京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM
2019/01
季刊 总第127期

京都律师事务所
King & Capital Law Firm

P40企业当下面临的非典型性劳动法问题解决方案

P38 特稿 / 淬变2019——田文昌律师在京都年会上的致辞

P63 京都实务 / 认罪认罚从宽案件中被告人的十大权利

P93 京都论法 / 《外商投资法》通过对现行外商投资法规的影响

京都入选《亚洲法律杂志》2018年中国最大30家律所榜单

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

京都律师事务所成立于1995年，是国内较早设立的合伙制律师事务所之一，2018年经过批准，改制为特殊普通合伙制律师事务所，注册资本2026万。经过二十多年的稳健发展，京都不仅在诉讼领域持续居于全国领先地位，而且在公司事务、证券与资本市场、投融资与并购、能源与环保、涉外投资、知识产权、娱乐传媒、婚姻家事、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。京都律师事务所总部位于北京CBD中央商务区，办公面积超过5000平米，在上海、深圳、大连、天津、南京设有分支机构。截至2018年末，京都拥有逾500名执业律师。

作为规模化、专业化、综合化的大型律师事务所，京都在不断提高律师专业化的基础上，提倡服务综合化，顺应逐渐增长的多元化法律服务需求，为客户提供全方位、高水准的法律支持与服务。

亚洲法律杂志（ALB）是汤森路透旗下的高端法律杂志，是全球最具影响力的法律媒体之一，其奖项授予在各专业领域表现最为出众的律所。ALB评选榜单影响力覆盖全球多个地区，素有法律界“奥斯卡”之称。

刑辩律师专业化的方向

杨炘

2019年3月30日上午，中国西安。

西北政法大学法律硕士教育学院与刑事辩护高级研究院联合举行“刑事辩护方向硕士研究生”实务导师聘任仪式。

京都所田文昌老师，朱勇辉、门金玲、王九川、杨照东、柳波、梁雅丽、徐莹和我被聘为“刑事辩护方向研究生”实务导师。

“刑事辩护方向研究生”是西北政法大学面向全国招生的一门新专业，是全国法律类研究生的首创。刑事辩护高级研究院也是西北政法大学的创举。我和我的京都同事有幸见证并且参与其中。

众所周知，2019年是中国律师制度恢复40周年，也是中国刑事辩护制度恢复、建立、建设和发展的40年，是全社会呼唤法治、建立法制、确立依法治国的重要时期。

法治的核心，一方面是建立秩序，另一方面就是保护权利。而保护权利的核心就是保护人的基本权利。刑事辩护正是具体来实现人的权利保障的具体形式和具体方法。

换句话说，任何权利的保障都需要通过具体的程序，规则、途径和方法去具体的实现和完成。它是一种专业，更是一项技能。需要具体的操作，需要熟练的运用。不是泛泛而谈，更不是纸上谈兵。

尤其，刑事辩护关涉人的生命与自由。这就要求，从事这项工作的刑辩律师更专业，更专注。需要有扎实的理论功底，丰富的实践经验，系统的刑辩技能。

问题是，在中国四十年的律师发展过程中，并没有人教过，也没有人学过如何刑事辩护？怎样刑事辩护？具体而言，辩护律师应该如何开庭？法庭上如何发问？如何举证？如何质证？为什么要质证？如何发表辩护意见？如何撰写辩护词？

田文昌老师说，他做了三十五年的律师，也没有人教过他这些具体的问题究竟该如何应对，如何处理。怎么做才是正确的，合理的，应该的，专业的。他的所有方法和答案都是自己在律师实践中自己摸索琢磨出来的。对不对？正确不正确？没有答案。

事实上，中国的每一位刑辩律师都是如此，每一个执业律师都有自己的一套方法。

这说明两个问题：中国的刑事辩护律师没有受过专业的系统的培训；中国的刑事辩护律师迫切需要进行专业的系统的培训。

问题又来了，谁来培训？谁会培训？怎么培训？培训什么？

正是基于这样的行业需求和深度思考，在田文昌老师、贾宇检察长（时任西北政法大学校长）、汪功新先生等西法大杰出校友的共同推动下，西北政法大学成立了全国首家刑事辩护高级研究院。在刘仁琦老师和门金玲老师的具体带领下，开始组织全国优秀的刑辩律师，利用“诊所式”的教学方法，梳理刑事辩护的实务技能。而这套学习方法是田文昌老师借鉴美国、加拿大律师培训模式，结合中国律师的实际情况，通过人人参与的实战培训，快速提升律师刑事辩护专业技能而设计的一种中国式的刑辩律师培训新方式。按照刑事诉讼的流程，依据实体法和证据法的规范，把中国律师在刑辩实务中遇到的所有问题深挖、穷尽、归纳、总结。通过集体的智慧和经验，撰写出版《刑事辩护实务教程》（暂定名）和《刑事辩护培训教程》（暂定名）。培养一批为全中国律师培训“刑事辩护”的培训师，因此，西北政法大学将其称为“培训培训者计划”。

这是一项伟大的工程，艰巨而又荣光。我们把中国刑事辩护的四十年经验通过刑辩律师和法学专家集体烧脑，发现问题、提炼问题、总结问题之后，从理论的高度结合司法实践中解决的方法，进行的系统梳理，真正为中国刑事辩护专业化的发展探索出一种方法和路径。

法律是实践科学，刑事辩护更是实践中的一项特殊技能，是解决具体问题的具体方法。

随着以审判为中心的司法改革深入推进，刑事诉讼活动将更加实质化。指控犯罪、定罪量刑也更加规范化、科学化。控、辩、审三方必须严格依法按照刑事诉讼法和证据规则来“就事论事”“讨价还价”。

刑事辩护律师的专业化方向必然是越来越精细化。有意注意，精益求精，刑辩律师任重而道远。因为细节决定成败，刑事辩护的作用就是拯救人的生命和自由，这也正是刑事辩护律师的职业使命。法律的生命在于运用，法治的进步，越来越不在宏大的叙事，而在具体案件细节的雕琢。

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
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 牛支元
柳 波 孙巾力 孙艳辉
郑建鸥
主 编 杨大民
编 辑 孟 妮
美 编 独角兽工作室 臧晓飞

地 址 北京市朝阳区景华南街 5 号
远洋光华国际 C 座22-23 层
邮 编 100020
北京总所电话 010-57096000
全国免费咨询电话 400 700 3900
业务咨询电话 010-85253900
传 真 010-85251268
上海分所电话 021-52341066-1099
深圳分所电话 0755-33226588
大连分所电话 0411-85866299
南京分所电话 025-85231119
网 址 www.king-capital.com
邮 箱 info@king-capital.com

目 录

卷首语

刑辩律师专业化的方向 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

淬变2019

——田文昌律师在京都年会上的致辞 田文昌 / 38

封面主题

企业当下面临的非典型性劳动法问题解决方案

企业在经济转型下如何防控裁员可能引发的法律风险 丁丽萍 / 41

公司解聘高管适用劳动法的困境及对策 贾宝军 / 47

员工医疗期满被解除劳动合同，经济补偿金的基数应当如何确定 张妍 / 51

雇用外国人不注意这些，当心受重罚 王冠楠 / 53

与员工股票期权相关的劳动争议问题 杨木青 / 57

工作场合“性骚扰”事件下的企业应对 贾宝军 许可 / 61

京都实务

认罪认罚从宽案件中被告人的十大权利 朱勇辉 / 63

“大合规”时代与律师服务 肖树伟 韩冰 杨琨 / 69

追求卓越　不负重托

田园综合体项目相关问题初探　孟冰　邓玮 / 75

“黑白合同”难定性　我如何在法律困境中实现胜诉　唐利君　董晓璇 / 81

律师精准辩护，当事人获减轻处罚

——孟钢非法经营案办案手记　袁方臣 / 89

遇到“714高炮”你该怎么办？可以不还吗？　吕志轩　徐玉杰 / 91

京都论法

《外商投资法》通过对现行外商投资法规的影响　金燕　宋月华 / 93

浅谈建设工程价款优先受偿权优点与不足

——对《建设工程司法解释二》的理解与应用　赵岐龙 / 99

美国医药“反向支付”诉讼最新进展　金毅　王玲凌 / 101

比较法视野下中美对芬太尼类物质列管现状研究　汤建彬　朱一博 / 106

被滥用的“可撤销信托”“不可撤销信托”　柏高原　汤杰　张言非 / 113

科创板落地，谁能“分得一杯羹”？　任视宇　陈宇　林琳 / 116

律师·生活

他与他的孤独——《绿皮书》影评　马若飞 / 120

律·诗

我的京都梦　杨大民/ 122

我的京都梦　唐利君　董晓璇　倪燕秋　钟新良/ 123

京都律师

封面题字　江　平

2018年第4期

总第126期　季刊

业　绩

涉嫌虚开发票12亿，检察院最终决定不起诉

近日，由京都律师事务所梁雅丽律师代理的姚某涉嫌虚开发票案，公诉机关最终作出不起诉决定。虚开发票罪是2011年刑法第八修正案新增的一种罪名，因此最终获得无罪或不起诉的案例比较少见，尤其是涉案数额特别巨大的案件。

2017年10月，姚某因涉嫌虚开发票罪被检察院起诉至法院，梁律师在一审阶段接受委托担任其辩护人。尽管介入时间晚，案件极其复杂，但是经过详细阅卷、会见当事人、实地调研、梳理相关判例中的无罪辩点、制定详细辩护方案等精细化、专业化的辩护工作之后，梁律师认为本案不宜认定为犯罪。随后，梁律师向公诉机关提交了律师意见书，经过艰难地沟通与说服，最终公诉机关对姚某作出了不起诉决定。

条分缕析:详细阅卷，图解整个案情

梁律师经过详细阅卷和会见当事人后发现，案件极其复杂。首先，从涉案金额上看，本案涉嫌虚开发票12亿，数额特别巨大；其次，从涉案时间上看，所涉建筑工程时间跨度长达近10年，期间法定代表人和董事长数次变更，涉案合同也曾多次做过仲裁，相关案情还曾被中央电视台报道过；再次，从涉案人员和机构数量上看，本案涉及数十几个公司和相关机构，相关涉案人员近百人。最后，从

梁雅丽律师

程序方面看，本案经历了侦查罪名由行贿罪变更为虚开发票罪，3次延长羁押期限，最高检指定外省检察院审查起诉，退回补充侦查2次。

为了厘清所有相关公司与人员之间的关系，并为后续辩护工作奠定基础，梁律师做的第一个工作便是运用图示法，在一张图上清晰地展现整个案件中相关公司与人员之间的关系，以及整个案件的来龙去脉。

躬行实践:实地调查研究，寻找案件突破口

然而，“纸上得来终觉浅，绝知此事要躬行”，仅仅阅卷和会见当事人还不足以了解案件的全貌，发现案件的疑点，如有涉案现场的案件，辩护律师还必须亲自去现场查看。因此，为了更深入地了解案情，寻找案件的突破口，梁律师数次南下，亲赴涉案的几个现场调查研究，并走访了涉案的相关公司、机构和人员，发现了本案存在诸多疑点，从而成功寻找到案件的关键突破口：证据无罪之辩。

他山之石:检索相关判例，总结无罪辩点

本案中，被告人坚决认为自己无罪。为了更好地制作辩护方案，梁律师在多个数据库中检索到了3个无罪判例和18个不起诉决定书，并从这些案例中分析整理出实体、证据和程序三个方面近30个无罪辩点。结合本案所有证据、被告人的辩解和实地调查报告，梁律师经过研究认为，本案至少符合其中的4个无罪辩点，并在随后提交的律师意见书中附上了所有相关无罪判例和不起诉决定书，并详细阐释了相关的证据无罪理由。

水到渠成:精细化辩护，检察院最终决定不起诉

经过上述精细化的辩护准备工作，梁律师认为本案不宜认定为犯罪，制定了以“证据无罪之辩”为主的辩护方案，主要辩护理由如下：

第一，本案是否存在真实的土石方工程，是否存在虚开发票，事实不清、证据不足。首先，本案现有书证（包括土石方工程合同、土石方工程款的协议书和仲裁裁决书、验收和确

业 绩

认手续等）可以证实，土石方工程是真实存在的；其次，关于土石方工程是否存在的鉴定意见也存在重大问题，无法证实土石方工程不存在；再次，有关土石方工程是否存在的相关证人证言，并非专业的工程人员的证言，属于典型的意见证据，应当排除。

第二，土石方工程及开票行为是公司行为，并非被告人姚某的个人行为。因为所有土石方工程合同都是以公司名义签订的，负责履行、验收、确认工程合同的相关人员都是职务行为，并非个人行为；而且，具体的开票行为也是履行公司已签订合同的公司行为，负责指挥、沟通、实施开票的相关人员同样都是职务行为，并非个人行为。

第三，在决定、联系和具体实施开票期间，姚某并非企业法定代表人和董事长，也不参与公司经营，并非开票行为的直接责任人或负有直接责任的主管人员，这一点有相关董事会决议和工商注册资料予以证实。而关于姚某在此期间系企业实际控制人的相关证人证言，皆属于意见证据，且没有相关证据印证，应当排除。此外，公安机关两次远程勘验工作记录的内容，仅能证明姚某收到部分相关邮件，也不能证实姚某在此期间系企业的实际控制人。

第四，姚某对于土石方工程及开票行为并不知情，并未实施指控的行为。首先，具体联系挂靠相关公司的工作是由公司前任董事长在指挥，姚某并不知情，后期才知道公司挂靠的事情。其次，2012年第一次开票是公司前任董事长具体负责的，姚某不知情，2013年的第二次开票则是公司前任董事长过世前早就已经联系好的，他死后的继任者姚某及相关工作人员仅仅是按照他之前的安排，继续完成了开具发票的具体程序工作，而且继任者姚某对这些发票所对应的数年前的土石方工程是否存在并不知情。最后，也最为重要的是，整个工程款在相关公司的流转进出都是公司前任董事长在负责指挥，姚某继任之前早就完成了，因此，姚某对相关资金的流转进出并不知情。

鉴于此，梁雅丽律师向公诉机关提交了律师意见书，经过艰难地沟通与说服，最终检察院采纳了辩护律师的核心意见，“认为侦查机关认定的犯罪事实不清、证据不足，在案证据不能证明姚某系犯罪单位直接负责的主管人员或直接责任人员，不符合起诉条件，依法决定对姚某不起诉。”

杨照东律师、夏俊律师办理的吴某贪污、行贿二审案件裁定撤销原判、发回重审

近日，河北省高级人民法院就京都律师事务所杨照东律师、夏俊律师代理的吴某贪污、行贿案下达了二审刑事裁定，法院最终采纳了辩护律师提出的关于一审事实不清、证据不足的辩护意见，裁定撤销原张家口市中级人民法院对吴某的一审判决，发回重审。

杨照东律师、夏俊律师于2015年9月接受当事人委托，担任吴某贪污、行贿案二审的辩护人，由于案件重大复杂，河北省高院多次报请最高人民法院延长审理期限，本案二审历经了长达三年多的时间。在这三年多的时间里，杨照东律师、夏俊律师做了大量的辩护工作，多次会见当事人、反复研读阅卷、及时取证、多次与办案机关积极沟通辩护思路，经过律师专业负责、锲而不舍

杨照东律师

夏俊律师

业　绩

的有效辩护，这起疑难复杂的案件终于迎来了曙光！

多次会见、调查取证、浏览案卷，做好充分准备工作

本案中，原一审判决认定吴某犯贪污罪，判处有期徒刑八年，并处没收个人财产50万元；犯行贿罪，判处有期徒刑十年，数罪并罚后，决定执行有期徒刑十四年，并处没收个人财产50万元。

杨照东律师、夏俊律师接受当事人家属的委托后，多次会见当事人，充分了解案件的细节和背景。同时，紧密结合会见和阅卷的情况，进行了及时的、有针对性的调查取证工作，为开庭辩护做好了充分的准备。

反复研读、深入研究、深耕细作，确定有效辩护思路

由于案情重大复杂，辩护律师多次阅读卷宗，对全案材料反复研读，进行详细的分析和梳理，制作了大量的阅卷笔录、分析表格，并针对案件开展讨论和研究，在对案情和案卷材料全面把控之后，最终确定了有的放矢的事实之辩与法理之辩相结合的辩护策略。

一审判决中认定有关贪污罪的犯罪事实，其中有一笔是关于吴某与李某（同案，原交通局领导）共同贪污1000万元的认定，辩护律师认为该认定事实不清、定性错误，吴某不应当构成贪污罪。

辩护律师展开事实之辩：首先，吴某与李某没有贪污的共同故意。李某想占有这1000万是自己个人产生的想法，事先并没有和吴某商量，二人无共谋，直到结算了工程款，李某才提出向吴某从支付的工程款中索要1000万元好处费，此时吴某才知道他的想法。从李某索要1000万的时间点来看，是在给吴某结算工程款之后提出的，之前二者并没有合谋，因此辩护律师认为吴某不具备与李某贪污的共同故意。其次，在本案中，吴某与李某也没有实施贪污的共同行为。这1000万工程款如何操作结算都是李某去安排相关人员办理，吴某从头至尾没有参与过。

辩护律师同时也提出法理之辩：首先，吴某向李某提出的结算工程款的数额是合理的，他要求支付的款项是自己应得的工程款，而非侵占国有资金。吴某提出结算工程款的请求，是作为施工方的正常请求，是一种民事上的要约行为，是合理并且有依据的，他的结算要求，甲方路桥公司也是认可的，这一切都是公开透明的操作，而非吴某私下套取、骗取工程款。其次，在本案中，李某要求吴某将结算的7000万元工程款中的1000万元作为好处费返还给他，有关这一行为的定性，一审判决明显错误。辩护律师认为，李某的行为应当定性为索贿行为，而非贪污，由于吴某最后并没有将这1000万给他，那么李某的行为应当构成索贿未遂，吴某则不应当构成犯罪。

一审判决中关于行贿罪的事实，认定李某利用担任项目部经理、路桥集团总经理的职务便利，为吴某在拨付工程款、承揽工程方面提供帮助，吴某为感谢李某的帮助，数次送给李某现金100万元、购物卡4万元。辩护律师认为同样存在事实不清，证据不足的问题。

辩护律师针对事实和程序提出如下辩护意见：吴某和李某均提出行受贿104万的笔录是在刑讯逼供的情况下形成的，一审法院排除了监视居住期间形成的言词证据，但其他阶段形成的行受贿笔录仍作为定案依据。但辩护律师认为这些证据存在着重复性自白问题、办案机关没有按照法律规定在每次讯问时进行同步录音录像的问题、办案人员询问时间与笔录反映出来的篇幅长短和时间长短不一致等问题。辩护人认为，由于程序上的不合法，证据的真实性令人怀疑，相关证据不具有可采性。因此，一审中仅凭行受贿双方的口供来定案，没有充分证据证明行贿款的来源和去向，更无其他证据相佐证，据以定案的言辞证据又存在着明显瑕疵。根据补强证据规则和疑罪从无的原则，不应当认定被告人有罪。

认真负责、持续关注、不懈沟通，复杂案件终有转机

2016年8月，本案二审开庭之后，由于案情重大复杂，河北省高院报请最高人民法院，多次延长审理期限。在等待二审判决下达的两年多时间里，两位律师仍然用高度负责的态度，持续关注和沟通案件的进展。最终，辩护律师提出的有关本案一审判决事实不清、证据不足的观点被二审法院采纳。二审法院在裁定中指出，因事实不清，撤销原判、发回重审。

杨照东律师、夏俊律师在承办重大复杂刑事案件的过程中，体现出了京都律师专业、尽职、高效的辩护水平！

业 绩

京都律师团队再创佳绩
涉案上亿元的非法吸收公众存款案不予逮捕

2019年2月21日，涉非法吸收公众存款案上亿余元的犯罪嫌疑人王某某、秦某终于走出了看守所大门获得自由。经过京都律师事务所孟粉、张金龙、符琛律师团队的不懈努力，检察机关最终采纳了律师申请不予批准逮捕的法律意见，非法吸收公众存款涉案上亿余元的犯罪嫌疑人王某某、秦某成功未被批捕。

该案件是以董事长为首的某家族公司涉嫌非法吸收公众存款罪案件。2019年2月在本案侦查初期，京都律师事务所孟粉、张金龙、符琛团队律师分别接受当事人亲属的委托，为董事长王某、财务王某某、业务员秦某提供刑事辩护。接受委托后，律师分别会见涉案当事人，对关键事实和焦点问题进行多次核实。随后在该案报送逮捕阶段，团队律师就每个当事人的案件事实分别向检察院提交了申请不予批准逮捕的法律意见书，详细阐述了应对其作出不予批准逮捕决定的理由，并对本案的案情以及所涉法律问题进行了分析。检察官在耐心听取辩护意见后分别对王某某、秦某不予批捕的决定。团队的辩护方案不但使王某某、秦某得以走出看守所大门获得自由，辩护的专业性也得到当事人的高度赞许和认可。

非法集资类案件有其独特性，根源在于资金链的断裂，实践中最大的难点在于涉案财物追缴和资产处置问题。但是司法实践中，非法集资类案件处理最能体现宽严相济刑事政策。辩护律师必须学习把握中央关于非法集资案件处理的刑事政策导向，结合个案证据情况，进行有针对性并极具个性化的专业辩护。通过办理多起类似的案件，我们认为：

孟粉律师

符琛律师

一、刑辩律师必须紧跟非法集资案件刑事政策导向，牢牢把握新出台的司法解释及权威部门的解读，将司法解释的有关条款及精神运用在辩护中

2019年1月30日最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》，随后最高法刑三庭负责人关于该《意见》进行了权威解释，该《意见》继续贯彻了宽严相济刑事政策，并进一步明确了宽严相济刑事政策把握问题，这种贯彻体现在：

一是严格把握定罪处罚的法律要件，防止将经济纠纷作为经济犯罪处理。对于非法吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金的，可以免予刑事处罚；情节显著轻微的，不作为犯罪处理。

二是按照区别对待的原则，对涉案人员分类处理。

三是切实贯彻认罪认罚从宽政策，最大限度体现政策精神，对于涉案人员积极配合调查、主动退赃退赔、真诚认罪悔罪的，可以依法从轻处罚；其中情节轻微的，可以免除处罚；情节显著轻微、危害不大的，不作为犯罪处理。

针对新出台的《意见》和权威解释，辩护团队通过以往的办案经验及广泛收集案例、文章调研判断分析认为，新出台的《意见》延续了中央对非法集资类案件一贯的刑事政策导向：对于非法集资的领导者、核心层坚持当严则严重点惩处，对于其他人员则进行分类处理该宽则宽。在领会此精神基础之上，辩护团队制订了整体利益考量、各个击破的全面辩护策略。

二、针对涉案公司系家族公司的特点，从家族人员的整体利益进行全盘考虑，进行全局把握，设计整体辩护方案，进行有取舍有步骤地实施

孟粉律师表示，由于家族公司较

业　绩

普通公司而言，公司体现出较高的人合性，各成员关系体现出更高的紧密性及复杂性，在为家族公司设计整体辩护方案时，需综合考虑各当事人在公司的地位、分工、职能，以及人员之间的身份关系、利益关系，尤其是利益矛盾点，在保证个人利益不受损害的前提下，实现家族整体利益实现最大化。

在侦查期间无法阅卷的情况下，辩护人需要从当事人的供述中对客观证据证明指向进行判断，同时严格把握办案过程中的风险，明确公司雇佣制度、薪酬待遇、各员工职责范围，以及公司的整体管理制度，对每一位当事人在案件中的作用及分工作出清晰判断，在有全局观的基础上为每位当事人设计出精准的辩护方案。

因此团队律师针对每个当事人涉案情形，在辨析是否构成犯罪，是主犯还是从犯等问题上进行了严密分析和论证，针对不同特点提交了不同的法律意见。

比如，符琛律师在向检察院提交的《不予批捕法律意见书》中指出："初步判断本案属于单位犯罪，犯罪嫌疑人王某某仅为公司部门业务负责人，其不具有管理职能。王某某自始至终不清楚公司有非法集资行为，其犯罪故意模糊，主观恶性不大，所起作用微小，犯罪情节轻微，无论本案认定为单位犯罪还是共同犯罪，从王某某所处的分工以及作用来看，也应当对其从轻、减轻处罚。犯罪嫌疑人王某某真诚悔罪，有强烈的积极退赃意愿和行为，加之考虑王某某家庭实际的困难，申请对王某某不予批准逮捕，以便更好地践行国家宽严相济的刑事政策，实现社会效果与法律效果的有效统一。"又如针对董事长，我们论证重点之一包括了其投资项目的可行性及可持续产生利润的真实性等等，从解决案件关键矛盾及源头角度进行辩护。

三、站在检方立场考虑，解决非吸案件中的痛点问题，积极退赔，降低检方的维稳压力，为当事人争取认罪认罚从宽处理路径

非吸案件由于投资参与人较多，往往给公检法带来一定的维稳压力，辩护团队中孟粉律师、张金龙律师均具有检、法工作经验。为此辩护团队换位思考，解决非吸案件的痛点即退赔问题，帮助检方降低维稳压力。

在本案中，律师团队也经过对当事人家属进行法律解释，强调了退赔对于从宽处理的重要性，并从法律角度告知了家属处理与投资人关系的定位和态度，当事人家属理解并配合贯彻了该辩护方案，积极筹措资金退赔。与此同时，投资参与人情绪稳定，也没有给司法机关施加压力。在做好各方工作基础之上，每位辩护人针对自己当事人的特点，从"认罪态度良好，有强烈的积极退赃意愿和行为，并努力减少危害后果，对其不予逮捕有利于其筹措资金退回赃款"的角度进行辩护，不但体现了涉案人员愿意解决非吸案件的痛点问题，而且也在很大程度上协助解决了案发后追赃难的问题。

非吸类案件由于涉案人员多，投资参与人多，矛盾交织复杂往往给辩护工作造成各种困扰，作为辩护律师应从这些错综复杂的表象中抓住关键矛盾，才能在有限的时间内发挥辩护效力。

同时作为辩护人也觉得有必要给涉案人员家属提个醒：聘请有专业水准的刑事辩护律师非常重要，本案中有些涉案人员没有聘请律师，有的聘请的律师竟然不知道"提交不予批准逮捕法律意见书"，更别提专业而有效的刑事辩护，最终这些人员均被批准逮捕，此阶段的两种不同结局，更说明了刑事专业辩护的重要性。

梁雅丽辩护私设外汇按金交易平台案，被告人从无期到10年徒刑

2016年3月时，郑州市的一名"80后"王某某看中了炒外汇项目。在考察了几家公司后，王某某经人介绍收购了一家新西兰持牌外汇公司，将其更名为ACN公司后开始在国内开展业务。

ACN是一个外汇按金交易平台，但未经国家相关机构批准，王某某等人招募了相关工作人员和代理商，通过收取客户手续费和获取客户亏损营利，涉案

业 绩

金额近2亿元。

这是近年来新兴的一种网络投资类违法行为，被告人大多以私设的外汇、期货等平台，或依托大宗商品交易所，在网上寻找客户，通过与客户“对赌”的方式将客户“炒外汇”“炒期货”的亏损转化为自己的收入。

问题在于，此类行为的定性存在巨大争议。据报道，在司法实践中，部分被认定为非法经营罪，部分则被认定为诈骗罪。究竟应该被定性为诈骗罪还是非法经营罪，在公安侦查、检察院公诉、法院判决的不同阶段都有不同的主张。

作为本案的第一被告人，王某某需要对涉案的近2亿元巨款负责，如被判诈骗罪，将触及最高刑无期徒刑。2018年7月，王某某果然被以诈骗罪起诉至法院。

京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师在一审审判阶段接受王某某委托，组建由郑飞律师等参与的辩护团队。通过庭前多次会见被告人，仔细查阅案卷材料，研究相关外国法，并咨询相关金融和法律专家，结合相关法律规定、指导性案例和众多类似判例，律师团队认为本案并不构成诈骗罪，系典型的非法经营类案件。

近日，王某某案宣判，法院采纳了梁雅丽律师的辩护意见，王某某被判犯非法经营罪，获刑10年。通过这次成功辩护，梁雅丽团队不仅让当事人从面临无期徒刑到被判处10年徒刑，最大程度维护了被告人的合法权益。更为此类私设外汇按金交易平台类案件贡献了一个经典案例，从而为准确定性此类行为提供了参考。

梁雅丽律师

郑飞律师

“若涉渊水”：王某某私设外汇按金交易平台，被控诈骗近2亿元

王某某案具有网络投资类案件的一些共性：根据判决书，王某某等人寻找客户的手段具有欺骗的属性。他们雇佣一些业务员，伪装成单身中产女性，在社交工具、婚恋网站寻找潜在客户。添加好友后，就以自己盈利颇丰为借口，向对方推荐ACN平台，劝他们在平台上入金炒汇。

ACN平台是王某某花费9万美金，从一名新西兰人手里收购的，这家公司持有新西兰合法外汇监管牌照。随后，王某某等人又联系签约了第三方支付公司，购买了MT4行情接收软件，以及数据流通商AM提供的外汇行情数据。

ACN平台设有AB两个资金通道，进入A通道的客户资金先进入王某某等人在第三方支付公司开设的帐户，然后再通过一种特殊的联动机制，最后进入国际市场，即ACN平台跟流通商AM对接的一个程序会根据客户下单的情况，自动同步在流通商AM处下单。交易过程中客户亏了，ACN平台在AM下的单就会亏；客户赚了，ACN平台在AM处下的单就会赚。通过这种联动机制，实际上是在真正炒外汇，是在国际市场上对赌外汇的涨与跌，进入了国际外汇市场。进入B通道的客户资金进入ACN平台在第三方支付公司开设的帐户，在ACN平台内交易，与代理商对赌。客户在ACN平台每交易1手（1000美元），平台收取手续费30美元，由平台与代理商协商分成，其中平台收取5美元或7美元不等，其余归代理商所有。

根据被告人供述，代理商拿走了“利润”的大头。一名主要代理商陈某供述称，代理商类似于一个庄家，在和客户对赌，客户亏的钱就是他们赚的钱。另据供述，平台承诺只收手续费，客户亏损的钱全部归代理商。

2018年7月23日，因通过诱导客户频繁交易套取高额手续费、骗取客户账号密码后直接操作致使其亏损、引导客户止盈不止损等方式获取客户交易手续费和亏损，王某某等18人被以诈骗罪起诉到法院。涉案金额近2亿元。

如果罪名成立，因涉案金额特别巨大，被告人王某某可能被判无期徒刑。

业　绩

“慧心巧思”：接受委托、组建律师团队，精心制定辩护方案

梁雅丽律师在一审审判阶段接受王某某委托，组建由郑飞律师等参与的辩护团队。尽管介入时间晚，涉案人员众多，案情极其复杂，还涉及外国法，但律师团队仍然克服重重困难，从程序、证据、事实、定性、判例、量刑等方面精心制定了辩护方案。

通过庭前多次会见被告人，仔细查阅案卷材料，研究相关外国法，并咨询相关金融和法律专家，结合相关法律规定、指导性案例和众多类似判例，律师团队认为本案并不构成诈骗罪，系典型的非法经营类案件。

最核心的事实是：ACN公司拥有新西兰合法外汇监管牌照，交易是真实的。

辩护团队认为，ACN公司拥有新西兰合法的FSP外汇监管牌照，购买使用了正版MT4交易软件，采用了AM外汇流通商有偿提供的实时、真实的外汇行情数据（K线图），因此交易是真实的，指控的犯罪金额事实不清，证据不足。

梁雅丽律师认为，ACN公司是一个买涨买跌的无实物交割的标准化合约交易平台，是一种变相期货交易，是真实的而非虚假的交易。

具体原因包括：

第一，ACN平台不存在虚构事实的情况，交易是真实的；

第二，ACN平台设置AB通道、资金没有进入国际市场不构成隐瞒真相；

第三，王某某等既未实施，也未授意、指使他人实施诈骗；

第四，ACN平台既无非法占有客户资金的故意（只收取交易手续费），也无非法占有客户资金的行为，因为客户的出入金完全是自由的；

第五，最重要的是被害人的财产处分行为并非基于认识错误，而完全是一个自愿的投资对赌行为。因此王某某等人的行为不符合诈骗罪的构成要件。

此外，辩护团队还调研分析了最高人民法院《刑事审判参考》中第727号刘溪案、第1021号钟小云案和第330号高国华案，以及各级人民法院已经生效的48个同样使用MT4软件的类似判例。得出结论认为：本案更接近非法经营。因为这些案件在客观上的交易模式相同，在主观上均是为了获取手续费而非客户的投资款。

“曲终奏雅”：改判非法经营罪，实现有效辩护目标

功夫不负有心人，尽管困难重重，但经过辩护律师团队精心细致的辩护，最后法庭采纳了辩护人的意见：认为被告人王某某等人在国家规定的交易场所以外非法从事外汇按金交易，扰乱市场秩序，情节严重，应当以非法经营罪定罪处罚。而在案证据不能证实各被告人具有非法占有的目的，因而不构成诈骗罪。

判决书几乎全部采纳了辩护团队的核心辩护意见：客户可以根据国际实时外汇价格走势买涨买跌，可以自己操作或者委托业务员操作，投资期间有亏有盈，可以自由选择继续投资还是退出投资，且资金通道不同，并不影响客户盈亏，各被告人并未直接非法占有客户投资款，现有证据不足以证实客户交易为虚假交易。

最终，一审法院判决王某某有期徒刑十年，与无期徒刑相比，刑期大大缩减，辩护效果显著。

京都律师“抽丝剥茧”，集资诈骗改判非吸

近日，京都律师事务所张启明律师代理的两起非法集资类案件宣判，辩护意见均被采纳：四川某中级人民法院审理的被告人庞某涉嫌非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪一案，法院采纳辩护人意见，改变定性判处庞某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑六年，总结非法集资类案件辩护经验如下：

一、审判耗时三年，三份起诉书进行指控的庞某非法集资案

1. 资不抵债，集资诈骗

2015年11月，检察机关指控庞某于2009年7至2014年11月间，通过注册两家公司，并控制三个关联公司，在自有资金严重不足的情况下，通过收购某房地产项目开发权，在不具备开发该项目能力的情况下，为达到骗取资金的目的，向社会公众虚假投资理财宣传，向1138名社会公众集资诈骗2.72亿元。

业 绩

张启明律师

2. 一年之后，金额追加

在案件审理期间，2016年10月，检察机关再次以涉嫌集资诈骗罪追诉庞某还在成都市、攀枝花市、西昌市设立四家公司，向500余名社会公众集资诈骗2.02亿元。

3. 二次追加，数罪并罚

案件审理时至2018年6月，检察机关再次以非法吸收公众存款罪二次追加起诉庞某于2014年2月至案发在南充市，以其他房屋为抵押，向877名社会公众非法吸收公众存款存款0.56亿元。

4. 若被起诉成功，判决刑期将在十五年以上

检察机关起诉庞某集资诈骗罪的金额近5亿元，涉案投资人1600余人，法定刑为十年有期徒刑或无期徒刑；而追加起诉涉嫌非法吸收公众存款罪的金额为0.56亿元，涉案投资人877人，法定刑为三年以上十年以下有期徒刑。检察机关否认庞某具有自首情节，如果指控成功，数罪并罚，庞某的宣告刑将在十五年以上。

二、“抽丝剥茧”的辩护

张启明律师在审判阶段接受庞某的委托，通过阅卷并向当事人了解案情，组建辩护律师团队并充分论证后认为，本案系典型的非法集资案件，必须精心、审慎制定辩护方法：

1. 以结构图解读起诉书，厘清案件来龙去脉

由于本案有三份起诉书，涉案人数众多，金额特别巨大，牵涉公司十余家，律师团队以起诉书为基础，通过制作结构图，梳理出哪些公司属于集资平台，哪些公司承担项目，公司与公司之间的实际联系是什么，房地产项目的施工手续是否完备，当前项目是否停滞，资金从那里来，流向那里，并结合全案口供，厘清本案发生的起因，资金链如何断裂，继而发现本案庞某虽然债务多，但房地产项目有继续运营可能性，具有一定偿还的能力，以从客观方面论证庞某无非法占有的目的。

2. 剖析司法会计鉴定，提出否定性质证意见

司法会计鉴定报告是非法集资类案件证据的核心，决定案件的定性。本案有六份司法会计鉴定报告，通过详细分析司法会计鉴定，提出否定性质证意见：第一，司法会计鉴定报告鉴定方法错误，违背鉴定规则,无银行凭证兑付的利息用报案人自报的金额统计明显不科学，鉴定方法不当，投资人报本金和利息关系到日后对查封资产的兑付，会存在大量兑多报少的问题，统计数据严重失真。鉴定标准中对于部分现金交易适当放宽认定标准不符合鉴定规范；第二，司法会计鉴定报告检材并不充分，侦查机关未能充分调取,尤其是“资金去向不明”实际上是检材不完整导致的，而不是被告人刻意隐匿；第三，司法会计鉴定报告鉴定过程、论证过程与结论并不一致，司法会计鉴定并未针对房地产项目进行专项审计，并没有围绕资金去向进行鉴定，部分结论没有证据支撑；第四，超范围鉴定，司法会计鉴定甚至对主从犯等法律问题发表意见，超出鉴定范畴。

3. 重点阐述资金去向，即为非吸开道，又为自首铺路

本案中还有一个关键的问题是由于资金规模大，项目多，公司众，庞某不能完全说出资金的去向，因此检察机关认为庞某没有供述资金去向，具有非法占有的目的，并属于不如实供述，不成立自首。辩护律师通过对全案银行凭证，鉴定意见及供述的综合分析，提出资金去向具有查证的可能性，不是庞某不交代，而是侦查机关不查证，没查清的责任，不能全部归咎于庞某，继而不能认定庞某具有非法占有的故意，更不能得出庞某不如实供述的辩护意见。辩护人要求庞某回忆资金主要去向，庞某撰写自书材料在庭审前提交法庭，供法庭核查。

4. 抓住庭前会议机会，与法庭良性互动，达成有效沟通

当然，法庭上辩论远不是刑事辩护的全部，庭审外与审判人员的交流是刑事辩护必不可少的组成部分。本案由于案情复杂，被告人众多，法庭决定开庭前会议，在会议中辩护律师提出申请鉴定人出庭作证，申请证明能够证明资金流向，但还未提供证词的重要证人出庭作证，以证实庞某无非法占有的目的。并且在庭前会议中提出本案资金流向有查证的可能性，房地产开发项目手续完备，正常运营，有债务偿还能力，集资款项大部分用于该项目，故庞某不具有非法占有的故意，不构成集资诈骗罪，

业　绩

只构成非法吸收公众存款一罪。而且庞某属于如实供述，有主动投案情节，应当系投案自首。得到了法官的正面回应，达到了沟通的目的，为开庭辩护做了良好的铺垫。

5. 寓事理于法理，融感情于案情

法律固然是冰冷的，辩护工作确是有温度的。从案情到法律的理性讨论固然是案件的核心，从事理到感情的感性探讨也是辩护工作不可或缺的组成。在辩护工作中，律师得知庞某特别关心两个孩子的生活，原来庞某向公安机关自首后，两个孩子没有生活来源，要靠庞某的岳父去蹬三轮车赚取奶粉钱。辩护律师有效的把这一细节融入到辩护意见中，进一步阐释庞某没有藏匿资金，不具有非法占有目的。

三、水到渠成的辩护结果

历经三年的审判，由于前期大量精心细致的辩护工作，以及在法庭有理有据的辩护，最终法庭采纳辩护人的意见，认定庞某紧构成非法吸收公众存款一罪，认定自首，判处有期徒刑六年的宣告刑，达到了良好的辩护效果。

此外，张启明律师所代理北京某P2P公司负责人欧阳某涉嫌非法吸收公众存款一案，法院采纳辩护人意见，判处被告人欧阳某有期徒刑三年，同样取得了较好的效果。

对于非法集资案件，厘清非法集资的门类，紧扣案件特点，深入到资金去向，步步为营围绕案件展开论证，阻却非法占有的故意，并与法庭良性互动至有效沟通，“抽丝剥茧”开展辩护工作，是非法集资案件辩护的重要方法。

京都所成功中标中国石油天然气集团一级律师库

近日，北京市京都律师事务所接到中国石油天然气集团有限公司的《中标通知书》，成功入选中国石油天然气集团律师库，京都将为其提供争议解决方面的法律服务。

在全所律师的大力支持下，由金融部高级合伙人肖树伟律师带领杨琨等律师组成的团队，经过精心准备，在众多全国著名的投标律师事务所中脱颖而出，以排名第四的优异成绩，成功进入中国石油天然气集团有限公司一级律师库。这标志着京都所在综合化全面发展方面又上了一个新台阶。

肖树伟律师

中国石油天然气集团有限公司是国有独资公司，是产炼运销储贸一体化的综合性国际能源公司，主要业务包括国内外石油天然气勘探开发、炼油化工、油气销售、管道运输、国际贸易、工程技术服务、工程建设、装备制造、金融服务、新能源开发等。2017年，在世界50家大石油公司综合排名中位居第三，在《财富》杂志全球500强排名中位居第四。

京都所为大唐电信科技股份有限公司重大资产重组项目提供法律服务

近日，北京市京都律师事务所接受大唐电信科技股份有限公司（以下简称大唐电信，股票代码：600198）委托，为大唐电信向烽火通信科技股份有限公司转让其所持有的成都大唐线缆有限公司部分股权提供专项法律服务。本项目构成上市公司重大资产重组。

本所周振国律师、张双律师、叶静律师和助理吴伟明组成项目团队，为大唐电信的此次重大资产出售暨关联交易提供全程法律服务。几位律师勤勉尽责，以详尽的尽职调查为基础，就转让

业 绩

方主体资格、标的企业主体资格及基本情况、拟转让标的股权的相关情况、股权转让授权和批准程序、交易实施与协议履行情况以及相关后续事项出具了包括法律意见书在内的全套法律文件。

大唐电信主营业务为电子通信设备、仪表仪器、电子软件设备等。

周振国律师

张双律师

叶静律师

吴伟明律师

京都（上海）分所为“上海底特”并购项目提供专项法律服务

北京京都（上海）律师事务所协助上海底特精密紧固件股份有限公司（以下简称“上海底特”）为其被江苏振江新能源装备股份有限公司（以下简称“振江股份”）收购提供专项法律服务。

上海底特是一家在全国中小企业股份转让系统挂牌的公司（股票代码：430646），振江股份是一家在上海证券交易所上市的公司（股票代码：603507）。

王众律师

叶志文律师

孔方杰律师

振江股份与上海底特及其股东等签署相关协议，由振江股份以现金收购切斯特技术公司持有的上海底特3301.2239万股股票，收购后振江股份持有上海底特3301.2239万股股票，占上海底特63.0446%股份，成为上海底特的控股股东。

2018年12月20日，中国证券登记结算有限责任公司出具了《证券过户登记确认书》，确认振江股份与切斯特技术公司办理完毕上海底特的股份过户登记手续，京都（上海）协助“上海底特”完成了本次交易，并出具了《法律意见书》。

该项目由北京京都（上海）律师事务所高级合伙人王众律师及叶志文律师、孔方杰律师组成的团队提供全程法律服务。

京都所入选北京金融街资本运营中心律师事务所库

2019年1月14日，北京市京都律师事务所（以下简称“京都所”）收到了北京金融街资本运营中心的入库通知，将京都所确定为其律所库入库单位之一。

北京金融街资本运营中心（以下简称“运营中心”）成立于2012年3月，为北京市西城区国资委直属的国有资本运营平台，承担着西城区授权经营、资产重组、投资引领、协同发展、服务战略的五大平台功能。截止2016年末，运营中心注册资本金217亿元,总资产2,095

业　绩

杨柳律师

亿元，净资产680亿元，主体信用评级为AAA。

运营中心目前已形成房地产、金融服务、科技文化、商贸零售及餐饮酒店五大核心竞争力；当前重点投资布局高新科技、金融服务、现代教育、城市更新及农业生态五大产业。运营中心将构筑产业合作、产融结合及内外协同三个生态圈，通过资本运作与协同发展双轮驱动，打造为全国一流、市场化程度高、专业能力强的国有资本运营平台。

京都所本次入库，将为运营中心提供投资与并购重组、资本市场、基金投资、私募股权、风险投资、房地产项目与基础设施建设、争议解决等多领域、全方面的法律服务。

本次入库投标由公司与合规部合伙人杨柳律师牵头组织，得到了金融部、房地产部、民商诉讼部、公司与合规部等多位合伙人及律师的大力支持，集合起了一支业务精湛的法律服务团队。下一步，京都所将助力运营中心，在“再创新、新发展”的使命之路上实现新的辉煌。

华洋律师被聘为大连湾海底隧道和光明路延伸工程PPP项目专家委员会委员

近日，京都律师事务所大连分所主任华洋律师被大连市城市管理局与大连湾海底隧道有限公司聘任为大连湾海底隧道和光明路延伸工程PPP项目专家委员会委员。大连湾海底隧道和光明路延伸工程PPP项目是大连市人民政府授权大连市城市管理局作为实施机构的重点项目。

华洋律师自2008年开始从事公共事业特许经营（BOT）相关业务，负责和参与了20多个特许经营项目，主要涉及市政交通、污水处理、燃气特许经营等方面，多次担任项目负责人，为政府方和社会资本提供法律服务，解决项目建设过程中遇到的法律问题； 2018年入选财政部政府与社会资本合作中心专家库法律专家，多次作为专家组成员，参与PPP业务评审和论证。

华洋律师

开发商注销公司逃避债务，侯志纯律师独辟蹊径为客户挽回损失逾亿元

京都律师事务所深圳分所主任侯志纯律师一直在金融房地产建设工程领域探索如何将法律思维与商业思维、诉与非诉及刑民交叉等有效融合，实现委托人在法律范畴内的利益最大化，有效化解社会矛盾，硕果累累，最近，又添一成功案例。

郑州某开发商拖欠某央企下属公司工程款逾亿元。该案中，开发商在结算期间隐瞒委托人将公司注销，两位显名股东无实际履行能力，又无证据证明与实际控制人关系，同时，注销开发商名

业 绩

侯志纯律师

下房产均已销售已无任何财产。委托人身处工程款无法追偿的巨大风险，处境非常被动。

侯律师查阅案件相关资料后认为案件仅通过法院诉讼路径已无法实现回收工程款目的，故确定案件解决思路为：以法院诉讼为平台突破口，收集相关资料，综合利用其它非诉甚至刑事举措，迫使实际控制人出面达成调解并付款。

经不懈努力，最终开发商显明及实际股东迫于多重压力表示愿意付款，侯律师与其进行数轮艰苦谈判，最终达成诉讼调解并将该项目工期、质量等争议一揽子全部解决，工程款于签约调解当日全部收回。

该案在司法实践中较为罕见且难度很大，侯律师从案件受理到全部回款仅8个月时间，高效、完满的结果得到了委托人及其集团的高度赞扬，该案的处理方式也得到河南高院及相关部门的肯定。

活 动

春暖花开 诗情花艺——京都女王节，宠的就是你

2019年3月6日下午，为了庆祝女神节的到来，京都律师事务所除了为女律师们送上节日祝福的同时，也在所内22层多功能厅召开“春暖花开、诗情花艺”的沙龙活动。

活动邀请资深花艺师为大家带来了一场精彩纷呈的插花课，重点讲解了不同种类花的名称，赋予的含义，以及插花的方法等内容，所内众多女律师们欢聚一堂，在花艺师的指导下，现场制作自己的专属花卉。

平日里律师们工作繁忙，女律师给人的感觉都是既严肃又雷厉风行，而此刻的女律师们，不是法庭上的针锋相对，不是谈判席上的叱咤风云，也不是法律文书上锱铢必较，而是放下平日工作中的重担，感受“一花一世界”的生活情趣。从山野浪漫的盛放，到手捧一鞠的真情，这其中，经历了怎样的妙手？

活　动

田文昌律师出席中国政法大学法律硕士学院首届新年论坛

法律硕士学院首届新年论坛现场

田文昌律师在现场

2019年1月5日，中国政法大学法律硕士学院在学院路校区综合科研楼会议室举办了“法律硕士学院首届新年论坛”。此次论坛的主题是：改革开放40年与律师职业发展。京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌出席了此次活动并发表讲话。论坛由中国政法大学法律硕士学院党委书记韩文生主持，中国政法大学黄进校长、法律硕士学院院长许身健致欢迎辞。

田文昌律师结合自己的律师职业发展路程，在讲话中指出，目前的法学教育存在两个脱节，一个是理论和实践的脱节，一个是相关学科的脱节，“搞刑事的不懂民事，搞民事的不懂刑事”。他建议法律硕士学院一方面加强对律师的实务培训，另一方面，在课堂教学中不断加强实务课程比重，同时建议加强不同学科和专业之间的交叉和融合。

中国法学会第八次全国会员代表大会在京开幕
京都作为团体会员代表出席

据新华社北京3月19日电 中国法学会第八次全国会员代表大会19日上午在人民大会堂开幕。习近平、李克强、栗战书、王沪宁等党和国家领导人到会祝贺。

中共中央政治局委员、中央政法委书记郭声琨受党中央委托，发表了题为《在全面依法治国新征程中实现新担当新作为》的致词。丁薛祥、王晨、陈希、赵克志、周强、张军、汪永清出席开幕会。

这次大会的主要任务是，坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想和党的十九大精神为指导，总结中国法学会过去五年工作，研究部署今后五年工作，选举产生中国法学会新一届理事会和领导机构。

中央政法委委员，中央和国家机关有关部门负责同志，中国法学会第八次全国会员代表大会全体代表、特邀代表参加了开幕式。

京都律师事务所高级合伙人曹树昌律师作为中国法学会团体会员代表之一参加大会开幕式及会后的分组讨论。

活 动

图片来源：新华社，记者：鞠鹏 摄

曹树昌律师在会议现场

刘铭律师参加政协北京市朝阳区十三届委员会第三次会议

刘铭律师参加委员会第三次全体会议

2019年1月7日至9日，中国人民政治协商会议北京市朝阳区第十三届委员会第三次会议在北京会议中心举行。

电视媒体对委员会第三次全体会议的报道

在此次会议上，京都律师事务所高级合伙人刘铭作为政协委员认真履行政治协商民主监督、参政议政职能，结合朝阳区区情，提交了《关于朝阳区文化产业知识产权创新发展的建议》、《关于完善朝阳区产业发展引导基金管理的建议》的提案，并在会议中积极为朝阳区经济社会发展建言献策。

电视媒体对委员会第三次全体会议的报道

刘铭律师与其他委员讨论议题

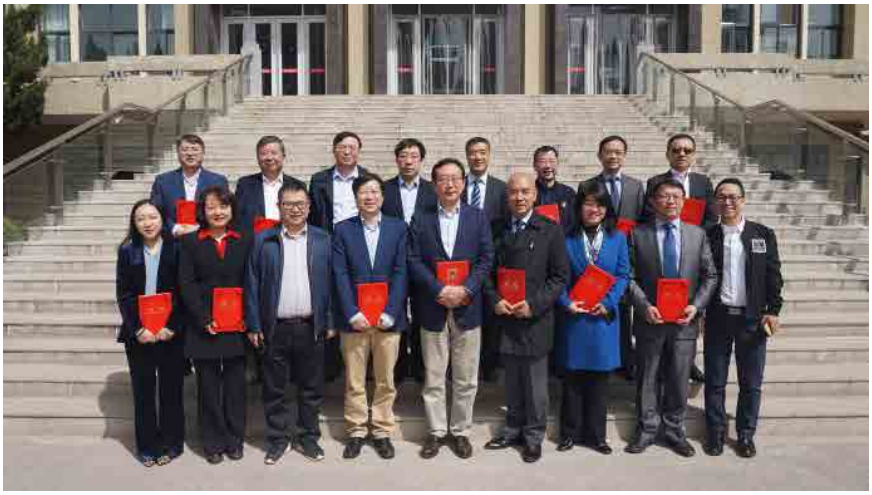
活　动

朱勇辉、王九川等八位京都律师被聘为西北政法大学“刑事辩护方向研究生”实务导师

2019年3月30日上午，西北政法大学法律硕士教育学院与刑事辩护高级研究院联合举行“刑事辩护方向硕士研究生”实务导师聘任仪式。法律硕士教育学院、刑事辩护高级研究院相关负责人及实务导师、刑事辩护方向研究生参加聘任仪式。

聘任仪式上，京都律师事务所名誉主任田文昌，主任朱勇辉、高级合伙人王九川、杨照东、梁雅丽、柳波、杨大民，合伙人徐莹以及兼职律师门金玲被西北政法大学法律硕士教育学院聘为“刑事辩护方向研究生”实务导师。

刑辩研究院院长田文昌、法硕学院副院长淡新昌先后致辞。田文昌介绍了西北政法大学刑事辩护高级研究院的发展历程，强调了刑事辩护高级研究院作为全国第一家以刑事辩护为方向的研究院的重要意义。刑辩研究院副院长汪功新、门金玲、朱明勇等实务导师做了表态发言。



参会人员合影

会上，实务导师们与在座的学生们就刑事辩护研究生的职业规划、学习方式、预期培养目标、刑辩律师需具备的基本素质等问题，进行了热烈交流。

京都举办旅行社高管圆桌座谈，畅谈如何规避加盟及管理风险

2019年1月23下午，由京都律师事务所与旅行社资讯共同举办的“旅行社高管圆桌座谈”圆满落下帷幕。京都律师事务所的专业律师就“门市加盟及管理风险规避”和“旅游行业特许经营要点” 进行了深入浅出的讲解，神舟国旅、北青旅、海洋国旅、携程旅游网、途牛旅游网、盈科旅游、天津大亚国旅等十六位游行业龙头企业的高管积极互动，双方展开了深入探讨和广泛交流，现场高潮迭起掌声不断，受到了参

与会人员合影

活 动

王菲

王蕊琪

会者的高度好评。

随着国民生活水平的提高，出外旅游的需求增长迅速，随之而来的法律风险日益凸显。从事多年知识产权法律服务的京都律师事务所合伙人王菲律师带领大家梳理了“前门店阶段”“门店阶段”“后门店阶段”中所遇到法律问题及风险防范。针对旅游业内高发的“表见代理”“虚假宣传”“合同违约”“商业秘密”“竞业限制”“侵权赔偿”等方面给出了专业建议。

京都律所的王蕊琪分享的“旅游行业特许经营要点”则是从特许经营的准入门槛、经营体系、备案制度、合同签订的关键点等几方面全面的阐述了特许经营的理念，给参会的旅游行业龙头企业提供了一个解决问题的新思路。

进入到互动答疑环节后，旅游业的高管们认真的整理了自己的问题，律师专业不乏幽默的解读让现场气氛达到了高潮。

活动结束后，很多参会者表示收获颇丰，希望以后能经常举办。旅行社资讯的总经理王宇凡表示：“活动的效果超出预期，以后会经常和京都律师事务所合作开展类似活动”，作为密切关注旅游行业的法律服务团队，京都律师事务所会更加深入的了解行业特点，提供全方位的法律服务。

美国Sher Tremonte律师事务所到访京都 深入探讨中美律师诉讼业务合作

2019年3月6日，美国Sher Tremonte律师事务所（以下简称“Sher Tremonte律所”）联合创始合伙人贾斯汀（JUSTIN M. SHER）及律师韩羽到访了京都律师事务所（以下简称“京都所”），京都所主任朱勇辉、涉外业务部高级合伙人郭庆携民商部、金融部等同事与来访律师进行了深入的交流。

贾斯汀表示：京都所作为在中国范围内诉讼业务最好的律师事务所之一让人印象深刻，希望此行能够从中学到经验，同时加强双方合作，共同为中国企业在美国涉诉提供法律服务。

对于Sher Tremonte律所的到来，京都所表示热烈欢迎，Sher Tremonte律所在美国复杂商业诉讼、刑事犯罪调查、白领犯罪及刑事辩护等方面的经验也非常值得京都所学习。希望彼此能够通过此次活动简要了解中美法律诉讼业务上的“大同”和“小异”。理性探讨如何学习、借鉴彼此在“大同”下的成功经验；深入交流如何利用双方资源做到“小异”范围内的优势互补。

与会人员合影

在轻松的交流氛围下，双方就中美法律服务的律师执业注意事项、具体业务操作等方面进行了沟通。问题主要集中在：美国计时收费的法律服务对于中国企业来说不便于进行相关业务的预算规划，是否有更灵活的合作方式？

活　动

贾斯汀

韩羽

朱勇辉

郭庆

美国法律服务中风险收费的标准是什么？适合于哪些案件？对于需要跨州进行诉讼的案件司法机构对律师是否有资质限制等等。

在中方律师关心的美国律师执业资格及跨州诉讼问题上，贾斯汀表示，由于各州法律不同，律师可以同时取得多州的执业资格，如他本人就拥有美国纽约州法院、纽约南区联邦地区法院、纽约东区联邦地区法院、联邦第二巡回上诉法院和美国最高法院所审案件的执业资格。之后，他还向参会人员详细介绍了在美国如何进行跨州诉讼。随后，双方还借助中美贸易摩擦等热点话题就跨国企业的诉讼问题进行了探讨。

本次交流使双方均感到受益匪浅，表示未来将在业务上进行深度合作，共同为中国企业在美国涉诉提供法律服务。

京都律师事务所高级合伙人公丕国、肖树伟、梁雅丽、刘敬霞，高级顾问高贵君、王宪森、袁其国，合伙人金毅、张聚浩，以及人力资源总监安继辉出席了此次会议。

郭庆律师出席2019中国汽车消费维权高层研讨会

近日，由中国财富网、中国汽车召回网联合主办的2019中国汽车消费维权高层研讨会在北京举行。

随着中国成为全球最大的汽车市场，召回、三包等规定纷纷出台，在很大程度上保护了消费者的合法权益，促进了汽车消费市场的健康发展。然而近年来，不属于汽车召回、三包规定范畴的消费纠纷与矛盾时有发生。如何营造更加和谐的消费环境，是摆在中国汽车行业面前的一个重要课题。

在此背景下，以“把脉维权难点 共促和谐消费”为主题，召开2019中国汽车消费维权高层研讨会，更具行业意义。

研讨会上，来自中国消费者协会、汽车生产与销售企业、法律界专家以及主流媒体代表，紧紧围绕汽车消费的热点难点问题，展开了深度交流与探讨。京都律师事务所高级合伙人郭庆律师应邀出席了此次研讨会并发表讲话。

研讨会现场（中国财富网 李林 摄）

活 动

研讨会上，中国仲裁法学研究会常务理事、京都律师事务所高级合伙人郭庆对消费者如何维护自己的合法权益这一问题从法律层面给出了建议：行止有度的维权之道应侧重防患于未然；消费者应增强契约意识、证据意识和法律意识。同时，她还强调，消费者在购车及售后维修保养的过程中，不应只依赖厂商或工作人员的口头承诺，应认真查阅车辆的车主手册，仔细签订购车合同。

郭庆律师建议消费者，在维权过程中，不应违背法律和社会公德、滥用法律诉求。在厂家或商家办公场所吵闹，以及利用媒体和自媒体进行不实炒作等，都属于典型的过激行为。这些非理性行为可能触犯刑法、涉嫌犯罪。

通过案例，郭庆指出，砸车、堵门、拉横幅，发生肢体冲突、破坏公私财物等，都属于典型的过激行为。这些非理性行为，影响厂商的正常经营和生产秩序，具有一定的社会危害性，目前已有消费者侵犯厂商名誉权和造成财产损失被法院判赔的民事案例。近年来，随着移动互联网的普及，网络舆论也成为消费者维权的重要手段。郭庆强调："如果消费者通过网络散播不实信息，或者利用网络引起秩序混乱，严重的都可能涉嫌寻衅滋事罪。"

中国仲裁法学研究会常务理事，京都律师事务所高级合伙人郭庆（中国财富网 李林 摄）

最后，郭庆从律师的角度给出建议，消费者最行之有效的解决办法，还是通过司法途径去解决、去鉴定、去理清责任和赔偿数额，并呼吁消费者通过正当渠道来维护合法权益。

当前，汽车消费已经成为拉动国民经济持续发展和提升居民家庭幸福感、获得感的重要支撑。汽车消费的增长，既取决于国民的消费能力，也取决于产品和服务的质量、取决于汽车消费市场的健康培育和发展。本次研讨会呼吁市场参与者和监管部门、媒体共同努力，建设更加和谐的市场秩序和消费环境。

京都女律师参政议政，致力于维护女性权益

自去年好莱坞沸沸扬扬的"#MeToo"大游行开始，"性骚扰"履次成为公众热议的焦点话题，校园性侵，职场性侵都不鲜见。

随着女性法律意识的不断提高和司法的进步，女性受害者越来越希望自身合法权益得到维护。最高人民法院在2018年岁末发文新增案由，并自2019年1月1日起施行，足见对该类型案件的重视及司法实践的紧迫需求。

近日，京都律师事务所合伙人刘

研讨会现场

刘洋、赵婉彤律师与北京妇委会主任合影

活　动

洋、赵婉彤律师作为女性维权法律专家出席了致公党北京市委妇女工作委员会（以下简称致公北京妇委会）调研课题研讨会。作为参政党之一的致公党，对女性权益维护高度重视，致公北京妇委会联合全国妇联，将对女性性骚扰损害责任方面的议题展开调研，报致公中央提案，以推动女性性骚扰维权方面的立法，刘洋、赵婉彤两位律师将给与致公妇委会法律上的强力支持。

女性受侵害的现象就在身边，女律师更应该扛起这份社会责任，通过自己的努力发挥职业特长，通过政治和法律的力量帮助广大女性维护自身合法权益。

第七届“京都杯”刑事模拟法庭大赛即将开幕
张启明律师传授庭辩技巧

3月15日晚七点，中国政法大学第七届“京都杯”刑事模拟法庭大赛举办了庭辩技巧培训会，拉开了今年“京都杯”模拟法庭大赛的序幕。京都律师事务所合伙人张启明律师为学子们奉献了一场精彩的讲座。

张启明律师主要从庭审结构，法庭询问、质证、辩论环节及体会，注意事项以及心态的把握这几个方面进行了讲述，并用实际案例为大家讲解了刑事庭审程序的二维展开和刑事庭审各个阶段的技巧。张律师认为虽然庭审中流畅性很重要，理论储备各方面也很重要，但是最重要的是逻辑关系。逻辑关系涉及、阶段分配、事实证据的演进及矛盾的解决，为防止对方对逻辑漏洞的捕捉，一定要处理清楚。最后，张启明律师提到，辩护律师在充分准备后，应该保持一颗平常心来面对庭审，固化的技巧往往是失灵的，不要被固有的技巧捆绑，更不能急于求成地想要解决所有问题。

“京都杯”刑事模拟法庭大赛庭辩技巧培训会现场

张启明律师

张启明律师细致讲解赢得了在场全体同学的热烈掌声，在座的同学们纷纷表示受益匪浅。

“京都杯”模拟法庭赛前培训会召开
孙广智律师主讲刑辩技巧

2019年3月24日下午，在中国人民大学法律协会的组织下，“京都杯”模拟法庭赛前培训会成功举行。本次赛前培训会由京都律师事务所合伙人孙广智律师主讲，第四届“京都杯”模拟法庭参赛选手以及对刑事辩护感兴趣的同学，参加了本次培训会。

为了加深同学们的理解，孙律师选取了三个案例进行导入。第一个案例“李某某故意伤害案”，以此阐述了对核心证据细节的查证和反复推敲的重要性，尤其是在判断是否构成犯罪时，需要主客观相结合。第二个案例是《我不是药神》这部电影的原型，他提醒同学们要注意对核心事实的分析和判断，针

活 动

孙广智律师在现场

“京都杯”模拟法庭庭辩讲座培训现场

对同一个行为，挖掘细节可能会产生不一样的判决结果，因此需要慎重考量。第三个案件是“潘某受贿案”，这里孙律师强调了证据真实性和关联性的重要意义，正如他所言，“有效未必真实，真实未必有效”。

然后，孙律师通过“换杯杀人案”对大家进行了思维训练。他以此说明了思维推理的基本逻辑——大前提、小前提、结论，小前提与大前提是否相悖直接影响推理的结论。在思维训练的小结部分，孙律师介绍了刑事案例分析流程，建议大家梳理事实，进行合理、有效的分析与怀疑。

最后，孙律师讲解了刑辩技巧，主要围绕庭审诉讼流程、法庭发问、举证质证以及辩护词写作技巧几个方面提出了宝贵的建议。例如，在发问时应当合理地、有选择性地发问，在举证、质证时对证据发表意见尽量不要进行延伸等。在技巧之余，更重要的是不能够忘记作为律师的职业素养，要注意法庭礼仪等问题。

孙律师的精彩演讲博得现场同学的热烈掌声，为接下来同学们在模拟法庭大赛中发挥优异成绩打下了坚实的基础。

爱心接力护春芽
——2019年度京都“泉计划”公益助学活动纪实

“泉计划”助学基金设立于2012年，由京都律师事务所与房山区法院未成年人审判庭共同开展，迄今已经持续8年，累计为十个孩子及其家庭提供了关爱和帮助。目前，已经有四个孩子考上大学并且提出不再接受帮助，希望将机会让给更需要关心的同学。房山法院及学校联合推荐了四名希望加入“泉计划”的同学，1月22日，我们到这些孩子的学校及家中进行了探望。

京都所十位律师参与了活动，其中三名律师还带着自己的孩子。小朋友们克服早起、晕车等困难，为这些同龄人、亦或是哥哥姐姐送上自己精心准备的小礼物。第二期成员周同学已经考上大学，我们在她身上看到了可喜的变化，小姑娘眉宇间的愁容不见了，代之以爽朗的笑容，与我们兴高采烈地谈起大学生活；此次新推荐的四名同学，有的失去父母，有的亲人患病，还有一位父亲正在服刑，经济比较拮据，但是他们的学习成绩都非常优秀，并且富有才艺，对自己的未来充满憧憬。我们为他们的生活环境而感叹，更为他们朝气蓬

活　动

勃的精神所振奋。连冬日暖阳仿佛也被爱心所融化，微风徐徐，仿佛令人嗅到了春天的味道。

“泉计划”汇聚了京都所全体同仁的爱心，京都人及京都后代儿女都倾注了自己的热情。凛冽寒冬里，有这份爱心默默的守护，愿孩子们早日迎来自己人生的春天，萌芽，绽放！

中国中小企业协会“一带一路”工作委员会法务部设于京都所并举行首次论坛

中国中小企业协会“一带一路”工作委员会法务部设于京都律师事务所，2019年1月16日在京都所举行了正式揭牌仪式，并同时举办了“一带一路”中小企业国际合作服务系列论坛第一场“中小企业投融资风险防控交流座谈会”。

中国中小企业协会副会长、协会“一带一路”工作委员会主任商世伟先生、中国中小企业协会地方部副主任孙佳女士、“一带一路”工作委员会副主任付李先生、“一带一路”工作委员会金融服务部部长牧攀科先生、中关村移动互联网产业联盟副秘书长徐玉明先生、平安银行北京分行普惠金融部总经理刘雪奇先生、平安银行北京分行普惠金融部总经理助理郭昊东先生、京东集团京东云产业合作部张亚鹏先生以及企业界的代表莅临了本次揭牌仪式和论坛。京都律所创始合伙人、名誉主任田文昌律师及高级合伙人刘敬霞律师、高

商世伟

级合伙人周振国律师、合伙人王菲律师、政府与公共服务主管合伙人吕志轩律师等参加了本次论坛。本次会议由京都所涉外业务主管合伙人郭庆律师主持。

领导致辞与揭牌仪式

商世伟主任肯定了法务部成立的立意和宗旨，提出希望依托京都众多法律界的智库专家，为中小企业提供发展过程中的风险预警、风险防控以及风险发生后的解决方案，中小企业的长久发展离不开国家对中小企业的指引和扶持，

田文昌

主持人：郭庆

活　动

也离不开社团和组织的支持和帮助。

田文昌律师充分肯定了法务部成立的重要意义，并表示了热烈祝贺，强调从此京都所肩上有了一份沉重的责任，即为中小企业发展提供法律服务和法律保障。其实际办理了众多相关案件，对我国中小企业的法律意识感到不尽如人意，在新时代背景下，中小企业走出去发展迎来了新的契机，但也面临着很多棘手的问题，希望法务部的挂牌能够落到实处、名副其实，京都所将竭尽所能提供有效的法律服务，做出自己的贡献。

揭牌仪式现场

与会的各位领导和嘉宾共同见证了中国中小企业协会“一带一路”工作委员会法务部的揭牌仪式！隆重的仪式后，首届论坛拉开了序幕。

首届论坛分享话题

本届论坛的主题为“中小企业投融资风险防控”，五名主题演讲嘉宾围绕企业融资方案、商票融资方式创新、银行普惠金融贡献、私募股权融资中对赌条款、知识产权与投融资管理等内容进行了多方位、立体式、细致入微的分享，内容概述如下。

刘敬霞律师：企业融资方式及融资方案设计

京都金融部高级合伙人刘敬霞律师从专业角度分享了《企业融资方式及方案设计》，企业在进行融资时往往面临多种选择：如，是直接融资还是间接融资？是进行债权融资还是股权融资？是在公司层面进行融资还是针对项目进行融资？

由于不同的融资工具均有其限制条件，企业要根据自己的特点和融资需求选择相匹配的融资方式。

刘敬霞律师认为“现在的商业都是设计出来的”，对于进取型企业的股权融资，应该通过对投资标的/目标公司

刘敬霞

相关产业分析、行业选择、发展方向分析、目标与战略选择、自身资源分析，扬长补短，设计开放性的商业框架，以利于企业长足发展。

刘敬霞律师以多年为企业投融资提供专业法律服务的经验，与来宾分享了一个开放性顶层设计案例，包括创始人股东对控股公司的控制及开放性发展战略，对关键人员的股权激励，二级公司作为生产、经营、利润中心并引入事业合伙人和外部投资者，三级公司作为项目公司或地域运营平台等，并对控股公司的核心定位及关键职能、专业板块根据需要进行整体出售和资本运作进行了细节操作分享。

牧攀科先生：商业票据的相关知识

其分享的内容主要分为四方面：一是票据的基础知识。商业汇票自清朝道光年间诞生以来，核心定义没有发生太大改变。自2009年10月28日，我国汇票业务进入了电子化时代，传统纸票将逐步退出市场，相关法律规范还需跟进。二是融资矛盾与市场分析。其指出，承兑汇票是成本最低的融资方式，票据的优势在于将信用与支付相结合，

揭牌仪式现场

活　动

牧攀科

刘雪奇

周振国

本身具有债券和证券的属性。根据数据，我国电票仍以银承为主导，但结合美国、日本等经验，商承将有很大的发展空间直至超越银承。三是中小企业的商票应用。其介绍了一个中小企业的典型案例，一个新三板上市的制造业中小企业，上市后资本市场并没有发现其价值，融资成本在15%左右。但为了缓解该企业的融资困难，在其推动下，做出了第一张中关村商票，融资成本下降到1%。据了解，让中小企业发行商票的融资模式，在我国尚属首例，未来有很大发展空间。四是企业使用商票的必要性。商票对于中小企业融资而言具有传统融资方式所无法比拟的诸多优势：如不仅能解决融资难的问题还能解决融资贵的困局；又如票据具有到期无条件兑付的属性，司法救济效率高；再如企业开立商票实际上拉长了应付账款的周期。

刘雪奇先生：平安银行帮扶中小企业解决融资难、融资贵问题

平安银行本着回馈社会的承诺，一直致力于通过普惠金融为中小企业提供一个比较好的融资环境，具体体现在：一是通过产品为客户提供抵押类、信用类和担保类的业务服务。第一，抵押类。平安银行对于用固定资产抵押来融资的普惠客户，提供高效便捷的服务，如500万以下的承诺当天出结果。第二，信用类。平安银行在普惠客户信用业务遭遇重创后，改变了信用方式，推出了新产品KYB，就是通过熟悉的客户发票，进行线上融资，是一种标准化的产品。这也是平安银行目前主推的产品，与“一带一路”工作委员会签署了战略协议。第三，担保类。目前我们正在积极推进、扩大和完善担保类业务的合作范围和客户体验。二是平安银行的对公结售汇业务，推出了多项举措，以实现快捷、高效和安全等价值追求。如单位结算卡，可以随时支出自有资金。

周振国律师：私募股权融资中对赌条款的实践与应用

京都律师事务所高级合伙人周振国律师针对中小企业私募股权融资中对赌条款的理解及应用进行了专业分享，简要分析了股权投资的基本概念、投资流程、投资协议的主要条款等。着重对对赌协议进行了分析，重点阐释人民法院、仲裁机构等司法裁判机关对对赌协议的裁判规则和司法实践演变，并就证券监管部门对拟IPO企业存在对赌协议的监管口径及解决方案进行讲解。

王菲律师：知识产权与投融资管理

京都律师事务所知识产权部合伙人王菲律师针对什么是知识产权、为什么我们投融资活动要关注知识产权、如何依照知识产权的规则进行投融资风险控制，通过三个典型的案例对于投融资活动中的一些知识产权风险问题做了精彩的分享及讲解。

王菲

部分与会人员合影

在各位嘉宾做出了深入、精彩的主题分享后，与会的领导、嘉宾、同仁和企业界代表的关注热情都被充分调动起来，围绕商业承兑汇票的签发条件、推广难度，小规模企业的PPP融资，“一带一路”企业走出落地的法律风险防范等问题进行了充分且有成效的交流互动。

荣 誉

京都律师事务所荣登桂客年度榜单，获“年度公益律所”等三项大奖

京都所高级合伙人梁雅丽女士代表京都上台领取“年度公益律所奖”（左三）

田文昌律师荣获“年度律所管理合伙人奖”（左一）

陈宇律师荣获“年度新锐青年律师奖”（右二）

中国律所高质量发展高峰论坛暨2019桂客年会1月11日在北京长富宫酒店隆重召开。京都律师事务所荣获“年度公益律所”大奖，京都所创始人田文昌律师荣获“年度律所管理合伙人”大奖，京都所高级合伙人、南京分所主任陈宇律师作为青年律师代表参与中国律师好声音环节进行演讲并荣获“年度新锐青年律师奖”。

京都所高级合伙人、南京分所主任陈宇律师作为青年律师代表，参加中国律师好声音环节，以“青年律师的成长需要师父的指导与帮助”这一主题进行演讲，获得现场阵阵掌声。

作为在中国具有较大影响力的优秀律师事务所，京都始终奉行“源于社会，回报社会”的宗旨，积极投身各项社会公益事业，践行社会责任。未来，京都人也将继续努力，恪尽社会职责，以诚信实践承诺，为推动社会法治进步贡献更大力量。

田文昌律师担任梦想导师

陈宇律师参与中国律师好声音环节并进行演讲

京都大连分所许俊律师被授予“辽宁省首届优秀青年律师”荣誉称号

为进一步加强辽宁省青年律师队伍建设，展示和宣传青年律师在维护社会稳定、服务经济发展、推动法治建设中的积极作用，表彰在行业发展、法律服务、公益事业等领域中做出突出业绩和贡献的优秀青年律师，辽宁省律师协会组织开展了“辽宁省首届优秀青年律师”评选活动。2018年11月12日，经过推荐、评审、公示等程序，北京市京都（大连）律师事务所许俊律师被授予“辽宁省首届优秀青年律师”的荣誉称号。

许俊律师，主要业务领域为：婚姻、继承等家事案件。作为一名专业的家事律师，许俊律师也是国家二级心理

荣　誉

咨询师，不仅法律功底深厚同时具有心理学实操经验，在处理离婚等家事案件时，能有效的化解纠纷，深得当事人的一致好评。执业以来，许俊律师一直秉承法律人的良知和诚信，以勤勉敬业的精神，办理每一起案件都是精益求精，对待每一位当事人都是耐心负责，多次获得各级表彰和嘉奖。许俊律师2017年被评为“大连市优秀律师”；2017年被辽宁省文化厅聘为“家风家教”签约讲师；获“2016—2017年度辽宁省律师行业优秀党务工作者”称号；2017年参加大连电视台首届市民调解大赛获得“优秀调解员”荣誉，同时被大连电视台法治新天地节目组聘为合作律师。

京都大连分所自成立以来，曾先后被有关政府部门或社团组织评选为辽宁省优秀律师事务所、大连市先进律师事务所、AAA诚信律师事务所、律师实习基地、大连市公益普法先进单位、职工维权基地、化解矛盾优秀律师事务所、最值得推荐的30家中国工程法律律师事务所等，分所主任华洋律师被选为第十四、十五届大连市人民代表大会代表，并获得大连市人民满意律师、大连市优秀律师、全国优秀律师和司法部颁发的三等功奖章。这满载的荣誉是行业协会和业界对京都大连分所的肯定更是对京都大连分所律师的认可。

许俊律师在会议现场

许俊律师被授予“辽宁省首届优秀青年律师”荣誉称号

京都“泉计划”荣获“2018律界公益榜单-年度优秀公益项目”奖

2019年3月16日，第三届公益法律服务高峰论坛暨2018律界公益榜单颁奖活动在上海盛大举行，来自全国各地的法学法律界、企业代表、公益组织等近200多位人士，共同见证2018年律界“公益奥斯卡”六大奖项榜单公布。本次活动由上海市法学会、上海交通大学凯原法学院、律新社联合主办，京都律师事务所公益项目——京都“泉计划”得到组委会评委的一致肯定，荣获“年度优秀公益项目”大奖，合伙人吴欣荣律师出席了颁奖典礼并领奖。

“2018律界感动公益故事及事迹”评选活动历时近两个月，从线上征集、网络投票到线下专家评审，历时近两个月，汇集近百个公益事迹和累积近百万点击转发，得到各界人士的广泛关注。在这些公益事迹中，看到了法律人对正义的坚守和对公益的执着。

京都“泉计划”基金设立于2012年，由京都律师事务所与房山区法院未成年人审判庭共同开展，迄今已经持续8年，累计为十个孩子及其家庭提供了关爱和帮助。目前，已经有四个孩子考上了大学。这份爱不仅仅是解决学子及其家庭经济上的困难，更在未来的人生道路中陪伴学子们前行，给予精神的关怀，人生的引领。“泉计划”汇聚了京都所全体同仁的爱心，京都人及京都后代儿女都倾注了自己的热情，让我们把这份爱心默默的守护，一代一代的传承下去。

吴欣荣律师上台领奖

荣誉证书

京都律师事务所

贵单位在“京都泉计划”项目中，积极投身社会公益，助力公益法律服务事业发展，荣获

“2018律界公益榜单”

年度优秀公益项目奖

特发此证

上海市法学会　上海交通大学凯原法学院　律新社

二〇一九年三月十六日

荣誉证书

媒　体

田文昌律师做客央视 谈刘忠林案中国家赔偿问题

2019年1月7日上午9点40分，刘忠林在家人和律师的陪同下走出了吉林省辽源中级人民法院，他的手里拿着的是法院下达的国家赔偿决定书。刘忠林共计获得国家赔偿460万元，其中人身自由赔偿金262万多元，精神损害抚慰金197万多元，这三个数字都创下了目前国家赔偿的最高纪录。正因为这两个最，因此这个国家赔偿也就备受外界的关注。

其实如今的刘忠林在创下国家赔偿最高纪录的同时，他也创下被羁押时间最长的记录，整整25年3个月。如今已经51岁的刘忠林，将在新家开始他新的生活。460万这样的一个绝对数值看起来不小，但是如果用它来弥补一个人的青春，又有多少钱能够弥补一个人失去的青春呢。

中华全国律师协会刑事专业委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌，1月8日做客CCTV13新闻频道《新闻1+1》栏目解读这一系列国家赔偿的问题。以下是采访内容：

主持人：

首先，田主任您怎么看这样的一个数字，您觉得这个数字背后它体现的是什么东西？

田文昌：

这次赔偿从这个数额来讲，可能创造了历史新高，是最高的一个数额。这个数额本身反映了一种进步，一种对国家赔偿的重视，也可以说是对国家赔偿制度的一个重要推进。不过，这个数字虽然是历史最高，但我觉得从对实际损失的弥补来看，还是不高，甚至太少。

主持人：

田主任，人们还关心这460万钱由谁出？

田文昌：

按照国务院颁布的国家赔偿费用管理条例，这个钱是由各级财政来支出的。

主持人：

还有就是今天除了看到对460万这个数字的评论之外，更多都是说应该不仅仅是这样的一个赔偿，更多应该是追责当年是谁犯下来的这个错案，怎么看这种评论？

田文昌：

对冤假错案来说，赔偿和追责是同样重要的两件事情。赔偿金由政府财政支出，这是没有问题的。但是对于追责，当然应当针对的是相关直接的甚至包括间接的责任人员。虽然被追责的人，不一定有经济赔偿的能力，但是至少他应当对他造成的后果承担相应的行政责任或者其他的责任。

主持人：

好的。

田文昌：

但是遗憾的是，这一点我们现在做的还远远不够。

主持人：

我们来看一个时间，从2018年，也就是去年5月23日刘忠林向吉林高院提交了国家赔偿申请，到昨天2019年1月7日国家赔偿决定书下达用了不到一年的时间。那么相比六年它的再审时间相比，明显快了很多，但是我们也注意到了，就像刚才所说的，一千多万它的主张，最后落实了四百六十万，怎么看待这样的一个数字，刚才我们也分析了一下，它其中的人身自由的赔偿金，是284块7毛4一天，这是按照务工费，一天八个小时，但是就像刚才律师所说的，一天24个小时他都失去人身自由，只赔偿了他八个小时够不够，田主任您怎么看待他提出的是24小时的赔偿，但是最后落实的是八个小时的赔偿。

田文昌：

按照目前的规定，现在的赔偿标准，

媒　体

可以说还是有法可依的，就像刚才节目里已经显示的，按照规定该怎么计算。但我们应当深入思考的是现在这种规定是不是符合实际情况的需求。按照目前国际上各个国家关于国家赔偿的做法，一般有三种赔偿方式，一种是抚慰性的赔偿，一种是补偿性的赔偿，还有一种是惩罚性的赔偿。我们国家目前的规定，基本上是属于抚慰性和补偿性相结合的一种赔偿。

主持人：

那什么叫做惩罚性的赔偿呢？

田文昌：

惩罚性的赔偿，实际上是对造成冤假错案责任的一种惩罚，同时也是对被害人的一种救济、赔偿。严格来说，补偿和赔偿是不一样的。我们现在的规定，仅仅是从一般的最低标准给一定的补偿，但事实上这种补偿对于一个承受冤狱痛苦的人来讲，是远远不能跟他所遭受到的苦难相适应的，这是我们要深入思考的一个问题。

主持人：

但是从最近几年，我们看到国家赔偿，对于受害者，尤其是蒙冤者，对他们的赔偿标准也是在逐年逐个的提高，您怎么看待这种趋势。

田文昌：

这个趋势是正常的，也是一件好事。我们国家对于这种冤狱的赔偿，还处于一个刚刚开始的起步阶段，有一个探索的过程。现在随着我们平反冤假错案的力度不断加大，实践经验也在不断增多，作为一个法律人来讲，我非常希望对这个问题能够尽快地加以更深入的研究和探讨，加大赔偿力度。这也是我们法制健全的一个重要标志。刚才刘忠林讲了："我什么都没有了"，一个蒙冤者几十年的自由没有了，人的尊严没有了，实际损失有多大，这是很难度量的一个问题。

主持人：

我们国家把精神的损失纳入国家赔偿的范围是从2010年开始，在此之后精神抚慰的这样一个比例就在逐年的提高。那么接下来我们继续连线田主任，田主任，这次197万这样的一个数字是占到262万的75%这样的一个比例，怎么理解这样的一个比例，有没有可能能够达到同样甚至更高。

田文昌：

我认为精神赔偿，这次有这么高的数额，是一个很好的先例。实际上在赔偿的范畴当中，应当说精神赔偿是最重要的，一个冤狱的承受者，他最大的损害就是精神上的摧残。我认为将来对精神赔偿应该有一个明确、具体的规定。同时，对于赔偿的标准，也应当有所提高和修正，在赔偿的时候，要不要考虑到受害人所实际遭受的损失，比如说一个经商者，蒙冤入狱导致他的商业利益遭受了重大损失，这一点是不是也应当考虑进去？

主持人：

刚才您说要有明确的规定，这怎么讲？

田文昌：

就是明确规定冤狱赔偿应当要有精神损害赔偿这样一个项目，而且应当有一个具体的考量标准，当然这个标准也需要进一步探讨，但至少对于精神赔偿的内容应当有一个明确的规定。

主持人：

田主任，今天我们看到了一个评论，就是避免国家赔偿的最好手段是从源头上杜绝刑讯逼供，您怎么看这个观点？

田文昌：

刑讯逼供是个老话题，也是个沉重的话题，可以说，不排除刑讯逼供，不排除非法证据，冤假错案就永远没有办法杜绝。除此以外，我还要强调一个问题，我们一直在强调纠错重要，但实际上防错更重要，我们的希望是尽可能减少或不再出现新的冤假错案。那么，为了防止冤假错案的不断发生，为了减少这样的后果，一定要善待律师，重视律师。可以说，对于防止冤假错案，律师是一道非常重要的防火墙。

主持人：

好，非常感谢田主任给我们解释这些，对于刘忠林来说，他昨天拿到了国家赔偿书有460万对他的赔偿，应该说他的案子就划上了句号，而他的人生也就翻开了新的一页，我们在这希望他能够拥有一个更加平稳的人生，让他能够享受到正常的人生应当怎么过。对于国家赔偿来说，通过这样的一个案子，我们也希望能够从机制上，能够把这个国家赔偿的机制变得更加的完善，而归根到底就像刚才田律师所讲的，我们还是希望这个国家不要再有冤假错案发生，那么也就是说让更多的人不再去像刘忠林一样，把自己的一生都付在这样的一种环境下。

（篇幅有限，采访内容有删减）

媒　体

直销牌照不是传销犯罪的挡箭牌！京都所印波律师接受媒体采访谈权健案

近日，曾担任多起传销犯罪案件辩护人的京都律师事务所兼职律师、北京师范大学刑事法律科学研究院副教授印波接受知名财经媒体《21世纪经济报道》记者的采访谈权健事件，印波律师认为即便有直销牌照，如果实质上是拉人头取费，非单纯的团队计酬，依然要作为犯罪处理。直销牌照不是传销犯罪的挡箭牌，以下为报道全文：

近期一直处于被调查中的权健正走向坍塌。

2019年1月1日，天津市公安机关对权健自然医学科技发展有限公司涉嫌组织、领导传销活动罪和虚假广告罪立案侦查。1月2日，对在权健肿瘤医院涉嫌非法行医的朱某某立案侦查。截至1月7日，已对束某某（权健公司实际控制人）等18名犯罪嫌疑人依法刑事拘留，对另2名犯罪嫌疑人依法取保候审。相关工作正在开展中。

商务部直销行业管理平台信息显示，权健自然医学科技发展有限公司2013年8月7日获得《直销经营许可证》。为何持有直销牌照仍然涉嫌传销犯罪？业内人士介绍，“直销牌照认可的是单层直销，但在传销犯罪中，组织内部参与传销活动人员在三十人以上且层级在三级以上。”

“即便有直销牌照，如果实质上是拉人头取费，非单纯的团队计酬，依然要作为犯罪处理。直销牌照不是传销犯罪的挡箭牌。”北京师范大学刑事法律科学研究院副教授印波说，他曾担任多起传销犯罪案件的辩护人。

↑印波

梳理以往司法案例发现，持有牌照的直销企业不等于“免疫”传销犯罪，但以往案例中，持牌企业往往被传销人员作为传销犯罪的幌子，鲜见持牌直销企业创始人和主要负责人被判组织、领导传销活动罪。

此外，权健公司还涉嫌虚假广告罪。虚假广告罪实践中适用极少，21世纪经济报道记者检索发现，2018年仅公布了寥寥几件虚假广告罪判决书。“造成人身伤残”是司法解释中追诉此罪的情形之一。“虚假广告罪司法实践中很少适用，主要原因是‘情节严重’的标准不清。权健被以虚假广告罪立案侦查，很可能与去世的癌症女童有关，但此罪的量刑力度较轻，不排除刑事处罚之外再课以行政处罚。”中国政法大学传播法研究中心副主任朱巍说。

“直销”外衣或被扒掉

权健发展14年，迅速成为一个横跨保健品、医疗、化妆品、金融、体育、机械、房地产等多行业领域的百亿商业帝国。21世纪经济报道记者调查发现，其多年来实际上是以“直销”的名义发展“传销”，这种模式亦渗透到权健近几年发展的医疗模式中。

以权健肿瘤医院为例，其患者大多是被称为“老师”的人或“热心人”介绍进院，一位权健内部人士向21世纪经济报道记者透露，患者来源也是靠着“传销”模式来发展，由权健内部（会员）介绍进来，介绍的人都有提成或可以获得免费体检，同时权健在卖保健产品时承诺免费治癌。

2005年，《直销管理条例》和《禁止传销条例》相继出台。营销学意义上的单层次直销被剥离出来并合法化，多层次传销则被列入黑名单，属于行政上的违法行为。2009年施行的《刑法修正案七》增设了组织、领导传销活动罪，可判处5年以上有期徒刑。

“传销不是通过卖产品盈利，而是通过发展下线参与，通过收取下线的入门费来赚钱。在正常的批发零售业中，也有所谓的层级关系，而且层层加利，但是这仍然属于正常销售模式。”印波说。

根据传销犯罪司法解释，此罪的构成要件之一为“其组织内部参与传销活动人员在三十人以上且层级在三级以上”。而据报道，权健公司设立了初

媒　体

级、中级、高级、钻石、皇冠等多个级别的经理，形成金字塔形结构。

但是，权健的会员们，一再否认传销性质，因为公司拥有国家认可的“直销牌照”。

商务部直销行业管理官网显示，权健自然医学科技发展有限公司的确于2013年8月取得直销经营资质。但是，备案的直销产品仅有40种，包括30种化妆品、6种保健食品、4种保洁用品。

而从权健官网数据看，其以直销名义销售的产品远远超过了备案数字，在售产品分为营养保健产品、自然医学产品、美容化妆品、个人护理品、家庭养生用品五个大类，共计93种。

其实，“直销”外衣下，权健公司不断曝出“传销”违法案例。

资料显示，在拿到牌照之前的2012年，权健就因为涉嫌传销，被吉林省蛟河市人民检察院向当地法院提起公诉；另据中国裁判文书网于2018年8月底公布的一份判决书显示,安徽省郎溪县人民检察院指控被告人岑明保犯组织、领导传销活动罪，法院审理后,判决被告人岑明保犯组织、领导传销活动罪。判决书表明，岑明保系权健公司的会员。

权健的直销行为，只限于在天津七个区进行。多位投资者反映的分级投资行为，均发生在天津以外的地区。公开信息显示，权健在全国总共有10家分公司，天津之外还有四川、浙江、湖南、辽宁、山东、江苏、广东、河北、北京9家分公司。

《直销管理条例》规定，直销人员不可以跨省运营，但是权健集团分发给投资者的材料，着重强调了加盟代理商的“开拓权”优势，即开展业务无区域限制。

此外，《直销管理条例》第24条还规定，直销企业支付给直销员的报酬，只能按照直销员本人直接向消费者销售产品的收入计算，报酬总额无论以何种形式计算，不得超过直销员本人直接向消费者销售产品收入的30%。而按照权健复杂的层层分成体系，返现比例远远超过30%。

权健或走向坍塌

但以往即便出事，也是经销商的问题，多年来权健公司及其实控人始终置身事外。

在业内人士看来，在我国现行法律制度下，经销商是难以和企业挂钩的。所以在取证、定罪过程中需要找到充分的证据用以证明权健公司与其旗下的经销商存在重大的关联，以此打破权健的“挡箭牌”让权健暴露于阳光之下。在这一点上，也增加了该案中取证、定罪的难度。

印波认为，如果权健要着力于否定犯罪，则需要提供层级熔断的证据，即每个人的奖金仅与直接下级的收入存在关联关系，不能跨多级滚动式提成。

不过，印波告诉21世纪经济报道记者，“组织、领导传销活动罪并不是单位犯罪，所以目前警方只是通报了18名自然人被刑拘。”

“但是如果最终调查属实，不排除对权健公司以非法传销进行行政处罚。”他说。事实上，21世纪经济报道记者梳理多起组织、领导传销活动罪案件，当事人被定罪的证据中，都包括地方市场监管部门对企业非法传销行为的认定。

北京观韬律师事务所合伙人杨帆律师也向21世纪经济报道记者表示，根据最高院《关于审理单位犯罪的案件具体应用法律有关问题的司法解释》，不以单位犯罪论处。但是，在权健系公司实际控制人等涉嫌犯罪事实被确定后，权健系公司的业务活动必然受到影响，公司未来面临被吊销和解散。

北京市京师律师事务所张新年律师认为，由于权健案目前还在侦查阶段，尽管权健公司的实际控制人等18人被采取了强制措施，但目前权健公司的资金尚未冻结，其资本也可以继续运作，若继续从事合法经营是没有影响的。

值得注意的是，传销犯罪是涉众型犯罪，“不排除全国其他地区同样开展权健人员涉嫌组织、领导传销活动罪侦查，”上述业内人士介绍，“但此类案件的特点是抓的人多，放的人也多，最终只对金字塔顶尖的人员定罪。”

那些处于传销金字塔底端的传销人员也可能将面临“一地鸡毛”。21世纪经济报道记者梳理发现，曾有底层传销人员到法院起诉其“上级”，请求确认其与上级的买卖合同无效，以追回自己的“投资款”。

但最高法院1998年就以复函的形式规定，当事人之间因传销行为发生纠纷诉至人民法院的，人民法院不宜将此类纠纷作为民事案件受理。最终，该案未获法院立案，原告“维权”失败，而其“上级”因未达组织、领导传销活动罪的立案标准也没有受到刑事处罚。

杨帆还表示，权健多种经营及宣传使保健品的涉嫌传销活动更具有隐蔽性；庞大的商业体系和虚假夸大广告宣

媒　体

传，形成了一定的市场影响力，具有对抗监管的势力；打着“合法”的外衣，以直销的合法名义，实质涉嫌传销的活动。这些都导致对传销的甄别、认定和打击带来了一定的难度。

杨帆指出，目前对传销认定仍适用的是国务院2005年发布实施的《禁止传销条例》，以及2013年最高院最高检和公安部联合发布的《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律的若干规定》。在目前传销的网络化、集团化和隐蔽化的新变化下，应该及时完善立法，界定传销的新的变化形式，同时强化监管部门的职责，建立追究监管部门的失察责任机制，不能让传销在监管部门眼皮子底下肆无忌惮地疯涨；做好保健科学知识的科普宣传，老龄化社会中尤其对老人的健康和保健，不只是家庭儿女的责任，更是一种社会责任。

文章来源：21世纪经济报道《权健实控人被刑拘，揭开“百亿帝国”的直销画皮》，记者：朱萍、王峰，编辑：张星

郭庆：从央视记者到涉外律师，请勇敢“向前一步”

郭庆律师

2018年11月8日，北京，深秋的银杏树总是如期为人们奉上一场华丽的凋零。

金黄色的扇形叶片在枝头散开，再一点点滑落，直到化作春泥，来年萌生新芽。

这就是光阴流转，这就是生命变幻。

作为一名律师，郭庆不得不经常处于利益纷争旋涡的中心，不得不感受工作带来的情感震荡，但这并不妨碍她喜欢抄写《心经》。

展开字帖，一排排小字渐次而下，干净，整齐。

见字如面。

坦然、平静地面对这个世界的变化，是郭庆为人处世的态度。

偶然的跨越

“为什么会从记者转行做律师？”

这是“英国大法官办公室-中国青年律师培训项目”（以下简称英国培训项目）英国面试官向郭庆抛出的第一个问题。

对这个问题，她已回答过无数遍。实事求是地说，是一系列偶然因素促成的。

到2002年，郭庆已经做了十年记者。从新华社到中央电视台，她接受了严格的文字训练与出镜训练。

在新华社时，郭庆是中央外事组的一名记者，组长是现任中国日报社社长兼总编辑周树春。她所接触的题材大都是中央领导人会见外宾。11名小组成员中，只有她一位女士。

“做外事记者，最重要的是严谨，一个字、一个标点符号都不能错，当然，还有名字和头衔。”郭庆在接受《法律与生活》记者采访时说道。

在前辈的指导下，她一点儿都不敢马虎：写稿时，字斟句酌；写完后，再一遍遍核对。因为每个字都要印到报纸上，要经得起所有人的检视。

直到现在，郭庆仍然感激周树春对她的指导：“当时，我刚大学毕业，比较贪玩，他逼着我背政府工作报告的英文版，我就认真地背。如果不是这种严厉的爱，我就不会在有意无意中打好英语的底子。”

工作四年后，郭庆接受了新闻行业内的一次“转行”。1996年，她从新华社转入中央电视台新闻中心，从注重文字表达转变为靠镜头说话。

“镜头和笔的表达风格完全不一

媒　体

样，我花了一段时间才弄明白不同镜头表现方式的区别；而且配音不再是字斟句酌，而是更加口语化，让电视机前初中以上文化水平的人都能听得懂。”郭庆说。

在央视，郭庆报道的内容经常是一些社会热点事件，需要与相关的法律规范打交道，但评判一个行为是否违法、是否构成犯罪，恰恰是记者的薄弱之处。

她从2001年开始在中国人民大学法学院在职攻读民商法专业的硕士学位。日后的两年多里，郭庆几乎没有在周末休息过。最终，她通过了所有考试并撰写了论文，拿到了硕士学位。这时，她对自己的法律水平产生了好奇。

“我是不是也可以参加号称‘天下第一考’的司法考试？”郭庆心中萌生了这样一个念头。

她告诉记者，复习期间，每天晚上她将闹钟一放，做一套3个小时的模拟试卷，做完100道模拟案例后，“脑细胞都已经烧光了”。最后一查考分，高出分数线9分。

2003年，司法考试的通过率大约只有8.75%。走过这样一条狭窄的通道后，郭庆自然而然地开始思考自己是否要做一名律师的问题。当时，她已经在新闻行业工作了十年，已经成为央视社会新闻部的责任编辑和导播。

一个人动了转行的心思后，就会寻找成百上千个理由自我说服。郭庆也不例外。

通过司法考试那一年，郭庆32岁。作为一名一线记者，通宵熬夜地赶稿子、编片子是郭庆的工作常态。这种毫不规律的状态对一名女性来说，也是一种困扰。

郭庆想象中的律师是一种相对自由的职业，而且年纪越长经验越丰富。与记者类似，律师同样可以帮助那些不掌握法律知识的人解决法律难题。

没有太多纠结和顾虑，郭庆离开了央视，离开了新闻行业，从北京京都律师事务所（以下简称京都律所）的一名实习律师做起。

积极思维的方法

面对转型，郭庆展现出一种积极、正面的思维方式。英文合同中读不懂的条款，一遍一遍地读；没有办案经验，就跟着老律师学；法言法语不准确，就花时间调整。事实上，她从不认为自己在转型过程中遇到过多么大的困难，因为一切困难都经不起她手里“放大镜”的检视。

最初，郭庆的目标是做一名刑事辩护律师，但当时的京都律所主任、著名刑事辩护律师田文昌先生却建议她专注涉外律师业务。

2003年，全国有20多万名律师，其中能流利地使用英语从事法律工作的律师却寥寥无几，而郭庆本科毕业于北京外国语大学英语专业。与其在传统刑辩领域与经验丰富的资深律师竞争，不如带着自己的优势开拓新业务。

在京都律所国际部，郭庆从翻译法律文件做起。对她来说，这项工作看似简单，却隐藏着不少困难。

事实上，哪怕是一个受过高等教育的中国人，如果没有法律背景，想读懂一份中文合同也需要花费一番功夫。中国人民大学法学院教授何家弘长期教授法律英语，他曾表示一些母语为英语的人都会将法律英语称为“外语”。

“英文合同里的句子常常是从句套从句，有的英文句子长达10行。一开始，我常常读了后面忘记前面，只能把它们一点儿一点儿地拆开去理解。这需要靠时间积累，没有任何捷径可言。”郭庆说。

从实习律师到授薪律师再到律所合伙人，2018年是郭庆做律师的第15年。在第二段职业生涯中，她不是没有崩溃的时刻；只不过，她的难过并非因为自身，而是出于对当事人境遇的感同身受。

作为全球首例自动驾驶致死案的代理律师，郭庆在对媒体讲述当事人遭受的伤害时一度哽咽。

两年前，高巨斌的儿子高雅宁在驾驶一辆特斯拉轿车时与前方清洁车相撞，车毁人亡。高巨斌作为车主，认为特斯拉公司应承担相应的法律责任。

作为普通消费者，高巨斌对车辆的了解程度远不及汽车制造商，他不得不接连面对特斯拉公司拒绝对车辆进行司法鉴定的态度。

郭庆接手本案后，提出了新的鉴定理由，高巨斌终于获得了法院的鉴定许可，他自费20万元请第三方鉴定机构完成鉴定，证明了事故发生时车辆处于自动驾驶状态，迈出了本案的关键一步。

“如果你很投入地思考一个案件，客户的经历会给你带来同样大的震撼。他处于震中，你可能处于震的边缘。在我的职业生涯里，不管作为记者还是律师，都亲眼见过别人经历人生的至暗时刻，这带给我很多震撼。”郭庆说。

媒 体

女性律师的突围

“其实，这辈子，在决定参加英国培训项目这件事上，我非常感激我的爱人和孩子。在你的人生遇到转折点时，他们对你的理解和支持才彰显出来。”郭庆说。

2009年，郭庆得知中英两国之间关于中国青年律师这一培训项目，便报了名，一路过关斩将，收到了录取通知书。

此时，除了兴奋，郭庆面临着一个艰难的选择：一边是3岁的儿子需要照顾，另一边是赴英学习一年的机会。

抚育孩子期间，郭庆一直小心翼翼，一点儿都不想错过他的成长。在她决定放弃出国之时，她的爱人坚定地认为她应该出国学习。

“他说，你作为一名涉外律师，用英语工作，接触外国客户，却没有在欧美法律文化中浸泡过，而欧美法律与中国法律又是那么不同。如果没有亲身实践，怎么能说自己是一名合格的涉外律师呢？”郭庆回忆起爱人当时说的话。

在英国伦敦大学，郭庆系统地了解了英国的历史、法律以及国民文化背景；在非诉律所，她同英国律师一道谈判、审文件、签合同；在出庭律所，她在英国皇家御用大律师的指导下读案卷，学习那种训练有素的表达方式。

当然，这一年，郭庆也承受了思念孩子的艰难。谈及这次短暂的分离，她红了眼眶……的确，女性常常需要平衡工作与家庭之间的冲突，这是一个事实。

京都律所刑事诉讼部主管合伙人朱勇辉是郭庆的同事，也是她的朋友。谈及女性在律师业的竞争，他在接受《法律与生活》记者采访时说：“女性恐怕在任何一个行业都要付出更多的努力，一方面受制于性别本身带来的劣势，另一方面必须在业务竞争中展示自己的能力。”

郭庆在参加美国大使馆举办的一次活动中被问及女性高级合伙人在律所管理层所占的比例时，她才注意到许多女性在一路工作途中，悄然离开了这支队伍。

麦肯锡在2012年对财富500强企业4000多名员工的一项调查中发现，男性中有36%的人想成为首席执行官，而女性有这种想法的只有18%。当工作被描述为具有影响力、挑战性并涉及高级职务时，要求得到该工作的男性数量明显多于女性。

“家庭肯定会影响你的工作，这是做一名女性律师不可回避的问题。如果不是我这样性格的人，或者，如果我不能以其他方式解决照顾孩子、老人的问题，这份责任恐怕是由女性承担。”郭庆坦诚地说。

凡事，郭庆都试图去看积极的一面。待她成为母亲时，她懂得珍惜，懂得耐心，分得清什么是自己的事、什么是孩子的事、什么是两个人之间的事。从一开始，她就是一位成熟、理性的妈妈。

“郭庆是一个追求完美的人。她带领团队申报奥运会的法律项目时，做的标书像刀切过一样整齐，当时我觉得很震撼。看得出，她是一个对自己要求很高的人。”朱勇辉说。

在自然界，你会看到一座座山，每座山都有山顶；但工作这座山是没有山顶的。一直在往前走，永远在路上。这是郭庆对自己所从事职业的理解。因此，她认为遇到困难是正常的，赢得胜利也是正常的。

名律面对面

记者：您是否比较过律师与记者这两种职业？

郭庆：一定是比较过的。

记者与律师最大的不同在于立场，他们都需要弄清一件事的来龙去脉，并根据证据构建一套逻辑体系，最后呈现出来。但记者的立场是不偏不倚的，向读者呈现事实的本来面貌；而律师的立场是为客户服务，说服法官。

转行后，我就发现自己一下子变成了私权利一方的捍卫者。我觉得这就是我的职责。我们能确定的是，一个比较完备的法律体系会有一个相应的制衡机制，你尽管去尽责，对方律师也会履行他的职责。

我们每一个人都不可能以一己之力替天行道，我们在法律的范围内，在道德准则的范围内，尽最大的努力。

记者：涉外法律业务的难点主要表现在哪些方面？

郭庆：难点主要来自文化背景与司法背景的差异。

一位外国客户跟你说他的要求时，你一定不能以一个中国人的角度去理解。

从流程方面看，与英国人沟通时，打电话需要事先写邮件预约；在特定时间打完电话后，需要给英国人反馈，写明讨论了什么、得出什么结论、怎样去落实。

在实体法方面，当一个美国人跟你说，我的朋友被逮捕（arrest）了，你的第一反应不是中国司法制度里经过检察院同意批捕后的逮捕，而是这个人

媒　体

的人身自由受到了限制。因此，你需要考虑到这种差异，虽然翻译过来是一个词，但完全不是一个概念。

记者：一名理想的涉外业务律师需要具备哪些条件？

郭庆：外语流利，是最基本的要求，这就像会说话一样。

此外，我觉得要有在国外法律机构工作过的经历。学习过与工作过完全是两回事，学习过还停留在理论和语言层面，而律师业是一个操作性特别强的行业。

在国外学习法律时，一定要在律所待上一段时间，熟悉一下外国律师的工作方式，包括他们的着装、仪表、待人接物。这都有助于你回到国内做涉外律师工作。

文章原刊登于：法律与生活杂志
记者：吕佳臻

童模市场揭秘：高收入异化了亲情
律师说法：家长做法涉嫌违法，广告公司可能被罚款

2019年4月9日，一位童模遭母亲脚踹的视频在网络热传。事后，女童母亲发声明称系教导动作稍大，并无虐童之意。10日下午，北京青年报记者从杭州市妇联了解到，关于该母亲是否存在家暴行为，目前市妇联正在进一步核实。

北青报记者调查发现，目前国内童模市场广阔，一些较红的童模收入不菲，甚至一年能挣一套房。而市场火热的背后，却是包括家长、商业机构对儿童权益的漠视。

事　件

3岁童模为网店拍广告
母亲脚踹女儿遭质疑

9日，“童模”上了微博热搜。网传视频显示，一个3岁左右的女孩拿着包向前走，身后跟着一男一女两个成年人在女孩后面拍摄。女孩走了两步后把包放在地上，身后的白衣女子突然上前脚踹女孩。随后，有媒体报道，被踹女孩名叫妞妞，是一名童模，当日正在给网店拍摄服装，而踹她的正是她的妈妈。

视频曝光后引发网友极大愤慨，一个母亲怎么可以如此粗暴地对待孩子？让两三岁的孩子当童模，是把孩子当作挣钱工具吗？在网友的议论声中，一些曾和妞妞有过合作的淘宝店家纷纷和妞妞解除了合作关系。

回　应

母亲道歉系情绪失控
妇联表示将核实是否家暴

10日，妞妞母亲发道歉声明称，如视频上所示，她在沟通教导中动作稍大，但绝无伤害的想法，造成网友的误解，她深感抱歉。但网友的争议并没有因为这则声明平息。

妞妞母亲告诉北青报记者，女儿今年3岁，当童模有半年时间。这个视频是当时在杭州给客户拍童装，妞妞在拍摄时不太听话一直在基地乱跑，她叫了几次妞妞也不听话，她便有些生气。拍摄完毕后，妞妞母亲和弟弟拿手机想再给女儿拍点照片，没想到孩子还是不听话，“我当时很累情绪有些失控，就做出了不好的行为。”

关于网友质疑她利用女儿挣钱，妞妞母亲也进行了否认，她在接受媒体采访时表示，丈夫有工作，家里不是靠女儿工作养家的。此外，妞妞母亲告诉北青报记者，女儿也并不是一直都在拍摄工作，家里人也会经常带她出去玩。

10日下午，北青报记者从杭州市妇联了解到，关于网传童模被打的视频，杭州市妇联正在进一步核实其母亲是否涉嫌家暴，如果查证其确实存在家暴行为，妇联将联合公安机关采取相关行动。

调　查

一般童模一个月收入两三万
“红的孩子”一年挣一套房

有媒体报道，在商业领域，二孩政策的效应表现最明显的就是童装行业。数据显示，从2013年开始，婴幼儿服装销售规模迅速上涨。该研究院数据显示，2016年中国童装市场规模约1450亿元;预计 2016–2021年童装行业复合增速约6.3%，快于整体服装市场。

火热的儿童服装市场下，对童模的需求也水涨船高。一方面是对童模有着极大需求的企业主，另一方面是渴望孩子成龙成凤的家长们。

媒　体

妞妞妈妈朋友圈封面是一张女儿的照片，下有文字介绍，“小妞妞93cm，26斤，24码，欢迎各位金主约拍”。

一位家住杭州的童模妈妈陈女士告诉北青报记者，童模按照身高分为小童、中童和大童。像妞妞这样的小童，是童模的黄金时期，这个身高的孩子市场需求量大，但是愿意让孩子参与拍摄、孩子本人又配合的不多，所以比较抢手。

北青报记者通过一家名为“童模社区”的中介平台了解到，童模工作主要有寄拍、商拍、买家秀和走秀等形式，其中商拍是最挣钱的一种。商拍童模需要在影棚按照摄影师和商家要求完成多套服装的拍摄任务，通常每件服装收入在100元左右。

这个说法得到陈女士证实。她告诉北青报记者，相较于影视剧里的各类儿童角色，对童模们来说，拍服装是来钱最快的一种方式。陈女士介绍，按照童模的出名程度，一般拍摄一件衣服价格在60–120元不等，童模们一般一天可以拍七、八十件，多的甚至能拍到100件，收入不菲。

收入高，来钱快，进入这个行业后，家长们不免被卷入其中，受金钱裹挟。陈女士告诉北青报记者，有些家长一开始是抱着锻炼孩子或者尝鲜的心态来的，但当孩子逐渐走红，约拍的人越来越多的时候，拒绝就变得很困难。“一般童模一个月收入两三万元没有问题，红一些的一年就能挣一套房”。陈女士说，她就认识母亲辞职，专门照顾当童模的孩子。

细　节

收入和付出成正比
有孩子因尿裤子被母亲打

收入和付出成正比。陈女士告诉北青报记者，童装拍摄分淡季旺季，旺季就是店家推新的时候，而童模一般需要在店家上新前半年左右就要拍摄完毕，一般都是冬天拍春夏装，夏天拍秋冬装。“我儿子之前7月份拍过一次羽绒服，而且是拍外景，我们大人都快要中暑了，别说孩子了”。陈女士说，在童模拍摄现场，孩子们拍摄到夜里十一、二点是常态。

常莎律师

律师说法

家长做法涉嫌违法
广告公司可能被罚款

就童模被母亲脚踹一事，北京京都律师事务所常莎律师认为，该女童母亲涉嫌违反《中华人民共和国反家暴法》和《广告法》相关规定。

常莎告诉北青报记者，根据《中华人民共和国反家暴法》相关规定，该母亲对该儿童连骂带打，实施了精神上、身体上的侵害，应被认为实施了法律所禁止的家暴行为。此外，根据《中华人民共和国广告法》第三十八条规定：“不得利用不满10周岁的未成年人作为广告代言人。”视频中儿童未超过10岁，该广告公司则涉嫌违反《广告法》中的禁止性规定。根据该法第五十八条规定，该广告公司有可能受到处广告费用一倍以上三倍以下的罚款；情节严重的，则可能受到被吊销营业执照，并由广告审查机关撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请、最高额为100万元的罚款等行政处罚。

至于有网友质疑女童母亲和相关店铺涉嫌雇用童工，常律师告诉记者，国务院《禁止使用童工规定》第十三条规定：“文艺、体育单位经未成年人的父母或者其他监护人同意，可以招用不满16周岁的专业文艺工作者、运动员。用人单位应当保障被招用的不满16周岁的未成年人的身心健康，保障其接受义务教育的权利。”儿童模特属于文艺工作者的一类，因此在其监护人同意的情况下，招用儿童模特是不违反法律有关适用童工的规定的。

常律师表示，在童装市场火爆的背后，童模们的权益保护却成了法律的灰色地带。由于儿童自我判断能力较弱，在“要不要成为童模”问题上基本上由家长说了算，完全没有自我选择的余地。渐渐的，童模也成为家长和商家手中获利的棋子，是整个童装产业链中最容易受到伤害的环节。我国《反家暴法》中第十三条规定了单位、个人发现正在发生的家庭暴力行为，有权及时劝阻。常律师也呼吁公众，如果看到有儿童遭受侵害，可以及时报警，尽力保护儿童权益。

来源：北京青年报 记者：李涛张月朦实习生王京平

淬变2019
——田文昌律师在京都年会上的致辞

首先热烈欢迎各位嘉宾来参加我们的年会。在这里，我跟各位嘉宾以及所内的同事们汇报一下2018年的成果，同时更重要的是要谈一下2019年的展望。

我要兴奋地告诉大家一个消息。京都所从1995年创建开始，已经走过了整整23年，23年都在持续发展。但是，2018年出乎大家意料的是，我们取得了一个卓著的发展速度。2018年京都所的收入增长率达到了46.6%！往年都是以25%到30%的速度在增长，但是去年达到了46.6%，这个成绩是令人振奋的，也为2019年京都所的快速发展打下了一个非常坚实的基础。

我每年的年会致辞都有两个字的主题，2017年我讲的京都所的发展主题是腾飞，提出要营造京都发展加速度的一种新常态。2017年走得很顺，去年我讲的题目是精进，就是说在2018年京都所要锐意进取、精益求精。结果真的兑现了，我们取得了特别可喜的成绩。

那么，2019年讲讲未来，我想讲什么，我想讲两个字“淬变”。我认为这两个字意义非常重大，为什么我要讲淬变，因为我希望在改革新制的推动下，京都所在2019年会出现一个由渐变到突变飞跃的发展速度。这是我们大家面临的一项重要任务，因为我希望在新的改革机制推动下，京都所能够实现飞跃性的发展。所以我把这种发展称之为淬变，也可以说是一个量变到质变的过程。

发展促进改革，改革推动发展，京都所在发展与改革的相互作用下，走过了整整23年，经过不懈努力和探索，2018年终于在外部顾问公司的协助下，改革方案的总体框架落地了。顺便说一下，我们聘请了国际上非常知名的顾问公司帮我们全方位地深入设计分配机制和改革机制的管理方案。所以，2019年是京都所施行新政的起始之年，希望并且相信在新机制、新格局的推动下，2019年京都所一定会迈向一个创新进取、继往开来的淬变式发展的新高度，我想把这称之为2019新高度。

问题在于我们如何做到2019年快速发展，在新高度上取得更辉煌的成绩。我想，最重要的是，京都人应当注意要达成几个方面的共识。

首先，对于京都所改革的必要性和紧迫性，必须有共识。大家知道从1978年到现在，我国的改革开放整整走过了40年，中国的律师制度也整整走过了40年，这40年虽然已经搭建了律师制度的基本框架，快速形成了律师制度发展一系列的基本政策，形成了一个达到30多万之众的律师队伍。但是由于中国律师制度的历史过于短暂，那么中国律师所的建设、律师制度的基础、律师职业的理念等等一系列问题，还有待于进一步解决。所以今后的一些年，也就是改革开放40年以后应当有一个很大的变化。我一直把40年之前，称之为中国律师制度的生成时期，40年以后应该进入一个发展期，

很长阶段的发展期。

那么，在这个发展期当中，中国律师队伍的建设、律师制度的建设、律师所机制的设计都面临着一系列重大的改革。京都所就是在这种大环境的推动下启动了改革之路。所以京都所的改革是大势所趋之下的顺势而为，没有别的选择。这种情况下，作为一个大规模的律师所不进则退，这是京都改革的必要性和紧迫性。

其次，关于京都所改革的宗旨，为什么要改革？京都所改革的宗旨跟我们国家改革宗旨一样，就是要调动积极性、解放生产力。个体经济产生的积极性，主要是对利润的追求和市场环境的宽松，那么对一个团队的积极性，必须还要有科学的分配机制和有效的管理机制。这两个机制的调整，就是我们改革的重心，只有把这两个机制调整好了，才能走向快速、良性、健康的发展。所以，我们在改革上，主要是面对于分配机制和管理机制的改革。这是关于改革的第二个共识。

再次，京都所改革的方向。对于京都所来讲很简单，我们既反对分帐制下的个体化倾向，也不搞平均主义大锅饭的模式，而是要建立一个在合理分配基础之上的科学化的团队合作模式。简单说，就是通过这分配机制和管理机制的优化，在律所规模上实现综合化、团队化、专业化、国际化这样一个发展目标。那么，在经济效益上实现加法变乘法、一加一大于二的共赢效果。我们要使京都所成为每一个京都人共享的绚丽舞台，要使京都所效益成为每一个京都人共享的改革红利。

最后，关于京都所改革的痛点，任何一种改革都必然要在不同程度上打破现有的利益格局，触动一些暂时的继得利益。甚至，任何一个改革都有无法逾越的痛点和必须付出的代价。怎么办？每一个京都人必须面对这种现实，正视这种现实，而且还要积极地面对，共同地面对。重要的是，在大家的共同努力下，能够克服痛点，减少代价，加快速度向前发展。可以说这四个方面的共识，是我们快速实现京都所改革目标的基础和动力。只有在这方面形成新深度的共识，我们才能够真正地坚定信心，顾全大局，面对现实和放眼未来。

未来一年，我们大家共同努力，减少阻力，加快速度，缩小代价，我希望京都所在走向2019新高度的同时，每一个京都人都能够在新的一年找到自己的新高度，谢谢大家！

企业当下面临的非典型性劳动法问题解决方案

企业在经济转型下 如何防控裁员可能引发的法律风险

丁丽萍 / 文

裁员潮真的来了吗？据互联网上的不完全统计，从2018年6月底到7月初开始，共有108家P2P平台爆雷，裁员潮在互联网金融领域抢先发生。从国内来看，2018年8月美团、拉勾爆出裁员信息；10月阿里、京东等企业不同程度“缩招”，华为、知乎、锤子、摩拜等多家公司先后传出裁员消息。从国外来看，ISS集团、宜家、福特汽车等国际巨头也宣布大规模裁员。2019年伊始滴滴平台宣布裁员，一时之间，市场出现的关于裁员潮的讨论声铺天盖地。

2019年初，很多企业为了积极应对国际国内经营环境及市场的变化，主动对自身经营战略、业务领域范围、组织机构、人员岗位等进行调整，通过精简编制提高效率是企业一种经营管理自主权的体现，无可厚非。但是在这个调整转型的过程中，如何依法合规操作，避免发生大规模的集体劳动争议事件，避免舆情的发生导致企业声誉受到损失，是企业面临的重大问题。

笔者在过往十多年的律师执业经历中，实际指导并参与了十多个大型裁员、安置项目，包括了国有企业改制过程中裁员项目、事业单位改制脱钩过程中人员裁撤项目、国企并购重组过程中人员调整项目、中央推进混改所有制改革背景下人员安置项目，同时还操作了一些中小企业战略转型、业务线调整、产品变化等涉及的中小型裁员项目。这些裁员、安置项目中企业的性质、引发裁员或安置的主客观原因等各不相同，但是实际裁员或安置结果都必然导致了员工劳动关系主体变更、工作岗位、工作地点、劳动报酬变动，在每个项目中都有大部分员工涉及到劳动合同的解除及终止、经济补偿金的计算及支付问题。

本文主要围绕企业启动裁员理由、裁员条件、裁员程序要件及操作、经济补偿、操作提示五个方面进行分析，以期能够指导企业依法合规进行裁员操作，有效规避可能面临的劳动用工法律风险。

一、裁员理由

在实践中，一个企业启动裁员都有哪些理由呢？美国最大的汽车厂商福特在在2018年度发布最新的三季报后宣布将要裁员7万人，这相当于全球20万人的三分之一。根据公司管理层的判断和观点，中美之间的贸易摩擦导致美国车场的钢铝成本大幅上升，是这轮裁员的主要原因。2019年滴滴平台打响了国内裁员的第一炮，宣布裁员2000人，缩减优化国内业务，非主业转战国际市场，对业务重组到来的岗位重叠、绩效不达标的员工进行裁员。接下来就是宜家宣布未来两年裁员7500人，缩减幅度是5%。宜家的说法是为了加速战略转型，裁减岗位主要集中在公关、人力和行政类岗位。企业官方回应除了上述说法，还有人才升级、组织机构调整、消减成本等等原因。

丁丽萍律师简介

京都律师事务所合伙人。从2008年起从事专职律师执业，为上百家国内外客户提供常年、专项劳动及综合法律顾问服务。成功代理数千起劳动仲裁诉讼案件及民商诉讼代理服务，协助企业出色完成诸如建章建制、员工劳动关系处理、集体裁员、工伤、薪酬体系设计、高管谈判、劳动法律风险防控、劳动争议案件代理、劳动法律法规及实操培训、劳动经典案例分享等法律事务，获得了客户的一致好评。

二、裁员条件

无论企业启动裁员的理由有多五花八门，但这些理由都要归入劳动法律法规的层面进行执行及操作，才能符合法律的相关规定。因为根据劳动合同法及相关规定，企业裁员其实质是用人单位单方解除劳动合同的一种方式，企业提出解除劳动合同需要符合法定或约定的条件或情形，否则可能导致违法解除需要支付双倍赔偿或被要求继续履行劳动合同法律风险。在实践中，大多数企业会通过以下四个方式以达到裁减人员的目的，但适用条件是否与企业情况相符合，操作流程是否符合法律的相关规定，经济补偿计算是否准确，历史遗留问题是否处置得当，方案制定的是否公平公正等等，这都是对企业的HR团队业务水平、经验积累、合规操作及对应急事件有效处理的重大考验。

（一）经济性裁员

劳动合同法第四十一条规定了经济性裁员的四个情形，企业达到裁减人员人数要求的（即：企业需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的），且符合任何情形之一的，可履行法定程序后裁减人员：

1. 依照企业破产法规定进行重整的

《企业破产法》设置重整制度，主要目的就是使用人单位根据企业重整的经营方案、债权的调整和清偿方案以及其他有利于企业重整的方案等重整计划，继续经营并清偿债务，避免用人单位进人破产清算程序，使经营失败的企业有可能通过重整而得到复苏、振兴的机会。在重整过程中，用人单位可根据实际经营情况，进行经济性裁员。

2. 生产经营发生严重困难的

以生产经营发生严重困难进行裁员的是企业常用裁员理由。使用此条件时企业必须举证证明生产经营发生了严重困难，企业举证责任较重，如何证明“严重”要求更加严格。实践中，建议可从如下几个方面对企业生产经营严重困难进行考量：

（1）企业连续几年亏损，且亏损额巨大，对企业正常经营造成严重影响；

（2）生产型企业订单持续大幅减少，企业阶段性停产且部分或全部员工超出三个月时间处于待岗；

（3）存在有导致经营状况持续恶化的众所周知原因（如法律、政策调整及变化）等。

3. 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的。

在企业生产经营过程中，企业为了寻求生存和更大发展，必然要进行结构调整和整体功能优化，这些方式包括企业转产、重大技术革新和经营方式调整。企业转产、重大技术革新或者经营方式调整并不必然导致用人单位进行经济性裁员，如企业转产的，从事原工作岗位的劳动者可以转到转产后的工作岗位。为了更好地保护劳动者合法权益，同时引导用人单位尽量不使用经济性裁员手段，劳动合同法要求企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，只有在变更劳动合同后，仍需要裁减人员，才可进行经济性裁员。

因此企业应当特别注意，企业适用该条款进行裁员的，需要先与劳动者协商变更劳动合同，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的方可进行裁员。如果未经变更劳动合同即进行裁员的，违反法定程序，属于违法解除劳动合同，需承担相应的法律责任。另外，在与劳动者变更劳动合同时，需要注意征求劳动者的意见应采用书面形式，并保留劳动者同意或不同意的证据。

4. 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

实践中，除了前述列举的三类情形外，在实践中还有一些客观经济情况发生变化需要经济性裁员的情形。这里“客观经济情况发生重大变化”，不是《劳动合同法》第四十条第（三）项的“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的”，这里的“客观经济情况”是对除了上述例举情况之外情形的一个统一的称谓，是一个法律规定的兜底条款。

根据我国《劳动法》第二十七条，客观经济情况发生重大变化是指：（1）濒临破产进行法定整顿期间（《劳动部关于<中华人民共和国劳动法>若干条文的说明》第二十七条，“法定整顿期间”指依据《中华人民共和国破产法》和《民事诉讼法》的破产程序进入的整顿期间）。（2）生产经营情况发生严重困难。《安徽省劳动合同条例》第三十条，客观经济情况发生重大变化还包括资本、生产经营结构发生重大变化，这与“企业转产、重大技术革新或者经营方式调整”是同一个意思。可见无论是最早原劳动部的规定，还是2008年颁布实施的劳动合同法的规定，对于企业客观经济情况发生重大变化的规定基本是一致的。本条款作为“客观经济情况发生重大变化”的兜底条款，在实践中对本规定

应作较为严格的理解和适用。

5. 经济性裁员的例外人员

根据劳动合同法的规定，企业在实施经济性裁员时对以下人员不得裁减：

（1）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

（2）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

（3）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内；

（4）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

（5）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；

（6）法律、行政法规规定的其他情形。

实践中企业裁员时往往最先考虑的需裁减的人员就是劳动能力较低、竞争力较弱的上述四类人员，因此法律对上述这四类人员给与了侧重保护，如果用人单位裁员时违法裁减上述人员，将面临违法解除劳动合同的风险。实践中，出现部分女性员工为了避免被裁减，突击怀孕，其实就是利用女职工在孕期、产期、哺乳期不得裁减的法律规定。因此，企业经济性裁员时应当谨慎对待前述几类员工，避免相应法律风险。

（二）客观情况发生重大变化

那什么情况属于《劳动合同法》第四十条第（三）项规定的劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的”，这里的“客观情况发生重大变化”如何理解呢？

笔者理解“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”是指劳动合同订立后发生了用人单位和劳动者订立合同时无法预见、无法避免、无法克服的变化，致使双方订立的劳动合同全部或者主要条款无法履行，或者若继续履行将出现成本过高等显失公平的状况，致使劳动合同目的难以实现。北京市高院北京市仲裁委关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答中将下列情形列为一般属于“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”：

1. 地震、火灾、水灾等自然灾害形成的不可抗力；

2. 受法律、法规、政策变化导致用人单位迁移、资产转移或者停产、转产、转（改）制等重大变化的；

3. 特许经营性质的用人单位经营范围等发生变化的。

《关于<劳动法>若干条文的说明》（劳办发[1994]289号）第二十六条也规定的如下情况属于“客观情况”：本条中的“客观情况”指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，并且排除本法第二十七条所列的法定整顿期间或生产经营发生严重困难需要裁减人员的情况，即因客观经济情况发生重大变化需要裁减人员的情况。

在司法实践中，经查阅相关实际审判案例并结合实际操作的裁员案例，笔者将“客观情况发生重大变化”大致概括为以下四种情况：

1. 不可抗力原因：既包括了自然灾害形成的不可抗力，也包括了法律法规及政策变化导致的重大变化；

2. 上级主体原因：出现政府部门、集团公司、上级主管部门等对公司具有管理权的主体做出指示或责令关停，又或因其政策变更、上级战略调整等非公司可控的外部原因造成合同继续履行不能的，一般可以也视为客观情况发生重大变化；

3. 重大决策原因：公司重大的经营决策，比如公司并购整合、公司搬迁、公司或代表处关闭或停业、资产出售或技术进步后的改革等，这些情况其实公司主观上可控，但该些决策需要足够重大，以致于符合了劳办发[1994]289号文中规定的“致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况”，因此也通常认定为客观情况发生重大变化。

4. 市场和经营原因：出现市场萎缩、下滑，经营状况不佳、公司亏损、资金链断裂、重要业务失去等非公司可控的经营状况变化，但没有达到“客观经济情况发生重大变化”的程度，造成劳动合同继续履行不能的。而该情况是否可以视为客观情况发生重大变化，在实践中也存在争议，相关的案例的判决也存在不同认定。

（三）协商解除

根据劳动合同法第三十五条规定，用人单位和劳动者经协商一致可以变更劳动合同的内容，包括调整工作岗位。通常情况下，企业在裁员的过程中也经常会采用协商解除的方式与员工协商解除劳动合同，并在法律规定标准之上支付经济补偿金。

企业通常会在什么情况下采用协商解除的方式进行裁员呢？一般而言，企业所处的实际情况等条件并不能满足上述介绍的两种可以裁减人员的情况，例如：企业内部组织机构

调整、部门合并、人员缩编等，但是企业为了生存和发展，仍需要裁减人员的通常就是通过协商一致的方式达到解除劳动合同的目的。

（四）其他解除方式

2019年初滴滴平台就公开宣布了裁员消息，官方提到要对绩效不达标的员工进行裁减。如果员工绩效不达标，企业如何对员工进行裁减呢？根据劳动合同法第四十条第（二）款，劳动者不能胜任工作，经过培训或调整工作岗位，仍不能胜任工作的，用人单位可以单方通知员工解除劳动合同，但需要提前30日通知或额外支付一个月工资。当然，除此之外，还有劳动合同到期企业通知终止不续签，存在严重违纪行为的员工被企业单方通知解除劳动合同的情况，但毕竟上述解除、终止劳动合同的方式均属于对个案的处理。

三、裁员程序要件及操作

企业裁员是否有法定必须履行的程序呢？如何操作才能合法呢？这是每个企业HR在面临需要裁员时可能都会提出的问题？下面我们就以“经济性裁员”为例进行具体说明。

为了控制不符合裁员条件的企业恶意利用该条款以达到任意裁减人员的目的，从而严重损害劳动者的合法权益。同时也为了缓解经济性裁员对劳动者和整个社会平稳安定造成的巨大冲击，《劳动合同法》第四十一条延续了《劳动法》第二十七条关于经济性裁员的程序性规定，要求用人单位进行经济性裁员必须履行一整套法定程序，同时上文已经介绍，劳动合同法相对于劳动法还新增了关于启动经济性裁员的人数要求的规定。

（一）企业经济性裁员的步骤

1. 企业应提前三十日向工会或者全体职工说明情况，提供有关经营状况的资料。

由于经济性裁员涉及全体劳动者的切身权益，为便于工会和劳动者了解裁减人员方案及裁减理由，获得工会和劳动者对经济性裁员行为的理解和认同，企业必须提前30日向工会或者全体职工说明情况，并听取工会或者职工的意见。

这里需要注意的是，应当向全体职工说明情况，一般应召开全体职工大会，立法的初衷就是要防止企业单方面制定有利于自己而损害劳动者权益的裁员方案。

2. 制作经济性裁员方案，内容包括：被裁减人员名单，裁减时间及实施步骤，符合法律、法规规定和集体合同约定的被裁减人员经济补偿办法等。

3. 将裁减人员方案征求工会或者全体职工的意见，认真听取工会和职工提出的合理意见，详细记录，对方案进行修改和完善。需要提示的是，企业应在充分征求员工的意见和建议的基础上拟定方案，且方案内容应涵盖并解决大多数员工关注的核心利益问题，并应客观公正的解决企业在劳动用工方面存在的历史遗留问题。

4. 向当地劳动行政部门报告裁减人员方案以及工会或者全体职工的意见。该裁减人员方案需要向劳动行政部门报告，以使劳动行政部门了解企业裁减背景及原因，必要时采取相应措施，防止出现意外情况，监督经济性裁员的合法进行。

5. 企业召开全体员工大会正式公布裁减人员方案，与被裁减人员办理解除劳动合同手续，按照方案规定支付经济补偿金，出具解除劳动合同证明。

企业在操作上述几个步骤时，应当保留相关证据材料，以免法定程序未到位或举证不能而导致承担违法解除的法律责任。

（二）以客观情况发生变化为由的裁员程序要件

企业以“客观情况发生重大变化”为由裁减人员的亦应履行必要的法定程序：

1. 企业首先要举证证明发生了《劳动合同法》第四十条第（三）项规定的劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化；

2. 因客观情况发生重大变化致使劳动合同无法履行，这是企业应与劳动者进行协商变更劳动合同，包括变更工作岗位、工作地点等；

3. 劳动者不同意企业提出的变更要求，双方未能就变更劳动合同内容达成协议的。

4. 企业内部成立了工会组织的，应将解除劳动合同的理由在解除前告知工会征求反馈意见。企业违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求纠正。企业应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

同样的，企业在操作上述几个步骤时，应当保留相关证据材料，以免法定程序未到位或举证不能而导致承担违法解除的法律责任。

（三）其他方式裁员的必备条件

1. 协商一致解除劳动合同

企业采用协商一致解除时，一定要明确解除事项是企业提出动议、员工自愿同意，双方最终达成一致而同意解除劳动合同。这种解除劳动合同的意思表示是真实的，不存在欺诈、胁迫及乘人之危的情况，否则可能导致双方签订的解除协议无效。

2. 不胜任解除

企业应首先证明劳动者不能胜任工作，然后是依法进行培训或调整岗，在培训后上岗后或调岗后企业有证据证明劳动者仍不能胜任工作的，企业可以在征求工会的意见后单方通知员工解除劳动合同，但需要提前30日通知或额外支付一个月工资。

需要提示的是，不胜任解除劳动合同对企业的举证要求比较高，且在第一次不胜任时还不能立即解除劳动合同，需要给与劳动者再次调岗或培训的机会，只有再次证明劳动者不胜任工作的，企业才能启动解除的程序。如企业在没有充分证据的前提下自行调整劳动者工作岗位的属于违约行为，给劳动者造成损失的应予以赔偿，企业应参照原岗位工资标准补发差额。在实践中，采用该方式裁员的情况占比不多，仅适用于个别员工的特殊情况。

四、经济补偿

根据劳动合同法的立法原则，在劳动者没有过错的情况下，企业解除劳动合同应依法支付经济补偿金，而企业主导并实施的裁员就属于劳动合同解除的一种方式。

（一）经济补偿法定标准

1. 计算方法

《劳动合同法》第四十七条规定，劳动合同解除或终止后，用人单位应当按照劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付经济补偿。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，支付半个月工资的经济补偿。本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

简单的说，经济补偿= 企业工作年限（N）×月工资（M）

2. 企业工作年限N如何确定

（1）2008年之前工作年限（N1）：按照员工工作年限，每满一年发给相当于一个月工资标准补偿金，工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。

（2）2008年之后工作年限（N2）：经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资标准的经济补偿金。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿金。

经济补偿金年限N=（N1+N2）

3. 月工资标准M的确定

计算经济补偿金的“月工资”标准如何确定？实践中很多用人单位在计算经济补偿时，以劳动者的实发月平均工资或月基本工资作为计算基数，损害了劳动者的合法权益。《劳动合同法实施条例》第二十七条对此进行了明确规定，“劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。”这里的应得工资是指没有扣除五险一金及个人所得税之前的工资。

如果计算出的“月工资”标准低于劳动合同履行地政府公布的最低工资标准的，以最低工资标准确定月工资。如计算出的月工资高于当地社平工资三倍的，以社平工资三倍封顶计算。同时，企业向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年，简而言之为“（3倍 + 12月）封顶”。

综上，劳动者本人月工资标准不同，计算经济补偿金的基数有所不同：

（1）低于社平三倍高于最低工资标准，按照本人月工资计算；

（2）低于最低工资标准按照最低工资标准计算月工资；

（3）高于社平三倍按照社平三倍计算，同时计算年限不超过12年。

五、操作提示

1. 裁员实体及程序方案的制定

每个裁员项目都涉及裁员实体及程序方案的制定，这不但是对劳动法律师执业水平、解决问题的能力的实战考察，也是对是否具备全局把控能力、迅速发现问题及丰富实践经验等全方位的挑战。笔者总结了下主导设计并实施的裁员项目，提出如下建议供参考：

（1）依法合规才能经得住时间考验

鉴于每个裁员项目的背景情况各不相同，例如涉及国企

改革的项目，我们不但要了解劳动法律法规及政策的规定，更要了解《公司法》、《企业国有资产法》、《企业破产法》等法律法规，涉及国企改制的政策性文件，充分理解这样设计的方案才能确保在法律法规的框架下依法合规。

（2）尽调全面才能游刃有余

每个企业实际的存续年限不同，劳动用工管理的水平参差不一，员工劳动合同签署情况、年龄、工作年限、工资标准、历史年休假、加班费支付情况等各不相同，当然每个企业都有一群特殊的人员，例如三期女职工、工伤员工、医疗期员工等都是需要特别予以关注的。在制定裁员方案前如果不能全面了解和掌握企业员工的最真实的情况，很难设计出符合企业要求、兼顾员工利益的实体方案。因此全面细致的尽职调查成为一项重要的工作，而且每个项目因具体情况的不同，尽调的内容也存在区别。

（3）充分征求意见才能解决员工思想困惑

企业在制定裁员方案前应通过多种形式征求员工对企业裁员的意见及建议，让员工充分自由表达各自的意见，企业通过收集及分析员工提出的问题，能最直接掌握员工的真实想法，并就大多数员工都关心的问题形成统一常见问题解答、宣传手册等文件，有助于在裁员方案实施过程中统一思想，给员工统一答复。

（4）加强正面舆论引导才能杜绝谣言

企业裁员的消息一经传出必然导致员工人心惶惶，尤其是对国企职工而言，很多人工作年限十多年甚至二十多年，除了现有工作没有其他专业技能，许多职工夫妻二人或祖孙三代都在一个单位工作，因此裁员方案的制定直接关系到职工一家人的切身利益。在某项目中，就出现随着裁员方案制定工作的推进，有部分员工可能被一些个别人所影响，在网络上、微信群上出现一些反对裁员的呼声或不利于社会和谐稳定的做法。企业应加强网络的舆情管理，安排专人在网络上释放正面信息，坚决迅速地驳斥各种谣言。对于故意制造和传播谣言、制造混乱的人员，需第一时间报请公安部门处理。同时，应与人社局及工会部门加强沟通配合，邀请工作人员与职工进行面对面沟通对话，回答员工提出的问题。

2. 裁员方案的实施

（1）履行法定程序

除了上文中已经介绍的法定的裁员程序外，根据《企业国有资产法》相关规定，涉及企业改制的项目安置方案需经职工代表大会或者职工大会审议通过。

国家出资企业的合并、分立、改制、解散、申请破产等重大事项，应当听取企业工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。

（2）专项工作分工有序

在项目实施过程中，企业通常会成立专门工作组，设立相关负责人，内部有划分为专业的工作小组，权责分明，进行分工协作，才能最终顺利完成方案的具体实施工作。这些工作小组中设有律师小组，对内进行政策宣讲、对工作人员进行培训，拟定法律文件；对外专门负责解答方案及实施过程中出现的个性化问题，接待上访职工，提供现场及日常咨询服务。

（3）应急措施安排得当

在裁员方案实施过程中，我们协助企业拟定突发事件应急预案。企业专门设立了综合协调小组，安排了专人与地方法院、国资委、公安局、人社局、税务局、总工会等机构进行联络，并对维稳工作设立专门小组，安排转人负责。

（4）流水线一站式办理解除手续

在办理员工解除劳动合同手续时，为了方便员工，很多项目我们建议企业采用流水线一站式办公方式，签订解除协议、核定工龄、领取经济补偿金、办理档案及社保关系转移、开具离职证明等连续办理。

结　语

企业裁员、安置项目是大型系统工程，通常都较为复杂，不仅涉及到的员工人数众多，各个层面员工的诉求均不一致，裁员方案不仅需要符合法律规定要求，同时还要兼顾众多的国家、地方政策、国资监管要求、社会和谐稳定和其他历史遗留问题。作为一名劳动法专业律师，我深切感受到一个看似小小的意见或建议，不仅直接关系到企业裁员方案制定的导向，也会影响到劳动者的切身利益及背后的家庭，我们的工作即平凡也很重要。每当一个项目历经艰难困苦，顺利完成并得到企业和职工的高度肯定时，我都觉得辛苦努力付出是值得的。企业的改制转型、重组合并、组织机构变更、业务领域调整均是适应经济发展的选择，是其不断提高自身效率的要求，在符合法律政策的前提下无可厚非，但是如何在整个过程中公平公正平衡企业和职工的各自利益，如何确保劳资关系的和谐及社会的稳定，也是我作为一名劳动法律师必须肩负的责任，路还很长，任重而道远。

公司解聘高管适用劳动法的困境及对策

■ 贾宝军 / 文

最高人民法院指导案例

上海佳动力环保科技有限公司与李建军公司决议撤销纠纷一案二审民事判决书[1]

基本案情：

被上诉人李建军系上诉人上海佳动力环保科技有限公司（以下简称佳动力公司）股东，并担任总经理职务。佳动力公司为有限责任公司，其股权结构为：葛永乐持股40%、李建军持股46%、王泰胜持股14%。三人共同组成董事会，由葛永乐担任董事长，其余二人为公司董事。公司章程规定："董事会行使包括聘任或者解聘公司经理等权利；董事会须由三分之二以上的董事出席方为有效；董事会对所议事项作出的决定应由占全体股东三分之二以上的董事表决通过方为有效。"2009年7月18日，经董事长葛永乐电话召集，佳动力公司召开董事会，会议经葛永乐、王泰胜表决同意通过了"鉴于总经理李建军不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失，现免去其总经理职务，即日生效"的决议。决议由葛永乐、王泰胜及监事签名，李建军未在决议上签名。2009年7月27日，李建军以该决议依据的事实错误，在召集程序、表决方式及决议内容等方面均违反了公司法的规定、应予撤销为由，向原审法院提起诉讼，要求撤销上述董事会决议。

裁判过程：

一审法院经审理认为：虽然本案董事会决议在召集、表决程序上与公司法及公司章程并无相悖之处，但董事会形成的"有故"罢免原告总经理职务决议所依据的"未经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股造成损失"的事实存在重大偏差，原告在案外人国信证券公司进行800万元股票买卖，包括账户开立、资金投入及股票交易等系列行为，均系经被告董事长葛永乐同意后委托李建军代表佳动力公司具体实施。因此，在该失实基础上形成的罢免总经理决议，缺乏事实及法律依据，其决议结果是失当的。从维护主张撤销权人的合法利益、董事会决议形成的公正、合法性角度出发，判决对该董事会决议予以撤销。

一审判决后，佳动力公司不服提起上诉。

二审法院经审理认为：聘任和解聘总经理是公司董事会

贾宝军律师简介

京都律师事务所合伙人。主要执业方向为民商事领域及劳动法律事务。在人力资源管理风险诊断和风险防控、出具劳动争议解决方案、代理劳动仲裁诉讼案件以及劳动法律和实务培训等方面具有丰富的经验。执业十余年来，为百余家企业实施了劳动法律风险防控服务，为客户培训近百余次，服务客户包括大型国有企业、事业单位、上市公司及外资企业等。

1 案号：上海市第二中级人民法院二审（2010）沪二中民四(商)终字第436号。

的法定职权，只要董事会决议在程序上不违反公司法和公司章程的规定、内容上不违反公司章程的规定，法院对解聘事由是否属实不予审查和认定，其对董事会的决议效力亦不构成影响。本案中“李建军不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失”这一理由仅是对董事会为何解聘李建军总经理职务作出的“有因”陈述，该陈述本身不违反公司章程，也不具有执行力。本案适用《公司法》第二十二条予以审查，认定系争董事会决议在召集程序、表决方式上均无任何瑕疵，不符合应予撤销的要件，遂对本案予以改判，对李建军原审诉请不予支持。即二审法院支持了董事会免去李建军总经理职务的决议。

引申思考

由于我国目前并未出台针对公司高管的特殊劳动法规则，因此公司高管如何适用现行劳动相关法律规定在实务中存有诸多争议。根据目前理论界的主流观点，虽然公司高管在公司享有广泛的权力可在一定程度上代表雇主，很多情况下公司董事由于投入公司董事会的时间有限而在公司绝大数的经营管理决策中无奈地听从于公司CEO，甚至沦为CEO决策的橡皮图章，但公司高管仍然符合劳动者的一般含义，其与公司之间的关系是否亦应受劳动法律的调整呢？

上述判例表明：一、董事会决议解聘公司高管依法不需要理由，只要其在召集程序、表决方式上无瑕疵，解聘即为有效；二、虽然董事会决议解聘公司高管所依据的事实不成立，但并不影响解聘的效力。

由此我们不禁要问：解聘公司高管是否只需要符合公司法的规定，而无需考虑劳动法律的规定呢？解聘公司高管究竟应遵循哪些规范呢？

对此，本文从以下几个方面进行探讨解析。

一、公司高管的双重身份特性及公司高管是否要与公司签订劳动合同

首先，我们明确一下公司高管的含义。根据公司法第216条第（一）项的规定，高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。此处的经理在实践中一般是指总经理、总裁、CEO等，不是部门经理、项目经理等。

其次，需要明确公司高管是否具有劳动者身份。公司

	高管	普通劳动者
相同点	人格上之从属性，公司高管人员和普通劳动者一样处于雇员的地位，具有组织上的从属性。 经济法之从属性，公司高管人员仍受雇于公司并被纳入公司内部结构，为公司的发展提供有偿的劳动，具有经济上之从属性特征。；	
不同点	具备雇主的特别属性： 可以作为公司法定代表人对外代表公司进行民事活动。 公司高管人员具有经营管理权和指示命令权。 公司高管人员的报酬通常是以年薪的形式来表现，以劳动绩效为评价标准，并与公司利益直接挂钩的弹性薪资制。诸如股票期权等形式，报酬在性质上更接近于分享雇主的利润，是对劳动者剩余劳动的锁哥。	只具备雇员属性。

高管代表的是股东利益，更多的职责是管理公司和下属，被管理的色彩较弱，其上班时间、工作安排等具有较大的自主性，其工资还远远高于普通的劳动者。公司高管的身份同普通劳动者的身份相差甚远，那么公司高管是劳动者吗？在此应作如下理解：由于公司高管地位的特殊性，决定了其在公司企业中的特殊地位，即公司高管具有公司的代理人乃至法定代表人的特性。高管人员一般是通过公司董事会聘任产生，代表了公司企业的投资者，受雇主所雇佣，替代雇主进行经营、管理，行使雇主授予他们的指示命令权、惩戒权和对员工的奖惩、招聘、解聘的权利。但公司高管在管理公司、经营公司的过程，实际也是他们向公司提供劳动的过程，而且是高密度的劳动。公司高管与公司之间亦存在聘用性质的劳动关系。

第三，既然公司高管与公司之间存在劳动关系，根据我国劳动合同法第10条规定，公司应当与其订立书面劳动合同（退休人员、兼职人员及其他不适合签订劳动合同的情况除外）。若未依法签订劳动合同，则需承担劳动合同法规定的法律后果（包括行政处罚和双倍工资的索赔），而无法仅凭公司董事会的一纸聘书免责。但鉴于公司高管具有劳动者和公司管理者的双重身份，实务操作中，代表公司与高管签约的人就是高管自己（尤其是公司总经理），经常造成漏签或逾期签订，责任很难划分。因此，在我因尚未出台针对高管

雇员的特殊劳动法规则之前，为避免争议，规范的操作应是由董事长或执行董事代表公司与高管签订劳动合同。

综上：公司高管的聘任通常是在公司董事会决议通过后，先由董事会与高管签订聘用合同，再由公司与高管签订劳动合同。因此聘用高管适用公司法及相关规定，而与高管建立劳动关系适用劳动法及相关规定，两种法律规范的共同适用并不冲突。

二、公司董事会解聘高管≠公司与高管的劳动关系解除

很多人甚至有法律专业人士也认为，董事会解聘公司高管是《公司法》的授权，只要董事会的解聘决议符合《公司法》及《公司章程》规定的程序要件，高管应该无条件离职。该观点在理论和实务中均有合理性，但由于目前我国没有专门针对高管雇员的劳动法规则，因此该观点在实务中产生了大量争议。

实际上，该观点混淆了解除职务和解除劳动关系这两个不同的概念，认为董事会决议罢免高管职务就意味着解除了与高管的劳动关系，在现有的法律体系下，这是错误的。这有点类似于计划经济时代的双轨制用工体制。

在计划经济时代，国有经济为主，企业中一直是劳动关系和职务聘任双轨制并行，劳动者成为企业的员工后，还需要被聘任为某个岗位，聘期结束后可以续聘、待岗等待另行聘任，也可能被解除劳动关系。随着非公经济的发展，企业用工趋于灵活，1995年的劳动法并未在法律层面对双轨制予以规定，解聘等同于劳动关系解除，非公企业中采用双轨制用工者逐渐减少。目前，用人单位已经很少谈论岗位聘任，因此职务解聘与劳动关系解除在大众的普遍认知上被划上了等号。但由于公司法对公司高管聘任的法律规定，造成了对高管雇员群体事实上的双轨制管理。

	公司法	劳动法
调控对象	调整的主要是公司设立、组织运营或解散过程中所发生的社会关系。	调整的是劳动者与用人单位之间在实现劳动过程中发生的社会关系（及通常所称的劳动关系）及与劳动关系密切联系的其他社会关系，如社会保险方面的关系、处理劳动争议方面的关系，监督劳动法执行方面的关系等。
关于高管的招聘	董事会具有解聘公司高级管理人员的职权，依照公司自治原则，此种解聘无解聘法定理由或者解除理由正当的法律限制。	公司解除高级管理人员的劳动合同还需遵守劳动法的相关规定。

笔者检索了最高人民法院近五年的案例，主流的审判意见认为：董事会根据《公司法》及《公司章程》的规定解除公司高管的职务，只是公司高管的工作岗位发生了变化，解除了双方在公司法下基于聘任而产生的法律关系，并不意味着在劳动法下基于约定而产生的法律关系被解除，故公司高管的职务被解聘后，其与公司的劳动合同并不因此而当然解除。解除公司高管的职务后若对其变更工作岗位甚至是解除劳动关系等，还需要遵守我国《劳动法》、《劳动合同法》及相关法律的规定。

以本案为例，“总经理李建军不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失”是佳动力公司董事会对行使解聘总经理职务列出的理由，但李建军是否存在不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失这一事实，不应影响董事会决议的有效性。但如果公司拟以其失职给公司造成重大损失为由予以解除劳动关系，解除的效力以及是否应依法予以补偿均应在劳动法律层面进行分析评价，假设公司对该类行为有明确的纪律规定且解聘劳动关系程序符合劳动法的要求，则针对李建军不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股给公司造成巨大损失的行为，如果证据确凿，则解除有效，且无需支付经济补偿金，反之则解除无效。

未来，如果我国出台对高管雇员的劳动法特殊规则，从目前的主流学术观点看，会确定公司解除劳动关系的权利，但同时亦会对是否给予高管人员经济补偿金进行更细致的规定。

三、董事会解聘公司高管职务后变更工作岗位的合法性分析

董事会解聘公司高管职务后，如拟不解除劳动合同，另行安排岗位，高管有权拒绝吗？高管拒绝后，公司有权解聘且不支付经济补偿金吗？

变更工作岗位应当由劳动者和用人单位平等协商确定，这是现行劳动法律的明文规定，该规定意味着企业无法单方强行调整劳动者的工作岗位。该原则有个例外，就是企业对不能胜任工作的劳动者有权单方调整其工作岗位。那么董事

会解聘高管职务是否可以当然推断该高管不胜任工作呢？

我认为不能。毕竟解聘高管职务是董事会的当然权利，无需任何理由，虽然董事会解聘高管一般是有原因的，大多数情况下也与高管不胜任有关，但原因也可能多种多样，不一定必然是因为不胜任。

那公司调整高管的岗位的行为效力是否还需放在劳动法律的范畴内进行评价呢？笔者认为不需要。因为，公司董事会解聘高管的决议依据公司法的规定是有效的，这意味着后续无论是离职还是调岗，公司高管均不能亦无权再恢复原职务了。但如果还要将此调岗行为放在劳动法律的范畴内进行评价，则可能出现一个悖论，即该调岗行为在劳动法上被认定为无效，高管有权据此要求恢复职务，与董事会决议效力产生冲突。

因此，笔者认为公司有权重新安排被解聘职务高管的岗位，但该高管人员有权选择是否接受。如果不接受，则公司有权解除劳动关系。但此时公司是否需要支付经济补偿金，实务中亦存有截然不同的观点。笔者认为，还是要回到原始事由去分析孰是孰非。仍以本判例为例，针对李建军不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股给公司造成巨大损失的行为，如果证据确凿，则引发解聘、调岗及至最终的解除劳动关系的过错在李建军，其无权要求解除劳动合同经济补偿金，反之则可以获得经济补偿金。

事实上，实务中董事会解聘高管后很少会调整岗位继续留用，因为高管降职使用往往使高管心理落差大，亦很难与公司和同事维系良好的关系，同时站在公司立场，由于高管之前掌握公司的大量信息以及其特殊影响力，继续留用可能会 使公司的经营处于极大的危险之中。因此继续留用一般情况下无法满足双方诉求。

基于此，笔者建议公司应对高管人员的聘用和管理进行系统设计，在给予高薪的同时对其勤勉尽职义务和忠实廉洁义务以及行为准则进行明确约定，同时根据公平和诚信原则约定相应的约束机制，方可使高管与公司的合作关系更健康、能持久。

律师提示

综上，鉴于高级管理人员相较于普通劳动者而言具有身份地位和权利义务的特殊性，作为公司企业的用人单位不能将其按普通劳动者进行管理。同时对公司解聘高级管理人员所引发的劳动争议，如何适用我国现行的劳动法律存在着定位不清、缺少细则的问题，实践中更多地依赖劳资双方的约定和用人单位的规定来作为裁判依据。另外，由于高级管理人员掌握着用人单位的核心机密且一般有远超平均水平的薪酬，一旦发生劳动争议对用人单位的影响相对较大，更需要用人单位完善管理机制、加强流程控制，以便在劳动争议能够还原事实实现公平。

题外：写给高管

公司法对高管的责任和义务均有明确规定，即高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。作为公司来讲，他是公司基于信任委托高管实施对公司的管理行为，高管应从公司的最高利益出发，尽自己最大的努力，以一个称职的公司管理人应有的谨慎从事经营管理行为。若高管违反了勤勉与尽职义务，则应承担相应的法律后果。

同时，当董事会决议的形成或公司的其他行为使其人格权利和民事权益遭受侵害，或者明显不公正待遇时，司法应当进行干涉，审查董事会决议形成的合法性和公正性，以保护高管的权利。因此，高管人员可以通过诉讼途径向公司主张自己的权益。根据法律规定，起诉人应明确请求事项，法院会根据不同的诉讼类型，适用不同的法律规定，确定不同的审查内容和裁判标准，具体包括：

1.高管的人格权利和民事权益遭受公司侵害时，可以公司为被告，根据具体的侵权事由，提起相应的侵权之诉，要求公司承担侵权责任；

2.高管同时享有股东身份的，可以公司为被告，提起董事会决议无效或撤销之诉，法院应适用《公司法》第二十二条予以审查并作出裁判；

3.高管与公司签署劳动合同或存在事实劳动合同关系的，可以公司为被告，提起劳动争议之诉，仲裁或法院应根据劳动法的相关规定予以审理。

（实习生赵毓对本文的案例检索提供了有效帮助）

员工医疗期满被解除劳动合同，经济补偿金的基数应当如何确定

张妍/ 文

一、医疗期含义及期限

医疗期，通称病假期，可以从《关于发布<企业职工患病或非因工负伤医疗期规定>的通知》第二条规定中确定其含义，医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。同时，在该通知中第三条亦对医疗期的时限作出规定，企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予三个月到二十四个月的医疗期。此外，对于特殊疾病的医疗期问题，在《关于贯彻<企业职工患病或非因工负伤医疗期规定>的通知》中明确，对某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在24个月内尚不能痊愈的，经企业和劳动主管部门批准，可以适当延长医疗期。

张妍律师简介

曾在某直辖市司法局及劳动人事争议仲裁委员会工作。执业以来，承办了数百起民商事及仲裁案件，有着多年劳动及人事争议解决、公司合规及法律风险防控、企业大规模经济性裁员、企业改制及员工安置等处理经验。为多家知名上市公司、跨国企业、大型国企事业单位提供法律服务并担任常年法律顾问。

二、医疗期工资标准如何确定

依据《关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法>若干问题的意见》中规定，职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%。

以北京地区为例，绝大多企业按照法律规定的最低线，即北京市最低工资标准的80%支付医疗期工资。以2018年北京市最低工资2120元为计算参数，则医疗期月工资标准为2120元*80%=1696元。

三、医疗期满解除的经济补偿金基数是否应剔除医疗期工资

经济补偿金计算基数，按照《劳动合同法》第四十七条规定，本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。此外，《劳动合同法实施条例》第二十七条作了进一步解释，即劳动合同法第四十七条规定的经济补偿的月工资按照劳动者应得工资计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准计算。劳动者工作不满12个月的，按照实际工作的月数计算平均工资。

综上可以得出，经济补偿金基数原则以劳动者在解除或终止劳动关系前12个月为计算周期，以该周期内的货币性收入总和为总基数，再予以平均。可见，法律并未规定计算时是否应当考虑劳动者在该周期内的出勤情况，也无论劳动者是否存在病假或者事假。而现实中，如果劳动者在上述周期内出现医疗期，并按当地最低工资标准的80%取得医疗期工资，那么其经济补偿金基数则会因此而降低。笔者以张某为例，展开实践中出现的两种不同观点。

张某是北京A公司的技术管理人员，月工资为25000元，张某于2018年7月1日起休病假，病假期间A公司按照北京市最低工资标准的80%支付其医疗期工资。2019年1月1日，张某医疗期满后，A公司以医疗期满为由与其解除了劳动关系，并以其2018年1月至2018年12月期间的平均工资为基数支付了张某经济补偿金。

张某对A公司解除劳动关系的合法性不持异议，但认为A公司计算经济补偿金的时候并未剔除医疗期工资，导致其经济补偿金数额减少，明显不合理。张某主张经济补偿金应以正常出勤下的月工资25000元，予以计算。

A公司主张，法律规定经济补偿金的计算就是按照解除或终止劳动关系前12个月平均工资计算，并未规定应当剔除医疗期工资。

张某与A公司的两种观点，就是最常见的两种不同意见。那么法院在计算经济补偿金时，是否会剔除医疗期工资呢？笔者在初步总结相关司法判例，以期明确各地法院的裁判尺度，对相关问题的处理提出建议。

四、经济补偿金计算基数各地裁判尺度

（一）以北京法院为代表，不剔除医疗期

为了确定经济补偿金的计算基数是否剔除医疗期工资，笔者在无讼案例网和中国裁判文书网上输入检索关键词经济补偿金、病假期、北京市、2016年–2018年，检索出相关案例187例，其中准确对应所研究问题有13例。审理法院包括北京市第一、二、三中级人民法院及北京市各基层人民法院。研究发现，北京地区法院对此问题，一般判决以劳动合同解除前12个月的工资为经济补偿金基数，不予剔除医疗期工资，可参见其中如下判例：

北京市冀北出租汽车有限公司与王红兵劳动争议一案[1]

依照《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条及《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十七条之规定，劳动者在劳动合同解除或终止前12个月的平均工资低于当地最低工资标准的，经济补偿的月工资按照当地最低工资标准计算，王红兵2012年3月19日至9月19日期间未实际运营出租车，该期间其经济补偿的月工资标准应按病假工资标准计算为宜，故对其该项诉讼请求之合理部分，法院予以支持。

北京泽洋物业管理有限公司与陈大雷劳动争议一案[2]

泽洋公司应支付给陈大雷解除劳动合同的经济补偿金。根据法律规定，经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。月工资是指劳动者在劳动合同解除前十二个月的平均工资。陈大雷在医疗期2016年8月18日至2017年2月17日之间的工资为每月1512元。医疗期满后，陈大雷未提供劳动，应视为待岗。故陈大雷在2017年2月17后的工资应按1890元*0.7=1323元计算。法院认定陈大雷的2016年10月26日至2017年10月25日的月平均工资为1482元。泽洋公司应向陈大雷支付解除劳动合同经济补偿金11115元。

（二）以上海、浙江法院为代表，剔除医疗期工资

以上海、浙江法院为代表，以适用问题解答或会议纪要的方式，确定医疗期工资并非是正常出勤月工资，计算经济补偿金应剔除医疗期工资。

虽然上述观点以着重保护劳动者权益为出发点，但笔者认为此是否符合立法的本意更值得思考。首先，劳动者医疗期内不能正常出勤的情形系自身健康原因导致，此应有别于因工负伤或患职业病；其次，该情形亦应有别于企业因生产经营困难安排待岗而导致劳动者不能正常出勤。故劳动者出现医疗期的情形，当然不应归咎于用人单位。法院如采纳剔除医疗期工资，只以劳动者正常工作时间工资作为经济补偿金基数的观点，无疑将过分削弱法律对用人单位的合法利益的保护，从而加重用人单位的用工风险及经济负担。把握司法裁判的尺度，应当区别不同地区的社会经济发展实际，但不应当忽视法律适用的统一。在保护劳动者权益的同时，亦应当兼顾用人单位的合法利益，不应过分苛责。在稳增长，保就业的现行经济环境下，共同创造和谐的用工关系。

（实习生赵毓对本文的案例检索提供了有效帮助）

1 案号：（2015）二中民终字第03176号。

2 案号：（2018）京01民终3387号。

3 《关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法>若干问题的意见》 55.劳动法第四十四条中的“劳动者正常工作时间工资”是指劳动合同规定的劳动者本人所在工作岗位（职位）相对应的工资。

雇用外国人不注意这些，当心受重罚

王冠楠/ 文

随着中国开放程度提高以及国际化企业增多，在华就业的外籍人员（包括港澳台地区居民）也越来越多。在聘用外国籍员工时，需要遵守《劳动法》《劳动合同法》。还要遵守《中华人民共和国出入境管理法》、《外国人在中国就业管理规定》、《学校及其他教育机构聘用外籍专业人员管理办法》等特别规定。望本文能为企业规避雇佣外国人过程中的法律风险贡献微薄之力。

王冠楠律师简介

2009年开始从事法律服务工作，2010年取得律师执业资格，2011年加入京都律师事务所，拥有多年的法律服务行业工作经验。专业方向偏重诉讼业务，对劳动法律相关业务进行过深入研究，承办过多个大型国企员工安置项目，截至2019年，承办过劳动争议仲裁、诉讼案件一百五十余件。另外王冠楠律师对房屋买房，商事仲裁，借贷纠纷，股权争议，交通事故等案件也有涉猎。

一、劳动关系建立

（一）不能违法雇用外国人，否则会受重罚

橙绿紫幼儿园经营了十多年，受周围居民认可。幼儿园的许园长一直以自己的教学质量为豪。但是许园长最近有点闹心，本该是招生旺季，但来报名的新生数量仅相当于往年的一半。原来就在半年前，在橙绿紫的附近，又开了一家外瑞故德国际双语幼儿园，许多家长都把自己的孩子送到了外瑞故德。这可急坏了许园长，又是降价又是发传单，但都收效甚微。最后，经过许园长和老师们讨论，觉得根本原因是因为橙绿紫缺少外教。小刘老师给许园长出主意，她的男朋友丹尼尔，是英国籍留学生，会中文，可以来当外教。许园长痛快的答应了。因为橙绿紫有多年的好口碑，收费也比外瑞故德低，再加上丹尼尔的加入，橙绿紫的招生数量直线上升。可是，好景不长，两个月后，两名警察造访了橙绿紫，他们称接到举报，橙绿紫非法雇佣外国人。经过民警的现场调查后，对橙绿紫幼儿园做出了罚款一万元的处罚。

那么为什么幼儿园会被处罚呢？原来，我国对外国人在我国就业实行行政许可制度，外国人需要遵守《外国人在中国就业管理规定》。

外国人在中国就业须年满18周岁，身体健康，具有从事其工作所必须的专业技能和相应的工作经历，无犯罪记录，有确定的聘用单位，持有有效护照或能代替护照的其他国际旅行证件。外国人入境前，应由用人单位向地市级劳动行政部门为该外国人申请就业许可，经获准后取得《外国人就业许可证书》。获准来中国工作的外国人，应凭许可证书及本国有效护照或能代替护照的证件，到中国驻外使、领馆处申请Z字签证。外国人入境后十五日内，用人单位应持许可证书、与被聘用的外国人签订的劳动合同及其有效护照或能代替护照的证件到原发证机关为外国人办理就业证。已办理就业证的外国人，应在入境后三十日内，持就业证到公安机关申请办理居留证。上述流程办完后，外国人方可在中国境内就业。未取得居留证件的外国人（即持F、L、C、G字签证者）、在中国留学、实习的外国人及持Z字签证外国人的随行家属不得在中国就业。

符合下列条件之一的外国人可免办许可证书，入境后凭Z字签证及有关证明直接办理就业证：

1. 按照我国与外国政府间、国际组织间协议、协定，执行中外合作交流项目受聘来中国工作的外国人；

2. 外国企业常驻中国代表机构中的首席代表、代表。

除上述规定外，学校及其他教育机构聘用外籍专业人员

还有特殊规定，还需要遵守《学校及其他教育机构聘用外籍专业人员管理办法》，经国家外国专家局批准，取得《聘请外国文教专家单位资格认可证书》。

橙绿紫受到处罚，就是因为违反了相关的法律法规。

在一些特殊情况下，外国人也可免办就业许可证和就业证：

1. 由我政府直接出资聘请的外籍专业技术和管理人员，或由国家机关和事业单位出资聘请，具有本国或国际权威技术管理部门或行业协会确认的高级技术职称或特殊技能资格证书的外籍专业技术和管理人员，并持有外国专家局签发的《外国专家证》的外国人；

2. 持有《外国人在中华人民共和国从事海上石油作业工作准证》从事海上石油作业、不需登陆、有特殊技能的外籍劳务人员；

3. 经文化部批准持《临时营业演出许可证》进行营业性文艺演出的外国人。

（二）接受外籍人员的服务，关系要厘清

相比于上一个问题，这个问题可能更不容易引起注意，更容易造成企业损失。

某科技公司雇佣了6名印度籍咨询项目工程师，并为他们办理了《外国人就业证》，就业证均载明职业或身份为咨询项目工程师，工作单位为某科技公司。2013年6月至2015年5月，6名印度籍人员根据科技公司的指派先后至某汽车公司工作，从事汽车技术工程等方面的技术支持和服务，具体工作内容由某汽车公司安排，工资由某科技公司支付。但该行为引起了宝山公安分局的注意。宝山公安分局在进行了调查取证并举行听证会后认定：某汽车公司于2013年6月至2015年5月13日有非法聘用外国人的违法行为，根据《中华人民共和国出境入境管理法》的规定，决定对某汽车公司罚款人民币6万元。某汽车公司不服，提起行政诉讼。法院最终认定：汽车公司称涉案外籍工作人员是基于服务外包关系而在汽车公司工作，但未提供其与某科技公司之间存在直接的服务外包关系的事实证据。行政机关认定汽车公司实施了非法聘用外国人的违法行为，认定事实清楚。据此作出罚款人民币6万元的处罚，适用法律正确，处罚幅度亦符合法律规定。

造成这结果的原因是因为某汽车公司不注意厘清法律关系导致，虽然某汽车公司被处罚的有些冤，但宝山公安分局的处罚也并无不当。《外国人在中国就业管理规定》规定了外国人就业的用人单位必须与其就业证所注明的单位相一致。因此如果企业需要接受其他企业派来的外国籍员工的长期驻派，为避免类似情况，接受服务的企业应该做到：

1. 与提供服务的企业签订好服务协议，约定清楚被派来的员工与提供服务的企业为劳动关系，与接受服务企业无劳动关系。

2. 服务费用必须支付给提供服务的企业，不能以劳务报酬、工资等名目，发给外籍员工。

3. 接受服务的企业不应对被派来的员工进行直接管理，管理要求可以由接受服务的企业与提供服务的企业签订合同进行约定，但管理工作应当由提供服务企业完成。

（三）外籍员工不适用无固定期限劳动合同

如果外籍员工要求签订无固定期限劳动合同，企业可以放心大胆的拒绝。

丹·汉森自2013年4月1日至2016年3月31日期间在富润福德公司工作，担任富润福德公司上海分公司总经理，工作期间办理了《外国人就业证》，双方签订了三份劳动合同书，期限分别为2013年4月1日至2014年3月31日、2014年4月1日至2015年3月31日、2015年4月1日至2016年3月31日。富润福德公司于2016年3月1日向丹·汉森发送《劳动合同期满不续签通知书》，该通知书于2016年3月9日送达。

丹·汉森不认可《劳动合同期满不续签通知书》，提起劳动仲裁申请，请求事项包括撤销《劳动合同期满不续签通知书》，恢复劳动合同关系及原工作岗位，确认双方自2016年4月1日起存在无固定期限劳动关系，双方续签劳动合同；裁决富润福德公司支付2016年4月1日至2016年7月31日应签而未签订无固定期限劳动合同的双倍工资差额80000元。后该案件经过劳动仲裁、一审、二审，北京市第一中级人民法院最终判决，驳回了丹·汉森要求确认双方自2016年4月1日起存在无固定期限劳动关系以及支付应签而未签订无固定期限劳动合同工资差额的请求。

那么，为什么在这个问题上法院不支持丹·汉森的请求呢？因为《中华人民共和国劳动合同法》虽规定了签订无固定期限劳动合同的相应条款，但丹·汉森系外国人，应适用《外国人在中国就业管理规定》的特别规定。据《外国人在中国就业管理规定》规定，用人单位与被聘用外国人订立劳动合同，合同期限不得超过五年。富润福德公司与丹·汉森第三次签订的劳动合同终止日期为2016年3月31日，该公司于2016年3月1日作出《劳动合同期满不续签通知书》并于2016年3月9日向丹·汉森进行了送达，根据《外国人在中国

> 接受服务的企业应该做到与提供服务的企业签订好服务协议，约定清楚被派来的员工与提供服务的企业为劳动关系，与接受服务企业无劳动关系。

就业管理规定》，双方签订的劳动合同期限届满即行终止。

二、劳动合同履行

公司需要为外籍员工缴纳社保吗？根据《中华人民共和国社会保险法》《在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法》外国人在中国境内就业的，应当参加社会保险。但上述为一般情况，特殊情况是我国与多个国家进行过相应协定，目前，我国与德国、韩国、芬兰、加拿大、荷兰、瑞士等国家签订有社会保险双边互免协议，因此如雇佣上述国籍员工的企业，可以参照下列文件写明的程序，为符合条件的员工，申请免交社保费用。但是在申请获得审批前，企业及外籍员工仍应当正常缴纳社保。

《关于实施中德社会保险协定的通知》

《劳动和社会保障部办公厅关于执行中德协定和中韩协议有关问题的通知》

《人力资源社会保障部办公厅关于实施中韩社会保险协定和议定书的通知》

《人力资源和社会保障部办公厅关于实施中芬社会保障协定的通知》

《人力资源和社会保障部办公厅关于实施中加社会保障协定的通知》

《人力资源和社会保障部办公厅关于实施中国-荷兰社会保障协定的通知》

《人力资源和社会保障部办公厅关于实施中国瑞士社会保障协定的通知》

上述文件具体内容较多，受限篇幅，无法赘述，有需要的读者可按照标题查询。

三、劳动合同终止的特殊规定

细心读者可能已经发现，雇佣外国人的特殊性主要集中在需要取得行政许可。其他时候与雇佣中国员工差别不大。但是，如果行政许可失效后，双方的劳动关系该怎么处理呢？

在下列情况下，外国人就业许可失效：

（一）劳动合同被解除的（此时用人单位应交还该外国人的就业证和居留证件）；

（二）劳动合同期满的；

（三）因违反中国法律被公安机关取消居留资格的。

（四）逾期未办就业证年检手续的（外国人就业每满一年，应在期满前三十日内到劳动行政部门发证机关办理就业证年检手续）。

外国人与企业的劳动合同终止，是否需要支付经济补偿金呢？

劳动合同被解除与劳动合同期满的情形比较好判断，因为劳动合同终止的时间在外国人就业的行政许可失效之前，此时外国人仍具有劳动者主体资格。按照《劳动合同法》第二条规定，该法适用范围仅表述为劳动者，并未区分中国人还是外国人，因此《劳动合同法》关于企业应支付经济补偿金的条款仍适用于外国人。双方按照劳动合同法第四十六条解除或终止劳动合同的，企业应当支付经济补偿金。

但如果是因违反中国法律被公安机关取消居留资格或逾期未办就业证年检手续的，则有些特殊，此时，应当如何处理呢？我认为，此情况下，劳动合同属于因《劳动合同法》第四十四条规定的“(六)法律、行政法规规定的其他情形。”不在第四十六条规定的企业应当支付经济补偿金的范围内。此时，用人单位无需支付经济补偿金。

写了这么多，望各位读者能有一点收获，在企业雇佣外国员工时做到遵纪守法，让外国员工能为企业创造最大的价值。

（实习生赵毓对本文的案例检索提供了有效帮助）

与员工股票期权相关的劳动争议问题

■ 杨木青/文

随着近年来我国员工股票期权激励制度的逐步实施和完善，员工股票期权纠纷案件的数量呈逐年攀升的趋势。尤其是2018年《公司法》修正案中规定“将股份用于员工持股计划或者股权激励”时公司可以予以回购。可以预见，在此后的一段时期内会有更多的公司采用股票期权激励作为一种长期的员工激励手段。

股票期权争议常伴随员工终止或解除劳动合同而发生，因而与劳动关系密切相关。股票期权作为企业给予员工的一种利益，无法为原有的“劳动报酬或福利”的概念所涵盖，亦无法律、法规及相关司法解释对此做出明确规定。因此，我们只能从判决书中来窥见这类问题的审判思路。然而从2015-2019年的判例中可以看出，审判司法界仍未就其中分歧较大的问题达成一致，如股票期权的性质、是否为劳动争议、案由归属及程序法上的衔接。

杨木青律师简介

毕业于四川外国语大学，有深厚的外语背景，2015年加入京都所，同时在职攻读中国政法大学法律硕士。主要从事公司业务和劳动法律纠纷，为多家企业提供法律顾问服务，参与办理多起劳动相关的诉讼与非诉业务。擅长专题研究并提出解决方案的建议。

一、员工股票期权的性质

员工股票期权是指公司授予激励对象在未来一定期限内以预先确定的价格和条件购买本公司一定数量股票的权利。

《劳动争议调解仲裁法》第二条规定了劳动争议仲裁案件的受案范围，其中包括因福利和劳动报酬发生的争议。因此，股票期权的属性直接影响案件性质和救济方式。关于股票期权案件的分歧也发仞于此——股票期权属不属于劳动报酬或福利？

首先，来看一下关于“劳动报酬”的概念。

①最高法在《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》定义为“劳动者依照《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国劳动合同法》等法律的规定应得的劳动报酬，包括工资、奖金、津贴、补贴、延长工作时间的工资报酬及特殊情况下支付的工资等。

②《关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法>若干问题的意见》第53条规定：《劳动法》中的工资是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。”

③《劳动法》第五十条规定：“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。”原劳动部1994年颁布的《关于〈劳动法〉若干条文的说明》明确指出：“本条中的‘货币形式’排除发放实物、发放有价证券等形式。”

从上述法条的描述中可以看出，劳动关系框架下的“劳动报酬”就是指“工资”，是必须体现为“货币”形式的。即“股票期股”不是劳动法意义上的“劳动报酬”。这一点也为大多数法院所认同。如（2016）浙民终504号判决书：“股份期权激励并不属于企业员工依据劳动法领域应当依法享有的劳动薪酬或福利。”（2016）粤01民终15965号：

“其中股权期权并非以货币形式支付，而是需要支付相应条件的对价购买，并不符合工资的支付形式和构成要件，不属于工资范畴。”

也有部分学者认为股票期权是属于劳动报酬的。依据在于：财政部、国家税务总局《关于个人股票期权所得征收个人所得税问题的通知》的规定：“员工行权时，其从企业取得股票的实际购买价（施权价）低于购买日公平市场价（指该股票当日的收盘价）的差额，是因员工在企业的表现和业绩情况而取得的与任职、受雇有关的所得，应按‘工资、薪金所得’适用的规定计算缴纳个人所得税。”但是就对案例的检索结果来看，目前尚未发现有判决书中将股票期权认定为劳动报酬。

那么，股票期权属于福利吗?

我国劳动法中对福利语焉不详，一般来说，福利不是一种法定义务，而是用人单位为了吸引人才而自行采取的奖励措施。在实务中，确实有法院认为股票期权是一种福利，从而认定其引发的争议属于劳动争议的受案范围。如（2015）一中民终字第3507号判决书：“股票期权实质上是公司向员工提供的一种福利待遇，应纳入劳动争议处理。”

笔者认为，股票期权不宜视为劳动报酬或福利：

第一、从规范性意义上讲，劳动报酬应具有货币性。我国法律不承认货币以外的工资发放形式。

第二、从劳动与报酬的对价上看，我国法律强调工资是劳动给付的对价。股票期权作为一种可变薪酬，取决于公司的经营状况，而不是与劳动者提供的劳动量直接相关。

第三、从同工同酬的立法精神上看，劳动者在相同岗位，提供相同工作量，取得相同业绩的条件下，劳动报酬和福利应该是一样的。而股票期权是可以根据公司管理者的偏好奖励给公司重视的某个员工的，是基于全体员工的劳动成果而对特定员工进行的二次分配。如果将其视为劳动报酬或福利，则背离了劳动法的立法精神。

二、案由归属及影响

员工股票期权基于劳动关系而产生，在权利授予与行使过程中又涉及到合同的订立和履行，其法律关系具有复杂性和交叉性，导致理论和实务上关于股票期权争议案由归属的分歧。

1. 劳动争议还是合同纠纷

基于员工股票期权性质的论述，从“因劳动报酬/福利发生的争议属于劳动争议”“股票期权不属于劳动报酬/福利”，很容易得出“因股票期权发生的争议不属于劳动争议受案范围”的结论。事实上，在很多仲裁/诉讼的案件中裁判机关就是据此驳回劳动者的仲裁/诉讼请求的。

认定为劳动争议虽然于法无据，但有其合理性。股票期权的授予多是针对本公司员工，是基于劳动关系产生，也大多是以劳动关系的维系为行权条件。而且，大多数争议的产生是由于劳动关系的终止或解除导致的。一方面，很难将其与其它争议事由完全割裂开；另一方面，从对劳动者保护的层面上看，如果不能适用劳动法，在服务期和违约金等事项上可能会得出相反的判决结果。因此部分法院还是将股票期权纠纷纳入了劳动争议的案由之下,认为股票期权争议是基于劳动关系产生的，可以在劳动争议案件中一并处理。如（2018）京01民终4898号判决书：“其离职前获得长期激励款项的利益系基于与乐视云之间的劳动关系，且其主张权利的依据系与乐视云公司签订的协议约定，因而双方就此产生的争议，可以在劳动争议案件中一并审理。”

不认可劳动争议案由的裁判机关，多以合同纠纷或者与公司有关的纠纷为案由处理股票期权引发的争议。

2. 不同案由的影响

是否以劳动争议的案由进行审理，除了程序上是否需要仲裁前置的影响外，对实体法的选择可能导致完全相反的裁判结果。

①劳动合同解除或终止导致员工丧失行权资格约定的有效性

员工股票期权设置的目的在于激励员工，一方面成就员工与公司的利益共同体，另一方面使优秀员工尽可能长时间的为公司工作。为了保障上述目的实现，公司在授予股票期权时，往往对员工的就职时间予以限制，离职与股票期权存废相挂钩也是常见的情况之一。

从合同法的角度理解，如果将公司给予员工股票的行为视为一种附条件的赠与，则赠与成就的条件就是“劳动关系仍然存续。”那么无论由于何种原因（除非公司为了阻止员工行权而故意解除合同）只要员工与公司之间不存在劳动关系了，员工就丧失了行权的权利。但是从劳动法的角度理解，必须要甄别劳动合同解除或终止的原因。如果员工因严重违纪而被辞退，在此种情况下员工的行为本身已损害了用

员工股票期权基于劳动关系而产生，在权利授予与行使过程中又涉及到合同的订立和履行，其法律关系具有复杂性和交叉性，导致理论和实务上关于股票期权争议案由归属的分歧。

人单位的合法权益已和设置股票期权制度的初衷相违背；而员工主动辞职，其本身就是一种自由意志的体现，是员工对期权利益的放弃。在此情况下，员工的期权理应不能实现。但是，如果用人单位属于违法解除劳动合同或劳动合同到期而未予续签。在此种情况下，虽然行权的条件未成就员工也应获得其应有的股票期权权益。

②是否能约定服务期和违约金

在曹某与深圳市富安娜家居用品股份有限公司合同纠纷案中[案号（2013）深中法商终字第2088号]，曹某为了以优惠价格获得股票期权，承认三年之内不提出辞职，否则自愿承担对公司的违约责任并向公司支付违约金。本案以合同纠纷的案由进行审理，最终判决曹某支付违约金。

在我国现行劳动法律法规的背景下，用人单位可以与员工约定违约金的情形只有违反服务期约定和违反竞业限制这两种。（《劳动合同法》第22、23条）。如果本案以劳动争议的案由进行审理，则约定支付违约金的条款可能会被判定无效。

③能否作为保密和不竞业的对价

在股票期权是否能够作为竞业限制的补偿这个问题上，裁判标准不一。

从两个具有代表性的案例来看，广州市中级人民法院的结论是不支持，理由是支付经济补偿的时间是在劳动合同解除或者终止后，而且补偿金的数额应该是固定的，而股票期权的收益具有不确定性，因而不能作为竞业限制的补偿[(2018)粤01民终619号]。北京市海淀区人民法院的结论则是支持的，理由是刘某所获的限制性股票收益的性质已经具包括竞业限制补偿在内的多种属性，且在数额上远高于竞业限制补偿金的法定标准[（2015）年海民初字第01235号]。

在这个问题上影响最大的应该是“腾讯上海公司与徐某竞业限制纠纷案”。

据法院认定，徐某和腾讯公司于2009、2012年先后签署了两份《保密与不竞争承诺协议书》，徐某作出保密与不竞争承诺，腾讯授予徐某限制性股票作为对价，若徐某不履行约定义务，应当承担违约责任，对于已授予还未行使的限制性股票无权再行使；对于已行使限制性股票，则公司有权追索所有任职期间行使限制性股票所生之收益。最终法院认定徐某违反竞业限制判决其支付1940余万违约金。该案件是在“竞业限制纠纷”的案由下审理的。但是竞业限制补偿金设立的初衷是对员工择业自由构成妨碍的一种补偿。根据相关司法解释，每月按员工月平均工资的30%支付即可。而价值高达1940余万元股票期权，与其说是不竞业的补偿，更像一种附义务(保密和不竞业)的赠与。在案由上应该属于劳动争议与合同纠纷交叉的领域。

三、程序法适用的问题

第一种做法：先裁后审。因为股票期权纠纷与劳动关系密切相关，因此比较常见的程序仍是先申请劳动仲裁，劳动者在仲裁中提出包括股票期权在内的若干仲裁请求。仲裁机构对股票期权相关的诉求以“不属于劳动合同争议受案范围”为由，裁定不予受理。劳动者再继续起诉到法院，法院或者以劳动争议的案由继续审理；或者驳回后，劳动者再以合同纠纷重新起诉。在这种处理程序中，问题在于：①股票期权纠纷不属于劳动争议，却要经过仲裁的前置程序。②股票期权纠纷可能与其它争议焦点如劳动合同解除的合法性密切相关。如果分别在两个案由下进行处理，不利于案件审理的一致性。③股票期权纠纷的案件往往要在劳动争议案件审理完毕后再另行提起，或是要中止审理等待劳动争议案件的判决，拉长了整个案件的诉讼周期。

第二种做法：直接以合同纠纷的案由提起民事诉讼。

这种诉讼途径在程序法上没有问题，也不需要仲裁前置，但实际上对劳动者更为不利。①在本文第二点所述的违约金等问题的处理上，适用合同法无法体现我国立法对劳动者的保护。②在案件受理费的承担上，因为股票期权涉及的标的额比较大，但是胜诉率极低，会导致劳动者承担高额的案件受理费或因考虑败诉风险而放弃提起诉讼。最终也与保护劳动者利益的初衷相背离。

目前也有法院试图将股票期权争议纳入劳动争议的受案范围，与其它争议一并处理。但是因为没有程序法上的依据，因此只能将其认定为福利的一种或者劳动关系的组成部分。也有些地方法院直接制定制度依据，将其纳入劳动争议的范围。如合肥市中级人民法院、合肥市劳动人事争议仲裁委员会于2018年7月联合发布了《审理劳动人事争议案件若干问题规范指引》，其中第十条明确规定：用人单位以派送股权等方式进行用工激励或奖励，劳动者与用人单位就该股权分配发生纠纷向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁的，属劳动人事争议，应予受理。《天津经济技术开发区劳动管理规定》第九条：用人单位对高级管理人员和高级专业技术人员除支付货币工资外，还可以采取年薪、利润分成、股权期权等分配方式。

笔者认为，随着社会经济和科技的发展，劳动关系的运行实践已与劳动法形成之初所设定的作为调整对象的劳动关系渐行渐远，立法滞后于实践。因此应运用立法手段将股票期权等新型分配机制纳入劳动争议的受案范围。在案件审理中：

首先按照劳动法的原则处理在股票期权激励合同和计划中有关劳动合同解除，服务期、违约金的约定。劳动关系解除或终止的，只有是因不可归责于用人单位的原因时，员工才丧失行权资格。关于服务期、违约金的约定应认定为无效。但是，并非意味着员工无需承担责任，因为，股票期权激励合同作为附条件的赠与合同，所附条件未成就的，赠与合同无效，员工因此获得的收益成为不当得利，应该予以返还。当然，在实务上应考虑劳动者实际工作的年限，按比例返还所获得股权或者收益。

劳动者在股票期权案件中胜诉率极低，除了程序法上的原因外，还有很多实体法上的原因：如授予股票期权主体有误（并非来自公司，而是由公司股东转让）、员工期权合同事实无法证明、因员工期权计划程序瑕疵或内容瑕疵（约定不明、行权条件不成就、错过行权期）等。此类实体法上的原因多涉及到《公司法》与《合同法》的内容，故不在本文中进行论述。

（实习生赵毓对本文的案例检索提供了有效帮助）

工作场合“性骚扰”事件下的企业应对

■ 贾宝军　许可/ 文

自2005年12月修改的《中华人民共和国妇女权益保障法》首次提出“禁止对妇女实施性骚扰”以来，有效的反性骚扰制度体系仍未完整建立。对性骚扰行为的法律适用散见于我国多部法律法规当中。但分散于各部门法的反性骚扰规定并未完全解决实务当中存在的各种问题。

截至本文发表之日，以“性骚扰”为关键词在无讼案例中查询，可搜索到共525则与“性骚扰”有关的案例。其中75%为民事案件类型（见图1），因“性骚扰”而引发的劳动争议、人事争议高达187件（见图2），将近占据了查询到的民事案件类型中的一半。由此可见，有效预防与妥善处理工作场合中的性骚扰问题已经成为企业不可忽视的重要法律合规风险。

本文将以我国现行法律规定及有关案例为基础，结合笔者处理相关案件的实务经验，从企业的角度出发，探索工作场合“性骚扰”的不当处理会给企业带来何种合规风险、企业针对“性骚扰”的事前预防办法和事后应对方式。

许可简介

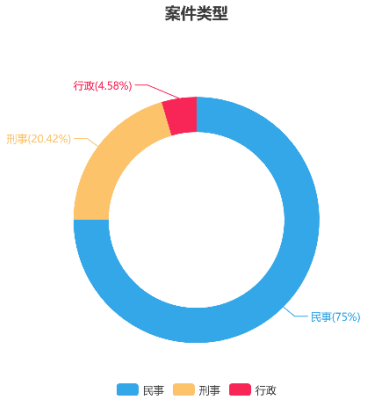
京都律师事务所实习律师。自2017年加入京都所以来，已经为多家企业及上市公司提供日常法律顾问服务工作，涉及互联网、卫生医疗、建设工程等多个领域，获得了客户的好评。协办了大量的诉讼及非诉业务，包括各类劳动争议、商事纠纷、建设工程施工合同纠纷、离婚纠纷等，均取得了良好的效果。

一、工作场合“性骚扰”行为的判断及认定

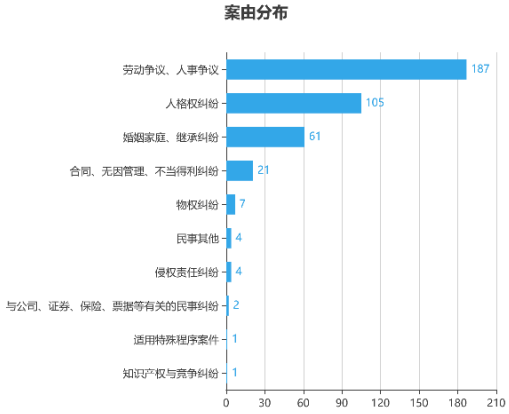
同前文所述，我国对性骚扰行为的法律适用散见于我国多部法律法规当中，但法律法规均未对“性骚扰”有明确的定义，也未对“何种行为会被认定为性骚扰”有明确的规定。但面对诉讼实务中出现的大量性骚扰类案件，针对以上问题，已经有部分值得参考的法院裁判观点。

案例一：首例短信息性骚扰侵害妇女权益案（北京市朝阳区人民法院【2004】朝民初字第05892号）

推动2005年《中华人民共和国妇女权益保障法》第四十条“禁止对妇女实施性骚扰”条文制定的首例短信息性骚



（图1）



（图2）

扰侵害妇女权益案中，法官认为“所谓性骚扰是指违背对方意愿，故意侵扰对方性权利的某种作为或不作为。”并且可以从以下几个方面来界定性骚扰：“第一，被骚扰者的主观状态，骚扰者的行为违背了被骚扰者的主观意愿，会引起被骚扰者的心理抵触、反感等；第二，骚扰者的主观状态，是出于一种带有性意识的故意，即骚扰者明知自己带有性意识的行为违背被骚扰者的主观意愿，并且希望或者放任这种结果发生；第三，骚扰者的客观行为，骚扰行为可以表现为作为，即积极主动的言语、身体、眼神或某种行为、环境暗示等；也可以表现为不作为，即利用某种不平等的权力关系使被骚扰者按照其意志行为；第四，侵犯的客体，性骚扰行为直接侵犯的权利客体是被骚扰者的性权利，实质上是公民人格尊严权的一种。”

案例二：广东邦达实业有限公司与林顺沅劳动合同纠纷案（中山市中级人民法院【2015】中中法民六终字第235号）

在该案中法院认为，劳动场所的性骚扰行为一般包含三方面：一是此行为带性色彩；二是此行为对承受方而言是不受欢迎的，是有损于其人格和尊严的；三是这种行为可导致承受人在工作场所中产生一种胁迫、敌视、羞辱性的工作环境。

案例三：肖双印与上海国光科技新材料有限公司劳动合同纠纷案（上海市第二中级人民法院【2015】沪二中民三（民）终字第681号）

在该案中法院认为，男女同事之间的交往应当遵循公序良俗，不得超出正常交往的尺度，行为人的行为已严重影响了公司的正常生产经营秩序，其行为属于员工手册规定的“情节特别严重的其他过失”的情形。

笔者认为，面对内部员工的性骚扰投诉，认定被投诉人是否构成性骚扰这一问题是企业无法抛开的烫手山芋。认定是否属于工作场所中的性骚扰行为，除可以参考上述案例中的裁判观点予以判断之外，还应注意考虑性骚扰发生的时间、空间、特定人员等因素并结合生活常识和经验综合判断。值得注意的是，判断被投诉人是否构成工作场合的性骚扰行为，企业应当站在中立者的角度，不无理由的偏袒投诉人，更不先入为主痛恨被投诉人，而是根据各方所提交的证据材料并通过调查走访程序，客观认定事实情况。

由于企业对被投诉人行为的初步定性会影响后续对其作出的制裁措施，因此，当企业无法从主观状态、客观行为等各方面因素判断被投诉人的行为是否属于性骚扰时，应及时引入第三方予以协助。

二、企业应对性骚扰案件面临的法律风险

整体而言，企业应对性骚扰事件而面临的法律风险来自以下两方面：

1. 被投诉方（性骚扰侵权方）提起的仲裁诉讼

案例四：黄xx与xx自控工程（上海）有限公司名誉权纠纷案（上海市浦东新区人民法院【2011】浦民一（民）初字第24161号）

在该案中，原告（劳动者）认为，被告（用人单位）向原告下达解除劳动合同通知书，被告在公司职工大会上宣布此事，并在行业范围广泛散布，称原告存在性骚扰行为，被告在解除劳动合同通知书中，以书面方式对原告进行诽谤，并在公司及行业范围内广泛散布，严重侵害了原告的名誉权，使原告的社会评价降低，人格尊严受损，造成精神损害，故应当承担相应的民事侵权责任。但法院最终以缺乏相应的证据证实为由驳回了原告的诉讼请求。

案例五：上海市某有限公司与殷某劳动合同纠纷案（上海市黄浦区人民法院【2012】黄浦民一（民）初字第1592号）

在该案中法院认为，因劳动关系的解除涉及劳动权利义务的根本性消灭，用人单位在依法行使该项权利时应慎重，只有在认定劳动者严重违反用人单位规章制度的事实清楚，证据充分的情况下，才能依法单方面行使解除权。本案中，某公司仅凭证人刘某某的举报邮件及录音资料，就认定殷某实施了证人指控的行为，证据不够充分。某公司认定被告殷某存在性骚扰和辱骂员工等严重违反员工手册的情形，依据不足，原告据此与殷某解除劳动合同，明显违法。

2. 投诉方（性骚扰受害方）提起的仲裁诉讼

案例六：赵红霞与北京首实新业劳务服务有限责任公司劳动争议案（北京市第二中级人民法院【2016】京02民终7778号）

在该案中，赵红霞以单位同事对其进行性骚扰，其三次要求调岗未获准许，首实公司及首钢公司未能提供对其人身安全有保障的劳动条件为由要求被告向其支付违法解除劳动合同赔偿金。但法院最终以未有除赵红霞及郑复刚以外的其他人目睹赵红霞所述的性骚扰行为，事发处无监控，出警记录对性骚扰一事未有认定为由未采纳其意见。

案例七：黄玉娇与浙江中控技术股份有限公司经济补偿金纠纷案（杭州市滨江区人民法院【2014】杭滨民初字第1173号）

在该案中法院认为，当黄玉娇向被告报告此事后，被告即及时联系派出所警官，及时调取公司监控，故公司在接到黄玉娇的报告后对该事情的处理并无不当，也不存在违反合同约定及法定义务的行为。马越峰系部门领导，当知晓其下属实有可能发生违法事件而电话联系黄玉娇，亦符合常理，即使其言语有不当之处，也不能得出马越峰存在向董凌云通风报信等阻碍公安机关调查案件的不法行为。此外，马越峰的行为也不代表被告公司对该事件的处理。最后，当董凌云的违法行为被确定及受处罚后，公司也及时作出了对他的辞退决定。综上，原告主张被告存在未按照劳动合同约定提供劳动保护、劳动条件，并存在违反法律、行政法规强制性规定等情形，导致其辞职而主张补偿金，无事实根据及法律依据，本院不予支持。

综上，面对工作场所“性骚扰”事件，未及时有效的采取应对措施或应对措施不当均会对企业带来用工风险。具体而言包括：被投诉人要求企业承担名誉侵权责任、承担违法解除劳动合同而向其支付赔偿金的责任，投诉人要求企业承担因未向其提供劳动保护而产生的经济补偿金责任。

三、企业面对性骚扰案件的有效应对措施

笔者认为，解决工作场所中的“性骚扰”问题应从两方面入手：

1. 事前预防

1）完善企业规章制度。在企业制定的《员工手册》等文件中明确将“性骚扰”与严重旷工等内容一并列为“严重违反用人单位的规章制度”的行为。鉴于我国对性骚扰的定义、认定方式不明确，企业应在此基础上更近一步采取不完全列举的方式对性骚扰的表现形式进行简单说明，对性骚扰的制裁方式进行规定。

2）完善企业沟通机制，建立性骚扰举报和救助途径。建立完善的投诉反馈机制，专门指定公司部门负责处理性骚扰投诉事宜。积极反馈员工投诉，并通过心理辅导、指导员工保留相关证据等方式帮助员工，积极对性骚扰事件展开调查。

3）完善企业内部公示制度。及时将公司修订的有关反性骚扰的相关规定向员工通过邮件、公告、签署书面确认文件等方式进行公示。

4）对员工开展反性骚扰系统培训。告知员工性骚扰的定义和应对方式，详细介绍本企业内部的反性骚扰制度、在员工遇到性骚扰后投诉举报的具体渠道和处理部门等。

2. 事后处理

1）及时启动调查程序并保护投诉人与被投诉人的个人隐私。接到投诉人的投诉后，企业应尽快启动调查，调查时应尽量避免披露当事人的个人隐私，避免对投诉人造成二次伤害，也要避免侵犯被投诉人的名誉权。

2）若性骚扰事件已在企业内部或在社会上产生了一定的影响，企业应对处理过程及结果及时通告。对外通告时应注意措辞，避免对投诉人与被投诉人冠以“被性骚扰”、“骚扰”等带有歧视性的词语。

3）调查进行过程中，企业与相关人员沟通时应避免采取侮辱或胁迫等方式，并应对沟通过程全程录音。最终在对被投诉人的行为定性前，固定、留存各方提交的证据材料以及企业通过调查取得的其他材料。

结　语

企业为员工提供安全、氛围良好的工作环境既是义务，更是企业这艘大船航行的重要保障。工作场所内性骚扰事件的发生本就破坏了企业正常的工作秩序和工作环境，如处理不当，企业更会面临重大的用工风险，使企业利益和对外形象受损。企业应重视性骚扰的事前预防和事后处理，为员工、为企业本身创造安全、良好的工作环境。

认罪认罚从宽案件中被告人的十大权利

朱勇辉 / 文

2016年底，随着《关于认罪认罚从宽制度改革试点方案》、《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》（简称《试点决定》）的出台，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合印发了《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》（以下简称《两高三部试点办法》），在北京、天津、上海、广州、大连等18个城市正式启动认罪认罚从宽制度试点工作。

根据最高人民法院统计数据显示，截至2018年7月，试点地区法院适用认罪认罚从宽制度的案件占试点法院同期审结刑事案件的52.3%。有关专家认为，未来将有近80%的案件通过该制度解决。

2018年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》首次纳入认罪认罚从宽制度，将这项实体规范和程序保障相结合的综合性试点制度提升至立法层面，成为一项全新的刑事诉讼法基本原则。

作为一名刑辩律师，笔者对这项有利于优化司法资源、促进公正与效率相统一的崭新制度非常欢迎与认可。但同时也认为，在认罪认罚从宽案件中加强被告人及其辩护人的相关权利保障至关重要。对此，笔者结合自身律师实务经验，提出认罪认罚从宽制度中被告人的十项重要权利，与各位读者探讨。

朱勇辉律师简介

京都律师事务所主任。1993年参加工作曾先后供职于北京某大型国有企业、中共中央某部。1998年获得律师资格，2000年在京都律师事务所专职从事律师工作至今。执业近20年来专注于刑事辩护，办理了国内各省市刑事案件数百起，积累了丰富的工作经验，对刑事辩护工作有较深刻的理解和研究。其办理的赵新先、高斌、徐卫国、孙卫、孙寅贵、马厚亮等知名企业家涉嫌犯罪的案件备受社会关注。朱律师对公司、企业的刑事法律风险有较多了解，担任多家公司的刑事法律专项顾问。

一、适用条件：对认罪认罚从宽制度的平等参与权

2016年出台的《试点决定》对认罪认罚从宽制度的适用条件规定做出了要求，并最初体现于《两高三部试点办法》第二条中：“具有下列情形之一的，不适用认罪认罚从宽制度：（一）犯罪嫌疑人、被告人是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人的；（二）未成年犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人、辩护人对未成年人认罪认罚有异议的；（三）犯罪嫌疑人、被告人行为不构成犯

罪的；（四）其他不宜适用的情形。”随后，各地出台的实施细则又进一步扩大了不适用认罪认罚从宽制度的范围。

但在2018年《刑诉法》修改时，并没有涉及关于认罪认罚从宽制度适用条件的规定，也即《刑诉法》没有对认罪认罚从宽制度的适用做任何限制性或者排除性的规定。

根据《刑诉法》的相关规定，犯罪嫌疑人自首、立功、坦白等，不需要征得办案单位同意。那么，犯罪嫌疑人自愿选择适用认罪认罚制度，是否需经办案单位同意？认罪认罚从宽是犯罪嫌疑人普遍享有的平等权利，还是司法机关有选择的给予其特殊待遇的权力？——也即，该程序的启动是犯罪嫌疑人决定，还是司法机关决定？

目前在认罪认罚从宽案件的适用范围上，各地的实施细则存在着不同程度的限制，且在具体适用对象、适用案件范围等方面做法上并不统一。以《北京市认罪认罚从宽制度试点工作实施细则（试行）》（简称《北京实施细则》）、《天津市关于开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的实施细则》（简称《天津实施细则》）和《大连市刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作实施办法（全文）》（简称《大连实施办法》）为例：《北京实施细则》第五条第（四）项规定，“犯罪嫌疑人、被告人表示认罪，但有干扰证人作证、毁灭、伪造证据或者串供等影响刑事诉讼活动正常进行的行为的”不适用认罪认罚从宽制度；《北京实施细则》第五条第（五）项、《天津实施细则》第九条第（四）项规定“犯罪性质恶劣、手段残忍、后果严重被告人虽认罪认罚但不足以从轻处罚的不适用”；此外，天津、大连还规定了“慎用”认罪认罚从宽制度的情形——《天津实施细则》第十条规定，对“特别重大犯罪，以及社会普遍关注的复杂、敏感案件，要视情严格把握，谨慎适用认罪认罚从宽制度”；《大连实施办法》第六条则明确以下几类案件应当慎用认罪认罚从宽制度：“（一）危害国家安全、涉恐、涉黑、涉恶案件；（二）社会影响恶劣的案件；（三）犯罪嫌疑人、被告人系惯犯或以犯罪为常业的案件；（四）犯罪嫌疑人、被告人主观恶性深，人身危害性大的案件；（五）其他应当慎重适用认罪认罚从宽制度的案件。”

在适用程序上，部分地区也存在须经批准后才能适用的情况。比如《天津实施细则》第十四条规定，被告人及其辩护人、近亲属可以“申请”适用认罪认罚从宽制度，“人民检察院不同意的，应说明理由。”也即天津以批准为适用认罪认罚从宽制度的程序条件。

笔者认为，对任何犯罪嫌疑人进入认罪认罚从宽制度都不应设置“准入门槛”，但办案机关可以在进入认罪认罚从宽程序后，根据《刑诉法》第十五条“可以依法从宽处理”的规定，在是否给予被告人从宽的结果上做选择处理。也即明确，任何犯罪嫌疑人都有选择进入认罪认罚从宽程序的权利。犯罪嫌疑人可以接受因为在认罪认罚从宽的量刑协商中达不成一致而没能继续按照该制度审理，并因此没能获得从宽结果，但不可以在其是否进入认罪认罚从宽的“门槛”上设定权利的不一致——通俗言之，被告人不能“输在起跑线上”。

二、认罪阶段：认罪认罚时间的自主选择权

新修订的《刑诉法》规定，在侦查阶段和审查起诉阶段，办案人员讯问犯罪嫌疑人时，应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利，如实供述自己罪行可以从宽处理的法律规定和认罪认罚可能导致的法律后果。犯罪嫌疑人此时认罪认罚的，开始进入相关后续程序。《刑诉法》还规定，在审判阶段法官对认罪认罚的被告人要告知相关法律规定，但《刑诉法》没有规定法官对未认罪认罚的被告人，是否也要告知相关法律规定。

因此，单纯依照现行法律适用认罪认罚从宽制度存在如下漏洞：若被告人此前未认罪认罚，但在一审庭审中甚至一审开庭结束后以及二审审理过程中自愿认罪认罚的，能否再适用认罪认罚从宽制度，如果可以适用，相关程序又该如何衔接？

尽管截止目前笔者所接触和知悉的司法案例中鲜有上述情况发生，但为保障犯罪嫌疑人认罪认罚从宽的权利，也出于对案件审理效果之考虑，笔者认为，应允许被告人在一审或二审判决之前的任何时间点认罪认罚，并做相应的程序衔接设计。比如规定法

院中止审理，由检察院按程序补充提出量刑建议等程序规则。

三、自愿原则：是否认罪认罚的自主决定权

《刑诉法》第十五条规定："犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理。"第一百六十二条第二款也提到："犯罪嫌疑人自愿认罪的，应当记录在案，随案移送并在起诉意见书中写明有关情况。"新法多次提及"自愿"一词，可见其非常强调对犯罪嫌疑人认罪认罚的自愿性保障，相关规定贯穿在侦查、审查起诉和审判各个阶段。

对于被告人认罪认罚自愿性保障问题，各界对此没有争议，均持肯定态度。整体而言，我国司法机关十分重视且尊重被告人的自主选择权，但某些地方司法机关有时候会存在"越线"的做法。在个别案件中，办案人员出于各种考虑"劝导"犯罪嫌疑人认罪认罚，对当事人施加隐形甚至直接的压力，甚至一定程度上采取"逼迫"或"要挟"的手段。笔者曾听闻在一位律师同行办理的某起共同犯罪案件中，部分被告人于开庭前即已认罪认罚，法官在庭审中一再追问其他被告人是否认罪认罚，并宣称不认罪认罚的不利后果。最终所有被告人被逐个击破，集体认罪认罚。

尽管上述案例只是个别现象，但作为律师，笔者仍希望有关部门对此类个别现象予以重视和关注。笔者认为，侦查、审查起诉和审判三阶段的办案人员应严格保持中立，法律应规定办案人员不得以任何方式对犯罪嫌疑人是否认罪认罚施加压力，从而保证其认罪认罚的真实性与自愿性。

四、结果期待：对认罪认罚从宽结果的预先知情权

对犯罪嫌疑人、被告人而言，选择适用认罪认罚从宽制度最大的障碍，是该制度的结果不明朗、不确定、不可控。目前，国家尚未制定相关细则来明确规定适用认罪认罚从宽制度的处罚结果。在司法实践中，绝大多数犯罪嫌疑人认罪认罚之前，也不曾被告知选择适用认罪认罚后具体的从宽结果。

笔者认为，为更好的保障被告人在认罪认罚从宽制度中的知情权，增加其对结果的预见性，进一步增强该制度的可适用性，应尽快通过制定法律或规范性文件以明确相关问题：如认罪认罚可否减轻处罚还是只能从轻处罚；是否与自首、立功等量刑情节独立等。同时，在量刑上应提前制定可见的具体的从宽幅度和从宽标准（包括附加刑），以尽可能增加认罪认罚从宽制度的透明度，让认罪认罚案件有提前"看得见"的从宽结果。

五、可否反悔：认罪认罚后的自由撤回权

对犯罪嫌疑人、被告人而言，选择适用认罪认罚从宽制度最大的顾虑，莫过于认罪认罚后，是否具有反悔的可能性。笔者认为，尽管目前在《刑诉法》中还没有对此问题进行直接表述，但从理论上讲，已认罪认罚的犯罪嫌疑人可以随时反悔。

因此，一旦犯罪嫌疑人撤回认罪认罚，将履行何种法律程序、面临哪些法律后果，成为了另一个亟待解决的问题。实践中对该问题规定不一，北京地区要求被告人提交不认罪认罚申请书并需解释原因；广州则规定，被告人认罪认罚后又反悔的，认罪认罚的笔录作为被告人曾经的认罪供述。

笔者认为，为推动认罪认罚从宽制度的适用，应赋予犯罪嫌疑人"无条件撤回权"。犯罪嫌疑人不再认罪认罚的，对其曾经的认罪认罚相关材料做"归零"处理，不得作为其曾经认罪的任何依据。其理由是，认罪认罚从宽制度在一定程度上借鉴了国外"辩诉交易"制度的合理因素，从某种程度上讲，双方实质上是一种互有妥协的"交易"关系，交易不成，则应回归原点。若交易不成要留下

犯罪嫌疑人的“犯罪”记录，显然会折损犯罪嫌疑人对该制度的信赖而导致其无法放心大胆地选择适用，不利于推动该制度的实施；反之，若允许犯罪嫌疑人自由反悔，虽然可能暂时会加重司法机关的工作负担，但最终必将赢得更多犯罪嫌疑人选择适用该制度，从而最大化的实现该制度应有的司法价值和社会价值。

六、侦查阶段：对侦查机关证据的同步阅卷权

在刑事诉讼中，辩护人对案情的获取主要源自会见和阅卷两种途径。我国《刑诉法》在诉讼各阶段对辩护人的会见权都作出了规定，但目前并没有赋予辩护人在侦查阶段的阅卷权。

由于辩护人在会见中仅能从犯罪嫌疑人自述的角度了解部分案情，在不能阅卷的情况下，辩护人无法获悉其他证据情况，从而不能准确判断案件相关问题。出于对当事人负责任的态度，辩护人通常无法与犯罪嫌疑人就是否选择认罪认罚进行及时有效的沟通，一般仅限于对认罪认罚从宽制度的程序介绍和后果告知。

笔者认为，应赋予辩护人（可仅限辩护律师）在侦查阶段一定的阅卷权，也即赋予犯罪嫌疑人对证据的知情权。可通过让辩护律师签署保密协议等方式对该权利进行规制，以达到犯罪嫌疑人对证据的知情权与侦查机关侦查权之间的有机平衡。

七、审查起诉：对检察院量刑建议的协商参与权

新《刑诉法》第一百七十三规定了人民检察院在审查起诉阶段要“听取犯罪嫌疑人及其辩护人的意见”并“记录在案”，但未规定在检察院听取意见后做量刑建议的过程中，犯罪嫌疑人及其辩护人有何参与的权利。

当前，学界普遍认为，认罪认罚从宽制度标志着我国刑事诉讼正在进入“协商型诉讼”的全新模式。而认罪认罚从宽制度中量刑建议仅由检察院确定，难免存在闭门操作之嫌。实践中通常是由检察院单方做出量刑建议，仅告知被告人量刑建议的结果，几乎不会对量刑建议做具体的出台解释。在笔者近日办理的一起认罪认罚案件中，承办检察官就仅仅告知了一个量刑建议结果，跟我说“关于量刑我们有一个详细的算法，就不具体跟你说了。量刑最后就这么多，你问问被告人是否接受，接受就往下（走程序），不接受就算了。”由此可见，如何避免量刑建议从“双方协商”沦为“单方决定”，着实值得探讨。

笔者认为，应增加认罪认罚案件审查起诉阶段中量刑建议的“协商”、“谈判”机制，让犯罪嫌疑人及其辩护人与检察官有通畅的联络途径，沟通案情以确定案件事实、交流观点以明晰法律定性、协商谈判以合理确定量刑，做到沟通畅通，各有退让，使检方的量刑建议更趋合理，更有透明度，更易于让犯罪嫌疑人接受，也避免了后续审判阶段中控辩双方再现争议，从而提高审判效率。在这一过程中，检察院虽然增加了工作量，但“先苦后甜”，值得付出。

八、审判阶段：对量刑建议及案件定性的完整抗辩权

在认罪认罚案件中，被告人在检察院审查起诉阶段就认罪认罚并签署了具结书。那么，在案件起诉到法院后，被告人还能不能对控方的起诉进行抗辩？笔者认为，被告人及其辩护人仍然对指控享有完整的抗辩权。

（一）被告人及辩护人对量刑建议的抗辩权

新《刑诉法》在认罪认罚从宽制度的规定中，多次关注被告人及其辩护人对量刑建议提出的意见。其中第一百七十四条规定，在审查起诉阶段，犯罪嫌疑人“同意量刑建议的”，应当在辩护人在场的情况下签署认罪认罚具结书。第二百零一条第二款规定，在审判阶段，“被告人、辩护人对量刑建议提出异议的，人民检察院可以调整量刑建议”。

尽管有上述条文，但不难看出该规定过

于笼统模糊，许多细节与表述仍待进一步解释。笔者认为，将由此产生以下三个衍生问题：

第一，未明确犯罪嫌疑人签署具结书时，辩护人在场的法律意义。辩护人在场是为见证犯罪嫌疑人签署具结书行为本身的真实性，还是表明辩护人也同意了量刑建议？答案尚不明确。同时各地规范中也存在着不统一的现状，例如《北京实施细则》中明确要求辩护人或值班律师在具结书上签字，但其他地方规范则并不一致。

第二，《刑诉法》第一百七十四条要求犯罪嫌疑人在审查起诉阶段必须“同意量刑建议”，而第二百零一条又明确规定被告人、辩护人在审判阶段可以对量刑建议“提出异议”，两个法条之间似有所矛盾，如何理解？

第三，《刑诉法》第二百零一条第二款规定，人民检察院不调整量刑建议或调整后仍明显不当的，“人民法院应当依法作出判决”，但法条并未写明人民法院在依法作出判决时，是否仍然适用认罪认罚从宽制度？反观《天津实施细则》第三十五条则写明，双方对量刑建议“不能达成一致意见的，不再适用认罪认罚从宽制度，人民法院应当依法作出判决”；《大连实施办法》第十九条除了规定量刑建议未协商一致不再适用认罪认罚制度外，还明确“人民法院认为量刑建议明显不当的”案件也不再适用认罪认罚从宽制度继续审理。

当前的庭审实践中，在被告人及其辩护人对控方量刑建议提出异议的情况下，控方再调整量刑建议（降低刑期）的情况并不多见。而法官介入双方量刑建议的积极性似也不高，更依赖于被告人与控方自行达成一致。在双方最终未达成一致的情况下，很多案件不再适用认罪认罚从宽制度，从而使被告人因对量刑建议提出抗辩而失去了从宽处理的程序权利。

笔者认为，应当重视被告人及其辩护人在庭审过程中对检察院量刑建议发表不同意见的权利，建议增加规定“人民法院经审理认为量刑建议明显不当的，应当建议人民检察院调整量刑建议”，让人民法院享有更多的权利，同时也承担更多的责任。并且规定，“控辩双方对量刑建议有争议的，人民法院仍然适用认罪认罚从宽制度依法作出判决”。

（二）辩护人对案件事实和案件定性的抗辩权

通常认为，被告人认罪认罚的，需满足承认犯罪事实、认可指控的罪名并接受量刑建议这三个条件。被告人既然认罪认罚，就不应在庭审中再做无罪辩解。当然，被告人此时仍然享有做无罪辩解的权利，但被告人如果行使无罪辩解的权利，后果将是案件不再通过认罪认罚从宽制度进行审理。

那么，在被告人本人认罪认罚的情况下，其辩护人如果做无罪辩护，案件还能否继续按认罪认罚从宽制度审理？

从现行法律规范来看，首先，《刑诉法》第十五条规定“犯罪嫌疑人、被告人”承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理。这里并未规定以“辩护人不做无罪辩护的”为前提条件。

其次，根据《刑诉法》第二百零一条第一款第（三）项的规定，在“被告人否认指控的犯罪事实”的情况下，人民法院可以不采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议，但《刑诉法》并没有规定此情形下不再继续适用认罪认罚从宽制度。并且，此处也仅针对被告人的无罪辩解行为，而未对辩护人的行为进行约束。

因此，从《刑诉法》法条本身看，得不出辩护人不能对认罪认罚案件做无罪辩护的结论。但是，各地的实施细则大多对该问题持否定态度：例如《北京实施细则》中规定“辩护人做无罪辩护的”案件自始不进入认罪认罚从宽程序；天津、大连则规定，庭审中辩护人做无罪辩护的，案件不再继续适用认罪认罚从宽制度。因此实践中辩护人做无罪辩护的情况下，案件基本上都不再适用认罪认罚从宽制度。

笔者承认该问题极具争议性，但仍认为，既然《刑诉法》没有要求辩护人也要像认罪认罚的被告人那样认可指控的犯罪事实，并且，《刑诉法》要求法院在审理认罪认罚案件时仍然要审查被告人是否构成犯罪，那么，从确保庭审实质化、维护审判中心主义角度出发，就应当允许辩

护人对案件定性发表意见，包括做无罪辩护，以更好的履行辩护职责，帮助法院审查案件是否构成犯罪。否则，人民法院单方能否履行好审查案件是否够罪的职责？如果不能把认罪认罚案件是否够罪的庭审实质化，则此类案件的实体问题审查其实在检察院审查起诉阶段就已宣告结束，而法院庭审将仅仅剩下审查被告人认罪认罚的自愿性和控方量刑建议的合理性。

综上，笔者认为在认罪认罚从宽案件中，辩护人可以做无罪辩护。被告人不应因为辩护人做无罪辩护而失去适用认罪认罚从宽制度的程序权利。

九、审级利益：对认罪认罚从宽案件的法定上诉权

数日前，笔者见某媒体报道一起案例，标题为《认罪认罚获轻判后，打起‘上诉不加刑’的主意》。案例中被告人孙某因贩毒被起诉，通过认罪认罚从宽程序一审获刑六年两个月。文章说“孙某在收到一审判决后，动起了‘歪脑筋’，既想得到认罪认罚从宽制度带来的‘实惠’，又想通过‘上诉不加刑’的方式来赌一把”，遂提出上诉，否认其在贩毒犯罪中有获利。检察院见被告人上诉，遂也提出抗诉，认为不应再按认罪认罚从宽处理，最终二审法院对其加重了处罚。

对上述案例笔者在此不做评论，但并不认同报道中因一些用词而容易导致给人以“认罪认罚就不该上诉”的误导。

当前法律对认罪认罚从宽案件中被告人如何行使上诉权、与未认罪认罚案件的上诉有无区别等问题并未做出规制。笔者认为，认罪认罚从宽案件中被告人显然应享有上诉权，建议通过立法明确对各种上诉情形如何处理。

比如，对否认犯罪事实而提出上诉的，是因一审中被告人已认罪认罚而驳回上诉？还是作为发回重审的法定情形？或是在二审直接进行实体审查？如何与“上诉不加刑”制度做好衔接？笔者认为，对未否认犯罪事实，单纯以量刑过重提出上诉的，应充分保障被告人的上诉权，坚决执行“上诉不加刑”制度，避免认罪认罚从宽案件“一审终审”，损害当事人合法权益。

十、救济途径：对认罪认罚从宽生效判决的永久申诉权

可以预见，通过认罪认罚从宽制度处理的案件，被告人的申诉率将大幅下降，这一事实已被该制度的两年试点工作所证明，这也是这项制度的重大意义所在。但是，申诉权是被告人的一项重要权利，被告人对认罪认罚从宽案件的申诉仍然存在可能性。

众所周知，当前我国刑事案件正面临着申诉困难的现状，可以想象，认罪认罚从宽案件的申诉形势必将更加严峻，并且，此类案件将来有可能性被排除在申诉范围之外，效率与公正如何平衡，值得关注。

尽管目前尚未有相关法律对认罪认罚从宽案件中被告人的申诉权作出规定，也未有实际案例素材加以分析佐证，但笔者仍坚持认为应保留认罪认罚从宽案件中被告人的申诉权，以体现“有错必究”的司法原则。

结　语

当前我国的认罪认罚从宽制度仅停留在《刑诉法》之笼统规定层面，尚未有更加具体的司法解释出台，许多细节问题未能规定明确，尤其缺乏可具操作性的量刑指南。实践中，各地司法机关的做法也不尽一致，容易出现同案不同判的非公正后果。

笔者认为，当前亟需最高司法机关出台统一规范性文件对认罪认罚从宽制度中现存的遗漏和缺陷进行明确与补正，达到全国范围内统一理解与适用，提升刑事诉讼效率，确保刑事司法公正，最大程度地保障被告人在其中的各项权利！

“大合规”时代与律师服务

■ 肖树伟，韩冰，杨琨 / 文

随着大合规时代的到来，企业对合规工作越来越重视，进而引发了企业对合规服务需求的增加。律师作为法律服务的提供者，基于在诉讼和非诉讼法律服务的独特经验，在企业合规服务中具有天然的优势，在企业合规工作中扮演了重要的角色。本文将简要介绍合规发展的历程及合规的必要性，并进一步论述在大合规时代律师如何为企业的合规提供服务以及能够提供哪些服务，希冀能对企业和律师同行有所帮助。

一、从合规到大合规

（一）合规的历史

合规的概念最早可追溯到20世纪30年代的金融危机后美国对银行业的监管中。在从“缺乏管制风险严重”过渡到“严格管制控制风险”的监管思路后，美国监管部门逐渐意识到，与其采取强监管造成极低的金融效率，不如外部监管与内部约束并重，将金融风险限制在可控范围内的同时尽可能的促进金融效率。合规管理作为金融机构内部约束的手段应运而生。其后又由于诸多美国军工企业在海外通过行贿获取订单的腐败行为因水门事件被揭露，美国国会于1977年通过了《反海外腐败法》，对所有与美国有联系或意在与美国建立联系的公司的腐败行为进行监管。由于《反海外腐败法》的大力执行，特别是《针对机构实体联邦量刑指南》中“如犯罪的企业采取了发现和预防措施（即建立合规体系），可以减轻处罚”规定的出台，合规管理从金融机构的内部约束手段逐渐成为各行各业企业的常态管理方法。

（二）合规在我国的发展

从国际上合规的发展轨迹来看，似乎合规只是针对反腐败和反贿赂等很有限的领域。但是合规在我国的概念有所不同。通过北大法宝查询，标题中最早出现“合规”字样的规范性文件是1992年1月6日颁布的“审电字（1992）1号”《关于对金融机构贷款合规性审计意见》。该文所提到的合规是指在计划经济背景下金融机构发放贷款时应符合信贷计划。

肖树伟律师简介

京都律师事务所高级合伙人。1987年毕业于中国政法大学，1989年开始从事律师工作。中国法学会会员，中国贸促会/中国国际商会调解中心商事调解员，中国政法大学法学院兼职教授，中央民族大学法学院客座教授，中华全国律师协会企业合规法律服务专项工作组副组长，北京市律师协会惩戒委员会主任。主要法律服务领域为企业合规及风险防范、民商事纠纷解决、刑事辩护。肖树伟律师因其优质的服务多次被为北京市律师行业优秀律师党员，2011年被中国司法部评为律师行业创先争优活动党员律师标兵，2012年荣获“2009-2011年度北京市优秀律师”称号。

韩冰律师简介

京都律师事务所合伙人。2000年毕业于天津大学，2001年开始从事律师工作。曾任北京市律师协会企业法律风险管理专业委员会委员、北京市法学会企业法治与发展研究会法律管理专业委员会委员。于2012年被北京市朝阳区律协党委评为优秀共产党员。韩冰律师专长于公司业务、法律风险防范、争议解决。韩冰律师参加了众多非诉讼商务谈判、公司设立、企业重组、股权收购等项目，协助公司设计治理流程，建立法律风险防范体系。韩冰律师具有丰富的出庭经验、深厚的法学理论功底和娴熟的诉讼仲裁技巧。

杨琨律师简介

毕业于对外经济贸易大学，获法律硕士学位。2013年开始律师工作。主要工作领域为民商事诉讼及仲裁、金融等。执业以来办理大量诉讼与非诉案件，具备丰富的实务经验。

我国最早比较系统的引入合规概念是在2006年10月原银监会颁布的《商业银行合规风险管理指引》。随后2007年9月原保监会颁布的《保险公司合规管理指引》和2008年8月证监会颁布的《证券公司合规管理试行规定》，宣告我国金融机构全面进入合规管理时代。随着加入WTO过渡期的结束，商务部、财政部等也陆续颁布了《贸易政策合规工作实施办法（试行）》和《税收政策合规工作实施办法（试行）》等规定，进一步拓宽了我国合规的概念。

党的十八大以及十八届三中、四中、五中全会以来，全面深化改革成为当代中国的新关键词。在党中央、国务院发布的《关于深化国有企业改革的指导意见》中明确提到要强化企业内部监督，要“进一步发挥企业总法律顾问在经营管理中的法律审核把关作用，推进企业依法经营、合规管理”。因此在2016年3月，国资委选取了中石油、中移动、招商局集团、中国中铁和东方电气这五家央企作为试点企业，正式启动了中央企业合规管理体系建设的试点工作。经过两年的试点，五家企业都取得了不错的成效，国资委随即在2018年11月颁布了《中央企业合规管理指引（试行）》。2018年12月，国家发改委、外交部、商务部又共同颁布了《企业境外经营合规管理指引》。至此，我国正式进入大合规时代。

（三）大合规时代来临

为什么说我国进入了大合规时代呢？笔者将我国合规相关规范性文件的发展历程总结如图。

从图中可以看出，随着时间的推移，我国合规的相关规范性文件不仅适用的对象从金融机构扩大到了中央企业并展现出进一步扩大到全体企业的趋势，而且合规范围有了扩大，甚至包括了国际条约、道德规范等。可以说，我国的合规已经从最初局部的、片面的“小合规”发展为了整体的、全面的“大合规”。所以我们认为，我国的合规管理已经进入了“大合规”时代。

二、企业开展合规管理的必要性

合规管理近年来已成为公司治理的新型管理模式，与财务管理、业务管理并称为企业经营管理的三大支柱。企业建立合规管理体系除了需要花费一定的成本外，还可能因变革招致企业内部的抵触，甚至造成企业效益的下滑。“大合规”时代背景下，如果不

	名称	颁布时间	合规对象	合规内容
1	关于对金融机构贷款合规性审计意见	19920106	金融机构	信贷计划的执行情况
2	商业银行合规风险管理指引	20061020	商业银行的经营活动	与法律、规则和准则相一致
3	保险公司合规管理指引	20070907	保险公司及其员工和营销员的保险经营管理行为	符合法律法规、监管机构规定、行业自律规则、公司内部管理制度以及诚实守信的道德准则
4	证券公司合规管理试行规定	20080714	证券公司及其工作人员的经营管理和执业行为	符合法律、法规、规章及其他规范性文件、行业规范和自律规则、公司内部规章制度，以及行业公认并普遍遵守的职业道德和行为准则
5	贸易政策合规工作实施办法（试行）	20141212	贸易政策	符合《世界贸易组织协定》及其附件和后续协定、《中华人民共和国加入议定书》和《中国加入工作组报告书》
6	税收政策合规工作实施办法（试行）	20151010	税收政策	符合世界贸易组织规则
7	保险公司合规管理办法	20161230	保险公司及其保险从业人员的保险经营管理行为	符合法律法规、监管规定、公司内部管理制度以及诚实守信的道德准则
8	证券公司和证券投资基金管理公司合规管理办法	20170606	证券基金经营机构及其工作人员的经营管理和执业行为	符合法律、法规、规章及规范性文件、行业规范和自律规则、公司内部规章制度，以及行业普遍遵守的职业道德和行为准则
9	中央企业合规管理指引（试行）	20181102	中央企业及其员工的经营管理行为	符合法律法规、监管规定、行业准则和企业章程、规章制度以及国际条约、规则等要求
10	企业境外经营合规管理指引	20181226	开展“走出去”相关业务的企业及其员工的经营管理行为	符合有关法律法规、国际条约、监管规定、行业准则、商业惯例、道德规范和企业依法制定的章程及规章制度等要求

我国合规相关规范性文件的发展历程总结

能充分认识到企业开展合规管理的必要性，很容易使合规管理流于形式，导致资源的浪费。所以了解合规管理对企业的必要性是开展合规建设的第一步。

（一）防范风险，避免损失

合规管理对企业的首要价值在于防范合规风险，确保企业行为合法合规，避免因违规造成的损失，为企业可持续发展提供保障。因违规造成损失的案例不胜枚举，笔者在此不再赘述。引发本轮合规大潮的中兴通讯案件就是最好的例证。2016年，中兴通讯因违法美国出口管制制度被处以8亿余美元的罚款；2018年，由于中兴通讯在呈交美国政府的函件中作出虚假陈述，美国商务部再次启动了对中兴通讯的监管措施，随后公布了对中兴通讯的处罚通告。值得注意的是，除了高达14亿美元的罚款外，通告中还要求中兴通讯必须聘请美国商务部挑选的合规团队对企业进行监督，为期10年。尽管中兴通讯案发的背后可能存在中美贸易战等因素的影响，但如果中兴通讯的合规工作能够开展的更好一些，相信结果不至于如此的糟糕。

（二）提升企业形象，增加商业机会

合规除了是一种管理模式外，已经逐渐成为企业之间的一种语言。试想一家惯于通过商业贿赂、财务造假等手段获得短期业绩的公司，与一家在成熟合规体系管理下稳步发展的企业对比，很明显后者更会被市场和消费者接受。所以大型企业在选择合作伙伴时，越来越看重企业的合规体系建

设工作，甚至直接作为合作伙伴的准入门槛之一。

例如著名运动品牌耐克（NIKE）在上世纪90年代初曾饱受“血汗工厂”指责的困扰。为改善品牌形象并重新赢得顾客信任，耐克逐步建立了保障其海外代工厂劳工权益的行为准则，并对其合作伙伴提出相应要求。如果不符合耐克的要求，就无法成为其供应商。除保障劳工权益外，耐克还不断提高对其合作伙伴环保、安全生产、反恐、社区福利等多个方面的要求。所以，建立良好合规体系能够显著提升企业形象，增加企业的商业机会特别是在国际市场上的商业机会。

（三）合规免责

这里所说的免责包括两个层面，一是企业对外部责任的免责，二是个人对企业内部责任的免责。

1. 企业对外部责任的免责

企业都是由员工组成的。如果员工因为不合规行为引发了风险，企业如何避免受到牵连？建立有效的合规体系是一个可行的办法。正如《ISO19600：2014合规管理体系》引言中提到：“有效的合规管理体系可作为减轻、甚至豁免行政、刑事或者民事责任的抗辩，而这种抗辩有可能被行政执法机关或司法机关所接受。”这一点也在2004年修订后的美国《针对机构实体联邦量刑指南》有所体现。也就是说，企业如果开展了全部或部分《针对机构实体联邦量刑指南》中提到的，包括教育与培训、审查与监控、激励与纪律机制、违规应对和预防等在内的合规工作，则可以相应减轻企业应遭受的处罚。这一点由于美国在全球的强势地位对全球合规管理的发展都产生了重要影响。许多关于合规管理的国际文件，包括OECD（经济合作与发展组织）制定的合规最佳实践指南，以及亚太经合组织提出的有效合规基本要素等，都体现了这一精神。所以，建立合规体系能够帮助企业在一定条件下减轻或免除责任。

2. 个人对企业内部责任的免责

2013年，党中央、国务院就下发了金融支持小微企业发展的决策部署，但实施数年并未取得明显效果，主要原因是由于小微企业一般经营不稳定、资信状况较差、无法提供抵押物，所以银行工作人员为避免因出现坏账导致个人承担责任而对小微企业一律不予放贷。因此，原银监会在2016年12月颁布了《关于进一步加强商业银行小微企业授信尽职免责工作的通知》，确立了小微信贷尽职免责的原则，即“在有充分证据表明授信部门及工作人员按照有关法律法规、规章和规范性文件以及银行内部管理制度勤勉尽职地履行了职责的，应免除其全部或部分责任”。

企业也同样如此，开展业务就可能面临风险，如果出现的所有风险都追究具体办事人员，将导致与小微企业信贷出现同样的局面，所有办事人员只开展无风险业务，对存在风险的业务无论风险是否可控均一刀切的拒绝，势必将影响企业的发展。此时企业如果建立了合规管理体系，则可以明确，只要按照合规流程操作，造成的风险个人可以免责。这恰恰能够激励办事人员主动合规，进一步降低企业合规风险。

三、律师在企业合规体系建设中的主要工作

那么，律师又能为企业合规体系建设提供哪些服务呢？笔者从多年为企业提供法律服务的经验中总结出，企业合规体系建设服务主要包括三大部分内容：合规体系顶层设计、合规风险识别与防控、合规操作指引的制定。

（一）合规体系顶层设计

顶层设计的概念是在《国家“十二五”规划纲要》中首次提出的，在近几年推动深化改革的过程中也被反复提到。中国经济社会已发展到一个新阶段，各种新问题层出不穷，必须实现经济、社会和政治体制改革的稳步协调推进。这就必然要求有一个顶层设计、总体规划，才能避免顾此失彼、“按下葫芦浮起瓢”。

合规体系建设也不例外。合规作为一个舶来品，如果直接照搬外国经验，显然会水土不服，因为它的内涵与我们推行了十几年的内部控制、全面风险管理等理念有一定的相似之处，它的职能又与大部分企业已设立的法务、风控、审计、纪检监察等岗位有交

叉。那么履行合规职责的机构如何设置？是设立一个全新的合规部取代之前的各部门，还是由合规部统筹各部门管理，抑或是现有部门各自分担一部分合规职责？这是现在国内企业建设合规体系的普遍性的问题，也是首先要解决的问题。这就需要我们为客户设计合规组织架构。另外，合规部与其他部门各自的职责应如何划分？彼此之间又应怎样协调？为明确合规机构的职责，以及合规机构之间、合规机构与其它机构如何分工协作，确保合规工作的流畅运行，还需要我们为客户制定一系列的合规管理制度。

因此，根据我们过往经验以及向部分开展合规试点中央企业了解到的成功经验，我们认为律师可以从机构设置和制度建设两个方面着手将合规体系顶层设计作为为企业提供合规体系建设服务的第一个任务。

（二）合规风险识别与防控

律师为企业提供合规体系建设的另一项重要服务是合规风险的识别与防控。所谓合规风险，就是指企业及其员工因不合规行为，引发法律责任、受到相关处罚、造成经济或声誉损失以及其他负面影响的可能性。具体来说，合规风险又可以分为通用性合规风险和特殊性合规风险。通用性合规风险即任何企业均可能面临的合规风险，如合同管理中的合规风险、人力资源管理中的合规风险、公司财税方面的合规风险等。特殊性合规风险是指企业开展生产经营中因所处行业不同而面临的特定合规风险，如农业企业违反转基因相关规定的风险、汽车生产企业产品违反排放标准的风险、第三方支付企业违反支付结算业务规定的风险等。

合规管理的基础是合规风险的识别与防控。只有在正确识别出了自身可能面临的合规风险后，才能够对合规风险采取降低、规避等管理措施。律师应当在充分了解客户具体业务模式、业务流程的基础上，对客户涉及的相关法律法规、监管规定、行业准则、企业章程、规章制度以及国际条约、规则等进行全面审查，充分识别客户面临的各项合规风险，分析该风险的成因、发展、后果，并结合客户的生产经营实际，为客户拟定可行的防控措施。

（三）合规操作指引的制定

要想让合规真正在企业落地，离不开合规操作指引的制定。合规操作指引，是对企业经营管理中的所有环节涉及的所有流程制定操作规范，只要按此规范操作，则可避免合规风险（对于因客观原因未能识别的风险或防控措施不到位，可在实践中进一步优化），也可以作为前文所述合规免责的标准。

举一例说明。在与企业接触的过程中我们总是会听到业务人员抱怨法务人员给他们开展业务“下绊子”，细细了解之后发现实际是企业没有为业务人员设定恰当的合规义务，导致业务人员开拓业务时没有进行基本的合规审查，临要签约才交由法务部门审查，法务部门发现存在风险审查不通过就认为是“下绊子”。这实际是合规义务分配不合理所致。如果在合规操作指引中明确，业务人员在接洽潜在签约对象时，就应当对潜在签约对象进行审查：（1）基本情况：为法人的，通过企业信用信息网、失信被执行人等系统查询其基本情况，并要求其出具对具体经办人员的授权委托书；为自然人的，要求提供身份证、户口本等材料。（2）如果业务涉及限制类、许可类，还应要求潜在签约对象提供获准经营的资质文件。（3）如果交易金额较大，还应要求潜在签约对象提供公司章程、董事会决议、股东会决议等文件。这样，通过制定合规操作指引将合规理念和义务融入业务开展的各个环节，就能够有效缓解业务与合规之间的冲突，提高企业运营效率。

四、结语

随着大合规时代的到来，合规体系建设已经成为央企在2019年度的一项重要任务。各地国资委也在积极响应制定地方国企合规的指引文件，今后合规体系建设想必也将在地方国企全面铺开。势必也会有部分民营企业、外资企业顺应此次合规大潮，加入合规体系建设的行列，合规市场大有可为。律师应当充分运用自己在诉讼和非诉法律事务中积攒的丰富经验，为企业提供更好的合规服务。

田园综合体项目相关问题初探

■ 孟冰，邓玮 / 文

从律师或开发商的角度来看，无论是刚刚兴起的田园综合体，还是已遍地开花的特色小镇，项目的本质都是土地的流转开发。其中，特色小镇作为一项系统工程，往往需要将区域内的土地全部进行征收，不可避免地具备前期投入资金大，运营周期长，回报风险不可控的特点。而田园综合体作为一项新型的农村土地开发模式，具有园区内大部分土地无需征收、基于联合共建的多种形式开发土地的特点。因此，田园综合体更容易进行成片开发，成本较低，前期优势明显，这种开发模式大有后来居上的趋势。另一方面，田园综合体能够集循环农业、创意农业、农事体验于一体，它的发展能更好地提升农业基地的商业价值，促进新农村的发展，培养新型职业农民，促进社会就业，从而以空间创新带动产业优化、链条延伸，实现一二三产业的深度融合。因此，田园综合体也更符合十九大报告提出的“坚持人与自然和谐共生”、“实施乡村振兴战略”的农村未来发展方向。

既然项目的本质是土地的流转开发，这就离不开“获取土地”与“项目融资”这两大房地产开发的基础问题。本文拟就上述问题的实操要点进行梳理，对相关政策及法规进行分析，从合规角度出发进行初步探讨。

一、土地的获取

自中央正式提出实施乡村振兴战略，美丽乡村、田园综合体和特色小镇建设成为乡村振兴的重要平台后，如何更高效发挥好这三个平台在乡村振兴中的作用成为创新的关键点，涉及到建设，就离不开集体土地利用政策的支持，这又与土地法规息息相关。

根据《土地管理法》第四条规定，我国目前实行土地用途管制制度，将土地分为农用地、建设用地和未利用地三大类。就集体所有的土地而言，亦可依据其用途分为集体所有的农用地、集体所有的建设用地和集体所有的未利用地。

（一）农用地

目前我国农用地的流转可以划分为两大模式：第一类是农户自发的土地流转。具体形式有两种：一是村民个人将承包的土地，

孟冰律师简介

京都律师事务所高级合伙人，1994年开始从事律师工作，1998年加入京都律师事务所，执业二十余年，办理了大量诉讼和非诉讼业务。孟冰律师担任多家公司和机构的法律顾问，如光大银行总行、中信银行总行、国寿不动产、远洋地产、国电联合动力公司等，并协助这些企业完成诸如常规业务审核、土地使用权转移或获取、股权转让、资产并购、市场推广、争议解决等法律问题的处理。

邓玮简介

京都律师事务所实习律师，毕业于对外经贸大学，具有2年工作经验，参与办理数起民商事案件，为多家公司提供顾问服务，在房地产、保险、资管、基金、合同审查、争议仲裁与相关诉讼和非诉领域积累了较为丰富的经验。

有条件地转包给他人，通常发生在个体之间。二是部分完全丧失劳动力或举家迁移到城镇的农户，愿意永久放弃承包的土地，由村民小组或村集体有条件地收回，并给予原承包户一定的经济补偿，然后重新发包。这种农户自发的土地流转，充分利用有限、宝贵的土地资源，实现了土地的有效开发，防止撂荒现象的发生。第二类是集体主导的土地流转，主体是村民小组或村委会。先由农户与村民小组或村委会签订有关合同，或者召开村民代表会议进行表决，由村民小组或者村委会取得土地经营权，然后由村民小组或村委会与承包商签订租赁合同。相比农户以个体为单位操作，这种集体主导的土地流转更便于发挥土地的整体优势和规模效应。此外，对于社会资本参与乡村振兴、利用集体土地而言，租赁也是集体农用地的一种常见的甚至是最主要的流转方式。

综上，农村承包经营的土地是允许流转的。家庭承包经营的土地必须在集体经济组织内部内流转，可采取转包、互换、转让、入股等方式对经营权实现流转。而对于以其他方式承包经营的土地，可以转让、入股、抵押或者以其他方式。但土地承包经营权流转不得改变用途，必须用于种植业、林业、畜牧业、渔业生产，不得用于非农建设。因此，开发商对于其田园综合体项目内的这类土地，只能用于观光、旅游、农事体验等经营项目。总之，不改变农用地性质是其不可突破的底线。

（二）建设用地

建设用地分为集体建设用地与国有建设用地。

其中，集体建设用地的流转法律规定最早现于1988年版的《宪法修正案》，该修正案确定了集体建设用地流转的合宪性。根据《土地管理法》第43条规定：“任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地；但是，兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，或者乡（镇）村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。前款所称依法申请使用的国有土地包括国家所有的土地和国家征用的原属于农民集体所有的土地。”《关于深化改革严格土地管理的决定》中关于“农民集体所有建设用地使用权可以依法流转”的规定，强调“在符合规划的前提下，村庄、集镇、建制镇中的农民集体所有建设用地使用权可以依法流转。”

目前在田园综合体的建设中，除租赁外，建设用地中还有大量土地是由国家划拨。PPP项目中，划拨用地占了很大比重。但划拨的土地储备有限，很难一次性到位，如何进行滚动开发，需要社会投资人和政府方进行合理安排。近年来，国家为加强田园综合体、特色小镇规划建设管理，陆续出台了各种创新措施，以提高对土地综合利用的效率。例如国土资源部发布的《产业用地政策实施工作指引》（国土资厅发〔2016〕38号）中明确，采用政府和社会资本合作方式（PPP模式）实施项目建设时，相关用地需要有偿使用的，可将通过竞争方式确定项目投资方式和用地者的环节合并实施使用。从各试点的工作成果来看，我国集体建设用地使用权流转的主要方式是以出让、转让、出租、入股等方式加以实现的。此类土地可用于餐饮、酒店、养老公寓等项目内容，不能分割销售应是其合规红线。所以项目内如果有需要通过销售取得开发收益的内容，则该等项目内容用地只能通过政府征地、开发商通

过招拍挂拿地来取得。实践中亦有开发商通过长租集体建设用地上的公寓类项目的方式，规避征地、出让的开发成本，但这种做法中自动续期的合法性、除使用权外其它产权权能的缺失，亦是经常困扰交易各方的痛点。

（三）未利用地

根据我国《土地管理法》第四条，“未利用地是指农用地和建设用地以外的土地”。根据《土地利用现状分类》，未利用地包括：草地、水域、其他土地中的盐碱地、沼泽地、沙地、裸地等。

未利用地可以进行流转。根据《不动产登记暂行条例实施细则》第四十七条中也明确规定，“承包农民集体所有的耕地、林地、草地、水域、滩涂以及荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农用地，或者国家所有依法由农民集体使用的农用地从事种植业、林业、畜牧业、渔业等农业生产的，可以申请土地承包经营权登记；地上有森林、林木的，应当在申请土地承包经营权登记时一并申请登记。”因此，在实践中，未利用地可以被利用，但需依类别办理各类相关手续。

（四）宅基地

宅基地虽然属于集体土地，但因其广泛性与复杂性，笔者在此单独进行论述。宅基地是由农村的农户或个人用作住宅基地而占有、利用的本集体所有的土地。根据我国《物权法》第十三章第一百五十二条规定，“宅基地使用权人依法对集体所有的土地享有占有和使用的权利，有权依法利用该土地建造住宅及其附属设施。”《土地管理法》第六十二条同时规定，“农村村民一户只能拥有一处宅基地，其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。农村村民建住宅，应当符合乡（镇）土地利用总体规划，并尽量使用原有的宅基地和村内空闲地。农村村民住宅用地，经乡（镇）人民政府审核，由县级人民政府批准；其中，涉及占用农用地的，依照本法第四十四条的规定办理审批手续。农村村民出卖、出租住房后，再申请宅基地的，不予批准。”宅基地作为集体所有，其使用权并不包括收益。在流转过程中需遵循《土地管理法》第十一条，“农民集体所有的土地依法用于非农业建设的，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认建设用地使用权。”在实践中，宅基地使用权不得进行抵押，土地的流动性较差。法院通常倾向于认可符合一定条件的宅基地使用权在同一集体经济组织内部的成员之间进行转让与出租。

二、田园综合体融资运营模式

目前我国的田园综合体主要是以企业和地方合作的方式，在农村进行综合规划、开发和运营。企业参与、带有商业模式的规划设计、城乡元素结合、创新城乡发展，形成产业变革，建设美丽乡村。企业承接农业，农民组成合作社，进行中长期规划，以农业产业园区发展的方法提升农业产业。举例来说，国内首个田园综合体项目是无锡田园东方，项目包含现代农业、休闲文旅、田园社区三大板块，目前这个以田园综合体为商业模式的田园小镇，被誉为“国内新型城镇化、城乡一体化示范区和乡村旅游新标杆”。

（一）田园综合体融资模式

田园综合体虽然较特色小镇项目投资规模小，但其仍具有房产类投资惯有的前期投入高、开发周期长、投资回收期长的特点，以上各种因素决定了田园综合体的融资成为项目开发能否顺利进行的核心。目前，田园综合体开发项目融资宜以股权融资为主，债权模式为辅，具体模式包括：

1. 股权或产品众筹模式

田园综合体运营阶段的创新项目可以用众筹模式获得一定的融资，众筹的标的既可以是股份，也可以是田园综合体的产品或服务，比如田园综合体三日游。众筹具有低门槛、多样性、依靠大众力量、注重创意的特征，是一种向群众募资，以支持发起的个人或组织的行为。股权众筹是指公司出让一定比例的股份，平分成很多份，面向普通投资者，投资者通过出资认购入股公司，获得未来收益。

2. 贷款模式

利用已有资产进行抵押贷款是最常见的融资模式，但田园综合体项目公司可以努力使得所运营项目成为纳入政府采购目录的项目，则可能获得政府采购融资模式获得项目贷款。而延长贷款期限及可分期、分段还款，则是对现金流稳定的项目有明显利好，如果进入贷款审批“绿色通道”，也能够提升获得贷款的速度。国家的专项基金是国家发改委通过国开行，农发行，向邮储银行定向发行的长期债券，田园综合体专项建设基金是一种长期的贴息贷款，也将成为优秀的田园综合体的融资渠道。

3. 产业基金及母基金模式

田园综合体在导入产业时，往往需要产业基金做支撑，这种模式根据融资结构的主导地位分三种类型。

第一种是政府主导，一般由政府（通常是财政部门）发起，政府委托政府出资平台与银行、保险等金融机构以及其他出资人共同出资，合作成立产业基金的母基金，政府作为劣后级出资人，承担主要风险，金融机构与其他出资人作为优先级出资人，杠杆比例一般是1:4，田园综合体具体项目需金融机构审核，还要经过政府的审批，基金的管理人可以由基金公司（公司制）或PPP基金合伙企业（有限合伙制）自任，也可另行委托基金管理人管理基金资产。这种模式下政府对金融机构有稳定的担保。

第二种是金融机构主导，由金融机构联合地方国企成立基金专注于投资田园综合体。一般由金融机构做有限合伙人，持有优先级份额，地方国企做有限合伙人，持有劣后级份额，金融机构委派指定的股权投资基金作普通合伙人。

第三种是由社会企业主导的PPP产业基金。由企业作为重要发起人，多数是大型实业类企业主导，这类模式中基金出资方往往没有政府，资信度和风险企业承担都在企业身上，但是企业投资项目仍然是政企合作的PPP项目，政府授予企业特许经营权，企业的运营灵活性大。

4. 收益信托模式

田园综合体项目公司委托信托公司向社会发行信托计划，募集信托资金，然后统一投资于特定的项目，以项目的运营收益、政府补贴、收费等形成委托人收益。金融机构由于对项目提供资金而获得资金收益。

5. 股权投资基金模式

参与田园综合体建设的企业除了上市公司外，还有处于种子期、初创期、发展期、扩展期的企业，对应的股权投资基金基本可分为天使基金、创业投资基金、并购基金、夹层资本等。除天使和创投之外，并购基金和夹层资本也是很重要的参与者。并购基金是专注于对目标企业进行并购的基金，其投资手法是，通过收购目标企业股权，获得对目标企业的控制权，然后对其进行一定的重组改造，持有一定时期后再出售。夹层资本，是指在风险和回报方面，介于优先债权投资（如债券和贷款）和股本投资之间的一种投资资本形式，通常提供形式非常灵活的较长期融资，并能根据特殊需求作出调整。而夹层融资的付款事宜也可以根据公司的现金流状况确定。

6. 发行债券模式

田园综合体项目公司在满足发行条件的前提下，可以在交易商协会注册后发行项目收益票据，可以在银行间交易市场发行永（可）续票据、中期票据、短期融资债券等债券融资，也可以经国家发改委核准发行企业债和项目收益债，还可以在证券交易所公开或非公开发行公司债。

7. 融资租赁模式

融资租赁是指实质上转移与资产所有权有关的全部或绝大部风险和报酬的租赁，有三种主要方式：1.直接融资租赁，可以大幅度缓解田园综合体建设期的资金压力；2.设备融资租赁，可以解决购置高成本大型设备的融资难题；3.售后回租，即购买“有可预见的稳定收益的设施资产”并回租，这样可以盘活存量资产，改善企业财务状况。可以尝试在田园综合体这个领域提供优质的金融服务。

8. 资本证券化

资产证券化是指以特定基础资产或资产组合所产生的现金流为偿付支持，通过结构化方式进行信用增级，在此基础上发行资产支持证券的业务活动。田园综合体建设涉及到大量的基础设施、公用事业建设等，基于我国现行

法律框架，资产证券化存在资产权属问题，但在“基础资产”权属清晰的部分，可以尝试使用这种金融创新工具，对田园综合体融资模式也是一个有益的补充。

9. 供应链融资模式

供应链融资是把供应链上的核心企业及其相关的上下游配套企业作为一个整体，根据供应链中企业的交易关系和行业特点制定基于货权及现金流控制的整体金融解决方案的一种融资模式。供应链融资解决了上下游企业融资难、担保难的问题，而且通过打通上下游融资瓶颈，还可以降低供应链条融资成本，提高核心企业及配套企业的竞争力。在田园综合体融资中，可以运用供应链融资模式的主要是应收账款质押、核心企业担保、票据融资、保理业务等。

10. PPP融资模式

在田园综合体的开发过程中，政府与选定的社会资本签署《PPP合作协议》，按出资比例组建SPV（特殊目的公司），并制定《公司章程》，政府指定实施机构授予SPV特许经营权，SPV负责提供田园综合体建设运营一体化服务方案。PPP合作模式具有强融资属性，金融机构与社会资本在PPP项目的合同约定范围内，参与PPP的投资运作，最终通过股权转让的方式，在田园综合体建成后，退出股权实现收益。此外，社会资本与金融机构参与PPP项目的方式也可以是直接对PPP项目提供资金，最后获得资金的收益。

在实操中，前述十种融资模式往往是PPP融资及产业基金及母基金模式为主，根据小镇建设不同阶段和产业发展不同阶段，结合其他融资模式组合使用。

（二）田园综合体运营模式

田园综合体属于较为新型的创新模式，其运营尚处于探索阶段，笔者在此仅罗列部分模式以供参考。

1. 田园养老模式

随着乡村旅游的火热及我国老龄化情况日益严重，乡村田园养老度假成为一种新的养老模式。乡村田园养老以农业休闲为主体，利用乡村特殊的自然养生条件及富有乡韵、利于康复身心的人文环境，与生态休闲、农业旅游、森林度假等相结合，开创出一种集田园生态休闲、乡村健康饮食养生、农耕劳作体验、乡村社区生活于一体的新型养老模式。例如四川成都幸福公社便是典型。

2. 片区开发模式

片区开发模式以政府投入为主进行基础设施建设，引导农民根据市场需求结合当地优势，集中连片开发现代观光农业及各种农业休闲观光项目，供城市居民到农业观光园区参观、休闲与娱乐，在全国都有普遍适用性。该模式依托自然优美的乡野风景、舒适怡人的清新气候、独特的地热温泉、环保生态的绿色空间，结合周围的田园景观和民俗文化，兴建一些休闲、娱乐设施，为游客提供休憩、度假、娱乐、餐饮、健身等服务。主要类型包括体闲度假村、体闲农庄、乡村酒店。上海、北京、南京基本上都采用片区开发模式。

3. 民俗风情旅游带动产业模式

民俗风情旅游模式即以农村风土人情、民俗文化为旅游吸引物，充分突出农耕文化、乡土文化和民俗文化特色，开发农耕展示、民间技艺、时令民俗、节庆活动、民间歌舞等休闲旅游活动，增加乡村旅游的文化内涵。主要包括农耕文化型、民俗文化型、乡土文化型、民族文化型。同时，休闲农园通过生产特色农产品，形成自己的品牌，在休闲农业平台上吸引城市消费者购买，从而拉动产业的发展。游客除餐饮旅游外，还能拉动当地土特产品行业的发展。

4. 科普教育模式

目前我国农业园教育模式主要包括农业科技教育基地、观光体闲教育、少儿教育农业基地、农业博览园。农业科技园区可作为联结科教单位科研成果与生产实际的重要纽带，为农业科技成果的展示和产业孵化提供展示的舞台。大学或科教单位也可建立农业高新技术园区，园区为科教单位和入园企业科技产业的“孵化”和“后熟”提供重要保障，促进农业科技成果的转化和辐射推广。

5. 休闲农场或观光农园模式

随着城市进程的加快和城市居民生活水平的提高，城市居民已不满足于城区公园休闲，而是追求回归自然、返朴归真的生活方

式。利用节假日到郊区去体验现代农业的风貌、参与农业劳作和进行垂钓、休闲娱乐等现实需求，对农业观光和休闲的社会需求日益上升，使我国众多农业科技园区由单一的生产示范功能，逐渐转变为兼有休闲和观光等多项功能农业园区，与传统农家乐模式较为类似。

三、田园综合体相关政策法律及风险提示

田园综合体相关政策法律、合规与实操风险，在前文已有所提及，现总结归纳如下。

（一）田园综合体政策沿革

2012年，第一个田园综合体项目“无锡田园东方”在江苏省无锡市惠山区阳山镇落地。2016年9月，中央农办领导考察指导无锡田园东方项目并给予高度评价。2017年2月5日，田园综合体首次出现在中央一号文件之中，文件提及要“支持有条件的乡村建设以农民合作社为主要载体、让农民充分参与和受益，集循环农业、创意农业、农事体验于一体的田园综合体，通过农业综合开发、农村综合改革转移支付等渠道开展试点示范。”2017年5月，财政部下发了《关于开展田园综合体建设试点工作的通知》（财办[2017]29号），明确重点建设内容、立项条件及扶持政策，确定河北等18个省份开展田园综合体建设试点，深入推进农业供给侧结构性改革，积极探索推进农村经济社会全面发展的新模式、新业态、新路径。中央财政从农村综合改革转移支付资金、现代农业生产发展资金、农业综合开发补助资金中统筹安排，每个试点省份安排试点项目1–2个，各省可根据实际情况确定具体试点项目个数。2017年6月5日，财政部印发关于《开展农村综合性改革试点试验实施方案》的通知，通过综合集成政策措施，尤其是多年中央1号文件出台的各项改革政策，多策并举，集中施策，推进乡村联动，政策下沉到村，检视验证涉农政策在农村的成效。切实尊重基层干部群众主体地位、首创精神，积极发挥农村综合改革在统筹协调、体制创新、资源整合方面的优势，扎实推进农业供给侧结构性改革，有效释放改革政策的综合效应，为进一步全面深化农村改革探索路径积累经验。

田园综合体建设作为国家深入推进农业供给侧结构性改革的亮点举措，已经成为加快培育农业农村发展新动能的一件大事，能较好地拓展农业产业链、价值链的新业态。国家正通过“农业综合开发、农村综合改革转移支付等”方式支持田园综合体建设并开展试点示范。

（二）田园综合体相关法律及实操风险

首先，田园综合体面临着项目用地问题。田园综合体对农村土地的开发有着巨大的潜力，但是如何获取土地是首要待考虑的问题。目前，我国有两种方式可获得土地：一种是政府拿地，分为建设用地、产业用地、公共设施用地；另一种是从农民手中拿地，也分为三类：耕地、宅基地、荒地。其中，耕地在农民将耕地供出的同时获得经营权。宅基地在确权之后，农民可以将不用的宅基地交还给集体，集体再将其进行开发利用。荒地可进行证券化等操作。当项目公司得到土地之后，应进行合理的开发。田园综合体在进一步得到上述用地之后，应设计出与田园综合体整体发展相适宜的地产，例如与旅游配套的民宿、农家客栈、酒店等。

以较为常见的企业承包乡村土地进行农业生产，实现乡村农业的规模化发展为例，在企业承包乡村土地进行农业生产的过程中，其必将涉及到两个方面的法律问题。一方面是土地法律问题。乡村的核心资产之一即是土地，而当前部分企业违规违法使用乡村土地作商业用途的问题仍然存在，这一点对于乡村（农村）集体用地、荒山、滩涂等土地资源的表现得更加明显。在这个过程中，国家有关部门（企业法人、政府、村委等）应当重点关注乡村土地权属、使用情况等法律问题。对于国有建设用地而言，应当明确企业对于土地的权属，让企业与出让方（处置方）签订相应的具有法律效力的文件，保障土地的合法转用；对于集体农业用地而言，企业应当与农户签订土地经营权流转合同。值得注意的是，企业如果是承包方式取得农民集体农业用地使用权的，应当取得超过三分之二的村民同

意；对于集体建设用地而言，需要重点关注企业是否通过法定程序获得的集体建设用地使用权。笔者建议，田园综合体的项目方需全程与当地政府紧密联系沟通，获取支持。在遇到能使所得用地可被项目公司更好的合理运用的情况时，政府可根据实际情况，在法律允许的范围之内，对土地运用进行适当的变动，将一些分散的土地进行整合集中到一起交给项目公司进行利用，避免因土地分散造成不必要的麻烦。另一方面主要是农民权益的法律问题。在田园综合体中，“企业 + 农户”的经营模式十分常见，这种经营模式就涉及到农民的权益。部分地区的农村还没有建立起完整农村社保制度，这对于农民权益的保护是不利的。

其次，田园综合体应注意收益分配问题。鉴于田园综合体中涉及的经营项目较多，盈利空间较大，项目公司可能会出现利润率较高，出现超额利润甚至于出现暴利现象。为防止此种情况的发生，政府应制定完善的利润分配政策，规定项目公司的利润值，比如以净资产收益率为指标进行考核。具体来说，政府可以参考项目公司以往案列的收益情况，并结合实际的项目运行盈利情形来制定一个项目公司的净资产收益率值。当项目公司的收益率在这个值之下，政府不参与分红，反之，则会参与分红。当然，收益率限定值的制定应遵循一个原则：即要限制项目公司的收益率，又不能降低他们的积极性。同时政府应加强对项目公司的定期审计手段，严格监督项目公司的盈利收取程序，保证利益分配的合理合情合据。

最后，田园综合体建设应注意项目风险分担问题。虽然早在项目建设之初就应将政府和民营企业之间所承担的风险进行了明确的分配，但是面对田园综合体这样一个涉及项目众多，任务繁琐，投资数额巨大，建设时间较长的大项目，仍需要完善风险控制体系。制定有效风险可控体系需要政府和民营企业的密切协商与合作。因此，双方应秉承风险分配优化、风险利益对等的原则，严格按照风险管理的方式，在参照以往众多项目风险控制体系的基础上，与当地实际结合，未雨绸缪，避免不必要的合规风险。

综上，田园综合体在城乡一体化的格局下，顺应了农村供给侧结构性改革，是加快城乡发展，建设美丽乡村、促进农业现代化发展的新途径，更是新时期城镇、乡村实现平稳、快速、可持续发展的必经之路。同时，因其土地获取方式、融资方式的灵活性，田园综合体势必成为下一个投资热点。因其目前尚属新鲜事物，对其现有政策法规的研读，甚至以个案推动立法，当有极为广阔的空间。

“黑白合同”难定性 我如何在法律困境中实现胜诉

■ 唐利君，董晓璇 / 文

第一部分 案情概要

在律师办理民商事诉讼案件的过程中，经常会遇到法律规定对己方当事人不利的情况（至少是从字面上理解法律条文，对己方当事人不利），如果司法机关不加分析地套用法律条文，将给己方当事人造成非常严重的不利诉讼结果。在此情况下，律师需要运用自己的法学功底和不懈努力，将法律条文背后真正的本意找到，并说服裁决者支持我方的诉讼主张，这需要极高的智慧！

下面，我以一则“建设工程黑白合同”结算之争为例，为读者展示，专家型的诉讼律师如何在法律规定对己方不利的情况下实现胜诉！

唐利君律师简介

京都律师事务所高级合伙人，执业十余年专注于①房地产和建设工程、②民商事和资本市场诉讼、③刑事诉讼这三类法律业务。执业期间，带领律师团队为众多房地产和建设工程项目提供了专业法律服务，承办了大量民商事和资本市场诉讼案件以及刑事诉讼案件。尤为擅长综合运用刑事、民事手段，处理重大、复杂、疑难的刑民交叉、刑行交叉案件，依法维护企业合法权益，依法帮助企业家、股东、高管规避刑事、民事、行政法律风险。此外，唐利君律师还在公司日常法律顾问服务、公司投融资、公司并购重组等业务领域也有一定建树。

令人纠结的“黑白合同”

在建设工程施工领域，法律规定了强制招投标的范围，即国有投资项目、关乎公众安全等建设工程施工项目必须进行招投标并办理招投标备案手续（虽然该强制招投标的工程范围在2018年国家发改委《必须招标的工程项目规定》中进行了大幅删减，但仍有大量工程被列入强制招投标范围），在经过招投标程序并办理了备案手续后，就产生了一份备案的施工合同（也就是我们常说的“白合同”）。

但在建设工程发承包领域中，发包人处于上游优势地位，为了争取更大的利润空间，发包人往往会要求承包人与其签订一份与备案合同不一致的、双方之间实际履行的合同（也就是我们常说的“黑合同”），这份合同可能会在备案合同之前签署，也有可能会在备案合同之后签署。

一项工程，存在“黑”、“白”两份合同，而“黑”、“白”两份合同约定的工程计价条款又不一致，二者之间存在巨大的差价（通常是“白合同”的价格要高于“黑合同”），如果工程结算出现争议，合同主体双方应该按照哪份合同进行结算呢？这是一个重大的、影响“真金白银”的问题！

董晓璇简介

京都律师事务所合伙人助理，北京航空航天大学法律硕士。曾就职于某建筑央企商务合约部，办理过大量工程质量纠纷、民间借贷纠纷、工程索赔与反索赔的案件。熟悉建设工程法律法规、建设施工合同、各类分包分供合同，并精通项目法律风险管理。

法律站在“白合同”一边

在招投标领域中，我国相继出台了多部法律法规、司法解释、最高院亦作出了多次会议纪要，均肯定了白合同作为工程价款的结算依据，主要包括：

2000年《招标投标法》第46条规定：“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内，按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”

2005年《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称“2005年《司法解释》”）第21条规定：“当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。”

2011年《最高人民法院办公厅关于印发<全国民事审判工作会议纪要>的通知》明确：“要依法维护通过招投标方式所签订的中标合同的法律效力。对以低于工程建设成本的工程项目标底订立的施工合同，应当依据招标投标法第四十一条第（二）项的规定认定无效；当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定，也应认定无效。对于约定无效后的工程价款结算，应依据《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》的相关规定处理”。

2012年《招标投标法实施条例》第75条规定：“招标人和中标人不按照招标文件和中标人的投标文件订立合同，合同的主要条款与招标文件、中标人的投标文件的内容不一致，或者招标人、中标人订立背离合同实质性内容的协议的，由有关行政监督部门责令改正，可以处中标项目金额5‰以上10‰以下的罚款。”

2016年《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》明确：“30.要依法维护通过招投标所签订的中标合同的法律效力。当事人违反工程建设强制性标准，任意压缩合理工期、降低工程质量标准的约定，应认定无效。对于约定无效后的工程价款结算，应依据建设工程施工合同司法解释的相关规定处理。”

以上规定均体现了我国法律对白合同法律效力的肯定，在2005年《司法解释》21条中更是明确了一方当事人主张按照“黑合同”结算，对方当事人主张按照“白合同”结算的，应当以“白合同”即备案的中标合同作为结算工程价款的依据。那么为什么不能以“黑合同”作为结算依据呢？在2005年《司法解释》出台之即，原最高院副院长在答记者问中解答道：“这是因为法律、行政法规规定，中标合同的变更必须经过法定程序。“黑合同”虽然可能是当事人真实意思表示，但由于合同形式不合法，不产生变更“白合同”的法律效力。当事人签订中标合同后，如果出现了变更合同的法定事由，双方协商一致后可以变更合同；但是合同变更的内容，应当及时到有关部门备案，如果未到有关部门备案，就不能成为结算的依据。这样，就能从根本上制止不法行为的发生，有利于维护建筑市场公平竞争秩序，也有利于《招标投标法》的贯彻实施”。

综合上述的法律规定，明显可见“法律站在白合同一边”，现行法律、司法解释均认定“白合同”应作为工程结算的依据。

一位房地产老板兼法律博士的困惑

2015年4月，细雨蒙蒙，我开着车行驶在北京东三环主路上，突然手机铃声大作，我按下了接听键。来电的人，是一个相识多年在南方做房地产的老板。电话刚接起，这个客户就焦虑地说："我自己的房地产项目现在正在涉诉，我觉得这个案件有问题，但不知道问题在哪，唐律师你给参谋参谋"！暂将这个客户的公司称为A房地产公司，案情大致如下：

（一）黑合同的签订

2009年6月，A房地产公司（以下简称"A公司"）与B建筑公司（以下简称"B公司"）签订了《建设工程施工合同》（以下简称"未备案合同"，也就是俗称的"黑合同"），A公司将位于南方某市的某住宅工程项目发包给B公司施工。

在未备案合同中，双方对合同价款、工程承包范围、施工工期等事项均做出了约定。针对合同价款部分，双方约定："合同价款调整方法为"按2005年定额取费，计取总价后下浮见（附件四）"、"人工工日单价、机械台班单价按2005年定额单价计算，合同实施期间不予调整"。未备案合同签订后，B公司于2009年8月进场施工。

（二）白合同的签订

2010年1月，为办理项目相关审批手续，A公司与B公司经磋商后，在当地建委办理了招投标手续，并在当地建委备案了一份《建设工程施工合同》（以下简称"备案合同"，也就是俗称的"白合同"）。

在备案合同中，双方对合同价款、工程承包范围、施工工期等事项也做出了约定。针对合同价款部分，双方约定："以施工期间当地定额及相关文件按实结算方式确定"、合同价款调整方法为"1、在合同实施期间，如果建筑材料市场价格超出《某市建设信息》价格幅度时，按市场价格相关一并调整；2、国家和省政策性人工、材料、机械台班及其他有关费用标准的按文件规定执行之日起进行调整"。

（三）"黑"、"白"合同在合同价款上的重大差异

对比上述"黑"、"白"两合同，我们不难发现："黑合同"约定的合同价款形式实际为"固定总价合同"（人工、机械不调整），而"白合同"约定的合同价款形式实际为"可调价合同"，二者之间存在重大区别！

按"白合同"计算的合同价款显然高于按"黑合同"计算的合同价款（按审理过程中司法机关委托的鉴定单位作出的鉴定结果，两者之间的差价高达约400万元）！

（四）合同的履行情况

在本案工程施工期间，工程进度款的支付一直按照"黑合同"约定的计价标准进行的。工程完工后，在结算期间，双方按合同约定聘请的审计公司也是按"黑合同"约定计价标准作出了工程结算审计，双方在此期间互相向对方致送的结算函件，也一直以"黑合同"约定的计价标准计价，只不过双方对最终的结算金额存在争议。

（五）争议产生

经过长时间的结算争议、谈判未果后，双方将本案向某市仲裁委员会提起了仲裁。经过仲裁庭初步审理，我的当事人感觉仲裁庭可能更倾向于按"白合同"约定的价款标准进行结算（我这个当事人当时的代理律师也这样认为）！

我的这个当事人是法学博士（虽然其不是专业学法律的，但颁发的博士学位是法学博士），他虽然没有干过律师，但基本的法学功底和素养还是有的，于是他陷入了一个困惑：即"黑合同"是双方实际履行的合同，而"白合同"根本不是双方真实的意思表示，因此最终结算没道理去推翻"黑合同"，而适用一个双方都不认可的合同进行结算（当然，在仲裁过程中，出于诉讼利益的需要，对方矢口否认黑合同的效力，要求按白合同进行结算）。

我的初步判断

当事人在电话中向我大致描述了案情后，基于多年办理房地产和建设工程案件扎实的法学功底，我初步判断：此案的基本案情，与2005年《司法解释》第21条所规定的情形（即按白合同进行结算）有重大差异：本案的基本事实是“先签订的黑合同、后签订的白合同”，而2005年《司法解释》第21条所规范的是“先签订白合同、然后再签订背离白合同实质内容的黑合同”，所以我电话里当即跟我的当事人说，“你的想法有一定道理，这个案例不能简单套用2005年《司法解释》第21条，这个案子很有可能应根据黑合同的约定进行结算，但我需要时间仔细、深入的研究”。

漫长的审理进程

（一）临危受命，代理本案

当事人的意见是，我是北京的律师，见过、办过的特大、重大案件毕竟要比当地的律师多，法学理论功底也比当地的律师深厚，所以他坚持要我代理本案。而我这个人又是一个“案痴”！越是疑难、复杂的案件，越能激起我的斗志，我越愿意经历，只要案件胜算相对较大，我通常愿意接受这样的案件。经过初步论证后，我决定代理这个案子，于是我开始了长达3年多的代理生涯！

代理本案后，我方将不得不面对一个重要的事实：法律规定对我方重大不利！如何在法律规定不利的情况下实现胜诉，就需要我方付出巨大的努力！

（二）专家型诉讼律师的特点是“于万马军中找到并取下对方上将首级”

代理本案后，我详细了解了本案案情，从数十箱案件材料中搜寻、筛选对我方有利的证据，仔细、深入地对相关法律问题进行研究，组织律师对疑难问题进行集体论证（好在我们京都所是一家大型律所，在国内也很有名气，所内律师人才济济），最终——我找到了对方的“上将首级”！那就是，2005年《司法解释》第21条的适用前提是“白合同”必须是有效的合同，如果“白合同”无效，则不能适用“白合同”约定的计价条款！

2005年《司法解释》第21条所规范的是“另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的”，通过文义解释“另行订立”可以推导出21条的适用是有前提的，那就是一定要“先有白合同，后有黑合同”（当然实践中也有争议）。

更为重要的是，适用白合同的前提是，其必须是有效的合同。而反观本案，“先有黑合同，后有白合同”，而且白合同在履行招投标手续前双方对合同实质性内容进行过谈判，在进行招投标之前就先行确定了中标人，这违反法律的强制性规定，黑合同是无效的合同这一点毋庸置疑，但同时白合同也是无效的合同！那么问题来了，现在本案的两个合同都无效，本案工程应该按什么标准结算？

（三）专家型诉讼律师的另一个特点是“走一步，看三步”

黑白合同都无效，那么应该按什么标准进行结算？通过大数据，我们发现，在最高人民法院的判决中，针对这个问题，最高院遵循着“维护契约自由”的民法基本原则，即在黑白合同均无效的情况下，黑合同是双方实际履行的合同，是双方真实意思表示的体现，应该尊重黑合同约定的计价原则，如果在民事领域不遵循这条原则，“诚实信用”原则将成为浮言虚词！

换句话说，双方在签订合同前，既然承包方已经进行了认真的核算，并接受了黑合同约定的合同价款，那么在白合同同样无效的情况下，承包方就应该接受黑合同所约定的计价标准进行结算！ 无独有偶，2005年《司法解释》第2条亦规定了“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”

预见到这一点后，我方在仲裁过程中，坚持黑白合同均无效的观点。仲裁庭曾犹豫困惑，不能确定裁决思路，遂委托鉴定单位

分别按黑合同和白合同约定的计价原则，做出了两版鉴定报告。

本案先后共进行了7次开庭审理（从北京飞南方某市，我的国航会员卡从普通卡升级到了白金卡），在最后一次庭审中，仲裁庭进行了释明，仲裁庭认为本案黑白两份施工合同均无效。

（四）最终裁决

2018年2月，仲裁庭作出了裁决书。仲裁庭最终审理认为："本案建设工程的施工合同无效，但工程经竣工验收合格，应依据2005年《司法解释》第2条的规定，参照双方实际履行的合同即2009年合同的约定确定工程价款。这也是尊重"契约自由原则"的体现。至此，本案办理终结，通过我们的努力，成功说服仲裁庭，按双方实际履行的黑合同进行了工程结算，为我方当事人争取了近400万元的权益！

第二部分　法理辨析

最新立法印证了承办律师代理意见的正确性

回首本案审理之时的法律环境，不难发现，以白合同作为结算依据是被多部法律法规所肯定的。笔者在办理本案过程中（2015年至2018年2月），明确的法律条文站在"白合同"一方，否认实际履行的合同（即"黑合同"）的适用。应当说，我方在诉讼态势中是处于非常不利局面的一方！如果仅仅局限于法律条文，我方将面临败诉的结果！但通过律师深厚的专业知识和不懈的努力，最终突破了法律困境，帮助当事人实现了诉讼目的！

雨果曾说："历史是过去传到未来的回声"。本案历时3年有余，笔者正是通过参与本案的审理，有幸见证了黑白合同审判趋势的发展变化。在笔者发文之时，恰逢《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（以下简称"2019年《建设工程解释（二）》"）颁布（自2019年2月1日起实施），该解释第11条（当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持）。对黑白合同的结算之争做出了重新认定！恰恰印证了笔者承办本案的代理意见和观点！这也从立法层面印证了笔者对本案所做的法理辨析的正确性！

正　文

案件尘埃落定，回过头来思考律师的办案心得，除了笔者在第一部分中强调的专家型诉讼律师的善于在纷繁复杂的案情中迅速的找到对方的致命弱点，以及善于预见案件最终的走向外，笔者觉得以下方面也是不容忽视的：

一、专家型诉讼律师不会盲从于法律条文的表面意思，而是会"深究其理、入木三分"的深刻理解法律条文背后的法理内涵。

再回顾本案，我们发现了一个重要的事实，那就是在白合同签署前，双方进行了实质性的磋商。发现这个事实后，承办律师敏锐地意识到，白合同可能因违反法律的强制性规定而无效！

在白合同为无效合同的前提下，2005年《建设工程解释》第21条规定的"应以备案的中标合同进行结算"的规定便不适用。因此，在跳出第21条之后，我们将目光锁定在2005年《建设工程解释》第2条的规定上，即"建设工程施工合同被确认无效以后，建设工程质量合格的，可以参照合同约定结算工程价款"。而参照哪份合同进行结算？这就需要进行法理辨析了（因为案件审理过程中并未出台2019年《建设工程解释（二）》），到底按哪份合同进行结算没有明确的法律依据！

在找到上述通道后，就要论证上述通道是否有法理依据，如果法理依据不扎实，势必要适用现行法律条文字面上所规定的"按白合同结算"的原则。通过深入的分析论证，仔细拷问研究2005年《建设工程解释》的立法背景和立法本意。

我们发现，其实2005年《建设工程解释》是充分尊重《合同法》"契约自由"这一帝王原则的，即充分尊重双方实际履行的合同，并按照实际履行之合同约定的计价

原则进行结算，以维护交易秩序的稳定和交易诚信（尽管黑合同不符合法律规定，但毕竟是双方真实意思的体现，是双方共同议定的合同。从维护交易秩序和交易诚信的角度，即使合同无效也应得到遵守）。这一点，从2005年《建设工程解释》第2条（“建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”）也得到了一定程度的体现！

无论是何种类型的民事合同，均是受民法原则所约束的。而民法的基本原则之一，就是我国《民法总则》第5条所规定的自愿原则，即尊重民事活动中当事人的意思自治，充分尊重当事人的选择。

基于上述的法理辨析，我们形成了主张黑白合同均无效（避免了2005年《建设工程解释》第21条关于“按白合同进行结算”的适用），坚持主张按实际履行的合同（即黑合同）进行结算的诉讼方案！

二、现代专家型诉讼律师善于运用大数据，为己方当事人争取权益！

伴随着信息时代的到来，现代诉讼律师与过去的诉讼律师存在着明显的不同！现代专家型诉讼律师善于运用大数据，捕捉司法机关最近的审理倾向和审理思路！在承办本案过程中，我们查阅、研究了最高人民法院的数百份类似判决，找到了与本案案情最为相似的判决，也充分印证了上述法理辨析结论的正确性，可以说大数据对本案的胜诉功不可没！

1. 根据最高人民法院于2013年做出的《山东日建建设集团有限公司与日照君泰房地产（集团）有限公司建设工程施工合同纠纷申请再审民事裁定书》（（2013）民申字第572号），该裁定书明确：“关于讼争工程应参照双方当事人于中标前签订的《建设工程施工合同》（以下简称标前合同）还是备案的《建设工程施工合同》（以下简称中标合同）进行结算的问题。（1）讼争工程属于必须进行招标的工程。本案中作为投标人的日照公司在讼争工程正式招标之前和招标人君泰公司就投标价格等实质性内容进行谈判，并签订了标前合同，违反了《中华人民共和国招标投标法》第五十五条之规定，日照公司的中标应认定无效，依据《建设工程司法解释》第一条之规定，中标无效的，备案的中标合同亦应认定无效。综上，二审判决认定讼争中标合同为无效合同并无不妥。（2）《建设工程司法解释》第二十一条适用的前提是备案的中标合同为有效合同，而如前所述，中标合同应认定无效，故本案不能适用该条的规定，以中标合同作为工程价款的结算依据。从实际履行情况看，日照公司和君泰公司均是按照标前合同的约定结算工程进度款，也即双方实际履行的合同为标前合同，而非中标合同，故二审判决依据标前合同结算工程价款并无不妥。综上，日建公司关于二审判决未依据《建设工程司法解释》第二十一条的规定以备案的中标合同进行结算属于适用法律错误等申请理由不能成立”。

2. 根据最高人民法院于2014年做出的《长春永信集团汽车贸易有限公司与四川星星建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷审判监督民事判决书》（（2014）民提字第00015号），该判决书明确：“本院认为，首先，永信公司与星星公司在通过招投标程序确定中标人之前已经签订了补充协议，在确定中标人之后又签订了施工合同。对于双方在招投标程序完成之前签订补充协议的行为，《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）虽没有明确规定此种行为是否属于禁止行为，但该法第四十三条规定，在确定中标人前，招标人不得与投标人就投标价格、投标方案等实质性内容进行谈判，与该条禁止的行为相比，在进行招标投标之前就在实质上先行确定了中标人，无疑是对《招标投标法》强制性规定更为严重的违反。而《建设工程施工合同司法解释》第一条规定：“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：……（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。”因此……对于施工合同，虽然从时间上看签订于确定中标人之后，表面上似乎符合法律规定的程序要件，但如前所述，在确定中标人前，永信公司与星星公司之间已经就案涉工程的工期、工程价款数额及支付方式等达成了合意，双方当事人的行为在实质上违反了《招标投标法》的强制性规定，故

该施工合同应认定为无效。综上，一、二审判决对上述合同效力的认定错误，本院予以纠正。其次，虽然案涉施工合同无效，但根据《建设工程施工合同司法解释》第二条的规定，案涉工程价款的结算和支付仍应参照上述合同的约定进行。而本案中，施工合同与补充协议约定的计价方法不尽一致：施工合同约定采用固定价格合同，价款为37154068元，地下室按每平方米700元结算；补充协议约定采用固定单价，按建筑面积1480元／平方米计算，地下夹层单独计算，价格为700元／平方米，增加和减少项目的工程量均不另行计算。由于施工合同无效，故本案并不适用《建设工程施工合同司法解释》第二十一条的规定。而且，由前所述可知，施工合同系双方当事人为在形式上完备法律规定的工程招标投标程序之目的而签订，施工合同亦明确约定“合同未尽事宜双方以补充协议形式加以修改和补充，如与补充协议相抵触，按补充协议执行”，因此，虽然按照补充协议约定计算的总价款比施工合同约定略低（约低1.64%），补充协议并约定增加和减少项目的工程量均不另行结算工程款，但考虑到这是双方当事人基于对案涉工程成本利润核算、建设工程施工过程复杂性的认识、权利义务对等的原则以及提高工程结算效率等因素的考量作出的意思表示，双方当事人在案涉工程施工过程中实际履行的也是补充协议，故一审、二审判决以补充协议的约定作为结算工程价款的依据并无不当。综上，一审、二审判决对于结算工程价款的认定和处理并无不当，星星公司的再审申请理由不能成立”。

3. 根据最高人民法院于2014年11月作出的《浙江圣华建设集团有限公司与安徽环球房地产股份有限公司、浙江环球房地产集团有限公司建设工程施工合同纠纷二审民事判决书》（（2013）民一终字第117号），该判决书明确：“2、本案应以《a、d标段工程施工补充合同》还是《建设工程施工合同》作为结算依据。本院认为，第一，2005年，圣华建设公司与环球房产公司已经签订了《a、d标段工程施工补充合同》，约定了承包范围、方式、价款等内容，并约定分标段施工合同书于办理开工手续前分别签订，若分标段施工合同书与本施工合同书有关工程取费标准和工程款支付两项内容有相异之处，均以本合同书为准。2006年3月6日，双方又通过招投标程序就d标段签订了《建设工程施工合同》，并办理了备案手续。由此可见，双方在进行招投标之前就已经对涉案工程进行了实质性内容的磋商，招投标只是双方根据主管部门的要求履行的形式上的手续。双方的上述行为明显违反了《中华人民共和国招投标法》的强制性规定，所签订的《建设工程施工合同》……应认定为无效。第二，鉴于《a、d标段工程施工补充合同》系双方真实意思表示，并已实际履行，且一审审理期间，双方均认可涉案工程款的取费标准和工程款支付均按照《a、d标段工程施工补充合同》的约定进行，故本案应以《a、d标段工程施工补充合同》作为结算的参照。第三，圣华建设公司提出，按照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二十一条规定，应以备案的中标合同即《建设工程施工合同》作为结算依据。然而，上述司法解释第二十一条的适用，是建立在备案的中标合同有效的前提之下，如果因招标、投标违法导致中标无效，即使中标的合同经过有关部门备案，该合同仍然不能作为结算工程价款的法定依据。圣华建设公司提出的以备案合同作为结算依据的上诉请求，于法无据，与事实相悖，本院不予支持”。

结　语

专家型的诉讼律师，不只要精通法律条文本身，读懂它的文义，更要读懂该条文背后所依托的法益价值，读懂其所体现得立法精神，读懂其植根的法理依据。唯有此，我们才能在法律规定不利的情况下实现胜诉，更好地保护当事人的合法权益。

最后我还是想用屈原的一句词来结束这篇文章（办案笔记），“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”！——致2019年御风奔跑的我的团队！奔跑，享受奔跑！

律师精准辩护，当事人获减轻处罚
——孟钢非法经营案办案手记

■ 袁方臣 / 文

袁方臣律师简介

京都律师事务所合伙人，中国廉政法制研究会理事，北京一目了然公众环境保护研究中心理事，北京市走进崇高研究院专家指导委员会成员。执业二十五年，长期深耕刑事辩护、商事诉讼和法律顾问业务。近年来专注于刑事辩护领域，倡导“锻铸刑辩精品，彰显个案公正”的理念，擅长团队作战、发挥集体智慧，业绩优异。

一、基本事实

2005年2月，章超给孟钢打电话，想让孟钢来北京中盛怡和投资顾问有限公司上班。该公司从事未上市公司的股权销售和二级沪深上市公司股票交易业务，代理了西安大东国际数据股份有限公司、杨凌生物医药科技股份有限公司、西安华海医疗信息技术股份有限公司这三家未上市公司的原始股权转让业务。北京中盛怡和投资顾问有限公司有北京市国资委批准的产权经营资质，但未获批准能够从事代理未上市股权业务。

公司股东有杨永、陶洋、周国兴、章超和孟钢五人。杨永是公司法人代表，陶洋是总经理，周国兴、章超、孟钢都是副总经理。杨永负责公司全面工作，章超负责具体业务及第一分公司工作，陶洋负责行政及第二分公司工作，周国兴负责与西安三家公司的联络。孟钢负责二级市场和股票分析及给投资者讲授股票知识，属于技术入股。

杨永、陶洋、章超及周国兴等四人分别于2010年、2012年被北京市第二中级人民法院和北京市朝阳区人民法院判处：杨永犯非法经营罪，判处有期徒刑十二年，罚金人民币五百万元；陶洋犯非法经营罪，判处有期徒刑十一年，罚金人民币四百万元；章超犯非法经营罪，判处有期徒刑八年，罚金人民币二百万元；周国兴犯非法经营罪，判处有期徒刑五年，罚金人民币一百万元。

本案当事人孟钢于2017年9月8日因涉嫌非法经营罪被刑事拘留，2018年5月7日由北京市朝阳区人民检察院以非法经营罪向人民法院提起公诉。京都律师事务所合伙人袁方臣律师接受委托，担任孟钢的辩护人。经过详细阅卷、会见当事人、实地调研、制定详细辩护方案等精细化、专业化的辩护工作之后，袁律师向法院提交了辩护意见。

二、控辩双方观点

1. 控方观点

2005年4月至2006年9月期间，孟钢作为北京中盛怡和投资顾问有限公司股东，伙同公司股东及董事长杨永、股东及总经理陶洋、股东及副总经理章超等人，在公司经营活动中，未经中国证券监督管理委员会核准，非法接受西安大东国际数据股份有限公司、杨凌生物医药科技股份有限公司、西安华海医疗信息技术股份有限公司委托，在北

京市朝阳区及河北省向社会群众公开代理销售上述股东持有的未上市原始股股权，已查明共计销售未上市原始股6000余万股，非法经营数额达人民币2亿余元。

控方庭审过程的公诉意见指出，孟钢系单位犯罪直接负责的主管人员，建议判处孟钢有期徒刑六年至九年，并处罚金。

2. 辩方观点

（1）孟钢的股东身份和地位作用

第一，孟钢持有的10%的公司股份是技术入股。实践中这种股东可以分红，但不履行股东的有关权利义务，不能以股东身份对公司的重要事务进行决策，无法参与公司的实际运营与控制。因此，孟钢的股东身份与杨永、陶洋等人存在明显差异，不能等而视之。第二，从孟钢在单位中的具体作用来看，孟钢虽然作为公司股东和投资部门负责人，实际工作内容为讲授股票知识和为公司理财，未参与公司代理股票交易的具体业务。客观上讲，孟钢作为股票专业人士，其授课在一定程度上能够加强被害人对中盛怡和公司股票专业水平的认可。这种影响基于孟钢对合法的二级股票知识的专业讲授，而非宣传和推销中盛怡和公司非法经营的未上市股票。因此，孟钢虽然对中盛怡和公司非法经营证券具有一定影响，也仅起到了非常有限的辅助作用，也从未以管理层的身份参与运营和控制公司，是帮助犯。所以，孟钢不属于单位犯罪中直接负责的主管人员。

（2）原判决认定的事实和证据不能作为直接证据

本案中现有证据无法证实，孟钢在中盛怡和公司非法经营过程中实施了决策、授意、纵容和指挥等行为。两份原生效判决认定中盛怡和公司非法经营的事实和证据，不能作为直接证据予以认定。原判决认定的事实和证据经过之前被告人的质证具有法律效果，但这些证据对孟钢来说都未经出示和质证。如果予以认定，则违反了最高人民法院《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第63条：证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，不得作为定案的根据，但法律和本解释另有规定的除外之规定。

根据存疑有利于被告原则，事实存疑应作出有利于被告人的事实认定。现有证据只能证实孟钢在中盛怡和公司非法经营的过程中系没有决策权的股东和未参与公司实际运营和管理的人员，更没有起到决策、授意、纵容和指挥等作用，应当认定为从犯。建议判处三年以下有期徒刑，适用缓刑。

三、判决结果

2018年12月5日，北京市朝阳区人民法院以（2018）京0105刑初977号刑事判决书认定：孟钢犯非法经营罪事实清楚，指控成立，但孟钢在共同犯罪中起次要作用，认定为从犯。判处有期徒刑二年六个月，罚金人民币五十万元。

该判决基本采纳了辩护人的辩护意见。首先，将孟钢与杨永、陶洋、章超等人的地位进行了区别，虽然同为股东，但在性质上存在较大差异。其次，在认定孟钢的具体作用时，未采纳公诉方认为其属于单位犯罪直接负责主管人员的意见，听取了辩方观点，将其认定为从犯。第三，采纳了辩护方三年以下有期徒刑的量刑建议，与公诉方提出的六至九年有期徒刑的量刑建议，差距非常大，辩护效果显著。

四、经验总结

1. 详研案卷抓重点

本案中辩护人抓住孟钢技术入股成为股东的特殊之处，现有证据无法证实孟钢属于股东实际管理层、参与公司实际运营和控制。随后进一步指出，如将原判决认定的事实与证据作为本案直接证据予以采信属程序违法。更为关键的是在不提出新证据的情况下，通过分析在案主要证据之间的证实内容和逻辑，向法庭揭示证据间的矛盾关系，达到了以子之矛攻子之盾的效果。

2. 积极沟通强信心

积极沟通包括与当事人沟通和司法机关沟通两方面。与当事人积极沟通一方面能了解一些案卷上没有但可能影响定罪量刑的线索和事实，另一方面也能及时掌握当事人的心理动态，为其增强信心。与司法机关积极沟通一方面能协助司法机关全面查清了解案件事实，另一方面能及时向其表达辩方意见，增强有效辩护。

遇到“714高炮”你该怎么办？可以不还吗？

■ 吕志轩，徐玉杰 / 文

今年的“315”晚会让一个新的名词“714高炮”浮出了水面，这并非什么神秘代号的军事武器，而是一种新型网络借贷（简称“网贷”）在“撸口子圈”（网贷圈人群）中的别名。虽说是网贷，但它却如同武器一样充满毁灭之能，一旦沾染它，往往便是毁灭的开始。

“714高炮”的可怕之处

1.“714高炮”最典型的特点便是利率高，业内通常又将“714”高炮称为“超利贷”，因为高利贷已经不足以形容它的可怕。

据央视的报道，“714高炮”一般只出借7天或14天，但利息奇高无比。这类网贷产品除了明面上收取高额的利息外，还普遍会有超高的砍头息、手续费，借款1000，到手往往只有700，部分平台综合利率甚至高达年化1500%以上，这已经远远超过了国家规定的民间借贷的最高利率标准。即便真实利息高到如此离谱，但这类产品狡猾的是普遍爱用日息“1元”、“千分之三”等概念加以宣传混淆视听，借款中的高额手续费却是只字不提（借款人往往只能在下款之后才会知晓）。避重就轻的宣传让不少“714”产品咋一听上去好像利息不高，然而暗藏的陷阱使得实际利息非常高昂，许多不谙世事的青少年就因此落入了圈套。

2.“714高炮”往往同样是“套路贷”，最典型的套路便是砍头息，即提前从本金中扣取借款利息，隐瞒高额的借款成本。

要么申请借款1000，扣除“手续费”、“质保金”后实际到手700。要么申请借款800，合同上直接显示1200，借款人往往到了还款日才发现问题；其次是惊人的“罚息”，按照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，罚息或违约金最高不得超过年化24%，然而“714高炮”的罚息却远大于此，往往数星期之内罚息便能超过本金。而罚息

吕志轩律师简介

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

徐玉杰简介

京都律师事务所律师助理，硕士研究生学历，毕业于中国青年政治学院法学院。擅长互联网金融、政府法务、民商事等法律服务。在互联网金融领域有较为深刻的理论研究和实践经验。

的规定只隐藏在复杂的电子合同条款之中，任何产品宣传中都不会向借款人进行认真说明；此外，此类网贷产品合同中往往还将还款期限精确到小时（如将还款期限设定为某日中午12时，超过12时便算作逾期），让借款人“一不小心”就逾期，进而收取高额的罚息；最后，更有平台鼓动那些逾期的借款人找“别的平台”借款用来“以贷养贷”，殊不知很多马甲平台的背后正是同一个老板，借款人拆东补西，债务越滚越大，却在平台的套路中越陷越深，无法自拔，最后家破人亡的也不在少数。

3.“714高炮”离不开“暴力催收”。

“714高炮”产品奇高的利率，同样伴随着奇高的逾期坏账率，那么与之相伴的必然是“暴力催收”。信息时代的暴力，往往不必付诸于武力，借款人填写的紧急联系人，同意对方查看的手机通讯录等往往就成为了信息暴力的源泉。借款人一旦无法到期还款，网贷平台普遍的做法的就是爆通讯录，即给手机通讯录中的号码挨个打电话或发短信，或恶语相向或歪曲事实，总之用各种难堪的手段向借款人施压，逼迫其还款。也有平台让借款人签下各种不合理的协议、办理过户手续，如房产买卖、车辆买卖，一旦无法到期还款就以极不合理的价格将房产、车辆以物抵债。

律师来支招

“714高炮”虽然可怕，但并非无解，如果说两年前的现金贷还有部分是游走在法律边缘的“灰产”，那么现如今的“714”高炮则是完完全全的非法行为，如果您或您的亲人不幸遇到了这类平台，也不必过于担心害怕。

首先，此类平台都不具有放贷资质。根据《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》及《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》等法律规范，未经有权机关依法批准，任何单位和个人不得设立从事或者主要从事发放贷款业务的机构或以发放贷款为日常业务活动。也就是说一旦将放贷作为日常业务，那么必须要获得有关机关的批准（在我们国家便是获取相关的牌照），就目前而言有放贷（或类似）业务资质的仅有银行业金融机构、贷款公司、信托公司、汽车金融公司、消费金融公司、小额贷款公司（包括网络小贷公司）、融资租赁公司、典当行等种类。“714高炮”这类平台显然在未经国家有关机关许可的情况下经营着金融业务，按照《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》的规定，应当依法取缔。由于这类平台在未经国家许可的情况下擅自设立机构开展大规模的金融活动，情形十分恶劣，相关责任人还涉嫌触犯刑法中“擅自设立金融机构罪”、“非法经营罪”等相关罪名。

其次，“714高炮”平台的借贷协议因违反强制性规定而无效。按照最高人民法院相关判例，“出借人通过向社会不特定对象提供资金以赚取高额利息，出借行为具有反复性、经常性，借款目的具有营业性，未经批准，擅自从事经常性的贷款业务，属于从事非法金融业务活动，所签订之民间借贷合同因违反强制性规定而无效”。“714高炮”平台在没有放贷资质的情况下以放贷为业，违反了法律规定而导致了借款协议无效，那么借款人在还完到手的本金后，大可不必偿还那些奇高的利息或罚息，因为这些约定本身无效。

再次，“714高炮”平台套路贷的行为属于国家严打

之列。《最高人民法院关于依法妥善审理民间借贷案件的通知》（法〔2018〕215号）规定，“民间借贷行为本身涉及违法犯罪的，应当裁定驳回起诉，并将涉嫌犯罪的线索、材料移送公安机关或检察机关，切实防范犯罪分子将非法行为合法化，利用民事判决堂而皇之侵占被害人财产。刑事判决认定出借人构成“套路贷”诈骗等犯罪的，人民法院对已按普通民间借贷纠纷作出的生效判决，应当及时通过审判监督程序予以纠正”。所以一旦发现此类平台存在套路贷的，应当及时选择报警。

最后，“714高炮”平台暴力催收行为更是涉嫌各类违法犯罪。如敲诈勒索、抢劫、绑架、诈骗等等或是侵犯借款人个人信息、隐私的侵犯公民个人信息罪；强迫借款人低价以以房抵债、以物抵债的强迫交易罪；故意伤害借款人及其亲属的故意伤害罪；非法限制借款人人身自由的非法拘禁罪；故意打砸借款人所有物品的故意毁财罪；破坏设备、捣毁农作物等破坏生产经营罪；硬闯或拒绝离开影响借款人正常生活的强制侵入住宅罪等。借款人一旦被该类平台暴力催收，应当选择及时报案，向警方提供线索。

此外，还有部分“714高炮”平台的资金来路不正，或是存在骗取银行贷款高利转贷行为或是通过向社会公众收集涉嫌非法集资类犯罪。

律师建议

从之前的地下钱庄到网络时代的校园贷、裸条贷、2017年大行其道的现金贷，再到现如今更为猖獗的“714高炮”，虽然国家一直三令五申严禁非法放贷行为，但是这些非法机构不仅屡禁不止，反而借助网络时代的便利，套上“普惠金融”的外衣愈演愈烈。

这背后的原因一方面不外乎民间借贷或是借贷市场供方资金供给的严重不足以及借贷市场的暴利所致，大量灰产、黑产放贷机构赖以生存的土壤正是这些被正规融资渠道拒之门外的大量融资需求；另一方面则是公众尤其是青少年对借贷金融知识以及风险防范意识的匮乏，面对这个物欲横流的时代，刚走出校园甚至还在校园的年轻人无法把持自己冲动的内心，只看到了网贷的便利，却无视了它的陷阱，或是自甘堕落或是蒙昧无知，轻易掉入了网贷的陷阱。这些都助长了“714高炮”这些非法放贷机构的野蛮生长。

在此，律师建议：

一方面，国家应当鼓励正规的融资机构增加对小微企业及普通个人借款需求的侧供给，让融资更为便捷、便利，将更多的人群纳入到“普惠金融”的范围中来，如果大家都能获得正规渠道的融资，相信那些黑产融资机构将会大大减少。同时应当加强对公众尤其青少年金融知识、风险防范意识的教育，让他们树立正确的消费观，金融观念。此外，还应加强对非法放贷机构的处置力度，面对网贷行业较为普遍的“马甲公司”、“马甲平台”，应当顺藤摸瓜，找出并严惩实际控制人。

另一方面，社会公众应该增强自身的金融知识和风险防范意识，如果急需用钱，应当尽量寻找正规途径进行融资或者寻求亲戚朋友的帮助。如果实在需要进行网络借贷的，请一定要仔细查看电子协议内容，详细询问并计算借款成本，一定要在规划好还款方案和还款来源的前提下进行借贷，切勿为了一时方便，造成不必要的损失。如果您或您的亲人、朋友不幸碰到了“714高炮”这样的非法平台或是正在被“暴力催收”，请勿惊慌，一定要及时选择报案或向金融监管机构进行举报，对于不合理的利息、罚息可以不必偿还。

《外商投资法》通过对现行外商投资法规的影响

■ 金燕，宋月华 / 文

前 言

2019年3月15日，备受关注的《外商投资法》在十三届全国人大二次会议上高票通过，将于2020年1月1日起施行。《外商投资法》作为我国外商投资领域第一部统一的基本法，其通过和实施将对现行外商投资相关法规产生重大影响。本文从实务角度浅析《外商投资法》对现行外商投资相关法规可能带来的变化和影响。

《外商投资法》立法沿革及意义

2015年1月19日，商务部以《中国人民共和国外国投资法》为名发布第一次征求意见稿（以下称“2015年草案”），引起了国内外广泛关注。2015年草案共十一章170条，一万八千多字。时隔近4年，2018年12月23日，对2015年草案进行了大幅瘦身后，更名为《外商投资法》草案，共六章39条（以下称“2018年草案”），在十三届全国人大常委会第七次会上第一次提请审议，之后的2018年12月26日，2018年草案在中国人大网公布，向社会公开征求意见，截止日期为2019年2月24日。

对2018年草案的大幅修改，参与草案座谈的政法大学赵旭东教授说，“与原来的《外国投资法》草案相比，现在的《外商投资法》总体来说内容比较简要，条款不仅少而且也不像有些法律规定得那么详细，很多问题都是作原则性和一般性的规定，没有涉及更多细致的内容。只是基于对该法的性质定位对相关的内容作了规定，与该法性质关联不大的内容，都由其他相关法律来调整，《外商投资法》就不再规定。”

金燕律师简介

京都律师事务所高级合伙人，执业十五年，办理了大量外商投资及并购业务。金燕律师曾于2002年至2007年在韩国大陆法务法人担任律师，为韩国三星电子，现代集团，新韩银行等投资中国提供法律服务，并为建设银行首尔分行，上海汽车等投资韩国业务提供法律服务。金燕律师曾与2007年至2015年在北京市金平律师事务所工作，为（株）LG商事，大宇造船，CJ集团投资中国项目提供法律服务，并为福建某公司韩国上市等中国企业投资韩国业务提供法律服务。

在为期2个月的征求意见期间，对2018年草案的审议工作也没有中止，2019年1月29日和30日，十三届全国人大常委会加开一次常委会会议，再次审议了《外商投资法》草案，并决定在即将召开的2019年全国两会上，将《外商投资法》草案提请十三届全国人大二次会议审议。3月8号《外商投资法》草案3审稿提请人大审议，经过3月12号和3月14号的修改稿，3月15日获高票通过。

最终通过的《外商投资法》共分六章（“总则”、“投资促进”、“投资保护”、“投资管理”、“法律责任”和“附则”）四十二条，该法确定的准入前国民待遇加负面清单管理制度、内外资一致的原则、禁止强制转让技术及加强

宋月华律师简介

京都律师事务所律师，从事法律工作十余年，曾在世界500强外企从事专职法务，精通公司法及外商投资相关法规及实务，办理了大量相关非诉及诉讼业务。宋月华律师担任多家公司法律顾问，熟悉日韩企业文化，擅长处理股权纠纷、并购事务及其他常规业务审核等。

知识产权保护、引入国际法的反制措施、建立外商投资信息报告制度、保障外商投资企业平等参与市场竞争、建立健全外商投资服务体系等都是实务界所关注的亮点。《外商投资法》虽简要，但确定了多项重要原则，将开启中国对外商投资制度性开放的新时代。

《外商投资法》对现行外商投资法规的影响

1. 外资三法

《外商投资法》规定，《外商投资法》于2020年1月1日起施行，外资三法同时废止。外资三法废止之后设立的外商投资企业的组织形式、组织机构及其活动准则，均适用《公司法》、《合伙企业法》等法律的规定。

1978年，在改革开放初始，我国开始起草制订《中外合资经营企业法》，于1979年7月8日发布。《中外合资经营企业法》的颁布实施，具有里程碑意义，宣示了我国改革开放的诚意，也极大促进了改革开放的进程。后又于1986年、1988年分别制定和发布了《外资企业法》和《中外合作经营企业法》。三部法律统称“外资三法”。因外资三法的规定较为原则，又先后颁布了各法的实施条例或实施细则，构成了外商投资法律制度的初步框架，几经修改，仍沿用至今。

相比外资三法的顶层推动，公司法的发展就显得缓慢得多。直到1993年，我国才第一次制订并发布了针对内资企业的《公司法》，针对内外资企业的两套法律法规平行适用，各不相扰，直到2005年。2005年《公司法》修订时，第二百一十八条规定：“外商投资的有限责任公司和股份有限公司适用本法；有关外商投资的法律另有规定的，适用其规定。”两套法律体系开始融合，外资三法作为特别法，只有在两者有不同规定时，才适用。

此后，随着中国的发展日新月异，尤其是近几年，包括税费方面对外商投资企业的超国民待遇渐次取消，包括外汇方面对外商投资企业的监管放松，又加上《公司法》及其他相关法规的不断完善，外商投资企业已经越来越依赖《公司法》等法律法规，已经越来越与内资企业同一化，对外资三法的适用渐次减少。外资三法当中规定的东西，其他法律法规也都有或者有更全面、更符合实际的规定，单独对外商投资企业设定不同的规定已没有必要，也不切实际，浪费行政管理成本。

从法律法规的衔接和完善，从实际管理方式来看，此次三法合一，取消中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业的划分标准，废止外资三法的实施，可以说是水到渠成、顺势而为。近年来，两套法律体系已打破壁垒，基本完成衔接，外资三法的废止，并不会对现有的外商投资法律体系产生根本性的影响，同时，《外商投资法》对已设立的外商投资企业设置了5年的过渡期，也有助于已设企业消化和接受《外商投资法》，在今后对公司的组织机构完成相应的调整。

2. 外资准入法规

负面清单制度的重申和强调

《外商投资法》规定，国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。前款所称准入前国民待遇，是指在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇；所称负面清单，是指国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施。同时规定，外商投资准入负面清单规定的禁止投资的领域，外国投资者不得投资。外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的条件。外商投资准入负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理。

虽然传统的外资三法框架下，设立外商投资企业需要商务部门的审批，但《外商投资法》并非第一个规定负面清单制度的法律法规。在外资三法框架下，每一个外商投资企业必须先取得商务部门的审批并取得《外商投资企业批准证书》方可设立，且此项审批耗时耗力，通常是整个外商投资企业设立过程中最冗长繁琐的阶段，加强了外商投资企业设立的不确定性和低效性。但2013年开始，自贸区开始试点

负面清单制度，2016年商务部又牵头发布全国范围内负面清单，并发布《外商投资企业设立及变更备案管理办法》，开始在全国范围内推进负面清单制度，由之前的商委逐案审批后由市场监监督管理局登记注册领取营业执照的手续，改为同时向和商委报送设立或变更登记信息（实务上，先进行工商登记，再向商委报送相应信息）。负面清单管理制度事实上已全面实施两年有余，受到了外商投资企业的肯定和支持，本次以法律的形式进行了确认和巩固，进一步确立了负面清单制度的地位。

外资准入手续总结

今后的外资准入制度，除了上市公司需要涉及证券监管部门介入、投资国有企业可能需要涉及国有资产监管部门之外，一般外资准入可能只涉及三项手续、两个审查和一个信息报告。三项手续包括发改委管理的外商投资企业项目核准或备案手续、行业许可手续以及市场监督管理部门的企业登记手续。两个审查包括经营者集中审查和外商投资安全审查。另外还有一个外商投资信息报告程序。

上述所说三项手续、两个审查和一个信息报告中，除了安全审查和信息报告制度，其他都不是针对外商投资的专门的制度。

关于项目核准或备案手续，根据《政府核准的投资项目目录》，不仅是外商投资企业，内资企业也需要根据目录，进行投资项目的核准或备案；行业许可手续，通常是针对特定行业，而不是区分主体，根据国民待遇，在特定行业，内外资企业均需要取得相应许可；企业登记手续，更是每个市场主体都需要办理。

两个审查中，经营者集中，不分内外，达到标准时，都需要申报经营者集中审查；安全审查制度确是针对外商投资而为，这是出于国家安全考虑，只有极少数大型或特定企业的并购才会涉及，也是众多其他国家都在实施的制度。

关于信息报告程序，这一点，需要法规进一步细化。根据现行规定，外商投资企业设立或变更应在完成登记手续的同时，向商委报送信息，商委在收到推送的信息后，完成备案手续，并告知外商投资企业。但实务上，外商投资企业须在完成市场监督管理部门的手续并取得新营业执照后，再向商务部业务系统统一平台扫描传送包括营业执照在内的相应信息完成备案手续，取得备案凭证。

《外商投资法》规定信息报告将通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统向商务主管部门报送投资信息，是否意味着将免除外商投资企业对商委的另行备案手续？这有待细则及实务确认。

3. 外资并购相关法规

《外商投资法》明确规定“外商投资准入负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理。”可以说，该规定对目前实施的外资并购规定提出了改进的要求。

2005年底，商务部、证监会、国税总局、工商总局（现市场监督管理总局）、国家外汇局5部委发布了《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》，2006年，包括商务部在内的6部委共同发布《外国投资者并购境内企业的规定》，与1999年发布的《关于外商投资企业合并与分立的规定》一起，形成了外资并购的法律体系。尤其被称为10号令的《外国投资者并购境内企业的规定》，对外国投资者并购境内企业的监管、投资方式、支付期限等问题做了较为全面的规定，适用至今。但《外商投资法》的施行，对上述法律体系带来了几点疑问。

关于关联并购的疑问

首先，就关联并购，10号文第十一条规定，境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司名义并购与其有关联关系的境内的公司，应报商务部审批。该条款建立了我国关联并购商务部审批制度。

2016年开始，虽然全国范围内推进外商投资备案制度，但2017年商务部明确规定“对于外国投资者并购境内非外商投资企业以及对上市公司实施战略投资，不涉及特别管理措施和关联并购的，适用备案管理”。

根据上述规定，关联并购并不适用备案管理。

但，根据《外商投资法》的规定，只要不涉及到负面清单的均要执行内外资一致的管理规定，那么，如果对关联并购继续实施审批制度，就需要将该等投资方式列入负面清单来进行管理，或者单独制定特别规定进行管理。现阶段，关联并购并未纳入负面清单范畴，因此，《外商投资法》实施后，是否仍然对关联并购继续实施商务部审批制度，尚存有疑问。

并购价款支付问题

在内资企业而言，相互间的并购，并不会强制规定支付期限。但外资并购时，通常要求并购完成取得新营业执照后3个月内支付。如果实施内外资一致的管理，就不应该对外资并购规定支付期限。另外，将境外股权作为支付手段的问题，10号文第二十七条规定“本章所称外国投资者以股权作为支付手段并购境内公司，系指境外公司的股东以其持有

的境外公司股权，或者境外公司以其增发的股份，作为支付手段，购买境内公司股东的股权或者境内公司增发股份的行为。”但是《公司注册资本登记管理规定》以及《商务部关于涉及外商投资企业股权出资的暂行规定》都仅允许境内外投资者以其持有的中国境内企业的股权作为出资设立外商投资企业。在负面清单模式的监管前提下，我们认为外资并购的支付期限等规定可能会被修改或者被删除，股权支付规定可能得以完善，使之与内资并购一致。

投注差问题

10号文十九条规定了并购后所设外商投资企业应按照规定比例确定投资总额的上限。对于投注差相关的规定，目前市场监督管理总局还是归为现行有效的法规。但是随着外资三法的废除，内外资一致原则上内资企业不存在投资总额的概念的情况下，对外商投资企业仍设定投资总额上限似乎是矛盾的。随着法规调整，该规定可能被删除。

4. 禁止强制技术转让和知识产权保护相关法规

《外商投资法》规定，国家保护外国投资者和外商投资企业的知识产权，保护知识产权权利人和相关权利人的合法权益；对知识产权侵权行为，严格依法追究法律责任。外商投资基于自愿原则和商业规则展开技术合作，行政机关工作人员不得利用行政手段强制转让技术。

《外商投资法》还规定了行政机关人员对履行职责过程中知悉的商业秘密的保密义务。

在《外商投资法》通过前夕，2019年3月2日，国家发布了《国务院关于修改部分行政法规的决定》。该决定于3月2日开始实施，对技术转让和技术引进的相关法规做了修改。其中，对于《中华人民共和国技术进出口管理条例》，该规定删除了在技术进口合同有效期内，改进技术的成果属于改进方的条款以及技术进口合同期满后，技术让与人和受让人可以依照公平合理的原则，就技术的继续使用进行协商的条款。

同时，该规定对于《中外合资经营企业法实施条例》中有关技术引进条款进行了调整，删除了“除双方另有协议外，技术输出方不得限制技术输入方出口其产品的地区、数量和价格；技术转让协议的期限一般不超过十年；技术转让协议期满后，技术输入方有权继续使用该项技术”。

很显然，上述法条与合同法的技术转让条款不符，包含了不利于技术转让方的内容，虽然上述修改规定的时间在《外商投资法》实施之前，但从发布时间的接近程度可以看出，该修改规定的宗旨符合《外商投资法》的精神，为其实施扫除了障碍。

另外，《专利法》的修改工作正在进行，可能会加入惩罚性赔偿制度，为保护外国投资者在内的专利权人合法权益设置法律保障。

5. 公平交易相关法规

反垄断及安全审查领域

《外商投资法》规定，外国投资者并购中国境内企业或者以其他方式参与经营者集中的，应当依照《反垄断法》的规定接受经营者集中审查；国家建立外商投资安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。

2007年，我国发布了《反垄断法》，之后，针对各种反垄断行为制定和发布了细则，形成了较为完善的反垄断法律体系。另一方面，2011年2月，国务院办公厅发布了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》，规定了并购相关的安全审查制度，但其他外商投资行为的安全审查尚为空白。

因为外资三法制定的时代我国对于外资的态度是单方面的鼓励，尽可能的希望用国家优惠政策来引进先进技术和资金促进国家经济发展，对于国家安全的考虑尚未得到重视。而根据现今中国的国际地位，在保障经济发展的同时，也要保护我国国家经济安全，因此，《外商投资法》对于外资的准入和待遇大大放宽的同时，也建立了相应的安全审查制度来防止外资企业的进入会影响我国的国家安全。

《外商投资法》不仅以法律形式再次重申了反垄断审查制度，也确立了并购之外其他投资形式的安全审查制度。但对并购之外的其他投资形式启动安全审查，应该还需要进一步的细化规定。

公平参与政府采购领域

《外商投资法》规定，外商投资企业依法参与政府采购，政府采购依法对外商投资企业在中国境内生产的产品、提供的服务平等对待。

我国《政府采购法》第十条规定了“政府采购应当采购本国货物、工程和服务”的原则。但是目前为止对政府采购的原产地规则还没有出台具体标准。这个原产地标准与海关使用原产地标准不同，后者是对外国产品的认定。本国货物的原产地标准，通常是按货物价值在本地增加的附加值来核定（通常为50%以上），只要该货物在国内生产或组装，不

管其零配件来源国内还是国外，只要其价值在国内增加的附加值达到或超过规定的标准，就应当认定为本国货物。

根据《外商投资法》规定，我们可以理解“本国货物、工程和服务”的概念包括外商投资企业境内生产的产品，有关部门应该尽快规定本国货物的认定标准，让外商投资企业更加积极地参与政府采购活动。

6. 其他外商投资保护措施

《外商投资法》明确保护外国投资者和外商投资企业在中国境内的合法权益。包括外商投资企业平等适用国家支持企业发展的各项政策（第九条、十四条）、保障外商投资企业平等参与标准制定工作，国家制定的强制性标准平等适用于外商投资企业（第十五条）、 可以依法融资（第十七条）、除特殊情况外对外国投资不实行征收（第二十条）、地方政府及其有关部门不得制定减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务的规范性文件（第二十四条）、地方政府承诺的履行义务（第二十五条）、有权在同等条件下申请项目核准、备案（第二十九条、三十条）等。

随着《外商投资法》的通过和法规的逐步落实，外商投资领域有关上述内容的法规和规定将逐渐完善。

对外商投资企业的影响

期待已久的《外商投资法》来了，对于准备投资的外国投资者应该是个利好，那么对于已经投资的外商投资企业，应该如何调整公司组织机构和经营方式、如何利用该法律争取自身的权益呢?

首先，在公司治理结构上，对于现有的中外合资企业和中外合作企业，由股东委派产生的董事会或联合管理委员会为公司的最高决策机构，企业不设股东会。在此种模式下，董事会为最高权力机构。而根据《公司法》，股东会或股东大会为公司最高权力机构，董事会对股东会或股东大会负责，仅有执行职能和一定的决策权限。《外商投资法》施行后，所有中外合资企业和中外合作企业都将统一适用公司法的相关规定，即以股东会或股东大会作为最高决策机构，股东会或股东大会下设董事会，具体负责公司经营事务。

因此，现有外商投资企业的治理结构上董事会为最高权力机构的公司，就需要进行变更，这就涉及到合同和章程的修改，对于中外合资企业和合作企业来说，不仅仅是设立股东会这么简单，这将涉及到公司的决议事项、经营事项以及经营权的设置，包括能否设置一票否决权等，有可能成为中外双方新一轮的博弈。

其次，在公司经营上，《外商投资法》强调内外一致和保障公平竞争的原则，对于外商投资企业参与标准化制定和政府采购活动给与了机会。公司应该积极利用自身优势，积极参与政府采购活动等项目。

再次，在公司的再投资及融资方式上，《外商投资法》允许外商投资企业通过发行债券、IPO等方式融资，这将拓宽公司的融资渠道。除此以外，《外商投资法》虽然未提到再投资的问题，但是根据内外一致的原则，外商投资再投资除了负面清单以外将跟内资企业一致，不会受到亏损企业不得进行再投资等限制。

还有，对公司的权利维护上，《外商投资法》强调享受国民待遇、禁止强制转让技术、强调政府信守承诺。公司应该对知识产权保护、公平交易保障、投资利益保障、行政干预最小化、行政申诉机构的设置等相关法律条款以及配套法规的完善进程持续关注，积极利用法规来维护公司权益，谋求更大的发展。

结　论

世界银行发布的《2019年营商环境报告：强化培训，促进改革》报告中，在全世界营商环境排名榜上中国排名第43位，比去年上升了36位。其中，获得施工许可证排名124位，取得信贷排名114位，保护少数投资者61位，办理破产65位，从此类排名可以看出行政干预和非透明的经营，是导致我国总排名落后于其他国家的主要因素。

随着《外商投资法》的实施，期待能够实现真正的简政放权、透明经营、法无禁止即可为。当然，《外商投资法》也有一些不明确之处，比如对中国个人投资者的投资主体问题、VIE投资架构问题、地方政府的立法权限问题、强制技术转让的表现形式、港澳台投资的适用问题都有待明确。

毕竟，《外商投资法》只是一个外商投资基础性法律，一个完整的外商投资制度体系有待其他法律法规来增强，我们期待配套法律法规的尽快出台，使外商投资法律体系更加完善、更具可执行性。

浅谈建设工程价款优先受偿权优点与不足

——对《建设工程司法解释二》的理解与应用

赵岐龙 / 文

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》已于2019年2月1日起施行，其中关于建设工程价款有限受偿权的规定有七个条文，可见最高人民法院对建设工程价款优先受偿权的重视。作者将《建设工程司法解释（二）》关于建设工程价款优先受偿权与《建设工程司法解释（一）》及其他司法解释进行对比，梳理出如下成果供大家学习与研讨。

一、建设工程价款优先受偿权的性质

根据以往的观点，该权利性质有三种观点：留置权说、法定抵押权说、法定优先权说。最后司法解释（二）明确了法定优先权说比较合适，这一确定有着很重要的意义，从而防止优先权的范围的扩大。如果采用了法定抵押权说，则相当于认可不经登记即产生对世效力的担保物权效力，对第三人的利益影响尤甚，也违反了物权法定原则。如果认可为法定优先权说，即确定了优先于抵押权的效力，完善了优先权的逻辑体系，但是司法解释（二）还给予优先权一定的担保物权的效力，如追及效力，导致出现优先权是否具有担保物权效力的混乱。在司法实践中最为突出就是发包人未经承包人同意将建设工程转让给第三人，承包人的优先权是否可以追及建设工程，对第三人是否有效？从司法解释二的条文释义来看，认可了承包人优先权的追及效力，即未经承包人同意发包方转让建设工程的，承包人对该工程依然享有优先受偿权。但是对于优先权是否具有担保物权中的物上代位性并没有明确，譬如是否及于建设工程标的物灭失或毁损的保险金、损害赔偿金，是否及于不动产转让的价款，这会给司法实践带来一定的分歧。

按照日本法的规定，这种优先权属于担保物权的一种（日本法担保物权包括留置权、优先权（先取特权）、质权、抵押权、让与担保）适用物上代位性，不仅及于保险金、损害赔偿金，还及于转让款，日本著名学者我妻荣认为：优先权是他物权、从属于债权、具有不可分性、具有物上代位性，其中物上代位性可及于标的物的替代物，如标的物灭失或毁损而发生的保险金或损害赔偿的请求权等，优先权都适用。尤其是不动产优先权在标的物被转让时也不会消灭，当优先权人没有从转让价款中优先受偿时，可以追及至

赵岐龙律师简介

京都律师事务所高级合伙人。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。

标的物主张受偿①。但是日本的建设工程优先权要求必须登记，不登记不得对抗第三人。我国台湾地区也把承揽人的优先受偿的权利列为抵押权的一种，属于特定抵押权，即法定抵押权。但是，我国的建设工程优先权由于不是法定抵押权，又没有办理登记，所以，很难判定该权利是否适用物上代位性及是否及于转让款，这一争议在司法实践中还会存在。

二、明确了建设工程价款优先受偿权的权利主体

在以往的司法解释中，由于语焉不详，导致司法实践中很多分包人、实际施工人都享有建设工程价款优先受偿权。这次司法解释（二）明确规定只有与发包人有着合同关系的承包人才享有优先受偿权。承包人不仅限于总包方，如果是发包方直接签署的分包合同或者发包方指定总包方与分包方签署的合同，分包方也享有建设工程价款优先受偿权，否认了实际施工人、转承包方、非法分包方的建设工程优先受偿权。这次规定的转折很大程度上是对转包、非法分包、挂靠行为一种否定，在一定程度上支持了建设主管部门对建筑企业的规范管理。

三、明确了装饰装修工程的工程性质及权利主体

司法解释（二）在以往司法解释的基础上进一步明确了装饰装修工程属于建设工程中的一种，该工程的承包人享有建设工程价款优先权，但是该承包人必须与发包人之间直接存在装饰装修合同关系，且该发包人必须是建设工程的所有权人，如果发包人对该工程仅享有使用权（如租赁房屋的装修），则承包人不享有建设工程价款优先受偿权。《最高人民法院关于装修装饰工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》中：装修装饰工程属于建设工程，可以适用《中华人民共和国合同法》第二百八十六条关于优先受偿权的规定，但装修装饰工程的发包人不是该建筑的所有权人或者承包人与该建筑物的所有权人之间没有合同关系的除外。该批复与司法解释二内容相同，司法解释（二）为了避免混淆，将批复中的“承包人与该建筑物的所有权人之间没有合同关系的除外”删除，是因为承包人与发包人之间存在多种合同，不仅限于装饰装修合同，避免出现歧义，将该句话删除，实际上要求他们之间必须存在装饰装修合同。

四、建设工程价款优先权与合同的效力无关

以往的争议中，有的人认为建设工程优先权需依附有效的合同，因为优先权类似担保物权，属于主合同的从合同，主合同无效，则从合同无效，因此，建设工程施工合同一旦被认定无效，建设工程价款优先权也应无效。当然，以往的司法实践中主流认为，合同无效并不影响承包人主张工程价款，有权依据司法解释（一）第二条的规定主张约定的价款。建设工程价款优先权是对特殊利益的一种保护，只要存在价款请求权，就应该承认建设工程价款优先权，这样才有利于对特殊利益的保护。司法解释（二）也明确了这一观点，只要建设工程质量合格，承包人就享有建设工程价款优先受偿权。但是值得注意的是建设工程质量合格指的是国家的标准，而并非是当事人之间的约定的标准。如果承包人的履行不符合合同约定的标准（如“鲁班奖等”）,应承担违约责任，不会因此丧失建设工程价款优先权。

五、明确了建设工程价款优先权行使的范围

承包人的工程价款优先权得以重点保护的基于两点：一是承包人的劳务与材料已经物化在建设工程中，已经无法分离出来，或者即使能分离出来也会毁损其价值，加上发包人享有先履行抗辩权，只有承包人竣工验收后才能主张工程价款，为了平衡承包方的利益，法律给予了特殊的保护，这也是公平原则的体现，各国的立法均出于此意；二是对特殊利益群体的保护，即劳动者报酬的保护，该部分价款包含着大量的工人工资，这部分弱势群体的基本利益涉及到生存权及社会秩序的稳定问题，所以，基于社会政策，法律给予了特殊保护。

但是该权利的行使不能波及整个建设工程，特别是在承包人的工程款较少，而工程价值很大的情况，原则上不能赋予承包人就整个工程行使优先受偿权，其行使的范围仅限于其施工部分的增值部分，这部分的增值是因为承包人物化劳动的成果，这也符合《物权法》关于所有权添附的原理。当然，如果承包人施工部分的工程与整个工程具有不可分性，

则承包人可以请求就整个工程行使优先受偿权。

六、明确了建设工程价款优先受偿权的受偿范围

以往的司法实践中对受偿范围的认定较为混乱，有的人认为该部分优先权价款的范围仅为人工费、材料费等实际支出的费用，不包含企业管理费、利润、税费等，也有的人认为，即然是工程价款就应该参照建设工程价款的规定来判定优先权价款的范围，工程价款包含人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、规费、利润。司法解释（二）采取了依照国务院有关行政主管部门关于建设工程价款范围的规定确定承包人建设工程价款优先受偿的范围，显然是采纳了第二种观点。这主要考虑建筑企业是一个薄利的行业，如果不对利润进行保护，会在一定程度上阻碍建筑行业的发展。另外也考虑到利润从工程价款中区分成本很大，以及仅保护实际支出会导致建筑企业的财务状况恶化，会加剧拖欠农民工工资的状况。

七、最大的亮点是重新确立了优先权行使的时间

司法解释（二）明确了建设工程价款优先受偿权的行使时间为发包人应当给付工程款之日，这一点是重大的修改，《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释〔2002〕16号）规定：建设工程承包人行使优先权的期限为六个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。但对工程未竣工而解除合同的优先权起算点没有规定，各地法院纷纷出台了一些意见，规定非因承包人原因导致合同解除或终止履行或停工，自解除之日、终止履行之日、停工之日计算优先权行使期间。司法解释二为了更好地保护承包人利益，并结合担保物权的原理即从权利的行使需要在主债权确定并到期后才能行使，规定了自发包人应当给付工程款之日起计算。工程款应当给付之日可以参照司法解释（一）第18条的规定来认定。

八、最后一个亮点就是建设工程价款优先受偿权能否放弃及放弃的效力问题

在以往的司法实践中，出现两种截然不同的观点或做法，一种是放弃有效，因为优先受偿权是承包人的私权利，根据民事主体的权利处分原则，当事人是可以处分自己的民事权益的，因此，承包人放弃优先权有效；第二种是放弃一律无效，因为优先受偿权不仅涉及承包人的利益，还涉及他人的利益，如农民工工资、材料商的材料款等弱势群体的利益，如果允许承包人放弃优先权会侵害这部分人的利益，所以，在束己合同中可以放弃，在在涉他合同中是不能放弃的。建设工程施工合同具有一定的涉他性，涉及到弱小债权人的利益，应当给与一定的限制。因此，司法解释（二）规定了原则上放弃是有效的，但是如果涉及建筑工人利益的，放弃行为无效。当然是否损害了建筑工人的利益不能仅看是否拖欠工资，还要看承包方的资产负债情况或现金流情况，如果承包人资金状况良好、现金流充足，并不影响建筑工人工资的发放，这种放弃不会影响到他人利益，因此，该放弃行为是有效的。

总之，司法解释（二）关于建设工程价款优先权规定了七条之多，更加细化了操作规程，为审判实践确定了统一裁判标准，但是，由于我国的建设工程价款优先权没有采取登记的方式，还无法参照担保物权的规定确定担保物权的一些对世效力，在实务操作中还会出现一些分歧，对承包人利益的保护还不太够。因此，建议通过立法确定这一法定优先权的登记程序，产生法定抵押权的效力，享有担保物权的权利特征，会对交易安全进行更好的保护。

注：

①我妻荣民法讲义III《新订担保物权法》第P56-57页《中国法制出版社》。

美国医药“反向支付”诉讼最新进展

■ 金毅，王玲凌 / 文

前 言

过去十年来，医药领域的“反向支付”问题引起了全球范围的普遍关注。全球主要的反垄断执法机构和一些法院均认为，专利药公司采取的“反向支付协议”（reverse payment agreement，或“有偿延迟” pay-for-delay），即主要通过专利和解协议向仿制药公司支付一定金额赔偿金的形式，要求仿制药公司于一定时期不得进入相关市场参与竞争的方式严重限制或延迟了仿制药公司进入市场，从而扼杀了市场竞争。而且，由此造成的后果是消费者为此垄断行为买单，全球的患者每年因此面临巨额的医药成本。

然而，对于这类专利药公司（Brand-name Drug，原研药或品牌药公司）与仿制药公司（Generic Drug，或通用药公司）之间达成的要求仿制药公司不得进入市场的反向支付协议，全球反垄断执法机构及司法机关似乎还没有形成统一的认定标准，欧盟在近年的灵北案件（Lundbeck）中认定标准较为严格，而美国联邦最高法院（Federal Supreme Court）倾向于采用较为谨慎的合理分析原则。 可以说，其协议的定性似乎仍然留有一定余地。

2019年2月，美国联邦贸易委员会（Federal Trade Commission，FTC）通过和解方式与全球最大的仿制药公司以色列梯瓦制药达成永久禁令，禁止其及相关主体以任何形式达成这类具有反竞争性质的反向支付协议，而且FTC的永久禁令更进一步涵盖了除专利和解协议以外另外两种形式更为隐蔽但同样具有反竞争效果的协议，对医药领域相同或类似行为而言具有里程碑意义。

尽管如此，笔者认为本案并不仅限于对医药行业将会产生的重大影响，对于其他知识产权密集的行业，如通信、汽车及部分制造行业而言，同样具有深远的影响。因此，笔者通过文本简要梳理FTC和解协议及相关诉讼案件的有关事实，并提出法律分析观点。

金毅律师简介

京都律师事务所合伙人。自2007年开始从事反垄断业务，代理的案件涉及反垄断诉讼、调查、经营者集中申报审查以及企业合规等多个方面。曾代理多起反垄断诉讼，其中包括由最高人民法院审理的北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位案，该案2017年入选最高人民法院指导案例。

一、案件背景

2019年2月，美国FTC与全球仿制药巨头以色列梯瓦制药（Teva Pharmaceuticals,Teva）达成一项全球和解协议（FTC和解协议），以终结与Teva及关联公司相关的三个联邦反垄断未决诉讼。FTC和解协议包含了永久禁令（Permanent Injunction）的命令（Stipulated Order），该命令经法院批准生效后，将永久禁止Teva公司达成包含“反向支付”内容的专利和解协议。[1]

1 https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/02/ftc-enters-global-settlement-resolve-reverse-payment-charges

王玲凌简介

京都律师事务所实习律师，法学硕士，毕业于香港中文大学，主要执业领域为反垄断与反不正当竞争法。王玲凌自2012年开始从事反垄断于反不正当竞争法业务，具有多年的反垄断于反不正当竞争实务经验。参与处理过大量的经营者集中申报、反垄断与反不正当竞争行政调查、反垄断与反不正当竞争诉讼案件，涉及医药、能源、汽车、钢铁、互联网、媒体娱乐等多个领域。

永久禁令（Permanent Injunction）

首先，永久禁令禁止专利药公司和仿制药公司达成包含反向支付内容的**专利和解协议**。换言之，根据永久禁令，专利药公司通过与仿制药公司达成含有“反向支付”条款的专利侵权和解协议将被永久禁止。其次，永久禁令还进一步禁止专利药公司和仿制药公司达成另外两种形式更为隐蔽，但同样具有严重反竞争效果的协议：**私下交易协议/附属协议和不授权仿制药承诺：**

其一，禁止私下交易协议/附属协议（Side Transactions）。具体而言就是禁止指仿制药公司通过与专利药公司签订私下协议/附属协议的形式获得补偿，主要是禁止其在专利诉讼和解同时与专利药公司之间达成其他类型交易机会，如在其他产品上获得一定的补贴、购买药物原料或获得其他专利的授权许可等方式，变相从专利药公司获得延迟进入市场的赔偿。

其二，禁止“不授权仿制药承诺”（No- Authorized Generic Commitments）。具体而言就是禁止专利药公司通过向仿制药公司承诺不自行推出授权仿制药，从而回避与仿制药公司之间的直接竞争。

“不授权仿制药承诺”（No AG Commitment）是指专利药公司承诺（在现有专利到期后）不推出自行制造的竞争性仿制药版本。因为一旦专利药公司自行推出与专利药同等效果的仿制药，那么将不可避免地与潜在仿制药公司展开竞争，从而抢占市场份额。同时，“不授权仿制药承诺”也使得仿制药公司推迟进入市场。（虽然美国《药品价格竞争和专利期补偿法》赋予第一授权仿制药公司180天的独占期，但该独占期仅排除与其他仿制药公司的竞争，并不排除原专利人自行推出与原专利药相同效果的仿制药）。

在此前针对Actavis的案件中，法院并未认定前述变相获得补偿的协议和“不授权仿制药承诺”性质违法且应当禁止，而FTC和解协议明确将此类协议均涵盖在内。

二、和解协议关联诉讼

FTC v. Actavis[2]

FTC和解协议涉及Teva关联公司的诉讼，最早的可追溯到2009年的FTC诉艾特维斯案（FTC v. Actavis），Actavis公司目前属于Teva公司所有。

2009年2月2日，FTC向联邦地区法院提起诉讼，指控针对专利药公司索尔维(Solvay)[3]与仿制药企业华生制药公司(Watson Pharmaceuticals，其前身为Actavis，目前由Teva所有)和Par 制药公司之间达成的反竞争协议，因为在这些协议中Solvay同意通过反向支付的形式使得仿制药公司延迟推出与其自身睾酮替代药物（AndroGel）等效的仿制药，这种药物通常用于治疗由于年龄增长、癌症和艾滋病毒/艾滋病导致的睾丸激素水平较低。FTC指控称，Solvay为了阻止仿制药公司Watson和Par 制药获得竞争性睾丸激素替代药物专利，向这两家公司支付了延迟入市费用，延迟期限为期九年至2015年。

地区法院驳回了FTC的指控，并且第十一巡回法院也支持了该判决，认为在专利保护范围内，专利权人的行为即便具有反竞争效果，该等行为在反托拉斯法下也应当被认为是合法的。

2012年10月4日，由于同时期类似案件在不同上诉法院的判决之间存在差异，FTC申请联邦最高法院对本案进行重新审查。**2013年6月17日，联邦最高法院推翻了第十一巡回法院的判决，否认了此前部分下级法院在评估反向支付专利和解协议时采用的“专利范围测试”（the scope-of-the-**

2 https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/071-0060/watson-pharmaceuticals-inc-et-al-ftc-v-actavis

3 苏威或索尔维制药（Solvay Pharmaceuticals），现为艾伯维（AbbVie）

patent test）标准。专利范围测试标准认为，专利和解协议除非在特殊情况下否则应当被视为合法的：（1）专利是通过欺诈获得的；（2）专利权人的侵权诉讼是毫无合理依据的；（3）相关限制不合理地限制竞争，或超越专利保护的对象或者该专利暂时的范围。如果没有前述特殊情形，专利法应当优先于反托拉斯法适用，而且对专利权的垄断保护不受反托拉斯法审查。而联邦最高法院推翻了这个标准的适用空间，认为反向支付专利和解协议可能违反反托拉斯法，应当进行反托拉斯审查，因此将案件发回重审。根据FTC和解协议，FTC将请求法院撤销其对Teva的诉讼。

FTC v. Allergan[4]

FTC和解协议还涉及未决的FTC诉艾尔建（FTC v. Allergan）的联邦诉讼案件。2017年1月23日，FTC对专利药公司远藤制药（Endo）[5]和其他几家制药公司之间达成反向支付的和解协议，使得消费者无法获得低成本利多卡因贴剂（Lidoderm）[6]的仿制药，FTC认为该行为违反反托拉斯法，遂提起了诉讼。

FTC指控称，利多卡因贴剂（Lidoderm）的专利持有人远藤制药：1）与仿制药公司华生实验室（Watson Laboratories，现为Teva的子公司）和华生制药（Watson Pharmaceuticals，现为艾尔建拥有）达成不授权承诺；2）以零对价的方式免费向华生提供价值9600万美元的利多卡因贴剂。FTC称本案中使用的不授权仿制药承诺（通常称为“不授权承诺”）是反向支付的更为隐秘的形式。FTC还指控，远藤制药向第一个申请FDA批准仿制药的华生公司（Watson）支付了延期进入费用，以消除利多卡因贴剂（Lidoderm）将来面临竞争的风险，这违反了联邦贸易委员会法案。在《药品价格竞争和专利期补偿法》下，专利药的专利到期前第一个申请新药的的仿制药申请人（第一个申请人/首仿制药人）在药品专利到期后可享有180天的独家代理权（排除其他潜在的仿制药申请人的代理权）。不授权的承诺对于第一个仿制药产品非常有价值，因为它确保仿制药公司能够在独占期内掠夺所有仿制药的销量，并能够在独家期间收取更高的价格。

FTC永久禁令将禁止专利药公司签订包含不授权仿制药承诺在内的类似协议，为期10年。根据FTC和解协议，FTC将请求法院撤销其对Teva和Allergan公司的剩余指控，经法院批准后，FTC和解协议将有效终止本案在联邦法院的诉讼。

FTC v. AbbVie[7]

2014年9月8日，FTC对专利药公司艾伯维美国公司(AbbVie)[8]与Teva之间存在反向支付协议提出指控。该指控还包含有关艾伯维（及其合作伙伴），对包括Teva在内的潜在仿制药竞争对手提起无根据的专利侵权诉讼，以推迟竞争对手推出低价版药物（AndroGel）的指控。2015年，法院驳回了FTC就反向支付的指控。目前针对2015年裁决的上诉正在第三巡回上诉法院进行。

根据FTC和解协议，FTC将撤销其在该案中针对Teva的指控。FTC对2015年裁决的上诉将针对涉案其余剩余的专利药公司继续进行。

三、裁判要点

（一）明确反向支付协议应受反垄断审查

正如FTC前任主席Edith Ramirez所言[9]，本案中联邦最高法院的判决[10]对维护自由市场是一场伟大的胜利，判决推翻了专利药公司与仿制药公司企图使得这些协议获得反托拉斯豁免的主张，并最终认定专利药公司与仿制药公司之间的反向支付协议应当受到反托拉斯法的审查。

第一，尽管反向支付协议的反竞争效果可能落入专利本身的排他性范围，但这并不会让协议免受反托拉斯的规制。

仅通过专利法而不通过反托拉斯政策来确定行为于反托拉斯法下的合法性是不合适的。因为简单指出专利有效，其

4 https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/141-0004/allergan-plc-watson-laboratories-inc-et-al

5 远藤制药（Endo Pharmaceuticals Inc）是利多卡因贴剂（Lidoderm）的发明者和制造商，与Teikoku合作

6 利多卡因（Lidoderm）是一种局部贴剂，用于缓解与带状疱疹后遗神经痛相关的疼痛。

7 https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/121-0028/abbvie-inc-et-al

8 艾伯维美国公司（AbbVie Inc.）、其前身美国雅培公司（Abbott Laboratories）和其子公司尤迈医疗（Unimed），三家均为专利药公司

9 https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/06/statement-ftc-chairwoman-edith-ramirez-us-supreme-courts-decision

10 笔者注：本文所称“判决”指其中5名法官的的“多数意见”，法庭对本案并没有达成一致的结论，另外3名法官与多数意见持不同的观点。

> 通常而言专利权赋予了专利权人豁免于反托拉斯审查的权利。但不容忽视的是，专利权人在在行使专利权包括进行和解的时候，也必须在专利权的范围内行使。如果行为超出专利权所赋予的垄断权利，则相关行为必须接受反托拉斯审查。

本身并没有回应反托拉斯方面的问题，对于评估协议是否违反反托拉斯政策，仍然需要考虑传统的反托拉斯因素，例如反竞争效果、市场势力等。而传统法托拉斯评估的结论应该是特定的限制性协议是否超出了专利垄断权的限度。尤其是就专利的垄断范围及反垄断豁免而言，知识产权政策和反托拉斯政策两者都是密切相关的。 因此，除了考虑知识产权政策之外，也必须同时考虑反托拉斯政策，不能免除反托拉斯审查。

第二，美国法院判决的先例也清楚的表明，个案中与专利相关的和解协议也存在违法反托拉斯法的情形。

美国法院的先例表明，某些类型的专利和解协议尽管旨在和解专利诉讼，但仍然违反了反托拉斯法。法院认为，对于条款内容对被许可人过度限制的专利许可协议，不管该协议是否已经为权利人现实地带来了超专利许可收入（supra-patent-permitted revenues），法院都要打击。法官也指出，本案中所涉及的向竞争对手支付费用要求其不得进入市场的这一类反向支付协议，与单纯的向竞争对手支付费用以使其放弃将来提起诉讼为目的的支付协议具有本质区别。

第三，美国《药品价格竞争和专利期补偿法》（《Hatch-Waxman法》）本身对专利有效性挑战的促进，以及要求就专利和解协议向联邦反托拉斯执法机构进行报告的规定，都有利地证明专利和解协议应当受反托拉斯审查。

（二）明确行使知识产权与反垄断的关系

专利垄断界限（the limits of the patent monopoly）

判决指出，通常而言专利权赋予了专利权人豁免于反托拉斯审查的权利。但不容忽视的是，专利权人在在行使专利权包括进行和解的时候，也必须在专利权的范围内行使。如果行为超出专利权所赋予的垄断权利，则相关行为必须接受反托拉斯审查。例外的情况仅限于利用专利进行虚假诉讼和涉及通过欺诈方式获得专利的情况。因此，可以说专利权是有范围的，如果专利权人跨出这个范围，那就无法再用专利权作为其辩护了。

垄断高价

判决认为，相类似的情况例如对专利产品的定价限制超过专利的垄断权也属于违反谢尔曼法的情形。美国法院先例也指明，对于拥有专利权但行使权力超过专利权赋予的垄断权限度（beyond the limits of the patent monopoly）的被许可人，专利法并没有赋予其反垄断审查的豁免。

交叉许可

判决中还有提及一种涉及专利的协议-交叉许可（cross licensing），例如通过交叉许可的形式对价格进行限制的行为超出了专利垄断权的范围，又或者竞争者之间通过价差许可目的是排挤其他的（外国）竞争对手，也属于违反反托拉斯法的情形。

（三）明确应采用合理分析原则

美国联邦竞争法一直以来禁止竞争者以支付赔偿金的方式将现实或潜在的竞争对手排除在市场之外。 然而对于专利药公司和仿制药公司之间的反向支付协议应该采用“本身合法”（排除虚假诉讼和专利欺诈）还是采取“推定违法”（推定反竞争及非法）的分析方法，在此前各级法院没有明确且统一的态度。

本案中，联邦最高法院的判决明确指出，对于反向支付协议的认定不应当采取快速效果分析法进行评估（Quick-look analysis in effect）的“推定违法”（per-sumptively unlawful）进行认定，相反，应当采用合理分析原则（rule of reason）进行个案分析。法院认为，“推定违法”仅适用于一个即便是对经济学仅有简陋认识的人也能一眼看出相关协议安排对市场和消费者具有反竞争效果的情形。而本案中涉

及的反向支付协议不属于前述类型。

法院判决还进一步指出，评估反向支付协议可能产生的反竞争效果，需要考虑多种因素，包括支付费用的金额大小、将来预期的诉讼费用等，而且不同行业反竞争效果的存在及其程度也各不相同。基于这些复杂的因素，因此，对个案采用合理分析方法更为适宜。

四、案件启示

长久以来，知识产权与反垄断之间的关系是学术界及实务界讨论的热门话题，本案中美国联邦最高法院的判决具有里程碑意义。**首先**，通过认定“反向支付”这一类涉及权利人行使知识产权（尽管是在和解中）的协议不当然豁免于反托拉斯法，相反需要同时接受知识产权政策和反托拉斯政策的双重审查。最简单的原因在于，专利所赋予的垄断权显然是有行使界限的，超出其范围的协议并不能豁免于反托拉斯审查。**其次**，美国联邦法院推翻了“推定违法”的认定思路，明确应当采用合理分析的原则进行仔细评估可以看出，尽管全球的反垄断执法机构主张“反向支付”协议具有明显的反竞争效果，司法机关的态度而言则较为谨慎和保持。**第三**，评估的时候应该考虑传统的反垄断评估因素，如市场势力、反竞争效果等等。

本案的深意并不限于对医药行业反向支付涉及的反垄断问题的认定，笔者认为，对其他**知识产权密集的行业**，如通信、汽车及部分制造行业而言，应当具有相同的影响。例如，**通信行业**中涉及对专利的许可，包括标准必要专利（standard essential patent）或者非标准必要专利的许可协议，在专利垄断权范围内的许可条款当然不会受到挑战，一旦超过专利垄断权的边界，反垄断法就要介入评估个案中条款的合法性。又例如**汽车行业**中，拥有专利权的主机厂商与零部件厂商签订就某零部件专利许可时，如果考虑在特定专利许可条款之外与其他专利进行交叉许可，可能也需要进一步涉及反垄断审查。

因此，可以说一方面本案对评价类似行为具有的合规性具有相当的借鉴意义，另一方面对于个案来讲仍然存在一定的不确定性。**因此，我们建议在个案中仍要通过采用具体问题具体分析的个案评价方式，谨慎地评估争议行为的合法性，以降低企业的合规风险。**

比较法视野下
中美对芬太尼类物质列管现状研究

■ 汤建彬，朱一博 / 文

一、问题之提出

在美国，近年来，滥用芬太尼类物质导致死亡的人数呈倍数上升。2016年，超过64000人因毒品滥用而死亡，其中合成毒品尤其是层出不穷的芬太尼类物质，导致20000余人死亡。[1]2016年，美国各地执法机构在全国范围内共查获287千克芬太尼，较之16年增加了72%。该数量足以致1.435亿人死亡，甚至超过美国1/3的人口。[2]芬太尼类物质之所以被大量滥用，除了制造、走私芬太尼类物质的数量与日俱增外，伴随传统毒品如海洛因需求的增长，越来越多的贩运者在传统毒品中掺入该物质，从而导致更多的使用者滥用芬太尼类物质。

芬太尼（Fentanyl）为白色结晶粉末,化学名称是N-〔1-(2-苯乙基)-4-哌啶基〕-N-苯基丙酰胺，分子式为C22H28N2O。一方面，芬太尼具有药用价值，是一种强效的阿片类止痛剂，医用剂量通常在1毫克以下。另一方面，芬太尼易被滥用，其效力比吗啡强100倍，比海洛因强50倍。然而，其他芬太尼类物质的效力较之芬太尼更是有过之而无不及，例如，芬太尼类物质卡芬太尼，常被用作大型动物如大象、驼鹿、麋鹿、熊的镇静剂，效力接近芬太尼的100倍。[3]

为了抑制芬太尼滥用者数量持续上升，中美已就加强对芬太尼的管控达成了共识。2017年10月，美国总统特朗普签署备忘录，宣布为应对阿片危机，美国进入全国公共卫生紧急状态。《环球时报》援引美国《纽约时报》报道称，特朗普计划对受联邦政府雇用的医务人员进行阿片安全用药培训，发起研发非致瘾止痛药的联邦项目，加大打击芬太尼（阿片类镇痛药）流入美国。2018年11月27日，我国外交部发言人耿爽在主持例行记者会表示："中方在未发现芬太尼类物质在中国境内滥用的前提下，积极采取列管措施。截至目前，中国已经列管了25种芬太尼类物质和2种芬太尼前体ANPP、NPP。"12月1日晚，国务委员兼外交部长王毅在布宜诺斯艾利斯举行的中外记者会上表示，双方同意采取积极行动加强执法、禁毒合作，包括对芬太尼类物质的管控。中方迄今采取的措施得到了包括美国在内国际社会的充分肯定。中方决定对芬太尼类物质进行整类列管，并启动有关法规的调整程序。

是以，本文将采用比较法的方法对中美两国管控芬太尼及其他芬太尼类物质的相关情况进行研究。

汤建彬律师简介

京都律师事务所合伙人，毕业于中国政法大学，研究方向为刑事诉讼法学，具有良好的法学理论素养及扎实的专业知识，在十多年的法律研究和实践过程中，形成了娴熟的实务操作经验及良好的社会各界资源，具有较强的分析、处理、应变、解决问题的复杂法律问题的能力，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，《毒品犯罪法律法规汇编》编委及中央电视台、南方日报、财新网特邀法制点评嘉宾。

朱一博简介

京都律师事务所实习律师，西南政法大学诉讼法学专业研究生，研究方向为刑事诉讼法学。曾荣获西南政法大学硕士研究生全额奖学金，于《证据法学论丛》第六卷发表论文《错案预防视野下的证据排除规则研究》。

二、我国管控芬太尼类物质的立法现状

（一）对芬太尼类物质的列管种类

我国目前共列管了25种芬太尼类物质，列表如下：

1.《麻醉药品品种目录》（2013年版）共13种

序号	中文名	英文名	CAS号	备注
2	乙酰阿法甲基芬太尼	Acetyl-alpha-methylfentanyl	101860-00-8	
4	阿芬太尼	Alfentanil	71195-58-9	
9	阿法甲基芬太尼	Alpha-methylfentanyl	79704-88-4	
10	阿法甲基硫代芬太尼	Alpha-methylthiofentanyl	103963-66-2	
16	倍他羟基芬太尼	Beta-hydroxyfentanyl	78995-10-5	
17	倍他羟基-3-甲基芬太尼	Beta-hydroxy-3-methylfentanyl	78995-14-9	
47	芬太尼*	Fentanyl	437-38-7	
65	3-甲基芬太尼	3-Methylfentanyl	42045-86-3	
66	3-甲基硫代芬太尼	3-Methylthiofentanyl	86052-04-2	
85	对氟芬太尼	Para-fluorofentanyl	90736-23-5	
103	瑞芬太尼*	Remifentanil	132875-61-7	
104	舒芬太尼*	Sufentanil	56030-54-7	
107	硫代芬太尼	Thiofentanyl	1165-22-6	

2.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2015年10月1日起施行）共6种

序号	中文名	英文名	CAS号	备注	折算标准（1克该物质相当于海洛因）
107	乙酰芬太尼	N-(1-Phenethylpiperidin-4-yl)-N-phenylacetamide	3258-84-2	Acetylfentanyl	6克
109	丁酰芬太尼	N-(1-Phenethylpiperidin-4-yl)-N-phenylbutyramide	1169-70-6	Butyrylfentanyl	1.25克
113	β-羟基硫代芬太尼	N-(1-(2-Hydroxy-2-(thiophen-2-yl)ethyl)piperidin-4-yl)-N-phenylpropanamide	1474-34-6	β-Hydroxythiofentanyl	40克
114	4-氟丁酰芬太尼	N-(4-Fluorophenyl)-N-(1-phenethylpiperidin-4-yl)butyramide	244195-31-1	4-Fluorobutyrfentanyl	1.25克
115	异丁酰芬太尼	N-(1-Phenethylpiperidin-4-yl)-N-phenylisobutyramide	119618-70-1	Isobutyrfentanyl	1.25克
116	奥芬太尼	N-(2-Fluorophenyl)-2-methoxy-N-(1-phenethylpiperidin-4-yl)acetamide	101343-69-5	Ocfentanyl	66.8克

3.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2017年3月1日起施行）共4种

序号	中文名	英文名	CAS号	备注
1	丙烯酰芬太尼	N-(1-Phenethylpiperidin-4-yl)-N-phenylacrylamide	82003-75-6	Acrylfentanyl
2	卡芬太尼	Methyl4-(N-phenylpropionamido)-1-phenethylpiperidine-4-carboxylate	59708-52-0	Carfentanyl Carfentanil
3	呋喃芬太尼	N-(1-Phenethylpiperidin-4-yl)-N-phenylfuran-2-carboxamide	101345-66-8	Furanylfentanyl
4	戊酰芬太尼	N-(1-Phenethylpiperidin-4-yl)-N-phenylpentanamide	122882-90-0	Valerylfentanyl

4.《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》（2018年9月1日起施行）共2种

序号	中文名	英文名	CAS号	备注
31	4-氟异丁酰芬太尼	N-(4-Fluorophenyl)-N-(1-phenethylpiperidin-4-yl) isobutyramide	244195-32-2	4-FIBF
32	四氢呋喃芬太尼	N-Phenyl-N-(1-phenethylpiperidin-4-yl)tetrahydrofuran-2-carboxamide	2142571-01-3	THF-F

关于芬太尼类物质的药用及非要药品分类。上述25种芬太尼类物质中，仅有芬太尼、瑞芬太尼、舒芬太尼仍作为麻醉药品在我国生产和使用，属于药用类麻醉药品；其余22种芬太尼类物质，不属于我国生产和使用的麻醉药品，均为非药用类麻醉药品。

（二）芬太尼类物质相关犯罪规定

在我国，芬太尼类物质相关的罪名主要有走私、贩卖、运输、制造毒品罪以及非法持有毒品罪。

1.关于走私、贩卖、运输、制造毒品罪

根据《中华人民共和国刑法》第347条、（以下简称《刑法》）、《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》第1条、第2条、《104种非药用类麻醉药品和精神药品管制品种依赖性折算表》（以下简称《折算表》）之规定,走私、贩卖、运输、制造芬太尼类物质，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚。

部分芬太尼类物质量刑标准如下[1]：

芬太尼类物质	三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金	七年以上十五年以下有期徒刑，并处罚金	十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产
芬太尼	＜25g	25g≤数量 ＜125g	≥125g
乙酰芬太尼	＜1.67g	1.67g≤数量≤8.33g	＞8.33g
丁酰芬太尼	＜8g	8g≤数量 ＜40g	≥40g
β-羟基硫代芬太尼	＜0.25g	0.25g≤数量 ＜1.25g	≥1.25g
4-氟丁酰芬太尼	＜8g	8g≤数量 ＜40g	≥40g
异丁酰芬太尼	＜8g	8g≤数量 ＜40g	≥40g
奥芬太尼	＜0.15g	0.15g≤数量 ＜0.75g	≥0.75g

1 芬太尼类物质的量刑标准引用折算标准进行计算，因部分数字无法除尽，故采用“四舍五入”的方法保留两位小数，下同。

其中，情节严重包括：向多人贩卖毒品或者多次走私、贩卖、运输、制造毒品的；向在校学生贩卖毒品；组织、利用残疾人、严重疾病患者、怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女走私、贩卖、运输、制造毒品等情形。另外，利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。

2. 关于非法持有毒品罪

根据《刑法》第348条、《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》第1条、第2条、《折算表》之规定，非法持有以下种类芬太尼类物质的量刑标准为：

芬太尼类物质	三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金	七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金
芬太尼	25g≤数量＜125g	≥125g
乙酰芬太尼	1.67g≤数量≤8.33g	＞8.33g
丁酰芬太尼	8g≤数量＜40g	≥40g
β–羟基硫代芬太尼	0.25g≤数量＜1.25g	≥1.25g
4–氟丁酰芬太尼	8g≤数量＜40g	≥40g
异丁酰芬太尼	8g≤数量＜40g	≥40g
奥芬太尼	0.15g≤数量＜0.75g	≥0.75g

其中，情节严重包括在戒毒场所、监管场所非法持有毒品、利用、教唆未成年人非法持有毒品等情形。

三、美国联邦政府管控芬太尼类物质的相关举措

（一）列管概况

在美国，芬太尼被列入《受控物质法》附录二进行管控。为应对芬太尼类物质引发的危机，自2015年以来，美国缉毒局(DEA)已陆续签发了8个临时禁令管控17个芬太尼类物质。然而，芬太尼类物质屡禁不止，层出不穷。违法制造者只需将已列管的芬太尼类物质稍稍变动结构即衍生出了新的芬太尼类物质。

有鉴于此，2018年2月6日，美国缉毒局(DEA)将所有尚未纳入附录管控的芬太尼类物质临时列入附录一进行管控，期限为两年。生效期间为：2018年2月6日至2020年2月6日。若两年期限届满时，临时禁令正在申请变更为永久禁令，则可以将临时禁令的时效延长一年。[4]

为了根除以变动化学结构规避监管的违法行为，确保芬太尼类物质能悉数纳入列管范围，临时列管对芬太尼类物质采用了独特的定义方法，即采用描述化学结构的方式外加列举的方式定义芬太尼类物质。芬太尼类物质包括对芬太尼化学结构任意部分改变、替换后的全部物质。

另外，“芬太尼类物质”的定义中明确：芬太尼类物质包括但不限于上述物质。DEA目前仅列举了部分芬太尼类物质，在未来，如果DEA发现了尚未列举的新的芬太尼类物质，将会在《联邦公报》上进行公布。

（二）《美国法典注释》的相关规定

《美国法典注释》（United States Code Annotated）第21编第13章药物滥用预防和控制（Drug Abuse Prevention and Control）对涉及芬太尼类物质的毒品犯罪行为及相应的强制最低量刑作出了明确的规定，具体的量刑情节需参考联邦量刑指南（Sentencing Guideline）。

1. 简单持有受控物质（第844条）[5]

除非立法明确授权或者有执业资格的人在有效执业期内依法获得该物质，否则，明知或故意持有受控物质是非法的。a.第一次触犯本罪，可被判处不超过1年的监禁刑，单处或并处至少1000美元的罚金；b.若第二次触犯本章或者第二分章规定的犯罪，应当被判处不少于15日但不超过2年的监禁刑，并被处以至少2,500美元的罚金；c.若第三次及以后再触犯本分章、第二分章或者各州规定的毒品、麻醉品或化学品犯罪并被定罪，应当被判处不少于90日但不超过3年的监禁刑，并被处以至少5,000美元的罚金。

2. 制造、贩运、分发或以制造、贩运或分发为目的持有芬太尼类物质（第841条）[6]

除非经本分章授权，否则任何人明知或故意制造、贩运、分发或以制造、贩运或分发为目的持有受控物质；或者制造、贩运、分发或以贩运、分发为目的持有假冒的物质均系违法行为。

（1）除非第849,859,860或861条另有规定，否则任何人制造、贩运、分发或以制造、贩运或分发为目的持有400克及以上芬太尼，或100克及以上芬太尼类物质：

a.第一次犯罪：应被判处不少于10年的监禁刑；如因使用该物质导致了死亡或严重的身体伤害，应被判处不少于20

年的监禁刑。如果被告是自然人，应处以不超过第18编授权处罚的金额或10,000,000美元的罚金；如果被告不是个人，或两者兼有，则应处以不超过50,000,000美元的罚金。另外，应规定至少5年的监督释放期限。

b.第二次犯罪：如果任何人先前因毒品罪重罪已被定罪后再触犯本罪，应被判处不少于20年但不得超过终身监禁的有期徒刑；如果因滥用此类物质造成了死亡或严重的身体伤害，应被判处终身监禁。关于罚金，不得超过第18编授权处罚的两倍，或者如果被告是个人，罚金不得超过20,000,000美元；如果被告不是个人，或两者兼有，则不得超过75,000,000美元。另外，应当规定至少10年的监督释放期限。

c.第三次及以后犯罪：如果任何人先前因毒品罪重罪已经被两次或多次定罪后，再次违反本项或本编第849,859,860或861条，则该人应被判处终身监禁并处以与前述判决相匹配的罚金。另外，也应当规定至少10年的监督释放期限。

另外，法院不得对根据本项规定被判刑的任何人施加缓刑或暂缓判决。根据本项被判刑的任何人在执行监禁期间均不得获得假释。

（2）除非第849,859,860或861条另有规定，否则任何人制造、贩运、分发或以制造、贩运或分发为目的持有40克及以上芬太尼，或10克及以上芬太尼类物质：

a.第一次犯罪：应被判处不少于5年但不超过40年的监禁刑；如因使用该物质导致了死亡或严重的身体伤害，应被判处不少于20年的监禁刑。如果被告是自然人，应处以不超过第18编授权处罚的金额或5,000,000美元的罚金；如果被告不是个人，或两者兼有，则应处以不超过25,000,000美元的罚金。另外，应规定至少4年的监督释放期限。

b.第二次犯罪：如果任何人先前因毒品罪重罪已被定罪后再触犯本罪，应被判处不少于10年但不得超过终身监禁的有期徒刑；如果因滥用此类物质造成了死亡或严重的身体伤害，应被判处终身监禁。关于罚金，不得超过第18编授权处罚的两倍，或者如果被告是个人，罚金不得超过8,000,000美元；如果被告不是个人，或两者兼有，则不得超过50,000,000美元。另外，应当规定至少8年的监督释放期限。

c.第三次及以后犯罪：如果任何人先前因毒品罪重罪已经被两次或多次定罪后，再次违反本项或本编第849,859,860或861条，则该人应被判处终身监禁并处以与前述判决相匹配的罚金。另外，也应当规定至少8年的监督释放期限。

同样的，法院不得对根据本项规定被判刑的任何人施加缓刑或暂缓判决。根据本项被判刑的任何人在执行监禁期间均不得获得假释。

3. 其他规定

包括但不限于：

（1）在特定区域制造、贩卖、以贩卖为目的持有受控物质

如第849条[7]规定，在安全休息区[2]、卡车停靠区[3]1000英尺内贩卖受控物质或以贩卖为目的持有受控物质，首次犯罪应当受到第841条授权惩处最高刑罚的两倍，监督释放期间也变为两倍。若后续再违反，应当受到第841条授权惩处最高刑罚的三倍，监督释放期间也变为三倍。

又如，第860条[8]规定，在小学、职业学校、中学、学院、专科学校、大学、操场、公共住房管理局所有的房屋设施内或1000英尺范围内，或者在青年活动中心、公共游泳池或电子游戏厅100英尺内，贩卖，以贩卖为目的持有或制造受控物质：

a.第一次犯罪：应当受到第841条（b）款授权判处最高刑罚的两倍处罚，监督释放期也至少变成2倍。除监禁刑以外，可处以第841条（b）款授权判处罚金的2倍。除另有规定，依据本款判处的监禁刑不得少于一年。

b.第二次犯罪：可处以二者中较高者：其一，不低于3年且低于终身监禁的监禁刑；其二，第841条（b）款授权判处最高刑罚的3倍处罚；监督释放期应当相应变成第841条（b）款规定的至少3倍。除监禁刑外，可处以第841条（b）款授权判处罚金的3倍。除另有规定，依据本款判处的监禁刑不得少于3年。

c.第三次及以后犯罪：罚金应当根据第841条（b）款（1）（A）的相关规定判罚。

此外，对于雇佣不满18岁的人在学校或操场附近贩卖毒品的违法行为：任何已满21岁的人明知且故意雇佣、使用、劝说、诱导或胁迫不满18岁的人违反本条规定；或雇佣、使用、劝说、诱导或胁迫不满18岁的人协助躲避联邦、州或地方执法官员的侦查或逮捕，可对其处以监禁刑或罚金或并

2 安全休息区是指：为满足驾车人士休息或其他需要，设有停车设施的道路设施。

3 卡车停靠区是指：有能力向机动用车提供汽油或服务，并且位于国家州际公路和国防公路系统或联邦援助初级系统的2500英尺范围内的设施。

处，最高可达第841条规定刑罚的3倍。违反本条规定被判处刑罚，在执行过程中不得中止执行，不得判处缓刑，在服完本条规定的强制性最低监禁期之前，不得获得假释。

（2）向特定对象贩卖受控物质或利用特定对象从事毒品犯罪

第859条[9]规定，除第860条规定的情况，对于任何已满18岁的人向不满21岁的人贩卖受控物质，a.第一次犯罪：应被判处第841条（b）款授权判处最高刑罚的2倍处罚，监督释放期也至少变成2倍。除另有规定，依据本款判处的监禁刑不得少于一年。b.二次及后续犯罪：应被判处第841条（b）款授权判处最高刑罚的3倍，监督释放期也至少变成3倍。除另有规定，依据本款判处的监禁刑不得少于一年。c.第三次及后续犯罪：罚金应当根据第841条（b）款（1）（A）的相关规定判罚。

第861条[10]规定，对于已满18岁的人明知且故意雇佣、使用、劝说、诱导、胁迫不满18岁的人违反毒品相关规定，或协助躲避侦查或逮捕，或违反法律规定从未满18岁的人处（直系亲属除外）获得受管控物质；或者向孕妇提供或贩卖受控物质：a.第一次犯罪：应被判处原授权判处最高刑罚的2倍处罚，监督释放期也至少变成2倍。除法律另有规定，监禁刑不得少于1年。b.第二次犯罪：应判处原授权判处最高刑罚的3倍，监督释放期也至少变成3倍，除法律另有规定，监禁刑不得少于1年。

另外，故意向不满18岁的人提供、贩卖受控物质，或被雇佣的人小于等于14岁，或者向孕妇提供或贩卖受控物质，除本应判处的其他刑罚外，还应当处以不超过5年的监禁刑，单处或并处不超过50000美元的罚金。违反本条规定被判处刑罚，在执行过程中不得中止执行，不得判处缓刑，在服完本条规定的强制性最低监禁期之前，不得获得假释。

（三）《量刑指南》的相关规定

《美国法典注释》规定了芬太尼及芬太尼类物质的强制最低量刑，除此以外，《量刑指南》（Sentencing Guideline）[111针对制造、贩运芬太尼类物质等犯罪行为列出了具体的量刑标准，依据不同数量的初始犯罪级别，结合其他犯罪情节相应增减级别，对应犯罪级别，综合考虑犯罪历史，定位具体的量刑幅度，形成量刑建议。美国绝大多数法官遵循量刑指南对芬太尼相关犯罪的量刑建议。以制造、贩运芬太尼类物质为例，对应的犯罪级别及结合犯罪历史后的量刑幅度如下表。

级别	芬太尼	其他芬太尼类物质
38	≥36kg	≥9kg
36	12kg≤数量＜36kg	3kg≤数量＜9kg
34	4kg≤数量＜12kg	1kg≤数量＜3kg
32	1.2kg≤数量＜4kg	300g≤数量＜1kg
30	400g≤数量＜1.2kg	100g≤数量＜300g
28	280g≤数量＜400g	70g≤数量＜100g
26	160g≤数量＜280g	40g≤数量＜70g
24	40g≤数量＜160g	10g≤数量＜40g
22	32g≤数量＜40g	8g≤数量＜10g
20	24g≤数量＜32g	6g≤数量＜8g
18	16g≤数量＜24g	4g≤数量＜6g
16	8g≤数量＜16g	2g≤数量＜4g
14	4g≤数量＜8g	1g≤数量＜2g
12	＜4g	＜1g

Ch. 5 Pt. A

SENTENCING TABLE
(in months of imprisonment)

	Offense Level	Criminal History Category (Criminal History Points) I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
	1	0–6	0–6	0–6	0–6	0–6	0–6
	2	0–6	0–6	0–6	0–6	0–6	1–7
	3	0–6	0–6	0–6	0–6	2–8	3–9
Zone A	4	0–6	0–6	0–6	2–8	4–10	6–12
	5	0–6	0–6	1–7	4–10	6–12	9–15
	6	0–6	1–7	2–8	6–12	9–15	12–18
	7	0–6	2–8	4–10	8–14	12–18	15–21
	8	0–6	4–10	6–12	10–16	15–21	18–24
	9	4–10	6–12	8–14	12–18	18–24	21–27
Zone B	10	6–12	8–14	10–16	15–21	21–27	24–30
	11	8–14	10–16	12–18	18–24	24–30	27–33
Zone C	12	10–16	12–18	15–21	21–27	27–33	30–37
	13	12–18	15–21	18–24	24–30	30–37	33–41
	14	15–21	18–24	21–27	27–33	33–41	37–46
	15	18–24	21–27	24–30	30–37	37–46	41–51
	16	21–27	24–30	27–33	33–41	41–51	46–57
	17	24–30	27–33	30–37	37–46	46–57	51–63
	18	27–33	30–37	33–41	41–51	51–63	57–71
	19	30–37	33–41	37–46	46–57	57–71	63–78
	20	33–41	37–46	41–51	51–63	63–78	70–87
	21	37–46	41–51	46–57	57–71	70–87	77–96
	22	41–51	46–57	51–63	63–78	77–96	84–105
	23	46–57	51–63	57–71	70–87	84–105	92–115
	24	51–63	57–71	63–78	77–96	92–115	100–125
	25	57–71	63–78	70–87	84–105	100–125	110–137
	26	63–78	70–87	78–97	92–115	110–137	120–150
	27	70–87	78–97	87–108	100–125	120–150	130–162
Zone D	28	78–97	87–108	97–121	110–137	130–162	140–175
	29	87–108	97–121	108–135	121–151	140–175	151–188
	30	97–121	108–135	121–151	135–168	151–188	168–210
	31	108–135	121–151	135–168	151–188	168–210	188–235
	32	121–151	135–168	151–188	168–210	188–235	210–262
	33	135–168	151–188	168–210	188–235	210–262	235–293
	34	151–188	168–210	188–235	210–262	235–293	262–327
	35	168–210	188–235	210–262	235–293	262–327	292–365
	36	188–235	210–262	235–293	262–327	292–365	324–405
	37	210–262	235–293	262–327	292–365	324–405	360–life
	38	235–293	262–327	292–365	324–405	360–life	360–life
	39	262–327	292–365	324–405	360–life	360–life	360–life
	40	292–365	324–405	360–life	360–life	360–life	360–life
	41	324–405	360–life	360–life	360–life	360–life	360–life
	42	360–life	360–life	360–life	360–life	360–life	360–life
	43	life	life	life	life	life	life

Guidelines Manual (November 1, 2018) | 407

结合上述两张图表，在美国，制造、贩运芬太尼或芬太尼类似物，无论数量，均构成犯罪，如果涉案芬太尼数量在4克以下或芬太尼类物质在1克以下，则属于第12级别，在没有其他犯罪情节加减级别的前提下，倘若无前科或此前仅有过一次犯罪前科（针对重罪和部分量刑较重的轻罪，下同），对应的量刑为10–16个月，若有过2次或3次犯罪前科，对应的量刑幅度为12–18个月，以此类推。

综上，《量刑指南》是指导法官量刑的基础，《美国法典注释》建立在《量刑指南》规定的量刑幅度上，对涉及40克芬太尼、10克芬太尼类似物、400克芬太尼、100克芬太尼类似物的犯罪规定了强制最低量刑。例如，如果制造、贩运芬太尼数量在400克则属于第30级别，若没有其他犯罪情节且系第一次犯罪，对应的量刑幅度为97–121个月。而《美国法典注释》强制规定最低量刑为10年，应当遵照《美国法典注释》的强制最低量刑规定。

四、中美管控芬太尼类物质的异同及反思

目前，中美两国已针对涉及芬太尼的相关犯罪制定了较为全面的规定，共同列管了部分芬太尼类物质，对芬太尼类物质的惩处重于对芬太尼的惩处。此外，中美两国的相关规定均对毒品再犯加重处罚，限制减刑、缓刑、假释，并注重对弱势群体如未成年人、怀孕的人进行保护，严厉处罚利用未成年人从事相关毒品犯罪的行为。

中美两国相关规定的差异性也较为明显。其一，美国对芬太尼类物质已经采用了全面列管的模式，而我国当前仅采用列举模式，仍有很多的芬太尼类物质游离于列管之外。其二，美国已对芬太尼及芬太尼类似物类不同数量对应的量刑幅度做出了具体的、细致的、系统的规定，而我国目前明确了芬太尼的量刑标准，并对《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》中的6种芬太尼类物质明确了折算标准，但仍有多种已列管的芬太尼类物质折算标准不明。其三，就立法模式而言，美国的相关立法针对不同的犯罪行为，结合犯罪情节、犯罪次数明确了具体的刑罚。

通过比较、借鉴美国相关立法，我国对芬太尼类物质管控的相关规定仍有完善的空间。首先，为避免因立法滞后性使得不法分子“有机可乘”，针对芬太尼类物质的管控，我国应当加快采用整类列管模式的进程，在此基础上，可将整类列管模式适用于对其他毒品的列管。其次，针对已被列管但尚未规定折算标准的芬太尼类物质，应当结合成瘾性、危害性、滥用情况等方面制定科学的折算标准，从而实现列管规定与刑法有序衔接，确保罪刑法定原则、罪责刑相适应原则得以落实。

参考文献

[1]Joseph S.Gerbasi, New Amendments to the U.S. Sentencing Guidelines Concerning Fentanyl and Fentanyl Analogues, 66 U.S. Att’ys Bull.41(2018).

[2]2017 National Drug Threat Assessment,U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE DRUG ENFORCEMENT ADMIN.58(Oct.2017).

[3]Seth Adam Meinero, “Danger in Milligrams and Micrograms: United States Attorneys’ Offices Confront Illicit Fentanyls, 66 U.S. Att’ys Bull.5(2018).

[4]Federal Register / Vol. 83, No. 25 / Tuesday, February 6, 2018 / Rules and Regulations

[5] § 844. Penalties for simple possession, 21 USCA § 844

[6] § 841. Prohibited acts A, 21 USCA § 841

[7] § 849. Transportation safety offenses, 21 USCA § 849

[8] § 860. Distribution or manufacturing in or near schools and colleges, 21 USCA § 860

[9] § 859. Distribution to persons under age twenty-one, 21 USCA § 859

[10] § 861. Employment or use of persons under 18 years of age in drug operations, 21 USCA § 861

[11] Sentencing Guideline CHAPTER 2 D,

https://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-2-d#NaN

被滥用的“可撤销信托”“不可撤销信托”

■ 柏高原，汤杰，张言非 / 文

一、信托文件中的“可撤销信托”与“不可撤销信托”——误导、误读还是其他？

（一）客户眼中的“可撤销信托”“不可撤销信托”

以某司的一份信托文件为例：“不可撤销信托：指本信托只有在信托目的@#￥%……&*的情况下，基于法院判决而终止，该情况下，信托关系解除。除上述情况外，本信托&……%￥，任何人不得撤销本信托，但信托文件另有规定的除外。”（注：非乱码，系技术处理，以避免机构对号入座）

照此逻辑理解“不可撤销信托”，似乎一下子就让客户踏实了。“任何人不得撤销”（避债避税）的信托架构，好比“金钟罩”“铁布衫”，客户您就不来一件穿穿？类似的，“可撤销信托”，似乎一下子把客户宠上了天。想撤销，客户您随意！我等如此没有底线，难道您就不想设个信托用用？

（二）笔者眼中的信托之“可撤销”与“不可撤销”——以信托委托人的权利为中心

有关“可撤销信托”，元照英美法律词典中的释义为“信托设定人（注：委托人）保留撤销权的信托”；布莱克法律词典（第10版）中解释为“委托人保留终止信托及收回（recover）信托财产及未分配的信托利益的权利的信托”；其中“收回”的具体方式包括：完全回收或获得等同价值；通过判决或其他法律程序；获得胜诉判决；或获得赔偿或其他救济。

狭义的“可撤销信托”是指委托人保留撤销、终止或收回信托财产及未分配利益的权利的信托。随着信托实务发展，实践中出现了广义的“可撤销信托”，即，委托人除在信托中保留撤销、终止或回收信托财产及未分配利益的权利之外，还享有变更信托条款、变更信托受益人、决定信托利益分配等广泛权利。此处的“可撤销”实质上涵盖了“可变更”的意思。

柏高原律师简介

京都律师事务所兼职律师，于2006年开始从事律师工作，办理了大量非诉讼业务。柏高原律师担任多家公司和机构的法律顾问，如中信银行总行、国家开发银行总行、民生银行总行、金谷信托、民生信托、建设银行天津市分行、国家开发银行天津市分行、天津投资集团公司等。担任法律顾问期间，柏高原律师协助这些企业完成诸如金融产品法律架构设计与审查、金融产品合同设计与起草、业务流程及法律框架创新、公司重组、常规业务审查等法律问题的处理。

二、“避税”维度下的美国“可撤销信托”——税法穿透没商量

据了解，“可撤销信托”(revocable trust)制度创设于美国，最初是为了规避美国复杂的遗嘱认证(probate)程序。

汤杰简介

京都律师事务所实习律师，京都家族信托法律事务中心成员，西南政法大学法律硕士，业务领域为离岸家族信托方案设计、家族治理结构设计、家族信托文件起草及项目实施等。

张言非简介

京都律师事务所天津分所实习律师，南开大学法律硕士。曾供职于融创中国华北区域公司，处理大量企业法律事务。

但美国法下的此类“可撤销信托”，既无法“避税”，也无法“避债”。

因可撤销信托中委托人常对信托有较大的控制权，其在税法上的税负与“不可撤销信托”当然无法同日而语。在美国，信托的委托人、保护人或受益人等人在符合一定条件下，会被认定为信托的“实质所有人”，相应的，该信托会被认定为“委托人信托”，从而面临被征税的风险。

《美国国内税法典》IRC第671–679条关于“实质所有人”的认定标准进行了详细的规定。笔者截取一二，以飨读者：委托人在以下情形下，将会被认定为信托的“实质所有人”：……（二）委托人有权控制信托财产和收入的利益分配；（三）委托人享有管理信托的权利：（四）委托人享有随时撤销信托的权利；……

对于这样的信托，即便有效设立，在委托人去世时，依然会被认定为属于委托人的“遗产”。如此“可撤销信托”，何来避税功能呢？

三、“避债”维度下的美国“可撤销信托”——信托财产可执行

信托财产的独立性，是机构在营销客户时的重点话术。但在美国则不见得如此。在美国，是否任何类型的信托都能有金刚不坏之身呢？且看下面这个案例。

（一）国家储蓄担保银行诉沃尔特E·海勒&公司案

1961年12月27日，委托人特赖恩B.艾伦与受托人国家储蓄担保银行签订信托协议，协议约定委托人将其除出售肯塔基家庭权益而取得的四万美元外的全部财产交由受托人国家储蓄银行管理，同时约定在受托人顾问批准的情况下，委托人可以书面要求受托人每日历年按市场价格支付不超过25%信托财产，事实上委托人并未要求受托人支付。另外约定，在信托存续期内，委托人不可以对外签订票据或者书面形式的负债，受托人没有义务对该债务和票据负责。

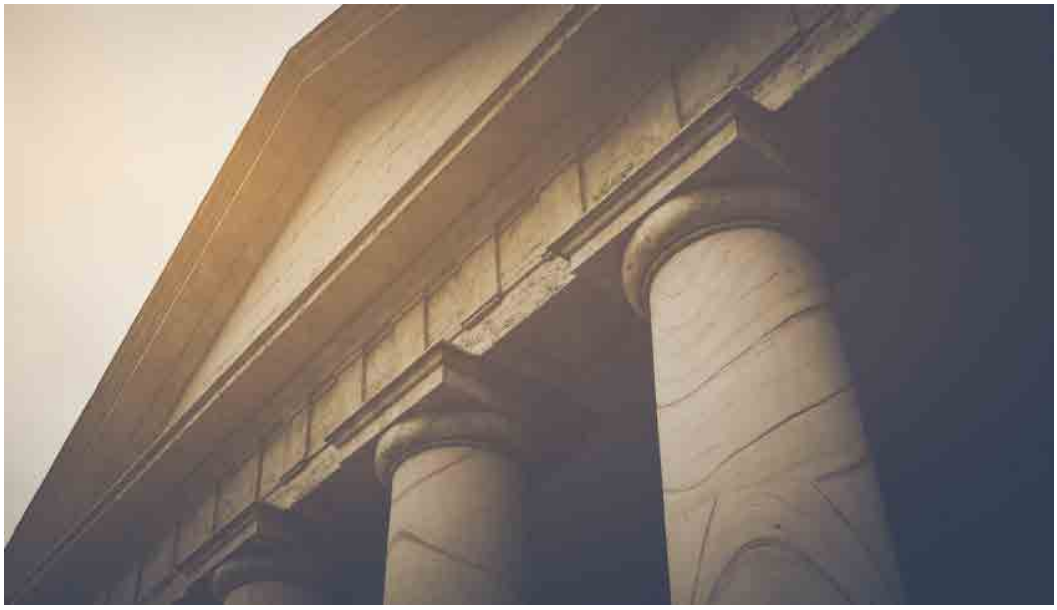
之后,委托人违反信托关于禁止他签订票据和以书面形式负债的规定，在1963和1964从事了操作自动投币洗衣店和硬币经营洗车业务，为了在密西西比州的几个镇运营业务，他购买了生产商Ald. Inc的自动洗衣设备，并出具了票据。

1963年6月3日，被上诉人（委托人的债权人）给储蓄担保银行写信表示委托人借贷16335.36美元。同时随函附上一份委托人经济状况的复印件，表明信托是以委托人名义进行的一项投资,并且委托人具有每年获得25000美元的权利。受托人并未提示被上诉人（委托人的债权人）信托协议约定委托人不得对外签署票据或者以书面形式负债。

委托人到期不能偿还债务，债权人起诉，在诉讼终结前，1956年8月24日委托人死亡。债权人将诉讼改为对管理人提起（即:国家储蓄担保银行和委托人侄子亚瑟D.艾伦及其监护人）。该案一审由海因兹县第一区的衡平法院审理，一审支持了债权人的请求，判令债权人可以用信托财产偿债，并且该债务已经得到清偿。

（二）国家储蓄担保银行诉沃尔特E·海勒&公司案的分析

看到这里，读者不禁会问——为何签订信托协议出于善意，却仍支持债权人要求执行信托财产的请求呢？这就和委



托人生前所设立信托的具体权利义务安排有关了。

法官认定本信托属于挥霍者信托。所谓挥霍者信托，根据《元照英美法词典》，是指为提供信托受益人的生活费基金而设立的信托。这种信托禁止受益人转让信托财产的收益，并防止受益人的债权人对信托财产的收益主张权利，从而保障受益人的生活所需。该信托和本诉讼相关的核心条款主要包括I(a),I(b),II,V,和IX条（此处不展开）。对于本信托，法官认为该信托违反了公共政策，因此对于委托人的债权人是无效的，理由在于：根据信托条款，委托人能够“侵入”（invade）信托财产，并且能够收取全部信托财产。当然，信托在信托当事人之间依然是有效的。该信托协议明显意图保护财产并且预防现在或将来债权人对信托财产的侵害。很明显，从协议第V条和第IX条的措辞来看，本信托赋予了委托人支配信托财产的权利。而对于委托人的债权人而言，无论该债权形成于信托设立前或者信托设立后，为了委托人利益而设立的挥霍者信托都是无效的，即使条款中约定了未来可能的剩余利益归属第三人。

法官还引用了Bogert教授《Trusts and Trustees》（1956年第2版）的观点，即：如果委托人为了自己的利益创建信托并安排了挥霍条款，那么该信托对于现有的或将来的债权人而言是无效的。这些债权人可以执行委托人在信托中的利益。许多案件都遵循了这一原则。

基于上述分析，法官的意见是：根据信托文件的相关条款，在指定顾问同意的情况下，委托人在任何一年有权取回至少信托财产本金的25%。虽然他事实上并没有取回，但信托文件载明了委托人有此权利。因此，如果委托人能够任意支配信托财产，那么债权人也就有权要求以信托财产偿还债务。易言之，不能使得债务人能够实际上对某项财产有支配权并享受其收益，却禁止债权人要求用这项财产偿债。如果设立一个信托的目的是为委托人积累收益，同时委托人可以在死亡之前持有信托财产并对抗债权人的主张的话。那么任何人都可以为自己的利益设立信托并终其一生受领和使用信托财产和利益，在其死亡时还可以把剩余财产交给第三人，而不必偿还债权人债务。毫无疑问，这会使得大量债务不能得到清偿，从而欺骗债权人，这显然是不公平的。

通过上述分析可以看出，本案中信托：（1）有效设立；（2）但无法对抗债权人，即便债权形成时间是晚于信托。法官的逻辑很在理——既然委托人可动用（侵入、invade），债权人也一样可以动用（申请强制执行）。

如此“可撤销信托”，何来避债功能呢？

四、进一步的思考

财富管理是信托业的转型方向,家族信托更是一片蓝海。但由于我国信托制度及信托观念的缺失，使得信托从业者及客户对一些信托概念及功能产生误读。例如本文所阐述的“可撤销信托”“不可撤销信托”，其效力并非仅仅依赖于合同约定，其独立性与隔离性也并非绝对不可击穿。

篇幅所限，本文中未能展开的信托法及相关议题还有很多。例如：我们所熟悉的信托，为何与英美法下的信托如此迥异；信托设立后，委托人的角色究竟该如何；在英美法下，设立在先的信托是否一定能规避后形成之债；“信托”制度与“合同”制度的区别；以“灵活性”著称的信托，是否有一定的自由边界等等。希望有机会未来一一讨论。

科创板落地，谁能“分得一杯羹”？

■ 任视宇，陈宇，林琳 / 文

2019年3月1日凌晨，随着中国证监会官网上《科创板首次公开发行股票注册管理办法（试行）》（简称《管理办法》）《科创板上市公司持续监管办法（试行）》（简称《监管办法》）及配套准则的发布，科创板终于正式落地，而规则落地后，短短1个月的时间，上交所就已对31家企业的申请文件予以受理，施行速度之快，足可见国家及监管部门对科创板建设的大力支持，在为广大创新型科技企业带来重大利好的同时，也揭开了我国资本市场的新篇章。本文拟通过对相关规定及政策的解读，与诸位共同探讨有望登陆科创板的后备企业范畴，以明晰哪些企业得以在此大好形势之下“分得一杯羹”。

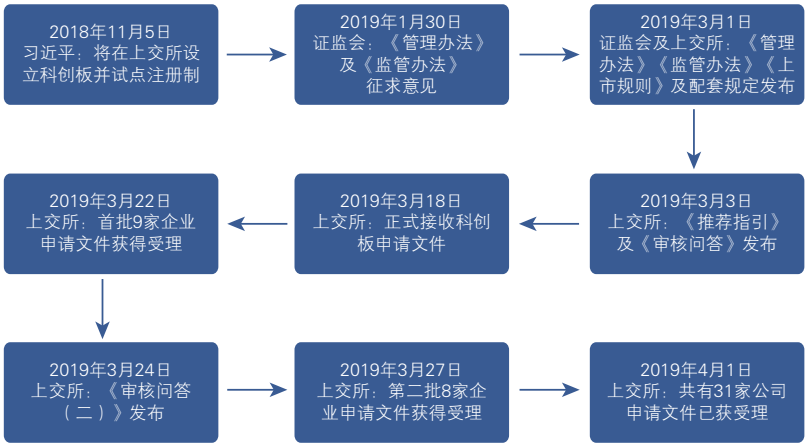
科创板的落地历程

我国原有资本市场多层构建体系中，主板主要为大型蓝筹企业提供融资服务，而创业板则侧重于公司运营稳定的成长型企业，新三板无疑适合体量较小，且在创新创业中的中小微型企业，而科技创新型企业自初创、发展到实现盈利的周期较长且无稳定现金流，这就决定了原有资本市场体系无法提供适合创新型科技企业的上市渠道。然而，加强科技自主创新能力、自主掌控核心技术是我国的国情需求，特别是中美贸易战的打响也再次提醒我们加强半导体芯片、存储设备、生物医药、精密仪器等技术短板的迫切性，因而，科创板市场的搭建势在必行。

经梳理与科创板相关的主要规定、政策及动向，科创板的落地历程如下：

任视宇律师简介

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



陈宇律师简介

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

科创板的后备企业

根据《上海证券交易所科创板企业上市推荐指引》（简称《上市推荐指引》）、《上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答》（简称《上市审核问答》）及《上海证券交易所科创板股票上市规则》（简称《上市规则》）等相关规定，我们将从行业要求、评估标准、上市标准及负面清单四个方面分析科创板的后备企业范围，即哪些企业有望登陆科创板。

一、行业要求

根据《上市推荐指引》的相关规定，我们足以明确科创板中保荐机构应优先推荐及重点推荐企业所在的行业领域如下：

1. 优先推荐行业

其一，符合国家战略、突破关键核心技术、市场认可度高的科技创新企业；

其二，属于新一代信息技术、高端装备、新材料、新能源、节能环保以及生物医药等高新技术产业和战略性新兴产业的科技创新企业；

其三，互联网、大数据、云计算、人工智能和制造业深度融合的科技创新企业。

保荐机构在优先推荐前款规定企业的同时，可以按照该指引的要求，推荐其他具有较强科技创新能力的企业。

2. 重点推荐行业

	业务领域	业务范围
1	新一代信息技术领域	半导体和集成电路、电子信息、下一代信息网络、人工智能、大数据、云计算、新兴软件、互联网、物联网和智能硬件等
2	高端装备领域	智能制造、航空航天、先进轨道交通、海洋工程装备及相关技术服务等
3	新材料领域	先进钢铁材料、先进有色金属材料、先进石化化工新材料、先进无机非金属材料、高性能复合材料、前沿新材料及相关技术服务等
4	新能源领域	先进核电、大型风电、高效光电光热、高效储能及相关技术服务等
5	节能环保领域	高效节能产品及设备、先进环保技术装备、先进环保产品、资源循环利用、新能源汽车整车、新能源汽车关键零部件、动力电池及相关技术服务等
6	生物医药领域	生物制品、高端化学药、高端医疗设备与器械及相关技术服务等
7	符合科创板定位的其他领域	

根据专业人士对上述行业的解读，包括但不限于新能源汽车高端产业链、无人驾驶产业链、新能源产业链、创新药、高端仿制药、细胞治疗、基因测序等医疗产业链以及半导体产业链、军工行业、高端制造业及AI等产业均属于科创板的支持范畴。

二、评估标准

除上述行业领域外，《上市推荐指引》还明确了评估企业科技创新能力是否符合科创板定位的6项标准：

1. 是否掌握具有自主知识产权的核心技术，核心技术是否权属清晰，是否国内或国际领先、是否成熟或者存在快速迭代的风险；

2. 是否拥有高效的研发体系，是否具备持续创新能力，是否具备突破关键核心技术的基础和潜力，包括但不限于研发管理情况、研发人员数量、研发团队构成及核心研发人员背景情况、研发投入情况、研发设备情况、技术储备情况；

3. 是否拥有市场认可的研发成果，包括但不限于与主营业务相关的发明专利、软件著作权及新药批件情况，独立或牵头承担重大科研项目情况，主持或参与制定国家标准、行

业标准情况，获得国家科学技术奖项及行业权威奖项情况；

4. 是否具有相对竞争优势，包括但不限于所处行业市场空间和技术壁垒情况，行业地位及主要竞争对手情况，技术优势及可持续性情况，核心经营团队和技术团队竞争力情况；

5.是否具备技术成果有效转化为经营成果的条件，是否形成有利于企业持续经营的商业模式，是否依靠核心技术形成较强成长性，包括但不限于技术应用情况、市场拓展情况、主要客户构成情况、营业收入规模及增长情况、产品或服务盈利情况；

6.是否服务于经济高质量发展，是否服务于创新驱动发展战略、可持续发展战略、军民融合发展战略等国家战略，是否服务于供给侧结构性改革。

三、上市标准

科创板常规企业上市五项标准			
标准一	预计市值	盈利能力	净利润/营业收入
	不低于10亿元	最近两年盈利	最近两年累计净利润不低于5000万元
	不低于10亿元	最近一年盈利	最近一年营业收入不低于1亿元
标准二	预计市值	营业收入	研发投入
	不低于15亿元	最近一年不低于2亿元	最近三年累计研发投入占最近三年累计营业收入的比例不低于15%
标准三	预计市值	营业收入	经营性现金流
	不低于20亿元	最近一年不低于3亿元	最近三年经营活动产生的现金流量净额累计不低于1亿元
标准四	预计市值	营业收入	无
	不低于30亿元	最近一年不低于3亿元	
标准五	预计市值	业务	特殊要求
	不低于40亿元	主要业务或产品需经国家有关部门批准，市场空间大，已取得阶段性成果	医药行业企业需至少有一项核心产品获准开展二期临床试验，其他符合科创板定位的企业需具备明显的技术优势并满足相应条件
红筹及存在表决权差异安排的企业上市标准			
标准	预计市值	营业收入	无
	不低于50亿元	最近一年不低于5亿元	
	不低于100亿元	无	

林琳律师简介

京都律师事务所律师，毕业于中国人民大学。自从业以来，为多家企业提供首次公开发行股票并上市、全国中小企业股份转让系统挂牌、重大资产重组等资本市场法律服务，同时擅长将诉讼与非诉经验相结合，为企业起草审核日常业务及融资合同，并为企业规范运营提供风险把控，同时在民商事诉讼领域也具备丰富的实践经验。

与主板、中小板及创业板企业的上市标准不同，考虑到科创板企业本身的发展阶段、运营特点、财务及科研状况均存在差异，《上市规则》为科创板常规企业设计了以市值为中心，兼顾净利润、营业收入等财务指标的五套上市标准（具体标准如上图），并对红筹企业及表决权有特殊安排的企业作出了例外规定，拟申报企业可根据自身实际情况选择所适用的上市标准，充分体现出了科创板对企业的更强包容性。

四、负面清单

《上市推荐指引》将国家产业政策明确抑制行业的企业，危害国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全的企业明确排除在保荐机构推荐企业范围之外。但结合科创板的定位及证监会的解读，我们判断，鉴于科创板主要针对对我国未来经济竞争力具有重要影响的创新企业，除上述被明确列为禁止的企业外，去产能行业以及金融、房地产等传统行业也应处于科创板的负面清单之中。值得一提的是，虽然时下一些行业风头正盛，但如网络游戏、网络直播等并无核心技术创新、仅是单纯商业模式创新的行业，或是如区块链一般，虽有热度但远远不够成熟的技术企业，也不会得到科创板的垂青。

科创板的备战风向

根据公开信息，截至2019年4月1日，已有共计31家公司的科创板上市申请资料获得上交所受理，经整理，该31家已受理企业情况如下：

	企业名称	行业领域
1	晶晨半导体	计算机、通信和其他电子设备制造业
2	宁波容百	
3	和舰芯片	
4	光峰科技	
5	科大国盾	
6	鸿泉物联网	
7	传音控股	
8	新光光电	
9	安集微电子	
10	睿创微纳	
11	澜起科技	
12	博众精工	专用设备制造业
13	中微半导体	
14	赛诺医疗	
15	贝斯达医疗	
16	安翰科技	
17	利元亨	
18	江苏北人	
19	华兴源创	
20	当虹科技	软件和信息技术服务业
21	中科星图	
22	虹软科技	
23	二十一世纪空间技术	
24	科前生物	医药制造业
25	微芯生物	
26	特宝生物	
27	木瓜移动	互联网和相关服务
28	优刻得	
29	天奈科技	化学原料和化学制品制造业
30	福光股份	仪器仪表制造业
31	交控科技	铁路、船舶、航空航天和其他运输设备制造业

值得关注的是，上述31家受理企业中存在尚在亏损中的企业，也存在新三板转战科创板的企业，而其选择适用的上市标准也存在差异，而上交所在申请受理审核中，着重对申请文件的齐备性进行审查，已受理企业是否满足科创板上市条件取决于后续对信息披露质量及是否符合科创板定位等问题的实质判断，因此，已受理企业不能完全作为科创板上市的范例，但其基本情况也足以让我们管中窥豹，为把握科创板定位及备战风向提供重要参考。

结　语

科创板的正式设立及相应规定的出台，无疑有利于提升科技型企业的融资能力、有助于多层资本市场的构建，并能够推进我国核心技术的自主创新，于国于民均具有重大积极意义。然而，科创板并非为所有拟上市企业均带来了春天，作为一条为科技创新型企业量身打造的上市渠道，在行业领域、财务指标、技术研发等方面对企业均有十分严格的要求，如果盲目申报，不仅会耗费大量的时间和精力，也会打乱企业原本的发展节奏。因此，企业还应结合上述规定及科创板申报的实时动向，判断自身是否满足科创板后备大军的标准，并结合自身情况，选择最适合的融资途径，切不可盲目地试图“分一杯羹”。

他与他的孤独
——《绿皮书》影评

■ 马若飞 / 文

直到1963年，马丁·路德·金与肯尼迪总统见面，要求通过新的民权法以给黑人平等的权利。8月28日，抗议组织在华盛顿特区组织了一次二十五万人的集会，争取种族平等。马丁·路德·金在林肯纪念馆的台阶上发表了著名的演讲——《我有一个梦想》，当“I have a dream”的口号响彻广场时，也标志着20世纪黑人民权运动进入高潮。《绿皮书》的故事正发生在1962年的美国。那一年，正是黑人民权运动全面爆发的前夜，整个联邦治下暗潮涌动，每一位有着坚定梦想的人都在为了那个目标而努力。

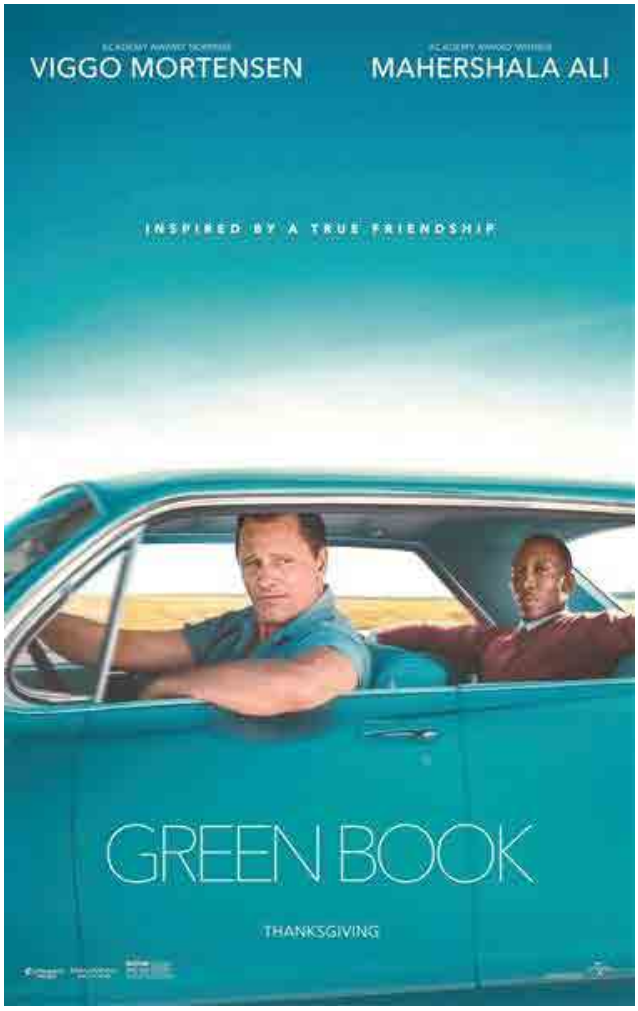
Dr. Donald Shirley（唐）就是这样一位孤独的行者，南部之行必然布满荆棘，但是他义无反顾的踏上了这段旅途。或许，唐自己也不能知晓这段行程的归途甚至意义，他只是选择走了下去，放弃了原本更为丰厚的收入。如果我们不讨论黑人遭受歧视的大背景，仅仅从梦想的角度出发，这是不是也像极了《西游记》的故事，唐带着单纯的梦想出发。另一位主角Vallelonga（托尼）带着骨子里对黑人的歧视和对金钱的渴望，成为了唐的“弟子”。他的使命看上去并没有那么沉重，跟民权也沾不上半毛钱的关系。只是生活所迫，只是最初的一丝小聪明，让托尼不自觉的踏上了“朝圣之旅”的征程。本来只是一次南部的巡回演出，之所以算得上是“朝圣”，并不是因为他们在出发前即已明确了民权的“大目标”，而是在这段旅途中，他们彼此相识，又与自己相知。两个男人也许都不曾意识到，他们能够从对方的眼中看到自己，而那个自己是如此的孤独。这段故事，或者说这段旅途，也就在这样的背景下开始了。

如果评价这个故事是震撼的，那么应该说这份震撼并不是因为什么宏大的场面，比如唐坐在高档轿车里看到自己的同胞们苦命的劳作，又比如在黑人酒吧里的“欢聚一堂”等等。相反的，震撼是来源于平静与乐观，在那样的背景下，电影里并没有呈现出昏暗与压抑，主色调也并非灰色或是更暗。唐保持着优雅，托尼坚守着乐观。

唐不是一个传统意义的黑人，这也使得他在整个南部巡演过程中显得格格不入。那个时代的美国南部对待黑色的皮肤，从来没有一丝丝的宽容。当他携带着自己的优雅穿过一座座城市间的道路时，看到的尽是苦难的同胞，尽是不平等。当作为黑人的他，与他的同胞们眼神交流的时候，从那里得到的仅仅是疑惑，他们看他的眼神，似乎是在责问：这个家伙何德何能，他是怎么人模狗样的穿上这身行头。唐对自己的同胞们也是不解，起初他甚至不觉得自己就是其中的一份子。这次南部巡演，对于唐来说，更像是一次人权卫士的表态。他自觉应该是站在一个第三者的角度和立场，深知自己的与众不同。一方面，他博学、优雅，另一方面，他同样是《绿皮书》的受众群体。他被白人接纳，接受他们的欢呼与赞赏；他被白人隔离，不能食宿在高档的餐厅和酒店。他是孤独的，在成为“唐博士”的过程中，精通了音乐，将美丽的词藻玩弄于

马若飞律师简介

主要执业领域为：商事争议解决、刑事诉讼、刑事法律风险防控服务等，具有财税法背景。曾参与、处理了多起国企债权债务纠纷的争端解决，大型集团企业的风险防控项目，具有丰富的刑事诉讼经验。同时，为企业资产处置、法律风险防控、金融企业合规性审查等业务提供专业服务。



掌股，穿着精致考究，秉持着最高尚的道德标准……但是改变不了的，仍然是黑色的皮肤，是不能被当时世人接受的性取向。自我认知的障碍或许已经深埋在唐的心底，所以如此孤独，甚至不能主动向他唯一的亲人迈进一步。

托尼则是一名传统的意大利后裔，与家族的人围坐在饭桌旁祈祷，有美丽贤惠的妻子操持者家务，在高级酒吧、夜总会都有自己的关系网，穿着稍显宽肥的西服套装，嘴里经常性的吞云吐雾，娴熟的将每一拳打到对方的脸上，并深谙这市井之中的处世之道。在他的世界里，似乎只有金钱是唯一的烦恼。尽管如此，他也不觉得自己会与这个世界为敌，只因为那白色的皮肤，所以就有权利傲慢的将黑人工人用过的水杯扔到马桶。托尼的孤独，也许不能与唐类比，他起初对所处的环境没有敌意，对自己的生活从来都是放任的态度，也从未有过可以优雅或者的念头。然而，润物细无声，托尼的孤独在于与自己的相处。从将水杯扔进马桶，到因为恶毒的警察骂出“You half a nigger yourself（因为你自己也是半个黑鬼）”而挥拳，再到陪着“唐博士”终于任性的离开Birmingham。他开始明白该如何运用文字向亲爱的人表达爱意，他开始担心公路上的巡警。哪里有什么天赋高人一等的权利，无非都是在人间游走，与其放任自己，不如干脆宽容去爱。

两个孤独的人走到一起，往往都是温馨的结局。《绿皮书》的别致之处，在于平静。整个故事中掺杂着不公、压迫、欺凌，甚至还有来自于唐的同胞们的愤怒、窥视，抢劫与枪支、同性等敏感的主题也都在影片中予以体现。但是这些都没有影响整个故事平稳的叙事节奏，反而在舒缓的画面中泛起涟漪。

这个故事中，并没有什么宏伟的蓝图，也没有讲什么大爱的道理。故事的重心就是在两个孤独的人之间徘徊。唐的孤独写在脸上，他每每怀疑自己的处境，总会喝上一瓶威士忌，然后静静地向远方望去，一切看上去都是如此的深邃。他是否能够沉着的与这个世界相处，恐怕并不像表现出来的那样，我们更多的看到，是时而悲伤，时而惶恐。托尼的孤独并不大能表现的出来，虽然是白色的皮肤，但这回轮到白人做一回“粗人”。托尼推动着行程一步步的向前，旅途也因为他而显得紧凑。起初，他甚至不屑于将行李搬到车子的后备箱，但是当南部之旅结束后再次回到围坐着宾朋的餐桌前，他却终于沉默，像极了“唐博士”。这个时候他在思考民权？还是只是思念那个可怜的唐？不得而知。但是当两个人在圣诞节相拥的时候，故事的主题也就显得明朗了。就像之前说的那样，这个故事里没什么大道理，但这仿佛就是最大的道理。两个人的相拥，黑人与白人的相拥，Dolores（托尼的妻子）与唐的相拥，终究会让看故事的人明白，情感终究会战胜那些教条，会战胜那些原则，会战胜那些道理。

他与他的孤独，终于走向了妥协，不是与那个时代的妥协，而是与彼此的妥协。托尼欣赏唐的才华，知晓唐的孤独，而唐也终于走出自己，去尝试征求一个白人的接纳。1962年的美国，在大苹果城，他们的孤独战胜了孤独。

我的京都梦

■杨大民 / 文

我认识京都的时候
京都还在孕育之中
那是1993年的秋天
大邱庄命案
朱佩金无罪
西北航空公司被集体诉讼
九十年代初期的大案要案
才是京都诞生的密码

2004年春天
当我走进京都的那一刻
席卷全国的疫情刚刚结束
比疫情更惊心的案件
也刚刚落幕
沈阳黑社会刘涌案
福布斯富豪杨斌案
云南省长李嘉廷案
每一个案件都不仅仅是案件
每一个案件都需要法律解题
每一个案件都有京都辩护士
也是在那个被“非议”的时期
京都开始了自己的改革
向专业化 团队化 综合化迈进

从人寿大厦到远洋光华
我在京都已经十五年了
十五年不长也不短
我在京都一天天成长
时光已经染白了我的秀发
但我，依然是一名学生
因为，72岁的田文昌老师还在经常出庭
因为，64岁的曹树昌律师还在不停奔波
因为，55岁的杨照东律师还在据理力争
因为，48岁的朱勇辉律师还在天天健身

在追求梦想的路上
京都人都是我的榜样
给了我智慧和勇气
法律人永远在路上
京都人永远在奔跑
放眼今日
多少法律人云集京都
多少青年律师奔向京都
这就是京都的魅力
这就是京都的未来

2019年刚刚开始
我要在京都
开启我的第二个十五年
我已经把青春献给了京都
我还要把余生献给京都
因为京都
是我们梦想开始的地方
也是我们圆梦的地方
这个梦叫——京都梦
这个梦叫——律师梦
这个梦就是民主与法治之梦

我的京都梦

■唐利君，董晓璇，倪燕秋，钟新良 / 文

01→

有人说，春秋时的邓析已经萌生了法家思想
悠远的历史长河，是你的沧桑
光荣的京都律师，你来自何方？
我走向华夏的第一步
跟随着改革开放的隆隆炮响
我初开风气的第一声
回荡在庄严肃穆的紫禁城上
尽管步履蹒跚，但一直斗志昂扬
历经24年的征程
终于我开始了茁壮成长
从一条小溪，汇成了五百多人的汪洋

02→

有人说，你生来自带天使的光芒
有时又挥动着魔鬼的翅膀
光荣的京都律师，你是什么模样？
庄严的国徽闪耀在头顶
公正的天平深烙在心上
一袭黑色的战袍和内心坚定的信念是我们的全副武装
从诞生的第一天起，我们手中就紧握信念理想
在肃穆的法庭上，我们慷慨激昂
但我们既不是天使，也不是魔鬼
既不能代表正义，也不能代表邪恶
我们只是在尊重法律、服务法律的前提下，运用法律手段最大限度地维护委托人的合法权益。
为的是维护法律的正确实施
为的是维护社会的公平正义

03→

有人说，你不知疲倦的日夜奔忙
在法治建设的道路上播撒阳光
光荣的京都律师，什么是你的追求与期盼？
我们奔走在繁华的城市、偏远的乡村
我们穿梭于繁杂的纠纷、百变的商场
面对不公，我们挺身而出、唇枪舌战，锐不可挡
面对弱者，我们惩恶扬善、无偿援助，理所应当
以法律为剑，以正义为枪
把当事人的期盼，当作一枚最美丽的勋章
既然选择了律师
当无助的当事人向我求救的时候
当巨大的冤情摆在我面前的时候
当我置身于社会政治生活、经济生活各种冲突的漩涡之中而无法回避的时候
当我以专业的嗅觉发现一些社会的弊端而又无法容忍的时候

当我意识到以自身的专业能力还可以为实现公平正义作出一些贡献的时候

我就要挺身而出，做人民利益最坚定的维护者

我就必须挺身而出，做推动国家法治发展的中坚力量

04→

有人说，你是自由不羁的职业游侠

各自为战，独立自强

光荣的京都律师，什么是你的使命和担当？

不忘初心，我们砥砺奋进

牢记使命，我们阔步前行

新时代应有新作为，新阶层应有新担当

谋幸福，我建诤言，为国分忧

谋复兴，我献良策，与党同心

建法治，我情切切，责无旁贷

促和谐，我解纷争，正直坦荡

05→

有人说，你是坚定的唯物主义者

实事求是，天下为器

光荣的京都律师，什么是你的梦想？

我梦想有一天，京都能够以自身无可阻挡的魅力吸纳更多的精英加盟，能够以理论与实务结合的独特优势成为造就律界精英的人才基地，能够以自身强大的能力走向全国，走向世界。

我梦想有一天，京都律师行遍华夏大地，做扶正法治天平的砝码，在维护司法公正和社会正义的同时，推动立法与司法体制改革，为祖国真正实现法律的真谛：“法律面前，人人生而平等。”

我梦想有一天，民主意识深植人心，改革之风返假归真

讲真话，重拾人心

办实事，取信于民

兴民主，万众一心

重法治，天下太平

最后，我梦想有一天，幽谷上升，高山下降；坎坷曲折之路成坦途，正义之光，满照人间！

这就是我的京都梦！

报效祖国，芳华尽献！

勠力同心，奋勇前行！

我们就是当代的中国律师！

创新进取，继往开来

——2019京都年会盛典

辞旧岁欢欣鼓舞庆胜利，迎新春豪情满怀谱新篇。走过改革开放四十周年，沉淀二十三载，京都成为中国律师事务所的一面旗帜，砥砺前行，未来仍需奋斗不止。1月27日，创新进取·继往开来——京都律师事务所2019年会盛典在北京伯豪瑞廷酒店璀璨绽放。数百名京都人欢聚一堂，共享年会盛宴，共庆荣耀时刻。

书法作品

作者：王九川律师

北京总所
地 址：北京市朝阳区景华南街 5 号
远洋光华国际 C 座 22–23 层
邮 编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86–10) 57096000
传 真：(86–10) 85251268
邮 箱：info@king–capital.com

深圳分所
地 址：深圳市福田区民田路171号
新华保险大厦17楼
邮 编：518048
电 话：0755 – 33226588
传 真：0755 – 33226566
邮 箱：shenzhen@king–capital.com

上海分所
地 址：上海市南京西路 580 号
（仲益大厦）3903A 室
邮 编：200041
电 话：021–52341066 52341099
传 真：021–52341011
邮 箱：shanghai@king–capital.com

大连分所
地 址：大连市沙河口区体坛路22号
诺德大厦19层01—02室
邮 编：116021
电 话：0411–85866299
传 真：0411–84801650
邮 箱：dalian@king–capital.com

天津分所
地址：天津市南开区长江道金融街
中心A座1708
邮编：300037
电话：022–88351750
传真：022–28131519
邮 箱：info@king–capital.com

南京分所
地址：南京市建邺区庐山路188号
（新地中心）4004室
邮编：210019
电话：025–8523 1119
邮 箱：nanjing@king–capital.com

www.king–capital.com