



# 深耕律所核心竞争力 打造金道优秀品牌

□王全明\*



浙江金道律师事务所已走过了十年，队伍从初创时的十几名律师已经壮大到一百多名。在行业内，在杭州市、浙江省乃至全国，律所都有了一定的知名度。这是金道人齐心协力共同努力的成果。然而，律所发展有其固有规律，完成初创期十年左右，大部分律所都会面临“十年之痛”。外部竞争的加剧，内部诉求的多样化，律所合伙人的理念出现分化等，都会给一家律所带来这样那样的困扰。另外，近几年自媒体、法律电商的冲击，让法律服务行业变得更加浮躁，因此个别律所、部分律师思考的重心转向“做广告”、“做推广”、“做名

\* 王全明，本所主任、创始合伙人，浙江省政府立法咨询专家，浙江省中小企业法学研究会副会长，浙江省律师协会公司专业委员会副主任，浙江大学实务导师，杭州市律师协会常务理事，杭州市律师协会民商专业委员会主任，杭州市律师协会法律顾问专业委员会、纪律与惩戒委员会、规则与发展委员会副主任，纪委委员。



气”。加之部分客户对“知名度”的过分追求,让一些知名律师实现了“名利双收”,迷惑了部分律师的方向。金道律所该如何走好下一个十年之路?

“深耕律所核心竞争力”是金道合伙人的一致选择,舍弃眼前一些得失,前十年努力的基础上,再花大力气深耕细作,千锤百炼,要将金道这块全国优秀的金字招牌练得更纯、擦得更亮。从去年开始起围绕这一中心方向,事务所进行了一系列的制度优化和内部改革,分四个重点方面,力求取得实效。

**一、多举措狠抓专业化建设。**金道所视律师业务专业化为建所之根基,金道所每个律师都必须奋勇当先。为此事务所专门成立了“专业与规范委员会”,由专业化程度高的管理合伙人王晓辉律师担任主任,并配备俞菊明等多名专业律师一起总抓事务所的专业化工作。律所同时出台了一系列鼓励引导专业化的制度与举措:如从2017年起事务所将推行附条件强制专业化,一名律师只能承接一主一副两个专业的律师业务,超出这两个专业的律师业务必须交由相关专业的律师办理,或与其合办;又如设立事务所专门的培训基金、奖励制度,对参加事务所外专业培训、参加事务所内专业学习、发表论文、出版专著、研发法律产品、参加律协专业委员会等专业化活动进行奖励引导;举办“金道开讲”、金道研讨、法律顾问培训班、中小企业法治论坛等专业化的多层面交流活动;并以首席合伙人胡祥甫(曾任全国律协民委会副主任)、事务所三名省律协专业委员会主任、副主任、九名市律协专业委员会主任、副主任、以及十六位专业团队负责人、三十位权益合伙人为标杆,打造金道的专业领军团队,在公司、刑事、民商事、投融资、国际经贸、建筑房地产、知识产权、电子商务、行政、人力资源和劳动等专业领域实现事务所的专业优势。

**二、广纳人才,扩大规模,聚合更多资源。**金道所视资源为核心竞争力的重要组成部分。律师事务所不是以财合为基础,而是以人



合为根本,人力资源是资源的首要内容。为此事务所以“海纳百川”的开放姿态,求贤若渴,广纳人才,并出台了事务所鼓励引进人才的多项制度,对法律专业能力强、实务经验丰富的特殊人才、事务所的稀缺人才的引进还给予扶持补助。这些制度的实施使得事务所人才呈现逐年稳步增长的态势。当然对于人才的标准事务所也有所提高,以把握人力资源的质量的不断提升。同时,客户与社会资源也是事务所资源的重要组成部分。事务所2015年办理2000多件诉讼案件与非诉讼案件,为400家客户单位提供常年法律服务,这些案件的当事人分属各行各业,特别是400家常年服务的客户单位,有政府部门、事业单位、上市公司、500强企业、外资企业,也有中小微企业、创新类企业,是我们非常宝贵的合作资源。金道所还参加浙江省中小企业法学会,承办每年的法治论坛,通过多个行业协会、商会、媒体等平台为社会服务。与券商、会计师、税务师等中介机构建立长期相互支持相互合作的关系,围绕办好案件更好地服务客户整合各种社会资源。

**三、优化内部机制,弘扬企业文化,提高事务所员工的凝聚力和**工作积极性。一家大型事务所有没有凝聚力、员工有没有工作积极性,也是我们十分重视的工作内容,视为核心竞争力的组成部分。因此,事务所专门研究制定了一套培养律师成长的机制。比如将律师分为承办律师、主办律师、高级主办律师三级,将合伙人也分为初级合伙人、权益合伙人、高级合伙人三级,配套相应的晋级标准及相应的权利义务,让律师感知自己的发展状况、清楚自己的奋斗目标,特别是权益合伙人制度的实行激发了一批骨干律师的积极性。2015年就有六名权益合伙人担任团队负责人,其中三名当年成为高级合伙人。我们还在青年律师成长与培养上制定了一系列举措,培养了三十名事务所中层管理人员,大大提高了事务所的号召力和凝聚力以及团队战斗力。还通过成立党总支、设立三个党支部开展党团活动,



发挥党员先锋作用。通过工会组织文体活动,旅游活动、员工亲情慰问活动,加深组织关怀作用。建立金道绿色蔬菜基地,关心全体员工的身体健康,长期通过金道奖学金、金道助学金、金道助教金等方式开展助学公益活动,弘扬了“正气、积极”的企业文化、“爱所,爱岗,努力工作,认真负责”的团队精神、“感恩、和谐、公益”的个人情怀,应该是每位金道人的共同文化特征。

**四、不断提高服务意识、规范意识,诚信地对待每一位金道客户。**“守信如金,为业载道”是金道的寓意,代表了金道所的“客户利益为本、执业操守为根”的执业理念。金道律师从传统的“当事人求律师帮助”思想意识转变为“帮客户解决法律的难题、维护和争取合法权益”。金道所从诉讼强所、诉讼大所丰富为诉讼与非诉讼业务兼备的综合性事务所,以客户需求为导向,提升服务意识,运用自己的法律知识,解决难题的能力,主动帮助客户,具有现代服务业的服务理念和服务方式,培养和培训全体金道人更加具有“叫得应、能办事、专业强、为人实”的金道律师。将金道的理念、意识、品质,做成金道的品牌。

“金杯、银杯不如口碑”,金道律师事务所以客户需求为目标,通过核心竞争力的不断提升,做好自己应尽的社会责任,无论社会纷繁变幻,愿金道律师如美酒越酿越陈,如宝剑越挫越刚,如君子淡而不忘仁义,更愿与您同行。



# 律师读谁写的 **书**\*

□ 钱列阳\*



当今的法律学者和律师写的书很多。但这些书,从总体来说,是在“术”的层面——纯技术层面的一家之言。看这类书的时候,要懂得借鉴,要有一种批判的意识,不要受一些书的错误引领。

任何一本书,都不要当万能宝典。

年轻人增长知识和智慧,最终是靠纳百家之言。就像你不管吃猪肉、羊肉、鸡肉还是牛肉,最终长的是人肉。你一定是把所有这些东西拿来,吸收成对自己有益的东西。

在这里,我把书分成两类:一类解决你的认识论问题,另一类解

\* 本文摘自钱列阳:《三思而行:钱律师与青年刑辩律师的交谈》(法律出版社2015年版)。经钱列阳律师授权,现发表于本刊。

\* 钱列阳,北京天达共和律师事务所合伙人。执业21年。专注于刑事辩护、企业刑事风险防控业务。承办的案例有:原铁道部部长刘志军受贿、滥用职权案;刘晓庆涉税案;厦门远华公司走私案;上海社保案等多起有影响的刑事案件。现担任中华全国律师协会刑事业务委员会委员;北京大学、清华大学、中国人民大学律师学院刑法教研室主任。



决你的方法论问题。

认识论的问题是：“这个世界是怎么回事、人与人之间的关系是怎么回事、中国社会是怎么回事、中国的官场是怎么回事、在现阶段的中国人与中国人之间的游戏规则是什么、司法实践的规则是什么……”你在选择这些书的时候，要明白它是解决你的认识论问题，让你看清事情是怎么回事。当你的认识错误的时候，什么方法都是错误的；当你的认识论是正确的时候，你的方法论既可能是对的，也可能是错的。所以，他山之石可以攻玉，你在“品读”书籍的时候，要把70%的精力用来解决认识论的问题。

解决认识论问题靠的是端正的态度，靠的是仔细的思考，靠的是对现实生活的提炼。

方法论是经验。比如，桌上放着一杯开水，面对这杯开水，小孩子没有经验，上来就拿，结果被烫着了。有了这次被烫的经历后，他长经验了，知道杯子的把儿不烫，把杯子把儿一拿，再烫的水也烫不着他了。认识论是弄清是什么，面对一个杯子里的液体，要弄清楚这是一杯水、一杯汽油还是别的什么。这个就是解决认识论的问题。

如果是一杯汽油，你认识论出了问题，当成水喝下去，就出问题了。所以，最重要的事情还是解决认识论的问题，认识论出了问题不是因为你幼稚，而是因为你经验主义，想当然。

我认为，对失败的事情来说，有70%的问题出在认识论的偏差上了。没看清事物的全部。比如，两个国家的军队打仗，情报机关的工作很重要，情报机关解决什么问题？解决认识论的问题，让你司令在指挥作战的时候知道“山那边还有多少敌人”、“他们用的是什么武器”。情报工作是耳目——耳朵和眼睛的作用是什么？是认识论的作用。拳头的作用是什么？是方法论。拳头的作用是“打他”。

所以，认识论是第一位的。

我们看待一个案件的时候，首先要解决这是一个什么样的案



件？这就是为什么说，对一个案件要全方位考虑。我们提出的从5个方面全面考虑，就是在解决认识论的问题。解决了认识论的问题，方法上咱们随着岁月的增长会积累。比如，对这样的人我们应该这么谈，对那样的人我们应该那样谈。这样的人直接拍桌子给他定方向；那样的人先承认他是对的，然后慢慢地给他扭过来。这些具体的“手法”是方法论的问题。

在某种意义上，认识论是“道”的问题，方法论是“术”的问题。“道”与“术”是两个层面的问题。

你在选择书上是这样，你在观察社会的时候，同样是一个认识论和方法论的问题。从这两个角度劈开来看，就够了。比如，李某某案件，对这个案件的结果，所有人都说不好。当一个案件的办理结果是被告人被顶格处罚、律师又被处分的时候，这从哪个角度讲都不是个成功的案子。

他们错在哪里？你处在兰和律师的位置、处在梦鸽的位置，他们失败的结果摆在那里，这个结果绝对不是梦鸽希望的结果。对这样的结果，大家看到的是方法论的问题，说她不该找记者、不该干这不该干那，这都是方法。方法是错的。

同样，认识论问题也没解决好。

在仇官、仇富、仇星二代这样一个社会环境下，法院的判决不是来自于“月球”。海淀公安、海淀法院的办案人员，他们生活在北京，生活在现实环境中。你让他放人、让他取保、让他做无罪，有没有可能。你把你自己换在他的位置考虑一下。

换位思考，就是在今天的司法环境下，你先把案情本身的事实和证据放在一边，先看它周围的环境，执法者有没有可能有台阶下？你要给足对方“下台阶”的机会。

凡事都是必要性和可能性的统一。我们很多律师只讲究“应然性”，不讲究“实然性”。“应然性”是理想，说应该司法独立、新闻自由



等,这是理想。现实是什么,你今天这个案子按照你的想法,100年以后肯定对。那是100年以后的事情。在今天这种环境下,司法机关不可能放人?我们怎么做,能让司法机关尽可能地对当事人从轻处罚,给他们一个台阶下,这是一个方法论的问题。

所以,要先解决认识论,再解决方法论。

现实生活中,有很多失败的教训,供我们去分析、去思考。

书里的东西,有些书中的内容是带有个人炫耀、夸张、宣传的成分,这些可能就是文字垃圾。不要去看这样的东西,也不要去学习这些做法。

虽然不是所有书都值得去看,但是有些书值得看。比如,贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》、孟德斯鸠的《论法的精神》等经典的书籍。国外的经过几百年、上千年的锤炼的一些经典的法学著作,实际上告诉你的是认识论的问题——就是这个世界通行的一些规则是什么的问题。就像孟德斯鸠《论法的精神》中讲,君主的国家需要荣誉、民主的国家需要品德、专制的国家需要恐惧。这些都是经典的语言。

这些经典如同“刑罚”公式。比如,乘法公式“九九八十一”,没有公式的时候,我们要把9个9加在一起很麻烦,有了乘法公式以后一步到位了。这个圣人一下子把“乘法口诀”编出来了,我们一下子发现自己绕了一大圈,原来捷径在这里。

经典的书籍,不是为了赶时髦的书,帮我们解决的是人类社会法治规则中的认识论问题。方法论的问题,是你结合自己的经验参考一些别人的做法。因为每个人有不同的“打发”。看这些书的时候,想一想。



## 本所张延来律师在法律出版社 出版专著《法眼电商》



近日，本所权益合伙人张延来律师的专著《法眼电商》由法律出版社出版。

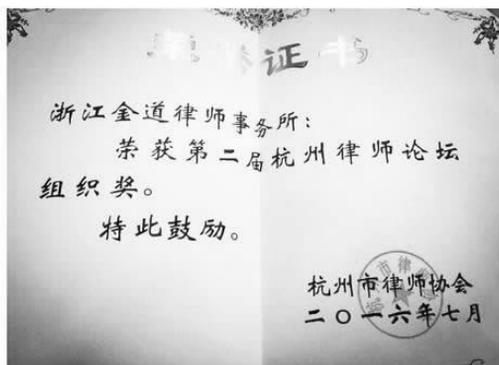
作为专注于互联网与电子商务法律领域的律师，张律师在这本书里和大家分享了云计算、大数据、3D打印、网络知识产权、平台规则、法律电商等等话题，这都是他执业多年来在实际工作中遇到和思考后的总结和体会。

他说：“试图在互联网经济和法律交集的领域推开一条门缝，让新时代的曙光透进来一点点，照耀到更多人。”

## 本所律师在“第二届杭州律师论坛” 上喜获佳绩

7月3日，“第二届杭州律师论坛”在杭州之江饭店召开。本次论坛共征集不同专业命题的论文420篇，经过各专业委员会分论坛的评定后，54篇论文入选总论坛，其中本所共有4篇论文入选。

经过评比，本次大赛共评选出组织奖8名，其中4家律师事务所和4个专业委员会。本所因组织出色，整理论文水平较高，荣获本届杭州律师论坛组织奖。



本所入围的四篇论文取得了一等奖一名、二等奖一名和优秀奖两名的好成绩。

其中，徐杨超律师的《PPP项目前期政府方常涉问题统计及分析——以某城市有机更新征收改造PPP项目为例》荣获本届论坛一等奖。在本次论坛上，徐杨超律师作为代表上台，就论文的结构和角度进行了为时5分钟的精彩演讲。演讲后，杭州律协沈田丰会长、



王立新和徐宗新两位副会长针对 PPP 项目的概念、发展与现状等与徐杨超律师进行了充分研讨,徐杨超律师在回答相关问题后,对整个律师行业 PPP 法律服务提出了期许,希望能够通过律师协会平台,让 PPP 项目法律服务得到有效的推广,从而从法律的角度促进 PPP 项目合法合规,保障民生发展。



同时,孙洁律师与丁媛律师助理合著的《不良资产处置互联网化法律问题研究》荣获本届论坛二等奖。

李冰冰律师的《浅析股份经济合作社的法律适用》以及王晓辉律师与袁昕炜律师合著的《小额贷款公司违规放贷行为的刑法规制》荣获本届论坛优秀奖。

本所历来“以文治所”,强调“提炼案件精华,以求理论升华”。首席合伙人胡祥甫律师更是提出,不奢求每位金道律师都成为大律师,但他诚切地希望每位金道律师都成为某一两个领域内的专业律师。此次能够获得较好成绩,是本所律师多年来强调理论研究和推行专业化的成果。



## 本所助力玉皇山南基金小镇发展

今年上半年,本所与玉皇山南基金小镇管委会签订法律服务合作协议,助力玉皇山南基金小镇发展,打造基金小镇的私募基金生态圈和产业链。本所一方面将协助小镇管委会审核、拟定入驻企业标准,为管委会在风控及管理等方面提供法律咨询等一系列服务;另一方面,也可为小镇机构提供包括出具法律意见书、设立咨询、内控咨询、募资咨询、管理咨询等更为专业、高效、全面、多层次的法律服务。



**金道律师事务所**  
BRIGTEOUS LAW FIRM



## 本所胡祥甫律师团队近期的 诉讼战果斐然

近期,本所胡祥甫律师团队连连接到最高人民法院、浙江省高级人民法院送达的胜诉判决书或裁定书,典型的有:

1. 2016年4月,《中华人民共和国最高人民法院民事判决书》[(2014)民提字第90号]。本案系再审申请人汪德洪与被申请人杭州图强工程材料有限公司专利权权属纠纷案,本所胡祥甫律师和李冰冰律师是图强公司的代理人。最终,最高人民法院判决维持浙江省高级人民法院(2012)浙知终字第22号民事判决,驳回汪德洪的再审请求。

2. 2016年7月,《中华人民共和国最高人民法院民事裁定书》[(2015)民申字第3269号]。本案系再审申请人宇诚集团控股有限公司与被申请人上海博大投资发展有限公司、上海嘉合投资管理有限公司股权转让纠纷案,本所胡祥甫律师和赵青航律师是宇诚公司的代理人。最高人民法院经过申请,认为该案符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项规定的情形,故裁定由最高人民法院提审;再审期间,中止原判决的执行。

3. 2016年5月,《浙江省高级人民法院民事裁定书》[(2015)浙商初字第9号]。本案系原告浙商煤炭贸易有限公司与被告山东中通科技发展有限公司、被告李保坤保证合同纠纷案,本所胡祥甫律师和北京市盈科(济南)律师事务所的牛和营律师是中通公司的代理人。本案因标的额巨大,故由浙江省高级人民法院一审。浙江高院经



过审理,裁定驳回浙商煤炭贸易有限公司的起诉。

4. 2016年7月,《浙江省高级人民法院民事判决书》[(2016)浙商初字第9号]。本案系上诉人章宏军与被上诉人浙江永恒实业集团有限公司、原审原告宁波市鄞州七重天发展有限公司合同纠纷案,本所胡祥甫律师和上海建纬(杭州)律师事务所的张爱国律师是永恒公司的代理人。本案标的额有一亿多元,涉及合同性质究竟是股权转让合同还是合作开发合同。原宁波中院一审支持对方当事人主张,认定是合作开发合同,判决驳回永恒公司的诉讼请求。原二审法院浙江高院裁定驳回永恒公司的起诉,认定双方是股权转让合同。永恒公司重新向宁波中院起诉,一审认定是股权转让关系,判决支持永恒公司的诉讼请求,对方当事人不服,再次上诉。经审理,浙江高院判决驳回章宏军的上诉,维持原判。



## 本所 PPP 团队为义乌市首个大型 PPP 项目 ——垃圾焚烧发电厂提升改造工程提供法律服务

近日,本所政府和社会资本合作(PPP)团队张奕、史源、金琪琪律师与义乌市城市管理委员会签订法律服务委托协议,由上述律师为义乌首个 PPP 项目——义乌市垃圾焚烧发电厂提升改造工程提供法律服务。

该项目总投资约 13.05 亿元,涵盖新增厂区用地 177.65 亩、道路用地 55.5 亩。项目资金来源中资本金占总投资的 30%,金融机构融资占总投资的 70%。项目由市政府授权市城管委作为实施机构负责各项具体工作的安排,由市城投作为市政府指定的参股主体与中选社会资本成立项目公司,负责本项目的设计、融资、投资、建设、运营及维护。该项目建设期 2 年,运营期 28 年,合作期届满后,项目公司将本项目所有设施完好、无偿地移交给市城管委或其指定机构。

该项目计划采用 3 台 750t/d 炉排垃圾焚烧炉替代原有 5 台循环流化床垃圾焚烧炉,另外,汽轮发电机组将采用 2x20MW 凝气式汽轮机配 2x25MW 发电机组。项目实际建成运营后,将大大改善义乌市城市环境,进一步美化市容。

张律师认为,垃圾焚烧发电项目采用 PPP 模式较为合适,选定有专业技术背景、高效运作的社会资本承担建设、运营、维护及融资责任,能够切实提高服务质量及效率,符合 PPP 项目物有所值的评



估要求。同时,在这类项目中政府方的监管职能的设定亦至关重要,应引入包括第三方在内的机构对环境各项指标进行定期或不定期监测,确保项目运行中的环境安全。

至今,本所 PPP 团队已为众多地方政府和社会资本提供 PPP 项目的全程法律服务,项目多为地方政府的首个启动项目,本所律师致力于与各方共同研究探索 PPP 项目的合规之路,助推项目合法平稳落地。



# 本所上半年出具的六份私募基金专项法律意见书获 审核通过

今年上半年,本所出具的六份私募基金专项法律意见书获得中国证券投资基金业协会审核通过,分别为:

·王全明、王一超律师为杭州慧全投资管理有限公司出具的私募基金管理人登记法律意见书。

·凌栋、王一超律师为中凌晟银股权投资管理有限公司出具的私募基金管理人登记法律意见书。

·黄河、周伟锋律师为隐上(上海)资产管理有限公司出具的私募基金管理人登记法律意见书。

·李泉良、陆婕律师为浙江同道资产管理有限公司出具的私募基金管理人登记法律意见书。

·李泉良、陆婕律师为浙江同道资产管理有限公司出具的私募基金管理人控股股东变更的专项法律意见书。

·李泉良、陆婕律师为浙江同道资产管理有限公司出具的私募基金管理人法定代表人变更的专项法律意见书。

本所律师将在证券金融业务上不断开拓,力争为客户提供优质、高效的专业服务。

本文荣获第二届杭州律师论坛一等奖

# PPP 项目前期政府方常涉问题统计 及分析

——以某城市有机更新征收改造 PPP 项目为例

□徐杨超\*



**【摘要】** 在 PPP 项目前期,政府方对项目的启动起到了主导作用,为了能够更为有效的让政府方以及其他第三方更加全面、细致的了解 PPP 项目在实际操作中的情况,本文通过对现阶段 PPP 项目在中国的现状,初步阐释 PPP 项目基础知识。同时,结合实际运作某城市有机更新项目经验,通过对十个热点问题进行剖析,以实证分析方法分析现阶段 PPP 项目所遇到的常规问题。最后,文章针对 PPP 项目律师法律服务提出若干建议,以期为律师能全面参与

\* 徐杨超,本所律师,西南政法大学法学学士,浙江大学研究生,杭州市律协政府法律顾问委员会委员,杭州市律协房地产委员会委员。



PPP 项目服务提供智识。

**【关键词】** 政府和社会资本合作;物有所值评价;财政承受能力评估;风险管理

## 一、中国 PPP 现状简述

政府和社会资本合作(Public-Private Partnership,简称“PPP”)起于 1992 年英国政府引入的“私人主动融资”(PFI)模式,而其的概念最早是在 1997 年联合国可持续发展的项目管理(SPM)上提出,到目前为止尚未形成一个统一、明确的定义,但目前在世界各地却已广泛应用。

国内对 PPP 的认识经历了一个不断发展、变化、调整与升级的过程。事实上,在 20 世纪 80 近年中期,BOT 方式就被引入中国电厂等基础设施领域,故该阶段也被称之为中国 PPP 的第一个阶段。二十一世纪初期,随着北京 2008 年奥运会及配套建设项目的投资、建设以及鼓励民间投资等相关规定的出台,中国 PPP 即进入了其第二个阶段。2013 年 9 月 23 日,财政部长楼继伟“应通过 PPP 等模式积极调动私人资本参与基础设施发展”开启了中国 PPP 的第三阶段。

2013 年 11 月 12 日,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确“制定非公有制企业进入特许经营领域具体办法”及“允许社会资本通过特许经营等方式参与城市基础社会合同运营”。此后,在 2014、2015 两年时间里,财政部、发改委陆续、频繁出台文件,要求在公共服务、资源环境、生态保护、基础设施等领域全面推进 PPP 模式,但两部门所出文件有些事项存在一定的冲突。2015 年 4 月 25 日,六部委联合出台《基础设施和公用事业特许经营管理办法》,并于 2015 年 6 月 1 日起施行,该办法虽以特许经营为限,但应属 PPP 领域中位阶较高之立法,对 PPP 项目的推进具有重大意义。2015 年末,财政部负责就《政府和社会资本合作法(征求意见稿)》对



外征求意见,部分条款有所突破,特别是 PPP 与特许经营两者内涵、融资担保、合作年限等问题,故我们对此立法的出台拭目以待。

在 PPP 法尚未出台前,地方各级政府在操作 PPP 项目时经常会遇到各项问题,有些系经验不足,有些系政策冲突,因此笔者就此类问题进行整理,供各方操作参考。

### (一)PPP 模式的项目类型

PPP 模式在欧洲,其项目涵盖了污水处理工程、公用高速公路、收费公路、电厂、电信业务基础设施、隧道、学校建筑、机场设施、收费桥梁、政府办公楼、监狱、轻轨系统、铁路、停车站、地铁、博物馆建筑、海港、地下管道、道路改造和维护、卫生机构和垃圾处理。<sup>①</sup>在美国,其项目亦涉及交通、技术、水务、监狱、医疗、福利、城市重建等领域。因此,从上述领域可以看出,虽然都将其定位为基础设施,但形式却不一。

2014 年 9 月 23 日,财政部发布《关于推广运用政府和社会资本合作模式有关问题的通知》(财金[2014]76 号),要求开展项目示范,其中确定示范项目范围为:“适宜采用政府和社会资本合作模式的项目,具有价格调整机制相对灵活、市场化程度相对较高、投资规模相对较大、需求长期稳定等特点。各级财政部门要重点关注城市基础设施及公共服务领域,如城市供水、供暖、供气、污水和垃圾处理、保障性安居工程、地下综合管廊、轨道交通、医疗和养老服务设施等,优先选择收费定价机制透明、有稳定现金流的项目。”故而,对于中国的 PPP 模式到底适合哪些项目类型有了较为规范的表述。

2016 年 2 月 29 日,财政部政府和社会资本合作中心(简称 PPP 中心)首次公开披露全国 PPP 综合信息平台项目,总量为 7704 个,总投资约 8.7 万亿元,具体见下文截图 1。

<sup>①</sup> [英] Darrin Grimsey [澳] Mervyn K. Lewis 济邦咨询公司译:《PPP 革命——公共服务中的政府和社会资本合作》,中国人民大学出版社 2016 年 4 月第 1 版,第 3 页。

笔者将图 1 整理为图 2,发现项目类型涵盖约 19 个领域,而主要集中在市政工程、交通运输、片区开发、保障性安居工程等领域。故此,笔者以实务操作之城市有机更新安置房项目为例,充分分析项目的背景、流程,为其他项目的操作提供一定的参考。



图 1 财政部 PPP 中心网站截图<sup>②</sup>

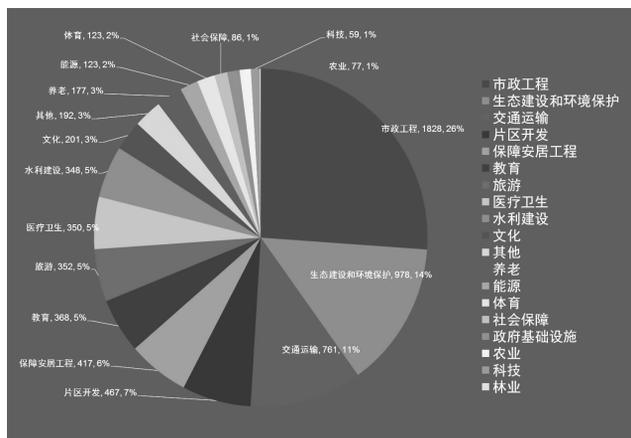


图 2 项目分布图<sup>③</sup>(根据上述截图自制)

<sup>②</sup> 该截图来源于中华人民共和国财政部政府和社会资本合作中心官网:<http://www.cpppe.org> (最后访问时间:2016年5月9日)。

<sup>③</sup> 该图系笔者自制,数据来源于中华人民共和国财政部政府和社会资本合作中心官网。



由两图可见,PPP项目已经基本覆盖基础设施和公共服务各项,但是,并非所有项目均适宜采用PPP模式。比如:

1. 规模较小的项目。由于PPP项目复杂,前期谈判、运作等成本较高,如果项目规模较小,再采用PPP模式则不经济。

2. 与国家安全有关的项目。该国家安全并非广义的,而特指某些特殊项目。

3. 后期运营风险极大或极敏感的项目。如核电站项目,其后续运营特别是安保运营成本极高,稍有不慎将导致无法估量的后果,为此,将此类项目交予社会资本方运营会存在重大风险。而对于监狱项目,虽然欧美国家有采取PPP模式,但大多以失败告终,故在我国是否适用尚待探讨。

## (二)项目的操作方式

PPP项目并非仅适用于新建项目,对于已建项目也可以采用PPP模式进行后续的运营,为重整资源提供了良好的途径。根据《政府和社会资本合作模式操作指南》(财金[2014]113号),笔者整理了现阶段主要采用的集中方式,包括MC、O&M、TOT、ROT、BBO、BOT、BOO、BOOT等,具体详见下表1。

除此外,实务中还存在BLTM(建设—租赁—移交—维护)、BOOR(建设—拥有—运营—清除)、LROT(租赁—改建—运营—移交)等各类模式。初步总结,笔者认为,采用何种类型主要由以下三项决定,具体应当根据项目情况予以确定:

1. 项目类型;
2. 合作范围;
3. 资产权属。

表 1 现阶段 PPP 项目主要的操作方式<sup>④</sup>

现状	具体方式		释义
已建项目	MC	管理合同	指政府将存量公共资产的运营、维护及用户服务职责授权给社会资本或项目公司的项目运作方式。政府保留资产所有权, 只向社会资本或项目公司支付管理费。管理合同通常作为转让-运营-移交的过渡方式, 合同期限一般不超过3年。
	O&M	委托运营	指政府将存量公共资产的运营维护职责委托给社会资本或项目公司, 社会资本或项目公司不负责用户服务的政府和社会资本合作项目运作方式。政府保留资产所有权, 只向社会资本或项目公司支付委托运营费, 合同期限一般不超过8年。
	TOT	转让-运营-移交	指政府将存量资产所有权有偿转让给社会资本或项目公司, 并由其负责运营、维护和用户服务, 合同期满后资产及其所有权等移交给政府的项目运作方式。合同期限一般为20-30年。
扩建项目	ROT	改建-运营-移交	指政府在TOT模式的基础上, 增加改扩建内容的项目运作方式。合同期限一般为20-30年。
	BBO	购买-建造-运营	指政府将存量资产所有权有偿转让给社会资本或项目公司, 并由其负责改建、运营、维护, 一般不涉及项目期满移交。
新建项目	BOT	建设-运营-移交	指由社会资本或项目公司承担新建项目设计、融资、建造、运营、维护和用户服务职责, 合同期满后项目资产及相关权利等移交给政府的项目运作方式。合同期限一般为20-30年。
	BOO	建设-拥有-运营	由BOT方式演变而来, 二者区别主要是BOO方式下社会资本或项目公司拥有项目所有权, 但必须在合同中注明保证公益性的约束条款, 一般不涉及项目期满移交。
	BOOT	建设-拥有-运营-移交	社会资本或项目公司承担新建项目设计、融资、建造、运营、维护和用户服务职责, 并拥有项目所有权, 合同期满后项目资产及相关权利等移交给政府的项目运作方式。合同期限一般为20-30年。

## 二、某城市有机更新征收改造 PPP 项目概况

为了更好的了解 PPP 项目的实际操作方式, 结合理论知识, 笔者列举了某城市有机更新征收改造项目 PPP 模式操作的全过程, 为后续各类文件的整理提供实操基础。

### (一)项目基本信息

1. 工程概况:项目包括安置房工程及市政道路工程,其中安置房工程分三期建设,道路工程分三个路段。安置房工程主要建设内容包括:农转非居民拆迁安置房、城市居民拆迁安置房、配套公建、平战结合地下人防及停车库和地下设备用房、道路及绿化等。道路工程主要建设内容包括:道路工程、排水工程、管线综合、交通设施、

<sup>④</sup> 该表来源系笔者根据财金[2014]113号等自制。

绿化景观等配套工程。

2. 合作期限:10.5 年。其中,建设期 5 年,运营期 5.5 年。

3. 项目投资:约 53 亿元。

4. 合作方式:BOT 方式。项目公司负责本项目安置房工程和道路工程的设计、融资、投资、建设,并负责本项目第一个通过竣工验收的安置房地下停车场的运营、管理和维护。

5. 招标方式:公开招标。

## (二)项目合作结构模式

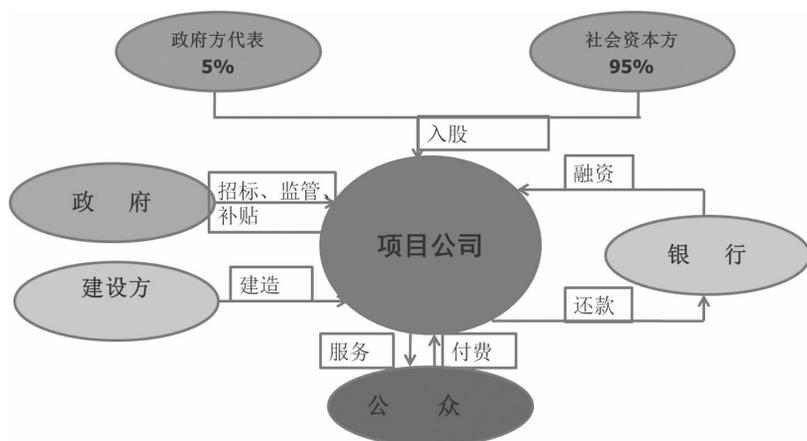


图 3 项目合作结构模式<sup>⑤</sup>(笔者自制)

## (三)项目参与者

1. 政府方:某级人民政府。其中,项目实施机构为政府下属事业单位;政府方出资代表为政府下属某国有企业。

2. 社会资本方:本项目允许联合体招标,故社会资本方包含了资金方、设计方、建设方、运营方。

3. 项目公司:由政府方出资代表与社会资本方共同出资成立项目公司,其中社会资本方占 95%,政府方占 5%。项目公司注册资本为总投资额的 30%。

<sup>⑤</sup> 该图系笔者自制。



4. 融资机构:某银行向项目公司提供约 36.6 亿元的低息 9 年贷款。

5. 社会公众:由于本项目涉及第三方支付停车费用,故社会公众为本项目的一个主要参与主体。

#### (四)项目合同体系

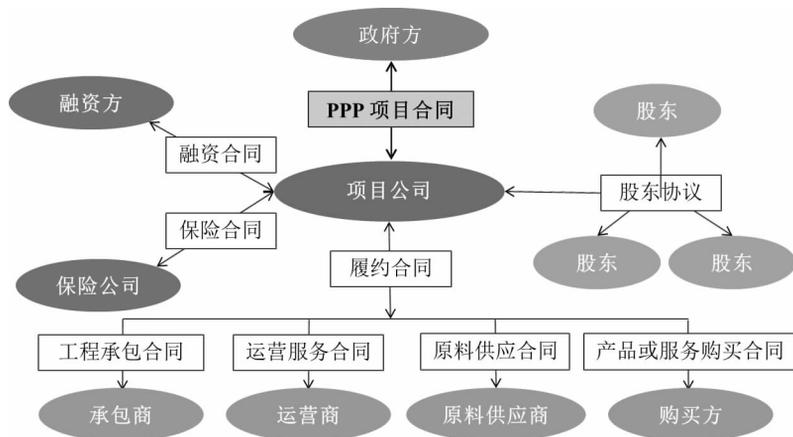


图 4 项目合同体系<sup>⑥</sup>

#### (五)项目过程

1. 前期准备:政府方委托某咨询公司就项目进行了物有所值评估及财政承受能力评估,并编制了项目实施方案。笔者团队为政府方核实项目的可操作性,并就项目实施机构的确定以及授权提供服务。

2. 资格预审:政府方在省级政府采购平台发布资格预审公告,共有 8 家公司(或公司联合体)递交了资格预审申请文件。经过对各申请人建设经营经验、财务能力和其他相关能力等方面的综合审查,确定其中四家公司(联合体)有资格参加投标,并进行了备案。

3. 公开招标:政府方在省级政府采购平台发布招标公告,并对外正式发售招标文件。招标文件包含两部分,分别为《投标人须知》

<sup>⑥</sup> 该图系笔者根据财金[2014]156 号文自制。



和《项目合同》。截至公告截止时间,共收到四家投标人递交的投标书。笔者团队就招标公告、整个招标文件进行了合法性审查。

4. 评标:政府方组织成立项目评标委员会,对每份投标文件分别从法律、财务及技术等方面进行了详细的评估,最终确定候选社会资本排名。

5. 确认谈判:政府方专门成立确认谈判工作组,按照候选社会资本的排名,依次与候选社会资本就合同中可变的细节问题进行合同签署前的确认谈判。最终率先与某国有企业牵头的联合体达成一致,其成为本次项目的中选者。政府方就中选结果、《确认谈判备忘录》等对外进行了公示,并报政府审核。笔者团队就递交审核的各项文件进行合法性审核,并向政府递交了书面的《审核意见书》。

6. 签订合同:项目实施机构与确定的中选联合体签订《项目合同》。中选联合体与政府方出资代表签订《股东协议》及《项目公司章程》,首期出资 20%后成立项目公司。项目公司成立后,就原《项目合同》与项目实施机构重新签订。笔者团队就《股东协议》及《项目公司章程》的合法性进行了审核。

### (六)项目操作总结

本次城市有机更新收改造项目基本操作程序符合法律规定,但律师在操作中发现仍有部分程序存在瑕疵,故在进行项目合法性审核的过程中予以纠正。对于各类文件,如采购文件、项目合同等,由于咨询公司给予的模板并非针对本项目的特定模板,同时政府方也提出了一些项目特殊要求,故对于项目合同以及其他关联文件的审核成为本次 PPP 专项法律服务的重点。

## 三、PPP 项目中政府方常涉问题整理和分析

通过多次参与 PPP 项目的实操经验,特别是上述城市有机更新项目作为政府方律师的全盘介入,为了更好的配合政府方 PPP 项目实务操作,笔者针对实施过程中遇到的以及各方均较为关注的各项



问题进行了整理,并提出了初步的分析意见,具体包括以下几个方面:

## (一)PPP 与 BOT 的区别?BT 在现阶段是否能继续适用?

### 1. PPP 与 BOT 的区别

PPP 模式是政府授权外商或民营机构从事某些原本由政府负责的项目建造和运作的一种长期(项目全寿命期)合作关系,项目对民营机构的补偿是通过授权民营机构在规定的特许期内向项目的使用者收取费用,由此回收项目的投资、经营和维护等成本,并获得合理的回报,特许期满后项目将收回移交回政府(也有不移交的,如 BOO)。<sup>⑦</sup>

BOT,即 build-operate-transfer(建设-经营-移交),是相对比较简单或典型的特许经营项目融资模式。虽然联合国工业发展组织、世界银行、亚洲发展银行、国家计委等对此有不同的定义,但总体,是指政府(主要是省市级以上)通过特许权协议,授权外商或私营商进行项目(主要是基础设施和自然资源开发)的融资、设计、建造、运营和维护,在规定的特许期(通常为 10~30 年)内向该项目的使用者收取费用,由此回收项目的投资、经营和维护等成本,并获得合理的回报,特许期满后项目将移交(一般是免费)给政府。<sup>⑧</sup>

### 2. BT 在现阶段是否能继续适用?

BT 是指政府在项目建成后从民营机构中购回项目(可一次支付,也可分期支付);与政府投资建造项目不同的是,政府用于购回项目的资金往往是事后支付(可通过财政拨款,但更多的是通过运营项目来支付);民营机构是投资者或项目法人,必须出一定的资本金,但用于建设项目的其他资金可以自己出,但更多的是以期望的

<sup>⑦</sup> 王守清、柯永建:《特许经营项目融资(BOT、PFI 和 PPP)》,清华大学出版社 2008 年 7 月第 1 版,第 17 页。

<sup>⑧</sup> 王守清、柯永建:《特许经营项目融资(BOT、PFI 和 PPP)》,清华大学出版社 2008 年 7 月第 1 版,第 18 页。



政府支付款(如可兑信用证)来获取银行的有限追索权贷款。因此,对于银行和承包商而言,BT项目的风险可能比基本的BOT项目更大。<sup>⑨</sup>

但是否全部的BT项目均不能再操作?2006年《关于严禁政府投资项目使用带资承包方式进行建设的通知》(建市[2006]6号)中规定“政府投资项目一律不得以建筑业企业带资承包的方式进行建设,不得将建筑业企业带资承包作为招投标条件”被视为禁止BT模式的依据,但事实上,BT模式并没有被彻底禁止。在安置房、公租房等项目,BT模式仍可以采用。由于《关于进一步做好政府和社会资本合作项目示范工作的通知》(财金[2015]57号)中要求PPP项目合作期限原则上不低于为10年,而BT项目一般在两到三年完整,故而客观上杜绝了BT模式。但现实中,经常会出现将BT模式包装成BOT模式,这也就是常说的“假PPP”。

因此,政府方在选择模式时,不应当为了PPP而PPP,把原本的BT模式通过“包装”而成为“BOT”,否则在后续付费体现上将无法有效的实现“非保底承诺”。

## (二)如何对待物有所值评估(Value for Money, “VFM”)?

物有所值评估是PPP项目中一项极为重要的评估,它是决定项目是采用PPP模式还是传统模式的依据。四川大学教授、世行PPP项目顾问陈传出席中国经济周刊、科技部火炬中心共同主办的“第十五届中国经济论坛”表示,物有所值在PPP当中是一个核心的概念,在达到同样质量标准的情况下,PPP模式希望能够给我们提供一个以更低的产品提供更多的公共产品和公共服务。<sup>⑩</sup>

因此,对于该项评估应当严格对待,具体表现为:

1. 评估时间:物有所值虽然在项目识别阶段出现,但并非仅限

<sup>⑨</sup> 王守清、柯永建:《特许经营项目融资(BOT、PFI和PPP)》,清华大学出版社2008年7月第1版,第19页。

<sup>⑩</sup> 新浪财经:《陈传:PPP核心概念在物有所值》,2015年12月18日。



于识别阶段,应当贯穿于整个项目周期。

2. 评估目的:识别阶段用于确定是采用传统模式还是 PPP 模式;后续评估为了比较传统模式与 PPP 模式哪个更值,从而评估该项目是否成功。同时,后评估结论也可以为此后类似项目提供定量分析的基础。

3. 评估内容:包括定性分析和定量分析。由于现阶段对定量分析并无强制要求,而且定量分析所依托的各类数据有限,一旦定量分析所得 PSC 值低于 PPP 值,则可能导致 PPP 项目无法实施。因此,现阶段基本以定性分析为主,较少项目使用定量分析,但笔者建议如条件允许应当进行定量分析。在进行 VFM 评价前,项目本级财政部门或 PPP 中心应会同行业主管部门,明确是否开展定量评价。

4. 编制情况:由于 VFM 评价涉及工程、商业信息、财务、法律等多个方面,根据《PPP 物有所值评价指引(试行)》(财金[2015]167 号)第二十二规定,“定性评价专家组包括财政、资产评估、会计、金融等经济方面专家,以及行业、工程技术、项目管理和法律方面专家等。”政府方应当严格组织专家组,避免走过场,从而导致后续项目风险。

### (三)如何对待财政承受能力论证(FAA)?

根据《政府和社会资本合作项目财政承受能力论证指引》(财金[2015]21 号)第二条规定:“本指引所称财政承受能力论证是指识别、测算政府和社会资本合作 (Public-Private Partnership, 以下简称 PPP)项目的各项财政支出责任,科学评估项目实施对当前及今后年度财政支出的影响,为 PPP 项目财政管理提供依据。”由于不是什么项目都可以拿到政府提供公共财政的项目范围来,更不能任意扩大政府公共服务的范围。而什么项目不能拿到政府提供公共财政的项目范围来,选择的依据就是财政承受能力的评估。因此,财政承受能力对什么项目可以进入 PPP 模式,什么项目不可以进入 PPP 模式做

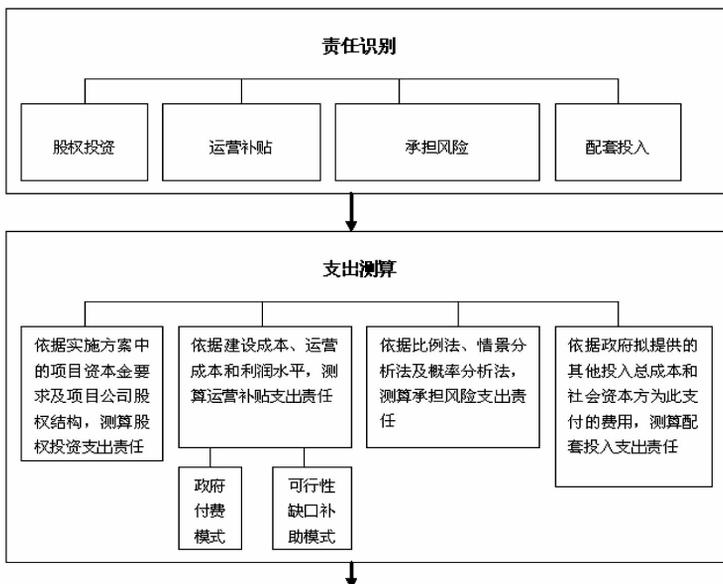
出了选择。<sup>①</sup>为了更好的保障 PPP 项目的风险,在项目识别阶段应当慎重对待,具体包括:

1. PPP 占一般公共预算支出比例应当不超过 10%。财金[2015]21 号第二十五条规定:“每一年度全部 PPP 项目需要从预算中安排的支出责任,占一般公共预算支出比例应当不超过 10%。省级财政部门可根据本地实际情况,因地制宜确定具体比例,并报财政部备案,同时对外公布。”因此,地方政府应当注意避免盲目推进 PPP 项目,寅吃卯粮。

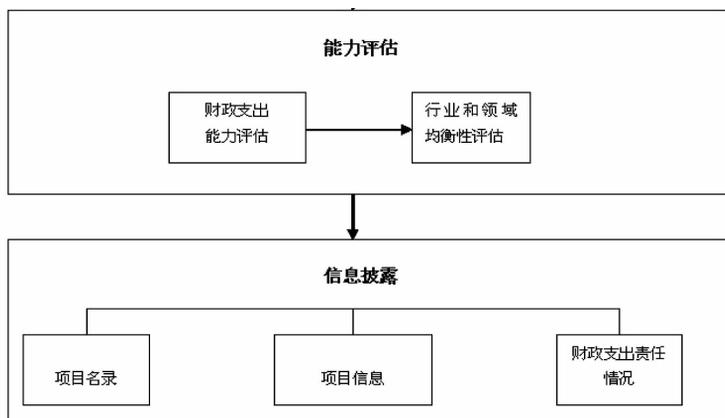
2. 未来年度一般公共预算支出数额可参照前五年相关数额的平均值及平均增长率计算,并根据实际情况进行适当调整。

3. 项目不宜设置在同一领域。地方政府不应仅针对单项项目进行 PPP 模式操作或项目开发,应当充分考虑当地基本经济情况,有计划、有范围的推进,避免行业、领域单一。一方面不利当地经济发展,另一方面也会存在很大的运营风险。

4. 注意流程把控,严格依照财金[2015]21 号规定流程操作。



<sup>①</sup> 第一财经:《评估财政承受能力成 PPP 最大保护伞》,2015 年 07 月 21 日。

图 5 PPP 项目财政承受能力论证工作流程图<sup>⑫</sup>

#### (四) 国有企业能否成为项目实施机构?

《财政部关于印发政府和社会资本合作模式操作指南(试行)的通知》(财金[2014]113号)第十条规定:“县级(含)以上地方人民政府可建立专门协调机制,主要负责项目评审、组织协调和检查督导等工作,实现简化审批流程、提高工作效率的目的。政府或其指定的有关职能部门或事业单位可作为项目实施机构,负责项目准备、采购、监管和移交等工作。”《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第十四条规定:“县级以上人民政府应当授权有关部门或单位作为实施机构负责特许经营项目有关实施工作,并明确具体授权范围。”

从以上两个文件看,财政部明确项目实施机构的主体为职能部门或事业单位,排除了国有企业。虽然发改委的文件中就此比较含糊,但从项目的规范化操作方式,建议不使用国有企业做实施机构。

#### (五) 本级政府所属融资平台公司及其他控股国有企业,能否成为社会资本参与本级政府的 PPP 项目?

《财政部关于印发政府和社会资本合作模式操作指南(试行)的通知》(财金[2014]113号)第二条规定:“本指南所称社会资本是指已建立现代企业制度的境内外企业法人,但不包括本级政府所属融

<sup>⑫</sup> 该图来源财金[2015]21号文。



资平台公司及其他控股国有企业。”但《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式的指导意见》(国办发[2015]42号)第十三条规定:“……大力推动融资平台公司与政府脱钩,进行市场化改制,健全完善公司治理结构,对已经建立现代企业制度、实现市场化运营的,在其承担的地方政府债务已纳入政府财政预算、得到妥善处置并明确公告今后不再承担地方政府举债融资职能的前提下,可作为社会资本参与当地政府和社会资本合作项目,通过与政府签订合同方式,明确责权利关系。”

因此,对本级政府控股国有企业,不得作为社会资本方参与本级 PPP 项目;但对于融资平台公司,具备以下三个条件即可参与本级政府的 PPP 项目:

1. 已经建立现代企业制度、实现市场化运营的;
2. 其承担的地方政府债务已纳入政府财政预算、得到妥善处置;
3. 明确公告今后不再承担地方政府举债融资职能。

#### (六)政府在项目公司中的持股比例是多少?

根据《关于规范政府和社会资本合作合同管理工作的通知》(财金[2014]156号)中《PPP项目合同指南(试行)》之规定,“政府在项目公司中的持股比例应当低于 50%、且不具有实际控制力及管理权”。因此,政府方在 PPP 项目中应当学会放股、放权。

#### (七)如何进行风险管理?各项风险如何分担?

##### 1. 风险管理的概念

风险管理是项目全寿命期中的一个持续过程。风险管理过程可以分解为下列活动:

- (1) 风险识别:确定所有与项目相关的风险的过程;
- (2) 风险评估:确定风险发生的可能性和风险发生时的可能后果。



(3) 风险分担:把承担风险后果的责任分配给合同中的一方或多方;

(4) 风险减轻:控制风险发生的可能性和/或风险发生后果程度的过程。<sup>⑬</sup>

因此,对于 PPP 项目的风险管理的前提是风险识别,重点是风险分担。只有了解风险、评估风险的可能性,并就可知的风险进行预先处置,设定风险分担机制,才能预先有效的防范风险。

## 2. 如何进行风险管理?

(1) 项目合同的体系。该体系在一定程度上也起到了项目风险分担的目的,社会资本方将政府方通过项目合同转移给他的风险通过其他各类合同转移给第三方。比如:融资合同、EPC 合同、股东协议、采购合同等。

(2) 重新谈判机制的设定。现实各项风险中,已知风险的控制并非最大风险,最无法控制的应为不可知的未知风险。对于此类风险要进行预先防范将存在一定的困难。为了对此类未知风险做出解决,PPP 项目合同可设置重新谈判机制,这也是 PPP 项目合同与普通合同一个较明显的区别点,目的即保障项目能够稳定持续进行。

(3) 根据识别的项目风险确定责任分担方式。要确定如何分担风险必须先了解 PPP 项目中到底存在哪些可知的或可预知的风险,故笔者根据王守清教授对 20 世纪 80 年代以中国实施的 16 个失败 PPP 项目的分析,以及初步整理出的十三项导致项目失败的风险<sup>⑭</sup>,制作了导致项目失败风险的表格(见表 2),并参照王守清教授对风险类别划分<sup>⑮</sup>从该风险表中提炼出 PPP 项目几个主要风险(见表 3)。

<sup>⑬</sup> 欧亚 PPP 联络网编著,王守清译:《欧亚基础设施建设公私合作(PPP)案例分析》,辽宁科学技术出版社,2010 年 8 月第 1 版,第 41 页。

<sup>⑭</sup> 柯永建、王守清:《特许经营项目融资(PPP)——风险分担管理》,清华大学出版社 2011 年 8 月第 1 版,第 30-34 页。

<sup>⑮</sup> 王守清、柯永建:《特许经营项目融资(BOT、PFI 和 PPP)》,清华大学出版社 2008 年 7 月第 1 版,第 94-95 页。

表 2 导致 PPP 项目失败风险类别统计<sup>⑩</sup>

编号	风险类型	说明
1	法律变更	主要是指由于采纳、颁布、修订、重新诠释法律或者规定而导致项目的合法性、市场需求、产品/服务收费、合同协议的有效性等元素发生变化。
2	审批延误	主要是指由于项目的审批程序过于复杂,导致花费时间过长和成本过高,且批准后,对项目的性质和规模进行商业调整非常困难。
3	政治决策失误/冗长	主要是指由于政府的决策程序不规范、官僚作风、缺乏PPP的运作经验和能力、前期准备不足和信息不对等导致项目决策失误和过程冗长的风险。
4	政治反对	主要是指因各种原因导致公共利益得不到保护或受损,从而引起政治甚至公众反对。
5	政治信用	主要是指政府不履行或拒绝履行合同。
6	不可抗力	主要是指自然灾害、战争等。
7	融资风险	主要是指因融资结构不合理、金融市场不健全、融资的可行性等因素引起的,主要表现为资金筹集困难。
8	市场收益不足	主要是指项目运营后的收益不能收回投资或达到预定的水平。
9	项目唯一性	主要是指政府或其他投资人新建或者改建其他相似项目,导致对该项目形成实质性的商业竞争。
10	配套设备服务	主要是指项目相关的基础设施不到位。
11	市场需求变化	主要指排除唯一性风险外,由于宏观经济、社会环境、人口变化、法律法规调整等其他因素使市场需求变化,导致市场预测与实际需求之间出现差异。
12	收费变更	主要是指由于PPP产品或服务收费价格过高、过低或者收费调整不弹性、不自由导致项目公司的运营收入不如预期。
13	腐败	主要是指政府官员或代表利用不合法的影响力要求或索取不合法的财务,导致项目在关系维持方面的成本增加,也加大将来违约风险。

表 3 项目主要风险统计<sup>⑪</sup>

类别	与项目类别相关的风险
政治风险	国有化、取消、扣押、没收; 项目唯一性(没有竞争项目); 法律变更; 项目审批延误; 政府的无所作为或负面作为; 当地合作夥伴的可靠性; 现有设施状况及相关规定; 税率提高(通用、特别); 政治不可抗力; 政府中止合同; 政府不支付费用
建造风险	土地拆迁与补偿; 设备/材料进口限制; 成本超支; 融资成本增加; 工期/质量风险; 承包商违约; 项目公司(特许BOT公司)违约; 工程变更所引起的工期、成本变化; 环境破坏(潜在的、现行的、持续的); 考古和历史文物的保护; 施工不可抗力
运营风险	政府部门违约; 项目公司违约; 运营商能力缺陷; 项目公司中止合同; 环境破坏(潜在的、现行的、持续的); 运营不可抗力; 劳资争端; 技术风险; 停机时间过长; 设备状况(维护)
市场和收益风险	收费/收益不足; 市场对产品(如电/水/气等)的需求发生变化; 产品输送途径(如电网、水、气管等)中断; 产品使用费(电/水/气/过路/桥费等)收取困难; 其它收入不足; 偷窃行为(如偷水、偷电、偷气等); 燃油/煤等原材料的供应和价格发生变化; 政府对利润和收费价格的限制
财经风险	通货膨胀; 利率; 外汇兑换率; 外汇可兑换性
法律风险	设施抵押权/出租权; 设施所有权; 担保/合同结构; 项目公司破产; 违反融资合同; 担保/抵押权实施/生效; 文件/合同(歧义、争端、仲裁和适用法律)

<sup>⑩</sup> 该表系笔者根据《特许经营项目融资(PPP)-风险分担管理》部分内容自制。

<sup>⑪</sup> 该表系笔者根据《特许经营项目融资(BOT、PFI和PPP)》部分内容自制。



从上述风险点看出,有些风险系政府方可以控制,有些风险点系社会资本方可以控制,而有些风险点系双方都有能力或者都无能力控制。通过两张表格所对应的风险类型、风险点,通过预先防范、合同设计等方式可以进行有效的风险管理。

#### (4) 风险分担的原则

- A、最有控制力一方承担原则;
- B、管理/控制该风险成本最低一方承担原则;
- C、所承担的风险与所得回报相适应原则;
- D、承担风险应有上限原则。

根据这四大原则,笔者整理了几项常发性风险,分别为政府方承担、社会资本方承担以及双方共担。同时,针对城市有机更新项目从政府方角度,就社会资本方承担或双方共担的风险,通过 PPP 项目合同中设置相应条款,进行分担责任约定。

表 4 政府方应当承担的风险<sup>⑩</sup>

编号	风险点
1	官员腐败
2	政府过多干预 (PPP项目政府方不参与项目内部事务管理)
3	征收、征用、国有化
4	政府信用
5	法律风险 (仅指本级政府方不可控的政策、法律变更、调整)
6	政府决策失误/冗长
7	土地获取 (涉及拆迁的,可以设置为共担)
8	项目审批
9	唯一性 (政府方应当避免出现恶性竞争项目)
10	费用支付
11	配套基础设施

<sup>⑩</sup> 该表系笔者参考《特许经营项目融资(PPP)-风险分担管理》部分内容自制。

表 5 社会资本方应当承担的风险及合同条款设计建议<sup>①</sup>

编号	风险点	合同条款设计
1	融资风险	一般融资方案会在投标文件中作为重要的评标内容，故可以将该融资计划、财务结构设置为项目合同的附件。同时，可以要求某些银行出具授信文件；设置融资失败的终止条款。
2	工程变更	合同中明确工程建设运营变更的流程和期限，并将某些变更设定为须经董事会、股东会表决的事项或征求政府方同意之事项，政府方通过一票否决权、审批等方式控制风险。
3	完工、技术、供货等	明确违约责任
4	能力不足	含建设、运营、特殊事件甚至是融资能力，因此，建议约定违约事项及违约责任，并设置应急、移交预案。
5	主体变动	确定股权禁止变动的期限、受让股东的资格条件等。

表 6 双方共担风险点及合同条款设计建议<sup>②</sup>

编号	风险点	合同条款设计
1	第三方延误/违约	规定双方均有权利向第三方（或要求对方）提出索赔，否则，怠于行使一方承担责任
2	政治（公众）反对	1、双方配合义务；2、区分具体归责对象，并由责任方承担；3、无法确定归责对象的，共同承担（具体比例、承担方式等双方可以协商确定）。
3	法律风险	一般法律风险应由政府承担，但如果是本级政府不可控的，则可以由双方共担，故在合同中应当明确哪些法律、法规的变动系政府方不可控的。
4	利率风险	一般利率风险由社会资本方承担，因其实行具体的项目融资。但根据政府付费方式的不同，其中部分项目的利率风险可以共担，此类项目可以在合同中设置界限值，利率发生变动超过该界限值，则由双方共担。
5	外汇风险	/
6	通货膨胀	设置调价公式，参考中国综合物价指数。
7	气候或地质条件	明确界定，作为可顺眼条件，互不承担违约责任。
8	市场需求变化	设置需求值上下界限，低于最低的由政府方承担；高于最高的，双方设置分配机制；在两界值之间的由社会资本方承担
9	收费变更	设置调价原则和公式；当价格无法调整时，政府方的补贴机制。
10	不可抗力	明确不可抗力的具体内容及不得称之为不可抗力事项，针对不同项目考虑罢工等特殊事项是否应当列入不可抗力范围。
11	税收	区分税种，地方税收的相应优惠政策约定。
12	环保	确定归责原则及违约赔偿条款。
13	监管	区分外部监管及内部监管，监管建议的落实、处理，如向社会公众公示等。

<sup>①</sup> 该表系笔者参考《特许经营项目融资(PPP)-风险分担管理》部分内容,结合实务经验自制。

<sup>②</sup> 该表系笔者参考《特许经营项目融资(PPP)-风险分担管理》部分内容,结合实务经验自制。



### (八)采用何种方式采购社会资本方?

PPP 项目实行政府采购,其各类规范性文件的上位法依据为《中华人民共和国政府采购法》。因此,发布 PPP 项目的也是政府采购平台,所走流程均为政府采购流程。根据《中华人民共和国政府采购法》第二十六条规定:“政府采购采用以下方式:(一)公开招标;(二)邀请招标;(三)竞争性谈判;(四)单一来源采购;(五)询价;(六)国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。”财金[2014]113 号文第十七条规定:“项目采用公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购方式开展采购的,按照政府采购法律法规及有关规定执行。项目采用竞争性磋商采购方式开展采购的,按照下列基本程序进行:……”因此,PPP 项目采购方式为五种,即:

1. 公开招标;
2. 邀请招标;
3. 竞争性谈判;
4. 单一来源采购;
5. 竞争性磋商。

针对该五项采购方式所需要符合的条件,笔者进行了初步整理,详见下表 7:

表 7 五类采购方式所需条件统计<sup>②</sup>

采购类型	适用条件
公开招标	1、作为政府采购的主要采购方式; (《政府采购法》) 2、主要适用于核心边界条件和技术经济参数明确、完整、符合国家法律法规和政府采购政策,且采购中不作更改的项目。(《PPP操作指南》)
邀请招标	(《政府采购法》) 1、具有特殊性,只能从有限范围的供应商处采购的; 2、采用公开招标方式的费用占政府采购项目总价值的比例过大的。

<sup>②</sup> 该表系笔者汇总相关法律法规自制。

## 续上表

竞争性谈判	<p>(《政府采购法》)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1、招标后没有供应商投标或者没有合格的或者重新招标未能成立的;</li> <li>2、技术复杂或者性质特殊,不能确定详细规格或者具体要求的;</li> <li>3、采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的;</li> <li>4、不能事先计算出价格总额的。</li> </ol> <p>(《政府采购非招标采购方式管理办法》)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1、依法制定的集中采购目录以内,且未达到公开招标数额标准的货物、服务;</li> <li>2、依法制定的集中采购目录以外、采购限额标准以上,且未达到公开招标数额标准的货物、服务;</li> <li>3、达到公开招标数额标准、经批准采用非公开招标方式的货物、服务;</li> <li>4、按照招标投标法及其实施条例必须进行招标的工程建设项目以外的政府采购工程。</li> </ol> <p>(《PPP操作指南》)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1、招标后没有供应商投标或者没有合格的,或者重新招标未能成立的;</li> <li>2、技术复杂或者性质特殊,不能确定详细规格或者具体要求的;</li> <li>3、非采购人所能预见的原因或者非采购人拖延造成采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的;</li> <li>4、因艺术品采购、专利、专有技术或者服务的时间、数量事先不能确定等原因不能事先计算出价格总额的。</li> </ol>
单一来源采购	<p>(《政府采购法》)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1、只能从唯一供应商处采购的;</li> <li>2、发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的;</li> <li>3、必须保证原有采购项目一致性或者服务配套的要求,需要继续从原供应商处添购,且添购资金总额不超过原合同采购金额百分之十的。</li> </ol> <p>(《政府采购非招标采购方式管理办法》)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1、依法制定的集中采购目录以内,且未达到公开招标数额标准的货物、服务;</li> <li>2、依法制定的集中采购目录以外、采购限额标准以上,且未达到公开招标数额标准的货物、服务;</li> <li>3、达到公开招标数额标准、经批准采用非公开招标方式的货物、服务;</li> <li>4、按照招标投标法及其实施条例必须进行招标的工程建设项目以外的政府采购工程。</li> </ol>
竞争性磋商	<p>(《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1、政府购买服务项目;</li> <li>2、技术复杂或者性质特殊,不能确定详细规格或者具体要求的;</li> <li>3、因艺术品采购、专利、专有技术或者服务的时间、数量事先不能确定等原因不能事先计算出价格总额的;</li> <li>4、市场竞争不充分的科研项目,以及需要扶持的科技成果转化项目;</li> <li>5、按照招标投标法及其实施条例必须进行招标的工程建设项目以外的工程建设项目</li> </ol>

### (九)采用公开招标方式采购应当注意的几项程序问题?

由于本次城市有机更新 PPP 项目采用的是公开招标方式进行,故针对该采购方式,笔者列举几项与普通项目招标程序的不同之处。

1. 资格预审程序。公开招标前应当实行资格预审,有别于其他招投标项目自主选择是否进行资格预审。

2. 实地考察程序。项目实施机构应组织社会资本进行现场考察或召开采购前答疑会,但不得单独或分别组织只有一个社会资本参加的现场考察和答疑会。

3. 确认谈判程序。项目实施机构应成立专门的采购结果确认谈判工作组。按照候选社会资本的排名,依次与候选社会资本及与其合作的金融机构就合同中可变的细节问题进行合同签署前的确认



谈判,率先达成一致的即为中选者。确认谈判不得涉及合同中不可谈判的核心条款,不得与排序在前但已终止谈判的社会资本进行再次谈判。这程序有别于《招标投标法》所规定的评标结果即确定中标人。

4. 公示程序。确认谈判完成后,项目实施机构应与中选社会资本签署确认谈判备忘录,并将采购结果和根据采购文件、响应文件、补遗文件和确认谈判备忘录拟定的合同文本进行公示,公示期不得少于5个工作日,而非《招标投标实施条例》所规定的3日。

5. 上报审核程序。公示期满无异议的项目合同,应在政府审核同意后,由项目实施机构与中选社会资本签署。因此,即便确定了中选社会资本,如未经审核同意,仍不能签订项目合同。

6. 公告程序。项目实施机构应在项目合同签订之日起2个工作日内,将项目合同在省级以上人民政府财政部门指定的媒体上公告,但合同中涉及国家秘密、商业秘密的内容除外。公告即意味着该合同属于信息公开范畴,政府方应当给予高度重视。

#### **(十)PPP项目合同的如何签订?项目公司如何衔接项目合同?**

需要为项目设立专门项目公司的,待项目公司成立后,由项目公司与项目实施机构重新签署项目合同,或签署关于承继项目合同的补充合同。

### **四、律师如何切入PPP项目为政府方提供法律服务**

#### **(一)PPP项目服务现状**

从现阶段看,PPP项目的主要服务机构为各类咨询机构,各地公布PPP项目专业咨询服务机构名单中,咨询评估机构均占总量的70%以上,而会计师事务所和律师事务所所占比例均较低。

虽然,财金[2015]167号文第二十二项规定“定性评价专家组包括财政、资产评估、会计、金融等经济方面专家,以及行业、工程技



术、项目管理和法律方面专家等。”以及财金[2014]113号文第十六条规定“资格预审评审专家中应至少包含1名财务专家和1名法律专家。”但是,现阶段律师真实参与评审的情况较少,导致后期介入时相对被动。

## (二) 律师需要具备哪些专业知识

由于PPP项目涉及的面较宽,如果仅单一专业无法提供专业服务,初步总结,作为PPP律师应当具备以下各类专业知识:

1. 政府服务经验,包括政府采购、国资管理等;
2. 建设开发经验,包括项目启动的流程、建设施工经验等;
3. 项目融资经验,包括传统的抵押、质押融资,也包括信托、基金等新的融资经验。
4. 公司运营经验,包括公司股权架构、税务筹划、合同管理、运营管理等。
5. 各类专项经验,如污水处理、拆迁等

从以上评析看,单一律师介入PPP项目将无法提供全面、有效的提供法律服务,最终导致项目的流失。因此,由各专业律师组成PPP项目团队,才能更为有效的提供专业PPP服务。

## (三) 律师的服务内容

PPP项目是全生命周期的合作,故律师服务也可以是全生命周期的服务,而且服务可以是全方位的。PPP项目服务的对象不仅是政府方,也可以是社会资本方。由于篇幅所限,本次笔者仅针对政府方,且就项目前期的具体服务进行了整理,对于政府方项目执行及移交阶段、社会资本方等全生命周期各阶段均不再予以说明。项目前期律师为政府可以提供的服务具体包括以下七项:

表 8 项目前期律师服务内容<sup>②</sup>

编号	服务事项	具体内容
1	配合筛选项目	1、对项目的可行性研究报告、项目产出说明等进行合法性审核； 2、配合编制初步实施方案，就项目的PPP具体模式进行模拟实施分析； 3、对存量项目进行尽职调查； 4、对项目进行市场测试调查。
2	配合物有所值评估	1、配合编制物有所值评估； 2、审核物有所值评估的合法性； 3、作为法律专家参与评估。
3	配合财政承受能力评估	1、配合编制财政承受能力论证； 2、审核评估报告的合法性； 3、针对评估内容预先拟定项目合同所需必要条款。
4	配合实施方案编制	1、配合编制项目实施方案； 2、审核实施方案的合法性； 3、配合进行项目入库工作； 4、邀请潜在社会资本进行市场测试； 5、处理项目准备阶段的其他法律事务。 6、编制、审核确定项目实施机构的相关文件。
5	配合资格预审	1、编制资格预审公告； 2、编制资格预审文件； 3、编制资格预审报告； 4、审核资格预审各类文件的合法性； 5、就资格预审现场进行律师见证； 6、作为法律专家参与资格预审； 7、配合进行资格预审后续工作；
6	配合采购	1、编制采购公告； 2、编制采购文件，包括但不限于投标人须知、项目合同、项目公司章程、项目公司股东协议； 3、编制确认谈判备忘录； 4、审核采购所涉各类文件的合法性； 5、就采购现场进行律师见证； 6、作为法律专家参与项目评审或确认谈判； 7、配合进行采购后续工作。
7	配合项目合同签订	1、根据采购文件、响应文件等调整并确定最终版《项目合同》； 2、见证与中选社会资本方签订《项目合同》； 3、配合项目公司成立； 4、调整项目公司章程、项目公司股东协议； 5、审核各类文件的合法性； 6、配合项目公司衔接《项目合同》。

#### (四)增值服务的提供

除了专业法律服务的提供外，律师通过各类资源的整合，为政府方、社会资本方实现资源的对接，促进项目落地，将是 PPP 律师增值服务的体现。

#### 五、结语

政府和社会资本合作模式将是未来几年政府方进行基础设施建设的主要方式，但现阶段虽然各方都在力推该模式的落地，但

<sup>②</sup> 该表系笔者根据前期服务经验自制。



推广方式存在一定的非理智性,从而“假 PPP”的现象普遍存在。正如“中国 PPP 第一人”清华王守清博士所言“PPP 是一场婚姻,不是一场婚礼,光有证书是不够的”、“凡是不以长期合作、分担风险和提高效率为目的的 PPP 都是浮云”。因此,急需专业的 PPP 律师介入项目,公正、合法的保障 PPP 项目实施,而非急功近利、盲目开发。

附:2016年7月3日,“第二届杭州律师论坛”在杭州之江饭店召开。其中,徐杨超律师的论文《PPP 项目前期政府方常涉问题统计及分析——以某城市有机更新征收改造 PPP 项目为例》荣获本届论坛一等奖。在论坛上,徐律师就论文的结构和角度进行了为时 5 分钟的精彩演讲。下文是演讲原文:

各位领导、各位前辈、同仁们:

大家下午好!

我是浙江金道律师事务所的律师徐杨超,感谢各位评委的抬爱,让这篇文章得到了一等奖的荣誉。站到台上,首先我得感谢金道所。金道所历来以文治所,我们事务所的首席合伙人胡祥甫律师、主任王全明律师以及崔海燕律师等管理层都非常鼓励事务所的律师们在百忙之中,抽出时间来提炼案件精华,以求理论升华。胡律师更是提出,不奢求每位金道律师都成为大律师,但他诚切的希望每位金道律师都成为某一两个领域内的专业律师。其次,我得感谢我的老师钱雪慧律师,是她让我有机会长期为政府方提供法律服务,更让我能够作为政府方顾问全程参与 PPP 项目运作,从而积累了大量的实务性经验。

说到 PPP,可能还有一些律师不甚了解,但不得不承认,它很



火,“火”到可以用“运动”两个字来形容。但是在热潮背后,却是无尽的风险。参与其中,感触颇多。所以,我也希望通过这个文章,让更多的律师介入 PPP 项目,让这股热潮在法律的框架内翻滚!

我本次文章的题目是《PPP 项目前期政府方常涉问题统计及分析——以某城市有机更新征收改造 PPP 项目为例》。文章共分五个部分:

第一部分是中国 PPP 现状简述,简要描述了 PPP 在中国发展的几个阶段、现状,以及 PPP 项目的几个基本的定义。

第二部分是某城市有机更新征收改造 PPP 项目概况。简要介绍了项目的基本情况,律师介入项目的几个过程,以及在这些过程中所遇到的一些程序性问题。

第三部分是本文的重点,是针对 PPP 项目中政府方常涉问题的整理和分析。结合我们在征收改造 PPP 项目中遇到的问题,我们整理了现阶段政府方比较关注的十个热点问题,通过“一问一答”的方式,简要叙述了相关法律依据、实务操作方式,部分重点、难点问题还结合此前操作的经验,给出具体的解决方式。比如风险管理、风险分担等。

第四部分是从律师角度,考虑如何切入 PPP 项目为政府方提供法律服务。虽然相关法律、法规都有律师介入的依据,但实务中确实存在介入情况不甚良好的情形,合法性的把控未得到有关部门的重视。一方面可能有历史原因,另一方面,也是律师自身专业化、团队化运作不足导致。因此,本人结合此前经验,给出一些建议,希望能够为整个律师行业全面介入 PPP 项目服务提供智识。

第五部分是结语,是本人对 PPP 的一些小感悟。

如果要评价文章有何出彩的地方,我想可能是两点:

一是,文章采用理论和实践相结合的方式,以本人亲身参与的 PPP 项目为例,通过对热点问题的解答,基本解决 PPP 项目部分实



操问题,为政府方或相关人员提供实务操作指导。

二是,文章多处采用制图、表的方式,将复杂问题简单化。因为PPP项目所涉及的主体较多、法律关系相对复杂,法律法规的规定较多,但又存在部分冲突或者极不易区别的地方,所以本人根据在实务中所积累的经验,自行编制成表格或者流程图,共计约7张表格、5张图表,从而让人一目了然。

但是,文章还是有很多不足的地方,比如理论性研究相对薄弱,部分观点可能因个人原因有些偏颇,有待进一步完善,也希望各位能给予更多的批评指正。

最后,我想说,中国PPP第一人清华王守清博士认为“PPP是一场婚姻,不是一场婚礼,光有证书是不够的”。作为PPP项目律师,“PPP法律服务也应当是一场婚姻,而不是一场婚礼,光有前期服务是不够的。”我希望,通过我们所有PPP律师的努力,让PPP律师成为PPP项目的主导者,从而让这个关系的广大民生的长期项目得到合法、有效的推进,这不仅是因为它是高端项目,更是为了人民的福祉!

再次感谢各位,谢谢大家!

浙江金道律师事务所 徐杨超

2016年7月3日



本文原载于《浙江经济》2016 年第 10 期。

# 新常态下 PPP 项目合同要义简析

□ 张奕\* 史源\* 陈能达\* 程楠\* 金琪琪\*



2014 年以来,中国进入了经济发展的新常态,从高速增长的状态转向中高速增长。如何发掘和启动中国经济的新增长点?首要的手段就是基础设施建设。那么究竟如何在防控风险、提高效率的基础上来促进这项增长?政府与社会资本合作(PPP)模式无疑是基建项目中能够实现这种增长的核心方式之一。PPP 项目投资金额大、项目周期长,全生命周期的风险控制将是项目履行中的重中之重。而合同文本则是后续风险的唯一载体。本文将以实操者的视角,对合同设计的宗旨、核心、要点作出重点提示,供实践参考。

\* 张奕,本所律师,华东政法大学法学、英语双学士。

\* 史源,本所高级合伙人,民盟杭州市委员会法制工作委员会委员,杭州市律协建筑房地产业务委员会委员。

\* 陈能达,本所律师,西湖区人民法院特邀调解员,浙江大学城市学院实习导师,杭州律协房地产与建筑业务委员会委员,杭州市律协公司与证券专业委员会委员,浙江第一建筑房地产律师网创始人。

\* 程楠,本所律师,法学硕士。

\* 金琪琪,本所律师,香港中文大学法学硕士。



## 一、PPP 项目合同主体

PPP 项目合同由政府方或政府授权方(简称“政府方”)与社会资本方(简称“社会方”)签订。

政府方的合同宗旨。根据主权及国家起源理论,现代政府的意志是公民集体意志的集合,公民放弃一部分自由,让渡给政府,由政府代表公民来管理整个国家。笔者认为,PPP 项目合同中,政府方的合同宗旨无疑在于公共利益的保护和公共服务的提供。所以,有学者甚至提出,PPP 项目不应只关注三个 P,应该有 5 个 P,后面两个 P 分别是:Public 和 People。如果一个基础设施或公共服务类项目不关注政治意义,则政府作用将无法发挥。

社会方的合同宗旨。社会方作为市场经济体制中的“理性人”角色,无疑是商业利益最大化的追求者。所以在平等民事法律关系中,其逐利之心无可厚非。有人经常会疑惑“回报率不高,期限又长,为何社会方还会参与?”这是因为社会方是理性人,在商业利益与商业安全之间会做科学的测算与平衡。所以一个项目若要吸引社会方来竞标,则在合同条款设计及测算方面也要同时考量社会方的需求。

## 二、PPP 项目合同设计的核心

基建及公共服务作为新常态经济中不可或缺的一环,应着重关注项目的可持续性 & 合同履行的持久性。今年是各地 PPP 项目的落地之年,若在不远的将来,甜美的蜜月期过后,项目纷纷面临离婚的局面,则将对经济增速带来重大的负面影响,公共产品的提供将得不到稳定及有力的保障。所以,合同设计是整个 PPP 项目准备过程中的重中之重。在 PPP 项目合同中,显然,政府方与社会方的利益并非趋于一致,政府希望公共产品的价格稳定低廉,社会方则希望价格上升并短期获利。根据国发办(2015)42 号文中提到“政府采取竞争性方式择优选择具有投资、运营管理能力的社会资本,双方按照平等协商原则订立合同,明确责权利关系,由社会资本提供公共服



务,政府依据公共服务绩效评价结果向社会资本支付相应对价,保证社会资本获得合理收益。”国务院文件一锤定音即合同设计的核心即是“合理收益”中的“合理”二字。“合理”二字不仅体现在数字测算上,更体现在项目长期性的机制调整中。“合理”二字如何贯穿,笔者认为须着重对关键条款作长远考虑。

### 三、关键条款简析

#### (一)唯一性条款

为了确保项目能够顺利获得融资支持和稳定回报,项目公司或社会资本方通常要求政府承诺在一定期限内不在项目附近新建竞争性项目。

设置该条款原因。以杭州湾跨海大桥为例。该项目总投资 118 个亿。北起嘉兴海盐,南至宁波慈溪,全长 36 公里,双向六车道,时速 100 公里/小时。特许经营权 30 年。社会资本方均看好该项目,争先恐后来投资。在建设和运营阶段共有 17 家民营企业参股项目公司,这个工程也成为国家级的样板工程。项目运营初期,投资回报率很高,营业毛利率为 63.93%。但运营 5 年后,2013 年营业毛利率骤降为 50.44%,资金缺口达 8.5 个亿。最终引发部分社会资本退出,政府不得不通过国企赎回项目公司 80% 的股权。按照 30 年的收费期限,根本无法收回本金。为什么原本香喷喷的项目会走到这一步?主要是由于合同中“唯一性条款”的缺失。运营五年后,杭甬客运专线和嘉绍跨江大桥左右建成通车,嘉绍大桥相隔仅 50 公里,对杭州湾大桥形成很大的分流。由上述案例看出,唯一性条款的缺失导致后期的营利完全出乎双方意料,合同崩溃。

唯一性条款设计的障碍。一是区域性审批制度难以突破。以杭州湾大桥为例,北起嘉兴海盐,南至宁波慈溪,途径众多城市,每个城市内部规划不一,外部连接点规划也不一,如何做到点对点(嘉兴至宁波)整体路段交通设施的科学布局,很难。因此,唯一性条款障



碍及失败案例多出现在隧道、高速公路、市政公路等交通领域。二是政府各职能部门未有统一的项目规划协调机制。众所周知,区域规划职能在于规划局,而 PPP 项目合同一般是政府授权的其他职能部门(园管处、旅游局、交通局)或者政府出资代表(国有企业)与社会资本方签订合同,即使该条款约定了,也基本形同虚设,因为该条款并未由规划局做过实质审查,也没有部门能保证合同履行期间规划不作调整。

唯一性条款的设计要点。一是范围约定须精确、明晰。根据项目特征,有以直径数值为基数的,也有以起始、终点为基数的。在确定范围前应注意查阅城市未来规划方案,至少做到与现有或已定的规划不发生冲突。若有冲突则须考虑该规划是否有调整的可能性,若无调整可能性,社会资本方则须将该部分非唯一性事实作为亏损计算在内;其次,注意考察约定范围的行政管辖区划是否在政府方(政府方)的控制范围内,若涉及多省市交汇的,须要求政府进行事先协调,通盘考虑。二是竞争性项目种类的约定。比如杭州湾大桥项目,若当初约定唯一性条款,则须考虑各种形态的交通项目,同样的起始与目的地,桥梁、高速公路、省道等等项目是否均属于竞争性项目。三是竞争性项目发起的时间约束。政府不可能为了这一项目,十年或者二十年都不进行同业态的规划,即使有这样的承诺,笔者认为,这种僵化的合同治理必定会在后期出现违约情况。对时间约定有两种方式:其一,社会资本方自行测算项目收益,在预测收回成本,并达到一定利润的时候,约定放弃该条款。其二,政府约定固定年限后开放该条款,但考虑到本项目经营者的利润,可以进行浮动补贴,即以另一项目的部分收益补贴该项目,从而达到唯一性条款的利益诉求。

## (二)调价机制

在长达 20-30 年的 PPP 项目全生命周期中,各种因素的波动均



会直接引起项目运营成本的变化,进而影响项目公司的收益情况。设置合理的价格调整机制,可以将项目收益维持在合理范围,防止过高或过低付费导致项目公司亏损或获得超额利润,有利于实现物有所值的目标。

引起成本变化的因素。根据付费机制的不同,因素会有所区别,通常包括:消费者物价指数、生产者物价指数、劳动力市场指数、利率变动、汇率变动、竞争者数量等,每个项目也会有所不同,比如污水处理项目,调价因子往往包括:动力费、生产人员的薪酬、化学品费、污泥处理处置费。

调价方式的约定。静态调价机制:即在签订合同时约定启动条件。包括公式调整机制,指通过设定价格调整公司来建立政府付费价格与某些特定系数之间的联动关系,以反映成本变动等因素对项目价格的影响,当特定系数变动导致根据价格调整公式测算的结果达到约定的调价条件时,将触发调价程序,按约定幅度自动调整定价;基准比价机制,指定期将项目公司提供服务的定价与同类服务的市场价格进行对比,如发现差异,则项目公司与政府可以协商对政府付费进行调价;市场测试机制,指在 PPP 项目合同约定的某一特定时间,对项目中某项特定服务在市场范围内重新进行采购,以更好地实现项目的物有所值。动态调价机制:即协商调价机制。对运营要求比较高、难度比较大的项目,比如污水处理、港口建设、机场火车站等大型物业运营项目中,后期运营的实际收益往往与前期测算产生很大的差异,即使前期虽有专业测算,也很难确保后期政府补贴或政府付费部分能够无缝对接。而这些因素在前期合同拟定时是无法确定,甚至无法用公式表述,故无法用静态调价机制来约束。动态调价机制主要的要素有调价年限、调价因素范围、调价发生条件等。

### (三)政府监管条款的分布

PPP 项目与传统项目最大的区别是政府监管职能的转变。从传



统的行政监管转为行政与民事并行的全生命周期的监管。PPP 项目政府一般会入股项目公司,占股比例从 1%到 30%不等,无论占股比例如何,政府由于缴纳了部分资本金而成为项目公司的股东,此行为赋予了其《公司法》上的权利义务。对于政府而言,如何运用好股东地位,与项目是否能够合规合法、成功运作息息相关。具体表现为以下几点:向项目公司派驻人员,政府可以在章程中约定派驻的董事、管理人员、监事的数量及名单;一票否决权的设置,政府方委派的董事对影响公共利益或公共安全的事项享有一票否决权;审计,审计条款一般约定在《PPP 项目合同》中,一般约定年审、施工方退出时审、融资方退出时审、项目移交时审;建设期介入,项目公司出现放弃或视为放弃情形的,政府方有权指定第三方取代项目公司承担项目建设,以便实现完工,同时应约定介入后费用的结算依据,一般约定在《PPP 项目合同》中;临时接管措施,在项目公司严重违约事件发生并持续时,若项目公司不继续履行合同或发生的事项对项目公司建设、运营、维护项目设施的能力产生严重不利影响,则政府方有权,在任何情况下临时接管该项目,替代项目公司建设和运营,同时应约定临时接管时的一切费用与风险的分担机制,并约定临时接管的交还条件或永久接管的条件。

由于篇幅有限,笔者无法穷尽实操过程中的其他合同注意点。正如笔者在浙江省发改委举办的某一培训时向各地地方政府 PPP 负责人员强调那样“150 页的合同(体系)承载着各方几十年的爱恨情仇,希望大家对合同应进行严谨、专业的审核。”



本文原载于“金道律师事务所”微信公众号(2016年6月8日),后被“刑事实务”微信公众号(2016年6月10日)转载。

# 骗取贷款罪的 十三大疑难问题认定

——以杭州地区裁判文书为样本

□ 王晓辉\* 袁昕炜\* 郭越鸣\*



目前,企业融资难普遍存在,为了从银行获取贷款,往往存在粉饰报表、夸大还款能力、欺骗担保方的行为;另一方面,银行现行的放贷标准较高,为了追求业绩,存在大量违规行为;而担保方往往在无法通过民事手段减轻或者免除担保责任的情况下转而进行刑事控告。因此,社会上有一句流行语,“企业融资难、银行放贷严、担保两头告。”

\* 王晓辉,本所高级合伙人、管理委员会委员兼刑事业务团队负责人,杭州市律师协会刑法专业委员会主任,浙江省律师协会刑事业务委员会委员,浙江工商大学法学学士,中南财经政法大学刑事法硕士。

\* 袁昕炜,本所律师,西南政法大学法学学士、中国政法大学法学硕士。

\* 郭越鸣,本所律师,华东政法大学法律硕士,前资深检察官,杭州师范大学钱江学院兼职教师。

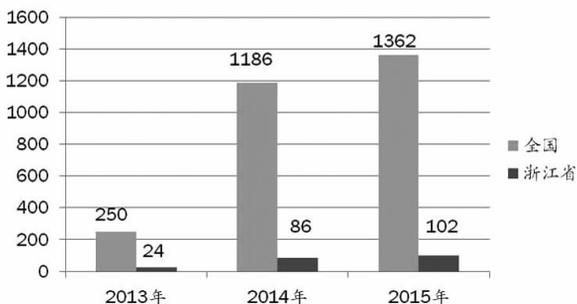


本文,笔者依托于办理骗取贷款和违法发放贷款的实务经验,根据浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅《关于办理骗取贷款、票据承兑、金融票证罪有关法律适用问题的会议纪要》(2015.8.26),搜罗杭州地区近三年来所有的骗取贷款案例,对于有典型意义的裁判观点进行归纳,探讨骗取贷款犯罪中的疑难问题,以供各位参考。

大数据分析(数据来源—无讼案例):

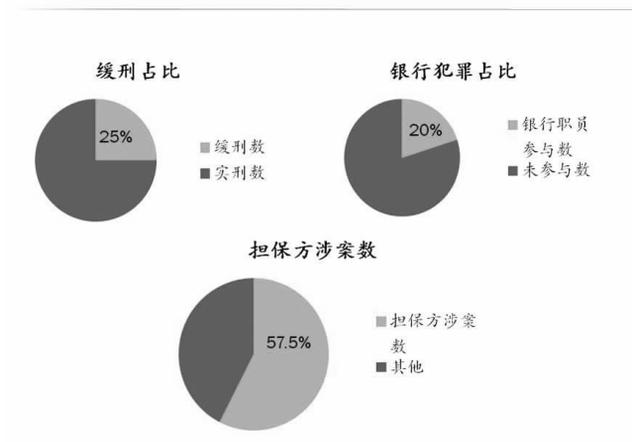
1. 从全国范围来看,2013年至2015年骗取贷款犯罪的案件数量逐年上升。其中2014年骗取贷款案件数量突然激增至1186件,是2013年的4.7倍。浙江省内的骗取贷款犯罪的案件数量也是逐年增长,在2014年也出现突然增加的趋势。

骗取贷款犯罪统计表



2. 2013年—2015年杭州地区共有40例骗取贷款案例,有逐年上升的趋势,其中判处缓刑的有10例,占25%;涉及银行工作人员的有10名,占25%;跟担保方有关的案件(控告或者牵涉其中)有23起,占60%。

对其中涉及的十三大疑难问题认定进行了分析、整理,以供参考:



## 一、如何认定骗取贷款中的“欺骗手段”

### (一) 虚假的贸易背景

瞿某骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案 [(2014)杭上刑初字第 451 号]

2011 年 6 月,杭州嘉宗物资有限公司法定代表人即被告人瞿某与何幸之(另案处理)以嘉宗公司进货贸易需要融资为由,向农行解放路支行提出贷款申请。在申贷过程中,被告人瞿某在明知没有真实贸易存在的情况下,联系珂飞公司,签订了两份虚假的服装和节能灯采购合同,合同标的 4555 万元,并伪造出库单等材料,后将需要的材料一并提交给农行解放路支行。

### (二) 虚假的贷款用途

钟娅犯骗取贷款、票据承兑、金融票证罪、挪用资金罪等一案 [(2014)杭上刑重字第 2 号]

2011 年 10 月,被告人钟娅为解决其个人名下所经营公司资金短缺的问题,以其担任执行董事的拓盛公司名义向工商银行杭州城站支行申请贷款。在申贷过程中,被告人钟娅编造了申贷用途并伪造了虚假的销售合同,授意公司财务人员制作并向银行提交了拓盛



公司虚假的财务报表、纳税证明、年审报告等,大幅夸大了公司的偿付能力。工商银行城站支行依据被告人钟娅等人提交的虚假材料,向拓盛公司发放银行贷款 1000 万元。

### (三) 虚假的抵押物价值

浙江恒基贸易有限公司、尤俊杰等骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案[(2014)杭上刑初字第 415 号]

尤俊杰以浙江恒基贸易有限公司名义,采取提交虚假的公司审计报告、贵州茅台酒销售发票和酒类流通附随单以及将假冒 50 年贵州茅台酒作抵押担保等方式,多次骗取贷款,造成银行 3000 万未偿还。

### (四) 虚假的资信证明

于朝晖、徐志书等骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案[(2013)杭上刑初字第 183 号]

2009 年初,经吴某介绍,被告人于朝晖与时任民生银行杭州分行商贸服务金融部市场总监的周某(另案处理)相识。周某在得知于朝晖所在的公司有贷款需求后,多次与于朝晖以及经吴某介绍专门帮助于朝晖申办贷款事项的被告人徐志书进行商谈。三人在明知浙江正大公司不符合民生银行贷款申请条件,确定了对浙江正大公司贷款申请数据的虚假修改方法,即浙江正大公司需将注册资本虚增至 7000 万元,并对公司相应的财务数据和报表进行美化修改以符合贷款规模,提供温岭市财政局出具的财政承诺函,并伙同徐志书伪造黄金海岸公司章程,将东海涂公司的持股比例提高至 60%,使得保证人黄金海岸公司的股权比例由浙江正大公司控股调整为政府控股。

## 二、如何认定损失数额和骗贷数额

### (一) 损失数额的确定:立案时

浙江蓝天管桩有限公司、蒋红国犯骗取贷款、票据承兑、金融票



证罪一案[(2015)杭富刑初字第 361 号]

法院认为,被告单位浙江蓝天管桩有限公司及其实际负责人蒋某某以虚构事实、隐瞒真相等手段,掩盖客观事实,骗取银行或其他金融机构的信任,取得银行或其他金融机构贷款共计人民币 4750 万元,其中贷款人民币 4050 万元在侦查机关立案时逾期未予以偿还,造成金融机构特别重大损失,其行为均已构成骗取贷款罪。

### **(二)骗贷数额的确定:保证金以及存单质押部分不予扣除**

郑某骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案 [(2014)杭余刑初字第 1122 号]

法院审理查明:辩护人提出的指控本案骗取票据承兑的数额为 2100 万元不当,应扣除不会造成损失的保证金部分及存单质押部分,认定为 1050 万元的辩护意见,经查,骗取票据承兑的数额应当以所骗取承兑的金额来计算认定,对该辩护意见,本院不予采纳。

PS:保证金或者担保方偿还的数额有助于减少损失的认定。

## **三、如何认定骗取贷款犯罪中的偿还方式**

### **(一)自己偿还**

浙江省广业钢铁实业有限公司、杭州市重特钢铁材料有限公司等犯骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案 [(2014)杭滨刑初字第 182 号]

金某甲利用广业控股实际管理堡业建设东方大厦项目的便利条件,由广业控股代为支付购房首付款,后以签订虚假房屋转让合同、夸大收入或伪造收入证明等方式取得贷款总计 13125 万元,至案发时,广业控股尚有骗取的贷款本金人民币 11737 万元逾期未还。2013 年 8 月 1 日,被告人金某甲、陆某甲、徐某甲被抓获归案。被告人陆某甲到案后检举了他人犯罪事实,并经查证属实。本院审理期间,各被告单位均已通过“以资抵债”方式清偿了所涉相关银行的债务,并均已取得银行谅解。



法院认定：鉴于各被告单位和被告人在案发后，对涉案赃款积极协商、归还，各银行在确保不会造成经济损失的情况下均予以谅解，对三被告单位及三被告人均可酌情从轻处罚，对上述三被告人均可适用缓刑。

## （二）他人代为偿还

胡某甲、胡某乙等骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案[(2014)杭余刑初字第812号]

法院认定：被告单位浙江金某贸易有限公司及五被告人均在庭审中自愿认罪，被告人胡某甲亲属已代表被告单位归还涉案银行承兑汇票项下的垫付款，被告单位及五被告人均获得华夏银行杭州和平支行的谅解，本院酌情予以从轻处罚，并对被告人胡某甲、胡某乙、胡某丙、金某、周某均适用缓刑。

被告单位与五被告人骗取票据承兑2500万。被告单位判处有期徒刑人民币四十万元；胡某甲判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币十万元；胡某乙判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币二万元。

## （三）担保人偿还

杜伟英骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案[(2013)杭西刑初字第810号]

杜伟英采用伪造的财务报表、财务报表明细、购销合同、电费发票等资料，骗取担保，向北京银行申请贷款800万，已由担保方代为偿还。后又骗取民泰银行贷款500万，造成银行损失269余万元。

法院认定：本案损失已经部分挽回，对被告人杜某酌情从轻处罚，辩护人相应辩护意见本院予以采纳。鉴于本案相关损失并未全部挽回，且被告人杜某尚无悔罪表现，不应对被告人杜某判处缓刑，对辩护人所提缓刑之辩护意见不予采纳。

杜某犯骗取贷款罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币二十



万元。

#### 四、如何认定骗取贷款的共犯

##### (一) 出具虚假质押证明

胡某甲、胡某乙等骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案 [(2014)杭余刑初字第 812 号]

被告人胡某甲指使被告人胡某丙请托崇贤港公司负责质押监管业务的被告人金某、周某予以关照。后在华夏和平支行审核阶段，被告人金某、周某提供了虚假的质押财产清单及库存明细，以证明金某公司在崇贤港公司码头有充足的库存钢材提供质押担保。

法院认定：被告人金某、周某明知被告单位某骗取票据承兑仍提供帮助，且均情节特别严重，其行为均已构成骗取票据承兑罪。

##### (二) 共同互保

朱某甲骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案 [(2014)杭余刑初字第 1207 号]

被告人朱某甲系被告单位杭州悦欣物资有限公司(以下简称悦欣公司)的实际控制人。2012年，悦欣公司与杭州勤业物资有限公司(以下简称勤业公司)互相为对方在交通银行股份有限公司杭州余杭支行(以下简称交通银行余杭支行)的融资提供最高额担保，数额均为人民币(以下币种同)1000万元，保证方式均为连带责任保证，悦欣公司在申请授信时向银行提交了经过篡改的财务资料(主要是夸大业务量、利润额，缩小负债额)。被告人朱某甲系被告单位悦欣公司与勤业公司之间签订虚假虚假的购销合同，及虚假的财务报表等资料取得贷款 500 万，另承兑汇票 100 万，部分用于归还其他借款，造成银行资金损失 481 余万元。

#### 五、如何认定骗取贷款的单位犯罪

##### (一) 未以单位犯罪起诉，按照单位犯罪处理

杜伟英骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案 [(2013)杭西刑初



字第 810 号]

法院认定：被告人杜某作为诸暨弹簧总厂直接负责的主管人员，采用欺骗手段取得银行贷款，并给银行造成特别重大损失，其行为已构成骗取贷款罪。公诉机关指控罪名成立。本案属于单位犯罪，但因公诉机关对诸暨弹簧总厂未作出指控，故本院只对被告人杜某作出处理，辩护人所提系单位犯罪的辩护意见予以采纳。因被告人杜某系对本案直接负责的主管人员，根据本案单位犯罪的性质，无法认定也不应认定被告人杜某为从犯，且银行、担保公司对贷款审批是否已尽审慎职责，并不能减轻被告人杜某的责任，故对辩护人所提从犯、应减轻杜某责任之辩护意见不予采纳。

## （二）不按照单位犯罪处理

俞中江、徐某癸等骗取贷款、票据承兑、金融票证罪，俞中江、徐某癸非法吸收公众存款罪等一案[(2014)杭下刑初字第131号]

在骗取银行承兑汇票过程中，被告人俞中江主要负责联系银行，被告人徐赛兰负责联系开具承兑汇票所需保证金、贴现并调度贴现资金的使用，被告人玄飞负责提供虚假的贸易合同。被告人俞中江、徐赛兰将上述贷款、信用证及承兑汇票资金用于支付货款及往来款、归还金融机构贷款、支付高额利息、缴纳关税或增值税、部分划入“中江系”出纳组掌握使用的个人银行卡等。

法院认定：被告人俞中江、徐赛兰、玄飞的犯罪行为未体现单位意志，利益也非归属于单位。故被告人俞中江、徐赛兰、玄飞的犯罪行为不应认定为单位犯罪。

## 六、如何认定“其他严重情节”

### （一）未给银行或者其他金融机构造成直接经济损失是否需要追究刑事责任

方光明骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案[(2013)浙杭刑初字第73号]



从2008年10月至2012年4月,凌某为归还到期银行承兑汇票,指使被告人方光明以永安公司名义,先后7次向建设银行申请400万元承兑汇票,其中4次使用虚开的增值税专用发票和虚假合同,所得款项均被凌某套现后还债。2012年4月20日,永安公司归还建行建德支行汇票到期人民币400万元。

法院认定:被告人方光明使用虚假的购销合同和虚开的增值税专用发票,骗取银行承兑,虽然永安公司在案发后已经归还,未造成金融机构的实际损失,但其多次骗取银行承兑且数额巨大,符合情节特别严重之情形,故构成骗取票据承兑罪。

## 七、罪与非罪的区分

### (一)提供反担保的行为如何定性

黄国余、马丽集资诈骗罪,黄国余、马丽合同诈骗罪等一案 [(2014)浙杭刑初字第153号]

法院审理认为:关于公诉机关所控被告人黄国余、马丽以亚细亚公司名义向浦发银行临安支行贷款580万元,由担保公司提供担保并最终由该公司代为偿还上述贷款的事实,因被告人黄国余、马丽以各自名下真实、合法房产为担保公司提供反担保,该反担保权利的设定系黄国余、马丽明知自己无力偿还情况下所作财产处分之真实有效的意思表示,故担保公司已代为偿还贷款后对黄国余、马丽各自名下房产所持有的他项权利主张系民事法律纠纷,不应认定为刑事犯罪。故公诉机关将其认定为刑事犯罪事实并不妥当,予以纠正。

### (二)短期违反贷款合同约定出借他人如何定性

喻某职务侵占罪,喻军民骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案 [(2014)杭富刑初字第835号]

法院审理认为:对于公诉机关指控被告人喻某犯骗取贷款罪,经查,东南公司系经政府及相关金融机构协调,得到授信额度后申



请获取贷款,虽短期内借给他人使用,但有证据证明借款仍按约定用于废纸交易,且该贷款按约归还出借银行,借款银行也不认可被骗,未受损失,依法不构成骗取贷款罪,故本院不予认定。

## 八、银行工作人员有过错,骗贷人是否可以免责或减责

### 银行工作人员有过错不作为被告人从轻处罚的理由

周某甲骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案 [(2014)杭余刑初字第 1208 号]

法院认定:被告人周某甲的辩护人提出交通银行余杭支行具有过错的辩护意见并据此提出对被告人周某甲从轻处罚,经查,本案中交通银行余杭支行的具体经办人在放贷前已对申请贷款的资料进行了形式审查,即已尽到了基本的审慎义务,不能因其未发现骗取行为而认定有过错,且即使贷前审查不严亦不能作为对被告单位及被告人从轻处罚的理由,该辩护意见本院不予采纳。

## 九、骗取贷款与贷款诈骗的区分

### 骗取贷款后,被他人使用并用于个人挥霍

瞿某骗取贷款、票据承兑、金融票证罪一案 [(2014)杭上刑初字第 451 号]

瞿某以嘉宗公司名义签订了虚假的服装和节能灯采购合同,合同标的 4555 万元,并伪造出库单等材料,获得银行信用证金额共计 2500 万元,其中保证金 500 万元,实际贷款金额 2000 万元。但后来贷款的 2000 万元资金被何幸之个人实际占有,尔后何幸之出逃至国外导致贷款到期而嘉宗公司无力归还。

法院认为,被告人瞿某以欺骗手段取得银行贷款,造成银行特别重大损失,其行为已构成骗取贷款罪。

## 十、银行职员参与其中的犯罪定性

### (一)违法发放贷款罪

周慧萌、钱俊蓉违法发放贷款罪一案 [(2013)浙杭刑终字第 449



号]

上诉人钱俊蓉身为银行客户经理，在操作涉案贷款业务时，明知浙江正大公司在经营情况、财务状况方面不符合银行贷款申请条件，仍指导配合于某、徐某、沈某等人对该公司财务材料予以修改；明知担保单位黄金海岸公司的股权变动是为了配合浙江正大公司进行贷款，而未予以严格审查；对于授信风险控制最后屏障——温岭市财政局的承诺函的真实性，未进行核实；银行放贷后，未尽贷中及贷后检查职责。上诉人周慧萌身为银行负责人，明知浙江正大公司有虚增注册资本、夸大销售收入、更改黄金海岸公司股权比例等作假行为，仍同意报上级部门审核。综上，上诉人周慧萌、钱俊蓉明知申贷人不符合贷款条件，仍发放贷款人民币 7000 万元，其行为均已构成违法发放贷款罪。

## （二）非国家工作人员受贿罪

吴天闻非国家工作人员受贿罪一案[(2013)杭下刑初字第 141 号]

2011 年 9 月，被告人吴天闻在担任兴业银行股份有限公司杭州分行（下称兴业银行杭州分行）企业金融业务三部客户经理期间，为吴某担任法定代表人的杭州顺佳实业有限公司（下称顺佳公司）从该行申请开具国内信用证提供方便，受益人为吴某实际控制的杭州思誉实业有限公司（下称思誉公司），开证金额为人民币 7600 万元（以下币种均为人民币，敞口 3800 万元）。期间，被告人以银行汇款等形式收受吴某的 170 万元。

法院认为，被告人吴天闻身为公司职员，利用职务上的便利，索取他人财物，数额巨大，其行为已构成非国家工作人员受贿罪。

## 十一、骗取小额贷款公司贷款罪名认定

### （一）合同诈骗罪

温浙明集资诈骗罪，温浙明诈骗罪等一案[(2014)浙杭刑初字第 72 号]



2012年12月,被告人温浙明在与杭州市上城区汇通小额贷款股份有限公司签订借款合同的过程中,隐瞒履约不能的真相,虚构在台湾投资旅行社,要向台湾海峡两岸友好交流协会交纳赴台证件办理费等事实,利用虚假的让渡合约书等证明文件,骗取借款200万元,造成杭州市上城区汇通小额贷款股份有限公司损失197万余元。

法院虽然认定小额贷款公司为金融机构,但仍认定温浙明构成的是合同诈骗。

## (二) 诈骗罪

杨雪诈骗罪一案 [(2015)杭西刑初字第87号]

杨某浏览到阿里巴巴网站有即时到账的小额贷款信息后,萌生冒用他人身份申请贷款诈骗之念。其通过阿里巴巴网站物色到慈溪市富博电子科技有限公司法人代表虞某的帐号及个人信息,并且通过qq购买了虞某的帐号。被告人杨某侵入该账户后,更改绑定了作案使用的手机,且使用虞某的身份信息办理了浦发银行卡。此后,被告人杨某冒用虞某的阿里巴巴国际站账户,得到了浙江阿里巴巴小额贷款股份有限公司贷款18万元,法院认定杨某以非法占有为目的,骗取他人财物,数额巨大,其行为已构成诈骗罪。

## (三) 骗取贷款罪(贷款诈骗罪)

吕某一案一审刑事判决书 [(2015)绍越刑初字第1357号]

辩护人辩称被告人吕某作为小额贷款公司(越信公司)的工作人员,其主体身份不符合违法发放贷款罪的构成要件,因为小额贷款公司不是刑法规定的其他金融机构。

法院经审理查明,越信公司系浙江省政府金融办公室批准并经绍兴市工商行政管理局登记注册成立的具有法人资格的股份有限公司。中国人民银行于2009年11月30日颁布了《金融机构编码规范》,确定了小额贷款公司的编码为金融机构二级分类码Z-其他,



将小额贷款公司纳入了金融机构范围。浙江省人民政府办公厅关于小额贷款公司健康发展的若干意见(2009年5月31日)明确小额贷款公司是从事小额放贷和融资活动的新型农村金融组织。因此认定吕某符合违法发放贷款罪的构成要件。最终认定吕某构成了违法发放贷款罪。

既然法院可以认定小额贷款公司属于其他金融机构,其工作人员可以构成违法发放贷款罪,那我们自然也可以认定,被告人如果骗取了小额贷款公司的贷款也可以被认定为骗取贷款罪或者贷款诈骗罪。

## 十二、未实际取得贷款的犯罪形态

### 骗取贷款罪的未遂犯

陆建羽诈骗罪,陆建羽合同诈骗罪等一案 [(2013)浙杭刑初字第3号]

2008年12月,被告人陆建羽以银转公司名义向中信银行余杭支行申请贷款人民币800万元,同时采取代签董某甲等股东签名、加盖伪造的杰顶公司印章的手段伪造杰顶公司股东会担保决议等担保手续,并隐瞒杰顶公司未缴清土地出让金的真相,致使银行方误以为杰顶公司同意以位于安徽省广德县经济技术开发区的20亩国有土地使用权为银转公司申请贷款提供担保。后因银行工作人员发现用作抵押的土地实际并未缴清土地出让金而停止发放贷款,致使被告人陆建羽未实际骗取贷款。

法院认定:在贷款诈骗犯罪中,被告人陆建羽已着手实施贷款诈骗犯罪行为,但因银行发觉而停止发放贷款,致使陆未实际取得贷款,依法亦应认定为犯罪未遂,可以减轻处罚。

## 十三、担保方代为偿还贷款后的法律适用

### 担保人承担担保责任后罪名定性

温浙明集资诈骗罪,温浙明诈骗罪等一案 [(2014)浙杭刑初字第



## 第 72 号]

被告人温浙明隐瞒真实履约能力,虚构资金用途,由保证人杭州市中小企业担保有限公司担保,以妇女国旅的名义向杭州银行科技支行贷款 300 万元。在签订担保服务合同的过程中,被告人温浙明隐瞒履约不能的真相,骗取被害人沈某甲以名下的房产向贷款保证人杭州市中小企业担保有限公司提供反担保。该笔贷款到期后,杭州市中小企业担保有限公司代为偿还贷款本息 3057200.91 元,之后扣除妇女国旅缴存在其处的保证金 40 万元,并向杭州市上城区人民法院提起民事诉讼。经杭州市上城区人民法院判决,由被害人沈某甲实际承担该担保造成的损失 265 万余元。

法院认定:被告人温浙明以非法占有为目的,编造虚假的贷款理由向金融机构申请贷款,采取隐瞒无履约能力的真相,骗取被害人提供担保以及提供虚假的证明文件的方式骗取贷款,最终导致被害人和金融机构承担数额特别巨大的损失,其行为构成合同诈骗罪。



本文原载于《中国律师》杂志 2016 年第 4 期。

# 对资本公积金转增股本征收个税政策的 探析与建议

□唐小平\*



**【摘要】** 以溢价增资所形成资本公积金转增股本是股权投资活动中的惯常操作模式。转增股本环节征收个税这一政策势必对上述投融资模式产生重大影响。本文以该征税方案的合理性为切入点,提出了将转增股本环节针对全体股东计征的个税,调整为在增资环节仅针对老股东股权升值部分计征个税的建议,以期投融资中的个税征收政策更趋合理。

**【关键词】** 溢价增资;资本公积金;转增股本;个税

## 一、问题的由来

溢价增资所形成资本公积金转增股本, 股东是否应缴纳个税,

\* 唐小平, 本所权益合伙人。



长期以来一直存在争议。

《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》(国税发[1997]198号)规定:“股份制企业用资本公积金转增股本不属于股息、红利性质的分配,对个人取得的转增股本数额,不作为个人所得,不征收个人所得税。”此后《国家税务总局关于原城市信用社在转制为城市合作银行过程中个人股增值所得应纳个人所得税的批复》(国税函[1998]289号)又规定:“国税发[1997]198号中所表述的‘资本公积金’是指股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金。将此转增股本由个人取得的数额,不作为应税所得征收个人所得税。”前述两个文件遗留了一个问题:即有限责任公司股东溢价出资所形成的资本公积金转增股本时,自然人股东是否需要缴纳个税?

就上述疑问,持肯定意见者认为:国税函[1998]289号文已将不征收个税的“资本公积金”限定为“股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金”,而“股票”仅是股份有限公司特有的术语,故有限责任公司股东溢价出资所形成的资本公积金,以及股东溢价出资之外的其他原因所形成的资本公积金转增股本,其自然人股东均需交纳个税。<sup>①</sup>

持否定意见者认为:溢价类资本公积转增资(股)本,属于企业投资者投入资本的形态改变和归属变化,根据税法“征税不能侵蚀资本原则”,不论企业投资者还是个人投资者由此增加的资(股)本份额,均不应属于应税所得,不应计征企业所得税或个税。<sup>②</sup>

实践中,认为不应征税的观点一直占上风,税务机关之前也一般不征税。

2015年10月23日,《财政部、国家税务总局关于将国家自主创

<sup>①</sup> 段文涛:《溢价形成的资本公积转增股本征免税问题辨析》,《税务规划》,2012年第4期,第80页。

<sup>②</sup> 骆剑华:《对资本公积转增资(股)本财税问题的探讨》,《财会月刊》,2015年第16期,第87页。



新示范区有关税收试点政策推广到全国范围实施的通知》(财税[2015]116号)发布。该文件规定:“自2016年1月1日起,全国范围内的中小高新技术企业以未分配利润、盈余公积、资本公积向个人股东转增股本时,个人股东一次缴纳个人所得税确有困难的,可根据实际情况自行制定分期缴税计划,在不超过5个公历年度内(含)分期缴纳,并将有关资料报主管税务机关备案。”

2015年11月16日,国家税务总局又发布《国家税务总局关于股权激励和转增股本个人所得税征管问题的公告》(2015年第80号公告),该文件规定:“非上市及未在全国中小企业股份转让系统挂牌的其他企业转增股本,应及时代扣代缴个人所得税。”

随着上述两个文件的出台,资本公积金转增注册资本要不要征收个税的争议,终于尘埃落定。按照上述两个文件,除上市公司或在全国中小企业股份转让系统挂牌的企业以股票发行溢价形成的资本公积转增股本外,其他任何企业以资本公积金转增股本,其自然人股东均需缴纳个税。

## 二、转增股本征收个税政策的主要影响

对于资本公积金转增股本征收个税反响最为强烈的主要是投融资领域。这是因为溢价增资后再转增股本的方式,是股权投资中最为流行的操作模式。

所谓“溢价增资”,是指投资者投给被投资企业的全部资金中,仅有一部分是作为新增注册资本金,而其余部分均是作为资本公积金进入被投资公司。溢价增资的主要优势在于:

首先,可以非常清晰地体现被投资企业的老股东先前的贡献。新股东所投入的全部投资款,实质是其取得被投资企业相应股权的公允对价。而所投入资本公积金的多寡则反映了新、老股东对增资前公司股权升值部分的估值。

其次,溢价增资可以避免老股东提前套现走人。



再次,按当前的税收政策,溢价增资无需缴税。

所谓“转增股本”可以简单理解为以被投资企业的公积金作为增资款,增加公司的注册资本。根据资金来源的不同,公积金分资本公积金与盈余公积金,前者是股东是溢价出资所形成,后者是企业经营所形成。盈余公积金转增股本等于分红后再投入,当然应缴个税;但资本公积金转增,股东无新所得,不应缴税。

由于之前的国税发[1997]198号文以及国税函[1998]289号文对资本公积金转增股本是否征税规定得不甚明晰,故长期以来实务中极少对此种转增行为征收个税。

如资本公积金转增股本不征税,则将溢价增资与转增股本两者结合将可以为老股东节省大笔的税费开支。

如某公司系自然人股东设立,成立时初始实缴注册资本为50万元,两年后某自然人新股东意欲向该公司投资150万,但在增资后的公司只占50%的股权。

为实现上述目的,老股东可以与新股东商定如下投资方案:

双方共同对该公司增资,其中老股东认缴新增注册资本50万元,新股东认缴新增注册资本100万元。只不过老股东所认缴的新增50万元注册资本,实际须由新股东无条件代老股东向公司缴纳。

因新股东代老股东向公司缴纳50万元新增注册资本金通常被认定为是新股东赠予给老股东的财产,故需要向老股东征收 $50 \times 20\% = 10$ 万元的个人所得税。

除上述投资方案外,新、老股东还可以采用如下投资方案:

先由新股东对公司溢价增资,其中增资额为50万,另提供100万元计入公司资本公积金。增资完成后,新、老股东再进一步共同决议将100万元资本公积金转增为股本,让公司的注册资本达到200万元,新、老股东的出资额则相应增加到各100万元。

不难看出,如资本公积金转增股本不征税,第二种方案税负为



零。

### 三、转增环节征收个税欠缺合理性

资本公积金转增股本征收个税明显欠缺合理性。具体理由如下：

第一，“无所得、不征税”应当是所得税征收应遵循的基本原则。

无论是注册资本、还是溢价投入的资本公积金均属于公司财产。资本公积金转增股本，无论是公司还是股东的总体资产均没有发生任何变化。

第二，个税是仅对自然人股东征收的税种。对资本公积金转增股本征收个税，明显对以自然人直接持股为常态的创业群体不利，属于制度对创业者的歧视。另因完全可以通过设立持股公司，以法人股股东的形式参与投融资活动而轻易规避个税。故这种征税政策只是徒增社会成本，对国家、个人均无积极意义。

第三，财税[2015]116号、税务总局公告2015年第80号两个文件将上市公司及新三板企业溢价发行股票所形成的资本公积金转增资本时作为例外处理，有失公允。非上市、未挂牌企业融资渠道更少、融资更为困难，向这些企业征税却不向公众公司征税属于济富劫贫。

### 四、合理化建议及理由

本文建议：以增资环节针对老股东股权升值所得计征个人所得税，取代资本公积金转增股本环节针对全体股东计征个人所得税。具体理由如下：

第一，增资往往伴生于公司股权价已有所增值。

财富有升值，征税才具合理性。对公司追加投资而发生的增资意味着公司获得了新的投入，通常是由于公司健康有序的运营令投资人看好其发展前景所致，也意味着公司原来的股权极有可能已经升值。而公积金转增资本环节，公司并未获得新的投资，看得出来与



公司的发展有什么关系。

第二,在股权流转环节之外新增征税节点有一定的积极意义。

个税征收中,征管最为到位的一直是工资薪金所得,而其他财产性收入所得的征管则相对薄弱。薪金是工薪阶层的主要收入来源。上述现状导致了“穷人反而多交税”的现实——不符合个税调解收入差距的设定目的。

薪金所得的征税频度为每月一次。而自然人所持有的股权,除证券二级市场被普通股民所持有的部分外,其他交易大多不甚活跃。如果一律只将征税环节确定为股权流转环节,则股权升值部分很难被征税。征税频度的巨大差异,导致个税无法发挥股权财富收入的调节功能。另行增加针对股权升值部分的征税节点值得考虑。

溢价增资同股权转让一样具有价值发现功能,且因溢价增资环节时点明确,是比较理想的向老股东征收其股权升值部分个税的契机。将该环节作为新增征税节点,以老股东股权升值部分为征税对象,可在一定程度上增加征税的频度。

第三,股权升值数额(税基)可以按一定的标准核定。

本文认为,至少有如下几种参考方法可用于核定股东所持股权的升值数额:

方法一:参考股权转让情形下对拟出让股权价值的衡量方法——具体见国家税务总局《股权转让所得个人所得税管理办法(试行)》(2014年第67号)第二章的相关规定,然后再减去老股东的初始投资成本。

方法二:参考溢价增资过程中,新股东的入股价格确定老股东的股权价值,然后再扣减其初始投资成本。示例:

增资前某公司实缴资本60万元,两年后有新股东向该公司增资40万元,同时向公司提供100万元的资本公积金。不难看出,各方对增资前该公司的估值已达 $140 \div 0.4 \times 0.6 = 210$ 万元。照此进一步



计算,截至本次增资,老股东所持该公司的股权价值已升值 150 万元。

方法三:直接以溢价增资的溢价部分乘以增资后老股东的持股比例。按此方法,则上例中老股东所持股权的增值额为  $100 \times 0.6 = 60$  万元。

三种方法相比较而言,前两种方法更加契合股权因企业经营而升值,应比照股息、红利进行征税的思路;第三种方法更契合自然人偶然所得,应比照赠予所得进行征税的思路。

此外,纳税义务人显然应仅限于老股东本人,而不能是新股东。

## 五、结语

综上,资本公积转增股本环节计征个税明显欠缺合理性,且极易被规避。

与其针对资本公积金转增股本环节征收个税,不如针对增资环节征税;与其针对转增股本过程的全部股东征税,不如仅针对溢价增资过程中的老股东征税。两相比较而言,后者不仅逻辑更为周延,还可以防止投融资双方只溢价增资不转增股本从而逃避征税的情形发生。

## 参考文献

[1] 李红润、葛长银. 结余权益转增资本的税务处理[J],财务与会计,2011.

[2] 李一飞. 关于资本公积转增资本涉税问题之解析[J],财经界,2013(10).

[3] 段文涛. 溢价形成的资本公积转增股本征免税问题辨析[J],税务规划,2012(4),80.

[4] 王卫星. 增资后的资本公积转增股本如何缴个税[N],中国税务报,2014-5-16.

本文荣获 2015 年浙江省中小企业法治论坛征文二等奖。

# 应用程序( APP )

的

## 商标分类注册

□ 江 力 \* 袁 方 \*



**【摘 要】** 互联网+时代背景下,人们越来越习惯于通过形形色色的应用程序,实现即时通讯、购物支付、旅行预定、游戏娱乐、投资理财等目的。应用程序的开发、运营可谓前景可观,但“西柚”、“嘀嘀”、“微信”应用程序名称与他人已注册商标争议及其引发的争议也引起了多方关注。如何保护应用程序开发商的合法权益,助力应用程序市场的有序发展,成为相关互联网企业关注的焦点。现从商标分类注册角度,针对应用程序应考虑申请的商标类别进行讨论。

**【关键词】** 应用程序;APP;商标;分类注册

\* 江力,本所权益合伙人、杭州市版权保护管理中心法律总监,中国政法大学法学学士。

\* 袁方,本所律师,华东政法大学法学硕士。

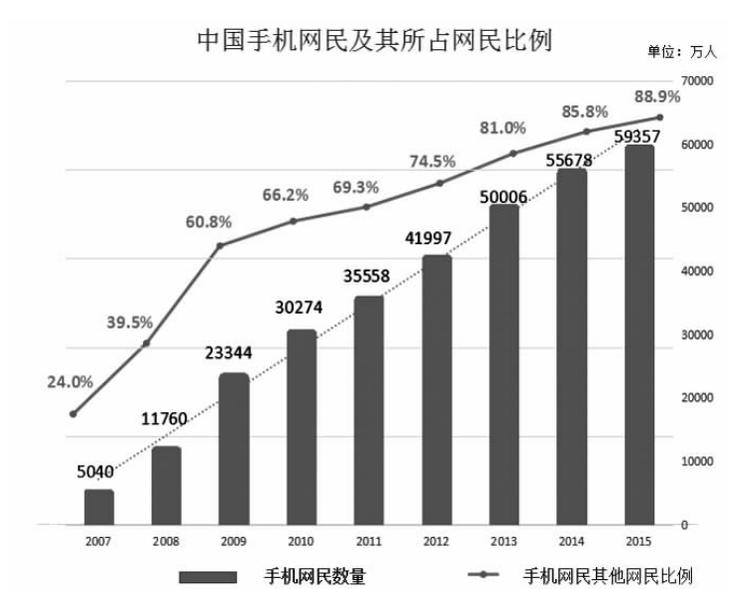


## 一、应用程序的“机”与“危”

应用程序或 APP(Application),简单的说就是可以安装在手机、平板电脑等移动终端上的软件,以实现即时通讯、购物支付、旅行预定、游戏娱乐、投资理财等多项功能。

### 1. 应用程序之“机”

中国互联网络信息中心(CNNIC)最新发布的互联网发展统计报告,截至 2015 年 6 月中国网民达 6.68 亿人,手机网民达 5.94 亿人,占网民总数 88.9%。随着中国手机网民数量逐年稳步增长,应用程序有深厚的受众基础。



数据来源:中国互联网络信息中心互联网发展统计报告(2015年6月)

从用户对应用程序的使用率看,2015年上半年,手机支付、手机网购、手机旅行预订用户规模分别达到 2.76 亿、2.70 亿和 1.68 亿,半年度增长率分别为 26.9%、14.5%和 25.0%。手机应用促使用户消费行为逐步改变,用户数量的增长将进一步促使消费类手机应用程序价值的提升。因此,对于互联网企业依靠应用程序而成功获得融



资的新闻,比较普遍并越来越被人们了解和接受。

## 2. 应用程序之“危”

应用程序,仰仗智能手机和移动设备的更新换代,乘着互联网特别是移动网络发展的东风,几乎在短时间就爆炸式的发展了起来。应用程序发展快速,开发运营主体更关注应用程序的研发推广运营,而忽视了及时对应用程序进行法律保护。由此引发的诸如“西柚”、“嘀嘀”、“微信”等 APP 名称与他人已注册商标相同或类似而引发的侵权纠纷,应用程序被迫更名,应用程序开发主体面临巨额赔偿的事例。本文将针对应用程序的商标保护展开讨论。

## 二、应用程序名称的商标分类注册保护

商标的本质是一种标记,其功能是将一种商品或服务与他种商品或服务区分开来。每个注册商标都应指定用于特定商品或服务类别。在我国,申请人向商标局申请商标注册,经商标局审查核准后获得商标权——商标专用权,即在核定的商品或服务范围内,排他性使用核定的商标的权利;禁止他人在相同商品或服务类别上,使用与核定注册商标相同的标记;或在容易导致混淆时,禁止他人在相同或类似商品或服务类别上,使用与核定注册商标相同或类似的标记的权利。<sup>①</sup>

### (一)应用程序能在哪几类上申请商标

应用程序商标需要在哪几类上申请注册,取决于应用程序提供的商品与服务。以这个角度进行分析:应用程序首先来源于软件开发服务,研发完成后成为一种商品,供人下载、安装、使用;应用程序的使用需要通过网络数据连通交换,应用程序实现了即时通讯、预订、支付、购物、理财、娱乐等各项服务功能,应用程序的一大盈利可能来源于广告。因此,一般来说,应用程序商标需要在以下几个类别进行分类申请注册:

<sup>①</sup> 此处对“禁止权”的描述不包括驰名商标的跨类保护。



### 1. 第 42 类 4220 计算机编程及相关服务

根据国家工商行政管理总局发布的《类似商品与服务区分表》2015 版的规定,第 42 类<sup>②</sup>主要包括“由人,个人或集体,提供的涉及复杂领域活动的理论和实践服务;这些服务由诸如化学家、物理学家、工程师、计算机程序员等专业人员提供”。应用程序首先需要经过软件设计开发,故可以在第 42 类有关软件开发的类别,如计算机设计 420139,计算机软件更新 420140,计算机软件出租 420159,计算机软件维护 420176,计算机软件咨询 420204 等都可能涉及。另外,非单机应用程序运行涉及数据的上传和下载,故需要与服务器进行数据交换,故可能涉及第 42 类 4220 计算机编程及相关服务中的“远程数据备份 420225”、“电子数据存储 420226”、“云计算 420229”等类别。

### 2. 第 9 类 0901 计算机和数据处理装置

应用程序,首先是一种软件程序,与传统软件程序不同在于安装在手机、平板电脑等移动设备上。第 9 类尤其包括“不论录制媒体或传播途径的所有的计算机程序和软件,即包括录制在磁性媒体上的软件或从远程计算机网络上下载的软件”。故手机应用程序商标,应在第 9 类上进行申请,如“计算机程序(可下载软件)090658”、“可下载的计算机应用软件 090717”等。

### 3. 第 38 类 3802 通讯服务

第 38 类主要包括“至少能使二人之间通过感觉方式进行通讯的服务。这类服务包括:(1)能使一人与另一人进行交谈;(2)将一人的消息传递给另一人;(3)使一人与另一人进行口头或视觉的联系(无线电和电视)”。应用程序,尤其是即时通讯类应用程序,以及内嵌能够实现及时通讯类功能/服务的应用程序,其商标注册都应涉及 3802 通讯服务,如信息传送 380004,电话通讯 380010,移动电话通

<sup>②</sup> 以下所称类别均根据《类似商品于服务区分表》2015 版。



讯 380022, 计算机终端通讯 380023, 提供与全球计算机网络的电讯联接服务 380037, 提供全球计算机网络用户接入服务 380040, 提供互联网聊天室 380043, 提供数据库接入服务 380044, 语音邮件服务 380045, 数字文件传送 380047, 提供在线论坛 380050, 数据流传输 380051 等。

#### 4. 第 35 类 广告, 实业经营, 实业管理, 办公事务

第 35 类主要包括“由个人或组织提供的服务, 其主要目的在于:(2)对工商企业的业务活动或者商业职能的管理进行帮助; 以及由广告部门为各种商品或服务提供的服务, 旨在通过各种传播方式向公众进行广告宣传。本类尤其包括: 为他人将各种商品(运输除外)归类, 以便顾客看到和购买; 这种服务可由零售、批发商店通过邮购目录或电子媒介提供, 例如通过网站或电视购物节目; 广告单位的服务, 以及直接或邮寄散发说明书或者样品的服务; 本类可涉及有关其他服务的广告, 如银行借贷或无线电广告服务。”。无论是上线之初还是在积攒了一定用户数量后, 广告是应用程序的主要盈利方式之一。因此, 应用程序需要在第 35 类上进行注册, 具体如计算机网络上的在线广告 350084, 在通讯媒体上出租广告时间 350087, 为零售目的在通讯媒体上展示商品 350092, 广告稿的撰写 350099, 广告版面设计 350101, 广告片制作 350104, 点击付费广告 350113 等。

除以上应用程序普遍需要注册的商标类别外, 应用程序需根据其提供的商品及服务内容来考虑需要申请注册的类别。以下提供一个实例供参考。

#### (二) 应用程序商标分类注册实例——以“蘑菇街”为例

蘑菇街是杭州卷瓜网络有限公司旗下的网站, 提供衣服、鞋子、箱包、配饰和美妆等领域的商品, 其特点不在商品数量, 而在时尚买手“做挑选的能力”, 突出“搭配和购物分享”, “成立四年来, 蘑菇街

注册用户数已突破一个亿,移动端月活跃用户超过 6000 万”。

蘑菇街十分重视对其应用名称进行商标分类注册。截至 2015 年 12 月 10 日,国家工商总局商标查询显示,杭州卷瓜网络有限公司注册的与蘑菇街有关的商标(文字/图标/组合)共有 267 条记录,涉及第 9(软件)、42(软件设计与开发)、38(电信)、35(广告)、11(照明、加温等设备装置)、14(珠宝、钟表)、16(杂志、纸制品)、18(箱包)、20(家具等)、21(家庭或厨房用具)、24(床单和桌布)、25(服装、鞋、帽)、26(花边饰品等)、27(铺地板用品)、28(玩具、体育器械等)、29(肉、鱼等食品)、3(洗发水、化妆品等)、30(咖啡、茶、调味料等)、31(农业、园艺等,待审核)、32(啤酒等不含酒精饮料)、33(含酒精饮料)、36(保险、金融等)、37(房屋建筑)、39(运输、商品包装和贮藏)、41(教育、培训等)、43(饭店、餐馆等)、44(医疗、美容服务等)、45(安全保卫咨询、社交陪伴等)等 28 个类别。除上文提供的应用程序一般需要注册的 9、42、38、35 四个类别外,可以看出,蘑菇街已根据其应用程序提供的商品以及相关衍生服务内容对相关商标进行注册,详见下图。<sup>③</sup>



图片素材来源:蘑菇街网站

<sup>③</sup> 第 36 类,蘑菇街联合平安银行推出“蘑菇街理财”;第 37 类,蘑菇街在其办公大楼上使用;第 39 类,蘑菇街推出“精品包装服务”及运输服务;第 41、43、44、45 类是蘑菇街网站/应用的衍生服务。



### 三、结语

本文从商标分类注册实务角度,对应用程序名称在商标注册时如何选择注册类别进行初步讨论。对于程序名称的选取或商标注册的经济性方面等层面尚未涉猎。当然,应用程序面临的风险不仅限于本文讨论的内容,比如如何保护手机应用程序代码、用户界面、配图、文案,如何保护手机应用所体现的新型商业模式及方法等方面,都仍然值得进一步深入研究。

互联网+时代,在抓紧发展机遇,争分夺秒求新求变求创新的时候,在注重聘请专业的开发、推广、运营团队人员的同时,不应放松知识产权的申请和保护。前车之鉴告诉我们,创新企业必须借助专业知识产权法律服务才能越走越远。



本文发表于“无讼阅读”(2016年6月19日)

# 职务侵占罪疑难问题的司法认定

——以刑事裁判典型案例为视角

□ 郭越鸣\*



**【摘要】** 职务侵占罪是刑事司法中的常见罪名,本罪“公司、企业或者其他单位”、犯罪主体、职务便利、财物的认定,是刑法理论和实践的疑难问题和争议焦点。“其他单位”,应与单位犯罪、非国家工作人员受贿罪等罪的“单位”具有内涵和外延的一致性,指具有相对独立的财产和意志、能够承担一定刑事责任的组织,不限于法人,也非包括自然人以外的所有民事主体。“公司”包括一人公司,“企业”原则上不包括个人独资企业和合伙企业。本罪的犯罪主体,包括从事管理和从事劳务,求职、离职过程存在瑕疵但实际代表单位履职的人员。“职务便利”的本质在于对单位财物具有管理、支配的权利,包含了代理单位业务、超越职权范围、内外勾结等特殊情形下特殊职权。财物原则上包括财产性利益,但对于刑法其他条文规定履

\* 郭越鸣,本所律师,华东政法大学法律硕士,前资深检察官,杭州师范大学钱江学院兼职教师。



取过程中获取并出售信息、数据的行为,一般应当按照其他罪名定性,不认定为职务侵占罪。

**【关键词】** 职务侵占罪;单位;犯罪主体;职务便利;财物

刑法第 271 条第 1 款规定了职务侵占罪,职务侵占罪是司法实践中的常见犯罪,<sup>①</sup>也是理论研究的重中之重。<sup>②</sup>但是,无论是理论界还是实务界,对本罪的“其他单位”、犯罪主体、职务便利、财物等构成要素的争议不断,至今未有消弭。<sup>③</sup>2016 年 4 月 18 日施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》大幅度提高职务侵占罪的定罪量刑数额标准,<sup>④</sup>拉大了职务侵占罪和盗窃罪、诈骗罪、贪污罪的定罪量刑标准,进一步激化了上述争议。笔者不揣浅陋,拟结合司法裁判实例,围绕上述争议焦点提出个人浅见,以期对理论研究和司法实践有所裨益。

## 一、职务侵占罪的“公司、企业或者其他单位”认定

### (一)“其他单位”是否要求法人或者依法成立

刑法第 271 条规定:公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收

<sup>①</sup> 比如,根据北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心编制的《2014 中国企业家犯罪报告》披露,在中国裁判文书网于 2013 年 12 月 1 日至 2014 年 11 月 30 日期间公布裁判文书中涉及到民营企业涉嫌罪名的总频次为 782 次,职务侵占罪为 99 次,仅次于虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪,位居第二;又如,根据宁波大学司法实务研究中心与浙江海泰律师事务所刑事部共同编写的《2014 年度宁波民营企业刑事法律风险研究报告》,在 2014 年度宁波地区涉及民营企业犯罪的 107 个案例中,职务侵占罪 17 次(占比 15.89%),与虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪并列第一。

<sup>②</sup> 比如,笔者于 2016 年 5 月 8 日通过维普期刊网,设定“职务侵占”为题名或者关键词,2000 年至今仅法学核心期刊论文就多达 63 篇,法学期刊论文则高达 643 篇;研究职务侵占罪的专著也不鲜见。

<sup>③</sup> 比如,如上所述,法律核心期刊近年来依然刊载不少职务侵占罪的“职务便利”认定、职务侵占罪与盗窃罪的关系等方面的论文;最高人民法院刑事审判部门主办的《刑事审判参考》第 1-100 集发布的共 1018 例案例中,直接涉及以职务侵占定性的就有 8 例,要是包括相关改判、争议的贪污、盗窃、挪用资金、侵占等罪名,则成倍增加;又如,江苏法舟律师事务所“法舟刑事辩护研究中心”根据中国裁判文书网汇编的 323 个无罪案例中,其中涉及职务侵占罪无罪案例高达 13 个。

<sup>④</sup> 根据该《解释》第 11 条及相关规定,职务侵占罪的“数额较大”“数额巨大”的数额起点,分别为人民币 6 万元和 100 万元。



财产。国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的,依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。据此,职务侵占罪的“公司、企业或者其他单位”,从所有权性质上而言,一般而言是指非国有单位。<sup>⑤</sup>问题是,“其他单位”,还包括哪些单位?其内涵和外延该如何界定?是否要求是“法人”?是否与刑法第30条和第163条的“单位”一致?<sup>⑥</sup>

第一种观点认为,此处的单位,应当是和公司、企业同样具有法人资格的非企业法人,比如私立学校、社会团体等,不包括村民小组、业主委员会等群众性自治组织。<sup>⑦</sup>第二种观点认为,此处的单位,不要求具有法人主体资格。<sup>⑧</sup>笔者同意第二种观点。应当说,此处的“单位”,实质上是“被害单位”,应当与犯罪主体的“单位”具有一致性。根据刑法第30条,犯罪主体的单位,一般指具有法人格的公司、企业、事业单位、机关、团体。但我国刑法的单位犯罪毕竟不同于国外的法人犯罪。我国单位犯罪的主体,还包括非法人组织,既包括村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性机构,也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等临时性组织。现代刑法罪刑法定原则的形成、演变过程,充分说明刑法从过去单纯强调形式层面到现代同时强调实质层面。<sup>⑨</sup>也就是说,刑法中的单位范畴,要大于民法中的单位范畴,并非限于法人,只要依法成立、实行独立的经济核算能力,具有相对独立的财产

<sup>⑤</sup> 贪污罪和职务侵占罪的关系,并非是按单位性质系国有还是非国有的简单对应,贪污罪还要求具备“从事公务”的要件,对于国有单位员工基于从事技术性工作、利用熟悉工作环境或者基于私人委托而非法占有财物的行为,可能成立职务侵占罪、盗窃罪或者侵占罪,在此不赘述。

<sup>⑥</sup> 《刑法修正案(六)》对刑法第一百六十三条条文增加了“或者其他单位”之表述,后两高相应将原“公司、企业人员受贿罪”改为“非国家工作人员受贿罪”。

<sup>⑦</sup> 参见莫开勤、罗庆东主编《刑事案例诉辩审评——职务侵占罪、挪用资金罪》,中国检察出版社2014年第2版,第97页。

<sup>⑧</sup> 同见注释7,第98页。

<sup>⑨</sup> 张明楷:《刑法的基础观念》,中国检察出版社1995年版,第16页。



和意志、能够以自己的名义承担一定责任的组织，都应当认定为刑法中的“单位”。刑事司法解释及规范性文件也多次予以确认。比如，1999年7月3日施行的《最高人民法院关于村民小组组长利用职务便利非法占有公共财物行为如何定性问题的批复》规定：对村民小组组长利用职务上的便利，将村民小组集体财产非法占为己有，数额较大的行为，应当依照刑法第二百七十一条第一款的规定，以职务侵占罪定罪处罚。村民小组只是村民委员会下设的组织，并不具备法人格，但实践中的村民小组往往具有班子成员、议事规则和村民自筹的集体财产，具备单位的相关属性。因此，最高人民法院的批复确认了其作为刑法中的“单位”属性。根据当然解释的原理，村民小组的上级组织村民委员会，更应认定为单位。又如，最高人民法院2001年1月21日印发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定：单位的分支机构或者内设机构、部门，以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪，违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的，应认定为单位犯罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没有可供执行罚金的财产，就不将其认定为单位犯罪，而按照个人犯罪处理。显然，单位的分支机构或者内设机构、部门不仅并非法人，往往还不能独立承担刑事责任。最高人民法院明确了刑法的“单位”不同于民法中的“法人”，凸显了刑法解释不同于民法解释的独立品格。刑法关注对犯罪行为的谴责，民法关注对损害的弥补。再如，最高人民法院、最高人民检察院2008年11月20日发布的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》规定：刑法第一百六十三条、第一百六十四条规定的“其他单位”，既包括事业单位、社会团体、村民委员会、居民委员会、村民小组等常设性的组织，也包括为组织体育赛事、文艺演出或者其他正当活动而成立的组委会、筹委会、工程承包队等非常设性的组织。根据体系解释的原理，职务侵占罪的“单位”，应当与非国家工作



人员受贿罪的“单位”一致,也应当与单位犯罪中的“单位”一致。

根据1997年7月3日施行的《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》相关规定,如果具备单位特征,不属于“为进行违法犯罪活动而设立”或“设立后以实施犯罪为主要活动”,就应当认定为单位犯罪。因此,职务侵占罪的“其他单位”,也应适用此规定。即使由于没有依法登记或者没有经主管部门依法批准或备案,形式上存在瑕疵的,都不影响单位的属性认定。司法实践中也持此观点。

【案例1】覃某职务侵占案<sup>⑩</sup>(单位的合法性质认定直接影响有罪无罪的定性)

广西柳江县人民检察院起诉书指控:1998年3月至12月,被告人覃某在担任柳江县百朋镇农村合作基金会(下称农基会)服务部主任期间,指使服务部工作人员在收取部分借款利息时,以占用费和虚设的管理费开票,从中截留72642元不入账,并于12月底造册分掉。其中覃某分得2.7万元,出纳、会计等人各分得1.5万余元不等。公诉机关认为覃某身份国家工作人员,利用职务之便截留公款私分侵吞,构成贪污罪。

广西柳江县人民法院经审理认为:农基会是未经依法批准擅自设立,从事吸收存款、发放贷款等金融业务的机构,不是合法组织,并非国有单位。被告人覃某虽为国家工作人员(百朋镇农经站的农经员),但其在与其公职身份无关且不具备合法主体的组织内从事活动,未受机关委托,不属于从事公务,侵犯的对象是不合法组织从事金融业务产生的利润,不属于刑法意义上的公共财物。故被告人覃某的行为不符合贪污罪的构成要件,也不属于刑法调整范围。

广西柳江县人民检察院抗诉后,柳州市中级人民法院经审理,

<sup>⑩</sup> 见广西壮族自治区柳江县人民法院(2000)江刑初字第26号刑事判决书、广西壮族自治区柳州市中级人民法院(2000)柳市刑二终字第17号刑事判决书。



除了确认一审事实外,还查明:农基会成立后,于1996年取得了广西壮族自治区农村合作基金会办公室办法的“内部融资许可证”。柳州市中院认为:基金会是农村、农业的互助组织,并非金融机构,也不是企业,无需中国人民银行批准及进行工商登记。根据《广西农村基金会设立、变更、撤销审批管理试行办法》(以下简称《办法》),基金会按照《办法》规定取得了“内部融资许可证”,原判认定为不合法组织不当(笔者注:国务院于1999年1月发布3号文件宣布正式统一取缔农村合作基金会)。农基会是集体组织,覃某任职系理事会推选,虽无镇政府等机关委派不属于从事公务,但隐瞒其他股东将不入账的“管理费”私分,属于利用服务部主任的职务便利且具有非法占有的故意。鉴于覃某具有自首、退赃情节,据此,柳州市中院撤销一审判决,以职务侵占罪判处覃某有期徒刑一年缓刑一年。

【案例2】卢某职务侵占案<sup>①</sup>(群众性自治组织属于职务侵占罪的被害单位):

1997年,卢某经上海市闵行区虹光小区上海虹中房屋业主大会推选,被任命为业主管理委员会(下称业管会)执行秘书,负责物业维修资金的筹集、使用和管理的工作。其在履职期间,与某投资公司相关人崔某、顾某的结伙,将存于该公司的业管会基金按照存款年息22%产生的利息,通过告知业管会年息为11%的方式,将利息44万元与崔某、顾某瓜分,其得款25万元。后上海市闵行区人民法院以职务侵占罪判处卢某有期徒刑6年。

笔者认为,上述二个案例体现了职务侵占罪“其他单位”法律属性认定的原则。案例1的一审法院认为基金会系不合法组织,营业款并非公款,被告人在该组织内从事活动并非公务,言下之意即不合法组织、不合法活动、不合法财物不属于刑法保护的法益,不宜追究行为人的刑事责任。案例1的二审法院和案例2的法院则认为,

<sup>①</sup> 同见注释7,第94至100页。



即便被害组织并非法人主体,没有经过严格的业务许可,只要符合相关规定,<sup>⑫</sup>依然应当纳入刑法调整范围。

## (二)“其他单位”是否包括个体工商户和个人合伙

职务侵占罪的单位是否包括个体工商户和个人合伙?第一种意见认为应当包括,主要理由刑民不同,刑法更注重平等保护,个体工商户和个人合伙虽在民法上属于自然人范畴,但可认定为刑法中的单位。<sup>⑬</sup>第二种意见认为不应当包括,理由主要是个体工商户和个人合伙均是特殊的自然人,均不是经济实体,也不是独立的诉讼主体,不符合单位的本质特征。<sup>⑭</sup>

笔者同意第二种意见。判定个体工商户、个人合伙是否具有职务侵占的犯罪主体资格,关键看是否具备“单位”的组织体特征。法律对个体工商户和个人合伙具有明确规定。根据《民法通则》第26条和《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见》第41条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第59条等相关规定,个体工商户不是组织,而是与自然人、法人、非法人组织并列的民事主体,可以营业执照登记的业主(户主)名义作为诉讼主体参与民事诉讼。根据上述相关规定,个人合伙是非法人组织的一种,按是否起字号分别以登记的字号或者全体合伙人为诉讼当事人,负责人或者推举人作为诉讼代表。可见,个人合伙属于松散的组织。

如上所述,刑法中的单位,无论是犯罪主体还是被害对象,都是具有相对独立财产和意志且能够承担法律责任的相对独立组织。个

<sup>⑫</sup> 遗憾的是,本案例并没有披露业管会是否经过备案程序,根据住房城乡建设部《业主大会业主委员会指导规则》第三十三条和第三十四条的规定,业主委员会选举产生和相关备案事项变动后,应向物业所在地的区、县房地产行政主管部门和街道办事处、乡镇人民政府办理备案手续,以及报告变更内容。笔者认为,即使没有备案,也不影响其“单位”属性认定。

<sup>⑬</sup> 张燕山、张可新:《以非犯罪主体为视角析刑法中的单位》,载李洁等主编:《和谐社会的刑法现实问题》(上卷),中国人民公安大学出版社2007年版,第163页。

<sup>⑭</sup> 参见王作富主编:《刑法分则实务研究》(中),中国方正出版社2007年版,第1163-1164页。



体工商户,顾名思义,是指“个体”和“家庭户”,是个人或者家庭投资经营、以个人和家庭财产承担责任的特殊民事主体,本质上与自然人无异。个人合伙,并不是企业形态,也不是独立的诉讼主体,该“组织”松散,法律也并不对合伙的人数、书面协议、议事规则、登记备案等组织体要素进行强制要求,不具备单位的组织体特征,本质上依然是自然人的简单联合。因此,法律也明确规定,其合伙人对外必须承担无限连带责任。个体工商户、个人合伙既非民法意义上的单位,更非刑法意义上的单位。诚然,笔者并不否认个体工商户需经有关部门核准取得营业证照,个体工商户、个人合伙可起字号,也可聘请雇员,享有一些自然人所没有的特殊的权利,但这些权利均系为了方便其从事民事活动,并不能改变其自然人松散组合、无组织体相对独立的本质特征。理论界和司法实践中也主要持第二种意见。<sup>⑮</sup>

**【案例3】张建忠侵占案<sup>⑯</sup> (侵占个体工商户财物不属于职务侵占)**

广东省佛山市禅城区人民法院对自诉人朱绚丽提起自诉的被告人张建忠涉嫌侵占罪一案,经审理查明:2003年,被告人张建忠利用其任佛山市禅城区红太阳不锈钢加工厂(以下简称红太阳加工厂,系个体工商户,投资人朱绚丽)驾驶员的职务之便,在该厂安排其独自一人开车将一批价值人民币8万余元的不锈钢卷带外出送货之际,将该批货物擅自变卖他人,并弃车携变卖所得款4万元逃匿,后被抓获。法院以张建忠犯侵占罪判处有期徒刑一年。

笔者认为,由于个体工商户、个人合伙不属于单位,对于个体工商户、个人合伙所聘的雇员、帮工、学徒,故无论被雇佣或者聘请的人员称谓如何,均不属于具有“职务”,不能成为职务侵占罪的主体。

<sup>⑮</sup> 参见马克昌主编:《百罪通论》(下卷),北京大学出版社2014年版,第850-851页。

<sup>⑯</sup> 参见《刑事审判参考》总第40集第318号案例,法律出版社2005年版,第36-39页。



### (三)“公司”是否包括自然人成立的一人公司

现行《公司法》于2005年修订时增设了关于一人有限责任公司的规定。职务侵占罪的公司是否包括自然人成立的一人公司？在当时公司法修订前后确存有争议，但经过刑法理论界和实务界的研究，现在主流意见一致认为只要一人公司依法成立，具有独立的人格、财产和法人治理结构，不属于“为进行违法犯罪活动而设立”或“设立后以实施犯罪为主要活动”，即只要一人公司从事了一定的合法经营活动，其实施的犯罪应当按照单位犯罪而不是个人犯罪处理。<sup>①7</sup>据此，一人公司也应当成为刑法保护的被害单位，即职务侵占罪的公司包括一人公司。

### (四)“企业”是否包括个人独资企业和合伙企业

按照《个人独资企业法》和《合伙企业法》，个人独资企业是自然人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体，<sup>①8</sup>普通合伙企业是以(普通)合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任的经营实体。<sup>①9</sup>二者与一人公司具有法人格不同，也与个体工商户和个人合伙本质上属于自然人的属性不同。职务侵占罪的“企业”是否包括个人独资企业和合伙企业？一般认为，个人独资企业和合伙企业都是商主体，<sup>②0</sup>具有较为独特的法律属性和法律地位，在法律属性上介于法人和自然人之间。故刑法理论界和实务界除了肯定说、否定说的二种观点外，尚有区别说(也称折中说)。

笔者同意区别说，认为原则上职务侵占罪的其他单位不包括个人独资企业和合伙企业，但特殊情况下则可以包括。主要理由如下：首先，按照《个人独资企业法》和《合伙企业法》的规定，个人独资企

<sup>①7</sup> 参见《刑事审判参考》总第82集第725号案例，法律出版社2012年版，第1页以下。

<sup>①8</sup> 见《个人独资企业法》第2条。

<sup>①9</sup> 见《合伙企业法》第2条。

<sup>②0</sup> 我国商法学界通说认为个人独资企业和合法企业均系商主体，比如赵旭东主编的《商法学》(高等教育出版社(2015年12月第3版)就为该两类企业专设一编，同时与公司专设一编论述。



业和合伙企业毕竟并非法人主体,不具备独立的意志和财产,一般不宜认定为单位犯罪的主体,<sup>①</sup>故一般也不宜认定为被害单位。其次,刑法认定毕竟不同于民法认定,对于规模较大的个人独资企业和合伙企业,尤其是人数众多的按份所有的有限合伙企业,如果具有相对独立的组织机构、财产和意志形成机制,基于刑法重实质认定和公平认定的原则,从法理上看,可以且应当将这类个人独资企业和合伙企业认定为单位犯罪的主体。<sup>②</sup>但是,基于罪刑法定的原则,目前尚不宜将个人独资企业和合伙企业解释为职务侵占罪中的“企业”,从长远来看,可以通过司法解释或者指导案例予以明确。<sup>③</sup>

## 二、职务侵占罪的特殊主体认定

是不是只要被害单位具备上述“公司、企业或者其他单位”的条件,该单位的人员均能构成职务侵占罪的主体呢?实践中,驾驶员、保安、快递员等服务行业的体力劳动者,临时工、实习生、兼职人员等并非单位固定用工人员,通过冒充成为职员和离职后冒充原单位职员的人员,是否属于本罪的主体,都是常见的争议焦点。笔者认为,对于上述人员是否纳入本罪主体应着眼于法益保护,关键在于如何解释“公司、企业或者其他单位人员”的“人员”。

刑法第93条专门对“国家工作人员”进行了规定,全国人民代表大会常务委员会于2000年4月25日专门就“其他依照法律从事公务的人员”进行了立法解释,最高人民法院2003年11月13日印发的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》还进一步对“国

<sup>①</sup> 见江苏省无锡市南长区人民法院(2015)南刑二初字第0010号刑事判决书,判决未支持公诉机关指控的个人独资企业系单位犯罪,而认定为个人犯罪。

<sup>②</sup> 见山东省龙口市人民法院(2014)龙刑初字第16号刑事判决书,判决支持公诉机关指控的个人独资企业系单位犯罪。

<sup>③</sup> 实践中认定个人独资企业系职务侵占罪的被害单位并不鲜见,如吉林省四平市铁东区人民法院(2014)东刑公初字第95号刑事判决书认为:东星网络服务中心系个人独资企业,是经过工商行政管理机关批准设立的营利性经济组织,被告人张某某利用其在该网络服务中心担任网络管理员职务便利侵占收银款,符合职务侵占罪的构成要件;又如重庆市渝中区人民法院(2015)中区法刑初字第00613号刑事判决书等。



家机关”、“委派”、“从事公务”、“其他依照法律从事公务”进行了司法诠释。<sup>④</sup>与此不同,职务侵占罪的“人员”并无任何对应的对应解释,仅有上述的最高人民法院《关于村民小组组长利用职务便利非法占有公共财物行为如何定性问题的批复》就个案进行了批复。理论和实践中对“人员”是否要求限定为正式员工、从事管理工作,曾经历了一个从严格要求到具体区别的转变过程。

### (一) 驾驶员、保安、快递员等人员是否属于本罪主体

驾驶员、保安、快递员基本上属于从事体力劳动,如果其占有的单位财物并非其职权所管理、经手的,不能成为职务侵占罪的主体,反之,原则上都应当认定为职务侵占罪的主体。

#### 【案例 4】邵某职务侵占案<sup>⑤</sup>(驾驶员属于职务侵占罪主体)

2015 年 1 月 21 日下午,被告人邵某、顾某某经预谋后,利用被告人邵某系被害单位张家港保税区诚安达运输有限责任公司驾驶员负责运送乙二醇 37 吨(连车总重 54.3 吨)的职务便利,在苏州市吴江区盛泽镇吴江新民化纤有限公司卸货时,采用由被告人邵某控制阀门进行截留 18 吨,在出门过磅称重作弊制造全车已卸货假象并由被告人顾某某以几百元收买 A 保安的手段,希望让保安签收 37 吨的磅单。在保安接到库房要求重新检查过磅电话且未签单时,二人随即匆忙开车逃离,后将其车内的价值人民币 104200 余元的乙二醇销赃得款人民币 79700 元。一审法院以职务侵占罪,判处邵某有期徒刑二年三个月,判处顾某某有期徒刑二年十个月,二审维持原判。

对本案的定性,存在三种意见:第一种是认为邵某、顾某某构成职务侵占罪,理由又分为利用邵某的职务便利和利用 A 保安职务便

<sup>④</sup> 按照《最高人民法院关于司法解释工作的规定》,纪要并不属于司法解释,不能直接作为依据写入裁判文书,但在司法实践中广为遵照执行,实际上具有司法解释的同等效力。

<sup>⑤</sup> 见苏州市吴江区人民法院(2015)吴江刑二初字第 00496 号刑事判决书、苏州市中级人民法院(2016)05 刑终 163 号刑事裁定书。



利；第二种认为邵某、顾某某构成盗窃罪，理由在于邵某仅是运输驾驶员，不具备职务便利，乙二醇是封缄物；第三种认为邵某、顾某某构成诈骗罪，理由在于邵某、顾某某主要作案手段是过秤作弊，A保安打出榜单主要是因为受骗而非拿到好处。笔者认为，第二种、第三种意见虽有一定理由，但均不够准确。第三种意见没有正确认识到本案的受害单位是张家港保税区诚安达运输有限责任公司而非吴江新民化纤有限公司，保安打单后并未签单确认，并无处分行为，自然不会依单向张家港保税区诚安达运输有限责任公司付款，吴江新民化纤有限公司并无实际损失。第二种意见认为邵某是运输驾驶员而无职务便利，并不准确。应该说，除了公私属性不同，职务侵占罪的“职务”并不等同于贪污罪的“职务”。就内涵而言，“职务”的基本含义指职位规定应当担任的工作。<sup>②4</sup>但是，职务是一项工作，并不等同于“职权”，利用职务便利不限于利用管理职权。职务除了职权性的管理活动，也包括具体的业务活动，即持续地、反复地从事的工作，也区别于临时性、一次性的委托事项。显然，邵某作为驾驶员，并非临时受托运输，而是基于其长期、固定的岗位职责，应当认定为职务侵占罪的主体。<sup>②5</sup>当然，如果驾驶员是临时性接受委托从事某事务，则不应当认定为其职务便利，自然也不属于职务侵占罪的主体。比如，阳某原系某公司的驾驶员，平时经常驾车送公司出纳员赴银行提取单位的工资款。一次，公司出纳员因身体不适请阳某代为提取，阳某提款40万元以后卷款而逃。<sup>②6</sup>此案驾驶员阳某将临时代为保管的他人财物非法占为己有，应当构成侵占罪而非职务侵占罪。

随着现代运输业、物业、快递业的迅猛发展和劳务派遣的广泛兴起，驾驶员、保安、快递员确实已不像以往仅仅从事辅助性的工作，基本上都是独立开展某方面的工作。根据具体职责情况，驾驶

<sup>②4</sup> 参见《现代汉语词典》，商务印书馆2002年版，第1616页。

<sup>②5</sup> 至于乙二醇是否属于封缄物，在此不展开讨论。

<sup>②6</sup> 黄祥青著：《刑法适用疑难破解》，法律出版社2007年版，第281页。



员、保安、快递员是完全可以成为职务侵占罪的主体。<sup>②9</sup>

## (二)临时工、实习生、兼职人员等非正式员工是否属于本罪的主体

司法实践中,临时工、实习生、兼职人员等利用从事单位业务活动的便利条件,侵占所在单位财物的现象并不鲜见,这些主体是否属于本罪的主体存有争议。比如笔者所办理的卜某职务侵占案。

**【案例5】卜某职务侵占案<sup>③0</sup>(用人单位非法用工的员工属于职务侵占罪主体)**

2011年4月,卜某到杭州某汽车配件有限公司应聘,公司让担任售后退货员利用管理售后退货,约定先试用一段时间,公司未与其签署劳动合同也不缴纳社会保险,工资给其发放现金。试用期间,卜某单独或伙同公司销售员、仓库发货员等人,利用管理售后退货、经手公司仓库的汽车配件等职务便利,多次侵占经手配件、从公司仓库窃取配件,合计价值人民币2.2万余元。

公安机关以盗窃罪移送审查起诉,笔者提出了职务侵占罪的定性意见,检察机关以此罪名起诉后,获得了法院生效判决支持。本案中,汽配公司违法用工,卜某并非公司的正式员工。但是,如上所述,相对于民商法注重刑事合理性,刑法注重的是实质合理性。职务侵占罪主体评价的关键并非是有无在职、在编人员身份的形式,而是在一定时期内是否履行工作职责。理论界和实务界也持此观点。比如于庆伟职务侵占案。<sup>③1</sup>于庆伟是北京市联运公司海淀公司临时工,负责从本单位领出货物并办理托运手续等发送业务,在发货时将价值2万余元的货物取出,分别藏匿于女友处和寄给朋友。法院将起

<sup>②9</sup> 见上海市长宁区人民检察院诉李江职务侵占案,载《最高人民法院公报》2009年第8期;又如,笔者于2016年5月22日,以“刑事+职务侵占罪+驾驶员”复合条件在“无讼案例网”检索,出现裁判文书就多达1077份;以“刑事+职务侵占罪+快递员”复合条件在“无讼案例网”检索,出现裁判文书就多达1052份;以“刑事+职务侵占罪+快递员”复合条件在“无讼案例网”检索,出现裁判文书就多达109份。

<sup>③0</sup> 见杭州市拱墅区人民法院(2012)杭拱刑初字第247号刑事判决书。

<sup>③1</sup> 见《刑事审判参考》2003年第2期总第235号案例,法律出版社2003年版。



诉罪名盗窃罪改判为职务侵占罪。又如贺豫松职务侵占案。<sup>③</sup>贺豫松系郑州火车站委外装卸工,2003年至2005年间,其在当班装卸旅客托运的行李、包裹时,多次窃取手机、电脑、电磁炉等物品,合计价值4万余元。法院将起诉罪名盗窃罪改判为职务侵占罪。再如刘宏职务侵占案。<sup>④</sup>刘宏在公司担任车间代理主任,2007年7月合同到期后,因公司暂停生产,未与其续签合同。9月,刘宏利用其保管的仓库的一把钥匙(仓库有二把锁),趁车间暂停生产无人之机,采用开锁和撬锁的方式,进入仓库窃得合计价值5万余元的财物并销赃。法院将起诉罪名盗窃罪改判为职务侵占罪。这些指导案例充分说明,临时工等非正式用工可以成为职务侵占罪的主体。

### (三)冒用身份取得职务的人员能否成为本罪的主体

对于冒用身份取得职务的人员,是否可以成为职务侵占罪的主体,笔者认为不可一概而论。一般而言,对于冒用身份取得职务,如果是基于职务较长一段时间稳定履行职责,在此过程中利用职务之便侵占所在单位财物的,应当认定为职务侵占罪;反之,如果是基于隐瞒身份取得信任,随即骗取财物逃离的,则应当认定为诈骗罪。

**【案例6】马某诈骗案<sup>⑤</sup>(虚构事实同时或先后应聘,向招聘单位以项目招待费用报销等名义骗取财物应认定为诈骗罪)**

被告人马某虚构其长期和军队做项目,到有关公司应聘销售经理、采购经理、客户经理等职务,尔后虚构项目招待费、报销等名义从公司领取款物。2011年4月至2012年10月,马某以上述手段先后或者同时到九个公司应聘并担任经理,在每个公司分别骗得价值2万至10余万不等的款物,合计68万余元。公诉机关以诈骗罪起诉,辩护人以职务侵占罪辩护。法院审判认为,马某虽经应聘取得了被害单位客户经理的职位,其虚报的招待费等款项亦属于利用职务

<sup>③</sup> 见《刑事审判参考》2007年第4集总第452号案例,法律出版社2007年版。

<sup>④</sup> 见《刑事审判参考》2008年第6集总第516号案例,法律出版社2009年版。

<sup>⑤</sup> 见北京市海淀区人民法院(2013)海刑初字第1592号刑事判决书。



便利谋取公司财物的行为,但其连续9次通过虚构项目而获得职务,并借此虚报职务费用的行为,本质上系马某为达到诈骗目的而实施的手段行为,故应当认定为诈骗罪。最终,马某被一审法院判处有期徒刑11年后未上诉,判决随后生效。

本案中,一审法院认为,诈骗罪和职务侵占罪存在法条交叉竞合。<sup>⑤</sup>一般情况下,诈骗通常作为职务侵占的手段行为,应当按照目的行为吸收手段的原则,应认定为职务侵占罪。但是,在目的行为系轻行为手段行为系重行为、特定案件事实中目的行为和手段行为吸收关系逆转、职务侵占罪的构成要件不完全的特殊情况下,应当认定为诈骗罪一罪。本案符合前二种情形,其一,诈骗罪的处断重于职务侵占罪;其二,马某在较短时间内在9家公司任职,且同一时段内在不同公司的任职,可见并非真正意义的履职,不应当认定为职务主体。<sup>⑥</sup>

笔者认为,一审判决的结论是对的,第二点理论作为依据也是较为充足的,但是第一点理由并不能成立。诈骗罪和职务侵占罪是有所交叉的,但重合部分属于一般和特殊关系,应当适用特别法条优先的处断原则,并非牵连犯关系适用从一重的处断原则。马某之所以被判处诈骗罪,体现出了刑法实质认定原则。如果行为人因其他原因而不是因非法占有的动机冒充身份应聘取得职务,在履职过程中侵占财物的,则应认定为职务侵占罪。

【案例7】姚某诈骗案<sup>⑦</sup>(冒用身份应聘后利用职务便利侵吞货款  
应性职务侵占罪)

2014年3月份,被告人姚某以“古瞻峰”的虚假身份证通过网上应聘到汕头市潮阳区棉北街道得源饲料厂担任货运驾驶员。同年7

<sup>⑤</sup> 比如,张明楷教授认为贪污罪与侵占罪、盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪在法条上是特别关系,贪污罪中的骗取行为,必然符合诈骗罪的犯罪构成。反之,符合诈骗罪的构成要件行为,不一定符合贪污罪的构成要件。对于同时构成诈骗罪、贪污罪的行为,不应认定为诈骗罪。见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年第4版,第1048页。

<sup>⑥</sup> 肖中华:《刑事疑难问题典型案例评析》,法律出版社2015年版,第237-238页。

<sup>⑦</sup> 见汕头市潮阳区人民法院一审(2015)汕阳法刑二初字第162号刑事判决书。



月18日,得源饲料厂负责人安排被告人姚某与江某一起运载货物往揭阳市并收回货款,被告人姚某见有机会侵吞货款,便说服郑某由其一人负责送货。随后被告人姚某便独自一人开货车将货物运载至揭阳市交还货主郑某,并收回货款现金人民币37550元,被告人姚某随即携带货款逃离,后用于偿还赌债。公诉机关以职务侵占罪起诉,被告人和辩护人对指控罪名没有异议,法院以职务侵占罪判处姚某有期徒刑一年。

本案就是典型的冒充他人身份应聘,后再履职过程中产生非法占有目的,利用职务便利占有单位财物的典型案例。应当说,以虚假的身份应聘后在履职过程中利用职务便利非法占有所在单位财物的定性,在理论界和实务界均争议很大。<sup>③</sup>《最高人民法院研究室关于对行为人通过伪造国家机关公文、证件担任国家工作人员职务并利用职务上的便利侵占本单位财物收受贿赂挪用本单位资金等行为如何适用法律问题的答复》规定:行为人通过伪造国家机关公文、证件担任国家工作人员职务以后,又利用职务上的便利实施侵占本单位财物、收受贿赂、挪用本单位资金等行为,构成犯罪的,应当分别以伪造国家机关公文、证件罪和相应的贪污罪、受贿罪、挪用公款罪等追究刑事责任,实行数罪并罚。笔者认为,基于客观主义立场,上述答复意见值得参照,对于冒充身份担任公司、企业或者其他单位职务的,又利用职务上的便利实施侵占本单位财物的,应当认定为职务侵占罪。当然,笔者提出的仅是一般的区分意见,关键还是要结合具体案情具体分析。

#### (四) 离职后冒充原单位职员能否成为本罪的主体

离职后冒充原单位职员的人员,是否可以成为职务侵占罪的主体,不可一概而论。一般而言,只要被害单位在解除行为人的职务时

<sup>③</sup> 比如,关于以虚假身份应聘司机开走单位汽车如何定性,陈兴良、曲新久认为应当定职务侵占罪,而刘明祥则认为应当定诈骗罪,参见刘卉、刘金林:《不同犯罪论体系会不会影响司法统一》,载《检察日报》2009年12月11日第3版。



履行了公示义务而无过错,行为人冒充原单位职员骗取原单位客户货款,一般应认定为诈骗罪;反之,被害单位并未有效解除行为人的职务时,行为人实质上仍继续履行职务的,造成单位客户基于表见代理情形下的合理信赖,一般则应定性为职务侵占罪。

【案例8】梁某职务侵占案<sup>⑧</sup>(离职后继续利用原单位职务身份取得客户货款应认定为职务侵占罪)

被告人梁某长期担任某保险公司职员,期间,利用职务之便收取投保人保费40290元后挥霍。2010年3月1日,公司对其作出通报批评并解除保险代理合同,但未收回空白合同、保单、收据等物。后梁某隐瞒被解除保险代理的事实,继续持相关手续,收取投保人保费78132元并挥霍。后梁某投案自首。一审法院认定梁某分别构成职务侵占罪和诈骗罪,分别判处有期徒刑一年六个月和三年,合并执行有期徒刑是三年。梁某上诉后,二审法院改判为职务侵占罪一罪,判处其有期徒刑三年,缓刑五年。

笔者认为,本案二审法院改判是正确的。梁某虽然被解除保险代理关系,但其仍拥有空白合同、保单、收据,足以以原职务身份履行职责,从民事角度上而言成立表见代理,投保人并无过错,也不应承担损失,并非实际被害人;而保险公司应当履行保险合同,属于实际上的被害方。故梁某被解除代理合同的后续行为应构成职务侵占罪而非诈骗罪。

### 三、职务侵占罪的利用职务便利认定

#### (一)职务便利与劳务的区分

根据我国职务侵占罪的立法演变可以看出,“职务”是严格区别于“公务”的。<sup>⑨</sup>最高人民法院2003年11月13日印发的《全国法院

<sup>⑧</sup> 见昆明市中级人民法院(2014)昆刑一终字第28号刑事判决书。

<sup>⑨</sup> 1979年《刑法》没有职务侵占罪的罪名,1988年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》虽然扩大了贪污罪的主体范围,但仅将公司中从事管理活动的人员均纳入贪污罪的主体,1997年《刑法》增加了职务侵占罪,意味着职务有别于公务。



审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》专门规定：公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。如国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务。那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，如售货员、售票员等所从事的工作，一般不认为是公务。问题是，职务是否包括劳务活动、技术服务工作呢？

笔者认为，所谓“职务”，指职位规定应当担任的工作，其本质在于对单位财产的控制、支配地位。<sup>①</sup>职务侵占罪的保护法益是公司、企业或者其他单位的财产占有关系，而现代服务业的兴起，决定了大量的劳务型单位、服务型单位的广泛存在，为了平等、充分保护此类单位的财产，利用职务上的便利应当包括从事职权性管理活动的便利和从事劳务活动、技术服务工作的便利。否则，劳务人员利用劳务之便侵占本单位财物的行为，不可能归入侵占罪或者其他罪名进行评价，显失公平。司法实践中，驾驶员、保安、快递员等基本从事劳务活动的人员被认定为职务侵占罪的主体，也充分说明了职务包括劳务活动、技术服务活动，在此不再赘述。<sup>②</sup>

当然，对于并非利用从事劳务对财物控制、支配的职务便利，而是利用对工作环境的熟悉来窃取财物的行为，应认定为盗窃罪而非职务侵占罪。

**【案例9】赵某盗窃案<sup>③</sup>（利用熟悉工作环境窃取财物应认定为盗窃罪）**

被告人赵某原系河南省濮阳市“腾力大厦”总服务台收银员。

<sup>①</sup> 在1997年《刑法》修订颁布之时，有学者就指出，刑法第271条的罪名应当概括为“公司、企业、单位人员贪污罪”，见张明楷：《刑法学》，法律出版社1997年版，第787页。

<sup>②</sup> 实践中近期的典型案例即分析可参见《劳务派遣型“监守自盗”行为的定性》一文及对应的案例，载国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院2015年度案例——刑法总则案例》，中国法制出版社2015年版，第21-24页。

<sup>③</sup> 见《刑事审判参考》2003年第2集总第246号案例，法律出版社2003年版。



“腾力大厦”总服务台收银员采用轮流值班制,收银员在值班时收取的钱款保存于总服务台现金抽屉,并应于轮班时交接或上缴。该现金抽屉及钥匙由当值收银员轮流保管使用。1999年3月中旬某日,赵某在“腾龙大厦”总服务台值班时,利用其当值掌管钥匙之便,私配了一把总服务台现金抽屉的钥匙,伺机行窃。3月17日凌晨4时许,赵某选择在他人值班之日,趁无人之际,用私配的钥匙打开存放现金的抽屉,窃得现金19905元后逃离。

本案就是典型的利用熟悉工作环境而窃取所在单位财物的典型案例。赵某从事劳务性质的收银工作,具有管理、支配账款的职务便利,但其并没有利用此职务便利侵吞账款,而是选择自己不当班又无人之际的窃取手段,尽管客观上也利用了其在履职过程中掌管钥匙的职务之便,但这并非是认定其犯罪行为性质的决定因素。

## **(二) 代理公司业务签署合同而非法占有货款是利用职务之便还是利用合同进行诈骗**

【案例10】宋某职务侵占案<sup>④</sup>(利用代理公司业务的职务之便将签订合同所得财物予以侵吞应认定为职务侵占罪)

2011年8-9月,被告人宋某经人介绍与“瑞阳公司”口头约定,为该公司销售无氧铜丝,对外以“瑞阳公司”名义与客户签约,货款由客户打入指定账户,对内被告人宋某不受公司人事管理的约束,不参与考勤等事项,仅按照其销售数量获取每吨50元的报酬。2013年3月至4月,宋某以“瑞阳公司”名义与多家公司达成供货协议,上述公司按照协议将货款打入宋某指定账户。到款后,宋某将其中81万余元占为己有,用于购买彩票。后宋某投案自首。

公诉机关以合同诈骗罪和职务侵占罪提起公诉,被告人和辩护人认为宋某签约行为系职务行为,购买彩票不属于非法占有,应认定为挪用资金罪一罪。法院经审判以职务侵占罪判处有期徒刑十

<sup>④</sup> 见宿迁市中级人民法院(2014)宿中刑二终字第0057号刑事判决书。



三。梁某以同样理由上诉后，二审法院维持原判。

笔者认为，本案宋某利用了职务之便，也存在一些的欺骗客户和公司的行为，但界定宋某行为性质的关键在于其非法占有款项的归属性质和其是否利用职务之便。如果宋某占有的款项属于其所在单位，则其行为应认定为职务侵占罪，如果宋某占有的款项属于客户支付给宋某个人，则其行为应认定为合同诈骗罪。宋某行为属于代理“瑞阳公司”的行为而非个人行为，其与客户签署的合同也是有效的，客户打入的款项应当认定为“瑞阳公司”所有。宋某采用欺诈方式要求客户打入自己指定的账户而非“瑞阳公司”账户、未上交货款给“瑞阳公司”并非占有财物的决定方式，其具有收取货款的职务之便才是决定方式。因此，判决是正确的。实际上，司法实务主要持此意见。比如《刑事审判参考》刊载的虞秀强职务侵占案，与本案极其相似。<sup>⑤</sup>金维公司与陈敏公司开展合作，由金维公司提供资金、陈敏公司提供场地和设备。后陈敏公司亏损，虞秀强作为金维公司的副总经理，以金维公司名义与巨化锦纶厂发生业务关系，巨化锦纶厂按惯例将 38 吨己内酰胺销售给代表金维公司的虞秀强，虞秀强在收到本应交给公司的货物后，以非法占有为目的，擅自将货物予以销售，取得货款及销售款 759750 元后，除用于支付宏大经营部等三家单位货款及运费，个人将其余 444310 元予以侵吞。公诉机关和一审法院认定虞秀强构成合同诈骗罪和职务侵占罪二罪，虞秀强上诉后，二审法院改判为职务侵占罪一罪。

### （三）超越职权范围实施欺诈行为而非法占有财物是否属于利用职务之便

司法案例中，有的行为人在履职过程中超越职权范围，对所在单位的客户、顾客实施欺诈行为，骗取客户、顾客支付款项。此种行为该认定为职务侵占罪还是照诈骗罪，存有争议。

<sup>⑤</sup> 见《刑事审判参考》2008 年第 2 集总第 484 号案例，法律出版社 2008 年版。



【案例 11】董佳、岑佳、胡群等职务侵占案<sup>⑥</sup>（以假充真侵占门票收入款的行为构成职务侵占罪）

2000 年 8-9 月，被告人董佳、岑炯、胡群经预谋后商定，利用董、岑两人在上海东方明珠广播电视塔有限公司工作的便利，伪造东方明珠塔观光券出售牟利，随后由胡群负责伪造观光券。后胡群找人伪造观光券并交给董、岑两人。董佳将伪造的东方明珠塔观光券在东方明珠观光塔售票处出售，岑炯则检票让购买伪造观光券者进入东方明珠电视塔进行游览观光。至案发时，已扣押伪造并使用的东方明珠塔观光券 4313 张，其中 65 元票面存根 1392 张，50 元票面 2921 张，董佳、胡群、岑炯从而侵占东方明珠公司的票房收入人民币 236530 元。法院判处董佳、胡群、岑炯构成职务侵占罪。

本案中，被告人董佳、岑炯等以假的观光券冒充真的观光券向游客出售，客观上存在欺骗游客及倒卖伪造票证行为，但不应以诈骗罪和倒卖有价票证罪定罪处罚。董佳等被告人虽实施了以假充真、欺骗游客的行为，但其所意图占有的对象并非游客的财物，而是东方明珠塔的门票收入。欺骗游客、倒卖伪造票证只是被告人达到侵占所在单位东方明珠塔门票收入的一种手段，一种具体的行为方式，意在通过这种“偷梁换柱”的方式来掩盖对单位票款的非法侵占。所以在本案性质的判定中，立足点应当放在非法占有的对象物这点上。首先，本案表面上所直接侵占的是游客的钱款，实质上属于东方明珠公司的应得的门票收入，应当认定为东方明珠公司的财产；其次，游客并未受到损失，并非实质上的被害人，电视塔公司损失了票款，是真正的被害人；再次，董佳、岑炯分别利用售票员和检票员的职务便利，侵占了所在单位的票款收入，完全符合职务侵占罪的构成特征，构成职务侵占罪。

<sup>⑥</sup> 见宿迁市中级人民法院(2014)宿中刑二终字第 0057 号刑事判决书。



#### (四) 内外勾结的职务侵占案件和贿赂对合案件认定

2000年7月8日施行的《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》第2条规定：行为人与公司、企业或者其他单位的人员勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利，共同将该单位财物非法占为己有，数额较大的，以职务侵占罪共犯论处。但是，司法实践中，对于何为利用“利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利”理解，存在争议。比如说，内外勾结的职务侵占案件与贿赂案件难以区分，不少职务侵占案件都曾被当作贿赂案件处理。笔者办理的钱某职务侵占案便是一例。

**【案例12】钱某职务侵占案<sup>④</sup>**(利用采购职务便利抬高采购价格并要求供应商账外给予“回扣”应认定为职务侵占罪)

2009年底至2011年6月，钱某在某公司担任采购员期间，利用负责与供应商谈判采购业务并拟定采购价格的职务便利，与供应商应某在商定采购价格的基础上，再抬高的采购价要求供应商按高价签订合同，并要求公司在多支付采购资金至供应商后，再由供应商扣除因虚高采购款产生的税费后，将余款以“回扣”方式通过现金、转账到个人账户的形式返给钱某。钱某以此方式得款76万余元。

公安机关以钱某涉嫌非国家工作人员受贿罪、应某涉嫌对非国家工作人员行贿罪移送审查起诉。笔者提出了职务侵占罪的整体定性意见，并认为应某属从犯，属情节轻微可不起诉。检察机关以此罪名仅对钱某起诉(对应某以情节轻微不起诉)，获得了法院生效判决支持。本案中，表面上是应某在供销业务中给予某公司的钱某商业“回扣”，应某采购某公司的产品，实质上是钱某利用采购商的优势地位，要求应某配合，采用抬高采购价的诈骗方式，骗取所在单位某公司的钱款，应认定为职务侵占罪。浙江省高级人民法院后将此类

<sup>④</sup> 见杭州市拱墅区人民法院(2012)杭拱刑初字第4号刑事判决书。



案件作为指导案例发布。<sup>⑩</sup>职务侵占行为限于作为而包括不作为,对于企业员工履职过程中不作为且收受对方“好处费”,造成所在单位财物损失,则构成非国家工作人员受贿罪。

【案例 13】余建军、赵德夫职务侵占案<sup>⑪</sup>(职务侵占罪的主观故意是直接故意,且具有非法占有被单位财物的目的,履职过程中单纯不作为而收受“好处费”的构成非国家人员受贿罪)

A 公司是经营供电供热的企业,被告人余建军是该公司的员工,负责供汽管道检查、修理和供汽单位蒸汽流量表安装、检查、修理、抄录蒸汽用量数据以及收取蒸汽价款。

2007 年 6 月,A 公司向 B 公司供应蒸汽。B 公司的赵德夫为了少付蒸汽使用费,擅自拆开蒸汽流量表人为减少用量数据。余建军在抄录蒸汽供应单位,怀疑 B 公司在蒸汽流量表做手脚,但未反映给 A 公司,按照蒸汽流量表的数据抄录,而 A 公司则按照余建军抄录数据与 B 公司结算价款。为了让余建军不将蒸汽流量表动手脚一事反映。2007 年 10 月至 2009 年 3 月,赵德夫先后每月送给余建军 2000 元或者 3000 元现金或者等价的购物卡券,合计 38000 元。期间,B 公司少付给 A 公司蒸汽价款 20 万余元。

2009 年 4 月至 12 月,余建军不再抄表,采用编造数据的方法报至 A 公司并据此结算蒸汽价款并告知赵德夫。赵德夫为了使蒸汽流量表显示的真气用量与 B 公司已付蒸汽使用量享福,有时则适用上述方式认为调整蒸汽流量表显示数据。期间,赵德夫送给余建军财物合计 31000 元,B 公司少付给 A 公司蒸汽价款 24 万余元。

公诉机关以二人涉嫌共同职务侵占罪起诉,一审法院认定,赵

<sup>⑩</sup> 参见浙江省海宁市人民法院(2012)嘉海刑初字第 705 号刑事判决书“缪佩佩职务侵占案”,判决也将公诉机关起诉的非国家工作人员受贿罪改判为职务侵占罪,裁判要旨为:被告人从出卖方所拿回的“回扣款”为本单位多付的款项,构成职务侵占罪,载浙江省高级人民法院编:《案例指导(2012-2013 年卷)》,中国法制出版社 2014 年版,第 50-60 页。

<sup>⑪</sup> 见浙江省绍兴县人民法院(2010)绍刑初字第 592 号刑事判决书、浙江省绍兴市中级人民法院(2010)浙绍刑终字第 294 号刑事判决书。



德夫构成盗窃罪、职务侵占罪,余建军构成非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪。公诉机关抗诉后,二审法院维持原判。

笔者认为,法院对余建军行为的定性是正确的。<sup>⑤</sup>本案可分为二个阶段,第一阶段,余建军主观上并没有非法占有本单位蒸汽的故意和目的,客观上也没有积极编造数据骗取本单位蒸汽的行为,A公司应收款损失是余建军不作为的后果,并非是其积极侵占的对象。虽然客户有调整流量表数据的行为,但余建军并未实施配合或者教唆的行为,二人也不构成共同犯罪。余建军收受的是客户单位的贿款并为其谋取利益,未将客户在蒸汽表动手脚的事项反映给A公司造成单位财产损失,同时也是在履行合同过程中玩忽职守的行为(因其并非国有公司员工,该行为不能追究以国有公司、企业、事业单位人员失职罪追究刑事责任),构成非国家工作人员受贿罪。第二阶段,余建军客观上与赵德夫分工实施,其负责积极编造数据,赵德夫负责人为调整用量数据,共同采用诈骗方式骗取A公司的蒸汽,主观上其已认识其和赵德夫的行为是骗取A公司蒸汽用量的行为,仍积极为之,二人共同构成职务侵占罪。

#### 四、职务侵占罪的财物认定

##### (一)财产性利益是否属于本罪的犯罪对象

我国刑法并没有对“财物”进行定义,也没有区分财产和财产性利益。根据通说,刑法分则第五章的“财物”包含了财产性利益。<sup>⑥</sup>司法实践中,一般也将财产性利益作为财产罪和贿赂犯罪的犯罪对象。比如,2002年4月17日施行的《最高人民法院关于审理非法生产、买卖武装部队车辆号牌等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条第2款(现已被两高2011年8月1日起施行《关于办理

<sup>⑤</sup> 至于赵德夫第一阶段的行为是盗窃还是诈骗,是否值得刑法评价,笔者认为值得商榷,笔者倾向于合同纠纷,不宜作为刑事犯罪,至多只能按合同诈骗罪定性,主要理由是赵德夫的行为并非窃取蒸汽,而是在供销合同中虚构事实,造成实际用量与计量数据不一致的假象,从而骗取供应商按照计量数据收款,供应商遭受损失,赵德夫获利,符合合同欺诈而非盗窃罪的构成要件。

<sup>⑥</sup> 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年第4版,第841页。



妨害武装部队制式服装、车辆号牌管理秩序等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》取代,该解释第6条沿用并扩充了该规定)明确规定:使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌,骗免养路费、通行费等各种规费,数额较大的,依照刑法第二百六十六条的规定定罪处罚。又如,最高人民法院、最高人民检察院2008年11月20日印发的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》之“七”规定:商业贿赂中的财物,既包括金钱和实物,也包括可以用金钱计算数额的财产性利益,如提供房屋装修、含有金额的会员卡、代币卡(券)、旅游费用等。具体数额以实际支付的资费为准。再如,2016年4月18日施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》贿赂犯罪中的“财物”,包括货币、物品和财产性利益。财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等,以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。后者的犯罪数额,以实际支付或者应当支付的数额计算。司法实践中,对职务侵占罪的犯罪对象是否包括财产性利益,也基本参照上述文件,持认可意见,笔者在此不再举例赘述。

## (二)信息、数据是否属于本罪的犯罪对象

财产性利益是否包括信息、数据等?《最高人民法院公报》2006年第11期就曾刊载“上海市黄浦区人民检察院诉孟动、何立康网络盗窃案”,认定网络虚拟财产可以成为盗窃罪的对象,但是在理论界和实务界均存在争议。<sup>②</sup>职务侵占罪的行为方式是将合法管理、支配财产变成非法占有,不同于盗窃罪、诈骗罪的将未曾持有的财物变成非法占有。而根据我国刑法关于非法提供信用卡信息罪、泄露内

<sup>②</sup> 最高人民法院研究室《关于利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利如何定性问题的研究意见》认为:利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利行为目前宜以非法获取计算机信息系统数据罪定罪处罚,载张军主编:《司法研究与指导》2012年第2辑,第127-136页;《人民司法》2015年第6期刊登的《侵入他人游戏账号窃取虚拟财产构成非法获取计算机信息系统数据罪》,认为虚拟财产不属于法律意义上的财产,窃取“游戏币”的行为不构成盗窃罪。



幕信息罪、侵犯公民个人信息罪、非法获取计算机信息系统数据罪等规定,信息、数据可以成为其他罪的犯罪对象,也可能是职权管理的范围。对于利用职务便利窃取、出售信息、数据的行为,需要具体分析区别对待。

【案例 14】王一辉等职务侵占案<sup>⑤</sup>(利用职务便利盗卖单位游戏“武器装备”的行为构成职务侵占罪)

被告人王一辉原系盛大公司游戏项目管理中心运维部副经理,主要负责对服务器、游戏软件进行维护和游戏环境内容的更新等。2004 年 8 月底,被告人王一辉与被告人金珂通过网上聊天,预谋利用王一辉在盛大公司工作,有条件接触“热血传奇”游戏软件数据库的便利,复制游戏武器装备予以销售。后被告人王一辉通过在盛大公司内利用公司的电脑进入游戏系统,同时打开“热血传奇”服务器 6000 端口,通过增加、修改数据库 Mir.DB 文件中的数据,在金珂创建的游戏人物身上增加或修改游戏“武器”及“装备”,再由金珂将游戏人物身上的武器及装备通过“w! arw.5173.com”网站或私下交易出售给游戏玩家。至 2005 年 7 月三被告人共计非法获利人民币 202 万余元,其中王一辉非法获利 122 万余元,金珂获利 42 万余元。本案公诉机关以王一辉等人涉嫌侵犯著作权罪起诉,辩护人认为不符合侵犯著作权罪的构成要件,因刑法对财产权的保护仅限于有形财产和无形财产,不涉及虚拟财产,故被告人的行为不能以犯罪论处。法院判决王一辉等人构成职务侵占罪。

法院认为,本案涉案“武器”及“装备”可认定为无体财产性利益。网络游戏中的“武器”及“装备”是计算机软件运行后生成的结果,是一种虚拟财产,其在虚拟环境中的作用决定了其可以被他人占有、使用等,但游戏玩家要取得虚拟财产除了花费时间外,还必须付出一定的费用,如购买游戏点卡的费用、上网费等,同时该虚拟财产

<sup>⑤</sup> 参见《刑事审判参考》2007 年第 5 集总第 461 号案例,法律出版社 2008 年版。



通过现实中的交易能转化为货币,因此虚拟财产既有价值,又有使用价值,具有现实财产的属性。王一辉等人构成职务侵占罪,犯罪数额可按其销赃获利数额计算。

笔者认为,法院判决虽有道理,但也存在瑕疵。虚拟财产毕竟不同于现实财产,实际上并不具有真正的价值属性。1998年《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》(已废止)第五条第七款曾规定:“销赃数额高于按本解释计算的盗窃数额的,盗窃数额按销赃数额计算”,销赃价格可以作为犯罪数额。但是,以销赃价格作为犯罪数额,本身也反映了犯罪数额决定于行为人销赃时和购买者议价的偶然因素,显然有悖法理。销赃数额高于实际盗窃数额的,被害人所遭受的损害并没有增加,以销赃数额作为盗窃数额,进而决定对行为人的定罪量刑,有失妥当。<sup>⑤</sup>2013年4月4日施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第四条第(五)项规定:盗接他人通信线路、复制他人电信码号出售的,按照销赃数额认定盗窃数额。似乎可以说明,除非“电信码号”等特殊物质可以销赃价认定犯罪数额,对于其他物品,销赃价能否作为犯罪数额并不明确。实际上,对于利用职务之便非法提供信用卡信息、泄露内幕信息、侵犯公民个人信息、非法获取计算机信息系统数据出售获利的,并非一律构成职务侵占罪,有可能构成其他犯罪。

**【案例 15】刘森金等受贿案<sup>⑥</sup>(国有医院员工利用管理、统计医院统方信息的职务便利将统方数据出售行为,应认定为受贿罪)**

被告人刘森金、姚传林均系庆元县人民医院信息科合同工,负责统计、管理医院计算机信息系统和数据信息。2010年1月至2014年1月,刘森金单独或伙同姚传林,利用职务之便,将医院计算机信

<sup>⑤</sup> 胡云腾、周加海、周海洋:《〈关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2014年第15期。

<sup>⑥</sup> 参见庆元县人民法院(2014)丽庆刑初字第138号刑事判决书。



息系统的“统方”数据信息非法提供给医药代表,并收取好处费。其中,刘淼金单独出售“统方”获利 209400 元,二人共同出售“统方”获利 109100 元。公诉机关以受贿罪提起公诉,有的辩护人认为应当按照非公家工作人员受贿罪定性,有的辩护人认为应当按照职务侵占罪定性。法院支持了公诉机关的指控,认定二被告人构成受贿罪。

本案中,暂不考虑二被告人的职务属于公务还是劳务,从判决结论可以发现,判决没有将二人职务便利之下的“统方”认定为“财物”,否则,二人构成的将是贪污罪或者是职务侵占罪,而非受贿罪(或者是非国家工作人员受贿罪)。实际上,刑法第 253 条之一的出售、非法提供公民个人信息罪的立法演变也说明了“信息”区别于“财物”。《刑法修正案(七)》增设此条文,并含有“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员”的表述,《刑法修正案(九)》则删除了该有关主体的表述,并增设一款规定:违反国家有关规定,将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,出售或者提供给他人的,依照前款的规定从重处罚。“两高”则将原来的二个罪名“出售、非法提供公民个人信息罪”和“非法获取公民个人信息罪”同一调整为“侵犯公民个人信息罪”。从这可以看出,对于履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息,并不属于财物,否则,出售个人信息的,将构成贪污、职务侵占罪而非侵犯公民个人信息罪。同理,对于在履职过程中出售国家秘密、内幕信息的,应当按照相应的犯罪进行处理,而非认定贪污罪或者职务侵占罪。

## 五、结语

职务侵占罪虽是常见的传统罪名,但随着经济社会的发展,无论是单位法律属性、主体形式、履职方式、还是财物表现形式,都有新的变化。笔者基于法益保护的目,在刑法平等保护和实质认定的原则下,探讨了职务侵占罪疑难问题的相关司法认定。笔者认为,唯有从法益保护出发,坚持刑法平等保护和实质认定的原则,“往返



于规范和事实之间”<sup>⑤</sup>进行正义的解释,才能正确处理职务侵占罪与贪污罪、盗窃罪、(合同)诈骗罪的关系,才能协调职务侵占罪和其他在履职过程中谋取经济利益犯罪的关系,“实现‘同案同判’的司法正义”<sup>⑥</sup>,舒缓因所有制性质、身份不同所造成的刑法条文之间的紧张关系,从而提升司法公信力。

<sup>⑤</sup> 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2011年第2版,序说部分。

<sup>⑥</sup> 李佳欣:《刑法解释的功能性考察》,《当代法学》2014年第6期,第58页。

本文发表于“无讼阅读”(2016年6月26日)。

# 律师辩护意见运用 的实务展开

□何云笑\*



**【摘要】** 辩护意见对于律师刑事诉讼履职的重要性不言而喻,如何提高其有效性进而实现辩护有效之目的是理论和实务探讨的热点。通过对不同诉讼阶段的分段分析,可以找寻出相应辩护意见运用的节点和难点,在此基础上,围绕维护当事人利益这个刑辩的本质核心,结合司法实践综合施策,往往能够达到一定的效果,同时深化了辩护意见的行为价值意义。

**【关键词】** 辩护意见;运用;实务展开

辩护意见是律师参与刑事诉讼活动履行辩护职责的行为和结果总和。<sup>①</sup>在法律层面,其作为刑辩领域律师执业的专项工作,体现

\* 何云笑,本所实习律师,前资深检察官。

<sup>①</sup> 《中华人民共和国刑事诉讼法》第三十五条、《中华人民共和国律师法》第三十一条均作出了相应的规定。



出法治化的司法构造中辩护律师的作用与意义。在效益层面, 将其律师的工作通过一定方式得以表达, 展示专业辩护人的行业形象和修为能力。现行法律规定: 辩护人的责任是根据事实和法律, 提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见, 维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。美国著名大律师丹诺说: “被告律师的责任, 在于保护被告免于在犯罪证据不明确的情况下被判刑, 如果被告罪证确凿, 原则上是争取最低的刑罚。”可以看出, 所谓辩护意见, 是指律师提出当事人无罪、罪轻或者减轻、免除刑责的具体材料和意见, 内容上应当是有利于当事人, 减轻当事人刑责的, 方式上可包含提交证据、法律意见书、撰写和宣读辩护词等等。就理论而言, 律师运用辩护意见贯穿于整个刑事诉讼。只要当事人委托了律师, 律师就可以发表独立的辩护意见。但实际操作中, 鉴于现行诉讼结构的不均衡性、法律信息的不对称性, 以及诉讼主体地位的差异性, 刑事律师一般较难作出有效、有针对性的辩护意见, 相关辩护意见也不太容易被办案机关所采纳。<sup>②</sup>要加强律师辩护的有效性, 提升辩护意见的功能性和实效性, 司法体制改革固然是一个方面, 而加强律师自身辩护意见的运用更新与方式变革则又是另一条路径。新刑诉法下, 律师均可表达专业的辩护意见, 考虑到诉讼阶段的司法办案侧重点各不相同, 相关辩护意见也应有所差别, 各有特点。

<sup>②</sup> 十八大以来, 该现象已有较大改变, 原因在于, 中央就加强和保障律师各项权益提出了具体举措, 其中包含了刑事诉讼阶段的律师辩护意见并将相关制度规范写入了法律。各地司法机关在操作中, 也更加重视律师的意见, 起码在形式上, 听取、附卷辩护意见已逐渐成为常态。最新出台的《关于深化律师制度改革的意见》在“关于完善律师执业保障机制”又再一次明确提出: “保障律师诉讼权利, 制定保障律师执业权利的措施, 健全完善侦查、起诉、审判各环节重视律师辩护代理意见的工作机制, 落实听取律师意见制度, 完善律师收集证据制度; 完善便利律师参与诉讼机制, 有条件的人民法院应当建立律师参与诉讼专门通道, 相关部门要完善律师接待服务设施, 规范工作流程, 探索建立网上信息系统和律师服务平台。”可见, 律师的辩护意见将越来越重要, 司法机关不仅仅在形式上, 更在实质上必须予以高度关注。



## 一、侦查阶段的辩护意见运用——程序引导及针对性辩护意见的展开

新刑法虽已将辩护前置到侦查阶段,但传统上认为,律师在此阶段辩护的空间依然有限,究其原因,主要有三:一是法律规定的辩护权限相对较窄。如第三十六条:“辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助;代理申诉、控告;申请变更强制措施;向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况,提出意见。”相比之前,虽然新法规定律师可以向办案机关了解案件有关情况,但该规定过于原则,且办案机关出于侦查的需要,也不会过多告知案件信息,实践中,律师通常难以了解到除罪名以外更多的信息,故此阶段律师的职责依旧主要限于对当事人在程序上的咨询和帮助。二是因为信息的不对称。在此阶段,律师无法阅到案卷,即无法了解证据,有时甚至无法会见到当事人,很多时候连案情都难以掌握全面,更遑论与当事人核实证据、分析案件,同时,该阶段也尚未明确律师有调查取证权,故在该阶段无法提出有效即有实质内容的辩护意见。三是法律风险的客观存在。在侦查阶段,案情尚不明朗,处于动态的变化之中,办案机关亦在不断取证,过多地直接参与,往往会给律师自身带来一定的风险,许多律师亦不会也不愿轻易论及证据或案情,法律服务触角相对浮于表面而无法下沉或深入,辩护意见相对有限。

我国刑事侦查的封闭性和单向性固然给律师辩护带来较大的阻碍,但伴随着理念的革新和法制的进步,律师在侦查阶段诉讼活动的参与度会越来越大,表达辩护意见的方式、路径也会越来越多。辩护律师从侦查阶段介入在一定程度上可以打破侦查程序的封闭性,使侦查机关及其工作人员在实施刑讯逼供等非法取证行为时有所顾忌,从而促进侦查合法性的提升。从这一意义上而言,侦查阶段律师辩护不仅要具有普遍性,更要具有及时性。只有及时,才能有效



地、相对完整地打破侦查程序的封闭性。这也是刑诉法第三十三条的重要原因所在。<sup>③</sup>因此在侦查阶段,律师不是不可为,有侧重点的履行辩护职责,运用辩护意见,仍可能对当事人及案件有所帮助。

### 1、突出程序性辩护,维护当事人诉权

修订后的刑诉法第三十五条规定,律师应“维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益”,这一强调维护“诉讼权利”的表述被理论界认为是对程序性辩护的确认,表明辩护人的职责不再仅限于实体性辩护,而且涉及程序性辩护,被追诉人的程序性权利开始被纳入法律保护范围。<sup>④</sup>再看侦查阶段的特质,就要求律师应当考虑以程序性辩护为主,这不仅是因为在该阶段律师能作实体辩护的内容较少,而是更应当考虑到该阶段程序辩护的特殊意义。一般来说,非法取证行为往往发生于侦查阶段,尤其是发生于侦查起始环节,在当事人初到案时,办案机关有着天然的心理、环境和信息优势,不断变化的程序、完全封闭陌生的环境对于当事人而言会产生极大的压力,亦容易发生侵犯权利的情形。故从律师角度,适时、合理切入案件、开展程序性辩护,能够有效维护当事人的合法权益,积极促进司法侦查活动合法、有序进行。就该阶段辩护意见的内容和提出方式,主要有以下几个方面:

(1)就办案机关有违反法律规定的行为,可以代理进行申诉、控告,要求上级部门或检察机关进行监督,并予以纠正。如律师可以通过会见、通信等了解到当事人是否被刑讯逼供或者被以非法方式取证,若存在,律师应当及时固定证据,并向办案机关提出辩护意见,要求予以改正,若沟通不顺利,则可向上级主管部门或检察机关提出,要求予以纠正,该举措既可以及时维护当事人的合法权益,避免非法证据的产生,减少冤假错案,又可以引起相关监督部门的关注

<sup>③</sup> 刘方权:“侦查阶段律师辩护问题实证研究”,载于《四川大学学报(哲学社会科学版)》,2016年第3期;

<sup>④</sup> 李昌盛、谢珊、宋佳琦:“我国程序性辩护的现状和完善”,载于《安徽警官职业学院学报》,2012年第1期;



和重视,防止该问题的进一步扩大。当然理论上,律师对于办案机关错误立案、错误拘留、错误逮捕以及错误查封、扣押、冻结财产的,均可按程序进行申诉、控告。不过此时律师应特别注意需掌握相关证据,才能进行后续的意见表达。

(2)就办案机关的违反办案期限提出辩护意见。在司法规范化不断推进的今天,一般情况下办案机关超期羁押的可能性较小,但不排除部分办案机关打“擦边球”或者采取变相方式超期羁押。现行刑法规定,首次讯问一般不超过12小时,最长为24小时,辩护律师应当关注当事人被办案机关带走的时间以及进入正式刑事诉讼程序的时间,律师接受委托后,可以主动联系办案机关询问程序及相关时间节点,并提醒办案机关程序的时效性。对于长时间滞留于办案机关办案工作区的,或者拘留决定宣布后没有及时送看守所拘留的,应当立即提出辩护意见,敦促办案机关依法履职。严密关切以连续询问、拘传或者在办案机关连续审讯等方式变相羁押当事人。

(3)就变更、解除当事人强制措施提出辩护意见。律师提出相关申请,应当按照刑法和相关规定执行,实务中,没有任何实质的理由而提出变更申请的,均不会得到办案机关的同意。若以当事人身体状况不佳,不适宜羁押为由提出的,应当附上相关病历证明材料,若以取保候审不致发生社会危险性为由提出的,应当提供当事人认罪服法、已作退赔或和解,并能落实监管的证明材料,以此增强说服力,争取办案机关能采纳辩护意见。

## 2、针对性实体辩护,减少办案机关误判

在会见、听取当事人意见及向办案机关了解罪名、有关情况后,律师对当事人涉案的基本情况应已有所掌握,虽然不尽全面,但依然可以知晓基本事实,然在此阶段,律师不应妄下结论,而应采取多种方式,灵活机动,根据侦查活动的动态发展,有针对性地表达辩护意见,引导办案机关、办案人员转变思路,减少误判。(1)罪名分析



法。针对罪名,律师可以主动向办案机关提供与该罪名有关的相关规范性文件、权威理论观点,从有利于当事人的角度,结合刑法的谦抑性,对可能不构成罪或者构成轻罪的情形作出相对学术性的分析论证,阐述罪与非罪的区别,强调各罪犯罪构成的特殊性,进而增强办案机关对该罪名的全面认识,防止因片面理解而造成的无故追诉;

(2)案例提示法。针对案件事实和行为,可以列举相关案例(判例),从侧面表达当事人的行为可能无罪或者罪轻的意见,所举的案例应真实、有可比性,着重概括出案与案之间的关联、法律适用和认定方法。这里需要指出的是,提举案例往往是较好的辩护方法,但律师在提举时,要注意对案例的比较分析。一般而言,层级越高的机关作出的判定(处理)效力、影响力越大,因此,在选取参考案例时,应有针对性地选择全国性的或者本省本辖区的,防止办案机关以“我国不是判例国家,地域不同判法不同”为由不予听取并采纳相关意见;

(3)争议从轻法。针对尚存争议的行为定性和证据,律师应着重就如何、为何“出罪”解释观点,要向办案机关提出“存疑暂缓”、“疑罪从无从轻”的辩护意见,最起码的,亦要求办案机关不应在证据不充分、事实不清楚、行为有争议等情况下采取逮捕、指定居所监视居住等严厉的强制措施,减少对当事人实际权益的损害。提醒有关部门按照现代法治原则和规避法律责任依法办案。

### 3、抓住节点辩护,确保当事人利益最大化

侦查阶段的重要节点就是审查逮捕和侦查终结两大环节。在审查逮捕环节,因为检察机关的介入(或者说是法定诉讼监督机关的介入),使得原本单一的办案主体和侦查思路有可能发生新的变化。出于立场角度的区别以及法律责任的考虑,检察机关侦查监督部门一般比侦查机关更为慎重,相应的,律师也就有了相对更大的辩护空间。在批捕环节,律师应当着重提出当事人无罪、罪轻以及不予逮捕变更强制措施的辩护意见。第一是无罪辩护层面,通过分析侦查



机关认定当事人实施犯罪事实是否有确实证据加以证明,或者直接提出相反证据,进而证明当事人没有实施犯罪行为,以此使检察机关不予批捕。第二是罪轻辩护层面,对于罪行较轻,可能判处拘役、管制、单处罚金刑罚以及对于预备犯、中止犯、防卫过当、避险过当、初犯、从犯、过失犯、未成年犯、接近成年犯(18岁左右,在校学生或者有帮教条件的等)、老年犯(75岁以上),或者有自首、立功表现,或者具有积极退赔、确有悔罪表现,不会发生刑法第七十九条规定的社会危险的,可以建议检察机关不予批捕。

在对于实体性的罪名、定性问题上,律师可以就了解到的案情和证据,向检察机关出具书面辩护意见,同时兼采类似罪名、行为的案例,与检察官作专业性沟通研讨,建议检察官对于事实和证据进行审慎把握,不能搞错人和事<sup>⑤</sup>,并充分考虑强制措施的必要性和恰当性。此外值得关注的是,根据最新的《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定(试行)》,在检察机关审查逮捕阶段以及捕后,律师还可以针对羁押必要性向检察机关刑事执行部门提出申请审查的辩护意见,具体可以围绕该规定的第十七条、十八条展开。刑法规定人民检察院审查批准逮捕除讯问犯罪嫌疑人外,还可以询问证人等诉讼参与人,听取辩护律师的意见;可以说,羁押必要性审查制度的确立不仅可能成为具有中国特色的司法审查制度,也为辩护方在羁押过程中行使程序性辩护权提供了制度平台。<sup>⑥</sup>该工作的开展和法律功能的实现,会对当事人十分有利。实践中,对于案件事实基本查清,证据已经收集固定,符合取保候审或者监视居住条件的;共同犯罪中的从犯或者胁从犯;过失犯罪的;可能被判处一年以下有期徒刑或者宣告缓刑的;与被害方依法自愿达成和解协议,且已经履行

<sup>⑤</sup> 根据检察机关侦查监督部门的工作要求与规范,其对案件的批捕必须紧扣两个基本原则,一是“人不能搞错”,即在案当事人就是犯罪行为人,二是“事情不能没有”,即真实发生了犯罪行为,且该犯罪行为系在案当事人所为。律师同样要着重关注上述两个方面,有针对性地提出辩护意见。

<sup>⑥</sup> 詹建红:“我国程序性辩护制度之省思”,载于《法商研究》,2014年第3期;



或者提供担保的；防卫过当或者避险过当的；主观恶性较小的初犯的几种常见状态，律师可以着重予以研究分析，提出不予继续羁押的意见并建议检察机关审查采纳。

侦查直至终结前始终是一个相对不确定的状态，律师亦可不断调整自己的辩护方案，朝最有利当事人的方向展开辩护。一是根据现行法律规定，案件中当事人死亡的、行为显著轻微危害不大的、犯罪已过追诉时效（非常实用的点）、没有犯罪事实的、犯罪事实不是当事人所为、自诉案件的、特赦令免刑的等，律师可以提出要求侦查机关撤案的辩护意见。二是在侦查终结前，对于罪与非罪、重罪与轻罪、主犯与从犯，律师可以根据事实和案情，提出相关辩护意见：如对于行为本质的认定，建议办案机关仔细区分系犯罪还是普通违法，是否应当启动刑事追诉程序，是否可以通过一般的行政处理予以解决；又如对于罪名的认定，建议办案机关结合事实证据准确评价，是否存在认定责任过重，是否应当调整为相对轻罪名；再如对于当事人的犯罪地位和作用，建议办案机关有所比较，确定是否有可能系从犯，是否应当降低排位顺序。通过不断表达辩护意见，促使办案机关予以调整，以使在侦查阶段就逐步降低或者减轻当事人的刑责，最终推动案件办理朝相对有利的方向发展。

## 二、审查起诉阶段的辩护意见运用——围绕三个基本点的辩护意见展开

案件流转至检察机关，进入审查起诉阶段，在该阶段，律师可以查阅所有案卷，会见也无障碍，同时亦可自行调查取证或者申请调查取证，辩护权限大为增加。实践来看，律师在该阶段向办案机关（检察机关）提出辩护意见，只要方法得当、有理有据，一般均能够较好的维护当事人的合法权益，相反的，如果把所有的辩护观点、证据均放置在审判阶段，搞所谓的“证据突袭”，在现行诉讼体制下，其实并不有利于当事人。审查起诉阶段，案件定性、证据合法性审查（审



查侦查行为)及量刑建议是相对重要的辩护意见三个展开点。

### 1、围绕定性提出辩护意见,力求起诉阶段的最优化

对于一个涉罪行为的定性,其实质就是分析该行为是否构罪、是此罪还是彼罪、是罪重还是罪轻?在侦查机关之后,检察机关起到把关、“清洁”的作用,律师看到的问题,检察官有可能会看到,也有可能没看到,对于行为是否构罪,往往并不会发生在显处,而是在一些细节之处。要严格按照刑法构罪标准,认真分析行为定性,并仔细审查证据,通过逐一比对,发现问题,进而提出相应的辩护意见。依照刑事证据规则,其一,看犯罪构成要件事实是否存在应有必要和相当的证据予以证明,也即有证据证明当事人确有犯罪的行为,且证据不是单一、少量或者碎片化的,律师可以以构罪要件为基础,在案卷中寻找、核实证据,并可拟制控诉机关可能会搭建的证据体系,若发现在卷证据根本无法形成证据锁链,或者关键环节有缺失,则有理由提出无罪的辩护意见。其二,看据以定罪的证据是否存在疑问,是否已经查证属实,也即证据力和证明力的问题。刑事诉讼中,构罪证据不能仅看形式“有没有”,更要关注实质“行不行”,这与刑法探究、评价行为之本意不谋而合。律师要结合程序正当性与否,进一步查明相关证据的“三性”,及时向控诉机关提出非法证据或者瑕疵证据的辩护意见,如客观性证据,若不能与案件本身建立法律意义上的关联,即使是真实的,亦不能作为证据采用。其三,看据以定罪的证据之间,以及证据与案件事实之间的矛盾是否能合理排除。证据矛盾往往出现在不同的言词证据,或者言词证据与客观性证据之间,如果现有证据相关矛盾确实存在,且控诉机关无法解决的,律师当然指出矛盾的所在,并可提出不予采用或者不能定罪的辩护意见。其四,看在卷证据所得结论不能排除合理怀疑,合理怀疑应当是普通人、正常人符合逻辑、有线索或者事实支撑的怀疑,如一案件中,有可能是当事人做的,也极有可能是其他人做的(当然这种可能



是建立在一定的基础之上),那律师就应当提出不能排除合理怀疑的辩护意见,当然,同时亦要附上怀疑的依据或者线索,以此增加说服力。其五,看在卷证据认定的案件事实是否符合逻辑和经验法则,得出的结论是否符合常理。所有事实的最终认定均应该为普通的社会大众(或者说正常人)所接受,如果在逻辑常理上站不住脚,违反基本的社会观念或经验法则,对当事人赋予过高的法律期望或要求(所谓强人所难),则案件就可能存在问题,律师要以普通人的看法为切入点,仔细分析案件认定的合理性,对于一些有争议的,或者是似是而非的情况要作出符合常理的判断,进而提出当事人不可能或者是在无奈选择下的行为,不应为作为犯罪或者仅属于轻度违法行为的辩护意见。凡此种种,目的均在于通过对于案件、行为定性的分析,依据《刑法》第十五条或《刑诉法》第一百七十一条、第一百七十三条之规定,综合提出专业辩护意见,力争在检察机关审查起诉阶段,根据证据事实对当事人作出有利决定,如绝对(法定)、相对(酌定、存疑)不起诉或以轻罪(改变定性变更罪名)起诉。

## 2、围绕非法证据排除、取证瑕疵等提出辩护意见,力求程序规范正义

自从非法证据排除规则的确立,非法证据排除就成为各方都十分关注的焦点。虽然法律规定侦查机关即应当排除非法证据,但实践中,侦查机关主动排非的案例极少,客观而论,法律在此处的宣示意义大于实际意义。然非法证据排除一律放置在审判阶段,那效果也并不一定是最好的。通过检察机关来排除非法证据,亦是律师较好的选择。因为法律同样规定检察机关有排非的职责,且因法律定位、分工的不同而使检察机关较为中立,现实语境中,检察机关亦有较强的排非动因(法定的监督职能、案件质量责任制和考核的需要),律师提出排非建议并不会影响办案,反而会促进案件更加保质保量,防范办案风险。因此,实践中,只要注重方式,有线索、有所指



的非法证据排除意见,都有极大可能获得采纳。

在审查起诉阶段提出非法证据排除,其重要意义和实际价值不亚于无罪、罪轻辩护。如果相关证据能在起诉前就被排除,则控方需重新考虑犯罪是否构成,以及证据是否充分有效。在现行诉讼体制格局中,检察机关具有双重地位,即控诉和监督,实务上,法院对于已经公诉的案件,亦不会轻易宣判无罪或者罪轻,在未实现法庭审理控辩主导以及控辩对等的现实语境下,通过提前沟通、论证,促使控诉机关自我检查、排除证据,并因此由内而外的对指控体系产生质疑或动摇,或许是辩护人更为有效的履职选择。

### 3、围绕量刑建议提出辩护意见,力求起诉阶段就能从轻处理。

通常情况下,量刑是在定罪前提下再具体展开。传统观点认为,律师一般仅在审判阶段提出量刑的建议,然而,随着量刑规范化改革的推进,量刑已成为司法实践中越来越重要的研究对象。对当事人而言,从轻量刑显然是相对有利且十分务实的选项,对控诉机关而言,量刑建议是体现指控事实的实质内容(打击犯罪最终都要通过刑罚来实现),亦是履行法律监督职能的重要抓手,对审判机关而言,量刑能实现刑法最终评价功能,维护社会公平正义的,充分体现法律权威。所谓量刑建议,主要就是针对审判机关在审理案件时对量刑提出建议,供其参考、评析。实践中,控诉机关和律师均可提出,但如前所述,系主要在审判阶段提出,且就结果来说,控诉机关的量刑建议相对更容易被审理者所采纳。根据相关规定,目前检察院可以在公诉时就部分罪名的量刑一并提出建议,人民法院在审判时必须予以重视并作为参考。特别是在开展刑事速裁程序试点以来,控诉机关的量刑建议可以到具体的刑期<sup>⑦</sup>,且审判机关大多会直接采纳,因此律师在审查起诉阶段应着重就量刑问题与检察官做好沟通,使其听取相关意见,通过控诉机关的量刑建议获取有益的辩护效果。

<sup>⑦</sup> 一般的量刑建议仅为量刑幅度,有较大弹性。



### (1) 提出具有从轻量刑情节的辩护意见

最高人民法院《量刑指导意见》规定：量刑时要充分考虑各种法定和酌定量刑情节，根据案件的全部犯罪事实以及量刑情节的不同情形，依法确定量刑情节的适用及其调节比例。对犯罪情节较轻的犯罪，应当充分体现从宽。具体确定各个量刑情节的调节比例时，应当综合平衡调节幅度与实际增减刑罚量的关系，确保罪责刑相适应。律师可以依照法定从轻、减轻和酌定从宽的规定，结合各地省高级人民法院的实施细则，向公诉机关有针对性地提出案件存在相关情节，亦可提供相应的证明材料，具体模式可以为：①当事人系自首的，可以结合投案的动机、时间和方式（证明当事人系有悔罪动机而投案、投案时间较早以及主动投案）、如实供述的程度（证明当事人作了全面供述，前后无翻供）、悔罪表现（证明当事人既认罪又悔罪并有相关行为表现如积极赔偿）、罪行本身的轻重（证明当事人行为属相对轻罪）等，建议公诉机关在量刑建议时应充分考虑，可以依法从轻或者减轻处罚；②当事人系立功的，可以结合立功的大小、次数（证明当事人立功较大或次数较多）、立功的来源、内容和效果（证明立功来源合法、内容详实、效果较好）、罪行本身的轻重（证明属相对轻罪）等，建议公诉机关在量刑建议时应充分考虑，可以依法从轻或减轻处罚或免除处罚；③当事人系坦白的，可以结合如实供述的阶段和程度（证明当事人系较早坦白、彻底交代）、所坦白罪行的轻重（证明当事人愿意主动交代重罪或多罪）、悔罪表现（证明当事人坦白得较早、较多、较细）等，建议公诉机关在量刑建议时应充分考虑，可以依法从轻处罚；④当事人系共同犯罪中从犯的，可以结合在共同犯罪中地位的高低（证明当事人的地位相对较低）、在共同犯罪中的作用大小（证明当事人仅起次要、辅助作用）、是否实施实行行为（证明当事人证明未实施实行行为）等，建议公诉机关在量刑建议时应充分考虑，依法应当从轻、减轻或者免除处罚；⑤当事人系未遂犯的，可



以结合其犯罪实行行为的程度(证明当事人系未实行终了的未遂)、造成危害后果的大小(证明未发生危害后果或发生较小后果)、犯罪未得逞的原因(证明系主观认识错误或其他原因)等,建议控诉机关在量刑建议时应充分考虑,依法可以从宽处罚;⑥当事人系退赃、退赔的,可以结合犯罪性质及罪行轻重(证明主要系侵财行为,通过退赃退赔可以修复社会关系、弥补损失,或者相关数额较小)、弥补程度与数额(证明退赃、退赔比例较大,或者绝对数额较大,已经弥补被害人的损失)、主动程度(证明当事人系积极、主动退赃、退赔,或者帮助同案犯退赔的),建议控诉机关在量刑建议时应充分考虑,依法可以从轻处理;⑦当事人系积极赔偿损失并取得谅解的,可以结合犯罪性质和罪行轻重(证明当事人犯罪行为较轻,属于民间矛盾激化引起或者系激情犯罪,罪行并不严重、主观恶性不深、人身危险性不大)、赔偿数额和比例(证明所赔偿的数额较高、比例较大,被害人赔偿请求得到满足)、赔偿能力(证明当事人已经竭尽经济能力予以赔偿,或者不仅赔偿了直接损失,还赔偿了间接损失,如赔偿了精神损失,或者代为赔付的)、认罪悔罪程度(证明当事人已积极认罪悔罪)、谅解原因及真实程度(证明基于正常原因予以真诚谅解)等,建议控诉机关在量刑时予以充分考虑,依法可以从轻处理;⑧当事人与被害人达成和解的,可以结合和解内容,建议控诉机关在量刑建议时予以充分考虑,依法可以从轻、减轻或者免除处罚;⑨当事人系未成年人的,可以结合其行为动机和目的(证明当事人主观恶性较小)、犯罪时的年龄(证明当事人年龄偏低)、对犯罪的认知能力(证明当事人认知和处理能力较弱)、个人成长经历和一贯表现(证明当事人表现较好或系初犯)及未成年人本身的身份等情节,建议控诉机关在量刑建议时应充分考虑,依法予以减轻处罚。除上述列举之外,还包括其他一些情节,均可作为律师在审查起诉阶段的辩护意见予以分析提出,从而在源头上就能帮助当事人获得相对从轻



的处理。

## (2) 提出适用缓刑的辩护意见

适用缓刑对于已经能够基本确定构罪,且无法免除刑罚的当事人而言,有着实质意义。需要注意的是,缓刑与刑法规定的基准刑并无必然联系,只要法院的宣告刑可能是三年以下的(有期徒刑和拘役),且符合适用缓刑和社区监管条件的,均有可能适用。因此律师要在深入研究案情的基础上,通过定性分析,将各种有利于当事人的情节予以梳理比较,建议宣告刑在三年以下,同时向控诉机关提出可通过社区矫正、家庭、社会帮助及自我改造的方式来更好地执行刑罚,即提出适用缓刑的建议,争取当事人的权益,减少社会矛盾。

## 三、法庭审理(审判)阶段的辩护意见运用——全面辩护两大方面的辩护意见展开

法庭审理,也即审判阶段,是传统意义上集中展现辩护意见的环节。在此阶段,律师应当遵循全面辩护(程序性和实体性并举)的原则,通过一系列的辩护行为,将辩护意见以不同方式展现出来,达到辩护有效之目的。

### 1、全面辩护的程序性思路

法庭审理程序中,律师应当主要就管辖权、回避、非法证据排除、证人出庭作证等程序性问题进行研究分析。对管辖权而言,其问题发生点主要存在于:是否按照职权范围具备管辖权以及级别、地域管辖的合法性。首先,要审查是否系自诉案件变成公诉案件提交审理,进而提出管辖不适格的辩护意见。有时发生该种错误管辖的情形主要还是基于控诉机关对于行为定性的认识和判断偏差,或者是混淆了此罪与彼罪,极端情况下是利用了公权力以刑事犯罪为名而插手民事纠纷事件。对于一些原本自诉但有但书规定严重危害情节的罪名,应当着重审查控诉机关是否提供了充足的证据来证明该



情节,且程序、程度合理适当。其次,要审查是否存在《刑诉法》第15条第2、3、5、6项规定的情形,即犯罪已过追诉时效、经特赦令免刑的、当事人已死亡等免责事由,进而提出不符合审判条件的管辖异议辩护意见。第三,要审查是否系裁定撤诉后无新事实、新证据而再次提起公诉,进而提出有违“一事不再理”法律原则的辩护意见。第四,要审查是否依照级别和地域管辖进行公诉,进而提出无管辖权的辩护意见。在个别时候,存在控诉机关和审判机关为把控结局,人为降低审级或不合理指定管辖进而侵害当事人程序权利的情形,律师应适时依法提出管辖异议的辩护意见。第五,要审查是否还存在不宜行使管辖权的情形,如涉及法院院长回避时,律师应当提出另行管辖的辩护意见。

就回避而言,律师要了解到庭庭是否及时、如实告知了审判人员、检察人员、诉讼参与人员的身份,对于与当事人有利害关系的,尤其是可能侵害当事人权利的,如已作为侦查人员的又再次作为检察人员、鉴定人的,应当提出回避申请并要求法庭依法审查的辩护意见。

就非法证据排除而言,在审判阶段提出与其他阶段提出的目的一致,但效果不同。人民法院是对证据合法、采用与否有权作出终局裁决的机关。鉴于非排程序在实务中启动的难度,律师应当准备好具体的线索和材料,并可将在审查起诉阶段的意见同时告知给法院,供其参考。目前,对于因刑讯逼供的启动非排程序相对容易,根据最高人民法院《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》第8条第1款,已将原有争议的“冻、饿、晒、烤、疲劳讯问”视之为与刑讯逼供相当的方法的范畴,并有相关案例可以借鉴。而对于采取威胁方法取得的供述,应围绕以暴力或者非法损害本人及近亲属合法权益等进行威胁的方法;对于采用引诱、欺骗方法取得的供述,应围绕是否以非法利益进行引诱,是否违背社会公序良俗原则



等方式进行欺骗,并严重影响到司法公正的;对于其他非法方法取得的供述,应围绕是否采用非法限制人身自由的方式,是否存在指供等方式获取证据。关于非法实物证据的排除,要满足收集方式不合法定程序、可能严重影响司法公正,并不能不正或者作出合理解释的条件,然而实践中排除则相对较难。

就证人出庭作证而言,律师提出相关申请,对于证明案件事实,起着十分重要的作用。在以直言词原则为核心的庭审调查活动中,律师不仅要提,而且要善于提,提高该该程序性辩护意见被法院采纳的可能性。其一,应指出申请出庭作证的证人所提供的证言与案件待证事实应当存在关联。详言之,证人证言能够直接或间接证明案件的事实经过或者行为的发生与否;其二,应指出当事人及辩护人对证人证言提出了异议,质言之,控辩双方对证言存在争议;其三,应指出证人证言对定罪量刑存在重大影响,主要是对当事人存在重要的不利的影 响,如在行为认定上、量刑尺度上存在不利;其四,应指出证人出庭作证不存在客观困难的,如证人在国内,有联系方式,或者没有生严重疾病的。

## 2、全面辩护的实体性思路

审判阶段的实体性辩护意见,主要分为直接辩护意见和间接辩护意见。所谓直接辩护意见,是指律师作为辩护人,直接向法庭陈述、表达自己对于案件实体的法律观点、看法和具体建议,主要包含法庭调查环节的举证、质证和法庭辩护环节的发表辩护词等。所谓间接辩护意见,是指律师作为辩护人,运用不同的辩护技巧,通过他人的表述,间接地向法庭表达自己的相关专业意见。主要包含发问被告人、证人、鉴定人、有专门知识的人等。举证、质证是一个去伪存真,核实证据体系,还原事实真相的过程。在直接辩护意见中,举证、质证能够充分体现律师对于事实之基础——证据的看法,亦是对整个构罪量刑体系的最主要的辩护方法。首先,质证是对控诉机关所



提交证据的辨析和评判。凡是定罪的证据,均应满足“三性”原则,律师应从证据力和证明力两个维度展开辩护,一是分析证据是否系真实的,二是分析证据是否与待证事实存在内在关联,三是分析证据是否系由法定主体依照法定程序取得,进而找出单个证据以及证据之间存在的问题,发现证据体系的漏洞与不足,提出合理怀疑,通过对相关证据进行质疑,发表辩护意见,削弱控诉方的指控观点,为法庭正确认定证据效力提供参考。其次,举证是律师自己向法庭提交证据以此证明当事人无罪或罪轻或免除刑事责任。该辩护意见的主要功夫应在于前期的调查取证,对于控诉机关出示的有罪证据,律师可以提供证据进行反驳,加强辩方力度,以此动摇法官对指控事实成立的心证,对于控诉机关事先掌握有利于当事人的证据但未提供出示的,律师可以申请法庭予以调取。

法庭辩论阶段的辩护词(狭义上的辩护意见),从某种意义上来说,是律师行驶辩护职责的终极体现,亦是具有法律影响力的法律文书,是辩护工作的形式载体。辩护词事关当事人权利需求,事关司法机关作出的裁判,事关律师集体或个体的形象,因此辩护词的制作与宣读是刑辩工作中的重要环节,应予以充分重视。

作为一种法律文书,辩护词具有规范性和逻辑性,应遵从一定的体例和格式。结构规范和简明扼要是辩护词撰写的两大基本特点,要重点阐述控诉机关指控犯罪事实和依据证据材料中的错误性和不合理性,应在辩护词中如实反映出案情的基本发展脉络和存在问题之处。尽管简明,但不遗漏,确保案件事实认定与焦点论证清晰,不遗漏关键内容,不以偏概全,该提的必须提,可提可不提的视情安排;要找准判决可能依据的法律规范,不仅仅要关注法律条文本身,还应关注司法解释,在辩护词中要适当引用法律条文,做到所提意见均有法可依,有据可查;要结合情理综合叙述,法制不外乎人情,辩护意见不能光是干巴巴的法律概念和法律规定,要通过个案



分析,深究案件背后的人情事理,特别是对于一些激情犯罪、初犯、偶犯、未成年犯等,可以将情、理纳入在辩护意见中,激发人的同情、怜悯之心,彰显法律的人性面,进而感染法庭,作出恰当裁判。

辩护词中的“辩护人认为”部分系关键内容,其主要体现辩护人对案件相关问题的认识和理解,尤其对于存在争议,需要辩护的问题应当进行充分说理论证,通过对案件证据与事实的分析认定,对控方的意见给予相应的确认或反驳,同时围绕犯罪构成要件对当事人的行为进行分析、论证,并在明确法律适用依据的基础上,考量当事人各种行为情节对审判机关提出具体辩护意见。

#### (1)合理概述事实和法律问题,促使辩护意见体系化

合理概括控方的观点,找出问题,可以准确定位案件争议焦点,并为后续的辩护做必要的铺垫。通常情况下,公诉机关指控的犯罪事实是一个系统的、结合犯罪行为各要素的内容,并辅之以相应的证据材料予以印证,继而提出定罪和量刑意见。反观辩护人的意见,往往未必具有系统性和逻辑性,相关辩护意见也分散于不同阶段。实务中,法官审理工作相当繁杂,对辩护意见的判断也因人而异,因此辩护律师在撰写辩护词时,应当充分考虑这一点,将相关意见尽可能表述的系统完整,一则既减少法官的工作量,又让法官更为直接的把握辩护人的观点,二则增强法官对辩护人的专业能力认识,使法官更愿意倾听辩护人的意见,三则提升委托人对自己水平的认可度,为业务可持续发展打下一定基础。

#### (2)完整叙述和充分说理,促使辩护意见有效化

辩护词说理水平的高低,直接反映出律师辩护水平的高低,在刑辩实务中,往往存在举问题较多,说问题不够或者抗辩反驳较多,正面叙述较少等情形,当然,这也主要是基于律师的诉讼职责及诉讼地位。然而,法律从来都不是一家之言,亦非管中窥豹的产物,全面、客观叙述问题,对全案定性作出准确分析,对于法律、刑罚适用



作出专业判断,应系刑辩律师的基本素能。在精准度上,对辩护词的说理论证应当紧密结合具体案情,准确把握案件争议焦点,针对有争议的问题进行重点分析论证,详略得当、重点突出;在逻辑性上,辩护词同样要遵循严格的罪刑法定原则和犯罪构成原理,使得辩护内容具备内生的逻辑,说理中应紧紧围绕法律逻辑要求展开,始终不离三段论的基本架构,要使辩护说理具有较强的思想性和说服力;在深度上,论理要透彻有力,应当充分阐明辩方观点及定性量刑依据,依法阐释法律原理,稳妥、适当、有据地对控方观点进行相应的法律评断,对于一些法律已经明确并对辩方有利的问题,应不愠不火地作出强调,对于一些容易混淆的问题,应深入浅出地作出说明。

具体而言,辩护词说理的主要方式有以下几种:一是规范分析,体系说理。刑事辩护的基本点是犯罪,进而言之,以犯罪构成及其要件分析是常用的定性论理方法,通过对刑法分则条文规定的犯罪构成要件为基础标准,将证据、案件事实或者问题疑点与犯罪构成要件作比较分析,论述当事人的行为不构成罪或只构轻罪,通过还原法律事实,以此确定当事人的行为性质,进而取得无罪或罪轻裁判。二是全面分析,综合说理。对于案情比较复杂、新型或者法律尚未明确规定的案件,应考虑将刑法原理、原则与其他学科知识或社会常识相结合,要在刑事法制体系框架内,采用立法目的、历史渊源、整体体系等多种解释说理的方法,探究符合当事人利益的辩护路径,进而建议法院作出合理、恰当的裁判。三是重点分析,核心说理。通常情况下,案件的争议焦点和要点是辩护方提出的,刑事辩护主要是针对影响定罪(定性)和量刑(定量)的核心问题提出意见、进行说理,对于该部分,辩护内容尤其要思路清晰、立意鲜明,让控诉方和审判者都能清楚问题的所在,并能够一同深入思考如何解决。

除直接向法庭表达辩护意见之外,律师还可以通过发问被告人



(当事人)、证人、鉴定人、有专门知识的人等寻求间接表达辩护意见。发问或者交叉询问,是实务中较为有效的辩护方法。通过他人的回答得到相应的证据,进而引出律师意图表达的相关意见,相比可能更有说服力,更亦被审理者所听取和采纳。从另一方面讲,前期的法庭调查所得的信息,亦为后面的综合辩护意见发表打好基础。实践中看,只要律师事先研究好案情和证据,所问问题得当、有针对性,往往能找到指控事实存在的问题和矛盾之处,并以此阐述无罪或罪轻的辩护意见,起到事半功倍的辩护效果。

总体而言,辩护意见的形式、内容多样。方法各异,结果不同,然若能紧紧抓住依法维护当事人核心利益这个关键,适度把握节奏,根据不同阶段合理展开,层层推进,那律师辩护意见就不是可有可无,相反的,能够起到十分显著的作用与效果,陈瑞华认为,辩护的最终目的不是形式上的抗辩,而是对裁判者的说服,而后者才是辩护活动的真正归宿。<sup>⑧</sup>既往的冤错案是从反面说明,辩护制度和律师辩护对防止冤案实现司法公正具有至关重要的积极作用,那么另外一些案件如念斌案,更是从正面强化了这一常识。正反两面的案例形成生动的法制课,告诫司法者万不可轻视、漠视、歧视律师,侵犯律师执业权利。<sup>⑨</sup>因此,一个好的有效的辩护能够推动并完善刑事诉讼结构,真正弘扬法治的公平正义精神,展现人权的价值和意义。

<sup>⑧</sup> 陈瑞华:“刑事辩护的几个理论问题”,载于《当代法学》,2012年第1期;

<sup>⑨</sup> 方工:“面对辩护意见,司法者如何倾听”,载于《人民法院报》,2014年9月11日第2版



### 【编者的话】

多年来，本所权益合伙人张延来律师深耕于电子商务与网络的法律服务领域，并坚持以著书立说的方式为客户提供优质的法律服务，为律师同行解疑答惑，同时也成功地塑造了专业化的个人品牌。今年7月，张律师在法律出版社出版了专著《法眼电商》。为此，《金道律师》已开辟专栏，将在每期中刊登书稿中的一篇文章，敬请关注。

## 《法眼电商》推荐语

·Bhushan Patil Paytm 总裁前阿里巴巴国际事业部总监

Great to see a simple compilation which can come handy for many entrepreneurs. The books has lot of useful points about legal needs a business should think about, with examples and case studies. Many books refer to old cases but this one seem to have more recent cases linking to reality of today. Overall it makes it a simple handbook for business people to understand why one needs legal support, benefits, typical tricks & frauds to look for and prevent. Will highly recommend this book for new entrepreneurs, business managers, internet leaders, students who wish to get into business streams.

·秦 健 百度公司  
法务部总经理

这年头，懂法律的人很多，懂电商的人更





多,但能将法律和商业知识融合对接的人却不多见。阿来的《法眼电商》,即是尝试将两者融合对接的用心之作,值得肯定。

#### ·盛振中 阿里研究院高级专家阿里数字经济研究中心副主任

互联网、电子商务和大数据快速发展,广泛融入经济与社会生活,由此催生诸多新现象,如网络创业、网店转让、网络专车等,同时孕育诸多新问题,如怎么界定平台边界与平台责任、如何平衡数据开放与隐私保护等。延来律师敏锐地关注到这些新现象、新问题,结合案例和法律分析,深入浅出。很多文章不拘泥于案例,进一步提出更多问题与探讨,是分析新现象、解决新问题的极好探索。

#### ·许 维 优酷自频道学院院长 《转折点》作者

阿来是我任职《天下网商》执行主编时的一位专栏作家,作为淘宝网的法律顾问,他是国内少有的专门研究电商法律问题的专家,当时他的一系列专栏文章可以说是填补了电商法律知识方面的空白。阿来这本书我觉得所有电商企业的老板都应该认真读一遍,它虽然不能帮你来源,但是肯定可以帮你节流。

#### ·王 刚 赢了网联合创始人

你我都想读这样一本书:既站在新业务前沿,全面鸟瞰行业格局,思路清晰,有实例、有故事、有干货的互联网+法律书籍,我看了阿来的《法眼电商》,觉得很棒。

#### ·李虎军 《天下网商》主编

让天下没有难做的电商。让天下没有难懂的法律。亲,阿来律师的《法眼电商》,会给你带来价值非凡的阅读体验。



·赵明 Miss Candy 创始人,CEO

张延来律师不是一个传统意义上的律师,我们在阅读这本书时,除了能感受到他对电商法律的独特观点和丰富的法律从业经验之外,还有一些信息很有价值。比如如何融资,如何规避创业风险,如何用专利和知识产权来保护自己等等,相信这本书会让创业者收获很多非常有价值的“创业干货”。

·周鲲鹏 59Store 创始人,CEO

《法眼电商》,让创业者独具法眼,推荐互联网及电商行业创业者阅读。



# 电商案件的关键问题与趋势

□张延来\*

在代理电商及互联网纠纷案件过程中，笔者碰到了诸多传统案件里未曾遇到的问题，这些新问题的出现和解决着实考验着律师对新型诉讼业务的适应能力。

## 一、办理电商案件的重要前提和难点

无论是对当事人还是法院而言，电商案件的一个最大难点来自于法官短时间内(即便有过三次以上开庭)难以建立起对涉案电商经营模式和背景的全面了解，可一旦脱离了这个大背景单刀直入的分析案件就难免会有偏差。

例如笔者代理的一起淘宝客作弊引起的网络合同纠纷案件，为了弄清淘宝客的业务流程，笔者到当事人公司里待了整整两天，分别向技术团队及运营团队请教，才弄懂了大致情况。很显然，这些情况很难在开庭时全部有效地传递给法官，即便如本案的主审法官有充分的耐心(及好奇心)，庭审程序上也没有给你那么多可



\* 张延来,本所权益合伙人,浙江大学法律硕士,专利代理人,中国电子商务协会政策法律委员会委员。



以展开的环节,即便可以展开,法官原有的知识背景和对互联网的了解程度也都会影响到他对案件背景的认识。当然,对于对方当事人而言,情况也是一样的,于是双方为了抢夺有限时间内的话语权进行各种对抗和相互否定,这样做更加有可能打乱了法官的认知过程。

更加让笔者始料未及的是另一个网络公司融资纠纷案件,这家公司的创业团队脱胎于一家非常知名的互联网企业,有着丰富的从业经验,所以广受投资人追捧,很快就拿到了天使投资。但后来市场的变化导致公司业务发展遭受一些暂时的障碍,投资人为了撤回投资竟然到法院起诉说创始人在融资过程中有欺诈行为,要求解除投资协议。庭审过程中,主审法官提出一个问题,他认为这个协议有点显失公平,理由是投资人投了几百万的真金白银竟然只获得了几个点的股权,而从公司融资时的资产状况来看,这些股权“根本不值这么多钱”。这个观点甚至连对方当事人(投资人)都大吃一惊,相信稍稍了解当前互联网融资现状的朋友都会有同样的感受,天使投资和风险投资本来就是这种操作方式,他们看中的是创业公司未来的发展潜力,并且在投资协议中已经明确给出了估值,业内用更多投资换取更少比例股权的案例比比皆是。只可惜,这位法官不了解这个行业常识,把一个溢价增资看成了等价的股权转让,所以这个看似不是问题的问题却有可能影响到案件的走向。

事实上,并非笔者过分强调电商案件的特殊性,稍微对电商有些了解的人都知道,跟传统商业相比,电商的“玩法变了”。所谓的商业模式和互联网思维不再是一些空洞概念,而是经过实战检验的更优商业策略。对这些不了解的话,就经常会出现诸如不少法律人动辄批评互联网免费模式是低于成本价搞不正当竞争的情况。

从这个角度上看,笔者要给设立电子商务合议庭的广州市中级人民法院点个赞,这是与时俱进的做法,只有主审法官愿意在庭审



之外主动、全面的了解这个领域,进而做到专业化,才不至于因为信息不对称而做出经不起推敲的裁判。正如在腾讯诉奇虎不正当竞争案中(QQVS.扣扣保镖),广东省高级人民法院的判决并没有随意引用《反不正当竞争法》第2条的诚信原则(不少法院喜欢用这种“偷懒”的方式),而是从权利边界的角度展开丝丝入扣的分析说理,使得最终的判决内容有照顾到网络经济的内在规律,进而对日后的类似案件具有普遍参考价值。

## 二、证据形式变了

显然电商行为的依托是网络,因此而产生的证据多为电子形式、数字形式的,无论是用户协议、规则、用户行为数据、交易记录、软件系统都是如此,而且这些证据随着电商行为的演变实时发生着变动,那么问题来了:如何固定和呈现这些证据呢?

传统的做法是公证,但网络环境下,难不成数据每一次发生变化都把公证处找来公证吗(试想一下,每次我们注册一个网络账号,点击同意一份电子合同的时候,网络服务提供者都要把公证处找来做个公证,这将是怎样的场景)?引入新型的证据固化手段是电商发展的必然要求,笔者2011年就开始推动时间戳的应用,至今有不少电商企业接受这种工具,个别法院(例如杭州市西湖区人民法院)也开始引入,这都是令人欣慰的进展。但对时间戳、公证云等电子手段固化而来的证据,从技术上、法律上详细分析和论证并最终给出明确结论的案例却还很少。

2014年笔者代理了七匹狼公司诉网络卖家销售侵害商标权(假货)的案件,与传统的公证购买取得侵权产品不同,我们直接采用了时间戳作为取得侵权产品的第三方见证工具,可惜的是,被告在庭审中承认了自己的侵权行为,因此法院回避了对我们取证方式是否合法的认定,直接支持了我们的诉讼请求。

另一则案例的效果更好一些,笔者代理一个网络卖家的专利无



效案,我们用这款产品 在淘宝上的交易记录——宝贝快照作为提出专利无效的主要证据,最终专利复审委员会对于这种经过正规第三方平台留存的电子记录给与充分认可并宣告对方专利全部无效。

笔者认为,随着电商进程的深入,很快就会有更多相关的判例出现,就像公证手段刚刚引入司法审判时一样,电子证据固化手段的引入又将带来程序法上的崭新实践。

### 三、当事人诉求和争议焦点开始转移

传统案件中,当事人的诉求主要集中在实体的财产或者赔偿,但电商案件当事人更多的诉求集中在对虚拟财产(尽管这不是一个专业术语)、数据信息、网络资源的争夺,争议焦点也从索赔转移到权利冲突的是非对错层面。出现这种情况的原因也要放到网络环境中去分析,网络纠纷当事人很清楚一点,个案中所得到的赔偿是有限的,能否通过个案确认其对网络资源的独占才是关键。例如日本电通起诉财付通、支付宝电子支付方法专利侵权的案件,电通公司在诉讼请求中并未主张任何赔偿,而是要求停止侵权,一旦成功则有可能迫使对手退出竞争市场。再如,“3Q大战”中腾讯要求用户二选一导致的奇虎起诉腾讯滥用市场支配地位纠纷一案,就正是基于两个公司争夺用户所引发的;再举一例,大众点评网诉爱帮网不正当竞争一案,爱帮网将大众点评收集到的各种本地服务信息“拿来主义”被法院认定为不正当竞争,反映的正是电商当事人对数据信息控制权的争夺。

在这样的趋势下,电商案件通过调解结案将可能变得越来越难,都说“能用钱解决的都不是问题”,但电商案件当事人不完全冲着钱去的,他们想要的是判决,是判决背后所划分出的市场机会,可能这样的趋势会为惯于调解的法官所不喜,但却给善于思考、敢于创新的法官提供了大量的机会。笔者个人也更倾向于判决,毕竟在网络时代,诸多规则都还在推倒重来的过程中,而且立法的滞后性在



飞速发展的网络经济面前显得更加突出，这时候如何让电商活动有章可循，判例无异是解决问题的最直接而有效的方式，比起调解这种逐个击破的方式，判决则可让更多未来有可能的争议消失于无形。

#### 四、文科思维的理科表达

传统案件中，经常见到双方代理人侃侃而谈的情景，口才好的律师甚至可以结合时事、政策、情理把庭审中的陈述和辩论变成脱口秀。在电商案件中，这样文科化甚至文艺化的思维和表达方式似乎收效甚微，反倒是理科中常见的数据分析、科学实验、技术比对等更有说服力。笔者代理的平台避风港类型案件，为了帮助法官认识到电商平台和线下交易市场、商场的区别，曾列举了平台的用户数量、商家数量、日发布商品数量等多项数据，对比之下，法官很快了解到电商平台的体量远非实体市场可比的事实。

再比如前文提到的奇虎诉腾讯滥用市场支配地位的案件，双方均提供了大量的数据、专业机构的分析报告、专家证人等证明各自的主张，这种实证化的表达方式在传统案件中并不多见。相信今后律师办理电商案件过程中，需要花费更多的时间研究如何把这些技术性的信息在法庭上更直观地呈现出来，包括呈现角度的选择、呈现方法的应用、呈现主体的合作等。

无论我们愿不愿意，网络都在以不可逆转的方式渗透到社会生活的方方面面，可以想见，在今后的法律实践中，网络带给法律人的挑战将愈发频繁和严峻。对此，我个人觉得不应该排斥，反倒应该庆幸和感激，在充满不确定性的网络时代中，<sup>③</sup>以寻找确定性为己任的法律人不正是有了绝佳的施展舞台吗？

<sup>③</sup> 参考[美]凯文·凯利：《失控：全人类的最终命运和结局》，东西文库译，新星出版社2010年版。



编者按：多年来，本所首席合伙人胡祥甫律师受各地政府、高校、行业协会等邀请，举办讲座、授课近百次。胡律师力求理论结合实践，既有理论层面的旁征博引，又有实务操作层面的生动阐述。在讲座与授课的过程中，胡律师尤其重视对案例的剖析。为此，我们精选了胡律师执业以来办理的十个经典案例，将在《金道律师》陆续推出系列栏目“胡祥甫律师以案说法”。在本期中，我们将推出一个经典案例。

## 胡祥甫律师以案说法系列四\*

### 买卖合同中所有权保留条款的效力

#### ——“借款、担保纠纷案”评介

2006年，杭州某电子公司（以下简称“电子公司”）与浙江中泽信息技术有限公司（以下简称“中泽公司”）签订了一份《产品供货合同》，约定由电子公司向中泽公司提供价值为270万元的货物，中泽公司先向电子公司支付40万元，待到货时再支付230万元，杭州鼎翔有限公司（以下简称“鼎翔公司”）对货款支付提供担保。协议第6条还约定了所有权保留条款，即“货物所有权在需方未全部支付货款前仍属于供方，如需方未能在合同规定的付款期限内履行付款义务，供方有权将货物收回”。

\* 案例由本所赵青航律师整理。



合同生效后,电子公司将货物交给了中泽公司,而中泽公司迟迟不支付 230 万元货款。电子公司便与中泽公司签订了一份《补充协议》,确认尚欠货款的数额为 230 万元,并约定分期货款。

事后,中泽公司仅支付了《补充协议》中第一期的款项,经电子公司再三催告,没有继续履行合同。电子公司遂向法院提起诉讼,要求中泽公司支付货款及违约金,并要求鼎翔公司承担连带责任。

收到起诉状副本后,鼎翔公司委托了本所首席合伙人胡祥甫律师参加本案的诉讼活动。在庭审中,双方争议的焦点主要在以下两个方面:

第一,鼎翔公司的保证方式。针对《产品供货合同》中对担保的表述为“鼎翔公司自愿对货款支付提供担保,在需方未能按上述要求支付货款时,供方有权要求担保方支付以上货款”,双方的理解完全不同。

电子公司认为,《担保法》规定的保证方式只有两种,一般保证和连带责任保证。该法第 19 条规定,当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。本案中并没有约定是一般保证还是连带责任保证,因此,鼎翔公司应当承担连带责任保证。

胡律师对此予以反驳,他指出,《担保法》第 19 条是在当事人对保证方式没有约定或约定不明的前提下适用的,而《产品供货合同》中已将保证方式明确约定为一般保证:

1.《担保法》第 17 条规定:“当事人在保证合同中约定,债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任的,为一般保证。”《产品供货合同》的表述为“在需方未能按上述要求支付货款时,供方有权要求担保方支付以上货款”,这恰恰符合一般保证的特征。

2.《担保法》第 19 条中“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任”的规定不能被片面地理



解为只要条款中没有出现“一般保证”的字样就应认定为连带责任保证,而应当联系两种保证方式的法律含义,具体判断合同中是否规定了保证方式。《产品供货合同》中规定的保证方式与一般保证的含义完全一致,足以认定鼎翔公司提供的担保为一般保证。

第二,所有权保留条款的效力。《产品供货合同》第6条的约定“货物所有权在需方未全部支付货款前仍属于供方,如需方未能在合同规定的付款期限内履行付款义务,供方有权将货物收回”,是典型的所有权保留条款。双方当事人就该条款所规定的所有权保留的性质及其对鼎翔公司保证责任的影响展开了激烈的辩论。

1.关于所有权保留条款的性质。电子公司认为所有权保留不能作为一种担保方式,因为其在《担保法》中没有规定。作为供方,电子公司拥有依据该条款行使权力或者根据保证条款要求保证人承担责任的选择权。

胡律师对此持有不同意见,他提出,所有权保留是一种担保方式,而担保方式不一定非要在《担保法》中设定,例如建设工程价款优先受偿权作为担保物权就规定在《合同法》第286条中。所有权保留是一种公认的非典型担保方式。《合同法》第134条规定:“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的,标的物的所有权属于出卖人。”该条法律规定将所有权保留担保债权实现的功能以法律形式固定下来。所有权保留的性质是物的担保。

2.电子公司放弃所有权保留权利的法律后果。电子公司认为,其有要求保证人承担保证责任与行使所有权保留权利的权利。

但胡律师认为,本案中,电子公司放弃了所有权保留权利的行使,无权要求鼎翔公司承担保证责任,因为《担保法》第28条规定:“同一债权既有保证又有物的担保的,保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。”



电子公司放弃了物的担保的行为体现在以下两个方面：

(1)电子公司在送货到中泽公司处时并没有收到“支付方式为45条的银行承兑汇票”。电子公司不仅此时没有将货物收回,放弃了《合同法》赋予的同时履行抗辩权,而且在此后相当长时期内没有采取任何措施,也没有通知保证人鼎翔公司,事实上放弃了其所有权保留条款所确立的物的担保。

(2)电子公司与中泽公司的《补充协议》,则是以明示的方式放弃了物的担保方式。

该《补充协议》中,电子公司与中泽公司不仅变更了付款方式,将即时结清的合同变为先交货后付款的合同,而且将货款的支付以债的方式确认下来,电子公司完全放弃了其在《产品供货合同》中所保留的货物所有权,当然放弃了所有权保留这种物的担保。

胡律师进一步指出,根据物保和人保并存条件下物保优先的原则,电子公司只有在行使物的担保权利不能受偿的情况下才可以主张保证人承担保证责任。

即便不考虑所有权保留条款的性质,电子公司怠于行使所有权保留条款,加大了保证人的保证责任,具有履行合同上的重大过错,应承担相应的法律后果。事实上,鼎翔公司以保证人身份参与到《产品供货合同》中来是以合同中有所有权保留条款为前提的,电子公司在没有收到货款时不行使所有权保留权利,也不通知保证人,这极大地加重了保证人的保证责任,如果这般行为不承担相应的法律后果,对保证人是极不公平的。

在充分听取双方当事人的辩论意见后,一审法院作出判决,认定鼎翔公司为中泽公司支付货款提供保证的方式为一般保证。有关所有权保留条款的问题,一审法院认为根据合同法的学理解释和物权理论,所有权保留条款是卖方未实现自己的债权而在自己出卖的标的物上设定的担保,其性质属于物的担保。就电子公司而言,其在



依约履行了交付买卖合同标的物的义务,而中泽公司没有依约支付货款的情况下,完全可以依照《产品供货合同》第6条的约定要求中泽公司返还标的物。但电子公司未经鼎翔公司同意与中泽公司签订了《补充协议》,其行为实质上是放弃了担保物权。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第38条,“债权人在主合同履行期届满后怠于行使担保物权,致使担保物的价值减少或者毁损、灭失的,视为债权人放弃部分或者全部物的担保。保证人在债权人放弃权利的范围内减轻或者免除保证责任”之规定,由于电子公司已经放弃了全部物的担保,故鼎翔公司应当免除担保责任。据此,一审法院驳回了电子公司对鼎翔公司的诉讼请求。

电子公司不服,向二审法院提出上诉,理由是:1.所有权保留条款的目的在于保护卖方,是否收回货物是电子公司的权利,且所有权保留是担保物权并未得到法律的确认。2.其未怠于行使权利。

二审法院认为,《产品供货合同》第6条的规定系当事人对所有权保留的约定,但所有权保留是否属于担保物权,法律并无明确规定。根据本案事实,中泽公司本应依约在到货时即支付货款,但在中泽公司未依约付款的情况下,电子公司既未告知鼎翔公司,且与中泽公司又签订了《补充协议》,实质上是放弃了本案的所有权保留,而货物所有权的放弃,必然会加重保证人的保证责任,故在加重保证责任的范围内,鼎翔公司应免除保证责任。原判关于鼎翔公司应当免除保证责任的实体处理正确。电子公司提出的其并无怠于行使权利、鼎翔公司仍应承担保证责任的上訴理由与事实不符,不予支持。

最终,二审法院作出判决:驳回电子公司的上诉,维持原判。

在本案审理的过程中,所有权保留的效力问题影响着案件的结果。对于所有权保留的法律性质,目前我国法律没有明确的规定。不



少学者认为从所有权转移的角度看,所有权保留是一种附停止条件的所有权转移;从出卖人所保留的所有权特性角度看,出卖人保留的所有权是担保物权。史尚宽先生也认可所有权保留属于担保物权,他在其名著《物权法论》中写道:“担保物权自其制度上观之,得分为约定担保与法定担保。前者例如让与担保、所有权保留、质权、抵押权、典权。后者例如留置权、优先权。”<sup>①</sup>其实,不论所有权保留的性质如何,其都是保障出卖人权利实现的有效方式,如果出卖人怠于行使所有权保留权利,会极大地加重保证人的责任,因此,其也应承担相应的法律后果,即在出卖人放弃所有权的范围内免除保证人的责任。由此,本案的处理结果充分体现了公平原则,而本案突出反映的所有权保留的性质问题,亦亟需立法的确认。

<sup>①</sup> 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第253页。

本案例原载于《浙江律师》杂志 2016 年第 1 期。

# 组装实木衣柜，谁侵的权？

——专利自卫反击战纪实

□张延来\*



## 一、来势汹汹

2013 年 6 月的某个下午，十几位素未谋面的淘宝卖家来到我所在的事务所，每个人的脸上都满是疲惫和无奈。

随着大家的陈述，事情的脉络逐渐浮出水面。这批淘宝卖家都经营同一款产品——组装实木衣柜，这种衣柜因为价格便宜、组装方便因此市场销量非常好，但就当大家卖的不亦乐乎的时候，几乎在同一时间收到了淘宝转发的侵权告知函，称接到了来自同一个人的侵权投诉，说大家销售的这款衣柜产品侵犯了他的专利权，淘宝经过初步的比对后根据法律规定和投诉方的要求对各个卖家的产

\* 张延来，本所权益合伙人，浙江大学法律硕士，专利代理人，中国电子商务协会政策法律委员会委员。



品做出了下架处理。

“这款产品在我们店里都是爆款,每天的流水有好几万,现在下架了,损失惨重啊!”,一个卖家站了起来说道,“关键是产品在市场上都卖了两年多了,这个人只不过是把现成的产品拿去注册了专利回过头来打击我们”。

“这个投诉的人也在淘宝上开店的,他已经联系过我们了,说要么从他那里进货,听他统一安排,要么就别做这个生意了”大家七嘴八舌的开始诉说,个别卖家已经略带哭腔了。

听到这里,我已经可以确定,这又是一个典型的垃圾专利引发的案件,于是我把专利侵权应对策略给大家做了一个细致的介绍:

### 法律贴士:应对专利侵权之诉最常见的三个办法

#### 1、现有技术抗辩——我比你早

专利制度鼓励创新,因此谁先做出了发明很重要,如果说在你提出专利申请(申请日)之前,这个技术就已经出现了(现有技术、公知技术),那我再用这个技术就不构成对你的侵权。

#### 2、全面覆盖抗辩——我跟你不一样

怎样判断一个产品中所使用的技术方案落入到某个专利的保护范围呢(即判断侵权是否成立)?法律上,一个专利的保护范围最终体现为一个或多个技术特征(例如A+B两个技术特征),如果你生产的产品一个不少的完全包含(全面覆盖)了这些技术特征(例如,你的产品有A+B两个特征,或者A+B+C、A+B+C+D等等),那么就够成了侵权,如果少了任何一个都不构成侵权(例如,你的产品只有A特征或只有B特征)。

#### 3、釜底抽薪——专利无效

一项技术获得专利保护必须满足新颖性和创造性两项要求,就是在申请专利前没有同样或者类似的技术,如果只是把“抄袭”来的



技术(稍加修补或者简单替换)申请了专利,没有实质性的创新和改进,就会因不具备新颖性、创造性而被宣告无效。专利一旦无效,就再也无法阻止别人使用同样的技术了,因此无效是应对侵权之诉的一种釜底抽薪的办法。

原理讲清楚了,卖家们的情绪也逐渐转好,其中一个卖家似乎想明白了什么,问道:“我们销售的产品在淘宝上都有记录的,每一笔交易都有一个宝贝快照,记下成交当时产品的详细图样,这个可不可以作为现有技术的证明?”我很欣慰的告诉他可以,并且要全力以赴寻找对方申请专利之前的产品销售记录,越详细越早越好,为了更有把握,由我到专利数据库中检索是否存在相同或近似的在先专利,一并用于不侵权抗辩。

## 二、兵临城下

正当我们分头行动收集线索的时候,卖家小赵收到了杭州市中级人民法院的传票,告知他因为涉嫌专利侵权被起诉索赔 30 万(可能是他的销量比较好,所以第一个被起诉),原告正是前面发起投诉的那个人!

好在我之前已经预判过诉讼的可能,所以短暂不安之后,大家又开始投入之前的工作了,并且好消息也随之而来:卖家们找到了大量的在先销售记录(宝贝快照),而且快照中详细的记载了产品的每一个技术细节特征!我这里的专利检索也得到了不错的结果,一共找到了七份或相同或近似的在先专利文件,足够了!

## 三、背水一战

虽然形势已经非常严峻,但我和卖家们还是系统的制定了“作战方案”并同步实施,正式开始了在三个不同战场上的自卫反击:

1、平台战场:申诉并恢复上架产品。由于恢复被下架的产品是卖家们最迫切的问题,所以我把他们收集到的交易记录和我找到的



专利文件整理到一起,做了一份专利侵权抗辩报告,针对每一项技术特征做出分析并且配上图标,然后协助卖家在淘宝侵权处理系统中提交了申诉。

2、法院战场:申请中止诉讼。以对方专利无效为由,请求法院中止诉讼,等待专利无效结果出来之后,再行判决。

3、知识产权局战场:立即向知识产权局专利复审委员会提起专利无效申请,并且申请复审委口头审理(争取当面解释的机会),力求无效成功,彻底解决战斗。

#### 四、绝地反击

有时候,把思路理顺了,准备工作做扎实了,看似被动的局面就会发生奇妙的变化:

第一个消息来自平台,通知卖家申诉成功,产品可以恢复上架!我们赢得了喘息的时间,接下来可以打持久战了。

第二个消息来自法院,告知先开庭再决定是否中止,这是一个好坏参半的消息。好吧,我们就在开庭的时候证明中止的必要性。果不其然,当我们把之前搜索到的交易记录和在先专利文件一一呈现并解释给合议庭的时候,有着丰富专利审判经验的杭州中院法官开始意识到这个专利确实有问题,为了避免“冤枉好人”,裁定中止诉讼,一切等无效结果出来之后才定。

关键的一战开始了,专利复审委对我们的无效申请召开了口审程序。这一天我们早早到达了庭审现场,并且带了电脑用于现场演示证据材料。十点钟庭审开始,意料不到的是对方退却了!等了十五分钟也不见人来,裁判组决定缺席审理!接下来的事情就变得简单,我们从“新颖性”和“创造性”两个角度一一陈述、举证证明对方专利不满足法定的要求,应该被宣告无效。

三个月后,一纸裁定下达,对方专利的所有权利要求全部无效!对方得知了这个消息也没等法院判决,自己主动撤回了起诉。至此,



双方在三个站场(平台、法院、复审委)的战斗宣告结束。

只有一点可惜的是,专利复审委员会认为我们提供的在先专利文件已经足够将争议专利无效,没有对宝贝快照这一更有普遍意义的证据给予评判,虽然这个案件结果是好的,但笔者还是隐隐担心日后其他网络卖家遇到这种情况,但又找不到在先专利文件又当如何?

## 五、伺机再战

果不其然,转眼一年过去,又一个淘宝卖家找到笔者,说有人把他销售的一个爆款摩托车头盔产品拿去注册了外观专利,回过头来向平台投诉要求宝贝下架,同时还到杭州中院起诉了,索赔30万元。案情几乎跟之前的一模一样,我们还是先申请法院中止诉讼,随即向专利复审委员会提起专利无效申请,唯一不同的是,这次在专利数据库中很难检索到相同的在先设计,笔者之前担心的情况发生了。

只剩下一种选择,根据专利法的相关规定,公开销售也是现有设计的一种存在方式,那么在淘宝上的公开销售如何证明呢?宝贝快照——笔者和卖家当事人不约而同的说到。笔者让卖家当事人联系了多个淘宝和天猫卖家,他们的共同之处在于,在垃圾专利申请日之前已经有了这个头盔产品的成交记录以及同成交记录对应的宝贝快照,下一步我联系在网络方面专业的公证处对这些信息进行公证,把成交时间、宝贝快照内容、内嵌的视频内容等关键信息一并做到公证书中。

## 六、大获全胜

充分的准备终于换来了回报,口审过程中,我们当庭用联网后的电脑对整个宝贝快照的形成过程进行了还原(电商常挂在嘴边的“复盘”),带着这样直观的印象和理解,审查员再次审查我们提出的证据时,就只剩下频频点头了。



一段时间的等待之后,1月1日,我们拿到了复审委的决定书,裁定垃圾专利全部无效,其中对宝贝快照这一电子形式的证据做了专门的阐述,明确认可了其证据效力。

至此,一个完全凭借宝贝快照取得专利无效结果的案件胜利完成,同时意味着,对于相当多的饱受垃圾专利困扰的卖家而言,现在他们有了一个成本最低但却最有效的新型武器——宝贝快照!

# 盼望已久的胜诉

——一起最高院再审的专利权权属纠纷案代理实录

□李冰冰\*



## 创业伙伴 专利权属惹恩怨

图强公司是一家专门从事锚杆产品生产和销售的公司,汪德洪是图强公司原总经理、法定代表人,后汪德洪将股权转让给其他股东、分割了公司资产并在协议中承诺退出锚杆行业后离开图强公司。2001年3月15日各股东签订相关协议,2001年8月15日办理工商变更登记。汪德洪离职后,并没有遵守竞业禁止条款,而是在2001年12月15日向国家知识产权局申请名为“组合式锚杆”的发明专利(专利号为ZL01143077.X),并创办杭州大华工程材料有限公

\* 李冰冰,本所律师,吉林大学法学硕士。



司并继续经营锚杆业务,且依据这一专利状告图强公司侵权。

### 权属之争 一审二审仍未结

图强公司认为该专利系在汪离开公司后一年内申请,为职务发明,于2011年6月27日向杭州市中级人民法院提起诉讼。杭州市中级人民法院依据工商登记记载,认定汪德洪离职在2001年8月14日以后,距离专利申请日不足一年,判决确认图强公司为专利号为ZL01143077.X的发明专利的专利权人。

汪德洪不服,上诉至浙江省高级人民法院,对一审法院认定的离职时间和诉争专利与其本职工作是否有关联性提出异议。二审法院依据股东之间《股权转让协议书》中约定的从2001年1月1日起汪德洪不对图强公司负任何责任,确定汪德洪离职时间是2000年12月31日;依据图强公司章程对总经理职责的描述及其参与企业标准的起草审定等实施,认定诉争发明为职务发明。

汪德洪仍不服,在判决生效后向最高人民法院申请再审。

### 最高法院 提审再论是与非

2013年12月26日,最高人民法院裁定提审本案。图强公司委托浙江金道律师事务所胡祥甫、李冰冰律师为再审代理人,参加再审的诉讼活动。

汪德洪与图强公司的争议均围绕《中华人民共和国专利法》(2000年修正)第六条的规定“执行本单位的任务或者是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造”以及《中华人民共和国专利法实施细则》(2002年修正)第十一条的规定“执行本单位工作任务所完成的职务发明,包含了辞职、退休或者调动工作后一年内作出的,与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造”。



案件的主要争议焦点在于:1、汪德洪离职时间。2、诉争专利与汪德洪在原单位承担的本职工作或原单位分配的任务是否具有关联性。

### 耐心寻证 柳暗花明又一村

接受委托以后,胡律师和李律师对最高人民法院的再审裁定进行了分析,法院裁定再审的理由为“汪德洪的再审申请符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第(二)项、第(六)项规定的情形”,而这两条理由分别对应的是“原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的”、“原判决、裁定适用法律确有错误的”。两位律师认为,应当把再审的工作重点放在进一步搜集关于汪德洪离职时间和汪德洪在图强公司的工作职责的证据上。

两位律师立即前往北京,查阅了一审、二审、再审的庭审笔录等案卷材料,与图强公司法定代表人、管理人员、联系人等进行了多次沟通,寻找新证据,但相关人员多次表示,时间久远,公司搬家多次,很多基础资料都遗失了,能找到的证据在一审、二审以及再审复查阶段都已经提供了,实在是没有新的证据了。但是在沟通中,律师提炼了如下的信息:

1、汪德洪离职后,创立了杭州大华工程材料有限公司并担任法定代表人。

2、汪德洪离职前后,以汪德洪名义申请了与争议专利相关联的锚杆产品专利,各专利与诉争专利之间在技术上都是相关联的。

根据上述线索,代理律师理出如下思路:

1、既然汪德洪离职后创办了公司并担任公司法定代表人,公司设立的资料中必然有汪德洪的履历、公司创办时间等信息,应查找杭州大华工程材料有限公司的设立资料寻求与汪德洪离职时间相关的信息。



2、既然图强公司工商变更资料是在2001年8月15日办理的，那么2000年度的年检材料是否汪德洪作为法定代表人签名，有关的财务资料是否汪德洪签名？这些资料是否能够印证汪德洪的离职时间？

3、是否能证明汪德洪离职前后专利与本案专利有依存或衍生的关系？如有，则也能证明汪德洪的本职工作与锚杆产品研发有关。

确定突破口后，律师和图强公司分别开始了调查取证的工作。令人欣慰的是，双方都传来了好消息：

律师调取了杭州大华工程材料有限公司的工商登记资料，汪德洪在法定代表人履历表中亲笔填写了“1998年8月—2000年12月担任杭州图强工程材料有限公司经理”，这一证据是汪德洪对于其2000年12月以后离职的自认，无疑对认定其离职时间有着至关重要的作用。

而图强公司2001年3月报送的2000年度的年检材料上，汪德洪作为法定代表人在年检材料上签字。

图强公司在律师的配合下，组织专家对以汪德洪名义申请的其他专利与本案诉争专利进行了技术对比，得出了汪德洪离职前的专利、2001年1月2日申请的两项专利、本案专利之间实质性内容一致的结论。

律师立即整理了杭州大华工程材料有限公司工商登记资料、图强公司2000年度年检材料、公证机关现场见证技术论证会的公证书等共13份证据，提交给再审法庭。

### 庭审交锋 焦点不变论战酣

2014年7月14日，本案在最高人民法院开庭。法庭上，双方发现，彼此都更换了代理人，看不见的硝烟正在蔓延。

庭审中，双方围绕争议焦点展开了激烈争论：



## 一、汪德洪的离职时间

汪德洪一方认为,其离职的时间是2000年9月。为此,其向法院提出调取2000年9月以后图强公司的工资表的请求,认为如果不是其本人签字领取工资,就应认为其已离职。其还提出,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。”如果图强公司不能提供汪德洪签字过的2000年9月以后的工资表,就应当推定汪德洪2000年9月离职。

图强公司一方提出:汪德洪离职时间应认定为2001年8月15日,至少是在2001年1月1日以后。

胡律师和李律师首先对一审、二审、再审复查、再审提审中支持己方观点的证据进行了列举:

1、工商登记资料,2001年8月15日前汪德洪担任图强公司法定代表人;

2、2000年1月至2001年8月,图强公司为汪德洪缴纳养老保险;

3、2002年2月21日,汪德洪亲笔填写了金额19000元、用途“2001年工资款”,并在领款凭证上签字。

4、2001年3月19日,汪德洪签署《授权书》,授权图强公司人员签订合同等事宜。

5、2001年3月,汪德洪在图强公司2000年度年检报告上作为法定代表人签字。

6、汪德洪、项小珍、朱周火2001年3月15日签订的《股份转让协议书》明确约定若有涉及图强公司2000年12月底前的有关事项,汪德洪负法律规定的相应责任。这说明2000年12月底前是汪德洪任职期间。

7、汪德洪之后设立杭州大华工程材料有限公司的《公司法法定代



表人履历表》中,汪德洪亲笔填写,其在1998年8月—2000年12月担任杭州图强工程材料有限公司经理。

8、汪德洪在一审中“确认,其自公司成立开始担任总经理,直至召开上述股东会(系2001年8月15日的股东会)”。

9、汪德洪并未在上诉状中对一审法院认定的离职时间2001年8月14日这一事实问题提出上诉,后在二审开庭时才补充这一上诉理由。

两位律师接下来对汪德洪一方的主张进行了反驳:

汪德洪主张其2000年9月离职,没有提供任何证据加以证明。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条规定:“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实,有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人事实主张的,由负有举证责任的当事人承担不利法律后果。”汪德洪对自己一方提出的2000年9月离职的主张,从一审、二审到再审均未提供证据加以证明,当然应根据前述规定第二条第二款承担不利法律后果。

对于汪德洪的调查取证申请,两位律师认为,并非提出调查取证申请就完成了汪德洪的举证义务,在当事人非因客观原因无法举证的情况下,不提交任何证据,仅仅提出调查取证申请来证明自己的主张,人民法院不应支持:

1、汪德洪对于其离职时间是有能力举证的。汪德洪没有提交任何一项哪怕是初步的证据来证明2000年9月离职的事实,在此情况下,凭一个毫无依据的猜想的事实,要求将举证责任转移到图强公司这一边,是没有任何依据的。

2、《中华人民共和国专利法实施细则》第十一条之(三)原文是“辞职、退休或者调动工作后”。如果2000年9月汪德洪“调动工作”,那么汪德洪完全可以提交其他单位的劳动合同、在其他单位工



作的证据来证明调动工作的事实,而汪德洪也没有提供。

2、汪德洪设立大华工程材料有限公司与图强公司存在着竞争关系,这本身就违背了其在2001年3月15日签订的《股份转让协议》中的承诺。其在本案当中提出调查取证申请,内容包括图强公司的日常经营文件,与本案无关,不应予以支持。

3、汪德洪代理人在再审庭审中援引《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十五条“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。”,认为应认定其2000年9月离职的主张,这种说法是错误的。

而本案中,没有证据表明汪德洪申请调取的证据都由图强公司掌握。图强公司在2001年上半年以前,都是汪德洪一个人在经营管理,有关的材料均由汪德洪掌握,在汪德洪未提供其离职时移交清单的情况下,如何证明图强公司掌握全部汪德洪申请调取的证据呢?他手中还留有企业标准本身就说明汪德洪并未将其掌握的图强公司的资料全部移交。

换个角度,按对方的逻辑,汪德洪离职,其应当持有移交清单,而图强公司主张的移交时间是在2001年1月1日以后,因汪德洪拒不提供移交清单,应当支持图强公司关于汪德洪2001年1月1日以后离职的主张。

4、汪德洪一方要求调取的证据不能证明汪德洪的离职时间。

(1)工资单是否本人签名不能证明汪德洪是否离职。

汪德洪提出,要求调查图强公司2000年1—12月的工资单。

图强公司已经提交了2000年1—6月的工资单,且均有汪德洪领取工资的签名,而图强公司在一审中也提供了2000年12月份的工资单作为证据,能够证明汪德洪2000年12月的工资也已经领取。汪德洪认为2000年12月的工资单不是其本人签名的,并且认



为 2000 年剩余几个月的工资单也没有他本人签名。并且认为如果工资单上不是本人签名的,就证明汪德洪已经离职了。我们退一万步说,哪怕如汪德洪的猜测,7—12 月工资单都不是汪德洪本人签名的,而是他人代签的,难道就能证明汪德洪 2000 年 9 月份离职吗?显然不能:

首先,图强公司当时是个小公司,本来管理就不是很规范,他人代领工资在 1999 年也就是汪德洪在公司任职没有任何争议的时间段也同样存在(图强公司再庭审提交了新的证据,1999 年 12 月发放的 4—12 月工资,汪德洪的也是他人代领的)。代领工资不等于没有领取工资。

其次,汪德洪本身就是法定代表人,公司就是图强公司本来就是他一个人在管理的。正是因为其管理不规范,才出现他人代领工资的事实。根据 2001 年 3 月 15 日的《股份转让协议书》,2001 年 1 月 1 日以前,汪德洪作为法定代表人应对公司的财务资料真实性负责。现在汪德洪用其任职期间造成的不规范的情况来证明已经离职,这种逻辑是经不起推敲的。

## 二、研发锚杆产品是否汪德洪的本职工作

汪德洪否认其从事研发工作,并提出了几点理由:

1、图强公司是纯销售企业,不具有生产和研发锚杆的资质和能力,根据工商登记的职务,作为前法定代表人兼总经理,根据公司章程不具有研发职责,所以设计研发锚杆不是他的本职工作。

对此,图强公司的两位代理人胡律师和李律师认为:汪德洪故意机械地理解法定代表人的职责范围,将研发与管理割裂开来,逻辑上是错误的。图强公司在设立之初,是一家只有几个人的小公司,并没有严格的技术人员和管理人员的区分,章程也是工商行政管理机关提供的格式文本。图强公司的锚杆产品图纸明确设计人为汪德洪、图强公司的专利以汪德洪的名义申报、汪德洪在 1998 年至 2004 年



在国家专利局申请 6 个锚杆专利，而从汪德洪在大华公司设立时亲笔填写的法定代表人简历上看，他之前的工作单位均与锚杆领域无关，根据《股份转让协议书》，离开图强公司后，他也不应该从事锚杆行业，如果不在图强公司从事锚杆研发，怎么解释他这些专利申请？

2、汪德洪一方提出，其没有研发能力。汪德洪在再审申请中花了大量的篇幅来介绍其在图强公司成立前申请的锚杆专利(专利 1)与本案争议专利(专利 5)的区别，意图说明本案专利与此前专利有明显区别。

两位律师则指出，汪德洪起草了图强公司锚杆的企业标准，其名下有五项专利申请(专利 1、2、3、4、5)，怎么会没有研发能力？

对于汪德洪一方就专利 1、5 之间的对比，两位律师认为，汪德洪通过对比要说明两项专利不同，而事实上，专利 5 与专利 1 技术特征本来就不完全相同，否则，汪德洪怎么会通过实质性审查获得专利 5 呢？图强公司要说明的是专利 5 与发明专利 1 时汪德洪在图强公司从事的本职工作系同一领域，与专利 1 一脉相承。汪德洪的对比与本案中图强公司所要说明的问题是两回事。

汪德洪在 2001 年 1 月 2 日申请了 3 和 4 两项专利，哪怕认定汪德洪离职是在 2000 年 12 月 31 日，3、4 两项发明毫无疑问也只能在汪德洪在职期间完成。而本案专利与专利 3、4 的实质性内容是一致的，只是专利申请 3 的基础上做出一些改变，难道这不能说明专利 5 与汪德洪在职期间的本职工作有关吗？

3、汪德洪提出，图强公司并没有提交为汪德洪提供物质技术条件的相关证据，因此本案专利不能认定为职务发明。

对此，图强公司代理人指出，本案讼争专利是“执行本单位的任务所完成的职务发明创造”，而非“主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”。

2000 年修改的专利法第六条第一款规定“执行本单位的任务或



者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造”。这就意味着,职务发明创造包含“执行本单位的任务”和“主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造”。本案讼争的专利主要属于前者,因为对锚杆产品进行改进和创新本身就是汪德洪的工作任务。对于“执行本单位的任务”这种职务发明创造,根本无需单位来证明“利用本单位的物质技术条件”这一事实。

根据 2001 年修改的《专利法实施细则》第十一条的规定,专利法第六条所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造是指:

- (一)在本职工作中作出的发明创造;
- (二)履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造;
- (三) 退休、退休或者调动工作后 1 年内作出的,与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。

本案讼争专利情况显然属第(三)中列举的发明创造中“调动工作后 1 年内作出的,与其在原单位承担的本职工作有关的发明创造”。

汪德洪在复审申请书中援引了《专利法实施细则》第十一条的规定,该条规定针对的本来就是《专利法》第六条中“执行本单位的任务”这种职务发明的。汪德洪一方面认可了本案专利适用“执行本单位的任务”这种职务发明的情况,却提出图强公司要证明提供物质技术条件这一“利用本单位的物质技术条件”另外一种职务发明才要求的事实,显然在对法律的理解上是错误的。

最后,两位律师对支持图强公司主张的,锚杆产品设计为汪德洪本质工作的主张阐明了理由:

1、图强公司于 1998 年成立,作为一个小公司,汪德洪不仅是管理者,也是仅有的技术人员。图强公司成立前挂靠杭州化工厂过滤设备技术开发中心期间,汪德洪研发并以其名义申报的 ZL98213562.9 专利在 2001 年 3 月 15 日的《股份转让协议》被明确确认为图强公司的无形资产。该协议中将前述专利以外的“全部技



术资料”也列为公司财产。

2、汪德洪离职的时候移交了以其名义申请的、申请号为98245516.X的实用新型专利申请的文件原件,这说明汪德洪工作中设计的技术资料和成果归属于图强公司,当然说明汪德洪从事锚杆产品的研发工作。

3、汪德洪是图强公司锚杆企业标准的主要起草人。企业标准上明确:“本标准主要起草人:汪德洪”。企业标准论证会签到表上汪德洪是图强公司工程师,他自己是亲笔签名的。

4、图强公司再审查阶段提交的文献检索费和专利代理费发票,均可证明图强公司进行锚杆产品的研发工作,汪德洪在图强公司从事锚杆产品技术及研发工作。

5、汪德洪在图强公司生产锚杆的质量证明书、有关的机械性能测试报告上填写内容或签字。这无可辩驳地证明了汪德洪是技术人员。

6、证人吕志平当庭陈述,图强公司的技术工作就是汪德洪负责的。图强公司生产的锚杆产品相关图纸,是汪德洪交给他的,关于依据ZL98213562.9生产的锚杆产品存在的部分情况下注浆不够饱满的缺欠,也是汪德洪在研究解决方案。

此外,图强公司还提交了大量汪德洪设计锚杆产品及零件的图纸。2001年3月15日的《股份转让协议》中,作出的汪德洪“不能从事锚杆的生产和销售,也不得帮助他人从事锚杆的生产和销售”的竞业禁止限制,也正是基于其是技术研发人员背景以及保护图强公司权益的考虑。

### 漫长等待 职务发明获确认

2016年4月的一天,浙江金道律师事务所收到了一封来自最高人民法院的邮件。(2014)民提字第90号判决对本案的焦点问题作出如下认定:(一)关于汪德洪的离职时间。法院认为,2001年3月



15日各股东的《股份转让协议书》中有关“从2001年1月1日起图强公司归项小珍、朱周火所有”的约定表明自2001年1月1日起汪德洪不再是图强公司的股东；2001年1月1日起“汪德洪对图强公司不负任何责任”的内容表明，汪德洪对图强公司的经营既不承担以出资额为限的股东责任，也不承担以工作岗位职责为标准的工作责任，因此，汪德洪的离职时间是2000年12月31日。结合图强公司提审阶段提交的“杭州大华工程材料有限公司设立资料”，汪德洪亲笔填写、确认于1998年8月至2000年12月期间就职于图强公司，法院认定汪德洪的离职时间是2000年12月31日，其与汪德洪申请本案诉争专利的时间2001年12月15日未超出一年。（二）诉争专利是否与汪德洪在图强公司任职期间承担的本职工作有关。

- 1、图强公司的经营范围。图强公司一审提交的购销合同载明，销售的锚杆产品商标为“图强”、生产厂家为“图强”，结合汪德洪一审答辩中承认图强公司从事锚杆产品的生产，以及图强公司在再审阶段提交的厂房租赁合同、购进无缝钢管的凭证、吕志平证言等证据，法院认定图强公司的实际经营范围包括锚杆产品的生产。
- 2、汪德洪在图强公司承担的本职工作。汪德洪在图强公司成立前申请了实用新型专利，表明汪德洪对锚杆产品有一定的技术研发能力。图强公司成立后，汪德洪在公司担任的职务是法定代表人兼总经理。依照图强公司的章程规定，总经理系公司日常生产经营活动的领导者和管理者，这即决定了汪德洪的工作职责包括领导和管理图强公司的生产、销售、研发等经营活动。实际上，汪德洪任职期间组织参与了企业标准的起草和审定，结合图强公司在2001年以前是一家小公司，没有严格区分技术人员和管理人员以及没有专门的研发投入这一事实，可以进一步认定，汪德洪在图强公司的工作职责和工作内容不仅仅是宏观上的领导与管理，还包括负责具体的技术工作。图强公司的经营范围为锚杆产品的生产与销售，故对锚杆产品的质量改



进和技术研发属于汪德洪本职工作范畴。3、本案专利与图强公司经营锚杆产品属于相同的技术领域；同时，汪德洪在图强公司承担的本职工作包括对锚杆产品的质量改进和技术研发，其作为公司的管理者且精通相关技术，知道现有技术的缺陷和未来的研究方向；加之，诉争专利是对现有技术缺陷的改进，因此，诉争专利与汪德洪在图强公司承担的本职工作具有关联性。

经审判委员会讨论，最高人民法院再判决：维持浙江省高级人民法院二审判决，驳回汪德洪的再审请求。

至此，这场旷日持久的专利权属纠纷有了最后的结论。

### 硝烟散尽 权利保护意深远

本案再审的代理律师通过对案件细致的分析，提供了汪德洪在杭州大华工程材料有限公司成立时亲笔填写的1998年8月-2000年12月在图强公司担任总经理的简历等作为证据，在认定汪德洪离职时间上起到了至关重要的作用；另一方面，两位律师在再审庭审过程中对本案关键证据项晓珍、朱周火、汪德洪的《股份转让协议》中“从2001年1月1日起图强公司归项小珍、朱周火所有，汪德洪不对图强公司负任何责任，但若有涉及图强公司2000年12月底前的有关事项，汪德洪负法律规定的相应责任”进行了详细的分析，使再审法院采纳了汪德洪2000年12月31日以后离职的主张。本案再审的审理过程充分体现了证据在案件中的决定性作用

本案再审的获胜，图强公司保住了本属于自己的专利权，但是，我们不能忽视的却是，权利的维护也付出了巨大的时间成本和相当的人力、物力的代价。本案反映出来的问题将引发长期的思考：如何保护职务发明？如何妥善处理员工离职和竞业禁止问题？这恐怕是每个企业、每个管理者都需要深思的问题。



# 从“违约”到“守约”的艰难逆袭

——义乌市 CF 塑胶有限公司诉上海 GH 新材料  
科技有限公司买卖合同纠纷案办案实录

□陆 婕\*



在经历一年的诉讼纠葛后,笔者和江力律师一起代理的义乌市 CF 塑胶有限公司诉上海 GH 新材料科技有限公司买卖合同纠纷案,终于以成功撤销一审判决、直接改判,在上海市第一中级人民法院落下帷幕。

## 欲维权,反招祸

CF 公司和 GH 公司是从事保税区的外贸深加工结转贸易的两家企业,GH 公司从外国进口 BOPP 薄膜加工所需的颗粒加工成

\* 陆婕,本所律师,巴黎二大法社会学与司法沟通专业法学硕士,法国勒阿弗尔大学、德国汉诺威大学欧洲法律实践专业法学硕士。



BOPP 薄膜后,出售给 CF 公司用于继续加工成各类胶带出口。2014 年 5 月 23 日,双方签订《转厂协议》(编号 20140001)(以下称“协议一”),约定:CF 公司以 354000 美元价格向 GH 公司采购 200 吨 BOPP 薄膜;每批交货前买方预付订金 20%,卖方收款后发货;2014 年 6 月 20 日前交货。5 月 28 日,GH 公司开具 8 万美元和 20 万美元的两张形式发票。CF 公司于 5 月 29 日、6 月 27 日分别汇款 8 万美元和 20 万美元。截至 2014 年 7 月 8 日 GH 公司分批发货达 338677 美元货值(其中第五批货物的实际发货数与报关货数存在 863.2kg 的差额)。

在该合同履行期间,2014 年 7 月 1 日双方继续签订《转厂协议》(编号 20140002)(以下称“协议二”),约定:CF 公司以 531000 美元价格向 GH 公司采购 300 吨 BOPP 薄膜;每批交货前买方预付订金 20%,卖方收款后发货;2014 年 7 月 21 日前交货。同日,GH 公司向 CF 公司开具 10 万美元形式发票一张。2014 年 7 月 4 日,CF 公司向 GH 公司汇款 10 万美元。

此后 GH 公司不再供货。CF 公司于 2015 年 4 月 1 日起诉要求解除协议二,退还订金并赔偿损失。GH 公司反诉要求 CF 公司支付协议二订金和货款,继续履行。

争议焦点落于两个问题:1. 10 万美元是否全部是协议二的订金;2. 协议二是否应当解除。一审法院以《合同法》关于“双方并未明确支付的内容或抵充顺序,因此应当先抵充已到期的债务”的规定为由,认定 CF 公司未按约支付货款属于违约,判决其向 GH 公司全额支付货款,GH 公司收款后交货。

### 细微处,显真相

一审虽然采用简易程序审理,然而前后两次开庭、历时半年的审理过程,无论如何不能称其为草率。面对证据的天然缺陷和“客



场”的劣势,我们清楚地知道二审的压力。甚至于沿着一审的思路反复思量判决书,连我们自己也差点被说服。“但总有哪里不对……”可就是这样一个回旋的、如游丝般的声音,让我们坚持着从一审判决的逻辑中撕开了一道口子,通过细致的论证,为客户挽回了损失,奏响了最终胜利的乐章。

## 一、一审判决对案件基本事实认定错误。

### (一)错误认定协议一货物余款为“已到期债务”。

1.GH 公司从未向 CF 公司提出要求结算协议一余款的要求,或向其送达要求付款的形式发票。

2.协议一余款金额尚无法确定。

GH 公司漏发货物 863.2kg,产生于第五批货物的实际发货数(30827.2kg)与报关货数(31690.4kg)的差额。如果这是一起普通货物销售合同,买方仅需按照实际发货数额支付货款即可。但本案涉及的买卖合同并非普通的货物销售合同,而是一起“进料加工”再“转厂加工”,后出口的“深加工结转贸易”业务。根据我国海关总署令第 109 号之规定,该业务主要分三个步骤进行,即:转出企业(本案为 GH 公司)、转入企业(本案为 CF 公司)向各自主管海关申报结转计划;经双方主管海关备案后办理实际收发货以及完成相应的报关手续。根据《海关法》,已申报的报关单内容非属法定事项不可被修改或撤销。而 GH 公司漏发货物是否属于海关允许修改报关单的事项尚不能确定。故,合同余款的金额取决于双方对这一差额的处理方案,即:究竟是应该由 CF 公司补发该漏发货物后由 CF 公司支付 \$58,677,还是由 GH 公司向海关申请修改报关单后由 CF 公司支付 \$57,149.6。在双方对此未协商一致的前提下,前一个合同的货款余额的具体金额从事实上无法确定,确定已到期债权缺乏事实依据。

3.GH 公司对协议一存在迟延交货的违约行为,双方债权债务关系非经协商或另案诉讼无法确认。



协议一约定交货期为“2014年6月20日之前”，而GH公司交付第一批货物已是2014年6月30日，已属违约，CF公司并未放弃追究违约责任的权利。此外，合同约定的交货总额为\$354000，而GH公司实际交付的货值仅为\$337149.6，双方并未就合同的解除或继续履行进行过协商。显然，双方对该合同的款项结算尚处于争议之中。而双方在一审的本诉或反诉都未将该合同纠纷提交法院裁判，一审法院根本无权径自认定该合同项下的货物余款为已到期债权。

## **(二) 一审判决认定CF公司支付的10万美元属于协议一货款余额与诉争合同订金，缺乏事实与法律依据。**

1. 双方间不存在已到期的债务可供抵充；

2. 双方从未形成将该10万美元中的一部分用于抵充前一合同余/欠款的合意；

3. CF公司明确支付内容为“预付”货款：在银行汇付的“付款详情”一栏中，CF公司注明“进料深加工贸易预付货款”；相反，如该10万美元系用于支付前一合同余款和诉争合同订金，则CF公司注明的应当是“进料深加工贸易货物余款+预付货款”。

## **(三) 错误认定GH公司已经向海关完成备案登记，CF公司未按约定支付货款。**

1. GH公司应当向海关完成的备案登记包括“进料加工备案”与“结转计划备案”；GH公司仅完成了“进料加工备案”。

如海关总署令第109号第2条所定义，本案所涉及的深加工结转贸易包括以下几步：转出企业(本案为GH公司)从国外进口原料加工成半成品—>销售给转入企业(本案为CF公司)进一步加工为成品—>转入企业出口给国外采购商。整个过程经海关核准后属保税的外贸进出口业务，层层加工均有海关监管。详述之，GH公司在进口原料时需要完成“进料备案”，销售给CF公司时需要完成“结转计划备案登记”，GH公司出口成品时需要完成“出口备案”。以双方



前一个合同履行情况为例,《加工贸易电子手册》(C22204150564)列示 GH 公司于 2014 年 6 月 20 日备案批准从 KOCO 公司进口原料,即完成“进料备案”;《中华人民共和国海关加工贸易保税货物/出口加工区货物深加工结转申报表》(X14000226378)显示 2014 年 6 月 23 日 GH 公司申请备案,即“结转计划(转出)备案”(《深加工结转系统-按结转手册/账册号查询申报表》印证)显示,而后 2014 年 6 月 24 日 CF 公司申请备案,即“结转计划(转入)备案”。对照前一合同履行过程,一审法院从海关调取的证据材料清楚表明:在诉争合同项下,GH 公司于 2014 年 7 月 17 日完成的,仅仅是显示于《加工贸易手册》(C22204150646)上的“进料备案登记”;GH 公司至今没有申请过“结转计划备案”。

## 2. 完成“结转计划备案”是 CF 公司支付货款的前提。

诚然,双方在案涉合同中就办理结转申报登记与 CF 公司付款的先后顺序问题没有约定,但根据《合同法》第 61 条,对没有约定或约定不明的合同事项,不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。事实上,双方在前一个合同的履行中已建立了如下的交易习惯,以弥补合同的空白:在双方申请“结转计划备案”后,CF 公司支付订金后第一笔货款。具体来看,GH 公司于 2014 年 6 月 23 日申请“结转计划(转出)备案”,CF 公司于次日申请“结转计划(转入)备案”,而后 CF 公司才于 2014 年 6 月 27 日支付订金后的第一笔货款。由此可知,双方交易习惯明确了办理结转计划备案是 CF 公司付款的前提。而不论是否扣除“第一个合同余款”,CF 公司都已于 2014 年 7 月 1 日支付了案涉合同的订金。综上,在 GH 公司办理案涉合同的“结转计划备案”之前,CF 公司没有支付货款的义务。

## 二、一审判决适用法律错误。

(一)一审判决错误认定“已到期债权”,导致错误适用《合同法》解释(二)第 20 条。



如前所述,双方并不存在已到期债权可供抵充,故一审判决将《合同法》解释(二)第20条作为裁判依据错误。

## (二)一审判决错误认定CF公司违约,导致错误适用《合同法》判决诉争合同继续履行。

1. CF公司并未违约,GH公司无权请求CF公司继续履行。

根据《合同法》第107条的规定,继续履行系违约方承担违约责任的一种方式。如本上诉状第一部分(四)所详述,根据双方交易习惯,CF公司支付货款以GH公司完成“结转计划备案”为前提。然而直至今日,GH公司仍未完成该“结转计划备案”,故CF公司支付货款的条件未成就,因此CF公司不存在违约行为。

2. 案涉合同目的已无法实现,符合法定解除条件。

《合同法》第94条规定的合同法定解除情形第(四)项为,当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。CF公司在前一个合同履行过程中与GH公司另行签订案涉合同,是因为临时接到了国外的又一批订单的要约,亟需在2015年7月21日前收到BOPP薄膜以供加工出口。基于对GH公司按约履行案涉合同之信赖,CF公司向国外采购商发出承诺。然而,GH公司在收到CF公司支付的订金后,既未能完成对案涉合同的“结转计划备案”,又未能在合同约定的交货期向CF公司交付货物,以致CF公司不得不高价向非保税区生产商采购以确保按约向国外采购商供货。

3. 退一万步讲,即便认定CF公司违约,案涉合同也属法定不适用继续履行的情形。

《合同法》第110条规定了不适用继续履行的情形,其中第(三)项规定,债权人在合理期限内未要求履行。案涉合同的标的BOPP薄膜属大宗商品,其价格受国际石油价格影响而不断波动。自2014年7月21日诉争合同交货期满之日起,至GH公司提起反诉请求继续履行已达9个月有余。2014年7月BOPP薄膜的国内生产者价



格为 13743 元/吨,而至 2015 年 4 月该价格已一路下跌至 11788 元/吨,跌幅已超过 14.2%。对于波动如此巨大的大宗商品,GH 公司在长达 9 个月的时间内都未向 CF 公司发出要求继续履行通知,却要求 CF 公司在价格下跌 14.2%后按原合同价格履行,无论如何不能算是“合理期限”。更何况,根据 GH 公司的陈述,其为案涉合同准备的 BOPP 薄膜早已转销他人,在长达 9 个月的时间内没有表示出继续履行合同的意。

我们的论述得到了二审法院的支持,最终判决协议二解除,GH 公司退还订金并赔偿利息损失。

### 掩案思,说从头

诚然,合同双方对案件关键事实的不同理解,导致案情扑朔迷离;海关法律法规对此类合同的特殊要求,又让“局外人”无所适从。但“合同”本身的不完善何尝不是整起案件的“元凶”?

在办案过程中,我们两度被问到同一个问题:既然是有特殊要求的买卖合同,为什么合同里不约定清楚呢?我们在坚持法律法规强制性要求的同时,只能很无奈地回答一个令人遗憾的、却广泛存在的现实:太多太多的民企对合同缺乏重视。对大多数人而言,买卖合同涵盖了三项内容就满足了他们的商业需要:货物、金额、交货时间地点。所以大部分企业的合同就是一纸订单。然而就是这样的合同,让合同双方对“谁该在什么时候干什么”无所适从,结果产生不可调和的纠纷,造成双方的损失。

我们很高兴,故事的结尾让我们的客户明白了合同的重要性,主动邀请我们协助他们完善贸易合同的模板。能用我们的诉讼经验去服务客户,从源头上减少纠纷发生的可能,这也是我们最真诚的愿望。

本案例原载于《浙江律师》杂志 2016 年第 3 期。

# “小案件”彰显“大智慧”

——绍兴一公司诉银行共同侵权再审案办案纪实

□赵青航\*



一枚小小的印章，不仅骗过了银行的审查，让民企损失 1000 万借款；也因此成为案件迎来转机的关键证据。从整个诉讼过程来看，案件虽小，却彰显着大智慧。

## 陷假印章骗局 1000 万借款难追回

2010 年 6 月中旬，绍兴 A 公司（系个人独资企业）负责人毛建华，因资金周转需要，找到相熟的 B 公司（系私营有限公司）财务总

\* 赵青航，本所律师，香港中文大学法学硕士，浙江大学城市学院兼职教师，城市治理与立法研究中心研究员，杭州市作家协会会员。



监顾小华,请求由其出面帮助 A 公司向 B 公司借款 250 万元,用于偿还债务。

6 月下旬,顾小华因赌博欠下大额债务,遂萌发了由 A 公司向 B 公司借款 1000 万元,将 250 万元以外部分用于自己赌博翻本的想法。于是,顾小华向毛建华谎称 B 公司以 250 万元太少为由不同意出借,要求 A 公司借款 1000 万元。后毛建华同意,并商定由 A 公司使用其中的 250 万元,剩余的 750 万元,顾小华则谎称将用于帮助朋友向银行转贷。

为取得 B 公司董事长的信任,顾小华与毛建华表示,该款仅用于向 Y 银行转贷时提供资信证明,无需从账户中转出。同时,为了保证资金安全,毛建华在 Y 银行原预留的两枚印鉴(一枚是 A 公司的财务专用章,一枚是 A 公司负责人毛建华的章)基础上,增加一枚顾小华的章。

其实,顾小华事先刻制了两枚“顾小华印”章,其中一枚作为 A 公司开户银行的预留印鉴,用于毛建华与顾小华取款,另一枚则交由 B 公司董事长保管,以使其安心。然而,顾小华在慌乱之中,将与银行预留印鉴一致的那枚真的“顾小华印”章交给了 B 公司董事长,而将另一枚假的印章放在了自己这里。

于是,在 B 公司借给 A 公司的 1000 万元款项进入 A 公司的开户行账户后,毛建华利用事先刻制的假“顾小华印”章,将 250 万元转至 A 公司的银行账户用于归还欠款,剩下的 750 万元转至顾小华指定的账户。过了几天,顾小华取款携带至澳门赌博,后在二日内将其挥霍殆尽。

2010 年 7 月 13 日,顾小华被公安机关抓获,公安机关从顾小华处扣押现金 36500 元,并于 2010 年 10 月 22 日将其还给 B 公司,其余赃款未追回,后顾小华被法院判处无期徒刑。在顾小华刑事案件侦查期间,B 公司也以借款合同纠纷为由将 A 公司起诉至绍兴市越



城区人民法院,并获得胜诉,然而此时的A公司与顾小华均无力偿还全部借款。

### 新证据出现 案情迎来转机

就在B公司一筹莫展之际,B公司董事长找到了浙江金道律师事务所胡祥甫律师。胡律师在代理本案期间,一个可能影响到本案法律关系界定及各方当事人责任承担的新的法律事实出现了。

原来,B公司在法院对顾小华作出的刑事判决中得知,B公司保管的“顾小华印”章竟是与Y银行预留印鉴相一致。但根据鉴定,两枚印章内容基本一致,但规格不同,边框宽窄、文字笔画粗细、笔画边棱光洁度等均不相符。也就是说,如果Y银行对印鉴进行严格审查,是完全能够审查出毛建华取款时用的“顾小华印”章与银行预留印鉴是不一致的,案涉款项是无论如何不会被转移的。

鉴于此,胡律师认为Y银行应对案涉款项被转移的事实承担一定的责任,B公司遂将Y银行起诉至法院。

### 再审裁定发回重审 追加被告变更诉讼请求

然而,此时本案却面临两大程序上的障碍:一是该案已经绍兴市越城区人民法院一审,判决也已生效。因此根据民事诉讼“一事不再理”的原则,B公司不得就同一案件事实和法律关系再行起诉。二是B公司作为胜诉方,若选择对绍兴市越城区人民法院的一审判决申请再审,难度可想而知。因为在法律实践中,极少有胜诉方会向法院申请再审。

胡律师认为,Y银行在兑付资金时,对印鉴审查不严,存在过错,应该承担一定的责任。这一新的关键性事实符合《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:(一)有新的证据,足以推翻原判决、裁定的……”的规定。因此,即使



B 公司是胜诉方,也应有权向上一级法院绍兴中院申请再审。

另外,根据《民事诉讼法》相关规定,本案由绍兴中院提审,故应采用二审程序。但是,二审程序既不能追加被告,也不能变更诉讼请求。由此,胡律师建议 B 公司向绍兴中院提出将本案发回绍兴市越城区法院重审的请求。后绍兴中院采纳了这一意见,裁定将本案发回越城区法院重审。

越城区法院重审本案时,在胡律师的建议下,B 公司提出:一,追加 Y 银行及顾小华为共同被告。二,变更诉讼请求,即本案原以借款合同关系主张诉讼请求,现变更为按侵权法律关系主张 Y 银行、顾小华对 B 公司承担连带赔偿责任。因为案涉款项被转移是由 A 公司、顾小华以及 Y 银行三方的共同过错造成的,A 公司、顾小华及 Y 银行的共同侵权行为侵犯了 B 公司的财产权。

### 运用诉讼技巧 银行负连带责任

Y 银行的代理律师提出,B 公司的 1000 万资金从打入 A 公司的银行账户这一刻起,其所有权已经转移给 A 公司,Y 银行即使有过错,其侵犯的也是 A 公司的权利,而非 B 公司的权利。

对此,胡律师在法庭上提出,第一,B 公司通过持有 A 公司银行其中一枚留底印鉴的方式,保留了本案 1000 万元资金的处分权,而处分权是所有权的核心。如不发生 Y 银行审查失误,足以保障所有权属于 B 公司的前述资金的安全。所以,Y 银行的过失行为侵害了 B 公司的资金所有权。第二,Y 银行在审查印鉴时的过失行为与 A 公司、毛建华、顾小华骗取、转移款项的故意侵权行为结合在一起构成了对 B 公司 1000 万元资金所有权的侵权,在法律上属于无意思联络的共同侵权,该侵权行为与 B 公司财产受到损害的后果存在因果关系,Y 银行应当承担连带赔偿责任。

最后,法院支持了胡律师的代理观点,判令 Y 银行承担连带赔



偿责任。

## 结 语

本案的案情并不复杂,但案件中所蕴含的法律问题与诉讼技巧非常值得我们细细品味与借鉴。本案的亮点(也是难点)主要有两个:

一是如何启动诉讼程序,将有过错的 Y 银行追加为共同被告,以充分保障 B 公司的受偿权。为此,我们首先将本案的法律关系从借款法律关系变更为侵权法律关系;其次,我们主动与绍兴中院进行有效的沟通,使其不直接改判本案,而是将其发回原审法院重审,因为只有在重审一审的诉讼程序中,原告 B 公司才能申请追加 Y 银行为共同被告,并变更诉讼请求。

二是如何理解涉案 1000 万元的所有权问题。对方代理律师主张 1000 万元打入 A 公司的账户后,资金的所有权便已归 A 公司享有。但我们将所有权的权能进行分解,提出我方保留了一枚银行印鉴,即保留了涉案 1000 万元的处分权。

(本案中的人名、公司名,均为化名)



# 刑期大减 回家过年

——王耀明案辩护纪实

□傅灿军\*



## 不服一审 决定上诉

王耀明,原系 BJ 银行杭州分行贷后管理部资产保全科科长,在与诸暨亚艾格纺织有限公司法定代表人张萍就办理贷款中予以帮助和关照,非法收受张萍所送的财务,被浙江省诸暨市人民检察院以非国家工作人员受贿罪提起公诉。诸暨市人民法院一审判决认为,王耀明身为银行工作人员,在金融活动中利用职务便利,非法收受他人财务,为他人谋取利益,共计人民币 15.4 万元,数额巨大,其行为已经构成非国家工作人员受贿罪,判处有期徒刑六年,同时追缴赃款。

一审宣判后,王耀明对判决不服,提出上诉,同时其家属联系到

\* 傅灿军,本所实习律师。



浙江金道律师事务所的胡祥甫、钱文中律师,希望两位律师可以担任王耀明二审阶段的辩护人。

### 了解案情 抓住焦点

两位律师在接受委托后的第二日就联系绍兴市中级人民法院,以最快的时间将相关材料包括一审的判决书以及一审中所有的证据材料都复印回来予以仔细研究,之后又及时到看守所会见了王耀明,向其核实相关案件事实,并听取其本人的意见。

王耀明对一审法院认定的罪名没有异议,但认为一审法院认定其受贿的金额有误,张萍于2011年9月给的10万元自己在过了一个月左右还给了张萍不应当算作是受贿。两位律师经分析认为本案上诉的关键这笔10万元款项是否属于受贿款。在厘清辩护思路后,两位律师决定围绕该焦点展开二审的辩护工作。

### 意见初提 争取开庭

胡律师和钱律师坚持认为,一审判决认定的第三节犯罪事实“张萍……在杭州市滨江区蓝山咖啡馆送给被告人王耀明现金人民币10万元,被告人王耀明予以接受。同年10月28日,被告人在张萍办公室返还5万元”与事实不符,两位律师提出如下理由:

第一,王耀明没有收受该10万元的主观故意。在2011年9月的一天,张萍送10万元的时候,王耀明当时就是表示不要,一再推脱,而张萍执意要求王耀明收下。因为当时是在咖啡馆,王耀明难以直接拒绝。王耀明回家后和妻子袁芳说起该事,夫妻俩也是商量着要把该款退还给张萍。当晚,王耀明和张萍一起吃饭后,便从自己车的后备箱中拿出该10万元还给张萍,但还是被张萍拒绝。这些事实在袁芳、张萍的询问笔录中是可以相互印证的。

第二,过一个月左右,王耀明退还这笔10万元钱给张萍时,张



王根本没有受到任何部门的查处,所以王耀明是自动退款。

第三,王耀明是将10万元的现金原封不动(在一个黑色的塑料袋)主动退还给张萍的。一审法院认为王耀明是为了应付成宏伟、李小英夫妇对借款的催讨(此前,经王耀明介绍,成宏伟、李小英借款给张萍1000万元),才还钱给张萍,属于犯罪后的财务处置行为。这显然是一审法院的主观臆断,没有任何的证据予以支持。王耀明将10万元退还给张萍,张萍自己留下了5万元,将其中的5万元还给了李小英,张萍是案件的直接利害关系人,不能排除张萍因对王耀明没有帮忙再贷款给公司而不满,有意说多送少还来陷害上诉人。至于成宏伟、李小英夫妇的证言提及张萍归还其5万元,因为上诉人归还10万元的时候成宏伟、李小英夫妇并不在场,不能证明上诉人退还给张萍款项的具体金额。

综合以上理由,两位律师认为上诉人主观上没有收受该10万元的故意,客观上也已经将10万元原封不动的退还给了张萍,一审认定该10万元是上诉人的受贿款,属于事实认定错误。

两位律师与二审法官就上述初步辩护意见进行了沟通,并要求二审法院为了查明案件事实开庭审理此案。二审法院也决定在2015年9月1日开庭。

### 据理力争 曙光初现

收到开庭通知书后,在此前与法官沟通的初步意见基础上,两位律师连续多天精心准备,进一步梳理辩护思路,在法庭上发表了以下意见:

**一、一审法院认定王耀明收受张萍的10万元为受贿系认定事实错误,该10万元依法不能认定为受贿款**

**(一)王耀明收受张萍10万元的原因。**

1、根据张萍的证言,张萍当时送10万元给王耀明的目的是让



王耀明帮她尽快将银行贷款展贷下来。然而根据王耀明本人的供述,当时张萍送钱给他,主要是因为此前王耀明介绍李小英夫妇借1000万元给张萍,到期时,张萍只归还了300万元,余700万元迟迟未还。张萍想让王耀明做李小英的工作,是否能够延期或暂缓还款。在证据一比一的情况下究竟采信谁的说法极为关键,人民法院应当采信有利于被告人的说法。张萍所谓的行贿和王耀明的所谓受贿之间并没有形成意思联络,不符合刑法有关非国家工作人员受贿罪的构成要件。

2、一审判决认定:“被告人王耀明主观上有收受他人贿赂的主观故意,其事后归还张萍现金是为了应付成宏伟、李小英夫妻对借款的催讨,属犯罪既遂后的财产处置行为”。辩护人认为,从一审认定的王耀明退还张萍钱的原因也可以反过来印证王耀明收受张萍10万元现金的原因就是为了帮助张萍向李小英夫妇说情,以便暂缓还款。同时,在一定程度上也证实了王耀明的说法更为可信。

## (二)王耀明究竟有无收受该10万元款项的意思。

根据案卷材料显示,王耀明说当时在咖啡馆接受张萍的10万元并没有受贿的意思,张萍的目的主要是为了让其说服李小英同意延期还款,王耀明曾多次推脱。而张萍说当时给王耀明钱是为了尽快获得展期贷款,有行贿的意思。但通过案卷材料可以知道,当时王耀明已经明知BJ银行不可能展贷。同时一审认定王耀明当时能够拒绝而未拒绝,也是主观臆测,因为当时张萍送10万元是在咖啡馆的公共场所,王耀明在推脱几次无果后先暂时收下,并且言明以后归还。事实上王耀明也在过一个月左右就归还了上述10万元,用行为表明没有受贿意图。且当时张萍的案件还没有案发,BJ银行也没有找王耀明谈话,根本没有任何迹象表明王耀明是怕案发被牵连而去归还这10万元钱的。



**(三) 王耀明在 2011 年 9 月和 10 月共计替张萍归还 80 万元给李小英的行为更加证明其没有收受 10 万元贿赂款的主观故意。**

为了更加明确该 10 万元不是属于受贿款的性质，两位律师向李小英做了调查，同时向法院举证李小英出具给王耀明的收条三份，即 2011 年 9 月 10 日、9 月 20 日王耀明分别替张萍归还其向李英晓的借款各 10 万元，共 20 万元，另外有一张替张萍归还 60 万元借款的收条，虽未注明收款日期，但据了解，也发生在这几个月。很难理解，一方面，王耀明收受张萍的钱财，另一方面，王耀明又在积极地替张萍归还李英晓的债务。

## 二、对王耀明量刑时应充分考虑刑九出台的因素予以从宽处理

《中华人民共和国刑法修正案九》已于 2015 年 8 月 29 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过，即将于 2015 年 11 月 1 日起施行。该修正案对贪污受贿的量刑已经作出修改，把犯罪数额和犯罪情节作为量刑的参考标准（一般可能在 10 万元处三年以上有期徒刑），与之相对应的，对于非国家工作人员受贿罪，最高人民法院也势必会作出相应的调整，不然就会出现量刑的不适应性，造成受贿罪量刑比非国家工作人员受贿罪还要轻的情况，这一点，也请二审法院在对王耀明量刑时予以充分考虑。总之，辩护人认为，上诉人王耀明的行为虽已构成犯罪，但其犯罪数额不大仅 54000 元，犯罪情节相对较轻，对社会造成的危害后果也相对较小，加之王耀明本人一贯表现较好，有悔罪表现，建议合议庭对其量刑时充分考虑上述情节并结合刑法修正案九的出台对其从轻处理，从而真正让王耀明体会到法律的光辉与人性，让其早日回归社会，重新做人。

虽然二审中公诉机关也是进行了反驳，但是没有进一步的证据来支持其 10 万元系受贿款。

2015 年 9 月 28 日二审法院下达裁定书，认为：原审法院判决事



实认定不清,证据不足。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第(三)项之规定,裁定如下:一、撤销浙江省诸暨市人民法院(2014)绍诸刑初字第1154号刑事判决;二、本案发回浙江省诸暨市人民法院重新审理。

### 乘势追击 取得胜利

从被发回重新审理这一点可以看出,案件的进程已经出现转折点,这一点是令人欢欣鼓舞的,同时两位律师也不敢懈怠,毕竟最后的判决才是真正的结果。

2016年1月20日,原一审法院公开审理了本案。两位律师除了坚持此前的意见,再次提供李小英出具给王耀明的收条三份和律师向李小英做的调查笔录。虽然从法律性质上说,王耀明替张萍还李小晓的钱和其收受张萍的钱财是两种性质的,但是本案发生争议的第三笔受贿时间就发生在2011年9月,而这三笔代还款时间也发生在2011年9月到10月初,王耀明何不直接用张萍给他的10万元归还自己代替张萍归还李英晓的欠款呢?由此也可以证明王耀明并没有收受张萍贿赂款的主观故意。

对于该证据,虽然公诉机关提出异议,但是法院是采纳了该证据。在判决书主文中也是认为“王耀明在替张萍归还其向李小晓借款的同时收受张萍10万元,在客观上也是与常理不符。故对于该节事实公诉机关指控的证据不足,本院不予支持。被告人的辩解以及辩护人就此提出的辩护意见本院予以采纳”。

法院根据被告人王耀明的供述和辩解以及BJ银行杭州分行因故未再向张萍的诸暨亚艾格纺织有限公司发放贷款的情况,结合该10万元于同年10月底退还给张萍以及王耀明在同期替张萍还款二情况,最后认定“现有证据难以证实被告人王耀明存在收受该笔10万元的主观故意”。



在2016年1月27日,重审一审判决下达。法院根据《中华人民共和国刑法》第一百六十三条第一款、第一百八十四条第一款、第六十条之规定,判决如下:一、被告人王耀明犯非国家工作人员受贿罪,判处有期徒刑一年八个月(刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的,羁押一日折抵一日,即自2014年5月29日至2016年1月28日止);二、继续追缴赃款并予以没收,上缴国库。王耀明第二天就被释放。重审结束后,公诉机关在法定期限之内没有上诉,被告人也未提出上诉,意味着该判决书开始生效。

至此,两位律师已经圆满地完成了该案的辩护工作,对于王耀明当时提出的将公诉机关和之前一审法院认定的10万元受贿款予以剔除的愿望,也完全予以实现。另外根据该判决书主文计算刑期,王耀明刑期到2016年1月28日为止,而2016年的农历新年(春节)是在2016年2月8日,也就意味着王耀明可以回家安心吃上除夕夜的团圆饭了,这确实是一个皆大欢喜的结局!

### 【辩护亮点】

本案中王耀明被指控的款项共计为15.4万元,该金额已经构成“数额巨大”,在一审已经判决的基础上,两位律师在中途介入代理二审的时候,通过案件的整体分析,认为其中5.4万元的相关证据比较充分,应当是无法推翻的,所以重点是研究了其中的一笔2011年9月10万元的认定问题,该10万元如果被认定不是受贿款,金额就可以减少为5.4万元,那么受贿的金额马上就可以从“数额巨大”改变为“数额较大”,对于量刑上也是起到至关重要的作用。所以在关键问题抓住的情况下,就此开展律师的工作。从该款项“收受”的当时以及之后王耀明主观意愿以及由此表现出来的客观表现,同时结合公诉机关指控该10万元,除了张萍的证人证言属于直接证据外,并没有其他直接或者有力的证据来证明,而王耀明所有的笔录都是至始至终都是予以否认该10万元。客观上王耀



明也已经将 10 万元全部退还了。同时二审在发回重审后两位律师又提供新的证据,终于是推翻了一审关于受贿 15.4 万元的认定,最后认定的受贿金额只有 5.4 万元,达到了被告人自己的心理预期,另外可以赶在过年前被释放回家也是一个让王耀明以及其家人感到的意外惊喜。

(本案中的人名、公司名均为化名)



# 古城新颜

□ 胡祥甫 \*

2016年7月30日，应金华市律师协会之邀，为该市400多名律师作《请求权基础的法理分析》讲座。因曾多次赴金华与金华律师交流，深怀感情。受李清照《题八咏楼》启发，并借其首句，写成《古城新颜》一诗：



千古风流八咏楼，  
多少往事在婺州。  
尔今旧貌换新颜，  
双龙出洞闹神洲。



本文原载于《杭州(我们)》第399期。

## 实践法治 服务浙商

——写在《“浙商回归”法律知识解析》出版后

□赵青航\*



加强法律服务队伍建设，是党的十八届四中全会提出的要求。这是律师业第一次作为国家顶层设计的组成部分被提出来，其大大地激发了每一位律师服务国家经济建设的积极性。

我是一名浙江籍律师，工作和生活在这片中国民营经济最发达的土地上。从古至今，浙江商人都是中国经济发展的重要推动力量。所以，服务浙商，于我，心之所系，更义不容辞。

作为一名律师，我一直在思考，自己应如何更有效地服务浙商？

具体而言，首先，律师要深入贯彻浙江省委、省政府及相关职能部门有关“浙商回归”的政策方针。2011年，省委、省政府颁布《关于支持浙商创业创新促进浙江发展的若干意见》，提出要完善科技创

\* 赵青航，本所律师，香港中文大学法学硕士，浙江大学城市学院兼职教师，城市治理与立法研究中心研究员，杭州市作家协会会员。



新政策,健全人才引进政策,用好土地保障政策,优化投融资政策等。之后,省发改委、省经信委、省商务厅等单位陆续制定了更为细化的文件。作为志在服务浙商的律师,务必要将配合“浙商回归”这一宏伟工程出台的所有政策都了然于心,做到熟练运用。不久前,一位海归浙商曾向我咨询,浙商企业设立科研工作站的,省里有何财政支持政策。我立刻为他找出了《浙江省人力资源和社会保障厅关于加大人才培养引进力度支持浙商创业创新的若干意见》,该意见明确规定:“鼓励和支持浙商企业设立博士后科研工作站、院士专家工作站等创新载体,博士后科研工作站每招收1名博士后研究人员,省财政给予3万元生活补助;博士后出站后在浙商企业工作的,省财政给予2万元一次性安家费……”这极大地鼓舞了这位拥有耶鲁大学博士学位的浙商回到家乡创业创新!由此,我认为,只有将法律政策全面转化为知识“干货”,才能真正为浙商提供优质的法律政策服务。

其次,律师须积极配合司法行政部门,做好服务浙商的法律服务工作。司法行政部门是律师业的行业主管机关,负责指导监督律师工作,所以,浙江律师有责任保质保量地完成司法行政部门交办的服务“浙商回归”工程中的各项任务。例如2014年浙江省司法厅制定了《司法行政部门帮扶企业十项举措》,提出要优化浙商回归法律服务环境,完善“浙商律师服务团”服务机制。实践中,不少浙商企业已聘请律师担任法律顾问,有更多的律师主动上门为企业提供高质量的“法律体检”,为企业的项目落地、风险管理、后期运营、企业扩大再生产、转型升级、并购重组,提供合同文件起草、签订、尽职调查等法律服务及法律保障。最近,几位浙商成立了一家资产管理公司,拟聘请我担任公司的法律顾问。在业务接洽的过程中,中国基金业协会发布了《关于进一步规范私募基金管理人登记若干事项的公告》,规定“自本公告发布之日起,新申请私募基金管理人登记、已登记的私募基金管理人发生部分重大事项变更,需通过私募基金登记



备案系统提交中国律师事务所出具的法律意见书”。公告对法律意见书的撰写提出了非常高的要求,因此,对律师而言,该业务既极具挑战性,也有很大的执业风险。但我和几位同事依然决定接受挑战,加强学习这一新的业务知识,向该业务领域不断开拓。

最后,肩负社会责任的律师应不断加强对与“浙商回归”有关的法律课题进行深入研究,并广泛开展普法宣传。此次,在省司法厅、省普法办的统一安排下,我有幸参与《“浙商回归”法律知识解析》一书的编写工作,该书是“法律服务浙江经济转型升级组合拳系列丛书”中的第一本,内容涵盖了企业组织形式及日常事务管理、投资和融资税收政策、劳动用工及人才引进、知识产权及竞争等方面的法律知识。在写作体例上采用了“一问一答”的方式,言简意赅,但内容充实,辅之以若干案例,并在书后附有配套的法律政策。由此,《“浙商回归”法律知识解析》非常适合律师为浙商们授课、举办讲座或进行顾问单位的员工培训时使用。我相信,本书作为一部为广大浙商量身打造的法律知识汇编,必能为他们在创业创新的过程中起到一定的保驾护航作用,从而为浙江经济转型升级营造良好的法治环境。

## 附:《“浙商回归”法律知识解析》<sup>①</sup>一书的部分内容摘录:

### 【以案说法】支持浙商“两创”政策力度空前<sup>②</sup>

#### 1号样板:全球最大空调铝箔制造商

回杭建厂样板企业:江苏镇海鼎胜铝业股份有限公司(以下简称“鼎胜铝业”)

样本人物:周贤海(杭州人)

<sup>①</sup> 浙江人民出版社2016年版。

<sup>②</sup> 摘自《“浙商回归”法律知识解析》一书第90-93页。



“哈兹雷特”连轧铝业项目由鼎胜铝业的全资子公司——杭州鼎盛轻合金材料有限公司在杭州市余杭区投资12亿元设立。新技术的名字很特别，叫“哈兹雷特”——鼎盛轻合金连轧铝业项目，一旦投入应用，将为铝加工企业扩大产能、节约成本带来巨大的规模效应。

鼎胜铝业的前身——鼎胜集团最早起家于杭州。2003年，江苏镇江的一家国有铝加工企业面临改制，周贤海抓住机遇，借此步入铝加工业。如今在国内的铝加工行业，鼎胜的大名无人不晓。在镇江，鼎胜铝业一次性征用了1000亩土地用于企业发展，然而在使用到500亩土地时，周贤海却把部分生意转回了老家杭州来做。

周贤海认为，回浙江发展，最大的好处就是当地政府的服务意识高，配套的扶持政策非常符合公司发展的实际。鼎胜铝业能如此迅速地在杭州扎根并产出效益，余杭区政府及瓶窑镇政府在前期的土地供应及相关审批上都给予了很大的政策扶持和优惠待遇。

## 2号样板：抱团合作将成为常态

样板企业：富春控股集团

样板人物：张国标（富阳人）

紧邻浙江的上海，具有其特有的地理上的优势和强大的经济互动性。在招引百万浙商回乡创业的浪潮中，在沪浙商扮演了排头兵的角色。

在上海浙江商会的带动下，一大批有心反哺家乡的在沪浙商纷纷投入回归浙江创业的项目中去。上海浙江商会执行会长张国标就是其中之一。2011年，富春控股集团旗下的富春、崇贤金属港、富阳新型建材产业园、张小泉五金科技园、嘉兴富春煤炭物流园等项



目陆续落地。此外,张国标还联合了其他在沪浙商,投资了富阳复城国际城市综合体、杭州创新创业新天地、阿里巴巴淘宝城三期等一系列亿元级项目。

在沪浙商,广泛参与回乡投资并非巧合,上海作为国内经济中心的地位以及两地间的地缘关系,都使沪浙两地的经济互动频繁而紧密。一方面,在沪浙商绝大部分在老家都有自己的产业基础;另一方面,浙商可以从上海整合引进的资金、人才、项目和信息资源也更丰富。

### 3号样板:营造微笑曲线的两端

样板企业:新疆浙商

样板人物:曹海华(湖州人)

浙商在疆投资力度最大的领域是房地产开发。2011年,新疆浙江企业联合会会长、新疆通嘉集团董事长、东阳商人葛永品投身浙商回归工程,投资15亿元建设东阳老家。“除了以房地产开发、制造业及生态农业等形式回故乡投资,在疆浙商最近讨论的一个重点,就是如何利用当地的优势,回馈浙江。除了资源回归,如何利用浙商在新疆创办的专业市场做好对接,为浙江经济服务,也是在疆浙商所思考的,同时可以帮助浙江企业拓展中亚、中东市场。在疆浙商可以做很多事。”曹海华说。

#### 【案例点评】

(1)支持浙商回归的力度史无前例。《中共浙江省委、浙江省人民政府关于支持浙商创业创新促进浙江发展的若干意见》(以下简称《意见》)是在世界浙商大会期间制定的。之后,省发改委、财政厅、地税、经信委、国土厅、工商局、商务厅、人力资源厅、科技厅、公安厅、教育厅、金融办、环保厅等在内的14个部门又相继出台了十多个配套文件,这在浙江历史上可以说是史无前例,政策的含金量也相对较高。《意见》把握的一个重要原则是公平性,所指的“浙商”包括省内浙商、省外浙商和海外浙商,还包括由浙商牵线引进的央企、



跨国公司及其他民企；政策也具有开放性，不仅包括浙商要走出去投资，还包括浙商回归投资；政策的涵盖面包括财政、税收、科技等方面，所以政策的涵盖面也比较大。

(2)对浙商回归实行全方面的支持政策。重点领域涉及13个方面，包括支持企业走出去；发展总部经济；发展海洋经济；战略性新兴产业；支持投入14大产业集聚区；加快科技创新，促进网络服务信息产业、金融业、文化产业、旅游业、现代农业、城建公共服务发展。具体政策包括鼓励科技创新、加强人才建设以及相应的财税政策、融资政策等。

(3)全面服务保障浙商回归。《意见》的第三部分是优化服务环境，共有8个方面。包括推荐项目库，对重点重大的项目全程代理、工商注册、优化产业基地环境、品牌创建、户籍制度、教育、社保政策以及加强组织领导等方面予以落实。

### 【一问一答】浙商资本回归的路径有哪些？<sup>③</sup>

引导浙商资本回归的路径主要有三条：

一是创建资本回归载体。积极推动设立由省内外实力较强的知名浙商发起、主要面向省外浙商募集的专项投资基金或投资主体，设立若干专业子资金。支持省外浙江商会组建特色型浙商资本回归基金，与专业金融机构合作，打通浙商资本与省内优质投资项目有效对接的通道。鼓励省内金融机构和私募投资机构创新开发以浙商资本回归为主题的金融产品，组织省外浙商理性参与。支持大型浙商企业集团发起设立较大规模的投资基金或投资主体，实行专业化管理、市场化运作。

二是参与省内金融机构改革。鼓励省内各类金融总部机构增资扩股时向省外浙商开放，提高省外浙商的持股比例。支持省外浙商资本发起或参与设立民营或混合所有制的银行、证券、保险、期货公

<sup>③</sup> 摘自《“浙商回归”法律知识解析》一书第5-6页。



司等金融机构。鼓励其发起或参与设立小额贷款公司、融资租赁公司、保理公司、民间资本管理公司、民间借贷服务中心等新型地方金融服务组织。吸引省外浙商资本参与浙江特色金融小镇建设。

三是开展项目定向融资。引导省外浙商参与,开展政府和社会资本合作(PPP)、建设—移交(BT)、建设—经营—转让(BOT)、转让—经营—转让(TOT)等模式的投资融资合作。支持和引导省外浙商资本参与浙江传统产业的技术改造、增资扩股及并购整合提升,参与化解地方骨干企业资金链、担保链风险,实现低成本扩张。

### 【一问一答】浙商回乡创业企业的组织形式选择需要考虑哪些因素? ④

(1)投资者的法律责任。合伙企业(除有限合伙企业外)、个体工商户、个体独资企业承担的都是无限连带责任,而公司承担的是有限责任,因而前者出资者的法律风险相对对于后者来说较大。个体工商户的债务,个人经营的,以个人财产承担;家庭经营的,以家庭财产承担。以个人名义申请登记的个体工商户,个人经营,收益归个人享有,对债务负个人责任;以家庭共同财产投资的,或者收益的主要部分供家庭成员消费的,其债务由家庭共同财产清偿;在夫妻关系存续期间,一方从事个体工商户经营,其收入作为夫妻共有财产的,其债务由夫妻共有财产清偿;家庭全体成员共同出资,共同经营的,其债务由家庭共有财产清偿。

(2)投资者的权利和对企业的控制力。在不同的企业组织形式下,企业主对企业的控制能力是不同的,有的权力高度集中,而有的相当分散。企业主要权衡控股股东或实际控制人愿意放弃的控制力和想要获取的他人的帮助。在个人独资企业中,业主一人拥有经营决策权,合伙企业的普通合伙人可以参与企业的管理;而在公司中,

④ 摘自《“浙商回归”法律知识解析》一书第8-11页。



每个股东都有权利通过股东会(股东大会)参与公司治理,但公司所有权和经营权是相对分离的,中小股东往往很难直接参与公司治理,大股东也往往受到较多的权利制约和限制。

(3)投资者权益的转让。不同组织形式的企业延续能力是不同的。在建立企业的时候,业主或股东应该预想到将来企业的所有权转换、继承、买卖的问题。有的组织形式在发生所有权变动时所受的震动比较小,变动起来也比较容易、灵活,而有的组织形式的企业变动成本就很高。例如,个人独资企业可能由于企业主的死亡而宣布结束,而公司制企业则不会这样。而且公司制企业可以通过股权(股份)的转让实现产权的变动,非常简单、快捷,尤其是上市公司。

(4)行业特点。不同行业对企业组织形式的要求也不同,如以专业知识和技能为客户提供有偿服务的(如会计师事务所、房产中介等),可以设立特殊的普通合伙企业;法律对某些行业作出特殊的准入规定,包括注册资本、前置审批等限制;不同行业税负也不同。

(5)初创和未来的资本需求。不同企业组织形式在组建时的资本需求是不同的,业主或股东应根据自己的资金情况选择。同时,不同组织形式的企业融资能力也不相同,在需要追加投资时的难易程度也不尽相同。例如,个人独资企业的初创成本要求最低,但未来的融资能力也相对差;公司制企业的初始投资较大,但未来能募集到的资本相对更多,尤其是上市公司,可以在很短时间内聚集资本。

(6)管理能力强弱。企业创办者要评估自己的管理能力,如果不擅长管理,就应该选择那些能够将多种人才纳入企业的组织形式。个人独资企业基本上全部依赖于业主的个人能力;合伙企业的合伙人就可以实现优势互补;而公司制企业中的经营权和所有权的分离,管理要求比较高,可以让专业的管理者来经营企业。

(7)组建成本的高低。不同企业组织形式的设立成本是不同的,设立时的成本收益也要考虑在内。个人独资企业的创立几乎不要什



么费用,而组建公司的成本是比较高的。

### 【一问一答】税收征收方式有哪几种?⑤

(1)查账征收。指税务机关按照纳税人提供的账表所反映的经营情况,依照适用税率计算缴纳税款的方式。适用于账簿、凭证、会计等核算制度比较健全,能够据以如实核算生产经营情况,正确计算应纳税款的纳税人。

(2)核定征收。税务机关对不能完整、准确提供纳税资料的纳税人,采用特定方法确定其应纳税收入或应纳税额,纳税人据以缴纳税款的一种征收方式。具体包括:①查定征收。指由税务机关根据纳税人的从业人员、生产设备、原材料损耗等因素,在正常生产经营条件下对其生产的应税产品,查实核定产量、销售额并据以征收税款的一种方式。适用于生产规模较小、账册不健全、产品零星、税源分散的小型厂矿和作坊。②查验征收。指税务机关对纳税人的应税商品,通过查验数量,按市场一般销售单价计算其销售收入,并据以征税的方式。适用于对城乡集贸市场中的临时经营者和机场、码头等场所的经销商的课税。③定期定额征收。指对一些营业额、所得额不能准确计算的小型工商户,经过自报评议,由税务机关核定一定时期的营业额和所得税附征率,实行多税种合并征收方式。

核定征收适用于以下几种情况:依照《税收征收管理法》可以不设置账簿的;依照《税收征收管理法》应当设置账簿但未设置的;擅自销毁账簿或者拒不提供纳税资料的;虽设置账簿,但账目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全,难以查账征收的;发生纳税义务,未按照规定的期限办理纳税申报,经税务机关责令限期申报,逾期仍不申报的;关联企业不按照独立企业之间的业务往来收取或支付价款、费用,而减少其应纳税的收入或者所得额的。

⑤ 摘自《“浙商回归”法律知识解析》一书第45-47页。



(3)代扣代缴、代收代缴征收。前者是指支付纳税人收入的单位和个人从所支付的纳税人收入中扣缴其应纳税款,并向税务机关解缴的行为;后者是指与纳税人有经济往来关系的单位和个人借助经济往来关系向纳税人收取其应纳税款,并向税务机关解缴的行为。这两种征收方式适用于税源零星分散、不易控管的纳税人。

(4)自核自缴。自核自缴也称“三自纳税”,是指纳税人按照税务机关的要求,在规定的缴款期限内,根据其财务会计情况,依照税法规定,自行计算税款,自行填写纳税缴款书,自行向开户银行缴纳税款,且税务机关对纳税单位进行定期或不定期检查的一种税款征收方式。

(5)委托代征。是指税务机关为了解决税务专管员人力不足的矛盾,根据国家法律、法规的授权,并根据加强税款征收,保障国家税收收入实际需要,依法委托给其他部门和单位代为执行税款征收任务的一种税款征收方式。

### 【一问一答】浙商企业引进的海外人才享有哪些优先人才政策? ⑥

(1)浙商企业引进的海外人才同等条件下,优先入选海外高层次“千人计划”“海鸥人才计划”。

(2)浙商企业的高层次人才,优先列入“省 151 人才工程培养计划”“省钱江人才计划”,优先授予“省有突出贡献中青年专家”称号,优先推荐享受国务院政府特殊津贴。每年组织选派一批企业 151 人才工程重点培养人员赴国(境)外进行为期 3—6 个月的培训。

(3)浙商企业的高技能人才,优先入选“钱江技能大奖”“首席技师”。选派一批“金蓝领”高技能人才赴国(境)外进行短期进修培训。

(4)浙商企业引进或设立的技术创新团队,优先入选省企业重点技术创新团队,省财政连续 3 年每年给予 20 万元的经费资助,企业所在地政府再给予一定比例资金配套扶持。

⑥ 摘自《“浙商回归”法律知识解析》一书第 61 页。

# 十年磨一剑 扬帆正当时

——写于金道所 2016 年中会议

□王楠\*

杭城盛夏，日映蝉鸣，  
满陇绿树成荫，山间云雾缭绕，  
氤氲氤氲，宛若仙境。

十载春秋，白驹过隙，  
忆当年，运筹帷幄，决胜千里，  
观今日，集贤汇士，名扬四海。

年中盛宴，济济一堂，  
前辈传道授业，新人前赴后继，  
建言献策，共议法治大业。

十年磨一剑，扬帆正当时，  
愿未来，共携手，  
守信如金，为业载道。



\* 王楠，本所实习律师，前资深检察官，浙江省十佳公诉人。



## 乙笑牛 律师



### 业务专长：

企业日常法律服务  
电子商务企业全程法律服务  
民商事法律纠纷处理

**学历：**浙江大学法学学士，University of East Anglia 法学硕士

### 经历：

2011年进入浙江金道律师事务所工作。

主要从事企业日常法律事务管理、电子商务企业全程法律服务以及民商事法律纠纷处理工作。具体包括企业日常合同体系建立、企业投融资、股权架构设计、企业涉外事务处理、电子商务企业从设立、电子商务平台搭建到投融资及股权激励等全程法律服务以及各种民商事法律诉讼。

工作语言为中文及英文。

### 典型业绩：

#### 服务的顾问单位有：

1. 上海优梦网络科技有限公司(穿衣助手)常年法律顾问
2. 群升集团有限公司常年法律顾问
3. 浙江金鲸资产管理有限公司常年法律顾问
4. 上海乡邻网络科技有限公司常年法律顾问
5. 杭州米妮贸易(伊米妮)有限公司常年法律顾问
6. 杭州微寻无线科技有限公司常年法律顾问



7. 上海乡邻网络科技有限公司常年法律顾问
8. 上海舞久网络科技有限公司常年法律顾问
9. 杭州渡口网络技术有限公司常年法律顾问
10. 杭州智配云网络科技有限公司常年法律顾问
11. 上海运到网络科技有限公司常年法律顾问
12. 浙江慧勤医疗科技有限公司常年法律顾问

### 参与的法律项目有：

1. 为上海优梦网络科技有限公司提供股权激励专项法律服务。
2. 为上海舞久网络科技有限公司提供股权激励专项法律服务。
3. 为上海乡邻网络科技有限公司提供股权激励专项法律服务。
4. 为东阳福雕文化创意有限公司提供股权激励专项法律服务。
5. 为杭州智配云网络科技有限公司提供公司设立及公司运营法律风险体检专项法律服务。
6. 为上海舞久网络科技有限公司提供公司设立及公司运营法律风险体检专项法律服务。
7. 为上海乡邻网络科技有限公司提供公司设立及公司运营法律风险体检专项法律服务。
8. 为上海乡邻网络科技有限公司互联网金融投资项目提供专项法律服务。
9. 为上海舞久网络科技有限公司互联网金融投资项目提供专项法律服务。
10. 为浙江慧勤医疗科技有限公司及其关联公司提供融资前股权结构设计法律服务。

### 代理的诉讼案件有：

1. 邬某系列民间借贷案件，杭州市中级人民法院二审程序。



2. 杭州某实业有限公司执行案件,杭州市上城区人民法院执行程序。

3. 澳大利亚某建筑设计事务所建设工程设计合同纠纷,杭州市中级人民法院二审程序。

**联系方式:**

地址: 杭州市文二路 391 号西湖国际科技大厦 A 楼 12 层 (邮编:310012)

电话:0571-87007106

手机:13757112951/18167110932

电子邮箱:yxn@zjblf.com

## 龚家勇 律师



### 职务：

浙江金道律师事务所团支部书记  
杭州市律师协会第四届团委委员  
浙江工商大学法律硕士联合会顾问

### 业务专长：

ADR(Alternative Dispute Resolution, 替代性纠纷解决机制, 含调解、和解、谈判等)、民商事诉讼、仲裁

### 教育背景：

安徽财经大学, 金融学学士

浙江工商大学, 法律硕士

### 荣誉：

杭州市首届律师事务所辩论大赛优秀辩手

### 简介：

龚家勇律师专注于 ADR、民商事诉讼、仲裁方向的研究和纠纷处理, 于合同纠纷、股权纠纷、金融纠纷、知识产权纠纷、商业秘密纠纷、工程类纠纷、不当得利纠纷, 及公民名誉权、隐私权保护等领域, 通过 ADR、诉讼、仲裁等方式, 设计纠纷解决方案, 为当事人妥善解决争议。

龚家勇律师从 2011 年至今, 在浙江省内外办理过百件左右公开民商事案件。办案中注重保密, 注重争议焦点的法律分析, 及诉讼策略的优化设计, 从时间、成本、胜诉率、可执行力等多角度综合考虑, 为当事人提供优化争议解决方案。

龚家勇律师办理过的公开案件, 可通过“中国裁判文书网”



([www.court.gov.cn](http://www.court.gov.cn))、无讼([www.itslaw.com](http://www.itslaw.com))、openlaw(<http://openlaw.cn>)等专业网站或数据库进行查询。

### 典型案例：

#### (一)浙江省内。

1、某银行股份有限公司与浙江某材料有限公司破产管理人建设工程施工合同纠纷一案，浙江省高级人民法院再审复查与审判监督程序。

2、深圳市某工程工业有限公司与宁波市某投资开发有限公司建设工程施工合同纠纷一案，浙江省高级人民法院再审复查与审判监督程序。

3、陈某与某财产保险股份有限公司浙江分公司财产保险合同纠纷一案，杭州市中级人民法院二审程序。

4、莫某诉浙江某建设集团有限公司、唐某民间借贷纠纷一案，嘉兴市中级人民法院二审程序。

5、陈某与杨某股权转让纠纷一案，金华市中级人民法院二审程序。

6、陈某与中国某财产保险股份有限公司浙江分公司财产保险合同纠纷一案，杭州市西湖区人民法院一审程序。

7、上海某银行股份有限公司与建德市某贸易有限公司、宋某等金融借款合同纠纷一案，杭州市下城区人民法院一审程序。

8、方某与王某股权转让纠纷一案，桐乡市人民法院一审程序。

9、嘉兴市某材料科技有限公司与干某不当得利纠纷一案，嘉兴市秀洲区人民法院一审程序。

10、陈某与宋某、浙江某生态科技有限公司债权转让合同纠纷，建德市人民法院一审程序。

#### (二)浙江省外。

1、广东某文化传媒有限公司与上海某纺织品股份有限公司广



告合同纠纷一案,上海市奉贤区人民法院一审程序。

2、杭州某文化传播有限公司诉广州某电子科技有限公司买卖合同纠纷一案,广州萝岗区人民法院一审程序。

3、某缝制机械有限公司诉山东省某制衣有限公司买卖合同纠纷一案,山东省菏泽市中级人民法院二审程序。

4、曾某诉某建设集团有限公司民间借贷纠纷一案,湖南省邵阳市中级人民法院二审程序。

5、于某与某建设集团有限公司一案,河南省安阳市中级人民法院二审程序。

#### 联系方式:

地址:杭州市文二路 391 号西湖国际科技大厦 B3 座 11 楼  
B1111 室(邮编:310012)

电话:0571-87007187

手机:13967182079

电子邮箱:gjy@zjblf.com/1772245035@qq.com



## 金道动态

※7月16日，本所在海华满陇度假酒店举行了2016年度年中总结大会，本所全体同仁参加了会议。

※7月14日，杭州市人民检察院召开“切实保障律师执业权利，更好构筑新型检律关系”座谈会。市院党组书记、检察长顾雪飞，党组副书记、副检察长陈曙明以及9个部门的主要负责人，与杭州市律师协会会长沈田丰等10名律师代表进行了深入交流。杭州市律师协会刑法专业委员会主任、本所高级合伙人、刑事团队负责人王晓辉律师作为10名律师代表之一参加本次座谈会并发言。

※7月14日，浙江省律师协会常务理事、执业权益保障委员会副主任胡祥甫律师赴温州市律师协会就律师调查权问题进行调研，温州市律师协会副会长冯蒋华律师主持座谈会，十余位律师与会并发言。

※7月12日，应杭州市司法局的邀请，本所首席合伙人胡祥甫律师为全市司法行政干部作题为《民法总则与民法精神》讲座。

※7月11日，浙江省律师协会常务理事、执业权益保障委员会副主任胡祥甫律师赴绍兴市律师协会就律师调查权问题进行调研，绍兴市律师协会会长楼东平律师主持座谈会，十余位律师与会并发言。



※7月8日下午,本所公司法律服务团队邱斌律师、伍正龙律师应节能环保科技园工会的邀请,为园区30多位人力资源总监讲解人力资源管理过程中的法律风险防范知识。

※7月5日下午,浙江省律师协会常务理事、执业权益保障委员会副主任胡祥甫律师赴金华市律师协会就律师调查权问题进行调研,金华市律师协会会长陈雄武律师主持座谈会,十余位律师与会并发言。

※7月5日上午,浙江省律师协会常务理事、执业权益保障委员会副主任胡祥甫律师赴杭州市律师协会就律师调查权问题进行调研,杭州市律师协会副秘书长李美华主持座谈会,十余位律师与会并发言。

※7月3日,“第二届杭州律师论坛”在杭州之江饭店召开。本次论坛共征集不同专业命题的论文420篇,经过各专业委员会分论坛的评定后,54篇论文入选总论坛,其中本所共有4篇论文入选。其中,徐杨超律师的论文《PPP项目前期政府方常涉问题统计及分析——以某城市有机更新征收改造PPP项目为例》荣获本届论坛一等奖。

※为庆祝建党95周年,推进“两学一做”学习教育,本所党总支于7月1日组织全体党员同志召开了“两学一做”学习教育动员会议,对在本所三个支部的全体党员中开展“两学一做”学习教育进行动员和部署。

※7月1日,宁波德信工程管理有限公司总经理携高级骨干一



行 12 人造访本所 PPP 团队,张奕、史源、金琪琪律师接待来访,并为其进行 PPP 实务操作方面的培训,帮助其从传统招标代理机构向 PPP 中介咨询机构转变。

※7月初,本所权益合伙人张延来律师的专著《法眼电商》在法律出版社出版。

※6月28日下午,香港礼德齐伯礼律师行(Reed Smith Richards Butler)合伙人李连君律师应邀来到本所,举行题为“国际贸易与海事法律实务”的讲座。该讲座由本所管理合伙人、国际经贸法律服务团队负责人崔海燕律师主持,来自杭州的涉外律师、学者与客户代表近 20 人参加了本次讲座。

※针对近日慈溪市检察院牵头系列单位联合出台的《性侵害未成年人犯罪人员信息公开实施办法》,本所赵青航律师接受了《浙江法制报》的访问。

※6月26日国际禁毒日,本所刑事团队郭越鸣律师受邀出席《人民禁毒》杂志社和北京孙中伟律师事务所在北京王府井共同举办的“禁毒与毒品犯罪辩护研讨会”,并做主题发言。

※6月23日至24日,本所程楠律师应邀参加在上海召开的“2016中国商业地产资产证券化合作发展峰会”。

※6月24日下午,本所管理合伙人、国际经贸法律服务团队负责人崔海燕律师来到浙江工商大学法学院举行律师实务讲座。该讲座由法学院留学生管理办公室韩宁老师主持,围绕“律师为双边投



资贸易保驾护航”的主题,吸引了 50 余位来自津巴布韦、南非、坦桑尼亚、埃及、土库曼斯坦等各国的留学生积极参与。

※6月23日,本所 PPP 团队张奕、史源、金琪琪律师应邀作为法律专家加入建德市浙西数据中心政府和社会资本方合作(PPP)项目确认谈判工作组,继先前评审、答疑程序后,进入确认谈判程序。

※6月18日,本所高级合伙人、公司法团队负责人黄耀律师在浙江省职业经理人协会为浙江省中小企业家协会的诸多企业家上了一堂公司融资纠纷案例分析课。

※6月17日下午,浙江大学光华法学院举办“刑事审判定性、定量及死刑政策”讲座,本所刑事团队钱文中、陈云丰、顾炳鑫、赖振华、郭越鸣、陈云笑、张斌全、陈士松、张雯和袁昕炜律师参加本次讲座,陈士松、赖振华律师做发言交流。

※6月17日,本所高级合伙人、酒店业法律服务团队负责人钱雪慧律师为浙江省“饭店安全与危机公关管理培训班”作了题为《饭店法律纠纷处理》的讲座。

※6月16日,全省律师工作会议在浙江省人民大会堂召开。省委书记夏宝龙会前看望了参会律师代表,并作重要讲话。本所首席合伙人胡祥甫律师、管理合伙人崔海燕律师作为全省律师代表,受邀参加本次会议。

※6月16日上午,英国大利兹区域政府代表团一行 9 人到访本所,英国大利兹地区贸易与投资环境推介会在此顺利召开。会上,本



所管理合伙人崔海燕律师作开场致辞，热烈欢迎了代表团的前来，并向代表团成员介绍了本所。

※6月15日，本所权益合伙人胡浩明律师为诚通国贸作“大宗商品贸易合同签订、履行风险防控”讲座。

※6月8日，本所组织召开了第一期“地产精英法律思想汇”活动，邀请到了越秀、远洋、宋都、蓝城、融创、坤和、华和、金诚、万科等杭城建筑房地产公司的多位高管、法务共同参与。活动由本所管理合伙人罗弘韬律师发起，合伙人苏小为律师主持，袁韬光、程君、吴思瑶等多名律师参与筹备。

※6月4日至5日，“中国保险法学研究会2016年年会暨中国保险法的国际化发展研讨会”在大连召开。本所兼职律师、浙江工商大学马齐林教授受邀参加了此次会议。

※6月2日，受贝因美婴童食品股份有限公司的邀请，本所主任王全明律师公司作了一场“企业债务危机的处理”法律讲座。同时，讲座还采用远程视频会议的方式向贝因美公司位于全国其他地区的听众进行了同步直播。

※为了丰富金道人的业余文化生活，让大家在忙碌的工作之余享受大自然美丽的怡人风光，今年六月，本所组织部分律师、律师助理、行政人员及家属赴避暑胜地承德，美丽草原坝上，进行了为期五天的观光之旅。

※5月28日，第五届杭州市青年律师演讲比赛在之江饭店举



行,本所苏小为、金琪琪、黄璐瑶、张驰程、郭天奇五位律师参加此次比赛。最终经过角逐,本所律师张驰程获得二等奖,郭天奇、金琪琪也分别获得进取奖。因为各位律师的优异表现,本所获得本次比赛最佳组织奖。

※5月26日下午,重庆市律师协会党委委员、捷讯律师事务所党总支支部书记孙远强、重庆市渝中区司法局调研员、重庆市渝中区律协分会党委书记陆仲勇、重庆市大渡口区司法局副局长罗宣涛、重庆市沙坪坝区司法局副局长李庆等一行14人莅临本所考察交流。本所首席合伙人胡祥甫、权益合伙人、党总支副书记邱华律师热情接待,浙江省律协协会会员部负责人朱良珍陪同接待。

※5月21日上午,复旦大学杭州校友会法律与金融俱乐部与本所联合举办的“互联网金融法律风险防范讲座”在本所成功举行。复旦大学在杭校友、客户代表、业界人士等30余人参加。本所合伙人李泉良律师、赖振华律师分别作了题为《网贷平台(P2P)企业法律风险探析》、《刑事律师眼中的互联网金融》的讲座。

※5月20日,“金道开讲”第十七期在本所顺利举行。本次讲座由本所李冰冰律师主持,本所权益合伙人邱华律师作了题为《合同签订、履行法律风险防范》的讲座。

※5月18日上午,应浙江省律师协会的邀请,本所首席合伙人胡祥甫律师为2016年浙江省第三期申请律师执业人员集中培训班的学员授课。

※5月17日上午,杭州市人民检察院党组书记、检察长顾雪飞,



公诉一处处长张洪阁,案件管理办公室主任陈娟,反贪局综合指导处副处长吴震操,办公室吴嘉源一行五人莅临本所调研座谈。市司法局律管处副处长许永超,本所首席合伙人胡祥甫律师,主任王全明律师,管理合伙人罗弘韬、王晓辉律师及市律协贺宁等参加会议并交换意见。

※5月14日上午,杭州市律师协会与香港大律师公会合作协议签署仪式暨杭港律师业务研讨会在市律协大会议室举行。其中,本所管理合伙人崔海燕律师代表本所与香港大律师公会陈建同大律师签署了合作协议。

※为了促进江干区电子商务企业的健康发展,让企业接触与了解更多的法律知识,享受更加优质与针对性的法律服务,杭州市江干区商务局和本所决定合作共建“江干区电商法律服务平台”,并于5月13日在江干区文化中心举行了签约仪式。江干区商务局王栋局长与本所管理合伙人、电子商务团队负责人申柱石律师作为双方代表进行现场签约。

※5月12日,本所赵青航律师应国家民政部民间组织管理局的邀请,参加了由国家民政部党组成员、国家民管局局长詹成付在北京主持召开的“《民办非企业单位登记管理暂行条例》修订研讨会”。此次研讨会召集了来自民政部政策法规司、中国国际民间组织合作促进会、中央编译局、国务院发展研究中心、清华大学、北京大学等单位的十余位专家,赵青航律师是与会的唯一的律师界代表。

※5月4日下午,杭州市司法局举办了首届青年大讲堂及“五四”表彰活动大会,本所团支部被评为“2015年度先进团支部”,团支



部书记龚家勇律师代表本所团委领取了奖牌。

※4月底,本所赵青航律师就参与写作《“浙商回归”法律知识解析》(浙江人民出版社2016年版)一书,接受了浙江省司法厅《东方法苑》的专访。

※4月26日下午,由浙江省律师协会、中国国际贸易促进委员会浙江省委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会、香港国际仲裁中心主办、中国国际经济贸易仲裁委员会浙江分会协办的“探索国际仲裁程序管理的最佳实践”论坛在杭州举行。浙江省律协常务理事、涉外与海事海商专业委员会主任、本所管理合伙人崔海燕律师主持论坛。

※4月20日上午,浙江省检察院检委会专职委员、公诉一处处长沈雪中一行到省刑委会秘书处调研,听取对全省公诉人出庭能力的意见与建议。本所管理合伙人、杭州市律协刑法委主任王晓辉律师参加本次调研活动并发言。