

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM
2022/04
季刊 总第142期

 京都律师事务所
King & Capital Law Firm



P42 实务技能研讨——京都律师多领域解读法律应用实践问题

P32 特稿 / 青年法律人法律思维的养成与实践

P69 京都论法 / 新冠病毒“乙类乙管”，妨害传染病防治刑事案件何去何从

P71 京都论法 / “乙类乙管”之后，涉新冠的妨害传染病防疫案件如何处理？

P90 京都实务 / 认缴期限尚未届满的出资额远大于未清偿的到期债权，是否影响破产原因的认定？



“阳康”之后再思考

杨斌

根据国家疫情防控中心资料显示国家决定从2022年12月7日零时起，全国解封。

仿佛，就在一夜之间，三年的疫情结束了。这天下午，我回到京都北京办公室，23层办公区的律师星星点点，有些人的表情还诚惶诚恐。

我走进田文昌老师办公室，他正在和管理合伙人褚长志研究工作。有点异常的是两个人在办公室里都戴着口罩，看到我没戴口罩，田老师递给我一个崭新的N95。当晚，我感到喉咙不适，第二天，抗原检测结果显示“两道杠”，成为北京解封后的第一批“小羊人”。

后来，就是众所周知的景象，城市里咳嗽声此起彼伏，朋友圈抢购抗原、连花清瘟、退烧药，全北京全中国不知道有多少老年人住进了重症监护室。再后来，就是一个又一个“讣告”在微信朋友圈发布，一具又一具尸体在运往殡仪馆的路上排成长队。

生命如此脆弱，就像这冬天里的芦苇。

这三年，我们都共同经历了什么？没完没了的核酸，居家隔离、酒店隔离甚至方舱隔离。

这三年，我们都共同见证了什么？核酸造假、方舱拉人，封门随意、将孩子当“软肋”的威胁恐吓。

这三年，有感人的故事，有吓人的事故，有回家的艰难，有出门的不易。只有经历过的人才不会忘记，成为永恒的记忆。

大灾大疫面前，人类多么的渺小。

还好，我们都挺了过来。阳康之后，京都律师又开始法律人的思考，又开始法律人的努力。这种思考与努力依然是用理性的思维，辩护人的视角去关注如何维护人的权利。

本期《京都律师》特别推荐臧德胜撰写的《新冠病毒“乙类乙管”，妨害传染病防治刑事案件何去何从》和张启明撰写的《“乙类乙管”之后，涉新冠的妨害传染病防疫案件如何处理？》

两篇文章均指出，将新冠感染由“乙类甲管”调整为“乙类乙管”，对疫情防控具有深远影响。而长期以来，刑事制裁是疫情防控的重要手段，也是各项疫情防控政策得以

落实的重要保障。其中一个使用频率较高的罪名《刑法》第330条规定的“妨害传染病防治罪”。

根据刑法的规定，构成妨害传染病防治罪，涉及的传染病只能是甲类传染病或者是“乙类甲管”传染病。引起乙类、丙类传染病传播或者有传染严重危险的，不构成该罪。

据此，在新冠病毒感染实行“乙类乙管”之后，行为人所实施的引起新冠病毒感染传播或者有传播严重危险的行为，将不再构成妨害传染病防治罪。

对于已经发生的引起新冠病毒感染传播或者有传播严重危险的行为，根据2022年12月26日，国家卫健委发布的2022年第7号公告，一、将新型冠状病毒肺炎更名改为新型冠状病毒感染。二、经国务院批准，自2023年1月8日起，解除对新型冠状病毒感染采取的《中华人民共和国传染病防治法》规定的甲类传染病预防、控制措施；新型冠状病毒感染不再纳入《中华人民共和国国境卫生检疫法》规定的建议传染病管理。在2023年1月8日前已经生效判决确定有罪的，不因疫情防控政策的调整而受影响。因引起新冠病毒感染传播或者有传播严重危险而涉嫌妨害传染病防治罪的刑事案件，只要在2023年1月8日未作出生效判决的，适用“从旧兼从轻原则”应当做无罪处理。在侦查阶段的，可以撤销案件；在审查起诉阶段的，可以不起诉；在审判阶段的，可以宣告无罪，或者由公诉机关撤回起诉。

两篇文章有理有据，写得及时，一定会对类似案件的处理产生积极的影响。

更值得一提的是，两篇文章的作者，臧德胜曾经是审判长，张启明曾经是公诉人，现在均是京都刑辩律师。写文章，亦是法律人的视角摆事实，讲道理，谈法律。关于法律适用，两位的论述基本是一致的，或者说一定是一致的。

但是，为什么在现实世界里会发生冤假错案呢？既然是法律共同体，为什么在具体个案中也会发生认识上的不一致？问题到底出在哪里了呢？

我一直在思考，最近恍然有悟，问题或许就出在“事实不清，证据不够确实、充分”，而不是“法律适用”。





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	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

重庆分所电话 023-81032077

郑州分所电话 0371-60165600

网址 www.king-capital.com

邮箱 info@king-capital.com

目录

卷首语

“阳康”之后再思考 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

青年法律人法律思维的养成与实践 田文昌 / 32

封面主题

实务技能研讨——京都律师多领域解读法律应用实践问题

案件事实认定之证明标准 门金玲 / 43

漫谈阅卷——阅卷中的几个重要问题 徐莹 / 46

法律文书写作技巧 孙艳辉 / 53

毒品犯罪案件常见辩护策略 汤建彬 / 57

合同主要条款的涉税风险与防范 高慧云 / 63

企业隔离背景下家庭资产的保护 宇文鸿雁 / 66

京都论法

新冠病毒“乙类乙管”，妨害传染病防治刑事案件何去何从 臧德胜 / 69



追求卓越 不负重托

- “乙类乙管”之后，涉新冠的妨害传染病防疫案件如何处理？ 张启明 / 71
- 涉案财物的证明问题 朱勇辉 / 73
- 罚金执行的实践展开与相关权益保护研究 梁雅丽 傅庆涛 / 75
- 告别限期治理，这“再见”不太干脆 李波 邱悦 / 81
- 《魔兽世界》等游戏停服，
玩家虚拟财产损失谁担责？ 王琛 梁卓卿 任视宇 陈宇 / 84
- 高端洗护品牌“翻车”，划几个消费者权益保护基本知识点 高琨 / 88

京都实务

- 认缴期限尚未届满的出资额远大于未清偿的到期债权，
是否影响破产原因的认定？ 王众 孙斌 / 90
- 被调查人经监察委电话通知到案并如实供述应否认定为自首 刘立杰 钱浩 / 97
- 从司法认定角度谈职务侵占罪的辩护思路？ 夏俊 胡瑞 / 104
- “供应链金融”业务中的法律关系认定 马若飞 / 109

律·诗

- 月光下写诗 杨大民 / 112

京都律师

封面题字 江平



2022年第3期
总第141期 季刊

业绩

重大劳动安全事故案被告人获轻判

一起死亡6人的重大劳动安全事故，检察机关量刑建议为5年6个月，经过律师成功辩护，法院最终判处2年3个月。

案情简介

当事人何某是一家箱包配件制造有限公司（以下简称“公司”）的法定代表人，其将公司进行箱包配件电镀加工的第二车间租给林某负责生产经营，林某使用该公司的相关手续以该公司的名义进行电镀生产加工并接受何某管理。

第二车间在生产过程中使用硫酸铜、硫酸镍等危险物品，但车间与员工宿舍在同一栋建筑物内（宿舍在车间楼上），没有与员工宿舍保持安全距离。2021年7月份该车间设备频繁出现线路打火短路现象，林某未进行整改，地方政府安监部门曾对该车间进行检查并提出责令整改，何某、林某等人未及时有效整改。2021年7月某日车间起火，造成在该车间楼上宿舍休息的6人被烧死，一人被烧伤。

事故调查组《火灾事故调查报告》认定的事实：

1. 事故发生的直接原因：第二车间挂镀分区退镀工序生产中，违反有关规定，未开启环保通风净化装置，产生的氢气不断在车间西南侧的集气罩内聚集，形成爆炸性混合气体，遇开关箱里电器相间、相对地间绝缘击穿放电产生的火花发生爆燃，引燃周边可燃物继而发生火灾。



张雁峰律师

2. 事故的间接原因：（1）第二车间北部二层设有员工宿舍，有员工及家属长期生活居住，未设置防火分隔，属“三合一”场所，是火灾发生的重要因素；（2）厂房设置及建筑材料不符合耐火等级要求，第二车间挂镀分区的集气罩、排风管及送风管使用材料不符合防火要求，挂镀分区的电气选择及安装不符合防腐要求，且电气选择、安装不规范，环境存在腐蚀性气体且潮湿，致使局部绝缘程度降低，成为击穿薄弱点；（3）第二车间挂镀分区的集气罩、排气管及送风管未采用阻燃性材料，不符合《建筑设计防火规范》的规定；（4）安全制度缺失；（6）安全教育培训缺失；（7）隐患排查治理缺失。

3. 事故的性质：因电气设备、构筑物不符合设计规范、员工违规操作、厂房内违规设置员工宿舍、安全管理不到位引发的一起较大生产安全责任事故。

争议焦点及辩护思路

本案基本事实争议不大，争议焦点主要在于何某在事故中的作用、是否构成自首、能否判处三年以下有期徒刑。

1. 关于何某及其公司在事故中的作用

控方认为何某系公司安全生产主要负责人，与林某均负主要责任。

律师的主要辩护思路：

《火灾事故调查报告》认定的何某的责任属于事故发生的间接原因；隐患排查治理缺失主要是林某的责任；认定公司安全制度、安全教育培训缺失不属实。

何某在该起事故中责任很小，因为按照与林某的租赁合同约定，安全生产由林某负责；根据实际情况，要求何某管理第二车间勉为其难；何某基本履行了法定代表人的管理义务。

何某属于从犯。因为事故发生的直接原因在于林某；涉及公司的间接原因也有林某的责任；何某在本起事故中不是直接责任人，而是间接责任人。直接责任是指行为人的行为与事故的发生有直接的必然的因果关系，是对事故后果的发生起决定性作用的因素。间接责任是指行为人的行为与事故后果的发生有间接的联系，但无必然的因果关系，是造成重大损失的条件，不是起决定作用的因素。何某作为公司法定代表人只是管理不到位，与本起事故没有必然的因果关系。《刑法》第二十七条规定：“在



业 绩

共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。”根据“两高”的《量刑指导意见（试行）》，对于从犯，综合考虑其在中的地位、作用等情况，应当予以从宽处罚，减少基准刑的20%-50%。

律师同时提供了相关证据。

2. 关于何某是否构成自首问题

由于事故发生后何某并没有主动前往公安机关投案，也没有电话投案，公安机关的《抓获说明》称何某是“口头传唤到案”。实践中，电话传唤到案一般认定为自动投案，口头传唤到案一般不认定为自动投案，所以公安机关的《起诉意见书》和检察机关的《起诉书》以及庭审中公诉人的发言都否认何某属于自首。

辩护人的主要意见：

案发后何某以及他人拨打了119，而且何某及时赶到现场，一边临场指挥一边等待消防部门，后派出所民警赶到现场将何某带走。何某的行为属于案发后主动报案，也属于明知他人报案而留在现场配合抓捕的情形。到案细节通过发问让何某进行了详细说明，包括没有拨打110的原因是认为拨

打119也属于报案。

最高法院2010年12月公布的《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第1条规定，“1.犯罪后主动报案，虽未表明自己是作案人，但没有逃离现场，在司法机关询问时交代自己罪行的；2.明知他人报案而在现场等待，抓捕时无拒捕行为，供认犯罪事实的”视为自动投案。

到案后何某如实供述了案件主要事实（未认罪）。1998年《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第1条规定：“如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实。”而且，只要如实供述“客观事实”就可以，至于“主观心理”在所不论，因为这属于对行为性质的辩解。

同时辩护人提供了类似案例。

最终，判决认定何某构成自首。

3. 能否判处三年以下有期徒刑

《刑法》第135条规定，安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，对直接负责的

管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。而根据“两高”《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条规定，造成死亡3人以上即属于情节特别恶劣，即本案应当适用3-7年的刑期，所以检察机关的量刑建议是5年6个月。

辩护人从何某责任较小、属于从犯、构成自首、情节较轻，以及考虑企业发展等方面论证可以判处3年年以下有期徒刑，并且提供了10则案例。最终，虽然判决没有认定何某属于从犯，但认定了责任较小，在其他几名被告人均构成自首的情况下作出减轻处罚的判决（其他被告人为从轻处罚）。

教训

一起劳动安全事故，造成6条鲜活的生命瞬间消失，令人唏嘘！而且，本案的6名被告人均被追究了刑事责任，10多名行政机关的人员因监管不力被给予行政处分。此案再次说明，安全无小事，只有警钟长鸣，才能岁月静好，社会安康！

李秀娟律师携京都刑辩律师团队一案中 两次为当事人摘掉“恶势力犯罪集团”帽子

近日，在李秀娟律师带领下，由京都所多名优秀律师组成刑事辩护团队代理的某省重点涉恶势力犯罪集团

案件，在历经一审、二审（抗诉）、发回重审一审、重审二审后，最终获得了数名被告人“恶势力”全部“摘

帽”、大幅度减刑、避免了上亿元经济损失的重大辩护成果。切实维护了当事人合法权益，彰显了京都刑辩律

业 绩



| 李秀娟律师



| 刘立杰律师



| 相憬晶律师



| 张殿龙律师



| 李志广律师



| 黄凯律师

师的专业与敬业。

一、兵贵神速，疫情肆虐下分秒必争

该案件系2020年全国“扫黑除恶”专项行动期间，被南方某省列为重点“恶势力集团犯罪”的重大案件。以公司法人代表为首的全部中层以上管理人员突然被公安带走调查，致使公司经营管理陷入瘫痪，且难以获取涉案情况。囿于侦查期间信息不畅及当事公司对法律程序的不了解，致使案件直到审查起诉的最后时刻才求助律师。面对时间紧迫的不利局面和疫情带来的不确定性，李秀娟律师与当事人沟通的当日便随之前往案发地，并紧急召集律所精干力量

组成由中坚骨干和新锐律师参与的辩护团队。

此时恰逢北京疫情爆发，前往当地办案面临就地隔离14天的风险。刘立杰、相憬晶、张殿龙、李志广、黄凯等律师毅然冒着风险踏上征程。最终赶在了检察院审查起诉的最后一日，成功完成阅卷。为后续辩护工作争取到了宝贵时间。

二、如琢如磨，疑难案情下的深入研究

面对涉案人员之众，涉及罪名之多，几百本证据之复杂的状况，律师团队在紧迫的时间和重大的压力下，团结一致、分工协作、加班加点，开

展了细致而又全面的阅卷和研究分析工作。期间，刘立杰律师多次往返北京与办案地，及时对补充侦查的证据材料进行拍照阅卷，并就强迫交易、聚众斗殴、自首等问题提出意见；相憬晶、张殿龙律师连日驻守当事人单位，帮助公司梳理涉案账目、查找有利证据线索，并就敲诈勒索、从犯认定等问题提出意见；李志广、黄凯律师连续数日前往法院，认真、细致地观看案件同步录音录像，并将其中违法嫌疑点和讯问录像与笔录中的矛盾点一一记录下来，就非法证据排除等问题提出意见。

细致梳理案件证据后，团队成员结合各自负责被告人的涉案情况，就



业绩



恶势力犯罪集团定性、是否构成各个罪名等问题开展理论研究和实务分析，在各自充分阅卷和了解案情的基础上，形成了专门的研究成果，制定有效的辩护方案。

此外，针对案件中关键证据——司法会计鉴定意见，李秀娟律师带领黄凯律师专程前往外地省市，商请司法会计鉴定领域资深专家给予智力支持，在科学论证的基础上，制定了详尽的质证和发问提纲。成功申请专家证人出庭发表意见，为庭审辩护奠定了坚实的基础。

三、团队协作，不利条件下的专业配合

法庭审理期间，辩护团队充分发扬协作精神，克服重重困难和不利局面，在一审、二审、重一审、重二审庭审上，均获得了极佳的辩护效果，得到了合议庭和当事人、公司员工及各位家属的高度赞誉。

一是坚持依法有效辩护，用“专业说服专业”。无论是在一审、二审还是重审阶段，律师辩护团队都据理力争。在庭前会议和庭审过程中对非法证据排除问题坚持依法发声；多次要求合议庭严格依照“两高两部”的法律意见对恶

势力定性问题进行审查；在极为苛刻的外部环境下，勇于取证，善于取证，穷尽一切法律手段为案件寻找突破口；在事实证据和法律适用上，捍卫底线，深挖细节，从手印、签字、见证人、照片对比、自首认定、量刑规范化指导意见等多个细节中，为当事人争取到无罪、罪轻或财产刑方面的多个法定、酌定情节，最大限度维护当事人的合法权益。

二是法庭内外全方位深入沟通。各位辩护人数次前往法院、检察院，与合议庭法官及控方检察官就此案关键问题从不同角度进行深入的探讨交流，通过大数据分析、可视化图表、对比演示、案例参考等方法，竭尽全力帮助法院及检察院全面了解案情、力求在事实认定及法律适用上达到共识。

三是积极发挥团队作战优势。面对新闻媒体网上报道“发声多”，庭审梳理焦点问题多等舆论压力和“兵无常势，水无常形”的不确定状态，团队律师沉着、冷静应对，全方位、全过程准备，做到“不留死角”，不打无把握之仗。在庭前会见、阅卷、走访、深耕细作的基础上；庭上围绕定罪量刑的核心内容及焦点问题，有针对性地论述及回应，相互配合、有益补充；庭下再提交几十份论法理、说事实的书面意见及提供大量的指导案例。获得了有效的辩护效果。

四是充分发挥各自专业特长。本案律师团队具有学历高、专业性强、经验丰富、崇法明德等特点。其中具有法学硕士、博士学位律师达90%以上，全部由高校法学教育、纪检监察、法院、检察院和公安部门转行及

从事刑事辩护多年工作经验、业务骨干组成。各位律师充分发挥自身专业优势，从侦查、审查起诉程序合法性、定罪量刑的适当性、刑事法律理论前瞻性、刑事辩护实务经验等多角度、全方位地开展辩护工作，凸显了京都刑辩律师的兼备素养及专业技能。在辩护团队的共同努力下，为本案先后两次恶势力“摘帽”打开了良好局面。

最终，案件在三年鏖战和艰难的坚持之后，法庭采纳了辩护律师的主要观点。于2022年深秋迎来了终审判决——此案不构成恶势力犯罪集团的定性和涉案当事人大幅度减刑及避免上亿元经济损失的结果。最大限度地维护了当事人及公司的合法权利和经济利益。在全国范围内创造了重点涉黑、恶案件先后两度获得“摘帽”判决的罕见经典判例。

“道阻且长，行则将至。”本案的成功辩护，代表了京都二十七年来来的刑辩精神传承，体现了京都刑辩律师对法治的坚定信念、对公平正义的不变信仰和对庭审艺术、辩护技能的不懈追求！



业绩

京都所助力大唐发电成功发行首期能源保供特别债



刘敬霞律师

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首期能源保供特别债，发行规模20亿元，发行期限5+N。

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，为本次发行提供了专业、高效的法律服务。

在此次发行过程中，由本所高级合伙人、金融部主管合伙人刘敬霞律师牵头，樊利涛律师和于亚敏律师作为主办律师出具了相关法律意见书，合伙人程光律师、王颖实习律师为此提供了全面法律支持，共同保障了本所法律服务工作的高效、顺利完成。

能源保供特别债是落实今年8月24日国务院常务会议部署的“支持中央发电企业等发行2000亿元能源保供特别债”的稳经济一揽子政策措施，以应对国际能源价格波动上涨、国内电力市场结构性矛盾等因素对中央发电企业的影响。中国银行间市场交易商协会基于此创新推出能源保供用途债券，募集资金专项用于发电类企业的煤炭采购、补充营运资金等，以提升能源电力保供能力，加力巩固经济恢复发展。

能源电力安全保供是经济社会稳



樊利涛律师

定运行的基础保障，能源保供特别债作为稳经济接续政策重要举措，成功发行意义重大。在8月24日国常会部署之后，中国国新控股有限责任公司已在9月5日成功发行首单能源保供特别债。大唐发电此次发行紧随其后，“5+N”年中长期资金的注入有助于企业进一步增强中长期发展基础，有效落实能源保供任务。

京都所唐利君律师、梁薇律师、高颢伦律师为百年文化传承保健品企业成功化解刑事风险并搭建企业合规体系

今年4月至10月，由中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院、公安部等12个单位共同参与，为期半年的打击整治养老诈骗专项行动在全国展开。其中，“保健品坑老”是这次专项行动重点打击、整治对象。某百年文化传承保健品企业因西南省份某经销商涉嫌“坑老”犯罪，委托京都

所提供刑事风险防控及企业合规体系搭建两项法律服务。

重拳打击“坑老”犯罪背景下，为客户隔离刑事风险，守住百年字号声誉

委托人作为具有百年文化传承历史的老字号保健品企业，因下游经

销商不合规经营而卷入刑事调查程序中。京都所接受委托后，基于刑事案件办理的黄金窗口期，高级合伙人唐利君律师、合伙人梁薇律师、高颢伦律师等人迅速组建专项工作团队，快速切入案情，厘清各方的刑民交叉事实，确定“两步走”战略，经与公安机关的不断沟通，成功为客户化解刑



业绩



| 唐利君律师



| 梁薇律师



| 高颢伦律师

事法律风险，取得了客户的首肯和赞誉。

为企业量身打造、精准设计，完成合规体系搭建，为企业展业保驾护航

前期工作成果取得客户首肯和信赖后，京都所再次接受客户委托，为客户提供企业合规法律服务，助力企业全面隔离风险，行稳致远的发展。

团队律师通过访谈、企业走访、资料研读等多种形式和方式，对客户企业进行全面调研、摸底，并结合保健品行业特性，完成对客户企业合

规痛点、盲点的抓取和合规完善，打造了契合客户实际需求的《合规手册》。

在《合规手册》的设计起草过程中，律师团队不仅立足于保障企业长远合规发展总体目标不变的大前提，亦兼顾手册内容的实际可操作性，以确保企业合规体系的真正落地和执行。为此，律师团队对合规风险识别和风险控制体系进行了精准化设计，对合规责任部门权责进行了差异化安排，以满足客户对合规手册“拿来即用，有用好用”的期望。

结语

合规的价值在于创造价值，企业合规对企业、监管方乃至整个社会经济发展均将产生巨大裨益。2018年是我国企业合规元年，2020年是我国企业合规改革试点启动年；2021年是我国企业合规试点持续推进年；2022年4月最高检“官宣”企业合规在全国范围内全面推开。京都所作为一家全国领先的大型综合化律师事务所，秉承“追求卓越、不负重托”的理念，成功为客户搭建企业合规体系，得到客户的高度好评，助推企业可持续发展。

录像遗嘱效力得确认，牛星丽、郭鑫鹏律师助继承案委托人获房产

近日，由京都所高级合伙人牛星丽、律师郭鑫鹏代理的继承纠纷案件中，各方争议的录像遗嘱效力得到法院确认，委托人获得终审胜诉判决，成功取得房屋遗产，律师工作获得委托人高度赞誉。

基本案情

被继承人付某与原配郝某婚后育有付某甲、付某乙、付某丙、付某丁四子女。1972年郝某去世。1973年，付某与程某结婚，婚后未生育子女。付某与程某结婚时，付某甲与付某乙

均已成年，付某丙与付某丁尚未成年，属于程某继子女。

2003年程某去世。2020年10月，被继承人付某去世。付某去世时留下的主要遗产为1994年购得的北京房产一套，付某去世前让付某丁代其书写

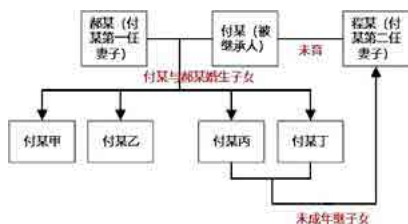
业绩



牛星丽律师

遗嘱一份，将房产留给付某丁，为谨慎起见，付某丁请了两名同事作为遗嘱见证人，对整个过程进行了同步录音录像。

付某去世后，付某乙、付某丙不认可遗嘱效力，认为应按法定继承平分房产，各方就房产继承产生纠纷，诉至法院。



亲属关系示意图

本案涉及法律对代书遗嘱的形式要求、录音录像遗嘱的效力，《继承法》与《民法典》新旧法的适用规则等继承案件典型问题，对律师诉讼策略选择有较高要求，属于十分具有代表意义的继承纠纷案件。

要点分析

1. 代书遗嘱与录像遗嘱并存，该如何选择？

法律规定代书遗嘱应由见证人书

写，而本案中代书遗嘱系由继承人付某丁书写，不符合法定形式，有被判定无效的风险，因此主办律师最终选择放弃代书遗嘱，转而将录像作为遗嘱向人民法院提交，以避免遗嘱无效而进入法定继承的风险。

2. 录像遗嘱是独立遗嘱还是代书遗嘱的辅助录像？

本案中录像遗嘱虽然是对代书遗嘱过程的记录，但其完整清晰记录了被继承人处分遗产的真实意思表示，具备遗嘱的完整内容，且有两位见证人全程见证，符合遗嘱法定形式，因此，该录像遗嘱属于独立的合法遗嘱形式，而非代书遗嘱的辅助录像。

3. 录像遗嘱的法律效力？

本案录像遗嘱形成时，民法典尚未生效，应适用原《继承法》，虽然《继承法》对录像遗嘱形式无明确规定，但司法实践中已普遍认可录像作为遗嘱的有效形式；本案进入诉讼阶段，民法典已生效，根据民法典时间效力司法解释相关规定，原法律无相关规定而民法典有明确规定的可以适用民法典，因此本案也应适用民法典综合判定录像遗嘱效力，本案中录像遗嘱符合民法典关于录像遗嘱的法定形式要件，属于有效遗嘱。因此，无论是适用原继承法还是民法典，本案录像遗嘱均为有效遗嘱。

在对案件进行了整体分析后，承办律师随即展开工作，首先到访多处公安机关户籍科调取了付某与程某的全部亲属关系，证实了程某的继承人仅有付某及未成年继子女付某丙、付某丁；同时联系到录像的两位见证



郭鑫鹏律师

人，向其核实录像当天的真实情况，并在征得见证人同意后请其出庭作证；最后，综合所有事实与法律问题后，承办律师提出了付某丙应依照法定继承享有房屋六分之一份额，付某丁依照法定继承及遗嘱继承享有房屋六分之五份额的法律意见。



房屋继承份额示意图

最终，承办律师的法律意见得到了一、二审法院的认可，人民法院最终判决房屋归属于付某丁，由付某丁将房屋价值六分之一的折价款支付给付某丙。由此，委托人的合法利益得到了充分保障。

律师建议

家庭继承类案件往往错综复杂，尤其是当存在多份遗嘱的情况下，遗嘱效力成为能否顺利继承遗产的关键，稍有不慎就有遗嘱无效的风险。



业绩

因此律师提醒，在订立遗嘱时，应着重注意以下问题：

1.《民法典》明确了自书遗嘱、代书遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱、公证遗嘱5种遗嘱类型，继承人可

视自身情况选择合适的遗嘱类型；

2.《民法典》第1133条至第1144条对每种遗嘱类型的形式要求作出了明确规定，在订立遗嘱时应采取符合法律规定形式，如有疑问应及时咨询专业人

士，防止遗嘱效力产生争议；

3.订立遗嘱除形式上符合要求外，内容也应符合法律规定，不得违反法律强制性规定。

相憬晶、赵星律师成功办理法律援助案件，为涉嫌非法吸收公众存款罪的受援人李某减少违法所得4000多万元

2022年3月，相憬晶、赵星律师接受北京市法律援助中心指派，担任涉嫌非法吸收公众存款罪的上诉人（原审被告）李某的二审辩护人，经过两位承办律师的不懈努力，二审判决将李某的违法所得由6000多万元减少至2000多万元，极大的维护了受援人的合法权益。



相憬晶律师



赵星律师

案情简介

本案中，公诉机关指控上诉人李某等24名原审被告利用某商通公司等，以销售商品、寄卖返利等为名，在互联网平台上运营“消费新业态”等集资项目，通过订单中心、网络、媒体、培训班等途径向社会公开宣传，承诺保本付息，先后吸收26万余人资金共计人民币310亿余元。其中李某参与非法吸收资金共计人民币1亿余元，公诉机关认为李某变相吸收公众存款，扰乱金融秩序，数额巨大，应以非法吸收公众存款罪追究其刑事责任。

一审法院开庭审理后，判决李

某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年九个月，并处罚金人民币十二万元，且认定李某取得违法所得6141万余元。

一审判决后，李某对于定罪与量刑均没有异议，唯独认为一审法院认定其的违法所得与事实不符，遂提起上诉。

律师工作

承办律师在接到法援中心指派后，及时与二审法院取得联系并进行阅卷。在通过阅卷了解了案件的基本情况，便积极与看守所预约会见，

但正值疫情形势严峻，会见工作一度停滞，且考虑到李某刑期将满，即被取保候审，承办律师最终在李某被取保候审后成功与其进行会面，也进一步了解了案件的情况及李某的上诉诉求。

结合阅卷及会见李某，承办律师认为，一审法院对于李某违法所得的认定确实过高，没有考虑到李某既是代理也是供货商，他作为供货商与公司的往来不应该认定为违法所得，且其从其他会员处收购积分并已转账支付的钱款应当从其违法所得中扣除。

在确定了辩护方案后，辩护律师

业绩

便指导李某对其作为供货商与公司往来的账目和其与其他会员之间就积分收购发生的账目进行统计，赴银行调取相关转账明细、找相关会员签字确认等，最终将收集到的新证据及承办律师的辩护意见提交法庭，法庭结合我方提交的新证据及辩护人的意见，委托北京市某会计师事务所于2022年11月3日出具“审计意见补充书”，并组织李某及辩护人进行了线上听证，

最终将李某的违法所得从6000万余元减少至2000万余元。

案件感悟

法律援助是我国法律所规定的一种司法救济制度，对因经济困难及其他因素导致的难以通过一般意义上的法律手段保障自身基本权利的社会弱者来说，这是他们实现其司法权益的一项法律保障。承办法律援助案件，

律师不仅能够亲眼看到陷入法律困境群众的焦虑及无助，也能亲身经历法律援助办案人员的艰辛与不易。也让我们意识到“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”离不开律师、法官、检察官等法律职业者的共同努力。本案中，正是由于承办律师及承办法官对待案件的谨慎和负责，才能够让李某的合法权益最终得到了法律的保护。

李志广律师有效辩护，案件最终实报实销

近日，由北京市京都律师事务所李志广律师代理的某派出所民警赵某涉嫌介绍贿赂、妨害作证案，一审公诉机关量刑建议三年六个月，并处罚金50万元。李志广律师坚持全案无罪辩护，最终减低量刑为一年二个月，罚金一万元，案件实报实销。

接受委托后，李志广律师多次会见，核实案件细节，仔细查阅卷宗，运用大数据类案分析，经过团队研判和商讨，确认全案无罪的辩护思路。审判阶段，辩护律师提交大量对本案有利的书证，申请法院向关键证人取证，同时申请控方证人出庭。庭审



李志广律师

前，辩护律师多次模拟就重点证人的发问，多次调整发问提纲。法庭调查阶段，辩护律师通过向控方证人连续

发问，最终成功印证证人存在虚假陈述，使得合议庭对证人证言的真实性产生怀疑。法庭辩论阶段，辩护律师从案件事实、证据角度出发，充分发表无罪辩护意见。经审委会评议，虽未采纳辩护人无罪辩护的意见，但在量刑上做出大幅减让，案件最终以实报实销的方式收尾。

本案结果留有遗憾，未能实现无罪辩护的目标，相较于公诉机关指控的量刑，已经有了大幅度减低。经家属和当事人协商，表示不再上诉。家属对京都律师的专业能力和认真的工作态度给予高度认可。



业绩

京都所姜旻、马钊律师在涉外案件中扭转乾坤，确定委托人大额房产继承



姜旻律师

近日，姜旻、马钊两位律师代理了一起涉外法定继承纠纷案件。委托人在美国存在收养关系，根据我国相关法律规定收养关系成立即排除对亲生父母继承权的不利条件下，代理律师指导委托人根据其母亲与收养人结婚在先，收养在后的事实，即明确委托人与其收养人首先是继父子关系，然后才是根据美国当地的法律为了维护委托人（当时是一个12岁少年）最高利益更名换姓而形成的收养关系之事实的主要证据进行了郡、州到美国国务院的三级认证。同时，成功说服法院和对方当事人根据中国的法律规定确认委托人与其收养人首先是继父子关系的事实，致使委托人的法定继承人身份不被其在美国的收养关系排斥，最终成功获得继承房产满意份额。

1、案情简介

当事人袁某出生于北京，因其父早逝，其母于1994年在美国与徐某再婚。袁某于1996年随母赴美国佐治亚

州共同生活。为完成移民手续并确保未来生活便利，袁某需冠继父徐某姓氏，并根据当地法律规定，袁某与徐某签署了收养手续相关法律文件并由此形成生效判决，确认袁某与其母亲再婚丈夫徐某形成了养子与养父的关系。

袁某的爷爷奶奶曾于2000年购入部委公有住房一套，位于北京市东二环与东三环中间、长安街沿线，现有市值已近千万，现二人均已去世，该套房屋属于遗产。

袁某爷爷奶奶共有3名子女，除袁某父亲外，还有袁某的大伯和姑姑。其中袁某的姑姑已书面放弃继承，袁某大伯婚后育有一儿，即袁某的堂哥，袁某的大伯现也已去世。即袁某对于涉案房产属于代位继承人，袁某堂哥属于转继承人。

2021年，袁某的伯母以袁某堂哥要办理房产继承为由与袁某取得联系，并声称将保留给袁某房产一半的继承份额，涉案房产将由袁某及其哥哥两人共同继承，并由此取得袁某大量身份文件，其中包含了袁某与其继父形成的养父子关系的关键性证据。随后，袁某哥哥马上提起法定继承诉讼，并以袁某已被收养，根据我国收养法、继承法等相关法律规定，袁某已丧失与其亲生父亲及其他近亲属间的权利义务关系为由，诉请排除袁某法定继承资格，涉案房产由袁某哥哥一人继承。



马钊律师

2、争议焦点

本案的案件事实清晰，核心的争议焦点在于法律适用问题。

根据我国法律，因袁某母亲与徐某再婚，袁某与徐某形成的是继子与继父的关系，并且袁某也并不符合我国收养法规定的被收养人的条件。基于继父子关系，袁某对于涉案房产的代位继承人身份是毋庸置疑的。

但是，根据美国佐治亚州的法律，袁某与徐某所形成的却是养子与养父的关系，而我国《收养法》及《民法典》均规定，养子女与生父母以及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除，并且《涉外民事关系法律适用法》规定，收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。收养的效力，适用收养时收养人经常居所地法律。

这意味着一旦袁某的收养关系适用了美国当地法律，其很大可能会丧失继承人的身份，与爷爷奶奶留下的大额财产失之交臂。

业 绩

3、抓住重点，多举齐下，突破难题

通过综合分析国内外法律规定的冲突、法律适用问题及本案的具体情况，两名律师最终选择了几个关键的突破方向：

首先，强化袁某母亲与徐某再婚的事实。

为此，一方面，律师向法院充分阐明理由，最大限度的延长了举证期限，另一方面律师与当事人沟通，当事人在中美疫情屡次交错反复、美国本地工作效率极为低下的不利情况下，经过半年的时间，艰难的取得了佐治亚州下辖郡、州自身以及美国国务院各级对于双方结婚证书的全部公证认证文件。以此向法官充分阐明，袁某的母亲与徐某再婚在先，而由此袁某与徐某之间实际上形成的是继父子关系。

其次，强调袁某并不符合国内被收养人的身份条件。

在庭审过程及代理意见中，律师反复向法官说明，袁某并非孤儿，其根本不符合国内收养法及相关法律规定关于被收养人的身份条件，即根据中国的法律规定其根本不具备被收养人的条件。

再次，向法庭充分论理说明本案应适用中国法律，认定双方属继子及继父关系，确定袁某享有继承人身份，其享有继承遗产的权利。

庭后，律师一方面以涉外案件不受审限限制为由再次向法官申请延期举证，力图为当事人补充证据争取更多的时间。

另一方面再次指导当事人寻找美国当地法律及相关司法审判案例，目的在于证明在美国的“收养关系”不同于国内的“收养关系”，养子女

依旧保留对于亲身父亲遗产的继承权利。并进一步与当事人共同寻找美国本地律师及专家学者，希望能根据事实、判例和法律规定出具法律意见书及相关法律分析文件。

4、审判结果

最终，本案经两次开庭，近一年的审理过程，于近日收到法院判决。认定本案袁某与徐某在国内法范畴形成继子继父关系，根据美国当地法形成养子与养父关系，但无法证明国外的“收养”与国内的“收养”是否为同一含义，并无法查明当地所称“收养”是否影响其对于生父遗产的继承，属于不能查明外国法律或该国法律没有规定的情形，故确定本案应适用中华人民共和国法律，确认袁某的继承人身份并继承相应房产份额。

京都所范颖慧、张露月律师： 助力企业开展财税专项合规整改，顺利通过第三方监督评估机构验收



范颖慧律师



张露月律师

2021年，某高新技术企业因涉嫌虚开增值税专用发票罪，委托京都所就开展刑事专项合规整改事宜提供法律服务。

一、合规团队介入辅导，推动合规整改启动

接受委托后，合规团队第一时间对涉案企业的整体情况进行研判。涉



业绩

案企业主要业务领域为军品供应，且具有较高的科研能力，在行业内一直处于领先地位，案发前正处于上市准备过程中，本身即具有较好经营状况和发展前景。

合规团队从企业的经营情况、未来发展、整改措施等多维度进行论证说明，指导涉案企业向检察机关提交相关文件，申请检察机关对涉案企业启动专项合规整改。

二、顺利通过检察听证，涉案人员终得获释

申请文件提交后，合规团队开始逐步辅导企业开展合规整改，在法定代表人/实际控制人缺位的时期，指导财务部门自主开展自查、涉税培训及制度梳理等工作。

2021年11月，检察机关组织召开听证会，由涉案企业汇报整改措施及进度。本次汇报后，检察机关同意涉案企

业启动刑事专项合规整改，法定代表人在被羁押近六个月后终于获释。

三、深入公司全面尽调，有效落地整改措施

法定代表人/实际控制人获释归位后，合规整改工作得以更加有效、全面地展开。合规团队与公司管理层共同对案发原因进行解析，同步对企业进行全面尽职调查，结合企业实际经营模式、业务情况、财务人员构成、重大事项决策制度及已经引入ERP系统等诸多因素，制定了详细的、有针对性的整改方案，并辅导企业逐项完成。

四、参加合规整改验收，助力合规成果展示

2022年9月，检察机关指定第三方监督评估机构对案涉公司开展合规验收工作。合规团队协助企业逐项梳理

一年内所落实的整改工作，形成合规整改工作报告，并依据第三方监督评估机构的验收要求，提交验收资料。

2022年9月23日，第三方监督评估机构会同审计、税务领域专家共同开展验收工作。合规团队与涉案企业主要人员共同参加了验收会，协助企业就整改情况进行汇报，并陪同涉案人员、合规部负责人、财务部负责人就第三方监督评估人提出的问题逐一予以回复和解答。

最终，第三方监督评估机构向检察机关提出涉案企业通过合规整改验收的建议。

京都所合规团队在辅导企业整改过程中，秉承“追求卓越，不负重托”的事务所文化，积极创新、因地制宜、有效落地整改措施，切实做到真整改、真合规，助力民营企业依法依规、良性发展。

徐伟、丁丽萍、江宁律师37天救援，提供网络中立服务被控涉嫌“传销”，技术人员终未被批捕



徐伟律师



丁丽萍律师



江宁律师

业绩

近日，京都律师事务所合伙人徐伟、丁丽萍律师，江宁律师代理的Z某涉嫌组织、领导传销活动罪一案，经过与检察官的多次有效沟通，当事人未被检察院批准逮捕并成功取保候审。

本案中，Z某接受委托为他人提供网络技术服务，并生成网络产品供委托人自行使用，但委托人将网络产品用于传销活动，故Z某被指控涉嫌组织、领导传销活动罪。

辩护人介入案件后，根据会见了解的情况，认为Z提供的服务是事前的中立帮助行为，主观上不具有犯罪故意，依法不构成犯罪，不应当被批捕。

因Z某事后未参与具体的“组织、

领导传销”行为，所以事前的技术服务是否构成共同犯罪，其主观方面是行为定性的关键。

但检察官根据对案情的了解，对主观上不知情的辩护意见并不认可。

辩护人再次强调，Z某提供服务的次数及金额不能用于直接推定其主观上已经达到“明知”的程度，建议重点审查是否有客观证据显示Z某与他人有过犯罪共谋；同时，Z某接受委托前会检查委托人的营业执照、公户信息、域名备案等材料，其客观行为证明主观上无犯罪故意；此外，经辩护人核验，生成的网络产品从形式上看反映不出可能被用于传销的特点；因

此，如果无其他客观证据支持，不能认定Z某存在犯罪故意。辩护人还提出，结合新颁布的取保候审规定，Z某的社会危险性较小，且本案证据可能不足，应当依法适用取保候审。

经过多次良性沟通后，检察官经研究认定Z某涉嫌犯罪证据不足，最终未批准公安机关的逮捕申请。Z某得以在国庆节前重获自由，与家人团聚。

本案中，辩护人运用办理信息网络犯罪相关案件的丰富经验迅速制定辩护策略，并与当事人、办案机关形成良性沟通，抓住黄金时期充分表达辩护意见，收获了理想的辩护效果，赢得当事人及其家属的高度认同。

徐伟、江宁律师有效辩护，盗窃案嫌疑人未被批捕

近日，京都律师事务所合伙人徐伟律师，江宁律师代理的Z某涉嫌盗窃罪一案，经过提交辩护意见以及与检察官的多次有效沟通，当事人未被检察院批准逮捕。

经会见了解，2022年10月，Z某与同伴因一时贪念，从某品牌店内拿走了商家衣物，到案后，Z某供认不讳。由于被盗衣物的吊牌价格已经超过了当地盗窃罪立案标准，Z某因涉嫌盗窃罪被刑事拘留。会见当天，Z某还告诉辩护人，前不久民警将衣物的价格认定结果告诉了他，经了解后，我们发现被盗衣物价值认定低于盗窃罪立案标准。这意味着，Z某可能不构成盗窃罪。

但根据盗窃罪的法律规定，即使被盗物品的价值未达到入罪标准，如果行为人二年内盗窃三次以上的，仍可能构成盗窃罪，或者一年内行为入曾因盗窃受过行政处罚，此次被盗物品的价值只要达到入罪标准的一半，也可能构成盗窃罪。

于是，我们向Z某进一步核实，是否有其他情形的存在。在得到Z某否定的回答后，我们再次提醒Z某，检察官会对案件做全面审查，包括同案犯的供述和其他客观证据，不是仅听取其本人的辩解。如果有证据证实确有其他入罪情形的，不如如实供述反而会效果欠佳。Z某则更加坚定地告诉我们没有其他情形。

了解到上述情况后，辩护人认为Z某虽然实施盗窃行为，但涉案金额未达到“数额较大”的标准，依法不构成犯罪，遂向公安机关申请取保候审。承办民警告知辩护人，Z某等人存在多次盗窃的嫌疑。公安机关驳回取保候审申请后，将案件移送检察院审查批捕。

在与检察官取得联系后，检察官亦表示，Z某等人存在多次盗窃的情形，已构成盗窃罪。

辩护人从两方面着重阐述了辩护意见，一方面，如果认定Z某存在其他犯罪事实，应有充分的客观证据予以证明，比如是否存在能够证明具体盗窃时间、地点的证据，衣服失窃的报案记



业绩

录，失窃衣服具体货号、款式、尺码等是否能与搜查到的衣服一一对应，是否存在监控视频能够证明盗窃行为确实是Z某实施的等等。另一方面，辩护人对近几年该地区类似案例进行梳理，发现针对涉案金额相当的案件，即便次数达到两年以内多次的，亦属情节轻微，没有逮捕的必要。

最后，辩护人向检察官表示，Z某

已深刻认识到自己的错误，一段时间的羁押对其已经达到惩罚效果及教育警示作用。Z母因该案心脏病复发已住院，Z某的孩子只能由邻居代为照看，他们亟需Z某回归家庭。检察官听后表示，可能要让邻居继续代为照看孩子几个月。

审查批捕的期限内，辩护人又与检察官进行了几次交流，并递交了详

细的书面意见。在焦急的等待中，Z某终于在第37天因证据不足被释放，其他同案犯仍被批捕。

本案中，辩护人结合事实与证据、法理与情理等综合角度充分发表辩护意见，检察官也能够听取辩护人的意见，坚持以认真负责、实事求是的态度作出决定，最终案件收获了理想的效果。

徐伟律师成功辩护，当事人买卖虚拟币涉嫌“掩隐罪”未被批捕

近日，京都律师事务所合伙人徐伟律师代理的Z某涉嫌掩饰、隐瞒犯罪所得罪一案，经过徐伟律师与检察官的多次有效沟通，当事人未被检察院批准逮捕。

本案中，上游向Z某购买比特币，但支付的钱款被认定为诈骗所得，因此Z某被指控为掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

辩护人介入案件后，根据会见的情况，制定了初步的辩护策略，当事人在本案中的行为不构成犯罪所以不应当被批捕，即使构成犯罪也仅可能构成轻罪，没有被批捕的必要。

当事人被指控掩饰、隐瞒犯罪所得罪，根据数额可能被处以三年以上有期徒刑。辩护人认为，本案中上游看似异常的支付方式可能会引起当事人的警觉或是担心，但这种认知的程度无法达到该罪主观上“明知”的要求。同时，上游支付方式也并不符合

法律或司法解释中可以推定明知的认定情形。

检察官根据掌握的情况对辩护人意见提出了异议，辩护人则表示，即使当事人涉嫌犯罪，也仅可能是三年以下的帮助信息网络犯罪活动罪，而不是掩饰、隐瞒犯罪所得罪，亦没有逮捕的必要。从主观构成要件考虑，本案中当事人对于上游资金的性质仅限于概括性认识。从客观构成要件考虑，掩饰、隐瞒犯罪所得罪以上游犯罪既遂为前提，本案中当事人客观上在上游犯罪既遂前已介入。从主客观相一致的角度考虑，当事人即使构成犯罪也仅可能涉嫌轻罪。

辩护人还向检察官反映了口供内容客观性可能存在的问题，当事人在接受讯问期间由于某些原因，产生了恐惧、害怕的情绪，作出了与事实不相符的供述。在口供可能存在瑕疵的

情况下，辩护人立场坚定地建议检察官应重点审查在案的聊天记录情况。

在递交《不予批准逮捕律师意见书》时，辩护人再次向检察官提出：“上下游嫌疑人都未到案，现有证据可能不足，当事人社会危险性较小，新的取保规定刚颁布，这种情形应该取保，您是否还要坚持批捕？”

在多次良性沟通后，检察官经研究认为当前的证据无法证明当事人对所有资金的性质存在明知，再结合该案管辖存在瑕疵，最终未批准公安机关的逮捕申请。当事人终于重获自由。

本案中，辩护人运用成熟的辩护逻辑以及多次良性的沟通收获了理想的结果，展现了京都律师的敬业精神和刑事辩护的专业水准，赢得了当事人及其家属的高度肯定。

业绩

徐伟律师有效辩护，开设赌场案涉案金额过亿，审查起诉阶段，嫌疑人提前获释

近日，京都律师事务所合伙人徐伟律师代理的Z某涉嫌开设赌场罪一案，经过审查起诉阶段辩护工作的开展，Z某被取保候审。

Z某所在公司主要为客户提供网络接入和服务器托管业务。侦查机关指控，某赌博犯罪团伙将赌博平台服务器架设在Z某公司，Z某故意提供技术帮助，因此构成开设赌场罪。

辩护人在审查起诉阶段介入案件，此时Z某已经被异地羁押超过3个月。通过阅卷，辩护人了解到，该案是当地专案，案件涉案人数较多，犯罪团伙仅获利就已经过亿。Z某并非赌场负责人却被侦查机关列为“头号”

嫌疑人。

辩护人及时对卷宗进行了审阅，根据卷宗内容，辩护人发现了与Z某相关，程序及实体上的疑点与问题。

就程序方面而言，Z某被带走后的几日内未做任何讯问笔录；首次讯问笔录反映出侦查人员讯问时间过长；侦查机关拘留Z某后未按规定将其及时送往看守所；侦查人员在看守所外场所对Z某提讯。考虑到Z某存在后期翻供情形，辩护人建议检察官对相关证据进行重点审查，以防冤假错案。

就实体方面而言，辩护人重点阐述了证据相互矛盾，重要证据缺失的情况。

承办检察官在沟通中表示，该案重大且较为复杂，届时会在收到律师书面意见后开会讨论相关问题。

最终检察院决定将案件退回公安机关补充侦查，退补期间公安机关通知家属为Z某办理取保候审，Z某成了当前唯一被释放人员，此时Z某已经被羁押6个月之久。

本案中，辩护人运用成熟的辩护逻辑为当事人赢得了理想的结果，展现了京都律师的敬业精神和刑事辩护的专业水准，赢得了当事人及其家属的高度肯定。

十年以上到缓刑，危害珍贵、濒危野生动物罪被告人走出看守所

近日，北京市京都律师事务所马立喜律师辩护的尹某涉嫌危害珍贵、濒危野生动物罪一案，由尹某到案时面临十年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产，到最终2022年11月11日一审判决尹某有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币3万元。尹某于宣判后马上走出看守所，重获人身自由。

被告人长期被羁押

尹某涉嫌危害珍贵、濒危野生动物罪一案，其于2021年3月19日到案后便被限制人身自由，到2022年11月11



马立喜律师

日宣判当日走出看守所，其被羁押了一年七个月有余。

司法解释调整致法定刑下降一档
本案先后历经三次庭审，期间恰

逢2022年4月9日最高法、最高检新的《关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“《野生动物解释》”）施行，第三次庭审前法定刑被调整为五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。据尹某称，检察院彼时对尹某的量刑建议是有期徒刑六年。

经法庭辩护法定刑再下降一档，终获缓刑判决而重获自由

马立喜律师于第三次庭审之前接受被告人家属委托介入案件，法院随时可能通知开庭，面临的辩护压力极



业绩

大，需要日夜兼攻、挑灯夜战。经过详细查阅、分析案卷材料，再次研习所有涉野生动物犯罪法律法规、司法解释、复函、答复、国际公约、野生动物名录、价值认定标准等等，最终决定依法、依据、依理为尹某做无罪辩护，形成了长达11页的无罪辩护意见。最终法院对马律师辩称的所涉动物为人工繁育鸚鵡而非野生、造成鸚鵡死亡数量事实不清、鸚鵡死亡的结果不能归结于尹某的涉案行为（刑法上的因果关系）、涉案价值认定错误等问题给予了具体评判并予以采纳。

虽最终没有判处尹某无罪，但刑期突破了五年并适用缓刑，作为承办机关曾发布公告予以重点关注的案件已经是比较理想的结局了。其实，能够早日与家人团聚是马律师会见尹某时尹某最大的期待。从十年以上，到五至十年之间，再到缓刑重获自由，一路走来，尹某真可谓一波多折，不过总算熬出了

头，回归了家庭和正常的生活。

涉野生动物犯罪案件司法实务中的专业问题简述

本案系新的《野生动物解释》颁布后较为典型的一个案例，囊括了诸多司法实务中争议较大的法律问题。特别是人工繁育动物与野生动物在司法实践中的界定、涉案动物价值评估机构与评估方法的确定、新的《野生动物解释》第六条减轻处罚情节的认定、法定的“造成动物死亡”与“无法追回”的区分、第十三条中“人工繁育技术成熟、已成规模，作为宠物买卖、运输的”一般不作为犯罪处理在实务中的适用等等。以上这些均是涉野生动物犯罪案件常常涉及到的专业问题，马立喜律师结合多起办理此类案件的实务经验，在发表的多篇专业论文及承办的多起案件的辩护词中一一进行了详尽的分析与论述。

一份理想的判决，需要多方共同的努力

尹某涉嫌危害珍贵、濒危野生动物罪一案今日刚好过上诉期，被告人于上诉期向律师表示不上诉，判决现已生效。

在此，我们确需要向本案的合议庭成员表达感谢。感谢法庭在庭审中依法充分保障被告人、辩护人的诉讼权利，合议庭成员认真听取辩护律师的辩护意见，以及高度负责的司法工作作风；被告人尹某本人于律师会见中、庭审中对事实问题逻辑清晰的表达，是合议庭准确认定涉案事实的基础；辩护律师竭尽全力的准备工作、专业的法律运用能力亦不可或缺。总之，任何一个案件合法、公正、合理的处理，都离不开司法机关工作人员、被告人及辩护人各司其职、各尽其责。

浅谈办理一投资人购买固定收益类金融产品违约案件的诉讼策略

近日，京都律师事务所李静律师和王莉实习律师办理了一投资人购买固定收益类金融产品违约纠纷，在投资人与产品发行方签署《XXX产品转换协议》将固定收益类金融产品转换为线下其他物品抵偿债权，且未拿到抵偿债权的物品的情况下，投资人为拿到实质赔偿，欲再回归金融产品法律关系的案件。

接案后，我们积极研究诉讼策



李静律师



王莉实习律师

业绩

略，先诉请产品发行人继续履行以物抵债协议，得到发行人否定的答辩意见之后，我们再变更诉讼请求，要求答辩人履行《产品认购协议》，最终，法庭基于对方否定的答辩意见，回归金融产品法律关系审理，依据《产品认购协议》支持了投资人固定收益类金融产品的本金及收益。

相关案情速报

投资人与产品发行方通过一平台方签署《产品认购协议》，认购产品发行方委托平台发行的固定收益类产品，产品到期后，发行方违约。

之后，投资人、产品发行方、平台方签订《线上产品转换协议》，终止该线上产品，由发行方为投资人提供后续解决方案。

投资人与产品发行方协商《以物抵债协议》，产品发行方现场展示抵债物品，投资人支付以物抵债差价款，投资人签署《以物抵债协议》后，发行人却不予盖章，让投资人陷入两难。

结合案件确定诉讼策略

经多方了解，该案产品发行方《以物抵债协议》约定的物品，已不存在，要求其继续履行交付抵债物品已经没有实质意义，如果能取得支持金融产品本金及收益的判决，对投资人更有实质意义，也就是如何能回归《产品认购协议》是本案的关键。

第一步：取得对方否定《以物抵债协议》的答辩意见。

如果我们直接诉请对方承担兑付

本金、收益，对方肯定会答辩《产品认购协议》，已被《线上产品转换协议》终止，《以物抵债协议》也已支付差价款。而如果我们先诉请对方交付抵债物品，因《以物抵债协议》对方未盖章，对方肯定会答辩《以物抵债协议》未生效。

对方当时诱导我方签署《线上产品转换协议》，及后期的一系列操作，我们断定：对方实质是想达到《产品认购协议》已被《线上产品转换协议》所替代，而《以物抵债协议》又未生效，投资人既没有权利依据《产品认购协议》请求发行人支付本金及收益，又无法依据未签署完成《以物抵债协议》请求对方交付物品，所以，对方肯定会答辩以物抵债协议未生效。果然，对方开庭即提出了否定的答辩意见。

第二步：回归金融产品基础法律关系。

我们基于对方的否定，申请变更诉讼请求要求依据《产品认购协议》支付本金及收益。对方又答辩《产品认购协议》已被《线上产品转换协议》替代。

第三步：论证：《线上产品转换协议》与《以物抵债协议》为一套完整的协议，该合同生效是以被告签署并履行《以物抵债协议》为条件。

《线上产品转换协议》明确约定：“甲方通过“XXX产品对乙方拥有的债权，将在乙方提供的后续线下解决方案中（包括并不限于延期兑付、以库存商品实物兑付等等）得到相应实现，即在兑付合同中实现债权相应兑付”，后续解决方案即为《以

物抵债协议》，该合同签署后，乙方却故意不签署并不履行《以物抵债协议》，导致甲方债权不能得到实现，而原告却还依据《以物抵债协议》支付被告XX万元差价款。因乙方故意不签署并不履行《以物抵债协议》，所以，该合同亦未生效。

法院裁判结果：符合预期

法院认为，对方在变更前后的答辩意见、质证意见自相矛盾，在对方不认可以物抵债协议，未实际履行以物抵债协议的情况下，本案应按照基础法律关系审理，依据《产品认购协议》判决对方支付投资人本金及收益。

办案心得：案件分析和精准沟通

本案如果我们直接诉请被告依据《产品认购协议》支付本金及收益，被告很可能答辩《线上产品转换协议》已将《产品认购协议》终止，并《以物抵债协议》已在履行，而投资人不想再要抵债物。

当然，我们诉请对方履行《以物抵债协议》也存在对方答辩已在履行的风险，但是我们综合分析，这种诉请对方答辩“未生效”的几率要大很多。

综上，在具体办理每一个金融产品违约案件中，都需要根据最有利于当事人回款的目的，制定有效诉讼策略。而有效诉讼策略又要根据个案的具体情况进行分析，在深度了解案情及对方具体情况的前提下，结合当事人的诉求达到精准沟通，才能确定最合适的诉讼策略，本案的诉讼的结果也得到当事人的一致认可。



动态

中国社会科学院大学法学院“京都杯”系列活动顺利举办

2022年10月28日下午，中国社会科学院大学法学院“京都杯”系列活动在良乡校区图书馆笃学讲堂顺利举办。京都律师事务所田文昌律师、梁雅丽律师、朱娅琳律师、王志强律师等嘉宾出席活动。

本次活动共有五个单元，包含实务导师聘任仪式，田文昌律师讲座，第二届“京都杯”论文大赛颁奖仪式，论文获奖代表报告与点评，第二届“京都杯”法律辩论赛启动仪式等环节。活动由中国社会科学院大学法学院、北京市京都律师事务所、中国社会科学院大学法学院刑事辩护研究中心共同举办。

第一单元 领导致辞

本单元由中国社会科学院大学法学院执行院长吴用教授主持，中国社会科学院大学党委常委、副校长，中国社会科学院研究生院副院长林维教授发表致辞。

吴用教授首先对京都律师事务所进行简要介绍，京都律师事务所作为业界知名的律师事务所，其创始人田



吴用教授

文昌律师在中国律师界卓有声誉，此次“京都杯”系列活动的开展充分体现京都所对社科大法学教育的重视与支持，希望在未来的交流合作中产生积极作用。



林维教授

林维教授首先对京都律师事务所律师们的到来表示欢迎，他谈到，法学作为应用型学科，不应局限于对教材课本的理论学习，更应向法律工作者们全面了解法学实务的运用过程。通过京都律师事务所、京都刑事辩护研究中心与中国社会科学院大学法学院、社科大刑事辩护研究中心的长期合作，希望学生以及法学研究人员从中受益，共同构建法学理念研究实践的合作平台，培育更多优秀的法治人才。

第二单元 中国社会科学院大学法学院实务导师聘任仪式

本单元由中国社会科学院大学刑事辩护研究中心执行主任门金玲副教授主持，中国社会科学院大学法学院执行院长吴用教授代表社科大法学院向梁雅丽律师颁发实务导师聘书。

门金玲副教授在主持中指出，社



吴用教授为梁雅丽律师颁发聘书



门金玲副教授

科大法学院是一所年轻的法学院，但这不影响让学生们享受到优质的教育资源，理论教学与实务相结合是学院一直以来追求的目标。此次实务导师聘任是继去年聘任田文昌、柳波、徐莹、翁小平、刘立杰五位律师后的再一次聘任，我们期待更多优秀的律师同仁能够参与到社科大的法学教育当中，共同培养出一批又一批理论素养与实务能力兼具的法律人才。

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谈到，社科大刑辩研究中心与京都刑辩研究中心有着深厚渊源，能够成为社科大法学院实务导师深表荣幸，实务的律师需要用理论武装，理论学习

动态



梁雅丽律师

与实践应用密不可分。最后梁雅丽律师感谢法学院以及各位老师们的信任，并表示将来会尽自己所能为学校师生给予支持，衷心希望京都律师事务所以及京都刑辩研究中心与社科大共同成长进步。

第三单元 田文昌律师讲座——关于法治理念的深层思考

本单元由中国社会科学院大学法学院李卫红教授主持，京都律师事务所律师协会创始人、名誉主任，中华全国律师协会刑事业务委员会顾问，西北政法大学刑事辩护高级研究院名誉院长田文昌律师以“法治理念的深层思考”为主题进行演讲。



田文昌律师

田文昌律师的演讲深入浅出，以中国法治发展的时间节点为线索逐

一进行讲解，用列举和对比的方法为同学们呈现立体且多维的法治理念思考，通过一个个具体的案例让线上线下参与讲座的同学们领悟到“法治理念”的深刻内涵，在座师生收获颇丰。讲座期间，田文昌律师与同学们展开互动，鼓励同学们积极思考，大胆发问，并为提问的同学们答疑解惑。整场讲座妙语连珠，在全体师生的掌声中圆满落幕。



李卫红教授

李卫红教授在主持中表达了对田文昌律师的敬慕之情，对田文昌律师的讲座进行精彩的总结发言，对于田文昌律师所讲的“法治理念的深层思考”表示十分认可，期望同学们能够在学习生活中能够秉持初心，注重理念的思考。

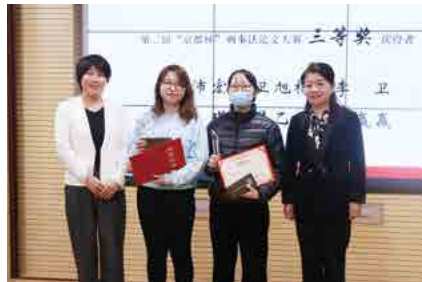
第四单元 第二届“京都杯”刑事法论文大赛颁奖仪式、论文获奖代表报告与点评

本单元由中国社会科学院大学法学院副教授门金玲老师宣读获奖名单，门金玲副教授对此次论文获奖的同学表示祝贺，希望未来有更多同学能够积极参与此类活动，提升自己的写作与学术能力。



左：张怡 右：王志强

获得优秀奖（研究生组）的是杨健、李研凝和黄亚洲同学，京都所张怡女士和王志强律师为获奖同学颁奖。



左一：朱娅琳 右一：门金玲

获得三等奖（研究生组）的是刘沛宏、卫旭杨和李卫同学，三等奖（本科生组）的是刘瑾、裴乙霖和曹赢赢同学，朱娅琳律师和门金玲副教授为获奖同学颁奖。



左一：梁雅丽 右一：孙远

获得二等奖（研究生组）的是李



动态

晗和李宇田同学，二等奖（本科生组）的是李广钊和是施佳其同学，梁雅丽律师和孙远教授为获奖同学颁奖。



左一：苗鸣宇 右一：田文昌

获得一等奖（研究生组）的是周一博同学，一等奖（本科生组）的是田尧同学，田文昌律师和苗鸣宇副院长为获奖同学颁奖。

部分获奖同学由于疫情等原因不能到现场参与此次活动，通过线上参与此次颁奖仪式。颁奖仪式过后，2019级本科生田尧同学，2018级本科生、2022级诉讼法学硕士研究生李广钊同学，2021级法理学博士研究生周一博同学和2020级刑事诉讼法学博士研究生刘沛宏同学对自己的获奖论文作了简要报告。



孙远教授

报告结束后，中国社会科学院大

学法学院孙远教授代表论文评审组对此次参赛论文进行简要点评。孙远老师提出论文写作要“大处着眼、小处着手”，并对四篇报告论文作了重点讲评，指出同学们论文写作的常见误区。最后，孙远教授表示，论文写作要多动手，结合方法反复练习。只有勤动手，多练习，写作能力才会提升。期待同学们能够“大处着眼、小处着手”，在分析论证的过程中享受论文写作的快乐。

第五单元 “京都杯”法律辩论赛启动仪式

本单元由中国社会科学院大学法学院副院长苗鸣宇副教授主持。



苗鸣宇副教授

苗鸣宇副教授谈到，论文点评环节是法学学术能力的展示，但是法学是一门理论与实践紧密结合的学科，因此我们也需要了解实践、参与实践。苗鸣宇副教授表示，在京都律师事务所的支持下，社科大法学院即将启动中国社会科学院大学法学院第二届“京都杯”法律辩论赛，希望同学们积极参与，感受论辩的魅力。

京都律师事务所名誉主任田文昌律师阐述了法学教育中实践能力培



田文昌律师

养的重要性，并对参与“京都杯”法律辩论赛的同学们提出自己的殷切期望，对即将开启的辩论赛表达了美好的祝愿。



梁雅丽律师

最后，京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师宣布“京都杯”法律辩论赛正式启动。至此，中国社会科学院大学法学院“京都杯”系列活动圆满结束。

京都律师事务所以及京都刑辩研究中心始终将青年人才培养作为重点工作之一，旨在充分发挥法律人才培养方面的优势，实现律所与学校之间的优势互补，资源共享，共同搭建培养应用型、复合型法律专业人才的实践平台，为社会培养更多的优秀专业人才和提供更好的法学智力成果。

动态

“京都杯”模拟法庭系列活动由京都律师事务所全程支持，常年各大高校举办，旨在帮助在校大学生在实践中学习、在模拟法庭比赛中提高专业素质。京都律师事务所一直在努力，不断增强模拟法庭的真实性和学术性，并通过对实际案例的分析来提高模拟法庭的专业性、实践性，为学子们搭建一个更高、更广阔的交流与实践平台。



活动合影

行稳致远 踔厉奋进！ ——京都律所党员律师收看党的二十大开幕盛况

10月16日上午，万众瞩目的中国共产党第二十次全国代表大会在北京人民大会堂隆重开幕。为深入贯彻大会精神，全面落实市律师行业党委要求，京都律所党委用心部署、细心安排，以多种形式组织广大党员律师收听、收看党的二十大开幕会盛况，畅谈感受。

京都律所党委书记肖树伟：

“党的二十大胜利召开，标志着中国法治建设及各个方面将进入新阶段。我们律师要落实党的要求，坚持依法办案，在法律服务过程中，让人民群众在每个案件中感受到公平正义，齐心协力，奋力开创中国特色社会主义新局面！”深有感触。

京都律所党委副书记朱勇辉：

“喜迎党的二十大，中国共产党



一百年来带领中国人民取得了伟大的成就！坚决拥护中国共产党的领导！作为律师，我们一定践行习近平总书记‘加快建设法治社会，弘扬社会主义法治精神’的要求，坚守律师职业道德，恪守律师执业规范，为党和国

家法治建设增砖添瓦，做党和人民满意的律师！”

京都律所党员律师刘哲：

“党的二十大，事关党和国家事业继往开来，事关中国特色社会主义前途命运，事关中华民族伟大复兴，对鼓舞和动员全党全军全国各族人民坚持和发展中国特色社会主义、全面建设社会主义现代化国家、全面推进中华民族伟大复兴具有重大意义。作为一名老党员，我一定要身体力行，做好本职工作，兢兢业业，不忘初心，践行使命！”

大家纷纷表示，要将学习贯彻党的二十大精神作为全面提升各项工作水平的新动力，在新的起点上，踔厉奋发、勇毅前行，紧握时代的“接力棒”，用实际行动夯实法治社会基础，坚定不移地走好新时代赶考路，



动态

为建设法治中国作出应有贡献!

京都律所党委对此次收看党的二十大开幕会高度重视,会前专门向

各党支部、全体党员下发《通知》,要求全体党员、律师要充分认识、深刻理解党的二十大召开的重大意义,

将认真收听收看二十大开幕会盛况作为一项重要的政治任务抓紧抓好。

京都所和中国产业海外发展协会联合举办的《通胀削减法案2022》解读会成功召开



2022年11月1日上午,中国产业海外发展协会和京都律师事务所通过线下会议和线上视频的方式,召开了《通胀削减法案2022》解读会。

《通胀削减法案》(Inflation Reduction Act,下称“IRA”)总价值高达7,500亿美元,经美国总统拜登于2022年8月16日签署生效。IRA全文长达273页,在能源安全与气候变化、医疗改革、税收、药价改革等方面进行了广泛的立法。其中引起众多中国新能源企业关注的是,IRA在新能源领域推出了多项激励措施,包括计划投资近4,000亿美元,以重点支持光伏、电动车等清洁能源产业的发展等。

应多家新能源企业会员单位的要求,中海协组织举办了此次IRA解读会,并邀请京都所对该法案的内容和影响进行了分享。来自中海协多家会

员单位的100多位新能源行业的企业代表参与了此次解读会,其中包括隆基绿能等太阳能光伏行业企业和蔚来汽车等电动汽车行业企业。

会议由中国产业海外发展协会副秘书长王克文主持,京都所涉外业务主管合伙人张利宾律师和税法高级顾问高慧云律师对法案进行解读分析,葡萄太阳能公司(Grape Solar)董事长袁海洋进行案例分享。会后,中国产业海外发展协会和振伟会长、王克文副秘书长、京都律师事务所CEO褚长志和张利宾律师共同出席了会员授牌仪式,并就此次解读会的成功召开和未来双方的合作进行了深入广泛的交流。

此次解读会旨在服务中海协的会员企业,以助其更好了解IRA,共同探讨该法案对我国新能源领域带来的影响。

张利宾律师首先介绍了IRA的立法背景和过程,对法案的主要内容和整体框架做了详细介绍,并就IRA对中国企业的两方面影响进行了详细分析。

一方面,对于一些有赴美投资计划的中国企业尤其是民企来说,IRA向投资者提供的优惠政策为中美之间



张利宾律师



高慧云律师

的合作创造了机会。由于IRA在新能源领域的激励措施或可有效减少温室气体排放,因此IRA对中美在应对气候变化、实施环境保护等方面达成进一步合作,以推进中美关系的友好发展等方面或有促进作用。

另一方面,IRA中的部分税收抵免优惠政策规定只有在美国制造的产品才能享受优惠政策,此举被德国评论家批评为明显歧视的做法。IRA的这种歧视性要求可能会对世界各地从事新能源尤其是光伏产业和电动汽

动态

车产业的企业产生不利影响，中国出口的新能源产品在美国市场的竞争力也可能会有所降低。因此，张律师认为，中国的新能源企业应当重视并积极应对IRA对全球新能源领域的影响，并就企业的全球化发展进行长远的布局安排。

高慧云律师对IRA在能源领域的激

励措施进行了详细解读，措施主要分为向纳税人提供税收抵免和向政府机构拨款以资助具体项目两大类。作为高级税务顾问，高律师从税收角度详细介绍了IRA的税收激励措施，其中主要介绍了太阳能光伏等清洁电力产业和电动汽车及其电池产业的相关税收抵免，并提供了相关具体实例，演示

了具体的税收抵免额应当如何计算。

张律师和高律师对法案的深度解读引发参会企业代表的热烈讨论，纷纷提出自身企业关注的问题。张律师和高律师对此给予了深入而详细的解答，并重点探讨了IRA对中国企业出口及投资的具体影响。

京都所与普华永道开展家企隔离联合主题沙龙

近日，由京都律师事务所联合普华永道会计事务所举办的“家企隔离的法律设计、税收安排及财富传承”主题沙龙在京都律师事务所举办。京都律师事务所高级合伙人宇文鸿雁、普华永道私人财富服务、税务及商务咨询合伙人张拓、普华永道私人财富服务、税务及商务咨询高级经理程为彦作为主讲人出席此次活动。



沙龙现场

本次沙龙，由宇文律师介绍了家庭资产与企业资产混同的根本原因及应对方案。宇文律师提出，家族企业对家族领导者的依赖度更高，需要更努力地工作，以保持文化与价值观的传承，应当关注企业主作为自然人

人身变故对企业的影响，并围绕“共债共签”、“夫妻公司”、“股权代持”等典型案例，介绍了夫妻共同财产制下，家庭资产和企业财产混同的风险及根本原因。本次沙龙还讨论了家庭资产和企业资产隔离的顶层设计，其中，宇文律师重点介绍了企业内部治理、优化股权结构设计、借用工具隔离风险等方法，以保护家庭资产，保障企业运营。



宇文鸿雁律师

随后，京都所邀请普华永道私人财富服务、税务及商务咨询合伙人张拓就高净值个人的税收征管及规划展开讲解，讨论了全球税收监管环境的

最新进展、国内税收征管趋势、企业及个人的税务优化思路及落地安排；同时，邀请到普华永道私人财富服务、税务及商务咨询高级经理程为彦就财产、投资、家族产业的税务风险及传承方案展开讲解。



普华永道私人财富服务、
税务及商务咨询合伙人 张拓



普华永道私人财富服务、
税务及商务咨询高级经理 程为彦



动态

本次沙龙重点围绕企业家关注的“家企隔离的顶层法律设计、税收安排及财富传承”等问题如何落地执行展开研讨。现场听众积极参与问答互

动和讨论，为后续法律及税务的联合沙龙设计提出了宝贵建议。大家认为本次沙龙内容丰富，三位主讲人的分享通俗易懂，参与对法律与税务理论

研究及具体方案落地执行的研讨使到场听众受益匪浅。

京都所牵头《信托法修订内容研究》研究课题入选中国信托业协会《2022年信托业专题研究报告》

中国信托业协会（以下简称“协会”）于11月22日以线上会议形式召开第一届行业发展研究专业委员会第二十二次会议暨2022年信托业专题研究课题报告评审会议，协会根据得分情况评选出前10个课题编入《2022年信托业专题研究报告》。京都所牵头的《信托法修订内容研究》研究课题

得分名列前茅，入册中国信托业协会《2022年信托业专题研究报告》。

本次会议由协会会长、行业发展研究专业委员会主任、中航信托董事长姚江涛主持，协会党委书记、专职副会长（常务）漆艰明出席会议，协会行业发展研究专业委员会委员以及12家课题牵头单位共约40人参加了会议。

经过近一年时间，12家专题研究课题的牵头单位分别就信托业助力共同富裕、服务实体经济、信托法修订、新业务分类背景下的信托业转型发展、“双碳”战略背景下的绿色信托、信托业数据治理、廉洁风险防控、信托参与企业破产重整、信托公司信用评级体系建设、标品信托等信托前沿或热点问题开展研究。

下一步，各课题组将根据行业发展研究专业委员会的评审意见对课题报告进行修改完善，协会将汇编10个课题报告，印制成册并分享有关各方。

2023年，信托业专题研究工作将深入学习宣传贯彻党的二十大精神，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，充分发挥行业发展研究专业委员会的作用，整合业内外研发力量，不断提升行业研发能力和水平，为行业高质量转型发展提供有力的理论支撑。

序号	课题名称	牵头单位
1	信托参与企业破产重整的业务模式研究	锦天城律师事务所
2	信托法修订内容研究	北京京都（天津）律师事务所
3	信托业数据治理与应用实践研究	中航信托
4	中国信托业服务实体经济专题研究(2022)	国投泰康信托
5	新业务分类背景下的信托业转型发展研究	华润信托
6	信托公司标品信托业务差异化发展研究	上海信托
7	“双碳”战略背景下的绿色信托创新研究	百瑞信托、中央财经大学绿色金融国际研究院联合牵头
8	信托业助力共同富裕的模式和路径研究	中铁信托
9	信托公司廉洁风险防控体系研究	英大信托
10	信托公司信用评级体系建设研究	中信信托

1 《2022年信托业专题研究报告》入册课题

动态

刘铭律师出席民盟第十三届全国代表大会并当选第十三届民盟中央委员会委员



中国民主同盟第十三次全国代表大会12月21日—23日在北京召开。

中共中央政治局常委、中央办公厅主任丁薛祥出席开幕式并代表中共中央致贺词。大会认真组织学习了二十大精神，听取并审议了民盟第十二届中央委员会工作报告等，圆满完成各项议程，选举产生了由275名委员组成的新一届中央委员会。

刘铭律师出席大会并经选举当选为民盟中央委员。中国民主同盟主要由从事文化教育以及相关的科技技术



领域高、中级知识分子组成，全国共有盟员34.6万余人。当选的中央委员

会委员多为院士、科技文化教育等行业代表。

丁仲礼主席在大会闭幕式指出，民盟十三届中央委员会及领导班子在习近平新时代中国特色社会主义思想科学指引下，一定能团结带领全盟同志踔厉奋发、扎实工作，在以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴的历史进程中展现民盟更大的作为。



京都所宇文鸿雁律师应邀为大唐财富资产规划师认证培训授课

2022年11月，京都律师事务所高级合伙人宇文鸿雁律师受大唐财富的邀请为大唐财富资产规划师认证培训进行授课，分享主题为《家企隔离背景下家庭资产的保护》。

本次授课从法律与人、法律与契约的关系展开，讲解契约精神架构下法律文明的重要性，分享了人在参与社会活动中，识别并应用法律的重要性；依照3W黄金圈法则的思维模式，

从家庭资产与私人资产、家庭资产和企业资产混同的风险与根本原因、家庭资产和企业财产的守护及家企隔离的顶层设计三个方面解读了家企隔离背景下家庭资产的保护与传承。

宇文律师以典型案例，用以案说法的方式，深入浅出地为学员们讲解了夫妻共同财产制下，夫妻共同债务中非举债一方及债权人的风险防范，并围绕典型创业公司的模型“夫妻公





动态



司”为案例展开，重点为大家讲解了家庭资产和企业财产混同的体现、企业家人身变故引起企业僵局的情形、夫妻公司的人格混同、股权代持风险及如何守护隐名股东安全；并分享了意定监护、生前预嘱、遗嘱信托、遗产管理人等法律热点话题。

课程最后，宇文律师分享了包含协议安排、公司架构设计、风险隔离工具、资产和文化遗产四个方面的家企隔离顶层设计，以保障企业运营不受企业主家庭变故影响，保护家庭资

产，免遭企业债务危机。

本次授课引起了学员们的热烈讨论与关注，宇文律师用以案说法的授课方式对家企隔离的讲解使大家受益匪浅。



荣誉

京都律所反垄断与竞争领域再登《法律500强》 荣获2023中国大陆地区榜单推荐

King & Capital Law Firm

King & Capital Law Firm has particular expertise in the energy, electronics, entertainment and pharmaceutical sectors. The team is led by Yi Jin, who has a strong track record in contentious anti-monopoly cases handling anti-monopoly investigations and compliance matters. Moon Wang is also noted.

Practice head(s): Yi Jin
Other key lawyers: Moon Wang

2022年11月23日，国际权威法律评级机构法律五百强（The Legal 500）公布了2023年中国大陆地区领先律师事务所榜单。京都律师事务所凭借反垄断与竞争领域，连续两年荣登推荐榜单。

法律500强评价：

“京都律师事务所在能源，电

子，娱乐及制药领域拥有卓越的专业性，该反垄断团队由金毅律师率领，他在反垄断行政调查及反垄断合规等方面成绩骄人。”

自2018年金毅律师加入京都以来，京都反垄断团队已经发展成为一支能在该领域为客户提供全方位服务的有生力量。金毅律师作为中国反垄断法实践较早的一批参与者，在反垄断行政调查、反垄断诉讼、经营者集中申报以及反垄断合规方面均具有丰富经验，能够为客户提供全方位的反垄断法律服务。



关于The Legal 500

The Legal 500是一家独立的法律服务评级机构，每年对全球超过150个法域的律师事务所进行广泛的调研与评审，并以其客观真实的数据为竞争激烈的法律服务市场提供指引，是客户寻求高端法律服务的权威参考之一。

荣誉

京都所梁雅丽律师荣登“2022年度LEGALBAND中国律师特别推荐榜15强商业犯罪与刑事合规”榜单



2022年12月27日，国际权威法律评级机构LEGALBAND发布“2022年度LEGALBAND中国律师特别推荐榜15强：商业犯罪与刑事合规”榜单，京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师荣登该榜单。

上榜理由：作为刑事辩护、刑民交叉以及刑事合规领域的知名律师，梁雅丽律师拥有长达近30年的法律实务经验。其在刑事诉讼领域取得了十分出色的成绩，同时亦可以为科技、能源、金融领域的上市公司、央企、大型国企和民企等国内外知名企业提供刑事合规与风险防控方面的法律咨询服务。此外，梁律师在学术方面颇有建树，能够将自身多年在刑事辩护实务中遇到的法律问题，结合司法实践及刑法理论进行深入研究并整理出版，并在各媒体及平台发表多篇与刑

事辩护、刑事合规相关的专业文章，为企业及个人处理类似业务与法律问题时提供参考。“梁律师具有敏锐的洞察力和高效的执行力，在案件纷繁复杂的乱象中能够迅速直击关键问题，还原事件本来面目。梁律师以坚韧的领导力与高超的协调能力，支撑着整个律师团队有序开展工作的专业角度统领全局，有效协调各方分工与互动，与家属紧密沟通、理性引导。”“梁律师庭前准备充分，出庭沉稳老练，对于其出色的庭审驾驭能力我们非常认可。”

个人简介：梁雅丽，京都律师事务所律师高级合伙人，京都刑事辩护研究中心主任，中国刑法学研究会第三届理事会常务理事，西北政法大学刑事辩护研究院副院长。执业近30年，梁律师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。梁律师曾获得《方圆律政》2014律政年度刑辩律师；《中国企



梁雅丽律师

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特别推荐榜15强：刑事合规；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。



LEGALBAND是国际媒体公司Accurate Media Group旗下的知名法律评级机构，总部位于香港，在中国大陆拥有驻地调研团队。LEGALBAND榜单由其驻地调研团队细致参考律所的推荐材料、客户反馈信息等内容，对市场的长期观察和洞悉、律所客户的服务满意度、同行反馈等深度调研而产生，在业内具有广泛的市场影响力和较高的权威性。



荣誉

京都所徐伟律师代理案件入围2021年度第七届 “全国十大无罪辩护经典案例”评选

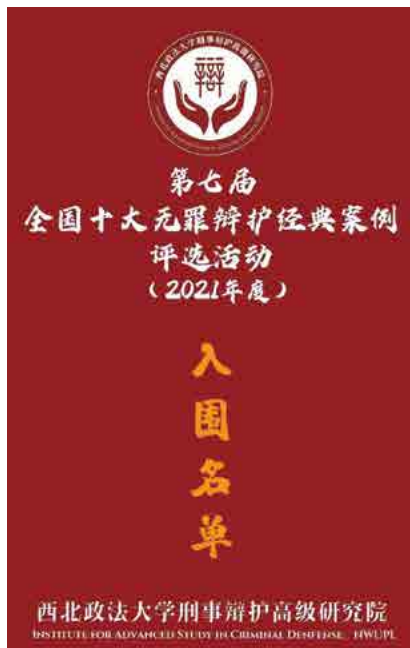


徐伟律师

2021年度第七届“全国十大无罪辩护经典案例评选活动”于2022年11月开展，活动受到全国各界刑事辩护同行的广泛关注和踊跃投稿。经过组委会的初步筛选，全国共有45件无罪辩护案件入围，京都所徐伟律师代理的“王某某涉嫌骗取贷款罪、隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪、合同诈骗罪”成功入围评选。

“全国首届年度十大无罪辩护经典案例”评选活动

2015年，“全国首届年度十大无罪辩护经典案例”评选活动由中国法学会案例法学研究会、清华大学出版社和清华大学法学院证据法学研究中心联合发起，评选活动每年度举办一



次。2017年至2021年，经发起方集体研究决定，“年度全国十大无罪辩护经典案例评选活动”由中国政法大学刑事辩护研究中心主办。本应于2022年年初评选的“2021年度十大无罪辩护经典案例”，因疫情原因延后。经发起人同意，自2022年开始，“年度全国十大无罪辩护经典案例评选活动”转至西北政法大学刑事辩护高级研究院主办。

1. 覃森：盛某某诈骗案
2. 郑晓静：闻某某非法收购、运输、出售珍贵濒危野生动物案
3. 郑晓静：周某寻衅滋事案
4. 郑晓静：王某某强制猥亵案
5. 邹广杰：杨某某贩卖毒品案
6. 左杰、代号菊：崔某某诈骗、职务侵占案
7. 汪彦：董某某敲诈勒索案
8. 徐伟：王某某骗取贷款罪、隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪、合同诈骗罪案
9. 李泓轩：宋某某诈骗案
10. 胡泽明：柏某某虚假诉讼案
11. 张爽：刘某某妨害作证罪、伪证罪案
12. 张亮：候某某敲诈勒索案
13. 陈建：谢某某保险诈骗案
14. 李红新：张某某伪造国家机关印章罪、贷款诈骗罪案
15. 莫玮：李某非法吸收公众存款案
16. 冯超超：杨某某强迫猥亵案
17. 刘长：卢某某寻衅滋事案
18. 王红兵：熊某某贩卖毒品案
19. 徐昕：胡某某诬告陷害案
20. 耿民：宋某某诈骗案
21. 耿华：赖某某伪造公司印章案
22. 曹颀：杨某某过失致人死亡案
23. 田永伟、庞颖：马某某合同纠纷案
24. 崔文娜、张国勋：陈某某非法转让土地使用权案
25. 韩哲、李照君：孙某某敲诈勒索案
26. 韩哲、李照君：王某诈骗案
27. 李耀辉：徐某某诈骗案
28. 张世金：沈某某职务侵占案
29. 康乐：陈某某诈骗案
30. 霍飞：李某拒不支付劳动报酬案
31. 娜布其：刘某某虐待被监护人案
32. 葛春荣：薛某某受贿案
33. 葛春荣：鲍某某盗窃案
34. 夏禹：高某某诈骗案
35. 彭磊、陈楠：黎某某诈骗、妨害作证案
36. 王世军：林某某挪用资金案
37. 吴正红、周小羊：石某某合同纠纷案
38. 吉仁泰：刘某生产、销售伪劣产品案
39. 吉仁泰：吕某生产、销售伪劣产品案
40. 赵承霞、李彤彤：孙某某非法控制计算机信息系统案
41. 董玉琴：康某某虐待被监护人案
42. 董玉琴：叶某某、赵某某走私、贩卖、运输毒品案
43. 陆竹筠：文某参加黑社会性质组织罪案
44. 刘章：王某某强制猥亵案
45. 范辰、白小强：周某某寻衅滋事案

青年法律人法律思维的养成与实践



这次的讲座可以说是命题作文，《青年法律人法律思维的养成与实践》这个题目很大，时间有限，我只能大题小做，在大题目之下谈一点个人体会。结合下面的五个问题，我们用漫谈的方式来做一些交流，希望能够对大家有所启发。

一、理想与现实：中国律师行业发展40年的不同机遇与应对

这个题目我稍微展开一点，因为中国律师制度在全世界律师的发展历史中非常特殊：中国律师发展的历史过于短暂。下面我跟大家做一点简单的分享。

在国际社会中，律师行业发展有2000多年了，西方在古罗马时期就有了律师的雏型，而在中国的古代历史上，几千年以来却从来没有过律师制度。

在西方社会，古罗马的时候辩护人已经出现了。古罗

马的列奥皇帝曾经讲过一句话：“那些消解诉讼中产生的疑问，并以其常在公共和私人事务中进行辩护，帮助他人避免错误、帮助疲惫者恢复精力的律师，为人民提供的帮助不亚于那些战斗中负伤拯救祖国和父母的人。因此，对于我们的帝国来说，我们不仅把身披盔甲、手持剑盾奋战的人视为战士，同样认为律师也是战士。因为那些受托捍卫荣耀之声，保护忧虑者的希望、生活和后代的诉讼辩护人是在战斗！”这是2000多年前古罗马皇帝的观点。

那么在中国古代是什么样呢？中国古代春秋时期也曾经出现了类似辩护人的角色，据《左传》的记载，公元前632年，卫国的卫侯与元喧发生诉讼，其中卫侯聘请士荣为大士，当时在中国古代社会，卫侯是国君，他是不能亲自参与诉讼的，要请别人替他诉讼，所谓大士就是辩护人。后来卫侯败诉了，但卫侯只是在名义上承担了败诉的后果，而作为辩护人的士荣却被处死了。春秋末年，郑国有个很有名望的人叫邓析，是我国文献记载中较早出现的



专门从事诉讼代理的人。这个人很有名气，也很受重视，但是由于他与官府对抗，后来被以“郑国大乱，民口喧哗”的罪名处死。

从这两段历史记载，可以看出东西方文化的巨大差异：2000多年前的西方社会就有了律师和律师制度，而且得到了统治者的认可，可是在中国历史上辩护律师仅仅曾经闪过那么一小段时间，但很快就被否定了。

中国历史上只有所谓的“讼师”，有人认为“讼师”就是中国历史上律师的雏型，其实这个看法是错误的，是没有根据的。因为讼师和律师是两回事，辩护人有在法庭上发言的权利，但讼师没有在法庭上发言的权利。讼师连合法地位都没有，他只能在街上支个桌子帮人家写诉状，跟代写书信一样，就是有点文化会写字的人帮人去写诉状而已，完全处于非法地位，用现在的话说就属于非法经营者。所以，中国历史上的讼师和我们现在的律师不是一回事。

那么中国律师是从什么时候开始的？在清朝末年，沈家本曾经提出过建立律师制度的想法，但是没有搞成清朝就垮台了。后来1911年辛亥革命爆发，孙中山任临时大总统时，起草了一个《中华民国律师暂行条例》，后来因被袁世凯篡权而未能发布。1912年袁世凯掌权以后，他把这个条例公布了，也就是说一直到1912年，在中国的历史上才第一次出现了官方认可的律师制度。

遗憾的是，自1912年以来一直到1949年，这几十年里由于军阀混战，内忧外患，律师制度并没有得到正常的发展。大家知道的也有一些知名的律师，比如章士钊、史良、施洋大律师等，虽然有一些著名的律师，但是数量很少。到了1949年，中华人民共和国成立了，律师制度和国民党的旧法又统统被废除。从1949年到1954年，中国社会是没有律师的。

到了1954年的时候，我们学习苏联的经验，按照苏联的模式开始组建中国的律师制度。大家知道的张思之老先生，就是当时受命组建律师队伍的先驱者之一。从1954年开始中国重建律师制度，后来逐步发展到了2000多人。但到了1957年，“反右”斗争开始，所有的律师都被打成了右派分子，理由就是为坏人辩护的人也是坏人。所以到了1957年，中国的律师制度又夭折了。

直到改革开放，中国才再次提出了重建律师制度。准

确地说是从1979年开始，律师制度才真正得以健康、快速发展。可见，中国律师制度的发展史，在全世界律师制度的发展史中是非常独特的。

下面我们再来回顾一下从1979年到今天40多年来律师制度的发展过程。年轻律师可能不知道，上世纪80年代的时候，中国的律师事务所还处于国办所的阶段，跟现在完全不是一回事，律师是国家工作人员。当时律师的作用是什么？很明确，是协助法官办案。律师不是为当事人服务，他的首要职责是协助法官办案。我见过当时的法庭开庭，律师跟被告人讲，你要如实向法庭交代你干了什么，等于是控辩审三方的三堂会审。而且，有的法庭上，律师是穿着警服佩戴手枪出庭的。大家可能不太相信，但我是亲眼所见的。为什么？因为当时司法局的干部也是配枪的，也穿着警服，其中有人同时也是律师。所以就出现了律师穿着警服带着手枪出庭为被告人辩护的场景。上世纪80年代有很多这样的情况，律师的体制决定了律师的角色和它的作用。

上世纪90年代以后发生了比较大的变化，律师事务所开始改制，开始出现了合作所和合伙所，后来还有了个人所。律师所从国办所改成合作制的所，又改成合伙制的所，经历了一个过程，而且这个过程中也有很多阻力，许多人还有不同的看法。上世纪90年代初期正好是中国改革开放的初期，一个标志性的体制改变是：由计划经济走向市场经济，在分配机制上，由平均主义大锅饭式的分配方式改变为分产到户，个人承包，农村是分产到户，城市是个人承包。而中国律师事务所的改制正好发生在这个时候。所以我说中国的律师出身卑微，处境艰难。

出身卑微，是因为律师事务所改制的时候就是从发展个体户的时代开始的。当时很盛行一种说法，说我们这个模式很好，都是效益工资，谁也不用发工资，自己挣钱自己花，大家在一起做事就完了。管理也非常简单，而且很容易调动积极性。这是当时的一个现实。这种现实决定了什么？决定了律师的思维方式也是个体化的，律师没有那种合作机制的经验和传承，基本上就是人自为战、各自为政的一种松散状态。所以说律师产生的初期出身卑微，说白了就是个体户的身份。

那么处境艰难怎么理解？我刚才讲到中国律师发展的历史太短了，在人们的认识中缺乏对律师最基本的了

解。比如我们在上学的时候，课本里描述的施洋大律师是“二七大罢工”当中的共产党员工人领袖，为了捍卫工人的利益，被反动军阀给杀害了。在我们这一代、两代人的心目当中，施洋大律师就是我们心目中的英雄，是工人领袖，是烈士，只有这样的人才配当律师。所以，律师就变成了正义的化身。后来听说律师又收钱，又给坏人辩护，很多人确实是无法理解的。在人们不理解律师作用的环境下，律师的处境艰难就具有必然性。

有一个小故事：我刚从中国政法大学辞职出来做律师的时候，曾经有一个知识分子模样的人到律所找我咨询了一个法律问题。他那个问题需要诉讼，问我下一步怎么办？我说下一步你要是诉讼，就委托律师来做，要签合同，要收费。我说完这句话他就愣住了，很蔑视地看了我一眼，“你也收钱？算我看错人了”转身走了。我哭笑不得，无可奈何。为什么？因为他根本不了解律师，他认为律师就应当是正义的化身。

有一次在中央电视台采访我的时候，我当着全国电视观众的面说了一句话，我说我非常希望在全国范围内展开一场大讨论，题目就叫《律师是个什么东西》。因为人们确实不知道律师是个什么东西，甚至说你根本就不是个东西。当然现在有了非常大的改变了，可是当时确实处在这样一种状态之中。所以我说中国律师出身卑微，处境艰难，这是上一世纪的中国律师的状况。

到了本世纪以后，中国的律师制度、律师队伍、律师行业都有了迅猛的发展，律师队伍从无到有发展到现在的六十多万之众。律师的业务领域也扩大了，律师的素质也在不断提升。但是我想强调的是，我们律师素质的提升与律师数量的发展不相匹配，有些失衡，也就是说质量赶不上数量。我们的数量发展很快，但质量的提高却不尽人意。为什么？我觉得有两个很重要的原因。

一个是司法环境不尽人意，那么有很多律师在这种不良的环境下会误入歧途。我认为这是有一定的客观原因的，当然主要责任还是在律师个人，可是在这种环境之下难免出现这样的问题。

另一个原因就是技能培训极度欠缺。律师行业发展40多年以来，我们律师成长很快，我们的律师培训也从未间断过。但有一个很重要的问题，就是我们缺乏技能培训。

简单概括一下，从1979年重建律师制度到现在，我

认为前40年时间可以归结为中国律师的生成期。在这个阶段中，律师的规模形成了，队伍壮大了，基础的条件也具备了，但是还没有进入到一个健康的正规的发展时期。而四十年以后的今天，我们应当进入到中国律师的发展期了。

那么发展期的律师面临什么问题？这就涉及到第二个话题——知识与技能，怎样把抽象的知识转化为具象的能力。

二、知识与技能：怎样将抽象的知识转化为具象的能力

概括起来，律师发展期面临的问题主要有两个方面：一个是律师的行业管理从无序化向有序化的发展，另一个是律师的执业能力从盲目性向规范化的发展。这是我们律师进入发展期以后非常重要、值得重视的两个问题。

律师的行业管理从无序向有序的发展，主要是律所管理要科学化。中国律师的现状是：多数的律所或者说绝大多数的律所还是处于人自为战、各自为政的个体化模式。有少部分律所往前发展了一步，走向特色化，有一些比较突出的专业，打专业的牌。还有一部分走向了小团队化，或者说叫小山头化，就是由个体经营化走向了小的团队化。但是，所缺少的是专业化、团队化的综合性大所。

当然律师事务所的发展不能千篇一律，也不能都是大所。小所，包括个人所都有它不可替代的作用。但是，在市场经济环境下，面对市场主体，每个城市至少要有几个有代表性的综合性大所，而且这种综合性大所不是简单的人员组合，是要以团队化为支撑的，对外服务要具有团队协作的机制。这种团队化的综合性大所，才能满足市场主体对法律服务的需求。但是我们却很难做到，为什么？这又回到我刚才谈到的问题，因为中国律师的历史太短，没有经验，没有传承，律师所的管理更是没有经验可循。

团队化的管理是个很有难度的问题，这种管理的基本前提是要解决好分配机制，而这一点正是我们面临的重大难题。改革开放以前，平均主义大锅饭导致了生产力的低下。改革开放以后，解放了生产力，调动了积极性，一下子发展起来了。但是走了一段以后，就发现纯个体化的生产模式又不能适应进一步发展经济的需要，只有在合理分



配基础上形成具有科学化管理机制的一种规范化管理模式，才能在调动每个人积极性的同时又能充分发挥整体配合的作用。而目前律师所面临的也是这个问题，个体化的经营模式已经显得势单力薄，而以团队化支撑的综合性大所又很难形成、很难发展。究其原因，就是没有解决好管理机制问题。

面对这个问题，律师界一直在积极思考。我注意到，这几年，包括北京的、外地的很多律所都有在探索律所管理模式的问题，比如提出一体化管理模式，其实我认为更准确的说应该叫团队化模式。律师所只有在大团队的基础上，进行很好的科学化管理，才能保证每个律师个人的业务走向高度的专业化。而律师个人业务的专业化和律所发展的综合化，必须以团队化为基础做支撑。这样才能把一个大的机制运行设计得更完善，更有效。但是解决这些问题一个最基本的前提是什么？是分配机制问题。如果分配机制解决不好，要么是三个和尚没水吃，生产力低下；要么是人自为战、各自为政，没有团队协作，无法形成规模。

我注意到，在探索这个问题的时候大家有很多想法，可以说是见仁见智。但是我也发现一种倾向，还是因为中国律师制度发展的基础比较薄弱，历史太短，缺乏传承，所以在理念上常常会出现矫枉过正的问题，容易从一个极端走向另一个极端。比如说前面说的个体化经营理念，是形成于个体户时代，当时没有团队合作的经验和先例可循。后来，走来走去，又感到势单力薄，形不成规模了。于是，有些人的思维方式又走了回头路，为了寻求合作的规模又走向了平均主义的机制。有些律师所提出来要搞实质公平的原则，其实，所谓的实质公平就是简单的平均主义乌托邦，那样下去就又走回头路了，肯定会走进死胡同。至少在现阶段，人类社会还处于形式公平的这个阶段，离实质公平太遥远了。而形式公平必须以基本的程序公正为基础，在这个基础之上再来研究怎么样进行合作、互动、从而实现共赢。

我已经感受到现在这些问题正在困扰着我们律所管理的探索过程。探索团队化管理模式是好事，但是探索过程当中如果又被走回头路的思维模式所困扰，就是个非同小可的大问题。这个问题希望大家能够注意到并引起重视。因为对于年轻律师而言，下一步的任务不仅是律师个

人发展问题，律所管理也是你们所面临的任务。把律所管理的机制研究好，将是一项很重要的任务。只有这样，中国的律师行业才能够以更快的速度和更正规化的模式向前发展。

律师执业的发展从盲目转向正规，主要是指律师执业的规范化。律师执业从盲目走向正规，这个问题为什么很重要，甚至更重要？大家应当注意到，前40年当中，由于缺乏技能培训，我们的律师在执业过程中可谓是百花齐放，各显其能。大家都是摸索前进的，没有人教我们，也没有传承。40多年来一直有一个认识上的误区，就是将知识与技能混为一谈。律师培训一直停留在知识讲授的层面，对于技能培训既不重视，也没有经验，没有认识到知识转化为技能需要有一个专门培训的过程。

1996年刑法修改的时候，司法部连续办了三期刑辩高级律师培训班。在培训班讲课的时候，我跟司法部的领导建议，提出我们的律师培训要调整方向，不能只停留在知识讲授上，必须要有实务技能的培训。当时段正坤部长跟我讲，“你这个建议很好，那就你来讲吧。”我说：“谁给我讲过？我也不知道怎么讲。”后来带着这个问题，我在全国律协刑委会跟美国、加拿大、欧盟搞合作项目的过程中，逐渐接触到一些技能培训的方式，才把这些方式引入到国内的律师培训当中。

几年前，西北政法大学搞了一个刑辩高级研究院，请我去出任院长，我就把国外的诊所式培训的模式引进来，借用这个模式，再结合中国刑事诉讼的特点，摸索打造了一套中国刑辩律师技能培训的模式。这个模式我在西北政法大学搞了三四年，本来用不着这么长时间，是因为疫情的原因耽误了，现在已经打造成型。通过几十位资深律师反复磨合，从接谈案件开始，一直到二审程序的结束，共设计了12个培训专题，总共需要400个学时。这是一种全程参与式的培训，而且培训班的人数不能超过30人，因为人多了没有效果。经过这样一轮培训以后，律师的刑事辩护技能会有一个非常大的提高，从各显其能的无序状态，变成了一套有章可循的规范动作，包括会见，取证和法庭发问、质证、辩护等等都有一套可以遵循的规范模式。

现在我们已经编写了一套教材，叫《刑事辩护教程》，分为理论篇、实务篇和实训篇，实训篇介绍的就是这种培训模式。这三本书明年可以出版。结合这几本书，

我非常希望能够把这种培训广泛地推行开来。事实证明这种培训效果很好，但是由于受人数限制，培训效率很低。所以，希望以培训培训者的方式，使被培训者变成下一个培训者，形成滚雪球的效果，以滚动方式让更多的律师有机会接受培训。

不仅律师如此，实际上法官、检察官也存在同样的问题。我们的误区就是把知识与技能混同了，认为法学院毕业了，就可以做律师、做法官、做检察官，实际上并非如此，每一个行业都需要进行专门的培训。只有经过专门的培训，才能真正形成可以匹配的控辩审三方的诉讼格局。因此，技能培训这个问题，是中国律师下一步的发展，也是中国司法下一步发展所共同面临的问题。只有重视了技能培训，接受了技能培训，才能成为具有规范化执业能力的合格律师。我常说中国现在还不是出现真正大律师的时代，是因为整体环境还没有到这个高度。我们大家都还在探索当中，只能说有些人做得好一点，走得快一点，仅此而已。客观的说，真正规范化操作的能力我也不具备，跟大家一样，我们都需要学习，都需要提升。这是我们必须正视的一个现实，也是必须要尽快解决的一个问题。

三、理论与实务：理论与实务相脱节的现象亟待解决

第三个问题是理论与实务的关系问题，这个问题也非常重要。理论与实务两者是密不可分的，但是在我国，目前存在一个很重要的问题：理论与实务相脱节的现象很严重。理论是指导实务的，如果没有这个作用，理论就没有存在的意义。反过来，实务应当不断充实理论，如果没有这个作用，理论就不能发展。但事实上我们的现状是两者严重脱节，缺乏互动，这种情况下就是变成了僵死的理论和盲目的实务。那么，法律界的运作就会形同一潭浑水。

为什么会有这样的情况？我认为根本原因在于教育模式的固化和滞后。我是当教师出身的，1983年我到中国政法大学任教时，就发现了这样的问题，直到今天这个问题也没有解决。至今为止在大学的课堂上，我们的教师还是在解读教材，讲课本。我认为这不是大学课堂上应当遵循的一种讲课方式，大学生应当以自学教材为主，他们完全具有自学教材的能力，而教师在课堂上的主要任务应该是

答疑解惑。

在大学的课时设置中一直存在一个难题，就是教师们争课时的现象很严重，都说自己的课时不够用，都希望增加课时。这个问题很现实，如果按照讲授课本的教学模式，这种冲突永远无法解决。可如果换一种方式，不去讲课本，而是让学生自学，然后把不懂的问题集中起来，教师在课堂上答疑解惑，其余的时间可以去拓展知识面，这样现有的课时就会绰绰有余。而且学生由刻板式、灌输式的被动接受变成了启发式的主动学习，效果会事半功倍。

多年前我去美国讲课时，有一次在纽约大学连续讲了一周，我每一次讲课的时候最多不会超过20分钟，学生就开始提问了。这就要求教师必须有充分的准备，具有比较广泛的知识面，这样才能够解答这些问题。实际上在我讲课之前，学生们围绕我讲课的内容已经读了很多参考书，课堂上向我提出了很多问题，并且表达了各种不同的个人见解。这才是大学的课堂，可我们到今天都做不到，反过来还嫌课时不足。如果把讲解课本变成答疑解惑，不仅启发、调动了学生们学习的主动性，而且，还可以把一些课时节省出来增加实践课，我们法学院的学生就不会“高分低能”，就不会到了实务部门不会做事。在大学教育中，我们应当组织学生多参加实务活动，多实习，多模拟训练，多接触案件。很遗憾我们没有做到，所以从学习阶段就发生了理论与实务脱节的问题。

另一方面，实务界对理论界也有排斥。实务界对理论界常常会有有一种轻视的态度，有些人经常会说“理论是理论，实务是实务，两者不是一回事。”长期以来，这种脱节已经形成了一种冲突。直到今天，理论与实务相脱节的问题依然没有解决，这个问题在律师界也同样存在。

说到法律思维的问题，不仅涉及到理论与实务的脱节，而且还涉及到学科之间的脱节，其中最典型的是实体法与程序法的脱节和相关学科的脱节。

我们的刑法和刑诉法本来是姊妹法，但现在不仅上课是分开上的，而且授课教师也是分开的。刑法与刑事诉讼法，民商法与民事诉讼法，行政法与行政诉讼法这三大部门法，本来它的实体和程序是不可分的，一旦分开了，思维方式就会片面化、单一化。

比如，我们研究实体问题的时候有时会忽略了程序问题，我在讲课的时候也曾经有过这样的问题，因为我只讲



刑法而不讲刑诉法，就自然会忽略了程序问题。去年最高检搞辩论赛，请我去做评委，我也提到这个问题：案例选择的很好，确实很精炼，但是有一个最大的缺陷，就是没有涉及证据问题的争议。证据都定论了，只辩论实体问题。但是我们知道，在现实当中，每一个案件首先解决的是有没有某个事实存在，然后你再说如何定性。如果只谈定性而不论证据，就成了坐而论道，纸上谈兵，根本就不能称之为一个完整的诉讼程序。我们在刑事立法的时候也同样存在这个问题，比如，我们在立法时候往往忽略了证据上如何认定，刑法只规定诈骗罪以非法占有为目的，有这个目的就构成诈骗，没有这个目的就不是诈骗。那么如何认定他有没有非法占有目的呢？就会见仁见智，争论不休。因为在立法中没有涉及到任何相关的证据标准。

现实中这样的问题非常多，所以我建议大学法学教育应当实行实体法与程序法的一体化教学，实体法和程序法的教学由一个教授来担任，他必须精通这两门课。这样他的思维才是整体的，他的教学内容才是全面的，他给学生所传授的才是一个整体化的内容，而不是片面的、单一的内容。

关于相关学科的脱节问题后果更为严重。大家注意到我们在理论界和实务界经常讨论一个问题：刑民交叉案件的界限如何区分。这确实是个很难的问题，但问题是居然有学者提出，刑民交叉案件是个伪命题，理由是该刑事的就是刑事，该民事的就是民事，并不存在交叉问题。但大家想一想，这个话只说对了一半，你在分清楚之前怎么知道它是该刑事还是该民事呢？不就因为搞不清楚混淆在一起了，才有交叉的问题吗？只有把它搞清了以后才能该刑事就刑事，该民事就民事。可见，以这个理由来否定刑民交叉案件的存在，显然是个学科脱节的问题，是没搞清两个学科之间的区别与联系。

大家知道民事欺诈与刑事诈骗的界限是最难区分的，这是个难题，但并不意味着二者之间不存在界限。如果说没有界限，那罪与非罪岂不就没有界限了？之所以会出现这样的思维方式，是因为把相关学科的知识割裂了。现实当中很多时候能否构成犯罪的前提是要搞清民事法律关系，特别是它的所有权关系。例如，我亲历了很多案子，有的是贪污了本来就属于他自己的财物，有的是盗窃了本来就属于他自己的东西。反过来也有些案件中，民事法

律关系的确认要以能否构成犯罪为前提。所以，在现实当中会出现三种情况：在刑民交叉案件出现的时候，有些需要先刑后民，有些需要先民后刑，还有些属于刑民互不干扰可以同时并进。

相关学科相脱节的现象，在司法实务中会造成严重后果。现实中有一种令人担忧的问题：搞刑事的不懂民事，搞民事的不懂刑事，搞刑事的看什么都像犯罪，搞民事的看什么都像侵权。很多错案就是这样形成的。律师一定要专业化，但是专业化不等于你对相关学科一窍不通。搞刑事业务的人在民事问题上不一定是专家，但是也一定不能是法盲，反过来也是一样，你对相关学科至少要有个基本的了解。否则你的思维是单向的、是片面的、破碎的，你就难以对一个复杂的案件得出正确的结论。谈到这个问题我们一定要注意，律师绝不是熟练工，律师是专业人士。有人说律师就是个熟练工，这是对律师职业的贬低。而且，律师应该是高端的专业人士，所以一定要重视理论学习，要有深厚的理论功底为支撑，才能真正做好律师业务。

那么如何学习理论？这又引出一个话题：什么是理论？我们很多人把理论庸俗化了，理论不是知识的堆砌，不是抽象的概念和简单的法条。理论是原理，是原则，把原理吃透，把原则吃透，才是真正掌握了理论，在现代社会层面上，在信息时代，背诵概念和熟悉法条没有太大意义。电脑一打开，手机一打开，想查什么就查什么，还要花费精力去背概念背法条吗？那是傻瓜！几十年以前，知识型的专家曾被推崇，在形容一个专家的时候，会说他知识渊博就像是一部活词典。还会说某个著名教授，站在讲台上，翻阅着发了黄的教案侃侃而谈。表明他资历很深，知识面很宽，很有学问。现在这样的教授有用吗？这样的学生有用吗？当今社会不需要活词典式的专家，需要的是创新型的人才。所以，学习理论一定要注重原理和原则。只有吃透了原理、原则，才能融会贯通，一通百通。否则，光学了那么多死知识，只会照葫芦画瓢，越画越不像。很多冤假错案就是这么形成的。

说一个大家都知道的例子，彭宇案。彭宇案的问题很简单，就是举证责任倒置。举证责任谁都知道，谁主张谁举证，这个道理大家都懂。但为什么彭宇案就搞错了？是因为没搞清“主张什么，举什么证”。在救助摔倒者的案

件中，由救助者举证，这是典型的举证责任倒置，可是包括有些法官在内的很多人，还坚持认为这样举证是对的。更有意思的是在彭宇案激烈争论之后，深圳率先搞了个地方立法，规定由被救助者承担举证责任。这个立法很好，很有意义，也得到了广泛认可。紧接着在另一个城市又发生了三个小学生扶老太太被误解的案件，结果法院根据深圳立法精神，按照被救助者举证的原则，驳回了老太太的请求。这个判决无疑是正确的，但是接下来却发生了另一桩不该发生的事：又把老太太的儿子抓起来了，说他与老太太共同讹诈。老太太又是要死要活，委屈难当。

谈到这个问题，我常常想到沈腾在春晚上表演的节目，那个“郝建”骑自行车碰上老太太摔倒的小品。这个小品演得非常好，最后皆大欢喜，老太太承认误解了。这样的情况有时候确实很难说清楚，也可能是老太太讹诈了，也可能是老太太误解了，也可能是高度紧张状态下产生幻觉了。但是按照举证责任原则，证据不足不认定就可以了。可是反过来认定老太太和儿子讹诈同样也是证据不足的，并非所有案件都会清清楚楚，程序公正做到了，司法公正就实现了。

同样道理，排除非法证据阻力非常之大，原因很多，其中一个重要原因就是：一旦排除非法证据，办案人员就面临着被追究刑事责任的风险，所以他会千方百计抵制。其实，这又涉及到对举证责任的理解问题。我们仔细想想，排除非法证据的根据是什么？是“具有非法取证的可能性”，即只要具有这种可能性就有理由排除。那么反过来，追究办案人责任的时候，能不能根据可能性来定案？显然不能。所以，这边可以排除，那边也可以不定罪，除非具有刑讯逼供的充分证据。这个问题搞清楚了，问题就简单了。但是就这么一个简单的举证责任问题，居然困扰了这么多年，有些人至今都弄不明白，主要原因就是对原理、原则没搞清楚。

再比如说大学生掏鸟窝案，10个小鸟判10年。从表面上看法官的判决没错，按照法律的规定可以这么判。但是从情理上来看，这是无情的判决。现在我们都讲天理、国法、人情要统一起来，有道理。其实，法律无情亦有情。虽然法律这么规定了，但是刑法修改后贪污受贿300万以上才判10年以上，而掏10个小鸟就判10年以上，情理何在？人权和鸟权谁大谁小？鸟权大于人权吗？我们的立法

有滞后性，是现实，但是如果法官在处理这个问题的时候能够有更深层的思维，能够运用刑法特殊减轻条款报请最高法院批准减轻处罚，是不是效果更好呢？

还有虚开增值税发票罪。当年增设虚开增值税发票罪的起因是有些人凭空骗取17%的退税款，这是个诈骗行为。所以这个罪开始有死刑，后来改成无期。但是由于立法表述不够明确和当时最高法出台了一个模糊的司法解释，再加上一些人的错误理解，特别有些专家还著书立说，把虚开增值税发票罪论证成行为犯，结果把很多没有骗税目的和结果的虚开行为也定罪并且判了重刑。其实，只要将虚开增值税专用发票罪与逃税罪加以对比，就可以明显看出前者是结果犯而不可能是行为犯。逃税罪是以数额较大为前提的，它侵犯的是国家的税收管理制度。后来又做了修改，即使数额较大，如果补了税并接受行政处罚，就可以不追究刑责。那么没有骗取税款的虚开增值税发票行为，它所侵犯的仅仅是发票管理制度而并没有侵犯税收制度，这种行为的危害性比逃税罪还轻，竟然可以判到死刑和无期，在法理上如何解释？难道会有这样的立法原意吗？为此，我曾经向立法机关提交了关于虚开增值税发票罪的修法建议，并先后发表了两篇论证文章，但一直未能解决。还好几年前最高法院终于出了一个新的解释，通过司法解释把这个问题解决了。虚开增值税发票罪是目的犯、结果犯，不可能是行为犯。之所以出现这么大的误区，出现这么多的冤案，出现一些学者的胡乱解释，根源就在于没有搞清原理。

现实中这样的问题还有很多，回到今天的主题，学理论学什么？是学原理，学原则，而不是抽象的概念，更不仅仅是法律条文。否则，就等于没有理论知识，律师也不可能做好。重视理论，吃透原理是律师提升完善自己的必由之路，也是避免被时代淘汰的唯一选择。上世纪80年代的时候，中国涌现了一些缺乏理论功底的名律师，那时候由于刚刚重建律师制度，律师队伍人数也不多，有很多人从别的行业转行过来直接做律师。他们不是学法律的，但是能力很强，口才、思维逻辑都很强，所以在法庭上很受欢迎，名气很大。但是由于法律功底欠缺，在很多问题的表达上却经不起推敲，那是时代的产物。但是现在时代不同了，今天的律师如果再仅仅停留在嘴头上的功夫和思维敏捷的层面上，就远远不能适应了。



所以在律师进入发展期以后，在走向新的时代以后，我们一定要解决好两个问题：律所管理要走向科学化，律师执业要走向规范化。这样才能适应律师进入发展期的需要，才能在中国律师行业的发展过程中迈出更坚实的一步。这是我要跟大家谈的第三个问题。

四、习惯与思路：面对复杂案件，如何找到突破点

案件的情况千差万别，没有完全相同的案子，但是每个案件的关键点却是有迹可循的。重要的是要善于发现问题，找到要害。刑事案件寻找突破点时有两个重要环节：一个是会见，一个是阅卷。会见的重要性不必多说，需要强调的是：中国现阶段律师办案的过程当中，阅卷特别重要！这也是一种比较特殊的现象。在其他国家的法庭上，哪有这么多案卷？因为证人是到庭的，是直接言辞原则。我们现在虽然提出了以审判为中心，但在很多问题上还是停留在以侦查为中心、以案卷为中心的状态中，所以办案中阅卷非常重要。

阅卷怎么阅？案卷多如云，发现问题犹如大海捞针。所以，阅卷的方法很重要。我见过的案卷最多的有2000本，而且是只有一个被告人的案子，至于几百本案卷也是司空见惯的。工作量这么大怎么办？要有方法。首先，要做到全面通读无遗漏，不管有多少本卷，至少要简单翻一翻，浏览一下，这是一种排除法。肯定其中有很多没用的，但是你要看了以后才能排除。筛选以后，要精读，要深入分析，这就要非常仔细的研究了，比如用摘卷、列表、画图等各种方式来加以分析。我注意到有些律师摘卷不引原话，只摘大意，一定不要这样做。你怎么能够断定你的总结和概括是完全准确的？法官看了怎么能相信你的内容呢？所以摘卷一定要带引号，连标点符号错别字都不要改，要完全忠于原文。然后你可以对内容加以评价和分析对比，但一定要把原文摘引出来。阅卷时画图非常重要，一个复杂的案件会看得眼花缭乱，一旦图画好了，有时候会一目了然。我曾经办过一个过亿元的贪污案件，怎么看怎么像是贪污，法律关系特别复杂。但当我把图画好了以后，一目了然，根本就没有罪，理清之后，发现完全不是那么一回事。

接下来是如何找到关键问题。我举几个例子，比如贪污案件，前些年很多贪污案件发生在承包经营的过程当中，后来我发现，此类案件中承包合同是个最关键的点。在这类案件当中有很多是“大包干”或者叫“死包干”的合同，就是承包经营者自负盈亏、自担风险，不管赚钱赔钱，都得上交固定的利润，这叫“死包”合同。在这种“死包”合同当中，根本就不存在贪污的可能性，做假账没有必要，而且，即使做假账也不构成贪污罪。因此，根据这种合同，如果说他隐匿收入来认定贪污，从形式上看似乎具有贪污的手段，但从本质上看是不可能的。因为这个钱本来就属于他自己，就不存在贪污的对象。

又比如，我前些年办了一个死刑复核的案子，是故意杀人罪，证据确凿供认不讳，报到最高法院复核。案件的基本情况是一个村民枪杀了村支部书记，因为他认为村支部书记倒卖土地，并从中牟利，与他发生了冲突，把他枪杀了。但是我在阅卷时发现一个问题：弹道检验报告表明子弹是从腰间射入从锁骨穿出来的。那么子弹是怎么打进去的？似乎只有趴在地上打枪才会有这种走向。我带着这个问题会见了被告人，他说：“我那天喝了酒，带着猎枪去找他，我怕自己控制不住情绪，就把猎枪戳在书记的院子外边了，空手进去找他们说事，结果一进去他们夫妻俩就连骂带打把我推出来了，我一生气回头就把枪取回来，但刚一进院他老婆就跟我厮打起来把我摔倒了，枪就响了。”我说这个过程你怎么不说？他说没有必要，杀人偿命，天经地义，人就是我杀的。这个情节一审二审中都没有提到，律师没有提，公诉人没有提，法官也没有提。这个情节跟那种直接杀人的情况显然是不一样的，具有充分的不核准死刑的理由，可是这么重要的细节竟然没有人发现。所以，细节之处见功夫，这句话很重要。案卷那么多，不下功夫仔细阅卷是不容易发现案卷中关键问题的。

很多年前广东省高院有个走私的案子我是给外代公司的单位犯罪做辩护。案情是有一个走私集团，连续几年从香港往广州走私食用油，这个事实是很清楚的，而且逃税额就多达25亿。外代公司的一些人因帮助他们拆分货单而被定为共犯。当时外代总公司找到我代理二审，只希望能把罚金的连带责任免除。后来在二审中把单位犯罪变成个人犯罪，把共同主犯变成了从犯，罚金问题自然就解决了。而且，额外的又把主犯的死刑也打掉了。那个案子

是360多本卷，在其中的一页纸上，我发现了一段被判死刑的那个公司总经理的口供。他说他们是总公司下边的一个分公司，总公司老板安排他把货物运来以后，把仓单一分为二，一部分合法进关，另一部分放在海关外的保税仓里边，至于那一部分货物如何入关他既未参与也不知情。该案走私事实是存在的，被告人的供述也属实，关键是总公司老板和那个负责将货物走私入关的分公司总经理都跑了，查无对证。当时我就向法官提出，这是很明显的证据不足，没有共谋的证据，如何定罪？至少不能判死刑。就这样，那个不是我的委托人的被告人被免除了死刑。

我举这些例子就是想说，案卷中很多细节非常重要，要善于在细节中发现问题，不重要的东西再多也没有价值，抓到要害才能解决问题。

研究分析案件时还有一个需要把握的原则，就是一定要先从最不利的因素着眼，从最坏处着想。有些律师总是盲目乐观，接了案子就说没问题，把当事人说得很兴奋，这是非常害人并且害己的思维方式。接手任何案件的时候，都要先从最坏处来着想，再往最好处努力。要把最不利的可能性都预判到，然后一个一个予以排除，才能获得更好的结果。如果事先把问题想得太简单了，往往会出现失误。所以，在研究案件的过程当中，只有先从最坏处着想，先把简单问题复杂化，才能全面无遗漏地吃透案情。而当你研究透了以后，得出结论的时候，再把复杂问题简单化。

其实这个问题就是一个思维方式的转变过程，我在法庭辩论时也经常强调这个问题：在侦查案件的时候要做到怀疑一切，这是非常必要的，对于任何蛛丝马迹的微小线索都不能放过，因为如果没有怀疑一切的思维就破不了案。但当你把案件理清之后，在给案件定性的时候，在公诉机关起诉和法院判决的时候，正好相反，就要排除一切合理怀疑。这两种思维方式的转变是非常重要的。

所以，在分析案件的过程中，要把简单问题复杂化，要把最坏的结果想在前面；在将案件分析透彻以后，在得出结论的时候，又要把复杂问题简单化，这是我们应当遵循的一项重要的思维方式。学者在研究问题的时候，就像我们律师研究案件，首先要把简单问题复杂化，但是在得出结论的时候就还是要把复杂问题简单化，这样的学术研究才会有价值。我经常批评有些学者的著作写得晦涩难

懂，总是把简单问题复杂化。你写出别人看不懂的东西的意义何在？

与学者相比，律师更要善于把复杂问题简单化，因为律师更需要自己的观点被认同。所以，律师在法庭上，特别是法庭辩论的时候，你的表达要让既不懂法也不知情的能够听清楚、听得懂，这才是你最高的水平。有的律师和公诉人，包括法官在法庭上法言法语满天飞，甚至在询问当事人的时候，也使用专业术语，把当事人问得晕头转向，不知道如何回答。其实，这种表达也不是故弄玄虚，实际上还是对于基本原理原则没吃透，只能照搬一些概念。如果原理原则吃透了，换一种概念，或者换一个很通俗的说法，更可以说清楚问题。学问的高深不在于你运用了多少高深的概念，而在于能不能把问题说清楚，这是最重要的标准。有些人在研究案件的时候，报喜不报忧，在法庭发言的时候，把简单问题复杂化，这种做法纯属自欺欺人。外行看热闹，觉得这个人很有学问，很有水平；内行看门道，净是废话连篇，不切主题。

五、变化与不变，以刑事诉讼为例，看律师执业的挑战和机遇

任何事物都一样，挑战和机遇总是并存的。以中国律师尤其是中国刑辩律师为例，虽然是出身卑微，处境艰难，但这有不利的一面，也有有利的一面。不利的一面是难度大、风险大，发展过程举步维艰。所以我说在中国孕育大律师的时代还没有到来，因为孕育大律师的环境和土壤还没有形成，我们对自己要有客观评价。有利的一面则是机会多，贡献大。我们前40年中一两代的律师是拓荒者、创造者，发展空间大。所以，从某种意义上讲，也可以说中国律师是全世界水平最高的律师。因为中国律师面临的问题太多了，不仅仅是单纯的法律问题，还要面对司法环境的问题、司法腐败的问题、整体司法水准不够高的问题，以及面对当事人和社会公众不理解的问题。中国律师在处理一个案件的时候，要面对一系列本不该由律师来处理的问题。从这个角度上来看，中国律师的水平确实不简单。因为你面对的问题太复杂。所以说，处于生成期的律师是中国律师行业的拓荒者，历史的贡献不可磨灭。

前面说到过，有一个不能否认的现象就是早期的律师



中存在很多问题，包括能力、水平、职业道德，以及法律功底不深的问题等，但这毕竟是在中国特定环境下不可避免的一种必然性的现实，我们要正视它。但是在那种情况下，我们老一辈的律师脚踏实地、坚韧不拔地走过来了。可以说前40年的中国律师身体力行，赴汤蹈火，奠定了中国律师健康发展的坚实基础，他们的历史功绩不可忽视。那么，40多年过去了，中国律师进入了发展期，虽然有了基础，但挑战仍在。不过，我们现在与前40年相比机遇显然更多。律师执业的环境依然艰难，我们要为改善环境而共同努力；律师行业的科学化管理任重道远，困惑重重，需要我们群策群力，努力探索；律师的执业技能亟待提

升，技能培训是律师发展期的重要任务。

简单说，改善环境、规范管理、提升技能，这三个问题既是挑战，也是机遇，是我们面向未来的三个重要课题。所以，我诚恳的希望你们去迎接挑战，抓住机遇，在老一辈律师披荆斩棘、架桥铺路的基础上，用你们的努力加活力，开创出一片中国律师的新天地。这也是我今天跟大家分享的一个最重要的愿望。

中国律师下一步怎么走，全部希望寄托在年轻律师身上。不仅老一辈律师对你们充满期待，你们自己更应当充满信心，而且还要有决心，要认识到自己肩负的重任，要完成这一项重要的使命。

实务技能研讨

——京都律师多领域解读法律应用实践问题





案件事实认定之证明标准

■ 门金玲 / 文

大家好，今天我们聊聊事实认定之证明标准。案件事实的证明标准，这个在法律上被明确的规范，在法律适用中对于法官来说却形同虚设，成为我们辩护时不知从何说起的“玄学”。无疑司法实践中要求事实认定之证明标准必须统一适用，这是最基本的最朴素的公正，其如此关键地关乎着司法的正义和被告人对裁判的接受度，这需要我们全方位地认识证明标准问题。

一、证明标准的含义

所谓证明标准，就是指法律规范所要求的与构成要件成立密切相关的事实认定所要达到的证明程度。比如我国刑事诉讼法明确规定，认定一个人有罪的证明标准是“事实清楚、证据确实充分”。证明标准的认定方法是由法官根据常理和逻辑自由心证。道理上两层逻辑很清晰，一个是法定标准，一个是解决方法，但是放到司法实务中，究竟如何判断一个案件事实达到了法定证明标准？成为一个难题。虽然存在这么一个法定的证明标准，但似乎并未带给我们多大安全感，实务中依然存在事实认定的参差不齐，千差万别。

二、规则规范与标准规范

规范有统一适用法律的功能，但为何证明标准被法定化了，却依然给我们带来这么大不安全感呢？这需要从规范分为规则规范和标准规范说起。无疑规则规范对于法律适用来说更加具有稳定性、确定性和安全性，标准规范事

关常理、逻辑和自由心证，因此更加具有灵活性。对于证明力判断，历史走过了从法定证据制度到自由心证制度，即从规则规范到标准规范的历程。法定证据制度时代，对于证明力的判断采用规则规范的做法，将事实认定的程度判断用规则规范的方式固定，确实实现了案件事实认定的确定性和安全性，但缺乏灵活性，也有悖于事实问题固有的逻辑。法定证据制度废除之后，进入自由心证时代，对于案件事实认定适用标准规范，由法官适用自由心证原则判断证据的证明力，遵循了事实固有的逻辑，但一定程度上必然导致确定性与安全性上的欠缺。

三、证明标准与证明对象

证明标准是对证明对象所要达到的证明程度的法定要求。事实是一个复杂构成，并非每一个涉案事实都是可以进入证明对象范围的。一个案件事实有许多，如果不停的拆分事实，可以说是无穷匮也。一个案件中有要件事实，也有非要件事实。证明对象是指要件事实，指法律构成要件所涵摄的事实。为什么必须这样界定证明对象，是因为只有与构成要件密切相关的要件事实的诉讼证明才需要受到严格的程序法则和证据法则的约束。如果我们要求每一个事实都受到程序法则和证据法则的约束，那么去完成诉讼证明是不现实的，且也势必会导致所有的事实诉讼证明都被虚化，严格证明也就失去约束意义。实际上，我国目前的司法实践就存在这种情况：不加区分要件事实的证明与非要件事实的证明，最终导致所有事实的证明和认定都有任意性之嫌。

四、证明标准是一个体系性（层次）的存在

不同的证明对象有着不同法定标准，民事事实与刑事事实有着不同的标准，实体事实与程序事实有着不同的标准。

民事法属于生活的法，民事法上的事实认定需要完成优势证明，达到高度盖然性的法定标准，即发生的可能性大于不发生。刑事法属于惩罚犯罪的法，刑事法上的犯罪事实认定需要完成严格证明，达到事实清楚证据确实充分的法定标准，如果用反向表达，即为排除合理怀疑的法定标准。

民事侵权行为中，各国对民事欺诈行为的认定标准普遍高于其他一般民事行为的认定标准。但是，也从未有与刑事犯罪的认定标准齐平的范例。一旦齐平，对于构成要件属性一致的行为，势必导致刑民交织时无从判断适用民事法还是适用刑事法，对法秩序构成破坏。

可是我国《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定(2019修正)》第八十六条“当事人对于欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对于口头遗嘱或赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。与诉讼保全、回避等程序事项有关的事实，人民法院结合当事人的说明及相关证据，认为有关事实存在的可能性较大的，可以认定该事实存在。”

这里将民事侵权中的欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明标准提高到“排除合理怀疑”，与刑事犯罪的认定标准

门金玲律师简介



京都律师事务所兼职律师，北京大学法学院诉讼法学博士毕业，现任中国社会科学院大学副教授、研究生导师，中国社会科学院大学刑事辩护研究中心执行主任，西北政法大学刑事辩护高级研究院副院长。主要研究领域为《刑事诉讼法》学、证据法学、法律诊所教育。常年专业办理刑事案件，积累了丰富的庭审辩护经验和审判前辩护的成功经验，办理多起具有较大社会影响力的案件。发表论文数十篇，参加撰写论著数部，参与过国家社科基金、公安部、司法部、北京市、全国律协刑辩委员会以及其他民间课题十余项，独著《侦审关系研究》（社科文献出版社2011年版），主编《刑事辩护实务指南》（法律出版社2015年第二版），主编《刑事辩护的技术、方略与案例》（法律出版社2017年版）。

一致。模糊了刑事犯罪中的诈骗与民事欺诈之间的边界，对于此种情形下的刑民交叉问题，是交给民事还是交给刑事，给司法实践提供任意性的空间。

在同一诉讼中，针对不同的事实，证明标准也不同。以刑事诉讼法中非法证据排除的规定为例。

其一，辩方申请启动非法证据排除时提交“相关线索或材料”的标准。第五十八条规定“法庭审理过程中，审判人员认为可能存在本法第五十六条规定的以非法方法收集证据情形的，应当对证据收集的合法性进行法庭调查。”此处的“可能存在”就是对辩方提交的相关线索和材料的“标准”的规范表述。“可能存在”相当于“存在合理怀疑”的标准。一旦经过依据常理和逻辑上的判断，得出“可能存在”本法第五十六条规定的非法方法收集证据的情形的，法官此时“应当”启动非法证据排除程序，立法用的是“应当”，体现对裁判权的约束。

其二，认定构成“排除”非法证据的标准。刑事诉讼法第六十条规定“对于经过法庭审理，确认或者不能排除存在本法第五十六条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当予以排除。”这里的“确认”、“不能排除”就是对此标准的立法表述。大家看到了，“确认”和“不能排除”不是对同一程度的表述，如果适用于同一事实的话，势必导致“确认”标准成为一句赘言，被“不能排除”架空，违反法律禁止赘言原则。怎么办？法律解释可以弥补立法瑕疵。结合刑事诉讼法第五十六条

规定“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”因为言词证据很容易出现虚假，因此立法规定



的是直接法定排除——“应当”排除；物证、书证客观性较强，因此适用裁量排除——“可以补正或合理解释”，之后再考量是否排除。立法区别对待非法言词证据和非法物证、书证的排除，这一思想体现在证明标准上，必然是排除非法言词证据的认定标准低于排除非法物证书证的标准，因为标准越低说明排除规则适用越严格。故而，通过体系解释两个条款，第六十条规定的“确认”这个高标准适用于非法物证、书证的排除，“不能排除”这个低一

些的标准用于非法言词证据的排除。对于“确认”存在第五十六条规定的非法收集“物证、书证”的，不能补正或合理解释的，法院“应当”予以排除；对于“不能排除”存在第五十六条规定的非法收集“言词证据”的，法院“应当”予以排除。

美国法上对证明标准的九级组成很值得我们借鉴，从高到低：

证明标准	确信度	裁判内容
绝对确定	100%	在任何法律程序中无此要求
排除合理怀疑	95%	刑事案件中证明犯罪行为的全部要件的标准，确定被告人有罪
明确可信的证据，或者清楚和有说服力的证据	80%	适用于某些州驳回保释请求、一些州精神病辩护
优势证据	50%以上	民事案件胜诉、刑事辩护的肯定
相当理由或合理根据	50%以上	签发令状；无证搜查、扣押及逮捕、提起大陪审团起诉书和检察官起诉书，撤销缓刑和假释，以及公民扭送等
合理怀疑	30%	适用于警察阻截和搜身
怀疑	10%	开始侦查或大陪审团调查
合理疑点	5%	宣告被告人无罪
直觉	0%	不足以采取任何法律行为

（篇幅所限，本次讲座中的案例讲解部分略）

漫谈阅卷

——阅卷中的几个重要问题

■ 徐莹 / 文

阅卷，是律师办理刑事案件最基础、最重要的准备工作，如果卷阅好了，案子就办好了一半，阅不好，案子一定办不好。

很多年轻的律师可能缺乏体会，曾经阅卷难是律师办理刑事案件的三难问题之一，早期因为技术手段不够发达，阅卷是靠手抄的，现在也有，有些涉密的案件案卷也不能复制。后来有了复印机，可以复印了，但是复印收费，一张一块钱，且通常只有一台复印机，为了抢到复印机，律师要一大早去检察院排队阅卷，跟现在会见抢号差不多。在这情况下，面对大量的卷宗，很多律师就选择摘录、摘抄，选择性的复制。再后来可以拍照复制，甚至检察院扫描好了直接提供光盘。无论在何种情况下，京都所对于京都律师的要求始终不变：不计成本、无论是物质成本还是时间成本，全部复制，每一页纸包括卷皮都要复制下来。如果是从其他合作律师处获取案卷，要核对确保没有遗漏。即使现在是电子卷宗了，但是还是要关注到案卷的完整性问题，检察院工作人员工作中也可能出现疏漏，扫描漏页缺页的情况也会发生。

也许有人会问，这样的方法是不是有点太笨呢？特别是多被告，多起事实的案卷，全案复制、阅卷，是不是浪费时间呢？不如集中精力突破重点？但是，你怎么能保证你遗漏的那部分中就一定没有有用信息呢？比如卷皮，卷皮有没有用？有时候我们会发现，卷皮上反映出来，案卷材料有几十本，但是律师复制到的只有几本，是不是存在公安机关没有移交全部案卷材料的可能性？所以，阅卷很重要，是不可能偷奸耍滑、投机取巧的活，有没有好好阅卷，法庭上见功夫！

我今天想和大家聊聊阅卷的一些原则性的东西，比如刚才说的，要全案阅，也有很多个性化的技巧，和大家交流，时间所限，我只挑选了阅卷中比较具有典型意义的几个问题和大家交流：

问题一、阅卷权的来源

阅卷权究竟是属于被告人的权利？还是辩护律师的权利？抑或是被告人和辩护律师共同拥有的权利？需要一一厘清。

（一）被告人中心主义辩护观和辩护人独立主义辩护观

1、被告人中心主义辩护观

被告人中心主义辩护观，顾名思义就是被告人是整个辩护活动的中心，体现在辩护律师与被告人的关系上，就是辩护律师要以被告人利益为中心，被告人对辩护律师掌握的证据和拟采用的辩护策略有知悉权，辩护律师要与被告人沟通，体现在阅卷问题上就是被告人拥有当然的阅卷权。以美国为代表，美国《律师协会执业行为示范规则》规定：律师应当遵循委托人就代理的目标及部分重要事项作出的决定，应当就追求这些目标所要使用的手段同委托人进行磋商。在刑事案件中，委托人就进行何种答辩、是否放弃陪审团审判以及委托人是否作证等事项同律师磋商后所作出的决定，律师应当遵守。即便对当事人的利益有“实质的不利影响”，如果当事人坚持要追求律师认为是“矛盾的或者鲁莽的”目标，律师也必须按照当事人的决



定去做，或者律师也可以退出辩护。我们看，这个规定很有意思，就是当事人的意见和律师发生矛盾的时候，律师可以退出辩护，但是不能违背被告人意志进行独立辩护。为什么呢？联邦最高法院在Faretta v. California案中给出了理由：辩护的权利是直接给予被起诉人的，因为他将可能直接承受案件失败的后果。所以我们要给当事人一个控制自己案件的权利，否则就只能任人宰割。律师的地位是什么呢？一个助手，虽然是一个专家，但还是一个助手。辩护律师应当是对被告人的一种协助，如果脱离了这个助手的定位，律师就不是提供帮助的人，而变成了主导，结果上就可能剥夺被告人对自己案件控制的一个权利。

2、辩护人独立主义辩护观

该辩护观主张律师是独立的法律工作者。西德《律师法》第一条，辩护人不仅仅是被告人的利益的代理人，更是独立于被告人的“独立司法机关”。

（二）两种辩护观对应的不同的诉讼构造

为什么会出现这两种辩护观，这与英美法系和大陆法系的诉讼构造存在密切的关系。

1、英美法系的当事人主义诉讼构造。当事人主义的诉讼构造之下，法官消极中立，被告人与控诉方力量差别悬殊，为了维持公平，贯彻平等武装原则，就必须为被告人提供各种诉讼防御武器，辩护人作为被告人的代理人弥补其诉讼力量的不足，维持控辩平等的诉讼构造。

2、大陆法系的职权主义诉讼构造。在职权主义的诉讼模式之下，法庭的职责是什么？是发现真相。法官、检

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诉讼专业委员会秘书长，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”。

察官、律师都有责任去发现真相，律师除了保护私益外，还承担着协助法庭发现真相，保护公共利益的责任，律师对法院的真实义务优先于对当事人的忠诚义务。在职权主义的诉讼模式之下，辩护人、检察官、法官在理论上形成一个致力于发现真相的集体，在这种理念之下，被告人成为了言词证据的提供者，作为案件中重要当事人的诉讼主体地位被大大削弱。

（三）不同的诉讼构造，对辩护权的观点，得出对被告人阅卷权的不同认识

在被告人中心辩护观下，辩护律师就更多的扮演着案情的客观分析者、辩护方案的提供者、方案选择的协助者这样一个助手的角色，但是最终的决定权都在被告人，被告人选择了方案后辩护律师应当成为方案的积极执行者。被告人作为一个重要的当事人，享有辩护权，并可以亲自行使那些以辩护权为核心的诉讼权利，因为被告人的授权，辩护人才可以代替被告人行使包括“阅卷权”在内的辩护权，作为权利来源的主体被告人当然也享有与辩护人同等的“阅卷权”。所以，阅卷权来源于被告人，被告人当然享有阅卷权。

在辩护人独立观下，被告人的诉讼主体地位相对较弱，只是言词证据的提供者，阅卷权不属于被告人，是法律赋予辩护人的固有权利，除了阅卷权之

外，律师的固有权利还包括会见权和调查取证权。

独立辩护理念长期以来在我国居于主导地位，刑事审判法庭上被告人与辩护人观点不一致的情况屡见不鲜。实际上，允许在被告人不同意的基础上，发表对被告人不利的辩护意见，这种对辩护制度的误解必须被澄清。因为刑事辩护具有专业性，辩护律师凭借其专业知识以及丰富经

验，可以做出比被告人本人更为专业的对其有利的辩护方案。这是被告人辩护需要律师帮助的基础，但不是辩护律师可以违背被告人利益做不利于被告人辩护的依据，被告人与辩护人的信任基础是辩护制度存在的前提，被告人是判决结果承担者和诉讼主体。

（四）两种观点从不同侧面保障被告人阅卷权

现代刑事诉讼的发展是伴随着公民权利保障的扩张而演进的。对于被告人来说，其为刑事诉讼的中心和主体的理念，越来越被广泛接受。作为被追诉的对象，作为刑事惩罚后果的承担者，作为无罪推定理念之下刑事诉讼活动的主体，而非客体，赋予刑事被告人阅卷权，是正当程序的必然选择。对于辩护律师来说，保障其能够实质地为被告人提供辩护，允其知悉卷宗内容也是法定的权利。在对法庭的真实义务与对当事人的忠诚义务之间，前者是消极的义务，后者是积极的义务，已发展为当前司法伦理的共识。

如果否认被追诉人的阅卷权，就会导致一个悖论：作为原始权利主体的被追诉人享有辩护权却没有阅卷权，而作为派生权利主体，帮助行使辩护权的辩护人反而享有阅卷权，这在理论上难以站住脚。¹无论如何，随着人类社会的发展进步，刑事司法制度的发展，独立辩护观与被告中心主义辩护观的关系会越来越清晰，在被告人中心主义辩护观的理念之下，辩护人的权利来源于被追诉人的授权，阅卷权的主体是被追诉人也获得了理论依据。

问题二：律师能否将案卷材料给犯罪嫌疑人、被告人阅览

2012年《刑事诉讼法》修改，首次规定了辩护律师“自案件移送审查起诉之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据。”律师向犯罪嫌疑人、被告人核实证据有了法律上的明确规定。但是，由于法律对于“有关证据”的表述语焉不详，实践中尚存在不小的争议，争议主要存在于核实有关证据的范围、方式两个方面。

1. 范围

“核实有关证据”的范围，有观点认为，律师查阅、复制的所有案卷材料无区别都可以向犯罪嫌疑人、被告人进行核对。有观点却认为，律师向犯罪嫌疑人、被告人核

实证据，应当根据案卷的种类有所区分，比如书证、物证、鉴定意见等材料，因为具有较高的稳定性，可以向犯罪嫌疑人、被告人核实。但是证人证言、同案犯供述等言词证据，因为具有不稳定性，且容易导致犯罪嫌疑人、被告人翻供，甚至发生串供的情况，不能通过核实证据向犯罪嫌疑人、被告人出示。

中华全国律师协会《律师办理刑事案件规范》（2017）（律发通[2017]51号）第25条“自案件移送审查起诉之日起，辩护律师可以向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据”。第70条“审查起诉期间，辩护律师应当及时查阅、摘抄、复制案卷材料，并根据案件情况会见犯罪嫌疑人核实证据。”从程序法操作意义上看，“核实证据”是律师获取的全部的案卷材料，这也是保障被告行使自辩权的应有之意，只要辩护人认为有必要进行核实的，都可以与犯罪嫌疑人、被告人进行核实。但是，一方面是立法语焉不详，实践中对于“有关证据”的分歧较大；另一方面，相关行业规范以及法律规定并未发生改变，律师执业风险并未消除。诚如刑事诉讼法学者王敏远教授所言：“由于刑事诉讼法只是规定了可以核对‘有关证据’，而并未明确可以核实的证据的具体内容，因此辩护律师的风险仍然没有彻底消除。”²

鉴于该种风险，律师在向犯罪嫌疑人核对证人证言、同案其他被告人供述的时候，要进行审慎的评判和谨慎的方式，尽量采取询问的方式提出质疑，而不传递相关书面材料，底线是不可借核对证据而教唆犯罪嫌疑人、被告人串供。

2. 方式

如上提及，律师向犯罪嫌疑人、被告人核实有关证据，在方式上是直接将案卷材料给其查阅，还是口头宣读，亦或是概括告知，根据证据的类型可以区分对待，书证、物证、鉴定意见等内容稳定的证据，经看守所警官的同意下，可以交由其本人查阅、核实。言词证据，可以采取口头宣读或概括告知的方式进行核实。

问题三、案卷材料能不能给犯罪嫌疑人、被告人以外的其他人看？

律师能否将案卷材料让亲友阅览或复制，国际上通行



的观点，是由被追诉人本人来决定，因为案卷材料内容可能涉及被追诉人的个人隐私。但是在我们国家，立法明确规定了，案卷材料不能提供给亲友阅览或复制，主要考虑到案卷材料在尚未开庭审理前属于国家秘密，检察院保密规定，秘密级“泄露后妨碍和影响检察工作的案件材料”。而且也涉及到会妨碍侦查的问题。实践中，由于亲友了解到案卷内容后，找证人改变证言的情况并不鲜见，律师因此而被以泄露国家秘密罪或者辩护人妨害作证罪追究刑责的案例也有发生。

问题四、阅卷的范围

《刑事诉讼法》规定阅卷的范围包括“本案的案卷材料”，最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》（高检发释字[2019]4号）第47条进一步明确，案卷材料包括案件的诉讼文书和证据材料。关于诉讼文书的范围，参照1999年《人民检察院刑事诉讼规则》（高检发释字[1999]1号）第319条规定，诉讼文书包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书等为采取强制措施和其他侦查措施以及立案和提请审查起诉而制作的程序性文书。关于证据材料的范围，即侦查机关移送人民检察院和人民检察院移送人民法院的案卷中的各种材料，包括其中的证明犯罪嫌疑人、被告人是否有罪、犯罪情节轻重的所有证据材料、诉讼文书等。

这里需要说明的是，侦查机关移送给人民检察院的案卷材料，以及人民检察院移送给人民法院的案卷材料，有时候在范围上会减少。人民检察院会根据起诉的需要，在审查起诉时将侦查机关移送的卷宗做挑选整理，在范围上可能会比公安机关移送的少。这时候需要辩护律师格外关注，是否存在能够证明被追诉人无罪、罪轻的证据没有随案移送，并及时提出调取申请。比如，当事人的供述，卷里体现出来的，只有有罪供述，但是会见的时候，当事人说我做了好多次的笔录，就这一次没办法了，做了有罪供述，其他都是无罪辩解。

最近听说一种情况，有律师办涉黑案件，代理的当事人被指控为一般参加者，检察院不让律师阅全卷，只让阅与本人有关的部分案卷。我觉得这个做法完全没有法律依

据，什么叫与本人有关呢？指控犯罪嫌疑人参加黑社会性质组织，这个组织是不是黑社会性质组织，组织定性和他有没有关系呢？当然有关系，如果不阅全卷，怎么知道这个组织是不是黑社会性质组织呢？怎么能对组织性质发表辩护意见呢？

问题五、阅卷的技巧

（一）全卷复制不可遗漏

律师复制案卷，原则上要全卷复制，如果时间紧、任务急，无法及时全面复制的情况下，案卷目录必须完整，根据阅卷情况，随时补充复制。切忌不可人为的选择性复制案卷，认为某些内容与指控犯罪无关，不重要就不复制。全卷复制的目的是对全部案卷内容做到心中有数，首先，在法庭上控方举证质证时，不会因为出现律师不了解的证据而心虚，有助于庭审把控；其次，案卷材料中可能存在对被告人不利的证据，也可能存在对被告人有利的证据，控方在出示证据时，可能会有选择性的出示，如果律师对全部的案卷材料不了解、不熟悉，则不能及时的做出应对，补充出示在案的对被告人有利的证据材料；第三，及时发现控方没有依法向法院移送的案卷材料。

全卷复制不仅要求全部的案卷都要复制，而且要求单本案卷的全部内容都要复制，包括卷皮、目录、封底，如果案卷中有部分内容有特殊标记，如折角，缺损等，都要如实复制。折角页内容也许是指控机关着重关注的内容，而缺损处也有可能暗藏玄机。比如，会见时被告人一直向辩护律师强调办案机关非法扣押了其名下五部车辆，除其中两部在扣押清单上记录扣押了“机动车登记使用证”外，其他三辆车均未出具任何查封扣押手续。律师到法院复制案卷的时候，发现在上百本案卷中，其中一本有一页缺失，明显是卷订好了，然后被人撕掉了一页，在夹缝处还有撕毁的痕迹，律师在阅卷时将此情况记录下来，结合案卷内容，缺页恰恰是查封扣押清单，据此提出侦查机关违法侵占当事人合法财产，扣押财产不开具手续，隐匿销毁卷内扣押文书的律师意见。

全卷复制要关注各个阶段案卷的特殊情况：鉴于时间关系，今天的培训不再展开。

（二）反复阅卷，粗读、精读、焦点问题反复审查。

阅卷不是可以投机取巧的工作。虽然利用阅卷软件，研究与犯罪构成有关的主要犯罪事实，通过会见等提前预设可能的事实争点，能够在一定程度上提高阅卷的效率，集中力量突破重点，但是，只有通过细致、扎实、全面的阅卷工作，才有可能在浩如烟海的案卷中发现问题，提炼观点。妄想通过一遍通读案卷就可以掌握全部重要事实，形成辩护观点，是不切合实际的。粗读、精读、焦点问题反复审查，是阅卷的必经途径。

（三）熟悉相关法律法规、司法解释及判例

（四）制作卷宗目录

卷宗目录就是对案卷内容的整理，制作卷宗目录的目的是对卷内材料整体了解，方便查找使用。

（五）阅卷的逻辑路径

1. 从指控的事实与罪名入手，分析指控逻辑

从指控的事实与罪名入手，分析指控逻辑，寻找突破口知己知彼，是律师进行辩护前的准备。控方指控的犯罪事实是什么？指控具体罪名是什么？指控的证据有哪些？答案都在案卷材料中。指控思维，是律师进行辩护准备时应当时刻警醒自己的一种思维方式，带着指控思维阅卷，是“知彼”的重要手段。通过查阅起诉意见书、起诉书、立案决定、提请逮捕的申请、补充侦查提供等等，了解控方的指控罪名和基本事实，带着指控思维审查证据，揣摩控方指控犯罪事实成立的逻辑是什么，有哪些证据能够支持控方的指控事实。以此为纲，找到指控逻辑中存在的问题，寻找辩护的突破点。

2. 从可能的事实辩点和法律辩点入手，发现有利于辩护的事实和证据

首先，指控罪名的构成要件决定了其涵摄的哪些事实是有价值的要件事实。在控方浩瀚的案卷材料当中，有很多与指控犯罪并不密切相关，甚至完全不相关，侦查机关在移送检察院时不加区分一股脑的全部移送了，那些不能证明指控罪名构成要件的事实，如果不加区分，花费大量精力进行审查，浪费时间，降低效率。律师在阅卷时，要从可能的事实辩点和法律辩点入手，提高阅卷效率。比如

受贿罪，是国家工作人员为他人谋取利益收受他人财物的行为，那么是否具有国家工作人员身份？是否有为他人谋取利益的行为？是否有收受财物的行为？就是可能的事实辩点，律师在阅卷时，对于与此相关的事实要进行着重审查。

其次，律师的辩护思路，是在阅卷中确定的，但是，并不一定是在阅卷过程中才产生的，初步辩护思路可能形成于阅卷之前，通常来自于与被告人的会见，与家属的会谈，对相关类型罪名的办案经验等等。辩护律师在阅卷前可以进行大胆的假设，假设案件存在的事实争点和法律辩点，大胆假设，小心求证，切忌先入为主。这样通过阅卷去印证、确认假设的辩点，或者否定假设的事实，或者修订假设的辩点，或者又发现了新的可能存在的现实争点，再去案卷中寻找答案，通过这样在事实和法律之间不断往返穿行，带着批判性的思维，不断调整和修正观点，最终形成有理有据的辩点。

3. 全面阅卷

全面审查全部案卷材料，不放过任何一份证据材料。这和上面的“从可能的事实辩点和法律辩点入手”并不矛盾，关注重要的部分并非放弃其他不重要的部分，律师阅卷虽然有轻重缓急之分，但是并不能因此而认为选择的放弃部分案卷，辩护律师要善于通过全面阅卷发现问题，从微小的裂缝中切入，不断深入，直至撕裂指控证据链条。

在一起被告人被指控故意杀人罪的案件中，侦查、审查起诉、一审律师、二审律师都未对故意杀人罪的定性提出异议，律师受家属委托在死刑复核阶段介入该案，在会见被告人的时候，其本人也认为自己犯了故意杀人罪，杀人偿命，没有什么好争辩的。试想，如果这个时候，律师轻信之前审判程序中的没有争议的事实认定，轻信被告人本人的认罪供述，对于案件事实有关的证据一概而过，不仔细全面阅卷，详细分析事实问题，而把重点都放到有关量刑情节上，就会遗漏重要的对被告人有利的证据。该案的阅卷分析结果是，律师在详细阅读鉴定意见时发现，弹道痕迹显示，子弹是从腰间射入，从锁骨打出，弹道痕迹证明子弹是在争斗过程中枪走火而射出的可能性极大，最终通过律师再多次会见被告人，反复核实案发当时的细节，提出了不适用死刑的辩护意见。



4. 重点突击

控方的指控要求达到事实清楚、证据确实充分，形成完整的证据链条，而辩方要做的，是寻找破点，打破证据链。当然“破”点的寻找并非那么简单，需要理论和经验的积累，比如前面说到的与犯罪构成相关的事实，预设的争点和辩点，还有不同类型犯罪的不同侧重点。

综合以上四点，律师在阅卷的路径上，既要有指控思维，研究控方指控逻辑，又要有批判思维，发现事实争点和法律辩点，既全面阅卷，又重点突破，实现阅卷的全路径覆盖。

（六）阅卷的顺序

阅卷需不需要按照一定的顺序进行，依据具体的案情决定。如果时间紧急等特殊情况，一般情形下依据如下顺序，更有助于全面掌握指控事实和指控逻辑，找到辩点，形成辩护思路。

第一步：阅读、研究、分析起诉书、起诉书

一套完整的案卷材料由诉讼文书卷和证据卷组成，个别律师往往拿到案卷急于查看证据卷宗，关注证据内容，想要看看被告人怎么交代的，证人怎么说的。而对于文书卷，则认为其主要就是各种手续、程序文件，不能证明实质内容，而忽视其重要作用。殊不知，这种做法恰恰舍本逐末，主次颠倒。在查阅证据卷之前，对于诉讼文书特别要仔细分析，尤其是起诉书、起诉书，控方到底指控了什么，得先了解清楚。比如涉及多起犯罪事实的案件，证据内容通常比较杂乱，在调查过程中形成的讯问笔录中犯罪嫌疑人对于多起事实进行了供述，而有些事实，虽然在笔录或其他证据中有体现，但通过侦查或审查，办案机关认为移送审查起诉的证据并不充分，在起诉书、起诉书上并没有作为犯罪进行指控，如果没有仔细阅读起诉书、起诉书的事实部分，可能会在阅卷时会抓不到重点。

第二步：程序性文书材料

程序性文书，通常包括受案登记表、立案决定书、拘留证、提请批准逮捕书、逮捕证等等，对于繁杂的文书，应重点关注：受案登记表、立案决定书，了解案件背景，案件来源；拘留证、逮捕证、传唤证等，是否存在超期羁押的问题；提讯提解证，是否存在程序违法问题，特别是

当事人提出存在非法取证的是否存在超长时间提讯，或者监所外提讯的问题，提讯人员是否具有合法身份等；相关文书上的罪名是否有变化，通过罪名变化分析办案机关的侦查、指控思路；如果存在退侦的情况，退回补充侦查提纲非常重要，有助于了解检察机关指控思路和证据问题。

第三步：证据卷

证据卷包括在案言词证据、书证、物证、鉴定材料、辨认笔录等能够证明案件事实的证据材料。查阅证据卷的一般顺序是先供后证，即先阅犯罪嫌疑人、被告人供述，证人证言，再阅其他证据。

对言词证据，一方面要审查其形式要件，是否具有合法性。笔录开始的起止时间，是否存在超长时间审讯，讯问人员是否符合要求，有两名办案人员的签名，讯问地点是否合法等。实践当中，通过形式审查发现问题情况很多，比如发现同一办案人员在同一时间出现在两份不同的笔录中；又比如发现存在违反法律规定监所外提审；再比如有时一份讯问时间很长的笔录，但是记录的内容却很少，或者讯问时间很短的笔录，笔录内容却非常多，明显不符合常理。另一方面要审查其实质要件，是否具有客观性，关联性，前后多次笔录是否一致，发生变化的原因是什么？被告人供述与证人证言之间是否存在矛盾，能否相互印证？与其他证据能否相互印证，形成证据链条等。

对有组织犯罪，比如黑社会性质组织犯罪，一般顺序是先点后面，即先阅个罪，再阅黑社会性质组织犯罪，因为组织性犯罪的组织特征、行为特征等主要通过个罪体现，个罪是组织犯罪的突破点。

（七）制作阅卷笔录

阅卷要制作阅卷笔录，制作阅卷笔录的目的是为了把卷从厚变薄，提炼，总结出关键问题，便于形成辩护思路，也方便庭审时查找，引用。制作阅卷笔录的方法因人而异、因案而异，常用的制作方法包括：

1. 摘录法

顾名思义，即对案卷证据材料中重要部分的摘抄记录。

摘录要求全面客观，不仅摘录对当事人有利的证据，还要摘录对其不利的证据。摘录证据原则上要原文摘录，因为中国文字语言的复杂性，在不同的语境之下，相同的文字可能会出现不同的解读，同一个人不同时期理解不

同，或者不同的人对同一句话的理解也可能不同，所以在摘录的时候，不要用总结性的概括的语言，要原文摘录，可以在批注或备注中标明自己对于该段表述的意见。

摘录笔录的表现形式不拘一格，既可以直接摘录，亦可以表格形式体现。

2. 画图法

图表在说明某一具体问题时往往能够起到一目了然的效果。特别是对于复杂的人物关系，事件关系、时间顺序等。

3. 比对法——标出出处

比对法是在摘录法的基础上，对案件当中的具体问题进行纵向、横向多维度的比对，以发现证据及指控事实中存在的问题。比对可以以摘录为基础，在摘录笔录的基础上，对具体问题不断进行拆分与组合。

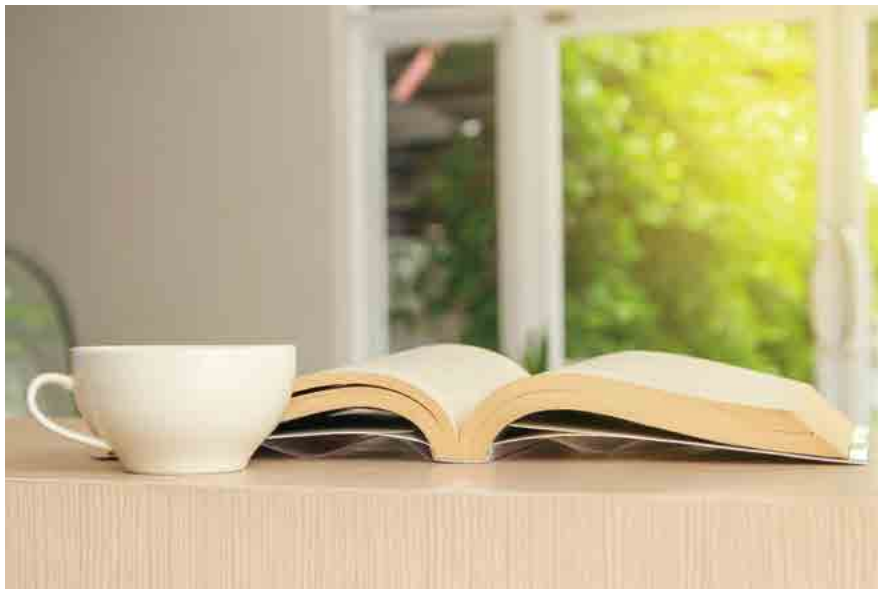
比对法对于发现案卷本身存在的问题具有很好的作用，需要十分认真、细致、耐心的工作。

以上就是我今天和大家分享的内容，阅卷涉及的问题很多，时间所限，就分享这些，希望能给大家一些启发和帮助。谢谢! ☺

注释:

[1] 刘作凌、刘学敏：《论被追诉人本人的阅卷权》，载《法学论坛》2012年9月第5期第108页。

[2] 韩旭：《辩护律师核实证据问题研究》，载于《法学家》2016年第2期。





法律文书写作技巧

■ 孙艳辉 / 文

法律文书写作不但是律师的一项基本工作内容，更是一项律师必备的基础技能。对于诉讼律师，书写起诉状、答辩状、代理词等法律文书是必不可少的工作。对于非诉律师，法律文书写作更是安身立命的法宝，尽职调查报告、法律意见书等工作均能反映一个非诉律师的法律文书写作功底。可以说，法律文书写作直接影响着律师的职业发展。

一、法律文书的概念

“法律文书”的概念有狭义和广义之分，“狭义的法律文书”是不具有普遍约束力的非规范性法律文件，指国家司法机关、律师及律师事务所、仲裁机关、公证机关和案件当事人依法制作的处理诉讼案件以及非诉讼案件的具有法律效力或法律意义的非规范性文件的总称。“广义的法律文书”除包含狭义的法律文书内容外，还包括具有普遍约束力的规范性法律文件，例如各种法律、行政法规、地方性法规及规章等。本文所探讨的法律文书主要指“狭义的法律文书”中的律师依法制作的处理诉讼案件以及非诉讼案件的具有法律效力或法律意义的非规范性文件。

二、法律文书写作的重要性

（一）法律文书对法官的重要性

在中国当前的司法实践中，一次庭审的时间大约在半个小时到两个小时之间。庭审中，律师要分别进行开庭陈述、举证质证、法庭辩论三个轮次的发言，在如此短的时间内，律师想要充分发表自己的观点和主张是困难的，对律师水平

要求是较高的。而要有序地、有逻辑地发表自己的观点，并且促成法官最大限度的了解、掌握并记住律师的观点更是难上加难。事实上，绝大多数律师终其一生都在为了实现这一目标而努力。不依靠其他任何辅助，仅通过法庭表现的方式来彻底征服法官的律师是凤毛麟角的，如何弥补法庭表现的缺失和不足，法律文书便发挥着举足轻重的作用。这既包括开庭前的起诉状、答辩状、代理意见、也包括庭后提交的补充代理意见、专项说明等。可以说，法律文书是法庭之外的第二语言。

（二）法律文书对客户的重要性

律师通过法律文书将复杂的法律关系剖析并呈现在客户面前，能有效的减少交流的难度，使客户直观感受到律师的法律素养和执业能力，快速提升客户对律师的信任感，有助于更好地开展委托事项的相关工作。

另外，法律文书还是律师规避职业风险的重要工具。法律服务“唯结果论”在中国当前法律服务市场上属于普遍现象，“唯结果论”经常伴随着律师被投诉的风险，为了规避该风险，我们形成了“律师工作报告制度”。即从签订委托代理协议，面对整个法律服务过程中的每一个重要节点和环节，都以书面报告的形式记载下来，并及时反馈给客户。当客户看到书面报告后，便能充分了解工作进度、工作内容、工作问题等内容。代理关系终止时，一般发给客户的工作报告少则五六份，多则几十份。假设委托事项的最终结果并未达到客户的预期，但当客户看到这些工作报告、工作记录、工作痕迹后，一般也不会过于蛮横地指责律师没有尽职工作职责、没有付出努力，这样便极

大减少了客户投诉的概率。

（三）法律文书对律师的重要性

将案件裁判结果邮寄给客户、归档结卷并不意味着案件办理完毕，在案件办理过程中，我们经常为弄清某一法律问题，通宵达旦地查找案例、翻阅文书，并做大量的研究工作。因此，在办理案件的过程中我们会经常形成很多痕迹，这些痕迹本身对于类似案件都具有参考价值。如果我们能将这些痕迹进行梳理归纳，形成法律文书保存下来，一定可以为我们将来所用。当再次遇到类似案件，这些法律文书能够帮助我们达到事半功倍的效果。法律文书不仅能帮助律师固化工作成果，对于律师知识管理的作用也不言而喻。

三、法律文书写作常见问题

（一）标题不够简练、空洞无物

我国法官的工作量是非常大，特别是基层法院的法官，他们每天除了开庭审理工作外，还有书写裁判文书、开会、培训等工作。在这样的背景下，法官对于每个案件，特别是每个律师的文书能给予的时间、精力是非常有限的。当法官拿起一篇文书，通常先看标题，如果标题空洞无物，不能吸引他的注意力，那么他极有可能弃置不顾。此时，律师代理的案件败诉风险将增加。

（二）过度引用对方观点或不利判决

过度引用对方观点或者过度引用对己方不利的判决是一种错误，这种错误可能会让法官先入之见。法官在没有了解案件事实，没有了解案件双方观点和主张的情况下，当看到引用原审认定的内容时，他会优先考虑认定的内容

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，《中小企业合规评价认证标准》起草人。执业近三十年，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。

是否正确，是否应当予以维持，而不是优先考虑律师陈述的反对观点是否有道理。在法官先优先考虑原审认定的内容是否应当予以维持的时候，他会不自觉地帮助自己找各种理由去维持原审判决，这是对我们非常不利的影响。

（三）说理薄弱，缺乏论证过程

通过罗列大量证据来证明某一结论的形式也是错误的，这里的问题主要在于法官无法将律师所列举的证据与结论勾连起来。首先，上述内容也强调了法官的精力、时间是有限的，法官看到证据和结论后，不会苦心孤诣地自己去做分析题，把它们相勾连起来。其次，从一个事实到一个结论，它们之间的论证过程往往是非独一的，通常是多样化的，在律师没有明确说明论证过程的情况下，法官从保守的角度出发，也不太敢擅自抉择，不太敢替当事人和律师选择某一论证过程。法官的通常做法是当作你没有提交新的证据，你的结论也就无从得以证明。其实，对于诉讼律师而言，论证才是本职工作所在。

（四）过度解释学术概念或引用学术观点

的确，中国的法学教育和实务存在鸿沟，有较大脱节。在工作中，有时候律师会发现，由于制定法的不完善性和滞后性，我们除了严格遵循法教育学来

适用法律之外，确实需要从理论中发掘一些观点来支撑我们的实践主张。我本人也并不反对在法律文书中引用或者提到学术观点、学术概念，但是存在着“度”的问题。法官也属于我们职业共同体的一部分，与律师分享共同的知识结构和学术基础。如果法官看到律师在法律文书中像教科书一样讲概念，一般情况下会引起他的不悦。从当事人的利益出发，不建议在这些非原则问题上冒风险。



（五）堆砌法条

堆砌法条不仅会打断法官阅读的流畅性，还可能会遗漏律师在该部分陈述的重要观点。法条的作用是佐证律师的观点或主张，本人建议引用超过两行的法条尽量不要在原文中体现，可以考虑用附件或脚注的形式列出。

法律文书写作中除上述常见问题外，无视证据和事实，盲目猜测和推断，感情用事；结构松散，长篇大论，思维混乱；排版面目可憎，错字、标点混乱等问题也比比皆是。

四、法律文书写作的基本要求

（一）遵循格式，写全事项

格式虽属法律文书的外在形式，但它对法律文书的内容也常具有规定性。因此，制作法律文书不可忽视法定的文书格式。一旦确定制作某种文书，就必须选定相应的文书格式，按格式的规范要求制作文书；要求写明的各种事项要素，一定要书写齐全。在遵循既定的文书格式体例写作各种文书时，还应按要求写明应提供的事项，诸如当事人的基本情况中的各种身份要素、案情事实中要求写明的各种事实要素、理由阐述应阐明的理由和根据等要素、或某种请求中应说明事项要素，都应一一写清。只有做到事项要素完备齐全、准确无误，才算符合遵循格式的根本要求。

（二）主旨鲜明，阐述精当

对于法律文书的制作来说，一般在文书制作之前就已经有了明确的写作某种文书的目的和该文书所要表达的中心意思。因为法律文书都是要解决法律的实际问题，而且在解决之前已经开始了法律活动的运作，得出了相应的结论，确定了所要采用的法律文书。所以说，首先确立鲜明的写作文书的主旨，是制作出有效的法律文书的前提，而且主旨要求必须做到鲜明突出、集中单一。只有这样，才能更好地发挥法律文书的应有效用。

在具体阐述内容时，还必须做到精当恰当。所谓精当恰当就是要求言简意赅，文义精要，表达确切，要言不烦。因为法律文书是特别讲究发挥实效的文书，所以它应能令人看过之后，可以迅速了解文书的中心意思和明确的要求，以便于其发挥应有的效用。这也就要求我们在写作

法律文书时，必须做到语言简洁，文义赅备，意思准确，一目了然，既反对啰嗦重赘，也反对随意苟简。

（三）叙事清楚，材料真实

事实是案件的基本依据，没有事实自然也就谈不到案件。而多数重要的法律文书都要求写明案情事实，这就必然会涉及对材料的使用问题。在法律文书中用材料说明一定的事实时，必须绝对对真实，来不得半点虚假。因为法律文书要通过对事实的分析，判明是非曲直、有无法律责任或责任的大小。倘若事实有误或被歪曲，就难以得出公正的结论，势必影响案件的公正处理，损害有关人员或组织的利益。我们都知道法律处理案件的根本原则之一是“以事实为根据，以法律为准绳”，任何不以事实为根据的法律文书，最后都是要被法律所否定的。

（四）依法说理，折服有力

理由是法律文书中的灵魂，也是主旨的集中体现。但说理必须有事实上和法律上的根据：既要充分透辟，又要切中要害；既要入情入理，又要依法论理。因此，法律文书中的理由有多方面的要求，并受到多方面的制约。首先，法律文书的理由部分应通过对证据的说明和分析，论证事实的确凿性和可靠性。有的必须反映在文书之中，有的可从简或从略。但这一内容是必不可少的。其次，除论证认定事实的理由外，更应论证适用法律的理由。在一定意义上讲，这是理由部分的核心，是绝大多数法律文书都必须阐明的内容。因为它是作出裁决或提出请求的根本依据。缺少这一部分就使裁决或请求的意见失掉了依据，成为无源之水、无本之木。因此，法律文书的制作者，必须认真写好这部分内容。

（五）说明情况，简洁明晰

说明的表达方法主要用于说明介绍客观存在的事物或某种主张、规定等。在法律文书中也经常使用。如对案件当事人的基本情况的客观说明介绍，对案件当事人的处理决定，对现场景况的如实介绍等都属之。以上文字均属于说明的表达方式。采用说明表达方法要求做到：明确、具体、简洁、完整，排斥模糊、疏漏、烦琐。

（六）表意精确，解释单一

法律文书的文字必须做到表意精确、解释单一，以避免给理解和履行带来任何问题。所谓精确，就是精当准确；说明情况、反映事实，做到“如实”二字。如记写当事人的基本情况，姓名、性别、年龄、籍贯、住所都应记写清楚具体、确实无误；叙述案情事实客观真实：一是一，二是二，是则是，非则非，绝对排斥模糊含混、虚假不实。理由阐述则应是非正误，泾渭分明；说理中肯，切中要害，力戒陈词滥调、言不及义。所谓单一解释，就是力求避免语言歧义、文义模棱，以防给法律文书的具体实施和有效履行带来不必要的麻烦。在语言运用上，凡属推测、估计甚或联想的思维形式和遣词造句，都应予以排斥。在文书的整体表达方法上，也主要使用直笔，而不用曲笔，直陈其事，直述主旨。

（七）文字精炼，言简意赅

法律文书的语言运用还应做到文字精练、言简意赅。言简是语言简洁，文字简练；意赅是文义赅备，反对苟简。这也是对语言运用的一种较高要求；一方面要求简洁简练，另一方面又要求文义赅备。做到两者的统一，并非易事。应该包容的内容不能漏掉，而文字又必须简洁，没有高度的概括能力和熟练地驾驭语言文字的能力是难于做到的。律师向执法机关呈递的文书，语言文字必须精练简洁，不能事无巨细、冗长拉杂，但是必须说明的情况和事实、必须阐述的理由和法律依据，又不能讲得过于简略或粗疏；所以必须做到文义赅备。

以上是我对法律文书写作的一点感悟，借此分享给大家，关于法律文书写作的文章或课程举不胜举，大家也可以通过网络学习，兼收并蓄、博采众长。最后，我想告诉大家“冰冻三尺，非一日之寒”法律文书写作也非一日之功，多看、多写、多练，相信大家的法律文书写作能力一定有所提高。感谢大家参与本次分享会！



毒品犯罪案件常见辩护策略

■ 汤建彬 / 文

一、毒品犯罪形势

(一) 2016年起，毒品犯罪案件在刑事案件中占比逐年下降

根据2016年至2021年《最高人民法院工作报告》每年一审刑事案件数量和其中毒品犯罪案件数量进行统计，并计算出毒品犯罪案件占比。

2016年	2017年	2018年	2019年	2020年	2021年
10.37%	8.64%	8.35%	6.03%	6.09%	4.10%
一审刑事案件111.9万件	一审刑事案件129.7万件	一审刑事案件119.8万件	一审刑事案件129.7万件	一审刑事案件111.8万件	一审刑事案件135.6万件
毒品犯罪案件11.8万件	毒品犯罪案件11.2万件	毒品犯罪案件10.4万件	毒品犯罪案件8.6万件	毒品犯罪案件6.8万件	毒品犯罪案件5.6万件

从以上可以看到，近些年毒品犯罪案件一直处在一个高发的状态，在2016年最高峰时，毒品犯罪曾一度达到全部刑事案件的10%以上，一审刑事案件111.6万件，但毒品犯罪案件却能达到11.8万件。在2014年，习总书记对禁毒工作做出重要指示，提出把禁毒工作列入到人民战争的高度来进行对待。随着这些年禁毒力度一步步的加大，毒品犯罪的整体占比呈下降的趋势，体现了我们严格禁毒的成果。

但是另一方面，随着着重打击毒品犯罪，毒品犯罪也呈现出流动性。近几年，由于内地管控日趋严格，制毒团伙开始转移到缅北。但缅北金三角地区的优势是鸦片类的传统毒品，对制造冰毒等毒品不具有优势，用于制造冰毒的化学原料需要从国内运到缅北，生产经营后再从缅北运到国内，这种模式没有直接国内制造毒品成本更低，导致前些年从云南进境的冰毒案件非常少。而且，由于疫情，边境地区开始拉

隔离带，疫情防控也增加了毒品入境的困难，进一步导致毒品案件数量下降。现在的毒品案件数量从高峰期的每年14万起案件，下降到现在每年的不足6万起。

(二) 毒品犯罪案均毒品数量呈上升趋势

对2016年至2021年《中国毒品形势报告》中每年查获的毒品数量进行统计，并结合当年的一审毒品犯罪案件数量进行对比，如下图所示，可以发现虽然毒品数量呈下降趋势，但是均案毒品数量不一定下降，更有可能上升。



另外，现在的毒品案件还呈现出一个新形势，就是除传统毒品冰毒占主流外，开始逐步出现新型的毒品，例如合成大麻素、精麻药品，包括从国外代购药品作为毒品替代品，以及一些吸毒人员从医院开处方药也就是精麻药品。这类案件呈增多趋势，说明毒品市场在不断更新换代，也反映出随着禁毒力度的加大，获取传统毒品的渠道变窄，价格变高，吸毒人员或贩毒人员在寻求一些替代性的物质进行吸食或销售，最终选择它们作为毒品替代品。

二、毒品犯罪的法律法规

（一）毒品犯罪罪名

现阶段，我国刑法第六章第七节关于走私、贩卖、运输、制造毒品罪中共有13个罪名，分别是走私、贩卖、运输、制造毒品罪；非法持有毒品罪；包庇毒品犯罪分子罪；窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪；非法生产、买卖、运输制毒物品罪；走私制毒物品罪；非法种植毒品原植物罪；非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪；引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪；强迫他人吸毒罪；容留他人吸毒罪；非法提供麻醉药品、精神药品罪；妨害兴奋剂管理罪。

（二）毒品犯罪辩护常用法律规范

常见的毒品犯罪罪名是刑法第347条规定的走私、贩卖、运输、制造毒品罪和第348条规定的非法持有毒品罪。毒品犯罪常用的法律规范有：2008年《大连会议纪要》、2015年《武汉会议纪要》、2016年《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》、2016年公安部发布的《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量取样和送检程序若干问题的规定》、2019年最高人民法院、最高人民检察院和公安部联合出台的《关于办理毒品犯罪案件收集与审查证据若干问题的意见（保密）》、还有《麻醉药品品种目录》《精神药品品种目录》和《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》等。

三、毒品犯罪辩护策略

（一）毒品的定性和定量

毒品犯罪辩护的首要问题就是定性和定量。定性是要确定涉案物质是不是毒品，是哪一种毒品。定量是确定涉

汤建彬律师简介



京都律师事务所高级合伙人，北京律协刑事诉讼专业委员会委员。毕业于中国政法大学，特长于毒品犯罪辩护和死刑复核辩护，承办的毒品犯罪案件先后入选2018年度最高人民法院八大毒品犯罪典型案例及2019年度最高人民法院十大毒品犯罪典型案例，受美国国务院邀请作为“IVLIP”项目参访者，荣获《法制晚报》2017年度“公益普法奖”。

案毒品的数量是多少，对应的是哪一档的量刑数量标准。同时，还涉及到查获的毒品要不要进行含量鉴定，鉴定的含量是多少。以上内容，我们统归为毒品案件的定性和定量问题。

1. 毒品的种类

根据制作工艺进行分类，可以分为传统毒品和新型毒品。传统毒品是直接由毒品原植物中提炼，或者对天然的毒品进行加工而形成的，如大麻。新型毒品是通过化工合成的，如冰毒。

根据药用属性进行分类，可以分为药用属性和非药用属性两大类，即有些麻精药品具有毒品和药品双重属性。麻精药品品种目录中明确注明“有*的为我国生产及使用的品种”，也就是在麻精药品品种目录中的物质，都属于刑法规定的毒品，其中带*的既是药品又是毒品。对于非药用类的麻精药品，如果在后续发现其具有药品属性，有药品作用，可以通过国务院的公安部门会同国务院的食品药品监督部门和国务院的卫生部门，共同将其调整到药物类目录中。

根据出现的时间和管理类别，可以将毒品分为三代，第一代是传统毒品，第二代是例如冰毒等合成毒品，我国现在毒品犯罪管控对象主要是二代毒品，由于类似合成大麻素等物质逐渐增多也在逐渐向第三代毒品过渡，即新精神活性物质。实际上，第三代毒品是为了逃避法律的监管，对老毒品的修饰和开发。每一个毒品都有自己独特的CAS代码，而法律又具有滞后性，所以我国规定未列入联合国《1961年麻醉品单一公约》管制的物质和未列入联合国《1971年精神药品公约》管制的物质，但具有成瘾性的物质应认定为新精神活性物质，即第三代毒品。

2. 毒品的量刑数量标准

（1）明确的量刑数量标准

刑法第347条规定了明确的量刑数量标准：

走私、贩卖、运输、制造鸦片不满二百克、海洛因或



者甲基苯丙胺不满十克或者其他少量毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；

走私、贩卖、运输、制造鸦片二百克以上不满一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不满五十克或者其他毒品数量较大的，处七年以上有期徒刑，并处罚金；

走私、贩卖、运输、制造鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的，处十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产；

司法解释规定了明确的量刑数量标准：

《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》规定，走私、贩卖、运输、制造、非法持有下列毒品，应当认定为刑法第三百四十七条第二款第一项、第三百四十八条规定的“其他毒品数量大”等等，不再一一列明。

(2) 可参照的依赖性折算表

对于刑法及司法解释没有规定的毒品，可以参照下列文件中的依赖性折算表进行折算：《104种非药用类麻醉药品和精神药品管制品种依赖性折算表》；《100种麻醉药品和精神药品管制品种依赖性折算表》；《3种合成大麻素依赖性折算表》；《氟胺酮及7种合成大麻素依赖性折算表》；《非法药物折算表（2004年10月）调整版》。

(3) 毒品数量对应刑档的确定

对于毒品数量量刑标准，首先看在刑法、司法解释或其他规范性文件中，有没有规定相应的刑档；若没有规定，则看《非法药物折算表》等中，有没有折算标准；若也没有规定，此时法院具有自由裁量权综合考虑其成瘾性、社会危害性、数量、纯度等因素依法量刑；最后，需要注意的是，没有量刑数量及折算标准，应在第一档法定刑幅度内量刑。

3. 毒品的鉴定

(1) 毒品鉴定的分类

毒品的鉴定分为成分鉴定和含量鉴定。首先是成分鉴定，对于含有二种以上毒品成分的毒品混合物，应进一步作成分鉴定；其次是含量鉴定，制造毒品案件中，对查获毒品含量明显偏低的，应申请对毒品中的其他主要成分进行鉴定，以确定是否为制毒原料中带有微量毒品。

按照2016年公安部发布的《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量取样和送检程序若干问题的规定》，下列

情况应进行含量鉴定：犯罪嫌疑人、被告人可能被判处死刑的；查获的毒品系液态、固液混合物或者系毒品半成品的；查获的毒品可能大量掺假的；查获的毒品系成分复杂的新类型毒品，且犯罪嫌疑人、被告人可能被判处七年以上有期徒刑的；人民检察院、人民法院认为含量鉴定对定罪量刑有重大影响而书面要求进行含量鉴定的。准确的含量鉴定意义重大，可能使被告人免于死刑，可能获得从宽量刑情节，能够确定毒品的真实数量，也有利于准确的定罪量刑。

(2) 毒品物证链条

为了保证查获的毒品和鉴定的毒品具有同一性。公安部出台《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量、取样和送检程序若干问题的规定》，影响证据真实性的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，相关证据不得作为定案的根据。审查毒品物证保管、提取等各环节是为了后续的鉴定意见准确无误。鉴定意见是不是属于本案查获毒品的结论是靠物证链条的完整性来认定的。多地点、多包装毒品是否分别提取、扣押、封装、称量；毒品取样是否符合规范；称量、取样、送检笔录与提取笔录、扣押清单是否不一致；当场提取、扣押后未进行封装，异地称量、取样时，是否存在拆封及重新封装记录，拆封及封装是否有犯罪嫌疑人及见证人在场；委托鉴定机构取样的，是否有取样笔录，鉴定意见中是否记载取样过程，以上都需要重点审查。

(3) 毒品鉴定意见常见问题

毒品鉴定意见存在的问题有很多，常见的有如下几种：鉴定程序违反规定；鉴定机构或鉴定人不具备法定资质；鉴定机构或鉴定事项超出业务范围、技术条件；无法确认检材与查获物品具有同一性；检材被污染；鉴定人拒不出庭；有专门知识的人提出质疑，鉴定人不能作出合理解释，鉴定意见可靠性存疑；鉴定过程和方法不符合相关专业规范。

(二) 行为的定性

行为的定性与刑法第347条几个常见罪名密不可分。

1.走私毒品罪。走私分为直接走私和拟制走私，直接走私是非法运输、携带、邮寄毒品进出国（边）境；拟制走私是直接向走私人非法收购走私进口的毒品或在内海、

领海、界河、界湖运输、收购、贩卖毒品。在司法实践中许多法官会将走私买卖毒品的买方和卖方都认定为走私毒品罪，但其实买家不宜认定为走私，买家与卖家是对合犯罪，不构成共同犯罪，所以在买方持有的毒品达到一定数量时，认定为非法持有毒品罪更恰当。

2. 贩卖毒品罪。明知是毒品而非法销售属于贩卖毒品，但法律将贩卖毒品罪的既遂提前，是否真的卖出不是既遂的判断标准，只要行为人以贩卖为目的而非法收买毒品就可以认定为贩卖毒品的既遂，体现了国家对毒品犯罪的从严打击。以牟利为目的，为他人代购仅用于吸食、注射的毒品；为他人贩卖毒品提供居间介绍、代购代卖，以上两种情况可以认定为贩卖毒品罪的帮助犯。要注意的是若代购毒品的数量达到非法持有毒品罪的标准，应认定为非法持有毒品罪。

3. 制造毒品。主要是指非法利用毒品原植物直接提炼或者用化学方法加工、配制毒品；改变毒品成分和效用为目的，用混合等物理方法加工、配制毒品；明知他人制造毒品而为其生产、买卖、运输制毒物品，不包括为便于隐蔽运输、销售、使用、欺骗购买者，或者为增加重量而掺杂使假，添加或去除其他非毒品物质的行为，单纯地添加物质不能认定为制造物品，要看最终的实际效果。

4. 运输毒品。明知是毒品而采用携带、寄递、托运、利用他人或者使用交通工具等方法非法运送毒品属于运输毒品。但吸毒人员携带自吸毒品在行程中被发现或抓获，若携带自吸的毒品数量较大超过持有量那也会被认定为运输毒品。

5. 持有毒品。明知是毒品而非法持有，在此需要注意曾经持有的问题和持有的未遂问题。

（三）主观明知

能够做出合理解释，则不适用明知推定；有证据证明不知情及被蒙骗，则排除明知推定适用。下面分情况讨论何种情况可以推定为主观明知。

1. 走私、贩卖、运输、非法持有毒品罪。

检查站点要求申报毒品疑似物及携带的他人物品，未申报被查出毒品的；蒙混过关或绕开检查点被查获毒品的；逃避抗拒检查被查获毒品的；体内或贴身处查获毒品的；高度隐蔽方式携带、运输、交接物品被查获毒品的；

虚假信息托运物品被查获毒品的；隐匿身份及支付不等值报酬，雇佣指使他人运输或接收物品被查获毒品的；为获取高额报酬、不等值报酬为他人运输、接收物品被查获毒品的。

2. 制造毒品罪。

购置制造毒品的工具、设备、原料、配剂、制毒方案；在偏远、隐蔽等选址明显不合理的场所或者采用伪装方式制造物品，经鉴定是毒品的；在执法人员检查时有逃避、抗拒检查等行为，在现场查获制造出的物品，经鉴定是毒品的；为获取不同寻常的高额、不等值报酬为他人制造物品，经鉴定是毒品的。

3. 制毒物品犯罪。

改变产品形状、包装或者使用虚假标签、商标等产品标志的；以藏匿、夹带或者其他隐蔽方式运输、携带易制毒化学品逃避检查的；抗拒检查或者在检查时丢弃货物逃跑的；以伪报、藏匿、伪装等蒙蔽手段逃避海关、边防等检查的；选择不设海关或者边防检查站的路段绕行出入境的；以虚假身份、地址办理托运、邮寄手续的；以其他方法隐瞒真相，逃避对易制毒化学品依法监管的。

（四）犯罪地位

1. 同案犯。

要区分上下家的罪责大小，上家主动联络销售、积极促成，上家罪责大于下家；下家主动联络购买，积极筹资，下家罪责大于上家。

2. 共同犯罪。

要区分主犯和从犯的犯意提起、行为分工、出资和分得毒赃等，主犯也要区分作用及罪责大小。具体区分为：

主犯在逃的情况。如有未归案人员，对被告人量刑时要考虑到在逃人员在共同犯罪中的作用。被告人与在逃人员罪大小责难以区分，也应基于存疑有利于被告人的原则进行认定，不能因为主犯在逃，而对从犯不予认定。

另案处理案件。被另案处理人员可能为特情人员，另案处理人员就是本案的源头，要避免另案处理结果同案不同判。

居间介绍与居中倒卖情况。中间人地位为发挥介绍联络作用，上下家地位属于毒品交易主体。



（五）犯罪情节

从重情节中的累犯再犯仍然是加重处罚，但不是有累犯再犯就必须判处死刑。有些案件被告人从地位作用上或者从犯罪数量上还达不到判处死刑的程度，但因其具有累犯再犯情形所以加重处罚之后判处死刑，这种量刑结果有失公正。对于犯罪情节较轻的累犯，在进行从重处罚时要严格把握，不可以一味的上升加重到判处死刑的程度。

（六）侦查程序问题

1. 地域管辖

有些案件根据地域管辖，公安在抓捕时并不具有管辖权，后续可以通过指定管辖修正没有管辖权的情况，但是在指定管辖下达前，侦查机关在指定管辖前搜集获取的证据效力如何，是需要审查的问题。而且此问题延伸出与侦查机关相对应的法院和检察院在指定管辖前也同样不具有管辖权。

2. 特情介入

《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百六十二条规定，为了查明案情，在必要的时候，经县级以上公安机关负责人决定，可以由侦查人员或者公安机关指定的其他人员隐匿身份实施侦查。在这里可能存在以下诱惑侦查行为：

机会引诱。对已持有毒品待售或者有证据证明已准备实施大宗毒品犯罪者，采取特情贴靠、接洽而破获案件。在这种情况下，由于已经存在犯意，所以不影响犯罪行为的定性和认定问题。但如果犯罪未遂及存在控制下交付，基于相应情节从宽量刑。

犯意引诱。行为人本没有实施毒品犯罪的主观意图，而是在特情诱感和促成下形成犯意，进而实施毒品犯罪的，属于“犯意引诱”。刑法153条中规定，秘密侦查“不得诱使他们犯罪”，非法的侦查行为导致该侦查行为及产生的证据或程序失去合法依据，并不导致刑事案件本身失效。实质上犯意引诱就是诱使他人犯罪的问题。

数量引诱。行为人本来只有实施数量较小的毒品犯罪的故意，在特情引诱下实施了数量较大甚至达到实际掌握的死刑数量标准的毒品犯罪的，属于“数量引诱”。实践中可以作为从轻情节考虑，但是引诱的犯罪数量也作为毒品数量的认定，即使毒品数量超过实际掌握的死刑数量标

准，一般也不判处死刑立即执行。

双套引诱。特情既为行为人为人安排上线，又提供下线。实践中，上下家都为假的，所以处罚时可予以更大幅度的从宽处罚或者依法免于刑事处罚。

间接引诱。受特情引诱的嫌疑人又引起没有犯意的其他人实施毒品犯罪或加大数量实施毒品犯罪的情形。毒品犯罪有多层交易关系，参照上述原则依法处理，其犯意不是特情人员引起，不属于犯意引诱，与特情引诱存在一定的因果关系，对被告人也应酌情从轻处罚，可参照数量引诱从轻处罚。

3. 技侦措施

（1）技侦证据的移送

应当移送的情形：对认定犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪有影响的；对认定犯罪嫌疑人，被告人的罪行性质有影响的；对认定犯罪嫌疑人、被告人的罪行轻重，尤其是对死刑适用有影响的。

应当移送而未移送的法律后果：检察院可以要求公安机关移送；法院也可以通知人民检察院移送；仍未移送，应当根据案件情况作出有利于犯罪嫌疑人、被告人的认定。

（2）技侦证据的审查

采取技侦措施是否早于立案时间；采取技侦措施是否经审批；实施技侦措施是否为公安机关的技术侦查部门；采取技侦证据的种类、适用对象和期限是否批准文件的内容一致；音频资料中的声音主体是否为被告人；核对转换文字的真实性。

4. 控制下交付

控制下交付是在整个交易过程中，在公安机关的完全监控下完成交易，是毒品犯罪的常态情况，控制下交付需要审批手续，在犯罪嫌疑人没有完成交易前公安机关就将行为人抓获可能存在犯罪未遂的情况，而且要审查毒品是否全部毒品流入社会，若没有则可以当作从轻情节加以考虑。是否存在技术侦查措施，是否存在特情引诱也是要考虑在内的内容。

（七）死刑辩护

1. 运输毒品犯罪的死刑。有证据证明明确受人指使、雇佣运输毒品；不能排除受人指使、雇佣初次运输毒品且毒品数量没有达到数量巨大的情况下，一般不判处死刑。

2.毒品上下家犯罪的死刑。同宗毒品的上下家，一般不能同时判处死刑；数量巨大的，可同时判处死刑。一般达到6-10公斤以上可以认定数量巨大。这里所称的同时判处死刑，是指上家判一个死刑，下家判一个死刑，在死刑的数量上要有所限制，即使毒品数量巨大，也不能扩大死刑指标的适用。

3.新类型毒品犯罪的死刑。司法解释、规范性文件明确规定了定罪量刑数量标准，且涉案毒品数量特别巨大，社会危害大，不判处死刑难以体现罚当其罪的，必要时可以判处被告人死刑。

4.可不判处死刑立即执行的情形：具有自首、立功等法定从宽处罚情节的；已查获的毒品数量未达到实际掌握的死刑数量标准，到案后坦白尚未被司法机关掌握的其他毒品犯罪，累计数量超过实际掌握的死刑数量标准的；经鉴定毒品含量极低，掺假之后的数量才达到实际掌握的死刑

数量标准的，或者有证据表明可能大量掺假但因故不能鉴定的；因特情引诱毒品数量才达到实际掌握的死刑数量标准的；以贩养吸的被告人，被查获的毒品数量刚达到实际掌握的死刑数量标准的；毒品数量刚达到实际掌握的死刑数量标准，确属初次犯罪即被查获，未造成严重危害后果的；共同犯罪毒品数量刚达到实际掌握的死刑数量标准，但各共同犯罪人作用相当，或者责任大小难以区分的；家庭成员共同实施毒品犯罪，其中起主要作用的被告人已被判处死刑立即执行，其他被告人罪行相对较轻的；对主要犯罪事实中未查获毒品的案件，判处死刑应当特别慎重。若之前的毒品犯罪没有查获的毒品在有证据证明存在的情况下可以计入毒品犯罪数量追究其刑事责任。当场查获的毒品数量达不到死刑标准的，即使之前犯罪累计的毒品数量再多，也不能判处死刑。

以上是毒品犯罪案件常见辩护策略的全部内容。



合同主要条款的涉税风险与防范

■ 高慧云 / 文

一、合同条款中蕴藏的税收风险

合同中有很多条款属于涉税条款，一旦规定不当，就会产生税收损失。对合同涉税条款的规范有利于事前税务规划，例如，某企业将闲置的厂房对外出租，如果租赁合同中没有将房租、设备租金和场地使用费合理划分，将会导致多缴房产税；合同一旦签订，履行过程中产生的纳税义务、纳税义务发生时间就已经确定，无法轻易改变。如果不对合同事前审核进行税收风险防范，将给企业带来重大损失。

合同中主要涉税风险包括：（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。在我国发票是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；如果不注意，就会产生税收损失。（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增加。（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，从而产生逃税风险。合同中这些税收风险所对应的合同主要条款如下：

序号	风险名称	对应的合同主要条款
1	纳税义务风险	合同形式条款、合同价款条款
2	纳税时间风险	履行期限、地点和方式条款
3	税收发票的风险	合同形式条款、合同价款和发票条款
4	税收成本的风险	合同标的条款、违约金条款、
5	关联交易的风险	合同标的条款、合同价款条款

二、合同主要条款的涉税风险防范

（一）合同的形式条款

合同的形式条款包括合同名称、当事人基本信息、合同签章。合同的名称在参照合同法标准名称的同时还要参考增值税的税目进行细化。比如同样是买卖合同，买卖动产和不动产的增值税税率是不同的。在买卖动产中如果涉及图书、水、农产品，增值税税率就与一般动产（13%）不同。因此进行合同名称细化可以避免歧义导致不必要的风险。合同的基本信息对正确开具增值税专用发票非常重要，因此要将增值税专用发票的开票信息一定要写全。合同的签章，要注意与合同开头的当事人信息一致，实践中有的合同当事人写的是母公司的名称，最后盖章却盖的子公司章，就可能会导致虚开发票问题。

（二）合同的标的条款

合同标的条款要比合同名称描述更具体，体现的是对动产、不动产、无形资产或服务的具体描述。比如同样是财产租赁合同，里面就有不同的标的：提供干租服务、湿租服务、不动产租赁服务、动产融资租赁服务、售后回租服务等，这虽然均属于财产租赁合同，但这些租赁合同的增值税税率却不相同。因此当合同名称不能做到特别明确时，合同标的描述就一定要做到清晰准确，这样可以减少税收风险。

（三）合同的价款条款

由于增值税的价外税性质，合同的含税价和不含税价很容易让大家理解不一致，导致税收风险。比如合同中规定了价款545万，最后卖方开发票按价款500万，税款45万

开具，结果买方按发票的价款金额支付500万，税款45万认为不应支付，理由是买方不是增值税的纳税人。因此像这样的风险，如果在合同中明确了545万的价格包含增值稅款，就可以避免。在合同价款中明确合同价款的组成，是否含税非常重要。

（四）发票条款

发票条款虽然不是《民法典》合同中特别强调的条款，但却是避免税收风险的重要条款。实践中经常会出现这样的情况：让对方开增值税专用发票，对方却开来了普通发票；想让对方开13%税率发票，对方却开来了3%税率的发票；让合同对方当事人开发票，结果拿来的却是第三方的发票。像这些风险，都需要在发票条款中确定清楚才能避免。发票条款要特别注意防范虚开发票的风险，要确保物流、合同流、票流和资金流一致或者清晰，除了国家税务总局公告2017年11号《国家税务总局关于进一步明确营改增有关征管问题的公告》第二条规定的建筑行业情形以外，合同流和票流一定要一致，其他流要在合同或补充协议中清晰明确。

（五）履行期限和支付方式条款

在履行期限和支付方式的条款中，一般可以选择分期付款、一次付款、委托收款、预收货款等等，这些支付方式均会影响纳税义务发生时间。比如合同选择采取委托银行收款方式销售货物，纳税义务发生时间为发出货物并办妥委托收手续的当天。在这个时点，卖方没有收到钱，买方也没有收到货，但却真实发生了纳税义务。如果货物有什么问题，买方再拒收，就会导致卖方白白垫付税款，占用了企业的资金，增加了税收成本。因此在合同中设计好履行期限和支付方式条款非常重要。律师一定要研究税法规定的各类税种的纳税义务发生时间，并结合合同实际情况确定履行期限和支付方式。

高慧云律师简介



京都律师事务所高级税法顾问，税法教授。为多家全国性银行总行及其私人银行部、信托公司、保险公司等金融机构及高净值客户提供家族信托方案设计与落地、家族企业税务规划、税务身份规划、海外投资税务支持、CRS合规规划、家族企业税务风险检测与规划、合同节税等法律服务。

（六）履行地点条款

如果大陆企业与其他法域的国家或地区的公司签订合同，比如某大陆公司与香港一家公司签订在孟加拉国安装海底石油管道业务的分包合同，那么这类合同最需要注意履行地点条款。因为不同的地点涉及到的税收可能不一样，以增值税为例，财税2016年36号附件四第二条的规定，境内的单位和个人销售的工程项目在境外的建筑服务免征增值税。如果合同中的分包合同履行地点在孟加拉国，就可以享受免征增值税的待遇。因此关注履行地点可以避免增加税收成本的税收风险。

（七）违约金条款

从合同法的角度，违约金有两种：一种是合同完全不能履行而由违约方支付的违约金，另一种是合同已经履行但未按照规定的时间或其他部分违约而支付的违约金。第一种完全不履行支付的违约金，根据2018年《增值税暂行条例》第一条规定，在中华人民共和国境内销售货物或者加工、修理修配劳务(以下简称劳务)，销售服务、无形资产、不动产以及进口货物的单位和个人，为增值税的纳税人。因此，完全不履行支付的违约金不属于增值税的征税范围，不缴纳增值税。

第二种在合同已经履行的情况下收取的违约金，如果是卖方收取的违约金（也称正向违约金），因为卖方收了主货款，又收了违约金，违约金就变成价外费用了，会涉及增值税；但如果是买方收取的违约金（也称反向违约金），买方并没有销售货物、服务或不动产，因此买方收取了违约金既不属于价外费用，也不属于应征增值税的项目，这种反向违约金不涉及增值税。所以对于违约金条款，要注意区分违约金是否涉及增值税的情况，才能避免税收风险。



三、合同主要条款的审核要点

经过分析以上涉税主要条款，建议律师在审核合同时，要注意以下涉税审核要点：

首先要核对当事人相关信息。审核当事人名称与签章是否一致，增值税专用发票需要的信息是否在合同中明确。其次是要确认合同名称、标的描述是否清晰，是否在符合合同法名称的基础上考虑了相关税法的税目。第三，确认合同价款是否清晰。是否明确了含税价格或不含税价格，合同中的金额计算是否准确，单价、总价、含税价是否与合同附件资料一致，合同金额与结算金额是否一致，是否有价外费用，最好单列不征增值税的价外费用，如果

涉及价外费用的运费，要标明发票怎么开。第四，确认履行地点、付款方式 and 明确的付款时间、分期付款的金额是否明确，分析何时产生纳税义务。第五，确认销售方是否需要提供增值税专用发票(税率是多少)，何时开具；发票不符合规定导致的赔偿责任。第六，关注是否需要包税条款，明确谁来负责税款。第七，关注违约金条款。对于违约金涉及增值税的，需要说明发票如何开具；对于不涉及增值税的，要说明收据如何开具。

以上是对合同主要条款涉税风险的审核要点，对于具体的合同，除了考虑以上这些要点以外，还需要具体合同具体分析，才能最大限度地帮助企业减少税收风险。



家企隔离背景下家庭资产的保护

■ 宇文鸿雁 / 文

人是什么？佛教里面说相由心生，物由心造，一个人对事物的理解、观感都是由他内心决定的，不同的心境对同一事物的感受不同。叔本华在著作《意志和表象的世界》中提出，人生中诸多的苦难和虚无，不过是由我们感官提供的“表象”意志带来的，继而开出了用艺术和自我否定来摆脱苦难的药方。庄子说“道行之而成，物谓之而然。”道路是走出来的，事物是人称呼而形成的。人是造物主，是一切，是人不同的认知造就了不同的世界。

法律又是什么？它主要调整社会关系，是人们在社会生活中，根据不同历史进程的价值观体系，达成共识的、公共遵守的契约。因此，当人不敬畏强权而是无差别地遵守规则，拥有了契约精神，意味着法律文明的形成，法律文明体现了对人的财产、自由、秩序和尊严的保护。所以，在我们多年就以人为本，从事法律服务的过程中，可以看到很多法律纠纷是可以识别及应用法律去防范，过多的人类情感纠结也可以通过提高认知去释怀。

因此，我们反向思考如何避免纠纷、如何定分止争，思考导致纠纷的原因到底是什么、以及如何解决，才能更好地应用和解释法律，并更好地契合客户需求。

宇文鸿雁律师简介



京都律师事务所高级合伙人，办理数百件大额民商事诉讼案件；在民商事争端处理中引入谈判机制大量案件以调解、和解方式解决，减少当事人诉累的同时最大限度的维护其合法权益。专业领域为公司类诉讼案件，股权纠纷、刑民交叉案件、合同纠纷等诉讼领域；在高净值人士家事法律风险防控及纠纷解决、家族企业股权结构设置领域有丰富的办案经验。

一、家庭资产和企业财产的混同

企业设立及融资过程中导致的混同：（1）企业资本组成中股权、银行贷款、股东贷款；（2）夫妻公司被认定为一人公司。

企业在经营过程中导致的混同：财产混同、机构混同、人格混同。

二、企业家人身变故引起企业僵局

越来越多的企业家因为多次婚姻纠纷而导致存在一系列诉讼案件，他们的多份离婚协议已约定但由于各种原因没有办理所有权更名的股权类资产以及房产成为所争议的对象，从而引发多起就离婚协议书提出的离婚后财产纠纷诉讼，以及多个债权人提出撤销离婚协议的诉讼，以致公司股权类资产被冻结，公司运营受到极大影响。

企业是资本的集合，而婚姻是个人的结合，企业有合伙企业、有限公司，婚姻也区分共同财产与分别制财产，均可立可破。那么如何防控这些风险出现呢？我们以典型案例向大家分析：



（一）人格混同之夫妻公司在司法实务中被认定为一人公司

案例一：(2019)最高法民再372号

案件事实：2011年8月3日，熊某与沈某登记结婚。同年11月，双方出资设立A有限公司，夫妻双方各持股50%。后B公司以民事调解书确认的A公司欠付货款事实向人民法院申请执行。在执行过程中，法院未发现被执行人A公司可供执行的财产线索。于是，B公司起诉追加熊某与沈某为前述案件被执行人。一审法院判决驳回B公司诉讼请求，二审法院判决撤销一审判决、追加熊某与沈某为被执行人，并对A公司所负债务承担连带清偿责任。

熊某与沈某不服二审判决，向最高人民法院申请再审。最高人民法院维持二审判决，即“熊某与沈某对A公司所负债务承担连带清偿责任”。

争议焦点：

- 1.A公司是否属于一人有限责任公司；
- 2.B公司作为债权人申请追加一人公司的股东熊某与沈某为被执行人应否予以支持。

裁判要旨：

1. A公司系实质意义上的一人有限责任公司

（1）A公司的全部股权实质来源于同一财产权，并为一个所有权共同享有和支配，该股权主体具有利益的一致性和实质的单一性

A公司设立于双方婚姻存续期间，且A公司工商登记备案资料中并没有熊某、沈某夫妻财产分割的书面证明或协议。A公司的注册资本亦来源于熊某、沈某的夫妻共同财产，A公司的全部股权属于熊某、沈某婚后取得的财产，应归双方共同共有。

（2）A公司与一人有限责任公司在主体构成和规范适用上具有高度相似性

A公司由夫妻二人在婚姻关系存续期间设立，公司资产归夫妻二人共同共有，双方利益具有高度一致性，亦难以形成有效的内部监督。双方均实际参与公司的管理经营，夫妻其他共同财产与A公司财产亦容易混同，从而损害债权人利益。在此情况下，应参照《公司法》第63条规定，将公司财产独立于股东自身财产的举证责任分配给股东熊某、沈某。

2. B公司申请追加熊某与沈某为被执行人应当支持

A公司系实质意义上的一人有限责任公司，适用《公司法》第63条规定，而《变更追加执行当事人规定》第20

条的实体法基础亦在《公司法》第63条规定。据此，熊某、沈某应对A公司财产独立于双方其他共有财产承担举证责任，在二审法院就此事项要求熊某、沈某限期举证的情况下，熊某、沈某未举证证明其自身财产独立于A公司财产，应承担举证不利的法律后果。

（二）将夫妻公司认定为一人有限公司缺乏法律依据

将夫妻公司认定为一人有限公司缺乏法律依据，持此类观点的裁判文书认为，夫妻公司的股东是两人，不符合形式上的一人公司的规定，认定夫妻公司为一人公司缺乏法律依据。

案例二：(2020)最高法民申6688号

裁判要旨：

鸿诺空调公司作为有限责任公司，即使如新地龙打井中心所述是由股东贾某、梁某以夫妻共同财产出资设立，将其定性为“一人有限责任公司”，仍缺乏法律依据。

律师观点：

根据《公司法》第57条第2款规定，“本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。”按照该条文的文义解释，认定一人有限责任公司的依据是股东的数量，而非股东的出资来源，更不以股东之间是否财产独立判断公司是否实质上为一人有限责任公司。

我国《公司法》规定的公司财产独立，是指公司财产独立于股东个人财产，并非股东之间财产相互独立。在法律和司法解释没有明确规定的情况下，司法实践中轻易将夫妻公司认定为一人公司的做法缺乏法律依据。同时，我国法律并未禁止夫妻或其他存在财产共有关系的人向同一家有限公司出资，将夫妻公司认定为实质上的一人公司恐存在过度解读。

而对于夫妻公司是否应以股东的个人财产对公司债务承担连带责任，不应审查夫妻公司是否是实质上的一人公司，应依据《公司法》第20条第3款审查夫妻公司是否符合法人人格否认的要件，进而判断是否应由股东对公司债务承担连带清偿的责任。如果裁判者动辄将夫妻公司认定为一人公司，进而要求夫妻股东为公司债务承担连带责任，则有限责任公司“股东以其出资为限对公司承担责任”的有限责任原则将沦为摆设。

律师建议：

在司法实践中对于夫妻公司是否为一人公司的裁判观

点仍未统一的现状下，我们认为股东仅有夫妻二人的公司有必要提前做好风险隔离，以防范公司经营期间可能出现的风险。可行的措施有：

- 1.在工商登记部门提交夫妻财产分割协议；
- 2.规范公司财务制度，保证公司财产和股东个人财产独立，避免公司账户向股东个人账户转账；
- 3.通过搭建股权架构方式避免夫妻二人直接持有公司股份。

夫妻公司与一人有限责任公司在法律上有严格的区别，然而司法实践中存在更倾向于保护债权人利益的裁判观点，由此导致夫妻公司被认定为实质上的一人公司。故在夫妻公司设立及运营阶段应当对家庭财产和公司资产进行区分，避免公司和股东个人财产发生混同，进而防止公司或家庭成员涉诉对家庭资产安全产生影响。

（三）股权代持如何守护隐名股东安全

案例三：（2018）浙0103民初10号

离婚诉讼中的股权代持：认定可能性低，存在虚假诉讼风险

彭某1在叶某第一次提起离婚诉讼之后，将自己所持数家的股权以无偿方式转让给其父彭某2，并主张股权一直系其代替父亲持有。彭某1提交了未经备案的股东会决议，法院认为该份决议存在问题，未予采纳。经查明，其父彭某2也为该公司的股东之一，法院据此推定彭某2没有代彭某1持股的必要，据此否定了代持的主张，确认彭立

将案涉八家公司股权无偿赠与其父亲的行为系无效。

离婚诉讼中股权转让行为认定：无偿或低价转让股权，可能被认定为转移、隐匿或者挥霍夫妻共同财产。

如何举证：代持协议；投资款流水；公司会议纪要等。

如何证明实际管理：

在其他案例（2013）民一终字第138号、（2013）民审字第2326号、（2016）最高法民申653号等判决中，虽然没有代持协议的存在，但法院均认可了代持事实的存在，法院主要考量因素还有：是否对目标公司实际出资并有清晰转账记录，是否实际行使股东权利、是否直接经营管理公司等等，证明难度也会陡然上升。

代持人离婚，如何避免分割股权：

实际出资人能够提供证据证明有限责任公司过半数的其他股东知道其实际出资的事实，且对其实际行使股东权利未曾提出异议的，对实际出资人提出的登记为公司股东的请求，人民法院依法予以支持。

结语

家庭资产和企业资产隔离的意义在于，保护家庭资产，避免因个人人身风险导致企业受损，这是每位企业家在家庭和企业的双重经营中所需权衡及注意的事项，亦是每位律师在为高净值人士提供法律风险防控服务中的目标所在。



新冠病毒“乙类乙管”， 妨害传染病防治刑事案件何去何从

■ 臧德胜 / 文

2022年12月26日，国家卫健委发布2022年第7号公告：

一、将新型冠状病毒肺炎更名为新型冠状病毒感染。
二、经国务院批准，自2023年1月8日起，解除对新型冠状病毒感染采取的《中华人民共和国传染病防治法》规定的甲类传染病预防、控制措施；新型冠状病毒感染不再纳入《中华人民共和国国境卫生检疫法》规定的检疫传染病管理。

这一公告，与国家卫健委2020年第1号公告相呼应。2020年1月21日，国家卫健委发布2020年第1号公告，经国务院批准：

一、将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取甲类传染病的预防、控制措施。二、将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国国境卫生检疫法》规定的检疫传染病管理。

对比两份公告，核心内容是调整了新冠病毒感染的防控级别。根据2020年第1号公告，属于乙类传染病，采取甲类传染病的预防、控制措施，即“乙类甲管”。根据2022年第7号公告，属于乙类传染病，不再采取甲类传染病的预防、控制措施，即“乙类乙管”。

国家卫健委的公告，以《传染病防治法》为依据，该法第3条规定：

本法规定的传染病分为甲类、乙类和丙类。

甲类传染病是指：鼠疫、霍乱。

乙类传染病是指：传染性非典型肺炎、艾滋病、病毒性肝炎、脊髓灰质炎、人感染高致病性禽流感、麻疹、流行性出血热、狂犬病、流行性乙型脑炎、登革热、炭疽、细菌性和阿米巴性痢疾、肺结核、伤寒和副伤寒、流行性脑脊髓膜炎、百日咳、白喉、新生儿破伤风、猩红热、布鲁氏菌病、淋病、梅毒、钩端螺旋体病、血吸虫病、疟疾。

……

臧德胜律师简介

京都律师事务所律师，法学博士，逾20年司法实务工作经验，出版著作《有效辩护三步法：法官视角的成功辩护之道》《法官如此裁判：刑事审判要点解析》《法官如何思考：刑事审判思维与方法》等，兼任中国法学会案例法学研究会理事，中国政法大学等高校硕士研究生实务导师。



第四条规定：

对乙类传染病中传染性非典型肺炎、炭疽中的肺炭疽和人感染高致病性禽流感，采取本法所称甲类传染病的预防、控制措施。其他乙类传染病和突发原因不明的传染病需要采取本法所称甲类传染病的预防、控制措施的，由国务院卫生行政部门及时报经国务院批准后予以公布、实施。

需要解除依照前款规定采取的甲类传染病预防、控制措施的，由国务院卫生行政部门报经国务院批准后予以公布。

将新冠感染由“乙类甲管”调整为“乙类乙管”，对疫情防控具有深远影响。而长期以来，刑事制裁是疫情防控的重要手段，也是各项疫情防控政策得以落实的重要保障。其中一个使用频率较高的罪名是《刑法》第330条规定的妨害传染病防治罪。

违反传染病防治法的规定，有下列情形之一，引起甲

类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑：

(一)供水单位供应的饮用水不符合国家规定的卫生标准的；

(二)拒绝按照疾病预防控制机构提出的卫生要求，对传染病病原体污染的污水、污物、场所和物品进行消毒处理的；

(三)准许或者纵容传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人从事国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使该传染病扩散的工作的；

(四)出售、运输疫区中被传染病病原体污染或者可能被传染病病原体污染的物品，未进行消毒处理的；

(五)拒绝执行县级以上人民政府、疾病预防控制机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。

单位犯前款罪的，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，依照前款的规定处罚。

甲类传染病的范围，依照《中华人民共和国传染病防治法》和国务院有关规定确定。

根据刑法的规定，构成妨害传染病防治罪，涉及的传染病只能是甲类传染病或者是“乙类甲管”传染病。引起乙类、丙类传染病传播或者有传播严重危险的，不构成该罪。

如此以来，在新冠病毒感染实行“乙类乙管”之后，行为人所实施的引起新冠病毒感染传播或者有传播严重危险的行为，将不再构成妨害传染病防治罪。

对于已经发生的引起新冠病毒感染传播或者有传播严重危险的行为，在2023年1月8日前已经生效判决确定有罪的，不因疫情防控政策的调整而受到影响。

问题在于，对于2023年1月8日之前实施的引起新冠病毒感染传播或者有传播严重危险的行为，尤其是已经进入刑事诉讼程序，而尚未审结的案件，是否应适用从旧兼从轻原则作无罪处理呢？

笔者认为答案是肯定的。我国《刑法》第12条规定：

中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本

法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。

这一条文虽然是针对刑法修订所作的规定，但其所确立的从旧兼从轻原则，具有普遍的适用性，能够适用于刑法施行期间刑法规范调整对象发生变化情形。

对于新冠病毒感染由“乙类甲管”调整为“乙类乙管”后，处理相关妨害传染病防治罪是否适用从旧兼从轻原则，首先需要明确，这一调整是事实认定问题，还是法律适用问题。如果是事实认定问题，则不存在从旧兼从轻原则的适用空间，按照行为时的相关规定处理即可。如果是法律适用问题，则应遵循从旧兼从轻原则。新冠病毒感染本身是一个事实问题，但这种感染属于何种类型的传染病，采取何种防控措施，则是对这一事实的法律评价，属于法律适用问题。

《刑法》第12条确立的从旧兼从轻原则，能够适用于此类案件的处理。虽然在2023年1月8日前后，《刑法》第330条的规定没有发生变化，但是涉及到新冠病毒感染的法律定位发生了变化，妨害传染病防治罪的适用范围也就发生了变化。

妨害传染病防治罪属于典型的行政犯、法定犯。构成该罪以“违反传染病防治法的规定”为前提，所以研究妨害传染病防治罪，不能仅着眼于《刑法》第330条的规定，还要结合传染病防治法的规定。而传染病防治法对传染病的范围以及某一疾病是否纳入传染病范围、列为哪一类传染病做出了规定。卫生主管部门做出的关于调整新冠病毒感染防控措施的规范，就成为了《刑法》规范的重要内容。从实质上看，《刑法》针对新冠病毒感染的规范发生了变化，新冠病毒感染被从妨害传染病防治罪的调整范围从删除，实现了去犯罪化。也就是说，2023年1月8日前，《刑法》第330条的规定能够适用于涉新冠病毒感染的行为，而2023年1月8日之后，《刑法》第330条的规定就不能再适用于涉新冠病毒感染的行为，虽然条文字面没有发生变化。

鉴于此，因引起新冠病毒感染传播或者有传播严重危险而涉嫌妨害传染病防治罪的刑事案件，只要在2023年1月8日前未作出生效判决的，应当做无罪处理。在侦查阶段的，可以撤销案件；在审查起诉阶段的，可以不起诉；在审判阶段的，可以宣告无罪，或者由公诉机关撤回起诉。行为人违反《传染病防治法》相关规定的，可以依法作出处理。



“乙类乙管”之后，涉新冠的妨害传染病防疫案件如何处理？

■ 张启明 / 文

2022年12月26日，国家卫健委发布公告：一是名称变更，将“新型冠状病毒肺炎”更名为“新型冠状病毒感染”；二是防控降级，解除“乙类甲管”的防控措施。

我国《刑法》第三百三十条规定的妨害传染病防治罪是指，违反《传染病防治法》的规定，拒绝执行县级以上人民政府、疾控机构依法提出的预防、控制措施，针对甲类传染病以及采取“乙类甲管”防控措施的传染病，引起该传染病的传播或者有传播严重危险的行为。2019年底疫情爆发以来，我们一直采取严格的防疫措施。将新冠肺炎纳入《传染病防治法》的乙类传染病，并采取“乙类甲管”措施。违反新冠肺炎防疫措施的行为纳入到妨害传染病防治罪的打击范围。全国各地陆续出现有人因违反新冠肺炎防疫规定而被以妨害传染病防治罪追究刑事责任的案例。

自2023年1月8日起解除对新冠感染的“乙类甲管”措施，新冠病毒感染将回归“乙管”，不再是妨害传染病防治罪的调整对象。那么，对于涉新冠的妨害传染病防治罪案件，应当如何处理呢？

一、对于尚未作出生效判决的案件，应当作出非犯罪化处理。

对于尚未作出生效判决的案件，是依照行为时的法律，还是按照变化了之后的法律作出判决，这涉及刑法的溯及力的问题，我国《刑法》第十二条规定了从旧兼从轻原则。从旧原则是指针对法律修改前的行为，应当依照当时的法律定罪量刑。从旧原则是为了保障公民在行为时可以明确预测行为所带来的后果，可以自由行动，而不被事后法处罚，防止国家权力的滥用，保障人权。从轻原则是指，行为发生在法律修改前，尚未被定罪量刑时法律发生修改，如果新法不认为是犯罪或者处罚较轻，则适用新法从轻处罚。从轻原则是让行为人按照当前社会环境客观实际、受到更实质正义的从轻处理，防止国家权力的僵化运

张启明律师简介

京都律师事务所高级合伙人，曾获得十佳公诉人称号，毕业于中国人民大学法学院，刑法学硕士，主要执业领域为涉黑案件、金融犯罪、职务犯罪刑事辩护，曾获得省级“十佳公诉人”、“优秀公诉人”等称号，曾办理过多件中央、省级督办案件等一系列重特大案件，曾代理南宁层层转包凶杀案并获得胜诉。



用，更好地保障人权，更好地实现预防犯罪的目的。

2023年1月8日起新冠感染不再纳入《传染病防治法》中的“乙类甲管”传染病，也就不再纳入妨害传染病防治罪的调整对象，刑法随着行政前置法的修改而发生了修改。因此，应当依法适用从旧兼从轻原则，对目前处于刑事诉讼程序之中的涉新冠妨害传染病防治案件，等到2023年1月8日以后，依法妥善作出非犯罪化处理，即宣告无罪、不起诉、撤销案件。

二、有一种观点认为：降为“乙类乙管”的前提，是新冠毒株的轻症化，那么在对于未决犯，依然是违反了当时的防疫政策，导致的是“新型冠状病毒肺炎”

炎”的传播危险，作出有罪判决并不违反“从旧兼从轻”的原则，这种观点是否正确？

新冠病毒的特点是变异速度快，毒株从杀伤力极强的阿尔法、贝塔、伽马，变异到现在最广为传播的奥密克戎，防控降级的前提是新冠已变异到“轻症化”的程度。那么，对于此类犯罪就存在这样一种观点：对于2023年1月8日以前的行为，造成的是作为“乙类甲管”的“新型冠状病毒肺炎”传播的危险，依然可作犯罪处理；对于2023年1月8日以后的行为，造成的是作为“乙类乙管”的“新型冠状病毒感染”传播的危险，可按无罪化处理。

我们认为，这种观点是对法律的错误理解，主要理由如下：

第一，公告是对疾病的整体的更名，并不是对不同毒株的命名。公告中明确是“更名”，目的是更准确描述疾病的病因及病症，但依然是对新冠这类疾病的整体命名，并未将其中各个毒株分别命名，“他大舅他二舅都是他舅，高桌子低板凳都是木头”。也就是说，在2023年1月8日以后，即便是病症较重的阿尔法毒株，也称之为“新型冠状病毒感染”。

第二，2023年1月8日前后，毒株并未发生明显变化。我们通常所称的“阳”了，感染的就是奥密克戎，在2022年年底及2023年年初，在人群中传播的依然是奥密克戎。考虑涉疫案件快审快结的特点，尚未作出生效判决妨害传染病行为，导致传播风险的依然是奥密克戎毒株。

第三，所谓定罪观点表面上是新冠“名实之争”，本质上是“人不能两次踏进同一河流”的诡辩论，会导致“白马非马”这样显见的错误。新冠病毒固然是变动不居，可谓每时每刻传播都在发生变化，但是妨害传染病防治罪，造成疫情传播的并非是微观的某个毒株个体，而是作为整体的此类疾病。

三、已作出生效判决的案件，是否有变更的必要？

涉新冠的妨害传染病防治案件，已经做出生效判决的，并不涉及刑法的溯及力的问题，并没有对这类案件进行整体变更的法律依据。

但是，仅仅因为防控级别的调整，前后数月之间，彼时作为犯罪“身陷囹圄”，此时却“无罪开释”，如此“冰火两重天”的反差，不禁会引起人们对于当时定罪尺度的反思。在严防死守阶段，是否存在基于进行“一般预防”的威慑目的，将不宜定罪的行为按照犯罪处理的情况？是否需要个别案件进行再审视？

我们认为，对于个别的已经生效的案件，如果存在不宜定罪处罚的情况，可通过审判监督程序进行纠正，理由如下：

第一，妨害传染病防治案定罪门槛，需要造成疫情传播的“危险”，而“危险”本身就是一个十分危险的概念。考虑到新冠病毒空气传播的特点，恐怕呼吸本身就是造成疫情传播风险的基本行为。司法实践中对此类行为的类型化并不统一，如：隐瞒行程、违规聚会、拒不隔离、违规进入公共场所、违规外出、违规载客等等。这其中可能将部分轻微违法行为纳入刑事打击范畴之列。

第二，对妨害传染病防治案的定罪，要考虑地方政府防疫政策的合理性，对于个别地方政府过于严格的防疫措施，对这些措施的违反，不宜认定为犯罪。

第三，对妨害传染病防治案的定罪，要考虑行为人是否是病毒的携带者。如果是病毒的携带者违反防疫政策，确实有引起疫情传播的风险；对于事后经过检测并未感染病毒，仅仅是单纯违反防疫政策，并不会直接导致疫情传播，只是在附加诸多条件的情况下才具有间接造成疫情传播的可能性，也不宜作为犯罪处理。

新冠病毒固然如鬼魅般不停变化，但终将融入人类的生活；法律原则更值得我们去遵守，因为只有它才是我们安宁生活的保障！



涉案财物的证明问题

■ 朱勇辉 / 文

非常荣幸来参加西北政法大学的刑辩论坛，我也非常荣幸担任了西北政法刑事辩护高级研究院的副院长。今天论坛的选题我觉得确实抓住了我们司法中的痛点问题。作为律师，我的感受是我们有三个非常典型的不正常现象，第一是重实体轻程序，第二是重个人轻单位，第三是重人身轻财产。我们今天论坛是把程序、单位、财产三个方面内容一网打尽，按照田老师上午发言的说法，实际上我们是“小题大做”，做了一个大文章。

具体到今天我们这个环节“涉案财物的证明”话题来讲，我们辩护律师可以说是深有体会。在司法实践中，因为人情案、权力干预案、地方保护案，甚至是有些办案机关自身利益驱动产生的案件，导致在司法实践中有些案件涉案财物的侦查和处置非常的混乱。刚才我听了五位嘉宾的发言，收获良多，我也没有水平去点评各位嘉宾老师的发言，鉴于时间关系，我想就他们的发言和我上午听到的相关内容结合我自己的一些办案体会和思考，从以下六个方面简单阐述一下我的观点。

一、合法财产也应纳入涉案财物的研究对象

我觉得如果我们从被告人的视角来看，在司法程序中无非是对他的合法财产和非法财产进行的一个处置。大家更多的是关注非法财产，我觉得合法财产也应关注，因为合法财产会涉及到罚金和没收的刑罚，从这个角度讲，合法财物也“涉案”了，所以说这部分我认为也应该纳入我们对于涉案财物处置的研究范围，这是我的一个视角。

二、应确立财产的“合法推定”基本原则

我认为首先我们应该树立一个最基本的理念，那就是

朱勇辉律师简介

北京市京都律师事务所律师、高级合伙人，曾就职于北京某大型国有企业、中共中央某部。执业二十年来专注于刑事辩护，办理国内各地刑事案件数百起，被《方圆律政》杂志誉为京都“刑辩八杰”



之一。兼任北京大学法学院刑法中心法律硕士兼职导师、北京大学法学院“北大刑辩讲堂”授课律师、中国社科院大学法学院“律师实务”任课教师、中国政法大学语言与证据研究中心研究员、西北政法大学刑辩高级研究院副院长、高级研究员和硕士研究生实务导师。

我们要对公民的财产做无罪推定，也即确立“公民财产的合法推定原则”，如果没有这个基础的话，我觉得其他的研究都不好展开。我国刑法对人（包括单位）的无罪推定，可以说基本已经确定下来了，即未经人民法院依法判决，任何人不得被认定有罪。那么，对人（单位）的财产，我认为同样也应该树立这一基本理念，即“未经人民法院依法判决，任何财产不得被认定非法”。我想，如果能够以立法的形式确定下来这一原则，我们对于涉案财物的研究，才有了一个最基本的、最坚实的基础。

三、对非法涉案财物的证明责任 只能在控方

涉案财物非法，我的观点是只能唯一由控方承担举证责任，而不能把举证责任转嫁或者倒置给财产的持有人，让财产持有人去证明财产合法。因为在司法程序中对涉案财物的处理，它本质上是公权力对私人持有财产的一种处分，显然应遵循“谁主张谁举证”的基本原则，如果让财产持有人来自证清白，我认为是完全颠覆基本常识的。

四、对非法涉案财物的证明标准应 与犯罪的证明标准一致

今天上午我认真听了姚剑教授介绍的美国法律制度中对涉案财物的证明标准，美国司法体系对于财产的处置区分了刑事没收和民事没收，适用不同的证明标准，但他们对涉案财物的证明标准似乎没有那么严格，值得进一步研究。我认为，在我们社会主义法治体系一切为民理念下，对涉案财产系非法的证明标准应该坚守与犯罪一样的证明标准，也即认定涉案财物非法必须达到证据确实充分，排除财产合法的合理怀疑。

五、认定非法涉案财物的权力应由 人民法院统一行使

我认为这一点非常值得我们关注。我们现在的实际情况是，在涉案财物的处分中，既有公检法，也有监察机关，还有行政机关等等，权利主体比较多，相互之间又缺乏细致的分工规定，导致似乎谁都可以作为，其中难免出

现不当作为，而被处分一方投诉时，各部门之间又往往相互踢皮球，有时候扣押财产在哪儿都无法知道。我认为将来我们应该在立法上改变这一状况，把确认公民（单位）的财产非法这一权利在刑事程序中统一归于人民法院来行使，由人民法院依法判决后进行执行，否则，令出多头，就不可能杜绝有权机关对公民及相关单位财产的伤害。

六、人民法院应强化对涉案财物 是否非法的实质化审理

对涉案财物的审理，我认为应该坚持以庭审为中心，强化庭审对涉案财物的实质化审理。其中对于刑事审判中的某些专门性民事权益问题，我认为可以设立专门程序由刑庭外包给民庭去审理。现在实践中在刑事程序中把民事问题全解决了，很多时候是刑事办了民事的事儿，我认为无论是从主体到程序都是不适合的，这些刑事案件中的专门性民事问题如果能够交给民事法庭按照民事程序去审理的话，民事法庭显然更专业，解决了这些民事争议问题，再回到刑事法庭继续审理犯罪问题。

最后，对于判决书对涉案财产的表述问题，我还有两点呼吁：一是希望判决书对财产的认定进行充分的说理，合法或非法，把事实和理由摆出来，既让当事人信服，也让当事人如果不服判决进行上诉、申诉时依法行使权利；二是希望我们的刑事判决书对于涉案财物的判决结果表述一定要非常清楚，不能模棱两可，比如表述为“其余赃款继续追缴”一类的，其余哪些是赃款，数额是多少，谁去追缴？我认为判决书必须一是一二是二具体写清楚，一定要给执行给出非常清楚的依据，而执行也必须严格依照生效判决的具体指向执行。



罚金执行的实践展开与相关权益保护研究

■ 梁雅丽 傅庆涛 / 文

根据我国刑法规定，罚金属于附加刑的一种，对罪犯可以在判处拘役、有期徒刑等主刑的同时附加适用，也可以独立适用。罚金应当在判决指定的期限内缴纳，逾期不缴纳的，依法强制执行。罚金刑是罚金执行研究的逻辑起点，但法律的生命在于经验而不是逻辑，以问题为导向对罚金刑如何执行进行分析，有着重要的实证研究意义，不但可以为法院依法规范执行提供参考，更能为相关权利人的财产权益保护提供借鉴。

一、罚金刑的特点

罚金的起源可以追溯到原始社会，为限制血亲复仇制度而出现的赔偿制度是罚金的胚胎。后来国家出现以后，将一部分赔偿交给国家实施，这就是刑法中罚金制度的起源。^[1]但及至近代，随着商品经济日渐发达，罚金制度才日益受到重视，罚金作为自由刑的替代不但更加文明，而且对经济犯罪科以罚金能够更好地打击犯罪。应该说，罚金刑利弊兼存，理论上存废之争，我国刑法既然规定了罚金刑，就要对罚金刑合理适用，充分发挥其积极作用。近年来，随着罚金刑执行力度的加大，日益凸显出其重要的实践意义，尤其是2014年《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（以下简称刑事涉财规定）实施后，我国罚金执行逐步走向规范化、制度化。

1、罚金刑具有经济惩罚性。关于罚金刑的性质众说纷纭，有学者认为，罚金所造成的刑罚痛苦中心并不在于被迫地缴纳一定数额的金钱，而是在于缴纳罚金，致无法满足其物质享受的需要所造成的间接痛苦，因此罚金刑是剥夺受刑人的物质享受的自由。^[2]这种观点有其积极意义，对罪犯适用罚金刑，只要罚金数额足够威慑个体且能够严格执行，自然使得罪犯维持较高的物质享受不再可能。一般认为，罚金刑的本质就是强制犯罪人向国家缴纳一定的金钱，使犯罪人的财产遭受损失，从而实现刑罚的

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。

傅庆涛简介

京都律师事务所实习律师。

惩罚。^[3]罪犯应当为其犯罪行为受到包括经济惩罚在内的刑罚惩罚，对于通过犯罪谋求非法经济利益的罪犯来说，这种经济上的惩罚更为精准有效，而且通过个体威慑形成导向效应，足以形成一般威慑。

2、罚金可并处或单处。我国现行刑法有190余个条文规定了罚金，而且不断通过修正案扩大罚金刑的适用范围。目前，罚金主要适用于破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、妨害社会管理秩序罪、贪污贿赂罪等。我国刑法规定对罚金的规定有四种方式：一是选处罚金；二是单处罚金；三是并处罚金；四是并处或者单处罚金。刑法规定“并处”罚金的犯罪，法院在对犯罪分子判处主刑的同时，必须依法处罚金；刑法规定“可以并处”罚金的犯罪，法院应当根据案件具体情况，决定是否适用罚金。对自由刑与罚金刑均可选择适用的案件，在决定刑罚时，不能动辄以罚金刑代替自由刑，又要避免机械执法只判处自由刑。刑法分则对罚金数额的规定分为三种情况：一是没有明确规定罚金数额标准，但罚金的最低数额不能少于1000元，对未成年人犯罪罚金最低数额不能少于500元。二是规定了相对确定的数额，如刑法第一百九十三条规定，贷款诈骗数额较大的，并处2万元以上20万元以下罚金。三是规定浮动刑，即以违法所得或犯罪涉及的数额为基准，处以一定比例或者倍数的罚金。依法对犯罪分子所犯数罪分别处罚金的，应当实行并罚，将所判处的罚金数额相加，合并执行总和数额。

3、判处罚金的主要依据是犯罪情节。量刑时，应该主要考虑刑罚与已然的社会危害性程度相适应。^[4]罚金作为刑罚的一种，应当与犯罪的危害程度、罪犯的人身危险程度相适应，而这又取决于具体的犯罪情节，因此判决罚金的根据应当首先是犯罪的逐利目的、违法所得数额、造成损失的大小等情节。《中华人民共和国刑法》第五十二条规定：判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。但是，由于近年来“空判”的现象越来越突出，各界对于充分考虑罚金可执行性、维护刑事裁判权威的呼声越来越高。实践中，判处罚金已越来越考虑罪犯的经济条件和缴纳能力。罚金主动缴纳体现了悔罪态度，对于可执行财产刑且罪行又不严重的罪犯，可单处罚金刑；对于应当并处罚金刑的犯罪，如认罪态度较好，能够积极缴纳罚金，可判处较大金额罚金但自由刑适当从轻，或考虑宣告缓刑。

二、罚金执行的特点

《中华人民共和国刑法》第五十三条规定：罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳；期满不缴纳的，强制缴纳。上述“判决指定的期限”应为从判决发生法律效力第2日起，最长不超过3个月内确定。对于超过判决指定期限未能全部缴纳的，由法院刑事审判部门移送执行机构强制执行。

1、执行以被执行人自身合法财产为限。罚金刑处罚的是罪犯本身，即被告人或被告单位，罪犯因其犯罪行为依法承担罚金刑事责任，所以罚金应以罪犯本身财产为限。第一，个人犯罪的，可以执行罪犯个人财产，以及家庭共同财产中的个人部分。对家庭成员共同财产，应当依法析产后，执行被执行人个人财产份额；共有财产不可分割的，可以依法整体评估拍卖后，留足其他共有人的应得份额。第二，单位犯罪的，一般只可执行单位财产。但也有例外，如单位分支机构被判处罚金的，应由设立分支机构的单位承担连带责任；合伙制企业被判处罚金的，由出资人承担连带责任；公司成立后股东抽逃出资或出资不到位的，应按照公司法规定依法追究股东出资责任。

罚金执行的是被执行人自身合法财产，凡是具有财产交换价值，不违反法律禁止交易规定的财物和财产性权利，都可以成为执行对象。所谓不违反法律禁止交易规定，指违禁品、法律禁止交易物品。对于法律限制交易的物品，符合条件可以依法处置。小产权房、违章建筑等，虽然规划建设不符合行政管理规定，但不能否认其财产价值，法律也没有禁止交易规定，依法可以现状处置。具体到执行对象，财物好理解，既包括价值明确的现金、银行存款，也包括房产、汽车、电器设备、字画、金银首饰等可处置物品。财产性权利成为执行对象，则是由于被执行人可以据此获取财产性利益，如知识产权、股权及其他投资权益、债权、保险等，可以通过司法强制处置取得执行收益。

2、罚金执行追随被执行人终生。“刑罚目的——预防犯罪，只通过制刑和量刑是不够的，刑罚预防犯罪的目的，最主要或者说最根本的是通过刑罚执行活动才得以最终实现”。^[5]判决是罚金刑执行的依据，执行机构应按照生效判决内容不折不扣地执行，除非通过法律程序延缓缴纳或减免。罚金执行过程中，只要没有得到足额执行，不管什么时候发现有可供执行的财产，应当随时随地追缴执



行。《中华人民共和国刑法》第五十三条规定：对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百二十三条也有类似规定，并且强调包括主刑执行完毕后，发现被执行人有可供执行的财产的也要追缴。对个人犯罪来说，罚金会一直追随终生，直至罪犯死亡且无遗产可供执行，或者等待未来制定个人破产法并依法破产；对单位犯罪来说，罚金则追随至单位终止，需要注意的是，单位被吊销营业执照只是行政管理的手段，只有依法清算后注销才为终止。

3、罚金执行顺位在刑事追缴、退赔和民事债务之后。在刑事司法领域，对于正义理解的共识是：被害人得到应得的赔偿，罪犯(加害人)得到应得的惩罚，即查士丁尼编撰的罗马法中所宣示的“得其所应得”。^[6]传统刑法认为，刑罚的主要目的在于惩罚与报应，现代刑法更加重视刑罚的恢复性价值，对于犯罪破坏的秩序应当首先加以恢复，在此基础上再施以惩罚。由于罚金刑强调的是惩罚与报应价值，而刑事追缴、退赔主要在于恢复因犯罪的非法获益和弥补因犯罪造成的损失，故而罚金的执行顺位应让步于刑事追缴、退赔。而且，罪犯所负正当民事债务并不因犯罪而抹煞，不论是基于债务形成时间，还是基于私权优先的立法价值取向以及“国不与民争利”的民本思想，其所欠正当民事债务应当先于罚金受偿。在国家与个人利益产生冲突时，实行私权优先，无疑是保护人权、以人为本的法治理念的要求和体现。^[7]我国现行刑法规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔。根据现行法律、司法解释规定，被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任，其财产不足以支付的，按照下列顺序执行：（1）人身损害赔偿中的医疗费用；（2）民事优先债权；（3）退赔被害人的损失；（4）其他民事债务；（5）罚金；（6）没收财产。^[8]

三、罚金执行的方式与具体情形处理

实践中，普遍认为主动缴纳罚金体现悔罪态度，因此有能力的被告人为换取较轻刑罚，就在法庭暗示或主动询问之下，在宣判前竭尽所能主动缴纳罚金。所以，待罚金移送执行后，实际执行效果普遍不佳。有研究表明，我国平均每1000个被判处罚金的罪犯中，只有285个人缴纳罚金；这一问题在中级法院更为严重，平均每1000个被判

处罚金的罪犯，缴纳罚金的少于150人。^[9]对此，有人认为在判决时就应考虑被告人的执行能力，尽力防止“空判”现象；有人从案件执行的角度，提出可以加大罚金减免、延缓缴纳力度；还有不少学者强烈呼吁在我国建立罚金易科制度，“遗憾的是，尽管该制度已为实践证明是一种积极有效的救济措施，却一直为我国理论界与实务界否认。”^[10]但也有学者从我国法律的具体情境出发，认为目前建立罚金易科制度的时机还不成熟。“罚金易科制度在罚金作为刑法轻缓化之体现、自由刑之替代的背景之下具有不可替代的重要价值，但在我国现行罚金立法重刑化趋势之下，缺乏理性地推行罚金易科制度，则显然属于语境错位。”^[11]为解决这一问题，司法机关已经进行了一些有益的探索，其中一项就是加大判前罚金缴纳力度，将罚金缴纳情况作为减刑、假释的重要依据。虽然理论界对此不乏批评的声音，但不论法院还是监狱管理机关，在减刑、假释的报请、审批、审理时，都强调要考虑罚金等财产刑履行和刑事退赔的情况，对于罚金未履行的不予减刑、假释，或者将罚金履行的比例折算为减刑、假释的时长。

根据法律、司法解释规定，罚金执行参照民事执行的相关规定。针对不同的执行对象，采取的具体执行方式不同：（1）对现金，可直接扣押并用于缴纳罚金；（2）对银行存款，可以先冻结再扣划，也可以不经冻结直接扣划；（3）对财产、财产性权利，可以依法确定参考价后予以拍卖、变卖，处置所得依法定顺序受偿。2014年刑事涉财规定施行后，明确罚金刑由执行机构统一执行，实践中对一些问题往往产生困惑，对此需要根据刑事法律规定，并结合民事执行规定及有关理论进行分析。

1、罚金是否可以代位执行。罚金执行的对象包括债权，对于被执行人的合法债权，应当由其依法催要或通过法律程序处理。实践中，被执行人可能为逃避罚金执行，对亲友所欠其债务不积极催要或放弃债权，对此能否代位执行？代位执行，是指负有偿还被执行人到期债务的案外第三人，经申请执行人或被被执行人申请，由人民法院决定，该案外第三人直接向申请执行人履行被执行债务，并承担被执行人法律义务的一种执行制度。^[12]我们认为，罚金在本质上系为被执行人应当履行的特殊债务，被执行人有义务通过包括追讨债务在内的一切方式积极履行，对其有到期债权但懈怠催要的，债权人有权代位执行。《中华人民共和国民法典》第五百三十七条规定：人民法院认定代位权成立的，由债务人的相对人向债权人履行义务，债

权人接受履行后，债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止。

2、亲属代为履行是否受执行顺序限制。在一个刑事案件中，罪犯除被处罚金外，还可能被判处追缴违法所得、退赔被害人损失或者附带民事赔偿，根据法律规定，上述财产判项的执行顺位均在罚金之前。那么，对被执行人本人没有财产履行能力、亲属代为履行的，能否优先缴纳罚金？我们认为，罚金、追缴、退赔、附带民事赔偿等都属于被执行人应当履行的债务（义务），被执行人应当按照法律规定的受偿顺序履行。但是，被执行人亲属并无代为偿还的义务，出于某种目的的选择性消灭某项债务系其自由，故不必受法定清偿顺序的限制。被执行人亲属以自身财产代为履行后，系与被执行人之间形成新的债权债务关系，只要被执行人亲属并非系受被执行人指定或委托，其以自身财产选择性代为履行，法律不应干涉。需要注意的是，实践中对追缴、退赔、附带民事赔偿等财产性判项的履行，都可能会影响对被执行人的减刑、假释。

3、家庭唯一住房能否执行。实践中，夫妻双方名下的房产、汽车等固定资产，均为重要的执行对象。对于家庭成员名下有多套房产、豪华别墅的，评估拍卖属于被执行人份额的部分房产，拍卖所得用于缴纳罚金毫无问题。但对于家庭唯一住房来说，能否被执行？1948年《世界人权宣言》、1966年《经济、社会和文化权利国际公约》均明确住房权是基本人权。“广义居住权应上升为人人享有的基本人权，稳定性、安定性是居住权的基本属性。狭义居住权仅是这种权利实现过程中针对专门群体的一种具体的保障性权利，必须依循广义居住权的基本属性定位和价值要求。”^[13]因此，只要唯一住房系被用于家庭成员基本居住需要，居住面积符合当地基本居住标准，执行会使夫妻另一方所得份额住房面积，低于当地廉租住房保障面积标准，则应谨慎执行。^[14]

4、夫妻另一方名下财产能否执行。理论上来说，不论是被执行人名下财产，还是夫妻另一方名下财产，只要不属于婚前个人财产或名义持有的他人财产，均应推定为夫妻共同财产。对夫妻共同财产可以执行，出于执行效率的需要，但实践中可能会优先执行被执行人名下财产。对此，有人考虑通过离婚阻却执行，目前法律确支持离婚时暂时不作财产分割，但不论如何都不可以通过离婚逃避债务执行。根据法律规定，强制执行应以被执行人个人财产或应得财产份额为限，家庭财产的一半原则上属于被执行

人。对于离婚财产分割影响债权人利益的，债权人有权予以追索并提起法律诉讼。同样，因离婚财产分割造成罚金无法执行的，执行机构有权追缴属于被执行人的应得份额部分，并可依法追究相关当事人的法律责任。

四、罚金执行中的权利人合法权益保护

执行是确保生效判决内容实现、维护刑事判决权威的重要手段，既然判决判处罚金并发生法律效力，就理应当得到尊重执行。执行过程中，执行机构应当依法规范执行，在努力实现判决的同时，注意保护被执行人及其亲属、案外人的合法财产权益。被执行人、案外人认为因法院执行行为致使其财产权益遭受侵害的，应主动表达诉求并依法收集、固定证据，通过正当合法手段维护权益、挽回损失。

1、被执行人家庭基本生活之保护。罚金执行只是手段而非目的，财产权是现代社会人们生存和发展的基础性权利，不能为了执行罚金而对被执行人维持他所在社会最低限度的生活产生威胁，否则就对被执行人造成了另外的伤害。^[15]对此，刑事诉讼法解释第五百二十六条、刑事涉案财产执行规定第九条作了内容完全一致的表述：“执行没收财产或罚金刑，应当参照被扶养人住所地政府公布的上年度当地居民最低生活费标准，保留被执行人及其所扶养家属的生活必需费用。”根据法律规定，未经查封、扣押、冻结的财产不得处置，但《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第三条规定了不得查封、扣押、冻结的财产，即不能被处置的财产。包括：（1）被执行人及其所扶养家属生活所必需的衣服、家具、炊具、餐具及其他家庭生活必需的物品；（2）被执行人及其所扶养家属所必需的生活费用，当地有最低生活保障标准的，必需的生活费用依照该标准确定；（3）被执行人及其所扶养家属完成义务教育所必需的物品；（4）未公开的发明或者未发表的著作；（5）被执行人及其所扶养家属用于身体缺陷所必需的辅助工具、医疗物品；（6）被执行人所得的勋章及其他荣誉表彰的物品等。

2、夫妻另一方合法财产之保护。罚金系国家对罪犯个人施加的刑罚，不能由家庭其他成员承担连带责任，家庭共同财产系为罚金执行的对象，但执行过程中应维护夫妻另一方的合法财产权益。第一，夫妻另一方主张财产系婚前个人购买的，应举证说明财产形成的时间，对财产形



成于结婚前后、可能有被执行人资金注入的，还应提供财产资金来源的证据，只要证实财产与被执行人无关，相关财产就应认定为夫妻另一方的婚前个人财产。第二，夫妻一方婚前购买，但婚后以家庭共同财产归还贷款的，应按出资比例区分财产个人部分、共同部分，并由夫妻双方按比例分享财产增值或承担亏损，对归属于夫妻另一方的财产部分和财产增值部分依法应予保护，执行仅可针对被执行人的财产份额实施。第三，对婚后共同财产，夫妻一方可提起析产诉讼，通过诉讼对共同财产进行划分、确认。未能在合理期限内提起析产诉讼的，执行机构有期限析产，对无法拆分或不宜拆分的财产可能进行整体拍卖，但应注意对被执行人家庭基本生活之保护，并在拍卖成交后保障夫妻另一方的分配应得份额。

3、被执行人名下的第三人财产之保护。实践中，财产登记于被执行人名下，但实为案外人财产的情形较为常见，如被执行人名下财产仅系其名义持有、系他人出资购买或已出售给第三人等。对被执行人名下的财产，第三人主张相应财产权利的，可以通过诉讼确认财产所有权归属，并可针对执行标的提出实体权利主张阻止执行。对第三人提出的主张，执行机构应及时调查，依据民事规则依法认定相关财产产权归属，财产所有权应通过法律程序确认的，依法告知第三人限期确权。第一种情形，被执行人名下财产仅系其名义持有，但实系第三人所有的，第三人应提供代持协议、出资证明及相关代持规定等。第二种情形，被执行人名下财产系他人出资购买的，应根据相关协议、责任承担、归还意图等，依法审查认定财产所有权是否发生实际转移。有证据证实相关财产系第三人赠送的，一般应认定被执行人有所有权；第三人仅系出借的，被执行人对相关财产只有使用权。第三种情形，被执行人名下财产已出售给第三人的，第三人应举证买卖合同、价款支付证明、实际占有证据等。对于被执行人将房产出售给第三人的，根据《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条的规定，如符合下列四个条件，则可阻止执行：（1）法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（2）法院查封之前已合法占有该不动产；（3）已支付全部价款，或者已按合同约定支付部分价款且将剩余价款按法院要求交付执行；（4）非因买受人自身原因未办理过户登记。

4、被执行人所负民事债务之优先受偿。如前所述，根据刑事涉财规定第十三条，对被执行人在执行中同时承

担刑事责任、民事责任，其财产不足以支付的，“其他民事债务”可在罚金之前受偿。第一，“其他民事债务”应为被执行人承担的合法民事债务，对非法债务不予支持。民事债务不确定由被执行人承担，或不确定被执行人具体承担份额的，因债权无法确定而难以支持。第二，“其他民事债务”一般应系在执行前即已形成，或在执行前已形成但持续至执行后。对于刑事案发前即已形成的，自然没有争议；但对于刑事案发后、判决执行前形成的债务，有人认为有逃避执行的涉嫌。我们认为，债务的合法性系实质性要件，只要债务合法且属于被执行人承担，即均应得到平等对待，法律作此规定是为了保护合法的民事债权，但并未限制民事债务形成的时间，债务形成时间滞后并等于否定其合法性。第三，须被执行人财产不足以支付“其他民事债务”。执行机构没有义务调查被执行人在承担罚金的同时，是否还有其他未偿还的民事债务，也没有义务主动查证被执行人财产是否不足以支付。民事债权人认为债务应由被执行人承担且未偿还，要求在罚金之前优先受偿的，应向执行法院书面主张，并举证说明被执行人财产不足以支付，即证实被执行人资产若用于支付罚金，将无能力再支付民事债务。需要注意，被执行人及其亲属、案外人若为逃避执行而制造虚假民事债务，或具有虚假报告财产状况、拒不交付指定财物、指使他人作伪证等阻碍执行的行为，轻则会被罚款、拘留；情节严重的，根据刑法第三百一十三条和《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，涉嫌构成拒不执行判决、裁定罪。

5、罚金之延期缴纳或减免。对罚金刑难以执行的问题，世界各国采取的解决办法不同，西方国家多采取延期执行、易科执行等方式，但社会主义国家普遍不允许以刑期折抵金钱或以金钱折抵刑期，我国刑法采取的罚金延期缴纳或减免的方法。《中华人民共和国刑法》第五十三条规定罚金可以延期缴纳或减免，刑诉法解释第五百二十四条则明确了具体程序：“因遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳罚金确有困难，被执行人申请延期缴纳、酌情减少或者免除罚金的，应当提交相关证明材料。人民法院应当在收到申请后一个月以内作出裁定。符合法定条件的，应当准许；不符合条件的，驳回申请。”因此，罚金延期缴纳或减免须符合下列条件：一是须“遭遇不能抗拒的灾祸等”，主要是指因遭受火灾、水灾、地震等灾祸而丧失财产，罪犯因重病、伤残等而丧失劳动能力，或者需要罪犯

抚养的近亲属患有重病需支付巨额医药费等；二是须因遭遇不能抗拒的灾祸等原因导致“缴纳罚金确有困难”或确实没有财产可供执行，如果灾祸不大或未足以造成被执行人缴纳罚金困难，则不符合延期缴纳或减免条件；三是由罪犯本人、亲属或者犯罪单位向执行法院提出书面申请，并提供相应的证明材料。执行法院应当在一个月内审查完毕，并作出准许减免或驳回申请的裁定。实践中，法院对准许延期缴

纳、减免仍然相对保守，虽然法律早已有规定，但长期以来该制度并未被充分激活。我们认为，罚金延缓缴纳或减免对于解决执行不能问题有着重要意义，既然法律对此有规定并明确了处理程序，符合条件的被执行人及其亲属应当敢于申请，法院对于相关申请应当及时审查并作出裁定。对罚金刑减免的申请，执行机构可以直接审查、评议和裁决，为慎重起见还可听取刑庭意见。^[16]

注释：

[1] 参见陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2004年修订3版，第435页。

[2] 参见林山田：《刑法学》，台北商务印书馆1983年版，第279页。

[3] 参见高铭暄、孙晓：“宽严相济刑事政策与罚金刑改革”，载《法学论坛》2009年第2期。

[4] 参见陈兴良著：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2004年修订3版，第557页。

[5] 马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社2002年版，第67页。

[6] 参见[英]劳埃德：《法律的理念》，张茂柏译，台湾联经出版事业股份有限公司2002年版，第108-112页。

[7] 参见刘东：“涉财产刑执行中民事债权优先受偿的困境与出路”，载《华东政法大学学报》2021年第5期。

[8] 追缴、责令退赔参见《中华人民共和国刑法》第刑法六十四条。受偿顺位参见《中华人民共和国刑法》第三十六条、《中华人民共和国民法典》第一百八十七条、《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十三条、《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》第五百二十七条。

[9] 参见熊谋林：“罚金刑应用实证研究”，西南财经大学2012年学位论文，第57页。

[10] 林亚刚、周娅：《罚金刑易科制度探析》，载《法制与社会发展》2002年第1期。

[11] 马永强：“罚金易科自由刑制度的思与辨——兼论罚金执行问题的中国语境”，载《中山大学法律评论》2016年第3期。

[12] 参见苏玉余、曾宪铸：“对代位执行的理解与适用”，载《人民司法》1999年第5期。

[13] 付子堂、付承为：“《民法典》居住权制度的社会功能研究”，载《甘肃政法大学学报》2022年第1期。

[14] 《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》认为，对被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋应予保障，不得拍卖、变卖或者抵债。《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》规定，唯一住房符合条件可以执行。对上述规定不应过度解读，刑事案件没有申请执行人，不可能为被执行人提供基本住房，除非提取租金能够解决其基本居住问题，否则应谨慎执行。

[15] 参见王怡然：“中国语境下罚金刑执行模式探究”，载《财经法学》2017年第2期。

[16] 参见陆文德、马超杰、肖波：“刑法五十三条规定的罚金刑减免程序之展开”，载《法律适用》2009年第3期。



告别限期治理，这“再见”不太干脆

■ 李波 邱悦 / 文

从1979年颁布的《环境保护法（试行）》到2014年修订的新《环境保护法》，时间跨度整整35年。限期治理制度从在前者中首次出现，再到后者中被删除，其在环境保护立法、执法等领域的影响却并没有局限于这35年中。

《环境保护法》删除限期治理制度后，其他许多环保相关法律法规也删除了限期治理制度相应条款，环保法规体系进入“去限期治理”时代。但与此同时，部分法律法规和行政执法实务中仍在适用限期治理制度，立法、执法环节出现了体系内部的矛盾。

一、告别限期治理，开启“限停关”时代

（一）限期治理的“前世今生”

1979年，《环境保护法（试行）》由第五届全国人大常委会第十一次会议原则通过，首次规定限期治理制度。其中第十七条、第十八条分别规定，在城镇生活居住区、水源保护区、名胜古迹、风景游览区、温泉、疗养区和自然保护区已建成的污染环境的企业、事业单位，一时达不到排污国家标准的企业，要限期治理。结合彼时改革开放刚刚起步的时代背景，其制定的目标是在预防、治理环境污染的同时，也给企业相对宽松的改进、存活空间，限期治理本身的过渡性质较重。

此后，如《海洋环境保护法》（1982）、《水污染防治法》（1984）、《海洋倾废管理条例》（1985）、《城市供水工作暂行规定》（1980）等各个环境领域的法律、行政法规、部门规章等都规定了限期治理制度。《水污染防治法》、《大气污染防治法》（1987）还对限期治理的决定主体作出了规定。

1989年，《环境保护法》颁布实施，大体沿袭了《环境保护法（试行）》的立法思路，第十八条规定“在国务院、国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政

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。

邱悦简介

京都律师事务所律师助理。

划定的风景名胜区、自然保护区和其他需要特别保护的区域内，不得建设污染环境的工业生产设施；建设其他设施，其污染物排放不得超过规定的排放标准。已经建成的设施，其污染物排放超过规定的排放标准的，限期治理”。第二十九条规定“对造成环境严重污染的企业事业单位，限期治理”。第二十九条、第三十九条还对逾期未完成治理的后果、限期治理和逾期处罚的决定主体等内容进行了规定，进一步完善了限期治理制度。各部环境保护的法规也陆续更新了限期治理的相关规定。

1996年，国务院发布《关于环境保护若干问题的决定》，规定“自本决定发布之日起，现有排污单位超标排放污染物的，由县级以上人民政府或其委托的环境保护行政主管部门依法责令限期治理。限期治理的期限可视不同情况定为1至3年；对逾期未完成治理任务的，由县级以上人民政府依法责令其关闭、停业或转产”，不仅规定了限期治理的期限，而且将适用限期治理的对象扩展到所有超标排污的排污单位，可见治理污染的决心。

2009年，《限期治理管理办法（试行）》公布并施行，其第一条阐述的立法目的是，“为督促排污单位在限期内治理现有污染源，纠正水污染物处理设施与处理需求不匹配的状况，推动水污染物工程减排”，立法依据是《水污染防治法》。第一部专门规范限期治理制度的部门规章施行，距该制度首次出现已过去了30年，立法目的也限制在水污染防治领域，其进步和局限都非常明显。

无论《限期治理管理办法（试行）》的利弊孰轻孰重，5年后，新《环境保护法》删除了限期治理内容，基本宣告了该《办法》的落幕；公布的7年后，《限期治理管理办法（试行）》废止，完成了它的历史使命，限期治理制度已然走向尾声。

（二）新《环境保护法》开启新时代

2014年4月24日，新《环境保护法》公布，整部法律中已无“限期治理”字样，对超标排污的行为，第六十条规定了责令限制生产、停产整治或责令停业、关闭等措施。限停关制度施行后，配套的部门规章迅速跟上：2014年12月19日，《环境保护主管部门实施限制生产、停产整治办法》公布，为限制生产、停产整治的规范实施制定标准。直到2016年7月13日，环保部发布《关于废止部分环保部分规章和规范性文件的决定》，废止了《限期治理管理办法（试行）》，限期治理制度进一步丧失了法律依据。

其后几年，2015年修订的《大气污染防治法》、2016年修订的《海洋环境保护法》、2017年修订的《水污染防治法》等多部环境保护法律删除或修改了限期治理的相关条文。《固体废物污染环境防治法》在其中则显得特殊：在其2015年、2016年经历的两次修订中，限期治理的条款均得以保留，直到2020年的修订版本才予以修改，这样的修改过程可能正是限期治理制度在环境保护法律整体体系中痕迹尚存的典型代表之一。

提供过渡期的限期治理制度不再，通过责令限制生

产、停产整治甚至责令停业、关闭等措施，从污染源头切断污染行为，新《环境保护法》被称为“史上最严”，从此处转变可见一斑。

二、限期治理制度，想说“爱你”不容易

（一）制度设计存在漏洞

限期治理制度自第一次出现在《环境保护法（试行）》起，迅速被各个领域、不同级别的环境保护法规吸收。旧《环境保护法》规定限期治理适用的对象是超过规定标准排放污染物的工业生产设施和造成环境严重污染的企业事业单位。简单来说，它针对的是排污和污染环境的行为。其他大多数环境保护法规与此保持一致。但部分法规中对限期治理制度的规定却有所不同，如《草原法》《水土流失法》分别规定对造成沙化、盐碱化、石漠化的草原开垦行为和造成水土流失的生产建设行为进行限期治理；《节约能源法》第二十四条第二款则规定，超过单位产品能耗限额用能情节严重的，限期治理。这部分法规将限期治理制度适用对象的外延扩展到了广义的破坏环境，造成了整个环境保护法规体系的内部不一致。

除了适用对象不统一外，限期治理制度的决定主体在不同法规中更是“五花八门”：既有人民政府，也有人民政府授权行政部门、委托行政部门，还有行政部门直接决定，等等（笔者概括列举如表所示）。

决定主体	法规举例	该条文生效时间
县级以上有管辖权的人民政府	《环境保护法》	(1989.12.26-2015.1.1)
对小型企业事业单位，可以由县级以上人民政府在国务院规定的权限内授权其环境保护行政主管部门决定	《环境噪声污染防治法》	(1997.3.1-2022.6.5)
县以上人民政府或其授权的环保部门	《湖北省环境保护条例》	(2016.12.1-2018.11.19)
县级以上人民政府或者其委托的环境保护行政主管部门	《山东省环境保护条例》	(2001.12.7-2019.1.1)
县级以上人民政府环境保护主管部门	《水污染防治法》	(2008.6.1-2018.1.1)
	《贵州省环境保护条例》	(2012.3.30-2019.8.1)



除了法规体系内部不统一外，限期治理制度整体还有不完善之处。例如，缺少作出限期治理决定的法定程序。2009年的《限期治理管理办法（试行）》在位阶上只是部门规章，且是根据《水污染防治法》制定的，其约束力和统摄力其实不强。再如，限期治理制度的期限始终缺少体系化的规定，治理的期限有多长、该如何确定具体期限、期限届满是否能够延长等一系列的问题都未予细化，这就为限期治理制度被消极利用打开了自由之门。

（二）制度效果不如预期

限期治理制度的立法预期是在有限时间范围内，平衡企业排污水平达标和尽可能正常的持续经营，实现环境保护和经济效益的双赢，但是制度设计的不足和具体实施的困难共同导致了实际效果和美好预期有较大的落差。

2007年，湖北荆州市进行造纸企业限期治理专项行动。该地多家造纸企业长期违法将生产废水直排长江，严重威胁了下游饮用水取水安全。该年初，荆州市启动了对造纸行业的专项治理，要求相关企业限期治理。相关企业反而在宽限期内大肆生产、顶风排污，由政府作出的限期治理决定甚至成了阻碍环保部门对排污行为进行处罚的绊脚石。而这，仅是限期治理制度实际效果与立法初衷的背道而驰的典例之一。

三、余痕犹在，这“再见”不太干脆

（一）法条中仍有半壁江山

并非所有法规都已将限期治理制度彻底清除。从法律层面，《节约能源法》《防沙治沙法》《草原法》在新《环境保护法》后的陆续修订，均仍然保留限期治理制度。2022年10月30日公布、计划于2023年4月1日起施行的

《黄河保护法》也仍保有限期治理的规定。

从行政法规层面，《海洋倾废管理条例》《自然保护区条例》等在新《环境保护法》施行后修订的行政法规也仍然保留着限期治理制度。至于部门规章、地方法规的层面，有诸多近年修改、起草，甚至有2022年公开的征集意见稿中仍然保留着限期治理的规定，滞后性较大。

（二）“限期整改”，换汤不换药？

2020年，生态环境部发布《关于固定污染源排污限期整改有关事项的通知》，对因排污不达标、手续不全等原因暂不予核发排污许可证的排污单位适用限期整改。

虽然将限期整改作为核发排污许可证前的程序，并对其进行了更细致的规定。但限期整改同样是给予企业在不停止运营的情况下，在规定期限内纠正排污行为的机会，从本质上看，除了改变了名称，对期限、管理要求更为细化外，限期整改走的似乎仍然是限期治理的路子。

结语

从立法目的来看，限期治理制度希冀既纠正排污行为、实现环保目的，又保障、延续企业的存续与经营，意在双赢。但制度设计的不足和实际结果的不尽如意，可能都是促使限期治理制度步出历史舞台的部分原因。环保法规体系整体向“限、停、关”模式转型的当下，限期治理制度的痕迹却还在体系中反复出现，很可能造成法律适用的尴尬。应当成体系地、统一地梳理环保法规，将原先规定零散的限期治理制度过渡到内部自洽的新制度，只有如此，才能为执法者和普通企业单位、个人都创建一个更加稳定的法治环境。

《魔兽世界》等游戏停服，玩家虚拟财产损失谁担责？

■ 王琛 梁卓卿 任视宇 陈宇 / 文

王琛律师简介

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案件、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。



梁卓卿律师简介

京都律师事务所合伙人，毕业于北京大学法学院。办理大量民商事争议解决及刑事辩护案件，成功处理多起疑难复杂的融资性贸易、股权纠纷、债权债务清理等案件并发表研究文章。在帮助企业法人治理、合规管理、防控法律风险、处理经济纠纷等方面积累了丰富的经验。



前言

近几年，由于游戏市场更迭迅速，产品热度持续时间不足，一些网络游戏营收不断走低，加之游戏版权授权费用较高等原因导致游戏运营方在版权到期后选择游戏停服。11月17日，暴雪中国战网官方发布《网之易关于暴雪游戏产品运营到期的重要公告》称，由于网之易与暴雪娱乐的合作协议期限即将届满，在中国大陆地区由上海网之易网络科技有限公司所运营的《魔兽世界》《炉石传说》《守望先锋》《暗黑破坏神III》《星际争霸II》《魔兽争霸III：重制版》《风暴英雄》将于2023年1月24日0时终止运营。

这一消息对于游戏玩家，特别是那些职业玩家和高粘度玩家可谓晴天霹雳。网络游戏一旦停止停服，则意味着游戏账号无法使用，消耗大量时间和金钱积攒的虚拟货币及游戏装备道具等被“冰封”。这些不仅是玩家的精神财富，更是一笔不小的虚拟财产。随着科技的进步，司法理念与实践是否也与时俱进？当游戏账号被停用时，玩家的损失如何认定？是否能够得到赔偿？本文将一一解读。

一、游戏中虚拟财产的权利归属问题

网络游戏中的虚拟财产，虽然以数据形式存在于特定空间，但由于其具有一定价值，满足人民的需求，具有合法性，能够为人所掌控，属于在一定条件下可以进行交易的特殊财产，故而其具有财产利益的属性。我国《民法典》第127条原则性规定了虚拟财产应受到保护，但具体的权利人、保护范围、权利的行使及侵权保护等细节问题，现行法尚付阙如。针对网络游戏中的虚拟财产，主要包括虚拟货币及游戏装备道具两类。从魔兽世界的停服公告中可以看出，游戏运营商对两类虚拟财产采用区别对待的处置方法。

（一）虚拟货币的权利归属问题

虚拟货币由游戏公司发行，并通过该方式获得收益。虚



拟货币在网络游戏中作为一般等价物，可以兑换游戏装备和其他特殊游戏服务等，本质上属于法定货币在特定网络世界的虚拟形式。根据文化部、商务部《关于加强网络游戏虚拟货币管理工作通知》第11条之规定：

当网络游戏公司终止服务时，对于用户已经购买但尚未使用的虚拟货币，其必须以法定货币形式或用户接受的其它方式退还用户。

可见，我国现行法律规定明确对虚拟货币的财产属性予以认可，虚拟货币由法定货币兑换取得，并在游戏服务终止时可以再次兑换为法定货币。据此，暴雪游戏运营商亦在停服通告中明确，针对玩家在游戏内已充值但未消耗的网络虚拟货币以及付费购买且仍未失效的游戏时间（如有），将在暴雪游戏产品停止运营后开始安排退款。

（二）游戏装备和道具的权利归属问题

游戏装备和道具通常是游戏玩家通过支付虚拟货币兑换或占用一定游戏时间练级获得，是以数据形式存在于特定的电子虚拟空间中的一种模拟财产的电磁记录，在一定的游戏环境和技术条件下，其可能具有经济价值，但该价值仅限于满足游戏用户对某些游戏功能的需求，不能直接等同于法定货币的价值。《魔兽世界中文版使用条款》亦明确规定，暴雪对程序中出现的所有内容拥有所有权、许可权或其他权利。一般情况下，一款网络游戏终止或者用户注销时，虚拟财产即消灭，原告创建的账号、角色及获得的虚拟装备就不再具有经济利益。此外，如游戏停服后针对游戏装备道具的损失予以补偿，则违反公安部、信息产业部、文化部、新闻出版总署《关于规范网络游戏经营秩序查禁利用网络游戏赌博的通知》第三条规定：

不得提供游戏积分交易、兑换或以‘虚拟货币’等方式变相兑换现金、财物的服务，不得提供用户间赠予、转让等游戏积分转账服务，严格管理，防止为网络赌博活动提供便利条件。

据此，暴雪游戏中国区停服后，各游戏内所有账号数据及角色资料等（包括但不限于人物角色、剩余游戏时间、各游戏道具、素材、充值信息等）游戏数据将被封存。

二、游戏停服相关纠纷司法现状

近几年随着大量游戏的停服，游戏玩家与游戏厂商关于游戏停服涉及到的合同违约、侵权、损失确认及赔偿等争议日益突出并广受关注。实践中，多数玩家因不满游戏停服的经

任视宇律师简介

京都律师事务所合伙人，任律师从业以来便将自己定位于诉讼业务与非诉业务均衡发展的综合型律师，承办并参与了大量的民商事诉讼、仲裁及刑事诉讼辩护等案件，同时为多家公司提供日常法律顾问工作，其中涉及金融业、投资、互联网、影视娱乐传媒等行业，具备提供综合法律服务的能力。



陈宇律师简介

京都律师事务所高级合伙人，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。



营策略及停服后的补偿方案而将游戏运营商诉诸法院。结合对当前司法判例的梳理，此类纠纷的案由主要为两类：

其一是网络服务合同纠纷，占比最高；

其二是网络侵权责任纠纷。

此类纠纷中争议较大且难以调和的矛盾是玩家损失的确认与赔偿。

（一）游戏停服是否构成违约

多数玩家认为游戏运营商单方停服违反游戏服务合同约

定，系根本违约。司法实践中，广州互联网法院（2019）粤0192民初36121号、北京市第三中级人民法院（2019）京03民终10897号民事判决书等认定游戏运营商单方停服不构成违约，主要原因在于：

（1）根据游戏运营情况关闭服务器，属于正常商业行为，符合游戏行业惯例；

（2）停服前已提前告知游戏玩家停止充值服务时间、停止新账号注册时间、正式关闭服务器时间以及相应补偿方案，不存在违约行为；

（3）充值款项已经兑换成游戏币用于游戏，已享受游戏公司提供的服务，无证据显示违反意思表示，网络服务合同目的已经实现。

而在深圳市中级人民法院（2019）粤03民终3273号、成都高新技术产业开发区人民法院作出的（2018）川0191民初4867号民事判决书中，法院则基于游戏运营商在未提前通知玩家的情况下突然关停游戏服务器，认定游戏商构成违约。由此可见，游戏运营商如按照文化部、商务部《关于加强网络游戏虚拟货币管理工作的通知》在游戏运营关闭前提前60日发布停服公告，一般不被认定构成违约。

（二）游戏停服是否构成侵权

部分玩家认为游戏运营商的停服行为侵犯其对于虚拟财产的所有权，如在（2019）京03民终10897号案件中，对于玩家主张由于《圣斗士星矢》游戏运营商的停服行为导致其无法使用卡牌、游戏装备、虚拟货币等，法院认定“游戏运营商对游戏进行停服，侵犯了玩家合法财产权益，应赔偿玩家的相应损失。”在《民法典》对虚拟财产作出保护性规定的情况下：

玩家通过设立游戏账号，以金钱获取游戏账号内的虚拟人物、装备及等级，进行游戏时对其账号及账号内的虚拟人物、装备可行使占有、使用、分配、处分等诸项权利，这些金钱的支付和劳动的付出使得网络虚拟财产具有财产性，均应受到保护。

（三）游戏停服后虚拟财产返还问题

1. 虚拟货币返还问题

针对虚拟货币返还问题，广东省中级人民法院（2021）粤01民终16116号民事判决书中认定“玩家名下剩余元宝，按其购买时的比例，以法定货币退还”。上饶市广信区人民法院（2019）赣1121民初2237号民事判决书亦认定“游戏

终止运营后，对原告剩余的1310金币，应参照充值购买比例，由被告退还原告人民币131元。”针对用户已购买但未使用的虚拟货币，法院一般均支持按照用户购买时的比例予以折现返还。

2. 游戏道具装备退还问题

针对游戏服务是否已经折现返还，目前法院裁判观点不一，存在相反裁判观点。北京市第三中级人民法院（2019）京03民终10897号民事判决书中认定玩家通过设立游戏账号，以金钱获取游戏账号内的虚拟人物、装备及等级，进行游戏时对其账号及账号内的虚拟人物、装备可行使占有、使用、分配、处分等诸项权利，这些金钱的支付和劳动的付出使得网络虚拟财产具有财产性，游戏运营商对游戏进行停服，侵犯了玩家合法财产权益，应赔偿相应损失。但由于游戏中的人物等虚拟物品并非玩家直接通过人民币购买，其与人民币之间无明确的折算比例，故玩家账号内所拥有的虚拟物品无法直接折算成人民币，对于该部分损失法院酌情予以认定。

部分法院不支持游戏服务折现退还，广州市中级人民法院（2021）粤01民终16116号、广州互联网法院（2021）粤0192民初22811号、长沙市中级人民法院（2020）湘01民终8132号民事判决书中认定，游戏装备、道具属于游戏服务，玩家接受了游戏经营者提供的游戏服务，享受了游戏乐趣，合同目的已经实现，故不应予以退还，否则亦违法《关于规范网络游戏经营秩序查禁利用网络游戏赌博的通知》中关于网络游戏中虚拟道具不得反向兑换为法定货币之规定。

三、对游戏运营商的合规建议

（一）《用户协议》应设置免责条款

1. 设置随时终止服务条款

游戏运营商可在《用户协议》中设置随时终止服务条款，例如设置条款约定：“如游戏运营方保留随时地、不事先通知地、不需要任何理由地、单方面地中止履行本协议及终止本协议的权利。”

2. 设置虚拟货币、装备道具不予退还条款

对于除《关于加强网络游戏虚拟货币管理工作的通知》第22条规定的情形外，游戏运营商可在《用户协议》中明确对于用户尚未使用的网络虚拟货币及尚未失效的游戏服务不予折现或退还。



（二）履行提前告知义务

根据文化部、商务部《关于加强网络游戏虚拟货币管理工作的通知》中相关合理期限的要求，游戏运营商需在游戏停服前提前60日公告。

（三）遵循诚实信用原则

避免在已制定关服计划的情况下，仍低价促销付费游戏道具，诱使玩家充值，损害消费者知情权，且涉嫌欺诈行为。

（四）制定合理的停服补偿方案

结合当前法院裁判观点，针对游戏账户尚存的虚拟货币建议折现返还玩家，针对尚未失效的游戏装备道具，法院一

般不支持玩家要求折现的诉求。因此，游戏运营商可根据实际情况，制定停服补偿方案。

结语

根据《2022年1-6月中国游戏产业报告》，2022年1月至6月，中国网络游戏用户规模近6.6亿人，全国游戏市场实际销售收入1477.89亿元。在不少全球运营的网络游戏中，中国区的营收占据重要比例。随着游戏产业的快速发展，游戏的经济属性越来越强，游戏已经开始成为一种财产来源，我们确有必要赋予网络虚拟财产相应的法律地位，并制定虚拟财产权利的变动规则，从而为网络游戏经济结构中的自由、效率和公平保驾护航。

随着游戏产业的快速发展，游戏的经济属性越来越强，游戏已经开始成为一种财产来源，我们确有必要赋予网络虚拟财产相应的法律地位，并制定虚拟财产权利的变动规则，从而为网络游戏经济结构中的自由、效率和公平保驾护航。

高端洗护品牌“翻车”，划几个消费者权益保护基本知识点

■ 高琨 / 文

高琨律师简介

京都律师事务所合伙人，执业以来成功办理多起民商事诉讼及仲裁案件，曾为多家企业单位提供日常法律顾问服务，在民商事争议解决、企业法律风险防控等领域具有丰富的经验。



听说很多爸爸妈妈们最近有些情绪，高出普通牙膏若干倍的知名宝宝牙膏品牌，突然被报道某种重要成分含量不达标；更糟心的是，传说中的“洗衣液的‘爱马仕’”——LAUNDRESS品牌，发布公告称部分产品存在潜在微生物污染风险，建议消费者停止使用现有产品，随后该品牌正式宣布即日起召回涉事产品，这其中就包括多款婴儿洗护产品。

事关宝宝的健康，LAUNDRESS召回事件直接戳中了爸爸妈妈们最为敏感的神经，一时间社交平台上有关该品牌的维权话题迅速成为了热点。那么，作为LAUNDRESS的消费者，震惊愤怒之外，从尽快合理的解决问题角度出发，应当了解哪些法律常识呢？

问题一：为什么要召回？

根据我国现行的《消费品召回管理暂行规定》，生产者发现消费品可能存在缺陷的，应当立即组织调查分析，经调查分析认为消费品存在缺陷的，生产者应当立即实施召回，

不得隐瞒缺陷。

根据2022年11月24日上海市市场监督管理局官方微信公众号发布的《180万瓶“THE LAUNDRESS”用品！今起召回》一文，联合利华贸易（上海）有限公司（为什么是这家公司，我们下个问题里探讨）自2022年11月24日至2023年5月23日，召回2021年1月至2022年11月期间生产的“THE LAUNDRESS”洗衣液、柔顺剂、家庭清洁产品（其中包括多款婴儿洗衣液）；召回原因是部分产品因生产过程中受到污染导致假单胞菌属指标偏高，在极端情况下假单胞菌属可能因口鼻吸入、飞溅入眼或通过破损皮肤进入体内，造成感染。

从上述官方公布的信息来看，LAUNDRESS涉事产品已经完全符合消费品召回的条件，故最终相关主体正式宣布召回相关产品。

问题二：谁应当承担召回相关责任？

LAUNDRESS产品属于进口消费品，其真正的生产者并不在中国境内，但根据上述官方公布的信息来看，注册地在中国的联合利华贸易（上海）有限公司却成为了产品召回者，这是否符合我国法律规定呢？

答案是肯定的。根据《消费品召回管理暂行规定》，进口消费品的境外生产者指定的在中华人民共和国境内实施召回的机构，视为本规定所称生产者；境外生产者未指定的，进口商视为本规定所称生产者。故联合利华贸易（上海）有限公司作为相关产品的进口商，依法应当在此次召回事件中承担相应的责任。

问题三：责任方应该承担什么样的法律责任？

根据上述官方公布的信息，针对此次召回事件进口商公



布的解决方案为：对于提供从该品牌中国官方渠道购买相关批次产品的凭证并寄回产品的消费者，经确认后提供换货和退款两种补偿方案，退款按照实付金额退款。

该方案公布后，社交平台上很快就有公众对方案提出了质疑，有人认为“消费者觉得是很高端的品牌，所以才信任，尽管售价很高也愿意买单，现在出了这么大的事，仅仅退款根本不够啊，就应该加倍赔偿”，还有人认为“虽然售价高，但是为了宝宝能够用更好的才一直坚持购买，现在居然出了这样的事，想想就担惊受怕，品牌要赔精神损失费”。

从主观情感上来讲，上述观点确实可以理解，作为长期以来打造“洗衣液中爱马仕”人设的高端品牌，突然间发生产品质量缺陷问题，作为消费者，特别是该品牌长期以来的忠实用户，情感上一定是备受冲击的。那么从法律的角度来看，到底什么情况下消费者有权要求“加倍赔偿”以及“精神损失费”呢？

首先，关于加倍赔偿即惩罚性赔偿，我国《民法典》规定，明知产品存在缺陷仍然生产、销售，或者没有依据前条规定采取有效补救措施，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿；我国《消费者权益保护法》规定，经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。

而在本次召回事件中，就目前官方公布的信息来看，首先目前尚未看到涉及欺诈性行为的情况，故暂且不涉及三倍赔偿的问题，此外就笔者所查询的公开信息，也尚未看到有消费者因使用相关产品出现严重健康损害甚至死亡等问题，故如果仅仅是因为购买了该产品，尚且也不涉及双倍赔偿的问题。当然如果今后有消费者能够证明因为使用相关产品产生了严重健康问题（当然我们希望最好不要发生这样的问题），则有权依据上述法律规定要求相关主体承担惩罚性赔偿责任。

其次，关于精神损害赔偿，我国《民法典》规定，侵害自然人人身权益造成严重精神损害的，被侵权人有权请求精神损害赔偿。依据上述法律规定，仅仅是因为购买了此次召回事件的涉事产品，暂且还不涉及精神损害赔偿的问题。但如果消费者能够证明因为使用该产品而实际发生了损害人

身权益的情况，进而又造成了受害人严重的精神损害的（当然我们也希望最好不要发生这样的问题），则有权要求相关责任主体承担精神损害赔偿责任。

问题四：联名品牌是否应当承担赔偿责任？

在此次召回产品清单中，有一个产品类型比较特殊，即LAUNDRESS与某香氛品牌的联名洗衣液。近年来，随着市场竞争日渐激烈，很多品牌通过与其他品牌强强联合、共同联名的方式以期吸引更多的消费者关注，而随着联名“赛道”的不断“内卷”，不少品牌开始逐渐在联名方式上寻求创新突破。此次LAUNDRESS与某香氛品牌的联名，即与常见的联名方式（仅在产品包装上印制联名双方商标等具有辨识度的图案）有所不同，在LAUNDRESS洗衣液产品中添加了该香氛品牌旗下某种香氛。

不难看出，常规的联名方式下，联名品牌仅仅是出现在产品外包装之上，与产品质量本身没有关联，但对于此次LAUNDRESS品牌与香氛品牌的联名方式，其产品说明中明确标注洗衣液中融合了该香氛品牌的某种香氛，由此我们可以合理推测洗衣液当中应当含有香氛相关的原材料。那么这种情况下，当产品出现质量问题被召回时，联名品牌是否也应当承担一定的责任呢？

就目前笔者查到的公开资料初步来看，笔者个人以为目前尚无明确证据可以证实联名品牌与产品质量有关。原因有二：首先，查阅该款联名产品包装上的产品说明，其中关于产品相关主体仍然仅标注了前述进口商，而并未标注该香氛品牌生产商；其次，最为重要的是LAUNDRESS品牌目前已明确公布召回原因，其中并没有提到香氛品牌的任何问题。尽管如此，此次召回事件仍然给各品牌提了个醒：创新联名务必要慎重，谨防联名产品质量问题给联名品牌带来经营风险。

产品安全问题一直是消费者最为关注的话题，尤其是对于涉及婴幼儿的产品来说，产品安全问题更是极其敏感而不容小觑的大问题。在此次召回事件中，尽管截至目前尚没有看到消费者受到实质性身体伤害的案例，但是很显然原本十分信任的品牌居然出现了如此严重产品安全问题，消费者因此所受到的冲击和伤害可想而知。而作为全球知名公司旗下的高端品牌，LAUNDRESS在消费者心目中建立的良好形象经此事件后恐怕也变成了一个未知数，希望更多的品牌以此为戒，以产品安全为底线，严格把关产品质量。

认缴期限尚未届满的出资额远大于未清偿的到期债权，是否影响破产原因的认定？

■ 王众 孙斌 / 文

王众律师简介

京都（上海）律师事务所主任，1993年开始律师执业，在超过二十五年的执业过程中，办理了大量诉讼和非诉讼法律业务，拥有丰富的执业经验，善于处理复杂的法律事务，并能够从战略、策略、技术及资源等多个维度



为客户提供全面的法律服务。王众律师担任多家公司和机构的常年或专项法律顾问，如中国高科、同济科技、维维股份、浦发银行、山东电力集团、睿德信投资集团、新加坡三德集团、上海环境集团、上海光明集团、生命人寿、SAP、金仕达、香港基因集团、上海宝亚安全、上海梅林、上海紫江集团、上海牛奶集团等，并协助这些企业完成诸如常规业务审核、并购重组、债券及债务融资工具发行、投资及基金、争议解决等法律事务的处理。

裁判要旨

《企业破产法》及其司法解释（一）明确规定了人民法院认定债务人具有破产原因的构成要件，即“不能清偿到期债务”与“资产不足以清偿全部债务”，或者“不能清偿到期债务”与“明显缺乏清偿能力”。即使债务人股东的认缴出资期限尚未届满，且金额远大于未能清偿的到期债务，亦不足以阻却人民法院认定债务人具有破产原因。

一审阶段

（一）申请人（A公司）

申请事项：请求法院受理其对于B公司的破产清算申请。

事实与理由：A公司曾以合同纠纷将B公司起诉至上海市杨浦区人民法院，后该院于2014年4月3日作出了(2014)杨民二(商)初字第40号民事判决书，判项中包括B公司应于判决生效之日起十日内返还A公司租赁经营权转让费人民币2,000,000元。其后，双方均向上海市第二中级人民法院提起上诉，二审法院于2014年8月21日作出了(2014)沪二中民四(商)终字第639号，判决驳回上诉，维持原判。判决生效后，因B公司未能履行法定义务，A公司向上海市杨浦区人民法院申请强制执行，该院于2015年3月2日作出了(2014)杨执字第3543号民事裁定书，以B公司无财产可供执行为由，终结本次执行。因此A公司以B公司不能清偿到期债务为由，申请对其进行破产清算。

（二）被申请人（B公司）

答辩：请求法院驳回申请人的破产清算申请。

事实与理由：B公司目前注册资本尚未缴足，且对外尚有上千万元的债权，因此并不具有破产原因。

（三）一审法院（上海市杨浦区人民法院）

法院查明

B公司于2007年6月27日成立，注册资本10万元(币种为人民币，以下同)，股东为王某。2010年6月，B公司注册资本增至100万元，全部实缴，股东为王某及龚某。2011年12月，B公司注册资本增至500万元，全部实缴。同月，B公司股东变更为王某、龚某和沈某。2014年4月10日，B公司增加注册资本至5,000万元，其中龚某出资额为3,250万元、王某出资额为1,250万元、沈某出资额为500万元，章程载



明出资时间均为2030年7月30日前。A公司与B公司的诉讼与执行情况，基本同A公司所述。

法院认为

债务人不能清偿到期债务，债权人虽然可以向人民法院提出对债务人进行破产清算的申请，但由于以债务人实际缺乏偿债能力为受理案件的主要标准，同时在确定是否达到这一标准时需给予债务人就是否能够清偿到期债务进行举证质证的机会，B公司注册资本5,000万元，出资时间均为2030年7月30日前。A公司现以其债权无法执行到位为由向该院申请对债务人进行破产清算，该院不予受理，A公司可以通过其他途径向B公司进行追索。

法院裁定

不受理A公司对B公司进行破产清算申请。

二审阶段

（一）上诉人（A公司）

申请事项：请求撤销一审裁定，依法受理其提出的对B公司进行破产清算的申请。

事实与理由：1、其对B公司的债权经生效判决确认，经申请一审法院强制执行，因B公司无可执行的财产，而由一审法院出具了裁定终结本次执行程序。B公司不能清偿到期债务。2、A公司对B公司追索债权已经穷尽了所有手段，除了申请B公司破产清算，已无其他追索手段。3、B公司的股东虽然表示公司还有应收账款作为财产，但并未提供任何依据。因此，B公司已符合破产清算条件。

（二）被上诉人（B公司）

答辩：维持一审裁定。

事实与理由：同一审的事实与理由。

（三）二审法院（上海市第二中级人民法院）

法院查明

同一审法院。

法院认为

根据《中华人民共和国企业破产法》的规定，债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。本案中，B公司不能清偿其对A公司的债务且成连续状态，经一审法院强制执行，因B公司无可执行财产而被裁定终结本次执行程序。因此，B公司

孙斌律师简介

京都（上海）律师事务所律师。中国政法大学法学博士，拥有证券、基金、银行等从业资格。执业领域主要为并购重组、私募基金、信托、金融借款、融资租赁、保理、不良资产处置、破产清算等方面的争议解决。现担任多家公司法律顾问，致力于提供股权架构、劳动人事、合同审查等综合性的法律风险管控。



已具备破产原因。

法院裁定

一、撤销上海市杨浦区人民法院(2017)沪0110破申1号民事裁定；二、指令上海市杨浦区人民法院立案受理本案。

法理分析

笔者认为，两审法院对于同一事实分别作出不同的法律评价，其根本原因在于其对于“申请破产清算”这一案由下的权利基础，即《中华人民共和国企业破产法》第2条、第7条的构成要件理解不同。而上述条文，规定的正是传统破产法理论中的“破产原因”。所谓破产原因，是指认定债务人丧失相应的清偿能力，而债权人得以据此向法院申请对债权人启动破产程序的法律事实。破产原因在英美法系称之为破产行为，在我国司法实践中被称之为破产界限，其本质是为了界定债务人的经济状态，以决定是否应将债务人纳入破产法律的规制之中，以保障债权人的利益。

尽管实务研究一般应当秉持着法教义学的基本立场，但因为我国现行的《企业破产法》（2007年6月1日起施行）最初的立法草案对于破产原因的规定与传统破产法理论存在较大程度的偏离，故导致立法、司法部门不得已通过相应的法律技术对其进行还原与修正，因此有必要结合传统破产法基础理论以及法律及司法解释的制定过程予以适当说明。

在传统理论以及境外立法中，概括破产原因主要有三种标准，即不能清偿（或称支付不能）、资不抵债（或称债

务超过)、停止支付。根据国外立法例,上述三种标准的特征与区别大体如下。第一,不能清偿到期债务作为最主要的破产原因,该情形具有普遍适用性,关注的主要是债务人内部经济状况是否在客观上足以偿还到期债务,也可以称之为“现金流量标准”;第二,资不抵债作为辅助破产原因,主要针对有限责任的主体或正处于清算中的主体,关注的主要是债务人内部消极财产(债务)与积极财产(资产)之间金额大小的衡量,也可以称之为“资产负债表标准”;第三,停止支付作为推定破产原因(破产申请原因),关注的主要是在客观上债务人并未清偿到期债务这一结果,而非其可能的内在原因(债务人客观不能或主观不愿),因此该标准采用的是债权人申请破产的角度,因为债务人内部经济状况(“不能清偿”或“资不抵债”)均非债权人可以轻易了解得知。我国《企业破产法》起草工作组提交给全国人大委员长会议以及常委会审议的一审法律草案中,即主要按照上述理论予以规定,只是将资不抵债限缩到清算中主体,以与《公司法》中清算组织发现公司已资不抵债从而申请破产的情形相呼应。但当时立法部门中有人认为根据当时国情,如果仅仅将不能清偿到期债务作为普遍适用的破产原因,则有可能导致当时的绝大多数企业都满足破产原因,造成大量市场主体破产,从而影响市场经济秩序,因此要求对于破产原因的规定予以限制。

鉴于当时施行的《企业破产法(试行)》(1988年11月1日起施行)主要适用于国有企业的破产,且根据财政部会计司于1998年1月1日发布的关于对《国有企业试行破产有关会计处理问题暂行规定》的说明,第一节“一、关于企业破产清算的一般程序”中明确“具体操作中,企业在提出破产申请前,应对其资产进行全面的清查,对债权债务进行清理,然后由会计师事务所对企业进行全面的会计,并出具资不抵债的鉴证报告”,因此在破产法草案中一度仅将破产原因规定为“不能清偿到期债务”且“资不抵债”。

但实际上这一决定在当时的立法部门内部就产生了较大的争议,因为假设如此规定破产原因,则极大可能导致债权人难以举证证明债务人的资产情况(内部股东了解公司财务情况在多数情况下尚且需要通过知情权诉讼,何况外部债权人),仅可由法官通过证据规则等规定对于债务人“资不抵债”的情况进行推定。

笔者认为,若如此规定,假设债务人根本不提供财务资料,或许可以进行推定(例如根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2002年4月1日起施行)第75条“有

证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立”,或者根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2020年5月1日起施行)第45-48条的“书证提出命令”制度,尤其是第47条中“下列情形,控制书证的当事人应当提交书证:(四)账簿、记账原始凭证”、第48条中“控制书证的当事人无正当理由拒不提交书证的,人民法院可以认定对方当事人所主张的书证内容为真实”)。

但如果债务人向法院提供了财务资料,并且债权人不予认可,那必然要通过司法鉴定程序予以财务审计与资产评估,以确定是否确实资不抵债。且不论该鉴定程序的时间必然与《企业破产法》第10条较短的破产申请审查期限相矛盾,更为关键的是,假设经过审计评估,债务人确实资能抵债,但例如货币资金不足、其他财产变现困难、资产主要为应收账款,仍无法清偿到期债务,则会导致法院根本无法受理破产,而债权人的到期债权又无法清偿的困境。

基于此,立法机关在征求多方意见的情况下,才在立法草案中加入了“明显缺乏清偿能力”这一用语,并形成了目前最终的版本即《企业破产法》第2条“企业法人不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的,依照本法规定清理债务。”笔者认为,首先,加入了“明显缺乏清偿能力”这一要件,得以让债权人与法院得以绕过“资不抵债”这一构成要件,“资不抵债”不再是认定破产原因的唯一途径;其次,“明显”一词,本身即带有一定自由裁量的意味,不如资产负债标准具有数据的精确性,从而赋予了法院能够根据实际情况决定是否受理对于债务人的破产申请。

尽管立法机关已经另辟蹊径,在立法上对于原僵化的破产原因进行了适当的软化与灵活处理,但毕竟属于亡羊补牢之举,“明显缺乏清偿能力”也未见任何传统破产法理论与国外立法例,因此就造成了司法机关仍然需要在立法文本基础上进一步采用法律技术以协调立法与社会生活之间的差距,以满足司法实践的需求。因此最终形成了《最高人民法院关于适用<中华人民共和国企业破产法>若干问题的解释(一)》(以下简称“破产法司法解释一”)中第1-4条。

针对立法条文中的“不能清偿到期债务”,根据最高法院法官在《破产法司法解释一》的理解与适用中提及,最初拟定的司法解释草案为了还原传统理论,本想单独规定“停止支付”的含义,并进而再用“停止支付”作为推定“不能清偿到期债务”的跳板。但考虑到立法条文中根本未提及“停



止支付”这一传统术语，且立法条文已经明确了破产原因，不宜在司法解释中另行增加，否则有司法越权之嫌，因此最终将实质的破产原因“不能清偿到期债务”直接解释成了传统理论中的推定破产原因（破产申请原因）“停止支付”，即同时满足“债权债务关系依法成立”、“债务履行期限已经届满”、“债务人未完全清偿债务”三个要件，法院即可认定“不能清偿到期债务”。

除此以外，笔者认为最高法如此规定的另一个理由，可能是为了与《企业破产法》第7条第2款所规定的债权人破产申请原因相协调。因为该款规定“债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请”，也就是立法文本已经在形式上规定了破产申请原因，而传统破产法理论中的破产申请原因（推定破产原因）又恰是“停止支付”，因此立法层面上实际已经将两者混同（或混淆），故通过司法解释将《企业破产法》第2条中的“不能清偿”也解释为“停止支付”，有其一定的合理性。

但从一个角度来看，司法解释中的该规定，实际上在一定程度上仍然存在与传统理论的偏差。因为“停止支付”纯属债权人未受清偿之状态，而“不能清偿”属于债务人已无法清偿债务的客观情况，并非所有针对某个债权人的“停止支付”的情形都必然是因为债务人已“无力”清偿，亦有可能是债务人有能力而主观上拒绝或怠于清偿。因此若仅从债权人可见的“停止支付”的状态，径行推定债务人内部经济状况，亦可能存在债务人实际并不存在实质破产原因（不能清偿到期债务），而因该司法解释之规定而直接“认定”为存在实质破产原因。因此笔者倾向于此处“认定”应当为“推定”，允许债务人在异议期间内提出相应抗辩的证据。

针对立法条文中的“明显缺乏清偿能力”，最高法法官在理解与适用中解释为“其实质作用与停止支付相同”，只是为了明确具体情形并为法院留有自由裁量余地，才将其解释为在资能抵债的情况下，存在“因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务”、“法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务”、“经人民法院强制执行，无法清偿债务”、“长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务”、“导致债务人丧失清偿能力的其他情形”等情形之一的。但笔者认为，该条文中列举的各种情形，均已明确是“无法清偿债务”这一结果，即本身就是对于债务人内部客观经济状况的描述，因此就文义来说，甚至更贴近于传统理论中的“不能清偿”。值得一提的是，最

高法法官也明确提及，该条款中“债务人账面资产虽大于负债，但存在下列情形之一的，人民法院应当认定其明显缺乏清偿能力”中的“认定”，也允许债务人提供证据进行抗辩，也即名为“认定”实为“推定”。

笔者认为，在最初立法机关中有人要求加入“资不抵债”这一要件造成破产受理难度相较于传统理论大幅增加的情况下，经过了立法机关的后续协调以及最高法的司法解释，反而导致了在司法实践中，法院受理破产申请的条件实际上反倒相较于传统理论更为减轻这一吊诡的情形。因为传统理论的逻辑是由“停止支付”进一步推定实质破产原因“不能清偿”，而《破产法司法解释一》第2条已经在一定程度上将两者混同处理，又在第4条中列举具体情形并加以兜底授权条款，造成了至少从形式上法院无需过于审查债务人内部情况，而仅根据停止支付这一外部事实径行“认定”（实为推定）债务人已不能清偿，除非债务人提出强有力的证据以证明不存在破产原因。

在梳理与分析相关法律、司法解释中破产原因理念的制定过程后，回到前述案例之中。笔者认为，债权人A公司拿到终本裁定后，至少形式上已经完全满足《破产法司法解释一》第4条的规定，即“经人民法院强制执行，无法清偿债务”应当认定为“明显缺乏清偿能力”。但一审法院仍然拒受理破产申请，且在裁判要旨中强调了债务人的注册资本及缴付期限情况，因此其实质上即并未严格遵循“现金流量标准”。而如果不遵循该标准，则背离了各国破产立法例，亦与破产法传统理论不符。因为即使是立法例中存在的“资产负债标准”，其本质上一定程度上仍然是“不能清偿”这一破产原因的特殊表现。我们可以发现，国外立法例以及我国公司法主要将资产负债标准适用于清算中的法律主体。因为清算中主体已经基本丧失行为能力，不再继续经营，清算组需要清理债权债务，若进而类推适用《企业破产法》第46条“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期”，非破产清算中未到期债权也将成为到期债权，在此情况下，若清算组发现债务人已资不抵债，其实质恰恰就是从债务人的内部客观经济情况层面上的“不能清偿到期债务”。因此，各国的最普遍的破产原因就是强调债务人应当有足够的现金流量，以实际满足正常经济社会中的债务清偿要求。而资不抵债并不能必然推导出“不能清偿到期债务”，恰恰很多企业，常年总资产少于总负债，但只要能够清偿到期债务，就并未对于正常经济生活造成太大不利影响，没有必要将其纳入破产程序之中，且资产与负债根据不同的会计准则、评估

标准以及经济生活的变迁，亦常处于变动之中，不像停止支付这一债权人可见可感的外部状态容易确定。因此，在申请破产案件中，仅以债务人未缴纳出资远远大于已到期债务为由，就驳回了破产申请，实则是在一定程度上仍看重“资产负债标准”，且是以未来不确定性的资产情况来否定目前已无法清偿到期债务这一事实，这就很可能造成债务人动辄以增资扩股或通过各种手段虚增资产（尤其是难以变现的资产）以规避企业破产以及相应的一系列不良后果（例如公司被管理人接管、清算后注销、股东出资义务加速到期等），显然不甚合理。

实务总结

笔者认为，鉴于以上分析，目前法律、司法解释已经在较大程度上将破产案件的受理标准予以降低，债权人仅凭债务人停止支付这一事实，就足以满足申请破产的构成要件，并对于“不能清偿”这一实质破产原因具有较强的推定效力。同时破产受理标准主要采用现金流量标准，债务人认缴期限以及剩余认缴金额并不影响法院受理破产申请。故对于法律实务工作，可以有以下初步启示。

（一）债权人角度：在债务人已经停止支付，尤其是经过法院强制执行仍然无法清偿债务的情况下，可以直接凭借执行依据文书、终本裁定向法院申请（直接申请或通过执转破程序）债务人破产，以此向债务人施加压力。实践中甚至可以在必要的查控、执保等措施结束后，尽早联系执行法官主动要求终本执行，以减少无谓的程序时间，尽早启动申请破产程序。毕竟一旦债务人被裁定受理破产申请，债务人将由中立的管理人接管，从而减少债务人作出更多损害债权人利益的行为；债务人出资人的出资义务将加速到期，不必再受到出资期限的规制；管理人可以提起请求撤销个别清偿行为、请求确认债务人行为无效、追收抽逃出资、追收非正常收入、损害债权人利益赔偿纠纷等诉讼，进一步充实债务人的资产，如果债务人进入破产阶段过晚，则有极大可能导致破产欺诈、偏颇清偿等行为因超过除斥期间而无法被撤销；若重整、和解不成，债务人最终将清算注销，不复存在。基于以上法律后果，仍有一定清偿能力或仍希望继续经营的债务人，有可能会向债权人在破产审查阶段即提出债务和解方案。若债务人抗辩其对于到期债务仍有清偿能力且能够举证证明，即使破产申请不予受理，破产审查程序也等同于债权人“逼迫”债务人披露财产线索的一条途径。而根据《破产法司法解释一》第8条的规定“破产案件的诉讼费用，应根据《企业破产法》第四十三条的规定，从债务人财产中拨

付。相关当事人以申请人未预先交纳诉讼费用为由，对破产申请提出异议的，人民法院不予支持”，因此债权人申请破产并无太大诉讼成本，无需相应申请费用。

此外，从执行先后顺序来看，例如《民事诉讼法司法解释》（2022年修正）第506-514条的规定，尤其是第514条“当事人不同意移送破产或者被执行人住所地人民法院不受理破产案件的，执行法院就执行变价所得财产，在扣除执行费用及清偿优先受偿的债权后，对于普通债权，按照财产保全和执行中查封、扣押、冻结财产的先后顺序清偿”。因此若债权人的债权性质为普通债权，且在财产保全、执行过程中对于债务人财产的查封、扣押、冻结属于劣后顺序，则应当通过积极举证申请债务人破产，以期将执行过程中的劣后清偿顺序转为破产程序中同类债权的相同清偿顺序，提升债权清偿率。

（二）债务人角度：尽管存在停止支付的行为，但正如前述分析，法院允许债务人提出异议以对抗停止支付的推定效力，故债务人应当尽可能从多个方面进行抗辩。例如对债权人提出的债权（尤其是未经生效法律文书确定）本身提出各种合理异议，例如债权不成立、债权未到期、债权已消灭、履行抗辩权等抗辩；停止支付的时间较短，并未形成对于全部债权人普遍且长期的止付；债务人仍有能力通过财产、信用、技术力量、劳动力等方式偿还债务；债务人目前资产仍然大于负债等等。若即使上述抗辩在破产审查阶段未能被采纳，鉴于破产法存在俗称的“一厅三室”（总则、清算、重整、和解）的结构，债务人仍有多种方式规避最终被清算的结局，在此不再赘述。

（三）债权人申请破产的主要材料指引：破产清算申请书、申请人的主体资格证明、债务人的主体资格证明和最新工商登记材料、债务人不能清偿申请人到期债务的证据（执行依据文书、终本裁定）。

相关类案

（一）杨红卫申请对通联云商旅旅游信息科技（北京）有限公司破产清算一案（案号：(2017)京01破终9号，裁判时间2017年10月10日），北京市第一中级人民法院查明“通联公司于2008年12月4日经北京市工商行政管理局顺义分局核准成立，企业类型为其他有限责任公司，注册资本1亿元，股东为通联旅投资（北京）有限公司、北京通联智慧旅游投资有限公司，认缴出资时间为2026年12月31日。杨红卫与通联公司劳动争议纠纷一案，北京市朝阳区劳动人事争议仲裁委员会作出京朝劳人仲字（2016）第10928号仲裁调解书，



杨红卫与通联公司自愿达成协议，双方劳动关系于2016年3月4日解除，通联公司于2016年12月31日之前以银行打款形式向杨红卫支付14586.46元，杨红卫放弃仲裁请求，双方不再就劳动关系向对方主张权利。二审期间，通联公司称，目前公司除了法定代表人黄偲夏之外已无其他员工。通联公司目前无力偿还杨红卫等7名职工的欠款，但股东认缴出资的实缴期限尚未届满”，该院认为“通联公司并未按期清偿债务，且自认无法清偿杨红卫等7名职工的债权。依据上述事实，足以认定通联公司无法清偿对杨红卫的到期债务，且明显缺乏清偿能力。杨红卫申请对通联公司进行破产清算，符合上述法律规定。至于股东认缴出资的期限是否届满则并非法院受理破产清算申请的前提条件，一审法院对此认定有误，本院依法予以纠正。”

(二) 苏州市元祖服饰有限公司申请对上海梵磊商贸有限公司破产清算一案(案号：(2018)沪0118破32-1号，裁判时间2018年11月22日)，上海市青浦区人民法院查明“梵磊公司于2012年12月19日设立，系有限责任公司(自然人投资或控股)。公司股东为吴霜磊和吴渊，注册资金为人民币200万元，已实缴20万元，其余认缴资金的出资时间为2022年12月1日……2016年12月5日，上海市杨浦区人民法院出具(2016)沪0110民初17855号民事判决书，判令梵磊公司于该判决生效之日起十日内支付元祖公司货款68万元及承担案件受理费5,300等。因梵磊公司未履行生效判决确定的付款义务，元祖公司向上海市杨浦区人民法院申请执行，该院以(2017)沪0110执334号立案受理。执行过程中，经查，梵磊公司名下暂无车辆、银行存款、证券、房产等可供执行的财产。该院于2017年4月24日出具(2017)沪0110执334号执行裁定书，裁定终结本次执行程序”，该院认为“本案中，梵磊公司不能清偿其对元祖公司的到期债务已成连续状态，经法院强制执行仍未得清偿，元祖公司通过申请梵磊公司破产清算维护其合法权益，符合法律规定，故本案申请应当予以受理。”

(三) 江苏江都农村商业银行股份有限公司邵伯支行申请对扬州市国力电器有限公司破产清算一案(案号：(2021)苏1012破申25号，裁判时间2021年11月18日)，扬州市江都区人民法院查明“截至2021年10月13日，被申请人扬州市国力电器有限公司在本院涉执行案件8件(不含执保和执恢案件)，执行总标的额为7641847.71元，实际执行到位标的额为1256200元，未执行到位金额为6385647.71元。公司注册资本为10000万元，股东为刘松智、朱国平，

认缴出资额分别为7935万元、2065万元，实缴出资额分别为55万元、2065万元。刘松智7880万元出资额认缴出资时间为2050年12月31日……江苏江都农村商业银行股份有限公司邵伯支行与扬州市国力电器有限公司、扬州森源电气有限公司、丁建新、朱国平、王玲和借款、保证合同纠纷一案，本院于2015年12月24日作出(2015)扬江商初字第00838号民事调解书，认定扬州市国力电器有限公司欠江苏江都农村商业银行股份有限公司邵伯支行借款本金240万元及截止2015年12月24日利息351143.32元”，该院认为“扬州市国力电器有限公司已不能清偿到期债务，且资产不足以清偿全部债务，其债权人江苏江都农村商业银行股份有限公司邵伯支行向法院提出破产清算的申请，符合法律规定。”

相关法条

(一) 《中华人民共和国企业破产法》

第二条

企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。

第七条

债务人有本法第二条规定的情形，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。

债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。

企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。

第十二条

人民法院裁定不受理破产申请的，应当自裁定作出之日起五日内送达申请人并说明理由。申请人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

人民法院受理破产申请后至破产宣告前，经审查发现债务人不符本法第二条规定情形的，可以裁定驳回申请。申请人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

《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)》

第一条

债务人不能清偿到期债务并且具有下列情形之一的，人民法院应当认定其具备破产原因：

- (一) 资产不足以清偿全部债务；
- (二) 明显缺乏清偿能力。

相关当事人以对债务人的债务负有连带责任的人未丧失清偿能力为由，主张债务人不具备破产原因的，人民法院应不予支持。

第二条

下列情形同时存在的，人民法院应当认定债务人不能清偿到期债务：

- （一）债权债务关系依法成立；
- （二）债务履行期限已经届满；
- （三）债务人未完全清偿债务。

第三条

债务人的资产负债表，或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债的，人民法院应当认定债务人资产不足以清偿全部债务，但有相反证据足以证明债务人资产能够偿付全部负债的除外。

第四条

债务人账面资产虽大于负债，但存在下列情形之一的，人民法院应当认定其明显缺乏清偿能力：

- （一）因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务；
- （二）法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务；
- （三）经人民法院强制执行，无法清偿债务；
- （四）长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务；
- （五）导致债务人丧失清偿能力的其他情形。

《中华人民共和国公司法》（2018年修正）

第一百八十七条

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请宣告破产。

公司经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院。

第一百九十条

公司被依法宣告破产的，依照有关企业破产的法律实施破产清算。

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（二）（2020修正）

第十七条

人民法院指定的清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单时，发现公司财产不足清偿债务的，可以与债权人协商制作有关债务清偿方案。

债务清偿方案经全体债权人确认且不损害其他利害关系人利益的，人民法院可依清算组的申请裁定予以认可。清算组依据该清偿方案清偿债务后，应当向人民法院申请裁定终结清算程序。

债权人对债务清偿方案不予确认或者人民法院不予认可的，清算组应当依法向人民法院申请宣告破产。

提示：

本文是笔者对所引案例进行的相关研究，其目的是秉持着开放性的视角，从现存案例中归纳出裁判要旨，并针对性提出实务应对，以期向受众提供一种法律知识产品。我国大陆地区并不施行判例法制度（尽管目前各地法院已强调类案检索、同案同判），且囿于法条更新、个案差异，以及不同法官可能存在不同甚至截然相反的理解与判断，因此文中观点仅代表笔者对所引案例的个人观点，不保证相关裁判要旨以及分析思路必然在其他同类案件中适用或参照。

《企业破产法》及其司法解释（一）明确规定了人民法院认定债务人具有破产原因的构成要件，即“不能清偿到期债务”与“资产不足以清偿全部债务”，或者“不能清偿到期债务”与“明显缺乏清偿能力”。



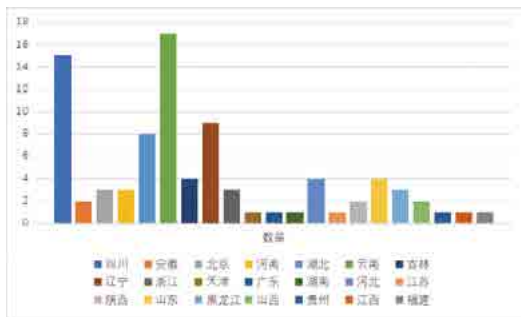
被调查人经监察委电话通知到案 并如实供述应否认定为自首

■ 刘立杰 钱浩 / 文

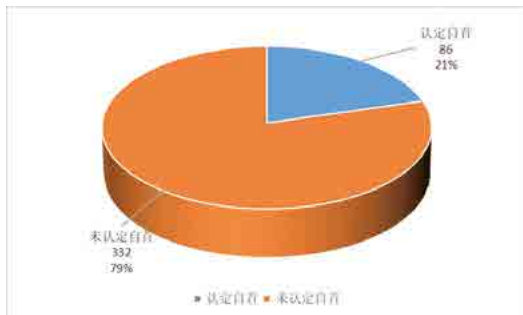


■ 认定自首的省份；□ 未认定自首的省份

图一：被调查人经监委电话通知到案并如实供述认定自首案件分布



图二：认定自首省份具体案件数量



图三：2018年至今“中国裁判文书网”监委通知到案案例数据统计

刘立杰律师简介

京都律师事务所合伙人，中国政法大学刑法学博士，曾任京都律师事务所律师业务管理部主管、教育部全国青少年普法网专家库成员，中国社会科学院大学法学院实务导师。2007年进入某中级法院工作，具有10年刑事审判工作经历。刘立杰律师出版专业著作多部，在《人民法院报》《人民司法》《中国法律评论》《刑事审判参考》《中国法院2017年度案例》《中国审判案例要览》及香港《文汇报》《大公报》等发表专业文章50余万字，参与办理各类案件超过1000件。其中，办理的多起重大、疑难、复杂案件被中央电视台、北京电视台、财新网、腾讯网、搜狐网等媒体关注报道。刘立杰律师现为中国运载火箭技术研究院、国网英大投资管理有限公司等单位常年法律顾问。



职务犯罪案件自首认定问题由来已久，针对这一问题，2009年最高人民法院、最高人民检察院曾专门制定了《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》（下称“职务犯罪自首意见”），2019年中共中央纪律检查委员会、国家监察委员会也专门制定了《纪检监察机关处理主动投案问题的规定（试行）》（下称“主动投案规定”）。但一方面由于案件社会影响较大，办案机关性质特殊，另一方面由于实践中对具体规定

钱浩律师简介

京都律师事务所律师，中国人民大学法学硕士，西南政法大学法学学士，曾在人民法院、公安机关、律所、上市公司等机构实习，参与办理了多起疑难复杂案件。



存在不同的理解与适用，导致职务犯罪案件中经监委电话通知到案是否成立自动投案，以及在如实供述的基础上能否构成自首的问题在实务中仍无统一标准。

笔者认为，职务犯罪案件自首认定问题的存在有着独特的历史原因，随着《中华人民共和国监察法》（下称“监察法”）等相关纪检监察法律法规的施行，职务犯罪案件办案主体与程序等方面的规定进一步规范化法治化正规化。在职务犯罪案件相关规定与刑事司法有效衔接的趋势下，当事人接办案机关电话通知到案，到案后如实供述的（下称“本文所述情形”），无论办案机关事先是否已经掌握相关犯罪事实，均应当认定构成自首。

一、实务争议：电话通知到案、如实供述是否构成自首认定混乱

（一）司法认定标准的“三个不统一”

以“监委”、“通知到案”、“自首”为关键词对公开的职务犯罪裁判文书进行检索梳理，可以发现司法实践中对于职务犯罪案件电话通知到案是否构成自首的认定存在三个明显的不统一。

1. 不同地区法院认定标准的不统一

全国范围内，职务犯罪案件中，经监察委员会电话通知到案的案件共有418件，其中有86件被认定为构成自首。被认定为构成自首的案件，分布于21个省份，其中主要分布于西南省份与东北省份，云南省与四川省认定构成自首的数量最多，分别为17件与15件。

因此，不同地区对于监委电话通知到案是否构成自首有着明显不同的标准，即使是在同一省份范围内，也存在不同的标准。如在认定构成自首案件数量最多的云南省与四川省，也存在认定不构成自首的案件。

2. 不同层级法院认定标准的不统一

在部分公开裁判文书中，存在一审法院未认定全案构成自首，二审法院改判全案构成自首的情形，如彭旭东受贿罪一案¹。因此，即使是同一管辖区域内不同层级的法院，对于职务犯罪案件，电话通知到案后如实供述是否构成自首也存在不同的认定标准。

3. 检察机关与法院认定标准的不统一

在公开的裁判文书中，存在公诉机关认定当事人具有自首情节，但人民法院未予认定的情形。如李成贪污罪一案²中，“芜湖市繁昌区纪委监委工作人员电话通知XX镇纪委负责同志陪同李成到区监委接受谈话。”公诉机关认为“被告人李成在未受到调查谈话时按调查机关电话通知到案，如实供述了自己的犯罪事实，是自首”，人民法院认为“被告人李成经电话通知到案，在被宣布调查措施后，陆续交代包括调查机关尚未掌握的其余贪污犯罪事实，属坦白，故公诉机关认定被告人李成具有自首情节不当，应予纠正”。

因此，虽然两高等部门针对职务犯罪中自首认定问题制定了较详细的规定，但在司法实务中，无论是不同地区的审判机关，还是同一地区的审判机关，或是公诉机关与审判机关之间，均存在不同的认定标准。

（二）检索判例认为本文所述情形不构成自首的理由

目前认定本文所述情形不构成自首的裁判文书，理由主要包括两类，“电话通知到案不具有自动投案的主动性”与“办案机关事先已掌握线索，行为人不符合自首的要件”，此外还有观点认为“到案后立即采取强制措施或宣告立案的，行为人不能成立自首”。

1. 电话通知到案不具有自动投案的主动性

在未认定构成自首的案件中，部分法院认为，“监察机关电话通知到案，并无投案的主动性，不应认定为自动投案”³、“被告人虽经通知到案但不具有投案的主动性”⁴、“虽系电话通知到案，但系在被采取留置的强制措施后才开始供述自己的犯罪事实，缺乏自动投案的主动性，不能认定为自首。”⁵

因此，部分法院认为，电话通知到案的方式体现了当



事人主观上没有投案的主动性，即不是基于其自己的意志积极主动地投案，因而不构成自首。贵阳中院的公开文书则认为电话通知到案本身无法认定自动投案的主动性，只有电话通知到案后在采取强制措施前供述犯罪事实的，才能够认定自动投案的主动性。

2. 办案机关事先已掌握线索的，不构成自首

在未认定电话通知到案代表当事人缺乏投案主动性的案件中，部分法院认为“监察委在立案审查调查前已经掌握犯罪事实，故虽经纪委、监委通知到案后如实交了自己的犯罪事实，但根据法律规定，依法不能认定为自首”⁶，“本案系办案机关先行通知行贿人到案后，掌握了相关贿赂事实后通知受贿人到案，因此不构成自首”⁷，“系经当地纪委办案人员电话通知到案的，但当地纪委已提前掌握线索和问题，归案后如实交待全部犯罪事实，不符合自首的构成要件”⁸。

在未认定电话通知到案不具有投案主动性的案件中，部分法院根据《职务犯罪自首意见》第一条第三款“没有自动投案，在办案机关调查谈话、讯问、采取调查措施或者强制措施期间，犯罪分子如实交代办案机关掌握的线索所针对的事实，不能认定为自首”的规定，认定办案机关已掌握线索与事实的情形中，如实供述已掌握的犯罪事实或同种罪名的犯罪事实不构成自首。

3. 到案后立即采取强制措施或宣告立案的，不能成立自首

除上述两种理由外，还有观点认为监察机关掌握犯罪线索后，电话通知行为人到案，随即开展调查活动，行为人就属已受到调查谈话、讯问，不构成自首。即行为人自首的时间点必须在办案单位宣告立案调查或采取强制措施前。在实务中，办案机关往往在当事人到案时便宣告立案调查，甚至采取留置措施，根据该观点，在电话通知到案的职务犯罪案件中行为人将很难有自首的机会。

此外，在实务中还存在因监委未出具认定构成自动投案的相关材料，人民法院不予认定构成自首的情况。

二、前世今生：《监察法》施行前后 职务犯罪案件办理的变化

随着2018年3月20日《监察法》正式施行，我国职务犯罪案件的办理主体、适用法律等都发生了变化，对于职务犯罪案件自首的认定，也应当随着案件办理的规范化法

治化正规化，与其他类型的刑事案件保持相同的标准，即《刑法》第六十七条第一款规定的“自动投案”与“如实供述”标准。

（一）办案机关的变化

在《监察法》施行前，职务犯罪案件往往是由两个机关分别办理，即纪检监察机关与检察机关，并且纪检监察机关的调查往往是检察机关办理职务犯罪案件的前置程序。其中，纪检监察机关主要指纪律检查委员会，纪律检查委员会是隶属于中国共产党的纪律检查机关，不属于政府部门，依据《中国共产党章程》《中国共产党纪律处分条例》《中国共产党党内监督条例》《中华人民共和国行政监察法》等规范进行纪律检查工作。检察机关则是法定的职务犯罪案件侦查机关，依据《中华人民共和国刑事诉讼法》等法律法规开展侦查工作，在严格意义上，检察机关才是职务犯罪案件的侦办机关。

《监察法》施行后，监察机关成为了行使国家监察职能的专责机关，依照《监察法》对所有行使公权力的公职人员进行监察、调查职务违法和职务犯罪。将原本纪法分离、由纪律检查委员会与检察机关分别承担的职能，一并由权力与司法职能类似的监察机关依法行使。

（二）办案手段性质的变化

在《监察法》施行前，法定的职务犯罪侦查机关只有检察机关，纪检监察部门并不拥有侦查的权力，其进行的包括“双规两指”等手段在内的行为，并不具有法定的强制力，也没有严格意义上的法律依据。因此，《监察法》施行前，职务犯罪案件的法定侦办手段主要是《刑事诉讼法》规定的侦查手段。

《监察法》施行后，监察机关依法享有了调查的权力，其实施的讯问、留置等调查行为，均是法律规定的调查行为。从本质上来看，《监察法》实施后，纪检监察部门原先实行的“双规两指”等行为成为了监察机关实行的调查行为（如留置、要求作出陈述、讯问等），与原先检察机关实行的侦查行为具有了同样的司法性质。

（三）自首认定规范的变化

关于职务犯罪案件中自首认定，在《监察法》施行前，除《刑法》外主要依据为2009年两高制定的《职务犯罪自首意见》，其中规定“成立自首需同时具备自动投案

和如实供述自己的罪行两个要件。犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握，或者虽被掌握，但犯罪分子尚未受到调查谈话、讯问，或者未被宣布采取调查措施或者强制措施时，向办案机关投案的，是自动投案。在此期间如实交代自己的主要犯罪事实的，应当认定为自首。”“没有自动投案，在办案机关调查谈话、讯问、采取调查措施或者强制措施期间，犯罪分子如实交代办案机关掌握的线索所针对的事实，不能认定为自首。”

《监察法》施行后，2019年中纪委国家监委制定了《主动投案规定》，基本沿袭了《职务犯罪自首意见》的内容，但在具体情形中进一步细化，“第五条有关人员具有以下情形之一的，应当视为主动投案：（一）在初步核实阶段，尚未受到纪检监察机关谈话时主动投案的；（二）在纪检监察机关谈话函询过程中，主动交代纪检监察机关未掌握的涉嫌违纪或者职务违法、职务犯罪问题的；（三）因伤病等客观原因无法前往投案，先委托他人代为表达主动投案意愿，或者以书信、网络、电话、传真等方式表达主动投案意愿，后本人到纪检监察机关接受处理的；（四）涉嫌严重职务违法或者职务犯罪潜逃后又主动投案，包括在被通缉、抓捕过程中主动投案的；（五）经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被有关机关抓获的；（六）虽非完全出于本人主动，但经他人规劝、陪同投案的；（七）其他应当视为主动投案的情形。”“纪检监察机关对有关人员进行初核谈话、审查调查谈话、讯问期间，或者采取留置措施后，有关人员主动交代纪检监察机关未掌握的本人涉嫌违纪或者职务违法、职务犯罪问题的，不认定为主动投案，但可以依规依纪依法从轻或者减轻处理。”

（四）监察法与刑事法律有效衔接

《监察法》的条文内容与具体施行明显体现出了职务犯罪案件办理规范化法治化正规化的趋势，即监察法与刑事法律衔接同步的趋向。基于此，职务犯罪案件自首的认定也应进一步与刑事法律保持一致。

从历史沿革来看，职务犯罪案件自首认定之所以存在一定争议，其中的一个原因便是在案件办理过程中，往往是先由不具有侦查权的纪检监察部门进行，主要采用“双规两指”等手段。由于被调查对象通常是中共党员，根据《中国共产党章程》等规定，有观点认为共产党员有义务配合纪检监察部门的工作。即虽然纪律检查委员会

的行为不具有法定的强制力，但被调查对象有义务予以配合。因此，在传统观点中，往往认为此时调查对象接受调查的行为，并不属于自动投案，在案件被移送至具有侦查权力的检察机关后，也就不能认定构成自首。

在《监察法》施行后，上述纪检监察部门实施的行为转变为了监察机关依据法律实施的调查行为。监察机关成为法定拥有调查权的机关后，其实行的调查行为，虽然权力依据为《监察法》而非《刑事诉讼法》，但与公安机关实行的侦查行为，本质上具有相同的性质，最终都受到刑事司法程序正义的约束。监察机关通知当事人到案的行为，与公安机关通知当事人到案的行为，在本质上并无差异。随着《监察法》与刑事法律衔接的加强，职务犯罪案件中自首的认定，应当与刑事法律规定保持一致。

三、刍蕘之见：本文所述情形应认定为自首

笔者认为上述不认定本文所述情形构成自首的理由，或与《刑事审判参考》案例抵牾，或在规范适用与法理上存在不足。

从根本上来看，不认定本文所述情形构成自首是对《刑法》第六十七条规定自首条款的理解不清所致。《刑法》规定的一般自首与特殊自首是相互独立的两种自首情形，二者分别具有独立的构成要件。在认定自首时，不能将一般自首的构成要件（自动投案）与特殊自首的构成要件（司法机关还未掌握的其他罪行）错配，混淆认定标准，换言之，“自动投案”只适用于一般自首的认定条件，不适用于特殊自首；“采取强制措施后”只适用于特殊自首的认定条件，不适用于一般自首。

综合来看，无论办案机关事先是否已经掌握相关犯罪事实，均应认定本文所述情形构成自首。

（一）电话通知到案属于自动投案

如《刑事审判参考》案例第354号王春明盗窃案中所述：“公安机关口头或电话传唤犯罪嫌疑人后，犯罪嫌疑人即主动到案的，应视为自动投案。如实供述自己的犯罪行为的，应当认定为自首。”在该案具体裁判理由中写明“对于经公安机关传唤到案，并如实供述自己罪行的，是否应认定为自首，关键在于犯罪嫌疑人经传唤到案是否属于自动投案。”“犯罪嫌疑人经公安机关口头传唤到案的



情况，符合上述《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》的规定，应视为自动投案。”

职务犯罪案件中，监察机关采取电话通知等方式要求被调查人到案，而电话通知显然不属于强制措施。接到电话通知后到案，本质上属于“能逃而不逃”，能够直接体现行为人投案的主动性与自愿性。举重以明轻，在杀人、抢劫、强奸等重大刑事案件中，公安机关电话传唤到案能够认定自动投案的情况下，监察机关电话通知到案的被调查人，更应认定属于自动投案。到案后如实供述的，应当认定构成自首。

（二）办案机关是否已掌握线索，不影响一般自首的认定

部分法院依据“没有自动投案，在办案机关调查谈话、讯问、采取调查措施或者强制措施期间，犯罪分子如实交代办案机关掌握的线索所针对的事实的，不能认定为自首”认定办案机关已经掌握线索或犯罪事实后，电话通知行为人到案的不构成自首，这种观点在规范适用上存在问题。该条文的适用前提是“没有自动投案”，即只有在没有自动投案的情形中，行为人如实供述已被办案机关掌握的线索、事实的，才可能不被认定为自首。在未认定行为人不构成“自动投案”的情况下，单独援引此条认定行为人不符自首构成要件，属于对一般自首与特殊自首构成要件的认识错位。

《职务犯罪意见》第一条第一款规定“犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握，或者虽被掌握，但犯罪分子尚未受到调查谈话、讯问，或者未被宣布采取调查措施或者强制措施时，向办案机关投案的，是自动投案。在此期间如实交代自己的主要犯罪事实的，应当认定为自首”。该条直接表明，办案机关是否掌握犯罪事实，与一般自首中是否自动投案无关，仅与特殊自首认定条件之一有关，并不影响一般自首的成立。如认定电话通知到案属于自动投案，那么后续如实供述的，无论办案机关是否已掌握线索或事实，都应认定构成自首。

（三）应当警惕办案人员自行操作限制自首适用

鼓励自首是我国司法实践中长期坚持的刑事政策，刑法规定自首，目的是通过对自首的犯罪行为予以宽大处理，鼓励罪犯自动投案，悔过自新，不再继续犯罪；也可以使案件得以及时侦破与审判，节约司法资源，提高诉讼

效率。⁹自首制度是立法者从刑事政策角度，为已经犯了罪的行为人架设的“黄金桥（eine goldene Bruecke）”。¹⁰自首是适用于全部罪名的制度，并不因罪名的性质或类型而有所区别。

因此，所有的刑事案件当事人均应享有依法被认定为自首的权利和机会。如果像一些观点认为的那样，监察机关掌握犯罪情况后，电话通知行为人到案，随即开展调查活动，行为人就属已受到调查谈话、讯问，不构成自首。此时行为人自始至终是没有自首的机会的，实际上是用办案手段限制了自首制度的适用，这既无法全面落实刑法规定的自首制度，也不利于引导行为人主动投案。否则，被调查人员接到监察委通知到案的电话后，先口头表示拒绝，再主动前往接受调查，岂不是更符合“自首”（自动投案）的认定条件，也更符合其诉讼利益（显然，如果电话通知到案并如实供述可以被认定为自首，就不会出现这种“尴尬”）。更为合理的观点是，在电话通知到案后，“只要在初期（一般指第一次）如实陈述了自己的主要或全部犯罪事实的，即使办案机关已掌握了一定的犯罪证据也应当视为自首。”¹¹

（四）监委是否出具认定构成自动投案的相关材料不应成为影响人民法院是否认定自首的因素

一方面，即使监委出具了构成自动投案的材料，人民法院也应依据《刑法》第六十七条的规定独立判断是否构成自首，而非一概认定构成自首。另一方面，如果监委未出具构成自动投案的材料，人民法院应根据在案证据，如被告人供述、到案经过、通话记录等，综合进行独立判断。根据《宪法》规定，“监察机关办理职务违法和职务犯罪案件，应当与审判机关互相配合，互相制约。”“人民法院依照法律规定独立行使审判权”。因此，在司法实务中应当尊重审判机关的独立审判权，加强各部门的沟通交流和业务培训，并依法行使司法职权保障当事人的诉讼权利。

所以，无论从《刑事审判参考》实务案例，还是从规范适用与法理上来看，职务犯罪案件中，电话通知到案也应属于自动投案，无论办案机关是否事先掌握犯罪线索或事实，到案后如实供述的，均应当认定为自首。

四、正法直度：监委通知到案案件自首认定的司法标准亟待统一

（一）标准不明导致实务认定存在混乱

正是由于实务中统一认定标准的缺失，才导致了不同地区法院、不同层级法院以及检察机关与法院认定标准的不统一。甚至在同一管辖区域内，不同层级的法院对于自首认定都存在着不同的标准。如在杨效洋行贿罪一案¹²中，法院查明杨效洋的到案经过为“2019年5月15日，市监委专案组工作人员王某电话联系杨效洋但电话无人接听。当天，杨效洋回拨电话，王某告知专案组要找其了解陈某某案件的相关问题，杨效洋表示愿意积极配合专案组工作讲清相关问题，但因在贵州省安顺市管理工地而暂时无法到遂宁，希望专案组同志到贵州省安顺市去见面。专案组同志于5月17日再次联系杨效洋，同月19日上午，杨效洋主动到办案人员所入住的酒店找到办案人员”，即杨效洋是在办案人员掌握犯罪线索的情况下，配合办案人员到案，到案后如实供述，最终被认定为构成自首。

而同年同一辖区内法院审理的郭成章、陈忠辉、吴春华等贪污罪一案¹³，人民法院认定“被告人陈忠辉、吴春华、吴昊东在办案机关已掌握其犯罪线索的情况下电话通知到案，且供述内容为办案机关已掌握的事实，不应认定自首。”

这种实务认定标准的不统一，将导致在不同地区受审、甚至在同一地区不同层级法院受审的被告人，相同或类似的行为不能得到同样的评价，直接导致量刑情节的认定结果不同，对刑罚的影响不同，不利于类案的形成与法律适用的统一，更不利于保障当事人的合法权益。

（二）建议通过司法解释进一步明确实务认定标准

在《〈关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见〉理解与适用》中，最高人民检察院法律政策研究室明确指出“当前有一部分职务犯罪案件是以纪检监察部门的调查违法违纪开始的，将向纪检监察部门主动投案并交代罪行的以自首论，有利于鼓励职务犯罪分子积极投案，符合刑法自首制度的立法精神。因此《意见》适应当前职务犯罪的办案实际，规定在纪检监察部门采取调查措施期间交代罪行的，可以认定为自首。”同时“在纪检监察机关采取调查措施期间交代罪行的自首认定，同样应当以法律规定的要件为准。根据《刑法》第

六十七条规定，成立自首必须具备自动投案和如实供述自己的罪行两个法定要件。”¹⁴基于此，2009年《职务犯罪意见》的制定主要是根据两个原则，一是职务犯罪的办案实际，二是以法律规定的要件为准。

目前职务犯罪的办案实际因《监察法》的施行发生了新的变化，纪检监察部门调查违法违纪的环节已不再作为独立的前置环节存在。在职务犯罪案件自首的认定中，出现了适用法律标准不统一，认定结果混乱的情况。

因此，虽然中纪委国家监委制定了《主动投案规定》，但仍需两高制定新的职务犯罪自首认定的司法解释，规范司法实务中的法律适用，为司法实务提供更为明确的认定标准。

（三）建议通过发布指导案例等形式统一裁判标准

司法是确保法律回应性的根本方法。在我国制定法体系的框架下，指导性案例的内在指导力或裁判理由正当充分，都直接指向案件结果或法律论证的实质正义。刚性的法律规范与案例指导的相互补充、相互递进，可以及时、有效地回应社会现实的合理需求，兼顾法的确定性和妥当性的有机统一，实现法的一般正义与具体个案中的个别正义的相互结合。¹⁵

在职务犯罪案件领域中，早在2016年11月，中共中央办公厅印发了《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》，北京市、山西省和浙江省是最早进行监察体制改革的地区，上述地区的司法机关也是最早接触监察委员会及其办案程序的。因此，对于监察委员会给职务犯罪案件实务带来的影响，上述地区司法机关的认识应该也是最深刻的。

其中在北京市，2018年《监察法》实施后，职务犯罪案件中，经电话通知到案，到案后如实供述的，无论办案机关是否事先掌握犯罪线索或事实，几乎全部认定构成自首。¹⁶在相关判决中，法院明确“经门头沟纪委区监委电话通知后自动到案，到案后基本如实供述自己的罪行，系自首”，“经北京市监察委员会电话通知到案。到案后，被告人如实供述犯罪事实，具有自首情节”。在山西省¹⁷与浙江省¹⁸，也有持相同观点的公开裁判文书。

因此，应对对监察体制改革理解更全面、更深入也更了解职务犯罪的办案实践变化的地区的观点予以提炼，充分总结监察体制改革试点地区法院在职务犯罪案件办理中所积累的经验，及时以指导案例等形式明确裁判尺度，推



进执法和司法的标准统一。

综上，无论是从刑法明文规定，法理诠释，还是从职务犯罪案件办案实际变化及发展趋势来看，电话通知到案，到案后如实供述自己主要犯罪事实的，无论办案机关是否事先掌握犯罪线索或事实，均应依法认定构成自首。

“法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施。‘法令行则国治，法令弛则国乱。’”只有正确统一地适用法律，才能逐步树立司法权威，让包括犯罪嫌疑人、被告人在内的每一名公民在司法案件中感受到公平正义。

注释：

- 1、(2020)川14刑终2号
- 2、(2021)皖0222刑初49号
- 3、(2020)桂13刑终160号
- 4、(2021)皖03刑终421号
- 5、(2020)黔01刑终344号
- 6、(2020)豫04刑终285号
- 7、(2020)川15刑终60号
- 8、(2019)黔06刑终26号
- 9、王爱立主编：《中华人民共和国刑法立法背景与条文解读》2021年3月版，第122页。
- 10、刘辉、祝伟：《构筑犯罪分子的第二座黄金桥——自首制度及其完善》，载《中国法学会刑法学研究会2005年学术年会论文集》，第232-239页。
- 11、张建成：《电话通知到案是否构成自首的认定》，载《中央纪委国家监委网站》，转引自《秦风网-陕西省纪律检查委员会监察委员会官网》，<https://qinfeng.gov.cn/info/1874/182749.htm>，最后访问时间2022年10月19日17时10分。
- 12、(2020)川09刑终72号
- 13、(2020)川0922刑初175号
- 14、陈国庆、韩耀元、王文利：《<关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见>理解与适用》，载《人民检察》2009年第7期，第42-45页。
- 15、雷鸿：《案例指导制度与法官能动性》，载《人民司法》2012年第5期，第42-45页。
- 16、如(2020)京0115刑初135号；(2021)京03刑初132号；(2021)京0109刑初258号。
- 17、如(2019)晋1026刑初10号；(2020)晋1124刑初17号。
- 18、如(2018)浙0182刑初268号；(2018)浙0182刑初253号；(2021)浙0182刑初31号。

从司法认定角度谈职务侵占罪的 辩护思路

■ 夏俊 胡瑞 / 文

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，最大限度地去维护委托人的合
法权益，深受委托人的信任和认可。

胡瑞简介

京都律师事务所实习律师。

职务侵占罪在企业经营过程中常见多发，通常具有刑
民交叉的特点，该类案件往往由于股东之间、管理层之
间、单位与员工之间的经济利益纠葛而引发。实务中，此
类案件在司法认定上具有一定的难度，本期将从司法认定
角度谈一谈职务侵占罪的辩护思路，以期与大家共同探
讨。

本期导览：

- 一、关于主体认定的辩护思路
- 二、关于客观行为认定的辩护思路
- 三、关于主观目的认定的辩护思路
- 四、关于数额认定的辩护思路

根据刑法第271条关于职务侵占罪的规定，公司、企
业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，将本单
位财物非法占为己有，数额较大的，处三年以下有期徒刑
或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下
有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期
徒刑或者无期徒刑，并处罚金。

从构成要件的角度来看，职务侵占罪的司法认定主要
集中在主体认定、客观行为认定、主观目的认定、数额认
定四个方面，即构成本罪必须符合以下四个条件：（1）
主体是公司、企业或者其他单位的工作人员。（2）行为
人必须利用职务上的便利。（3）以非法占有为目的，实
施了侵占行为。（4）达到数额较大的标准。

下面，我们将从上述四个角度分别谈一谈职务侵占罪
的辩护思路：

一、关于主体认定的辩护思路

职务侵占罪是特殊主体，其范围包括公司、企业或者
其他单位的工作人员。如果是受个人雇佣从事工作，或者
“公司、企业或者其他单位”尚未注册等情形，行为人都
不属于“公司、企业或者其他单位的人员”，不构成职务



侵占罪。除此之外，认定“公司、企业或者其他单位的工作人员”需要注意以下几点：

（一）“公司、企业”的范围

职务侵占罪中所指的“公司”和“企业”较为容易界定。“公司”是指按照《公司法》规定设立的非国有的有限责任公司和股份有限公司；“企业”是指除上述公司以外的非国有的经过工商行政管理机关批准设立的有一定数量的注册资金及一定数量的从业人员的营利性经济组织，如商店、工厂、饭店、宾馆及各种服务性行业、交通运输行业等等经济组织。

以下几种特殊情形在实务中应特别注意：

（1）个人独资企业

刑法第30条规定的单位犯罪的“单位”与刑法第271条第一款职务侵占罪的单位概念不尽一致，前者是指作为犯罪主体应当追究刑事责任的“单位”，后者是指财产被侵害需要刑法保护的“单位”。刑法第271条第一款立法的目的基于保护单位财产，惩处单位内工作人员利用职务便利，侵占单位财产的行为，因此该款规定中的“单位”也应当包括独资企业。

（2）区分合伙企业与个人合伙

司法实务中的个人合伙通常会起看似是公司、企业的字号，并且起字号的自然人组成的个人合伙与自然人组成的合伙企业实质内容区别不大。二者最重要的区别在于工商登记的性质不同，前者领取的个体工商户的营业执照，后者领取的是合伙企业营业执照。个体工商户不属于职务侵占罪的犯罪主体，因此如果侵占此类个人合伙的财物，不构成职务侵占罪。

【案例1：马某某职务侵占案】2010年9月26日，马某某与王某某合伙成立A电器经销部，马某某负责经销部的业务工作。公司章程证实A电器经销部投资人马某某占25%的股份，王某某占75%的股份；电器经销部独立经营，进货以现金交易方式从B电器公司购买。2013年5月，A电器经销部以B电器公司名义中标某商业银行的空调安装工程。后在收取工程款过程中，马某某因无法联系王某某取得授权，便模仿王某某的签名伪造B电器公司授权委托书，收取某商业银行退还的保证金及各支行空调款共计96440元。马某某将上述款项据为己有未按照约定上交。

【检察院决定】对马某某不起诉

【辩护要点】本案中，工商营业执照证实，马某某与

王某某合伙投资成立的A电器经销部属于个人合伙，性质为个体工商户，不属于职务侵占罪中的主体，因此，其行为不符合刑法第271条规定的职务侵占罪的主体构成要件。

（二）“其他单位”的范围

“其他单位”是指除上述公司、企业以外的非国有的社会团体或经济组织，包括集体或者民办的事业单位，以及各类团体。同时根据2008年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第2条规定：《刑法》第163、164条规定的“其他单位”，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等非设性的组织。职务侵占罪关于“其他单位”的界定，可以参照这一标准。

【案例2：孔某某等人职务侵占案】2010年至2013年间，某村造福工程理事会成员孔某某、伍某某、谢某某、袁某某等四人，利用担任造福工程理事会会长、会员及财务人员的职务便利，通过虚增工程款等方式套取造福工程村民集资款合计人民币103000元后，以发放补贴的方式进行私分，孔某某等四人涉嫌职务侵占罪。

【检察院决定】对孔某某等四人不起诉

【辩护要点】本案中，因造福工程理事会系民间自发组织成立的机构，故孔某某等四人不属于职务侵占罪中的主体，其行为不符合刑法第271条规定的职务侵占罪的主体构成要件，因此不构成职务侵占罪。

（三）“工作人员”的认定

只要与公司、企业或者其他单位确立了事实上的劳动关系，明确了双方的权利和义务，与公司、企业或者其他单位形成了行政上的隶属关系，就具备了职务侵占罪的主体资格。如当前社会中各类复杂多样的就业形式，除了常见的正式工外，对于长期工、季节工、固定工、合同工等都可以成为职务侵占罪的犯罪主体。

是否属于上述“工作人员”，实务中可以从以下两个方面进行认定：（1）形式上观察：具体从行为人与单位签订的劳动合同、单位任命文件或者聘任合同、会议纪要等制式文件资料来加以分析。（2）实质上判断：是否属于单位工作人员，其实质性依据主要是行为人是否在单位

具有一定工作职责或者承担一定业务活动，是否确立了事实上的劳动关系。

【案例3：曹某某、张某某职务侵占案】2011年6月至2016年5月期间，曹某某在销售A木业公司板材和指接板21827.6749立方米，总货款人民币81488064.89元，总回款人民币42805563.44元，余款38682501.45元（包括应收款4617044.5元）未回。其中，2016年5月20日晚上，在曹某某的指使下，曹某某伙同张某某，将A木业公司发给曹某某并存放在仓库内的49.3336立方米，价值111470.00元的榫木指接板偷运，以冲抵曹某某在客户吴某某处的个人欠款。案发后，曹某某用货物抵顶货款900万元，返还现金6万元。

【检察院决定】对曹某某、张某某不起诉

【辩护要点】本案的关键点在于曹某某是否是A木业公司的工作人员，是否构成职务侵占罪的犯罪主体。王某某口头聘请曹某某为A木业公司销售木材，曹某某亦同意，后曹某某与A木业公司未签订劳动关系，本案也无充分证据曹某某在单位是否具有一定工作职责，双方是否存在事实上的劳动关系无法认定，根据疑罪从无原则，不能认定曹某某系A木业公司的工作人员，曹某某不具备职务侵占罪的犯罪主体资格，因此不构成职务侵占罪。

二、关于客观行为认定的辩护思路

职务侵占罪的客观行为是“利用职务上的便利”，将“本单位财物”“非法占为己有”，以下将从是否利用职务上的便利、何为非法占为己有、以及何为本单位财物三个要点逐一进行分析：

（一）是否“利用职务上的便利”

“利用职务上的便利”，主要是指利用自己在职务上所具有的主管、管理或者经手本单位财物的便利条件，如公司的经理在一定范围内调配、处置单位财产的权力，企业的会计有管理财务的职责，出纳有经手、管理钱财的职责等。

实务中经常混淆职务侵占罪和侵占罪的认定，而侵占罪属于亲告罪，需要被侵占方进行自诉，因此可以尝试从认定为侵占罪的角度进行辩护，关于两罪的区分需要注意以下几点：（1）普通侵占罪的犯罪主体是一般主体，而职务侵占罪的犯罪主体是特定主体，即公司、企业或者其

他单位的工作人员。（2）职务侵占罪必须是利用职务便利实施的，而普通侵占罪不存在利用职务便利问题，它是利用了代为保管他人财物的便利。（3）职务侵占罪所侵占的财物是本单位财物，普通侵占罪所侵占财物是他人财物。

【案例4：王某某职务侵占案】2011年4月，王某某同A服务公司签订劳动合同，后被派遣至B电器公司工作。2011年4月至2013年2月，王某某在被同事临时委托代管B电器公司部分销售款期间，将其代为保管的销售款人民币115250.2元据为己有。案发后，王某某的家属已代为其退赔了B电器公司的所有损失。

【检察院决定】不予起诉。

【辩护要点】王某某的上述行为不属于利用职务上的便利实施的侵占行为，应认定为普通侵占行为。另外，犯侵占罪需具有“拒不退换”的法律特征，王某某的家属已代为其退赔了被害单位的所有损失，因此也不构成侵占罪，故王某某的行为不构成犯罪。

（二）何为“非法占为己有”

本罪中的“侵占”，是指公司、企业或者其他单位的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本单位的财物的行为。实务中，职务侵占犯罪常常还会存在当事人的经济纠纷在其中，因此应当格外注意行为人是否合法占有和使用单位的财物。

【案例5：邵某职务侵占案】邵某在2011年与A公司签订了一份三年期的《劳动合同》和一份《销售合同》。邵某平时的工作流程就是：以批发价从A公司提取药品，以销售价将药品卖出收得货款后，其中以批发价计算的药品款应该返还给A公司，销售价与批发价之间的差价货款就属于邵某的工资。按照《铺货合同》的规定，邵某最长可以在一年后将货款返还给A公司，在这一年内A公司按比例收取资金占用费，其中前六个月按铺货总额的1%收取资金占用费，后6个月每个月按铺货总额的3%收取资金占用费。2011年4月3日至2011年12月31日，邵某从A公司提取了批发价格为69407元药品，卖出后的开票价格为135585元。截止2012年2月29日邵某还有42486.1元的货款没有与A公司结算。后邵某没有继续做销售药品的业务，这42486.1元货款也没有返还给A公司。

【检察院决定】对邵某不起诉

【辩护要点】本案中，邵某并不是利用职务上的便利



将A公司的货款占为己有或者挪用归个人使用，而是依据与A公司签订的《铺货合同》而合法占有和使用货款，其在到期后没有将货款返还给A公司的行为只是违反了《销售合同》的规定。因此，邵某的行为不属于“非法占有”本单位财物，不构成职务侵占罪，应当适用民法进行调整。

（三）何为“本单位财物”

本罪条文中规定的“单位财物”包括动产和不动产，不仅仅指单位所有的，还包括单位依法或者依约定而占有、管理、使用、运输中的财物。若涉案财物非单位财产，则显然不能构成本罪。

【案例6】2021年2月25日，张某某在对A公司保险柜进行保管期间，将被害人韩某某所有、并存放于该保险柜内的“金元宝”、“金豆豆”私自拿走，在被害人韩某某询问时对该事实未予认可。被害人韩某某报警后，张某某经公安机关传唤到案，认可拿走金元宝、金豆豆的事实，并退还。经吴忠市价格认证中心认定，涉案“金元宝”、“金豆豆”价值共计7万余元。

【检察院决定】对张某某不起诉

【辩护要点】本案中，张某某利用职务便利，私自拿走代为保管的他人财物，张某某窃取的财物是被害人韩某某的私人物品，不属于单位财物，不构成职务侵占罪；张某某将代为保管的他人财物占为己有，拒不退还，符合《刑法》第270条第一款规定的侵占行为，但该条第三款规定，本条罪，告诉的才处理。因此，张某某的侵占行为，应当由被害人韩某某向人民法院提起自诉，不属于人民检察院管辖。

三、关于主观目的认定的辩护思路

职务侵占罪在主观上的构成表现为以非法占有为目的，实施侵占行为。一般是指采用侵吞、窃取、骗取等各种手段将本单位财物占为己有，既包括将合法已持有的单位财物视为己物而加以处分、使用、变持有为所有等行为，又包括利用职务之便骗取、窃取、侵吞、私分单位财物的相关行为。

【案例7】宁某某2008年8月由A公司下派到其下属B子公司担任董事长兼总经理。宁某某在B公司任职期间，2010年10月14日，宁某某在某百货有限公司团购中心购买

了81张面值5000元的购物卡，共计40.5万元，宁某某将此笔开支在B公司违规报销。

【检察院决定】对宁某某不起诉

【辩护要点】本案中，宁某某违规报账是为公还是为私存疑，根据现有证据，无法确定宁某某具有非法占有目的，因此，不符合职务侵占罪的主观要件，不能认定宁某某构成职务侵占罪。

四、关于数额认定的辩护思路

（一）从立案追诉和法定量刑标准的角度

根据2020年刑法修正案（十一）修正后的最新规定，职务侵占罪的量刑标准分为三档：（1）数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；（2）数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；（3）数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。

1、数额较大的起点：3万元

根据2022年4月6日发布的《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（以下简称《规定（二）》），自2022年5月15日起施行，其中第76条规定，职务侵占罪中数额较大确定的起点调整为3万元，不再适用参照2016年4月18日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）中贪污罪相对应数额标准规定2倍确定数额起点的方式。

实务中，如果经过对数额的反复核查，发现侵占的数额未达到法定追诉标准，则不构成职务侵占罪。

2、数额巨大的起点：100万元

由于数额巨大的标准没有新的司法解释予以规定，数额巨大确定的起点仍可参照《解释》中贪污罪相对应数额标准规定5倍来确定。

即根据《解释》第2条第一款和第11条规定，刑法第271条规定的职务侵占罪中的“数额较大”的数额起点，按照该解释关于贪污罪相对应“数额较大”的数额标准（20万元以上不满300万元）规定的5倍执行，也即职务侵占罪“数额巨大”的起点为100万元。

3、“数额特别巨大”的参考起点：由于配套司法解释未出台，合理论证为1500万元

2020年《刑法修正案（十一）》第29条修订了原《刑

法》第271条职务侵占罪的条文，新增第三档法定刑，并增设了罚金刑。《刑法》条文虽然被修改了，但是相关司法解释却迟迟未出台，这导致司法实践对“数额特别巨大”型职务侵占案件的判决结果不一。

根据《解释》第11条规定，职务侵占罪中的“数额较大”“数额巨大”的数额起点，均按照该《解释》关于贪污罪相对应的数额标准规定的5倍执行。因此，根据《解释》第3条第一款规定，将“数额特别巨大”的起点，按照该《解释》关于贪污罪相对应“数额特别巨大”（300万元以上）的数额标准规定的5倍执行，也即职务侵占罪“数额特别巨大”的起点为1500万元，符合一定的合理适用逻辑，也符合刑法的谦抑性原则和作有利于被告人解释的原则。现阶段，在相应司法解释暂未出台的情况下，实务中如遇到职务侵占数额超过100万元、未满1500万元之情况的，可以说服法官认定为“数额巨大”档次，以争取从轻量刑。

（二）从量刑情节角度

1. 根据2021年7月1日最高人民法院、最高人民检察院

印发《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》的通知，构成职务侵占罪的，根据下列情形在相应的幅度内确定量刑起点：

（1）达到数额较大起点的，在一年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。

（2）达到数额巨大起点的，在三年至四年有期徒刑幅度内确定量刑起点。

（3）达到数额特别巨大起点的，在十年至十一年有期徒刑幅度内确定量刑起点。依法应当判处无期徒刑的除外。

2. 在量刑起点的基础上，根据职务侵占数额等其他影响犯罪构成的犯罪事实增加刑罚量，确定基准刑。

3. 构成职务侵占罪的，根据职务侵占的数额、危害后果等犯罪情节，综合考虑被告人缴纳罚金的能力，决定罚金数额。

4. 构成职务侵占罪的，综合考虑职务侵占的数额、手段、危害后果、退赃退赔等犯罪事实、量刑情节，以及被告人的主观恶性、人身危险性、认罪悔罪表现等因素，确定缓刑的适用。

职务侵占罪在企业经营过程中常见多发，通常具有刑民交叉的特点，该类案件往往由于股东之间、管理层之间、单位与员工之间的经济利益纠葛而引发。



“供应链金融”业务中的法律关系认定

■ 马若飞 / 文

企业在生产经营过程中，为了将产品或服务提供给最终用户，需要与其上游以及下游企业形成相应的采购、销售等网链结构，因此也就形成了“供应链”。根据《国务院办公厅关于积极推进供应链创新与应用的指导意见》也明确：供应链是以客户需求为导向，以提高质量和效率为目标，以整合资源为手段，实现产品设计、采购、生产、销售、服务等全过程高效协同的组织形态。

随着社会化生产方式的不断深入，企业间的赊销行为已成为主流，处于供应链中的某一环节如发生资金短缺，将会直接导致后续环节的停滞。因此，为了维护所在供应链的生存，提高供应链资金运作的效力，降低供应链整体的管理成本，成为了各方积极探索的一个重要课题，“供应链融资（金融）”系列金融产品也就应运而生。

然而，在司法实践中，当“供应链金融”业务发生法律纠纷时，司法机关对供应链业务法律关系的认定标准将会对提供供应链服务的企业（主体）产生重要影响。因此，本文也将以企业的采购环节为例，就供应链金融业务中的供应链业务性质的法律风险进行分析，从而为提供资金的主体作出参考建议。

一、案例简介

2020年12月31日，提供供应链金融服务的企业晨月公司为协助实际采购商博文公司向指定供应商（供货商）汤姆公司采购不锈钢原材料产品，晨月公司与博文公司双方共同签订了《供应链服务协议》以及《补充协议》，确定了整体合作框架流程以及付款方式等内容。

在具体合作过程中，双方共签订了50份《购销合同》，所有合同均已经执行完毕，但是31-50号合同尚未回款。截至2021年12月31日，博文公司已回款约2亿，尚欠晨月公司货款人民币1.58亿元；代理费人民币2百万元；按照合同约定计算的违约金为人民币6百万元。以上合计

马若飞律师简介

京都律师事务所律师。
主要工作领域为金融类、涉税类犯罪的辩护工作及为较为复杂的民刑交叉案件提供专项法律服务等。执业以来办理大量诉讼与非诉案件，并参与了多项国有企业、大型上市公司的债权债务梳理、刑事法律风险防控的专项工作，具备丰富的实务经验。曾参与某集团公司金融法律风险防控项目、某国有企业投资模式法律分析及争议解决专项等项目。处理诉讼案件及非诉案件中，有着较为丰富的刑事法律风险防控工作经验，并在工作过程中多次协同会计师事务所等中介机构对企业的财务状况、业务模式等进行梳理，并综合判断企业所存在的法律风险。



人民币1.58亿元。

二、诉讼程序的选择

1、以买卖合同纠纷案由启动立案程序

依据晨月公司与博文公司之间的合作模式以及双方签订的《供应链服务协议》、《补充协议》来看，本案双方当事人（晨月公司与博文公司）应当系买卖合同的法律关系。

在买卖合同纠纷项下，出卖人（即晨月公司）的义务系按照法律规定以及涉案合同的约定来认定和判断。其主

要义务为按期交货（此部分晨月公司、汤姆公司均已按照各方的合同约定完成付款及交货，此处不再赘述）；而买受人（博文公司）在交易过程中核心的义务则是按期付款。但博文公司在2021年中旬出现付款逾期的情况。博文公司作为买受人未能按时付款，根据法律规定以及合同约定其应当承担继续支付货款以及代理费的义务并承担相应的违约责任。

这里需要特别说明的是，在我国的司法实践中，并没有针对“供应链”业务设置专有的案由。所以在处理与“供应链”业务有关的纠纷中，均是按照该业务的基础法律关系来确定案由的选择（有别于“保理合同纠纷”等专属案由）。根据我国司法实践中的判例情况。虽然在案例的交易中存在多个法律关系，即买卖合同的法律关系（或民间借贷的法律关系）、委托代理的法律关系。但是，针对此类交易类型，我国司法实践中普遍适用“买卖合同纠纷”案由。

通过查询“威科先行-数据库”，并搜索“关键字-供应链、逾期付款”，可以查询到以“买卖合同纠纷”涉案的案件高达2624件，占全部搜索案例的60.49%。以其他案由，如“运输合同纠纷、委托合同纠纷、租赁合同纠纷”等立案的案件占比较小。而且在案例的具体分析中也可以看到，这类纠纷均系案涉当事人签订了专属的运输合同，或进出口代理合同、货运代理合同、租赁合同等。

2、认定本此业务为民间借贷合同法律关系的可能

依据晨月公司、博文公司以及汤姆公司在案件过程中签订的合同来看，晨月公司作为供应链中的一环，根据涉案合同晨月公司仅负责向汤姆公司购买货物，并按照博文公司的指定要求汤姆公司发货至博文公司。也就是说，在整个供应链条中，晨月公司并不实际掌握货物发货、实际使用等情况。

按照诉讼程序来看，晨月公司立案起诉后，在提交相应涉案合同、委托采购货物确认单、收货确认凭证、账期调整说明以及向汤姆公司的支付凭证后已初步完成举证责任。此时的举证责任在于博文公司，如有关各方确实发生了货物的买卖及交付，即交易真实，那么本案的核心法律关系应为买卖合同的法律关系。

但是，如果在本案中，博文公司与汤姆公司在实际的业务中“无真实交易”，那么晨月公司可分情况处理，即：

（1）若晨月公司能够证明本案系真实交易的，并能

够举证证明在整个合同履行过程中存在真实货物交接、流转、运输等证据，包括但不限于：发货单、货物签收单、货物照片、运输车辆等。

在晨月公司具备上述证据的情况下，坚持以买卖合同纠纷进行实体审理，以最终达到法院确信本案中存在真实交易，系买卖合同法律关系的事实，进而判决博文公司应当向晨月公司支付货款。

（2）晨月公司无法证明本案系真实交易的，或在诉讼中提供相应证据后，法院认为晨月公司提供证据不足以支撑买卖合同关系的，认为本案属于“走单、走票、不走货”的融资性买卖，即“名为买卖实为借贷”的法人之间进行资金融通的行为，此时晨月公司可以选择直接变更案由为民间借贷合同纠纷进行审理。

因通过借贷行企业间拆解资金之实的法律关系不存在违反我国法律规定的情形，故一旦法院认为本案法律关系为民间借贷时，也不会完全导致涉案合同无效的后果。亦或者即便最终认定涉案合同无效的，也不影响晨月公司已付款项要求返还的主张。

（3）追加汤姆公司作为共同被告或第三人

在本案中，如遇到需要变更案由为民间借贷纠纷或需要查明本案是否存在真实交易的情况下，晨月公司可向法院申请追加汤姆公司作为本案共同被告或第三人。

3、管辖地的选择

以晨月公司与博文公司签订的《供应链服务协议》中约定的管辖条款确定。如在其他案例中没有约定，则适用民事诉讼法关于管辖的一般规定。

三、案例分析意见

司法机关在处理“供应链金融”业务时，认定案涉事实核心法律关系的过程中，如判定交易为“民间借贷纠纷”的法律关系，可能会从以下方面进行考量：

（1）晨月公司是否均作为卖方与买方（博文公司）签订有货物采购或代理采购合同，合同均明确表明晨月公司是受买方委托向买方指定的供货商定向采购货物销售给买方，晨月公司代买方签订合同并垫付货款；

（2）合同中是否均约定晨月公司取得固定收益，一般是按照垫付款项金额每天收取一定固定比例代理费；

（3）合同中是否均约定买方须支付履约保证金；在垫资期间如出现货物市场价格下跌，晨月公司有权单方确



定货值下降幅度并要求买方追加保证金；买方如不能按时支付追加保证金，晨月公司将有权扣除定金并处理货物；此条款的约定系针对晨月公司固定收益的保障；

（4）合同中是否均约定晨月公司不对供货商（汤姆公司）的资信状况负责，不承担由于供货商的资信和经营问题带来的连带责任，供货商违约风险均由买方承担；

（5）交易中的相关费用是否均由买方承担；

（6）晨月公司并不实际控制货物，货物均由第三方监管或直接由供货商向买方交付；

（7）与晨月公司签订合同的买方、供货商是否基本固定等因素。

除以上情形外，法院也会就具体事实展开分析和判断。但是，在评价案涉合同的效力，即民间借贷纠纷下《购销合同》、《采购合同》、《供应链服务协议》及《补充协议》是否有效的时候，在司法实践中还存在一定争议。虽然按照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十一条规定：“企业为生产经营需要临时性向他人拆借资金而订立的民间借贷合同，除非具有特定无效情形，应认定有效。”不过仍然有法院依据《中华人民共和国银行业监督管理法》第十九条规定：

“未经国务院银行业监督管理机关批准，任何单位和个人不得设立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动”，认为该规定属法律的强制性规定，所以主张合同无效。同时法院也会判断晨月公司是否长期、稳定的提供垫资业务，从而评价晨月公司是否为以借贷业务为常业，属于擅自从事金融业务活动的企业。

尽管如上所述，无论是合同有效博文公司需承担还本付息的合同义务，还是合同无效所带来的实际用款人对资金的返还义务，可能均不会影响晨月公司收回本金的实体权利。但是，从实际履行的层面，不同的承担义务主体（博文公司或实际用款人）可能存在履约能力的差异，这也是我们在处理实际业务时需要考虑的重要因素。

综上案例可见，在判断“供应链金融”业务的法律关系时，司法机关普遍还是持谨慎的态度。换句话说，只有在各方当事人存在本文案例分析中所存在的上述条件时，才有可能将核心法律关系变更为民间借贷。当然，针对“供应链金融”业务中，还存在很多其他的法律风险，其中最核心的法律风险即为“供应链融资中动产质押”。我们也将在今后的文章中予以分析评价，并论证相应应对措施。

月光下写诗

■ 杨大民
文

一个人
在月光下写诗
文字就默默无语
不能像辩护词般有声
而要像月光一样静谧
悄悄地走进夜晚
走进梦乡

抚摸忙碌一天的主人
偷走他的疲倦和烦恼
温柔地杀掉那只蚊子
把它埋在烟灰里
等待天明
窗外风起

京都律师体验“城市森林治愈之旅”

为帮助日常工作繁忙的律师们放松心情、疏解压力，2022年10月26日，京都律师事务所开展“城市森林治愈之旅”心理减压沙龙活动。

事务所提前布置好活动场景，为律师们精心打造身临其境的自然景观，提高律师们的体验感和氛围感。活动开始，在心理咨询师的引导下，大家给自己起了不同的自然名字并设

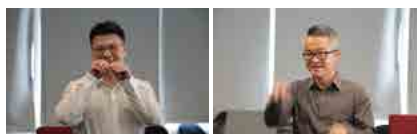
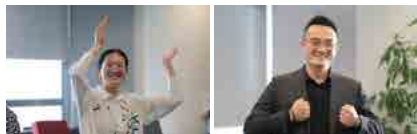
计对应的肢体动作，依次用自然名字介绍自己，让律师们放松心情，打破隔阂，彼此间逐渐变得熟络轻松。

整场活动静动交织，“为松鼠搭房子”促进同事之间的合作能力，还有个人的反应能力，热身热身又热心；“正念森林冥想”则让大家沉静下来，聆听身体与心灵的声音，放大感官感知；“大风吹”游戏让大家细致观察在座同事的共同点，用发散性思维提出指令；“镜像模仿”聚焦看见的力量，鼓励大家用眼观察，用身反应。

活动中，律师们暂忘平日的繁忙，沉浸在悠然闲适的氛围中，放缓

呼吸，放松身心，放慢节奏。最后大家以“我记得……”开头进行总结，“温暖”“轻松”“喜悦”是律师们的共同感受。

掌握减压技能，促进身心整合是这次活动的重要意义，京都律师事务所希望律师们在日常工作中定期释放压力，以更加健康、稳定、积极向上的状态迎接每一天。





希望（摄影） 赵岐龙律师

北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街6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) 85251288
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

重庆分所

地址：重庆市渝北区嘉州路88号国信金融中心
邮编：401147
咨询电话：023-8103 2077
办公电话：023-8013 2088
邮箱：info@king-capital-cq.com

郑州分所

地址：河南省郑州市郑东新区明理路238号
豫发中心15层
邮编：450000
电话：0371-60165600

www.king-capital.com

