他收益？

## 其他选择

实际上，在我国的司法裁判中，关于中介炒房的判例早已有之。中介参与炒房通常存在两种方式：一种是中介人员在进行中介服务时，隐瞒真实买卖双方的信息，同时与卖方及买方分别订立买卖合同，一方面压低卖方的出售价格，另一方面抬高买方的购买价格，在中间赚取差价。另一种是利用其丰富的房产交易经验，选择升值空间大的房产签订房屋买卖合同，在履约过程中另行出售房产，赚取房产升值差价。

根据以往的判例，在第一种情况下，因中介人员的行为实际上系“自我代理”，该行为违反我国民法中关于代理的规定，违背居间合同义务，故此应由中介根据其抢占缔约合同机会而获得“差价”赔偿买方的损失。而在第二种情况下，因中介人员仅系身份特殊，其与所谓的“房虫”及普通投资购房者并无实质的区别，其不应承担任何的责任。

重新审视天津市滨海新区法院的此则判例，其目的有可能是为了打击个别房产中介违反居间合同的忠诚义务的炒房行为，出发点具有一定合理性。但是，目的合理，却不应“缘心论罪”。该判决并非首例关于“中介炒房”的判决，其对当事人利益的平衡，对社会交易行为的指导也非最优的判决，对于法律的适用及法理的阐述更非最合理的判决。仅仅不过是在此风口浪尖之时判定合同无效，所以轰动，但中介炒房至今已存在多年，为何今日才有合同无效的“首例”？👊



# 别让情感替代了法律

## ——也谈“辱母伤人案”

■ 杨照东 / 文

近日，网上都在热议于欢案。对于法院的无期徒刑，网民给予了普遍的质疑。也有专家认为于欢的行为属于正当防卫，不应承担刑事责任。

在我看来，无期和无罪的说法都是错误的。于欢的行为应属防卫过当。

### 于某的行为 具有防卫的性质

一审判决认为：于某持尖刀捅刺多名被害人腹背部，虽然当时其人身自由权利受到限制，也遭到对方辱骂和侮辱，但对方均未有人使用工具，在派出所已经出警的情况下，于某和其母亲的生命健康权利被侵犯的现实危险性较小，不存在防卫的紧迫性，所以于某持尖刀捅刺被害人不存在正当防卫意义的不法侵害前提。

这一认识在事实与法律上均有失偏颇。

杜某等人当时对于某母子做了什么？该判决援引的证人刘某某证实：杜某面对着于母脱下了裤子；证人马某某证实：讨债人辱骂、殴打了于某母子；证人张某平证实：被害人杜某面对着于母脱下裤子，露出生殖器。

证人张某证实：杜某拿于某的鞋捂于母的脸；证人么某某证实：杜某面

### 杨照东律师简介



京都律师事务所高级合伙人。杨照东律师执业20余年，先后担任过中国大陆首富黄光裕内幕交易案、浙江亿万富姐吴英集资诈骗案等国内重大刑事案件的辩护，在职务犯罪和经济犯罪领域有深入的研究并取得了显著的业绩，被媒体誉为“大要案专家”、“最低调的大律师”。2013年获《亚洲法律评论》十佳诉讼律师大奖。

对着于母脱了裤子，……我们把于某摁在了沙发上；证人张某森证实：杜某搥了于某一巴掌，并脱了裤子，用阴茎对着于母。值得说明的是，这三个证人是与各被害人一同前往的讨债之人。

伤情鉴定结论：于某左项部可见一横向表皮剥脱，左肩部可见多出皮下出血。

至此，完全可以认定：被害人对于某母子实施了拘禁、殴打、强制侮辱

的行为。不仅拘禁行为一直在持续中，从被害人郭某某“我们让于某坐沙发上，他不坐，他走到办公桌南边那里去了，我们几个也跟了过去”的陈述和证人刘某某“那伙要账的人围着于某，有人拿椅子朝于某杵，于某一直往后往南退，退到一个桌子跟前，我发现于某手里多了一个水果刀朝着他的那几个人挥舞”的证言中，还可以看出，于某是在各被害人及其余讨债人围住、逼近自己且有人拿椅子杵自己的情况下动的刀子。显然，被害人不仅对于某母子实施了不法侵害，并且该不法侵害行为正在进行中，此时于某用刀捅刺被害人毫无疑问具有防卫的性质。

### 于某的行为系防卫过当

虽然各被害人对于某母子实施了不法侵害，但他们的行为仅限于搥巴掌和拿椅子杵，于某持刀捅死捅伤被害人，显然超出了必要的限度，构成防卫过当。

有人认为，于某实施的是无限防卫，依法不应负刑事责任。这种认识脱离了本案的事实。刑法规定的无限防卫是指“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任”，可见，无限防卫权的行使

必须具备“严重危及人身安全”这一起因条件。本案中无论是“非法拘禁”还是“搥巴掌”、“用椅子杵”，显然都没有达到“严重危及人身安全”的程度，在这种情况下，于某无权进行无限防卫，其超过必要限度的防卫行为造成了不法侵害人的伤亡，应当承担刑事责任。

## 一审判量刑畸重

防卫过当，应当负刑事责任，但应当减轻或者免除处罚。一审判决没有认定防卫过当，也因此没有对于某做减轻处罚，导致了量刑畸重。

退一步讲，即使不认定防卫过当，一审判决也同样存在量刑过重的问题。根据刑法第二百三十四条的规定，犯故意伤害罪致人死亡的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑。可见，与故意杀人罪不同，故意伤害罪的量刑顺序是从轻到重，对犯故意伤害罪者，除非手段特别残忍或致死多人，司法实践中一般都不会判处死刑。对于本案来说，不考虑其他任何从宽情节，正常的量刑也就是无期徒刑。但是，本案中客观地存在着被害人过错，并且是严重过错的问题。山东省高级法院2014年发布的“关于常见犯罪的量刑指导意见实施细则”规定：“被害人有过错或者对矛盾激化负有责任的，综合考虑被害人过错程度、犯罪性质和后果等情况，可以减少基准刑的40%以下”，据此，即使不认定防卫性质，基于被害人的过错，本案也应该在十至十五年有期徒刑的幅度内科刑。

如果认定于某的行为属防卫过当，则应该做减轻处罚，在三年以上十年以下的幅度内科刑。

## 民警有不作为之嫌

出警的民警已经目睹了讨债人封堵了于母公司的的大门，在公司门前抱厦台上烧水（据说按照当地的习俗这是出殡中才有的举动）、烧烤、饮酒，妨碍公司的正常经营；也应该听到了于某母子及相关证人讲述讨债人拘禁、殴打、强制侮辱的过程；应该意识到如果讨债人的行为继续下去可能会危及于某母子的人身安全。讨债人的行为至少已经触犯了治安处罚法，出警民警至少应该阻止他们强行讨债，至少应该要求他们撤出公司，至少应该强制他们中止拘禁，至少应该对他们的拘禁、殴打和强行侮辱行为做出治安处罚。但事实是，他们没有这样去做，他们只是留下一句“要账不能打架，不能打人，好好说”。他们没有切实履行人民警察的职责，构成了“不作为”。

## 司法不公背后原因何在

其实，人们在质疑本案的裁判结果缺少公平公正的同时，更关注的是司法不公正背后的原因。

如前所述，一审判决中援引的证据已经很充分地证明了被害人对于某母子实施了非法拘禁、强制侮辱、殴打等不法侵害行为。既然如此，为什么在检察机关的起诉书中只是轻描淡写地表述为“杜某等人限制该公司老板苏某及其子于某的人身自由并辱骂二人”？为什么一审判决书中同样只是轻描淡写地表述为“并对二人有侮辱言行”？为什么在明显存在前述正在进行的不法侵害的情况下，一审判决还认为“于某持尖刀捅刺被害人不存在正当防卫意义上的不法侵害前提”？

基于对事实和法律认识的局限，做出不当的侦查、起诉和判决，似乎也在所难免，所谓仁者见仁、智者见智。人们对这种专业技术层面的缺陷能够给与一定的宽容和谅解。但如果是基于某种利益的驱使明知错误而故意为之，那就是草菅人命、枉法裁判的问题了。对这样的问题，人们不会姑息。

## 先求真相再论是非

这个案件背后的真相究竟是什么？我们不去猜测，还是那句话：先求真相，再论是非。

好在最高人民检察院已经介入此案，一切都将真相大白！

一起普通的刑事案件得到了社会的如此关注，这无疑是一件非常好的事情，所谓“以个案推动立法，由民众推动司法公正”。聆听各种不同的声音，对我们的法治建设颇有裨益。

客观地讲，聊城中院的一审判决虽然在量刑上存有错误，但在故意伤害罪这一罪名的认定上并没有错。于某防卫过当固然情有可原，但他并非无罪。

谁都有母亲，谁都有情感，面对凌辱自己母亲的加害者，任何一个人都会舍命相迎，誓死反击。善良正义的普通百姓同情于某，斥责讨债人，从情与理的角度，用充满着人情的味道去评价司法裁判的结果，这一切无可厚非。但是，对于法律人来说，如果不能着眼于事实和法律，过于感性地对待此案，则可能会偏离法律的轨道，得出的结论可能会有失公允。

无论如何，法律上的事终究还要从法律的角度去思考和评价，情感终究不能替代法律。👊



# 司法，请捍卫我们为人的尊严

■ 邹佳铭 / 文

“刺死辱母者”案短短几天在网上迅速发酵，除了它挑战中华民族延续几千年的亲情伦理之外，还触碰了我们每个人都异常敏感和脆弱的地方——尊严。智利作家尼高美德斯古斯曼说：“尊严是人类灵魂中不可糟蹋的东西。”但是在这一事件中，让我们触目惊心的，不仅是多名讨债者肆意践踏他人尊严的极端讨债行为，更是执法者和司法者对人的尊严的极端漠视。

据媒体披露，杜志浩等人对苏银霞和于欢母子采用了种种侮辱手段，包括将苏银霞按到有屎的马桶里、骂不堪入耳的话、用手机大声对母子俩播放黄色录像、将于欢的鞋子捂在苏银霞的嘴上、故意将烟花弹在苏银霞的胸口。更为不堪入目的是，“杜志浩脱下裤子，一只脚踩在沙发上，用极端手段污辱苏银霞”。在杜志浩等人身上，我们看不到他们作为人应有的一丝一毫的自重和善良，没有人可以对这种将他人尊严踩到脚底任意蹂躏的行为无动于衷，但是很遗憾的是，我们的司法居然做到了。值得我们且需要我们反思的是，山东省聊城市中级人民法院的判决为什么缺失了作为人应有的常情和常理，再一次背离了大众心中的正义，从而引发媒体和大众铺天盖地的口诛笔伐？

根据一审判决书，案发当天苏银霞和于欢母子被讨债者控制在办公楼接待室后，工厂员工报警，民警出警后在整个现场只停留了短短的四分钟，留下：“恁要账归要帐，不能打架”后就扬长

## 邹佳铭律师简介



京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任。2002年至2009年一直脱产研习刑法，武汉大学刑法学博士。2009年至2012年在北京师范大学刑事法律科学研究院做博士后研究，在校期间，公开发表学术论文20多篇，专著一部。攻读博士和博士后研究期间，兼职从事律师工作。现为专职刑辩律师，同时兼任高校刑法学硕士导师。邹佳铭律师专业领域是刑事辩护，擅长复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的效果。2015年和2017年分别被《亚洲法律杂志》评为“中国最佳女律师”和“中国十五佳诉讼律师”。

而去。言外之意，警察只管打架，只要不打伤打死，其他行为他们都可以睁只眼闭只眼。讨债者的所作所为似乎也契合警察的这番话，整个过程虽然对苏银霞、于欢母子极尽精神侮辱之事，却将对他们身体的暴力控制在一定范围之

内。我们无法确定是警察纵容了讨债者，还是讨债者迎合了警察。但是，无法改变的事实是，警察的袖手旁观彻底摧毁了于欢的最后一丝希望，他找到水果刀刺向讨债者，酿成了最后的悲剧。

卢梭在《社会契约论》中曾说过这样一句话：“我们都只不过是成为公民之后，才真正开始成为人的。”成为人，意味着克制动物的本能，具有人的理性。但是前提是，国家能够给我作为公民应有的尊严和保护。如果国家不能保护她的公民，就不能要求公民放弃自力救助，任人宰割。因为自卫是人的本能，我们让渡这种权利给国家，是因为国家可以也应该更好地保护我们和社会。在国家保护缺失的地方，一定是私力救济泛滥的地方。当警察转身的刹那，就是于欢起身反抗的时刻。

但是，令人悲哀的是，不仅警察遗弃了他们，法官对他们的处境也置若罔闻。一审判决认为：“对方均未有使用工具，在派出所已经出警的情况下，被告人于欢和其母亲生命健康的权利被侵犯的现实危险性较小，不存在正当防卫的紧迫性。”当身穿警服、头戴国徽的警察明确告知只要不“打架”就听之任之，苏银霞和于欢母子想跟随警察而出被阻止，警察对他们的求助无动于衷时，任何一个人都可以想象他们当时的绝望，以及由此而生的紧迫感。而一审判决书却冠冕堂皇的将警察出警作为不予认定正当防卫的理由，在此我们质疑的不是法官的专业知识，而是他作为法



官应有的良知。“正义依自然而存在，而不是依任何定义或原则而存在。”当我们的司法一次次背离人的常情和常理，正义就荡然无存。

这段判词事关本案能否成立正当防卫，还有两个问题值得探讨。其一，正当防卫保护的是不是如一审判决所认定的，只有使用工具才能侵犯的人的生命健康权？刑法第20条明确规定，正当防卫是“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害”，所以，它保护的不仅是人身、财产权，还包括刑法所保护、在本案中屡被侵犯的人的尊严。而尊严是什么？用中国社科院甘绍平研究员的话，“人的尊严是一项权利，即不被侮辱。”我们不能因为讨债者未使用工具，就无视他们在众人和儿子面前，对一个母亲所实施的难以启齿的羞辱，同时也是对一个儿子最彻底的蔑视。如果法官认为我们对这种令人发指的侮辱应该保持理性，那么除非他不把我们视为人，因为这是我们为人最低限度的尊严；也不把自己视为人，因为这是我们为人最共性的感受。

其二，本案是否存在不法侵害的紧迫性？我们注意到，一审判决书同时认定：“其人身自由受到限制，也遭到对方辱骂和侮辱”。苏银霞和于欢母子在接待室相对封闭、人身自由被对方十一个身强力壮的男子限制的情况下，他们没有任何选择离开的机会，而是处于一种人为刀俎，我为鱼肉的危险境地。在警方已经离开现场，讨债者把于欢按倒在沙发上阻止他们逃离的情况下，再次施暴或者侮辱的可能性是箭在弦上、一触即发，如果我们否认这种情况下的“紧迫性”，只能说法律沦为玩于股掌之中的文字游戏。当然，我们还需强调的是，陷入紧迫危险境地的不仅是他们母子的生命健康权，还有他们之前一再被凌辱的人格尊严。

相较于有形的生命健康权，人的尊严更像是一种看不见、摸不着的存在，但是它是当今世界文明的一个核心要素。20世纪中叶，基于对德国纳粹灭绝人性暴行的深刻反思以及亚非拉民族解放运动的政治需求，《联合国宪章》“重申基本人权、人格尊严与价值”。《世界人权宣言》开宗明义第一条也规

定：“人人生而自由，在尊严和权利上一律平等”。尊严理念成为一项为国际社会和全球文化所普遍认同的法律原则，我国宪法第38条就明确规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”同时，刑法将这一理念一以贯之，将侮辱、诽谤和诬告陷害等行为入罪。由此以观，一审判决对苏银霞、于欢母子人格尊严的漠视，不仅导致了本案一审对正当防卫做出了错误的认定，也违背了我国法律的基本精神，更是与世界文明背道而驰。

我们还应该认识到的是，司法判决不仅仅处置个人的自由和生命，更是一个社会行为和精神的指向针。我们的判决褒奖什么，社会就弘扬什么，人们就趋向做什么。“虽然尊严不是一种美德，却是许多美德之母”，一个没有尊严的人，不懂得自爱，必不会爱人。一个连自己的母亲都不能保护的人，我们如何指望他在他人危难之际见义勇为，在国家危难之际挺身而出。正如龚自珍所言：“士皆知有耻，则国家永无耻矣。”司法，请捍卫我们为人的尊严！



在刘铭律师指导下，学员画出第一幅水墨画

# 墨香光影，文化京都



学员观摩王九川律师如何运笔，并练习



王九川律师演示用笔的力度



赵岐龙律师讲解摄影的三分之一构图法

2017年4月13日，京都翰墨书香社团首次开课，拉开了京都系列文化课程的序幕。除了翰墨书香社团，京都还有丹青国画社团、追光逐影社团等都陆续推出了精彩课程。

翰墨书香社团主打书法与篆刻，由京都高级合伙人王九川律师传授其中的秘籍。

丹青国画社团探寻丹青之妙，邀请京都高级合伙人刘铭律师主讲，用艺术美感染一批京都人。

追光逐影社团由京都高级合伙人赵岐龙律师领头，汇聚了一批热爱摄影，用瞬间定格美丽的爱好者。

气质、风度、卓越始终是京都人不懈的追求。在追逐过程中，又不断孕育着京都文化。🐓



学员通过观察相机理解大小光圈的区别



刘铭律师解释如何构思画的布局



刘铭律师演示调墨的方法



书法作品：天下为公，法立则一  
作者：刘亚谏  
作品是国家一级美术师刘亚谏先生  
在2017年京都年会现场的题词



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