



P61 企业合规——国有企业投资退出的合规路径

P85 京都论法 / 从中石化被约谈看合规管理的有效性

P109 京都实务 / 刑事案件涉案财产之辩——民营企业涉刑事案件引发的思考

P118 京都实务 / 电子商业汇票追索权纠纷中，背书人如何有效对抗“无因性”担责？



小题大做 精耕细作

杨斌

2022年9月23日下午，我到首都机场T3航站楼送女儿去英国留学，她要从北京出发，先飞香港，然后转机飞往伦敦。18岁的女儿独自飘洋过海去求学，由于疫情原因，48岁的我只能送到首都机场国际出发大厅，眼含热泪目送女儿远行。

想起台湾作家龙应台《目送》中的一段文字“我慢慢地、慢慢地了解到，所谓父女母子一场，只不过意味着，你和她缘分就是今生今世不断地目送她的背影渐行渐远。你站立在小路的这一端，看着她消失在小路转弯的地方，而且，她用背影默默告诉你，不必追。”

对于孩子，远行就是成长；对于我们，怎么追也追不上。因为一代人有一代人的梦想，一代人有一代人的追求，一代人有一代人要做的事。

在女儿的航班起飞不久，我也飞往西安，参加西北政法大学第三届刑事辩护高峰论坛。见到久违的老师和同学，与师友们一起研讨“单位犯罪的程序与证据”、“刑事案件涉案财物的范围及认定”、“刑事案件涉案财物的证明”、“刑事案件涉案财物的处置”。

田文昌老师把这次论坛界定为是一场“小题大做”的会议。他说，“开过无数次的会，也参加过各种各样的论坛。总体有这样一种感觉。有的会议，标题很大，内容很空；而有的会议，题目很小，内容却很实；开会不仅仅是为了开会，开会的目的是解决具体的问题，或者寻找解决问题的方法。有的问题要“大题小做”，有的题目要“小题大做”。从刑法的角度或者刑事诉讼的角度来看，今天我们研讨的问题，题目虽然不大，但是这些问题却很重要，作为法律人，我们应该对这样的问题进行“小题大做”更应该“小题细做”，任何问题都要从根源上去分析，从原则上分析，可以大题小做，也可以小题大做。有些根本的问题，还是需要大家一起研究透彻，这是我们每一个法律人所面临的艰巨任务。”

大题小做，小题大做，大题做细，小题细做，这样的思辨、习惯和方法不正是每一个法律人和执业律师所需要

的吗。

律师本身就是匠人，通俗的说就是手艺人，干的是手艺活，熟练运用法律和法律思维为客户解决具体的问题就是我们的手艺。第一要热爱你所做的事，胜过这些事给你带来的钱，第二就是对你做的事要精益求精，精雕细琢，要有工匠精神。

门金玲教授在论坛上发言——关于《刑事诉讼法解释》第340条的解读及应对，通过对单位犯罪相关法条和司法解释的对比，

以刑法原理为视角，对刑事诉讼法解释340条“庖丁解牛”式的分析。一针见血指出340条司法解释违反刑法原理。她说“我国单位作为作为犯罪主体是1997年《刑法》中确立的，可是现在所使用的《刑事诉讼法》蓝本来源于1996年《刑事诉讼法》，立法时尚无单位主体的犯罪规定，因此，1996年《刑事诉讼法》没有单位犯罪的程序规定尚可理解，但奇怪的是2018年《刑事诉讼法》修改，也没有任何关于单位犯罪的程序规定，所以这就导致了关于单位犯罪的程序司法现状，共识性认识是“有实体，无程序”，后来2021年《刑事诉讼法司法解释》出台，在《刑事诉讼法》任何单位犯罪的程序规定的前提下，在《司法解释》中专门有一节单位犯罪的程序，其中最重要的一条就是340条。刑法司法解释第340条不但违反了程序法原理，而且还僭越了我们最基本的一个常识，就是把犯罪构成不一样，诉讼标的不一样，以及根本没有被诉主体的情况下，却允许法院经行裁判。这是控审不分的体现，法院不能主动判决一个检察院没有起诉的主体有罪，这是对不告不理原则的严重违反。”

门金玲对刑法司法解释340条的质疑和解构，既是大题小做，又是小题大做，更是大题做细。因为一条司法解释关系着每一起案件的公正裁判；关系着每一个当事人的权利与权益。正确理解和准确运用才能更好的履行律师的职责。

我们这一代法律人更要求真务实，精耕细作，把每一件事，每一个案件都做好做细做实。





专业化、团队化、国际化、综合化的大型律师事务所

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	蔡景丽	金 杰
朱勇辉	秦庆芳	王九川
公丕国	杨大民	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
孙艳辉	徐 莹	张启明
王春军	刘 玲	汤建彬
彭吉岳	牛星丽	宇文鸿雁
唐利君	陈枝辉	韩 良
关 键	王在魁	王 菲
李 波	吴宇欣	张利宾
张永福		

主 编 杨大民

编 辑 张 怡 张纪宇

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 0411-81825666

南京分所电话 025-85231119

天津分所电话 022-58963439

海口分所电话 0898-36388787

网 址 www.king-capital.com

邮 箱 info@king-capital.com

目 录

卷首语

小题大做 精耕细作 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

封面主题

企业合规——国有企业投资退出的合规路径

国有企业退出项目公司股权投资中的刑事风险识别及防范建议 孙艳辉 夏俊 / 62

关于国有企业投资退出的合规路径——通过股权转让方式 孙艳辉 / 67

国有企业破产清算常见合规风险及防范建议 孙艳辉 / 70

关于国有企业投资退出的合规路径——简析自行清算与强制清算 马思维 / 74

关于国有企业投资退出的合规路径——通过定向减资方式 许媛媛 / 78

国有企业股权转让法律风险防范——以国有股权转让方视角 陈薪全 / 81

京都论法

从中石化被约谈看合规管理的有效性 马涛 徐莹 翁小平 / 85

企业合规背景下数据处理者法律风险防范 王菲 赵腾远 / 88

直播平台合规解读：主播税务合规 林琳 程秋语 王琛 陈宇 / 91



追求卓越 不负重托

非法占用农用地罪之“农用地”的认定 李波 刘志东 / 94

股权信托中的受托人责任——三起案件及延伸 汤杰 柏高原 戒晨 高振悦 / 97

爱意下的盲目：情感诈骗中的自救指南 翁小平 闫文鑫 / 100

从滴滴案看网络游戏数据合规 李靖宇 / 103

京都实务

刑事案件涉案财产之辩——民营企业涉刑案件引发的思考 梁雅丽 / 109

案外人在刑事涉案财物处置程序中的救济方式之实务探析 王馨全 / 112

电子商业汇票追索权纠纷中，

背书人如何有效对抗“无因性”担责？ 王晓光 程彦 / 118

民事再审申请七大实务要点 熊燕华 / 122

刑辩律师的法庭辩论技巧 孙广智 / 127

虚开增值税专用发票罪辩护工作中的“六把金钥匙” 夏俊 胡瑞 / 139

律师业务专业化、标准化、规范化分享 陈枝辉 / 146

律师·生活

全国表彰！听80后女律师许俊讲述“律途”感悟 许俊 / 150

京都律师

封面题字 江 平



2022年第2期
总第140期 季刊

业 绩

朱勇辉、聂素芳律师五年鼎力辩护，被告人终由死刑改判无期

近日，由京都律师事务所主任朱勇辉律师、合伙人聂素芳律师历时五年共同辩护的王某故意杀人案在某省高级人民法院审结，被告人王某原审一审被判处死刑立即执行，经朱勇辉、聂素芳律师鼎力辩护，被告人最终被改判无期徒刑。

王某涉嫌故意杀人案由家庭纠纷引发，案发时王某与其妻因琐事产生矛盾在家中揪扯，期间女方中枪身亡。原审一审法院以故意杀人罪判处王某死刑立即执行，王某不服，提出上诉。王某家属二审阶段到北京委托京都律师事务所朱勇辉、聂素芳律师担任王某的辩护人。

面对一审的死刑判决，朱勇辉、聂素芳律师深感责任重大，接受委托后第一时间赶赴当地会见被告人王某听取其辩解意见，跟家属了解案件背景情况，并到被告人家中实地探访案发现场，还就涉案枪支等专业问题专门到相关鉴定机构咨询请教。通过会见，辩护人发现一审判决认定的事实与被告人陈述的事实存在重大差异，后经过详细阅卷并向有关人员调查取证，综合分析被告人历次供述、现场



朱勇辉律师



聂素芳律师

勘验笔录、尸检报告等证据情况，辩护人认为本案无法排除不是被告人开枪致女方死亡的可能性。在此基础上，辩护人向二审法院申请调取了被告人在侦查阶段讯问的全部同步录音

录像逐一观看比对，发现一审判决据以定案的重要证据被告人供述的真实性、合法性均存在重大问题。据此，辩护人及时向二审法院提出了排除非法证据的申请，并提交了关于一审判决认定王某构成故意杀人罪在事实上存在重大疑点的辩护意见。最终，二审法院撤销一审的死刑判决，将案件发回重审。

重审期间，朱勇辉、聂素芳律师继续担任王某辩护人，再接再厉，采取了适当的辩护思路和策略。本案的办理前后历时五个年头，办理期间又遭遇新冠疫情，几年来二位辩护人不顾自身安危往返当地数十次，多次向法院反映相关意见。最终，法院经开庭审理，部分采纳辩护人意见，对被告人的量刑由原审一审的死刑立即执行改判为无期徒刑。目前，该判决已生效，这一历时五年的重大案件终于画上句号。

“追求卓越，不负重托”，是每个京都律师的座右铭，死刑案件的辩护更是重中之重。本案的成功辩护，为京都刑辩又添上了浓墨重彩的一笔！

唐国强身份信息被冒名登记，杨大民、温艳秋律师助力维权

近日，由京都律师事务所高级合伙人杨大民律师，温艳秋律师代理的著名演员唐国强身份信息被冒名登

记一案，经北京市海淀区人民法院审理，最终判决：撤销被告北京市海淀区市场监督管理局将唐国强变更登记

为第三人唐国强影视艺术（北京）有限公司股东的工商登记行为。



业绩



杨大民律师

案情简介

本案是一起典型的公民个人信息被冒名登记为公司股东的案例。具体案件事实如下：

2017年1月24日，第三人公司冒用唐国强先生身份信息，在其不知情、未授权的情况下，伪造其签名，签署了《股东会决议》、《转让出资协议书》等文件，进而向被告提供上述虚假证明材料，最终经被告审查完成了股东变更登记。该公司在将唐国强先生变更为股东后，紧接又向被告提出公司名称变更，将公司名称由“胜者公司”变更为“唐国强影艺公司”。

但唐国强先生和该公司法定代表人以及与其签署转让出资协议的股东均不相识，对上述行为更是毫不知情。后经北京京安拓普司法鉴定中心鉴定确认，涉案《股东会决议》落款“唐国强签字”处签名字迹“唐国强”与比对样本中“唐国强”签名字迹亦非同一个人书写。

京都律师助力维权

杨大民律师、温艳秋律师在接受唐国强先生委托后，经过全面分析案情，第一时间通过笔迹鉴定、证据调取等方式对证据进行了收集和固定，综合考量相关维权救济途径后，最终决定通过行政诉讼的方式来维权。

公民个人信息被冒名登记为股东或法定代表人的情况在实务中屡见不鲜，但知名人士身份信息被冒名登记的潜在危害结果将波及更广。少数不法分子通过将知名人士身份信息冒名登记为公司股东、法定代表人获得名人效应，使得公众、组织陷入错误认识继而造成财产损失。更甚者，还会进一步实施违法犯罪行为，最终构成刑事犯罪，造成恶劣社会影响。在本案中，第三人公司就是如此，步步为营，先将唐国强先生变更登记为股东，进而将公司名称变更为含有“唐国强”字样的名称，其不良用心显而易见。

本案立案至今历时一年，疫情之下，两位律师多次奔波积极收集和固定证据，先后三次参加线上庭审活动，最终切实有效地维护了唐国强先生的合法权益，及时阻断了第三人公司假借“唐国强先生为其股东”之名对外进行虚假宣传的行为，避免了其他公民、组织被诈骗的情况发生。



温艳秋律师

法院认为

海淀法院认为，根据公司法和公司登记管理条例的相关规定，被告海淀区市场监督管理局作为工商行政主管部门，具有对本辖区内的公司变更登记申请进行审查并决定是否准予登记的法定职责。本案中，唐国强影艺公司于2017年1月24日提交的申请变更登记材料虽然在形式上符合公司登记管理条例第二条和第二十七条的规定，但上述申请材料中的《胜者公司股东会决议》中“唐国强”签名并非唐国强本人所签，本案现有证据亦不能证明上述签字系经唐国强授权所签。因此，海淀区市场监督管理局虽然对申请材料履行了审查义务，但其依据虚假申请材料作出的股东变更登记行为为缺乏事实依据，应当予以撤销。

业绩

京都所助力大唐发电成功注册中期票据160亿元



刘敬霞律师



樊利涛律师

日前，大唐国际发电股份有限公司（证券代码：601991）在中国银行间市场交易商协会成功发行了碳排放权质押担保债券、首批转型债券等创新品种，并成功注册中期票据160亿元和超短期融资券100亿元。

京都律师事务所作为中国银行间市场交易商协会会员和大唐国际发电股份有限公司的法律顾问，在此过程中提供了专业、高效的法律服务，由本所高级合伙人、金融部主管合伙人刘敬霞律师联合其他高级合伙人共同

牵头，主办律师樊利涛律师、王玥律师出具了相关法律意见书，合伙人程光律师、王颖实习律师等提供了全面支持，保障了本所法律服务工作的高效、顺利完成。

京都汤建彬律师辩护重大死刑复核案，最高院不核准死刑改判死缓



汤建彬律师

近日，京都律师事务所高级合伙人汤建彬律师办理的制造毒品死刑复核案，收到了最高人民法院作出的撤销被告人周某某死刑立即执行，改

判死刑缓期二年执行的判决书。该案中，被告人周某某涉嫌制造600余千克毒品（氯胺酮），一、二审均被判处死刑立即执行。

一、第一被告与周某某二人在制造毒品中的地位、作用、参与制毒的数量和次数均相差巨大，量刑应与第一被告有所区别

从全案的犯罪情节来看，周某某与第一被告相比，在参与制毒次数、制造毒品数量、出资、实际分得毒赃以及其他共犯与之关系等方面，第一

被告的地位和作用远远大于周某某。经汤建彬律师统计，第一被告组织参与9次共造出3100余千克毒品，周某某参与了前3起共造出600千克毒品，即使二人都被认定为主犯，周某某在共同犯罪中实际发挥的作用、主观恶性和人身危险性远远小于第一被告。基于此，汤建彬律师提出了制毒次数少、制毒数量小，犯罪地位和作用低的辩护意见。

对此问题，最高人民法院在该案判决书中认定第一被告和周某某均系主犯，但第一被告组织制造氯胺酮3100



业绩

余千克、贩卖氯胺酮80余千克，周某组织参与制造氯胺酮600余千克，“周某某制造毒品数量巨大，罪行严重，鉴于其参与制毒次数、数量少于第一被告，且在共同犯罪中的地位和作用小于第一被告，对其判处死刑，可不立即执行”，采纳了汤建彬律师的辩护意见。

二、应考虑另案处理的共同犯罪人，均衡全案量刑

关于存在多名被告人共同犯罪的死刑复核案件，法官非常重视共同犯罪人在共同犯罪中实际发挥的作用。本案涉及人员多，存在部分共同犯罪人另案处理的情况。辩护人对全案进行充分阅卷后发现，比周某某罪责大

的两名另案处理的被告人均未被判处死刑立即执行。基于此，汤建彬律师提出了基于全案量刑均衡，不予核准周某某死刑立即执行的辩护意见。

最高人民法院基于全案量刑均衡的考量，将周某某由死刑立即执行改判为死刑缓期二年执行。

牛星丽、王青楠律师成功辩护：许某涉嫌寻衅滋事罪，检察院决定不予起诉

北京市京都律师事务所高级合伙人牛星丽律师，京都律师事务所王青楠律师办理的山东省许某涉嫌寻衅滋事罪一案，被公诉机关决定不予起诉，许某重获自由、回归正常生活，合法权益得到有效维护。

本案接受委托时，许某因涉嫌寻衅滋事罪被采取拘留的强制措施，在此之前，其所经营的公司已与政府签订了投资合同，如合同无法继续履行，其除了可能需要承担本案所涉的刑事责任外，还将面临巨大的民事违约风险，故此时其家属向京都律师进行委托，是对京都律师执业水准寄予的深厚信任与期望。

第一时间争取取保候审，为不起诉打下良好基础

承办律师接受委托后，结合依法会见许某了解到的情况，认为许某极有可能不构成寻衅滋事罪。此时，为许某申请取保候审即成为首要工作。



牛星丽律师



王青楠律师

牛星丽律师通过向公安机关递交《取保候审申请书》，提出“结合案件事实与相关法律分析，许某的行为不应构成寻衅滋事罪；许某已与被害人达成赔偿和解协议并取得谅解；对于许某羁押必要性的分析...”等观点内容为许某提出取保候审申请，公安机关随后对此予以批准，许某被成功取保候审，为本案能够取得不起诉的结果打下了良好的基础。

全面了解案情，制定辩护方案，与办案机关充分沟通

承办律师经全面阅卷，充分结合公安机关移送的证据与案件的背景进行分析，认为本案事实不清、证据不足。

本案事实发生在2004年，至公安机关于2020年11月25日对案件侦查终结移送审查起诉之时，历经近十六年的时间。在此基础上，辩护人经分析认为：首先，本案的背景为“受害

业 绩

人”吕某与同案犯罪嫌疑人李某因在行业工作中发生纠纷，许某答应为帮助李某，同他人欲与吕某“理论”，属于事出有因，不符合寻衅滋事罪构成要件中“肆意挑衅，随意殴打、骚扰他人或任意损毁、占用公私财物，或者在公共场所起哄闹事，严重破坏社会秩序的行为”的情形，许某的行为不应构成寻衅滋事罪；其次，本案吕某被打事件中，许某到现场后便离开了，未参与殴打行为，对于现场不具备可控性，且实施具体殴打行为的当事人现已死亡，故侦查机关对于案发时的客观情况已无法进一步查明，事实不清；最后，辩护人提出，即便认为许某涉嫌犯罪，但本案已过追诉

时效，许某的行为亦符合法定不起诉的情形。

基于上述观点，辩护人制定了对于许某应当做出不予起诉决定的辩护方案，并积极与侦查机关、检察机关进行沟通，在接受委托的程序之中，为维护当事人的合法权益负以应尽之责。

不负重托，最终为当事人争取到不起诉决定

承办律师通过向检察机关递交《关于对许某涉嫌寻衅滋事罪不予起诉的意见书》，围绕多个辩护观点充分释明了许某不应当被起诉的事实与法律依据。检察机关经充分听取辩护律师的意见，亦本着实事求是的办案

态度，对此予以采纳，认为“被不起诉人许某的行为构成寻衅滋事罪的事实不清、证据不足，不符合起诉条件”，最终做出不起诉的决定。

本案自接受委托到取得不起诉的良好结果，经历了成功取保、在审查过程中被退回补充侦查的情形。承办律师始终积极跟进，尊重、理解当事人及其家属的诉求，与办案机关及时沟通、阐释辩护意见，尽最大可能对当事人负责、对案件负责，依法维护了当事人的合法权益，取得了理想的辩护效果。该案是京都律师代理刑事案件的成功案例，京都律师“专业、高效、负责”的工作态度不负当事人之重托！

张启明、许明律师辩护的某银行副行长职务侵占3000万元未予认定



张启明律师

北京市京都律师事务所合伙人张启明、许明律师所办理的，某银行总行的副行长王某涉嫌受贿罪一案，侦查机关认定王某涉嫌职务侵占3000万元、共同受贿30余万元，预计刑期在

十年以上，经过不懈努力，涉嫌职务侵占的3000万元在审查起诉阶段未予认定，法院以受贿罪判处王某有期徒刑三年。

侦查机关认定了王某涉嫌共同受贿罪，其中职务侵占罪是涉案罪名里量刑最重的一个罪名。职务侵占罪一罪即达到十年以上有期徒刑，在报请人民检察院逮捕中，检察机关以多罪名批捕。有关王某所涉嫌的职务侵占案件事实，实际上是基于银行揽储过程中给予奖励的内部规定，一方面由于规定不够明确，另一方奖励的获取需要使用发票冲账，使得该行为与职务侵占行为较难区分。



许明律师

案件进入审查起诉阶段以后，辩护人在充分阅卷的基础上，与检察机关沟通，提出多处书证、证人证言应当调取，并提交第一次辩护意见，从主观目的、职务便利、涉案金额等多方面提



业绩

出证据不足，建议检察机关退回补充侦查，检察机关最终同意退回补充侦查的建议。在案件重新移送后，辩护人补充阅卷后提出在主客观方面均不符合职务侵占罪的构成要件，在与检

察机关充分沟通的基础上辩护意见获得采纳，对职务侵占事实未予认定。随后，配合检察机关对受贿罪认罪认罚，并认定档次内最低刑期三年。审判阶段依据检察机关的认罪认罚具结

书，判决王某有期徒刑三年。

检察机关对辩护人中肯、积极的辩护态度和专业的辩护意见表示赞许，家属也表示满意。

京都所许明律师辩护的某上市公司董事长背信损害上市公司利益罪法院未予认定

近日，京都律师许明辩护的某上市公司董事长高某某职务侵占、背信损害上市公司利益、内幕交易案判决。本案涉案总金额数亿元，在辩护人的不懈努力下，涉案金额2.5亿元的职务侵占在审查起诉时未予认定；涉案金额3500万元的背信损害上市公司利益法院判处无罪；通过认罪认罚，对涉案金额1.08亿元、避损金额1600万元的内幕交易判处五年半有期徒刑的从轻处罚。该案是具有全国影响力的证券期货犯罪案件，曾先后被北京电视台、新浪财经、中国基金报、上海证券报等多家知名媒体深度报道。

国家逐渐加强打击证券期货犯罪力度、加重刑罚，在“零容忍”的背景下，证券期货犯罪必将会在未来一段时间内成为多查处高关注的案件类型。此类案件的辩护也将走向新的发展方向。

一、董事长被起诉背信：斥巨资购买无产权房损失定金3500万元

检察机关起诉在2015年至2016年

间，高某某利用担任北京××上市公司实际负责人、董事长的职务便利，以北京××上市公司的名义与A签订《北京市房屋买卖合同》以及《补充协议》，截至2016年8月29日支付购房款共计人民币1.653亿元。2016年9月6日，高某某以北京××股份有限公司名义从A处转回购房款人民币2030万元，并在收到A发出的《是否继续履约通知书》后仍然未履行付款义务，致使北京××上市公司损失购房定金人民币3500万元。

二、辩护人抽丝剥茧拆解证据，核实关键书证，否定了起诉事实，证明了高某某并未利用职务之便“掏空”上市公司，最终判决无罪

本案起诉书中指控的法律事实是基于在案三人的陈述及相关证言，言辞证据之间相互印证，从而认定高某某和财务总监两人利用职务便利，购买无产权的楼房并且支付定金，最后导致购房失败，使得公司违约损失定金3500万元。

辩护人通过梳理数十本卷宗，拆

解查证案件的相关银行流水、记账凭证、支付凭证、合同等相关书证，发现并佐证在公司账目上支付的购房定金3500万只是通道，并非定金。而起诉书中的定金认定是通过证言进行银行流水的拼凑，并未有实际书证。其二，辩护人还通过整理书证发现，起诉书中的购房款2030万元，只不过是财务总监用于上市公司走账的财务通道，并非购房款。据此，法院最终认可辩护人意见，上市公司并未违约，否定了定金损失的起诉事实。

本案中关于高某某背信罪名的认定，关键取决于是否适用背信罪的兜底条款。《刑法》采用列举式的方式描述了“为明显不具有清偿能力的单位或者个人提供担保”等五类背信损害上市公司利益罪的罪状，同时在第（六）项中采用兜底方式规定了“采用其他方式损害上市公司利益的”行为。从刑法体系解释和目的解释的方法，该条款列举的前五项均系公司高管通过与关联公司不正当交易“掏空”上市公司的行为。从本案看，高某某的行为显然不是背信的典型罪状。

业 绩

在案证据可以证实高某某有真实购买涉案房产的意愿，并无利用购买房产“掏空”上市公司的故意。虽然购买时的房产无房产证，但在购买过程中A因出售房产的原因已申领了房产证。高某某虽然未尽到尽职调查的义务，但并未以明显不公平、不合理价格购买涉案房产。且根据书证可以证实，回转2030万元款项不属于购房款，损失定金的事实与该行为缺乏刑法上的因果关系。最终合议庭采纳了辩护人的全部辩护意见，判处高某某不构成背信损害上市公司利益罪。

三、上市公司发展中存在共性问题，国家对证券期货犯罪“零容忍”的背景下，此类案件的辩护也将走向新的发展方向

中国市场经济飞速发展，后疫情时代合规已在全国铺开，上市公司在近年中大量存在的违规披露、关联交易、违规担保、内幕交易等的共性问题层出不穷。因此为了保护上市公司及股民利益和市场经济秩序，国家逐渐加强打击证券期货犯罪力度、加重刑罚，对其“零容忍”。

（一）刑法修订加重证券期货犯罪刑罚

2021年3月生效的《刑法修正案十一》中将欺诈发行证券罪刑罚从最高五年有期徒刑修改到十五年有期徒刑。将违规披露、不披露重要信息罪刑罚从最高三年有期徒刑修改到十年有期徒刑。可以看出国家在打击证券期货犯罪中的刑罚力度加强，特别是违规披露行为在上市公司普遍存在，规避的方式多种多样，但作为证券期货犯罪中比较容易认定的兜底罪名，在未来几年惩处将出现大幅度增长。

（二）中办、国办下文要求对证券期货犯罪“零容忍”

2021年7月中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于依法从严打击证券违法活动的意见》，要求对证券期货犯罪“零容忍”，加大打击力度和范围，加强北京、深圳等证券交易所所在地审判工作建设，落实中级法院和同级检察院证券期货犯罪一审级别管辖，加大行政处罚、司法判决的执行力度。

（三）最高检、公安部印发公安机关管辖刑事案件立案标准的规定

（二），加大了对内幕信息知情人的处罚力度

2022年4月，最高检、公安部联合印发了《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》，对九类证券期货犯罪的立案标准进行了重新规定，加大了惩罚力度，对内幕交易中交易主体是《证券法》规定的内幕信息知情人的，立案标准减半，即内幕交易获利或者避免损失数额在二十五万元以上，或者证券交易成交额在一百万元以上，或者期货交易占用保证金数额在五十万元以上的均应立案查处。

在国家对证券期货犯罪“零容忍”的大背景下，将导致证监会加大对证券违法行为的查处，对之前未移送的内幕交易、违规披露等证券期货案件将全部移送至公安机关查处，之后此类案件也必然从严查处。在未来一段时间内，证券期货犯罪在全国（尤其是北京、深圳、上海等证券交易所所在地）必将会成为多查处高关注的案件类型，此类案件的辩护也将走向新的发展方向。

用刑事思维破民事难题，让原告从胜诉到撤诉

在一起民间借贷纠纷案件中，一审法院判决被告败诉，二审法院发回一审法院重审，重审法院根据开庭前的谈话内容，追加了一名新的被告

欲承担共同还款责任。

临近开庭，被告委托了京都律师事务所律师的合伙人律师徐伟和实习律师王思宇，律师接受委托后，利用刑事思维，

另辟蹊径找到了新的答辩角度，庭审结束后，原告向法官主动申请撤诉，当事人成功避免了经济损失。



业绩



徐伟律师

一、“狸猫换太子”，被告一审惨败

据原一审判决书显示，双方主要的争议焦点是借贷关系是否存在。原告为了证实借贷关系客观存在，向法院提交了《还款协议》、转账凭证、银行交易明细。原一审法院认为以上证据已经能够形成证据链条，足以证明借款关系的存在，遂判决被告不仅要支付本金，还要支付5年年化24%的借款利息。

被告则告诉律师，转账凭证与银行交易明细是另一个借贷关系产生的材料，这些材料被原告恶意使用，与本案的《还款协议》拼凑成了新的借贷关系。而《还款协议》约定的款项，原告并未实际支付。

二、用好刑事思维，重振旗鼓，应对重审一审开庭

重审即将开庭，双方并未提交实质性的新证据，被告的答辩意见也没有新的变化，在此基础上，如何才能破这个局呢？

律师向法院申请调取了原一审所有材料，这其中包括了大量谈话记录，通过梳理谈话记录及原一审原告证据材料，律师认为原告可能是职业放贷人。同时，律师还找到了相关判决书，判决书内容显示，原告曾向银行及小额贷款公司进行高利借款，结合本案的高利息情况，该人涉嫌“高利转贷罪”。

根据以上材料，律师重新组织了答辩结构：首先，对原告的证据体系提出质疑，驳倒对方诉讼主张；其次，引导合议庭对本案中高利息的事实予以关注，最终提出原告涉嫌高利转贷罪的质疑。

三、庭审中充分发挥，败诉局面出现转机

庭审当天下着大雨，原告要求二被告承担共同还款责任，律师则按照既定的结构展开了答辩，新的法官一开始并未意识到狸猫换太子的事实，随着律师耐心的解释，和对证据中可疑之处的展示，法官逐渐意识到了案件可能存在的问题。

举证质证阶段，律师指出多处疑点，如《还款协议》中约定的是现金支付，但原告却提供转账凭证，双方约定的还款时间和银行流水反映的时间存在较大间隔等。

面对质疑，原告称：“约定的还款时间和实际还款时间存在较大间隔的原因，是因为被告是我的朋友，到期后我多给了他一些时间”。律师则



王思宇实习律师

反驳称：“既然是朋友，为什么借钱给朋友，会跟朋友约定年化60%的利息呢？”此类看似不合理之处在案件中比比皆是，律师逐一向法官进行了展示。

辩论阶段，律师对案件进行了全面复盘，并以“这是一个很有意思的案件”作为辩论开端，向法官论述了为何本案存在诸多不合理之处，原告无法提供较为全面的证据材料，因为本案是个狸猫换太子的案件，而原告之所以要这么做的动机，有可能是希望借此获取额外利益，用于偿还其他败诉的高利借贷案件。最后，律师将原告因高利借贷败诉的案件情况向法官进行了陈述。至此，律师比较完整地完成了事先计划的答辩结构。法官在辩论结束后，要求原告主动提交转账流水，向法院说明出借款项的来源情况。

庭审结束后不久，原告选择主动撤诉。

业绩

京都所徐伟律师、石因律师介入案件，历时10个月，肇事者终于被刑事立案

2021年10月2日22点，嫌疑人酒后驾驶电动三轮车将受害人撞致昏迷。事故发生后，嫌疑人拒不承认撞人事实，由于缺乏目击证人和现场事故录像，事故认定书一直无法出具。家属委托京都律师事务所徐伟、石因律师介入后，经过律师的努力，嫌疑人现因涉嫌交通肇事罪被刑事立案。

受害人在此次事故中身体受到严重损害，包括右侧颅脑损伤、右侧颅内积气、右侧颅骨骨折、额叶脑挫裂伤、左侧肋骨骨折、左侧多发肋骨骨折，简而言之，头部与胸部受严重损伤，意识较为模糊，已被送往省外救治。

事故发生后，嫌疑人不仅未能及时救治受害人，并否认撞人事实，交警队委托鉴定机构，通过分析车辆痕迹，对比车辆擦痕与受害者衣物纹路等方法，给出了三轮车与受害人碰撞并摔倒，可以形成痕迹的结论。换句话说，三轮车可以被确定是肇事车辆。

律师介入案件后，初步认为嫌疑人涉嫌交通肇事罪，因为根据《关于



石因律师

审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，酒后驾驶机动车辆，致一人以上重伤，负全部责任的，构成交通肇事罪。

但律师发现本案历时5个多月，不仅受害人伤情尚未鉴定，而且交警队刚出具的《事故认定书》遗漏了嫌疑人酒后驾驶及否认肇事的情节，且存在适用法律错误的情形，这对追究嫌疑人刑事责任非常不利。

办案交警则认为嫌疑人并不涉嫌刑事犯罪，理由主要为：即使血液酒精浓度含量较高，但电动三轮车不属于《刑法》规定的机动车辆，所以不

用承担刑事责任。

为此，律师一边代受害人及家属提起事故认定书复核申请，一边督促交警队对受害人进行伤情鉴定，确定是否构成重伤。

经过与交警多次沟通，2022年5月，交警队在新《事故认定书》中补充明确了嫌疑人酒后驾驶和否认肇事行为的事实，同时，交警队认可涉案电动三轮车属于《刑法》规定的机动车辆。

2022年7月，交警队收到受害人构成重伤的鉴定结论。

2022年8月8日，现有证据证实嫌疑人的行为与法律规定的追责情形完全符合，交警队通知受害人家属，对嫌疑人已正式刑事立案。

值得庆幸的是，受害人经过长达10个月的治疗，已经恢复意识，现已出院回到家中继续治疗。

至此，案件已进入刑事程序，律师将会代理受害人及受害人家属继续追究嫌疑人的刑事及民事责任。

赔偿谅解后被害人又强烈要求追究当事人的案件终获不起诉

刘记辉律师、翁小平律师办理的古某某涉嫌故意伤害一案，被害人获得赔偿并出具谅解书后，又强烈要求办案机关追究当事人的刑事责任。经过不懈努力，该案在审查起诉阶段最终取得不起诉的结果。

这是一起酒后纠纷引起的案件。古某是一名设计师，周末与朋友们聚会，在聚会过程中有朋友与旁边其他人发生纠纷。他出于哥们义气，一时冲动打了被害人，造成了轻伤的结果。随后，古某被刑拘。

律师介入后，在侦查阶段，经过大量的沟通工作，古某某及其亲属与被害人达成了赔偿谅解协议，被害人也出具了谅解书，古某被取保候审。按照诉讼进程，案件被移送到检察院后，辩护人及时阅卷并提交了建议不予起诉意见



业绩

书，检察官回复根据本案的具体情况，可以考虑作不予起诉决定。

但是，就在这个关键时刻，意外发生了。当检察官向被害人核实赔偿谅解的情况时，被害人却表示虽然收到了赔偿款，但仍然强烈要求检察院继续追究古某某的刑事责任。检察官将上述变故告知了辩护人，并表示将对本案继续起诉，但会给古某某一个最低的量刑建议。面对这样的变故，辩护人明确表示不能接受。鉴于此，辩护人针对新情况再次提交了补充意见并着重强调：赔偿谅解的法律效力；国家机关应当引导维护社会的诚信价值；继续追诉必然会减少此类案件侦查阶段被害人获得赔偿的



翁小平律师

概率，不利于社会矛盾尽早化解；继续追诉还会导致当事人双方以后会要求在检察官见证下进行赔偿工作，势必增加检察院的工作量等多个方面进行充分论证。提交意见后，律师又与检察官进行了多次沟通。最终，检察院经过慎重研



刘记辉律师

究，决定对古某某不予起诉。

事后，检察官对辩护人积极的辩护态度和专业的辩护意见表示赞许，古某某及其亲属也非常满意刘记辉、翁小平两位律师的辩护工作。

京都所为大连船舶重工集团海洋工程有限公司提供进出口关务合规服务



王馨全律师

北京市京都律师事务所（以下简称“京都所”）与大连船舶重工集团海洋工程有限公司（以下简称“大船海工”）正式签订合作协议建立合作关系并已取得阶段性成果。

一、京都所与大船海工形成合作关系，为其持有的全部海洋钻井平台



王晓光律师

提供法律服务

双方的合作协议约定京都所由合伙人王馨全律师牵头组成服务团队，为大船海工就其所持有的全部海洋钻井平台处置过程中涉及到的进出口关务问题，提供专业法律咨询服务。

大船海工是国内建造历史最悠久、经验最丰富、完工产品最多的海洋工程



李嵩律师

建造公司之一，是全国海工装备制造业最高水平的国有船企代表之一，是国内规模最大、最具国际竞争力的现代化船舶总装企业之一。大船海工曾是大船重工旗下负责海洋工程的公司，它充分利用母公司大船重工的技术和资源，实现了飞速发展。1971年时，正是大船海工前身公司交付了中国第一座海上石油钻

业 绩



程彦律师

井平台，另外，我国第一座高端400英尺自升式海上石油钻井平台也是大船海工在2006年交付的，为国内首制。企业在自升式钻井平台领域处于国内绝对领先地位。

本次项目既体现了大船海工对京都



王子辰实习律师

所在进出口关务解决方案、企业合规领域的专业性及突出优势的肯定和认可。京都所也将继续秉承“追求卓越、不负重托”的执业精神，为相关企业提供高质量的法律服务，助力实现“全面依法治国”中的依法治企、法治兴企、法治

强企的社会目标。

二、合作目前已取得阶段性成果，成功助力大船海工完成首次处置

协议签订后，服务团队积极开展相关工作，目前已经就合作的第一座海洋工程平台处置项目取得了阶段性成果，成功助力大船海工首次利用海关特殊监管区域完成自升式钻井平台处置，解决了传统海工平台建造企业近年来海工平台处置陷入困境这一难题，为后续大船海工平台处置项目的开展奠定了坚实的基础。

王馨全律师、李嵩律师成功辩护， 私卖游戏推广赠品职务侵占案证据不足最终撤案

何某原系某著名直播平台游戏事业部经理，负责游戏直播推广工作。国内著名游戏运营公司委托该直播平台来做某款热销游戏的市场推广工作，并为该直播推广活动打造了专属定制的游戏人物服装（游戏道具）并以CDK兑换码的形式发送给何某，用以作为游戏推广活动的赠品。何某等人私卖上述CDK兑换码并获利百万余元，公安机关认为何某等人的行为涉嫌职务侵占，并对何某等人采取刑事强制措施。

北京市京都律师事务所合伙人王馨全律师和李嵩律师作为何某的辩护人，经过分析研判认为何某的涉案行

为不构成职务侵占罪，在审查批捕阶段与检察机关积极沟通辩护意见，最终获得证据不足不批捕的决定，全案当事人取保候审，此后案件成功撤案。

律师认为，职务侵占罪要求行为人非法占有本公司财物，给所属公司造成财产损失，而涉案行为没有致使直播平台公司的财产权益遭受损失，因而不构成职务侵占罪。具体理由如下：

一、游戏道具兑换码（CDK）直播平台公司免费取得，免费送出，过期失效

为了推广该款游戏，游戏运营公司免费将大量CDK码发给直播平台公

司，直播平台公司并未针对该部分CDK码支付价款，系免费取得。此外，游戏推广活动中，CDK码即定制游戏任务服装兑换码也是对参与游戏直播的玩家免费送出，不收取任何费用，并且这些兑换码大都有有效期，有效期未兑换的会自动失效。

二、定制游戏任务服装游戏公司与直播平台公司均不进行销售，直播平台公司财产权益无损失

直播平台公司本身并不将上述游戏推广特别定制版服装用于销售，游戏公司也不对外售卖。正因为该特别定制装备直播平台和游戏公司都不



业绩

卖，所以无论是直播平台公司还是游戏公司的财产权益均无损失，这是本案直接区别于其他类似案件被认定职务侵占罪类案的决定性因素。

而且，因为CDK码的生成并无实际成本，游戏公司所给的CDK码量非常大，远超活动所需，剩余部分用于赠与或私下售卖，本身并不影响直播平台公司推广活动中的赠送量。

因此，行为人私卖部分定制游戏人物定制服装的行为并未造成直播平台公司的营业损失，也未影响游戏运营公司的游戏推广活动效果。

三、虚拟财产不应以个别私下交易价格确认其价值

尽管该案中CDK码有个人间交易

价格，但不宜以该价格认定CDK码的市场价值。

首先，网络游戏中道具等虚拟财产与传统意义上的财物存在明显差别，虚拟财产的法律属性仅是计算机信息系统数据，其价值认定一直是困扰司法实践的难题，在财产类犯罪的财物价值认定上尤为突出。目前，关于网络虚拟财产的价值如何认定，理论界和司法实务界尚没有统一的、能够被普遍认可的计算标准和计算方法。首先，目前司法解释并未规定网络虚拟财产的价值如何认定，司法实践中缺乏明确的认定依据；其次，在客观意义上而言，网络虚拟财产本身并没有价值，其价值大小只能于网络使用者交易时商定，难以从一个客观的角度加以认定，也难以客观公正地

设立一个具有专门鉴定资质的第三方机构加以认定。

其次，类案判决已经否定了以个别交易价格确定虚拟财产价值的做法。在深圳市南山区人民法院作出的曹某、陈某职务侵占案（2015）深南法刑初字第132号判决中，法院认为“关于本案犯罪数额，因犯罪对象的出售金额可能受买卖双方的议价能力的影响而上下波动，并不能直接反映受害单位的营业损失，故被告人曹某出售涉案虚拟装备的金额不能认定为本案犯罪金额。”

综上所述，涉案行为人等私下卖出活动推广赠品游戏道具的行为虽然不当，但该行为没有损害直播平台公司的财产权益，故不构成职务侵占罪。

京都所李志广、宁瑜律师有效辩护，某串通投标案，全案不予批捕

2022年7月14日，某行业头部企业分公司负责人及市场部主管因涉嫌串通投标罪被刑拘，公司秉承“对全体员工前途负责”的企业文化，经过慎重选择，委托李志广、宁瑜律师为涉案人员辩护。两位律师经过32天坚持不懈的努力，2022年8月16日，检察院做出不予批准逮捕的决定，全案嫌疑人取保候审，回归工作岗位，案件取得阶段性辩护成果。

一、隔离期满立即会见，了解案情

疫情背景下，李志广、宁瑜律师接受委托后，提前赶赴办案单位了解案

情，在二嫌疑人从隔离点转至看守所一小时后，即依法开展会见工作。第一时间了解案情，告知法律规定；并于次日再次会见，补充落实案件细节，沟通辩护思路。



李志广律师



宁瑜律师

二、准确把握案件核心，提交意见

李志广、宁瑜律师从案件背景出发，结合案涉事实及串通投标罪相关法律规定，连夜形成辩护意见，在二次会

业 绩

见后，即与经侦办案人员沟通意见。在案件报捕阶段，李志广、宁瑜律师准确把握案件核心，提出二嫌疑人实施串通投标行为目的是为保证招标顺利开展，未对招标工作造成实质性影响等意见，并于第一时间向承办检察官提交了不予批捕的法律意见书。

三、结合司法政策背景，精准沟通

李志广、宁瑜律师在与承办检察官沟通不予批捕意见的同时，提出该案暴露了公司管理方面存在的问题，结合最高检全国推行开展企业合规改革试点工作，表达了公司有意为此启动专项合规整改工作的意愿，得到了承办检察官的

高度认可。次日，检察机关作出不予批准逮捕决定。

二嫌疑人在被羁押32天后重返工作岗位。此阶段性成果既是对二位辩护律师工作节奏、专业知识和不懈努力的肯定，也是对公司未来合规建设的期许，李志广、宁瑜律师的辩护工作得到了当事人和公司的一致认可。

京都所朱坤律师、杨烨实习律师努力辩护， 两起刑事案件当事人均不予批准逮捕并取保候审



朱坤律师



杨烨实习律师

近日，京都所朱坤律师、杨烨实习律师办理了两起刑事案件，一起涉嫌倒卖文物罪、一起涉嫌故意伤害罪。两起案件在检察院审查批准逮捕阶段，均不予批准逮捕。两位当事人均被变更羁押措施为取保候审，得以重获自由，与家人团聚。

一、涉嫌倒卖文物罪嫌疑人被不予批准逮捕

朱坤律师承接案件后，经依法会见了解案件情况后，对涉案物品是否属于文物提出质疑。随后，公安机关委托司法鉴定，鉴定结论显示涉案物品不属于文物。鉴于倒卖文物罪的犯罪对象仅限

于国家禁止经营的文物，既然涉案物品不属于文物，那么嫌疑人从根本上不构成倒卖文物罪。

虽然倒卖文物罪不成立，但朱坤律师又考虑到嫌疑人是否会涉嫌诈骗罪。会见中，经询问嫌疑人，朱坤律师了解到涉案物品是嫌疑人从他人处高价购得，一直以为是真古董。嫌疑人对外出售涉案物品时，没有夸大宣传，也没有承诺“保真”，只是让购买人“凭眼力”出价。朱坤律师认为嫌疑人事先并不知晓涉案物品是假古董，出卖时也没有虚构事实、隐瞒真相的行为，嫌疑人也不构成诈骗罪。检察院审查批捕阶段，朱坤律师将嫌

疑人既不构成倒卖文物罪，也不构成诈骗罪的意见与检察院沟通，最终检察院作出不予批准逮捕的决定。嫌疑人在被羁押的第37天，被变更羁押措施为取保候审，得以与家人团聚。

二、涉嫌故意伤害罪嫌疑人被不予批准逮捕

朱坤律师承接案件后，从嫌疑人家属处了解了基本案情。鉴于案件事实相对简单，朱坤律师认为公安机关很可能会在嫌疑人被拘留后的3-7天内，提请检察院批准逮捕。经征得被害人同意，朱坤律师协助嫌疑人家属与被害人协商和解事宜，并在公安机关准备提请检察院批准逮捕的前一天，与被害人达成《和解协议》，被害人也出具了书面《刑事谅解书》。随后，朱坤律师向公安机关递交了《和解协议》和《刑事谅解书》，并提交了《取保候审申请书》。次日，公安机关通知嫌疑人家属，决定延长对嫌疑人的羁押期限，并表示会上报朱坤律师递交的《取保候审申请书》。两日后，公安机关答复朱坤



业绩

律师，嫌疑人因“采取取保候审措施不足以防止发生社会危险性，且该人有逃跑可能”而不予取保候审。

检察院批准逮捕阶段，朱坤律师经与批捕检察官沟通，了解到批捕检察官着重关注嫌疑人是否认罪、是否具有逃

跑可能性两个问题。朱坤律师、杨烨实习律师在依法会见嫌疑人的基础上，向检察院递交了《不应对嫌疑人批准逮捕的律师辩护意见》。最终，检察院采纳朱坤律师、杨烨实习律师的辩护意见，对嫌疑人作出不予批准逮捕的决定。嫌

疑人在被羁押的第14天，被变更羁押措施为取保候审，得以与家人团聚。

“追求卓越，不负重托”是每个京都人的座右铭，刑辩之路，京都律师必将砥砺前行。

错输密码账户冻结 ——蔡康苗律师成功办理一起已故亲属银行余额继承案



蔡康苗律师

本案缘于李女士的母亲张某于2019年1月去世后，一家人对张某的遗产继承均没有异议，李女士持母亲银行卡欲将卡内余额取出，却由于一时输错了密码导致银行账户被冻结，银行告知李女士必须出具李女士具有继承权的证明才能取出卡内余额。

欲证明李女士（即李某甲）是张某的合法继承人，一般有两种途径：一是取得公证处的继承权公证文书，二是取得法院判决或调解由李某甲继承卡内余额的生效文书。

一、亲属关系梳理

张某与前夫李某生育了李某甲和李某乙，后双方于2002年7月离婚。张某

于2012年5月与谭某结婚，结婚时谭某与前妻的子女已成年。张某与谭某婚后未生育子女，张某的父母张某江、刘某红均先于其去世。亲属关系图如下：

二、确定办理路径

据李某甲陈述银行卡应是母亲再婚后所办，那银行卡余额应是张某和谭某的夫妻共同财产，其中属于张某的份额应当予以继承，继承人分别是李某甲、李某乙和谭某。考虑到诉讼时间长，优先考虑公证，但是公证处需要查询被继承人及继承人的人事或者学籍档案，本案被继承人生前没有工作单位，没有人事档案，且继承人李某甲和李某乙也没有人事档案也难以找到学籍档案，因此公证处的要求无法满足。李女士只好向法院起诉。

三、诉前调查取证

当事人已有证据：张某的离婚证、张某再婚时的结婚证、张某死亡证明及户口簿。

为形成完整的证据链，需要就张某江、刘某红的死亡时间、李某甲与李某乙分别与张某的亲属关系需要进行调查取证。

张某江、刘某红的死亡证明：向张某江、刘某红户籍所在地的派出所调查时发现没有登记张某江、刘某红的死亡情况，据李某甲陈述因当时家庭条件一般，姥姥姥爷均是在家里去世并安葬，并非在医院去世并火化，因此派出所、医院、殡葬场均无法出具死亡证明。由于时间太久，墓碑也不清楚，无法证明去世时间，故只能请求村委会配合出具死亡时间的证明。



业 绩

李某甲与李某乙分别与张某的亲属关系证明：据李某甲陈述张某与李某、李某甲、李某乙一家户籍曾在一起均在河南某地，后因李某甲上学迁出户籍，张某因再婚户籍迁到北京海淀区。李某甲委托亲属在原户籍派出所仅调取到李某乙与张某的母子关系证明，派出所称未查到李某甲的相关信息，无法出具证明。我们转而请求村委会出具李某甲与张某存在母女关系的证明。

四、诉中同行协助继续调查取证

形成初步的证据链后，本案以继承纠纷成功立案，后律师向法院申请调取银行卡的开户时间，成功调查出取得银行卡开户时间是2017年6月，也即确定是再婚期间的存款属于张某和谭某的夫妻共同财产。就派出所为何无法出具

李某甲与张某存在母女关系的证明，律师又向法院申请去户籍地派出所调取张某的子女情况，鉴于疫情不便出差的情况，在河南律师同行的协助下才取得派出所的亲属关系证明。

五、取得民事调解书、成功取现

时隔立案一年后法院通知开庭，本案达成调解，确认李女士继承该银行卡余额，其他继承人放弃继承。一拿到《民事调解书》，律师当即陪同李某甲及家人赶在银行下班前将卡里余额全部取出。

六、写在最后

在等待法院开庭的过程中当事人一再问，我们家没有争议，为什么法院总要这个证据那个证明呢？殊不

知，亲属关系不适用自认，当事人主张的关系都需要证据证明，受时空影响证据取证环节往往最耗时耗力。

本案办理中就存在如下障碍幸而解决：

一是相关当事人的亲属关系及去世时间证明均需在外地调查，需要协调亲属或者律师同行去办理；

二是受历史发展的局限性，当初想要查找张某与李某的离婚协议以证明子女情况，但在民政局却没有存档，据委托人说当地那时离婚无需离婚协议，只需要双方同意离婚就能取得离婚证，故只能向派出所要求调取关系证明。

想起去年委托时愁容满面的李女士，再看到现在满心欢喜李女士，这就是我们工作的意义，追求卓越，不负重托！

谁动了我的利益？

——王梦楼律师、李亚飞律师代理一起涉及拆迁利益的案件



王梦楼律师

近日，京都（南京）律师事务所王梦楼律师、李亚飞律师共同代理的一起涉及拆迁利益的案件，经江宁经济开发区法院判决，终于尘埃落定。

该案件历时2年多时间，维权战场



李亚飞律师

从村委会、拆迁办辗转至法院，经过两位律师的不懈努力，最终成功为当事人争取到了应得的拆迁利益。

委托人刘女士与其丈夫陈先生同为南京本地人，因陈先生的工作原因，

常年生活在北京。两人虽在北京事业稳定，但始终心怀“落叶归根”的想法，希望在年老后能回到自己童年生活成长过的家乡，安享静谧的晚年。

2009年，陈先生找到老家亲戚王某，在其屋后的空地上出资建造了2层房屋。房屋建成后，陈先生因病需长期留在北京接受治疗，故房屋一直由亲戚王某一家照看。2018年底，陈先生不幸因病离世，老家的亲戚王某得知死讯后，立即找到遗孀刘女士，以该房屋是建立在自己家宅基地上为由，要求对房屋进行一人一半的分割。尚处在丧偶悲痛中的刘女士基于对夫家亲戚



业绩

的信任，同意了该方案并签订了由王某起草的协议。

2020年案涉房屋所在的南京江宁禄口街道突然发布拆迁公告，因建造河堤防汛工程之需，对西某村进行集体搬迁，而案涉房屋就在拆迁征收范围内。刘女士得知此消息后，多次找王某协商拆迁补偿分配问题，王某一边安抚刘女士不要着急，一边故意隐瞒房屋当初是由陈先生出资所建的事实，凭借其是西某村前任村支书的身份优势，单方面与拆迁办达成了拆迁协议，将刘女士完全排除在外。

万般无奈之下，刘女士找到我所律师维护其合法权益。

王梦楼、李亚飞律师在接受委托后，多次代表刘女士前往西某村与王某一家进行交涉，在感觉到王某一家并无实质诚意后，两位律师果断找到村委会及拆迁办主任，将被拆迁房屋是由陈先生实际出资建造的事实告知了征收单位。通过“案涉房屋有产权争议，尚不能纳入征收范围”，以延缓王某一家的拆迁进度给其施压。在律师的不断努力

下，王某终于松口愿意与刘女士协商，但具体的补偿金额与法律规定的标准仍存在实质差距，也未达到刘女士的心理预期。

在僵局迟迟不能打开的情况下，王梦楼、李亚飞两位律师向法院提起了诉讼，但诉讼的过程却一波三折。一审法院认为“刘女士不是西某村村民，不能取得案涉房屋所有权，因而不能获得案涉房屋拆迁补偿利益”，驳回了刘女士的诉讼请求。两位律师随即调整诉讼策略，以王某所起草的“一人一半”的协议作为案件突破口，再次提起诉讼，但这次却被一审法院直接裁定“不予受理”。

面对二连三的不利结果，当事人不禁心灰意冷起来。但王梦楼律师和李亚飞律师并不气馁，依旧保持着高昂的斗志，继续向二审中级人民法院提起上诉。在团队律师的不懈努力之下，二审中院裁定驳回一审法院“不予受理”的裁定，由一审法院继续审理该案。至此，案件终于有了“一线生机”。

为了把握住来之不易的转机，两位律师一方面指导当事人辗转找到当年实际建造案涉房屋的建筑工人林某，组织其作为证人出庭。另一方面向法院申请调查令，将案涉房屋包含《拆迁协议》在内的全套拆迁材料调出，以明确补偿金额，以期让刘女士诉讼请求的金额达到“具体”“明确”且“可执行”的程度。

最终，法院这一次判决支持了我方的诉请，刘女士终于获得了较为满意的补偿金额。

随着国家城市化进程的发展，大中城市的拆迁工程近些年来一直如火如荼的进行。得益于国家近些年的政策，无论是补偿房屋还是补偿货币，被拆迁人所能获得的利益往往都十分丰厚。但面对“从天而降”的巨大利益，由于人性的弱点无法禁得住考验所导致的矛盾纠纷，也层出不穷。眼前的经济利益往往是一时的，而亲情是长远且弥足珍贵的，但如果有人在利益前放弃底线，那通过法律途径去维护权益则是最合适的选择。

动态

西北政法大学第三届刑事辩护高峰论坛隆重召开

9月24日上午，西北政法大学校庆85周年系列活动之“西北政法大学第三届刑事辩护高峰论坛”在陕西宾馆开幕。中华全国律协刑事辩护委员会顾问、京都律师事务所名誉主任、西北政法大学刑事辩护高级研究院名誉院长田文昌，中国社会科学院大学副教授、京

都律师事务所兼职律师门金玲，京都律师事务所主任朱勇辉，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，京都律师事务所合伙人王馨全，京都律师事务所傅庆涛出席会议并做主题发言。

中国刑法学研究会副会长、西北政

法大学教授王政勋，西北政法大学刑事辩护高级研究院理事长汪功新、陕西省律师协会副会长姚子奇出席会议。

本次论坛共分四个单元，分别就“单位犯罪的程序与证据”、“刑事案件涉案财物的范围及认定”、“刑事案件涉案财物的证明”以及“刑事案件涉

动态



西北政法大学党委副书记、校长范九利致欢迎辞



中华全国律师刑事辩护委员会顾问、京都律师事务所名誉主任、西北政法大学刑事辩护高级研究院名誉院长田文昌致开幕辞



论坛开幕式由西北政法大学副校长马朝琦主持



案财物的处置”等问题研讨。

第一单元 单位犯罪的程序与证据

针对单位犯罪，田文昌律师主要从以下几个方面提出了一些值得关注及研究的问题。第一，单位犯罪这个概念在我国出现较晚，是在1997年刑法中补

充设立的罪名。第二，单位犯罪实际上就是国际社会通行的法人犯罪，在我国之所以叫做单位犯罪，正是因为争议激烈，即便后来明确对法人犯罪做出规定后依旧采用了单位犯罪的概念，没有适用国际社会通行的法人犯罪的概念。第三，单位犯罪的争议之所以大，其深层原因在于经济性质不同。改革开放以后，我国从计划经济走向市场经济，两种经济体制长期并存。在计划经济体制下企、事业单位的财产都是国家所有，对单位进行处罚就意味着处罚所有者本身，所以没有单位犯罪的概念。第四，随着经济改革的深入，随着民营经济的发展，单位犯罪的现象越来越多，因此对单位犯罪处罚的必要性也日益凸显。第五，虽然法律对单位犯罪有了明确的规定，但是在单位犯罪和自然人犯罪的界限划分上仍有很大的难度，这个问题直到今天依旧没有彻底解决。最后，从现有立法上可以看出，单位犯罪和自然人犯罪在量刑力度上有所不同。有些犯罪比如单位行贿，对自然人犯罪的处罚最高可判处无期徒刑，而单位行贿最高刑才五年。这也导致在司法实践当中单

位犯罪和自然人犯罪的界限划分模糊，因此争议较大，给司法活动带来诸多难题，但同时也给律师带来了更大的辩护空间。



门金玲老师针对“单位犯罪”的程序与证据，以行贿罪与单位行贿罪为例，共谈了三个方面的问题：第一，我国“单位犯罪”有实体无程序的现状；《刑事诉讼法》对单位犯罪的程序只字未提。第二，2021年的《刑法司法解释》第340条规定在检察院不接受司法建议坚持起诉自然人的情形下，允许法院变更起诉的犯罪主体，适用单位犯罪条款裁判，有违“不告不理”之嫌。第三，建议对《司法解释》第340条做限缩解释，只适用于自然人与单位犯同时构成要件相同的不纯正单位犯。对纯



动态

正单位犯，诸如单位行贿罪，与行贿罪有着不同构成要件，检察院不接受司法建议坚持起诉自然人犯罪的，人民法院应依法判决无罪。最后，门金玲老师以“无程序无法治”结束了主题发言。

第二单元 刑事案件涉案财物的范围及认定



梁雅丽律师以“刑事案件涉案财产之辩——民营企业涉案案件引发的思考”为题进行主题分享。在传统的刑事诉讼背景下，“重自由舍财产”、“重人轻物”是普遍存在的观念。双方都强调定罪量刑的公正性，而忽视财产处理的合法性。一直以来，刑事案件中的涉案财产之辩并不受重视，但随着反腐案件、涉众案件、涉黑案件等不断增多，以及伴随着认罪认罚从宽制度、企业刑事合规制度改革等诉讼程序变革，涉案财产处置逐渐受到案涉各方、司法机关甚至社会各界的关注，涉案财产之辩也逐渐成为一个相对独立且专业的领域。但是同时，涉案财物处置在各阶段的具体操作目前都缺乏统一的制度约束，且司法实践普遍存在对规范缺乏解读甚至存在误读的情况。从辩护经验来看，在刑事案件中对涉案财物的辩护，关键是应当

与诉讼阶段同步进行。首先，充分用好刑事合规的改革红利、民营企业及产权保护政策；其次，向司法机关提出区分家庭财产和个人财产，为当事人扶养家属保留必要生活费用的合理方案；再则，与办案机关沟通过程中对涉案财物的意见步步留痕，为后续财产返还或提起异议提供支持；最后，尽早收集、调取相关财产归属凭证，为财产辩护方案提供充足依据。

第三单元 刑事案件涉案财物的证明



傅庆涛就案外人财产保护问题进行主题分享。案外人对涉案房产处置提出异议，法院执行局、刑事审判庭都认为案外人的主张有理，应当按照善意取得的规定予以解决，但怎么解决却成为问题，相关救济程序陷入困境。首先，关于现行案外人实体权利主张处理规定的缺陷，他指出：一方面，民事案件中的执行异议审查、复议针对的执行裁定，执行审查也不可能“撤销或者改正”生效刑事判决。另一方面，刑事补正裁定、审判监督程序不允许随意适用。其次，关于现行规定系基于刑事审判财产调查的理想前提，他谈道，为解决案例

所述这一法律困境，就必须从源头上重申涉案财产调查的性质。财产调查是刑事诉讼调查的重要内容，是刑事庭审调查的重要环节。财产调查、涉案财产处理本质上是对财产性质的认定和处理，只能由审判权来行使。最后，针对问题的解决，他表示可引入刑事审判补充调查手段进行程序重构，建议对案外人异议处理程序进行重构。在现行异议处理制度框架内，构建起审判补充调查、执行作出裁定、异议审查处理的分工配合



朱勇辉主任提出，应该通过立法明确公民（单位）财产的“合法推定原则”，即未经人民法院依法判决，任何财产不得认定为非法；认定财产非法的权力应唯一由人民法院统一行使；人民法院应加强财产是否非法的实质化审理；控方负有认定财产非法的全部举证责任；认定财产非法的证明标准应与认定犯罪的标准一致，也即证据确实充分并排除合理怀疑。此外，朱勇辉主任还建议人民法院刑事审判庭在碰到专门性民事问题时可以“外包”给民事法庭按民事程序单独审理，并希望人民法院在刑事判决书中加强对涉案财物是否非法进行说理释法。

动态

第四单元 刑事案件涉案财物的处置



王馨全律师以“刑事涉案财产的案外人异议实务”为题进行分享。在司法实务中存在涉案财物过度执法、过度冻结的问题，其根源在于涉案财物概念的扩张，部分法律规定过于强调涉案财

物的“证据价值”，导致涉案财物处置过程中可能会侵犯案外人的合法权益。根据现行法律制度，案外人在审前、审判、和刑事财产执行阶段都可以对涉案财物认定提出异议，但在审前阶段提出并证明被查封、冻结、扣押的财物与案件无关是最优选择，案外人及其代理律师应当积极应对，有理有据的提出涉案财物的权属争议，争取尽早解决问题。为保障审前阶段律师相关权利，应建立涉案财物处置公开机制和告知制度、侦查机关的涉案财物专卷移送制度，并明确案外人代理人的相关权利。

来自高校及科研院所、司法实务界及西北政法大学师生参加本次论坛。线



上观看人数突破2.5万人。本次论坛会期一天，与会代表热烈交谈，理论紧密联系实际，充分就理论与现实问题发表意见，有效推动了刑事辩护研究的发展。



京都律所朱勇辉律师、徐莹律师受邀参加2022桂客年会



8月27日，“2022桂客年会暨中国律师业的昨天、今天、明天高峰论坛”在北京顺利召开。论坛围绕多个主题，回顾历史、审视当下、预知中国律师界的变革与未来。京都律师事务所朱勇辉主任和京都律师事务所高级合伙人、京都刑事辩护研究中心副

主任徐莹律师受邀出席本次论坛。会议由桂客学院刘桂明院长主持。

本次论坛主要围绕“回顾与沉淀——律师事务所的昨天”、“传承与发展——律师事务所的今天”、“探索与创新——从昨天到今天”、“未来与展望——律师事务所的明天”等话题展开，与会嘉宾围绕这些主题对话环节展开了深入的交流，共同为中国律师行业过去一年作出总结，对未来的发展寻求探索方向。来自全国的法学名家、律届大咖和青年才俊等近三百人通过线上线下方式参加了会议。



“中国刑事合规百人论坛”揭牌仪式

“中国刑事合规百人论坛”揭牌仪式环节由知识产权出版社法律编辑室主任齐梓伊主持，中国人民大学法学院教授、企业合规检察研究基地李奋飞主任，京都律师事务所朱



动态

勇辉主任、北京紫华律师事务所钱列阳主任、北京中同律师事务所杨矿生主任、广州金鹏律师事务所创始人王波律师以及刘桂明院长一起按动大屏幕，“中国刑事合规百人论坛”成功起航。

在“探索与创新——从昨天到今天”主题对话环节中，京都律师事务所高级合伙人、京都刑事辩护研究中心副主任徐莹律师及京都律师事务所朱勇辉主任分别就“从律所到专业”及“从专业到品牌”两个话题进行了分享。

本次论坛安排紧凑、发言精炼、干货满满。本届年会邀请了全国各地专家学者、优秀律所主任及法律工作者，吸引和汇集了全国各地青年才俊



朱勇辉律师 徐莹律师

等，济济一堂、共叙友情、共谋发展，营造了浓厚的交流合作氛围，为

增强中国律师业发展动能贡献智慧和力量。

“企业合规——高管履职风险防控”沙龙活动在京都所成功举办



活动现场

7月5日，WeLegal法盟携手京都律师事务所，以“高管履职风险防控”为切入点，与30多位知名企业法务总监、法务负责人分享交流。活动就“高管履职的刑事法律风险防范与反贿赂合规管理体系建设”“公司董监

高的注意义务及风险隔离——以上市公司案例为视角”“公司高管同类经营等利益输送行为相关法律风险”进行深入解读。多位上市公司高管、企业法务和合规负责人与会参加。

一、高管履职的刑事法律风险防范与反贿赂合规管理体系建设

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讲到，2020年新修订的《证券法》不仅重新界定了信息披露的标准，也重新构建了信息披露违法的法律责任。据相关统计，2020年和2021年，证监会分别



梁雅丽律师

办理案件740起和609起，其中依法向公安机关移送涉嫌犯罪案件（线索）分别为177起和116件，2021年依法向公安机关移送涉嫌犯罪案件（线索）同比增长53%。

新《证券法》对信息披露违法行

动态

为进行更大力度的规制，证监会2020年和2021年依法向公安机关移送涉嫌犯罪案件（线索）数量的上升，无一不在释放一个信号，即证监会全面贯彻“零容忍”工作方针的决心一以贯之，国家加大公司董监高违法、犯罪成本的导向更加明确。在动荡的市场行情下，面对资本市场的巨大利益，不能单纯依赖道德的约束，也不能考验人性的纯良，而是要依靠严格的法律规定与从重的监管政策倒逼公司董监高履职能力与合规意识的提升。

在公司正常运营过程中，公司董监高往往不会注意到相关法律规定及合规要求，但是一旦发生重大诉讼与纠纷或者出现合规漏洞引发责任追究，公司董监高则不得不紧急应对，而此时不论是公司还是相关责任人已经暴露在法律风险之中，挽损难度大。为了减少这样情况的发生，作为公司风险防控的专业部门——法务部，就亟需在平时的工作中不断完善公司的治理结构和内控制度，持续提高公司董监高的合规意识和合规能力，形成事前防范、事中监控、事后处置的全流程合规机制。

二、上市公司董监高的注意义务及风险隔离

京都律所高级合伙人赵岐龙律师在分享活动中通过对康美医药案、乐视网虚假陈述案和康得新案的介绍，引出了公司法、证券法和相关司法解释对（上市）公司董监高权利义务的规定与要求，介绍了可供参考的公司董监高在履职过程中的风险隔离措



赵岐龙律师

施，赵律师的分享对法务的合规工作起到了相当大的指引作用。以下就简单概述赵律师的分享内容：

（一）公司法对公司董监高忠实义务和勤勉义务的要求

1. 忠实义务

忠实义务是公司董监高的最低义务、最低标准，是对其人品和德行的要求。董事、高级管理人员不得将自己的利益置于公司和股东利益之上，不得利用职权为自己谋利，具体表现为自我交易、关联交易、管理报酬、公司机会和同业竞争等。

2. 勤勉义务

勤勉义务的标准可以总结为十个字，即“善意、注意、公司最佳利益”。公司董监高在履职过程中，应当与其所经营判断的内容没有利害关系，应当有正当理由相信其在当时情形下掌握的有关经营判断信息充分、妥当、可靠（如律师法律意见书、会计师事务所报告、市场调研报告），应当有理由认为其经营判断符合公司最佳利益。如果在公司经营过程中存在以下行为，就有可能被认定为违反勤勉义务：（1）不过问公司的具体经营情况；（2）草率做出决定；（3）董事会决议表决不认真，不坚持自己的意见；（4）不行使

知情权。

其中，尽责标准是指善良管理人的注意义务，这又包括两个方面，分别是工作能力和工作态度。判断是否尽到勤勉义务，一般采取经营判断规则，经营判断规则（商业判断规则）要遵守三同时原则，即同样的人在同等条件都会作出相同的决定。

（二）上市公司董监高的注意义务的特点

上市公司的经营管理情况，特别是其控股股东、实际控制人和董监高的忠实、勤勉将直接影响普通股民的利益，完善对大股东、实控人以及高管层的监管，规制好“内部人”是维护资本市场稳定发展的重要手段。

1. 控股股东、实际控制人的注意义务（重）

上市公司的控股股东和实际控制人是公司利益的代表者和公司决策的发起者，需要负有诚信义务，不得利用控股地位损害公司及其他股东利益。

2. 执行董事、监事、高级管理人员的注意义务（中）

执行董事、监事、高级管理人员会因为全职、兼职而有所不同，也会因为履职权限（主管、监督）不同而有所区别。

3. 独立董事的注意义务（轻）

独立董事一般都是兼职，在承担责任方面要与其薪酬相适应，而且独立董事可以因信赖第三方专业意见而减轻或免除自己的相应责任。

（三）公司董监高责任的风险防范或豁免

首先，董监高可以尽到经营判断



动态

义务为由免责；其次，解决董事及高级管理人员风险防范的一个方法是购买董事及高级职员责任险保险，该保险包括两部分：1）当公司董事及高级职员的损失无法从其所在公司得到补偿时，由保险公司代表该董事或高级职员支付；2）公司补偿保险，当公司依法补偿其董事或高级职员的损失时，则保险公司代表公司支付该笔损失。再次，建议立法对董监高的赔偿参照劳动法的精神，设立上限，避免过高的赔偿责任让董监高对职位望而却步，影响公司的治理结构。

三、公司高管同类经营等利益输送行为相关法律风险



孙艳辉律师

京都律所高级合伙人孙艳辉律师以公司高管同类经营等利益输送行为为切入点，通过对同业竞争行为的细致分析，为公司提供了同业竞争防范与解决的方案。

（一）何为同业竞争

目前，司法实践过程中对“同类的业务”的认定标准主要有二，一是以公司登记的营业范围判断是否属于“同类的业务”，若两公司登记的营业范围相同即构成同业；一是应以两

公司的实际经营活动、经营行为判断是否构成同类业务。因此，在实务中，我们可以根据原被告身份的不同而采取不同的认定标准，以维护公司的利益。

认定“自营”、“为他人经营”的标准在实践中也没有统一的标准，部分法院认为，董事、高级管理人员发起设立了其他公司，或直接、间接持有其他公司的股权，即构成同业竞争；部分法院则认为，行为人在同业竞争公司仅仅是“一般的股东”，不构成自营行为。

（二）可归入收入如何计算

结合相关裁判案例，实务中可归入收入主要有三种计算方式，分别是（1）董事、高级管理人员从竞业公司取得的工资、奖金、分红等应当归入公司；（2）董事、高级管理人员出售同业公司的股权，所获得的股权溢价亦可被归入；（3）同业公司的利润也是可归入的收入，需乘以董事高管的持股比例加以计算。

综合上述实务观点，孙律师主张对公司不同人员区分对待，即如果董事、高级管理人员是控股股东、实际控制人，能够控制同业公司，那么应当直接将公司利润对应其所持股权/股份对应的部分认定为收入；如果董事、高级管理人员仅参与了部分的经营，那么应当按照其实际的收入来进行计算。

归入权应当是违反忠实义务首要的承担责任方式，但由于存在侵权人的收入难以计算或者不足以弥补公司损失的情形，因此对于当事人主张两

种责任方式的，应优先适用归入权，在无法通过归入权保护公司利益的情形下，可以采取赔偿损失的责任方式，但应当注意公司利益维护与赔偿责任之间的平衡。

（三）同业竞争与竞业限制的区别

同业竞争与竞业限制最主要的区别体现在以下几个方面，第一，适用的法律依据不同，同业竞争适用于《公司法》第148条，竞业限制适用于《劳动合同法》第23条；第二，适用的主体不同，同业竞争适用于董事、高级管理人员，竞业限制适用于受劳动合同约束且负有保密义务的劳动者；第三，约束时间不同，同业竞争基本适用于董事、高级管理人员任职期间，但也存在任职结束后仍需要承担相应义务的例外，竞业限制适用于解除或终止劳动合同后，但竞业限制期限不得超过两年；第四，前置程序不同，一般情况下，同业竞争不受劳动争议仲裁前置程序的约束，竞业限制则需要先进行劳动争议仲裁前置程序。

（四）同业竞争的防范措施与解决方式

为预防董事、高级管理人员发生同业竞争行为，公司可以在章程或股东协议中，限制全体股东或高级管理人员从事同业竞争，并详细约定具有可操作性的违约责任，此外，若无法通过章程或股东协议的方式进行约束，也可以采用承诺函的形式。当同业竞争行为已经发生后，可以要求竞争方出具书面承诺，做出避免竞争和利益冲突的要求，或通过切实可行的方式将竞争业务集中到公司或竞争方

动态

经营，亦或要求竞争方承诺在期限内完成营业范围的变更，若未完成变更则转让给非关联第三方。

在当前涉案企业合规不起诉制度改革背景下，企业高管在对公司尽到忠实、勤勉义务的同时还需要了解

其中的风险。企业也应帮助高管了解自身的法律责任，共建企业内部合规管理体系。京都律所在企业合规业务方面进行了多维度的探索和实践，积累了大量研究成果和丰富的实务经验，京都律师团队将以过硬的专业能

力、负责的工作态度，为企业的健康发展保驾护航。

“律企同行 联合发展”——华本企业家走进京都律所

7月28日，由华本企业家俱乐部举办的华本战略合作伙伴互访——走进京都律师事务所暨华本企业家活动在京都律师事务所成功举办。京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌律师、京都律师事务所CEO褚长志、华本投资总裁李文明以及10余位华本兄弟企业家应邀出席，本次活动由华本企业家俱乐部执行秘书长李祥军主持。京都律师事务所高级合伙人秦庆芳律师、梁雅丽律师、孙艳辉律师为企业家带来专题分享。

致欢迎辞



京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌

田文昌律师对各位企业家的到来表示了欢迎，并就企业家与律师之间

的关系发表了自己的观点：无论从实用的角度，还是从长远发展的角度，现在的环境下，企业家和律师之间的紧密联系是十分重要的。田文昌律师强调了企业家们应该高度重视企业合规与企业刑事法律风险的重要性。



华本投资董事长、华本企业家俱乐部创始人李文明

李文明董事长感谢田文昌律师与京都律所的热情接待，他从三个方面进行了分享：1、企业家的长期发展要安全高效，多和律师交朋友；2、信心百倍，中华民族的伟大复兴是14亿中国人的共同梦想，是大势所趋不会改变；3、企业家们在逆境中要奋发有为、在逆境中崛起，学习古代先贤。在未来的发展中，华本企业家们应该互敬互爱、相互合作，大家要共

赢未来。

主题分享一：关于强制停贷背景下的权益保护与风险化解对策



京都律师事务所高级合伙人秦庆芳

秦庆芳律师分别从购房者和开发商的角度对自行强制停贷下的法律风险、法律依据、法律背景以及目前有效的一些对策进行讲解；把开发商、银行、买房者三者之间的责任、义务及风险问题进行了分享。

这次停贷实际上是预售制度在根本矛盾问题上的一次大爆发。从对策上来讲，应该要从权力利益平衡的角度来解决问题，查看每一份强制公告能否无责解除。从房地产企业角度来讲，加强企业合规建设，回归“房子



动态

是用来住的”这一根本原则；加强贷款发放的监管，可以考虑让专业的中介机构介入其中；地方政府和金融监管机构也逐步确立了保交楼、保民生、保稳定为根本目标。

主题分享二：立法动向对企业经营的风险提示



京都律师事务所高级合伙人孙艳辉

孙艳辉律师分享了《公司法》的修改、修订对企业带来的影响，她从三方面进行了分享：

1、《公司法》明确加强了公司的社会责任，明确了企业对社会、职工、环保等方面的责任。

2、公司要完善和设立退出制度，如简化法人变更程序、股东电子化表决权等。

3、优化公司的组织机构设置，如监事和监事会取消、董事会人数设置、完善资本制度等。

主题分享三：企业高管履职刑事法律风险防范与反贿赂合规管理体系建设

梁雅丽律师分享了民营经济在发展过程中，刑事案件主要是民商事法律关系、高管的履职、行政监管这三



京都律师事务所高级合伙人、刑辩研究中心主任梁雅丽

方面带来的。从民营企业初期发展阶段的不完善到民营经济在交易过程中对交易对手审查等方面进行了案例分析，相关应对措施简要列举如下：

一、新形势下企业高管的刑事法律风险概况

（一）企业经营需关注的立法及司法动向

（二）涉企业经营犯罪的主要职务身份与罪名分布

二、企业高管履职的刑事合规风险识别

（一）商业贿赂

（二）侵害单位财产

（三）管理事务中的滥权与渎职

三、涉案企业合规管理体系建设的指引与实践

（一）涉案企业合规管理体系建设标准及有效性评估

（二）涉案企业合规整改中律师的工作内容

（三）企业高管履职涉刑后的应急处理建议

企业高管容易涉及的刑事风险包括：实际控制人、董高监、财务负责人、技术负责人、销售负责人等核心部门负责人。这些人所涉及的风险包

括：企业非法融资、非法经营、发票报销不规范、滥用职权等方面。所以在企业经营的设计中应该加强企业合规管理体系建设，从源头上减少、杜绝给企业高管所带来的这些风险的隐患。

互动分享环节



河北金苑集团董事长张福谦、中国旅游投资董事长刘华云、中艺建筑副总裁唐治平、河北永和伟业董事李学谦、百廿科技副总裁高峰、国家创新发展智库副理事长姜涛等参会嘉宾分享了自己的感受并结合自己公司的实际与三位律师进行了互动交流。

总结发言

褚长志总表示，鉴于国际形势的复杂和国内经济形势的多变，企业正在面临巨大挑战。企业在不断创新和探索的背后，潜在风险逐步增加，如何平衡、规避这些风险是本次交流的主题，多位律师谈到如何企业合规、如何做到安全高效以及如何处理好二者之间的关系，需要法律的介入，法

动态



京都律师事务所CEO褚长志



活动合影



律是帮助企业稳步前进的一个重要手段。希望各位企业家多和律师交朋友，更好地为企业保驾护航，真正做到律企同行、联合发展、合作共赢。

本次活动，律师们多方面为企业家们建言献策，针对当前热点问题和

政策变化，为企业家们详细讲解经营过程中的潜在法律风险。华本企业家们对企业经营管理有了更加深入具体的了解。

京都律师事务所在企业合规业务方面进行了多维度的探索和实践，实

时关注法律动态，积累了大量研究成果和丰富的实务经验，京都律师团队将以过硬的专业能力、负责的工作态度，为企业的健康发展保驾护航。

“把握合规红利，搭建有效合规体系”沙龙活动在京都所成功举办



合规问题随着企业内外部环境的变化，在企业经营中逐渐上升到同业务管理、财务管理同样高度的重点关注对象。但如何真正有效的开展企业合规工作，将各项法律风险防范于未然却困扰着许多企业管理者。

9月14日，WeLegal法盟&京都律师事务所携手举办线下沙龙，针对时下广受关注的“刑事合规-反商业贿

赂合规管理”“投资合规-从商事争议解决看如何把握投资合规红利”及“财税合规-企业合同的税务风险管理”问题，由京都律师事务所三位合伙人进行分享。

本文将回顾本次线下沙龙的重点部分，希望给同样关注上述企业合规问题的你提供一些新的启发和收获。

一、反商业贿赂合规管理

京都律师事务所高级合伙人、京都刑辩研究中心副主任徐莹律师分享的主题是反商业贿赂合规管理。

作为第一位分享嘉宾，徐莹律师首先围绕着刑事合规的几个基本问题展开介绍，从总体框架上厘清了刑事合规中的几个重点概念：



- 合规、刑事合规、涉案企业合规
 - 合规与公司法务、常年法律顾问的区别
 - 刑事合规与企业风险防控体系的区别与融合
 - 刑事合规再细化——刑事专项合规与刑事全面合规
- 并通过一些数据和典型案例说明了刑事合规工作能够给企业带来的长期



动态

(二) 及时红利——涉案企业合规整改

序号	企业涉及行业	涉案人员	涉案人员	是否单位犯罪	处理结果
1	机械制造和生产	冯某斌涉嫌	总经理、副总经理、行政主管	是	对单位不起诉
2	医药科技	冯某涉嫌涉嫌销售	实际控制人	是	单位罚金、个人缓刑
3	科技企业	村东国家工作人员行贿	副经理、财务总监、业务员	否	对个人不起诉
4	建筑工程(国家安全)	李德安涉嫌	负责人	是	对单位及个人均不起诉
5	智能制造生产	何某涉嫌涉嫌	股东、实际控制人	是	对单位及个人均不起诉
6	贸易	曾某涉嫌涉嫌涉嫌	法定代表人、实际控制人	是	缓刑、罚款处罚
7	装备制造及维修贸易	李德安涉嫌	法定代表人	是	对单位及个人均不起诉
8	食品加工	曾某涉嫌涉嫌	行政总监、实际控制人、行政副总监	是	对个人不起诉
9	水果贸易行业	冯某涉嫌涉嫌	副经理、业务员	是	对单位不起诉、个人罚金缓刑
10	科技开发	冯某、冯某涉嫌涉嫌	厂长	是	单位罚金、个人缓刑
11	医疗器械	李德安涉嫌涉嫌涉嫌涉嫌涉嫌	首席技术官、核心技术负责人	是	对单位及个人均不起诉
12	科技开发	冯某涉嫌涉嫌涉嫌涉嫌涉嫌	副总经理、董事会秘书	否	缓刑
13	土地房地产评估贸易	曾某涉嫌涉嫌涉嫌	评估师、总经理	是	对单位不起诉
14	矿山企业(国家安全)	李德安涉嫌	负责人	是	对单位及个人均不起诉
15	科技开发	李德安涉嫌	法定代表人、总经理、副总经理	是	对单位及个人均不起诉

红利和及时红利。长期红利主要体现在合规管理能够降低企业涉嫌刑事犯罪的风险，在涉及刑事法律犯罪时成为企业或其管理人员有效出罪的事由。及时红利体现在涉案企业合规整改给涉案企业和个人带来的量刑上的轻缓处理。因此从成本和收益角度分析，企业刑事合规管理都将是一个性价比极高的管理举措，有效提高企业软实力，降低企业涉刑事犯罪法律风险，帮助企业行稳致远，为企业创造价值。

合规体系的有效性，是合规治理的重要目标，有效性合规并不意味着

违规行为的零发生，美国司法部2020年6月版《企业合规方案评估》中对合规有效性的表述：“将适当的注意力和资源投入高风险交易，即使该体系未能防止某项违规行为，检察官也可以相信该合规体系的质量和有效性，并考虑作为从宽处理的因素。”企业在建立合规体系并对其进行有效性评估时要避免陷入认识误区。

同时，徐莹律师详细梳理了我国商业贿赂类的相关罪名，并从最新的规则切入，详细分析了涉企类犯罪司法实践的现状 & 企业管理现状，例如

企业合规机构的设置、《反商业贿赂员工手册》及教育培训情况、礼品招待政策、接受礼品申报制度、利益冲突规则、投诉和举报制度、反贿赂调查机构、企业主动查处内部员工行贿的意愿和实际情况等内容。

二、企业合规的投资风险管理——从商事争议解决看如何把握投资合规红利

京都律师事务所合伙人马涛律师从事律师执业十五年，在投融资、交易架构、项目谈判、风险控制、疑难商事争议解决等方面具有深入的理论研究及丰富的实务经验。

本次沙龙，马涛律师从合规与合规管理发展趋势、典型投资争议类型汇总和投资合规操作要点与变化展望这三方面进行分享。



马涛律师认为从企业合规管理发展趋势来看，合规管理已从“国企带头向民企推进”，且成为“现代企业治理的核心”，并向着从“专项合规到全面合规”、“有效合规”的目标迈进。

接着马涛律师从股东出资纠纷、股东资格确认纠纷、对赌协议（确认合同效力纠纷、股权转让纠纷、增

(一) 商业贿赂类相关罪名

- 行贿罪（《刑法》第389条）
- 受贿罪（《刑法》第184条、第385条、第388条）
- 对非国家工作人员行贿罪（《刑法》第164条）
- 非国家工作人员受贿罪（《刑法》第163条、第184条）
- 单位行贿罪（《刑法》第393条）
- 单位受贿罪（《刑法》第387条）
- 对有影响力的人行贿罪（《刑法》第390条之一）
- 利用影响力受贿罪（《刑法》第388条之一）
- 介绍贿赂罪（《刑法》第392条）
- 对单位行贿罪（《刑法》第391条）
- 对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪（《刑法》第164条）
- 贪污罪（《刑法》第183条、第382条、第394条）
- 职务侵占罪（《刑法》第271条）
- 挪用公款罪（《刑法》第185条、第384条）
- 挪用资金罪（《刑法》第185条、第272条）

动态

合规管理发展趋势



King&Capital

合同税务风险类别	具体说明
1 纳税义务风险	订立合同的双方当事人，涉及到税收缴纳的问题。一旦双方签订合同，纳税义务就基本确定；但对于增值税价外税，如果约定不清，纳税义务风险就会产生。
2 纳税时间风险	主要涉及到递延纳税以及纳税义务发生时间的确定问题；
3 税收发票的风险	我国税收征管过程中长期以来实行“以票控税”的模式，发票成为企业所得税税前扣除以及增值税进项税额抵扣等税收实务中重要的有效凭证；
4 税收成本的风险	不合理的经济安排往往会导致企业税负的加重。
5 关联交易的风险	企业常常通过关联交易方之间的交易来转移利润，企图少缴或不缴税款；

资纠纷）、公司人格混同纠纷、投后管理常见纠纷等典型纠纷切入，从具体事项、表现形式和内在风险三个维度，提出识别合规风险、梳理合规义务清单的途径和方法，并结合具体案例解读为何从商事争议解决视角更能凸显合规的价值，及更能有效把握合规红利。

最后，针对投资合规操作要点与变化展望这一问题，马律师提出要防止“纸面合规”、“虚假整改”，只有做到“以案明规”，精准落实，方能提升合规管理的有效性，切实获得合规红利。

三、企业合同的税务风险管理——涉税条款审查要点与方法

京都律师事务所合伙人滕杰律师已为多家金融机构提供专业法律服务，涵盖家族信托综合方案制定、金融产品设计、企业合同法税同审、企业税务规划等各方面。

本次分享滕杰律师从合同税务风险的梳理、合同税收风险防范的基本原则和方法以及如何加强全员税务风险管理这三个角度进行阐释。



滕杰律师首先通过一个“合同价款的误解”案例引入了合同中常见的五种税务风险，分别为纳税义务风险、纳税时间风险、税收发票的风险、税收成本的风险和关联交易的风险。

在第二部分，滕杰律师结合不同案例，阐释了税务风险管理的主要目

标和税务局对合同税务规划的原则要求，并对常见合同中的合同形式条款、合同标的条款、价款或酬金、支付条款、发票条款、违约金条款、包税条款、履行地点等一系列涉税条款进行了逐一分析，介绍了相应条款的内容、意义以及注意事项。

最后，滕杰律师分享了加强企业全员税务风险管理的思路与方法，并提出了税务风险三阶层系统梳理法，具体包括：宏观阶层：顶层架构——股权架构的法税分析；中观阶层：合同风险——合同模式选择与条款的法税分析；微观阶层：财务处理——日常做账过程中如何正确处理法税问题。



审核合同税收风险的基本思路

King&Capital

涉税条款	意义
1 合同形式条款：合同名称、当事人基本信息、合同签章	区分增值税税目、印花税税目等、防止虚开发票风险
2 合同标的条款：货物或服务内容描述	区分是否有税收优惠、差额报税等
3 价款或酬金	确定计税依据
4 支付方式	确定纳税义务发生时间
5 发票	确定税款抵扣金额
6 违约金条款	发票和收据问题
7 包税条款	税款负担问题
8 履行地点	确定纳税地点



动态



活动最后，京都律师事务所管理合伙人、CEO褚长志先生对各企业高管及法务的到来表示感谢。他谈到，面对经



济形势的复杂多变，企业需做好充足准备来规避风险，有效防范。他希望通过律师们的分享，能对企业合规管理体系

的搭建有所启发，能为企业的合规经营有效赋能，逐步实现互惠共赢，稳健发展的良性营商环境。

在企业合规话题愈发受到关注的今天，京都律师事务所也会持续关注行业发展动态，洞察企业最新需求，提供前沿法律分析，京都律师团队将以过硬的专业能力、负责的工作态度，助力企业着力合规经营，为企业的健康发展保驾护航。

“医疗美容行业法律合规沙龙”在京都所成功举办

2022年9月22日，由京都律师事务所联合中国整形美容协会举办的“医疗美容行业法律合规沙龙”在京都律师事务所成功举办。中国整形美容协会会员部主任王超以及15位中国整形美容协会会员单位的院长、董事长出席此次活动。

活动围绕医疗美容行业的合规经营展开探讨，京都律师事务所高级合伙人王菲律师、合伙人翁小平律师、合伙人丁丽萍律师和高级税法顾问高慧云分别从广告宣传、数据安全、劳动用工、刑事合规以及税务风险等角度进行主题分享。

京都律师事务所管理合伙人、CEO褚长志对到场的来宾表示欢迎，他表示，医疗美容行业近年来的高速发展态势有目共睹，行业供需不平衡的矛盾一直存在，伴随着行业发展合规需求的增加，潜在法律风险也逐渐浮现出来，这次会议旨在为医疗美容



褚长志

行业的经营者在经营管理生发的痛点和难点进行交流，并且对行业中潜在风险做出提示与启发。

中国整形美容协会会员部主任王

超感谢京都律所的热情款待，他谈到随着行业的发展，企业在探索合规运营模式时，难免会遇到困难与阻碍。医疗美容行业作为一个严监管的特殊行业，更加强调安全，经营者们需要始终将合规这根弦绷紧，希望各个企业代表能畅所欲言，有所收获。

京都律师事务所高级合伙人王菲律师从医疗机构的广告宣传、数据与个人信息处理和诊疗活动及场所三方面进行分享。关于广告语的宣传，王菲律师强调机构应注意使用禁用词，



王超



王菲

动态

并避免侵犯患者的姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等，同时对于使用知名机构的字号引流的行为也值得关注。关于医务人员、器具和药品的注册管理问题，王菲律师建议经营者多关注医生多点执业以及药品器具标签使用的相关规范。最后，王菲律师就数据个人信息的处理做出提示，由于线上引流以及线上接诊越发普遍，有些机构会开发小程序或APP来收集客户信息，王菲律师强调收集医疗的数据和个人信息应遵守最小必要原则，严格遵循本行业的分级分类管理，避免留下隐患，引发诉讼以及纠纷。



翁小平

京都律师事务所合伙人翁小平律师以“医美行业刑事法律风险防范”为题进行分享。翁小平律师首先梳理了医疗美容行业的行业现状，在做好口碑的同时，如何防范风险是值得大家深入思考的问题，并强调了刑事风险防范和把控的必要性。结合主要罪名和经典案例，翁律师系统地列举了医美行业中常易触发的几种罪名，如挪用资金罪、职务侵占罪、非法行医罪、医疗事故罪等，他指出，一旦风险以及刑事纠纷出现，需要从业者

们高度重视并及时请专业人士介入处理。最后翁小平律师简单分享企业运营过程中防范风险的三个阶段：事前防范，事中控制，事后危机应对，希望对医美行业的企业家以及员工有所启发。



丁丽萍

京都律师事务所合伙人丁丽萍律师从“医美行业劳动用工合规管理”角度进行分享。丁丽萍律师根据自身的从业经验了解到医美行业在劳动争议方面的问题相对突出，结合相关案例从竞业限制、商业秘密、劳动报酬及违法解除等角度进行讲解。从经营者的角度来看，企业在设计入职、试用期、薪酬、考勤、绩效考核、奖惩、保密竞业限制、离职管理、劳动合同管理等合规管理办法时，应该具备一套完整的合规操作指引，丁丽萍律师对人员管理提出四点建议：人力资源管理板块的完善、引入人力资源各阶段的风险识别清单、重要风险岗位人员加强监管、定期开展合规培训，由此强化整体合规意识，合理满足员工的需求，保障企业运营的稳定。

京都律师事务所高级税法顾问高慧云就企业的财税合规法律风险进行



高慧云

解读。高慧云顾问首先指出行业涉嫌偷逃税款的风险包括用私人账户收款、虚开增值税专用发票等，由于目前税务机关使用大数据管理系统进行报送，医美行业从业者及高收入群体更应关注缴税纳税的方式。另外，高慧云顾问强调举报存在的风险隐患相比大数据分析更大，医美机构应重视税务机关发放的自查单，积极配合，及时补缴。最后，高慧云顾问为企业自查总结出一套方法——税务风险三阶层系统梳理法，即从宏观上考虑顶层架构，中观关注合同风险，微观聚焦财务处理，从这三层入手，将税务风险尽可能降至最低。



在座的各单位院长、董事长对律师们的分享表示感谢，对律师们为经营者提供的合规管理思路表示认可，并就自己经营管理过程中出现的问题



动态

与律师们进行了深入的交流探讨。

京都律师事务所将持续关注医疗美容等行业的发展动态及政策变化，

后续还会进一步开展此类线下活动与会员单位充分交流、承担起普法责任。京都律师团队将以过硬的专业能

力、负责的工作态度以及积累的大量研究成果和丰富的实务经验，为企业的健康发展保驾护航。

京都所召开跨部门疑难案件研讨会



孙艳辉律师



马钊律师



会场照片

2022年8月24日下午，京都律所围绕一起涉及刑民交叉的第三人撤销之诉案件在全所范围内召开研讨会，来自公司与合规部、民商诉讼部、金融部、涉外部及刑事诉讼部等多个部门的多名律师开展了热烈讨论。

会议由公司与合规部主管合伙人孙艳辉律师主持，公司与合规部马钊律师介绍了具体案情。

本次研讨案例涉及众多当事人且涉案金额庞大，相关当事人自2016年至今已历经六年维权之路，先后经过刑事控告、民事一审、二审、再审等多个程序及多起诉讼，极其艰难下获得了胜诉生效判决。进入执行阶段后，当事人发现被执行人及其实际控制人又取得了其他诉讼的生效判决，希望以此达到阻却执行的目的。现针对此种不利局面，我所已代理客户提起第三人撤销之诉。为深入剖析案

情、找准案件切入点、更好地办理此案，最大程度上维护委托人利益，业务管理部组织跨部门律师召开了此次研讨会。

研讨会上，参会人员没有身份限制、不分资历深浅、观点不分对错，现场气氛热烈，参会律师分别从民事、刑事、仲裁裁决规则等多个角度，围绕承债式收购、债务承担构成、抵押权存续与否、虚假诉讼罪构成要件、恶意串通的认定、公平原则的适用、公司人格混同等多角度、多方向进行了全面分析和深入探讨。

金融部高级合伙人肖树伟律师、民商部高级合伙人赵岐龙律师、涉外部高级合伙人张利宾律师、民商部合伙人张国圣律师、公司与合规部合伙人马涛律师、刑事诉讼部合伙人夏俊律师等在会议上作了精彩发言。

会议最后，孙艳辉律师总结到，



肖树伟律师



赵岐龙律师

此次研讨会十分成功，大家从不同角度对案件进行了分析，既有不同观点的碰撞，也有部分共识的达成，不仅

动态



| 张利宾律师



| 张国圣律师



| 马涛律师



| 夏俊律师

为本案明确了诉讼方向，也为律师的后续代理工作注入了强心针。

京都所作为一家提供包括刑事诉讼、民商诉讼、非诉业务等全面法律服务的综合性律师事务所，一向注重

团队协作，今后将继续通过召开疑难案例研讨会等多种形式发挥综合化、团队化、专业化优势，不断增强全所律师的专业水平和团队凝聚力，更好地维护客户利益。

京都所召开第二期“青年律师分享会”

为助力青年律师成长，8月18日下午14时，京都所召开了本年度第二期“青年律师分享会”。江宁、牛明辉两位青年律师进行了主题分享，京都所高级合伙人肖树伟、秦庆芳、赵岐龙、宇文鸿雁等四位律师受邀指导点评。分享会由业务总监王要勤主持。

分享会上，江宁律师首先就“证券虚假陈述责任纠纷案件热点问题”进行了分享。她从某药业虚假陈述典型案例入手，对此类案件中的重要法律概念“三日一价”及其认定进行了深入分析，并对新《虚假陈述司法解



| 江宁律师

释》因果关系条款的修订进行了专业解读。最后，她结合办理此类案件的经验，对律师办理此类案件的主要工作思路及相关经验总结进行了分享。江律师的分享通过鲜活的事例、可视



| 牛明辉律师

化的图表以及清晰的表达给大家留下深刻印象。

牛明辉律师结合自身办案经验，对“施工合同效力问题”进行了专业分享。他围绕施工合同效力问题的



动态

重要性、施工合同无效的法律后果以及施工合同无效的情形等三方面，对建筑施工合同中常见法律问题进行了全面分享。牛律师表达流畅、条理清晰、专业扎实，将专业度较高的“施工合同效力问题”讲解的通俗易懂。

四位点评律师对此次青年律师的主题分享予以高度评价，两位青年律师聚焦热点并结合办案实践，深入剖析了相关类型案件背后的法律关系与办案逻辑，实践性较强，表达流畅，体现了京都青年律师较高的专业素质和良好的精神面貌。四位律师还对两位青年律师的分享进行了逐一指导。



秦庆芳律师



宇文鸿雁律师

课方式，以便达到最好的授课效果。另外在进行分享时可以多运用可视化图表，并结合具体案件的办案经验来进行讲解，这样会让听众更有代入感，也更容易理解。

人，才能够保证自己有稳定输出。青年律师更要不断探索、研究新案件、尝试新事物，敢于分享，不断提升自己。之后宇文律师又就可视化的具体适用提了建议。



肖树伟律师



赵岐龙律师



会议现场

肖树伟律师提示大家不仅要关注证券虚假陈述案件中的股票市场也要关注债券市场。在债券发行人出现违约情形丧失偿债能力后，投资人为了挽回损失更倾向于追究中介机构的责任，这也提醒我们，律所在作为中介机构提供法律服务的过程中一定要注意防范风险，依法依规履职。

秦庆芳律师提醒青年律师，不同受众的知识水平与认知水平会存在差异，因此在进行讲座及分享时应根据受众的不同及时调整自己的课件及授

课方式，以便达到最好的授课效果。另外在进行分享时可以多运用可视化图表，并结合具体案件的办案经验来进行讲解，这样会让听众更有代入感，也更容易理解。

赵岐龙律师提到，这是他第二次参与“青年律师分享会”的点评工作，很高兴以这种方式来实现京都所倡导的以老带新制度，在与青年律师交流过程中真切感受到了他们的成长轨迹。之后赵律师又结合自身办案实践从“三日一价”、“揭露日”、“举证责任倒置”、“独立董事责任豁免”等九个方面对证券虚假陈述案件的办案要点进行了补充、总结。

宇文鸿雁律师讲到，律师是一个需要终生学习的职业，只有持续输

入，才能够保证自己有稳定输出。青年律师更要不断探索、研究新案件、尝试新事物，敢于分享，不断提升自己。之后宇文律师又就可视化的具体适用提了建议。

此次分享会上，既有青年律师围绕特定问题分享办案经验和思考，又有资深律师从法律思维方式、法律问题分享、办案实践经验、授课表达方法等方面给予及时指导和反馈，为青年律师和资深律师之间提供了交流探讨和相互切磋的“头脑风暴”时刻。

京都所高度重视青年律师成长，每年组织百余场业务培训，今后将继续丰富培训内容，创新培训形式，为青年律师提供展示自我、提升自我的平台，更好助力青年律师成长。

动 态

京都律所党委召开成立大会



京都党员参会现场

2022年8月19日，京都律师事务所（以下简称“京都律所”）党委召开成立大会，选举产生了京都律所党委委员及书记和副书记。

大会在雄壮的国歌声中拉开序幕，会议严格按照组织程序，根据《中国共产党章程》和《中国共产党基层组织选举工作条例》的有关规定，以差额选举、无记名投票的方式，选举产生了9名京都律所党委委

员。然后由当选的委员选举了党委书记、副书记各1名。

新当选的党委书记肖树伟代表京都律所党委作表态发言，他表示，京都律所党委成立后，要带领广大党员同志以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导认真学习，扎实工作，勇毅前行，以实际行动迎接党的二十大胜利召开。

京都律所于1998年成立党支部，2017年成立党总支，现有党员130名。在上级党组织的领导下，在京都党组织的带领下，党员同志积极努力，充分发挥党员作用，取得了一系列的成绩，受到了上级党组织的表彰。京都律所将以党委成立为契机，进一步做好党建工作，争取取得更大的成绩。



肖书记宣读选举规定



肖书记当选京都律所党委书记后讲话

感谢有你 “未”爱前行 —— “泉”计划十周年纪实

8月29日，“感谢有你‘未’爱前行——‘泉’计划十周年座谈会”在房山法院会议室顺利举行，作为“泉计划”的发起单位，京都律师事务所与全国人大代表、房山区领导、房山法院领导、“泉计划”爱心人士与“泉计划”受助学生及家长们参加了此次会议。京都律所创始人、名誉主任田文昌十分重视此次活动，通过远程视频发表讲话，京都律所党委书



会议现场

记肖树伟，京都律所党委统战委员秦庆芳等出席会议并发表了讲话。

“泉计划”，文义取自宋朝诗人杨万里的著名诗篇《小池》：“泉眼无声惜细流，树荫照水爱晴柔。小荷才露尖尖角，早有蜻蜓立上头”。“泉”字寓意着“将爱心汇成潺潺泉水，涓涓而出永不干涸”，表达了大家对孩子们的呵护与期待。

2012年6月，北京市京都律师事务所（以下简称京都律所）党支部倡议开展爱心助学活动，遂与房山区人民法



动态



与“泉计划”的学生及家长代表合影

院未成年人审判庭取得联系。房山区人民法院在案件审判过程中，发现八名尽管家庭条件困难，但成绩优良、表现突出的孩子，符合爱心助学受助人的要求。京都律所在收到八名贫困学生的资料后，实地走访了这八个孩子的家里。经过实地走访，在与受助人的深入沟通后，京都律所决定向这八名家庭困难的孩子提供爱心助学的支持，帮助孩子们顺利完成学业。

“泉计划”设立“助学帮扶金”和“优秀学子奖励基金”，迄今为止共帮扶优秀学生14人，共发放助学金10次，奖学金8次。春节前京都律所进行家访，为孩子们送上过节物资并发放慰问金。目前，14名学生中有10名学生考入大学，其中4名学生已经毕业工作，1名学生攻读硕士学业；2名学生考入市、区重点高中。

京都律所创始人、名誉主任田文昌通过远程视频对“泉计划”寄予厚望，他表示，京都律所的“泉计划”公益助学活动不仅为孩子们提供了经济援助，更是为他们提供了精神层面的支持，既为他们解决了实际困难，也让他们放眼于未来，使孩子们从抑郁困境走向自强自信。这十年当中，



京都律所创始人、名誉主任田文昌讲话

我们的律师见证了孩子们的成长，同时也被他们的坚韧和不屈而感动。我们的律师不仅自己参与活动，而且还带着子女一起参加，让孩子们成为好朋友，实现了爱心的传承，希望今后有更多的律师和公众都能参与到活动中来，让爱心积小流而成大河，让更多的孩子得到帮助，希望“泉计划”的孩子们可以志之所向、无坚不入，踏实走好每一步，开拓自己更美好的未来。积小爱成大爱，十年来“泉计划”活动取得了一定成效，京都律所通过这项爱心活动进一步树立了法律公正爱民的形象，爱心与良心相生相成，公益与公正相得益彰。关爱未成年人，传播法制精神、传播公益理念、传承爱心行动。种下一粒种子，托起一份希望。“泉计划”汇聚了京



京都律所党委统战委员、“泉计划”发起人
秦庆芳讲话

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。

京都律所党委统战委员、“泉计划”发起人秦庆芳深情回忆，京都律所“泉计划”萌芽成长于2012年3月8日，由京都律所党支部倡议开展爱心助学活动。“泉计划”的初衷只想让京都律所和法官的爱能够传承下去，这份爱不仅包含经济资助，还包括许多物质与精神的支持，因为孩子的人生路还很长，他们的困难也不仅限于经济上的，他们也需要心灵的关怀，人生方向的引领。秦律师回顾了十年里的点点滴滴，并坚信未来的十年我们京都法律人仍会共同践行社会主义核心价值观，共同努力，让每一个孩子在“泉计划”中感受到尊重与爱护。

京都律所党委书记肖树伟代表京都全体律师和党员送上爱心寄语，肖书记说，光阴荏苒，十年的时光很快过去了，我们帮助的孩子们已长大成人，我们为此感到欣慰和自豪。希望孩子们继续刻苦学习、练就过硬的本领，将来为祖国的强盛、人民的幸福，贡献自己的力量。只要人人都奉



京都律所党委书记肖树伟讲话

动 态

献出一点爱，让正能量在社会中循环传递，我们的大家庭将变得更温馨，社会将变得更加和谐，世界将变得更精彩。京都律所和京都律所党委将一如既往地奉献我们的爱心，落实好“泉计划”，让我们的孩子们安心学习，幸福生活，健康成长。

“泉计划”的学生代表和家长代表纷纷发言，他们表示“泉计划”的爱给了他们力量和希望。每次领到助学金、



会议现场

奖学金、学习用品和生活用品的时候，都发自内心的感动和激动，这是一份沉

甸甸的丰厚的大爱。他们这些家庭无以为回报，只有尽最大的努力教育好自己的孩子，让他们学会做人，懂得感恩，学习成才，回报社会。还有一些因疫情没有回家的“泉计划”学生们也进行了远程视频参会，他们表示虽然无法到达10周年的现场，但“泉计划”给自己带来的帮助始终铭记于心，大家纷纷表示在完成学业之后也要多参加公益活动，将这份爱心传递给更多的人。

寻访革命旧址 重温红色记忆



2022年9月17日，中共北京市京都律师事务所（以下简称京都律所）党委开展了以“重温历史、缅怀先烈”为主题的红色党建活动，京都律所党委书记肖树伟带领党员和党建之友参观了鱼子山抗日战争纪念馆。

平谷区的鱼子山村坐落在一个狭长、曲折的山谷中，村庄两侧山峰连绵。在抗日战争年代，鱼子山村成为一块摧不垮、打不烂的抗日根据地，为创建冀、热、辽抗日根据地打下了坚实的群众基础。

鱼子山抗日战争纪念馆是以冀东地区抗日斗争为背景，以平谷人民及周边地区抗日斗争为线索，展示鱼子山抗日军民斗争历程的场馆。看着光荣墙上一排排为了抗日战争胜利而牺牲的先烈们的名字，他们中绝大部分刚满二十岁，也有很多人在参加斗争的当年就牺牲了，律师党员们无不为之革命先烈们的勇气所震撼，无不为之抗日战士们精神所感染。

在纪念馆讲解员的带领下，大家仔细聆听讲解，观看陈列实物、照片



及文字说明，了解那段抗日军民反压迫、反侵略、求解放的斗争历史，切身体会“打不垮的鱼子山”的革命精神。向里走去，这里陈列着八路军的



动态

军服、民兵自制的地雷、手榴弹，以及缴获日军的军服和刺刀等有着历史记忆的老物件，像是穿越了时光，把人们带回那段浴血奋战、前赴后继的峥嵘岁月。通过展出的图片和文字资

料，大家目睹了日本侵略者对我国国土的占领、同胞的残杀、家园的破坏，内心都受到了极大的触动。

通过本次活动，大家更加坚定了入党初心、坚定了作为法律人积极投

入祖国法治建设的工作初心。大家纷纷表示在未来的工作中要勇于担当创新干、马不停蹄接力干，向着中华民族伟大复兴的中华梦不断奋进。

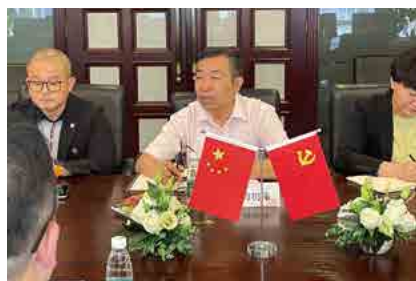
朝阳区委组织部领导到京都律师事务所视察指导党建工作

2022年7月7日下午，朝阳区委组织部领导宋秉坤、魏堃来京都律师事务所（以下简称京都律所）进行视察指导党建工作并与京都所党总支成员进行了座谈。朝阳律协党委孙露和国丹丹同志也参加了此次活动。京都律所党总支书记肖树伟带领党总支成员参加了座谈。



组织部组织三科干部宋秉坤

座谈会上，京都律所党总支书记肖树伟首先对朝阳区委组织部及区律协党委的各位领导表示欢迎，随后肖书记简要介绍了京都律所的党建发



京都律所党总支书记肖树伟

展历程，以及京都人坚持以党建带所建、以党建促发展的律所文化。肖书记表示，律师队伍是建设社会主义法治国家的重要力量，要从政治站位上认识加强律师队伍党建工作的重要性，以党建作为政治引领，牢牢把握政治方向，确保建设一支政治坚定、业务精湛的高素质律师队伍。

随后，肖书记引领各位领导参观了京都律所党建墙，并介绍了京都律所的党建工作模式。

朝阳区委组织部领导认真听取了



肖书记的党建工作汇报，并高度肯定了京都律所浓厚的党建氛围以及取得的工作成绩，并对以后党建的工作做出了重要指示。

动 态

京都律师事务所党总支组织学习北京市第十三次党代会精神

为深入学习贯彻北京市第十三次党代会精神，2022年7月7日下午3点，京都律所党总支书记肖树伟组织京都律所党员们召开党总支理论学习会，集中学习北京市第十三次党代会精神，并就京都律所做好会议精神的贯彻落实进行部署。京都党总支部分成员及部分党支部书记参加会议。

肖书记强调，京都律所党总支要发挥示范引领作用，把学习第十三次党代会精神与深入开展《万名律师党员进社区，人民满意我先行》活动结合起来，恪守职业道德，提升专业水平，提高服务能力，自觉做到坚决捍卫“两个确立”、增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”。紧密结合新时代律师工作的新要求，认真履行工作职责，践行



京都律所党总支书记肖树伟同志宣贯会议精神



京都律所党总支书记肖树伟同志宣贯会议精神

社会责任，为经济社会发展提供强有力的法律服务。

学习会上，党员们一起学习了蔡奇同志代表中共北京市第十二届委员会向大会所作题为《在习近平新时代中国特色社会主义思想指引下奋力谱写全面建设社会主义现代化国家的北京篇章》的报告，并结合自身工作实际，交流学习心得。

“浓情党组织，欢迎新党员——京都律所党组织欢迎‘新’党员”座谈会

新成员，新活力。为欢迎京都律所新入职党员，让党员同志有家的感觉，以及培养党员意识，坚定不移初心、牢记使命的决心和信仰，8月3日，京都律所党总支书记肖树伟同志主持了“浓情党组织，欢迎新党员”活动。

活动开始，肖树伟书记对京都党建工作进行了介绍，并对新入职



党员同志们逐一进行自我介绍，相互认识

党员提出期望。京都律所党总支一直秉持“党建促所建、所建促党建”的工作理念，注重发挥党员的模范带头作用，京都律所党总支先后多次被授予“北京市律师行业先进党组织”、“北京市朝阳区律师行业先进党组织”等荣誉。京都律所党总支定期组织丰富的党建活动，其中最为突出的是持续开展“泉计划”助学活动。肖



动态



| 京都党总支部书记肖树伟同志讲话

书记表示党组织今年要继续加强党的建设，争取党的建设和事务所的业务建设取得更大的进步。

十位新入职党员做了自我介绍，



| 赠书仪式

相互认识，十位党员在交流中表示，加入京都律所党组织的大家庭后，会坚持认真学习党的先进理论知识，时刻以优秀党员为榜样，严格要求自



| 合影留念

己，充分发挥党员的先锋模范作用。

京都律所党组织还为新入职的党员律师们赠书，提倡全体党员共勉学习。

“巴拿马世界博览会和中国乡村振兴”集群项目合作交流会在京都所举办



| 会议现场

2022年7月26日，“巴拿马世界博览会和中国乡村振兴”集群项目合作交流会在京都所顺利举行。巴拿马世界博览会项目组与京都律师事务所就此集群项目进行了深入的交流探讨，并在当天就此集群项目中的一系列法律服务达成了战略合作意向。

中国国际教育电视台常务副台长王凯歌，中国国际教育电视台副台长张一千，新华社总社战略规划部主任冯莽，秦皇岛美术家协会副主席王国兴，巴拿马海南项目负责人卢小利以及巴拿马云南项目负责人郭军来访交流。京都律师事务所名誉主任田文昌律师，事务所主任朱勇辉律师，管理合伙人、CEO褚长志先生，刑事诉



| 合影留念

部高级合伙人梁雅丽律师，民商事诉讼部高级合伙人赵岐龙律师，涉外业务部高级合伙人张利宾律师，公司与合规部高级合伙人孙艳辉律师，知识产权部高级合伙人黄雅君律师，资本市场部高级合伙人唐利君律师，海口分所执行主任李秀梅律师及市场部总监张怡女士出席本次会议。与会嘉宾分

动 态

别从海外贸易法律适用及风险防范、涉外法律体系选择、企业设立及经营合规风险防范、品牌保护以及如何高效全面的保护中国企业走出去等角度进行深入探讨。

“巴拿马世界博览会和中国乡村振兴”集群项目基于中巴两国建

交5周年的时代背景以及海南自贸港的重要历史发展机遇展开，京都律师事务所作为拥有深厚法学底蕴的大型综合化律师事务所，拥有综合化、专业化、团队化和国际化的综合法律平台得到了对方的高度认可。京都所已于一年前入驻海南自贸港开设海口分

所，后续也会为此集群项目提供最快捷、高效的法律服务，以期通过此次合作共同深化京都所国际化发展战略，并为接下来集群项目的稳健开展保驾护航。

京都律师事务所受聘为中国建筑常年法律顾问

9月6日，中国建筑举行常年法律顾问单位聘任仪式。京都律师事务所受聘为中国建筑股份有限公司常年法律顾问单位，高级合伙人黄雅君律师团队受邀出席聘任仪式并接受聘书。

中建集团正式组建于1982年，是我国专业化发展最久、市场化经营最早、一体化程度最高、全球规模最大的投资建设集团。中建集团位列2022年《财富》杂志世界500强第9位，中国企业500强第3位，稳居ENR“全球最大250家工程承包商”第1位，致力打造具有全球竞争力的世界一流企业。

受聘仪式上，中国建筑助理总裁、总法律顾问、法律事务部总经理张翌对获聘的北京市金杜律师事务所、北京市京都律师事务所、北京市中伦律师事务所给予了高度肯定，认可三家律所都是行业内的佼佼者、引领者，综合实力强、行业美誉



度高，并提出三点希望和要求：一是建言献策，维护利益。希望获聘律所积极建言献策，多立发展之论，多献务实之策，切实做好法治中建建设的“智囊团”，维护中国建筑整个集团的利益。二是忠于职责，保质保效。



常年法律顾问有企业法治建设的“外脑”之称，希望获聘律所切实履行好“顾”和“问”的职责，为中国建筑重大事项决策提供广视角、高水准、有价值的参考依据。三是戮力同心，共谋发展。中国建筑将给予获聘律所充分的信任，希望获聘律所多加关心中国建筑法治建设和经营发展的成绩，为彼此创造更多的合作机会。

黄雅君律师作为京都律师事务所团队的代表，在受聘仪式上发言表态。感谢中国建筑给予的信任和支持，团队将坚持始终如一的专业、敬业之初心，在服务期内切实做好中国建筑法治建设发展队伍中的一员，重点围绕中建集团制定的“央企合规管理强化年”的工作目标，根据《十四五期间中建知识产权保护和运用规划建议大纲》，认真履行法律顾问职责，助力法治中建建设。



动态

京都律师事务所加入中华商标协会品牌维权工作委员会并成为委员会委员

近日，中华商标协会公布了新一届品牌维权工作委员会的职责范围、机构设置等信息，北京市京都律师事务所成为该委员会委员。

中华商标协会品牌维权工作委员会（下称“委员会”）是中华商标协会设立的分支机构，成立于2018年4月23日，在中华商标协会的指导和支持下开展工作。委员会以秘书处为中心，全面统筹日常运营工作。委员会将通过整合成员的力量，建立信息共享机制和顺畅的沟通渠道，在快速收集侵权线索，向有关机构反映诉求，及时采取维权措施，提高打击侵权效率方面发挥重要作用，并积极探索商标知识产权纠纷的有效解决。该委员会的主要职责为：关注品牌商标法律动态和案例，提供专业及时的信息参考；举办品牌商标运用、管理、保护



有关的研讨会、培训班、沙龙等专业交流活动，提升商标保护能力；承接有关政府部门或社会团体委托的与品牌商标维权相关的基础理论或特殊问题的研究；以委员会为依托，积极开

展品牌商标维权领域的交流与合作，探索形成及时发现、收集侵权线索，有效采取维权措施，高效化解矛盾纠纷的机制；向政府部门提供政策建议和重点保护企业名单。

梁雅丽律师入选新华网大学生就业创业公益律师团

2022年7月15日，由新华网携手多家知名律师事务所共同设立的“新华网大学生就业创业公益律师团”在京正式成立。北京市京都律师事务所高级合伙人、京都刑事辩护研究中心主任梁雅丽律师入选公益律师团成员，并作为公益律师代表在公益律师团启动仪式发言。



新华网大学生就业创业公益律师团成员名单

新华网党委书记徐姗姗在致辞中表示，法律援助在高校毕业生就业过程中发挥着保障学生就业权益、护航就业之路的重要作用。“新华网大学生就业创业公益律师团”将进一步探索跨界融合的协作模式，调动各方资源，汇聚多方力量，不断壮大法律援助队伍；将构建线上线下相结合的

动 态

服务平台，及时解答法律问题，高效提供法律咨询，让法律援助离大学生更近；将形成立体多样的传播体系，紧紧围绕毕业生就业创业过程中可能存在的法律问题，加大普法力度，融入就业指导，帮助大学生更好保护自己、从容把握人生。

法治日报社党委书记、社长邵炳芳在致辞中表示，相关统计显示，高校毕业生会在就业中面临非公平竞争，需要广大公益律师伸出法律援助之手，用深厚的法律功底和良好的法律素养，保障广大毕业生的就业权益落地落实。“新华网大学生就业创业公益律师团”汇集专业律师资源，注重精准施策，全力保障大学生合法权益，对培养和塑造大学生依法就业、文明就业和理性就业观念具有重大意义，营造法律服务助力构建公平就业创业环境的浓厚氛围，为就业创业工作注入强劲法治动力。

高校毕业生就业协会会长、北京语言大学原党委书记王路江在致辞中表示，从促进大学生就业角度，期待“新华网大学生就业创业公益律师团”成为大学生就业创业法治教育的“宣传队”和依法维权的“后援团”。高校毕业生就业协会将会同新华网，深入开展战略合作，组建大学生权益保护组织，积极配合各地各部



梁雅丽律师

门各高校，千方百计拓展就业岗位，为大学生营造平等公平的实习、就业、发展环境，促进大学生更加充分更高质量就业。

中华志愿者协会法律委员会常务副主任李奎表示，未来，将引导和呼

吁更多的法律服务志愿者积极参与到“新华网大学生就业创业公益律师团”的活动中来，共同为大学毕业生的就业创业之路“保驾护航”。

“新华网大学生就业创业公益律师团”首批成员名单在会上公布，北京市京都律师事务所高级合伙人梁雅丽作为公益律师代表进行了视频发言。

梁雅丽律师在仪式发言中表示，她非常荣幸能够加入新华网大学生就业创业公益律师团，为千百万大学毕业生贡献一份法律人的关爱和力量。她所在的京都律师事务所和京都刑事辩护研究中心，长期以来，对公益事业尤其是大学校园里的公益活动都给予高度的重视和大力的支持，一直在践行法律人的公益精神。

梁雅丽律师最后说：“我想对正奔赴在就业创业路途上的广大毕业生说，你们并不孤单，新华网大学生就业创业公益律师团的出现，会令媒体机构和法律人的关爱和力量凝聚起来，让我们一起穿越风雨拥抱你们！”

新华网副总裁杨庆兵、新华网总裁助理姚予疆、新华网在线教育分公司总经理孟源、中华职业教育社教培中心主任景平利、高校毕业生就业协会专家等通过线上方式参加了此次启动仪式。



动态

李波律师执笔提案获重点督办，推进金融小额诉讼诉源治理机制完善

8月17日上午，市政协组织部分委员前往北京市高院，就“关于完善我市金融小额诉讼诉源治理机制的提案”召开提案办理协商会，民革中央副主席、北京市政协副主席、民革北京市委主委王红，北京市高级人民法院院长寇昉，民革北京市委会秘书长樊维，市司法局二级巡视员王群等出席协商会。京都所李波律师作为提案执笔人参与此次协商会并发言。



会议现场



民革中央副主席、北京市政协副主席、民革北京市委主委王红（左），
民革北京市委会秘书长樊维（右）

党中央、国务院高度重视优化营商环境建设。社会与法制是民革参政议政重点领域，在民革中央王红副主席的指示下，民革北京市委会在社会和法制领域精心选题，李波律师作为民革北京市

委会社会与法制委员会委员，充分发挥组织优势和个人专业特长，聚焦北京市新一轮营商环境改革，打造法治化营商环境的要求，结合人民法院提升民商事案件审判执行质效的改革方向，选定了完善金融小额诉讼诉源治理机制进行了深度调研。



李波律师

该调研课题2021年初在民革市委会社法委立项，并成立调研组，聚焦具体调研方向。执笔人李波律师负责组织落实相关具体工作，分别面向部分基层法院、银行、保险公司以及金融小额诉讼的一线律师展开了广泛调研，深入了解基层法院关于小额金融诉讼诉源治理的做法，听取了金融单位关于批量小额金融诉讼的诉求，并实地考察了一线律师办理小额金融诉讼面临的困难，形成了调研成果并转化为提案。

该提案作为民革北京市委员会在市政协十三届五次会议上提交的党派提案，重点就运用诉源治理机制化解金融小额诉讼、提升司法审判效率，提出建立金融纠纷案件辅助事务跨域协作机制、实现纠纷一站化解、调解岗位专职

发展、理顺诉调对接衔接等建议。随后，该提案被确定为今年市领导重点督办提案。

推进金融纠纷多元化化解机制建设，是满足人民群众日益增长的司法和金融需求，防范化解金融风险的重要举措。在发言中，李波律师介绍了调研过程和提案建议，呼吁工作在金融诉讼一线的律师同仁，持续关注行业化、专业化调解组织建设，失联修复的举措，委托机制建设、诉调对接机制建设等重点问题，积极建言献策，参政议政，为首都经济社会高质量发展贡献力量。

李波律师加入民革组织多年，持续围绕社会法制领域开展建言献策，参加民革北京市委会多项调研课题，得到市委会领导高度肯定。2021年，李波律师还被评为2021年度民革北京市参政议政先进个人。



动态

京都所王春军律师聘为大连仲裁委员会（大连国际仲裁院）仲裁员



王春军律师



王春军律师被聘为大连仲裁委员会
（大连国际仲裁院）仲裁员

日前，大连仲裁委员会（大连国际仲裁院）发布第六届仲裁员名单，京都律师事务所高级合伙人王春军律师被聘为大连仲裁委员会（大连国际

仲裁院）仲裁员。

大连仲裁委员会于1996年8月28日依法成立，是大连地区唯一的解决民事、商事纠纷的仲裁机构。大连仲裁

委员会，目前每年受理案件超过1000件，标的额近100亿元的发展规模。结合仲裁工作的特点和现状，提出了“规范办案流程、完善案件审签、实施过程跟踪、进行回访考察、开展质量评估、严格责任追究”的六条案件管理措施，以质量求信誉、以质量求发展，全面加强管理，有效地保证了仲裁案件的质量，案件的调解和解率达70%以上，自动履行率达90%左右。大连仲裁委员会于2008年启动导入ISO9000质量管理体系工作，提出“公平、合理、高效、廉洁”的八字质量方针，并连年通过ISO9000质量管理体系的认证审核。

京都所高伙王春军律师就“施工企业合规风险识别与管理”进行分享

2022年8月1日，中国行为法学会培训合作中心举办的“《建设工程法律实务》导师特训营”圆满落幕，京都律师事务所高级合伙人王春军律师就“施工企业合规风险识别与管理”为题目进行分享。本次导师训练营采用“现场+网络直播”方式进行，邀请了袁华之、王春军、杨关善、蓝仑山、吴咸亮、姜超峰等9位来自建设工程领域的专家、学者，为30余位参加集训的学员授课。

导师训练营每期3天，共9天，时



间跨度一个月，分别从建工法律、施工合同、建工合规、FIDIC合同、工程案件仲裁、EOD模式等方面展开学习和交流；同时还围绕工程总承包进行了全方位、多层次、有重点的思维训练，通过对项目内容的详细介绍和相关经验的分享并对典型案例模拟开庭实战练习，让大家在课堂中实战、在实战中提升、在提升中收获。大家认真倾听，积极讨论，进一步提升了学员的专业知识，强化了专业技能，在学习专业项目知识的同时更获得了



动态

宝贵的实战经验。

中国行为法学会是在原中国行为科学学会行为法专业委员会的基础上正式成立的。80年代中期，在著名科学家钱学森的倡导下，首都法学界部分学者共同发起成立了行为法专业委员会。经过七年的学术研究活动，于1994年4月报经中华人民共和国司法部批准，并经中华人民共和国民政部注册登记，正式成立了中国行为法学会，属国家一级学会。培训中心系



中国行为法学会内设直属机构，服从中国行为法学会的领导，以为广大法



律工作者、企业提供专业、优质、高效的法律服务为最高目标。

中国评测团队到访京都律师事务所 交流数据安全产业相关问题

2022年7月5日，中国软件评测中心(工业和信息化部软件与集成电路促进中心)主任助理唐刚一行到访北京市京都律师事务所。

京都律所非常重视本次跨界交流，管理合伙人CEO褚长志先生、运营支持部总监赵魁女士参会并就律所管理、律所业务范围及经营理念做了介绍交流，人力资源部候丽楠陪同来访人员进行了律所参观讲解。竞争法律事务部主管合伙人王菲律师及部门王蕊琪、赵腾远、刘艳丽等多位律师一起与中国评测团队就数据安全合规人才培养、数据安全相关法律研究等产业发展问题进行了多维度交流讨论。会议中京都所与中国评测双方在



数据安全产业人才培养及法律研究与普及等方向达成了多层共识，未来会进一步开展深度的交流与合作。

中国软件评测中心(工业和信息化部软件与集成电路促进中心)，简称“中国评测”，是工业和信息化部直属单位，创立于1990年。2021年开始，受工业和信息化部网络安全管理局委托，中国评测开展了一系列促进



我国数据安全产业发展的重要工作。

北京市京都律师事务所成立于1995年，是国内较早设立的合伙制律师事务所之一，经过27年的稳健发展，通过各专业领域和业务部门的整合与互动，充分发挥专业化分工与团队化协作优势，形成强大的诉讼、非诉综合法律服务平台，为客户提供一站式法律服务。

动态

王菲律师应邀出席“数据安全产业培养”主题沙龙，介绍“数据安全合规师”

为推动数据安全产业创新发展，搭建产业交流平台，在工业和信息化部网络安全管理局的指导下，中国电子信息产业发展研究院组织开展数据安全产业系列沙龙。本次沙龙主题为“数据安全产业培养”，聚焦“数据安全产业人才培养”，围绕目前国内数据安全人才培养现状、问题挑战、实践应用等方面，研讨数据安全人才培养体系建设思路，切实推动数据安全产业高质量发展。

京都律所作为中国计算机行业协会数据安全产业人才培养工作组成员单位，指派王菲律师组建工作团队，深度参与“数据安全合规师”设立阶段的调研讨论、课程与教材的研发设计等工作。本次主题沙龙中，王菲律师应邀从设立背景、培养框架、知识技能、效果展望四个方面对“数据安全合规师”进行了介绍说明。

王菲律师团队专注于数据处理及知识产权相关的商事争议解决。在竞争法、泛知识产权方向积累了深厚的法律研究与实务应用能力，是少数可以跨商标、专利、著作权、



王菲律师



邀请函

不正当竞争、反垄断等几个专业方向提供综合解决方案的法律服务力

量。王菲律师是北京市律师协会科技与大数据专业委员会委员，法治日报律师专家库专家，首届数据安全产业专家委员会委员。

中国电子信息产业发展研究院（CCID）是工业和信息化部直属单位，又称赛迪研究院，下设18个研究所、中国软件评测中心和赛迪集团等20余家控股企业，自2000年成立以来，研究院支撑制造强国和网络强国建设，聚焦两化融合、智能制造、数字经济、军民融合等重点领域，逐步形成了研究咨询、评测认证、科技服务、媒体会展、军工业务、产业金融6大业务布局，累计为20余个国家部委、400余个地方政府、5000余个行业企业提供服务。

北京市京都律师事务所成立于1995年，是国内较早设立的合伙制律师事务所之一，经过27年的稳健发展，通过各专业领域和业务部门的整合与互动，充分发挥专业化分工与团队化协作优势，形成强大的诉讼、非诉综合法律服务平台，为客户提供一站式法律服务。

京都律师应邀出席知识产权行政执法专家研讨会

2022年8月19日，由国家市场监督管理总局指导，中国知识产权研究会主办的知识产权行政执法专家研讨会召开。京都律师事务所高级合伙人王

菲律师应邀作为专家代表出席会议。本次会议旨在汇聚专家智慧，解决执法难题，协调推进知识产权执法工作。国家市场监督管理总局、中国

知识产权研究会、中国政法大学、华为、安踏、格力、海尔、奇虎、五粮液、中兴通讯等监管机构、研究机构及知名企业参会。



动态

本次会议围绕“企业字号侵犯商标权的判定标准及法律依据、品牌企业针对字号侵权可以采取的应对策略、企业字号与知名商标冲突时的行政执法建议”三个议题顺序展开讨论。与会专家代表分别从自身角色与经历出发，就前述问题发表观点。王菲律师首先介绍了团队从事相关实践的经验以及在实务中常用到的法律依据条款，进一步提出商标与企业字号冲突时应以是否容易导致混淆为判断的核心，兼顾行为人主观状

态、行业规模、特定渊源等因素综合判断。关于品牌企业常遇到的他人字号混淆企业商标权事件处置，王律师提供了协商改名、单方声明、行政举报、民事诉讼几种解决方案供企业参考。最后，基于办理案件中体验的知识产权行政执法实践感受，王律师提出：执法应重视告知义务等程序问题，保障相对人权益和行政行为合法。并从行政行为合理性角度出发，提出也应当关注被指侵权方的法益，区分具体情况确认是否处

罚及如何处罚。呼吁关注权利滥用问题，认为维权人在核定商品或服务以外的使用形成的标识影响力，在行政执法时不应做为当然的商标权法益给予强保护。建议执法机构精细作业，以符合营造良好营商环境的当前社会背景。会议中，各与会领导、专家及参会企业代表围绕议题进行了深入交流，为商标与企业字号侵权这一专门问题有关的知识产权行政执法实务形成了多角度参考意见资料。

肖树伟律师受邀出席中国国际服务贸易交易会中国企业国际化与合规高层论坛

应中国企业评价协会的邀请，京都所肖树伟律师于2022年9月5日出席了中国国际服务贸易交易会中国企业国际化与合规高层论坛。

中国国际服务贸易交易会是由中国商务部和北京市人民政府共同举办的全球服务贸易领域规模最大的综合性展会。习近平主席连续两年在会上发表重要致辞。这次论坛聚焦企业国际化发展中合规建设的紧迫性及重点和难点，邀请相关领导专家学者企业



肖树伟律师

家分享观点交流经验回应关切等。肖树伟律师和与会代表交流了合规业务的经验和体会，介绍了我所的合规业务，取得了良好的效果。

肖树伟律师是中华全国律师协会企业合规法律服务专项工作组副组长。在企业合规法律业务方面具有丰富的经验，先后为秦港股份有限公司、河北港口集团及中煤科工集团等单位提供了全面系统及专项合规法律服务。

京都所宇文鸿雁律师应邀为国家粮食和物资储备局线上授课

2022年7月7日，京都律师事务所高级合伙人宇文鸿雁律师受国家粮食和物资储备局的邀请进行线上授课，课程主题为《〈民法典〉婚姻家庭编——夫妻共同财产制下夫妻

共同财产及共同债务的认定》，获得了一致的好评。

本次授课通过以案说法的形式介绍了我国夫妻共同财产制下夫妻共同财产的认定及分割问题，并结合

现行法律规定指出了夫妻共同财产制的特点及实务中引发的问题，如夫妻共同财产制可能会从根本上导致家企财产混同，随之导致夫妻共同债务的产生。

动态



宇文律师又从共债共签的历史沿革展开，以几则典型案例深入浅出地解读了夫妻共同债务的类型、认定及举证规则，并指出执行案件中夫妻共同债务的认定及救济问题。

宇文律师强调，2021年我国正式步入《民法典》时代，《民法

典》婚姻家庭编的学习和讨论成为大家耳熟能详的话题；同时，家事审判聚焦家庭建设，强调人文关怀，运用司法对家庭的修复功能，妥善化解家事矛盾，可以实现对家庭及家庭成员人身、财产、情感利益的一体化保护，最终能够促进社会的和谐稳定。

讲座临近尾声，宇文律师引用庄子的《逍遥游》：

“北冥有鱼，其名为鲲。
鲲之大，不知其几千里也；
化而为鸟，其名为鹏。
鹏之背，不知其几千里也；

怒而飞，其翼若垂天之云。”

鼓励正在被家事纠纷困扰的当事人要有选择的能力和智慧；“怒而飞”体现了不困于眼前的物理环境及思维局限，激发人们要有挣脱阻力去追求更广阔空间，去追求更豁达心灵自由的勇气和智慧。

本次线上授课引起了听众对《民法典》婚姻家庭法律规定的热烈讨论和关注。大家认为本次内容丰富，主讲人专业而不失温和，对法律实务和理论领域的讲解使大家受益匪浅。听众亦表达了对京都律所的感谢及认可。

刘铭律师继任朝阳区法学会第二届理事会理事

2022年8月25日，北京市朝阳区法学会召开第二次会员代表大会暨第二届理事会第一次会议。

来自朝阳区公安分局、检察院、法院、司法局、政府机关及首都法学专家会员代表参加了大会。会议审议了《朝阳区法学会第一届理事会工作报告》、换届筹备情况说明，并选举产生第二届理事会理事。

北京市京都律师事务所高级合伙人刘铭律师为朝阳区法学会首届理事会理事。五年来，根据法学会规则，围绕法治宣传教育、法学研究、法律服务和法治品牌创建等工作，开展大量法治讲座、专项培训、政策解读、争



刘铭律师宣讲民法典

议调解等工作，为推进法治建设积极履职作为。

经大会选举产生58名理事，刘铭继任第二届理事会理事。

朝阳区法学会新一届理事会将在北京市法学会的业务指导下，根据朝阳区区域特点，深化法学会工作规律



刘铭律师为科技园区作知识产权合规宣讲

认识，继续开展法学研究、学术交流、法治宣传和法律服务等各项活动。通过开展各种形式的法学研究工作，探讨具有朝阳区特色的法学理论和法治实践问题，不断开创法学会工作新局面。



动态

刘铭律师在北京时尚周活动中开展知识产权法律沙龙讲座

“时尚北京活动周”为2022服贸会重要活动内容。2020年9月15日，经主管单位审批，朝阳区知识产权纠纷调解委员会以“守护时尚，守护美——探索时尚领域的知识产权保护”在王府井工美大厦组织开展沙龙论坛活动。

刘铭律师作为朝阳区知识产权纠纷调解委员会主任，介绍了调解委员会的性质、职能、开展的工作，以及调解在知识产权保护中的价值。结合代理过的具体案件，重点结合服装设



计和服装成品在作品构成及侵权判断标准，深入浅出阐述了知识产权保护



在科技创新、经济发展、社会进步中的价值。

《信托法修订内容研究》课题研讨会顺利召开



2022年6月17日上午，由京都律师事务所牵头的中国信托业协会2022年信托业专题研究课题——《信托法修订内容研究》课题研讨会通过线上会议形式顺利召开。

中国人民银行条法司副司长刘晓



洪、条法司银行保险业法规处副处长周莹，中国银保监会法规部法律处处孙玉洁、信托部机构监管一处处长胡戎飞、信托部机构监管一处副处长郭昊，北京金融法院执行局副局长张守国、审二庭副庭长蒙瑞、执行

动 态

局法官侯成成、审二庭法官李默菡，中国信托业协会党委书记、专职副会长（常务）漆艰明，中国信托业协会党委委员、专职副会长闫建东，中国信托业协会首席经济学家蔡概还，中国信托业协会专家理事、行业发展研究专业委员会委员、课题组指导老师周小明，中国信托业协会专家理事李宪明律师，北京交通大学法学院副教授、民商经济法系主任李文华，课题组负责人、南开大学法学院教授韩良，以及来自京都律师事务所、中国对外经济贸易信托有限公司、江苏省国际信托有限责任公司、长安国际信托股份有限公司、国投泰康信托有限公司、西部信托有限公司、中信信托有限责任公司、光大兴陇信托有限责任公司、锦天城律师事务所、北京师范大学中国公益研究院、北京浩天律师事务所等课题参与单位代表共40余人参加了本次研讨会。

中国信托业协会党委书记、专职

副会长（常务）漆艰明致辞并主持会议。课题组负责人、南开大学法学院教授韩良代表课题组进行汇报。

北京交通大学法学院副教授、民商经济法系主任李文华作主题发言，介绍了大陆法系国家和地区引入和改造信托法的经验。

北京市京都律师事务所高级顾问高慧云，中国信托业协会专家理事、锦天城律师事务所律师李宪明，京都律师事务所律师、特华博士后科研工作站法学博士后柏高原，江苏省国际信托有限责任公司家族信托部总经理潘磊，中国对外经济贸易信托有限公司合规法律部副总经理刘载舟分别就信托税制、信托立法需求、信托法修订的具体内容等作了介绍。

中国信托业协会专家理事、行业发展研究专业委员会委员、课题组指导老师周小明对课题的研究框架、研究内容、时间节点作出指导。

中国人民银行条法司副司长刘晓

洪、条法司银行保险业法规处副处长周莹，中国银保监会法规部法律法规处处长孙玉洁、信托部机构监管一处处长胡戎飞，北京金融法院审二庭法官李默菡，分别从信托业监管、信托纠纷解决等方面对信托法修改的相关问题发表了意见。

中国信托业协会党委书记、专职副会长（常务）漆艰明在会议总结中指出，课题研究要提高政治站位，体现新的发展阶段，坚持新发展理念，服务新发展格局，同时做好宣传工作与引领工作，理论与法理基础要研究到位，为后续纳入人大修法计划打好基础。

下一步，京都律所及其他课题参与单位将根据专家意见进一步完善课题研究框架，加强与监管部门的沟通交流，立足中国实际，充分吸收信托实践经验，参考域外信托立法经验，高质量地完成课题研究工作。

《信托法修订内容研究》课题组赴中国国际经济贸易仲裁委员会调研

2022年7月27日，中国信托业协会首席经济学家蔡概还一行到访中国国际经济贸易仲裁委员会（简称“贸仲”），就中国信托业协会组织的“《信托法》修订内容研究”课题开展专题调研。贸仲副主任兼秘书长王承杰、仲裁院副院长解常晴以及相关处室负责人接待了课题组的到访。双

方就《信托法》修订及涉信托争议仲裁相关问题进行了深入研讨。

王承杰秘书长指出，贸仲作为国内最早成立的涉外仲裁机构，在信托争议解决领域有着丰富的实践经验。仅自2019年以来，贸仲受理信托及涉信托资产管理争议逾1500件，标的额近一千亿人民币。贸仲在过往大量

信托案件中进行了积极探索，积累了丰富的裁判经验，这无疑将为《信托法》修订提供重要参考。

调研组高度认可贸仲在信托领域的深厚积累，贸仲在信托领域丰富的案件审理经验，将为厘清信托制度中的争议问题提供重要的决策参考。蔡概还首席就“《信托法》修订内容研



动态



王承杰秘书长就贸仲及涉信托争议案件情况做专题介绍

究”的课题背景以及到访贸仲开展调研的专门考虑做简要介绍。他表示，本次“《信托法》修订内容研究”的课题成果将形成《信托法》修改草案的重要依托，将为下一步《信托法》的修改奠定基础。

本次座谈会从仲裁程序和实体两个方面对涉信托争议仲裁重点问题进行了研讨。课题牵头单位北京京都（天津）律师事务所柏高原律师介绍了课题具体情况并就信托受益权属性、资管业务的属性、资管业务中的投资者/委托人“越过”受托人向第三人直接提起仲裁的可行性以及信托财产所有权转移等问题与贸仲专家同仁

进行了探讨和交流。

贸仲相关业务负责人从立案审核、裁判标准等方面介绍了贸仲涉信托案件处理经验，并回答了课题组成员的提问。与会的三位贸仲仲裁员专家从仲裁庭裁判视角分享了对信托案件争议问题的看法。



调研座谈会现场



蔡概还教授介绍课题背景及调研目的

课题组调研成员北京京都（天津）律师事务所柏高原律师、北京市京都律师事务所高级合伙人肖树伟、南开大学法学院博士研究生汤杰、光大兴陇信托有限责任公司信托证券信托部研究主管邓晰尹、长安国际信托股份有限公司合规法务部副总经理邓婷、中信信托有限责任公司合规管理部合规主审张笑滔、中国对外经济贸易信托有限公司合规法律部资深高级经理徐翔、锦天城律师事务所合伙人梁光勇、北京浩天律师事务所合伙人郭然就信托受益权的性质、信托内部争议可仲裁性、股权信托中受托人义务的标准及免责、监察人和受益人是否可以适用仲裁条款等关键问题进行了讨论，并对《信托法》修改完善提出了初步建议。大家一致认为，仲裁在解决涉信托资产管理纠纷方面有专业、高效、保密的优势，期待未来通过制度设计使更多的涉信托资产管理争议通过仲裁方式解决，也希望通过仲裁法治实践推动信托行业各项制度的不断完善。

黄鹏律师被聘为中国中小企业协会调解中心调解员

2022年8月2日，经中国中小企业协会调解中心管理委员会研究决定，聘请京都上海分所黄鹏律师为中国中小企业协会调解中心调解员。

中国中小企业协会调解中心于

2019年12月成立，是中国中小企业协会的内设机构，属于行业专业调解促进组织。2021年10月，最高人民法院立案庭与中国中小企业协会签署《关于建立中小企业领域矛盾纠纷在线诉

调对接机制合作备忘录》，正式建立中小企业领域矛盾纠纷“总对总”在线诉调对接机制。中小企业协会在试点地区建立三级组织架构（省级调解办公室、市级调解办公室、区县调解

动态

办公室），分别与相应的人民法院立案庭进行对接。指导调解组织和调解员入驻调解平台，组织调解组织和调解员开展在线调解和诉调对接工作。纳入总对总平台的特邀调解名册的调解组织和调解员，可供省、市级、区县级人民法院选聘。



黄鹏律师



京都律所研究课题获2022年度“NAFMII研究计划”立项

2022年度“NAFMII研究计划”课题立项名单

为深入学习贯彻党的十九大和十九届历次全会精神，切实加强金融领域重大理论和实践问题研究，凝聚市场力量和智慧，贯彻落实国家宏观政策、更好服务实体经济、促进高水平对外开放，同时促进研究交流，中国银行间市场交易商协会组织开展2022年“NAFMII研究计划”课题研究，目前已顺利完成申报立项工作。

经过对申报规范性、选题质量、研究人员能力和研究基础、研究提要、预期研究成果等方面的综合评议，确定74项课题立项。京都律师事务所财富管理“资管产品债券交易中的信义义务研究”课题成功立项。

课题编号	课题名称	课题负责人	课题承担单位	课题编号	课题名称	课题负责人	课题承担单位
NAFM2022-001	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-041	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-002	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-042	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-003	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-043	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-004	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-044	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-005	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-045	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-006	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-046	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-007	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-047	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-008	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-048	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-009	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-049	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-010	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-050	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-011	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-051	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-012	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-052	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-013	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-053	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-014	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-054	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-015	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-055	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-016	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-056	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-017	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-057	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-018	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-058	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-019	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-059	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-020	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-060	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-021	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-061	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-022	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-062	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-023	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-063	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-024	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-064	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-025	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-065	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-026	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-066	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-027	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-067	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-028	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-068	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-029	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-069	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-030	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-070	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-031	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-071	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-032	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-072	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-033	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-073	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-034	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-074	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-035	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-075	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-036	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-076	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-037	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-077	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-038	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-078	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-039	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-079	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所
NAFM2022-040	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所	NAFM2022-080	资管新规下信托受益权转让法律问题研究	王立峰	北京市中银律师事务所

(本文来自NAFMII资讯)



动态

王馨全律师主持并参与北京市律协涉外争议解决专题系列培训

2022年7月28日下午，北京市律师协会涉外法律服务研究会举办“涉外争议解决专题”系列培训第二讲——“国际仲裁核心流程解析”。本期培训采用线上方式进行，市律协副秘书长李凯参会，涉外法律服务研究会秘书长王馨全主持。

市律协商事仲裁法律专业委员会委员、北京市君合律师事务所合伙人董箫律师，市律协涉外法律服务研究会委员、北京市君合律师事务所合伙人赵慧丽律师，中国国际经济贸易仲裁委员会香港仲裁中心副秘书长、中国海事仲裁委员会香港仲裁中心总法律顾问王皓成先生作为主讲嘉宾，以圆桌讨论的形式围绕国际仲裁核心流程进行了多角度的互动交流。

三位嘉宾从仲裁机构、仲裁员、代理律师的三个视角出发，针对国际仲裁程序的启动、仲裁庭的组成、仲裁程序的制定和管理、仲裁裁决的作出四个国际仲裁中的核心流程提出了

实战中容易出现的问题以及相应的解决办法。主讲嘉宾们结合自己丰富的实践经验，给出了很多切实可行、行之有效的建议。

培训中，三位嘉宾围绕国际仲裁案件律师团队的组建、中国律师在国际仲裁案件中的作用、选择仲裁员应当考虑的事项、仲裁机构指定仲裁员会考虑的因素、仲裁员利益冲突及挑战仲裁员问题的处理、当事人如何参

与仲裁程序的制定和管理、仲裁裁决的作出流程及仲裁机构核阅裁决工作等内容，进行了精彩的分享及解析。

本次线上培训直播期间最高同时在线人数近千余人。本次培训讲座内容充实，三位主讲嘉宾以扎实的业务能力、多元的实务视角、生动的讲解风格，为广大涉外律师带来了一场精彩的培训课程。

来源：北京市律师协会



蔡康苗律师受邀为大兴乡村振兴青年就直播电商法律法规授课

9月3日，京都律师事务所蔡康苗律师受邀为三十名大兴乡村振兴青年就直播电商所涉及的法律法规进行授课，授课题目为《互联网营销的相关法律法规》，课程受到了大家一致好评。

本次课程主要包括第一部分：认

识“法”、第二部分：就《中华人民共和国广告法》、《中华人民共和国电子商务法》、《互联网直播服务管理规定》进行重点法条串讲，就《中华人民共和国广告法》结合当前备受关注的广告内容虚假宣传、贬低

同行、明星作为代言人被罚、直播翻车、虚假宣传等问题分析相关的法律责任；就《中华人民共和国电子商务法》中规定电子商务经营者负有提供原始合同和交易记录的义务且需要保存三年进行风险提示。对电子商务经

动 态



营者销售商品或者提供服务，不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，或者造成他人损害的法律后果从行政、民事及刑事责任的角度进行分析；就《互联网直播服务管理规定》中互联网

直播服务提供者应当记录互联网直播服务使用者发布内容和日志信息，保存六十日等内容进行着重提示。

第三部分：就《互联网广告管理暂行办法》、《消费者权益保护法》、《中华人民共和国食品安全法》、《反不正当竞争法》等法律法规结合学员即将从事直播电商行业的普法需求，以案例、视频播放的形式进行重点法条解读。

讲座最后，学员就讲解过程中所提到的广告宣传合规、包装的标志使用以及直播行业的劳动关系形式等进



行提问，律师一一为大家进行解答，讲座成功引起了大家对于直播行业的法律探讨，学员也感谢在入行之处就能学到相关法律法规，为合规电商直播一路护航。

荣 誉

京都律师受聘入选《法治日报》第二批律师专家库



李波律师





荣 誉



| 梁雅丽律师



| 汤建彬律师



| 王菲律师



| 王馨全律师



| 吴宇欣律师



| 夏俊律师



| 张雁峰律师



| 张小峰律师



荣 誉

2022年9月8日，第二届《法治日报》律师专家库聘任仪式在京举行，来自全国31家律所的99名律师成为专家库成员。京都律师事务所李波律师、梁雅丽律师、汤建彬律师、王菲律师、王馨全律师、吴宇欣律师、夏俊律师、张雁峰律师、张小峰律师（按姓氏拼音排序），共9名律师入选本次专家库。法治日报社党委书记、社长邵炳芳，中国政法大学律师学研究中心主任王进喜出席本次活动。

法治是中国之治的基石，律师是法治发展不可或缺的力量。《法治日报》律师专家库秉持“以法治视角解读新闻、用新闻手段传播法律”的理念，以《法治日报》及新媒体平台为媒介，充分发挥律师普法宣传、加强律师行业交流学习、为法治建设建言献策等方面的作用，在宣传律师行业公益精神的同时，为律所品牌传播力



京都律师入选《法治日报》第二批律师专家库
（部分律师合影，左起：李波律师，张雁峰律师，法治日报社党委书记、社长邵炳芳，汤建彬律师）

和核心竞争力赋能。

京都律师事务所作为一家成立27年的大型综合化律师事务所，将秉持实务研究和理论探讨相结合的原则，借助《法治日报》等具有全国权威性、影响

力的法治传媒平台，以法治视角关注社会前沿问题，积极发挥专业所长，共同为法治社会增砖添瓦，竭尽所能促成律师参与法治，法治引导社会，为法治发展提供一份力量。

首届律师公益（社会责任）典型案例发布，京都律师事务所2项案例获奖，2项案例提名

2022年9月8日，首届律师公益（社会责任）典型案例发布会在京举办，京都律师事务所报送的“发起建议，推动废止收容教育制度”“刑辩之路 我们同行——京都刑辩论坛”分别荣获“参与立法普法宣传十大案例”和“律所公益品牌十大案例”，“‘京都杯’高校模拟法庭大赛让学法‘零距离’”“上线6个系列近50场公益直播”分别提名“捐资助学提名案例”和“互联网+公益法律服务提名案例”。

此次发布会由法治日报社党委委



员、副总编辑张国庆主持，法治日报社党委书记、社长邵炳芳，全国人大宪法和法律委员会副主任委员、中华慈善总会副会长胡可明，中国法律援助基金会

秘书长张建华发布重要致辞，中国政法大学律师学研究中心主任王进喜宣布《律师公益（社会责任）观察报告（2019-2021）》正式发布，并为获奖的“首届律师公益（社会责任）典型案例”颁发了奖牌和证书。

2014年，京都律师事务所邀请了我国多位著名法学专家、知名律师召开从黄海波案谈收容教育制度之存废研讨会，并在京都所的倡议下签署《关于废止收容教育制度的建议书》，建议全国人大常委会废止收容教育制度。最终，



荣 誉



京都律师事务所“发起建议，推动废止收容教育制度”入选“参与立法普法宣传十大经典案例”

2019年12月28日，十三届全国人大常委会第十五次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于废止有关收容教育法律规定和制度的决定》，至此，作为行政强制教育措施，已经存在了28年的收容教育制度正式被废止。



“京都刑辩论坛”是由京都所在2017年发起的大型全国巡回公益论坛，论坛旨在践行“传播理念，共享经验，共同发展，推动律师行业整体发展”的社会责任。每年的“京都刑辩论坛”已经成为一个业界同行相互学习、分享经验的桥梁和平台。京都刑辩论坛陆续走过了青岛、南京、温州、广州、大连等地，每场论坛都邀请知名法学大咖、实务精英共聚一堂，与各地刑辩律师就刑事辩护热点、难点问题进行交流与分享，共话刑事辩护理论与实务的新成果。

“首届律师公益（社会责任）典



京都律师事务所系列品牌活动“刑辩之路 我们同行——京都刑辩论坛”入选“律所公益品牌十大经典案例”

型案例”自2021年11月启动以来，经过网络投票和专家评审，最终形成参与脱贫攻坚、参与立法普法、参与重大事件处置、互联网+公益法律服务等10个类别共计100个典型案例、100个提名案例。

京都所刘玲律师当选全国律协刑委会委员

近日，中华全国律师协会公布新一届专业委员会名单，京都律所高级合伙人刘玲当选第十届全国律协刑事专业委员会委员。

刘玲律师1994年通过全国律师资格考试开始执业，之后在检察机关工作八年，2005年再次执业律师，以刑事业务为主，办理数百件重大复杂案件，先后为六家企业提供刑事合规

专项法律服务。同时，刘玲律师担任北京市律师协会刑事诉讼法专业委员会副主任、清华大学法律硕士研究生联合导师，系清华大学法学院中国司法研究中心研究人员、中国伦理学会法律伦理专业委员会理事。先后出版个人专著《分光镜下的法治》、合著《刑辩三人谈》。



刘玲律师

荣 誉

苏文律师当选北京市知识产权法研究会专利法委员会委员

2022年7月23日，北京市知识产权法研究会公布第三届专利法委员会委员名单，北京市京都律师事务所苏文律师被选为专利法委员会委员。

北京知识产权法研究会成立于2013年10月19日，由北京市相关法院、高校、研究机构、服务机构等发起设立，业务主管部门为北京市法学会。研究会下设6个专业委员会，分别为专利法专业委员会、商标法专业委员会、著作权法专业委员会、竞争法专业委员会、企业IP专业委员会、信息网络与数据法委员会。

北京知识产权法研究会

专利法委员会名单

主 任



杨安进
北京市维涛律师事务所执行合伙人

副 主 任



崔国斌
清华大学法学院知识产权法研究中心主任、教授



李自柱
原北京市朝阳区人民法院知识产权庭庭长



刘 翔
北京翔石知识产权代理有限公司负责人



田俊峰
北京华夏泰和知识产权代理有限公司总经理

秘 书 长



李 煦
北京快手科技有限公司专利总监

副 秘 书 长



苏 文
深圳家酷知识产权代理有限公司
北京分公司负责人

委 员

(以姓氏拼音为序)



陈明程
北京市君泽君律师事务所合伙人



董烺飞
北京市炜衡律师事务所律师



范金标
北京翔石知识产权代理有限公司



郭少强
美的集团股份有限公司首席知识产权顾问



韩苗苗
山东康桥（北京）律师事务所律师
专利代理师



贺小明
北京市尚公律师事务所律师
专利代理师



刘丹妮
北京市英智伟诚知识产权代理有限公司
专利代理师



吕 东
北京尚铃律师事务所市场部总监



吕 翥
中国科学院科技战略咨询研究院助理研究员



马晓亚
北京英嘉嘉华知识产权代理有限公司
管委会合伙人



孟德栋
北京华夏泰和知识产权代理有限公司
副总经理



潘 聪
北京高文律师事务所合伙人
专利代理师



强志强
京东方科技集团股份有限公司
技术与知识产权管理中心资深知识产权经理



苏 文
北京市京都律师事务所律师



王 东
北京嘉东律师事务所合伙人、专利部联席部长



王卫彬
上海国兴律师事务所管理合伙人



杨 云
北京市雁安律师事务所高级合伙人



詹远光
知识产权学者



张菲菲
北京中银律师事务所知识产权部
副主任、合伙人



张建国
北京三聚阳光知识产权代理有限公司总监



张剑强
北京市万源天勤律师事务所合伙人



张媛媛
北京恒都律师事务所高级合伙人



张占江
北京市海问律师事务所资深顾问



赵礼杰
北京嘉和律师事务所知识产权中心主任



企业合规

——国有企业投资退出的合规路径



国有企业退出项目公司股权投资中的刑事 风险识别及防范建议

■ 孙艳辉 夏俊 / 文

近年来，随着市场经济的繁荣发展，国有企业，特别是大型国有企业成为国民经济的中流砥柱，肩负着履行社会责任、落实国家经济政策的重任，也是参与国际市场竞争的重要力量。国有资本对各类民营企业的股权投资力度逐渐加大，但近几年由于各类企业经营状况下行，部分企业濒临破产境地，如何顺利从项目公司中退出也成为国有企业面临的首要难题。本文围绕退出股权投资的方式，为国有企业总结和梳理退出过程中可能存在的相关刑事法律风险及防范建议，以供参考。

一、国有企业退出项目公司 股权投资的方式

（一）股权转让

国有企业退出股权投资时较多采用股权转让方式，而股权转让一般包括对外转让和对内转让两种形式。

1. 对内转让。国有企业阶段性股权投资时，一般会要求项目公司控股股东或实际控制人在投资期限届满后回购其持有的项目公司股权，常见的形式主要为国有企业与项目公司大股东签署远期股权回购协议。投资期限届满后国有企业将其持有的项目公司股权转让给公司大股东，即为“对内转让”。对内转让完成后，国有企业顺利从项目公司中退出，项目公司整体注册资本保持不变，是一种对各方较为有利的退出方式，在实践中选择性较高。

2. 对外转让。股权的“对外转让”，即将国有企业所持股权转让给项目公司股东以外的第三方。根据《企业国有资产法》第五十四条规定：“除按照国家规定可以直接协

议转让的以外，国有资产转让应当在依法设立的产权交易场所公开进行……”。因此，在对外转让过程中主要包括协议转让与公开进场交易两种形式。

（二）定向减资

国有企业可以通过“定向减资”的方式退出项目公司，即项目公司股东会作出减资决议，其中国有企业的出资金额、股权比例均变更为0。定向减资除了产生公司资本减少的法律效果外，还会导致公司股权结构的变化，进而影响股东之间的权益分配。

（三）自行解散清算

国有企业可以通过与其他股东自行解散、清算的方式退出项目公司，即国有企业和其他股东作出解散项目公司的股东会决议，通过解散、清算和注销项目公司的方式，实现国有企业退出的目的。

二、国有企业在退出过程中的 相关刑事风险分析

由于我国市场经济在制度、观念、实践等方面尚未完全成熟，人们在市场交易过程当中过度依赖于人情关系，忽视对于市场契约的信赖与遵守，大量企业仍然会依照“行业惯例”、“商业安排”等市场潜规则进行，这也会导致国有企业在退出项目公司股权投资的过程中涉嫌相关刑事法律风险。实务中，国有企业在退出股权投资过程中涉嫌的刑事风险形式多样且表现复杂，常见的刑事风险如



下:

(一) 涉嫌贪污罪

国有企业人员在退出项目公司股权投资的过程中,如果出现将部分股权转让款、减资款或解散清算相关款项据为己有,或将公司股权转让给其个人的行为,就可能会涉嫌贪污罪。

《刑法》第382条、第394条规定,国家工作人员利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的,是贪污罪。国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物,依照国家规定应当交公而不交公,数额较大的,以贪污罪追究刑事责任。

《刑法》第271条第二款规定,国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有的,数额较大的,构成贪污罪。

刑事风险点1:国有企业人员将部分股权转让款、减资款或解散清算相关款项据为己有

【案例1:刘某某贪污案】2011年至2012年期间,刘某某与赖某进行协商,利用刘某某担任A国有集团公司党委委员、副总经理及C公司(A国有集团全资子公司B公司参股)法定代表人的职务便利,以人民币3000万元的价格将C公司全额股权转让给赖某等人。赖某等人按照刘某某的要求,将2200万元股权转让费打入了C公司,将剩余的800万元由赖某分三次打入了刘某某的银行账户内,刘某某为此向赖某出具了800万元收条一份。但刘某某却未将800万元入单位账,而是将800万元据为己有,用于个人股票买卖。

刑事风险点2:国有企业人员将股权转让给其个人

【案例2:赵某某贪污案】1995年7月24日,A国有化工

孙艳辉律师简介



北京市京都律师事务所公司与合规部主管合伙人、高级合伙人,北京市破产管理人协会规则委员会委员,北京市律协破产委员会委员,北京市破产法学会会员,法治日报第一届律师专家库成员。孙艳辉律师执业近三十年,主要执业领域为破产清算重组业务、公司合规及商事诉讼法律事务,代理了数百起民商事诉讼案件承办了众多疑难、复杂的案件,取得全国第一批证券律师执业资格,承办了某某资产管理公司等几家大型资产公司的不良资产回收及处置业务;某某出版有限公司等尽职调查业务及基金公司登记业务;工信部对中国电子商务协会的强制清算业务以及黑龙江某某房地产开发有限公司破产重整业务等。

集团与何某某共同组建成立了B电子公司。1998年7月15日,A化工集团委派赵某某到B电子公司从事生产经营管理工作,担任该公司董事长。1998年12月6日,C电器厂成立,侯某某等人系该厂领导成员,与赵某某共同经营B电子公司和满江红电器厂。2004年2月,赵某某擅自决定将A化工集团名下的国有股份转让给个人,并与侯某某等人预谋,于同年2月16日和22日伪造了出资转让协议和收付款项证明及股东会决议等资料,连同公司变更登记申请书、自然人股东简况表等资料于同年3月向工商部门申请,将化工集团名下的股份转至赵某某、侯某某等人名下。案发后,经河南盛华资产评估有限公司对B电子公司的资产评估,该公司净资产评估值为1135558.81元,按比例计算80%的股权评估值为908447.05元。

(二) 涉嫌受贿罪

《刑法》第385条、第388条规定,国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。国家工作人员在经济往来中,违反国家规定,收受各种名义的回扣、手续费,归个人所有的,以受贿论处。国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件,通过其他国家工作人员职务上的行为,为请托人谋取不正当利益,索取请托人

财物或者收受请托人财物的,以受贿论处。

《刑法》第163条第三款规定,国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员,利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,或者在经济往来中,利用职务上的便利,违反国家规定,收受各种名义的回扣、手

费，归个人所有的，构成受贿罪。

刑事风险点3：国有企业人员在退出股权过程中索取他人财物或者非法收受他人财物

【案例3：刘某受贿案】刘某于2013年3月在担任A国有公司副总经理期间，受B公司股东李某某请托，让B公司收购A公司部分股权，刘某答应有机会帮李某某推荐。2013年4月，在刘某的帮助下，李某某在海南与A公司董事长柏某某会面、相识。刘某向柏某某推荐B公司，后经刘某积极推荐，柏某某同意B公司收购A公司部分股权，并把转让股权一事交由刘某牵头办理。2013年9月，B公司完成对A公司40%股权的收购，股权转让价款为2,842万元人民币。2016年6月，李某某为了感谢刘某在负责协调B公司收购A公司部分股权过程中的帮助，向刘某行贿人民币40万元。

（三）涉嫌私分国有资产罪

《刑法》第396条规定，国有公司、企业，违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

刑事风险点4：国有企业人员在退出股权过程中违反国家规定，以单位名义将股权私分给个人

【案例4：张某某等人私分国有资产案】张某某身为A公司（国有企业）董事长、总经理，伙同其他七名班子成员，在国企退出股权投资期间，利用职务之便，采取少做资产、多做债务的手

夏俊律师简介



北京市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，西北政法大学刑事辩护高级研究院研究员，北京邮电大学研究生校外实践导师，《法治日报》律师专家库成员，中国法学会会员，曾获2015-2018年度北京市朝阳区“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余年来，承办过大量刑事案件，其中有多起具有一定社会影响的疑难复杂案件，积累了丰富的实务经验及工作业绩。夏俊律师尤其擅长“经济犯罪”、“职务犯罪”、“有组织犯罪”以及“刑民交叉类”刑事案件案件的辩护与代理，其承办的案件有多起获得“不批捕”、“不起诉”、“缓刑”、“二审发回重审或改判”的良好辩护结果。夏俊律师一直用“专业、勤勉、负责”的态度认真对待每一一起案件，积极地为委托人排忧解难，最大限度地去维护委托人的合法权益，深受委托人的信任和认可。

段，形成A公司评估净资产8787995.67元，骗取政府相关部门的批准，用10万元将B国资公司持有的A公司97万元国家股转让给公司全体股东，之后又依据不完整的评估报告书以企业退出股权投资成本不足为由，欺骗政府国企退出股权投资领导小组，使转让所得10万元又还给A公司，用于支付公司退出股权投资成本。

（四）涉嫌滥用职权犯罪

《刑法》第397条规定，国家机关工作人员滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

《刑法》第168条规定，国有公司、企业、事业单位的工作人员，由于滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。

刑事风险点5：国有企业人员在退出股权过程中，滥用职权，致使国有公司遭受重大损失

【案例5：陈某某滥用职权罪】2002年初，时任A国企负责人的陈某某在接受B公司实际控制人张某某的宴请时，承诺为张某某收购A国有公司99.35%的国有股权提供帮助。2002年3月14日，在上述国有股权未按《国有资产评估管理办法》进行评估且某市政工程项目管理局、发展计划委员会、建设和管理委员会等有关部门未达成一致意见的情况下，就擅自决定将A国有公司99.35%的股权转让给张某某实际控制的B公司。2002年4月至12月，B公司分三



次向A国有公司实际支付人民币10.15亿元后，取得了价值为人民币13.356亿元的国有股权，给国家造成了直接经济损失人民币3.206亿元。

（五）涉嫌玩忽职守犯罪

刑事风险点6：国有企业人员在退出股权程序中，不认真履行职责，因疏忽大意造成国有资产流失

《刑法》第397条规定，国家机关工作人员玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七 years以下有期徒刑。

《刑法》第168条规定，国有公司、企业、事业单位的工作人员，由于严重不负责任，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七 years以下有期徒刑。

【案例6：余某玩忽职守案】1997年2月，余某权被市经管委派出到国有、集体、个人混合股份制企业A有限公司任董事会成员。1997年4月，余某权作为经管委财会科科长和市某公司国有产权代表，明知市某公司对改制前的国有资产评估可能不实，可能应增资人民币2825089.83元的情况下，没有采取有效措施对相关国有资产进行监管。2000年5月，A有限公司向市经管委申请进行第二次转制，提出由A有限公司工会以人民币145万元赎买公司的国有资产，由股份制企业转为民营企业A有限公司。在该次转制过程中，余某权明知市某公司没有对国有资产按要求增资，改制时没有对资产进行评估及审计的情况下，没有通过正式的途径向其派出单位报告，或在国有企业股东大会上表达意见和行使表决权，提出重新审计及调增资金的要求。2001年1月8日余某权以市经管委下属的市资产公司名义作出“批复同意市某公司工会以人民币145万元赎买市某公司的国有资产”的拟稿。2001年1月18日，市经管委下属的市资产公司与时任A有限公司董事长兼经理谭某等股东签定股权转让合同，由谭某等人以人民币145万元受让A有限公司的国有股权，造成价值人民币2825089.83元的国有资产流失。

三、针对国有企业退出股权投资的刑事风险防范及合规建议

上述罪名是国有企业及管理人员在退出股权投资过程中容易涉嫌的主要刑事风险点，当然实践中还可能会涉及其他刑事罪名，这里不再一一列举。毋庸置疑，国有企业在退出项目公司股权投资的过程中涉及的刑事风险非常高，对于企业及企业高管来说，必须要有高度的刑事法律防范意识，同时还应当有配套的专项合规计划，这些都是企业能够良好运营下去的重要保障。针对这些常见的刑事风险点，给出以下防范及合规建议，以供参考。

（一）针对常见的贪腐贿赂风险，建议企业制定相关行为准则，营造企业反腐败文化，在企业退出项目公司股权投资的过程中严格执行。

1、企业应当将反腐败文化作为企业文化建设的组成部分，针对企业在退出股权投资过程的各环节和特点进行全面梳理、分析、评价，树立企业反腐败的文化氛围。

2、对于企业高管或高风险业务职位的员工，必须提供有针对性的反腐败培训，同时建立企业员工合规报告机制，并对违法行为和潜在不当行为进行经常性检测和修正。

3、企业应在员工行为准则中加入反腐败条款，该条款应适用于企业所有的管理人员，更应在企业退出项目公司股权投资的过程中严格执行。

（二）针对常见刑事风险点，建立企业风险防范体系，完善企业的考核与追责体系。

1、企业应建立违规行为举报机制，包括受理举报的机构、举报渠道、信息保密制度、举报人保护制度、举报处置流程等。比如，在股权转让中，企业要对资产评估及审计等工作流程重点关注，设置相应的举报、监督渠道，严格监督高管及相关负责人按照法定程序办事，重要事件必须经集体决策，避免管理人员因滥用职权、玩忽职守，导致企业遭受重大损失。

2、企业应当完善自身的考核与追责体系。如果员工或部门违反制度，企业应当视具体情节对相关员工和部门责任人

进行处罚，并直接影响到相关部门和机构的绩效考核。

（三）建立和完善企业合规风险相关机制。当企业及企业高管涉嫌刑事犯罪时，应及时申请启动专项合规整改，力争涉案企业合规不起诉或其他从宽处理。

1、企业应当建立合规风险日常监测机制。设立日常监测合规风险的机构，制定监测方法、措施、频率、信息来源、操作流程等等，并且明确监控重点人员、重点岗位和重点环节。比如在股权转让的过程中，企业主要负责人、资产管理部或资产保全部负责人、法务部负责人等等人员都应当被重点关注。资产评估、确定转让方式、协议的磋商和签署阶段、向有关国资监管部门或上级机构报审及备案程序这些重点工作环节，也应当被重点关注和监测。

2、企业应当建立合规风险应对机制。设置合规风险应对责任人、应对措施、应对流程，同步还要设置记录与

沟通、监督与检查机制，以及针对突发合规事件的应对预案。如果企业在退出项目公司股权投资的过程中，已经面临执法机关的追究，企业应当邀请法律专家共同研究案情和相关法律法规，及时制定应对方案。如果企业及其高管没有违法行为，就一定要依法力争，保护自身合法权利；如果确实存在相关违法行为，那么就应当积极争取涉案企业合规整改的机会，力争涉案企业合规不起诉或其他从宽处理。

3、企业还应当建立合规持续改进机制。包括制定合规整改措施和违规问责制度，持续调整或更新管控措施，确保合规管理与企业实际情况相适应。

综上，在国有企业退出项目公司股权投资中，准确识别可能出现的刑事风险，建立相对应的企业合规机制和管理制度，既可为企业的长久发展提供动力，更可为企业的良好运营保驾护航！



关于国有企业投资退出的合规路径 ——通过股权转让方式

■ 孙艳辉 / 文

2018年11月，国务院国有资产监督管理委员会（以下简称“国资委”）印发《中央企业合规管理指引（试行）》，要求按照全面覆盖、强化责任、协调联动、客观独立的原则，对合规经营风险进行有效控制，规范中央企业合规经营行为。2021年10月，国资委印发《关于进一步深化法治央企建设的意见》。2022年9月15日，国资委发布《中央企业合规管理办法》，该办法于2022年10月1日正式实施。该办法对于推动中央企业切实加强合规管理，实现高质量发展有重大意义，标志着我国国有企业合规步入新时代。

国有企业通过并购重组、投资、增资等方式扩张经营及规模后，随着经营时间的增长同时受到近年来疫情的影响，国有企业不论是从战略还是盈利能力角度上讲，都可能面临着退出所属部分投资的情况。对于项目公司经营状况不良，可能涉及资不抵债的国企项目，国有企业应当积极退出，防止流失国有资产；对于项目公司能够基本维持生产经营，但难以实现企业预期盈利目标的情形，国有企业可以考虑主动退出；对于现有经营状况较好且拟投资的项目，国有企业要采取防范措施，避免未来因为盈利能力较差而被迫退出；对于已经做出退出决策的投资项目，应在经过充分的调查分析，选择合适的退出方式并对投资项目进行客观的价值评估后实施退出行为。

怎样保证国有企业股权投资可以实现预期退出成效，保证国有资产不流失，甚至可以产生增值的效果。在《中央企业合规管理办法》的指引下，合规管理工作对于国有企业来说尤为重要。在不解散项目公司的前提下，国有企业退出股权投资项目的路径及方式较多。针对不同的退出情形，其适用的法律规范性文件不尽相同，需履行的程序也存在较大差异，故国有股权投资退出的合规路径相对复杂。基于以上，

本文将根据国有企业股权投资退出之“通过股权转让方式退出”情形，就其适用的合规要点进行分析和阐述。

一、国有企业投资退出的适用情形应满足合规要求

企业因为自身经营地域、所处行业的不同，其所适用的合规规范的范围也存在差异。目前，规范国有企业股权交易的规范性法律文件主要是国资委和财政部联合发布的《企业国有资产交易监督管理办法》（国务院国有资产监督管理委员会、中华人民共和国财政部令第32号，下称“32”号令）。因此，股权转让方式退出将根据32号令及有关附属规定实施。

根据《企业国有资产交易监督管理办法》第3条的规定，“企业国有资产交易行为包括：（一）履行出资人职责的机构、国有及国有控股企业、国有实际控制企业转让其对企业各种形式出资所形成权益的行为（以下称企业产权转让）；（二）国有及国有控股企业、国有实际控制企业增加资本的行为（以下称企业增资），政府以增加资本金方式对国家出资企业的投入除外；（三）国有及国有控股企业、国有实际控制企业的重大资产转让行为（以下称企业资产转让）。”

国有企业股权转让通常有两种形式，其中一种系对内转让，另一种为对外转让。对内转让是指国有企业向本公司其他股东转让所持标的公司股权。对外转让是指国有企业向目标公司股东以外的第三人转让其持有的公司的股权。根据《企业国有资产法》第54条、《企业国有资产交易监督管理办法》第2条的规定，无论是对内转让还是对外转让，企业国有资产交易应当在依法设立的产权交易场所中公开进行，且

国有股权转让，以进场公开挂牌转让为原则，以采用非公开协议转让方式为例外。如拟采取非公开协议交易的方式，应符合《企业国有资产交易监督管理办法》规定的情形，并经国资监管机构（国务院国资委）批准。

二、国有企业投资退出的程序应符合合规要求

根据《企业国有资产法》第51条至第57条、《企业国有资产交易监督管理办法》第10条至第30条的相关规定，国有企业产权转让的合规流程应当符合上述法律法规及相应行业监管文件。结合《中央企业合规管理办法》的合规要求和指引，国有资产转让应遵循等价有偿和公开、公平、公正的原则，国有企业进场交易的基本合规流程如下文所述。

国有企业进行产权转让时，国有企业应当根据公司章程及公司内部管理制度进行决策，同时形成书面决议。此外，国有企业产权转让涉及职工安置事项的，安置方案应当经工会或职工代表大会或全体职工审议、表决通过，同时，要做好国有企业产权转让和债权债务处置预案的可行性研究、方案论证等工作。国有企业产权转让应经国有企业的股东同意，或者报经履行出资职责的机构批准。产权转让事项获得批准后，国有企业应当委托会计师事务所对转让标的企业进行审计。国有企业应委托具有相应资质的评估机构对转让标的进行资产评估，对产权转让事项必须按照有关法律法规的要求进行资产评估，以经核准或备案的评估结果为依据，确定产权转让价格。国有企业可以根据企业实际情况和工作进度安排，采取信息预披露和正式披露相结合的方式，产权转让信息将分阶段通过产权交易机构网站向社会公开披露，公开征集受让方。其中正式披露信息时间不得少于20个工作日。产权转让信息披露期满、产生符合条件的意向受让方的，按照披露的竞价方式组织竞价。竞价可以采取拍卖、招投标、网络竞价以及其他竞价方式，且不得违反国家法律法规的规定。产权转让信息披露期满、产生符合条件的意向受让方的，按照披露的竞价方式组织竞价。竞价可以采取拍卖、招投标、网络竞价以及其他竞价方式，且不得违反国家法律法规的规定。产权受让方明确后，国有企业与受让方应当签订产权交易合同。产权交易合同生效，并且受让方按照合同约定支付交易价款后，产权交易机构应当及时为交易双

方出具交易凭证。国有企业和受让方凭产权交易凭证，按照国家有关规定及时办理产权变更登记手续。

鉴于上述法律法规及国有企业行业监管规定，国有企业股权转让行为应依法履行评估、核准或备案及通过产权交易中心挂牌交易等合规流程，否则，可能存在被认定为转让行为无效的风险。建议国有企业在投资退出时，依据法律规定程序实施股权转让，避免转让行为无效。

三、国有企业投资退出的转让价格应符合合规要求

国有企业需要以评估结果为依据确定转让价格。国有企业在特定情形下也可通过非进场交易的方式完成股权转让，采取非公开协议转让方式转让企业产权，转让价格不得低于经核准或备案的评估结果。

国有企业应当以最近一期审计报告确认的净资产值为基础确定转让价格。因实施重组整合，转让方、受让方均为国有独资或全资企业的，或转让方和受让方为同一国家出资企业及其直接或间接全资拥有的子企业的，或转让方和受让方为统一国有控股企业或国有实际控制企业及其直接、间接全资拥有的子企业的，按照《中华人民共和国公司法》（以下简称“公司法”）及公司章程履行决策程序后，转让价格可以以最近一期审计报告确认的净资产值为基础确定。

此外，“新三板”国有股权协议转让的价格既要遵守国资监管要求，也要遵守全国中小企业股份转让系统有限责任公司的相关规定。

四、国有企业投资退出面临的合规风险及防控措施

（一）国有企业未对公司履行实缴出资义务即转让股权

根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）第18条的规定：“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第13条第2款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人



对此承担连带责任的，人民法院应予支持。”

根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第19条规定：“作为被执行人的公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，其股东未依法履行出资义务即转让股权，申请执行人申请追加该原股东为被执行人，在未依法出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。”

依据上述法律法规，如果国有企业转让股权时尚未对公司履行实缴出资义务，那么此时国有企业的出资义务不因此而免除，目标公司的债权人仍有权要求国有企业履行出资义务或追加国有企业为被执行人，同时目标公司及其债权人可以要求国有企业承担连带责任。基于民法典的精神而言，作为股东能够自行转让的只是基于股东资格所享有的财产权利，而基于股东资格所负担的法定义务在债权人及相对人未明确表示同意的情形下，原股东仍需承担向公司履行出资义务。故国有企业作为原股东，不会因为转让股份就使得自己对公司的出资义务消灭。因此，可得出如下结论：国有企业如果未依法履行出资义务即转让股权，其出资义务不能因此消失，国有企业不能因此免责。若出资责任随股权转让而概括转移无疑会滋生道德风险，股东可以轻易利用“空壳”受让股权，逃避出资责任，严重损害目标公司及债权人利益。退一步讲，尽管国有企业和新股东就出资情况的分担问题进行重新约定，但该约定不能对抗第三人或债权人，该约定仅能在国有企业和新股东之间有效。所以，纵使国有企业已进行股权转让，若受让方不履行相应出资义务，国有企业仍应承担出资责任。

为防止上述风险的出现，国有企业可以通过先向目标公司出资、履行完毕出资义务，然后再将股权以不低于出资价格转让的形式退出目标公司。对于收购方而言，在股权拟收购前，收购方对目标公司通常并不了解，甚至是一无所知，因此“信息不对称”是引发收购方受让股权困难的主要因素。因股权转让的对象是目标公司股东股权，若国有企业本身出资不到位或具有瑕疵，不仅存在重大风险，甚至直接影响股权转让合同的效力。在该部分中，收购方应主要关注：股权转让是否受到限制（比如在限售期内，存在查封、质押等他项权利，存在股权代持情形）；股东出资是否真实、足额；个别股东是否享有一票否决、回购等特殊权利。这就需要通过专业律师对目标公司进行全面了解，即由律师对目标公司开展法律尽职调查，以消除信息偏差。

（二）国有企业转让股权可能侵犯目标公司股东的优先购买权

国有股权转让涉及进场交易，而优先购买权的行使，是否必需进场，无论是在理论还是在实操层面都是存在争议的。实践中有观点认为，原股东拒绝按照交易规则进场交易的，应当视为放弃优先购买权。原股东行使优先购买权是否必须进场交易、是否必须参与公开竞价、如何参与公开竞价等问题，凡是交易规则要求进场的，均应当予以尊重。其实，就具体的产权交易所规则而言，不同地区的规则也是不同的。根据《北京产权交易所企业国有产权转让股东行使优先购买权操作细则》第9条规定：“选择场内行权的其他股东已受让或行使优先购买权的，转让方不再征询未进场的其他股东意见。”但山东产权交易所《企业国有产权交易优先购买权行使操作规则》（2018年9月6日）第14条，优先购买权的行权方式一般包括下列情形：（一）即时行权：…（二）最后行权：…（三）法律、法规及规范性文件允许或者有权批准机构批准的其他行权方式。

因此，国有股东拟转让持有有限责任公司的股权从而退出目标公司的，要从合规的角度考虑目标公司其他股东是否存在优先购买权。如果目标公司章程未就相关股东的优先购买权做排除规定的，则国有企业需结合产权交易机构的有关规定，通知其他股东是否行使优先购买权。

五、结语

总体来讲，笔者认为国有企业通过股权转让的方式退出目标公司，如果存在国有企业未依法进场交易、未经依法批准或未经依法评估等不合规情形，目前法律法规、行政法规尚未对违法相关规定的合同效力问题进行明确，但如何能够避免国有资产流失同时维护市场交易秩序，是国有企业需要重视的问题。回到交易实践中，国有企业在对外转让股权退出目标公司时，应当完善党委会、董事会等“三重一大”决策程序及相关文件，把好合规程序风险关，保证国有企业的股权转让行为符合《公司法》及相关国有资产监督管理的法律、行政法规及政策要求。在上述基础上，设置科学、合理的交易限制条件和约定，降低股权转让的相关法律风险。

国有企业破产清算常见合规风险 及防范建议

■ 孙艳辉 / 文

2022年8月23日，国务院国有资产监督管理委员会令第42号公布《中央企业合规管理办法》（以下简称“《央企合规办法》”），并于2022年10月1日起正式生效施行，为中央企业在“2022央企合规强化年”的工作提供了更为明确的指引，也将推进中央企业各项合规管理工作进入新的发展阶段。根据《央企合规办法》第四十条之规定，地方国有企业的合规管理工作可参照实施。从国企设立至日常经营，其中涉及的合规管理问题多成为当前工作重点，而其退出市场特别是通过破产清算退出市场的合规问题往往易被忽略，据此，笔者结合承办破产案件的实务经验，就破产过程中常见的国有企业合规风险点及防范措施做以简要分析，以供参考。

一、国企破产之 常见合规风险点

（一）破产启动阶段

1、破产原因内部审查不精准。

无论是已经被废止的《中华人民共和国企业破产法（试行）》（1986年12月2日发布，1988年11月1日实施），还是现行有效的《中华人民共和国企业破产法》（2006年8月27日发布，2007年6月1日实施，以下简称“《企业破产法》”）及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》（2011年9月9日发布，2011年9月26日实施，以下简称“《破产法司法解释一》”），对于企业破产原因都进行了明确详细的规定，但在实务中，国企自查是否达到了“不能

清偿到期债务且资不抵债”的状态，仍以资产负债表所载数据作为主要判断依据，往往忽略了财务数据之外的可变因素，如尚未审结的诉讼案件或企业资产的价值变动，未根据《中华人民共和国企业国有资产法》（2008年10月28日发布，2009年5月1日实施，以下简称“《国有资产法》”）等规定进行企业资产的价值评估也成为其程序瑕疵的重要原因，进而可能导致法院不予受理破产或受理后驳回申请。

2、决议事项及前置审批程序不完善。

根据《中华人民共和国公司法》（2018年修正，以下简称“《公司法》”）第三十七条之规定，申请破产需要公司股东会作出有效决议；除此之外，国有企业还应按照《国有资产法》第三十条至三十四条及《企业国有资产监督管理暂行条例》（2019修订）第二十一条、第二十二条等规定，视企业性质形成负责人决定或董事会决议并履行相应的报批手续。如在缺失上述决定/决议及相关审批文件的情况下即向法院申请破产，一方面因违反国有资产监督管理的相关规定，触发国企内部合规问题及责任倒追机制；另一方面也将导致人民法院以申请材料不齐全为由，不予受理。

3、职工权益未充分保障。企业破产对职工的影响非同小可，职工安置也是破产工作的重中之重。根据《企业破产法》第八条之规定，企业自行申请破产需要向人民法院提交职工安置预案。《国有资产法》第三十七条也明确规定，国企申请破产应当听取企业工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。实务中，部分企业因害怕职工群访等不稳定因素，在制定职工



安置预案前后,不经职工代表大会或全体职工讨论,不听取工会意见或与职工代表进行平等协商,在职工安置预案提交法院前不进行公示或告知,引起职工的抵触情绪,既不利于推进破产进程,也不利于劳动关系的正常处理,甚至会引起更大的矛盾冲突。

(二) 破产推进阶段

1、被迫收出资的法律风险。

自2014年《公司法》修订后,注册资本实缴制变为认缴制,激发了市场活力,各地新设公司数量有明显增加。在时代的浪潮中,部分国有企业也在资本认缴制下纷纷设立,且往往将其注册资本登记为数千万甚至上亿元。虽然公司设立时不再要求验资、股东的出资期限也有了缓冲的空间,但根据《企业破产法》第三十五条之规定,人民法院受理破产将成为股东丧失其出资期限利益的重要事由。特别是近年新设立的国有企业,一旦进入破产,才发现注册资本未实缴到位,进而引发破产管理人追收出资,这也成为国有企业出资合规方面日益凸显的问题之一。

2、不当处分行为被撤销或追回财产的问题。

从出资人的角度看,国有企业往往更容易出现关联关系,因内部管理或出资人经营战略调整等原因,关联企业间多会出现财产无偿划转或定向清偿等事项。根据《企业破产法》第三十一条至三十四条之规定,如国有企业的相关财产处分行为被认定属于不当处分、减损破产财产或可能损害其债权人债权受偿利益的,则可能被管理人依法追回。

3、债权申报及认定问题。

基于上条所述,因国有企业的关联关系及出资人对其日常经营管理的特殊监管、内部考核等机制,国有企业财务数据中常常存在关联企业往来款项过多、性质难以判断的情况(财务凭证多表述为“往来款”)。在人民法院受理破产后,关联企业在向管理人申报债权时,如主张相关往来款项为借款并主张借款利息,即便债务人出具了相关说明予以佐证,管理人也多以关联关系而不予认定;有的往来款项发生多年,未有书面催收证据,被管理人以时效经过为由,不予认定,最终导致国企账务无法核销呆坏账。此外,在管理人完成债权审核并将债权表提交债权人会议核查时,债务人亦享有核查债权及提出异议的权利,如放弃该权利的行使,可能导致部分债权在缺失依据的情

况下被管理人不当确认,进而增大国企负债总额。

4、国有资产的保值增值问题。

实践中,部分国有企业在被法院受理破产且向管理人完成资料移交后,往往认为破产财产的调查处置等工作均由管理人完成,企业及经营管理人员不需再履行相关义务,便处于消极配合的状态。国有企业账务往来中,因关联关系等因素,可能存在部分对外债权无法识别的问题,如不及时向管理人提示说明或协助查找、提交证据材料,很有可能因错失诉讼时效而致催收失败;或没有全面告知企业财产的范围(多系未在账面列示的财产),使得部分财产遗失或丧失变现机会,最终列入企业呆坏账、减损了债务人财产的实际价值,并最终影响破产债权清偿率,由此发生的国有资产流失应当引起警惕。

(三) 破产终结阶段

1、档案管理。

国有企业破产终结后,虽资产负债已经完成清理,也可按照市场监督管理部门的要求依法办理企业注销登记,完成退出市场的最后一步。但是,因为涉及部分职工劳动关系、人事档案的转移或党员党组织关系转出等事项,如不妥善保管其存续期间的档案资料,将可能会影响该类事项的妥善处理。根据《企业破产法》的规定及实务处理方式,国有企业破产终结后,其出资人承担档案保管义务,这也是国企合规管理的应有之义。

2、投资权益或往来款项的账务处理。在配合管理人完成工商注销登记手续后,对于国有企业的投资主体或关联企业,往往容易忽略对外投资权益或往来款项的账务处理,导致资产负债情况与实际不符,在财务审计或合规检查中再予以调整,不符合财务的严谨性和合规管理的实时有效性。

二、合规管理之风险防范建议

如前所述,国有企业破产中的风险点贯穿于破产申请及至破产终结后,深究其中出现的问题,甚至可以回溯至国有企业设立及经营的全过程。有鉴于此,基于当前国企合规迈向精细化管理,在机构设置、制度完善、监督体系、文化建设等各个层面全面加强的形势下,有必要从国

企破产之常见风险点出发,制定相应的防范措施:

(一)健全财务管理制度,规范财务手续

1、建立健全财务部门业务合规管理制度和流程,编制财务风险清单和应对预案。

2、将合规要求具体到岗到人,并明确其各自的责任范围。

3、定期(如每季度或每半年、一年)开展财务合规风险识别评估,并根据评估结果及时纠正财务不规范之处。

4、在日常财务做账中做到有据可查、有法可依、符合会计准则;并在年度财务审计后,根据审计披露事项自查自改,特别是关注关联企业往来款项的性质及依据,做到一企一账,厘清各自关系。

(二)建立内部破产预警机制

1、公司经营管理层应对企业营收情况进行定期总结,复盘盈利或亏损的要因,根据市场变化及时调整经营发展战略,使得国有资产能够保值增值。

2、基于企业定期的财务合规风险识别评估报告,对企业财务报表及相关经营资料进行分析,总结企业财务危机的原因和财务运营体系隐藏的问题,及时进行调整或做好防范措施,并基于企业经营管理人员内部考核制度,督促其完成业绩要求或提出弥补亏损的具体方案。

3、参考《公司法》或根据公司章程规定、经营的文件等要求,对于企业连续一段时期持续亏损,经分析后具有挽救可能性的,及时制定方案并严格执行;对于经分析不具有挽救价值、或发展方向不符合国家产业政策又无法调整经营范围、或经挽救仍扭亏无望等情况,及时停止开展相关业务及资金投入,研判退出方案。

(三)建立破产启动前的内部自查机制

经过研判,对于确有必要通过破产程序依法退出市场的国有企业,应通过破产启动前的内部自查机制,规范以下行为:

1、落实注册资本实缴情况,自查股东是否存在未按时出资、出资不实、抽逃出资等行为,函告股东纠正其出资瑕疵;对于未届出资期限的股东,应及时告知企业破产

后股东应履行补缴出资义务的事项。

2、自查企业财产是否存在不当处分之情况。如为逃避债务而隐匿、转移财产;或虚构债务/承认不真实的债务。再如,申请破产前一年内,是否存在无偿转让财产、以明显不合理的价格进行交易、对没有财产担保的债务提供财产担保、对未到期的债务提前清偿、放弃债权的行为。申请破产前六个月内,是否存在已经具有破产原因、仍对个别债权人进行清偿且该清偿不会使债务人财产受益的行为。该项工作中,尤其要关注拟申请破产主体的关联企业取得该财产的情况。

3、自查董事、监事和高级管理人员行为的合法合规性,如是否利用职权从企业获取了非正常收入或侵占企业财产;是否存在因违反忠实义务、勤勉义务,致使所在企业破产的情形;对于上条所述企业不当处分财产行为是否存在故意或重大过失。

4、自查是否履行破产申请前的各项决议、审批程序。对于企业申请破产一事,在重新进行全面审计及资产价值评估的基础上,判断是否满足破产原因。其后,应形成有效的股东会决议或股东决定;国有独资企业还应有企业负责人决定,国有独资公司应有董事会决定。此外,重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司申请破产,履行出资人职责的机构在作出决定或者向其委派参加国有资本控股公司股东会会议、股东大会会议的股东代表作出指示前,应当报请本级人民政府批准。

5、自查职工权益的保障是否充分全面。是否就申请破产一事听取企业工会的意见,并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议;所制定的职工安置预案是否经职工代表大会或全体职工讨论,听取工会意见或与职工代表进行平等协商,是否进行公示或告知。对于职工安置预案依法须经职工代表大会表决方能实施破产的,是否召开会议并按照法定规则进行表决。

(四)成立破产事务协助工作组,定岗定责

1、成立破产事务协调工作组,且内部细分为财务组、行政业务组、法务组及应急组,由企业负责人/法定代表人担任总组长,企业首席合规官(总法律顾问)进行全流程法律风险把控。在准备破产申请材料阶段,各小组应分工协作,在法院受理破产后根据各组职责,分别配合管



理人和法院的破产工作。

2、企业负责人/法定代表人应依据《企业破产法》的规定，及时组织破产财产及资料的移交工作；按照管理人要求指令相关人员接受访谈，如实介绍企业情况；按时参加债权人会议，接受询问等。

3、在管理人调查破产财产和接受债权申报及审核债权的过程中，财务组和行政业务组应及时提示财产范围、需要追收的对外债权或其他财产线索；对于债权人所申报债权的时效性、利息计算的起止时间及计算标准等提供证据，辅助管理人的债权认定工作；对于明显不成立的债权，应及时向管理人提出异议。

4、职工安置和维稳工作。职工安置涉及欠付职工工资及社保核实、经济补偿金计算、人事档案及党员关系的转移、社保补缴等问题，任何一个环节都需要妥善处理，破产事务协调工作组应全力配合，充分维护职工的合法权益，应急组尤为注意破产中可能出现的信访事件并及时协助管理人、法院进行疏导。因国有企业更强的社会责任属

性，建议股东或关联企业能够提供合适岗位接收破产企业职工或进行岗位推荐，解决职工失业后引发的经济困难，避免可能造成的社会不稳定因素。

5、档案保管、账务处理等工作。在人民法院裁定终结破产后，行政业务组应配合做好档案接收及保管工作；财务组应上报股东，提示调整其投资权益或核销未获清偿的债权；法务组应就破产事务形成专项工作报告，以备合规检查，把好企业合规管理的最后一道关。

三、结语

通过破产程序合法退出市场，帮助部分国有企业在长期扭亏无望的情况下及时止损，是国企合规管理的重要层面，我们既要防范因合规管理不到位致使企业破产，又要在确须通过破产退出市场的情况下，合法合规地完成国企破产的各项工作，避免通过破产“逃废债”，维护债权人的合法权益，更要防范国有资产的流失。

关于国有企业投资退出的合规路径

——简析自行清算与强制清算

■ 马思维 / 文

2015年8月，中共中央、国务院发布《关于深化国有企业改革的指导意见》（中发[2015]22号），要求推进国有企业改革；2019年6月22日，国家发改委、最高人民法院、国资委、国家税务总局、国家市场监督管理总局等13个部门联合发布了《加快完善市场主体退出制度改革方案》（发改财金[2019]1104号），提出健全清算注销制度，完善国有企业退出机制；2020年6月30日召开的中央全面深化改革委员会第十四会议审议通过了《国企改革三年行动方案（2020-2022年）》，进一步强调国有企业的重要性，再次提出改革要求；2022年是国企改革三年行动的攻坚、收官之年，在全国及各地政府工作中对国资国企的改革仍进一步强调。

在国企改革中，“两非”剥离和“两资”清退、妥善处置“僵尸企业”是国企改革、调整优化国有资本结构的重要方面，“两非”是指非主业、非优势业务，“两资”是指无效资产、低效资产，“僵尸企业”主要是指已经停产或者半停产、常年亏损、丧失自我发展能力的企业。

国企进行“两非”剥离、“两资”清退、“僵尸企业”处置，主要是通过资产置换、对外转让、无偿划转、内部重组、解散清算等方式进行，也即国有企业投资的退

出，国有企业自主进行投资退出时，常见的方式有通过股权转让、定向减资、解散清算。

本文主要围绕国有企业解散清算退出方式进行分析，从主体上来看，国有企业类型不仅包括公司，还包括合伙企业、全民所有制企业等；从程序上来看，自行清算、强制清算、破产清算为公司解散的主要方式，三者之间具有一定的联系和区别，尤其是破产清算程序，在适用法律、启动原因、申请主体、清算主体、职权、流程等方面与自行清算和强制清算差别较大。碍于篇幅限制，本文主要分析公司制的国有企业的自行清算和强制清算流程以及可能存在的合规风险。

马思维律师简介



京都律师事务所律师，本科毕业于西南政法大学，研究生毕业于中国政法大学。2016年入职京都所，2018年取得律师执业证，已通过基金从业人员资格考试。从事民商事诉讼与仲裁、公司与合规、金融领域业务，参与、处理多起诉讼案件、非诉法律服务项目。

一、清算流程

（一）自行清算

1、清算前提：解散

公司解散事由的出现，是进行清算的前提之一，根据《民法典》及《公司法》的规定，公司解散事由主要包括：存续期间届满、出现章程规定的解散事由、权力机构（股东会或股东大会）作出解散决议、合并分立解散、吊销营业执照、责令关闭或者被撤销、特定情形下法院判决解散。



2、成立清算组

根据《公司法》的规定，出现解散事由之日起15日内，公司应成立清算组，清算组成员为有限责任公司的股东、股份有限公司的董事或股东大会确定的人员。

3、清算组备案

根据《中华人民共和国市场主体登记管理条例》，清算组成立后，应当于10日内向登记机关进行备案，取得备案确认通知书。

4、通知、公告

清算组应该自成立之日起10日内通知债权人，并于60日内进行公告，公告的方式为在全国范围或省级有影响的报纸上进行公告，也可以通过国家企业信用信息公示系统发布债权人公告。

5、债权申报

债权人自接到上述通知30日内或者于公告45日内向清算组进行债权申报，并提供相应资料。但在债权申报期间，清算组一般不得清偿债务。

6、清算财产、制定清算方案

清算开始后，标的公司的章、证、照以及业务合同、人事材料及其他公司材料等全面移交给清算组负责。清算组的根据法律规定，依法行使其职权，对公司财产进行清理，编制资产负债表、财产清单，清理债权债务，并制定清算方案。清算方案是法定文件，内容主要包括公司资产和负债情况、详细的财产清单、财产作价依据、债权债务梳理和处置方案等。

在此阶段，如清算组发现公司资不抵债的，应当申请宣告破产，进入破产清算程序。

7、确认清算方案

自行清算程序中，清算组制定的清算方案由公司的股东会/大会进行确认，如有修改和建议，应当进行修改后，直至通过。

8、执行清算方案，进行财产分配

清算方案经确认后，公司的财产在支付相应的清算费用、职工工资、社保、补偿金、缴纳税款、清偿债务后，可以向股东分配剩余财产，除非章程有特别约定，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

9、制作、确认清算报告

上述清算工作结束后，清算组应当制作清算报告，并再次报经股东会/大会确认。

10、注销

清算报告应当报送公司登记机关，标的公司进行税务注销、工商注销，工商注销后，标的公司终止。

（二）强制清算

公司的强制清算流程与自行清算流程存在如下不同：

1、启动原因不同

强制清算的前提亦为公司出现了解散事由，但与自行清算不同的时，还需要满足逾期成立清算组，或者成立的清算组存在拖延清算或违法清算的情形。

2、立案流程不同

根据《最高人民法院印发<关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要>的通知》，强制清算案件的立案流程如下：

（1）管辖法院

地域管辖法院应为公司住所地（主要办事机构所在地）的人民法院，存在争议的，由公司注册登记地人民法院管辖。级别管辖按照登记机关的级别确定，也可参照使用民事诉讼程序的级别管辖确定。

（2）申请

标的公司的债权人、股东、董事或者其他利害关系人可以管辖法院申请强制清算。

（3）审查

审查一般通过召开听证会的方式进行，事实明确证据充分的亦可书面审查，审查通过的裁定受理强制清算，不符合情形的，予以驳回。驳回后，申请人可向上一级法院上诉。

3、清算组成员不同

强制清算程序中，清算组成员由人民法院指定，包括公司股东、董事、监事、高管、律所、会计所、破产清算事务所或上述机构中取得执业资格的人员。

4、确认主体不同

如前所述，在自行清算中，清算方案和清算报告的确认主体为股东会或股东大会，但是在强制清算中，上述文件的确认主体应为人民法院。

二、自行清算与强制清算中的 合规风险与建议

鉴于自行清算与强制清算流程具有相似性，因此在此统一分析，同时此处既有国有企业与一般企业面临的普遍性风险，也包括国企国有资产涉及的特殊性风险。

（一）公司解散阶段存在瑕疵的合规风险与建议

在自行清算和强制清算中，均是公司出现解散事由，对于公司主动解散的情况，应当经过股东会或股东大会的决议。

同时对于国家出资的企业解散，还应当注意听取企业工会和职工的意见和建议。国有独资公司解散的，须提前经过国有资产监督管理机构决定，重要国有独资公司解散的，除了需要国有资产监督管理机构审核，还需要报同级人民政府批准。

公司作出的决议如存在通知时间、召集程序、出席人数、表决比例等未满足公司章程约定或违反法律规定的情形，将会面临无效或被撤销的法律风险，从而严重影响后续工作。在国有企业中，如果未能履行相应的审批手续，后续工作亦难以展开，如南京物资实业集团总公司被申请破产的案件中，因其主管部门未审核批准，法院裁定驳回了申请人对其的破产申请，虽然此案并非自行清算或强制清算，但通过此案可以看出国企主管部门审批与否对企业能否进入清算阶段有着严重的影响。

因此国有企业拟通过主动解散的形式清退股权投资时，应当严格遵守关于国有企业审批的特别程序，并严格依照公司章程或相关法律规定，合法合规的召开内部决策会议，制作会议记录并妥善保存相关会议文件。

（二）公司解散时，股东未实缴出资的合规风险和 建议

公司在清算程序中，应当清算公司财产并编制清算方案，对于股东尚未实缴的出资，无论是否到期，在公司解散时，均应作为公司财产进行清算。因此，公司财产不能清偿债务时，可以要求股东或发起人在未实缴范围内承担连带清偿责任。

在张晨与北京聚洋一统餐饮管理有限公司追收未缴出

资纠纷二审案件与张鲁滨、上海荣放供应链管理有限公司等股东损害公司债权人利益责任纠纷二审案件中，法院分别支持了清算组、债权人对公司解散时未实缴出资的股东的追收或清偿主张。

因此，为避免上述风险的发生，公司尤其是国有企业，应当履行起出资义务，并全面了解调查、梳理标的公司对外负债情况，以便开展后续的解散、清算工作。

（三）清算义务人、清算组成员的主要合规风险及防 范建议

1、清算义务人怠于清算

对于公司股东、董事、实际控制人等负有清算义务的责任人，因其怠于履行清算义务，导致公司财产贬值、流失或者无法进行清算的，上述义务人应对债务人承担连带清偿责任。

相关案例如张宝海等与蔡瑞歆等股东损害公司债权人利益责任纠纷二审案件、刘惠俊等与北京市重型电缆厂股东损害公司债权人利益责任纠纷二审案件。

2、未履行通知、公告程序

如本文第一部分清算流程中所述，清算组成立后，应当依法在规定时限通知债权人，并进行公告，否则因此导致债权人未能进行申报债权未能获得清偿的，清算组成员需承担赔偿责任。

相关案例如贺世飞、贺世凯等买卖合同纠纷民事二审案件、陈北南等与张婧股东损害公司债权人利益责任纠纷二审案件。

3、清算中存在恶意、欺诈行为

清算义务人在公司解散后恶意处置公司财产，或者以虚假的清算报告骗取登记机关办理注销登记的，需要向债权人承担连带责任。

相关案例如李宏漪与尉鑫磊等股东损害公司债权人利益责任纠纷二审案件、贺世飞、贺世凯等买卖合同纠纷民事二审案件。

4、清算中存在违法违规行为

清算组成员应当忠于职守，如果存在故意或者重大过失，给公司、债权人造成损失，需承担赔偿责任，如果其存在徇私舞弊、谋取非法收入或者侵占行为，除了需要退还，还会被没收违法所得并处以罚款。清算义务人或清算中有关



人员存在其他违法违规行为，可参照企业破产法及其司法解释的有关规定处理。上述行为甚至会导致刑事风险。

5、未经清算即办理注销的合规风险及建议

如前所述，公司在办理注销登记前应经过清算，未能清算办理注销登记，可能会导致公司无法进行清算，此时，受到不利影响的债权人可以要求清算义务人承担清偿责任。对于公司未经清算即办理注销，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时承诺对公司债务承担责任，实务操作中也称为保结责任，此时，上述人员应当按照承诺承担责任，一般为清偿责任和清理责任，具体以其在注销登记时签署的保结承诺文件为准以及其在公司获得的分配为限。上述责任即使是在执行程序中，仍然不可避免。

上述风险在陈兰、新疆克拉玛依市迪马有限责任公司等买卖合同纠纷民事二审案件、李宁与郭占英、周晓霞借款合同纠纷执行异议案件中均未避免。

因此，公司尤其是国有企业，在公司解散后，清算义务人及清算组成员应当严格按照法律规定，在法定期限内，积极、勤勉的履行其清算义务，恪尽职守、及时全面的履行义务，妥善保管或者督促其他责任人保管或者履行相应的义务，避免因自身工作失误导致公司财产受损或侵害公司股东、债权人利益而承担责任。

（四）清算财产时的合规风险及建议

公司解散清算财产应当编制财产清单，清单应当合法公允，符合会计准则的要求，并交由股东会/大会、人民法

院确认，否则公司及主管人员、直接责任人员将承担相应责任。

对于国有企业的清算而言，多个法律法规明确要求需要依法进行评估，并对评估的方式、评估机构的选择、履职要求等做出具体要求。

对于未经评估而进行资产转让、清算的，可能会造成国有资产的流失，进而认定相关人员需要承担损害赔偿责任乃至刑事责任。

因此，对于清算阶段清理财产时，清算义务人或清算组成员应严格清查各项财产，进行盘点、核对，并应严格按照法律法规规定，委托具有资质的评估机构进行评估，确认公司的资产负债情况，避免因未能评估或过失造成公司、股东、债务人的损失，甚至导致国有资产的流失而承担责任。

五、结语

国有企业属于全民所有，是国家发展的重要物质基础和政治基础，改革开放以来，国有企业改革发展不断取得重大进展，也面临着巨大问题和风险，为了响应国家国企改革、调整优化国有资本结构的政策，各企业对“僵尸企业”“特困企业”进行自主梳理、主动解散清算并注销，是治本之策，因此，在国企自行清算和强制清算并注销流程中，更要注重合规风险的识别和防范，进一步推进国企改革，取得更多实质性的成果。

关于国有企业投资退出的合规路径 ——通过定向减资方式

■ 许媛媛 / 文

2015年，为发扬党的十八届四中全会精神，国务院国有资产监督管理委员会（以下简称“国资委”）颁布《关于全面推进法治央企建设的意见》，其中提到中央企业合规总体目标：“到2020年，中央企业依法治理能力进一步增强，依法合规经营水平显著提升”。2022年8月，国务院国有资产监督管理委员会令第42号公布《中央企业合规管理办法》，该办法自2022年10月1日起实施。合规作为国有企业中的管理实践，是关联着国有企业进入、退出及形成新的产业组织的重要一环。《中央企业合规办法》的出台，标志着国有企业产权转让从“纸面”合规到“实质”合规精神需要进一步完善和落地。

根据中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于进一步推进国有企业贯彻落实“三重一大”决策制度的意见》第二条第（三）项，国有企业实施股权转让事项、项目公司定向减资及解散清算事项，均属于企业发展战略、资产调整、产权转让、利益调配等重大决策事项的范围，因此，国有企业应当依据上述文件的规则和事项，认真落实并遵守“三重一大”的实施要求和决策流程。

近年来随着疫情及疫情防控政策的影响，各类企业经

许媛媛律师简介



京都律师事务所公司与合规部律师，2019年毕业于北京工商大学法律硕士专业，2020年从事律师工作，北京市律师协会会员。法学理论功底扎实，曾任各类互联网企业（IT、软件、电子商务、互联网医疗、互联网教育、互联网金融）及国企的常年法律顾问，服务内容以法律合规为核心，以公司治理、劳动关系规范化、企业民商事诉讼与仲裁为重点，为企业保驾护航。

营每况愈下，部分企业濒临破产境地，因此，国有企业减资退出的方式成为了焦点问题，如何退出及退出的相关风险，都是值得国有企业关注的重点问题。其中，定向减资为国有企业的退出提供了规路径。本文笔者围绕国有企业通过定向减资的方式退出股权投资展开分析与讨论，对于国有企业退出过程中可能存在的合规风险进行分析和提示，希冀能为国有企业通过减资的方式，顺利且合规地退出项目公司提供相应参考意见。

一、关于国有企业是否能够合规地通过定向减资的方式退出项目公司

依据《企业国有资产交易监督管理办法》规定，该办法仅对的“国有产权（包括国有股权）转让、国有企业增资、国有资产转让”这三类国有产权（或资产）交易行为进行了具体明确规定，并未明确禁止国有股权减资退出。

此外，通过笔者检索相关法律法规，也并未发现有法律法规明确禁止国有出资股东通过减资方式实现退出公司。

实践中，已有多起国有出资股东通过减资方式实现退出



公司的案例，如：中国航发南方工业有限公司减资退出控股公司深圳三叶精密机械股份有限公司（2017年12月）、广东韶钢松山股份有限公司减资退出参股公司宝钢特钢长材有限公司（2018年4月）、南京公用发展股份有限公司定向减资退出参股公司（2019年9月）等。

二、定向减资的合规程序

国有企业及目标公司可以通过定向减资方式退出股权投资，但需要保证退出流程合法合规。根据2022年10月1日新实施的《中央企业合规办法》，传统意义上的“合规”即指公司的经营管理行为符合法律法规、党内法规、监管规定、行业准则、规则、标准，以及公司章程、规章制度等要求。其中，对于企业而言，行业监管规定、行业准则、标准均属于外规，公司章程是企业内部权力机关有效运营的规则，规章制度属于外规内化，部分属于企业的内控制度，因此统称“内规”。以上“外规”和“内规”共同构成了企业合规的内容。总体而言，就国有企业退出投资公司的定向减资程序既需要符合法律法规要求，也需要符合国有企业的特殊行业监管规定。目标公司涉及国有股权减资退出的基本流程为：首先需要目标公司作出有效的股东会决议，其次需要将国有企业在目标公司的出资金额和持股比例减少至零元零股，从而实现上述退出目的。

目前，国有企业合规退出应当依照《中华人民共和国公司法》（以下简称“公司法”）、《企业国有资产监督管理暂行条例》、《企业国有资产交易监督管理办法》等规定履行减资的合规程序。依据《公司法》第一百七十七条和第一百七十九条及《企业国有资产监督管理暂行条例》第二十一条、第二十二条规定，目标公司的合规减资程序及具体操作流程如下：第一，国有参股公司履行相关减资决策程序，就本次减资事项在取得国资监管机构或授权集团公司的指示（或批复）。第二，委托资产评估公司对目标公司进行资产评估。但上述规定适用国有企业自身减少注册资本，就目标公司减资（国有企业退出）是否涉及需国资监管机构批准，目前并没有相应行业监管规定。但笔者秉承谨慎且审慎的态度，建议国有企业在通过减资方式退出投资股权时，可向国有资产监督管理部门进行咨询，如需要报批或者审批，国有企业应当配合办理相应审批流程。第三，目标公司需要

召开股东会和董事会作出减少注册资本的有效股东会、董事会决议，同时按照决议内容予以执行。此外，根据《公司法》第四十三条规定，股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。第四，需要按照法律规定编制资产负债表和财产清单。第五，应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告；债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求项目公司清偿债务或者提供相应的担保。第六，实施减资方案，并办理工商变更登记手续。

三、关于定向减资程序涉及的合规风险及防控措施

（一）未经法定程序的减资行为被认定为抽逃出资的风险

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称“公司法解释三”）第十二条规定：“公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：……（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为。”

根据上述法律规定，在未经法定程序的情况下，如抽回对目标公司的出资，将存在可能被人民法院认定为抽逃出资的风险。如国有企业被司法机关判定为存在抽逃出资行为，则会被认定为抽逃出资，国有企业很大程度上会对项目公司不能清偿的部分承担补充赔偿责任。参考案例：（2015）苏商终字第00034号、（2012）鄂民二终字第00084号。

但公司减资程序违法或者未按照《公司法》规定程序进行减资退出是否必然构成抽逃出资，其实不然。实施违法减资程序的项目公司，但涉及“抽逃出资”问题的主体是国有企业，因此不能直接认定因为未按照法律法规规定减资就属于国有企业抽逃出资。本质上来说侵犯公司财产权的事实行为系抽逃出资，且该行为会导致公司财产减少，假设公司仅仅系未按法定程序进行减资，而非抽回原有出资，那么该减资行为系形式上减资。公司责任财产并未受到影响，仅是工商登记的注册资本减少。在这种情况下，即使公司减资程序

存在不符合法律规定，应当由相应机关部门对项目公司予以处罚，并不能直接认定国有企业属于“抽逃出资”。

无论依据学理还是实践案例中，目标公司履行减资程序时，应当符合《公司法》规定的法定程序。否则，目标公司不按照法律规定履行减资程序，国有企业可能对债务人承担补充赔偿责任。对于法定减资程序最值得关注的一点就是对债权人的通知义务。实践中，目标公司经常会在未事先通知债权人的情况下径直履行公告程序，用登报公告的方式替代送达通知，上述方式严重违反《公司法》关于减资程序的规定，属于国有企业退出投资中严重的不合规行为。依据《公司法》规定，公司减资时没有按照法律法规履行通知未知及应知的债权，此时，国有企业作为股东负有举证责任，而股东难以证明在减资程序中其对怠于履行通知义务的行为不存在过错，当目标公司减资后难以清偿减资前的债务时，作为公司股东的国有企业就应当对债权人承担补充赔偿责任。为防控前述风险的发生，目标公司减资时应严格执行法定减资程序，通知和公告债权人，以消除减资完成后存在的潜在风险。

（二）减资前国有企业未履行完毕出资义务，而目标公司在减资前尚有对外债务未清偿，则国有企业存在需要实缴注册资本或者被债权人要求承担责任的的风险

《公司法解释三》第十三条规定：“股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东请求其向公司依法全面履行出资义务的，人民法院应予支持。”公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。结合上述法律法规，由于国有企业未在出资期限内进行全面、有效出资，目标公司或者其他股东有权请求国企全面履行出资义务。项目公司的债权人同样有权请求国有企业在未出资本息范围内对项目公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。参考案例：（2019）桂0107民初1900号、（2015）翁民初字第2313号。

为避免国有企业尚未履行出资义务即退出投资，国有企业可以先确保自身在出资期限内已经履行完毕出资义务，必要时可以聘请专业的第三方机构进行验资，并取得验资报告。同时国有企业需要针对目标公司的对外债务进行调查、

统计、计算、分析，必要时可以展开财务尽职调查或者评估，如果确认项目公司存在对外债务，待项目公司还清上述债务后，国企在启动减资程序，从而实现退出投资的目的。

（三）减资行为触发债权人主张权利或者要求目标公司提供担保的风险

《公司法》第一百七十七条第二款规定：“公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。”

根据上述法律规定，如目标公司实施减资程序，可能导致目标公司提前清偿对外所负全部债务或对外提供相应的担保，如果目标公司在减资过程中未及时通知债权人或者未制定出切实可行的债务解决方案，可能导致债权人主张减资程序存在重大缺陷或拒不同意目标公司进行减资的情况出现。如目标公司现有资金无法清偿对外所负全部债务或无法提供相应担保，同样国有企业将无法通过公司减资的方式实现其退出股权投资的目的。同时很大程度上会衍生债权人控告项目公司违法减资，进而损害债权人利益的赔偿或者撤销之诉。

四、结语

笔者经过对上述合规退出路径的梳理和分析，以为国有企业可以选择股权转让、定向减资或清算的方式退出目标公司。但就任何一种退出方式风险来讲，都存在债权人就项目公司的债务要求尚未履行出资义务的国有企业承担连带责任的风险。国有企业在启动减资程序前，需要了解和把握目标公司对外负债情况，在减资过程中严格依据法律法规规定及公司内部章程规定的合规流程，履行通知和公告债权人的相应程序及义务。秉承审慎的态度及国有企业的合规精神，笔者建议国有企业在通过减资方式退出投资股权时，可向国有资产监督管理部门进行咨询，如需要报批或者审批，国有企业应当配合办理相应审批流程，进一步遵循企业国有资产交易的相关行业合规准则，进而履行必要的减资程序。



国有企业股权转让法律风险防范

——以国有股权转让方视角

■ 陈薪全 / 文

国有企业股权转让除需要符合《公司法》相关规定外，还涉及国有资产监管的相关规定。为此，笔者根据为国有企业提供法律服务的经验，根据现行法律法规的规定梳理了国有企业股权转让过程中转让方应当关注的法律风险及相应的预防措施，以供参考和探讨。

一、国有企业股权转让 未经评估、评估不实

关于国有股权转让应当进行评估的主要是依据是《国有资产评估管理办法》第3条，《企业国有资产评估管理暂行办法》第6条，《国有资产评估管理办法实施细则》第10条的相关规定。

对于未经评估《国有股权转让合同》的效力，司法实践中裁判规则并未统一。肯定说认为，从保护善意第三人的角度分析，未经评估的《国有股权转让合同》因不存在《民法典》等法律、行政法规的无效情形而合法有效。否定说认为，从保护国有资产的角度分析，未经评估的《国有股权转让合同》，因违反了《国有资产评估管理办法》等部门规章而无效。

就此问题，最高院出现了同案不同判的情形，例如，在（2015）民申字第715号案件中，最高院认为《国有资产评估管理办法》等法律、法规并未作出企业国有资产转让

陈薪全律师简介



北京市京都律师事务所律师，毕业于中国政法大学。主要执业领域为民商事诉讼与仲裁、公司合规，并担任多家企业的常年法律顾问。自从事法律服务工作以来，共承办了多起合同、公司、执行类案件，积累了丰富的办案经验。

未经评估则行为无效的强制性规定。案涉股权转让未经评估并未违反法律、行政法规的强制性规定。华电财务公司主张双方签订的《股权转让与保证协议》无效的再审申请理由不能成立。在（2019）最高法民终1815号案件中，最高院认为不经资产评估转让旅游公司股权的行为违反了国有资产应当评估的强制性规定。综上，未经评估的《国有股权转让合同》在司法实践中存在被认定为无效的风险。

另外，《国有资产评估管理办法》第31条对于资产评估结果失实的，相关行政主管部门可以宣布评估结果无效，限期改正。并可以对国有股权转让方单位主管人员和直接责任人员通报批评，给予行政处分，处三个月基本工资以下的罚款。因此，对于涉及国有资产的交易行为股权转让方应慎重仔细，严格按照部门规章规定的程序进行操作。转

让方需关注评估机构选择、评估程序、评估方法等方面，此外，在资产评估过程中亦不应忽视无形资产（如知识产权、非专利技术等）的评估，以免造成国有资产流失。

二、国有企业股权转让未经批准

关于国有股权转让应当进行审批的主要是依据是《企

业国有资产监督管理暂行条例》第23条、第24条，和《关于加强国有企业产权交易管理的通知》第二条以及《民法典》第502条的相关规定。

对于未经批准《国有股权转让合同》的效力，司法实践中存在不同的观点，观点一认为，未经批准，《国有股权转让合同》成立但未生效。相关案例：（2016）最高法民终802号；观点二认为，未经批准，《国有股权转让合同》有效。相关案例：（2016）最高法民申876号；观点三认为，未经批准，《国有股权转让合同》无效。相关案例：（2009）宁民终字第128号。综上，司法实践做法不一，目前观点一为主流裁判观点。

值得关注的是，按照主流裁判观点，签订《国有股权转让合同》后，负有申请批准义务的国有股权转让方未履行报批义务的，可能构成缔约过失，此时需向国有股权受让方承担缔约过失责任，赔偿范围包含直接损失和可得利益损失，关于可得利益损失，法院会从转让方的获益情况，受让方的交易成本，及丧失交易机会造成的损失，并综合未履行报批义务一方的主观过错进行判定。

因此在转让过程中，建议国有股权转让方在《国有股权转让合同》中明确约定报批、协助义务的承担者，并对于未履行义务的责任进行明确约定。负有报批、协助义务的一方应积极履行义务，避免承担缔约过失责任。如果条件允许，建议与决定转让行为的审批单位事先沟通，了解审批单位的态度，避免投入过多的资金与时间，最后因未批准无法完成而产生纠纷。

三、国有企业股权转让未进场交易

关于国有股权转让应当进行审批的主要是依据《企业国有资产交易监督管理办法》第2条，《中华人民共和国企业国有资产法》第54条的相关规定。《企业国有资产交易监督管理办法》第31条规定了国有股权转让无须进行审批的两种例外情形，一是同一出资企业及其各级控股企业或实际控制企业之间因实施内部重组整合，二是涉及国家安全，对受让方有特殊要求的。除上述两种情形，涉及国有股权转让的应当在产权交易所公开进行。

对于未进场交易《国有股权转让合同》的效力，司法实践中存在三种声音，观点一认为，未经进场交易，《国

有股权转让合同》不受影响。相关案例：（2015）吉民一终字第26号；观点二认为，未经进场交易，《国有股权转让合同》无效。相关案例：（2009）沪高民二（商）终字第20号；观点三认为，未经进场交易，《国有股权转让合同》未生效。相关案例：最高人民法院（2015）民一终字第326号。观点一为当下主流裁判观点。

国有股权转让以通过产权市场公开进行为原则。对未履行规定程序的《国有股权转让合同》的效力，司法实践中存在较大差异，未依法进场交易的《国有股权转让合同》存在被认定为无效的法律风险。因此，在国有股权转让交易中，国有股权转让方，对不属于《企业国有资产交易监督管理办法》第31条范围内的交易事项，应依法严格进场交易，以避免国有资产流失。

四、国有股权转让进场前挂牌前签署《意向协议》

国有股权转让方未避免直接启动程序挂牌最终却无其他股权竞买者摘牌，导致国有企业前期的投入付之东流，甚至出现第二次挂牌的资产价格大幅下降的问题。在产权交易所正式挂牌前，部分国有股权转让方会事先与个别意向受让方就未来股权转让进行磋商，甚至签署书面协议（以下简称“意向协议”）对未来进场交易作些初步安排。对于该《意向协议》与产权交易所摘牌后签署的《国有股权转让合同》相比，两者之间关系如何定性，法院在各案中有所不同。

观点一认为，《意向协议》为本约合同。相关案例：（2020）云民终178号；观点二认为，《意向协议》为预约合同。相关案例：（2019）川民申4240号；观点三认为，《意向协议》为应当办理批准手续的合同。相关案例：（2020）苏07民终3150号；观点四认为，《意向协议》为磋商性文件相关案例：（2016）云01民终1674号。综上所述，在具体的个案中，法院直接认定《意向协议》无效的极为少见，法院会根据《意向协议》的具体内容、协议各方实际履行及法律规定等因素综合认定《意向协议》效力。如果不存在任何以公开挂牌交易的形式掩盖私下直接交易的目的的情况，在股权挂牌之前与意向受让方签署的《意向协议》原则上是有效的。



为满足国有股权转让需求和依法依规转让国有股权的平衡,首先,国有股权转让方在签订《意向协议》时需明确其性质,表达为合作意向的磋商性合同最为稳妥,条款的设置应围绕“意向性”进行,例如“本意向书自签订之日起生效,仅为意向性文件,不对各方构成强制性约束(保密责任、保证金条款除外)。本协议不能作为保证双方开展股权转让交易的法律文件使用,任何一方不得以本意向协议为依据要求对方进行股权转让交易,同时明确约定部分条款如保证金条款等具有法律约束力。”其次,国有股东应避免意向受让方“深度接洽”,如意向受让方参与审计、评估等中介机构的选定,参与挂牌价格的设定,限制或排除其他意向受让方的参与等。这种行为将会被法院判定存在以公开挂牌交易的形式掩盖私下直接交易的目的的行为,从而导致《意向协议》无效。最后,意向金或保证金金额要适中,或者在意向协议中明确违约责任计算方法和公式。

五、国有股权转让未进行信息披露事项

关于国有股权转让应当进行信息披露主要是依据《企业国有资产法》第54条和《企业国有资产交易监督管理办法》第16条,另外,在相关司法案例中,多数法院均将《民法典》第7条规定(诚信原则)作为国有股权转让方具有信息披露义务的基本依据。如果国有股权转让方未履行信息披露义务,或承担法律责任。

(一) 承担缔约过失责任

在受让方与转让方签署《国有股权转让合同》前,发现国有股权转让方存在未如实披露的问题,进而拒签合同的。根据《民法典》第500条规定,当事人在订立合同过程中,存在故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况,有其他违背诚信原则的行为。造成对方损失的,应当承担赔偿责任。由于《国有股权转让合同》此时尚未成立,一旦转让方被认定存在隐瞒或虚假披露的情况,其虽然不承担违约责任,但应承担《民法典》下的缔约过失责任,包括赔偿受让方保证金利息损失、差旅费、中介费等信赖利益相关的损失。

(二) 导致《国有股权转让合同》被撤销或解除

在《国有股权转让合同》签署之后,受让方对标的公司的了解会更加深入,此时如发现存在重大信息披露不实或未披露的情况。根据《民法典》148条规定:“一方以欺诈手段,使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”也就是说,在国有股权转让中,如转让方故意隐瞒真实信息,或者故意告知受让方虚假情况,导致受让方作出错误意思表示的,可判定为欺诈行为,受让方有权申请撤销合同。另外,如果未披露信息或重大信息披露不实影响到受让方购买标的公司股权的判断,导致其合同目的无法实现的,受让方有权申请解除《国有股权转让合同》,一般法院亦会支持。相关案例:(2020)鲁0502民初708号。

(三) 承担损失赔偿责任

如转让方被证明存在就标的股权或标的企业相关事项未披露或披露不实的行为,除面临上述承担缔约过失责任和《国有股权转让合同》被撤销或解除的风险外,还将承担损失赔偿责任。

当股权转让双方均存在过错,即转让方未履行披露义务,受让方未进行全面尽职调查工作,尽到足够的审慎注意义务的情况下,双方应分担责任。相关案例:(2019)浙民终1226号;需要注意的是,即使受让方未尽到审慎注意义务,对于转让方财务披露不实的,部分法院仍判令转让方对受让方承担全部赔偿责任。从实践逻辑看,尽职调查毕竟不是审计,不应苛求其对该等财务披露不实的问题具有应当发现的义务,故也就不应分担损失。相关案例:(2016)苏03民终6971号。

综上所述,国有股权转让方对信息披露相关法律风险应做到全程管控。首先,评估报告、审计报告是信息披露的重点,一旦出现问题,国有股权转让方难以免责,故需要聘请具有资质且高水平的第三方机构,并给予充分时间完成相关工作,以确保评估报告、审计报告的质量;其次,国有股权转让方开展信息披露工作,应聘请具有相关经验的律师提供专业指导,对整个股权转让行为进行监控规避法律风险;再次,挂牌公告期间宜设置合理时段,整理和提供相关资料,接受意向受让方的尽职调查;复次,

对于可能造成重大不利影响的重大事项，需通过挂牌公告、评估报告、审计报告或其他合理并留痕的方式及时披露，切忌隐瞒；最后，应重视挂牌公告、《国有股权转让合同》中有关信息披露义务和股权受让方审慎注意义务的条款设计。

六、国有股权转让方未有效保障标的公司原股东的优先购买权

《公司法》第71条赋予原股东的优先购买权是法定权利，对权利的剥夺必须有法可依，虽然国有股权转让以通过产权市场公开进行为原则。但是《公司法》和司法解释（四）没有明确“原股东不进场就失权”，因此，国有股权转让方如仅因为原股东未进场行权就否定其优先购买权，将侵害原股东的优先购买权，极有可能引发原股东要求赔偿损失或要求以同等条件受让股权的诉讼，且这类诉讼极存在败诉风险从而导致已经转让的股权被判决转让给原股东，并进一步导致转让方向受让方承担违约责任。

国有股权转让方在股权转让交易所进行挂牌转让的，需注意以下问题，根据《公司法》第71条规定，虽然股权转让在交易所进行，但通知义务仍应由转让股东履行，而非产权交易所。为避免转让方未履行通知义务，建议进行多

次。在转让方决定转让股权、向产权交易所递交产权转让信息发布申请之前，应就股权转让事项书面通知其他股东征求意见，转让方此时可通过召开股东会的方式，此时书面通知和股东会决议，应包含以下内容：（1）转让股权拟挂牌转让；（2）其他股东是否同意股权转让；（3）其他股东是否行使优先购买权；（4）其他股东如欲行使优先购买权，应在产权转让信息公告期间，向产权交易所提出申请。股权转让信息发布后，就信息公告内容、行权期限、方式及后果等事项通知其他股东。在最终交易价格产生后，转让方应通知并征询其他股东是否行使优先购买权，此时的通知应当包含以下内容：（1）交易的条件，包含转让股权的数量、价格、支付方式及期限等；（2）其他股东是否行使优先购买权；（3）行使优先购买权的期限及应办理的手续；（4）逾期未行权视为放弃行使优先购买权。

参考文献

- 1.刘小进、杨威：国有股权挂牌转让信息披露事项的风险管理
- 2.吴英：国有股权转让如何避免侵害原股东优先购买权
- 3.滕跃、徐清扬：国有股权转让流程及股权出让方应关注的法律风险点
- 4.丁秋萍：国有股权进场交易前签订意向协议的法律分析及合规建议
- 5.王徐苗：国有股权转让进场挂牌前意向协议性质及法律后果



从中石化被约谈看合规管理的有效性

■ 马涛 徐莹 翁小平 / 文

编者语

继中石化齐鲁分公司连发两起事故被山东省安委会约谈后，今年6月份，在全国安全生产大检查、全国危险化学品安全风险集中治理和全国“安全生产月”期间，中石化广东茂名石化、上海石化再次发生亡人事故。

6月20日，应急管理部联合国务院国资委约谈中石化集团公司主要负责人，指出中石化近年来事故多发，影响恶劣，与中央骨干企业的形象极不相称，并要求中石化认清问题挑战、扭转被动局面、提升安全水平。

安全生产作为中央企业的法定职责、社会和政治责任，以及合规建设的重要组成部分，在各中央企业的发展中均被摆在突出位置。中石化在其发布的2021版《中国石化诚信合规管理手册》中，亦将安全、环保、员工健康和公共安全列为企业重点业务领域，并提出以人为本、安全第一、预防为主的安全合规治理方针。

然而，中石化本次被约谈事件，以及应急管理部副部长孙光宇在约谈中明确指出的“企业安全意识淡薄、安全生产责任未有效落实、业务部门没有树牢安全第一思想、安全管理部门没有权威性、未解决绩效考核安全权重问题”等问题，均凸显出“央企合规制度落地难”的现状。

鉴于上述，本文将结合约谈暴露的安全合规问题，围绕《央企合规管理办法（征求意见稿）》（下称“《合规办法》”）中规定的“合规专业有效原则”展开分析，从规范层面、制度层面及企业合规实际操作层面进行梳理，尝试归纳一些合规管理的有效化路径。

有效化合规建议：精准落实，提升合规管理有效性

“确保合规管理发挥实效”，是《合规办法》就建立健全合规管理体系之“专业有效”原则的具体要求。企业

马涛律师简介

京都律师事务所合伙人，从事律师职业十五余年，吉林大学法学学士、法学硕士，北京市律协国有资产法律专业委员会委员、北京银行法学研究会理事、高级企业合规师。主要执业领域为商事诉讼、重大疑难纠纷案件及仲裁法



律事务，并同时为大量客户提供并购、重组、投融资等非诉专项法律服务。马律师专注于股权投资争议、不良资产处置及衍生利益保护和商业合同纠纷解决，在处理复杂商事纠纷及再审程序案件方面具有可资借鉴的经验。先后提供法律服务的客户包括北京医药集团有限责任公司、华润医药商业集团有限公司、华油实业开发总公司、广东粤科金融集团、中粮置地有限公司等多家大型企业事业单位，在投融资、交易架构、项目谈判、风险控制等方面有深入的理论研究及丰富的实务经验。

合规制度如何落地，如何杜绝“纸面合规”，成为“合规管理强化年”的工作要求及目标任务之一。当前，为助力实现有效合规，国资委、最高检、司法部等中央单位均在各层面推进企业合规走深走实，并对企业合规有效性提出新要求。

（一）规范层面的有效性指引

1. 国资委发布《合规办法》，以部门规章的形式替代《中央企业合规管理指引（试行）》（下称“《合规指

徐莹律师简介

本科就读于中国政法大学，后在北京大学攻读硕士研究生。京都律师事务所刑事业务部高级合伙人，中国社会科学院大学法学院实务导师，西北政法大学刑事辩护学院校外导师，西北政法大学刑事辩护技能培训项目导师，中国



法学会犯罪法学会理事，刑法学学会会员，北京市律师协会刑事专业委员会秘书长，北京市朝阳区律师代表，朝阳区律协第三届惩戒委副秘书长，朝阳区律师协会刑事专业委员会委员，《法治日报》律师专家库成员，北京市涉案企业合规第三方机制专业人员。此外，徐莹律师还是美国国务院“国际访问者领导项目”（IVLP）成员，全国律协青年律师领军人才培养对象，2019年被评为全国律师行业“庆祝新中国成立70周年工作先进个人”。

引》）”，其中国资委对合规管理体系建设情况开展评价的规定，以及合规组织和职责的修订和细化，均为央企合规管理落地提供了更为系统的指导并提出了更高的合规有效性要求。

2. 国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会发布20213498-T-424《合规管理体系要求及使用指南》（征求意见稿），等同采用国际ISO37301: 2021《合规管理体系要求及使用指南》，并鼓励企业取得ISO37301合规管理国际标准认证，亦体现出对企业合规专业有效的要求，并提供了有效合规管理体系的构成要素及操作指南。

（二）监督考察制度层面的有效性参考

2021年最高检联合司法部等其他八部门发布《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》，建立企业合规第三方监管机制，由第三方对涉案企业的合规承诺进行调查、评估、监督和考察，有力强化合规有效性评估的公正性、专业性。

2022年5月，全国工商联、最高检等九部门出台《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》，对涉案企业的合规建设、评估和审查提出了一些程序性和原则性的规定，客观上也为合规建设的有效性提供了一定的参考标准。

（三）企业合规有效性的路径建议

1. 设立运转有效的合规管理架构

建立有效的合规管理体系离不开合规管理架构的合理设置及有效运转。完善的合规管理架构，需明确管理职能，强化合规职责，并在保证合规牵头部门公正独立的同时，将合规管理贯穿于企业各部门、人员及业务流程。

对于央企集团与其各分、子公司之间，合规机构应能实现有效协同，落实集团合规总规划师的角色，各分、子公司合规实施者的角色，形成分级管理、分级负责的有效管控，以避免出现中石化案例中存在的全员安全生产责任落实不到位及安全管理部门缺失权威性的情形。

2. 加强合规风险评估，建立重大合规风险预警制度

为保证央企集团合规风险识别的全面性、准确性和系统性，集团应构建符合自身经营管理需求的合规识别框架，通过问卷调查、访谈调研、合规管理评估、内部审计等方法定期查找合规风险事件。

此外，还需要关注和收集违规案例及相关司法判例，同类型企业、本企业过去识别和发生的合规问题及违规案例。集团根据对内外部合规风险环境变化的监控结果，及时发布合规风险预警信息，并制定应急预案。应急预案需明确应急处理的相关组织机构、处理流程、沟通机制、应急措施和资源的配置保障，确保企业对突发合规风险事件的及时反应。

3. 加强领导层合规风险意识，量化合规管理绩效比重

《合规办法》相较《合规指引》在“组织和职责”章节做了较大变动，细化、调整了董事会、经理层的合规职责，明确董事会对合规管理重大事项的决定权；增设第一责任人职责；将合规管理工作成效与领导的有效履职、重视程度密切联系；要求领导层加强合规意识及合规责任，充分发挥关键少数的作用。

因此，领导层合规风险意识的培养和加强，有助于其关注合规管理成本与效益的平衡，并注意对合规管理绩效比重的量化。企业可以通过奖惩绩效机制的落实助力实现全员合规风险意识的建立，实现从“被动合规”向“主动合规”的转化。



翁小平律师简介

京都律师事务所合伙人，刑法学博士，西北政法大學刑事辩护技能培訓項目導師，中國社會科學院法學院實務導師，中國法學會會員，北京企業法律風險防控研究會會員；參與了大量重大複雜經濟犯罪、職務犯罪、走私犯罪案



件的辯護工作；對涉及互聯網信息安全、數據安全、互聯網金融、刑民交叉等問題有深入了解和研究，在企業法律風險防範領域亦有大量的研究和實務經驗。

4. 持续外法内规的培训宣传，加强问责追责力度

提升全员合规意识，培养企业合规文化，关键在于让全员了解合规风险，从不合规行为引发的不利法律后果中切实了解合规履职流程，并体会合规管理、合规运营的价值和必要性。

全员合规风险识别能力的提升，不仅可以倒逼主动合规约束机制的形成，亦将有助于合规问责追责制度的落实，减少以不知、不懂为名推卸合规责任，隐匿违规行为的发生。

5. 统筹协调各部门联动，坚持持续改进，提升合规管理水平

企业合规管理部门应定期协调各职能部门和业务部门及其员工，以保证他们能够充分了解企业面临的合规风险，让他们积极支持合规风险管理工作的开展，并根据相关信息做出恰当决策和有效执行合规管控的应对措施。

合规风险管理是动态且持续的过程，企业发展合规管理的外部环境和内部环境随时都在不断发展变化，这就要求企业通过周期性的、持续的合规风险管理，循环往复，使合规风险管理的各个环节形成有效闭环，并不断改进和提升管理水平，有效防控和应对合规风险，确保企业稳定、安全、持续经营。

结语

2022年作为中央企业的“合规管理强化年”，国资委强调合规要在企业层层落实。对于仅制定制度、设立机构、搭建形式合规管理体系的企业，如何让“合规管理真正落地”将成为合规管理工作的关键和目标。

安全生产作为中央企业的法定职责、社会和政治责任，以及合规建设的重要组成部分，在各中央企业的发展中均被摆在突出位置。

企业合规背景下数据处理者法律风险防范

■ 王菲 赵腾远 / 文

随着数字经济的发展，数据作为企业的无形资产，在企业发展中的地位越来越重要。2021年9月1日，《数据安全法》的施行，为企业进行数据处理活动，防范数据安全风险提供了指引。本文将从数据处理者概念、企业经营中的常见数据风险以及数据风险防范角度，对企业经营中的数据安全保护问题进行剖析，以期能够为企业合规提供理论支持。

一、数据处理者概念辨析

（一）数据控制者与数据处理者区分

在数据立法方面，欧盟是世界范围内比较成熟的，欧盟立法已成为世界其他国家立法的标杆¹。欧盟在立法上严格区分数据控制者与数据处理者。《通用数据保护条例》（以下简称“GDPR”）第4条第7项规定，数据控制者(controller)是指单独或与他人共同决定个人数据处理的目的和方式的自然人、法人、公共权力机关、代理机构或其他机构。GDPR第4条第8项规定，数据处理者(processor)是指为数据控制者而处理个人数据的自然人、法人、公共权力机关、代理机构或其他机构。从上述概念可以看出，数据控制者对数据具有决定权，可以决定数据处理的目的和方式，而数据处理者只是接受数据控制者委托完成技术处理行为。数据控制者与数据处理者身份的不同，也意味着义务、责任不同。数据控制者需要对数据处理活动承担最终的责任，而数据处理者只需依照协议承担合同责任。

（二）我国数据处理者立法演变

由于我国对数据与信息缺乏清晰的界定，经常出现“数据”与“信息”术语的混用。据不完全统计，至少有19部法律、627部部门规章在同一文本中交替使用“个人信息”与“数据”²。不仅如此，学界对于“信息”和“数据”的关系也存在多种观点，这些观点可以归结为信息包

王菲律师简介

京都律师事务所
高级合伙人，北京律
协科技与大数据专业
委员会委员，首届数
据安全产业专家委员
会委员。2006年从
事知识产权法律服务
至今，专注于知识产
权与竞争法领域。工
作风格严谨专业，为
客户设计诉讼或项目方案重调查重需求，致力于
提供务实、及时、科学、有效的法律服务，代理
的多起案件入围年度知识产权知名案件。



括数据型、数据包括信息型、数据和信息并立型。根据我国《数据安全法》对于数据的定义，数据是指任何以电子或者其他方式对信息的记录。笔者认为，数据与信息既有区别，又有联系，数据是信息的表现形式和载体，信息是数据的内涵。

鉴于我国立法的现状，我们在理解数据处理者概念时必须要结合与信息相关的立法。关于数据或者信息所涉及的主体，《民法典（草案）》在个人信息保护部分使用了“信息收集者”与“信息控制者”称谓，《信息安全技术个人信息安全规范》使用的是“个人信息控制者”称谓。而《民法典》、《个人信息保护法》《数据安全法》均使用的是“信息处理者或数据处理者”。从我国目前立法来看，我国并没有严格区分数据处理者与数据控制者，但结合具体规定可以发现，数据处理者实际上吸收了数据控制者。因数据处理者



赵腾远律师简介

京都律师事务所
律师，毕业于天津师
范大学，诉讼法学硕
士。执业以来，成功
为国有企业、事业单
位、上市公司提供了
专业的法律服务，在
知识产权、商事争议
解决、房地产与建设
工程等领域均有丰富
的代理经验。



范围比较广泛，且不同行业数据处理者风险也不尽相同，本文仅就企业经营中常见的数据风险及应对措施进行阐述，后续将结合不同行业特点进行详细分析。

二、企业经营中常见数据风险

（一）企业收集数据过程中的风险

企业服务质量的提升依赖于数据，数据俨然成为企业市场竞争中制胜的法宝。企业为了在同类市场竞争中取得优势地位，往往会尽可能多的收集数据，企业在一味的追求数据数量的过程中常常伴随潜在的数据侵权风险。当前，我国对数据权利的保护主要采用的是知识产权保护模式³。其他企业或者个人公开的数据，若能达到独创性要求，则可以构成作品，应当受到《著作权法》的保护。企业在收集这类数据时应经过权利人同意，未经权利人同意，擅自收集，将可能侵犯著作权。同时，企业在收集涉及个人信息数据时应当经本人同意，未经本人同意，擅自收集则可能侵犯隐私权、个人信息权益。另外，企业收集数据必须要在法律、行政法规规定的目的、范围内收集数据，不得超范围收集数据，否则将承担相应的法律责任。2021年11月3日，工信部通报了38款APP违规问题，包括我们日常生活常用的一些APP，比如“腾讯新闻”、“QQ

音乐”、“小红书”、“58同城”等。工信部在通报明确指出了这些APP所存在的问题，其中涉及最多的就是超范围收集个人信息。

（二）企业存储数据过程中的风险

企业在数据存储过程的数据安全风险产生于内部和外部两方面。当前，由于企业缺乏数据安全意识，没有专门的数据保护制度，企业对数据也没有采取特殊的保护措施，企业任何人员均有可能接触到企业的重要数据、关键数据，可能会产生数据泄露风险。4月12日，一则“华为员工越权访问机密数据被判刑”的消息冲上热搜，给众多企业敲响了警钟。另外，随着互联网经济的发展，越来越多的企业开始以电子形式存储公司数据，将公司的数据储存在公司系统内或者云端，这可能会遭到非法访问，甚至是恶意攻击，从而导致企业数据的泄露。仅2021年全球范围内就发生多起数据泄露事件，其中包括美国第三大手机运营商T-Mobile遭到黑客非法访问导致用户数据泄露、网络安全公司Cognite遭遇网络攻击导致安全工具源代码泄漏以及保险巨头安盛遭勒索软件袭击导致3TB数据泄露等。

（三）企业使用数据过程中的风险

数据的价值要通过使用来实现，而企业员工是数据使用的直接实施者。由于员工自身缺乏数据安全意识，加之企业缺乏对员工数据安全教育培训，员工在使用企业的数据时，未采取必要保护措施，从而可能导致企业数据泄露。威瑞森发布的《2021年数据泄露调查报告》指出，61%的数据泄露与凭证数据有关，人为疏忽依然是安全的最大威胁。公司公开信息时也可能产生数据泄露风险。公司对外公布的一些信息中可能隐藏着一些重要数据、关键数据，因对外公布前未对相关信息进行审查，竞争对手通过简单分析便可能知道公司的商业秘密，从而产生商业秘密泄露风险。另外，企业超越授权范围使用数据，可能产生侵权风险。从河南村镇银行红码事件来看，储户个人存款信息只能用于储蓄目的，而个人健康码信息只能用于防疫目的，擅自将储户个人存款信息与个人健康码信息建立对应链接关系，属于超范围使用个人信息行为，应承担相应的法律责任。

三、企业数据安全风险防范措施

（一）坚持合法、正当、必要原则，规范数据处理活动

企业在进行数据处理活动中要符合法律的明确规定，不得以窃取或者其他方式获取数据。在收集数据过程中，要明确告知权利人收集数据的目的、方式、范围等，在获得权利人明确同意后方可进行数据收集。为避免日后产生不必要的争议，企业获得权利人同意应采用书面形式。企业在处理数据时要有明确、正当的目的，数据处理应符合公共利益和合法的私人利益。另外，企业在处理数据时要坚持最小必要原则，在法律、行政法规规定的目的和范围内收集、使用数据，不得擅自将所收集的数据自行或授权关联方或其他第三方进行分析和商业利用。关于最小必要原则的判断，可以从对权利人负面影响最小和最小侵害两方面进行把握⁴。

（二）建立数据安全管理制度，防范数据安全风险

企业在进行数据处理活动时应当采取备份、加密、访问控制等必要措施，加强数据处理系统、数据传输网络、数据存储环境等安全防护，保障数据免遭泄露、窃取、篡改、毁损、丢失、非法使用。企业要加强员工数据安全教育培训，通过数据操作指引、手册、课件培训等方式，提高员工数据安全意识，规范员工数据处理行为。在满足使用者目的的前提下，数据访问要坚持最小授权原则，从访问人员、权限等方面进行限定，尽可能减少不必要的授

权，以免数据泄露。企业要建立数据安全审查制度，对可能影响企业安全的数据处理活动进行事前审查、事中审查以及事后审查。同时，要根据企业数据对国家安全、公共利益、他人合法权益的影响和重要程度对数据进行分级分类，对不同级别、种类的数据采取不同的保护措施。一般数据的获取、使用应当进行备案，重要数据、核心数据的获取、使用必须要经过严格审批。数据分级、分类标准可参考企业所属领域已生效的法律文件。

（三）落实数据安全责任，做好数据风险评估、监测

企业要落实数据安全责任，明确数据安全负责人，必要时要设置专门的数据合规部门或岗位，对企业数据处理活动进行管理、监督。企业开展数据处理活动要加强风险监测，发现数据安全缺陷、漏洞等风险时，应当立即采取补救措施，发生数据安全事件时，应当立即采取应急处置措施，防止危害扩大，并应按照规定进行报告。企业在处理涉及国家安全、经济安全、社会稳定、公共健康和安全等重要数据前应当进行风险评估，同时应向有关部门报送风险评估报告，报告处理重要数据的种类、数量、数据处理情况、可能面临的数据安全风险以及应对措施等。

结语

数据犹如一把双刃剑，企业在依靠数据提高效益的同时，也要防范数据所带来的风险。对此，企业要加强内部制度建设，完善数据合规体系，防范数据安全风险。

注释及参考文献：

- 1 姚佳：《论个人信息处理者的民事责任》，载《清华法学》2021年第3期。
- 2 申卫星：《数字权利体系再造：迈向隐私、信息与数据的差序格局》，载《政法论坛》2022年第3期。
- 3 祝建军：《数据的知识产权司法保护》，载《人民司法》2022年第13期。
- 4 刘权：《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》，载《法学家》2021年第5期。
- [1]姚佳：《论个人信息处理者的民事责任》，载《清华法学》2021年第3期。
- [2]申卫星：《数字权利体系再造：迈向隐私、信息与数据的差序格局》，载《政法论坛》2022年第3期；
- [3]《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》，载《法学家》2021年第5期；
- [4]祝建军：《数据的知识产权司法保护》，载《人民司法》2022年第13期；
- [5]陶乾，宋春雨：《企业数据泄露的法律治理困境与规范适用》，载《中国信息安全》2021年第5期；
- [6]梅夏英：《信息和数据概念区分的法律意义》，载《比较法研究》2020年第6期。



直播平台合规解读：主播税务合规

■ 林琳 程秋语 王琛 陈宇 / 文

林琳律师简介

京都律师事务所合伙人，毕业于中国人民大学。自从业以来，为多家企业提供首次公开发行股票并上市、全国中小企业股份转让系统挂牌、重大资产重组等资本市场法律服务，同时擅长将诉讼与非诉经验相结合，为企业起草审核日常业务及融资合同，并为企业规范运营提供风险控制，同时在民商事诉讼领域也具备丰富的实践经验。



今年3月25日，国家互联网信息办公室、国家税务总局、国家市场监督管理总局印发了《关于进一步规范网络直播营利行为促进行业健康发展的意见》，要求网络直播发布者规范纳税、依法享受税收优惠，并要求网络直播平台、网络直播服务机构依法履行个人所得税代扣代缴义务。6月8日，国家广播电视总局、文化和旅游部又印发了关于《网络主播行为规范》的通知，明确网络主播需依法履行纳税义务。有关部门频频发文，意在剑指整治直播平台网络主播税务问题。

一、部分主播税务问题案件及处罚情况

2021年11月：网络主播林珊珊_Sunny

2019年至2020年期间，通过虚构业务把从有关企业取得的个人工资薪金和劳务报酬所得4199.5万元，转换为个

人独资企业的经营所得，偷逃个人所得税1311.94万元

被追缴税款、加收滞纳金并拟处1倍罚款，共计2767.25万元

2021年11月：网络主播雪梨Cherie

2019年至2020年期间，通过虚构业务把有关企业取得的个人工资薪金和劳务报酬所得8445.61万元，转换为个人独资企业的经营所得，偷逃个人所得税3036.95万元

被追缴税款、加收滞纳金并处1倍罚款，共计6555.31万元

2021年12月：网络主播薇娅

2019年至2020年期间，通过隐匿个人收入、虚构业务转换收入性质虚假申报等方式，偷逃税款6.43亿元，其他少缴税款0.6亿元

被追缴税款、加收滞纳金并处罚款，共计13.41亿元

2022年2月：网络主播驴嫂平荣

2019年至2020年期间，通过隐匿直播带货佣金收入，偷逃个人所得税1926.05万元，未依法申报其他生产经营收入少缴有关税款1450.72万元

被追缴税款、加收滞纳金并处0.6倍罚款，共计6200.3万元

2022年6月：网络主播帝师

2019年至2020年期间，未依法办理纳税申报少缴个人所得税197.86万元，通过借助中间公司隐匿个人取得的直播打赏收入，偷逃个人所得税220.12万元，少缴其他税费34.76万元

被追缴税款、加收滞纳金并拟处罚款，共计1171.45万元

2022年6月：网络主播徐国家

2019年至2020年期间，未依法办理纳税申报少缴个人所得税1755.57万元，通过虚构业务转换收入性质等方式，虚假申报偷逃个人所得税1914.19万元，少缴其他税费218.96万元

被追缴税款、加收滞纳金并处罚款，共计1.08亿元

2022年6月：网络主播范思峰

2017年7月至2021年12月期间，未依法办理纳税申报少缴个人所得税167.89万元，少缴其他税费100.56万元

被追缴税款、加收滞纳金并处罚款，共计649.5万元

二、主播税务问题常见情形

基于上述处罚案例，可见网络主播所涉税务问题的常见手法是：隐匿直播平台取得的佣金收入，以及设立企业虚构业务，将直播佣金转化为企业经营所得两种方式。

1. 隐匿直播平台取得的佣金收入

近年来，网络主播取得收入的方式在不断地迭代变化，从一开始的从直播平台取得底薪，演变为从直播平台获取打赏收入，获得广告分成，利用直播带货获取佣金和坑位费等。主播进行直播时一般无实体经营场所，因此税务机关实行属地监管时难以确定各自的职责范畴。并且，网络主播主要依托于直播平台取得收入来源，而不同体量和规模的直播平台对于主播的管控力度，和税务代扣代缴的执行情况存在千差万别，因此此种方式税务机关往往难以核查。

2. 设立企业虚构业务，将直播佣金转化为企业经营所得

主播利用企业，将直播佣金转化为企业经营所得的方式进行税务处理，此种方式主要基于劳务报酬和经营所得的税率不同。劳务报酬是指个人从事劳务取得的所得，包括从事演出、表演、经纪服务以及其他劳务取得的所得，税率按照3%-45%超额累进税率统一计算缴纳，支付方有扣缴义务。而经营所得是指个人独资企业投资人来源于境内注册的个人独资企业生产经营的所得，税率按照5%-35%超额累进税率计算缴纳，支付方无扣缴义务。因此，众多主播设立了各类有限合伙企业或个人独资企业，通过虚构业务的方式，将直播佣金从个人所得转化为企业经营所得。参照目前税率规定，达到一定数额的情况下，经营所得税率低于个人所得，并且经营所得还可通过各项企业费用进行抵扣，因此，如主播有大额的收入，对应的纳税额也会大幅度降低。

纵观目前的监管态势，税务机关频频亮剑，严查各类

程秋语律师简介

京都（南京）律师事务所律师。程律师执业以来长期专注于民商事诉讼，累计代理民商事诉讼案件数百件，在民商事诉讼领域积累了丰富的专业知识和执业经验，主要执业领域包括重大民商事合同纠纷、商业地产纠纷、银行及



金融不良资产处置纠纷。程律师曾为多家企事业单位提供常年法律顾问服务，提供日常经营中涉及的各类法律咨询服务，包括重大合同审核、投资项目审核、员工法律培训、合规制度建设等；并曾为多家企业提供投融资尽职调查等专项法律服务。程律师擅长以诉讼思维为客户评估、防控法律风险。

王琛律师简介

北京市京都（南京）律师事务所合伙人，研究生毕业于英国曼彻斯特大学，主修国际商法。以提供刑事辩护法律服务、公司合规管理、互联网金融法律服务等诉讼及非诉业务见长。自执业以来办理了大量刑事



诉讼、民商事诉讼和非诉案件。服务过多家顾问单位，能够依据企业制定不同法律服务方案以及风险防范机制。

主播的税务处理问题，众多头部主播被罚，而平台方对于旗下主播有主动管理及代扣代缴的义务，税务合规亦是平台方需重视的问题，下篇我们将分析直播平台在税务方面的合规风险以及对应的建议。



陈宇律师简介

京都律师事务所高级合伙人，深耕民商事、刑事案件十几年。运用金融与资本市场、TMT、知识产权等领域大量法律服务经验，为企业治理结构设计、规范运营、公共关系管理及危机处置提供综合法律服务，避免企业、股东及高管承担企业经营过程中出现的民商事赔偿、行政处罚、刑事控诉等风险。



近年来，网络直播行业发展迅速，但在行业繁荣的背后也存在着诸多问题，其中较为突出的便是主播纳税违法问题。特别是近期“薇娅被罚款13.41亿”“徐国豪被罚款1.08亿元”等巨额罚单频发，主播纳税违法问题更是受到了税务监管部门的重点关注，相关部门为此出台了一系列监管法规。因此对于直播平台而言，如何把控平台风险、加强税务合规管理显得尤为重要，下面我们总结目前监管规定，对平台提出以下合规建议：

一、要求主播进行身份信息认证，明确提示纳税义务

1. 主播在注册登录时，平台应当要求主播录入真实身份信息。
2. 对于主播的纳税义务，平台可以制定主播税收权利和义务告知书，告知主播应当依法纳税，并列明个人所得税法和实施条例对“劳务报酬所得”及“生产经营所得”在定义和适用税率等方面的区别，介绍对于市场主体身份的主播以及自然人身份的主播应分别采取何种方式履行个税缴纳义务。
3. 同时，平台也应提示主播，不得隐匿从平台取得的佣金收入，不得设立企业虚构业务、将直播佣金转换为企业经营所得等。

二、合理调整主播结算方式，加强与MCN机构合作

依据我国《个人所得税法》的规定，如由平台向主播

支付收入或平台虽通过第三方向主播支付但实质由平台决定支付对象及支付金额，则平台为扣缴义务人；但如由MCN机构向主播支付款项并由该机构决定支付对象及支付金额，则MCN机构为扣缴义务人。

1. 因此，建议平台选择与正规的MCN机构合作，加强MCN机构与主播之间的协议约束。

2. 具体在结算方面，平台可仅与MCN机构结算，结算款项包括平台就机构及其主播在平台提供的服务所应支付的全部款项，由MCN机构收取款项后再按照其与旗下主播之间的约定向主播分配，但主播取得的款项完全由MCN机构与主播自主商定，在其双方签订的协议中自行明确。

三、定期报送涉税信息，提供必要资料及支持

1. 现今税务大数据是税务机关核查税务的有效手段，税务机关可通过直播平台显示或提供的销售数据，结合自身掌握的税务数据进行比对，进而锁定存在税务问题的主播。

2. 基于有关政策规定，建议平台在对主播真实信息核对的基础上，在系统中留存主播的个人身份、直播账号、网络昵称、取酬账户等信息，并对于前述信息以及主播收入类型、营利情况等每半年向所在地省级网信部门、主管税务机关报送，且在有关部门监督检查时提供必要的文件资料和数据等支持。

四、核查灵活用工平台资质，审核合约履行情况

1. 由于目前存在部分直播平台，通过灵活用工平台的方式向主播结算，依据现行监管要求，建议直播平台核查灵活用工平台是否享有相应的委托代征资质。

2. 此外，直播平台还应对于灵活用工平台代征税款义务的履行、主播的完税证明（个税代扣代缴明细）等进行审核，对于未依法依约履行代扣代缴义务的，或者代征资质到期或取消，或代征范围发生变动的，建议要求其及时更正。

结语

合法纳税是每个公民及法人主体应尽的义务，也是承担社会责任的体现，主播及平台方应按照法律规定依法缴纳税款，并且作为平台方而言，对在平台上进行直播的主播具有主动管理的义务，平台更是应该做好税务合规，加强管理职能。企业唯运营有矩，方能行稳致远！

非法占用农用地罪之“农用地”的认定

李波 刘志东 / 文

李波律师简介

京都律师事务所环境能源与资源法律研究中心主任，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，法制日报专家库专家。主要从事环境领域、金融领域、私人律师等相关法律事务，在环境刑事犯罪、金融刑事犯罪积累了丰富的办案经验，对于刑事不起诉和缓刑适用研究较多，先后办理了大量金融犯罪和环境犯罪的重大案件，并发表过《污染环境罪之“主观过错”的认定》、《鉴定意见的审查与质证》等多篇文章。



刘志东简介

京都律师事务所实习律师。

导读

非法占用农用地罪惩治的是违反土地管理法规，非法占用耕地、林地等农用地，改变被占用土地用途，数量较大，造成耕地、林地等农用地大量毁坏的行为。但本罪“农用地”的范围如何界定，具体包含哪些种类等问题并没有在刑法中予以明确。实践中，判断“农用地”的性质应该以规划地类还是以现状地类为准，亦存在分歧。本文将结合罪名的文义解释、相关司法解释及判例对“农用地”的认定标准进行论述。

一、农用地的概念及分类

《土地管理法》第四条将土地类型具体划分为农用地、建设用地和未利用地。其中农用地是指直接用于农业生产的土地，包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等。

土地类型	土地含义
耕地	用于种植农作物的土地，划分为永久基本农田和一般耕地两类。
林地	县级以上人民政府规划确定的用于发展林业的土地。包括郁闭度0.2以上的乔木林地以及竹林地、灌木林地、疏林地、采伐迹地、火烧迹地、未成林造林地、苗圃地等。
草原	天然草原和人工草地。其中：天然草原包括草地、草山和草坡。人工草地包括改良草地和退耕还草地，不包括城镇草地。
农田水利用地	农田排灌沟渠及相应附属设施用地。
养殖水面	人工开挖或者天然形成的专门用于水产养殖的坑塘水面及相应附属设施用地，对于非法此类土地的，也应当认定为非法占用其他农用地的情形。

二、非法占用农用地罪中“农用地”性质的认定标准

根据划分标准的不同，土地类型可以划分为现状地类和规划地类。现状地类依据的是土地的现实状态，规划地类依据的是土地未来的状态。由于土地规划利用是一个渐

进的过程，因此，实践中经常出现现状地类与规划地类不一致的情形。在实践中，土地现状地类与规划地类相同时，司法机关主要依据自然资源和规划局出具的地籍资料，即土地现状认定被占用土地的性质。但是在现状地类和规划地类不一致时，应以哪种标准认定土地性质就成为了定罪量刑的焦点。

（一）现状地类的分类标准

现状地类一般是指土地现时用途，判定标准为土地调查结果，其具体的依据是地籍管理工作机构制作的土地利用现状土和土地利用现状数据库。我国的国家标准《土地利用现状分类》就是基于土地利用现状而进行的地类划分标准，将土地利用现状地类划分为12个一级类、57个二级类。其中一级地类包括耕地、园地、林地、草地、商服用地、工矿仓储用地、住宅用地、公共管理与公共服务用地、特殊用地、交通运输用地、水域及水利设施用地、其他用地等12个，土地利用现状分类中的农用地主要包含以下分类：

土地类型	土地含义
耕地	种植农作物的土地，包括熟地，新开发、复垦、整理地、休闲地（含轮歇地、修耕地）；以种植农作物（含蔬菜）为主，间有零星果树、桑树或其他树木的土地；平均每年能保证收获一季的已垦滩地海涂。耕地中包括南方宽度<1.0m，北方宽度<2.0m固定的沟、渠、路和地坎（埂）；临时种植药材、草皮、花卉、苗木等的耕地，临时种植果树、茶树和树木且耕作层未被破坏的耕地，以及其他临时改变用途的耕地。
园地	种植以采集果、叶、根、茎、汁等为主的集约经营的多年生木本和草本作物，覆盖度大于50%或每亩株数大于合理株数70%的土地。包括用于育苗的土地。
林地	生长乔木、竹类、灌木的土地及沿海生长红树林的土地。包括迹地，不包括城镇、村庄范围内的绿化用地，铁路、公路征地范围内的林木，以及河流、沟渠的护堤林。
草地	生长草本植物为主的土地。

农村道路	在农村范围内，南方宽度≥1.0m≤8.0m，北方宽度≥2.0m≤8.0m，用于村间，田间交通运输，并在国家公路网络体系之外，以服务于农村农业生产为主要用途的道路（含机耕道）。
水库水面	人工拦截汇集而成的总设计库容注≥10m³的水库正常蓄水位岸线所围成的水面。
坑塘水面	人工开挖或天然形成的蓄水量 <10m³的坑塘常水位线所围成的水面。
沟渠	人工修建，南方宽度≥1.0m、北方宽度≥2.0m用于引、排、灌的渠道，包括渠槽、渠提、护堤林及小型泵站。
设施农用地	直接用于经营性畜禽养殖生产设施及附属设施用地；直接用于作物栽培或水产养殖等农产品生产的设施及附属设施用地；直接用于设施农业项目辅助生产的设施用地；晾晒场、粮食果品烘干设施、粮食和农资临时存放场所、大型农机具临时存放场所等规模化粮食生产所必需的配套设施用地。
田坎	梯田及梯状坡地耕地中，主要用于拦蓄水和护坡，南方宽度≥1.0m、北方宽度≥2.0m的地坎。

（二）规划地类的分类标准

规划地类一般是指在规划期内国土空间规划确定的土地用途，可能和现状地类一致，也可能和现状地类不一致。比如现状地类是耕地而规划地类是建设用地，说明土地现状是耕地，但规划期内办理农用地转建设用地审批手续后可以作为建设用地使用。规划地类往往用于判断土地的开发价值，即规划期内可以建什么，或者判断开发活动是否符合规划等。

《土地管理法》第七十七条规定，未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，由县级以上人民政府自然资源主管部门责令退还非法占用的土地，对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款；对非法占用土地单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

《土地调查条例》第二十八条规定，土地调查成果应当严格管理和规范使用，不作为依照其他法律、行政法规

对调查对象实施行政处罚的依据，不作为划分部门职责分工和管理范围的依据。

从以上规定来看，土地主管部门对土地进行管理均是以规划地类为标准，而以现状地类作为标准将面临行政处罚上的障碍，刑事处罚也就缺乏相应的基础，但是，现状地类反映非法占地行为发生时的土地现状，对于认定占地行为的主观罪过具有重要参考价值。因此，在实践中应以规划地类为依据，以现状地类为参考，综合认定行为的社会危害性。现状地类反映非法占地行为发生时的土地现状，对于认定占地行为的主观罪过具有重要参考价值。在以规划地类为主要依据，达到构罪标准之后，还应结合土地权属证明、国家土地利用现状分类标准、土地监测调查成果，该土地的自然状况、实际使用状况等，对行为的社会危害性进行综合考虑，在量刑时区别对待。

三、非法占用农用地罪中“农用地”认定的误区

在司法实践中关于“农用地”的认定存在一定的误区，认为只有在法律法规中提到的农用地才被认定为非法占用农用地罪中的“农用地”。例如，对耕地、林地规定在刑法第三百四十二条，草原在《关于审理破坏草原资源刑事案件适用法律若干问题的解释》作出了相应的规定。部分“农用地”未被法律法规所列举，存在司法工作人员

将其理解为不应认定为犯罪的误区。

笔者认为刑法关于非法占用农用地罪在列举耕地、林地后用“等”字加以概括，并结合相关规范性文件规定及司法判例等，说明该罪农用地不仅仅指耕地和林地，还应包含草地、农田水利用地、养殖水面等其他农用地，并将《土地利用现状分类》中对土地性质的划分与《土地管理法》中农用地所对应的地类作为非法占用农用地罪中农用地认定的参考。

四、结语

农用地作为重要的自然资源对人类的生存与发展发挥着至关重要的作用，对农用地的非法占有与毁坏也将威胁人类的可持续发展，然而刑法条文表述相对较简略，造成了非法占用农用地罪犯罪对象认定的差异。笔者认为在农用地范围的认定上应包含土地管理法中所列明的所有种类，否则就违背了刑法修正案二中将非法占用耕地罪修订为非法占用农用地罪的立法原意。同时，在定罪量刑时，面对现状地类与土地规划地类不一致的情况，应以规划地类为依据，并结合国家土地利用现状分类标准和实际使用情况进行综合认定，使罚当其罪。因此，正确解读非法占用农用地罪中的农用地的内涵，对于筑牢保护农用地的最后一道防线具有重要意义。

正确解读非法占用农用地罪中的农用地的内涵，对于筑牢保护农用地的最后一道防线具有重要意义。



股权信托中的受托人责任

——三起案件及延伸

■ 汤杰 柏高原 戎晨 高振悦 / 文

引言

股权信托中的受托人责任认定一直是长期困扰信托行业的现实难题。信托公司在落地股权信托项目过程中，既可能面临作为标的公司股东的对外责任风险，也会遇到委托人、受益人等信托当事人的内部挑战，可谓内外交困。在目前国内现行法律法规尚不足以划定受托人行为方寸的情况下，司法实践中的案例对于信托公司具有重大指导意义和价值。

一、外观主义的胜利——山东债权人诉中信信托案

在某山东债权人诉中信信托案中，最高院遵循了商事外观主义的认定路径，认为股权受让人明知股东未全面履行出资义务而仍然受让股权，应承担相应责任。法院据此判令中信信托对山东舒斯贝尔公司在未出资范围内就青岛海融公司对青岛舒斯贝尔公司的债权应承担的补充赔偿责任负连带责任。

该案中，青岛海融公司通过司法拍卖取得青岛舒斯贝尔公司名下的土地使用权并已过户，《竞买协议书》约定由该标的物的前权利人（即青岛舒斯贝尔公司）应缴纳或补缴税费，如前权利人不配合缴纳的，则由买受人另行出资垫付，并自行向前权利人追索。而山东舒斯贝尔公司作为青岛舒斯贝尔公司的发起人，认缴出资3500万美元，截止2010年12月23日，山东舒斯贝尔公司欠缴注册资本3356.4454万美元。2010年7月，山东舒斯贝尔公司与中信信托签订的《股权转让合同》约定：由中信信托发起信托计划，山东舒斯贝尔公司依据《信托合同》将标的股权信托转让给中信信托公司，成为信托计划项下次级信托受益人，享有次级信托受益权，完成标的股权转让所需的变更登记后，受让方中信信托将成为标的股权的唯一合法所

汤杰律师简介

西南政法大学法律硕士，南开大学法学院博士研究生，京都家族信托法律事务中心核心成员，STEP Associate Member。擅长为中国大陆境内及离岸信托、基金会等提供方案设计、家族宪章起草、家族治理结构规划、信托与基金会设立文件中英文起草、项目落地实施与后期维护等法律服务。



戎晨简介

京都律师事务所律师助理。

有权人。中信信托与山东舒斯贝尔公司等签订的《投资协议》中约定：中信信托公司受让案涉股权后，成为目标公司的股东，享有股东权利，承担股东义务。故青岛海融公司要求股权受让方中信信托在山东舒斯贝尔公司未出资本息范围内就青岛海融公司的债权承担补充赔偿责任。

最高院认为，案涉债权产生于司法拍卖程序，系中信信托公司实现抵押权过程中拍卖抵押的土地使用权所产生的税费。该税费本应由抵押人青岛舒斯贝尔公司在抵押物变现过程中缴纳，否则无法实现抵押财产的变现。由于青岛舒斯贝尔公司没有缴纳该税费的能力，所以先由买受人青岛海融公司先予垫付，然后再向青岛舒斯贝尔公司追

柏高原律师简介

管理学博士，法学博士后。京都律师事务所执业律师。金融行业标准《金融从业规范 财富管理》执笔专家，香港恒生大学华人家族传承研究中心顾问。近年来，柏博士专注于信托与财富规划，积累了丰富的经验，为多位客户提供

了专业的法律服务。柏博士的服务范围涵盖各种与财富规划相关的信托环节，侧重于信托架构设计，是稍有的通晓多国信托法，并具有落地境内外家族信托实操经验的中国律师。除了信托法，柏博士还向客户提供金融领域的法律服务，包括金融业务合规性审查、金融创新、金融衍生品等。



高振悦简介

京都律师事务所实习生。

偿。从性质上看，此笔款项属于抵押财产的变现费用，理应在变价款中优先予以扣除，然后再将剩余变现款交抵押权人。因此应依据《公司法司法解释（三）》第13条第2款、第18条，判令中信信托对山东舒斯贝尔公司在未出资范围内就青岛海融公司对青岛舒斯贝尔公司的债权应承担的补充赔偿责任负连带责任。

二、困在合同中的信托——斯太尔公司与国通信托案

在股权信托业务中，受托人不但可能遇到前述案件中作为标的公司股东的对外责任风险，而且也会面临委托人、受益人等信托当事人的内部挑战。从当前的司法实践来看，在受托人规范尚不足够明晰的情形下，信托合同约定通常是法院裁判的重要依据，对于案件的走向产生重

大影响。在斯太尔公司与国通信托一案^[1]中，法院侧重于合同的具体约定，却未充分考虑受托人的特殊身份地位。

2016年7月11日，委托人斯太尔公司和受托人国通公司通过签订《信托合同》《风险申请书》《信托计划说明书》三份文件（下简称为信托文件）并且斯太尔作为甲方、天晟合伙作为乙方、国通公司作为丙方签订了《投资顾问协议》，成立方正东亚·天晟组合投资集合资金信托计划。国通公司根据天晟合伙的指示完成对玉环德悦公司的增资和投资收益的分配两项任务，而斯太尔公司以玉环德悦公司的股东和注册资本自始至终未发生变化且对其履行信息披露义务、对信托份额赎回和收益分配事务未收到来自国通公司和天晟合伙的书面通知为诉请，认为其作为受益人，而国通公司在信托计划存续期间违反《信托法》和信托文件中并未履行受益人利益最大化的职责，要求返还信托本金及赔偿损失。法院严格依据双方签定的信托文件确定国通公司的受托人职责履行情况和管理职责范围，认为国通公司履行了法定和约定的信托义务，并未支持斯太尔公司的请求。

法院判决意见中指出：评判国通公司是否尽到受托人职责的依据为双方签定的信托文件。一方面，玉环德悦公司于2016年7月17日出具《股东出资证明》《增资协议》已实际履行，未变更登记不影响股东身份和行使股东权利，双方员工也通过信托文件允许的邮件方式对增资适宜进行沟通协商，可知国通公司履行了信息披露义务，不存在斯太尔公司所称未履行信息披露义务的情形；另一方面，认定斯太尔公司主张的国通公司投后管理责任不属于合同文件约定的受托人管理职责范围。且信托文件中的《风险申请书》提前明确告知国通公司并不承诺返回投资和相应收益，需按照信托财产原状的非货币形式（即玉环德悦公司的股权作为信托财产）向斯太尔公司分配剩余财产，斯太尔公司要求返还信托财产和赔偿损失并无依据。

该案中，信托公司的责任似乎“受困于”合同条款的约定，法院侧重以合同的具体条款为裁判依据，而未充分考虑受托人的特殊身份地位。

三、英美法下某判例——信托法和公司法交叉的判断

除受托人所面临的信托内部风险和外部风险之外，因其在股权信托业务中的双重身份，不可避免地会同时涉及



《信托法》和《公司法》的交叉责任问题。在股权信托业务中，受托人在信托关系下的信义义务在公司法层面通常会产生一定的“传导”效应，该原则从下述英美信托判例中可窥视一二。

在lucking案中：L与B作为共同受托人持有某公司股权，共同受托持股比例为70%。同时，L还出任该公司的董事。公司还聘请了D作为公司董事兼总经理。公司在某银行开立有支票账户，根据公司治理安排，只有两位董事同时签字方可签发公司支票。D就某笔款项先行签发了一张支票，但支票金额事实上已经超出了对D的授权，可是L依然在支票上签字。该笔款项被公司记录为对D的借款。就该款项是否归还问题，D向L所陈述已归还部分欠款系错误陈述，而L并未进行核实，L将错误陈述告知给共同受托人B。受益人主张L和B违反信托的责任，L被判违反信托并承担赔偿责任。法院未判定B违反信托。

法官在判词中指出：如受托人拥有对下属公司的控制权之时，受托人应如同公司董事那样达到对公司事务的知情。相应地，如受托人在本应对公司事务知情的情况下，却错误地行使职权并造成信托财产损失的，则受托人被视为违反信托，对信托财产的损失负有赔偿责任。本案中，受托人兼董事L在其他董事意图挪用款项之时，本应积极

正确行使董事职权、通过介入公司管理阻止D挪用公司财产，但L显然未能尽责。L的行为显然是违反了受托人的谨慎义务。

该案是公司法与信托法交叉领域的一个典型案例。绝大部分场景下董事需对公司负有信义义务，受托人对受益人负有信义义务，两者并无交集。但倘若受托人同时兼具董事身份，则受托人在信托关系之下信义义务将“传导”至董事，而董事负有双重的信义义务。

结语

股权信托中的受托人责任认定错综复杂，既可能来源于信托公司到作为股东的外部责任风险，也可能来源于信托当事人的内部挑战，还同时面临着《信托法》和《公司法》的责任交叉以及传导问题。因此，信托公司在开展股权信托业务中，既要重视前端的尽职调查，也应关注合同具体条款的约定，同时在担任目标公司董事时，应充分了解自身风险，未雨绸缪，谋定而后动。

注释：

[1] (2019)最高法民终515号



爱意下的盲目：情感诈骗中的自救指南

■ 翁小平 闫文鑫 / 文

翁小平律师简介

京都律师事务所合伙人，刑法学博士，西北政法大学刑事辩护技能培训项目导师，中国社会科学院法学院实务导师，中国法学会会员，北京企业法律风险防控研究会会员；参与了大量重大复杂经济犯罪、职务犯罪、走私犯罪案件的辩护工作；对涉及互联网信息安全、数据安全、互联网金融、刑民交叉等问题有深入了解和研究，在企业法律风险防范领域亦有大量的研究和实务经验。



闫文鑫律师简介

北京市京都律师事务所律师，法律硕士；曾担任某头部法律科技公司主打产品大华南区市场负责人，对科技与数据在法律行业的实践应用有深入研究；加入京都律所事务所后主要从事刑事辩护，参与办理了大量互联网犯罪、经济犯罪、职务犯罪、侵犯公民人身权利犯罪等多种类型的案件，积累了丰富的执业经验。



现代爱情的出现，越来越接近于一顿就餐的选择：在左滑右滑之中，乱花渐欲地点击了看起来还不错的头像图片，通过网络聊天就能建立一场恋爱关系。我们感激现代即时通讯带来的沟通便捷，却也忽略了这光亮蔽处中存在着险象丛生的黑暗。

恋爱关系作为亲密关系的一种，为了维护和经营它，双方需要不断投入精力、时间和金钱。如果双方正浓情蜜意，一方突然提出着急用钱，那么在既没有婚姻制度的保护下，又碍于情面无法和对方提出诸如写欠条这样的要求时，我们该如何去做判断和选择？

一、情感诈骗为何难以识别： 特殊的隐蔽性和私密色彩

归属和爱的需求是马斯洛需求理论中第三层次的需求，仅次于人类对于生理和安全的需求度，既然爱情的发生是必然且永恒的，那利用爱情的骗局也一定会与其相伴相生、如影随形。

从2016年“杀猪盘”案件频发后，恋爱诈骗的惯用套路，大众早已不再陌生，但依然还有不少“感情黑手们”用着近似的诈骗手段大摇大摆地成功实施诈骗，根据公开的裁判文书数据（检索条件为：以诈骗罪为案由，以男女朋友、借钱为关键词）显示，我国近五年以恋爱为幌子的诈骗案件就高达近3000起。

而在热恋状态下双方建立了高信任、高亲密度的感情基础，又往往会让人放下防备。所以也会存在不留痕迹给对方进行转账或者支付现金的情况，这些经济往来由于缺少证据支持，很难去划清其真实属性。

而且，在当下年轻人的恋爱观念里，当爱情消失时，一方要求还钱的正当请求往往会被扭曲评价为“酸臭”，因此很多人为了保持感情结束的“体面纯洁”，最终选择了隐忍不发，甚至有些受害者在案发时表示，从未曾怀疑过对方只



是为了最终“套现”而进行了一场早有预谋的骗局。

网飞公司今年年初拍摄了一部半纪实纪录片《Tinder 诈骗王》。这部纪录片从受害者的角度，抽丝剥茧地展示了这场庞氏骗局式的诈骗案：

一位通过在Tinder（国外交友软件）上打造出时髦商务精英人设的情感惯犯，利用网络的无边触角进行漫天抛钩，一旦匹配成功就立刻与对方线下约见。初次见面，他表现得绅士而温柔，分寸感极强。

随着感情的升温，他开始坦诚告知自己的私人状况：LLD钻石公司总裁，离异且忙碌。等到两人感情进入足够稳定的安全阶段，他开始讲述自己深埋于心的伤痛脆弱，以加深与受害者的感情链接：曾经入狱，因商业竞争个人安全从未得到保障。

得到对方充分信任之后，他顺理成章进行深情表白和承诺未来，就在受害者深陷在其编织的爱情故事之中时，

他会突然发来自己保镖受伤的照片并且告知受害者自己正在被人追杀，处境十分危险，使用自己的信用卡会曝光行踪，所以需要受害者为其短期提供资金和信用卡以维持他的日常开销，并允诺通过给受害者支票来抵消经济损失，但是他开出的支票却被银行拒绝兑现，走投无路的受害者求助于信用卡公司，却被告知其“男友”是诈骗惯犯。

这一切都是这个深谙人性的骗子按照一段深厚亲密感情的发生规律而精心编排策划的套路，他用相似手法、照片、恋爱话术、套现方式的骗局横贯了整个欧洲，受害者不计其数，涉案金额高达上千万美元。

情感诈骗，正是因为掺杂了过多的被害人个人感情与隐私信息，而具有天生的隐蔽性和私密色彩，最终让受害者处于自我觉察难、举报立案难、证据收集难的处境之中，也正是基于此性质使得诈骗犯们屡屡得手、逍遥法外。

	身份个人信息	虚构事由	款项用途	非法占有目的
网络游戏结识，“网恋”诈骗	被告人使用虚假的身份信息、虚假照片，隐瞒自己的真实婚姻状况	先试探性地称家中有事向受害者借款几千元，后在一年多的时间里，陆续编造需要上保险、还贷款、家人生病、哥哥打架需要赔钱等理由，逐步骗取钱款	个人挥霍；无还款行为	被告人不回被害人的微信、拒接电话，完全失去联系
设置“温柔陷阱”，诈骗四百余万	被告人通过与康女士建立恋爱关系，以谈婚论嫁骗取作为康女士父母的被害人刘女士、康先生夫妻信任	以替受害者还款、投资理财、借款周转资金、收回资金等虚假事由骗取受害者钱款	在案证据显示，姜某某骗的钱款绝大部分被其作为个人钱款支配，给予受害者的钱款与其诈骗所得钱款数额差距过大，应认定为诈骗行为	被告人对外负债巨多，在受害者追讨下，虚构各种事由推拖，或断绝与受害者联系，失联躲避，至今仍有巨额钱款未退赔，足以认定其以虚假事由欺骗受害者，非法占有各受害者钱款的行为与故意
主播在线交友，骗取“打赏金”	选取刚满成年的徐某做“主播”当“门面”，并进行“身份包装”再由其他辅助人员通过网络假扮“主播”	通过精准被害者画像（年龄在22-28岁之间，太小没有经济基础，太大没有开发希望，身边长期没有女伴），用社交软件与受害者聊天、接触，借交友、谈恋爱的方式进一步交往诱使受害者进入直播间观看打赏	诱使受害者进入直播平台观看主播在线，从而诈取受害者的“打赏”金。受害者在一步步的诱骗下付出感情，又为了巩固“恋爱关系”，博得徐某欢心，不断出资“打赏”	公开判决书未记载
虚构军人身份，诈骗八人	被告人虚构自己有军人身份或背景，并虚构工作单位及职业、收入水平	与受害者婚恋交往过程中期间以刷单、偿还欠款、维修车辆、借款购买手机、垫付医药费、支付装修费用、餐费、物业费、暖气维修费、等事由在2018年3月19日至2019年4月13日间分别向八名受害者行骗	案发前，被告人仅对其其中四位受害者进行了小比例的返还。	公开判决书未记载
使用女友微信号，网络交友诈骗	被告人用其女友的微信号，冒充女友与受害者联系，谎称可以与其相处男朋友	通过虚构家人生病、家里人出事等事由骗取受害者共计人民币160万余元	无还款行为	公开判决书未记载

顺风车拼车相识，虚构身份诈骗	被告人与受害者通过顺风车相识并通过虚构的成功商人与其发展为男女朋友关系	被告人以投资营利项目、给亲属看病等事由，多次通过微信、支付宝转账的方式骗取受害者共计人民币131.91万元。	少量还款	借款前因赌博输掉巨额钱款并欠下高利贷，可见其在借款前就没有偿还巨额借款的能力；采用承诺领证结婚等方式逃避催要，以承诺卖房还款、少量还款、书写欠条等方式拖延还款时间，主观上无归还钱款的意愿
----------------	-------------------------------------	--	------	---

二、案例：探究情感诈骗的惯用手法

恋爱关系下的经济往来，在具体什么样的情景或者时刻里，需要大家提高警惕，以免掉入诈骗陷阱？

深入了解此类犯罪的特点，有助于防范于未然。去年北京市海淀区人民法院曾发布了关于婚恋诈骗案件的六大典型案例，结合这六大典型案例，我们提炼出犯罪分子实施诈骗的基本行为模式。

结合海淀法院的六大典型案例及笔者团队承办此类案件的经验，其中的诈骗行为主要有以下一些共性特征：

- 1.身份、个人信息造假，大多是为了迎合受害者预期的“完美恋人”而虚构假冒一些特定的身份信息，比如军人、警察、公务员、企业老板、游戏高手等，甚至一些通过网络认识的诈骗案件中，行为人连头像、照片都是假的，俗称“全套假”。
- 2.交往过程中，针对受害者的不同需求，或嘘寒问暖，或谈婚论嫁，建立感情链接、博取信任。
- 3.编造各种事由借款，包括本人或家人看病、临时资金周转、投资高回报项目、给领导送礼、买房等五花八门的虚假事由，骗取钱款。

三、恋爱关系也要有基础的“尽职调查”意识

由于个人信息极易伪造，而且受害者一般不会要求行为人为人提供相关证据予以佐证，甚至有些行为人还会“无意间”显露各种假证据来骗取信任，导致受害者一步一步越陷越深。因此我们提醒大家，在恋爱开始时，要提高自身防范意识，可以通过一些简易、可靠的“尽职调查”来增强风险识别能力。

第一，慎重交友，在决定开始一段感情时，要通过线

上与线下了解相结合的方式沟通交流，这是自我保护的第一步。先通过适当、礼貌、委婉的方式确认对方的姓名等个人信息的真实性，再与对方开展进一步的交往。

第二，不论是一段感情还是婚姻，都是神圣美好的，在开始前都要三思，基于理智且负责的态度，在交往开始前可以在中国执行信息公开网、中国裁判文书网、企业信用信息公示系统了解一下对方是否为失信执行人、是否有刑事犯罪记录或民事纠纷、对方公司经营状况是否异常，做完以上简单的“尽职调查”再决定是否要深交也不迟。

第三，在恋爱交往中，涉及大额的借贷或经济往来，首先应尽可能核实对方提出的钱款需求是否真实存在、需求数额与实际数额是否相当；对于借款的具体条件应当加以明确和固定，包括借款的数额、归还期限、约定利息等内容，一定不能“不好意思”；对于交往短时间即提出大额钱款需求或多次提出小额借款的，应当特别谨慎。

如果已经不慎将钱款借出，并且发现对方有回避及拒绝还款的迹象，我们应当立刻提高警惕，并着手梳理相关材料。一旦确定对方有骗钱意图，可以立即联系律师帮助保存相关证据，并到当地派出所报案。

依据笔者团队的处理经验，为更好地协助警方立案、破案，建议当事人应准备好以下证据：

- (1)自己及对方在交友app上的用户信息截图；
- (2)与对方就可能虚构的身份信息及虚构借贷款项往来的聊天记录截图；
- (3)双方转账记录，包括支付宝、微信、银行卡等；
- (4)双方的通话聊天录音等。

正如诗歌所言：“爱是欲求，是冲动，是恒久的失衡”，即使其中危险丛生，人们依然无法放弃寻求真爱，但在每一次“浪漫邂逅”面前，我们应当要保持清醒和理智，不让在暗中窥视的“感情黑手”有机可趁，守护好自己珍贵的爱意与人身财产安全。



从滴滴案看网络游戏数据合规

■ 李靖宇 / 文

根据网络安全审查结论及发现的问题和线索，国家互联网信息办公室依法对滴滴全球股份有限公司涉嫌违法行为进行立案调查。经查实，滴滴全球股份有限公司违反《网络安全法》、《数据安全法》、《个人信息保护法》的违法违规行为事实清楚、证据确凿、情节严重、性质恶劣。

7月21日，国家互联网信息办公室依据《网络安全法》、《数据安全法》、《个人信息保护法》、《行政处罚法》等法律法规，对滴滴全球股份有限公司处人民币80.26亿元罚款，对滴滴全球股份有限公司董事长兼CEO程维、总裁柳青各处人民币100万元罚款。

滴滴公司因为数据安全问题被依法查处，80.26亿元的处罚金额是我国目前就数据违法行为的最高处罚金额，可谓“天价罚单”。

滴滴公司表示：“2022年国内网约车板块中（收购快的、Uber中国）价值463亿元的商誉可能会被全部计提减值。”

在业务上，滴滴网约车“基本盘”被蚕食、面临近500亿的商誉暴雷，社区团购、国际化等烧掉超过两百亿的新业务毫无斩获、被悄然放弃。

在资本市场上，滴滴较股价最高点已经跌去九成，退市与否以及退市后如何收拾集体诉讼等残局仍不明朗。

由此看来，国家对于数据安全的重视达到了一个前所未有的高度，立法进一步健全，监管进一步完善。滴滴公司被处罚可以说是一个信号：对于数据安全的高压态势也将会是一种新常态。网信部门当然会依法加大相关领域的执法力度。所以，滴滴公司绝不是最后一个因为数据安全问题被行政处罚的公司。

网络游戏APP和滴滴打车等滴滴系APP一样，基于运行、推广等需求，对于数据的收集更是不可或缺。在网络游戏领域，数据安全带来的风险也绝对不容小觑。如果处理不当，亦不排除涉嫌刑事犯罪的风险，所以网络游戏数据合规，特别是刑事合规，就成为必然选项。

李靖宇律师简介

京都律师事务所律师，毕业于中国社会科学院研究生院，主攻刑事证据法学。在京都工作期间曾参与承办众多重大疑难案件的辩护工作，例如：张某（某地首富）涉嫌强奸（十数名幼女）罪案；吴某涉嫌组织、领导传销活动案；戴某（e租宝系列案）涉嫌非法吸收公众存款罪案；数据堂（首家上市大数据公司）涉嫌侵犯公民个人信息罪案；石某贪污罪案（涉案金额近4亿元）等。目前，主要致力于为网络游戏相关产业（开发、出版、运营、推广，以及网络信息安全等）提供合规以及刑事辩护的服务。主要包括：网游数据安全合规、网游知识产权合规与保护、网游刑事合规与辩护、网游企业常年法律顾问等业务内容。



一、数据安全监管现状

在立法上，随着2017年6月《网络安全法》开始实施、2021年9月《数据安全法》生效、2021年11月《个人信息保护法》的落地。数据安全立法上的“三驾马车”均已到位。从法律文本的名称就可以看出，每一部法律在调整对象上侧重是有所不同的。

与此同时，结合我国对于数据安全的一般性规定以及个别领域的专项规定，以及《刑法》中对于数据安全相关

犯罪（例如，侵犯公民个人信息罪）的规定。我国数据安全立法的格局已经基本形成。

在监管部门设置上，针对网络游戏APP，除了国家网信办，工信部、公安局，像市场监督管理局、APP专项治理工作组以及国际计算机病毒应急处理中心均具有对网络游戏的监管职能。如此全方位、多角度的监管部门设置，为数据安全的执法提供了硬件基础。

二、“非必要收集信息”是滴滴公司被处罚的根本原因

在国家互联网信息办公室有关负责人就案件相关问题回答了记者提问中明确：“滴滴公司共存在16项违法事实，归纳起来主要是8个方面。一是违法收集用户手机相册中的截图信息1196.39万条；二是过度收集用户剪切板信息、应用列表信息83.23亿条；三是过度收集乘客人脸识别信息1.07亿条、年龄段信息5350.92万条、职业信息1633.56万条、亲情关系信息138.29万条、“家”和“公司”打车地址信息1.53亿条；四是过度收集乘客评价代驾服务时、App后台运行时、手机连接桔视记录仪设备时的精准位置（经纬度）信息1.67亿条；五是过度收集司机学历信息14.29万条，以明文形式存储司机身份证号信息5780.26万条；六是在未明确告知乘客情况下分析乘客出行意图信息539.76亿条、常驻城市信息15.38亿条、异地商务/异地旅游信息3.04亿条；七是在乘客使用顺风车服务时频繁索取无关的“电话权限”；八是未准确、清晰说明用户设备信息等19项个人信息处理目的。”

然而，根据《网络安全法》第四十一条：“网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。

网络运营者不得收集与其提供的服务无关的个人信息，不得违反法律、行政法规的规定和双方的约定收集、使用个人信息，并应当依照法律、行政法规的规定和与用户的约定，处理其保存的个人信息。”

根据《个人信息保护法》第六条：“收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。”

对于“用户手机相册中的截图信息”，无论是滴滴公司的用户协议上的约定，还是收集的必要性上都排除了这

类信息，对该类信息进行收集属于违法收集。对于“剪切板信息”、“人脸识别信息”这类信息，在滴滴公司APP运营中确实需要进行收集，但是要在必要的限度内收集、使用。任意的扩大化，属于过度收集。当然，不弹窗提示、不明确提醒，“偷偷摸摸”地收集信息，当然也是违法的。

很显然，滴滴公司不仅没有按照“合法”、“正当”、“必要”的原则去收集信息，而且基本的“明示”原则也并未遵守。动辄上亿条的信息“过度”收集可谓是骇人听闻。

三、侵犯公民个人信息罪的刑事风险

滴滴公司是否会进一步被追究刑事责任呢？

从执法程序上来讲，行政机关如果发现案件应当追究刑事责任应当依法移送，即“刑事判断在前，行政判断在后”，目前并未有消息证明案件移送公安机关立案侦查，就说明大概率对于滴滴公司的追究已经告一段落了。

目前针对滴滴公司以及CEO程维、总裁柳青的行政处罚均已经落实到位，那么再结合滴滴官方在微博上发布的：“积极配合监管，认真完成整改。”的表述，滴滴公司极有可能正在进行相应合规整改，以图“合规不立案”、“合规不起诉”。

从刑事实体上讲，根据《刑法》第二百五十三条之一：“……窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”

如果滴滴公司仅仅是程序上不追究刑事责任，那么CEO程维、总裁柳青作为滴滴公司的“直接负责的主管人员”，是否依旧存在涉嫌刑事犯罪的风险呢？答案当然是肯定的。

在这里需要关注的就是滴滴公司收集的信息能否定性为“公民个人信息”；滴滴公司的收集行为是否“违反国家规定”；以及滴滴公司的收集信息的行为能否定性为刑法上的“非法获取”行为。

（一）关于刑法规定的“公民个人信息”

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条



的规定：“刑法第二百五十三条之一规定的公民个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。”

概言之，刑法所保护的公民个人信息在于是否能够“识别”自然人身份，反映自然人活动情况。这一内涵明显较《个人信息保护法》所规定的“个人信息”的内涵进行了限缩。然而较《网络安全法》中所规定的仅能反映自然人身份的“个人信息”的内涵有所扩大。这样的定位恰恰与每部法律的使命、定位相吻合，相互作用形成了对“个人信息”保护的全包围之势。

反观滴滴公司所收集的信息，诸如：“人脸识别信息”，属于生物信息，属于敏感个人信息，当然可以“识别”自然人身份，这样的信息甚至可以间接影响私人财产安全。再例如：“精准位置信息”，更是将自然人活动轨迹暴露无遗。所以，滴滴公司过度收集的诸如年龄段信息、职业信息、学历信息、亲情关系信息、打车地址信息、精准位置信息均可以锁定公民个人的活动情况，可以定性为刑法保护的“公民个人信息”。

（二）关于刑法规定的“违反国家有关规定”

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条规定：违反法律、行政法规、部门规章有关公民个人信息保护的规定的，应当认定为刑法第二百五十三条之一规定的“违反国家有关规定”。

很显然，这个“违反国家有关规定”已经下探到了部门规章的层面。只要收集信息行为违反了部门规章级别的法规，就属于“违反国家有关规定”。从制定主体上看，《网络安全法》、《数据安全法》，还有《个人信息保护法》这三部法律均由全国人大常委会决议通过并实施，毫无疑问属于法律的范畴。

对于常见APP收集信息范围进行了专门规定的《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》（以下简称《规定》）从制定主体上看，《规定》由国家互联网信息办公室、工业和信息化部、公安部、国家市场监督管理总局，四部门联合制定。根据《立法法》规定，国务院的有关部门是可以在职权范围内，对于相关事项联合制定规章的。再看制定目的，《规定》显然是为了《网络安

全法》关于收集信息原则的具体落实出台。因此，该《规定》应当属于部门规章。

滴滴公司无论是“违法收集”的行为，还是“过度收集”的行为无疑不仅是违反了上述三部法律，也违反了部门规章。因此，无疑是“违反国家有关规定”的。

（三）关于刑法规定的“非法获取”行为

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第四条规定：违反国家有关规定，通过购买、收受、交换等方式获取公民个人信息，或者在履行职责、提供服务过程中收集公民个人信息的，属于刑法第二百五十三条之一第三款规定的“以其他方法非法获取公民个人信息”。

然而通过以上分析，滴滴公司违法、过度收集信息的行为在违反国家规定的情况下，又同时符合了是在“提供服务过程中收集公民个人信息”的条件。很显然，可以评价为“以其他方法非法获取公民个人信息”。

当然也有一些观点认为：根据刑法第二百五十三条之一第三款的规定，“窃取或以其他方法非法获取公民个人信息”，构成侵犯公民个人信息罪。基于对该条文罪状的理解，“以其他方法非法获取”的违法性和危害性程度应等同于“窃取”。

诚然，对于一个行为是否构成犯罪，其刑事违法性以及社会危害性均应予以考量。但是，仅就“过度收集”这一行为来讲，暂且不说收集信息的体量问题，滴滴公司是在未告知、未明确、未提醒的情况下，绕过用户协议和隐私政策，“秘而不宣”地收集用户信息。从这一角度审视，笔者认为其违法性与危害性较之于“窃取”行为也是“有过之而无不及”。

因此，基于以上分析，笔者认为滴滴公司的违法、过度收集信息的行为毫无疑问是可以定性为刑法中的“非法获取”行为。

基于以上分析，无论是滴滴公司还是董事长兼CEO程维、总裁柳青实质上都面临刑事风险。公司不同，业务类似，据笔者了解众多的网络游戏公司在数据的收集上有着同样的遭遇和困境。行政处罚的风险，甚至是刑事犯罪的风险都是客观存在的。

2021年，网络游戏企业违规被通报的具体原因主要集中在违规、超范围收集个人信息；APP强制、过度索取权限；被欺骗、诱导下载APP等，均以“个人信息收集”相

关事项为主线展开。

网络游戏APP，从首次打开游戏开始，随着“隐私政策阅读提示”首运弹窗提示映入眼帘，数据问题就随之而来。而后在注册、登录、实名认证、添加好友、游戏内聊天、客服沟通等等环节，亦无时无刻面对着数据的收集问题。

本文拟从网络游戏APP以及网络游戏运行商两个角度叙述。从APP界面设计、功能设置等微观合规建议到运营商组织架构、内部规范等宏观的合规建议逐步解析网络游戏数据安全合规的点点滴滴。本文亦将沿着从数据的收集到数据的全流程应对这一进路展开。

四、网络游戏数据合规建议

数据收集是数据安全风险的源头，这一源头如果不加监管，相关违法、犯罪行为就会随之而来，其后果不堪设想。限于篇幅，“网络游戏数据出海”的相关内容笔者会专门撰文讲解，本文仅就网络游戏国内合规的重要方面进行如下建议：

（一）严守“最小必要”收集信息的原则红线

处理个人信息应当具有明确、合理的目的。除了应当与所对应的目的直接相关之外，还需要采取对个人权益影响最小的方式。收集个人信息应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。

根据《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》（十八）网络游戏类，基本功能服务为“提供网络游戏产品和服务”，必要个人信息为：注册用户移动电话号码。

目前《国家新闻出版署关于进一步严格管理切实防止未成年人沉迷网络游戏的通知》中所要求的游戏玩家必须实名认证才能开放注册和登陆权限。

因此，网络游戏能够收集的个人信息包括：姓名、身份证号码、移动电话号码。除此之外，网络游戏运营者并没有权限对于其他个人信息进行收集。

但是实践中对于：

- 1.生日、性别、微博、邮寄地址等个人信息；
- 2.指纹、在线心跳等生物信息；
- 3.游戏中的文字、语音、进程、访问、关注、订阅信息等游戏信息；

- 4.充值记录、银行账号等交易信息；
- 5.设备型号、版本、摄像头、MAC地址等设备信息；
- 6.IP地址、蓝牙等位置等信息。

众多主流网络游戏APP依旧大肆收集。像滴滴公司一样，存在着“违法收集”、“过度收集”、“未明确告知收集”等违法行为。针对实践中的乱象，网络游戏APP在个人信息的收集上严守“最小必要”收集信息的原则红线是数据合规的首要条件。

（二）具体场景对应的数据合规措施

1. 关于《隐私政策》

当玩家首次打开游戏APP，《隐私政策》阅读提示就应该对于应用收集的信息、申请的权限以及对应的目的进行详细说明。当不同意《隐私政策》须再次提示，当玩家再次拒绝后，将退出游戏APP。

所以“用户同意”是设置《隐私政策》的目的，那么玩家“点击隐私政策”是否能够等同于“用户同意”了呢？答案当然是否定的。“用户同意”背后蕴含着“正当性、合法性、透明性”三大原则，体现了信息主体的充分自决。仅仅在APP的某个界面上“勾选同意隐私政策”是远远不够的，需要的是以人为本的“隐私保护设计”，让玩家不囿于文化、技术的壁垒，得以在“充分告知”后能够“有效同意”。笔者认为将来这不仅是监管机关的审核入口，更将是司法机关举证分析的重点。

在技术层面，关于《隐私政策》同意后访问方面，玩家注册或登录后，也应保证能在APP中找到《隐私政策》的访问路径，而且一般要求4次点击以内应访问到，否则也会被判定违规。

关于“单独同意”的功能性设置，例如：单独的弹窗提醒、复选框手动同意、甚至是设置单独的协议由玩家手动确认，等等。这就能在技术层面破除“同意负担”、“形式同意”、以及“捆绑同意”等在实践中高频出现的“无效同意”，让“同意”回归玩家自决的本意，隔离违规风险。

2. 关于注册、登录

目前广泛应用的注册和登录方式有：手机号登录、邮箱登录、快速登录、一键登录、第三方账户登录。无论是哪一种注册、登录方式，都应该对于APP的交互界面和隐私条款进行妥善设计和约定。

以手机号登录方式为例，在交互界面的设计上，一定



要明示为实现手机号登录而收集手机号码信息，并由玩家手动勾选确认同意收集，而不是进行手机验证码进行验证。

在隐私条款的约定上，同样要详细说明被收集的信息内容以及收集目的，同时要以向玩家发送短信验证码的方式确保玩家同意信息数据被收集。

3. 关于实名认证

实践中，往往在玩家首次登录、未成年的识别、虚拟物品交易的场景中需要实名认证。

在认证方式上，也存在身份证号码、身份证照片、人脸识别等诸多方式。针对不同的方式，也应注意对用户协议和隐私政策的手动确认，获取照片、拍照、麦克风权限时的弹窗索取权限确认。

在这里要重点强调人脸识别，因为面部信息本身就属于敏感信息，所以在人脸识别的交互界面设计、定期核实是否为未成年人的功能设计上要格外注意。在人脸信息的收集、使用和存储上也要符合相关法律、法规的规定。例如：人脸信息与人脸信息主体的身份信息分开储存的技术措施保护。

4. 关于客服

客服是玩家权利保障的重要通道，诸如投诉、建议、注销账号等都会涉及客服。客服在沟通中对于玩家的麦克风权限、图片权限、移动电话权限等，都要有相应的安排。例如：访问相册权限前的弹窗提示等。

5. 关于账户注销

账户的注销看似简单，实则需要注意的事项很多。首先，需要有效的注销途径，对于注销后的个人信息的删除以及匿名化处理机制的设置。其次，注销账户不能设置不合理的障碍，注销账号过程中人工必须能够及时响应。最后，关于注销账号的流程化设计上，注销协议、注销须知以及注销身份核验、注销成功提示等都需要注意。

6. 关于其他

除了上述重要场景，例如：网络游戏APP的自动化决策机制、对外共享个人信息机制、第三方数据获取机制等等，也都是在网络游戏APP的设计之初需要重点关注的数据合规场景。

（三）着重对于儿童的信息保护

根据《信息保护法》第二十八条：“敏感个人信息是……以及不满十四周岁未成年人的个人信息。”这也就

意味着不满十四周岁的未成年人的所有个人信息都是敏感信息，在需要收集这部分信息的时候，需要单独的同意。

根据《未成年人保护法》第七十二条：“信息处理者通过网络处理未成年人个人信息的，应当遵循合法、正当和必要的原则。处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当征得未成年人的父母或者其他监护人同意，但法律、行政法规另有规定的除外。”

立法上对于未成年的信息保护已经有了提示，一来是针对不满14周岁儿童的特殊安排；二来就是通过“监护人同意”来实现实时监控。具体而言就是对于网络游戏APP的功能进行必要的限制，对于网络游戏APP操作要有监护人的替代操作。

1. 关于功能层面的限制

（1）针对不满14周岁的未成年要设置专门的儿童用户协议和儿童隐私政策。

（2）对于未成年人玩家，要对账号实施“限玩”、“限冲”、“宵禁”等措施。

（3）要设置未成年人家长监护工程（例如：腾讯游戏的“腾讯成长守护”小程序），建立专门的未成年人问题反馈渠道。

2. 关于监护人同意的安排

（1）通过实名认证来判断玩家是否是未成年人。

（2）要求监护人代替儿童进行操作，例如：当玩家为儿童时，要提示“不满足年龄要求”。例如：要求儿童输入其监护人的邮箱账号，要求未成年人通过家长监护平台与未成年人的账号进行绑定，要求监护人进行操作。

（3）通过邮箱、家长监护平台方式向监护人发送申请监护人同意的弹窗。并在界面上展示监护人同意书，并由监护人手动勾选确认。

（4）在儿童登录界面时，告知已获得监护人同意，当监护人同意后再收集儿童信息。

（四）企业内部合规措施的搭建与落实

数据安全合规不仅是收集信息这一层面的合规，数据收集后的使用、披露、存储、以及销毁等事项都需要配套措施予以规范、应对。网络游戏运行商（以下简称：运营商）内部制度的构建如果是万里长征的第一步，那么制度的落实运行，特别是依据合规政策与监管机关的良性互动，就是合规管理体系能够行之有效，抵达胜利彼岸的后九十九步。

1. 设立数据处理的内外部制度

从制定体系上看，要有纲领性的文件，一般表现为《数据安全总纲》，甚至可以写入运营商章程文件。在此文件基础之上，还需落实为用以规范运营商经营管理的基本制度和具体规范。一般分为对于数据安全风险的防范、识别以及处置。

在数据安全风险防范的层面，要对所收集的信息数据实施分类管理，当然这个分类措施要与相关业务场景以及网络游戏行业标准相结合。在内部要从数据的收集、存储等等，直至销毁全流程制定管理要求。在内部还要明确数据的处理操作权限，这一措施需要细密的涉及、嵌入数据处理的终端，并遵守“获取操作权限的人数最少、获取权限的人享有的操作范围最小，操作权限还应该按照实际需求触发，操作权限处理和审批还应留痕”的基本要求。当然对于违规操作的后果性规定也是不可或缺的。

在数据安全风险识别的层面，运营商对于数据的评估系统以及审计制度理应起到应有的作用。在数据安全风险处置的层面，对于数据应当采取相应的加密、去标识化等安全技术保证。与此同时，还应建立健全紧急事件的响应机制。

2. 设立数据处理的内部组织架构

只有完善的组织部门和职能人员，内部制度才有落实的可能性。当运营商的规模亦或者处理的数据规模达到一定程度时，运营商还应当设立专门负责人，作为数据安全决策者。例如：个人信息保护负责人、数据安全负责人、网络安全负责人。以上三种对于数据负责人的称谓是分别来自《个人信息保护法》、《数据安全法》和《网络安全法》，称呼不同，侧重点自然也不相同。三个身份集

成于一人，还是分工负责，要根据运营商的实际情况予以考虑。

董事会下设具体管理部门和监督部门，一般设立数据合规部和法务、审计部门，负责具体制度和政策的制定、具体数据安全相关工作的管理，在董事会和数据安全专员之间形成桥梁。当然，再向下就是数据安全专员，分散于各个职能部门，例如技术部、人事部等等。数据安全专员作为执行层，负责运营商相关数据安全保障措施的落地实施。

实践中，运营商在架构数据合规管理体系之前往往已经有了相对成熟的组织架构。笔者建议，可以将数据安全相关人员自上而下与原有组织架构进行协调，融入决策层、管理层、监督层、执行层的架构。

对于新入职的，以及在职的数据安全专员应当定期进行安全教育与培训。实践中，至少是一年一次，对于培训活动的记录应当完整保留，与此同时做好设置相应的考评环节，对培训的质量进行实时监控。只有通过此类实质性考察，才能在员工违规时，为企业豁免提供强有效背书。

3. 设立应急数据事件报告机制

在游戏运营商发生或者可能发生数据泄露、篡改、丢失等事件时，数据信息处理者（运营商）应当立即采取补救措施，限制危害后果的进一步扩大。

当然，对于通知义务的履行更为复杂。首先，根据《个人信息保护法》通知对象就包括履行个人信息保护职责的部门，如果紧急事件涉及个人，除运营商确保可以避免之外，还应通知到个人。其次，根据《个人信息保护法》通知的内容包括数据的种类、造成数据安全隐患的原因以及预期危害，以及可采取的措施。当然，还有个人信息处理者的联系方式，以供及时沟通。



刑事案件涉案财产之辩

——民营企业涉刑案件引发的思考

■ 梁雅丽 / 文

在传统的刑事诉讼背景下，“重自由舍财产”、“重人轻物”是普遍存在的观念。双方都强调定罪量刑的公正性，而忽视财产处理的合法性。一直以来，刑事案件中的涉案财产之辩并不受重视，但随着反腐案件、涉众案件、涉黑案件等不断增多，以及伴随着认罪认罚从宽制度、企业刑事合规制度改革等诉讼程序变革，涉案财产处置逐渐受到涉案各方、司法机关甚至社会各界的关注，涉案财产之辩也逐渐成为一个相对独立且专业的领域。有学者将财产辩护称之为“辩护的第六空间”，也就是无罪辩护、罪轻辩护、量刑辩护、程序辩护以及证据辩护这传统五类辩护以外的新领域。而无论是经济案件中的财产拍卖，还是反腐案件中的赃物追缴，目前都缺乏统一的制度约束。

一、民营企业涉刑案件中的 趋利性执法现象

民营企业涉刑案件中，办案指标、维护国企利益、财政创收、案款提留以及财政返还等等趋利性执法现象尤为突出，所以对于涉案财产的辩护尤为重要。

具体而言，一是分则罪名选择方面，当一个案件既能评价为侵犯社会秩序犯罪（比如组织、领导传销活动等），又可能评价为侵犯个人权利犯罪（比如诈骗罪等）的情况下，若认定为前者则通常对违法所得予以没收，若认定为后者则需退赔被害人。此外，还有经济纠纷拔高认定为涉众犯罪甚至涉黑犯罪。二是程序方面，如经济犯罪的异地管辖甚至出现“争”管辖权的情形，查封、扣押、冻结等强制措施的范围、何时解除以及如何返还等问题。总之，经济犯罪案件的处理不论是实体还是程序，贯穿诉讼全过程，对公检法乃至案外人的经济利益都会造成或多或少的影响，从而导致检法在此类案件的执法过程中出现一定的趋利倾向。以往经验来看，民营企业涉刑案件，尤其是民营企业涉黑犯罪案件的问题是最突出的。

梁雅丽律师简介

京都律师事务所高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任，西北政法大学刑事辩护研究院副院长，中国刑法学研究会第三届理事会常务理事。执业近三十年，成功承办过多起重大有影响的刑事案件及民商事疑难复杂案件，并被国



内多家媒体报道。她尤为擅长刑事和民商事交叉领域及刑事和行政交叉领域业务，致力于研究企业风险的法律防控，并先后为多家大型企业、政府部门、事业单位及外商投资企业提供了出色的法律顾问服务。在企业风险的法律预防和控制、企业改制、资产重组等方面积累了丰富的执业实践经验。《方圆律政》2014律政年度刑辩律师；《中国企业报》2017助力金融风险防范人物；《中国商报》2019年“商事法治建设年度典范人物”；《中国商报》2020年商事法治建设特别贡献奖；2021年度LEGALBAND中国律师特别推荐榜刑事合规15强，2022钱伯斯大中华区争议解决领域领先律师；2022品牌影响力·践行社会责任典范律师。

二、财产刑的规范边界

当前涉案财产处置规范化严重不足也是办案机关存在较大趋利空间的现实原因。

（一）从涉案财产处置到没收个人全部财产

由于涉案财产处置缺少具体的范围认定，导致涉罪当

事人很多与犯罪无关的合法财产甚至是并非归该当事人所有的财产都被没收。因此，在涉案财产处置过程中，必须准确认定涉案财产的具体范围，严格区分违法所得与合法财产，除非被告人被判处没收全部财产的刑罚，否则对其合法所有的财产不得进行处置。也就是说，当被判处没收全部财产的刑罚时，涉案财产处置失去了合理且明确数额和范围，对合法财产和违法所得也不会进行区分。故没收财产刑在司法实践中存在一定的随意性。

（二）没收个人全部财产的规范现状

就没收财产的方式而言，《刑法》第五十九条规定，没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部分或者全部，即存在没收部分财产和没收全部财产两种执行方式。但是，刑法分则对具体罪名该规定的没收财产刑并未指明两种方式的适用标准，更没有具体数额的规定，也没有相关司法解释或指导文件，自由裁决空间极大，导致执行没收财产刑的弹性也很大。

就没收财产的范围而言，当前对财产刑包括罚金刑的理解与适用都缺乏明确的规范限制，尤其在《刑法修正案（十一）》出台后，将大量经济犯罪的罚金刑变更为无限额制，使得自由裁量空间极大，缺乏比例原则予以约束，甚至在一些不涉及没收财产的案件中，通过高额罚金起到罚没被告人绝大部分个人财产的实际效果。

（三）涉黑案件中的涉案财产处置与没收全部财产

在黑恶势力犯罪的案件中，对没收个人全部财产的适用并没有特殊规定，但是从涉黑案件查扣冻强制措施的规定来看，没收范围只会更大。根据2019年两高两部《关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》中，第15条第（4）项规定，“黑恶势力组织及其成员通过合法的生产、经营活动获取的财产或者组织成员个人、家庭合法财产中，实际用于支持该组织活动的部分”，应当依法予以追缴、没收。

实践中，办案机关更多的关注到“对企业合法生产经营的财产以及家庭合法财产都可以采取查扣冻强制措施”，但是忽略了最核心的“实际用于支持该组织活动的部分”，如何证明“实际用于支持该组织活动”？证明到什么程度？且在无法查清哪些财产“实际用于支持该组织活动”之前，办案机关对上述财产进行查扣冻，既没有制约手段更没有救济途径。

实践中，涉黑案件大范围查扣冻当事人及其企业、家庭的财产，而在判决判处没收个人全部财产后，往往再难厘清个人财产与企业财产、家庭财产的界限。

三、刑事案件涉案财产处置常见问题

从民营企业涉黑案件到普通刑事案件，涉案财产处置在各个阶段都有常见问题。

首先，在侦查和审查起诉阶段，对涉案财物就进行了过程性处置，也就是说，一旦财产被查扣冻，就注定了该财产是涉案财产，就当然被移送，甚至于到后续的终局性处置。相信大家在办理案件时也有所体会，尤其在职务犯罪类案件中，监察委办理的案件一旦对涉案财物划定了范围、采取了强制措施，则财产辩护难度更大。

在侦查和审查起诉阶段，对涉案财物的处置除了范围太广、定性模糊外，还存在的问题包括：到期不依法解除对无关财物的强制措施；财物被采取强制措施后保管单位混乱；违反“物随案走”的规定；未经法院审判，将部分扣押财物拍卖变现；因争夺管辖权、经济驱动等原因违法异地扣押财物，等等。

其次，在审判阶段，对涉案财物的处置则是终局性的，主要体现在判决书对涉案财物的定性和处置。尽管实务中，为了保证后续执行顺利，在侦查和审查起诉阶段采取强制措施的财产范围“宜广不宜窄”有一定合理性。但实际上，一方面，审前对涉案财物的不当处理会直接影响法官的判断，比如侦查机关在执行财产线索收集过程中缺乏规范指引，或疏或密、或严或宽，操作各不相同，导致法院难以下判；另一方面，法院对涉案财产的审理本身存在实体或程序问题。比如说，庭审程序对财产审查程序留于形式，直接对审前追缴的财物全盘接受认定为违法所得；判决书对涉案财物处置表述模糊，甚至遗漏涉案财物处置事项；判决书明确要求追缴，但追缴后如何处置不明确；等等。

最后，在执行阶段，对涉案财物的处置同样缺乏统一而全面的规范，并且深受案款提留等“趋利性执法”的影响。比如《刑事诉讼法》第二百四十五条第四款规定，“人民法院作出的判决生效以后，有关机关应当根据判决对查封、扣押、冻结的财物及其孳息进行处理。”这里的“有关机关”在实践中则包括了公安机关、财政机关，甚至政法委等等，但这是否符合立法原意，甚至是否有正当



性依据都尚存疑问。此外，涉案财产复杂的案件，往往要经历多个诉讼阶段，包括申诉阶段，而在判决生效后，提起财产异议很难得到有效救济。

要探究以上问题存在的根源，则可以归结为：其一，涉案财物本身的复杂性和模糊性，在实体和程序的双重属性下，法定的四类涉案财物之间也并非泾渭分明，导致在司法实践中对财产的处置具有随意性。其二，根深蒂固的案款提留制度，地方司法机关与地方财产的利益关联无法切断，涉案财物上缴财政时由办案单位提成仍然是一些地方的“潜规则”。其三，刑事案件涉案财产处置的法律体系尚未完善，比如缺乏侦查阶段的操作指引，导致涉案财物处置问题从进入诉讼程序之初就陷入混乱。

四、刑事案件中对涉案财产的辩护经验

第一，充分用好刑事合规的改革红利，以及民营企业保护政策、产权保护政策，维护民营企业正常生产、经营

等合法权益，在对涉案财产采取强制措施方面就可以提出情况反映及提出意见，将财产保护时点提前。企业家涉刑案件中，财产也可以成为与司法机关对行为定性以及量刑协商的有利条件。

第二，尽管目前关于没收个人财产尚未有明确的法律依据，但对于区分家庭财产和个人财产、为当事人扶养家属保留必需生活费用等规定是明确的，因此，以仅有的规范为支撑，对办案机关违规的行为都可以积极主张并提出意见。积极提出意见，向司法机关提出区分家庭财产和个人财产，为当事人扶养家属保留必要生活费用的合理方案。

第三，在与办案机关沟通过程中，以及发表辩护意见和提交书面辩护意见时，对涉案财产归属也一并提出意见“留痕”，为后续财产返还或提起异议提供支持。

最后，尽早收集、调取相关财产归属凭证，为财产辩护方案提供充足依据。

总之，涉案财产辩护应当尽早采取应对措施，且与诉讼程序同步进行。



案外人在刑事涉案财物处置程序中的救济方式之实务探析

■ 王馨全 / 文

王馨全律师简介

京都律师事务所合伙人，北京市律师协会涉外法律服务研究会秘书长。曾在英国伦敦国际刑事、国际商事大律师事务所，黎巴嫩特别刑事法庭，塞拉利昂特别刑事法院，前南斯拉夫国际刑事法庭工作。在英国、法国、德国等国家完成国际刑法、国际商事诉讼与仲裁等方面的培训。



司法机关依法可以查封、扣押、冻结刑事涉案财物。涉案财物经依法审理认定为违法所得时，应被依法追缴。然而，随着法律制度的发展，刑事涉案财物的范畴有逐步扩大的趋势，司法机关在办案过程中可能会将部分不具有证据作用的案外人财物也纳入证据保全的范畴，从而侵犯了案外人的合法权益。因此，现行法律在审前阶段、审判阶段和刑事判决生效后的财产执行阶段的涉案财物处置程序中都规定了案外人的权利救济方式。本文将结合三个不同阶段的案外人权利救济途径和实务应用，剖析现行制度中存在的问题并给出进一步完善案外人权利救济制度的建议。

一、问题的提出

刑事涉案财物不是一个具有明确义涵的法律术语。我国现行《刑法》、《刑事诉讼法》均未对“刑事涉案财物”下过确切的法律定义，理论界和实务部门也没有形成

统一的概念认知。¹《刑法》第64条从实体层面，将“刑事涉案财物”限定为：违法所得、违禁品和犯罪工具（被害人合法财产与犯罪无关）。2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称《刑诉法解释》）第509条将违法所得的孳息纳入“刑事涉案财物”当中。《刑事诉讼法》第141条将所有可以作为案件证据的财物都认为是“刑事涉案财物”²，此规定过为笼统，为“刑事涉案财物”含义的扩张埋下隐患。此后《公安机关涉案财物管理若干规定》第2条与沿着《刑事诉讼法》笼统的含义继续推进，将“与案件有关的物品”、“与案件有关的财物”均纳入“刑事涉案财物”范畴。³

而凡是“刑事涉案财物”都有可能被依法查封、扣押、冻结、扣留、调取、先行登记保存、抽样取证、追缴、收缴等措施提取或者固定，一旦被认定为违法所得，则有可能被追缴。因此，过分强调刑事涉案财物的证据价值，忽略了刑事涉案财物范围的适当性，可能直接导致侦查机关对涉案财物进行认定和处置时弹性过大，司法机关可能对部分不具有证据作用的案外人财物也纳入证据保全的范围，从而侵犯了案外人财物的使用权和所有权。

“案外人”是指因刑事涉案财物的权属、性质认定错误或者涉案财物处置程序违法，对涉案财物主张财产权利的自然人、法人或其他组织。他们因财物被错误扣押、查封、冻结和执行问题而牵扯进刑事诉讼程序或刑事案件的财产执行程序。我国现行刑事法律虽然规定了案外人对涉案财物查控、处置程序提出异议的权利，但这种规定仅仅是原则性的，具有不确定性，在司法实务中的应用更多的是在个案中进行尝试，缺乏明确的程序和制度保障。

此外，案外人在我国刑事诉讼程序中法律地位不明确，案外人既不属于刑事诉讼法规定的“当事人”范畴，也不属于“其他诉讼参与人”的范畴。由于没有明确主体身份，案外人能否实质参与涉案财物处置程序具有不确定



定性，与之相应的程序参与权、举证质证权、辩论权、上诉权等具体程序权利也处于立法空白状态。由此导致在刑事涉案财物处置的裁判和执行程序中，案外人对涉案财物主张财产权利困难重重，从而影响了对外人的财产权保护。

二、案外人在审前阶段的救济方式

审前阶段包括侦查阶段和审查起诉阶段，在这两个诉讼阶段案外人如果对本人所有财物是否应被查封、扣押、冻结有异议，可以向司法机关积极提出质疑意见并提交相关的证据予以佐证，以达到解除或限制适用查封措施，尽可能降低对案外人财物的影响，维护案外人利益的目的。结合笔者的实务经验，举例说明案外人在审前阶段的救济尝试：

1. 主动争取解除冻结或限额冻结涉案账户

法律规定，案外人如果发现其所有的与刑事案件无关的财物被查封、扣押、冻结的，可以向有关机关提出申诉和控告。律师在代为处理此类事宜时，应当与案外人细致梳理涉案财物与刑事案件之间的联系，提出针对性的意见并附以相关证据予以支持。能够证明与案件无关的，办案机关应当在三日内予以解除、退还。⁴如确与案件相关，也应在此阶段尽可能降低对案外人正常生产与经营的影响，如对涉案账户采取限额冻结的手段。

案例1-经交涉案外人公司账户限额冻结、员工账户解冻

2022年5月，某公司账户及所有员工个人账户被北京市反电信网络诈骗中心冻结，原因是该公司曾接受过其客户单位通过赵某账户支付的货款，公司收到该笔钱款后向本公司员工发放工资。公安机关初步判定客户单位通过地下钱庄汇款，代为付款的赵某个人账户被认定涉嫌诈骗。律师审查相关资料后认为，公司账户接收的该笔款项为正常的货款，有《货运代理服务协议》为证，公司相关人员与涉嫌诈骗的账户所有人赵某并不认识也无共谋。此外，《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施有关规定》第27条规定“冻结涉案账户的款项数额，应当与涉案金额相当，不得超出涉案金额范围冻结款项。”而公司账户及所有员工个人账户在被采取只进不出的冻结措施之后，导致公司及员工个人财产多倍超额冻结，严重影响了企业的生产经营和员工的正常生活。在提交了公司营业执照、工商公示资料、该交易记录、合同、发票、全体员工档案、学历证书、身份证明等证明材料后，公安机关将员工账户予以解冻，并对公司账户采取了限额冻结的措施，维护了公司的正常生产经营能力，保障了员工的正常生活，但系争资金流入是否为涉案钱款仍有待在后续程序中进一步查明。

2. 主动申请采取必要保值保管措施

根据《公安机关涉案财物管理若干规定》第6条之规定，在侦查办案阶段对于某些特殊财物，案外人及其诉讼代理人为了减少对正常办公和合法生产经营的影响，可以争取在采取必要保值保管措施的前提下继续使用系争财物，将实体争议推迟到此后的诉讼程序去解决。

案例2-冻结不扣押，案外人仍可使用系争车辆

在一起非法吸收公众存款案件中，承办警官冻结了嫌疑人妹妹的车辆并要进行扣押，而妹妹认为该车辆与案件无关，双方对车辆是否为涉案财物引发争议。律师在梳理购车流水中发现，虽然购车定金系由嫌疑人支付，但该笔款项是妹妹向姐姐的借款，一周之内妹妹就以自有资金就向姐姐进行了还款，其余购车款均由妹妹家庭收入进行支付。在代理律师向承办警官说明情况，并提交了购车银行流水后，警官准许妹妹先将车辆开回自用，未予扣押。但对于该车辆是否为涉案财物，是否应当解除冻结，案外人及其代理人还应在审查起诉阶段及审判阶段做进一步争取。

此外，对于随市场波动较大的被扣押、冻结的债券、股票、基金份额等财产，案外权利人也可以根据《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第36条之规定与办案机关沟通，将被扣押、冻结的债券、股票、基金份额等财产，在扣押、冻结期间权利人申请出售，所得价款由扣押、冻结机关保管。

3. 存在的问题

现行法律并未明确规定在侦查阶段与审查起诉阶段案外人如何抗辩及主张权利，且缺少对公安机关与检察机关处置财物权力的制约。现行的刑事诉讼法以及《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施有关规定》、《人民检察院刑事诉讼涉案财物管理规定》均没有规定作为财物被查封、扣押的案外人是否可以针对公安的查封措施进行抗辩。

在此阶段，公安机关与检察机关对涉案财产的处置兼具审判与执行的双重性质，办案机关处置涉案财产的法律限制较少缺乏中立裁判者的制约，案外人很难充分参与，因此刑事涉案财产的处置有较大的任意性，申诉的救济途径效果可能并不理想。除上述个别获得部分成功的案外人申诉案件外，在现实中大部分情况都是案外人提出异议，公安机关简单予以口头答复后便没有下文。因无书面答复，案外人在请求被驳回后无法提起复核或请求检察监督。

三、案外人在审判程序中的救济方式

1. 积极参与审判程序，启动案外人异议审查制度

在审判阶段，案外人对涉案财物的权属有争议的，可以提出异议并申请出庭参与庭审。《刑诉法解释》确立了案外人异议制度，规定案外人对查封、扣押、冻结的财物及其孳息提出权属异议的，人民法院应当听取案外人的意见；必要时，可以通知案外人出庭。⁵

有利害关系的案外人对涉案财物处理决定不服的，也可以请求检察院进行抗诉。《规范刑事诉讼涉案财物处置意见》第12条规定：“明确利害关系人诉讼权利。善意第三人等案外人与涉案财物处理存在利害关系的，公安机关、国家安全机关、人民检察院应当告知其相关诉讼权利，人民法院应当通知其参加诉讼并听取其意见。被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告和被告人对涉案财物处理决定不服的，可以就财物处理部分提出上诉，被害人或者其他利害关系人可以请求人民检察院抗诉。”

上述规定进一步明确了对涉案财物权属有争议的案外人在法庭审理阶段表达异议并参加庭审的权利，实践中相关案外人应以此为依据全力争取主张权利。此外，《刑事诉讼法》仅规定被害人可以请求检察院对一审判决进行抗诉，而上述规定赋予了有利害关系的案外人请求检察院抗诉的权利，更有利于保护案外人合法权利。

2. 财产执行争议提前处理

在审判阶段，刑事审判庭应当查清财物的归属，即属于被执行人还是案外人、财物的性质，即属于被执行人个人合法财产还是赃款赃物、查明资产流向，并在刑事裁判中明确写明，同时应对涉案款项的处置方式予以安排。最高法《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第7条规定“由人民法院执行机构负责执行的刑事裁判涉财产部分，刑事审判部门应当及时移送立案部门审查立案。移送立案应当提交生效裁判文书及其附件和其他相关材料，并填写《移送执行表》。”也就是说，生效刑事判决做出时，应附以财产移送清单，清单应对涉案财产做出明确的界定。这就要求案外人应尽量在庭审阶段查明其对涉案财物的权属争议，力求在审判阶段解决问题。

案例3-辩明扣押房产涉案份额

被控为黑社会性质组织积极参加者的刘某，因检察院的量刑建议为没收个人全部财产，其名下的一座房产被扣押在案。而该房产是夫妻二人名下的唯一房产，系夫妻共同财产，且依据《刑法》第59条之规定，没收全部财产的应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。因此，在一审阶段，刘某的妻子通过律师与承办法官进行交流，提出该房产中含有妻子的合法份额，且应为被刘某本人及其扶养人保留必需的生活费用。根据《最高法〈关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定〉的理解与适用》的解读，此处的“扶养人”为广义的扶养，应包含《婚姻法》中对夫妻兄弟姐妹等同辈之间的“扶养”，也包括上辈对下辈的“抚养”，以及下辈对上辈的“赡养”。⁶经协商，法官同意家属将刘某所剩份额对应的款项上缴，而后在《移送执行表》中对该房产进行标注，确保该房产不进入刑事涉案财产执行阶段，免除了家属的后顾之忧。

3. 存在的问题

虽然目前的刑事诉讼法规定，法院审理阶段必要时法院可以通知案外人出庭。但是，“必要”的认定权由法院掌握，而且由法院通知，案外人被动参与。如果法院认为，不必要，不通知案外人出庭，案外人缺少参与与获得救济的途径。对此，案外人对涉案财物权属有争议的应积极主动申请参加庭审，以协助法庭查明事实。但在实践中，律师向法院提出作为案外人参与诉讼的请求时，法院以“刑事案件中没有案外人”“没有先例”为由，不予准许。⁷案例3中之所以能与承办法官进行有效沟通，也是基于被告人的辩护律师代为发表案外人意见。一般来讲，刑事案件法庭审理的重点是被告人的定罪及量刑，庭审中对涉案财物的权属争议重视程度不够，更多的可能要案外人通过律师在庭前找到法官表明争议，并在庭后继续跟进进行争取。

四、案外人在刑事执行阶段的救济方式

1. 执行异议

案外人对涉案财物权属有争议的，可以在执行阶段提出执行意义。《刑事裁判涉财产执行规定》第14条规定：“执行过程中，当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定，或者案外人对执行标的的主张足以阻止执行的实体权利，向执行法院提出书面异议的，执行法院应当依照民事诉讼法第225条（现232条）的规定处理。人民法院审查案外人异议、复议，应当公开听证。”通过向法院书面提



出执行异议的方式寻求救济,参考民事诉讼中的案外人执行行为异议制度,通过“异议—复议”的路径,对抗执行机关违法执行行为。

2. 补正裁定

补正裁定只能更正技术性错误,不能解决实体争议。

《刑事裁判涉财产执行规定》第15条规定,刑事案件中的赃款赃物认定异议,对于可以通过裁定补正的,移送刑事审判部门处理。依据该规定,一方面,案外人的申诉可以通过裁定补正的,执行法院应将异议材料移送刑事审判部门处理。另一方面,案外人的申诉无法通过裁定补正的,应当告知异议人通过审判监督程序处理。最高人民法院(2016)最高法执监418号《马文林、周淑琴与马伯韬执行裁定书》进一步明确,“有关涉案款物的认定以及变价处理意见明确,所附扣押物品清单包括案涉房产,申诉人马文林、周淑琴如对据以执行的刑事裁判有关涉案款物认定和处理不服,可以通过审判监督程序主张权利。”

3. 审判监督程序

案外人也可以申请启动审判监督程序。《刑事裁判涉财产执行规定》第15条:“执行过程中,案外人或被害人认为刑事裁判中对涉案财物是否属于赃款赃物认定错误或者应予认定而未认定,向执行法院提出书面异议,可以通过裁定补正的,执行机构应当将异议材料移送刑事审判部门处理;无法通过裁定补正的,应当告知异议人通过审判监督程序处理。”向执行法院提出书面异议,或者提起审判监督程序,申请对执行标的权属进行实质性的审查。

4. 存在的问题

在执行阶段,案外人依据《刑事裁判涉财产执行规定》第14条规定提出执行异议时,因该执行异议参照适用《民事诉讼法》第232条,而非第234条,法院在审查案外人执行异议时仅将其作为“执行行为异议”,而非“执行异议”,导致法院仅对执行行为是否存在违法性进行审查,进而忽略对案外人对涉案财物是否具有实体权利的审查。⁸最终导致《刑事裁判涉财产执行规定》第14条所确立的执行异议,实际上违背了其本质属性,其规定的“异议—复议”路径剥夺了案外人通过诉讼进行救济的机会,同时,因涉案财产执行中的执行行为异议,包含了民事诉讼中“案外人异议”的实质审查功能,也会导致执行程序

性救济与实体性救济的混乱。

如案外人通过补正裁定或者审判监督程序处理执行异议,仍存在障碍和问题。第一,刑事审判是运用国家公权力行使刑罚权的一种实现,生效的刑事判决具有强制执行力,对社会公众具有示范作用,不宜轻易变动,补正裁定的运用可能会损害刑事审判的严肃性与稳定性;第二,对赃款赃物认定错误的异议并不必然影响刑事案件中定罪量刑之核心目的,启动审判监督程序难度较大,也会增加当事人与案外人诉累,并浪费司法资源;第三,在司法实践中,大多数案外人提出的异议内容常常混杂着针对执行行为、执行标的权属认定和执行依据错误等,内容复杂、诉求多样,对此如何处理,法律尚未作具体规定。

五、完善建议

1. 审前阶段

第一,建立涉案财物处置公开机制和告知制度。提升涉案财物处置信息的公开透明度和强化相关机关的告知义务。一方面,建议针对不同诉讼环节、公开对象,构建不同公开方式的涉案财物处置信息网络公开平台,及时发布查封、扣押冻结、拍卖等信息。另一方面,建立涉案财物处理告知制度,以多种方式通知案外人财物处置信息,将扣押、没收等财产处置的通知送达可能对案涉财物享有权益的当事人。

第二,建立专卷移送制度。司法实践中,关于涉案财产的卷宗材料,时而散落在多个卷宗之中,时而没有及时随案移送,建议侦查机关建立将涉案财产卷专门装订,明确财产涉案事由,并及时随案移送至检察院,供律师阅卷。

第三,明确案外人代理人阅卷权限。现行法律制度中并未对有权属争议的案外人代理人开放阅卷权限,实务中也多是有阅卷权利的代理人协助当事人家属处理相关争议。所以,为了有效处理争议,办案机关应当将涉及案外人利益的财产卷对代理人开放阅卷,只有明确办案机关的查控思路,才能进行有效的辩驳。

2. 审判阶段

第一,完善案外人参与庭审路径,赋予有利害关系的案外人“准当事人”地位。允许案外人参与庭审,并对案外人在庭审中的权利予以明确。法庭有调查涉案财物权属的义务且相关当事人有就权属提出异议的权利,毕竟案件

的审理结果直接关系到当事人的实体权利，允许对权属有异议的案外人参与庭审，可以最大化地查明事实，尤其是涉案财物的来源、去向、权属，以便为涉案财物的处置奠定基础，故在保障案外人参与权的同时，最大化地赋予其知情权、辩论权、异议权，如在法庭调查及法庭辩论时，可对公诉机关针对涉案财物提出的处理意见提出反驳，提供证据加以证实，以更加清晰地查清涉案财物权属、性质，从而公正、合理地维护当事人的合法权益。

第二，明确涉案财物举证责任与证明标准。证明标准作为依照法律规定判定案件事实是否达到构成犯罪的尺度和衡量标准，对于认定犯罪和处置涉案财物至关重要。对人之诉涉及罪与非罪及刑罚轻重，无论是基于我国的刑事诉讼结构，还是正当程序客观要求，对其认定均需采用“事实清楚，证据确实、充分”的证明标准。但涉案财物处置系对物之诉，不仅公诉机关要举证证明涉案财物权属及与犯罪行为的关联性，第三人主张对涉案财物享有所有权时，亦需提供证据对其诉求进行举证，对涉案财物处置的证明标准，建议适用民事诉讼法的优势证据证明标准。

第三，赋予与一审涉案财物处置有直接相关的案外人上诉的权利。上文已阐明了有利害关系的案外人不具有上诉权，只能请求检察院抗诉。而《刑诉法解释》第391条规定对上诉、抗诉案件，应当着重审查的内容既包括对涉案财物的处理是否正确。如果涉案财物与案外人有关且一审判决对其财物作出了实体性质的认定，影响了案外人的实际权益，但是案外人却没有上诉的权利，其在二审审理程序中便失去了申辩的机会。仅靠二审法院书面审理，难以确保公平、公正。因此，为了与一审审前听证、审理程序相衔接，应该允许与一审涉案财物处置有直接相关的案外人上诉的权利。

3. 执行阶段

第一，明确执行异议事由。在异议事由方面，即案外人得以提出异议并对标的物足以排除强制执行的实体权利。究竟何种权利有足以排除执行之法律效果，我国法律并未规定。部分高级人民法院在所制定的指导性规范中将包括共有权在内的所有权、用益物权、担保物权、基于买卖关系而形成的普通债权以及租赁权、股权等权利作为异

议事由。⁹在刑事涉案财物执行中，法院所执行的标的物或其变现价款终将收缴进入国库，故以占有、使用标的物为内容的实体权利并不能阻却法院之强制执行，这类权利包括用益物权和租赁权。此外，由于刑事涉案财物执行中亦适用善意取得制度，因此已经善意取得标的物但尚未办理产权登记的普通债权人也应纳入案外人异议的保护范围。

第二，明确开庭审理方式。无论是执行异议之诉还是审判监督程序，法院在审理时均应当采取公开开庭方式。在庭审中，检察机关、案外人应当按期到庭，并就刑事涉案财物的权属状况进行举证、质证和辩论。由于被执行人大多在看守所或监狱服刑，因此法院可以通过远程视频方式将被执行人接入庭审现场，向被执行人核实刑事涉案财物的有关情况，同时允许检察机关、案外人向被执行人当场询问问题，以查明系争事实。

六、结语

习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上发表重要讲话时指出，“要更加重视法治、厉行法治，更好发挥法治固根本、稳预期、利长远的重要作用”，为此，必须“继续推进法治领域改革，解决好立法、执法、司法、守法等领域的突出矛盾和问题”。坚持厉行法治，才能促进公平正义。随着人权观念的觉醒以及法律意识的提高，公民对其切身财产或者利益的法律保护诉求也逐渐增多。如何进行权利保护、给予怎样的救济途径是学界和实务界所共同关注的问题。在刑事涉案处置制度中，案外人救济机制的有效运行将国家依职权追缴涉案财物与案外人依法保护自身财产权利连接起来，践行了“有权利即有救济”、“无救济则无权利”的古老法谚。当然，徒法不足以自行。要让案外人救济途径真正彰显公平正义的价值取向，仍需立法技术与司法实践的进一步完善。

注释：

1北京市京都律师事务所彭吉岳、封旺，《刑事涉案财物认定与处置的救济程序》，发布于京都刑事研究中心微信公众号。

2《刑事诉讼法》第141条第1款：“在侦查活动中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种财物、文件，应当查封、扣押；



与案件无关的财物、文件，不得查封、扣押。”

3《公安机关涉案财物管理若干规定》第2条：本规定所称涉案财物，是指公安机关在办理刑事案件和行政案件过程中，依法采取查封、扣押、冻结、扣留、调取、先行登记保存、抽样取证、追缴、收缴等措施提取或者固定，以及从其他单位和个人接收的与案件有关的物品、文件和款项，包括：（一）违法犯罪所得及其孳息；（二）用于实施违法犯罪行为的工具；（三）非法持有的淫秽物品、毒品等违禁品（四）其他可以证明违法犯罪行为发生、违法犯罪行为情节轻重的物品和文件。

4《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》强调了刑事涉案财物查封、扣押、冻结程序：一是严禁在立案之前查封、扣押、冻结财物。不得查封、扣押、冻结与案件无关的财物。凡查封、扣押、冻结的财物，都应当及时进行审查；经查明确实与案件无关的，应当在三日内予以解除、退还，并通知有关当事人。二是查封、扣押、冻结涉案财物，应当为犯罪嫌疑人、被告人及其所扶养的亲属保留必需的生活费用和物品，减少对涉案单位正常办公、生产、经营等活动的影响。三是公安机关、国家安全机关决定撤销案件或者终止侦查、人民检察院决定撤销案件或者不起诉、人民法院作出无罪判决的，涉案财物除依法另行处理外，应当解除查封、扣押、冻结措施，需要返还当事人的应当及时返还。

5《刑诉法解释》第279条规定：“法庭审理过程中，应当对查封、扣押、冻结财物及其孳息的权属、来源等情况，是否属于违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物进行调查，由公诉人说明情况、出示证据、提出处理建议，并听取被告人、辩护人等诉讼参与人的意见。案外人对查封、扣押、冻结的财物及其孳息提出权属异议的，人民法院应当听取案外人的意见；必要时，可以通知案外人出庭。”《刑诉法解释》第364条强调了对涉案财物的法庭调查，规定在法庭审理过程中，对查封、扣押、冻结的财物及其孳息，应当调查其权属情况，对于不能确认系违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物的，不得没收，以保护财产所有人的合法权益。

6最高人民法院执行局编著，《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定理解与适用》，中国法制出版社，第119页。

7曾明，《浅析最新刑事诉公司法解释下案外人对涉案财物处置的救济途径及构想》，2021年7月30日发，https://lawyers.66law.cn/s2318774281532_i983712.aspx，访问于2022年9月20日。

8蒋晓亮，《论我国刑事涉案财物执行中的案外人救济》，载《法律适用》2018年第8期，第83-84页。

9唐力，《案外人执行异议之诉的完善》，载《法学》2014年第7期。

随着人权观念的觉醒以及法律意识的提高，公民对其切身财产或者利益的法律保护诉求也逐渐增多。如何进行权利保护、给予怎样的救济途径是学界和实务界所共同关注的问题。

电子商业汇票追索权纠纷中， 背书人如何有效对抗“无因性”担责？

■ 王晓光 程彦 / 文

随着现代商事交易结算追求便捷、安全的特点，电子商业汇票在大宗商品交易中的使用已经非常普遍，中国人民银行发布的《关于规范和促进电子商业汇票业务发展的通知》（银发[2016]224号）明确，自2018年1月1日起，原则上单张出票金额在100万元以上的商业汇票应全部通过电票办理，传统纸票已逐步退出市场。实践中，基于票据“无因性”的特点，在相当一部分票据追索权纠纷案件中，背书人忽略了自身享有的抗辩权而被判定承担清偿责任，虽然根据法律规定被追索人有权向其他前手票据债务人进行再追索，但如果能够直接对抗持票人的追索权，则从根本上避免了承担清偿责任的风险，对于票据背书人来说是非常值得关注的。

本文将从以下角度对电子商业汇票背书人如何提出有效抗辩进行简要分析：

抗辩要点一：电子商业汇票必要记载事项是否完全

抗辩要点二：持票人取得票据的方式是否存在瑕疵

抗辩要点三：持票人是否按照法定程序提示付款并遭到拒付

抗辩要点四：线下追索行为是否发生追索效力

抗辩要点五：票据权利行使期限是否超过

一、电子商业汇票上缺乏必要 记载事项的，汇票无效，持票人 不享有票据权利。

根据相关规定，电子商业汇票的必要记载事项为：

（一）表明“电子银行承兑汇票”或“电子商业承兑汇票”的字样；（二）无条件支付的委托；（三）确定的金额；（四）出票人名称；（五）付款人名称；（六）收款人名称；（七）出票日期；（八）票据到期日；（九）出票人签章。

王晓光律师简介

京都律师事务所合伙人，中国社会科学院法律硕士，曾任职于北京市某政府机关。王晓光律师专注于复杂、疑难民商事争议解决业务，尤其擅长办理公司诉讼、投融资与股权、重大商事合同、再审及执行等领域纠纷，成功代理多起民商事领域重大诉讼、仲裁案件。



由于《电子商业汇票业务管理办法》第5条规定出票必须通过电子商业汇票系统（ECDS）办理，故一般来说不会发生缺少必要记载事项的情况，唯一需要注意的是电子商业汇票的签章须为符合《中华人民共和国电子签名法》第13条第1款规定的当事人可靠的电子签名，即在电子商业汇票业务活动中应当使用数字证书作为电子签名，通过电子商业汇票系统审核方可产生签章效力。

二、持票人取得票据的方式存在特定瑕疵的，背书人可据此进行抗辩。

虽然《票据法》规定了票据的签发和流转都应当遵循诚实信用原则，具有真实的交易关系和债权债务关系，但基于票据的流通属性，最终的持票人无法对票据流转过程中每一次基础交易关系的真实性进行审查。正因如此，最高人民法院在《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》



程彦律师简介

京都律师事务所律师，西南政法大学法学学士。程彦律师自入职京都所以来，专注于从事民商事争议解决业务，其中以公司法相关业务为主，参与代理多起股权转让纠纷、股东资格确认纠纷、损害公司利益责任纠纷等案件，同时对各类合同的起草和审查有较为深入研究。



中明确，票据债务人对已经背书转让票据的持票人以基础交易不真实进行抗辩的，人民法院不予支持。但如持票人取得票据的方式存在瑕疵或在某些特定情况下，则会影响其票据权利的实现，现将法定特定情形总结如下：

1. 持票人以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有前列情形，出于恶意取得票据的，不得享有票据权利；
2. 持票人因重大过失取得不符合《票据法》规定的票据的，不得享有票据权利；
3. 持票人明知票据债务人与出票人或其前手之间存在抗辩事由而取得票据的，票据债务人的抗辩事由可对抗持票人；
4. 以背书转让的汇票，背书不连续，或非经背书转让但不能证明取得方式合法的，不得享有票据权利；
5. 电子商业汇票上记载了“不得转让”事项或票据在被拒付、超过提示付款期限后，仍然进行转让的，原背书人对后手的被背书人不承担保证责任。

除以上法律明确规定的情形外，还应当注意的是，票据贴现属于国家特许经营业务，有权为票据进行贴现的主体为金融机构，其他自然人、法人、非法人组织未经授权不具有贴现资格，因此如一般主体非经背书转让而以贴现方式取得票据，通常不能被认定为合法方式。在（2020）京03民终7695号中国蓝田总公司与江苏融汇典当有限公司票据追索权纠纷案中，北京市第三中级人民法院认为，融汇公司取得票据系基于无效的贴现行为，融汇公司应向天

地公司返还票据，天地公司应向融汇公司返还贴现款，故融汇公司不属于合法持票人，不享有票据追索权。

三、持票人在票据到期日前提示付款，或超期提示付款且未曾在提示付款期内提示付款的，因提示付款行为不符合法定方式而不得向背书人追索。

持票人行使票据权利的第一顺序为付款请求权，仅在汇票到期被拒绝付款或者在汇票到期日前发生《票据法》第61条第2款规定的可提前追索的情形时，持票人才可以对背书人行使第二顺序权利——票据追索权，即不得未经提示付款直接要求背书人承担票据责任。

电子商业汇票属于定日付款的票据，根据《票据法》第53条第2项以及《电子商业汇票业务管理办法》第58条第2款的规定，电子商业汇票持票人应当自票据到期日起10日内向承兑人提示付款，最后一日遇法定节假日、大额支付系统非营业日、电子商业汇票系统非营业日顺延。原则上持票人应当在法定提示付款期限内提示付款，但实践中，持票人提示付款可能并未严守该期限，而是在票据到期日前或提示付款期限届满后提示付款，这种情况可能给持票人行使追索权带来一定风险。此时，票据背书人可重点关注持票人提示付款的时间，以此对抗持票人的追索权。

（一）持票人在票据到期日前提示付款

《电子商业汇票业务管理办法》第59条规定：“持票人在票据到期日前提示付款的，承兑人可付款或拒绝付款，或于到期日付款。承兑人拒绝付款或未予应答的，持票人可待票据到期后再次提示付款。”汇票到期在民事法律概念中实质是债务履行期限届满，故在票据到期日以前付款人并不负有清偿义务，有权拒绝付款。根据前述规定可知，此时持票人的救济途径仅有待票据到期后再次提示付款，该办法第66条也明确作出规定，持票人在票据到期日前被拒付的，不得拒付追索。况且，持票人在票据到期日前被拒付并不意味着合法权益必定受到侵害，故在付款人尚享有期限利益的情况下，此时不认定持票人享有向背书人追索的权利是合理的。

北京金融法院首批十大典型案例之九——（2021）京74民终159号北京航天新立科技有限公司与湖北江耀机械

股份有限公司票据追索权纠纷案，争议焦点即为对持票人期前提示付款行为的效力认定，经北京金融法院认定：持票人于电子商业汇票到期日之前提示付款并不符合向所有前手拒付追索的构成要件。

（二）持票人超期提示付款

如果持票人在汇票到期10日后方才进行提示付款，则构成超期提示付款。对于超期提示付款导致的后果，首先可以明确的是并不当然免除承兑人的付款责任，持票人对超期提示付款作出合理说明后，承兑人仍应在当日至迟次日付款或拒绝付款。如持票人超期提示付款并且被拒付的，则需要审查其在提示付款期内是否曾提示付款，以此确认是否有权向背书人进行追索。根据《电子商业汇票业务管理办法》第66条第3款的规定，若持票人在提示付款期内曾发出过提示付款，则可向所有前手拒付追索；若未在提示付款期内发出过提示付款，则只可向出票人、承兑人拒付追索。

四、线下追索行为可能因签章不符合规范、扰乱金融交易秩序等原因而不发生追索效力。

如持票人已经具备向所有前手行使追索权的条件，但并未通过电子商业汇票系统进行追索，而是以发函、起诉等方式进行线下追索的，此时是否发生追索效力、背书人是否应当承担付款责任，在实践中存在较大争议。

一种观点认为，持票人行使追索权应当在电子商业汇票系统中进行，线下追索行为不发生追索效力。主要原因在于《电子商业汇票业务管理办法》第5条明确规定电子商业汇票追索业务必须通过电子商业汇票系统办理，该文件在效力层级上虽是部门规章，但在其他法律法规均未就电子商业汇票管理作出规定的情形下，鉴于电子商业汇票的特殊性，《电子商业汇票业务管理办法》作为专门规范电子商业汇票的部门规章，在立法目的正当、程序合法且与上位法不冲突的情况下，可以作为审理案件的裁判依据。

以广东地区为首，以及在江苏、贵州等地，人民法院对于背书人提出的持票人进行线下追索行为无效抗辩，一般予以支持，主要考虑以下两方面因素：

首先，线下追索的签章不符合电子商业汇票的行为规范。基于票据行为的要式性，持票人作出票据行为应当进行签章，而根据《电子商业汇票业务管理办法》的规定，电子商业汇票业务活动中应当使用数字证书作为票据活动的电子签名，通过电子商业汇票系统审核的电子签名系电子商业汇票唯一合法有效的签章。持票人通过在票据纸质打印件上加盖实物印章的行为不具备签章效力，其依据该文件进行线下追索不符合票据行为的要式性，属于无效票据行为。

其次，线下追索行为因无法交付汇票而扰乱票据交易秩序。由于电子商业汇票的权利转移及票据交付必须通过电子商业汇票系统记载、流转和交付，直接进行线下追索将导致背书人清偿后无法获得票据而难以行使再追索权。另外，因线下追索行为未被电子商业汇票系统记载，当超过法定的追索权行使期限后，电子商业汇票系统将默认持票人已对除出票人、承兑人、保证人等外的前手丧失追索权，与实际可能存在的冲突。因此，如在电子商业汇票系统之外以司法判决形式另行确立票据状态，导致法院判决认定的票据状态与电子商业汇票系统中登记的票据状态不一致，造成票据脱离中国人民银行及其他金融监管机构对电子商业汇票领域的监管，加大了参与者的经营风险，冲击甚至破坏已经建立的电子商业汇票规则和市场秩序，威胁票据金融市场安全。持票人通过电子商业汇票系统取得票据并进行提示付款，对于票据追索业务应当通过电子商业汇票系统办理这一规定是明知的，因此线下追索行为不能发生追索效力。

受持票人提起诉讼时间和民事诉讼审理期限等因素影响，如持票人未曾在电子商业汇票系统中进行追索，导致其线下追索行为无效，并且已经超过《票据法》第17条第1款第3项规定的六个月追索期限，则其对背书人的追索权即行消灭。

另一种观点则认为，《电子商业汇票业务管理办法》第5条仅系对电子商业汇票的业务办理方式作出规范，并未限定持票人未通过线上追索即丧失追索权，该规定既不能排除持票人通过诉讼方式行使追索的权利，也不是持票人通过诉讼方式行使追索权的前置程序，故线下追索行为具有法律效力。上海、山东、云南等地人民法院主要持该观点。



五、超过票据权利行使期限的， 票据权利消灭。

票据权利的行使期限不同于一般的3年民事诉讼时效，根据《票据法》第17条的规定，票据权利如未在规定期限内行使则消灭，具体如下：

1. 持票人对出票人、承兑人追索和再追索的权利时效，自票据到期日起2年，且不低于持票人对其他前手的追索和再追索权利时效；

2. 持票人对其他前手的追索权利时效，自被拒绝付款之日起6个月；

3. 持票人对其他前手的再追索权利时效，自清偿之日或被提起诉讼之日起3个月。

值得注意的是，关于持票人行使再追索权的时效，同时并列规定了“清偿之日”或“被提起诉讼之日”两个起算时点，其中“被提起诉讼之日”不难理解，即持票人被

原持票人以行使追索权的方式提起诉讼，那么对于“清偿之日”应当如何理解，法律并未做出明确限定。我们认为应当理解为主动清偿之日，即在原持票人起诉行使追索权之前，持票人已经按照要求向其支付票据款项，则此时应当自清偿之日起3个月向其他票据债务人行使再追索权。如将“清偿之日”理解为被提起诉讼之后甚至被强制执行时而进行清偿的日期，则该日期将永远处于“被提起诉讼之日”之后，背离了票据权利时效较短的立法本意。

以上即为背书人在电子商业汇票追索权纠纷中可提出的主要抗辩点，背书人还可根据相关法律法规确定的其他特殊情形进行抗辩，在持票人行使追索权时即积极作出应对，避免过于依赖再追索程序而给自身带来债务风险。同时，持票人在行使票据权利时也应注意严格遵守法定程序，避免因权利实现过程存在瑕疵而无法向所有前手追索，从而影响债权实现。



民事再审申请七大实务要点

■ 熊燕华 / 文

熊燕华律师简介

北京市京都律师事务所合伙人，中国民主同盟盟员，北京律协青年律师公益法律服务团成员、北京律协“扬帆百人计划”第四期（“一带一路”争议解决）培训对象。毕业于北京大学，兼具法律与英语双重复合专业背景，持有律师执业资格、证券从业资格、基金从业资格、英语专八等资质。在争议解决、公司与合规、不正当竞争、知识产权权利保护等领域积累了丰富的经验，致力于提供综合性、创造性解决方案。长期为国家部委、行政机关、事业单位、大型央企国企、医药和科技等领域上市公司提供优质法律服务，服务水平和业务质量受到广泛认可。



一、哪些裁判文书可以申请再审

《中华人民共和国民事诉讼法》（下称《民诉法》）第206条规定，当事人认为生效判决、裁定有错误的，可以申请再审；第208条规定，当事人对有证据证明调解违反自愿原则或者调解协议内容违反法律的生效调解书，可以申请再审。值得关注的是，下述几种特殊情形究竟能否申请再审？

（一）再审查回重审后的生效裁判，可以申请再审。

对于再审查回重审后作出的生效裁判能否申请再审问题，司法实践中长期存在较大分歧。其中，2017年8月2日最高法院向山东高院作出的《关于再审撤销一、二审裁判发回重审的案件当事人对重审的生效裁判是否有申请再审权利的答复》中指出：再审后将案件发回重审后作出的生效裁判，当事人不服的，可以申请再审。然而，2018年3月出版的《民事审判指导与参考》“民事审判信箱”部分，对于“经检察院抗诉，法院指令再审后，原二审法院将案件发回一审法院重审，重新形成一、二审判决，当事人针对该判决申请再审，法院已立案受理，应当如何处理”问题所持意见为：再审发回重审后形成的重审生效判决，因其系在再审程序中形成的判决，故在性质上属于“再审判决”……对该判决申请再审的人民法院不应予以受理；如果已经受理的，应当裁定终结审查当事人的再审申请。

2022年6月24日，最高法院民一庭对此予以明确：再审撤销原判发回重审之后的程序并非再审审理程序的延续，人民法院作出的裁判亦非再审裁判。当事人不服撤销原判发回重审后作出的生效裁判，可以依据民事诉讼法第二百零六条的规定申请再审。

（来源最高人民法院民一庭官方微信公众号¹）

（二）解除婚姻关系的判决、调解书，不得申请再审。

仅针对离婚案件中解除婚姻关系部分不得申请再审，对判决中已分割的财产部分可以申请再审，对判决中未作处理的夫妻共同财产可另行起诉。

（相关法条：《民诉法》第209条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释（2020修正）》（下称《民诉法解释》第382条））



（三）适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等非讼程序审理的案件，不得申请再审。

（相关法条：《民诉法解释》第380条）

（四）不予受理和驳回起诉两类裁定之外的其他裁定，不得申请再审。

对于不予受理和驳回起诉两类裁定之外的其他裁定能否申请再审的问题，实践中存在一定争议。最高法院司法裁判（2021最高法民申1883号案²）观点认为，根据民诉法解释第381条规定，当事人可以申请再审的裁定仅为发生法律效力的不受理和驳回起诉两类裁定，除前述两类裁定外，对于其他裁定，当事人不可申请再审，当事人申请再审的按自动撤回上诉处理的二审裁定，不属于可以申请再审的裁定范围。

（相关法条：《民诉法解释》第381条）

二、哪些主体可以申请再审

（一）案件当事人可以申请再审。

1. 原告、被告属于当事人，可以申请再审。
2. 有独三属于当事人，可以申请再审。

有独立请求权的第三人有权向法院提出诉讼请求和事实、理由，成为当事人。有独立请求权的第三人是以提起诉讼的方式参加诉讼的，在诉讼中的地位，相当于原告，有权申请再审。

（相关法条：《民诉法》第59条第一款，《民诉法解释》第81条）

3. 无独三在被法院判决承担民事责任的情况下，可以申请再审。

无独立请求权的第三人，可以申请参加诉讼，或者由法院通知参加诉讼。法院判决承担民事责任的无独立请求权第三人，有当事人的诉讼权利义务。最高法院司法裁判（2021最高法民申2313号案³）观点认为，未被人民法院判决承担民事责任的第三人，不享有当事人的诉讼权利，无权对已经发生法律效力的裁判提出再审申请。

（相关法条：《民诉法》第59条第二款，《民诉法解释》第81、82条）

（二）当事人死亡或者终止的，其权利义务承继者可以申请再审。

“权利义务承继者”仅限于当事人死亡或者终止情况下的权利义务承继者，不包括生效判决、调解书债权转让情况下的债权受让人。

（相关法条：《民诉法解释》第375条，（法释[2011]2号）《最高人民法院关于判决生效后当事人将判决确认的债权转让债权受让人对该判决不服提出再审申请人民法院是否受理问题的批复》）

（三）案外人对驳回其执行异议的裁定不服，认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其民事权益的，可以申请再审。

1. 案外人申请再审区别于案外人执行异议之诉。

在判决、裁定、调解书的执行过程中，案外人提出执行异议被驳回后，根据不同情况作区分处理：如认为原判决、裁定、调解书的内容有错误，损害自己民事权益的，案外人可申请再审；如与原判决、裁定、调解书无关，仅是对执行过程中作为被执行标的予以执行有异议，或者认为执行行为对自己的权利有所影响，案外人可提起执行异议之诉。

2. 案外人申请再审区别于第三人撤销之诉。

如案件尚未进入执行程序，可提起第三人撤销之诉；如案件已进入执行程序，需在执行异议被驳回后申请再审；如案件在提起第三人撤销之诉之后进入执行程序，仍可提出执行异议，但是异议被驳回后不能再申请再审。

（相关法条：《民诉法》第59条第三款、234条，《民诉法解释》第301条、303条、423条）

三、哪些事由可以申请再审

（一）当事人对生效判决、裁定申请再审的13项事由。

1. 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的。

（1）新的证据包括“新发现、新取得、新形成、未质证”四类。

（2）新证据应达到能证明原判决、裁定认定的基本事实或者裁判结果错误的标准。

“基本事实”是指用以确定当事人主体资格、案件性质、民事权利义务等对原判决、裁定的结果有实质性影响

的事实。

(3) 当事人在原审中未举证应当具有合理的理由。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第一项,《民事诉讼法解释》第335条、387条、388条,《人民检察院民事诉讼监督规则》(下称《民诉监督规则》)第76条)

2. 原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的。

有下列情形之一的,属于“认定的基本事实缺乏证据证明”:

(1) 认定的基本事实没有证据支持,或者认定的基本事实所依据的证据虚假、缺乏证明力的。

(2) 认定的基本事实所依据的证据不合法的。

(3) 对基本事实的认定违反逻辑推理或者日常生活法则的。

(4) 认定的基本事实缺乏证据证明的其他情形。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第二项,《民事诉讼法解释》第335条,《民诉监督规则》第77条)

3. 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的。

“主要证据”是指原判决、裁定认定基本事实的证据。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第三项,《民事诉讼法解释》第335条,《第一次全国民事再审审查工作会议纪要》(下称《第一次审查会议纪要》)第22条)

4. 原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的。

当事人对原判决、裁定认定事实的主要证据在原审中拒绝发表质证意见或者质证中未对证据发表质证意见的,不属于“未经质证”的情形。法院可以根据原审卷宗中的庭审笔录、证据交换笔录、答辩意见、代理词等材料判断原判决、裁定认定事实的主要证据是否未经质证。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第四项,《民事诉讼法解释》第335条、389条,《第一次审查会议纪要》第22条、23条)

5. 对审理案件需要的主要证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的。

“对审理案件需要的主要证据”是指人民法院认定案件基本事实所必须的证据。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第五项,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释(2020修正)》第9条)

6. 原判决、裁定适用法律确有错误的。

有下列情形之一的,导致判决、裁定结果错误的,属于“原判决、裁定适用法律确有错误”:

(1) 适用的法律与案件性质明显不符的。

(2) 确定民事责任明显违背当事人约定或者法律规定的。

(3) 适用已经失效或者尚未施行的法律的。

(4) 违反法律溯及力规定的。

(5) 违反法律适用规则的。

(6) 明显违背立法原意的。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第六项,《民事诉讼法解释》第390条,《民诉监督规则》第78条)

7. 审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的。

“审判人员”包括参加一审、二审、再审程序审理的审判人员。有下列情形之一的,属于“审判组织的组成不合法”:

(1) 应当组成合议庭审理的案件独任审判的。

(2) 人民陪审员参与第二审案件审理的。

(3) 再审、发回重审的案件没有另行组成合议庭的。

(4) 审理案件的人员不具有审判资格的。

(5) 审判组织或者人员不合法的其他情形。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第七项,《民诉监督规则》第79条,《第一次审查会议纪要》第25条、26条)

8. 无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人,因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由,未参加诉讼的。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第八项)

9. 违反法律规定,剥夺当事人辩论权利的。

有下列情形之一的,属于“违反法律规定,剥夺当事人辩论权利”:

(1) 不允许当事人发表辩论意见的;

(2) 应当开庭审理而未开庭审理的;

(3) 违反法律规定送达起诉状副本或者上诉状副本,致使当事人无法行使辩论权利的;

(4) 违法剥夺当事人辩论权利的其他情形。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第九项,《民事诉讼法解释》第391条,《民诉监督规则》第80条)

10. 未经传票传唤,缺席判决的。



(相关法条:《民事诉讼法》第207条第十项)

11. 原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的。

“诉讼请求”包括一审诉讼请求、二审上诉请求,但当事人未对一审判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求提起上诉的除外。

当事人同时提出确认之诉和给付之诉,且确认之诉是给付之诉前提条件的,原判决在主文里仅对给付之诉作出判定,但在判决理由中对确认之诉进行了分析认定的,不属于遗漏诉讼请求的情形。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第十一项,《民事诉讼法解释》第392条,《第一次审查会议纪要》第27条、28条)

12. 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。

“法律文书”包括:

(1) 发生法律效力的判决书、裁定书、调解书。

(2) 发生法律效力的仲裁裁决书。

(3) 具有强制执行效力的公证债权文书。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第十二项,《民事诉讼法解释》第393条)

13. 审判人员审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。

“审判人员审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为”是指已经由生效刑事法律文书或者纪律处分决定所确认的行为。

(相关法条:《民事诉讼法》第207条第十三项,《民事诉讼法解释》第394条)

(二) 当事人对生效调解书申请再审的2项事由。

1. 提出证据证明调解违反自愿原则。

2. 提出证据证明调解协议的内容违反法律规定。

(相关法条:《民事诉讼法》第208条)

四、什么期限内可以申请再审

当事人申请再审的期限为六个月。

1. 一般情况下,六个月的起算点自判决、裁定生效开始起算。存在下述情形的,自知道或者应当之日开始起算:

(1) 有新的证据,足以推翻原判决、裁定的。

(2) 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的。

(3) 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的。

(4) 审判人员审理该案件时有贪污受贿,徇私舞弊,枉法裁判行为的。

(相关法条:《民事诉讼法》第212条)

2. 六个月为不变期间,不适用诉讼时效中止、中断、延长的规定。

(相关法条:《民事诉讼法解释》第127条)

五、应向哪个法院申请再审

《民事诉讼法》第206条规定确立了民事申请再审案件以上一级法院管辖为原则、原审法院管辖为补充的再审管辖制度。2021年9月27日,最高人民法院印发(法[2021]242号)《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》的通知,其中第四部分“改革再审程序”第11至16条,对再审程序作出了重大修改。基于上述规定,当事人应根据不同情形向相应法院申请再审,具体而言:

1. 对高院作出的生效判决、裁定申请再审。

一般应向原审高院申请再审。符合下列情形之一的,可以向最高法院申请再审:

(1) 对原判决、裁定认定的基本事实、主要证据和诉讼程序无异议,但认为适用法律有错误的。

(2) 原判决、裁定经高院审判委员会讨论决定的。

2. 对高院作出的生效调解书申请再审。

应当向高院申请再审。

3. 对其他法院作出的生效判决、裁定、调解书申请再审。

一般向上一级人民法院申请再审。下述两类案件可以向原审法院申请再审,也可以向上一级法院申请再审:

(1) 当事人一方人数众多。这里人数众多,包括公民、法人和其他组织。

(2) 当事人双方为公民的案件。指原告和被告均为公民的案件。

(相关法条:《民事诉讼法》第206条、《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》第11条)

六、再审是否需要交纳案件受理费

一般情况下再审案件当事人不需要交纳案件受理费,

下列情形除外：

1.当事人以存在新证据为由提起再审申请，法院经审查决定再审的案件。

2.当事人对法院第一审判决或者裁定未提出上诉，第一审判决、裁定或者调解书生效后又申请再审，法院经审查决定再审的案件。

（相关法条：《诉讼费用交纳办法》第9条）

七、再审是否中止执行

再审程序包含再审审查和再审审理两个阶段。

1.当事人申请再审的，法院审查再审事由期间不停止判决、裁定的执行。

2.法院经审查决定再审的，中止原判决、裁定、调解书的执行，但追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件，可以不中止执行。¹

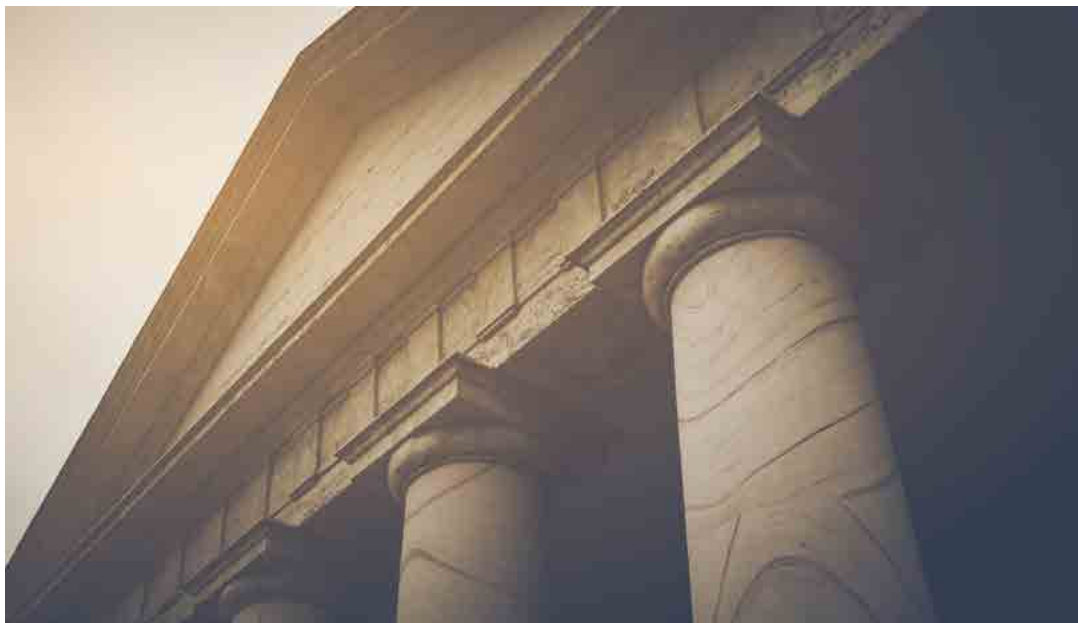
（相关法条：《民诉法》第206条、213条）

注释：

1 参见<https://mp.weixin.qq.com/s/yjq81XfzvmrdctKHxyVTbw>。

2 参见（2021最高法民申1883号）赵小贵、曲靖市麒麟区小凹子煤业有限公司民间借贷纠纷再审审查与审判监督民事裁定书。

3 参见（2021最高法民申2313号案）沈阳市沈河区城市建设局、辽宁丽嘉百货有限公司等房屋拆迁安置补偿合同纠纷民事申请再审审查民事裁定书。





刑辩律师的法庭辩论技巧

■ 孙广智 / 文

2022年6月16日晚19:30,我以“刑事辩护之法庭辩论技巧与心得”为题,开展线上讲座。本文是我此次讲座发言的整理稿。考虑到口语表达与书面语言的差异性,我在整理时对部分内容进行了增删、润色,以兼顾口语表达的特点和书面阅读的体验。

大家好,很高兴有机会和大家分享今天的主题。我们都知道,法庭辩论是刑辩律师在庭审中参与的最后也是最重要的一个环节。某种程度上讲,对刑辩律师而言,法庭辩论是前期所有辩护工作的集大成者,我们要在这个阶段对此前形成的辩护观点进行整合、论述并提出我们对于案件审理的最终诉求。

因此,做好法庭辩论,对于有效辩护的实现,对于维护当事人的合法权益,乃至实现社会公平正义,无疑都有着非常重要的意义。下面,我将通过6个专题,和大家一起分享我在法庭辩论方面的技巧和心得,希望能为大家的刑辩工作提供些许的参考和帮助。

孙广智律师简介

京都律师事务所合伙人,北京市犯罪学研究会理事,西北政法大学刑事辩护高级研究院研究员。主要工作方向为针对经济犯罪案件、职务犯罪案件、“涉黑”案件的刑事辩护,曾代理葛兰素史克商业贿赂案、“e租宝”案、盘古氏投资有限公司系列案等经济犯罪、职务犯罪案件,在十余年的执业过程中积累了丰富的刑事法律服务工作经验。



一、法庭辩论的“起点”

与侦查和指控相比,辩护工作具有一定的被动性和防御性,这在刑事诉讼程序的启动和设置上有着直观的体现。例如,在辩护权的启动上,往往是以侦查权启动为前提,犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,有权委托辩护人;在法庭辩论过程中,也是先由公诉方发表公诉意见,被告人和辩护人再依次发表辩护意见。这种程序上的先后设置同时也决定了,法庭辩论的目标对象应当是指控方的意见,即公诉意见和集中体现该意见的起诉书。



明确了法庭辩论的目标对象，也就相应的明确了我们辩护工作的“起点”，即对指控情况的了解和掌握。一般来讲，在拿到起诉书后，我们就可以正式着手准备庭审辩护工作了。因此，对辩护人而言，法庭辩论准备工作的第一步就是对起诉书的指控进行了解和评估。

事实上，指控、辩护以及审判具有一定的共性，那就是都在寻求对案件的法律评价，即对被告人的定罪评价和量刑评价。其中，公诉机关通过指控对被告人提出有罪评价并提出量刑建议；辩护人通过辩护提供被告人无罪、罪轻（轻罪）或者减轻、免除刑事责任的意见；法庭则通过对案件的审理来对被告人的定罪量刑问题作出终局的结论，也就是判决。

由此，我们对起诉书指控的了解和评估首先始于评价，即了解起诉书对被告人指控的罪名及量刑建议，也就是图示中所呈现的“定罪指控”和“量刑指控”。通过对指控评价的了解，我们可以初步掌握被告人所涉罪、刑及其轻重。

任何法律评价都不是凭空产生的，法律推理的基本逻辑告诉我们，法律评价是将“大前提”（法律规则）适用于“小前提”（案件事实）所得出的结论。据此，作为一种法律评价，指控所评价的对象无疑就是起诉书的指控事实，也就是起诉书中“经依法审查查明”的内容。

通过对指控事实的了解，我们可以对相关事实是否符合起诉书所指控罪名的犯罪构成，是否对应量刑建议中所提及的法定刑幅度，以及是否具备其他法定、酌定等情节事实形成一些初步的认识和判断。

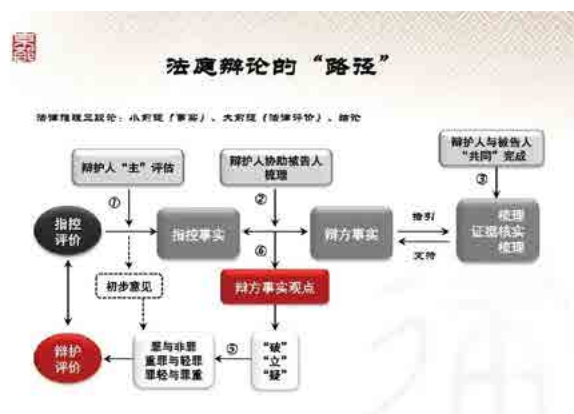
既然法律评价的基础是事实，那么事实的基础又是什么呢？答案就是证据。在刑事诉讼中，如果没有证据的支持，就没有事实的存在。甚至在某种程度上讲，公诉方的指控能否成立，归根结底要看相关指控所依托的证据是否确实、充分。

因此，对公诉机关随案移送的证据进行查阅、梳理，将是我们围绕指控事实开展有效辩论的工作基础，甚至也是整个庭审辩护的工作基础。

综上，对刑辩律师而言，法庭辩论的“起点”在于对指控的了解和评估，涉及法律评价、指控事实及在案证据三个维度，而这也恰恰对应了控辩双方在法庭辩论中永恒的争议焦点，即证据采信、事实认定以及法律评价。因此，无论是对公诉方还是辩护方，法庭辩论的三要素都是：事实、证据、法律（评价）。

二、法庭辩论的“路径”

我们在初步了解、评估指控之后，就要循序渐进的开展法律辩论的具体准备工作，我根据自己的实践经验，将这个工作路径梳理成5个步骤，现向大家逐一介绍、说明如下：



第1步：辩护人对指控事实与指控评价是否“匹配”进行初步评估

在司法实践中，虽然多数刑事案件的争议焦点往往集中在事实和证据方面，但也不乏这样一种情况，即控辩双方对指控事实不持异议，但对法律的理解和适用存有争议。

例如，起诉书指控被告人涉嫌犯行贿罪，但辩护人通过对起诉书进行研判，认为指控事实反映的并不是被告人的个人行为，而是被告人所在单位的单位行为，应当以单位行贿罪论处。由此，指控事实与指控罪名出现了不“匹配”的问题，导致相关指控难以成立。

再如，起诉书依据《刑法》第388条关于“斡旋受贿”的法律规定指控被告人涉嫌犯受贿罪，但在指控事实中却并未提到被告人为请托人谋取“不正当利益”的内容。相反，根据指控事实的描述，被告人为请托人谋取的恰恰是请托人应得的正当利益。由此，指控事实与指控罪名出现了“矛盾”，相关指控评价因构成要件的缺失而不能成立。

需要说明的是，这种对指控事实与指控评价是否“匹配”的判断，更多倚赖专业的法律知识和丰富的实务工作经验。因此，在评估时，以辩护人的独立专业判断为“主”，以适当听取被告人的意见为“辅”。



并且，辩护人在该步工作中所形成的初步意见也需要经过后续工作步骤的检验，以确保相关初步意见不至与被告人的诉求及案件事实、证据发生“偏离”。

第2步：针对指控事实，协助被告人梳理、总结辩方事实

作为当事人，被告人是案件事实的亲历者，对于事实问题最具有“发言权”。因此，辩护人应当认真听取被告人对指控事实的意见，协助被告人梳理、总结本方在事实层面的观点和意见，从而形成辩方主张的基本事实。

对此，我的具体建议如下：

（1）辩护人应对起诉书的指控事实进行拆解和梳理，以便于被告人有针对性的对指控事实提出意见。

从我个人的经验来看，在拆解、梳理指控事实时可以选择两种方式：一种是按照时间逻辑，将指控事实分成若干个时间阶段，这种方式一般适用于案件事实比较复杂，时间跨度比较长的案件，例如“涉黑”案件；另一种是按照犯罪构成，将指控事实予以拆解从而使之和指控罪名的犯罪构成形成对应，这种方式一般适用于案件事实相对简单、犯罪构成相对清晰的案件，例如“诈骗”案件。

（2）及时与被告人会面、沟通，认真听取、记录被告人对指控事实的意见。

在与被告人进行会面、沟通时，辩护人可以先向被告了解对方关于指控事实的整体意见，然后再结合此前对指控事实的拆解和梳理情况，有重点、有针对性的听取、记录被告人对指控事实的意见。在此过程中，辩护人也可以从法律层面向被告人介绍自己对案件事实的理解，例如对于单位行为和个人行为的甄别、主从犯的区分、非法占有目的的认定、因果关系的确认等等。

（3）就被告人对指控事实所提出的意见进行梳理和总结，明确相关意见对于定罪、量刑的影响。

由于会见场所的时空条件以及被告人在表达能力上的差异等主客观因素，被告人关于指控事实的意见可能会存在条理混乱、重点不突出等问题。因此，辩护人有必要对此进行梳理和总结，以明确被告人的意见对于定罪、量刑的影响，并在此基础上，总结、提炼辩方事实。

第3步：以辩方事实为指引，对在案证据进行查阅、梳理、核实，为辩方事实寻求证据层面的支持

在总结辩方事实的基础上，辩护人应当以此为指引，

对在案证据进行细致的查阅、梳理、核实，及时听取被告人对相关证据的意见。

对于被告人有异议的证据，要着重进行审查、分析，发掘相关证据在证据资格和证明力上的问题。如遇到非法证据的情况，则要及时申请“排非”。

对于被告人主张的积极事实，一方面要在现有证据中尽量寻求证据支持，另一方面则要视情形通过调查取证或者申请调查取证予以完善。

对于被告人存有异议的指控事实，一方面要明确相关指控事实所依托的在案证据都有哪些，另一方面要对相关在案证据进行审查，从而判断相关证据对于指控事实的证明是否达到确实、充分，排除一切合理怀疑的证明标准。如果答案是否定的，则意味着辩方异议成立，相关指控事实不能成立。

在辩方事实的指引下，通过对在案证据的查阅、梳理及核实，辩护人在“立”（确立辩方主张事实的证明体系）与“破”（击溃相关指控事实的证明体系）的两个维度上，为辩方事实寻求证据层面的支持，从而夯实辩方在案件事实层面的观点和意见。

第4步：整合辩方事实观点，为法庭辩论提供法律评价的“小前提”

我们前面提到，法律推理的逻辑是将“大前提”（法律规则）适用于“小前提”（案件事实），从而得出法律评价的过程。而控辩双方在庭审中展开法庭辩论的最终目的就是寻求对案件的法律评价，而作为法律评价的基础，案件事实无疑是决定着相关评价能否成立的重要“变量”。

对公诉方而言，指控事实就是指控评价的“小前提”。因此，站在辩护方的立场上，针对指控事实形成有利于被告人的辩方事实观点，则是为本方所主张的法律评价所构建的“小前提”。

通过前述1至3步的辩护准备工作，辩护人应当在此基础上整合辩方在事实方面的辩论观点。对此，我将之归纳为“破”“立”“疑”。

所谓“破”，是指辩护人认为，起诉书的相关指控事实不能成立，具体理由包括但不限于：“缺乏证据支持”“证据不够确实、充分”“与在案证据反映的事实不符”等等。

所谓“立”，是指辩护人主张，案件存在利于被告人的事实且相关事实对定罪量刑具有影响。对此，辩护人不可

既要说明有利于被告人的事实内容，而且要说明该等事实能够得到证据支持的情况，最后还要指出该等事实的存在对于被告人的定罪量刑有何影响。

所谓“疑”，是指辩护人主张，案件存在无法排除且有利于被告人的合理怀疑。这种情况往往是“破”与“立”的一种“中间”状态，即一方面，公诉方的指控事实所依托的证明体系存在问题，但另一方面，辩护方所主张的有利事实也缺乏足够的证据支持。由此，辩护人在法庭辩论中提出“合理怀疑”的主张，以此论证公诉方的指控事实没有达到证据确实、充分的法定证明标准。

第5步：将“小前提”与“大前提”结合，提出最终的法律评价观点

在法庭辩论中，辩护人应当在提出辩方事实观点的基础上，结合相关法律规定（及相关司法解释等）形成辩方对案件的法律评价，从而与公诉方的指控评价形成“对抗”。

在司法实践中，控辩双方在法庭辩论中就法律评价所形成的争议主要集中在三个方面，即罪与非罪、重罪与轻罪、罪轻与罪重。

在此过程中，指控方往往会在坚持指控事实的基础上，以按图索骥的方式，结合相关法律规定完成指控评价，而对辩护人而言，情况则相对复杂，实践中，大致可以分为以下几种不同的类型：

类型1：如果辩方的事实观点是指控事实不能成立，则意味着动摇了公诉方指控评价的基础，公诉方的定罪指控或量刑指控也会因评价基础的“坍塌”而难以成立，一般来讲，辩护人不必再特地结合相关指控罪名的法律规定进行论证，但要指出相关指控事实不能成立对于定罪量刑的影响，即要有明确的法律评价结论。

类型2：如果辩方的事实观点是树立有利于被告人的事实，则要明确该等事实在法律评价层面的指向，即相关事实属于“出罪”事实，还是“量刑”事实，进而结合相关法律规定得出评价结论。

例如：在面对故意伤害罪的指控时，辩方提出了“被害人实施不法侵害在先”的事实观点。据此，被告人的涉案行为应当是针对不法侵害采取的正当防卫行为。由此，辩方所提事实属于“出罪”事实，需要结合《刑法》第20条关于正当防卫的规定予以论证，进而得出被告人无罪的法律评价。

再如：在某项指控中，辩方提出了“被告人系接电话

通知到案”的事实观点。据此，被告人的到案情况应属于“自动投案”，属于认定自首情节的事实要件。由此，辩方所提事实属于“量刑”事实，需要结合《刑法》第67条第1款关于自首的规定予以论证，进而得出可以对被告人从宽处理的法律评价。

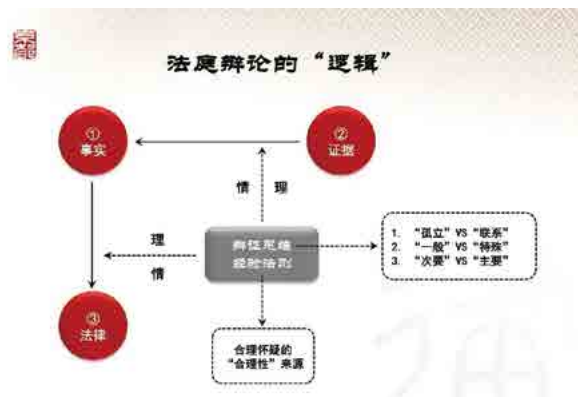
类型3：如果辩方的事实观点是确立“合理怀疑”，则辩护人一方面要说明该“合理怀疑”可能对定罪量刑产生的影响，另一方面则要结合《刑事诉讼法》第55条来说明该“合理怀疑”的存在意味着指控事实未能达到法定的证明标准，从而得出相关指控事实不能成立，进而得出指控评价不能成立的结论。

类型4：如果控辩双方对指控事实无异议，但对指控罪名是否成立有争议，则辩护人需从构成要件符合性的角度来形成法律评价，一般有两种途径，一个是论证指控事实不符合指控罪名，从而形成无罪的法律评价；另一个是论证指控事实符合指控罪名以外的其他罪名，从而形成轻罪的法律评价。

综上，围绕事实、证据、法律评价三个维度，辩护人与被告人对公诉方的指控以及据以支持相关指控的证据进行梳理、核实、审查，在此过程中，逐渐形成辩方对案件事实的观点，实现最终的法律评价，并将此用于法庭辩论，从而与公诉方的指控意见形成诉讼意义上的“对抗”及“辩论”。

三、法庭辩论的“逻辑”

如果说辩论观点是法庭辩论的“血肉”，那么对辩论观点的表达无疑就是法庭辩论的“灵魂”。我们通过前述5个工作步骤形成了法庭辩论上的观点，接下来要解决的问题就是如何在法庭辩论中将这些观点表达出来。





为此,我从自己的工作经验出发,向大家介绍一下我对法庭辩论的表达逻辑的理解,即事实、证据、法律(评价)。具体顺序如下:

- 1、表明对案件事实的观点,如我们前面提到的“破”“立”“疑”;
- 2、围绕事实观点,辅之以证据层面的说明,通过对证据的“反驳”与“认同”来实现对事实“破”“立”“疑”的论证;
- 3、在以证据论证事实的基础上,将我方的事实观点作为评价基础,结合相关法律、法规形成无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的法律评价意见。

当然,上述表达逻辑也会根据具体的辩护思路进行相应的“修正”,比如,在控辩双方对案件事实没有争议的情况下,上述1、2两个步骤就可以适当简化或者省略。

事实上,这样的表达逻辑也与我国的刑事诉讼庭审流程以及与此对应的司法机关对刑事案件的说理、论证逻辑相呼应。下面我进行一个简单的说明:

我国刑事诉讼庭审流程的核心内容是法庭调查和法庭辩论,其中法庭调查又可细分为法庭发问与举证质证。其中,法庭发问是控辩双方向法庭揭示案件事实的过程,而举证质证则是控辩双方向法庭证明案件事实的过程。在法庭调查结束后,控辩双方围绕事实认定、证据采信及法律适用展开辩论,进而形成各自在法律评价观点上的“对抗”。

可见,我国刑事诉讼的庭审流程的设定就意味着对刑事案件的审理需要先解决事实、证据问题,再探讨对案件的法律评价,因而遵循的是事实、证据、法律(评价)这样的逻辑。

我们再来看司法机关对刑事案件的说理、论证逻辑。对此,最直观的体现就是关于案件审查起诉/审理的诉讼文书,即起诉书和刑事判决书。

这两类诉讼文书的行文也都遵循了这样的逻辑:

首先是查明的事实,起诉书中对应的是检察机关“经依法审查查明”的事实,刑事判决书中对应的是“经审理查明”的事实。

其次是对用以证明查明事实的证据进行列举,起诉书一般以“认定上述事实的证据如下”的方式进行表述和列举(一般只列举证据名称),刑事判决书中则以“经庭审举证、质证的证据”的方式进行表述和列举(不仅要列明证据名称,还要写明相关证据的主要证明内容)。

最后则是对案件定罪量刑的评价,对此,起诉书和刑

事判决书在各自的“本院认为”部分进行具体的评述,刑事判决书在这一部分还会适当添加对控辩双方辩论观点的评析及采纳与否的理由。

由此,我国司法机关对刑事案件的说理、论证逻辑也遵循了事实、证据、法律(评价)这样的表达逻辑。

综上所述,作为辩护人,我们也应当在法庭辩论中遵循这样的表达逻辑,从而与公诉方、法庭保持逻辑上的一致。一方面,与公诉方在表达逻辑上保持一致,可以让我们的辩论观点更具有针对性,从而更为直接、有效的揭示公诉方相关指控意见中存在的问题;另一方面,与法庭保持逻辑一致,将有助于法庭更好的理解、听取我们的辩护观点,也便于法庭在评议案件时,将我们的辩护观点与案件的事实认定、证据采信及法律评价进行“对号入座”,从而增加辩护观点被法庭采纳的机会和概率,进而实现说服裁判者的诉讼目标。

在明确表达逻辑的基础上,我们再来介绍一下表达方法,在这里我想着重强调一下辩证思维和经验法则的运用。

前面提到,法庭辩论是控辩双方围绕案件的事实认定、证据采信、法律评价发表各自的观点,相互进行辩论的过程,这种对同一问题持不同观点且相互辩论的过程,本身就是一个辩证的过程,因而离不开对辩证思维的运用。

司法实践中,公诉方以立论为导向,即以定罪为前提来对案件事实进行确认并对案件证据进行审查,这种“先入为主”的思维在一定程度上容易使人盲目,从而忽略或者回避那些可能指向无罪、罪轻的事实、证据及法律理由,进而陷入“孤立”“片面”“僵化”的思维困境,最终导致指控意见出现谬误。

而作为辩护方,我们的工作在一定程度上可以说是对公诉方指控意见的一种“逆向反思”。如果说公诉方的指控思维是一个为结论找理由的过程,那么辩护人的辩护思维恰恰是一个通过理由来找答案的过程。在这个过程中,我们先发现问题,然后再根据发现的问题形成观点,最后再通过观点形成结论。因此,与控方相比,辩护方更容易摆脱“先入为主”的束缚,也更能用辩证思维来分析问题、表达问题。

说完辩证思维,我们再来谈一下经验法则,在我看来,经验法则实际就是一种对事实的推定,只不过这种推定是建立在相应的社会生活经验的基础之上。相对于公诉方,辩护人运用经验法则的“空间”往往更大一些。原因在于,我国的刑法禁止“有罪推定”。因此,公诉方在指

控事实缺乏证据支持的情况下，不能通过推定的方式来论证相关事实的成立，否则就是“有罪推定”。与之相对应的是，我们作为辩方则可以利用经验法则来进行“无罪推定”，提出有利于被告人的“合理怀疑”。

可以说，在法庭辩论中，辩证思维能从理性层面加强辩护观点的说服力，而经验法则能从情理上让辩护观点更令人信服。

下面，我通过两则案例向大家介绍一下辩证思维和经验法则在法庭辩论中的运用。内容如下：

【案例1】李某亮故意伤害案（二审）

一审判决认定事实及裁判理由：某年某月某日晚某时许，被告人李某亮在某市新宾馆因琐事与曹某发生争吵，后被在场的人拉开。被告人李某亮在于某、赵某君的陪同下来到某市老浴池。后朱某、刘某成在高某指使授意下带领多人持械赶到老浴池附近，与被告人李某亮发生殴斗。在殴斗过程中，被告人李某亮持刀将林某龙、赵某、刘某成捅伤。经鉴定：林某系重伤，赵某系轻伤，刘某系轻伤。

关于被告人及辩护人认为被告人的行为不构成故意伤害罪系正当防卫的意见以及公诉机关认定被告人李某亮构成故意伤害罪，系防卫过当的公诉意见。经查，被告人李某亮曾供述：“高某打电话给我问我在哪，我说在老浴池门口，他说你等着找人干死我，我说来吧我等着”，且被告人李某亮随身带着凶器，这表明李某亮主观上具有斗殴的故意，给被害人林某龙造成重伤的结果，是属于转化型的犯罪，不存在正当防卫问题，对公诉机关认定被告人系防卫过当的公诉意见不予采纳。对被告人及辩护人认为其行为不构成故意伤害的意见不予采纳。

本院认为，被告人李某亮故意伤害他人身体，致一人重伤，二人轻伤，其行为已构成故意伤害罪。

李某亮的供述：“我和赵老三（即赵某君）、于某在老浴池门口站着，高某给我打电话问我在哪，我说在老浴池门口，他骂我，说让我在那等着，要干死我。我说来吧我等着。我撂下电话后，能有两三分钟，我就走到老浴池东面的胡同那了，刚到那，就从南面和北面各来了一伙人，都拿着刀，过来就砍我和于某，我当时背后挨了好几刀……。”

在该案例中，一审法院基于被告人的表意内容，认定被告人具有与对方“相约斗殴”的犯罪故意，并据此排除了控辩双方关于“防卫过当”和“正当防卫”的意见。由

此，法院对于被告人表意内容的认识是否准确，无疑是判断被告人是否具有犯罪故意，能否适用“防卫条款”的核心问题，对被告人的定罪量刑具有重大影响。

下面，我们将运用辩证思维和经验法则来对上述问题进行分析论证：

如果我们孤立的来看上诉人李某亮的表意内容，则其在明知对方组织人员意欲与之殴斗的情况下，仍表示“来吧我等着”无疑会让人留下其好勇斗狠且与对方相约斗殴的印象。但辩证思维要求我们不能孤立、片面的看待问题，而应当将相关事实、证据置于整个案件中进行考虑，穿透语言表达的表象，探究其表意内容的真实含义。

纵观全案，上诉人李某亮的该表意行为发生在老浴池门口，但与对方发生殴斗的地点却是老浴池东侧的胡同。究其原因，虽然李某亮电话中告知对方自己要在老浴池门口等待对方组织的人员，但其在与对方结束通话后并未在原地等待，而是选择离开，所以才会在走入老浴池东面的胡同后与对方遭遇并发生打斗。

由此，李某亮的表意内容与在案证据所反映的客观行为并不一致，足见其实际并没有与对方相约斗殴的故意，之所以发生殴斗完全是“避之不及”的无奈之举。与此同时，从经验法则的角度来看，在日常交流中，人们往往会作出心口不一的表达，本案中，李某亮在遭遇对方谩骂、威胁的情况下，所表达的“来吧我等着”实际仅仅是逞口舌之快而已。

综合上述分析，一审判决对案件事实的认识失之片面，仅关注到李某亮的表意内容，而忽略了其表意之后的具体行为，导致未能查明李某亮内心的真实意思，从而错误的认为李某亮具有“相约斗殴”的故意。因此，一审判决关于李某亮犯故意伤害罪的认定与事实不符，不能成立。

【案例2】汪某非法买卖武装部队专用标志案

起诉书指控称：经依法审查查明，2016年至今，被告人汪某伙同他人在本市某区蓝山口甲1号SZ户外装备店非法买卖带有武装部队专用标志的物品共计5700件，后被抓获。经比对，其中3720件物品上的图案均为军队专用标志。

本院认为：被告人汪某的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第三百七十五条之规定，应以买卖武装部队专用标志罪追究其刑事责任。

注：本案中的涉案物品系印有军队专用标志的保温杯。

在该案例中，被告人因售卖带有武装部队专用标志的



物品被指控犯买卖武装部队专用标志罪。无论是在庭前供述中，还是在当庭陈述时，被告人对上述指控事实均无异议。由此，在案件事实相对清楚的情况下，被告人的涉案行为是否构成该指控罪名则是辩护人亟待解决的问题。

下面，我们运用辩证思维和经验法则来对上述问题进行分析论证：

首先，从事实层面上看，带有武装部队专用标志的物品和武装部队专用标志并不完全一致。本案中，这些涉案物品实际就是印有军队专用标志的保温杯。由此，就产生了本案究竟是卖杯子还是卖标志的疑问。

对此，我们运用辩证思维，结合矛盾的主要方面和次要方面的辩证关系来看，这些涉案物品首先是保温杯，其次才是印有武装部队标志的保温杯。并且，被告人也是将涉案物品作为纪念品和日用品予以公开出售，售价也与其他保温杯的价格相差无几。因此，被告人的涉案行为应当是卖杯子，而非卖标志。

那么，接下来的问题便是，对于买卖带有武装部队标志的杯子的行为，能否得出买卖武装部队专用标志罪的法律评价呢？对此，需要在探究立法本意的基础上，结合经验法则进行分析。

法律之所以将某类行为规定为犯罪，归根结底是因为该类行为具有严重的社会危害性（或曰法益侵害性）。由此，我们首先要搞清楚买卖武装部队专用标志行为的社会危害性体现在哪些方面？

经对涉及该罪名的法律文献进行查阅，我们注意到，在《关于办理妨害武装部队制式服装、车辆号牌管理秩序等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》出台之后，最高人民检察院曾在《人民检察》上刊发文章阐释该司法解释的制定背景，其中提到：

“当前，妨害武装部队标志性物品管理秩序的犯罪活动十分猖獗，手法不断翻新，对国防利益和社会秩序造成严重危害。较为突出的是利用涉军用标志性物品进行各种诈骗活动、偷逃国家税款等。从查处的案件看，有的犯罪分子假冒武装部队重要部门如军以上领导机关、军事院校的工作人员招摇撞骗，为他人办理假入伍、假入学，严重损害军人形象；有的将假军车开进重要军事场所，造成恶劣社会影响和巨大安全隐患；还有一些犯罪分子利用国家为保障战备给予军车的特别政策，利用假军车进行逃税、逃避缴纳过路过桥费等违法犯罪活动，仅此一项每年就给

国家造成约10亿元的巨大经济损失。”

据此，买卖武装部队专用标志行为的社会危害性主要体现在该等买卖行为所引发的“次生危害”上，即武装部队专用标志藉由买卖流入不法分子手中，成为他们实施诸如诈骗、偷逃国家税款、招摇撞骗等违法犯罪活动的手段和工具。

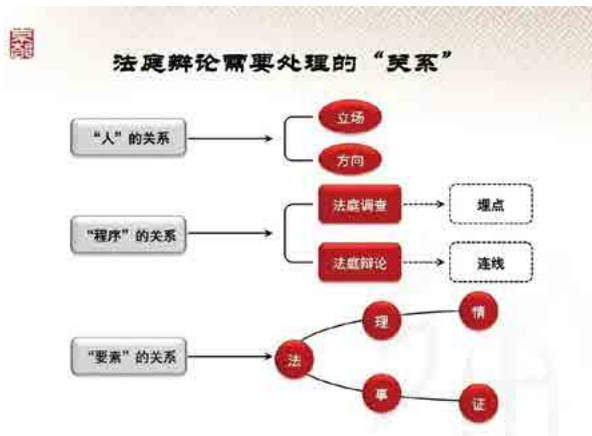
那么，本案中被告人汪某的涉案行为能否引发上述“次生危害”呢？结合经验法则来判断，答案显然是否定的。

如前所述，涉案物品首先是保温杯，其次才是印有武装部队标志的保温杯，且其使用价值也主要体现为日用品和纪念品。这种日用品的属性也意味着，与制式服装、军用车牌、肩章、臂章等军用物品相比，涉案物品不具有或者缺乏前述军用物品所特有的身份识别功能。结合社会生活经验，持有和使用印有武装部队标志的保温杯显然并不足以使社会公众对持有人和使用者的身份产生错误的认识，不会因某人使用此类水杯即将对方误认为是军人或者军官。

因此，被告人汪某的涉案行为应当不会引发买卖武装部队专用标志罪所可能造成的“次生危害”，故其涉案行为不具有与该罪名对应的严重的社会危害性（或曰法益侵害性），不应以犯罪论处。

四、法庭辩论需要处理的“关系”

法庭辩论既不是辩护人的“独角戏”，也不是孤立存在的诉讼程序，我们在开展法庭辩论工作的过程中，除了专注于法庭辩论技巧之外，还要注意处理好与法庭辩论相关的各方面关系，以确保辩论效果的良好体现。



下面,我根据个人工作经验,着重和大家探讨对以下三方面关系的处理建议。

1、如何处理辩护人与被告人的关系问题

毋庸置疑,辩护人的辩护权来自被告人,二者在法庭辩论中处于“同一战壕”,但这并不意味着彼此在法庭辩论中会“相安无事”,很多时候,双方在案件的事实立场和辩护方向,庭审中的分工配合上都可能出现冲突。

例如,在被告人认罪的情况下,辩护人能否做无罪辩护,这个问题在被告人签署认罪认罚具结书的情况下尤为突出。

再如,辩护人在庭审前应当与被告人沟通辩护思路,而在庭审中,被告人在自行辩护时往往会“有意无意”的将辩护人的法庭辩论意见作为自行辩护的意见进行发表,结果导致辩护人陷入尴尬的境地,如果继续发表这些意见则会显得重复,如果不发表则有所失职。

对于上述问题,其症结还是在于没有捋顺辩护人与被告人的关系。对此提供建议如下:

(1)明确各自的诉讼地位:被告人作为当事人对案件事实具有陈述的权利和义务,故对案件事实的判断和陈述应以被告人的意见为主;辩护人接受被告人的委托,依法履行辩护职责,提出被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的意见,故在案件法律问题的判断上,辩护人具有相对独立性。

(2)被告人与辩护人的立场冲突应通过依法维护当事人的合法权益这一诉讼目标进行化解:

①当被告人坚持要求辩护人为其做无罪辩护时,辩护人应当尊重被告人的意愿并为其做无罪辩护,如果在案证显示被告人可能具备法定、酌定从宽情节的,辩护人可以在发表无罪辩护意见的前提下,兼顾量刑辩护。

对此,《刑诉法司法解释》第283条第2款规定:“对被告人不认罪或者辩护人作无罪辩护的案件,法庭辩论时,可以指引控辩双方先辩论定罪问题,后辩论量刑和其他问题。”

②当被告人坚持认罪并希望律师为其做罪轻辩护时,辩护人应当尊重被告人的意愿为其做罪轻辩护。但如果辩护人认为案件存在无罪辩护的可能性时,可以在不违背被告人对案件事实判断的前提下,兼顾无罪辩护。

对此,建议辩护人在发表无罪辩护意见时,及时向法庭说明相关意见系辩护人基于自己对案件的独立理解所发

表,从而避免与被告人的认罪决定发生冲突。

③当被告人已经签署认罪认罚具结书时,如果辩护人仍希望为被告人做无罪辩护,则建议考虑以下两个方面:

一方面,辩护人的无罪辩护意见是基于法律理解所提出,原则上,辩护人对案件事实及证据并不持有异议。

对此,最高人民检察院副检察长陈国庆接受法制日报采访时就“律师在签署具结书时在场并签字后,开庭时是否可以再作与具结书内容相悖的辩护”进行过说明,具有一定的参考意义。

另一方面,辩护人的无罪辩护意见不应与被告人的认罪立场发生冲突。

对此,《刑诉法司法解释》第347条第1款规定,“认罪”,是指犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,对指控的事实没有异议。

由此,如果要求辩护人的无罪辩护意见不与被告人的认罪立场发生冲突,那就意味着该无罪辩护意见所依托的事实基础也应当是指控事实,即控辩双方对案件事实没有争议,但是对法律的理解和适用有争议。

需要说明的是,被告人的“认罪立场”针对的应当是指控事实及自己的供述,而非全案证据。因此,如果辩护人认为被告人供述以外的其他证据在证据资格及/或证明力上存在问题,也可以将此作为自己的独立辩护观点充实到相关无罪辩护意见之中。当然,这只是实践中的一种理解,不排除部分司法机关或司法工作人员对此持有不同理解的可能性。

(3)法庭辩论阶段,被告人与辩护人应当分工明确,各司其职。如前所述,由于被告人与辩护人的诉讼地位有所不同,故双方在庭审上的分工也应各有侧重。

作为当事人,被告人在自行辩护时应当主要负责对事实的陈述,一方面要向法庭说明有利于自己的客观事实,另一方面对于指控事实中存在的问题(比如不客观、不全面、不准确等)要向法庭明确指出。

在被告人通过自行辩护表明对案件事实的基本立场后,辩护人应当在此基础上结合证据分析及法律论证,以事实为论点、以证据为论据,以法律为评价标准,提出被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的观点及意见。

2、如何处理好法庭调查和法庭辩论的关系

法庭调查和法庭辩论在程序上前后衔接,在内容上联系紧密,控辩双方在法庭调查过程中不可避免会就案件的



事实及证据问题展开辩论，而在法庭辩论过程中，控辩双方的辩论意见也很难抛开对事实和证据的分析和说明。

因此，在司法实践中，往往会出现“质辩不分”的问题，即辩护人在法庭调查时迫不及待的发表了辩论意见，而在法庭辩论时，又反复重复已经发表的质证意见。可见，处理好法庭调查和法庭辩论的关系，对于合理开展法庭辩论工作，实现良好的辩论效果无疑有着重要的意义。

对此，建议如下：

一方面，明确法庭调查和法庭辩论在刑事诉讼程序中的“职能”。其中，法庭调查重在查明事实，而法庭辩论则重在阐明与定罪量刑有关的法律评价。

因此，法庭调查解决的是事实问题，在法庭调查中的发言应紧扣事实认定及证据采信，不要急于表达与定罪量刑有关的意见。

另一方面，法庭调查是通过庭审查问和举证质证逐步、逐项的揭示案件事实，因此，法庭调查中的意见更多是“点”，而法庭辩论则是在总结全案事实及证据的基础上，发表与定罪量刑有关的法律评价，需要将之前的“点”连成“线”，然后在此基础上进行法律评价。

因此，在法庭辩论时，辩护人不必要重复在法庭调查阶段针对各项证据发表过的具体质证意见，而是可以尽量将这些质证意见所指向的结论，比如相关证据不应采信，相关指控事实不能成立等予以归纳、整合，从而避免重复，突出重点。

3、如何处理好法庭辩论中的各项“要素”的“比重”

如前所述，法庭辩论的逻辑路径是事实、证据、法律，即阐明事实观点，辅之以证据论证，在此基础上围绕相关事实观点展开法律评价。

因此，在法庭辩论中，事实、证据、法律这三项“要素”显然是不可或缺的。与此同时，为了增强说理的力度，辩护人可能会适当引用一些法学理论；为了激发审判者对被告人的怜悯和同情，辩护人也会在法庭辩论中运用一些感性的语言或者从情理上寻求辩护角度。

由此，法庭辩论中大致包括以下“要素”：“情”（情感）、“理”（理论）、“法”（法律）、“事”（事实）、“证”（证据）。客观来讲，这些“要素”都能在不同程度上发挥法庭辩论的作用，但是如果在“比重”上分配不当，则可能会适得其反。其中：

①过分强调证据分析，可能导致法庭辩论重复法庭调查的质证意见；

②过多阐述事实经过，可能导致法庭辩论沦为“空洞”的事实讲述；

③大段的引用相关法律规定和司法解释，可能会影响法庭辩论的语言节奏，也会让受众产生听觉疲劳；

④过多引用理论观点，则会使法庭辩论的“主观色彩”过于浓厚，使辩论观点缺乏客观的评判标准；

⑤过份渲染情感，可能会让法庭辩论缺乏“理性”和有效的说服力，难以在定罪量刑问题上说服裁判者。

由此，法庭辩论应当处理好上述“要素”之间的比重。对此建议如下：

第一，事实和证据是法庭辩论的基础，但在对与证据有关的意见中应尽量避免重复法庭调查时的质证意见，对事实的表述要突出要点，着重强调那些对定罪量刑产生影响，能够成为定罪量刑评价基础的事实要点，而不要对全案事实进行巨细无遗的描述。

第二，法律评价是法庭辩论的落脚点，故对法律条文、司法解释的引用要准确，但无须全文宣读，择条文的重点内容或对相关条文内容进行适当的总结和提炼即可，关键是将对法律条文及司法解释的理解与事实层面的观点形成评价关系，最终得出有关定罪量刑的法律评价。

第三，慎用法学理论，对法学理论的引用应当以完善对法律的理解和适用为必要，尽量引用理论通说，不要引用冷门的理论观点，或者与我国现行法律制度缺乏对应及关联的理论观点。

第四，情感仅作为“点缀”，而不应成为法庭辩论的重点和“主旋律”，情感表达要适度、克制，特别是要注意恪守法律、道德的底线，避免情感表达沦入“是非不分”的境地。

五、法庭辩论之“二轮辩论”

在司法实践中，法庭辩论往往会进行两轮，控辩双方在各自发表完辩论意见后，合议庭会组织双方进行第二轮法庭辩论，一般有两种方式：

一种是由合议庭询问控辩双方是否有新的意见，如有则在二轮辩论中发表；

另一种是由合议庭根据控辩双方第一轮的法法庭辩论情况归纳案件争议焦点，并引导控辩双方在第二轮围绕合议

庭归纳的案件争议焦点进行辩论。

由于第二轮法庭辩论往往具有较大的不确定性，因而对控辩双方的临场反应能力、表达能力都有较高的要求。

做好第二轮法庭辩论不仅有助于呈现较好的庭辩效果，也能在很大程度上夯实本方的辩论观点，反驳对方的辩论观点，同时也可以就合议庭关注的争议焦点及时给予分析和说明。

那么如何更好的开展第二轮法庭辩论工作，二轮辩论中应重点关注哪些问题，这里建议如下：



1. 补充：在法庭调查和第一轮法庭辩论过程中，辩护人可能会在观点表达上存在“遗漏”，这些“遗漏”有可能是出于无心之失，有可能是为了确保第一轮辩论的效率而不得不战略放弃，总之，对于在第一轮“遗漏”的辩论观点，可以在第二轮予以补充。

2. 重申：原则上不建议在二轮辩论中重复第一轮的观点，但只要“原则”就意味着有“例外”，比如，当公诉人在第二轮辩论时对第一轮观点进行了重复的情况下，作为辩护人，应当明确指出，针对相关问题，辩护方已在第一轮法庭辩论中予以说明，此处不再赘述。当然，如果有必要，也可以适当归纳拟重申的观点并进行简要的说明。

3. 更正：第二轮法庭辩论中，公诉人往往会针对辩护方在第一轮发表的辩护观点提出相应的意见，这就涉及对辩护方观点的理解和复述。但在实践中，公诉人“误解”“误读”辩护方观点的情况并不鲜见。面对这种情况，辩护人应在第二轮辩论时更正这些“误解”“误读”，避免公诉人的观点“错上加错”。

4. 再论证：前面提到，在第二轮法庭辩论中应避免重复第一轮辩论时发表过的观点，但有的时候，虽然是同一个问题，但是如果公诉人就该问题提出了新的论据或者新的论证

角度，那么辩护人应当尽量予以回应，即对已经阐述过的问题从新的角度或者基于新的理由进行再论证。

5. 提炼和总结：有些时候，控辩双方可能都会不断强调一些比较具体的细节问题，形成“自说自话”的局面，在这种情况下，适时将这些细节问题进行归类，予以提炼和总结，找出这些细节指向的共性问题，往往可以起到突出重点、高屋建瓴的辩护效果。

简而言之，就是一个重构“大前提”，并把我方主张的事实代入该“大前提”之中，从而得出我方所主张的法律评价的辩论过程。

在这里，“大前提”不再是单纯的法律规定，而是一种类似于对法律规定的理解和解读。提炼这样的“大前提”往往需要比较深厚的法学功底和丰富的实践经验，实践中，我们在运用此类技巧时要量力而行。

为避免过于抽象，我现在向大家举例说明：

例如，对于“被告人在案件侦查阶段接办案机关电话通知后自行到案并如实供述”能否认定自首的问题。

对此，实践中存有争议，法律、法规及司法解释层面也缺乏明确、具体的规定，因而在有些案件中往往成为控辩双方在法庭辩论中的争议焦点。

事实上，此问题的主要争议在于“被告人接电话通知自行到案”的行为是否属于《刑法》第67条1款规定的“自动投案”。

对此，我在实践中曾见到的公诉方对此提出的反对意见包括：（1）缺乏自愿性；（2）相关事实已经被办案机关掌握；（3）电话通知属于口头传唤；（4）法律没有明确规定等等。

对于这些观点，我们在法庭辩论中，特别是第二轮辩论中，可以尝试就“自动投案”的内涵和外延进行探索并予以提炼，由此形成我们的“大前提”，然后再将此与在案事实结合，得出被告人系“自动投案”的结论。

对此，我的演示如下：

刑法规定自首的初衷是鼓励犯罪嫌疑人、被告人主动配合调查，最大限度的动员其及时归案。并且，刑法及相关司法解释对于归案的自愿性及归案的背景并未予以严格限制，而公诉方的意见在一定程度上不当限缩了相关法律的适用。

那么我们现在回到本案，首先，被告人在未被采取任何强制措施的情况下，接到电话通知及时赶往办案机关已经充分表明其到案的“主动性”，公诉机关所谓被告人缺乏“自愿性”的说法不仅与事实不符，也与现行司法解释



（最高人民法院《关于成立自首和立功具体应用法律若干问题的解释》）中所规定的“亲人规劝后主动投案”以及“亲友主动报案后再将犯罪嫌疑人送去投案”的规定存在冲突。因为按照公诉方的观点，这两种情形明显更缺乏所谓的“自愿性”。

而公诉方关于被告人投案时其犯罪事实已经被办案机关所掌握的观点显然不能成为阻碍认定自首的根据和理由。实践中，往往是办案机关发现犯罪事实并立案在先，被告人自动投案在后。因此，在自首认定中，被告人的涉案事实被办案机关所掌握是实践中的常态，也是法律规定自首鼓励犯罪嫌疑人、被告人投案的应有之义。公诉方的观点于法无据也与立法初衷相违背。

最后，关于口头传唤的问题。对此，辩护人想强调的是，根据《刑事诉讼法》第119条的规定，口头传唤仅适用于现场发现犯罪嫌疑人的情形，而通过电话进行口头传唤不仅于法无据，在事实上也缺乏证据支持。因此，公诉方的该观点不能成立。

综上，被告人接办案机关电话通知后自行到案应系“自动投案”，其到案后及时、如实供述涉案的全部事实，应系“如实供述”，根据《刑法》第67条1款之规定，应认定系自首并对其依法从宽处理。

六、法庭辩论之“理念”

在畅谈法庭辩论技巧之余，我们还是要回归到法庭辩论的“理念”层面来进行相应的探讨，作为具体行为的指引，理念的重要性不容忽视，否则，即便掌握了再多看似行之有效的技巧，也可能因为理念的缺失而无从发挥。

举个例子，理念之于技巧就好像足球比赛中，球员的战术理念之于球技一样，有很多街头足球爱好者对于足球的处理技巧甚至让职业球员自叹不如，但是这些街头运动员却踢不了职业比赛，更无法代表国家队为国出征，很大一部分原因就是缺乏战术理念，缺少了理念的支撑，再华丽的技巧也容易沦为“花架子”。

下面，我就和大家分享一下，我对法庭辩论理念的理解。

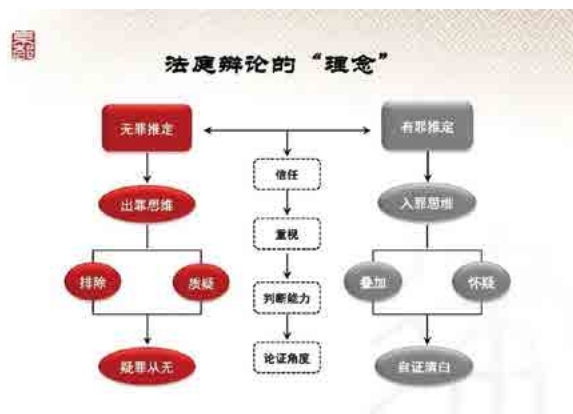
1、辩论权来源于当事人的辩护权



毋庸置疑，律师的辩护权派生于当事人的委托，即便是在“法援”案件中，如果当事人不认可所指派的律师，也有权拒绝该名律师的辩护。

作为辩护权的重要组成部分，辩论权当然也来源于当事人的辩护权，意识到这一点，对于我们妥善处理与当事人的关系，确保当事人有效参与法庭辩论，合理布置法庭辩论中与当事人的分工，防止相互“越界”，以及积极实现当事人的权利保障都有着非常重要的意义。

2、法庭辩论应秉持“无罪推定”的思维



与指控方的“有罪推定”思维相比，辩护人应当秉持“无罪推定”的理念。前者属于入罪思维，倾向于叠加罪证和怀疑一切，在这种思维的影响下，面对被告人的辩解，指控方往往会强加“自证清白”的要求；而“无罪推定”则是典型的“出罪思维”，致力于对指控的质疑以及对合理怀疑的探究，在这种思维的带动下，辩护人会从

“疑罪从无”的角度来思考问题。

无罪推定的思维不仅有助于我们在辩护准备工作中及时发现案件的问题，同时对于我们与当事人建立信任关系、重视并有效运用当事人对案件的意见也有很大的帮助。与此同时，无罪推定的思维也有助于我们从不同的思维角度来看待案件事实认定、证据采信及法律适用等关键问题，丰富辩论时的论证角度，避免掉入指控方的思维陷阱。

3、法庭辩论应当兼顾定罪与量刑



目前的司法实践中，“重定罪、轻量刑”的问题依然比较常见，具体到法庭辩论中，一般有两种体现，一种是辩护人在辩护策略的选择上过于“孤注一掷”，在无罪辩护这条路上绝不回头；另一种则是对量刑辩护的挖掘过于“表层”，泛泛的去谈一些“初犯”“偶犯”“态度好”，“认罪”“悔罪”“危害轻”这种看似“万能”，实则意义不大的辩护观点。

对此，我的考虑是，在认罪认罚日益普及、量刑规范化日益完善的今天，在法庭辩论中，适当丰富辩护策略，在条件允许的情况下，兼顾无罪辩护与量刑辩护，对于我们实现有效辩护具有非常重要的意义。

并且，《刑诉法司法解释》第283条也就辩护人可以在被告人不认罪的情况下兼顾无罪辩护和量刑辩护作出了明确的规定。这也为我们在法庭辩论中兼顾定罪和量刑提供了规范依据。

4、法庭辩论不是“毕其功于一役”的刑辩“战役”



在1996年《刑事诉讼法》颁布以前，我国的庭审模式具有较强的“纠问式”色彩，法庭调查由审判者主导，控辩双方对于案件的观点和意见往往会留至法庭辩论阶段一并发表。这在一定程度上形成了“重”法庭辩论，“轻”法庭调查的工作惯性。

但事实上，法庭调查不仅仅是法庭辩论的前置环节，更是解决案件事实认定及证据采信问题的“主战场”。如图所示，在法庭辩论过程中，我们通过庭审发问揭示辩方所主张的基本事实，然后再通过举证质证来实现“破”控和“立”辩，即质疑指控事实及相关证据，强化辩方事实并夯实证据基础。

由此，假如我们“放弃”了法庭调查，也就意味着我们放弃了法庭辩论的“基础”，这会导致我们的辩论观点缺乏有力的事实和证据的支撑，从而沦为空洞的说理和故事的讲述，而这样的辩论观点无论如何也很难做到说服裁判者，实现有效辩护的效果。

综上所述，我们探讨法庭辩论，但又不能局限于法庭辩论，刑事辩护是一项复杂的系统工程，法庭辩论作为其中一项重要的工作环节离不开其他各项辩护工作的支持，只有做好这些工作，才能做好法庭辩论。

我的分享就到这里，谢谢大家。



虚开增值税专用发票罪辩护工作中的“六把金钥匙”

■夏俊 胡瑞 / 文

虚开增值税专用发票罪是常见多发的罪名，对于企业和企业高管人员来说，一旦涉及此类犯罪，势必遭受重创。因此，企业应当合法经营、规范管理，严格防范此类刑事法律风险。虚开增值税专用发票是指违反国家税收征管和发票管理规定，为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开增值税专用发票的行为。实践中，“以票控税”一直是我国税收征管实践中遵循的基本原则且行之有效的手段，加强对增值税专用发票的管理，对于国家税收征管意义重大。事实上，国家对涉税犯罪一直处于严厉打击的态势。

笔者通过对相关典型案例的研究以及实务中承办此类案件的体会，总结梳理了虚开增值税专用发票罪案件辩护中的相关要点，我们称之为辩护中的“六把金钥匙”，以期与大家共同学习探讨。

第一把金钥匙：主体之辩 ——区分单位犯罪与个人犯罪

虚开增值税专用发票罪的犯罪主体为一般主体，即达到刑事责任年龄且具有刑事责任能力的自然人均可构成。另外，依《刑法》第二百零五条第二款之规定，单位也可成为虚开增值税专用发票罪的犯罪主体。

（一）单位与个人有无虚开逃避增值税的意思联络

在辩护中，我们需要去关注行为人是否了解公司情况，与开票人有无意思联络。如果行为人作为公司的兼职会计，对于公司的实际经营状况并不了解，他人虚开增值税专用发票的行为是其个人行为，与行为人无意思联络，现有证据不能认定行为人主观上有骗取国家税款的意图，就不应当构成犯罪。再如，公司普通员工应公司要求开具专票报销，名为逃避营业税、个税，但公司实际上逃避了增值税。这种情况下，公司员工与单位是否具有逃避增值

夏俊律师简介

北京市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，西北政法大学刑事辩护高级研究院研究员，北京邮电大学研究生校外实践导师，《法治日报》律师专家库成员，中



国法学会会员，曾获2015-2018年度北京市朝阳区“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余年来，承办过大量刑事案件，其中有多起具有一定社会影响的疑难复杂案件，积累了丰富的实务经验及工作业绩。夏俊律师尤其擅长“经济犯罪”、“职务犯罪”、“有组织犯罪”以及“刑民交叉类”刑事案件的辩护与代理，其承办的案件有多起获得“不批捕”、“不起诉”、“缓刑”、“二审发回重审或改判”的良好辩护结果。夏俊律师一直用“专业、勤勉、负责”的态度认真对待每一起案件，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，深受委托人的信任和认可。

胡瑞简介

京都律师事务所律师助理。

税的意思联络，主观上是否有骗取国家税款的故意，应当作为辩护的重点。

（二）单位犯罪与单位人员的关系

在单位犯罪中，是否构成犯罪与职务级别、地位高低、权力大小不存在必然联系，关键在于行为人在单位犯罪中的参与程度是否起到了“决定、批准、授意、纵容、指挥”等五种重要作用。如果没有起到上述重要作用，就不应对该犯罪直接负责。另外，在单位犯罪中，涉票类案件会有不少人员参与其中，受领导指派或奉命参与犯罪行为的人员，一般不宜认定为直接责任人员。

（三）缺少受票方相关证据，不能达到证据确实、充分的标准

虚开增值税专用发票罪的行为主体一般分为三种情况：（1）开票者：既可以是单位，也可以是个人；（2）受票者：通常是一般纳税人；（3）介绍者：交易中的中介。在具体案件中，涉案各方的证据应达到确实、充分的标准。

【案例：谷某某虚开增值税专用发票案】

2015年2月份，戴某向被告人谷福军和李某3、朱某提议成立棉花加工公司，并预谋在生产经营的同时对外虚开增值税专用发票获利。2015年3月26日，四人作为实际股东成立了天津市泽福棉花加工有限公司，法定代表人为谷福军，公司地址为天津市宝坻区八门城镇小甸村南，经营范围是棉花加工及销售。公司于2015年5月份取得一般纳税人资格，于2016年11月1日注销。2016年1月至6月，被告人谷某某伙同他人为多家公司虚开增值税专用发票，涉案虚开增值税专用发票133份，价税合计14832284元，税额共计1706369.33元。

【法院判决】有期徒刑六年六个月，并处罚金人民币十五万元

【辩护要点】本案中，公诉机关指控的原涉案税额近四百万元，按照法律规定，可能判处十年以上有期徒刑。但被告人谷某某伙同他人为其中的青岛A公司、邯郸B公司、济南C公司、济南D、E公司、枣庄F公司、滦南H纺纱厂虚开增值税专用发票的这部分指控事实，由于缺少受票方的相关证人证言以及当地税务机关、司法机关就该部分指控事实对受票单位或个人调查处理的相关证据予以证明，因此认定该部分指控事实明显证据不足，本案将这部分数额扣

减之后，涉案税额降为一百七十多万元，后判处有期徒刑六年六个月。

第二把金钥匙：客体之辩——是否侵犯发票管理制度和税收征管制度

本罪侵犯的客体包括国家的发票管理制度和税收征管制度，二者缺一不可。本罪的行为违反了发票管理制度，同时由于可以抵扣大量税款，因此造成国家税款的大量流失，严重地破坏了社会主义经济秩序。虚开增值税专用发票行为本身并不会造成国家税款的损失，但因增值税专用发票具有抵扣增值税进项税额的作用，当增值税专用发票用于抵扣税款的时候，才会造成国家税款损失。

【案例：何某某被控虚开增值税专用发票案】

被告人何某某系四川省宜宾市高县甲煤矿（系一般纳税人）、乙煤矿（系一般纳税人）、丙集团公司的实际控制人。2012年5月，甲煤矿因故停止生产。2012年5月至9月、2013年2月至6月期间，何某某安排人员从乙煤矿运煤，以甲煤矿的名义过关及销售给丙集团公司，先后安排人员以甲煤矿名义向丙集团公司开具增值税专用发票105份，开票金额共计1167万余元，其中，增值额共计169万余元，涉及煤炭4万余吨。2012年5月至2013年6月甲煤矿申报缴纳增值税181万余元（含开往其他公司的增值税款11万余元）。丙集团公司将上述105份增值税专用发票全部向高县国税局申报认证抵扣，共计抵扣税款169万余元。公诉机关指控何某某犯虚开增值税专用发票罪。

【法院判决】被告人何某某无罪

【辩护要点】被告人何某某让甲煤矿为丙集团公司开具增值税专业发票及安排人员利用甲煤矿向丙集团公司开具增值税专用发票，并对涉案增值税专用发票进行了申报抵扣，共计1695912.5元，甲煤矿在开具增值税专用发票后，如数缴纳了相关增值税款1695912.5元。本案中，由于被告人何某某主观上不具有逃、骗税目的，客观上也没有造成国家税款流失的虚开行为，因此不应以虚开增值税专用发票犯罪论处。

第三把金钥匙：主观目的之辩——不具有骗取国家税款之目的

本罪在主观方面必须是故意，并且一般具有牟利的目



的。通常有以下几种：为他人虚开增值税专用发票或可用于出口退税、抵扣税款的其他发票的单位和个人一般都以收取高额的手续费为目的；为自己虚开、让他人自己虚开增值税专用发票或用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的单位和个人一般都是以骗取出口退税、抵扣税款为目的；介绍他人虚开增值税专用发票或用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的单位和个人一般都是以收取高额的中介费、信息费为目的。但“以营利为目的”并不是本罪主观上的必要条件。实务中，主观上不以逃避缴纳或骗取国家税款为目的，且未造成国家税款流失、破坏税收管理秩序的，不应构成此罪。

2020年7月最高人民检察院《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》（以下简称《意见》）中第6条规定：“依法慎重处理企业涉税案件。注意把握一般涉税违法行为与以骗取国家税款为目的的涉税犯罪的界限，对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为，不以虚开增值税专用发票罪定性处理，依法作出无罪或不起诉决定的，移送税务机关给予行政处罚。”由此可见，在此罪名的辩护中，需要关注的是：有没有实际的生产经营活动，有没有实际的交易行为，虚开目的是否在于虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的，客观上有没有造成国家税款的损失。

实践中，在认定国家税款有无损失的可能时需关注以下情形：1、是否已经缴纳了税款，缴纳了税款自然不存在损失。2、是否产生商品流转，是否存在缴纳增值税的事实基础，是否产生真实的商品增值。3、是否存在挂靠行为，即以被挂靠人的名义与客户之间形成真正的交易，具备实际的权利、义务关系。

（一）为显示实力虚开的行为

2004年《全国法院经济犯罪案件审判工作座谈会综述》对于虚开增值税专用发票案件实务中的争议问题进行了一定程度的统一：行为人主观上不具有偷、骗税目的，客观上也不会造成国家税款流失的虚开行为不应以虚开增值税专用发票犯罪论处。对于实践中下列几种虚开行为，一般不宜认定为虚开增值税专用发票犯罪：（1）为虚增营业额、扩大销售收入或者制造虚假繁荣，相互对开或环开增值税专用发票的行为；（2）在货物销售过程中，一般纳税人为夸大销售业绩，虚增货物的销售环节，虚开进

项增值税专用发票和销项增值税专用发票，但依法缴纳增值税并未造成国家税款损失的行为；（3）为夸大企业经济实力，通过虚开进项增值税专用发票虚增企业的固定资产、但并未利用增值税专用发票抵扣税款，国家税款亦未受到损失的行为。

【案例：某锦涤实业有限公司等虚开增值税专用发票案】

2000年5月间，被告单位福建省泉州市某锦涤实业有限公司（以下简称A公司）的林某在向陈某推销节能器材过程中，得悉陈某为提高公司现有设备价格，以显示公司经济实力，欲购买一些伪造票据做公司账目。林某即表示愿意提供，陈某提出虚开票据数额为3700余万元人民币。施某在陈某的授意下，根据该公司现有设备虚列了一张价格3700余万元人民币的设备清单，林某则根据陈某、施某提供的发票样式及设备清单，从他处买来伪造的增值税专用发票942份，以及发票专用章12枚，并以A公司的名义为受票人开具发票326份，面额总计37087001.15元，税额5388709.57元。

【法院判决】上诉单位A公司、上诉人陈某和施某无罪

【辩护要点】上诉单位A公司和上诉人陈某、施某向他人购买伪造的增值税专用发票的行为，不是以抵扣税款为目的，而是为了提高购进设备价值，显示公司实力，以达到在他人合作谈判中处于有利地位的目的。根据国家税法的规定，注明为固定资产的增值税专用发票不能抵扣税款，且陈某也没有要抵扣联，国家税款不会因其行为而受损失，A公司、陈某、施某的行为不具有严重的社会危害性，因此不构成犯罪。

（二）虚增营业成本冲减营业额从而偷逃税款的行为

主观上明知所虚开的发票不用于抵扣税款，客观上使用虚开发票冲减营业额的方法偷逃应纳税款，其行为不符合虚开用于抵扣税款发票罪的构成要件，属于偷税行为。虚开增值税发票罪是危害税收征管罪中的重罪，现行法律规定最高可判处无期徒刑，而逃税罪的处罚相对较轻。在辩护中，将此罪与彼罪的辩护思路作为突破口，往往也是虚开增值税专用发票案件取得有效辩护的好方法。

【案例：金某等逃税案】

2005年3月，被告人金某注册成立长沙某运输有限责任公司（以下简称A公司），2005年7月取得自开票资格。2005年7月至2009年5月，金某伙同该公司工作人员被告

人袁某丙、袁某丁为了牟取非法利益，以A公司的名义、在没有任何真实的运输业务发生的情况下，采取按4.5%至6%收取开票费的方式，为何某、姚某、李某、陈某、彭某、肖某、袁某丙等人虚开《公路、内河货物运输业统一发票》445份，虚开运输发票的总金额为35633146.09元，分别提供给30家单位，上述单位已向税务机关申报抵扣税款共计1797890元。被告人袁某丁参与向湖南某工贸有限公司（以下简称B公司）代开运输发票4份，共计金额33.24万元，B公司已向税务机关申报抵扣税款23268元。

【法院判决】金某等构成逃税罪

【辩护要点】公诉机关指控被告人金某、袁某丙、袁某丁的行为构成虚开用于抵扣税款发票罪不当。因为构成虚开用于抵扣税款发票罪，不但要有虚开的行为，还需要骗取税款的目的。被告人金某、袁某丙、袁某丁为他人代开运输发票的行为属于虚开行为，但是，根据本案的证据，所能认定的事实是三被告人在其他运输从业人员向有关单位提供了运输服务之后，为这些运输从业人员代开运输发票，并将3.3%的营业税、城市维护建设税以及教育费附加均已缴纳，受票单位凭运输发票抵扣符合法律规定。因此，三被告人并无骗取税款的目的，故不构成虚开用于抵扣税款发票罪。

（三）等价替换型的虚开行为

如果虚开是为了解决真实的货物交易或劳务无法开具增值税专用发票的问题，需要特别关注真实的货物交易数量（劳务费用）与虚开的票面记载金额是否相同，是否按照票面的含税金额支付了货款。如果存在真实的交易，增值税专用发票由第三方代开的情况下，即使有虚开的行为，但并未给国家税收造成损失或破坏国家税收征管秩序，则不构成虚开增值税专用发票罪。

【案例：崔某虚开发票案】

被告人崔某，系安徽省宿州市某机械电子有限公司经理，因河南省某钢铁总厂等单位欠该公司增值税专用发票没有开具，其为了“平衡”公司账目于1999年年初找到山西省某焦化厂厂长李某某为其开具增值税专用发票。为此，崔某和李某签订了债权债务转让协议和工矿产品购销合同等手续，李某向崔某开具山西省增值税专用发票10张、合计价税款644万元、税款额93万余元（数额在崔某实际经营额之内），该税款已在宿州市国税局申报抵扣。被告人崔某以管理费名义按价款5%的比例给李某汽车3

台。本案公诉机关指控崔某犯虚开增值税专用发票罪。

【法院判决】一审宿州市甬桥区人民法院判决，崔某犯虚开增值税专用发票罪，判处有期徒刑7年。二审安徽省宿州市中级人民法院判决，崔某无罪。

【辩护要点】本案中，崔某和李某签订了债权债务转让协议和工矿产品购销合同等手续，李某向崔某开具山西省增值税专用发票10张、合计价税款644万元、税款额93万余元（数额在崔某实际经营额之内），该税款已在宿州市国税局申报抵扣。被告人崔某以管理费名义按价款5%的比例给李某汽车3台。本案存在真实的交易，增值税专用发票由第三方代开的情况下，即使有虚开的行为，也并未给国家税收造成损失或破坏国家税收征管秩序，因而不构成虚开增值税专用发票罪。

（四）借用资质型的虚开行为

借用资质型的虚开行为分为挂靠他人资质从事经营活动和利用他人名义从事经营活动这两种类型，不构成犯罪的关键点都在于行为人进行了实际的经营活动，主观上并无骗取抵扣税款的故意，客观上也未造成国家增值税款损失。

1. 挂靠他人资质从事经营活动

最高人民法院研究室《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义事实经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质》征求意见的复函（法研【2015】58号）对以下行为明确为不属于虚开：挂靠方以挂靠形式向受票方实际销售货物，被挂靠方向受票方开具增值税专用发票的，不属于虚开。

【案例：张某军虚开增值税专用发票案】

2010年下半年，被告人张某军在不具有药品经营资质的情况下，经过安某刚联系，由刘某1介绍张某军和冯某1认识商定后，张某军出资并联系供货商、配送公司和销售医院，以恒瑞公司的名义与生产厂家和配送公司分别签订货物购销合同，张某军先将货款给付恒瑞公司，再由恒瑞公司将货款打给生产厂家购进货物，所购货物由生产厂家直接发到张某军指定的配送公司，刘某1根据张某军提供的生产厂家的随货通行、药检单、出库单等相关手续及开票信息和进项增值税专用发票到恒瑞公司办理开票事宜，办好后再邮寄给张某军，配送公司向恒瑞公司支付货款后，恒瑞公司扣除开票费和下次进货款，将剩余货款回流给张某军。恒瑞公司按价税合计的10%收取张某军开



票费用（刘某1从中提取0.2%作为好处费），进项增值税专用发票恒瑞公司按价税合计的8%左右支付费用。恒瑞公司向北京的配送公司开具的销项增值税专用发票的相关内容，与所销售货物相符。通过这种方法，2010年至2012年，恒瑞公司共向多家公司开出增值税专用发票408份，金额38022930.69元，税额6463898.76元，价税合计44486829.45元。

【法院判决】一审宣告判决被告人张某军犯虚开增值税专用发票罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币五十万元。二审宣告判决被告人张某军无罪。

【辩护要点】张某军以恒瑞公司名义，向受票方纳税人多家公司销售货物，因此，应当以被挂靠方恒瑞公司作为纳税人。在这种情况下，以恒瑞公司名义开具增值税发票，完全属于挂靠关系。这种挂靠关系符合《国家税务总局关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告（2014年第39号）》中的不属于虚开增值税发票的情形，因而不构成虚开增值税专用发票罪。

2. 利用他人名义从事经营活动

行为人利用他人的名义从事经营活动，并以他人的名义开具增值税专用发票的，即便行为人与他人之间不存在挂靠关系，但如行为人进行了实际的经营活动，主观上并无骗取抵扣税款的故意，客观上也未造成国家增值税款损失的，不宜认定为虚开。符合逃税罪等其他犯罪构成条件的，可以其他犯罪论处。例如在企业经营中，由于种种原因，销售方没有一般纳税人资格，无法出具增值税专用发票。为了能让购货方抵扣进项税额，就会安排第三人与购货方签订虚假的购销合同，使其出具对应的增值税专用发票。虽然“如实代开”在税法上属于违法行为，但该行为并不属于刑法意义上的“虚开”。

【案例：张某强虚开增值税专用发票案】

2004年，被告人张某强与他人合伙成立个体企业某龙骨厂，张某强负责生产经营活动。因某龙骨厂系小规模纳税人，无法为购货单位开具增值税专用发票，张某强遂以他人开办的鑫源公司名义对外签订销售合同。2006年至2007年间，张某强先后与六家公司签订轻钢龙骨销售合同，购货单位均将货款汇入鑫源公司账户，鑫源公司并为上述六家公司开具增值税专用发票共计53张，价税合计4457701.36元，税额647700.18元。基于以上事实，某市人民检察院指控被告人张某强犯虚开增值税专用发票罪。

【法院判决】该案经某市人民法院重审后，依法宣告

张某强无罪。

【辩护要点】被告人张某强以其他单位名义对外签订销售合同，由该单位收取货款、开具增值税专用发票，不具有骗取国家税款的目的，未造成国家税款损失，其行为不构成虚开增值税专用发票罪，原审认定张某强构成虚开增值税专用发票罪适用法律错误，经过重审后予以改判。

第四把金钥匙：客观行为之辩

构成虚开增值税专用发票罪，需要同时满足以下两个条件：一是主观方面应当具有骗取国家税款的目的。二是在客观方面表现为没有真实的货物交易，即为没有货物购销或者没有提供、接受应税劳务而为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具增值税专用发票的行为。

根据相关法律规定，具有下列行为之一的，即属本罪的虚开：

- ①没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务而为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具；
- ②有货物购销或者提供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具数量或者金额不实；
- ③进行实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票。

需要注意的是，对不能反映纳税情况的有关内容作虚假填写，如只是虚设开票人或不按规定时限提前或滞后开具日期等，虽属违法不实开具，但仍不是本罪意义上的虚开，对此，不能以本罪论处。

第五把金钥匙：危害程度之辩

对于虚开增值税专用发票案件，要善于运用不同时期的刑事政策，竭力争取有效辩护结果。当前，有利的刑事政策如下：一是“六稳”、“六保”政策，司法为民营经济提供服务和保障。2020年7月最高人民检察院《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》中规定：“依法慎重处理企业涉税案件。注意把握一般涉税违法行为与以骗取国家税款为目的的涉税犯罪的界限，对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为，不以虚开增值税专用发票罪定性处理，依法作出

起诉决定的，移送税务机关给予行政处罚。”二是“少捕”、“慎诉”、“慎押”的刑事政策。全国检察长会议中明确提出：“能不捕的不捕，能不诉的不诉，能判缓刑的就提出判缓刑的建议。”“要进一步降低逮捕率、审前羁押率。能不羁押的不羁押。”2021年4月，中央全面依法治国委员会将少捕、慎诉、慎押刑事司法政策列入年度工作要点，少捕慎诉慎押从刑事司法理念上升到刑事司法政策。2021年6月，《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》中明确：“严格依法适用逮捕羁押措施，促进社会和谐稳定”。少捕慎诉慎押融入了当代的法治理念与导向，突破了“慎刑”刑事司法观的历史局限，实现了当代刑事司法政策与中华传统法律文明之间的传承与创新。三是“企业合规不起诉”的全面推进和适用。我国自2020年起陆续开展涉案企业合规改革试点：在拟依法不捕、不诉或者提出轻缓量刑建议的同时，督促涉案企业作出合规承诺、落实合规整改，对企业既“厚爱”又“严管”。因此，在承办虚开增值税专用发票案件中，要根据案件的具体情况，善用相关刑事政策来开展辩护工作。

危害程度之辩主要体现在以下几方面：

（一）立案追诉与定罪量刑标准

虚开增值税专用发票或用于出口退税、抵扣税款的其他发票，必须达到一定的数额和情节才能构成犯罪。

根据2022年4月6日最新发布的《最高人民检察院、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）》的通知，虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，虚开的税款数额在十万元以上或者造成国家税款损失数额在五万元以上的，应予立案追诉。

对于“其他严重情形”和“其他特别严重情形”的标准，由于2018年《通知》规定，人民法院在审判工作中不再参照执行《最高人民法院关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》（法发〔1996〕30号）第一条规定的虚开增值税专用发票罪的定罪量刑标准。因此目前并没有司法解释文件予以明确规定，由各地法院在审理虚开增值税发票罪案件时予以把握。

（二）数额方面

1.涉案全部发票必须三联一致。

2.虚开金额的计算，重点在于逃避增值的税款金额而不是票面金额。不能简单用虚开的票面金额乘以税率来计算虚开的税款金额，而应当刨除已缴的税款。在辩护过程中，要关注税务的稽查报告或调查报告，对报告进行核查、质证甚至提出重新调查申请，以确保税款金额的准确性。在计算税额的时候，应当减去正常开具部分已经依法缴纳的税额。在这个过程中需要重点关注的证据有：资金流向、税款认证抵扣、税务机关的稽查报告、税务机关的调查报告、已证实虚开通知单、部分虚开还是全部虚开，以及与案件有关的过磅单、运输费发票、开票方受票方相关人员的证言等证据资料。

3.涉案金额不应重复计算。同一案件中同一行为人为他人虚开、让他人为自己虚开、为自己虚开及介绍他人虚开等多种情况时，应扣除真实交易部分金额，否则容易导致刑期升档。

（三）区分主从犯

在犯罪分工过程中，因地位较低、作用较小，获取利益较少，被认定为从犯的人员，常常是以下情形：

第一，不是犯意的提出者、犯罪决策者，只是按照他人授意，接受他人的安排和指使，从事开票或办理税款抵扣的人员；

第二，按照公司决策，服从公司管理，按照公司分工，从事基础性、辅助性、服务性工作内容的人员；

第三，单纯信息传递和介绍工作的人员；

第四，接受公司主管的指令，从事单位本职财务、会计工作的人员。

在案件中参与程度极低的相关人员，不应直接按共犯金额予以处罚，而应认定其在共同犯罪中起次要或者辅助作用，依据《中华人民共和国刑法》第27条之规定，对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

（四）补缴税款方面

在司法实践中，全额补缴税款的，一般会被考虑给予较轻量刑。因此，在虚开增值税专用发票案件中，尤其是单位犯罪、单位相关负责人员涉案的情况下，可以从维系企业正常经营以及通过补缴全额税款的角度，为相关人员变更强制措施，进而取得较为轻缓的刑罚。在补全额补缴税款后，应当妥善保存相关补税凭证，并视诉讼阶段主动向公安机关或司法机关提交缴税凭证及税务机关出具的完



税证明。

（五）税款抵扣问题

在虚开案件中，对于税款的认证抵扣问题，不同税务机关可能出现不同的证明材料。有的税务机关证明行为人已经认证，有的税务机关证明行为人已经认证抵扣。这是不同的两种结果。前者说明进项税发票已经在税务机关认证比对，但是还没有申报抵扣；后者说明进项税发票不仅已经认证，而且已经申报抵扣。而实质上需要达到已经申报抵扣的程度，才会造成国家税款的损失。

第六把金钥匙：罪数之辩

实务中，在虚开增值税专用发票案件中，检察院指控当事人实施多个行为，同时触犯了多个罪名，应当数罪并罚，但如果多个行为之间存在牵连关系，就不应割裂分开评价，这也是此类案件中的一个重要辩护思路。实务中，有几种常见的情形：比如虚开增值税专用发票与骗取出口退税的行为相牵连，由于其骗取出口退税行为与虚开增值税专用发票行为之间存在目的行为与方法行为的牵连关系，根据牵连犯的处断原则，应择一重罪处断。再比如，

虚开增值税专用发票与非法购买增值税专用发票的行为相牵连，其购买的目的是为了虚开增值税专用发票，属于手段行为和目的行为相牵连，不应当数罪并罚，也应择一重罪处断。

【案例：蒋某、安某虚开增值税专用发票案】

被告人蒋某、安某为牟取非法利益，违反国家发票管理规定，冒用他人身份开设公司，在无真实货物交易的情况下，虚开增值税专用发票，造成国家税款损失699.5688万元。过程中二人非法购买增值税专用发票135份进行税收抵扣，发票金额达6260.034943万元，抵扣税额1064.205981万元。

【法院判决】上诉人（原审被告）蒋某、安某均犯虚开增值税专用发票罪，判处有期徒刑十五年，并处罚金人民币十五万元；（原审判决二人触犯两罪，并判处有期徒刑十六年六个月，并处罚金十五万元）

【辩护要点】即使存在非法购买增值税专用发票的行为，但其购买的目的是为了虚开增值税专用发票，属于手段行为和目的行为相牵连，两罪属于牵连犯关系，不应当数罪并罚。因此蒋某、安某不构成非法购买增值税专用发票罪。

实务中，在虚开增值税专用发票案件中，检察院指控当事人实施多个行为，同时触犯了多个罪名，应当数罪并罚，但如果多个行为之间存在牵连关系，就不应割裂分开评价，这也是此类案件中的一个重要辩护思路。

律师业务专业化、标准化、规范化分享

■ 陈枝辉/文

陈枝辉律师简介

京都律师事务所民商
诉讼部高级合伙人，
知识中心负责人。



在京都，知识中心牵头创立了业务分享会周例会，鼓励、号召更多业务一线律师参与交流、分享。基于如下考虑：每个人时间、精力有限，接触案件和当事人有限，但办案经历、实务技巧、问题思考及解决方案，可能对其他人有借鉴参考价值，分享和交流便成为一种必然和必要。

律师作为提供专业服务人员，应在专业化、标准化、规范化方面有所要求。有意识地总结、思考和践行，时光会让有心人烙印上职业荣光。秉持京都协同和分享精神，知识中心会定期将京都内部业务专业化、标准化、规范化专题分享内容整理后，分享给包括法律同行在内的诸位读者，以期同道同志，磨切共进。本期分享，系笔者近廿年律师职业生涯一些思考感悟，开篇芹献，权为抛砖。

一、文书

1. 法律文书写作。原则：简洁、务实，说人话。法律文书接收对象通常是团队负责人，或是当事人、法官，有

些人对数字尤其敏感，或对标点格外在意，或特别注重形式、格式，但多不能容忍低级错别字。法律文书凡经自己手，应从内容到形式无懈可击，勿以为别人不会比你更讲究，不要担心简洁、务实表述别人可能看不懂，亦不能指望受众面对马虎写作会像你一样熟若无睹、无关痛痒不在乎。要有将低级文字错误视同自食蝇蚋的感同身受。甚言之，法律文书，死生之地，要有敬畏之心，值得我们反复花时间打磨。比如，我对团队要求，重要文书像诉状、再审申请、代理意见、呈报文件等，原则上团队内部要经10版修订，封面内容、开头落款、标题正文、字体字号、页眉页脚，甚至每页纸“正好”大小标题抬头，均应系极致追求目标。内容中肯繁，形式上再努力些，俾之赏心悦目，有何理由不成其之美、悦己悦人？

2. 文书写作目的。律师法律文书写作，最终系为说服法官，帮法官找裁判依据、形成裁判规则。法官亦凡人，喜怒哀乐同尔汝，诉讼标的、代理收费对代理人重要，但非法官关切。律师文书写作，应本着帮法官写判决理念，就大小前提，结合个案，锻造成裁判依据全面准确、逻辑论证严谨周密、说理论情透彻充分、法言法语沉稳凝练风格。努力追求无懈可击，不要漏洞百出。心里装着法官，当自己就是法官。此法庭裁判庄重场合，千万不要想着浓眉大眼不修边幅大大咧咧蒙混过关。

3. 文书最后把关。场景：公司客户，文书需其盖章后提交法院。通常，会由客户打印出律师定稿文件并盖章后，直接寄至法院，省去律师打印后寄客户、客户盖章后寄回环节。问题或出在：律师发送客户电子文本，在客户电脑上呈现并打印效果，格式、字体自动切换，导致版式变化，失去与内容媲美的形式效果，如大标题顶格、页眉页脚字体、字号与正文区分混乱。教训：交客户打印的定稿版本尽量使用能完整保留格式的PDF版。最好盖完章后的文件，客户拍照，由律师再确认一遍。

4. 立案诉状留白。线下立案时，鉴于实践中经常会发



生需补充材料再次提交情形，故对诉状或申请书日期，在非特别确定能当天立案情况下，尽量留白处理；包括提交的管辖法院，如可能存在争议，亦可在最后确定能在此法院立案情况下补充完善。此外，立案环节多“碰壁”情形：落款签字及日期非用碳素黑笔而用蓝笔（日久无痕）、法人原告诉状无组织机构代码证和法定代表人落款签章、立案准备材料常常独缺对方法人主体工商查询信息截图、准备提交法院材料N（被告人数）份而非N+1份，等等。

二、客户

5.自觉出保密函。保守客户隐私及商业秘密系律师基本职业操守。自初次接触案件始，即要养成下意识习惯：给客户出具《保密函》。保密函由业务秘书或辅庭律师负责完成，并由上一层级律师把关检查一遍主体、内容无误后，以PDF文档方式和纸质盖章形式，同时通过微信/邮箱及快递发寄客户。快递地址可提前向客户索取，告知保密函发递流程及进程。

6.材料用途说明。收取当事人身份证或营业执照复印件，应加盖“复印件用途专用章”，注明提交用途及有效期。很少律师会自觉做到，因罕有当事人会提此要求。当事人不提，不等于不应关注和去做。电信、金融行业一般会在业务流程中有此硬性要求，律师行业对当事人敏感隐私信息处理，没有理由不比其他行业更规范。点滴细节，映照出团队与承办人执业规范方面差别。

7.客户接待控时。原则上，接待或会见当事人，应控制在二小时内，超过一小时未结束，要从我们律师自身找原因：有些是可提前沟通让当事人准备的材料，有些是可掐断的闲篇，有些是与案件无关话题和情绪宣泄，律师作为专业人士，要控制话题和主题。既达致了解案件目的，又节约双方尤其自己时间，是一种专业能力体现。否则，过程冗余，没完没了，当事人会觉得律师时间不值钱，影响其服务体验。结果就是，耗费了时间，收不上钱，最后还不受尊重。

8.客户相处原则。①客户体验。相信客户，尊重客户，善待客户，替客户着想，凡事走在客户前面，跟客户站一起，成为其依靠，陪伴其度过难关，共同经历患难，过程跟结果一样重要。②专业至上。专业为基，具体案件上每多一分思考和研究，就会少一分风险，考虑周全，站

在对方当事人律师角度，分析各种诉辩主张，准备充分应对方案。③适度距离。当事人品性各异，是社会生活折射；律师是专业人士，应彰显和引导自己当事人相信法律和规则、保持尊严与理性，不利用当事人无助与信任而攫取逾越边界利益，不因与当事人相处融洽而形同亲友而无话不谈。

9.不理性当事人。不理性当事人通常表现为任性任意，将自己对法律纠纷理解强加于律师，不尊重律师意见。律师可适当就此与当事人交换意见。在当事人一意孤行时，律师应旗帜鲜明表明立场。举例：一当事人以某纠纷为由拟聘请律师，法律关系简单，但法律程序复杂，当事人反复在案件群中发送相关社会事件公号文章，并借机发表诸如“法律不过如此”之类评论，我会理解为系对律师职业与专业不尊重，指桑骂槐，对于以法律为业、以专业为荣的团队来说，应予以提示，对执意不收敛当事人，可选择终止与其代理关系，并将其列入当事人黑名单。

三、材料

10.证据自助保全。互联网时代，很多证据可能来自网络。笔者实务经验，总结证据保全（录屏+截屏）自助操作步骤：①证据保全所采用设备证明：点击手机内置录屏功能键，开始对操作过程进行同步录制；点击“电话”图标，输入“*#06#”，显示手机设备识别码。建议操作前，为防止隐私外泄，将不必公开手机通话记录删除，以免流播出去带来不必要困扰。②证据保全当时时间证明：登录中国科学院国家授时中心（<http://www.ntsc.ac.cn/>），首屏右下角，会显示当天年月日星期几以及实时更新的“北京时间”。③返回手机主屏幕，点击需公证侵权文章。注意：先输入该文章所在网站网址，再搜索或点击该网站相应栏目，直至确定该文章完整路径；录屏过程中，对关键证据内容比如侵权文章全文进行截屏。④整个录屏过程不要中断，最好事先演练一遍；录屏形成的视频文件做成光盘提交，截屏形成的页面文件作为证据提交，并说明证明目的。⑤录屏中主要页面截屏，为证据出示、质证方便，尽量不要用录屏视频文件代替证据清单，关键页面截屏作为证据，列入证据清单，注明该证据在公证书页码位置，便于诉讼参与人精准核查。

11.纸质案卷制作。纸质案卷便于与客户交流讨论、庭审发言中随时阅览。自初次接触案件，拿到案卷材料后，

可前期由辅庭律师先做一本案件基础材料卷。待代理意向达成、委托代理合同签订后，业务秘书或辅庭律师要第一时间给参与案件团队主办成员各做一套纸质卷，并标签注明主要材料内容，以便案件讨论或开庭之用。

12.案件材料研判。初次接触案件，都会面临类似困惑：一大堆案件材料，尤其代理再审时，会有两审裁判文书、证据材料及其他各种法律文件，卷帙浩繁。建议先不要逐份细看且摘要，第一遍应是先走马观花，从终审判决开始看起，大致浏览一遍其他材料，快速建立重要认知：①什么纠纷？②焦点是什么？③关键证据有哪些？结合焦点问题及证据规则，针对性重点研阅案件材料。在此基础上，辅庭律师应做三件基础事务：①案件大事记；②法律法规检索；③类案检索。主办律师要做两件事：①案件初步分析报告（含案情概览、争议焦点、初步结论性意见、风险评估）；②报价方案。

13.案件背景分析。客户诉讼原因及背后巨大商业利益考量往往是客户最大痛点。这也是为什么客户愿意花10万元去起诉一个可能要不回来一分钱的名誉权官司，为什么商家愿意不惜血本抵抗单个消费者微不足道的索赔原因。如此案败诉，对客户后续意味着什么？——这是客户通常会关心的问题，也是我们在分析法律风险、制定诉讼策略时需通盘考虑重点。

四、常法

14.服务时长透明。常法服务项目涉及计时模式，应自觉做到透明化：①专设文件夹，及时将律师团成员处理客户法律事务具体时间（时间段及时长）、处理方式（电话或微信咨询或现场沟通）、具体法律事务内容、处理人员、最后处理及反馈意见记录下来。②服务时长确定，应自觉保持客观，尽量合理，符合一般人预期，可有零有整，比如一次微信或电话咨询解答计时12分钟，不必也不能凑整为1小时或半小时。③依合同约定，每月或每季度定期微信或/及邮件发客户确认，让客户心中有数，对服务时长有知情权，并对本次服务时长、剩余服务时长有合理预期。

15.进展定期通报。常法服务项目应定期向客户通报，一方面，无论是研究、查询，还是进展反馈，应就客户事务在日程上有所跟进；另一方面，常法客户多为公司法人，公司对接法务部门或人员亦需定期向上级领导汇报，律师服务团队定期就项目进展提供书面报告，是专业、勤勉精神彰显，

亦能促进客户体验提升。

五、印章

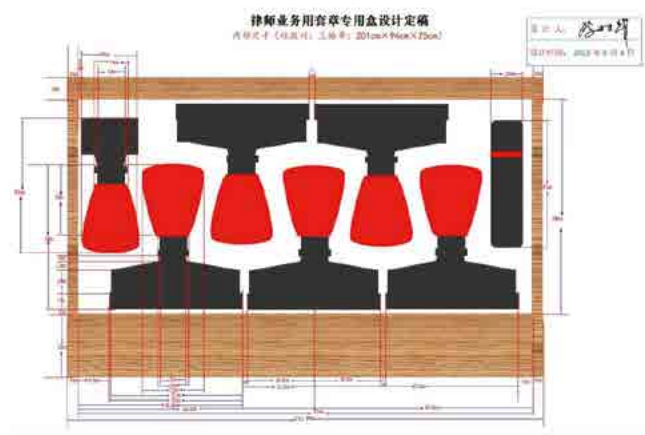
16.标准化业务章。律师专用业务套章对提升律师标准化、专业化、规范化服务亦有不俗效果。经笔者研究统计，业务套章可以并应当有如下样式：①复印件专用章。如前述，复印当事人身份证或营业执照时，加盖此章，注明用途及有效期，防止该复印件用于他途。②律师专用人名章。委托书、所函、刑事会见函等文书加盖此章，方便与法官联络。③证据编号章。证据分类后编号。④材料收取章。收取当事人材料后加盖。⑤空白栏章。“以下各栏空白无内容”，目录或清单空余格标注，防止他人事后补充添加或填写。⑥律师个人专用印、章。个人私印用于非常正式场合如律师函、呈报文件等，个人私章用于图书收藏等用途加盖。⑦骑缝专用章。为防止人为加页或塞页替换，加盖此章予以固定，常用于合同或证据册。⑧文档作废章。作废的案卷纸张，反面可继续使用，加盖此章以明确该纸张其他用途，不致混淆。⑨材料类别章。致送不同受众，所需材料有所不同，如提交法院需律所手续、代理手续原件，给委托人留存或与律所留存归档材料在复印件或原件，形式及内容上会有所差别，尤其对于串案而言，加盖材料类别章，清晰显示“委托人留存材料”“提交法院材料”“律所归档材料”不仅操作简易、规范，亦会便于快速区分。

17.印章设计理念。简洁、紧凑、美观、节省空间。如下：





18.印章套盒设计。上述律师个人业务套章种类较多，体型不一，有必要设计套盒收纳。笔者根据各枚用章长度、大小测量结果，形成如下设计。



19.印章成品效果。经选材、开模等流程，律师业务专用套章效果如下：



六、结语

20.标准化无止境。吾业神圣，须虔敬做事。律师业务专业化、标准化、规范化是一个无止境追求过程。使吾辈皆秉此极专理念，众人擎火，积厚流广，必将汇成行业范式璀璨星河。

全国表彰！听80后女律师许俊讲述“律途”感悟

■ 讲述者：全国维护妇女儿童权益先进个人、大连市三八红旗手、大连市优秀女律师、甘井子区政协委员、京都（大连）律师事务所律师许俊

许俊律师简介

北京市京都（大连）律师事务所专职律师，国家二级心理咨询师。2018年被评为“辽宁省首届优秀青年律师”、“2016-2017年度辽宁省律师行业优秀党务工作者”称号。2017年被评为“大连市优秀律师”，被辽宁省文化厅聘为“家风家教”签约讲师。2017年参加大连电视台首届市民调解大赛获得“优秀调解员”荣誉，同时被大连电视台法治新天地节目组聘为合作律师。许俊律师曾就职于东北财经大学，讲授法理学课程，法学理论功底深厚。执业以来，许俊律师一直致力于研究和处理婚姻、继承、亲子关系等家事案件，擅于使用心理干预疗法解决家庭纠纷及儿童成长问题。近年来处理了多起因家事纠纷导致的公司股权变动案件，为多名企业家规划财富传承方案、拟定财产协议，有效的预防了家事纠纷导致公司股权受到冲击。



少年时的律师梦

那一年高考完毕后返校，教室里熙熙攘攘，讨论着如何估分，如何填写志愿。作为文科生的我们，那时候可选的方向很少，师范类，新闻类，文学类，还有一个法律类。

正在犹豫时，几个同学说：“许俊，你报法律吧，你看你长得多像个律师，大家看她像不像TVB女星陈慧珊！”



对于我们80后一代，深受香港TVB律政剧的影响，看着荧幕上身穿黑袍、戴着假发、逻辑缜密、在法庭上为当事人的利益唇枪舌战、正气凛然的大律师们，我也经常幻想，未来自己要是能成为一名律师该有多好！

就这样怀揣着律师梦，我走进了大学校门！

然而，学习法律的道路并不容易，每天要记要背的法条不胜枚举，准备司法考试的日子，我基本上每天泡在自习室里，最早来最晚走，数年寒窗我终于如愿以偿，成为了一名律师！

可谓是“一朝入梦，终生不醒”，无论日后遇到何种现实，我都努力守护好自己当年的“梦想”，这也许就是职业情怀最初的样子吧。



工作中——坚守初心、实干立身

从业伊始，我秉承初心，做一个善良、正念律己，具有社会责任感的律师。认真办好当事人委托的每一个案件，同时积极参加公益普法、妇女儿童等弱势群体的维权工作。

通过自己的不懈努力，我先后获得大连市优秀女律师、大连市三八红旗手、全国维护妇女儿童权益先进个人等荣誉称号。

记得罗曼罗兰的一句名言：“世上只有一种真正的英雄主义，就是认清了生活的真相后，依然热爱它。”

作为一名律师我感同身受，即使我们清楚了法律的本质，我们依然热爱律师职业，因为它可以帮助到更多的劳苦大众。

习近平总书记要求：“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。

身为律师，我深知践行在法律之路上的艰辛，但我依然热爱，案件无大小，每个都寄托了客户的全部希望，看到客户的殷切眼神，做为律师我们必须全力以赴，才能维护当事人的合法权益。

执业十年，我上报典型案例十余件，回顾自己的执业经历，眼前呈现一幕幕难忘的画面：为八旬老人索要赡养费、为不满周岁的孩子确定监护人、为离婚的全职妈妈争取经济补偿……



作为一名专注婚姻家事的律师，我感触更多的是：岁月静好，风云跌宕，生老病死，世事沧桑。

面对每一个当事人，我都会认真聆听他（她）絮叨的每个细节，感受、记录、思考和分析，尽可能给当事人提供切实可行的妥善建议。因为我知道，对我而言，这只是一个案件，而对于当事人而言，这也许是他（她）的人生！



律师当然要最大限度地维护当事人的利益，但婚姻家庭事律师却不能机械地以金钱多寡作为衡量业务水平的唯一标杆。

婚姻家庭事律师要用心、用情、用爱去代理好每一个案件，在为当事人争取合法权益的时候，辅助当事人平复心情，放下芥蒂，开始新的生活。

也许当事人当时因为情绪愤怒，尚未能体会到律师的苦心，但在未来的某一天，我们会得到当事人迟来的感谢。

记得几年前的中秋节，收到从北京寄来的一盒月饼，里面夹着一封感谢信——“非常感谢您，许律师。您的建议改变了我的人生，我现在过得很好，孩子也快上小学了……”

我突然回忆起自己多年前办理的一起离婚案，女方产后抑郁，孩子患有先天疾病，丈夫酗酒赌博，她曾一度觉得生无可恋，接受委托后我先帮助她稳定情绪、树立生活信念，然后制定维权方案，经过努力双方达成调解，女方分得了属于自己的财产，也得到了了一定的补偿，孩子的抚养及探望问题也妥善处理，避免了日后再次产生纠纷。

这些年女方带着孩子在北京创业开启了崭新的生活，她说我出现在她的人生低谷是她生命中的贵人，感恩我将她唤醒给了她重生的希望与勇气……每当收到当事人的感谢信，都让我自豪自己职业的价值与使命，也许正是因为他们的认可才给了我源源不断的动力，让我在律师的职业道路上越走越远！

生活中——修身齐家、格物致知

作为一名女律师，工作中我们给人的感觉是英姿飒爽、雷厉风行。然而回归家庭，卸下戎装换红装，生活中的我会尽心尽力做好为人女儿、妻子、儿媳，母亲的角色。

经常听到诸如“你选择了事业，就必须放弃家庭”等的话语，但我认为，家庭和事业，永远不是一道单选题，而是可以兼容在一起，甚至可以互相促进。

在陪伴孩子及家人的过程中，也让我对工作和生活有了更深地感悟，从一个任性女孩蜕变成一位成熟母亲，更让我明白经营一个幸福大家庭，女人起着至关重要的作用。女人，最大的成功不是你有多富有，你的事业多么耀眼，而是你的家庭有多幸福，你所守护的家人因为你而得到多少温暖和欢乐。

平心而论，当代职业女性确实不易，就拿我们女律师来说，通过司法考试应聘到律所从实习律师、律师助理、主办律师一路走来酸甜苦辣，然而对于我最难忘的日子就是怀孕生女那两年，期间我几乎没有做过什么案子，那时正值事业上升期，很多同事替我惋惜，但作为女性我们没有办法违背生儿育女的自然与社会规律，与其怨天尤人不如活好当下。

既然空出大块时间，我就用来好好学习，为自己储备一些知识和技能。正是从那时开始我进入到心理学的学习和研究当中，在那段孤寂的日子里，我和怀里的女儿朝夕相伴学习生活好不快乐！

后来，我考取了国家二级心理咨询师，因为结合实际案例研究完成了一些课题受到好评，2019年我获得了辽宁省优秀心理工作者荣誉称号。

可以说，心理学知识的助力让我在日后处理婚姻家事纠纷案件中事半功倍。

总有人问我，你总打离婚官司，会不会受到负能量影响？你工作那么忙，能兼顾家庭吗？能把孩子照顾好吗？

我认为，生活是否幸福，要自己去感受。人对幸福的感知不一样。我们都需要学习，如何缓解工作压力、如何



兼顾家庭，如何把孩子照顾好，如何保持自我成长……这些问题，不会有标准答案。

有人说，女人必不可少四样东西：扬在脸上的自信，长在心底的善良，融进血里的骨气，刻进命里的坚强。

但我们都明白成长是需要过程的，一路走来谁都会遇到些艰难坎坷，我也会有疲惫无力，情绪失控的时候，每当这个时候，家人的支持，丈夫的爱护，女儿的欢笑，都在给我向上的力量，让我在这段路上义务反顾、甘之如饴。

生活中我喜欢研读国学经典，汲取传统文化智慧来滋养自己。古人云：“好女人旺三代”、“妻贤夫安”。所谓“安”，上面一个宝盖头喻义为家，就是告诉男人，女人就是家，家里有一个女人，你的心里才能安宁，你才能感觉温暖。女人是家里的风水。一个家庭是否幸福、平安，后代能否成才，跟这个家庭中的女主人的行为处事，怎样对待男人、孩子有着很大的关系。

女人如水，随遇而安，随贫随富，可高可低，能养育万物，而又不与万物相争，厚德载物，生生不息！我们此生，生而为人，来是偶然，去是必然，这一来一去之间的这个过程，就叫人生，如何更好地走完这趟旅程，我想，命运还是掌控在自己手中的。

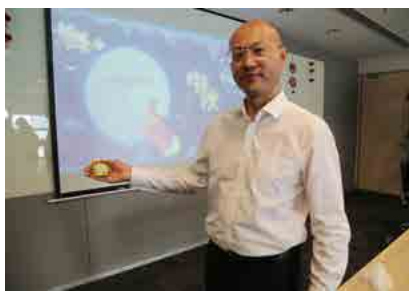
身为女人，似乎比男人更不容易，因为从来世俗赋予女性的标签更多，社会标榜女人的要求更多，但你仍然可以凭借自己的努力活成自己想要的模样！

京都律师手制中秋月饼共怡中秋

2022年9月9日，京都律师事务所开展DIY创意手工月饼制作活动，月饼作为团圆的象征，是中秋节里不可或缺的食物，律师们积极报名参加，喜迎中秋佳节。



事务所早早布置好活动场地，准备好糯米冰皮、馅料、模具等工具，活动给大家准备了不同的馅料，五仁、莲蓉、芝麻、豆沙，面皮颜色也十分丰富。



京都律师事务所管理合伙人褚长志



京都律师事务所管理合伙人褚长志来到在现场为大家送上祝福，祝愿大家中秋美满，生活幸福。



律师围在桌子两侧，在老师的细心指导下，大家带上一次性手套，揉搓糯米面团，团馅料包月饼。

大家争相挑选不同的模具花纹，自由发挥制作月饼。不一会儿，一个个晶莹剔透，颜色多彩，形状不拘一格的特色冰皮月饼就做好了，最后装进印有京都标志的袋中密封，独具特色且不失品味的冰皮月饼大功告成，律师们相互交换着自己制作的月饼，沉浸于中秋佳节的喜悦之中。



甜糯迎中秋，通过制作月饼，律师们了解了传统文化内涵，增进了同事间的情谊。这次活动让大家在紧张忙碌的工作之余放慢脚步，尽享节日的温馨悠然。



花好月圆，怡情中秋，京都律师祝大家中秋节快乐！🌕



兰亭·拙韵暂得

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



深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号
 新华保险大厦17楼
 邮编：518048
 电话：0755-33226588
 传真：0755-33226566
 邮箱：shenzhen@king-capital.com

上海分所

地址：上海市南京西路580号
 （仲益大厦）3903A 室
 邮编：200041
 电话：021-52341066 52341099
 传真：021-52341011
 邮箱：shanghai@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区体坛路22号
 诺德大厦19层01-02室
 邮编：116021
 电话：0411-81825666
 传真：0411-84801650
 邮箱：dalian@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

南京分所

地址：南京市建邺区牡丹江街69号
 大唐科技大厦B座14层
 邮编：210019
 电话：025-85231119
 邮箱：nanjing@king-capital.com

海口分所

地址：海口市美兰区国兴大道13号全球贸易之窗
 邮编：570000
 咨询电话：898-36388787
 办公电话：898-36389693
 邮箱：haikou@king-capital.com