



P39 房地产与建设工程领域热点法律问题解析

P35 特稿 / 真正形成法治思维的习惯——田文昌律师在北京大学国际法学院2019年毕业典礼上的致辞

P64 京都论坛 / 国内首家刑民一体化司法研究中心成立 学术+实务资源助推刑民一体化研究

P79 京都实务 / 5亿用户时代来临，在线音频内容版权的运用及维权

P110 京都论法 / 科创板适合哪类企业，我们准备好了吗

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、婚姻家庭、劳动法律，特别是金融、房地产与建筑工程、基础设施与公用事业等方面为客户提供全方位、高水准法律支持与服务，是中国大型综合性律师事务所。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。🏆



敬业和专注才有无限可能

杨斌



我在撰写本期《京都律师》卷首语的时候，西北政法大学刑事辩护高级研究院师资研修班在呼伦贝尔继续培训继续烧脑，本期培训的主题是“鉴定类证据的质证”。72岁的田文昌老师从北京飞到海拉尔，和来自全国各地的刑辩律师一起共同梳理和总结，为刑事辩护的精细化、系统化、规范化而努力着。这已经是师资班的第六期培训，他们要为中国刑事辩护事业梳理总结出一套系统的“刑辩方法”和

“辩护技能”。将来会以《刑事辩护实务教程》和《刑事辩护实训教程》的形式呈现给法学界和律师界。这是田文昌老师的创意和目标，也是他一生追求的理想和坚持的专业。

我经常在想，是什么力量让古稀之年的田文昌老师，乐此不疲，依然孜孜不倦呢？

近一周时间内，因为工作的原因，我先后与74岁的著名书法家庞中华，73岁的好莱坞导演吴宇森，62岁的喜剧表演艺术家赵本山会面，沟通，相聚。我从他们的故事里，从他们的言谈中似乎找到了答案。

庞中华老师给我讲了一个他自己的故事。上世纪九十年代，有一位省级领导对中华老师说“庞老师，认识您这么长时间了，您怎么不找我啊？”庞老师说：“我没有什么事情，找你干什么呢？”省级领导说：“我可以帮您啊”。庞老师笑着说：“我的事你也帮不了啊？”省级领导疑惑的说：“什么事情呢？我帮不了。”庞老师幽默的答：“我要进一步提高我的书法艺术水平，你能帮我吗？”省级领导瞠目结舌。

我在吴宇森导演工作室帮他们分析一项电影合作项目的法律事宜。茶歇时，吴导突然站起身对我说：“杨律师，我上楼去，一会儿就下来。”我以为吴导累了，需要回房间休息。四十分钟后，吴导回到讨论现场，我问：“您休

息好了？”吴导笑着说：“我没有休息，刚才去楼上的剪辑室剪辑了一会儿电影片子。”我愣住了，感叹道：“剪片子？吴导您太敬业啦！”在一旁的吴太太笑着说：“这辈子，吴宇森对电影的爱胜过他对自己孩子的爱。他确实非常用功，非常努力，非常敬业。”

见到赵本山老师时，已经是晚上九点多了，他刚刚从《刘老根3》的片场赶回本山传媒。我们聊了近两个小时。关于本山传媒，关于刘老根大舞台，关于绿色二人转。我说：您不要那么辛苦了，自己还要去片场盯片子。赵老师说：“自己不盯着，总不放心啊。”我感受到他的话语间眉宇间全是对喜剧的热爱。

庞中华老师作为中国硬笔书法第一人，把书法写到了极致。

吴宇森老师作为进入好莱坞的第一位华人导演把电影拍到了极致。

赵本山老师作为中国喜剧界的大师把喜剧事业创作到了极致。

田文昌老师作为中国刑事辩护第一人把刑事辩护做到了极致。

更让我们钦佩和感动的是四位老师每一个人都已经功成名就，誉满天下，但是他们仍然在各自的领域继续努力着，工作着，创造着。这就是热爱的力量，专业的力量，专注的力量。

年轻人，让我们赶紧去努力吧，敬业和专注会让你的人生精彩，让你的生命充满无限可能。

马克·吐温说：“我们生到这个世界上来是为了一个聪明和高尚的目的，必须好好地尽我们的责任。要把敬业乐业当作做人的根本，当作做人的灵魂。”



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	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
赵岐龙	李 波	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 龙之月文化有限公司 孟实

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

天津分所电话 022-58963439

网 址 www.king-capital.com

邮 箱 info@king-capital.com

目 录

卷首语

敬业和专注才有无限可能 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

真正形成法治思维的习惯

——田文昌律师在北京大学国际法学院2019年毕业典礼上的致辞 田文昌 / 35

封面主题

房地产与建设工程领域热点法律问题解析

浅析房地产开发企业破产案件之债权的优先受偿权 孟冰 杜雅琪 / 39

建设工程项目委托建设管理合同要点分析 秦庆芳 吴欣荣 / 46

解析建设工程施工合同纠纷要点七步法 王春军 / 50

委托代建模式下委托单位与施工单位法律关系检视 贾严 / 56

房地产乱象之“二次开发”到底是不是开发 孟冰 木煜 / 61

京都论坛

国内首家刑民一体化司法研究中心成立 学术+实务资源助推刑民一体化研究 / 64

京都召开建设工程领域刑事案件大数据分析研讨会 / 69

《2018年度建设工程领域刑事案件研究报告》发布！

南开大学国际信托法前沿论坛顺利召开 学术研讨助推信托业务更好发展 / 73



追求卓越 不负重托

京都律师

封面题字 江 平

京都实务

国企管理人员职务犯罪现状简析

——国企职务犯罪实务系列（上篇） 张启明 许明 / 79

中美贸易新形势下国际货物贸易合规实务浅析

——基于海关与风险防控的视角 杨柳 钱镔 / 86

5亿用户时代来临，在线音频内容版权的运用及维权 金燕 崔慧莲 / 93

火线解读发改委1098号PPP新规 提高决策科学性 加强全过程管理 刘敬霞 / 100

京都论法

慈善的终极意义与制度供给 韩良 刘红玉 / 105

冲突视角下的股权交易结构问题探讨 张立琼 / 110

科创板适合哪类企业，我们准备好了吗 肖小保 / 115

企业针对不愿意缴纳社保员工的正确处理方式 贾宝军 许可 / 119

律师·生活

让时间披上光彩和喜悦——读《生活是很好玩的》有感 刘铭 / 123

律·诗

牧马余生 杨大民

乡思 刘铭 / 124



2019年第1期
总第127期 季刊

业 绩

朱勇辉、聂素芳律师办理的近2亿元虚开 增值税专用发票案收到不起诉决定

近日，京都律师事务所主任朱勇辉律师及合伙人聂素芳律师办理的某化工企业员工（以下化名化某）涉嫌虚开增值税专用发票一案，在案件一审开庭审理结束近9个月之后，检察机关向法院撤回对化某的起诉，法院做出了准予撤诉的裁定。一周后，检察机关对化某做出了不起诉决定。

本案是典型的石化行业变票类案件，公诉机关指控，涉案企业之间在没有真实货物交易（认定无真实交易的主要理由为无真实的仓储和运输）的情况下，采取资金回流、虚假支付的手段，虚开增值税专用发票，涉案价税合计近2亿元。

朱勇辉、聂素芳律师在案件进入审判阶段才接受委托。接受委托后，两位律师通过向当事人了解情况并详细查阅案卷材料后发现，虽然本案涉案的交易流程中多家贸易企业没有进行真实的货物运输及仓储，但各交易环节的上下游企业之间均按照提单贸易的模式进行了物权转移交割，实际上是完成了货物的交付。更重要的是，辩护人通过向当事人所在单位调查了解，结合案卷中已有的材料发现，本案确实存在真实的货物来源，并非起诉书指控的没有真实货物交易。而中间某些企业变票的环节



朱勇辉律师



聂素芳律师

（化某所在企业没有参与变票），虽然可能造成消费税的流失，但此种行为应定性为逃税，应先由税务机关处理。其次，对于资金流向，两位律师通过逐笔梳理涉案资金流转金额及去向，指出本案不存在起诉书指控的资金回流。此外，律师还发现，从案卷材料来看，本案所有的交易均是企业与企业之间的交易，而化某并非其所在企业的业务负责人，对相关涉案业务并不清楚，不应对与业务有关的相关行为承担刑事责任。在上述事实的基础上，律师在法庭上对化某做了不构成虚开增值税专用发票罪的辩护，并通过向单位取证以及摘取案

卷中的相关材料，向法庭提交了能够证明本案存在真实货物以及真实物权交割的相关证据。最后，在梳理上述事实的基础上，律师更是指出本案的实质，即此类变票类案件的整个交易过程中，行为人主观上不存在虚假抵扣增值税款的目的，客观上也未造成国家增值税款的损失，不应以虚开增值税专用发票罪论处。

最终，经过朱勇辉、聂素芳律师的专业辩护和不懈努力，在案件开庭结束近9个月后，检察机关对化某做出了不起诉决定。



业绩

从合同诈骗到无罪不起诉 梁雅丽律师成功 维护企业家合法权益

近日，由京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师代理的企业家孙某被控合同诈骗数百万元案，经过梁雅丽律师出色而有效的刑辩工作，成功获得检察机关不起诉决定。

随着我国市场经济的发展，合同纠纷多发，很多原本可以通过民事程序正常解决的问题，被有些不良企图者故意借刑事程序试图作为合同诈骗犯罪处理，致使企业家和企业的正常经营秩序被干扰，合法权益受到损害。而通过精细化辩护，依法维护企业家的人身自由和财产权利，一直就是梁雅丽律师近年来工作的重点，孙某案的成功正是其中取得的优秀成果之一。

孙某系浙江一常年从事市场推广、销售代理服务企业的经营者，因一份价值3000万元的推广销售合同出现履约争议，公安机关于2018年3月对其公司及其本人以涉嫌合同诈骗罪立案，并对孙某决定拘留。接受委托后，在面临侦查阶段信息知情受限的困难下，梁律师在多次与公安机关进行充分沟通的基础上，通过开展实地调查，全面取证，制作详细书面辩护意见等专业、精细的辩护工作，最终为委托人争取到了不起诉的无罪处理决定。

实地调查研判， 明确核心辩护要点

孙某被公安机关立案羁押事发突



↑ 梁雅丽律师

然，其员工和家人因一下失去“主心骨”陷于慌乱中，无法为律师提供有效信息帮助。为了给委托人孙某办理取保候审申请手续，梁雅丽律师抓住批捕这一重要法律程序，立即赶赴浙江与检察院负责批捕的检察官联系，7日内三次提交法律意见，并进行耐心地交流和沟通，终于为孙某办理了取保候审。

同时，由于在侦查阶段，律师无法通过阅卷全面了解案件情况及掌握侦查机关立案的事实依据和证据基础，辩护工作面临挑战。为了尽快全面掌握案件情况，梁雅丽律师数次南下，到孙某的公司进行实地调查。在全面调阅公司合同档案、财务资料，走访业务人员后，

梁雅丽律师确立了该案件的工作方案和核心辩点：即证据说服之辩，通过辩方提交证据的方式，打破侦查机关对案件的倾向性认识，证实孙某从未具有侵占合同款的主观故意。

全面迅速取证， 精耕书面律师意见

根据已确定的辩护方案，梁雅丽律师围绕如孙某公司的基本业务模式、经营状况、涉案业务开展情况、公司财务记账情况、业务履行受阻的客观原因等所有可直接证实或佐证孙某不具有诈骗故意的方向进行全面取证，形成提交侦查机关的“无罪证据材料”。同时，结合这些证据材料，进一步对书面律师意见进行精细化处理，形成充分的无罪辩护理由：

一是孙某公司是一家具有9年专项行业经验，长期从事销售服务推广、招商等业务的专业公司，具有向合作方提供合同约定业务的资质和能力。

二是合同履行期间，孙某公司从合作方收取的款项的账目记载符合财务管理规范。

三是合同履行过程中，孙某公司成立了专门的项目组，以团队化模式稳步开展产品营销，积极履行合同约定。

四是因市场情况发生意外变化，导致合同履行结果出现偏差。但孙某公司之后始终致力于弥补损失、解决问题。

业绩

五是近期孙某公司出现的亏损属于业务转型调整对经营带来的正常影响，公司保持平稳运行，各项业务履约情况正常，不能因此认定孙某公司不具有履约能力，存在诈骗故意。

**耐心细致沟通，
稳步实现案件突破**
侦查起诉阶段的辩护与审判阶段辩

护相比，虽然少了“唇枪舌剑”，但更需要另一种温情与理性的沟通，通过辩点与证据进行有效说服，打破侦查与公诉机关的有罪思维定式。

孙某案中，因控方系当地知名企业，侦查与公诉机关的保护性倾向相对更为明显。梁雅丽律师通过多次耐心、细致地沟通工作，最终用丰富的证据和有效辩点成功说服了公安和检察机关，

不仅在侦查阶段成功为孙某改变强制措施，由羁押至取保候审，更在审查起诉阶段让孙某最终获不起诉的无罪处理决定。

目前，孙某已再次投入企业经营工作中，其公司的经营秩序也得以完全恢复。梁雅丽律师专业、细致、高效的辩护服务，获得了委托人和企业的一致赞誉。👍

京都所汤建彬律师辩护的河北省最大 毒品案成功摘掉恶势力定性

近日，由京都律师事务所合伙人汤建彬律师承办的河北最大贩毒案由保定市中级人民法院一审宣判，该案系河北警方破获省内单次缴获毒品量最大的贩卖毒品案，起诉书中指控该案第一被告王某某等5人为恶势力犯罪集团。汤建彬律师担任该案第一被告人王某某的辩护人，经充分研究案件，专业细致辩护，成功摘掉“恶势力”定性，8条辩护意见被法院采纳，基本实现了一审辩护目标，为二审量刑及财产辩护打下了较好的基础。

成功摘掉“恶势力”定性

起诉书指控“以被告人王某某为首，被告人刘某某、张某、苏某、李某某组成贩毒恶势力犯罪集团”，汤建彬律师提出“起诉书指控的恶势力犯罪集团不能成立”的辩护观点，从将王某某



汤建彬律师

等人认定为恶势力明显错误、认定为犯罪集团明显错误、认定为恶势力犯罪集团明显错误等角度进行了充分说理论证。

一审判决采纳了该辩护观点，认定“王某某、刘某某、张某、苏某、李某

某等人为牟取不法经济利益实施的贩毒违法犯罪活动，不具有为非作恶、欺压百姓等特征；王某某、刘某某实施的寻衅滋事犯罪活动属事出有因，且未共同故意多次实施恶势力惯常实施的违法犯罪活动，故王某某等人的罪行不符合恶势力犯罪集团的特征及表现形式，对该辩护意见予以采纳。”

不构成非法持有、储存弹药罪， 非法储存枪支罪

起诉书指控被告人王某某构成非法持有、储存弹药罪，汤建彬律师提出“查获的子弹未被鉴定为刑法意义上的弹药，不能认定构成非法持有、储存弹药罪”的辩护意见。一审判决采纳了该辩护观点，认定“查获的子弹数量未达到立案标准，且部分未做鉴定，指控王某某构成非法持有、储存弹药罪，不予



业绩

认定，对辩护人关于王某某不构成非法持有、储存弹药罪的辩护意见予以采纳。”

起诉书指控被告人王某某构成非法储存枪支罪，汤建彬律师提出“在案证据无法证明王某某对枪支来源具有主观明知”的辩护意见。一审判决采纳了该辩护观点，认定“王某某对李某某所放枪支的来源未予供述，且无其他证据证实王某某对该枪支来源明知，故指控其非法储存枪支证据不足，对该辩护意见予以采纳。”

多起贩卖毒品指控未认定

起诉书指控被告人王某某共参与5起贩卖毒品的犯罪行为，汤建彬律师通过会见被告人，仔细研究全案案卷材料，提出王某某仅参与了其中1起，指控王某某参与其余4起贩卖毒品犯罪行为的证据不足。一审判决采纳了汤建彬律师的辩护意见，对该4起指控事实均未予以认定。

一审法院共采纳了8条辩护意见

一审法院采纳了汤建彬律师提出的共计8条辩护意见，具体如下：

1.关于贩卖毒品罪的第一起指控，一审法院采纳了辩护律师提出的“鉴定程序存在瑕疵”的辩护意见；

2.关于贩卖毒品罪的第三起指控，一审法院采纳了辩护意见，认定“冰毒来源于王某某的证据只有王某某在侦查机关的供述，无其他证据印证。对王某某及其辩护人意见予以采纳”；

3.关于贩卖毒品罪的第四起指控，一审法院采纳了辩护意见，认定“冰毒来源于王某某的证据只有王某某在侦查机关的供述，无其他证据印证。对王某某及其辩护人意见予以采纳”；

4.关于非法持有、储存弹药罪的指控，一审法院采纳了辩护意见，认定“查获的子弹数量未达到立案标准，且部分未做鉴定，指控王某某构成非法持有、储存弹药罪，不予认定，对辩护人关于王某某不构成非法持有、储存弹药罪的辩护意见予以采纳。”

5.关于非法储存枪支罪的指控，一审法院采纳了辩护意见，认定“王某某对李某某所放枪支的来源未予供述，且无其他证据证实王某某对该枪支来源明知，故指控其非法储存枪支证据不足，对该辩护意见予以采纳。”

6.一审判决在“本院认为”部分采纳了辩护律师提出的“罪名不当”的辩护意见，认定“指控王某某之行为构成非法持有弹药罪，非法储存枪支、弹药罪，罪名不当。对辩护人的该辩护意见予以采纳”。

7.一审法院采纳了辩护律师提出的“恶势力犯罪集团不能成立”的辩护意见，认定“王某某、刘某某、张某、苏某、李某某等人为牟取不法经济利益实施的贩毒违法犯罪活动，不具有为非作恶、欺压百姓等特征；王某某、刘某某实施的寻衅滋事犯罪活动属事出有因，且未共同故意多次实施恶势力惯常实施的违法犯罪活动，故王某某等人的罪行不符合恶势力犯罪集团的特征及表现形式，对该辩护意见予以采纳。”

8.一审法院采纳了辩护律师提出的“涉案冰毒未流入社会，社会危险性相对较小”的辩护意见。

至此，一审阶段性辩护目标已基本实现，为二审量刑辩护、财产辩护打下了较好的基础，一审阶段提出的“不排除共犯的地位作用大于王某某”、“存在法定酌定从轻情节”等辩护意见也为二审阶段的辩护做了铺垫。

京都金杰律师代理著名作家周梅森《人民的名义》被诉侵权案 上海浦东法院一审宣判 驳回原告的诉讼请求

4月24日下午，正值世界知识产权日前，京都金杰律师代理的著名作家周梅森《人民的名义》被诉侵权案，上海市浦东新区人民法院对本案作出一审判决，认定被告周梅森不构成侵权，驳回

原告刘三田的诉讼请求。参加旁听宣判的有浦东新区的人大代表、政协委员，中央及上海媒体的记者近50人。

《人民的名义》小说及电视剧本作

者、著名作家周梅森认真研读并高度赞赏上海浦东法院依法作出的公正判决，周梅森说，“该案的审理过程和判决结果体现了法官高超的职业水准和严谨的敬业精神”，“该案的判决以事实为

业 绩

依据，以法律为准绳，公正客观，分析有据，说理透彻，让人信服”。“此案在世界知识产权日宣判，具有标杆性意义”。周梅森向该案的法官表示了由衷的敬意。

2017年3月，著名作家周梅森为编剧的反腐电视剧《人民的名义》热播，引起社会广泛关注。此后，原告刘三田认为《人民的名义》小说和电视剧涉嫌抄袭自己的作品《暗箱》，向法院起诉该剧编剧、著名作家周梅森及七家共同出品人侵犯其著作权，要求小说《人民的名义》全面下架并赔偿其经济损失1800万元。

京都律师所高级合伙人金杰律师代理著名作家周梅森等八被告。上海浦东法院组织双方经过两次庭前交换证据，于2018年12月27日，公开开庭审理了本案。庭审中，金杰律师结合两部作品的具体对比，详细论述了两部作品存在实质性区别，不存在抄袭的事实，请求法院驳回原告的诉讼请求。金杰律师在答辩中表示，经过对比两部作品，不存在被告抄袭原告作品的事实，被告作品《人民的名义》与原告作品《暗箱》是两个完全不同的故事，具有实质区别，主要体现在以下方面：

1、作品主线和核心事件不同

《人民的名义》围绕检察官侯亮平查办贪腐案件展开，反映了汉东省的官场政治生态。反腐主线贯穿作品全程，是作品的核心事件和内容。展现了当代检察官维护公平正义和法治统一的风采，弘扬了党和国家着力反腐的决心



京都律师事务所金杰律师和其助理杨文律师

和力度。《暗箱》围绕企业转制和记者季子川与省长刘云波之间的情人关系展开，该关系贯穿《暗箱》的全过程，是作品的核心事件和内容。重点展示官商勾结、高官腐败的故事。

2、叙事结构不同

《人民的名义》以检察官侯亮平的侦查行动为叙事主线，以大风厂为故事的辅助线索，讲述了检察官查办贪腐案件中艰辛、曲折的故事，揭露了高育良、祁同伟、丁义珍等腐败贪官，揭示了汉东省官场政治生态中存在的问题。由于党和国家加大惩治腐败的力度，使贪官受到法律的惩罚。而《暗箱》以官场和商场为背景，只展示官商勾结和官员腐败问题，并没有描写如何惩治腐

败。通过企业转制过程的描写，将记者季子川与省长刘云波之间的情人关系作为小说的主线，详细表述了高官与情人之间情感的产生和发展过程，展示了在企业转制和项目开发中官商勾结的腐败人物和现象。

3、故事桥段不同

《暗箱》中涉及的桥段并不多，与《人民的名义》差距很大，两者描写的内容、语言、事件、人物、情节均不同。

4、人物关系设计不同

《人民的名义》中设计的人物有检察官侯亮平、陈海、季昌明、陆亦可、林华华等，有省委书记沙瑞金、政法委



业绩



书记高育良、市委书记李达康、公安厅长祁同伟、局长赵东来、市长丁义珍、以及易学习、欧阳菁、高晓琴等七十多位有名有姓、性格鲜明的人物，在人物关系的设计上与《暗箱》存在天壤之别，没有可比性。在人物职位和经历、性格描写、人物之间发生的联系及交往的过程等均完全不同。

5、人名不同

《人民的名义》中的人名与《暗箱》中的人名没有任何的关联性。原告的比对完全是根据主观臆想，硬性套搬的结果，毫无根据。

6、原告起诉状中提到的特定暗扣，同样不能证实抄袭模仿的问题。

综上，被告认为，原告起诉被告依据不足，不能证明被告的作品抄袭了原告的小说，故请求依法驳回原告的诉讼请求。

一审判决在分析中认为，著作权法保护的是作品的表达，而不延及作品的思想。被诉侵权作品只有在接触并与权利人的作品在表达上构成相同或实质性相似的情况下，才构成侵权。

小说、影视作品大多数来源于现实生活，不同的人创作的作品存在一定的相近情节、场景等均属正常。同时为鼓励作品的创作，还应允许合理的借鉴。在作品著作权侵权判定时，先要判断权利人主张的元素是属于不受著作权法保护的思想，还是属于受著作权法保护的具有独创性的表达，同时要剔除属于公有领域的表达和表达方式有限的表达。

在过滤不受著作权法保护的内容之后，作品是否构成侵权的关键就要看两部作品的整体结构、具体情节、人物关系以及场景等方面的表达是否相同或实质性相似。在作品实质性相似的比对中，对结构、人物等的分析往往与情节相互交织。只有当作品的结构、人物等通过故事情节的设计、发展，按照一定的顺序前后衔接并贯穿起来，形成足够具体的、个性化的表达后，才受著作权法的保护。对作品结构是否相似可从作品的主题、情节组成内容、情节发展顺序以及情节层次作用等方面予以综合判断。

原告小说《暗箱》与被告小说及同名电视剧《人民的名义》既不存在文字表达上的字面相似，也不存在作品整体

结构、具体情节、人物关系等具体表达上的非字面相似。故原告主张各被告侵犯其改编权、署名权、摄制权、获得报酬权没有事实和法律依据，本院不予支持。

一审判决针对具体对比点，进行了详细的分析和评价。比如，关于作品的整体结构比对，一审判决认为，原、被告作品反映的主题不同，形成作品整体结构的情节组成内容、发展顺序、层次作用均不同，其所作的作品整体结构对比是基于其主观需要对两部作品中的部分情节进行了不当的概括和拼凑，人为造成两部作品整体结构相似的假象，故原告在本案中主张的作品整体结构相似没有事实依据，本院不予支持。

关于作品具体情节的比对，一审判决认为，被告作品中还存在更多的关键情节，但原告撇开这些情节而仅将部分情节组合后作为作品的结构进行比对，显然是片面的，不完整的。

关于形成作品整体结构的情节发展顺序，一审判决认为，由于原告提炼的整体结构下的情节不准确、不完整，因此原告归纳的情节发展顺序亦不准确，无法得出原、被告作品在情节发展顺序上相似的结论。原、被告作品在形成作品结构的情节发展顺序上完全不同等等。

同时，一审判决还针对原告主张的原、被告作品在人物名称上也存在相似，暴露出抄袭痕迹问题，分析认为，作者在创作过程中对人物角色取名时可能会根据其所处的年代、性格特征等作一定的考虑，但从思想和表达二分法的

业 绩

角度来分析，由于人物的名称一般由两到四个字组成，过于简短，不能体现作者的个性化选择，无法反映作者的思想，也很难构成有别于思想的表达，因此不符合作品的独创性要求，无法获得著作权法的保护。本案中，原告主张相似的人物名称和公司名称使用的都是常见的汉字，在我国人名、企业名称相同是常见现象，有时也具有时代特征。因此，人物和企业名称的相同或相似并不

能证明侵权的成立，更何况原、被告作品中的名称并没有完全相同的，只有其中一个或两个字相同。同时，原告主张名称相似的人物与被告作品中对应的人物在故事中的角色、人物性格、人物特征、经历等方面均不相同，没有关联性也没有延续性，因此完全没有可比性。

该案的宣判，也引起了社会公众及专家学者的广泛关注和热议。对此金杰律师认为，本案的重要意义还在于，

对著作权等知识产权的保护必须加强，但同时，作为当事人在诉讼之前，应当咨询著作权方面的专业法律人员，防止滥用诉权，既浪费司法资源，也损害原创作家的声誉，误导公众。作为法律专业人员，更应当对当事人尽到指导诉讼的法律责任，避免误导当事人诉讼，最终使当事人既输了官司，也带来经济损失。

京都所高级合伙人柳波律师“程序辩护”再现力作—— 辽阳黄某某涉嫌敲诈勒索二审案被发回重审

近日，京都律师事务所高级合伙人柳波律师办理的辽阳黄某某等被控敲诈勒索二审一案，已被辽阳市中级人民法院依照刑事诉讼法238条第4项，以“原审审判程序违法”，将本案发回一审法院重新审判。这是柳波律师办理的众多辩护成功案件中的又一“程序辩护”的成功之作。

柳波律师介绍说，刑事诉讼法238条规定了二审人民法院应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判的五种情形，其中第4项是“审判组织的组成不合法的”。黄某某涉嫌敲诈勒索一案也是在当地比较有影响的案件。据此前媒体报道，黄某某所在的辽阳永信客运有限公司在辽阳经合法审批拥有一条线路，即辽阳至佟二堡。杨某所在的辽阳大乘实业有限公司是一家经国企改制的企业，占有辽阳70%的客运资源。2017年10月26日至11月13日，大乘公司组织



柳波律师

数十人甚至有时多达上百人、十几辆车辆人员强占永信客运有限公司仅有的辽阳到佟二堡线路，时间长达20天。而在此期间的2017年11月7日，人大大乘公司高管杨某、丁某、刘某某、岳某某、张

某、佟某、郭某某等以及公司员工800余人在同一份打印的举报材料上联合签名之后，由上述高管集体到辽阳市公安局举报黄某某2017年10月一天到杨某的公司敲诈勒索其500万元，同时提交了杜某某等18名人大代表关于此事的联名信。随后黄某某被抓，引发本案。可能是基于这些原因，本案一审组成了七人合议庭，其中四人是人民陪审员，依照2018年4月27日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二次会议通过《中华人民共和国人民陪审员法》第十条，人民陪审员应由基层人民法院院长提请同级人民代表大会常务委员会任命，才能享有审判权，才能参与案件审判。但是其中一名黄姓人民陪审员早在2014年8月8日被某区人大常委会免去了“陪审员”职务，却参与了2018年10月本案的审理和裁判，这显然属于“审判组织的组成不合法”。二审期间，柳波律师



业绩

向法庭提交了黄姓陪审员被免职的公证书，提交了仅从程序而言就应发回重审的意见，二审法院予以采纳。

柳波律师进一步谈到，人民陪审员

制度是社会主义民主政治在司法领域的具体体现，也是中国特色社会主义司法制度的重要内容，《人民陪审员法》的公布施行也是推进司法民主建设新的里

程碑。司法实践中，一定要解决“陪而不审，审而不议”的形式主义，才能更好地实现庭审实质化、促进司法公正、提高司法公信力。✎

捷报再传 京都所高级合伙人柳波律师办理的栗某某涉嫌诈骗罪案被发回重审

继辽阳黄某某涉嫌敲诈勒索二审将案件发回重审后，京都所高级合伙人柳波律师办理的栗某某涉嫌诈骗二审案，亦被内蒙古高级人民法院发回包头市中级人民法院重审，捷报再传。

2016年7月包头市检察院起诉书指控：2006年10月至2009年11月间，栗某某以帮助提升职务为诱饵，骗取他人人民币2000余万元。一审期间经两次开

庭、两次退补，柳波律师均作无罪辩护。2017年11月包头市法院认定栗某某构成诈骗罪，判处其无期徒刑。栗某某不服一审判决，提出上诉。二审时，柳波律师仍做无罪辩护。内蒙古高级人民法院经开庭审理后，以原审判决认定栗某某犯诈骗罪的事实不清，证据不足，且管辖程序存在问题，于近日裁定将案件发回包头市中级人民法院重新审判。

柳波律师于2016年一审期间受托办理本案，亲历了案件的一审、二审，对案件有着客观、全面的认知。他坦言，长期羁押的措施、有罪推定观念等依然是影响刑事案件定性的不良因素。庭审实质化、无罪推定依然是知易行难，任重道远。✎

彭吉岳律师多次远赴新疆坚持不懈 当事人七个月后终获自由

标的超2亿的股权大案中，因3000万保险引发的“案中案”

律师是私权的卫士，无权无势，只以法律作为武器。刑辩律师法律运用越娴熟、证据搜集越全面，辩护获得成功的可能性就越大。

近日，京都律师事务所合伙人彭吉岳律师办理的刘某掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪一案，便是在全面搜集证据、精心准备法律意见的基础上，发挥灵活的沟通技巧而实现较好辩

护效果的典型案例，当事人在看守所羁押一个多月，指定监视居住六个月的情况下，检察院最终没有批准逮捕申请，当事人终获自由。

本案因七年前新疆一家矿产企业的股权转让而起，股权转让价格2亿余元。因为股权转让纠纷，该矿产企业股东魏某被指控诈骗罪。在股权转让多年后，魏某购买了一份3000万元的保险，魏某的嫂子刘某，曾经帮魏某变更投保人信息，还曾同意魏某借用其身份证

办理银行卡，便被以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪立案侦查。

认真研判案情后，彭吉岳律师初步判断认为当事人的行为不构成刑事犯罪，局面虽艰难，但仍然迎难而上！

借用法院保全证据，
加强辩护意见信服力

调查取证是《刑事诉讼法》赋予刑辩律师的权利，敢于、善于调查取证往往对于案件取得良好结果起着至关重要

业 绩

的作用。特别是在本案侦查机关强力办案的背景下，律师在调查取证时更加应该慎之又慎。

掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪是一个下游罪名，该罪名的成立以上游犯罪的成立为前提。本案中，刘某是否构成犯罪，一方面取决于其有没有实施掩饰、隐瞒相关财产的行为；另一方面取决于上游犯罪（魏某涉嫌诈骗罪）是否能够成立。

本案中，有大量证据证明魏某不符合诈骗罪的构成要件，其在股权转让的过程中并没有虚构事实或隐瞒真相。这些证据表现为政府相关部门审批文件、网站公告等资料，很多还涉及到政府部门内部档案资料。据了解，本案所涉及的股权转让纠纷其实已经过民事诉讼程序审理，相关文件已经在诉讼过程中被法院进行了证据保全。这为辩护工作提供了很大便利，在民事案件中被保全的证据也可以为刑事案件所用，这些资料属于政府文件或者档案资料，本身就具备官方性和权威性，且其来源于法院的证据保全，来源方式也具有合法性。

此外，新疆维吾尔自治区政府官网上的一份文件也对当事人较为有利，为了及时固定证据，避免网络信息的流失，彭吉岳律师第一时间办理了网页公证，固定了相关证据。

法理与证据结合， 精耕书面辩护意见

基于案件事实和证据材料，彭吉岳律师整理出了翔实充分的书面辩护意见，从刘某案本身和上游犯罪魏某案两



彭吉岳律师

方面阐述了无罪理由：

第一，人民币是种类物，且获得股权转让款已经数年之久，没有证据证明涉案的保险或者缴纳的保险费来源于股权转让款；

第二，保险不是犯罪所得或者犯罪所得收益。购买保险是与保险公司进行的合法交易，财产形式发生了转化，不能简单地认为涉及到保险处置的人就构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。

第三，刘某只是协助变更了投保人信息，保险仍然公开可查，不会产生掩饰、隐瞒的效果；

第四，涉案保险是魏某在被刑事立案之前购买的，刘某不可能认识到其与犯罪有关，不符合“明知”的要件；

第五，本罪的成立以上游犯罪的依

法裁判或者查证属实为前提，本案不符合这一前提条件，彭吉岳律师结合《刑事审判参考》典型案例重点解读了什么叫做“查证属实”。

以上是从刘某案出发进行论述，为使理由更加充分，彭吉岳律师在法律意见中开辟第二部分专门论述了魏某不构成诈骗罪的理由，辅之以证据材料共计七十余页。

坚持不懈与侦查人员、检察官持续沟通，前置性辩护卓有成效

能够有效沟通是一个刑事辩护师的必备技能，特别是在审前阶段，还没有法庭这样一个专门的表达意见的平台，就需要律师自己审时度势、创造机会，与各个部门进行灵活沟通，以尽早达到辩护目的。本案中，彭吉岳律师一直与公安局经侦支队、法制科、检察院控申部门、批捕部门、检察监督部门等保持着书面或者面对面的交流，确保办案人员能够听进辩护律师的声音。

沟通的重点，除了表达无罪的意见，关键是尽快解除当事人的强制措施。彭吉岳律师认为刘某不符合指定居所监视居住的适用条件，理由充分：

首先，监视居住的前提之一是符合逮捕条件，而逮捕适用于具有一定社会危险性或者可能判处十年有期徒刑以上刑罚等情形，本案只是涉及掩饰隐瞒犯罪所得的问题，危险性小，法定刑低。

其次，刘某也不属于“符合取保候审条件，但不能提供保证人和保证金”的情形，不满足以上监视居住的任何一种条件。



业绩

此外，本案的管辖权也存在重大疑问，本案由新疆生产建设兵团某师公安局管辖，按照兵团体制其管辖范围限于该师辖区，而本案犯罪行为发生地与结果发生地均不在该师辖区内，仅仅因为所谓被害企业属于该师国资委全资控股企业不能作为管辖权依据。

首先，彭吉岳律师赶赴公安局约见了本案的主办人员，一方面进一步了解了本案事实和侦查人员的想法，另一方面也有针对性地表达了辩护观点，虽然辩护意见与办案人员的侦办思路确实存在冲突，但侦查人员确实非常开诚布公地表示：“喜欢与律师交流”。

其次，彭吉岳律师向检察院反映了本案程序及实体上存在的问题，检察官对反映的部分问题已有初步了解，有的

还是第一次听说。检察官对这些问题非常重视，当即就表示会考虑辩护人的意见。

再次，彭吉岳律师还同公安局法制科进行了沟通，通过法制科进行内部沟通，打消法制科的疑虑，确保本案在法治轨道内进行。

除了面对面与办案人员进行交流，彭吉岳律师还形成了系统的书面法律意见、检察监督申请书、羁押必要性审查申请书、管辖权异议申请书等法律文书，通过不同的方式递交办案机关，以增加说服力。

曙光初现波澜再起，
从容面对终获自由

转眼监视居住期限即将届满，期

间彭吉岳律师也一直通过各种方式与办案机关保持沟通，正当大家满怀信心认为当事人不应该被继续采取强制措施之际，却突然传来消息公安局再次申请将刘某批准逮捕。刑事案件就是如此，形势波诡云谲，意外情况随时可能发生，刑辩律师既要全力以赴，又要淡定从容。关键时刻，彭吉岳律师一天之内向检察官致电五次之多，同时也向检察院批捕部门负责人书面表达意见，把握最后一丝希望。

有心人，天不负，检察机关严格依法办案并接受了彭吉岳律师的意见，刘某没有被批准逮捕，并于5月28日和家人团聚。🌹

袁方臣律师办理韩某滥伐林木案 当事人无法定情节获缓刑

近日，京都律师事务所合伙人袁方臣律师办理的韩某某被控滥伐林木一案一审宣判。

韩某某被控在未办理林木采伐许可证的情况下，指使李某砍伐并出售杨树147株，获利4万元。经鉴定，该147株杨树立木蓄积为95.942立方米。公诉机关认为应当以滥伐林木罪追究其刑事责任。袁方臣律师在辩护过程中，根据事实、证据、法律，以专业知识、敬业精神、严谨态度，对滥伐林木罪做了无罪



袁方臣律师

辩护。最终，一审法院以滥伐林木罪判处韩某某有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币六千元。

宣判后，检察院没有抗诉，韩某某没有上诉，判决书已经发生法律效力。

袁方臣律师长期深耕刑事辩护、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，擅长团队协作、发挥集体智慧，业绩优异。🌹

业 绩

智艳军律师精准辩护让委托人重获清白

日前，由京都律师事务所智艳军律师代理的利用黑客手段窃取某集团旗下酒店数据并在境外网站兜售（未交易成功）相关案件嫌疑人在经过公安机关侦查和检察机关的审查后，在第一次退回补充侦查期间，收到上海长宁警方的法律文书，以“不应当追究刑事责任”重获清白。

因此案曾在美国证券市场引发过较大关注，同时对案件中其他嫌疑人的侦办仍在进行，尚未公开审理且又涉及到公民的信息保护问题，现阶段不便对案件细节和律师应对策略进行披露。

这是京都刑辩律师在网络犯罪辩护领域的又一力作。



↑ 智艳军律师

京都深圳分所受聘为中国存储行业领航者 江波龙公司战略法律顾问

近期，京都律所深圳分所与深圳市江波龙电子股份有限公司（以下简称江波龙公司）达成战略合作，受聘为江波龙公司战略法律顾问。由深圳分所侯志纯主任律师带领的团队，为江波龙公司提供专业法律服务。

江波龙公司 (Longsys) 成立于1999年，总部位于深圳，是中国存储行业内的领航者。主要从事移动存储、嵌入式存储、固态存储、无线存储、微存储等存储应用方案设计和创新型技术产品的研发和全球市场销售。2017年，江波龙公司成功收购了美国美光公司旗下全球领先闪存品牌Lexar（雷克沙）。2018年，国家集成电路产业基金入股江波龙公司。2019年5月，江波龙携手长江存储等国产存储产业链厂商，与天猫达成战略合作，加速存储产业国产化进程。

京都律所深圳分所侯志纯主任律师团队为数家国内大、中型企业提供专



↑ 侯志纯律师

业法律顾问服务，该团队将秉持京都深厚的法学理论底蕴、丰富的实践经验将为江波龙公司提供专业、优质的法律服务。





业绩

京都律所入围 北京师范大学出版集团律师事务所库

近日，北京市京都律师事务所收到北京师范大学出版社（集团）有限公司（“北京师范大学出版集团”）的《入围通知书》，成功入围北京师范大学出版集团的律师事务所库，将为其提供“企业资产拆分、并购、重组类”法律服务，包括但不限于“公司的吸收合并、股份转让、资产剥离、清算注销等”业务。

北京师范大学出版集团成立于2007年7月，注册资金30000万元人民币，是国内高校中第一家以教育出版为核心业务，集图书、期刊、音像、电子、网络、印刷、合作办学、教育培训多介质产品于一体的出版集团，其成员单位包括北京师范大学出版社有限公司、安徽大学出版社有限责任公司、北京师范大学音像电子出版社有限责任公司、北京京师普教文化传媒有限公司、北京京师启迪教育咨询有限公司、北京京师印务有限公司、《中国教师》杂志社、北京师范大学出版科学研究院。

目前，北京师范大学出版集团已经确立了以图书出版为主体、音像电子网络出版和印刷产业发展为两翼，以教育出版为主体、专业出版和大众出版为两翼，适时、适度进行跨地区、跨所有制、跨媒体、多元化经营的发展定位，



刘敬霞律师

正在向特色鲜明、规模适度，具有可持续发展能力，具有较强市场竞争力、学术影响力和社会辐射力，国内一流、国际知名的现代教育出版机构和现代文化企业迈进。

北京师范大学出版集团通过体制改革与制度创新、产品结构转型与产业升级、人才结构转型与优势资源整合，增强了自身发展活力，综合实力取得明显成效，各项指标均创历史新高。2017年，出版集团生产总值达24.42亿元，已成为主业突出、实力雄厚、管理规范、运行高效、核心竞争力强的大型国有企业。

金融部高级合伙人刘敬霞律师牵头组织了本次入围申请，并得到金融部、知识产权部、公司与合规部等部门多位合伙人、律师及助理的鼎力支持，同时业务管理部、财务部、运营支持部等职能部门也在入围申请过程中给予了大量帮助。

此次入围，是京都律师事务所在文化产业领域取得进步的又一里程碑，京都律师将以兢兢业业的态度、专业的服务能力，为北京师范大学出版集团提供高水准、高效率、高度专业化的法律服务。

荣 誉

京都律师事务所荣获“北京市优秀律师事务所”称号
肖树伟律师荣获“北京市优秀律师”殊荣



北京市京都律师事务所荣获“2015-2018年度北京市优秀律师事务所”荣誉称号



2019年5月19日，北京市第十一次律师代表大会在京开幕。来自国家司法部、中华全国律师协会、北京市市委、北京市检察院、北京市司法局、北京市律师协会等的有关领导出席会议并讲话。京都律师事务所高级合伙人孟冰律师、肖树伟律师作为北京市第十一次律师代表大会代表，出席了本次大会。肖树伟律师连续当选为北京市律师协会理事。

会上，北京市律师协会表彰了“2015—2018年度北京市优秀律师事务所和优秀律师”。经过严格评选，北京



京都所高级合伙人肖树伟律师荣获“2015-2018年度北京市优秀律师”荣誉称号

市京都律师事务所脱颖而出，获得“北京市优秀律师事务所”荣誉称号，高级合伙人肖树伟律师荣获“北京市优秀律师”荣誉称号。据悉，今年3月，北京市律师协会组织开展了“2015-2018年度北京市优秀律师事务所评选活动”，在本市2500多家律师事务所中，本次共评选出优秀律师事务所50家，并从本市3万多位律师中，评选出优秀律师100位。这份嘉奖是对京都律师事务所及所有京都律师最好的肯定。

在长期执业过程中，京都律师以精湛的业务水准、高度负责的敬业精神、良好的服务效果，深得当事人和社会各界的好评。同时，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，采取了一系列积极的行动回馈社会。未来，京都人也将继续努力，恪尽社会职责，以诚信实践承诺，为推进全面依法治国，推动社会的和谐进步贡献更大力量。

京都所党总支荣获市、区两级“2019年度先进党组织”称号

为纪念中国共产党成立98周年，回顾党的奋斗历史，讴歌党的光辉业绩，不断增强党组织的凝聚力和战斗力，激励广大

党员牢记使命职责，近日，北京市律师协会、北京市朝阳区律师协会分别召开表彰大会，对一年来在律师行业和党建工作中

涌现的先进基层党组织和优秀个人进行表彰。京都律师事务所党总支以及多位成员分获市、区律协的表彰。



荣 誉



秦庆芳律师荣获2018-2019年度北京市律师行业、朝阳区律师行业“优秀党务工作者”称号



京都律师事务所荣获2018-2019年度北京市律师行业“先进党组织”称号



京都律师事务所荣获2018-2019年度朝阳区律师行业“先进党组织”称号



吴欣荣律师荣获2018-2019年度北京市律师行业、朝阳区律师行业“优秀共产党员”称号



北京市京都律师事务所高级合伙人肖树伟律师（左二）作为代表上台领取先进律师事务所党组织奖牌



欧洋荣获2018-2019年度朝阳区律师行业“优秀共产党员”称号

近年来，京都律师事务所高度重视律师党建工作，坚持以党建促所建工作方针，以律师事务所规范化和品牌化建设为抓手，注重发挥党员的模范带头作用，结合律师行业特点，大胆探索，努力实践，走出了一条具有自身特点的党建工作之路。上级司法行政部门和行业党委对京都所党建工作的认可与肯定，更加坚定了我们加强党建工作、探索适合律所的特色党建之路的决心，也给予了我们莫大的安慰与鼓舞。我们将继续努力、一往直前，将党建与所建有机结合、共同促进！

荣 誉

京都律师事务所取得国家知识产权局颁发的 专利代理机构执业许可证



日前，根据新修改的《专利代理机构办法》（2019年5月1日起施行），经国家知识产权局审批，北京市京都律师事务所（以下简称“京都所”）取得专利代理机构执业许可证，作为提供法律服务和专利代理服务的多资质综合性律师事务所，所内多名律师拥有律师和专利代理人双重资格，执业经验丰富，能够为客户提供专利挖掘、专利申请、专利检索、专利复审、专利无效宣告、专利权评价、专利布局、专利转化、专利诉讼、知识产权融资等专业化、综合性法律服务。

京都所作为大型综合性律师事务所，不断夯实和展望知识产权法律服务业务领域服务质量，致力于保护客户发展过程中的创新创造，打造品牌，助力企业提升竞争力。京都所知识产权业务部拥有众多专业的知识产权保护律师和法律专家队伍，长期从事涉及专利、商标、著作权、反不正当竞争、商业秘密、网络知识产权以及其他相关领域的

知识产权保护的研究和实务，先后代理了专利侵权纠纷、商标侵权纠纷、著作权侵权纠纷、名誉权侵权纠纷、计算机软件保护等维权案件，具有丰富的实践经验，在专利权、商标权、著作权、反不正当竞争、商业秘密和网络知识产权法律服务领域业绩突出。

京都专利业务律师（部分）：



陈会长律师

陈会长律师曾代理过大量专利申请，并处理过许多专利复审案件和专利无效案件，以及专利许可与转让、专利有效性分析、专利侵权、与上市融资相关的知识产权问题等，服务过的客户包括许多欧美和日本等国的知名国际企业，其行业涵盖了大部分化学相关领域及部分机械、电子领域，尤其是有机化学、无机化学、农药、医药及化学工程、精细化学、高分子化学及化妆品、化工机械、日用产品、外观设计、商标等。陈先生在中国、欧洲及美国的专利法及商标法方面，尤其在企业知识产权管理和战略研究方面，积累了丰富的经验。

为大量国内外客户提供超过2000件知识产权申请注册、复议、无效、行政诉讼、转让、许可、评估、调查等服务；

某德资生物技术公司常年法律顾问
某日本公司与某中国公司标准必要专利



荣 誉

侵权纠纷上诉案（北京高院）

■ 某大型央企多起商业秘密案件；
某意大利公司诉两中国公司机械设备专利无效及专利侵权纠纷（专利复审委，山东高院）；

■ 杭州两公司专利侵权纠纷上诉案（浙江高院）；

■ 某欧洲公司与某中国公司专利无效及行政诉讼系列案件（复审委，北京一中院，北京高院，最高法院）；

■ 某浙江公司与某天津公司专利无效及专利侵权纠纷（还涉及商业秘密）（复审委、北京知识产权法院、北京高院）。

金凤华律师从2002年开始执业，曾为多家知名企业、外资企业、民营企业、政府机关等提供过法律服务，承办诉讼以及非诉事务，积累了丰富的执业经验。擅长专利维权、专利申请、专利



金凤华律师

无效宣告、商标维权、著作权维权、商业秘密保护、企业知识产权顾问等各类知识产权案件。

■ 青岛金王应用化学有限公司商业秘密犯罪案件；

■ 青岛啤酒股份有限公司外观专利侵

权案件；

■ 山东阿阿胶股份有限公司外观专利维权系列案件；

■ 香港某公司专利无效及权属争议系列案件；

■ 青岛某公司发明专利侵权诉讼系列案件；

■ 深圳某公司专利侵权诉讼在广东高院二审胜诉；

■ 为3M公司以及青岛啤酒出具专利侵权对比报告；

■ 一汽解放股份有限公司、青岛啤酒股份有限公司、青岛海信电器股份有限公司、韩国现代下属公司、北京科技公司等专利申请代理；

■ 青岛某公司欧洲、美国、加拿大、日本、韩国专利申请（全部授权）；

■ 数家拟上市公司及科技型企业高新技术企业认定及科技项目认定；

京都所高级合伙人肖树伟律师被聘为海南国际仲裁院首批仲裁员

为适应海南自贸区（港）建设发展的需要，根据《中华人民共和国仲裁法》的规定和《中共中央国务院关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》精神，海南国际仲裁院（海南仲裁委员会）于2019年1月3日公告了首批392名仲裁员名单，京都律师事务所高级合伙人肖树伟律师凭借其专业的执业技能和良好的客户口碑成功入选。

海南仲裁委员会（海仲）由海南省



肖树伟律师

人民政府依法于1996年5月21日组建，是海南省内唯一民商事仲裁机构，会址设在海口市。2018年，为贯彻落实中共中央、国务院《关于支持海南全面深化改革开放的指导意见》，服务海南自由贸易试验区和中国特色自由贸易港建设，打造国际一流营商环境，建设国际仲裁高地，经海南省人民政府批准、司法部同意，海南国际仲裁院正式挂牌运作。

活 动

京都“公司管理疑难问题实务研究分享会”成功举行

2019年4月18日，京都律师事务所与中国中小企业协会“一带一路”工作委员会联合主办的“公司管理疑难问题实务分享会”在京都所多功能厅举行。中国中小企业协会的吴宏宇、周皓、孙佳、郑惠心、邱广平等领导到会，京都所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌、京都所高级顾问最高人民法院原资深法官王宪森、黄文艺、京都所高级合伙人赵岐龙、合伙人张立琼律师主讲。安心财产保险、保利国际生态、中银信达资产等三十多家公司的高管与会交流。

分享会伊始，中国中小企业协会“一带一路”工作委员会秘书长吴宏宇先生致辞。吴秘书长强调：近些年来，国家大力扶植中小企业发展，出台了一系列利好的政策，相对应的，国家的监管体系也越来越严格。我国中小企业或称中小企业家的处境是越来越艰难了，对“法律规范发展、合规经营生存”的需求更加迫切。中国中小企业协会一直致力于为我国的中小企业搭建服务的平台，法律服务是重要内容之一。协会与京都所的合作具有战略性的开拓意义，

希望能够建立企业家与专业律师之间的有效沟通，在预防企业和企业家法律风险上起到积极作用。

公司或公司高管陷入刑事纠纷，是公司管理中影响最大、最难处理的事件。京都所名誉主任、中华全国律师协会刑事专业委员会主任田文昌老师结合自己多年来承办的多起影响巨大的企业家“犯罪”案例，就《公司高管“被犯罪”现象》的话题进行了分析。田老师指出：企业家犯罪或被犯罪的根本原因在于市场环境和法治环境的不成熟、不规范，具体可分四类情形：一是故意犯罪，必须依法追责；二是无意识陷入犯罪，由于法不责众心态或没注意到而违法，如用公司的款项当做注册资金；三是因为立法、司法的滞后或模糊，使无辜者被追究；四是别有用心的人利用公权力，诬陷为犯罪。企业家防范个人陷入刑事纠纷，田老师提出了四个具体建议：一是要有刑事风险意识、把握行为底线，二是要注意决策会议程序、保留书证、备份；三是要有警惕之心，防范交易对手设置陷阱，最重要的是第四点，要相信专业律师的审查意见，做优

质、成熟的企业家。本次分享会由京都所高级合伙人公丕国律师主持。

如果公司高管个人和公司的责任不清甚至承担连带责任，则个人财产会遭受巨大损失。针对此话题，京都所高级顾问、最高人民法院原资深法官王宪森老师分享了《公司高管个人与公司责任的风险隔离》的思考和建议。王老师结合实务问题及案例，讲解了当公司和股东出现“人格混同”时，公司债权人可以依据“公司人格否定”规则维护其合法权益的基本原理，并具体地介绍了股东以“滥用公司法人独立地位和股东有限责任”逃避债务的主要表现方式及相应的民事责任。在谈到“公司人格否定”原理时，其形象地简称为：“假设把公司的财产放在你的左兜，你个人的财产放在右兜，如果二者不分，混为一体，即“隔离墙”没有了，那么，一旦当公司不能清偿债务时，则你个人的财产也就难保了”。

京都律师事务所合伙人张立琼律师与会企业家讲解探讨了《冲突视角下的股权交易结构问题》。张律师提出，利益和风险是企业家关注的两个基本问题，



| 吴宏宇



| 主持人:公丕国



| 王宪森



活 动

追求最大的商业利益的同时排除风险，是企业市场竞争力的核心要素。商业风险往往在一定程度上就是法律风险，企业商业经营判断与实际发生结果的一致性，是否符合预期，是防范和避免商业风险发生的关键因素。在此基础上，其从认识股权交易及公司治理的矛盾与冲突方面，以股东意思自治和公司治理规则之间矛盾、司法判断和商业判断冲突的维度进行分析，提出股权交易结构要注意的三个关系：资本多数决和平等保护之间的关系、股权的行使与限制之间的关系、公司股东意思自治与管制之间的关系。同时注意识别、防范隐性重大债权债务风险受让方控制力风险等情形。建议交易结构设计应充分预判争议，并将应对裁判不确定性的策略纳入合同安排，比如在合同条款中预设冲突法解决方案，安排设定多重违约赔偿、设定多重担保措施，选定适当的争端解决机制方面维护交易结构的稳定，实现商业判断预期。

京都律师所高级顾问、原最高法院资深法官黄文艺老师以《公司管理中利益一致性的制度和实践保障》为题，

结合自己的办案实践和公司管理经验，与大家探讨了公司各主体之间的利益冲突，提出了实现利益一致性的具体建议。黄老师围绕企业管理过程中，时刻面临的投资人与其他投资人、投资人与管理层、企业与员工的利益冲突问题，就如何妥善缓解、解决这些问题进行梳理和探讨。重点梳理公司经营过程中遇到的大股东滥用控股地位侵害中小股东、股东和高管层互不信任、企业和员工利益矛盾、企业内部以与总部与分支机构之间利益分配不当等我国企业存在的普遍现象，分析其原因和本质。进而探讨在企业管理的理论和实践范围内，从微观技术性的实践操作方法，到中观制度方法的提升，及至宏观权利（力）结构设计等维度，建立健全法律规制、调整利益分配机制、重构企业文化的路径和方法，以期全面提升企业利益一致性的水平，实现企业和管理层、员工利益最大化。

京都律师所高级合伙人赵岐龙律师分享的话题是《从公司管理角度看章程约定的风险问题》。赵律师谈到：公司章程类似于国家的宪法，具有最高的地

位，公司章程效力一般要高于公司的其他规章制度，甚至高于《公司法》的规定，只要章程的内容不违反法律、行政法规强制性规定以及公序良俗，其约定都是有效的，公司股东一定要利用好公司章程赋予股东的权利，制定一部适合自己的“宪法”。结合实务办案经验，其指出应着重解决重点问题：如股东出资中可能出现多种风险，公司章程应保护股东的表决权、分红权、知情权，进行股权激励等。再如要在章程中细化股东会、董事会的议事规则和表决程序，通过章程约定董事、监事、高级管理人员的忠实义务和勤勉义务，以及董监高通过适用商事判断规则免除自己因勤勉义务可能产生的赔偿义务等。

话题主讲人的经验分享和建议引起了与会企业高管的热烈反响，在互动环节，企业高管和老师、律师们围绕公司章程中科技出资约定、保险公司先赔付债权保障、混合所有制企业中高管刑事法律风险问题、股东个人财产与公司财产隔离的实现以及确保有限责任制度规范运行等具体问题进行了咨询交流。本次分享会取得了圆满成功，可以说是不负期望、卓有成效！



张立琼



黄文艺



赵岐龙

活 动

京都所田文昌、梁雅丽律师出席北京大学国际法学院2019届研究生毕业典礼

2019年5月18日下午，北京大学国际法学院（STL）在国际会议中心举行了2019届研究生毕业典礼暨学位授予仪式。京都律师事务所名誉主任田文昌、高级合伙人梁雅丽律师受邀出席了此次活动。

京都律师事务所创始合伙人、名誉主任田文昌律师在为毕业生们作主题致辞时提到了法律与民意的关系，并表示要想真正走进法治、做一名合格的法律人，需要时刻思考方式方法，并需具备相应的法律思维。

出席此次典礼并发言的嘉宾还有上海纽约大学常务副校长、北京大学国际法学院创院院长Jeffrey Lehman教授，北京大学国际法学院Sang Yop Kang教授。北京大学国际法学院部分教职工和毕业生家属也参与了典礼，共同见证了这庄严而神圣的时刻。典礼由北京大学国际法学院院长Philip McConaughay教授主持。

祝愿北京大学国际法学院2019届全体毕业生前程似锦，谱写辉煌的人生篇章！🎓



田文昌律师在会场



梁雅丽律师（右一）与参会人员合影



活 动

田文昌律师出席深圳法治论坛 剖析“企业法律风险与民营企业合法权益保护”

2019年5月19日上午，由深圳市法学会、深圳市法荟企业法律研究中心共同主办，深圳市工商联支持、北京市京都（深圳）律师事务所协办的第四十二期深圳法治论坛在深圳市法学会多功能学术报告厅举行。论坛特别邀请京都律师事务所创始合伙人兼名誉主任、中华全国律协刑事专业委员会主任田文昌律师做客“深圳法治论坛”，围绕“企业法律风险研究与民营企业合法权益的保护”主题与在座的检察院、法院、律所、企业的法律工作者以及其他法学法律爱好者等近150名听众分享实务经验。

中共深圳市委政法委员会副巡视员吴力夫出席论坛并致辞，深圳市人民检察院检察委员会专职委员王惠玲出席并担任论坛主持人。京都律师事务所高级合伙人梁雅丽，京都深圳分所主任侯志纯律师共同出席了此次活动。

在主题演讲中，田文昌律师回顾了四十年来中国企业家（尤其是民企）创业、维权的历程，分析了个别企业家在法律上失利的原因，特别指出经营活动中容易产生刑事风险的四种情况和防控措施，建议企业家要树立起强烈的法律意识，学会怎么样使用律师，同时律师也要认识到自己肩负的社会责任。

1.个案是推动立法的重要力量。

2.我们需要普及的是法律意识，而不是法律知识。所以我们企业家要树立起更强烈的法律意识，然后要学会怎么

样使用律师。

3.律师一定要认识到自己肩负的社会责任，律师忘了社会责任就不是好律师，我们办案要梳理总结，发表建议。

4.律师违法取证，即使处理律师，也不能把违法不利后果由当事人承担，这是理论问题，也是理念问题。

5.重要合同或重大事项，一定要有法定代表人签字或者法定代表人授权书，授权书要进行保留，这都是血的教训。

6.企业家做每一件事情的时候一定要慎之又慎，要想到可能会发生的法律后果，而这一点正是我们到今天为止所有企业、企业家普遍忽视的问题。

在现场互动环节，现场嘉宾与田文昌律师就企业法律风险防范中刑事风险防范化解等相关问题进行了热烈的交流互动，将本次论坛的氛围推向了高潮。

会后，田文昌律师一行在王惠玲政委的陪同下参观了前海自贸区。



京都律师事务所名誉主任田文昌



深圳市委政法委员会副巡视员吴力夫致辞



深圳市人民检察院检察委员会专职委员王惠玲担任论坛主持人



参观前海自贸区



参观人员合影

活 动

朱勇辉主任出席“刑事辩护制度四十年的发展、不足与展望”研讨会并发表主题演讲

2019年4月14日，“刑事辩护制度四十年的发展、不足与展望”主题研讨会在北京举行。此次研讨会由中国刑事诉讼法学研究会刑事辩护专业委员会与中国政法大学国家法律援助研究院共同主办，全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院、司法部、公安部等部门有关领导出席了研讨会。来自中国政法大学、北京大学、清华大学、中国人民大学、中国社科院等二十余所知名高校的近60位专家学者和来自全国各地的

2019年4月14日，“刑事辩护制度四十年的发展、不足与展望”主题研讨会在北京举行。此次研讨会由中国刑事诉讼法学研究会刑事辩护专业委员会与中国政法大学国家法律援助研究院共同主办，全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院、司法部、公安部等部门有关领导出席了研讨会。来自中国政法大学、北京大学、清华大学、中国人民大学、中国社科院等二十余所知名高校的近60位专家学者和来自全国各地的40余位知名刑事辩护律师参加了研讨会。

京都律师事务所主任朱勇辉律师受邀参加了此次活动并发表主题演讲。朱律师在发言中认为，目前刑辩律师呈现三个好的势头：

一是刑辩律师队伍专门化，出现了



京都律师事务所主任朱勇辉律师在现场

众多专门从事刑辩的律师、律所，年轻律师加入刑辩队伍的热情高昂。

二是刑辩技能专业化，提升刑辩质量得到共识，各种刑辩技能的研究和培训火爆。

三是刑辩律师不断挑战疑难复杂案件，不少案件因为律师的精彩辩护引发社会关注，从个案推动了法治进步。

同时，朱勇辉律师也就当前刑辩环境的不足谈了三点感受：

一是某些方面的立法比较模糊，行业也缺乏细致的操作规范和指引，导致律师在相关问题上无所适从。比如刑诉法规定律师在审查起诉阶段可以向被告人核实“有关证据”，那么什么是“有关”证据？哪些能核实哪些不能核实？等等类似问题。

二是律师执业权益受到侵害时的

救济渠道和救济力度不够。律师在碰到办案人员明显违反法律法规侵犯被告人及律师权益的情况时，经常苦于求助无门，望“法”兴叹！

三是在某些“特殊”案件中，律师的正确辩护意见很难得到采纳，严重打击了辩护律师的执业信心。法院在判决书上要么不列律师观点，要么不做释理说法就简单的“不予采纳”。这种做法无异于对辩护律师“釜底抽薪”，长此以往，将严重打击辩护律师的积极性从而对辩护制度造成根本性的损害。

研讨会经过一天议程、进行充分交流后圆满落幕，与会者充分肯定了40年来刑事辩护制度在立法上、司法上的巨大进步和变化，认为刑事辩护制度必然随着国家依法治国的进程不断发展进步，对未来的发展充满信心。



活 动

朱勇辉主任出席首届长三角“法律+科技”大会 正式发布《2018年度创新法律科技行业调研报告》

2019年4月24日，在南京市河西·建邺法律服务产业园一周年之际，由法制日报社、南京市司法局、建邺区人民政府主办的第一届长三角“法律+科技”大会在南京国际博览中心钟山厅拉开帷幕。

活动现场，南京市政府领导到会并做重要讲话。来自江苏省、南京的各级政府和行业协会的领导，律协领导，高校法学教授，律师事务所代表，企业代表、法律媒体等300多人参加了本次大会。北京金堤科技有限公司、杭州尚尚网络科技有限公司、深圳法大大网络科技有限公司等来自全国各地近50家法律科技公司的现身让本次大会的法律科技气息非常浓厚。

京都律师事务所主任朱勇辉，京都（南京）律师事务所主任陈宇作为嘉宾出席了本次大会。

在法律科技项目展示环节，京都律师事务所作为第一个出场的机构，正式发布了《2018年度创新法律科技行业调研报告——“互联网+法律”，迈向新征程》。报告由京都律师事务所、京都（南京）律师事务所出品，由陈宇、任视宇、梁成栋、刘斌四位作者耗费一年的时间精心撰写。

京都律师事务所主任朱勇辉介绍了这份重量级报告。朱勇辉律师表示，京都律师事务所对律师行业“深谙其道”，同时也时刻关注行业发展动态。



京都律师事务所主任朱勇辉出席第一届长三角“法律+科技”大会

近几年，法律向其他领域渗透的趋势越发明显，互联网与法律的结合越发紧密。京都律师事务所与时俱进，从擅长的律师行业角度出发，连续三年发布了年度创新法律科技行业调研报告，分析市场上创新法律科技产品对律师、律所甚至对整个国家的法治环境可能带来的影响，激发更多同行思考法律人未来发展的路径。

《2018年度创新法律科技行业调研报告——“互联网+法律”，迈向新征程》对305个创新法律科技产品的媒介情况、服务对象、服务内容和方式，产品与律师的合作模式，产品的运营机



《2018年度创新法律科技行业调研报告——“互联网+法律”，迈向新征程》



下载历年完整版研究报告

活 动



| 朱勇辉律师在现场



| 朱勇辉律师在现场讲解



| 会议现场，京都律师事务所主任朱勇辉介绍《2018年度创新法律科技行业调研报告——“互联网+法律”，迈向新征程》

页上，或者通过大数据智能匹配合适的律师，增加了律师知名度和信用，帮助律师拓展案源。二是，人工智能驱动法律服务升级。法律行业也步入了大数据时代。如果一般人通过检索就能找到解决问题的办法，或者智能机器人就能解决当事人的烦恼，那么律师不得不具有危机感。律师应当优化自己的法律服务，给客户提供更好的体验。

最后，朱勇辉律师表示，法律与科技的发展之路，任重而道远，既需要政策的扶持，更需要法律人、科技人的不断努力和 innovation。《2018年度创新法律科技行业调研报告——“互联网+法律”，迈向新征程》数据详实、内容丰富、分析到位，体现了京都律师事务所对行业的跟进与推动，受到了现场嘉宾的热烈欢迎与广泛好评。

构及成立时间，以及相关的融资情况都做了概括分析。会上，朱勇辉律师重点介绍了创新法律科技产品对律师行业的两点影响和启发。一是拓宽了律师行业营销渠道，丰富了法律服务模式。裁判文书上网，法律检索工具的普及，律师曾经处理过的案件能被轻松搜索到，帮助客户对律师的能力有初步认知。此外，很多产品将律师的信息直接放到网

京都律师受邀参加剑桥反经济犯罪国际论坛中国研讨活动

4月27日-28日，剑桥反经济犯罪国际论坛中国研讨活动在北京仲裁委员会国际会议大厅举行。此次研讨活动采用闭门会议方式，由代表剑桥反经济犯罪国际论坛的7位专家与我国四十多位专家就7个共同关注的议题进行了深入的研讨与交流。此次活动由京都律师事务所（以下简称京都所）高级合伙人邹佳铭律师担任主持人，京都所名誉主任田文昌及京都所高级顾问袁其国、王在魁

出席活动并发言。

本次研讨活动阵容强大，邀请到来自剑桥大学的法学教授巴瑞·瑞德爵士，剑桥反经济犯罪国际论坛的主席、英国皇家御用上庭大律师索尔·富墨金先生，英国皇家的御用上庭大律师伊万·劳伦斯爵士、迈克·阿施教授和茂斯·安德纳斯教授，还有金融专家理查德·派乐先生和法学专家邢莉红教授出席。

活动中涉及的7个议题覆盖了预防与控制经济犯罪的新战略、对经济犯罪和腐败进行有效的调查和起诉、预防和控制网络犯罪、金融系统和市场中存在的欺诈和滥用职权行为、通过寻求国际合作有效的打击由于经济驱动而产生的犯罪和腐败行为、合法合规在预防和打击金融违规（不端行为）方面的作用（特别是针对内部交易和洗钱领域），以及对经济犯罪行为的检控等方面。双



活 动



田文昌律师在现场



袁其国先生在现场



王在魁先生在现场

方专家相互学习彼此的经验，进行了热烈的研讨，使得本次研讨活动取得了丰硕的成果，并且为彼此构建反经济犯罪国际合作做出了积极的推动作用。

剑桥反经济犯罪国际论坛由国际著名法学专家巴瑞瑞德教授创立，并联合剑桥大学、伦敦大学、国际商贸协会和英联邦秘书处共同发起。自1981年以来，该论坛已成功举办三十六届。目前，论坛获得世界众多国家政府、国际组织、学术机构以及金融和法律专业人士的鼎力支持，其话题的前瞻性和参会者的广泛性，被世界各国所推崇。论坛每年吸引100多个国家1600多人次的发言嘉宾和参会代表，是展开国际合作的



圆桌讨论主持人：邹佳铭

有效平台，被世界公认为规模最大、影响力最强的重要国际法律论坛之一。剑桥反经济犯罪国际论坛的重要资助人、伦敦教育集团董事长赖崎表示：此次研讨活动更多是为筹建剑桥-中国反经济犯罪国际论坛的一次重要尝试和路演。



参会人员合影

他希望以中国论坛和剑桥论坛为桥梁，能够让更多更权威更具代表性的中国专家们到剑桥反经济犯罪国际论坛上发出中国的声音；并且通过剑桥和中国两个论坛的合作发展，能够让世界上更多的专家来到中国、研究中国，让世界更加了解中国。

北京师范大学法学院第一届“京都杯”模拟法庭大赛圆满落幕

5月25日，由京都律师事务所独家支持的北京师范大学法学院第一届“京都杯”模拟法庭大赛圆满落幕。京都律师事务所高级合伙人王九川律师，合伙人袁方臣律师，马若飞律师以及北京市检察院第一分院张润平先生，北京师范

大学副教授赵军老师、北京师范大学法学院团委书记马丽亚老师受邀担任评委和嘉宾。

上午，模拟法庭竞赛半决赛在后主楼1922顺利举行。担任半决赛的评委嘉宾为北京市检察院第一分院张润平先

生、京都律师事务所合伙人袁方臣律师和马若飞律师。研究生队伍与本科生队伍先后进行了一番激烈的角逐，两支战队获得了进入决赛的机会。

中午稍事休息后，进行本届模拟法庭竞赛决赛开始了。担任决赛评委老师

活 动



| 北京师范大学法学院第一届“京都杯”模拟法庭大赛现场

为北京师范大学副教授赵军老师、京都律师事务所高级合伙人王九川律师、北京市检察院第一分院张润平老师。双方上场队员沉着冷静，针锋相对，最终由冉植权队伍斩获桂冠，连捷队伍也夺得亚军，冯菁菁队伍与袁佳一队伍获得季军。三位评委老师分别对本届大赛提出了宝贵的意见，给予了参赛选手学习、

技术上的指导，并为获得冠亚军队伍、最佳法律文书奖队伍与最佳辩手奖、优秀辩手奖选手颁发了奖状。

闭幕式

主持人简要介绍了并真诚感谢了本次大赛的主办方北京师范大学法学院、北京市京都律师事务所，承办方北京师

范大学法学院研究生会、北京师范大学法学社，以及所有莅临本届模拟法庭大赛的评委老师。

马丽亚老师首先致辞，其表达了对本届模拟法庭大赛主办方、承办方及各工作单位的感谢，并衷心感谢各位评审老师的参与和细心点评，希望法学院和京都律师事务所有更多纵深合作的机会。

张润平先生总结了从初赛到决赛各场选手们的表现，很高兴看到同学们逐渐进步、不断成长的过程。表扬了北京师范大学法学院同学们的知识、能力与赛场水平，鼓励同学们从比赛中总结经验，今后好好学习，取得远大前程。

赵军教授对决赛中各位选手的表现作了点评，提出要抓住本案中有许多细节问题作为焦点，无论是公诉方还是辩护方都有更多的发挥空间，希望各位选手们今后加强学习，再接再厉。

王九川律师在最后的闭幕致辞中表扬了决赛选手的发挥，双方的投入让比赛非常精彩，但对案卷的研究程度还有深入的空间，要重视证据中的细节。有时候对于命案现场来说，出示现场方位图有利于以图说案、以案说理。此外



左一：马丽亚老师为冠军队伍颁奖
左二：王九川律师为亚军队伍颁奖

左一：张润平先生为本届比赛所有最佳辩手颁奖
左二：赵军老师为最佳法律文书获得选手颁奖



活 动



左一：马若飞律师，左二：张润平先生，左三：袁方臣律师



左一：赵军老师，左二：王九川律师，左三：张润平先生

他还对公诉方的讯问技巧提出了一些建议，提出辩护方对公诉方的回应和对案件焦点的把握仍存在不足；更笑言被害人表现非常“有戏”，法医的表现也非常沉着、优秀。王九川律师同时表示，在高校举办模拟法庭是京都律师事务所多年来的传统，今年第一次走进北京师范大学就受到老师和同学们的热情参与和积极组织，我们十分感动。希望今后每一届都有新的提高，不断培养和锻炼



马丽亚老师



张润平先生



赵军老师



王九川律师

学生发现问题、分析问题和解决问题的能力，为大家搭建一个更好的交流、锻炼的平台！

的平台！

韩良、柏高原律师应邀出席2019中国离岸金融（深圳）峰会并发表演讲

2019年5月21日-23日，京都律师事务所家族信托法律事务中心主任、金融业务部总监韩良律师、家族信托法律事务中心秘书长柏高原律师作为嘉宾受邀参加了在深圳君悦酒店举行的“2019中国离岸金融（深圳）峰会”。

中国离岸金融峰会是国内顶级离岸金融的平台，参会人员来自世界各地的国际离岸金融中心、中国领先的律所、私募基金、私人银行、风险资本、会计师事务所、税务咨询公司以及世界领先的离岸公司服务供应商、信托公司、银

行等。

韩良律师发表了题为“慈善基金，家族慈善的正确打开方式”的演讲，向与会者重点分享了家族慈善的多种实现路径，包括向受助对象或慈善组织直接捐赠、与基金会合作成立公益专项基

活 动



柏高原律师主持小组讨论



2019中国离岸金融（深圳）峰会现场



韩良律师发表演讲

金、在国内自行成立公益基金会、设立海外公益基金会、设立慈善信托以及设立直接捐赠账户等方式。同时，在亚洲离岸峰会会员参加的平行场次，韩良律师发表了题为“全球透明化下，设立具有财产保护功能的家族信托”的演讲，

随着中国采用共同申报标准(CRS)，家族信托保护下的私人财富变得愈加透明化，韩良律师围绕家族信托保护架构设计的原则、境内以及境外家族信托的保护架构设计三个维度解析了如何设立家族信托才能更好的保护家族财富的问

题。

柏高原律师主持了以“直面透明度趋势对财富规划和保全的影响”为主题的小组讨论。该轮小组讨论着眼于业内人士如何通过与管理机关积极互动、参与有关政策和实践的行业讨论，从而发挥负责任的顾问应有的主要作用。柏高原与其他几位讨论嘉宾重点探讨了金融账户涉税信息自动交换标准实施过程中，在海外持有资产避税方面的相关问题、《共同申报准则》的应对方法、《针对CRS规避安排和不透明离岸架构的强制性披露规则范本》对行业顾问造成的影响以及以全球资产配置为主的中国税收居民如何应对新通过的《个人所得税法》等问题。

韩良律师、柏高原律师思路清晰、简洁务实，恳切而精准的见解代表了中国财富规划律师的高超水准，赢得了与会者的极大好评，充分展现了京都律事务所在离岸金融、家族信托、离岸税务方面的卓越实力。



活 动

“聚是一团火，散是满天星”——京都律师参加西北政法大学刑事辩护高级研究院师资研修培训



朱勇辉律师

刑事辩护，关乎当事人生命与自由，是一项专业性极强的工作。对于律师而言，刑事辩护更是一项风险大、困难多，需要保持终身学习的事业。

6月14-16日，在京都律师事务所名誉主任、全国律协刑委会主任田文昌律师的带领下，京都所刑事业务部的15位律师“组团”来到炜衡杭州分所，参加西北政法大学刑事辩护高级研究院组织的师资研修活动。此次研修活动，一方

面提高、深化了京都刑辩团队成员对研修主题的认识，另一方面也把京都律师的专业知识和丰富经验与同仁们进行交流与分享。

自2017年7月京都律师事务所名誉主任田文昌律师接受西北政法大学的聘请担任刑事辩护高级研究院院长以来，注重理论与实际相结合，在全国范围内积极推进以贯彻刑事诉讼全过程的实务培训、诊所式的模拟法庭培训以及理论



牛支元律师



柳波律师



杨大民律师



门金玲律师



彭吉岳律师

活 动



| 相懷晶律師



| 孙广智律師



| 张小峰律師



| 张启明律師



| 夏俊律師



| 朱娅琳律師



| 聂素芳律師



| 翁小平律師



| 模拟与检察官会面提交法律文书



| 模拟与侦查人员会面提交法律文书



| 田文昌律師

水平的提升等三方面为主要内容的实务培训，通过教学与研究过程中的充分互动，提升每一位学员在理论和实践方面的能力。

本次研修围绕“辩护策略制定及辩护词、其他法律意见书写作”主题，又细分为七个专题，京都团队负责、参与了其中四个专题研修的主导工作，充分

展示出了京都律师贯之以恒的深厚理论功底、精湛专业技能和负责工作态度。

71岁的田文昌律师，作为“70后”，仍然坚持站在教学一线，在三天的研修活动中，亲自为师资律师们示范、讲解，与大家一起讨论、互动。

“身份不分主次、答案不设标准、人人高度烧脑、资源充分共享，全面提升刑

辩律师执业水准”，这不仅是田文昌律师对京都研修团队的要求，也是对西北政法大学刑事辩护高级研究院师资研修活动的期许。🌹



活 动

朱勇辉：应谨慎认定黑恶势力犯罪中“代理诉讼”型共犯

（根据朱勇辉律师在第五届刑辩十人论坛上的发言整理）

一、“打黑”意义重大，“依法打黑”意义更加重大

对于打黑，我们每个律师都有特别深刻的体会。打黑的意义重大，这毫无疑问。律师是法律工作者，我们当然拥护打黑。与此同时我想强调的是，依法打黑意义更加重大，这是实现中央依法治国理念的必然要求，所以，我们必须坚持依法打黑、理性打黑的路子。

回顾重庆打黑的时候，著名前律师李庄被定罪，是刑事律师出了事。这次打黑，刑事律师没有出事，但是民事律师出事了，这个问题是我们非常关注的。对媒体披露出来的几件律师涉黑恶被起诉的案件，因不掌握具体材料，我不具体评价，但这几个案件使我关注到打黑过程中共犯认定的问题，尤其是诉讼代理行为入罪的问题，我认为这非常值得我们研究。所以我今天发言的主要观点就是，要准确把握黑恶势力犯罪共犯的打击范围和证明标准，谨慎认定“代理诉讼”型共犯。

二、对行为人主观上“应当知道”的认定属于推论，应当谨慎

我注意到，在打黑相关的几个文件中，包括2018年1月份的文件和今年4月9号的四个文件里，都有关于涉黑恶共犯的规定，有的规定还非常具体，其中就涉及诉讼、仲裁、公证等行为。在认定共犯的条件方面，除了具体行为，核



朱勇辉律师在第五届“刑辩十人”论坛现场

心的一点就是行为人“知道或者应当知道”其参与的行为是犯罪。我认为，对其中“应当知道”的认定，应该引起我们特别重视。因为，“应当知道”只是一个推论，也就是在没有直接证据证明你确实知道的情况下，通过外围的间接证据，推定你是应当知道的。在“应当知道”是犯罪行为的情况下，你参与实施诉讼代理行为，你就构成黑恶势力犯罪的共犯了，甚至就成为黑恶势力的团伙成员了。

那么，如何推论认定“应当知道”？我认为这一推论取决于两个方面的条件：一是推论者依靠哪些外围事实进行推论，即充分的证据；二是推论者利用这些证据进行推论认定的水平，即

准确的判断。在这里我们看到，证据是客观的，但判断却是主观的，受到行为人本身的知识水平、社会阅历甚至个人善恶等方面的影响。也就是说，在对“应当知道”这一客观情况的推论认定过程中，参杂了推论者的主观因素。

既然对“应当知道”的认定是一个主观判断，那么从逻辑上讲，这种推论就可能出现两种情况：当推论与客观情况一致时，推论是正确的，案件得到公正处理；当推论与客观情况不一致时，推论就是错误的，冤假错案就可能出现了。我们司法的目的，就是为了得出正确的推论，避免错误的推论，但是，基于我们的现实能力，实践中或多或少的都会出现一些错误，从理论上讲，甚至

活 动



会议现场

无法绝对避免错误。

因此，所谓“应当知道”，因其属于推论的先天不足而可能出现错误，在某些特殊的情况下，这就使误伤无辜者成为可能性。当前律师界热议的某律师涉恶犯罪案件是什么情况，我们不得而知，相信司法机关会做出准确的认定和公正的判决。

三、维护律师制度，对“代理诉讼”型共犯应严格把关

通过前面的分析，我想在此呼吁大家关注一下目前的几件律师涉黑恶案件引发的对于律师权益、律师制度的影响，尤其是对民事代理、法律顾问制度的影响。我认为，律师因诉讼代理行为而入罪，无论对其“应当知道”的认定是否准确，都会对其他律师是否再愿意从事这一业务产生很大影响，因为这实际是对民事律师提出了一个刑事审查义务，而这一审查义务，即使是刑事律师，也不见得能在事前准确进行判断。

关于如何认定代理律师“应当知

道”律师代理的这个诉讼是犯罪行为或者他服务的这个法律顾问单位是一个黑恶势力集团，这次下发的4个文件中，在关于“套路贷”的文件里有一个很具体的条款讲怎么综合分析认定。文件说应当结合行为人的认知能力、既往经历，以及与行为人的交往情况等方面来进行综合认定。我觉得这个条款规定得很好、很具体，如果能够正常的来理解，准确的执行到位，确实为如何认定“应当知道”树立了一个可供借鉴的思路，找到了一个认定的路径。

但同时，如果理解执行中出现偏差，也会带来一些困扰。比如认知能力：如果因为你是一个律师，是个法律专业人士，你就应当通过了解到的事实做出服务对象是否是恶势力犯罪的判断？从这个逻辑来看的话，我觉得越是业务能力强的律师，风险越大，因为你认知能力很强啊。第二，根据从业经历来判断，那么那些从业时间长、执业经历越长的律师，风险越大。第三，根据你与行为人（委托方）的交往情况判

断，那么那些越是尽职尽责、与委托方交往密切的律师，风险越大。在这些情况下，即使律师真的不了解委托方的犯罪行为，但仍然很可能因为上面这些因素被定为共犯。而实践中，委托方真不一定把所有事情的底儿都告诉律师。

其实，这些年律师界一直在大力推进“专业化”，提倡不做“万金油”律师。社会上出现一些专门的非诉所，律师里实际上有很大部分律师根本不接触刑事业务，但他们做大量的法律顾问服务。很多非诉律师不懂诉讼，更不用说刑事诉讼，对于这个公司是否构罪，尽管他可能是一个老律师、大律师，但是他在客户单位的行为是否犯罪这个问题上的认知能力真不是相应的。在这种情况下，他们是不是会无意中，或者被动的，或者被冤屈的认定为黑恶势力的共犯，被指控为涉黑涉恶的犯罪，这值得我们重视。可以预见的是，如果不对“诉讼代理”型犯罪做严格把关，必将导致律师们对民事诉讼、法律顾问等业务产生畏惧心理。长此以往，无疑将损害律师制度的良性发展。

最后，我想说的是，中国律师制度的建立不易，成长更难。尽管经过了十多年的良好发展，但是律师还是一个弱小的职业团体。中国律师制度还比较稚嫩，还有许多需要完善的地方，需要一定的保护。因此，我呼吁，在“打黑”的专项工作中，对黑恶势力共犯中“代理诉讼”型犯罪，尤其是律师事务所签约、律师提供服务的案件，建议有关机关能够从严把关，以维护律师合法权益，维护律师制度。



真正形成法治思维的习惯

——田文昌律师在北京大学国际法学院 2019年毕业典礼上的致辞



各位同行、各位来宾、各位同学，大家下午好！

非常荣幸得以应邀参加今天的盛典。首先要说的是祝贺大家，可以在毕业之后奔向自己的辉煌前程。北大国际法学院的教学方式主要是美国J.D.培养模式。这种方式培养的学生可以说是律师的摇篮。我非常希望北大国际法学院这种创新式的办学，可以不断地培养出一批批优秀的中国律师来。这是我对大家衷心的祝愿。

在毕业之际，我想给大家提出一点择业的建议。每个年轻人都充满了幻想，都对自己的前途跃跃欲试。法学院的

同学毕业后，面临的是名利、地位等各种诱人的召唤。这种召唤很诱人，也是每个人所应当向往的。我鼓励支持大家，但同时我想给大家的建议是，由于每个人的环境、机遇等不同，所以对年轻人而言，不是要千篇一律的比地位、比名声、比利益，而是看哪一种职业更适合自己，哪一种岗位更能发挥自己的人生价值和社会价值。多年来，我一直给我的学生们这样的建议、这样的鼓励。任何人，一旦他在人生的征途中，找到了真正能够最大限度实现自己人生价值的岗位，无论他（她）有没有地位、名声、或者多大的利

益，他（她）都是成功的、是幸福的。恰恰是这种抱着平常心的人，往往能够取得更大的成就。我常常对年轻人说，世界就是这样的奇妙，想得到的往往得不到，得到的却往往想不到。跟大家说实话，我今天所得到的，从来都不是我想到的，我从来都没有想到过。但只要你努力了，你奋斗了，就一定会有收获。

满教授问我今天讲什么主题，我说就简单谈一谈对法治理念的深层思考。为什么要讲这个主题？首先，我要跟各位同学提出一个问题，这个问题你们可能很吃惊，甚至很不爱听。我想提的问题是，你们即将从这么高层次的学府毕业，你们得到了祝贺和祝福。但是，你们有没有想过，你们在理念上、思想上，真的毕业了吗？一个法学院学子，学了丰富的法学知识，是否等于他真正的毕业了？是否等于他真正成了一个合格的法律人？NO！很多人并没有做到这一点，这就是我今天要讲的一个很重要的话题，在中国尤其如此。为什么？理由很简单，我们法治的历史太短。大家都知道，中国的法治建设到今天，整整四十年。四十年之前，在中国的环境里是谈法色变，在人们的概念里基本没有法的地位。

改革开放四十年后，我们取得举世瞩目的成就。我们的律师从无到有，到四十几万之众，这都是有目共睹的。但是，在四十年后的今天，当法律的概念人人皆知的时候，法治的理念有没有真正地深入人心？这正是我们正在担忧的问题。最近一段时间，我一直在反思这个问题，因为我在人们的日常生活当中、在工作当中，经常遇到一些现象。很多人，包括我们的法律人在内，包括法学学子，包括司法人员，包括法学教授，很多人都没有走出人治的思维模式，没有真正形成法治思维的习惯，这是一个值得深入讨论的问题。法治体现在你身边各种大大小小的事务中，对这些事务的反应体现出你的思想方式到底是哪一种。

比如说，在你处理事务的原则中，潜意识中优先反映的是规则意识还是道德意识？中国社会很多人的思想中首先反映出来的是道德意识，不是规则意思；或者理论上有了，但还是没有形成思维的习惯。

再比如说，当我们权衡利益时，优先反应的是公平意识还是自我意识。一个法律意识很强的人，第一想到的是公平。但我们周围的人，包括法律界的许多人，想到的会是我。因为我们多年来的计划体制中欠缺市场经济，没有市场经济，就难以形成公平思维的习惯。

在你遇到争议的时候，脑海中首先闪出的是契约意识还是权力意识。在我们的日常生活中，很多人遇到争议时，第一想到的不是法律之下的契约，而是找关系等的权力意识。

再比如，当我们的私权和公权遇到冲突时，是私权优先还是公权优先？很多人往往都是只想到公权，忽略私权。这种现象存在并不奇怪，可悲的是，我们很多法律人自身也没有摆脱这种意识。前几年李克强总理讲了一句非常经典的话，体现了他是一个法律人出身，他讲：“公权力，法无授权不可为，私权力，法无禁止即可为。”这句话是法治思维的经典。但到今天为止，有多少人能够深刻理解这句话，能够按照这个思维方式思考问题？

又比如说，在评价一个敏感案件的时候，民意和法律两者之间的关系是冲突的还是一致的？前几年，我们一直强调司法要遵从民意，这个说法没错，我是坚决支持的。但问题是，这个民意如何体现？个别的民意、部分的民意和整体的民意又是什么样的关系呢？我记得有一位美国的大法官说过，我在审理一个案件的时，法庭外面可能有500人抗议，但我怎么知道远处是不是有5000个人支持呢？民意不应该是体现在个别或者部分人身上，而应该是体现在立法上，立法是民意的最大体现。只有严格尊重法律依法办事才是真正的尊重民意。如果我们混淆了个别民意和普遍民意的关系、个别正义和普遍正义的关系，也就混淆了法治与人治的界限。

在权力与法律的关系中，是法律制约权力还是权力左右法律？这个问题表面上大家都会回答，是法律制约权力。但是在具体运作的时候，有多少时候是反其道而行之？在出现反其道而行之的问题的时候，又有多少人又会出来纠正？或者说在这种情况下，作为法律人有没有尽到一个法律人应该尽到的责任？如果没有，又说明了什么问题？

在社会治理和管理学的理念中，是人的因素第一还是制度的因素第一？我们不妨想想，我们周围的很多现象发生时，我们第一想到的是人，人怎么办？人怎么提高觉悟？人怎么加强教育？人怎么管理好？而很少想到的是制度。但制度因素优先是法治的思维，人的因素优先是人治的思维。这个问题，仍然需要重视。

在社会变革的过程当中，是靠人来改变制度吗？还是靠制度来改变人？一个好的制度，可以把坏人变好。一个坏的制度，也可以把好人变坏。这说明，制度是第一位的。但是我们在现实生活中，往往会把人的作用摆在第一位。有人



就坚持说，制度是人定出来的，好人才能制定好的制度。所以，人比制度更重要。这又是怎样的思维方式？

再问一句，好人治理、能人治理和法治是个怎么样的关系？我们在改革开放之前的30几年，实际上强调的是好人治理、能人治理。那个时候在我们国家没有什么管理学的专业，没有这个概念。现在到处可见的MBA、EMBA，过去我听都没有听说过。当时没有这些概念，好人就行。他是活雷锋，是劳动模范，是英雄，他无私奉献，他舍己为人，他就可以管理这个国家，管理这个社会。以至于文革期间，有些劳动模范因为其表现优秀就可以担任国家级的领导职务。我在上小学的时候就有这种印象，我只要好好学习，我只要是好学生，就可以做最好的领导。多年来我们已经形成了这样的思维方式和行为模式。那我们作为法律人，有没有深入思考这个问题？怎样才能从好人治理、能人治理，转向法治呢？

最后我还想提出一个问题，可能有点尖锐，会有争议。法治的基础是性善论还是性恶论？古人就说，人之初，性本善。我们中国人在性善论这种教育中走过了几千年，我们相信人的本性都是好的。所以，我们反对资本主义国家那种自私的、只顾个人的旧思想。我们反对AA制——AA制太小气了。我们反对立遗嘱——就那么点钱还立遗嘱，连亲情都没有了。我们到今天为止有些人还反对签合同、写借条，说都是太没有情谊的人才那样做。那么后来呢？现在我们很多人都接受了AA制，接受了立遗嘱，接受了合同，接受了借据……但是，到今天为止，仍然有很多人缺乏这种意识，很多企业当中，几个亿的资金可以一个电话一句话就可以调用，不留任何证据。有的人借钱写借条说你这个人不讲交情，太不义气。然而事后，却出现了一系列问题。我亲手办过大量的案件，就是在当先君子后小人的行为发生以后，出现了问题。当真正的利益冲突暴露出来以后，残酷的斗争惨不忍睹，夫妻反目，父子成仇，兄弟相残，不择手段。这就是相信人性善的结果，这就是反对、忽视规则意识的结果，说到底就是人治意识的结果。现在我们走出来了吗？没有真正的走出来。

我认为，人性当中，善和恶都是有的。不能简单地说就是性恶或是性善。但是按照法治的原则来解决，能够唤起性善的一面。如果没有法治，那么性恶的一面就会爆发。

我认为，性善论是人治的基础，性恶论是法治的基础。

那么，如果作为一个法律人，我们不能搞清这些基本的原则，如果我们不重视规则意识，如果我们思维方式不转变，我们能称之为一个真正的法律人吗？

为什么会出现这种情况？我简单讲讲，因为中国社会几千年来，是个人治社会。

中国历史上就有儒法之争，儒家思想是以孔子为代表的所讲的是道德统治。而以韩非子为代表的法家强调的是以法律制度来管理社会，但是这里讲的不是治理的治，而是制度的制。法家强调的是用法律作为一种手段来管理人民，而不是管理统治者本身。那种法制和今天的法治完全是两个概念，它是一种统治的手段而已。所以，儒家和法家都不是法治社会。

那么，为什么一定要走向法治的思维，这里有一些很关键的问题，我提出这个问题，希望大家能深刻地思考。最核心的道理，是法治比人治更可靠。为什么？

人的意志是个体的，而法律的原则是整体的。因为，法律所体现的是全社会公众的整体意志。

人的意志是可变的，而法律的原则是确定的。因为，意志一旦形成法律就不能随意更改而必须遵照执行。

人的意志是功利的，而法律的原则是公平的。因为人都是有功利心的，不可能人人都会大公无私，毫不利己。而法律则必须建立在公平、公正的原则之上。

人的意志是莫测的，而法律的原则是公开的。因为，公开的法律才有普遍的约束力和公信力。

鉴于以上列举的这些问题，我们可以看到，为什么我们要走向法治，为什么要摒弃人治。中国进行改革开放后四十年后的今天，我们在反思这个问题的时候，应该更深一步。要从我们身边的一切事务来思考，我们是不是真的走出了人治思维的影子，形成了法治思维的习惯。从人治走向法治，是现代社会的必由之路。那么问题在于，我们如何走向法治？作为一个法律人，必须思考这个问题。或者说，只有具备了法治思维习惯的人，才能称之为真正的法律人。如果我们到现在还没有思考好这个问题，还没有真正形成法治思维的习惯。那么，即使拿到了学位，也不能称之为一个真正的法律人。

这就是我对大家的期望，殷切的期望！

谢谢大家！🌹

房地产与建设工程领域 热点法律问题分析





浅析房地产开发企业破产案件之 债权的优先受偿权

■ 孟冰、杜雅琪/文

近年房地产市场遇冷，房地产开发企业（以下称“开发商”或“债务人”或“发包人”）进入破产清算、重整或和解程序也已不再是新闻了。根据全国企业破产重整案件信息网显示，全国已有多家开发商进入破产程序，例如云南奥宸房地产开发有限公司、黑龙江汇雄房地产开发有限公司、四川国荣房地产开发有限公司、河北联邦伟业房地产开发集团有限公司等。本文将就破产清算程序（以下简称“破产程序”）中对开发商享有优先受偿权的债权的权利保护进行论述。

开发商破产案件中，享有优先受偿权的债权既有常见的破产费用、担保债权、职工债权、税收债权等，也可能包括基于债务人行业特殊性而产生的购房人债权、承包人建设工程价款的优先受偿权，也可能涉及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》（以下简称“《破产法解释（三）》”）所规定为继续营业而产生的新债权。这么多优先受偿权，到底哪个优先权更优先呢？

经我们梳理，破产程序中前述各项债权清偿顺位依次为：购房人债权、承包人建设工程款、担保债权、破产费用、共益债务（注：为继续营业而产生的新债权适用公益债务之顺位）、职工债权、税收债权。

孟冰律师简介



京都律师事务所高级合伙人，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。

一、购房人的优先受偿权

对于开发商进入破产程序前签订的购房合同，房屋已建成但尚未完成房屋所有权转移登记（以下简称“权属登记”）的，此种情况下，已支付了全部或者大部分购房款的购房人享有第一顺位的优先受偿权，本章将基于前述情况论述购房人的权利保护。

1、关于权利基础

根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称“《批复》”）第二条规定，“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”。值得关注的是，根据《中华人民共和国消费者权益保护法》第二条、《最高人民法院关于执行工作办公室关于〈最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复〉中有关消费者权益应优先保护的规

定应如何理解的答复》《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称“《若干规定》”）之规定，《批复》应作如下理解：

（1）“消费者交付购买商品房”系指消费者为生活所需购买的用于满足居住功能的房屋，不包括为投资或经营用途所购置的房屋。

(2) “大部分款项”，《批复》未明确“大部分”的衡量标准，笔者认为此可参考《若干规定》第二十九条所采用的50%标准。

因此，开发商破产案件中，对于符合本文所述情形之购房人享有基于特定不动产的非金钱债务属性的特殊债权，该债权属于可对抗建设工程款优先受偿权的法定优先权。

2、关于权利顺位

《批复》规定了“工程价款优先受偿权不得对抗买受人”，然而其未明确“不得对抗”的效力是否及于担保债权与普通债权，但是《批复》第一条规定“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当依照《中华人民共和国合同法》第二百八十六条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权”，即工程价款的优先受偿权优于抵押权和其他债权。

由此可知，购房人之优先权优于承包人，而承包人之优先权先于担保债权与普通债权，基于法律逻辑，购房人之优先权亦先于担保债权与普通债权。

3、关于行权路径

首先，《破产法》中没有明确规定购房人如何行使其优先受偿权，因购房人之优先受偿权为法定优先权，可参考适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百零八条之规定“对人民法院查封、扣押、冻结的财产有优先权、担保债权人，可以直接申请参与分配，主张优先受偿权”。购房人可直接主张行使其优先受偿权。

其次，购房人的具体行权路径还取决于购房合同的实际履行情况。根据《破产法》第十八条规定“人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同”。因此，笔者认为购房人的行使

路径应区分以下两种情况：

(1) 对于购房人已支付全部购房款的

购房人支付全部购房款，即购房人的合同义务已全部履行完毕，仅债务人单方未履行义务，鉴于此管理人不享有《破产法》第十八条规定的解除权，也不存在《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第九十四条规定的法定解除权的，购房人可选择向管理人主张交付该特定房

屋并办理权属登记，或要求管理人处置该房屋并就所得款项行使优先受偿权，具体如下：

首先，如购房人向管理人主张交付房屋，如不存在《合同法》第一百一十条所规定的履行不能等情况的，笔者认为管理人应当协助办理权属登记。

需特别说明的是，此时由管理人协助办理权属登记手续也是购房人行使其优先受偿权的方式之一，并不构成《破产法》第十六条所规定的无效的个别清偿行为。笔者认为结合破产法中“债权平等原则”，第十六规定之目的是同类债权按照同一标准平等受偿，非同类债权应分别基于债权所对应的实体规范确定其受偿顺位、标准和方式受偿。购房人享有的是基于特定不动产的非金钱债务属性的特殊债权，因此购房人要求交付房屋符合购房合同所约定的债权实现

方式，事实上向购房人交付房屋也更符合《批复》《消法》及《若干规定》所主张的保护生存权的立法精神。

其次，如购房人主张处置房屋并就所得款项行使优先受偿权，根据《全国法院破产审判工作会议纪要》（以下简称“《破产会议纪要》”）第25条规定“担保权人权利的行使与限制。在破产清算和破产和解程序中，对债务人特定财产享有担保权的债权人可以随时向管理人主张就该特定财产变价处置行使优先受偿权，管理人应及时变价处置，不得以须经债权人会议决议等为由拒绝。但因单独处置担保财产会降低其他破产财产的价值而应整体处置的除外”，因此，除单独处置将使债务人财产整体价值降低外，管理人应根据购房人的要求处置房屋并向优先向购房人分配。

杜雅琪律师简介



京都律师事务所律师，毕业于英国纽卡斯尔大学法学院，主要执业领域为房地产开发与建设工程、公司合规管理与风险控制、不良资产处置、破产重整等法律事务。



（2）购房人仅支付大部分购房款的

双方合同义务均未履行完毕时，管理人有权依据《破产法》第十八条决定继续履行或解除购房合同，此情况下购房人行权路径应分以下两种情况：

首先，如管理人决定继续履行合同的，购房人可自行选择向管理人主张交付该特定房屋并办理权属登记，或要求管理人处置该房屋并就所得款项行使优先受偿权，如购房人选择前者的，在购房人支付全部购房款后，管理人应交付房屋并协助办理登记；如购房人选择后者的，购房人可根据《破产会议纪要》第25条规定要求处置管理人房屋并向优先向购房人分配。

其次，对于管理人解除购房合同或者购房合同被视为解除的，笔者认为此时购房人对其已支付的购房款享有返还请求权，此债权同样可依据《批复》享有优先受偿权，购房人可根据《破产会议纪要》第25条规定要求处置管理人房屋并就其所得价款优先受偿。

二、建设工程价款的优先受偿权

1、关于权利基础

根据《合同法》第二百八十六条规定，“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿”。

但是并非发包人欠付的全部款项均享有优先受偿权，根据《批复》第三条规定，享有优先受偿权的工程款范围限于承包人为建设工程实际支出的费用，包括应当支付的工作人员报酬、材料款等，而承包人因发包人违约所造成的损失则不享有优先受偿权；又根据《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“《解释（二）》”）第二十一条规定“承包人建设工程价款优先受偿的范围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。承包人就逾期支付建设工程价款的利息、违约金、损害赔偿金等主张优先受偿的，人民法院不予支持”。

据此，承包人可依据《合同法》《批复》及《解释

（二）》之规定就工程价款主张优先受偿权，该优先受偿权仅适用于工作人员报酬、材料款等直接支出的费用，不包括利息、违约金、损害赔偿金。

2、关于权利顺位

如本文在“购房人的优先受偿权”一章中所述，工程价款的优先受偿权优先于抵押权和其他债权，但劣后于前述购房人的优先受偿权。

3、关于行权路径

《解释（二）》第二十二条规定“承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算”，值得注意的是，2019年2月1日《解释（二）》生效后，《批复》第4条中以建设工程竣工之日起计算行权期的规定不再适用。

事实上，实践中承包人的债权情况往往无法基于前述规定进行简单认定，因此笔者将就以下特殊情况进一步论述：

（1）建设工程合同被认定无效时

《解释（二）》第十一条规定“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”。

由此可知，承包人就建设工程款享有优先受偿权的前提条件是建设工程质量合格，并非合同效力。因此，只要建设工程质量合格的，承包人即可享有优先受偿权。

（2）建设工程停工的

破产案件中，法院裁定受理房地产企业破产申请时，建设工程可能早已停工，《解释（二）》第二十二条所规定的承包人的六个月行权期可能早已届满，承包人是否就此丧失其优先受偿权？

《解释（二）》未对此作出明确规定，但是《全国民事审判工作会议纪要》【法办(2011)442号】（以下简称“《2011年会议纪要》”）第四条第（二）款对前述问题规定：首先，非因承包人原因导致工程未能竣工，优先受偿权自实际竣工之日起计算；其次，因发包人导致施工合同解除或终止履行的，优先受偿权自自合同解除或终止履行之日起计算。鉴于此，笔者将基于《2011年会议纪要》之精神，并结合《解释（二）》第二十二条之规定对前述问题进行论

述:

①承包人已实际施工完毕,且竣工验收合格的

笔者认为此情况下合同约定的付款条件早已成就,如承包人已经按照《合同法》第二百八十六条之规定催告,但发包人仍未付款的,截至发包人破产裁定受理日,承包人的六个月行权期尚未届满的,承包人可在破产程序中向管理人主张优先受偿权。

②承包人已实际施工完毕,但尚未竣工验收的

笔者认为可分以下两种情形:

第一,建设工程质量合格的。根据《解释(二)》第二十条规定“未竣工的建设工程质量合格,承包人请求其承建工程的价款就其承建工程部分折价或者拍卖的价款优先受偿的,人民法院应予支持”。笔者认为此情况下承包人的优先受偿权应同前述“承包人已实际施工完毕,且竣工验收合格的”,即承包人已按规定催告,截至发包人破产裁定受理日,承包人的六个月行权期尚未届满的,承包人即可在破产程序中向管理人主张优先受偿权。

第二,建设工程质量不合格的,《解释(二)》未对此作出明确规定,笔者认为可参考《解释》第三条关于建设工程施工合同无效且建设工程竣工验收不合格时,承包人主张付款之规定,“(一)修复后的建设工程经竣工验收合格,发包人请求承包人承担修复费用的,应予支持;(二)修复后的建设工程经竣工验收不合格,承包人请求支付工程价款的,不予支持”。

因此,对于工程质量不合格的,但经其修复后合格的,只要承包人有权主张工程价款(不包括修复费用),且截至发包人破产裁定受理日,承包人的六个月行权期尚未届满的,承包人即享有优先受偿权(不包括修复费用),此符合保护承包人的立法精神,同时也未突破《解释(二)》中工程质量优先之原则。

如上所述,对于建设工程停工的,如截至发包人破产裁定受理日,承包人仍享有优先受偿权,且六个月行权期尚未届满的,承包人即可在破产程序中向管理人主张优先受偿权。

(3)装饰装修工程款是否优先受偿权

根据《最高人民法院关于装饰装修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》规定,装饰装修工程属于建设工程,可适用《合同法》中关于建设工程款

优先受偿权的规定,且《解释(二)》第十八条规定“装饰装修工程的承包人,请求装饰装修工程价款就该装饰装修工程折价或者拍卖的价款优先受偿的,人民法院应予支持,但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有权人的除外”。值得注意的是,笔者认为装饰装修工程的优先受偿权还应以工程质量合格为前提,此不仅符合《解释(二)》强调工程质量优先的原则,并且工程质量合格通常也是合同中重要的付款条件,如付款条件尚未成就,优先受偿权则无从谈起。

因此,除发包人非该建筑物的所有权人外,装饰装修工程价款可就装修工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿权。

三、关于担保债权

1、关于权利基础

根据《中华人民共和国物权法》(以下简称“《物权法》”)第一百八十条第(一)、(二)、(五)款规定,债务人可以其有权处分的建筑物和其他土地附着物、建设用地使用权、正在建造的建筑物设立抵押担保,且前述财产可一并抵押,又根据《物权法》第一百八十七条规定,以前述财产抵押的,抵押权自登记时设。

因此,对于开发商进入破产程序之前已就其享有处分权的建设用地土地使用权、建筑物及在建工程设立抵押权的,根据《破产法》第一百零九条之规定,即使债务人进入破产程序,担保权人仍然可就债务人特定财产享有优先受偿权,此即破产法理论中所称别除权。

2、关于权利顺位

根据《破产法》第一百零九条规定,担保权人可就债务人特定财产主张优先受偿权,但是如前所述,购房人及承包人的优先受偿权优先于担保权人,因此如购房人、承包人及担保权人同时就债务人同一特定财产享有优先受偿权的,三者的优先权顺位为购房人优先于承包人,而承包人优先于担保权人。

3、关于行权路径

《物权法》第一百九十五条规定,“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财



产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。抵押财产折价或者变卖的,应当参照市场价格”。

根据《破产会议纪要》第二十五条规定,除单独处置将使债务人财产整体价值降低外,管理人应根据担保权人的主张及时处置特定财产并清偿担保权人。

但是,如债务人用于抵押的建设用地土地使用权是以划拨方式取得的,抵押权人还应根据《中华人民共和国担保法》第五十六条、《中华人民共和国城市房地产管理法》第五十一条之规定,即土地使用权拍卖所得的价款应先行缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后,抵押权人方可优先受偿。

由上可知,管理人应根据担保权人的主张及时处置债务人特定财产,并就所得价款先行缴纳土地使用权出让金(如有),再行清偿购房人债权(如有)、承包人债权(如有),最后担保权人再就剩余款项优先受偿。

四、破产费用、共益债务、职工债权及债务人欠缴税费的优先受偿权

1、定义

(1) 关于破产费用

《破产法》第四十一条规定,破产费用包括破产案件的诉讼费用,管理并处置债务人财产的费用;管理人履行执行职务的相关费用与管理人报酬;

(2) 关于共益债务

《破产法》第四十二条规定,共益债务的范围如下:

“因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务;债务人财产受无因管理所产生的债务;因债务人不当得利所产生的债务;为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务;管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务;债务人财产致人损害所产生的债务”。

2、关于权利基础及顺序

关于破产费用、共益债务、职工债权、欠缴的税费的

优先受偿权及权利顺位,《破产法》作出明确规定,具体如下:

首先,《破产法》第四十三条规定,破产费用与共益债务由债务人财产随时清偿,如不足以同时清偿前述所有费用的,先行清偿破产费用;如不足以所有清偿破产费用或所有共益债务的,按比例清偿。

其次,《破产法》第一百一十三条规定,破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后,再依次清偿:“(1)破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金;(2)破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款;(3)普通破产债权。破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的,按照比例分配”。

因此,上述债权或费用的顺位依次为:破产费用、共益债务、职工债权、欠缴的税费。

3、关于行权路径

首先,根据《破产法》第四十三条规定,破产费用与共益债务由债务人财产随时清偿。

其次,关于职工债权与债务人欠缴的税费,根据《破产法》第四十八条之规定,“债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用,所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用,以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金,不必申报,由管理人调查后列出清单并予以公示。职工对清单记载有异议的,可以要求管理人更正;管理人不予更正的,职工可以向人民法院提起诉讼”,即职工债权、欠缴的税费均不必申报,由管理人调查确认后公示。

虽然《破产法》对于破产费用、共益债务、职工债权、欠缴的税费作出较为详细的规定。但是笔者认为以下两点值得进一步论述:

(1) 债务人因欠缴税款而产生的滞纳金是否享有优先受偿权

虽然于2008年12月31日生效的《国家税务总局关于税收优先权包括滞纳金问题的批复》明确规定“《税收征管法》第四十五条规定的税收优先权执行时包括税款及其滞纳金”,即因欠缴税款而产生的滞纳金具有优先受偿权。

但是于2012年7月12日生效的《最高人民法院关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》（以下简称“《最高人民法院关于滞纳金批复》”）对上述问题作出相反规定，即“破产企业在破产案件受理前因欠缴税款产生的滞纳金属于普通破产债权。对于破产案件受理后因欠缴税款产生的滞纳金，人民法院应当依照《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第六十一条规定处理”，即破产案件受理前已有的滞纳金属于普通债权，破产案件受理后产生的滞纳金，则不属于破产债权。

同《最高人民法院关于滞纳金批复》，于2019年3月28日生效的《破产法解释（三）》也明确规定“破产申请受理后，债务人欠缴款项产生的滞纳金，包括债务人未履行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金，债权人作为破产债权申报的，人民法院不予确认”。

鉴于此，笔者认为上述问题已不再具有争议性，已破产案件受理前已有的滞纳金属于普通债权，不享有优先受偿权，而破产申请受理后的滞纳金不属于破产债权，亦不存在优先受偿权。

（2）关于破产费用、共益债务优先权顺位的例外情形

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第三条第（二）（以下简称“《破产法解释（二）》”）款规定“对债务人的特定财产在担保物权消灭或者实现担保物权后的剩余部分，在破产程序中可用以清偿破产费用、共益债务和其他破产债权”。根据该规定，担保债权就债务人特定财产享有绝对的优先权。

但是，实践中确有一尴尬局面，开发商进入破产程序前通常已就其全部或大部分财产设立了担保权，由此导致破产案件中担保债权额通常已超出破产财产价值，如根据上述《破产法解释（二）》第三条规定优先偿还担保债权，则债务人已无其他破产财产可支付破产费用与共益债务。

笔者认为对于担保债权额超出破产财产价值，且债务人无其他破产财产支付破产费用与共益债务的破产案件，破产程序陷入僵局的，破产费用、共益债务分以下两种情况处理：

①关于破产费用之管理人报酬

根据《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》第十三条“管理人对担保物的维护、变现、交

付等管理工作付出合理劳动的，有权向担保权人收取适当的报酬。管理人与担保权人就上述报酬数额不能协商一致的，人民法院应当参照本规定第二条规定的方法确定，但报酬比例不得超出该条规定限制范围的10%”。

因此，对于上述破产僵局，笔者认为管理人可根据上述规定可向担保债权人主张管理人报酬。

②关于破产费用（管理人报酬除外）与共益债务

笔者认为，破产程序是对债务人的全部债权债务集中处理的程序，破产程序是全体债权人实现债权的方式，因破产程序发生的费用（破产费用与共益债务）属于全体债权人实现其债权的费用，因此破产程序中实现债权的费用可参考适用普通程序中与实现债权的费用的相关规定。具体而言，《合同法》第二十一条规定债务人财产不足以清偿全部债务时，且当时当事人没有约定的，应当按以下顺序抵充：实现债权的有关费用、利息、主债务；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第六十四条规定“债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人收取的由抵押物分离的天然孳息和法定孳息，按照下列顺序清偿：收取孳息的费用；主债权的利息；主债权”。

因此，针对上述情况，笔者认为管理人处置担保物所得价款可优先支付破产费用（管理人报酬除外）、共益债务后，再行偿付担保债权。

五、破产程序后新发生的借款

1、关于权利基础

债务人进入破产程序后，对于为继续营业而发生的借款（以下称“新债权”），此借款之债权人（以下称“新债权人”）是否享有优先受偿权？新债权人如何主张优先受偿权？

《破产法解释（三）》第二条规定“破产申请受理后，经债权人会议决议通过，或者第一次债权人会议召开前经人民法院许可，管理人或者自行管理的债务人可以为债务人继续营业而借款。提供借款的债权人主张参照企业破产法第四十二条第四项的规定优先于普通破产债权清偿的，人民法院应予支持，但其主张优先于此前已就债务人特定财产享有担保的债权清偿的，人民法院不予支持。管理人或者自行管



破产申请受理后，债务人欠缴款项产生的滞纳金，包括债务人未履行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金，债权人作为破产债权申报的，人民法院不予确认。

理的债务人可以为前述借款设定抵押担保，抵押物在破产申请受理前已为其他债权人设定抵押的，债权人主张按照物权法第一百九十九条规定的顺序清偿，人民法院应予支持”。

因此，债务人进入破产程序后，经债权人会议决议或法院许可，债务人为继续营业而发生的新债权，新债权人可参照共益债务享有优先受偿权。

2、关于权利顺位

关于该优先受偿权的权利顺位，虽然《破产法解释（三）》明确规定新债权的优先受偿权优于普通债权，劣后于在先的担保债权，但是因开发商破产案件中涉及较多享有优先受偿权的债权，笔者将进一步论述新债权人与其他债权的优先权顺位：

（1）关于新债权与破产费用，鉴于新债权人的优先受偿权是参照共益债务之规定主张，因此新债权与破产费用的顺位同样适用《破产法》第四十三条中关于破产费用与共益债务的顺位规定，即债务人财产不足以同时清偿破产费用与共益债务的，先行清偿破产费用，如不足以所有清偿破产费用或所有共益债务的，按比例清偿。

（2）关于新债权与职工债权、税收债权，《破产法解释（三）》第二条仅明确新债权人的优先顺位优于普通债权，未明确其与职工债权、税收债权顺位关系，笔者认为因新债权人的优先受偿权是参照共益债务之规定，又根据《破产法》第一百一十三条共益债务优先于职工债权、税收债权，因此新债权的顺位应参照《破产法》第一百一十三条优先于职工债权、税收债权。

（3）关于新债权与普通债权，《破产法解释（三）》第二条明确新债权人的优先顺位优于普通债权。

（4）关于新债权与担保债权，《破产法解释（三）》第

二条明确新债权人的优先顺位不得对抗已就特定财产享有担保权的债权人。

（5）关于新债权与购房人、承包人之债权，鉴于新债权的顺位不得对抗在先担保债权，且因担保债权的优先性劣后于本文前述购房人、承包人，因此新债权人的优先受偿权亦不得对抗购房人与承包人。

（6）关于同一抵押物上新债权人与在先抵押权人，以债务人财产为新债权人设定抵押权的，如该抵押物上已有在先的抵押权，或者债务人同时为两个及以上新债权人设立抵押权的，该抵押物上债权受偿顺位按照《物权法》第一百九十九条之规定行使，即抵押权均已登记的，按照登记先后顺序清偿，同顺序的按比例清偿；如有未登记的抵押权，则登记的优先于未登记的。

如上所述，新债权顺位优先于职工债权、税收债权及普通债权，但劣后于破产费用、购房人债权、承包人债权及担保债权。

3、关于行权路径

笔者认为既然《破产法解释（三）》第二条明确新债权人参照共益债务享有优先受偿权，再遵循上述权利顺序的前提下，新债权人即可根据《破产法》第四十三条规定主张就债务人财产随时清偿。

综上所述，对于开发商破产案件中各项享有优先受偿权的债权，除第四章所述破产费用、共益债务优先权顺位的例外情形，破产程序中各债权的清偿顺位依次为：购房人债权、承包人建设工程款、担保债权、破产费用、共益债务（包括新债权人）、职工债权、税收债权。

建设工程项目委托建设管理合同要点分析

■ 秦庆芳、吴欣荣/文

委托建设管理合同为无名合同，我国《合同法》并未就该类型合同作出明确规定。在实践中，存在大量项目委托建设管理需求，委托方享有土地使用权和建设资金，但苦于缺乏管理能力和专业人员，亟需聘请专业的管理公司对项目进行全过程管理，以确保项目的安全、可控和顺利完工，受托方具有丰富的项目管理经验和专业的技术人员，能够提供专业的管理工作，完成项目的质量、进度、造价等控制目标。

在笔者团队服务的数个商业银行办公楼及数据中心等项目中，委托建设管理合同被广泛运用，对于建设项目的顺利推进起到了非常关键的作用。综合几个项目的建设管理经验及特点，将委托建设管理合同的法律要点分析总结如下：

合同主体及项目主体

委托建设合同的签约主体一般包括两方，即委托方和受托方。

在建设管理过程中，参建单位主体数量众多，所需签署的合同及需办理的手续文件纷繁复杂，需明确委托方的授权范围，特别是工程的相关手续及合同签署，以委托方的名义还是受托方的名义进行？

秦庆芳律师简介



京都律师事务所高级合伙人。办理了大量诉讼和非诉讼业务。秦律师担任国家开发银行、华夏银行、中信银行、哈尔滨银行、航天长峰股份有限公司、北京天街集团公司、北京兆丰工业开发中心、北京宝鸿房地产开发有限公司等数家企业的法律顾问，专注房地产与建设工程领域，擅长为客户提供房地产项目土地整理与征收、一级开发与补偿、招投标、拆迁与安置、投融资、勘察与设计、总承包施工与委托建设管理、监理与造价咨询、销售与转让、物业管理、商业地产招商与租赁、酒店管理与技术服务等各环节法律服务。

关于这一问题，首先需厘清的是，严格意义上讲，委托建设管理合同与代建合同不同。代建的概念，可见于2004年《国务院关于投资体制改革的决定》、《水利工程项目代建制管理指导意见》、《公路建设项目代建管理办法》等文件。其中，《国务院关于投资体制改革的决定》（国发【2004】20号）规定：“对非经营性政府投资项目加快推行‘代建制’，即通过招标等方式，选择专业化的项目管理单位负责建设实施，严格控制项目投资、质量和工期，竣工验收后移交给使用单位。”基于此，一般情况下，代建合同专指政府投资项目，由于移交使用单位或管理单位时，可直接根据相关文件办理，代建合同项下的工作包括合同签署等可由受托方名义开展。

本文项下的委托建设管理，所涉及项目为非政府投资项目，受托方虽然同样是开展“代为建设管理”服务，但委托方、受托方的法律关系与代建合同中不同。例如《广东省高级人民法院关于审理建设工程合同纠纷案件疑难问题的解答》就明确区分了两种合同项下的法律关系：“对于非经营性政府投资项目根据法律强制实行委托代建，代建单位

作为项目建设法人，全权负责项目建设的组织管理、招投标



和工程款支付义务的，其属于发包人。承包人依据《合同法》有关委托合同的规定主张委托人承担责任的，不予支持。对于其他委托代建工程建设项目，依据《合同法》有关委托合同的规定处理。”

此外，还需考虑政府主管部门对建设工程及不动产项目相关手续办理的规定，只有以委托方的名义办理全部手续、证照，并且确保所有文件、证照主体名称的一致性，方可确保最终顺利取得不动产的所有权登记证书。如果以受托方的名义办理全部手续，则委托方只能通过购买的方式取得不动产，不仅手续繁杂、税费沉重，而且在权利变更之前委托方无法对项目主张权利，与购买无异，失去了“委托建设”的意义；如果委托方先行取得土地使用权、办理立项等前期手续，后续工作也必须以委托方的名义进行，受托方以自身名义办理许可、审批、备案手续，不具有可行性。

最后，考虑到非政府投资项目的委托管理，一般情况下受托方并不承担垫资义务，全部建设资金均需由委托方支付，相关证照、手续文件以委托方的名义办理，原件交由委托方保存，方可最大限度降低委托方的风险，理顺法律及财务关系。

因此，建设工程委托管理项下，项目所涉及的全部手续文件包括土地使用权、立项文件、建设手续等，均需以委托方的名义进行；关于建设过程中所涉及合同的签约主体，除分包合同外，基本上均需以委托方的名义进行招标和签署，以确保项目手续、证照的一致性，确保项目权利归属于委托方。

受托方的资质要求

就政府投资项目代建而言，受托方一般需具备相应的资质。虽然2004年《国务院关于投资体制改革的决定》没有就

吴欣荣律师简介



京都律师事务所合伙人，自执业以来，为多家公司提供日常法律顾问服务及专项法律服务。曾参与前门大街整治与改造工程、哈尔滨银行及中信银行多个地产项目的全程法律服务工作，特别是在聘请国外设计师与本地院合作开展设计工作以及银行定制和买卖、租赁办公用房法律事务领域，积累了较为丰富的经验。

受托方的资质进行规定，但水利工程、公路工程项目代建规定中，均对受托方的资质提出了具体要求。《水利工程建设项目建设制管理指导意见》规定：

“代建单位应具备以下条件：1.具有独立的事业或企业法人资格。2.具有满足代建项目规模等级要求的水利工程勘测设计、咨询、施工总承包一项或多项资质以及相应的业绩；或者是由政府专门设立（或授权）的水利工程建设管理机构并具有同等规模等级项目的建设管理业绩；或者是承担过大型水利工程项目法人职责的单位。3.具有与代建管理相适应的组织机构、管理能力、专业技术与管理人员。”《公路建设项目代建管理办法》第八条规定：“高速公路、一级公路及独立桥梁、隧道建设项目的法人，需要委托代建时，应当选择满足以下要求的项目管理单位为代建单位：（一）具有法人资格，有满足公路工程项目建设需要的组织机构和质量、安全、环境保护等方面的管理制度；

（二）承担过5个以上高速公路、一级公路或者独立桥梁、隧道工程的建设项目管理相关工作，具有良好的履约评价和市场信誉；（三）拥有专业齐全、结构合理的专业技术人才队伍，工程技术系列中级以上职称人员不少于50人，其中具有高级职称人员不少于15人。”

此外，部分省市也颁布了适用于地方的代建管理规定，对受托方的资质提出了更加明确的要求。例如，《北京市东城区政府投资建设项目代建制管理（试行）》第七条规定：

“从事本区政府投资项目代建业务的代建单位应具备以下基本条件：（一）依照中华人民共和国法律设立和存续，具有独立法人资格；（二）具有房地产开发资质；或者具有工程咨询甲级资质，且同时具有工程造价咨询甲级资质、工程勘察甲级资质、工程设计甲级资质、工程监理甲级资质之一；或者施工总承包一级及以上资质；”《宝安区政府投资项目代建制管理办法（试行）》第十三条规定：“代建单位应当具备下列条件：（一）具有与项目相对应的管理资质、能力

和经验，包括但不限于：能够提出详细、先进、可行的项目管理方案，鼓励采用建筑信息模型等新型建设管理技术提高代建项目管理水平；（二）具有与工程建设要求相适应的技术、造价、财务和管理等方面的专业力量，包括但不限于：在提交的相关文件中应明确实际参与代建项目的首席责任人及其他主要专业责任人，且应取得相应的职业责任保险；（三）具有良好的资信水平，包括但不限于：代建单位和主要专业责任人近三年内无不良信用记录，未被列入市、区代建单位黑名单；（四）相关法律法规规定的其他条件。”

根据上述文件关于政府投资项目代建单位主体资格的要求，以及代建单位需通过招标方式选定的规定，可以得知，政府投资项目代建模式下，受托方（代建单位）必须具备相应的资质，具体资质要求将根据项目需求和受托方提供的服务内容确定。

本文所涉及的属于非政府投资项目委托管理，就此类工程项目的全过程管理事项，目前并无具体的法律规定。参照政府投资项目对受托方的资质要求，以及我国关于建设工程各阶段参与主体的资质规定，一般情况下受托方应具备与受托管理项目相适应的业绩、人员、组织体系等，自然应当具备相应的资质，例如工程咨询资质、监理资质、总承包资质等。但具体受托方应当具备何等资质，需根据项目具体情况和其所提供的服务内容确定，如果仅提供组织、管理服务，设计、施工、监理、造价等专业工作均由委托方另行选聘的单位负责，受托方不一定必须具备该等专项资质；如果受托方自行完成此类工作，则必须具备相应的资质。

委托项目概况

委托建设管理合同首先应将委托管理的项目概况进行描述，以便于确定具体的管理项目，包括项目名称、建设地点、建设规模、工程概算、建设工期等。这一部分内容也是约定管理目标和对受托方工作完成情况进行考核的依据。

该部分内容涉及较多专业数据，需要由专业技术人员予以确定，并且应尽可能确保数据的准确性。

委托内容及工作界面划分

如前文所述，建设工程项目参与主体众多，所涉事项繁

杂，委托方希望将全部事项一并委托受托方进行管理，同时要保留自己的决定权，并尽可能降低管理成本；而受托方在管理过程中，则希望尽可能减少管理事项，并且有可能会在委托方提出的某一项要求时，认为不属于其管理范围而要求增加费用。

因此，委托建设管理合同中关于委托事项及工作界面划分，是非常关键的内容，需要尽可能予以细化，并且需要在各专业技术人员的协助下，共同进行确定。

具体而言，如果合同中仅表述为“全过程管理”，也并未列明管理报酬明细，双方对于管理范围出现争议的可能性会比较大，特别是大型、复杂的基建项目。其后果，不仅会造成管理酬金成本的增加，还会因双方的分歧对工程进度、质量、造价等造成影响。为避免发生该等情形，建议在合同中对具体的工作阶段和工作内容作出详细和明确的约定，特别是需明确受托方是否需负责全部招投标、预决算、办理各项开竣工手续、设计及施工管理、室外园林绿化、安防物防系统、精装修直至项目竣工验收、档案整理等。

此外，针对建设工程项目具有周期长、情况复杂多变的特点，委托方的建设需求也可能处于不断的调整过程中，需对双方的工作界面划分作出进一步明确约定，特别是需明确列明委托方的决定权、监督权、所有权，以及受托方关于变更、停工、增加成本等涉及到工程质量、工期、造价等方面的权限，明确约定相关事项均需事先取得委托方的书面同意方可实施，隐蔽工程验收需提前通知委托方到场参加。除与工作进度、质量、造价相关的重要事项外，各项工作报告、档案资料的归集及移交等义务极易被忽视，但实际上建设完成后这些看似“无足轻重”的事项，却往往成为竣工手续办理、双方结算移交的障碍，并且有可能持续数年而难以解决。

建设目标

建设目标为考核受托人是否依约完成受托工作的重要标准，需要在合同中作出明确的约定。其中，至少应当包括工程质量标准、交付标准、交付时间、造价控制目标等。

关于工程质量标准，除按照一般标准约定为“合格”外，如果存在更高的质量标准或要求，应当作出明确的约定，例如是否需确保取得鲁班奖或获得LEED认证等，相应



的,在违约责任条款则需要考虑,如果因受托方的原因导致未能达到工程质量目标,是否需支付违约金或扣减管理报酬。

关于交付标准,需注意明确是毛坯交付还是精装修交付,这一点不仅关系到交付的质量,也与进度控制和造价控制、管理报酬具有直接的关联性,在实践中较易出现约定不清的情形。

关于进度控制,需要注意的是,在建设过程中,双方的沟通、审批、答复等期限,是影响进度的重要因素,也可能是双方责任划分的关键因素,需在合同中对于委托方的审批、答复期限以及受托方提出申请、报告的时间要求,作出尽可能明确的约定。实践中,为避免疑义,一般还会在合同之外另行制作详细的工作流程,双方应严格按照流程发起、完成各项工作。

关于造价控制,是一项非常重要的管理事项,特别是对于使用国有资金的建设项目,造价控制显得尤为重要,需对控制目标、确保工程质量前提下的节约成本、降低造价的义务等作出明确约定,相应的在违约责任条款中也需要就委托方原因导致的成本增加或者虽然总成本未增加但建设过程中存在可节约成本但未节约情形时受托方的违约责任。如果双方达成一致的,也可在合同中约定对于受托方在合理范围内降低造价节约成本的奖励,以提高受托方的积极性。

建设项目资金的支付

在委托建设管理项目中,建设资金由委托方拨付,并由受托方按照工程建设需求提出付款申请,由委托方直接对外支付。为确保资金的安全性,一般需根据项目需求及委托方的内部管理规定,制作建设资金拨付流程,双方需严格按照相关审批和支付流程,开展资金的拨付及支付工作。

此外,由于建设过程中绝大多数合同的签约主体、付款主体为委托方,基于合同的相对性原则,一旦发生逾期付款情形,承担违约责任的主体为委托方。因此,在委托建设管理合同中,需特别强调受托方应确保按照合同约定的付款期限提前向委托方发起付款申请流程,如果由受托方造成的任何违约及损失、责任等均由受托方承担。但需要特别注意的是,受托方发起付款申请的时间要求,必须充分考虑到委托方的内部管理及审批、支付流程,为委托方预留充足的时

间。

除上述事项,委托建设管理合同中还需对发票管理事项予以关注,明确约定委托方对发票的具体要求。

委托管理酬金

由于建设工程项目进度具有不可控的特点,在各种因素的影响下,非常容易出现变更及延期的情况,无法按照计划工期完工的可能性非常高。因此,委托建设管理合同的管理酬金,除小型工程外,大部分是按照工作时间计算费用的。

关于酬金的计算,需要特别关注的是,随着工程进度推进,受托方的工作量和投入人员等,会出现一个递减的趋势,如果委托建设管理合同续签时,管理酬金的计算,需提示测算成本的人员予以注意,是否需对管理酬金的单价进行调整。

关于酬金的支付,在实践中受托方比较倾向于按月或者按季度支付。但该种支付方式对于委托方存在成本不可控的风险,并且属于支付“期限”而非支付“条件”,与受托方的工作完成情况脱钩。因此,需综合考虑双方的需求,按照建设进度支付约定比例酬金的方式比较适宜。

结语

以上为委托建设管理合同中所涉及主要法律问题的分析。由于建设工程项目的专业性、复杂性及多变性,本文仅就其中部分关键事项进行了概括,并未涵盖全部内容,在实际工作中所拟定的合同文本,需就所涉及全部事项及相关细节作出尽可能详细的约定。

一份专业的合同,离不开各专业的通力合作,在合同制定过程中,需要前期、建设施工、造价、招投标等专业技术人员确定相关技术指标及要求。

一份完美的合同,是律师心血的凝结。合同作为法律文件,不能将相关技术人员提供的数据简单堆砌,而是需要律师统筹规划,将这些技术语言转化为法律语言,将各专业之间零散、无关联的数据整合为具有高度逻辑性、关联性、协调配合性的合同条款。

在这一过程中,律师是合同搭建的“工程师”。

解析建设工程施工合同纠纷要点七步法

■ 王春军/文

建设工程施工合同纠纷一般是指在建设工程招投标、施工、验收、结算过程中，发包人、承包人、分包人及实际施工人等主体因合同效力、工程价款、工程质量、工期等事由而发生的争议。建设工程纠纷案件的标的额一般都比较大，动辄上亿，处理不当会对当事人及社会公共利益产生巨大的损害。为了更有效的解决建设工程纠纷，最大程度地维护当事人的合法权益及社会公共利益，团队通过丰富的工程法律实务经验并根据本团队对实际案例的研读和分析，研究出了“解析建设工程施工合同纠纷要点七步法”（以下简称“七步法”）。本文接下来将从“七步法”产生的原因及必要性、“七步法”的特点及优势和“七步法”的具体内容等三个方面对“七步法”作一个详细的介绍，以期能为广大的从事工程纠纷解决的专业人员，工程项目管理人员在处理建设工程施工合同纠纷时提供一个清晰、有效的分析思路。

一、“七步法”产生的原因及必要性

建设工程施工合同纠纷是一种混合了工程技术争议、合同文本争议、项目管理争议、法律争议等的纠纷集合体，具有纠纷形成过程复杂，纠纷的事实争议多，依附造价、计量

王春军律师简介



京都律师事务所合伙人，曾在建筑施工企业从事法务工作，2006年开始律师执业，专业致力于建设工程法律咨询和争议解决法律服务。团队服务全面覆盖住宅、商业综合体、园区建设、PPP、基础设施等项目的合约规划、招投标、合同审查及谈判、履约管理、工程索赔、验收交付、工程结算及争议解决整个链条在内的全流程业务。

专业性强，鉴定期限长，审理期限无从把握等特点，单靠一方面的专业知识不能全方位地认识到纠纷的本质，也不可能很好地解决建设工程施工合同纠纷。为了更好地解决工程施工合同纠纷，这要求我们法律人不仅要从法律的角度，结合工程技术、项目管理、专业合同条款等知识全面解析建设工程施工合同纠纷，而且还要结合正确的法律方法认识论，从而全面、客观地梳理出解决建设工程施工合同纠纷的要点。

二、“七步法”的特点及优势

七步法具有以下特点及优势：

（一）“七步法”是解析建设工程施工合同纠纷的案情全貌的缺一不可的整体

建设工程施工合同纠纷复杂，很难用普通的法律分析方法把基本案情分析清楚，但“七步法”就很好地解决了这个问题，因为它能将极其复杂的建工纠纷简单化、清晰化，帮助我们全面了解一个纠纷的案情。

（二）“七步法”是解析建设工程施工合同纠纷的最大分项法



“七步法”是分析一个建工纠纷案件全貌的不可再分的最小单元，可以说“七步法”是分析案情的最大公约数，因为对这七步再细分就成了争点和事实认定了，没有了统一分析法的意义，而且经过反复论证，发现缺少其中任何一步，都不可能将一个建设工程纠纷案件真正分析清楚，这都体现了七步法的合理性。另外，建设工程施工合同纠纷具有纠纷点多、争点分散的特性，只有用“七步法”这一最大分项法对这些争点进行系统的分层、分项、分析和整理，才能“拨开迷雾”，把握真正的争点。如果还未全面了解案情，一上来就盲目确定争点或寻找双方争议的事实问题，反而会管中窥豹只见一斑，不能很好的把握该纠纷的案情全部。

（三）“七步法”逻辑严密、恰当

“七步法”具有严密的逻辑，体现了具备丰富的工程和法律复合背景知识的专业人员对建设工程施工合同纠纷案件的系统的分析过程。“七步法”首先从合同性质和效力入手，解决了合同的法律适用问题；其次分析工程质量，解决了是否到达给付的节点即工程质量是否验收合格的问题；再其次确定工程量和工程价款，从而解决了工程范围、结算依据、给付多少的问题；然后分析纠纷产生的原因，从而进一步研究工程价款有无减免调低的可能，以最大限度地维护当事人的利益，并且分析案件形成的最本质的原因，找纠纷双方的矛盾点和平衡点，“对症下药，精准解决”；再然后，确定工程款的利息，从而为施工方或施工单位尽可能的挽回利息损失，为建设单位或发包人解析到底应不应该给付，给付多少利息的问题；最后确定案件的管辖问题，区分纠纷有无仲裁约定，仲裁的约定或法院管辖的约定是否有效，并尽可能地避免可能出现的“地方保护主义”，这为纠纷的良好解决提供了充分参考。

（四）“七步法”有利于处理纠纷的法律及工程人员统一语境、统一认识

“七步法”有利于统一语境和工程纠纷解决的思路 and 策略，不仅可以使具有工程管理知识或工程技术知识或工程法律知识的人能够掌握解析建设工程纠纷的要点，而且能够使没有任何工程法律知识的一些发包人或承包人等也能一看就懂。“七步法”的推广和应用有利于形成统一的认识和语境，不仅有利于纠纷的解决，更有利于节省各方沟通的成

本。

（五）“七步法”简单易懂、纠纷梳理时间快、把握案情准确

实践中，团队对每个建工案件都是采用“七步法”进行分析。在接案时，我们一般会先用几分钟时间让当事人了解“七步法”的内容，然后再根据“七步法”的内容逐步分析案件，能很快的捕捉到案件的真正争点，并全面、准确的把握案情，提高了分析案件的效率。一般一个案情极其复杂的案件，团队用“七步法”也能在半小时到一小时之间将其案情和争点分析清楚，即快又准！

三、“七步法”的具体内容

在长期的工程纠纷解决中，团队发现每一个建设工程施工合同纠纷都会有一个或若干个主要的争点，而解决该纠纷的效率及效果很大程度上取决于纠纷解决专业人员对争点的精准寻找，如果不能找到该纠纷的真正争点或找到的争点过大或过小，即使诉到法院或仲裁，也不会使该纠纷得到妥善的解决，更不会给纠纷的当事人一个满意的答案。所以，设计出一套可以精准的找寻争点的法律方法就显得尤为重要。在丰富的建工纠纷解决实践中，我团队逐步通过调解、和解、诉讼、诉前人民调解、仲裁、执行和解及其他的替代性争议解决方式的灵活应用及对每一建设工程合同纠纷案件中的争点的分析和提炼，逐渐形成了对建设工程施工合同纠纷要点认识上的统一，并研究总结出了“七步法”。“七步法”是一种全面分析某一建设工程施工合同纠纷案件的要点的创新方法，其从面到点进行深刻剖析，把要点不断的再次细分，直至找到纠纷的真正争点，从而有效地解决工程纠纷，其内容主要包括合同性质和合同效力的确定、工程质量问题、工程量的确认、工程价款的确认、纠纷产生的原因、利息的计算及管辖等七大块，也是全面分析一个建工纠纷案件的七个不可或缺的步骤，其具体内容如下：

第一步，看合同：确定合同的性质和效力

在遇到一个新的建设工程施工合同纠纷案件时，首先要确定合同的性质和合同的效力，这是进行下一步分析的前提，因为确定合同的性质是适用法律的前提，而合同的效力

则会直接影响接下来的分析步骤和思路。

一般，对于一个新的建设工程施工合同纠纷案件，纠纷解决专业人士主要是通过当事人的诉说来了解案情，这是必须的，但一个工程案件错综复杂，故事性的事件或描述较多，当事人对纠纷的认识往往因人天性的选择性记忆而不能很好的梳理经过和原委。但实践中，有时专业律师也会遇到一个当事人说了好多对自己有利的事实主张违约赔偿，但最后会发现当事人提交的合同是无效的，不能主张违约，这是做无用功，耽误了当事人和律师的宝贵时间。诸如此类的情形比比皆是，严重影响工程纠纷解决的效率及效果。

1. 合同名称与合同实质内容不一致

在建设工程纠纷案件的处理过程中，团队发现建设工程合同存在大量合同名称与合同实质内容不一致的情形，比如很多合同是以“协议书”、“合作合同”、“购销合同”等名称出现，但实质上却是建设工程专业分包合同。如果对于合同的性质认定不准确，很容易会导致法律的错误使用，影响纠纷的有效解决，为了尽可能的避免这种情形的发生，这就迫切需要我们真正理解什么是建设工程施工合同，并了解建设工程施工合同的特点。

我团队对建设工程合同的主要特点作了比较全面的总结，其具体内容如下：

建设工程施工合同是承揽合同的一种，除具有诺成、双务、有偿等普通合同的一般特点外，还具有以下典型特点：

（1）法律法规对承包人的资质有严格的要求，即承包人承揽工程必须要有相应的资质。这是建设工程合同最大的一个特点，对建设工程的判断以及对建设工程合同效力的认定都需要资质的要求，本书将在具体的分析中给大家介绍。

（2）建设工程施工合同的合同标的物是不动产。例如，《建筑法》第83条第3款规定：“抢险救灾及其他临时性房屋建筑和农民自建低层住宅的建筑活动，不适用本法。”农民自建低层住宅活动不适用于建筑法，应当由国务院《村庄和集镇规划建设管理条例》予以调整。《建筑工程施工许可管理办法》第2条，关于可以不申请办理施工许可证的建设工程的规定，限定为工程投资额在30万元以下或者建筑面积在300平方米以下的建筑工程。也就是说，规模30万以下的或农村建房类不属于建设工程施工合同的范围。还有一类是否属于建设工程争议比较大，比如船舶的设备安装是否属于建设工程的范畴就存在争议。

（3）建设工程施工合同具有内容复杂、履行期限长、投资大的特点，而且建设工程合同多采用书面形式和示范文本，比如《2017版施工合同示范文本》、国际上FIDIC文本等以防止可能的纠纷的发生。

（4）建设工程施工合同的招标、签订、履行结算等受到行政法规、规章、地方性法规和国家标准等的严格约束，其受行政监督管理远远多于其他有名合同。例如，建设工程全部使用国有投资或关系社会公共利益、社会公共安全的必须招标投标；关于建设工程质量国家标准、行业标准等，建设工程施工合同必须遵守。

基于以上特点，我们就会很容易判断出，一份名为《钢结构购销合同》应需要安装资质，且含有安装内容的合同应该是一份建设工程专业分包合同，从而避免法律的错误适用，给当事人的利益造成损害。

2. 合同无效

因建设工程施工合同因受到法律、行政法规、规章、地方性法规和国家标准等的严格约束，实践中经常会出现建设工程施工合同无效的情形，比如：

（1）承包人未取得建筑施工企业资质或超越资质等级的；

（2）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业资质的；

（3）建设工程必须招投标而未招标或中标无效的；

（4）转包、违法分包的；

（5）未取得规划许可证，且在起诉前还未办理的；

（6）低于成本价的；

（7）符合《合同法》第52条规定的情形的。

建设工程施工合同无效处理原则：一是《建设工程司法解释（一）》第2条的规定“建设工程施工合同无效，但建设工程经验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。”但如何参照未写明；二是据实结算。可以看出，建设工程施工合同的效力对当事人的利益具有极其重要的影响，该分析的具体内容见本书的论述。

第二步，把质量：分析工程质量是否合格

工程质量问题对工程价款的结算会产生重要的影响，在我们确定纠纷合同的性质和效力后，需要进一步确定工程质量问题。规范工程质量问题的法规及司法解释主要有以下几



种:

1.《建设工程司法解释(一)》第2条规定:“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。”第三条“建设工程施工合同无效,且建设工程经竣工验收不合格的,按照以下情形分别处理:(1)修复后的建设工程经竣工验收合格,发包人请求承包人承担修复费用的,应予支持;(2)修复后的建设工程经竣工验收不合格,承包人请求支付工程价款的,不予支持。因建设工程不合格造成的损失,发包人有过错的,也应承担相应的民事责任。”可以看出,承包人工程能否取得并得到有权部门的确认,前提必须是工程质量过关,工程质量验收合格。

2.《合同法》第二百七十九条规定“建设工程竣工后,发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的,发包人应当按照约定支付价款,并接收该建设工程。建设工程竣工经验收合格后,方可交付使用;未经验收或者验收不合格的,不得交付使用。”建设单位可组织其他四方主体进行竣工验收,即工程建设单位施工单位、勘察单位、设计单位及监理单位五方验收,验收通过的工程验收合格。

3.但,现实中大量的工程建设单位没有验收即使用或根本怠于验收,此情形下,《建设工程司法解释(一)》第十三条“建设工程未经竣工验收,发包人擅自使用后,又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的,不予支持;但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”第十四条规定:“当事人对建设工程实际竣工日期有争议的,按照以下情形分别处理:(一)建设工程经竣工验收合格的,以竣工验收合格之日为竣工日期;(二)承包人已经提交竣工验收报告,发包人拖延验收的,以承包人提交验收报告之日为竣工日期;(三)建设工程未经竣工验收,发包人擅自使用的,以转移占有建设工程之日为竣工日期。”可见,建设单位擅自使用的工程视为竣工验收合格。

4.未完工程承包人因发包人原因撤场的,工程质量问题应看双方的签证或发包人对已完工程质量是否接收或未完工程的处置,并结合其他认定标准确认。

第三步,核工程量:核对工程量

我们确认了合同的性质、合同的效力及工程质量合格的情况后,我们下一步就需要进一步分析已完成工程的工程量问题,具体分析如下:

1.纠纷双方或多方是否“对量”,核对工程量并是否留下证据,比如“对量”的协议或签证,例如,承发包双方对工程量在核对后签订了协议,以此确定了此工程具体的工程量,在此协议没有合同无效的情形下,那么工程量就应该以此协议确定的工程量来确认;

2.存在“对量”的协议或签证但无公章的,须看签字人员是否有权确认签字,有公章就代表了承发包人的意思表示这个很好理解,但现实中协议或签证中往往不会加盖公章,在此情况下需查看签字人员是否有权签署上述文件;

3.无“对量”的,结合图纸、变更签证等确定工程量,“按图施工”建设工程承包人必须的义务,但同时建设工程设计变更又是合同履行过程中很常见,也可以说是“必见”的;

4.有争议的根据规范进行鉴定。鉴定问题,包含工程量、工程造价,纷繁复杂。

第四步,算工程款:确认工程价款

工程量确认后,我们接下来分析当事人最为关心的价款问题。但同时,又不能单纯的看价款,因为工程价款是和合同效力、工程质量、工程量等息息有关的,缺少任何一环,都不能准确的计算出工程价款。

工程价款的具体分析步骤如下:

1.纠纷双方或多方是否有确认工程价款的协议,若有此协议,无论纠纷的建设工程施工合同效力如何,结算协议在没有《合同法》第52条规定的合同无效的情形下,结算协议应是真实有效的,这一点在《建设工程司法解释(二)》也得到了确认,其第十二条规定:当事人在诉讼前已经对建设工程价款结算达成协议,诉讼中一方当事人申请对工程造价进行鉴定的,人民法院不予准许;

2.纠纷双方或多方虽未签订结算款确认的协议,但相关有权人员签订了确认协议,按协议结算,此有权人员比如发包人的法定代表人、有专门授权的人员;

3.签有结算方法或步骤协议的,按结算方法步骤结算,例如承发包人约定了以行政评审的审定数额为结算数额的,就应该按照最后的评审结果结算,怠于结算的除外;

4.无以上的,结合合同鉴定或据实结算,建设工程施工合同纠纷案件错综复杂,没有施工合同的情形也是存在的,再加上结算的专业性,有时鉴定是必然的。

工程价款是核心问题,其一般的处理规则为有约定的,从约定;无约定的,按鉴定。

第五步,析纠纷:分析纠纷产生的原因

七步法之“析纠纷”,即分析建设工程施工合同纠纷产生的原因对纠纷的解决非常重要,解决纠纷要“对症下药”,析纠纷就是找纠纷之起源、之根本,把握关键,精准解决。

建设工程施工合同纠纷产生的原因有很多,不能简单的将其归结于一两个原因。实践中,纠纷产生的原因主要有以下情形:(1)明确表示或者以行为表明不履行合同主要义务的;(2)合同约定的期限内没有完工,且在发包人催告的合理期限内仍未完工的;(3)已经完成的建设工程质量不合格,并拒绝修复的;(4)未按约定支付工程价款的;提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的;不履行合同约定的协助义务的。以上纠纷总体是围绕着工程质量、工期、工程价款问题,但这些都是问题的表象,“七步法”析纠纷是分析建设工程施工合同形成争议的本质原因。

我们认为建设工程施工合同纠纷形成的本质原因:

1.因项目管理的原因。应该招标没有招标的,虚假招标的;未签订建设工程施工合同或其他施工合同的;建设单位原因没有办理各种手续;管理人员能力、管理不科学不规范;总包分包管理职责混乱等。

2.因建设工程施工合同文本的原因。例如,示范文本的适用,示范文本有国外文本、国内文本,国内文本又分了国家工商总局和住建部指定的《建设工程施工示范文本》、发改委联合九部委制作的文本,对上述文本发承包人理解不一样就会产生纠纷。还有就是黑白合同出现的原因,有发包人的原因,也有承包人的原因,原因不同处理原则就不同。

3.因工程技术原因。工程建设是一个技术活,要求相关人士都需要一定的专业技能。技术的科学性和实用性是非专业人士不能判断的,即便是专业人士根据不同的认识也会产生不同的理解,工程技术也是产生建设工程施工合同纠纷的原因。

4.法律的适用原因。建设工程施工合同纠纷当然是一个

法律纠纷,不可避免地出现法律法规、司法解释、各地方司法实践适用的问题,而法律法规、司法解释、各地方司法实践的适用出现不统一不一致又加重了建设工程施工合同纠纷的出现。《建设工程司法解释(二)》于2019年2月1日实施,与之前的《建设工程司法解释(一)》又有不同,各方适用起来也不免会产生不同的理解,从而产生纠纷。

综合了工程项目管理、工程合同适用、工程技术、工程法律法规四方面的原因产生的纠纷。在纠纷解决上必须找根本,“对症下药,方能药到病除”。

为了有效的解决这些纠纷,纠纷双方或各方需要从有利于自己的角度整理素材,谓之“讲好自己的故事”,从而在法律的框架内为自己争取到最大的利益。

第六步,定利息:计算利息

利息的计算主要涉及三块:一个是垫资款的利息,一个是欠付工程款利息的计算标准,一个是欠付工程款利息的起算点。其具体处理规则如下:

1.关于垫资款的利息,合同有约定从约定,无约定的无利息。《建设工程司法解释(一)》第六条规定:当事人对垫资和垫资利息有约定,承包人请求按照约定返还垫资及其利息的,应予支持,但是约定的利息计算标准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分除外。当事人对垫资没有约定的,按照工程欠款处理。当事人对垫资利息没有约定,承包人请求支付利息的,不予支持。

2.关于欠付工程款利息的计算标准。《建设工程司法解释(一)》第十七条规定:当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的,按照约定处理;没有约定的,按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。

3.关于利息的起算点。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的,下列时间视为应付款时间:建设工程已实际交付的,为交付之日;建设工程没有交付的,为提交竣工结算文件之日;建设工程未交付,工程价款也未结算的,为当事人起诉之日。

第七步,确管辖:关于管辖权的问题

建设工程施工合同纠纷由谁来受理对当事人具有重要的影响,因为建设工程的标的额比较大、涉及巨大的经济利益,很容易导致“地方保护主义”等一系列问题,为了避免



这些问题的发生,我们需要法律的手段,合理的确定管辖法院或仲裁解决,从而最大程度地维护当事人的合法权益。

具体分析如下:

1.不动产所在地法院专属管辖

建设工程施工合同纠纷属于不动产纠纷,应由不动产所在地法院专属管辖,同样建设工程分包合同、内部承包合同、转包合同等纠纷,也应当由不动产所在地法院专属管辖。《民事诉讼法司法解释》第二十八条规定:民事诉讼法第三十三条第一项规定的不动产纠纷是指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷,按照不动产纠纷确定管辖。不动产已登记的,以不动产登记簿记载的所在地为不动产所在地;不动产未登记的,以不动产实际所在地为不动产所在地。

2.级别管辖

最高院于2015年调整了级别管辖的法院受理标准¹,现在大量建设工程施工合同纠纷案件出现在基层法院,理清级别管辖,能更好的确定管辖的法院级别,从而适当的摆脱“地方保护主义”。最高院又于2019年5月1日调整高院和中院管辖一审民事案件标准的,规定高级人民法院管辖诉讼标的额50亿元(人民币)以上(包含本数)或者其他在本辖区有重大影响的第一审民事案件。大量的建设工程案件一审集中在基层或中级人民法院。

3.专门法院管辖

(1)铁路运输法院的管辖

铁路运输法院管辖的建设工程施工合同案件²:海洋、通海可航水域工程建设(含水下疏浚、围海造地、电缆或者管道敷设以及码头、船坞、钻井平台、人工岛、隧道、大桥等建设)纠纷案件;海岸带开发利用相关纠纷案件。

(2)海事法院的管辖

海事法院管辖的建设工程施工合同案件³:船舶工程合同纠纷案件;船舶关键部件和专用物品的分包施工、委托建造、订制、买卖等合同纠纷案件;船舶工程经营合同(含挂靠、合伙、承包等形式)纠纷案件;海洋、通海可航水域工程建设

(含水下疏浚、围海造地、电缆或者管道敷设以及码头、船坞、钻井平台、人工岛、隧道、大桥等建设)纠纷案件;海岸带开发利用相关纠纷案件。

(3)军事法院的管辖

军事法院管辖的建设工程施工合同案件⁴:双方当事人均为军人或者军队单位的案件,但法律另有规定的除外;涉及机密级以上军事秘密的案件;当事人一方是军人或者军队单位,且合同履行地或者标的物所在地在营区内的合同纠纷,当事人书面约定由军事法院管辖,不违反法律关于级别管辖、专属管辖和专门管辖规定的,可以由军事法院管辖。符合上述情况的建设工程案件应由军事法院管辖。

4.仲裁约定的管辖

诉讼与仲裁约定的管辖权问题一般情况下并不复杂,当纠纷仅涉及施工合同双方当事人时,只要双方合同约定了有效的仲裁条款,整体的合同无论是有效还是无效都应当适用双方对仲裁的约定。但在涉及建设工程施工合同纠纷中的转包、违法分包等情况下,发承包双方对仲裁的约定之于实际施工人是否有效,即实际施工人能否在发承包双方约定仲裁的情况下依据建设工程施工合同纠纷《建设工程司法解释(二)》第24条:“实际施工人以发包人为被告主张权利的,人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人,在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后,判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”第25条:“实际施工人根据合同法第七十三条规定,以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权,对其造成损害为由,提起代位权诉讼的,人民法院应予支持”的规定。

以上是对“解析建设工程施工合同纠纷要点七步法”的一个详细介绍,其内容一共涉及六个实体问题和一个管辖程序问题,通过六个实体问题可以全面解读一个建设工程施工合同纠纷的全部案情,并准确的找到纠纷的真正争点,而程序问题又有效的补充了纠纷不能调解解决的情况,从而为诉讼或仲裁做好准备,最大程度地维护当事人的合法权益。

1 《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》,法发[2015]7号。

2 《最高人民法院关于铁路运输法院案件管辖范围的若干规定》,法释(2012)10号。

3 《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的规定》,法释[2016]4号。

4 《最高人民法院关于军事法院管辖民事案件若干问题的规定》,法释[2012]11号。

委托代建模式下委托单位与施工单位 法律关系检视

■ 贾严/文

代建制作为一种非经营性政府投资项目管理工作方式，其最权威的定义来自于2004年《国务院关于投资体制改革的决定》（国发【2004】20号）。该规定对于“代建制”的描述是：“对非经营性政府投资项目加快推行代建制，即通过招标等方式，选择专业化的项目管理单位负责建设实施，严格控制项目投资、质量和工期，竣工验收后移交给使用单位。”代建制的实质是政府将公共工程的建设任务委托给市场化、社会化、专业化的项目管理公司来实施，使代建单位成为真正意义上的建设期项目法人^[1]。

委托代建模式的推行必然涉及到两种法律关系，一种是委托单位与代建单位之间的委托代建合同关系^[2]；另一种是代建单位与施工单位之间的建设工程施工合同关系。这两种法律关系相互独立^[3]。然而在司法实践中，施工单位直接请求委托单位支付工程款的案件屡见不鲜，为了进一步厘清委托代建模式下

贾严律师简介



京都房地产与基础建设部律师。执业以来，贾严律师始终专注于房地产、建设工程法律业务领域，办理了大量诉讼及非诉法律业务。贾严律师曾为北京珠江房地产开发有限公司、恒大地产集团有限公司、金融街控股股份有限公司、北京华融基础设施投资有限公司等大型企业提供常年及专项法律顾问服务，也先后代理了百余件诉讼案件，在民商事争议解决（特别是建设工程、房地产诉讼案件）领域富有成绩。

委托单位与施工单位这一外部关系，本文试图结合民法基础理论对相关裁判口径进行梳理，具体内容详述如下：

一、实务中几则案例：

案例1：温州建设集团有限公司与温州市鹿城开发建设公司、温州市鹿城区人民政府双屿街道办事处建设工程施工合同纠纷案【温州市鹿城区人民法院（2015）温鹿民初字第384号、温州市中级人民法院（2015）浙温民终字第2507号】

（1）合同签订情况：

2003年4月9日，温州市鹿城区鞋都建设管理委员会（温州市鹿城区双屿街道建设工作委员会前身）与鹿城开发公司签订《委托建房协议书》，约定由鹿城开发公司代建温州中国鞋都牛岭段拆迁安置房一期工程。

2004年2月18日，温州建设集团（作为承包人）与鹿城开发公司（作为发包

【1】所谓建设期项目法人，实施的是业主方项目管理，而其他项目管理模式（诸如风险型CM模式、PMC模式）实施的都是承包商项目管理。

【2】在非经营性政府投资项目中，委托代建合同签订时往往存在两种模式。一种是由政府投资人代表与代建单位签订委托代建合同（如《天津市建设工程项目代建管理试行办法》第9条规定），另一种是由政府投资人、使用单位与代建单位三方共同签订委托代建合同（如《北京市政府投资建设项目代建制管理办法（试行）》第6条规定：“代建单位确定后，市发改委、使用单位、代建单位三方签订相关项目委托代建合同。”）



人)签订《建设工程施工合同》,约定由温州建设集团承包中国鞋都拆迁安置一期1#、2#、3#楼土建工程。

2009年11月4日,温州中国鞋都产业化项目建设办公室(作为甲方、建设单位)与鹿城开发公司(作为乙方、代建单位)、温州建设集团(作为丙方、施工单位)签订《协议书》,约定:涉案工程开发建设工程款、税金等一切资金由甲方承担;涉案工程竣工后,由丙方同甲方办理工程结算。

2010年10月10日,鹿城开发公司与温州建设集团签订《施工补充合同》,约定双方办理工程竣工验收手续后,应按照施工合同约定的计价方式及工程价款变更方式(其中人工费调整按照温州造价信息中的人工价格指数)由双方进行工程竣工结算。

(2) 关于工程款支付主体的裁判要旨:

A、根据意思自治原则,涉案工程由温州建设集团与双屿街道办事处进行结算,鹿城开发公司不负有结算义务,故不应当承担工程款支付义务。

B、双屿街道办事处与鹿城开发公司系委托代建关系,根据双方签订的《委托建房协议书》,鹿城开发公司有权进行前期立项、办理手续、组织施工、工程竣工验收等全过程代理,且该协议已明确授权鹿城开发公司具有签订工程建设合同的权利,故鹿城开发公司作为受托方与建设集团签订的《施工补充合同》对委托方双屿街道办事处具有约束力。

案例2:南京三乐照明有限公司与青岛电气工程安装有限公司、青岛市城乡建设委员会建设工程施工合同纠纷案【青岛市市南区人民法院(2015)南民初字第10521号、青岛市中级人民法院(2017)鲁02民终8328号】

(1) 合同签订情况:

2008年4月25日,青岛市城乡建设委员会与青岛电气公司签订《2008青岛市迎奥亮化工程项目代建合同》,约定青岛市城乡建设委员会委托青岛电气公司代建涉案工程,青岛电气公司的权利包括对项目的进度、质量和资金使用进行管理和监督;向中标人支付工程款;组织工程竣工验收;编制工程决算,进行工程结算。

2008年4月30日,青岛电气公司与南京三乐公司签订《建

设工程施工合同》,约定南京三乐公司施工2008年青岛市迎奥亮化工程(第一标段),工程内容为亮化系统施工图深化设计、施工、安装、调试。

(2) 关于工程款支付主体的裁判要旨:

A、青岛市城乡建设委员会与青岛电气公司系委托合同关系,青岛电气公司接受委托后在青岛市城乡建设委员会的授权范围内以自己的名义与南京三乐公司订立了涉案建设工程施工合同。

B、南京三乐公司在订立合同时知道青岛市城乡建设委员会与青岛电气公司之间的代理关系。理由是:(a)青岛电气公司发布的招标文件中已载明涉案工程系由财政拨款并实行代建制的市政工程,并明确了建设主管单位、代建单位以及施工单位的权利义务关系,南京三乐公司在招投标时对此系明知。(b)南京三乐公司曾向青岛市城乡建设委员会下属的城市管理处出具情况说明及费用明细,表明南京三乐公司对于代建关系是知情的。(c)根据青岛市财政局作出的青财建【2011】189号批复,涉案工程已经通过审计并应继续办理资金报结手续。在该批复已经抄送青岛市城乡建设委员会的情况下,青岛市城乡建设委员会对于欠付南京三乐公司工程款事宜亦是知情的。

C、涉案建设工程施工合同直接约束青岛市城乡建设委员会与南京三乐公司。

案例3:标力建设集团有限公司与浙江五洲工程项目管理有限公司、浙江省环境监测中心建设工程施工合同纠纷案【杭州市西湖区人民法院(2014)杭西民初字第1372号、杭州市中级人民法院(2016)浙01民终3532号】

(1) 合同签订情况:

2010年7月13日,浙江省发展和改革委员会与五洲公司、环监中心签订《浙江省政府投资项目委托代建合同》,约定委托人委托五洲公司全过程代建涉案工程。代建工作范围与内容包括:1、前期工作代理范围:组织项目可研、工程勘察、初步设计编制;办理可研报告、初步设计、土地征用、拆迁、环保、消防等手续;2、建设实施代建范围:组织施工图设计、施工、监理、设备材料选购等、办理工程规划许可

【3】参见冯小光《回顾与展望——写在〈最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释〉颁布实施三周年之际》:

“委托代建合同与施工合同是两个独立的法律关系,原则上在审理建设工程施工合同纠纷案件中,不宜追加委托人为本案当事人,不宜判令委托人对发包人偿还工程欠款承担连带责任。委托人也无权以承包人为被告向人民法院提起诉讼,主张承包人对工程质量缺陷承担责任。委托人与代建人就委托代建合同发生的纠纷,也不宜追加承包人为本案当事人。”

证等手续、工程合同的洽谈签订与履约监督管理、编制年度计划、投资计划、用款计划申请、工程验收、负责通过有关职能部门的审计检查。代建管理期限自合同签订后至竣工验收之日起满两年。

2011年3月22日，标力公司与五洲公司、环监公司签订《浙江省环境监测监控应急业务用房工程建设工程施工合同》。

（2）关于工程款支付主体的裁判要旨：

案涉《建设工程施工合同》约定五洲公司受浙江省发展和改革委员会授权实施项目管理，即在签订合同时标力公司已知五洲公司系受托人。但是在合同内容中，关于工程的管理、款项支付等各方面的合同义务均为五洲公司，从未体现委托人的相关权利义务。而工程款实际支付过程中，也是由受托人五洲公司参与审核，并由五洲公司支付给标力公司，委托人浙江省发展和改革委员会未参与工程款的审核，也未参与工程款的实际支付。故该合同应认定为仅约束五洲公司与标力公司，并不直接约束委托人。

案例4：福建省莆田市闽辉建筑工程有限公司与莆田市妈祖城开发建设有限公司、莆田第一中学建设工程施工合同纠纷案【莆田市秀屿区人民法院（2013）秀民初字第373号、（2013）莆民终字第1502号】

关于工程款支付主体的裁判要旨：

虽然妈祖城公司是代建单位，但妈祖城公司是以自己的名义与闽辉公司签订《建设工程施工合同》。根据《中华人民共和国合同法》第403条规定，经本院释明，闽辉公司选择妈祖城公司作为相对人主张权利。故本案民事责任应由妈祖城公司承担。

案例5：联建建设工程有限公司与深圳华昱投资开发（集团）有限公司、深圳市交通运输委员会龙岗交通运输局建设工程施工合同纠纷案【广东省深圳市中级人民法院（2012）

深中法房初字第2号、广东省高级人民法院（2014）粤高法民终字第18号】

（1）合同签订情况：

2002年6月27日，龙岗交通局与华昱公司签订《深圳市龙岗区第二通道连接段特区内市政道路工程总承包建设协议书》，约定龙岗交通局代表龙岗区人民政府作为深圳市龙岗区第二通道连接段特区内市政道路项目的建设单位，委托华昱公司实行工程总承包；项目建设资金来源为深圳市人民政府拨款，并由龙岗区人民政府委托龙岗交通局实行项目专项建设资金的调拨。

2003年9月24日，龙岗交通局向华昱公司出具《授权委托书》，授权华昱公司就深平快速路特区内连接段工程的第一标段与联建公司签订施工合同。同日，联建公司与华昱公司签订《深圳市建设工程施工合同》，约定华昱公司将深平快速路特区内连接段1标段工程发包给联建公司施工。

（2）关于工程款支付主体的裁判要旨：

龙岗交通局与华昱公司签订《总承包协议》之后，双方并未完全按照合同约定履行义务。按照合同约定，华昱公司应作为发包人负责施工单位的招标工作，但在实际招标过程中，龙岗交通局作为招标人确定施工单位联建公司，然后授权华昱公司与中标单位联建公司签订施工合同。2004年8月20日，联建公司、华昱公司和龙岗交通局签订《补充协议》，明确华昱公司代龙岗交通局向联建公司支付工程款的行为视为龙岗交通局直接付款，联建公司直接向龙岗交通局开具工程款发票，其余事项继续按华昱公司与联建公司签订的合同执行。上述事实表明龙岗交通局以发包人身份参与了涉案工程的招标，履行了华昱公司作为项目法人应承担的部分责任。因此华昱公司主张龙岗交通局应就涉案工程款承担连带责任有理，本院予以支持。

上述5个案例中的当事人均为委托代建模式下的施工单

【4】有观点认为：委托代建关系中具有一定的行政管理因素，委托单位在代建项目中往往不享有任意解除权，代建单位处理委托事务取得的财产在交付上也不同于一般委托合同中受托人的财产交付义务。因此，委托代建合同除了委托合同性质外，还兼具管理服务合同的特征。参见程世刚、余学文、王帅：《如何认定工程委托代建合同项下委托人对第三人需承担的法律責任》，载金杜研究院微信公众号2018年6月13日。

【5】据王泽鉴先生考察，德国民法上“授权行为与基础法律关系相区分”这一代理权独立性理论在大陆法系国家已经深入人心，甚至英美国家也开始区分授权行为与基础法律关系。参见王泽鉴著：《民法学说与判例研究（重排合订本）》，北京大学出版社2015年8月版。

【6】《合同法》第402条规定：“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。”



位、委托单位及代建单位。案例1、案例2的裁判结果均是委托单位单独承担付款责任；案例3、案例4的裁判结果均是代建单位单独承担付款责任；案例5的裁判结果是委托单位与代建单位承担连带责任。接下来本文会对上述案例中的裁判口径进行梳理，并结合相关民法理论做一些检讨分析。

二、相关裁判口径的梳理与检讨

（一）委托代建合同成立即同时意味着代理权授予行为成立

1、裁判观点摘录：

详见案例1、案例2、案例3关于工程款支付主体的裁判要旨。

2、检讨：委托关系成立未必同时伴随代理权成立

通说认为委托代建合同的性质是委托合同^[4]，但是委托合同关系的存在并不意味着委托单位与代建单位之间一定存在着授权关系。对于代理的基础法律关系与授权关系，中国实证法规范历来采德国民法上的代理理论，坚持代理权的授予行为独立于委托合同等基础法律关系而存在^[5]，即委托合同等基础法律关系仅使受托人负有为委托人处理事务的义务，而代理授权则使代理人取得将代理行为之效果归属于被代理人的权利。无论是《民法通则》第69条，还是《民法总则》第173条，均将“被代理人取消委托或者代理人辞去委托”作为委托代理终止的法定事由，可谓是代理权授权行为与委托合同分离原则的实证法体现。

案例1、案例2、案例3中的裁判观点没有坚持委托授权与委托合同相分离的原则，使得授权行为的效力可能直接受到委托代建合同效力瑕疵的影响。此外，如果代理权系经合意

而产生，那么委托单位将无法单方面撤回代理授权，同样代建单位也不得单方面辞去委托，否则委托单位或者代建单位都会面临违约。

（二）施工单位在订立合同时知道委托单位与代建单位存在代理关系时，施工合同直接约束委托单位与施工单位。但如果施工合同的内容未体现委托单位的权利义务，施工合同履行过程中委托单位也未尽管理、付款义务，则施工合同不能约束委托单位。

1、裁判观点摘录：

详见案例2、案例3关于工程款支付主体的裁判要旨。

2、关于如何适用《合同法》第402条^[6]的检讨：

（1）代建单位代理人身份的查明

自从《合同法》在“委托合同”一章中规定第402条^[7]内容之后，在司法实践中确实出现了大量本无代理因素，但裁判机关却鬼使神差地认定无辜案外人承担责任的判例。因此在代建项目纠纷中适用合同法第402条时，既要严格审查是否有充分的证据证明代建单位拥有代理权，还需审查施工单位在签订施工合同时是否知道代理行为存在。

关于代建单位是否拥有代理权这一问题，前三个案例都秉持“委托代建合同成立的同时代理权授予行为亦成立”这一裁判观点，对此前文已有评述，不再赘述。关于施工单位签约时是否知道代理行为存在这一问题，案例2凭借招标文件中已载明的信息（涉案工程系由财政拨款并实行代建制的市政工程）认定代建单位在签订施工合同时已标明其代理人身份，对此，我们倾向于认为：虽然大陆法系国家确有根据客观情况推定代理人身份的规定，但对于代建单位的代理人身份是否为施工单位所知晓，客观的判断标准只能是代建单位将书面授权文件（无论代理权的授予方式是内部授权还是外

【7】徐海燕老师认为，中国合同法第402条、第403条均脱胎于英美代理法及《国际货物销售代理公约》，英美法中的代理可以划分为三种类型：公开被代理人姓名的代理（显名代理）、隐名代理和不公开被代理人身份的代理。中国合同法第402条规定的是隐名代理，第403条规定的是被代理人身份不公开的代理。

【8】《合同法》第403条规定：“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人，委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人与受托人订立合同时如果知道该委托人就不会订立合同的除外。

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。”

【9】所谓债务加入，又被称为并存的债务承担，指新的债务人加入到债的关系之中，与原债务人共同承担债务的情况。

部授权)展示给施工单位,裁判者不应轻易推定施工单位已知悉代建单位的代理人身份。

(2) 是否有确切证据证明施工合同只约束代建单位、施工单位?

在案例3中,裁判者以施工合同未体现委托单位的权利义务,施工合同履行过程中委托单位也未参与工程款审核、支付等理由认定施工合同只约束代建单位和施工单位。对此,我们倾向于认为:《合同法》第402条所述的“确切证据”应当是指施工合同中出现委托单位与代建单位之间不存在代理行为等约定或者有某种交易习惯可以确认委托单位与施工单位之间不得发生权利义务关系。

(三) 代建单位未能证明施工单位在签约时知道委托单位与代建单位存在代理关系,承包单位选择单独起诉代建单位的,代建单位独立承担付款责任。

1、裁判观点摘录:

详见案例4关于工程款支付主体的裁判要旨。

2、关于如何适用《合同法》第403条^[8]的检讨:

《合同法》第403条规定了第三人不知代理人身份的间接代理情境下,如果本人因自身原因对受托人违约,进而导致受托人对第三人违约,那么第三人有权行使选择权。具体到委托代建纠纷中,裁判者首先应当严格审查委托单位与代建单位之间是否存在授权代理关系,因为只有受托人为本人利益服务时,出现问题后才有披露本人的必要。此外,还要严格审查委托单位在委托代建合同项下是否存在违约行为且该

种违约行为是否最终导致了对施工单位利益的损害。

(四) 委托单位虽然不是施工合同的主体,但以实际行为参与到合同履行中,构成债务加入^[9],应当与代建单位共同承担连带责任。

1、裁判观点摘录:

详见案例5关于工程款支付主体的裁判要旨。

2、检讨:委托单位债务加入是否必须以债务承担合同的存在为前提?

在案例5中,联建公司、华昱公司和龙岗交通局签订《补充协议》,这份三方协议明确约定委托单位龙岗交通局应以发包人的身份参与到涉案工程中,履行代建单位作为项目建设期法人应承担的部分责任。委托单位与另外两方当事人共同达成以债务加入为目的的合同,此种情况下委托单位当然应在三方协议约定的范围内对施工单位承担相应的法律责任。

然而在司法实践中还存在着委托单位虽未与代建单位、施工单位签订任何补充协议或者做出任何单方承诺,但却以实际行为参与到施工合同履行过程中的情况(如委托单位直接将工程款支付给施工单位、施工单位直接向委托单位开具发票、委托单位直接向施工单位下达施工指令)。在该种情形下,裁判者应当结合委托单位参与施工合同履行的具体情况来综合认定委托单位与施工单位之间是否真正形成了债务承担的合意,而不应轻易认定委托单位以实际行为表明债务加入。

参考文献:

- 1.米万国、任远主编:《工程项目代建管理实务与操作》,中国计划出版社,2009年12月版。
- 2.王建中主编:《代建项目管理指南》,天津大学出版社,2013年1月版。
- 3.梁慧星著:《民法总则讲义》,法律出版社2018年5月版。
- 4.崔建远著:《民法总则:具体与抽象》,中国人民大学出版社2017年11月版。
- 5.崔建远主编:《合同法(第五版)》,法律出版社,2010年2月版。
- 6.尹田著:《民法典总则之理论与立法研究(第2版)》,法律出版社2018年8月版。
- 7.李永军著:《民法总则》,中国法制出版社2018年1月版。
- 8.徐海燕著:《英美代理法研究》,法律出版社2000年7月版。

- 9.王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社2016年5月版。
- 10.韩世远著:《合同法总论(第四版)》,法律出版社2018年6月版。
- 11.曲笑飞:《建设工程代建模式中的工程款支付主体认定——基于15个典型案例的分析》,载建纬杭州律师事务所微信公众号2016年8月11日。
- 12.刘畅:《政府投资项目委托代建模式:工程款支付主体的类型化司法认定规则》,载审判研究微信公众号2019年5月20日。
- 13.陈鑫范、陈姗姗:《委托代建合同的委托人若未加入建设工程施工合同的履行,则无需对代建单位支付工程款承担连带责任》,载律行天下微信公众号2018年1月17日。
- 14.程世刚、余学文、王帅:《如何认定工程委托代建合同项下委托人对第三人需承担的法律責任》,载金杜研究院微信公众号2018年6月13日。
- 15.方新军:《民法典编纂视野下合同法第402条、第403条的存废》,载《法学研究》2019年第1期。



房地产乱象之“二次开发” 到底是不是开发

■ 孟冰、木煜/文

让我们先从一个根据真实案件改编的故事说起。

张先生年近中年，事业小有成就，为了对抗通货膨胀，实现资产的保值升值，他打算以个人身份进军房地产投资领域。恰巧这时，一则售楼广告出现在他眼前，“本市最热门的商圈”、“五星级国际酒店服务”、“精品公寓”，广告内容深深吸引了他。于是某个风和日丽的日子，张先生欣然来到售楼处，拿着印制精美的楼书，参观着精心布置的公寓样板间，听着美丽的售楼小姐热情洋溢的介绍，从心动到行动，对于张先生而言并没有用太久的时间。虽然这个项目的售价比周边项目每平米高了20000元，但“国际知名酒店管理公司管理”、“五星级酒店服务”、“国际知名物业管理公司”这些关键词让张先生对公寓未来的升值空间充满信心。

但好景不长，购买几年内，问题却层出不穷。先是公寓楼的公共部分装修工程迟迟不能完工，影响住户正常使用；

继而是公寓管理方在未告知住户的情况下，擅自将小区会所拆除；再后是公寓所在大厦的其他楼层，被出售方另行进行商业出租，打破了原有的大厦布局。而且，售楼时出售方在楼书里承诺的游泳池、绿地等一直不见踪影，所谓“国际知名酒店管理公司”也始终没有就位。这一系列问题，严重影响了公寓的商业价值。几年期间，周边楼盘价格至少涨

木煜律师简介



京都律师事务所律师，于2004年开始从事法律工作，具有证券业从业资格和基金业从业资格。主要执业领域为法律顾问领域、投融资和资本运作领域、金融证券领域等的诉讼及非诉讼法律事务。担任多家大型企业的法律顾问，熟悉企业经营及日常运作模式，服务客户范围涵盖私募基金、政府投资平台、房地产、商业银行等多种类型。

了1倍，但张先生所购公寓的二手房售价却一直没有上涨。

面对这种情况，张先生决定运用法律手段维权。他将出售方诉至法院，主张出售方违反在楼书中的承诺内容，应视为违反合同约定。要求出售方立即纠正其违约行为，并承担损失赔偿责任。然而法院审理后却认定，张先生与出售方的房屋买卖行为属于二手房交易，不适用商品房买卖方面的规定，并最终驳回了张先生的诉讼请求。

判决结果让张先生觉得难以接受，他从未觉得自己购买的公寓与一般商品房有什么区别，一样有售楼处、样板间，还有楼书（注：楼书是房地产开发商或销售代理商宣传楼盘、吸引购房者的重要资料，是房地产广告的一种重要形式，多见于商品房预售情形），那么，这一切究竟是怎么回事呢？

原来，张先生所购公寓的大厦，是出售方自开发商处分户购得。购买后，出售方将大楼重新装修，将其中几个楼

层改造成酒店式公寓对外进行销售，剩余楼层由出售方自行进行商业开发。虽然从表面上看，这个项目售楼处、楼书等一应俱全，对外宣传方面也与一般新楼盘销售没有任何区别，但实质上却是个二手房销售项目。我国目前的法律、法规，对一手房买卖（即商品房买卖）规定很多，但对二手房交易规定较少，政府对此亦缺少监管。而对普通购房人

说,如果出售方没有特别说明,很难注意到这一点,或者根本不了解两者间的区别、对购房人会有什么影响。这样一来,日后维权的时候,购房人如依据商品房买卖的规定维权,就可能遭遇和张先生一样的困境。

在这个故事中,出售方将所购物业重新装修再销售的行为,被称之为“房地产二次开发”。严格来说,房地产二次开发并非法律术语,亦非房地产领域的专有名词。这里的“二次开发”指的是对现有房地产商业价值的开发,即对已经存在的房产或物业进行适当的改造,挖掘其潜在的商业价值,产生更大的经济效益。具体方式为收购原有地产项目,然后翻新改造,以一手房的模式进入市场进行“再售卖”,此类房产也可以称之为“旧改楼”。

目前房地产行业已进入“存量时代”,在地产投资过热的情况下,对旧有房地产项目进行二次开发,不失为一种解决问题的有效方法。因此该模式被地方政府、开发商、融资机构所推崇。市面上的很多网红公寓楼盘均属于此类“二次开发项目”。但事有两面,因缺乏对应监管,“二次开发”的开发建设过程、预售及现售流程、前期物业公司的聘请及后续管理等方面均可能出现問題,进而给购房人维权造成严重障碍。

这种障碍在立法和司法上的原因是,根据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条的规定,商品房买卖合同,是指房地产开发企业将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人,买受人支付价款的合同。从该条规定看,此司法解释约束的是房地产开发企业,而非一般的二手房主。同时,根据《商品房销售管理办法》第三条的规定,商品房销售包括商品房现售和商品房预售。综合前述规定,可以判断出“商品房买卖”系指一手房的现售及预售行为,不包括二手房交易。故如果购房者买的是二手房,则无法受到一手房(即商品房)买卖相关规定的保护。

接下来,让我们回到张先生的经历,对比一下商品房销售与张先生的购买行为有何区别。

首先,张先生最初参观楼盘时,公寓楼的装修改造工程尚未完成。如果是一手房的预售,根据《住房和城乡建设部关于进一步加强房地产市场监管完善商品住房预售制度有关问题的通知》规定,商品住房预售资金要全部纳入监管账户,由监管机构负责监管,确保预售资金用于商品住房项目

工程建设。而张先生的购房款直接由出售方收取,不受任何监管,不能保证一定用于工程建设。

其次,根据《城市商品房预售管理办法》规定,商品房预售实行许可证制度,开发企业应取得《商品房预售许可证》,开发企业申请办理《商品房预售许可证》应当提交商品房预售方案。预售方案中应当说明商品房的位置、装修标准、竣工交付日期、预售总面积、交付使用后的物业管理等内容,并应当附商品房预售总平面图、分层平面图。从《住房和城乡建设部关于进一步加强房地产市场监管完善商品住房预售制度有关问题的通知》的规定也可以看出,预售方案的管理、预售商品房的交付及质量管理等均受到严格监管。而张先生所购公寓,因仅涉及装修工程,出售方无需将相关情况向监管部门报备,也不需向购买方明确说明,仅需按照规定办理消防验收或验收备案即可。因此对公寓未来的建设、装修效果,张先生仅能根据出售方提供效果图及样板间进行想象。因缺乏监管且未在购房合同中对所购房屋的质量、装修标准进行明确约定,如果出售方在后续施工时擅自变更施工方案或装修效果,张先生将维权无门。

再次,《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条规定,商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请,但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定,并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的,应当视为要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同,亦应当视为合同内容,当事人违反的,应当承担违约责任。张先生就是依据此条款向法院主张出售方违反承诺内容,要求其承担违约责任。但张先生忽视了一个问题,即该规定适用于商品房(即一手房)买卖合同纠纷,约束的是房地产开发企业的相关行为,并不适用于解决二手房买卖争议。因此,法院不能将该司法解释作为审理该案的依据。

最后,根据《商品房销售管理办法》第十三条规定,商品房销售时,房地产开发企业选聘了物业管理企业的,买受人应当在订立商品房买卖合同时与房地产开发企业选聘的物业管理企业订立有关物业管理的协议。而张先生购买公寓时得知,出售方已选聘物业管理公司并签订《前期物业管理合同》,购房者所签《购房合同》中注有“购房人一旦签署购房合同,即视为同意接受物业管理协议条款约束”的约定,购房者无需与物业管理企业再签订协议。但这样一来,像张



先生这样的购房者并不了解物业管理合同的具体内容，除了被动按照物业公司要求缴纳物业管理费外，难以依据合同内容约束物业公司。而且在小区业主委员会未能成立的情况下，业主即使对物业管理公司的服务不满意，也难以更换物业公司。

经过前述对比，我们可以看出，商品房销售和经过“二次开发”后的“旧改楼”项目交易，对于购房者而言，其所承担的义务几乎没有任何区别，但所享受的权利及受到的保护，则有着实质性差异。

我国现有法律法规中，并没有专门针对此类“二次开发”行为的相关规定，购房者与出售方发生争议，司法机构多按照合同法相关规定处理，因此购房者无法享受到商品房买卖合同司法解释对购房者的特别保护。目前专门针对“二手房买卖”规定较少，如《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》，但该意见并未将商品房买卖合同司法解释对购房人的保护列入其中，仅规定“商品房买卖合同纠纷案件，可以参照本意见处理”，而非二手房纠纷未涉及的部分可以参考适用商品房买卖的相关规定。应当注意的是，此类二次开发行为与一般的二手房买卖又有着本质性的区别。出售方的购买-装修-再售卖的行为不同于普通二手房出售人，而是与房地产开发企业的开发-建设-销售行为存在极大的相似性。

因此，我们建议，司法机构在审理此类纠纷时，应充分考虑出售方行为的本质，不能仅凭所售房屋“二手房”的性质，就完全排斥商品房买卖合同司法解释对购房人的保护，

而是应该根据合同法诚实信用的基本原则，综合判定当事人双方所应承担的实际责任，公平保护各当事人的合法权益。同时，政府亦应对出售方加强监管，对“二次开发”行为进行科学的制度设计以及强力执行。唯有如此，方能不断促进社会公平正义，促使房地产市场稳定及健康发展。

对购房人而言，在现有规定尚不齐全的情形下，我们建议在以下几个方面予以注意：

首先，应要求出售方主动出示该项目已取得各项手续，明确所购房屋为商品房，还是二次开发后的“旧改楼”。

其次，需要注意剩余的土地使用年限。二次开发中，“旧改楼”的土地使用年限仍按照最初批准的土地使用年限确定，即购房人所购房屋的土地使用年限为扣除已过年限后的剩余期限。

再次，因此类“旧改房”交易通常不能直接适用关于商品房买卖的相关法律规定，购房人维权主要依靠双方签订的购房合同。因此，购房人应要求出售方将所有承诺事项明确写入购房合同，并约定与之对应的违约责任。

最后，如物业公司由出售方在出售前指定，购房人应要求与物业管理公司直接订立合同，以期未来可以据此约束物业公司。

综上，我们认为，“二次开发”的本质仍是开发，应受到与商品房开发同样的监管；“二次开发”项目的购房者应受到等同于商品房购房人的保护。

希望故事中张先生的遭遇不会在现实中一再上演。

国内首家刑民一体化司法研究中心成立 学术+实务资源助推刑民一体化研究



2019年4月21日，由京都律师事务所（以下简称京都所）、京都律师事务所南京分所（以下简称京都南京分所）和南京师范大学法学院共同发起的刑民一体化司法研究中心成立大会在南京成功举办。大会邀请了包括北京大学法学院教授、博士生导师储槐植和北京大学法学院教授、中国刑法研究会副会长梁根林等在内的数十位知名法学专家教授，以及公检法司等司法实务界同仁参与研讨。中华全国律师协会刑事业务委员会主任、京都所名誉主任田文昌、南京师范大学法学院院长蔡道通教授出席活动并致辞。成立仪式由京都所高级合

伙人、刑事业务部主管合伙人王九川律师担任主持人。

在致辞中，京都所名誉主任田文昌表示，中国法学理论和实务脱节严重，此次京都所和南京师范大学共同倡议发起成立刑民一体化司法研究中心，希望联合更多的力量将研究中心打造成为一个法学理论和实务相结合的高端平台，让理论界和实务界携起手来，共同在这个平台上发挥应有的作用。

作为国内首家刑民一体化司法研究中心，该中心阵容强大，成立伊始就邀请到包括北京大学、清华大学、中国人民大学等八家中国顶级法学院的二十位

法学专家、教授作为中心学术委员会成员为中心的运作出谋划策。

关于刑民一体化司法研究中心的成立，南京师范大学法学院院长蔡道通教授表示，刑民一体化司法研究中心就是力图借助理论界和实务界的双方智慧和各自优势，以刑民一体化司法理念来研究和探索刑民一体，包括刑行一体，以及相关交叉案件的特点、类型和案件都适用的必须坚持的原则、方法和边界，为经济犯罪研究水平的提升和司法个案判决提供更有厚度、更有说服力的，并符合经济犯罪基本特征和理论支撑；以形成科学的、准确的以及相应



田文昌



蔡道通



储槐植



梁根林



王九川



会议现场（上半场）

的判决为目标，体现刑法应当体现的谦抑、审慎、善意的精神。

随后，北京大学法学院教授储槐植、南京师范大学法学院院长蔡道通，京都所名誉主任田文昌、主任朱勇辉共同为“刑民一体化司法研究中心”进行揭牌，并宣布了研究中心的人员构成，为参会的学术委员颁发了聘书。研究中心聘请蔡道通院长、王九川律师为联席主任，聘请梁根林教授为研究中心学术委员会主任，聘请京都律师事务所高级合伙人柳波、南京分所合伙人蔡栋律师为研究中心秘书长。此外，研究中心还向储槐植教授颁发了终身荣誉主任的聘书，向田文昌律师颁发了荣誉主任的聘书。

作为最早提出刑事一体化的倡导者和倡议者，北京大学法学院教授、博士生导师储槐植在主题发言中首先祝贺了研究中心的成立，表示刑民关系既是一个重大的理论问题，又是一个复杂的

实践问题。他认为研究中心的成立对于解决刑民案件实际操作中的问题具有重大的理论意义和实际意义，希望研究中心通过对刑民关系复杂问题的研究产生从理论到实践的影响。对于刑民交错案件，根据案件的不同情况，可以分别按照先刑后民、刑民并行、先民后刑三种方式，并且遵循法秩序统一原理，坚持对民事不违法的行为刑法亦不处罚原则。

京都所名誉主任田文昌通过实际案例向大家讲述了常见的刑民交叉案件处理误区和因刑民交叉问题所带来的严重后果，从实务的角度对刑民一体化存在的一些误区进行了分析和解读。他非常认可研究中心这种由权威高校和律所直接主办的理论加实务的这种操作模式。希望通过理论界和实务界的密切结合，来深入地研究刑民交叉的问题，真正地理清当中一些必须分开的界限，形成一个贴近实务的、接地气的研究成果。希

望这个研究成果能够切实地解决司法实务当中的具体问题，能够切实地起到防止产生冤假错案的作用。

北京大学法学院教授、中国刑法学会研究会副会长、北京大学法学院学术委员会委员梁根林以《法定犯时代的刑民一体化》为题向参会人员分享了自己对于刑民一体化的理解。他认为法定犯时代的行刑竞合、民刑交错是一个全学科的问题，同时也是一个全域性的法制实践问题。梁根林认为，最近若干年来我国出现的司法奇葩个案以及刑法对民事经济活动的不当介入，根源就在于我们对行刑竞合、刑民交错这样一个法定犯时代的挑战没有很好地认识与回应。他强调在解决刑民交错案件时要坚持三个必须：必须坚持刑民一体化的视野；必须坚持整体法秩序必须保持统一性和必须坚持违法准确判断性。

南京师范大学法学院院长、教授、博士生导师蔡道通在主题演讲中则以



柳波



蔡栋



揭牌仪式



签订合作协议



蔡道通院长为陈宇律师颁发兼职教授聘书



蔡道通院长为蔡栋律师颁发兼职教授聘书

刑民交叉案件中前置法的地位与作用对案件的影响等为观点与参会人员进行了分享。蔡院长认为，原则上前置法，再有经济犯罪条款的才是合理的。只有前置法有规制的，刑法再进行第二次保护，才有意义。换句话说，如果前置法都没有，刑法直接介入，刑法的解释必须在构成条件上要持特别慎重的立场，因为对于公民来说，包括经济领域，如何让公民，让市场主体、商事主体有一个基本的预期，如果没有前置法，刑法的解释应当秉持严格的立场。如果出现经济行政法律法规的滞后或者盲区，而

产生刑事立法过于超前的现象，这个时候怎么理解？蔡院长表示，如果没有前置法的，或者前置法的界位比较低的，比如说只有一些部门规章，缺乏行政法律法规的，我们对兜底性条款应当持严格的立场，否则的话，法的安定性就会有影响。

京都所高级合伙人、刑事业务部主管合伙人王九川律师在主题演讲时则从实务工作出发，和参会人员分享了一些刑民交叉实务上的经验和体会。他分别从实践感受和刑事辩护律师的两个角度总结了司法机关对刑事民事交叉问题的

看法和操作的两个发展趋势，一个是司法机关对刑事、民事界限不清案件的处理呈慎重化的趋势，特别是在刑事立案上。另一个是越来越多的辩护律师重视从民商事角度、行政角度来提出辩护理由。刑事律师要把民商法律知识和实务技能学习当作必修课，民商事律师也要学一点刑事。一些大的律师事务所把刑事业务放在争议解决部门、合规审查部门，表明他们把刑事案件当作复合型案件来看待。

王九川律师同时认为刑民交错现象已经到了一个新的阶段，刑民一体化司法研究中心的成立是一个标志，表明法律界更加深刻地认识到司法实践的需求和趋势。我们要顺应这个潮流，带动更多的人重视起来。我们要为研究中心制定规划，出一批研究成果，作出应有的贡献。

在随后举行的圆桌汇学术委员发言和讨论环节，由研究中心秘书长柳波、蔡栋律师主持。来自澳门城市大学法学院教授、课程主任李洪江，北京大学法学院副教授、博士生导师江溯，浙江大学光华法学院副教授、刑法研究所执行所长、光华法学院互联网法研究中心主任高艳东和南京师范大法学院副院长刘远，教授秦策、刘俊为代表的学术派和来自江苏省政法委、江苏省高级人民法院、省检察院、南京市中级人民法院、市公安局、市司法局等实务界的同仁，此外还有特别邀请的法制日报理论部主任蒋安杰女士等广大媒体界的朋友，同京都所主任朱勇辉、民商业务部主管合伙人公丕国为代表的实务派就刑民交叉案件的理论依据和实际操作进行了深入探讨。大家通过法律条款解读、案例分享，对在刑民交叉案件处理中遇到的问



| 秦策



| 江溯



| 王华伟



| 蒋安杰



| 朱勇辉



| 公丕国



| 黄河



| 黄芳

题和存在的困惑进行了交流。

北京大学法学院副教授、博士生导师江溯介绍,从实务角度来看,有三个方面的问题需要特别注意,即,涉及侵占罪时的认定情况;例如非法拆迁时的拆迁补偿协商上,如果出现了用不那么合法的方式来进行谈判,是否能按敲诈勒索罪来定案?再次,非法转让倒卖土地使用证的案例中,如果采用转让股权的方式来获得土地使用证,是否能从实质上认为这是非法倒卖土地使用权证的行为?江溯认为,如果民法上是不违法的行为,在刑法上一定不是犯罪。

浙江大学光华法学院副教授、刑法研究所执行所长、光华法学院互联网法研究中心主任高艳东则介绍,刑民交叉一体的情况下,要考虑中国特殊国情,如果按西方的很多理论,中国的民事欺

诈就是诈骗罪。此外,按照传统的西方理论,一些案件是否只能按民事处理?高艳东对互联网企业做了相关研究,发现在互联网违法犯罪活动中,薅羊毛、恶意排名、虚假地址等现象下,如果没有技术手段,根本无法起诉,考虑到网络时代甚至人工智能时代带来的新问题,希望能通过修正让司法理论和实务更好地解决问题,或者说,刑民一体化能不能考虑这些现实问题。

京都律师事务所主任朱勇辉律师认为,成立刑民一体化司法研究中心非常有现实意义,现在很多民事案件被刑事化了。“刑民一体化”是研究刑民法律关系的方法和路径,目的还是为了分清刑事和民事关系的区别,达到在司法中准确定性。他提出,不但要关注刑民一体化的实体问题,还应研究刑民诉讼程

序的衔接问题,包括刑民交叉法律关系中的财产问题。

京都律师事务所高级合伙人、民商业务部主管合伙人公丕国律师谈到,刑民一体化研究中心应当把涉案当事人的财产权益问题作为理论和实务研究的课题之一。实践中先刑后民、重民轻刑的一个重要的原因是:很多人都认为,如果这个人犯罪,他的民事行为,比如所签订的民事合同就会无效,就不会承担相应的民事责任。而实际上,犯罪所涉及到的合同不必然无效。其判断的标准,如果是双方有犯罪的同谋,则所签订的合同无效;如果是单方犯罪,没有共谋的情况下,所签订的合同效力待定,属于可撤销合同。如果是受害人撤销,合同谈不上效力问题,如果是不撤销,合同有效。涉案当事人的犯罪与否与各方



揭牌仪式

民事责任并不是必然因果关系。

京都律师事务所高级合伙人柳波律师则认为在刑民交织的案件中，刑和民二者的证据采信标准不同，裁判时间有先后，前案的判决对后案是否有预判力，前案判决采信的证据、认定的事实、法律关系的定性，后案审理中能否采取“拿来主义”，如何处理二者之间的关系，也是应该关注的问题。实践中确实存在直接把前案判决作为证据的情况。

京都律师事务所高级合伙人、南京分所主任陈宇律师在发言时表示，“融资性贸易”并不是一个明确的立法概念，而是司法实践中对于一类案件的归纳总结而形成的司法概念，是指名为买卖实为借贷的贸易类型，本质为民法中的虚伪表示（民法总则146条）。但是，该类案件并非单纯的属于民法规制的范畴，存在着大量的刑民交织、刑民

交错的问题。在民事诉讼领域，这类案件在表面上看是“买卖合同纠纷”，在实质上是“民间借贷纠纷”，但司法实践中，往往直接以二级案由“合同纠纷”确定其案件性质。在刑事诉讼领域，“融资性贸易”因其虚伪表示的特征，又往往伴随着合同诈骗罪、贷款诈骗罪、签订合同失职被骗罪、虚开增值税专用发票等众多刑事罪名。在办理该类型的案件中，往往会涉及刑事责任与民事责任的划分，个人刑事责任与单位民事责任的并存，以及民事欺诈与刑事诈骗的界限等刑民交织、刑民交错等问题。

下午，刑民一体化司法研究中心的挂牌仪式在南京师范大学举行。在挂牌仪式上，京都南京分所和南京师范大学法学院签订了战略合作协议，双方将在学术研究和学术成果转化上进行全方位的和长期的合作。南京师范大学法学院

蔡道通院长还为京都南京分所主任陈宇和合伙人蔡栋律师颁发了南京师范大学法学院兼职教授的聘书。未来，研究中心将成为南京刑事法学、民商事法学和律师界共同推进刑民一体化研究的重要的基地。

在之后的自由发言和圆桌会议上，来自国家检察官学院院长黄河和来自中国社会科学院法学研究所研究员、黄芳教授等研究中心学术成员在刑民交叉问题的理论和实操上进行了自由发言和讨论。专家们对研究中心给予了极高的评价，对研究领域“刑民一体化”给予了高度肯定，纷纷为研究中心未来发展建言献策，均表示将结合自身资源和优势，为研究中心贡献自己的力量。

作为国内首家刑民一体化司法研究中心，该中心将立足南京，辐射全国，聚集各方面的力量，积极组织和开展刑民一体化理论与实务服务。



京都召开建设工程领域刑事案件大数据分析研讨会 《2018年度建设工程领域刑事案件研究报告》 发布！

2019年4月26日，京都律师事务所携手北京师范大学刑事法律科学研究院共同召开了“2018年建设工程领域刑事案件大数据分析研讨会”，发布了《2018年建设工程领域刑事案件研究报告》。会议邀请了包括北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院副院长阴建峰、住建部中国建筑工业出版社责任编辑张礼庆、中国公路协会筑机分会副秘书长谢亮和中央电视台财经频道制片人桂佳唯等在内的数十位知名学者和行业大咖参与研讨。中华全国律师协会刑事业务委员会主任、京都所名誉主任田文昌、京都所主任朱勇辉和北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院副院长阴建峰出席活动并致辞。成立仪式由京都律所合伙人王春军担任主持人。

该报告由京都律所建设工程团队负责人王春军律师与本所刑事部兼职律师、北师大刑科院印波副教授共同负责。中华律协刑事委员会主任田文昌律师和北师大刑科院副院长阴建峰教授担任“建工刑案”项目的顾问。项目团队对裁判文书网刊载的2018年度建设工程领域的6902份刑事裁判文书进行了筛选，最终得到约3600份有效样本。该报告对建工领域高发的犯罪类型及犯罪所处的区域作了统计与排名，并对数量前十名的犯罪作了系统的犯罪要点、风险

防范建议和辩护要点分析。该报告是建设工程领域刑事风险控制及辩护研究的重要成果，体现了刑事业务细分和刑民一体化的发展态势。

田文昌主任表示，在建设工程方面，民刑交叉非常多，企业和企业家的风险防控问题现在提到了亟待解决的日程上来。因此，“建工刑案”课题很有深意，是非常值得研究的问题，希望能够把这个课题做得更深更广。

阴建峰教授表示，建设工程是国家经济发展的原动力之一，也是刑事案件高发频发领域，报告为刑事风险发生后如何进行有效辩护提出具有现实意义的思路和方法。

京都律师事务所朱勇辉主任表示，“建工刑案”报告的发布对京都所和律师界都是一个很好的开端。

京都律师事务所房地产与建设工程部负责人孟冰表示，“建工刑案”报告的发布是准备深耕建工刑案的起点，希望大家的努力下越来越好。

住建部中国建筑工业出版社责任编辑张礼庆表示，在建设工程领域需要建工刑案律师来支持工程建设走向更好的一面。央视财经频道制片人桂佳唯表示，这是建设工程刑案领域的第一份报告，可以作为这个领域的蓝皮书。中国公路协会筑机分会副秘书长谢亮表示，

公路领域是建设工程领域较大的一项，合作非常具有现实意义。

万合企业合规研究院院长万方表示，报告中的风险防范建议能够帮助建设工程相关从业者有效的认识到刑事法律风险，在实务中意义深刻。京都律师事务所刑事部律师朱娅琳表示，愿意用实务经验来帮助“建工刑案”课题的健康快速发展。

以下为报告的精华部分，欲获得报告完整版，请扫描二维码获取！

一、建设工程领域十大高发罪名

建设工程领域内有以下十大高发犯罪：1、受贿罪（791件）；2、贪污罪（349件）；3、拒不支付劳动报酬罪（289件）；4、行贿罪（287件）；5、重大责任事故罪（197件）；6、伪造公司、企业印章罪（182件）；7、串通投标罪（142件）；8、单位行贿罪（111件）；9、非国家工作人员受贿罪（88件）；10、职务侵占罪（84件）；滥用职权罪（84件）。从中可以分析归纳出如下结论：

1、高发的犯罪中职务类的经济犯罪数量最多，但受贿罪与行贿罪件数差距较大；建设工程领域国企是重要主体，被绳之以法的也主要是国家工作人员，主要表现为受贿罪、贪污罪、滥用职权罪等。也有一些非国家工作人员，



| 王春军



| 印波



| 田文昌



| 阴建峰



| 朱勇辉



| 孟冰



| 张礼庆



| 桂佳唯



| 谢亮



| 万方



| 朱娅琳

主要表现为非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪等。这有可能与当前我国反腐的高压态势密切相关。

2、位居高发案件第三位的是拒不支付劳动报酬罪，这说明在建设工程领域仍然普遍存在拖欠农民工工资的现象，同时也揭示出国家正在积极运用刑罚措施治理拖欠工资之乱象。当今司法解释允许施工人突破合同相对性向发包

人主张权利，这一偏向保护弱者利益的衡平考量正与国家刑罚设立目的保持一致，也与住建部及各级建设行政主管部门出台的工程款支付担保、建立的建筑市场“黑名单”制度所体现出的政策导向相契合。

3、重大责任事故罪位居第五位（197件），除此以外，工程重大安全事故罪（第二十名，共计43件）、重大

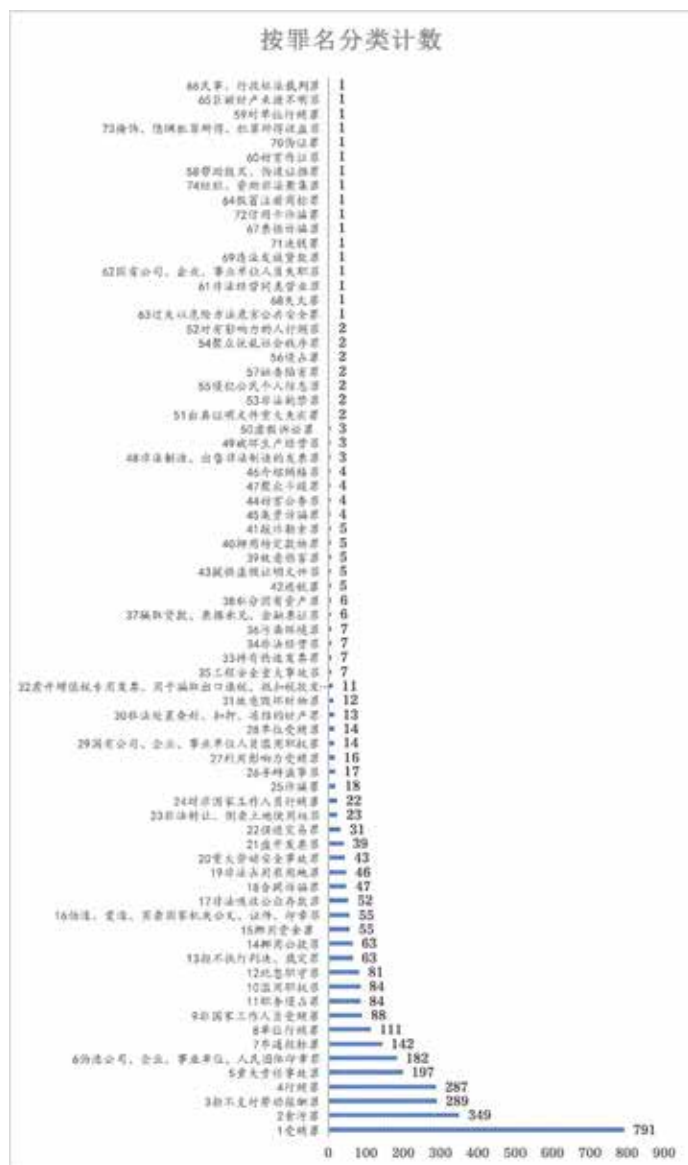
劳动安全事故罪（第三十五名，共计7件）亦是高发犯罪。在建设工程领域，安全事故类罪名频增，说明安全责任事故是建设工程亟待破除的魔咒；国家通过设置诸多罪名应对安全事故，就是希望通过系统的威慑手段强化相关人员的责任，从而达到

到一般预防与特殊预防的效果。当然，由于当前反腐高压态势，该类罪的绝对数量远远低于受贿、贪污等腐败犯罪的数量，其原因可能是安全事故类罪必须要产生严重的后果，而受贿、贪污行为只要一旦发生，口供相互印证，即易定案。

4、伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪以及伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪分别

位居第六位（182件）和第十六位（55件）。这说明一些建设企业为了签单、赶工期、增加净利润，造假行为时有发生。一则诸多类罪系合同诈骗罪降格处理的结果，二则在建设工程中，印章的伪造现象还比较常见。对于那些合同诈骗罪无法查清、口供无法印证的情况下，往往会对伪造公司、企业印章者予以刑事处罚。

！建设工程领域内十大高发犯罪



5、串通投标罪位居第七位（142件），说明在建设工程领域，串通招投标仍然常见，招投标程序的设计上总是有所疏漏、缺少真正的监管。当然，随着国家计委3号令的废止，发改委16号令的实施，大量民营房地产开发建设项目不用再进行招投标，此类犯罪可能出现减少的趋势。

6、一些在建设工程领域虽然没有上榜，确实体现了这个领域刑事风

险的罪名值得关注,例如,合同诈骗罪(第十八位,47件),非法占用农用地罪(第十九位,46件)也都时有发生。一则说明了建设工程领域设计的利益大、工程周期长、涉及环节多、程序繁复,通过合同诈骗财物现象多;二则说明了建设工程容易触犯国家土地红线,农用地划转手续不完整,小产权房现象严

重。

7、在建工领域所涉的72个罪名中,有33个罪名涉及单位犯罪,其中工程安全重大事故罪、单位行贿罪、单位受贿罪这三个罪名的犯罪主体法定要求必须是单位的。可以看出,在罪名数量的分布上,建设工程领域内的单位犯罪与单纯的个人犯罪基本持平。这一定程度上说明单位犯罪在建设工程领域的严峻态势,应当引起各建设主管部门及司法部门的高度重视。

二、建设工程刑事案件的高发区域

从中可以分析归纳出如下结论:

1、犯罪高发省份前三位：湖北省（314件）、湖南省（266件）、安徽省（238件）。湖北省的建工领域刑事案件数量占全国同类案件数量的9.15%，为2018年度全国建设工程领域刑事案件发生量最多的省份。建设工程领域刑事案件主要分布在中部地区。可以推测，相对于经济体系已经成型的东部，中部地区目前建设工程正处于蓬勃发展阶段，建设工程体量更大，因此，刑事案件高发也在常理之中。

2、犯罪高发省份四至六位：广东省（215件）、山东省（195件）、江苏省（164件）。这三个省都是传统的建筑大省，因此，其建设工程领域犯罪数量较多本就在意料之中。湖北省、湖南省、安徽省、广东省、山东省、江苏省六省市在建设工程领域的刑事犯罪案件数量达到1392件，占全国同类案件数量的40.6%。

3、犯罪低发省份：海南省（6件）、西藏自治区（6件）、青海省（22件）。上述三个省份的建设工程领

域刑事犯罪之所以较低，可能与其人口基数较少有一定的关联。当然，这三个省份相应的基础设施建设并不少。

三、建设工程领域的刑事风险控制与刑事辩护

建设工程无处不在，无所不包，关系到社会生活的方方面面，对于国民就业安全及社会经济整体的良性运转至关重要。建设工程行业往往具有投资金额巨大、利润丰厚的特点，因而也是刑事犯罪的高发、频发领域。在建设工程的项目审批、勘察设计、工程施工、价款结算等多个方面，受贿、行贿、贪污、

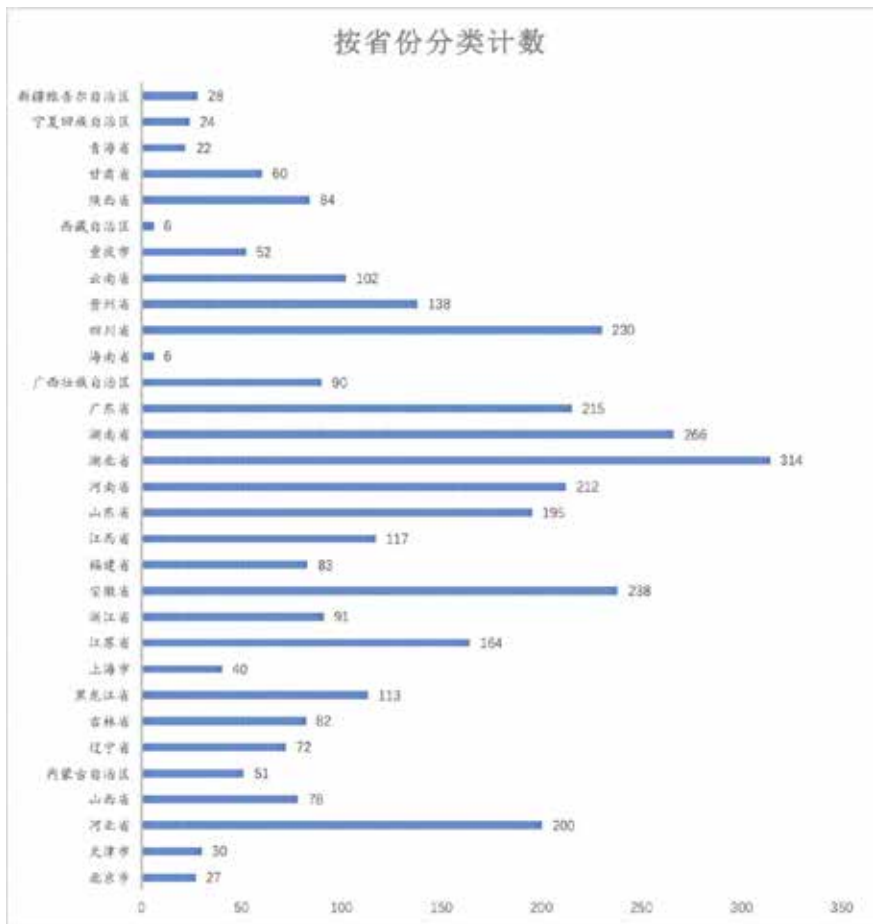
滥用职权、串通投标、重大安全责任事故、拒不支付劳动报酬等犯罪时有发生。一旦出现刑事犯罪，企业及其从业人员不仅会受到巨大经济损失，也会受到刑罚的严惩。因此，对建设工程领域的刑事案件进行系统分析，做好刑事风险的预防，进行有效果的辩护尤为重要。

本报告旨在通过对2018年建设工程领域刑事案件数据作系统分析，达到全面了解2018年建设工程领域刑事案件的高发风险点，以期提高“事前预防”



建设工程领域刑事案件全国犯罪数量统计图

建设工程领域刑事案件全国犯罪数量统计柱状图



的意识，找到“事前预防”的方法，给予相关行业的从业者、国家工作人员、从事工程建设的企业、行业组织及有关部门有效的建议。此外，本报告还系统整理了建工领域十大重点罪名的辩护要点，对上年度作出了一定效果的建工刑事辩护作了相对深入的个案研究，以期为建设工程单位及人员提供有效果的辩护意见。

以刑事业务见长的京都所与刑事法学的重镇北师大刑科院联姻，共同探索建工领域的刑事风险防控与辩护，实现了刑事实务与理论的高度融合。相信印波、王春军两位专家律师会进一步地将建工刑事案件作更全面的指标设计和更深入的理论实务研究。相信京都“建工刑案”很快成为我国刑事风控和刑事辩护领域的知名品牌，期待京都“建工刑案”声名远扬，为建设工程企业及相关人员保驾护航，提供优质的刑事法律服务。



扫描二维码
一键下载报告全文



南开大学国际信托法前沿论坛顺利召开 学术研讨助推信托业务更好发展



论坛活动现场

2019年4月13日，由南开大学法学院主办、京都家族信托法律事务中心支持的国际信托法前沿论坛在南开大学顺利召开。南开大学副校长朱光磊，南开大学法学院院长付士成，《信托法》起草小组组长、中国政法大学终身教授、博士生导师江平，《信托法》起草执笔人、中国慈善联合会慈善信托委员会主任委员蔡概还和北京市京都律师事务所（下称京都所）名誉主任、全国律协刑事业务委员会主任田文昌出席活动并致辞。该活动由南开大学法学院教授、博士生导师韩良担任主持人，论坛以信托法理论研究为基础，以推进信托实务发

展为目的，论坛为期两天，共设置了六大主题研讨和六大专题讨论，观点新颖，内容翔实，逾百名嘉宾参加。

作为主办方代表，南开大学副校长朱光磊和南开大学法学院院长付士成分别发表致辞，对大家的到来表示欢迎，希望与会的业界精英可以通过这个平台开展更多合作。

在嘉宾致辞环节，《信托法》起草小组组长、中国政法大学终身教授江平老师表示，我国在商业信托方面发展较多，而在民事信托、慈善信托的发展上还远远不够，应该有更大的发展空间。江平教授表示，信托制度的完善离不开

配套的税收制度的完善和信托财产登记制度的完善。随后，《信托法》起草执笔人、中国慈善联合会慈善信托委员会主任委员蔡概还在致辞时和参会人员分享了自己参与《信托法》起草工作中的历程。最后，京都所名誉主任、全国律协刑事业务委员会主任田文昌表示，法律的作用是定分止争，信托制度和家族信托的研讨十分重要，对中国家庭家族财产传承和保护极具启发意义。

在《信托法修改的若干问题》研讨环节，中国政法大学教授、博士生导师王涌围绕《受托人的信义义务》发表了主题演讲，指出了信义义务内容具有时



南开大学副校长朱光磊



南开大学法学院院长付士成



《信托法》起草小组组长、中国政法大学终身教授、博士生导师江平



《信托法》起草执笔人，中国慈善联合会慈善信托委员会主任委员蔡概还



京都所名誉主任、全国律协刑事业务委员会主任田文昌



中国政法大学教授、博士生导师王涌



原银监会非银司主任高传捷



信托法专家、民商法博士张天民



中诚信托副总经理、民商法博士汤淑梅



天津财经大学法学院教授、法学博士李小龙



台湾地区众博法律事务所主持律师、法学博士许兆庆



国通信托有限责任公司董事会办公室总监刘光祥

代性，通货膨胀现象重塑受托人的投资活动的信义义务。信义义务是超越合同文本的法定义务，不可以合同法思维替代信托法思维。

《信托法》起草执笔人、中国慈善联合会慈善信托委员会主任委员蔡概还发表了题为《信托法修改的关注焦点问题》的演讲。他表示修改《信托法》应重点关注信托的定义、营业信托立法、信托登记、信托管理人制度、信托税收等焦点问题。他认为信托定义中可以将

“委托给”改为“托付给”，同时信托各项业务应单独立法，并出台配套的行政法规或部门规章以完善信托登记制度与税收配套制度。

原银监会非银司主任高传捷以《信托立法中的若干问题》为题分享了自己的观点。他表示适时修改《信托法》非常必要，而对于《信托法》修改的启动，他强调了改比不改好、早改比晚改好、大改比小改好；对于《信托法》修改工作，他表示要借鉴当年《信托法》

立法的成功经验，通过全国人大动员全国的力量进行修改。同时他还指出，《信托法》的修改要遵守三个原则：一是充分借鉴成功经验；二是加强前瞻性；三是加强操作性设计。

信托法专家、民商法博士张天民将其学术理论研究与实践考察相结合，以《信托法演进的路径依赖和现代化选择》为主题进行了精彩演讲，围绕普通法系信托法的立法现状、演进路径以及不同法域的信托法特征及发展方向，同



北京大学法学院教授刘燕



民生银行私人银行部总经理孔庆龙



北京工商大学法学院副教授、法学博士陈敦



北京银行私人银行部总经理聂俊峰



民生银行私人财富中心总经理崔明峰



中信信托组合投资部总经理魏古明



中信信托市场总监程红



中伦律师事务所金融部负责人，递爱福公益基金会理事长刘柏荣



陆台国际法律事务所律师，台湾东源风险管理顾问股份有限公司总经理赖国钦



天津信托家族信托业务负责人、法务部副总经理、法学博士贾林



北京航空航天大学法学院教授、博士生导师、中国保险法学会副会长任自力



中信保诚人寿保险有限公司市场部副总经理兼高净值业务部副总经理季小弋

与会人员分享了其观点。

在《信托登记的法律问题》的专题讨论中，中诚信托副总经理、民商法博士汤淑梅担任主持人，与天津财经大学法学院教授、法学博士李小龙，国通信托有限责任公司董事会办公室总监刘光祥以及台湾地区众博法律事务所主持律师、法学博士许兆庆分别就在信托修法过程之中如何构建信托登记制度发表了观点。

在《财富管理法律问题研讨》中，

北京大学法学院教授刘燕以《“受人之托、代人理财”的法律路径》为题，对大资管争议、资产管理的三个层次以及受人之托、代人理财的三个途径进行了深入剖析。刘燕教授表示大资管并非简单回归信托，而是回归信义义务。刘燕教授还以2016年宝能收购万科所使用的资管计划为例，把复杂的问题简单化，通过三位一体的金融分析框架对大资管和信托之间的关系进行了分析。

民生银行私人银行部总经理孔庆龙

就《银行财富管理业务中与信托机构合作的法律问题》，结合了过往经验向大家分享了自己的感悟。他表示，商业银行、证券公司以及信托公司只有树立平台思维、跨界思维，各方联手合作，才能推动中国财富管理行业走向成熟。

北京工商大学法学院副教授、法学博士陈敦就《财顾管理中资产托管人的地位与责任》发表了主题演讲，围绕资产托管人的现状、地位与责任进行了分享，重点分析了“托管”与“保管”



恒通国际私人财富研究院
创始人兼院长、博士宋晓恒



北京银行私人银行部
副总经理张玉波



北京市京都律师事务所家族信托法
律事务中心秘书长、博士柏高原



兴业国际信托有限公司总裁、
博士薛瑞锋



南开大学法学院教授、
博士生导师韩良



台湾众博法律事务所主持律师、
法学博士许兆庆



信栢律师事务所合伙人任文霞



京华世家财富管理有限公司
副总裁、合伙人李南



华能贵诚信托有限公司
家族办公室总经理牛蕊



建信信托有限责任公司财富
事业管理部执行总经理魏树谦



中诚信托战略研究部总
经理、经济学博士和晋予



中国慈善资产管理
论坛秘书长刘文华

的区别、托管人与受托人的区别以及托管人和管理人是否构成共同受托人等问题。

在《资管计划管理人的法律责任问题》的专题讨论中，北京银行私人银行部总经理聂俊峰担任主持人，与民生银行私人财富中心总经理崔明峰和中信信托组合投资部总经理魏古明进行了细致探讨。聂俊峰总经理借用电影《流浪地球》中的经典台词“道路千万条，安全第一条，受托不失信，早晚两行泪”，

强调了信义义务的重要性。

在《营业信托创新业务的法律问题研讨》环节，中信信托市场总监程红重点探讨了高净值客户的风险管理问题，并强调信托公司应符合合格投资人标准、私募标准、操作标准和代销标准的监管要求。

中伦律师事务所金融部负责人、递爱福公益基金会理事长刘柏荣发表题为《我国服务信托的基本业务模式及相关法律问题的探讨》的演讲，重点分析了

账户管理类服务信托、预付款信托的法律问题。

陆台国际法律事务所律师、台湾东源风险管理顾问股份有限公司总经理赖国钦发表题为《保险信托实务与发展》的演讲，重点介绍了台湾保险信托的制度、实务运作与困境以及保险信托的发展方向等问题。

天津信托家族信托业务负责人、法务部副总经理、法学博士贾林发表主题为《信托制度与养老产业结合路径》



| 北京中咨律师事务所律师郭然



| 公益信托王长庚社会福利基金信托监察人陈文炯



| 巧女基金会法务总监、中国慈善联合会慈善信托委员会顾问黎颖璐



| 光大兴陇信托有限责任公司慈善信托办公室主任乔方亮



| 京都家族信托法律事务中心副主任高慧云教授



| 国家税务总局干部培训中心国际税法教研部研究员徐晓华



| Zetland Fiduciary Group Limited 中国区总经理骆佳



| 北京安致勤会计师事务所北京区副总经理、美国注册会计师刘家咏



| 华融信托证券化事业部负责人郭宇博



| 中国台湾注册会计师、安致勤集团创办人吕旭明

财富研究院创始人兼院长、博士宋晓恒和北京银行私人银行部副总经理张玉波就保险金信托问题进行了思维的碰撞。

在家族信托

开大学法学院教授、博士生导师韩良则给大家带来了最新的研究成果，发表了《家族信托的法律困境及突破》的主题演讲，强调了可以从明确家族信托财产所有权、建立家族信托财产登记和公示制度、明确信托法律关系的地位和权利及建立信托的社会保障机制和司法监督机制四个方向进行困境突破。

台湾众博法律事务所主持律师、法学博士许兆庆发表了《台湾家族信托受托人的权责问题》主题演讲。他以台湾地区的家族信托案例向大家说明了在家族信托实务上台湾地区与大陆上的不同，指出信托要想实现自由化，必须有一个有效运用和管理资金的管道。

信栢律师事务所合伙人任文霞发表了《离岸信托的法律实践与中国信托的借鉴》主题演讲，从法域竞争的角度分析了离岸信托的做法，重点对离岸信托的信托有效性、委托人控制权保留、受

的演讲，分析了我国养老信托发展的历史机遇以及信托解决养老问题的制度优势、基本模式、制约因素等问题。

在《保险金信托的法律问题》专题讨论中，北京航空航天大学法学院教授、博士生导师、中国保险法学会副会长任自力担任主持人，与中信保诚人寿保险有限公司市场部副总经理兼高净值业务部副总经理季小戈，陆台国际法律事务所律师、东源风险管理顾问股份有限公司总经理赖国钦，恒通国际私人

的理论与实践研讨中，兴业国际信托有限公司总裁、博士薛瑞锋发表了《家族信托实务中的法律问题探讨》主题演讲，他表示，家族信托的市场前景广阔，客户诉求具有多样化、复杂化和个性化的特征，但因信托制度配套措施的缺失导致实务操作存在一定的障碍。因此，他建议应尽快建立家族信托财产登记制度与平台，完善家族信托的税收制度和出台家族信托的业务指引。

在关于家族信托的法律困境上，南



托人酌情权等进行了介绍，强调了离岸信托并非洪水猛兽，只是家族资产管理的一种方式。

在中国（大陆地区）家族信托探索的专题讨论环节，来自京华世家财富管理有限公司的副总裁、合伙人李南担任主持人，与华能贵诚信托有限公司家族办公室总经理牛蕊、台湾众博法律事务所主持律师、法学博士许兆庆和建信信托有限责任公司财富事业管理部执行总经理魏树谦就家族信托实务操作过程中的问题进行了交流。

随后，在慈善信托法律专题研讨上。原银监会非银司主任高传捷，《信托法》起草执笔人、中国慈善联合会慈善信托委员会主任委员蔡概还，中诚信托战略研究部总经理、经济学博士和晋予和中国慈善资产管理论坛秘书长刘文华分别带来了《慈善信托的发展与展望》、《我国家族慈善面临的问题及对策》、《慈善信托治理的相关问题》和《如何避免慈善信托重蹈公益信托覆辙》的主题演讲。

在关于慈善信托的中国实践讨论

上，北京中咨律师事务所律师郭然担任主持人，与杏和联合会计师事务所会计师、国立台北商业大学部定讲师、公益信托王长庚社会福利基金信托监察人陈文炯，巧女基金会法务总监、中国慈善联合会慈善信托委员会顾问黎颖露，光大兴陇信托有限责任公司慈善信托办公室主任乔方亮和建信信托有限责任公司财富事业管理部执行总经理魏树谦就慈善信托的实践进行了专业的讨论。讨论中，各位嘉宾一致认为慈善信托不是信托公司做慈善的唯一方式和实现社会利益最大化的最好方式，需要利用专业力量来实现社会资金公益的最大化。

在由京都家族信托法律事务中心副主任高慧云教授主持的CRS专题研讨上，来自国家税务总局干部培训中心国际税法教研部研究员徐晓华进行了《CRS与BEPS背景下税收透明化对信托架构的影响》的主题演讲，提出用合规思维、风险思维、战略思维和共享思维来应对挑战。来自 Zetland Fiduciary Group Limited 中国区的总经理骆佳带来了《离岸信托在 CRS 方面的实施情

况》的演讲，从离岸信托的角度阐释了CRS和离岸信托之间的关系。而来自北京安致勤会计师事务所北京区副总经理、美国注册会计师刘家咏则以《FATCA与信托》为题和大家进行了分享。随后，他们也就CRS、FATCA BEPS反避税等对信托的影响进行了专题讨论。

在关于信托税收立法的专题研讨上，华融信托证券化事业部负责人郭宇博发表了《中国信托税制立法探讨》的演讲，通过对中国信托税制立法的思考提出了自己的见解。

中国台湾注册会计师、安致勤资集团创办人吕旭明发表了题为《美国信托税制的理论与实务问题》的演讲，对美国信托税收进行了深入的分析，提出了设立中国离岸信托，强调了在进行《信托法》修法时要注意税收和信息披露的问题，提出了保险和信托结合的架构。

杏和联合会计师事务所会计师、国立台北商业大学部定讲师、公益信托王长庚社会福利基金信托监察人陈文炯发表了《台湾信托税制的理论与实务问题》的主题演讲，通过两个案例介绍了台湾在家族财产信托税制方面的实际操作，具体讲述了在台湾，宗教资产和土地资产采用何种方式操作才能让受托人和受益人利益最大化。

除上述主题研讨和主题讨论外，主办方特意设置了现场讨论，大家还就家族信托、离岸信托和台湾信托实操的细节问题进行了深入讨论。

本次论坛为期两天，以学术研讨为出发点，对《信托法》中存在的问题和争议进行了探讨，同时就信托业实务操作中的经验与困惑进行了交流。现场讨论气氛热烈，互动交流成果斐然。



国企管理人员职务犯罪现状简析

——国企职务犯罪实务系列（上篇）

■ 张启明、许明/文

国企管理人员 职务犯罪现状概述

2014年，财政部首度公布我国国有企业（以下简称国企）“家底”，共有国企15.5万户，国有资产104.1万亿余元，国企员工3698万人。国企管理人员是国有资产的经营管理者、监督者，国企管理人员监守自盗会给国家和人民带来巨大损失。十八大以来，打掉了不少“老虎”，猎杀了不少“狐狸”，拍死了不少“苍蝇”都有国企管理人员，如原中石化总经理王天普，原中石油总经理廖永远，原中海油副总经理吴振芳等，他们“靠山吃山”、“靠水吃水”，“假公济私”，“内外勾结”，吞噬国有资产，造成国有资产数亿元的流失。为巩固反腐成果，预防腐败，最近中纪委监察委巡视组又对国企进行了专项巡视。那么国企管理人员职务犯罪现状如何？刑法中的国企管理人员有哪些？国企管理人员可能触犯刑法的哪些职务犯罪罪名？怎样预防国企管理人员职务犯罪？作者结合办案实务和理论，撰写系列文章四篇。

我们根据威科案例库中的案例数据，以及北京师范大学发布的《中国企业家刑事风险报告》（以下简称《刑事风险报告》）中的内容为依据，简析最近几年国企管理人员职务犯罪现状。

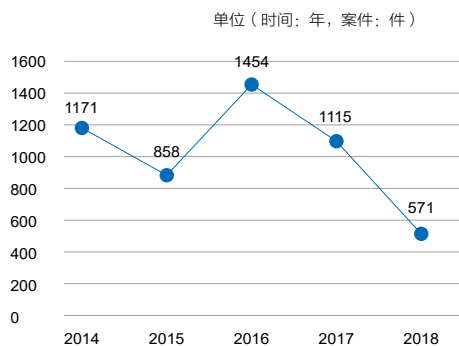
张启明律师简介

毕业于中国人民大学法学院，刑法学硕士，主要执业领域为涉黑案件、金融犯罪、职务犯罪刑事辩护，曾获得省级“十佳公诉人”、“优秀公诉人”等称号，曾办理过“巨鑫联盈”非法吸收公众存款案和北京市首例老鼠仓犯罪案件等一系列重特大刑事案件。



一、最近五年国企管理人员职务犯罪情况

2014-2018国企管理人员案件情况



上图可以看出，2016年国企管理人员犯罪案件最多，达到1454件，2018年最低，到571件，并且最近两年升降，原因可能有三：一是反腐成果显现，腐败有所遏制；

许明律师简介

获得华侨大学计算机科学与技术、法学双学士，四川大学法律硕士。曾在云南省某检察院工作，获得集体三等功、优秀公诉人称号。专注于公司刑事法律风险防控、互联网及计算机犯罪案件研究。

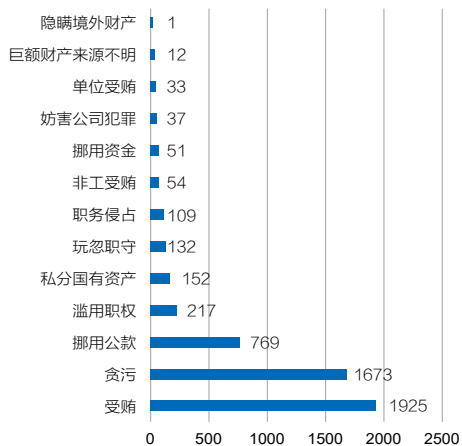


二是监察体制改革消耗了部分工作人员；三是文书公开迟延。

二、国企管理人员犯罪罪名情况

近五年国企人员涉案罪名数量

(单位: 件)



从上图可以看出，国企管理人员触犯的罪名中，受贿罪、贪污罪、挪用公款罪排名前三，三个罪名的总数占据了犯罪案件数的大半，成为悬在国企管理人员头上最锋利的宝剑，这也和《刑事风险报告》中国企高管（董事长、董事等）触犯的罪名前三相一致。

三、国企高管职务犯罪情况

（一）犯罪特征

国企高管站在权力核心，国企贪腐大多表现为国企高管的职务犯罪行为，《刑事风险报告》已经对国企职务犯罪的特点进行了研究，我们借鉴其研究成果发现国企高管人员犯罪特征主要有：

1、犯罪高发年龄阶段在40-49岁，其次是50-59岁。

2、受贿、贪污、挪用公款属于最高发的三种罪名。

3、四线以下城市涉案企业最多，二三级企业高管犯罪高发。

4、犯罪潜伏期主要在5年以下，其次是5到10年，少数20年超长潜伏期。

5、判刑有轻刑化趋势，主要在5年以下有期徒刑的量刑幅度内判处刑罚，免于刑事处罚的情况也相对较多，基本不再判处死刑，少有死缓。

（二）犯罪领域

根据《刑事风险报告》发现，国企高管犯罪的领域主要集中在：

1、日常经营环节，权力在市场中行驶，自然滋生权钱交易。

2、财务管理环节，资金流的地方自然是贪污、挪用、职务侵占节点。

3、招投标、工程承揽、物资采购环节，受贿的高发地。

4、人事变动环节，受贿、滥用职权聚集地。

5、薪酬管理环节，私分国有资产、贪污、挪用扩散地。

从上面的情况可以看出，贪婪是人的本性，英国思想史学家阿克顿勋爵曾说：“权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败。”中国史学家司马迁曾说“天下熙熙，皆为利来；天下攘攘，皆为利往。”因此，职务犯罪自然集中在“权力点”和“资金流”的地方。



四、典型案例

（一）赖小民受贿、贪污、重婚案

2018年04月17日中国华融资产管理股份有限公司董事长赖小民个人涉嫌严重违法，被监察委立案调查，赖小民挥霍浪费国家财产，安排或接受下属单位公款接待亲属旅游。收受礼品、礼金，利用职权或职务影响为亲友经营活动谋利，与多名女性搞权色交易。利用职务上的便利或职权，为他人谋取利益，或利用职权、地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为他人谋取不正当利益，索取、非法收受他人巨额财物；伙同他人，利用本人职务上的便利，非法占有巨额公共财物；在与妻子合法婚姻关系存续期间，与他人长期以夫妻名义共同居住生活。经过六个月调查终结，将其涉嫌犯罪问题移送检察机关依法审查起诉，所涉财物随案移送。

2018年11月天津市人民检察院第二分院依法对赖小民作出逮捕决定。

2019年2月天津市人民检察院第二分院以赖小民涉嫌受贿、贪污、重婚罪提起公诉，该案还在进一步审判当中，网传涉案金额10亿余元。

（二）于铁义受贿案

于铁义曾任东北地区最大的煤企，省属企业黑龙江龙煤矿业集团股份有限公司物资供应分公司任副总经理，通过增加订单和采购数量、提高采购价格、及时支付货款等为供应商提供“帮助”，以收取销售产品代理费、咨询费、购买车辆、投资入股等方式索取、收受供货商财物。于铁义喜欢打牌，他经常召集供应商陪他玩斗地主，只要他想玩，供应商们无论在哪里，必须随叫随到，每次输赢动辄几十万元。

2016年10月，于铁义因受贿3亿余元，一审被判处死缓，在死刑缓期执行二年期满

依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释，使其成为中国首例国企高管适用终身监禁案件。

（三）石永怡贪污案

2007年9月至2010年12月，石永怡利用担任北京华风气象影视信息（简称华风集团，中国气象局直属企业）总经理的职务便利，多次从单位领取转账支票，将公款共计100万余元转入北京雪丹女子世界健身俱乐部等多家单位，用于美容、保健及购买美容保健产品等个人消费，并以召开会议、购买办公用品、耗材等名义开具发票到单位平账。

公诉机关指控，石永怡利用担任华风集团总经理的职务便利，虚构公款支出用途，提取转账支票后直接或通过其他公司将共计110.26万元的单位公款转入北京雪丹女子世界健身俱乐部等多家单位，用于美容、保健及购买美容保健产品等个人消费。

石永怡庭审时辩称，这么做是维护合作关系不得已而为之，“钱都用于美容，美容实际上是为了应酬”，“作为一个国企老总，要维护和培育社会关系，经常接触上层人物，因此非常注意自己的形象。”

最终，石永怡因贪污罪被判处有期徒刑11年。

（四）吴建融受贿、隐瞒境外存款案

2018年8月，上海机场（集团）有限公司董事长吴建融涉嫌严重违法并搞迷信活动，接受上海市监察委调查，期间对抗组织审查。吴建融于2006年至2017年期间，利用职务便利及职权或者地位形成的便利条件，为他人谋取利益，非法收受他人钱款，数额特别巨大；隐瞒不报境外存款，数额较大，以受贿罪、隐瞒境外存款罪被移送上海市人民检察院第一分院审查起诉，次月被提起公诉。使其成为少有的国企涉嫌隐瞒境外存款的厅级干部。

从案件可以看出，个人喜好多成为犯罪的诱因。有人好色，如赖小民；有人嗜赌，如于铁义；有人臭美，如石永怡；有人迷信，如吴建融。形形色色各有腐败。为了让读者了解今年国企反腐形势如何，有那些精彩战役，笔者根据中纪委监察委网站公布的2019年国企被立案调查的厅级高管进行了梳理，被调查的有：

2019年4月，中国盐业有限公司原董事长茆庆国；

云南省冶金集团总公司原党委副书记杨道群；

海南省农垦投资控股集团有限公司董事长杨思涛；

三环集团有限公司纪委书记彭建军；
四川产业振兴发展投资基金有限公司党委委员吴欣荣；
广东省盐业集团有限公司董事、总经理黄湘晴；
2019年3月，江苏汇鸿国际集团股份有限公司原副总裁许荣云；
中国石油天然气集团有限公司原副总经理李新华；
中国石油天然气集团有限公司管道建设项目经理部原总经理吴宏；
中国电信股份有限公司黑龙江分公司资深经理、总经理助理梁宝忠；
皖北煤电集团有限责任公司原董事、副总经理邓西清；
天津房地产集团有限公司原总经理熊光宇；
宁夏农垦集团有限公司副总经理王宏；
吉林省国华资产管理有限责任公司原党董事长、总经理赵闯峰；
中国人保投资控股有限公司总裁刘虹；
中国石油天然气集团有限公司思想政治工作部总经理曲广学；
2019年2月，内蒙古能源建设投资（集团）有限公司董事长鲁当柱；
原东北特殊钢集团有限责任公司董事长赵明远；
神华北电胜利能源有限公司原董事长刘子安；
大连棒棰岛宾馆集团有限公司董事长王卫平；
中国中信集团有限公司原执行董事赵景文；
广东省旅游控股集团有限公司副总经理刘建进；
中国石油天然气集团有限公司规划计划部副总经理胡永庆；
中国石油天然气股份有限公司湖北销售分公司原总经理何瑞林；
2019年1月，四川省投资集团有限责任公司原副董事长、总经理高淳；
天津房地产集团有限公司原副总经理张炳政；
天津水务集团有限公司原董事长陈振飞；
广西水利电力建设集团有限公司董事长梁寿龄、总经理曾宪文；
云南省建设投资控股集团有限公司副总经理王庆。

短短四月，已经查处了30名国企厅级高管。可以看出，国企管理人员贪腐是全国腐败重要的一枝，占比较高，有腐败的地方必然存在对人民公共财产的蚕食，职务廉洁性、不可收买性、公务正常履行的侵害，国家形象与公信力的损害。那么刑法中国企管理人员有那些呢？

国企管理人员 在刑法中的范畴

为更好的保护国有资产，国家在监察体制改革中将国企管理人员纳入监察委管辖，规定于《监察法》第十五条第三款中。但在刑法中，并没有国企管理人员的概念。根据监察法释义，国企管理人员主要是国有独资企业、国有控股企业（含国有独资金融企业和国有控股金融企业）及其分支机构的领导班子成员，包括设董事会的企业中由国有股权代表出任的董事长、副董事长、董事，总经理、副总经理，党委书记、副书记、纪委书记，工会主席等；未设董事会的企业总经理（总裁）、副总经理（副总裁），党委书记、副书记、纪委书记，工会主席等。对国有资产负有经营管理责任的国有企业中层和基层管理人员，包括部门经理、部门副经理、总监、副总监、车间负责人等；在管理、监督国有财产等重要岗位上工作的人员，包括会计、出纳人员等；国有企业所属事业单位领导人员，国有资本参股企业和金融机构中对国有资产负有经营管理责任的人员。也就是说监察法的国企包含国有控股、参股企业。但在刑法及相关立法、司法解释中并没有国企的定义，只是在2010年两高《关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》（简称《国家出资企业意见》）中规定了国家出资企业包括国家独资企业，国有资本控股公



司，参股公司。那么国有控股公司、参股公司属于刑法上的国企吗？我们依据国企管理人员触犯罪名的三类主体依次探讨：

1、国家工作人员，是指国企中从事公务的人员和国家机关、国企、事业单位委派到非国企从事公务的人员。根据2001年最高院给重庆市高院《关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》，国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。因此，刑法上针对贪污贿赂罪、渎职罪的国企，是指国有独资企业，不包含国有控股、参股企业。

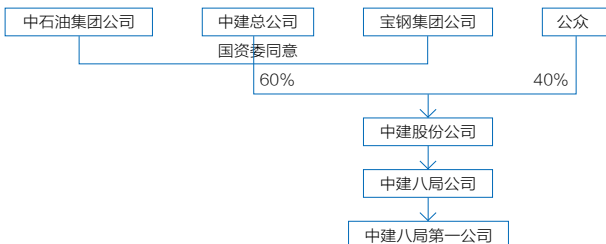
【案例】（指导性案例）如何认定国家出资企业中工作人员的主体身份

中建八局第一公司（国有性质如下图）总经理办公会研究决定任命的西客站交通枢纽项目部商务经理王海洋，利用职务便利，为分包施工队谋取利益，分三次收受施工队负责人好处费共计人民币27.6万元。

公诉机关以王海洋涉嫌受贿罪提起公诉。一审历下区法院判决王海洋犯受贿罪。王海洋不服，以自己不属于国家工作人员为由提起上诉。济南市中级人民法院改判王海洋犯非国家工作人员受贿罪。

裁判理由：根据最高院2001年给重庆高院的批复、2003年的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》、《国家出资企业意见》等规定，刑法意义上的国有公司仅限于国有独资公司，这也是长期刑事司法实践中一贯掌握的标准。

王海洋所在的中建八局第一公司，属中建八局公司的全资子公司，依照“谁投资，谁拥有产权”的原则，中建八局公司的国有性质决定了中建八局第一公司的国有性



质。中建八局公司属于中建股份公司的全资子公司，因此中建股份公司的国有性质决定中建八局第一公司的国有性质。由于中建股份公司属于占股60%的国有控股公司，因此中建八局第一公司属于国有控股公司，不属于刑法意义上的国有公司。所以王海洋不属于国有公司从事公务的人员。由于其上级公司为国有控股公司，故也不属于国有公司委派到非国有公司任职的情形。

又根据《国家出资企业意见》的规定：“经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，应当认定为国家工作人员。”这里的“组织”主要是指上级或者本级国家出资企业内部的党委、党政联席会。但本案中王海洋是经本公司总经理办公会研究决定任命，并非经党委、党政联席会批准或者研究决定任命，因此王海洋不是国家工作人员，故改判。

2、国企人员。根据2005年最高院《关于如何认定国有控股、参股股份有限公司中的国有公司、企业人员的解释》的规定，国有公司、企业委派到国有控股、参股公司从事公务的人员，以国有公司、企业人员论。根据该条司法解释，刑法上针对第三章第三节妨害公司企业管理秩序罪的国企仅指国有独资公司、企业。但《国家出资企业意见》又规定，国家出资企业中的国家工作人员在公司、企业改制或者国有资产处置过程中严重不负责任、滥用职权，或者徇私舞弊将国有资产低价折股或者低价出售给其本人未持有股份的公司、企业或者其他个人，致使国家利益遭受重大损失的，以国有企业人员失职罪或者国有企业人员滥用职权罪、徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪定罪处罚。意见将国有出资企业的国家工作人员等同于国企人员，虽然从法理上讲不符合罪刑法定原则，因为国有出资企业不等于国企，国家出资企业中的国家工作人员不一

定是国企人员。但在司法实践中，司法工作人员会采用《国家出资企业意见》，将国有出资企业的国家工作人员视为国企工作人员，甚至将非法经营同类营业罪的国企等同为国有出资企业。

【案例】（指导性案例）：童某等人构成私分国有资产罪还是国企人员滥用职权罪

2010年11月，国有控股的中国工商银行神木支行（简称神木支行）行长童某为解决经费不足和职工福利问题，授意办公室主任张某以虚拟项目的方式，向其上级行榆林分行套取维修费、燃料费、绿化费合计 360余万元。后经行长办公会决定，将其中120余万元以春节福利、专项奖励的名义发放给全体职工。

2012年公诉机关指控童某、张某犯私分国有资产罪，法院认为贪污贿赂罪的国企应当是国家独资企业，因此童某、张某不构成私分国有资产罪。但依据《国家出资企业意见》，国家出资企业中的国家工作人员在企业国有资产处置过程中滥用职权，致使国家利益遭受重大损失的，应当定国企人员滥用职权罪。最终判决童某、张某犯国企人员滥用职权罪。

3、非国家工作人员，该类人员为国企中不从事公务的人员，包括国有独资企业中的不具备职权内容的劳务活动工作者，如工勤人员、售货员。国有控股、参股企业中不是国家机关、国有公司、企业、事业单位委派的人员。虽然不是国家工作人员，但在企业运营中行使公权力、管理国有资产时，也应由监察委管辖。

【案例】（公报案例）：张某某等人是构成贪污罪还是职务侵占罪

1999年，张某某在被聘为福建省厦门市象屿储运有限公司（由两家国有独资公司投资设立的国企，以下简称储运公司）门卫后，利用其负责检查、看管象屿保税区海关验货场内集装箱货柜之职务便利，伙同被告人黄某某窃取

厦门象屿南光五矿进出口贸易有限公司寄存 在海关验货场的3个集装箱货柜，价值65万余元。

检察机关以被告人张某某、黄某某犯贪污罪提起公诉。法院认为：储运公司虽是两家国有公司投资设立的股份公司，该公司保管的财产虽可列为经手管理的国有财产，但被告人张某某只是从事管验货场的劳务工作，是一般工勤人员，既不属于在“国企中从事公务的人员”，也不属于“受委托管理、经营国有财产的人员”，因此不能成为贪污罪的主体，最终判处两人构成职务侵占罪。从判例可以看出国有独资企业中不从事公务的人员，属于非国家工作人员，不符合刑法贪污贿赂罪、渎职罪的犯罪主体。

综上所述，国企管理人员在刑法中包括国有出资企业中的国家工作人员、国企人员，非国家工作人员三类（如左图）。

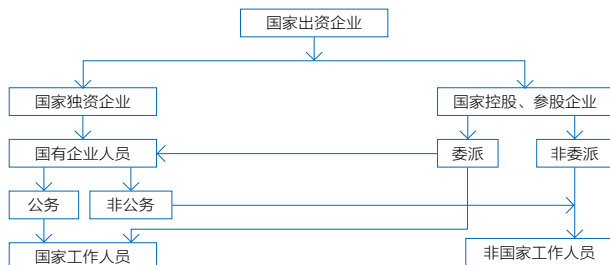
【案例】（中纪委监察委网站案例）：国家出资企业中监察对象的认定

某国有控股银行A市分行下属支行副行长李某某，由A市分行党委会议讨论决定任命。2008年至2012年，李某某在担任副行长期间，利用贷款发放、贷后风险控制管理等职权便利，为Z省某房地产开发有限公司法定代表人徐某获得商业贷款提供帮助，约定以88万元从徐某处低价购买价值为171.7933万元房产一套，并签订购房合同并实际支付购房款87.8424万元，并办理房产证。

争议焦点：李某某是否属于监察对象、构成何罪以及犯罪数额多少。

（1）李某某属于监察对象

刑法中国企指国有独资企业，不包括国有控股、参股这两类国家出资企业。但《国家监察委员会管辖规定（试行）》对国企管理人员范围作出明确规定，包括国有独资、控股、参股等国家出资企业中由党组织提名、推荐、任命、批准等从事领导、组





织、管理、监督等活动的人员。所以，认定监察对象应注重监察法立法本意，聚焦行使公权力的本质。目前国有银行都改制为国有控股企业，为实现国有资产保值增值，防止国有资产流失，国有控股企业任免有关人员对国有控股、参股企业中的国有资产进行监督、经营、管理，属行使公权力，这些人员也属监察对象。本案中，李某某是经A市分行党委决定任命的副行长，作为国有股权代表在国有控股企业从事监督、经营、管理工作，因此李某某属于监察对象。

（2）李某某构成受贿罪

李某某的身份成为认定其是否构成受贿罪的关键，即李某某是否属于国家工作人员。最高人民法院《关于被告人王文光、郭旭辉挪用公款一案请示的批复》（〔2008〕刑他字第52号）扩张了委派主体，认为党委也是有权委派机关。又根据《国家出资企业意见》，确立了国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织为委派的主体，虽没有明确哪些组织属于“负有管理、监督国有资产职责的组织”。但基于党管干部和民主集中制的组织原则，国有控股企业、参

股企业重要人事任免都需党组织集体研究决定，党委被认为代表国家在上述企业中行使管理监督职责，因此这里的“组织”，除国有资产监督管理机构外，主要是指上级或者本级国家出资企业内部的党委、党政联席会。本案中，李某某是由A市分行党委会议讨论决定任命的下属支行副行长，属于国家工作人员，符合受贿罪的主体要件，结合主客观方面，李某某构成受贿罪。

（3）犯罪数额的确定

交易型受贿以交易时当地的市场价与实际支付价之间的差额作为受贿数额，签订合同的时间为“交易时”的时间节点；没有签订合同的情况下，以行为人实际控制受贿财物时间作为节点。本案中，房地产公司内部对给予客户的价格优惠加以规定：优惠1%—3%不等。但调查发现，同期、同质、同小区内的商品房购买方很多享受到10%的最高优惠，考虑到10%最高优惠是商品经营者事先设定的不针对特定人的优惠折扣，基于有利于被告人的原则，一审最后确定李某某的受贿数额为： $171.7933 \times (1 - 10\%) - 87.8424 = 66.77157$ 万元。二审也维持了该判决。

国企管理人员在运营、管理、监督国有资产中负有重大责任，一旦行为不当，可能触犯刑法中的不同罪名，具体触犯什么罪名，请看下期文章：悬在国企管理人员头上的达摩克斯之剑——国企管理人员可能触犯的职务犯罪罪名和专门惩治国企管理人员的罪名解析。

中美贸易新形势下 国际货物贸易合规实务浅析

——基于海关与风险防控的视角

■ 杨柳、钱镔 / 文

杨柳律师简介

京都律师事务所合伙人，2008年开始从事律师工作，执业八年，现为事务所企业法律风险防控中心合伙人。杨柳律师办理了大量诉讼和非诉讼业务，担任多家央企、大型国企、中外合资企业法律风险管理项目首席律师，如中航国际控股、北京现代汽车金融、中航国际工程、中航建发、神东煤炭、中航国际物流等。担任多家公司和机构的法律顾问，并协助这些企业完成诸如常规业务审核、股权转让、资产并购、争议解决等法律问题的处理。



钱镔律师简介

毕业于中国人民大学法学院，获得证券从业资格。入职京都以来，参与多起民事纠纷诉讼、负责多项常年法律顾问的日常维护及基础法律研究。



研究背景

中国和美国作为当今世界上最大的经济体之二，在国际政治、经济、文化等多领域都是极为重要的存在。中国自改革开放40年以来，通过将国家建设的中心转移到经济建设上来，迄今取得了举世瞩目的成就。

中国企业最初承接欧美国家的产业转移，充分利用市场、劳动力、政府资源调度等优势，迅速积累了社会财富。现如今，如何进一步推动技术、产品、服务和资本对外交流，提升企业的国际化、现代化，并由此提升中国经济在世界经济中的数量和质量，打造新时期的中国形象，成为一个重要的课题。

但是，历史的经验告诉我们，任何一个国家都有自己的历史机遇，其发展和壮大是需要内部和外部的众多因素产生的合力来推进的。回溯以往，中国2001年加入WTO，无疑是历史向中国开放的一个窗口。但是，随着中国在全球贸易体系内的不断深入，原有的以美国为代表的经济霸权体制受到了挑战，同时，绵延百年的全球化进程也面临一定的危机。多年来，全球化负面作用的不断积累之后，以特朗普政府的上台为代表，左翼民族主义倾向在全球主要国家有所抬头。其中，国际贸易反全球化的浪潮暗涌。



WTO致力于追求市场经济的贸易公平、公正和公开，并由此衍生了极其重要的无歧视待遇原则、最惠国待遇原则、国民待遇原则、透明度原则、对发展中国家和最不发达国家优惠待遇原则等九大原则。但是近年来，欧美为代表的发达国家认为自身的利益在WTO体系下受到了以中国为代表的“后发国家”的侵蚀，WTO贸易规则成为了“后发国家”对发达国家“不公平贸易”的借口。但是，其忽视了WTO建立之初所有成员国的共识之一，即现有的国家发展不平衡来源于16-20世纪航海国家对全球市场的掠夺性政策，现行的贸易体制本身即包含对掠夺性政策的补偿，并以人道主义和全球共同发展原则为补充。

然而，这一共识被美国等发达国家“忽视”。除却传统的关税等手段之外，美国等发达国家为了维护自身优势，利用WTO规则盲区，大建“绿色壁垒”、“劳工壁垒”、单边制裁等新型贸易壁垒，意图消灭“后发国家”的贸易优惠。WTO规则体系下所追求的多边机制、最惠国待遇、争议解决机制等重要制度也受到全球范围的挑战。近年来，WTO体制改革的呼声愈演愈烈。

美国在2017年8月，依照其《1974年贸易法》第301条，对中国在知识产权、技术创新等领域发动贸易调查，随后至今则对中国展开了规模史无前例的“贸易战”。中国经济在未完全成熟之前遭此阻击，势必对国内经济发展产生重大影响。

2001年入世之前，为了迎接全球化浪潮，进一步转变政府职能和改善外贸营商环境，中国集中修改和清理了2300多部法律法规和部门规章^[1]，并颁布了《对外贸易法》、《行政许可法》、《货物进出口管理条例》等制度性文件。如果将加入WTO认为是中国为了全面迎接全球化，而进行自我

转型的一个重要节点的话，那么2017年开始的中美贸易战就是第二个重大机遇。改革是由问题倒逼而产生的，又在不断解决问题中深化。如今，中国经济已经进入深水区，国际环境又发生了深刻的变化，值此时机，主动调整、升级国内经济结构和体制制度，利用新技术、新方法、新思路进一步开放对外贸易，面对挑战逆势前行是中国进入高层次发展的必然选择。

研究价值

以货物为主的国际贸易，一直是中国经济的重大课题。根据国家统计局公布的数据，2018年中国货物进出口总额4.62万亿美元^[2]，2019年一季度货物进出口总额1.03万亿美元^[3]，保持着稳定强劲的增长势头。新常态下的中国经济，已经基本结束了过去粗放式的发展模式，转而寻求高端制造和服务产业的发展，“中国制造2025”于2015年两会期间正式提出，是中国经济谋求开创新阶段的总决心。为此，海关作为对外贸易往来的门户，作为贯彻国家外贸体制改革的先行者，积极立足现代海关体制建立一个多世纪以来的实践，结合世界先进海关制度的优秀经验，为更好地服务中国经济转型，率先对自身进行了从监管型向服务型、安全型海关的制度改造。

中国企业如何“走出去”，是一个复杂且深刻的课题。但是，中国作为一个传统意义上的制造业大国，对外货物贸易的重要一环即海关通关。为了更好的服务外贸企业，应对国际贸易风险，国务院办公厅2014年6月颁布国办发【2014】29号文，颁布《贸易政策合规工作实施办法》。该办法在贸易政策制订方面提供了合规审核的工作流程和合规精神的指引，初步解决了中国在加入WTO以后，部分外贸领域政策法规未能贯彻世贸组织一揽子协定、《中华人民共和国加入议定书》和《中国加入工作报告书》等国际协议或条约的规定，从而造成中国企业在国内经营环节合规工作的“先天缺陷”，并保证了外贸政策法规的统一性和权威性。

进一步优化的外贸政策法规环境更具适用性和执行性，既是对外贸企业经营的规制，更是对其国际竞争力内核的锻造。因此，企业的合规自查给企业带来了更为具体和客观的附加价值。以AEO（Authorized Economic Operator）制度为例。中国海关在WCO《标准框架》和《AEO指南》

等文件精神项下，于2008年颁布实施了《中华人民共和国海关企业分类管理办法》、2014年颁布实施《海关认证企业标准》、2018年颁布实施《中华人民共和国海关企业信用管理办法》，基本建成我国AEO制度体系，在通关便利化和信息化道路上迈出坚实一步。根据《海关认证企业标准》要求，高级认证企业总体包括内部控制、财务状况、守法规范、贸易安全和附加标准共计五大类18条三十二项指标，基础分数100分，每项部分达标或不达标扣除1-2分，如需成为高级认证企业，需企业开展自我评估，且经海关审核后所有项目没有不达标且95分以上。AEO不仅适用海关部门，还会涉及工商、商务、财税、外管、公安和检验检疫等部门，所以企业在自我评估时，基本需要全体部门共同协作^[4]。AEO作为通关便利化的重要制度，仅此一项即需大量的认证前合规工作准备，即使是认证成功，海关也将协同各部门不定时对AEO认证企业进行抽检，并且平时通关事务中的违法违规情形也将极大的影响企业的通关信用。但是，AEO认证企业通过对标世界关务通行标准，切实获得了极大的通关便利和优惠。据统计，内地和香港实现AEO互认后，共有1500多家企业的20万票货物受惠，查验率仅为0.95%，是普通货物的五分之一左右；中韩AEO互认之后，中国的AEO企业出口到韩国的货物通关速度普遍提高30%左右^[5]

国际贸易环境日趋复杂、多元，WTO体系亟待改革，国内经济向高水平转型已是必然。外贸企业想要在新情况、新环境、新制度下不断提高自身核心竞争力，将挑战化为机遇，重视货物贸易通关合规研究是重点之一。此为本文的主要研究价值。

第一部分 贸易争端及海关合规综述

一、贸易争端背景下的货物贸易风险综述

中国经济取得的举世瞩目的成就引起了美国对其经济霸权地位的担忧。美国《2018总统贸易政策议程》强调“公平贸易”，着力打击以当下美国视角认定的“不公平贸易行为”。其“公平贸易”政策本身就是个历史性的抽象概念，内容解读完全遵循当时美国总体战略的调整。第二次世界大战后，美国为利用其在贸易领域具有的明显优势，发展资本和技术密集型产业，扩大其产品、资本、

技术、信息乃至政治影响，通过主导基于GATT的WTO世界贸易体系的建立，不断推动全球化进程，兜售其“公平贸易政策”，旨在打开全球市场，输出其商品、资本和意识形态。并不断将传统制造业外移，造成美国国内对消费品的总需求大于总供给，辅以美元独有的国际“硬通货”地位扩大进口^[6]，将全球绝大部分市场经济国家绑在了美国战车上，从而达到其独霸全球的目的。但是现如今，为抑制中国等新兴市场国家，其对“公平贸易”政策的解读又变成了其他国家利用劳动成本优势，对美国实施了“不公平贸易”。特朗普“公平贸易”论有一种嘉定，如果在同一个行业，不同国家如果和美国的劳动成本不一样，而美国的劳动成本更大，那么就不是“公平贸易”。这个观点完全有违经济学中的“比较优势”理论^[7]。简单来说，美国允许自己利用优势开拓他国市场，但不允许其他国家利用自身优势开拓美国市场，这是纯粹的贸易壁垒。

中美的关税大战，便是美国“公平贸易”政策的一环，其主要源于美国在2017年8月依照《1974年贸易法》第301条，对中国在知识产权、技术创新等领域的制度实践发起的“对华301调查”。美方在2018年3月发布调查报告后，于4月3日正式发布制裁方案，对中国向美国输送的500亿美元商品加征25%的关税。中国次日作出回应，宣布即将对原产美国的大豆等农产品、汽车、化工品、飞机等进口商品加征同等关税，开启了对上述“301措施”的反制措施。同时，中方诉诸WTO争端解决机构(DSB)，指控美方措施违反了1994年《关税与贸易总协定》(GATT1994)第1、2条和《关于争端解决规则和程序的谅解》(DSU)第23条，形成“美国-涉华产品关税措施案”(DS543案)。

2018年7月6日，“美国500亿加征方



案”中的340亿美元中国进口商品开始正式实施加征关税；

2018年8月7日，美国公布剩余160亿加征方案的最终清单，并于8月23日生效；

2018年9月18日，美方为报复中国对其的同等反制措施，正式落实“2000亿美元加征方案”，9月24日起加征10%关税，并在2019年1月1日上调至25%。中国同日宣布对约600亿美元的美国进口商品按差别税率加征关税，生效时间与美方一致，同时将美方的前述措施追加为“DS543案”的应诉措施。

迄今为止，中美两国仍然在为双方“贸易战”和贸易政策的重新调整进行着不断地磋商。但笔者认为，此次贸易战是中美关系之量变积累到一定程度的必然结果。货物贸易领域，美国重点围绕出口管制和制裁措施，于2018年8月1日将中国44家企业列入出口管制实体清单。出口管制重点关注军民两用领域，包括从事或支持恐怖活动的行为、从事常规武器及零部件的生产、买卖及维护而可能危害美国国家安全的行为、妨碍美国政府对最终用户的审查以及其他违反出口管制法规的行为^[8]。制裁措施主要从价值判断出发，审查是否存在涉及美国政府认为的“邪恶国家”、恐怖组织或贩毒等国际犯罪的行为。二者都将追踪美国原产物项或含美国技术、软件的物项出口、在出口、转运的全流程、强调物项从生产到流通，再到“端对端”使用管理^[9]。可谓是对美国优势的技术、知识产权等领域的全面监管，严防中国等国家通过以往的国际贸易体系对其技术优势的“掠夺”。此处，中国企业尤其是高新技术企业在货物贸易方面存在极大的风险。

全球贸易体系牵一发而动全身。美国根据其国内立法发动“对华301调查”、中国自主实施反制、欧盟实施GDPR个人信息

保护、各国竖立环保及劳动壁垒等国际贸易新动向，都在不断挑战原有多边贸易体制及争端解决机制，WTO改革呼声愈演愈烈。中国想要在新的规则中贡献智慧、谋求话语权，建设高水平的企业治理体系和标准是关键。

二、外贸企业海关通关业务合规建设方向

根据《海关法》以及其后修正案，目前中国海关主要的法律授权包括：检察权、查阅和复制权、查问权、查验权、查询权、稽查权、扣留权、连续追缉权、行政处罚权、佩戴和使用武器权和强制执行权。新中国成立以来，海关体制职权经过多次调整，主要是服务于当时的经济政策。

总的来说，新中国海关从计划经济体制走进市场经济，其职能权属从监管型转向服务型、安全型，当下则面临更加深刻的变革。海关职能在关税、缉私、监管和统计这四大传统领域逐渐向维护贸易安全与便利、保护知识产权、履行原产地管理职责、协助解决国际贸易争端、实施贸易救济和贸易保障、参与反恐和防止核扩散以及负责口岸规划管理等非传统领域拓展^[10]。由于从计划经济走来，彼时海关更多作为专政工具出现，虽然经历了40年的改革开放，但中国海关继续部分沿用“管理者”惯性思维实施监管，通关流程仍然以自我为中心，遵循行政主导的思路^[11]。因此，如何简政放权，进一步深入的推动海关传统职能向现代化职能转变，是现在海关制度改革的关键。

世界海关组织WCO于2005年6月签署《全球贸易安全和便利标准框架》（以下简称《标准框架》），将AEO制度确定为确保贸易便利和安全的核心内容。迄今，WCO成员中已经有168个签署了《标准框架》，并积极推进各自的AEO制度架构与互认。目前，中国海关已经和新加坡、韩国、日本、欧盟等36个国家（截至2019年5月）完成AEO互认，对这些国家的出口占我国出口总量的45%左右。并与蒙古国、哈萨克斯坦、白俄罗斯完成了互认磋商；与马来西亚、塞尔维亚、俄罗斯、伊朗、墨西哥等10余个国家正在开展互认磋商^[12]。可见，AEO互认也是我国“一带一路”战略的重要内容。另外，根据海关公布的消息，至2020年我国将争取完成覆盖我国80%出口额的AEO互认。

为使我国企业享受到AEO通关安全和便利的优惠，我

国海关陆续颁布了《中华人民共和国海关企业分类管理办法》、《海关认证企业标准》、《中华人民共和国海关企业信用管理办法》，采取了将AEO制度和企业社会信用体系融合的方法，旨在建立一个基本覆盖外贸进出口全产业链的信用评级和区别待遇体系。我国AEO制度主要有以下几个优势：

1. 信息收集面广泛，基本覆盖企业的全部经营活动。其中，针对外贸活动中个人信用状况对企业的影响较大，特别将企业中的相关人员信用信息纳入采集范围。这也是现在穿透式监管的趋势所向。

2. 企业认证标准明确、完善、严格，对企业合规建设指导意义重大。

3. 海关认证企业所享受的便利化措施力度较大、标准明确。比如，货物运抵海关监管区域之前就申报的，如因不可抗力中断此笔待出口贸易，那么恢复贸易后享受优先通关；高级认证企业可以申请免除保证金和减少查验频率；减少海关执法的随意性，将不同层级的企业所受的查验频率等标准用量化表示。

4. 和我国海关实行AEO互认的地区，我国企业出口的货物享受类似的优惠待遇。

但是，我国AEO制度毕竟属于新事物，在实践和制度层面仍然存在一定的短板，此为企业在对照适用相关制度时的多发风险，应当做好一定的合规应对。

1. 欧美等发达地区的海关AEO及类似制度，建立的价值基础为“海关-海关、海关-企业之间良好的伙伴关系”，其中“海关-企业之间良好的伙伴关系”旨在建立平等互助的政企关系，建设服务型海关和自律型的企业。但是我国海关传统的管理思维模式难以彻底转变。调研显示，海关人员认为海关与企业的关系是管理与被管理的比例高达30%^[13]。因此，外贸企业除了自律之外，亦应当充分配合服从海关的监管行为，对可能存在的非制度性安排有一定的心理准备。

2. 《信用管理办法》、《海关企业分类管理办法》、《海关认证企业标准》等法规规章虽细化规定了认证标准和认证程序。但其在全国海关推进落实的过程中，因为需要同时照顾各地方性法规和标准，导致实际AEO认证过程可能存在程序落实不到位、标准口径不统一、认证成本高等问题。对此，外贸企业应当慎重选择申报AEO认

证的主体，综合考虑该主体的住所地、对口海关、地方特殊政策（包括限制和优惠）、AEO认证代办人的经验和水准等因素。

3. 包括“单一窗口”、AEO认证在内的海关便利化措施在我国的发展，结合了世界先进海关的优秀经验和做法。其制度安排和改革主要是为了调整传统海关的重事中监管，轻前后监管。AEO认证企业所享受的通关便利主要是将监管检验风险前置或后置，提高货物通关效率。但是，海关的后续监管目前较为缺乏，检验风险较大。现在处于改革过程之中，事后监管的资源投入仍无法满足需要，因此海关尤为重视AEO认证企业是否履行了认证承诺和风险控制。一旦在较为薄弱的事后监管程序中发现存在违规违法行为，海关往往从重认定和处置。笔者所服务的一家大型外贸企业，在2018年即因商品税则归类错误，在海关事后的监管中发现了一定的税款流失，从而险些被取消高级认证企业资格。因此，外贸企业应当树立高水平的合规风险意识，避免侥幸心理，建立内部全流程自查自纠制度，将风险控制在企业内部。

第二部分 主要风险及对策

一、主要贸易风险

2018年11月2日，国资委印发《中央企业合规管理指引（试行）》；2018年12月26日，发改委联合七部门共同发布《企业境外经营合规管理指引》。中美贸易争端为主的国际政治经济形势变化，使企业所需面对的贸易风险也日趋繁杂。企业如何在贸易环境变化和海关职能改革抓住机遇实现蜕变，笔者认为，首先应当梳理风险如下：

1. 中美关税大战过程中，双方都以提高自身贸易壁垒的制裁和反制裁措施保护自身利益。但中国的部分外贸企业可能最终会



发现,中国对美的反制措施才是目前首要的风险,而非美国对华加税。这完全取决于企业的业务结构以及具体的合同安排。如果企业的产品流通链、资金链、技术链或产业链涉及美国和中国的制裁对象,则可能遭受较大风险。

2. 国有企业在外贸活动中,可能会受到对方国家的区别对待和严厉监管。欧美国家针对中国企业的“两反一保”调查中,中国企业如果要计算自己的倾销幅度和税率,必须向欧盟委员会或美国商务部提出申请,证明自己的出口和定价独立于政府,方可获得单独税率计算,否则将按照中国对相关产品征收的最高税率计算。另外,国有企业在提交其产品的定价依据时,应当证明其价格和全部成本(包括原材料、技术、劳动力、投融资等)不受政府影响^[14],属于市场经济机制决定。但是,实践中往往因为国有企业的国资背景而被予以否定。除此以外,成本计算的第三国替代、国企对外投资被视为政府补贴等针对国有企业的差别待遇都给国际“走出去”带来了极大的风险。

3. 国际贸易体系的多边性原则遭受重大挑战,世界主要经济体和地区,或者利益共同体之间的自由贸易协定(FTA)成为另一种推动全球贸易发展的形式。如中日韩自由贸易区、北美自由贸易区、中欧自由贸易区等都是对全球多边化贸易体系的重要补充,同时也一定程度上突破了多边规则下的最惠国待遇原则、国民待遇原则等。因此,国际贸易合规风险不仅仅来自世界贸易体系,还可能来自双边性的自由贸易协定,二者在规则的统一和适用性上存在明显的区别,加大了风险控制的难度。

4. 海关通关便利化措施及改革,对于增强我国产品的国际竞争力,降低外贸企业通关成本有着显著的作用。但是,从原来的单份报关单逐单审核变为纵向的一段时间和

横向的同类企业集中审核,使单个外贸企业或单笔报关的不规范申报问题更为凸显。另外,集中审核可能导致原本分散的“小问题”集中暴露,可能被海关综合认定为较为严重的违法违规行为。

5. 外贸企业的全产业链协同使产品申报价格更为透明。AEO认证鼓励外贸产品全产业链的企业申请认证,除了更全面的掌握产品的原产地、税则归类和其他风险点之外,更是希望通过大量掌握外贸产业链信息,从而建立更为广泛的信用信息采集样本,从而利用大数据等先进手段提高关务监管、征税等职能履行水平。同时,海关可能利用来源广泛且有极强印证作用的信息,在处理某一违规情事的过程中牵连发现产业链或存在贸易往来的其他企业的连带责任情况。^[15]

6. 口岸各部门及海关内部职能部门沟通不流畅,配合不默契,可能造成企业货物滞留或产生额外费用。首先是查验、检验检疫导致的滞留和额外收费。若货物被作查验待处理并移交归类化验等部门认定,可能会发生滞留并产生装箱运输费、空箱运输费、重箱运输费、倒箱费、堆存费、拆封包装费、卸车费、输单费、出仓费、打托费、拆托费等一系列额外费用^[16]。

二、企业合规风险应对建议

1. 外贸企业应当重视自身制度、流程和规范性文件的合规制订,并在业务流程中充分贯彻合规精神,将风险控制到心中有数。首先,应当加强相关国际条约、国际法、行业规范、商业道德以及主要贸易国家的海关法律法规学习。其次,应当设立专门的合规负责部门或制定专门的人员,做到风险事件的发生能够有相应的负责主体。再次,应当树立高水平合规意识,不能只满足于符合国家法律法规和相关部门公布的指引、办法等规定,尤其是货物进出口的全流程把控,应当在海关监管便利化的基础上,主动排查隐患和风险,尽量杜绝货物通关问题累计。

2. 外贸企业应当积极的参与和建设AEO、“单一窗口”、一体化通关等海关革新的主要制度。欧美国家成熟的经验来看,AEO既可以促进贸易便利化,也可以保障贸易供应链安全。通过广大中小企业的积极参与,可以将产品的产业链做到日常评估、随时监管,从而达到快速通关的效果。这也是对外贸企业经营活动的整体规范。一个好

的制度应当需要更加广泛的参与建设和反馈。

3. 外贸企业应当加强关企沟通,充分利用AEO认证企业指定关务协调员制度,及时反馈通关过程的问题。例如税则归类往往存在模棱两可的模糊情形。海关专家化的查验人员能够及时准确的提供权威建议和结论,对于货物通关前的准备工作具有极强的指导作用,从而促进通关效率的提升。

4. 对照《中华人民共和国海关企业信用管理办法》,积极运营良好的海关信用等级。通关便利化的核心是“前推后移”的监管策略,“前推后移”的监管策略的核心是全面准确的掌握企业和报关货物的信息。因此,构建良好的信用评价体系,敦促企业自律是重要内容。新《海关企业信用管理办法》主要在以下方面作出改进和完

善^[17]:

(1) 适用范围扩大到所有在海关注册登记和备案的企业;

(2) 增加了海关联合工商、税务、检验检疫、银行等多机构共同激励守信行为和共同惩戒失信行为;

(3) 完善、细化了企业认证标准、信用信息采集和公示方法;

(4) 明确了企业信用等级的动态监管。

构建全面信用社会是必然趋势,将来可能在金融、工商、公安、税务等领域整合出一个综合性的信用体系,企业的信用资产将更加宝贵。

参考文献:

- [1] 张天桂:《中国对外贸易开放的主要路径及现状特点》,《商业现代化》2018年第21期。
- [2] 数据来自:中国国家统计局网站(<http://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=A01>)。
- [3] 数据来自:中国国家统计局网站(<http://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=A01>)。
- [4] 吴老二:《合规通关研究》,《国际劳务与工程》2018年11期。
- [5] 吴老二:《合规通关研究》,《国际劳务与工程》2018年11期。
- [6] 孔庆江、刘禹:《特朗普政府的公平贸易政策及其应对》,《太平洋学报》2018年10期。
- [7] 孔庆江、刘禹:《特朗普政府的公平贸易政策及其应对》,《太平洋学报》2018年10期。
- [8] 走出去智库CGGT:《美国出口管制之实体清单:以福建晋华53亿美元项目被美制裁案为例》(www.sohu.com/a/295945955_825950)。
- [9] 贾申:《中美贸易战困境与企业海外业务合规》,《新产经》2019年2期。
- [10] 王树文、刘玲、王辉:《中国海关四十年组织变革及未来战略选择探析-基于海关和安全的视角》,《海关与经贸研究》2019年1期。
- [11] 姜舰:《新一轮改革开放背景下的中国海关监管制度研究》,对外经济贸易大学。
- [12] 新华社:《我国与36个国家和地区实现海关AEO互认》2019年1月17日报道
- [13] 杜玉琼:《我国海关AEO制度实施的困境与路径》,《四川大学学报》2018年6期。
- [14] 钱文婕:《应对贸易调查差别待遇》,《中国外汇》2018年24期。
- [15] 孙康:《海关通关一体化改革对进出口企业的影响及对策》,《物流工程与管理》2018年11期。
- [16] 姜舰:《新一轮改革开放背景下的中国海关监管制度研究》,对外经济贸易大学。
- [17] 吴老二:《合规通关研究》,《国际劳务与工程》2018年11期。



5亿用户时代来临，在线音频内容版权的运用及维权

■ 金燕、崔慧莲 / 文

随着互联网时代的到来，信息爆炸时代随之来临，信息过载带来的信息筛选和鉴别成本越来越高，越来越多的用户选择付费方式获取针对性较强的信息，网络信息从免费为王过渡到了知识付费时代。与此同时，随着生活节奏的加快，人们越来越忙碌，利用碎片时间“听音频”成为越来越多人的选择。近几年，在线音频用户的增长幅度超过了移动视频和移动阅读用户的增长速度^①，在线音频的盈利模式也变得更加多样化。但是，随着市场的扩大，在线音频内容版权的侵权现象也越发严重，维权问题成为了内容创作者所关注的焦点。

中国在线音频市场发展概况

1. 市场规模

从2015年开始，中国在线音频用户每年增速达30%。据统计，在线音频市场用户在2017年底达3.48亿，在2018年达到4.16亿，2019年将达到4.86亿人。

在线音频市场的主要创收内容来自有声读物，2017年有声书市场规模达32.4亿元，2018年达45.4亿元。以上述数字为基础，假设付费用户人均消费为200元，则目前音频平台付费率仅为5.5%，与图文作品或视频类付费平台相比仍有较大的升值空间。

2. 主流在线音频平台

2012年，余建军开创喜马拉雅FM的时

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。金燕律师曾于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。



崔慧莲律师简介

京都律师事务所律师，2008年通过司法考试，后赴英留学回国后2012年开始从事法律工作。从业以来向多家韩资企业提供有关日常经营的法律咨询，且参与多项外商投资尽职调查项目和中外合资合同的起草工作，办理多起涉外民事诉讼及劳动仲裁。2015年加入京都律师事务所后，在涉外业务部就职。





候，音频市场基本上就是百度音乐、酷我音乐、酷狗音乐、豆瓣电台分散领域和局限化的音频服务模式，主要是在线音乐服务。喜马拉雅包括了可点播、可定制个性化电台、可创建自己的电台节目、可在微信朋友圈分享等服务，满足了互联网时代的受众人群的需求，短短几年，实现了4亿累计用户的高速成长。

之后，懒人听书、蜻蜓FM、荔枝等音频平台涌出，推动了音频市场的繁荣发展。

3.在线音频服务模式

目前各个平台对用户提供的音频服务的模式有以下四种模式。

1)UGC(User Generated Content): UGC指用户原创内容，用户既是网络内容的浏览者，也是网络内容的创造者。

2)PGC(Professionally Generated Content): PGC，指专业生产内容、专家生产内容。优酷土豆是最早发力于PGC的视频网站之一。

3)OGC(Occupationally-generated Content): 即职业生产内容。视频、新闻等网站中，以提供相应内容为职业（职务），如媒体平台的记者、编辑，既有新闻的专业背景，也以写稿为职业领取报酬。

4)PUGC(Professional User Generated Content):PUGC即“专业用户生产内容”或“专家生产内容”，指在移动音

频行业中，将UGC+PGC相结合的内容生产模式。

因为上述4种模式中UGC为用户创造及传播模式，所以也成为侵犯版权的重灾区。以有声读物为例，目前主要以UGC方式为主要生产模式，据统计喜马拉雅大概有70%的比例的内容来自UGC。但也就是因为用户自制音频后进行传播，权利人如何进行维权，且这种模式下权利人是否可以追究平台的责任成为了焦点。。但是，因为UGC模式下的侵权中平台仅向用户提供信息存储空间等服务为由，对权利人的维权利益有限，所以对维护内容版权的积极性会受到一定的影响。

在线音频内容版权的法律性质及侵权认定

1.权利主体的认定

根据《著作权法》及相关法律，对音频内容可能有以下权利主体：

- 1)音频内容作者或者作者授权的著作权人
- 2)演讲音频等内容原创者、文字作品做



成音频时的原作者、影视作品的著作权人以及上述著作权人授权的版权所有人和授权使用人

- 3)音频表演者(朗读者)
- 4)音频内容改编者(包括翻译等)
- 5)音频制作者
- 6)音频传播平台

2.权利保护范围的认定

1)对音频作品性质的认定

有声读物的法律属性要依据其独创性高低进行具体分析。

一种是TTS(Text to Speech),即原作品的机械音频复制。各类小说的机械音频复制是直接文字作品转化成音频的形式进行传播,对于该种有声读物来说,所产生的有声读物只是毫无创造性的复制件。该复制行为并未对原作品做出实质性的改变,仍然依据原作品享有的相关权利予以保护。

另一种是原作品的人工朗读复制。这些有声读物,是将朗读者对某一文字作品的朗读进行录制而成的。这种形式的有声读物,包含了朗读者个人的劳动,将文字作品人工转化为了有独特音质音色的音频,因此其包含一定的创造性。但是,由于其毕竟是对文字毫无添加的单纯朗读,独创性程度尚不足以使其构成独立的作品,因此应给予其录音录像制作者邻接权的保护,使其享有录音录像制作者权。

此外还有一种是原作品的演绎。该种形式的有声读物是对原作品的再创作,在制作过程中加入了演绎者对作品的独到见解,使得原作品有了新的表现形式,是具有独创性的演绎作品。对于一些专门聘请播音员进行表演性的朗读,并且在其中适时加入音乐、声音,精心编排而成的录音制品,应当认定为演绎作品。那么,对演绎作品进行录音后形成了演绎作品的录音录像制品。

2)对内容著作权人版权保护范围的认定

如上文所述,音频作品根据其独创性高低被视为与原作品的相同的复制品或者因经再创作视为演绎作品时,该音频作品的复制权、改编权、表演权、广播权、信息网络传播权、翻译权等等权利可以依法受到保护。例如,我国《著作权法》规定复制权是以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利。对原有作品进行复制并未产生新的作品,音频作品对文字作品以声音的形式再现,应当取得原文字作品作者的许可,未经许可进行复制,将会侵犯文字作品作者享有的复制权。改编权是文字作品著作权人享有的重要权利。有声读物服务商对文字作品进行一定程度的改编使其具有更加丰富的内容和表现力,可以为用户提供更加精彩的听觉体验。但是,这种改编必须要经过著作权人同意,擅自进行改编是对原文字作品著作权人改编权的侵犯。

如果音频作品因缺乏独创性,未能构成新的作品时,以作品传播者的身份,其出版者的权利、表演者的权利、录像制品制作者的权利、录音制作者的权利、电视台对其制作的非作品的电视节目的权利、广播电台的权利等邻接权将会受到保护。例如,表演者权是表演者对自己的表演活动所享有的允许或禁止他人利用其表演活动的专有权利。音频作品的表演者通过其声音对作品进行重新塑造,赋予了作品以鲜活的生命力,保障表演者权利,就是保障表演者创造性的劳动成果。录音制作者权是指录音制作者对其录制的录音制品已享有的独占性权利,属于著作邻接权的内容。录音制作者使用他人作品制作录音制品,应当取得著作权人许可,并支付报酬。对于文字作品音频作品来说,需要取得文字作品作者的同意。

3.对音频平台责任的认定

1)避风港原则的适用

《信息网络传播保护条例》(以下称“保护条例”)第4条规定,“对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者,权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品,侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己的权利管理电子信息的,可以向该网络服务提供者提交书面通知,要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品,或者断开与该作品、表

演、录音录像制品的链接。”因此依据该条例规定，当内容创作者上传了侵犯版权的作品，内容聚合平台有删除侵权作品，防止危害进一步扩大的义务。

但，该保护条例第 23 条还规定，“网络服务提供者服务对象提供搜索或者链接服务，在接到权利人的通知后，根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的，不承担赔偿责任”，这明显降低了内容聚合平台所应该承担的责任和义务。停止侵权等排除类民事责任，不需要考虑行为人的主观过错，无论行为人是否存在过错，行为人都需要承担停止侵害的法律责任”。在“通知—删除”规则下，聚合平台承担的是被动的停止侵权责任，并不是移动互联网版权保护的参与者和推动者，只是一个旁观者，并没有积极承担除了停止侵害以外的法律责任。

从技术和商业模式角度，有声读物是通过用户上传存储到喜马拉雅等类似网站的服务器，符合《信息网络传播权保护条例》（以下简称“条例”）关于信息存储空间服务商的定性，可以适用“避风港”原则。

比如，根据条例第二十二条之规定，网络服务提供者服务对象提供信息存储空间，供服务对象通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：

（一）明确标示该信息存储空间是为服务对象所提供，并公开网络服务提供者的名称、联系人、网络地址；（二）未改变服务对象所提供的作品、表演、录音录像制品；（三）不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权；（四）未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益；（五）在接到权利人的通知书后，根据本条例规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。

2) 避风港原则的例外

条例二十三条但书对避风港原则的例外做出了规定，“但是，明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的，应当承担共同侵权责任。”

而且，根据《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题》（以下称“司法解释”）对上述“不知道也没有合理的理由知道”的情况的相反情况作出了解释，即认定提供信息存储空间服务的网

络服务提供者应知网络用户侵害信息网络传播权的情况为（一）将热播影视作品等置于首页或者其他主要页面等能够为网络服务提供者明显感知的位置的；（二）对热播影视作品等的主题、内容主动进行选择、编辑、整理、推荐，或者为其设立专门的排行榜的；（三）其他可以明显感知相关作品、表演、录音录像制品为未经许可提供，仍未采取合理措施的情形等。

另，该司法解释对于“直接获得经济利益”要件也作出了解释，网络服务提供者针对特定作品、表演、录音录像制品投放广告获取收益，或者获取与其传播的作品、表演、录音录像制品存在其他特定联系的经济利益，应当认定为前款规定的直接获得经济利益。网络服务提供者因提供网络服务而收取一般性广告费、服务费则不属于直接获得经济收益。

由此可见，平台方对明显的侵权信息，应当负有采取合理措施的义务。同样，如果与特定作品提供方产生合作收益关系，无法适用避风港的规则。

但是理论界提出^②上述司法解释中的“热播影视作品”、“明显感知”等认定标准的缺乏可能会导致司法实践中的判决不一致现象。

音频相关案例

1. 音频平台删除侵权音频后承担责任 的判定

如上部分所述，保护条例规定网络服务提供者是在“通知—删除”规则下承担的是被动的停止侵权责任，并没有积极承担除了停止侵害以外的法律责任。在实际判例中，该“通知—删除”规则还是需要通过对服务提供者在信息网络传播中扮演的角色、还需要考察对网络服务提供者是否适用过错



认定等因素。

《斗罗大陆》、《傲视九重天》、《凡人修仙传》、《斗破苍穹》、《盘龙》系起点中文网推出的著名网络小说，上海玄霆娱乐信息科技有限公司（以下简称“玄霆公司”）依法享有该五部文字作品的信息网络传播权。后玄霆公司发现该五部作品被录制有声小说在喜马拉雅平台播放并供公众下载，玄霆公司向喜马拉雅的经营者邮寄权利通知书，接到通知后喜马拉雅平台删除了相关的音频节目。随后玄霆公司以侵犯信息网络传播权为由起诉喜马拉雅的主办者及经营者北京那里汇聚网络科技有限公司、上海证大喜马拉雅网络科技有限公司、上海那里信息科技有限公司要求承担侵权责任，法院依然支持玄霆公司的诉讼请求，认定三公司侵犯信息网络传播权成立。

法院认为，根据著作权法的规定，信息网络传播权是指以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利；未经著作权人许可，以上述方式使用其作品的，构成侵害信息网络传播权。在本案中，被告经营喜马拉雅网站及其客户端，该网站提供了涉案五部有声小说的在线收听，网站客户端提供了在线收听及下载，公众可以在其个人选定的时间和地点获得该有声小说。因此，如未经原告许可而提供涉案有声小说的，被告将构成侵害信息网络传播权的直接侵权；如被告明知或应知用户提供的涉案有声小说系侵权作品，但仍为用户提供信息存储空间等服务的，构成帮助侵权。

法院在判断的过程中严格区分了服务行为时内容服务还是网络服务行为，网络服务行为，即仅向用户提供信息存储空间等行为时才有可能适用保护条例第23条的“通知-删除”后的免责规定。在本案中，同样都是未经著作权人许可而实施信息网络传

播行为，法院对用户作出严格的区分认定：用户“斗罗大陆”、“斗破苍穹”、“盘龙”、“凡人修仙传”、“傲视九重天”发布涉案有声小说的行为，喜马拉雅网站系网络内容的提供者。用户“梓渊吃语”、“小军书场”发布涉案有声小说的行为，喜马拉雅网站系信息存储空间的网络服务提供者。其次，对于网络服务提供者，接到权利通知后删除音频节目也是有条件免责，即网络服务提供者不能具有“明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权”的过错。以本案为例，尽管法院对用户“梓渊吃语”、“小军书场”发布涉案有声小说的行为，作出喜马拉雅网站系信息存储空间的网络服务提供者的认定，且其也在接到权利人权利通知后及时删除了侵权音频节目，但是法院却认为：用户“梓渊吃语”及“小军书场”发布涉案有声小说的行为，由于被告以“斗罗大陆”用户名称自行上传的用户介绍页面显示“起点玄幻榜前三斗罗大陆有声版”，且排在玄幻修真类有声小说“最火”类别的首页第二行第一个，故被告应当知道《斗罗大陆》小说具有较高的知名度，应当注意到用户上传的该小说侵害了原告的著作权而应予删除，但却仍为该用户提供存储空间，造成该侵权行为的延续及损害后果的扩大，故被告作为提供存储空间服务的网络服务提供者，在主观上具有过错，构成信息网络传播权的帮助侵权。

2.小说《香火》的侵权案例

蜻蜓FM将小说《香火》录制有声读物并在其APP上传播。对此，小说《香火》的作者将蜻蜓FM诉诸法院，主张其侵害作品信息网络传播权。法院首先认定了涉案小说的有声版本属于录音制品，录音录像制作者对录音制品本身亦享有受法律保护的权利，其次，表明录音制品被许可人在通过信息网络向公众传播录音制品时，还应当取得著作权人同意并支付报酬，因此认定其侵犯了文字作品著作权人的信息网络传播权。

从复制权角度，我国《著作权法》规定复制权是以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利。对原有作品进行复制并未产生新的作品，有声读物对文字作品以声音的形式再现，应当取得原文字作品作者的许可，未经许可进行复制，将会侵犯文字作品作者享有的复制权。

从改编权角度来看，有声读物服务商对文字作品进行一定程度的改编使其具有更加丰富的内容和表现力，可以为用户提供更加精彩的听觉体验。但是，这种改编必须要经过著作权人同意，擅自进行改编是对原文字作品著作权人改编权的侵犯。

此外，邻接权方面，有声读物的表演者通过其声音对作品进行重新塑造，赋予了作品鲜活的生命力，保障表演者权利，就是保障表演者创造性的劳动成果。要注意区分表演权和表演者权，表演权是著作权人对自己作品表演的权利，属于著作权的内容，而表演者权是指表演者对他人作品所进行的表演活动，是邻接权的内容。

3.有声读物原作者将懒人听书及相关3家公司告上法庭

有声读物原作者谢鑫于2013年曾将涉案作品的“信息网络传播权，以及制作、复制和销售电子出版物的权利”授权A公司，A公司将该授权转授权至B公司、B公司授权给C公司，C公司授权至再懒人公司。谢鑫认为其从未授权A公司、B公司、C夕拾公司、及懒人公司中的任何一家公司将其作品录制成有声读物并通过信息网络传播。四公司在未取得谢鑫许可的情况下，将涉案作品录制成有声读物，并通过信息网络传播的行为属于侵权行为，共同侵犯了谢鑫的著作权。故谢鑫诉至法院，主张四被告构成共同侵权，要求其承担连带侵权责任。

法院则认为，把作品制作成有声读物进行信息网络传播，并不属于涉案作者在授权合同中所授权的范围，构成了对作者信息网络传播权的侵害。懒人公司作为直接侵权人，应承担直接侵权责任。另外3家公司作为没有权利授权但仍授权的主体，构成间接侵权，所以法院认定其需承担连带责任。

浙江省高级人民法院知识产权庭副庭长王亦非分析到，这起案件争议的焦点在于原始著作权人把作品授权给受让者时，授权内容中所包括的制作、复制和销售电子出版物权利，是否包括了把文学作品制作成有声读物。她表示，这起案件之所以值得探讨，并不在于电子出版物如何定性，而是在于探讨有声读物应该如何定性。

这起案件在许可合同和授权合同中，原告把改编权授权给了被告，据此被告认为把文字作品制作成有声读物是

改编权的范畴。王亦非说，此种行为是否属于改编权是案件所关注的重点。众所周知，对文学作品来说，作品的文字表述就是其外在表达，改编文学作品必须以文字内容发生改变为前提条件。从这起案件来看，作品被制作成有声读物，改变的仅仅是形式，文字内容并没有任何改变。虽然在制作过程中加入朗读，但朗读不属于创作行为，并不会形成改编作品。被告认为有声读物制作过程是改编过程的理由不成立，法院认为此种行为实为朗读涉案作品并进行录音后形成的录音制品，属于对涉案作品的复制行为。

关于合同解释问题，王亦非也提出了自己的看法。案件中，谢鑫和A公司签订的许可合同包括制作、复制和销售电子出版物权利授权，王亦非认为，电子出版物的内涵和外延均没有法律上的规定，只能通过合同进行解释。考虑到作品授权在2013年，当时有声读物还没有完全流行起来，认定双方已经把有声读物的权利纳入授权合同中较为牵强，最终法院认定授权合同中没有囊括制作有声读物的授权范围。

在线音频版权保护需要注意的事项

1.需取得或授予合法及明确的授权

在线音频服务开始占领内容版权的市场份额的时间不算长，平台老大喜马拉雅也是2012年才创建的，所以除了未授权而导致的侵权以外，也有不少纠纷来自于授权不明确而导致的。

比如内容著作权人将内容版权授权时，只是对出版、改编、影视作品的创作、互联网传播进行了授权，却未明确将该内容制作成声音进行网络传播的权利。被授权人以有出版发行权以及网络传播权为由制作有声音品并进行网络传播，导致著作权



人维权，就是授权未明确的后果。所以不管是著作权人还是音频制作和传播人都应该明确音频作品的制作和网络传播权以及音频制作时是否允许改编等权利明确规定，以免将来发生纠纷。

2.通过平台（网络服务提供者）进行维权

根据《信息网络传播权保护条例》及相关规定，平台对用户上传的音频内容的侵权事实负有限的责任。且，用户在注册时均会遇到包含知识产权格式条款的“用户注册协议”对话框。该对话框要求用户必须点击“同意”选项以表示满足条件且接受协议；否则无法继续安装软件。这种“要么接受，要么离开”（all-or-nothing choice）的情形，将平台内容的知识产权权利的保证责任及侵权责任以合同的形式转嫁至用户。

尽管如此，平台仍在权利人发出通知的时候将疑似侵权内容删除或切断链接的义务。且根据司法解释可以判断出平台应对上传内容判断是否存在包含侵权内容的注意义务，在不能证明“不知道也没有合理的理由知道”的情况下仍需对平台内容侵权事实承担连带责任。

3.通过司法程序及行政程序进行维权

音频作品内容涉及版权侵权行为时，可根据《著作权法》、《侵权责任法》、《反不正当竞争法》及相关法规规定，通过司法程序得到救济。

但，音频作品内容的维权存在涉及主体多、法律关系杂、取证较困难，内容比对不易、侵权成本低、维权难度大等问题。且，有声书侵权案件存在另一个问题，就是判赔额度低。在涉及有声书的相关案例中，缺乏一个统一的业内认可的赔偿标准。国家版权局的《出版文字作品报酬规定》中的“按照‘千字80元’的标准来确定侵权赔偿额”是否适用于有声读物的侵权赔偿案还有待研究论证。被侵权的损失大，维权的受益小，导致维权之路并不好走。

同时，国家级版权监测中心也称“12426版权监测中心”于2017年4月19日上线，它也能对图文、音乐、视频等进行检测。另外，随着互联网的发展，云计算和大数据也被应用到打击著作权侵权的行业。权利人可以通过检测中心来对侵权的源头进行追查，更精准地发现侵权案件，同时也能降低维权成本。

结语

根据《2019年中国在线音频市场调研报告》，用户选择平台的考虑因素主要为内容，及53.8%的用户选择内容资源丰富，45.2%的用户考虑内容有趣，相比起明星专栏12.4%的比例，说明内容还是用户选择音频的主要因素。而且据调查结果，62%的用户愿意付费成为在线音频平台会员。所谓“内容为王”，就是音频事业持续发展的趋势。所以，在线音频行业内容制作、策划以及付费问题始终离不开版权保护的话题，版权规范化是在线音频行业良性发展的基础。可以说，随着法律监管的加强和人们版权保护意识的增强，未来在线音频平台对内容版权的争夺与保护将成为内容付费类音频的重点。

本文韩文版原发表于韩国文化产业振兴院的《文化产业趋势定期刊物》2019年第10期。

注释：

①根据艾媒咨询发布的“2019中国在线音频市场研究报告”，2018年中国移动视频用户为7.09亿，增长13.6%，移动阅读用户为7.02亿，增长6.2%，而在线音频用户为4.25亿，增长22.1%。

②杨秀、李雪，“网络音频服务商‘UGC’内容问题思考”，《华南理工大学学报》，2019年3月

火线解读发改委1098号PPP新规 提高决策科学性 加强全过程管理

■ 刘敬霞 / 文

刘敬霞律师简介

京都律师事务所高级合伙人，具有26年为政府及企业投融资项目提供策划、方案设计、谈判等法律服务经验，她带领专业团队以投行思维为客户项目提供全流程服务，经历了众多大型有影响力项目。她是中国最早的PPP专业律师之一，是国家发改委、财政部PPP专家库双库专家。



概述

近年来，PPP项目在我国基础设施补短板 and 提供公共服务方面，通过激发社会有效投资，发挥了很重要的作用，但实际操作中，也出现了一些不尽如人意的问題，尤其是在PPP项目与政府以往对固定资产投资项目的期前工作和建设管理程序衔接方面，由于规则的模糊性等原因，各地困惑不解，做法差异很大。

近日，国家发展改革委发布了《关于依法依规加强PPP项目投资和建设管理的通知》（发改投资规〔2019〕1098号）（以下简称《通知》，对PPP项目的投资和建设管理中的问题进行了进一步明确。

《通知》主要依据《政府投资条例》和《企业投资项目核准和备案管理条例》、《政府信息公开条例》三部法规，同时综合了《国务院办公厅关于保持基础设施领域补短板力度的指导意见》、《国务院办公厅关于推进重大建设项目批准和实施领域政府信息公开的意见》等规范性文件关于PPP项目投资决策科学性及投资和建设管理的要求，文件主要以基础设施补短板、防范化解地方政府隐性债务，以及PPP项目投资和建设管理、投资决策科学性角度为出发点，从PPP项目的可行性论证与审查、决策程序、实施方案审核、社会资本遴选、项目资本金及项目纳入全国投资项目在线审批监管平台统一管理和监督、惩戒违规失信行为等方面进行了规范，并指出了什么是不规范的PPP项目及其后果。本文从法律角度对通知的主要内容详细解读如下：

可行性论证是PPP项目实施 前期首要步骤

PPP模式近年来在国内推广中出现的一些问题，很重要的一个原因是项没有深入开展可行性研究论证，有些项目甚至在没有可行性研究报告的情况下即开始实施，对此，《通知》从PPP项目涉及公共资源配置和公



众利益保障的角度，要求全面、深入开展PPP项目的可行性论证和实施方案审查，规定对PPP项目建设的必要性、可行性等重大事项须由政府研究认可，而且要求所有拟采用PPP模式的项目，均要开展可行性论证，通过可行性论证而且适宜采用PPP模式的项目，方可采用PPP模式建设实施。

对于项目采用PPP模式进行可行性分析和论证的内容，《通知》规定既包括对经济社会发展需要、规划要求、技术和经济可行性、环境影响、投融资方案、资源综合利用、是否有利于提升人民生活质量等方面进行分析论证，也要从政府投资的必要性、政府投资方式的比选、项目全生命周期成本、运营效率、风险管理以及是否有利于吸引社会资本参与等方面对项目是否适宜采用PPP模式进行分析论证。

对于《通知》提到的“政府研究认可的方式”，笔者认为应该指发改部门和其他有关部门通过投资项目在线平台办理的政府投资项目审批、核准手续以及企业通过在线平台完成的备案告知手续和政府PPP项目实施方案的批复手续，也包括财政部要求的物有所值评价和财政承受能力论证等手续。

可行性论证与PPP实施方案之间的关系得到明确

对于实务界感到困惑的项目可行性论证与PPP实施方案之间的关系，《通知》明确：“实行审批制管理的PPP项目，在可行性研究报告审批通过后，方可开展PPP实施方案审查、社会资本遴选等后续工作。实行核准制的PPP项目，应在核准的同时或单独开展可行性论证和审查。实行备案制的PPP项目，应单独开展可行性论证和审查。”

PPP项目要依法履行审批核

准备案程序

《通知》要求PPP项目要严格依法依规履行项目决策程序，严格按照《政府投资条例》、《企业投资项目核准和备案管理条例》规定执行固定资产投资项目的审批、核准、备案程序。采取政府资本金注入方式的PPP项目，按照《政府投资条例》规定，实行审批制；列入《政府核准的投资项目目录》的企业投资项目，按照《企业投资项目核准和备案管理条例》规定，实行核准制；对于实行备案制的企业投资项目，拟采用PPP模式的，要严格论证项目可行性和PPP模式必要性。

根据国家发改委此前对于“《政府投资条例》和PPP的五大关系”的官方解读，在国家目前没有出台专门针对PPP模式的法律法规的情况下，《政府投资条例》和《企业投资项目核准和备案管理条例》是目前我国法律效力最高、与PPP关系十分密切的行政法规。作为我国固定资产投资项目实施的一种方式，PPP项目本身的决策亦应执行《政府投资条例》和《企业投资项目核准和备案管理条例》的规定。

1、实行审批制管理的PPP项目

对于使用政府财政预算安排的资金由政府采取资本金注入方式（《政府投资条例》明确“对确需支持的经营性项目，主要采取资本金注入方式”）投资的PPP项目（包括新建、扩建、改建、技术改造等固定资产投资项目），实行审批制管理，在项目可行性研究报告审批通过后，开展PPP实施方案审查。笔者理解，按照《政府投资条例》规定，此类政府投资项目，项目单位应当编制项目建议书、可行性研究报告、初步设计，保证前期工作的深度达到规定的要求，按照政府投资管理权限和规定的程序，报投资主管部门或者其他有关部门审批。但《通知》对于“项目单位”如何确定并未明确，实务中还需要进一步依法找到可行的确立方式。

对于政府虽然采取资本金注入方式投资但仅提供服务而不涉及固定资产投资建设的PPP项目（如由政府与社会资本合作出资提供纯粹养老服务的PPP项目），因为非固定资产投资项目并不一定归属发改委管理，但鉴于《通知》规定所有拟采用PPP模式的项目，均要开展可行性论

证，笔者认为，对该类PPP项目采用PPP模式的必要性和可行性应该在实施方案中进行论证。

另外，有些PPP项目虽然没有政府资本金注入，但是使用了政府补助或贷款贴息的，也属于《政府投资条例》相关条款规范的范围，对其可行性论证和决策程序，笔者认为应该根据具体情况而定。

对于政府采取资本金注入方式投资建设的PPP项目，发改部门或者其他有关部门应当根据国民经济和社会发展规划、相关领域专项规划、产业政策等，从下列方面对项目进行审查，作出是否批准的决定：

（一）项目建议书提出的项目建设的必要性；

（二）可行性研究报告分析的项目的技术经济可行性、社会效益以及项目资金等主要建设条件的落实情况；

（三）初步设计及其提出的投资概算是否符合可行性研究报告批复以及国家有关标准和规范的要求；

（四）依照法律、行政法规和国家有关规定应当审查的其他事项。

意味着政府采取资本金注入方式投资建设的PPP项目，在获得发改部门或者其他有关部门批准项目建议书、可行性研究报告审批通过后，方可开展PPP实施方案审查、社会资本遴选等后续工作，另外，初步设计还需获得批准。

如果属于国务院规定应当审批开工报告的重大政府投资项目，应按照规定办理开工报告审批手续后，方可开工建设。

2、实行核准制的PPP项目

根据《企业投资项目核准和备案管理条例》规定，实行核准管理的项目，是指企业在中国境内投资建设的，在政府核准的投资项目目录范围内的关系国家安全、涉及全国重大生产力布局、战略性资源开发和重大公共利益等固定资产投资项目。PPP项目如果属于列入《政府核准的投资项目目录》的企业投资项目，亦应按照《企业投资项目核准和备案管理条例》规定，实行核准管理。

PPP项目公司在办理项目核准手续时，应当向核准机关提交项目申请书。项目申请书应当包括下列内容：

（一）企业基本情况；

（二）项目情况，包括项目名称、建设地点、建设规

模、建设内容等；

（三）项目利用资源情况分析以及对生态环境的影响分析；

（四）项目对经济和社会的影响分析。

法律、行政法规规定办理相关手续作为项目核准前置条件的，企业应当提交已经办理相关手续的证明文件。

但可能存在的冲突时是，实行核准制管理的PPP项目，根据目前的PPP项目惯常操作程序，最早应当是已经批复的实施方案中已确定全部由社会资本投资建设的PPP项目，具体办理核准程序应该是在社会资本已经中标并设立项目公司后，由项目公司向核准机关提交项目申请书办理项目核准手续，在核准的同时开展（是否适宜采用PPP模式）可行性论证和（实施方案）审查，均已为时过晚。单独开展（项目是否适宜采用PPP模式）可行性论证和（实施方案）审查，比较符合实际。

3、实行备案制的PPP项目

根据《企业投资项目核准和备案管理条例》规定，对于政府核准的投资项目目录规定以外的企业投资的固定资产项目，实行备案管理。除国务院另有规定的，实行备案管理的项目按照属地原则备案，备案机关及其权限由项目所在地的省、自治区、直辖市和计划单列市人民政府规定。对于实行备案制的企业投资项目，拟采用PPP模式的，要严格论证项目可行性和PPP模式必要性，要单独开展可行性论证和（实施方案）审查。

PPP项目公司应当在开工建设前通过在线平台将下列信息告知备案机关：

（一）企业基本情况；

（二）项目名称、建设地点、建设规模、建设内容；

（三）项目总投资额；



(四) 项目符合产业政策的声明。

备案机关收到本条第一款规定的全部信息即为备案；企业告知的信息不齐全的，备案机关应当指导企业补正。

《通知》明确规定：未依法依规履行审批、核准、备案及可行性论证和（实施方案）审查程序的PPP项目，为不规范项目，不得开工建设。

《通知》同时强调了上位法《政府投资条例》和《企业投资项目核准和备案管理条例》对于固定资产投资项目的审核备要求，明确规定“不得以实施方案审查等任何形式规避或替代项目审批、核准、备案，以及可行性论证和审查程序”。

PPP项目实施方案要严格审核

国家发展改革委、财政部、住房城乡建设部、交通运输部、水利部、人民银行于2015年4月25日发布的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》（以下简称“25号令”）第九条规定，县级以上人民政府相关行业主管部门或政府授权部门对可以提出特许经营项目实施方案，并规定特许经营项目实施方案应当包括以下内容：

（一）项目名称；

（二）项目实施机构；

（三）项目建设规模、投资总额、实施进度，以及提供公共产品或公共服务的标准等基本经济技术指标；

（四）投资回报、价格及其测算；

（五）可行性分析，即降低全生命周期成本和提高公共服务质量效率的分析估算等；

（六）特许经营协议框架草案及特许经营期限；

（七）特许经营者应当具备的条件及

选择方式；

（八）政府承诺和保障；

（九）特许经营期限届满后资产处置方式；

（十）应当明确的其他事项。

《通知》规定严格PPP项目的实施方案审核，但对实施方案包括的内容没有明确规定。对于PPP项目实施方案的审核方式，《通知》鼓励各地建立PPP项目实施方案联审机制。这应该是延续了发改委一贯倡导的项目方案联评联审思路，25号令规定项目提出部门依托本级人民政府依法建立的部门协调机制，会同发展改革、财政、城乡规划、国土、环保、水利等有关部门对特许经营项目实施方案进行审查，经各部门审查认为实施方案可行的，由相关部门根据职责分别出具书面审查意见，项目提出部门再综合各部门书面审查意见，报本级人民政府或其授权部门审定特许经营项目实施方案。这种做法目前基本是各地认同的实操措施，有利于各部门提前介入并把项目可能涉及的公共管理问题在项目方案确定前提出并寻找解决办法。

对于PPP项目实施方案的审查内容，《通知》要求各级发展改革部门要严格审查实施方案主要内容是否与经批复的可行性研究报告、项目核准文件、备案信息相一致。

PPP项目实施方案审核（笔者建议此处应继续使用“审查”一词，以保持全文用语的一致性）通过后，方可开展社会资本遴选。而且《通知》明确公开招标应作为遴选社会资本的主要方式，招标文件的主要内容要与经批准的PPP项目实施方案保持一致，实施方案、招标文件、合同的主要内容与经批准的可行性研究报告、核准文件、备案信息保持一致。对于合同的主要内容与经批准的可行性研究报告、核准文件、备案信息保持一致的要求，由于合同的内容是合同当事人双方谈判、妥协的结果，笔者认为应该指项目名称、建设地点、建设规模、建设内容等核心内容不得改变可行性论证中确定的实质性内容。

《通知》指出，实施方案、招投标文件、合同或建设中出现以下情形的，应当报请原审批、核准、备案机关重新履行项目审核备程序：（1）项目建设地点发生变化；（2）项目建设规模和主要建设内容发生较大变化；（3）项目建设标准发生较大变化；（4）项目投资规模超过批复投资的10%。

对建设内容单一、投资规模较小、技术方案简单的

PPP项目，可将实施方案纳入可行性研究报告一并审核。

项目资本金规定要严格执行，防止过度举债融资

《通知》强调，各行业固定资产投资项目资本金必须满足国务院规定的最低比例要求，防止过度举债融资，PPP项目的融资方式和资金来源应符合防范化解地方政府隐性债务风险的相关规定，不得通过约定回购投资本金、承诺保底收益等方式违法违规变相增加地方政府隐性债务，严防地方政府债务风险。

不规范的PPP项目不得开工建设

《通知》指出，未依法依规履行审批、核准、备案及可行性论证和审查程序的PPP项目，为不规范项目，其后果是不得开工建设。未录入全国PPP项目信息监测服务平台的项目亦为不规范项目。

依托在线平台落实PPP项目信息公开

《通知》以全国投资项目在线审批监管平台（以下简称“在线平台”）为抓手，指出依托在线平台建立全国PPP项目信息监测服务平台加强PPP项目管理和信息监测。除涉密项目外，所有PPP项目均须使用在线平台生成的项目代码办理项目各项审核备手续。不得以其他任何形式规避、替代PPP项目纳入在线平台统一管理。

对于全国PPP项目信息监测服务平台信息审核，《通知》规定实行属地管理，原则上由项目实施主体所在地同级发展改革部门负责取在线监测、现场审核等方式审核项目单位填报的项目信息，并加强对PPP项目实施情况的监督检查。

对于通过项目审批、核准或备案，以及可行性论证、实施方案审查的PPP项目，依托在线平台，重点公开PPP项目的批准服务信息、批准结果信息、招标投标信息，以及施工、竣工等有关信息，实现全国PPP项目信息定期发布、动态监测、实时查询等功能，便于社会资本、金融机构等有关方面更好参与PPP项目。

加强PPP项目监管，坚决惩戒违规失信行为

《通知》要求政府应依法依规履行承诺，不得擅自变更合同约定的政府方责任和义务，同时，要根据PPP项目合同约定加强对社会资本方履约能力的全过程动态监管，防止因社会资本方超出自身能力过度投资、过度举债或因公司股权、管理结构发生重大变化等导致项目无法实施。并指出将依照规定将存在严重失信行为的地方政府、社会资本，通过“信用中国”网站等平台向社会公示，由相关部门依法依规对其实施联合惩戒。

严禁通过设置“短名单”、“机构库”等方式限制选择PPP咨询机构的自主权

对于现在许多地方存在的以设置“短名单”、“机构库”等方式限制自主选择PPP咨询机构的做法，《通知》要求指导监督PPP咨询机构严格执行《工程咨询行业管理办法》，通过在线平台履行法定备案义务、接受行业监督管理，指导监督PPP咨询机构资信评价工作，引导PPP咨询机构积极参与行业自律管理，指导有关方面通过充分竞争、自主择优选取PPP咨询机构，严禁通过设置“短名单”、“机构库”等方式限制社会资本方、金融机构等自主选择PPP咨询机构。同时规定，对PPP咨询机构不履行备案程序和违反合同服务、关联回避、质量追溯、反垄断等规定以及违反《政府投资条例》决策程序规定、咨询或评估服务存在严重质量问题影响项目决策实施的，要严格按照规定给予处罚。



慈善的终极意义与制度供给

■ 韩良、刘红玉 / 文

慈善，究竟是富人的专利？还是像欧美一样“慈善就像呼吸一样正常”，是我们每个普通人生活中的必需？政府在慈善中应该扮演何种角色？这些问题，需要我们做出正确的回答。

慈善的实质与意义

我国曾有人对慈善定义如下：“怀有仁爱之心谓之慈，广行济困之举谓之善”，该定义非常准确，强调了慈善是内在仁德与外在善行的统一。慈善在英文上有两种意义，Charity和Philanthropy，Charity主要指基督教会对于穷人和困苦之人的救助，Philanthropy主要指民间个人和社会对弱势群体的救助与公益事业的捐赠。可见，中外都强调慈善是对民间社会资源的一种有效、合理的重新配置和开发，用于救助不幸人群的一种活动。慈善的动力来源于两个方面：人们内在善良的心灵满足和外在利益的驱动。具体而言，慈善具有如下意义：

一、慈善是个人幸福和快乐的源泉

对人性的本性究竟是善还是恶的探讨是人类思考的永恒话题，中外的先贤和当代的哲人至今也没有达成统一的意见，但对于人性都有向善和利他主义的动机恐怕争议不大。社会对于那些乐善好施、扶危济困、节俭助学的人士给予赞赏和高度的肯定，而对那些只顾着自己、对社会中的弱势群体不闻不问的人则给与无情的指责和鞭挞。慈善不仅使个人可以获得社会的赞赏，而且捐赠者也会获得内心高度的满足，成为个人幸福和快乐的源泉。曾经的世界首富比尔·盖茨和其妻子梅琳达·盖茨建立了比尔&梅琳达盖茨慈善基金会。基金会致力于减少全球范围内的不平等现象，侧重于改善发展中国家居民的健康状况，减轻赤贫。比尔·盖茨说：

韩良律师简介

京都家族信托法律事务中心主任，金融工程学博士，民商法博士后，教授，博士生导师，南开大学资本市场研究中心主任，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。执业方向为家族信托、财富管理、私人银行、公司与证券、基金与信托、国际投融资等业务，担任多家商业银行、信托公司和投资基金的法律顾问，同时为大量高净值人士提供家族及家族财富治理相关法律服务。



刘红玉律师简介

京都律师事务所律师，毕业于南开大学法学院，法律硕士。执业领域为信托、基金会、公司、银行、基金等业务，擅长为银行、信托公司、各类基金及多家企业提供投融资、并购等法律服务，同时参与多项家族信托、基金会设立运作等专业法律业务，为多个家族及企业提供家族信托方案设计、法律文书撰写等法律服务。



“挣钱与捐钱都是很大的责任，也同样让人享受”。老牛基金会的创始人牛根生也说：“一个人快乐的多少就看爱你的人数有多少”。

二、慈善将会使企业家更有智慧、更加富有

加利利湖是约旦河的源头，湖水一直在注入约旦河，彼得在成为耶稣门徒之前就在此打鱼，2000年过去了，至今这里仍然盛产鱼类。而毗邻加利利湖的死海则直接接受四周河流的水源注入，但蒸发很快，成为世界上含盐量最高的湖泊，没有鱼类生存。这两个湖泊给《圣经》马太福音中的“施比受更加有福”做了完美的见证。“接受是人性，但施出是神性”。企业家进行慈善捐赠，其思维和心胸超出了普通人的视野，使其更加充满了智慧，使其商业决策更加具有大局观、更加贴近市场的需求。洛克菲洛、比尔·盖茨、扎克伯格等人是现身公益的典范，他们是慈善与财富领域“贫者愈贫、富者愈富”这一马太效应的完美诠释者。

三、慈善是企业家与社会、政府形成良好关系的桥梁

中国企业家的成功，不能简单归结于企业家善于抓住机遇、艰苦创业等个人品质和能力因素。在资源型与政府管制非常严格的领域，一些企业家靠政商勾结、行贿送礼取得了政府的特殊许可和经营权，其成功带有一定的“原罪”。对于绝大部分依法经营的企业家来讲，中国政府的改革开放政策，中国巨大的市场容量，高素质而又低薪的劳动力，较低的劳动保护和环境负载成本，都为中国企业家的崛起提供了世界上其他国家难以复制的支持和机会。可以说，这些企业家对我们的社会、劳动者、环境形成了“负债”。无论是极少部分企业家的“原罪”、还是绝大部分企业家的“负债”，都需要通过慈善等方式进行“赎罪”和偿还。通过慈善，使得这些企业家与社会、劳动者形成良好的关系，也使企业家与政府形成“亲清”的新型政商关系。

四、慈善是家族财富得以传承的基因和密码

企业家创业难，但守业和传家更难，我国历史上有“富不过三代”之说。对于第一代家族产业的创富者来说，他们深知创业的艰难与不易，也深知自己的成功离不开太多的人的帮助与支持，对曾经帮助过自己的特定人群进行了回报和馈赠，但家族财富的继任者二代、三代缺乏一代创业者的艰

苦创业体验、认为继承父辈的财富和地位理所应当，没有财富的施出与分享、只有享受与挥霍，这样的财富是很难传承下去的，“富不过三代”也就成为我国传统社会家族传承不能冲破的“魔咒”。因此，财富和慈善是一对双生子，富二代也好、官二代也好，必须变成善二代，如果不善，财富是不能传承下去的。

落后的观念和管理体制束缚了我国慈善的发展

有人做过统计，75%的美国人为慈善事业捐款，每个家庭年均约1000多美元。在美国，非营利性的慈善组织共有140多万个。与富裕人群相比，低收入的人捐款的比例更高，年收入在1万美元以下的家庭，他们捐出收入的5.2%，年收入在10万美元以上的家庭，他们的捐款比例仅为2.2%。中华民族历来具有扶危济困的优良文化传统，但据英国慈善救助基金会每年发布的全球慷慨指数显示，2015年中国位于世界146个国家中的倒数第2名，而且连续几年我们都在倒数前10名里。这种情况虽然在《慈善法》颁布和实施后有了一定程度的改善，但总体上我国的慷慨指数不高的状况并没有得到根本的改变。慈善是个人幸福和快乐的源泉，是企业和社会、政府形成良好的关系的粘合剂。得益于改革开放，我国的民营企业、公民个人的财富增长很快，很多民营企业和公民个人都有捐赠的需求，希望帮助那些处于困境的人，但为什么仍然我国的慷慨指数仍然不高呢？主要原因就是我国落后的慈善观念和管理制度限制了慈善事业的发展。

一、慈善捐赠人的意愿不被尊重使其缺乏捐赠积极性

慈善是对民间社会资源的一种有效、合理的重新配置和开发，用于救助不幸人群的一种活动。《慈善法》第三条也规定：“本法所称慈善活动，是指自然人、法人和其他组织以捐赠财产或者提供服务等方式，自愿开展的下列公益活动：（一）扶贫、济困；（二）扶老、救孤、恤病、助残、优抚；（三）救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害；（四）促进教育、科学、文化、卫生、体育等事业的发展；（五）防治污染和其他公害，保护和改善生态环境；（六）符合本法规定的其他公益活动。相对于以前将慈善作为政府进行财政转移支付的补充和替代品



企业家进行慈善捐赠，其思维和心胸超出了普通人的视野，使其更加充满了智慧，使其商业决策更具有大局观、更加贴近市场的需求。

的观念，《慈善法》的上述规定是一种巨大的进步，但在实践中，一些政府和机关的工作人员的观念还远远没有转变过来，认为慈善应该由政府进行主导和严格的规制，对公民个人及企业家的慈善行为进行了严格的限制。捐赠人的捐赠意愿不被重视的结果使得捐赠人缺乏捐赠的动机。

二、对慈善组织的严格准入限制将很多慈善主体排除在外

与原来的慈善职能通过国办的慈善机构与县级以上人民政府及政府部门相比，《慈善法》允许企业家成立私募的公益基金会。根据慈善中国数据统计，截至2019年1月31日，当前共计5285个慈善组织，其中基金会为3818家，占比为72.24%。相较于2010年底深圳壹基金公益基金会成立之前，我国没有一家民营的公募公益基金会相比，进步巨大。但我国现在还对慈善信托实施严格的准入制度，如《慈善信托管理办法》第五十二条规定：除依法设立的信托公司或依法予以登记或认定的慈善组织外，任何单位和个人不得以“慈善信托”等名义开展活动。《慈善信托管理办法》对慈善信托受托人资格进行限制，不仅将自然人和非慈善组织及非信托公司的法人排除在外，也改变了《信托法》中委托人出于信任建立慈善信托关系的法律基础。

三、纯粹公益的基金会制度将家族慈善与传承割裂开来

我国大陆和台湾地区在基金会制度中都采纳了单一的公益基金会制度，将家族慈善与传承割裂开来。而基金会在

近代欧洲出现就开始用于工业和私人目的。1889年，德国物理学家恩斯特·阿贝成立卡尔·蔡司基金会，其目的既包括为基金会持有的公司提供经济保障的私人目的，也包括参与社区设施建设、促进自然和数学科学的研究和教育等公益目的。1926年1月20日，列支敦士登颁布《人与公司法》，首次将基金会分为以慈善为目的的公共基金会和以私人利益为目的的私人基金会。2015年6月7日，欧洲基金会中心发布了《基金会法律比较要点：欧洲基金会的运营环境》，在比较研究的40个国家中，22个国家允许设立私益目的基金会。应该说在大陆法系，允许单独设立私人基金会或者混合基金会已经成为了主流。私人基金会或者混合基金会将家族传承和家族保护有机地结合起来。王永庆先生曾经尝试通过公益基金会的方式进行家族传承与家族税务筹划，但没有获得理想的效果。

四、慈善税制的落后严重制约了慈善事业的发展

《企业所得税法》第9条规定：企业发生的公益性捐赠支出，在年度利润总额12%以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除。《中华人民共和国个人所得税法实施条例》第24条规定：捐赠额未超过纳税义务人申报的应纳税所得额30%的部分，可以从其应纳税所得额中扣除。但在实践中，企业和公民的捐赠必须通过公益基金会特别是政府控制的公募基金会的平台，以及必须捐赠给县级以上人民政府才会给予减免税的优惠。虽然《慈善法》、《慈善信托管理办法》两部法律、法规都对慈善信托的享受优惠的税收政策进行了原则性宣示，但仍然解决不了必须通过公益基金会和捐

信托与基金会是海外公认的进行家族财富管理与传承的两大法律工具，在我国，由于缺乏信托文化和相应的法律环境支持，慈善信托的功能很难发挥出来。

赠给政府才能享受税收减免的确定性问题。因为建立慈善信托不能享受到实质的税收优惠，截至2019年6月26日，全国慈善信息公开平台共计197条慈善信托备案数据，财产总规模共217,637.65万元。我国慈善信托的发展远远落后于慈善基金会的发展。

我国慈善领域需要进行深刻的供给侧变革

关于慈善的社会属性及对从事慈善的个人和企业的积极社会意义，随着《慈善法》的颁布，我国朝野上下在法律层面已经达成了共识。如同经济领域一样，尽管以市场为主要配置资源的方式写进了中央和国务院的文件中，但实践中以政府为主导的各种产业政策、政府补贴、国进民退等非市场经济的做法仍然大行其道。可见在思想上、观念上包括制度上的变革与真正实践上的变革并不具有同一性。在慈善领域，政府亲自主导、控制与亲自实施慈善活动导致了很多问题，郭美美事件使中国红十字会的声誉至今难以恢复，一些全国性的公益慈善机构形同政府机关，不作为和官僚主义作风严重，社会民众对这些机构缺乏信任感等等。因此，真正落实《慈善法》，尊重和保护捐赠人的慈善动机和积极性，减少在慈善领域的政府干预和市场准入的限制，落实《慈善法》等相关法律、法规对慈善行为的优惠税收政策，是摆在我们与慈善相关的各个政府部门进行供给侧改革的重要任务。

一、政府对慈善的监管应该更加宽松和精准

《基金会管理条例》将基金会分为面向公众募捐的基金会和不得面向公众募捐的基金会。公募基金会按照募捐的地域范围，又分为全国性公募基金会和地方性公募基金会，上述分类方式带有明显的发起者身份和行政等级色彩。《慈善法》不再进行公募基金会和非公募基金会的划分，规定满足条件的基金会可以申请公开募捐资格。与《基金会管理条例》相比，《慈善法》有了很大进步，但将所有的基金会按照公募基金会的方式进行设立、登记、信息公开等相同的标准进行监管则过于机械和严格，毕竟一些以家族资产进行捐赠成立的非公募基金会，本身有自己特定的慈善目的，基金会本身也不想通过公募的方式获取后续资金，不希望政府过度监管和向社会披露更多的信息。因此，应该将基金会的分类监管内容纳入到《基金会管理条例》的修改条款中。《慈善信托管理办法》第五十二条规定：除依法设立的信托公司或依法予以登记或认定的慈善组织外，任何单位和个人不得以“慈善信托”等名义开展活动。这种涉嫌“行业保护”的规定不仅不利于我国信托业回归信托本源，同时也抑制了我国慈善信托的发展。我国慈善信托不应该对受托人给与严格的行业限定，应该回归到尊重委托人意愿，委托人出于信任建立慈善信托的正确信托关系轨道上来。

二、引入混合基金会制度更有利于其慈善功能的发挥

信托与基金会是海外公认的进行家族财富管理与传承的两大法律工具，在我国，由于缺乏信托文化和相应的法律环境支持，慈善信托的功能很难发挥出来。而基金会本来就源于大陆法系，与信托相比，在我国家族财富管理、家族传承



与家族慈善中，基金会制度更适合中国国情且更节省立法资源。但由于我国采纳的是单一的公益基金会模式，导致基金会这一兼具家族财富管理、传承以及家族慈善功能的工具没有很好地发挥出来。单纯强调基金会的公益特点将会使慈善与家族企业割裂开来，使家族基金会逐渐面临慈善资金来源匮乏、慈善人才难以为继的困境。同时兼具公益目的与私益目的的基金会，也就是混合基金会更加有利于家族慈善的持续、稳定的发展。美国、摩纳哥、列支敦士登、奥地利、巴拿马、比利时、德国、瑞士、荷兰等国允许基金会同时服务于公益和私益目的。我们应该借鉴这些国家的运用混合基金会开展慈善事业的成功经验，将混合基金会制度引入我国。

三、下大力气落实慈善捐赠行为的税收优惠政策

对于慈善捐赠行为的税收优惠政策，我国相关法律、法规都做了相应的规定，但在实践中，以下两方面的慈善捐赠行为的税收优惠政策需要尽快落实，第一，直接面向受助对象的慈善捐赠税收优惠政策。由于企业或个人没有通过获得公益性捐赠税前扣除资格的慈善组织或向县级以上人民

政府及其组成部门和直属机构进行捐赠，该笔支出无法进行税前扣除。如曹德旺先生进行了大量的直接捐赠，发生了欠缴6.72亿元税款的怪事。直接捐赠在美国和加拿大享受税收优惠非常简单，居民和企业要取得受助对象的收据，每年报税的时候将慈善捐赠部分的减免税额度自己扣除就是了。在我国，可以采取税务人员或者公证机关人员现场监督受助对象签收收据来保证收据的真实性，由捐助者持有捐助收据和捐助物权转移凭证的方式向税务机关提请税收优惠政策。第二，慈善信托的税收优惠政策。慈善信托的税收优惠政策的难点在于，慈善信托不属于公益性捐赠税前扣除资格的慈善组织，也不属于向县级以上人民政府及其组成部门和直属机构进行捐赠，解决的办法是税务机关出台专门的文件对捐助者设立慈善信托享有的税收优惠政策进行认定和确认。

我国具有悠久的“扶危济困”的优良历史传统，经过改革开放，人们的钱包逐渐鼓了起来，绝大部分国人具有慈善捐赠的愿望和需求，政府相关部门应该尊重捐助者的捐助动机，改革与慈善的民间性、社会性本质不相容的法律、法规，为我国慈善事业的发展创造枝繁叶茂的制度环境。

冲突视角下的股权交易结构问题探讨

■ 张立琼 / 文

张立琼律师简介

京都律师事务所合伙人。主要执业领域为商事诉讼及仲裁法律事务，专注于股权、基金投资及衍生金融争议，也处理过很多传统商事争议解决领域的案件。在中国的最高法院，张立琼律师作为出庭律师已经承办三十件以上的二审、再审商事诉讼案，在处理复杂商事纠纷及再审程序案件方面具有可资借鉴的经验。



利益和风险，是企业家关注的两个基本问题，追求最大利益的同时排除风险，才能够保证企业价值获持续稳定的增长。

企业风险，主要包括商业风险、法律风险和道德风险等，企业的各种风险，往往在一定程度上就是法律风险。企业商业风险、道德风险最终以法律风险的形式表现出来。以诉讼或仲裁为外观形式的法律争议，其实是商业风险的释放。

从争议解决律师的视角观察企业的法律风险，我们理解的“法律风险”，是指企业在商业经营中的预期判断与未来实际结果之间发生差异。该等差异并非企业愿意承担的商业成本，但是因为法律的强制而必须负担的责任，外观上的主要表现就是经济损失赔偿或丧失相关权利。由此可见，企业商业经营判断与实际发生结果的一致性，是否符合预期，是防范和避免商业风险发生的核心因素。而判断和评估法律风

险，尤其是争议解决的裁判结果具有难以预测性，是判断和识别法律风险的关键因素。众所周知，能够影响法律风险的因素是动态的，不确定因素较多且易变，因此对法律风险的判断或预测存在很大的难度，需要有丰富的争议解决经验、相关专业背景和专业知识。今天，我们试图以股权交易为例，探讨冲突视角下的交易结构风险识别及防范。

在目前股权交易实践中，投资者在决策、订立契约过程中，已经比较重视法律风险控制。据我们观察，投资者一般最为关注投资项目的商业价值或潜在商业价值，收购标的的资产价值情况及盈利预期，比如市盈率市净率等财务指标的测算、论证是投资者关注交易的重要判断依据，而对于交易风险的防范，一般会以尽职调查、完善合同条款等程序来避免不可预知的风险。通过对争议解决过程中的司法实践认知，尽职调查及合同条款安排并不一定能完全防范法律风险。需要指出的是，在交易实践中，相关交易结构及安排是以尽可能促成或满足交易双方的意愿而进行的，规范而严谨的合同对交易违约风险或能得到规避，但交易标的存在固有的结构性法律风险，则难以通过合同条款安排予以完全避免。

我们试图以冲突或争议解决为视角，识别交易固有的结构性风险并加以防范，请看以下案例。

据以分析的案例

甲征信公司成立于2014年1月，注册资本金为人民币1亿元。A、B、C公司作为甲公司的股东，在甲公司设立时实缴出资4千万元，分期缴付出资6000万元，应认缴出资时间为2016年2月。鉴于甲公司已经进入监管机构备案公示的办理个人征信业务资格有关的金融牌照观察期，而企业持有许可办理个人征信业务的相关资质，其行业市场前景极为广阔，投



资者趋之若鹜。

H人寿保险公司、T财产保险公司及W投资管理公司在深入了解目标公司行业背景的情况下，决定共同受让甲征信公司股权，交易框架为按实缴资本金确定股权转让对价，首付股权转让款为交易对价的三分之一为700万元，然后交易各方进行股权过户登记备案；待甲公司取得监管部门颁发的企业办理个人征信业务资格相关的金融牌照后，H寿险公司、T财险公司及W投资管理公司再支付股权转让三分之二余款。

此后，H寿险公司、T财险公司及W投资管理公司委托专业机构对目标公司资产情况进行审计评估与尽职调查，资产状况、负债状况及财务会计文件完整、准确，目标股权及目标公司资产无担保及其他权利负担，与出让方披露信息一致。

H寿险公司、T财险公司及W投资管理公司受让股权后，因目标公司在观察期后未能如期取得监管部门核发的企业办理个人征信业务资格的相关金融牌照，H寿险公司、T财险公司及W投资管理公司未支付剩余股权转让款。

2018年12月，S市中级法院作出执行裁定，追加H寿险公司、T财险公司及W投资管理公司为仲裁裁决书执行案件的被执行人，H寿险公司、T财险公司及W投资管理公司在未缴纳出资6000万元范围内承担清偿责任。

1. 法律适用及裁判依据

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十七条，“作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。”

2. 从争议解决视角看，本次交易中理应关注的拟收购股权负担瑕疵被忽视，是未能有效识别法律风险的主要原因

案涉收购行为的直接对象，是出让方持有的目标公司的股权。如果出让方出让的股权存在权利瑕疵，将导致收购交易出现本质上的或者说是结构上的风险。本案中，收购方也对出让方出让的股权做了一定的调查核实，例如在收购前通过工商档案记录对出让股权查询。但是，在具体交易过程

中，对于交易股权实缴出资不足的有重大权利瑕疵，未能识别并预判风险。前述案例可见：

（1）股权转让交易中的审计评估与尽职调查，一般能识别公司资产状况、负债及其他权利负担状况披露是否完整、准确，但披露信息准确完整的情形下，亦不能完全避免交易标的存在的结构性风险。

（2）以争议解决视角判断交易标的的各项外观状况，是化解并防范风险的有效路径之一。

（3）股权转让结构设计中应注重定分止争，避免交易标的的结构性瑕疵让交易对手或其他权利人利用。

冲突视角论——应认识商业价值衡量与社会体系价值衡量的显著差异该差异是法律风险的本质原因之一

“任何事物都有其核心与本质”，这是罗尔斯《正义论》中的观点。商业体系的核心价值是追求市场价值，社会体系的核心价值是分配正义，而包括行业监管、管制，司法裁判在内的社会体系衡量往往与个体商业价值判断不同。在利益冲突语境下，商业价值衡量往往受制于社会体系的外部价值裁量。相关结构性冲突应予以关注，主要表现形式有：股东及股权转让意思自治与公司治理规则之间的矛盾；商业判断与司法裁判的矛盾。

1. 股东及股权转让意思自治和公司治理规则之间的矛盾

以冲突视角认识意思自治与治理及监管规则之间的矛盾统一关系，是标的公司的股权结构，识别隐性冲突风险的有效方法。

（1）股权资本多数决和平等保护之间的关系

以异议股东的股权回购请求权的争议视角，识别判断小股东平等保护法律适用对“资本多数决”及股权结构的负面影响。

在有限责任公司里，大股东常常利用其对公司的控制权，长期不向股东分配利润，致使中小股东的利益受到严重损害。公司的中小股东对于公司经营方针、政策基本上没有发言权，股权转让又受限制，因此异议股东往往无法及时退出公司。为保护中小股东利益的合法权益，公司法规定公司

在做出事关公司发展的三种特定重大决议时，异议股东如不同意公司股东会的决议，可行使异议股东股权回购请求权，要求退出公司。这是对股权多数决的冲突及否定。当然，前提是小红股东对股东会上上述事项的决议投了反对票。

以上可见，收购方在收购目标公司股权时，不能仅以目标公司的股权分布情况判断决策形势，还应充分查证目标公司小红股东此前股东会的表决意愿。若拟收购目标公司在外观上长期持续盈利，资本公积充盈，但持续多年未分配利润，异议股东是有人主张回购请求权并得到人民法院支持的。若异议股东请求权权利成就，则拟收购公司可能因异议股东的强制回购请求权而演变为大股东一人公司，同时，该等争议存在不特定的争议主体，以及不确定的收购价款等难以控制风险，将会给公司进一步发展造成损害。

（2）股权的行使与限制之间的关系

股东权利行使，以自由为原则，以限制为例外，这是公司法律有关股东权利行使的总体规则。但是，无论股权转让享有何等的自由，对其例外的限制亦不同程度的存在。该限制规则的存在，要求投资者在股权受让及股权行使中应关注法律效力审查。

首先，对股权的限制可以分为法律法规的限制和公司章程的限制。一般而言，法律法规规定之股权转让限制主要表现为封闭性限制、股权转让或交易场所的限制、出让股东作为发起人持股时间的限制、出让股东作为董事监事经理任职条件的限制、特殊情形股权转让限制等。

依公司章程规定的股权转让限制，也就是公司章程对股东股权行使或股权转让设置的禁止或前置条件。司法实践中，依公司章程设定的股权转让限制，一般表现为如下情形：?依章程规定的缔约方对股权转让定价机制或程序的限制；?全部或部分股东之间就股权转让优先购买权行使程序的安排或限制；?公司与部分股东所作的特定条件下回购股权的章程安排或约定等，皆是股权转让限制的具体体现。拟受让股东或投资方应予以尊重并恪守。

其次，股权交易结构中应重视瑕疵出资股权被限制情形

关于可以被限制的股东权利内容，《公司法司法解释三》规定了瑕疵出资股东的受限制权利范围，包括利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利，属于可限制权利之列。在进行收购交易之时，对公司章程中有关股权约定的合理限制情形，关乎收购标的的核心权

益，必须予以充分重视并充分论证相关法律效果后方可作出交易决策判断。

（3）公司股东意思自治与管制之间的关系

公司自治的空间具有相对性。公司自治并非没有界限，它必须在公司法律划定的框架内进行。《公司法》第22条规定，公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。公司章程的制定与修改不得违反法律法规的强行性规范。公司自治的空间随法律管制的加强而减少，随法律管制的放松而扩大。

股权转让主要受法律、公司章程以及股权转让合同的限制。一般而言，合同和章程约定都应当在法律框架下进行，若有关合同安排与法律强制性规定发生冲突，则毫无疑问是以强制性法律规定作为标准来执行。

2.司法判断和商业判断的矛盾

（1）关于司法裁判思维认知与探讨

司法裁判具有国家法治治理功能，而确定性和稳定性是法治的基本价值追求，司法裁判往往会考虑制度正义与个案正义的平衡，法官在作出裁判时，不仅单独考虑个案的正义效果，还要考虑裁判作出后所可能产生的社会影响和制度价值。特别是司法公开日趋深入的背景下，裁判文书的影响范围可能更广。

司法实践中，社会效果的最大化必须在法律规则的范围实现，司法机关当然不能为了实现某方面的社会效果而突破法律底线。但是，我们必须认识到，部分法律规范本身存在解释弹性，这也为裁判实现社会效果最大化提供了空间。

一般而言，商事交易形式及内容千差万别，而司法裁判就交易争议的裁判要旨具有统一性，通过争议解决律师的参与，以司法判例作为交易结果预判依据，在技术操作层面具有合理性。

（2）商事审判思维特点

商事关系强调盈利性和营业性，商事主体具有强烈的竞争性驱动，一般而言，从事商事活动的主体都假定具有相关的专业知识和能力，一般相较于民事审判，法官更加尊重商事主体的合法选择和判断，尊重商人之间的契约，不轻易代替商事主体作出判断。

外观主义、形式主义在商事审判中适用较多，这为商事主体充分利用法律适用空间和弹性提供了必要前提。这也是



商事争议解决区别于民事解决的魅力之处。

冲突视角——股权转让交易应充分注意的结构性风险

1. 关注并识别隐性重大债务风险

一般而言，出让方对目标公司全部债权债务如实披露，意向受让方将此情况纳入股权价值评估范围，作为对价或定价依据。而出让方披露内容以外的债务，或未能纳入股权转让估值范围以外的债务，目标公司在交易中未能发现或隐藏的重大债务，是影响股权价值及收购后公司经营风险的重要因素。

一般而言，隐性重大债务的识别也就是法律风险的判断和识别。其中，重大应收、应付款和其他应收、应付款是否合法有效；债权有无诉讼时效障碍等债权无法实现的风险；目标公司对外担保、债的加入意思表示判断，是否有代为清偿的风险以及代为清偿后的追偿风险；目标公司是否有因环境保护、知识产权、产品质量、劳动用工、人身权等原因产生的侵权之债等等，均应通过争议解决专业知识来识别、预判，并根据交易标的风险判断情况设计或修正交易结构。

2. 关注并识别股权受让方控制力风险

有限责任公司作为一种人合为主、资合为辅的结构形式，决定了其权力机关主要由相互了解、友好信任的各方股东而构成，此为人合；而股东按照出资比例行使股东权利，此为资合。基于以上特征，收购方在收购目标股权时，既需要注意与出让方达成两厢情愿的交易合意外，还应当充分了解己方在收购后的合作方即其他股东的合作意向，以避免因不了解其他股东合作意向而误陷泥潭；同时还应当充分关注出让方对于目标企业的实际控制力，避免出现误以为出让方基于相对资本多数而形成控股地位或控制权，而实际上难以控制或管理的情况出现。

（1）受让方控制力风险识别，关注股东一致利益及一致行动人情况

公司股权少数股东利益一致，或为某一主体所控制的情形，将导致股权行使一致行动的情况出现。此情况下，公司重大决策或选择管理者的权利将不以单个资本多数股东意思表示为依据，并不受其控制。因此，拟受让股东或投资方在

评价目标公司控制权情况时，应重视目标公司股东一致行动人或一致利益行为情形。查阅分析目标公司此前的历次股东会决议、董事会决议内容，可以作为分析其他股东一致行动情况的分析样本。

（2）受让方控制力风险中的非控股股东对公司解散权

公司的正常运营，是通过股东行使权利和公司管理机构行使职权实现的。在有限责任公司治理中，股东往往根据持股比例向公司选派董事和高级管理人员，通过董事和高级管理人员控制公司的运营。司法实践中，股东之间或公司管理人员之间常常会出现利益冲突和矛盾；因此会出现公司运行的障碍，冲突严重时常常导致公司的运行机制完全失灵。股东会、董事会包括监事会等权力机构和管理机构无法对公司的任何事项做出任何决议，公司的一切事务处于瘫痪状态，公司的运行限于僵局。

众所周知，公司僵局形成的原因在于公司决策和管理所实行的多数表决制度。根据公司法规定，股东会、董事会和监事会通过任何决议，都需要过半数的表决权或人数的同意，对股东会增资、减资、分立、合并、解散或变更公司形式、修改公司章程等做出决议，则必须经（出席会议）三分之二以上表决权或人数的同意。在有限责任公司股东人数较少特别是只有两个股东，各方股东派任的董事人数基本相当或相同的情况下，如果公司股东之间出现严重对立、矛盾和冲突，任何一方都无法形成公司法和公司章程所要求的表决多数，无法通过任何决议，于是出现公司僵局。公司僵局的出现，股东各方之间丧失了起码的信任，相互合作的基础完全破裂。在此情况下，实际控制公司的一方，常常会利用其权利，直接去侵害另一方的权益。为了破解公司僵局，新《公司法》第183条规定了股东在公司僵局特定情况下，股东拥有解散公司的请求权，可请求法院解散公司。

以上可见，公司自治失灵之际，亦是司法介入之时。此时，公司治理中的商业判断主导转化为司法机关在法律框架下审查判断，因资本多数决而产生的公司管理控制权被阻却。

交易结构设计问题，对标的公司是股权收购、资产收购还是营业转让

1. 标的公司营业转让的交易模式探析

“营业转让”所说的“营业”，即被转让的客体，指的是在经营活动中所使用的物、权利、技术秘密、商业信誉、客户关系等共同构成的有机整体，是“为实现一定的营业目的而组织化了的、被作为有机一体的机能性财产”。正是营业转让交易具有独特性，司法实践中，在民商法规定框架下发展出独特的规则，其并非是以单一物的买卖，或单一权利的让与，或其他类型的单一财产性利益的转让规则。营业转让标的，并非多个物简单地聚集在一起成为集合物，而是相互之间已经商业行为组织化为有机的联系，形成一个有机的商业或经营整体，能够被用于实现特定的营业目的。在转让后，受让人可以不需要再对这些财产进行整理与组织，就能够将其整体直接运营。

作为营业转让客体的营业财产，也可以是一个商业主体的部分营业财产。如果在商主体的内部经营与管理上具有相对的独立性，这一部分营业财产与商主体的其他营业财产分离后，仍然能够用于实现一定营业目的，可以成为营业转让的客体，例如企业某种特定类型产品的生产部门，或某个相对独立的零部件生产部门，或生产企业的营销部门，或企业在某一地域的生产基地或营销机构等情形。前述部分营业财产转让情形，其交易模式操作更为复杂，需要法律专业人士的参与。

2.在对有关拟收购标的进行交易结构设计时，应根据交易标的的特殊性及收购目的设计交易模式

营业转让与股权转让、企业资产出让等，是商业扩张发展或营业调整所提供的不同制度工具，都可以成为企业兼并的手段，产生出目标主体收购的结果。

营业转让与股权转让亦存在法律规制方面的显著区别。分析并运用相关之间的差异，根据法律规定设计交易模式，趋利避害，是实现收购目的的合理方式。比如，出让人的竞业禁止义务，是一般股权转让交易中所不包含的权利义务。

营业转让交易，一般均约定出让人应负竞业禁止义务，缔约当事人可以在营业转让合同中对竞业禁止义务及其时间范围与地域范围进行具体约定；在当事人未作约定、法律也未明确规定时，可以依据诚实信用原则或合同法附随义务规定，根据当事人的缔约目的或意思加以解释。出让人违反该义务的，受让人可以请求损害赔偿。

以上可见，在包括客户关系在内的全部营业财产一并转让的场合，受让方若出于排他性经营或商业渠道安全的考虑，可以营业转让模式进行企业收购，该等交易模式与股权转让模式相比，更有利于收购方交易目的的实现和经营安全。

需要指出的是，营业转让与股权转让交易模式之间并非排他的关系，二者之间可以相互结合。并购实务中，经常被运用的所谓“资产重组”、“借壳上市”，所采用的就是营业转让与股权转让的组合或结合行使。常见的组合步骤是，首先利用股权转让的方式，上市公司的控制权易手；然后利用营业转让的方式，将上市公司的原有营业财产转让出去，然后上市公司再从其他企业受让优质的营业财产；在后，上市公司变更公司名称、经营范围、住所地等工商登记事项以及在证券交易市场中的证券简称。由此，上市公司改头换面，化茧成蝶。

从争议解决实践的角度认知股权交易冲突类型

以诉讼、仲裁案件的最新发展为实例，案件类型包括股权转让、增资扩股、股份回购、房地产合资合作开发、隐名出资/代持股权、营业转让，绝大多数的案件涉及金额较大，关乎投资者的核心商业利益。

交易结构设计应充分预判争议，并将应对裁判不确定性的策略纳入合同安排

- 1.设定争议解决程序中债权请求权的合法基础
- 2.合同条款中预设冲突解决方案
- 3.通过合同安排设定多重违约赔偿权利的方式
约束交易对手
- 4.设定多重担保措施
- 5.以特别条款确定并安排优先权利行使
- 6.选定适当的争端解决机制

结语

公司持续、健康、稳定发展，争议法律风险排查在公司的决策、经营管理中应发挥更大作用。以冲突预判并解决为视角，是防范法律风险、化解法律风险的有效方式之一。



科创板适合哪类企业， 我们准备好了吗

■ 肖小保 / 文

肖小保律师简介

京都律师事务所合伙人，北京市律师协会风险投资与私募股权法律专业委员会委员，中国人民大学法律硕士，证券从业资格（证券发行与承销），先后在公司、律所工作十余年，专注于公司、基金、证券及资本市场相关法律事务，在私募基金、新三板、IPO、公司并购重组、投融资、员工股权激励、混合所有制和诉讼等方面具有丰富的法律服务经验。



科创板定位坚持面向世界科技前沿、面向经济主战场、面向国家重大需求，如此高规格定位引来资本市场热捧，企业老板更是向往着踏上科创板即意味着通向了一条快速上市、高估值、高溢价发行融资的美好而又神奇的资本之路。但是我们是否真正读懂了科创板注册制等一系列的制度设计，是否真正适合自己，是否真正准备好了踏上科创板之旅呢？

一、科创板主要的制度设计

科创板的推出不单单是为满足资本市场发展的需要，而且更是基于现阶段国家战略发展需要。《关于在上海证券交易所设立科创板并试点注册制的实施意见》明确科创板定位坚持面向世界科技前沿、面向经济主战场、面向国家重大需

求，主要服务于符合国家战略、突破关键核心技术、市场认可度高的科技创新企业。

科创板重点支持新一代信息技术、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，推动互联网、大数据、云计算、人工智能和制造业深度融合，具体行业范围由交易所发布并适时更新。

围绕科创板的上述定位，推出了符合上述定位的科创板上市条件、发行审核制度，主要有：

1、科创板上市的财务指标门槛

科创板上市的财务指标门槛的一个重要制度设计是引入市值的门槛要求，以市值作为一个基础性指标，主要有如下五套标准：

（一）预计市值不低于10亿元，最近两年净利润均为正且累计净利润不低于5,000万元，或者最近一年净利润为正且营业收入不低于人民币1亿元；

（二）预计市值不低于15亿元，最近一年营业收入不低于人民币2亿元，且最近三年研发投入合计占营业收入的比例不低于15%；

（三）预计市值不低于20亿元，最近一年营业收入不低于人民币3亿元，且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；

（四）预计市值不低于人民币30亿元，最近一年营业收入不低于人民币3亿元；

（五）预计市值不低于人民币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，目前已取得阶段性成果。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。

2、注册制：交易所发行审核，证监会注册

科创板发行上市主要分为发行上市审核（由上海证券交易所负责）、发行注册（由中国证监会负责）两大核心流程。发行人的发行上市申请文件经上交所审核通过后，上交所将审核意见和发行上市申请文件报送中国证监会履行注册程序。

上交所分别设立上市委员会和科技创新咨询委员会，在科创板交易所审核环节，由交易所科创板审核部门独立的审核发行人的注册申请材料，科创板上市委员会负责对审核部门出具的审核报告并提出审议意见和结论，上市委员会对由科技创新咨询委员会负责为发行上市审核提供专业咨询，上市委员会对发行人是否符合科创板定位等，根据需要，可以向科技创新咨询委员会提出咨询，将其作出的咨询意见作为审核参考。

证监会在收到上交所的审核意见和申请材料后在20个工作日做出是否予以注册的决定。

3、发行与承销制度

科创板采用网下向符合条件的专业机构投资者询价发行和网上向社会公众投资者定价发行相结合的方式发行，与中小板和创业板相比，科创板股票发行提高了网下初始发行比例，公开发行后总股本不超过4亿股的，网下初始发行比例不低于首次公开发行股票数量的70%，公开发行后总股本超过4亿股或者发行人尚未盈利的，网下初始发行比例不低于首次公开发行股票数量的80%；网下发行股票数量的50%以上应当向公募基金、社保基金和养老金配售，安排一定比例的股

票向企业年金基金和保险资金配售；公募基金、社保基金、养老金、企业年金基金和保险资金有效申购不足安排数量的，可以向其他符合条件的网下投资者配售剩余部分。

首次公开发行股票网下投资者申购数量低于网下初始发行量的，发行人和主承销商应当中止发行，不得将网下发行部分向网上回拨。

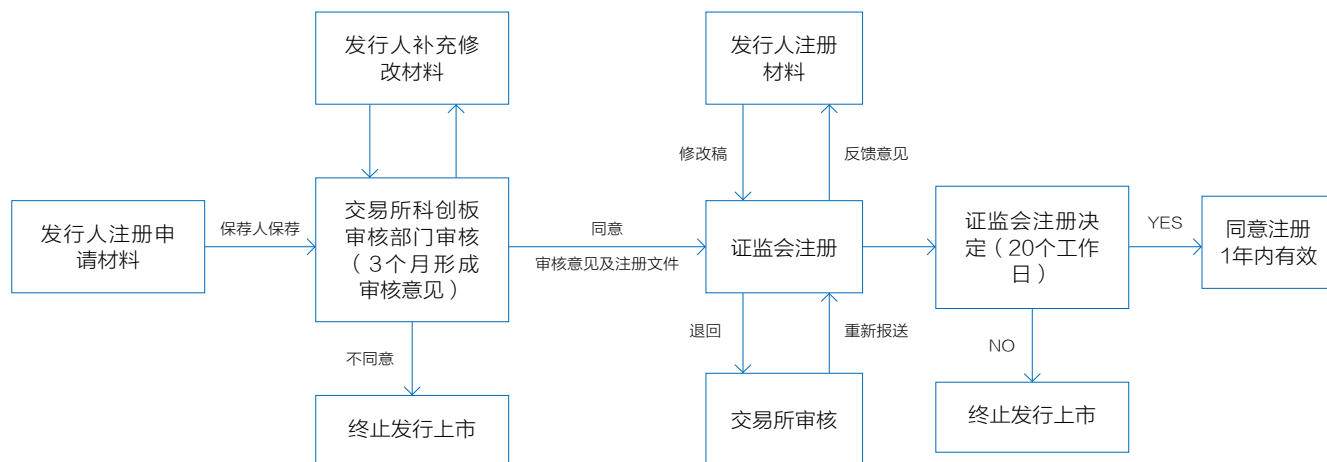
科创板试行保荐机构相关子公司跟投制度。发行人的保荐机构依法设立的相关子公司或者实际控制该保荐机构的证券公司依法设立的其他相关子公司，参与首次发行战略配售，并对获配股份设定限售期。

二、科创板注册制是否意味着上市简易

《科创板首次公开发行股票注册管理办法（试行）》第四条规定首次公开发行股票并在科创板上市，应当符合发行条件、上市条件以及信息披露要求，依法经上海证券交易所（以下简称交易所）发行上市审核并报经中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）履行发行注册程序。

科创板实行注册制并非简单的理解不进行实质审核而向证监会备案/注册即可上市发行，科创板的审核机构只是不再是证监会而改由上交所进行审核，上交所按照科创板相关发行审核要求予以审核，包括发行人是否符合上市条件等进行实质审核判断，之后再提交证监会予以注册。

如对发行人是否符合科创板定位的审核，《上市审核规则》规定，由上交所对发行上市进行审核，审核事项包括





三个方面：一是发行人是否符合发行条件；二是发行人是否符合上市条件；三是发行人的信息披露是否符合要求。在对上述事项进行审核判断时，将关注发行人是否符合科创板定位。首先由发行人对其是否符合科创板定位进行审慎评估，保荐机构应当就发行人是否符合科创板定位进行专业判断，上交所发行上市审核机构将关注发行人的评估是否客观，保荐人的判断是否合理，根据需要可以向科技创新咨询委员会提出咨询，将其作出的咨询意见作为审核参考。

目前科创板注册审核流程如左下图：

综上所述，由上交所具体负责实质审核发行人是否符合科创板的上市要求，上交所主要从主体资格及运营年限、上市条件、财务会计基础和内控要求、独立性与持续运营能力、合规性要求、信息披露等方面进行审核，而现阶段证监会实行注册实质上仍可归于行政许可性质，上市的门槛和要求并未降低，只是主要的审核工作由上交所完成。而上交所是个相对市场化的主体，其审核效率会明显提高，业界通常判断发行人从递交注册申请材料到获得证监会同意注册的整个时间周期最快可在6个月左右完成。

三、如何做好迎接科创板的准备

（一）科创板与主板的比较

项目	科创板	主板/中小板	创业板
财务指标	1、市值不低于10亿元，最近2年净利润均为正且累计净利润不低于5000万元，或者市值不低于10亿元，最近一年净利润为正且营业收入不低于1亿元； 2、市值不低于15亿元，最近一年营业收入不低于2亿元，且最近三年研发投入合计占最近三年营业收入不低于15%； 3、市值不低于20亿元，最近一年营业收入不低于3亿元，且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； 4、市值不低于30亿元，最近一年营业收入不低于3亿元； 5、市值不低于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，目前已取得阶段性成果。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。其中1-5五项要求只要满足一项即可。以上所称净利润以扣非前后孰低为准，财务数据须经审计。	1、净利润最近三年均为正且累计超过3,000万元； 2、最近三年营业收入累计超过3亿元，或最近三年经营现金流量净额累计超过5,000万元。	1、最近两年盈利，且最近两年净利润累计不少于1,000万元； 2、最近一年盈利，净利润不少于500万元，营业收入不少于5,000万元，最近两年的营业收入增长率均不低于30%；1和2达到一项即可。
主营业务	发行人最近2年内主营业务没有发生重大变化最近2年主营业务没有发生重大不利变化，发行人生产经营符合法律、行政法规的规定，符合国家产业政策。根据《关于在上海证券交易所设立科创板并试点注册制的实施意见》，科创板将重点支持新一代信息技术、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，推动互联网、大数据、云计算、人工智能和制造业深度融合。	最近3年内主营业务没有发生重大变化	发行人应当主要经营一种业务，其生产经营活动符合法律、行政法规和公司章程的规定，符合国家产业政策及环境保护政策。

审核周期	自受理之日起3个月内上交所出具意见（不含发行人准备反馈意见回复所需的时间），中国证监会20个工作日内注册	首发属于中国证监会的行政许可类事项，提交申请后需排队审核，所需时间一般至少在 1年左右
------	--	---

基于科创板的注册制推出，在一定程度上势必形成科创板与创业板、中小板的竞合关系，也会倒逼创业板和中小板加快审核效率，从近期的创业板和中小板审核进度与过会率可以印证，据坊间统计现阶段IPO一度实现即审即发且过会率高达80%。

（二）是否适合科创板应有的审慎考量

1、 是否符合科创板的定位和财务指标

企业自身应当比照上述科创板的条件和定位，审慎判断或规划自身申报科创板的进程。科创板属于中国试点注册制改革，其发行审核以交易所为主，整个审核周期加快，上市发行的时间具有预见性，因此实际业务中应当不会像主板那样券商/审核部门实际审核中的财务门槛要远远高于法律规定的财务指标门槛，原则上只要具备上述科创板的定位并满足要求，即可顺利实现向交易所申报申请发行上市。

2、 市值指标与发行定价

科创板引入与国际接轨的市值指标，五套标准中均有市值的要求，选择适合企业自身的市值指标与发行定价将密切相关，而发行定价亦直接关系最终能否成功发行上市。从现有的科创板申报企业选择的上市标准看，80%以上的企业选择第一套上市标准即市值为10亿元以上，这也反映出企业等各方为确保发行成功而做的保守选择和对未来发行价的审慎考虑。

科创板发行承销制度更倾向于机构投资者，其发行承销相关制度设计对发行定价产生重大影响。科创板加大网下配售的比例，网下初始发行比例不低于本次公开发行股票数量的70%（发行后总股本超过4亿股或未盈利的，不低于80%），其中网下发行股票数量的50%以上应当向公募基金、社保基金和养老金配售。社保基金和养老金其资金性质决定了其风险偏好较低，其申报认购定价趋于保守，再加上科创板实行保荐券商跟投制度，如发行定价过高则发行失败的可能性大大增加（社保和养老基金基于其审慎的投资要求，不大可能去认购发行溢价明显高于行业平均值或主板同行业平均值的股票，对于未盈利企业更是非常谨慎），而发

行价定的过低则发行人股东认为其价值被低估而不予认可，尤其是一些发行人存在一级市场PE融资估值过高的情形，容易出现一二级市场估值倒挂，这将导致出现企业/发行人股东、券商、市场多方对发行定价的博弈。

3、 信息披露制度与退市制度

科创板注册制规则体系以强化信息披露为中心，根据《科创板上市公司持续监管办法（试行）》、《上海证券交易所科创板股票上市规则》，其信息披露的特殊要求主要体现在强化行业信息披露，科创企业上市公司应当在年度报告中，结合其所属行业政策环境和发展状况，披露所处行业的基本特点、主要技术门槛、核心竞争优势、研发支出和在研项目等重要信息，关联交易的披露及股东大会审议标准中增加市值指标，突出经营风险披露，要求对公司日常经营过程中可能遭遇的重大经营风险如业绩大幅下滑知识产权与重大诉讼仲裁等提出相应的披露要求。

科创板实施了比主板更严格的退市规则，其退市程序和规定比肩香港联交所等成熟市场规定，主要有重大违法强制退市和交易类强制退市、财务类强制退市、规范类强制退市，《上海证券交易所科创板股票上市规则》第12章对退市做了明确规定，如其中12.3.1规定了交易类强制退市标准即上市公司出现下列情形之一的，交易所决定终止其股票上市：

- （一）通过交易所交易系统连续120个交易日实现的累计股票成交量低于200万股；
- （二）连续20个交易日股票收盘价均低于股票面值；
- （三）连续20个交易日股票市值均低于 3亿元；
- （四）连续20个交易日股东数量均低于 400人；
- （五）交易所认定的其他情形。

前款规定的交易日，不包含公司股票停牌日和公司首次公开发行股票上市之日起的 20个交易日。

证券市场出现重大异常波动等情形的，交易所可以根据实际情况调整本条第一款规定的交易指标。

综上，科创板引入相对更加规范、透明的市场化的管理模式及退市机制，为此，冲向科创板，您准备好了吗？🚀



企业针对不愿意缴纳社保员工的 正确处理方式

■ 贾宝军、许可 / 文

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控制、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。



许可律师简介

京都所实习律师。自加入京都所以来，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。



社会保险作为国家主导构建的基础保障体系，对每位公民都至关重要。发布于1994年的《中华人民共和国劳动法》第七十二条即明确规定：用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。

现实生活中，有的用人单位从节约企业用工成本的角度考虑而选择不为员工缴纳社保。但随着劳动者权利意识的逐步提高、企业用工风险的逐步增长，多数用人单位均选择依法为员工缴纳社保。现如今，反而是入职企业的诸多员工主动向用人单位提出不为其缴纳社保，如此做法一来可免除其个人应缴纳社保部分，二来其可以额外收到因用人单位未为其缴纳社保而发放的“社保补贴”，最终使得到手的工资总金额增加。

一、企业面对要求不缴纳社保员工的窘境及通常处理方式

面对员工主动提出不缴纳社保的要求，用人单位尤其是中小企业选择如何应对显得颇为尴尬。如用人单位同意员工的请求，则面临着潜在的企业用工风险，同时还存在违法违规的风险，根据我国《社会保险法》的相关规定，用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，将会被加收滞纳金甚至会被罚款¹；如用人单位不同意员工的请求，在企业用工成本有限、无法为员工涨薪的前提下，又会面临无法招聘到“千里马”，从而导致人员流失、企业无法正常经营的状况。

此种情形下，用人单位的应对方式方法显得极为重要。

1 《中华人民共和国社会保险法》第八十六条：用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以下的罚款。

为了留住人才，确保企业的正常运营，用人单位往往会同意劳动者提出的不缴纳社保的要求，并采用以下多种方式来规避企业用工风险：

- 1、在给这类员工发放工资时，额外发放“社保补贴”，当做是不为这类员工缴纳社保的一种补偿；
- 2、要求这类员工自行向企业提交“不缴纳社会保险申请书”，内容包括“不缴纳社保系其个人自愿提出”、“企业已向其告知不缴纳社保的各项风险”、“不得以企业未向其缴纳社保为由而要求企业承担赔偿责任”等等；
- 3、有选择的为员工购买商业保险。

用人单位的上述“组合拳”看似合情合理，但实际上已经为企业用工风险埋下了隐患。

二、企业同意员工不缴纳社保要求存在的法律风险

正如上文所述，《中华人民共和国劳动法》明文规定，用人单位和劳动者双方必须参加社会保险、缴纳社会保险费。此外，《中华人民共和国社会保险法》第四条规定：中华人民共和国境内的用人单位和个人依法缴纳社会保险费；《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定：用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：(三)未依法为劳动者缴纳社会保险费的。

由上，企业不为员工缴纳社保违反了我国《劳动法》、《劳动合同法》、《社会保险法》等相关法律法规的规定，在此情形下，用人单位除了面临被有关部门加收滞纳金、罚款的行政处罚风险之外，具体而言，还面临以下两大风险：

(一) 承担员工医疗费、养老保险待遇、因工伤而产生的各项费用

企业未按照法律规定为员工缴纳社保，员工因发生工伤或其他意外伤害而产生的赔偿等责任当然应由企业承担，但若企业不为员工缴纳社保系因员工个人申请所致，企业是否要承担责任呢？司法实践中，此种情形下，员工要求企业承担因未缴社保而导致其无法报销医疗费用或要求企业补偿未

缴社保期间的相关待遇时，法院会如何处理？

案例一²：员工A于2008年1月1日入职某企业任职，并与某企业签订了为期十年的劳动合同。2013年3月5日，A员工又与某企业签订《协议书》，自愿选择以个人缴纳的方式为自己缴纳相关保险金。2013年5月24日，A员工在外出洽谈业务返回单位途中发生车祸死亡。A员工亲属诉请某企业向其支付A员工的死亡丧葬补助金、一次性工亡补助金、抚恤金。

案例二³：员工B于2014年3月25日入职某企业任职服务员，于2015年7月21日辞职。某企业于2014年5月至2014年8月期间为B员工缴纳了医疗保险，后因B员工个人申请，某企业停缴B员工医疗保险。后B员工诉请某企业向其支付2015年1月1日至7月21日医疗费8872.78元。

案例三⁴：员工C于2002年9月20日入职某公司任职厨师长，于2016年3月10日离职。在C员工的申请下，某企业没有为C员工缴纳2002年9月至2011年2月期间的社会保险。后C员工诉请某企业向其支付2002年9月20日至2011年2月28日期间的未缴养老保险待遇补偿及未缴失业保险一次性生活补助费。

上述三个案例中，A、B、C三位劳动者均通过与用人单位签署《协议书》或递交书面申请的方式表明了其不缴纳社会保险的个人意愿，用人单位根据《协议书》或申请也没有为其缴纳。对于上述做法，三个案例中法院的观点趋于一致，即：缴纳社会保险是法律赋予用人单位的法定义务，具有强制性，故该社保缴纳义务并不因双方约定而免除。因此均支持了劳动者的请求。

综上，即使用人单位不为劳动者缴纳社保系因劳动者主动提出，用人单位仍面临着此类劳动者后续诉请要求承担因工伤或其他意外伤害而产生的赔偿责任和补偿未缴社保期间相关待遇的潜在用工风险。

(二) 员工以用人单位没有为其办理社保为由单方解除劳动合同，并要求用人单位承担经济补偿

根据我国相关法律规定，用人单位为劳动者办理社保系其法定义务，用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条的

2 荆州市中级人民法院民事判决书——(2018)鄂10民终655号

3 北京市第一中级人民法院民事判决书——(2016)京01民终3915号

4 北京市第三中级人民法院民事判决书——(2018)京03民终5220号



规定解除劳动合同，并可依据上述法律第四十六条第（一）款⁵的规定要求用人单位向其支付经济补偿。

但若企业不为员工缴纳社保系因员工个人申请所致，此种情形下，这类员工又以企业未向其缴纳社保为由诉请解除劳动合同，并要求企业向其支付经济补偿时，法院会如何处理？

案例四⁶：员工D于2012年7月1日入职某企业任职球童，双方签订的劳动合同期限至2018年6月30日。2012年7月1日，D员工签署了《协议》，载明自愿放弃某企业给予的福利待遇：包括工伤保险、失业保险、养老保险、医疗保险、生育保险、本人对此无异议。2017年2月22日，D员工向某企业邮寄《解除劳动关系通知书》，载明某企业未依法给其缴纳社保并拖欠工资从而解除劳动合同。后D员工诉请某企业向其支付经济补偿金。

案例五⁷：员工E于2007年6月入职某企业从事车工工作，2014年1月8日出具承诺书载明，由于其自身原因，不愿缴纳社会保险。2014年9月28日，E员工以某企业“长期未及时足额支付本人工资未及时缴纳社会保险”为由与某企业解除劳动关系。后E员工以某企业未为其缴纳社保为由要求支付经济

补偿金。

案例四中，法院认为：结合查明的事实，可以确认某企业未为劳动者缴纳社会保险，D员工亦曾向某企业邮寄快递，故本院采信D员工的主张，某企业应向其支付解除劳动关系经济补偿金。某企业虽称D员工通过协议自愿放弃社会保险待遇，但该协议违反社会保险法的强制性规范，应属无效。

案例五中，法院认为：E员工因自身原因不愿意缴纳社会保险费，是对自身权利的合法处分并承担相应的后果，现E员工以某企业未为其缴纳社会保险为由主张经济补偿金，违反诚实信用原则，原审法院未支持其诉讼请求，并无不当。

综合案例四和案例五的裁判观点，针对员工申请不缴纳社保，后又以企业未为其缴纳社保为由解除劳动合同、支付经济补偿如何解决的问题，各地法院出现了同案不同判的情形。其实针对上述问题，已经有北京、浙江等地出台了相应的解答文件：

综上，企业在面对此类问题时应首先遵循当地法院和劳动仲裁机构分布的相关规定，没有相关规定的应检索当地

北京市	《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》	第25条：劳动者要求用人单位不缴纳社会保险，后又以用人单位未缴纳社会保险为由提出解除劳动合同并主张经济补偿的，应予支持？依法缴纳社会保险是《劳动法》规定的用人单位与劳动者的法定义务，即便是因劳动者要求用人单位不为其缴纳社会保险，劳动者按照《劳动合同法》第三十八条的规定主张经济补偿的，仍应予支持。
浙江省	《浙江省高级人民法院民一庭关于审理劳动争议纠纷案件若干疑难问题的解答》	最近3年内主营业务没有发生重大变第十一条：劳动者不愿意缴纳社会保险费，并书面承诺放弃参加社会保险的法律后果是什么？劳动者不愿意缴纳社会保险费，并书面承诺放弃参加社会保险的，该书面承诺无效。劳动者可以此为由解除劳动合同，但要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。
广东省	《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（粤高法〔2012〕284号）	第25条：用人单位与劳动者约定无须办理社会保险手续或将社会保险费直接支付给劳动者，劳动者事后反悔并要求用人单位为其办理社会保险手续及缴纳社会保险费的，如用人单位在合理期限内拒不办理，劳动者以此为由解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿，应予支持。



法院对该类案件的裁判案例，以准确把握司法机关的执法尺度，并以此为企业的用工管理决策提供参考意见。

三、企业针对要求不缴纳社保员工的正确处理方式

从司法实务的角度来看，可以得出以下结论：

1、针对“用人单位不为劳动者缴纳社保系因劳动者主动提出，用人单位根据其申请未为其缴纳社保”这一问题而言，各地法院的裁判观点趋于一致，即该种“约定”因违反了法律的强制性规定从而无效；

2、针对“劳动者因自愿放弃缴纳社保而对其造成的损失（包括医疗费、养老保险待遇、因其工伤而产生的各项费用）是否应由其自行承担”这一问题而言，各地法院的裁判观点趋于一致，即由用人单位承担赔偿责任；

3、但对于“劳动者本自愿放弃缴纳社保，后以未缴纳社保为由解除劳动合同并主张经济补偿”如何处理的问题，各地裁判尺度不同。

4、此外，对于“用人单位额外向劳动者发放社保补贴作为不缴纳社保的一种补偿”这种方式，多数法院会判定劳动者向用人单位返还，并会依据劳动者的诉请判定用人单位为

劳动者补缴社保，避免出现劳动者一方面要求将社会保险费用计入工资发放，另一方面又主张补缴保险费的道德风险。

在上述司法实务背景之下，针对要求不缴纳社保的员工，笔者建议企业的处理方式如下：

1、首先要根据员工身份情况、具体工作内容等综合判断双方之间的法律关系，即是否必须与其签订劳动合同，能否以签订劳务合同代替？如果不属于劳动关系，则可以签订非劳动合同。与此同时，可根据其从事的工作性质为其购买商业保险，进一步降低企业用工风险。

2、查明员工要求企业不为其缴纳社保的真实原因。如系因劳动者已在其他企业缴纳社保，则笔者建议用人单位要求劳动者提供已在其他企业缴纳社保的书面证明材料，并要求其提交亲笔书写的申请文件，表明其已在其他企业缴纳社保，不再在本企业重复缴纳；如系因劳动者单纯从节约成本的角度考虑，并无其他特殊理由，则建议用人单位说服员工缴纳社会保险。即便出于人才渴求原因被迫接受不愿缴纳社保的员工，亦应清楚地知晓因此面临的法律后果，在发生争议时能提前准备合理的解决方案。

3、对于员工出差较多、工伤事故发生较多的企业，以及对于人员流动性较大的劳动密集型企业，可以采用劳务外包的用工方式来避免用工风险。

5 《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条：有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：

（一）劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的。

6 北京市第一中级人民法院民事判决书——（2017）京01民终7099号

7 江苏省高级人民法院民事裁定书——（2018）苏民申339号



让时间披上光彩和喜悦 ——读《生活是很好玩的》有感

■ 刘铭 / 文

江畔读书社每月寄书，如友人雁帛，惦念至情。

收到书也都看了，大多粗粗翻过，亦有所想。有的书读的辛苦，便放在书架，也许恰当的时间相遇更好。

其中汪曾祺《生活是很好玩的》甚是喜欢，像不经意得到一件钟情的小玩意儿。

读书于我更多还是无用之乐，是时间的陪伴。

《生活是很好玩的》写食物、草木、昆虫、写人物春秋。

如写“口之于味，有同嗜焉。虾饼以爆炒韭菜骨朵儿衬底，美不可言”；写“联大的女同学吃胡萝卜成风，因为吃了可以驻颜，一边谈着罗赛蒂的诗，布朗底的小说，一边咯咯咯地咬胡萝卜”；写葡萄“睡在铺着白雪的窑里”；写因粗大过香被文雅人不取的桅子花，“桅子花说，去你妈的，我就是要这样香”；写被惊走恋人忘记烦恼的啄木鸟；写昆明的雨“木香花湿雨沉沉”；写金岳霖的怪，谭富英有时很逗，写林斤澜！“哈哈哈哈哈”，写他们的委屈苦痛轻描淡写。写琥珀，“美，多少要包含一点偶然”；写螃蟹“凶恶和滑稽往往很近似”……

看似东拉西扯，字里行间，都会看到寄物情感、观群哲思。

汪曾祺如一个纯粹、趣味的赤子文人和你聊天，含蓄浅淡，诗词达意，质朴

刘铭律师简介



京都律师事务所高级合伙人，教授（兼职），独立董事，民盟中央法制委委员，朝阳区政协委员监察员，中央电视台法制频道评论员，从事律师工作近20年，以其深厚的理论基础和丰富的执业经验，代理众多复杂诉讼与非诉案件。致力于法治建设、社会进步和高端法律服务。



童趣，不着痕迹，不觉间让时间披上了光彩和喜悦。

季羡林说：“生活本身没有意义和价值，只是生命的延续和链条。”

生活本身并不好玩，也不诗意，有诗意和美是因为有了生活烟火中的远离和审美凝望。如同艺术，艺术高下在于和生活的距离远近。一个人觉得生活好玩是因为自身的文化和审美，是自己远望了生活尘俗和得失寸心。读书是人生净化，人是艺术的模仿，如果觉得生活好玩，便是读书之悦吧。

乡思

■ 刘铭 / 文

你也许来自江南
缓缓水乡
慢慢散开的晨雾

斜斜雨丝
笔笔都是水墨
晕染出了乌瓦白墙
和挂起的一线红

桨划过水声
划过了咫尺的乡愁

青石小巷深深
跫音浅浅渐远

岸上的栀子花香
也追不回的美丽背影

碎了一溪的音符溅起
象等待到十一月的金线菊

乡愁和思念
已遗落在江南烟雨
却又在北方的暮春拾起

牧马余生

■ 杨大民 / 文

我出生在草原
把故乡留在了远方
我从童年出发
路过多少人的故乡

长城内外远眺黄河两岸
巍峨五岳俯瞰海纳百川
鱼米之乡品味炊烟袅袅
苏州城下倾听二泉映月

我从远方归来
在草原上寻找童年
回到自己的故乡
再也不想去漂泊

我不羡慕雄鹰
也不轻视蚂蚱
草原上所有的生灵
都是我生命的伙伴

我不仰望高山
也不俯视平原
只想和你在草原上
牧马余生



论往昔碧血丹心鉴，看今朝拈花笑语真 ——京都所2019年党建活动纪实

2019年6月21日至23日，京都律师事务所党总支组织党员赴江苏开展以“观摩、讨论、领悟”为主题的党建活动，参观了新四军六师师部旧址纪念馆及沙家浜纪念馆，重温了入党誓词，并召开民主生活会，就如何做好一名党员、如何更好的开展党建工作，进行了深入的交流和热烈的讨论。

“纸上得来终觉浅，绝知此事要躬行”，每一次党建活动，都令人获得了新的知识和新的感悟。党员们纷纷表示将党员精神带到以后的工作及生活中去，为律所、为社会、为国家，作出自己的贡献。



↑ 新四军六师师部旧址纪念馆合影



↑ 不忘初心，牢记使命



↑ 重温入党誓词



↑ 观看“新四军是抗日的铁军”主题片



↑ 沙家浜纪念馆合影



↑ 新四军六师师部旧址纪念馆参观登记簿



国画作品：暗香

作者：刘铭律师



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

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

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

天津分所

地 址：天津市河西区南京路39号
凯德国贸C座1009室
邮 编：300200
电 话：022-58963439
传 真：022-28131519
邮 箱：tianjin@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

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