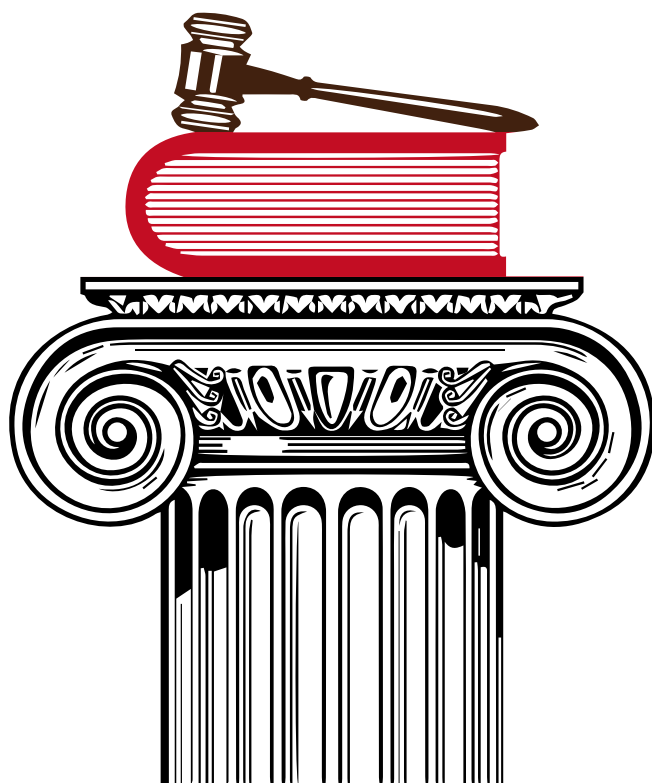




P35 聚焦刑法修正案（十一）草案 京都律师建言献策

P22 特稿 / 走出刑事诉讼理念的十大误区

P57 京都25周年 / 京都律所25年转型记：每当成就遇到改革

P62 京都论法 / 民间借贷利率新规定有关问题简析

P87 京都实务 / 如何搭建国内AB股表决权制度设计，稳定公司控制权



庚子之秋的“相聚”

杨珉



北京的秋天，不冷不热，给人的感觉最舒爽。庚子年的秋天，又多了一丝疫情之后的轻松。所有的学校都开学了，孩子们又见到了久别重逢的老师和同学，更加珍惜师生相处的美好时光。

2020年9月19日，对于我个人来说更是一个幸福的日子，我与我的启蒙老师郑渊洁先生终于相见了，实现了作家与读者，偶像与粉丝跨越38年的“相聚”。

1982年，我在《儿童文学》第12期第一次读到郑渊洁老师的《开直升飞机的小老鼠》，那年我8岁。后来我开始阅读郑渊洁童话专刊《童话大王》，那是中国唯一由一个人创作的月刊。一读，居然就读了三十多年，我不仅仅被想象力丰富的郑氏童话故事所吸引，更被经典又超脱的郑氏语录和郑氏思维所启发。对我的成长产生了积极的影响，潜移默化，润物无声。

郑老师在《童话大王》的故事里告诉我：“奋斗人生的诀窍就是经营自己的长处，经营自己的长处就会使你的人生增值，经营自己的短处，就必然会使你的人生贬值。”于是，我遵循老师教诲，远离数理化，学好文史法。在书中寻找属于我自己的“脑白金”。

当成为一名执业律师后，我更加关注童话大王郑渊洁老师。因为我发现他也在做与法律有关的事，不但研究刑法，而且为其子郑亚旗创作了《皮皮鲁和419宗罪》，希望给孩子一个保护。该书后来出版发行，让更多的孩子了解刑法，保护自己。实现了郑渊洁老师“对父母最大的爱就是保护好自己，别惹事”的教育理念。不仅如此，郑渊洁老师一直在用法律武器保护他的其他“几个孩子”。近十年来，他无数次的为舒克、贝塔和皮皮鲁、鲁西西的商标、商号维权。一场又一场诉讼，一次又一次的维权之战，实实在在的推动着中国的知识产权保护进程。

与郑渊洁老师见面，谈的最多的还是维权和法律。各种

各样的维权遭遇，各种各样的维权感慨。瞠目结舌，匪夷所思，啼笑皆非，真的是童话都不敢这么写。打维权官司的时间太漫长了，有的打了九年，有的诉了十年。但是，由于郑渊洁老师的坚持与坚韧，法律总算给了他一个又一个“胜诉”的结果。郑老师感慨的说：中华人民共和国商标法全文我都背下来了。

郑渊洁老师为维权背法条的感慨给了我很多触动。第一，作为执业律师，我们谁可以骄傲的说中华人民共和国民法、刑法或者刑事诉讼法、商标法，我也可以全文背下来。如果背不下来，就是功夫不到位，功力不精进。第二，很多事本来是法律人应该去推动的事，却让中国的童话大王郑渊洁老师一个人去实现了，作为法律人，我们感到惭愧。

这次短暂的“相聚”，让我近距离的认识郑渊洁老师，了解郑渊洁老师，阅读郑渊洁老师。过去他用童话启蒙了我，现在他用自己的维权经历在启蒙这个社会。所以，我认为郑渊洁老师是一个真正的智者，一个伟大的中国作家，也是一个以法律的方式推动社会进步的“法律人”。

上个世纪九十年代初期，郑渊洁老师就在童话故事里说“21世纪是一个是骡子是马拉出来遛一遛的世纪。”

转眼之间三十年过去了，人类社会走进了微信时代，大数据时代，但是《童话大王》月刊，依然在如期出版，如期发行。郑渊洁老师依然每天凌晨四点起床为小读者、大读者和像我这样的老读者创作着。他的想象力比三十年前还要丰富，这才是真功夫，这才是拉出来遛一遛的底气。

就像田文昌老师一样，对刑事辩护深耕细作，对刑事诉讼反复思考，积四十年之功力，写出《走出刑事诉讼理念的十大误区》，这是本期《京都律师》的特稿，希望会对每一位法律人以启发和思考。



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	郭 庆	肖树伟
刘 铭	陈 宇	吕志轩
金 燕	张雁峰	梁雅丽
刘敬霞	陈东利	赵岐龙
牛支元	柳 波	黄雅君
郑建鸥	孙艳辉	徐 莹
张启明	王春军	

主 编 杨大民

编 辑 孟 妮

美 编 北京龙之月文化

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

庚子之秋的“相聚” 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

走出刑事诉讼理念的十大误区 田文昌 / 22

封面主题

聚焦刑法修正案（十一）草案 京都律师建言献策

刑法修正案（十一）草案之“高空抛物”入刑 门金玲 / 36

刑法修正案（十一）草案评述：刑法的谦抑性与公众情绪的平衡 彭吉岳 封旺 / 39

刑法修正案（十一）草案是如何体现对企业产权的保护 孟粉 / 42

非法吸收公众存款罪面临的问题和应对

——也谈刑法修正案（十一）草案关于非法吸收公众存款罪的修订 夏俊 / 45

污染环境罪的刑法适用与刑罚配置 李波 / 49

刑法修正案（十一）草案若干内容解析 侯佳 / 53

京都25周年

京都律所25年转型记：每当成就遇到改革 / 57



追求卓越 不负重托

京都论法

民间借贷利率新规定有关问题简析 肖树伟 游乐 杨琨 / 62

关于适用民法典侵害知识产权惩罚性赔偿规则的思考 刘铭 张青龙 / 65

从包头前检察官受贿、辞职法官行贿案

谈行贿、受贿罪司法认定中的几个问题 柳波 / 69

监察法与刑法衔接若干问题 颜九红 / 72

劳务外包用工模式运用在居家、社区养老服务中的风险与思考 许可 / 78

京都实务

新规体系下非金融企业债务融资工具注册案例评析 刘敬霞 齐超 / 81

如何搭建国内AB股表决权制度设计，稳定公司控制权 肖小保 / 87

从企业并购案看企业重组税收策划业务 高慧云 王帅锋 / 90

新《药品管理法》背景下并购药企开展法律尽调的审核重点 魏天颖 / 95

民法典小芝士汇总 为当代生活“保驾护航” / 99

律·诗

理发师的自白 杨大民

生活 刘铭 / 103

在西山 孟冰 / 104

京都律师

封面题字 江 平



P24 京都律师多角度深度解读《民法典》

P49 京都论法：民间借贷利率新规定有关问题简析——肖树伟、游乐、杨琨
P65 京都论法：关于适用民法典侵害知识产权惩罚性赔偿规则的思考——刘铭、张青龙
P69 京都实务：谈行贿、受贿罪司法认定中的几个问题——柳波
P72 京都实务：监察法与刑法衔接若干问题——颜九红
P78 京都实务：劳务外包用工模式运用在居家、社区养老服务中的风险与思考——许可
P81 京都实务：新规体系下非金融企业债务融资工具注册案例评析——刘敬霞、齐超
P87 京都实务：如何搭建国内AB股表决权制度设计，稳定公司控制权——肖小保
P90 京都实务：从企业并购案看企业重组税收策划业务——高慧云、王帅锋
P95 京都实务：新《药品管理法》背景下并购药企开展法律尽调的审核重点——魏天颖
P99 律·诗：民法典小芝士汇总——为当代生活“保驾护航”

2020年第2期
总第132期 季刊

业 绩

京都律所设计的崇礼国家区域医疗中心“四梁八柱”合作方案全面落地实施

2020年8月7日，北京大学第三医院崇礼院区国家区域医疗中心（运动创伤）项目南区医疗教学科研区四方合作协议正式签约。这是继2020年5月16日该项目北区后勤生活保障区四方合作协议顺利签约之后签署的第二个合作协议，标志着该项目两个分区的合作方案得到了各方的全面认可，整体工作由“四梁八柱”顶层设计层面正式转入方案落地、项目建设实施阶段。

2019年10月23日，国家发展改革委、国家卫生健康委、国家中医药局、国务院医改领导小组秘书处四部门联合印发了《区域医疗中心建设试点工作方案》(发改社会〔2019〕1670号)（以下简称《试点方案》），明确提出在京、沪等医疗资源富集地区遴选若干优质医疗机构，在患者流出多、医疗资源相对薄弱地区建设区域医疗中心，此后将河北、山西、辽宁、安徽、福建、河南、云南、新疆8个省区和30家优质医疗机构列入第一批试点项目名单。

北京大学第三医院崇礼院区国家

区域医疗中心（运动创伤）项目（下称“崇礼医疗中心项目”）是第一批试点项目名单中的河北省唯一区域医疗中心项目，由河北省与北京大学第三医院按照《试点方案》合作，在张家口市崇礼区落地建设实施的“大专科、小综合”项目。此项目和其他试点项目相比，是一个既有特殊性又有典型性的试点项目。这是因为：选址上，需要南北两个院区融合共建、功能分区，既包含业务用房、服务保障设施，还要考虑社会资本经营布局；用地上，需要协调土地使用权人（民营企业）配合建设；任务上，既承担区域医疗中心的责任，还要承担保障2022年冬奥会的医护任务；主体上，宏观管理层面有国家部委和河北省政府，中观管理层面包含了市区两级政府，微观落实层面有北医三院和民营企业参与。政府层面需要综合考量政治、社会效益，北医三院需要兼顾政治、经济、社会效益，民营企业更多倾向于经济利益和社会效益。因此，项目主体多、权利义务关系复杂，项目合作

方案设计需要兼顾各方诉求，逐项析理明利，靶向解决问题，理顺现实利益和长远发展关系，处理和平衡好试点建设任务完成中的各项目标。

去年以来，京都律师事务所作为崇礼医疗中心项目的法律顾问，由高级合伙人刘敬霞律师、刘铭律师牵头，由程光律师、李军霞律师、肖婷等其他多位律师、助理和高级顾问组成工作专班，为该项目提供全程咨询和法律保障服务。为了圆满高质高效完成服务任务，工作团队认真学习习近平总书记提出的“健康中国”战略的深刻内涵，系统研究推行区域医疗中心建设的政策背景和制度要求，深入进行多方交流调研，多层面沟通了解各方利益诉求，并到崇礼区及外地试点省份进行实地详细尽调和考察学习，在此基础上，按照《区域医疗中心建设与管理暂行办法（试行）》确定的模式，创新设计了切实可行的区域医疗中心合作建设模式和方案的“四梁八柱”，起草了一系列配套制度及协议，构建了政府主导下的医院和社会资本合作模式，周到地照顾了各方诉求，有效地保障了各方利益，顺利地完成了筹建前期的关键性工作，为试点项目的全面启动扫清了落地障碍、搭建了合作机制，各方均深表满意。这个项目的法律服务的圆满成功，再次彰显了京都律师事务所“追求卓越，不负重托”的工作理念和服务精神。

崇礼医疗中心项目全面签约后，京都律师事务所将继续协助推进该项目后续的各项任务，为张家口市打造区域医疗中心及承办2022年冬季奥运会贡献力量。



会议现场



业绩

夏俊律师为诈骗案当事人成功辩护，37天“黄金救援期”不批准逮捕

近日，京都律师事务所合伙人夏俊律师接受委托担任诈骗案当事人谢某的辩护人。经过高效、负责、及时的辩护工作，在37天“黄金救援期”内，夏俊律师为诈骗案当事人谢某争取到被检察机关不批准逮捕的好结果，当事人重获自由。

按照法律规定，犯罪嫌疑人被刑事拘留到检察院决定是否批捕的最长期限是37天，这37天被称为刑事案件的“黄金救援期”。在刑事诉讼流程中，审查批捕前的刑事辩护是律师在侦查阶段辩护工作的最前端，如果这一阶段能够通过捕前辩护达到不捕的目的，对于当事人而言就是最大的胜利。毋庸置疑，对于辩护律师来说，37天黄金救援期内做好捕前辩护工作，就显得特别重要，尤为迫切。

紧锣密鼓，步步为营，做好“捕前辩护六部曲”

第一步，黄金救援期内时间紧迫，接受委托之后律师第一时间会见当事人，全面沟通、及时了解案件相关情况。接受委托后，夏俊律师第一时间前往看守所会见当事人，详细询问案件情况，解答当事人的法律咨询，安抚当事人情绪，这些工作是第一次会见时的重要内容。通过会见，律师了解到谢某在涉案公司工作，任部门经理一职，该公司从事贷款业务，由于涉嫌诈骗，该公司及相关关联公司已被刑拘数百人，这起案件人



夏俊律师

数多，影响大，无疑属于重大复杂案件。通过这次会见，律师对案件情况有了基本了解，为之后分析案情、寻找辩护突破口打下了坚实的基础。

第二步，做好法律检索，深入分析案件。会见当事人之后，夏俊律师进行了详细全面的法律法规与案例检索，还查找了相关学术文章、新闻报道，通过对整个案件背景、法律规定、既往判例、学术观点等等进行梳理与研究，对案件有了一个全盘了解，进而对案件作出初步分析和基本预判。通过分析，夏俊律师确定了本案的辩护关键点：一是谢某在公司的主要工作职责到底是什么，其工作职责与涉案贷款业务有无关联。二是谢某是否有非法占有他人财物的主观故意。三是谢某是否实施了虚构事实、隐瞒真相的客观行为。四是谢某是否为该公司的相关涉案行为提供了帮助，是否实际参与相关贷款业务。五是谢某是否基于涉案贷款业务获取了相关利益。辩护律师根据以上辩护关

键点，娴熟应用法律专业知识，形成了初步律师意见。

第三步，“主动出击”，与办案机关积极沟通，将相关工作变“被动”为“主动”。由于案件处于侦查阶段，法律并没有规定侦查机关需要将相关事项包括提请批准逮捕等主动告知辩护律师，导致律师获取相关信息会有所延迟，工作极易处于被动状态。夏俊律师努力将相关工作变“被动”为“主动”，在会见当事人之后，多次积极主动与办案机关联系，沟通相关情况，了解案件进展，避免贻误任何“战机”。

第四步，根据会见以及与办案机关沟通的情况，及时完善法律意见，为当事人递交取保候审申请。37天黄金救援期的辩护工作必须环环紧扣，每一个步骤都应当及时高效。夏俊律师在会见当事人以及和办案机关沟通之后，第一时间到公安机关为当事人谢某提交了取保候审申请，由于该案涉案人数数百人，去办案机关提交申请时得知，我们是较早地为当事人提交取保候审申请的律师之一，充分说明辩护律师把工作做在了前面，占领了先机。虽然由于案件复杂、涉案人数多，办案机关最终没有批准取保候审申请，但辩护律师本着对案情的深入了解和研究，毫不气馁，坚信本案存在着事实不清、证据不足的辩护空间，仍然竭力在37天黄金救援期内为当事人争取不予批捕的辩护结果。

业绩

第五步，密切跟踪案件情况，得知送检察院审查批捕期间，再次会见当事人，全面沟通案情。为了不耽误捕前辩护的进程，夏俊律师密切关注案件呈捕情况，紧密联系检察院案管部门，第一时间获取案件呈捕信息，及时递交委托手续并获知承办检察官信息。同时，再次会见当事人，针对之前案情中尚不清晰或存在争议之处，再次与当事人深入核实和沟通，并针对即将递交的不批捕申请，认真听取当事人的意见，从中获取有利信息，继续完善律师辩护意见。

第六步，在审查批捕期限内，形成完备的申请不予批捕的律师辩护意见，及时提交检察机关，持续积极沟通，竭力为当事人争取不予批捕的辩护结果。夏俊律师结合了解到的案情、相关法律规定、法律检索及案例

类案检索的成果，撰写了一份有理有据，具体详实的律师意见提交给检察院。本案中，当事人谢某在该公司工作时间不长，虽有经理头衔，但其职务与公司涉嫌犯罪的贷款业务无关联，从工作岗位和工作职责上来看，谢某并不了解相关涉案业务的内容，也未实际参与，其对公司从事的贷款业务是否违法并不明知。并且，自当事人入职以来在公司领取的是固定工资，该公司并未发放给谢某与贷款业务相关联的提成或奖金。综上，我们认为，从工作岗位、相关职责、获利收益各方面来看，谢某没有非法占有他人财物的主观故意，且未参与公司的实际贷款业务，没有实施虚构事实、隐瞒真相的行为，认定其构成诈骗罪事实不清、证据不足。据此，律师形成了较完备的律师意见，并在审

查批捕的期限内及时提交检察机关，意见提交之后，律师又及时与检察机关进行沟通，所有的工作只为一个目标，即：做好捕前辩护，竭力为当事人争取最佳辩护效果。功夫不负有心人，最终，检察院采纳了辩护律师的意见，对涉嫌诈骗案的当事人谢某做出不批准逮捕决定，谢某被释放。

在本案中，夏俊律师高度重视37天“黄金救援期”的辩护工作，认真做好“捕前辩护六部曲”，矜矜业业，步步为营，最终为当事人的案件争取到良好的辩护效果。

该案是夏俊律师在37天“黄金救援期”内成功辩护的又一案例，其“专业、高效、认真、严谨”的辩护风格和工作态度再次赢得了当事人的认可。

京都瞿凯俊律师办理的史某涉嫌非国家工作人员受贿案 获取保候审决定

犯罪嫌疑人史某系北京某高档酒店前厅接待部负责人，被指控和酒店销售部负责人共同接多家旅游公司的贿赂，因涉嫌非国家工作人员受贿罪被北京市公安局某分局于2020年7月16日予以刑事拘留。

京都律师事务所的瞿凯俊律师接受嫌疑人史某亲属委托后，前后多次到看守所会见嫌疑人，并就涉嫌的罪



瞿凯俊律师

名等到侦查机关了解有关情况，提出了自己的意见，并提交了《取保候审申请书》。

在侦查机关案件将案件向检察机关提请批准逮捕后，瞿凯俊律师根据案件事实、情节等因素，认为犯罪嫌疑人涉案情节轻微，不应以涉嫌非国家工作人员受贿罪追究刑事。为此，瞿凯俊律师与检察机关进行深入沟



业绩

通，并向检察机关提交了应不予批准逮捕的《法律意见书》等书面材料。

2020年8月21日，检察机关对犯罪嫌疑人史某作出了不予批准逮捕决定，侦查机关于同日对犯罪嫌疑人史

某作出取保候审决定。犯罪嫌疑人史某于当晚回到家中。

瞿凯俊律师的专业素养和对案件认真负责的精神深获当事人及其家属的好评。

瞿凯俊律师认为，对史某的取保候审体现了司法机关在案件处理中贯彻了“宽严相济”的刑事政策，情节轻微可能不构成犯罪的，没有羁押的必要，应当予以取保并得到宽大处理。

京都所肖永成律师办理的某涉恶涉黑案件 获法院取保候审决定

甘肃省天水市某县公安局自开展扫黑除恶专项斗争活动以来，通过各种措施，深挖彻查，发现某团伙长期以来在公共场所，茶楼等地寻衅滋事，开设赌场等非法行为，给当地社会造成了恶劣的影响。为此，公安机关以参加黑社会性质组织、寻衅滋事、妨害公务、非法经营、涉嫌开设赌场、涉嫌非法采矿等罪名先后对20多名犯罪嫌疑人采取了强制措施。

犯罪嫌疑人胡某某也因寻衅滋事罪被刑事拘留，并于2019年9月5日被批准逮捕。

京都律师事务所的肖永成律师接受嫌疑人胡某某亲属委托后，前后多次到看守所会见嫌疑人，并就涉嫌的罪名到公安机关了解有关情况，提出了自己的意见。

案件移送检察院后，肖永成律师



肖永成律师

根据卷宗反映的案件事实，情节，认为犯罪嫌疑并不构成寻衅滋事罪。为此，肖永成律师几次与检察院进行沟通，向检察院提交《不予起诉申请书》和《取保候审申请书》。

2020年7月，检察院将整个案件移送法院，并将犯罪嫌疑人胡某某的罪

名由寻衅滋事变更为故意伤害。

接着，肖永成律师与办案法官进行联系，并将曾递交检察院的有关犯罪嫌疑人在该起犯罪的作用，情节等方面的书面材料递送法院，并提出了对犯罪嫌疑人变更强制措施的申请。

2020年8月8日，当地法院对犯罪嫌疑人胡某某作出了取保候审的决定，结束了胡某某在当地看守所长达一年的羁押状态。

肖永成律师对案件认真负责的精神深获当事人家属的好评。

肖永成律师认为，对胡某某的取保候审体现了当地办案机关在处理涉恶涉黑案件中“宽严相济”的刑事政策。

肖永成律师相信，当地人民法院在接下来的审理中，一定会对犯罪嫌疑人胡某某作出公正的判决。

业 绩



吕志轩律师

京都所吕志轩律师团队被多家机构聘请为 2020年常年法律服务单位

京都律师事务所高级合伙人吕志轩律师及其团队凭借其多年来在政府法律顾问、公司法律顾问中专业的法律服务经验和良好口碑，近日被北京

市通州区金融服务办公室、北京住总实业科技股份有限公司、北京杂技学校聘请为2020年常年法律服务单位。

千里跨省追捕终获取保，李志广律师成功办理一起合同诈骗案

2020年7月31日，京都律师事务所李志广律师陪同嫌疑人家属一起办理取保候审手续，经历跨省追捕的某公司负责人刘某终于被释放，公司内部相关人员也都如释重负。

刘某是某工程公司的负责人，公司主要承揽电力工程项目，目前尚有很多在办项目。由于刘某是公司主要管理人员，负责项目的联络、协调工作，刘某被公安机关刑事拘留后，项目管理和推进出现问题，员工陷入恐慌情绪，工程建设也一度停滞不前。

接受委托后，李志广律师迅速开展工作，通过知情员工了解情况，初步掌握涉案合同的背景和事实的来龙去脉，并就有关细节进行核实，并向公司调取有关证据材料，初步判断该案为合同纠纷，属于民事法律范畴，并不涉及合同诈骗犯罪。随后，李志广律师第一时间

提交会见申请，在会见刘某时，李志广律师重点就合同签订情况、履行情况，以及合同履行期间的沟通情况进行询问，进一步确认不存在合同诈骗犯罪的情形。之后，李志广律师起草了变更强制措施的法律意见，并就有关情况同办案机关进行沟通，经过多次沟通后办案机关采纳了律师意见。

然而，该案并未就此结束。一波三折的是，办案机关在认同该案不存在合同诈骗的情形后，改变侦查方向，认定刘某涉嫌伪造公司印章罪，并表示会以此案由报送批捕。在了解刻章背后的各种原因后，李志广律师进一步起草法律意见，从行为动机、主观故意、危害后果三个方面入手，结合宽严相济的刑事政策，立足保护企业家安全的政治要求，贯彻中央“六稳六保”的指示精神，最终，办案机关在报送批捕前一天



李志广律师

通知家属办理取保候审的手续。

刘某表示，通过此次教训，明白了企业生产经营过程中合规的重要性，本人被京都律师的专业所折服，表示将聘请京都律师事务所作为企业的顾问，希望京都律师继续用专业为企业保驾护航。



业绩

王众律师团队为当事人成功辩护，“黄金救援期”内不批准逮捕



王众律师



刘昆仑律师

近日，京都（上海）王众律师、刘昆仑律师、孔方杰律师、陆诗芸律师接受委托担任因数字货币交易导致涉嫌诈骗一案王某、郑某的辩护人。在王众律师细致的协调安排下，利用侦查阶段的“黄金救援期”，全力维护当事人的合法权益，最终为两位当事人争取到不批

准逮捕决定，并成功办理了取保候审。

因疫情原因，看守所会见必须网上先行预约。为了保证效率，团队律师在委托当天就成功预约，委托次日就完成了会见。特殊时期，上海地区一个阶段只能会见一次，所以在会见前，团队律师根据王某父亲所述内容并结合拘留证所载罪名，对诈骗罪的犯罪构成等进行分析和研究，确定好询问提纲，避免浪费珍贵的唯一一次会见机会。经过会见中与当事人王某、郑某的交流，团队律师掌握了基本案情，迅速确立了初步辩护思路。

确认辩护思路后，立即起草取保候审申请书，向公安机关申请取保候审。但公安机关并未采纳律师的意见，通过与办案警官的沟通，我们得知本案将移送检察机关批捕。团队律师分析，两当事人的行为明显不构成诈骗罪，后续可能会更改罪名，根据当事人的案情陈述、以及检索了大量的案例，并比照了刑法中的相关罪名，团队律师认为除了诈骗罪，公安机关更可能以另两个罪名将当事人移送批捕。因此针对这三个罪名，团队律师分别进行研究及分析，形成了三个方向的律师意见书。

因为移送批捕并提出法律意见的时间较短，团队律师不间断地和办案警官



孔方杰律师



陆诗芸律师

及检察机关联系，终于第一时间提交不应批捕的律师意见。确认检察机关收到意见后，又通过电话方式详细阐述了不应批捕的法律依据，检察机关最终采纳了辩护律师的意见，对王某、郑某作出不予批准逮捕的决定。

业绩

京都南京以专业取胜，捷报频传

京都南京从成立伊始，坚持专业取胜，着力打造专家型、学习型律所。律师们在诉讼、非诉领域精耕细作，以精湛的业务能力为客户提供周到而专业的法律服务。努力必有回报。近日，京都南京陆续收到三份业绩捷报。

业绩一：揭开融资性贸易面纱，为国有煤炭企业避免上亿损失

近日，本所陈宇、任视宇及梁卓卿律师代理的一起融资性贸易案件，成功为委托人避免1.4亿损失。该案是《民法总则》颁布后，山西省高级人民法院融资性贸易第一案，在法治进程中具有重要指导意义。

本所法律顾问服务单位某大型国有煤炭销售公司（以下简称“委托人”）在融资性贸易盛行期间，在民营企业的撮合下，成为多起以煤炭买卖为名、行拆借融资之实的融资性贸易的托盘方。在不知情的情况下，以支付货款的形式不断帮助借款方民营企业与实际出借方企业之间进行“走款”。一旦借款方民营企业资金链断裂无法还款，因委托人系连环买卖合同贸易链上的一环，就会被出借方企业主张要求“支付货款”或“退还预付款”，从而卷入大量诉讼。在接受委托之后，我所为委托人成功处理了大量类似融资性贸易案件，涉及金额几十亿元人民币，并形成研究文章《融资性贸易案件的法律实务探析



陈宇律师



任视宇律师



梁卓卿律师

（上）（中）（下）》。在本周，又传来捷报，近期在山西省高级人民法院开庭的融资性贸易案件取得全面胜诉判决。法官几乎完全采信我方代理意见，并在判决书中“本院认为”部分，大量采纳我方代理词的陈述和表格示意图，最终判决委托人无需承担

1.4亿元的还款责任。

此类以循环买卖为依托的资金空转型融资性贸易案件，交易各方虽明知委托人并非真实借款人，然而出借方回款无望时，便“假戏真做”转向托盘企业要求还款。因此，此类案件往往陷入百口莫辩的艰难境遇，无数国有企业最终成为“替罪羊”。这也是我们在本次案件中的最大难点，即说服法官运用穿透性审判思维，将本案定性为融资性贸易案件而非普通的买卖合同案件，从而确定真实借款人的还款责任，而非根据合同相对性要求某一个合同相对方单独承担责任。为此，我们做了大量工作：

一是将五方当事人之间两两签订的合同、贷款金额、贷款支付时间制作对照表进行梳理，向法庭展示五个主体之间形成煤炭购销的闭合型交易链条，形成循环买卖，两两之间签订的《煤炭销售合同》显示，所有合同均为除煤炭价款外包括原煤数量、质量、规格等其余条款均完全一致的“背靠背”合同。借款方民营企业设定高买低卖，从事亏本交易，有违常理；

二是通过资金往来账目比对，发现出借方每吨煤炭赚取的收益，与支付资金总额的比例恰好是24%，系我国法律所允许的民间借贷利率最高上限，佐证借款企业高买低卖，形式上在从事亏本的交易，实质上是支付借款利息；

三是阐释《民法总则》关于虚假意



业绩

思表示实施民事法律关系效力的规定，以主张确认连环买卖合同均为无效，应按民间借贷关系审理，且民间借贷合同应认定为有效；最后，阐明委托人非民间借贷关系的合同当事人，不承担还款责任，同时买卖合同无效的法律后果并非适用合同法“返还财产”及“折价赔偿”的规定，应以真实意思表示形成的借贷关系确定各方责任，否则将会创设两个完全不同的法律后果，且委托人对买卖合同无效并无过错，故不应承担任何责任。

最终山西省高院对上述观点全部采信，这不仅是对我方庭前细致深入准备工作的认可，更是对我方法律功力的认可。本次融资性贸易案件的胜诉将成为委托人融资性贸易系列案件的一个正面示范，定将对其他涉诉案件的结果造成积极影响，有助于为委托人挽回更大的经济损失。同时，该方案是《民法总则》“虚假意思表示”条款出台后，山西省高院首次在融资性贸易案件引用该条款作为裁判依据，并大胆突破以往判例，系认定实际借款民营企业承担全部还款责任的第一案，将为挽回国有企业损失、防止国有资产流失起到深远影响。

业绩二：岳母欠债，女婿还钱？

京都南京为委托人挽回巨大损失

近日，京都南京陈宇律师、刘莉媛律师代理的一起民间借贷纠纷案件二审胜诉，该案在一审法院判决支持原告方诉请的情况下，最终采纳了代



刘莉媛律师

理人的上诉意见，撤销一审判决，完全驳回原告的全部诉请。

唐某、孙某二人一直存在长期、频繁的经济往来，某日唐某为向孙某借款，答应孙某要求，该笔款项由本市人向孙某签署并出具借条。唐某找到自己女婿郑某，告知自己需要找人借款50万元，请郑某帮忙签署借条。郑某希望帮助岳母取得借款，于是按照孙某的要求在同一时间、同一纸面上签署借条、收条，借款期限为一年，借条上未约定借款利息。当日，孙某向唐某转账一笔汇款46.3万元。借条约定借款期限届满后，孙某将郑某列为被告，提起诉讼，要求郑某偿还借条项下款项50万元，并按照年利率6%支付逾期利息。孙某认为，其已经按照郑某的指示交付了借条项下款项，差额3.7万元系双方口头约定的年利息，出借借款时提前收取了一年期利息。一审法院认为，郑某作为完全民事行为能力人签署借条，应当承担出具借条行为产生的后果，借款利息

不得预先在本金中扣除，利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息，故判决郑某偿还孙某本金46.3万元并按照年利率6%支付逾期利息。收到一审判决后，郑某十分痛苦，认为自己从未收取过相关借款，只是帮岳母出具了借条、收条，不应承担如此巨大的债务。

陈宇律师、刘莉媛律师接受郑某二审委托后，仔细研究案件材料、一审判决，制作了详细的阅卷笔录、唐某与孙某之间的往来款项明细图，并检索了北京市、江苏省及二审法院作出的类案判决，发现本案二审突破点应当聚集在借条项下款项是否已经实际交付，唐某与孙某之间往来款项性质上。围绕上述突破点，经过分析与多次推演各方举证责任，代理人制作了详细的上诉意见、发问提纲、代理意见。

二审法院组织庭询谈话时，代理人向法庭详细阐述了一审判决未查清事实部分、认定事实错误部分以及适用法律错误、举证责任分配错误的部分，并向法庭提交了孙某与唐某之间往来对账一览表。同时，代理人向法庭提出如下观点：第一，郑某从未从孙某处借款，也即孙某从未向郑某出借款项，郑某没有收取借款款项；第二，孙某与唐某之间存在密切的经济往来，案涉46.3万元系二者款项往来的其中一笔，与郑某无关。

法庭听取了代理人的意见后，在庭询谈话后又组织了开庭审理，并且

业 绩

采纳了代理人的上诉意见，二审法院认为孙某主张向唐某转账的46.3万元是按照郑某的指示付款，但未提供相关证据，不能达到民事诉讼高度盖然性的证明标准，孙某应当承担举证不利的后果，退一步讲，即便如孙某所述向唐某交付了案涉借款，但从孙某与唐某之间款项往来的实际情况看，孙某与郑某之间并无往来，相反孙某与唐某之间有长期、大量的款项往来，在唐某向孙某转账数额已经涵盖案涉借款46.3万元的情况下，孙某应就本案借款未由唐某偿还承担进一步举证责任，否则应当承担举证不利的后果。

最终，二审法院改判驳回了孙某的全部诉讼请求，在京都南京律师的共同努力下，为委托人挽回了巨大损失。郑某一再表示，他不仅通过本案体会到了司法的公平与正义，更为律师的专业水平与责任心点赞！

业绩三：签署了辞职书，员工也能获得公司补偿

近日，京都南京冯濂律师、贾晴律师代理了一起帮助公司员工维护权益的劳动案件，通过细致、积极的工作在当事人已经签署了离职书的不利情况下，仍然为当事人向公司争取到数额较高的补偿金。

当事人李某于2011年入职南京某国企，从事通讯工程工作。但在工作期间，该国企一直安排另一劳务外包公司与李某签订劳动合同，并以



冯濂律师



贾晴律师

该公司名义发放工资，企图通过长期劳务派遣的方式规避用人单位的用工责任，并且还存在常年安排李某加班而不支付加班工资的情形。2020年年初，该单位直接告知李某去外地工作，否则就不要去上班。在李某明确表示拒绝后，公司拿出早已准备好的辞职报告要求李某签名，李某迫于公司的压迫，无奈只得签名。公司通过该种方式，使得已在公司工作近10年的李某无情“被辞职”。

李某被公司解除劳动合同后，愤懑不平，找到京都冯濂、贾晴两位律

师诉说其10年来工作的种种艰辛，以及公司的残酷无情，坚决要为自己讨回公道。在接受委托后，冯濂律师、贾晴律师作为代理人向公司主张违法解除劳动合同的赔偿金，并为其核对了上百条考勤记录、工作安排，详细计算李某近年来每月的加班工资。开庭时，两位律师向仲裁庭详实陈述李某签署辞职信背后的真实原因以及公司违法使用劳务派遣员工的事实，给公司造成了相当大的压力，最终促使本案在公司掌握李某辞职信的情况下，主动提出调解，最终通过调解方式为当事人争取了应得的补偿金，李某也对两位律师的工作表示了极大的肯定和认可。

受疫情影响，用人单位违法解除劳动合同的情形屡见不鲜，并且经常利用自身的强势地位压迫员工签署一些对员工极为不利的书面材料，以达到无需支付赔偿或补偿金的效果。该类案件中，作为劳动者的代理人，律师的作用更加重要，往往需要律师以多角度、多维度方式处理问题、解决争议，帮助当事人维护其合法权益。

京都南京以严谨务实的工作态度和专业的服务水平，依法维护了当事人的合法权益，为当事人争取到最大利益，为案件画上了圆满结尾。三份捷报鼓舞了士气，也激励京都律师深耕业务，日夜兼程，继续实践“追求卓越，不负重托”的执业理念！



荣誉

京都所多位律师入选界面新闻2020年度最佳律师榜单

近日，中国著名财经新媒体“界面新闻”公布了2020年度界面金榜律师事务所100强和界面金榜100强律师评选结果。此次排名的标准为律师的法律知识、诉讼能力、专业操守、客

户服务、商业敏锐度、敬业态度、工作效率和其他受客户重视的品质。通过参考律师事务所的综合实力和候选人的综合表现并经过细致调研，京都律师事务所成功入选“2020年度界面

金榜律师事务所100强”，事务所名誉主任田文昌律师获评“最佳律所领军人物”称号，杨照东、韩良、陈宇律师获评“最佳律师”称号。

最佳律所领军人物：



田文昌律师

田文昌1995年创办京都律师事务所，曾代理天津大邱庄被害人控告禹作敏案、沈阳刘涌黑社会性质组织案件、云南省原省长李嘉廷受贿案、吴英集资诈骗案、黄光裕非法经营案等国内外影响重大的案件。田文昌律师被誉为“学者型律师”，曾出版《刑罚目的论》《律师与法治》《控·辩·审三人谈》《刑事辩护的中国经验》《田文昌谈律师》《与法治同行：田文昌论文选集》等著作，并发表论文数百万字。田文昌律师现任中华全国律师协会刑事专业委员会主任，主持起草并出版了我国第一部以律师协会名义起草出版的《刑事诉讼法修改律师建议稿》。作为参与中国刑事立法活动的律师，田文昌律师在立法工作中坚持律师立场，传递律师声音，推进立法与司法改革。

最佳律师：



杨照东律师

杨照东律师执业以来代理过数百件重大疑难刑事案件，并先后担任过中国大陆前首富黄光裕内幕交易案、浙江亿万富姐吴英集资诈骗案等国内重大刑事案件的辩护，在职务犯罪和经济犯罪领域有深入的研究并取得了显著的业绩，被媒体誉为“大要案专家”、“最低调的大律师”。

荣 誉



| 韩良律师

韩良律师不仅是一位具有深厚信托理论功底的学者，而且也是一位具有丰富实践经验和创新精神的实干家。韩良律师同时是南开大学法学院教授、博士生导师，南开大学资本市场研究中心主任。几年来，韩良律师践行“让信托走入寻常百姓家”的信念，为我国家族信托与民事信托的发展做出了杰出贡献，在业界享有很高的声誉。



| 陈宇律师

陈宇律师在从事法律服务工作近15年期间，承办了近千件刑事诉讼辩护、民商事诉讼、仲裁案件，提供了金融与资本市场、知识产权保护、互联网产业、企事业单位等领域的大量法律服务。尤其擅长综合运用刑事、民商事经验解决重大疑难诉讼及仲裁案件，并被众多客户评价为综合法律服务专家、法律多面手。

京都大连分所荣获辽宁省优秀律所称号，四位律师获评优秀律师



| 王秀宏律师

2020年8月25日，辽宁省律师协会宣布了2018-2019年度优秀律师事务所和年度优秀律师的评选结果。根据各市律师协会推荐，经省律师协会“双优评选考核小组”考核，辽宁省律师协会拟授予北京市京都（大连）律师事务所“2018-2019年度辽宁省优秀律师事务所”荣誉称号，陈立群律师、王秀宏律师、赵明律师、杨姗姗律师被评为“2018-2019年度辽宁省优秀律师”称号。我们始终坚持以事实为依据、以法律为准绳，热心公益事业，执业为民，追求公平正义的工作态度。该荣誉是对京都所发展建设的认可和肯定，更是对所内所有律师的鞭策和鼓励。



| 杨姗姗律师



| 陈立群律师



| 赵明律师



荣 誉

刘敬霞律师获国家发改委PPP入库专家续聘



刘敬霞律师

为充分发挥专家作用，推动我国PPP事业健康发展，国家发展改革委首届PPP专家库于2016年10月正式组建，刘敬霞律师作为首届专家库专家，积极参与了国家发改委组织的PPP重大理论与实践课题研究、PPP政策宣传与知识培训、各地PPP项目规划设计与评估咨询、典型案例评审等，为推动我国PPP理论与实践的创新发展积极建言献策。

首届入库专家聘任期满后，受国家发改委投资司委托，清华大学PPP研究中心于今年5月启动了国家发改委

PPP专家库入库专家续聘遴选工作，并于近日公布了第二届专家库及专家委员会名单，共252名专家经评审进入续聘名单，京都律师事务所高级合伙人刘敬霞律师获得续聘，成为34名法律类续聘专家之一。

另外，刘敬霞律师还是国家财政部PPP专家库专家，除参与财政部示范项目案例评审外，还是财政部公布的污水处理和垃圾处理领域PPP项目合同示范文本（详见财办金〔2020〕10号）起草者之一，是环保部环境绩效合同示范文本的起草者。

刘敬霞律师具有26年为政府及企业投融资项目提供策划、方案设计、谈判等服务的丰富经验，她带领专业团队以投行思维、从投融资及合规运作角度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，也是国内较早的证券律师之一，是国家发改委和财政部PPP专家库双库专家。她以法律一业为主，同时具有丰富的多

元化专业知识，除1992年考取律师资格外，刘敬霞律师还拥有证券律师资格、国有企业二级法律顾问资格、上市公司独立董事资格、招标师资格、基金从业资格、FIDIC证书等专业资质，有理论高度和丰硕的研究成果，有丰富的实践和基层经验，对社会与经济的理解全面且深刻，能够切实为客户解决问题，为人谦和，深得客户尊重。

为应对今年新冠肺炎疫情对社会经济的影响，刘敬霞律师积极提出复工安排建议，采取得当方法不影响客户项目推进，对金融部提出“市场引领、能力提升”的工作要求，带领团队主动出击，积极创新，抢抓机遇，立足一线，深耕基层，强化提供高质量项目谋划和全流程合规保障，并从法规政策高度为社会经济发展积极建言献策。本次获得续聘，刘敬霞律师表示将继续发挥专业优势，勤勉尽责地完成各项工作，为促进我国PPP事业行稳致远积极献智践行。

动 态

京都律师事务所环境、能源与资源法律研究中心成立

生态文明建设是关系中华民族永续发展的根本大计，生态环境保护是关系民生福祉的重大社会问题，坚持人与自然和谐共生，像对待生命一样对待生态环境的理念是时代对人类的客观要求。

十八大期间，习近平总书记提出“绿水青山就是金山银山，把生态文明建设摆在改革发展和现代化建设全局位置，坚定贯彻新发展理念”。京都律师事务所认真学习十八大会议精神，积极筹备环境、能源与资源法律研究中心，由环境部李波律师、房地产部孟冰律师、刑诉部王九川律师、金融部肖树伟律师发起设立，在田文昌老师及京都管委会的大力支持下，组建专业律师队伍，联合多方专业资源，汇聚环境、能源与资源中心

专家的智慧与经验，2020年8月20日，京都律师事务所环境、能源与资源法律研究中心正式成立！

生态环境保护任重道远。当前我国大量存在环境污染严重，生态系统退化，自然资源过度开发，能源利用粗放、效率低的现状，可持续发展面临挑战。一些重点流域、海域水污染严重，部分区域和城市大气污染突出，农村环境污染恶化，垃圾围城、黑臭水体频发，不断爆发的环境问题对人类的生存和发展造成严重威胁。

京都律师事务所环境、能源与资源法律研究中心在筹备期间，密切关注环境、能源与资源领域重点社会问题，深入调研大气污染防治、土壤污染防治、水污染防治、海洋环境保护等领域法律问题，并在法律服务实践

工作中推动传统产业智能化、清洁化改造，发挥积极的作用。同时，利用京都所在环境、资源、能源、管理、法律等领域的多学科专业优势，积极探索劳务代偿、补种复绿新型责任承担方式，深入研究环境资源案件证据制度、专业性事实查明规则、完善举证责任分配、专家证人制度、惩罚性赔偿机制等法律和政策问题，加强关注公民环境权、环境司法与行政执法联动机制，发挥智库作用。

京都环境、能源与资源法律研究中心的成立，正是对“美丽中国”的积极响应。环境、能源与资源中心秉持“开放、合作、创新”的理念，与社会各界一起践行绿色发展新理念，共同建设美丽中国。

吕志轩律师应邀为通州区金融办进行预防非法集资专项培训

近日，北京市通州区金融服务办公室邀请京都律师事务所高级合伙人吕志轩律师及团队为其金融办干部进行了《非法集资预防与金融风险防控》的专项培训。吕志轩律师带领的京都政府法律业务服务团队，多年来致力于为政府预防和打击非法集资，控制金融风险提供法律服务。

此次培训的内容涉及非法集资各罪名构成、非法集资案件传统类型；金融新业态下非法集资案件的新型态；我国政府目前对非法集资处置打击的行政政策和最高法、最高检、公安部对办理非法集资案件的刑事政策等。此外，吕志轩律师还分享了近几年互联网金融及金融衍生品领域呈现

的新问题和治理非法集资、控制金融风险的建议和对策。

本次培训对基层干部识别和防范金融风险、打击非法集资、促进互联网金融及金融衍生品的健康发展具有积极意义。



动态

朱勇辉：呼吁改变量刑建议的“暗箱操作”



朱勇辉律师

8月18日晚，北京衡宁律师事务所成立一周年主题沙龙召开，来自全国各地的高校学者及律师代表通过线上线下两种方式相聚在一起，共同探讨“认罪认罚从宽制度与刑事辩护”。北京市京都律师事务所主任朱勇辉律师应邀出席了此次活动并做主题发言。

以下为发言实录：

首先祝贺衡宁律师事务所成立一周年，感谢衡宁所组织了这次研讨活动。刚才听了顾教授、吴院长以及前面几位老师的发言，收获很大。

这两年我也做过一些认罪认罚的案件，感觉到认罪认罚案件真的是来了，而且是“来势凶猛”。刚才有老师讲现在已达到了82%的适用比例，

许昌市到88%了。我觉得对认罪认罚从宽制度是想说爱你不容易，可以说是又爱又“恨”，说爱是说那些真正构成犯罪的，尤其那些轻罪，比如三年以下的案件，走认罪认罚肯定是好的，律师是欢迎的，当事人也欢迎，因为实体从宽、程序从简确实对他们有利，在这方面，我们的认罪认罚从宽制度确实取得了预期的效果。但是，我发现有争议的是那些能不能定罪说不太清楚的案件，证据不太充分或者定性有很大争议的案件，这种案件能不能走认罪认罚？恰恰是我们适用认罪认罚从宽制度中最大的一个问题。关于认罪认罚从宽制度的适用问题，我觉得现在的情况是成绩很大，

但也不尽人意。下面谈几点我的个人体会：

一、程序启动选择性执法问题

第一个是这个制度的启动程序问题。按法律规定，被告人、犯罪嫌疑人都有权利提出来，而实际上真正能否进入认罪认罚程序还是由办案机关尤其是检方在公诉阶段决定的，我让你进你就进，不让你进，你想进都进不了，就像围城效应一样，想进去的人进不去，不想进去的可能还劝着你进。实践中一些本身有争议的案件，办案单位往往更希望当事人同意走认罪认罚，因为被告人要是同意了，这个事就没争议了，当事人都认可了嘛，非法证据排除的申请也不提了，定性问题也没有争议了。这样的案件如果将来大量进入认罪认罚，我觉得对于真正适用这个制度的目的来说，是相悖了。

二、量刑建议暗箱操作问题

第二个我感受比较深的，就是量刑建议问题。刚才顾老师对律师提了很多好的建议，我也觉得我们确实应该去掌握这些沟通的技巧、辩护技巧，但实践中可能技巧是一方面，很多时候并不是技巧的问题，人家根本就不跟你谈，或者不能平等的谈。就像刚才毛立新律师讲的，被告人被羁押在看守所，人家跟你谈什么呢？你

动 态

不认可我这个量刑建议我就起诉，而且可能还面临更重的判决。

目前情况下，检方的量刑建议基本上是一个封闭的操作过程，有待于更多的人去呼吁怎么能够改变这种类似于暗箱操作的方式。办案人员就简单的告诉你一个总的刑期，怎么来的，不说。比如我刚办理的一个涉黑的案件，其中有个同案被告人，认罪认罚数罪并罚判了20年，至于控方这20年量刑建议怎么来的，不知道。我觉得检察官应该像我们做数学题一样， $1+1=2$ ，算出来结果你告诉我，然后律师才有可能说看看哪个数是我们有商量余地的，哪一条你的量刑减让的幅度是不够的，但是控方没有给我们这些详细的信息，我们就没法展开“协商”。我觉得如果控方不开示量刑计算过程的话，我们光靠沟通技巧，光靠我们“表现”好，去求一个较低的量刑建议是求不来的，有时候可能还要“以打促谈”。我还得说这个案子可能是无罪的，这个案子证据上是有什么问题的，甚至我还有“排非”申请，等等，可能这样的方式，人家还能跟你再谈一谈。所以我对认罪认罚案件的一个最大的感受就是量刑建议太封闭，辩方现在很难有更多的办法介入进去。

三、合理上诉被打压问题

我的第三个感受，是目前宣判之后的上诉权被打压得很严重。其实，对于精准型量刑建议，比如认罪认罚签了三年量刑建议，法院判了三年，如果被告人不服上诉，我觉得对这种“违约型”上诉，直接驳回甚至抗诉加刑，还可以理解。但是，对于幅度型量刑建议，比如在检察院签的三到四年，结果法院判了四年，被告人说我应该判三年，我上诉，对这种在量刑建议幅度范围以内的上诉，如果检方也去抗诉、法院进行加刑的话，我觉得检方是不是有点过于滥用的抗诉权了，我认为被告人还是有权在量刑建议幅度之内再继续跟上级法院去协商的，但是目前这样的上诉往往也被冠以违背了认罪认罚签署的具结书而被抗诉的。

四、共同犯罪案件认罪认罚问题

另外，第四点体会，还有一个突出问题，就是在共同犯罪案件中，如果有些被告人认罪认罚，但有些被告人不认罪认罚，这个情况下怎么适用认罪认罚制度更合适？从法律规定上来讲，是可以允许一部分被告人认罪认罚的，但是实践中出现控方以农村包围城市的打法，把被告人一个个突破，比如一个五个被告人的共同犯罪案件，最后如果四

个被告人都认了，最后一个被告人把你放在那，你认不认？

我刚开完的一个庭，十八个涉黑被告人，到上庭的时候十七个人都认罪了，就剩我代理的这个组织、领导者身份的涉黑被告人不认罪。所以这种情况下这个庭你还怎么开怎么审呢？法官面对这个情况，他还能不能坚持说我对这个唯一不认罪认罚的被告人进行一个严格的实体审查，看证据是不是确实充分，能不能定罪？如果确实不够罪，连那十七个已经认罪认罚的被告人也宣判无罪？我想，这种情况只能空想一下了，几乎没有可能。所以这类案件我觉得是不是可以考虑将来做一些限制，当然，也不能去剥夺其他被告人认罪认罚的一个权利，但实际上这种情况下在同一个案件中，同一个罪名，同一个事实，如果仅有部分被告人认罪认罚，还有部分被告人不认的情况下，那么这几个认罪认罚的被告人认可的犯罪是不是也应该存疑呢？我们在这种情况下适用认罪认罚从宽制度是不是要做一些限制性的规定，或者程序上予以完善，以确保这类案件能够真正进入法院的实质审查？这一点也是我个人的一个思考。

以上四点个人体会，请大家批评指正。谢谢大家！



动态

梁雅丽律师参加“互联网司法新模式与法律文书改革”研讨会



梁雅丽律师



梁雅丽律师（右二）

2020年9月12日，“互联网司法新模式与法律文书改革”研讨会暨中国法学会法律文书学研究会2020年学术年会在兰州大学开幕。研讨会由中国法学会法律文书学研究会主办，兰州大学法学院承办。开幕当天，专家学

者和法律实务界代表等百余人现场参与、旁听讨论。

北京市京都律师事务所高级合伙人、京都刑辩研究中心主任梁雅丽律师参加了此次研讨会并做专业点评。

研讨会主要围绕互联网背景下，

对线上司法活动，法律文书规范、公开、送达等相关问题的讨论展开。十余位理论界和实务界专家、代表分别就互联网司法与电子送达、互联网背景下检察法律文书公开、在线公证模式的创新探讨等议题发表各自观点。

针对与会代表提出的《关于互联网司法模式下电子送达方式的若干思考》发言，梁雅丽发表专家点评意见认为，电子送达与传统送达方式相比，优势明显，便捷而高效，但大家对电子送达接受程度不高，大家更愿意接受纸质、书面送达的方式。同时，各地电子送达的方式差异大，如广东法院为电子邮件，杭州互联网法院与天猫平台合作，浙江法院为微信送达，吉林法院通过网络送达。

电子送达，虽然方便了法院的工作，但法律文书的终极目标是“使当事人获悉信息和内容”，也就是让当事人及时知悉诉讼程序信息，便于其诉讼权利的行使，保障其实体权利的实现。

梁雅丽指出，从目前的司法实践来看，电子送达存在一定的信任危机问题。首先，当事人普遍接受传统的送达方式；其次，电子送达是通过虚拟空间的电子信息送达，对于目前互联网信息的真实性识别的专业化限制，电信诈骗等因素，当事人很难辨别“送达”的真实性，对送达的信任存在危机，正如作者在文件统计数字反映，因接收信息不及时，或对电子

动 态

送达方式的不信任，导致当事人因未在七日内预交案件受理费被裁定撤诉处理。杭州互联网法院此种情形所占比例为11.04%；

此外，对于电子送达的方式，偏远地区的群众、老年人以及文化程度不高的人很难理解，影响对此种方式的接受；而且，因电子送达导致当事人对诉讼程序履行不及时，导致诉讼权益受损，会增加涉诉信访。

那么，如何建立电子送达的公信力呢？梁雅丽提出四点建议：第一，统一送达标准，注重“达”。送达，除了注重送，比如法院电子录音，确认当事人收取信息的收集，通过短信送达或电子邮件送达，这都是在固定“送”的行为，将“送”留痕；但是应该更关注“达”，也就是通知的信息要到达当事人，如何确保当事人收到并知悉信息，反而跟纸质送达相

比较，电子送达带来了“知悉”的问题。第二，法院与律协研究协作，通过律师引导当事人选择电子送达的方式。第三，根据案件的复杂程度及当事人具体情况做区别，不一概而论。第四，电子送达公信力是一个逐渐建立的过程，需要时间接受，不建议强行推广，尤其是在偏远地区及欠发达地区。

刘铭律师被聘为朝阳区监察委员会第一届特约监督员



左一：刘铭律师

8月21日上午，朝阳区监察委员会第一届特约检察员增聘仪式召开。区纪委监委副书记、区监委副主任高大中主持会议，宣读《北京市朝阳区监察委员会关于聘请刘铭、左朝辉等10名特约监察员的决定》。

区委常委、区纪委书记、区监委主任席成坡向增聘特约监察员人选颁发了聘书。特约监察员签订了《履职

承诺书》。

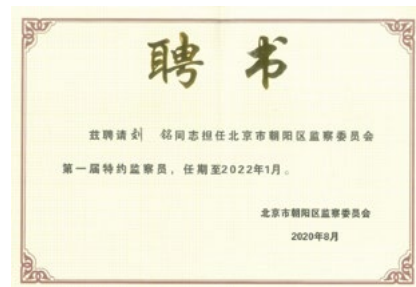
席成坡书记介绍了朝阳区监察委的工作情况，特约监督员的工作内涵，并对监督员提出要求，要求监督员敢监督、能监督、会监督。

特约监督员制度是监察机关加强对监察权监督约束的重要举措，朝阳区将聘请特约监督员放在积极实施监察法、深化拓展全区监察体制改革的高度来开

展工作，特约监督员选聘本身也层层推荐、把关、优选而出。

刘铭律师担任监督员近十年，监察委监督员职能调整后以新的身份履行监督职责。刘铭在监督员代表发言时也表示作为监督员要学习好、谦虚好，认真履职，并注重对自身严格要求，言行节制，理性思考，监督有为，作更有价值的履职，促进朝阳区风清气正，促进社会的进步和发展。

区监委特约监察员、区纪委区监委、各部室（中心）负责人参加了会议。



聘书



动态

刘敬霞律师应邀为宁夏全区PPP专训班进行专题讲座



刘敬霞律师



会议现场

应宁夏回族自治区财政厅邀请，7月28日下午，京都律师事务所高级合伙人、金融部主管合伙人刘敬霞律师作为财政部和国家发改委PPP双库专家，为宁夏财政厅举办的全区“政府和社会资本合作及普惠金融专题培训班”全体人员进行了“PPP项目合规运作与风险防控”主题培训。刘敬霞律

师结合自己在PPP领域多年的理论研究和实践经验，围绕培训主题分别讲授了全国及宁夏PPP项目现状、PPP模式核心理念及原则、PPP项目的合规运作架构、宁夏PPP项目新规下实操关注点、PPP项目负面清单及风险防控等多个方面的内容，讲解条理清晰，深入浅出，学员们反响很好。

7月6日，宁夏回族自治区人民政府办公厅印发了《关于加快规范推进政府和社会资本合作模式促进经济高质量发展的若干措施的通知》（宁政办规发〔2020〕17号）及配套政策文件，财政厅举办本次专题培训班，旨在使全区各市、县（区）财政局及相关部门、自治区有关部门、相关企业全面深入准确地理解和落实好政策文件精神，加快规范推进政府和社会资本合作（PPP）模式，吸引更多、更优质的社会资本参与到宁夏经济社会建设中，补齐基础设施短板弱项，促进经济高质量发展，有效防控地方政府隐性债务风险。

参加专题培训班的人员主要为宁夏回族自治区各市、县（区）财政部门及相关部门、相关企业的负责人和项目主办人员，共计180余人。刘敬霞律师提议与会学员以宁政办规发〔2020〕17号文及配套政策为契机，提高对PPP模式运用的再认识，谋划好项目，统筹设计务实、可行、合规的项目方案，高度重视项目可行性研究、财务测算、两评一案与项目合同体系之间的关系，签订结构合理、内容齐备、符合实际、合法合规的对政府和社会资本方具有法律约束力的合同，以便为项目的投资、融资、建设、运营、移交以及绩效考核、付费和争议解决确定切实有效的依据，保障项目顺利实施，为继续建设经济繁荣、民族团结、环境优美、人民富裕的美丽新宁夏提供创新模式和合规路径！

走出刑事诉讼理念的十大误区

■ 田文昌 / 文



田文昌律师

在中国再度强调依法治国、奋力推进司法改革的大环境下，近年来陆续暴露出来的一系列冤假错案，带给人们太多的思考和困惑。而最重要的，应当是对深层原因的探究。法治建设四十年来，发生冤假错案的原因有很多种，诸如权力干预、地方保护、刑讯逼供、办案人员素质、司法不公开、监督不力……如此等等。问题在于，这些原因虽然已经引起人们的关注，但迄今为止，对于消除这些原因的努力和方式，却仍然阻力重重、争论不休。这种现状，似乎已经成为一种难以解决的困扰，形成了阻碍法治化进程的羁绊。

那么，形成这种现状的根源又是什么？法治化进程中的阻力究竟来自何方？追根溯源，我们还是应当回到观念的自省上。从历史的角度来看，任何事物的发展都无法超越其必经的历史阶段，而在每一个阶段的提升和跨越过程中，都必然要面对理念的更新。一种滞后的理念无法适应

新的机制，反之，一个新的机制也无法在旧理念的围困中正常运行。我们目前正是处于这种痛苦挣扎的尴尬境况之中，而这正是困扰我们推进法治化进程的根源所在。

回顾和反思四十年来法治化的发展进程，可以发现一个十分令人困惑的问题：我们关于刑事诉讼的诸多理念至今还没有走出认识的误区。这些错误的认识，既束缚了我们的思想，也束缚了我们的行为。深入梳理和分析这些理念发展演变的过程和现状，冲破思维方式的桎梏，会有助于我们排除前行中的困扰。

误区一：以实事求是否定无罪推定

无罪推定原则是以保障人权为宗旨的现代法治文明的体现，也是国际社会普遍遵行的诉讼原则。无罪推定与有罪推定的根本区别，是在于对犯罪嫌疑人、被告人的身份



定位。如果以无罪推定为原则,那么,在法律的判决生效之前,犯罪嫌疑人、被告人就被假定为无罪,他就应当以无罪之身而享有与其他公民同等的各项权利。如果以有罪推定为原则,那么,在法律的判决生效之前,犯罪嫌疑人、被告人就已经被假定为有罪,他就会被当作罪犯对待,至少也是一种准罪犯的待遇。由此,无罪推定与有罪推定两种不同的诉讼原则又形成了举证责任分配的不同依据。根据无罪推定原则,指控方当然负有证明嫌疑人、被告人有罪的举证责任,后者并没有义务自证无罪。而根据有罪推定原则,一个人一旦涉嫌犯罪,就失去了自身清白而陷入需要自证无罪的被动境地。简言之,在无罪推定原则之下,刑事诉讼活动是一个证明犯罪的过程,在有罪推定原则之下,刑事诉讼活动则是一个洗清罪名的过程。实践中,在对于犯罪嫌疑人、被告人身份定位的问题上,只能有两种选择,要么按无罪的人对待,不得剥夺或限制其权利;要么按有罪的人对待,可以剥夺或限制其权利。除此,别无选择。很显然,无罪推定和有罪推定是两种既不可能同时存在,也不可能同时不存在的原则。如果同时存在,那么,犯罪嫌疑人、被告人的身份就会因既是罪人又非罪人而无法定位。如果同时不存在,那么对犯罪嫌疑人、被告人的身份也同样无法定位。所以,事实上,在古今中外的刑事诉讼模式中,无罪推定与有罪推定从来都是两种既不能共存、又无法超越的原则,因为除此之外不可能做出第三种选择。只不过是伴随着法治文明的进步,实现了从有罪推定向无罪推定的转变而已。

然而,十分遗憾的是,这种“超越”的观点在我们国家却持续了相当长的一段时间。直至今天,无罪推定原则在我国推行起来仍然阻力重重。其根本原因,是我们依然没有彻底走出以实事求是否定无罪推定的理念误区。

几十年来,无罪推定原则在我国经历了一个由彻底否定到逐步接受的漫长而艰难的过程。50年代就有一批法律人因主张无罪推定原则被打成右派分子而遭到迫害。直至20世纪80年代初期,无罪推定原则在我国还被视为反动理论而继续遭到批判,而批判无罪推定原则最自信的理由也是最响亮的口号就是“实事求是”,声称我们“既不要无罪推定,也不要无罪推定,只坚持实事求是。”但是,批判者却没有认真地思考过,这种“既不要无罪推定,也不要无罪推定”的观点在逻辑上却是一种冲突,而这种在否

定无罪推定基础上所形成的冲突,所导致的后果却是有罪推定。因为,在无罪推定与有罪推定之间并没有中间道路可走,这种“超越”论只能是一种脱离实际的愿望而已。而司法实践中的无数事实已经不断地证明,有罪推定的倾向之所以长期以来在我国占据主导地位,正是我们否定和批判无罪推定原则所带来的直接后果。

以实事求是的抽象目标去否定无罪推定原则,所导致的后果不仅仅是走向了事实上的有罪推定,更可怕的,还在于因失去准则而放任了主观随意性。

从自身含义而言,实事求是作为一种追求真实的价值目标,其正确性和正当性显然是无可置疑的。然而,如果这种目标抽掉了方法论的支撑却会变得虚幻莫测。因为,一旦脱离“求”的方法和“是”的标准,实事求是就可以成为被任何人利用和歪曲的空话。关于实事求是被滥用的最典型例证莫过于文革动乱中的大批判、大辩论。当时,在轰轰烈烈、乐此不疲的大批判、大辩论中,对立的两派都打着实事求是的旗号背诵着关于实事求是的毛泽东语录,声称自己是实事求是。然而,这种延续了十年的论争却最终也无法达成共识,仍然是各执一词、自以为是。由此,在缺乏作为方法论的具体原则和明确标准的情况下,实事求是只不过是一句可以被随意解读的可望不可及的空话。而更可怕的是,在实践中,当人们对“是”与“非”的标准莫衷一是,而又都以“实事求是者”自居的时候,最终的结局往往就只能以话语权来决定胜负。在权力面前,既可以做到“是也不是”,也可以做到“不是也是”。

同理,在认定犯罪事实的问题上,如果抽掉了无罪推定和有罪推定的具体原则,而只是以实事求是的抽象标准为依据,那么,就同样会导致对“求是”标准的主观随意性。

虽然,随着法治建设和诉讼理念的提升,目前无罪推定的理念已经被我国社会主流观点所接受,并且已经在刑事诉讼法条文中有所体现。但遗憾的是,我们仍然没有做到将无罪推定作为一种明确的原则堂堂正正地规定在刑事诉讼法中。这也就意味着,迄今为止,无罪推定与实事求是的关系仍然没有彻底理清,以至于包括一些法律人在内的很多人还不能摆脱以实事求是否定无罪推定的思维模式,动辄以实事求是的抽象概念取代无罪推定的具体原则。这种状况严重困扰着人们对无罪推定原则的正确理解,致使无罪推定原则在推行过程中阻力重重。

误区二：以不枉不纵否定疑罪从无

多年以来，我们一直在坚守并宣传着一种原则，那就是在打击犯罪的时候，要坚持做到既不冤枉一个好人，也不放过一个坏人，即“不枉不纵”。然而，我们却似乎从来都没有认真地思考过这种口号的可行性。毫无疑问，这种不枉不纵的原则，从理论上讲并无不当，从理想上说更是一种最高境界。但是，当枉与纵二者之间发生冲突时，不枉不纵就难以两全了。重要的是，在难以两全而无法兼顾时，我们应当如何做出选择？这才是我们必须面对且无法回避的问题。美好的愿望与严酷的现实是不容易相提并论的，法律的原则更不能建立在脱离实际的理想主义基础之上。

近些年来，一桩桩冤假错案接连不断地暴露出来并引起全社会广泛关注的严酷事实，再一次对“不枉不纵”论提出了不容回避的拷问：在“枉”与“纵”二者之间发生冲突而难以两全时，还能否做到既不冤枉一个好人，也不放过一个坏人？

无可否认的是，在当代科学技术条件下，侦破案件是不可能完全准确无误的。只要证据的指向不具有排他性，对“是”与“不是”的疑点无法充分排除，就不可能达到既不冤枉也不放纵的理想目标。正由于如此，才出现了“疑罪从无”和“疑罪从有”两种反映不同价值观的定罪原则。简言之，即是“宁可错放，也不能错判”还是“宁可错判，也不能错放”？这是一种不得已的选择，二者必居其一。从社会效果而言，对于前者，“不能错判”所导致的后果是：有可能放过了真正的罪犯，却避免了冤枉好人，同时维护了司法程序的正当性。对于后者，“不能错放”所导致的后果是：有可能惩罚了真正的罪犯，同时也可能冤枉了好人并污染了司法环境；而更大的危害还在于，一旦铸成冤案，就会使真正的罪犯因被他人替罪而彻底逍遥法外，甚至客观上还会鼓励他增强继续作恶、危害社会的信心。所以，“疑罪从无”显然是权衡利弊之后的科学选择。

在确立法律原则时，一个需要遵循的前提是：法律作为一种治国方略是一门科学，而绝不是一种理想化的口号，更不能意气用事。“既不冤枉一个好人，也不放过一个坏人”，作为一种理想化的目标是无可非议的。但是，

由于其在现实条件下的不可操作性，在逻辑上却形成了无解的冲突。

在定罪原则上的“不枉不纵”论与“实事求是”论一样，由于抽掉了以方法论为支撑的具体操作原则，最终必然会导致以话语权为中心的主观随意性。所以，我们应当在理性思考中摒弃那些响亮的空洞口号，回到切实可行的现实中来。只有不折不扣地坚守无罪推定原则和疑罪从无原则，才能夯实司法公正的坚实基础。

为了公正，为了人权，为了社会和谐，“宁可错放，也不能错判！”“宁可放过坏人，也不能冤枉好人！”应当成为我们坚决奉行的司法原则。

误区三：法律真实与客观真实并重

重实体、轻程序，是我国自古以来的传统观念，也是导致司法不公正的重要原因。近十几年来，随着法治化水平的提高，刑事程序法在我国已经受到空前重视，对于程序公正的重要意义，理论界和实务界已经达成共识。但是，令人遗憾的是，关于证据标准的争议却至今也没有尘埃落定。这就是法律真实与客观真实之争。

法律真实也叫证据真实，是以法定的证明标准作为认定犯罪的依据，其所证明的事实只能做到相对真实，而并不追求绝对真实。客观真实则是要求以客观存在的事实真相作为认定犯罪的依据，其所反映的事实应当是绝对的真实。这两种证据标准相比较，就概念本身而言，客观真实论的主张显然更具有合理性。之所以发生两种证据观之争，原因显然并不在于其合理性而是在于其现实性。

事实上，追求客观真实的证据标准，一直是人们有史以来自始不渝的理想目标。无论是古代社会中的神明裁判，还是一直延续至今的刑讯逼供，也都不过是寻求客观真实的不同方式。但是，直到今天，在人类社会的科学技术水平已经十分发达的情况下，还是无法做到以绝对可靠的技术手段来寻求所有犯罪的事实真相。所以，对客观真实的认定，至今仍然是一道未解的难题，同时也成为铸成错案的重要原因，因为对无答案的解释权只能出自于法官内心确信的主观判断。而法律真实的证据标准，正是在这种困惑中出现的。

法律真实所追求的结果虽然只能做到相对真实，却由



于其证据规则的确定性而避免了主观判断的随意性。同时,由于法律真实的证据标准以有利于被告原则为前提,即使在待证事实不确定的情况下也有利于防止错判。所以,在客观真实的证据标准还不能充分实现的情况下,法律真实的证据标准显然更具有合理性与可行性。由客观真实而走向法律真实,既是认识水平的提升,也是理念的转变,可以说是实现了由盲目走向理性的重要转变。

值得庆幸的是,经过论争之后,法律真实的主张终于得到认同。但遗憾的是,客观真实的标准却并没有被法律真实所取代。于是,又出现了法律真实与客观真实并重的主张。坚持“并重”的主张其实也不无道理,其强调即便以法律真实为标准,也不能忽视对客观真实的考虑,意在坚持对真相的探究。然而,“并重”说最大的误区就是发生了两难选择的冲突。因为,它无法解决客观真实与法律真实的冲突。当两者一旦发生冲突时,首先,人们主观上一定会倾向于追求客观真实,因为它正是人们所希望得到的事实真相。其次,权衡两种标准的选择权由于失去了法定依据而只能取决于人的主观意志。于是,以话语权为主导的主观随意性又不可避免。

历史和现实一再地证明,标准的唯一性才是公正的前提,双重标准就等于没有标准。“并重”说出自于全面、慎重的美好愿望,却因其标准的多元性而陷入了逻辑上的混乱。更危险的是,为认定证据的主观随意性留下了空间。

误区四:打击犯罪与保障人权并重

自1979年我国第一部刑事诉讼法问世以来,一直将打击犯罪作为刑事诉讼活动的首要任务。直至2012年出台的刑事诉讼法修正案,才首次将尊重和保障人权写入刑事诉讼法的条文之中。

在刑事诉讼活动中如何体现保障人权的价值观,在我国一直是一个充满争议的话题,而以打击犯罪为主旨则体现为主流观点。保障人权的理念之所以在刑事诉讼活动中长期受到漠视,除了社会公众的报应刑观念比较强烈之外,还有一个重要原因,就是出于抚慰被害方的考量。当一个犯罪行为发生尤其是暴力型犯罪发生后,人们出于对被害方的同情,往往会将所有的愤怒都指向犯罪嫌疑人、被告人,甚至会忽略这个人的罪行能否被证实。司法实践

中,在一些暴力犯罪尤其是杀人犯罪的诉讼过程中,即使在犯罪证据不足的情况下,被害方亲属也会不依不饶,甚至以死相逼地坚持要求严惩“罪犯”。因为他们已经把犯罪嫌疑人、被告人当成了侵害其亲人的真正罪犯,并且,他们认为如果这个人不是罪犯他们的亲人就无法得到慰藉。在这种情绪之下,就容易将疑似的罪犯甚至假定的罪犯当成真正的罪犯。

值得关注的是,这种情绪普遍地存在于众多人群之中。在讨论保障人权和刑事辩护的很多场合,都会有人提出一种很强烈的质疑:“当你为罪犯辩护,强调保障犯罪嫌疑人、被告人的人权的时候,你有没有考虑到被害方的感受?”这种质疑在情理上是无可指责的。但是,质疑者却忽略了问题的另一方面,那就是当我们还没有充分证据确认犯罪行为为人时,不能用一个无辜者的生命或自由去平复被害方和社会公众的悲情。

近几年陆续暴露出来的一系列冤假错案都表明,在以无辜的替罪者的生命去平息了当时的悲情和义愤之后,个人和社会将会背负多么巨大的代价!如此惨痛的教训表明,刑事诉讼活动中保障犯罪嫌疑人、被告人的人权,既不是对罪犯的仁慈,也不是对被害人的伤害,而是对无辜者的保护,更是对全社会的保护。

近年来,随着全社会人权保障意识的增强和国际社会对人权保障问题的关注,我们终于将保障人权写进了刑事诉讼法条文之中,表明我国已经在立法上明确规定了保障人权的诉讼理念。但是,由于前面所提及的原因,我们仍然未能将保障人权作为刑事诉讼的主要目标,而是提出了打击犯罪与保障人权“并重”的原则。

于是,又一次出现了两难选择的尴尬。有观点认为,“并重”说更全面,并无不当。也有观点认为,“并重”说是一种缓冲、过渡,可以给人们留出更多思考的空间,还能减少争议。可问题在于,有些冲突是无法绕过的,回避矛盾并不是解决问题的有效方式。

例如,在刑事诉讼过程中,严厉打击、从重从快、平息民愤与无罪推定、疑罪从无、排除非法证据,显然是矛盾冲突的两个方面。是强调在确保打击犯罪的前提下,有效地保障犯罪嫌疑人、被告人的人权?还是强调在确保犯罪嫌疑人、被告人人权的前提下有效地打击犯罪?这是两种不同的价值选择,是不可能并重的。若选择前者,就

只能以打击犯罪为主，若选择后者，就只能以保障人权为主。二者不能两全，这是一个无法回避的现实。因此，只有正视现实、明确选择，才是解决问题的有效方式。而回避现实的“并重”说，则只能导致双重标准的混乱局面，当两种价值观发生冲突时，或忽左忽右，或无所适从。

误区五：犯罪嫌疑人、被告人没有阅卷权

关于犯罪嫌疑人、被告人的阅卷权，在我国是一个长期被忽略和否定的问题，无论是理论界还是实务界，对此问题一直都讳莫如深，甚至发生过律师在会见中向被告人出示案卷材料被追究刑责的情况。2012年《刑事诉讼法》修改时，虽然增设了第37条“自案件移送审查起诉之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据”的条款，但该条款不仅来之不易，在修法过程中就颇有争议，且一出台就遭到非议和抵制。直至目前，对该条款的设置和解读仍然争执不断。仍有观点坚持认为，犯罪嫌疑人、被告人对案卷没有知情权，更谈不上阅卷权。为此，律师会见核实证据时仍然阻力不断、顾虑重重。

在现代诉讼理念和诉讼规则中，阅卷权本应是被告人固有的权利。被告人是刑事制裁结果的直接承担者，其具有参与刑事裁判形成过程的听审权，而阅卷权则是其实现听审权的基本保障。

至于一直存在的一种辩护律师可以代行阅卷权的观点，不仅实质上侵犯了被告人自身的辩护权，而且颠倒了辩护人与委托人的相互关系。辩护权来自于被告人的授权，经被告人授权，辩护人才可以帮助被告人行使包括阅卷权在内的辩护权，而帮助的前提是被告人本人享有阅卷权。如果否认被告人的阅卷权，则意味着：作为派生权利主体的帮助被告人行使辩护权的辩护人享有阅卷权，而作为权利主体的被告人本人却只享有辩护权而没有阅卷权，岂不形成了一种悖论？事实上，辩护人的阅卷权，本身就是被告人的阅卷权。如果否认被告人的阅卷权，辩护人的阅卷权也就失去了存在的基础。

阅卷权是犯罪嫌疑人、被告人有效行使辩论权和质证权的基本保障。如果被追诉者对指控的证据不知情，就相当于被蒙着眼睛挨打，无从寻找辩解的理由；而如果其只

能在庭审质证过程中才可以知道相关证据内容，则无异于遭到证据突袭。在我国当前的庭审质证方式中，公诉人经常会以长时间连续宣读证据的方式举证，连辩护人经过长时间的阅卷准备和摘录要点都会精疲力尽、难以应对。这种情况下要被告人不经阅卷而当场即席发表质证意见，纯属是自欺欺人的走过场。最简单的道理是，被告人在没有充分准备的情况下不可能有效行使质证权。

有观点以防止串供为由否定犯罪嫌疑人、被告人的阅卷权，这种理由并不成立。首先，经得起检验的证据不受被告翻供的影响，且口供并非定案的主要依据。其次，依据现行法律规定，律师只能在审查起诉阶段才能看到案卷和向嫌疑人、被告人核实证据。而此时侦查活动已经终结，证据已经固定，不会发生妨碍侦查的问题。

至于有人以律师会以泄露证据内容的方式帮助串供为由否定嫌疑人、被告人的阅卷权，更是毫无道理。首先，就了解案卷的机会而言，在侦查、起诉和审判环节中，每一个接触案件的相关人员都具备这种条件，侦查、起诉环节中办案人员违规、违法的案例并不鲜见。而相比之下，律师的这种机会却是最少的，因为律师没有公权力的便利条件，知悉案卷内容的时间又最短。其次，律师办案也有自身的职业道德和职业规范。如同任何一种职业群体中都有个别人会违规、违法一样，律师中如果有此现象，对违反者依法查处就是了。但绝不能以此为由因噎废食，剥夺了被追诉人的阅卷权，更不能以歧视的心态，将律师打入另册。

需要强调说明的是，关于嫌疑人、被告人阅卷权的问题，在国际社会中早已成为共识和常识，且各国和地区的法律中都有明确规定。

《美国联邦政府刑事诉讼规则》第16条（a）规定：由政府向被追诉人透漏证据的范围，包括①被告人陈述②被告人先前记录③文件和有形物品④检查、试验报告，共四个类别所囊括全部案卷材料。而被追诉人与辩护人在证据开示的时间、内容上都没有差异。

英国《刑事诉讼法》第35条规定“1、被告人和辩护人在诉讼过程中可以阅览或复印有关材料……”

俄罗斯《联邦刑事诉讼法典》第201条规定：刑事被告人“有权亲自或由辩护人帮助了解全部案件材料，以及提出补充侦查的申请。如果刑事被告人没有申请辩护人，将



全部案件材料提供给他阅读……”

德国《刑事诉讼法典》第114b第2项第7款（向被告进行告知）规定：“……被告无辩护人时，得依照第147条第7项之规定申请获得案卷讯问及案卷副本。”

奥地利《刑事诉讼法》第45条第2款规定：“阅卷权仅能由被告之辩护律师行使，但依法而无辩护律师之被告，得由被告人行使。”

我国台湾地区《刑事诉讼法》第33条第2项规定：“……无辩护人之被追诉人于审判中的预纳费用请求付与卷内笔录之影本。”

以上例证表明，无论是普通法系还是大陆法系的国家 and 地区，都无争议地明确规定被追诉人享有阅卷权，具体方式无非有两种：一种是被追诉人与辩护人同时享有阅卷权；另一种是被追诉人通过辩护人了解案卷情况，在其没有辩护人的情况下，可以直接行使阅卷权。

在两种方式中，虽然被告人了解案卷内容的途径有所差别，但前提都是被告人享有阅卷权。

由此可见，否定辩护人、被告人享有阅卷权，既无法理依据，也违背国际惯例。其直接后果就是侵犯犯罪嫌疑人、被告人的辩护权，影响司法公正。

误区六：辩方证据也需要具有合法性

真实性、关联性、合法性是刑事证据的基本特征，这是法学理论界和实务界的通说。然而，长期以来，由于这种“三性”说并没有将控方证据与辩方证据加以区分，致使这三个特征成了控方证据与辩方证据的共同特征。多年来，这种认识已经深入人心，无论是在教科书中，还是在司法实践中，都很少有人提出质疑。虽然《刑事诉讼法》关于排除非法证据的规定并没有指向辩方证据，但是，也没有明确规定辩方证据不在排除之列。以至于，在庭审质证过程中，控方常常会以证据不具有合法性或者证据来源不明为由，质疑辩方证据，而法庭也经常会支持控方的质疑，致使辩方律师陷于被动。

究竟应当如何评价对辩方证据合法性的质疑？辩方证据是否应当以合法性为必要条件？辩方以违法方法收集的证据是否具有证据能力？回答这些问题，必须面对现实。

多年来，辩方证据获取途径违法或者无法说明来源的

现象时有发生。多年前有一桩投机倒把案，被告人被指控倒卖汽车和摩托车。按照当时的规定，只有具备相关批准文件才是合法经营，否则就构成投机倒把罪。该案中，被告人明明有合法手续，可这些文件却被办案机关隐匿了，而律师也没有正常途径可以获取。结果是被告人有口难辩，一审判处被告人罪名成立。但是在二审期间，被告人的一位朋友从公安局内部将放在卷柜中的这些文件偷出来并转交给律师，二审才改判无罪。

类似的情况还有很多，例如，被告人家属为辩护律师提供了一份关键性证据，其真实性和关联性都没有疑问，但家属却不敢公开该证据的来源，也不敢公开提供者的身份。又如，一个通缉犯向法院寄送了一份能够证明被告人无罪的关键证据，但该通缉犯又无法出庭作证……

尽管上述证据都有机会递交法庭，却面临一个法律上的尴尬：即辩方的确是通过一种非正常的途径和方式获取了该证据，那么，在这种情况下，我们能否仅仅由于这些证据收集程序违法或者来源不清，就在该证据真实性无疑问的情况下以其不具有合法性为由拒绝采信？也就是说，能否让被告人承担证据来源违法或者律师违法取证的不利后果？或者说，能否由于辩方证据不具有合法性而放任无辜的被告人蒙受冤狱？如果遇到一种更极端的情况：在一桩杀人案中被告的律师以违法方法收集到了一项足以证明被告无罪的证据，法官能否因该证据不合法而仍然判决被告有罪并处以极刑？实践中应当没有法官会这样做。但是，这个法官在判词中又该如何解释？

面对这些问题，我们必须正视一个不容回避的简单话题：在有证据证明一个人无罪的情况下，能否仅仅由于该无罪证据来源不明或者系非法取得，而仍然判决其有罪？如果可以这样做，那么，公平与道义何在？如果不可以，那么，要求辩方证据合法性的理由又何在？

这种充满矛盾的现实，似乎提出了一个两难选择的问题，这正是导致此题难解的症结所在。但是，这却是每一个法律人必须面对的课题。

如果按照以往教科书式的理解，似乎这是一个不值一驳的伪命题。很多人会认为，与控方证据一样，辩方证据的合法性同样是不容置疑的。然而，如果我们正视现实，回归到法治理念和现行诉讼规则的层面来深入思考，答案却应当是否定的。

首先，从理论层面来看，非法证据排除规则是宪法的救济手段，所面对的是宪法性的侵权行为，而只有政府才可能构成侵犯宪法性权利的主体。所以，排除规则作为宪法权利的救济手段自然只能针对政府的违法取证行为，而不适用于私人违法取证行为，后者只能通过其他途径加以制裁。

正是基于这种理由，国外立法例在排除非法证据的规定中都不包括辩方获取的违法证据。美国联邦最高法院在1921年Burdeau V.MeDowell案中明确指出：“第四修正案包括乃意图对统治权力活动的抑制；并非意图对公务员以外者加以限制。”“第四修正案保护公民不受非法的搜查和扣押，正如先前判例所示，这种保护适用于政府的行为。它的起源和历史清楚地表明，修正案的目的在于抑制主权行为，而并非限制其他非政府机构的行为。”

在大陆法系国家，也没有立法例将辩方证据包含在排除非法证据的范围之内。

其次，从保障人权的角度来看，排除非法证据的价值在于捍卫人权，维护法治，防止冤假错案。所以，即使这种排除以放纵个别罪犯为代价，也有利于维护司法公信力，符合法治社会的整体利益。而排除辩方非法证据的代价，却可能会践踏人权，铸成冤假错案。这两种代价，一种是由国家承担，一种则是由无辜的个人来承担，显然不能一视同仁。

基于以上理由可见，辩方证据的能力不应以合法性为前提，其法理依据充分，社会效果明显。然而，遗憾的是，这个在国际社会已成共识的原则在我国却至今未能明确，致使对辩方证据合法性的苛求成为实现被告人辩护权的严重障碍。

误区七：律师可以违背当事人的意愿 独立行使辩护权

我国的法庭上不止一次地发生过这样一种尴尬的场景：被告人坚决不承认自己有罪，而辩护律师却坚持对其做以有罪为前提的罪轻辩护。律师坚持的理由是依法“独立行使辩护权”。多年来，这种场景时常发生，但这个问题却没有引起足够的重视。在一些人看来，这种认识似乎是律师辩护权独立性的应有之义，却很少有人去探究它的

真正内涵。

律师辩护权独立性的含义究竟是什么？律师可以违背当事人的意愿去独立行使辩护权吗？这个问题，既涉及到刑事诉讼的目的性，又涉及到辩护律师的职责定位。

从刑事诉讼目的的角度来看，独立辩护论最初源于德国的辩护理论。在职权主义的诉讼构造下，由于将发现真相作为刑事诉讼的最终目的，则认为控辩双方都负有协助法院查明真相的义务，所以律师对法院的真实义务应当优先于对当事人的忠诚义务，赋予律师独立的辩护地位是为发现真相的目的服务的。

然而，事实却一再表明，将发现真相作为刑事诉讼目的的理论忽视了一个无法回避的现实：有些真相终究是无法发现的。而一旦如此，往往就会有一些假设的真相被制造出来填补空白，以求实现发现真相的诉讼目标。只是因为，如果没有真相就无法完成事先预设的诉讼目标。

发现真相的理论不仅脱离现实，而且也与刑法的基本功能相背离。作为国家机器的组成部分，刑法的功能是维护社会的整体秩序，而并非局限于对个案的是非评价。刑事诉讼活动的价值，则是以追求司法公正的方式去实现恢复社会秩序的总体目标。而在这种目标之下，发现真相仅仅是追求司法公正的一种必要手段。而且，由于当今社会还无法做到对所有案件都能够查明真相，所以，体现为客观真实的实体公正，并不是实现司法公正的唯一手段。与此同时，体现为证据真实的程序公正则对于实现司法公正具有不可替代的独立价值。

由此可见，发现真相与司法公正并不具有同质性。将发现真相作为刑事诉讼目的的理论，既背离了刑法的基本功能，也混淆了目的与手段的逻辑关系。

由于发现真相的理论在实践中屡遭困惑，现代刑事诉讼走出了客观真实的幻影，程序公正理论在现代诉讼理念中已经成为共识。近些年来，无论是在欧美，还是在日本，已经有越来越多的学者提出，刑事司法制度不应仅仅着眼于发现事实真相。德国本土学者魏根特教授也指出：“查明真实本身并不是目的，而必须以恢复社会平和这一刑事秩序的机能来理解诉讼目的，查明实体真实只不过是诉讼的中间目的而已”。显而易见，在以恢复社会秩序作为刑事诉讼的最终目的，查明真相只是一种手段即中间目的的现代诉讼理念中，辩护律师的职责是通过维护程



序公正进而实现维护被告人合法权益的方式,实现恢复社会秩序的目的,并不负有发现真相的义务。

从辩护律师职责定位的角度来看,辩护权设置的初衷,即是通过对抗公权力,最大限度地维护当事人的合法权益。辩护权源于当事人的自愿授权,因当事人的委托而产生。因此,辩护权的本质是从属于当事人的私权利。正如美国学者弗兰克尔所言:“如果律师成为一名真相发现者,而非委托人的斗士,从经济动机上和职业组织方面来看,可能会导致客户与律师的早期冲突:委托人如何以及为何需要对破碎的忠诚(律师要对事实和委托人两者忠诚)付费?我们要求律师对他从事的案件真实性负责是否会造成他们对辩护失去动力和不愿投入?我们能否让一名律师英勇地保护他的委托人并对抗全世界——不只是对抗国家。同时,要求他将追求模糊不清、需要深入调查才能发现的事实真相作为自己的崇高目标?”¹

由此可见,在现代刑事诉讼理念中,辩护律师应当以维护程序正义为目标,以坚持对当事人的忠诚义务为宗旨,依法最大限度地维护当事人的合法权益。而与这种辩护权的职责定位相一致,辩护权的行使则应当与当事人的意志保持一致,辩护权的独立性不应违反对当事人的忠诚义务。

那么,究竟什么是辩护权独立性的应然内涵?或者说,辩护权独立性的含义,究竟是独立于当事人的意志?还是独立于当事人意志之外的其他因素?或者是两者兼而有之?

简言之,不同的诉讼目标必然形成不同的诉讼结构。当律师的主要职责是服务于发现真相时,为践行该职责,他可以独立于当事人的意志而坚持自己的主张。然而,在现代刑事诉讼理念中,当司法公正的标准已经不单单是难以确定甚至无法查明的案件真相,而是兼顾到人权保障、程序正当等多重价值,发现真相仅仅成为刑事诉讼的一种手段即中间目的时,辩护人的职责就不是与控审双方共同配合去发现真相,而是在制约与对抗的关系中,从维护当事人的角度去实现程序的正当性。因此,辩护权独立性的意义不能体现为独立于当事人,而只能是独立于当事人意

志以外的其他因素。

现实生活中,影响和干扰辩护权的因素表现在很多方面,例如:来自权力的干预或影响;来自当事人亲属、上司或者帮助当事人委托律师的出资人提出的违背当事人意愿的要求;以及社会上的各种舆论干扰和压力等等。根据辩护权的从属性和刑事诉讼中控辩抗衡的特性,这些与当事人意志相违背的其他外部因素,才是辩护权独立性的指向所在。概言之,辩护权的外部独立性,才是辩护权独立性的真正所指。中华全国律师协会2017年发布的修改后的《律师办理刑事案件规范》第五条明确规定:“律师在辩护活动中,应当在法律和事实的基础上尊重当事人意见,按照有利于当事人的原则开展工作,不得违背当事人的意愿提出不利于当事人的辩护意见。”这一规定集中表达了两层含义:一是律师提出辩护意见不得违背当事人的意愿;二是律师提出的辩护意见不得不利于当事人。

在辩护过程中,律师与当事人的意见分歧主要有两种情形:一种是被告人坚持无罪,而律师认为其有罪;另一种是被告人坚持认罪,而律师认为无罪。当律师与当事人发生意见分歧时,首先应当通过沟通、交流争取达成共识和理解。在最终无法取得一致的情况下,或选择顺应当事人的意愿提出辩护意见,或选择退出辩护。但须遵守一个重要原则:不得帮助当事人伪造或毁灭证据。

在我国司法实践中有一种特殊现象:有时候当事人出于各种难言之隐,为了自保而坚持违心认罪。在此情况下,如果律师确有认为其无罪的充分理由,可以在不影响其认罪态度的前提下提出有利于被告人的法律上无罪的辩护意见。这种做法不违背律师对当事人的忠诚原则,而且恪守了对当事人负责的职业道德,不失为辩护权独立性的一种合理表达方式。

误区八: 律师保密义务不能对抗侦查权

我国《律师法》第38条规定:“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密,不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄

¹〔美〕马文·E·弗兰克尔文、虞平、何诗扬译:《追求真实,一个裁判的观点》,第345页,载于虞平、郭志媛编译:《争鸣与思辨:刑事诉讼模式经典论文选》,北京大学出版社2013年版。

露的情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外。”

《刑事诉讼法》第48条规定：“辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息，有权予以保密。但是，辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他人员，准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的，应当及时告知司法机关。”

《律师法》和《刑事诉讼法》关于律师保密义务的规定可以说是明确、具体且具有一致性。但是，司法实践中办案机关主要是公安机关找到律师和律师事务所强行调查取证的情况却时有发生，或者向律师调取其曾经代理过案件的卷宗或相关证据材料，或者直接让律师做调查笔录，还有的要求调取律师事务所与客户的委托合同及律师费发票，甚至会以追缴赃款的名义冻结律师事务所的账号或者直接扣划律师费。当律师和律师事务所以保密义务为根据拒绝配合时，办案机关却提出了另一种理由：“律师保密义务不能对抗侦查权”。

在这种情况下，多数的律师和律师事务所都只好迫于压力而予以配合。而律师的这种无奈之举，不仅侵犯了委托人的隐私权，也触犯了律师职业道德的底线。

律师对委托人的保密义务能否对抗侦查权？这本来是一个不言而喻的问题。因为，保密义务对于委托人而言是一种义务，对于公权力而言就是作证豁免权即免作证权，如果没有后者的免作证权也就无法履行前者的保密义务。所以，对抗侦查权的免作证权本身就是保密义务的题中应有之义，律师对委托人负有保密义务，对侦查机关即享有免作证权，保密义务的主要指向就是对抗公权力。

律师保密义务发生于执业活动中，需要保密的内容是其在执业活动中基于委托人的信赖关系而获取的。如果律师违背这种保密义务，就会失去委托人的信赖而不愿向律师披露真情，甚至不敢再委托律师。所以，律师对委托人的保密义务是律师与当事人之间互信原则的集中体现，而这种互信原则是律师制度赖以存在的根基。律师对委托人保密义务的理论基础是利益均衡原则，根据利益均衡原则，当我们维护一项社会正义的时候，还应当考虑到其可能会造成的另一种不公正。而当其他社会价值大于追究某一特定犯罪人的刑事责任时，法律就会选择保护更重要的

利益。在因律师免作证权而影响到一个特定的个案与维护律师制度根基这两种利益之间权衡利弊时，以维护律师制度为重，当然是不容置疑的选择。所以，律师保密义务同时也是对司法机关的免作证权，早已成为国际社会的通行原则。

1990年9月7日第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会上通过的《关于律师制度的基本原则》第22条规定：“各国政府应确认和尊重律师及其委托人之间在其职业关系内的所有联络和磋商均属保密性的。”

世界刑法学协会第十五届代表大会《关于刑事诉讼法中人权问题的决议》第14条规定：“一切证据调查必须尊重职业作证豁免权。”

同时，在美国专门有《律师作证特免权保护法案》，在英国、德国、日本多数国家的刑事诉讼法中都明确规定了律师作证豁免权。

在国际社会通行的作证豁免原则中，还包括神职人员和医生在内。因为，如果一个神父可以对于忏悔者披露的罪行向司法机关作证，一个心理医生可以对于患者披露的罪行向司法机关作证，也同样会毁掉这两种职业的根基。可见，以免作证的特权履行对客户的保密义务是律师、神职人员和医生这三种职业中不可逾越的道德底线。

从理论上划分，律师保密义务分为绝对保密义务和相对保密义务。二者的区别主要在于律师对于其知悉的尚未发生的危害行为是否承担保密义务。按照绝对保密原则，律师对于在职业活动知悉的委托人的一切信息都应当保密，也包括其准备和正在实施的危害行为在内。而按照相对保密原则，律师则只应对其知悉的已然（已经实施）的危害行为承担保密义务，对于未然（尚未发生或正在实施）的危害行为不承担保密义务。

从既维护律师制度又兼顾保卫社会安全的角度出发，国际社会绝大多数国家的立法普遍采取相对保密原则，我国也不例外。为此，我国《律师法》第38条和《刑事诉讼法》第48条均规定，将“准备实施或者正在实施的”危害行为排除在保密义务之外。

需要特别强调的是：《刑事诉讼法》第48条的表述是“辩护律师对在执业活动中知悉的委托人的有关情况和信息，有权予以保密”，这一表述恰恰明确了保密义务本身的权利属性。也就是说，它对委托人而言是一种保守秘密



的义务，对公权力而言则是一种免作证的权利。二者之间是一种对应关系，即这种保密义务正是通过作证权的豁免来实现的，而且也只能通过这种权利豁免才能实现。

接下来在第48条后面的“但书”部分又规定：“辩护律师在执业活动中知悉委托人或者其他人员，准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪的，应当及时告知司法机关。”这一规定又表明：只有对于排除在律师保密义务之外的那些未然的、危害到国家、公共及他人人身安全的重大犯罪行为，律师才具有作证义务。反之，对于保密义务范围内的其他信息，律师当然没有作证义务。从而，法律进一步明确了律师保密义务的免作证权性质。

“律师保密义务不能对抗侦查权”，是对律师保密义务性质的误读，也是对立法本意的曲解。由于实践中办案机关强制律师违反保密义务的现象时有发生，不仅使委托人的隐私权屡遭侵犯，而且也破坏了律师与委托人之间的互信原则，动摇了律师制度的根基。

鉴于这种现象导致后果的严重性，希望能够在理论上进一步厘清认识、走出谬误的同时，能够在立法上对律师的免作证权作出更直接、更明确的规定，以杜绝实践中以公权力强制律师违反保密义务乱象。

误区九：举证责任倒置的思维惯性根深蒂固

刑事诉讼中的举证责任，是指公诉方和辩护方在审判中向法庭提供证据证明其主张案件事实的责任。举证责任又称证明责任，虽理论上对二者内涵有不同解读，但没有实质性分歧。在现代诉讼制度中，举证责任分配的规则以无罪推定理论为基础。

首先，无罪推定理论决定了刑事诉讼中举证责任应当由控方承担。因为被告在被证明有罪前被推定为无罪，没有证明自己无罪的责任。因此，举证责任首先应该由控方承担。

其次，无罪推定理论解决了举证责任的转移问题。在诉讼过程中，如果控方举证的事实已经被辩方认同而辩方又提出了一项具体的事实主张，如不在现场的事实主张，正当防卫的事实主张等，举证责任会因此发生转移。

其三，无罪推定理论决定了控辩双方承担举证责任需要达到的证明程度不同。根据无罪推定原则，当控方举证证据不足时，法庭应当作出有利于被告的判决，因为控方的证明责任需要达到确实、充分，可以排除一切合理怀疑的程度。而辩方的证明责任只需要达到存在合理怀疑的程度。

值得重视的是，举证责任制度先于无罪推定理论而出现，但无罪推定理论却奠定了现代举证责任制度的基础。即是说，正确理解和适用现代刑事诉讼中的举证责任分配规则，首先必须正确理解和适用无罪推定原则。

在现代诉讼理念中，以无罪推定理论为基础的举证责任规则已经成为法治国家立法和司法中的共识。但是，这个问题在我国却成为至今尚未解决的一种困惑，有很多人仍然陷入举证责任倒置的误区之中。

导致这种现象的原因主要有两个方面：一是立法本身的问题，二是司法理念的问题。

在立法层面上，《刑事诉讼法》第49条规定“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”，明确了控方的举证责任。但同时，法律又在其他条款中体现了辩方也有举证责任的内容。例如，对照1997年《刑事诉讼法》和2012年《刑事诉讼法》可见：（1）1997年《刑事诉讼法》第35条规定：“辩护人的责任是根据事实和法律提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见……”，2012年《刑事诉讼法》的同一条款则删除了“证明”二字。（2）1997年《刑事诉讼法》第93条和2012年《刑事诉讼法》第118条都规定：“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。”但在2012年《刑事诉讼法》第50条又规定“不得强迫任何人证实自己有罪。”

立法中这两处修改表明：

（1）1997年《刑事诉讼法》规定要求辩护人提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者免除刑事责任的材料和意见，实际上是要求辩方承担一定的证明责任，这一规定与无罪推定原则是相违背的，反映出与有罪推定理念相吻合的举证责任倒置的思维方式。

2012年《刑事诉讼法》修改时取消了“证明”二字，即是取消了辩方的举证责任，应该说是体现了立法理念的进步。但同时也说明，我们在立法上向无罪推定原则迈进的时间很晚且并不彻底。直到今天，无罪推定原则也还没

有明确写进《刑事诉讼法》的条文，只是在《刑事诉讼法》第12条中规定：“未经人民法院判决，对任何人都不得确定为有罪。”而这种中国特色的委婉表述形式却难以确证为明确的无罪推定原则，留下了可以见仁见智的解读空间。正由于如此，无罪推定的理念仍然难以深入人心，相应之下，举证责任倒置的思维惯性依然难以遏制。

（2）《刑事诉讼法》中关于犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答的规定，是对犯罪嫌疑人自证其罪的要求。虽然2012年修法时，增加了关于“不得强迫任何人证实自己有罪”的规定，却又仍然在118条中保留了“应当如实回答”的规定，因而又形成了这两个条款的冲突关系。这种冲突事实上也给人以无罪推定为基础的举证责任制度的贯彻留下了隐患。

应该说，《刑事诉讼法》在立法中这种对无罪推定原则规定的滞后性和不彻底性，与人们对举证责任规则认识混乱的现象不无联系。

在司法理念层面，由于多年来有罪推定思维习惯的普遍性，以及立法中对无罪推定原则贯彻的不彻底性，以有罪推定为基础的举证责任倒置的滞后理念并未彻底革除，使得要求被迫诉者“自证无罪”的举证逻辑仍然随处可见。在司法实践中，有些法律人常常会在办案过程中不自觉地表现出举证责任倒置的习惯性的思维方式，而且这种思维方式甚至会占据上风。

例如，在法庭上控方经常会以辩方证据不足为由反驳辩方的主张，而这种理由有时还会得到法庭的支持。

更典型的范例，莫过于法院判决书中以证据不足为由驳回辩护理由的表述方式。诸如：“辩护理由缺乏证据支持”、“该辩解缺乏证据支持”、“辩护意见缺乏事实依据和证据支持”等等。实践中，具有这种同类表述的判决书并非罕见！应该说，这种判决书反映的理念与1997年《刑事诉讼法》中关于辩方具有证明责任的规定一脉相承。但是，在2012年《刑事诉讼法》已经修改多年以后，仍然还会出现这样的判决理由，足见司法现状的尴尬和理念转变的艰难。在这种以“自证无罪”为前提的“洗白式”的司法理念支配下，出罪难于入罪，岂不是欲加之罪，不患无辞吗？

举证责任倒置的思维方式所导致的消极后果，在排除非法证据的程序中反映得更为突出。在对控方证据合法性

的审查上，由于被告处于无力取证、举证的被动地位，《刑事诉讼法》第57条规定：“在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中，人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。”同时第56条又规定：“当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的，应当提供相关线索或者材料。”《刑事诉讼法》司法解释第96条进一步细化为：“当事人及其辩护人、诉讼代理人申请人民法院排除以非法方法收集的证据的，应当提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或者材料。”

以上规定明确了两条原则：一是明确在排除非法证据程序中由控方承担举证责任；二是要求辩方只负责提供相关线索或者材料。应当说，对于被告人而言，提供线索和材料已经是勉为其难了。但现实中，即使提供了相关线索和材料也很难进入排除程序，被告人方往往会面临更为苛刻的条件。绝大多数情况下，“线索和材料”都变成了证据的代名词，以至于排除非法证据的程序基本上流于形式，真正得以排除的案例极为少见。

排除非法证据程序的障碍背后，还隐藏着另一个原因，而这个原因也与举证责任倒置的偏见密切相关。排除非法证据阻力巨大的重要原因之一，是办案人员因担心承担刑讯逼供的刑事责任而顾虑重重，而产生这种顾虑的原因恰恰也是出自对举证责任规则的错误认识。根据法律规定，需要排除的是非法取证的可能性，并不是实然性。所以，即使证据被排除了，办案人员也并不必然构成刑讯逼供罪，二者之间并无必然联系。因为根据无罪推定原则，不可能仅仅以“可能性”为由追究刑讯逼供的责任。然而，正是由于有些人陷入到以有罪推定为基础的举证责任倒置的偏见之中，才一方面在指控被告人有罪时要求被告自证无罪，另一方面在承担合法取证的举证责任时又试图将举证责任转移给被告人。而一旦“排非”成立，又会从刑讯逼供犯罪嫌疑人的角度换位思考，把非法取证的可能性当成了刑讯逼供的必然性，从而将自己置于自辩无门的境地。

其实，这一切不正常现象背后的深层原因，都源于举证责任倒置的偏见。因为以有罪推定为基础的举证责任倒置的思维方式，总是从要求被指控者自证清白的角度去分



配举证责任。

举证责任倒置的思维习惯与人治的理念一脉相承，因为在人治社会中，代表权力的主观判断比证据更重要，证据意识淡漠已成为社会常态。在中国社会走向法治之前，尤其是在文革动乱时期，先抓人后找证据，让嫌疑人自证清白的做法司空见惯、习以为常，很多人已经接受和习惯于这种思维方式。这应该是在我国形成举证责任倒置思维习惯的历史原因。

值得警惕的是，这种举证责任倒置的思维习惯不止体现在刑事诉讼中，在民事诉讼中也不乏其例。前些年引发举国关注的南京彭宇被告撞倒老人案，就是举证责任倒置的典型案。在救助者与被救助者发生责任纠纷，原被告双方对撞与没撞的基本事实各执一词，而被救助者指责救助者并向其索赔的情况下，法院竟然要求救助者举证证明其没有撞倒对方的事实，并且因其举证不能而判决其败诉。该案虽然在舆论谴责之下终于得到纠正，但深刻地反映出这种举证责任倒置的错误观念在我国社会中的顽固性和普遍性。

举证责任倒置的思维方式，是有罪推定理念的延伸，是司法公正的天敌。在刑事诉讼中，则是铸成冤假错案的认识根源。

误区十：控辩审三方职责定位混乱

法治建设四十年过去了，关于控辩审三方的职责定位问题至今未能厘清。由于辩护权被漠视，律师地位低下，控辩冲突一直难以缓解。同时，辩审双方、控审双方也时常发生冲突。前些年，辩审冲突曾经一度升温，法庭训斥律师、驱逐律师的现象时有发生。后来，控审冲突又日渐公开化。一方面，公诉机关因片面追求起诉成功率而时常发生以诉代审的倾向，加之检察机关对职务犯罪自侦自诉一体化的结构设计，使得诉权的地位不断提升，致使法院处于自嘲为弱势群体的尴尬境地。另一方面，实行以审判为中心的制度改革以来，法院一方又时常会以不适当的方式来表现出自己的强势地位，例如可以超越公诉请求的内容作出判决。

这一系列冲突之所以此伏彼起，难以平复，其根本原因是对控辩审三方职责定位的认识误区。

律师之所以被边缘化而成为弱势群体，根本原因是辩护律师职责定位的认识错误。长期以来，人们始终未能真正认识到律师对维护司法公正不可替代的制约作用，而将其视为干扰、对抗公权力的消极力量。之所以如此，就在于对刑事诉讼活动的规律和结构设计缺乏正确认识。而再究其根源，则是尚未走出漠视嫌疑人、被告人权利保障的滞后观念。在我国历史上嫌疑人、被告人一直被当作诉讼活动的客体对待，成为单纯的打击对象。2012年修改《刑事诉讼法》时，虽然在条文中强调了保障犯罪嫌疑人、被告人权利的重要性，但由于理念的滞后，这个原则却无法得到有效贯彻。刑辩律师的职责就是帮助犯罪嫌疑人、被告人维护权利，而在犯罪嫌疑人、被告人的权利被漠视的情况下，律师的权利必然会被漠视，二者具有不可分割的必然联系。与此相适应，律师被视为司法活动中的异己力量也就不足为怪了。

由于中国社会中律师制度的历史过于短暂又几次中断这一特殊的历史现象，人们对律师的了解十分缺乏。就控辩关系而言，在一个正常、合理的诉讼结构中，控辩双方本应是一种以制约求公正的理性对抗关系，但是法治建设四十年来，中国社会中的控辩关系却经历了一段由形式性对抗转向冲突性对抗的矫枉过正的弯路。在律师制度恢复初期，表面上处于对抗地位的控辩双方实质上却是在共同配合法庭办案，并没有形成真正的对抗关系。因为根据当时律师法的规定，律师的首要职责是维护法律的正确实施。后来，随着律师法的修改和律师管理体制的改革，控辩双方的关系又转向了冲突性对抗的另一个极端。控辩关系由形式性对抗转向冲突性对抗，是从一种误区走向了另一种误区。直至今日，这种冲突性对抗的僵局仍然没有完全打破，控辩双方理性对抗的正常化关系仍然难以实现。现实中，有两句常见的抱怨：某公诉人说“诉了半天，白诉了”；某辩护人说“辩了半天，白辩了”。这种感受，恰恰是冲突性对抗的认识根源。

检察机关之所以在面对控辩冲突的同时，又发生控审冲突，其根源同样出自于其对自身职责定位的认识误区。检察机关的基本职责是指控犯罪，追求超越职能的权力和目标则是其与辩审双方发生冲突的主要原因。

首先，检察机关对职务犯罪的自侦权不仅存在侦诉一体化的弊端，而且还延伸出对审判机关的威慑，致使法院和法

官在裁判时不得不顾及公诉人的观点和态度。从而，因诉权过于强势而导致控审关系失衡。这种状况虽然随着其自侦权的分流而改善，但这种冲突的阴影却难以完全消散。

其次，检察机关监督权的扩张违反诉讼规律。司法监督属于检察机关的部分职能，但这种监督权如果运用失当就会适得其反。直至今天，在法庭上还经常听到公诉人当庭宣称“公诉人在法庭上依法行使监督权”。这种宣言是十足的角色错位，是宣称原告方有权监督裁判者，无异于给法官戴上手铐。遵循诉讼原理，检察机关的监督权不应行使在审判阶段，而应当前移至侦查阶段，侦查监督才是检察机关亟待强化的重要职能。

其三，对起诉成功率的过度追求，导致公诉权对辩护权和审判权的双面冲击。

在曾经坚持99%以上起诉成功率的目标下，检察机关为实现有诉必判的结果，一方面会导致与辩方的冲突加剧；一方面也会产生公诉权冲击审判权的越权趋势，引发控审冲突。而更为尴尬的是，还会在检察机关内部造成进退两难的自身冲突。根据诉讼规则，侦、控、审三个阶段的价值目标和证据标准应当各有不同，侦查活动的价值目标应当是怀疑一切，而裁判活动的价值目标则应当是排除一切合理怀疑。公诉机关有诉必判的目标追求，不仅违背诉讼规则，而且又给公诉人压上了有进无退的后果责任，迫使其陷于为定罪而不遗余力，不判有罪不罢休的尴尬境地。

法院作为裁判者本应处于相对超脱并至高无上的地位，但在我国却不断发生与控辩两方面的冲突，这种反常现象同样是来源于控、辩、审三方职责定位的认识误区。

长期以来，由于检察机关的强势地位和实质上以侦查为中心的诉讼模式，公、检、法三机关似同一条击鼓传花的流水线，法院少有拒绝接受的主动权。再加之权力干预屡禁不止的复杂情势，法院一度处于难以自主的弱势地位。在这种情况下，法院中立性的弱化和偏移具有一定的必然性。而这种中立性的弱化和偏移，又形成了控辩审三方发生冲突的潜在因素。

前几年几度发生辩审冲突不断升级的现象，突显了职责定位误区所产生的后果。在一个正常的诉讼架构中，控辩冲突具有常态性，只是冲突的性质和程度会有所不同。但如果发生辩审冲突，却是一种反常。因为辩方没有理由和能力去挑战具有中立性和权威性的裁判方。如果在庭审

活动中法庭能够严守程序规则并坚持中立性和被动性，这种冲突应该不会发生。即使有个别律师真的是无理取闹也会处置有据，绝不会发展为一种引起广泛关注的辩审冲突的社会现象。

以审判为中心的司法制度改革为庭审实质化铺平了道路，也提升了审判机关的权威性。然而，一方面，庭审实质化的推进仍然一波三折。另一方面，在法院试图强调审判权威性的同时，控审冲突又掀起新的波澜。诸如，认罪认罚案件中检法两方权力分配的纠葛，以及二审法院对抗诉案件裁判原则等一系列问题，又成了控审冲突的起因，不久前发生的二审法院对检察院求轻抗诉案件加重处罚的案例，进一步反映出控审冲突的升级。

长期以来，控辩审三方之所以冲突频发、是非难辨，根本原因就在于三者的职责定位混乱。作为司法结构中的三个不可或缺的独立主体，在各自定位不明确的情况下，冲突就具有不可避免性。而多年来人们千呼万唤的法律职业共同体之所以难以形成，也是出于同样的原因。法律职业共同体是在顺应诉讼规律的前提下因需求而产生的，当控辩审三方职责定位合理、明确，在各司其职的前提下形成任何一方都不可或缺的真正的制约关系；当公诉人就是公诉人，律师就是律师，法官就是法官，每一方都能找到自己的准确定位，每一方又都能在不出偏差、恪守职责的基础上，感受到任何一方都缺一不可的时候，法律职业共同体就会自然形成。

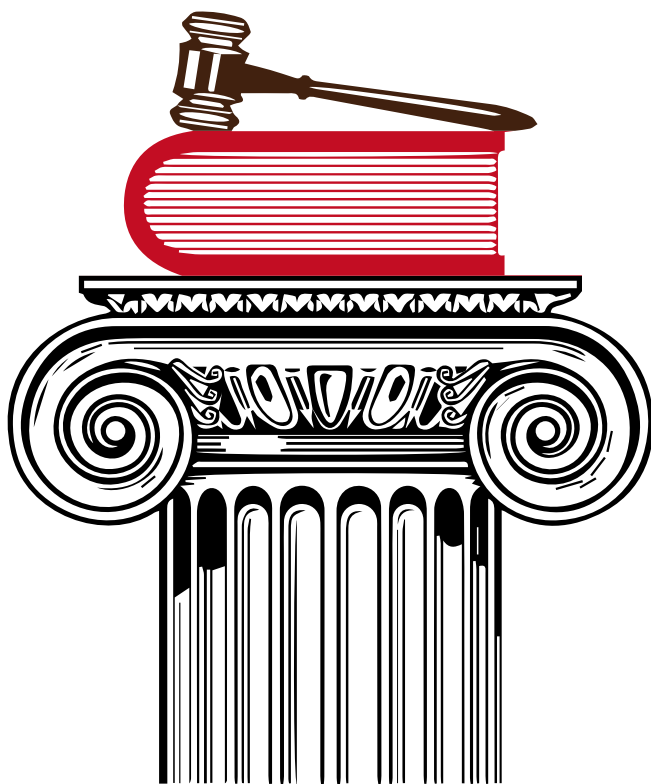
控、辩、审三方职责定位问题，是司法活动正常运行、健康发展的前提和基础，也是考量一个社会法治化程度的标志。法治建设四十年过去了，控、辩、审三者关系至今还没有理顺。这种局面的形成，既涉及到理念问题，也涉及到机制设计问题，但归根结底还是理念问题。只有在理念的自省中不断地发现问题，走出误区，才能冲出这种困局。

中国的法治之路已经走过了四十年，成就的背后更暴露出法治化进程中的种种困扰。而其中亟待突破也是最难突破的，就是理念的滞后。因此，我们必须正视现实，冷静、理性、旗帜鲜明地走出理念的误区，才能摆脱思想的桎梏而转向真正的法治思维。

2020年5月3日定稿于海南



聚焦刑法修正案（十一）草案 京都律师建言献策



刑法修正案（十一）草案 之“高空抛物”入刑

■ 门金玲 / 文

一、背景

大数据时代可以清晰的告诉社会管理者，什么样的事件已经是一个亟待解决的普遍问题。据最高人民法院统计，2016年至2018年三年间，全国法院共审结高空抛物坠物的民事案件有1200多件，这1200多件中有近三成因为高空坠物导致了人身损害，受理的刑事案件是31件，31件里有一半多造成了被害人的死亡。¹这一数字还不包括未进入司法程序的高空抛物事件。

最高人民法院为此成立了专项工作小组，提出了“切实维护人民群众‘头顶上的安全’”任务目标。在2019年11月发布了《最高人民法院关于妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》（法发【2019】25号）（以下简称《意见》）。《意见》在现有刑法的框架下，对涉嫌民事和刑事责任的高空抛物、坠物行为做出了规范解释，特别是明确了高空抛物行为作为一种危险犯，即便没有实害后果的发生，在一定条件下，也属于刑法规范的以危险方法危害公共安全的行为，彰显刑法的威慑与教育功能。

此次刑法修正案拟把已经出台并实施的《意见》修订进刑法框架中，《刑法修正案》（十一）（草案）（以下简称草案）第一个问题即为：“一、在刑法第一百一十四

门金玲律师简介



中国社会科学院大学副教授、刑辩中心主任、硕士生导师，京都律师事务所兼职律师。主要研究领域为刑事诉讼法学、证据法学、法律诊所教育。常年专业办理刑事案件，积累了丰富的庭审辩护经验和审判前辩护的成功经验，办理多起具有较大社会影响力的案件。

条中增加两款作为第二款、第三款：

‘从高空抛掷物品，危及公共安全的，处拘役或者管制，并处或单处罚金。有前款行为，致人伤亡或者造成其他严重后果，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。’”

由于高空抛物行为判断的复杂性，以及这一行为与公民日常生活行为关联的密切性，使得这一修订，存在一定的争议。很多人担心现行司法的诉讼证明水平无法承担此规范的操作，担心让刑法之手伸入公民的家中，是不是会引发新的问题。但已经有《意见》先行，在司法实践中亦有根据《意见》判处的相关刑事判例，且社会生活实践中案例增多，加之国民意识及社会管理模式长久以来形成的对刑法治理手段的依赖，此次草案将高空抛物入刑，以刑事手段规制此类行为，应该是没有悬念。当下，迫切要做的就是完善该条款，明确

其规范概念与构成，以期能较好的在法律适用中实现其规范目的。

二、“拘役管制，并处或单处罚金” ——解决刑罚失当

草案新增刑法第一百一十四条第一款，将高空抛物入

1 “高空坠物何时休”：记者张一琪《人民日报海外版》（2019年10月21日 第05版）<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1647949679436114174&wfr=spider&for=pc>，最后访问时间：2020/9/6 21:40



刑,其积极意义在于明确了故意高空抛物未造成致人伤亡或其他严重后果,但危及公共安全的行为,“处拘役或管制,并处或单处罚金”,解决了适用原有刑法框架则刑罚过重的问题。

在原有的刑法及相关解释、意见的框架中,对于高空抛物,属故意的,尚未造成严重后果,但足以危害公共安全的,依照刑法第一百一十四条规定的以危险方法危害公共安全罪定罪处罚——从行为上判断,在一定条件下将没有发生危害后果的高空抛物解释进“以危险方法危害公共安全”,也是成立的,但是,刑罚后果会明显失当。刑法第一百一十四条是以放火、决水、爆炸、投放危险物质等行为为规范对象而设定的刑罚标准,未造成严重过后果的,处三年以上十年以下有期徒刑。而高空抛物,从实践案例观察看,多是发生在家庭生活中,对于尚未造成严重后果的行为,处以三年以上十年以下有期徒刑,则刑罚过重,违背罪责刑相适应原则。

2019年11月29日,上海闵行区人民法院判处首例未造成严重后果的高空抛物行为人蒋某以危险方法危害公共安全罪。蒋某居住在14层,在与家人争吵中一气之下将手机、平板电脑、水果刀等物品从14层楼高处扔下,未造成人身伤害或重大财产损失的严重后果,但依其所居住的小区道路情况判断,足以危害公共安全,如何判罚,成为法官的难题,适用刑法一百一十四条,要判三年以上十年以下有期徒刑,如此重刑,任何法院都会犹豫刑罚过重。恰好此案被告人有认罪认罚从宽、自首等等情节,法院判处蒋某一年实刑。显然,这不具有指导意义。如果本案没有这些情节,试想公民因为日常生活中家庭矛盾一时不当的宣泄,而要面对三年以上有期徒刑,何以息诉服判。此番草案明确了此种情形的刑罚尺度,“拘役或者管制,并处或单处罚金”,既实现了以刑事手段“小惩以诫”,又避免了过重。

三、法理与构成

(一) 具体危险犯

误将此款作抽象危险犯对待,会在适用中不当扩大惩罚,要防止造成司法实践中只要有高空抛物行为就入罪。抽象危险犯是基于立法上推定的危险,不需要在法律适用

中做具体判断,而具体危险犯,是以发生危险作为构成要件要素来对待的,需要以行为当时的具体情况为依据,判断行为是否具有发生侵害结果的紧迫而高度的危险。

未造成危害后果的高空抛物入罪,除了具备高空抛物行为之外,还要结合“高空”“抛”“物”行为的当时,依据当时的具体情况判断否具备发生侵害后果的现实危险。要按照具体危险犯之“以发生危险作为构成要件要素”来审视。比如,同样的高空抛物行为,如果发生在大白天,和发生在深更半夜,出入罪可能就完全不同。

此款是被安置在刑法第一百一十四条“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全,尚未造成严重后果……”之后作为第二款,这放火、决水、爆炸等等行为均是严重、典型且与日常生活事件相关度极低的危害社会行为,尚为具体危险犯,需要“具有危害公共安全的现实危险”才能构成,作为其后的第二款,高空抛物行为,多发生公民居家之时,与社会生活事件相关度极高,较之第一款,为恶性相较于低的行为,适用当然解释,也必然能得出其为具体危险犯的结论。

(二) 主观故意

原《意见》已经从概念上明确区别了故意的“高空抛物”和过失的“高空坠物”。一“抛”一“坠”,用语上就把“故意”与“过失”区分开来。过失性高空坠物未发生严重后果的,不得入罪。此类行为可以选择社区管理、物业管理等手段规制。

过失性“高空坠物”而导致发生严重后果的,强调阶梯式治理思维,从物业治理、社区管理、侵权责任,到刑罚。根据案情具体情节,一部分符合刑法过失性犯罪结果犯法定构成的,可适用刑法第233条过失致人死亡罪和235条过失致人重伤罪;另一部分,不构成犯罪的,交给民事处理。我国实行侦查法定、起诉法定制度,对于够入罪门槛的,办案机关没有“便宜”之空间,但在司法实践中,很多此类案件,做民事处理的结果比做刑事处理的结果,更符合和谐社会的要求,这是因为进入民事侵权判断的,民事赔偿额度很高,对于互相没有任何瓜葛仇恨,只是偶发性的过失灾难,被害人更加注重民事赔偿额度对伤害后果的抚慰,高额赔偿金可以解决被害人及其家属后续面

临的很多实际问题。如果进入刑事处理，在现有法律框架下，附带民事诉讼获得的赔偿金很低，并不一定是被害人所愿意接受的。无疑，在私人侵权性和社会危害性面前，被害人的权利无法被忽视。

草案对刑法第一百一十四条新增第二款，未造成严重后果但危及公共安全的高空抛物，主观上的构成要求是故意，包括直接故意和间接故意。至少行为人要明知自己的高空抛物行为可能发生危害社会的结果，并希望或放任结果发生。由于高空抛物多发生在家庭生活中，因此在认定时需要严格区分生活意义上的故意和犯罪的故意，防止此罪被扩大适用，误将生活的日常纳入犯罪。如果一个住在14层的行为人只是“有意识”扔一把水果刀给坐在阳台上的朋友，其扔水果刀显然是“故意”的，但行为人在扔水果刀时并没有认识到刀会被扔到楼下，或者轻信能够扔到朋友手中，这不是刑法上的故意。刑法上故意要求“抛刀人”，高空抛物的人，认识到自己的行为会危及到其他社会公众，认识到自己实施的行为是会“危害公共安全”。此例中的“抛刀人”与前述上海闵行区的判例中的蒋某“抛手机、平板电脑、水果刀”的行为不同。

（三）“高空”“物品”“抛”之概念

构成要件作为法律概念只能是抽象描述事物的特征，而这些概念究竟应该包摄哪些事实，则需要根据个案而定，任何法定列举的方式都会挂一漏万。而且，从多高的高空，被抛出，如果砸中人所导致的伤害会是多大，这需要结合高度、物品大小、物品的属性，抛出时的情形，动力势能等具体综合判断以确定标准，恐怕不可以将这这几个概念割裂开来做认定判断。

“高空”这一概念的射程是多远，7层？17层？是否考虑使用法律拟制规定出一个最低限度，比如7层以上为“高空”。法律拟制标准可以快捷、无争议的处理案件，但是肯定会导致一些特殊情形被排除在法定之外，比如从二楼抛刀子，可能就被排除在外，但属具有具体危险的危害公共安全的行为。如果不使用拟制，把对“高空”的定义交给法官裁量，会不会出现入罪扩大化。毕竟，从二楼“抛刀子”和“抛烂白菜”，其社会危害性完全不同。或许有人说谁会把从二楼扔烂白菜当成犯罪来认定呢？然而，如果有人踩上这颗烂白菜滑倒成重伤，又或者烂白菜掉路人脑袋上恰好遇交通事故发生重大伤亡，在刑事

追责时，很难说不借着高空抛物入刑的门槛而不当的扩大刑事打击面。“抛”的概念怎么认定？除了严格区分“抛”与“坠”，还要严格限定这里的“抛”是指从“高处向下”“从高处向低处”对物品施加的力量，且“高”与“低”之间的距离差必须是满足所抛“物品”属性在自由落体定律下可能造成伤害的距离。总之需综合判断“高空”“抛”“物”的概念，做到精准适用，严防此罪被扩大化适用。

四、一点反思

考诸其他国家对于高空抛物和高空坠物行为的规制，多是以民事手段为主，极少数国家会选择使用入刑的方式。社会治理的原则应遵循循序渐进的方法和手段，规范的严苛程度必须平衡社会生活的需要和社会发展的需要。刑法是最直接、最严厉且最有效的手段，应该是最后的手段。从治理社会上看，刑法绝不是最好的手段，其威慑、教育之功能，是通过其严厉的惩罚，严厉的前科制度而有效的发生作用。某种意义上，其是具有一定“破坏性”的手段，刑法的治理原理是以对正常生活、生产秩序的“干预”为代价的治理手段。

此次草案提出高空抛物入刑的立法初衷，主要是针对公民家居高层建筑时的日常行为。其他诸如施工过程中出现的高空抛物等情形，现有刑法框架还能规制，还不足以专门制订修正案将这种行为特定化出来入刑。鉴于此次修订的高空抛物行为与公民日常生活关联度太高，需要警惕扩大适用，特别是要严格而谨慎地判断“足以危害公共安全”的构成。前文说到“管制、拘役，并处或单处罚金”属于“小惩以诫”，实际上，对于贯彻严厉的前科制度的我国，已经不能算作是“小惩”了，其威慑力足够警醒公民，任何刑事犯罪记录，都属于会波及家人后代的严厉惩罚。

保护公民“头顶上的安全”非常重要，只是需警惕在维护“头顶上的安全”的同时，给公民头悬“达摩克利斯之剑”，是否会给社会生活带来更大的困扰。如果万般皆刑，这个社会是没有发展的动力的。在治理犯罪和社会生活、社会发展的平衡中，刑法有时会需要让渡，甚至“无为”。在对高空抛物做入罪判断时，要时刻牢记刑法的谦抑原则。



刑法修正案（十一）草案评述： 刑法的谦抑性与公众情绪的平衡

■ 彭吉岳 封旺 / 文

一、刑法修正案（十一）草案 修改概况

《刑法》将于今年迎来第11次修订，刑法修正案（十一）草案（以下简称草案）已于六月底提交全国人大常委会审议，涉及预防惩治安全生产犯罪、食品药品犯罪、金融秩序犯罪和公共卫生法治保障等六项内容，修改30条刑法条款。

此次修订内容大致可以分为三类：其一是回应社会现实，将近年来较为突出的几种危害行为新增为犯罪，如明确了高空抛物、抢夺公共交通工具驾驶装置、以食用为目的猎捕野生动物等行为的刑事责任，新增条款共10条，占全部修订内容的1/3，体现了刑法的社会关切。

其二是加强了对部分既有罪名的处罚力度，主要方式表现为：（1）扩大行为主体，如违规披露、不披露重要信息罪主体囊括进控股股东、实际控制人；（2）结果犯向行为犯转化，如食品监管渎职罪由“发生重大食品安全事故或造成其他严重后果”为入罪条件，转变和细化为“瞒报、谎报、漏报食品药品安全事件”等五种行为模式；（3）扩大行为或者犯罪对象的范围，如提供虚假证明文件罪的加重情节，除索取或非法收受他人财物的情形外，新增因提供虚假文件造成特别重大损失等三种情形。（4）在行为模式不变的基础上加重法定刑，如非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等。这一部分占总体修订内容的一半左右。

其三是体现刑罚轻缓化的一面。非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪基本刑最高幅度由五年减为三年，挪用公款罪增加“在提起公诉前将挪用的资金退还的”从轻或减

轻处罚情节。这一部分内容所占比重最小。

总体而言，此次修订的大趋势是犯罪圈的扩张。对社会危害严重的犯罪保持高压态势，对新出现的类型化危害行为纳入刑法打击范围，在一定程度上体现出风险社会下更加注重安全和预防的刑法观。同时，对一些社会危害较轻，或者有从轻情节的犯罪，留下从宽处置的余地 and 空间，也是在进一步贯彻宽严相济刑事政策。

二、草案关注的重点领域

根据全国人大常委会关于草案的说明，此次修正案的重点主要包括六个方面：1.加大对安全生产犯罪的预防惩治；2.完善惩治食品药品犯罪规定；3.完善破坏金融秩序犯罪规定；4.加强企业产权刑法保护；5.强化公共卫生刑事法治保障；6.其他修改完善。

笔者认为，“安全”问题是贯穿上述各个方面的主线。一是维护“头顶上、出行中的安全”，将高空抛物和暴力影响公共交通工具驾驶行为入刑。

二是进一步强化对劳动者生命安全的保障，将刑法干预阶段提前，致力于杜绝重大生产安全事故的发生。

三是进一步强化食品药品安全，保护人民群众安全，规定药品“黑作坊”将与生产销售假药罪同等处罚，总结长春长生疫苗事件等案件经验教训，与修改后的药品管理法进一步衔接，草案将一些此前以假药论的情形以及违反药品生产质量管理规范的行为等单独规定为一类犯罪。

四是进一步防范与化解金融风险，维护金融安全与市场稳定发展，加大对非法集资以及上市公司违规操作等犯

罪行为的打击力度，保护人民群众的经济利益。

五是进一步加强企业产权保护和优化营商环境，加强了商业秘密的刑法保护，维护了企业的经济安全。

六是进一步保护公共卫生安全，将拒绝执行政府依法提出的防控措施的行为入罪，大幅度修改危害公共卫生犯罪规定，特别是积极维护国家安全和生物安全，防范重大生物威胁。针对今年肆虐全球的新冠疫情，因病毒源头可能与滥食野味有关，草案对野生动物的保护不再以珍贵、濒危物种为限，以食用为目的对全部陆生野生动物进行猎捕等行为的，被单独规定为犯罪。

此次修正案另一个特点在于突出社会主义核心价值观，保护英雄烈士名誉，草案将侮辱、诽谤英雄烈士的行为明确规定为犯罪，与《英雄烈士保护法》、《民法典》相衔接。

三、此次刑法修正案给刑事辩护增加了某些罪名的出罪辩护路径，但也提示可能有更多的人被刑事追责

第一，有的罪名增加了出罪的辩护空间。如骗取贷款、票据承兑、金融票证罪，入罪条件删除原有“其他严重情节”，只保留“给银行或其他金融机构造成重大损失”。如此一来本罪就变为单纯的结果犯，成立范围大为限缩。在现行刑法体系下，根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》规定，以欺骗手段取得贷款、票据承兑、信用证、保函等，数额在一百万元以上的，应予立案追诉，骗取数额在一百万以上被视为“其他严重情节”的一种。

彭吉岳律师简介



京都律师事务所合伙人，西北政法大学刑事辩护高级研究院研究员，毕业于对外经济贸易大学，硕士研究生学历，曾经在世界500强公司担任高级管理经理近十年，曾外派德国、西班牙、马来西亚等国学习与工作，曾办理过影响中国法治建设的“人大硕士雷洋涉嫌嫖娼死亡案”、“中纪委移交查办的原铁道部装备部主任、北京铁路局局长杨某职务犯罪案”、“原湖南省政协副主席童某玩忽职守案”、“原中信银行某分行行长赵某违法发放贷款案”、“被称为福建船王王某造船厂董事长刘某涉嫌金融犯罪案”等案件，部分办理过的案件，曾被《澎湃新闻》、《新京报》、《财新网》、《界面新闻》、CCTV新闻频道等媒体关注或报道。彭吉岳律师还多次受邀到中国人民大学、中国社会科学院、北京师范大学、对外经济贸易大学等高校发表演讲。

实践中，很多骗取贷款案件数额动辄千万上亿，本罪有唯数额论，成为口袋罪名的倾向，一些案件中贷款有足额真实担保，没有给银行造成损失，同样被认定为犯罪。如果本次修正案获得通过，该种现象有望得到避免。

更进一步，相关司法解释应当进一步明确“重大损失”的含义。何为重大损失？银行基于虚假材料将贷款放出即为受损，还是贷款到期得不到偿还才认定为损失？如果贷款人还款不能，但是有担保人代为还款，应认定为银行损失还是担保人损失？这是骗取贷款罪和贷款诈骗罪共同面临的问题。实践中，对于贷款到期后担保人代为还款的情形，不乏有人认为银行仍然遭受了重大损失，担保人代为还款只是犯罪既遂后的其他救济手段。但若如此解读，实践中往往出现悖论，正如笔者代理的一起类似案件，法院判决贷款人构成贷款诈骗罪，却同时在判决书中表示被害人是担保人（而非银行，事实上银行也从没有报案声称自己被骗），这完全是相互矛盾的。

第二，部分人员刑事法律风险增加。一是上市公司控股股东、实际控制人。如对上市公司违规行为追责的主体范围、责任范围进行了扩大。根据现行刑法规定，欺诈发行股票、债券罪，违规披露、不披露重要信息罪的犯罪主体主要是单位以及直接责任人员，此次进一步明确了控股股东、实际控制人组织、指使他人实施相关犯罪行为的刑事责任。这一修订具有

现实上的合理性，实践中，对上市公司行使管理权的固然是董事、监事、总经理等高级管理人员，但也有不少情形下，上市公司为不挂名、不露面，而是通过种种股权架构对公司享有实际控制权的人操控。此次修订后，追究实际



控制人等法律责任的依据将会依据明确，更加利于保护上市公司涉及其他股东、中小投资者的利益。

二是医药行业从业者。草案对药品犯罪体系进行了调整，现行《刑法》主要有两个罪名，生产、销售假药罪和生产、销售劣药罪，对于假药和劣药的定义转引自《药品管理法》。2019年《药品管理法》进行了修订，未取得药品批准证明文件而生产的药品不再属于假药范畴，这就导致未取得药品批准证明文件的行为不构成生产、销售假药罪。在司法实践中，当此种行为具有社会危害性，草案直接删除此转引性规定，将相关情形明确规定为犯罪，只要实施了该行为即构成犯罪。

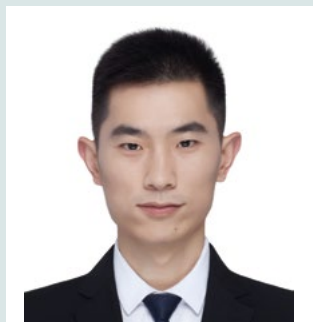
此外，草案还将五种违反药品管理秩序的行为列入规制范围，分别是：

（一）生产、销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品的；（二）未取得药品批准证明文件进口药品或者明知是上述药品而销售的；（三）依法应当检验而未经检验即销售药品的；（四）药品申请注册中提供虚假的证明、数据、资料、样品或者采取其他欺骗手段的；（五）编造生产、检验记录的。实施上述行为，达到足以严重危害人体健康的程度的，则构成犯罪。由此可见，医药行业刑事法律风险大大增加，相关从业者需要引起重视。

四、对刑法修正案（十一）草案的思考：刑法的谦抑性与公众情绪的平衡

高空抛物、抢夺公共交通工具方向盘等行为入刑，反映了刑法对近年来社会热点事件的关注和回应。似乎法律的修订很自然而然地会进入这样的轨道：新的行为——新的立法。对于新的危害较大的行为，则设置相应罪名加以

封旺律师简介



京都律师事务所律师。工作以来，参与办理了多起经济犯罪、职务犯罪、暴力犯罪等刑事案件，以及多起重大合同纠纷、股权纠纷等商事案件，在办案过程中积累了丰富的实务技巧和经验。

规制，正如有人指出：我国近年来的刑法修正，除了死刑罪名的缩减以外，整体上也呈现明显的重刑主义倾向。

然而，在这种简单的“魔道相生”似的立法逻辑下，我们不禁要反思：相关行为产生的根源是什么？是否可以通过法律予以消除？不同部门法之间又当如何配合发回最佳效用？如何在刑法谦抑性与公众情绪之间寻求一个平衡？

以高空抛物入刑为例，现行刑法并非完全不能规制，例如高空抛物造成他人死伤结果或财产损害的，涉嫌故意杀人罪、过失致人死亡罪、故意伤害罪、过失致人重伤罪、故意毁坏财物罪等罪名；在人群密集处高空抛物的，会威胁到不特定公众的生命财产安全，可能构成以危险方法危害公共安全罪。在此次草案修订之后，对

相关行为仍可按照上述方式处理，事实上，草案增设高空抛物犯罪，主要针对的是不具有高度公共安全风险亦未造成严重后果的高空抛物行为，将此类行为规定为犯罪，刑法的触角又一步延伸。

对这种相对轻微的行为，是否有必要科处刑事责任？诚然，可能在部分西方国家偷一只钢笔也算犯罪，据称1997年至2006年间英国刑法中罪名新增3000多个，现在罪名总数超过1万，但这是由国外立法定性不定量的立法模式决定的，对于涉及公民自由、财产等基本权利的事项均交由司法权而非行政权裁决。而我国奉行行政违法——刑事犯罪的二元体系，大量不具有严重危害性的行为按行政违法处理，对于一般的高空抛物等行为，如果一概按照犯罪处理，使人贴上犯罪标签，在我国社会背景下恐怕也不利于对行为人的教育改造和社会的和谐稳定。

总而言之，刑法乃国之重器，不可轻易发动，应在谦抑性与公众情绪间保持平衡。

刑法修正案（十一）草案 是如何体现对企业产权的保护

■ 孟粉 / 文

今年六月底，中华人民共和国刑法修正案（十一）草案（以下简称“刑修十一草案”）提请全国人大常委会会议审议，草案全文发布后全国人大常委会对该草案也进行了说明。虽然不是正式审议通过，通常情况下未来通过的修正案被改动的机会基本不大。全国人大常委会的说明中提到，此次刑法修正案涉及六个方面，共修改补充刑法30条。六个方面的其中之一是企业产权保护，主要修改了一些涉及民营企业约六个罪名的内容及刑期等，修改内容主要体现在：

“一是，加大惩治民营企业内部发生的侵害民营企业财产的犯罪。进一步提高和调整职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪、挪用资金罪的刑罚配置，落实产权平等保护精神。另外，总结实践中依法纠正的企业产权保护案件经验，考虑到民营企业发展和内部治理的实际情况，规定挪用资金在被提起公诉前退还的，可以从轻或者减轻处罚。

二是，修改骗取贷款、票据承兑、金融票证罪入罪门槛规定，对由于“融资门槛高”、“融资难”等原因，民营企业因生产经营需要，在融资过程中虽然有一些违规行为，但并没有诈骗目的，最后未给银行造成重大损失的，

孟粉律师简介



法律硕士，曾在北京市检察院某分院工作十余年，从检期间办理了大量一审疑难复杂大要案，专注金融犯罪、经济犯罪、职务犯罪等刑事辩护工作，有着丰富的调查取证、证据分析、掌控庭审、协调办案机关实践经验，代理的刑事大要案均取得无罪及罪轻辩护效果。

一般不作为犯罪处理。

三是，修改侵犯商业秘密罪入罪门槛，进一步提高刑罚，加强对侵犯商业秘密犯罪的惩处。同时，增加规定商业间谍犯罪。”

涉企业产权罪名的修改原因

企业产权保护为什么要对这些罪名进行修订？我们知道，法律通常是滞后的，每次修法都是对前一时期出现的社会问题进行集中法律规制，有的行为社会危害性不大就修订各部门法进行规制，而对社会公众关切的、要求刑法增设罪名的呼声，刑法修正案就会在综合考量入罪可能性后进行刑法规制，比如这次高空抛物入刑。

当然，每一次刑法修订也是对中央有关政策的呼应和落地，比如扫黑除恶专项斗争中关于“严厉惩处非法讨债行为”的决定，此次刑法修正草案就总结

了“扫黑除恶”专项斗争实践经验，将采取暴力、“软暴力”等手段催收高利放贷的债务并以此为业的行为规定为犯罪。

对民营企业给予良好的法治营商环境，促进其健康发展，是中央一贯以来的政策和态度，十八大以来，



中央先后对加快推进企业产权保护作出了一系列政策和文件，并积极落实部署。2019年12月中共中央、国务院印发的《关于营造更好发展环境支持民营企业改革发展的意见》中提出，国家将加大对民营企业的保护力度，营造公平竞争的市场环境、政策环境、法治环境，依法保护民营企业和企业家的合法权益。

有的刑法学者强调“刑法是维护法治的最后一道防线”，指出刑法谦抑性要求刑法不能过于广泛的介入到社会生活中，所以对企业产权进行刑法层面的保护，要考虑民营企业发展和内部治理的实际情况，仍然适用宽严相济的刑事政策：对破坏企业产权的行为增加刑罚处罚力度；

“以发展眼光客观看待和依法妥善处理改革开放以来各类企业特别是民营企业经营过程中存在的不规范问题”，通过将一般违法、违规行为与刑事犯罪区分开来，给民营企业一颗定心丸，让“有恒产者有恒心”。为此，此次刑法修订既是中央保护民营企业健康发展国家政策的落地，也是结合前期纠正一批民营企业冤案的实践经验总结上升到法律，给民营企业传递法律政策，让企业知道经营的法律底线应该在哪里。中国经济增长和就业增长本来就依赖于民营经济的发展，尤其疫情之后更需要各方力量尽快的复苏和蓬勃，如何给予民营企业某个特别时期的宽松法律环境，是此次刑法修订所带有的天然义务。

刑法修订对企业产权的具体影响

企业经营中经常遇到的难题无非是“融资难、融资贵”、企业内部的贪腐问题以及不正当的国内外市场竞争。刑修十一草案把这三个方面涉及到的有关刑法条文都进行了修改和调整。

一、通过提高“骗取贷款罪”的入罪标准，体谅企业融资难。

刑法第一百七十五条之一的“骗取贷款票据承兑、金融票证罪”，原来一直是悬在地方民营企业头上的一把利剑，民营企业和地方政府关系闹僵之时，通常能看到当地政府通过“骗取贷款罪”来收拾民营企业。企业融资需要申请贷款，过程中申请材料有的是应当当地金融机构要求做

的虚假材料，如果按照修改前的法律规定，骗取贷款有损失或者有行为均可入罪，此次刑修十一草案将该罪名的入罪门槛提高了，修改为“以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”，去掉了原来规定的“或者有其他严重情节的”、淡化了欺骗手段，这意味着，如果企业申请贷款过程中虽然做了虚假材料，但是并没有给金融机构带来重大损失的，一般不按犯罪处理。

其次，刑修十一草案将刑法第二百七十二条款的“挪用资金罪”修改为：“公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑；数额特别巨大的，处七年以上有期徒刑。”这条修改最关键的一条是最后增加了一句：“有第一款行为，在提起公诉前将挪用的资金退还的，可以从轻或者减轻处罚。”也就是说虽然挪用了企业的资金，但是已经归还的可以从轻、减轻处理。

企业贷款融资没有造成金融机构重大损失的一般不按犯罪处理，如果挪用了专项资金，能公诉前归还的，仍然可以从轻、减轻处理。这两个罪名的修改体现了对企业融资过程中违规行为的宽容，提高了地方将企业的违规融资行为随性纳入犯罪进行打击报复的门槛，就像人大常委会的说明一样，体现了刑法的谦抑性：“进一步贯彻宽严相济刑事政策，对一些社会危害较轻，或者有从轻情节的犯罪，留下从宽处置的余地和空间；对能够通过行政、民事责任和经济社会管理等手段有效解决的矛盾，不作为犯罪处理，防止内部矛盾激化，避免不必要的刑罚扩张。”

二、刑修十一草案加大了企业内部贪腐行为的处罚力度。

近几年，民营企业内部的贪腐案件频发，而且数额惊人，因为企业非国有性质，对于此类案件的处罚力度也比较弱，民营企业内部处理贪腐职员的证据不好搜集，即便数额达到上千万依据原来规定最高也就有期徒刑

十五年。为回应企业内部反腐需求，此次刑修十一草案将刑法第一百六十三条“公司企业人员受贿罪”和刑法第二百七十一条“职务侵占罪”均作了修改，主要修改内容一是向贪污罪、受贿罪的刑期配置找齐，分为了三档：

“三年以下、三至十年，十年以上至无期徒刑”；二是提高了两个罪名的最高刑期为无期徒刑。原来普遍认为是轻罪的“公司、企业人员受贿罪”、“职务侵占罪”刑期均提高到了无期，明显加大了处罚力度，为企业内部反腐提供了足够的震慑力，是对企业产权的强有力保护。

三、保护企业的商业秘密，严厉打击国内外不正当竞争行为

商业秘密是一个企业立于市场不败之地的法宝，侵犯商业秘密的现象之所以层出不穷，是因为目前侵犯商业秘密入罪标准过高，依据现行刑法第二百一十九条的规定，只有侵犯商业秘密行为使受害人遭受“重大损失”，才能构成犯罪，虽然两高已多次下发司法解释，将定罪标准“造成重大损失”解释为造成损失数额在50万元以上，将“特别严重后果”解释为250万元以上。但在实践中，“损失数额50万元以上”是指商业秘密所有人的损失、侵权人的获利，还是指商业秘密的研发成本，仍存在争议。导致侵犯商业秘密能入罪的较少，不利于企业产权保护。

刑修十一草案将侵犯商业秘密罪的入罪标准由“结果犯”——“重大损失”修改为“情节犯”——“情节严重的”，规定犯罪行为情节严重的即可构罪，避开了“重大损失”认定的困境，这样有助于司法实践形成易于操作的追诉标准。而且将侵犯商业秘密罪的最高刑期由七年提高至十年，加大了处罚力度。

近年来由于互联网科技企业的飞速发展，侵犯商业秘密的形式也拓展为很多手段，因此在罪状描述中侵犯商业秘密罪的行为由原来的“盗窃、利诱、胁迫”增加为“盗

窃、利诱、欺诈、胁迫、电子侵入”，同时刑修十一草案把商业秘密定义进行了精确，不以带来经济利益为唯一标准，而是定义为“具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”，这样在追诉侵犯商业秘密犯罪时，取证也比原来更具有操作性。

在保护企业自主研发的商业秘密方面，刑修十一草案在侵犯商业秘密罪后增加了一款“商业间谍罪”，主要是打击国内外的商业间谍：“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。”

从重打击商业间谍，是不少欧美国家刑法的通常做法。法国、德国均注重保护本国企业的商业秘密，尤其美国对商业间谍苛以重罪，最高可判刑15年，远超过一般侵犯商业秘密罪的刑罚。随着目前世界经济格局的变化，要想保护我国具有自主专利技术的高科技企业，必须在刑法立法上有所体现，才能坚决抵制国际经济间谍对我国市场主体的侵袭掠夺，更好地保护我国市场主体的利益和国家的整体利益。

此次刑修十一草案虽然从约六个罪名对企业的融资、反腐到打击不正当竞争进行了刑法层面的保护，但是作为一名刑辩律师，笔者认为还可以有更多罪名可以进行修订，实现给企业松绑、解除束缚的真正保护，比如涉税的罪名、比如非法经营罪等等。立法上的修订，并不能在实践中立竿见影，我们都知道从立法到司法实践中落地还有很长的路要走，而且在这个过程中也会存在立法原意被个别司法者曲解、机械执行的情形，毕竟法律人的经验和技艺差别是普遍存在的，这样有可能误伤一些人或案，当这种局面出现的时候，还是要通过司法者对立法背后的深刻理解以及辩护律师的有力辩护来保障当事人的合法权益。



非法吸收公众存款罪面临的问题和应对 ——也谈刑法修正案（十一）草案关于非法吸收 公众存款罪的修订

■ 夏俊 / 文

刑法修正案（十一）草案的公布引起社会各界广泛关注，本次草案的修改内容涉及面较广，既包括了近期备受关注的高空坠物问题及公共交通安全问题，也包括非法吸收公众存款、集资诈骗等金融犯罪问题，充分地体现了刑法对当前社会广泛关注问题的及时回应。笔者曾办理多起非法吸收公众存款案件，现结合自身辩护工作，围绕草案对非法吸收公众存款罪修改的相关问题，谈谈粗浅的体会。

回顾近年来刑法的屡次修改，除对某些罪名废除死刑之外，大部分的修改内容都在增设罪名和加大刑罚处罚力度。在某种程度上，提升法定刑或者增设新罪名已经成为刑法回应社会关切问题的主要方式¹，这意味着，国家刑罚权进一步扩大，刑事法律在社会治理中不断活跃。

此次草案对非法吸收公众存款罪的修改，采用提升刑期和取消罚金限额的方式，回应了近年来非法集资类案件频发、社会负面影响较大的问题。这也意味着，未来国家将会更进一步提升打击对非法吸收公众存款类犯罪的威慑力，进一步遏制民间资本乱象，从而达到维护金融秩序的目的。

围绕刑法修正案（十一）草案对非法吸收公众存款罪的修改，谈谈需要重点关注的几个问题：

一、刑法修正案（十一）草案关于非法吸收公众存款罪的新变化

《刑法》第176条原规定：非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处三年以下有期徒刑或者拘

役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。

刑法修正案（十一）草案拟修改为：非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。

草案对非法吸收公众存款罪的修改，其变化体现在以下三个方面：

1、提高了法定最高刑。将本罪最高十年有期徒刑提高至十五年有期徒刑。2、调整了附加刑，取消罚金限额，将本罪的限额罚金刑修改为无限额罚金刑，不对罚金数额做上、下限规定。

3、由过去的两档刑增加为三档刑。在原有两档刑（数额较大、数额巨大或者有其他严重情节）不变的基础上，增加了“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”的第三档刑。

二、对于正在审理的非法吸收公众存款案件，刑法修正案是否具有溯及力的问题

草案中对非法吸收公众存款罪的修改，让很多当事人充满困惑，我的很多当事人问出了同样的问题，即：假如该法

¹ 韩轶，刑法快速扩张和重刑主义倾向的忧思——简评《刑法修正案十一》。

案通过，对于正在审理中的非法吸收公众存款案件，是否会有影响？已签署的认罪认罚是否会被取消？是否会依照新法执行？我们的答案是并不会。

从旧兼从轻原则是刑法中的一个重要原则，即《刑法》对于其生效前发生的未经审判或者判决尚未确定的行为不具有溯及力，但是如果与行为时的法律（旧法）比较，不认为是犯罪或者处刑较轻的，则适用新法。除去特殊时期的极例外情况，从旧兼从轻，就是一个通行规则，针对非法吸收存款类案件，大体可以按以下情况来处理：

1、对于目前正在审理中的非法集资类案件，将会依然按照刑法旧有的规定审理，包括已经立案、起诉、开庭的案件。

2、对于新法实施后被立案的案件呢？特别是对于那些非法集资犯罪行为开始于新法之前，一直没立案，但在新法实施后立案的案件，该如何适用呢？事实上，非法吸收公众存款罪属于连续犯或继续犯，按照最高检《关于具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》，最高检《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》，其中对于连续犯，继续犯这类跨越修订刑法施行日期的情形，适用新的修订刑法。依照此规定，这类案件应按新法审理。

3、对于已经按旧法判决生效的案件，当然不受影响。

三、草案修改后，实践中关于非法吸收公众存款案件可能会出现突出问题

（一）非法吸收公众存款案件的查办数量和人数会持续

夏俊律师简介



京都律师事务所合伙人，法律硕士。现任北京市律师协会刑事实务研究会秘书长。夏俊律师曾获2015-2018年度北京朝阳区“优秀律师”荣誉称号。夏俊律师曾在检察院等政法机关工作多年，加入京都律师事务所后从事律师业务十年，承办过大量刑事诉讼案件。夏俊律师擅长职务犯罪、经济犯罪、有组织犯罪等刑事案件案件的辩护，在执业过程中积累了丰富的的工作经验及工作业绩。夏俊律师一直用“专业、勤勉、负责”的态度认真对待每一起承办案件，积极地为委托人排忧解难，最大限度地维护委托人的合法权益。其所承办的案件均能得到委托人的信任和认可，并取得良好的辩护效果。

增加，对于广大的民营企业来说，融资风险正在逐步加剧

本次刑法修正案草案，并未解决以往司法实践中关注的核心问题，而是简单地在当前实践中非吸案件频发的背景下，提升了非法吸收公众存款罪的法定刑。这就造成了各经营主体，尤其是民营企业在融资过程中出现“旧困惑未明确，新枷锁已到来”的局面，使得民营企业面临融资风险加剧的问题。

1、有关“本罪的犯罪对象是否实质上超出了刑法规定”的问题仍然争议不断。

非法吸收公众存款罪是97年《刑法》新增的一项罪名，意在维护在当时生产建设规模扩大和资金支持不足情况下的金融稳定，治理20世纪90年代初期的“金融三乱”现象²。1995年通过的《商业银行法》第79条规定：未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行，或者非法吸收公众存款、变相吸收公众存款的，依法追究刑事责任；并由中国人民银行予以取缔。随后，在1997年的《刑法》中，就增设了此罪名，以保障《商业银行法》的实施。因此，不难看出，本罪的立法原意在于维护银行的存款业务，进而维护金融秩序。

然而，在1998年国务院颁布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》中规定：“非法吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，向社会不特定对象吸收资金，出具凭证，承诺在一定期限内还本付息的活动；所称变相吸收公众存款，是指未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义，向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的活动。”从此规定开始，此后各种规范性文件，包括两高的

2 王新，非法吸收公众存款罪的规范适用，载《法学》，2019年第5期。



司法解释中,都沿用了“资金”一词,实质地取代了《刑法》所规定的“存款”的概念。以致有研究者主张将此罪的罪名表述修改为“非法吸收公众资金罪”。³

我们认为,对于《刑法》条文的理解,必须遵循罪刑法定的基本原则,采用科学合理的解释方法,避免对《刑法》条文进行类推解释。因此,有必要对“存款”和“资金”的内涵和外延进行深入分析。从经济金融学的角度分析,存款是指债权人将资金存入银行等金融机构,并获取利息的经济行为。在《辞海》中,存款是指“企业、机关、团体或居民根据可以收回的原则,把货币资金存入银行或其他信用机构保管的一种信用活动形式”,而“资金”是指在商品经济条件下,以实物和货币两种形态存在的,表现为国民经济各部门的财产和物资。由此可见,“存款”与“资金”是完全不同的概念,二者至少具有如下两点明显区别:第一,从静态的角度分析,资金的外延明显大于存款,存款有特定的金融学含义。第二,从动态的角度分析,资金只有在流动的过程中,通过所有权人一定的意思表示,才能成为或可能成为存款。因此,实践中将非法吸收公众存款罪的犯罪对象表述为“资金”,其合法性和合理性有待商榷。事实上,犯罪对象的合理界定,关系到犯罪是否成立的问题,又会对经营主体的生产经营产生重要的影响。

在刑法修正案(十一)草案并未对此问题进行明确的情况下,应当从罪刑法定原则和刑法谦抑性的理念出发,避免将本罪的犯罪对象扩大化的认定为“资金”。司法实践中,司法机关经常以两高的司法解释为依据,一般情况下并不会对“资金”和“存款”加以刻意区分,导致本罪的犯罪对象在事实上呈现由“存款”泛化成了“资金”的态势。

2、有关“集资用途是否影响本罪成立”的问题也一直存在争议。

根据《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条的规定:非法吸收或者变相吸收公众存款,主要用于正常的生产经营活动,能够及时清退所吸收资金,可以免于刑事处罚;情节显著轻微的,不作为犯罪处理。最高人民检察院在2018年也在关于保护民营企业发展的执法司法标准中作出了同样的规定。实践中,关于

“集资用途是否影响本罪成立”的问题,出现了以下几种不同的观点:

第一种观点认为,司法解释作出了对于非法吸收公众存款用来正常生产经营的,且能够及时清退资金的,可以免于刑事处罚或者做不起诉处理的规定,是在特定的经济发展时段和鼓励民营企业发展的国家政策下的“出罪”。第二种观点指出,在非法吸收公众存款罪已成为非法集资类犯罪口袋罪的背景下,不应当仅仅满足于这种事后性的出罪,而应当从根本上对该罪名的适用进行限缩。他们认为本罪法益保护的是金融秩序中货币资本的交易秩序,只要集资者没有将吸收来的存款用于货币资本自身运营,如发放贷款,就不应该构成本罪。第三种观点认为,存款并不需要与实际用途相关联,因为本罪的目的在于规制行为人未经批准、擅自吸收公众存款的行为,刑法也并未对吸收存款后的用途做规定,因此集资人的集资用途并不是本罪的重点。在司法实践中,绝大多数判决认为资金用途对于构成本罪没有影响。

事实上,本次草案的修改并未在现有的司法解释的基础上,对这一问题进行明确回应。一方面司法解释将集资用途作为出罪的“法定情节”之一,另一方面刑法又未对集资用途进行明确规定,这就使得当经营主体以正常的生产需要为由,向不特定对象发起集资活动时,其刑事合法性仍然处于一种不确定的状态,存在着较大风险。

作为辩护律师,我们呼吁和期待相关法律规定日臻完善,对于非法吸收公众存款犯罪,相关规定不应当仅仅满足于事后性出罪,而应当从根本上对该罪名的适用进行限缩,对集资用途进行明确的规定,这样才能解决司法实践中的难题。

(二)草案中关于“无限额罚金刑”的规定极易导致司法实践中出现“量刑失衡”的问题

1、量刑失衡问题的产生

刑法修正案(十一)草案的本次修改,将非法吸收公众存款罪的限额罚金刑修改为无限额罚金刑。从有利的方面看,可能有利于法官在具体个案中根据案情合理把控罚金数

3 王昌奎:非法吸收公众存款罪宜改为非法吸收公众资金罪,载《人民检察》,2017年第20期。

额，具有一定的灵活性和稳定性，但从另一个角度来爱看，实践中不限额的罚金刑也较易发生量刑失衡的问题⁴。

实践中，在办理非法吸收公众存款案件时，主刑一直是作为控方和辩方的主要关注点，对于被告人的附加刑，控辩双方在庭审中往往均重视不足。公诉方极少对案件的罚金刑作出量刑建议，即便有也主要存在于认罪认罚的案件中，律师的辩护意见也主要围绕着主刑的量刑幅度展开，很少对罚金刑的数额提出具体的意见。事实上，在非法吸收公众存款案件中，相关数额的认定，一般情况下都必须借助专业的司法会计鉴定，检察官、律师和法官一般都不具备相关的专业知识，从而导致罚金刑的认定存在一定的肆意空间，极易导致量刑失衡。另外，罚金刑判决难以执行的现实问题也会反过来影响罚金刑的量刑。财产刑执行难问题一直是学术界和实务界关注的重点问题，刑事案件中突出表现为罚金刑的高使用率和低执行率。在大部分的罚金刑都得不到有效执行的情况下，就会反过来使法官在判决时降低对罚金刑的审慎度，也会导致罚金刑量刑的失衡，可能会产生畸轻或畸重的问题，从而影响司法判决的科学性。

2、辩护律师的应对策略

未来，辩护律师应当在办理非法吸收公众存款案件时，高度重视对罚金刑的量刑辩护，紧紧围绕着罚金刑的量刑问题发表充分的辩护意见。面对本罪不限额罚金刑的规定，在法官自由裁量权增大的情况下，辩护律师更应该从维护被告人的合法权益角度和促使司法判决公正合理的角度出发，对本罪的罚金刑问题予以高度重视。

笔者认为，辩护律师面对未来可能出现的量刑失衡问题，具体的应对策略就是“妥善掌握好量刑档次的尺

度。”非法吸收公众存款罪是数额犯，数额是量刑档次重要依据，也是决定量刑档次的杠杆。按照旧有的法律规定，个人非法吸收或变相吸收公众存款，数额在20万以上的是入罪标准，数额在100万以上，属于数额巨大，应当适用第二档刑，刑法修正案（十一）草案增加了第三档刑，即数额达到一定数额标准的，应当在十年有期徒刑以上量刑。按照我国立法惯例和司法制度，对于数额标准一般是由司法解释予以明确。如果未来的司法解释对非吸的入罪标准和第二档刑的标准不做改动，那么按照第二档刑与入罪标准的倍数关系看，第三档刑的数额标准，我们推测大概率会在500万以上。当然，在草案通过直至司法解释出台前的空白期，对于非吸第三档刑的适用标准，只能由各省、自治区、直辖市结合本地的实际情况自由裁量。举个例子，如果个人非法吸收800万，就目前来看，虽然从理论上可能会符合第三档刑，但若在司法解释尚未正式出台前，辩护律师可结合犯罪的手段、情节、地位和作用，是否退赃退赔，是否得到集资参与人谅解等等因素，极力争取在第二档刑内判处，这也是辩护律师目前需要特别关注的辩护空间。

总体而言，刑法修正案（十一）草案中对非法吸收公众存款罪的修改，主要是通过提升法定刑和增加法官自由裁量权的方式来调整的，这一修改凸显出国家对非法吸收公众存款等扰乱正常金融秩序行为的打击力度，同时在法定刑提升和罚金刑不规定限额的双重压力下，在当前的疫情影响和经济形势消沉的背景下，草案的修改极大可能会对经营主体的生产经营造成影响，尤其会加剧民营企业的生存困境，同样也会加大律师承办非法吸收公众存款类案件的辩护难度。

4 陈帅，无限额罚金刑量刑失衡问题与规制，载《上海法学研究》，2019年第12卷。



污染环境罪的刑法适用与刑罚配置

■ 李波 / 文

2020年6月28日，中华人民共和国刑法修正案（十一）草案提交十三届全国人大常委会第二十次会议审议，此次修正案涉及预防惩治安全生产犯罪、食品药品犯罪、金融秩序犯罪和污染环境犯罪等内容，共修改30条刑法条款。《刑法》第三百三十八条污染环境罪调整了现行法定刑，对犯罪加重行为予以具体化，且增加了想象竞合犯。此次修正案将污染环境罪的最高刑从七年提高到了十五年，体现了近年来我国践行的“坚持用最严格制度最严密法治保护生态环境”原则。此前的《刑法修正案(八)》将“重大环境污染事故罪”转换为“污染环境罪”，业界人士解读称用“构成污染=犯罪”替代“构成重大污染=犯罪”，这种变化看似细微，实际上是在强化环境污染行为规制。近年来，民法典中的生态环境损害赔偿制度的完善以及行政法规中对污染环境罪配套行政法规的实行都体现出我国正在不断向污染环境“亮剑”的决心。此次刑法修正案（十一）扩大了刑法保护环境要素的范围，探索环境资源保护的刑事立法模式，使得学界和实务界看到了现代化环境管理理念的新轮廓。

一、污染环境罪立法新动向

（一）增加了“7年以上有期徒刑”的量刑（本段落，标题和内容不匹配）

《刑法》第三百三十八条污染环境罪的“违反国家规定”是指违反全国人大及其常务委员会制定的有关环境保护方面的法律，以及国务院制定的相关行政法规、行政措

施、发布的决定或命令。这些法律、法规主要包括《环境保护法》、《大气污染防治法》、《水污染防治法》、《海洋环境保护法》、《固体废物污染环境防治法》等法律，以及《放射防护条例》、《工业“三废”排放试行标准》等一系列专门法规。而这些法律法规繁冗复杂，往往在司法审判中需根据具体的案情进行检索适用，增加了法律适用难度。虽然刑法修正案（十一）草案修正污染环境罪后仍然以“违反国家规定”作为构罪的要件，

（二）明确了具体化的四项重罪情形

第一种情形：限定地点关键词具体为“饮用水水源保护区”与“自然保护区核心区”。（1）“饮用水水源保护区”分为地表水饮用水源保护区和地下水饮用水源保护区。地表水饮用水源保护区包括一定面积的水域和陆域。地下水饮用水源保护区指地下水饮用水源地的地表区域。以供水人口数为分界线，通过管网输水且供水人口数小于1000人的为分散式饮用水水源地，大于1000人的为集中式饮用水水源地。（2）自然保护区可分为核心区、缓冲区和实验区。“自然保护区核心区”依据《中华人民共和国自然保护区条例》第十八条规定，禁止任何单位和个人进入，因科学研究的需要，必须进入核心区需经批准，且只能从事“科学研究观测与调查活动”。而对缓冲区、实验区不受此条约束。

第二种情形：限定地点关键词具体为“国家确定的重要江河、湖泊水域”。其中“江河”包括长江、黄河、淮河、黑龙江、松花江、珠江；“湖泊”包括青海湖、鄱阳

湖、洞庭湖、太湖、巢湖、洪泽湖、滇池、洱海、千岛湖、日月潭。

第三种情形：“基本农田”是指中国按照一定时期人口和社会经济发展对农产品的需求，依据土地利用总体规划确定的不得占用的耕地。

第四种情形：因实施了污染环境的行为“致人重伤、死亡”并不难理解。

综上所述，符合上述四项情形进行排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质，造成特别严重后果的，均应处7年以上有期徒刑。该加重行为的量刑突破了原污染环境罪的最高7年刑期，体现了以修正案方式立法的灵活性。

（三）明确了想象竞合犯

刑法修正案（十一）草案第二十四条第二款新增了污染环境罪的想象竞合犯，明确了“构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”。该条件的设定使得立法者对竞合情形的处理在表述上更为严密和准确，同时为司法实践的法律适用提供了较为准确的指引。

在犯罪的认定中，想象竞合犯占据了重要的地位。想象竞合犯是指行为人实施了一个犯罪行为同时触犯了多个没有对应重合关系的罪名。对于污染环境罪而言，实施排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的行为，造成特别严重后果的，应当成立犯罪。但罪犯实施上述行为同时触犯其他罪名，应分不同情况讨论。

在想象竞合犯的特征争议中存在两种学说，其一为多结果说，指罪犯实施了一个犯罪行为却同时造成了多种危害结果，通过危害结果确定触犯的罪名；其二为多客体说，指罪犯实施的犯罪行为侵害了多个客体，即造成多个

李波律师简介



京都律师事务所律师，民革北京市委社会与法制委员会委员、北京律协环境与资源委员会委员、中国矿业国际仲裁调解中心调解员。主要从事私人律师、政府法律顾问、环境资源能源领域争议解决和法律顾问事务。在私人律师领域尤其注重安全的隐私保护、系统的解决方案、快速的律师介入；在政府法律顾问领域先后担任北京市通州区生态环境局法律顾问、北京市老干部局法律顾问、北京市某公安消防法律顾问、中国老年协会法律顾问、北京市金融局打击非法集资讲师；在环境资源能源犯罪领域先后多次取得缓刑判决等刑事辩护效果。

刑法保护的社会关系侵害。笔者同意多客体说，单从污染环境罪而言，排放、倾倒、处置的行为若构成犯罪不应单以损害结果论判断，如造成了本草案第二十四条第一款规定的四项特别严重的损害结果，同时该行为侵害了其他社会关系，则量刑会因该行为而加重，明确想象竞合犯的立法目的实为“从一重罪”处罚，即同时侵害了其他社会关系以较重的刑罚进行处罚。

二、污染环境罪刑法适用

（一）主观方面的争议与适用

1. 污染环境罪主观方面的争议

《刑法修正案（八）》颁布之前，“重大环境污染事故罪”的主观方面为过失，该观点被理论学界与司法实践普遍认可，该修正案颁布后将罪名更改为“污染环境罪”，但其罪过形式争议一直较大，学界对该罪的主观方面认定存在三种观点：（1）主观过失说，认为行为人虽明知违法，但主观上并不希望危害结果的发生；（2）主观故意说，“法律明确规定为过失”的才以过失犯罪论，即法条中须明确用“过失”的用语标明或通过法条的文义逻辑来确定才可以认定为过失犯罪；（3）主观混合说，认为该罪即可表现为故意，又可表现为过失。

2. 刑法修正案（十一）草案第二十四条的主观方面适用

针对学界上述争议，笔者同意主观故意说，从司法判例造成的社会影响效果分析，该罪以主观故意界定为宜，无论是企业经营行为还是自然人行为，其在进行“排放、倾倒或处置”行为之前即知道或应当知道该行为产生的后果，应当根据该实行行为判断行为人主观为恶意。



刑法修正案(十一)草案第二十四条新增“7年以上”刑期惩罚的做法,明显体现了立法者以主观故意说为观点的立法目的。依据笔者对上述法条的分析,条文中限定的地点较为具体,虽无全部列举,但体现了立法者试图通过加大刑罚惩罚力度的方式以惩治对重要地点造成特别严重损害后果的环境污染罪犯。如本条第一款第一项当中“饮用水水源保护区”与“自然保护区核心区”的表述,行为人在实施“排放、倾倒、处置”行为时,应当对何为“饮用水水源保护区”,何为“自然保护区核心区”有基本认知,无论是通过资料检索还是通过向相关政府机构咨询等方式,均应当在实施“排放、倾倒、处置”行为之前对上述地点具有基本概念,是否可以排放、倾倒、处置,是否获得排放标准,应承担何种法律后果也理应有具体权衡。所以,刑法修正案(十一)草案正式颁布后,污染环境罪构罪的主观方面应当适用主观故意说。

(二) 既遂形态的争议与适用

1. 污染环境罪既遂形态的争议

刑法上犯罪既遂是犯罪的一种基本形态,是指行为人所实施的行为已经具备了刑法分则对某一具体犯罪所规定的全部构成要件。污染环境罪的既遂形态主要是结果犯与行为犯的争议。对于污染环境罪既遂形态的认定,学界的不同观点也直接影响了司法实践的法律适用。(1)支持结果犯(以造成损害结果认定犯罪)的学者认为,本罪是由重大环境污染事故罪发展而来,后者是结果犯,故本罪也应当为结果犯,且本罪的罪过形态包含过失,而过失只处罚结果犯;(2)支持行为犯(以实施的行为认定犯罪)的学者认为,《刑法修正案(八)》将“造成重大环境污染事故,致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”改为“严重污染环境”,从理论上认定为由结果犯向行为犯扩张,且单纯认定结果犯会导致污染环境行为难以最终认定犯罪的情形。

最高人民法院、最高人民检察院发布的法释〔2016〕29号《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条限定了“严重污染环境”的具体情形,但该条中同时包含行为与结果的构罪认定,造成了司法审判中以该解释的条文符合为裁判依据,而较少遵循刑法的逻辑性。

2. 刑法修正案(十一)草案第二十四条的既遂形态适用

对于污染环境罪结果犯与行为犯的既遂形态问题,笔者认为在凭借法条规定适用法律的同时,也应合乎刑法逻辑。一方面,对于法条适用而言,本草案第二十四条新增的四项具体化加重量刑的规定,意在将“7年以上”的量刑限定为造成“特别严重后果”、“基本功能丧失或遭受永久性破坏”、“致人重伤、死亡”的条件之内。在未同时废止《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》的情况下,该解释与《刑法》第三百三十八条具有同等效力。所以,从修正案的适用来看,除了造成损害结果的相关限定条件外,行为构成该解释第一条第(一)(五)(六)项的,也应当适用司法解释,依据《刑法》第三百三十八条定罪处罚;另一方面,对于理论适用而言,能够起到部分行为犯认定既遂、部分结果犯认定既遂,从而达成适用污染环境罪更加明确、精准的目的。

三、污染环境罪的刑罚配置

(一) 污染环境罪的法定刑评析

在刑法修正案(十一)草案审议之前,学界对于《刑法》第三百三十八条污染环境罪法定刑期限过低批判较多。依据现行《刑法》的污染环境罪量刑区间,只有拘役、三年以下有期徒刑、三年以上七年以下有期徒刑三个区间。拘役的期限为1个月以上6个月以下,数罪并罚时不得超过1年。而司法实践中判处实刑的情况较少,通常在罪犯主动赔偿其污染环境造成的损失后,法院会作出缓刑判决。与罪犯的污染环境行为相比,该法条的惩罚力度明显过低,已经出现了犯罪成本与犯罪收益失衡的情形。

刑法修正案(十一)草案审议后,第二十四条增加“7年以上”刑期的法定刑与明确适用“想象竞合犯”规则,虽然在一定程度上加大了刑法的惩罚力度,但刑期仅是在上述三个量刑期间再增加一个7至15年的刑期。笔者认为该条修改仍然存在两个困惑。其一,仍然依据当前的司法判例来看,实施污染环境罪与其他犯罪构成实质上数罪的案件较少,即有期徒刑因数罪并罚超过十五年的案件较少,所以“7年以上”量刑的适用仍然较少,实际达到以污染环境罪进行刑法惩治的目的较为困难;其二,对于“7年以

上”的刑期规定，法官自由裁量权较大。污染环境罪的罚金刑并未规定具体数额，所以法官在实际案例中裁判差异较大，仅增加表述为“7年以上”的刑期规定，会在实刑判决上间接扩大法官的自由裁量权。

（二）污染环境罪的量刑层次构建

针对上述存在的问题，笔者提出在刑法修正案（十一）草案第二十四条的基础上重新构建量刑层次，以便更好地适用刑罚，具体如下表：

层次	罪状	既遂形态	法定刑
第一层	违反国家规定， 排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质	行为犯	处五年以下有期徒刑 或 拘役， 并处或单处罚金
第二层	污染环境造成严重后果的	结果犯	处五年以上十年以下有期徒刑， 并处罚金
第三层	有下列情形之一的：（一）在饮用水水源保护区、自然保护区核心区排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质， 造成特别严重后果；（二）向国家确定的重要江河、湖泊水域排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质，造成特别严重后果的；（三）致使大量基本农田基本功能丧失或者遭受永久性破坏的；（四）致人重伤、死亡的。	结果犯	处十年以上有期徒刑， 并处罚金
第四层	有前款行为，同时构成其他犯罪的	行为犯 /结果犯	依照处罚较重的规定定罪处罚

上述量刑层次构建，目的在于优化当前污染环境犯罪的惩罚配置。笔者加重了第一层次的法定刑，意在起刑点较高，判处实刑的案件增多。适当的提高起刑点，有利于打击环境犯罪。第二层次为造成严重后果，此处应相应修改《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条的规定，将与本修正案后果特别严重的相同项剔除，直接以修改后的第三百三十八条内容为准。第三层可总结为对“后果特别严重”的情况处十年以上有期徒刑，能够在实质上加大该罪的惩罚力度，如“致人重伤、死亡”等情形从实害后果判断，对社会都将造成恶劣影响。第四层为本草案修正的明确适用想象竞合犯理论，行为入犯实质上的一罪宜按照想象竞合犯处理。

结语

刑法修正案（十一）草案的公布，预示我国刑事立法又将迎来新一轮较大规模的更新，修正后的法律如何适用是当下司法实践面临的重要问题。在生态环境法律观念推行的当下，污染环境违规行为日益受到监管部门以及司法机关的关注，打击力度日益提升。此次污染环境罪的修改总体上加大了刑罚的惩罚力度，通过立法的方式保护国家环境不受破坏，同时表明了立法者极力惩治污染环境犯罪的决心。



刑法修正案（十一）草案 若干内容解析

■ 侯佳 / 文

刑法修正案（十一）草案于2020年6月28日被提请全国人大常委会会议审议。对于该草案所涉及的内容，既有基于犯罪预防的考量，对某些在现阶段易发生的新的侵害或者可能侵害社会公共利益的行为的规制，降低该种行为发生的概率，又有对于新出现的一些扰乱社会秩序如金融秩序或者经济秩序的现象的打击。还有一些是加强了对某些领域的社会大众利益的保护，尤其是在社会公共卫生领域以及生态环境的治理方面较为突出。也就是说，该草案不仅仅是从犯罪预防和打击犯罪的角度对刑法的某些条文进行修改，而更多的是从社会治理的角度出发，为了适应社会的新发展，在刑法规范上作出了更有利于社会大众的规定。从刑法典的整体上来看，当然是扩大了刑法规制的范围，将一些新时期新出现的行为纳入到了刑法调整的范围。具体来看包括如下方面：

1. 将高空抛掷物品危及公共安全的行为，单独列为一种犯罪，从类罪名上来看，高空抛掷物品的行为属于危害公共安全的犯罪，一般情况下，大多会以以危险方法危害公共安全罪来定罪处罚。根据最高人民法院研究室近年来公布的数据，全国法院审理的涉高空抛物的民事案件超过千件，许多案件都造成了人身伤害，更有案件造成了死亡的严重后果，最后作

侯佳律师简介



京都律师事务所律师，曾在法院刑庭担任法官，主要从事刑事案件的审判工作，对刑法学有着深入的研究，具有深厚的学术功底。擅长办理经济犯罪案件、职务犯罪案件、涉黑社会性质组织犯罪案件，实践经验丰富，尤其在处理涉及的罪名多、案情复杂的犯罪案件方面有较多的实践经验，办理的多起案件取得了良好的社会效果和法律效果。

为刑事案件处理。高空抛物行为不仅仅是道德评价的行为，在某种程度上，已经达到了侵害刑法法益的程度，这次草案将该行为单独规定为一种犯罪，突显对这类犯罪的惩治力度，也是基于保护人们日常生活中的公共安全的考量，使人们的“头顶”更加安全。

2. 将严重干扰公共交通工具司机驾驶的行为规定为一种犯罪，同上述情况相似，该类行为以前大多以以危险方法危害公共安全罪来定罪处罚，这次草案也是单独将如司机使用暴力的或者类似抢夺方向盘的行为规定为具体的犯罪。近年来，干扰公交司机驾驶或者公交司机与乘客互殴的案件多发，给普通乘客的人身安全造成了严重威胁，这已经是对社会公众安全的严重侵害。针对这种情况，须刑法规范进行调整，将上述行为纳入到刑法规制的范围内。例如，2012年4月21日20时许，在厦门海沧区，章某乘坐846路公交车前往海沧，在公交车途经海沧大桥118号

灯杆附近时，在无站点停靠的情况下要求驾驶员停车被拒后，用携带的手机殴打驾驶员头部，并用力抢拉驾驶员手中的方向盘，导致公交车向右偏离正常行驶车道；被害人驾驶员紧紧护握方向盘并采取紧急刹车措施，车辆在部分进入应急车道后停下。最终，章某被判处有期徒刑三年。

另外,草案除了规制上述乘客的行为外,还对司机的行为加以规范,对于司机枉顾车上乘客安危而与他人互殴的,也可能受到刑罚处罚,在这一点上,也加重了驾驶者的刑法上的责任。例如,“10·28重庆公交坠江事故”,2018年10月28日,重庆市万州区一辆22路公交车在万州长江二桥坠入江中,事故原因是乘客与司机激烈争执互殴致车辆失控坠江,导致13人遇难,2人失联。对于这类案件,刑法需要调整的不仅仅是乘车人的行为,还应当对于司机的行为也纳入到刑法调整的范围。

重要的是,以危险方法危害公共安全罪的起刑点为三年有期徒刑,属于重罪,而这次草案中对于严重干扰公共交通工具司机驾驶的行为的,量刑幅度上最高刑为一年有期徒刑,两者差距很大。从刑罚的目的以及刑罚的实际作用来看,一年有期徒刑是否能够有效阻却该类犯罪的发生,在犯罪预防方面存在一定的争议。因为一年有期徒刑显然可能会出现短期自由刑的弊端的问题,对于犯罪预防的实际效果来看是十分有限的。更为重要的是,这类行为大多是由于诸如乘客临时起意与公交车司机斗气、辱骂进而激化矛盾而产生,在这种激愤的情况下,仅仅以一年有期徒刑这种短期自由刑规制这类行为,很难发挥刑罚的作用。建议考虑在这里可以针对上述行为加重法定刑的量刑起点或者量刑幅度,可能会较为妥当。

3.除了上述修改外,在危害公共安全类的犯罪中,对于明知存在事故隐患而拒不排除,仍冒险组织作业,造成严重后果或者特别恶劣情节的,也纳入到刑法的调整范围。还对于某些可能危及生产、作业安全具有现实危险的行为,也规定为了危险犯,即具有某些危险的,即成立相应的犯罪,包括:“(1)关闭、破坏直接关系生产安全的监控、报警、防护、救生设备、设施,或者篡改、隐瞒其相关数据、信息的;(2)因存在重大事故隐患被依法责令停产停业、停止施工、停止使用有关设备、设施、场所或者立即采取排除危险的整改措施,而拒不执行的;(3)涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可,擅自从事矿山开采、金属冶炼、建筑施工,以及危险物品生产、经营、储存、运输等高度危险的生产作业活动,情节严重的。”这是针对近年来,我国在生产、作业安全领域突出的问题而在刑法上所作出的适当调整,这对于保障生产、作业人员的人

身安全以及生产安全具有重要的作用。这里体现了“刑事处罚阶段适当前移”的刑事政策,是国家针对该类新情况所采取犯罪治理的措施,是基于犯罪预防的立场考量。

4.关于生产、销售假药罪,增加了两个行为方式,一是“违反国家规定,未取得批准证明文件生产药品或者明知是上述药品而销售的”行为;二是“药品使用单位的人员明知是假药而提供给他人使用的”行为。没有批准证明文件而生产、销售的行为规定为生产、销售假药罪,这部分增加的内容是针对药品的“黑作坊”而设置的,增加对药品安全的刑法保护。

5.关于药品类犯罪,增加了一条,对于违反药品管理法规,具有某些情形的,构成危险犯,包括:“(1)生产、销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品的”;“(2)未取得药品批准证明文件进口药品或者明知是上述药品而销售的”;“(3)依法应当检验而未经检验即销售药品的”;“(4)药品申请注册中提供虚假的证明、数据、资料、样品或者采取其他欺骗手段的”;“(5)编造生产、检验记录的”。即只要行为人实施的行为具有上述情形之一,具有足以严重危害人体健康的危险的,即构成上述犯罪。其中,第二种情形,“未取得药品批准证明文件进口药品或者明知是上述药品而销售的”。如何限制刑法规制的范围可能成为该种情形下存在争议的问题,如果某些进口药品在欧洲或者美国世界知名大厂生产,并得到了欧盟或者美国的权威认证,而该种药品在我国是治疗某种严重疾病急需的或者我们的药品生产技术没有达到的而又存在巨大的市场需求的,这种情况下,是只要没有进口的批准证明文件一律纳入到刑法调整的范围,还是根据罪责刑相适应原则进行适当调整,亦或根据刑法立法的精神做出进一步的司法解释,将成为一个有待解决的问题。刑法的目的一方面要预防犯罪和打击犯罪,另一方面,存在价值选择,对于进口药品的管理秩序、人身健康、相关重大疾病患者的需求,如何进行刑法上的价值选择,需要进一步明确和规范。针对第四种情形,即将“(药品申请注册中提供虚假的证明、数据、资料、样品或者采取其他欺骗手段的”,规定为犯罪行为。药品安全关乎社会公众的切身利益,对于人民的身体健康和生命安全十分重要。例如,长春长生疫苗案件,2017年11月,长春长生生物科技有



限公司和武汉生物制品研究所有限责任公司生产的各一批次共计65万余支百白破疫苗效价指标不符合标准规定,被食药监总局责令企业查明流向,并要求立即停止使用不合格产品。疫苗的安全关乎千家万户,我国是世界上最大的疫苗生产国,年产能超过10亿剂次,需要在刑法上构建更加完善的监管制度、更严格的惩罚制度,草案对此的规定,不仅是与修改后的药品管理法做进一步的衔接,更是要增加违法者的违法成本。这也是“重典治乱”的应有含义和价值。

6. 近年来,金融领域的犯罪逐渐出现新的形式,该草案增加了犯罪构成上的若干行为方式,加大了对于侵犯金融秩序犯罪的打击力度。例如,对于近年来问题比较突出的非法吸收公众存款犯罪,增加了法定刑的幅度,最高刑提高到了十年以上有期徒刑。从另一个侧面来看,也是增加了刑法对于财产权的保护,对于某些潜在的被害人来说,刑法立法上对于他们的保护是有倾斜的。近年,借用互联网金融名义从事网络非法集资的行为,严重扰乱了市场的经济金融秩序,给人民群众的财产造成了严重侵害。将非法吸收公众存款罪的法定最高刑由十年有期徒刑提高到十五年,调整集资诈骗罪的刑罚结构,是加大对非法集资犯罪的处罚力度,发挥刑罚对该类犯罪的应有作用。

7. 增加了对侵犯商业秘密类犯罪的打击力度,其中,增加了一种行为方式,即“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的”行为。这是刑法试图保护和建立一个更为良好的商业环境,维护一个有序的商业秩序,对经济发展具有一定的促进作用。草案进一步修改了侵犯商业秘密罪的入罪门槛,并提高了刑罚的幅度,加大对侵犯商业秘密犯罪的刑罚惩罚力度。而对于草案增加规定的商业间谍犯罪,是由于一些企业长期对科研进行了大量的投入,但是最后科技研究成果却因为一些团队的科研骨干跳槽或者被竞争对手挖走,最终导致科技成果或者某些核心技术或者信息严重流失,给企业造成了严重的经济损失,也严重打击了企业的科技创新的信心。因此,科研人员的流动不应对本企业的科技商业秘密造成侵犯,纳入到刑法的保护范围,有利于鼓励企业科技创新,也有利于企业对于科研投入的信心和科研人才的培养。

8. 刑法加大了对英雄烈士名誉的保护,增加了一条

“侮辱、诽谤英雄烈士,损害社会公共利益,情节严重的”行为纳入到刑法调整的范围,最高刑可处三年有期徒刑。这也是对于社会主义核心价值观的保护,保护英雄烈士名誉,有利于弘扬社会正气,建立良好的社会价值观体系,也是社会治理在刑法上的体现。

9. 进一步保护了民营企业的财产权,对于在公司、企业内部发生的非法侵占公司、企业的合法财产权的犯罪,明确了行为方式和量刑幅度,为民营企业、企业提供了一个良好的财产保护的环境,从刑法上落实了对民营企业、企业的财产权的平等保护。一些民营企业的体量和规模很大,很多还是市值很大的上市公司,这些大型民营企业在某种程度上也与社会公众密切相关,对社会公众有较大的影响,民营企业内部人员的职务犯罪直接是对企业本身的利益的侵害,实质上也是对社会公共利益的侵犯,以刑法对其进行规制,加大刑罚的作用,有利于对民营企业的经济利益和发展利益的保护,更加有利于对社会整体的公共利益的刑法保障。

10. 对于暴力或者软暴力亦或变相使用暴力催收高利贷的债务等法律不予保护的债务,草案增加了一条,将上述行为列为刑法调整的范围。有某些情形的,实施暴力或者软暴力催收高利贷债务等行为的,最高刑为三年有期徒刑,具体包括:“(1)使用暴力、胁迫方法的”;“(2)限制他人人身自由或者侵入他人住宅,情节较轻的”;“(3)恐吓、跟踪、骚扰他人,情节严重的”。以前,上述行为往往容易“打擦边球”,在刑事司法实践中,如何认定上述行为以及如何量刑是十分困难的,如果没有明确的规范,则不利于这类案件的统一认定,在某种程度上也会对经济秩序尤其是金融秩序造成严重的破坏,刑法将上述行为进行明确,对于罪刑法定原则的贯彻执行是利好的,在某种程度上也会防止“类推”情况的出现。

11. 对于疫情期间出现的新情况,草案对妨害传染病防治罪的条文进行了修改,进一步明确新冠肺炎等依法确定的采取甲类传染病管理措施的传染病,使得相关的犯罪构成更加完善。并增加规定了拒绝执行人民政府依法提出的预防控制措施,非法出售、运输疫区被污染物品等行为方式。

其中,草案将“拒绝执行县级以上人民政府、疾病预防控制机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的”

行为明确列入了刑法中。这里可能会出现一个规范与事实之间的问题，即如何在刑法上定义“拒绝执行”，是一般人通常意义上的理解，还是特殊情况下的理解，需要进一步明确列举更加具体的行为方式，或者在司法解释中解决该问题。

12. 草案首次将有关人类基因及基因资源类犯罪规定在了刑法中，这是对我国的人类基因安全和物种安全的特殊保护。对于达到危害公众健康或者社会公共利益情节严重程度的行为，最高可处七年有期徒刑，包括：“(1)非法采集国家人类遗传资源”；“(2)非法运送、邮寄、携带国家人类遗传资源材料出境的”；“(3)未经安全审查，将国家人类遗传资源信息向境外组织、个人及其设立或实际控制的机构提供或者开放使用的。”除此之外，草案还将“违反国家有关规定，将基因编辑的胚胎、克隆的胚胎植入人类或者动物体内，情节严重的”行为也纳入了刑法保护的范畴。这不仅仅是对我国人类基因及基因资源和信息等的保护，更是对可能出现的伦理挑战的事前应对措施。另外，对于基因研究领域的学术和科研行为也是一种刑法上的规制，是我国刑法对于学术和科研造假或者以此危害公共利益和国家科技利益的一种犯罪预防。

13. 草案还加大了对生态环境的保护，对某些危害环境的行为调整了相应的量刑幅度和科刑的力度。不仅对于排放、倾倒或者处置废物、污染物等科处较重的刑罚，还增加规定了在国家级自然保护区非法开垦、开发或者修建建筑物等严重破坏自然保护区生态环境资源的犯罪。另外，增加了一些条款，对于“违反野生动物保护管理条例，以食用为目的非法猎捕、收购、运输、出售前两款规定以外的陆生野生动物，情节严重的”行为以及“违反国家规定，非法引进、释放或者丢弃外来入侵物种，情节严重的”行为加以刑罚处罚。尤其是，首次将引进、释放或者丢弃外来入侵物种的行为进行刑法规制，这是基于维护

国家安全、生物安全与防范生物威胁的考量，也是与生物安全法的衔接。例如某些人由于封建迷信实施的所谓“放生”行为，达到一定严重程度，就可能被科处刑罚；一些将饲养的所谓特殊“宠物”任意弃置在自然环境中，都有可能受到刑罚处罚。从这一方面来看，建议着重进行这方面的普法宣传，尽可能减少由于某些人的法律认识错误而导致实施上述犯罪行为的可能性。

14. 最后，一方面，草案还增加了规定食品药品监管方面的渎职犯罪的条款，对于“负有食品药品安全监督管理职责的国家机关工作人员”实施的行为构成滥用职权或者玩忽职守的，作出了明确的规定，进一步具体化了食品药品渎职犯罪的情形和行为方式，增强了刑法规范的可操作性和适用性。

另一方面，为了适应军队改革的具体情况，对军人违反职责罪的主体范围作出更加完善的规定，并明确了军队文职人员也属于犯罪构成的主体范围，这是刑法规范在我国军队改革过程中所起的保障作用。其中，增加了对于我国军事秘密的刑法保护，对于“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密的”行为，进行刑罚结构的调整，使之更加符合罪刑均衡原则。

综上所述，草案是在党中央的决策部署的指导下，充分发挥刑法对国家经济生活的规范保障作用，是法治国家建设要求的体现；是宽严相济刑事政策在新时期针对新情况的进一步贯彻落实。对于人民群众关心的安全生产、食品药品安全、环境保护、公共卫生以及民营企业的产权保护等方面的问题，草案根据新情况下相关犯罪的产生、发展和预防的客观规律，对刑法规范作出了更加科学、合理的调整，进一步体现了国家治理体系和治理能力现代化的要求，尤其是对犯罪治理的综合把握，是符合我国国情的在刑法规范领域的新调整。



京都律所25年转型记：每当成就遇到改革

■ 来源：法律品牌观察，作者：刘阳

再创辉煌

贺京都律所成立廿年

江



再创辉煌！

法学泰斗江平教授在京都二十周年时，曾将这句话送与京都，这背后是对一家律所二十余年坚持的肯定和期待。

回望1995年的京都“元年”，那一年创人田文昌律师48岁；经历了二十五年的开拓和努力后，如今田文昌律师淡然地说：“成功的路满是荆棘，过程也是曲折的，但前途是光明的”。

这是一家怎样的律师事务所？它又凭什么穿越25年的时光，并在中国法治化的道路上跟众多同行一起留下自己的名字？

或许你曾经听说过这家律师事务所的名字，又或者你曾经在过往的新闻版面和报纸头条上看到所属律师的名字或身影，那么你不妨来听听京都的故事。

这是一群律师拨开云雾望向曙光的故事。

一、起点：小月河畔

1983年，北京政法学院与中央政法干校合并，组建中国政法大学，史称中国政法大学“元年”。

刚刚在西北政法大学毕业，一心想要做学者的田文昌，作为特殊人

才在曹子丹教授和余叔通教授的力荐下，进入中国政法大学执教。

为更多接触实务，为教学与研究积累实践经验，1985年田文昌被司法部特批为兼职律师，自此开始了他的律师生涯。

做学者与做律师，都是一件需要全力以赴的事情。田文昌律师经常在外地办案后，有时需要连夜赶回学校准备第二天的课程，虽然从未缺席过任何一次课。他喜欢做律师，却又不愿意放弃学者生涯，更舍不得离开自己的学生。

1993年，由田文昌律师承办的控告大邱庄禹作敏案、著名企业家朱佩



田文昌律师

金、商逮无罪案和西北民航案，先后开花结果。

一时之间，田文昌律师名声大噪。短短一个月，向田文昌律师求助的信件，就堆满了他的办公室，心中的天平也逐渐向做一名律师倾斜。

终于在1995年，一件让当时的法律圈为之侧目的事情发生在蓟门桥小月河畔！田文昌与中国政法大学多位年青新秀，在这个以燕京八景“蓟门烟树”闻名的地方，正式敲定了创建律所的想法。

除了田文昌律师之外，京都的创始团队汇集了当时各学科的年轻带头人，如中国首位民事诉讼法博士、行政法博士、国际法硕士及最年青的民法学副教授等一批在行业内举足轻重的年青学者都成为“京都的创始合伙人”。

由篆刻艺术家杜延平先生创设的“京都”所标，高高的挂在凯奇大厦内。

“京都最开始的框架就是综合化的，我们具备各领域最优秀的人才，并且从当时行业的发展来看，全领域覆盖的综合型律师事务所也是趋势。”田文昌律师这样回忆当时的京都律师事务所。

当时的中国法律服务需求相对单一，律所只要在单一领域有所建树，就可以发展的很好。而京都极具前瞻性的综合化发展理念，抢占先手优势，各领域全面展开，京都的市场影响力逐渐凸显。

200万，是京都在创所第一年交出的“答卷”。

1996年，田文昌律师评为北京市首届十佳律师，中央电视台《东方之子》节目以《京城律师田文昌》为题目分上、下两集播放了其专访报道。

同年，全国律协刑事业务委员会主任改由执业律师担任，田文昌律师当选为第一任主任，京都的行业地位由此奠定。

然而，隐忧也慢慢产生。在业务市场高歌猛进的同时，对于律所究竟该如何发展，合伙人之间有了不同的想法。

二、京都重组与战略转型

志合者，不以山海为远，实现跨越的过程是曲折的，没有一致且坚定的信念，难以成功。

在创所之初，京都与大多数律所

一样采用“一人一票”的民主体制，群策群力，集思广益，增强决策的科学性和可行性，充分考虑全体合伙人的利益。

但随着规模的不断扩大，绝对的民主决策逐渐不能满足高效管理的新要求。

“当时所里的氛围是非常好的，大家都愿意到所里来一起开会讨论事情。虽然对一些事情的观点和理解有所不同，但一旦形成决议，大家也都会坚持执行。”田文昌律师回忆道。

事实上，京都内部关于办所以致办事理念上的差别正在逐渐显现，每个人的看法和想法都有其道理和逻辑。田文昌律师希望将律所当成一份事业，但也有人对此并不完全认同，部分合伙人对在当时的环境下做一名专职律师缺乏信心。

经过两年的尝试，部分合伙人失去“下海”的信心，最终选择“上岸”。在一段时间内，田文昌律师觉得自己是孤独的，他从未怀疑自己错了，但也理解他人的苦衷。

1997年，京都重组。

由于田文昌律师在刑辩领域打下的深厚基础，在重组阶段加盟的律师多出自刑事领域，这为京都的“刑辩特色”加上了重重的砝码。

京都调整发展战略，从全面综合化，改为单刀直进，以最强的刑事业务为依托，先求打开市场，站稳脚跟。同时，大力吸引各领域的业务人才，为后续的综合化发展积累种子。

三、重启“三化”改革

2000年，在蛰伏三年之后，京都的律师规模逐步扩充至百人，已是当时屈



指可数的大型律所。京都依靠“学者”立所，专业基础突出，作风严谨，但缺乏主动开拓市场的意识，难以形成团队合力，总体法律服务水平难以提高。这与田文昌律师创办律所的初衷背道而驰，改革已经迫在眉睫。

（一）历史的转折“忘忧里会议”

综合化、团队化、专业化是京都在创所之初就定下的发展方向。只有构建起完善、有序、合理、高效的管理体系，律所作为一个组织机构的聚合意义才能得到最大程度的彰显。

2001年，田文昌律师与十余位合伙人齐聚北京昌平的“忘忧里”度假村，开始探讨律所转型的方向。

“如果只在刑辩业务的道路上走下去，京都可以比较快速的发展，但是我觉得这种思路略显狭隘，我们应该做一些对中国律师事业，乃至法治建设有价值的事情。”田文昌律师讲道。

经过重组的京都合伙人在办所理念上实现了高度的统一。“忘忧里”会议上，京都调整合伙人机制，设立管理委员会，重新划分并组建八个业务部门。合伙人一致同意打造具有京都特色的法律服务平台，全面开拓市场，扩大专业服务领域，广纳人才走综合化发展的路线。为表改革决心，京都上下甚至做好了两年内不盈利的思想准备。

但是，这群优秀的律师低估了改革的巨大代价，京都遭遇黎明前的黑暗。

（二）黎明前的黑暗

2002年，京都迁址中国人寿大厦，正式开始改革。随着综合化进程的不断加速，律所规模不断扩大，市场效果显著，在2002年底，京都创收首次突破1000万大关。

然而与创收同曲线上升的是翻了三倍半的成本，部分合伙人出现创收不能覆盖成本的情况，改革的决心被动摇了。

在年底的合伙人会议上，有人提出疑问：“经营律所的目的到底是要赚钱还是要办事业”。

其实田文昌律师清楚，大家的矛盾点不过是短期目标与长期目标的分歧，他希望通过增加创收的方式覆盖管理成本，而不是简单地以压缩成本的方式增加收入比例，双方都没有错，只是在发展理念上出现了矛盾。

在危险还很遥远的时候，人们可以信心满满，然而当它不断逼近时，人的心态就会发生变化。

最终，主张继续坚持的合伙人以微弱的优势胜出，“少数派”合伙人选择离开。在送别宴上，田文昌律师手举酒杯，面对自己的学生们讲出那句行业内流传许久的名言：“诸位出去探索，成功了，京都跟你们学习；京都成功了，欢迎随时回来”。

阴霾并未就此散去，2003年，非典爆发，人寿大厦封楼。

大环境的剧变让留下的合伙人再次心生疑虑，一面是已经接近暂停的业务，另一面是居高不下的成本，眼见真的要连续两年颗粒无收，部分合伙人提出“我们是不是考虑暂时收缩回来，等形势好转了，再把缩回来的拳头打出去”。

但田文昌律师认为，当下是取得突破的最好时机，就此退缩，京都很有可能一蹶不振。于是，在

合伙人会议上，田文昌律师立下军令状，“如果年创收达不到1600万，个人出资100万，分配给大家。”

在年终盘点时，京都创收历史性的达到1800万。此后的京都如同被打开任督二脉一般，连续数年创收增长超千万，内部凝聚力空前，外部品牌效应与行业影响力持续提升，内外势成。2005年，京都律师事务所荣获北京律协颁发的“北京市优秀律师事务所”称号，改革初见成效。

“改革的成功与失败就在于能否坚持，收缩看似容易，但想要再次打出去就太难，内部会一蹶不振，外部也会觉得你不行了。”田文昌律师总结道。

在统一思想，明确综合化、团队化、专业化的发展战略之后，京都的改革全面展开，在管理体制尝试所有权与管理权的分离，将专业的事情交给专业的人。

2015年，在律所20周年之际，京都提出第三次创业的新目标，由原来的“三化”战略冲向“四化”即，综合化、团队化、专业化和国际化，同时进一步提升律所管理水平。

（三）综合化大所的底蕴

综合化大所是京都多年的执念。



2010年，在“中国刑事辩护律师的现状与展望论坛”上，曹树昌、梁雅丽、柳波、韩嘉毅、王九川、杨照东、金杰、朱勇辉八位律师被命名为“刑辩八杰”。从此，“京都刑辩八杰”作为一个以刑事辩护为品牌特色的专业团队，代表着京都，也代表了全国刑事辩护律师团队的建设和培训方向，在京城乃至全国叫响。

诉讼业务是京都的第一张王牌，但想要实现业务综合化，完善非诉业务团队的布局是重中之重。相比更考验律师个人综合能力的诉讼业务，非诉业务对团队化管理的依赖要更强，想要成为一家综合化大所，京都需要在一个诉讼业务与非诉讼业务并存且并重的律所里，构建合理的分配制度和团队管理模式。

田文昌律师认为：“多年来中国的律所一直是裂变式发展，大了就分开，一山不容二虎。中国难有综合型大所的原因就是没有解决好综合化律所的团队管理问题，而团队管理的前提是平衡利益分配关系，这也是京都转型首先要破解的难题”。

非诉业务领域需要一个自生长的积累过程，需要律所配合适当的激励机制，在分配制度上作出一定倾斜。京都的经验是，利益分配要有一定的“大锅饭”成分，没有“大锅饭”成分，各干各的，就不能形成团队，但同时又要充分体现多劳多得原则，不多劳多得，就会造成优秀人才流失，律所失去增长引擎。简言之，“大锅饭”的多少，是分配机制合理性的调节器。

在合理的分配制度与团队管理模式的保障下，京都各业务领域百花齐放。

成立于1999年的房地产与建设工



程业务部是京都律师事务所的主要非诉讼业务部门，二十余年为北京丽泽商务区晋商大厦、哈尔滨银行总部大厦等项目建设提供了全过程专项法律服务。

涉外业务部是京都紧跟中国律所“国际化”浪潮的具体表现，该部曾为多层次、多个行业的中外企业提供法律服务。2012年，中非工业合作发展论坛与京都律师事务所成立非洲法律事务中心，并被中非工商联合会聘为常年法律顾问、会员服务提供商。除此之外，京都韩语业务团队、俄语业务团队、日语业务团队，凭借出色的专业服务能力助力中国企业走向国门、探索国际市场、腾飞海外。

京都金融部律师曾在韩良律师带领下，参加了200亿元船舶基金与我国最大的创投引导基金——20亿元滨海创投引导基金的架构设计、可行性方案研发以及法律服务的全部过程，是最早活跃在我国PE与VC领域的法律服务团队之一。

2014年7月，京都成立了我国大陆地区第一家专门从事家族信托法律事

务研究与服务的家族信托法律事务中心，在家族信托、寿险信托、财富管理等多个领域为高净值客户提供专业的法律服务。

除此之外，京都的刑事辩护与代理、民商事诉讼与仲裁、行政诉讼、公司与合规、环境与资源、资本市场、知识产权、政府与涉密法律服务、劳动与雇佣等业务领域均获得了长足的进步与发展。

2018年，非诉领域进入“收获”的季节，京都再次调整分配制度。

“短期来看，创收高的合伙人牺牲了自己的利益；但从长远来看，年轻的合伙人能在这个过程中慢慢成长，逐步达到高创收的能力，承担成本的能力也越高，最终的结果是双赢的。只是过程中需要有人能奉献、肯牺牲，而很多律所往往就停留在这个关卡无法前进。走出瓶颈就会走向共赢，如今的京都已经筑成了共赢的平台。”田文昌律师讲道。

至此，京都历经近20年的转型之路，取得了初步成功，以综合化为平台，京都的业务覆盖能力得到提升。



以团队化为支撑京都可以发挥团队配合的管理优势，确保服务模式的优质、高效。以专业化为保障，京都可以集合各专业领域的优秀人才，追求业务水平的精益求精。京都目前拥有600余名专业律师，具备了综合所的坚实基础，业务领域涵盖刑事诉讼、民商诉讼和非诉业务三大方向、十三个细分业务团队。

“事实证明，转型之路的确布满荆棘，道路是曲折的，前途是光明的。综合化、团队化、专业化是京都人走了20年才得以实现的目标，但这只是京都人刚刚踏上的第一级台阶。改革成果的巩固、发展和提升还需要努力争取。”田文昌律师讲道。

（四）行业首创管理合伙人

在21世纪初，中国律所的内部管理尚处于初探阶段。2002年，在京都改革的同时，田文昌律师第一次提出“所有权与管理权分离”的管理模式，创设性的引入管理合伙人岗位，要求专业的人做专业的事，尝试从外

部引入专业的职业经理人，专职管理。

“管理合伙人需要通过自己的工作，让合伙人看到价值，帮助律所实现高效、快速的发展，让律师之间的合作更加顺畅。”京都律所CEO褚长志先生讲道。

“管理者的融合能力和管理能力缺一不可，两者兼具的人才，也会优先选择做律师。改革的过程需要耐心，当价值凸显的时候，一切就顺其自然了。”田文昌律师讲道。

2011年，经过近10年的磨合，京都首次通过猎头公司寻找管理合伙人，开始正式施行“非律师管理合伙人”的管理模式。

2019年加盟京都的褚长志先生是京都历史上第三位管理合伙人，他的任务是将京都改革的成果坚定不移的推进下去。同时，在品牌、市场方面积极的开拓，梳理内部规章制度体系，让原本随意的东西有章可循，建立高效的管理体制。

“律所的管理合伙人是一个创新

的岗位。对于合伙制律所来说，管理合伙人的意义不仅在于管理决策的推动和执行，内部资源的协调，对于走向公司化管理的律所来说，管理合伙人还需要在品牌、市场、公共案源等方面发挥作用。从律所管理合伙人的角度来看，融入能力与专业管理能力是缺一不可的。律所更像是一片土壤，如果希望种子开花结果，我们不仅要有正确的方式、方法，也要清楚土壤的不同，管理不能脱离律所实际，这是一个递进的过程，需要一些时间。”京都律所CEO褚长志先生讲道。

四、前方，看得见曙光

即便自1979年算起，中国律师行业依旧还很年轻，25岁的京都尚不足而立，正值当打之年，而作为一家眼见行业风云变幻的“老牌”律所，传承，也是一个重要的发展主题。

2017年，朱勇辉律师正式接任京都律师事务所主任。从师从田文昌律师，到如今接任主任，整整20年，我们顺其自然地认为这是一种传承。但在田文昌律师看来，律所的传承从来都不是“人”的传承，而应该是制度的传承与延续。

田文昌律师认为：“律所的传承与更替是自然结果，在构建完善、合理的管理机制之后，无论谁坐在主任的位置上，都不会影响律所的发展”。

经过二十多年的摸索，京都已经构建起更加完善的管理机制，在不久的将来，我们有机会看到一家真正依靠制度去传承延续的中国大所。

前方，看得见曙光。

民间借贷利率新规定有关问题简析

■ 肖树伟 游乐 杨琨 / 文

肖树伟律师简介

京都律师事务所高级合伙人。1987年毕业于中国政法大学，1989年开始从事律师工作。中国法学会会员，中国贸促会/中国国际商会调解中心商事调解员，中国政法大学法学院兼职教授，中央民族大学法学院客座教授，中华全国律师协会企业合规法律服务专项工作组副组长，第十届北京市律师协会惩戒委员会主任。主要法律服务领域为企业合规及风险防范、民商事纠纷解决、刑事辩护。肖树伟律师因其优质的服务多次被为北京市律师行业优秀律师党员，2011年被中国司法部评为律师行业创先争优活动党员律师标兵，2011年荣获“2009-2011年度北京市优秀律师”称号，2018年荣获“2015-2018年度北京市优秀律师”称号。



2020年8月18日，最高人民法院审判委员会第1809次会议通过了《关于修改〈关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定〉的决定》，对《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“《民间借贷司法解释》”）进行了修正（以下简称“本次修订”），该修正自2020年8月20日起施行。本次修订，最大的变动之一便是对民间借贷的利率上限进行了调整，这一调整也势必会对民间借贷活动以及民间借贷纠纷案件的审理产生重要影响。

一、民间借贷利率司法保护的历史沿革

《最高人民法院关于城市借贷超过几分为高利贷的解答》（法办字第4095号 1952年11月27日）中，最高人民法院答复最高人民法院东北分院，“关于城市借贷利率以多少为宜的问题，根据目前国家银行放款利率以及市场物价情况私人借贷利率一般不应超过三分。但降低利率目前主要应该依靠国家银行广泛开展信贷业务，在群众中大力组织与开展信用合作业务，非法令规定所能解决问题。为此人民间自由借贷利率即使超过三分，只要是双方自愿，无其他非法情况，似亦不宜干涉。”该解答是最早的关于民间借贷利率的规定。

1991年8月13日施行的《最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见》（以下简称“《民间借贷意见》”）第6条规定：“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。”《民间借贷意见》的出台，为民间借贷纠纷案件审理裁判尺度的统一提供了依据。《民间借贷意见》施行后，各级人民法院依据该意见审理了大量民间借贷纠纷案件，相应的，该意见也规范了民间借贷行为。

2015年8月6日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，即《民间借贷司法解释》，同时废止了《民间借贷意见》，《民间借贷司法解释》于2015年9月1日起施行。《民间借贷司法解释》第二十六条规定：“借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。”“借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过



年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。”这一规定即我们通常所说的民间借贷年利率“以24%和36%为基准的两线三区”的规定，该规定也将银行同类贷款利率的4倍作为考虑利率保护上限的一个重要因素。《民间借贷司法解释》出台后，进一步统一了民间借贷纠纷案件审理的裁判尺度。

二、本次修订对于利率相关条款的调整情况

本次修订对于利率的调整共涉及《民间借贷司法解释》的五个条款，分别为：第二十六条、第二十八条、第二十九条、第三十条以及第三十一条。具体内容及修订说明如下：

	原规定	新规定	说明
第二十六条	借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。 借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。	出借人请求借款人按照合同约定的利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。 前款所称“一年期贷款市场报价利率”，是指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心自2019年8月20日起每月发布的一年期贷款市场报价利率。	本次修订将民间借贷年利率由“以24%和36%为基准的两线三区”的规定调整为统一按照“合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍”的标准确定民间借贷利率的司法保护上限。
第二十八条	借贷双方对前期借款本金本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不纳入后期借款本金。约定的利率超过年利率24%，当事人未就超过部分的利息是否计入后期借款本金的，人民法院不予支持。 按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，不超过最初借款本金与以最初借款本金为基数、以年利率24%计算的整个借款期间的利息之和，出借人请求借款人支付超过部分的，人民法院不予支持。	借贷双方对前期借款本金本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息，不应认定为后期借款本金。 按前款计算，借款人在借款期间届满后应当支付的本息之和，超过以最初借款本金与以最初借款本金为基数、以合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍计算的整个借款期间的利息之和的，人民法院不予支持。	根据修订后第二十八条的规定，如在整个借贷过程中存在复利计算的情况，则借款期限届满后，借款人应当支付的利息上限为以最初借款本金为基数，以最初合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍计算的整个借款期间的利息。
第二十九条	借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率24%为限。 未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：（一）既未约定逾期利率，也未约定逾期利息，出借人主张借款人自逾期还款之日起按年利率6%支付逾期利息的，人民法院应予支持；	借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但是以不超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍为限。 未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：（一）既未约定逾期利率，也未约定逾期利息，出借人主张借款人自逾期还款之日起按逾期利率四倍计算的，人民法院应予支持；	本次修订明确了逾期利率也不得超过一年期贷款市场报价利率的四倍。同时，将既未约定逾期利率，也未约定逾期利息时，出借人可以主张的利息由“年利率6%”调整为：“借款人承担逾期还款违约责任”。
第三十条	出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率24%的部分，人民法院不予支持。	出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但是总计超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的部分，人民法院不予支持。	根据修订后第三十条的规定，民间借贷中约定的“违约金”、“服务费”与“中介费”等其他费用，也应和约定的逾期利息合并计算，合并后金额不得超过合同成立时的一年期贷款市场报价利率的四倍。
第三十一条	没有约定利息但借款人自愿支付，或者超过约定的利率自愿支付利息或违约金，且没有损害国家、集体和第三人利益，借款人又以该利息或违约金为由请求返还的，人民法院不予支持，但借款人请求返还超过年利率36%部分的利息除外。	删除	

三、实践中需要注意的问题

1、一年期贷款市场报价利率的适用标准

修订后的《民间借贷司法解释》第二十六条第一款中规定：“但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外”。

全国银行间同业拆借中心自2019年8月20日起每月发布一年期贷款市场报价利率，因此一年期贷款市场报价利率是一个变量，根据以上规定，实践中应当以合同成立时的一年期贷款市场报价利率作为计算标准。

2、自然人之间借款合同的利率应当以出借人提供借款时的一年期贷款市场报价利率作为计算标准

本次修订对自然人之间借款合同的成立时间也进行了修订，即修订后的《民间借贷司法解释》第九条规定：“自然人之间的借款合同具有下列情形之一的，可以视为合同成立：（一）以现金支付的，自借款人收到借款时；（二）以银行转账、网上电子汇款等形式支付的，自资金到达借款人账户时；（三）以票据交付的，自借款人依法取得票据权利时；（四）出借人将特定资金账户支配权授权给借款人的，自借款人取得对该账户实际支配权时；（五）出借人以与借款人约定的其他方式提供借款并实际履行完成时。”

本次修订明确了自然人之间的借款合同为实践合同，出借人提供借款时借款合同方成立。因此，当自然人之间的借款合同的签订时间和出借人提供借款的时间之间存在时间差时，应当以出借人提供借款时的一年期贷款市场报价利率作为计算标准。

3、关于本次修订的溯及力

修订后的《民间借贷司法解释》第三十二条第一款规定：“本规定施行后，人民法院新受理的一审民间借贷纠纷案件，适用本规定。”第二款规定：“借贷行为发生在2019年8月20日之前的，可参照原告起诉时一年期贷款市场报价利率四倍确定受保护的利率上限。”

根据以上规定，如果借贷行为发生在2019年8月20日之前，但原告在本次修订施行后起诉的，可参照原告起诉时一年期贷款市场报价利率的四倍确定受保护的利率上限。

游乐律师简介

京都律师事务所律师，中国政法大学法律硕士。主要执业领域：民商事领域尤其是金融及投融资领域的争议解决、企业法律风险防控。游乐律师自执业以来，为金融与投资行业、建筑与房地产行业、能源行业、农业科技行业等多种行业的众多企业以及个人提供了法律服务，积累了丰富的实践经验。



杨琨律师简介

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



利息的，人民法院应当予以支持。

2、逾期利率的计算标准仍需完善

如前所述，本次修订对“既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率”时，出借人可以主张的利息进行了调整。具体为：修订前的《民间借贷司法解释》第二十九条第二款第（一）项规定：“既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率6%支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持”，而修订后的《民间借贷司法解释》第二十九条第二款第（一）项规定：“既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起承担逾期还款违约责任的，人民法院应予支持”。

笔者认为，“承担逾期还款的违约责任”的规定相较于前“年利率6%”的规定的实操性较弱，本次修订施行后，司法实践中对涉及此问题的案件的审理可能会产生裁判尺度不统一的问题。因此，笔者建议，司法实践中，如出借人与借款人未就借款人承担逾期还款违约责任的形式进行明确约定时，可要求借款人支付资金占用利息，以此作为借款人承担“逾期还款违约责任”的方式，利息可按照逾期还款之日的一年期贷款市场报价利率作为计算标准。此外，出借人与借款人订立借款合同时，应当尽量对逾期利率进行明确约定，以避免争议的产生。

3、金融借款利率上限规定需相应调整

2015年9月1日《民间借贷司法解释》施行后，最高人民法院于2017年8月4日发布了《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》，该意见第二条第2款中规定：“严格依法规制高利贷，有效降低实体经济的融资成本。金融借款合同的借款人以贷款人同时主张的利息、复利、罚息、违约金和其他费用过高，显著背离实际损失为由，请求对总计超过年利率24%的部分予以调减的，应予支持，以有效降低实体经济的融资成本。规范和引导民间融资秩序，依法否定民间借贷纠纷案件中预扣本金或者利息、变相高息等规避民间借贷利率司法保护上限的合同条款效力。”该意见施行后，也统一了金融借款与民间借贷利率上限的标准。

因此，笔者认为，本次修订对民间借贷利率上限进行调整后，金融借款的利率上限也应当进行相应的调整，以统一借款合同利率的上限标准。

四、实践中还需完善的问题

1、明确借款人已经支付的超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍部分的利息可以要求出借人返还

修订前的《民间借贷司法解释》第二十六条第二款规定：“借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。”

而本次修订对于借款人已经支付的超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍部分的利息是否可以要求出借人返还，并未予以明确，在实践中可能引发争议。笔者认为，结合本次修订的背景来看，借款人要求出借人返还借款人已经支付的超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍部分的



关于适用民法典侵害知识产权惩罚性赔偿规则的思考

■ 刘铭 张青龙 / 文

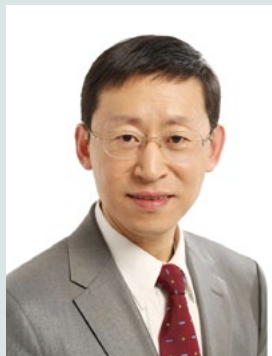
为了切实加强对知识产权的保护力度，需要提高侵害知识产权的违法成本，充分发挥法律的威慑作用。民法典响应呼吁，增加侵害知识产权惩罚性赔偿条款——第一千一百八十五条规定：“故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿”。笔者从民事赔偿适用规则，侵害知识产权惩罚性赔偿规则的适用要件，现阶段适用民法典关于专利、商标和著作权侵权惩罚性赔偿的基数方法略作浅议。

一、我国侵害知识产权民事赔偿的“填平原则+惩罚性赔偿”适用规则

在现行的知识产权单行法中，我国《商标法》已经明确规定了惩罚性赔偿规则，虽然现行《著作权法》和《专利法》还未规定这一规则，但近期《专利法修正案草案二次审议稿》¹《著作权法修正案草案》²均参照商标法增加了惩罚性赔偿规定。这使得规范著作权、专利权与商标权这三者的知识产权单行法将得以在民事侵权赔偿规则上实现统一：权利人实际损失、侵权人所获利益、许可使用费的合理倍数以及法定赔偿，最后是惩罚性赔偿。所以，我国对侵害知识产权的赔偿规则是依照并遵循“补偿为主，惩罚为辅”的司法认定机制推进并运行的。³换言之，我国法院救济民事侵权的赔偿规则为适用“填平原则+惩罚性赔偿”的规则。但是，司法

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，2014年作为北京市新阶层代表人士在北京市司法局副处级挂职，担任民盟中央法制委委员，民盟北京市委委员，北京市政府特约人员，朝阳区政协委员、监察委监督员，行



政复议委员会委员，国家文化产业创新实验区知识产权服务专业委员会主任，法学会理事、中央电视台特约评论员等社会职务。

刘铭律师执业二十年，担任科技部、水钢集团、美国AT公司等部委、政府，多家国际知名公司、大型国有、民营企业法律顾问。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、非诉讼案件。致力于法治建设、社会进步和高端法律服务。

1 征求意见时间：2020年7月3日至2020年8月16日。

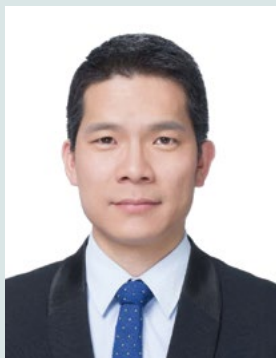
2 征求意见时间：2020年4月30日至2020年6月13日。

3 2017年12月29日，《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》（法[2018]1号）

四、依法保护企业家的知识产权。完善符合知识产权案件特点的诉讼证据规则，着力破解知识产权权利人“举证难”问题。推进知识产权民事、刑事、行政案件审判三合一，增强知识产权司法保护的整体效能。建立以知识产权市场价值为指引，补偿为主、惩罚为辅的侵权损害司法认定机制，提高知识产权侵权赔偿标准。探索建立知识产权惩罚性赔偿制度，着力解决实践中存在的侵权成本低、企业家维权成本高的问题。坚持依法维护劳动者合法权益与促进企业生存发展并重的原则，依法保护用人单位的商业秘密等合法权益。

张青龙律师简介

京都律师事务所知识产权部律师。从事律师职业以来，积极参与民商事诉讼、仲裁活动，在工作中积累了较多的专业知识和实践经验。



实践中填平原则适用较多，而惩罚性赔偿规则适用较少。

1. 填平原则

填平原则，顾名思义就是将损失进行填补回来的原则，损失多少填补回来多少，最终使权利人的权益不因侵权而受损害。如在侵害知识产权后权利人能够证明其实际受到多少损失后，填平原则下法院就会确定侵权人赔偿多少。但知识

产权作为无形财产，权利人欲证明因侵权而遭受的实际损失时面临的最大问题就是举证难，加之在法院责令侵权人提交有关销售数据、财务账册和原始凭证时往往出于自身利益而拒绝提交造成举证妨碍，在相关权利的许可费用又无法参照确认的情况下，填平原则在适用上最终走向了法定赔偿。法定赔偿多数情况下赔偿金额的较低，据报道，2015年，97%以上的专利、商标侵权和79%以上的著作权侵权案，平均赔偿额分别为8万元、7万元和1.5万元，以致于知识产权保护出现了维权成本高、侵权人违法成本低的现状。

2. 惩罚性赔偿

惩罚性赔偿，是指由法院确定的超出实际损害数额的赔偿，它具有补偿受害人遭受的损失、惩罚和遏制不法行为等多重功能。⁴我国法律有相关规定，如《电子商务法》第42条第3款⁵确定了对电子商务经营平台恶意发出错误通知造成平台内经营者损失情况下承担加倍赔偿责任，以及《食品安全法》第148条第2款⁶、《消费者权益保护法》第55条第2款⁷、《反不正当竞争法》第17条第3款⁸等。涉及知识产权方面的惩罚性赔偿，《商标法》也作出规定，如《商标法》第63条第3款⁹对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。这是我国从立法层面

4 王利明：论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则，载《政治与法律》2019年第8期，第95页。

5 《电子商务法》第四十二条 知识产权权利人认为其知识产权受到侵害的，有权通知电子商务平台经营者采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据。电子商务平台经营者接到通知后，应当及时采取必要措施，并将该通知转送平台内经营者；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任。因通知错误造成平台内经营者损害的，依法承担民事责任。恶意发出错误通知，造成平台内经营者损失的，加倍承担赔偿责任。

6 《食品安全法》第一百四十八条 第二款

生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元的，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。

7 《消费者权益保护法》第五十五条 第二款

经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。

8 《反不正当竞争法》第十七条 第三款

因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。

9 《商标法》第六十三条第三款 权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿。



落实惩罚性赔偿的相关规定，但在知识产权侵权案件司法实践中因权利人实际损失、侵权人获得利益等难以确定，依法适用惩罚性赔偿的案件较少。

二、我国侵害知识产权惩罚性赔偿规则的适用要件

民法典中对于适用惩罚性赔偿的条款，设定了两个要件：一是故意，为主观方面的评价；二是情节严重，为客观方面的评价。《专利法修正案草案二次审议稿》和《著作权法修正案草案》增加的惩罚性赔偿条款，也将主观方面评价的要件设定为“故意”。但现行《商标法》第63条惩罚性赔偿条款中主观方面评价的要件设定为“恶意”。那“故意”与“恶意”要件表述上应该如何取舍？

1. “故意”应当作为惩罚性赔偿的要件取代“恶意”

恶意，不等同于民法上的过错（包括故意和过失），在民法典中“恶意”常表述为“恶意串通”“恶意……磋商”，这属于明知而为，应为直接故意。司法实践中，有法院认为，恶意就是明知即故意而为¹⁰。有法院认为，恶意不仅包括故意，还包括过失或者重大过失¹¹。所以，恶意作为非规范用语，在其内涵存在模糊性，又无特别明确其内涵规定的情况下，使用内涵界限明确的“故意”一词，利于消除不同理解适用下的空隙。同时，从统一知识产权领域主观要件内

涵角度出发，在商标法惩罚性赔偿规定适用时应以故意（准确为直接故意）取代恶意作为惩罚性赔偿的主观要件。

2. 情节严重

“情节严重”，是指侵害知识产权实施过程中因侵权行为性质恶劣，或者造成后果严重、影响范围广、危害大等存在的客观事实。

经检索，司法实践中对情节严重的认定（以适用《商标法》为例）典型表现在以下几个方面：（1）侵权人在明知权利人及其商标知名度的情况下，在长期经营过程中，两次被查处侵犯权利人享有的商标权，且被查处的侵权商品数量较大；¹²（2）涉案活动举办的城市多，且通过互联网在全国范围内进行了大量宣传，侵权行为影响大、范围广，情节严重；¹³（3）侵权人系权利人品牌授权商，知假售假行为的隐蔽性强，对于权利人品牌形象及商誉影响巨大，后果严重；¹⁴（4）被诉侵权产品数量较大，对涉案商标的影响巨大；¹⁵（5）侵权规模大，实施禁令后仍继续组织实施侵权行为，获利巨大；¹⁶（6）侵权标识与权利商标相同，且使用在相同商品上，同时，商标显著性强、知名度高；¹⁷等。

三、不应以法定赔偿额作为计算惩罚性赔偿的基数

民法典第1185条规定了侵害知识产权惩罚性赔偿的构成

10 参见 兰西佳联迪尔油脂化工有限公司、约翰迪尔（丹东）石油化工有限公司等与约翰迪尔（中国）投资有限公司、迪尔公司侵害商标权纠纷 北京市高级人民法院（2017）京民终413号民事判决书。

11 参见 北京北新钢联机电设备有限公司等与大连义锐进出口代理有限公司等侵害商标权纠纷 北京知识产权法院（2018）京73民终2132号民事判决书。

12 参见 新疆伊力特实业股份有限公司与鄯善县玉瑛商行侵害商标权纠纷 新疆维吾尔自治区高级人民法院（2020）新民终64号民事判决书。

13 参见 奇瑞汽车股份有限公司、安徽奇瑞汽车销售有限公司侵害商标权纠纷案 广东省高级人民法院（2017）粤民终2347号民事判决书。

14 参见 西门子（中国）有限公司与北京华业环球科技有限公司侵害商标权纠纷 北京市石景山区人民法院（2018）京0107民初14142号民事判决书、及中山奔腾电器有限公司、中山独领风骚生活电器有限公司等与小米科技有限责任公司、小米通讯技术有限公司等侵害商标权纠纷 江苏省高级人民法院（2019）苏民终1316号。

15 参见 北京北新钢联机电设备有限公司等与大连义锐进出口代理有限公司等侵害商标权纠纷 北京知识产权法院（2018）京73民终2132号民事判决书。

16 参见 广州市红日燃具有限公司诉被告广东睿尚电器股份有限公司（以下简称睿尚公司）、被告江西省红日家电有限公司一审民事判决书 广州知识产权法院（2017）粤73民初2239号民事判决书。

17 参见 北京一得阁墨业有限责任公司、梅州永丰文体用品经营部侵害商标权纠纷 广东省高级人民法院（2018）粤民终2043号民事判决书。

要件, 但该规定未涉及赔偿基数等方面的内容。民法典的实际指导意义在于: 现阶段对侵害专利、著作权等的纠纷, 因为没有可以直接适用的惩罚性赔偿规定, 在《专利法》和《著作权法》修改完成前, 可适用民法典的惩罚性赔偿规定, 并参照适用《商标法》关于惩罚性赔偿基数等内容的规定进行救济。那么, 惩罚性赔偿的赔偿基数应当如何计算? 有观点认为可以将法定赔偿额作为计算惩罚性赔偿的赔偿基数。笔者不予赞同, 理由有二: 首先, 根据《商标法》第63条第3款关于惩罚性赔偿基数的规定即涉及惩罚性赔偿的计算基数来源仅包括权利人的实际损失、侵权人的所获利益、商标许可费的合理倍数, 而《专利法修正案草案二次审议稿》和《著作权法修正案草案》增加的惩罚性赔偿的内容同样如此规

定，所以以法定赔偿数额作为赔偿基数计算惩罚性赔偿数额缺乏法律支撑。二是，确定惩罚性赔偿数额本身过程中就是在综合评价侵权人主观故意、侵权情节、侵权规模、侵权影响等因素，所以在确定惩罚性赔偿时再行将法定赔偿数额作为赔偿基数就是在进行重复评价，有失公平。在确定权利人实际损失、违法所得收益和相关权利许可费时探索好方法，分析个案因素更值得借鉴。比如在“广州市红日燃具有限公司与广东睿尚电器股份有限公司、江西省红日家电有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案”中采用参考广告费的损失计算实际损失的方法¹⁸，“巴洛克木业（中山）有限公司与福建世象家居有限公司等侵害商标权纠纷、不正当竞争纠纷案”中采用降价损失计算实际损失的方法。¹⁹



18 参见 广州知识产权法院（2017）粤73民初2239号民事判决书。

19 参见 江苏省高级人民法院 (2017) 苏民终1297号民事判决书。



从包头前检察官受贿、辞职法官行贿案谈行贿、受贿罪司法认定中的几个问题

■ 柳波 / 文

按语：包头王永明被控组织领导黑社会性质一案，辩护律师庭审中举报公诉人李书耀（下文称李某）涉嫌受贿，由此牵出李书耀受贿、辞职法官孙某行贿案。据诸多微信公众号披露：“2020年9月4日，包头市纪委监委公众号发布消息，前检察官李书耀被开除党籍、开除公职，涉嫌受贿犯罪问题被移送检察机关依法审查起诉。在通报中，提到了一位中间人北京某某（包头）律师事务所实习律师孙某，孙某所在律所受王永明家属委托代理了王永明的案子。这位实习律师孙某经中间人介绍，认识了案件承办检察官李书耀，多次向李书耀打听案件进展情况，李书耀对此违规向其透露案情。2020年3月，王永明的家属提出通过实习律师孙某给承办检察官李书耀送钱，孙某同意了。王永明的家属将准备好的30万元交给孙某。这位中间人孙某自己留下了10万元，将其余20万元转交给李书耀。2020年4月，检察院决定对王永明等人进行逮捕，李书耀于当日下午将20万退给中间人孙某。孙某收到钱后未告知王永明及其家属李书耀退钱之事，自行截留了该20万。”虽然该案因为诸多吸睛的案外因素而备受关注，但是笔者却被案情中的“截贿”、“骗贿”、“退贿”等情节所吸引，今借此案谈谈行贿受贿罪司法认定中的几个问题。

一、孙某是介绍贿赂还是行受贿的帮助犯

（一）介绍贿赂罪的成立要件

根据第三百九十二条，【介绍贿赂罪】是指向国家工作人员介绍贿赂，情节严重的行为。何谓介绍贿赂？1999年《人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》介绍贿赂是指在行贿人与受贿人之间沟通关系、撮合条件，使贿赂行为得以实现的行为。据此可知，介绍贿赂相

柳波律师简介

京都律师事务所高级合伙人。毕业于中国政法大学刑法学专业，获法学硕士学位；曾在法院工作多年；现兼任中国政法大学语言与证据研究中心研究员、中国政法大学刑事司法研究中心研究员、北京市律师协会刑事实务研究会副



主任。柳波律师专注于职务犯罪、经济犯罪、财产犯罪类刑事案件的辩护，办理了刑事案件数百起，其中不乏重大影响的重大的刑事案件。发表法学论文数十篇，著有《证据的脸谱》、《新刑事诉讼法实施中热点问题及辩护应对策略》等专业书籍多部。

当于“中间媒介通道”，介绍贿赂人相当于“中间人”，一手托两家，他在客观行为方面，既可以是受受贿人之托，向行贿人转达要求，也可以是受行贿人之托，引荐受贿人、转达行贿要求，打通行贿渠道。但无论是哪一种客观行为，介绍贿赂人主观上有介绍贿赂的故意，必须认识到自己是“中间人”的地位，而非仅仅帮助行贿或帮助受贿；客观上起到了沟通关系、撮合条件的“通道、媒介”作用，甚至“代收代付”“转交财物”也属于其“服务”范围。

（二）介绍贿赂与行受贿共犯（帮助犯）的区分

1、主观认识方面：行受贿帮助犯只认为自己是帮助行贿方或受贿方，仅有帮助行贿或受贿的想法和故意，没有做

“中间人”的意思。

2、客观行为方面：行受贿帮助犯只是帮助交易双方中的其中一方，策划、实施行贿或者受贿，为单方谋取利益。而介绍贿赂罪是为双方提供媒介、通道作用，一手托两家，参与实施、谋取“双边”利益。

（三）一个悖论：立法量刑上的不均衡

1、法定刑的比较：介绍贿赂罪为轻罪，行受贿罪是重罪
刑法第三百九十二条规定，【介绍贿赂罪】处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。最高刑期是三年有期徒刑。

刑法第三百九十条规定，对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

根据刑法第三百八十六条和第三百八十三条，根据情节轻重，分别有以下刑罚档次：1、三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。2、三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。3、处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

2、悖论

从前述（二）区分可以看出，介绍贿赂人在主观方面的恶意上、认识因素意志因素均大于行受贿的帮助犯，在客观行为的“服务范围”均大于行受贿的帮助犯。但是，介绍贿赂罪的刑罚反而轻。这就产生了一个悖论：轻行为重罚，重行为轻罚，立法在量刑上不均衡。因此，专家学者对介绍贿赂罪提出了废除、改造等不同观点。

（四）孙某是介绍贿赂还是行受贿的帮助犯

综合上述分析，以及被披露的案情，笔者认为孙某构成介绍贿赂罪，而非行贿或受贿罪。

二、李某“退贿”对定罪、量刑有无影响

根据案情介绍，“2020年3月，承办检察官李某收了20万

元，2020年4月，检察院决定对王永明等人进行逮捕，李某于当日下午将20万退给中间人孙某”，即李某具有“退贿”情节。它是否影响定罪、量刑。

（一）“退贿”可以出罪

2007年7月8日施行至今有效的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第九条“关于收受财物后退还或者上交问题”规定，“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿。国家工作人员受贿后，因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还或者上交的，不影响认定受贿罪。”虽然对“不是受贿”如何界定，存在“不构成受贿”和“退还前行为不排除构成受贿”的分歧，但“退贿”可以出罪，这是确定无疑的。

（二）出罪的关键是“及时”

根据该规定，出罪的关键是“及时”。何为“及时”，如何判断，司法实践中掌握的标准不一。有的参照挪用公款罪中的“三个月”作为标准，有的依据《中共中央办公厅国务院办公厅关于严禁党政机关及其工作人员在公务活动中接受和赠送礼金、有价证券的通知》等文件“必须在一个月之内交出”中的“一个月”作为标准。笔者以为，应不以“时长”论“及时”，而以“具体情况具体分析，综合判断”为原则。比如，有的人上午收了财物，但下午就已经知道事情办不成了，马上“退贿”，也不能认定“及时”。有的人收了款项以后，就出国几个月，回国后第一时间“退贿”，也可以认定为“及时”。因为判断“及时”与否，既包括对退贿人主观认识“受贿故意”的分析，也包括对“是否具备退还的客观条件”的判断。

（三）李某“退贿”对定罪、量刑有无影响

本案中，李某退贿大致在一个月之内，从时间上来说贿赂“滞留”手中的时间不长，但是，其是在2020年4月检察院决定对王永明等人进行逮捕的当日下午退还的，是知道“事不谐已”后的反应，是被“形势所逼”，不是“及时”，不影响对其认定构成“受贿罪”，但可以作为从轻的量刑情节。



三、“截贿”是否涉嫌犯罪

(一) 实质和类型

简而言之，截贿就是“截留贿赂款”，“中间人吃了差价”，根据吃差价的不同形态，又可分为“多要少给”、“多收少给”、“收而未给”等情形。“多要少给”型，即从行贿人处多收钱，少给受贿人，比如受贿人要求50万元，行为人为其加码要80万，但只给了受贿人50万。“多收少给”型，比如本案，孙某收了王家的30万，但只给了检察官李某20万，从中截留了10万。“收而未给”型即，收了行贿款，但一分也没有送给传说中的受贿人。

(二) 是否涉嫌犯罪

有人认为上述三种情形，都可能涉嫌诈骗罪、侵占罪。笔者以为，多要少给型、多收少给型均不涉嫌犯罪，因为从行贿人角度而言，他需要的是“把事情办成”，他对支付给截留人钱款的数额、目的上一清二楚，不存在“错误认识”。从截留者的角度而言，只要他去找受贿人了，去办这件事，就不存在对行贿人的“欺骗”，哪怕他全部截留了，也不是诈骗。至于侵占罪，因为是不法原因的给付，不属于保管物、遗忘物、埋藏物，不存在侵占罪的成立空间。但是对于“收而未给”型则需具体分析，只有在特殊情况下可能涉嫌犯罪。“收而未给”型如果细分，又可分为行受贿加上行为人三方协商的“收而未给”，即中间人一手托两家，钱款先保管在中间人处，如果事情办成，则中间人将钱款给予受贿人，如果办不成，中间人则将钱款行受贿人，即中间人肩负了“代收代付”职能。当然这种情形不是严格意义的“收而未给”。但是剧情继续发展，如果事情没有办成，中间人不履行承诺，却以“受贿人不同意退”为由截留款项，则属于“收而未给”了。但是，此种情形下，除非是受贿人索贿情形下，行贿人没有谋取到不正当利益，才具有取回“行贿款”的权利，中间人有返还的义务，如果拒不返还，则涉嫌侵占罪。仅有此种情形，涉嫌犯罪。

(三) 本案中，孙某从30万中截留10万，不涉嫌犯罪

但是，在检察官李某退回20万后，孙某未告知王家人，

而是全部截留，是否涉嫌犯罪，这涉及到是否是“骗贿”，下文继续分析。

四、“骗贿”是否涉嫌犯罪

(一) 常见的骗贿

最常见的骗贿是指，以帮助找人办事为由行骗取他人财物之实，“收钱不办事”。笔者认为应构成诈骗罪。司法实践中，还存在“搭便车”、“利用信息时间差”的情形，即实际上行为没有去请托，但是事情的处理结果是多种因素造成的，虽然行为人啥也没干，但达到了行贿人预期的效果；或者行为人只是利用自己的“信息优势”，随时掌控事情的进展，利用时间差提前向请托人“预告进展”，请托人对其非常满意，那行为人是否构成诈骗罪？笔者认为行为人依然构成诈骗罪，因为其在根本事项上“虚构了事实，隐瞒了真相”。

(二) 是否有“欺骗”，就是骗贿？如何区分“骗贿”和“截贿”

是否只要有“欺骗”，就是“骗贿”？比如本案在检察官李某退回20万后，孙某未告知王家人，而是全部截留，确实有欺骗，那是否是“骗贿”？区分“骗贿”和“截贿”应该坚持“诈骗罪”的本质特征，要从是“无中生有”还是“夸大其词”去判断，要看欺骗事项本身是“关键事实的欺骗”，还是“枝节的夸大”，即主要看“找人请托”这一关键节点上是否进行了欺骗，如根本未去办理则是“骗贿”，反之不是“骗贿”。

(三) 本案是“截贿”，不是“骗贿”

根据前(二)所述的标准，检察官李某退回20万后，孙某虽然骗了王家人，但不是对“根本事项”的欺骗，不是骗贿，实质是“收而未给”型截贿。又因为是“王永明的家属提出通过实习律师孙某给承办检察官李书耀送钱，孙某同意了”，不是索贿，属于不法原因的给付，应该没收，王家人没有收回的权利，孙某不构成侵占罪。

刑法学博大精深，笔者学疏才浅，又兼匆匆而就，错误难免，一孔之见，但愿能引起大家的思考，则已足以。

监察法与刑法衔接若干问题

■ 颜九红 / 文

颜九红律师简介

北京政法职业学院教授，法学博士，京都律师事务所兼职律师，中国民主促进会会员，北京市大兴区政协委员，中国人民大学“学术新星”，北京市高校教学名师。教学科研勤于耕耘，曾主持、参加国家级、省部级科研课题20余个，公开发表学术论文60余篇，出版专著2部、译著2部；在政协和党派工作中积极参政议政、建言献策；在社会服务中勇于奉献，曾受聘担任最高人民法院诉讼服务中心咨询监督员，以法学专家身份参与社会矛盾化解公益活动，为百姓提供无偿法律服务。



《中华人民共和国监察法》于2018年3月20日正式公布施行，通过纪法贯通、法法衔接形成反腐合力，满足全面从严治党向纵深发展的内在需要。¹《监察法》对所有行使公权力的公职人员进行监察²，对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查³，对涉嫌职务犯罪的，将调查结果移送人民检察院依法审查、提起公诉⁴，这意味着监察活动指向的职务犯罪调查，最终将移交司法机关，由检察机关审查起诉，由审判机关定罪量刑。

毫无疑问，定罪量刑，依据的实体法是《刑法》。然而，监察法与刑法的相关规定是否无缝衔接？相关问题，文献较罕⁵。监察法是否需要遵循刑法关于职务犯罪构成要件的规定？监察法的调查对象与刑法的职务犯罪主体是否存在差异？如果存在差异适用法律问题如何解决？监察法在职务犯罪调查中是否需要恪守保障公民自由的罪刑法定原则等刑事法治原则？对于监察对象，也要讲究刑法面前

1 梁知博：《职务犯罪主体视阈下“监察对象”界定的缺陷与完善——基于〈监察法〉与〈刑法〉衔接的视角》，《理论导刊》2019年第3期，第106页。

2 《中华人民共和国监察法》第3条：“各级监察委员会是行使国家监察职能的专责机关，依照本法对所有行使公权力的公职人员(以下称公职人员)进行监察，调查职务违法和职务犯罪，开展廉政建设和反腐败工作，维护宪法和法律的尊严。”

3 《中华人民共和国监察法》第11条第(二)项。

4 《中华人民共和国监察法》第11条第(三)项：“对违法的公职人员依法作出政务处分决定；对履行职责不力、失职失责的领导人员进行问责；对涉嫌职务犯罪的，将调查结果移送人民检察院依法审查、提起公诉；向监察对象所在单位提出监察建议”。

5 有关监察法与刑事诉讼法衔接问题的文献相对较多，但是有关监察法与刑法衔接问题的文献相对较少。以“监察法刑法”作篇名检索，得到文献三部，为：梁知博：《职务犯罪主体视阈下“监察对象”界定的缺陷与完善——基于〈监察法〉与〈刑法〉衔接的视角》，《理论导刊》2019年第3期；陈伟：《监察法与刑法的衔接协调与规范运行》，《中外法学》2019年第2期；张天虹、张帆：《〈监察法〉〈刑法〉衔接视域下监察对象的界定》，《中共山西省委党校学报》2019年第5期。其他相关文献有：常保国、刘思涵：《〈监察法〉中监察对象范围的认定标准》，《学术前沿》2019年第4期(上)；宗婷婷、王敬波：《国家监察对象的认定标准：核心要素、理论架构与适用场域》，《中共中央党校(国家行政学院)学报》2019年第4期；等等。



人人平等吗?问题蛮多。这些问题的探究,不仅事关监察“全覆盖”的合法性边界,而且事关刑事正义。

一、监察事项上的职务犯罪及其刑法上对应的罪名

1. 监察事项上的职务犯罪

《监察法》第11条规定,“监察委员会依照本法和有关法律履行监督、调查、处置职责,对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查;对涉嫌职务犯罪的,将调查结果移送人民检察院依法审查、提起公诉。”该条确立了监察机关职能管辖的案件范围。

那么,监察事项具体有哪些罪名,学术界曾有58个、71个罪名等不同主张。中央纪律检查委员会、国家监察委员会2018年4月17日印发《国家监察委员会管辖规定(试行)》后,明确规定监察机关管辖6类88个罪名,这些罪名分布在刑法分则第八章贪污贿赂罪(14个罪名)、第九章渎职罪(30个罪名)以及第二章危害公共安全罪(11个罪名),第三章破坏社会主义市场经济秩序罪(20个罪名),第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪(6个罪名),第五章侵犯财产罪(3个罪名),第六章妨害社会管理秩序罪(3个罪名)、第七章危害国防利益罪(1个罪名)。对此现似已没有争议,但问题并非如此简单。

2. 刑法上对应监察事项的罪名

在我国刑法分则规定的十章具体犯罪中,共有六章88个罪名归属监察机关管辖⁶,占刑法典全部469个罪名的五分之一强,分别是:

(1)贪污贿赂犯罪17个罪名,包括刑法分则第八章贪污贿赂罪14个罪名即贪污罪,挪用公款罪,受贿罪,单位受贿罪,利用影响力受贿罪,行贿罪,对有影响力的人行贿罪,对单位行贿罪,介绍贿赂罪,单位行贿罪,巨额财产来源不明罪,隐瞒境外存款罪,私分国有资产罪,私分罚没财物罪;还包括刑法第三章破坏社会主义市场经济秩序

罪规定的3个罪名即非国家工作人员受贿罪,对非国家工作人员行贿罪,对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪。

(2)滥用职权犯罪15个罪名,包括刑法分则第九章渎职罪规定的9个罪名即滥用职权罪,滥用管理公司、证券职权罪,食品监管渎职罪,故意泄露国家秘密罪,阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪,帮助犯罪分子逃避处罚罪,违法发放林木采伐许可证罪,办理偷越国(边)境人员出入境证件罪,放行偷越国(边)境人员罪;刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪规定的1个罪名即国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪;刑法分则第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪规定的4个罪名即非法剥夺公民宗教信仰自由罪,侵犯少数民族风俗习惯罪,打击报复会计、统计人员罪,报复陷害罪;刑法分则第五章侵犯财产罪规定的1个罪名即挪用特定款物罪。

(3)玩忽职守犯罪11个罪名,包括刑法分则第九章渎职罪规定的9个罪名即玩忽职守罪,环境监管失职罪,传染病防治失职罪,商检失职罪,动植物检疫失职罪,不解救被拐卖、绑架妇女儿童罪,失职造成珍贵文物损毁、流失罪,过失泄露国家秘密罪,国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪;以及刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪规定的2个罪名即国有公司、企业、事业单位人员失职罪,签订、履行合同失职被骗罪。

(4)徇私舞弊犯罪15个罪名,包括刑法分则第九章渎职罪规定的12个罪名即非法批准征收、征用、占用土地罪,非法低价出让国有土地使用权罪,枉法仲裁罪,徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪,商检徇私舞弊罪,动植物检疫徇私舞弊罪,放纵走私罪,放纵制售伪劣商品犯罪行为罪,招收公务员、学生徇私舞弊罪,徇私舞弊不移交刑事案件罪,违法提供出口退税凭证罪,徇私舞弊不征、少征税款罪;以及刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪规定的3个罪名即徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪,非法经营同类营业罪,为亲友非法牟利罪。

(5)公职人员在行使公权力过程中发生的重大责任事故犯罪共11个罪名即刑法分则第二章危害公共安全罪规定的重大责任事故罪,教育设施重大安全事故罪,消防责

6 中央纪律检查委员会、国家监察委员会2018年4月17日印发的《国家监察委员会管辖规定(试行)》。

任事故罪，重大劳动安全事故罪，强令违章冒险作业罪，不报、谎报安全事故罪，铁路运营安全事故罪，重大飞行事故罪，大型群众性活动重大安全事故罪，危险物品肇事罪，工程重大安全事故罪。

（6）公职人员在行使公权力过程发生的其他犯罪共19个罪名：包括刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪规定的11个罪名即背信损害上市公司利益罪，金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪，利用未公开信息交易罪，诈骗投资者买卖证券、期货合约罪，背信运用受托财产罪，违法运用资金罪，违法发放贷款罪，吸收客户资金不入账罪，违规出具金融票证罪，对违法票据承兑、付款、保证罪，非法转让、倒卖土地使用权罪；刑法分则第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪规定的2个罪名即破坏选举罪，私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪；刑法分则第五章侵犯财产罪规定的2个罪名即职务侵占罪，挪用资金罪；刑法分则第六章妨害社会管理秩序罪规定的3个罪名即故意延误投递邮件罪，泄露不应公开的案件信息罪，披露、报道不应公开的案件信息罪；以及刑法分则第七章危害国防利益罪规定的1个罪名即接送不合格兵员罪。

3.差异与问题

将以上属于监察事项的88个罪名与我国刑法的规定仔细比对，初步发现以下问题：

第一，这88个罪名并没有覆盖我国刑法第九章规定的渎职罪全部罪名

属于监察事项的88个罪名并没有覆盖我国刑法第九章规定的渎职罪全部37个罪名，而仅覆盖其中的30个罪名，没有覆盖的罪名有7个，即：（1）刑法第399条第1款规定的徇私枉法罪；（2）刑法第399条第2款规定的民事、行政枉法裁判罪；（3）刑法第399条第3款规定的执行判决、裁定失职罪；（4）刑法第399条第3款规定的执行判决、裁定滥用职权罪；（5）刑法第400条第1款规定的私放在押人员罪；（6）刑法第400条第2款规定的失职致使在押人员脱逃罪；（7）刑法第401条规定的徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪。

根据《监察法》第11条的规定，监察委员会对涉嫌

贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查，这意味着原由人民检察院刑事侦查权的职务犯罪全部转隶到监察委员会。相应地，人民检察院进行机构改革，也不再专设反渎职部门。上述七个罪名属于渎职罪，如果不纳入监察事项覆盖的罪名中，就会出现管辖的漏洞。当然，如果纳入，那么，监察事项覆盖的罪名将是95个。

第二，刑法规定的与监察事项对接的罪名之中，除了自然人犯罪以外，还有单位犯罪。监察委员会的管辖对象和监察范围是否还包括单位？

《监察法》第3条规定，各级监察委员会是行使国家监察职能的专责机关，依照本法对所有行使公权力的公职人员（以下称公职人员）进行监察，调查职务违法和职务犯罪；《监察法》第15条规定，监察机关的监察范围为“公职人员和有关人员”，这些规定以行使公权力的自然人为规制范畴，没有涉及“公职单位”。

而刑法分则第八章贪污贿赂罪中，刑法第387条规定的单位受贿罪和刑法第396条规定的私分国有资产罪，其犯罪主体均为“国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体”；刑法第393条规定的单位行贿罪的犯罪主体是单位；刑法第396条规定的私分罚没款物罪的犯罪主体是司法机关、行政执法机关。这四个罪名均为单位犯罪，犯罪主体只能是单位，不是自然人。那么，由此带来的问题是，监察法的这一规定，与我国刑法明确规定的自然人和单位二元犯罪主体产生了罅隙。这四个罪名是否应当归属监察委员会的监察范围？在这一问题上监察法与刑法如何进行衔接适用？

对此，学者提出不同的主张。马怀德教授认为：监察法“虽然不提对公权力组织的监督，但实际上通过对公职人员的监督，也达到了对公权力组织监督的效果。”⁷陈伟教授持相反意见：以监察法的现有规定来看，监察对象限于职务违法与职务犯罪的公职人员，其监察范畴中并不包含单位主体，如果以此为限，则在适用监察法时就不能对相关单位进行立案与调查。但是如果若单位被排除在监察法调整范围之外，则这又与颁布监察法及设立监察委员会“反腐败全覆盖”的初衷无法完全协调，没有把所有职务

7 马怀德：《国家监察体制改革的重要意义和主要任务》，《国家行政学院学报》2016年第6期，第19页。



犯罪主体都囊括进监察机关的监察之中，在“集中高效反腐”的理念之下存在明显缺漏。而这一缺失本身不是监察法与相关解释所能解决的问题，它属于立法层面的问题，有待进一步的立法予以解决。⁸

各级监察委员会行使对所有行使公权力的公职人员职务违法和职务犯罪的监察权以后，人民检察院不再设立职务犯罪侦查部门，从这一角度来看，即使有单位涉嫌单位受贿罪、私分国有资产罪、单位行贿罪以及私分罚没款物罪，人民检察院也没有刑事侦查管辖权了。设若监察委员会发现某些单位涉嫌单位受贿罪、私分国有资产罪、单位行贿罪或者私分罚没款物罪，但是监察委员会又遇到行使相应调查权的法律规定阙如的屏障。

绕过这个屏障的办法，第一个是认为任何单位犯罪的实施者必然是自然人，那就查处单位主管的责任人员和直接责任人员，这正好符合监察法的规定。然而，这种绕障办法却恰恰混淆了自然人主体与单位犯罪的刑法学规范界限。根据刑法上的单位犯罪理论，单位犯罪是由单位的决策机构按照单位的决策程序决定而由直接责任人员实施的行为，是在单位整体意志支配下实施的，单位整体意志不是单位内部某个成员的意志，也不是各个成员意志的简单相加，而是单位内部成员在相互联系、相互作用、协调一致之下形成的整体意志。⁹单位犯罪的法律后果具有特殊性，单位犯罪在刑法总则和刑法分则的规定上也有特殊性，在很多方面不同于自然人犯罪。因此，将自然人犯罪与单位犯罪相混淆，在单位犯罪的情况下，却适用自然人犯罪的相应规定，不够妥当。

另一个可能的绕障办法是，根据刑法的规定直接调查单位犯罪，这一办法遵循了刑法规定，但是带来的问题是，监察法也规定了职务犯罪问题，它具有刑事法律的某些特征，那么，在监察法根本没有查处单位犯罪的法律规定的情况下监察机关行使监察管辖权，是否有违刑法所规定的罪刑法定原则？

二、监察法是否应当恪守刑事法治原则？

根据《监察法》第11条的规定，监察委员会对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查。《监察法》的监察对象包括涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊等犯罪的人，究竟涉案人员是否涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊犯罪，必须适用刑法对相关具体犯罪规定的构成要件来进行判断，这说明《监察法》与《刑法》具有高度的关联性，《监察法》适用刑法在所难免。

《监察法》第22条规定，被调查人涉嫌贪污贿赂、失职渎职等严重职务违法或者职务犯罪，监察机关已经掌握其部分违法犯罪事实及证据，仍有重要问题需要进一步调查，并有《监察法》规定情形之一的，经监察机关依法审批，可以将其留置在特定场所；《监察法》第23条规定，监察机关调查涉嫌贪污贿赂、失职渎职等严重职务违法或者职务犯罪，根据工作需要，可以依照规定查询、冻结涉案单位和个人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产。有关单位和个人应当配合。《监察法》还有对被调查人以及可能隐藏被调查人或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关地方进行搜查规定（《监察法》第24条）；《监察法》有关于在调查过程中可以调取、查封、扣押用以证明被调查人涉嫌违法犯罪的财物、文件和电子数据等信息的规定（《监察法》第25条）；另外，《监察法》更有关于监察机关调查涉嫌重大贪污贿赂等职务犯罪，根据需要，经过严格的批准手续可以采取技术调查措施的规定（《监察法》第28条）。

所有这些规定，要么事关被调查人的人身自由，要么事关被调查人的财产权益，还可能事关被调查人的个人隐私等等。公民的自由、尊严、财产等基本权利，《监察法》在在涉及。从这个意义上讲，《监察法》带有司法的性质。

司法是人权保障的重要防线。《监察法》颁布以前，

8 陈伟：《监察法与刑法的衔接协调与规范运行》，《中外法学》2019年第2期，第341页，第342页。

9 张明楷：《刑法学（上）》，第五版，法制出版社2016年7月版，第137页。

公安机关等侦查机关、人民检察院、人民法院等司法机关在刑事法治中站在人权保障的最显著位置，刑事法治的每一次进步，都是人权保障不断被强调和不断被强化。例如，自2007年开始死刑核准权重新收归最高人民法院行使，2011年以来废除22个罪名的死刑，都彰显不断尊重公民个体生命价值的立法进步。党的十八大以来，全面推进依法治国，敢对沉痾顽疾下猛药，废止劳动教养制度，依法纠正呼格吉勒图、聂树斌等重大错案，制定一系列防止冤假错案的规范性文件，人权保障取得重大进步。2015年对参加过中国人民抗日战争等4类符合条件的服刑罪犯3万余人实行特赦，2019年6月29日再次发布特赦令，对参加过中国人民抗日战争、中国人民解放战争、中华人民共和国成立以后参加过保卫国家主权、安全和领土完整对外作战以及因防卫过当或者避险过当被判处三年以下有期徒刑或者剩余刑期在一年以下等九种类型正在服刑的罪犯实行特赦，共裁定特赦服刑罪犯23593人。可以看出，刑事司法领域对自由、平等、公正、法治之核心价值的认同，已成共识，具有社会整体性认同感，保障公民自由和基本权利，已经成为刑事法治的强音。¹⁰

《监察法》颁布以后，监察委员会成为行使国家监察职能的专责机关，对所有行使公权力的公职人员进行监察，监察委员会调查的职务犯罪罪名至少有88个¹¹，而所有这些罪名全部由原来归属公安机关管辖或者检察机关管辖转隶而来。即便有学者主张“国家监察法是国家监督领域的基本法，属于宪法性法律”，¹²诚然可以说监察法是反腐败基本法，对国家监察工作起统领性和基础性作用，但监察法在具体实施中可能冲击、侵害被调查人的人身自由、财产权益、个人隐私和尊严等，都说明监察法深具刑事司法特质，而且极易逾越雷池而成为人权保障重灾区。习近

平总书记指出：“司法是维护社会公平正义的最后一道防线。如果司法这道防线缺乏公信力，社会公正就会受到普遍质疑，社会和谐稳定就难以保障。”职是之故，即使监察机关属于具有“优势地位”¹³的政治机关，也不能否定监察工作的司法性质，因而也需要根据并遵守宪法。我国宪法明确规定：“国家尊重和保障人权”，而监察法第五条也规定，国家监察工作严格遵照宪法和法律，由此看来，监察工作应当严格尊重和保障人权。

强调监察法应重视人权保障机能，通过不断确认监察程序正义观念，构建监察程序正义的实现机制，在监察工作中最大限度地为实现人权保障提供制度保障。唯有如此，才能保证监察法实施的合法性，才能树立公众对整体法治的信心和信仰，才能有望实现“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”这一根本目标。

只要谈到强调保障公民人权，就必须重视并充分发挥辩护律师的制度性人权保障作用。完善的辩护律师制度在确保实现刑事法治方面，具有不可替代重要的作用。近一段时期以来颁布了《关于进一步做好保障律师执业权利相关工作的通知》《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》等多个有关辩护律师的文件，意味着国家更加充分保护被告人依法享有的辩护权的价值取向。

2017年4月中央全面深化改革领导小组颁布的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》等文件，以及刑事诉讼法规定的犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起可以聘请律师的规定，都意味着在国家层面开始摒弃“重打击、轻保护”“重实体、轻程序”“重口供、轻证据”等传统做法，建立健全事实认定符合客观真相、办案结果符合实体公正、办案过程符合程序公正的法律制度。

10 颜九红：《改革开放四十年：刑事政策的里程碑》，《北京政法职业学院学报》2019年第1期，第7页。

11 《国家监察委员会管辖规定（试行）》规定监察机关管辖88个罪名。这些罪名中有些归属监察机关专属管辖，如刑法第八章贪污贿赂罪、第九章渎职罪规定的罪名以及其他章节规定仅由国家（机关）工作人员构成的犯罪。有些罪名归属监察机关与公安机关共同管辖。按照“人+事”的标准，属于公职人员在行使公权力过程中实施的犯罪，则由监察机关进行管辖，其他由公安机关管辖。这88个罪名不包括本文提出的第九章渎职罪规定的另外7个罪名，也不包括具有公职人员身份的司法工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、非法搜查等侵犯公民权利、损害司法公正的犯罪，这涉及刑讯逼供罪等10多个罪名，都未包含在88个罪名里。

12 姜明安：《国家监察法立法的若干问题探讨》，《法学杂志》2017年第3期，第1页。

13 莫皓：《关于新〈刑事诉讼法〉与〈监察法〉两法衔接的若干反思》，《湖北警官学院学报》2019年第4期，第28页。

14 李翔：《论〈监察法〉实施对刑事实体法的影响及完善》，《东南大学学报（哲学社会科学版）》2019年第1期，第101页。



但是《监察法》中对被调查人采取强制措施之后诸如留置期间,却无法会见律师,无权获得律师法律帮助。¹⁴留置措施与刑事诉讼法规定的强制措施一样可能剥夺人身自由长达数月,而且留置措施完全由监察机关自行决定、自行审批、自行执行,且留置的场所设置在极为随意,属于监察人员直接控制被调查人的状态,羁押过程不存在有效的“第三方监控机制”。再加上在留置的审查批准中以及留置的延长过程中都没有律师参与的制度设计,没有获得有效辩护的被调查人的自由和人权极易受到侵犯¹⁵,由是之故,留置程序很容易被滥用而成为刑事法治失落的堡垒。

人权原则是刑事法治原则之中最重要的一个原则。保障人权原则的最重要的体现在于受到国家追诉的时候应当得到律师的法律帮助。经过多年“为权利而斗争”,2012年《刑事诉讼法》才规定“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,有权委托辩护人”,这是刑事法治的一次重大进步。《监察法》在确立监察权力以及设定调查机制、搜查措施、技术侦查措施的同时,尤其是监察机关具有职务犯罪侦查权,却未将原属检察机关侦查阶段犯罪嫌疑人的一系列权利和法律地位配套规定,犯罪嫌疑人在接受调查过程中孤立无援如石覆卵,这不仅使公权力与公民权利严重失衡,¹⁶而且很可能会使刑事实体法律的罪刑法定原则,都可能在疲惫、痛苦、威吓甚至株连之下归于虚无。例如,吴毅、朱蓓娅贪污案透露出侦查机关通过令被告人吴毅连续30小时连续讯问不得休息的疲劳审讯获得被告人有罪供述¹⁷;郑祖文贪污、受贿、滥用职权案透露出侦查机关以抓捕其子女对被告人郑祖文相威胁获取其有罪供述¹⁸等等情况。在刑事办案过程之中明文规定必须遵循刑法和刑事诉讼法的检察机关尚且如此,拥有对所有公职人员全覆盖的无所不在的监察权力的监察机关,不是更需

要严格遵循刑事法治原则而控制公权力保障公民权吗?

三、余论

重大国家权力的配置,需要考量的因素很多,张建伟教授提出三因素:第一是权力功能考量,即需要考量新增设国家权力究竟要发挥何等功能;第二是权力格局考量,即需要考量新增设国家权力是扩张还是限缩了既有的国家权力,而这种改变确有必要吗?第三是自由权利考量,即需要考量新增设国家权力对于个人自由权利造成什么影响。¹⁹

刑事实体法和刑事诉讼法为了在惩罚犯罪和保护人民的同时保障人权,在长期的变革发展过程之中,因应我国经济社会飞速发展带来追求自由保障人权的现实需要,在惩罚犯罪保护人民同时保障人权方面,取得了一系列成果,确立了诸多刑事法治原则。改革开放40年,我国取得的最大成就是凸显人的地位,回归人性的尊严,培育人权文化,尊重与保障人权成为国家价值观。²⁰

我国反腐败制度建构和权力运作也需要法治化,需要遵循现代法治原则,体现我国刑事法治领域取得的各项进步,为提升反腐工作的社会支持和国际认同创造条件。与刑法一样,监察法存在的正当性在于尊重人的主体性。任何时候,任何情况下都不得把人当作工具,监察虽肩负反腐重任但也不得损害宪法保障的基本人权与人的尊严。故此,监察法律制度还必须考量从重视国家权力布局到重视公民权利保障、从扩权到控权、从政治到法治的嬗变。在全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家的大背景下,刑事法治和人权保障的新时代已经到来,²¹期待包括监察法在内的中国法律的人权保障水平得到更大提升。为了这个目的,监察法与刑法的衔接还有很多层面值得深入探讨。

15 陈瑞华:《论监察委员会的调查权》,《中国人民大学学报》2018年第4期,第16页。

16 刘艳红:《职务犯罪案件非法证据的审查与排除——以〈监察法〉与〈刑事诉讼法〉之衔接为背景》,《法学评论》2019年第1期,第182页。

17 郑祖文贪污、受贿、滥用职权案,指导案例第1140号,《刑事审判参考》总第109集,法律出版社2017年12月版,第37页。

18 吴毅、朱蓓娅贪污案,指导案例第1141号,《刑事审判参考》总第109集,法律出版社2017年12月版,第27页。

19 张建伟:《监察至上还是三察鼎立——新监察权在国家权力体系中的配置分析》,《中国政法大学学报》2018年第1期,第170页,第180页。

20 韩大元:《维护人的尊严是文明社会的基本共识》,《探索与争鸣》2018年第12期,第4页。

21 林维:《刑事法治是人权保障的测震仪》,《人权》2018年第1期,第9页。

劳务外包用工模式运用在居家、社区养老服务中的风险与思考

■ 许可 / 文

根据《“十三五”健康老龄化规划》统计数据，截至2015年，中国60岁及以上人口已达2.22亿，占总人口的16.1%，65岁及以上人口达1.44亿，占总人口的10.5%。

“十三五”期间，我国60岁及以上老年人口平均每年约增加640万，到2020年将达到2.55亿左右，占总人口的17.8%左右。

虽然老龄人口越来越多，但一方面基于养老产业链不够完善，另一方面也是更重要的原因，即受到国人的传统观念影响，绝大多数老年人更愿意选择居家养老。基于此现状，近年来从出台政策鼓励到落地实施支持，我国从中央到多地政府均大力推动居家、社区养老相关服务的发展和探索，通过各种方式支持各类市场主体参与到其中。

而近年来随着劳务外包服务的兴起与不断发展，其对于居家、社区养老更好的落地实施无疑能够发挥巨大的作用。但与此同时，因劳务外包模式自身的不足以及居家、社区养老目前发展的一些不完善之处，使得这二者在“碰撞”之后免不了要产生一些风险。面对这一情况，如何化解风险、解决问题，更好的发挥劳务外包模式在居家、社区养老服务中的积极作用，具有极大的社会价值和意义。

一、劳务外包用工模式运用在居家、社区养老服务中的优势

“中国有9亿多劳动力，没有就业，那就是9亿张吃饭的口，有了就业，就是9亿双可以创造巨大财富的手。”李克强总理在十三届全国人大三次会议闭幕后，回答中外记者提问中讲到。“现在，新业态蓬勃发展，大概有1亿人容纳就业，我们的零工经济大概能容纳2亿人的就业，这就需要采取更多的，不仅是扶持的，而且是打破那些不合理的条条框框的政策，让更多的就业岗位成长起来。”

劳务外包作为灵活用工的重要类型之一，具有无门槛、

成本低、易操作的特点。基于此，劳务外包被诸多企业所青睐，常见的如从事交通运输业务、送餐业务、保洁业务的企业多采用此种用工模式对公司业务进行外包。也正是这类新业态的发展，促进了大量的劳动力就业。

在庞大的服务市场需求及政府的鼓励支持下，提供劳务外包服务的企业进军居家、社区养老服务产业，为老龄人口在助医、助浴、保洁服务等领域提供外包服务。这既解决了老龄人口照护人员不足、居家、社区养老政策落地实施的难题，也解决了“零工经济”下灵活就业人员的就业问题。

二、劳务外包用工模式运用在居家、社区养老服务中所面临的风险

（一）因劳务外包业务模式自身的不足所带来的风险

首先，劳务外包并非一个严格的法律概念，通常来讲就是指“把人事管理的部分或全部工作外包给一个服务机构来完成”，对于劳务外包也并没有明确一部法律法规对其予以规制。由此导致的直接后果就是提供劳务外包服务的市场主体鱼龙混杂，只要某个人或某个企业有足够多的人力资源，便可以从事劳务外包，承接外包服务工作。基于这样的市场环境，一些实力较弱的劳务外包企业，在面对海量的外包服务工作时，就常常会选择通过再转包给其他劳务外包企业的方式去完成。在这样层层转包的背景下，抛开服务工作很难保证高质量完成不说，如有外包服务人员发生意外伤害或在提供服务过程中致他人伤亡的，多个主体之间便开始上演“甩锅大战”。在居家、社区养老服务过程中，服务对象中存在大量的失能老人，由这类非专业的劳务外包企业组织人员提供外包服务，相当于在“刀刃上行走”，其高风险可想而知。

其次，常见的劳务外包企业更多的是承接上文提到的



提供送餐服务、交通运输服务、保洁服务等类型的业务，此类业务从整体而言对外包服务人员的从业资格或能力并不十分严苛，只要掌握基础的服务技能，再经过简单的培训，即可在短时间内上岗开始工作。而居家、社区养老中的多数服务工作较为专业复杂，往往要求从业人员掌握一定的医学知识甚至心理学知识，从而能够更好的为老年人提供优质服务。让并不掌握专业知识和技能的对外服务人员为大量的失能老人提供这类服务，更是加大了其高风险性。

最后，也是最重要的是，我国对于灵活用工模式的立法和认识不足，导致司法实践未对因劳务外包业务而产生的相关法律纠纷形成统一的裁判思路。

根据原劳动和社会保障部于2005年5月25日出台生效的《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条：用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。根据人力资源和社会保障部于2014年3月1日出台生效的《劳务派遣暂行规定》第二十七条：用人单位以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照本规定处理。

从以上规定我们可以看出，在认定劳动者与某一企业是否存在劳动关系时，我国采纳了大陆法系国家通常采用的从属性理论，简单而言即指劳动者与企业形成的指挥服从关系，“用工”被视为认定劳动者与企业之间确立劳动关系的重要指标。在居家、社区养老这种专业性较强的服务工作中，针对劳务外包企业的种种先天不足，发包方出于保证外包服务工作高质量、高效率完成的考虑，必然会对提供外包服务的人员进行业务指导和监督，而正在这样的情况下，发包方与劳务外包企业的这种合作模式有被司法机关认定为假外包、真派遣的可能性，从而大大增加了此种用工模式下的用工风险和成本。

（二）居家、社区养老服务模式本身的不完善之处对劳务外包模式运用产生的风险

1、对老年人能力评估不足的风险

老年人能力综合评估在居家、社区养老服务中有着基础

许可律师简介

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



性作用。通过专业评估机构对老年人进行的能力综合评估和照护需求评估，能够清晰的让外包服务人员在提供外包服务之前了解服务对象的身体状况，从而能够整体评估服务对象是否适宜接受某项服务以及在提供服务过程中对需要注意的事项提高警惕。但对于老年人能力的综合评估往往并非强制性要求，导致在开展服务过程中，外包服务人员可能在上门服务的那一刻才知晓服务对象的一些具体情况，这种评估不足的情况为劳务外包用工模式的运用埋下了隐患。

2、资金支持不足风险

作为市场经济主体，营利是劳务外包企业开展外包服务业务的首要目标。资金的多少直接影响着劳务外包企业在居家、社区养老服务中的服务质量。虽然国家对居家、社区养老服务有拨款和补贴，但整体而言，劳务外包企业获利还是较低。

当然除上述两点之外，还存在社会整体对居家、社区养老服务认识不到位、专业培训较少、基础设施不齐全等不足，但由于此类风险对于劳务外包用工模式的成功运用影响较小，故不在此文过多阐述。

三、居家、社区养老服务未来发展的思考

（一）对于劳务外包企业

打铁还需自身硬，只有真正的劳务外包企业才有出路。劳务外包企业需要认真研究本单位的业务类型、把控外包服务质量，为进一步降低风险应为具体提供外包服务的服务人员购买商业险。与此同时，致力于从事居家、社区养老服务的劳务外包企业应更加注重医学、心理学等领域的人才培养，为企业的更好更快、专业化发展打造坚实的基础。

（二）对于劳务发包方

术业有专攻，让专业的人做专业的事。在对居家、社区

养老相关服务进行外包时，区分不同的服务类型而选择专业的劳务外包企业。除此之外，为清晰的了解社区内老人的身体状况，严格落实老年人能力综合评估的相关政策规定并充分利用现代科学技术建立数据库，为劳务外包企业的工作顺利开展提供数据支持。

完善劳务外包用工模式在居家、社区养老服务中的运用是一项大工程，除上述两个最主要、最直接的参与主体之外，也需要政府、司法机关作出努力。对于政府而言，适时降低对居家、社区养老服务的主导作用、引入竞争机制、拓宽资金来源渠道，激发劳务外包企业在此类业务中的积极性；对于司法机关而言，通过司法实践对此类案件进行正确引导，在深入了解业务模式及灵活用工的前提下，正确处理此类业务引发的各类纠纷。





新规体系下非金融企业债务融资工具注册案例评析

刘敬霞 齐超 / 文

为深入贯彻落实党中央、国务院关于加快发展债券市场的政策精神，进一步提升债务融资工具市场服务实体经济的能力和水平，2019年12月以来，交易商协会出台了关于债务融资工具注册、发行的系列文件（以下简称“新规体系”），特别是2020年7月1日起，《非金融企业债务融资工具定向发行注册文件表格体系（2020版）》、《非金融企业债务融资工具公开发行注册文件表格体系（2020版）》正式施行，意味着非金融企业将严格按照新版表格体系注册、发行各类债务融资工具产品，并按新规履行信息披露义务。

新规体系发布之际，适逢本所客户大唐国际发电股份有限公司注册的DFI有效期即将届满，需要按照新规体系继续注册DFI资质，我们紧跟业务前沿，自2020年5月起组织律师团队积极准备，及时更新新规体系下的业务工作机制，做好老规则与新规体系的无缝衔接安排，既为大唐发电在过渡期先后发行30亿元超短期融资券、35亿元中期票据提供了法律保障，又与大唐发电、主承销商协同在2020年6月按照新规体系完成了大唐发电2020-2022年度DFI注册工作，取得了《接受注册通知书》，并助力大唐发电于2020年7月20日发行了25亿元超短期融资券，有效保障了客户的债务融资需求。

本文拟结合案例实践对DFI新规体系下

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。她以法律一业为主，同时具有丰富的多元化专业知识，除1992年考取律师资格外，刘敬霞律师还拥有证券律师资格、国有企业二级法律顾问资格、上市公司独立董事资格、招标师资格、基金从业资格、FIDIC证书等专业资质，有理论有实践，对社会与经济的理解全面且深刻，能够切实为客户解决问题，为人谦和，深得客户尊重。

我国非金融企业债务融资工具注册发行情况进行概括介绍，以供相关企业参考。

一、我国非金融企业债务融资工具概述

（一）债务融资工具基本概念

债务融资工具（Debt Financing Instruments，简称

齐超律师简介

京都律师事务所律师，中国社会科学院研究生院法律硕士，具有法律、数学、金融多领域学历背景，为多家企业提供过投融资咨询服务，主要从事企业投融资、基金、证券、PPP项目咨询等业务。



DFI），在我国规范性文件中特指银行间债券市场非金融企业债务融资工具。

根据《银行间债券市场非金融企业债务融资工具管理办法》（中国人民银行令〔2008〕第1号）规定，非金融企业债务融资工具（以下简称“债务融资工具”），是指具有法人资格的非金融企业（以下简称“企业”）在银行间债券市场发行的，约定在一定期限内还本付息的有价证券。

由此可见，我国债务融资工具的发行主体限于具有法人资格的非金融企业；债务融资工具在银行间债券市场发行，意味着其投资人为银行间市场的合格机构投资者，主要包括商业银行、信托公司、证券公司、保险公司、基金公司、期货公司等；债务融资工具有面值、利率、期限等债券要素，发行人需要按照发行条款还本付息。

（二）债务融资工具注册发行方式

根据《非金融企业债务融资工具注册发行规则》规定，企业发行债务融资工具应在中国银行间市场交易商协会（简称“交易商协会”）注册，既可以在银行间债券市场公开发行，也可以定向发行。债务融资工具公开发行注册实行注册会议制度，由注册会议决定是否接受债务融资工具发行注册，注册会议评议结论为接受注册的，交易商协会向企业出具《接受注册通知书》，注册有效期为2年。企业也可以在银行间债券市场向债务融资工具专项机

构投资人或特定机构投资者发行定向工具，企业定向发行注册文件形式完备的，交易商协会接受注册，并向企业出具《接受注册通知书》，注册有效期为2年。

企业在注册有效期内，可以采取簿记建档方式、招标方式一次发行或分期发行债务融资工具。

交易商协会对企业注册发行债务融资工具实行分层分类管理，根据企业市场认可度、信息披露成熟度等将发行人分为成熟层企业和基础层企业。成熟层企业可统一注册多种债务融资工具，也可按产品分别进行注册；统一注册模式下，企业在注册阶段可不设置注册额度，发行阶段再确定每期发行产品、发行规模、发行期限等要素，可在该注册项下公开或定向发行相关产品；在注册有效期内如果持续符合成熟层企业条件的，可在注册有效期到期前3个月内再次报送统一注册文件。但基础层企业公开发行各品种债务融资工具需按产品分别进行注册。

（三）债务融资工具的优势

与股权融资、银行贷款等传统融资方式相比，DFI具有以下优势：

1、融资效率高

银行间债券市场是我国最早采用注册制发行债券的市场，经过多次优化制度设计，债务融资工具的注册发行渠道愈加畅通，债务融资工具产品、注册发行程序、信息披露及自律管理方式等均高度标准化，规则透明、程序便捷，使符合条件的企业可以高效完成融资。

2、融资方式灵活

债务融资工具注册通过后，可一次或分期发行债务融资工具，特别是对于成熟层企业而言，可统一注册超短期融资券、



短期融资券、中期票据、永续票据、资产支持票据、绿色债务融资工具等多种产品，并可在发行时自主选择产品种类、发行规模、发行期限等要素，具有很高的灵活性，能够更好地契合企业资金需求。

3、综合融资成本低

债务融资工具采用市场化方式发行，债券风险由银行间市场的合格机构投资者自行做出专业判断，市场透明、高度标准化，债务融资工具依赖企业信用水平，一般不需要提供抵押、质押等担保，发行利率和相关成本较传统的银行贷款更低。

4、募集资金用途限制较少

发行债务融资工具募集的资金用途限制较少，除超短期融资券不得用于长期投资、绿色债务融资工具募集的资金须用于绿色项目外，在符合法律法规、产业政策的情况下，大多数产品均较少设置对于募集资金用途的限制，企业可在做好信息披露的前提下，自行安排运用募集资金。

（四）我国债务融资工具的主要类型

我国债务融资工具主要包括短期融资券、超短期融资券、中期票据、定向工具、资产支持票据、绿色债务融资工具等，具体如下表所示：

产品名称	短期融资券	超短期融资券	中期票据	定向工具	资产支持票据	绿色债务融资工具
英文名称	Commercial Paper	Super & Short-term Commercial Paper	Medium term Note	Private Placement Note	Asset-Backed Note	Green Note
英文简称	CP	SCP	MTN	PPN	ABN	GN
发行期限	1年内	270天以内	无明确期限要求	无明确期限要求	存续期限应与基础资产的存续期限相匹配，但采用循环购买结构的情形除外	无明确期限要求
募集资金用途	符合国家相关企业生产经营活动	符合国家法律法规及政策要求的流动资金需要，不得用于长期投资	符合国家法律法规及政策要求的企业生产经营活动	符合法律法规和国家政策要求	无明确资金用途要求	专项用于节能环保、污染防治、资源节约与循环利用等绿色项目
信用评级	主体信用评级和债项评级	主体信用评级	主体信用评级和债项评级	由发行人与定向投资人协商确定	信用评级报告（不需要双评级）	无明确要求
其他特点	—	—	—	不向社会公众发行	可采用分层结构发行	注册评议绿色通道，募集资金用途严格监管

除上述债务融资工具产品外，非金融企业还可在银行间债券市场注册发行中小企业集合票据、项目收益票据、扶贫票据、并购票据、双创专项债务融资工具等产品。

除上表列示的特点外，相关债务融

资工具还包括以下典型特征：

1、中期票据在期限设置上高度灵活，除设置固定到期期限的中期票据外，企业还可通过设置相关条款，发行无固定到期期限的永续票据。

2、资产支持票据主要依靠基础资产价值而非发行人主体信用，可通过结构化设计和内外部增信实现较高

的信用评级，可通过分级安排满足不同投资主体对于风险、收益的差异化需求。

3、绿色债务融资工具是交易商协会针对绿色项目推出的特殊债务融资工具，并专门开辟了绿色通道，其发行方式、期限较为灵活，但对于资金用途要求较为严格，募集资金应通过监管账户进行使用，确保全部用于绿色项目。同时，发行绿色债务融资工具的企业，除履行常规的

信息披露义务外，还应按照相关规则指引按时披露半年度、年度募集资金使用情况和绿色项目进展情况。

二、DFI注册发行新规
体系构成

本次新规体系主要包括：

类别	发布时间	文件名称
注册工作规程 (2020版)	2020年6月30日	非金融企业债务融资工具定向发行注册工作规程(2020版)
	2020年4月16日	非金融企业债务融资工具公开发行注册工作规程(2020版)
表格体系 (2020版)	2020年4月16日	非金融企业债务融资工具公开发行注册文件表格体系(2020版)
	2020年4月16日	非金融企业债务融资工具定向发行注册文件表格体系(2020版)
业务指引	2020年6月12日	超短期融资券业务指引(2020版)
	2020年6月12日	短期融资券业务指引(2020版)
	2020年6月12日	中期票据业务指引(2020版)
其他配套 规则	2020年4月16日	非金融企业债务融资工具定向发行协议(2020版)
	2020年6月12日	非金融企业债务融资工具发行规范指引
	2020年6月12日	非金融企业债务融资工具簿记建档发行工作规程
	2020年6月12日	银行间债券市场非金融企业债务融资工具中介服务规则(2020版)
	2019年12月31日	银行间债券市场非金融企业债务融资工具自律处分措施操作规程
	2019年12月27日	银行间债券市场非金融企业债务融资工具违约及风险处置指南
	2019年12月27日	银行间债券市场非金融企业债务融资工具受托管理人业务指引(试行)
	2019年12月27日	银行间债券市场非金融企业债务融资工具持有人会议规程(修订稿)

三、新规体系下债务融资工具注册
发行流程

(一) 核实企业注册发行资格

首先应按照注册发行规则判断企业是否符合发行债务融资工具的下列条件：

- 1、具有法人资格；
- 2、属于非金融企业；

- 3、属于交易商协会会员；
- 4、历史沿革合法合规；
- 5、合法有效存续；
- 6、具有健全的法人治理结构；
- 7、生产经营符合国家宏观调控政策、产业政策、环保政策及相关法律法规；
- 8、近三年未发生重大违法违规事件以及未受国家行政机关的行政处罚；



9、无其他影响企业注册发行的重大事项。

企业满足上述条件的，即具有注册发行债务融资工具的资格，可开始履行企业内部审议决策程序和申报注册程序。并在注册前确认企业所处的层级类别，分析确认未来一段时间内该层级类别是否会出现较大变化，根据企业分层分类情况开展注册工作。

（二）委托中介服务机构、编制注册文件

企业申报注册，应委托承销机构、受托管理人、信用评级机构、会计师事务所、律师事务所等中介机构在银行间债券市场为企业发行债务融资工具提供专业服务。承销商负责协助企业披露发行文件，为投资者提供有关信息查询服务，组织债务融资工具的承销和发行；信用评级机构负责在充分尽职调查的基础上，独立确定企业和债务融资工具的信用级别，出具评级报告，并对其进行跟踪评级；会计师事务所负责对企业进行审计，并出具审计报告；律师事务所负责在充分尽职调查的基础上，出具法律意见书和律师工作报告。

（三）提交注册文件接受注册评议

按照《注册工作规程（2020版）》规定，企业提交注册文件后，交易商协会注册发行部门负责组织注册预评和注册会议评议。

1、注册预评

协会注册发行部门收到企业注册文件后，在1个工作日对注册文件是否要件齐备进行核对。要件齐备的，注册发行部门予以受理并进行预评；要件不齐备的，注册发行部门可建议企业或相关中介机构补

充、修改注册文件。

注册发行部门在预评工作中可以建议企业或相关中介机构做出解释说明，或者补充、修改注册文件；可以调阅中介机构的尽职调查报告或其它有关资料；可以要求因未能尽职而导致注册文件拟披露信息不完备的中介机构重新开展工作。

注册文件及拟披露信息齐备，符合相关规则指引要求的，预评主办人撰写预评报告，并将经预评的拟披露注册文件和预评报告提交注册会议。

2、注册会议评议

注册会议由注册发行部门从注册专家名单中随机抽取5名注册专家参加，注册专家以个人身份参加注册会议，听取注册发行部门预评报告并进行讨论，对会议所评项目独立发表“接受注册”、“有条件接受注册”、“推迟接受注册”三种意见。企业通过注册会议评议的，交易商协会接受发行注册，向企业发送《接受注册通知书》；未通过注册会议评议，推迟接受发行注册的，企业可在撤回注册文件3个月后重新报送注册文件。

（四）注册成功并自主选择发行

企业收到《接受注册通知书》后，即可按照《接受注册通知书》确定的注册有效期、注册额度、产品种类自主选择分期发行。

按照《注册工作规程（2020版）》，发行人分为两层四类，成熟层企业（第一类、第二类）和基础层企业（第三类、第四类），本次新规实施后，第一类企业与第二类企业获得的《接受注册通知书》将分别以“TDFI”编号和“DFI”编号加以区分。

四、实践体会与思考

在办理债务融资工具注册的过程中，首先要明确的问题就是确认企业分层分类情况，根据《注册工作规程（2020版）》相关规定，大唐发电属于成熟层二类企业，因此符合就多种产品统一注册的条件，且在统一注册时无需披露受托管理人。

由于新规高度重视投资人保护机制，因此在编制注

册文件的过程中，律师团队要特别关注《募集说明书》中涉及投资人保护的相关章节，根据最新的《违约及风险处置指南》和《持有人会议规程（修订版）》，提出更新与完善的建议。

律师团队要通过深入分析、解读新规规则，针对新规新增、变更的事项重点开展工作，并根据《表格体系（2020版）》要求的法律意见书体例，通过深入研讨，反复修改，全面更新以往法律意见书的体例与内容。

同时，律师要结合新规体系的特点做扩展性研究，从合规角度为发行人进言献策和提供专业保障：

一是认真研究交易商协会对注册发行体系中关于分层分类管理规则进行的优化调整，适应更加完善的银行间债券市场事前事中事后评议相结合的自律管理模式，新规体系的实施降低了融资门槛，提升了融资效率，降低融资成本，更有利于企业抓住融资窗口。

二是新规体系体现了逐步与公司债券、企业债券等业务体系统一规则尺度的趋势。随着新《证券法》生效、最高人民法院发布《全国法院审理债券纠纷案件座

谈会议纪要（征求意见稿）》以及央行、发改委和证监会联合起草的《关于公司信用类债券违约处置有关事宜的通知》，我国逐渐显现了统一债券市场规则尺度的趋势。交易商协会出台的关于强化投资人保护机制以及取消40%净资产比例限制的相关规则，也正是在这样的背景下出现的。

三是交易商协会近期连续出台的一系列规则中，通过提高信息披露要求，将受托管理人制度引入DFI市场，修订完善持有人会议机制，制定了违约与风险处置指南等，建立起投资人保护的一系列具体制度，明确了各种情形下保障投资人利益的具体规则，对投资人保护建立起成体系的规则支撑，律师要更加关注投资人保护配套机制在非金融企业债务融资工具发行中的应用和保障。





如何搭建国内AB股表决权制度设计，稳定公司控制权

■ 肖小保 / 文

通过AB股表决权制度设计，公司创始人保持公司控制权的稳定并最终走向资本市场的成功案例耳熟能详的有京东、小米、阿里巴巴等知名公司，受限于国内同股同权的法律规制及其他因素，他们均是通过登陆纳斯达克或港交所成功上市。

随着国内科创板于2019年成功推出，科创板率先试点注册制并参照若干境外交易所上市规则，推出有条件接纳实行AB股表决权机制的发行人在科创板上市发行股票的政策，这让我们思考若将AB股表决权制度再向前延伸推进，在公司的设立阶段、创业阶段及上市前的融资阶段即实行AB股表决权制度设计，这必然极大的促进创业者的创业、融资的热情，也能在公司融资发展与创始人保持公司控制权之间达到平衡，有益地激发相关市场主体参与投资、创业的信心，进而让资本、科技、智力等生产力要素市场化配置，推动整个社会的双创发展和经济发展。

一、科创板AB股制度简析

《国务院关于推动创业创业高质量发展打造“双创”升级版的意见》、《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》、《上海证券交易所科创板股票上市规则（2019修订）》等对发行人实行表决权差异安排（即AB股表决权制度）科创板上市规则从以下方面做出相应规定：

肖小保律师简介

京都律师事务所合伙人，北京律协证券法律专业委员会副秘书长、委员，北京律协风险投资与私募股权法律专业委员会委员，律师执业十余年，专注于私募基金、诉讼、公司与并购、资本市场及公司



法律事务，在私募基金、诉讼、新三板、IPO（首次公开发行上市）、公司并购重组、投融资、员工股权激励和互联网金融等方面具有丰富的法律服务经验。

1、发行人市值及财务要求的规定

发行人具有表决权差异安排的，市值及财务指标应当至少符合下列标准中的一项：

- （一）预计市值不低于人民币100亿元；
- （二）预计市值不低于人民币50亿元，且最近一年营业收入不低于人民币5亿元。

2、发行人股东持有特别表决权股份的资格

持有特别表决权股份的股东应当为对上市公司发展或者业务增长等作出重大贡献，并且在公司上市前及上市后持续担任公司董事的人员或者该等人员实际控制的持股主体。

持有特别表决权股份的股东在上市公司中拥有权益的股份合计应当达到公司全部已发行有表决权股份10%

以上。

3、特别表决权股份与普通股份表决权差异

每份特别表决权股份的表决权数量应当相同，且不得超过每份普通股份的表决权数量的10倍。

除公司章程规定的表决权差异外，普通股份与特别表决权股份具有的其他股东权利应当完全相同。

上市公司股东对下列事项行使表决权时，每一特别表决权股份享有的表决权数量应当与每一普通股份的表决权数量相同：

- （一）对公司章程作出修改；
- （二）改变特别表决权股份享有的表决权数量；
- （三）聘请或者解聘独立董事；
- （四）聘请或者解聘为上市公司定期报告出具审计意见的会计师事务所；
- （五）公司合并、分立、解散或者变更公司形式。

其他表决权差异安排的决策程序、特殊表决权股份转换为普通表决权股份等制度不再赘述。

从科创板表决权差异制度设计及相关科创板审核部门对表决权差异安排的反馈意见，我们可以看出监管层在科创板放开表决权差异制度即同股不同权的制度是较为谨慎和保守的，设定了相对严苛的条件和要求，最主要的出发点是保证公司的持续经营能力和公司治理机构的稳定、有效，是否损害小股东/普通表决权股份股东的利益，是否具有必要性、合理性，具体实行效果还有待于实践检验，不排除监管部门根据需要做出相应的调整。

二、有限责任公司下AB股表决权制度设计

大多数公司面临的现状是在公司上市之前需要多轮融资，且上市前创始人失去公司控制权的案例也是屡见不鲜，更有甚者因为公司控制权的问题让公司倒在上市的前夕。

公司上市之前，大多数公司尚处于有限责任公司阶段，有限责任公司与股份公司的重要区别是有限责任公司侧重人合性及股东的相对封闭性，现行公司法及相关

的制度设计针对有限公司的特点做出了诸如股东优先购买权等不同于股份公司的诸多制度设计，那么有限公司下股份表决权差异制度设计是否可行，如何设计，是否有相应的法律法规等制度和规则支撑？

现行《公司法》第四十二条规定股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。《国务院关于推动创新创业高质量发展打造“双创”升级版的意见》二十六条规定推动完善公司法等法律法规和资本市场相关规则，允许科技企业实行“同股不同权”治理结构。（证监会、发展改革委、科技部、人民银行、财政部、司法部等按职责分工负责）。除此之外，没有其他针对有限责任公司表决权差异安排的法律规定或制度，实务中拟设计有限责任公司股东表决权差异化表决制度都是依据《公司法》四十二条的除外条款规定，由公司章程做出不按出资比例行使表决权，另行按照其他诸如差异化表决权或股东之间按其比例行使表决权的規定，达到“同股不同权”即AB股效果。

囿于我国“同股同权”的根深蒂固的观念，加之法律并无明确规定差异化表决权制度安排，虽有《公司法》四十二条的但书规定，但实务中运用该但书设计差异化表决权的有限公司相对较少，其中原因暂不做深究。时值科创板的推出并接纳了差异化表决权制度设计，越来越多的创业者、公司或投资人有考虑差异化表决权设计的现实需求，尤其是对公司创始人而言，在融资及公司发展过程中保持控制权是其核心的诉求，投资人从其投资就是投人的逻辑也希望保持公司创始团队和公司控制权的稳定，进而有条件的选择接受差异化表决权制度设计。



我们认为现阶段有限责任公司可以有条件的实施差异化表决权制度的设计和创新，既然《公司法》四十二条已有明文规定，且可参考现行科创板制度下的差异化表决权制度设计，对股东持有特别表决权股份的资格、特别表决权与普通表决权的表决事项和比例等做出安排，亦可借助所谓股权包含“共益权”和“自益权”理论对股权权能做出差异化安排。

三、有限责任公司下AB股表决权制度设计的考量因素

有限责任公司下实行差异化表决权制度设计最主要的考量因素是司法裁判的认定及未来IPO或并购重组即走向资本市场的影响。前者考虑的时实施差异化表决权制度后，若最终股东之间出现争议诉诸诉讼时，司法裁判对其效力的认定；后者主要考虑有限公司实施差异化表决制度安排是否符合上市审核规则，是否被公众投资者和上市监管部门所接纳。

通过研究相关司法判例，比较典型的是有的公司章程中有规定创始人/投资方对特定事项的表决享有一票否决权的安排，对此引起争议诉诸诉讼解决；司法部门的裁判规则主要的主要依据仍是《公司法》四十二条，但并不必然对公司章程的另行约定均持支持的观点，司法裁判部门主要的裁判思路是表决权差异安排是否是股东各方的真实意思表示，是否变相损害或剥夺了小股东的合法权益，是否违反法律法规等强制性规定，表决权差异制度安排/公司章程是否履行了法定的程序等进行价值判断和衡量。

有限公司下表决权差异安排对未来上市的影响，除科创板现有的若干案例外

（且科创板案例中发行人涉及的表决权差异制度安排系承继或基于VIE海外架构），暂无国内有限公司实施表决权差异化安排申报上市的案例；相反，科创板和创业板注册制改革之前，基于审慎考虑，上市审核部门仍紧紧把握同股同权的原则，倾向性要求发行人终止有关投资人享有的各种诸如一票否决权等投资者保护性条款。在当下全面推进资本市场制度改革及新的《证券法》全面实施的背景下，科创板发行上市规则和新的创业板实施注册制改革均接纳和规定了实施表决权差异化安排的规则，这也说明监管审核部门越来越对与国际接轨的优先股制度接轨的AB股表决制度的接纳和认同，有利于中国的资本市场的改革和发展。

四、意见和建议

综上述，在现行法律制度和上市审核政策框架下设计表决权差异制度安排具有可行性和现实意义；尤其是科技类的公司，未来拟上市走向资本市场，基于公司的控制权的稳定有利于公司的发展，做出合法合规的表决权差异制度安排可能未来更有助于受到资本市场的青睐和认同。但应当认识到，表决权差异制度的设计一定要符合司法裁判部门的主流价值判断及上市审核部门的认可的制度框架范围内，为此我们提出如下意见和建议：

1、公司表决权差异制度安排应当获得全体股东的同意并在公司章程中规定，如此，避免被司法部门认定大股东利用优势地位强行通过表决权差异制度安排架空小股东的合法平等的表决权和股东权利。

2、参考现行科创板表决权差异的制度设计，在科创板表决权差异制度框架范围内设计有限公司的表决权差异制度安排，如此，今后走向资本市场才能稳妥的被上市审核部门所接纳而毋庸考量过多的越界制度创新带来的各种不稳定性。

3、抓住最主要的核心诉求，合理设计并平衡各方利益诉求进行表决权差异化设计的具体制度安排，表决权差异制度不宜安排过于繁杂，且应把握表决权差异制度设计初衷仅为保持公司的经营管理的稳定性而非为大股东或部分股东“任性”的工具。

从企业并购案看企业重组税收筹划业务

■ 高慧云 王帅锋 / 文

2020年6月，为了规范税务师事务所及其具有资质的涉税服务人员（包含税务律师）提供企业重组税收筹划业务执业行为，提高执业质量、防范执业风险，根据国家税务总局《涉税专业服务监管办法》等有关规定，中税协组织制定了《企业重组税收筹划业务指引（征求意见稿）》等四项业务指引，引起了大家对企业重组税收筹划业务的关注。本文针对企业重组税收筹划业务将通过相关企业并购案做一解读。

一、什么是企业重组税收筹划业务？

1.企业重组策划业务的税法界定

企业重组税收筹划业务是税务师事务所依法接受委托，在国家税收法律法规及其他相关法律、法规的框架内，为委托人重组事项进行税收规划和安排，以达到管理税收成本，控制纳税风险，提高经营效益为目标的涉税服务业务。

根据《财政部、国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知》（财税[2009]59号）及其他相关税收法律法规，重组方式具体分为企业法律形式改变、债务重组、资产收购、股权收购、企业合并、企业分立、资产（股权）划转以及非货币性资产投资等方式。

高慧云律师简介

1996年取得律师资格，2014年加入京都律师事务所，曾赴澳大利亚、新加坡、德国、英国访问和进修，精通国内外税法，为中信银行、信托投资公司、各类基金提供并购、上市、融资等税务和相关法



律支持，为企业离岸金融架构提供国际税收支持，擅长投资移民、家族信托的海外税收筹划和涉税经济诉讼，为全国各地的财务人员提供税法公开课和税收筹划服务，承担北京航天信息股份有限公司等十多家企业的税务法律顾问。在加入京都事务所之前，曾在高校任教，具有税法教授职称，曾在君泰、大成律师事务所执业。

2.企业重组策划业务的实践界定

在企业实践中，企业重组业务展现出更为广泛和创新的形式。

在交易结构上，企业重组主要采取资产交易、股权交易以及资产与股权交易相结合的方式。其中资产交易主要包括以资产出资成立新公司、购买资产、资产置换；股权交易主要包括收购目标公司的股权（含增资）、股权置换、合并、购买股权加期权、购买含权债券、利润分享结构等；股权与资产交易相结合的方式主要包括资本性融资租赁、承担债务、债权换股权等。



王帅锋简介

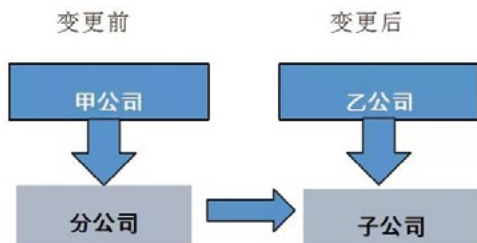
京都律师事务所实习律师，南开大学硕士，通过了证券从业资格、基金从业资格考试，具有法税专业知识，擅长于为商业银行、保险公司、信托公司、家族办公室、高净值人士等提供税务筹划与支持、家族信托、保险金信托等服务。曾为多家家族企业提供税务风险分析与防范，为企业离岸金融机构提供国际税法支持，为多位高净值人士提供税务身份筹划等。



在支付方式上，企业重组主要采取以现金购买资产，以股票购买资产，以现金购买股票，以股票购买股票，以承担债务购买资产，以承担债务购买股票。当然对于同一控制下的企业并购，一般会采取非现金支付的方式。

不管企业在实践中采取何种形式进行并购，最终的结果是达到重新整合、优势互补或取得控制权等目标。下面以一个重组案例进行说明：

【案例1】甲公司是一家非房地产企业，甲公司下属分公司拥有一块工业用地性质的土地（2016年4月30日之前取得的土地），且在该地块上建设了厂房等建筑物。乙公司有意向购买甲公司的下属分公司，并将下属分公司变为乙公司的子公司，如下图：



要达到上述目标，可以有多个路径进行交易。路径一，甲公司直接将分公司资产销售给乙公司；路径二，甲公司将分公司通过分立方式变为子公司，然后转让股权给乙公司；路径三：甲公司以分公司资产作为投资重新注册一个子公司，然后转让股权给乙公司。不同路径可能涉及的税收也是不同的，此时就需要税务师或税务师针对这些路径进行充分的企业调研、分析和选择，这就是企业重组策划业务。

二、企业重组策划业务要有合理商业目的

在《企业重组税收策划业务指引（征求意见稿）》中，根据企业重组策划业务的特性规定了三个原则：一是特定目标原则：要求承办企业重组税收策划业务，应以与委托人约定的委托目标为核心开展服务；二是合理商业目的原则：要求承办企业重组税收策划业务，应基于委托人的合理商业目的，服务过程和服务成果不得单纯以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的，也不得向委托人建议只在形式符合税收法律法规、但与其经济实质不符的方式获取税收利益；三是诚信及保密原则。其中合理商业目的是企业重组策划业务中最重要的原则。一旦违反该原则，就会导致企业重组策划业务的失败。下面将结合上述【案例1】详细说明什么是合理商业目的。

1. 合理商业目的税法界定

合理商业目的到目前为止并没有非常明确清晰的概念。我国现行的税收法律体系是从反向的视角对合理商业目的进行分析的，《中华人民共和国企业所得税

法》第47条首先引入了“不具有合理商业目的的安排”的概念——“企业实施其他不具有合理商业目的的安排而减少其应纳税收入或者所得额的，税务机关有权按照合理方法调整”。《中华人民共和国企业所得税法实施条例》第120条对此进行了定义——“不具有合理商业目的，是指以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的”。

2014年12月，《一般反避税管理办法（试行）》（国家税务总局令2014年第32号）颁布实施，该办法第4条明确，避税安排具有以下特征：（1）以获取税收利益为唯一目的或者主要目的；（2）以形式符合税法规定、但与其经济实质不符的方式获取税收利益。

根据上述规则，结合【案例1】甲公司的实际情况，首先是甲公司要先有进行企业重组的商业意图，比如想取得控制权，或者扩大再生产等等，然后甲公司再通过适度的税收策划采取合适的路径达到这样的目标。如果反过来，仅是为了避税而人为制造企业重组行为，则属于不具有合理商业目的。

2. 判定合理商业目的的具体考量

企业实施的不具有合理商业目的而获取税收利益的避税安排有两个特点：一是以获取税收利益为唯一目的或主要目的；二是以形式符合税法规定，但与其经济实质不符的方式获取税收利益。即判定是否属于不合理商业安排需要同时考虑结果和动机两个方面。

首先，在结果方面，考量在实施某项商业安排后是否获取了税收利益。目前，对于纳税人商业安排税收结果的分析相对明确。这主要是因为，税收结果是客观存

在的，即使商业安排尚未实际进行，税务机关或涉税服务人员也可以明确分析出该安排是否导致纳税人减少、免除或推迟缴纳税款。需要注意的是，在进行具有合理商业目的的安排时，纳税人有可能同时也获取了税收利益，如企业海外上市或引入海外战略投资者时可能会在境外设立公司，并获取潜在的税收利益。在实务操作中，这类情况是否属于不合理商业目的的安排，不仅要考虑纳税人获取的税收利益，还要考虑到纳税人通过这一安排获取的其他利益，而非仅以是否获取了税收利益来判断其合理性。

其次，在动机方面，考量获取税收收益是否为实施某项商业安排时考虑的重点。企业实施的不合理商业安排是以获取税收利益为唯一目的或者主要目的。其中，对于以获取税收利益为唯一目的容易理解，即纳税人实施某项商业安排除获取税收收益外没有任何其他经营等方面的理由。对于以获取税收利益为主要目的，是指纳税人实施某商业安排可能同时存在运营需求和获取税收收益的动机，此时情况比较复杂，要区分获取税收收益是否为主要目的。

总体上说，“不具有合理商业目的”的安排应该满足三个条件：一是人为设计一系列的行动或者交易；二是获取税收利益是行动或交易的唯一或最主要的目的，看企业是否主要出于商业目的而从事交易；三是企业从该行为或交易中获取了“税收利益”，即通过规划或交易可以减少企业应纳税额或应纳税所得额。只有当这些条件同时满足，一项经济行为才可以被认定为不具有合理商业目的，从而构成避税事实，面临纳税调整。由于对交易动机的分析具有主观性，不同人掌握的信息详尽程度不同、思考角度也不同，结论有可能不同。因而，对“是否具有合理商业目的”的判断，会受到很多因素的影响。同时也提醒企业在进行重组策划时，注意保存相关的证据或记录，以证明符合商业目的。

三、企业重组策划业务的具体实施 要注意合法性

《企业重组税收策划业务指引（征求意见稿）》第



29条规定,重组税收策划方案应尽可能详细地分步骤设计,并须明确提出方案实施的前置条件、政策依据、步骤顺序、实操要领等。这样要求的主要目的是保证企业重组策划业务的合法性。下面以一具体案例说明企业重组策划业务的实施的合法性问题。

【案例2】甲公司拟将下属的子公司——乙公司整体转让出去,乙公司净资产价值为200万元,转让时支付的交换额可以有现金、股票及库存商品三种方式,进行企业整体资产交易所得税筹划,关键是制定合理的转让定价支付方式,将资产转让过程中非股权交易额控制在一定比例之下,享受企业所得税特殊性税务处理的政策。那么如何确定定价方案呢?

在企业重组的交易实践中,资产交易主要包括直接购买资产、以资产出资设立新公司、资产置换三种操作模式。不管是采取哪种资产交易进行并购,只要是纯粹的资产本身而不包括劳动力和债务的交易,均不能免征增值税、印花税、土地增值税、契税。而企业所得税并购在规则上与增值税、印花税、土地增值税、契税不同,企业所得税不是特别看重资产并购交易是否包含劳动力、债务的一并转移,最重要的是看用什么支付。并购实践中的支付方式主要有:以现金购买资产、以股票换取资产、以资产换取资产的并购方式。但企业所得税最看重的是以股票(股份)换取资产,在满足基本条件的基础上,只要收购企业购买的股权不低于被收购企业全部股权的50%,且收购企业在该股权收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%,就可以享受股权支付部分不确认企业所得的优惠。

基于以上税法分析,资产交易税务筹划应该遵循的原则是:

1. 尽量创造条件使资产并购符合“整体资产交易”的要求

首先要明确企业整体资产交易的条件:国家税务总局公告[2011]13号《国家税务总局关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》规定:“纳税人在资产重组过程中,通过合并、分立、出售、置换等方式,将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一

并转让给其他单位和个人,不属于增值税的征税范围,其中涉及的货物转让,不征收增值税。”

通过以上规定可以总结企业整体资产交易的要件有:(1)交易主体是企业,而不含非独立核算的企业分支机构。(2)整体资产交易的内容有企业资产、债权、债务、劳动力的行为。四者缺一不可。因此,企业要创造条件符合整体资产交易。如果目标企业是一个企业独立核算的分支机构,可以先成立一个独立的企业法人来达到转让主体的条件。只有符合条件的整体资产交易才能获得增值税、契税、印花税的免征。

2. 创造条件以“股权支付”的方式进行企业整体资产交易

企业所得税的减免条件是比较苛刻的,但基本精神是鼓励股权支付。根据财税[2009]59号和财税[2014]109号文的规定,企业所得税特殊性税务处理(股权支付部分不确认所得)需同时符合下列条件:

- (1)具有合理的商业目的,且不以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的;
- (2)受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的50%;
- (3)企业重组后的连续12个月内不改变重组资产原来的实质性经营活动;
- (4)受让企业在该资产收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%;
- (5)企业重组中取得股权支付的原主要股东,在重组后连续12个月内,不得转让所取得的股权。

为了满足这一条件,要在整体资产定价上下功夫,让定价满足条件中的比例要求。企业进行整体资产交易时,根据税法规定,现金交易额不高于一定比例,股权支付部分不确认财产转让所得,不计征企

业所得税，这就为企业进行整体资产交易提供了税收筹划的空间，那么如何通过设计交易定价来满足该比例呢？

在税法规定的整体资产转让的条件中，“受让企业收购的资产不低于转让企业全部资产的50%，且受让企业在该资产收购发生时的股权支付金额不低于其交易支付总额的85%”这一条件是最关键的，因此在定价时主要满足这一条件。

由于甲集团公司是整体转让乙公司的100%的资产，因此50%的条件已经满足，

只要现金交易额控制在其所取得的交易总额的15%以下，乙公司就可以对股权支付部分不确认财产转让所得。因为乙公司的净资产价值为200万元，所以非股权交易额控制在 $200 \times 15\% = 30$ 万以下，就可以享受特殊性税务处理的优惠政策。

总之，中税协组织制定《企业重组税收策划业务指引（征求意见稿）》是为了规范税务师事务所及其具有资质的涉税服务人员提供企业重组税收策划业务执业行为，提高执业质量、防范执业风险，在执业过程中要特别注意企业重组业务的合理商业目的与合法性的问题，确保企业重组策划业务的健康发展。



参考文献：

- [1]中税协发[2020]24号关于通讯审议并征求《企业重组税收策划业务指引（征求意见稿）》等四项业务指引意见的通知，2020-6-12.
- [2]高慧云.金融创新业务的税收筹划（M）.中国法制出版社.2015年7月.
- [3]刘天永.税务筹划中，如何准确把握“合理商业目的”<http://www.shui5.cn/article/84/114758.html>，2017-9-30.



新《药品管理法》背景下并购药企开展法律尽调的审核重点

■ 魏天颖 / 文

魏天颖律师简介

京都律师事务所律师，台湾清华大学法学硕士。在加入京都律师事务所之前，曾供职于国家食品药品监管系统，从事与药品审评注册相关的复审、行政复议及诉讼等法律事务事宜。加入京都律师事务所期间，魏天颖律师深耕医药养老领域，为国家机关、事业单位及多家大型企业提供公司合规、并购重组及民商事争议解决等方面的法律帮助和服务。



近年来，我国药品行业的迅猛发展，随着2019年12月新版《药品管理法》及近年来一系列的药品改革政策的出台，我国药品企业呈现出细分程度高、受法律政策影响大的特点。基于目前的背景情况，笔者根据为药企投融资项目的法律服务经验，对新《药品管理法》施行背景下并购药企开展法律尽职调查的注意事项及审核重点进行梳理和探讨，以供企业参考。

目标公司的资质许可

药品行业是一个行政许可非常密集的行业，因此针对药企的尽调应着重审核目标公司是否已经具备从事药品生产、经营所需的资质。其中，如目标公司是药品生

产企业，应注意审核该企业是否取得了药品生产许可证书；如目标公司是药品经营企业，则应注意审核该企业是否取得药品经营许可证。同时，目标公司的实际生产或经营许可的范围是否未超出其获得证书和营业执照载明的范围。值得注意的是，在2019年新《药品管理法》出台前，药品生产企业须取得GMP认证，而药品经营企业须取得GSP认证，自新《药品管理法》施行后，多地药监局明确了不再受理药品GMP和GSP的认证相关事宜，如浙江省药品监督管理局发布了《浙江省药品监督管理局关于药品GMP、GSP认证工作有关事项的公告》，明确规定自2019年12月1日起，不再受理药品GMP、GSP认证相关事项。但是，取消GMP和GSP认证并不代表企业不再需要遵守药品生产质量管理规范和药品经营质量管理规范。在取消GMP和GSP认证后，取而代之的是更为严厉的监管措施，即飞行检查制度。鉴于此，律师在对药企进行尽调时，应注意审核药监部门对尽调企业的飞行检查通报。此外，药品生产企业往往涉及废水、废气、医疗废物等污染物排放，因此应注意审核其是否取得《排污许可证》、《危险废物经营许可证》等资质许可。

除药品生产企业和经营企业外，还有一类仅具备药品研发能力但不具备生产能力的企业。2019年《药品管理法》对

上市许可持有人制度进行系统的规定。根据新《药品管理法》的规定，药品上市许可持有人应当依照本法规定，对药品的非临床研究、临床试验、生产经营、上市后研究、不良反应监测及报告与处理等承担责任。因此在对这类企业开展的尽调中应注意审核其在取得药品注册证书后是否委托给具备生产能力的企业进行生产，重点可关注药品上市许可持有人和受托生产企业是否签订委托协议和质量协议并严格履行协议约定的义务。同时，原则上血液制品、麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、药品类易制毒化学品不得委托生产。

目标公司的药品品种

在任何一个实体行业，产品系企业的核心竞争力，药企也不例外。虽然药品品种不属于法律概念上的无形资产，但其却是企业真正的价值所在，亦是投资人的交易目的，因此在尽调过程中应重点审核药品品种的注册证书、注册类别、审批进程等情况。

根据阶段区分，药品品种大体上包括包括已批准上市的品种、处于审批阶段的品种及未提出注册申请尚处于研发阶段的品种。

针对已批准在中国境内上市的品种，应重点审核药品注册证书，如针对境内企业应审核其《药品注册证》；如针对港澳台企业应审核其《医药产品注册证》，如针对港澳台企业以外的境外企业应审核其《进口药品注册证》。鉴于新版《药品管理法》已取消新药证书核发的行政许可事项，因此在审核药品注册证书时应注意通过注册类别来判断是否属于新药。值得注意的是，虽然《药品管理法》规定了部分

中药材和中药饮片实施审批管理，但实际上我国并未真正开展中药材和中药饮片审批管理制度，因此中药材和中药饮片不需要取得注册证书或批准文件。针对处于审批阶段的品种，鉴于品种研发阶段影响着品种投入的时间、获批的时间以及成功的机率，因此应重点查明各品种处于哪一研发阶段，是否已经获得阶段性批件，如临床批件。

此外，由于部分投资人并不了解药品行业，因此在尽调过程中还要注意结合政策的趋势，对部分品种可能因一致性评价、中药注射剂监管、飞行检查及药品集中采购等政策会产生较大的影响的情况予以提示。

目标公司的重大资产

（一）有形资产

鉴于药品行业的特殊属性，药企的有形资产主要包括不动产（如土地、厂房、办公楼等）和机器设备，尤其是药品生产企业。在对药企有形资产进行尽调时，应重点关注资产的产权情况，如土地使用权、房屋所有权/使用权和设备所有权的权属情况，是否存在查封、抵押、担保等权属存在权利负担的情况。

针对土地使用权，应重点审核土地实际用途是否符合法律规定及土地证照载明的用途。其次，应重点甄别土地使用权的取得方式，如目标公司通过承租取得，应审查相应的承租合同和租金的缴纳情况，在审查承租合同时，应特别审查承租期限，以确定是否存在因使用期限届满而导致无法继续承租土地的风险。如目标公司通过出让土地的方式取得，应注意审查土地出让金及相关税费的缴纳情况。如通过土地使用权出资等形式取得的，应注意转让合同及变更登记的合法性，及是否缴纳了相应的税费。值得注意的是，目标公司如通过出让或转让方式取得国有土地使用权，则应重点核查是否取得土地使用权证、建设用地规划许可证、建设项目用地预审报告书、建设用地批准书。

针对房屋所有权/使用权，应根据房屋的取得方式重点审核房屋产权证明、房屋租赁合同。针对企业核心设备，应重点注意设备取得的方式，如通过融资租赁取



得设备的使用权，应重点审核设备的权属及其上负担的义务；如通过购买取得，应重点审核采购合同、付款凭证、产品合格文件等，如通过进口取得，还应审查进口检验证明及完税证明。

不论是土地使用权、房屋所有权/使用权或设备所有权/使用权等均应根据情况审核其是否存在出租、查封、抵押、担保或转让限制等权利负担。

（二）无形资产

药企的无形资产包括知识产权和商业秘密，其中知识产权主要包括专利、商标、著作权、域名，而商业秘密包括技术秘密、商务秘密等。

关于知识产权的尽调，应重点关注知识产权的权属证明，如专利证书、商标注册证书、软件著作权证书、域名注册证书等。除此之外，针对专利，应注意审查专利是否系独立开发，如存在合作开发、委托开发的情况或者专利系职务发明，则应审核相应的专利开发合同；如专利许可给他人使用或者目标公司仅拥有许可使用权，则应对许可使用合同进行重点审核，以判断许可是否对目标公司行使权利存在限制。针对商标，还应注意审查目标公司是否存在代理他人商标的行为，如存在，则应注意审核是否已经获得合法的授权。鉴于知识产权通常可通过相应的官方网站查询获悉，在尽调过程中可结合目标公司提供的证明文件和官网查询信息，综合判断目标公司的知识产权情况。关于商业秘密，目标公司通常不愿向中介机构提供商业秘密，则在尽调中应注意审核保密制度的严谨性和执行情况，同时务必将商业秘密的确认、交换方式及权属问题作为交易条款之一。

值得注意的是，随着中美经济贸易协议的落地，我国势必建立药品专利链接制度，届时将会出现“拟制侵权”的问题，因此如投资人的主要交易目的是获取目标公司的知识产权，建议投资人对目标公司的知识产权方面开展专业的调查，就知识产权的质量和布局等方面进行更深入的探究，以判断目标公司的价值及有助于决定采用何种收购方式。

目标公司的重大合同

尽调项目中的重大合同通常是指业务或经营类合同，主要包括原材料采购合同、药品销售合同、委托生产合同及贷款合同、担保合同等。如何认定哪些合同属于重大合同，其判断标准主要为合同金额，而合同金额则取决于目标公司的规模。针对合同的审查，应注意审核合同的履行情况，以判断违约的风险；同时也应注意审核合同是否符合法律法规，如药品管理法、价格法、反不正当竞争法、反垄断法等，以判断合同是否存在被无效的可能，或者因在缔约过程中因疏于审核对方资质而导致产品质量发生问题而承担法律责任。

值得注意的是，除本节所述的重大合同，律师在历史沿革部分应对目标公司历次增资合同或股权转让的合同的条款进行审核，尤其审核是否存在控制权变更的条款及前轮投资是否存在对后轮融资予以限制约定，及是否存在对目标公司经营和现金流产生重大影响的条款。

目标公司的财政奖励和 税收优惠

随着中美贸易战的升级，生物技术和药品行业成了国家重点扶持的产业之一。许多省份、市县依次推出了一系列财政奖励和税收优惠的政策，以吸引药企入驻其科技园区。在尽调过程中，应注意审核目标公司取得财政奖励和税收优惠的合法性，是否存在虚构材料骗取奖励或税收优惠的情况，以及应审核目标公司取得该奖励或优惠的可持续性。同时，应注意审核财政补贴占据企业资产的份额，如比例过

大，则应考虑目标公司的实际经营情况及因政策变更而影响公司运营的风险。

目标公司的诉讼、仲裁及行政处罚情况

针对目标公司已有判决书或裁定书的诉讼或仲裁案件，应注意审核判决或裁定的履行情况。针对目标公司正在进行的诉讼或仲裁案件，应选取标的额较大或可能产生影响力的案件事实和证据进行审查，以初步判断该诉讼或仲裁案件的胜诉可能性及败诉风险。此外，还应注意一些目标公司存在批量案件的风险，即因同类事由被不同主体起诉，如存在此类情况，则应考虑承担或有债务的风险。

针对行政处罚方面的审查，如上文所述，药品行业是一个准入门槛高及监管严格的行业。因此无论在IPO或是在并购重组项目的尽调中，行政处罚系审核重点。针对药企的行政处罚，居多的是因药品质量、环境问题、定价问题及广告发布问题等。针对行政处罚，应重点审核目标公司所受的行政处罚对象是否系公司核心产品，公司是否妥善处理行政处罚，及在处理完行政处罚后是否对同类或类似事项进

行了内部整改。

目标公司的商业贿赂风险

商业贿赂是药品行业由来已久的问题，常见的贿赂形式包括以中介费等名义支付金钱、回扣、购物卡、假借学术会议或课题研究给付超额报酬、招待宴请、赞助费、娱乐活动或报销差旅等。

由于商业贿赂可能承担行政责任和刑事责任，同时随着国务院办公厅《关于进一步改革完善药品生产流通使用政策的若干意见》（国办发[2017]13号）等法规政策的出台，商业贿赂问题成了药企并购的重大风险之一。在尽调中，应采用抽样访谈的形式，对销售人员进行访谈，通过销售人员实际销售行为及对商业贿赂的理解来判断目标公司是否存在商业贿赂的风险。除访谈销售人员外，还可通过审查目标公司的相关规章制度、业务合同，及结合会计事务所对公司财务的审核来综合判断目标公司是否存在商业贿赂的情况。

结语

通过对上述几方面的法律尽职调查，投资人将会对目标药企存在的潜在风险、公司价值等有深入的了解，并通过律师的专业能力和项目经验，最终确定并购交易的条件、方式及整改措施，或者对交易计划作出相应的调整。

药品行业是一个行政许可非常密集的行业，因此针对药企的尽调应着重审核目标公司是否已经具备从事药品生产、经营所需的资质。



民法典小芝士汇总 为当代生活“保驾护航”

2020年5月28日，第十三届全国人民代表大会第三次会议高票表决通过了《中华人民共和国民法典》，2021年1月1日起我国将正式进入民法典时代。这部关乎公民切身权益的“社会生活百科全书”，在切实保障公民人身、财产方面做了精准调整和谨慎尝试。我们将结合近期处理的部分法律咨询及相关案件，谈一些民法典的小知识。

民法典第三百六十六条 居住权让每个人“住有所居”



胡慧敏律师



林琳律师

什么是居住权？

根据民法典第三百六十六条的规定“居住权是指一种以居住为目的，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权”。根据该条规定，居住权人仅能为了满足生活居住的需求使用住宅，而不能将其用于出租获得收益”

居住权如何设立？

民法典明确规定了可以通过合同约定和遗嘱方式设立居住权，经登记机构登记时设立。之前物权法草案第一百八十一条规定还可以通过遗赠的方式设立居住权，但此次民法典立法并没有此规定。我们认为民法典的规定更为科学，因为遗赠本质上是一种特殊的合同，完全可以纳入到合同的范畴，因此没有必要单独规定为一种设立方式。

居住权期限是多久？

法律对居住权期限没有限制性规定，当事人可以自由约定。但如果当事人没有明确约定具体期限的情况下，应该如何处理呢？物权法草案第一百八十六条提出过一种解决方案：“居住权的期限根据遗嘱、遗赠或者合同确定；无法确定的，成年居住权人的居住权期限至其死亡时止，未成年居住权人的居住权期限至其独立生活时止。”我们认为物权法草案提出的这种方案并不合理，以权利人是否成年这种简单的二分法没有科学依据，另外死亡是一个确定的时间，但是“独立生活”如何判断？我们认为，如约定不明确，当事人应当先协商补充约定，无法达成一致的，应当推定居住权期限至居住权人死亡时截止。原因是，居住权设立的目的是保障居住权人住有所居，且因其无偿性本身带有一种帮扶救济的特征，应当以保障居住权人居住权为原则。

居住权有什么现实价值？

举一个简单的案例，最近我们代理一起离婚后财产纠纷的案件，离婚协议书中约定男方享有房产所有权，但女方享有永久居住权。离婚以后，男方却将该房屋转卖给善意第三人，导致女方永久居住权无法保障。如果拥有居住权制度，女方登记了居住权，那么男方转卖房产的行为并不能侵犯女方的居住权。换句话说，居住权

的设立将原本仅是协议约定的债权变成了一种具有对世性的物权，加强了对权利人的保护。这个案例只是居住权价值的一方面体现，除此之外，居住权还具有完善住房保障体系、保障拆迁安置中的居住权益以及为“以房养老”提供制度支持等功能和价值。

民法典第四百零六条
房产抵押给银行后，还能
转让吗？



刘莉媛律师



梁卓卿律师

民法典第四百零六条 抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。

近期，我们遇到一个咨询。事情是张先生与其太太从某开发商处购买了一套住宅。张先生以个人名义向银行贷款以支付购房款，并将该套房屋抵押登记在银行名下，张先生的太太为该笔贷款的保证人。现张先生与其太太因感情破裂，经双方理智协商，拟离婚。双方协商一致，张先生将自己所有的房屋份额全部转让给其太太，剩余贷款由其太太继续偿还。但经与银行沟通，银行明确表示除非剩余贷款由张先生继续清偿，或任意一方提前清偿剩余贷款，否则不同意张先生转让其份额。因为银行态度强硬，无可商量之余地，张先生及其太太又均无提前清偿剩余全部贷款之能力，夫妇俩争执不下，离婚

进程陷入僵局。

遇到这样的事情，我们结合现行的《物权法》与《民法典》新规进行了对比。详细对比说明如下：

《物权法》	第一百九十一条 抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。 抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。
《民法典》	第四百零六条 抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。 抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

从上述规定可以看出，抵押物的转让立法设置经历了从严格限制到相对自由的历程。《物权法》第191条将抵押物转让的前提设置为需经过抵押权人的同意，而《民法典》第406条则打破禁锢，彻底彰显了《物权法》第1条“发挥物的效用”之立法精神，赋予抵押物宽限的转让自由，即除非当事人另有约定，抵押人可以转让抵押财产。

按照《物权法》之规定，张先生将自己所有的房屋份额转让给妻子，确实需要征得银行的同意，即使其作为所有权人，也应当充分尊重并遵守抵押权人的意志。故在抵押权人不同意转让抵押财产时，与张先生有相同境遇的人，往往陷入进退两难的境地，抵押物也无法被充分发挥其物的效用。而《民法典》则充分考虑市场经济的自主性、平等性，充分尊重当事人的意思自治，除当事人另有约定外，充分保障了所有权人享有的对物的处分功能，在盘活抵押物效用的同时，还规定了抵押权人的追及力，同时也保障了抵押权人债权的实现。所以，按照《民法典》第406条之规定，银行虽为抵押权人，也应当作出合理让步，尊重张先生的处分权，只要张先生与银行没有对房屋转让作出限制性约定，张先生



仍可转让抵押房屋。若银行能够证明张先生转让房屋可能损害其抵押权，可请求张先生将转让款项提前清偿债务或者提存，但对于类似可能涉及抵押物“无偿转让”的情形，如何确保抵押权人享有要求抵押人提前清偿或者提存转让款项的权利，我们期待民法典实施后能有详细的司法解释来填补空白。

民法典第九百四十四条 不需要物业服务，业主可以 不付费吗？



↑ 任视宇律师



↑ 白绪玲

物业为业主提供经营管理服务，本该相亲相爱、亲如一家，现在却经常出现势同水火的局面。业主认为不需要物业服务，拒绝支付物业费，双方容易产生矛盾。业主和物业之间的“相爱相喷”似乎越来越常见。

2020年7月，家住朝阳区的钱某来咨询能否不交物业费的问题。钱某自2018年入住北京市朝阳区某高档小区，家住一层。钱某从未使用电梯，并认为物业清扫自家门口不够干净，坚持自己打扫。基于以上理由，钱某拒绝支付2018年至2020年的物业费，并咨询相关问题。经过沟通，钱某提出的问题有三个：

- 不需要物业服务，可以不付费吗？
- 物业可能采用什么方式跟业主要费用？
- 物业不能采取的措施有哪些？

民法典第九百四十四条 业主应当按照约定向物业服务人支付物业费。物业服务人已按照约定和有关规定提供服务的，业主不得以未接受或者无需相关物业服务为由拒绝支付物业费。

业主违反约定预期不支付物业费的，物业服务人可以催告其在合理期限内支付；合理期限届满仍不支付的，物业服务人可以提起诉讼或者申请仲裁。

物业服务人不得采取停止供电、供水、供热、供燃

气等方式催交物业费。

1. 不需要物业服务，可以不付费吗？

回答这个问题，先要分析钱某和物业之间的法律关系。根据第九百四十四条第一款的规定，业主在小区内居住生活，事实上已经享受了物业提供的各项服务，与物业形成了物业服务法律关系，不得以未接受或者无需接受相关物业服务为由拒绝支付物业费。

物业属于法条所说的“物业服务人”的一种，其服务包括对小区建筑物及其附属设施的维修养护，对小区环境卫生和秩序的管理维护。除日常保洁、保安、绿化、垃圾清运外，物业还维护各种隐蔽工程，如供暖设备、供水设备等。钱某不需要电梯、门口清洁等服务，但是，物业的其他服务她是享受了的。因此，钱某需要支付物业费。

2. 物业可能采用什么方式跟业主要费用？

根据第九百四十四条第二款，业主拒付物业费的，物业可以催告其在合理期限内支付，但是未限定催告形式。我们提醒钱某，物业采用面谈、电话、邮件、微信、短信、催收函、律师函等形式催告均可。如果钱某继续拒绝付费，物业可能进行诉讼或仲裁。

3. 物业不能采取的措施有哪些？

根据该条第三款的规定，物业虽然获得报酬的权利，但是不可采用“停止供电、供水、供热、供燃气”等方式催交物业费，这是法条用列举的方式画出的“红线”。我们安慰钱某不必为自己的正常生活担心。

最后，我们建议钱某，如果仅仅因为

她不需要物业服务，是不能拒绝支付物业费的，建议她及时补缴或者正常缴纳，预防因为违约，可能损失一笔违约金。

《民法典》第九百四十四条既是业主支付物业费的义务来源，也是物业报酬请求权的基础。业主享受了服务就有支付物业费的义务；物业行使索要报酬的权利也必须遵守民法典的规定。

民法典第一千零九条 基因编辑：悬于科学与伦理 的“达摩克利斯之剑”



陈宇律师



薛如月律师

说到轰动全国甚至全球的“贺建奎基因编辑婴儿案件”，大家一定不陌生。贺建奎利用基因编辑工具CRISPR修改了一对双胞胎婴儿的DNA，使之出生便拥有抵抗艾滋病毒的能力。此事件一出，引发了无数人对于人类本源与科学伦理的思考。贺建奎最终以未取得医师资格，构成非法行医罪，被判处有期徒刑三年。那么如果具备医师资格，是否就能够正当进行基因编辑？除了民法典此条规定以外，又是否有相关法律法规可以约束人体基因编辑活动呢？

来自江苏南京的王某是一名准备借助试管婴儿技术成为母亲的高龄备孕女性，同时她也是一名先天性心脏病患者，家族有诸多患病史。某次她无意中发现国外有研究团队曾使用CRISPR基因组编辑技术对于遗传性心脏病进行实验分析。看了贺建奎的新闻，发现他同样是使用此编辑技术完成了实验。虽然实验成功与否尚未可知，但她希

望自己日后的孩子能够避开这个魔咒，故也想借助科学医疗手段，对自己未来的孩子进行基因层面上的修正，让孩子能够避免与她一样患有先天性心脏病，却不知能否在当下找到安全又合法的途径。

依《民法典》第一千零九条，从事与人体基因、人体胚胎等有关的医学和科研活动，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定，不得危害人体健康，不得违背伦理道德，不得损害公共利益。违反此规定，将承担民事责任。

即，无论是医学临床还是科研活动，只要涉及人体基因、人体胚胎，首先应满足合法性要求，合法性的判断依据包括法律、行政法规及国家颁布的有关规定，有关活动需通过国家相关资质审批；其次，还要符合安全性原则，应对受试者有益，且不损害受试对象的生命及健康；再者，还要通过医疗或科研机构的伦理审查，获得伦理委员会的批准。伦理委员会在审查时，主要对人体基因、人体胚胎技术的合法性、是否符合伦理及社会公序良俗进行审查。只有通过审查批准的，方可开展相关治疗或科研活动。

此前，关于人体基因编辑，《刑法》及相关司法解释并无涉及人类基因的专门禁止性规定，后续的《刑法修正案（十一）》会否专设罪状，也尚属未知。此外，我国依照联合国《联合国关于人类克隆宣言》等国际法规范，有科技部和原卫生部（原国家卫计委）下发的《人类辅助生殖技术规范》等一系列规范性文件，根据其中实施技术人员的行为准则规定，禁止以生殖为目的对人类配子、合子和胚胎进行基因操作。但因《人类辅助生殖技术规范》属于行业技术规范，并无强制性处罚规定禁止相关行为。而人体基因、人体胚胎具有遗传敏感性，涉及人类的“本源性”生命密码，也涉及人类的生物学之基础、伦理学之根本，如有关单位对人体基因、人体胚胎使用不当，可能带来人体生命健康安全和伦理道德方面的风险，因此必须有严格的法律规范。此次《民法典》颁布，是我国首次在民事立法中对人体基因、人体胚胎等医学和科研活动做出的基础性规定，也是立法对“基因编辑婴儿”等事件的严肃回应。此条不仅为基因编辑划出红线，也为一个生命从最开始提供法律保障，同时还为后续出台新的法律或行政法规留有余地，避免了科学伦理“不能承受之重”。



理发师的自白

■ 杨大民 / 文

我叫理发师
只有一个小理想
做人间头等大事

我俯视
所有人的头颅
富豪 权贵 平民 罪犯

我可以
在任何人的头上
动刀 动剪 动手

我把你们的青春 刺头 白发
剪落 梳理 修整

我要让所有人
在镜子中闪亮
在世间闪光

网

■ 刘铭 / 文

生活



在西山

孟冰
文

厌倦了走平缓的大路
我开始穿越未知的森林
阳光透过层层树叶
最后被风吹散
远处有歌声传来
我想象歌者的样子
而他并不知道
我的存在，在西山

有太多的路可以选择
有太多的人可以遇见
当然你也可以停下来
对一切视而不见
野花不会因为你看不看它
就停止开放，在西山

拥挤并不代表失去自由
草木在碎石中野蛮生长
秋天来了，黄昏来了
你俯瞰山下那座巨大的城市
内心不再感到害怕
她安静的就像一片银色的湖

在西山，陌生也是熟悉
孤独也是爱情，抬起头
大地正走向永恒的天空

“情系希望、与爱同行”

——2020年度京都“泉计划”公益助学活动纪实

2020年9月，京都再度为“泉计划”10个家庭的10位孩子送去爱心。9月14日，京都将“泉计划”51,000元助学金及慰问物品送往房山法院，孩子们将收到这份来自京都律师们的鼓励和祝福。

“泉计划”助学基金于2012年6月底启动，首批确定为北京市房山区7个困难家庭的学生提供物质和精神上的帮助，并得到了北京市房山区人民法院未成年人法庭的大力支持。迄今为止“泉计划”已经坚持8年，累计为14个孩子及其家庭提供了关爱和帮助。

“泉计划”致力于向优秀学子提供物质及精神的双重支持，除提供经济帮助外，更注重对学子及父母家人的引导，帮助他们建立乐观、自信的生活态度，鼓励他们通过自身的努力创造自己的未来。目前，已经有4个孩子考上心仪大学，并提出希望将获得“泉计划”助学金的机会让给更需要关爱的同学。

种下一粒种子，收获一片生机；献出一片爱心，托起一份希望。“泉计划”汇聚了京都律所全体同仁的爱心，传递爱、传递幸福，我们相信只要心里有爱，就会燃起希望。



吴欣荣律师（左一），房山区人民法院庭长马艳佳（左二），秦庆芳律师（左三），欧洋（左四）



9月14日，京都将“泉计划”慰问物品送往房山区人民法院



国画作品：《冷清秋》

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