

京都律师

KING & CAPITAL LAWYER

WWW.KING-CAPITAL.COM
2015/04
季刊 总第113期

 京都律师事务所
King & Capital



P23 并购基金专项问题解析

P16 特稿 / 审判中心主义的实现与保障

P34 京都论坛 / 中韩自贸协定和对韩投资机遇

P41 京都实务 / 让我们好好谈谈“互联网金融”的刑事法律风险及防控

P71 京都论法 / 民事再审案件的律师审查



只求耕耘 莫问收获

杨斌



在 我撰写本期卷首语的时候，品牌部的小伙伴发来微信“刚刚接到北京市律师协会的通知，我们得了三个奖项，《京都律师》杂志荣获2015年度北京市律师事务刊评选‘综合类银奖’和2015年度北京市律师事务刊评选‘最佳封面奖’，京都律师事务所荣获2015年度北京市律师事务‘微信公号评选二等奖’”我立刻给他们回复了好几张笑脸，表达了我个人的祝贺与祝福。

《京都律师》杂志伴随着京都律师一路走来，从黑白色的《京都通讯》到全彩色印刷的《京都律师》，已经总113期了。王强、温文凯、陈枝辉、万学伟、叶逗逗、陈迪、孟妮，先后负责《京都律师》的编辑工作，约稿、组稿、排版、设计，将京都律师的美文与美图创作成一本又一本《京都律师》。尤其是陈枝辉律师在担任编辑时期，一个人要完成所有工序，经常加班加点。无论从文章内容方面还是版式设计上均精益求精，不留遗憾。将《京都律师》杂志的专业性和可读性，提升到一个新的水平。枝辉的执着与敬业，勤奋与专业，感动过我也感动过身边的京都律师。就像田文昌老师一样，那种一辈子只做一件事，要做就要做到极致，做成奇迹的劲头，值得我们每一位法律人学习和尊敬。当然，《京都律师》的获奖离不开一个人——孟妮。她出任品牌部主管之后，再一次让《京都律师》杂志升华，去年就捧回了全市所刊‘综合类银奖’，今年再次摘得银奖。并且带领她的团队开拓了新的传播途径——京都律师事务所微信公号，同样做的有声有色，文章一篇接一篇，将京都的法律观点和律师声音传播的更广更远。京都微信公号第一年就荣获了二等奖，孟妮团队，值得点赞。

对于走过二十年风雨的京都律师来说，我们已经习惯了获奖。理性的说，获奖只是评奖人对我们工作的一种评价和肯定而已。不管别人如何评价，我们都要踏实认真的做好自己的工作。

现实生活中，绝大多数的人都非常在乎别人对自己工作的评价，于是就有了各种各样的评奖。律师界的评奖更是五花八门花样繁多。中国律师奥斯卡，英国《律师》亚太地区50强，北京市优秀律师，朝阳区青年先锋律师……各种名目各种评奖。北京律师及北京的律师事务所在各种评价之中竞争追赶，忙得不亦乐乎。京都律师也参与其中，评上了有人高兴，没上榜有人沮丧，排名靠后了又有人议论纷纷。只要我们自己努力了尽力了，谁评价都没有意义。上榜不上榜，排在第几名其实都无所谓。认真做好我们自己的工作才是最最重要的，这就是京都律师对待评奖和获奖的一种健康心态。

“只求耕耘，莫问收获”也是摸爬滚打二十余年的京都律师的执业信条。看看京都二十年大庆之后的田文昌老师在干什么？他又在思考哪些问题？

本期内容，我要特别推荐田文昌、徐莹《审判中心主义的实现与保障》一文。文章说：“审判中心主义本是刑事司法活动的题中应有之义，然而，在曲折发展的法治环境之下，她却在风雨飘摇中姗姗来迟。今天，在法治化进程已经走过了30年多年之后，我们终于迎来了这种迟来的回归。十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》确定了以审判为中心的诉讼制度改革方向，理清和明确了刑事诉讼程序的重心，使审判活动从形式回归向实质。

文章指出“审判应当是以法官为核心，控辩双方平等对抗，各司其职，从指控和辩护两方面进行证据的博弈。任何一方力量的不均衡，都会导致司法天平失衡，使审判失去实质意义。”

文章还强调：“律师的有效辩护是实质性审判不可缺少的组成部分，是为了与公诉权进行抗衡，帮助法官兼听则明。没有律师的有效辩护，就不可能实现真正的审判中心主义。”



京都律師事務所
King & Capital Law Firm

专业化、团队化、国际化的大型综合性律师事务所

追求卓越 不负重托

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 白冬枫
蔡景丽 韩嘉毅 杨照东
金杰 朱勇辉 秦庆芳
王九川 瞿丽红 张振祖
公丕国 杨大民 钟延红
郭庆 韩良 肖树伟
邹佳铭 吴立伟 刘铭
王卿芸
主编 杨大民
编辑 孟妮 王凌凌
美编 王敬瑜
地址 北京市朝阳区景华南街5号
远洋光华国际C座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
网址 www.king-capital.com
邮箱 info@king-capital.com

目录

卷首语

只求耕耘 莫问收获 杨大民 / 01

京都资讯 品牌建设部 / 04

特稿

审判中心主义的实现与保障 田文昌 徐莹 / 15

封面主题

并购基金专项问题解析 / 22

国有企业并购问题解析 丛彦国 郝璇 / 23

并购项目中的劳动问题解析 严新雨 滕杰 / 25

并购中的知识产权解析 余慧华 于川 / 27

涉外私募投资基金税收法律环境与风险防范 高慧云 / 29

京都论坛

中韩FTA贸易投资研讨会在京成功举办 / 32

中韩自贸协定和对韩投资机遇 金燕 / 34

京都实务

是股权投资还是民间借贷 吕志轩、董宇琼、樊玮华、郝京 / 40

让我们好好谈谈“互联网金融”的刑事法律风险及防控 孙广智 / 48

双诉记——布局维权，以诉备诉 / 54

关于家族信托对接上市公司股票增持方案的相关法律问题分析 余慧华 滕杰 / 58

如何审核海关稽核证明书 肖永成 / 61

京都论法

从讼师到律师之路有多远 邹佳铭 / 66

民事再审案件的律师审查 公丕国 / 69

公司创立初期的法律建议 瞿丽红 / 75

工程量清单计价、结算与支付 王春军 / 78

所庆·征文

我与京都的第一次相遇 牛支元 / 84

永远的老师 肖树伟 / 88

寸草春晖——赞京都律所二十年 宇文鸿雁 / 89

律师·生活

我为什么喜欢画画 刘铭 / 91

京都律师

封面题字 江平



2015年第3期
总第113期 季刊



业务

京都律师事务所秦庆芳、易蓓律师代理汪峰起诉卓伟名誉侵权案

2015年7月23日，汪峰诉卓伟名誉侵权案在北京朝阳法院开庭。京都律师事务所秦庆芳、易蓓律师作为汪峰的委托代理人出庭。

案情回溯：4月17日，一篇关于“汪峰所参与的中国江苏扑克锦标赛涉赌被叫停”的消息在网上传播。4月19日汪峰工作室辟谣，称他所参加赛事并不涉赌。4月

20日，风行工作室创始人卓伟在其个人新浪微博“中国第一狗仔卓伟”上发表“赌坛先锋我无罪，影坛后妈君有情”的言论，同时分享其工作室名下产品“全民星探”APP发布的名为《章子怡汪峰领证蜜月会友夫妇唱夫随》的文章。“赌坛先锋”直指汪峰本人。

汪峰因此起诉卓伟未经调查、核实，随意在其个人微博上以“赌坛先锋”对其进行侮辱，损害其个人形象，严重侵犯了他的名誉权。故此，汪峰要求卓伟立即停止侵权行为，删除涉事微博；请求法院判令卓伟赔偿原告个人精神损害抚慰金、经济损失赔偿金等共计200万元；并请求法院判令被告在新浪微博上发表致歉声明，置顶并至少保留90天以上。

庭审焦点：“赌坛先锋”是正常言论还是侵权

据澎湃新闻报道，庭审当天，汪峰卓伟双方均未到场。

庭审中，卓伟方认为，卓伟的微博原文是“赌坛先锋我无罪”，汪峰方



忽略“我无罪”的陈述，以偏概全。卓伟只是对媒体报道的汪峰赌博的行为作如实陈述，故不存在主观恶意侮辱。汪峰代理人秦庆芳律师则认为，卓伟并未在其微博中解释“赌坛先锋我无罪”一词的解读方式，对卓伟方的说法不认可。秦庆芳律师还补充，江苏省扑克大赛是合法的体育赛事，且有政府监管，原告之所以参与是基于对其公信力的信任，“至今没有证据显示汪峰在此次比赛中参与了赌博”。

“如果卓伟方无法证实相关媒体报道已经明确把汪峰的行为定性为赌博，则被告方侵权”。汪峰方代理人秦庆芳律师称，卓伟未经调查核实这些媒体报道就称汪峰为“赌坛先锋”，其个人微博粉丝数很多，严重误导了公众对汪峰的评价，给汪峰的名誉权带来了难以磨灭的损害。秦庆芳律师还认为，卓伟系自媒体“全民星探”和风行工作室的创始人，其在微博分享自媒体“全民星探”文章，并且评论称“赌坛先锋我无罪，影坛后妈君有情”，系对其自己的自媒体炒作。

由于双方不同意调解，本案将择期宣判。

律师观点：关于“赌坛先锋”的含义，应从涉诉微博信息接受者的角度去理解和判断。中国相关法律法规均将赌博界定为一种违法犯罪行为，并且中国社会大众对赌博的普遍理解和认识也是赌博属于

违法犯罪活动，因此卓伟在中国大陆这个对赌博有特定理解的地域称呼汪峰为“赌坛先锋”，将汪峰与赌博联系在一起，却未基于任何事实依据，应当属于恶意的诋毁和诽谤，而并非正常的人物评论。

虽然卓伟主张其是以互联网上传播的一般信息为由称呼汪峰为赌坛先锋，但是该辩解理由并不正当，也不充分。任何单位和个人在引用互联网上的传闻信息时，必须首先确认消息来源及信息的真实性，经过科学论证并节制表达，否则将会导致互联网发展环境堪忧，也严重违背了国家关于互联网管理的法律规定。卓伟作为新浪微博加“V”用户，在娱乐八卦新闻行业具有巨大影响力，其同样是一名公众人物，在未经调查、核实的情况下，更应当慎重发布言论，否则其造成的损害后果也将更为严重。如果言论失实，且包含诋毁性、诽谤性的内容，损害了他人的人格尊严，造成他人的社会评价降低，同样也构成侵犯名誉权，依法应当承担侵权责任。

业务

京都（上海）胡佳蓉律师、李新律师协助客户新三板挂牌同时定增

京都（上海）律师事务所客户江苏舒茨测控设备股份有限公司股票于2015年5月成功挂牌新三板，取得股票代码（832393），并在挂牌同时定向增发股份。本所律师胡佳蓉律师、李新律师、律师助理黄鹏为江苏舒茨测控设备股份有限公司提供了相关尽调、改

制、挂牌、增发全程法律服务。江苏舒茨测控设备股份有限公司，由归国留学人员创办的高新技术企业。在2010年4月成立于江苏常熟国家级经济技术开发区。公司主要从事微量气体分析仪器的研发、生产及销售，致力于环境监测及工业过程分析领域，提供完

整气体监测系统。舒茨的分析仪器广泛用于环保烟气检测，检验检疫有毒有害气体检测，为各类水泥、冶金、化工、石油、半导体加工等工业企业提供成套气体检测技术方案。并涵盖农业温室气体检测、沼气分析和沼气安全监控和恐怖袭击、危险品储运等方面。

京都（上海）律师事务所陈鲁宁、周富毅律师成功助力上海金蓝络科技信息系统股份有限公司挂牌新三板

2015年4月30日，由京都（上海）律师事务所陈鲁宁律师、周富毅律师承办并提供专项法律服务的上海金蓝络科技信息系统股份有限公司获得全国中小企业股份转让系统有限责任公司核准，同意其股票在全国中小企业股份转让系统挂牌。

上海金蓝络科技信息系统股份有限公司是一家以建筑工程为核心领域的智能化综合解决方案服务，业务链涵盖

建筑智能化工程前期咨询、现场勘察、方案设计与实施、测试与调试、验收与文档移交及安装后维护服务等为主营业务的企业。其主要客户为诺华医药、IBM、迪斯尼等世界500强企业，并且正在为上海几个重大海外投资建设项目提供智能化综合解决方案等服务。公司盈利能力稳定，营业收入预计将会在2015年成爆发性增长。

京都（上海）律师事务所陈鲁宁律师、周富毅律师资本市场服务团队目前还有一个项目正在新三板挂牌过程中，一个项目正在上海股权托管交易中心挂牌过程中。团队现大力开展企业挂牌之后的融资融券服务业务，借助国家助力中小企业发展的契机，建立以京都为品牌的资本市场服务模式，为企业发展提供优质的法律服务。



柳波律师

日前，京都律师事务所合伙人柳波律师办理的朱某涉嫌巨额诈骗案，被

京都律所柳波律师办理的朱某涉嫌巨额诈骗案辩护成功

北京市检察院某分院依法作出不起诉决定。

侦查机关认为2010年5月至2011年11月，犯罪嫌疑人朱某伙同他人虚构事实，骗取被害人人民币1900余万元。柳波律师接受委托后，在仔细分析本案证据材料的基础上，提出了“应对朱某不起诉”的律师意见。北京市检察院某分院依法讯问了朱某、询问了被害人、听取了辩护人意见，于2015年4月初根据刑事诉讼法第171条做出了不起

诉决定。

柳波律师长期致力于诉讼业务，尤其专长于职务犯罪、经济犯罪、财产犯罪等刑事案件的辩护，曾办理过全国第一大走私手机案、北京第一例被控危险驾驶案、庭审时长第一（近两个月）的广东许某某组织领导黑社会性质组织等案件。本案是继2014年刘某某涉嫌受贿无罪案、梁某某涉嫌合同诈骗2亿余元无罪案之后，柳波律师成功辩护的又一数额巨大的财产犯罪案件。



业务

水钢全面推进依法治企 正式聘请常年法律顾问机构及常年法律顾问

6月16日,水钢法律顾问见面会在招待所举行,正式聘请北京市京都律师事务所为水钢常年法律顾问机构,刘铭律师为水钢常年法律顾问,着力加强法制建设,全面推进依法治企。公司领导卢正春、张槐祥、张新建、王琳松以及各二级单位、部室负责人参加了会议。会议由公司党委书记卢正春主持会上,公司总经理张新建致欢迎辞,对京都律师事务所律师刘铭、周佳、赵越一行的到来表示热烈欢迎和衷心感谢。

张新建介绍了水钢的基本情况,他说,水钢在生产经营的过程中与上下游企业产生了一些经济纠纷,合作上的一些问题需要研究和解决,我们也一直在做这方面的工作。但是由于我们做这些工作的力度有限,按照当前依法治企要求,非常需要专业的律师来帮我们提高这方面的工作,包括帮我们提高法律意识,提高解决合同纠纷的方法和能力,希望在今后的合作中能够不断地增进友谊、增进互信。希望在合同的管理、审核、权责任务梳理、相关诉讼等方面能得到京都律师事务所刘铭等律师全方位的专业的法律服务与指导,帮助水钢解决当前的法律纠纷,减少法律诉讼。同时,也希望在合作中帮助水钢构建适应当前和今后发展的法律体系,保障水钢的合法权益,水钢将不遗余力地配合、协助各位律师开展工作。

刘铭律师代表京都律师事务所作表态发言,他说,我们为服务水钢组建了一个法律顾问团队,将不辜负水钢的信任。虽然水钢不是我们的大客户,但我们一定会将水钢当最大客户对待,竭



尽全力、客观公正地维护水钢的合法权益。一方面从大处着眼,从依法治企、深化改革、提高法律意识、加强管理等角度,规范合同管理,对验收、交付等环节都提出专业的法律意见。另一方面从小处着手,以诉讼作为突破口改变局面,通过诉讼发现、解决问题,认真梳理现有的诉讼案件并做出专业判断,要规范管理、积极应对、加强防范,要打赢一些官司,树一些标杆。

会上,公司董事长张槐祥为京都律师事务所律师授聘请牌,刘铭代表京都律师事务所授牌。

最后,公司党委书记卢正春总结讲话中说,今天的见面会非常有意义,标志着水钢与京都律师事务所合作,结成亲密无间的战略合作伙伴关系,水钢全面拉开依法治企的序幕。水钢因为一些基础工作缺失,缺乏法律意识、合同意识,导致前期积累了大量矛盾和纠纷,造成企业利益受损,给水钢造

成了非常坏的影响。水钢与京都律师事务所合作,把过去停留在嘴上的依法治企,变成实打实的依法治企;对司法官司进行认真梳理,真刀真枪的干,实现公开、公正、透明,重塑水钢形象;把水钢合同签订、执行、验收以及日常管理纳入法律管理体系。

卢正春强调,各单位,特别是原料公司、机动部、销售公司、闯市场单位,包括“三管六外”人员,要依法签定合同。希望各单位在推进依法治企的过程中,在解决水钢面临的困难和矛盾问题的过程中,认真依法办事,结合各单位实际创造性开展工作,建立起水钢完整的法律体系,让职工知法、懂法,依法做事。希望大家在今后的工作中严于律己、严于谋事、严于做人,心往一处想,劲往一处使,把水钢建成贵州省有竞争力的企业。

见面会结束后,与会人员就相关法律问题向律师进行了咨询。

业务

京都律师担任法律顾问的福瑞股份非公开发行股票项目获证监会核准

2015年4月1日,中国证券监督管理委员会(以下简称“中国证监会”)创业板发行审核委员会对内蒙古福瑞医疗科技股份有限公司(以下简称“福瑞股份”)非公开发行股票的申请进行了审核。根据口头告知审核结果,福瑞股份本次非公开发行股票的申请获得通过。

京都律师事务所合伙人周振国、高文晓及安璟律师担任福瑞股份此次非公开发行股票项目的发行人法律顾问。

福瑞股份为深圳证券交易所创业板上市公司,股票代码为“300049”,是一家集科研、生产、销售、网络服务为一体的现代化医药企业,也是全球



周振国律师

高文晓律师

安璟律师

第一家以“肝纤维化诊断治疗”为核心业务的公司。福瑞股份本次拟非公开发行A股股票的数量不超过1,958,480股(含1,958,480股),发行价格为25.53元/股,预计募集资金总额不超过人民币5,000万元,扣除发行费用后的净额将用于补充流

动资金及用于公司主营业务经营。

福瑞股份本次非公开发行股票,是《创业板上市公司证券发行管理暂行办法》于2014年5月推出后,证监会依据“小额快速定向增发”机制核准的少数项目之一,具有较强的代表性。

京都(上海)律师事务所周涛律师、陈华锋律师团队成功为上海霍普建筑设计事务所股份有限公司挂牌新三板提供法律服务

由北京京都(上海)律师事务所周涛律师、陈华锋律师团队承办的上海霍普建筑设计事务所股份有限公司股票(公司简称:霍普股份,股票代码:833328)于2015年8月12日在全国中小企业股份转让系统成功挂牌。

上海霍普建筑设计事务所股份有限公司(原上海霍普建筑设计事务所有限

公司)成立于2008年6月,注册资本为3000万人民币,系一家主要从事建筑行业建筑工程设计的高新技术企业。公司已取得《工程设计资质证书》,资质等级为建筑设计事务所甲级,可从事资质证书许可范围内相应的建筑工程总承包业务以及项目管理和相关的技术与管理服务。

周涛律师、陈华锋律师团队受聘担任本次挂牌项目的专项法律顾问,为霍普股份顺利通过审核提供了全面的法律服务。作为京都(上海)律师事务所资本市场的团队,将在资本市场的道路上为客户提供更加优质、前沿、高端的法律服务。

关键律师为300亿元赣南苏区振兴发展产业投资基金的设立提供全程法律服务

近日,经国家发展改革委批准,300亿元赣南苏区振兴发展产业投资基金正式筹备设立。合伙人关键律师已代表京都律师事务所与基金筹备组签署赣南苏区振兴发展产业投资基金筹备设立全程法律服务合同。

赣南苏区振兴发展产业投资基金的

设立,是引导社会资金投向实体经济的迫切要求,该投资基金的设立将为社会资金投向实体经济提供良好的投融资平台,不仅能激活社会民间资本,给力赣南苏区加快开发开放,更是该地区金融创新的尝试和挑战。

关键律师在赣南苏区振兴发展产

业投资基金设立的过程中,将提供基金管理公司和基金设立总体方案的法律建议,包括基金管理公司和基金设立框架、资金募集、投资、管理、退出机制等方面,并对基金管理公司和基金设立的总体方案出具法律意见。



荣誉

京都律所荣膺“中国优秀股权和创业投资最佳法律服务机构”

2015年8月25日，由中国创投委主办的中国股权和创业投资行业评优表彰颁奖晚会在北京·国宾酒店召开。经中国股权和创业投资行业评优表彰评审委员会评审和网上投票评选，北京市京都律师事务所被评为“中国优秀股权和创业投资最佳法律服务机构”，京都所合伙人关键律师作为代表领取了证书和奖杯。

中国投资协会股权和创业投资专业委员会（简称中国创投委）是经国家发展和改革委员会批准成立（发改人干字[2010]36号）、国家民政部批准登记（民社登字[2010]第6080号）的全国社会团体，是目前国内唯一经政府主管



部门正式审批注册（社证字第4122-9号）的全国性股权和创业投资行业协会组织。

关键律师作为中国创投委的副会长、总法律顾问，发挥了京都所金融和资本市场服务优势，积极为行业建言献策，不仅承担着中国创投委行业自律办



关键律师

公室、企业综合融资服务促进中心、与股转公司合作的新三板投融资路演中心等工作，还与近千家优质股权和创业投资机构保持联系与沟通，及时提供专业法律咨询和专项服务。

京都邹佳铭律师荣获“ALB 2015年中国最佳女律师”称号

如今，女律师日渐成为法律服务行业里的中流砥柱，她们用细心、严谨等女性优势为客户提供着全面、周到的法律服务。ALB“2015年中国最佳女律师”评选出了中国大陆范围内各个法律执业领域中最受客户欢迎的女性律师。这次评选通过女律师自己申报以及数月的调查，根据参报人的执业时间，主要成就，代理的重大交易和案件以及其他相关信息，评选出了业内15名优秀的女性律师。京都律师事务所邹佳铭律师作为京都所刑事诉讼部门的合伙人，凭借够硬的专业素质摘得年度TOP15女律师荣誉。

邹佳铭律师1996年取得律师资格，1997年开始执业。2002年至2009年一直脱产研习刑法，武汉大学刑法学

博士。2009年至2012年在北京师范大学刑事法律科学研究院做博士后研究，攻读博士和博士后研究期间，兼职从事律师工作。现为专职刑辩律师，同时兼任高校刑法学硕士导师。邹佳铭律师专业领域是刑事辩护，擅长复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的效果。多次接受《人民网》《财新》《新京报》《法治晚报》等媒体采访，为《财新网》为专栏作家。

客户对邹佳铭律师有着很高的评价，客户认为邹律师拥有“很高的刑事法律专业知识”，在她的身上兼具着



邹佳铭律师

“律师的睿智、大气和女性的细致、细心”。邹律师一直以保障被告人人权，通过个案推动司法进步为己任。她在个案的承办过程中，尽心尽力为委托人提供高质量的法律服务，努力维护公民的合法权益。

2015年，她为多起单位行贿案、串通投标罪案、受贿案、诈骗案等案件提供法律服务。刑事辩护于邹律师而言，既是梦想，也是享受，她说：“刑事辩护在中国是一个艰难的职业，对于女性尤甚，作为女性，我时常在工作中感受到自己的细致和正义感所带来的力量。”

荣誉

京都大连分所华洋律师当选大连市第七届律师协会副会长，陈立群律师当选副监事长

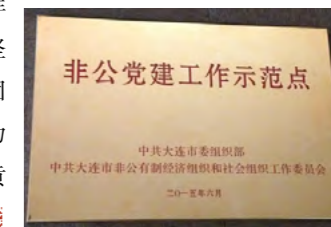


大连市第七届律师代表大会第一次会议于6月11日下午在大连市棒棰岛宾馆圆满闭幕。会议上，京都大连分所华洋律师当选大连市第七届律师协会副会长，陈立群律师当选副监事长。

京都律师事务所大连分所党支部被大连市委组织部、市委非公党工委命名为“非公党建工作示范点”

6月24日，大连市委组织部、市委非公党工委召开“非公党建工作示范点”命名表彰会议。这是市委非公党工委成立以来组织的首次命名表彰活动。北京市京都律师事务所大连分所党支部是本次表彰中唯一一家律师事务所党支部。

本支部成立于2004年，由合伙人高文晓律师担任党支部书记。支部成立十多年来，严格按照上级党委的要求，深入推进律所党建工作，并取得丰硕的成果。作为“非公党建工作示范点”，在今后的工作中，本支部将再接再厉，切实发挥表率作用，带领党员坚定信念，爱岗敬业，团结群众，务实创新，为推动“两先区”建设贡献新的更大的力量。



京都律所成功竞聘为北京市金融工作局2015-2016年度常年法律顾问机构及专项法律服务备选机构



吕志轩律师

2015年，京都律师事务所在孟冰、张振祖、王卿芸各位合伙人指导及

京都政府服务同仁的努力下，继续以合伙人吕志轩律师作为政府法律服务项目组组长，成员董宇琼等律师组成专业化政府法律服务团队。在众多参与竞聘的律所中，京都成功应聘并升格为2015-2016年北京市金融工作局常年法律顾问机构并同时继续被聘为专项法律顾问备选机构。

继2013年京都律师事务所通过竞聘成为北京市金融工作局的专项法律服务单位以来，连续两年，合伙人吕志轩律师率领团队为政府部门提供优质、高

效、专业、精准的法律服务，使京都律所在政府法律服务领域的专业化、标准化和敬业精神得到政府部门的认同。

本次竞聘常年法律顾问机构及专项法律顾问备选机构的成功，标志着京都律师事务所在政府法律服务及金融法律服务方面专业化、日益强大。进一步彰显了京都律所在政府机构法律服务和金融机构法律服务、金融风险处置、金融机构创新过程中提供法律风险控制等业务领域具备很强的综合能力。



媒体

京都律所王春军律师现身《经济与法》栏目点评家庭继承纠纷案例

2015年7月22日，中央电视台财经频道《经济与法》栏目，报道了一起家庭继承纠纷典型案例——“难以平静的身后事”。北京市京都律师事务所王春军律师作为该栏目的专家法律顾问，对该期案件进行了专业法律分析及点评。



活动

京都田文昌律师参加“反贪侦查工作转型发展高端论坛”

2015年6月14日，由湖北省武汉市检察院、中南财经政法大学、人民检察杂志社共同举办的“法治语境下反贪侦查工作转型发展高端论坛”在武汉召开，京都律师事务所名誉主任田文昌作为特邀嘉宾参加论坛并发表了“反贪侦查工作转型与观念转变”的主题演讲。

田文昌律师在演讲中提到，应对以审判为中心的司法改革大形势，随着排除非法证据程序的落实和直接言词原则的实现，检察机关将面临挑战。检察机关必须完成两个转变，一是转变侦查方式，注重物证，避免非法取证；二是转变司法理念，正确把握公诉机关在诉讼活动中的定位，正确理解无罪推定、疑罪从无、证据真实和保障人权



的原则，正确把握侦查思维（怀疑一切）与定罪思维（排除一切合理怀疑）的区别与界限。

京都律师梁雅丽参加中国法律文书学研究会学术年会



5月24日，中国法学会法律文书学研究会2015年学术年会在武汉成功召开，本次年会的主题是“阳光司法与法律文书”。北京市京都律师事务所知名刑事辩护律师梁雅丽受邀参加并在发言中指出，“阳光司法”的一个重要标志是应该在裁判文书中把道理说透讲明白。

此次学术年会在位于武汉的全国知名政法院校中南财经政法大学举办，吸引了全国多位专家和法律界人士参加，会议期间，代表们主要针对“阳光司法的法治思维”，“阳光司法与裁判文书公开”，“阳光司法与裁判文书说理”和

活动

“法律文书大家谈”等话题积极发表了各自见解。

作为参会的律师代表，北京市京都律师事务所知名刑事辩护律师梁雅丽发言时指出，司法实践中，刑事裁判文书普遍存在的问题，是只对被告人的行为性质进行界定，不进行说理，生搬硬套刑法条文，对于证据进行格式化罗列，对于证据的采信理由不进行说明，尤其是对辩护律师的质证意见几乎不触及。对于被告人的辩解及辩护律师的辩护意见常常用“不予采纳”四个字简单地“盖棺定论”。对于证据的采信问题，刑事案件质证程序往往是很重要的环节，辩护律师尽管对证据做了十分详尽的质辩，但在判决书中很少针对律师的质证意见进行采信与否的说理，这在格式化的刑事法律文书中比较常见。

梁雅丽律师认为，阳光司法，就是让司法权的行使、司法程序在公开透明的状态下进行。而裁判文书是司法程序的载体，裁判文书充分说理也是让当事人以及社会公众



从内心信服、接受裁判结果的重要环节。因此，阳光司法的一项重要标志，就是要让司法裁判文书把理说透讲明白，解决裁判文书“如何说理”、“说什么理”成为当务之急，这也是阳光司法的应有之义。

涓涓清泉润人心，潺潺细流送关爱 ——京都“泉计划”助学帮扶金发放仪式



2015年8月29日，京都所与房山区法院共同举行了本年度的“泉”计划奖助学金发放仪式，向同学们发放了助学金，赠送了中秋节礼物，并向表现突出的同学颁发奖学金。其中，有一位同学成绩特别优秀，通过自己的努力，考入了北京市西城区三十五中。她被推选为代表发言时，回顾往昔，认为“泉”计划是令她具有坚定信念的源泉，感谢生命中能够与大家相遇，情到深处，几度哽咽。大家也不禁唏嘘，对她所经历的苦难感到心痛，被她所拥有的坚强和勇敢深深打动。

“泉”计划成立于2012年，迄今已经历时四年。在这四年里，我们经历了共同的成长过程，“泉”计划所帮助的学生由最初的七名增加到十名，范围由房山区扩展到河北省，第一批同学大部分已经成长为初中和高中生，并且有一名同学已经顺利升入高校、即将完成大学的学业；在这四年里，我们不仅与孩子们结下了深厚的友谊，也深深融入到他们的家庭中，向他们提供法律援助，提供最新的教育信息，成为他们生活的一部分；在这四年里，“泉”计划由京都所党支部牵头，集合了全所人员的爱心，同时也将这份爱传递到下一代，员工子女将其视为自己生活中不可或缺的一项内容，与孩子们结为好友，彼此鼓励，互相牵挂。

奇伟瑰怪常在于险远，而“泉”计划予人以温情，给人以力量。祝愿这些孩子们经历磨难，最终勇敢地攀上自己生命之中的高峰。





活动

京都律所韩良、高慧云律师参加2015中国离岸金融（深圳）年度峰会

2015年5月27日-28日，2015中国离岸金融（深圳）年度峰会在君悦酒店召开，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。北京市京都律师事务所金融部总监、京都家族信托法律事务中心主任韩良律



师和金融部税务专家高慧云律师作为演讲嘉宾参加了峰会。

韩良律师演讲的主题是《中国股权类信托的治理如何借鉴离岸经验》，他介绍了离岸股权信托的优势、离岸股权信托的设立需要考虑的因素与程序和

离岸股权信托的治理，他以精湛清晰和有深度的激情演讲，获得了与会者的一致好评；高慧云律师与瑞盟信托集团主席Alan Chick、亚太区家族办公室协会暨大中华地区私人银行家协会创办人及主席罗孟君、上海瑞岸投资管理有限公司

司执行董事刘有辉一起参与了“为中国第一代高净值客户的财富规划安排”为主题的小组讨论，她重点讨论了根据中国客户是安排退休、公司上市或出售业务的不同情况，搭建个性化定制的离岸结构所包含的税务驱动因素，以及用于代际财富交接的主要结构及安排进行比较后，税务上的优势与劣势。她的发言思路清晰，语言简洁务实，获得了与会者的阵阵掌声。

会议主办方的调研问卷显示：京都律师事务所两位律师的发言非常精彩，谈吐气质代表了中国律师对股权信托和税法的独到见解。这充分展现了北京市京都事务所在离岸金融、家族信托领域的卓越实力。

活动

中华司法研究会在北京隆重成立

2015年7月4日，中华司法研究会成立大会在北京人民大会堂隆重举行，最高人民法院院长周强出席，常务副院长沈德咏主持了成立大会。最高人民检察院副检察长姜建初、司法部副部长张彦珍等部级领导及来自国内各省高级人民法院的院长、台湾法曹协会名誉理事长高育仁、香港终审法院首席法官李国能、律政司前司长梁爱诗、澳门立法会前主席曹其真、国际刑事鉴定专家李昌玉等海峡两岸和港澳海外法律界350余人出席了成立大会。

来自美国、加拿大、日本、澳大利亚、英国、意大利的16名华人律师作为海外代表出席了成立大会。我所张玉人律师作为日本唯一的华人律师代表出席了成立大会。

最高人民法院院长周强当选为中华司法研究会会长，最高院常务副院长沈德咏、中司法部副部长张彦珍、中国法学会副会长张文显、最高院审委会



右一为张玉人律师

专职委员胡云腾、中国政法大学校长黄进、华东政法大学前校长何勤华、北京大学港澳台法律研究中心主任饶戈平当选为副会长。张玉人律师当选为中华司法研究会首届理事会理事。

最高人民法院经过一年多的精心准备于7月4日成立了中华司法研究会。

中华司法研究会是经民政部特批以“中华”命名的国家级司法研究会。中华司法研究会的宗旨是研究海峡两岸暨香港、澳门司法理论、司法制度、司法实践及司法文化，借鉴世界先进国家的司法理论，推动中国司法深化改革。中华司法研究会的成立为国内司法界、海峡两岸暨港澳和海外法律界人士搭建了一座高端交流平台。中华研究会定期发布研究课题，定期组织开展形式多样的学术交流，为全球华人法律实务界法学专家进行学术交流创造条件。中华司法研究会建立中华司法信息数据库，充分发挥互联网优势，面向海内外公众提供中华司法研究会的研究成果和交流信息。

张玉人律师作为京都所的律师，能够作为中华司法研究会的理事，参与中华司法研究会的各项活动，为京都所与中华司法研究会的交流提供了机遇，并通过中华司法研究会这个平台，向海内外推广京都律师事务所的品牌。

京都律所邹佳铭律师受邀参加“5.9”错案警示日座谈会

5月9日，河南省高级人民法院联合中国政法大学法律实证研究中心共同举办了“5.9”错案警示日座谈会，京都律师事务所邹佳铭律师受邀参加。座谈会的举办旨在贯彻十八届四中全会提出的“推进以审判为中心的诉讼制度改革”的战略部署和最高人民法院《人民法院第四个五年改革纲要（2014-2018）》的要求。这也是河南高院连续第五年举办错案警示日教育活动。

此次座谈会的主题为“以审判为中心视角下的冤错案件防范”。与会的



专家、学者就以审判为中心视角下，如何切实贯彻证据裁判原则，发挥庭审证据审查功能，有效防范和及时纠正冤错案件，充分发表了自己的独到见解，对于河南法院在新时期、新形势下进一步凸显审判中心地位，构建控辩平衡的诉讼结构，发挥庭审决定性作用，堵塞冤错案件发生的制度漏洞，提出了积极的建议和很好的思路。其中，邹佳铭律师以《论庭审中的控辩平衡》为题，在座谈会上发言。

京都律所合伙人李秀娟应邀出席实施《广告法》座谈会

第十二届全国人大常委会第十四次会议修订的《广告法》自2015年9月1日实施。为了贯彻实施《广告法》，中国消费者权益保护法学研究会于2015年9月7日在北京紫玉饭店召开座谈会。

来自最高人民法院、北京市高级人民法院、中国消费者权益保护法学研究会、中国技术监督情报协会、中国质量网、中国政法大学、等单位的领导、专家、及法制日报等新闻媒体代表进行广泛座谈。

中国消费者权益保护法学研究会常务理事、我所合伙人李秀娟博士应邀出席会议并做了发言。

她指出，新的《广告法》亮点颇多。如增加了对虚假广告惩罚性措施、广告代言人的法律义务和责任的规定等，对



于维护诚信文明的广告市场秩序，将起到规制性作用。

座谈会上，与会者还以个案为例，就该法与消费者权益保护、虚假广告的识别、名人代言的法律责任等问题进行了探讨。



活动

中国审判理论研究会举行，京都律所田文昌律师发表讲话

8月26日，中国审判理论研究会在西宁召开“中国审判理论研究会2015年年会暨推进以审判为中心的诉讼制度改革理论研讨会”，最高人民法院常务副院长、中国审判理论研究会会长沈德咏出席了会议，最高人民法院院长周强做出重要批示。

作为研究会常务理事，京都律师事务所律师创始合伙人、名誉主任田文昌律师参加了研究会并发表了题为“审判中心主义的实现与保障”的主旨发言，田文昌律师提到：“审判中心主义的要义，是使庭审活动的作用由形式走向实质，消除审判活动走过场和审者不判、判者不审的弊端。实现这一目标的根本

前提就是确保审判活动的独立性。我国《宪法》第126条虽然规定：‘人民法院依照法律规定行使审判权，不受行政机关，社会团体和个人的干涉。’明确了法院审判权的独立性。但是，事实上，我国法治建设三十多年来，独立审判的这一宪法权力并未得到真正落实。多年来，以打击犯罪为中心的诉讼理念，侦查、公诉机关的强势地位，各种公权力的层层干预，使得审判机关经常处于左右为难、无所适从的尴尬境地。在这种境况中，审判机关既不可能有独立性，也不可能有权权威性，更不能确保其审判活动的客观公正性。其审判活动的重要性必然会遭到削弱甚至被虚化，

以至于在整个诉讼程序中不能发挥主导作用。这也是审判中心地位在我国长期无法实现甚至不被认可的深层原因。因此，审判中心主义的实现必以独立审判为前提。”

田文昌律师的演讲引发强烈反响，沈德咏当场高度肯定并代表法院表示感谢。研究会由最高人民法院常务副院长、中国审判理论研究会副会长李少平主持开幕式，最高人民法院审判委员会副部级专职委员杜万华出席并作主旨演讲。青海省委常委、政法委书记张光荣，青海高院院长董开军先后致辞。

荷兰人权研究所所长汤姆·茨瓦特到访我所

2015年9月17日，荷兰人权研究所所长、乌特勒支大学法学院教授汤姆·茨瓦特博士和乌特勒支大学在读博士乔聪睿以及安邦保险集团纪检监察室况意到访我所，我所李彬和褚轶进行了接洽。

汤姆·茨瓦特博士介绍了荷兰在人权保护和信息公开方面的最新进展，以及其最新参与的“替无辜者申述”项目；况意介绍了公安机关对在中国犯罪的外国人在侦查阶段的人权保护措施；我所李彬、褚轶就律师在司法活动中对人权保护肩负的责任，反腐形势下的人权保护问题进行了介绍。

与会方就上述议题交换了意见，进行了深入探讨，并就进一步加强相互交流，更好地保护人权达成了共识。



审判中心主义的实现与保障

■ 田文昌 徐莹 / 文

审判中心主义本是刑事司法活动的题中应有之义，然而，在曲折发展的法治环境之下，她却在风雨飘摇中姗姗来迟。今天，在法治化进程已经走过了30多年之后，我们终于迎来了这种迟来的回归。十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》确定了以审判为中心的诉讼制度改革方向，理清和明确了刑事诉讼程序的重心，使审判活动从形式回归向实质。下一步，如何在理念和制度层面上使审判中心主义得到切实贯彻，则成为我们需要思考的问题。

一、独立审判是实现审判中心主义的前提

审判中心主义的目标是司法公正，而公正司法的主体必有独立裁判权。

1、审判中心主义的集中体现是庭审中心

理论界通说认为，审判中心包含三个层级的含义：首先，在侦查、检察和审判的整个诉讼程序中，要以审判为整

个诉讼程序的核心；其次，在审判环节中，因为一审程序是针对全案证据的举证质证和事实认定，上诉审在我国一般情况下不是对一审的全部证据和事实进行重复性审理，是不完全的开庭审理。因此，就审判环节而言，一审程序是审判程序的中心；其三，在一审程序中，庭前会议等都是为了庭审而服务的。因此，又可以说，审判中心主义更集中地体现在一审程序的庭审环节之中。

2、审判中心主义以独立审判为前提

审判中心主义的要义，是使庭审活动的作用由形式走向实质，消除审判活动走过场和审者不判、判者不审的弊端。实现这一目标的根本前提就是确保审判活动的独立性。我国《宪法》第126条虽然规定：“人民法院依照法律规定行使审判权，不受行政机关，社会团体和个人的干涉。”明确了法院审判权的独立性。但是，事实上，我国法治建设三十多年来，独立审判的这一宪法权力并未得到真正落实。多年来，以打击犯罪为中心的诉讼理念，侦查、公诉机关的强势地位，各种公权力的层层干预，使得审判机关经常处于左右为难、无所适从的尴尬境地。在这种境况中，审判机关既不可能有独立性，也不可能有权权威性，更不能确保其审判活动的客观公正性。其审判活动的重要性必然会遭到削弱甚至被虚化，以至于在整个诉讼程序中不能发挥主导作用。这也是审判中心地位在我国长期无法实现甚至不被认可的深层原因。因此，审判中心主义的实现必以独立审判为前提。

3、独立审判的核心是法官独立

独立审判包括法院独立和法官独立两层含义。法院审判权的独立性，体现于司法机关不受其他社会公权力影响的体制性独立。法官审判权的独立，则是指在法院审判权之下的个案裁判权的独立行使。“是指法官享有全权审理和裁判案

田文昌律师简介



京都律师事务所创始人，原主任，现京都律师事务所名誉主任。中华全国律师协刑事业务委员会主任，西北政法大学刑事法律学院名誉院长，中国政法大学、北京大学、清华大学、社科院法学所等多所高校兼职教授。2002年被美国刑事辩护律师协会授予“终身荣誉会员”证书，2013年被评为“CCTV2013年度法治人物”。

件的权利，同时对自己的不正确或错误裁判承担完全责任的一种审判工作制度。”就法院独立与法官独立两者的关系而言，法院独立是法官独立的前提，法官独立则是独立审判的目标。

关于法院独立问题，虽然在法律和政策上已有明确规定，但实现起来仍然阻力重重。所以，能否排除这重重阻力，是实现法院独立审判的首要前提。而关于法官独立问题，形势则更为严峻。因为至今为止，人们对这个问题还没有形成广泛的共识，这又是迈向独立审判进程中一个更加不易破解的难题。

影响和制约独立审判的原因错综复杂。外部原因来自于法院以外的各种因素，包括公权力因素、舆论因素、利益因素等等，内部原因则来自于法院内部，主要体现为法院内部的权力配置。如：审判委员会和院长、庭长的职能配置关系。

然而，不容置疑的是，任何阻力都不足以成为阻碍独立审判的理由，而只有实现法官独立，才能真正将独立审判落到实处。否则，在审与判分离和责权不明的情况下，法院的独立审判将会成为一种没有内核的空壳而滑向歧途。简言之，独立审判只有将权力和责任落实到直接参与审判的作为自然人的某个具体法官身上时，才能体现出独立审判的实际价值。

由此可见，实现审判中心主义必以独立审判为前提，而法官独立则是独立审判中应有之意。因此，无论这个目标实现起来多么困难，我们都只能面对而别无选择。否则，庭审中心主义就会沦为空谈！

二、侦控审权力配置的合理化是实现审判中心主义的制度保障

审判中心主义的突出特征，是审判活动至高无上的权威性。除了宪法权之外，审判权不应受任何权力的干预。但

实现审判中心主义必以独立审判为前提，而法官独立则是独立审判中应有之意。因此，无论这个目标实现起来多么困难，我们都只能面对而别无选择。否则，庭审中心主义就会沦为空谈！

是，我国现行体制对司法机关的权力配置却无法体现审判活动的最高权威性，可以说存在结构性缺陷。

1、检察机关对审判活动的监督权限制了司法权的独立性

在我国现行立法框架中，检察机关不仅具有全面的法律监督职能，而且在庭审活动中还具有司法监督权。这种权力配置不仅有悖于审判中心主义的原则，也是在国际社会中所罕见的。检察机关的基本职能是指控犯罪，作为公诉机关的指控方同时享有对审判活动的监督权，就相当于同时具有了运动员与裁判员的双重角色。这种超越法官之上的特权，必然会使法官在审判活动中难以保持中立性。多年来，这种影响已经在司法实践中一再得到验证。因此，若要切实实现审判中心主义，就应当在机制设计上取消检察机关对审判活动的监督权。

根据诉讼活动的规律和国际社会中的通行做法，检察机关的监督权应当前移至侦查阶段，通过对侦查活动的指导和监督以确保侦查活动的合法性。我国目前对于检察机关监督权的配置方式，其客观效果有悖于审判中心主义而更符合侦查中心主义。

2、检察机关对职务犯罪案件的自侦权违反侦、控、审分离原则

在刑事诉讼中，侦查、起诉、审判三个机构相互制约，是维系诉讼程序公正性的重要原则之一。而形成这种制约关系的首要前提，是每个机构都具有完全的独立性。我国现行体制中，在检察机关设置对职务犯罪案件的自行侦查权，自侦与公诉虽然分属于检察机关内部的两个部门，但仍属于同一检察机关的内部机构，在同一个党委和检察委员会领导之下。在处理具体案件时，即使侦查部门与公诉部门发生分歧，也只能在检察机关内部协调解决。这种机制安排，违反

侦、控、审相分离原则，不可能在侦查与起诉之间形成有效的制约关系。

更尴尬的问题还在于，检察机关对职务犯罪的侦查权，也包括对法官犯罪的侦查权。于是，一方面检察机关可以监督法官的审判活动，另一方面，又可以侦查法官的职务犯罪，形成了对法官两面夹击的态势。实践中，当法官在个案中与公诉机关的意见相佐时，有时候就会因担心被调查而不得不迁就公诉机关的意见，甚至放弃公正原则，违反正当程序审理案件或者违心地作出判决。

任何理由都无法否认，处于这种境地中的法官是没有独立性和权威性可言的。

3、公、检、法三机关的权力配置需要进一步理顺关系

在我国提出依法治国的初期，一个重大的举措是调整了公、检、法三机关的权力配置，将检、法两个部门的级别提高了半格而高于公安机关，在权力配置上改变了此前公安机关一直居于高位的状况。这种改革的意义在于，它顺应刑事诉讼活动的规律和制约原则，在制度设计上可以形成公、检、法三机关层层把关的制约关系。这种对权力配置的设计，构建了我国刑事诉讼结构的制度性保障，在依法治国的战略性设计中具有标志性意义。但是，在十几年前，这种权力配置突然又恢复到文革前的状况，公安机关重新居于上位。

在一个国家中，警察权与司法权的上、下位关系，是其人治与法治相区别的体制性标志，二者权力谁大谁小，与该机构本身无关，而是与法治社会的整体结构有关。就刑事诉讼程序而言，侦查活动是第一个环节，审判活动是最后一个环节，在证据标准的要求上，从侦查到起诉，再到审判，每个阶段的标准也是越来越严格。这种由宽到严，相互制约和层层把关的诉讼结构是适应诉讼规律的要求而形成的，而最





审判应当是以法官为核心，控辩双方平等对抗，各司其职，从指控和辩护两方面进行证据的博弈。任何一方力量的不均衡，都会导致司法天平失衡，使审判失去实质意义。

后的把关者必须具有最高的权威性，不能本末倒置。在我国目前的司法实践中，之所以形成人们公认的一种现象：“公安做饭，检察端饭，法院吃饭，给什么就得吃什么。”其深层原因之一，就是由于三机关权力配置错位所致。

可以说，法治建设初期对于检、法两机关级别提升的改革是一种标志性的进步，而十几年前所发生的恢复原状的变化则是一种标志性的倒退，这种倒退在制度层面上形成了妨害审判中心主义实现的结构缺陷。

4、看守所的归属违反侦查与关押相分离原则

与侦、控关系相分离的原则一样，侦查与关押相分离也是刑事诉讼中不可违背的原则。多年来，关于看守所归属公安管辖问题在我国一直备受质疑，但这个问题至今未能解决。近几年，特别是2012年刑诉法修正案出台以后，公安部在看守所管理问题上采取了诸多改进措施，效果比较显著。尤其是在保障律师会见方面，效果更为突出。但是，在机制设计存在缺陷的情况下，这种改进仍然难以从根本上解决问题。例如，直至今日，还有个别的看守所公然违法拒绝律师会见，而这种情况竟然还会发生在审判阶段，其理由就是办案机关通知其不让会见。而办案机关之所以有此权力和影响，就是因为其与看守所同属于公安机关。

侦查与关押同属于公安机关管辖更大的弊端集中反映在非法取证问题上。目前在司法实践中，监所外提讯、提讯时间记载与实际讯问时间不一致、讯问的录音录像不完整、入监时体检记录不真实、利用同监室人员虐待嫌疑人等现象仍然存在。对于以上诸多非法取证手段之所以难以遏制和调查，其根本原因还是在于看守所与侦查部门属于同一个主管机关。在权力运用方面，相对于各自独立的不同机构之间的制约作用，任何一种人为的主观努力都是微不足道的。只要这些问题不能得到有效解决，排除非法证据就难以取得实

效，甚至会流于形式。相反，在国外通行的侦查与关押相分离的制度模式中，这种制约关系则变得简单而有效。因为在没有上下级所属关系和亲缘关系的情况下，两个独立机构各自所遵循的就只有法律而不是权力。

综上所述，以上四个方面的制度性缺陷已经是摆在审判中心主义面前的严重障碍，成为我们只能面对而无可回避的问题。这些问题如果不能合理解决，审判中心主义即使推行起来，也难以取得实效，或许会面临夭折的危险。

三、有效辩护是实现审判中心主义的需求

辩护因需求发生，没有需求的辩护反而会碍手碍脚。

1、侦查中心主义不需要律师

审判中心主义的概念，在西方法治国家的法律语言中无处可寻，英文表述中也没有关于审判中心的专门术语，只能说，这是中国法治化进程中的特殊产物。究其原因，是因为在我国长期以来的诉讼结构中，侦查程序具有强势地位，侦查、起诉和审判呈现以侦查为中心的线性关系。在侦查中心主义之下，侦查机关掌握着对案件事实和证据的全面性、实质性调查的权力，审判只是对侦查证据和事实的确认，失去实质意义。

一个正常的诉讼结构，应当是控辩审三方构造，控审分离、控辩对抗、审判中立。因此，在制度设计上，律师的辩护权集中体现在审判阶段，以实现和保障诉讼的平等对抗性。在侦查、起诉阶段虽然也赋予了律师会见权、阅卷权、调查取证权和向办案机关递交律师意见的权利，但是，因为没有第三方的中立裁判，律师与办案机关的对抗性受到极大的限制，律师的意见是否受到采纳完全由办案机关自己

决定，办案机关既当运动员又当裁判员。

侦查中心主义强调惩治犯罪和治罪效率，容易忽视人权保障。在侦查强权地位之下，正常的诉讼结构被打破，检察院审查起诉只是对侦查证据的形式化审查，法院审判对侦查证据也往往会全盘接受，难以出现否定侦查证据和事实的无罪判决。因此，对侦查证据和事实提出质疑的行为往往被否定，犯罪嫌疑人、被告人的辩解被当做拒不认罪，律师的辩护被视为替坏人说话。由于在侦查中心主义之下，事实上并不存在诉讼构造中真正的控辩平等对抗，法院审判缺乏实质性。所以辩护人发表意见往往成为一种形式上的点缀，而并不为办案机关真正需要。

2、权力干预下的司法审判排斥律师

领导批示、政府发函、红头文件等案外权力因素干预司法，在我国司法实践中长期存在，甚至早已形成无法自拔的怪圈：人们在反对权力干预司法的同时，又不得不去寻求另一种权力，形成了以干预反干预的恶性循环。究其原因，一是由于司法权不独立，司法机关对权力的干预没有防御力。二是由于对权力干预司法的行为没有惩治性规定，致使干预行为有恃无恐。三是由于权力寻租的机会成本过低，对于权力干预形成利益驱动。受到权力干预的司法审判丧失独立性，无法进行中立的裁判。而在丧失中立性的审判中，案件结果早有预判，律师怎么说，说什么，已经都不重要了。相反，律师说得越好，对事实和理由阐述得越清楚，辩论的越精彩，就越会增加审判的难度，使先入为主的判决陷入被动。因此，在权力干预导致司法不独立的法治环境下，审判排斥律师，将律师视为审判的绊脚石，某种意义上具有一定的必然性。因为它需要的是律师的配合和“表演”，而不是律师的实质性辩护。

2015年，中办、国办正式下发《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》，从记录、通报、追责三个环节对领导干部干预司法活动的行为

徐莹律师简介



2008年开始从事律师工作。执业以来，本着业务专业化的理念，主要办理各类疑难刑事案件，在刑事专业领域深入研究探索，最大限度维护当事人合法权益。

进行约束。规定提出，领导干部违法干预司法活动，可以给予纪律处分，构成犯罪的可以追究刑责。此规定在中国具有历史性意义，应当说，这是对独立司法的制度性推进。该规定能否落实，是能否实现独立司法的重要前提。

3、审判中心主义需要律师辩护

什么样的审判是一场实质性的审判？审判中心主义需要什么样的“审判”？

审判应当是以法官为核心，控辩双方平等对抗，各司其职，从指控和辩护两方面进行证据的博弈。任何一方力量的不均衡，都会导致司法天平失衡，使审判失去实质意义。民国时期著名学者朱采真曾说：“假使既经有了裁判制度，不管他是官僚裁判

或是国民裁判，怎样可以没有辩护制度呢？让检察官可以哼尔哈之地去攻击被告人么？让法官听凭检察官一面之词去自由心证么？因此所发生的种种不良结果，是要使得社会全体受着损害。”律师的有效辩护是实质性审判不可缺少的组成部分，是为了与公诉权进行抗衡，帮助法官兼听则明。没有律师的有效辩护，就不可能实现真正的审判中心主义。

事实上，律师辩护的目标与审判中心主义的目标是一致的，律师是通过对方证据提出质疑，提出被告人无罪或者罪轻的证据和观点，帮助法庭审查证据，辨明是非。如果没有律师的参与，法律的天平就难以扶正。因此，在一个审判活动真正具有实质性意义，而且法官责权分明的情况下，无论是出于对当事人负责还是对法律负责，抑或是对自己的名声和地位负责，法官为了得出经得起检验、不被追责的判决结果，都必须并且愿意充分听取和分析律师的辩护意见，而不会排斥律师的辩护只听控方一面之词。因此，在以审判为中心的庭审活动中，律师的辩护已成为为追求公正审判不可缺少的客观需求，而绝不会成为摆设，更不会受到排斥。因此，在任何一个成熟的法治社会中，律师都被公认为法官的朋友和助手，是法律职业共同体不可或缺的组成部分。而在我国近年来频频发生的辩审冲突的怪异现象，则从一个特定

的角度暴露了审判虚无主义的现实危害性。

四、完善规则是实现审判中心主义的基础

审判中心主义集中体现于法庭审理阶段，但是，迄今为止，我们的法庭审理状况却乱象丛生，并且冲突不断。虽然原因来自于多方面，但最直接的原因是缺乏规则。

例如，在确定开庭时间的问题上，控审之间商定开庭时间是必要条件，而对于辩方则成了选择性条件。实践中，虽然大多数法庭能够与辩护人商定开庭时间，但不乏有些法庭可以在辩护人时间冲突而无法到庭的情况下强行开庭。

多年来，这种情况居然会时常发生而无人重视。这种做法，首先是理念上对辩护权的藐视，但更重要的是缺乏规则。

凸显规则重要性更明显

的例子是律师过安检和被告人上庭穿囚服问题。多年来，这两个问题一直长期困扰着辩审双方，以至于时常成为引发双方争执的爆点。虽然其根本原因也是理念问题，但通过确立规则却很容易解决。目前，最高法院对此做出了明确规定，问题就解决了。

但是，除此之外，庭审过程中还有一系列问题没有解决。例如，被告人在法庭上能否有纸和笔并且为应对质证做记录？做出过证言的亲属事后能否旁听？法庭质证中控辩双方何时可以向对方提出反对意见？提出反对前是否要先经法官允许？举证质证时是以质证方发言为一轮的结束？还是以举证方的发言为一轮的结束？法庭质证中的一证一质一辩原则与法庭辩论时的总结陈词如何加以区别？对于控方未出示的案卷中已有的有利被告的证据辩方应否出示并经过当庭质证？作为公开审判内容的排除非法证据程序能否在庭前会议中进行？排除非法证据程序质证时相关证明主体，如被告人、证人是否必须到场，或是否不能在场？单次讯问的全程录音录像能否被解释为刑诉法规定的全程同步录音录像？法庭如何保障辩护律师的发言权以及在何种情况下可以打断或制止其发言？辩护律师在无法正常行使辩护权情况下有无退庭的权利？被告人庭审过程中有无与辩护人交流的权利？等等、等等。在刑事审判法庭上，这一系列疑问有些看起来似

乎是过于浅显甚至不值一提。然而，多年来这些问题却经常不断地发生在全国各地不同的法庭上，引起无休止的争议。

这些问题发生的根源出自于理念和水平，而直接原因还是缺乏科学而明确的规则。尤其在我国法治建设的历史尚短，经验不足的情况下，无论是对于控辩审任何一方，规则的作用都是非常重要的。在庭审中心主义的语境下，规则的意义就更加重大。

对于庭审中的问题，感受最深，了解最全面者莫过于律师，因为律师的执业范围遍及全国，有机会见识和感受到更多的庭审情况。前些年，全国律协刑事业务委员会曾经在

广泛调研的基础上，总结了全国各地刑事法庭上存在的问题，起草了一份《刑事案件庭审规则建议稿》，并以全国律师协会的名义提交了最高法院。虽然审判中心主要体现在法庭审理阶段，但是它并不仅仅局限于法庭审理阶段。所以，《庭审规则》只是其

中的一部分。若要保证审判中心主义的有效落实，则需要从侦查阶段开始，直到死刑复核阶段，逐步制定出一系列具有操作价值的具体规则。

无规矩不成方圆，任何一种成功的操作都离不开科学而完善的规则。法律本身就是一种规则，在法律实施的层面则需要更具体的规则。而在向法治化迈进的初级阶段，这种操作性规则的确立就更显得格外重要！

五、阳光司法是审判中心主义的必由之路

实现审判中心主义的前提是独立司法，而独立司法所引发的最大的担忧是如何保证司法的公正性。多年来，不支持独立司法的主要理由就是出自于对监督权的考量，于是，便形成了各种形式的众多的领导机构和监督机构。在法院的外部，有人大、政法委以及党政机关的各级领导；在法院内部，有审委会和院、庭两级领导。然而，如此复杂的监督手段却仍然收效甚微，这就必然引起人们对独立司法前景更深远的忧虑。这种忧虑很容易使人们对审判中心主义的推行疑虑重重，望而却步。

例如，一旦实现审判中心主义，法院的权力是否过大？

法官的权力由谁来约束？在多重监督，集体决策下还会发生冤假错案，合议庭和法官的独立判断是否会更不可靠？徇私舞弊，枉法裁判的现象是否会更加严重？如此等等。这一系列的困惑不仅会遭到全社会的质疑，而且还会引起作为操作主体的法官自身的不安。对于从来没有运用过独立审判权的法官来说，有些人不仅对自己缺乏自信，而且也不敢担负起相应的责任。可以说，审判中心主义在中国的提出和推行，足以引发起业内的一场震荡！因为人们的心理准备严重不足，因为更多的人还是停留在长期以来已经习以为常的惯性思维之中。

面对这些困惑，需要深思的问题是：多年来，我们虽然设计了名目繁多的监督机构，却唯独排斥了司法活动的公开性，连法律明文规定的公开审判都没有真正做到。由于缺乏透明度，无论是司法活动自身还是监督机制的运行，都离开了公众监督的视野。于是，一方面，会由于不透明而引发更多不必要的猜疑；另一方面，在暗箱操作中监督权也会发生变质。

事实上，司法公开是维护司法公正最有效的监督方式。以法治发达国家为例，不仅一切审判活动都公开进行，而且一切判词和相应资料都可以对全社会公开，媒体的评论更是淋漓尽致。美国前些年著名的辛普森涉嫌杀妻案和不久前发生的警察枪杀黑人案，尽管在全球引起轰动和责难，却无法撼动法院的判决。在那里既没有政法委也没有审委会，即使是法官个人也能够承受住暴风雨般的舆论压力，其重要原因之一就是审判活动的公开透明。相反，如果某一项判决确有问题或者在程序上出现失误，一旦暴露则无法逃避责难。

我国法律上虽然也明确规定了公开审判制度，但事实上有些案件的审理却并不公开。我们设置了很多监督机构，却不能有效地发挥监督作用。我们一方面在媒体面前顾虑重重，担心舆论影响审判；一方面又缺乏自信甚至会迁就舆论做出违心的判决。这一切现象，其实都集中反映了一个问题，没有认识到阳光下司法的重要性和必要性。

其实，与任何监督手段相比，公开性都是最有效的方式。一方面，在阳光下进行的活动，可以理直气壮地排除一切不必要的疑虑和猜测。另一方面，在阳光下进行的活动，可以防止暗箱操作中容易发生的徇私舞弊。

阳光下司法最有效的监督应该是媒体监督。首先，媒体监督是一种外部监督，与司法机关既无瓜葛也无利益交集，“不识庐山真面目，只缘身在此山中”，与内部监督相比，媒体监督具有旁观者清的优势。其次，媒体监督不受限制，

具有更自由的话语权。其三，媒体监督具有广泛性，其多种声音相互碰撞，可以避免舆论一律的误导。其四，媒体监督是防止暗箱操作最有效的方式，会使一切问题暴露在阳光之下。

但是，令人遗憾的是，媒体监督的重要作用目前却受到质疑和排斥。其中，怕见阳光，掩盖问题的理由显然不值一驳。然而，对于媒体监督的另一种担忧却值得认真分析，那就是舆论左右司法的问题。

媒体如水，既能载舟，也能覆舟。在很多问题上，成也媒体，败也媒体，这反映出媒体作为无冕之王可以兴风作浪的巨大力量。但是，由于媒体并不具有公权力性质而没有强制力，所以，认为媒体通过舆论左右司法的理由并不充分。

媒体监督司法的作用，主要体现在对司法活动的报道和评论。这些报道和评论虽然客观上可以影响社会舆论的导向，但是它并不能改变法律，更不能强制法院作出何种判决。如果司法机关顾忌媒体的监督作用，由于这种监督作用的存在而更加谨言慎行，本身就是媒体监督的意义所在。如果面对媒体的评论，司法机关检讨出自己的失误而作出修正，或者被其他部门发现而予以纠正，这正是媒体监督的成果所在。相反，如果媒体的报道失实或者评论不当，则司法机关完全可以坚守原则，依法独立行使司法权而不受舆论的影响。但有一个重要的前提，就是司法机关的一切活动都是公开、透明、在阳光下进行的。否则，司法机关就会由于无法证明自己的清白而陷于被动。

有观点认为，媒体的参与会误导舆论，左右司法，因而主张应当限制媒体对司法活动的报道和评论。这种观点的问题在于，限制媒体的负面作用会因噎废食，排斥了最重要的监督手段。司法机关的正确选择，应当是将自己的一切活动暴露在阳光之下，欢迎包括媒体在内的社会各界的全面监督。而恰恰是这种公开性，使得司法机关更有胆魄和自信地依法行事而免受舆论的干扰。

至于媒体自身的问题，当然也需要约束，违背事实的报道当然不应当允许，但其评论的自由则不应加以限制。

审判中心主义是对审判权的尊崇，同时，也是法院和法官权力的提升。然而，任何一种被提升的权力都需要更加有效的监督。古今中外的无数事实证明，只有暴露在阳光下的公开行为，才能得到最有效的监督。所以，应当说，审判中心主义需要在阳光下推行，或者说，阳光司法是实现审判中心主义的必由之路。





并购基金专项问题解析



【编者按】

并购基金是专注于对目标企业进行并购的基金。与其他类型的VC、PE对目标企业参股不控股的投资方式不同，并购基金往往意在获得目标企业控制权或者协助其他主导并购方获得目标企业控制权。因此，并购基金与普通VC、PE在投资对象选择、目标企业的控制权、投后管理、投资期限以及投资退出方式等方面均存在较大差异。

并购基金是我国VC、PE发展到一定阶段必然产物，目前实践远远走在理论研究的前面，业界急需并购基金法理和实践的研究成果。

有鉴于此，京都律师事务所金融部组建研究团队编写了《并购基金法理与案例精析》和《私募基金法律支持环境白皮书》两部作品，以弥补国内并购基金研究空白，为并购基金投资者、从业者以及并购企业提供参考和指引。

本专题是基于上述研究和金融部的业务实践经验，对国有企业并购、劳动问题、知识产权以及涉外税收等并购基金专项问题进行了探讨。

国有企业并购问题解析

■ 丛彦国 郁璇 / 文

国有企业并购重组中的法律问题主要体现在国家基于国有资产的特点，为避免国有资产流失，保障国有资产保值增值，对国有企业并购重组中发生的国有股权转让、国有资产转让进行监督管理。

一、概述

（一）国有企业及国有资产的概念

1、国有企业

狭义上，国有企业是指由中央或地方的一个财政主体或一个国有企事业单位所设立，利用全民所有的财产从事生产经营，适用《全民所有制工业企业法》的企业。广义上，国有企业是指企业的资本全部或部分属于国家所有，并为国家直接或间接控制的企业，除包括狭义上的国有企业外，还包括根据《公司法》设立的国有独资公司、国有控股公司。

2、国有资产

《企业国有资产法》规定，企业国有资产（简称国有资产）是指国家对企业以各种形式的出资所形成的权益。国家出资企业，是指国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。

（二）现有国有资产监管体系

根据《企业国有资产监督管理暂行条例》（国务院令2003年第378号），国有资产监督管理机构对企业国有资产的监督管理主要体现在下列几个方面：对企业负责人的管理，对企业重大事项的管理和对企业国有资产的管理和监督。

二、国有资产评估

（一）国有资产评估的适用范围

1、需要进行评估的情况

企业有下列行为之一的，应当对相关资产进行评估：整体或者部分改建为有限责任公司或者股份有限公司；以非货币资产对外投资；合并、分立、破产、解散；非上市公司国有股东股权比例变动；产权转让；资产转让、置换；整体资产或者部分资产租赁给非国有单位；以非货币资产偿还债

从彦国律师简介

京都律所金融部律师，南开大学在读博士研究生，执业范围涉及信托与投资基金、公司与证券、银行、投融资等。曾为大型资产管理公司、商业银行、担保中心、房地产企业、高校等高端客户提供专项法律服务，参与了并购基金、家族信托、离岸地金融、港口上市企业法律风险防控、金融租赁、私募基金法律支持环境、对外投资等项目的研发与实务操作。



务；资产涉讼；收购非国有单位的资产；接受非国有单位以非货币资产出资；接受非国有单位以非货币资产抵债；法律、行政法规规定的其他需要进行资产评估的事项。

同时，国有企业收购非国有资产、与非国有单位置换资产、接受非国有单位以实物资产偿还债务的，需要对相关非国有资产进行评估。

2、可以不进行评估的情况

企业有下列行为之一的，可以不对相关国有资产进行评估：经各级人民政府或其国有资产监督管理机构批准，对企业整体或者部分资产实施无偿划转；国有独资企业与其下属独资企业（事业单位）之间或其下属独资企业（事业单位）之间的合并、资产（产权）置换和无偿划转。

（二）资产评估对交易的影响

1、评估报告有效期对交易的影响

经核准或备案的资产评估结果使用有效期为自评估基准日起1年。据此，国有企业并购中设计的相关交易协议应于评估报告有效期内签署，并获得相关监管部门的批准（若有），相关交易行为也应于评估报告有效期内完成。否则，



将面临重新评估导致的时间成本及资产溢价对交易的影响。

2、评估结果对交易的影响

国有企业发生依法进行资产评估的经济行为时，应当以经核准或备案的资产评估结果为作价参考依据；当实际交易价格与评估结果相差10%以上时，应暂停交易，在获得经济行为批准机构同意后方可继续交易。

3、未评估或评估结果未备案对交易的影响

在国有企业并购中，如果国有企业未进行资产评估或未履行评估结果核准、备案手续的，最严重的法律后果为相关经济行为无效，但该无效需由国有资产监督管理机构依法向人民法院提起诉讼，由法院来判定。

实践中，特别是在上市项目中，对于历史上国有股权或国有资产转让未履行国有资产评估及备案手续的情况，需通过取得省级以上国有资产监督管理部门对相关交易有效性的确认来弥补这一瑕疵。

三、国有产权转让方式

（一）协议转让

对于国民经济关键行业、领域中对受让方有特殊要求的，企业实施资产重组中将企业国有产权转让给所属控股企业的国有产权转让，经省级以上国有资产监督管理机构批准后，可以采取协议转让方式转让国有产权。据此，企业国有产权中如果采用协议转让方式的，必须经省级以上国有资产监督管理机构批准，方为合法、有效。具体而言，按照转让方的隶属关系，中央企业由国务院国资委批准，地方企业由省级国资监管机构批准。采用直接协议转让的，转让后，国有企业仍应保持国有控股地位。在实践中，国有企业内部资产重组，转让方和受让方均为国有出资企业或其全资、绝对控股企业的，可考虑采用直接协议转让方式。

（二）通过产权交易机构公开转让

在完成内部决策与外部审批程序，并经过清产核资、

郁璇律师简介



郁璇律师主要从事金融相关的法律工作；2012年就职于天津国际矿业权交易所，主要从事法律合规和融资产品设计工作。

财务审计、资产评估等环节后，转让方应向符合条件的产权交易机构提出企业国有产权转让委托申请，将产权转让公告委托产权交易机构刊登在省级以上公开发行的经济或金融类报刊和产权交易机构的网站上，公开披露有关企业国有产权转让信息，广泛征集受让方。受让方为港、澳、台地区的法人、自然人或其他组织的，受让企业国有产权应当符合国务院公布的《指导外商投资方向规定》及其他有关规定。

经公开征集产生两个以上受让方时，转让方应当与产权交易机构协商，根据转让标的具体情况采取拍卖或招投标方式组织实施产权交易。成交后，转让方与受让方应签订产权转

让合同。经公开征集只产生一个受让方的，可以采取协议转让的方式。在签署产权交易合同前，如果其他股东未放弃行使优先购买权的，在确定受让方和交易条件后，转让方应在签署产权交易合同前，按《公司法》规定的程序，征求其他股东的意见。如果确定外商为受让方并签订产权交易合同，产权交易所将向转让方出具关于申报商务部门审批的通知书，由转让方取得商务部门关于股权转让的批复及核发的外商投资企业批准证书。

四、产权交易凭证及产权变更登记

（一）产权交易凭证

产权交易凭证是证明国有产权交易完成的标志。根据《北京产权交易所产权交易规则》的规定，受让方按照产权交易合同约定支付产权交易价款后，北交所向交易双方出具产权交易凭证。交易双方凭产权交易凭证，才可办理其他相关产权变更登记手续。

（二）产权变更登记

企业国有产权转让成交后，交易双方凭借产权交易机构出具的产权交易凭证，按交易具体情况，办理相关产权变更登记手续。具体包括国有资产产权变动登记、工商变更登记和无形资产变更登记。

并购项目中的劳动问题解析

严新雨 滕杰 / 文

劳动法律法规的一个突出特点就是地域性强，不同地区可能存在不同的操作口径和政策规定。因此并购项目的劳动问题，除了要遵守《劳动合同法》等国家层面的法律法规外，还应当关注并购所在地的当地政策，必要时还应就不明确的法律问题和标准咨询当地劳动部门。

一、资产并购中的劳动问题

（一）资产并购是否应履行民主程序

资产并购，特别是重大资产并购，是否属于《劳动合同法》所规定的“重大事项”，从而需要履行法定的民主程序，在实践中争议较大。

《劳动合同法》第四条规定，“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务”。上述民主程序，正如该条所述，是指“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定”。该条进一步要求，“在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者”。该条不仅规定了应当履行民主程序的八项规章制度及重大事项，还规定了应当履行

的法定程序。

一般认为，在目前相关法律机制尚不完善的情况下，就资产并购等重大交易事项实现《劳动合同法》所规定的民主程序，还有很长的路要走。但是为避免员工的激烈反对或发生群体性事件，并购双方在确保有关商业秘密得到保护的前提下，应积极邀请职工代表、工会部门，甚至劳动管理部门提早介入并购谈判。

（二）资产并购与“客观情况发生重大变化”

《劳动合同法》第四十条规定，“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的”，“用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者

者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同”。但是《劳动合同法》并未明确何为“客观情况发生重大变化”。《关于〈劳动法〉若干条文的说明》（劳办发[1994]289号）第二十六条对“客观情况”进行了解释，即发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转让等情形。此外，各地还可能对何为“客观情况”存在当地解释。因此，在依据该法定理由与员工解除劳动关系之前，并购方与目标企业应当向当地劳动部门咨询，以判断拟定的资产并购是否属于“客观情况”。

同时，尽管存在上述的“客观情况”，还必须达到致使原劳动合同无法继续履行的程度。

基于“客观情况发生重大变化”的法定理由解除劳动合同的，用人单位

严新雨律师简介



毕业于南开大学法学院毕业，获法律硕士学位。严律师的主要执业领域为：银行信托法律事务；企业新三板法律服务、中外资企业设立、变更、并购、清算等法律事务；融资租赁法律业务；企业内部法律风险控制；人力资源法律服务等企业日常法律事务等。



应当遵守下列程序：一是与员工就变更劳动合同进行必要的协商，且经过协商未达成协议；二是用人单位提前30日书面通知劳动者或额外支付劳动者一个月工资，该选择权在用人单位，员工无权干涉或要求；三是按照员工在本单位的工作年限，依法向员工支付法定经济补偿。

此外，根据《劳动合同法》第四十三条的规定，用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

二、股权并购中的劳动问题

（一）股权并购不影响劳动关系的继续履行

在股权并购交易中，目标企业本身作为用人单位的主体资格并没有发生变化，只是其登记注册事项发生了一定变更，例如股东和股东出资额、企业名称、法定代表人、企业所有制性质等。根据《劳动合同法》第三十三条的规定，用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。

对于国有企业而言，国有股东的变更实际涉及的是企业所有制的改变，即国有企业改制问题。当国有企业改制为非国有控股企业时，企业性质变更为非国有性质，在《劳动合同法》实施之前，一直盛行“国企改制买断工龄”的做法。而《劳动合同法》出台后的国企改制不需要解除劳动合同，更无须支付经济补偿金，只需要按劳动合同的约定继续履行。《广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》（粤高法发[2008]13号）第二十三条规定，“用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人，不影响劳动合同的履行，劳动者的工作年限应连续计算。劳动者要求解除劳动关系并由用人单位（投资人）支付经济补偿金的，不予支持。”

滕杰律师简介



执业范围为互联网金融、银行、信托、基金等法律服务领域。参与了某民营银行设立法律服务、某文化金融公司法律服务、某家族信托设立法律服务、非洲国家投资指南法律服务等项目，参与了多部著作的编写工作，并发表多篇研究成果。

（二）与工龄相关的劳动权益保护与并购方用工成本

股权并购中，劳动关系继续履行，这使目标企业员工的工龄将被连续计算。在劳动关系中，有诸多事项与工龄挂钩，例如医疗期、年休假、与员工签订无固定期限劳动合同的可能性以及经济补偿金等。因此在股权并购之前，需要将上述用工成本考虑在并购计划内。

三、并购后续事项

（一）离职手续

1、离职交接：《劳动合同法》第五十条规定，离职员工应当按照其与用人单位的约定，办理工作交接。《劳动合同法》还将经济补偿金的支付与工作交接联系起来，如果用人单位因劳动合同的解除或终止应当向员工支付经济补偿的，在办结工作交接时向员工支付。即用人单位与员工最初在签订劳动合同时可以将具体的工作交接条款放在其中。如果离职员工未能如约履行工作交接义务的，用人单位可以视工作交接未完成而暂时不支付经济补偿。

2、人事档案和社会保险关系转移：《劳动合同法》明确规定了用人单位的此项义务。用人单位应当在解除后终止劳动合同时出具解除或终止劳动合同的证明，并在15日内为离职员工办理档案和社会保险关系转移手续。用人单位违反规定未向劳动者出具解除或终止劳动合同书面证明的，将可能承担下列法律责任：一是行政责任；二是赔偿责任（例如劳动者因此未能及时足额享受失业保险待遇，或影响其重新就业）。

（二）外国人就业手续变更

并购完成后，如果涉及外国人的就业单位、就业区域发生变更的，并购企业应当依法申请变更或重新申请外国人就业许可并获得批准，用人单位应当在10日内到当地公安机关办理居留证件的变更手续。涉及与被聘用的外国人解除劳动关系的，用人单位应及时报劳动保障部门、公安部门备案，同时交还该外国人的就业证和居留证件，并到公安机关办理外国人出境手续。

并购中的知识产权解析

■ 余慧华 于川 / 文

在知识产权资产所占比重较大的并购交易中，经常会把知识产权与企业管理架构、财务状况等其他法律关系区分开来，作为一项独立的法律关系加以考察。

一、并购项目可能涉及的知识产权

当今国际上普遍认可的知识产权种类主要有：版权或著作权、邻接权、专利权、工业产权、商标专用权和商号权、科学发现权、集成电路布图设计专有权、地理标志权、商业秘密权、反不正当竞争权，此外还有动物新品种权、域名权等。

在我国，专利和工业设计以专利的形式来保护，商标专用权和地理标志权以商标的形式来保护，著作权和邻接权以著作权的形式来保护，而商业秘密权、商号权和域名权则被纳入反不正当竞争权范畴来保护。目前我国与知识产权保护有关的专门法律法规主要有：《专利法》、《商标法》、《著作权法》、《反不正当竞争法》、《集成电路布图设计保护条例》（国务院令2001年第300号）、《植物新品种保护条例》（国务院令2013年第635号）等。

二、知识产权权利转移的法定要求和程序

（一）专利权或专利申请权的转移

基于合同关系转移专利权或专利申请权的行为，在我国《专利法》中被称为专利权或专利申请权的转让行为。《专利法》第十条规定，“转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效”。根据上述规定吗，如果并购交易双方仅仅签订了书面的专利权或专利申请权转让协议而未向专利

局办理相关的转让登记手续，则收购方不能真正获得相应的专利权资产。一旦目标公司又与善意第三人签订专利权或专利申请权转让合同并向专利局办理相关的转让手续，该第三人可以依法取得相关专利权或专利申请权，收购方只能追究目标公司的违约责任，而不能直接对相关专利或专利申请主张权利。

如果资产并购项目涉及国外企业与国内企业之间的专利权或专利申请权的转让，则这种转让被视为技术进出口，要符合《技术进出口管理条例》（国务院令2001年第331号）。对于因公司合并而发生的专利权或专利申请权转移，新设公司或存续公司需要根据《专利法实施细则》（国务院令2010年第569号）第十四条的规定，在完成合并后凭工商部门出具的公司合并证明文件向专利局办理权利转移手续。

专利权或专利申请权转让手续一般可由受让方或其委托的专利代理机构办理。由于公司合并导致的专利权或专利申请权转移则可由新设公司（或存续公司）或其委托的专利代理机构办理。

（二）商标专用权的转移

对于基于合同关系发生的注册商标专用权转移，即注册商标权的转让，《商标法》第四十二条规定，“转让注册商标的，转让人和受让人应当签订转让协议，并共同向商标局提出申请。受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。转让注册商标的，商标注册人对其在同一种商品上注册的近似的商标，或者在类似商品上注册的相同或者近似的商标，应当一并转让。对容易导致混淆或者有其他不良影响的转让，商标局不予核准，书面通知申请人并说明理由。转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权”。

对于因公司合并转移注册商标专用权的情况，接受相关注册商标专用权的新设公司（存续公司）应根据《商标法实施条例》（国务院令2014年第651号）第三十二条的规定，



凭工商行政管理部门出具的公司合并证明到商标局办理注册商标专用权转移手续。

尽管法律规定了商标专用权转让需要双方共同申请，但转让的具体手续可由受让方或其委托的商标代理机构办理。因公司合并而发生商标专用权转移的，商标专用权转移的手续可由新设公司（存续公司）或其委托的商标代理机构办理。

（三）著作权的转移

《著作权法》第二十五条规定，著作权中的财产权转让应当订立书面合同。根据《著作权法实施条例》（国务院令2013年第633号）第二十五条的规定，著作权转让合同可以向著作权行政管理部门备案。这表明著作权中财产权的转让并不需要登记生效，只要双方签订的转让合同所规定的转让条件满足，著作权即发生转移。在签订著作权转让协议时，需要注意写明转让的权利有哪些，不要遗漏重要的权利类型。

在实践中，由于登记并非作者享有著作权的必要条件，目标公司可能既拥有经过登记的作品，也可能拥有未经登记的作品。对于已进行著作权登记的作品，如果收购方或新设公司（存续公司）不就这些著作权的转移情况进行登记，可能出现公众无法了解权利主体变化进而导致新的权利人难以顺利行使权利的情况，因此最好向原登记机构进行权利转移登记。而对于未经登记的作品，特别是一些重要的作品，建议收购方或新设公司（存续公司）也向登记机构办理著作权转移登记手续。

（四）布图设计专有权的转移

根据《集成电路布图设计保护条例》第二十二条的规定，集成电路布图设计专有权转让应当订立书面合同，并向国务院知识产权行政部门登记，集成电路布图设计专有权的转让自登记之日起生效。在实际操作中，可以由受让人或新设公司（存续公司）或其委托的专利代理机构向专利局布图

余慧华律师



西北政法学院法学硕士，天津大学法学院讲师，金融业务资深律师。承担和参与了多项国家级和省部级课题研究工作，长期从事银行法与信托法的研究工作，同时为国内商业银行及信托公司提供理财业务法律服务，专长于银行及票据业务。

设计登记部门办理转移手续。布图设计专有权的转移手续与专利权相似，可参考专利权转让。

（五）商业秘密权的转移

中国目前尚无法律规定商业秘密的转移条件，一般认为商业秘密的转移可以依照合同法的相关原则来确定商业秘密转移的效力。在实践中，交易双方一般会根据知识产权尽职调查所查明的商业秘密载体种类、数量来规定与商业秘密有关的资料移交和技术支持事宜，并设定商业秘密转移生效的条件。当转让协议所设定的转移条件成就时，可以认为相关商业秘密的转移生效。

如果并购项目涉及国外企业与国内企业之间的技术秘密的转让，会涉及技术进出口的问题，也需符合《技术进出口管理条例》的相关规定。国内公司需要取得国务院商务主管部门的技术进出口许可（适用于限制进出口的技术）或者技术进出口合同备案证明（适用于自由进出口的技术），否则无法办理外汇、银行、税务、海关等相关手续。

（六）其他知识产权的转移

对于由中国互联网络信息中心负责管理的CN域名和中文域名，已注册域名的出让人应当按照中国互联网络信息中心于2012年5月28日发布并于2012年5月29日实施的《中国互联网络信息中心域名注册实施细则》的规定，向域名注册服务机构提交域名转让申请，经域名注册服务机构核准后，由域名注册服务机构予以变更运行。

对于植物新品种的转让，《植物新品种保护条例》规定，植物新品种的申请权和品种权可以依法转让。中国的单位或者个人就其在国内培育的植物新品种向外国人转让申请权或者品种权的，应当经审批机关批准。国有单位在国内转让申请权或者品种权的，应当按照国家有关规定报经有关行政主管部门批准。转让申请权或者品种权的，当事人应当订立书面合同，并向审批机关登记，由审批机关予以公告。

涉外私募基金税收法律环境与风险防范

■ 高慧云 / 文

一、涉外并购基金的税收法律环境

在涉外并购基金中，法律环境不仅要考虑境外地的税收，更重要的是要看中国对涉外并购基金注册地的反避税措施。

（一）对关联交易的反避税措施

对关联交易的反避税，国家税务总局主要依据国税发【2009】2号《特别纳税调整实施办法（试行）》进行。该办法涉及的内容包括：关联申报、同期资料管理、转让定价方法、转让定价调整及调查、预约定价安排管理、成本分摊协议管理、受控外国企业管理、资本弱化管理、一般反避税管理、相应调整及国际磋商、法律责任等。该办法对企业的关联交易影响很大。

（二）对境外转让股权的反避税措施

境外间接转让中国企业股权是规避中国税收的有效手段之一。但国税函2009年698号文《国家税务总局关于加强

非居民企业股权转让所得企业所得税管理的通知》明确规定，境外投资方（实际控制方）间接转让中国居民企业股权，如果被转让的境外控股公司所在国（地区）实际税负低于12.5%或者对其居民境外所得不征所得税的，应自股权转让合同签订之日起30日内，向被转让股权的中国居民企业所在地主管税务机关提供资料。境外投资方（实际控制方）通过滥用组织形式等安排间接转让中国居民企业股权，且不具有合理的商业目的，规避企业所得税纳税义务的，主管税务机关层报税务总局审核后可以按照经济实质对该股权转让交易重新定性，否定被用作税收安排的境外控股公司的存在。

（三）全球情报交换的协议

目前中国国家税务总局在陆续与BVI、开曼等避税港签订关于税收情报交换的协议，2013年8月27日又签署了《多边税收征管互助公约》（尚未生效）。中国税务机关与全球共同协作进行反避税。

表5-8 我国签署的税收情报交换协定一览表

序号 Serial No.	国家或地区 Jurisdiction	签署日期 Signed on	生效日期 Effective from	执行日期 Applicable since
1	巴哈马 Bahamas	2009-12-01	2010-08-28	2010-08-28
2	英属维尔京 the British Virgin Islands	2009-12-07	2010-12-30	2010-12-30
3	马恩岛 the Isle of Man	2010-10-26	2011-08-14	2011-08-14
4	根西 Guernsey	2010-10-27	2011-08-17	2012-01-01
5	泽西 Jersey	2010-10-29	2011-11-10	2011-11-10
6	百慕大 Bermuda	2010-12-02	2011-12-31	2011-12-31
7	阿根廷 Argentina	2010-12-13	2011-09-16	2011-09-16
8	开曼 Cayman	2011-09-26	2012-11-15	2012-11-15
9	圣马力诺 San Marino	2012-07-09	2013-04-30	2013-04-30
10	列支敦士登 Liechtenstein	2014-01-27	2014-08-02	2015-01-01

资料来源：2015年9月1日国家税务总局网站



二、现有法律环境存在的税收风险及其控制

(一) 涉外并购基金红筹架构的税收风险及其控制

以典型涉外并购基金的典型架构——红筹架构协议控制(图1)为例说明现有法律环境中存在的税收风险。

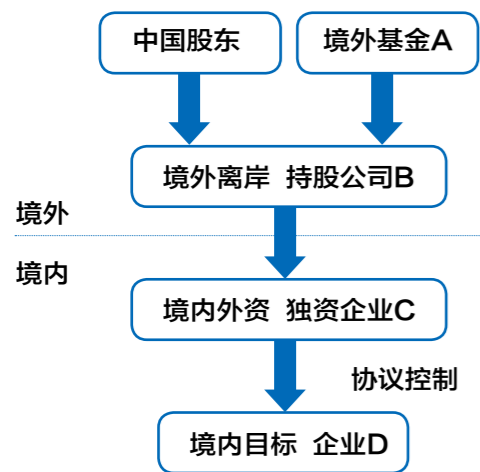


图1 红筹架构协议控制架构图

1、境外公司B从中国被投资企业C取得的股息、红利、利息的税收

一般情况下，境外公司从中国企业分回的股息红利需要缴纳最多10%的预提所得税(具体比率依据税收协定)：应纳所得税额=股息红利金额×10%；

但如果境外公司B委派人员到中国境内管理事务时间超过6个月或12个月(具体期限依据双边税收协定)，则对股息红利按照中国所得税计算方法计算：以所得的25%税率计算。股息红利金额×40%或30%(核定的利润率)×25%，税负率约10%。

从实际计算看，如果税收协定有更低的税率，则第一种算法：应纳所得税额=股息红利金额×n%更合适。

2、境外公司B转让中国被投资企业C的股权收入的税收

如果股权受让人是中国居民企业，则B需缴纳最多10%的预提所得税(具体比率依据税收协定)：应纳税额=股息红利金额×10%。如果构成常设机构，则需按照中国25%的税率计算企业所得税。

3、协议控制的税收风险

通过签订协议的方式来控制目标企业是红筹架构协议

控制的典型特点。根据国税发【2009】2号《特别纳税调整实施办法(试行)》第九条的规定，协议控制的企业之间也属于关联企业，需要进行关联交易申报。通过协议控制转移利润目前也成为税务机关反避税的重点。2013年初，成都市某区国税局在办理对外支付税务证明工作中，发现辖区内某外资经销商(以下简称A公司)持续向注册于英属维尔京群岛(BVI)的一家关联公司(以下简称B公司)支付大额特许权使用费，总计近1亿元人民币。该案成为成都最大商标使用费反避税案，最后补税达2300余万。因此协议控制的最大风险就是在转移定价过程中的反避税风险。

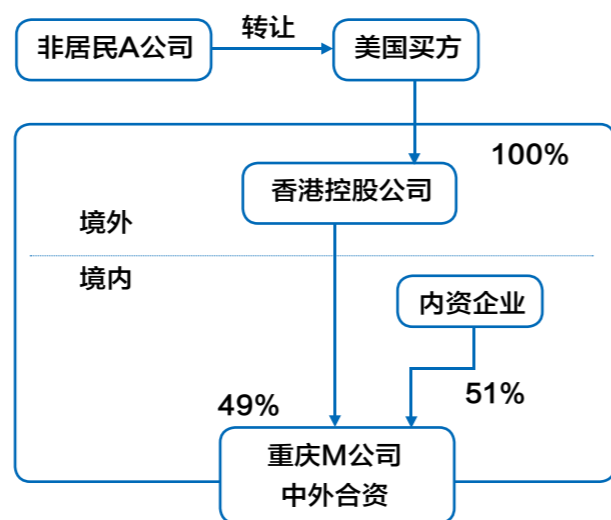
4、协议控制的税收风险防范

通过协议控制从税收上来说说是合理的，但要注意协议控制的协议内容和价格要符合商业规则，并注意按照《企业会计准则第36号——关联方披露(2006)》的要求进行关联方披露，这样就可以避免税务机关的纳税调整。

(二) 涉外并购基金间接股权转让的税收风险及其防范

1、关于境外间接股权转让的税收风险

以一江都国税局查出的间接股权转让为例：2007年，一家知名的美国投资基金A(非居民投资方)通过其在香港的全资子公司收购某中国境内内资企业49%的股权，并与该被收购企业的控股内资企业组成一家中外合资企业。2009年初，江都国税局在对合资企业进行的例行税务管理中获悉，其非居民投资方意欲通过间接转让的形式出让该合资企业中的股权。江都国税局将此情况及时向上级主管税务局及国税总局反映。2010年1月，非居民投资方通过出让其香港



的中间控股公司的股权，间接转让了境内合资企业的股权。如图2所示。

税务机关随即展开两项调查：

(1) 股权转让协议及其它相关文件显示，被出让的香港中间控股公司是一家“无雇员、无其它资产(除了对境内合资企业的投资)和负债；无其它投资；无其它经营业务”的公司。由此判定：被转让的香港中间控股公司是一家不具有实质的特殊目的公司，出让该公司的目的是为了逃避中国税负。(2) 江都国税局从交易中的美国购买方公司网站上看到一则有关其成功收购中国境内合资企业股份的公告。该公告详尽介绍了被收购的合资企业的情况，却只字未提在交易中被收购的香港中间控股公司。由此判定：美国购买方收购香港中间控股公司仅仅是形式，而交易实质是为了收购中国境内合资企业49%的股权。因此，在征询了上级主管税务局及国税总局的意见后得到国税总局的同意，江都国税局判定该股权转让所得来源于中国，应缴纳预提所得税。经过数次谈判后，非居民投资方同意申报中国所得税，并于2010年5月缴纳了1.73亿元人民币(约合2500万美金)的税款。

税务机关要求缴税的法律依据是：2009年国税总局颁布的国税函〔2009〕698号文(以下简称“698号文”)，明确了非居民企业间接股权转让所得的税务问题。“698号文”出台5年之后，国家税务总局于2015年2月3日发布了《国家税务总局关于非居民企业间接转让财产企业所得税若干问题的公告》(国家税务总局公告2015年第7号，以下简称“7号公告”)，取代了698号文第五条和第六条关于间接股权转让的规定。根据698号文和7号公告的规定，境外投资方(实际控制方)通过滥用组织形式等安排间接转让中国居民企业股权，且不具有合理的商业目的，规避企业所得税纳税义务的，主管税务机关层报税务总局审核后可以按照经济实质对该股权转让交易重新定性，否定被用作税收安排的境外控股公司的存在。

高慧云律师



金融部 财税律师

执业领域：基金、信托、资产管理、经济诉讼等方向的涉税业务。高慧云律师，税法教授，经济法专业硕士，曾赴澳大利亚、新加坡、德国、英国访问和进修。为中信银行、信托投资公司、各类基金提供并购、上市、融资等税务和相关法律支持，为企业离岸金融架构提供国际税收支持，擅长投资移民、家族信托的海外税收筹划，为全国各地的财务人员提供税法公开课和税收筹划服务，承担北京航天信息股份有限公司、中信银行等十多家企业的税务法律顾问。

2、股权间接转让的税收风险防范

由上述江都案例我们可以得出，要有效防范税收风险，核心是合理的商业目的。“商业目的”及“实质”是中国税务机关判定是否要引用一般反避税规定的最重要的两个因素。间接转让中国应税财产同时符合以下条件的，应认定为具有合理商业目的：

(1) 交易双方的股权关系具有下列情形之一：

- ① 股权转让方直接或间接拥有股权受让方80%以上的股权；
- ② 股权受让方直接或间接拥有股权转让方80%以上的股权；
- ③ 股权转让方和股权受让方被同一方直接或间接拥有80%以上的股权。

境外企业股权50%以上(不含50%)价值直接或间接来自于中国境内不动产的，本条第(一)项第1、2、3目的持股比例应为100%。上述间接拥有的股权按照持股链中各企业的持股比例乘积计算。

(2) 本次间接转让交易后可能再次发生的间接转让交易相比在未发生本次间接转让交易情况下的相同或类似间接转让交易，其中国所得税负担不会减少。

(3) 股权受让方全部以本企业或与其具有控股关系的企业的股权(不含上市企业股权)支付股权交易对价。

综上所述，目前中国在积极关注在海外注册的公司，尤其是在避税港注册的公司，不仅运用国内法在进行国际间的反避税，而且运用全球情报交换协议、多边税收征管互助公约、与美国签订《海外账户纳税法案》(FATCA)合作协议等方式，收集设在世界各地与中国相关的股东和关联企业信息，因此全球性的反避税在逐渐收紧，BVI、开曼等知名避税港的避税优势将越来越小，因此海外并购基金架构需要认真设计，关注合理商业目的，以适应我国当前的税收环境。



中韩FTA贸易投资研讨会在京成功举办



中韩两国是友好邻邦，近年来经贸合作发展迅速。目前，我国是韩国最大贸易伙伴、最大出口市场和进口来源国；韩国是我国第三大贸易伙伴。中韩自贸协定于今年六月初正式签署，成为我国迄今为止涉及国别贸易额最大、领域范围最为全面的自贸协定。中韩自贸协定的签署为两国乃至欧亚大陆经济合作提供了众多契机。

2015年9月16日，由中国国际商会、韩国贸易协会、京都律师事务所联合主办的中韩FTA贸易投资研讨会在北京中国贸促会大礼堂召开。韩国大使馆商务参赞李镐俊、韩国贸易协会北京代表处首席代表崔容敏以及来自国务院发展

研究中心、华为技术有限公司等中韩FTA领域专家、学者和商界代表齐聚一堂，就协定政策进行深度解读，并围绕“中韩FTA”为扩大两国经济合作带来的新机遇展开了研讨。

**研讨会
由中国国际商会合作发展部
韩梅青部长致
欢迎辞。**韩梅青部

长提到，在日常与企业交流中，我们发现，中国企业对于中韩自贸协定政策熟悉程度有限，尤其是对其带来的利益、机遇和优惠政策缺乏了解。作为国家级商协会，中国国际商会肩负着推动经



济发展和国际经贸合作与交流的社会责任。同时，也承担着推动企业更好利用两国自贸协定的责任和义务。这也是我们举办此次研讨会的初衷。中国国际商会一直致力于加强推动中韩两国企业的务实合作，并承接中韩商务理事会秘书处的具体工作。通过与韩国驻华大使馆商务处、韩国贸易协会等机构的紧密合作，商会希望充分发挥自身服务企业、促进交流、扩大合作的作用，为两国企业提供贸易投资机会和中韩FTA服务，搭建两国工商界磋商交流平台，为企业常态化服务。希望通过此次研讨会，进一步增进中国企业对中韩自贸协定相关政策内容和重要意义的深入理解，使更多企业分享贸易便利化带来的

成果。

**韩国大使馆
商务参赞李镐俊**
针对研讨会主题“FTA时代，中韩经济合作的新变化和



新机遇”发表了演讲。李镐俊先生提到，本次研讨会是继9月2日朴槿惠总统和习近平主席首脑会谈后，两国机关首次共同举办的韩中FTA研讨会。韩中自由贸易协定的签订，大大提高了两国提出的新国家发展战略成功的可能性。韩中自由贸易协定既是两国解决所面临困难和挑战的起始点，也是刺激两国经济市场，实现两国经济及产业发展的质的飞跃的战略选择。通过韩中自由贸易协定，世界最大消费市场将成为韩国新的内需市场。通过本次协定，将之前以贸易和投资为中心的合作领域扩大到金融、服务贸易、电子商务等多个方面合作，谋求新的成长机会。中国，则通过首次与贸易规模较大的国家签订自由贸易协定，将强化制造业的竞争力、在扩大全球市场占有率上占据有利的地位。而且，在知识产权保护、竞争政策、环境等新的领域上树立世界级标准，实现经济模式纪律制度的重建。期待各位专家和企业家在研讨会上自由交换意见，提出运用韩中自由贸易协定推进两国经济合作的建设性意见。

韩国贸易协会北京代表处首席代表崔容敏在讲话中强调FTA能够消除关税和非关税壁垒，不仅会给企业带来利润，也会给老百姓带来实



惠，这是FTA最根本的目的。但企业必须主动提出申请，且产品符合优惠目录和原产地标准，才能获得关税优惠。

国务院发展研究中心对外经济研究部主任研究员许宏强博士发表了“建立中韩自贸区的经济影响”的主题演讲。许宏强博士称此次自贸协定内容实现了“高水平、全面、利用大体平衡”等标准，并且，中韩贸易协定是中国迄今为止签署的自由



贸易和投资谈判、首次将双方关注的重点合作领域设立合作条款、“第一”个东北亚地区自贸协定。中韩自贸协定的签署和实施，将在中韩之间形成一个人口高达13.5亿、GDP高达11万亿美元的共同市场，将对两国和区域经济发展产生多重共赢效应。中韩自贸协定为两国企业创造了更大的市场，奠定了更好的竞争制度基础，企业界要发挥自己的创新和追求卓越的精神，充分利用好这个自贸协定，发现和把握机会获得国际商业的成功

华为技术有限公司韩国分公司主管CHUANG WAN SOOK从华为的发展历史讲起，现华为已在竞争激烈的韩国信息和通信技术市场中开拓了自己的市场。



她提到华为在韩国消除客户对中国产品的偏见并占据市场归功于华为在海外投资发展的过程中，注重技术研发的开拓、与本地合作伙伴的持续不断的沟通、与本地协作企业携手发展谋求共赢等方面。FTA协议，有利于更多的中国的企业进军韩国市场，有利于改变韩国市场对中国企业的偏见，提高中国企业在韩国市场的地位。

京都律师事务所韩国业务负责人金燕律师就中韩自贸协定的生效将给中国企业对韩投资带来新的机遇和模式进行了讲解。金燕律师介绍，在商品生产方面，中国企业可以利用中韩自贸协定的零关税政策，将中国的原材料出口到韩国，在韩国进行一定加工后作为韩国原产地产品出口到与韩国签署自贸协定的国家，包括中国。这种模式不仅在关税、物流等方面节省



成本，还可以避开对中国产品的贸易壁垒。在服务贸易方面，旅游、运输、建筑、通信、金融上有更大的开放幅度，给对韩投资创造了有利的机会。同时金燕律师也强调了投资韩国的法律风险，提醒投资者要事先做好法律法规及投资环境的调查，遵守当地法律法规和劳动法规，并充分利用中韩自贸协定和中国加入的投资保障机制，为投资成功打好基础。

此次研讨会内容丰富实用，各位专家和企业交流踊跃，现场气氛非常热烈，提出了很多运用韩中自由贸易协定推进两国合作的建设性意见，对两国贸易发展产生了一定的积极作用。





中韩自贸协定和对韩投资机遇

■金燕 / 文

前言

2015年6月1日，中国商务部部长高虎城代表中国政府与韩国通商产业部长官尹相直在韩国首尔正式签署了中韩自贸协定。中韩自贸协定是截至目前我国对外商谈的涉及国别贸易额最大的自贸协定。国家主席习近平和韩国总统朴槿惠指出，中韩自贸协定在两国关系中具有里程碑意义，对亚洲发展繁荣和全球经济复兴都将起到重要作用。随着中韩自贸协定的正式生效，未来5年中韩贸易规模将达到4000亿美元，利用自贸协定的有利地位的双边投资也会日益增加。因此了解如何利用中韩自贸协定带来的机遇并有效进行投资显得尤为重要。

一、中韩自贸协定释义

1. 定义

自由贸易协定，即英文Free Trade Agreement，是两国或多国间具有法律约束力的契约，目的在于促进经济一体化，其目标之一是消除贸易壁垒，允许产品与服务在国家间自由流动。这里所指的贸易壁垒可能是关税，也可能是繁杂的规则等等。

2. 中韩自贸协定签署过程

中韩自贸协定从2004年9月份开始进入产官学研究可行性阶段，到了2010年开始进入协商阶段，2012年开

金燕律师简介



京都律师事务所合伙人
金燕律师毕业于中国政法大学后赴韩在梨花女子大学和明知大学分别攻读法学硕士和法学博士。2000年开始执业以来结合国内法律和在韩国留学和工作的经验为在中国投资的企业和个人提供有关外商投资、企业法务、中国企业对外投资的法律服务。

始进行谈判，直至2015年6月1日正式签署了协定。预计通过双方国家的内部审批程序，将于今年年底正式生效。

3. 主要内容

中韩自贸协定是我国迄今为止对外签署的覆盖议题范围最广、涉及国别贸易额最大的自贸协定，对中韩双方而言是一个互利、双赢的协定，实现了“利益大体平衡、全面、高水平”的目标。

中韩自贸协定除序言外共22个章

节，包括初始条款和定义、国民待遇和货物市场准入、原产地规则和原产地实施程序、海关程序和贸易便利化、卫生与植物卫生措施、技术性贸易壁垒、贸易救济、服务贸易、金融服务、电信、自然人移动、投资、电子商务、竞争、知识产权、环境与贸易、经济合作、透明度、机构条款、争端解决、例外、最终条款。此外，《协定》还包括货物贸易关税减让表、服务贸易具体承诺表等18个附件。

二、中韩自贸协定对两国的影响

1. 意义

据中国海关统计，2014年，中国和韩国双边贸易总额为2895亿美元，同比增长5.9%。其中，中国对韩国出口总额为1003.4亿美元，同比增长10.1%；对韩国进口总额为1901.5亿美元，同比增长3.9%。自2014年起，中国成为韩国的第一大贸易伙伴，占据韩国对外贸易的20%。而韩国也是中国的第三大贸易伙伴。中韩自贸协定将扩大两国市场，刺激本来就活跃的双边贸易，促进中韩两国企业的合作，增加进出口商品种类和范围，重组过热的竞争行业，为工业领域的研发和其他形式的合作提供动力。同时，中韩自贸协定也开创了几个第一：我国第一次在对外签署的自贸协定中承诺未来将采用准入前

国民待遇和负面清单模式开展服务贸易和投资谈判，第一次纳入电子商务等新议题，第一次涉及地方经济合作。

中韩自贸协定的重要意义主要体现在三个方面：

一是将推动中韩两国经贸关系迈上新台阶。中韩两国地理相邻、经济互补性强，发展经贸合作具有得天独厚的有利条件和巨大潜力。建立中韩自贸区后，两国间商业活动和经贸往来会更加自由、便利和规范，这将成为两国进一步发挥经贸合作潜力的重要契机，推动中韩经贸关系实现更大飞跃。

二是将促进中韩经济和产业链的全面融合。中韩自贸区的建立将使两国企业享受到更低的关税，拥有更大的共同市场。更重要的是，两国间贸易壁垒的取消和降低将促进两国经济和产业链的全面融合，从而充分利用各自优势，共同提升在全球市场的竞争力，携手向全球价值链的更高端迈进，在互利共赢的基础上实现共同发展。

三是将推进区域经济一体化实现新发展。中韩自贸区作为整个东北亚地区的第一个自贸区，为推进中日韩自贸区、《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）乃至未来亚太自贸区，走出了重要一步，将对加快东亚和亚太区域经济一体化进程产生积极的示范效应。同时，中韩自贸区也是中国“一带一路”战略和韩国“欧亚倡议”构想的重要连接点，对两国携手推动“一带一路”建设

随着中韩自贸协定的正式生效，未来5年中韩贸易规模将达到4000亿美元，利用自贸协定的有利地位的双边投资也会日益增加。

和欧亚大陆经济融合具有重要的推动作用。

2. 贸易方面

从总体开放水平看，中韩双方绝大多数产品和贸易将实现零关税。经过最长20年过渡期后，中国91%的产品将对韩国实现零关税，这些产品覆盖中国自韩国进口总额的85%；如再加上部分降税产品，中方参与降税的产品将达到92%，覆盖中国自韩国进口总额的91%。同时，韩国92%的产品将对中国实现零关税，这些产品覆盖2012年韩国自中国进口总额的91%；如再加上部分降税和关税配额等产品，韩方参与降税的产品将达到93%，覆盖韩国自中国进口总额的95%。

中韩自贸协定生效后，中韩两国将分别有1649种和6108种商品的进口关税立即减免，当年零关税商品分别达到691种和1983种。中国与韩国的经济贸易、人员往来、交通出行、文化交流都将有一个质的飞跃。

3. 服务贸易方面

中韩两国服务贸易目前主要集中在旅游、运输、通信、金融和事业服务上，其中旅游和通信占据主导地位。根据统计资料，2000年韩国赴中国入境游人数为134.47万人次，而2014年该数据达到418.17万人次，增长超过3倍，同样中国赴韩国入境游人数也是屡创新高。中韩自贸协定的签署，对于两国游客来说，不仅降低了旅游费用而

且也使得往来交通更加便捷，所以中韩自贸区对两国服务贸易中的旅游业发展会起到巨大推动作用，与之相关的运输和通信行业同样会面临快速增长。与货物贸易一样，中韩自贸协定生效以后，两国服务贸易之间的贸易壁垒也会逐渐减低或取消。除此之外，此次中韩两国自贸协定对人才和劳动力市场开放问题也做出了解决。在未来，人力资源丰富的中国很有可能对韩国进行专门人才输出，这对于中国将来解决就业问题会是一个有效途径。

本次的服务贸易以正面清单的方式明确了服务贸易减让项目，对于韩国市场，将对速递业、建筑服务业、保险金融等领域进行了进一步的开放，中国对韩国在法律服务、建筑、环境、零售业、演艺产业等项目中扩大了开放程度。

4. 电子商务方面

中韩自贸协定电子商务专章共9个条款，包括总则、与其他章节关系、关税、电子认证和签名、电子商务中个人信息保护、无纸贸易、电子商务合作、定义及争端解决不适用条款。

双方主要承诺：保持目前世贸组织WTO做法，不对电子传输征收关税；电子签名法律不得否认电子签名的法律效力，允许交易双方共同确定电子签名和认证方法，认证机构可向司法或行政部门证明其电子认证符合法律要求，鼓励数字证书在商业中应用，努力

实现数字证书和电子签名互认；采取措施保护电子商务用户的个人信息，并就此交流信息和经验；努力向公众提供电子贸易管理文件，探索使电子贸易管理文件与纸质文件具有同等法律效力；就电子商务法律法规、规则标准和最佳实践等交流信息和经验，鼓励研究和培训等能力建设合作，鼓励企业间交流合作；双方还承诺在地区和多边论坛中加强合作。

截止目前，我国已正式签定的自贸协定中均未涉及电子商务方面的内容。在中韩自贸协定中首次纳入电子商务等“21世纪经贸议题”，设立电子商务专章，是将中韩自贸协定定位于全面高标准自贸协定的具体体现。该章节的签订为便利我国电子商务企业走出去，推动中韩两国电子商务企业的合作及两国电子商务的发展共赢营造了有利的国际规则环境。

5. 投资促进方面

中韩自贸协定规定的投资包括一方投资者在协定生效之日已在另一缔约方领土内存在的投资以及生效后在另一缔约方领土内设立、取得或者扩大的投资。

关于投资鼓励措施，双方约定，一缔约方给予另一缔约方投资者不低于本国投资者的国民待遇和不低于任何非缔约方投资者的最惠国待遇。

关于投资者的权利保护，双方约定，一缔约方给予另一缔约方投资者在行使和维护投资者权利、向各级法院及行政法庭、行政机构寻求救济方面的待遇，应不低于在相似情形下给予本国和非缔约方的投资者的待遇。

此外，中韩双方还商定，将以准入前国民待遇加负面清单模式进行投资议题的后续谈判。

三、中韩自贸协定与韩国投资机遇

1. 中国对韩投资额逐年增加

1992年中韩建交后，韩国对中国的投资剧增，到2012年达到65亿美元，相比起来，中国对韩国的投资额比较少。从2013年开始，随着中国“走出去”政策的扩大，中国对韩国的投资逐年递增。根据市场调查企业(Mergermarket)的调查显示，2013年中国企业对韩投资额为1.33亿美元，2014年达到6.31亿美元，同比增长了374%，到了2015年，安邦保险收购韩国东阳生命等大型投资项目的加入，中国企业对韩投资已经超过了2014年的2倍。

此外，中国商标的韩国注册数从2010年的1246件大幅增加，到了2014年达到2622件，自贸协定生效后增速会加快。

2. 中国对韩投资新趋势

随着对韩投资额的增加，中国企业对韩投资领域也发生了变化。

之前投资的主要领域为贸易业、饮食业、批发零售等服务行业、制造业，其特征为饮食业和服务业的项目数额比较多，但是制造业的投资额比较大。近几年中国对韩投资新趋势如下：

首先，韩国实施房地产投资移民政策后，中国房地产企业在韩国投资房地产的项目快速增加。2014年中国企业买入的济州岛土地面积由2011年的142万m²增加到2014年的834万m²。目前韩国政府推出的房地产投资移民政策的区域有济州岛、釜山2个区域、仁川经济特区、平昌等5个区域。

其次，信息技术和文化产业投资增多。利用韩国领先的通讯技术，通讯企业和网游等产业的投资在增加。目前

已经有30多家网游公司在韩国设立了办事机构。

再次，利用“韩流”的影响和品牌效应，服装、化妆品、文化娱乐产业的投资在逐步增加。

最后，投资方式呈现出多样化趋势，从单纯的新设方式逐步延伸到通过并购、参股、战略合作等多样化投资谋取共同发展。

3. 中韩自贸协定与对韩投资新机遇

中韩自贸协定的签署不仅在双边贸易方面给两国企业带来了优惠，也在投资领域给企业带来了诸多新的机会。

首先，从服务贸易方面，韩国开放了快递服务、建筑承包领域。中国企业可以在韩国不设立办事机构的前提下从事快递业务、承包建设项目，并免除了之前的建设项目须分包给当地企业的限制。在保险等金融领域，也免除了高管必须常驻的限制，使企业可以灵活进行运营。

其次，利用双边贸易的关税减让和韩国在全球自贸协定的枢纽地位，不仅可以降低产品成本，还可以避开欧美国家对中国产商品的贸易壁垒。

韩国目前与世界73%的经济圈签署了自贸协定，与三大经济圈中国、美国、欧盟均签署了自贸协定，中国企业可以利用韩国在自贸协定的有利地位，通过以下方式进行对韩投资：

原材料出口国（中国或其他国家） 境外直接投资国（韩国） 进口国（中国或美国或EU）

这种方式为，中国企业在韩国设立企业后，将原材料从中国或者与韩国签署自贸协定的其他国家出口到韩国，由中国企业在韩设立的公司进行加工后以“韩国原产地”商品出口到中国乃至与韩国签署自贸协定的国家，这种方式

既可以通过减少关税来降低产品成本，也可以避开欧美国家对中国产品的贸易壁垒。

四、对韩投资程序及优惠政策

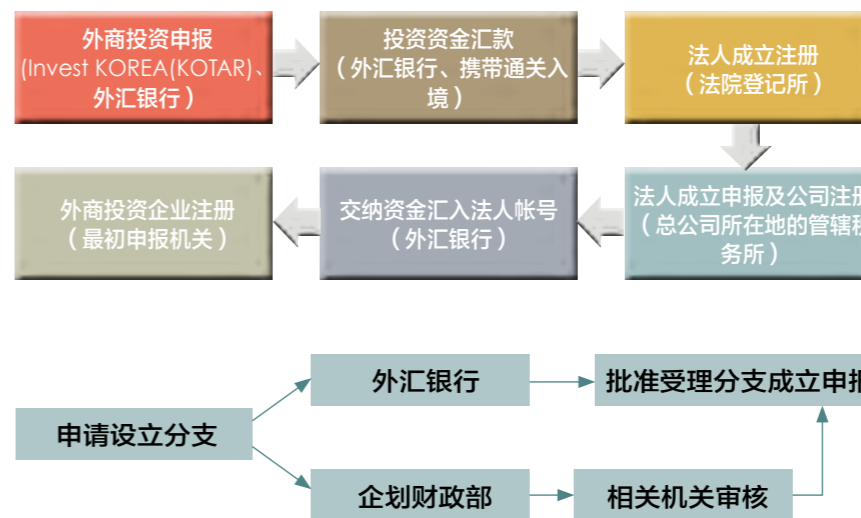
1. 韩国投资环境

2014年6月，韩国贸易振兴公社通过对世界各国企业高管的问询调查，统计了亚洲7国的投资环境。因为在调查项目中韩国在市场（市场潜力、市场接近性等）、基础设施（通讯、水电等）、研发（政府支援、研发人员等）、选址等项目得到了较好的评价，综合成绩排第二名，超过了日本和香港。

2. 产业准入政策

按照《外商投资促进法》规定的韩国标准产业分类，总共1,145个行业中，外商投资在公共行政、外务、国防等共60个行业受到限制（禁止行业），此外在共1,085个投资对象行业中有29个行业限制了外商投资比率。下列表格中未明示的产业，是可以自由投资的领域。

3. 投资程序



韩国《外国人投资促进法》规定，外商投资企业新招20名以上工人，在最长6个月期间内政府为每人每月提供教育培训补助金10至50万韩元；20名以上每超过一人政府在6个月内每月再提供相同金额的雇佣补助金。

(2) 公有土地租赁费减免

在韩国外商投资企业专用园区、国家产业园区和外国人投资区内的外商投资企业，享受最长50年国有土地租赁费减免优惠。

(3) 现金支持

韩国政府对满足a.企业从事可在加强国内产业的国际竞争力方面产生重要影响的“产业扶持服务业”与“高科技含量事业”，并新设或增设工厂设施的、生产专门法律所规定的配件、材料以提高产品价值，同时，b.为生产属于“现金资助对象的配件、材料产业”的配件材料而新设、增设工厂设施的，且，c.外商投资比例占比30%以上(包括30%)的外国人投资等条件的，提供现金资助。但，可接受现金资助的企业必须是从事所规定行业的企业，满足长期固定职工人数的企业。

现金资助率通过协商，并在投资金额的30%范围内实施资助，但研发中心的上线定为40%。外商投资企业获得资助的现金只能用于为设置工厂设施或研究设施而购买的地皮或建筑物的购买费、租赁费、工厂设施或研究设施的建筑费、工厂设施或研究设施中用于事业或研究的生产资料、研究器材的购买费、工厂设施或新建研究设施所必要的电力、通信设施等基础设施的设置费、雇佣补助金与教育培训补助金等用途。

¹ 非内容参考大韩贸易投资振兴公社(KOREA TRADE-INVESTMENT PROMOTION AGENCY)官方网站对韩投资部分。



3) 服务支持

韩国于1999年开始设立外商投资支援中心，专门负责向外商提供包括投资手续在内的各项服务事宜。该中心由负责外商投资的专职人员及产业通商资源部、企划财政部、文化观光体育部和环境部等政府部门及国家公共机关的派遣人员组成²。

4. 利用中韩FTA推进招商引资政策

2015年8月，韩国产业通商资源部会同其他相关部门，制订了“充分利用FTA促进外商投资招商引资方案”，计划利用韩国与各个国家签订的FTA的便利规定，扩大外商投资。

该方案包括了免除在韩国经济自由地区投资建厂时的外资企业环境影响评价程序，并将经济自由区外商投资企业的外国人员比例从20%增加到30%，加大对经济自由区的招商引资。

利用韩国与世界几大经济圈均签署FTA的地位，将产品标为韩国原产地即可避免贸易壁垒等有利条件，积极引进相关制造业，为此简化及改善经济自由区与保税工厂之间的出入库程序和制度；为了改善电子商务的物流，组建电子商务物流中心；为了提高海外直销的物流速度，计划在仁川机场设立电子商务共同物流中心；为了开城工业园的招商引资，积极支援在开城工业园建立物流中心，并扩大开城工业园的原产地认定范围，提高其利用FTA的竞争力。

五、对韩投资法律风险防范及纠纷解决程序

1.对韩投资风险及防范

综上所述，韩国作为发达国家，有着优越的投资环境和比较健全的法制。尽管如此，对韩投资也存在着诸多风险，所以应该针对相关风险采取有效

的防范措施。

1) 对韩投资外国企业的风险

根据韩国政府对在韩投资外商投资企业进行的调查问卷，在韩外国企业在韩国遇到困难的顺位如下：

- 劳资关系
- 法规及许可等行政手续的繁琐
- 人才的缺乏（熟练的技能工、外语人才、研究开发人才等）

- 消费者的要求比较高

- 国内市场的相对闭塞性和特殊性

- 原材料供应困难

- 外国人居住环境问题

- 高价的运输费

- 资本融资困难

- 信息不足

- 其他配套设施问题

2) 对风险的防范

● 做好投资前的规划和调查工作
对项目的准入政策、环保政策、优惠政策要进行事先调查和规划，如果是利用自贸协定的优惠规定进行投资，就要对关税、外汇、海关、保税区等方面的法规进行事先了解。对政府的优惠政策，一定要落实到纸面上。

如果以并购方式投资，一定要了解工会关系，应该将工会事宜和股权并购事宜做统一规划，对企业持续发展的规划和基金有统筹安排。

- 适当安排投资股权结构
 - 无形资产投资，可考虑独资
 - 制造业和服务行业中需要品牌投资的，可考虑控股或独资
 - 资源投资，可考虑参股
 - 另外，因韩国资本市场比较稳定，可考虑上市、债权投资等方式

- 依法遵守劳动法规

- 通过本地化经营化解经营风险

- 建立全面考虑中国和韩国市场的统一效果，达到合并效应

2.中韩FTA中的纠纷解决程序

FTA争端解决机制的适用范围为，除非协定另有规定³或者缔约双方另外达成一致，否则其适用于解决缔约双方关于协定的所有争端，或者一缔约方认为另一缔约方的措施与协定项下的义务不一致或者另一缔约方未能履行协定项下的义务的情形。FTA争端解决程序如右⁴

3. 中韩FTA中的投资争端解决

投资争端是指一缔约方与另一缔约方投资者之间的争端，前一缔约方被指违反其与投资者或其在前一缔约方领土内的涵盖投资相关的任何义务致使或导致该投资遭受损失或损害。

违反FTA投资相关规定的争端，首先应该通过协商解决的方式，即缔约一方投资者向对方国家相关机构（韩国为司法部国际法律事务司，中国为商务部条约法律司）提交书面请求，收到请求的缔约方可以及时要求投资者完成国内行政复议程序，如果行政复议程序自提交之日起四个月内未能完成，应视为已经完成，投资者可以将投资争端提交给如下机构：

- 1) 争端缔约方的管辖法院

- 2) 依据《国际投资争端解决中心公约》（ICSID）进行仲裁，如可适用该公约；

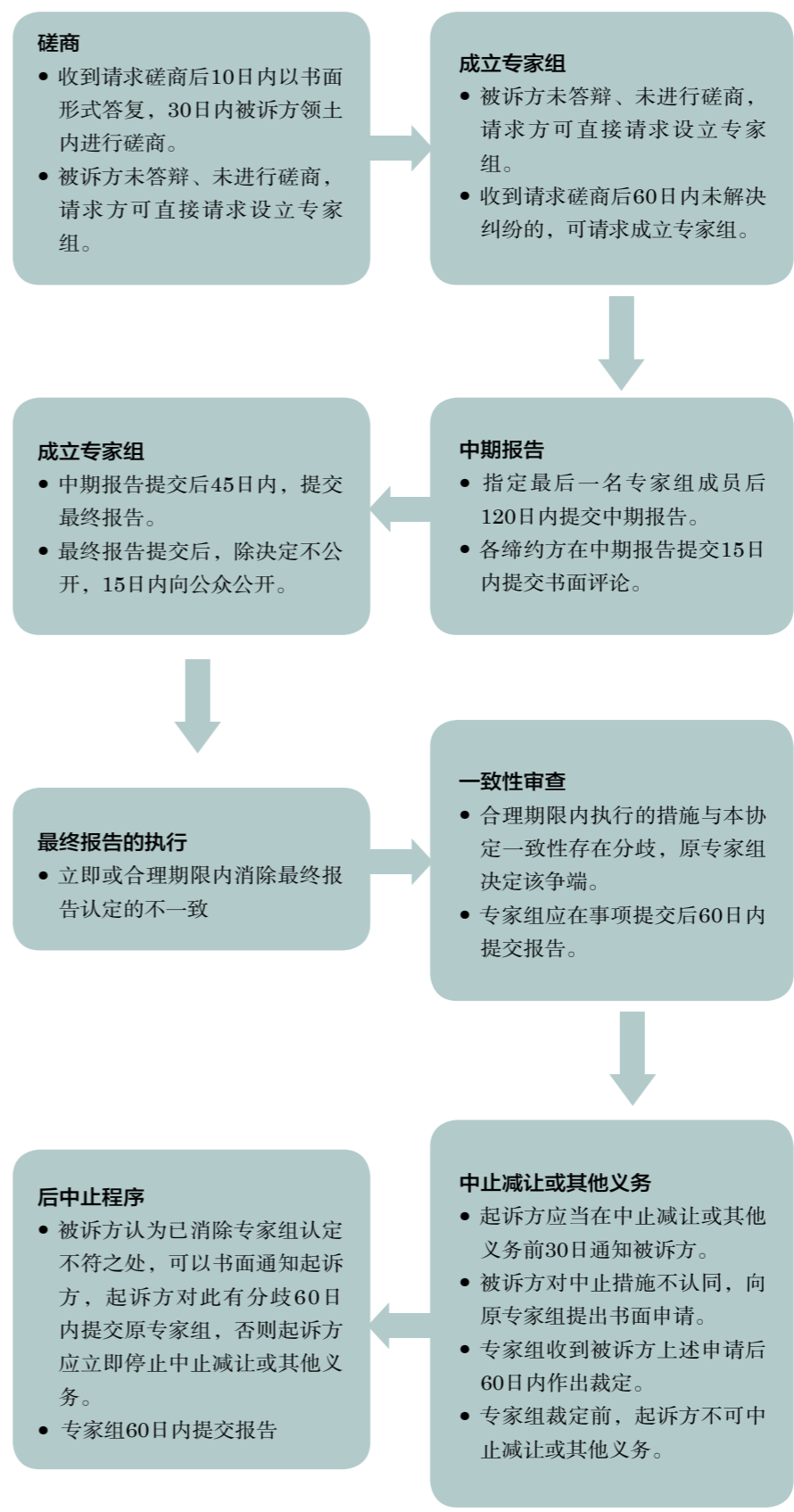
- 3) 根据《ICSID附加便利规则》进行仲裁，如可适用该规则；

- 4) 根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》（UNCITRAL）进行仲裁；或

² 该中心网站为：www.investkorea.org

³ 第17章《经济合作》中17.3规定，“本章下产生的任何事项，任何缔约方不得诉诸第二十章(争端解决)。”

⁴ 内容引用《中韩自由贸易协定》。



5) 经争端缔约方同意，依据其他仲裁规则进行的任何仲裁。

4. 个人和企业间纠纷解决办法
除了适用FTA规定的争端解决方式以外，如果是个人和企业间的投资纠纷，可通过如下方式解决。

1) 协商
协商是指合同双方当事人根据合同就纠纷进行友好协商，力求和平解决的方式。

2) 调停
调停是由第三人（调停人）介入纠纷解决程序，以调解的方式对双方当事人的纠纷进行解决。

3) 外国投资者Ombus man（外国投资者纠纷调解官）

外国投资者Ombusman是韩国政府设立在韩国贸易振兴公社下属的一个机构，主要从事收集和分析外商投资企业遇到的难处，向相关行政机构提出业务建议和协助请求，解决外商投资企业的疑难问题。就投资纠纷的解决，外国投资者Ombusman可以兼有协商、调停和仲裁方式的混合型解决方式，如ADR（替代性纠纷解决方案），为妥善解决纠纷提供服务。

4) 仲裁程序
中国国际经济贸易仲裁委员会和大韩商事仲裁院为双方国家的涉外仲裁机构，且中国和韩国都是《1958年关于承认和执行仲裁裁决的纽约公约》的加入国。所以上述两家机构的仲裁裁决均可以在对方国家申请强制执行。

5) 诉讼程序
韩国是大陆法系国家，与中国的法律既有相同之处，但也存在很多不同之处，与中国的审判程序相比，中国为四级二审终审制度，韩国为三级三审终审制度。



是股权投资还是民间借贷

——一个外资企业迷雾重重的连环诉讼案

■ 吕志轩、董宇琼、樊玮华、郝京/文

近期，我和事务所董宇琼律师一起办理了一起比较特别的连环诉讼案件，案件的特别之处除了一些法律上的争议点，最关键的是给自己从业20多年的律师生涯上了一课，现将心路历程及办案经过记录下来，以供朋友及同仁分享。

借贷纠纷第一案： 名为投资，实为借贷

案情回放

李xx系美籍华人，其作为实际控制人及股东在美国注册成立一家控股公司，随后又以在美国注册的公司为投资主体，向中国大陆投资设立了一家实际控制人为李xx的外商独资企业“北京xx公司”，而本案原告马xx系居住在北京地区的技术工作者，自2003年就入职成为实际控

制人李xx的外商独资企业北京xx公司的员工，入职后马xx一直任北京xx公司生产和技术部门经理及总工程师等职，多年来马xx加班加点投入全部的精力为北京xx公司进行研发和生产调试，使北京xx公司投产并且生产正常，效益良好，产品畅销并打入国际市场，产品出口于欧美各国。李xx作为实际控制人于2008年初又以其在美国注册的公司作为投资主体，设立并注册了另一家企业xx工业(北京)有限责任公司。新公司注册成立后李xx将北京xx公司全体员工整体移职于xx工业(北京)有限责任公司并重新签订劳动合同，同时将原北京xx公司主营业务也全部转移至xx工业(北京)有限责任公司。2008年底，李xx称为了xx工业(北京)有限责任公司的快速发展，公司开始实行股权激励机制，为公司主要业务骨干人员配股，2008年12月15日，马xx以现金方式投资入股，投资入股金额为239750元，xx工业(北京)有限责任公司收到投资款后，仅给马xx打了一份收款收据，但6年来虽然xx工业(北京)有限责任公司生产状态很好，盈利很多，但xx工业(北京)有限责任公司却违背当初的承诺，既不向马xx办理股权工商变更登记；也不向马xx进行分红，不召开股东会，不让马xx知晓公司的财务及一切经营情况，更为重要的是xx工业(北京)有限责任公司的法定代表人利用代表美国xx公司控制xx工业(北京)有限责任公司的优势，先后在各地成立数个不同公司，利用关联交易，增加xx工业(北京)有限责任公司成本，将公司利润全部输送给关联公司，并且于

2014年底又在深圳成立另一家公司，将xx工业(北京)有限责任公司的全部资产及主营业务也转移给深圳公司，北京只保留办事处。导致xx工业(北京)有限责任公司成为负债的空壳公司。xx工业(北京)有限责任公司依然拖欠员工工资及材料供应商的货款不兑付，且转走xx工业(北京)有限责任公司全部资产及全部业务，导致员工失业，为此xx工业(北京)有限责任公司的员工近30人在朝阳区劳动仲裁庭集体维权申请进行劳动仲裁，但作为该公司的股权激励投资人马xx除了与其他员工一起进行申请劳动仲裁外，在股东投资权益方面亟待维护，本案马xx以什么样的法律关系及诉讼技巧进行维权呢？本案的办理经过将一步步揭示。

找准方向、迂回前进、正确维权

当笔者接受马xx这份沉甸甸的股权投资纠纷诉讼委托之后，着手对本案从证据上、法理上及诉讼结果预判方面进行详细的研究，感觉到这是一个比较复杂的诉讼案件，对于这起股权投资纠纷究竟从哪个角度进行诉讼其结果会更好呢？笔者与其它资深律师进行了深入的分析和讨论。由于本案是外商投资企业，该公司至今尚未为马xx办理股权变更登记，且本案涉及的目标公司财产已经通过关联公司的“合法”途径转移，公司已经成为空壳公司，本案进行股权类纠纷诉讼比较容易，但却不能最大限度的实现委托人的诉讼目的，因为本案如果案由确定为主张股权类纠纷诉讼，目标公司为外商独资企业，股权转让不但需要美国控股公司股东会决议，而且还需要中华人民共和国政府部门的审批文件，以上文件是否公司拥有，作为马xx无法查询，上述文件的取得与否会直接影响到本案的股权转让是否有效。若一旦法院判决确定有效，本案已经成了空壳公司，公司实际控制人远走海外及他乡，股权诉讼又是一个连环诉讼，是一个遥遥无期的诉讼，即使股权纠纷胜诉，马xx作为小

股东股东的合法权益也无法得到有效保障，面对如此的诉讼维权困境，笔者认为应当从有利于最终保护原告马xx的合法权益出发，以借贷纠纷诉讼。

立案的尴尬与困惑

本案笔者最初以案由为借贷纠纷进行诉讼立案，但在法院立案时，立案庭对证据进行形式审查时认为本案没有借贷证据，不能以借贷纠纷诉讼，不予立案，无论笔者如何进行解释，本案最终被口头告知不属于借贷纠纷。为了能进入诉讼程序，笔者暂时选择了案由为“投资纠纷”在法院进行诉讼，但投资纠纷在民事案由中也没有，经过笔者的解释，一位老法官最终同意以“投资纠纷”进行立案。很感谢这位老法官对于案情的理解及立案工作敬业。

马xx的诉讼请求：1、请求返还投资款239750元；2、请求给付投资分红20万元（经过参照同期银行利息进行测算）；3、诉讼费用被告承担。

由于本案法律关系比较复杂，合议庭组织了庭前证据交换，并初步询问了原告的起诉理由和被告的抗辩理由。

在证据交换过程中被告xx工业(北京)有限责任公司提出了答辩理由：1、马xx投资为股权外向公司投资的流动资金是合法有效的投资；2、马xx投资后公司连续6年亏损，已经资不抵债，马xx2008年投资的239750元，经过公司在本案诉讼后委托审计，审计结果显示马xx的投资已经亏损仅剩余70000元。

面对被告如此的答辩及证据材料，如果继续以投资纠纷案由进行诉讼，本案极有可能出现投资损失风险共担，利润共享的判决结果，那么按照如此思路进行诉讼下去，该公司已经亏损，财产已经转移，委托人诉讼目的实现比较困难。面对如此难的选择，必须调整思路，独辟蹊径。

调整航向、长风破浪

面对被告的证据及答辩对于原告不利的局面，笔者作为代理人及时调整诉讼策略，在庭审程序开始后审判长询问原告有无诉讼请求变更时，及时提出了变更诉讼请求。对于本案笔者认为本案的性质是“名为投资实为借贷”，因此笔者作为代理人立即将本案诉讼请求变更为：“请求依法返还借款239750元及利息”。

本案的合议庭经过数次开庭，最终采纳了笔者的代

吕志轩律师简介



京都律师事务所合伙人，北京市律师协会会员，北京市律师协会金融衍生品专业委员会委员，北京市朝阳区民事专业研究会会员。主要执业领域：金融及金融衍生品、金融互联网法律风险控制、公司日常民事法律风险控制、房地产、基础设施、公司上市、并购、重组、股权转让、企业清算、破产等综合性法律服务和专项法律服务等业务、刑事案件辩护及刑事风险控制。



理意见。

法院最终判决，本案属于名为投资实为借贷，本案双方是借贷法律关系，本案以借贷纠纷判决，被告返还原告239750元及利息。在判决后由于被告不服提起上诉，二审上诉到北京市第三中级人民法院，北京市第三中级人民法院经过审理后终审判决驳回上诉人（被告）的上诉，维持原判，本案尘埃落定，委托人马xx对于本判决很满意，多次表示感谢两位代理律师。

本案评析

本案被告公司在原告马xx入资时起草了章程及入资协议，但由于目标公司属于外商独资企业，依照法律规定，外商独资企业在股权转让时，依照《外商投资企业投资者股权变更的若干规定》第三条“企业投资者股权变更应遵守中国有关法律、法规，并按照本规定经审批机关批准和登记机关变更登记。未经审批机关批准的股权变更无效”。第四条“企业投资者股权变更必须符合中国法律、法规对投资者资格的规定和产业政策要求”。所以本案的投资资金入资后在股权尚未变更的情况下应当是无效法律行为。显然庭审时笔者及时调整诉讼方向，变更诉讼请求及案由，启航于正确的诉讼方向。

借贷纠纷第二案：维权路上姊妹篇，连环诉讼案的始末

在笔者代理马xx进行诉讼的同时，外商独资企业xx工业(北京)有限责任公司的实际控制人利用伪造的借款借据及其它证据复印件以民间借贷纠纷另案起诉马xx归还借款，其所谓起诉理由是前案中马xx诉讼的239750元投资款中有170000元系向xx工业(北京)有限责任公司的实际控制人李xx进行的个人民间借贷。因此以李xx为原告，以马xx为被告另行诉讼于某区人民法院，诉讼请求为：1、要求马xx偿还170000元；2、要求承担利息损失。

迷雾重重，一审败北

(1) 同行操戈，无法防备的使诈成为败北的诱因。

在名为投资实为借贷纠纷委托笔者诉讼之前，xx工业(北京)有限责任公司律师马x要见投资人马xx，但投资人马xx正在外地出差，基于笔者是马xx的好友，马xx电告笔者先接待一下xx工业(北京)有限责任公司律师，笔者这

时并未得到授权，也不了解具体案情，但出于朋友之托，笔者与xx工业(北京)有限责任公司法律顾问见面，询问了案情。但令笔者没有想到的是简短的询问谈话内容却被该律师录音了，并且对谈话内容进行了篡改和节删作为庭审的录音证据。

(2) 一审法官深陷迷雾，察言观色中错定错判

当本案马xx接到起诉状后，无法相信这个诉状的真实性，当时就慌了手脚，自己的239750元投资款不但尚未拿回，还被另案起诉返还借款170000元，假若被诉170000元借款诉讼败诉，对于马xx来说就是雪上加霜，叠加一起就是400000元的损失，这种结果无论如何作为一个工薪家庭是无法承受的。

一审法院的庭审，作为本案的原告李x代理律师在庭审时只是拿出了伪造的几份证据复印件及录音复制品，对此笔者作为本案的被告方代理人提出了抗辩，理由为本案原告的诉讼请求无法得到其提供的证据支持；原告的主要证据为复印件；原告的录音证据无原始载体，庭审中提供的录音证据光盘属于复制品且有修改删节的痕迹，内容属于传来证据；原告出借款项无相应的款项来源证明；原告的证人属于与原告有密切联系一方，是原告单位的职工，其证明有瑕疵，且均表示未在借款现场出现，属于道听途说。一审庭审后，笔者认为原告李x的证据不足，应当是笔者代理的马xx胜诉，但一审判决令笔者大跌眼镜。

一审法院蹊跷的判决：一审法院判决认定原告李x提供的本案主要证据属于复印件不予以采纳，但录音证据及通过庭审中庭审法官通过对被告马xx代理人即笔者庭审中察言观色以及对于案情的熟悉程度，可以推定笔者作为代理人知晓借款情节，因此判决被告马xx支付原告李x的170000元款项，本判决宣判后，马xx情绪非常低落，虽然没有对笔者说什么，但笔者深感忧虑和内

疚，因一次不该帮忙的见面谈话导致朋友承担了不该承担的责任，这是笔者从业20多年第一次遇到。对于同行律师的行为从取证角度来讲我很佩服他的精神，但这并不符合律师的职业道德，这种偷录并删改录音载体的行为也是不规范、不合法，这种证据在诉讼中很难让法官采信。对于一审不公正的判决，笔者还需要继续代理继续上诉才有可能挽回败局，才能实现公平公正。

连环诉讼、拨云见日、扭转乾坤

在一审判决后、笔者就一直在思索，如何扭转乾坤，反败为胜，给委托人一个交代，实现本案的公平公正。通常，二审审理有可能是书面审理，法官从双方上诉状及答辩状中考量和研判本案是否有失公正，上诉审案件也许上诉后连法官面都见不着，维持原判的裁定就到手了，因此写好上诉状是本次上诉成败的最关键因素。

于是笔者就一直在反复阅读判决，深入分析案件材料，整理上诉思路，一定要写出一份能晓之以理、动之以情、适之以法的上诉状。这份上诉状既要能指出，又能依法、依证据充分辩驳一审判决的错误之处。终这份上诉状在法官阅读之后认为本案确实有问题，通知开庭。庭审中笔者又提出了本案的几个疑点：原告伪造证据复印件及录音复制品，被告方代理人在与李x律师见面时根本无代理权限；原告的录音证据无原始载体，且有修改删节的痕迹，证人证言不实且均未在借款现场出现，道听途说，属于传来证据；且原告无款项来源。

庭审后，二审法院再次组织开庭并当庭宣判，“撤销一审判决。改判驳回原告一审诉讼请求”。

至此，本案二审彻底完胜，该案出现了180度的大反转，一锤定音，笔者一下子释然了。判决后我的委托人当场控制不了情绪，竟仰天长啸，迟来的判决让其彻底释放压抑很久的心情，笔者也有同感，终于胜

诉，可以长舒一口气，迟来的胜利、迟来的公正也显示了我国正在迈向法治时代。

本案的评析

本案的审理和判决，一审和二审判决结果大相径庭，但深入案情会发现，一审判决脱离了法律，没有很好的对证据进行研究，甚至对录音内容没有仔细研判和注意其矛盾性，而是靠感觉、靠生活经验法则去判决，一审判决法官很年轻，生活经验难免出现偏差，做出脱离证据和法律的判决暨难以实现公平和公正。

二审判决中庭审法官对案件证据及案情事实深入调查和研究后依法判决，严格从代理关系上进行审查，其判决体现了公平正义和法治精神。本案一方是涉外主体，在一审审理时，庭审法官应当先对其代理权的合法性进行审查，但一审既没有对代理人是否得到授权审查，也没有要求提交公证或者认证的授权文书；而二审庭审却先审查李x的律师代理授权程序问题，而后才进行实体审查，可见二审从程序上、实体上都力求公平、公正，此判决不失为一个经典判例。

后记

虽两个民间借贷纠纷案件都已结束，均完胜，但马xx与李x及xx工业(北京)有限责任公司其它诉讼，如车辆租赁纠纷、劳动仲裁纠纷、差旅费报销纠纷还在持续。但愿案件的利好判决结果能够得到全面执行，也给委托人马xx一点慰藉，毕竟马xx人生最美好的年华奉献给了与其诉讼的曾经效力的公司；也愿经过这次诉讼其投资风险意识增强，投资人在投资时能够让律师参与，防范投资风险。期望企业家能够诚信公平的对待小股东，保护好小股东的合法权益，才是企业成长壮大的动力和源泉。

当笔者连续两天完成这个稿件时，恰逢一场雷雨，给炎热的北京注入一丝凉意。风雨过后，北京仲夏依旧很美、很美。

附件：连环诉讼第二案的民事上诉状

民事上诉状

上诉人：马xx，男，汉族，1970年x月x日生，住北



北京市朝阳区光华里甲x楼x门x室。

被上诉人：李x，男，汉族，1961年x月x日生，美利坚合众国，护照号：xxxxxxx

案由：民间借贷纠纷

上诉人不服北京市朝阳区人民法院（2014）朝民初字第19706号民事判决书，依法提起上诉。

上诉请求：

1、请求依法判决撤销北京市朝阳区人民法院（2014）朝民初字第19706号民事判决书，依法改判驳回被上诉人的一审诉讼请求。

2、本案全部诉讼费用由被上诉人承担。

上诉理由

一、一审判决认定事实不清、判决上诉人承担返还借款及利息的证据不足

一审判决认定上诉人应当承担返还的借款的依据是被上诉人一审阶段伪造签字的《借款须知》和《借款合同》复印件、证人证言及所谓的xxx律师与被上诉人律师的对话录音。对此上诉人认为一审在查明事实方面及证据认定方面根本未仔细研究证据的内容和采纳上诉人的一审代理意见，有意偏袒被上诉人，在对事实认定及证据认定方面存在严重的错误。理由如下：

（一）、借款关系不成立的理由

1、被上诉人恶意伪造马xx签字的《借款须知》和《借款合同》（且是复印件）做为诉讼证据，一审法院剥夺了上诉人对该证据的申请鉴定权。

上诉人马xx曾为被上诉人控制和设立的公司投资239750元，马xx起诉到法院返还，被上诉人为了达到不归还马xx投资款项的目的，通过制造本案虚假诉讼且利用伪造马xx签字的《借款须知》的复印件及《借款合同》的复印件（复印件上面签字均不是上诉人马xx亲笔所签），滥用诉权。本案中被上诉人既没有借据原件，且复印件上马xx三个字是其伪造签名。上诉人曾在一审庭审中提出对该复印件进行鉴定，并提交了申请，而一审法院法官当庭认为复印件无法鉴定，当庭驳回了鉴定申请，并说明无法进行鉴定，而判决书中却以此作为认定的证据进行判决，错误的认为上诉人不要求鉴定为据进行判决，一审法院的做法有失公正，复印件不能作为有效证据且上诉人一再提出是伪造签字，而一审法院剥夺了上诉人的鉴定申请权。

2、一审法院对录音证据内容错误理解

2013年3月19日xxx只为上诉人马xx入股与分红问题，与被上诉人李x控制的xx工业（北京）有限公司代理人律师张x谈话，张x当是代理人xx公司而非自然人李x谈话。在两人谈话中张x拿出伪造的协议摘录让xxx看，并偷偷做了录音记录，但庭审中出示的是经过加工和剪裁的录音复制品，其内容与借款没有关系。现在对庭审中录音复制品分析如下。

一审法院引用录音，双方对话总共有四句话，但从这四句对话中根本无法得出是双方否存在真实的借贷关系，而一审法院却错误的认为在该录音中xxx是对借款认可的，这一认定与其引用的录音四句话根本不符，且脱离了对话的语境和李x代理人让xxx看摘抄协议内容这一情境。

一审引用的2014年3月19日录音如下：

第一句：张：总共他应当出了19万，17万（口误、更正），23万9750元”；（这指马xx出资）

董宇琼律师简介



主要业务领域：主要从事政府及公司法律顾问服务业务、不良资产处置、破产清算、金融及金融衍生品业务，在合同审查、股权转让、企业风险防控等领域具有较丰富的经验，具有良好的综合执业能力和专业素质。

L：对

第二句：张：他实际出了6万，完了找当时的法人李x借了17万9750元；

L：“恩”

第三句：张：“退的时候公司可能打算把原值给他，他不满意”

L：恩

第四句：L：“他08年的时候钱总共是打了23万多元，中间有李x的借款，然后以分红返还借款，协议上是这么写的”

现上诉人对四句话分析如下

第一句，被上诉人李x代理人认为马xx出了23万9750元投资款，这句话与借款没有关系。

第二句及第三句，李x代理人单方面叙述，xxx只是“恩”，这个恩是双方谈话时的一种语气助词，有礼貌的让对方把话讲完，通常人们听话时也习惯这样，这个“恩”的意思丝毫看不出有认可借款的表示。

第四句话，由于李x代理人来见面的时候拿了个手摘抄写的协议让xxx看（录音对话中有此叙述），xxx当时对该摘抄的文字重复念了一遍，而且明确说明念的是李x代理人摘抄协议上这样写的内容。从第四句话中也根本无法得出xxx认可借款关系，只是照别人的协议念一遍，就被认为是借款，一审法院对这句话根本没有仔细研判。

上诉人认为一审法院对这四句话没有深入推敲和理解，这四句话无论如何得不出上诉人马xx本人与被上诉人李x之间的借款关系存在的事实。

3、一审法院对录音证据形式要件认定错误

其一、从形式上，被上诉人在庭审中提交的是录音证据的复制件且有节删痕迹，对于原始录音的载体未在庭审出示。对此在一审庭审中上诉人提出过，但一审法官当时未理会。显然对于该证据一审未依法审查，不应作为定案的证据。

上述这些对话前提是建立在被上诉人伪造的文件基础上，对话根本不能证明借款关系，用此证据认定借款存在的可能性是十分错误的。

其二、一审判决对当时对话的语境未了解

对于2013年3月19日偷录录音证据，是被上诉人律师设圈套、采用诱导的形式询问，在当时语境下，被上诉人律师拿着摘录的借据，xxx出于礼节和只希望落实上诉人马xx与xx工业（北京）有限公司之间股份问题，要回23万多的全部投资款，不想产生冲突，礼节性的应答，但这个应答是在上诉人律师提供虚假借据书及虚假的借款须知时，xxx误认为可能存在借款的前提下，xxx在没有与上诉人马xx本人核实的情况下对该书面文字误以为是上诉人马xx借款了的基础上做的回应，但这个回应语气上并没有对借款做出肯定认可，被上诉人向法庭一审提交的书面录音文字，是经过剪辑，节删、修改的复制品与真实的谈话内容不相符。

被上诉人举证形式不符合法律规定，该证据来源不合法，属于偷拍偷录，被上诉人律师在未告知xxx的情况下，侵犯了xxx知情权，依法不能作为证据采纳。最高法院2001年12月颁布的《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下称《规定》）中对此问题作出了新的解释。新的司法解释第六十八条规定：“以侵害他人合法权益或违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据”。最高法院1995年3月《关于未经对方当事人同意私自录制其谈话取得的资料不能作为证据使用的批复》认为：“证据的取得必须合法，只有经过合法途径取得的证据才能作为定案根据。未经对方当事人同意私自录制其谈话，系不合法行为，以这种手段取得的录音资料，不能作为证据使用”

其三、一审法院对马xx授权xxx的时间认定有误

录音证据谈话中的一方xxx当时并未得到上诉人马xx授权，事后也未追认，且xxx对是否存在借款关系不知情，授权方面有上诉人一审提交的证据为证。而一审法院认为“在首次提交证据中没有提交此证据”，由于在庭前并未组织证据交换，被上诉人并未提交录音证据，所以本案最初也无必要提交上诉人与律所的委托协议及发票来证明委托时间辩驳。但马xx委托xxx的委托授权书在本案立案时就提交到法院，这个委托书就足以充分证明委托时间在录音之后，委托时还开具交费发票，难道当时机打的税务发票上的日期还有虚假吗？这份录音产生在



3月份，当时上诉人还未书面授权xxx，xxx不能代表上诉人，其谈话内容属于无权代理，对于谈话内容上诉人马xx并未追认，属于无权代理。（注：另案诉讼的与公司有关的纠纷-股权纠纷“代理民事诉讼授权委托书”时间是2014年4月11日；股权纠纷的立案发票时间是2014年4月11日。与公司有关的（投资）纠纷一案“委托代理协议”是2014年4月28日，发票是2014年4月28日）。而录音时间为2013年3月19日，录音时还未授权，属于无权代理。

而一审法院认为上诉人提交的委托时间证据有瑕疵显然是对证据认定有错误。至少上诉人在本案立案时提交的委托xxx的委托书就能充分证明委托时间在谈话之后，对此一审法院不应该否认。

其四、录音证据属于传来证据，非对上诉人马xx本人的录音，从证据效力上极其弱，且内容矛盾，是经过加工处理，显然不具有证据效力，一审认定为定案证据显然有错误。

被上诉人律师如果要取得录音证据，应当从马xx处直接录音，xxx不是当事人，对借款是否真实并不知情，其录音充其量是被上诉人非法取得传来证据，无证明力。

4、一审法院认为“通过观（xxx）其后参与相关诉讼，可见其了解相关事实，作为判决认定的理由。

一审法院的认定是片面的，李x诉讼本案借款之前，2014年4月11日xxx才得到授权，只代理上诉人马xx起诉xx工业（北京）有限公司返还投资款一案已经另案诉讼于法院，委托本案之后，对于本案及相关诉讼才比较了解，但2013年3月19日谈话当时确实未经授权对案情不了解，属于无权代理，一审法院以此作为推论，显然不符合逻辑。

（二）、被上诉人庭审中出示的所有证据无法证明借款关系存在，更为重要的是无法证明其借款来源。其证据自相矛盾且不能形成证据链。

被上诉人一审中主张的主要证据《借款须知》和《借书》是伪造上诉人马xx签字的复印件；录音证据是复制品且不完整，录音对话内容不能确定有借款关系；被上诉人无法提供17万元款项来源；证人证言虚假且不在现场等不能形成证据链的证据，无法证明产生借款关系。

被上诉人除伪造借款复印件外，在庭审中一再认为是现金借款，但始终未出示李x当时借款款项来源，及取出17万元现金的取款凭证。被上诉人是美籍华人，按照美

国人的习惯不用大量现金，而用卡或账户交易，被上诉人说当天借给马xx17万元，这显然与其生活习惯不相符。被上诉人声称借给马xx大额现金，但庭审中既拿不出借款收据原始凭证证明，也举证不出自己17万元的款项来源，这说明被上诉人借款事实是虚构的。而且根据被上诉人提供的证据显示，在同期被上诉人借给其他人款项累计将近40万元（包括借给马xx17万元），那么请问借款现金的来源在哪里？何处取款、证据何在？被上诉人无法回答，一审判决中也无此说明。一审判决中对被上诉人证据的虚假性及瑕疵未公平研判。

所以一审法院在被上诉人一审出示的主要借款证据系伪造且为复印件，其它证据自相矛盾且不能形成证据链情况下就判决上诉人还款承担利息，显然是错误的。

（三）、一审对证人、证言认定有错误
本案中证人表示未在借款现场，在庭审中回答提问自相矛盾，所以证人、证言具有虚假性不能证明借款关系的存在。

庭审中上诉人的两个证人 1、证人不适格，其身份与被上诉人相当亲密，其证言多处自相充满矛盾，一个证人是与被上诉人在xx公司任职执行副总经理，与被上诉人有特殊的关系；另一个是被上诉人的司机，是被上诉人为其发放工资；同时其在本次出庭前，上班时间内导致车祸，被上诉人为其行为垫付被撞人医药费16000元，上述两证人均与被上诉人有亲密、利益关系。2、其证言多出呈现自相矛盾，且其2人也未亲眼见过有借款行为发生，只是道听途说，属于传来证据，不应作为定案依据。

二、本案的被上诉人诉讼明显超过诉讼时效

依照被上诉人提交的伪造诉讼借款须知内容，证据日期是2008年12月15日，依照伪造诉讼借款须知上说“每年还1/3，分最多三年还清”，到期后没有延续期限、没

有追缴情形。退一步讲，即使法院错误认定有借款，也应当考虑本案依照虚假的诉讼借据上的日期，应当依法驳回。

三、本案对于本金及利息的判决不公，对虚假借款须知上法律问题未完全处理

退一步讲，如果法院认定虚假的借款成立，本案中依据被上诉人提供的虚假的诉讼证据《借款须知》中的描述，用分红还借款，那么被上诉人现在将全部公司财产搬走，（包括机器、设备、仪器、原材料等，在2014年4月23日凌晨1点左右开始装6辆17.5米拖车发往深圳市xx实业有限公司，有110报警记录可证实），李x搬走公司财产，拿走分红拿走，不进行清算，对于借贷分红到底冲抵多少借款本金及利息，一审并未清算、一审法院应当对分红抵偿所谓借款额及应当确认和处理后再计算利息，而一审法院却将此割裂开，错误认为借款存在而对分红抵偿借款不做任何处理，显然是不符合公平合理原则的，至少未按照虚假的借款须知完整的表述来公正判决本案，严重损害了马xx的合法权益。

四、如果法院认定借款成立，那么本案应当将xx工业追加为第三人或被告

依据虚假的《借款须知》，即使依照一审错误认定借款关系成立的话，该款项也直接进入了李x设立并控制的外商独资公司xx公司，本案应当追加xx公司并判决该公司承担返还李x借款的义务，本案应当将xx工业公司追加为被告或第三人承担责任。

五、一审判决使用法律不当、判决明显不公

一审判决利用被告虚假的证据复印件及不真实的证人证言，利用非法的且不真实、不客观的录音复制品，错误认定本不存在的借款关系成立，导致本案判决不公。

被上诉人在法庭上对借款事实存在与否，不能出具有效证据。其一、借据是虚假的复印件；其二、被上诉人无法举证借款来源；其三、传来证据不符和证据形式要件，自相矛盾，不能作为定案依据。

六、被上诉人利用美籍华人的身份公开讹诈和欺骗中国员工

被上诉人利用自身强势地位和员工不懂法，单方面违法制作《高管持股章程》让员工签字，随后又利用伪造的借款须知和借据，并利用虚假的证人证言及非法且不能证明借款关系的录音来证明借款关系存在，显然是不成立的。

被上诉人利用公司章程以配股为诱饵让员工无休息日让马xx加班加点，而且不给任何加班费和工龄补贴，并且伪造借据17万元，企图抵消上诉人已经支付239750元投资款。投资一直未在工商局变更登记，导致上诉人既不能成为公司股东，还要承担亏损，向上上诉人承诺的分红至今不兑现，而且将公司所有资产转移，被上诉人多年来通过关联公司转移公司利润，将公司有意做亏，今天被上诉人利用伪造的借据书复印件及伪造的借款须知复印件向上上诉人主张17万元借款及利息，上诉人马xx面临239750元无法收回，还要被上诉人扼走17万元，如果让被上诉人得逞，上诉人家中的年迈父母及不到十岁的孩子以及无固定工作的妻子就无生活。

上诉人利用其美籍华人地位，在国内成立多个关联外资公司，轮换、搁置转账使用，转移资产制作虚假证据，讹诈中国员工事实，上诉法院应当综合充分考虑。

综上、本案借款关系不能成立、如果法院错误认定成立，也要考虑本案诉讼时效已经过期，同时主体上应当追加xx公司作为第三人或被告承担责任，在处理上对于分红冲减本金也需要一并处理。

希望法庭考虑到本案现实情况，能够依法公正审理判决支持上诉人的上诉请求，维护司法公正，维护上诉人的合法权益，请求依法改判或发回重审。

此致

北京市第三中级人民法院

上诉人：马xx

2015年1月15日



让我们好好谈谈“互联网金融”的 刑事法律风险及防控

■ 孙广智 / 文

互联网连接你我，不断改变着我们的生活和我们所生活的这个世界。金融活动是当今人类社会极其重要的资源配置手段之一，它驱使金钱不断的流动，最大限度的提高资金的使用效率，从而创造更多的物质财富乃至精神财富，推动社会的发展，改善我们的生活。

互联网以前所未有的速度和规模在传递和分享信息，而金融活动对金融资源的配置也离不开对相关信息的收集和分析。在这种背景下，互联网与金融宿命般的交融了，所以就有了互联网金融。

一段时间以来，社会各界对互联网金融的业务模式、创新、监管红线等重要议题津津乐道，但却一直苦于缺乏明确的规范指引可供参考，而对于“互联网金融”的刑事法律风险问题也似乎总是围绕着“四条红线”、“P2P网贷”、“非法集资”等个别问题兜来转去。

2015年7月18日，中国人民银行、工业和信息化部、公安部、财政部、国家工商总局、国务院法制办、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会、国家互联网信息办公室联合印发了《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（银发〔

互联网金融是传统金融机构与互联网企业利用互联网技术和信息通信技术实现资金融通、支付、投资和信息中介服务的新型金融业务模式。

2015〕221号，以下简称《指导意见》）。可以说，《指导意见》的出台，为我们对“互联网金融”及其刑事法律风险的认识和理解提供了迄今为止最为全面、权威的参考。

借此机会，笔者希望通过对《指导意见》的梳理和解读，结合自己的法律服务经验，就“互联网金融”刑事法律风险的理解和防控，提供一个全新的读本。

一、关于互联网金融

在谈“互联网金融”的刑事法律风险之前，我们首先来了解一下互联网金融。在这里，笔者将结合《指导意见》，对与互联网金融相关的主要内容做简单的梳理和介绍。具体包括以下几个方面：

1、什么是互联网金融

互联网金融是传统金融机构与互联网企业（以下统称从业机构）利用互联网技术和信息通信技术实现资金融通、支付、投资和信息中介服务的新型金融业务模式。互联网与金融的融合，促进了金融创新，提高了金融配置效率，但也存在一些问题 and 风险隐患。

2、互联网金融的主体及业务类型

互联网金融的主体包括两部分，一部

孙广智律师



京都律师事务所合伙人

孙广智律师的工作方向主要为针对经济犯罪案件、有组织犯罪及商业贿赂犯罪案件的刑事法律服务。在针对经济犯罪案件所提供的刑事法律服务中，孙广智律师在涉及侵害企业财产权、妨害金融管理秩序、金融诈骗及涉及企业高管人员渎职案件方面积累了丰富的刑事法律服务工作经验。

分是银行、证券、保险等传统金融机构，另一部分则是新兴的互联网企业。就业务类型而言，前者主要依托互联网技术，实现对传统金融业务与服务的转型升级，通过建设创新型互联网平台开展网络银行、网络证券、网络保险等业务；而后者则是通过依法合规设立互联网支付机构、网络借贷平台、股权众筹融资平台等方式来实现对互联网金融业务的创新。与此同时，国家也鼓励金融机构与互联网企业之间相互合作，实现优势互补。

3、互联网金融的基本业务规则及监管职责划分

该《指导意见》对“互联网支付”、“网络借贷”、“股权众筹融资”等互联网金融业务的基本业务规则及监管职责划

分作出了相应的规定。就业务规则而言，主要涉及以下几方面内容：

一、“互联网支付”、“网络借贷”、“股权众筹融资”等互联网金融业务是为了更好的满足中小微企业和个人的投融资需求，进一步拓展普惠金融的广度和深度。

二、相关业务的开展应遵守现行法律法规及相关司法解释和监管规定。

三、相关中介机构平台（如股权众筹融资平台、网络借贷平台）应当坚持平台功能，明确自身的信息中介性质，切实履行相关信息披露义务、风险提示义务，建立互联网金融的合格投资者制度，提升投资者保护水平，不得非法集资。

四、建立有效的风险隔离机制和客户权益保障机制，采取有效的风险防范措施，妥善保管客户资料和交易信息。

五、应当采取有效措施识别客户身份，主动监测并报告可疑交易，妥善保护客户资料和交易记录，协助公安机关和司法机关依法、及时查询、冻结涉案资产，配合公安机关和司法机关做好取证和执行工作。

在监管职责划分上，“互联网支付业务”由人民银行负责监管；“网络借贷业务”和“互联网信托业务”、“互联网消费金融业务”由银监会负责监管；“股权众筹融资业务”和“互联网基金销售业务”由证监会负责监管；“互联网保险业务”由保监会监管。

二、“互联网金融”的刑事法律风险

这里的刑事法律风险主要是指，可能对互联网金融活动及相关金融管理秩序、从业机构和客户的财产权利、社会管理秩序等形成不法侵害、造成严重的损害后果，并引发刑事犯罪，特别是可能会导致从业机构及/或其工作人员被追究刑事责任的相关事件（我们也可以将之称为“风险事件”）。主要包括：

1、信息网络安全事件

自互联网诞生以来，信息网络安全就是互联网行业关注的重要问题。不法主体对计算机信息系统的非法侵入及对系统数据的非法获取及使用，严重损害互联网安全，扰乱社会公共秩序。

根据我国刑法第285条、第286条的相关规定，非法



侵入、控制、破坏计算机信息系统，非法获取计算机信息系统数据的行为涉嫌触犯“非法侵入计算机信息系统罪”、“非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪”、“破坏计算机信息系统罪”等罪名。

更重要的是，很多情况下，上述犯罪行为的实施并不意味着犯罪的“终点”，而是为了实施其他犯罪的“手段”和“预备”。根据刑法第287条之规定，利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法相关规定定罪处罚。

当互联网与金融发生深度融合后，上述因信息网络安全事件所引发的刑事法律风险也势必会蔓延至金融领域。此类事件的发生不仅严重破坏金融管理秩序，而且也会对从业机构及其客户的财产权利、个人隐私、商业秘密造成严重的侵犯和破坏。

根据公开新闻报道，早在2007年，浙江省丽水市中级人民法院即对两名Q币大盗分别判处有期徒刑13年和15年，罪名是盗窃罪。该报道显示，嫌疑人通过侵入原单位计算机信息系统的方式，非法获取系统内的Q币，并将所窃取的Q币用于出售获利。

在这则案例中，我们可以看到，犯罪分子通过非法侵入计算机信息系统的方式，窃取了具有财产属性的虚拟货币Q币。而在互联网金融活动中，客户个人信息及财产信息、从业机构的资金及管理信息、商业秘密等一系列重要信息都是从业机构网络系统中的一组组数据。因此，当不法分子侵入从业机构的信息系统，并大肆获取其中的数据信息时，从业机构及其客户将极有可能遭受不可估量的损失和破坏。

2、流动性风险事件

什么是“流动性风险”？根据银监会2014年1月17日发布的《商业银行流动性风险管理办法（试行）》（中国银行业监督管理委员会令2014年第2号，以下简称《管理办法》）第三条之规定，“本办法所称流动性风险，是指商业银行无法以合理成本及时获得充足资金，用于偿付到期债务、履行其他支付义务和满足正常业务开展的其他资金需求的风险。”

虽然上述《管理办法》关于“流动性风险”的规定内容只适用于在中华人民共和国境内设立的商业银行，但其内涵却在很大程度上体现了互联网金融中，从业机构可能面临的“流动性风险”的普遍共性，即“资金链的断裂”。

实践中，引发资金链断裂的原因很多，但并非都会引向刑事犯罪，从刑事法律风险的防范角度出发，应重点关注以下情形：

（1）从业机构及/或其从业人员利用职务之便，挪用、侵占机构资金。这里的资金既包括从业机构的自由资金，也包括存放在从业机构或其控制、管理账户中的客户资金。试想，如果从业机构的相关人员，擅自将具备特定用途的资金予以侵占或挪作他用，从而导致相关资金流失或难以及时“回笼”，则极有可能引发从业机构出现“资金链断裂”的流动性风险。与此同时，相关从业机构及/或其从业人员的该等行为也涉嫌构成我国刑法所规定的职务侵占罪、挪用资金罪、贪污罪、挪用公款罪、背信运用受托财产罪等犯罪。

（2）非法的“期限错配”。部分中介平台（如“P2P网络借贷平台”、“股权众筹融资平台”）未能恪守自身信息中介的地位，未能坚持自身平台功能，假借平台的名义搞“资金池”，然后对资金池中的资金进行“期限错配”，将相应的资金或拆分、或组合后，再进行对外借贷或投资活动。在此过程中，往往会出现由于“期限错配”不当或借款对象违约、所投资项目亏损等原因所导致的“资金链断裂”的后果。

在这种非法的“期限错配”活动中，相关从业机构背离了作为信息中介平台的基本立场，其行为属于“不当为而为之”，在这种情况下，相关主体往往会因涉嫌非法集资类犯罪、金融诈骗类犯罪而被追究刑事责任，而在这些从业机构进行投资、放贷的客户们也往往会因此面临血本无归的苦果。

（3）“庞氏骗局”的出现。所谓的“庞氏骗局”实际就是“拆东墙、补西墙”，也就是我们经常提到的“借新还旧”。行为人往往以“高额回报”为诱饵引诱他人投资，并将后加入者的投资中的相当一部分投资款作为承诺的“回报”支付给先

前加入的投资者，如此循环下去，营造一种投资获利的“假象”，直至资金链断裂。

“庞氏骗局”因查尔斯·庞兹而得名，此人是一名意大利投机商，在20世纪初移民美国后，采取上述手段诱骗人们不断向一家子虚乌有的企业投资，最终导致资金链断裂。现今，“庞氏骗局”往往出现在非法集资犯罪及传销犯罪之中。

互联网金融虽然为机构及个人的投融资创造了极大的便利，但也不可避免的会为部分不法分子所利用，通过让人眼花缭乱的“业务创新”以及高额的对“庞氏骗局”进行包装、美化，并引诱部分缺乏投资经验及风险意识的投资者上当受骗。

3、非法集资事件

在我国，“P2P网络借贷平台”和“股权众筹融资平台”（以下简称“两个平台”）从出现开始就伴随着是否涉及“非法集资”的争议。实践中，平台倒闭、跑路事件也屡见不鲜，有的平台已因涉嫌非法集资犯罪活动被依法追究刑事责任。甚至有人认为，这两个平台的业务实际就是“非法集资”，只不过在国家鼓励金融创新的大背景下，监管部门对此“睁一只眼，闭一只眼”而已。

在笔者看来，对于上述两个平台的合法性论证，还是应当结合“非法集资犯罪”的本质特征来进行探讨。事实上，我国刑法并没有“非法集资罪”这样的罪名，根据《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2010〕18号），“非法集资犯罪活动”主要是指刑法第176条规定的“非法吸收公众存款罪”和刑法第192条规定的“集资诈骗罪”。而常使两个平台陷入合法性争议的，往往就是“非法吸收公众存款罪”。

笔者认为，片面的强调资金的“吸收”、“汇集”往往会使我们忽略“非法吸收公共存款罪”的本质特征，即作为行为对

象的资金所具有的“存款”特征。

根据《商业银行法》第三条之规定，“吸收公众存款”、“发放短期、中期和长期贷款”是商业银行的传统业务和主要业务，该等业务的经营需报银监会批准方能实施。而商业银行的这种“吸存放贷”的业务模式实际也是银行信用的体现。

由此，如果其他主体（单位或自然人）未经银监会批准，擅自进行“吸存放贷”，则无异于以自身的信用冒充银行的信用，在不具备相应的资金能力和风险抵御能力的情况下，冒然经营银行业务。这样的行为，不仅严重妨害了银行业监督管理机构的管理活动，扰乱金融市场管理秩序，也给社会公众的存款带来了巨大的风险。笔者认为，这才是认定非法吸收公众存款行为具有社会危害性并构成犯罪的关键所在。

结合以上分析，我们再来看一下两个平台，事实上，无论是早期银监会为P2P网贷平台划定的四条红线，还是《指导意见》对两个平台规定的基本业务规则，都提出了明确平台的信息中介性质，坚持平台功能，不得提供增信服务等要求。这些要求都表明，在互联网金融中，两个平台并不是提供信用的主体，而仅仅是传递信息的平台，这样的平台仅仅为投资方和融资方提供信息交互、撮合、资信评估等中介服务，并不吸收公众存款，因而也就不涉及刑事犯罪。

综上，在笔者看来，两个平台本身并不具有当然的违法性，其所实施的业务也并非当然的“非法集资犯罪活动”。只有当平台不再坚持平台功能时，不再是信息中介，而是信用提供者时，不再是投融资双方的中介，而是投资方或融资方的一方主体时，平台所提供的业务才有可能涉及“非法集资犯罪活动”，而这正是我国法律所不能容忍的犯罪行为。因此，在具体的互联网金融活动中，相关平台应当避免“非法集资事件”的出现。

4、欺诈投资者事件

社会发展至今，欺诈行为仍然是商业活动中无法根治的顽疾，在金融领域中，欺诈投资者的行为更是屡见不鲜，说句玩笑话，“如果上帝也投资的话，那么欺诈无疑是人神共愤的事情了。”

目前，我国刑法已经针对欺诈投资者的行为规定了多项罪名，比如：刑法第160条规定的“欺诈发行股票、



互联网金融鼓励创新，而创新在拓宽金融服务的业务范围、提高服务水平，带来新的利润增长点之外，也在一定程度上隐含着逾越监管的法律风险。

债券罪”，刑法第161条规定的“违规披露、不披露重要信息罪”、刑法第181条规定的“编造并传播证券、期货交易虚假信息罪”、“诱骗投资者买卖证券、期货合约罪”等罪名。

与此同时，《指导意见》在涉及“股权众筹融资”、“互联网基金销售”、“互联网保险业务”的规定内容中也强调了诸如“不得误导或欺诈投资者”、“不得通过违规承诺收益方式吸引客户”、“切实履行风险披露义务”等禁止欺诈投资者的要求。

由此可见，“欺诈投资者事件”既是主管部门明令禁止的不法行为，也是从业机构在具体业务开展过程中，应当重点注意并严格杜绝的风险事件。

5、洗钱事件

所谓洗钱，顾名思义，就是将“脏款”洗白，给其蒙上合法的外衣。根据我国刑法第191条关于“洗钱罪”的规定，该类犯罪的主要行为手段几乎都和金融活动相关，主要包括：（1）为犯罪所得及其产生收益提供资金账户的；（2）协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券的；（3）通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；（4）协助将资金汇往境外的。可见，利用金融活动进行洗钱往往是犯罪分子的“首选”。

为此，我国专门制定了《中华人民共和国反洗钱法》以预防、遏制洗钱活动及相关犯罪。互联网金融的本质仍属于金融，也存在被犯罪分子利用实施洗钱活动的可能性，因此，《指导意见》也就反洗钱事宜对从业机构作出了相应的要求。

由此，互联网金融从业机构不仅要严格杜绝参与一切涉及洗钱活动的违法、犯罪行为，更要避免被不法分子所利用而掉入为他人洗钱的“陷阱”，同时也要积极建立并落实各项反洗钱制度，依法配合公安机关和司法机关依

法做好取证和执行工作，从而防范、杜绝因洗钱事件所引发的刑事法律风险。

受制于文章篇幅，笔者仅向大家简单介绍以上风险事件，我们可以看到，这些事件既相互独立，也存在交叉，他们虽然不能涵盖涉及互联网金融刑事法律风险的所有风险点，但均具有一定的典型性，值得我们大家关注和思考。接下来，笔者将结合互联网金融刑事法律风险的成因，就相关刑事法律风险防控措施向大家做简要的介绍。

三、“互联网金融”的刑事法律风险防控

1、相关风险成因

针对上述风险事件，笔者认为，相关风险成因主要包括以下三个方面：

第一，从业机构人员的原因。在包括互联网金融在内的一切社会生产经营活动中，人员始终是最活跃的要素。但正所谓“成也萧何，败也萧何”，当从业人员出现问题的时候，往往也是从业机构陷入法律风险漩涡的时候。例如，从业人员利用职务之便，非法获取、买卖客户信息，侵吞单位资产，挪用客户资金等，均可能引发前面列举的法律风险事件。

第二，从业机构自身的原因。从业机构是互联网金融活动的主体，如果从业机构存在违法、违规经营，或者未能及时识别、分析潜在的风险事件，又或者在风险事件出

现时未能采取合理的应对措施，则无疑会对从业机构的业务活动造成严重不良影响，更有甚者，会给从业机构造成毁灭性的打击。

第三，第三方的原因。作为外因，第三方的原因往往会与内因（即来自从业机构及/或其从业人员的原因）相结合，共同导致刑事法律风险事件的发生。以P2P网络借贷平台为例，当平台上的融资方利用平台进行非法集资，而平台未能及时识别，或者有意配合，或者未能向投资人进行合理的信息披露及风险提示的话，则对平台而言，轻则承担损害赔偿责任，重则承担刑事责任。

2、相关风险防控措施的建議

针对前述互联网金融的刑事法律风险事件及其成因，结合自己的法律服务经验，笔者认为，我们可以通过（包括但不限于）以下措施，协助从业机构进行刑事风险防控。

第一，加强对从业人员的法律培训及警示教育。人们常讲“无知者无畏”，而法制观念的淡薄和侥幸心理的存在也往往是诱发某些从业人员触犯监管红线，引发风险事件的主因。因此，有针对性的对相关从业人员开展法律培训、进行警示教育，对于提高守法意识、引导依法从业，以及防范、杜绝违法行为的发生均具有十分重要的意义。

第二，协助从业机构建立、完善相关风控制度。

根据《指导意见》，开展互联网金融活动应当建立健全各项制度，包括“客户资金第三方存管制度”、“信息披露、风险提示和合格投资者制度”、“消费者权益保护制度”、“网络与信息的安全制度”、“反洗钱和防范金融犯罪制度”等各项制度。

上述各项制度既是监管部门对从业机构的基本要求，也是提高从业机构抵御、防范风险能力的重要风控制度。因此，于情于理、于公于私，从业机构都应积极建立、完善上述制度。在此过程中，律师可以为从业机构提供相应的法律协助和支持。

第三，起草、审核相关协议、文件。

在具体的业务开展过程中，往往涉及到大量的协议签署及文件发布活动。这些协议、文件既现了从业机构的单位意志，也会对从业机构产生相应的法律拘束力。如果这些文件、协议中存在逾越或疑似逾越监管红线的内容，则势必会置从业机构于危险境地，甚至可能成为对从业机构及其从业人员追究刑事责任的理由和根据。

因此，从业机构有必要慎重对待其所签署的协议和发布的文件，必要时应当安排专业法律人士协助开展起草、审核工作，努力确保从业机构的业务活动合法、合规，严格控制法律风险。

第四，针对具体业务事宜开展专项法律分析。

互联网金融鼓励创新，而创新在拓宽金融服务的业务范围、提高服务水平，带来新的利润增长点之外，也在一定程度上隐含着逾越监管的法律风险，很多时候，“创新”本身就意味着冒险。蜘蛛和螃蟹都是八条腿，谁又能保证自己永远是第一个吃螃蟹的人，而不是第一个吃蜘蛛的人呢？因此，针对具体业务事宜开展相应的法律分析，就潜在的法律风险及业务自身的合规性、合法性进行适当的论证，不但有助于防范法律风险，更有利于互联网金融的业务创新。

第五，对特定风险事件及时开展危机应对工作。

我们不能完全排除特定风险事件的发生。在特定风险事件发生时，从业机构应当及时组建专业团队展开危机应对工作。包括但不限于：（1）协助从业机构查明风险事件的相关事实，明确事件成因及责任主体，依法保全相关证据材料；（2）协助从业机构积极配合主管部门的调查工作；（3）作为从业机构的代理人或者辩护人积极参与因风险事件引发的诉讼案件，依法提出减免从业机构法律责任的意见和主张，维护从业机构的合法权益，避免风险事件所造成的负面影响及危害后果的进一步扩大和加重。

以上就是笔者对于互联网金融的刑事法律风险及防范的一些理解和建议，希望可以为互联网金融的从业机构和从业人员提供有益的参考，也希望可以借此搭建起我们大家信任和沟通的桥梁。

笔者相信，互联网金融的未来无疑是光明而美好的，但在繁花似锦的美景之下，也不免暗藏荆棘。当您涉足这片领域时，请记住有我们与您相伴，并帮助您采撷荆棘中最美的花朵。



双诉记

——布局维权，以诉备诉

交易之初

2012年初，从事物流仓储服务的美联公司（化名）因公司经营规模的扩大，开始寻找适合提供仓储服务的仓库。经过一番努力，位于北京市近郊的小庄仓库条件理想，而该仓库的承租人，在物流行业颇具知名度的邦德公司（化名）恰巧想要将该仓库转租，双方一拍即合，随即开始磋商。经协商，邦德公司承诺在其剩余的6年租赁期限内，将小庄仓库转租给美联公司。在签订书面合同时，双方协商采用一年一续约的方式订立《仓库转租协议》，即在租赁期限条款中约定，“仓库租赁期间1年，美联公司如要求续租，应在合同履行期限届满前3个月通知邦德公司，在美联公司不存在欠缴租金及相关费用的情况下，双方以原《仓库转租协议》约定条件续签租赁合同”。

协议签订生效后，美联公司立即开始着手对仓库进行修缮改建，同时积极与国内知名商品零售企业星光公司接洽，并订立了《仓储服务协议》，使用小庄仓库为星光公司提供仓储服务。经营拓展的如此顺利，令美联公司摩拳擦掌，欲将公司业绩提升一个新的高



殷俊茹



李彬



周海琼



李源

度。

然而，谁都没有料到，幸福来得太突然，危机却也悄悄的伴随而来，与星光公司订立《仓储服务协议》不久，美联公司欲将公司的注册地址变更小庄仓库，在前往工商行政管理局时得知，小庄仓库所在区域因被列入征收拆迁范围，以该区域内的不动产为登记地址的工商变更手续均已暂停办理。美联公司开始意识到事态不妙，其在合同订立之初并不知道小庄村即将拆迁的情况，一旦正式拆迁，其与邦德公司订立的《仓储转租合同》就无法继续履行，几个月的业务拓展和资金投入都将付诸东流。

被突如其来的坏消息打乱了发展节奏的美联公司随即与我们取得联系，希望获得补救的机会。

维权之殇

根据我国相关法律法规的规定，因拆迁致使美联公司遭受停产停业等经营损失，在拆迁所涉及到的众多补偿项目中，美联公司本可依据其实际使用人的地位，通过与拆迁部门订立拆迁补偿协议的方式直接获得补偿。同时，美联公司还可以依据其与邦德公司存在租赁关系的事实，通过与邦德公司分

律师团队成员：

殷俊茹，毕业于清华大学，经济管理学院
李彬，毕业于中国政法大学，法学院
周海琼，毕业于北京师范大学，心理学院
李源，毕业于中国政法大学，法学院

割拆迁补偿的方式，或者依据其与邦德公司订立的转租协议，以向邦德公司追索损失赔偿的方式间接获得补偿、赔偿。但经过我们对美联公司整个交易过程及《仓库转租协议》内容的梳理，我们发现美联公司的维权之路障碍重重。

——拆迁补偿对象认定的法律规制

首先，虽然美联公司实际使用小庄仓库进行经营活动，但在我国司法实践中，对于拆迁时不动产使用人的认定主要依据的是以该不动产为注册地址的工商登记主体。在双方交易之初，美联公司并未及时办理公司注册地的工商变更，而小庄仓库上注册登记的主体仍为邦德公司。且在邦德公司将仓库转租给美联公司时，小庄仓库已经列入拆迁范围，工商行政管理局停止办理营业执照及工商变更登记。这使得美联公司根本无法成为拆迁补偿对象，直接获得拆迁补偿。

其次，根据美联公司事后的调查，在邦德公司与其订立《仓库转租协议》前，拆迁部门即已经对小庄仓库进行了测绘评估，相关拆迁补偿均已确定，美联公司此后取得小庄仓库使用权的事实根本无法得到拆迁部门的认可，其自然无法自拆迁部门得到任何的拆迁补偿款。

——拆迁补偿分割的合同限制

1. 邦德公司在与美联公司磋商转租事宜之前就已经知道小庄仓库被列入拆迁范围的事实，其与美联公司订立《仓库转租协议》的目的是为了在得到拆迁营业损失补偿的同时，通过转租收取租金将正式拆迁前的营业损失转嫁给美联公司。故此，其所拟定的《仓库转租协议》自然是字斟句酌，极尽可能的排除美联公司分割拆迁补偿的权利。为此，邦德公司在《仓库转租协议》中明确约定“如遇政府征收拆迁等不可抗力，导致本合同无法继续履行时，本合同自行终止，双方互不负违约责任，因政府拆迁所获得的

所有拆迁补偿归邦德公司所有。”如此一来，美联公司根本无法作为小庄仓库的实际使用人，基于《仓库转租协议》向邦德公司主张分割拆迁补偿。

雪上加霜的是，上述条款中“本合同自行终止，双方互不负违约责任”的约定使得邦德公司在因征收拆迁时，完全免除了违约赔偿责任。美联公司无法基于租赁合同的约定，以邦德公司为被告提起租赁合同纠纷之诉，向其主张违约责任。

不可抗力的一方由此免除赔偿责任。

2. 如遇政府征收拆迁等不可抗力，导致本合同无法继续履行时，本合同自行终止，双方互不负违约责任，因政府拆迁所获得的所有拆迁补偿归甲方所有。

面临凡此种种障碍，美联公司自担损失几乎已成定局，而其中的始作俑者邦德公司却通过合同内容的预先设计得以置身事外。如何维护美联公司的合法权益，最大限度的弥补其遭受的损失？

布局

经过对美联公司与邦德公司所订立的《仓库转租协议》内容的反复研究，我们发现，虽然《仓库转租协议》的内容对美联公司极度不利，但因为双方采用的是续租的方式订立书面转租合同，而合同已届续签期，在重新订立《仓库转租协议》时只要能够对合同中约定加以修改，美联公司在这场本无力抗争的博弈中仍有一丝翻盘的机会。而修改的难点在于邦德公司的同意，修改的部分一定要看似无关痛痒，不触动邦德公司的核心利益，同时又要颠覆合同的约定内容，给美联公司的维权奠定基础。为此，我们反复推敲，最终选定了整个布局的关节点——租赁期限。

在我们的安排下，美联公司在续签期到来时立即向邦德公司发送磋商函，要求续订《仓库转租协议》。同时，以希望得到邦德公司在其剩余的租赁期限内，将小庄

原房屋所有权人同意转租的证明》见附件二。

第三条 租赁期限

房屋租赁期间1年，乙方如要求续租，应在合同履行期限届满前3个月通知甲方，在乙方不存在欠缴租金及相关费用的情况下，甲、乙双方以本合同约定条件续订租赁合同。



仓库出租给美联公司的书面承诺为由，要求将原合同中“仓库租赁期间1年，美联公司如要求续租，应在合同履行期限届满前3个月通知邦德公司，在美联公司不存在欠缴租金及相关费用的情况下，双方以原《仓库转租协议》约定条件续签租赁合同”的租赁期限条款变更为“仓库租赁期间1年，美联公司如要求续租，应在合同履行期限届满前3个月通知邦德公司，在美联公司不存在欠缴租金及相关费用的情况下，双方在邦德公司剩余租赁期限内续签租赁合同”。

通过这个小小的改动，小庄仓库的转租期限由原来的1年变更为邦德公司的剩余租赁期限5年，看似无关痛痒，但该条款的存在表明了美联公司在订立《仓库转租协议》时，并不知道小庄仓库即将拆迁的事实，否则不会订立长达5年的租赁合同。另一方面，在能够举证证明邦德公司明知小庄仓库即将被拆迁的前提下，该条款的存在表明邦德公司明知无法转租5年，却仍然与美联公司订立为期5年的转租合同，其在订立《仓库转租协议》时向美联公司隐瞒了小庄仓库即将拆迁的事实，构成欺诈，应向美联公司承担违约责任，赔偿美联公司因拆迁无法继续承租小庄仓库而遭受的损失。

因为巧妙的避开了邦德公司在原《仓库转租协议》中约定的拆迁补偿及合同终止等核心条款。不明就里的邦德公司并未看出其中的奥妙所在，故此欣然的接受了美联公司的提议，重新签订了《仓库转租协议》。

自此，《仓库转租协议》这个最棘手的维权障碍转变为美联公司最有利的维权武器，美联公司开始稳住脚，维权的较量一步步展开。



曾静音



任视宇



高琨



陈宇

律师团队成员：

曾静音，毕业于中国人民大学，法学院
任视宇，毕业于吉林大学，法学院
高琨，毕业于吉林大学，法学院
陈宇，毕业于中国政法大学，法学院

对 弈

2012年12月3日，小庄仓库实际拆迁在即，邦德公司索性撕下了“友好合作伙伴”的面纱，发来一纸通知函，声称仓库面临征收搬迁，双方之间的合同应依据《仓库转租协议》的约定自行终止，请美联公司一个月内自行搬离。美联公司随即向邦德公司回函称，因邦德公司刻意隐瞒小庄仓库即将被拆迁的事实，致使《仓库转租协议》无法继续履行，应赔偿美联公司由此遭受的损失。自此，美联公司的维权之争拉开序幕。

——前提未现、损失未明

虽然我们已经通过合理的布局使得美联公司具备了向美联公司追索损失的基础，但在美联公司的维权之路上，还存在两个障碍。

其一、正如前文提到的，利用重新订立的《仓库转租协议》来证明邦德公司故意向美联公司隐瞒征收拆迁事实，欺诈美联公司的成立取决于一个前提条件，即证明邦德公司在订立《仓储转租协议》时明知小庄仓库即将拆迁的事实。如果无法证明上述事实，只要邦德公司主张自己也不知道征收拆迁，其就可以从欺诈的始作俑者摇身一变成成为拆迁征收受害者，而5年的租赁期限因缺少邦德公司明知征收拆迁的环节，而失去证明德邦公司隐瞒拆迁事实的效力。然而，美联公司虽然心中明知在双方订立《仓库转租协议》时，邦德公司不但已知晓小庄仓库即将拆迁的信息，但其并没有扎实的证据证明上述事实。

其二、根据我国合同法的相关规定，当事人一方违约给对方造成损失的，损失赔偿范围应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应该预见到的因违反合同可能造成的损失。基于该规定，邦德公司的赔偿金额将限于美联公司所能证明的损失数额。因修缮改建、提前搬迁所遭受的损失自不用说，而双方争议的关键在于“合同履行后可以获得的利益”。对于美联公司来说，如果《仓库转租协议》继续履行，其每月均可依据与星光公司订立的《仓储服务协议》赚取高额服务费，而其每月的服务费与支付的租金差额即为《仓库转租协议》履行后可以获得的利益。经计算，在剩余租赁期限内，仅此一项就高达400余万元。然而，同样基于上述法律的规定，该损失的赔偿需以邦德公司在订立合同时预见或者应该预见为限。一旦双方发生纠纷，邦德公司必然主张其无法预见合同履行后美联公司可以获得的利益，并援引上述法律规定提出抗辩。

因为预先规划、整体布局，我们早已预料到美联公司与德邦公司发生纠纷时案件进展的每一步的关节点，并早早作出安排及应对方案。

——另起一案，以诉取证

关于证明邦德公司在订立《仓库转租协议》时即已明知小庄仓库即将拆迁的证据收集。根据美联公司的调查，邦德公司在订立《仓库转租协议》前即已经参与了拆迁评估测绘，那么相关测绘评估资料中必然存在邦德公司参与拆迁评估测绘的证据。

为取得上述证据材料，在美联公司与德邦公司公开对立后，我们并没有急于提起租赁合同纠纷之诉，而是另起一案，以小庄仓库的所有权人为被告向法院提起拆迁补偿合同纠纷之诉，基于美联公司实际使用小

庄仓库的事实，要求小庄仓库的所有权人返还部分拆迁补偿款。当然，正如上文所述，因为法律的规制及合同约定的限制，美联公司并无法追索拆迁补偿款。该诉讼的真实目的是为了在诉讼中得到拆迁补偿评估的相关文件材料。此次维权最为关键的一战就此展开！法院受理本案后针对美联公司的诉求，为查明事实，从拆迁公司调取了本次拆迁的估价结果通知单、搬迁测绘表、勘查表、调查表等证据材料，而拆迁文件中所有对涉诉房屋的描述中均明确显示，邦德公司参与了整个征收拆迁测绘、评估过程，邦德公司早在与美联公司签订租赁协议之前对于即将搬迁的事就心知肚明！

——步步为营，埋设伏笔

关于证明邦德公司在订立《仓库转租协议》时即已预见美联公司履行《仓库转租协议》可获得的利益。正如前文所述，在重新订立《仓储保管协议》前，美联公司已经通过函件的方式与邦德公司反复磋商。而根据我们的安排，美联公司在往来函件中一再的纰漏其已与星光公司订立《仓储保管协议》的事实，并以此为由要求邦德公司将其承诺的租赁期限落实在新订立的《仓库转租协议》中，为保障万无一失，在美联公司向邦德公司发送的最后一封磋商函中，我们将《仓储保管协议》作为函件的附件一并发送给邦德公司。邦德公司早在重新订立《仓库转租协议》前即已明知并可以预见合同履行后美联公司所获收益的证据就此固定下来。

结 局

2013年4月，美联公司正式向北京市某区人民法院递交起诉状，状告邦德公司违反《仓库转租协议》约定，应向其赔偿损失。

经过早期的布局铺垫，以及正确的取证方案，证明邦德公司违约的证据链条已经牢不可破。最终，法院认定，“2012年《仓库转租合同》签订前，诉争房产已进行拆迁测绘，邦德公司对于诉争房产将被拆迁的事实应为知情，而在邦德公司明知诉争房产将被拆迁的情况下，仍与美联公司订立为期5年的2013年《仓库转租合同》。由此可知，邦德公司存在欺诈的故意”。基于此，人民法院支持了美联公司全部的诉讼请求。



关于家族信托对接上市公司股票增持方案的相关法律问题分析

■ 余慧华 滕杰 / 文

2015年7月8日，证监会发布《关于上市公司大股东及董事、监事、高级管理人员增持本公司股票相关事项的通知》（以下简称《通知》）。政策发布后，上市公司的大股东或董监高人员纷纷公告宣布已加入或计划股票增持。实际上，对于正在计划股票增持的上市公司大股东或董监高人员来说，以家族信托对接股票增持方案，在能够提振投资者信心、稳定股价预期的同时，还可以达到财富传承及股权间接转移等目的。

一、家族信托对接上市公司股票增持方案简介

家族信托对接上市公司股票增持方案，是以上市公司大股东及董事、监事、高级管理人员作为委托人，将其个人财产交付给受托人（即信托公司）设立家族信托，家族信托的受托人再与证券公司签订定向资产管理计划，将信托财产通过该定向资产管理计划购买该上市公司股票，

以达到增持上市公司股票的目的。该方案基本结构如下图所示：

二、该方案的优点

（一）资产隔离

该方案中，作为委托人的上市公司大股东或董监高人员，将其个人财产交付给受托人而设立信托，即实现了财产所有权的转移。根据我国《信托法》的规定，信托财产既不得被当作委托人的个人财产而被执行，也不得作为受托人的固有财产而受到影响。因此，委托人用以设立家族信托的资产即实现了资产隔离的目的。需要说明的是，尽管名义上是由信托计划持有上市公司股票，实际上持有上市公司股票的仍为上市公司大股东及董事、监事、高级管理人员，因此，仍可适用《关于上市

公司大股东或董监高人员增持本公司股票相关事项的通知》的规定。

（二）财富传承

家族信托设立的根本目的，是使子孙后代享有信托利益，实现自身财富的传承。而以信托计划持有上市公司股票，可以将上市公司股权直接纳入传承的财富之中，从而更好的实现财富传承的目的。

我国信托公司发行的绝大部分信托计划均为自益信托，即信托的受益人与委托人为同一人，并无财富传承的相关功能。但在本方案中，通过对家族信托受益权分配需要进行合理、巧妙的设计，可在实现家族财富保全的同时，传承至家族后代。

（三）股权间接转移

通过该方案，委托人以其个人财产设立家族信托后，再通过定向资产管理计划购买上市公司的股票，即将该部分财产转变为了上市公司股票。未来一旦需要减持，可仅出让其个人名下的股权，实现了个人名下股权向家族信托的股权间接转移。

根据《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第15号——权益变动报告书》（2014年修订）（以下简称《权益变动报告书》）第二十四条的规定，通过信托或其他资产管理方式导致信息披露义务人在上市公司中拥有权益的股份变动达到法定比例的双方当事人，应当披露信托合同或者其他资产管理安排的主要内容，包括信托或其他资产管理的具体方式、信托管理权限（包括上市公司股份表决权的行使等）、涉及的股份种类、数量及占上市公司已发行股份的比例、信托或资产管理费用、合同的期限及变更、终止的条件、信托资产处理安排、合同签订的时间及其他特别条款等。

其次，信息披露义务人是上述条款中所提及“通过信托或其他资产管理方式导致信息披露义务人在上市公司中拥有权益的股份变动达到法定比例的双方当事人”。其中，关于“达到法定比例”，根据《上市公司收购管理办法》，投资者及其一致行动人在上市公司中拥有的权益达到下列比例时，负有编制下列权益变动报告书的义务：达到一个上市公司已发行股份的5%时，应该编制权益变动报告书；不是上市公司的第一大股东或者实际控制人，其拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份的5%，但未达到20%的，应当编制简式权益变动报告书；是上市公司的第一大股东或者实际控制人，其拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份的5%，但未达到20%的达到、或者超过一个上市公司已发行股份的20%但未超过30%的，应当编制详式权益变动报告书。而投资者在一个上市公司中拥有的权益，包括登记在其名下的股份和虽未登记在其名下但该投资者可以实际支配表决权的股份。因此，对于上市公司大股东及董事、监事、高级管理人员来说，其原来持有的上市公司股票和通过本方案持有的上市公司股票应合并计算。如在一个上市公司中拥有权益的股份达到上述比例，则相关当事人需根据拥有权益的股份比例履行上述信息披露义务。

（二）关于配资问题

在该方案中，证券公司可以提供针对股票增持提供配资服务，以解决资金不足的问题，增加投资回报率。但

三、相关法律问题分析

（一）关于信息披露问题

在该方案中，需要注意的是，根据《通知》，上市公司大股东或董监高人员增持上市公司股票应按照《证券法》、《上市公司收购管理办法》、《上市公司信息披露管理办法》等法律法规相关规定，及时履行报告和信息披露义务。具体来说，该方案涉及如下信息披露问题：

首先，对于上述家族信托对接股票增持方案，其信息披露内容有特殊的要求。

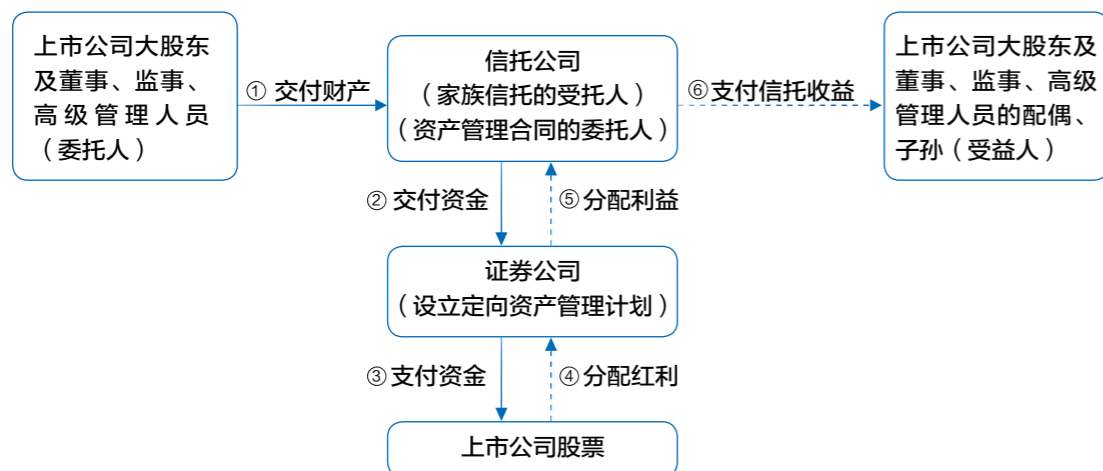


图1 家族信托对接上市公司股票增持方案



我国信托公司发行的绝大部分信托计划均为自益信托，即信托的受益人与委托人为同一人，并无财富传承的相关功能。

如何审核海关稽核证明书

■ 肖永成 / 文

是，配资需要注意如下问题：第一，2015年7月12日下午，证监会紧急发布《关于清理整顿违法从事证券业务活动的意见》，对部分场外配资进行了清理，严禁账户持有人通过证券账户下设子账户、分账户、虚拟账户等方式违规进行证券交易；第二，进行配资方案设计时，所增持股票的实际持有人应仅为上市公司大股东或董监高人员。因《通知》仅适用于上市公司大股东及董事、监事、高级管理人员增持本公司股票的情况。如配资方案致使股票的实际持有人并非上市公司大股东或董监高人员，或不仅仅是上市公司大股东或董监高人员，则不能适用该通知。

（三）关于家族信托受益权分配问题

在该方案中，之所以设立家族信托对接股票增持方案，是为了在增持上市公司股票的同时，实现委托人的财富传承目的。因此，在该方案中，同时需要对家族信托受益权分配需要进行合理、巧妙的设计。

根据受托人享有的自由裁量权的多少，可以在家族信托中按照下列四种方式指定信托利益，分别是一次性特别指示、持续性特别指示、概括性指示和结合指示。前两种分配方式均为委托人明确指示分配特定数额或比例的信托利益给受益人，后两种分配方式则赋予了受托人一定的自由裁量权，可以根据实际情况按照信托文件的约定来向受益人分配信托利益。在实践中，委托人应当根据所设立的家族信托资产规模、受托人专业程度（或是否聘有分配顾问）、子女有无

其他收入等具体状况通过协议来合理安排受益权及信托利益分配制度，使家族财富得到较好地传承。

（四）关于股权间接转移问题

根据前文分析，本文所述方案的优点之一，是可实现个人名下股权向家族信托的股权间接转移。那么，在股票增持之后，什么情况下，持有人可以转让其名下的其他股票？

首先，《通知》第一条规定：“在6个月内减持过本公司股票的上市公司大股东及董事、监事、高级管理人员，通过证券公司、基金管理公司定向资产管理等方式购买本公司股票的，不属于《证券法》第四十七条规定的禁止情形。通过上述方式购买的本公司股票6个月内不得减持。”根据该规定，在6个月内受限的仅为增持中通过规定所述方式购买的本公司股票，但持有人在增持前以其他方式持有的本公司股票可以转让。

其次，《通知》第二条规定：“上市公司股票价格连续10个交易日内累计跌幅超过30%的，上市公司董事、监事、高级管理人员增持本公司股票且承诺未来6个月内不减持本公司股票的，不适用《上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份及其变动管理规则》（证监公司字〔2007〕56号）第十三条的规定。”从该条规定来看，并未强调禁止减持的对象为“通过上述方式购买的本公司股票”，由此来看，根据第二条规定增持股票后，持有人持有的所有本公司股票在6个月内都不得减持。但是，根据该《上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份及其变动管理规则》第三条，上市公司董监高所持本公司股份，是指登记在其名下的所有本公司股份；当时证监会有关负责人还专门对此进一步做了解释说明，指出《规则》中的“持有”以是否登记在其名下为准，不包括间接持有或其他控制方式。因此，持有人间接持有的本公司股票的转让不在限制减持的范围之内。

在办理走私普通货物、物品案件中，如何正确审核海关出具的《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》

在涉嫌的走私普通货物、物品犯罪案件中，我们无一例外都能看到海关稽核计核部门出具的《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款海关核定证明书》(以下简称:核定证明书)。

《核定证明书》是海关计核人员根据国家及海关总署颁布的规定和规范，依海关缉私部门报送的基础材料，以走私行为案发时走私货物、物品应适用的税则、税率、汇率和审定的完税价格，计算走私行为偷逃应缴税款数额而最后出具的证明文件。

最高人民法院《关于审理走私刑事案件

件具体应用法律若干问题的解释》规定：“走私货物、物品所偷逃的应缴税额,以海关出具的证明为准”。依此规定，海关出具的证明文件，及所反映的偷逃应缴税额大小，是法院衡量被告人涉嫌走私普通货物、物品，罪与非罪、罪重与罪轻，及量刑的主要依据。

同样，海关出具的《核定证明书》须经过法庭审查质证，未经查证属实，不能作为定案证据。

走私犯罪嫌疑人、被告人或其辩护人对《核定证明书》有异议的，可申请重新鉴定。

笔者所见的有关走私普通货物、物品罪的刑事判决书中，部分案件的代理律师由于受国际贸易知识所困，并没有完全理解《核定证明书》叙述的内容，对《核定证明书》得出的鉴定结论没有依相关的规定，及案卷的证据材料进行必要的审核。当发现问题时，没有针对性的提出异议，也没有申请法院重新核定，以致错过了辩护的最佳时机。

本文试以《核定证明书》，及所附的计核资料清单，与国家规定的计核规范，以及卷宗的其他证据材料进行核实，从中寻找审核《证明书》的办法，以便在今后的刑事辩护中，为及时的对《核定证明书》提出异议提供一点借鉴作用。

要正确的审核海关《核定证明书》，首先要了解海关计核部门鉴定和出具《核定证明书》的过程和依据。

海关出具《核定证明书》的法律依据为海关总署颁布和施行的《中华人民共和国海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》。依此规定，海关缉私侦查部门认定走私案件成立，需核算偷逃税款数额时，应当交海关计核部门进行计核，同时应填写《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款送核表》。

《送核表》主要内容有：走私方式；涉嫌走私的货物、物品已缴纳税款情况；涉嫌走私的货物、物品的品名、牌号、规格、型号、原产地、数量、以及进出口日期及查获的时间、地点等。

缉私侦查部门送交《送核表》时，应当随附有关单

肖永成律师



京都律师事务所合伙人。肖永成律师具有英语、法学教育背景，并有长达十年的国际贸易实务经验和十多年的律师执业经历。主要执业领域为国际贸易、公司业务、民商业务、刑事业务。



海关出具的证明文件，及所反映的偷逃应缴税额大小，是法院衡量被告人涉嫌走私普通货物、物品，罪与非罪、罪重与罪轻，及量刑的主要依据。

据或材料，如，涉嫌走私的货物、物品的报关单、合同、商业发票、提（运）单、保险单、国内增值税发票以及其他商业单证；涉嫌走私的货物、物品的价格、规格、市场行情等有关材料；涉嫌走私的货物、物品的说明书及技术资料；及其他有关计核所需的单证或者材料。同时，缉私侦查部门还须配合计核部门进行查验取样、提取资料、报送化验、委托鉴定等工作。

海关计核部门收取上述材料后，以走私行为案发时我国进出口货物应适用的税则、税率、汇率，并根据海关审定的涉嫌走私货物、物品的完税价格，计算走私货物、物品应缴的税额。

海关计核部门计算应缴税额的方式主要为从价计征，即以商品的价格为标准征收关税，计算方法为：

应纳税额 = 应税进出口货物（或物品）数量 × 单位完税价格 × 适用税率。

在此计算方法中，“单位完税价格”和“适用税率”的认定显得尤为重要。

“适用税率”由国务院关税税则委员会确定，以《海关进出口税则》的方式对外颁布。但国家经常调整“适用税率”。海关总署通常以公告的方式发布调整过的年度部分商品进出口税率，或暂定税率。

税率的适用应根据走私行为发生时当年度《海关进出口税则》规定的走私商品税率或调整的税率进行确定。

“单位完税价格”由海关计核部门进行审定。海关总署颁布的《中华人民共和国海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》规定了海关审核完税价格的方法和步骤。依据该办法，审定计税价格首先应以货物的实际成交价进行确定。在实际成交价无法确定的情况下，海关则依次顺序采取以下办法审定完税价格：（1）海关所掌握的同进口货物正常成交价格、（2）海关所掌握的类似进口货物正常成交价格、（3）海关所掌握的同或类

似进口货物在国际市场的正常成交价格、（4）国内有资质的价格鉴证机构评估的涉嫌走私货物的国内市场批发价格减去进口环节税及共占计税价格 20%的进口后的利润和费用后的价格、（5）涉嫌走私的货物或者相同、类似货物在国内依法拍卖的价格减去拍卖费用后的价格、（6）按其他合理方法确定的价格认定等。

海关计核部门依据缉私侦查部门填报的《送核表》，及随附的有关单据或材料，并依照《海关进出口税则》所确定的走私商品的税率，审定后的完税价格，核算出走私货物或物品所偷逃的应纳税额，并最终形成《涉嫌走私货物、物品偷逃税款海关核定证明书》。海关的《核定证明书》叙述了案件名称、送核机关、送核时间、计核结论、计核依据和计核方法等，并随附计核资料清单。

上述海关计核部门鉴定和计算偷逃税款的过程和方法说明，《核定证明书》的计核基础来源于案件的证据，事实，依赖于送核单位所提供的基础材料。

但是海关计核部门和海关缉私侦查部门通常隶属于一个行政单位，因各种原因，海关计核部门在鉴定过程中并不能完全保持独立和中立，这势必影响核税证明的客观性和准确性。

最为重要的是，海关计核部门进行鉴定的基础材料，并不包括案件的其他证据资料，如被告人供述、证人证言，及其他书证。

我们知道，被告人供述往往并不稳定。被告人对于走私货物的方式，货物的品名、规格、价格、数量、以及走私日期的供述与海关计核部门掌握的基础材料可能存在矛盾；被告人的供述与证人证言也可能存在冲突；案卷中的其他书证，如货物运输合同、付款凭证、检验证书、装船通知、及往来函电，也有可能与计核部门所拥有的基础资料存在不同。加之，国家随时调整进出口货物税率，汇率也不断进行变化。这就要求我们对于海关计核部门出具的《核定证明书》进行必要的核实。如果发现问题，应及时提出异议，并提出重新进行鉴定的申请。

笔者认为，审核海关计核部门出具的《核定证明书》，应采取如下的方法和步骤：

1、审核《核定证明书》所适用的税率、汇率是否准确

海关《证明书》注明了涉嫌走私货物应适用税率的依据，如《海关进出口货物税则》、《关税实施方案的公告》，或海关当年公布的《关于对部分商品进出口暂定税率进行调整》的公告等等。

在进出口贸易过程中，关税税率通常分为：最惠国税率、协定税率、特惠税率、普通税率、暂定税率等。

海关计核部门随附的《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款计核资料清单》列明了涉嫌走私的货物应适用的税率。对此，应审核计核资料清单所适用的税率、及税率的种类是否准确。

我国相关司法解释规定，“走私货物、物品所偷逃的应缴税额，应以走私行为案发时所适用的税则、税率、汇率和海关审定的完税价格计算”。此规定限定了所适用的税率应以案发时国家规定的税率为准。

我国经常对部分进出口商品税率进行调整，而每次调整也规定了适用期限。如对于暂定税率的调整，通常规定，“本公告自2007年6月1日至2007年12月31日期间执

行”。调整前后的税率可能存在很大的不同。所以，在办理走私案件时，应首先审核案发的确切时间，及案发时国家所规定的涉嫌走私货物应适用的税率，及税率是否进行了调整，调整税率适用的起止时间等。笔者曾经见到，某走私案件案发的前几天，国家已调整了所适用的税率，但海关证明书仍以调整前比较高的税率计算偷逃的税额。

走私案件往往是连续性的，并历经多年。嫌疑者在走私十几起，或几十起后才被海关缉私部门发现和侦破。海关计核部门通常将嫌疑者几年来，每起的应缴税款及所适用的税率分别列明在《计核资料清单》中。由于此类走私时间跨度较大，国家可能在这期间已将走私商品的税率进行了多次调整，所以在审核《计核资料清单》时，应该注意所适用的税率是否和当时国家颁布或调整的税率一致。如果发现税率已进行了调整，而《计核资料清单》仍适用过去的税率，对此就应该及时指出，并要求重新进行鉴定。

走私案件的支付手段主要是外币，如美元或欧元等。但海关计核部门要以人民币核算偷漏税款的数额。这就要求将所涉及的外币换算为人民币。人民币与外币的汇率经常变化。应当核实海关所适用的汇率是否是案发当时的汇率。如果发现与当天银行公布的外汇汇率不符，应及时提出异议。

税率和汇率的审核，主要依走私行为发生时国家公布的税率和当时的银行汇率为准。但有的《计核资料清单》并没有注明走私行为的确切时间。这就要求我们在案卷的其他材料中仔细寻找并确定每笔走私行为的具体日期，如合同、提单、装箱单、商业发票，及双方的往来信函等。如果我们在相关的案卷材料里，包括被告人供述及证人证言中无法确定走私行为的确切时间，我们应申请海关计核人员进行说明。

2、《核定证明书》审定的完税价格是否有依据

海关计核部门所适用的税率和汇率均有章可循，都依据国家颁布或调整的税率，及人民银行确定的汇率。但认定走私数额大小的关键是走私货物的计税价格。依司法解释规定，走私货物的计税价格完全由海关审定，即由海关计核人员根据所报送的基础材料确定走私货物的完税价格。

对于完税价格，海关通常以走私货物的实际成交价来确定，即以买卖双方实际执行的价格来认定。

我们知道，走私普通货物、物品罪的主要表现形式



为伪报、瞒报、伪装、藏匿等欺骗手段，瞒过海关的监督，以达到偷逃税款的目的。如签订阴阳合同、提供虚假随附单证，填报不真实的报关单等。即以虚假的合同和随附单证向海关进行申报，而以真实的合同再行结算。对此，海关计核人员自然不会依嫌疑者报关时留底的报关单、合同、发票等审定走私货物的实际价格。海关计核人员会根据缉私侦查部门提供的其他案卷材料来确定走私货物的实际成交价。如果海关的《计核资料清单》上注明的是以“实际成交价”确定的完税价格，我们应该结合案卷材料，核实海关计核的依据是否有相应的真实合同、发票、账册等真实贸易单证材料，或款项的来往凭证、业务函电等资料。

实践中，有的走私嫌疑者走私行为完成后，会将过去的真实单证销毁。海关所确定的“实际成交价”可能仅来源于嫌疑者的一个“口供”、一个“证人证言”，或缉私侦查部门的一个“说明”。但“口供”和“证人证言”是待定证据，必须经法庭审理查明后才能认定。海关以“口供”和“证人证言”审定的完税价格是不准确的，应该提出质疑。

如果海关不是以“实际成交价”，而是以其他的价格，如“海关价格资料”、“国内拍卖价格”确定完税价格。我们应该审核《计核资料清单》所确定的计税价格是否遵循了法定的确定次序。海关总署颁布的《涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》对计税价格确定了7种方式，并规定了先后顺序。如果海关的《计核资料清单》不是以“实际成交价”审定计税价格，而是以7种方式之一的其他种认定完税价格，我们就应当要求海关计核部门对不适用较前确定方式的理由进行充分说明，并提供依据。

3、审核走私货物品名、规格、数量、原产地是否准确

我国《海关进出口税则》对进出口商品品名做了极为详细的分类。商品品名通常依据商品性质、商品的加工程度，或两者的结合进行分类。每一个分类的商品均有一个税则号，或叫商品编码，每一个税则号均对应了一个税率。商品的名称不同，或税则号不同，对应的税率可能不同。

货物的型号或规格源于货物的加工程度，程度不同，规格自然不同。同样的货物品名由于成份和规格不同，对应的税率也不同。我们不仅要审核走私货物的品名，同时也要审核货物的规格和型号。

货物的品名和规格主要表现在报关及随附单证中，

如，合同、运输单据、装箱单、商业发票等。应该审核相关单证对货物品名和规格描述的一致性。实践中，有的走私货物已不存在，或已灭失，对于海关《核定证明书》已确定的走私货物品名及规格，应结合卷中材料，及被告人供述、证人证言、往来函电等进行审核，特别是相关的货物检验证书等。

但是，走私嫌疑者经常将不同品名和规格的货物拼装在一个集装箱内，价值比较低的货物堆放在集装箱口，货值较高的货物放在集装箱深处，并以低价值的货物品名和规格进行报关。这种走私行为的目的就是为了偷逃价值较高货物应缴纳的关税。海关在审定此类走私货物的完税价格时，自然不会以报关时所提供的较低货物的相关单证为依据。但问题是海关会不会以货值较高货物的价格统一核算集装箱内不同品名和规格的所有货物；海关是否将混装在一个集装箱内的所有货物分别注明了其不同的品名、税则号和税率，并分别计算了完税价格。由于走私嫌疑者仅向海关提供了一套价值较低货物的报关资料，那么海关审定较高货值货物的完税价格的依据是什么，海关如何确定货物的“实际成交价”？这就需要以案卷的相关资料，包括被告人供述，证人证言，及其他材料进行必要的核实。如果发现海关所审定的“实际成交价”缺乏依据，就应当提出重新鉴定的申请。

在核实过程中，也应对《核定证明书》所确定的走私货物数量进行审核，这关系到偷逃关税的总额。走私嫌疑者通常以低保货物数量的方式进行走私，这就需要反映货物数量的单证进行核对，包括报关单、合同、装运单据、货物装箱单、发票、付款凭证、往来信函，以及被告人供述和证人证言等，如果海关核税证明认定的数量有误，应要求重新计核。

在审核货物的品名、规格、数量的同时，我们也要核实走私货物的原产地。在一般的进出口贸易过程中，合同双方规定，要

求对方提供货物的原产地证书。由于我国实行的是差别税率，对来自不同国家的货物实行不同的税率，如最惠国税率、协定税率、特惠税率等。同样，对于走私货物也要审查原产地。

在实践中，有的走私货物在报关时提供了原产地证书，有的却没有注明原产地。这就要求我们审核海关《核定证明书》所确定走私货物原产地及适用税率的依据，而这一点往往被辩护律师和审判人员所忽视。

4、应审核海关的《核定证明书》是否具备法定的形式要件

海关总署颁布的《海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》对《核定证明书》的形式要件有明确的规定。我国《刑事诉讼法》及司法解释对鉴定结论的构成也有要求。当被告人或辩护律师看到海关出具的《核定证明书》后，就应当审核该《证明书》否注明了案件的名称、送核机关、送核时间、计核结论、计核依据和计核方法，是否有计核人员的签署、计核单位及计核部门的盖章，是否附有计核资料清单等等。但实践中，有的海关出具的《核定证明书》并不完全依此办理。在要求的“计核依据和计核方法”一栏里，有的《核定证明书》显示的是空白，或仅仅注明其法律依据为《海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行办法》。此类方式均不规范。我们知道，计算偷逃税款的主要依据为货物的适用税率。如果在该栏目中没有注明走私行为发生时国家公布的适用税率，我们如何判断其计算的数额是否正确。进出口商品的税率并不是恒定的，国家经常对税率进行调整，特别是“暂定税率”。如果《核定证明书》没有注明适用税率，应及时要求海关进行释明。

5、如何提出异议及申请重新鉴定

海关《核定证明书》通常在最后一栏中注明：“如对本结论有异议，应依照《海关计核涉嫌走私的货物、物品偷逃税款暂行

办法》第十二条、第十三条的规定办理。”该暂行办法第十三条规定：“走私犯罪嫌疑人、被告人或其辩护人对海关出具的《证明书》有异议的，应当向办案机关提出重新核定的申请，经海关走私犯罪侦查机关、人民检察院或者人民法院审查同意后，由原送核单位按照本办法第十二条规定的程序重新核定。”由此说明，被告人和辩护律师有权对海关出具的《核定证明书》提出异议，或提出重新核定的申请。

但需要注意的是，《核定证明书》重新核定的申请，与其他刑事案件针对《鉴定书》的重新申请存在很大的不同。其他刑事案件的再次鉴定，法院可另行指定或委托其他鉴定机构进行。但对《证明书》的重新核定，法院包括检察院只能通过原海关缉私侦查部门向原海关计核部门重新送核。即法院只能向原海关缉私侦查部门提出建议。侦查机关同意该建议后，海关计核部门重新进行核定，如果侦查机关拒绝法院的建议，重新计核程序就无从提起。

在对《核定证明书》审核过程中，如果发现计核结论缺乏充分的事实和依据，或所适用的税率和汇率存在错误，我们也可申请法院传唤海关计核人员到庭接受质证，要求计核人员说明其计核结论所依据的事实或数据。在符合我国《刑事诉讼法》规定的情况下，如果计核人员拒绝到庭，我们应要求法庭对该计核结论不予采信，或建议重新计核。

我们应该明确，海关《证明书》属于鉴定结论，在刑事诉讼过程中仅属于待确认的证据，而非最终结论或事实本身，只有经法庭查证属实，才能作为定案的根据。

另外，核税证明是由海关的计核人员根据所掌握的基础材料，运用国家颁布的有关关税规范和知识作出的认定意见。计核人员在认定过程中，存在着一定的主观认识活动，可能还受到客观条件的限制，计核结论出现偏差和失误不可避免。

笔者认为，在办理走私普通货物、物品案件过程中，除强调犯罪的构成、法条的理解、主客观及案件情节等意见以外，还应充分注意海关出具的《核定证明书》，并依据卷宗材料和国家颁布的有关海关关税计核规定，核实海关《证明书》的计核结论是否客观、准确，只有这样才能使案件得到公正的审判，并最终尽到辩护律师应尽的职责。



从讼师到律师之路有多远

■ 邹佳铭 / 文

2015年是中国“依法治国”的开局之年，也是中国律师的多事之秋。当前路不甚清晰之时，也许回头看看来路，能让我们更坚定地找到方向。

中国传统文化中自生的“讼师”形象

律师制度的起源，可以追溯到公元前二、三世纪的古罗马。这并不是历史的偶然，而是因为古罗马有发达的小商品经济及较完善的奴隶制民主制度。但是我国缺少律师制度生成的土壤，从经济上而论，在我国漫长的自然经济或半自然经济条件下，生产活动的封闭性和保守型，使得社会生产主要是以血缘关系展开，产品交换的不发达使得维护交易安全的一般强制性规则的需求并不明显；从政治上而论，传统中国社会奉行大一统观念，君权神授，神圣不可侵犯。行政与司法合一，行政权以绝对的权威介入纠纷。各级官吏对于一般轻微案件，以化解、调处为原则解决纠纷。对于严重犯罪，则予以严惩。被告人只是被审判的对象，没有任何权利保障可言；从文化上而论，儒家学说在中国长期居于主导地位，儒家强调“和为贵”，主张“礼优于法”，认为用法律维护社会秩序不是最佳的治国之道，血缘情感、伦理道德等成为一个国家通行的主体精神和社会规则。当法律都无用武之地，更不可能产生对律师职业的需求。相反，在儒家思想的影响下，社会上形成一种“讼终凶”的法律观念，并使得中国律师的萌芽——“讼师”，一直处在历史的幽暗处，无法在法庭生根发展。

“讼师”，又称“讼棍”，是中国律师制度产生之前，替打官司的人出主意，写状纸的人。这一职业从未得到中国传统社会的认可，历代封建法律都以严酷的刑罚禁止以助人诉讼为业的讼师，他们被视为不敬道德文章，专长于“操

两可之说，设无穷之辩”的道义小人。《唐律·斗讼》规定：“诸为人作辞蝶，加增其状，不如所告者，笞五十。若加增罪重，减诬告一等。”宋代更是有过之而无不及，衙门每结案之前，几乎必先办讼师。清末社会为满足民众法律服务的需求，则采取了一种变通的策略：一方面延续历朝历代的做法，从法律上禁止讼师以私人身份从事法律服务。另一方面，建立由官府把控的“代书”，专门为寻求法律帮助者撰写符合官府要求的状纸，但是绝对不允许他们在社会上独立执业，更不用说在法庭上占据一席之地。可以说，中国历史上从未出现过以法律为生，为他人维权的律师。在社会逼仄的夹缝中苟延残喘的讼师，在社会中根本没有存在的正当性，更遑论其政治和法律地位。

作为“舶来品”的现代律师制度

十七、十八世纪资产阶级启蒙思想家伏尔泰、孟德斯鸠、卢梭等提倡“天赋人权”，宣扬自由和平等，号召追求



政治民主、权利平等和个人自由。以此为思想武器，在资产阶级对封建等级制度、宗教特权和司法专横的民主革命斗争过程中，现代律师制度也得到较大发展。资产阶级革命成功之后，各国都用宪法或法律肯定了辩护制度，确定了律师的法律地位。比如，1791年《美国宪法修正案》规定被告人在一切刑事诉讼中享有律师为其辩护的权利。法国十九世纪的政治思想家托克维尔在《论美国的民主》中认为律师是“平衡民主的最强大力量”，在“行将诞生的民主政治社会负有重大使命”。由此可见，现代律师制度完全契合了资产阶级对政治民主和个人权利的追求，从而内化为其社会制度中的一个重要组成部分，并得到充分、持续地发展。由此，律师与检察官、法官共同组成法律职业共同体，在维护社会公平和正义方面具有同等重要的地位，其以保障人权、体现司法民主和法治精神为基本价值取向。正是基于此，律师在西方社会享有较高的社会地位，在美国更有“律师治国”的传统。

相较于西方现代律师制度的发展自生于社会思想和政治变革的需求，我国的现代律师制度肇始于清末变法改制仿效西方典章制度，其目的是消除西方列强在中国的治外法权以重整治权，可以说完全是迫于外部压力不得已而为之的“舶来品”。自清政府1912年颁布实施《律师暂行章程》算来，中国确立现代律师制度已有百年历史，但是其间并未得到持续发展。新中国建立后取缔了国民党时期旧律师制度，1955年开始在全国范围内建立新的律师队伍。但受1957左倾思潮影响，律师制度受到很大冲击，1959年司法部被撤销，律师制度随之夭折，直至1978年12月中共十一届三中全会后恢复重建。由此可见，我国的律师制度不仅很难说有历史传承，可谓“先天不足”。在后天的发展中，更是因为它与中国传统文化的抵牾，而处于一种“后天失养”的状态。

在律师制度正式确立后的第三年—1915年7月，暴风

邹佳铭律师简介



京都律师事务所合伙人

法学博士、博士后。邹佳铭律师专业领域是刑事辩护，擅长复杂、疑难案件，曾在多起案件辩护中取得撤案、不起诉、免于刑事处罚、改判轻罪的效果。多次接受《人民网》《财新》《新京报》《法治晚报》等媒体采访，为《财新网》专栏作家。

骤雨般的政治革命暂告一段落后，旧势力卷土重来，北洋政府公布实施《律师应守义务》，将语意含糊的“帮抗诉讼、教唆供述”作为惩戒内容，法律上强加律师“消极诉讼”的义务，实际上是企图将刚刚生长的现代律师从法庭上逼回到传统“讼师”的角色，可以“代书”状纸，但是决不能“扰乱法庭”。1934年南京政府司法部颁布的《整顿律师纪律通令》，将“强词夺理，为冗长陈述”、“挑唆诉讼”、“阻止当事人和息”等都作为“漠视职责与道义”的行为加以惩治。《刑法》更将所谓“挑唆诉讼”、“包揽诉讼”纳入到妨害秩序罪中加以处罚。由此可见，中国虽然迫于外部压力引进了西方的现代律师制度，但是在一个有着数千年“官本位”思想、轻讼贱讼传统的历史古国，新制度在旧文化中的生根生长面临双重危险，或因与旧文化的抵牾而遭排拒，或为适应环境而丧失现代精神发生蜕变。

与西方现代律师制度相比，中国的律师制度并没有与民权很好结合，从而内化成国家基本政治制度的一部分，成为司法民主精神的外化，而更多是一种缺少制度支撑和民主精神浸染的现代标识。

扰乱法庭秩序罪的修改

文化是一个民族在漫长的历史进程中形成的、渗透到民族血脉中的集体记忆。如果说制度是刚性的存在，文化则是容纳制度的、无所不在的柔性氛围，两者相互依存、相互影响。与文化相融的制度能够得到很好的贯彻和发展，与文化异质的制度则会受到排斥或者在实施中变异。但是，制度对文化的反作用也是不容忽视的。虽然现代律师制度在中国的确立，并不是一种自发的选择，更多是为抵抗外敌的权宜之计。但是无可否认，现代律师制度的确立开启了普通民众权利意识的大门，也构建了律师资格准入、社会法律服务、行业自治等基本框架制度。当时代的车轮行进到二十一世纪，



我国扰乱法庭秩序罪的修改之所以引起法律人的广泛质疑，根本原因还是在于我们缺少一个独立、获得敬重的法庭以及一个获得传统文化尊重和认可的律师职业。

国门大开、市场经济初建，宪政、法治、人权、平等和自由已经成为普世价值，现代律师制度之于中国，则是如何在制度框架中填充法治的精神和民主的血肉，从而让律师真正成为国家与社会二元结构中的社会法律力量，并在促进司法民主和司法公正方面起着无法替代的作用。

今天的中国律师在法庭设置上看似与公诉人平起平坐，但是实质的控辩平衡仍是难以企及。即使在现代法庭的三角形结构中，律师在形式上是不可或缺的一角，但是实质的作用乏善可陈，更谈不上对律师发自内心的尊重。归根溯源还在于传统的讼师从来都是被排拒在法庭之外的，我们缺少律师参与法庭审理的传统，更谈不上对律师辩护的需求。律师更像是一个闯入者，打破行政长官独审独裁的局面，因而他被看成是“挑刺”、“捣乱”的。近几年来，随着律师刑事辩护的深入，控、审主导法庭的局面被打破，从而导致“控辩冲突”和“审辩冲突”的现象一再上演。除去法庭缺少明确、具体的庭审规则的原因，不可否认，其中不乏律师可检讨之处。但是我们更应该看到，在律师执业权益保障不力、缺少有效救济的情况下，庭审冲突恰恰是庭审实质化的表现，而这正是“建立以审判为中心”的诉讼制度改革的目的。虽然距离完全实现还有不小的距离，但是这种距离的缩短有赖于采取各种措施保障律师的辩护权和法院的独立审判权，从而真正实现控、辩、审三方作为一个法律共同体，在追求司法公正的目标之下，在平等尊重的法庭环境中各司其职，以控辩真正对抗的庭审，约束和引导侦查权和公诉权，从而实现审判中心主义和司法公正。而不是以任何一方的权力压制权利，在“和谐”的氛围中让审判成为“走过场”。

当以法律为武器的律师“死磕”法庭成为一种并不偶见的现象，我们应该思考的是，在控辩审的法庭结构中，审判权是高于辩护权和公诉权的最终裁判权，律师所有的辩护工作必须得到法庭的认可才能真正维护委托人的权益，并得到

委托人和社会的肯定。那么，律师有什么动机要在法律阵地丢盔卸甲，赤膊上阵，冲撞最终决定其委托人命运的法庭？只有一种解释，那就是法庭不讲法。律师如要不负委托，则无其他选择。所以，正如人所言：“律师不像律师，是因为法官不像法官。”

《刑法修正案（九）》（草案）关于扰乱法庭秩序罪的修改，之所以引起法律人的热议，是因为所有的法条是死的，它的生命和意义取决于执法者的观念。在我国的法庭缺少尊重律师的传统，控、辩、审三方冲突不断升级的背景下，我们不从根本上打破控、审配合、法庭不独立的格局，而是从制裁这些原因导致的现象着手，无异于缘木求鱼。如果该修正案得以通过，在目前的法律文化和司法环境下，律师很可能被法庭控制。而在公检法三方配合格局不改的情况下，法庭则很可能被公诉人控制，那么“庭审中心主义”将成为空中楼阁，法庭只能为权力机关背书。一旦律师沦为法庭的摆设，被告人则可能沦为权力刀俎下的鱼肉。

其实，各国针对扰乱法庭秩序的行为，都是从平等规治各个诉讼参与者着手，在司法实践中也未明显将矛头指向律师。我国扰乱法庭秩序罪的修改之所以引起法律人的广泛质疑，根本原因还是在于我们缺少一个独立、获得敬重的法庭以及一个获得传统文化尊重和认可的律师职业，在此背景之下，扰乱法庭罪成为法庭制约律师的利器并不是杞人忧天之虑。更可悲的是，该法条的修订与民国时期对律师的惩治如出一辙。从清末颁布《律师暂行章程》到民国整肃律师，从文化大革命取缔律师到律师制度重建和发展，历史的年轮颠簸向前不过百年时光，“讼师”这个在千年中国历史中从未不曾清晰、脆弱不堪的身影却从未在我们的观念中远离。“往者不可谏，来者犹可追”，从讼师到律师，一字之差，却需跋涉迢迢千里。而这也正是中国律师的困境和历史使命！

民事再审案件的律师审查

公丕国 / 文

再审案件“立案难、改判难”的司法现状，导致许多律师不敢、不愿接受民事案件再审代理业务。多数律师对再审案件的程序规定和操作规范缺乏了解，存在诸多疑惑甚至是误解，民事再审程序成为律师工作的薄弱环节。什么样的案件申请再审能在法院顺利受理？什么样的案件能通过再审审查进入再审审理环节？笔者总结多年来代理再审案件的经验，结合民事诉讼法和司法解释的规定，以律师代理案件的视角梳理法院对再审案件的受理和审查的规则，从而总结律师在接谈再审案件时应该关注的问题，撰写此文与大家一起探讨。

民事再审程序，已成为事实上的“第三审”程序

再审程序，在我国立法上一直称之为“审判监督程序”。“审判监督程序”是我国立法机构从前苏联照搬而来的，代表了法院与检察院依职权主导案件再审的程序价值，具有典型的职权色彩。1991年《民事诉讼法》对再审程序的规定非常原则和简单，对当事人申请再审的诉权几乎没有保障，导致司法实践中出现了“立案难、改判难、上下推诿、审期无限”的结果。“申诉难”，成为中国司法痼疾之一。

为解决“申诉难”问题，实施了16年的《民事诉讼法》在2007年进行了修正。这次修正共调整增加了十九个条文，其中八个条文是关于再审程序的修改和完善，对当事人

公丕国律师



京都律师事务所合伙人

北京市律师协会公司法委员会委员；
非洲法律事务中心研究员；中国非洲
联合工商会理事。

专业领域：经济犯罪辩护、公司、股
权转让、融资并购、合同纠纷等公司
法律事务。

申请再审的事由、再审案件上提一级法院审理、审查期限等进行了明确规定。可以说，这一次《民事诉讼法》的修正开启了中国民事再审程序的法律制度。2012年《民事诉讼法》第二次修正，主要原因也是进一步完善民事再审制度。2015年最高人民法院颁布实施的《民事诉讼法司法解释》，用了51个条文对再审程序的管辖、立案、审查、审理等做了明确的规定。这样，《民事诉讼法》经过两次修正及最高法院的系列司法解释，民事再审程序已经实现法律化，各个环节规定明确，操作性强，形成了事实上的“第三审”程序。从当事人诉权角度讲，我国普通民事案件的诉讼过程，已经形成“一审、二审、再审及检察院抗诉”的“3+1”模式。

据统计，从2012年《民事诉讼法》修正后，最高人民法院处理的当事人

申请再审的案件有3793件，裁定进入再审程序的有774件，再审裁定率占20%左右。这个比例，在以前的再审制度下是无法想象的。

再审程序分为三个阶段：受理阶段、审查阶段和审理阶段。受理案件是再审审查的前提，再审审查是再审审理改判的前提。判断一个再审案件受理和审理改判的可能性，是律师决定是否代理案件以及如何收费的基础因素。从法院处理再审案件的角度讲，受理阶段和审查阶段都可以称之为审查阶段，第一阶段是“是否符合受理条件”的形式审查，第二阶段是“是否符合再审事由”的事由审查。因此，律师在对拟申请再审的案件的审查，也就包括“是否符合受理条件”



最高法院对于再审案件的受理和审理，都趋向于“上级法院”办理的原则，解决“原审法院再审不改”的弊端，加大再审案件受理和改判的力度。

的形式审查和“是否具备再审事由”的事由审查两个方面。

再审期间和管辖法院，是律师审查案件受理条件的重点

2015年5月1日实施的《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》，并不适用于再审案件的受理。关于再审案件的受理，《最高人民法院关于适用民事诉讼法审判监督程序若干问题的解释》（简称审判监督司法解释）第一条作了完整的表述，即“合格当事人，在法定期限内，以法定事由，向有法定管辖权的法院，提交符合要法定要求的材料申请再审的，人民法院即应当依法受理”。这一句话，实际上是罗列了法院受理再审案件的五个法定条件。

合格当事人，即申请再审的主体资格，一般是指原审案件的当事人，非原审案件当事人申请再审是特例¹；法定事由，是指有符合再审的法定情形，此阶段应当是指“形式上具备再审法定事由”，至于该再审事由是否成立，是下一阶段的审查内容；“符合法定要求的材料”，与大家熟悉的上诉材料要求大体一致。故，本文对上述三个受理条件不再展开解释，而重点讲解一下“再审期间”和“法院管辖”两个问题。

（一）再审期间为六个月，逾期不予受理。

2007年《民事诉讼法》规定申请再审的期间是两年，

2012年《民事诉讼法》将再审期间调整为六个月²，分绝对期间和相对期间两种情况。

绝对期间就是“当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出”；相对期间是指当事人在生效判决、裁定超过六个月之后，发现“有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；审判人员审理该案监事有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的”几种情形，自知道或者应当知道该情形之日起六个月内提出。

必须强调，申请再审期限的性质属于除斥期间，不是诉讼时效，不可中断、中止、延长。也就是说，超过申请期间六个月申请再审，法院不予受理。

同时，对于当事人申请再审或抗诉的案件，《民事诉讼法》确立了“法院先再审、检察院后抗诉”的原则³，即，检察院抗诉的前提是法院再审判决确有错误或法院裁定不予再审。因此，超过六个月期间法院不受理再审的案件，检察院也不能提起抗诉。

对于超过六个月期间法院不受理再审的案件，当事人只能通过申诉或信访途径申请启动再审程序。客观地讲，通过申诉或信访途径启动再审程序，对一般当事人而言，难度相当大。所以，律师审查拟再审案件，第一个问题就是确定案件是否在六个月期间内。如果超过六个月期间，律师应当慎重接案。

顺便提一下再审和申诉的区别和联系。简要地讲，再审申请属于当事人的诉讼权利，从材料规范、受理审查以及再审庭审和最后的处理都有明确的诉讼规则和独立的程序，而申诉不是民事诉讼活动，是宪法赋予公民的民主权利，它类似于控告、信访而非诉讼程序。二者的联系是，申诉是启动再审的线索来源，当事人可以把案件的反映材料递交到人民检察院和人民法院，作为人民检察院和人民法院的了解案件事实的线索，从而决定是否依职权提起抗诉和再审。

（二）上提一级法院管辖是原则，原审法院管辖是例外。

2007年《民事诉讼法》修正之前，再审案件的管辖法律规定不明，实践中很混乱，多数再审案件须经过原审法院再审，其结果就是“原审多不改”。2007年《民事诉讼法》对于再审案件的重大调整之一，就是“再审案件上调一级管辖”。2012年《民事诉讼法》坚持“上调一级管辖”的原则的同时，规定部分案件可以向原审法院再审⁴。

从立法角度讲，民事案件的再审，以上级法院管辖为普遍原则，以原审法院管辖为特例。可以向原审法院申请再审的只有两种情况：一是当事人双方为公民的，二是当事人一方人数众多（实践中掌握的原则是十人以上）。应当注意的是，这两类案件当事人“可以”向原审法院申请再审，也可以向上级法院申请再审。还有一类再审管辖特别的案件，即小额诉讼案件，其再审由原审法院管辖。

由于“再审案件上调一级管辖”所带来的办案压力，实践中受理再审案件法院经常使用“发回重审”和“指令再

审”的方法，把再审案件交由下级法院（多为原终审法院）审理，“再审不改”的现象仍然存在。为解决这一问题，今年2月16日，最高人民法院专门颁布《关于审判监督程序严格依法适用指令再审和重审发回重审的规定》，明确了“再审审理以提审为原则”，并明确列举“不得指令再审、应当提审”的几类案件⁵。

从上述司法解释看，最高法院对于再审案件的受理和审理，都趋向于“上级法院”办理的原则，解决“原审法院再审不改”的弊端，加大再审案件受理和改判的力度。律师了解和掌握再审管辖法院的司法原则，对于接谈再审案件的意义自不必多言。

通过形式要件审查，律师如果认为案件符合再审受理条件，确定了受理法院，那么接下来的工作就是对案件再审案由的审查了。

对再审事由的审查，重点把握三个方面

再审案件的审查，作为一个独立的程序环节，是再审程序与一二审程序不同之处。这一程序中，再审审查法官审查、确定再审事由是否成立并作出裁定“是否再审”，不能通过审查的案件，也就谈不上审理和改判。法院裁定哪些案件进入再审程序？以什么样的法定理由裁定案件进入再审？

当事人申请再审的事由，2012年的《民事诉讼法》第200条明确罗列了13个事由⁶。与2007年《民事诉讼法》第119条规定的再审事由比较，这次修正，去掉了“管辖权错

¹ 非原审案件当事人申请再审，包括原审中遗漏的必要共同诉讼当事人对生效判决申请再审和案外人对驳回执行异议申请的裁定申请再审了两种情况。

² 《民事诉讼法》第205条：当事人申请再审，应当在判决、裁定发生法律效力后六个月内提出；有本法第二百零条第一项、第三项、第十二项、第十三项规定情形的，自知道或者应当知道之日起六个月内提出。

³ 《民事诉讼法》第209条：有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请检察建议或者抗诉：（一）人民法院驳回再审申请的；（二）人民法院逾期未对再审申请作出裁定的（三）再审判决、裁定有明显错误的。

⁴ 《民事诉讼法》第199条：当事人对已经发生法律效力判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审；当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，也可以向原审人民法院申请再审。

⁵ 该《解释》第3条：有下列情形之一的，应当提审：（一）原判决、裁定系经原审人民法院再审审理后作出的；（二）原判决、裁定系经原审人民法院审判委员会讨论作出的；（三）原审审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的；（四）原审人民法院对该案无再审管辖权的；（五）需要统一法律适用或裁量权行使标准的；（六）其他不宜指令原审人民法院再审的情形。

⁶ 《民事诉讼法》第200条：当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审： 1、有新的证据，足以推翻原判决、裁定的； 2、原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的； 3、原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的； 4、原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的； 5、对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的； 6、原判决、裁定适用法律确有错误的； 7、审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的； 8、无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人事由，未参加诉讼的； 9、违反法律规定，剥夺当事人辩论权利的； 10、未经传票传唤，缺席判决的； 11、原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的； 12、据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的； 13、审判人员审理该案监事有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

误”的再审事由，去掉了“对违反法定程序可能影响案件正确判决、裁定的情形”的口袋条款。也就是说，当事人申请再审的案件，必需具备这13个法定事由中的一个或几个。从律师审查案件角度讲，如何把握再审案由的审查？

2012年后，最高人民法院处理的当事人申请再审的案件有3793件，裁定进入再审程序的有774件。通过数据检索得知，各个法定事由在裁定进入再审审理的案件中的占有比例，按顺序排列为：1、原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的，裁定再审490件，占比63%；2、原判决、裁定适用法律确有错误的；裁定再审：133件；占比28%；3、有新的证据，足以推翻原判决、裁定的，裁定再审59件，占比7%；

上述三项事由就占有最高法院裁定进入再审程序的案件的98%，其他十项再审事由各自占的比例均不足1%甚至是0。分析上面的数据，也就得知律师在审查拟再审的案件材料时，应该重点审查的法定事由。笔者结合承办过的案例，对这三项法定事由再做进一步的解释。

（一）原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的（再审事由第二项）

该项事由即我们通常所讲的“认定事实证据不足”或“认定事实错误”。最高法院“关于审判监督的司法解释”明确了上述条文中“基本事实”的概念，即“对原判决、裁定结果有实质影响、用以确定当事人主体资格、案件性质、具体权利义务和民事责任等主要内容的依据的事实，人民法院应当认定为基本事实”。

【案例】福建某房地产公司（再审申请人，简称房产公司）竞拍当地某市国土资源局（被申请人，简称国土局）挂牌出让的某地块成功，双方签订了《国有土地使用权出让合同》（合同中有具体的面积，但土地界限四至条款及平面图空白）。之后，国土局组织房产公司等到地块现场放样（实际测量四至面积）时，当地群众以“地块西南角如果建高楼会影响祠堂官运”为由阻挠。该纠纷协调未成，房产公司因不能取得原规划开发商品房的完整地块，拒绝支付土地出让金，后国土局发出解除合同通知。房产公司以国土局违约在先为由不同意解除合同并提起诉讼，要求国土局继续履行合同。福建省高院二审判决认为：根据“国有土地使用权招标投标挂牌出让方案应当包括：拟出让地块的具体位置、四至、用途、面积等”规定，推定“现场放样，确定地块的四至界限的工作应在地块公开挂牌出让之前已经完成”，认定

国土局已经履行“放样”义务，房产公司不支付土地出让金构成违约，国土局解除合同合法有效。房产公司拟向最高法院提起再审。

国土局是否应履行了“现场放样”的义务，是判断双方哪一方违约的基本事实。二审法院以“出让地块有具体的面积”为由，认定国土局已经履行了“现场放样”的义务，显系主观推定。事实上，涉案土地的面积来源于土地拍卖之前当地测绘局的测绘数据。当地市规划局关于该地块《出让规划条件》明确“本规划条件作为国有土地使用权出让合同的组成部分，出让用地界线由国土、测绘部门现场放样结果吻合后生效”，也就是说，测绘部门的结果须经国土局现场放样、核实吻合后“土地界线”才生效，这也是合同中地块四至条款及平面图空白的的原因。二审法院认定国土局已经放样，但国土局在什么时间、什么人员参与、现场放样结果如何等基本问题上没有任何证据证实，也与合同签订后国土局组织人员现场放样被群众阻挠的事实矛盾。因此，笔者认为该案二审判决“认定的基本事实缺乏证据证明”，符合再审的法定事由。

（二）原判决、裁定适用法律确有错误的（再审事由第六项）

这是律师代理再审案件最常用的事由之一。所谓“适用法律错误”，《民事诉讼法司法解释》第390条做了具体解释，包括适用的法律与案件性质明显不符、确定民事责任明显违背当事人约定或者法律规定的、违反法律规则等情形。

【案例】申请人黄某与被申请人杨某生、杨某军及案外人杜某四人口头约定共同投资2000万取得高某经营的梅子树铜矿50%的股份，黄某做显名股东，杨某生、杨某军、杜某做隐名股东。黄某在新公司持股65%（其中33.5%是代隐名股东杨某生、杨某军、杜某持有，15%是代云南省有色地质局313队持有）。前期实际投资为1820万元，其中黄某、杨某生、杨某军分别投资600万元，杜某投资20万元。后来，由于公司的采矿许可证无法办理，上述资金部分闲置，黄某、杨某生、杨某军三人口头商定：为了降低投资的损失，从闲置的投资款中分别退给黄某、杨某生、杨某军各270万元，共退回810万元，余下的投资款为1010万元。之后，黄某出具一“收条”载明：“黄某占公司的50%的股份，其中杨某军占16.5%，杨某生占16.5%，黄某占16.5%，杜凯华占0.5%，



民事再审程序已经成为一审、二审之后的第三审程序；从司法角度讲，再审程序已经具有较强的可操作性，当事人申请再审的诉权保障及再审案件改判率已经有了极大的提高，律师代理再审案件的专业发挥空间和成功率也极大提高。

前期总投资为人民币1010万元整”，四人签名。后来，因勘探、办证等问题，公司难以继续。杨某生、杨某军二人遂起诉黄某要求返还投资款项。

本案争议的焦点是被申请人杨某生、杨某军的的隐名股东身份是否成立，与之对应的结论是二人的各330万元款项是投资还是借款，属法律定性即法律适用问题。一二审法院均认为：黄某出具、四人签名的“收据”实为“投资协议”，但又认为杨某生、杨某军不符合隐名股东的条件，且黄某没有按协议履行（指黄某按协议占公司50%股份，但公司登记其股份为65%）。故一二审法院确认本案案由为“合同纠纷”，判决黄某分别返还两被申请人330万元。笔者和同事代理黄某向最高法院申请再审，主要理由是“原审判决认定“借条”是投资协议，黄某也按协议履行，工商登记的黄某占公司股份65%还包括为地质局313队代持15%”，认为“案争款项是投资而不是借款、原审判决认定为合同纠纷（债权纠纷）系“适用法律错误”。最高法院受理了我们的再审申请，已决定裁定本案进入再审审理程序。

（三）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的（再审事由第一项）

所谓新证据，是指在案件终审之后又发现的证据。《民事诉讼法司法解释》列举了新证据的具体情形：（一）在原庭审审结束前已经存在，因客观原因于庭审结束后才发现；（二）在原庭审审结束前已经发现，但因客观原因无法取得或在规定的期限内不能提供的；（三）在原庭审审结束后形成，无法据此另行提起诉讼的。从该解释来看，新证据的概念非常宽泛，实践中以“发现新证据”为理由申请再审的案件，数量上也占有再审案件整体数量的最大比例。但是，必须强调的是，从数据统计看，最高法院2012年之后裁定进入再审程序的774件案件中，以“新证据”为理由的只

有56件，仅占7%的比例。也就是说，法院对于“新证据”的审查和认定是非常严格的。

【案例】王某（申请人）、缪某（被申请人）两人与当地镇人民政府签署某地块《投资开发协议书》后，注册了A房产开发公司与有开发资质的B房产开发公司签订《委托代理开发协议》，自行委托建筑公司进行房屋建设。因A公司不能办理房产开发资质，该公司被注销。王某自己的某制衣厂替代被注销的A公司与B公司签订《补充协议》，约定A公司的权利义务由制衣厂承袭。之后，二人又签订《合伙协议》约定投资比例、分配所建房屋。该房产项目因客观原因陷入纠纷，缪某忙于其他生意逃避纠纷处置，也不再继续投资，王某为保住项目个人借贷解决纠纷和继续投资完成了项目建设。多年后，缪某起诉要求按原合伙协议的房屋分配约定分配房屋。一二审法院将本案案由定为“所有权确权纠纷”，认定二人注册的A公司和B公司签订的《委托代理开发协议》有效，B公司开发的房产由A公司所有；A公司注销后，公司资产由股东所有；二人签订的《合伙协议》中的“房屋分配”是股东对A公司剩余资产的约定，合法有效，判决缪享有约定的房屋。一二审期间，王某没有提供制衣厂和B公司签订的《补充协议》。二审之后，王某找到了《补充协议》，以此新证据为申请再审理由之一，向江苏省高院提起再审申请。

王某关于新证据的再审理由为：该《补充协议》核心意思是“原协议（即A公司与B公司的委托代理开发协议）内容约定有效，合同乙方A公司的权利义务某制衣厂履行”。该补充协议变更了合同主体，变更了诉争项目的履行人，是影响案件事实认定的重要证据，系在原审判决后新发现的证据，符合新民事诉讼法第二百条第二项规定的“有新的证据足以推翻原审判决”再审情形。江苏省高院再审审查认



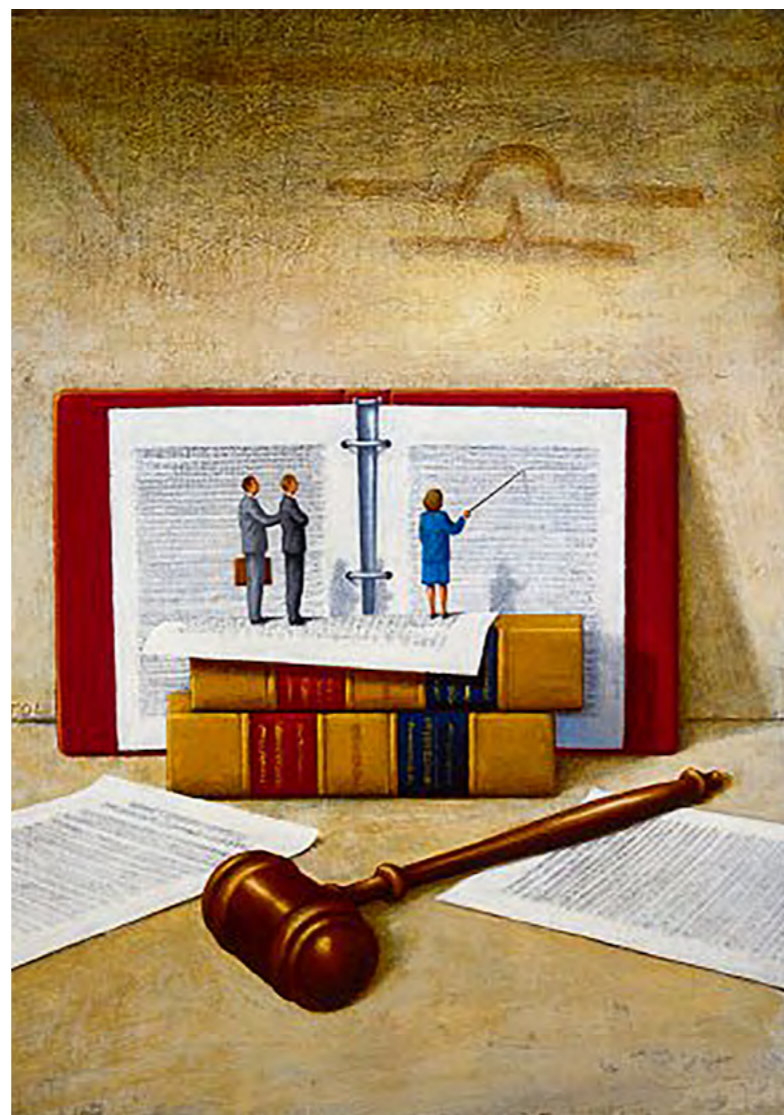
为：该《补充协议》约定A公司注销后其权利义务有制衣厂承袭，但无缪某签字，且与后来两人签订的《合伙协议》矛盾，属于“不足以推翻原判决认定事实的新证据”。

对于以“新证据”为由申请再审的案件，律师除了审查新证据形式上是否完备，更应该慎重地审查研究该新证据在内容上是否与其他证据冲突、是否足以推翻原审认定的事实。另外，律师还应当审查当事人在原审期间没有提供该证据的理由，因为对于“新证据”，法院会要求申请人说明逾期提供的理由，拒不说明理由或理由不成立的，可能会受到训诫或罚款处罚⁷。

最后，笔者再介绍一下目前法院对再审程序的内部职能分工与办理模式。

法院内部对再审案件的各个阶段如何内部分工，即再审案件由法院哪个业务庭受理、审查、审理，这也是多数律不了解而又必须了解的问题。我国各高院再审职能分工模式主要有立案庭受理并审查+审监庭审理、立案庭登记+民庭审查+审监庭审理、立案庭登记并审查+民庭与审监庭共同审理等模式。最高人民法院在2014年对再审案件的职能分工和办理模式进行了调整。

2014年10月之前，最高人民法院对于再审案件的职能分工，采取“立案二庭登记+审查+民庭审理”的模式。2014年10月，最高法院立案二庭被撤销，最高法院改变了再审案件的职能分工，即目前采取的模式是：立案庭登记受理案件，形式要件审查；民庭（民一、民二、民三、民四及环境资源审判庭）按照案由分工进行审查并审理；最高法院审判监督庭只审理因本院终审判决引发的再审案件和最高人民检察院提起的抗诉案件。最高法院的巡回法庭对于再审案件亦采取这一模式。



应当注意的是，最高法院对于再审案件的职能分工，对于律师代理当事人再审案件有着特殊的意义。由于最高法院对于再审案件的审查和审理均由一个业务庭办理，这意味着通过再审审查进入再审审理的案件，其改判率会保持一个较高的比例，这对于律师代理再审案件的谈案与收费有着直接的价值。

从立法角度讲，民事再审程序已经成为一审、二审之后的第三审程序；从司法角度讲，再审程序已经具有较强的可操作性，当事人申请再审的诉权保障及再审案件改判率已经有了极大的提高，律师代理再审案件的专业发挥空间和成功率也极大提高。律师应该改变过去的观念，大胆接谈再审案件，认真审查，积极代理，为矫正冤假错案作出努力。

公司创立初期的法律建议

瞿丽红 / 文

近日，闹的沸沸扬扬的“西少爷股权纠纷”事件使人们纷纷感叹中国合伙人现实版再演的同时，也给了当代致力于创业的年轻人一记警钟。那么，在创业伊始该如何注意，防范这些法律纠纷的发生呢？

第一、作为具有创新精神的创业人，要具有基本的法律意识和遵守契约的精神

公司创始人应严格按照法律关于公司设立的相关规定来创立公司。《公司法》第23条规定：设立有限责任公司，应当具备下列条件：（一）股东符合法定人数；（二）有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额；（三）股东共同制定公司章程；（四）有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；（五）有公司住所。其中，每一项又有若干相应详细的法律规定。如果对法律规定不十分清楚，应咨询专业律师，以最大限度消除日后纠纷隐患。另外，在公司设立时，应及时签订合同，以法律文件落实各出资人权利义务。各股东应严格遵循签订的合同，行使权利履行义务。

第二、应及时制定公司章程，并以其作为公司的自治规范约束公司董事、监事、管理人员的行为

就实质而言，公司章程是约定公司、公司股东、特别是大股东和公司高级管理人员的行为规则，是公司的自治规则。根据《公司法》第23条规定：股东成立有限责任公司应当共同制定公司章程；第25条规定：有限责任公司章程应当载明下列事项：（一）公司名称和住所；（二）公司经营

范围；（三）公司注册资本；（四）股东的姓名或者名称；（五）股东的出资方式、出资额和出资时间；（六）公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；（七）公司法定代表人；（八）股东会会议认为需要规定的其他事项。股东应当在公司章程上签名、盖章。公司章程的载明事项看似简单，但仍旧建议众合伙人聘请专业律师借助公司章程，尤其是自治条款理顺公司架构，划定董事、监事、管理人员的权力范围。

西少爷纠纷的产生源于主要股东在创业初期没有订立权利义务明晰的合同及公司章程，导致之后难以确定各所谓“众筹人”是出资购买股权还是借款，如果是借款，是借给奇点同舟餐饮管理（北京）有限公司还是出借给股东个人，进而导致股权结构混乱，致使最后纠纷闹剧不断。

第三、对公司法定代表人权力加以限制

首先，在公司章程中对法定代表人代表权作出限制是防止其滥用权力的最主要方式。《企业法人法定代表人登记管理规定》第5条：企业法定代表人的产生、免职程序，应当符合法律、行政法规和企业法人组织章程的规定。第9条：法定代表人应当在法律、行政法规和企业法人组织章程规定的职权范围内行使职权。可见，公司章程对公司法定代表人有约束规范作用。公司股东在公司创立过程中可以通过充分利用公司章程的自治权明确规定法定代表人权限范围，以避免日后法定代表人利用其职位优势损害公司及股东利益。其次，可以通过董事会或股东会对法定代表人的行为进行约束。根据《企业法人法定代表人登记管理规定》第七条规定：有限责任公司或者股份有限公司更换法定代表人需要由股东会、股东大会或者董事会召开会议作出决议，而原法定代表人不能或者不履行职责，致使股东会、股东大会或者董事会

⁷ 《民事诉讼法司法解释》第387条：人民法院应当责令再审申请人说明其逾期提供该证据的理由；拒不说明理由或者理由不成立的，依照民事诉讼法第六十五条第二款和本解释第一百零二条的规定处理。

《民事诉讼法司法解释》第102条：当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。

不能依照法定程序召开的，可以由半数以上的董事推选一名董事或者由出资最多或者持有最大股份表决权的股东或其委派的代表召集和主持会议，依法作出决议。由此，股东会或董事会可以通过决议更换公司法定代表人，威慑法定代表人，使其在公司章程内行使权力。再次，由于法定代表人同时也是公司的董事或经理，依照《公司法》150条：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”第153条：“董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。”由此，公司及股东均可向法院起诉要求赔偿。

第四、设立股东会、董事会、监事会、管理层并保证其各行其职

根据《公司法》第37条、第46条、第49条、第53条规定可知四者的职权大体为：股东大会---企业重大战略事项决策机构，是董事会和监事会的委托机构，接受董事会和监事会的汇报。董事会---企业重大事项的决策机构。经理层---在董事会领导下具体负责经营管理事务，同时接受监事会的监督。监事会---受股东会委托，监督公司董事会及管理层的工作。股东会将股东意见上升为公司法人意志；董事会依照公司章程股东会决议对重大战略事项进行决策；管理层依据董事会决议进行法人日常事务的经营管理；监事会通过监督董事会及管理层可以保证法人意志的落实。四者环环相扣，保证法人意志的落实，法人事务的完成。

“西少爷”案件中，奇点公司缺乏完善的组织机构，各所谓“众筹人”在投资以后并没有形成股东会，导致无法将股东意见上升为公司法人的意志；在成立公司时也没有通过公司章程规定董事的选出办法，因此董事会缺失，落实股东

瞿丽红律师简介



京都律师事务所合伙人

瞿丽红律师执业二十年来，针对金融、证券、房地产业、大型项目投资业务、不良资产处理、并购重组、企业改制上市、知识产权等方面的诉讼和非诉业务拥有丰富的办案经验。曾先后为中国光大银行、中国银行、五矿集团、光大证券股份有限公司、长江证券股份有限公司、湖北省政府、东风标致雪铁龙汽车金融公司等多家大中型企业、金融机构、政府机关、事业单位提供法律服务，并获得客户高度赞誉。

会决议的职责无法实现；监事会更是完全缺失，严重削弱了对公司法定代表人、公司管理人员的监督功能，以致公司管理人员、法定代表人滥用职权损害其他股东利益。

第五、明晰股东权利

股东的主要权利包括股东身份权，参与决策权，选择、监督管理者权，资产收益权，退股权，知情权，优先受让和认购新股权等。

1、股东身份权。根据《公司法》第31条，有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。第32条规定，有限责任公司应当置备股东名册，并载明必要事项。

2、参与决策权。根据《公司法》第36条、第42条、第43条规定，：股份有限公司股东大会由全体股东组成。股东大会是公司的权力机构。股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。股东大会作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。但是，股东大会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公

司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

3、选择、监督管理者权。根据《公司法》第44条、第48条、第49条、第51条、第105条规定，股东大会选举董事、监事，可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。

4、资产收益权。根据《公司法》第34条、第166条规定：公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金，并提取利润的百分之五至百分之十列入公司法定公益金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可不再提取。公司的法定公积金不足以弥补上一年度公司亏损的，在依照前款规定提取法定公积金和法定公益金之前，应当先用当年利润弥补亏损。公司在从

创立公司并非简单把实业做好就可以，只有从设立公司开始严格依照法律规定，明晰法律关系，才能避免早期创设公司过程中的事项日后成为公司隐患的“历史遗留性问题”。

税后利润中提取法定公积金后，经股东会决议，可以提取任意公积金。公司弥补亏损和提取公积金、法定公益金后所余利润，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

5、知情权。根据《公司法》第33条规定：股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告。《公司法》第39条规定：董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持。

6、退股权。《公司法》第74条规定，有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；（二）公司合并、分立、转让主要财产的；（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。值得一提的是，对于股东的退出机制，各合伙人有必要在创业之初进行相应协定。例如，可以约定当某股东出让其股权退出公司，其他股东可以该股东投资的几倍回购股权。另外，对于退出时的股权份额的市值，可以聘请专门的资产评估人员进行评估以确定份额及市价。

7、优先受让和认购新股权。根据《公司法》第七十二条：人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

第六、公司股东出资应存入公司独立账户，保证公司财产独立

公司作为独立的法人，独立承担责任的基础是其拥有独立的财产。故《公司法》第3条要求公司应有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。根据《公司法》第28条规定：股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当已向按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

“西少爷”案中，各“众筹人”及各主要股东的出资并没有存入公司开设的账户，这就导致了股东个人财产与公司财产混乱不清。这也导致难以确定各“众筹人”是出资购买奇点公司股权、还是简单的出借。如果是出借，是给公司还是只是出借给股东个人。因此，开设独立的公司账户，将出资存入公司账户以确定股权也是保护股东权益的基础。

第七、及时签订竞业禁止协议。竞业禁止是指根据法律规定或用人单位通过劳动合同和保密协议禁止劳动者在本单位任职期间同时兼职于与其所在单位有业务竞争的单位，或禁止他们在原单位离职后从业于与原单位有业务竞争的单位，包括创建与原单位业务范围相同的单位。及时签订竞业禁止合同规定在离开公司后一定期限内不可以到与本公司有业务竞争关系的企业就业也不可以创立与本公司业务范围相同的单位。可以防止董事、管理层及雇员等利用公司资源便利和公司商业秘密损害公司利益。

综上所述，创立公司并非简单把实业做好就可以，“先做事，股权分配问题以后再谈”的想法更是不可取。只有从设立公司开始严格依照法律规定，明晰法律关系，才能避免早期创设公司过程中的事项日后成为公司隐患的“历史遗留性问题”。





工程量清单计价、结算与支付

■ 王春军 / 文

目前，“定额预算计价法”世界上只有中国、俄罗斯和非洲的贝宁在使用，国际上通行的工程造价计价方法，一般都不依赖由政府颁布定额和单价，凡涉及到人工、材料、机械等费用价格都是根据市场行情来决定的。

由于工程造价计价的主要依据是工程量和单价两大要素，所以任何国家或地区的工程造价管理基本体制主要体现在对于工程项目的“量”和“价”这两个方面的管理和控制模式上。

从世界各国的情况来看，工程造价管理的主要模式有：

1、美国模式：美国的做法是竞争性市场经济的管理体制，根据历史统计资料确定工程的“量”，根据市场行情确定工程的“价”，价格最终由市场决定。

2、英联邦模式：英联邦的做法是政府间接管理，“量”有章可循，“价”由市场调节。即由政府颁布统一的

工程量计算规则，并定期公布各种价格指数，工程造价是依据这些规则计算工程量，通过自由报价和竞争后形成的。

3、日本模式：日本的做法是政府相对直接管理，有统一的工程量计算规则和计价基础定额，但量价分离，政府只管工程实物消耗，价格由咨询机构采集提供，作为计价的依据。

4、法国的做法是没有发布给社会的定额单价，一般是以各个工程积累的数据做参数，大公司都有自己的定额单价。

5、德国的做法是与国际上习惯采用的FIDIC要求一致，即由工程数量乘以单价，而工程数量和项目均在招标书中全部列出，投标人则按综合单价和总价进行报价。

为及时总结我国实施工程量清单计价以来的实践经验和最新理论研究成果，顺应市场要求，结合建设工程行业特点，加快国内施工企业与国际标准向适应，在新时期、

由于工程造价计价的主要依据是工程量和单价两大要素，所以任何国家或地区的工程造价管理基本体制主要体现在对于工程项目的“量”和“价”这两个方面的管理和控制模式上。

新常态下统一建设工程工程量清单的编制和计价行为，实现“政府宏观调控、部门动态监管、企业自主报价、市场形成价格”的宏伟目标，住房和城乡建设部及时对《建设工程工程量清单计价规范》GB50500-2008进行全方位修改、补充和完善。修订后的《建设工程工程量清单计价规范》GB50500-2013已于2013年7月1日颁布实施。

第一部分 工程量清单计价

一、工程量清单计价的一般原则

1、建设工程发承包及实施阶段的工程造价应由分部分项工程费、措施项目费、其他项目费、规费和税金组成；

2、招标工程量清单、招标控制价、投标报价、工程计量、合同价款调整、合同价款结算与支付以及工程造价鉴定等工程造价文件的编制与核对，应由具有专业资格的工程造价人员承担；

3、使用国有资金投资的建设工程发承包，必须采用工程量清单计价。非国有资金投资的建设工程，宜采用工程量清单计价；

4、工程量清单应采用综合单价计价；
5、措施项目中的安全文明施工费、规费和税金必须按国家或省级、行业建设主管部门的规定计算，不得作为竞争性费用；

6、建设工程发承包，必须在招标文件、合同中明确计价中的风险内容及其范围，不得采用无限风险、所有风险或类似语句规定计价中的风险内容及范围；

7、建设工程发承包及实施阶段的计价活动应符合国家法律、法规及强制性标准，遵循客观、公正、公平的原则。

二、工程量清单的编制

招标工程量清单是工程量清单计价的基础，应作为编制

招标控制价、投标报价、计算或调整工程量、索赔等的依据之一。

首先，招标的工程量清单应由具有编制能力的招标人或受其委托、具有相应资质的工程造价咨询人编制，其准确性和完整性应由找辨认负责并作为招标文件的重要组成部分。

其次，招标工程量清单的编制以单位（项）工程为单位编制，由分部分项工程项目清单、措施项目清单、其他项目清单、规费和税金项目清单组成。

再次，编制招标工程量清单依据：国家标准计价规范和相关工程的国家计量规范；国家或省级、行业建设主管部门颁发的计价定额和办法；建设工程设计文件及相关资料；与建设工程有关的标准、规范、技术资料；拟定的招标文件；施工现场情况、地勘水文资料、工程特点及常规施工方案；其他相关资料。其中现国家工程量计量规范有九个（GB50854-2013—GB50862-2013）：房屋建筑与装饰工程计量规范；仿古建筑工程计量规范；通用安装工程计量规范；市政工程计量规范；园林绿化工程计量规范；矿山工程计量规范；构筑物工程计量规范；城市轨道交通工程计量规范；爆破工程计量规范。以上相关工程现行国家计量规范的附录规定了相关工程中分部分项工程项目、措施项目的工程量计量规则，计算工程量时，必须按相关工程计量规范规定的工程量计算规则计算，实现工程量计算规则的全国统一。

三、招标控制价

招标控制价的定义是招标人根据国家或省级、行业建设主管部门颁发的有关计价依据和办法，以及拟定的招标文件和招标工程量清单，结合工程具体情况编制的招标工程的最高投标限价。

招标控制价依规定编制，不应上调或下浮，应由具有编制能力的招标人或受其委托具有相应资质的工程造价咨询人编制和复核，工程造价咨询人员不得同时兼任招、投标人的

委托。招标人在发布招标文件时公布招标控制价，同时将招标控制价及有关资料报送工程所在地或有该工程管辖权的行业管理部门工程造价管理机构备查。

四、投标报价

投标报价是投标人投标时响应招标文件要求所报出的对已标价工程量清单汇总后标明的总价。

投标报价应是投标人自主报价，又根据《招标投标法》第三十三条之规定投标人不得以低于成本的报价竞标，投标报价不得低于工程的成本价（工程成本价在实践中争议较大，此处不做论述），也不得高于招标控制价。投标人必须按招标工程量清单填报价格。项目编码、项目名称、项目特征、计量单位、工程量必须与招标工程量清单一致。

五、合同价款约定

实行工程量清单计价的工程，应采用单价合同，即发承包双方约定以工程量清单及其综合单价进行合同价款计算、调整和确认的建设工程施工合同；建设规模较小，技术难度较低，工期较短，且施工图设计已审查批准的建设工程可采用总价合同，即发承包双方约定以施工图及其预算和有关条件进行合同价款计算、调整和确认的建设工程施工合同；紧急抢险、救灾以及施工技术特别复杂的建设工程可采用成本加酬金合同，即承包双方约定以施工工程成本再加合同约定酬金进行合同价款计算、调计算、调整和确认的建设工程施工合同。不实行招标的工程合同价款，应在发承包双方认可的工程价款基础上，由发承包双方在合同中约定。

发承包双方在合同条款中对下列事项进行约定：预付工程款的数额、支付时间及抵扣方式；安全文明施工措施的支付计划，使用要求等；工程计量与支付工程进度款的方式、数额及时间；工程价款的调整因素、方法、程序、支付及时间；施工索赔与现场签证的程序、金额确认与支付时间；承担计价风险的内容、范围以及超出约定内容、范围的调整办法；工程竣工价款结算编制与核对、支付及时间；工程质量保证金的数额、预留方式及时间；违约责任以及发生合同价

王春军律师简介



王春军律师2004年起在建筑施工企业从事法务工作，2006年开始从事律师工作，执业七年，办理了大量建设工程施工合同纠纷的诉讼和非诉讼业务。

款争议的解决方法及时间；与履行合同、支付价款有关的其他事项等。

六、合同价款的调整

合同价款的调整可分为：法律法规的变化；工程的变更：工程变更，项目特征不符，工程量清单缺失，工程量偏差，计时工；物价变化，暂估价；工程索赔：不可抗力，提前竣工（赶工补偿），误期赔偿，索赔；现场签证；暂列金额；发承包双方约定的其他调整事项。（具体内容见其他词条）

七、工程计量

工程量必须按照相关工程现行国家计量规范规定的工程量计算规则计算，即上文所述的九个工程量计量国

家标准（GB50854-2013---GB50892-2013）。工程计量可选择按月或按工程形象进度分段计量，具体计量周期在合同中约定。

工程计量又分为单价合同计量和总价合同计量。

第二部分 工程量清单计价中工程款的结算与支付

工程款结算与支付是指发承包双方根据合同约定，对合同工程在实施中、终止时、已完工后进行的合同价款计算、调整、确认及支付。

工程价款结算应按合同约定办理，合同未作约定或约定不明的，发、承包双方应依照下列规定与文件协商处理：国家有关法律、法规和规章制度；国务院建设行政主管部门、省、自治区、直辖市或有关部门发布的工程造价计价标准、计价办法等有关规定；建设项目的合同、补充协议、变更签证和现场签证，以及经发、承包人认可的其他有效文件；其他可依据的材料等。包括期中结算、竣工结算、合同解除的结算。

一、合同价款期中结算与支付

期中结算是指发承包双方应按照合同约定的时间、程序

工程款结算与支付是指发承包双方根据合同约定，对合同工程在实施中、终止时、已完工后进行的合同价款计算、调整、确认及支付。

和方法，根据工程计量结果，办理期中价款结算，支付进度款。

1、预付款：在开工前，发包人按照合同约定，预先支付给承包人用于购买合同工程施工所需的材料、工程设备，以及组织施工机械和人员进场等的款项。

承包人的预付款必须用于施工合同工程，包工包料工程的预付款的支付比例不低于签约合同价（扣除暂列金额）的10%，不宜高于签约合同价（扣除暂列金额）的30%，预付款给付过低不利于承包人组织施工，预付款给付过高可能会产生承包人挪用合同工程款项的问题。一般情况下，承包人向发包人申请支付预付款，发包人没有按合同约定按时支付预付款的，承包人可催告发包人支付；发包人在预付款期满后的7天内仍未支付的，承包人可在付款期满后的第8天起暂停施工。发包人应承担由此增加的费用和延误的工期，并应向承包人支付合理利润。预付款应从每一个支付期应支付给承包人的工程进度款中扣回，直到扣回的金额达到合同约定的预付款金额为止。

2、安全文明施工费：在合同履行过程中，承包人按照国家法律、法规、标准等规定，为保证安全施工、文明施工，保护现场内外环境和搭拆临时设施等所采用的措施而发生的费用。

发包人在工程开工后的28天内预付不低于当年施工进度计划的安全文明施工费总额的60%，其余部分应按照提前安排的原则进行分解，并应与进度款同期支付。发包人应特别注意，若没有按时支付安全文明施工费的，承包人可催告发包人支付；若发包人在付款期满后的7天内仍未支付，发生安全事故的，发包人承担相应责任。当然，承包人对安全文明施工费必须专款专用，在财务账目中应单独列项备查，不得挪作他用，否则发包人有权要求其限期改正；逾期未改正造成的损失和延误的工期的，由承包人承担。

3、进 度 款：在合同工程施工过程中，发包人按照合

同约定对付款周期内承包人完成的合同价款给予支付的款项，也是合同价款期中结算支付。

进度款支付周期应与合同约定的工程计量周期一致。在已标价工程量清单中的单价项目中，承包人应按工程计量确认的工程量与综合单价计算；综合单价发生调整的，以发承包双方确认调整的综合单价计算进度款；已标价工程量清单中的总价项目，承包人应按合同中约定的进度款支付分解，分别列入进度款支付申请中的安全文明施工费和本周期应支付的总价项目的金额中。一般情况下，进度款的支付比例按照合同约定，按期中结算价款总额计，不低于60%，不高于90%。发包人应在收到承包人进度款支付申请后在一定期限内，根据计量结果和合同约定对申请内容予以核实，确认后向承包人出具进度款支付证书。若发承包双方对部分清单项目的计量结果出现争议，发包人应对无争议部分的工程计量结果向承包人出具进度款支付证书。发包人应在签发进度款支付证书后一定期限内，按照支付证书列明的金额向承包人支付进度款。发现已签发的任何支付证书有错、漏或重复的数额，发包人有权予以修正，承包人也有权提出修正申请。经发承包双方复核同意修正的，应在本次到期的进度款中支付或扣除。

二、竣工结算与支付

发承包双方依据国家有关法律、法规和标准规定，按照合同约定确定的，包括在履行合同过程中按合同约定进行的合同价款调整，是承包人按合同约定完成了全部承包工作后，发包人应付给承包人的合同总金额。工程竣工结算应该由承包人或受其委托具有相应资质的工程造价咨询人编制，并经过发包人或其委托具有相应资质的工程造价咨询人核对。当发承包双方或一方对工程造价咨询人出具的竣工结算文件有异议时，可向工程造价管理机构投诉，申请对其进行执业质量鉴定。竣工结算办理完毕，发包人应将竣工结算文





发包人在收到承包人竣工结算文件后的28天内，不核对竣工结算或未提出核对意见的，应视为承包人提交的竣工结算文件已被发包人认可，竣工结算办理完毕。

件报送工程所在地或有该工程管辖权的行业管理部门的工程造价管理机构备案，竣工结算文件应作为工程竣工验收备案、交付使用的必备文件。

1、竣工结算的编制与复核

工程竣工结算编制和复核应依据下列文件：国家标准规范；工程合同；发承包双方实施过程中已确认的工程量及其结算的合同价款；发承包双方实施过程中已确认调整后追加（减）的合同价款；建设工程设计文件及相关资料；投标文件；其他依据等。

分部分项工程和措施项目中的单价项目依据发承包双方确认的工程量与已标价工程量清单的综合单价计算；发生调整的，以发承包双方确认调整的综合单价计算；措施项目中的总价项目应依据已标价工程量清单的项目和金额计算；发生调整的，应以发承包双方确认调整的金额计算；计日工应按发包人实际签证确认的事项计算；总承包服务费应依据已标价工程量清单金额计算；发生调整的，应以发承包双方确认调整的金额计算；索赔费用应依据发承包双方确认的索赔事项和金额计算；现场签证费用应依据发承包双方签证资料确认的金额计算；暂列金额应减去合同价款调整（包括索赔、现场签证）金额计算，如有余额归发包人；规费中的工程排污费应按工程所在地环境保护部门规定的标准缴纳后按实列入。

发承包双方在合同实施过程已经确认的合同工程量和工程款直接计入竣工结算。

2、竣工结算

合同工程完工后在提交竣工验收申请的同时向发包人提交竣工结算文件。承包人未在合同约定的时间内提交竣工结算文件，经发包人催告后14天内仍未提交或没有明确答复的，发包人有权根据已有资料编制竣工结算文件，作为办理竣工结算和支付结算款的依据，承包人应予以认可。

发包人在收到承包人竣工结算文件后的28天内，不核对竣工结算或未提出核对意见的，应视为承包人提交的竣工结算文件已被发包人认可，竣工结算办理完毕。当然，在实践中，发承包双方应在合同专有条款中明确约定。发包人收到的应在28天内核对，发包人经核实，认为承包人应进一步补充资料和修改结算文件，应在上述时限内向承包人提出核实意见，承包人在收到核实意见后28天内应按照发包人提出的合理要求补充资料，修改竣工结算文件，并应再次提交给发包人复核后批准。收到再次提交的结算文件28天内，发包人应予复核，并将通知结果通知承包人：无异议的，七日双方签字；有异议的，协商，协商不成按合同争议解决处理。

3、结算款的支付

承包人根据之前已办妥的竣工结算文件向发包人提交竣工结算款支付申请。申请的内容包括：竣工结算合同价款总额；累计已实际支付的合同价款；应预留的质量保证金；实际应支付的竣工结算款金额。

发包人7日内审核承包人提交的竣工结算申请，签发竣工结算支付证书；7日内未审核的，视为认可。审核后，14天内支付工程结算款。特别注意：发包人未按上述情形规定支付竣工结算款的，承包人可催告发包人支付，并有权获得延迟支付的利息。发包人在竣工结算支付证书签发后或者在收到承包人提交的竣工结算款支付申请7天后的56天内仍未支付的，除法律另有规定外，承包人可与发包人协商将该工程折价，也可直接向人民法院申请将该工程依法拍卖。承包人应就该工程折价或拍卖的价款优先受偿。

4、质量保证金及最终结算

质量保证金是指发承包双方在工程合同中约定，从应付合同价款中预留，用以保证承包人在缺陷责任期内履行缺陷修复义务的金额。

发包人从竣工结算款中预留质量保证金，承包人未按



照合同约定履行属于自身责任的工程缺陷修复义务的，发包人有权从质量保证金中扣除用于缺陷修复的各项支出。经查验，工程缺陷属于发包人原因造成的，应由发包人承担查验和缺陷修复的费用。

最终结算是承包人对已交付使用的合同工程承担合同约定的缺陷修复责任的期限终止后，即缺陷责任期终止后，承包人应依照合同约定向发包人提交最终结清支付申请。发包人对最终结清支付申请有异议的，有权要求承包人进行修正和提供补充资料。承包人修正后，应再次向发包人提交修正后的最终结清支付申请。缺陷责任期终止后，依最终结算退还质量保证金，质量保证金不足的，承包人应承担补偿责任。

三、合同解除的工程价款结算与支付

合同解除的工程借款结算与支付是指发承包双方协商解除、发包人违约解除、承包人违约解除及不可抗力致使合同无法履行的解除合同情况下，发承包双方依约或依规范办理结算及支付。

1、发承包双方协商一致解除合同的，应按照达成的协议办理结算和支付合同价款。

2、因发包人违约解除合同的，发包人除应由发包人承担的向承包人支付各项价款外，应按合同约定核算发包人应支付的违约金以及给承包人造成损失或损害的索赔金额费用。该笔费用应由承包人提出，发包人核实后应与承包人协

商确定后的7天内向承包人签发支付证书。协商不能达成一致的，应按照合同约定的争议解决方式处理。

3、因承包人违约解除合同的，发包人应暂停向承包人支付任何价款。发包人应在合同解除后28天内核实合同解除时承包人已完成的合同价款以及按施工进度计划已运至现场的材料和工程设备叠货款，按合同约定核算承包人应支付的违约金以及造成损失的索赔金额，并将结果通知承包人。发承包双方应在28天内予以确认或提出意见，并应办理结算合同价款。如果发包人应扣除的金额超过了应支付的金额，承包人应在合同解除后的56天内将其差额退还给发包人。发承包双方不能就解除合同后的结算达成一致的，按照合同约定的争议解决方式处理。

4、因不可抗力解除合同的，由于不可抗力致使合同无法履行解除合同的，发包人应向承包人支付合同解除之日前已完工程但尚未支付的合同价款，此外，还应支付下列金额：已实施或部分实施的措施项目应付价款；承包人为合同工程合理订购且已交付的材料和工程设备货款；承包人撤离现场所需的合理费用，包括员工遣送费和临时工程拆除、施工设备运离现场的费用承包人为完成合同工程而预期开支的任何合理费用，且该项费用未包括在本款其他各项支付之内等。发承包双方办理结算合同价款时，应扣除合同解除之日前发包人应向承包人收回的价款。超付的，承包人应予以退还。



我与京都的第一次相遇

■ 牛支元 / 文

(一)

第一次与京都相遇，是在2005年的一个冬日。那天，龙城太原，红红的太阳，冷冷的天。在某知名钢铁集团法务总监的面试考场上，我第一次见到了仰慕已久的田文昌老师。

田老师作为主考官，端坐在正中；我作为面试者，莫名地紧张。说莫名紧张，是我原本以为自己就不应该紧张的。因为我生来就喜欢学习，从来都不怕考试。

我从1980年15岁时以全县高考理工科第一名、全省物理单科第一名成绩考上北京钢铁学院，到大学毕业后于1992年以自考第一名成绩取得法学专业文凭；从1993年以全省律考第一名成绩拿到律师资格，再到1993年以优异成绩考入南开大学经济学系政治经济学专业研究生于1996年获得硕士学位；从1993年参加全省公选副厅级干部报考省监察厅副厅长考试成绩第一名，到2000年再度参加公选考试成绩第一名并最终出任省政府法制办副主任；从2004年参加国家司法考试名列全省前茅取得法律职业资格，直到后来参加国务院国资委招考总法律顾问取得优异成绩。

可以说，我是读了半辈子书，学了半辈子习，考了半辈子试，拿了多半打第一。在日常工作中，自己是也当学



十年前与田文昌律师合影

生，也当考官；常常是人也考我，我也考人。今天，见了敬仰已久的老师，作为一名可谓久经沙场的老将，竟然浑身打斗腿发颤，紧张到一时张不了口、说不出话的地步，好半天才缓过神来。事后想来，当时并不是胆怯考试，而是敬畏师长。冥冥之中或许这就是我和老师的缘分。

在考场上，田老师对我说的一番话，我至今记忆犹新。田老师说：“听了你的介绍，我深受感动。你和我一样具有相同的性格。我觉得我们这样的

人，应该有个自由发挥的空间更好。你是个难得的人才，你思考过没有？今后你的路子怎样走，你还有几十年的时间啊。我发现，你有很强的创新精神和理念，你这些理念能不能够被企业接受？谁知道你会遇到什么样的环境？人生又到紧要处，选择不好，你会很痛苦的。望你千万慎重！”

这次考试从初考、到电脑测试、到新引进的卡特尔16PF人格测试和领导能力、管理风格测试到最终的面试，在参考的118人、进入面试的33人中，

我一路领跑，始终第一。

人生往往就是这样，有心栽花花不开，无心插柳柳成荫。我最终与这家集团擦肩而过，但却开启了通往京都的大门，我与田老师的师徒名分也从此厘定。

随后的日子，我从新华书店、图书馆找来了田老师发表的所有专著，并通过一个做数据库的朋友，收罗了田老师多年来公开发表的所有文章，我封闭自己，潜心研读。一度时间，我曾经把田老师的精彩语言背的滚瓜烂熟，论文专著直翻到面目皆非。通过学习、了解，田老师的形象在我心目中逐渐清晰、完整起来。在我看来，田老师不但是刑辩大师，而且是管理专家；不但是法学大家，而且具战略眼光；不但是我事业上的导师，更是我做人的楷模。

北宋教育家程颢说：“古者，自天子达于庶人，必须师友以成其德业”。

——京都是我拜师的平台。

(二)

第一次走进京都，是在2006年的初夏。五月的北京，鲜花盛开，万木葱茏。我怀揣着自己写作的自传体小说《风雪梅山》，来到了位于人寿大厦8楼的京都律所，请田老师斧正我的作品。田老师热情地接待了我。

我向田老师汇报了我的作品，并聊起了我的写作生涯。说起来我的写作，纯属于走到那里、写到哪里、胡写乱画、自娱自乐。上大学的时候，我学的是工科，但是每天抱着《资本论》读来读去。参加工作到了青海，当了矿务局团委书记，又在业余研究起了《孙子兵法》，每天给基层团干部瞎磨“道天地将法”。后来，调回山西阳泉担任团

市委副书记，适逢东欧剧变、苏联解体，又读起了国际共运史，写出了近20万字的《历史的沉思》。1993年到南开大学师从比较经济学家张仁德教授读研，我又写出了将近20万字的《政府职能比较研究》，受到了导师的较高评价。后来1996年到市委办公厅当副主任，1998年再到阳泉郊区担任区委副书记，白天瞎忙乎，晚上又研究起领导学、管理学，写出了诸如《如何当好领导干部》、《如何当好农村党支部书记》、《农村经济发展思考》等一大堆实务性文章。2000年担任省政府法制办副主任、政府法制编委会常务副主任后，又学开了行政法、法制史，并借依法治国入宪的春风，写出了10多万字的《走向法治》。走出政府衙门，写下了20多万字的《风雪梅山》。到了企业工作，业余又开始了上五台山钻研儒道释、进档案馆翻看明清史的生活。

我的岗位就像走马灯，我的随笔也像一阵风。我爱人批评我是“半瓶醋”、“万油精”，学习实用化，知识碎片化，什么都懂，什么都不懂。每天不务正业，心猿意马，没有恒心，一事无成。

带着迷茫，我听取了田老师的教诲和开导。田老师告诉我：“没有方向，就没有生活”。简单的事情重复做，你就是专家；重复的事情用心做，你就是赢家。人生成熟悲喜后，是非经过不知难。只有经过事情，才会在经历中增长人生的智慧；只有经过失败，才会在失败中寻找成功的经验。“心心在一艺，其艺必工；心心在一职，其职必举。”学术成功需要专一，事业成就需要韧劲，只要坚持不懈地向着一个方向走，必然会积沙成塔。

田老师和蔼可亲、循循善诱地引导着我，我拿个小本子飞快地记着，深

怕漏掉老师说的一个字。田老师最后希望我结合自己的优势和经验，重点研究企业法律风险防范、企业并购实务、企业管理实务和企业合同实务。

按照田老师的教导，嗣后，我开始把写作的着笔点放在了业务研究上。我在企业担任老总期间，有一度在山西购并煤铁矿，在海南开放房地产。结合工作实际，我潜力研究并购业务，悉心起草并购合同。经过好多个日夜的点灯耗油，包含了近200个条款的牛版合同文本终于面世。看了我的文本，山西省煤管局老总工吴泽生先生说：“我活了70多岁，搞了一辈子煤矿，参与了许多起并购，牛版合同文本是我见到的最好的文本。看着就像读小说，讲故事”。多年的专业、经历、经验使我融会贯通，成功的体悟和失败的教训使我拿放自如。我的合同文本曾一度成了范本，传于周边业内。这几年，我沉下身子，用心专一，龟勉苦辛，朝乾夕惕，写出了《企业并购论》、《企业文化论》、《企业管理论》和《企业风险论》等几部共数十万字的论著初稿。

清代文学家蒲松龄说：“性痴则其志凝。故书痴者文必工，艺痴者技必良。世之落拓而无成者，皆自谓不痴者也。”

——京都是我求学的平台。

(三)

第一次到京都办公，是在2010年的金秋。在那个红叶缤纷、银杏泛黄、五彩斑斓的十月，京都律师事务所迁到了CBD中心——远洋·光华国际新址办公。其时，我已经加盟京都，正式成为京都的一员。

坐在精小而雅致的律师办公室里，兰花沁人心脾，茶香弥漫缭绕。那

份恬淡的心境，让自己沉醉。回想自己一路走来，承蒙组织培养、群众支持、自己努力，自己在体制内曾经顺风顺水，倍受垂怜。

想当初，自己出身平民少年高考，用知识改变命运；西出青海奉献边疆，用热血书写忠诚；出仕故里以民为本，用实绩赢得百姓；擢选省府致力法治，用公正为民请命；辞宦挂印投身商海，用智慧创造财富。

这些年来，自己从内地到边疆、从企业到机关、从基层到高层，从党团到政府，足迹走遍大江南北。自己从井下技术员、局团委书记、办事处负责人、团市委副书记、市委办公厅副主任、区委副书记、省政府法制办副主任到集团副总、公司董事长，岗位涉及政商学界。自己的角色也经历了技术人员、青年干部、市委官员、县区领导、省府厅官、国企老总、人民律师的转换，称谓也从牛工、牛老师、牛书记、牛主任、牛总变成了牛律师，地域从戈壁滩、小山城、大都会，今天辗转到了京城京都。人生如梦，岁月如歌，春华秋实，无怨无悔。

江山代有人才出，各领风骚三五年。自己15岁上大学，19岁在大学入党，大学毕业自愿到青海支边，20岁成为全系统最年轻的县处级干部，24岁荣获中国共青团最高荣誉“五四”奖章，25岁调回家乡从政，36岁成为全省当时最年轻的副厅级领导干部。命运给了自己许多的机遇，上天给了自己格外的关爱。人在世上，要懂得知足、知止、知退。此时想来，只要做自己喜欢的事情，再大、再豪华的办公室，也没有像现在呆在这样怡情的办公室里坦然、舒心。

入职办公第一天，田老师亲自到

我办公室看望我。田老师对我说：“京都每一次迁址，都昭示着律所一次飞跃，一次提升。我们要借乔迁之机，实现京都律事所的第三次创业！京都律所的发展目标，就是要真正实现团队化和综合化。我们要把律师自身价值的发展和律所的发展结合起来，由名律所培养名律师，名律师带动名律所。律师可以是战士，但不仅仅是战士，可以是勇士，但不能是一勇之夫”。听着田老师的话，我心潮澎湃，热血沸腾。

时近中午，田老师与京都的合伙人为我设宴接风。喝着入伙酒，说着吉祥话，聊着美好的生活，谈着京都的未来，我越喝越猛，最后喝醉了。

前苏联作家奥斯特洛夫斯基说：“共同的事业，共同的斗争，可以使人们产生忍受一切的力量”。

——京都都是我创业的平台。

（四）

第一次参加京都论坛，是在2011年4月的一天。那天，京都律所热闹非常。室外春寒料峭，乍暖还寒；室内，灯光熠熠，高朋满座。由京都律所主办，中国人才研究会经济人才专业委员会协办的“企业法律风险防控”专题研讨会如期举行。按照田老师安排，我首先登台发言，发言题目是《企业风险防范和危机应当兼论企业并购风险》。

过去当团干，吹拉弹唱、宣传鼓动是我的看家本事。后来当官员、当老总、当律师，上讲台、上电视、上谈判桌，讲话、发言、作报告，对于我来说，也可以说是家常便饭、小菜一碟。我曾经有过许多演讲的深刻记忆：在青海当团干，为团中央领导汇报工作，过了饭点一个多小时，人家还要听；当团

市委副书记上团课，数千人站满了操场听，两个多小时也不厌烦；当区委副书记建设瑞丰花园，被因为拆迁上访的上千群众包围，四个多小时公开对话、滔滔不绝；在省委党校为县委书记、县长班上课，三个多小时没人挪窝；代表省政府做被告，在行政审判庭上引经据典，据理力争，法庭当庭采纳意见；当集团副总业绩述职报告，十几分钟赢得群众十次掌声；当律师搞煤矿并购，与“三国五方”周旋谈判，在唐都大酒店舌战群儒，七天七夜全部搞定。

但是，这次给我的感受与以往大不相同。最大的差别就是组织的特别严谨、特别标准、特别精细、特别规范。演讲提纲要中国人才研究会专门把关，语言修辞请国家语言委员会专家审核，发言语气由专家学者指导，甚至发言细节也要由主办单位工作人员检点。所以有个感受，一级就是一级的水平，中央就是中央级的水平。我通过参加这次活动，等于开阔了一次眼界，经受了一次培训，接受了一次洗礼，学到了许多东西。我感到受益匪浅。

俄罗斯文学家列夫·托尔斯泰说：“人类被赋予了一种工作，那就是精神的成长”。

——京都都是我成长的平台。

（五）

第一次随同田老师参加学术活动，是在2011年的6月。位于北京西郊的妙灵山庄，花红柳绿，风景如画。来自刑事诉讼法学界的著名专家学者、来自国家立法机关和公检法司各部委的领导相聚于此，就“遏制刑讯逼供”进行深入的研讨。

当时，刑诉法修改在即。刑诉法

素有“小宪法”之称，它跟我们每位公民的人身自由、人身权利、民主权利和财产权利息息相关，可以说是与公民宪法基本权利关系最密切的一部法律。当时社会上发生了引起强烈反响的一系列案件，如杜培武案、佘祥林案、赵作海案、躲猫猫案，都与刑讯逼供脱不了干系。刑讯逼供难以遏制，不仅凸显司法理念的滞后，更反映出法律制度上的缺陷。因此人们强烈要求在修法中，遏制刑讯逼供，切实保障人权。由于修法不仅是惩罚犯罪与保障人权的权衡，也是权力与权力的博弈。因此，立法部门、学者、律师、实务部门争执不休。在这样的情况下，召开这样的研讨会意义非凡。

会议开始，到场的各方面人士各吹各号，各找各调。实务部门领导强调，刑讯逼供并不是中国独有的现象，发达国家也有类似问题，譬如美国也存在虐囚行为。我国的刑讯逼供现象，已经“基本得到了遏制”。

这时，一个来自律界方面的先生不知出于何种目的，顺着实务部门领导的杆子说，我国已经基本上不存在刑讯逼供现象，即便有也是个别的、偶发的。他还武断地说“这些都是有目共睹的事实”。这种罔顾现实的言论，令在场的所有人员都大惑不解，就连实务部门人员都感到听不下去。

田老师怕案而起，指出“刑讯逼供不但存在，而且仍然相当严重，甚至在在不同地区、不同的案件中还愈演愈烈”。田老师用大量的实例证明，不仅公安机关存在刑讯逼供问题，检察机关以及纪委在“双规”中都存在同类问题。凡是行使侦查权的单位，在办案中都或多或少地存在刑讯逼供问题，有的还相当严重。只是表现的各不相同。田

老师强调，我们必须实事求是，正视现实，这才是解决问题的应有态度。田老师的发言引起了与会所有专家的强烈共鸣，赢得了全场的热烈掌声。

记得那个先生声嘶力竭、面红耳赤地与田老师争辩，最后可能自感理屈词穷，处境尴尬，自己悄无声息地离开了会场。

这是在我眼中发生的一个小片段。多年以来，田老师为了中国法治奔走呼号，足迹走遍大江南北，声名远播华夏内外。我深深地折服和敬佩田老师。我敬佩他那爱国爱民、忧国忧民、为国为民的火热情怀；敬佩他那崇尚正义、追求公平、力行法治的坚定信念；敬佩他那刚正不阿、为民请命、执着到底的胆识勇气；敬佩他那精益求精、炉火纯青、近乎化境的学术水平。他的博大胸怀、远见卓识、专业精神、朴实作风，如高山仰止，无时无刻不在感染着我。为了中国的法治事业，我愿意追随田老师一路前行。“道之所在，虽千万人吾往矣”！

北宋政治家司马光说：“经师易遇，人师难遇”。

——京都都是我仰望的平台。

（六）

人生易老天难老，一梦醒来已三秋。恍惚之间，我与京都结缘已经快十年了。十年的光阴，长江淘尽多少事，黄河载走多少情。在这流金般的岁月里，我尚徘徊于书屋之中，游离于创造之外，一直走在通往京都的小路上。但是，我的心时刻和京都的弟兄们连在一起。

京都有一支非常和谐、强大的团队。在田老师的旗帜下，既有建所初

期的功勋元老，也有当中加盟的中坚力量，更有源源不断的新鲜血液。每天茶余饭后，上京都官网，阅京都所刊，读田老师的书，学“八杰”的案，品“345”社的诗，间或用电话与弟兄们交流交流心得体会，对上机会与随缘的弟兄们小聚小斟一番，已经成为我生活中不可或缺的组成部分。在我看来，京都的每个合伙人、每个律师都像是一本本厚重的书，每本书里都写满了精彩的故事和经验，而这些故事和经验常常给我带来智慧和力量。所以，京都的每个合伙人、每个律师都堪称我的老师。

近日看到一条微信，觉得蛮有道理。说人生有三大遗憾：一是不会选择；二是不坚持选择；三是不断地选择。其实，我们每个人的一生都面临着许多次的选择，我们的人生实际上都是在不断的选择中度过的。而每一次的选择都是一个人生的十字路口。我们之所以会心累，就是常常徘徊在坚持和放弃之间，举棋不定。

往事如过眼烟云，功过悲喜，淡出胸臆皆落尘；前程似生命之河，骇浪细流，归入沧海终为水。2015年，将迎来京都建所20周年大庆。二十岁的京都风华正茂，气势如虹，前程似锦。天命之年的我心如止水，清淡平和，梦想尚存。我们老家有话：“天地生人，有一人应有一人之业；人生在世，生一日当尽一日之勤”。为着我尚存的梦想，我编了四句顺口溜：“人到中年梦初醒，半世沉浮雨打萍，余生只做一件事，当好法律前行人”。

德国哲学家马丁·海德格尔说：“人要诗意般地栖居在这个大地上”。

——京都都是我圆梦的平台。





永远的老师

■ 肖树伟 / 文

承蒙杨大民律师抬举，安排我写一篇庆祝京都所成立二十年的文章。但我诚惶诚恐，因为我是京都所的新人，根本没有资格对京都说三道四。但大民律师的美意又不能拂，况且他每次见了我的期待诚恳的目光，也实在不忍心拒绝。前一段读《律师文摘》主编孙国栋君的关于江平校长的一本书《永远的校长》，给了我启发。京都所我不是很熟悉，但是京都所的创始人，我们的老主任，我的大学老师田老师，我熟悉啊！1983年我进入中国政法大学学习后，就师从田老师学习刑法。弹指一挥间，我有幸结识老师已经三十多年了！于是有了这篇拙作。是啊，田老师不仅是我大学时的老师，如今有缘又在老师手下工作，继续跟老师学习深造。在田老师身上，我不仅学到了法律专业知识，更重要的是学习到了他对法律的敬仰，对律师事业的挚爱和对社会责任的担当。这些是永远值得我学习的。在来到京都以前，我一直不明白，田老师作为刑事专业律师，已经做到了中国刑辩律师第一人的地位，论社会地位和经济财富，在律师界都是令人仰慕的。为什么还那么干劲十足，像年轻人一样有朝气、有勇气、有干劲、有冲劲。来京都和田老师的第一次推心置腹的畅谈，使我解开了我心中的谜团，也使我深信，田老师是我永远的老师。

那时经韩良律师劝说，我动了来



图中右二为肖树伟律师

京都的念头。当时踌躇不决。主要是想自己年近半百，事业算不上辉煌，也还马马虎虎吧！生活上还不至于吃了上顿没下顿。凑合干到退休年龄就算了，别再去一个自己不熟悉的地方去闯冒险了。第一次在京都所见到田老师时，我就流露出了这种想法。老师听了这话以后，狠狠批评了我一顿。由于批评的内容很深刻，所以记忆犹新。

老师的意思归纳起来如下：树伟，你才五十不到，就有了这种消极的想法，太不应该了！政法大学整整培养了你四年，国家多大的投入啊！你干律师也二十几年了，通过自己的奋斗，也积累了工作经验，目前正是当打之年，正是为社会出力的时候，你不想把自己的业务进一步提高，做大做好，为社会多做些贡献，却眼睛只看到自己的脚下，想着过舒服的日子，说轻了是目光短浅，怕苦怕累，说重了是责任感还不够。现在咱们国家法治这种现状，是多么需要像你这样政法大学毕业，律

师工作有二十多年经验的律师啊！你看我都六十多岁的人了，还在拚着老命干，我图什么啊，还不是尽我们法律人的职责，为中国的法治做点自己力所能及的事吗！按照你的想法我早就该休息享受了！我是真心希望再大干几年，把你们带起来，然后把京都传承给你们，使我们京都的为社会担当尽责的精神一代一代的传下去啊！

是啊，正是老师的这种社会责任感，对社会高度负责的精神，激励着老师不断的追求。正像老师在2013年京都事务所年会讲的那样，老师一生追求法治的精髓，即民主、平等、规则。老师容忍不了破坏平等、民主、规则的现象。作为法律人，平等、民主和规则是我们事业所追求的目标。在重大疑案敏感甚至有生命危险案件面前，老师从不退缩，总是挺身而出。无论是代理震动全国乃至世界的刘涌的黑社会案，还是吴英的非法集资案！在关乎国家法治的重大事件面前，屡屡仗义执言！对周永康案件的谏言，对中共十八届四中全会法制建设的建言，对废除行政收容制度的直言，无不体现了一个法律职业人的良知和责任。社会对老师的这种为中国法治建设无私奉献也给予了高度的评价，老师作为唯一的律师当选CCTV 2013年十大法治人物之一。

这就是我的老师，值得我自豪和一辈子学习的老师！老师不仅是我学业上的老师，更是我事业上的楷模！

2015在这个春风拂面桃花绽放的季节，与京都律师事务所相遇、相识、相知也有七个年头了，京都于我而言就像当下的春日阳光——温暖而有力量，具有里程碑的意义；在这里我通过了千军万马争过独木桥的司法考试，在这里荣升为律所的合伙人。不得不讲京都律师事务所是我的福地，更是一方肥沃的土地，使我们年轻律师沐浴阳光和雨露，茁壮成长！

法律梦想源何而来？

小学五年级，临近毕业的最后一堂课上，班主任武老师请每个小学生说出自己的理想，自己的梦想，或自己以后想成为什么样的人。五年级的孩子，十二三岁的青葱年华，还真的就只是个孩子而已，对社会学的东西知之甚少，除了学业的压力就是童年撒野似的玩耍，肆无忌惮的挥霍着青春。

课堂上，有的同学说我要当科学家，有的说我要做歌星，有的说我想做演员，做武打明星，有的说我要做医生，有的说我要做和我爸爸一样的人！轮到我时，我很坚定的说：武老师，我要做侦探（其实当时是想说做一名便衣警察）！老师愣了，侦探是什么？

80年代初，作家海岩的代表作《便衣警察》热映，1987年版电视剧《便衣警察》的播出曾引起全国的轰动。在“几度风雨几度春秋，风霜雪雨



搏激流”铮铮铁骨般的旋律鼓动下，揣着懵懂和憧憬认为做一名侦探，挖掘事实真相，维护正义，扶弱扬善那就是我的理想了。

于是在初中毕业后，也即90年代初，当时中专都是班里的尖子生学生读的，读书还享受国家补贴，每个月都有

伙食费，毕业后不仅安排就业，还能解决农转非的问题，所以尽管中专的分数线都比普高要高的多，家人和我毅然选择比当年重点高中分数线都高出很多的中专院校，以年级第二名的优异成绩进入山西省司法学院，选择的的就是法学专业！



当穿着山西省司法学校司法学员的一身军绿色制服回家时，真心的有种荣归故里的感觉。明白什么是法学，什么是律师，就是从那时候开始的。

梦想落地，成为律师

2007年，北京市京都律师事务所业内很知名，当时田老师已是业内刑事诉讼领域泰斗人物，京都律所也成为众多法学学子的心之向往。

当时的京都律所在北京朝阳门的中国人寿大厦8层办公，楼下大厅每到午间休闲时都有钢琴演奏。我作为一个初出茅庐的北漂一族，在北京除了老师和所剩无几的同学外一无所有；还不知道什么是职业，什么是未来，什么是规划，什么是定位，一切都是懵懂的。唯一的愿望或者说理想就是想在律所工作，做律师，做法律人。

现在想来，要衷心的感谢时任京都律所业务部主管职务的赵律师，当时的业务部选任员工极为严格，要求名校毕业，并要拿到司法考试资格证书。而我？即非名校毕业更以前一年323分的司法考试成绩再次落榜！而赵律师经过慎重考试以后，我有幸加入了京都律师事务所。成功加入业务部后，面临的压力是可想而知的，业务部的小伙伴们都是政法或人大毕业，有的不仅仅过了司法考试，都已经有律师执业证了。赵律师每周都会组织大家学习，案例研讨或实战演习，或新法律法规的学习。小伙伴们们的学习热情之高我很受鼓舞。

于是攻破2008年的司法考试必须势在必得，在二个月每天十五六个小时非正常节奏的学习后，收获了捷报，第一个电话就打给了赵律师。据赵律师讲在司考复出后的那个答谢宴上，整个过程我一直都在站着喝酒；一直感谢当时

担任业务部主管合伙人的杨律师；一直感谢赵律师；一直鼓励那些早就已经通过司法考试的小伙伴们，说你能行！你肯定能过！

那一晚是我请客但是我忘记了结账，那一晚我躺在楼下的草丛里数星星，那么明亮，那一晚我终于拿到了律师职业的第一枚胸章，那一晚幸福满怀！

梦想升华，成为合伙人

2012年世界末日没有来，可爱的宝宝来了，宝宝的出生一成为我不断要求提升工作效率的催化剂，80后的父母们都知道宝宝的3岁之内是最需要妈妈陪伴的，可我与小宝整天24小时相伴的时间只有半年之约。产假复出后在离开宝宝的每一分钟里，我要做更多的事，更有价值的事，最大限度的提升时间的利用率以减少不能陪伴小生命成长的挫败感。

律师执业之路少不了资深律师的传、帮、带，年轻律师的成长是需要伯乐、导师、需要小伙伴们扶持。于我而言，很庆幸加入到京都律所民商部大家庭中收获了满满的关爱与鼓励。

多少个挑灯夜战的夜晚，多少个夜晚细听着宝贝的呢喃梦呓，完成一个又一个的诉讼文书，多少次做的法律文书被资深律师修订的祖国山河一片红……年轻律师要成长就是需要代价的，这个必经的过程，我们承受也更加享受这个过程。事实证明，付出终会有收获的。

2014年末京都律所总结会上，宇文律师的名字出现在年会名单上，这次京都律所给予我的荣誉是合伙人！我认为合伙人是律师执业生涯中的至高荣誉，尤其是成为京都律师事务所的合伙人。

这一路走来要感恩的人太多，感谢民商部的公律师、郭律师、赵律师；感谢儒雅的王律师，帅气的张律师，端庄的相律师等等我的可爱的律师同仁们；民商部的主管合伙人公律师以前是教师出生，最大的特点就是育人精神，不仅要求个人发展，更加注重团队的建设，要求每个律师定位专业领域并把业务做到极致！往往苦口婆心、三令五申要求专业、敬业、精致的执业、常常把我们“传唤”办公室，一讲就是一小时，被我们戏称为“京都老公公”。

京都律所的合伙人这个荣誉对我而言是沉甸甸的，却也是充满力量的；在我心中，京都律所的创始人田老师方才是京都律所的合伙人，而我在田老师面前还是个黄毛丫头。

于是那天的合伙人会议，我没有敢发言，却早早的已经准备好发言稿：

“感谢京都，感谢一路走来京都同仁的厚爱和信任！”

那一年我就是一颗小草，稚嫩，微小而单薄；京都参天的大树，我们在大树的怀抱中成长，也遥望着大树，在她的庇佑下躲过风雨也贪婪的吸收着她的养分，希望有一天自己也能长大；

七年后我已是一枚小树，京都都是我成长依赖的沃土，京都律所有梦想、有担当的合伙人们就是雨水和阳光，我们在这里茁壮成长着，也孜孜不倦的耕耘着。

在不远的未来，我已然是一棵大树，不仅要完善自身，更要肩负“京都梦”的重任。京都就是我的根，我们要成为一颗有担当的大树，“不断的去创造，去丰富，去描绘，去追寻”。

所谓寸草报春晖；所谓滴水之恩，当以涌泉相报；谨以此文，并秉承低头干活抬头看路的精神呈给京都律师事务所二十周年！感谢并祝福！🎉



我为什么喜欢画画

■ 刘铭 / 文

律 师研习法律和画画一样可为生活。画画可以滋养我的灵魂。

滴墨铺纸那一刻起，就会把你引领至平和安静，这是一段安静的旅程，我迷恋这种安静。

画画过程是愉快的，没有功利追求，就不会有任何负担勉强，只是心灵的一段旅程，只会让你感到快乐平静。

人成熟的标志是了解自己，但了解真实的自己并不容易，你以为所追求的会让你快乐，但往往会感叹被生活欺骗。其实不是生活作弄你，是你不了解自己。



人是不断发现自己的过程，但想要发现自己，首先得真诚的生活和努力，不敷衍、不圆滑、不要小聪明，这

种过滤后的经历才会告诉你，什么是你真正喜欢和想要的。离了真诚和努力，不会和真实的自己契合相处，不会有心灵的归属。

律师的职业魅力在于经历丰富，经事阅人多，但也见多了利益纷争、善善恶丑、不可理喻……经历的社会、个体痛感也会多。这样的经历让人成熟，但也会让你有不可为外人道的委屈难过。这时会渴望在现实世界之外有一个理想世界来安慰自己，有一块远离喧嚣尘世的净土，内心也会引领你去寻找安放心灵的处所。

净土在哪里？“归去来兮，息交



绝游，采菊东篱”，平凡人不太可能也不需要。丰子恺说：“既然无处可逃，不如喜悦；既然没有净土，不如静心”。真正的净土在心中，人有静气、处处净土。作画就是守静之道，可涵养静气。每次水墨深浅都会让时间缓慢，心灵沉潜，神志清明，让人平和淡定。

平淡是生命的底色，是生命的本质，不管你成为什么人，做多大的事。没有人否认人的苦恼源于欲望过多，但谁又能真正看淡红尘。真正认识到这一点确实是需要经历和智慧的。

画画确实会让人心平气和，让你明晓规律，对得失淡然收敛，少一些昏沉浑噩。此消彼涨，平淡心多了，欲望少了，内心的充实、清明慢慢也就多了。

我比喻写字画画是清洗心灵的过程，会洗去各种杂念，还归真我，曾想刻一枚“洗心”闲章，还被人玩笑说是

要洗心革面？

画画也是一种艺术的表达

“谁能思不歌，谁能饥不食”，人再安静平和，也不可能脱离社会，不染尘埃。总会有内心的悲伤孤独。不平则鸣，情绪总要有疏导，但你的负面情绪直接表达出来就不美，对自己没有帮助，对别人、社会也不会有意义。没有人会喜欢祥林嫂，虽然她很值得同情，林妹妹在红楼梦里冰清玉洁，在生活中你也不见得喜欢。但如果你移情言物，通过诗词、画画、音乐表达就是艺术，就是美。唐诗宋词是忧愁的艺术吧！按王国维讲：“欢愉难工，愁苦易巧”，但忧愁本身也并不美，你心情不好，你说我很愁苦、难过得不得了，这不会有共鸣。但你说“离恨恰如春草，更行更

远更生”，你说“莫道不消魂，帘卷西风，人比黄花瘦。”就会让人感受到绵绵无尽的情绪，对这种无奈会有心灵的感应和理解，这就产生了美。

艺术的表达即将疏导了情绪，也诗化了悲伤，美化了自己和生活。

有一个故事，诗人拜伦在一个盲人乞者的牌子上写下：“春天来了，可是我却看不见”。路之人一时间纷纷解囊。这说的是同样的道理，艺术的表达会有心的共鸣。

画画是艺术，由画而人生，人生也是一种广义上的艺术，每个人的生命都是他自己的作品，会生活的人就是艺术家，他的工作、生活就是艺术品。艺术是情绪的活动，艺术的生活就是情绪丰富的活动。无所为而为的玩索即是最高的善。

刘铭写于乙未孟夏



你我同心，扬帆远航

2015年9月10日—13日，值此京都律师事务所成立20周年之际，京都所全体员工来到美丽的海滨城市烟台，开启了一段令人难忘的欢乐之旅。拓展活动中，小伙伴们积极配合，彼此之间增添了默契；长岛海上游，海鸥随船逐浪，登岛后海边风光险峻优美。蓬莱仙山之旅，又颇为京都人增添了一缕“仙气”。

書道結緣

2015年 癸巳中華



北京總所

地址：北京市朝陽區景華南街5號遠洋光華國際C座23層
郵編：100020
全國免費諮詢電話：400 700 3900
辦公電話：(86-10) 57096000
傳真：(86-10) 85251268
E-mail: info@king-capital.com

深圳分所

地址：深圳市福田區民田路171號
新華保險大廈1701室
郵編：518048
電話：0755-33226588
傳真：0755-33226566
E-mail: shenzhen@king-capital.com

上海分所

地址：上海市南京西路580號
(南證大廈)3903A室
郵編：200041
電話：021-52341066 52341099
傳真：021-52341011
E-mail: shanghai@king-capital.com

大連分所

地址：大連市沙河口區中山路572號
星海旺座603室
郵編：116023
電話：0411-85866299
傳真：0411-84801650
E-mail: dalian@king-capital.com

天津分所

地址：天津市河西區友誼路5號
北方金融大廈14層A座
郵編：300201
電話：022-88351750
傳真：022-28359225
E-mail: info@king-capital.com