



P36 守护绿水青山 环境立法与诉讼实务发展研究

P59 京都论坛 / 四百位法律界人士齐聚“京都刑辩大连论坛”共话刑事辩护的理论和实践

P95 京都实务 / 从辩护角度看“非法放贷入刑”

P107 京都论法 / “明股实地”中的土地增值税问题

P110 京都论法 / “东猫案”、“3Q大战”与互联网行业“二选一”的法律规制



解惑 授业 传道

杨斌



2019年12月13日，北京市律师协会召开“纪念北京律师制度恢复重建40周年座谈会”，重温北京律师行业的发展历程，展现新时代北京律师取得的新成就。作为光荣执业30年的老律师田文昌应邀出席并发表感言。

田文昌说：“今天，回顾40年的中国律师事业发展历程，我用一句话来概括‘幸福的眼泪伴随着心酸’。哪些是心酸，哪些是眼泪，哪些又是幸福呢，一起经历过这段历史的中国律师都各有感触，各有体会。尽管如此，在这40年，中国老一代律师在艰难、蹒跚前行的过程中，始终对前景充满信心，‘痛并快乐着’这种感觉，每一位老律师都有非常深刻的感受，对于我们的律师生涯，这是一种宝贵的财富。中国律师发展的前40年，是中国律师制度的生成期，我非常荣幸参与到这40年的发展中来，并为推动中国法制建设，打造律师生态环境铺路架桥。为自己参与这40年的奋斗过程而自豪。老一辈律师所做出的努力，历史不会忘记。在老一辈法律人打造的基础上，我希望并祝福新一代律师，能在老一代律师用心酸和泪水，精心打造的律师生态环境中，奋勇前进，永不言退，为中国法制建设贡献力量，‘没有律师就没有法治’，这是你们的使命所在。”

田文昌老师是中国律师事业的开拓者、重建者和见证人。他的这番感言是他的心声，也是他个人的真实经历和真实感触。从文革结束改革之初的1980年代开始学习法律、研究法律到1990年代的教授法律、实践法律。无论是教授兼律师，还是律师兼教授。整整40年，田文昌老师都在中国的刑事辩护领域默默耕耘，为中国的律师事业殚精竭虑。

2019年这一年，对于田文昌老师来说，自己亲自办理的案子越来越少，可是他却比自己亲自办案的时候更加繁忙。

开会、演讲、专家论证、参加论坛、接受采访、出席法学院硕士博士的毕业典礼。昨天，在西北政法大学刑事辩护高级研究院师资培训班上宣讲刑事辩护的基本理念和法庭发问的技巧。今天，又出现在国家检察官学院的培训现场与最

高检张军检察长，最高法姜伟副院长继续控、辩、审三人谈认罪认罚制度的诉讼理念。白天，还在出席中国企业家刑事法律风险防控论坛；晚上，又在连线央视新闻主播白岩松进行现场直播。我也只是偶尔在京都律师事务所的电梯或走廊里看到他行色匆匆的身影。

70岁之后的田文昌老师只争朝夕，马不停蹄，他就像春秋时期的孔子一样，在全国各地的法治论坛上宣讲，布道。用他

的一生所学所悟向世人讲述着中国律师的精彩故事，向社会阐述着“没有律师就没有法治”的进步理念。更重要的是他不仅仅把这些深刻的想法表达出来，而且用更积极有效的方式总结出来，践行出来。

诚如田文昌老师在控辩审三人谈时所说：“就像是我们准备《控辩审三人谈》这本书的时候，虽然出书过程比较简单，但是我们探讨的话题却既有针对性，又有理论高度，有归纳总结，也有提炼升华。讲好一场法律论坛也是如此，面对法律问题，要知其然，更要知其所以然，我们总是需要多问自己也多问别人一些“为什么”：案子为什么要这样处理，问题为什么会发生，问题如何解决，解决问题的理论根据是什么，问题的社会根源是什么……这些都非常重要，需要理论和实务相结合。如果只有理论性的内容是落不了地的，如果只谈实务的东西，没有规律性的总结，就只能就事论事，不会举一反三。只有理论和实际相结合，探讨问题达到一定的广度和深度，才更有价值和意义。因此，我觉得法律人首先需要有一种专业研究的精神，我们现在也常说是‘大国工匠精神’”。

的确，田文昌老师担任院长的西北政法大学刑事辩护高级研究院主持推动的诊所教学项目就是一块在用理论和实务相结合的大国工匠精神来研究刑事辩护业务的试验田。

古人云：师者，传道、授业、解惑者也。

而我们尊敬的田文昌老师却在一遍又一遍给追求法治文明的当代人解惑、授业、传道。



专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

主 办 京都律师事务所
承 办 京都律师事务所品牌建设部
编辑委员会

主 任 田文昌

编 委

曹树昌	孟 冰	蔡景丽
杨照东	金 杰	朱勇辉
秦庆芳	王九川	公丕国
杨大民	钟延红	郭 庆
韩 良	肖树伟	邹佳铭
刘 铭	陈 宇	吕志轩
金 燕	张雁峰	梁雅丽
刘敬霞	陈东利	王胜全
赵岐龙	李 波	牛支元
柳 波	孙巾力	孙艳辉
郑建鸥		

主 编 杨大民

编 辑 孟 妮

美 编 北京龙之月文化

地 址 北京市朝阳区景华南街 5 号
远洋光华国际 C 座 22-23 层

邮 编 100020

北京总所电话 010-57096000

全国免费咨询电话 400 700 3900

业务咨询电话 010-85253900

传 真 010-85251268

上海分所电话 021-52341066-1099

深圳分所电话 0755-33226588

大连分所电话 0411-85866299

南京分所电话 025-85231119

天津分所电话 022-58963439

网 址 www.king-capital.com

邮 箱 info@king-capital.com

目 录

卷首语

解惑 授业 传道 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

企业家刑事法律风险的分析与防控 田文昌 / 32

封面主题

守护绿水青山 环境立法与诉讼实务发展研究

环境立法公众参与制度评析 李波 车若雯 / 37

污染环境罪定罪量刑标准的分类释义 孙春晓 / 44

“危险废物”类污染环境罪法律实务探究 李波 王晶群 / 49

环境刑事犯罪中“监测报告”与“鉴定意见” 刘书研 车若雯 / 52

检验报告在环境污染案件中的定位与运用 吕志轩 邢盼 郑炫 / 56

京都论坛

四百位法律界人士齐聚“京都刑辩大连论坛”共话刑事辩护的理论和实践 / 59

张建伟：独立·强制·有效——辩护制度改革三大议题 / 63

门金玲：认罪认罚从宽的制度逻辑与辩护律师的参与 / 68

梁雅丽：鉴定意见质证的16把金钥匙 / 75

柳波：监察法视野下的非法证据排除与刑事辩护 / 78



追求卓越 不负重托

孙广智：行贿、受贿案件的辩护经验 / 82

陈立群：以刑法修改为视角谈律师的程序性辩护 / 86

金洪智：民营企业经营中的刑事风险防范 / 92

京都实务

从辩护角度看“非法放贷入刑” 杨照东 / 95

如何制定最优的辩护策略

——从甲某被控受贿、贪污罪一案说起 张小峰 相憬晶 / 99

从一起“傍名牌”的恶意抢注商标案

看商标确权争议中的企业法定权益维护 黄雅君 于亚敏 宋远丽 / 102

刑民交叉思路打击七千万虚假诉讼，依法保全委托人利益 孟粉 / 105

京都论法

“明股实地”中的土地增值税问题 张言非 柏高原 / 107

“东猫案”、“3Q大战”与互联网行业“二选一”的法律规制 金毅 / 110

被科创玩弄于股掌之间的法律圈

——脱虚向实，从“互联网+法律”到“法律+互联网” 陈宇 刘斌 / 112

律师·生活

不忘初心 不负韶华——70周年国庆现场观礼有感 刘铭 / 121

鸽子的迷信和时间的维度——《无姓之人》观后感 孟冰 / 122

律·诗

无题 刘铭

理性之罪 杨大民 / 124

京都律师

封面题字 江 平



2019年第3期
总第129期 季刊

业 绩

朱勇辉律师成功为某著名民营企业家属取保候审

2019年7月，京都律师事务所主任、高级合伙人朱勇辉律师接受委托，担任张某（化名）涉嫌犯罪一案的辩护人。经过朱勇辉律师及团队成员王梓娜等人历时三个月的积极工作，2019年9月底，被羁押了92天的张某成功取保候审，重返企业！此案是律师在羁押必要性审查环节发挥作用的难得之作，堪称律师在侦查阶段有效辩护的经典案例。

张某是业内著名民营企业的董事长，公司规模大，人员多，正处于合并发展的关键时期，张某被公安机关带走后，给公司的经营带来很大困难，企业面临巨大的经济损失。朱律师接手此案后，根据掌握的相关事实判断张某并不构成犯罪，但鉴于公安机关需要继续侦查以排除张某的犯罪嫌疑，故为张某争取取保候审就成了律师在案件侦查阶段的主要工作目标。



朱勇辉律师

为此，律师三个月中17次到看守所会见张某，并收集了相关证据材料，两次向公安机关递交《变更强制措施申请书》，并在批捕环节向检察机关提交了详细充分的《不应批捕的律师意见》。张某被批捕后，朱律师据理力争，继续向检察机关提出《羁押必要性审查申请书》。此外，为提前应对批捕后侦查机

关申请延长羁押期限，还主动向上一级人民检察院提交了《不应延长羁押期限的律师意见》。

最终，检察机关对律师提出的羁押必要性审查申请做出书面回复，采纳律师意见，认为本案“证据不足”，对张某“没有继续羁押必要”。据此，检察机关向公安机关提出了对张某变更强制措施的建议；同时，案件在批捕后两个月的羁押届满时，上级检察机关也采纳律师意见，没有批准对张某延长羁押期限，张某终于得以成功取保候审，于国庆长假前夕与家人团聚！

董事长张某重获自由及时回归，使企业得以迅速重整旗鼓。本案当事人在侦查阶段成功取保候审，凸显了京都辩护律师的作用与价值！👏

张启明律师代理被害人的南宁层层转包雇凶杀人案，二审做出有罪判决



张启明律师

2019年10月17日，广西壮族自治区南宁市中级人民法院终审判决被告人覃某某等六人故意杀人罪成立，均被处以有期徒刑以上刑罚。其中判决最重者为覃某某，构成故意杀人罪，犯罪未遂，被判处有期徒刑五年；最轻者为凌某某，构成故意杀人罪，犯罪中止，被判处有期徒刑两年七个月。本案由北京市京都律师事务所张启明律师受托作为被害人的诉讼代理人，历经两次一审宣判

无罪，两次提请抗诉，最终做出有罪判决。

本案被害人魏某系南宁市某房地产开发公司股东，第一被告人覃某某等人因在房地产开发过程中的民事诉讼中处于不利地位，遂起意雇凶杀害被害人魏某。自覃某某开始逐层转包五手，雇凶酬金从300万被逐级递减，至第六被告人凌某某手中仅有10万元。第六被告人凌某某放弃杀人念头，联系被害人魏某



业绩

告知相关情况，本案案发。

2016年5月，一审宣判几名被告人无罪，当庭释放。被害人魏某委托北京市京都律师事务所张启明律师作为诉讼代理人，随即向检察机关提出抗诉申请。2016年12月，南宁市中院二审裁定撤销一审判决，将本案发回重审。发回重审后六名被告人全部当庭翻供，

从侦查阶段供述的“杀人”退缩到“抓人”、“找人”，法庭启动了非法证据排除程序，历经两年的审判程序，于2018年12月再次做出无罪判决。被害人一方再次提出抗诉申请，南宁市中级人民法院于2019年6月开庭审理本案，于2019年10月16日终审作出有罪判决。

本案引起舆论广泛关注，民主与法

治生活杂志社、凤凰新闻、新京报、搜狐网、新浪网、百度网及电视媒体纷纷进行报道和转载。张启明律师在各被告人全部翻供及一审法院作出不利判决的情况下介入案件，积极开展补充证据工作，历经六次开庭激烈辩论，最终维护了被害人的合法权益。

37天“黄金救援期”成功辩护，非法经营案当事人被不批准逮捕

近日，京都律师事务所合伙人夏俊律师接受委托担任非法经营案潘某的辩护人。在刑事案件的37天“黄金救援期”中，全力维护当事人合法权益，积极为当事人排忧解难，最终为当事人争取到不批准逮捕决定，真正实现了有效辩护。

根据我国刑事诉讼法第九十一条之规定，公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的3至7日，最长30日内提请检察机关审查批准，检察机关自接到公安机关提请批准逮捕书后的7日以内，作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。因此，从犯罪嫌疑人被刑事拘留到检察院决定是否批捕最长期限为37天，这37天被称为刑事案件的“黄金救援期”。

第一时间会见当事人，掌握案情后运用法律专业知识进行分析和研究，确立初步辩护思路。夏律师接受委托后，第一时间赶往看守所会见涉嫌非法经营罪的犯罪嫌疑人潘某，经过沟通交流，



夏俊律师

掌握了基本案情。本案涉及非法经营中买卖外汇的相关问题。根据刑法第225条之规定，非法经营罪是指违反国家规定，从事相关经营活动，严重扰乱市场秩序的行为。结合本案具体情况，辩护人确定了案件需特别关注的几个重点：第一，被告人是否实施了扰乱市场秩序的行为，是否达到情节严重的标准。第二，被告人是否实施了与骗购外汇或者逃汇的行为人通谋、为其提供购买外汇

的有关凭证或者其他便利的行为，是否构成共犯。第三，被告人是否对非法买卖外汇的行为明知，是否具有牟取非法利润的目的。黄金救援期内时间紧迫，必须保证较高的工作效率，夏俊律师在初步了解案情后，娴熟地运用法律专业知识，迅速确立了初步辩护思路。

确立初步辩护思路之后，再次前往看守所会见，与当事人进行更为全面深入的沟通和交流。对于刑辩律师而言，对案件事实的全面掌握，需要与当事人和办案机关进行不断的沟通和交流。在黄金救援期内，夏律师认为多次会见必不可少，在会见中，夏律师一方面就案件相关事实与当事人再次进行核实和确认，另一方面将对案件的初步辩护思路与当事人做了更进一步的沟通和交流。通过此次会见，涉案事实更加清晰，辩护思路也更加完善。

紧锣密鼓安排下一步工作，及时向公安机关提出取保候审申请。刑事案件辩护工作必须环环紧扣，不能贻误任

业 绩

何“战机”。此次会见之后，夏律师立即向公安机关提出为当事人潘某申请取保候审事宜。经过与办案机关沟通，办案机关明确回复不批准取保候审申请，理由是该案系专案，案情重大，不予取保。尽管如此，夏俊律师不气馁，由于对案情的深入了解和研究，辩护律师认为本案具备较大的辩护空间，仍有信心在“黄金救援期”里为当事人争取好的辩护结果。

得知移送审查批捕，连夜撰写法律意见书递交检察院。当得知公安机关将此案送至检察院审查批捕的时候，距离37天的最后期限仅剩最后几日，“黄

金救援期”内最后也是最关键的辩护时刻到来。得到这一消息时，正处于夏律师在外地连轴出差期间，时间紧迫，不顾连轴出差的疲劳，夏律师立即连夜加班加点为当事人撰写了申请不予批捕的法律意见书。本案中，当事人潘某系公司中层管理人员，综合其与同案其他人员的往来过程中实施的具体行为、所起的作用大小、情节轻重、主观故意、获利情况等等各方面的因素，夏律师认为潘某情节显著轻微符合不批准逮捕的条件，于是撰写了一份有理有据、全面深入的法律意见书，返京后第一时间前往检察院递交。经与办案机关反复沟通，

检察院最终采纳了辩护律师的意见，对涉嫌非法经营案的当事人潘某做出不批准逮捕决定，潘某被释放。

在刑事辩护的过程中，对于辩护律师而言，辩护工作的重点并非全在庭审上，将辩护重心前移，放在“黄金救援期”内，更有利于维护当事人的合法权益，也更符合当事人重获自由的迫切诉求。

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

富力地产高管职务侵占案发回重审 彭吉岳律师结合十年外企管理经验成功辩护

被告人原系北方交通大学高材生，富力地产公司某高管，任职期间因相关经济往来被控职务侵占罪和非国家工作人员受贿罪。

被告人认为自己被指控的罪名没有事实依据，但一审法院仍然判决两罪成立。为把握住机会在二审洗清冤屈，被告人家属慕名找到京都律师事务所，并最终选择具有近十年外企管理工作经验的彭吉岳律师担任二审辩护人。

本案中，定罪证据薄弱，多起犯罪事实只有言辞证据，且与被告人供述完全相反，矛盾重重，没有客观证据的印证，没有达到确实充分、排除合理怀疑的证明标准。特别是该案中存在混淆



彭吉岳律师

了业主财产与富力公司的财产，违反了《物权法》等法律规定。

面对以上种种情形，彭吉岳律师在二审庭审过程中紧紧扣住证据，依据法律的规定，针锋相对地反驳公诉人的诸多指控观点，巧用比喻的方式让公诉人设身处地换位感受被告人的处境，公诉人对比喻本身之回应情绪激动，但又不能给予法律上或证据上的有效回应。

职务侵占罪中重要的构成要件要素是：行为人是否利用了职务上的便利。理论和司法实践的难点在于如何定义“职务便利”，如果仅仅是“工作便利”，则不构成职务侵占罪。彭吉岳律师深谙企业管理制度及企业运营实践，



业绩

根据被告人的工作岗位深入翔实地论证了本案中被告人没有利用职务上的便利，即使构成侵占，也没有侵占其单位

的财产，不应该定性为职务侵占罪。

最终，经过与二审法官的持续沟通以及开庭时当庭辩护，二审法院最终采

纳了辩护人的意见，认为一审判决事实不清，撤销原判，发回重审。✎

孟粉律师为涉嫌受贿罪的某著名报业原传媒总裁成功取保

2019年12月，北京市京都律师事务所孟粉律师接受委托，担任新某某（化名）涉嫌受贿犯罪一案的辩护人。众所周知，职务犯罪申请不予批准逮捕取保的机会较小，职务犯罪案件监察委调查终结移送检察机关后先对其适用刑事拘留手续，通常在十天后检察机关会决定是否逮捕。这十天是监察制度改革后针对职务犯罪的黄金救援期。

孟粉律师抓住职务犯罪批准逮捕前的十天救援黄金期，通过会见等深入了解案情，明确该案受贿数额虽然超过巨大标准，但是刚刚过线，且



孟粉律师

当事人认罪悔罪态度非常好，具有自首情节，家属在监察委通知时积极配合调查，并及时退赔了所有犯罪所得

包括一部分违纪所得。对于该案这种状况，当事人属可捕可不捕的情况，是有机会争取到不予批准逮捕可能性的。为此，孟粉律师从本案没有造成国家社会的巨大损失、社会危害性较小、当事人深刻认罪悔罪态度极好且具有自首法定减轻情节，违纪所得和赃款全部退赔、个人在业内备受好评影响力巨大、对其不批准逮捕能体现我国反腐败监察制度的力度和温度等角度，详细阐述了不予批准逮捕的理由，和检察官真诚沟通后，最终检察机关对其作出了不予批准逮捕决定。当事人终获自由，和家人团聚。✎

京都所王九川律师为某行贿案辩护获得不起诉决定



王九川律师

2018年12月，刘某因涉嫌行贿被立案侦查。在审查起诉阶段，京都律师事务所高级合伙人王九川律师担任其辩护人。经过研究，王九川律师认为该案存在索贿事实，且犯罪嫌疑人未获得不正当利益，就此提出涉嫌

行为不构成犯罪、不应起诉的辩护意见，并与审查起诉机关多次交换意见。近日，该案检察机关依法作出不起诉决定。该案是王九川律师今年第三件获得不起诉决定的辩护案件。✎

业 绩

京都深圳分所侯志纯律师团队连续盘活数个房地产项目 货值近40亿元

最近，京都深圳分所侯志纯律师团队捷报频传，在将郑州航空港区货值30亿元地产项目成功盘活后，又将在新乡市新区中心货值10亿元的地标性地产项目盘活。

郑州航空港项目停工18个月，侯志纯、高晓杰、曾灼律师从接受委托开始历时10个月，往返郑州10余次，和业主、金融机构、分包分供、高院及相关政府部门等多方反复沟通交流，求同存异，终于将委托方数亿资金半年内安全收回，各参与方共赢。而之后的新乡地标项目更是创造奇迹，该项目停工半年，各方多次协商未果。侯志纯、宋歌、曾



侯志纯律师

灼律师在接受委托后经过不懈努力，仅2个半月各方即达成共识，签署协议。

侯志纯律师一直在思考，如何在房地产建设工程诉讼案件中解决诉讼周期过长及执行难的问题，侯志纯律师根据多年来在金融房地产建设工程领域积累的丰富的诉讼及行业经验、资源，深入思考、钻研，形成了将法律、商业思维结合1+1>2基本价值观及理念，达成各方利益平衡，盘活未竣未结地产项目，节省时间、资金、人力资源、诉讼资源，实现履约价值目的。侯志纯律师将法律、商业思维结合1+1>2的办案价值观及理念，在实践中取得了非常良好的效果，得到了委托方及项目参与各方的充分肯定。

京都大连分所助力建龙微纳首次公开发行股票并在科创板上市

2019年10月16日，由北京市京都（大连）律师事务所提供专项法律服务的洛阳建龙微纳新材料股份有限公司（以下简称“建龙微纳”）首次公开发行股票并在科创板上市，项目于上海证券交易所科创板股票上市委员

会2019年第33次审议会议成功通过。项目组王秀宏、杨姗姗以及王丽颖等多位律师以专业、高效、勤勉、尽责的全方位法律服务为本项目提供强有力的法律支持，赢得了建龙微纳及相关合作机构的高度认可。

建龙微纳是河南省在科创板上市的首家企业，是河南省中小企业科创板上市工作的重要里程碑。建龙微纳是国内吸附类分子筛产品研发、生产、销售、技术服务为一体的综合型企业，始终坚持科技创新的发展战略，依托公司所建河南省“省级企业技术中心”和“河南省吸附类分子筛工程技术研究中心”、“河南省无机吸附材料院士工作站”，系国家分子筛行业标准制定成员单位之一。建龙微纳依靠自身强大的研发整合能力，不断开发新型的吸附类分子筛，拓展吸附类分子筛新的应用领域，致力于更好的为社会服务，为客户创造价值。



王秀宏律师



王丽颖律师



杨姗姗律师



活 动

大咖论剑认罪认罚制度 京都刑辩理论实践结硕果

日前，中华全国律师协会刑事专业委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌参加了在国家检察官学院举行的“控辩审”三人谈，同最高人民法院检察长张军、最高人民法院副院长姜伟一起，就认罪认罚从宽制度适用中的重点问题进行解读。这也是三人继2001年《刑事诉讼控辩审三人谈》、2014年《新控辩审三人谈》之后的第三次“论剑”。

2018年，刑事诉讼法迎来了第三次修改，其中，认罪认罚从宽制度的确立，更是对诉讼理念、诉讼结构等诸多刑事诉讼中的理论及实务问题带来了深远的影响，也正因如此，本次“控辩审”三人谈再度以对话的方式，分别从法官、检察官、律师的角度，就认罪认罚制度从宽的相关问题进行了深入细致的交流和探讨。这场别开生面的权威对话也再一次在学术界和实务界引起广泛热议。

认罪认罚从宽制度是刑事诉讼法修改后确定的一项重要制度，更是完善国家治理体系和实现治理能力现代化的一项重要举措。一直以来，京都律师事务所刑辩团队始终关注着此项制度的推出和落实，积极开展理论研究和实务操作，成功代理了一批典型案例，并取得了良好的辩护效果。

据不完全统计，2019年截止目前，在京都刑辩团队经办的众多刑事案件中，对被告人适用认罪认罚从宽



1 “控辩审”三人谈现场（左一：田文昌律师，左二：张军检察长，左三：姜伟副院长）



1 左：2014年出版的《新控辩审三人谈》 右：2001年出版的《刑事诉讼控辩审三人谈》

活 动



| 京都刑事辩护研究中心成立仪式



| 京都刑辩讲堂现场

制度办结的刑事案件有近十起使委托人少受或免受牢狱之灾，当事人的合法权益得到了最大化的实现，取得了良好的效果。此外，今年还有近百起案件取得不起诉或取保候审的有效辩护效果，这些业绩不仅充分体现了京都刑辩团队卓越的业务能力和丰富的辩护经验，更是得到了委托人及家属的高度认可。

近年来，在田文昌律师的指导 and 带领下，京都刑辩团队不断扩充队伍，在现有成员不断优化、提高的同

时，又陆续吸引了一批曾经从事公、检、法工作的优秀人才，进一步完善了团队的组合结构，增强团队实力，从而更好的满足专业化团队建设与发展的需要。

与此同时，京都刑辩团队也不忘加强所内青年律师的培养，从岗前量身定做的职业培训，到入职后系统有效的业务学习，京都始终关注对前沿理论和新法新规的研究、探讨，并先后创办了“京都刑事辩护研究中心”和“京都刑辩讲堂”，邀请国内外知

名专家学者前来授业解惑。富有京都特色的“京都法律圆桌”“京都模拟法庭”等活动形式，将所内各专业领域的资深律师汇聚一堂，共同对所内承办的疑难、复杂案件的开展积极、有效的内部研讨，既丰富、完善了办案思路，也提升了团队的法律素养。这种“传、帮、带”的培训模式为京都打造专业的律师梯队奠定了坚实的基础。

在此基础上，京都所勤炼内功，严控服务质量，提升服务水平，推



| 京都模拟法庭现场



| 京都刑辩团队培训会现场



活 动

出了业界首创的“独立出庭资格认证制度”，一如既往的始终以当事人利益为己任，力争在每个案件中追求卓越、不负重托。

在良好的团队氛围和严控服务质量的基础上，2019年京都刑辩团队各类刑事业务稳步开展，取得了业内瞩目的成绩。特别是着力办理了一批成功的有效辩护案件，不予逮捕、不起诉、减刑减罪，甚至是无罪的案件层出不穷，与此同时也成功办理了一批刑事控告、被害人代理、刑民交叉类案件，有力地维护了法律的公平正义，维护了刑事诉讼当事人（包括嫌疑人、被告人、被害人或被害单位）的合法权益。

2019年部分成功案例：（因部分案件性质特殊，不宜对外公布，敬请谅解）

· 梁雅丽律师主办的涉嫌虚开发票案，涉案金额12亿，不起诉

· 朱勇辉、聂素芳律师主办的虚开增值税专用发票2亿元案，不起诉

· 孟粉、张金龙律师主办的涉案上亿元的非法吸收公众存款案，不予逮捕

· 杨照东、夏俊律师主办的吴某贪污受贿案一审判决14年，二审撤销原判发回重审

· 汤建彬律师主办的泉州吴某某贩卖毒品案，二审成功改判死缓

· 翁小平、刘记辉律师主办的合同诈骗案，涉案金额2000多万，不起诉

· 曹树昌、智艳军律师办理的李某某涉嫌非国家工作人员受贿案，二



“独立出庭资格认证制度”宣誓现场

审从无期徒刑改判为11年

· 王九川律师主办的黄某受贿案，不起诉

· 杨大民律师、彭吉岳律师担任辩护人的原铁道部某部主任、原北京铁路局局长涉嫌受贿罪、巨额财产来源不明罪案，一罪不起诉，一罪获从轻量刑

· 柳波律师承办的杨某被控欺诈发行公司债券、擅自发行公司债券、职务侵占、挪用资金、伪造国家机关证件等六罪一案，二审发回重审

· 邹佳铭、王馨全律师主办的赵某涉嫌非国家工作人员受贿、故意销毁会计凭证、会计账簿案，不起诉

· 朱勇辉、王梓娜律师主办的著名民营企业张某某羁押92天后，成功取保候审

· 郭庆、徐莹等律师代理的上海

著名音频平台涉嫌侵犯著作权罪案，不起诉

· 张启明律师作为被害人的诉讼代理人主办的“南宁层层转包雇凶杀人案”，历经两次一审宣判无罪，两次提请抗诉，最终法院做出有罪判决，将主犯绳之以法。

……

正如田文昌律师在“控辩审”三人谈中提出的，随着认罪认罚从宽制度施行中遇到的最主要的问题是如何实现公正和效率，当公正和效率发生冲突时，要把握有利被告人的原则，在这方面律师要真正发挥作用。而京都刑辩团队正在这方面进行各种探索和努力，也必将在未来的司法实践中发挥更加积极的作用，更加切实有效地维护当事人的合法权益，为推动中国法治进步共同努力。

活 动

田文昌律师、肖树伟律师出席纪念北京律师制度恢复重建40年座谈会 寄语青年律师勇担职责



田文昌律师



肖树伟律师

为庆祝律师制度恢复重建40年，重温北京律师行业的发展历程，展现新时代北京律师取得的新成就，北京市律师协会于12月13日在北京召开了主题为“纪念北京律师制度恢复重建40周年”的座谈会，京都律师事务所创始合伙

人、名誉主任田文昌，高级合伙人肖树伟律师受邀参加座谈会，田文昌律师作为“光荣执业30年”老律师代表发言。

田文昌律师在发言中用“幸存的眼泪伴随着心酸”开题，并对中国律师事业发展的40年进行了回顾，用三句话的

方式，对历史进行了回顾，对未来寄予了期许。

“中国律师发展的前40年，是中国律师制度的生成期，我非常荣参与到这40年的发展中来，并为推动中国法制建设、打造律师生态环境铺路架桥。”田



田文昌律师（左三）上台领奖



会议现场



活 动

文昌说，为自己参与这40年的奋斗过程而自豪，“老一辈律师所做出的努力，历史不会忘记。”

同时，田文昌回忆，在这40年来，中国老一代律师在艰难、蹒跚前行的过程中，始终对前景充满信心，“痛并快乐着，这种感觉，每一位老律师都有非常深刻的感受，对于律师生涯，这是一种宝贵的财富。”

在老一辈法律人打造的基础上，田文昌希望并祝福新一代律师，能在老一代律师用心酸和泪水，精心打造的律师生态环境中，奋勇前进，永不言退，为中国法制建设贡献力量，“没有律师就没有法治，这是你们的使命所在。”



“40年40人，讲述律师故事”书籍封面及田文昌律师

此外，和座谈会同时发布的，还有北京律师协会编辑的纪念北京律师制度恢复重建40年文集《40年40人 讲述律师故事》，田文昌在文集中讲述了职

业生涯中的亲生经历，透过他的讲述，可以管窥中国法制建设进程中，曾经的激荡与无奈，也激励着后来者，肩负使命，为推动中国法治进步而努力。

田文昌：律师事务所合规业务发展的两大挑战

12月22日，由法制日报社主办、法制网承办的第二届“一带一路”优秀法律服务项目颁奖典礼暨“一带一路”法律服务高端论坛在京举行。京都律师事务所名誉主任田文昌律师在“把握新风口，‘一带一路’背景下律所合规业务新机遇”圆桌对话中，畅谈律师合规业务。

大家下午好，律师合规业务喊了很多年，很多律所探讨这个问题，深入程度还不够，借着这个话题可以把这个问题做进一步的探讨。合规，包括国际业务的合规和国内业务的合规。合规的内容非常广泛，从民事上说，反垄断、反洗钱、保护知识产权等等涉及到很多内

容。刑事合规业务也很多，我着重说一说刑事合规业务问题。

这么多年出现一个很严峻的问题，就是国外企业到中国境内投资水土不服，中国企业到境外投资也水土不服。从刑事风险上来说问题非常多，最明显体现在贪污贿赂方面，特别是贿赂方面的问题。我们遇到很多这样的案例，这样的问题怎么解决？保护也好，惩罚也好，都是第二位的，第一位的是如何能够在运行当中做到合规的运作，这是最重要的。要做好合规业务的法律服务，有两个很值得注意的方面：

第一，要想做好合规业务，复合型人才和培养很重要。无论刑事合规也



田文昌律师

活 动

好，民事合规也好，这种问题在企业经营当中涉及到的不仅仅是某一部法规和某一国法规的问题，往往涉及到刑民交叉的问题，以及国内法和其他国家法律交叉的问题。这种情况下，过去传统意义上的单纯的专业律师做这项工作恐怕是力所不及的。所以说复合型人才急需培养，在合规业务当中需要大量这方面的人才。

第二，团队结构的设计。再复合，再多能，一个律师的能力依然有限，最重要的是一个律师事务所要有团队化结构的设计，只有团队化结构的设计才能把各种专业能力的律师聚集起来紧密的合作、愉快的合作、有效的合作。如何做到团队化的结构设计？这是当前我们国家律师事务所管理当中一个难题，因为没有传统，没有经验。我一直说中国律师制度发展了40年，仅仅是走过了生成期，我们还没有进入发展期，可以说现在我们应当迈向发展期。在生成期40年，虽然我们成绩显著，举世瞩目，我们的队伍从无到有急剧的扩大，我们队伍水平也提高了，但是我一直强调一个问题，中国律师出身卑微，处境险恶，这是很现实的问题。40年前中国是什么时代？改革开放初期由大锅饭走向承包责任制，农民从公社化走向个体户。个体户是极大解放生产力的标志，但只是中国改革开放一个最初级的阶段。个体户的发展不能永远不变，



↑ 圆桌对话现场（左二田文昌律师）

需要新的合理机制上更高层次的合作才会有进一步的发展。而我们中国律师出现的社会背景恰逢改革开放初期的个体户时代，律师事务所由国办所转向合伙制的当时，实际上是一个个体户的状况。所以说到现在为止，中国绝大部分的律师事务所还处于各自为政，人自为战的个体户状态。

在这种状态下，再加上律师生态环境本身不太好，所以说很难形成团队化的机制。也就是说到今天为止，虽然很多律所都意识到团队合作的重要性，但是事实上，真正走向团队合作这个轨道很难，真正走出来的极少。这是我们所担忧的一个很重要的问题，也是亟待解决的一个问题。我一直在呼吁，一直在

探索，中国的律师进入发展期的时候，能否尽快走出个体户的局限，能够走向团队化的建设。只有实现了团队化的建设，我们每个律所才能够在团队化基础上实现专业化。当然，我强调律师所的团队化结构并不是说个体的方式不好，也不是说律所要一律团队化。而是说对于企业而言尤其是对于开展合规业务而言，没有团队化机制就难以提供全方位的优质服务。

为了适应合规业务法律服务的需要，律师要做好个人能力的准备，律所要尽快做好团队建设的准备。京都所正在打造这样的平台，我希望更多的律师和律所能够尽快做好这样的准备，迎接挑战。



活 动

京都刑辩团队太原授课 分享如何提升刑辩律师执业技能

12月15日，由山西省太原市司法局、太原市律师协会主办，太原市律师协会刑事专业委员会、山西德昭律师事务所承办的“太原刑事辩护律师技能培训”活动在太原市阳光皇冠假日酒店顺利举行。

此次活动主办方特别邀请了中华全国律协刑事业务委员会主任、西北政法大学刑事辩护高级研究院院长、北京市京都律师事务所名誉主任田文昌律师，

京都刑辩研究中心主任梁雅丽律师以及徐莹律师、翁小平律师等京都刑辩团队成员作为主讲嘉宾。

本次培训的主题为“扫黑除恶专项斗争系列法制讲座之庭审实质化背景下刑辩律师的技能提升”，分上午和下午两场进行。在上午的培训活动中，田文昌律师和梁雅丽律师分别做了《刑事诉讼理念误区》《鉴定意见质证的16把金钥匙》的主题讲座。下午的培训活动，

则由徐莹律师、翁小平律师主持。两位主持人通过播放影片、小游戏、模拟演练、总结讲解、嘉宾复盘点评等多种形式，就法庭向被告发问的技巧与现场同仁进行了分享与交流。

此次培训活动现场反响非常热烈，五百多人的大会场，直到下午培训结束时仍座无虚席，听众们纷纷表示一天的培训干货满满、收获很大，希望京都刑辩团队下次再来太原。



田文昌律师主题演讲：刑事诉讼的理念误区



梁雅丽律师主题演讲：鉴定意见质证的16把金钥匙



徐莹律师、翁小平律师主题培训：如何向被告发问



活动现场

活 动

京都律师参加纪念刑法、刑事诉讼法 实施四十周年暨刑事辩护制度发展与展望高端论坛



| 田文昌律师



| 朱勇辉律师



| 门金玲教授



| 合影



| 论坛现场

2019年11月30日，纪念刑法、刑事诉讼法实施四十周年暨刑事辩护制度发展与展望高端论坛在湖北武汉举办。

本次高端论坛由西北政法大学刑事辩护高级研究院联合湖北省法学会律师法学研究会、中南财经政法大学刑事辩护研究院、湖北省律师协会刑事法律专业委员会主办，由湖北立丰律师事务所承办。

西北政法大学刑事辩护高级研究

院院长、中华全国律师协会刑事法律专业委员会主任、京都律师事务所名誉主任田文昌先生发表讲话，并作为第一位主讲人做了主题为《刑事诉讼理念的误区》的演讲。

下午论坛第一节为刑事辩护制度四十年的发展成就，西北政法大学刑事辩护高级研究院研究员、京都律师事务所主任朱勇辉做了专题发言，主题为《缺席审判制度对刑事诉讼的

影响探析》。

京都律师事务所兼职律师，中国社会科学院大学政法学院副教授、西北政法大学刑事辩护高级研究院副院长门金玲参与了与谈环节的讨论。

京都律师事务所高级合伙人王九川、梁雅丽、柳波、牛支元律师，合伙人张启明、朱娅琳、聂素芳、彭吉岳律师以及王馨全、翁小平、王梓娜律师出席了本次论坛。



活 动

2019年中国伦理学大会法律职业伦理论坛成功召开



2019年12月7日，由中国伦理学会主办，京都律师事务所（以下简称京都所）、中国人民大学伦理学与道德建设研究中心、北京师范大学法学院承办的2019年中国伦理学大会法律职业伦理论坛在湖南长沙成功召开。全国律协刑事业务委员会主任，京都所名誉主任、创始合伙人田文昌出席活动并致辞。来自全国各地高校、公检法司以及律师界约100位嘉宾参与了此次活动，分别从法律职业共同体和法律职业伦理等方面进行了深入交流。

本次论坛共设置9大议题，内容聚焦行业热点话题，京都所刑事业务部主管、高级合伙人、京都刑辩讲堂主任、刑民一体化司法研究中心联席主任王九川，北京市律师协会惩戒委员会委员、京都所高级合伙人、京都刑



田文昌律师

辩研究中心主任梁雅丽，京都所高级合伙人、京都著作权保护与研究中心主任金杰，以及中国社会科学院大学法学院副教授、京都所兼职律师门金玲参与活动并发表主题演讲，试图通过专业探讨为法律伦理化发展带来建

设性意见。

关于法律伦理与法律人的关系，京都所名誉主任、创始合伙人田文昌在致辞中提到，法律界目前出现的一些问题的原因就是律师的、法官的伦理观没有解决，或者说最基本的律师的职责定位、法官的职责定位都没有解决。在实际操作中，部分法官的参与性过强，参与到双方的争论，其实是违背法官的伦理观的，又如对于律师保密义务的争论，也是因为法律职业伦理没有得到解决。他说：

“伦理学的研究提上日程是一件非常重要的大事。中国律师制度刚刚走过一个生成期，还处在初级阶段，问题非常多。基本问题不解决，伦理问题不解决，我们将走入死穴，很难向前发展。”

活 动



王进喜律师



梁雅丽律师



门金玲教授

在主题演讲环节中，由中国政法大学法学院法律职业伦理研究所教授，国家法律援助研究院研究员程滔担任主持，中国伦理学会副会长、中国人民大学伦理学与道德研究中心主任、教授曹刚点评。来自中国政法大学法学院法律职业伦理研究所主任、教授王进喜，浙江六善律师事务所主任、合伙人潘克本，京都所高级合伙人、京都刑辩研究中心主任梁雅丽，中南大学法学院副教授陈文曲，湖南大学法学院副教授郭哲，华中师范大学法学院教授石先钰，湖南天地人律师事务所副主任、合伙人，湖南大学法学院教授张南宁，中国政法大学证据科学研究院副教授、证据法学研究所副所长吴洪淇，中国社会科学院大学法学院副教授，西北政法大学刑事辩护高级研究院副院长门金玲发表了主题演讲。

其中，在关于法律职业共同体与法律职业伦理的问题上，中国政法大学法学院法律职业伦理研究所主任、

教授王进喜在演讲中提到：法律职业伦理的重要性主要体现在三个方面，一是法律职业伦理是法律职业人员自身利益的需要。二是法律职业行为规则具有保护法律工作者的作用。三是法律职业伦理是法律职业共同建设的一个重要前提条件。

在大家比较关注的刑事律师职业伦理上，京都所高级合伙人、京都刑辩研究中心主任梁雅丽结合实际案例，以《刑事律师应当具备的职业伦理》为题与参会嘉宾进行了分享。她从刑辩律师的角色定位、刑辩律师的职责、刑辩律师的功能等角度出发，分析了一个刑辩律师应该具备什么样的职业伦理，明确指出刑事辩护首先是基于当事人的委托，刑辩律师与当事人之间的信赖关系是最基础的伦理要求，也是律师刑事辩护制度最基本的根基。律师与当事人的互信义务应该从两个方面理解：一方面，刑辩律师因为信赖关系，负有勤勉尽责的辩护义务和为当事人的保密义务，

对履职过程中获悉的当事人秘密负有保密义务，不负有揭发的义务；另一方面，当事人不能通过揭发刑辩律师获得轻判，损害了任何一个方面，就是对支撑律师制度的根基的破坏。刑事辩护律师职业伦理讨论中遇到的诸多问题，都可以归位于有关基本问题中维护当事人利益与实现社会正义之冲突，在对待这个冲突中，必须根据基本理论定位，从辩护人角色的内在应有之义出发，任何选择和做法，都要兼顾到以维系信赖关系为基点的尽职辩护与实现社会正义之公法义务。

关于刑辩律师的职业伦理问题，中国社会科学院大学法学院副教授，西北政法大学刑事辩护高级研究院副院长门金玲老师和大家分享了一个法律职业伦理老师如何教授法科生法律职业伦理的思考。她认为法科生在未来从事法律工作后，无疑会面对很多冲突和矛盾，面对多重价值选择，伦理课教学要务实，应该就一些实践中的问题让学生们展开讨论，教导学生



活 动



| 印波教授



| 王九川律师



| 金杰律师

学会面对冲突，并在冲突中建构法律人的价值排序，学会在复杂的社会实践中坚持内心的法律信仰，避免形成虚假人格，教导学生能够自始至终维护自己内心的秩序。

在由北京师范大学刑事法律科学研究院副教授印波担任主持，中国政法大学法律硕士学院院长、教授许身健担任点评人的专题研讨环节，上海大学法学院教授兰跃军，北京师范大学刑事法律科学研究院副教授苏明月，吉林大学法学院副教授刘雪斌，北京师范大学刑事法律科学研究院副教授廖明，云南财经大学法学院副教授、法伦理教研室主任，中国伦理学会理事杨茜茜，京都所刑事业务部主管、高级合伙人、刑辩讲堂主任、刑民一体化司法研究中心联席主任王九川，北京世柱律师事务所主任、博士后王世柱，京都所高级合伙人、京都著作权保护与研究中心主任金杰，南开大学法学院副教授刘萍，中央司法警官学院法学院副教授、副院长赵

亮，中央民族大学法学院讲师闫永安，河北经贸大学法学院教授赵一强，北京第二外国语学院研究生院国际化联合培养博士项目主任陈伟功，中国政法大学国际法学院博士，中国外文局中国互联网新闻中心文化科技金融融合（华南）示范基地主任李政发表了演讲。

其中，在法律职业伦理的养成的途径与方法上，京都所刑事业务部主管、高级合伙人、京都刑辩讲堂主任、刑民一体化司法研究中心联席主任王九川发表了主题演讲。他明确提出，法律职业伦理的养成途径主要有三种，分别是教育、管理和制度环境。以学校为主、社会为辅的职业伦理教育属于慢养成方式；比较有效的就是具有约束力的、具有惩戒性的手段，包括单位管理、当事人投诉与行业协会惩戒、民事赔偿、行政司法处罚和刑事追责这几个方面，各有其利弊，有关规范今后要更具有操作性；制度环境的改革是长效工作，涉计到

多个层面的制度设计，同时还要考虑到深层的文化原因。他希望大家身体力行，让法律人认识到职业伦理不是虚无的，是有价值的。

京都所高级合伙人、京都著作权保护与研究中心主任金杰发表了题为《司法人员要守住良心的底线》的主题演讲，他提出，伦理上的重点不仅仅是律师，重点在司法机关。司法人员掌握着一定的司法权，良心失守，就会不顾法律，为所欲为，行为失控。对于一个司法人员来讲，专业能力固然重要，但良心与良知则永远是最重要的，所以必须加强职业道德教育、考察和惩戒。

随后，参会嘉宾还就刑辩律师职业伦理建设、法官职业伦理构建、法律职业伦理教育等方面的问题进行了现场探讨，参会嘉宾各抒己见，或从自身经验，或从专业研究，或从理论实践等方面进行了分享，抛出观点，引发讨论。最后，王九川律师对本届论坛的内容、特点和作用进行了全面

活 动

总结。

本次大会不但探讨和阐述了法律职业伦理的内涵、作用、价值、结构等等，提出了建设法律职业共同体，法律职业共同规则的命题，提出了对司法人员职业伦理的一些基本原则和

看法，从律师与当事人的关系模式等具体角度对法律职业伦理进行了一些微观性的解读，还对法律职业伦理的历史的演变过程中进行了深入的分析，提出了目前法治伦理建设中存在的一些具体问题，这些观点不但对法

律职业伦理的论坛以及今后职业协会的建立和发展指出了一个方向，还为今后法律职业伦理学科的建设发展、教学研究以及实物探讨提供了多个方向，成果斐然。



部分参会人员合影

从因果关系到客观归责 《京都刑辩讲堂》再度开讲 精彩纷呈

11月22日下午，由京都律师事务所主办的《京都刑辩讲堂》再次开讲，来自全国多地的数十位法律界专业人士参加学习和讨论。本次讲堂的内容侧重于实体法领域，围绕犯罪中的因果关系及归责问题展开。在理论讲解之后，中国社会科学院大学政法学院教授、硕士研究生导师何庆仁，中国社会科学院大学刑辩研究中心主

任门金玲教授，京都律师事务所朱勇辉主任，京都律师事务所刑事部主管合伙人王九川、协管合伙人梁雅丽律师等和诸多法律界同仁从公司治理、环保、土地、交通、等多领域发生的刑事实战案例出发，探讨了因果关系的认定和客观归责理论在实践中的应用，以及在“立体多维法律事件”时代刑事辩护的新思路。

中国社会科学院大学政法学院教授、硕士研究生导师何庆仁以“从因果关系到客观归责：问题与方法”为题，首先发表主题演讲。他介绍，因果关系是指行为和结果之间一种引起被引起的关系，是客观构成要件要素之一，客观构成要件首先是行为，其次是行为发生的结果，然后行为和结果之间有因果关系的存在，这种判断



活 动



何庆仁教授



门金玲教授



梁雅丽律师



王九川律师

是非常必要的。如果结果没有发生的话，嫌疑人最多承担未遂犯的责任，不会承担既遂的责任，但也存在实施了行为，结果也发生了，却没有存在因果关系的情况，或者因果关系存疑，根据疑点利益归被告，也是不能由嫌疑人承担责任的情形。但是，更要注意的是，仅仅有因果关系是不够的，还要判断行为是否创制了法律所不允许的风险。

针对这些情况，何庆仁从历史发展过程及国内外实际案例带来的学术争议进行了解释，并提出了颇具操作性的适用排除归责的方法。

随后，中国社会科学院大学刑辩研究中心主任门金玲教授进行与谈，她指出，传统的刑事辩护总是在因果关系中寻找异常因素的介入以证明因果关系的断裂，因果关系是个非常复杂的事实问题，很难弄清楚。而客观归责理论提供了新的视角。三阶层的理论认定犯罪遵循先客观后主观的原则，符合性判断层面，用这种递进式的思维方式再配上客观归责理论给辩护打开了巨大的空间：先判断因果关系的有无，再判断是否客观归责。

首先判断因果有无的时候，如果认定因果关系断裂，则出罪。这种传统的因果关系方面的判断思路被新的客观归责理论所提供的方法论给予涵盖，基本上把原来的因果关系判断要素都涵盖在里面，但新的理论更进一步关注到了因果关系的复杂性和广泛性，易被争议，故而，降低了对因果关系判断的倚重，对即便是因果关

系判断成立的基础上，还需要进一步判断行为是否创制了一个法律所不允许的风险。通过判断风险的有无及属性，来做出是否适用“排除客观归责”，该理论更科学更明确更体系更具操作性。

京都律师事务所刑事部协管合伙人梁雅丽律师则在与谈中提及，客观归责里有一个重要的排除归责，法律所允许的风险应予以排除，其中就有信赖原则。刑法理论界普遍认为，过失犯罪以违反相关的注意义务为前提，对于过失犯罪的认定来说，信赖原则成为限定行为人注意义务的一道重要门槛，尤其是在现今科技高度发达、风险无处不在、社会高度分工的社会中，如果对行为人科以过多的注意义务，则社会生活势必无法顺利开展，因此以信赖原则限制注意义务的范围便显得非常必要。像是体育运动、交通、医疗领域以及矿山企业等的生产都属于有一定风险的活动，但如果对于这些领域的参与者的注意义务不加以限制，将会导致这些领域的生产活动或社会生活完全停摆。开车行经十字路口时，尽管存在别人闯红灯的可能性，但只要没有具体的相反事实根据存在（如有球滚入路中间就意味着很可能有小朋友闯红灯），驾驶员就不需要顾虑别人可能会闯红灯而将车速降低到随时可停住，甚至停在路口观察无人时才通过，而是可以合理信赖他人会遵守相应义务要求和规则。如果正常行使过程中因为他人突然闯红灯而导致事故发生，依照

活 动



| 会议现场

信赖原则便无需负过失犯罪的刑事责任。此外，在实践过程中，如果行为人既担任子公司高管职务，又在母公司任职，在追责时如何认定责任，企业的刑事合规就非常重要了。

王九川律师在与谈中认为，今天何老师讲授的因果关系与客观归责理论，在早期法学教育中尚没有系统的内容，在今天的辩护实践中也未得到应有的重视，这次系统的讲解为我们的刑事辩护打开一扇窗户。很多实务人员不熟悉三阶层理论，但又很想学习使用，今天这个理论很重要，为习惯于犯罪构成理论的法律人士学习、理解三阶层理论搭建了一个通道。王九川律师还就民法上的因果关系与刑事中的因果关系的联系和区别问题请何老师给予解答。

此后，现场法律界人士就向何老师、门老师进行提问，大家展开热烈讨论，问题大多涉及到实务操作中的一些疑难问题。例如，有实务界人士提问，交通肇事中存在被害人受伤后的医疗后续问题，例如就医后再发生涉医问题时，能不能通过叠加的因果关系证明因果关系本身是成立的，然后在客观归责层面认为风险发生了重大偏离。何庆仁教授认为完全有可能，如果是数行为导致结果发生，在事故中比较常见，甚至多因一果。如果现有证据不能证明每一个原因跟结果之间的联系，就只能按照存疑有利于被告方的原则。提问与讨论持续一个半小时。

本次讲堂由《京都刑辩讲堂》主任王九川主持，在总结中他指出，通

过大家的探讨可以看出，今天的讲堂的内容厚重，体现出实务与理论充分结合的效应，今后讲堂将继续坚持务实、自由的风格，举办多种形式的活动，同时也将在2020年举办辩护技能系列培训活动。

《京都刑辩讲堂》是由京都律师事务所创立、以刑事辩护为主题的刑事法律实务与学术研究、交流、培训平台，以名家讲座、刑事论坛、法律沙龙、辩论会及体验式培训等多种形式，为法律界人士提供发表见解、探讨问题和学习技能的机会。《京都刑辩讲堂》以“思想性、实务性、学术性”为教研宗旨，以“开放、包容、规范”为运行原则。欢迎有识之士到《京都刑辩讲堂》发声，期待好学子在《京都刑辩讲堂》获益。🌹



活 动

打造“行业化”的法务团队 ——京都房地产建设工程法律热点、难点研讨沙龙纪实



孟冰律师



吴欣荣律师



王春军律师

2019年11月15日下午，由北京市京都律师事务所（以下简称京都所）与LexisNexis律商联讯联合举办，中国公司法务联盟支持的建设工程法律热点、难点研讨沙龙在京成功召开。来自中国建筑股份有限公司、住总集团、远洋地产、华远地产、国寿不动产、鑫苑置业、兆泰集团等一线房地产开发企业和建工集团，以及华晨宝马、新东方、北大医疗等知名企业的法务代表逾60人参加了此次研讨沙龙。

本次研讨活动由京都所合伙人王春军主持；京都所高级合伙人、房地产与基础建设部主管合伙人孟冰，合伙人吴欣荣，资深律师贾严、吕岩参与了此次活并发表主题演讲；与参会代表就房地产开发中土地使用权的转移或获取、股权转让、资产并购问题；工程实践中委托管理和委托代建

的区分；在挂靠无法避免的情况下，挂靠的法律风险问题；还有建工纠纷的解决和工程实践中的违法乱象等一系列热点、难点问题进行了深入交流和探讨。

在房地产开发的几个热点问题上，京都律所高级合伙人孟冰从土地使用权获取、项目开发、争议解决三个方面进行了分享，为开发商规避风险、保障自身合法权益提供了较大帮助。他表示，在拿地的过程中，招拍挂之前和政府签订的合同是否有效？合同是无效的。物权法有规定，经营性用地要采用招拍挂，提前协议确定的受让人是违反法律规定的，通常会以损害社会公众利益为理由无法承认合同效力，且为此遭受的损失企业自担。

从其它公司拿地，也分为买资产和买股权两种方式，实践中倾向于

买股权的案例较多，认为从手续办理及税收上更合适，但是，以股权转让的方式获得土地使用权，依然有缴纳土地增值税的风险。此外，无论是卖资产还是卖股权，都有可能触犯刑法，实践中已有这样在案例大量出现。

土地使用权获取要注意合同效力、土地增值税、非法转让倒卖土地使用权罪这三个问题以及相应对法律风险及应对策略。

在项目开发上，孟冰为大家带来了养老地产、二次开发、装修款与房价的关系等重点问题的司法指导意见，指出了实务操作中的一些问题和投资机会，例如，他提醒大家可以关注田园综合体。此外，在装修款是不是房价的问题上，有司法案例提及，消费者入住之后，以第三方评估的方式要求开发商退补装修款差价，而司

活 动



贾严律师



吕岩律师

法机关支持了消费者的诉求，因此，孟冰提示开发商关注此领域的风险。在争议解决上，他分享了若干诉讼经验，并提示“揭开公司面纱”可能给开发商带来的重大影响，实践中，认定揭开公司面纱的条件在降低。

孟律师认为，所谓律师的专业化其实是个伪命题，今天的房地产和建设工程讲座内容就涉及了土地法、房地产法、公司法、税法、刑法等内容，所以律师的行业化才是一种可行的提供法律服务的方式。

关于工程实践中的委托管理与委托代建问题上，京都律所合伙人吴欣荣以《镜像视角下的委托管理合同》为题发表了主题演讲。她说：在实践中，建设工程项目代建与委托管理常常被混同，还存在以承包合同代替委托管理合同的现象。根据《国务院关于投资体制改革的决定》等文件，代建通常适用于非经营性政府投资项目，需要通过招标的方式确定代建方；而根据《建设工程项目管理试行办法》，项目委托管理对投资来源无

要求，可以采取委托或招标的方式确定管理企业。管理企业，接受业主委托，在其资质范围内提供全过程或阶段的管理服务，可以同时提供设计、监理服务，但不得同时提供施工服务。管理企业需与业主签订书面的委托管理合同，就管理目标、管理内容、服务周期、管理报酬、奖励与责任等进行约定。由于业主通常不具备专业技术能力，其需求又处于变动的状态，建设项目周期长，参与的主体众多，在委托管理合同履行过程中，管理企业需建立完善的管理体系，划分清晰的工作界面，积极与业主沟通。管理企业与业主具有不同的利益诉求，但又具有共同的目标——建设项目顺利完工，确保管理目标的实现。在这一过程中，处处体现着“和”的精神。

在建筑和房企企业较为关注的工程项目管理和争议解决问题上，京都律所合伙人王春军以《解析建设工程纠纷七步法》为题提出了自己的见解，他表示：工程实践中的很多纠纷

都是因工程项目管理不规范造成的，因此，甲方的工程项目管理，尤其是工程项目法律事务的管理对工程项目的顺利开展及最终完成至关重要。他强调，甲方的法务工作人员对一个工程项目一定要按照招标文件评审（资信管理）→合同评审谈判（合同文本起草）→合同审批用印（合同授权联签）→合同交底（合同风险识别化解法律风险防控）→合同履约策划→合同变更解除（索赔报告）→签证索赔（合同纠纷管理）→监控预警、合同资料管理（项目法务工作）→合同总结评价的流程做好工程项目的法务管理工作。

在争议解决上，他指出，争议的预防远比争议产生之后再解决争议要重要的多，这是可以帮助甲方以最低成本获得最大收益的最好方式。因此，甲方应从工程项目的招标或施工合同的签订之前就做好争议的预防工作，通过规范化管理等具体工作做好工程争议的预防工作，严格把控可能产生工程争议的各种法律风险，以最大可能地维护甲方自身合法权益。

在挂靠的法律风险问题上，京都律所资深律师贾严带来了《挂靠人对外转包、分包、采购、租赁、借款、担保形成债务的再思考》的主题演讲。他表示，“挂靠”是中国建筑市场的一大特色，由于被挂靠企业（出名人）在工程项目管理中的缺位，实际施工人（借名人）往往利用被挂靠企业的监管失控，经由转包、分包、买卖、租赁、借款、担保等合同关系，对工程项目之外



活 动



会议现场

的第三人欠下大量债务。因此纠纷频发，但在该种纠纷的处理过程中准确界定职务代理、表见代理等概念的难度非常大，所以这些案件也必然成为各级法院的实践难题。他试图总结既往的审判口径，通过“四步分析法”为企业拨开迷雾。

随后，京都律所资深律师吕岩以《建设工程领域刑事案件分析》为题进行了分享，向参会人员简单介绍了2018年建工领域刑事案件研究报告，表示希望能够以此为途径和突破口对工程领域内的刑事案件一窥究竟，同时探寻相关犯罪情形倾向于发生在工程的哪个阶段，以期能够寻找规律和应对办法，最大可能为企业及其从业人员做到相对全面的刑事风险防范。

综合来看，法律融合式发展的特征十分明显，因此，开发房地产及建设工程的过程中，法律领域的安全有着全新的要求，要求企业在拿地、并购、建设、销售、维权等领域中要多方位考虑风险及保存证据，依靠“行业化”的法律顾问团队保驾护航。

荣誉



京都律师事务所连续五年上榜ALB “亚太50强律所”和“中国最大30家律所”

在2019年11月刊中，汤森路透旗下的知名法律媒体《亚洲法律杂志》（ALB）公布了2019年度亚太50强律所（Top 50 Asian Law Firms）。这是京都继续上榜中国最大30家律所后再次上榜。

京都事务所自2015年起，连续5年获此殊荣，且较往年每年的名次均保持

稳定。

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

京都所高级合伙人郭庆律师荣登2020钱伯斯榜单“争议解决-诉讼”榜单



郭庆律师

近日，国际权威法律评级机构钱伯斯（Chambers and Partners）公布了《2020年钱伯斯亚太法律指南》（Chambers Asia Pacific 2020）的上榜律师名单，其中“争议解决-诉讼”领域共有36位律师上榜。京都律师事务所高级合伙人郭庆律师凭借出色的工作成果和优质的客户服务，首次申报

即获得“受认可律师”的骄人成绩。

钱伯斯于1990年在英国伦敦创立，是国际最权威、最有影响力的法律评级机构之一。其调研覆盖全球近200个国家的法律服务市场，以其调研和评价体系客观公正正在全球具有卓越声誉，受到诸多法律专业人士及客户的信赖与肯定。钱伯斯排名中的评估条件包括专项法律能力、专业行为、客户服务、商业知识、反馈速度以及客户看重的其他品质。

郭庆律师，执业16年，主要专注于涉外法律事务、民商事诉讼与仲裁和公司合规领域。主要客户有国际竹藤组织，美国、英国、瑞典、匈牙利、泰国、芬兰、莱索托等国驻华使馆及相关机构，央视国际视频通讯有限公司和多家全球500强跨国公司。主要案例有：代理车主诉特斯拉中国经

销商产品责任纠纷（全球首例自动驾驶致驾驶人死亡案），代理法国达能集团下属多个奶粉品牌在华应诉职业打假人缠讼，以及中国旭阳煤化工集团有限公司与新加坡来宝公司的国际合同纠纷仲裁案。

客户评价：“在合作过程中她与我司法务团队配合默契，沟通顺畅。郭律师专业、勤奋，是一位令人尊敬的、值得长期深度合作的优秀资深律师。”

郭庆律师此次荣登钱伯斯亚太区榜单这一荣誉，一方面是对郭庆律师多年专注于争议解决领域，特别是涉外争议解决领域成绩的肯定，同时也体现出京都所在争议解决领域的专业性与良好声誉。京都律师事务所将继续秉承“追求卓越、不负重托”的价值观，为更多的客户提供优质、专业的法律服务。



荣誉

京都律师事务所荣获“2019年度国内私人客户律师事务所”大奖

2019年11月12日-14日，京都律师事务所家族信托法律事务中心主任、金融业务部总监韩良律师、家族信托法律事务中心滕杰律师作为嘉宾受邀参加了在上海凯宾斯基大酒店举行的“2019中国离岸金融（上海）峰会”。

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

韩良律师在会上发表了题为“CRS核查背景下，浅析离岸股权信托的设立与治理架构”的主题演讲，向与会者重点分享了在CRS核查背景下，离岸股权股权家族信托保护架构设计的原则以及治理架构的设计思路。



韩良律师代表京都律师事务所上台领奖
京都律师事务所荣获“2019年度国内私人客户律师事务所”大奖

滕杰律师作为嘉宾参与了会议小组讨论，在“根据全新全球监管标准管理跨境财富”话题下发表了看法，介绍了在国际监管日趋严格的形势下，对于过往为搭建完备的结构补救措施，并强调避税不应当作为客户的首要目的，而应根据客户底层资产

的不同，在实现财富保全、传承的基础上再去深化税务筹划的内容。

韩良律师、滕杰律师思路清晰、简洁务实，恳切而精准的见解代表了中国财富规划律师的高超水准，赢得了与会者的极大好评，充分展现了京都律事所在离岸金融、家族信托、



韩良律师发表主题演讲



滕杰律师参与小组讨论

荣 誉



2019中国离岸金融（上海）峰会现场

离岸税务方面的卓越实力。

当晚，一年一度的中国离岸（China Offshore）颁奖晚宴隆重举行。该奖项的被提名者由来自不同专业领域的顶尖行业专家组成，他们在各自领域拥有不可比拟的专长，使提名值得认可。而最终的奖项由独立的评审专家团决定，同时还参考China Offshore 中国离岸多个渠道的7万多名注册用户的意见。经过激烈角逐，继2018年京都律师事务所获得“年度国内私人客户律师事务所”后，今年京都律师事务所再次荣膺“2019年度国内私人客户律师事务所”大奖。韩良律师代表京都律师事务所亲自领取了奖杯。

作为在国内和离岸家族信托业

务、财富管理业务、公司架构设计和税务筹划领域具有影响力和竞争力的律师事务所，京都于2014年设立“京都家族信托法律事务中心”（FTLAC），该中心是我国大陆地区首批专注于从事家族信托法律实务与研究的机构。京都在服务超高净值客户方面，积累了一定的核心竞争力，被多家商业银行总行、信托公司、家族办公室等聘请担任法律顾问，协助这些机构服务其高净值客户，同时也直接为多位超高净值客户及其家族提供境内外家族信托法律服务，得到了广大客户的一致好评并与京都建立了长久良好的合作关系，使京都在业内获得了良好的口碑和声誉。

京都在从事家族信托业务实践的

同时，也秉持开放的心态，积极总结提炼业务经验与业界分享，共同推进私人财富管理行业发展。2015年，京都家族信托团队出版了中国大陆第一部家族信托法律专著——《家族信托：法理与案例精析》，印刷两次，依然售罄，2018年3月，内容变更达70%以上的增订版正式出版。该书已经被多家商业银行私人银行部、信托公司、保险公司、家族办公室作为培训教材，也被具有广泛国际影响力的信托与财产规划师协会（STEP）作为重要的中文读物推荐给读者。几年来，京都家族信托团队在各种报刊杂志发表了几十篇财富管理方面的论文，受到了业界的肯定与好评！

京都家族信托团队也是一支将法学理论与实践紧密结合的队伍，在团队负责人韩良教授的主持下，团队也在承担中国法学会2017年度部级法学研究课题《我国发展家族信托的法律困境及突破》和2018年国家社科基金课题《民事信托制度创新的法律问题研究》，这些课题成果既是团队实务经验的升华，也是基于国际视野对中国信托法制的理论思考和制度完善研究。

感谢多年陪伴的客户及各位合作伙伴的支持！也非常感谢亚洲离岸金融协会，使我们结识了众多的海外合作机构！京都将秉承“追求卓越，不负重托”的专业素质和执业理念与您一路前行。🍷



荣 誉

不忘初心 恪尽职守 京都律师事务所荣获“优秀法律援助服务机构”称号

2019年11月11日北京市法律援助中心在北京商务会馆召开了“2019年法律援助工作总结表彰暨业务培训会”。

本次会议共评选出30家优秀法律援助服务机构、15家12348热线优秀服务团队、40名优秀法律援助律师以及15名优秀法律援助工作者。京都律师事务所在全体志愿律师的大力支持下，被评为“2018-2019年度优秀法

律援助服务机构”，何芳律师被评为“优秀法律援助律师”。其中，在对案件质量的总结中，法援中心领导高度赞扬京都不仅专业而且对质量严格把关，并特别指出何芳律师归档的卷宗在案件质量评比中荣获了满分。

京都建所24年来，每年都积极承办市/区法援中心指派的法律援助案件，同时积极参与在最高检、北京高院、朝

阳分局等司法机关的律师值班工作，仅2019年法律援助值班就达53天。在援助工作的开展中，志愿律师们本着不忘初心、无私奉献的情怀，立足本职、恪尽职守的职业操守，积极地支持着法律援助工作，为建设首善之都、和谐北京贡献自己的一份力量！我们倡导并期待更多的志愿律师加入法律援助队伍！🐶



京都律师事务所被评为“2018-2019年度优秀法律援助服务机构”



颁奖典礼现场（右一为何芳律师）

京都所刘铭律师被中央电视台《热线12》评为“最美评论员”

京都律师事务所高级合伙人刘铭律师作为中央电视台社会与法频道《热线12》栏目的评论员已近八年，经常在节目中就法治问题、社会热点进行专业、有思想深度、人文关怀和理性温度的点评。在今年11月8日记者

节当天，被中央电视台社会与法频道评为“最美评论员”。

中央电视台《热线12》是一档全媒体杂志类栏目，节目围绕影响国家法治进程的重要事件、广受关注的社会热点、具有影响力的法

治人物、具有感染力的法治故事等内容，全景式、多方位对最新的法治动态进行梳理，对最热的法治事件进行专业点评和权威解读。内容涵盖法律服务、法律援助、慈善帮助、社会救助领域。🐶

荣 誉



刘铭律师被中央电视台社会与法频道评为“最美评论员”

京都篮球队勇夺朝阳律协男子篮球赛甲组季军

2019年11月7日,北京市朝阳区律师协会第九届男子篮球赛决赛在永乐汇-数字空间篮球文化中心开赛,京都律师事务所篮球队与盈科律师事务所篮球队争夺季军,经过场上队员的不懈努力,奋勇拼搏,在主力队员并未全部上场的情况下,以25:15的绝对优势勇夺甲组季军,创造历史最好成绩。

在此之前,京都篮球队曾与中伦、京师、安生篮球队进行小组赛,均取得不俗的成绩,以小组第二出线。

京都篮球队成立于2007年,既有年近50岁打了10年比赛的老律师,也有入职京都律所不久的90后新锐,虽然平时工作很忙,但从来挡不住他们



左二: 苏鹏, 左三: 赵晓东, 左四: 徐伟

对篮球的热爱。篮球给他们带来了健康的体魄、牢固的友谊、坚不可摧的

韧性! 完美的诠释了京都男神们的力量之美、运动之美、拼搏之美。



媒体

田文昌：让不羁押成为常态，羁押成为例外

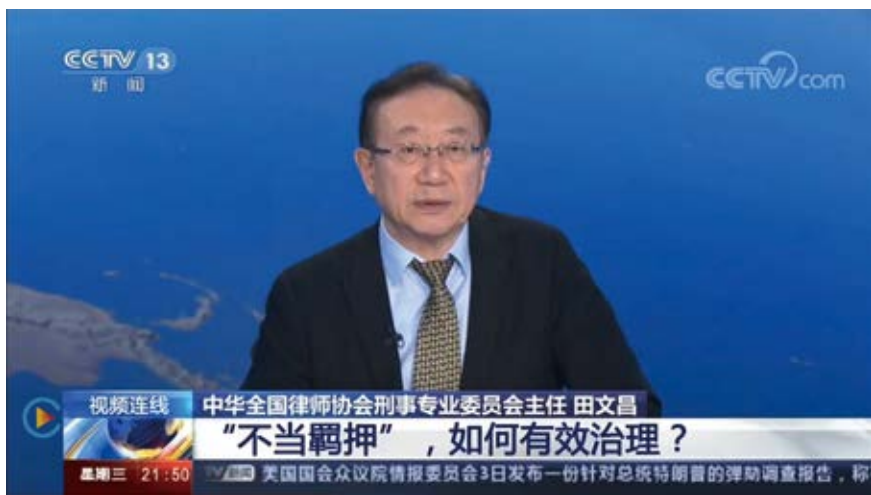


图 为《新闻1+1》栏目视频连线田文昌律师

2019年12月4日，中华人民共和国最高人民检察院的对外开放日上公布的一组数据引起了广泛关注。该数据显示，2019年1月-11月，全国检察机关对受理审查逮捕的127.7万人中的28万人做出了不捕的决定，不捕率为

21.9%，比2009年同期上升10.7%。检察机关受理移送审查起诉的199.5万人中，未采取逮捕、拘留、强制措施90.6万人，未羁押率45.4%，比2017年同期高出了约3%。这些数字背后是全国检察机关在减少不必要的羁押逮捕方

面所做出的努力，但在“是否羁押”和“如何羁押”等方面，目前仍有许多问题需要关注。12月4日，中央电视台《新闻1+1》制作专题《“不当羁押”如何有效治理？》。栏目直播过程中，主持人视频连线了中华全国律师协会刑事专业委员会主任、京都律师事务所创始人、名誉主任田文昌律师。田文昌表示，未来要让不羁押成为常态，羁押成为例外。

田文昌律师说，“少捕慎捕、减少羁押”是一个长期以来一直被关注的课题。从数据统计来看，最高检察院通过一系列的举措和努力已经取得了很好的成果，但仍有发展空间，其中进一步减少羁押是未来的发展方向。

他表示，《中华人民共和国刑事诉讼法》中明确规定了5种强制措施，虽然非羁押措施也有，但在实际操作中，办案机关为了方便和安全，只要是逮捕就一定要进行羁押，其实这对保障人权、维护司法公正和减少因羁押造成的损失来说存在诸多不利因素。而综合各种因素，实际上不羁押诉讼案件的效果要优于羁押诉讼案件的效果。

田文昌律师说：“做好‘少捕慎捕’、‘减少羁押’可以在保障人权的基础上进一步维护司法公正，对司法公信力的加强和社会公众心态是有很多好处的，因此，不能因为‘不羁押’存在一定的风险就忽略它所带来的正面效应。”

企业家刑事法律风险的分析与防控

■ 田文昌 / 文

伴随中国改革开放四十年的风雨历程，中国的企业家尤其是民营企业群体所经历的则是一部充满艰辛与风险的发展史。

这些企业家们为中国市场经济的发展作出了功不可没的贡献，同时，其付出的代价也足以发人深思！最值得反省和警惕的，是企业家们多年来所面临的如梦魇般难以摆脱的刑事法律风险！

四十年来中国企业家的处境分析

由计划经济走向市场经济，中国的企业家尤其是民营企业群体，为中国市场经济的建立和发展发挥了重要作用。然而，在计划经济与市场经济两种体制交叉并存的特定时期，他们作为一种新生事物中的代表性人物，却付出了改革探索过程中难以言状的沉重代价。

（一）企业家群体前仆后继的悲壮历程

回顾历史，一目了然，从起步最早、名声最响的牟其中先生开始，四十年走下来，改革开放前期一些有所作为的企业家们得以善终者寥寥无几。

在改革开放的风雨大潮中，由于市场机制的不健全和法治环境的混乱，在两种体制、两种观念的无形博弈中，一些早期下海的经商者们或者是出于对事业的执着，或者是出于对利益的追逐，就像是在战场上赤膊上阵，嘴里高喊着刀枪不入的敢死队员一样冲锋陷阵、前仆后继，一拨人倒下，另一拨人还会冲上去。这种代价，有些是必要的，也是必然的。但是，也有些并不必要，更不是必然的，或者说不应该付出的。无论从何种角度，这种代价都是太大了。

（二）企业家犯罪与企业家落马不应混为一谈

改革开放前期一些企业家不得善终的后果大致表现为两种情况：

一种是因经营失败或在被环境挤下后落水；一种是触犯政策和法律而落马。

落水者不涉及刑事风险，落马者轻则被罚款、吊照或受到行政处罚，重则就会被定罪而受到刑事处罚。而更为惨烈的，则是因被错误定罪而遭受冤狱的哪些人，他们往往会遭受到人财两空甚至是家破人亡的悲惨下场。

由于法律环境的不尽人意，也由于媒体宣传的信息不对称，长期以来人们有时候仅仅以企业家被定罪的数量来评价企业家群体的状况，这种评价对企业家的整体形象产生了更多的诟病。而事实上，可以说在被定罪的企业家中，并非全部都真正有罪，被冤狱者并非个别！所以，企业家中犯罪者一定落马，而落马者却不一定有罪，两者不能混为一谈。这种现象，也正是我们需要研究企业家刑事法律风险的理由所在。

形成企业家悲剧的原因探析

在改革过程中付出沉重代价的企业家悲剧，可以说是我国特定历史条件下的一种特殊现象，导致这种现象的社会原因主要体现为两个方面。一方面是市场环境不成熟、不规范，另一方面是法治环境不成熟、不规范。

一方面，我国的市场经济是由计划经济脱胎而来，而且又一直与计划经济交叉并存，不仅市场规则的形成和固化要经历一个长期过程，而且市场观念的形成和固化还要存在一个破旧立新的转型问题。同时，两种经济体制交叉并存，更会产生政策多变和界限不清使经营者无所适从的问题。这种不成熟不稳定的市场状态则需要法律制度的有效控制与保护。

另一方面，我国社会由人治走向法治的转变是与计划



经济转向市场经济同步进行的。由于法律的滞后性，市场法治的建立和健全需要伴随市场环境的发展来实现，所以法治环境只能市场环境逐步成熟的基础上不断调整和完善。可见，与市场环境相比较，法治环境则处于更加不成熟不稳定的状态。

经济基础决定上层建筑，上层建筑保护经济基础。在法治发达国家，市场环境 with 法治环境都是经过长期的历史积淀而处于成熟和稳定状态、运行自如。而在我国现实条件下，不稳定、不成熟的市场环境和同样不稳定、不成熟的法治环境叠加在一起，形同于耸立在沙滩上的建筑，一旦坍塌，首先被砸到的就是企业家。这种坍塌既可以体现为失去对企业和企业家的合理控制和有利保护，也可以体现为对企业和企业家刑事责任的不当追究。这是一个不容回避的社会难题。在社会变革过程中，这种难题的存在具有一定的必然性，任何社会概莫能外。但是，并不意味着我们在这种难题面前完全无所作为。探究原因、寻求对策，正是为了在推进改革中减少风险，在减少风险中推进改革。

经营活动中发生刑事风险的四种情况

经营活动中企业家面临的刑事风险随处可见，概括起来可以归纳为四种情况。

（一）为追逐非法利益而陷入犯罪

为追逐非法利益而陷入犯罪，是人类社会的一种常态。企业家犯罪，当然也包含在这种常态之中，这也正是刑事法律之所以存在的必然性。

问题在于，由于改革开放过程中的特定情况，现阶段我国的企业家犯罪现象表现得更加突出，已经成为伴随市场经济发展进程的特有现象。实践中，发生较多的犯罪类型主要表现在以下几个方面：

1. 逃税、虚开发票、走私、骗取贷款、骗取信用证、骗取汇票承兑以及相对应的各种诈骗类犯罪等

此类犯罪属于侵犯公共利益的犯罪，与侵犯私权利的犯罪不同，由于既有趋利倾向的诱惑，又无社会公愤，所以，在实践中更容易发生。在市场环境混乱和法治不健全的情况下，此一类犯罪甚至成为一些企业实现原始积累的

重要手段。如改革开放初期沿海地区走私泛滥就是典型的例子。

2. 重大责任事故罪、玩忽职守罪、滥用职权罪、签订合同失职被骗罪等企事业单位的职务犯罪

此类犯罪的重要成因是法律意识和安全意识淡薄。行为人在往往是在不经意之中陷入犯罪，甚至闯下大祸（如重大责任事故罪导致的严重后果）。

3. 普通诈骗和合同诈骗罪

市场主体的诈骗犯罪在任何市场经济中都是一种客观存在，但是在市场经济运行良好和保障机制健全的情况下，这类犯罪只能是一种个别现象。而在我国改革开放过程中的特定情况下，此类犯罪则由于缺乏自我约束和有效控制而数量大增。

发生此类犯罪的动力，一方面是为谋取利益而蓄意设计骗局；另一方面，是为转嫁风险而形成骗局，而这种骗局有些是蓄意设计的，也有些是被推定为故意的。诈骗类犯罪的泛滥，严重地扰乱了市场秩序。既存在被骗一方被追究刑责的风险，也存在受骗一方遭受损失的风险。

4. 贿赂犯罪

贿赂犯罪，是当前严重污染市场环境的犯罪。由于是受到社会整体大环境的影响，此类犯罪有愈演愈烈之势。尤其是行贿犯罪更加防不胜防，已经成为企业尤其是民营企业面临的一道无解难题。有些情况下，是无良经商者罪有应得。而许多情况下，则是为求生存不得已而为之。近年来，发生多起大型知名外资企业陷入行贿犯罪的案例，原因是这些企业入乡不得不随俗。对此类犯罪风险防控的根本措施是有赖于市场大环境的整体改善，但在现实条件下最好的建议是为安全而守住底线。

（二）不知不觉中无意识陷入犯罪的风险

由于我国法治建设的历史太短，公众的法律意识普遍淡薄，经常会有人不经意之中触犯刑律。这样的情况在经营活动中更加普遍。

例如，多年以来，虚报注册资本，抽逃资金等犯罪比比皆是，几乎成为一种普遍现象，由于多数情况下此类问题不被关注，人们也就习以为常，但是一旦被追究就在劫难逃。

又如走私犯罪，由于海关法关于走私罪的规定比较繁

杂, 税率变化又频繁, 有时候一不小心就会陷入犯罪。

再比如签订合同失职被骗罪, 滥用职权罪, 重大责任事故罪等一些在经营管理过程中经常发生的与职务有关的犯罪, 往往都是由于行为人缺乏法律意识和责任意识而导致的。

还有一些行为人由于没有明确的犯罪意图, 又不懂法, 直到案发都无法接受。如在挪用公款和挪用资金的犯罪中, 常常会有人出于良好的动机, 如帮助别人解决一时困难而铸成大错。也有些企业的管理者由于违反规定给职工多发奖金而构成私分国有资产罪。

更为普遍的是, 近年来, 在民营企业融资困难的现状下, 有许多企业由于向社会集资而触犯了非法吸收公众存款的罪名。前些年, 连赫赫有名的德隆集团也因此罪名而被追究。

如前所述, 在当前市场环境和法治环境不成熟、不稳定的特定时期, 这种现象的发生有一定的必然性。以上列举的一些罪名只是此类问题中比较常见的一小部分。在此情况下必须树立起强烈的风险防控意识。在风险中寻求发展, 不仅要有较多的勇气, 还要有强烈的自保意识, 这是现阶段中国的企业家不可忘记的原则。

(三) 因立法、司法的误区, 而使无辜者被追诉的风险

由于立法经验和司法环境等多方面的原因, 一方面有一些犯罪构成条件的立法表述不够明确精准; 另一方面由于司法的环境和司法水平的限制, 形成错案的几率相对较高。

这种状况对于有些类型的犯罪, 会形成一种几乎防不胜防的危险状态。例如, 关于贷款诈骗罪、信用诈骗罪、传销罪、虚开增值税发票罪……实践中有一些罪名的罪与非罪的界限确实难以把握。同罪不同判的情况时有发生, 有些时候经过专家反复论证或者主管部门已经认可后才实施的行为, 也可能被追诉甚至定罪。再加上多年来民事纠纷刑事化的倾向一直难以纠正, 甚至在有些地方还有愈演愈烈之势。

这种局面给企业家的经营活动带来了更大的风险。而这些因立法和司法的失误所导致的风险, 形成了对企业家更大的安全隐患。

(四) 为商业利益之争而遭人构陷的风险

由于我国市场经济历史太短, 市场活动中尚未建立起具有共识性的规则意识, 加之人们经历了由无产到有产的突变之后, 有些人因对财产的贪欲过大而突破了道德底线, 导致其在原始积累过程中为获取利益而不择手段。而其中最恶劣的, 就是通过构陷手段, 利用司法机关的公权力置对方于犯罪境地。

更可怕的是, 由于现阶段司法环境的诸多问题, 这种构陷手段却常常可以得逞。多年来这样的案例经常可见, 不仅见诸于一般的商业伙伴和竞争对手中间, 而且也常见诸于亲朋好友之间。为争夺财产利益夫妻反目, 父子成仇, 手足相残的案例屡见不鲜!

这种状况应该说是资本原始积累阶段的一种特有现象, 加之市场环境中现存的弊端就会变得更加惨烈!

企业家刑事法律风险防控措施

面对当前条件下企业家刑事法律风险过大的现状, 一方面是防不胜防, 一方面是不得不防。防不胜防, 是没有万无一失的安全措施, 不得不防, 是只有通过防控才能把风险减少到最低限度。

总结现实中的经验教训, 可以提出以下4个方面可供参考的防控措施:

(一) 更新理念是前提也是根本

首先, 由于长期的人治思维惯性所导致的法治理念缺失, 人们没有形成常态化的风险防控意识。

其次, 由于长期计划经济思维所导致的市场化观念淡漠, 人们普遍缺乏以公平、公正为基础的规则意识。

多年来, 重道德而轻法律已经成为人们的思维惯性, 先君子后小人的行为方式也受到普遍推崇。相应之下, AA制、借据、合同、遗嘱等诸多行为方式被视为无情无义、多此一举, 等等。

而事实上, 排斥这些行为方式的后果恰恰是导致市场风险的重要原因。大量案例证明, 许多遭遇刑事风险的企业家正是这种滞后观念的牺牲品。所以, 摒弃人治思维和计划经济的滞后理念, 建立起法治经济的思维模式, 是企业家人防刑事法律风险的前提条件和根本保障。



（二）守住行为底线，力求防患于未然

在市场环境和法制环境都比较好的法治发达国家，企业家们面临的刑事法律风险较小，防范意识却相对较强。而在我国却恰恰相反，刑事法律风险较大，防范意识却十分薄弱。这种巨大反差导致了风险加大的严重后果。因此，在现阶段我国的企业家，为了自我保护则需要具有格外强烈的风险防控意识。

简言之，在企业经营活动中要严守行为的法律底线，排除各种侥幸心理。同时，尽可能做到防范在先，防患于未然。

多年来无数案例表明，在中国的企业中绝大多数都是由于缺乏事先防范的意识而铸成无法挽回的大错，有些甚至至于连亡羊补牢的意识都没有，一错再错地走向自毁之路。这些惨痛的教训可以起到刻骨铭心的警示作用。

（三）力求自保而随时留存证据

在刑事案件中证据是重中之重，因此留存证据也是自我保护的重中之重。

实践中，因缺乏证据而蒙冤的案例时常可见。有些人不重视留证据，如重口头约定而不重书证；有些人不注意留存证据，而将已有的证据遗失或者被人窃取，毁灭或藏匿；有些人对证据不留备份，被办案机关抄走后不能自证清白；也有些人不懂得如何获取和保存证据。

在我国当前疑罪从有的司法理念尚未深入人心的现状下，有罪推定、疑罪从有的司法现象还大量存在。因此，被告人自证无罪的作用还不容忽视。这种状况虽违背法理却不能忽视且不得不防。曾有一个案件因无罪证据被办案人员藏匿，导致被告人被判有罪，幸好二审时有人偷出了被藏匿的证据，被告人才获无罪。

还有一个诈骗案件，担保方为逃避担保责任，在担保协议上加盖了未备案的备用公章，案发后为逃避担保责任坚称该公章系被告人伪造而否认担保合同。而由于担保协议上只有公章却没有法定代表人签字，置被告人于有口难辩的不利境地，以至于招致被告人被判处死刑的严重后果。幸好在二审时经过力辩才保住了性命。在当前科技条

件下公章容易仿造而签字可鉴定真伪，所以在保留证据时签字比公章更可靠。

可见，在守住底线不触犯刑律的同时，善于留存证据，则是保护自己不被错判、不被冤枉和不被构陷的重要措施。例如会议记录、签字笔录、工作流程、政府和公司的文件、合同文本及备忘录……对于这一系列可以证明自己清白无罪的证据都应当妥善保存并留有备份，至少要有一套备份，放置在安全地点。

（四）重视律师作用，学会利用专业法律服务来防控风险

企业家的刑事风险防控最切实的措施还是通过向律师寻求专业法律服务的方式来实现。

在社会分工日益细化的今天，专业的事让专业的人来做，已成为全社会的共识理念，而法律专业服务在法治经济中则更具有不可替代的作用。

有一个令人遗憾的现实是，目前中国律师业务仍然局限在以诉讼为主要内容的传统业态之中，大部分非诉讼的法律服务项目尚未得到有效开发，或者说有相当一大部分本应由律师承担的专业性的涉法事务仍然在由企业自行承担。而这种现象也正是企业家的刑事法律风险防控乏力的重要原因。

诉讼所能解决的只是事后的补救，而事前的防控作用主要体现在经营运行过程中的法律服务。

尤其是在中国目前法治环境不尽人意，入罪界限难以把握的特定条件下，具有指导性、预防性的专业法律服务就更加显得格外重要。

简言之，在中国现实条件下，律师的专业性法律服务，对于企业家的刑事法律风险防控具有不可替代的重要作用。而且，这种作用必须通过专业化律师团队的协同配合才能得以有效发挥。

所以，中国企业家在下一步的征途中，应该同律师更紧密地联结在一起，真正做到相互理解和尊重。这样才会使中国市场经济的发展提升到一个更高的层次。

因为，没有律师就没有法治，而没有法治就没有市场经济。所以，没有律师也就没有企业和企业家的安全。

守护绿水青山 环境立法与诉讼实务发展研究





环境立法公众参与制度评析

■ 李波 车若雯 / 文

从党的十八大召开以来,习近平总书记坚持推进“生态文明建设”的战略决策。环境法治既是建设生态文明的目标之一,也是“依法治国”背景下的基本要求。出于立法民主性的要求和科学性的审慎需要,公众参与环境立法渐渐成为提高环境立法质量、促进环境法有效实施的重要措施。虽然中国作为人口大国,公众参与环境立法困难重重,但立法公正的价值选择推动我们在“开放式立法”的道路上不断前进。营造一种公平、公正、公开的立法氛围,确保不同层次的环境利益得到充分的表达,从而实现社会公平,是提高环境法治水平的重要体现。

一、公众参与环境立法的基本内涵

(一) 公众参与环境立法的概念

公众参与环境法制定、实施、监督等一系列权利是由“环境权”所赋予的。顾名思义,“环境权”是指每一公民都有在优美的环境中生活的权利。该权利作为一项基本人权在国际上首次被承认是1972年的《人类环境宣言》当中:“人类有权在一种能够过尊严和福利生活的环境中,享有自由、平等和充足的生活条件的基本权利,并且负有保护和改善这一代和将来世代代的环境的庄严责任。”¹正是因为环境权作为一项基本人权不容侵犯,公众对于任何破坏环境的行为才有权利和义务进行干预。公众参与便是公

众实现该权利的最佳途径与方式。

(二) 公众参与环境立法的意义

首先,公众参与环境立法是“言论自由权”实现的途径。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第三十五条规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”。公众通过多种方式发表自己对于环境立法问题的见解正是言论自由权实现的最基本方式。国家只有充分保障言论自由权的实现,才能提高公民参与国家治理的积极性,从而发挥民主在治理中的作用,使决策满足科学化、民主化的要求。

第二,公众参与环境立法能够提高公民的环境保护意识。习近平总书记指出,“建设生态文明,关系人民福祉,关乎民族未来。他强调,生态环境保护是功在当代、利在千秋的事业。”²虽然上世纪90年代后,我国公众的环境保护意识明显增强,但总体水平仍有待提高。公民环境保护意识薄弱,认识不到破坏环境的严重性,主要是因为公众参与程度不够。环境保护不是一个国家、一个政府就能解决的问题,它需要每一个公民以此为已任。如果不能提高公民的环保意识,那么每一个公民都有可能成为环境破坏者。因此,公民无论是主动的还是被动的参与环境立法活动,通过了解相关环境法律,结合专业知识与生活经验,提出个人观点,都将对提高环保素质、法律素养产生

1 《联合国人类环境宣言》,简称《人类环境宣言》,于1972年6月16日斯德哥尔摩联合国人类环境会议全体会议通过。它是人类历史上第一个保护环境的全球性宣言,它对激励和引导全世界人民奋起保护环境起到了积极的作用,具有重大历史意义。

2 习近平谈治国理政之八:建设生态文明。

李波律师简介



京都律师事务所高级合伙人，现任民革北京市委社会与法制委员会委员，北京市律师协会环境与资源委员会委员。主要从事政府法律顾问和刑事辩护工作，尤其在环境犯罪、职务犯罪、黑社会性质组织犯罪、非法集资犯罪等方面积累了丰富的办案经验，先后取得了不起诉、判决无罪、缓刑等辩护成果。李波律师先后担任北京市通州区生态环境局法律顾问、北京市老干部局法律顾问、北京市通州区公安消防支队法律顾问、中国老年协会法律顾问，并于2014、2015、2016年度代表京都律师事务所被工信部中小企业发展中心选聘为首选法律服务商，于2014年度代表京都律师事务所被北京市股权交易中心选聘为专业法律服务机构，于2015年被北京市金融局选任为打击非法集资讲师等。

主要问题。让富有大量实践经验的公众参与到立法工作中来，使立法者全面了解其诉求，由此制定出的法律才更加公正。集思广益不仅可以得到公众的认可和支持，还能够有效制约国家的权力。此行为从根本上提高了法律的可实施性，其益处不言而喻。

积极作用。

第三，公众参与环境立法是立法民主化的必然要求。实践中，立法机关会在立法过程中听取专家、学者的建议，虽然这也是公众参与的一种表现形式，但专家的意见只代表少数人的观点，不能反映社会公众的多数意见。所以，只有提高公众参与的程度，广泛了解公众意愿，才能有效发挥民主的有益之处，从而提升公众对法律的认可程度。

第四，公众参与环境立法可以提高立法质量。环境问题大多是群体之间的利益冲突问题，拥有决定权的立法者不能全面平衡各方利益，导致法律实效性不高是当前环境立法的主要

二、我国公众参与环境立法的法律依据

我国关于公众参与立法的规定由来已久。《宪法》作为我国的根本大法，并没有直接规定公众参与立法，但是宪法第二条规定人民可以依照法律的规定，通过各种途径和形式管理社会事务与国家事务。

公众可以通过多种途径和不同的形式参与管理，比如听证会、论证会、座谈会、游行、集会等。《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第五条规定“立法应该体现人民的意志。”第三十六条规定“立法可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式听取公众意见”。同时，《中华人民共和国环境保护法》（以下简称《环境保护法》）第六条规定“一切单位和个人都有保护环境的义务，并有权对污染和破坏环境的单位和个人进行检举和控告。”这些法条为公众参与提供了法律依据，使公众参与的具体形式和方式都有据可循，并为公众参与环境立法提供了良好的法律基础。

三、公众参与环境立法的现状评述

（一）环境立法公众参与现状

从2002年起，立法机关采用向社会公开征集立法项目的方式，使公众全面了解立法进程，将公众迫切关注的问题尽早的纳入法制轨道。这一举措使公民能够更早的参与到立法环节当中，是公众参与立法制度的根本保障。为了使立法工作公开化，也为了方便公众的监督，立法机关会将未来一定时期内的立法计划和安排提前公告。

《立法法》、《行政法规制定程序条例》及《规章制定程序条例》中均有“立法听证”“公布征求意见稿”“召开座谈会、论证会”等公众参与立法环节的体现。2018年1月16日公布的《国务院关于修改〈行政法规制定程序条例〉的决定》和《国务院关于修改〈规章制定程序条例〉的决定》中，对完善立法项目征集和论证制度、确立公开征求意见制度、委托第三方起草制度、确立重大利益调整论证咨询制度作了详细规定³。2007年，第十届全国人大常委会第二十九次会议决定将国务院提请审议的

3 国务院法制办负责人就《国务院关于修改〈行政法规制定程序条例〉的决定》和《国务院关于修改〈规章制定程序条例〉的决定》答记者问。



车若雯简介



京都律师事务所实习律师。具有环境法学专业背景，主要从事环境法、金融法等领域法律业务。在其专业领域发表过诸多文章，且擅于在工作中将理论知识与实践相结合。曾协助办理多起污染环境犯罪、职务犯罪等刑事案件，并在大量民商事诉讼案件中积累了丰富的司法实践经验。

《水污染防治法（修订草案）》全文向社会公布，广泛征求公众意见。这是建国以来向全民公开征求意见的第十五部法律草案，也是第一部真正意义上的环境保护类法律草案。可见，近年来我国一直贯彻“科学立法、民主立法、依法立法”的方针，公众参与立法的进程不断推进。

与此同时，环境保护部门在推动公众参与方面也做了许多探索与尝试。例如，2003年

目前各地方也陆续推出了关于环境保护公众参与的相关条例或其他形式的法律法规，例如北京、山西、沈阳、昆明等省市。法规中明确规定了本省（市）公众参与的范围、形式、程序、内容，使得公众参与可以更加规范化、制度化、理性化。

（二）我国公众参与环境立法存在的问题

1. 政策指引与法律规范方面的问题

（1）未赋予公众从源头上参与立法的权利

我国在环境保护问题上一直遵守“预防为主，防治结合”⁴的原则，但在立法环节上，公众参与大多是“末端参与”，即在“人大主导立法”的原则下，公众以给予意见或建议的方式参与到立法程序当中。“人大主导立法”的原则虽是有理、有序的，但笔者认为“主导”的内涵应该是组织、协调，而不是干预、代替。环境保护相关法律作为极具公益性质法律，应该由公众把握立法的源头性权利，做到“公众的法公众立”。

（2）原则性规定较多，可操作性不强

我国《宪法》虽然规定了公民有管理国家事务，管理社会事务的权利，但并没有对这些权利进行细化。公众参与环境立法是否属于这样一项权利的界定过于模糊，使得公众参与在立法环节难以贯彻落实。

《立法法》虽然规定了公众参与立法原则，对立法的部分参与活动有所提及，但缺乏主体、内容、范围、阶段、环节等详细构成要素，因而会产生原则性规定多、随意性大、可操作性不强、效果不显著等突出问题。例如《立法法》第三十七条规定：“列入常务委员会会议议程的法律案，应当在常务委员会会议后将法律草案及其起草、修改的说明等向社会公布，征求意见，但是经委员长会议决定不公布的除外。”第一百零一条规定：“全国人民代表大会有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当按照规定要求，将审查、研究情况向提出审查建议的国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民反馈，并可以向社会公开。”也就是说，向社会公布、征求意见不仅有例外条件而且不是立法机关的一项当然义务。

9月25日国家环保总局组织召开了“公众参与环境保护国际研讨会”；2007年国家环境保护总局办公厅发布了《关于进一步提高总局机关立法工作公众参与程度的通知》；先后出台的《环境保护法规制定程序办法》《环境影响评价公众参与暂行办法》《环境信息公开办法（试行）》《关于推进环境保护公众参与的指导意见》《关于培育引导环保社会组织有序发展的指导意见》等，均对公众参与做出了明确规定；2015年新修订的《环境保护法》中也对公众参与原则进行了专章规定。同年，环保部还出台了《环境保护公众参与办法》作为新修订的《环境保护法》的重要配套细则，可见，规范引导公众依法、有序、理性的参与立法才是保障公民、法人和其他组织获取环境信息、参与和监督环境保护的权利，促进环境保护和公众参与健康发展的根本方法。

4 源于1973年8月5日，国务院召开首次全国环境保护会议，制定的《关于保护和改善环境的若干规定（试行草案）》。这是我国第一部环境保护的综合性法规。

《环境保护法规制定程序办法》第十条规定：“起草环境保护法规，应当广泛收集资料，深入调查研究，广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取召开讨论会、专家论证会、部门协调会、企业代表座谈会、听证会等多种形式。”目前，“征求公民的意见”似乎成为了公众参与立法的唯一内容，笔者认为这种参与形式远不能满足社会公众当今民主参与的期待和需要。因为缺乏规则性规定，在哪些环节启动公众参与、由哪些公众参与、以何种形式参与并未明确，公众仅遵照自愿参与的原则，将导致公众参与环境立法过于形式化，起不到真正推动民主立法的作用。

2.参与主体方面的问题

(1) 参与主体的代表性不够广泛

在环境立法工作中，专家、相关部门和单位是主要参与者，公众参与机会较少。《环境保护法规制定程序办法》第十三条规定：“环境保护法规直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益的，可以公布征求意见稿，公开征求意见。”因为公开并不是强制性的规定，所以即便有该条款，并不能保证所有的环境立法工作都能使公众充分参与、提供意见，不能保证立法的民主性。

(2) 公众的参与意识淡薄

表1中的数据可以清晰体现出我国公众参与环境立法不积极。中国作为人口大国，在涉及公共利益和可持续发展的环境问题上，竟然只有百十人进行参与，可见我国公众环保意识和参与环境立法的意识亟待提高。因为大多数的公众还停留在关注的层面，所以虽然环境保护的重要性得到了一定关注，但依然未引起足够的重视。“事不关己，高高挂起”“搭热心公众便车”的行为已成为常态。

法律草案名称	参与人数	意见条数
水污染防治法草案	307人	1408条
环境保护法修正案（草案）	9582人	11748条
环境保护法修正案（草案二次审议稿）	822人	2434条
大气污染防治法（修订草案）	971人	5047条
大气污染防治法（修订草案二次审议稿）	566人	1762条
环境保护税法（草案）	118人	300条

海洋环境保护法修正案（草案）条文	33人	49条
水污染防治法修正案（草案）征求意见	75人	237条
土壤污染防治法（草案）征求意见	140人	724条
土壤污染防治法（草案二次审议稿）征求意见	102人	494条

表1：环境法律草案征求意见情况

3.参与程序方面的问题

(1) 公众参与的方式单一、缺乏实效性

立法调研、立法听证、座谈会、论证会、公布法律草案征求意见以及公开征集立法项目建议等成为了我国公众参与环境立法的主要形式。在实践中最常应用的即公布法律草案征求意见和听证会。

《立法法》虽然确立了重要法律公布讨论的程序，但是对于何种法律属于需要公布讨论的重要法律没有明确规定。这种没有程序保障的规定，导致公开征求意见的法律寥寥无几。与此同时，对于以什么标准听取谁的意见，该用什么方式进行采纳，在法律中也没有明确的规定。因此，依靠该方式反映公众真实意愿并不是可靠之举。例如，9582名公众参加的《环境保护法修正案（草案）》征求到了11748条意见，而关于报送对《环境保护法修正案（草案）》意见和建议的函中，只提炼出了34条建议。这34条建议筛选、归纳、总结的程序也并未对外公开。

另外一个重要的参与形式就是“听证会”。环境立法程序的听证主要是在法律规范的起草和审议阶段。但听证会并未在立法环节实现制度化与常态化。实践中听证会的结果往往会遭到社会公众的质疑，立法听证意见处理的公开性不高，政府对一些意见不采纳也不解释原因，导致公众参与的热情大大降低。且立法听证会成本较高也是亟待解决的问题之一。

(2) 公众与政府之间的信息不对称

公众与政府之间信息对称主要有两个方面的要求，一是要求政府及时向公众提供真实的环境信息，使公众对其能够有效掌握，这是公众参与环境立法的前提。另一要求是公众要结合相应专业知识与实践经验，给予政府切实可行的完善意见，这样才能使意见具有可参考性，从而推动整个立法进



程,这是公众参与环境立法的保障。目前,我国政府信息公开的范围相对较广,但是公开后给予公众反馈的时间较短,一般只有几十天。公众在几十天内要弄清相关法律术语,提出有效的意见并不是一件很容易的事情。

四、公众参与环境立法的健全与完善

在制约国家发展的问题中,环境问题尤为突出。环境保护逐渐从污染治理阶段向全面建设生态文明社会的阶段过渡。基于环境问题的复杂性、公益性、利益冲突明显性,公众参与环境保护成为了必要的、不容忽视的环节。公众参与环境立法作为这一环节的源头,更应该给予高度重视。完善公众参与环境立法可从如下几个方面进行:

(一)明确公众参与环境立法的法律效力

1.确认公民环境权的宪法地位

宪法作为我国的根本法,其对于公民环境权的确认不仅能够推动公众参与环境保护的进程,还能够为公众参与环境立法活动提供保障。公民享有宪法赋予的环境权能够大大提高参与环境立法的积极性,有利于加强公众参与的广度与深度。因此,国家应考虑将公民的环境权在宪法中有所体现,通过明确其实体性权利和程序性权利给予公众参与环境立法可靠的权利基础。

2.将公众参与作为环境立法的强制性要求

虽然我国在公众参与制度上一直遵守自觉自愿的原则,但环境保护作为一项全民性的事业,应该在最重要的立法环节将公众参与作为一种强制性的要求。首先,在立法法中可以将环境类法律法规作为一项特殊类别单独进行规定,要求在起草该类法律规范之前必须征求公众意见,对公众的意见进行总结归纳后再由专门的环境与资源保护委员会起草。这样不仅能够赋予公众参与环境立法的源头性权利,还有利于提高立法质量。其次,应该将整个公众

参与环境立法的程序进行法律上更具体、明确的规范。例如,要明确哪些环节必须有公众参与、参与的主体范围、参与的形式、参与后对结果影响力的评估等。

3.建立责任追究机制

为更好的实现公众参与环境立法的目的,应建立阻碍公众参与环境立法的责任追究机制。例如,法律规定应该组织公众参与立法而没有组织的,该法律无效。行政机关履职不善、环保部门监督不善等也应受到相应的处罚。如责任追究机制能够落实到相关责任人员则更有利于公众参与环境立法的发展。

4.提高公众参与环境立法素质

国家需采用不同形式,生动的宣传国家环境保护的政策、方针、理念,努力提高公众的知识储备、树立环保意识和法治观念。让公众更好的知晓、了解相关环境法律。

例如,国家可以给予在环境保护方面作出杰出贡献的公民、团体一些奖励政策,以此提高公民的环保意识。同时,国家也可以对在立法方面提出建设性意见的公民、团体大力宣扬、褒奖,以此提高公众参与环境立法的积极性。

(二)细化公众参与环境立法制度规定

1.赋予公众参与环境立法提案权

为更好的实现环境立法的民主性,应给予公众参与环境立法的源头性权利,即由公众选择制定什么样的法律。我国《立法法》第十四条、十五条⁵规定了法律议案提案权的归属。从中可知,我国只有全国人大代表拥有法律的提案权。虽然人大代表可以代表多数人的利益,但由于其人数有限、专业知识储备有限,很难将公众利益全面覆盖。虽然赋予公众提案权在实施上会有一定困难,但这关乎着环境立法层面的价值选择。笔者认为,在环境问题上公正比效益更重要。我们需要给予每一个公民参与的权利、提供公众参与立法的渠道,在保证环境立法民主性、公正性、可实施性的前提下提高立法的效率。当然,盲

5 《立法法》第十四条 全国人民代表大会主席团可以向全国人民代表大会提出法律案,由全国人民代表大会会议审议。全国人民代表大会常务委员会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会,可以向全国人民代表大会提出法律案,由主席团决定列入会议议程。第十五条 一个代表团或者三十名以上的代表联名,可以向全国人民代表大会提出法律案,由主席团决定是否列入会议议程,或者先交有关的专门委员会审议、提出是否列入会议议程的意见,再决定是否列入会议议程。专门委员会审议的时候,可以邀请提案人列席会议,发表意见。

目、任意的建立公众提案权制度是不可取的。为避免公众滥用提案权的现象出现，国家仍可对该项权利提出具体要求。例如，人数达到一定规模后才可以向立法机关提出议案申请。

2.完善环境立法听证制度

公众参与环境立法的一个最基本的方式就是立法听证。我国环境立法听证制度的规范还有很多方面亟待提高。参考前文笔者提到英国《咨询实务准则》中的相关规定，我们可以从中吸取经验为我国环境立法听证制度所用。

首先，合理确定听证参加人的结构。基于我国人口众多且流动性大的特点，很难达到所有具有利害关系的公众都参与听证的理想状态。因此，国家要合理确定听证参加人的结构，保证不同职业、代表不同利益、不同年龄段的人均能参与到立法听证中来。在此基础上，要鼓励具有专业知识、综合素质和表达能力较强的公众积极发表意见，其他不具有利害关系的公众也应享有旁听的权利。

第二，由“政府主导型听证”向“公众选择型听证”转变。目前，我国公众参与立法听证多为政府主导下的被动参与。为扭转被动趋势，调动公众参与积极性，国家应以法律形式将“公民有权要求立法机关组织听证”的权利予以落实。与此同时，还要对具体规定该权利实施的条件、方式、内容等进行规范。

第三，明确立法听证的范围。我国关于立法听证范围的规定太过于宽泛，无法在实践中确定“重大的”“利益相关的”法律法规有哪些。因此，借鉴国外相关规定，结合我国现实情况，尽快明确立法听证范围有利于保障公众参与权的实现。

3.建立公众参与立法评估机制

从法律草案征集系统提供的数据和相关部门报送的法律草案征求公众意见的反馈文件中可以看出，我国目前还停留在关注公众参与数量、忽视公众参与质量的阶段。而笔者认为，只统计公众参与数量，不对参与状况进行系统的评估，将会弱化公众参与立法的积极性。简单的一个统计数字远远不能反映公众参与环境立法的真实情况，因此，为了不让公众参与沦为形式化的流程，建立相应评估机制尤为重要。例如，相应机关应对每次公众参与进行细致统计和专业分析，尤其要在统计中明确公开公众

提出了哪些意见，哪些被采纳，哪些没有被采纳，没有被采纳的原因是什么。还要对此次公众参与是否对该项法律的制定有任何程度的影响一一进行分析。这种评估机制，将大大提高公众参与立法的有效性，参与结果公开、透明也会使公众更认可国家的管理水平，更愿意参加到国家的环境治理当中。

（三）加强公众参与环境立法程序建设

1.拓宽公众参与环境立法的渠道

在互联网飞速发展的时代，公众参与环境立法的方式也应与时俱进，充分利用网络平台，提高公众参与效率，拓宽公众参与渠道。国家可建立公众参与立法信息平台，其中包括立法项目、信息收集、信息反馈、信息评估等模块，公众可在一个网络平台上了解并参与到整个立法程序。此外，国家还可以将新型网络参与模式与传统参与模式相结合。例如，可采用网络直播的方式进行立法听证、征求公众意见，也可针对利益冲突较大的、普遍关注的环境立法问题在网络上向公众发放调查问卷，甚至可以通过网络论坛实现全民讨论。当然，通过网络参与立法也需要政府部门加强网络安全，否则可能造成大规模数据丢失、公民信息泄露等不利后果。

2.完善信息公开制度

公众参与环境立法是在了解某种环境状况下进行的，如果不能提供给公众真实、全面的环境信息，将有碍其对相关环境问题的认识。扩大环境信息公开的范围是完善信息公开制度的首要任务。对于环境立法工作而言，信息公开主要包含两个方面，一是环境信息的公开，二是立法信息的公开。

环境信息的公开范围可以参考《奥胡思公约》中的规定。其认为应当对环境信息作宽泛的界定：它是指包括环境、生物多样性（含转基因生物）的状况和对环境发生或可能发生影响的因子（包括行政措施、环境协议、计划项目及用于环境决策的成本、效益和其他基于经济学的分析及假设）在内的一切信息。只有将以上环境信息全面公开才能让公众更容易发现当下存在的问题，从而保证公众有效的参与到环境立法的工作中来。

为了让公众更加了解立法程序每一个阶段可能产生的问题与争议，立法信息公开是必要的。而立法信息的公开



公众参与环境立法活动，不仅仅是公众管理国家事务的重要环节、环境权实现的重要体现，也是保障环境立法民主性、科学性的本质要求。

五、结语

不光是民主立法的要求，更是立法程序正义的一种体现。只有不断推进立法信息全面公开，增强法律的民主性、权威性，才能使国家“科学立法、民主立法、依法立法”原则能够贯彻实施。

另外，借鉴美国制定《应急计划和社区知情权法》以保障公众环境知情权的措施。我国也应完善《环境信息公开办法（试行）》，明确环境信息公开的范围、方式和责任追究机制，确保无论是政府主动公开还是公众依申请公开都能够得到法律保障。

3. 制定科学的代表遴选机制

制定科学的代表遴选机制，方能在公众全民参与的理想状态不能实现时，确保代表制度能够拥有最高公平性。制定科学的代表遴选机制，一是为了保证参与代表的广泛性，尽可能的涵盖不同的利益群体，二是为了保证代表选举的公平性。因此，公众参与的代表应优先从积极性高、社会责任感强的参与者中遴选，且选择权应由公众掌握，立法机关只起到一个协调、帮助的作用。

在“加快生态文明体制改革，建设美丽中国”⁶的政策背景下，实现环境法治是环境保护的最终目标。环境保护需要公众的支持，因为它是全民的事业。具体到环境立法环节，国家应大力保障公众参与制定和完善法律。公众参与环境立法活动，不仅仅是公众管理国家事务的重要环节、环境权实现的重要体现，也是保障环境立法民主性、科学性的本质要求。

近年来，国家通过公开征集环境立法项目、广泛征求公众意见、重大事项调整论证咨询等多种举措推动公众参与环境立法环节当中，但因为法律未赋予公众源头性参与权、原则性规定较多，导致参与主体代表性不强、参与意识浅薄、参与方式单一等问题仍然存在。因此，国家还需把公众参与环境立法放到一个新的高度并加以重视。

我们还需不断的借鉴其他国家的有益经验，明确公众参与环境立法的法律效力，细化公众参与环境立法的制度规范，才能更好的实现公众与政府之间的紧密合作，努力达到环境法治的根本要求，从而加强环境立法公众参与程序与实体建设，实现建设美丽中国的目标。

6 《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》习近平代表第十八届中央委员会于2017年10月18日在中国共产党第十九次全国代表大会上向大会作的报告。

污染环境罪定罪量刑标准的分类释义

■ 孙春晓 / 文

一、污染环境罪的立法修改与解释修订

《刑法修正案（八）》实施前，重大环境污染事故罪的司法适用虽有一定成效，但在污染事件频发、环境公害态势猖獗的社会背景下，其难以满足加大环境犯罪惩治力度的要求，这在司法实务中主要表现为三大问题：一是重大环境污染事故罪是以实际危害后果发生作为犯罪构成要件。也就是说，无论行为人对环境造成多么严重的污染，只要没有“造成公私财产损失或者人身伤亡的严重后果的”，就不能追究污染者的刑事责任。二是将污染物限定为“有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物”，导致污染排放物范围规定过窄。三是危害后果复杂多样且潜伏周期长，污染行为与危害后果之间因果关系难以确定。

为完善该罪名的适用，进一步适应社会发展新形势的需要。2011年5月1日起施行的《刑法修正案（八）》将“重大环境污染事故罪”变更为“污染环境罪”，并规定“违反国家规定，排

孙春晓律师简介



京都律师事务所律师。自2014年开始进入律师行业并于2016年取得律师执业证，自2014年参与办理了多起职务犯罪和经济犯罪案件的辩护工作，对于刑事辩护工作具有丰富的经验。曾在行政机关工作，自2015年开始负责北京市某区生态环境局的常年法律顾问工作，参与了多起行政处罚案件的分析、研讨和应诉，对于涉刑的环境案件及环境刑事犯罪问题有较深的研究。主要擅长领域为职务犯罪及经济犯罪的辩护、行政诉讼及政府常年法律顾问事务。

放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”此次修订直接删除了污染行为的作用对象为“土地、水体、大气”的限定；将原法条中“有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物”的污染物范围扩大至“有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质”；将“造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果”修改为“严重污染环境”，以此降低了入罪门槛。

罪名变更后，2006年最高院发布的《关于审理环境污染刑事案件具体应用法律若干问题的解释》已无法适用，亟需制定新的司法解释以解决实践问题。故最高人民法院、最高人民检察院先后于2013年和2016年两次制定了《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下分别简称为《2013年司法解释》和《2016年司法解释》），两部解释的施行标志着我国环境污染刑事司法迈入新的阶段，呈现新的态势。

二、结果犯向情节犯转化的入罪标准设定

《2013年司法解释》和《2016年司法解释》均在第一条和第三条对污染环境罪的入罪标准和结果加重情节作出了详细的释明。笔者以表格形式对比新旧司法解释关于入罪标准和加重情节的不同设定，以期准确把握污染环境罪由结果犯向情节犯转化的修法精神（参见表一、二）。

表一：两部司法解释关于“严重污染环境”的认定标准对比

2013年司法解释	2016年司法解释
（一）在饮用水水源一级保护区、自然保护区核心区排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的；	（一）在饮用水水源一级保护区、自然保护区核心区排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的；
（二）非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上的；	（二）非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上的；
（三）非法排放含重金属、持久性有机污染物等严重危害环境、损害人体健康的污染物超过国家污染物排放标准或者省、自治区、直辖市人民政府根据法律授权制定的污染物排放标准三倍以上的；	（三）排放、倾倒、处置含铅、汞、镉、铬、砷、铊、锑的污染物，超过国家或者地方污染物排放标准三倍以上的；
	（四）排放、倾倒、处置含镍、铜、锌、银、钒、锰、钴的污染物，超过国家或者地方污染物排放标准十倍以上的；
（四）私设暗管或者利用渗井、渗坑、裂隙、溶洞等排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的；	（五）通过暗管、渗井、渗坑、裂隙、溶洞、灌注等逃避监管的方式排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的；
（五）两年内曾因违反国家规定，排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质受过两次以上行政处罚，又实施前列行为的；	（六）两年内曾因违反国家规定，排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质受过两次以上行政处罚，又实施前列行为的；
	（七）重点排污单位篡改、伪造自动监测数据或者干扰自动监测设施，排放化学需氧量、氨氮、二氧化硫、氮氧化物等污染物的；

	（八）违法减少防治污染设施运行支出一百万元以上的；
（九）致使公私财产损失三十万元以上的；	（九）违法所得或者致使公私财产损失三十万元以上的；
	（十）造成生态环境严重损害的；
（六）致使乡镇以上集中式饮用水水源取水中断十二小时以上的；	（十一）致使乡镇以上集中式饮用水水源取水中断十二小时以上的；
（七）致使基本农田、防护林地、特种用途林地五亩以上，其他农用地十亩以上，其他土地二十亩以上基本功能丧失或者遭受永久性破坏的；	（十二）致使基本农田、防护林地、特种用途林地五亩以上，其他农用地十亩以上，其他土地二十亩以上基本功能丧失或者遭受永久性破坏的；
（八）致使森林或者其他林木死亡五十立方米以上，或者幼树死亡二千五百株以上的；	（十三）致使森林或者其他林木死亡五十立方米以上，或者幼树死亡二千五百株以上的；
（十）致使疏散、转移群众五千人以上的；	（十四）致使疏散、转移群众五千人以上的；
（十一）致使三十人以上中毒的；	（十五）致使三十人以上中毒的；
（十二）致使三人以上轻伤、轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的；	（十六）致使三人以上轻伤、轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的；
（十三）致使一人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的；	（十七）致使一人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的；
（十四）其他严重污染环境的情形。	（十八）其他严重污染环境的情形。

通过对比可以发现，《2016年司法解释》第一条规定了18项“严重污染环境”的具体认定标准。这18项规定除部分吸收《2013年司法解释》第一条规定之外，还有所增加。其进一步细化了含重金属污染物的排放规模，增加了“重点排污单位篡改、伪造自动监测数据或者干扰自动监测设施进行排污”、“违法减少防治污染设施运行支出”及“对生态环境造成严重损害”三项行为。

表二：两部司法解释关于“后果特别严重”认定标准对比

2013年司法解释	2016年司法解释
(一) 致使县级以上城区集中式饮用水水源取水中断十二个小时以上的;	(一) 致使县级以上城区集中式饮用水水源取水中断十二个小时以上的;
	(二) 非法排放、倾倒、处置危险废物一百吨以上的;
(二) 致使基本农田、防护林地、特种用途林地十五亩以上, 其他农用地三十亩以上, 其他土地六十亩以上基本功能丧失或者遭受永久性破坏的;	(三) 致使基本农田、防护林地、特种用途林地十五亩以上, 其他农用地三十亩以上, 其他土地六十亩以上基本功能丧失或者遭受永久性破坏的;
(三) 致使森林或者其他林木死亡一百五十立方米以上, 或者幼树死亡七千五百株以上的;	(四) 致使森林或者其他林木死亡一百五十立方米以上, 或者幼树死亡七千五百株以上的;
(四) 致使公私财产损失一百万元以上的;	(五) 致使公私财产损失一百万元以上的;
	(六) 造成生态环境特别严重损害的;
(五) 致使疏散、转移群众一万五千人以上的;	(七) 致使疏散、转移群众一万五千人以上的;
(六) 致使一百人以上中毒的;	(八) 致使一百人以上中毒的;
(七) 致使十人以上轻伤、轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的;	(九) 致使十人以上轻伤、轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的;
(八) 致使三人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的;	(十) 致使三人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的;
(九) 致使一人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍, 并致使五人以上轻伤、轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的;	(十一) 致使一人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍, 并致使五人以上轻伤、轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的;
(十) 致使一人以上死亡或者重度残疾的;	(十二) 致使一人以上死亡或者重度残疾的;
(十一) 其他后果特别严重的情形。	(十三) 其他后果特别严重的情形。

对比新旧司法解释第三条对“后果特别严重”认定标准的规定,《2013年司法解释》所规定的情形均是实际危害后果,《2016年司法解释》新增了两项,分别是“非

法排放、倾倒、处置危险废物一百吨以上”和“造成生态环境特别严重损害”。至此,《2016年司法解释》实现了对“严重污染环境”和“后果特别严重”的认定标准的统一,即:不仅包括造成确定危害后果的情形,还包括了法律规定的某些行为本身。

在《2016年司法解释》公布之前,司法实务之中存在这样的疑问:如果犯罪嫌疑人或被告所实施的行为严重程度远超“严重污染环境”所规定的认定情形,但又不能被规定了实际危害后果的标准所涵盖,应该如何追究他们的刑事责任?以最高人民法院于2016年公布的典型案例为例,被告人田建国租赁炼铅厂,未取得危险废物经营许可证,未采取任何污染防治措施,利用火法冶金工艺进行废旧铅酸蓄电池还原铅生产,累计购买价值人民币108330105元的废旧铅酸蓄电池共计13500余吨,用于还原铅生产。被告人辩称其行为没有造成实际危害后果,不属于“后果特别严重”的情形,但一、二审法院对该辩解不予认可,均适用了《2013年司法解释》中的兜底条款“其他后果特别严重的情形”,作出了有罪判决。笔者认为《2016年司法解释》公布后,不能将其理解为解释的扩大,而是入罪情节的进一步阐释与细化,在司法实践中大大降低了无具体规定可引而只能适用兜底条款惩罚犯罪的尴尬,更为此前其他未被明确规定但严重程度远超“严重污染环境”的行为和“后果特别严重”情形的认定提供了参考依据。

三、定罪量刑标准的分类释义

《2016年司法解释》第三条将“后果特别严重”的结果加重情形予以明确,且多数情形为第一条入罪标准的3倍以上。笔者以表格形式对比两项规定,便于案件办理过程中对入罪情形和加重情形适用的准确把握(参见表三)。

表三:《2016年司法解释》关于“严重污染环境”和“后果特别严重”的标准



“严重污染环境”的标准	“后果特别严重”的标准
(一) 在饮用水水源一级保护区、自然保护区核心区排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的；	
(二) 非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上的；	(二) 非法排放、倾倒、处置危险废物一百吨以上的；
(三) 排放、倾倒、处置含铅、汞、镉、铬、砷、铊、锑的污染物，超过国家或者地方污染物排放标准三倍以上的；	
(四) 排放、倾倒、处置含镍、铜、锌、银、钒、锰、钴的污染物，超过国家或者地方污染物排放标准十倍以上的；	
(五) 通过暗管、渗井、渗坑、裂隙、溶洞、灌注等逃避监管的方式排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质的；	
(六) 二年内曾因违反国家规定，排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质受过两次以上行政处罚，又实施前列行为的；	
(七) 重点排污单位篡改、伪造自动监测数据或者干扰自动监测设施，排放化学需氧量、氨氮、二氧化硫、氮氧化物等污染物的；	
(八) 违法减少防治污染设施运行支出一百万元以上的；	
(九) 违法所得或者致使公私财产损失三十万元以上的；	(五) 致使公私财产损失一百万元以上的；
(十) 造成生态环境严重损害的；	(六) 造成生态环境特别严重损害的；
(十一) 致使乡镇以上集中式饮用水水源取水中断十二小时以上的；	(一) 致使县级以上城区集中式饮用水水源取水中断十二小时以上的；

(十二) 致使基本农田、防护林地、特种用途林地五亩以上，其他农用地十亩以上，其他土地二十亩以上基本功能丧失或者遭受永久性破坏的；	(三) 致使基本农田、防护林地、特种用途林地十五亩以上，其他农用地三十亩以上，其他土地六十亩以上基本功能丧失或者遭受永久性破坏的；
(十三) 致使森林或者其他林木死亡五十立方米以上，或者幼树死亡二千五百株以上的；	(四) 致使森林或者其他林木死亡一百五十立方米以上，或者幼树死亡七千五百株以上的；
(十四) 致使疏散、转移群众五千人以上的；	(七) 致使疏散、转移群众一万五千人以上的；
(十五) 致使三十人以上中毒的；	(八) 致使一百人以上中毒的；
(十六) 致使三人以上轻伤、轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的；	(九) 致使十人以上轻伤、轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的；
(十七) 致使一人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的；	(十) 致使三人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍的； (十一) 致使一人以上重伤、中度残疾或者器官组织损伤导致严重功能障碍，并致使五人以上轻伤、轻度残疾或者器官组织损伤导致一般功能障碍的； (十二) 致使一人以上死亡或者重度残疾的；
(十八) 其他严重污染环境的情形。	(十三) 其他后果特别严重的情形。

笔者进一步将两条认定标准的各项具体情形进行分类，用以辅助理清分析案件和理论的思路。

(一) 严重污染环境情形的分类

第一条中前十七项情形按照认定焦点可以分为四类，位置型、数量型、方式型和后果型。

1. 位置型

第一项的认定焦点是污染环境行为发生的位置。它规定在饮用水水源一级保护区和自然保护区核心区进行法律规定的一系列行为即被认定是严重污染环境的行为。

饮用水水源一级保护区主要由《中华人民共和国水污

染防治法》规定，其划分遵循《引用水水源保护区划分技术规范》。简单说来，饮用水水源一级保护区指以取水口（井）为中心，为防止人为活动对取水口的直接污染，确保取水口水质安全而划定需加以严格限制的核心区域。

自然保护区核心区主要由《中华人民共和国自然保护区条例》进行规定。自然保护区内保存完好的天然状态的生态系统以及珍稀和濒危动植物的集中分布地划定并称之为核心区。

显然，这两类区域对环境质量的要求更高，对污染的承受能力更差，受到环境污染所造成的破坏影响更加严重也更加不可控。事实上，相关法律法规对这两处区域的工程建设和人员进出进行了严格的限制。

2. 数量型

第二到四项情形关注的是所排放污染物的数量规模。只要排放的某类污染物超过对应的规定标准，即使没有造成一定的污染后果，也构成了“严重污染环境”的情形，成立犯罪。

危险废物的认定一般通过危险废物名录实现。第三、四项则对含金属污染物的排放进行了规定，也是对《2013年司法解释》第一条第三项的进一步细化。我国与含金属污染物相关的标准较多，如《铜、镍、钴工业污染物排放标准》《锡、锑、汞工业污染物排放标准》等各种工业污染物排放标准，因此，对不同标准的调查显得尤其重要。

3. 方式型

第五到八项看起来似乎关联不大，但其重点可以用“方式”来概括。第五项、第七项可以总结为“偷排”，第六项可以总结为“屡犯”，第八项则可以总结为“轻视”。

第五、七项的“偷排”较好理解：第五项情形中，行为人选择隐蔽的方式处置污染物，其主观目的是逃避监管，隐蔽处置的行为也可能阻碍后续的及时纠正、对不良后果的防范等；重点污染单位则是由当地环保主管部门筛选出的环境风险大的单位，受监控力度更大，篡改监测数据或干扰监测设施显然极有可能为超标、违规排污创造条件。

第六项情形亦较清晰。两年内因违规排污受过两次以上行政处罚，可以推知行为人已经得到了多次警告和教育，理应对其行为的违法性和危害性有更加明显的认识，显然不能再以对相关法律法规不熟悉为借口；同时，屡次明知故犯也危害到了法律法规的权威性和严肃性。

不难看出，无论是“偷排”还是“屡犯”，其行为的主观恶性相对普通的排污行为都更大。

第八项情形与其他情形相比略有不同。法律法规要求建设工程在设计时配备相应的污染防治措施并通过审批；在运营过程中，对防治设施的停运、更换等都需要上报。因此，违法减少防止污染设施的运行支出，相当于通过间接的方式违法加重了污染环境的行为。

4. 后果型

第九到十七项情形都与污染环境行为造成的实际危害后果有关。这九项也能和第三条中的十二项情形进行对应。

（二）后果特别严重情形的分类

造成实际危害后果占认定标准中的较大部分，尤其是“后果特别严重”情形中基本都是实际危害后果的标准。这一部分认定标准又可以进一步分类，根据危害对象可以分成三类：人、地、财。

对“人”的危害由第一条第十四到十七项和第三条第七到十二项进行规定，规定了受影响的方式、人数和受损害的程度三方面。危害到人的方式包括：造成人员的疏散、转移，造成人员的中毒，和造成人员的受伤、残疾。

对“地”，或准确地说，对自然环境的危害分别由第一条第十到十三项和第三条第一、三、四、六项进行规定。除“造成生态环境严重损害/特别严重损害”的抽象规定，另外几项情形分别包括了对饮用水水源、农田、林地等造成的实际损害的标准。

对“财”造成实际危害的情形在两条规定中均只有一项，分别是第一条的第九项和第三条的第五项，关注焦点是对污染行为的违法所得和污染行为对公私财产所造成损失的经济评估。



“危险废物”类污染环境罪法律实务探究

■ 李波 王晶群 / 文

生态文明建设是近年来国家可持续发展的重要课题，其中刑事规制手段是实现生态文明建设的重要途径之一。就目前的司法实践来看，污染环境罪是环境犯罪中触发率最高的刑事犯罪。“危险废物”类案件系该罪常见的入罪形式，有关危险废物属性认定、数量认定是司法实践中的难题。鉴于此，本文将对污染环境罪中危险废物相关问题进行探讨。

一、危险废物属性认定的问题

（一）危险废物的定义

《固体废物污染环境防治法》第八十八条第四款规定，危险废物是指列入国家危险废物名录或者根据国家规定的危险废物鉴别标准和鉴别方法认定的具有危险特性的固体废物。

可见，判定危险废物属性的前提必须是固体废物。需要注意的是，根据《危险废物鉴别标准通则》3.1项规定，固体废物是指在生产、生活和其他活动中产生的丧失原有利用价值或者虽未丧失利用价值但被抛弃或者放弃的固态、半固态和置于容器中的气态的物品、物质以及法律、行政法规规定纳入固体废物管理的物品、物质。也就是说固体废物并非仅限于物理上的固体形态，还包括半固态、液态、置于容器中的气态物品，例如《国家危险废物名录》中HW08类别的废矿物油与含矿物油废物都属于固体废物的范畴。

（二）危险废物的类别归属

《刑法》第三百三十八条规定：“违反国家规定，排

放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”污染环境罪本身并未对危险废物进行界定或列明。1997年刑法第三百三十八条曾将“其他危险废物”与有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质并列，作为污染物的兜底项。但这一规定使污染物的范围

界定过窄。因为对环境造成严重污染的不光是废物和有毒物质，还必然存在其他有害物质，且有毒物质也并非都是废物。

王晶群律师简介



京都律师事务所律师。2004年开始从事律师执业工作，执业年限长达十余年，专注于房地产及环保服务领域。房地产建筑理论功底深厚，具有丰富的处理房地产法律事务经验，能够为房地产企业提供更加全方位的优质法律服务，业务范围涵盖房地产招拍挂项目、合作拿地项目、收并购业务、融资项目、处理商品房销售事宜、防范合同履约风险等。还专注于环境刑事犯罪辩护、处理环保企业行政处罚事宜、代理环境民事及行政诉讼等。

基于此,《刑法修正案(八)》将“其他危险废物”修改为“其他有害物质”,拓宽了污染物的范围。但修法后污染物的分类界定与定义与前法差异较大,实务中的认定也经常存在分歧。故为统一法律适用,2013年6月17日两高发布的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《2013年解释》)第十条明确规定危险废物应当认定为“有毒物质”。

(三)危险废物的鉴别程序与认定要点

2016年12月23日两高发布的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《2016年司法解释》)第十三条规定:“对国家危险废物名录所列的废物,可以依据涉案物质的来源、产生过程、被告人供述、证人证言以及经批准或者备案的环境影响评价文件等证据,结合环境保护主管部门、公安机关等出具的书面意见作出认定。”

2019年2月20日两高三部发布的《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》又区分不同情况对危险废物的鉴别程序作出了指引。为便于理解,笔者将该部分纪要内容以图示方式呈献给大家。



虽然上述规定已将危险废物属性的认定进行明确,但环境案件具有复杂性、专业性、滞后性等特点,导致其在司法实践中仍为难题。司法实务中,认定危废还应注意以下情形:

1.案涉物质是否为固体废物,如不为固体废物也就排除了危险废物属性;

2.非法处置的危险废物是否经过其他处理,处理后的废物可能已不具有危险属性;

3.产废单位环评文件如不具有真实性、有效性,则不应依据该文件作出认定;

4.危废鉴定程序可能存在违法情形;

5.危险废物与非危险废物混合排放时,应对混合后的废物重新进行鉴定,判断其是否依然具有危险属性。

二、危险废物污染环境的入罪标准

《2016年司法解释》第一条规定了十八项污染环境罪中“严重污染环境”的具体认定标准。其中第二项将“非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上”作为认定“严重污染环境”的情形之一,其为危险废物污染防治提供了有力的刑事司法保障。司法实践中,危险废物处理形式多样,且造成的污染多呈现出隐蔽性、高风险性等特点。尤其是跨省、跨区域非法转移、倾倒、处置的流动性案件频繁发生。《2013年解释》对非法排放、倾倒、处置危险废物的情形做了专门规定,实践中对于排放、倾倒危险废物的认定未见争议,但对处置行为的认定争议较多。原因在于排放、倾倒行为属于直接作用于环境,而收集、贮存、利用并非直接作用于环境,就行为的直接危害性而言,显然排放、倾倒的危害性更高,这就导致了处置行为解释范围的争议问题。为统一相关案件的处理,《2016年司法解释》第六条专门规定:“无危险废物经营许可证从事收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动,严重污染环境的,按照污染环境罪定罪处罚;同时构成非法经营罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。实施前款规定的行为,不具有超标排放污染物、非法倾倒污染物或者其他违法造成环境污染的情形的,可以认定为非法经营情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪;构成生产、销售伪劣产品等其他犯罪的,以其他犯罪论处。”

实践中另一较大争议,即“利用危险废物是否属于处置行为?”《固体废物污染环境防治法》第八十八条第六项规定:“处置是指将固体废物焚烧和用其他改变固体废物的物理、化学、生物特性的方法,达到减少已产生的固体废物数量、缩小固体废物体积、减少或者消除其危险成份的活动,或者将固体废物最终置于符合环境保护规定要求的填埋场的



活动。”该条文将处置行为进行了扩大解释，即对物品的实质化处理以改变其本来所具备的部分特性，含有利用、废弃等处理安排，不要求直接作用于环境，也不是简单的物理位置的变化或者数量的简单切割。《2016年司法解释》第十六条也对该问题作出了详细规定：“无危险废物经营许可证，以营利为目的，从危险废物中提取物质作为原材料或者燃料，并具有超标排放污染物、非法倾倒污染物或者其他违法造成环境污染的情形的行为，应当认定为“非法处置危险废物”。”可见，利用本身就是一种处置行为，但是否构成环境污染罪，关键在于判断其是否违法造成环境污染。

关于利用与处置的关系论证，重庆青木油料有限公司、陈世平等污染环境罪【(2017)渝01刑终545号】一案即是适例。2014年2月至12月期间，被告人陈世平以青木公司名义，在未取得危险废物经营许可证的情况下，先后从中铝西南铝冷连轧板带有限公司收购废轧制油（冷轧）共66.17吨。后由被告人陈林安排工人将废轧制油装在蒸馏釜里，通过加热、汽化、冷却的方式对所收购的废轧制油（冷轧）进行处置，残渣留在蒸馏釜底，废气直接排放至空气中。之后青木公司将处置所获的轧制油进行销售。经环保部门认定，上述废轧制油（冷轧）均系危险废物。被告单位认为从废轧制油（冷轧）中提取物质作为原材料，是实施对轧制油的再生利用行为，不是对废轧制油（冷轧）这种危险废物的处置行为。且其虽无危险废物经营许可证而实施了以营利为目的，从危险废物中提取物质作为原材料的行为，但并没有实施超标排放污染物、非法倾倒污染物或者其他违法造成环境污染的情形的行为，因此该行为不是非法处置危险废物的行为，不构成污染环境罪。法院经审理认为，被告单位在无危险废物经营许可证的情况下，将收购的含有危险废物的轧制油进行加热、汽化、冷却后，废气直接排放至空气中，造成环境污染的行为，符合《2016年司法解释》第十六条界定的“其他违法造成环境污染的情形的行为”，应当认定为“非法处置危险废物”，且处置数量为66.17吨应认定为严重污染环境，构成污染环境罪。

三、危险废物的数量认定

实践中通常会以危险废物的数量来认定危害后果的大

小，危险废物数量的计算直接影响到污染行为损害结果，同时也影响到犯罪情节的考量。《环境污染刑事司法解释》第十三条第二款规定：对于危险废物的数量，可以综合被告人供述，涉案企业的生产工艺、物耗、能耗情况，以及经批准或者备案的环境影响评价文件等证据作出认定。司法实践中，危废数量的认定还应注意以下几点问题：

1.行为人次次排放、倾倒、处置危险废物的，原则上应当将数量累计计算。同样，行为人一次将危险废物在不同地点分别排放、倾倒、处置的，数量也应当累计计算。

2.要综合全案查明是否存在其他主体在案涉地点经常性倾倒、排放污染物的可能性。如确实存在不能排除的合理怀疑，则在一定程度上否认了该案关于危废数量的认定。

3.可通过了解污染物的物理、化学、生物特性，判断数量认定是否存疑。例如，涉案固体废物原有性质为白色，且非经专门的氧化处理不会变为黑色，但实际挖出的废物为黑白色混合的固体。则可推断，挖出的物体并非均为涉案固体废物。

4.经非法掩埋后的危废，挖出来时可能带有泥土，这种情况下泥土不应计入数额。

5.危险废物与非危险废物混合排放，不能简单的以混合前的危险废物数量或者全部以混合后的废物数量进行认定。

四、结论

虽然《刑法修正案（八）》对污染环境罪作出重大调整后，已不再要求入罪需造成公私财产重大损失或者人身伤亡的实害结果，但这并不意味着犯罪行为没有造成实际损害。司法实践中，危险废物类污染环境罪亦可能会伴随严重危害后果的发生，例如造成土壤污染、水资源污染，对公私财产造成损失，或因采取环境修复措施而产生一定的环境修复费用等。司法机关会结合污染行为及所造成的后果对定罪量刑进行综合考量，且通常认定的方法是以行为定性、以结果量刑。可见，无论对危险废物本身的认定还是对处置行为的认定，不难看出污染环境罪入罪门槛较之以前大为降低，打击范围也不断扩大。这不仅符合生态文明建设的发展目标，也是经济发展不断优化的必然结果。

环境刑事犯罪中“监测报告” 与“鉴定意见”

■ 刘书研 车若雯 / 文

加强生态文明建设，伸张环境正义是我国新时代发展时期社会公众的迫切期待与现实要求。近年来，环境刑事犯罪案件数量不断增长，但环境资源审判机关处理环境刑事案件仍存在诸多争议较大的司法实务问题，其中环境监测数据证据的转化以及鉴定意见证明力的问题尤为突出。本文将结合环境资源审判的新导向，援引相关案例对这一问题进行探析。

一、环境监测报告的相关问题

（一）环境检测报告的释义

环境监测是为管理决策提供科学依据，为监督执法提供有效证据，为环境科学提供翔实数据，为社会公众提供准确信息的最为重要的基础性和前沿性工作，其是县级以上环境保护主管部门的法定职责。环境监测数据是环境行政执法的重要依据，诸如超标、超量、超范围排污等环境违法行为的认定，均离不开环境监测数据的技术支持。环境监测报告是在环境监测基础上形成的证据材料，是具有资质的监测机构，按照有关环境监测技术规

刘书研律师简介



京都律师事务所律师，办理了大量民商事、刑事案件，担任多家企业法律顾问，兼任国家一级协会副监事长。曾在大型国有建设工程公司任职法律总监，全面负责总承包施工合同、专业（劳务）分包施工合同等系列诉讼案件的办理、合同起草审查；负责公司法律风险预防体系建立及实施、法律文件的起草及监督执行、项目经理的法律培训等工作。熟悉建筑企业合同规范、行业特点和运营模式，具备丰富的建设工程、环境与自然资源领域法律事务及诉讼实践经验。

范，运用物理、化学、生物、遥感等技术，对各环境要素的状况、污染物排放状况做进行定性、定量分析后得出的数据报告和书面结论。

（二）环境监测报告证据转化的法律规定

环境刑事案件往往因环保部门在行政执法过程中发现涉嫌犯罪后移送公安机关而启动，其是典型的行刑交叉案件。为加强环境保护行政执法和刑事司法之间的有效衔接，《刑事诉讼法》及相关解释对行政机关查办案件过程中收集的部分证据材料在刑事诉讼中的证据转化问题作出了明确规定。

《刑事诉讼法》第五十四条规定：“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。”

而具体到环境监测数据，《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第十二条明确规定“环境保护主管部门及其所属监测机构在行政执法过程中收集的监测数据，在刑事诉讼中可以作为证据使用；公安机关单独



或者会同环境保护主管部门，提取污染物样品进行检测获取的数据，在刑事诉讼中可以作为证据使用。”

上述解释出台后，司法实践中关于地方生态环境部门及其所属监测机构委托第三方监测机构出具的监测报告是否具有证据资格的问题存在争议。2019年，两高三部发布的《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》认为，地方生态环境部门及其所属监测机构委托第三方监测机构出具的监测报告，地方生态环境部门及其所属监测机构在行政执法过程中予以采用的，其实质属于《解释》第十二条规定的“环境保护主管部门及其所属监测机构在行政执法过程中收集的监测数据”，在刑事诉讼中可以作为证据使用。

（三）环境监测报告的审查

虽然法律规定环境行政执法过程中的监测报告等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。但其也必须符合合法性的要求，如出现程序违法等情形，影响其证据能力的，也应当予以排除。通常情况下，要审查环境监测数据是否具有证明力可从以下三个方面入手。一是监测程序是否合法。具体包括监测人员的资质审查；监测方法所依据规范的审查；监测标准依据的审查；监测报告的签字人权利、形式审查等；二是采样、制样程序性审查。具体包括审查采样、制样主体资质的审查；采样点位准确性、同一性的审查；取样容器的选择及清洗、方法技术的审查；采样方式及样品保存、标识的审查；采样、制样相关记录报告撰写的审查等；三是监测报告中的检测结果是否符合入罪标准。

司法实务中，环境监测数据一旦作为证据使用，其各项数据指标的罗列看似使污染环境犯罪成为了板上定钉的事实。但实际上，它并不能够“一锤定音”，并可能成为检察机关作出不起诉决定、法院判定不构成犯罪的理由。例如，在代某某涉嫌污染环境罪一案中【渝北检刑不诉[2018]71号】，代某某在未取得任何环保手续的情况下，在重庆市长寿区租用的厂房内从事镀锌作业，生产过程中使用锌板、氯化钾、硼酸、盐酸、铬、硝酸、钝化液等原料，并将生产过程中产生的含有重金属的废水未经处理直接排放至外环境。2016年11月1日，代某某的加工厂房被环

保部门查获。经监测，代某某厂房外排放的废水中所含六价铬、总铬、总锌、总铁浓度分别达到《电镀污染物排放标准》规定排放浓度限值的51倍、15.4倍、75.3倍、6.8倍。但经检察机关审查并退回补充侦查，其仍然认为重庆市长寿区公安局认定的犯罪事实不清、证据不足。因重庆市长寿区环境监测站采样时的采样点并非代某某所经营的电镀加工作坊的废水排放口，导致监测结论与该作坊所排废水中的重金属含量不具有同一性，又因为客观原因，该关键证据事后不具有可补性。故检察机关作出了对代某某不起诉的决定。

又如吴江市某工具有限公司涉嫌污染环境罪一案中【姑检诉刑不诉[2018]129号】，公司实际控制人王某及员工管某在明知工厂排水阀损坏，可能导致未经处理的含重金属污水直接排除厂外的情况下，仍不及时采取措施阻止，致使未经处理的含重金属污水直接排出厂外。经检测，所排污水重金属总锌为25.7mg/L，超过国家规定的污染物排放标准24倍以上。但经检察机关审查并退回补充侦查，仍然认为苏州市吴江区公安局认定的犯罪事实不清、证据不足。因环保部门在监测过程中使用了该公司的长柄勺采集水样，该长柄勺用于案涉公司日常污水的监测，长柄勺上的污染因子与采集水样的污染因子是否一致无法证实，故本案的水样存在污染的可能性，环保部门的监测结果不能作为证据使用。故检察机关作出了对管某某不起诉的决定。可见，辩护律师在面对监测报告时，不能对监测结果“想当然”，而是需要从多方面考虑其是否具有证明力，把它当做案件的突破口，从而切实维护当事人合法权益。

二、鉴定意见的相关问题

（一）鉴定意见的释义

环境刑事案件中的鉴定意见是指，依法由法定的鉴定机构指派具有环境资源鉴定资质的人员运用科学技术或者专门知识对环境资源的破坏、损害程度等问题进行鉴别、判断并提供鉴定意见的全部过程。实际上，环境监测行为是一个常态性的工作，贯穿于案发前后，而鉴定意见是案发后为解决某种专门性问题而依程序所出具的。两者存在

本质上的区别，不可在司法实务中混同。

（二）鉴定意见的审查与有效质证

《刑事诉讼法》一百四十八条和一百九十七条分别规定，犯罪嫌疑人、被告人可以申请进行补充鉴定或重新鉴定；同时，在质证过程中，如果法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出庭作证，如鉴定人经法院通知但拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为定案依据。可见，法定机构提供的鉴定意见并不代表确凿事实，其必须合法、真实、与案件存在关联关系，必须能够排除合理怀疑。辩护律师在办理环境刑事案件时，除了要把握鉴定意见的一般质证要点外，还应当基于污染环境罪案件的特殊性要求，作出有针对性的质证，以达到有效的质证效果。

1. 鉴定人员与鉴定机构资质审查

环境犯罪司法鉴定因其犯罪客体和对象的特殊性（空气、水体、土壤、动植物、矿产资源等）使得鉴定本身对其技术、法律标准都有更高要求。2016年司法部和环保部联合颁布的《环境损害司法鉴定机构登记评审办法》和《环境损害司法鉴定机构登记评审专家库管理办法》，对环境损害司法鉴定机构和鉴定人的进入制度及门槛都作出了一些高于其他鉴定的规定。

为缓解专门的环境资源司法鉴定机构数量少与日益增加的环境资源案件之间供不应求的矛盾，两高三部在2019年2月印发的《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》中明确指出“加快准入一批诉讼急需、社会关注的环境损害司法鉴定机构，加强对相关机构的监管，规范鉴定程序等”。同时，为切实加强环境损害司法鉴定质量监管，2019年6月司法部发布的《关于进一步做好环境损害司法鉴定管理有关工作的通知》中明确要求在全面范围内建立环境损害司法鉴定黑名单制度，要对环境损害司法鉴定机构和鉴定人失信情况进行记录、公示和预警。还要建立完善的“退出机制”，全面推行环境损害司法鉴定机构“双随机”抽查和鉴定意见书评查制度，每年至少进行一次第三方评价，全面核查执业范围，动态了解、掌握环境损害司法鉴定业务开展情况，及时注销不符合法定要求的鉴定机构和鉴定人。

基于此，笔者建议针对鉴定意见的首要审查应是鉴定

机构和鉴定人员的资质。一般情况下，鉴定意见中应有鉴定机构和鉴定人员的资质证书。这些证书是否齐备、是否合法有效，鉴定事项是否在核准范围内等都是我们审查鉴定意见有效性的重要因素。

2. 鉴定过程的合法性审查

鉴定意见要解决的是环境刑事案件中的专门性问题，整个鉴定过程中，鉴定依据、鉴定方法、鉴定流程等均应应该有科学的理论作为支撑，且要符合刑事诉讼法对于证据的基本要求，满足证据的真实性、合法性、关联性。

笔者办理的（2019）苏0413刑初150号江苏某股份有限公司重大环境污染事故罪一案中，公诉机关指控2010年3月被告人许某、杨某共同商议由被告人杨某负责转移、处置被告单位江苏某股份有限公司生产过程中产生的固体废物268余吨，造成了重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失，后果特别严重。其在庭审中提交了南京环境科学研究所作出的司法鉴定，用以证明案涉固体废物属性为危险废物。笔者作为被告人许某的辩护律师，从以下三个方面对该份鉴定意见的证明力提出了质疑。

一是鉴定过程中采样程序违法。依据《关于进一步规范全省环境污染犯罪案件危险废物认定工作的通知》（苏环办〔2017〕88号）规定，涉案废物呈固态、半固态且堆存方式存在破坏、混合、掩盖、填埋等不利于调查分析情形的应按照《危险废物鉴别技术规范》（HJ/T298-2007）的相关要求采集样品。《危险废物鉴别技术规范》中对采样的要求是“对于堆积高度小于或者等于0.5m的散状堆积固态、半固态废物，将废物堆平铺成厚度为10~15cm的矩形，划分为5N个（N为份样数，下同）面积相等的网格，顺序编号；用HJ/T20中的随机数表法抽取N个网格作为采样单元，在网格中心位置处用采样铲或锹垂直采取全层厚度的废物。每个网格采取的废物作为一个份样……”，然而鉴定的采样程序未遵循上述规定，应属程序违法，故不能排除涉案固体废物并非危险废物的合理怀疑。

二是采样固体废物与涉案固体废物不具有同源性。鉴定意见中《非法填埋固体废物中检出污染物分析对比表》清晰显示被告单位环评报告、2010年填埋的固体废物及案发挖出固体废物所含有的化学成分并不完全一致，无法得出三个时期的固体废物具有同源性的结论。



三是鉴定意见与《环境影响评价报告书》之间存在重大矛盾。案涉污染物为2008年该公司被收购前遗留下来的废物。因原公司已注销,无法获得其生产废料,鉴定机构则主要参考环评报告等文件作出结论。鉴定意见所依据的《江苏某股份有限公司环境影响报告书》中已释明,该公司生产过程中产生的污泥非危险废物。而鉴定意见参考该文件得出涉案固体废物系危险废物的结论与环评报告结果存在重大矛盾,不宜作为认定涉案废物是危险废物的依据。

三、如何看待环境监测报告及鉴定意见的证明力

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第十四条规定:“对案件所涉的环境污染专门性问题难以确定的,依据司法鉴定机构出具的鉴定意见,或者国务院环境保护主管部门、公安部门指定的机构出具的报告,结合其他证据作出认

定。”可见,鉴定意见是在案件出现专业问题时可利用的参考依据之一,而不是对案件事实得出的结论。在确定了专门性问题以后,法院还要综合考虑案件中的其他因素,才能认定相关案件事实;在认定事实后,还要结合主观恶性、社会影响等其他方面,才能最后进行定罪量刑。同理,相较于鉴定意见,环境监测报告除涉及行政执法证据向刑事司法证据转化的问题,也需要结合其他证据作出认定。律师在办理环境刑事案件过程中的应当重视“监测报告”和“鉴定意见”证明力的问题,可以从实体真实性、程序正当性等多角度挖掘,寻找案件的突破点。同时,环境监测报告、鉴定意见的质证是一项专业性很强的工作,对辩护律师的法律素养和专业水平提出了更高的要求,辩护律师不但要精通法律,还要了解污染物的特性,熟知相关行业的专业知识。必要时还要依托权威专家、学者的技术支持,才可能对环境犯罪刑事案件的证据作出有说服力的质证,从而取得良好的辩护效果。🐼



检验报告在环境污染案件中的 定位与运用

■ 吕志轩 邢盼 郑炫 / 文

今年7月，最高人民法院在环资庭成立五周年之际召开了新闻发布会。会上最高人民法院党组副书记、副院长江必新表示，五年来各级人民法院共受理各类环境资源一审案件1081111件，审结1031443件。通过数据不难看出，环境污染类案件的数量在近年来保持持续增长，相继出台的各类法律法规，也为该领域内的司法活动提供了有力的保障。

但在案件数量激增的同时，也产生了许多有待讨论和解决的问题。本文将从检验报告的理论制度与实践情况作为切入点，结合相关案例，讨论在此类案件中应当注意的几点问题。

检验报告的产生

环境污染类案件中，司法鉴定是人民法院调查案件事实的重要手段。只有经过司法行政机关审核登记的司法鉴定机构，才具备从事环境污染类案件的鉴定资格。根据相关公开资料显示，截至2108年12月底，全国经省级司法行政机关审核登记的环境损害司法鉴定机构达103家，鉴定人1900余名^[1]。而通过无讼检索显示，2018年全年涉及环境污染类案件约为7400余件（其中刑事类案件

吕志轩律师简介



京都律师事务所高级合伙人。执业二十年资深律师，曾在政府法制部门工作过，系北京市律师协会会员，金融衍生品专业委员会委员，朝阳区民法民事专业研究会会员。业务领域为政府日常法律事务、刑事辩护、非法集资案件处置的专项法律服务、私募股权基金、金融及互联网金融等领域金融衍生品法律业务、金融机构不良资产处置业务。公司企业日常风险控制、法人治理结构设计、股权融资、房地产项目转让及融资等法律业务。吕志轩律师办理过多起重大复杂刑事案件、民商事案件及非法集资专项处置案件，有丰富的政府法务、刑事辩护、民商案件代理的实际工作经验，有优秀的从业业绩。

2258件，审结2204件）。相关鉴定机构数量还远不能满足实际案件所需。

为解决鉴定机构数量偏少、分布不均、鉴定费用昂贵^[2]等问题，最高法在2013年6月、2015年6月分别实施了《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》与《关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》，确定了鉴定、检验两条路互为补充的原则。环保部随后于2014年1月、2016年2月制作了两批《环境损害鉴定评估推荐机构名录》，该名录指出，针对环境污染类案件，除了可以通过司法鉴定机构出具鉴定意见外，还可以由推荐目录中的机构出具检验报告。即检验报告规定的出台，是对鉴定意见的补充和特定时期的过渡。

检验报告与鉴定意见的 异同

检验报告与鉴定意见具有一定的相似性。二者的制作人都是具有相关资质的人员，接受司法行政机关委托或聘请，对涉案资料进行分析判断，最终做出书面意见。



但检验报告并不完全等同于证据种类中的鉴定意见。鉴定意见必须经拥有法定鉴定资质,并以法定鉴定人和鉴定机构名义出具。司法鉴定机构则是指司法行政机关依照《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》(以下简称《决定》)通过审核、登记、造册、公告的法医鉴定类、物证鉴定类与声像资料鉴定类三大类鉴定机构。

相比鉴定意见,检验报告在主体资格上则更为灵活,如行政机关及其下属机构中的技术人员可以出具检验报告^[3]。除了行政工作人员,获得相应资质的第三方检验机构与人员也可出具检验报告^[4]。这就造成了检验报告资质获得存有差异,检验报告水平和质量参差不齐。依照前文所提的《决定》,这类机构与人员并非法定鉴定机构与鉴定人。

检验报告在环境污染类案件中的问题

一是检验报告容易同鉴定意见混同。通过无讼数据库的检索发现,检验报告在实务中的称谓有很多种,如“检测报告”^[5]、“鉴定报告”^[6]等,导致实务中检验报告经常与鉴定意见甚至检测报告混淆。

二是检验报告采信率较高。从法理层面,检验报告若作为“参考”则应当接受控辩双方的质证^[7],但从案例检索分析可知,实践中,检验报告基本被法官完全采信,除非在有确凿证据证明有误,或者法官认为采信该报告必然带来审判不公的情况下才不被采信。这种情况的产生一方面是由于模糊了检验报告的定位,另一方面,法官虽然具备较高的法律素养,但由于术业专攻,对于检验报告中专业性问题,如污染的种类、规模、数量等,法官也常常力有不逮,无法将检验报告的形式要件与实质内容涉及到的规

范统统掌握,若法官一旦采信检验报告,则该报告往往不是作为定罪量刑的参考,而是成为定罪量刑之依据,与鉴定意见毫无二致。

三是辩方缺乏有效质证手段。实践中,由于对检验报告与鉴定意见的混淆,导致辩方很难利用有效手段对检验报告进行质证。加之辩方同样欠缺相关专业知 识,对检验报告的质证多停留在形式要件上,很少涉及专门性问题。通过案例检索,辩方针对检验报告最频繁的质证理由是相关人员机构的资质问题。如(1)实施检验的机构不具备司法鉴定资质,该报告不应采纳;(2)实施检验的检查人员不具备相应资质,不应采纳其出具的检验报告;(3)检验报告没有加盖鉴定专用章等。而这些质证意见也几乎不会被法庭采纳,法官一般援引《刑法解释》第87条对相关人员进行解释,说明符合规定即完成了对检验报告的质证。但这种过于言简意赅的方式,缺少相应的论证说理,使得检验报告的质证流于形式,无法实现质证对证据的审查作用。同时,若援引该解释,则说明检验报告应当作为参考,可在最终论证阶段又将其作为定罪量刑的

依据^[8]。在这样的逻辑下,导致检验报告在庭审中几乎得不到有效质疑。

四是检验人员出庭率较低。无论是按照《刑事诉讼法解释》第87条的规定,还是依照实践中检验报告与鉴定意见被混淆的逻辑,检验报告均应当参照鉴定意见的审查认定方式进行审查^[9]。由于环境污染的行为和结果专业性较强,司法人员很难根据一般生活常识进行因果关系的判断,往往在侦查活动和审查判断上高度依赖环境部门的监测结论。而证据裁判原则和直接言辞原则是刑事诉讼法的两大原则,检验人员针对控辩双方存在质疑的检验报告出庭接受质询,则是两大原则的直接体现。同时,申请检验人员出庭能够给查清案

邢盼简介



京都律师事务所实习律师。

郑炫简介



京都律师事务所律师助理。

件事实并为专门问题的证明能力提供保证。但在实践中，检验人员出庭率较低，辩护人也几乎不会申请检验人员出庭，只有少数案件会申请重新鉴定。

检验报告适用困境的对策

（一）明确检验报告的法律地位

导致当前检验报告与鉴定意见在司法实践中常被混淆的原因之一是：在立法上，检验报告的法律地位还不清晰。如果仅仅凭借检验报告作为定罪量刑的依据，很容易引起歧义。根据《刑事诉讼法》第48条“可以用于证明案件事实的材料，都是证据”可知，检验报告应当是证据。建议今后应从立法和实践的不同层面对检验报告的证据类别进行划分和解释，比如将检验报告的法律效力进行降格处理，从“定案依据”变为“定案参考”，让其区别于鉴定意见而存在，维护鉴定意见的稳定性。

（二）完善检验报告的质证手段

通过检索对比环境污染类案件的裁判文书，不难发现一个共性，即控辩双方在质证中对专业性较强的检验报告很难做到有效质证，往往停留在对证据的形式要件提出质证建议，很少对实质的检测内容发表评论。而对检验报告的放松

审查，很可能变成潜在的错判风险。建议应加强对检验报告的有效质证，在出现可能严重影响定罪量刑的争议时，辩方可以尝试从更多、更专业的角度对检验报告的真实性和客观性进行提问，从而降低风险，缓解追责压力。

（三）改善检验人出庭的相关条件

在司法实践中，检验人员出庭率较低是由多种因素导致的。要想改变这一现象，提高检验人员的出庭率，笔者建议可以从以下几个方面进行尝试。第一，若控辩双方对涉案的检查报告存在疑问，可以申请检验人出庭作证。第二，改变现实中部分法官与公诉人对检验人员出庭作证的理理解偏差，如申请检验人员出庭可能会导致庭审的过分拖延，检验人员不具备相应法律素养，可能无法回答辩方提问，导致检验结果被推翻等。这些观点显然不成立。刑事诉讼活动中，公正应当优先于效率，查明案件事实才是刑事司法活动的根本，而检验人员出庭参与质证，本身就有利于案件事实的查明和防止冤假错案的发生，应当积极鼓励。最后，对于检验人员自身来说，若想从容应对庭审环境，也可以在先期接受相应的辅导，这样不但可以帮助其熟悉庭审流程，提高庭审效率，也可以达到有效质证，将检验报告做到“名实相符”。

引用及注释

[1] “生态环境损害公益诉讼将实现先鉴定后收费”《检察日报》2019年1月23日

[2] “四川现天价司法鉴定费：签名、指纹和印章需17万”《重庆晨报》2017年2月8日

[3] 这一现象是由于行政机关在行政执法办案中，为确认行政相对人的法律地位、法律关系、或者相关法律事实，需要出具技术鉴定性质的行政确认书，这种现实功能需要得到相关法律法规、司法解释或其他法律性文件的强化。而这些人员并非法定司法鉴定机构和法定鉴定人。

[4] 此类机构和人员的隶属关系较为多样，有的隶属于科研院所，有的则是由省级以上环境保护部门认可的第三方机构。

[5] 江某、樊某某污染环境一审刑事判决书（2018）粤0404刑初61号。

[6] 某、盛某等污染环境罪二审刑事裁定书（2014）淮中环刑终字第0003号

[7] 《刑事诉讼法司法解释》第87条 对案件中的专门性问题需要鉴定，但没有法定司法鉴定机构，或者法律、司法解释规定可以进行检验的，可以指派、聘请有专门知识的人进行检验，检验报告可以作为定罪量刑的参考。对检验报告的审查与认定，参照适用本节的有关规定。经人民法院通知，检验人拒不出庭作证的，检验报告不得作为定罪量刑的参考。

[8] 胡某某、张某某污染环境一审刑事判决书（2017）鲁0322刑初16号

[9] 《刑事诉讼法》第187条，被告人或辩护人对鉴定意见有异议，且人民法院认为鉴定人有必要出庭的，鉴定人应当出，否则，鉴定意见不得作为定案根据。



四百位法律界人士齐聚“京都刑辩大连论坛” 共话刑事辩护的理论和实践



田文昌律师



张建伟教授



门金玲教授



朱勇辉律师



王九川律师



华洋律师

2019年10月20日，京都律师事务所与京都（大连）律师事务所联合举办的“京都刑辩大连论坛—刑事辩护的理论和实践”在大连举行。400余名律师从全国各地齐聚会场，聆听著名学者、一线刑辩律师等重量级嘉宾就刑事辩护热点、难点问题的分享与交流。

上午论坛由京都律师事务所刑事诉讼部主管合伙人、高级合伙人王九川律师主持。王九川律师介绍，本次京都论坛在形式上继续践行自由、开放的研讨

风格，在内容上继续注重学术的深度和实务技能的系统性，让参与者获益，力求论坛取得实效。

论坛上，京都律师事务所朱勇辉主任、辽宁省律师协会赵强久副会长、大连市律师协会杨家君会长、京都（大连）律师事务所华洋主任、京都律师事务所名誉主任、中华全国律师协会刑事业务委员会主任田文昌律师分别发表致辞，对与会律师同仁表示热烈欢迎和诚挚感谢，同时表达了

对本次论坛的期待，希望通过本次论坛的分享、交流，提升刑事辩护律师的基础理论和辩护水平，为打造中国法律共同体贡献一份力量。

清华大学法学院教授、博士生导师张建伟就“刑事辩护制度的三大议题：独立·强制·有效”进行了分享。张建伟教授通过案例的方式深入浅出的揭示了我国刑事辩护制度，存在三大议题，即独立辩护，强制辩护和有效辩护。其一，独立辩护，包含辩护律师独立于



赵强久律师

当事人和独立于政府两个方面的内容。辩护律师独立于当事人，意味着辩护不受当事人意志约束，本着辩护人对于事实、证据和法律诚挚的理解进行辩护，由此可以得出结论：犯罪嫌疑人、被告人做有罪答辩，辩护律师认为无罪，有权进行无罪辩护。不过，如果被告人做无罪答辩，辩护律师不能做有罪答辩。至于律师辩护独立于政府，要求政府部门对于律师辩护不能加以干预。我国律师法规定的律师言论豁免权提供了一定的独立辩护的保障，但仍有完善空间，至于建立律师更细致的等级制的做法，对于辩护独立性可能造成损害。其二，强制辩护，含义是：审判活动若没有辩护人参与，进行过的审判活动无效。我国刑法规定的强制性制定辩护，经司法解释规定具有强制辩护性质，但是适用范围过于狭窄，如今试行刑事辩护全覆盖，应当藉此扩大强制辩护范围。其三，有效辩护，相对概念是无效辩护，后者是源于美国刑事诉讼制度的概念。在中国，无效辩护主要是国家责任问题，即律师权利设定不足、律师权利不落实以及中肯的辩护意见得不到采纳，其次才是律师个人责任问题。

京都（大连）律师事务所副主任陈立群律师主讲了《以刑法修改为视



杨家君律师

角，谈律师的程序性辩护》。他提到，强化程序性辩护有助于实现真正的控辩平衡，对实现公正司法、文明司法具有重大意义；程序性辩护中最大的难点在于调查取证，完善收集证据、分析证据、运用证据的能力是实现有效辩护的基础。陈立群律师还结合具体案例就如何分析证据、高效阅卷等跟大家分享了程序性辩护中的七条经验。

在交流环节，张建伟教授、赵强久律师、陈立群律师分别就律师独立辩护与委托人意见相悖时的辩护处理、认罪认罚制度下程序性辩护的价值、检察院侦查阶段提前介入的监督意义等问题一一进行了探讨。

在下午的论坛活动中，京都（大连）律师事务所副主任陈立群律师主持论坛议程。首先由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门金玲律师主讲了《认罪认罚从宽案件辩护的理论与实践》。门金玲律师针对当前实践中的问题，从制度逻辑和规范解释的层面对上述问题一一做了详尽的剖析。她认为，这个制度的本质是嫌疑人被告人让渡自己享有的程序权利，以获得一个自己可以接受的刑罚，国家以部分放弃自己的刑罚权以换回司法资源的节

约。是通过协商达成合意，以实现司法分流。认罪认罚从宽属于审判中心主义改革的“侧供给”，是为了省出合理的足够的司法资源来应对审判中心。面对这个必将到来制度，律师们需要掌握更专业更精细化的刑辩技能来应对司法改革的挑战。

京都律师事务所高级合伙人梁雅丽律师主讲了《鉴定意见质证的16把金钥匙》。她提出，鉴定意见的质证应围绕着鉴定机构与鉴定人主体资质及资质、检材与样本、鉴定方法和标准及鉴定程序等几个部分进行。其中针对鉴定机构与鉴定人的审查时应从鉴定机构、鉴定人的资质、业务范围及是否违反回避规定入手；对检材（样本）的审查时，关注检材（样本）来源是否不明，是否被污染；检材（样本）固定、保管和送检过程保管链条是否断裂；鉴定对象与检材、样本是否一致；提取笔录、扣押清单……印证；鉴定意见与勘验、检查笔录及相关照片等其他证据是否矛盾。鉴定意见进行专业性审查，关注：鉴定意见是否针对专门性问题；鉴定方法是否正确，是否符合专业规范；鉴定所适用的标准是否有误。对鉴定意见结论应就鉴定意见的关联性与确定性，推理的逻辑性等进行审查。

期间，辽宁省刑事法律专业委员会副主任杨薇律师在与谈环节结合自己的案例经验跟大家分享了认罪认罚从宽制度执业过程中遇到的执业风险并提示参与律师应当及时、规范制作会见笔录。

在提问交流环节中，门金玲律师、梁雅丽律师、杨薇律师分别就鉴定的统一标准、专家意见的采纳标准、鉴定的



梁雅丽律师



柳波律师



陈立群律师



孙广智律师



杨薇律师



金洪智律师

公正性以及认罪认罚从宽制度中值班律师如何更好的发挥作用、认罪认罚的从宽幅度等一一做了回复。

短暂的片刻休息后，大连律师协会刑事专业委员会主任金洪智律师发表了题为《民营企业经营中的刑事风险防范》的主题演讲。金洪智律师阐述了刑事律师在为民营企业提供法律服务中的重要作用，分析了民营企业法律风险的成因，就民营企业经营过程中可能涉及的刑事罪名进行了归纳总结，并从内部管理流程控制、经营合规性审查、重点领域风险管理等方面提出了自己的专业性建议。

北京市律师协会刑事实务研究会副主任、京都律师事务所高级合伙人柳波律师作了《监察法视野下的非法证据排除与刑事辩护》专题演讲。柳波律师通过梳理最高人民法院《刑事审判参

考》1-112期涉及非法证据排除的11个指导案例，以及自己经办的10起排非案件，就监察法“前”的非法证据排除和刑事辩护关系作了阐述。进而，柳波律师谈了监察视野下的三大问题：监察程序和刑事诉讼程序的关系是程序二元、证据一体；监察委员调查的88类职务犯罪的分类；监委调查的职务犯罪案件证据的特点。柳波律师认为，由于职务犯罪案件本身的特点尤其证据特点、监委调查取证的封闭性、监委办案的全面性和手段的多样性等因素，监察委员会调查的案件中，非法取证的情形依然会客观存在。但是，监察委员会属于政治机关，地位高，权力大，监督范围是全面覆盖，检法人员均属于它的监察范围等等现实困境，会导致非法证据排除更难，刑事辩护难度系数增加。尽管如此，柳波律师认为，对于确有非法取证

线索和证据的案件，律师要勇于担当，依法申请，敢于坚持；熟稔法律，用足用尽法律规定，注重和讲究申请排非的技巧和实效，迎难而上，律师在非法证据排除和刑事辩护方面仍大有可为。

京都律师事务所合伙人孙广智律师进行了《行贿、受贿案件的辩护经验》的主题演讲。基于行贿、受贿犯罪的典型模式及演变模式的不同情形，孙广智律师分别就犯罪要件进行了拆分论证，并提出了起诉书与事实证据、起诉书与犯罪构成、事实证据与犯罪构成的三重比对的刑辩思维路径。与此同时，孙广智律师针对“具体请托事项”、“给予/收受财物”两项要件分享了自己的辩护心得。针对存在“中间人”、“有影响力的人”的行、受贿案件，孙律师从“中间人”地位的论证以及“刑法时间效力”出发，为此类案件的辩护

提供了新的思路。最后，针对行、受贿案件的单位犯罪问题，孙律师就如何论证单位行为，结合大量的实务经验向大家分享了自己的经验和技巧。

在论坛的最后阶段，田文昌律师做总结发言《走出刑事诉讼的理念误区》。回顾律师发展40年，虽然法治不断进步但仍然存在一系列根本问题没有得到解决。究其原因，在于基础法律理念滞后，法律原则性问题没有得到解决。例如无罪推定、不枉不纵的原则理念虽广为人知，但实践中由于价值理

念、政治考量等的认知常常导致这些原则理念在具体应用中产生偏差；再如打击犯罪与保障人权并重，证据真实与客观真实并重等基本理念是正确的，但在这些并重的理念冲突时又该如何取舍。再如嫌疑人、被告人的知情权，证据合法性，举证责任倒置等基本理念问题……田文昌律师结合历史、法理等多学科知识，通过一个个的案例深入浅出的为与会律师逐一剖析这些刑事理念误区背后的成因和表象，引发广大律师同仁的深刻反思。在论坛的最后，田文

昌律师呼吁与会律师正视刑事辩护的意义，要有辩护律师的责任是为被告人争取权利，是为司法公正争取权利的观念高度，力争为中国的法治化进程贡献一份力量。

论坛结束后，与会律师们都表示这是一次内容非常严谨、务实、深刻的刑辩论坛，讲师们无私奉献，组织者精心安排，让参会者们受益匪浅，大家纷纷期待着下一次刑辩论坛的召开。



| 与会嘉宾合影



| 会场盛况



张建伟：独立·强制·有效

——辩护制度改革的三大议题



张建伟教授
清华大学法学院教授、博士生导师

辩护律师的角色和活动，难免给人浪漫的想象。记得我在西南政法学院读书时，男生和女生的比例大概是7：3，那时候家长都不太愿意让自己的女儿学习法律，因为在八十年代初，所谓“法律”的概念，主要是刑事法律即刑法、刑事诉讼法，民法通则、民事诉讼法、经济法、行政法都是后来逐渐发展而来的。当初一想到学法律，很多人的想法是，以后要跟犯罪分子打交道，于是家长都不愿意自己的女儿学法律。那时为何有选择法律专业？对于这个问题，重庆电视台曾经采访一位女生，那个女生回答让我印象深刻。她说，在中学时读过一本书，当时的畅销书、美国作家西德尼·谢尔顿写的长篇小说《天使的愤怒》，主人公是一个是从美国法学院毕业的高材生詹妮弗·帕克，书中描述她成为一名有名的刑辩律师的经历：第一个案件就是给检察官做助理，不小心闯下了大祸，后来艰难执业，在一些刑事案件辩护中大放异彩。她觉得律师职业和辩护人角色对她很有吸引力，于是就选择了学法律。

辩护人的角色可以追溯到古罗马法庭上的代言人，这一法庭角色可谓辩护律师的起源。不过，虽然律师起源很早，在漫长的法律史当中，其形象却是

暗淡的。大概很难在古代的文献中找到多少律师辩护的事例，《圣经后典》中但以理为苏撒拿进行辩护的故事，是绝好的例外。苏撒拿被两个士师诬陷，被判死刑，但以理挺身而出，为她辩护，采用隔别询问的技术，为苏撒拿洗去冤情。在古代中国，也有类似情况（难以找到堂上辩护的故事），我国古代有理想的司法官的形象，可是找不到一个理想的律师的形象。在文艺作品中，有一个很有名的京剧《四进士》（也称宋士杰），京剧大师周信芳扮演过宋士杰，宋士杰的角色非常像律师。不过，我国古代虽有讼师，却是很名誉的职业，很多地方官上任伊始，就发布安民告示，警告讼师不要兴风作浪，挑唆词讼。当时按照儒家的理想，地方官员追求政简讼清，没有人打官司就是最好的业绩治理，所以官员上任伊始，往往发布安民告示，对讼师加以压制。在晚清时，有中国官员到西方去，对于西方国家的一些司法现象，感到十分震惊。例如对于法医尸检，就难以理解，认为在中国除非有十恶不赦之罪才会戮尸，在西方国家为了确定死因居然将尸体解剖，实在惊人。又如讼师在中还公然收费，实在令大清官员感到惊骇。当晚清法律改革，律师制度引入中国之时，辩护律师

称为“辩护士”，这是从日本学来的成为，将律师列人士农工商中士人一类，由此开始了中国现代辩护的历史。

如今，律师队伍人数众多，可以用“壮阔”一词加以形容。随着律师人群的壮大，律师的特性，也为世人所熟悉。在五行八作各种职业中，凡是带师的，都没有国家权力在手（太师除外），你看医师、教师、药剂师、理发师、厨师，都是如此。不过，凡职业当中带师的，往往有一定的职业技能。此外，律师的自由度比较高，一些人选择律师职业，含有对于自由的追求的考虑。去年，北京市人民检察院、北京市高级人民法院都在物色学者、律师来做法官和检察官，似乎没有学者、律师对于专任法官、检察官有兴趣，此所谓“做了三年的乞丐，给个知县也不当”的道理。律师的上述特性，跟我们随后要展开的话题有一定关系：当辩护律师到公堂之上为当事人说话，是站在权力的对立面，是来自民间社会匡扶正义的力量，在公堂之上，他们常常要对权力说不。

现代辩护制度有它的价值追求，作为辩护关系基础的价值，首先是公正，也可以用另外一个词来表达，就是制衡。在上个世纪二十年代的时候，有一位刑事诉讼法的学者，叫朱采真，写过一本《刑事诉讼法新论》，书中有这样一段话：“假使既有了裁判制度，不管它是官僚裁判还是国民裁判，怎样可以没有辩护制度呢？让检察官可以哼而哈之的攻击被告人么？让推事听凭检察官一面之词去自由心证么？站在法庭威严下的被告让他孤独地毫无援助么？因此发生的种种不良结果，是要使得社

会全体受着损害。为了拥护被告人的利益，就需要辩护制度，并且所谓拥护被告人利益的抽象意义，就是拥护社会全体的利益；因为组成社会的各个分子都有做刑事被告人的可能。这就是辩护制度的价值。”这段话，将辩护的价值提高至全社会的保护的高度。

多年之后，法国一位著名律师弗洛里奥写了一本书叫《错案》，这本书在八十年代的时候，法律出版社就出版了中译本，作为畅销书出版，印数不少，可惜司法界很多人对这本书并不知道，前些年法律出版社请两位译者对译文进行修订，重新出版。作者在本书序言中说，不要以为你是一个好父亲、好公民，就一辈子不会与地方法官打交道，冤假错案是非常容易发生的，即使你的地位很高、权力很大，也有可能成为冤假案件的受害者。错案，打击所有的人，既有权贵，也有平民。他讲的道理，和我们朱采真教授的讲的道理是一样的。

现代刑事诉讼中，存在两大基本假设。第一个假设是无辜者假设，每一个人进入到刑事诉讼的轨道，成为刑事被追诉者，都应当被假定为无辜者，当今还有一个引申性假设——凡证言对被告人不利，都应先假设为假，只有当最终确定是真的，才能成为定罪的依据。第二个假设是涉讼人假设，社会当中每一个人都被看作是有可能牵涉到刑事司法中成为被追诉者的人，俄国思想家赫尔岑曾经说过，假使我们俄罗斯的法律和司法很文明，由此可能造成一百个贼逃脱法律的惩罚，就让他们逃脱好了，总比刑罚制度非常严酷，司法很黑暗，俄罗斯人因为这样的法制和司法的存在，

吓得躲在家里瑟瑟发抖好得多。司法、法制残酷、黑暗，会让整个社会都感到不安全，这里面就包括涉讼人假设的道理。所以，对于刑事被追诉者的权利保护，不仅仅是对这一部分社会中的倒霉蛋提供的保障，那是对整个社会提供的保障，刑事辩护的价值就在这里。就保证司法公正而言，刑事辩护律师担负这样一个社会功能，就是提供来自民间社会的匡扶正义的力量，对于司法权起到制衡作用。

第二个价值是平等，控辩双方为地位平等、权利对等，其中权利对等又称“武器平等”，控辩双方的权利进行对等设计，双方各自发挥攻击、防御功能。只有武器平等，方能形成有效对抗，不能一方是坦克、大炮、精制制导导弹、大规模杀伤性武器，另一方却是青龙偃月刀、丈八蛇矛。

第三个价值是信任，在九十年代讨论案件，谈到律师在履行职务时了解到不利于其当事人的情况，应有保密义务，很多司法人员是不理解的。现在看来这已经是一个常识，国际上也早就是一个惯例，由此可以看到，我们今日的司法理念发生了多么大的变化。为什么律师在履行职务当中了解到不利于其当事人去情况要保密，这背后的价值是什么？我认为，就是当事人与律师之间的信任关系。类似这种信任关系，在刑事诉讼的其他制度当中也都有所体现，比如说近亲属免于作证的特权，就是为了家庭关系的维系。通过婚姻形成的家庭关系，靠信任加以维系，家庭是抚慰伤痛的港湾，家庭的稳定是社会稳定的一个基础，所以，受儒家思想影响，形成亲亲相隐制度，背后的价值基础就是



信任与律师跟当事人本来素不相识，当事人为什么可以把真实情况告诉律师，就是基于信任。对这些情况，如果律师揭发检举，其结果就是瓦解了信任关系，当事人可能不敢请陌生人进行辩护，辩护制度可能因此动摇甚至瓦解。那么，作为保证司法公正的重要机制的律师制度，可能会走向衰亡，因此必须维护作为辩护制度基础的信任关系。

接下来，我们分析在这些价值基础之上的辩护制度，辩护制度存在三大议题：一是强制辩护，二是独立辩护，三是有效辩护。

首先，是独立辩护，我们谈及司法，经常讲到的独立问题，是司法机关依法独立行使职权，很少讲到律师辩护独立问题。需要指出的是，律师在诉讼中，进行代理活动和辩护活动，其中辩护活动才涉及所谓独立问题。独立辩护，还有一种说法，叫做辩护人的自主性功能。台湾大学林钰雄教授谓辩护人在刑事司法体系中担负“自主性功能”，换句话说，“辩护人可谓整个刑事司法体系中自主的司法单元”，这种自主性功能是独立辩护权的另一种说法。

律师独立辩护，有两方面内容，一是独立于当事人，二是独立于政府。辩护律师为什么要独立当事人？有的大学法学教授居然都搞不清，我曾听一位教授讲，律师怎么可以在法庭上发表与被告人答辩不同的辩护意见呢？被告人自己认罪，律师怎么可以做无罪辩护？他认为被告人做有罪答辩，律师就只能做有罪辩护；被告人做无罪答辩，律师就只能做无罪辩护，律师要跟当事人亦步亦趋。听到这个说法，我觉得有点意

外。律师独立于当事人的观念，本应是一个常识性认识，辩护律师与诉讼代理人有很大不同——诉讼代理人应当是当事人的传声筒，当事人的意愿通过诉讼代理人传达出来；辩护人不同，辩护人不光是当事人利益的维护者，同时承担一种社会功能，就是作为司法公正的制约力量存在。辩护人的社会功能引出一个原理，如果被告人做有罪答辩，辩护人完全可以独立就案件事实、证据、法律做判断，独立得出自己的无罪结论，在法庭上辩护律师可以做无罪辩护。

当年李庄案件二审当中，李庄突然有一个大转弯，由无罪辩护改为有罪答辩，当时的辩护律师陈有西措手不及，来不及与他进行沟通，陈有西进行辩护时依然进行无罪辩护，事后有学者就发表意见，提出被告人做有罪答辩，律师不可以做无罪辩护。陈律师在自己的微博表达一个感慨：教授毕竟是书生。

在司法办案中，有一种现象，本来辩方打算做无罪辩护，但是由于无罪判决率实在是太低了——跟日本差不多：日本电影《嫌疑手事件簿》有一个情节，主人公乘上地铁，里面挤得像沙丁鱼罐头一样，他到站走出地铁车厢，一个高中生模样的女学生抓住他不让他走，说你猥亵我，这个小伙子不承认有这样的事情，就被警察带走，警察要求他认罪，他说我没有干这个事情，我不认罪。值班律师到关押他的留置场与他会见，听他辩解后劝他认罪，理由是日本的无罪判决率在万分之几，要获得无罪判决太难了，而且认罪的话，上午发生的事情，下午就可以出去，不认罪就要被关很久。与之类似，在中国，无罪判决率也是畸低，如果无罪辩护，判有

罪的概率特别高，一旦定罪，就失去了展示认罪、悔罪的从轻处理的机会，于是被告人与辩护人采取辩护策略，由被告人做有罪答辩，律师做无罪答辩，这样做，出于对被告人利益的选择，这个选择，会在法庭上形成一个辩方内部自我消解的状态。现在我国实行认罪认罚从宽制度，也出现这样一个情况，作为辩护策略，犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚，以换取从宽处理的机会，辩护人做无罪辩护。我曾听到一个检察机关的领导对此愤愤不平，认为被告人都认罪认罚，凭什么辩护律师可以做无罪辩护？其实，辩护律师如何辩护，属于律师的自主部分，检察机关没有权力对辩护律师选择怎么样的辩护进行管控。实际上，被告人认罪认罚，有的只是好汉不吃眼前亏，是否真的是洗心革面，有悔罪表现，难以确定，对于辩护方来说，认罪认罚有时其实是一种策略选择。在无罪判决可能性那么低的情况下，认罪认罚是最有利于被告人的一个选择。

曾经在微信朋友圈看到一个段子，厨师和猪的对话，大意是：厨师跟猪说，如今要发扬民主了，我问你一个问题，你畅所欲言，不要顾虑——你死后，是想被清炖还是红烧呢？猪一听，一时无法回应，厨师继续做思想政治工作，告诉它：不要紧，你就畅所欲言好了。猪就说：其实我并不想死。厨师说，你看看，我问你问题，你回答就跑题。这个故事告诉我们，认罪认罚制度中，犯罪嫌疑人、被告人，大体上是猪的处境，因为这个制度已经免除了一个选项，就是无罪的选项，该制度建立在这样一个前提下——你是有罪的，你要

被定罪。在这个前提下，要做选择，当然只有认罪认罚。但是，这里有一个问题，假使看了案卷之后，觉得这个案件存在很多问题，并不符合定罪标准，那么辩护律师应该怎么办？被告人觉得自己认罪认罚比较有利，律师当然应当本着对于事实、证据、法律负责的精神，做无罪辩护。对法官、检察官来说，对案件进行认真的审查，不妨仔细听听律师说的是否有道理，有道理就应当予以采纳。如果被告人认罪认罚是在被胁迫、利诱、欺骗的情况下形成下的，或者只是一种策略选择，作为司法人员，还是要维护他的权利。美国有无辜者拯救计划，有美国教授组建的专门团队为一直声称无辜的被定罪人提供援助，这一团队借助DNA技术在平冤枉方面取得了非常明显的效果，在非常健全的证物保管制度下，DNA检测发挥了关键作用。令人惊讶的是，在被定罪的无辜者中有百分之四十在法庭上是认罪的。

说到证物报关制度，曾经看到一个报道，英国一个商人很有钱，对于一些公益事情也很热心，就出钱做一件事儿，对于100多年以前英国发生的非常著名的案件——开膛手杰克案件，进行DNA检测。当时案发在雾都伦敦，陆续有一些妓女在街巷被杀，案件一直没有侦破，后来有不少人研究这个案件，还写了很多书。我在中学时，看到中央电视台播放过一个六集的英国电视剧《开膛手杰克》，就是描述这个案件的。这个商人出钱用DNA技术对开膛手杰克案件的证物进行检验，在一个妓女的披肩上，检验出一位波兰美发师的DNA。这个波兰美发师曾经被怀疑过，但是没有证据，如今通过技术检测，可以认定凶

手是他。我看到这个消息，感到惊讶的是，100多年以前的案件，英国还居然完整保留着它的证物，其中包括了生物物证，于是在有了新技术的条件下可以进行新的检验。试想，我们隔那么长时间的案件，如说晚清四大奇案，物证还在吗？我们知道，在辩护中，辩护律师履行职务，其质量状况如何，不光取决于律师自己的努力，还依赖于辩护律师所处的外在环境，亦即环境自由能给辩护律师带来什么。辩护的外在环境不利，辩护律师在履行辩护职能的时候，当然也有很多不利之处。

关于辩护人独立于当事人，反过来，如果被告人做无罪答辩，辩护人能不能做有罪的辩护呢？有人可能会问：辩护律师不是要独立于当事人吗？那么，反过来的这种独立现象是不是也应该得到支持、得到认可呢？需要厘清的是，辩护该怎么做，不光是单方面的价值选择，也并非连接着唯一原理，还存在另外的原理。辩护人的权利，属于派生性权利，是由当事人的本原权利产生出来的，由于被告人在司法中的境遇，被告人无法充分行使辩护权，其法律专业程度也不够，才需要由辩护辩护律师来帮助行使辩护权，而且法律设定的律师辩护权比为犯罪嫌疑人、被告人的权利更丰富，但是无论如何，辩护律师的权利是由被告人的权利派生出来的，辩护人的辩护要服务于当事人的辩护权，不可以无益反损于当事人的权利，由此可以得出结论：如果被告人做无罪辩护，辩护人是不能做有罪辩护的，他可以从证据、程序方面进行辩护，避开实体方面的判断。这一做法，才是对辩护人独立于当事人的完整理解。

辩护人的独立性，还有一个重要内容就是要独立于政府。辩护人有他的自主功能，在整个的辩护情境当中，他是站在政府的对立面。代表政府的就是检察机关，即国家公诉人代表国家进行控诉，辩护律师的作用就是防御政府发起的这种诉讼上的攻击。辩护律师要有自主性功能，政府不能对辩护人的辩护加以不法干预。这样一个情景时不应存在的：律师接受委托作为辩护人，有政府人员找律师谈话，说本案不能做无罪辩护，在法庭上哪些话不能说。这个做法，严重违反律师独立辩护原则。辩护制度要完善，有一项非常重要的内容，就是律师的独立辩护权应当得到充分保障，防止对辩护权进行霸凌和削弱。

辩护律师与国家权力的关系，可以多方面观察。在通常的诉讼关系中，作为一个防御方，律师与国家权力是一种对立关系，由于刑事诉讼是政府与个人的争讼，法官要凌驾双方之上作居中裁判，由此形成三角形的诉讼构造。在某些特殊程序或者场合中，律师与国家权力并非对立关系，比如律师被政府部门聘用为政府律师，跟国家权力成为一个协同关系；另外，在纠正冤错案件的再审程序中，被判刑人的律师和检察官就可能形成了协同关系。有一个再审案件，面对检察官出庭，律师对于当初检察机关的控诉表现出不依不饶，在法庭上加以指责，这是意气之争，没有必要。

还有律师，对于权力具有依附关系，律师界称为勾兑派律师，这个不必赘述。与之相反的，是死磕派律师。其实，辩护要协同还是死磕，取决于当事人的利益，为死磕而死磕，当事人的利



益就可能磕死了。死磕律师现象,引起了管控的焦虑。在各种管控技术当中,就是要实现律师等级制,原来有一个粗放的律师等级制度,未来拟实行的等级制度,也许含有达到一定级别才可以在高级法院以上的法院出庭辩护或者代理的内容。这个对资深律师来说,没有什么坏处,只有好处,他们必定是有资格到高级法院以上的法院出庭的。对全体律师来说,却不是利好消息,等级制度就是行政化体制,对于律师来说,实行这种行政化的等级制,其可贵的独立性、自主性可能就消失了。

对于律师独立性方面,律师法第三十七条确认律师在执业活动中的人身权利不受侵犯,同时确立了其言论豁免权,即律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是,发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。这三方面的例外,有进一步解释空间。比较而言,有的国家在这方面规定得更好一点,有的规定律师在法庭上所有言论都受豁免权的保护,有的规定凡是与案件有关的言论都是受保护的,无关的发言可能会承担相应的法律责任,这些规定比我国律师法的规定更有利于保护律师的法庭权益。

第二,强制辩护,又称“必要的辩护,即被告人必须有辩护人为其进行辩护则法庭审判活动方为合法有效。德国刑事诉讼法典第140条专门规定了强制辩护制度。日本刑事诉讼法第289条第1款也规定:“于审判适用死刑或无期或最高刑期超过三年惩役监禁的案件中,如无辩护人,不得开庭。”该条第2款还规定:“于无辩护人不得开庭的情形,辩护人不到场时,审判长依职权

提出辩护人。”我国通过司法解释,将强制性指定辩护确认为强制辩护,可惜范围过于狭窄。如今正在推动的一项改革,是刑事辩护全覆盖,2017年10月11日,最高人民法院与司法部联合出台《刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》,确定在8个地区试点:北京、上海、浙江、安徽、河南、广东、四川、陕西。从试点内容来看,刑事辩护全覆盖,是很先进的理念,如前述日本是三年以上刑罚才实现强制辩护,而我们实行的辩护全覆盖,范围就相当广阔了。我期待,未来将强制指定的范围进一步增大,这个对辩护制度来说,是好的发展前景,值得赞许。

第三,有效辩护,这是当事人一项非常重要的权利。辩护权的保障,首先是国家责任,过去探讨辩护有效和无效的问题,专注于国家责任是否尽到了,人们经常诟病的负面现象是“你辩你的,我判我的”,法庭上有的法官根本是空心人,开庭时根本没有带心来,就形成你辩护的很热闹,说的也很中肯,他都没有听,这时的法官类似婚礼上的司仪,只是一个过程的主持人角色,这种情况下,辩护怎么能有效?另外,由于法律上对于辩护权利设定不足,司法实践中辩护权利又被压制,有效辩护成为国家未尽到相应责任的结果。近些年,受到美国辩护制度的影响,人们一时到,除了国家责任之外,对于辩护人责任也要密切注意。美国的无效辩护的概念,产生的原因是:美国对抗制诉讼,高度依赖律师,没有律师可谓寸步难行,而且美国律师对案件结果确实能够发挥很大的作用,美国辛普森案件,被告人很有钱,花了几百万美元请了美

国最好的刑事辩护律师,包括美国哈佛大学德肖维茨教授,还有在美国被称为交叉询问大师贝利·李。这些律师组成的“梦幻之队”辩护团,对于辛普森无罪的诉讼结果方面发挥了重要作用。

羁押场所经常看到这样状况,被关的人对于新进来的人犯了什么犯罪、为什么会关进来,很好奇,常常询问这些情况来解闷。在美国监狱,统一标准答案就是“被律师害的”,意思是我的律师太差劲了。由于对抗制诉讼中律师发挥作用空间很大,如果律师不尽心、不尽责,对当事人权利保障就非常不利。所以,美国就产生无效辩护的概念,其构成要件,一个是律师行为存在缺陷,第二个就是造成被告人不利的法律后果。两个事实成立,那么就导致撤销原判、发回重审的诉讼法上的效果。就对抗制诉讼的当事人来说,获得一位能言善辩的律师,有时甚至比有力的证据、充分的理由更为重要。

美国的司法制度中的这个概念,对我国产生了影响,现在学者、律师、司法人员都在探讨有效辩护和无效辩护,这个概念其实是直指律师的,即律师如果不尽心、不尽责的话,就是坑了当事人的。我国律师也许会辩解,有效辩护布完全取决于律师,律师尽职尽责,提出中肯的辩护意见,但并未被法院接受,因此在我国讲有效辩护,首先要正视的是国家责任方面存在的问题。但是,毋庸讳言,确实存在律师的辩护质量不高的问题,如有法官说,有的死刑案件,辩护人提供的关于不核准死刑的意见,居然半页纸都不到。不仅如此,值班律师和法律援助律师的辩护质量如何,值得缜密观察。日本公设辩护

存在的问题，在我国也一样存在——日本公设律师有的在开庭前10分钟才匆匆与当事人见了一面。在我国，还有一些律师的角色作用耐人寻味，如鸿茅药酒案件，警察向嫌疑人亲属推荐一个内蒙

当地的律师，声称他跟鸿茅药酒集团的关系不错，嫌疑人家属就请了这个律师，结果律师一来就劝说当事人积极认罪，这种律师，我称之为蒋干型律师——他们是来劝降的！所以，有效辩

护与无效辩护的问题，还要看律师在辩护当中到底发挥的是什么样的作用，蒋干律师的现象值得警惕。

谢谢大家！🌹

门金玲：认罪认罚从宽的制度逻辑与辩护律师的参与



门金玲教授

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，
京都律师事务所兼职律师

大家下午好，很高兴有机会跟大家一起分享这样一个话题。我将从改革初衷、制度逻辑、社会基础、立法规范和律师参与五个部分展开。

为什么要进行认罪认罚从宽的制度改革？

自审判中心主义改革的司法改革目标提出以来，我们迎来的最大的变化就是“认罪认罚从宽”制度改革的蓬勃展开。从三四年前的试点城市，到2018年末刑事诉讼法修改，写入刑事诉讼法，未来会有计划的把认罪认罚从宽作为大面积处理案件的模式，要实现70%-80%的案件进入认罪认罚从宽处理程序。立法的初衷是基于司法资源的紧张，基于审判中心主义改革的需要，把大量案件从普通程序中分流出来，以便我们紧缺的司法资源可以确保进入普通程序的案件实现审判中心。大家仔细想

一下：把一些案件从审判的程序当中拿出来，是强化了法庭审判，还是弱化了法庭审判？答案显而易见！对于适用认罪认罚从宽的案件是弱化了法庭审判。因此，给“认罪认罚从宽制度改革”冠以“审判中心主义改革”的组成部分，必须厘清这顶多属于审判中心主义的“供给侧”改革。就是审判中心主义改革的侧供给，是为了实现效率做了一个不得已的举动，如果能让每一个案件中的被告人都享受正当程序的权利，才是最终的理想司法。

纵观发达国家，以美国为例，有90%以上的案子都做辩诉交易——从正当程序中分流出来，以节省出司法资源来保障进入审判程序的案子的正当程序。如果所有的案子都进入正当程序，其司法机器会不堪重负而停摆。像辛普森案，属于进入程序的那不到10%的案件，法庭开庭审理用时一年时间。一个发达国家都解决不了所有案子实现审判



中心，我们发展中国家在财力和资源上，更无法保障。因此不可否认，把被告人认罪认罚的案件从审判程序中分流出来，节约审判资源，应该是我们这个改革的初衷。这是基于实用主义考量的不得已的必须的选择。

什么是“认罪认罚从宽”的制度逻辑

搞清楚一个改革的制度逻辑，在解释现有立法和解决实践困惑时才可以找到方案。虽然现在出台了一个又一个认罪认罚从宽适用的规范、意见、规定等等，但是，如果无法正视认罪认罚从宽的制度逻辑，任何文件精神在具体适用中都会遭遇“法解释”的困惑，无法解决真正的适用。那究竟什么是认罪认罚的制度逻辑呢？这恐怕要包含在下面的七个必答题中：

必答题1：认罪认罚从宽制度改革是为了实现司法分流的目的吗？

我们是否要大胆的、明确的、毫不含糊的承认这个制度的目的是为了司法分流。我们很多改革总是喜欢犹抱琵琶半遮面，不敢明确这一点，很多问题无法找到正确的答案，甚至给司法实践带来混乱。比如，二审时，甚至二审审理结束，还能不能适用认罪认罚从宽？如果仅仅把认罪认罚的目的归结为政治上的维稳，那必然得不出一个带有规范意义的答案，进而该制度的改革必然会演变成成为一个人为操控的任意性制度。如果回归该制度最本质的目的——司法分流，就很轻易得出“不能适用”的答案。因为，此时所有的司法资源都已经

被耗费，被告人已经获得了正当程序，国家也没有必要当然的部分放弃刑罚权，所以，国家不同意给予被告人适用认罪认罚从宽是完全符合制度逻辑的。这个时候如果还可以大面积的适用认罪认罚从宽程序，那岂不也助长了被告人即享受正当程序的红利，又不放弃认罪认罚从宽的红利，在发现审理之后无利可图，赶紧再行同意适用。当然了，在实践中如果此时公权力机关同意给被告人适用认罪认罚从宽，站在辩护人的立场，肯定双手赞成。

在英国有关量刑的规定中，明确规定了被告人在案件进入审理之前适当的时机认罪的，可以减刑三分之一，被告人在案件将进入审理时认罪的，可以减刑四分之一，被告人在案件审理结束时认罪的，可以减刑十分之一。可见，国家的法律都有鼓励公民认罪配合司法的目的，并且在考量量刑减让时，同时考虑被告人对司法资源的节省程度。

必答题2：认罪认罚从宽程序是一种在“普通程序（正当程序）”之外处理案件的方式吗？

答案是肯定的。认罪认罚从宽中，被告人自愿让渡的就是自己应该享有的审判程序，并以此为砝码换取“从宽”的结果。所以，司法实践中很多律师将适用于普通程序的被告人权利，用来要求适用认罪认罚从宽程序。这是没道理的。必须旗帜鲜明的承认认罪认罚从宽程序，是案件不进入普通程序审理的处理方式。只要满足底线正义即可。

我回避了使用正当程序这个词，因为我国目前司法审判尚未达到正当程

序的国际公认标准。上午张建伟老师讲到香港市民反对“送中”的立法，其原因就是因为我们的刑事诉讼程序，尚未获得达到国际上有关正当程序的标准，未获得国际认可。因此，香港市民恐惧“送中”后无法受到正当程序的保护。我们始终强调，只有不回避问题，才能更好的解决问题。认罪认罚从宽改革亦然。为了效率，部分的牺牲程序正义，更应该建构出正义的底线，以确保这一制度在施行过程中不至于失去规范的控制。在应然样态下，认罪认罚从宽制度的正义的底线是什么？

必答题3：确保认罪认罚从宽程序正义的底线是什么？

“强按牛头硬喝水”不是正义，确保认罪认罚从宽制度的基础正义，是确保被告人认罪认罚的“自愿性”。只有“自愿”才有这个制度的“正义”。

如何在制度上、程序上保障自愿性，也是这场改革必须面对的挑战。

第一，制度前提：取保候审为常态，羁押为例外；这是确保这一改革具有正当性的制度前提。为什么这么讲呢，认罪认罚从宽制度的底线正义的核心内容是“被告人的自愿性”。只有保障“自愿性”，才避免认罪认罚从宽改革不至变成强按牛头硬喝水的情况。这里的“自愿”是要求一个人承认自己不利后果的自愿，从自然法的视角，没有人会“自愿”承认对自己不利的后果。从理性层面看，要确保一个人是“自愿”接受一个对自己不利的后果，必须是保障这个人在拥有自由选择的前提下，起码要保障“取保候审为常态”，

只有在拥有一定人身自由的情况下，才能具有了自愿接受不利后果的正当性前提。如果人是被羁押状态，则对自己不利后果的承认，推定为“不自愿”，这是制度设计的基本逻辑。这是保障“自愿性”具备底线正义的外观条件。如果人被羁押，还要强调实现“自愿认罪认罚”，则就成了上午张建伟老师讲的那个笑话，一个被绑到砧板上的猪，只剩下选择红烧还是清蒸，这不是其真正的“自愿性”选择。

所以，有没有可能借着认罪认罚从宽的制度改革，辩护律师一起努力呼吁，实现取保候审常态化呢？当前社会控制手段已经不成问题，法网恢恢无处可逃，很多电子科技金融等手段让逃犯也是无处遁形，同时看守所人满为患，监狱设施短缺，加之以后绝大多数案件要走认罪认罚从宽程序，需要建构取保候审为常态的制度基础，无论从那个方面看，都可以开始争取取保候审为常态的到来了。

第二，程序设计：必须有一套审理“自愿性”的法定程序及相关法律后果；必须在审理程序中独立出来一套以判断“自愿性”为目标的审理程序，绝不简单的是法官问一句“是否自愿”，被告人回一句“是”就认定该案件满足了“自愿性”标准。需要法院检验被告人是否对认罪认罚之后的有罪结果的所有——包括法律上的和社会上的负面效果、不利后果——都有充分的认识，才能算是满足判断“自愿”认罪认罚的标准。这些后果包括是否了解因为有了刑事犯罪记录而无法从事某些行业，无法担任某些职务……甚至被有罪标签化之后可能带来的其他社会不利后果，包括

对子女就业的潜在影响等。

其次，确保案件的“真实性”，是排在“自愿性”之后的另一个正义内核。认罪认罚从宽制度中，因为认罪认罚是自愿的，因此必然部分省略对本案事实的调查。但是，再怎么省略，也必须保证案件“真实性”的底线，即必须保证不能是“顶包案件”。如果认罪认罚从宽制度带来了“替人顶罪”，那就是基本正义不存在啦。对于法庭审理，确认这个犯罪行为，这个事儿是不是被告人干的，相对来说对审判资源的耗费不大，但是要确认犯罪行为在证据上达到了法律规定事实清楚证据确实充分的法定标准，就要耗费大量的审判资源。再加上法律评价的审理内容，更是耗费司法资源。厘清了这个逻辑，就不难回答司法实践中的常听律师们分享的困惑：适用认罪认罚从宽程序的案件，法庭的审理对象是什么，法庭还审不审有关本案的事实？案件事实需要达到什么证明标准？答案是，不需要再审理案件事实本身是否达到法定标准。只需要审理“被告人的自愿性”和“本案犯罪事实是否被告人所实施”两个内容。很多人不愿意面对“案件未达到法定证明标准”的现实，即便不承认，实际上，省略了法定程序的审理，必然是没有达到法定证明标准的——因为法定证明标准的要求里包含着程序标准。因此，只要能判断被告人是应受惩罚的行为实施者，不是“替人顶罪”，满足底线的正义，即可认定达到了“真实性”标准。

必答题4：在认罪认罚从宽程序的适用中，国家和公民个人，双方各自有所让渡，双方也各自有所收获，

是这样的吗？

作为被告人来说，选择“认罪认罚”，部分牺牲自己应该享有的程序权利，换来结果的“从宽”。作为国家来说，部分牺牲自己的刑罚权，给被告人“从宽”，换来被告人“认罪认罚”，部分省去审理程序，节省了司法资源。刑事诉讼是发生在国家和公民个人之间的一场“纠纷”，一方面，无罪推定原则要求国家在认定一个公民犯罪的过程中，要严格按照审判程序保障被告人的程序权利，另一方面，检察起诉的法定主义和刑罚的法定化，要求国家对于一个实施了犯罪行为被告人必须依法定罪量刑。但是对于司法实践中被告人认罪认罚的案件，能不能：省略程序，结果从宽？从司法资源面临的压力看，从审判中心主义改革对司法资源的需求看，从比较法研究的经验看，答案是肯定。这个肯定的答案里包含了国家和公民个人，双方各自让渡，又分别获得。

必答题5：这个制度里包含着“协商”成分吗？

我们要不要承认认罪认罚从宽，从程序的适用，到结果的“从宽”，是一种“协商”的结果。在诉讼的形态下，国家和公民个人，双方谁也不能强迫谁，一切以说理为根据，才是理性，才是基本正义。如果我们不正视这个问题，不对这个问题作出回答，就会给法律适用带来困惑。比如，经常有律师提问，被告人想适用认罪认罚从宽，检察机关不同意，他们这样合法不合法？如果我们承认这个制度里的“协商”要素，那无论是检察机关还是被告人都有权不适用这个程序，因为最终选择适用



这个特殊程序是协商并达成的合意。如果不是“协商”，那又是什么？除了协商我找不到其他。如果立法不赋予这个制度“协商”的属性，谁又有权利剥夺被告人获得公正审判的权利，谁又能要求国家随便让渡的刑罚权。

什么叫做“协商”？咱俩商量一个事儿，我一定有发言权，你也有一定的发言权，并且我俩的发言对结果都能产生影响，我们都有权利达成合意，然后受到合意的约束，这叫协商，这叫契约精神。我们任何一方也都有表达反对的权利，并且这种反对能有效的阻止合意的形成。这才叫协商。

必答题6：认罪认罚从宽，是不是检察权的扩张和裁判权的让渡？

答案一定是肯定的。改革的初衷就是为了节省审判资源，如果法官不让渡裁判权，何来审判资源的节约，又如何实现有限审判资源投入到耗费极大的审判中心？这个制度，实际上是起诉裁量主义扩张。本来我国是实行起诉法定主义的国家，符合起诉条件的案件必须起诉。但面对这一制度的大面积推行，实际上是做了起诉裁量主义的改革。认罪认罚从宽制度运行中，公、检、法、被（告人）、律，作为参与者，检察机关是主导机关。恰逢监察法改革，去掉了检察院的一些侦查职能，检察院在认罪认罚从宽制度中，作为主导机关，扩大起诉裁量职能，也是一个补充。

在厘清裁判权让渡和检察权扩张的属性之后，对于立法中，法院作为裁判机关如何对待检察机关的“量刑建议”？答案已经呼之欲出，必然是

“一般应当”同意，诚如立法规范上的规定。

必答题7：认罪认罚从宽制度改革与立法中本就有“悔罪从宽”的关系如何厘定？

这二者如果不加以区分，那就无法实现“认罪认罚从宽”的制度目的——司法分流，不实现司法分流，无法节省司法资源搞审判中心，那就不是改革。实际上，“认罪认罚从宽”改革的适用与原立法中“悔罪从宽”的适用完全可以分开适用，实现互不干预。

任何时候任何法律，不管是否节约了司法资源，都要鼓励公民悔罪，因此立法上就有“悔罪从宽”的相关规定，包括法定情节和酌定情节。如果是在开庭审理结束后出现了认罪认罚的悔罪，则原则不再适用“认罪认罚”的“从宽”，因为已经无法实现制度目的，但是，适用原立法中就有的“悔罪从宽”即可。都有法可依，且互不干预。经常有律师问二审时能不能适用认罪认罚从宽时，同时追问，那二审时还能认罪认罚吗？当然！在诉讼的任何时候，都可以认罪悔罪，只要认罪悔罪，都有法定或酌定的从宽，但并不一定能适用认罪认罚从宽程序。

同时，认罪认罚的“从宽”与悔罪“从宽”，二者的幅度必须加以区别，才有正当性。对于被告人来说，牺牲了程序权利的“认罪认罚从宽”，一定要比不去牺牲程序权利的“悔罪从宽”，更宽，才符合制度的合理性。换句话说，这两个“从宽”如果一样，就没有了改革的动力，被告人凭什么同意牺牲程序权利？牺牲了程序权利的认罪认罚

从宽，一定要在立法规范的“悔罪从宽”的基础上，获得更多的优惠，才具有合理性。

所以说，对于认罪认罚从宽的制度改革中，直面回答上述七个必答题，就奠定了制度的基本逻辑。现实困惑也都能找到答案。制度逻辑不能乱，一旦有混乱，会导致有很多不知所措的问题。

“认罪认罚从宽”改革的社会基础

一边改革，一边建构需要的各种配套制度。这叫什么，摸着石头过河吗？总之没有那个改革是要等到所有的社会基础、制度配套齐备后才能启动，都是一边改革，一边完善。

首先，社会要有发达的契约文化。认罪认罚从宽中的“协商”，达成“合意”，双方各取所需，是尊重契约的体现。契约文化很发达的国家，公民对于自己所说的承诺一定是遵守的，契约文化的发达也能促进社会诚信的建构。客观的讲，我国社会基础缺乏对契约文化的尊重和养成。因此，一方面，认罪认罚从宽制度缺乏契约精神的社会基础，会在实践中经历挫折，另一方面，借着认罪认罚从宽制度的推行，如果我们坚守制度逻辑，可以启蒙并发展我国公民的契约精神。今天赶上我们学校举办中德学者研讨会，教研室说你得来参加，我说对不起，我先已经答应了大连刑辩论坛，所以就不能答应参加中德论坛。这就是契约精神之尊重先诺。比如我在一起认罪认罚从宽的程序适用中，检察官说我可以量刑建议明确写上缓刑，但是你作为律师能不能不要再提我们监察

委办案时讯问笔录制作过程的瑕疵啦。我说可以。量刑建议就是协商并达成合意，这就是一种特殊的“契约”。在案件到了法庭审判当中，一般情况下，我得尊重自己的承诺，不能提。这是契约精神。如果我不守信用，还是提了，那就是对这种契约本质的破坏，也会影响量刑建议的结果。检察官也一样，如果对于双方达成合意的量刑建议，失信推翻并加重被告人刑罚，也是对契约精神的违反。如果频繁出现这个现象，这个制度的基础就会被动摇。至于说，律师在辩护中如何通过技巧性的处理，为自己保留做无罪辩护的端口，那就是具体驾驭语言的技术啦。

其次，社会要有发达的律师制度。也是认罪认罚从宽这个获得底线正义的一个社会基础。田老师说，我们现在还没有发达的律师制度，我完全同意。认罪认罚从宽可以促进律师制度更加发达，也可以拓展律师很多的业务，使得律师的契约精神和社会地位不断的提高。适用认罪认罚从宽程序，认罪认罚涉及到协商，与公权力机关协商；同时涉及到被告人对不利后果的全面认知，只有全面知悉法律后果和社会后果，才构成其“自愿性”；因此，只有获得了律师帮助的被告人，才被推定符合了自愿认罪的外观条件。律师参与是适用认罪认罚从宽程序的必要条件。

立法规范

下面从解释论的角度，跟大家分享一下现有的法律框架认罪认罚从宽怎么去操作这个案件。《刑事诉讼法》2018修订时，将认罪认罚从宽程序入法。

刑事诉讼法第120条第2款规定了，侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时，应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利，如实供述自己的罪行可以从宽处理和认罪认罚。这一条文规定了办案人员的一个告知义务。

（一）适用认罪认罚从宽的程序要素及但书

第174条：“犯罪嫌疑人自愿认罪，同意量刑建议和程序适用的，应当在辩护人或者值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书”。

看该条款，规定了认罪认罚从宽的程序要素包括：1.自愿认罪；2.同意量刑建议；3.同意程序适用；4.在辩护人或者值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书；在上述要素中，最具有解释张力的恐怕是“签署认罪认罚具结书时律师在场”的解释。问题：能否从“4.”合理解释出：（1）“律师参与”为该程序的要件之一；（2）确认真罪认罚知悉具结书的法律意义和社会后果；对于成文法国家来说，法律解释可以弥补法律的漏洞、法律的语焉不详、法律的歧义。如果文义本身有偏离制度逻辑的可能，则通过解释可以纠正。在这里，按照认罪认罚要求的内在应有之义，“自愿认罪”意味着是在被告人详细全面的知悉认罪认罚的不利的法律后果和社会后果，“签署具结书”意味着对这个结论的书面承诺。法律不强人所难，不能要求公民具备法律专业知识，因此，这里按照法律规范要求的“自愿性”，和“签署具结书”要求“律师在场”，完全可以解释为律师在认罪

认罚从宽程序中的参与必要性和帮助被告人认知不利后果的职能。没有律师参与的认罪认罚从宽程序，推定构成被告人无法充分理解不利后果，构成“不自愿”。法律解释要尊重合理性，律师在场一定要解释其在场的角色、功能、作用。

司法实践中，很多律师不敢签字，害怕风险。我也十分理解。这里面的原因有律师经常受到不公平对待所致的恐惧心理，也有检察机关、人民法院缺乏契约精神带来的不确定性所致。但这些都是非制度逻辑本身所支持的，律师签字，并承担契约义务，是认罪认罚从宽制度的本义。当然，这个制度本义也包括代表公权力的检察机关、人民法院要遵守契约精神。

第174条第二款“但书”，“犯罪嫌疑人认罪认罚，有下列情形之一的，不需要签署认罪认罚具结书：（一）盲聋哑或者尚未完全丧失辨认或者控制自己行为的精神病人的；（二）未成年人犯罪嫌疑人的法定代理人、辩护人对未成年人认罪认罚有异议的；（三）其他不需要签署认罪认罚具结书的情形”。

立法本意是说，如果主体有表达意愿的瑕疵，没有自主表达的能力，就不需要签署具结书了。但是，看规范条文，并不是把这些人排除于可以适用于认罪认罚程序之外。这就存在了一个立法纠结：认罪认罚的核心是自愿性表达，签署具结书是对自愿性认罪的书面承诺，如果没有签署具结书的能力，那自愿性表达一样就有瑕疵，那么如何保障其“自愿性”是真实的？这个问题属于“但书”留给司



法实践在这部分主体有瑕疵的被告人适用该程序时的“弹性”吧。

（二）检察机关精准量刑建议

第176条第二款：“犯罪嫌疑人认罪认罚的，人民检察院应当就主刑、附加刑、是否适用缓刑等量刑建议，并随案移送认罪认罚具结书等材料。”

这一条款的解释中，“量刑建议”是否必须是“精准量刑”是司法实践中的困惑。实际上，结合“等量刑建议”之前所列举的“主刑、附加刑、是否适用缓刑”来看，可以得出须“精准量刑建议”的结论。从协商并达成合意的认罪认罚从宽程序的制度逻辑解释，既然达成“合意”，这个“合意”一定也得是“精准量刑建议”的结论。同时，这个语焉不详可以通过法律适用纠正。对于刑辩律师来说，如果检察机关不承诺一个“精确的量刑”，比如“建议减轻处罚”，则告知被告人由于我国法定刑幅度太大，如果同意适用认罪认罚从宽，则有可能要不到自己想要的结果。势必，达不成合意。如果检察机关同意精准量刑，则达成合意。

（三）法庭审理的对象

第190条的2款：“被告人认罪认罚的，审判长应当告知被告人享有的诉讼权利和认罪认罚的法律规定，审查认罪认罚的自愿性和认罪认罚具结书的真实性、合法性。”

这是有关认罪认罚从宽程序的法庭审理范围或者说对象的规定。被告人认罪认罚的，审查认罪认罚的自愿性和认罪认罚具结书的真实性、合法性。这是前面我们讲过的制度逻辑中底线正义的

立法体现。

那审理方式呢？诉讼法作为基本法，只规定这个就可以了，审理方式可以通过下位法来完善它。

（四）人民法院对量刑建议的“一般应当”同意

第201条：“对于认罪认罚案件，人民法院依法作出判决时，一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议。”

大家在探讨时对这个“一般”“应当”颇有微词，认为“应当”就“应当”吧，怎么还“一般”应当。这就可以看出在立法时背后这两个机关博弈的激烈程度！法院不想让渡这个权利，希望可以有更大空间参与裁判，而检察院说你让我费九牛二虎之力谈判协商达成合意之后，不算数，不能同意。这个是立法过程中的权力博弈，一旦立法为规范，我们完全可以在解释论的视角下进行按照制度设计的基本逻辑进行解释：

“一般应当”就是在概率学意义下至少85%-90%的协商合意结果“应当采纳”吧。如果司法实践中采纳率达不到“一般应当”，那肯定是解释出错了，不正确的扩大了“但书”的适用，把“但书”实践成了“一般应当”。“一般应当”也体现了前面我讲的制度逻辑当中：检察权的主导，检察权的扩张，裁判权的让渡，裁判资源的节省。如果不是“一般应当同意”，哪里来的节省审判资源。

（五）“一般应当同意”的“但书”

第201条的“但书”，但有下列情

形的除外：

（一）被告人的行为不构成犯罪或者不应当追究其刑事责任的；

（二）被告人违背意愿认罪认罚的；

（三）被告人否认指控的犯罪事实的；

（四）起诉指控的罪名与审理认定的罪名不一致的；

（五）其他可能影响公正审判的情形。

“但书”的第一项包括五个内容：

“但书（一）”，给予了人民法院在认罪认罚从宽程序中，如果认为被告人无罪的，直接裁判无罪的权利。从本质上说，这不是“一般应当”的例外，属于不符合“真实性”条件，是被告人不是应受刑罚处罚的情形。

“但书（二）”是法院在认罪认罚从宽程序中，发现没有满足认罪认罚从宽的核心条件——违背了“自愿性”时，可以不采纳量刑建议。实质上，这不属于“一般应当采纳”的例外，这属于不符合“认罪认罚从宽程序”的条件。

“但书（三）”被告人否认指控的犯罪事实，其实也属于没有满足“认罪”，没有满足的也是“自愿性”，所以同上也是属于根本不符合“认罪认罚从宽程序”的条件。

“但书（四）”的解释应该是，如果只涉及罪名更改，不涉及具体刑期、罚金等刑罚改变，法院可以更改罪名。如果罪名更改连带刑罚的更改，则需要区别加重和减轻两种情形。根据协商一致认罪认罚从宽的本意，法院再行从宽，可以直接改变量刑建议。如果法

院再行加重，则背离协商一致从宽的方向，需要与被告人协商，达成合意。如果被告人不同意，则必须回到普通程序，给予被告人正当程序的审理，做出裁判。

“但书（五）”是口袋条款，防止立法挂一漏万。

“人民法院经审理认为量刑建议明显不当，或者被告人、辩护人对量刑建议提出异议的，人民检察院可以调整量刑建议。人民检察院不调整量刑建议或者调整量刑建议后仍然明显不当的，人民法院应当依法作出判决”

“但书”的第二项，其一，基于人民法院认为量刑建议“明显不当”，这里的“明显不当”在适用中要如何解释，如何掌握尺度，才能不至对“一般应当同意”构成破坏？不至对节省审判资源的立法初衷构成背离？我认为，基于契约精神，基于认罪认罚从宽制度中协商的内核，参与者均应受到契约精神的约束，人民法院也不例外。非“明显”到可能影响司法公正的程度，均不应干涉。其二，“对量刑建议提出异议”，按照文义，这应当是没有达成合意的体现，是反悔，是“自愿性”的一种表现，理应属于不符合“认罪认罚从宽”适用的条件。认罪认罚从宽是牺牲被告人程序权利的不予“审判”既认定犯罪的特殊程序，很容易偏离出正当性的轨道，需要谨慎使用。特别又是在我国羁押为常态的情形下推进的该制度，更应该严格解释“有异议”的情形。其三，“人民检察院可以调整量刑建议”的解释。我认为，这里的“可以调整”必然包含了“与被告人、辩护人协商”在内的意思。如果不与被告人辩护人协

商，自己单方决定调整，则“被告人的自愿性”何以判断？因此，这里可以合理解释出，经与被告人、辩护人协商一致，调整量刑建议。其四，“人民检察院不调整量刑建议或者调整量刑建议后仍然明显不当的，人民法院应当依法作出判决”，这里的“依法”做出判决，可以解释出“恢复普通程序的审理，在保障被告人合法程序权利的情形下”做出判决。因为依据我国的法律，如果认罪认罚从宽程序中无法通过协商获得“合意”，则属于协商失败。这种情形，既没有满足被告人“自愿性”的条件，也没有满足获得主导机关检察机关同意的条件，则不得适用。因此，依照法律，法院要想对一个公民做出有罪判决，必须通过正当程序的审判。

但书形式规定的“一般应当”的例外，意思是说，虽然适用认罪认罚程序获得了量刑合意，但是因为有着更重要的价值诉求，因此，人民法院不能同意协商合意，此意为例外。而非这里“但书（一）（二）（三）”中规定非认罪认罚程序的情形，这也是我国立法技术屡修屡犯的错误。

但书中的第二项中的最后一个情形，即“其四”，如果扩大适用范围，则有可能架空审判。

认罪认罚从宽程序中的特定辩护技术

时间关系，我简单聊一下在这种案件中辩护律师面临的挑战。从辩护律师必备视角分析，辩护律师必须具备如下能力：

（一）心证能力

要对案件有做出三维判断的能力：

（1）判断当事人；决策有无适用认罪认罚的素质，有无契约精神，在放弃程序权利与享受程序权利之间，会不会摇摆不定；

（2）判断案情；判断案情本身有无可能，有无谈判的“抓手”，是否能对检控方形成压力；

（3）判断检控方；判断检控方的态度，有无遵守契约合意的诚意。

（二）协商能力

协商谈判是一种区别于法庭审理的对抗的能力，需要掌握尺寸、劲头，需要有说服，有协调，有善用当事人谈判的案件“抓手”，处理与检控方“既合作又对抗”的微妙关系。

（三）调查收集证据的能力

比起一般的诉讼案件，辩方证据来源于阅卷。不同的是，认罪认罚从宽案件需要向检控方提供更多的辩方证据，以便构成促成检方同意适用认罪认罚从宽的“砝码”。

（四）契约精神

在认罪认罚从宽程序的适用中，所有的参与者都要有契约精神。但是对于律师，更要有诚信，要有积极履行契约的行为和意思表示，要在协商接触中让检控方对律师形成人格信任。

无疑，认罪认罚从宽程序的法律适用，要求律师有着高于一般诉讼的辩护能力，对辩护技能技巧要求更高。实践中也还有很多问题，因为时间关系没有谈到。诸如，被告人能否反悔？案件能



否上诉？抗诉？等等，其实，只要厘清了上述制度逻辑和规范解释，则都能找到正确的答案。

还是我爱用的那句话做结吧：从来没有一学科如法学这样，理论之于实践

是如此重要！认罪认罚从宽，不管你同意也好不同意也好，已悄然到来，并必将扩大适用。作为辩护律师，不能放弃这个阵地和战场，要（1）厘清制度逻辑；（2）精准解释法条；（3）提升辩

护技术。坚持底线正义，实现当事人合法利益的最大化！

谢谢大家！🌹

梁雅丽：鉴定意见质证的16把金钥匙



梁雅丽律师
京都律师事务所高级合伙人、
京都刑事辩护研究中心主任

尊敬的各位老师、专家和同仁，大家下午好！我今天分享的题目是“鉴定意见质证的16把金钥匙”，也是结合法律、司法解释的相关规定，把自己之前办案的经验做一个简单的归纳分享给大家。我的发言主要是以法律条文为线索和基础，结合一些案件，从审查的维度展开的。在刑事案件的审查当中，往往因为鉴定意见的专业性太强，让律师不知道该从何下手，需要弄明白：刑事诉讼法和其他法律是如何规定对鉴定意见

进行审查的？法律条文这样规定背后的原因是什么？今天我只是想跟大家做一个简要的分享，因为时间原因，也只能是点到为止。

我们首先需要了解鉴定意见是什么？针对什么对象作出？鉴定意见的性质是什么，这个性质的依据是什么？

我们需要了解鉴定意见，通俗来说，就是有些案件为了解决专门问题，聘请专门的人员，根据专门的知识，按照专门的方法，对事实问题做出专业的鉴别和判断。而鉴定意见的目的就在于，帮助法官对专业问题作出一个最终的判断。而鉴定意见的形成过程就是由相关的鉴定机构及鉴定人，对送检的检材和样本进行推理，得出他对这个事实的判断，这个判断也要通过法定的程序，经过法庭的举证、质证作为法官定案的依据。从这样一个流程来看，我们对鉴定意见的审查就有静态和动态的部分。从建立形成的环节来看，首先就是审查作出鉴定意见的主体资质问题，检材的客观性、真实性的问题，以及有关同一性的问题。其次就是在运用专业知

识进行推理的过程中，是否符合专业规则的问题，以及最后得出的结论是否具有确定性的问题。最后，进入法庭展示，进行举证质证的全部过程是否合法的问题。以上，就是我们要观察的几个环节。

在探讨鉴定意见的具体环节之前，需要先强调两点。其一，要区分专门性问题和普通事实问题。因为是一个专门性问题，与普通性的问题是相对的，通过自己的感知就可以进行判断的，尤其是法官根据生活经验就可以判断的，是不需要鉴定的普通性问题。而在案件中需要专业知识进行判定的，就出现了一些大家意识到的问题：有一些明明是普通事实问题，不需要进行专门的鉴定来判别的，但是做了司法鉴定；有一些明明是法律界定的问题，却也通过司法鉴定的方式进行了鉴别。我们作为辩护律师就要进行分析，所以一定要清楚这其中的区别。其二，鉴定意见本质上是言词证据。鉴定意见到底是一个什么证据？我们经常在庭审中，出示的书证确实是专门的人员做出的鉴别和判断，

但究其根本这只是意见性证据，比如作为证人或者法律工作者对案件事实的揣测、推断性的意见是不能作为依据的，法官根据生活经验认为是符合事实的除外，在我们的刑事诉讼法就有这样一条规定，《刑法解释》第75条第2款也做出了强调。所以，鉴定意见能被采纳，是意见证据规则的主要例外。大家要注意这个问题，既然鉴定意见本质上是个意见性问题，为什么要强调对它有一个清楚的认识和界定，这就牵涉到为什么我们要对鉴定主体资格进行审查。

下面简单介绍一下猎杀马鹿案，作为鉴定意见审查的一个引子。被告人和同伴在牧场猎杀了4只马鹿，2只孢子，最后被追究刑事责任。这个案件最大的问题在于，要认定被猎杀的动物是保护动物，是要做专业鉴定书的，但本案就只有这样一张纸，没有写明检材的状态、送检的过程以及检验的方法等，甚至适用的规范和鉴定人的签字都没有。而我们对鉴定意见要从哪个角度和维度去审查？我们经常审查的维度法律依据是刑事诉讼法及其相关解释，还有公安机关和检察机关关于鉴定的规定，关键是关于资质的审查，还有检材的收集、检验、鉴定的方法和标准。另外，同样重要的还有鉴定过程，是不是符合《司法鉴定程序通则》规定的程序。

1. 关于对鉴定人和鉴定机构的审查

这里总结为（1）鉴定机构法定资质、（2）鉴定人法定资质、（3）鉴定人违反回避的情形三把“金钥匙”。根据刑事诉讼法司法解释第84、85条，

其一，鉴定机构必须具备法定资质，具备足够的技术条件，鉴定事项也须在该鉴定机构的业务范围内；其二，鉴定人都要具备相应的资质，有相应的职称；其三，在鉴定人应当回避而没有回避的情形下作出的鉴定，应当依法排除的，不能作为定案依据。为什么有这样的规定？我们的规定跟英美法系是不同的，后者是当事人主义，鉴定机构允许有个人倾向。但我们的鉴定机构以及鉴定人实行的是双管制，也就是有登记管理制度的，这就要求鉴定机构保持中立性，不要带有任何的利益倾向。

再者，关于这样一个规定，还要提醒大家关注到，鉴定事项是否超出资质范围的问题。不管是机构还是个人，超范围的问题往往是我们可能忽略的。比如在某故意杀人案中，一份DNA的鉴定成为确认被告人是凶手的关键证据。但经法庭调查发现，出具该鉴定意见的鉴定人，一位仅具有鉴定人助理资质，一位是普通法医，均无DNA鉴定资质。根据公安部《法庭科学DNA实验室建设规范》规定，该鉴定意见因为鉴定人无资质，不能作为定案依据。因此，在主体审查的问题上需要考虑三点：一是该鉴定机构是否具有省级公安司法鉴定管理部门核发的公安司法鉴定机构资格证书和公安司法鉴定人资格证书，二是审查鉴定人员的执业状态是否正常，三是是否超出鉴定范围进行鉴定。比如在毒品案件当中，一些公安的鉴定人可能只有法医的鉴定资格，而没有毒物化学鉴定资质。又比如在交通事故成因鉴定中，对车辆驾驶人、乘车人进行了论证分析，这既属于超出鉴定范围鉴定，也属于对鉴定事项不具有鉴定资质的鉴定。

在一个生产销售有毒有害食品的案件中，就出现了超范围鉴定的问题。具体来说，是出现在案件中的检验报告，是公安的物证检验中心出具的，但食品安全关于食品和药品是国家专门规定，由食品药品卫生行政管理部门指定的检验机构来执行，公安直接根据人的血液里毒素的鉴定方法做了一个检验，认定了猪肉里面肾上腺素含量的问题，显然这个是一个鉴定事项超范围的问题，这是需要大家在审查主体资格的问题上着重关注的。

2. 关于鉴定意见质证中对检材的审查

鉴定意见的客观性、真实性的来源是什么？最关键的部分就是检材的部分，这里提出（4）对检材来源的审查、（5）送检链条的审查以及（6）鉴定对象与样本同一性的审查三把“金钥匙”。具体而言，关于检材的样本，首先样本从哪里来，通过什么方式提取，提取过程是否受污染；其次，样本固定之后是怎么样保管的，送检的链条是否断裂；最后，检材来源和送检过程会影响到能否保证鉴定结论的鉴定对象，跟当初提取的检材保持一致的问题。这个环节也需要大家进行仔细的审查，尤其是出现链条断裂的问题，往往会影响到对象跟检材同一性的问题。尤其在毒品案件里面尤为突出，毒品的抽查、扣押、送检，公安部都有相关的规定，比如《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》等，相信同行们都是清楚的。



3. 关于鉴定意见质证中对专业性的审查

鉴定意见是专业性的，也是针对专门问题的。当我们要对他的专业性进行审查时，要从三个方面进行判断，也就是（7）鉴定是否针对专门性问题、（8）鉴定过程与方法是否符合专业规范要求，以及（9）鉴定所使用的标准是否有误，这又是三把“金钥匙”。虽然之前也谈到了鉴定意见专业性的问题，但重在前提性地区分专业性事实和普通性事实，而这里关于审查是否针对了专门性问题，需要大家进一步鉴别的是，针对的是需要通过专门的方式和手段来鉴别的事实问题，还是一个法律问题。比如，会计司法鉴定往往对资金的流向有鉴定，但是在司法鉴定文书中，会计司法鉴定文书经常出现认定非法所得是多少的结论。“非法所得”显然是一个法律判断，是当事人行为责任的问题。又比如，无行为能力是法律定性判断，其确实基于精神病的专业鉴定，但鉴定意见本身，只能对行为人对自己行为的辨别和控制能力的情况作出鉴定。如果鉴定意见就代为判断了，行为人是限制行为能力人还是无行为能力人，那么我们认为这个鉴定已经超越了事实部分，做出了一个法律问题的评价。还有之前说过天价葡萄的问题，鉴定的方法到底是针对一个法律问题还是事实问题，这个也是我们引发这个问题的原因。

还有一个，关于鉴定过程里面，这个鉴定方法是否得当，这个鉴定过程是否符合专业的规范，也是值得关注的

方面。比如，在对枪支的鉴定中，除了有检验的过程之外，还有一个复检环节，但有的案件只有鉴定的过程，没有复检，这不符合相关的规范。因此我们当时提出了对该鉴定意见予以排除的请求。我们认为，鉴定过程和方法一定要严格的按照规范进行。又比如回到之前提到的涉嫌生产有毒有害食品的案件，因为方法错误，我们要检验猪肉中有没有盐酸肾上腺素的残留，应该按照针对动物的相关规定方法，以及相关的专业标准来进行，但是案件中，办案机关直接用人的血液毒素的含量这种方法来进行鉴定，这显然鉴定方法和适用规范都是错误的。

另外，针对鉴定所适用的标准是否有误的问题，鉴定的标准一共分了三级，也就是国家标准、行业标准，还有该专业领域多数专家认可的方法。有国家标准的适用国家标准，没有国家标准有行业标准，适用行业标准，这两个都没有的情况下，才采用专家认可的方法。这个也是大家在审查过程当中要关注到的。

4. 鉴定意见质证中的实质性审查

关于鉴定意见，最后还有一个实质性审查的问题。在这个环节中分了四个角度，即（10）鉴定的推理过程是否具有科学性、（11）鉴定的推理过程是否符合逻辑规则和生活常识、（12）相关性判断以及（13）鉴定意见缺乏明确性，这里也称为四把“金钥匙”。而四个角度中最核心的就是关联性的审查问题，也就是说，这个鉴定结论与待证事

实之间是否有关联。此外，现实中还存在鉴定结论缺乏明确性的问题。我们承办过的有些案件的鉴定结论中，经常出现“不排除……原因”，“均系……原因之一”，“……等等原因”的表述，也就是其鉴定结论仍然是一个不确定的状态，鉴定意见不具有唯一性、确定性。所以，这样一个鉴定意见不能证明行为和结果之间存在刑法意义的因果关系，那么应当予以排除。从规定来看，对于鉴定意见缺乏明确性的问题，我们也可以根据刑事诉讼法司法解释第84条第（七）项的规定，从审查的角度看，证明力应该达到何种程度，能否采信。这都是我们需要判断的问题。

这里为什么把鉴定的推理过程是否具有科学性，是否符合相关规则和常识，也列在实质性审查中？比如，在我们承办的一个案件中，针对致命伤如何形成、颅脑外伤如何形成、是否颅脑损伤导致的死亡作出法医学鉴定意见，但我们提出质疑，该鉴定对于伤的形成并不符合力学原理。但是，这些专业性的审查中，我们不具有专业的知识，自己做不到怎么办？我们可以申请具有专业能力和资质的人，对这样的鉴定进行审查。再则，我们可以申请具有专门知识的人出庭，帮助我们对这些鉴定意见做质证，这个是通常可以想到的办法，因此，对于实质审查可以从这四个角度进行审查。

5. 关于鉴定意见的形式要件审查

鉴定意见的形式要件的审查强调的是，如果连基本的要素都没有具备，

鉴定意见也不得作为定案根据，主要针对两方面，一是（14）鉴定文书形式是否完整，二是（15）鉴定内容是否有遗漏。鉴定的事由、鉴定的过程、鉴定的要求、鉴定的方法，以及鉴定人的签字这些形式要件都没有具备时，就要看形式要件里面哪些内容直接根据法律规定不能作为定案的依据。刑事诉讼法第85条规定得很清楚，如果缺少了鉴定机构的盖章、鉴定人的签字，就直接不能作为定案依据。这个规定我认为其原理就是基于鉴定意见本质上是意见性证据，它需要对人进行核实质证，需要人的签字，否则就不能作为定案依据。至于缺少其他的，如鉴定日期、鉴定委托人、鉴定要求的，以及缺少鉴定过程和鉴定

方法的，这显然是影响了这个鉴定意见作为证据本身的证明力，我们认为，也不应该作为定案依据来采信，也是违反相关法律规定的。但是，这需要根据不同的案件和不同的情况进行判断，不是可以一概排除的。

6. 关于鉴定意见的 诉讼程序规则审查

最后，鉴定意见作出以后，都要按照法律规定的程序，进行庭审质证，由法官来裁判能否作为定案依据。根据最高人民法院关于适用《刑事诉讼法》的解释第87条规定，鉴定人具备出庭条件的，在应当出庭且法院通知出庭的情况下，鉴

定人拒绝出庭的，不管其鉴定结论的形式如何，鉴定主体如何，检验检材的真实性如何，都可以（16）对鉴定意见提出“异议”，法院应该依法排除，不能作为定案依据，这就是诉讼程序审查。

以上，就是我发言的内容，主要是根据刑事诉讼法第84、85条规定的内容，结合自己办案的一些体会，还有司法鉴定本身背后的一些原理，简要地为大家做了一些归纳，引导大家以后拿到鉴定意见从这几个角度审查。

希望我今天的发言能为大家日后办案提供一些可参考的思路，也欢迎大家再对鉴定意见质证的相关问题进行探讨交流，谢谢各位的聆听！🌹

柳波： 监察法视野下的非法证据排除 与刑事辩护

第一板块——监察法“前”的非法证据排除和刑事辩护，我主要分享非法证据排除、刑事辩护、非法证据和刑事辩护关系三方面内容。

一、关于非法证据排除。第一，非法证据排除涉及的是证据资格或者可采性；第二，非法排除的证据范围是言词证据和物证、书证。对于非法言辞证据实行严格排除。对于物证和书证并不是严格排除，只有当收集物证、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，才予以排除。第三，法律后果：应当排除的证据，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据；更严格的理解是丧失进入法庭实质审查的资格。

二、关于刑事辩护。1、刑事辩护的法律依据，就是刑事诉讼法第三十七条，“辩护人的责任是根据事实和法



「柳波律师
京都律师事务所高级合伙人，北京市律师
协会刑事实务研究会副主任



律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益”。2、根据上述规定，刑事辩护有两个指向，一是“定罪”，无罪或罪轻，关键词在“罪”，辩护的指向此处的罪指罪名。二是“量刑”，减轻或免除，关键词在“轻”。

三、关于非法证据排除和刑事辩护的关系，我从应然（应该怎么样）和实然（实践中如何）、结论三个层面进行分析。

先说应然关系，非法证据排除与否，会影响甚至决定刑事辩护指向目标的贯彻和落实，以及案件的罪与非罪、刑事责任的轻重。

至于实然关系，我进行了实证分析，采取了宏观分析和微观分析两种方法。宏观分析是我仔细地梳理了《刑事

审判参考》第1-112期刊载的涉及非法证据排除的11起案例。微观分析是梳理总结了本人经办的10起案件。关于宏观分析，请见下面表格。接着我说说我办的10个案例，我按照申请排非理由、是否启动、是否排非、是否采纳辩护意见、判决结果等列项作了一个表格。

同时说明下，因我主要从事经济犯罪、金融犯罪和职位犯罪案件的辩护，前八个案例是属于贪污、受贿、行贿罪，后两个案例是诈骗罪。前8个案子正好契合了我们今天专题的“点”——监察法视野下对应的职务犯罪，前八个案例有的启动了排非、排除了非法证据；有的没有启动，没有排非；有的排非了，但辩护意见未被采纳，有的没排非，但辩护意见得到了部分采纳；有的判了无罪，有的

实现了量刑减让等等。具体详见列表，不一一赘述。

通过实证分析，对于非法证据排除和刑事辩护关系我总结出三点结论。第一，有的案件，尤其是受贿类案件，被告人口供等关键证据的排非结果，确实对辩护意见的采纳、案件的走向（定罪）起着重要作用，甚至是一锤定音；而且，即便非法证据未被排除，或者部分排除，实质上也会影响法官的自由心证，也会对于量刑辩护意见的采纳起助推作用。第二，有的案件，即便非法证据全部被排除了，不等于辩护意见被采纳了，对案件的处理最起码定罪未有实质影响，也不一定实现辩护律师想要的目标；非法证据被部分排除，重复口供不排除，依然是排非程序中的一大问题。第三，排非程序的启动难、排除难、有效辩护难，仍然是普遍存在的困

序号	案由	申请排非理由	是否启动排非	是否排除	辩护意见采纳	判决
1	何某辉受贿	刑讯逼供	启动	未排除	采纳大部分意见	变更强制措施为取保候审，后实报实销
2	白某受贿案	刑讯逼供先彩排后录像	启动	庭前有罪口供全部排除	采纳绝大部分意见	跨越刑九前后，仅支持指控的小部分数额，实报实销
3	薛某贪污受贿等五罪案	采取威胁方法逼取证言	未启动（二审）	未置可否	基本上全盘采纳辩护意见	二审发回重审后，一审定罪免刑
4	刘某某受贿、滥用职权案	采取威胁方法逼取证言	未单独启动排非程序，但播放了询问录像	进行了实质排除	采纳辩护意见	根据证据裁判原则，无罪
5	李某贪污受贿挪用等罪案	变相刑讯、威胁等方式取供	启动	不排除	采纳部分辩护意见	发回重审后的一审，将刑期由十一年减为七年三个月
6	张某贪污受贿案	逼供、威胁、诱供	未启动	未排除	不采纳辩护意见	数罪并罚，判处十年五刑期
7	宋某行贿案	逼供、诱供、疲劳审讯	未启动	未排除	未采纳无罪意见	认定行贿200万，但判处缓刑，当天释放
8	邱某行贿案	刑讯逼供、威胁、骗供	启动	排除监视居住期间的口供，对进入看守所后的重复口供不排除	不采纳辩护意见	判处有期徒刑十年
9	梁某诈骗2.6亿元案	刑讯逼供、威胁、骗供	启动	因录音录像不全，不采信庭前有罪口供	采纳无罪意见	无罪
10	栗某诈骗	刑讯逼供、威胁、骗供	启动	排除监视居住期的口供，入所后的重复口供不排除	未采纳辩护意见	一审判处无期徒刑，上诉后，案件被发回重审

难和问题。

第二板块：监察法视野下的三大问题，它有助于第三板块的展开。

第一大问题：监察程序和刑事诉讼程序的关系，我的理解是：程序二元、证据一体。

程序二元主要体现在以下方面：1、在机构性质定位上，呈现二元独立。监察权既非行政权，也非司法权，而是一项独立的国家权力。监察机关是政治机关。而刑事诉讼程序的公检法机关是侦查机关、司法机关，行使侦查、司法权。2、性质、对象、法律依据，二元并立。监察委员会调查和处置案件是国家监察机关依据《监察法》对公职人员职务违法犯罪所进行的独立调查、处置程序，主体是监察机关，对象是公职人员的职务违纪违法和职务犯罪行为，执行的是《监察法》。刑事诉讼是公安机关、检察机关和审判机关依照《刑事诉讼法》进行的刑事追诉程序。后者的主体是公安机关、检察、审判机关；后者的对象是普通刑事犯罪行为（不包括普通违法行为）；后者执行的《刑事诉讼法》。3、管辖的二元并立。刑事诉讼主要是采用级别管辖、地域管辖、专门管辖相结合的审判管辖原则。在地域管辖方面，又采用的是“犯罪地为主，被告人居住地为辅”的管辖原则。监察委员会实行的是级别管辖与地域管辖相结合的案件管辖原则。《监察法》第16条第1款规定，各级监察机关“按照管理权限”管辖本辖区内相关人员所涉监察事项。按照管理权限，实际上指的就是按照“党管干部”的“干部管理权限”。如国家监察委员会管辖中管干部所涉监察事项，省级监委管辖

本省市管干部所涉监察事项等。4、监察调查和刑事侦查（主要和公安侦查对比），二元并立。具体不展开了。

下面谈一下证据一体，它是指监察机关调查的职务犯罪案件其取证规范、证据规则、证明标准适用《刑事诉讼法》，与刑事诉讼的取证规范、证据规则和证明标准相同。刑事诉讼法规定的非法证据排除规则同样适用于监察委员会调查取得的证据。在这里我要强调的是，对于《监察法》关于证据的规定，有些法条比刑事诉讼法还要严格，要采取“就高”原则，适用监察法。证据一体是因为：1、监察机关的调查程序实质上已构成刑事诉讼的前置程序，具有刑事诉讼法上犯罪侦查的法律效果。监察机关与司法机关只是分工不同，但在犯罪认定标准及程序上，并无区别，应当采取相同的证明标准。2、监察委员会调查移送检察机关的职务犯罪案件，也要奉行审判中心主义，也要坚持证据裁判原则，要接受检察机关的审查和审判机关的审判。无论是检察机关的审查还是审判机关的审判，都是建立在证据基础之上的，而他们把握证据的标准和要求，均以《刑事诉讼法》为准绳。3、有法律依据。《监察法》第33条：“监察机关依照本法规定收集的证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。监察机关在收集、固定、审查、运用证据时，应当与刑事审判关于证据的要求和标准相一致。以非法方法收集的证据应当依法予以排除，不得作为案件处理的依据。”

第二个大问题，简单谈一下监察委员会调查的88个职务犯罪罪名和类别。国家监察委员会负责调查公权力的公职

人员的职务犯罪，调查行使公权力的公职人员涉业贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务案件。具体分类为：贪污贿赂犯罪类案件、滥用职权犯罪案件、玩忽职守类犯罪案件、徇私舞弊类犯罪案件、公职人员在行使公权力过程中发生的重大责任事故类犯罪案件、公职人员在行使公权力过程中发生的其他类犯罪案件。

第三大问题，就是监察委员会调查的88罪名职务犯罪案件证据的特点。只有了解了证据的特点，才能有利于我们谈排非和辩护。所有案件证据的特点都是对以往已发生事件的回溯，这88类案件的证据也不例外。同时，我认为还具备五大特点，一是稀缺性，二是隐蔽性，三是复杂性，四是主观性，五是反复性。这大个特点，其实就决定了职务犯罪案件调查起来比较困难，调查目标不太容易实现，调查存在客观上的困难。

关于第三个版块，监察法视野下的非法证据排除和刑事辩护。

第一，在监察法视野下，非法取证情形依然存在。

为什么这么讲？是基于三点分析。第一点，这是职务犯罪案件的特点，尤其是证据特点所决定的。调查证据存在客观困难，目标不好实现。职务犯罪案件尤其行受贿案件，基本上言辞证据，基本上靠口供和证言，要想取得确实困难，而监察委调查与原来检察院的反贪侦查相比，也没有更好的方法和技巧，可能就会出现以调查策略为名实施的非法取证和取供行为。第二点，监委调查的全面性和手段的多样性。监察委调查



违纪、违法、犯罪。调查手段有讯问、询问、留置、搜查、调取、查封、扣押、勘验检查等等，比刑事诉讼法多。第三点，就是调查取证的封闭性。目前监察委的调查排除了律师的介入。任何权力没有监督都有可能被滥用，监察委调查权同样如此。调查的封闭性，没有外部的监督，就可能为非法取证提供一个“有利”的“土壤”。基于上述三点，非法取证客观上是依然会存在的。

第二，非法证据排除更难，刑事辩护难度增加。

1、监察委是一个政治机关，地位高、权力大，监督范围是全覆盖，尤其是我们的检法人员，也属于监察委的监察范围。监察委调查的案件移送到检察院和法院之后，对检察官和法官确实是一个挑战。这是一个现实困境。

2、实践中，上级监察机关先行介入、实质介入、主导调查，之后移送下级监察机关对应的检察院审查起诉、法院审判。检法对非法证据的排除、证据审查、采信，存在下对上的现实困境。这也是一个难题。

3、就是前面讲的，调查绝对排除律师的介入导致律师发现非法证据（和线索）的空间范围变小、能力受限。

4、检察院介入的时间早于辩护律师，在律师介入之前会形成一个提讯笔录。而此时律师无权介入，被调查人得不到法律帮助，信息不对称，有可能在面对检察官提讯时，没有就之前的口供做出说明，就会导致重复口供不排除。因为讯问人换了，被调查人没有对之前口供提出异议，就会出现依据《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》第五条，对重复口供不排除。

5、司法实践的验证。监察委调查的案件，目前见诸公开报道申请排非的极少，能搜索到的只有陕西榆林原市委书记胡志强被控受贿案。此外，还有一则新闻，实为旧闻可以验证。据报道：

“2017年6月26日，山西运城市中院召开全市刑事法官学习培训会议，中院党组副书记、副院长孙世芳作了总结发言，他强调要站在讲政治的高度，进一步在思想上提高认识，确实强化配合意识，认真审理好监委会侦办起诉的每一起案件。一是要组织协调好；二是要多汇报、勤沟通、思想上足够重视；三是各县受理监委会查办起诉到法院第一案的审理，要求副院长担任审判长；四是充分发挥好庭前会议，解决好程序性问题；五是非法证据的排除要谨慎、要报告……”

第三，刑辩律师如何妥善处理非法证据排除与刑事辩护的关系。

我的建议是：

1、对确有非法取证线索和证据的案件，律师要勇于担当，依法申请，敢于坚持。

2、熟稔法律，用足用尽法律规定。

比如对《监察法》对一些取证规范较《刑事诉讼法》更为严格的法条，按照有利于被告人的原则执行，坚持“就高不就低”，对不符合高标准的，坚决要求排除。我简要列举监察法的几个法条。比如第二十五条“采取调取、查封、扣押措施，应当收集原物原件，会同持有人或者保管人、见证人，当面逐一拍照、登记、编号，开列清单，由在场人员当场核对、签名，并将清单副本交财物、文件的持有人或者保管人”的

“当面逐一拍照”。第四十条“严禁以威胁、引诱、欺骗及其他非法方式收集证据，严禁侮辱、打骂、虐待、体罚或者变相体罚被调查人和涉案人员”中的“欺骗、侮辱”。第四十一条“调查人员进行讯问以及搜查、查封、扣押等重要取证工作，应当对全过程进行录音录像，留存备查”中的“全程录音录像”等等。

3、申请排非注重讲究技巧和实效。

其一，尽可能尽早会见嫌疑人；其二，重视和充分运用调查的录音录像；其三，申请调查人员出庭。监察委已经做好了应对，有的已对调查人员的出庭事项进行了培训。其四，充分重视重复口供的排除问题。其五，坚持一个理念：非法取证情形不能被排除，就应排除该证据。

4、拓宽和调整辩护的方向，影响法官心证，实现量刑减让。比如可以考虑认罪认罚从宽程序，引进协商机制。再比如充分考虑财产刑（追缴、罚金）方面的辩护，以后辩护的方向会朝财产刑发展，追缴、罚金都是我们的辩护内容。

最后有几句话和跟大家共勉：作为法律人，不限于刑辩律师，只要心存正义，坚守法律，良法善解善用，不忘初心，理念自觉，行动自觉，迎难而上，定力不变，信心不改，实干依然，在非法证据排除、刑事辩护和刑事审判的领域内一定能乘风破浪，行稳致远，一定能办出经得起检验的精品案件。

谢谢大家！🌹

孙广智：行贿、受贿案件的辩护经验

各位嘉宾大家下午好，很高兴有机会和大家进行本次的专题分享。我分享的专题是：《行贿、受贿案件的辩护经验》。行贿、受贿案件是我们从事刑事辩护工作经常碰到的案件类型，行贿类犯罪和受贿类犯罪也是备受立法修改和司法解释关注的罪名。由此，在立法不断修改，司法解释不断更新的情况下，我们有必要及时总结此类案件的辩护经验，为今后的辩护工作提供相应的指引和参考，以求实现良好的辩护效果。

下面，我们就进入到专题的第一个部分：行贿、受贿犯罪的典型模式。

我相信大家在实践中会形成这样一种共识，那就是犯罪构成越简单的刑事案件，辩护的空间往往越小，而犯罪构成越复杂的刑事案件，往往更容易被我们发现辩护的切入点。与“自然犯罪”

（如故意杀人、故意伤害等）相比，行贿、受贿案件在犯罪构成上更为复杂。既然如此，我们不妨先看一下行贿、受贿犯罪的典型构成模式。图1是我根据自己对相关法律、法规的理解，以结构图的方式，将行贿、受贿犯罪的犯罪构成及各个要件呈现给大家。

从图中可以看出，成立行贿、受贿犯罪，首先要有主体，即请托方（行贿方）、受托方（受贿方），其中，受托方必须具有国家工作人员的主体身份。有了主体再看行为，具体包括两个方面，一方面是请托方向受托方给予财物并提出具体的请托事项的行为（如果是为了谋取不正当利益，则请托方涉嫌行贿犯罪）；另一方面是受托方收受请托方给予的财物并针对请托方提出的具体请托事项作出承诺，而这个承诺就是



孙广智律师
京都律师事务所合伙人

利用职务上的便利为请托方谋取利益，只要承诺了，受贿罪就成立了，至于承诺之后是否具体实施谋取利益的行为，是否真正实现了请托方的利益，都不影响受贿罪的成立。

我认为，掌握图中所呈现的行贿、受贿典型模式对我们的辩护工作有两点帮助。第一，面对如此复杂的构成体系，我们只要发现其中有一个要件存在问题，那么往往就意味着公诉机关有罪指控难以成立；第二，图中呈现的行贿、受贿犯罪典型模式有助于我们完成辩护准备工作中“三重比对”：

第一重比对，将起诉书指控的事实书与在案证据进行比对，如果起诉书指控的事实与在案证据呈现的事实存在不一致，则意味着起诉书的指控存在事实不清，证据不足的问题；

第二重比对，将起诉书指控的事实



图1



与行贿、受贿犯罪典型模式中的构成体系进行比对,如果起诉书的指控内容不符合所指控罪名的构成体系,则意味着起诉书的指控在法律的理解和适用上存在问题;

第三重比对,就是将在案证据及事实与起诉书指控罪名所对应的构成体系进行比对,如果发现在案证据所呈现的事实并不符合相关罪名的构成体系或者构成体系中的相关要件在事实及证据上存在欠缺,则意味着我们可以就这些不一致和欠缺等问题进一步夯实我们的辩护观点。

由此可见,上述“三重比对”实际就是我们借助犯罪构成的典型模式形成我们的辩护思路的一个思维路径。

以上是我在分享具体辩护经验之前,就行贿、受贿犯罪的典型模式向大家进行的简单介绍,通过这个模式,我们可以更为系统、全面的掌握此类犯罪的犯罪构成,并可以据此帮助我们完成在此类案件辩护准备工作中的“三重比对”,从而形成系统的辩护思路。

接下来,我会针对行贿、受贿犯罪典型模式中的具体要件,谈一谈我在此类案件中的辩护经验。下面我们进入本次专题分享的第二个环节。

我先就“具体请托事项”这个要件和大家谈一下我在行贿、受贿案件中的辩护经验。首先聊一下受贿罪的辩护经验。我们大家都知道,贿赂犯罪的本质就是“权钱交易”,但是这个“权钱交易”因何而起?所为何事?可能是我们需要进一步思考的问题。根据我的理解以及此前向大家介绍的行、受贿案件的典型模式,我认为,贿赂犯罪中的“权钱交易”实际就是围绕请托人提出

的“具体请托事项”展开的,可以说,“具体请托事项”既是权钱交易的“起点”,也是“权钱交易”的“目标”。换句话说,没有“具体请托事项”,也就没有了“权钱交易”。

而在实践中,我们恰恰会遇到一些缺失“具体请托事项”的受贿罪指控。主要有两种表现形式:

一个是缺乏“具体请托事项”的感情投资型的受贿罪指控。在这类指控中,请托人为了讨好国家工作人员,往往会在一段时间里,以年节礼金等名义,分多笔、多次给予国家工作人员财物。在这种行为模式下,请托人的目的当然是希望基于这样的感情投资可以在未来就某一或某些具体的请托事项有求于国家工作人员,但在这种情况下,请托人只有提出请托事项的意愿,而没有提出具体的请托事项的客观行为,甚至有可能还想到/想好未来要提出怎样的具体请托事项。可见,感情投资性的受贿罪指控实际并不存在“具体的请托事项”,因而也就不存在所谓的“权钱交易”,针对这样的指控,我们完全可以结合上述经验提出相关指控不能成立的辩护意见。事实上,在实践中也有相当多的判例支持这样的辩护观点。

另一个是缺乏“具体请托事项”的事后单方感谢型的受贿罪指控。在这类指控中,国家工作人员正常履行职务的行为客观上使某些主体获得了利益,获利主体据此出于单方面的感谢,送给该国家工作人员相应的财物。我个人认为,国家工作人员在这种情况下收受获利主体财物的行为虽然可能涉及违纪、违法,但并不构成受贿犯罪。理由很简单,因为这里面不存在“具体的请托事

项”,即该国家工作人员在实施另他人获利的履职行为时,获利方既没有送出/约定未来送出财物,也没有提出具体的请托事项,也就是说,该名国家工作人员的履职行为是基于履行职务的正常需要,而非基于对他人提出具体请托事项所做的承诺,因此,本着无“具体请托事项”即无“权钱交易”的理解,针对这一类型的受贿罪指控,我们也可以提出相关指控因缺失“具体请托事项”而不能成立的辩护观点。

接下来,我再围绕“具体请托事项”和大家谈谈行贿案件中的辩护经验。我们大家都知道,行贿犯罪有一个非常有特点的要件,就是行贿人主观上是为了“谋取不正当利益”。因此,如果请托人主观上没有这样的目的也就意味着有关行贿罪的指控不能成立,而“具体请托事项”就是请托人主观上是否具有“谋取不正当利益”这一目的的直接体现。如果请托人所提出的“具体请托事项”没有谋取违反法律、法规、规章,或者政策规定的利益,或者没有要求受托方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件,则请托人显然不具有“谋取不正当利益”的主观目的。

据此,对“具体请托事项”的内容及性质的分析对于我们在行贿案件中的辩护有着非常重要的意义。实践中,在一些行贿案件的指控中,当事人虽然送财物给国家工作人员,但这样的行为更多是迫于不健康的市场环境或不平等的商业地位所作出的无奈之举,而非为了“谋取不正当利益”的犯罪行为。对于此类案件,我们完全可以结合对“具体请托事项”的内容和性质的分析提出无

罪辩护的意见。

下面，我们再谈一下关于行贿、受贿案件中“给予/收受财物”，也就是我们所说的“贿赂行为”方面的辩护经验。在司法实践中，公诉机关习惯于将“贿赂行为”描述为“不正当的经济活动”。在有些案件中，请托人会直接将财物送到受托人的手中、家中、单位中，这样的行为在外在表现上就具有明显的“不正当性”，但在另一些行贿、受贿案件中，被指控的“贿赂行为”往往具有民事行为的表现形式，在这种情况下，这些行为究竟属于民事行为，还是披着民事行为“外衣”的贿赂行为，对于案件的辩护工作和辩护效果显然具有重要的影响。

对此，我给大家分享两条经验：

第一，可以考虑结合民法的相关原理和规定论证该等被指控的“贿赂行为”在民法上的效力问题。如果经过说理和论证可以得出相关行为本身就是有效民事行为的结论，那么所谓的犯罪指控显然就不能成立了。

第二，结合在案事实及证据论证行为人的主观方面，如果行为人的主观方面是为了实施民事行为，当然也就排除了行为人主观上具有犯罪故意的可能性，从而推翻公诉机关的有罪指控。

我在这里给大家举一个例子，是我本人多年前办理过的一起受贿案件。基本案情是这样的，一名企业老板和一名官员签署了一份《股权转让协议》，协议约定，企业老板以140万元的价格收购官员实际经营的一家避暑山庄20%的股权。在法庭上，公诉人指出，官员经营的这家避暑山庄并没有办理工商登记，因而不是合格的商主体，也就没有

所谓的“股权”，而且，双方签订《股权转让协议》之前也没有就拟转让的股权进行评估作价，因此，公诉人认为，本次股权转让行为在民法上无效，实际就是贿赂行为。

对此，我注意到，公诉人的观点存在一个比较明显的问题，就是混淆了真实性和有效性。因为在有些情况下，即便行为本身无效，但并不代表行为人没有实施民事行为的真实意思。为此，我首先举了一个“真实未必有效”的例子，即（依照当时的民事法律规定）企业间的资金拆解行为因违反金融法规无效，但是拆解资金的企业双方实施民间借贷行为的意思仍然是真实的。而在本案中，虽然官员实际经营的避暑山庄没有办理工商登记，但是该山庄设施齐全并对外营业，属于事实上的营利主体，本身具有价值也能创造价值。至于对股权的评估显然也不是本案中股权转让的法定前提，转让方和受让方就股权转让价格达成一致的意思表示就完全可以进行股权转让，这是符合民法上的“意思自治”原则的。最后，根据在案证据，企业家因收购股权所支付的140万元是从公司账上汇出并在公司会计账簿上如实记账，《股权转让协议》也是以公司名义签订的。更重要的是，该《股权转让协议》约定企业家经营的公司在支付股权转让款若干年后才可以行权。为此，企业家特地将该份《股权转让协议》锁入公司保险柜中留待未来行权时主张股东权利时所用。

由此可见，即使企业家和官员所实施的股权转让行为有着诸多瑕疵，但是双方实施股权转让行为的意思本身是真实的，既然主观上是为了实施民事行

为，那么也就当然排除了双方实施“贿赂行为”的主观故意。

最终，法院采纳了我们的辩护观点，没有支持公司机关的针对该笔事实的受贿罪指控。

针对行贿、受贿犯罪典型模式的辩护经验先谈到这里，接下来我们谈一些不太典型的。如图所示，我们看一下存在“中间方”的行贿、受贿案件。在这类案件中，请托方和受托方中间又加入了一个“中间方”，这个中间方成为行、受贿双方给予/收受财物及提出/承诺具体请托事项的“桥梁”，并且，在参与行、受贿双方的“贿赂行为”时，这个“中间方”还截留了部分贿赂款据为己有。在这种情况下，“中间方”的地位直接决定了他所“截留”款项的性质，并影响到行、受贿双方的量刑结果。

具体来讲，如果“中间方”被认定为受贿方的共犯，则其截留的财物也会一并计入受贿金额，从而加重了受贿方的刑事责任，并且，从“对合犯”的角度出发，受贿数额增加了，行贿金额也将随之增加，从而也加重了行贿方的刑事责任；如果“中间方”被认定为行贿方的共犯，则其截留财物的行为属于其个人“中饱私囊”的行为，由于受贿方并未取得“中间方”截留的款项，该笔款项当然也就不会计入受贿的金额，相应的，行贿方的行贿金额及责任也不会因为中间方的“截留”而得到增加。

因此，在存在“中间方”的行、受贿案件中，将“中间方”论证为行贿方的共犯对于减轻行、受贿双方的刑事责任都是非常有帮助的。当然，这种有利于当事人的行为论证还是要基于案件的



事实和证据实事求是的进行。

我在这里给大家分享我个人总结的两条经验：

第一，要注意审查“中间方”和受贿方是否具有共同的利益关系。比如是否是家庭成员，是否具有其他共同的财产关系（如情人、生意伙伴等），受贿方与“中间方”是否就“中间方”的“截留”行为进行过共谋或意思联络等。如果经审查发现“中间方”和受贿方不具有共同利益关系，或者“中间方”有意向受贿方隐瞒自己的“截留”行为等，则中间方截留财物的行为显然也就与受贿方的获益无关，我们可以据此主张中间方与受贿方不是“共犯”。

第二，要注意审查“中间方”的行为与行贿方是否具有依附关系。我代理的一起刑事案件中，公诉机关将截留财物的“中间方”指控为受贿方的共犯，中间方所截留的财物也被记入了贿赂金额。我根据在案的证据发现这样几个问题：

首先，本案是基于一起行政诉讼案件的贿赂犯罪。“中间方”是行贿方在该起行政诉讼案件中的诉讼代理人，而受贿方则是作出具体行政行为的行政机关的负责人，由此，“中间方”作为行贿方的诉讼代理人，其在该诉讼中的相关行为（无论合法的还是不合法的）均依附于行贿方。

其次，本案中的“贿赂行为”是由行贿方发起的，是行贿方主动提出要通过“中间方”给予受贿方财物，因此，“中间方”在其中协助给予/收受财物及提出/承诺具体请托事项的行为很大程度上取决于行贿方的意愿和安排。

最后，在整个案件进行过程中，

行贿方会要求“中间方”及时汇报与受贿方沟通的进展，当行贿方认为中间方“办事不利”时，还会责骂该中间方。

综合以上分析，我们可以看到，在本案中，“中间方”的地位、行为实际均依附于行贿方，应当被认定为是行贿方的共犯，公诉机关关于“中间方”系受贿方共犯的指控明显与事实不符，不能成立。

接下来，我们谈一谈涉及“有影响力的人”的行贿、受贿犯罪的辩护经验。我国《刑法修正案（七）》在2009年2月28日增设了“利用影响力受贿罪”。从“对合犯”的角度来看，既然有了“利用影响力受贿罪”，那就当然会有“对有影响力的人行贿”的行为。但因为刑法修改的原因，直到2015年11月1日，《刑法修正案（九）》才增设了“对有影响力的人行贿罪”。也就是说，在2015年11月1日之前，对有影响力的人行贿属于“法无明文规定不为罪”，是不构成犯罪的行为。

因此，我们在实践中如果碰到发生在2015年11月1日以前的，针对“对有影响力的人行贿”行为的有罪指控（多数会按“行贿罪”/“单位行贿罪”指控），我们就可以首先结合案件事实证据，就被指控的行为实际上是“对有影响力的人行贿”进行说理论证，然后再根据刑法时间效力的规定，提出无罪的辩护意见。

当然有的嘉宾可能会质疑，现在已经是2019年了，这样的辩护经验还派的上用场吗？我认为还是能够派得上用场的，因为行、受贿案件在行为手段上往往比较隐蔽，所以在案发上就往往具有一定的“滞后性”，我们当前代理的

很多行贿、受贿案件实际上都是三、五年前、甚至六、七年前发生的事实。因此，上述辩护经验在今后的一段时期内还是具有参考价值的。

最后，我们谈一谈行贿、受贿犯罪中有关单位行为论证的辩护经验。我们以行贿类犯罪为例，我们大家都知道，个人行贿和单位行贿在法定刑上有着非常大的差距，前者最高法定刑为无期徒刑，而后者（自然人主体的）法定最高刑仅为五年有期徒刑。考虑到我们代理的很多行贿类案件往往都是指控民营企业的老板向国家工作人员行贿的情形，因此，在这类案件中，充分运用论证单位行为的辩护经验，将公诉机关关于个人行贿的指控论证为单位行贿的行为无疑会极大减轻当事人的刑事责任，从而取得良好的辩护效果。

根据我对相关司法解释和法律法规的理解和掌握，我认为，论证单位行为需要具备三个要件：单位人员、单位资金、单位利益，即单位的人员为了谋取单位的利益，使用单位的资金来行贿。在这里，我重点谈一下论证上述三个要件时可能碰到的一些特殊情形。

首先，我们来看单位人员这个要件。在单位正式任职的人员当然很容易被理解为单位的人员，那么，在单位没有职务，但却实际控制单位经营管理的人员，也就是我们所说的“实际控制人”能否被认定为单位人员呢？这个问题过去有一些争议，但现在应该已经没有争议了，因为今年年初两高三部出台的《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》已经明确将单位的实际控制人视为单位人员并列入单位犯罪中的自然人主体了。

因此，单位的实际控制人为了实现单位的利益，使用单位的资金向国家工作人员行贿的行为同样构成单位行贿罪，不能因为实际控制人在单位没有具体的职务而否定其作为单位人员的主体身份。

在单位人员的认定上还有一个特殊情况，就是那些和单位存在“挂靠”关系的人员。这种情况在建设工程领域比较普遍。案发后，很多单位会以涉案人员与本单位仅是“挂靠”关系，仅上缴“管理费”为由将责任推诿给个人。但我认为，“挂靠”也好，上缴“管理费”也罢，本质上都是单位内部的管理活动和收入分配的表现形式，只要相关挂靠人员在一定程度上接受单位的管理，与单位存在收入分配关系，那么就不应当否定其

作为单位人员的身份，更不应将本该由单位承担的责任推诿给个人。

接下来，我们在谈谈“单位资金”这个要件。在司法实践中，单位人员直接通过单位账户向国家工作人员送出贿赂资金的情况非常罕见。很多时候，单位的人员都会选择提取现金或者通过第三方支付的方式完成贿赂行为。碰到这种情况，我们应当透过表象看本质，根据在案证据及当事人的辩解，追根溯源查证涉案贿赂款是否是来自单位的资金。

最后，我在和大家说一下我对论证单位利益的看法。实践中，有些企业老板实际控制着多家关联企业，这些企业形成了一个企业集团。如果企业老板以集团中甲公司的名义使用甲公司的资金向某个国家工作人员行贿，但所实现的

却是集团中乙公司的利益。在这种情况下，是不是因为企业老板没有给甲公司谋取利益就认为企业老板以甲公司的名义和资金行贿的行为就不构成单位行贿了呢？我认为答案并非如此。这里有一个很重要的因素，就是甲公司和乙公司是关联公司，都是该企业老板实际控制的企业，因此，甲乙两家公司在利益上具有关联性和同一性。由此，企业老板以甲公司名义实施的行贿行为虽然直接实现的是乙公司的利益，但间接上也实现了甲公司的利益，因此，该企业老板的这一行为仍然符合上述认定单位行为的三个要件，可以论证为单位行贿罪。

因为时间关系，我的分享就暂时到此，希望我的经验能为大家今后的辩护工作提供些许参考和帮助。

谢谢大家！🍷

陈立群：以刑法修改为视角谈律师的程序性辩护

这里我想从五个方面来讲一下程序性辩护的问题，首先是就程序辩护做一个简单的介绍，然后是讲一下程序性辩护的价值和意义，第三点就是谈一下程序性辩护的难点和我们的一些经验，第四点交流一下程序性辩护的现状，最后谈一下我对刑法修改的几点想法。

第一部分 简单介绍一下程序性辩护

传统意义上对辩护的理解就是“实体性辩护”。在传统的辩护理论和辩护实践中，辩护人的责任就是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑

事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。根据这种解释，刑事辩护只是实体性质的，即仅仅是指针对有关刑事实体问题所进行的辩驳、辩解性的活动。不论是提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料，还是提出意见，刑事辩护都只是围绕着刑事实体法律问题进行的。因此，实体性



陈立群律师
京都（大连）律师事务所副主任

辩护都带有诉讼防御的特征。而“程序性辩护”是以刑事程序法为依据，指出刑事办案人员在侦查、起诉、审判过程中严重违反有关程序法的规定，或者在办案过程中有严重侵犯公民宪法基本权利的行为，从而否定某一证据或某一诉讼行为的有效性，阻却犯罪指控，达到维护被告人合法权益的目的。程序性辩护实际上属于一种更加积极的辩护形式，通常被称之为“攻击性辩护”。

实体性辩护和程序性辩护的相同点：实体性辩护和程序性辩护虽然是两种不同的辩护模式，但其根本目的是一致的，都是为了形成与控诉方的平等对抗，维护被告人的合法权益，求得裁判结果的公正与合理。

实体性辩护与程序性辩护的不同点。

第一点是采取的策略不同。实体性辩护采取的是“防守式”策略，在这种模式下，控方为进攻方，辩方为防守方。我们都知道，在刑事诉讼中

要证明被告人有罪，控方要承担举证责任，要举出充分、确凿的证据证明被告人有罪，并且要达到“排除一切合理怀疑”的证明标准。作为辩方只要从事实或法律的角度动摇了控方的证明，打乱了他的阵角，使得法官对控方指控产生“合理怀疑”，从而达到为被告人辩护的目的。程序性辩护采取的是“进攻式”策略，辩方以攻为守，将公安司法机关的侦查、起诉、审判行为作为攻击的目标，举出证据证明公安机关、检察机关的司法行为严重违反相关法律程序，或者证明公安、检查机关在办案过程中有严重的侵犯被告人基本权利的行为，从而否定控方证据或诉讼行为的合法性和有效性，达到辩护目的。但是，采用这种模式辩方要承担举证责任，困难较大。

第二点的不同就是辩护的法律依据不同。

实体性辩护的法律依据是刑事实体法，根据犯罪构成理论、排除犯罪性行为理论、刑事责任理论以及刑事证据规则的相关规定为被告人辩护；程序性辩护的法律依据是刑事程序法，我国相关的程序法对刑事侦查行为、起诉行为、审判行为以及在刑事诉讼过程中采取各种强制措施，都有相应的程序规范，这些程序性的法律规范都可以用来作为辩护的法律根据。

第三点不同是辩护针对的对象不同。简单地说，实体性辩护针对的是被告人的事实行为，而程序性辩护针对的是检控方的诉讼行为。美国著名

辩护律师德肖微茨将这种带有进攻性的程序性辩护称为“最好的辩护”，因为这种辩护使得庭审的对象发生了转移——由审查被告人事实行为转移到审查控诉机关的诉讼行为，形成了一种独立的“司法审查之诉”。

第二部分 程序性辩护的意义

就某一个案而言，程序性辩护有利于维护当事人的各项诉讼权利和公民的基本权利，有效对抗控方的指控，实现刑事诉讼中的控辩平衡，达成刑事案件的公正审判。如果就整个刑事诉讼制度而言，其价值和意义就更加重大。主要有两点意义：

第一点意义是，程序性辩护对于推动我国程序性法治建设有重大的意义。刚才张建伟教授讲了两点，刑事辩护中有两个关键词，一个是对抗，另一个是保护。一直以来，我国就有“重实体，轻程序”的传统，只问结果，不管过程。所以在程序规制方面一直很薄弱，程序违法现象比较普遍，随着三大诉讼法的不断修改，理论界和实务界对程序本身的独立价值越来越引起足够的重视，在一定程度上程序违法现象有所遏制，但是目前来讲，整体情况还不是太令人满意。在刑事诉讼中加强程序性辩护，将大有助于整个刑事诉讼制度的进一步发展和完善，有助于规范侦查、检察、审判等各项诉讼行为，有效预防和遏制各种违反程序规定的违法行为。强化程序性辩护将有助于实现真

正的控辩平衡，促进公正司法、文明司法，对建设我国现代化的、文明的司法制度有着不可估量的重大意义。

第二点意义是，程序性辩护将对保障公民的宪法权利起到十分积极的作用。

在刑事司法过程中，被侵犯的公民权利几乎全是宪法所保护的基本权利。这些公民的基本权利在我国《宪法》第二章第33条、37条、38条、39条、40条和41条中有明确的规定。但在刑事司法过程中，这些公民的基本宪法权利却屡屡遭受侵犯。程序性辩护不仅为被告方提供了一种对抗国家刑事追诉机关的有力手段，而且还可以此手段维护自己的宪法权利，从而有可能成为推动我国宪法司法化的积极力量。我们完全有信心相信，终究有一天，此类侵犯公民宪法权利的刑事司法行为将成为合宪性审查的对象，侵权者将会为此承担明确而具体的法律责任，公民的基本权利将会得到根本和有效的保护。

第三部分 讲一下程序性辩护的 难点和辩护经验

程序性辩护的难点第一个就是调查取证。调查取证的一般有两种情况：一种情况是由于控方证据不真实，律师通过调查取证去否定或者纠正控方证据。还有一种情况是，由于控辩双方角度不同，关注点不同，控方调查的是一个方面的问题，但是律师需要查明另一个方面的问题。比如

以贪污受贿类案件为例，这类案件中有一个普遍的现象，十分典型。控方证据显示：被告人取得了一笔钱，该证据内容是真实的，但被告人却辩称其取之于公、用之于公。但是对于控方来说，控方对此案的调查只侧重于认定被告人是否拿了钱，认为只要拿了就构成贪污，却忽略了钱的去向和用途。这种情况下，辩方需要提出证据来证明钱实际上用之于公，这时举证责任某种程度上转移到了被告方身上，律师必须证明款项后来是用之于公务。在无罪推定原则并没有真正贯彻落实的司法环境下，作为辩护律师，要为被告作理由充分的辩护，就应当把钱的去向调查清楚。程序性辩护中另一个难点是职业安全风险防范。由于我国特殊的司法环境和律师职业风险的客观存在，使得我们的律师在调查取证的时候，往往投鼠忌器，主动寻找证人进行调查取证的方式，很多律师出于各种考虑，使用得不多，因为一旦证人改变证言，尤其是控方证人，往往律师就要面临巨大的、来自于控方职业报复的风险，加上“北海事件”的负面影响，大部分律师都放弃了调查取证，放弃了积极辩护，而更倾向于采用控方的证据攻击控方另外的证据。

下面就我介绍一下程序性辩护的七条经验：在刑事辩护实践中，出于执业安全等多种因素考虑，主动调查的积极辩护被越来越多的律师放弃，作为律师来说，应该怎样为委托人辩护呢？我给大家介绍七条辩护经验。

第一个经验是以控方证据攻击控

方另外的证据，以子之矛攻子之盾。就是辩护人用案卷笔录里的证据说服法官接受其程序辩护的主张。比如，在很多案件中，律师都发现讯问笔录记载的讯问时间明显过长。在一个涉黑案件的辩护中，律师发现，讯问的开始时间是2000年7月1日8点而结束时间却是7月5日凌晨6点，办案人员三班倒，如此漫长的讯问时间显然已经超过了人的生理极限，虽然律师没有明确的证据证明侦查人员刑讯逼供，但却能够证明讯问的时间超期，这种用控方证据证明侦查程序违法的例子在实践中经常出现，在个别案件中还产生了积极的效果。还有一种情况是涉及证人的，两名侦查人员在同一时间段分别对三名证人制作了3份询问笔录，而3名证人相距80公里。这显然是违反人们的经验常识的。因为同一个人不可能在同一时间里，在3个不同的地方同时做3份笔录，律师主张至少有两份笔录是伪造的。控方证据的这类情况十分普遍。律师可以利用控方证据的矛盾来进行程序性辩护，指出控方证据为非法证据，要求法庭排非。

第二个经验就是充分认识阅卷重要性，掌握阅卷方法。田文昌老师总结了一个方法，就是列表、画图、分析、论证，就是在你对几十本、几百本案件卷宗，进行认真查阅后，进行列表，画图，然后就列表画图的内容进行分析和论证，最后形成一个结论。这种阅卷效果非常好。田老师在京都刑事辩护团队里面推广这种阅卷方法，非常有效果。画图表明资金的流向和行动的方向，列表是把卷中的



疑点、矛盾点、争议点给列出来，在下面做出你的分析和论证。田老师提出要求，就是在列表的时候，你必须原文引用卷宗的内容，要加上标点符号，卷宗中的内容要原汁原味的在表格中体现出来，这样才有利于进行分析和论证。

田老师还提出律师要为法官阅卷。为什么要为法官来进行阅卷？因为法官承办案件压力很大，可能不会像律师那样仔细的阅卷，通过刚才提供的方法，就可以把案件的疑点、矛盾点、争议点体现出来，卷号、页码标记清楚，最后连同律师的辩护词一起提交给法官，法官就可以从列表绘图里面，根据卷号页码查找到其所关注的内容。辩护人提供的表格加上辩护词，对法官判案影响就很好。

第三点，是抓准、抓实程序性违法问题，做到有理有据。

在进行程序性辩护时，要以既有法律及司法解释规定展开，任何程序性问题的指出都要有现行有效的法律或规范性文件依据，而不是做理论上的研究。规定本身纵有千般不是，但在没有改变前，还必须得到遵守。程序性辩护和其他辩护最大的不同，就是它严重地依赖于刑事诉讼法和司法解释，如果没有一个好的司法环境程序性辩护要想取得理想的效果是非常困难的。

以非法证据排除为例，尽管2017年6月20日两高三部发布了《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》，但总的来说我国立法和司法解释对非法证据排除的态度仍然是

“宽禁止，严排除”。因此，我们在辩护中，不是有程序违法行为就会导致证据被排除。如果只是程序上有瑕疵或一般违法行为，动不动就提排除非法证据，并不会得到支持。在这种情况下，把程序瑕疵或者违法转化为影响到证据来源、影响到证据客观性问题反而会起到好的效果。

第四点，任何辩护都要以合法、正当途径指出，不要为求效果诉诸其他方式。我们知道现在有的律师，喜欢采用发公开信、网上聚集，以召开个案研讨会的方式，这种方法其实对案件本身并不是十分有利，很容易被认为是制造舆论对司法机关施加不正当影响，为自己的执业带来风险。

第五点，程序性辩护要以追求实际结果为导向。

作为律师一定要明白程序性辩护的最终目的是什么。程序性辩护绝对不是通过程序性问题的指出，让办案机关感到难堪，下不了台，也更不是显示律师水平高，敢于说话。而是通过程序性辩护为当事人谋取到实体上的利益，最终让当事人实体上获利。

第六点，程序性辩护要与可能导致的实体错误联系在一起。

程序上有问题，侵犯了人权，不符合正当程序的要求在很多时候并不具有实质意义。更重要的是要由此指出可能导致收集的证据来源不明、会影响到证据的客观性，进而可能导致冤假错案。办案机关、办案人员最怕什么？一般不是程序上存在问题，而是实体上出现错误。如果就程序问题说程序问题，不足以动摇办案人员在

实体问题上的心证，很难有效果。

第七点，表达方式要理性平和，就事论事，客观持中。所谓“攻击性辩护”是指出程序违法行为，而不是人身攻击和情绪渲染。因此，在表达方式上，应尽量理性平和，客观评价，就事论事。动辄人身攻击和情绪渲染并不利于问题得到解决和处理，反而人为激化矛盾，影响到别人对问题本身看法。

第四部分 我国程序性辩护的现状

中外刑事诉讼的历史已经反复证明，“错误的审判之恶果从来都是结在错误的侦查之病枝上的”。侦查阶段犯罪嫌疑人人权保障如何，直接影响其在整个刑事诉讼程序中权利的保障。侦查阶段作为刑事诉讼程序存在的基础，是国家权力暴力性最充分发挥的阶段，直接涉及对犯罪嫌疑人人身自由的限制和剥夺，我们国家侦查阶段律师辩护权从无到有，经过了长时间的演进。新刑法颁布之前，刑事诉讼法给律师侦查阶段的权利是“帮助权”，律师只能为犯罪嫌疑人提供帮助，而不是辩护。我国宪法第125条规定：“被告人有权获得辩护”。这里使用的是“被告人”，而不是“犯罪嫌疑人”有权获得辩护，可见，宪法并未赋予侦查阶段律师以辩护人身份。随着我国刑事诉讼制度改革的深入进行，法律对律师在侦查阶段的辩护权逐渐明确。我国新刑事诉讼法第33条规定：“犯罪嫌疑人在被侦查机

关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查阶段只能委托律师做为辩护人。”这就从法律上确立了侦查阶段律师的辩护人地位。这个是我们国家法律科学化、民主化的一个很大的进步。

但是尽管如此，我个人认为，我国的新刑诉法仍然在保护被告人权益方面，或者是在侦查阶段，对于律师权益的规定方面，仍然存在缺陷和不足。刑诉法第38条规定，“辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助，代理申诉、控告；申请变更强制措施；向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况，提出意见”。大家注意到，这里的用词仍然是“提供帮助”。从这个角度来说，侦查阶段律师虽然是辩护人身份，但是很多权益律师仍然无法行使。有一些权利，比如说阅卷权、调查权等等，不能阅卷，调查就没有针对性、没有目标指向。

我们国家程序性辩护的现状主要有以下几个方面。

第一点是律师的会见权得不到有效保障。律师要给犯罪嫌疑人提供法律咨询，了解案件情况，必须通过会见来实现，而法律和各部委的规定对于辩护律师的会见权还是有很多的限制。我国刑事诉讼法第39条规定，“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件，在侦查期间辩护律师会见在押犯罪嫌疑人，应当经侦查机关许可。”而2013年1月1日公安部发布的《公安机关办理刑事案件程序规定》第50条规定“侦查期间，辩护律师会

见危害国家安全犯罪案件、恐怖活动犯罪案件、特别重大贿赂犯罪案件在押或者被监视居住的犯罪嫌疑人时，看守所或者监视居住的执行机关还应当查验侦查机关的许可决定文书”。最高人民检察院发布的《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第四十六条规定“对于特别重大贿赂犯罪案件。辩护律师在侦查期间提出会见在押或者监视居住的犯罪嫌疑人的，人民检察院侦查部门应当提出是否许可的意见，在三日内报检察长决定并答复辩护律师。”我们国家的法律和相关的规定，对“有碍侦查或可能涉及国家秘密的情形”规定的笼统、抽象，侦查机关往往以此为挡箭牌，动辄打上“涉密”的标签，或者借口特案特办，不让会见。尽管《六部委规定》第11条规定，“对于不涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人不需要经过国家的批准”，但实践中，律师会见非涉密案件的当事人，几乎都要经过批准或变相批准（即形式上不需要经过批准，实际上不安排就不得会见），律师实际上不可能径直去看看守所会见犯罪嫌疑人。此外，律师会见犯罪嫌疑人还常被限定次数和时间，限制问话内容（如不准谈案情），禁止记录等。

第二，侦查人员讯问犯罪嫌疑人及搜查扣押时，律师无在场权和签字权。侦查机关在询问时律师的在场权在现代各国的刑事诉讼法和判例中被普遍承认，比如说英国，警察在讯问犯罪嫌疑人时，除特定情形外，必须有律师在场。法国刑诉法第114条规

定，在讯问犯罪嫌疑人时，必须有律师在场，律师不在场，这个询问就无效。律师的在场权和警察的同步录音像构成了侦查机关询问笔录有效性的双重保障，我们国家没有规定律师的在场权，这也是我国司法实践中刑讯逼供屡禁不止的原因之一。

第三，律师的调查取证权和证据保全申请权得不到有效落实。虽然新刑诉法第41条和第43条规定了辩护人的申请调查取证权和律师的调查取证权。遗憾的是刑事诉讼法没有规定侦查程序中律师的调查取证权。在我国刑事诉讼中，人民法院不参加侦查程序，律师不能申请人民法院调取证据。然而，在实践中，确实存在着有利于犯罪嫌疑人的证据虽经辩护人申请，但侦查人员不予调查，而辩护律师又无权调取，并且该证据又极有可能被毁损、灭失的情况。在这种情况下，我国辩护律师无证据保全申请权，无法对犯罪嫌疑人提供应有的保护，这对犯罪嫌疑人极为不公。

第四，侦查程序不存在司法审查制度。在我国，法官无权参加侦查程序中的任何诉讼活动。所以，侦查机关对公民的任何调查活动均无须得到法官的批准。除了逮捕需要经检察机关批准以外，侦查机关可以完全独立地实施其它任何一种强制措施。对检察机关来说，一身兼二职，既有侦查、公诉职能，又有法律监督职能。在其自行侦查的案件中，可以自行采取搜查、扣押等在内的专门调查措施，实施逮捕、拘留、监视居住、取保候审、拘传等等强制措施，而不受



其它任何外部司法机构的授权和审查。这种司法授权和司法审查机制的缺乏,导致侦查程序中没有任实质上的司法裁判活动,那些在西方作为体现法院最终裁判者地位的司法救济制度,并不存在于中国的刑事诉讼活动之中,不存在针对侦查活动合法性的任何裁判活动。

第五部分 对刑法修改完善的思考

基于我国刑事诉讼法律制度中的上述现状,在十余年的司法改革探索中,学者们提出了大量的改革建议。有的被采纳,有的仍束之高阁。本人认为从刑法科学化和民主化角度,刑法应从以下几个方面加以修改和完善:

第一是落实会见权和在场权。律师与被羁押的犯罪嫌疑人会见是充分发挥辩护职能的条件。涉及国家秘密的案件应作严格界定,解释条款不应过于宽泛,以突破“批准关”。并且,律师会见嫌疑人应在不被窃听、执法人员能看得见、但听不见的范围内进行,以突破“会见关”。因为只有这样,会见才具有应有的意义。辩护律师的在场权,一方面可以有效防止侦查人员侵犯犯罪嫌疑人的基本权利,使实践中经常出现的非法拘禁、刑讯逼供、诱供、骗供、剥夺犯罪嫌疑人辩护权等非法行为难以发生;另一方面,律师通过旁听讯问可较为全面地了解案情,为律师确定调查方向、进行有效辩护打下良好的基础,

同时,也能使犯罪嫌疑人在没有心理压力的情况下,作出供述和辩解。因此,应在刑法中规定,侦查机关在讯问犯罪嫌疑人时,必须有律师在场,否则,犯罪嫌疑人的供述没有证据效力。

第二是加强律师在侦查阶段的调查取证权。调查取证是律师辩护最本质的工作。辩护律师获得足够的证据,既是审判程序中进行防御的保障,也是对判决产生实质性影响的前提。侦查人员在侦查阶段是否有程序性违法行为是辩护方进行程序性辩护的重要内容,在这一阶段律师若不能及时获取关键证据,将很难在法庭辩护中取胜。

第三是规定律师有向法院申请保全证据的权利,法定条件下法院必须受理。由于我国特殊的国情,我国还不能匆忙引进对抗式侦查模式,而应维持现行的职权式侦查模式,赋予辩护方调查取证的权利。但是,侦查机关的追诉职能和公正义务又往往发生冲突和矛盾,为了保证侦查机关取证的全面性,有必要赋予犯罪嫌疑人向处于中立地位的法院申请保全证据的权利,而这一权利基于犯罪嫌疑人人身可能被限制的情况,应主要由律师行使。

第四是构建以审判为中心的诉讼制度。

陈瑞华教授指出,以审判为中心的诉讼制度的核心是举证在法庭上、质证在法庭上、判决形成在法庭上、裁判理由形成在法庭上,让审判成为检验侦查和公诉办案质量的唯一的阶段,让审判

标准成为指导公安机关、检察机关办案的唯一标准。这样才能让法庭审判变成整个刑事诉讼的重中之重。从而司法权威、审判独立才能得到有效维护,审判就会成为决定整个刑事诉讼各个环节唯一的、最权威的阶段。

第五是建立司法审查制度。

首先,建立司法审查最为急迫的任务是最高人民检察院把自侦案件中的逮捕权、搜查权和扣押权交给法院,改革我国现行的侦查构造。过去,我国的侦查构造是一种准军事化的构造,没有诉讼中所需要的中立的第三方和平等对抗的控辩双方,原告直接决定被告的命运,这样何来公平?如果侦查制度得到改变,将有助于律师权利的保护以及强制措施和羁押权利的改革。其次,采取令状主义措施,在侦查阶段设立一个侦查预审法官,以负责授权。如果警察、检察官要执行扣押、搜查等某种权力,必须像国外一样,需要去法官那里申请许可。没有令状主义措施,没有一个中立的第三方,法律意义上的辩护就等于不存在,就只有自然意义上的辩解和请求。

和谐社会必然是法治的社会,司法公正是包括律师在内的广大法律工作者所追寻的理想,完善律师的程序性辩护是保护人权,建设法治社会的必然要求。我国刑事诉讼制度虽然有了不小的进步,但理念的误区依然存在,科学化、民主化路漫漫其修远兮,作为法律工作者,我们仍应当不断思考,上下求索。

由于时间的关系,我就讲到这儿,欢迎批评指正。谢谢大家!

金洪智：民营企业经营中的 刑事风险防范



金洪智律师
大连律师协会刑事专业委员会主任

最近两年，在司法部层面上，对律师工作有两件大事。一件是扫黑除恶专项斗争，另一件就是对民营企业提供法律服务。对于为民营企业提供法律服务，绝大多数律师认为主要是民商事律师和非诉律师的事情。但我个人认为，刑事律师在为民营企业提供法律服务中应该起到主导和核心作用，而不仅仅是辅助作用。我们可以看到，这页PPT上既有我们目前知道的一些知名企业家因为刑事犯罪而判刑的，也有一些大企业对刑事风险防范专门成立的相关部门，这充分说明对民营企业而言，刑事法律服务是不可或缺的。

刑事律师对为民营企业提供法律方面一般来说有三个层次的认识，第一层次是案件发生之后为民营企业或企业家提供的辩护的，这也是通常的认识。第二层次是有一些的刑事律师发现了新的商机或者新的服务内容，就是民营企业遭受内部或者外部法律侵害的时候，采取刑事手段对企业进行保护。我今天演讲的内容是第三个层次，也就是说，我认为我们的工作应当在前面，而不是在后面，而不是出现了刑事问题去解决，而是在民营企业的日常商事活动中，刑事律师就应该积极的提供法律服务，进行刑事法律风险的防范，避免一些可以不必

要发生的刑事风险。

要研究风险防范如何应对？首先要考虑民营企业家或者民营企业刑事风险的来源。网上有两个段子，一个段子是说我们的企业家不是在监狱里就是正在走往监狱的路上，我一个同学有天和我说，某年排在福布斯前多少名的中国企业家不是进了监狱就是已经自杀了，虽然我认为他这个也许是以讹传讹，过于夸张了，但企业家的刑事风险是真实存在的。第二个段子就是所有能赚大钱的方法，都被写在刑法里。改革开放已经四十年了，但中国的民营企业家整体还是处于资本的原始积累状态，以逐利作为第一目的，特别容易忽视风险的存在，民营企业家犯罪有一个很大的特点就是无意识犯罪很多，在现在的司法环境下，知法犯法的不是没有，但大部分民营企业家犯罪是基于对刑事法律的无知。最可怕不仅是企业家不懂刑法，而且企业的专职法务也普遍不懂，甚至企业的法律顾问也不懂刑法。律师界一直有一个业务歧视链，在业务歧视链的低端就是我们做刑事业务的，很多律师甚至以不懂不做刑事业务为荣，有个年轻律师做证券非诉的，就认为我们做刑事的比较土，看我的眼光大概就是飞行员看种地的农民，干民事就是开飞机，干刑事就



是劳动力，看待我们就是这样的眼光，我和他说飞机咱们可以不坐，但是粮食能不吃吗？商业的捷径可以不走，但是刑事风险是承担不起的。大概在八九年前，我代表顾问单位和北京的一个企业洽谈一个股权收购，发现了一个问题，当时国家注册资本还是实缴制，收购的目标公司有一笔增加注册资本，增资以后该款被借回给了母公司也就是股权出让方，当时出让方的律师是北京某大所的高级合伙人，当然不是京都所的，这个大律师跟我交涉了几次，说我们必须让目标公司出具一个免除这笔债务的说明，我最后实在没有办法，我说你是让我把你这个抽逃注册资本罪名做实吗？我说咱们可不可以做一个债务转让，你欠目标公司这笔债务由我们股权受让方来偿还给目标公司，可以吗？经过反复的解释，他终于同意了，类似的例子还有很多，表面看民事行为非常有效合法，但隐藏着很多刑事法律风险。

我再给大家举两个例子，一个是网约车，在网约车启动的时候，动用了大量民用车辆，在当时的中国对营运汽车管理制度下，有营运许可证大多是出租车，但网约车开始实施的时候，动用大量民用车辆，这些民用车辆大部分没有营运许可。在网约车时代之前，大连有一种行业叫黑车或者返程车，就是打电话约车几个人拼车到金州、开发区或皮口港之类，后来很多都按照非法经营定罪处罚了。那么打电话约车就是非法经营，在网上约车就是创新，能这样理解吗？后来的转折点就是一个部长公开讲网约车

是创新行为，有关部门才开始为这些网约车办理了营运许可，但这个办理是需要过程的，在办理过程中，网约车也并没有停止运营，但是大连北三市一个地方就有网约车合作公司被以涉嫌非法运营罪立案。

再一个是电商平台，电商平台成立的初期，充斥了大量的假冒伪劣产品，一个奢侈品包包卖一两百元，消费者不会相信是真的，电商平台的管理者恐怕也不会相信。我们想想快播案子，快播定罪的理由是明知存在淫秽视频等，还提供服务器进行存储，那么如何理解在电商平台成立之初存在的大量假冒伪劣产品问题呢？

举这两个例子，并不是我认为网约车和电商平台一定是犯罪，只是说这么大的公司，有完备的管理体系，也会有走在刑事法律边缘，是不是在做某项行为之前，这个刑事合规工作没有做好？大家都知道审一个合同要先解决合同效力问题，否则合同条款写再好，合同没有效都是白写，但深层次思考，刑事合规没有做好，合同写的再完备，但是可能给你造成犯罪的后果，这个合同还有意义吗？

下面我讲一下，涉及到民营企业的刑事法律风险，这里可能分两部分，一个是民营企业本身的刑事风险，还有一个是可能对民事企业发展造成影响的内部和外部犯罪。先说对民营企业家威胁比较大的犯罪，原先对民营企业家威胁最大的一个是逃税（当时叫偷税罪），一个是行贿，但现在随着法律或政策的变化都被淡化了。大家都知道当年的刘晓庆案件，虽然刘晓庆算不上民营企业家，但是

那个案件是非常出名的偷税的案件，后来办理这个案件的四个律师被中国律师杂志的一位主编起了个“京城四少”的外号，也是中国最早的一批“网红律师”了，但是后来偷税罪改成了逃税罪，改成了先罚后刑，最近范冰冰的案子，罚了八个亿都没有追究刑事责任，这个案子标志着逃税罪在绝大多数情况下将名存实亡。而行贿罪第二种情况，行贿罪的变化是在司法实践过程当中，由于在贪污贿赂案件中，行贿人的言辞证据非常重要，所以绝大多数情况下纪委会给行贿人一定的政策，近几年大连出现了多名厅局级干部被定受贿罪的情况，但其中绝大部分人没有被追究行贿的刑事责任，就是因为纪委给了相应的政策，所以行贿罪在很多时间不是一般企业家面对的主要矛盾。

我总结了几条对企业家威胁比较大的罪名，这些罪名一个是实践当中企业家容易忽视的甚至想不到是犯罪，另一个就是实践当中，目前为止抓的比较多。我们总结了几类。第一类是虚假发票类犯罪，这个罪的特点是很多民营企业跟本不认为是犯罪，甚至连我个人都认为这个罪在未来几年时间内，会一点点走向边缘化的，就像逃税罪一样。虚开发票绝大部分的目的是为了逃税，逃税的方式一般来说，一个是减少收入，一个是虚列支出，虚列支出的主要方式就是虚开发票，范冰冰逃税八个亿都可以不判刑，我相信一般民营企业是想不到自己为了少缴纳几千块钱的税款开了四十万的普通发票就构成犯罪的，而且这个罪特别好查实，比如说

诈骗罪取证其实是很困难的，但是虚开发票却很容易证实，现在实践中经常出现查其他的事儿查不实，先拿虚开发票批捕的情况，就是因为这个事太好查了，所以说这个罪在实践当中对民营企业家威胁很大。

第二个是集资类犯罪，这两年非法吸收公众存款和集资诈骗属于高爆发期，爆发期不代表犯罪的形成期，形成期应该是头几年，国家金融政策收的最紧的时候，企业又缺钱，缺乏融资途径，所以产生了大量集资案件，大连某区挂号的非法吸收公众存款案件就有三百多件，我自己的亲朋好友，已经有好几个人成为了非法吸

收公众存款案件的投资人，我妈的好友投了500万，我一个高中同学投了两百万。在这个问题上，有一些企业愿意玩一些花招，认为自己很聪明，但实际上已经犯罪了。比如有一个企业问过我，现在有一些资产卖给公众，卖给他们之后，先不用拿东西，就放到我这儿，我每个月给你租金，到期之后本钱退给你，这就是特别典型的变相非法吸收存款行为，但是并不是每个企业家都懂这个问题的法律边界在哪里。

第三类就是贷款类犯罪，最容易出问题的是骗取贷款这个罪，我认为骗取贷款的行为几乎每个贷款企业都

有，因为如果按照银行的要求如实提供材料，几乎没有几个企业贷款可以批的下来，还有高利转贷也是现在比较容易出问题的，很多企业根本不知道自己从银行贷款再高息借给别人是犯罪。

还有串通投标罪，这个罪也比较容易发生，实践中很多招投标都有串通投标行为。时间关系就不展开讲了。

关于第二部分，可能对企业发展造成影响的一些内外部犯罪，因为时间的关系，就不一一展开讲了，能力有限、水平有限，浪费大家20分钟宝贵时间，谢谢大家！🐶





从辩护角度看“非法放贷入刑”

■ 杨照东 / 文

毋庸置疑，“高利贷”具有一定的社会危害性。但对此行为应否入刑，我国在立法及司法层面，一直以来均持否定的态度。

对于放高利贷的行为，我国刑法只在一种情况下将之规定为犯罪，即“以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人”，也就是刑法第一百七十五条的“高利转贷罪”，而对于以“非信贷资金”放高利贷者，现行刑法并未以罪论处。

在司法层面，2012年12月26日，最高法院在对广东省高级法院的批复（以下简称“批复”）中答复到：我院经研究认为，被告人何光伟、张勇泉等人放高利贷的行为具有一定的社会危害性，但此类行为是否属于刑法第二百二十五条规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，相关立法解释和司法解释尚无明确规定，故对何伟光、张勇泉等人的行为不宜以非法经营罪定罪处罚。最高法院的这一批复坚持了“罪刑法定”的原则，统一了司法实践中的认识，迄今为止，尚无“高利贷”入刑的案例。

2015年最高法院发布了《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“民间借贷规定”）。该规定第二十六条规定“借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%，

杨照东律师简介

京都律师事务所高级合伙人。杨照东律师执业20余年，先后担任过中国大陆前首富黄光裕内幕交易案、浙江亿万富姐吴英集资诈骗案等国内重大刑事案件的辩护，在职务犯罪和经济犯罪领域有深入的研究并



取得了显著的业绩，被媒体誉为“大要案专家”、“最低调的大律师”。2009年荣获中国律政年度十大精英律师刑事辩护奖；2010年获北京市百名优秀刑事辩护律师奖；2013年获《亚洲法律评论》全国十佳诉讼律师奖。

超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。”这一规定，再次体现了“高利贷无效但无罪”的法律评价。

但是，随着我国市场经济的高速发展，民间借贷的不断壮大，高利贷也日渐猖獗，给社会带来的危害日趋明显。正确规范民间借贷，严厉打击非法放贷已成共识。

2019年10月21日，最高法院、最高检察院、公安部、司法部（以下简称“两院两部”）《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》《以下简称“意见”》正式施行。两院两部一锤定音——非法放贷将构成非法经营罪！

《意见》非常全面、准确地规范了非法放贷以罪论处的构成要件，内容精炼易懂，但是，作为刑辩律师，我们在为此类案件辩护时，仍然有以下几方面的问题值得关注和探讨。

注意区别“非法放贷” 与“放高利贷”

人们在日常生活中所常常谈论的，以及前述最高人民法院的批复和司法解释中所涉及到的相关表述，都是“放高利贷”，这就容易使人们错误地认为《意见》是将“放高利贷”以罪论处了（正确的认识应该是“意见”将“非法放贷”以罪论处）。如是，在法庭上可能会出现控辩双方围绕着被告人是否“放高利贷”进行质证和辩论，而不是围绕被告人是否“非法放贷”。

这里需要注意的是：非法放贷一定是放高利贷（实际年利率超过36%），但放高利贷不一定是非法放贷。只有在“放贷对象的不特定”、“放贷的高频率”和“情节严重”同时具备时，“放高利贷”才转化为“非法放贷”（“意见”第一条）。

关于定罪的几个问题及辩点

1. 关于“特定对象”的除外情形

根据《意见》第四条的规定，仅向亲友、单位内部人员等特定对象出借资金的不构成非法经营罪，但是以下情形除外：（一）通过亲友、单位内部人员等特定对象向不特定对象发放贷款的；（二）以发放贷款为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其发放贷款的；（三）向社会公开宣传，同时向不特定多人和亲友、单位内部人员等特定对象发放贷款的。

此处需要注意：

（1）“通过亲友、单位内部人员等特定对象向不特定对象发放贷款”，指的是行为人与亲友、内部人员共谋先把款放贷给亲友、内部人员，然后再以亲友、内部人员的名义转贷给他人，或明知亲友、内部人员会将款转贷他人仍向其发放贷款。

如果行为人只是在向亲友、单位内部人员发放贷款，但亲友、单位内部人员拿到贷款后转贷给他人，行为人对此不知情或事后才知道，因其主观上不具有向不特定对象放贷的故意，该行为不能认定为非法放贷进而定罪。

（2）“以发放贷款为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其发放贷款”，这里要注意“是否以发放贷款为目的”的举证责任在控方，辩护律师可以从“借款人入职时间与放贷的先后”、“入职后是否实际工作”、“未实际工作的原因”、“薪酬约定”等方面入手，评价控方的证明标准，也可以就上述方面进行取证，以否定指控。

（3）“向社会公开宣传，同时向不特定多人和亲友、单位内部人员等特定对象发放贷款”，这里的关注重点是“向社会公开宣传”。“向社会公开宣传”的认定标准应参照最高法院法释【2010】18号及最高两院、公安部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》中的规定。如果没有充分证据证明行为人“向社会公开宣传”，则不能认定其非法放贷进而定罪。

2. 关于“放贷频率”的认定

根据《意见》第一条第二款的规定，2年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资金10次以上的，是非法放贷。第三款规定：贷款到期后延长还款期限的，发放贷款次数按照1次计算。

“贷款后延长还款期限”也就是“续贷”的，无论续贷几次均按发放贷款1次计算，这容易理解。问题是：贷款到期后未还，借贷双方重新签订借款合同，约定以新的贷款偿还旧的贷款，即“借新还



旧”的，如何认定放贷次数，是否也计算为1次？《意见》没有明确。有人认为，对于“借新还旧”的，不能认定为1次。大概的理由是：借新还旧中前后是两个（或以上）合同，两个合同产生了两个法律关系，属于两次借贷。

笔者认为，对于借新还旧，尚需区别对待。

在绝大多数情况下，借新还旧的前后两个合同在“借款本金”和“利率”的约定上都是一致的，除了合同的履行期限外，后合同基本上完全延续前合同的内容，有的后合同中还明确约定款项用途为“还此前借款”。借贷双方之间只是在借款手续上体现为两笔贷款，事实上并未发生第二笔借款，此时的“借新还旧”与“续贷”并无本质上的不同，对借款人来说没有产生实质上新的债务，对社会来说亦未增加新的社会危害，应将这种情况下的借新还旧计算为1次放贷。

对于在后合同中，出借方将前期借款利息记入后期借款本金的，鉴于借款的本金发生了变化，可视为两次放贷。

3.关于“非法放贷行为未经处理”的认定

《意见》第五条第三款规定：非法放贷行为未经处理的，非法放贷次数和数额、违法所得数额、非法放贷对象数量等应当累计计算。

这里的“未经处理”应该理解为包括民事诉讼、行政处罚等一切程序的处理。

关于《意见》适用的程序性问题

《意见》第八条规定本意见自2019年10月21日起施行。对于本意见施行前发生的非法放贷行为，依照最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》（法发〔2011〕155号）的规定办理。

法发〔2011〕155号文件第三条规定：各级人民法院审理非法经营犯罪案件，要依法严格把握刑法第二百二十五条第（四）的适用范围。对被告人的行为是否属于刑法第二百二十五条第（四）规定的“其它严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，有关司法解释未作明确规定的，应当作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示。

据此，对于发生在2019年10月21日前的非法放贷行

实践中，地方法院在审理非法经营案件时，违反上述规定未向最高法院请示而直接定罪的现象时有发生，对此辩护律师需及时提出异议。

为如何定性，各地方法院均无权直接作出认定，需“逐级向最高人民法院请示”。

实践中，地方法院在审理非法经营案件时，违反上述规定未向最高人民法院请示而直接定罪的现象时有发生，对此辩护律师需及时提出异议。

关于《意见》的溯及力

如前，《意见》第八条规定了办理非法放贷刑事案件的程序性要求，但在实体方面，《意见》并没有明确其是否具有溯及力。

2001年12月7日，最高人民法院、最高人民检察院《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》（以下简称“溯及力规定”）第二条规定：对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理。第三条规定：对于新的司法解释实施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时的司法解释办理，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。

那么，2019年10月21日《意见》实施之前，对于非法放贷以及如何定性的问题上，是否已有司法解释？《批复》及《民间借贷规定》是否算是已有司法解释？

可能有人会提出，《意见》第八条规定了对于《意见》实施前发生的非法放贷行为，依照[2011]115号文件规定处理，即“逐级请示最高法院”，这就意味着《意见》是具有溯及力的，对实施前发生的非法放贷行为可以据此定罪，只是要由最高法院批复决定。

也可能会有人提出，《溯及力规定》第三条中的“已有司法解释”指的是“刑事司法解释”，《民间借贷规定》是最高法院针对审理民间借贷民事案件适用法律问题做出的规定，在非法放贷的刑事归责问题上，《意见》实施前没有相关的司法解释。对于《意见》实施前发生的非法放贷行为，应依照《意见》的规定办理。即《意见》具有溯及力。

笔者认为，从《批复》以及《民间借贷规定》中都可以看出，在那个时候，最高法院对“放高利贷”行为

包括按照《意见》的标准已构成“非法放贷”的行为是持“无罪”态度的，这一态度不仅体现了“罪刑法定原则”的司法原则，也体现了“反对不教而诛”的理念。可以肯定，在《意见》实施之前，关于非法放贷行为的定性，无论是立法的本意，还是司法的现实以及学术界普遍的观点都是“无效但无罪”。

尽管《溯及力规定》是针对刑事司法解释的溯及力问题制定的，但这似乎并不意味着该规定第三条中的“已有相关司法解释”仅指刑事司法解释，从文意的角度上看，应包括民事、行政在内的能够表达最高司法机关对该类刑事案件的态度的一切司法解释。

而对《溯及力规定》第二条的“行为时没有相关司法解释”，理解为“没有明文规定”且“没有明确的态度”应该更符合立法的本意。

尽管《民间借贷规定》仅适用于民事案件的审理，但其仍然是一个司法解释。更重要的是，如前所述，这一解释间接地表达了最高审判机关“对非法放贷行为不以罪论处”的立场和观点，应该视为“已有的司法解释”。

按照同样的逻辑去理解，2012年最高法院对广东省法院的批复，也应该视为“已有的司法解释”。

如此，对于2012年之前发生的非法放贷行为，鉴于当时尚无《批复》及《民间借贷规定》，应适用《意见》的规定办理。对于2012年《批复》后至2019年10月21日之间发生的非法放贷行为，则应按照《批复》或《民间借贷规定》办理。

以上观点，系笔者在学习《意见》过程中的一些思考，一家之言，恐有不当乃至错误，权当抛砖引玉，敬请指正！



如何制定最优的辩护策略

——从甲某被控受贿、贪污罪一案说起

■ 张小峰 相憬晶 / 文

张小峰律师简介

京都律师事务所合伙人，2004年毕业于西北政法大学，毕业后在山东省某检察院从事公诉、反贪工作，2007年辞职加入北京市京都律师事务所，一直从事刑事辩护工作，期间办理了银监会主席助理、国家能



源局煤炭司司长、抚顺矿务局原董事长、鹰潭水利局领导等一系列职务犯罪案件，对于职务犯罪案件有深入的研究。同时，在执业过程过，还办理了唐山冯某、北京称某涉嫌诈骗等一系列无罪案件。

公诉机关认为，甲某的行为触犯了我国刑法的相关规定，应当以受贿罪、贪污罪追究刑事责任，且一人犯数罪，应当数罪并罚。

甲某对于部分指控不认可

接受委托之后，辩护人会见了甲某，听取了其对于所指控事实和罪名的意见。在多次会见的过程中，甲某均提出，公诉机关指控其收受夏某的钱款系借款，而非受贿。同时本案部分收钱行为发生在其离职之后，基于此，甲某明确提出对于该部分，其是不认可有罪指控，并明确提出其要在法庭上进行无罪辩解。

辩护策略的确定

面对甲某的意见，如何既能兼顾甲某的意见，满足委托人的意愿，同时又能起到良好的辩护效果，这就涉及辩护策略的选择问题。

经过与甲某的详细沟通，最终我们确定由甲某认罪认罚，同时由辩护人对于本案的部分指控做无罪辩护，辩护人将主要从本案证据、法律适用的角度进行客观分析。而这种策略的选择将使甲某不至于因为辩护人做无罪辩护而影响其认罪态度的有利情节。也许有人会

公诉机关指控的基本情况

甲某，男，某省人大常委会原委员，曾任某矿业集团的董事长。

关于受贿罪部分的指控：2000年至2013年，甲某利用担任某矿业集团董事长的职务便利，为高某等44人在煤炭销售、职务晋升、调整等事项上提供帮助。2000年至2016年，甲某收受高某等44人给予的财物共计折合人民币3200余万元。

关于贪污罪部分的指控：2005年4月份至2012年6月份，甲某利用职务便利，将本人应当承担的费用在其所任职的集团报销，侵吞公款220余万元。

说，为什么不让甲某配合辩护人一起做无罪辩护呢？对此，笔者要说明的是，本案中虽然甲某表示部分指控存在问题，但是从证据的角度看，我们并没有十足的把握，如果要求甲某当庭也作无罪辩护的话，那么无疑会增加风险，导致部分有利情节不复存在，从而直接导致量刑过重。为此，为了保证甲某利益的最大化，我们才进行了策略的辩护，这样既可以强调指控的问题，又不至于由于无罪辩护导致对甲某认罪态度的否认。而最终的结果表明，我们的辩护策略赢得了法、检的认可，从而使得辩护获得了成功。

法庭之辩

确定辩护策略之后，辩护人在庭前会议时同合议庭、检察官充分沟通了庭审的情况，提出了对于本案证据的看法与意见，并按照认罪认罚的标准提出对于本案刑期的具体看法，这种尝试对的沟通也获得了法、检的认可。根据已经确定的策略，在庭审中，辩护人分两部分提出了如下意见：

一、关于定性部分的意见

首先，甲某收受高某72万，系顾问费，不能认定为受贿。

根据法律规定，受贿罪是典型的权钱交易的犯罪，收受钱款的行为与其职务之间具有直接的关联，而本起所涉及的该72万元明显缺乏职务的属性，无论是给付的理由、给付的时间、给付的方式等角度分析，均可辨别，况且根据本案证据看，聘请甲某作为公司的顾问是高某公司班子研究决定的，且是在甲某从集团公司离职后

相憬晶律师简介

京都律师事务所合伙人，1990年取得律师资格，曾任吉林长白山律师事务所合作人，吉林正森律师事务所合伙人。相憬晶律师从事律师职业二十多年来，恪守律师职业操守，做事认真踏实，积累了大量



实践办案经验，成功地代理了数百起刑事辩护及民商事重大疑难案件，其中有十余起无罪、改变定性的刑事辩护意见被法院采纳，有的案件最终获得国家赔偿。并曾担任多家企业的常年法律顾问，善于处理和解决刑民交叉问题，为企业和个人防范法律风险挽回了巨大的经济损失，最大限度的维护了当事人的合法权益。

提出并且给付，并按月给付，符合劳务费的特征，在综合考虑甲某的个人能力问题，可以认定该72万元系顾问费的事实，不符合受贿罪的构成要件。

其次，甲某与夏某160万元经济往来，系借款。

依据《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中的规定一样，针对这类案件，我们要充分的分析有无正当、合理的借款事由；款项的去向；出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益；借款后是否有归还的意思表示及行为；是否有归还的能力；未归还的原因等因素，从而综合判断。而本案中，根据客观书证、钱款去向、借款理由、借款时间以及职务便利的角度分析，明显系借款性质，而不符合权钱交易的特征。特别考虑到，借款的发生时间是甲某已经退休之后，更加印证借款的性质。

最后，甲某退休后收受的钱款，明显不属于受贿。

根据最高人民法院《关于国家工作人员利用职务上



的便利为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》法释[2000]21号、《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》〔2003〕167号和最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定，关于在职时为请托人谋利，离职后收受财物问题：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益之前或者之后，约定在其离职后收受请托人财物，并在离职后收受的，以受贿论处。可见事后受贿的认定关键在于谋取利益前或者后，要有明确约定在其离职后收受请托人财物，并且实际收取。那么这就有一个非常重要的前提就是离职前要达成收受钱款的意思联络。而本案所涉及的483.35万人民币，20万港币和8万美元，明显不符合上述的规定。

二、关于量刑部分的意见

在该部分，辩护人着重提出了甲某具有立功表现，具备法定“可以从轻或减轻处罚的情节”。具有主动坦白的法定“可以从轻处罚”的情节。甲某主动认罪、悔罪，并积极配合办案单位的调查和侦查工作，有积极退赃行为，涉案的赃款赃物都早已全部退缴，未给国家造成实际财产损失，危害性相对较轻。

一审判决

根据庭审中甲某的认罪态度，综合考虑辩护人的意见，一审法院最终认定甲某身为国家工作人员，利用职务便利，为他人谋求利益，索取他人或者非法收受他人财物，数额特别巨大，其行为已构成受贿罪。同时，甲某利用职务上的便利，侵吞公共财物，数额巨大，其行为已构成贪污罪，应依法数罪并罚。案发后，甲某揭发检举他人违法犯罪行为，并查证属实，具有重大立功情节，可以对其减轻处罚。最后，一审法院认定甲某构成受贿罪，判处有期徒刑十年，并处没收个人财产320万元；犯贪污罪，判处有期徒刑四年，并处没收个人财产人民币30万元，决定执行有期徒刑十一年，并处没收个人财产人民币350万。一审判决后，甲某表示服判，没有上诉。



从一起“傍名牌”的 恶意抢注商标案看商标确权 争议中的企业法定权益维护

■ 黄雅君 于亚敏 宋远丽 / 文

宋远丽代理承办的“欧完艺空”系列商标无效宣告案件，入选“2018年商标评审典型案例”。

国家知识产权局原商标评审委员会在该案中支持了代理律师的代理意见，突破一般审查标准，认定了被申请人的恶意抢注行为。

案情简介

自然人张某某（以下称被申请人）在灯具等商品上申请注册了以下四件商标（以下称争议商标）：

第11211007号商标：

欧完艺空

第11211008号商标：

普美术间

第10533881号商标：

OIOIOLE

第10533879号商标：



黄雅君律师简介

京都律师事务所高级合伙人，中华商标协会商标代理分会学术委员会副主任，国际商标协会(INTA)会员。2016年10月被中华商标协会评选为2016年度商标领军人物，2016-2019年，连续四年入选国



际权威排名机构《钱伯斯》(Chambers)亚太知识产权领域非诉讼类受认可律师，在《世界商标评论》(WTR)公布的2018年度、2019年度全球领先商标法律服务排行榜——WTR1000名录中，连续两年入选“世界领先商标律师”。2015年-2018年，曾担任最高人民法院知识产权案例指导研究(北京)基地专家咨询委员会专家。

欧普照明股份有限公司（以下称申请人）于2017年11月24日针对争议商标提出无效宣告请求，并引证以下在先注册商标（以下称引证商标）：

第1424486号商标：





于亚敏简介

京都律师事务所实习
律师。



宋远丽简介

京都律师事务所实习
律师。



第6647559号商标:

OPPLE
欧普照明

第6401562号商标:

欧普

第6401564、7182797号商标:

OPPLE

第7182728号商标:



判定商标近似的 一般考量因素

商标近似的判定,一般从商标标识、指定商品/服务、在先权利商标的显著性和知名度、混淆可能性、系争商标申请人的主观恶意五个方面进行考量:

1、商标标识的近似度

考量商标标识是商标近似判定的基础,即从商标标识的音、形、义进行整体和要部比对,从而做出初步判断。

2、指定商品/服务的关联度

商标近似与否要结合指定商品或者服务项目进行判断,不同商品或者服务项目所需消费者投注的注意力程度差别巨大。

3、在先权利商标的显著性和知名度

商标近似的判定应充分考虑在先权利商标的显著性和知名度因素,一般情况而言,在先权利商标的显著性越强、知名度越高,其受到的保护范围也会越大。

4、混淆可能性

混淆可能性是认定《商标法》第三十条是否成立的落脚点,也是商标近似判定的重要考量,当系争商标与在先权利商标共存易导致消费者混淆误认,存在混淆可能性时,才会认定其构成《商标法》第三十条所指情形。

5、系争商标申请人的主观恶意

随着商标抢注及商标囤积行为的频繁发生,系争商标申请人的主观意图在涉及商标近似判定的案件审查中扮演着越来越重要的角色。恶意申请人往往会通过拆分

注册等隐蔽方式来规避审查。为打击恶意抢注行为，在商标近似判定的过程中，主观意图的考量不容忽视。

本案代理律师工作要点

1、主张突破一般的审查标准，认定争议商标与引证商标构成近似

从商标标识的音、形、义进行考察，四件争议商标与引证商标均存在明显差异，不符合近似商标认定的一般标准。代理律师经过查询及申请人提供的侵权查处资料，发现四件争议商标的文字字体、字号相同，在实际使用中以“图1”“图2”



图1



图2

的组合形式出现，消费者易识别为“欧普完美艺术空间OIOIOLE及图”，其中文部分“欧普”与引证商标中文“欧普”完全相同，其英文部分“OIOIOLE”与引证商标英文“OPPLE”极为近似，其图形部分与引证商标图形的构图及外观相近，整体上与引证商标构成近似商标。

2、强调引证商标的较强显著性和极高知名度，请求给予较高水平的保护

对知名度较高、显著性较强的商标，商标近似的判定应从市场交易环境、消费者认知程度、商标申请人主观恶意、商标实际使用情况等角度进行多方位考量，对

可能造成损害当事人及消费者权益、破坏公平竞争的市场环境等不良后果的商标注册行为应予以主动禁止。本案中，“欧普OPPLE及图”是申请人独创的、无固定词典含义的标识，具有先天的独创性和显著性，经过多年使用和商誉积累，已具有极高知名度，曾于2007、2014、2017年被认定为灯具等商品上的驰名商标，代理律师提出了适用适度放宽的审查标准及保护范围的申请。

3、主张了被申请人的主观恶意，请求从严审查其恶意注册行为

近些年，一种极为隐蔽的恶意注册方式应势而生，即将他人知名商标进行拆分注册、组合使用。本案缘起于申请人启动的侵权打假案件，申请人在相关侵权产品之上发现了“图1”（见上图）的组合标识。经查询，代理律师亦发现，被申请人还将“飞利浦品质顶”拆分为：“飞品”、“利质”、“浦顶”，将“西门子全能顶”拆分为：“西全”、“门能”、“子顶”，并提交注册申请。被申请人攀附他人品牌知名度和商誉的意图明显。代理律师主张对争议商标应从严审查，以实现对被申请人恶意抢注行为的打击。

4、主张将争议商标的实际使用情况作为判定商标近似的考量因素之一

本案各争议商标与引证商标均存在非常明显的差别，被申请人通过拆分注册的方式规避了审查，获得了商标专用权，后将争议商标的组合标识“欧普完美艺术空间OIOIOLE及图”整体用于产品外包装之上，使之与申请人引证的“欧普OPPLE及图”系列商标高度近似，是对引证商标知名度和商誉的赤裸裸的攀附。代理律师主张应将争议商标的实际使用图样、产品包装设计等作为本案商标近似认定的重点考量因素，以彻底消除被申请人侵犯申请人在先商标权益的根源。



刑民交叉思路打击七千万虚假诉讼， 依法保全委托人利益

■ 孟粉 / 文

孟粉律师简介

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



近日，在大股东与控股公司之间高达约7000万元的企业借贷诉讼中，笔者作为第三人小股东的诉讼代理人，面对原、被告之间非常默契的企业借贷诉讼，直击双方涉嫌虚假诉讼的本质，通过一系列诉讼手段逼退原告不得已撤诉，原告不但损失20余万元诉讼费，而且企图通过诉讼转移控股公司资产以及通过诉讼成为债权人让控股公司破产注销的目的落空，保全了委托人作为小股东的合法利益。

案件总体背景

两大地产公司A（大股东、原告）与B（小股东、第三人）2006年为一个地产项目合资成立了合资公司C（被告），A控股55%，B参股45%，但公司章程规定对B不

利。经营前两年期间两大股东发生了矛盾，其后矛盾越发尖锐。直至后来B公司对C公司经营管理完全失控，C公司完全由大股东A把控操持。为此，B公司从2011年针对大股东A的各种行为开始持续提起诉讼十多起，均以败诉告终。C公司经营期限到期之后，2019年大股东A向目标公司C提起借贷之诉，要求返还借款本金共计约7000万元，理由系大股东A常年借款给C公司，先后签订三份借款合同借款6亿余元，现C公司还有约7000万元没还。法院在A公司提起诉讼后通知小股东B公司作为第三人参与诉讼。

B公司接到法院通知后异常气愤，但由于前面一系列公司诉讼全部以败诉告终，B公司担心该次诉讼也会重蹈覆辙。B公司遂到北京聘请律师求应对策略，期望自己合法权益能够得到保障。

最终原告不得已撤诉

1、我方接受B公司委托后，详细梳理了B公司与大股东A以及目标公司C之间大量书面资料，并从法律文书网站找到原来十多起诉讼的一、二审判决书，详细查看并分析判决最终采信的证据及所适用法律条款，了解当时每一起诉讼的情况。综合全部材料后，融汇贯通运用刑民交叉思维，通过民事诉讼寻找证据，运用刑事办案思路查找民事诉讼漏洞，分步骤制订了整体诉讼计划，预

备以此次借贷诉讼入手抓住对方证据漏洞，稳步推进。

2、针对此次原、被告双方涉嫌虚假的企业借贷之诉，我方从刑事案件案件证据标准入手，认真审查原告证据中的审计报告，制订以查明真相、打击虚假诉讼为核心的诉讼思路。

(1) 我方明确向法院提出，之所以认为A、C公司涉嫌虚假诉讼，是因为原、被告双方之间对借贷数额、时间、利息完全没有争议，而且双方是利益高度一致的关联公司，该次诉讼符合最高法《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》中关于虚假诉讼的规定，2019年4月最高检发布了一批对虚假诉讼进行检察监督的指导性案例，并且召开新闻发布会明确表示“司法机关应积极发现并有义务查明虚假诉讼案件”，我方借此希望法院审慎对待此次诉讼。

(2) 我方提出原告提交的证据无证明能力。原告要求被告返还借款的主要依据是“专项审计报告”，我方提出该审计报告系单方用未经质证的证据做出，依法不应作为定案依据，除此外目前没有任何证据能证明双方是如何签订并履行了借款合同。

(3) 基于此为查明事实，我方提出调取证据申请。依据审理民间借贷的规定，我方申请法官依法调取原、被告双方真实、合法、完整的审计资料（包括借款需求证据、所借款项的所有银行转账记录、款项去处证据、还款流水等），为此出具了详细的调取证据申请书。

阐明本案涉嫌虚假诉讼

该案在证据交换及申请听证会上，我方针对原告提交的“审计报告”问了原告报告中几个细节问题：比如原、被告双方商定

的借款利息究竟是多少，为什么审计中有4%，有8%？双方借款、还款时间交错，依据什么认定第一笔借款的还款时间晚于第N次借款？审计报告几个附件计算出的借款数额、时间均不同，原告依据哪个为准？等等。原告在细节追问下回答前后矛盾，后来干脆拒绝回答问题，我方详细论证了我方申请调取全部证据的目的和依据，取得了良好的庭前会议效果。

庭后我方又申请了对三份借款合同进行有关笔迹和印章鉴定。经过此次庭前会议不久，原告提出了撤诉申请，法院准许撤诉，原告损失诉讼费20余万元。尤为关键的是，该次诉讼是我方委托人多年来第一次赢得的诉讼，鼓舞了委托人的信心及后续对诉讼策略的坚定信念。

通过此次诉讼，我们认为，巨额标的诉讼往往是刑事、民事交叉的领域，作为诉讼代理人综合运用刑民交叉手段解决问题是关键，运用刑民交叉思路和手段的前提是：“既熟悉民事诉讼的证据标准和思路，又掌握刑事诉讼从立案到成案的证据标准和流程，而且对当下法院系统和检察系统在刑民交叉领域某个案件类型的证据要求、程序衔接、政策导向要非常熟悉”。

以虚假诉讼为例，虚假诉讼是典型的刑民交叉领域。对于特别符合“虚假诉讼”特征的民事诉讼，我们可以综合运用民事调查、检察监督、刑事控告等手段层层递进的对虚假诉讼进行实质查明。比如针对本次诉讼，我方申请调取的“全部银行转账记录”是为了查明整个借贷过程有无发生，是否存在大股东抽逃出资的事实。通过我方调取证据和鉴定的申请，也是向法院表明，第三人诉讼代理人是站在查明真相的立场上提出的各项请求，依照民间借贷审理规定，如果法院没有尽到查明事实的责任，我方作为第三人虽然无权上诉，但将依法提请检察机关进行监督。如果有更扎实证据证明虚假诉讼，我方将依据最高检《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》向有关部门刑事控告。通过一系列专业的诉讼手段，诉讼果然向我方期望的方向推进，最终取得原告撤诉的目的，鼓舞了委托人的信心。



“明股实地”中的土地增值税问题

■ 张言非 柏高原 / 文

张言非律师简介

京都家族信托法律事务中心执业律师，毕业于南开大学，获得法律硕士学位，为商业银行、私人银行、信托公司、家族办公室及高净值人士等提供财富保全与传承等专业法律服务。在家族信托与财富管理领域提供专业法律服务的

机构包括但不限于：建设银行、中信银行、建信信托、中信信托、华能贵诚信托、兴业信托、宜信财富、恒天财富、京华世家等。



柏高原律师简介

管理学博士，执业律师，京都家族信托法律事务中心秘书长。柏博士在传统金融业务领域及金融创新业务方面均具有深厚的理论功底和丰富的执业经验。近年来，柏博士专注于信托与财富规划，积累了丰富的经验，为多位客户

提供了专业的法律服务，范围涵盖各种与财富规划相关的信托环节，侧重于信托架构设计。除了信托法，柏博士还向客户提供金融领域的法律服务，包括金融业务合规性审查、金融创新、金融衍生品等。



在对税法的适用及解释上，实质课税原则与税收法定原则该如何平衡，一直存在很大争议。税收法定原则是指税务机关依照法律、行政法规的规定征收税款，不得违反法律、行政法规的规定开征、停征、多征、少征、提前征收、延缓征收或者摊派税款。与税收法定原则对应的是实质课税原则，根据学者的观点，实质课税原则是指当法律外观与经济实质不一致的时候，根据“实质”，而非“形式”，判断一行为是否符合课税要素，进而适用税法进行课税。

一、Ramsay原则与实质课税原则

Ramsay原则是英国于上个世纪80年代由IRC v. Ramsay一案确立的原则，被视为合理适用实质课税原则的重要判例。本案中，Ramsay公司为了避免缴纳资本利得税，聘请税务专家设计一项避税计划，该避税计划由两项交易行为构成，两项交易行为分别产生收益及制造损失，其中收益设计为可以免税，损失设计为在计算应纳税所得额时可以抵扣。从法律形式上来看，两项交易相互独立，但从经济实质上来看，两项交易作为一个整体，既无商业合理性，又无经营上的目的，唯一目的就是避税。最终法院认为Ramsay公司的损失不得用于扣除资本收益。Ramsay案确立了一项重要原则，即将一系列交易视为一个整体，如各步交易除了规避纳税责任，既无商业上合理性，又无经营上目的，则该系列交易的税收后果应以经济实质为基础，Ramsay原则的核心内容是实质高于形式的课税原则。

在大陆法系国家，一般认为实质课税原则（也称经济观察法）起源于第一次世界大战后的德国。彼时，不法商人利用战争发国难财的行为，根据民法应属无效行为，而民法上的无效行为也导致作为民法附随法的税法将这些行为认定无效。行为无效，则导致无法对其征税。鉴于此，德国在1919年通过的《帝国税收通则》中提出了“税法的解释，应考虑

其经济意义”的主张。理论上通常认为，该主张被称为税法解释上的经济观察法，它是税法解释上最早主张不拘泥于法律的文字表述，而应考虑税法调整对象的经济关系和相关经济现象的规定。

无论是英国法下的Ramsay原则，还是德国法确立的实质课税原则或经济观察法，都将交易行为的民商事法律关系性质、法律行为效力等问题，与该行为的税收法律问题进行了分离，即，一项民商事行为，虽然形式上各自有效、相互独立，但是在税收法律关系中，税务机关却有权力依法依实质课税原则解释税法，在税收法律关系中，将一系列民商事法律行为通过“拆分”、“组合”、“重组”等方式，发现其背后的经济实质，对经济实质进行税法适用并课税。

二、实质课税之下的“明股实地”

笔者团队几年来，多次处理“明股实地”之类的案件。

所谓“明股实地”，即从交易双方最终交易目的看，其交易实质系不动产（包括未开发土地、在建工程、商品房等），但出于多种因素考虑，双方交易的标的为“项目公司”股权，而非不动产权。在个别案件中，税务机关以实质课税对该交易在税收法律关系上重新认定，进而对股权交易“课征”土地增值税。

如基于税收法定原则，《土地增值税暂行条例》及配套《实施细则》明确规定只有发生房地产转让行为才产生土地增值税纳税义务，在股权转让过程中不动产权或土地使用权的权利人并未发生变化，因此股权转让不应属于应税行为。但实务中税务机关并未严格遵照税收法定原则处理此问题，适用实质课税原则的倾向较为明显。

国税总局曾经通过批复的方式同意某些地方税务机关对“明股实地”行为征收土地增值税。通过以下批复，可以明显看出国税总局更倾向于通过实质课税原则看待具体案例中的股权转让行为：

《国家税务总局关于以转让股权名义转让房地产行为征收土地增值税问题的批复》（国税函〔2000〕687号）“广西壮族自治区地方税务局：你局《关于以转让股权名义转让房地产行为征收土地增值税问题的请示》（桂地税报〔2000〕32号）收悉。鉴于深圳市能源集团有限公司和深圳能源投资股份有限公司一次性共同转让深圳能源（钦州）实业有限公司100%的股权，且这些以股权形式表现的资产主要是土地使用权、地上建筑物及附着物，经研究，对此应按土地增值税的规定征税。”

《国家税务总局关于土地增值税相关政策问题的批复》（国税函〔2009〕387号）“广西壮族自治区地方税务局：你局《关于土地增值税相关政策问题的请示》（桂地税报〔2009〕13号）收悉。鉴于广西玉柴营销有限公司在2007年10月30日将房地产作价入股后，于2007年12月6日、18日办理了房地产过户手续，同月25日即将股权进行了转让，且股权转让金额等同于房地产的评估值。因此，我认为这一行为实质上是房地产交易行为，应按规定征收土地增值税。”

《国家税务总局关于天津泰达恒生转让土地使用权土地增值税征缴问题的批复》（国税函〔2011〕415号文）“天津市地方税务局：你局《关于天津泰达恒生转让土地使用权土地增值税征缴问题的请示》（津地税办〔2011〕6号）收悉。经研究，同意你局关于‘北京国泰恒生投资有限公司利用股权转让方式让渡土地使用权，实质是房地产交易行为’的认定，应依照《土地增值税暂行条例》的规定，征收土地增值税。”

通过以下批复或答复可以看出，各地税务主管部门在税收原则的适用方面，基本精神与国税总局保持一致：

《安徽省地方税务局关于对股权转让如何征收土地增值税问题的批复》（皖地税政三字〔1996〕367号）：“你局《关于省旅游开发中心转让部分股权如何计征土地增值税的请示》（黄地税一字〔1996〕第136号）悉。经研究，并请示国家税务总局，现批复如下：据了解，目前股权转让（包括房屋产权和土地使用权转让）情况较为复杂。其中，对投资联营一方由于经营状况等原因而中止联营关系，正常撤资的，其股权转让行为，暂不征收土地增值税；对以转让房地产为盈利目的的股权转让，应按规定征收土地增值税。因此，你局请示中的省旅游开发中心的股权转让，可按上述原则前款进行确定。”

2013年安徽省地方税务局在网络咨询平台答复：“‘国税函〔2000〕687号’专发广西，仅针对特定案例。”

2012年福建省地方税务局针对税务咨询答复：“国税函〔2000〕687号文件属个案批复，未抄送我省。按《土地增值税暂行条例》及其实施细则规定，切实属于纯股权转让的原则上不征土地增值税。具体须根据实际运作情况由当地主管地税机关判定。”



以上述福建省地方税务局（现福建省税务局）的答复为例，税务局没有简单适用税收法定原则得出所有的股权转让行为都不征税的结论，而是倾向于认为不能依据个案批复处理所有情况。通过“由当地主管税务机关判定”可以合理推测，若主管税务机关认定确属“明股实地”行为的，并不排除征缴土地增值税的可能性。

三、实质课税原则的适用

从我国的税收立法来看，实质课税原则并未能像税收法定原则一样取得法定基本原则的地位，而是散见于税收实体法和程序法的个别规定中。实务中税收法定原则和实质课税原则一直处于动态博弈的过程中。

尽管国税总局曾通过个案批复的形式同意采用实质课税原则对“明股实地”行为征收土地增值税，但2010年国家国税总局通过纳税咨询平台明确答复，批复如未抄送其

他单位的，仅对主送单位及个人问题具有约束力。2012年国税总局发布的《税收个案批复工作规程（试行）》（国税发〔2012〕14号）贯彻了这一原则，规定税收个案批复是税务机关针对特定税务行政相对人的特定事项如何适用税收法律、法规、规章或规范性文件所做的批复，若税收个案批复明确的事项需要普遍适用的，应制定税收规范性文件。笔者认为，上述批复及规定体现出我国的税收征管工作以税收法定原则为主要原则，而实质课税原则适用于具体问题的考量。

实质课税原则赋予了税务机关更大的自由裁量权，但实际适用过程中，各地税务机关的标准、尺度、解释、严谨度均不一致且难以统一，带来很大的不确定性。为了实现税收公平的目的，不能无限扩大实质课税原则的适用范围，而是应在税收法定原则的大框架下，维护税收征管秩序，同时不过多干预市场交易行为，推进税收征缴与市场经济的共同发展。❀

“东猫案”、“3Q大战”与互联网行业 “二选一”的法律规制

■ 金毅 / 文

今年7月，最高人民法院对北京京东世纪贸易有限公司和北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司诉被告浙江天猫网络有限公司、浙江天猫技术有限公司、阿里巴巴集团控股有限公司滥用市场支配地位一案作出管辖异议裁定；9月，京东、拼多多、唯品会先后向法院提交申请，请求法院准许拼多多和唯品会以第三人的身份加入该案。媒体的密集报道，使这起早在2015年起诉的案件再一次进入公众视野。如同2013-2014年被称为“3Q大战”的腾讯与奇虎之诉一样，媒体将京东与天猫之诉简称为“东猫案”。

3Q案和东猫案的涉案行为都被称为“二选一”。然而“二选一”并非是一个准确的法律概念，其对应的法律概念是《反垄断法》中规定的限定交易行为。具体而言，《反垄断法》第十七条第一款第四项规定：“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：……没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”。《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第十七条规定，除上述两种情况外，限定交易还包括“限定交易相对人不得与特定经营者进行交易”，且这些限定交易行为“可以是直接限定，也可以是设定交易条件等方式变相限定”。

3Q案和东猫案的被告都涉嫌“限定交易相对人不得与特定经营者进行交易”，二者不同之处在于，3Q案中，腾讯被指控限制的对象是即时通讯软件的使用者，也即消费者，具体行为表现为强制用户停止使用并卸载奇虎公司的相关软件；东猫案中，天猫被指控限制的对象是入驻平台的商户，具体行为表现为通过“签订独家协议”等方式要求商户不得参加京东商城的促销活动、不得在京东商城开设店铺进行经营等行为。有观点认为，限制消费者的“二选一”行为违法性较强，应当予以禁止，而限制商户的

金毅律师简介

京都律师事务所合伙人。自2007年开始从事反垄断业务，代理的案件涉及反垄断诉讼、调查、经营者集中申报审查以及企业合规等多个方面。曾代理多起反垄断诉讼，其中包括由最高人民法院审理的北京



奇虎科技有限公司诉腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位案，该案2017年入选最高人民法院指导案例。

“二选一”行为并未直接损害消费者福利，不具有根本的违法性，甚至是“中性”的合理商业行为。然而，在3Q案的审理期间，就互联网平台的双边性就已经展开了争论。无论是即时通讯软件还是电商平台，都通过连接平台两端的不同用户以实现其商业价值。电商平台一端是消费者，一端是商户，无论对哪一端进行交易限制，都可能达到锁定市场份额，削弱其他竞争对手的效果。认为电商平台与商户之间达成的协议是“自愿”的，而这种行为当然合法，不会对消费者福利造成损害，这样的观点是错误的。

典型的垄断违法行为包括滥用市场支配地位、垄断协议等。同一行为在《反垄断法》中可能涉及不同的违法行为类型。具体而言，如果某电商平台具有市场支配地位，而且其利用这种地位限制商户与其他平台进行交易，无论



其表现形式是单方行为还是与商户达成所谓协议,都可能涉嫌《反垄断法》第十七条规定的禁止滥用市场支配地位限定交易的行为;而如果该电商平台不具有市场支配地位,一般而言其难以通过单方行为对商户加以限制,这时其有可能通过达成协议的方式锁定部分商户,这在该电商平台虽不具有市场支配地位,但仍具有较强市场支配力的情况下也很容易实现。这时要分析该行为的违法性,则应适用《反垄断法》第十四条规定的禁止纵向垄断协议。

对滥用市场支配地位行为,其违法性的认定标准大体上可以归纳为:被指控的经营者具有市场支配地位,且从事的滥用行为不具有合理理由。对纵向垄断协议,目前我国《反垄断法》以列举方式明确禁止的是固定转售价格或限制最低转售价格行为,对限定交易行为并没有明确予以禁止。但这并不意味着通过纵向协议进行限定交易行为是当然合法的,因为《反垄断法》第十四条还规定,“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”同样在被禁止之列。由于纵向协议既有可能提高市场运行效率,又有可能对竞争造成负面影响,除上述明确禁止的行为以外,对其他类型的纵向协议应当对其进行合理分析。一般而言,考量纵向协议是否违法,应分析协议双方在上下游市场的份额、协议持续的时间、其他经营者进入相关市场的难易程度、买方的市场力量等因素,从而综合分析这类协议带来的总体竞争影响,并最终决定其是否违法。

然而,在反垄断法框架内,无论通过滥用市场支配地位抑或纵向垄断协议的思路对“二选一”行为进行分析,都绝非易事。相关市场如何界定、市场份额如何计算等问题都需要进行复杂的举证和辩论,其中不仅涉及法律问题,还涉及大量产业和经济学分析的内容。在3Q案的审理过程中,原被告双方就曾针对腾讯在即时通讯市场是否具有支配地位的问题上进行激烈的交锋。实践中,反垄断诉讼的原告鲜有胜诉,其原因之一就是这类案件中原告的举证难度极高。

在《反垄断法》以外,舆论普遍寄予厚望的《电子商务法》第35条被认为是针对电商平台“二选一”行为的治病良方。该条规定:“电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段,对平台内经营者在平台

内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件,或者向平台内经营者收取不合理费用。”但在实际执行中,该条款存在两个明显的不足:第一,根据《电子商务法》第82条,对此类行为的最高罚款金额仅为200万元,这对于互联网巨头动辄上千亿的销售额来说实属九牛一毛,与《反垄断法》中规定的“没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”的罚则相比,其法律威慑力有限;第二,《反垄断法》第17条规定了禁止滥用市场支配地位的正当性抗辩,《电子商务法》第35条也作出了类似的规定,即依法禁止的此类行为应当不具有合理理由。然而在诉讼层面,最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第8条明确将滥用市场支配地位行为正当性抗辩的举证责任分配给了被告,即被指控从事滥用行为的经营者有责任提供证据,证明其所实施的行为存在合理性,否则应当承担不利后果。而《电子商务法》第35条并非针对垄断行为,因而被指控行为的不合理性要求做出处罚的执法机关加以证明。对执法机关而言,这既增加了执法取证的难度,也提高了处罚决定被行政诉讼挑战的可能。

虽然存在困难,但针对限制竞争行为,积极的行政执法和诉讼仍是行之有效的对策。今年11月5日,国家市场监督管理总局在杭州召开“规范网络经营活仍动行政指导座谈会”,指出互联网领域“二选一”“独家交易”行为是《电子商务法》明确规定禁止的行为,同时也违反《反垄断法》《反不正当竞争法》等法律法规规定,既破坏了公平竞争秩序,又损害了消费者权益。并透露总局将对各方反映强烈的“二选一”行为依法开展反垄断调查,营造公平有序的市场环境。这表明针对互联网行业“包容审慎”的执法思路并非放任,市场监管机关的调查执法箭在弦上。另一方面,正如京东、格兰仕等企业针对天猫提起的诉讼一样,来自同业或交易相对方的反垄断诉讼更为灵活直接,是对行政执法的积极补充。而随着企业和消费者公平竞争意识的提高,我们也希望未来能更多地看到反垄断公益诉讼、行政执法的后继诉讼等,对涉嫌垄断行为加以规制,以促进互联网行业的公平竞争和健康发展。

被科创玩秃噜皮的法律圈

——脱虚向实，从“互联网+法律”到“法律+互联网”

■ 陈宇 刘斌 / 文

前言

“机器有智能，动物有本能，人类有智慧，我相信人类拥有的智慧是机器永远无法获得的，机器可以更聪明，也可以更快速，也可以更强壮，但机器永远不可能有价值观、有梦想、有爱，机器只有芯（chip），而人类有心。”上述发人深省的箴言是2019年度世界人工智能大会上马云的发言。作为互联网科创界的大佬，马先生似乎以无人能及的经历所感悟出的这番话，道出了人工智能的本质：科技是人类的工具，人类的大脑永远无法被科技替代。

我们认为，马先生的观点和“互联网+法律”的趋势不谋而合。自2016年起我们便开始关注互联网+法律，并开始撰写了《互联网法律服务行业调研报告》。从2016年我们撰写的《2016年度互联网法律服务行业调研报告——“互联网+法律”，敢问路在何方？》，到2017年我们撰写的《2017年度互联网法律服务行业调研报告——“互联网+法律”，初见变革之路》，再到2018年我们撰写的《2018年度创新法律科技行业调研报告——“互联网+法律”，迈向新征程》，截至今年，我们已经是第四年跟踪这个热门话题。在这四年当中我们发现，互联网+法律的根基未变，仍然是每代法律人的法律知识、理论、经验，



陈宇律师



刘斌律师

互联网技术发展只是法律人变革道路上的一次机遇。也许我们曾被科技的假象迷惑，或被资本的来势汹汹冲昏头脑，但我们最终还要回到“法律本身”。

利用计算机及各类软件、程序为客户提供法律服务已是我们作为律师工作的一项必备技能。我们能够使用PPT软件制作出精美的展示文件，向客户进行工作汇报；能够运用各类律所管理系统的数据整理、分析功能，向合伙人及成员展示律所财务、管理、运营的情况；能够运用律所购买或开发的APP检索功能，向政府机构或公安、检察院及法院提交各类法律法规、案例检索报告，并进行类案对比等。在计算机信息技术发展如此迅猛的今天，律师的工作成果有赖于科技的进步，更有赖于科技与法律行业的融合创新。那么，在这种需求的指引下，科技与法律，与律所、律师会在碰撞后发生什么神奇的变化、成果？创新法律科技机构所开发的法律科技产品，与律所、律师结合后所创立的创新法律科技机构所开发的法律科技产品的创新能力真如法律圈大咖所言，已经达到“未来已来”的程度了吗？还是概念炒作，通过推出一两款所谓的创新法律科技产品，在获得了与其产品价值不对等的风险投资之后，赶“互联网+法律”之时髦，收“科创业态”之渔利？

为了使互联网与法律服务行业的融合发展回归理性，本文主要通过列举近年来国内律所与创新法律科技产品相结合的实例，阐



释法律行业不应被创新法律科技机构及其与律所、律师结合后所创立的创新法律科技机构所开发的法律科技产品所绑架，律师工作终将应回归到司法实践的实务当中。当前“互联网+法律”还处于发展初期，存在许多漏洞和不足之处有待进一步完善，如过分依赖“互联网+法律”的所谓创新，而忽视法律行业、法律工作的自身价值，以及律师、律师工作的自身价值，随着时间的推移，总有一天会被“互联网+”的大浪所“吞噬”。

第一部分 没有积淀只能“一再试错”

在过去的几年时间里，随着李克强总理在政府工作报告

中提出要制定“互联网+”行动计划，法律行业也经历着巨大的变化。作为法律人的我们见证了以互联网+法律，以及法律+大数据、人工智能、区块链等技术为代表的法律科技的兴起。而趁着这股“互联网+法律”的大浪潮，众多律所也开始尝试“创业”，希望在创新法律科技行业里成为第一批探索者、领航人。但创业维艰，历史的课本没有为我们提供任何可供参考的先例，如果创业者再没有丰富的法律实践经验、技术经验、外部资金投入和其他资源的支持，只能在残酷的市场中“一再试错”。

下表中我们梳理和总结了自1999年起至2018年，国内各大小律所自主开发或与各类运营主体合作开发的创新法律科技产品情况，具体如下：

（一）样本整理和分析

序号	产品名称	合作律所	媒介	服务对象	服务内容	运营主体	成立时间
1	1号律师 (网站目前停止更新)	上海创远律师事务所 (产品创始人曹锦澎是该所的创始合伙人)	网站(http://www.yhlvshi.com/)、微信公众号	律师	运用大数据对律师水平进行评判，并以此为依据推荐律师给客户进行委托	上海律搜信息技术有限公司	2015年
2	法大大	北京市盈科律师事务所 (产品创始人兼CEO黄翔是该所深圳分所、厦门分所的创始合伙人)	网站(https://www.fadada.com/)、APP、微信公众号、微信小程序	互联网金融、O2O电子商务企业及个人	以提供电子合同为核心，提供在线合同缔约、证据托管的法律服务，包括合同签约、实名认证、律师服务、法律保险四个部分	深圳法大大网络科技有限公司	2014年
3	法狗狗	湖南真泽律师事务所 (产品创始人龙雄彪为该所的执行合伙人)	网站(http://www.fagougou.com/)、微信公众号	个人、律师和政府	基于人工智能技术，提供法律服务解决方案	法狗狗(深圳)科技有限公司	2016年
4	法海网 (网站无法打开)	北京市金杜律师事务所 (产品创始人陈一凡曾在该所工作)	网站(http://www.fahai.com/)、APP“空中法务站”、微信公众号	中小初创公司	线上常年法务服务	北京法海赋能网络科技有限公司	2014年
5	法律管家	北京市清华源律师事务所	网站(http://www.16time.cn/)、微信公众号	个人	买房、劳动、租房、结婚、借款、离婚、经济纠纷、应收账款、人身侵权、私人常年法律顾问	清和源(北京)商业顾问服务有限公司	2011年
6	法象网	北京市清华源律师事务所	网站(http://www.faxiangwang.cn/)、微信公众号	企业	为创投企业提供法律文书、法律咨询、专项服务等服务	清和源(北京)商业顾问服务有限公司	2014年
7	合同家	/	网站(hetongjia.com/)、微信公众号、微信小程序	中小企业	问答式合同自助组合，专业起草合同、审核合同，电话咨询，律师指导合同履行(智能提供报价)	北京律正信息技术有限公司	2015年

8	简法帮	北京市汉坤律师事务所	网站 (http://www.jianfabang.com/website/index/index.html)、微信公众号、微信小程序	创业企业	为创业企业提供线上法律服务, 包括: 天使融资和股权期权激励全套法律文件的免费自制服务、股权架构设计的代持协议、合伙协议, 以及各类企业日常合同的文件制作服务; 新增“简法AI”: 利用人工智能帮助创业企业解读投资文件	北京种子轮信息咨询有限公司	2015年
9	理脉Legal miner	北京市金杜律师事务所	网站 (http://www.legalminer.com/)、微信公众号、APP	法律人	帮助客户查找律所、律师、法院、法官、公司诉讼信息, 提供业界资讯和评论文章, 通过大数据分析出具数据报告	北京公富信息技术有限公司	2015年
10	律果法律 (网站无法打开)	北京安嘉律师事务所	网站 (http://www.golawyer.cn/)、APP “律果法律咨询”	个人和企业	免费法律咨询、代写文书、私人律师服务	北京大凡创软技术有限公司	2009年
11	律金刚	四川公生明律师事务所	网站 (http://www.ljgchina.com/)、微信公众号、APP	个人企业	常年法律顾问、法律文书写作、上市服务	成都律金刚网络科技有限公司	2014年
12	律桥	广东伯方律师事务所	网站 (http://www.lvqiao.net/Default.aspx)、微信公众号、微信小程序	个人和企业	律师为客户提供咨询服务, 以充值卡形式预收费, 平台监督律师工作, 共同承担责任	广州律桥信息科技有限公司	2014年
13	律携	北京市君合律师事务所 (产品负责人肖微为该所创始人、主任)	APP	律师	律师信息查询、律师互助、律师论坛、“好友圈计划”与中小型律师事务所进行交流, 并尝试直播形式分享业务	北京君时天下互动科技有限公司	2015年
14	律英	浙江周培敏律师事务所	网站 (http://www.lvyingwang.com/)、APP、微信公众号	个人和企业	法律咨询、诉讼代理、公证、司法鉴定、涉外法律事务、移民签证、风险评估、尽职调查、法律顾问	杭州元来网络科技有限公司	2015年
15	律云 (网站无法打开)	北京市盈科律师事务所	网站 (http://www.lyun.com/lymall/index!index.action)、微信公众号	个人和企业	介绍律师当面咨询、介绍案件委托、审核法律文书和合同、风险诊断、在线合同组合	北京盈科律云科技股份有限公司	2013年
16	绿狗网	北京市邦道律师事务所 (产品CEO张馨心是该所创始人)	网站 (http://www.lvgou.com/)、微信公众号	创业企业	为创业企业提供公司注册、知识产权、财税社保和法律服务四块服务	北京市律购信息技术有限公司	2012年
17	绿狮网 (网站无法打开)	广东天穗律师事务所	网站 (http://www.jadelion.com.cn/#page1)	个人和企业	法律咨询、合同审核等一站式网店购买	广州绿狮网信息科技有限公司	2014年
18	米律	北京市盈科律师事务所 (产品创始人郑明龙是该所厦门分所合伙人)	网站 (http://www.milv.cn/)、微信公众号	创业企业	以提供免费的在线合同为基础, 对定制合同或者专项法律服务进行收费, 另办有创业学院, 推动创业中的法律知识	米律 (厦门) 法务信息管理有限公司	2015年



19	牛法网	北京市汉坤律师事务所 (产品创始人郭世栈是 该所合伙人)	网站 (http://www.niufa. cn/index.php/)、微信公 众号、APP	企业	付费律师咨询、合同机器人	深圳市牛法信息 科技有限公司	2015年
20	启法网	广东敏翔律师事务所	网站 (http://www.7law. cn/)、微信公众号“启 法助手”	个人和企业	法律咨询、案件委托、法律法 规查询、法制新闻等	广州启法信息科 技有限公司	2013年
21	天穗律师网	广东天穗律师事务所	网站 (http://www. ts110.cn/)、微信公众 号、APP、微信小程序	个人和企业	免费法律咨询	广州天穗法律咨 询有限公司	2016年
22	未来法律联盟 (X Legal Alliance)	北京万为律师事务所	网站 (http://www. xmanlegal.com/)、 微信公众号	企业	新经济领域投融资、并购、 股权期权、知识产权、劳动人 事等	联众律商 (北京)科技有 限公司	2014年
23	无讼/天同诉讼圈	北京市天同律师事务所	网站 (http://www. wusongtech.com/)、 APP“无讼阅读”、 微信公众号“无讼”、 微信号“天同诉讼 圈”、微信小程序“无 讼live”	律师	律师专业实务文章分享; 无讼 案例: 案例查询; 无讼办法: 付费约见律师咨询; 无讼合 作: 律师异地查档付费互助; 无讼club: 律师沙龙; 无讼学 院: 教授以法官的思维办案; 无讼名片: 律师社区名片; 无 讼法规: 法规查询; 无讼法 务: 与钉钉合作, 为企业提供 法务管理工作; 法小淘: 人工 智能机器人	无讼网络科技 (北京)有限公 司	2014年
24	向日葵律师在线	广东向日葵律师事务所	网站 (http://www. gdxrkl.com/)、微信公 众号	中小企业	法律文书、案件委托、资信调 查、协助谈判	广东向日葵律师 事务所	2012年
25	易法客	广东任高扬律师事务所	网站 (http://www. yifake.com/)、微信公 众号、微信小程序	个人和企业	通过回答问题的方式自行定制 合同、审核合同、律师咨询、 合同管理	广州易法客网络 技术有限公司	2012年
26	御用律师平台 (该网站无法打开)	广东东方星联律师 事务所	网站 (http://www.yuyls. com/portal/index.do)	个人和 中小企业	中小型企业常年法律顾问、家 庭(个人)常年法律顾问服务(拆 迁、债务、劳动、消费等)、 诉讼委托	深圳前海律板法 律咨询有限公司 (异常状态)	2015年
27	债全网	江西中恩信律师事务所	网站 (http://www. zhaiquanwang.com/)、 微信公众号	个人和企业	债权托管、债权催收、债权交 易、债权融资、债权咨询	北京中安德信科 技有限公司	2015年
28	找律师网	重庆百事得律师事务所	微信小程序	个人和律师	提供各种法律服务咨询	重庆法助科技有 限公司	2017年
29	E契	上海市光大律师事 务所、上海环绮律师事 务所、上海瀚元律师事 务所	网站 (www.17law. cn)、微信公众号	个人和企业	提供免费合同定制与付费合同 审核服务	入叩网络科技 (上海)有限公 司	2016年

30	邦尼法律（现更名为法掌门）	江苏执着律师事务所，江苏紫东律师事务所，江苏名仁律师事务所	网站（ http://www.difangfa.com ）、微信公众号“法掌门”	个人和企业	提供法律顾问、案件委托、文书审核、函件起草、诉讼保全等服务	苏州市邦尼法律咨询有限公司	2016年
31	帮赢法务	北京乾成律师事务所(创始人廖鸿程为该所主任)	网站（ https://www.bangying.org/index.html ）、微信公众号	企业	为正在起诉或者拟起诉的标的额在200万以上的案件提供诉讼费、律师费、鉴定费、保全费等诉讼相关的全部费用。执行回款再收费，案件败诉或者没有执行回款，客户无需支付任何费用	帮赢网络科技有限公司（北京）股份有限公司	2016年
32	大律网	广东诚公律师事务所、广东穗江律师事务所、广东广和律师事务所	网站（ http://www.daluu.com ）、微信公众号、微信小程序	企业和律师	为中小企业提供日常法律服务、六维律师认证体系	深圳市大律科技有限公司	2016年
33	法家云	上海万答律师事务所	网站（ https://www.fajiayun.com/about.html ）、支付宝生活号	企业、律师、个人	通过支付宝、钉钉应用等平台提供覆盖全国的优质法律服务，设置有产品、案例、新闻、知识等多个法律服务模块	上海法佳信息科技有限公司	2016年
34	法援在线	山东辰静律师事务所	网站（ http://www.lawonline.org.cn ）、微信公众号、APP“援宝”	个人和企业	提供法律资讯与普法课堂服务、助选律师、提供法律援助服务	山东法援在线信息技术有限公司	2016年
35	法义（网页无法打开）	北京德恒律师事务所、国信信扬律师事务所、广东德纳律师事务所、广东穗江律师事务所、广东联建律师事务所	网站（ www.hao13322.com ）、APP（分为律师版和普通用户版）	小微企业和律师	通过整合律师、机构、法学院等法律资源，实现为小微企业提供各种优质、便捷、高效的法律服务	深圳法义网络科技有限公司	2016年
36	分钟律师（公众号已经停止更新）	广东瑞英律师事务所	APP、微信公众号	个人	通过语音咨询并以分钟为单位计费，提供线上法律咨询服务	亚豆网络科技有限公司（深圳）有限公司	2016年
37	金装律师	山东安邦顺意律师事务所（产品创始人刘云柱是该所律师）	网站（ https://www.jinzhuanlvshi.com/ ）、微信公众号、APP“金装律师”（普通用户版、律师专家版）	个人和律师	为客户提供案件咨询、诉讼财产保全险、买房宝等服务；为律师提供移动办公管理服务	济南米诺信息科技有限公司	2016年
38	解悠合伙人（已停止更新）	北京市金栋律师事务所	微信公众号	律师、个人	致力于为广大群众提供质优价廉律师服务的互联网律师平台。	湖南就走软件科技有限公司	2016年
39	律方云法务	黑龙江德治律师事务所	APP、微信公众号	企业和律师	为企业提供组织机构展示、任务分解、事务跟踪、档案管理等服务	哈尔滨律方科技有限公司	2016年
40	律界通	上海繁锦律师事务所	网站（ http://www.lvjiatong.cn/lawyer/ ）、APP、微信公众号	个人和企业	提供法律咨询服务	上海律界智能科技有限公司	2016年



41	律赢网	江苏法德永衡律师事务所	网站 (http://www.lvying.cc)、微信公众号	个人、企业和律师	为当事人及律师搭建在线沟通、文件传输、公证签约、款项支付及争端协调解决等服务的桥梁,为律所及律师提供案源	律赢网南京网络科技有限公司	2016年
42	麒麟律服 (网站无法打开)	北京市中闻律师事务所 (产品创始人兼CEO吴革是该所主任)	网站(www.kylinlaw.com)、APP(安卓)、微信公众号(中律联、中律联盟)	个人和企业	提供无罪辩护、上市公司股权激励、上市公司常年法律顾问、引入战略投资者等	北京中律联网络科技有限公司	2016年
43	企安宝(网站无法打开)	上海融栢律师事务所 (产品创始人梁维维律师为该所创始人)	网站(http://www.7anb.com/)、微信公众号、APP	中小企业	为企业提供全方位的一站式服务,服务领域涉及法律咨询、财税管理、工商登记、人力资源、知识产权等,专注于帮助中小企业远离经营风险。	晓法网络科技有限公司(上海)	2017年
44	尚权刑辩网	北京市尚权律师事务所	网站(http://www.sqxb.cn/)、APP(安卓)、微信公众号、微博	企业、个人和律师	围绕刑事辩护提供咨询、案例、法规等服务;尚权沙龙、尚权学习、尚权论坛等公益交流平台;蒙冤者救助计划、死刑复核调研项目;还包括企业形式法律风险防范与控制、职务犯罪预防咨询及培训等	北京市尚权律师事务所	2016年
45	小纽美国法律咨询	NYIS律师事务所	网站(https://www.nyis.com/zh/)、微信公众号	个人和企业	提供移民、商业、知产投资、交通、诉讼等美国法律服务	北京小纽网络科技有限公司	2017年
46	砖家宝	北京大成(重庆)律师事务所 (产品创始人杨宇培是该所高级合伙人)	网站(http://www.zhuanjiabao.com/)、微信公众号(砖家宝、砖家宝服务号、砖家宝股权)、APP、微信小程序(砖家宝微法务)	个人和企业	为个人及企业提供合同审查、合同模板和定制合同服务	重庆砖家宝网络科技有限公司	2016年
47	债权人之家	辽宁楷格律师事务所	网站(www.zqrzj.com)	债权人、律师	遭遇执行难案件的当事人将被执行人的信息发到债权人之家网站上,有财产线索的第三方及的专业执行律师会第一时间联系	沈阳法道信息科技有限公司	2016年
48	汇融法网	江苏双汇律师事务所	网站(www.huirongfa.com/)、APP、微信公众号	个人和企业	在线沟通、文件传输、公证签约、款项支付以及争端解决等全方位服务	江苏律源网络科技有限公司	2018年
49	lamlawyer(网站已无法打开)	/	网站(https://www.lmlawyer.com/)	个人和企业	律坛随笔、专栏文章、企业经验等版块	上海沪家律师事务所	2018年
50	京平拆迁律师	/	网站(www.jinglawyer.com)、微信公众号、微信小程序	个人和企业	解答征地拆迁案件法律咨询	北京京平律师事务所	2018年
51	名律苑	广东以泰律师事务所	APP(客户端、律师端)、微信公众号	个人和企业	法律咨询、诉讼委托、案例检索、法律论坛	广州市上智计算机科技有限公司	2018年

正如上述表格所示，目前国内各律所、律师开发与第三方合作开发的创新法律科技产品共计51个，其中2015年至2016年推出的创新法律科技产品共计29个，2017年至2018年推出的创新法律科技产品共计7个，其余年份（1999年至2015年）推出的创新法律科技产品共15个。经历了近几年市场和客户的不断比较、选择后，部分创新法律科技产品因无法适应市场竞争环境逐渐被淘汰。根据前述统计，出现官网无法打开或异常情况的产品共计12个，分别为1号律师、律果、律云、绿狮网、御用律师平台、法义、分钟律师、解悠合伙人、麒麟律服、企安宝、Iamlawyer。事实上，部分创新法律科技产品被行业“抛弃”是可以预见的，因为这与其它行业的整体发展状况是一致的，律所结合法律科技的创业行为在经历了2016年和2017年的高速发展之后，各类型的创新法律科技产品的增速呈现放缓的趋势，创新法律科技行业开始尝试将重点放在专业分工和品牌建设上。

通过与《2018年度创新法律科技行业调研报告——“互联网+法律”，迈向新征程》中统计的305个创新法律科技产品相比，此次整理出来的有律所背景的创新法律科技产品数量占总数的17%。而更加有趣的是，在那些热衷于将法律服务与创新法律科技产品结合的律所中，主力军是30人以下规模的中小所，这意味着中小法律服务机构正积极通过科技创新提升服务质量、打造律所品牌，希望能实现“弯道超车”。

（二）律所与创新法律科技相结合的案例

2015年12月21日，理脉网正式上线，其依靠北京市金杜律师事务所丰厚的资源，致力于成为“法律信息检索界的谷歌”。随着平台用户的积累，理脉增加了许多个性化和定制化的服务，甚至针对企业用户，还特别推出了“企业风险管

理系统BRMS”。除此之外，早在2015年9月14日，理脉在其微信公众号“理脉LegalMiner”设立了“理脉文章”板块，目的是通过发布行业报告和理论文章，向客户展示金杜所的专业实力，宣传金杜所的品牌，为后期理脉网的面世做好铺垫。但显而易见的是理脉并没有将核心资源放在该板块之上，截至2019年10月12日，该板块发表的许多文章，单篇阅读量仅三位数，远未达到其预期的效果。

2016年，北京市君合律师事务所开发的律携APP平台正式上线。其开发初衷是为了建立律师在线网络，并为律师及其他从事法律工作的人群构建一个互动、互助的移动平台，其主要有沟通平台、互助平台以及律师库等功能，并预期未来组织线下活动和线上直播。但律携这个产品仅仅提供了手机端APP而并未开发网页版，无形中将大量潜在用户拦在门外。作为一个在各类论坛、社区、BBS、社交网络里长大的年轻一辈，我们深刻地感受到网页端是社区类产品的活力所在。只有在电脑前，才会一个小时、两个小时地“泡”在社区里，对社区产生依赖性。而移动端更多地是提供碎片信息的阅读，在未对这个社区的他人或社区产生依赖性的情况下，往往难以像刷朋友圈或刷微博一样沉浸于这个社区。

2016年10月15日，在浙江杭州的云栖大会上，由北京市天同律师事务所开发的法律机器人“法小淘”正式亮相。法小淘的设计初衷，是根据用户的具体问题，进行初步智能案情分析后，帮助用户遴选律师。但法小淘自现身以来，始终未能上线使用，对此可能仍然存在无法跨越的人机交互技术瓶颈。此外，天同律师事务所搭建的无讼平台，推出无讼阅读、无讼案例、无讼名片、无讼办法等几乎无法产生经济收益的产品，为的是加强产品黏性，从而助力无讼社区建设。无讼合作走出了搭建律师人脉网的第一步，但因始终没有推出一个论坛类的产品，使得这个社区如空中楼阁，缺乏相应

1.数据来源:

(1)《2018年度创新法律科技行业调研报告——“互联网+法律”，迈向新征程》



(2)《2017年度互联网法律服务行业调研报告——“互联网+法律”，初见变革之路》



(3)《2016年度互联网法律服务行业调研报告——“互联网+法律”，敢问路在何方？》



2.标注为红色的内容为网站、APP或公众号出现异常的创新法律科技产品。



的用户粘度，以致于无法单凭社区开拓出具有可操作性的盈利渠道。自2014年1月1日起，无讼已陆续推出“天同诉讼圈”“天同码”“下午茶”“众案组”“每周蒋讲”“无讼学院”等栏目，受到了法律共同体的普遍好评。目前，无讼的法律培训业务，正试图将课程重点放在培养律师实用技能而非纯粹理论之上，通过邀请资深法官、检察官和律师，以讲座或课程的形式，助力律师成长。但从严格意义上来说，无讼推出的上述产品仅仅是简单地将线下的面授课程转换成网络在线课程，或者将线上课程搬到线下，与科技的结合程度不高，虽然利用了互联网这一新兴媒介，但本质上还是用了传统培训模式的内核。

但可以预见的是，经过市场的洗涤和资本的追逐，法律培训行业将会朝着专业化和细致化的方向进一步发展。作为受惠者，我们期待看到法律培训是如何与创新法律科技有效互动，如何利用创新法律科技在线上为客户提供法

律服务的场景。

第二部分 弯道超车，代价惨痛，胜负难分

2019年3月4日，智合发表了一篇名为《16亿美元！全球法律科技融资暴增7倍，中国却“凉凉”》的文章。该文章引用了福布斯发布的关于近几年欧美创新法律科技机构发展的数据，并提及过去几年，创新法律科技机构的投资增长动力不足，主要原因是这个领域还太过“年轻”。而那些最受资本青睐的创新法律科技产品，要么是展露出“值得期待的潜力和增长的强劲势头”，要么是“发展前景已经相当明朗，且有着进一步发展的巨大空间”。我们整理了国内律所与创新法律科技相结合合作推出的部分受到资本青睐的产品，具体如下：

序号	名称	融资情况	合作律所
1	法大大	复励投资400万人民币天使轮融资； 复励投资、信天创投1500万人民币A轮融资； 和盟创投、信天创投、复励投资共投A+轮； 和盟创投、博将资本、伯黎创投6000万人民币B轮融资； 元璟资本领投、汇付创投基金、博将资本跟投亿级B+轮融资； 腾讯、锐盛投资、老虎环球基金3.98亿C轮。	北京市盈科律师事务所
2	法狗狗	100万元人民币天使轮融资、1000万元人民币Pre-A轮融资	湖南真泽律师事务所
3	法海网	乐视资本领投、金杜公益基金400万人民币天使投资、 2000万元人民币A轮融资	北京市金杜律师事务所
4	合同家	天使轮	/
5	绿狗网	晨兴资本、真格基金及戴志康三方共计1150万元的A轮投资； 牛投众筹融资300万	北京市邦道律师事务所
6	米律	洪泰基金300万天使投资	北京市盈科律师事务所
7	牛法网	1000万天使轮融资	北京市汉坤律师事务所
8	启法网	天使轮获400万投资	广东敏翔律师事务所
9	未来法律联盟 (X Legal Alliance)	天使轮获险峰长青投资； 上海柯投企业管理合伙企业、上海金唯嘉投资中心投资	北京万为律师事务所
10	无讼/天同诉讼圈	IDG资本A轮2700万人民币； 华创资本、IDG资本B轮1.2亿人民币	北京市天同律师事务所
11	易法客	天使汇A轮投资	广东任高扬律师事务所

12	债全网	京北投资天使轮投资数百万人民币	江西中恩信律师事务所
13	帮赢法务	洪泰基金领投A轮融资3900万人民币	北京乾成律师事务所
14	金装律师	天使汇、忠诚资本天使轮数百万人民币	山东安邦顺意律师事务所
15	小纽美国法律咨询	Swatow Capital Group Pre-A轮融资150万美元	NYIS律师事务所
16	砖家宝	Amazon天使轮450万人民币；京东Pre-A轮748万人民币	北京大成（重庆）律师事务所

根据上述表格中统计的数据，获得融资的创新法律科技产品涉足领域主要为电子存证、合同分析和审查、区块链证据保全等，那些从事简单的律师在线咨询、律师信息发布平台以及代写文书等产品，由于其同质化或易被复制等特性，已经很难获得投资者的青睐。由此我们可以看到，那些试图搭乘“互联网+法律”的便车，而缺乏实质内容，企图实现弯道超车的创新法律科技产品，想要获得长足发展，现如今已经变得越来越不可能。互联网+法律并不是简单地搭建一个平台，把线下法律服务交易的过程“简单粗暴”地搬到线上。如何利用互联网为律师工作的全过程提供服务，便利律师与客户之间的沟通和律师之间的协同，是法律服务互联网化更应该深入思考并着力解决的问题。律所作为专业提供法律服务的机构，要建立并应用律所利用创新法律科技产品为客户提供法律服务的模式，除了要与外部技术研发机构进行密切合作外，还要统筹好目标方向和客户服务等工作，否则将会“顾此失彼”。智合前述发布文章中公布的数据代表了一种方向和趋势，但是属于我们自己的路，还需要一步步踏踏实实去走。

第三部分 结语

在当代以互联网信息技术为核心的语境下，“未来已来”“技术驱动法律行业”“触网是未来法律行业的大趋势”等口号、标语不断冲击着我们大脑。确实，我们必须承认，技术进步对于法律行业起到了前所未有的影响，律所尝试与创新科技相结合，无非也是为了谋求自身发展，以成为法律行业里的“凯撒”。但同时，我们也需清醒地认识到，技术只能作为“催化剂”，不能作为解决问题的“发动机”，最终满足客户需求的还是律师的工作本身。因此，法律行业最终还是应落到实处，在与创新法律科技的结合过程中，业务能力和法律功底永远居于首位，在踏实做好本职工作的基础上，选择有潜力的拓展领域，招揽有实力的资金方，开发符合客户需求的创新法律科技产品，是法律人应探索的未来之路。我们不应该担心机器智能会超越人类的智慧，而应该担心人类本身的智慧会停止增长。

业务能力和法律功底永远居于首位，在踏实做好本职工作的基础上，选择有潜力的拓展领域，招揽有实力的资金方，开发符合客户需求的创新法律科技产品，是法律人应探索的未来之路。



不忘初心 不负韶华

——70周年国庆现场观礼有感

■ 刘铭 / 文

秋色艳阳，万物成熟。

伟大祖国迎来70年华诞！对于前行的中国意义非凡。

国庆前一天，政协朝阳区委通知观礼委员报道，详细交待了观礼的事项安排。区政协委员400多人，都是行业代表和业界精英，经过严格的组织程序和政审，选出19名观礼委员。领队说自己已经参加了四次观礼，这次是最严格、规格也最高的。能亲历盛典，现场感受祖国强大，让每一位观礼委员都感到荣耀，大家都有抑制不住的兴奋和期待。

晚上2点大家从酒店出发，经过有序组织，观礼队伍在晨曦中来到盛装宏大的天安门广场。

10点时，70响礼炮响彻云霄，三军仪仗队护卫着国旗凛凛前行，全场数万人齐唱国歌，每一个人的心中顿时充满了激情豪迈，心跳随之跃动。

随后的徒步方队、各军种方队、装备方队、空中梯队、各种高科技武器……铁甲奔涌，战鹰呼啸，在现场真切感受到令人震撼的中国力量，感受到泱泱大国前行的铿锵脚步，为我们的国家强大和自信感到心潮澎湃。“没有任何力量能够撼动我们伟大祖国的地位，没有任何力量能够阻挡中国人民和中华民族前进的步伐”。强大才能自信，强大才能传递和实现和平！

随后的群众游行，70组彩车依次从天安门前走过，用最盛大、最隆重、不同的主题情景来祝福祖国，如流动的壮丽画卷渲染北京秋季极致之美。尤其是民主与法治方队，作为一名法律人，颇多感同，法治是国家发展的基石，十八届四中全会作出全面推进依法治国的战略部署，运用法治思维和法治方式不断推进改革与发展。“法治之磨始终在磨”，相信法治在国家治理现代化中将发挥更为



刘铭律师

重大的作用，法治将成为每个人的行为信奉。律师是法治王冠上的一颗宝石！律师的发展总是和国家的富强文明影之从形。

整个典礼连接着我们与祖国的真挚情感！每个人都很激动，不亲历现场很难体会。尤其是身边游历海外的朋友，回首间，发现泪水已打湿他的眼眸！

国家是神圣的，包含着历史、文化、社会等极为丰富的内容，但国家对于个人，又是平凡生活的细节人生，正是这样的点滴岁月才能真切体会和感悟，国家发展，国运昌隆，就是幸福的温度，对我们何其重要！

70年国庆盛典，这次亲历将定格成为我们生命中最珍贵的记忆。相信多年后我们回忆起今天，都会感受到激情与梦想，不忘初心！不负韶华！

亲眼目睹，永生难忘！今天向祖国献上心底最真挚的祝福！🇨🇳

鸽子的迷信和时间的维度

——《无姓之人》观后感

■ 孟冰 / 文

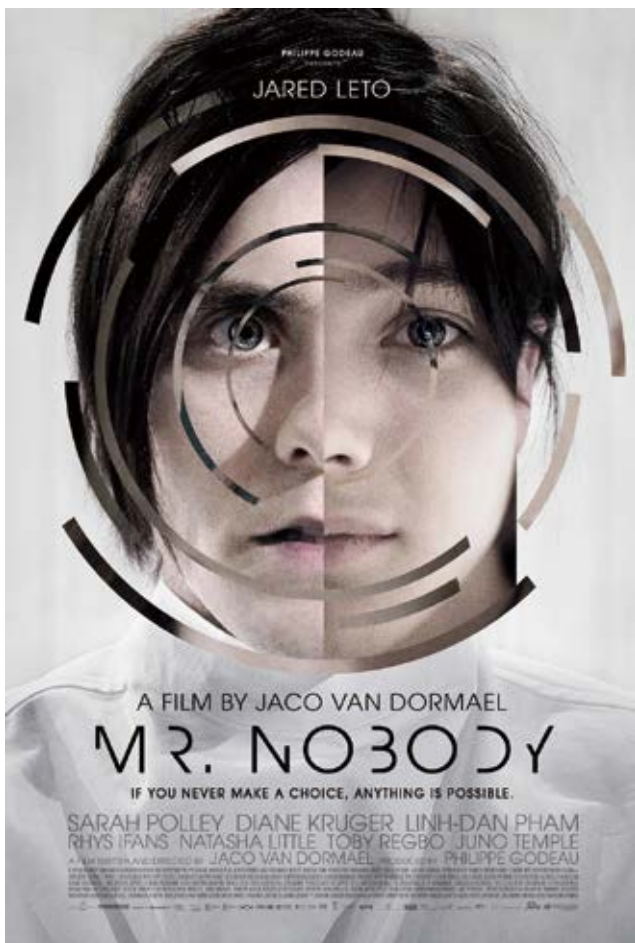
无意间看了一部十年前拍的电影——《无姓之人》，颇觉震撼！

这部画面精美的电影，可能不太容易理解。要看懂它，不但需要对最前沿的物理学研究成果有所了解，如宇宙大爆炸、量子力学、超弦理论等，又要对人性和命运有所思考和感悟。从某种意义上说，这是一部颇具哲学意味的影片。

故事从2092年的火星上开始，118岁的尼莫是世上最后一个会死亡的自然人。他在被催眠的状态下，回顾自己的一生。每一次人生面临选择的时候，他的选择都会把他带入一种生活。然后他穿越回原点，再做另一种选择，从而进入另一种人生。不同的人生存在于不同的平行空间里。因为在他出生之前天使的疏忽，他既能偶尔预测未来，又能被动地在不同空间里穿越，但自己始终不明就里。

很多人可能认为，他重要的人生选择是在父母离异时跟谁生活。正是在此结点上，他有了三种不同的人生。跟随母亲去加拿大，他遇到了彼此相爱的安娜，但总是擦肩而过。跟随父亲留在英国，他娶了他爱但不爱他的埃莉斯。而在另一个空间，他娶了爱他但他不爱的吉恩。但是，其实他在投胎时也做过一次选择。当时，他选择投胎到这个家庭，完全是因为男主的金发好看，女主涂上口红的嘴唇动人。在此，影片即已暗示了人生选择的盲目和随性。

这部电影包含了太多的元素，好在导演雅克·范·多梅尔功力了得，内容繁而不乱。但影片到底要表达什么，“豆瓣”上众说纷纭。大多数人关注的都是“鸽子的迷信”。但其实，在电影的序幕里，画面一直是被平均分为两部分，左侧是一只被关在笼子里的鸽子，右侧是一支被点燃的香烟里徐徐扩散的青烟。不知为什么，右侧的画面被大家忽略了。



电影《无姓之人》海报



孟冰律师简介

京都律师事务所高级合伙人，1994年开始从事律师工作，1998年加入京都律师事务所，执业二十年，办理了大量诉讼和非诉讼业务。孟冰律师担任多家公司和机构的法律顾问，如光大银行总行、中信银行总行、国寿不动产、远洋地产、国电联合动力公司等，并协助这些企业完成诸如常规业务审核、土地使用权转移或获取、股权转让、资产并购、市场推广、争议解决等法律问题的处理。



我们先来谈谈下面的画片，即“鸽子的迷信”。

“鸽子的迷信”是一个著名的实验。实验过程是把一只鸽子放在一个封闭的箱子里，在一侧有个暗门，暗门每15秒自动开启一次，暗门外是鸽子的食物。鸽子不知道怎么才能让暗门开启，在暗门封闭期间，有的鸽子撞壁，有的摇头晃脑，有的扇动翅膀。15秒后，暗门开启。其实暗门的开启与鸽子的行为没有任何关系，这是人为设定好的。但鸽子不知道，它以为是自己的行为导致了暗门的开启，所以当暗门一封闭，它又重复刚才的动作。

这个实验的可怕之处在于，就像鸽子不知道人的存在



电影截图

一样，人也并不知道上帝的存在。如果人类也像鸽子一样，命运、结局和周围的一切，早已被上帝或程序提前设计好，那我们的努力又有什么意义？！而这部电影试图告诉我们的，即使结局已经确定（尼莫的三种人生都以悲剧结束），仍要对这个世界保持善意。就像尼莫在灯塔下苦等10年，终与安娜不相遇；他对不爱他的埃莉斯始终不离不弃；他在自杀前，把财产全部留给了他爱着的吉恩。唯如此，当时光倒流，他或许终能获得幸福。

下面说说画面右侧那缕青烟。



电影截图

青烟代表了时间的流逝，一去不返。在片中尼莫曾多次问道：为什么冒出的青烟，不能再回到香烟里去？这其实说明了时间的一维性，即时光只会匆匆向前，不能倒流。但真是如此吗？在影片中，导演给出了两个反证。

一是在尼莫出生前，天使一时疏忽，没有把手指按到他的嘴唇上。其结果按当时尼莫的说法，是让他不会忘记过去的事情。但他出生以后，他从来没有说起过以前的事，反而是能够预见未来。如果未来的一切，就是过去发生过的事情，则时间肯定存在着相向流动的两个维度。

另一个是导演直接引用了宇宙大爆炸理论。该理论认为在宇宙大爆炸之前，时间并不存在。大爆炸后，时间开始。宇宙不停向外扩张，时间不停向前流逝。当宇宙扩张到极限时，开始向内坍塌，时间随之倒流。电影中将宇宙扩张到极限的时间，设定为2092年。所以在影片的最后，尼莫起死回生，又回到了当年父母分手的车站。这次他既未选择随父，也没选择随母，而是径直走到了湖边，遇到了自己一生或无数生所挚爱的安娜。

或许一千个人看完这部电影，会有一千种对故事的解读。于我而言，关上影碟机，我已不再关注世界的真相是什么，我只感受到了人对世界最大的善与爱意。

无题

■ 刘铭文

地球这么小
转动的黑白
24小时的距离

地球小
我的脚步更小
一条直线的往返

地球很小
我能听到
每个人的心跳和呼吸
感受到你的感受
如四季冷暖

地球这么小
每天
在地球上走来又走去
自由的心
便总想跳出胸膛
去寻找诗歌的平复

地球小
我如呼吸的尘埃
我能看见
藏在你目光里的遥远和
想象

每一次开庭
都是一次考试
每一次开完庭
都轻松许多
我走出法庭
写两首诗
释放一下自己
斟一壶酒
让感性的我
陪理性的自己
一醉方休
诗人醉了
律师还在回味
刚刚的庭审

■ 杨大民文

理性之罪

中国人民大学第五届“京都杯”模拟法庭大赛圆满落幕



柳波律师



柳波律师为冠军队伍颁奖



孙广智律师（左三）担任半决赛评委



彭吉岳律师担任赛前培训讲师

12月8日，由中国人民大学法学院主办、中国人民大学法律协会承办，京都律师事务所特别支持的中国人民大学第五届“京都杯”刑事模拟法庭大赛决赛在明德法学楼602室举行。经过激烈角逐，35号队伍控方熊隽、龚曼迪在决赛中胜出获得冠军，24号队伍辩方谭瑞、张博晋获得亚军。京都律师事务所高级合伙人柳波律师，北京市海淀区检察院检察官林静担任此次决赛评委。

在活动点评环节，京都所高级合伙人柳波律师向同学们讲述了实务

中如何“做好一名刑辩律师”。柳律师指出了模拟本次比赛中出现的形式问题，包括公诉人宣读起诉书时应起立、合议庭一般应有三位法官等。柳律师还结合实践给同学们提出了一些实用建议，比如双方发问以及辩论时应注意控制语速。随后，柳律师分享了个人学习法学和做律师的经验，并总结成了四句话：态度决定一切，基础决定高度，细节决定成败，习惯影响一生。简明而精确的四句话让同学们受益匪浅。此外，他还强调了对起诉书的研读、相关案例法条文献的收

集、提炼观点等能力的重要性。

活动历时两个月，京都律师事务所合伙人彭吉岳、孙广智律师也参与到本次模拟法庭的赛前培训和半决赛点评中，至此，第五届“京都杯”刑事模拟法庭大赛圆满落幕。一年又一年的坚守，中国人民大学法律协会、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是我们始终如一的愿望。🌹



绘画：刘铭律师



北京总所

地址：北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座22-23层
邮编：100020
全国免费咨询电话：400 700 3900
办公电话：(86-10) 57096000
传真：(86-10) 85251268
邮箱：info@king-capital.com

大连分所

地址：大连市沙河口区体坛路22号
诺德大厦19层01-02室
邮编：116021
电话：0411-85866299
传真：0411-84801650
邮箱：dalian@king-capital.com

深圳分所

地址：深圳市福田区民田路171号
新华保险大厦17楼
邮编：518048
电话：0755-33226588
传真：0755-33226566
邮箱：shenzhen@king-capital.com

天津分所

地址：天津市河西区南京路39号
凯德国贸C座1009室
邮编：300200
电话：022-58963439
传真：022-28131519
邮箱：tianjin@king-capital.com

上海分所

地址：上海市南京西路580号
(仲益大厦)3903A室
邮编：200041
电话：021-52341066 52341099
传真：021-52341011
邮箱：shanghai@king-capital.com

南京分所

地址：南京市建邺区庐山路188号
(新地中心)4004室
邮编：210019
电话：025-8523 1119
邮箱：nanjing@king-capital.com