

金道律师

2013·第三辑·总第二十三辑

编 委：胡祥甫

崔海燕

夏家品

执行编辑：黄 亮



金道律师事务所
BRIGHTEOUS LAW FIRM

目 录

卷首语

抓住机遇 顺势而上 胡东迁 001

品牌聚焦

本所成功承办“2013 浙江中小企业法律服务论坛” 003

本所成功举办“2013 年度常年客户法律培训班” 005

专家视角

上海自由贸易区与浙江的应对 张汉东 007

金道论坛

论非法集资刑事案件中担保合同的效力及权益保护
..... 胡东迁 陈士松 019

股东资格确认案件的若干实务探析 俞菊明 郑 梁 038

日本劳动法的“虚假外包”法理 茅玮氏 051

论技术侦查手段的法律规制 李 丹 060

网络盗用图片的法律应对 张延来 088

案例追踪

- 订单换股权 企业获重生——某竹木公司危机重组纪实
..... 朱智慧 刘大佳 094

党团建设

- 爱心接力——走进杭州市儿童福利院 101
本所组织员工赴韩国济洲岛旅游 102

金道沙龙

- 咏梅 胡祥甫 103
青灯 王 雪 104

律师推荐

- 李俊凤 107
苏发德 109

金道动态

- 111



抓住机遇

顺势而上

□胡东迁*

举世瞩目的十八届三中全会,为当代中国描绘了全面深化改革的壮丽蓝图,极大地激发了全国人民努力实现中华民族伟大复兴——“中国梦”的巨大热情。尤其是在此次会议中,明确提出了“推进法治中国建设”目标,并从“维护宪法法律权威”、“深化司法体制改革,确保依法公正行使审判权检察权”、“健全司法权力运行机制”、“完善人权司法保障机制,完善律师执业权利保障机制,发挥律师在维护公民和法人合法权益方面的重要作用”等方面制定了具体的改革措施。这对翘盼已久的法律人来说,无疑是一个巨大的喜讯。作为一名执业律师,闻知这一喜讯后,内心感到无比的振奋和鼓舞!

律师是一个国家法治文明的标志。著名法学家江平教授曾说过:“律师兴则国家兴——只有律师制度发达了,国家的民主、法制制度才能够更加完善,律师制度的成败关乎国家的兴亡。”中国的律师制度,虽然于北洋政府时期就已产生,但此后由于国家长期处于战争和动荡不安之中,律师制度并未真正得到健康发展。新中国成立之初,虽建立了律师制度,后又因“反右”及“文革”被中断了20年。直到党的十一届三中全会后,律师制度才得以恢复并发展。可以说,中国律师和律师制度的产生和发展,历尽了艰辛和磨难,是中国民主法治进程的一个缩影。在党和国家的重视下,中国律师人数现

* 胡东迁:本所副主任,浙江省律师协会刑事业务委员会副主任,杭州市律师协会刑事业务委员会主任,浙江工业大学客座教授。



已发展到 20 余万之众,活跃在社会的各个方面,已成为我国民主法治建设中一支不可或缺的重要力量。

但同时也应看到,当前律师的执业环境还存在诸多不尽如人意、急待改善的地方,例如:有些执法部门及人员,对律师还存在着偏见、歧视,甚至是仇视,给律师执业设置重重障碍;有的地方甚至出现了打击报复、迫害律师的恶性事件。当然,这其中也有律师自身的原因,律师队伍本身也存在素质参差不齐问题,存在个别律师违反职业道德和执业纪律的现象。这在一定程度上影响了律师职业的信誉和声誉。故作为律师界要不断地提高自身的整体素质,增强职业荣誉感,做到自醒、自律和自强,以赢得社会的尊重,不辜负时代的重托和社会的期盼。

党的十八届三中全会已奏响了新一轮全面改革的号角,开启了建设法治中国的新进程。中国律师业将又迎来一个新的春天,迎来一个大发展的历史机遇。如何抓住发展良机、做大做强律师业,是摆在我们面前新的重要课题。

金道所,自 2006 年成立至今已走过七个年头。从当时只有十余名律师、名不见经传的一家小所,发展成为一家拥有上百名律师、具有较高社会知名度的全国优秀律师事务所,其中既凝聚了我们全体金道人的共同心力,更凝聚了各级司法行政、律师协会和社会各界的关心和支持,特别是广大客户对我们的信赖和厚受。故我们在成绩和荣誉面前,要时刻警醒自己,不能沾沾自喜,不能固步自封,更不能不思进取。因为我们与全国一流的知名大所相比,无论是事务所的规模,还是业务拓展和事务所管理等方面,均还有较大的差距,有许多急待改进和提高的地方。更何況,目前法律服务市场的竞争已到了“白热化”的程度,市场竞争不进则退,就会被市场淘汰。“长风破浪会有时、直挂云帆济沧海。”我们应紧紧抓住国家全面推进改革这一新的发展良机,励精图治,不断开拓创新,把我们的事业更上一层楼!



本所成功承办 “2013 浙江中小企业法律服务论坛”



12月7日，“2013浙江中小企业法律服务论坛”（原名“浙江中小企业法治论坛”）在浙江省人民大会堂人大厅成功举办。浙江省人大法工委主任丁祖年、浙江省经济与信息化委员会（省中小企业局）副主任高建明、浙江省司法厅副厅长俞世裕、浙江省法学会副会长陆剑锋、中国进出口银行浙江省分行副行长许小勇等应邀出席开幕式，浙江省中小企业法学研究会会长、本所主任胡祥甫主持开幕式，本所副主任、国际经贸法律部副主任崔海燕主持了下午的论坛。

自2008年首届浙江中小企业法治论坛起，本所已连续五年承办的该论坛。本次论坛的主题是“中小企业国际化风险与防范”，来



自浙江省经信委、省贸促会、进出口银行、英中贸易协会杭州代表处、德国石荷州杭州代表处等相关代表,以及全省企业界和律师界约 200 人参加了本次论坛。在论坛发言环节,崔海燕律师主讲了《企业境外投资的机遇和挑战》,崔律师结合承办过的新设项目和资产并购项目介绍了境外投资的类型、流程和风险防范。新华社、浙江日报、浙江电视台、浙江电台经济广播、青年时报等 11 家新闻媒体均到会参与报道。



本所成功举办 “2013 年度常年客户法律培训班”



8月30-31日,为答谢常年客户对本所的一贯信赖及支持,本所在桐乡振石大酒店举办了为期两天的“2013年度常年客户法律培训班”,共有130多家常年客户单位派代表参加了本次培训,与会人员近200人。

本次培训会邀请了浙江股权交易中心专家、中小企业法学会副会长及本所专业律师,向广大客户呈献了一场有中小企业生存环境、传统企业转型电商、客户大资产管理、民间借贷案例分析和劳动争议案例分析等最新法律及实务问题的精彩讲座。在互动环节,与



会客户代表踊跃发言、本所高级合伙人积极回应,所提问题都得到了全面的解答。

本次培训会展现出来的金道律师专业水准与周到服务,赢得了充分肯定。与会的客户代表普遍反映培训收获很大,特别是对企业今后加强风险防范起到了很好的作用,本次培训进一步加强了本所与客户的交流和沟通,为双方今后的合作奠定了更坚实的基础。



上海自由贸易区与浙江的应对

□ 张汉东 *

近日,国务院正式批复中国(上海)自由贸易试验区总体方案,上海自贸区正式起航。上海自贸区是新时期中央我国对外开放的重大举措,将在加快政府职能转变、扩大投资领域开放、推进贸易发展方式转变和金融领域的开放创新方面先行先试。上海自贸区对其周边的地区有着辐射效应和虹吸效应双重效应,对于紧邻上海的浙江来说机遇战与挑并存,必须积极应对、抢抓机遇,同时积极做好舟山自贸区申报。

一、什么是自由贸易区

自由贸易区有两种含义:

一是自由贸易区(Free Trade Agreement, FTA),是指两个以上的主权国家或单独关税区通过签署协定,在世贸组织最惠国待遇基础上,相互进一步开放市场,分阶段取消大部分货物的关税和非关税壁垒,改善服务和投资的市场准入条件,从而形成实现贸易和投资自由化的特定区域。特点是参加方协商确定,双向互动开放。

二是自由贸易园区(Free Trade Zone, FTZ),是指一个国家(或地区)关税领土内,划出特定的区域,在货物监管、外汇管理、税收政策、企业设立等方面实行特殊的管理政策,具有“境内关外”特性的区域。我国现有的海关特殊监管区域如保税区、出口加工区、综合保

* 张汉东:本所兼职律师,浙江省商务研究院院长。



税区等都是自由贸易园区的雏形。特点是主权国家(单独关税区)自主确定,单向对外开放。

FTA 与 FTZ 两者的相同之处在于,都是为降低贸易成本促进商务发展而设立。为避免两者混淆,商务部等部门 2008 年专门提出将 FTA 和 FTZ 分别译为“自由贸易区”和“自由贸易园区”,以示区分。但由于汉语语言约定俗成,这次上海自贸区的名称仍然没有使用“园区”字眼。

二、上海自贸区设立的背景和意义

从国内看,上海自贸区是新一届中央政府站在战略全局高度提出的重大决策部署。上海自贸区正被寄予厚望,或将成为撬动中国第四次开放高潮的支点。

开放与改革,是我国三十多年来快速发展最大的两个动力源,是经济社会发展战略不可偏废的两个基本方面。开放是改革的本质要求,是改革和发展的重要抓手与基本着力点。开放在某种意义上就是一种改革,甚至是最重要的改革;同时,开放也会为改革的顺利推进提供保障。所以李克强强调:“我们要用开放扩大内需,用开放形成倒逼机制,用开放促进新一轮改革。”

十一届三中全会以来,我国已经历了三次开放高潮。

第一次高潮是建立经济特区、实施沿海开放战略,中国向世界打开了大门。当时的背景是文革过后中国经济面临崩溃边缘,发展对外贸易、积极吸收外资,外部要素的引进不但增加了我们的生产要素供应,同时也引入了基本的市场经济理念、商业经营方式,中国经济开始参与国际分工,迸发出了前所未有的活力。

第二次高潮是 1992 年邓小平南巡,由此确立了建立社会主义市场经济体制的大方向。当时的背景是八九风波之后国内关于中国发展方向出现很多争议,邓小平大声疾呼要解放思想、打破姓社姓资束缚,提出“发展是硬道理”、“三个有利于”判断标准和引进外资



对我们有利等等,此后,我国对外开放狂飙突进,开放范围大大拓展、开放力度大大加强,对外经济贸易跃上新的台阶。

第三次高潮是2001年中国入世。当时的背景是亚洲金融危机后中国经济发展动力不足,加入世贸组织不仅仅是我国市场的全方位开放,也是思想的大开放和规则的与世界接轨,使我国更深入地融入了国际分工体系,为此后一段时期的良好发展提供了制度和市场环境保障,我国一跃而为全球第二大经济体。

当前我国经济社会发展面临又一个关口,经济增长动力严重不足,生产要素成本提高,人口红利逐步消失,体制弊端日益凸显;经济社会发展矛盾趋于尖锐,增长质量降低,产业结构失衡,两极分化严重,实体经济弱化,资源环境制约突出,转变经济增长方式迫在眉睫。以建立自由贸易园区为突破口,以开放促改革,通过改革释放经济活力、提高增长质量、消除深层弊端,成为自上至下的强烈共鸣和广泛共识。

建设自由贸易园区将是我国深化对外开放的必然选择。对外开放以来,我国在境内设立了各种实行优惠税收和特殊监管政策的特定区域作为推动对外贸易和吸引外资的平台和载体。目前,国内综合保税区、保税区、出口加工区等类自由贸易区较多,这些平台主要是以“境内关内”为主,这些特殊平台对地方经济发展作了巨大贡献,但是随着开放步伐的加快,体制机制创新突破的需求,原有开放平台的局限性开始显现,迫切需要突破性、创新性思维,建立一种全新、更彻底的开放平台。自由贸易区这种世界通行的比以往开放力度更大的载体成为新一轮对外开放的突破口。

从国际看,多哈回合谈判受阻,多边贸易体系受到质疑,以美欧力图通过区域贸易安排达成无例外的综合性自由贸易协议,中国可能会面临“二次入世”。

以美国为主导,美欧日共同支持,一些国家和地区经济组织力图



通过跨太平洋伙伴关系 (TPP)、跨大西洋贸易与投资伙伴关系 (TTIP) 和多边服务业协议 (PSA) 形成新一代高规格的全球贸易和服务业规则, 可能会部分取代 WTO。

以 TPP 为例, TPP 谈判采取闭门磋商的方式进行, 谈判结束后不对外公布技术文本。据媒体报道, 谈判共涉及以下议题: 农业、劳工、环境、政府采购、投资、知识产权保护、服务贸易、原产地标准、保障措施、技术性贸易壁垒 (TBT)、卫生和植物卫生措施 (SPS)、透明度、文本整合等。贸易协议新标准将更加关注工人和环境问题; 高举自由和公平贸易旗帜, 意在维护主导国家的出口利益; 在贸易协议中推行西方的全球价值观。目前参与 TPP 谈判的国家和地区已经增至 12 个, 覆盖全球 GDP 的 50%。2011 年 11 月 10 日, 日本正式决定加入 TPP 谈判, 2013 年 9 月 10 日, 韩国宣布加入 TPP 谈判。

这三大协议一旦成形, 可能成为重新构建国际贸易和投资规则的新载体, 甚至以此制定新的世界经济规则, 并强化既有的“中心—外围—边缘”的世界权力 (利) 分配体系结构。如果在没有中国参加的情况下达成协议, 中国将自外于新的贸易体系。

中国对于包括 TPP 在内的, 有利于促进亚洲地区经济融合和共同繁荣的倡议均应该持开放心态, 早参与早受益, 才有可能在谈判中掌握一定的主动权, 不被边缘化。但由于 TPP 的谈判要价高, 目标的自由化程度是中国目前还难以承受的, 而且谈判中可能会涉及诸如劳工标准、环境问题等带有价值观色彩的问题。一方面中国没有被邀请参与 TPP 谈判, 一方面中国即便被邀请也很难立即参与谈判。

在这种情况下, 中国一方面加快与世界各大洲不同国家商谈国家地区间自由贸易协定, 如中国与冰岛、瑞士, 中国与东盟, 中国与日韩等等; 另一方面就是按照以往改革开放“摸着石头过河”的成功经验, 换一个思路和做法, 先让局部的自贸区主动打开门户, 让所有



国家都可以来自由投资和贸易,做一个对接的小窗口,并可以适当将其中的某些高商业标准映射到整个中国制造和服务业。如果试验失败了,由于范围有限,影响也有限,一旦成功,就可以进一步扩大推广并全面对接整个中国经济。

三、上海自由贸易区的内容和主要亮点

上海自贸区《总体方案》提出,经过两至三年的改革试验,加快转变政府职能,积极推进服务业扩大开放和外商投资管理体制改革,大力发展总部经济和新型贸易业态,加快探索资本项目可兑换和金融服务业全面开放,探索建立货物状态分类监管模式,努力形成促进投资和创新的政策支持体系,着力培育国际化和法治化的营商环境,力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区,为我国扩大开放和深化改革探索新思路和新途径,更好地为全国服务。

试验区的范围涵盖上海外高桥保税区、上海外高桥保税物流园区、洋山保税港区和上海浦东机场综合保税区等4个海关特殊监管区域,总面积为28.78平方公里,并根据先行先试推进情况以及产业发展和辐射带动需要,逐步拓展实施范围和试点政策范围,形成与上海国际经济、金融、贸易、航运中心建设的联动机制。

下一步将重点在以下领域先行先试,改革创新。一是加快政府职能转变。深化行政管理体制改革。二是扩大投资领域的开放。扩大服务业开放,探索建立负面清单管理模式,构筑对外投资服务促进体系。三是推进贸易发展方式转变。推动贸易转型升级,提升国际航运服务能级;四是深化金融领域的开放创新。加快金融制度创新,增强金融服务功能;五是完善行政法制领域的制度保障。深化行政管理体制改革,完善法制保障。

上海自由贸易区将推进实施“一线放开”,坚决实施“二线安全高效管住”的创新监管服务模式;实施与试验区相配套的促进投资



和贸易的税收政策。

国务院要求,上海自由贸易试验区要成为推进改革和提高开放型经济水平的“试验田”,形成“可复制、可推广的经验”,发挥示范带动作用,有利于打造中国经济“升级版”。

总体方案中引人注目的亮点很多,诸如金融业开放、利率市场化、经常项目汇兑自由等等。其中最为重要的是试行准入前国民待遇、探索建立负面清单管理模式。

国际通行的管理模式就是负面清单管理模式,遵循“法无禁止即自由”的原则,也就是说仅仅是规定企业不能做什么。在今年的第五轮中美谈判中,中方同意以准入前国民待遇和负面清单为基础进行谈判,这是中美谈判的一大突破,这次在上海自贸区先行先试,体现了国家今后对外开放的一个基本政策取向。而我国目前实行的是正面清单管理模式,即采取行政许可、审批制度,是政府倡导鼓励做什么,或者说限定企业只能做什么。这种管理模式至少有二个问题:一是政府部门设租寻租,腐败,二是导致资源错配,政府强势引导企业投资,但不承担投资失败的风险。

上海市日前公布了负面清单,对于负面清单之外的领域,将外商投资项目由核准制改为备案制,合同章程审批改为备案管理。这意味着未来上海自由贸易试验区范围内的外商企业管理将逐步和国际接轨。从正面清单到负面清单,一字之差,体现的管理理念差异巨大。该管理模式一旦推广,将成为中国经济转型升级的重要抓手,也将对政府宏观调控和经济管理提出更大的考验。新的管理模式理念与本届政府推行的行政审批制度改革方向一致。本届政府上任之初就力推审批制度改革,试图进一步厘清政府与市场边界。

为实施负面清单管理,全国人大通过决定,在自贸区内暂停实施外资三部法律,从法律上扫清了障碍。但国务院批复的总体方案中服务业扩大开放措施作为附件,这仍是正面清单的思路,正面清



单与负面清单是否有冲突,二者之间有没有模糊地带,是今后实施中难以回避的一个问题。

四、上海自贸区对浙江的影响

浙江紧邻上海,中国(上海)自由贸易试验区的设立,对其周边的地区有着辐射效应和虹吸效应双重效应,可以说是机遇战与挑并存。

所谓辐射效应是指一个地区通过其较强的经济、文化、科技、教育、人才等资源优势,带动周边地区经济、文化、教育、科技的发展。上海自贸区不是一座封闭的孤岛,上海自贸区挂牌后,区内会快速集聚大量的人流、物流、信息流、资金流,这些要素资源也能为区外所用,也必须为区外服务。

一是优化产业结构的机遇。上海自贸区加快上海向服务型国际城市升级的同时,也将抬升上海地区的商务成本。以上海房价为例,原来就高于杭州,房租价格高出更多,近来随着自贸区概念的升温,房价更呈现飙升势头。上海的人均工资、工业和商业用地成本等均高出杭州。基于降低商务成本的考虑,部分对于商务成本较为敏感的行业企业将向周边地区转移。特别是上海自贸区航运中心、物流中心和贸易中心的建设需要周边城市相应的产业、基础设施等配套,同时溢出仓储、加工、配送、商务等服务需求。

二是浙江发展外贸出口机遇。作为位居全国第三的出口大省,浙江拥有众多品牌进出口企业和出口基地,上海口岸是浙江出口产品的重要通道,上海贸易转型、通关便利化、降低物流成本和口岸能级提升,对浙江出口企业通过上海出口是一大利好。

三是浙江招商引资的机遇。上海自贸区将吸引更多的国际机构和跨国公司总部入驻,有助于世界了解浙江,有助于浙江吸引外资进入;自贸区拥有的更多的国际化人才,能为我省所用;自贸区将吸引更多的包括银行、保险、证券等金融机构,会计师、律师等中介服



务机构,将为我省企业包括来我省投资的外资企业特供更多更好的金融和中介服务。

所谓虹吸效应,是指一个地区由于政策、区位、配套等优势,对周边地区形成强大的吸力,使得周边地区的各种要素资源包括人流、物流、资金流、信息流向本地区集聚。上海本身就是一个特大城市,是中国的并正在建设成世界的经济、贸易、金融、航运中心,现在又成为全国首个也是唯一的自贸区,有着明显的政策优势,如果周边地区生产要素向自贸区过度集聚,可能会阻碍或减缓周边地区的发展。

一是总部经济面临“虹吸”。上海自贸区挂牌运营后可能在较短时间内产生巨大的“虹吸”效应,浙江吸引跨国公司来浙设立地区总部、研发机构、功能性总部面临上海的强大竞争,将更加处于劣势;与此同时,浙江本土企业特别是那些有海外业务的企业,部分可能会将总部迁至上海,或者在自贸区设立财务中心、运营中心和营销中心等功能性的企业总部,将对浙江总部经济产生较大压力。

二是高端服务业面临挑战。上海自贸区的更加开放便利通关、外汇兑换等诸多优惠,有利于企业提升国际竞争力,浙江的高端制造业、部分高端服务业面临或将在竞争中处于劣势,也可能流入自贸区,将对浙江产业结构调整、提升整体经济竞争力产生一定负面效应。

三是杭甬独立发展大都市受到压制。所谓大树底下不长草,上海城市能级的提升可能会对杭州、宁波等城市形成有力压制,由于距离过近,特别是交通一体化,高铁使得杭州、宁波在上海的一小时交通圈之内,同城化趋势将加速。周边城市成为上海自贸区重要的服务合作平台,在享受便利的同时,将更加固化作为上海配角的角色,对于嘉兴、湖州、绍兴区域中心城市或许不是太大的问题,但作为整个长三角副中心城市的杭州、宁波,独立发展大都市的机会更



加受限,难以发展出独立于上海的、城市能级更高的大都市。

五、浙江应对和舟山自贸区申报

面对上海自贸区建设对于浙江的机遇与挑战,浙江必须积极主动,顺势而为,把握大局,超前谋划,积极开展相关对接工作。

一是要密切关注上海自贸区发展。各有关部门和地区应密切关注跟踪。要积极完善沪浙两省市既有的联系管道,及时掌握有关工作进展情况,强化部门对接机制,特别是商务部门作为自贸区的牵头部门,要积极与上海对应有关部门保持密切联系,第一时间掌握动态信息。

二是充分利用自贸区资源加强招商引资。充分利用上海的资金、人才、服务等各种要素资源为我所用,促进上海自贸区对周边地区的服务、辐射和带动作用,借助与上海密切的互动合作优势,精心谋划对接上海产业转移,推介浙江优越的产业发展条件、基础设施、区位优势,提升服务水平和行政效率,提高通关效率,争取上海自贸区设立后溢出的先进制造业、服务业项目到浙江落地。

三是推进浙江上海通关一体化促进外贸发展。7月24日国务院常务会议确定扶持外贸发展六条举措。浙江应抓住自贸区转变外贸发展方式推进贸易便利的政策优势,争取在浙江与上海口岸之间先行试点“一次申报、一次查验、一次放行”便利通关的改革,不断简化相关手续,方便货物快速流动,使得通过上海口岸出口的浙江企业享受实实在在的好处。

四是引导企业正确参与上海自贸区。部分浙江企业抢滩上海自贸区的热情很高,纷纷在自贸区内设立办事机构或注册新的企业。对此政府应加强引导,一方面积极开展自贸区常识、自贸区基本政策等内容的辅导,为入驻自贸区内的浙江企业发展提供信息政策等服务,以市场化为原则,鼓励企业有序入住自贸区,提升国际竞争力;同时要鼓励我省骨干企业等扎根浙江,做大做强。



五是加快推进舟山自由贸易区申报。近来,各省申报建设自由贸易园区的步伐不断加快。上海申报的同时,福建平潭、广东横琴、南沙、广西凭祥、天津东疆等也都在千方百计向国家争取特殊政策,推进建立自由贸易区的进程。为此,浙江抢抓机遇,充分利用舟山独有的海岛资源优势、新区政策优势等,做好申报工作。

对于舟山建立自由贸易园区的问题,浙江省商务厅一直比较关注和重视,早在2003年原省外经贸厅相关处室和厅属研究机构开展了实地调研,形成了“关于探索建立衢州自由贸易港区的设想”、“时不我待 加速构建浙江的自由贸易区”的多份研究报告,提出了建立衢州自由贸易港区的大胆设想,并对衢州自由贸易港区的发展定位、具体政策、行政管理等方面进行了初步的规划。

舟山新区规划对自由贸易园区建设有明确要求。2011年6月30日,国务院以国函[2011]77号文件批复设立浙江舟山群岛新区,2013年1月17日以国函[2013]15号文件正式批复《浙江舟山群岛新区发展规划》(下称《规划》)。《规划》中明确提出“顺应经济全球化、贸易自由化大趋势,全方位提高对外开放水平和层次,加快建设舟山港综合保税区,条件成熟时探索建立自由贸易园区和自由港区,将舟山群岛新区建设成为我国重要的海上开放门户”的发展要求。

对于舟山自贸区的申报,我们建议:

一是确立我省的申报主体不动摇。在上海已经获批,各省激烈竞争的形势下,要想说服中央批准在紧邻上海的边上设立类似的自贸区,从全国合理布局的角度几乎不可能,必须另辟蹊径,扬长避短。此前我省内部讨论时,各地积极性都很高,尤以宁波为最,即便省政府已明确支持舟山申报,宁波各界仍有不同声音,认为其基础条件较好,作为浙江开放龙头当仁不让。问题是与上海相比,宁波的优点都成了劣势。甚至有人提出了以舟山、宁波、义乌捆绑申报的方



案,更加不切实际。我省建立自由贸易园区,应当发挥独特的海岛资源优势,建立海岛型自由贸易园区,必须确定舟山自贸区申报主体地位不动摇。

二是审慎论证舟山申报的区域选择。舟山的海岛资源、区位优势,是我国建立自由贸易园区的最佳选择。但在舟山市域范围内选择哪一区域作为自贸区申报范围仍待认真论证。在到目前为止的讨论中,各方面倾向于,舟山自贸区的申报以舟山本岛为主,兼顾附近功能岛屿,这一区位选择还可以暗含将来把宁波部分岛屿如梅山列入的可能。我认为这样申报成功的可能性不大。上海自贸区目前批准范围仅为 28.8 平方公里。兄弟省市方案也基本上在数十平方公里不等,舟山本岛及附近功能岛屿有上千平方公里的面积,在当前形势下,贪大求全不切实际。笔者十年前就提出建立衢山自贸区的设想,时至今日来看仍是正确的选择。衢山岛 59.79 平方公里,是我国第七大岛,加上附近小岛达到 70 多平方公里,还有滩涂可供围垦,远期面积可达上百平方公里。深水岸线丰富,位于国际航道中点,地理位置极佳,面积适中。也真正体现以海岛为载体,建立全新的自由贸易园区的优势,容易隔离和监管,可以真正实现“境内关外”政策,可以最大限度地开展自由贸易,有利于充分探索和实践,即使有失误也不会产生较大的影响。

三是明确舟山自贸区功能定位。有别于上海自贸区扩大投资开放、发展高端服务业和金融领域开放创新的特色,作为海岛型自贸区,至少在初期还是要把着眼点放在传统的货物贸易上,充分利用深水岸线资源发展港口物流,实施以大宗商品为核心的贸易、投资、金融、运输自由化,确保国家战略物资供应安全,在此基础上发展加工、仓储、分装、转运、转口贸易等传统功能,适度发展国际补给、维修、休闲旅游等等。

四是要做长期努力的准备。申报、获批、实施自由贸易园区是一



项长期工程,不可能一蹴而就。前期我们希望与上海一道成为全国首批,现在已经不可能。甚至在全国范围来看,中央近期是否有意愿进行自贸区的扩容,前景不明,即便扩容,能否列为及上海之后的第二批,也难以确保。但浙江申报自贸区的决心不能动摇,工作不能放松。应建立两项长效机制:一是建立由主要领导为组长,分管领导为副组长,各职能部门为成员的推进自由贸易园区建设的工作领导小组,完善工作机制,合力推进自由贸易园区申报以及实施等各项工作,商务部门要加强与国家相关部委条线联系,及时了解国家自贸区的战略部署。二是广泛发动本省高等院校科研机构,整合利用研究力量,长期跟踪研究自由贸易园区的专题,多团队、多主体、多角度、全方位对自由贸易园区深入研究,为决策提供参考。必要的情况下还可以借助外力,利用全国性的研究机构和海外团队。



论非法集资刑事案件中担保合同

的效力及权益保护

□ 胡东迁* 陈士松*

内容摘要 非法集资刑事案件作为司法疑难案件,在刑事诉讼程序应当强化对“非法占有目的”这一主观要件的认定与排除,在司法处理上应当坚持法治原则,尤其应注重程序正义的要求,做到刑事诉讼程序和民事诉讼程序的恰当处理。刑事程序准确定罪量刑,为民事程序公平分担责任提供条件;民事司法过程应当坚持保守与中立,反对司法过于能动的倾向。非法集资的借贷合同因为违反法律的强制性规定而无效,非法集资人仍然要承担法定的赔偿责任弥补债权人的损失;担保合同因主合同无效而无效时,视担保人的过错程度,其承担担保责任的上限为债务人不能清偿债务的1/3;担保合同因自身原因而无效时,排除1/3担保责任上限的适用,担保人以其实际过错承担责任。不论担保合同因主合同原因或自身原因而无效,债权人的利息应当冲抵本金,担保人所获得的利息应当代债务人返还给债权人。

关键词 非法集资;担保;合同;权益;法治

已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。^①

——亚里士多德

* 本文获2013年杭州市律师协会理论与实务研讨会优秀论文二等奖、第三届浙江省律师论坛优秀论文二等奖,该文的简缩版发表于《中国律师》2013年第九期。

* 胡东迁:本所副主任,浙江省律师协会刑事业务委员会副主任,杭州市律师协会刑事业务委员会主任,浙江工业大学客座教授。

* 陈士松:本所实习律师,浙江大学法学硕士。

① 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第199页。



司法过程是一个冷静客观的非个人化过程,最基本的社会利益之一就是法律应当统一并且无偏私。在法院活动中,一定不能有偏见或偏好,一定不能有专断性或间歇不定。^②

——本杰明·卡多佐

从近年来的司法实践来看,各级法院审理的刑事案件数量持续增加,反映了我国犯罪数量逐年递增的总体态势。当前国家经济的不景气客观上滋生了诸多犯罪,充斥其间最令人忧虑的莫过于非法集资类犯罪(本文所称非法集资类犯罪,特指非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪)。因为此类犯罪涉及社会各个层面,人数众多,有国家干部、普通民众;有纯粹为了获取高额利息的,也有为了骗钱“跑路”的,还有为了洗钱的。林林总总,五花八门,难以罗列。

一、问题的提出:路在何方——非法集资案件处理中面临的困境

每一起非法集资案件在司法实务中,几乎都是大案要案。不仅犯罪数额惊人,而且由于牵扯的利益群体众多,各方利益显著对立冲突、难以调和,严重危害国家的金融管理秩序和社会的稳定。不论是地方政府,还是司法机关,律师、学者以及普通公民,对此都十分关切。政府部门一贯坚持稳定高于一切,因此谁的利益诉求最激烈就安抚谁;法院出于各方压力,裁判标准不统一甚至违法裁判,使得案件的可预测性大大降低;涉案的债权人、担保人则往往通过集体上访等手段给政府及司法机关“施压”,以达到维护自身利益的目的,这给案件的裁判增加了难度;律师在受理该类案件时一方面由于案件关涉刑事、民事两个法律部门,办案难度以及压力都不轻,而且法院内部裁判尺度的把握不一也着实为案件的办理带来巨大挑

②[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,商务印书馆2000年版,第106页。



战。因此如何恰当地处理非法集资案件中的利益冲突,就成了各方争论的焦点,也是新近理论界和实务界讨论的热点。

按照法理学上对司法疑难的传统分类来看,司法疑难具有两种类别,一是因为证据的缺陷与案件事实的扑朔迷离而导致的司法疑难;二是因为实在法的局限性与案件事实的非常规性所导致的司法疑难。^③非法集资正是因为齐备了司法疑难的两种类型,才会在实践中凸显其超出常规案件的复杂性。它并非是一个简单的刑民交叉的问题,而是至始至终都贯穿刑事和民事两个诉讼程序,需要司法者对法律规范以及条文内涵的确切把握,体现其高超的司法艺术,还需要司法者秉持司法中立与保守的精神居中裁判,否则极容易步入司法擅断的泥潭。

在非法集资案件中,公认的最难以处理的当属非法集资构成刑事犯罪后,担保合同的效力以及各方的权益保护问题。这其中包含几个问题,一是非法集资到底构成何罪,是非法吸收公众存款罪还是集资诈骗罪,这涉及到刑事犯罪的定性问题。二是构成具体的个罪之后,作为从合同的担保合同是否有效的问题,对此问题的检索必然要回到对主合同效力的探讨上来,到底是因为犯罪而一概无效,还是仅当构成集资诈骗罪而无效。后一问题虽然更多的涉及到民事诉讼,但该问题的解决很大程度上依赖于前一问题所得出的结论。因此刑事民事相互影响,又共同作用;每一个问题的解决都会对另一问题的处理产生重要影响。这也就是非法集资案件的真正难点所在,如何妥当地解决上述难题正是笔者试图在本文完成的目标。

二、定性准确:非法集资犯罪妥当处理的第一要务

如上文所言,非法集资犯罪(非法集资本来涉及两个罪名,为论述方便起见,本文以“非法集资犯罪”加以论述)最核心的问题,包括

^③孙笑侠、夏立安主编:《法理学导论》,高等教育出版社2004年版,第287-288页。



刑事犯罪问题和民事责任承担问题。笔者认为,由于民事法律事实与刑事法律要素的融合,使得案件的刑事处理结果对于民事责任的划分具有至关重要的作用。因为非法集资需要行为人作出相应的集资行为,众多的集资行为共同构成了非法吸收公众存款罪或者集资诈骗罪。单独的集资行为属于总体刑事犯罪的必不可少之一部分,联系至为紧密,这就决定了个体的集资行为引发的纠纷不能前置于刑事犯罪的审理,否则极有可能产生在先民事判决与在后刑事判决冲突的问题。^④但是就现有的民事审理模式来看,很难发现民间借贷外衣下的非法集资。作为民事案件的法官,一般只集中查清借款事实,即借款来源、经过以及利息是否超过银行同期存款利率的4倍,通常不会对借款用途做深入核实与调查,也不会考察被告人的资产状况、经营规模等具体情况。^⑤事实也证实了这一点,非法集资犯罪的案发往往是因非法集资人资金链断裂、“跑路”等原因,致使部分债权人的本息无法得到清偿,引发大量债权人举报、上访或者批量诉讼,司法机关才开始关注这一可能的刑事犯罪。^⑥

既然涉及刑事犯罪,自然就有罪名如何确定的问题,即定性的问题。根据我国刑法的规定,非法吸收公众存款罪是违反国家金融管理法规,非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,扰乱金融秩序的行为。^⑦集资诈骗罪是指,以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资的行为。可见,非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪既有高度紧密的联系,又有实质意义的区分。概括起来,集资诈骗罪的构成要件是非法吸收公众存款罪构成要件与“非法占有为目的”两要件的总和。正因为如此,实务中往往出现这样的状况,不论案件最终构成

④ 孙海龙、赵客:《在先民事判决和在后刑事判决认定事实冲突时的处理》,《人民司法》2012年第8期。

⑤ 参见楼炯燕、潘佳:《徘徊在合法与非法之间》,http://ncqfy.chinacourt.org/article/detail/2012/10/id/604929.shtml,最后一次访问,2013年4月7日。

⑥ 参见浙江省高级人民法院民事审判第二庭编:《商事审判动态》,2013年第3期。

⑦ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,高等教育出版社2007年版,第448页。



何罪，公安机关绝大多数都以涉嫌非法吸收公众存款罪进行侦查。比如河南“三星公司”集资诈骗案^⑧、吴英案^⑨、吕伟强^⑩案等重大集资诈骗案，起初都是以非法吸收公众存款罪立案侦查。虽然这样做具有相当的合理性，毕竟公安机关对案件的侦查有一个由浅入深的过程，因此为了稳妥起见，以非法吸收公众存款罪侦查可以保证自己不犯原则性错误；并且如果检察院、法院对罪名有异议，还可以补充侦查的方式退查。但是实践中有很多情况令人深感忧虑。

（一）定性有可能错误，被告人被追究较轻的刑事责任，放纵犯罪。

刑事司法一贯的价值追求和目标是定性准确、罚当其罪，既不包庇也不纵容，刑事司法效果和社会效果都能得以实现。但是如果充分发挥上述理性自利的经济学思维，实现部门利益最大化，^⑪使得公安等行政司法部门怠于对可能涉嫌的更为严重的刑事犯罪的侦查，将会对案件的公正处理带来负面影响。在被害人不能提出有效质疑或提供可靠线索的情况下，很难期待集资诈骗的被告人被追究集资诈骗罪。理由很简单，被告人不会主动承认自己有集资诈骗的故意，公安机关、检察院等司法行政部门出于部门利益考量，也不会主动审查是否构成集资诈骗罪，案卷材料里根本不会有反应集资诈骗嫌疑的讯问、询问笔录，而债权人和担保人往往更为关心民事责任承担问题而忽视刑事控告权利的行使（事实上也很难有效行使，新旧刑法对于保护刑事被害人的诉讼权益不够充分），加之其无法预知刑事处理结果对自己民事责任的影响，更难有效参与、监督

^⑧ 参见最高人民法院编：《中国刑事审判指导案例》，法律出版社2009年版，第174—178页。

^⑨ 参见楼炯燕、潘佳：《徘徊在合法与非法之间》，<http://ncqfy.chinacourt.org/article/detail/2012/10/id/604929.shtml>。最后一次访问，2013年4月7日。

^⑩ 参见《嫌犯在116县区非法集资9.73亿被判死刑》，<http://news.sina.com.cn/s/2010-06-17/141820491767.shtml>。最后一次访问，2013年4月7日。

^⑪ 参见[美]曼昆：《经济学原理》，夏业良改编，高等教育出版社2005年版，第4页。



刑事诉讼。因此,非常可能出现的情形是,被告人确实实施了集资诈骗的行为,但却仅仅被追究非法吸收公众存款罪的刑事责任。

(二)如果行为人果真实施了集资诈骗罪的犯罪行为,但仅被追究非法吸收公众存款罪的刑事责任,而担保人和债权人却要承担因债务人的刑事犯罪所造成的损害后果,于法于理不公。

前已述及,主债务人被错误地追究了更轻的刑事责任,放纵了犯罪。但是其犯罪行为造成的社会危害后果,却没有因此而自动弥合,反而留给了担保人和债权人来承担。债务人此时因为刑事责任的承担反而逃脱了部分赔偿责任,不论担保人和债权人如何分担损失,必然的结果是承担责任更重的一方甚至双方对法律公信与权威的极大质疑。另外,由于刑事诉讼过程中侦查方向的偏差,使得民事诉讼当事人无法利用既有的刑事案卷材料,特别是对债务人欺诈或者能够证明各方过错的案卷材料的掌握,徒增其举证责任,法院亦难以支持其本属合理的诉讼请求。如此一来,在当事人之间如何恰当分担民事责任几乎成为不可能。因为,当事人所面对的是一个整体的案件,不因民事诉讼和刑事诉讼而分割。但是责任的承担必然以对各个程序的恰当处理结果的认同和服从为前提,否则非法集资案件中的众多债权人、担保人会提起数量庞大的诉讼,累讼迫使司法机关增加的司法成本是可想而知的。新近司法实务界对于担保合同效力上的争论,更加剧了此种混乱,担保人是否需要承担保证责任处于极度不确定的状态,案件的处理结果往往取决于主审法官或者受理该案件的法院对此问题的态度。

(三)“非法占有的目的”是非法集资刑事案件必须准确检索确定的要素,决定刑事诉讼程序功能和价值能否实现。

笔者认为,在刑事侦查阶段应当突破司法惯性思维的局限,适时地检索犯罪可能涉及的罪名,并积极搜集相关犯罪证据,特别是对犯罪嫌疑人是否具有非法占有集资款的目的,要进行相应的调查



取证。这不仅有助于查明案件事实真相,准确定罪量刑;也能大大节省案件耗费的司法成本甚至政治社会成本,实现民事责任的合理划分,使案件获得更为广泛的服从。对此,笔者综合我国《刑法》以及相关司法解释的规定,并结合司法实践中的众多案例研判认为,国家公权力机关在确定案件罪名之时,应当着重对以下几个要素进行分析、排查、确认行为是否具有非法占有他人集资款的目的:

(1)集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致使集资款不能退还的;(2)肆意挥霍集资款,致使集资款不能退还的;(3)携带集资款逃匿的;(4)将集资款用于违法犯罪活动的;(5)抽逃、转移资金、隐匿财产,以逃避返还资金的;(6)隐匿、销毁账目,或者搞假破产、假倒闭,以逃避返还资金的;(7)拒不交代资金去向,逃避返还资金的;(8)以支付中间人高额回扣、介绍费、提成的方式非法获取资金,并由此造成大部分资金不能退还的;(9)将资金大部分用于弥补亏空,归还债务的;(10)没有偿债能力将资金用于高风险营利活动,造成巨额亏损的;(11)明知没有归还能力而大量骗取资金的;(12)其他占有资金、拒不返还的行为。^⑫

三、利益格局的分解:担保合同的效力

主债务人因为非法集资犯罪而被科以刑罚,是刑事诉讼程序应当加以解决并且是必须准确解决的问题,否则容易导致案件判决的不稳定。相较于刑事程序可能放纵犯罪来说,民事诉讼程序更为令人不安。

各方利益显著对立冲突,难以调和。债权人利益需要保护,因而其对债权能否实现极为关切;债务人不愿意承担较重的刑事责任,

^⑫参见刘宪权:《金融犯罪刑法理论与实践》,北京大学出版社2008年版,第439-440页;以及高憬宏:《审理金融犯罪案件的若干问题——全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会综述》,载《法律适用》2000年第11期。



寄托于担保人为自己分担民事责任；担保人更是希望解脱或承担较少的民事责任，利益僵局如何打破成为非法集资刑事案件不可避免的问题。利益如何保护的问题，便通过刑事程序相关罪责的确定，自然而然地延伸至民事诉讼中担保合同是否有效的问题上来。

（一）问题的解决思路：程序正义的法治要求

尽管非法集资包含两个程序，刑事程序和民事程序，二者既有关联又有区别。但是正因为紧密的联系，我们断不可以终极的个体价值或者单方利益驱动解决纠纷，那样必然产生偏差。所有法治社会通行的一个原则是，正义不应当只是被执行的，也应当是被看见要实行的。^⑬谁也不是正义的天然代言人，程序正义是有限理智的人们实现正义最可靠的方式。司法者被理性化的法律制度设置在程序内去实施实体正义，因此，他就必须在程序合法性和程序正义的指引和限制下，去发现和认定事实并选择和适用法律规则。^⑭

遵循程序正义的法治要求，刑事程序解决刑事程序应当解决的罪名和刑事责任的问题，民事程序解决其应当解决的责任如何公平分担的问题，顺序不可颠倒，亦不可偏废于某一端。唯有如此，正义也才能以其本来面目呈现。

（二）主合同的效力之争：司法能动与司法中立引发的冲突

非法集资案件的急剧增加早已不是新鲜事，但颇为新鲜的是学者、司法者、律师、民众纷纷加入了担保合同是否有效的争论之中，该争论时间持续之久远，参与人员之众多，恐怕在我国的法治发展历程中都属罕见。

1. 司法中立下主合同无效，而司法能动下主合同有效，但后者在逻辑推理上存在严重瑕疵应予以摒弃。

传统的观点认为，非法集资刑事案件中主合同，即主债权债务

^⑬参见[美]戈尔丁：《法律哲学》，三联书店1987年版，第209页。

^⑭郑成良：《论程序公正的价值优先性》，《人民法院报》，2012年11月15日。



合同,因违反我国《刑法》第 176 条(非法吸收公众存款罪)、192 条(集资诈骗罪)和《商业银行法》第 21 条和 81 条的规定而无效。作为从合同的担保合同具有从属性,因而依据《担保法》第 5 条的规定,从合同因为主合同无效而归为无效。

但是从新近的司法动向上看,有不少学者、法官、律师对此提出异议,认为主合同并不因为主债务人构成非法吸收公众存款罪而无效。^⑮其理由主要有,债权人在签订合同时不知债务人的行为构成犯罪;主合同无效会导致主债务人责任的减轻;主合同无效会导致担保合同也无效,担保人责任将会减轻。总之他们的逻辑是主合同无效必然导致债权人利益受损,因而为了更好的保护债权人的利益,应当认定主合同有效。^⑯但值得深思的是,当主债务人构成集资诈骗罪时,似乎没有人认为主合同有效。既然都是因为非法集资的行为构成刑事犯罪,因为罪名的不同却要对借款合同的效力作出不同的认定,未免难以令人信服。浙江省高院的相关人士解释到,非法吸收公众存款罪有一个从量变到质变的过程,单个的借款行为只是民间借贷,尚不能构成刑事犯罪;向不特定多数人举债的行为最终构成犯罪并不必然损害国家利益或社会公共利益;债权人与债务人在缔结合同上都是真实意思的表示。若非法集资行为人构成集资诈骗罪,情况则完全不同。因为单个行为就存在非法占有的目的,就是诈骗行为,在刑法上就构成了犯罪,且该行为也符合《合同法》第 52 条规定之“以合法形式掩盖非法目的”的构成要件,故借款合同无效。^⑰基于此,浙江省高院正在对《浙江省高级人民法院民事审判第二庭关于商事审判若干疑难问题》(2011 年征求意见稿)进行讨论,决

^⑮参见沈芳君:《构成非法吸收公众存款罪的民间借贷及其担保合同效力》,《人民司法》,2010 年第 22 期。该篇论文是担保合同有效论的代表,而且该篇论文支持担保合同有效的理由基本上成为了省高院《2011 关于民商事审判征求指导意见》支持上述观点的理由。

^⑯参见《民间借贷案不宜一概先刑后民》,《东方早报》2012 年 11 月 29 日。

^⑰参见浙江省高级人民法院民事审判第二庭编:《商事审判动态》,2013 年第 3 期。



定是否采纳上述意见并正式公布指导省内的司法实践。

2.错误的指出——价值选择上方向性的偏差。

笔者必须指出的是,上述涌动于司法实务的新思潮或许具有某种创造性,也为债权人所乐于接受。但司法从来不是取悦于一方的游戏,而是利益衡平的纠纷解决机制。司法的任务是通过判决确定是非曲直,判决为一种认识,不容许在司法是非真假问题上用命令插手干预。^⑮出于保护受害人一方的利益,而寻求各种法律救济途径无可厚非,不仅为法律所允许,更是促进国家法治健全和完善的外在动力。但是所有这一切努力的作出,必须被限定在法律现有的框架之内,否则便有超越法律的界限违法裁判之嫌。现实的情况是,司法者仿佛成了推动这一变革的急先锋,他们成为司法能动的果敢践行者。对此,笔者感到既震惊又惶恐。^⑯

首先,在现有法律框架下,法律本已作出了明确的规定,依法律裁判便成为理所当然之事。但是司法者基于各种目的考量,动用司法行政权以规范性文件的方式发文,指导辖区内法院司法恐有不妥。司法能动应以弥补实在法的不足为前提。

如上所言,非法集资中的借款合同已经违反了我国法律的强制性规定,个人或者单位未经中国人民银行的准许,不得从事商业银行特有的吸储信贷业务。且非法吸收公众存款罪侵犯的法益不仅包括国家的金融管理秩序,还有债权人的财产。借款合同作为非法集资的外在表现,属于非法集资行为整体之必不可少的一部分,单个的非法集资行为同样确切无疑地损害了国家的金融管理秩序,不当地阻碍了资金的正常流动和国家对金融秩序的管控;同时立法者刺破非法集资的面纱,揭开其民间借贷的伪装,表明了其对债权人财产权益保护的坚定立场。立法者既然选择了对该部分民事行为进行

^⑮[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第101页。

^⑯参见苏立:《送法下乡》,中国政法大学出版社2002年版,第6页。



刑事打击,那么留给司法者的空间就是谨慎司法、被动司法,绝不能以“化整为零”、“各个击破”的方式来处理刑事犯罪下的民事责任。因为说到底,刑法所否定评价的虽然是整体非法集资行为,而不是单独的个体借贷活动,但这是刑法作为最后救济手段所独有的规范调整特性。我们显然不能仅仅依据刑法确定地对行为整体进行否定,而没有对个体合同效力如何表明立场,径直得出单个借贷合同有效的结论,那是世界上任何一部刑法所无法完成的过于苛刻的使命。相反,刑法所要致力于完成的任务是,公意表达的立法者恰当设定犯罪疆域,司法者在立法者划定的疆域内严格但不失创造地司法;而与刑法无关的或有某种牵连的法律关系,留待其他部门法调整,因此也才有刑事司法从部门法中超然而来,又平静回归到部门法的现实中的轮转往复。可以想见,那种基于非法集资行为整体构成刑事犯罪,得出单个借款合同有效的结论,要么是对法的整体价值构造和任务分配的内涵,要么是对法的现实利益的过度关切而使自己在不知不觉中偏离了司法中立的价值追求。其实公法私法化、私法公法化都表明我们已经在认识法的功能上前进了一大步,那也是事实的必然。^{②0}同一生活事实受制于不同的法律规范调整,既不能将之截然分开,更不能做出相互矛盾的判决——刑事判决否定行为、结果的价值^{②1},而民事判决肯定行为、结果的价值。

其次,司法能动的价值追求以实现公平正义为界碑,利益衡量当然要兼顾各方利益^{②2},但是司法者若只侧重于一方的利益诉求,而忽视整体利益的平衡,此种擅自脱下法袍甘当利益争讼主体的行为有失公允。

作为非法集资利益格局总体来说,需要保护的利益并非只有债

^{②0} 参见孙笑侠:《法的现象与理念》,山东人民出版社2001年版,第103-105页。

^{②1} 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第119页。

^{②2} 参见梁上上:《利益衡量的界碑》,中国政法大学学报,2005年第5期。



权人一方而已,否则利益僵局根本不可能形成。然而,上述司法精英乃至理论家大树保护债权人利益的大旗,主张改变法律适用的既有规则和条文,甚至运用法律解释的技术性手段弱化法律的规范调整功能,以个人感知和好恶取代法的平等保护之要旨。从本质上说,就是一种法官造法的司法能动主义,它既不满足于既有的自由裁量权,更不满足于法所给予的明确指引。更为关注的却是如何为了其理想中的公平正义,而改变原有法律适用规则和救济手段。

根据现有法律规范,我们完全能够为非法集资利益主体找到恰当的纠纷解决规则。比如否定借贷合同的有效性,必然产生缔约过失责任,^{②③}债权人可以根据《合同法》第 58 之规定,主张返还其本金,或者根据各自过错程度,承担相应的责任。法律规定既简洁明确又公平合理,债权人只需提出诉求即可,债务人若主张减轻其赔偿责任,必须举证证明债权人的过错。

舍此之外,《担保法司法解释》(法释[2000]44号)第八条同样为保护债权人的利益,在担保人如何承担其担保责任上详加规定:主合同无效而导致担保合同无效,担保人无过错的,担保人不承担民事责任;担保人有过错的,担保人承担民事责任的部分,不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

担保合同因为主合同无效而导致无效,并不能免除担保人赔偿责任,只有当担保人确实没有过错之时才能免除其赔偿责任。因此,担保人在有过错的情况下仍然要承担责任,只不过其承担责任上限为债务人不能清偿债务的 1/3。如此在担保人有过错的情况下债权人的利益至少可以通过债务人的赔偿,以及担保人承担不能清偿部分 1/3 以内责任获得相当程度的补救。这在事实和情理上是客观公正的,因而该司法解释出台之后,获得了司法实务界的广泛认同。反

^{②③}参见高圣平:《担保法论》,法律出版社 2009 年版,第 60-61 页。



过来,如果按照肯定主合同有效论者的观点,致力于使担保人承担保证责任,从而弥补债权人的损失。那么担保人在没有过错,善意签订担保合同而债务人因为非法集资构成刑事犯罪的情况下,还需要担保人承担完全的担保责任,对于担保人而言,显然有失公平。在此,法律为担保人设定的救济途径只有向债务人一方追偿而已;但是债权人却至少可以向债务人和担保人主张承担相关责任,救济途径更为完备。作为平等的民事主体,法律保护自当平等保护,司法也不能过于能动,致力于保护一方利益而致他方利益于不顾。民事诉讼坚持谁主张谁举证的基本原则,当事人有利益诉求,自然应当举证证明,而不能由法官代劳,更不能由司法者随意改变法条的意旨。司法能动的发起或者说法官造法,应当在被动司法的保守与中立使得案件的审判结果出现明显不公之时,才有其发挥的余地。否则正如孟德斯鸠所言,如果法官将司法权、行政权和立法者合而为一,那么一切都完了。^{②4}

再者,认定单个借款合同有效进而肯定担保合同有效,会导致法律结论的矛盾和实在法的冲突。

如果确如《2011年征求意见稿》所述,肯定借款合同的效力。必然产生下述矛盾,即单个的合法的借款行为叠加形成的集资行为,居然构成了刑事犯罪。显然,这样的结论是不可接受的,刑法和民法居然在这一问题上如此对立、冲突。刑法作为社会整体意志的强有力的表现,对一系列迫切需要保护的法益作出了规定,试图通过设定犯罪圈来打击犯罪。其他部门法应当与作为社会权利救济最后防线的刑法相协调,刑事判决所确定的事实和罪名,应当在民事判决中得到体现与协同。我们设想如此一个场景,一片沙漠因为注入了若干条基本相同的水源而形成湖泊,后来发现湖泊被污染了,请问

^{②4}参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1982年版,第154-156页。



湖泊的水源有没有被污染？这一问题就如同非法集资构成犯罪后，担保合同是否有效的问题。我们的结论是，因为湖泊不存在其他造成污染的原因，因而湖泊污染只能是流入的水源被污染造成的。并且在该类案件中，债权人与担保人的作用与地位基本相当，都是为犯罪行为所害，陷入非法集资的泥潭。债权人以其资金“助力”被告人之不法行为，担保人以其担保“加功”不法。两者都未能识破被告人的企图，为何以法之名保护债权人，而置担保人于不顾，这也同样有违法的公平保护理念。同时，若肯定借款合同、担保合同有效，只有担保人真正受害，而债权人则获得足额赔偿，债务人却成了真正的替罪羔羊。被告人的图谋得以实现，而此种实现却是以所谓维护债权人的方式为之，有违公平。

3.担保合同因自身原因无效不能适用《担保法司法解释》(法释[2000]44号)第八条的规定,对债权人权益保护更为充分。

必须承认的是,当担保合同因自身瑕疵而归为无效时(单独考查担保合同效力),担保人是否需要承担责任,民法学者和实务界人士对此问题的认识是准确的没有多大争议的。他们认为,《担保法司法解释》(法释[2000]44号)第八条的规定,也就是说主合同无效而导致从合同无效情况下,担保人承担民事责任的部分不超过债务人不能清偿债务的1/3,并不适用于担保合同自身无效的情形。比如担保人与债务人恶意串通欺诈债权人、担保人与债务人为非法集资类犯罪的共犯,而与债权人缔结担保合同。确实,根据法律解释的方法,不论从文理解释,系统解释、历史解释,还是目的解释的路径检索^⑤,担保合同自身无效担保人的责任都不应当只限定于1/3,视具体过错程度,有可能需承担完全的保证责任。因此,从这个意义上讲,我们更能体会到立法者对民事权利义务主体的平等保护,债权人的利

^⑤参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第219-222页。



益和担保人的利益同样有着体系性完备的保护,而且此种保护是建立在平等责任分配,具体过错程度认定上的。也正因为如此,笔者实在很难想象为何民法学者会如此过分关注债权人的利益保护,而偏偏对《合同法》、《担保法》及其司法解释在如何公平分担责任问题上给予的平等保护视而不见,更不会对刑法强制性禁止规定的逻辑起点和价值追求予以反思,反而试图通过法律解释的技术处理,肢解抽空法律条文的明确规定并以规范性文件的方式发文,事实上并无此种探索的必要。

(三)一个时常被忽视但又极为重要的问题:利息保护优先还是本金优先。

非法集资刑事案件,通常因为债务人(被告人)无法偿还到期债务的本息而案发,债务人被追究了刑事责任,合同有效性被依次确定之后,民事责任也相应确定。但是各方具体应当承担的民事责任的数额到底如何确定以及债的履行顺位(债的清偿抵充)问题,往往是实务中的难点问题,它与其他问题一样重要但是却很少被人提及并深入讨论。对此,《合同法解释(二)》第21条及浙江省高院出台了一个《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》(下称《意见》)。《意见》第25条第二款规定,债务人除借款之外还应当支付利息和费用,当其给付不足以清偿全部债务时,并且当事人没有约定的,法院应当按照下列顺序抵充:(1)实现债权的有关费用;(2)利息或者违约金;(3)借款本金。债权人主动放弃前述偿债顺序利益的,法院应当予以尊重。可见该规定是一个原则性规定,可因债权人的自由选择而排除适用。此外,通过对条文的研读,可以发现,《意见》的初衷是为了更好的保护债权人的利益,将实现债权的费用、利息、违约金等都算作在内,至于本金即使不能完全清偿,但至少债权存在便仍有日后继续偿还的可能。

但是笔者想指出的是,在其他情形债权的顺位履行或许有意



义,但是在非法集资中意义甚微。因为债务人如果能够正常偿还本息,根本不可能案发。大量的债务无法偿还,使得担保人代为偿还。利益格局严重对立冲突,甚至有可能影响社会稳定的情况下,是否还应当按照足额保护债权人权益的思维判定,着实有相当大的探讨必要。笔者认为,既然刑事判决已经认定其刑事违法性,借款合同亦应被认定无效,无效的合同在追究赔偿责任或者缔约过失责任之时,更多的是将各方损失降低至合同缔结之前的状态。除非合同的债权本息及实现债权的费用在判决之初,就可确定能获得足额补偿,否则属于画饼充饥、徒劳无益。非法集资便属于此种情形,债务人资产状况显著恶化,不可能期待其承担较大民事责任,只能由担保人依据其过错程度补充性赔偿债权人的损失。如果此时,仍然将实现债权的费用和利息顺位前置于本金,客观上不具有可行性,实质上也缺乏公平合理性。

基本前提是,非法集资不同于普通的民间借贷,非法集资案件中债务人有限的偿债能力,决定了《2011 征求指导意见》在该特定的法律关系上不具有可操作性。非法集资中通常都是债权人和担保人为了获取高额利息而被卷入其中,造成集资款无法返还的重要原因是利息过高,资金链难以维系。如果民事判决认可此种过高利息,有纵容非法集资之嫌,因为刑事判决已经否定其行为的有效性,而民事判决依然认可高额利息的有效性,实质效果与认可其行为合法性基本一致。另外也容易使得各债权人之间权责分担上失衡,因为非法集资有先有后,贷款在先的债权人大多通过利滚利的方式,获得了不菲的经济利益,而为了维持资金的正常运转,债务人不得不继续非法集资,将后续借贷的债权人的资金作为利息支付给前债权人,利益链如此延伸下去。整体的结果是在先的债权人获得的不法利息越多,财产损失相对较轻;在后的债权人获得的不法利息越少,财产损失相对更重。



故为了维护债权人的损失,又能起到平等保护的作用。宜将利息作为不法利益冲抵本金,即债权人已收取的或应该收取的利息充抵本金,债权人的实际损失应以本金扣除其已收取的利息为限;担保人应代债务人将已收取的利息返还给债权人。也就是说,将利益格局尽力恢复至案发前的状态。如此既不会使债权陡然增高,也不会保护不法利息,还能使债权的清偿更为切实可行。具体而言:

首先,债权人的债务不能得到足额清偿是既成事实。因此,在面对客观事实上,我们应该保持清醒的认识,再好的权利宣言没有付诸实践的可能,只不过是一纸空文而已。将债务人、担保人有限的财产用于补足债权人的实际损失,才是合情合理的补救方式。否则,要么是债务人不能承担其犯罪活动带来的恶果,支付过多过高的利息;要么是担保人承担不必要的担保责任。

其次,就债权人而言,其更为关注的也是本金能否收回。利息是否非法且过高,债权人都清楚的认识。法官可通过释明的方式,阐明利息不予保护的缘由。既公平合理,又能为当事人所接受;否则可能因为利息的偿付问题,当事人之间无法达成合意,调解无法达成,硬性判决的结果很可能是以糟糕的执行效果而收场,甚至还会导致矛盾激化引发社会不稳定。

再者,本金和利息保护本来就有轻重之分,本末之别。本金犹如树木之冠,利息好比零星树叶而已。非法集资案件中不应该出现本末倒置现象,司法者也应将此类案件与其他正常民间借贷案件相区分,充分注重其差异,在维护各方财产权益中,不仅理清债的保护顺序,更要分清债的由来和实质。对于本源性的债权应当首先保护,对于引申性的债(或第二重的债)应该适度从宽。

因此,笔者认为,在刑事司法程序过程中,侦查机关以及其他司法机关都应该做好债权人财产申报工作,将债权人实际借贷的本金数额予以统计并制作笔录,同时还要将其实际获得的利息数额一并



纳入笔录之中,与债务人等有关人员核实无误后,移交相关机关处理。这样可大大减少司法成本,为后续刑事责任的承担和民事责任的确定,以及刑事、民事执行程序的顺利进行提供良好的指引,意义十分重大。

四、结语

综上所述,非法集资刑事案件的妥当处理需要刑事程序和民事程序的协同,首先必须保证刑事诉讼程序自有价值和功能的充分发挥,做到定性准确,罚当其罪,消解缓和当事人之间的对立冲突,为民事责任的落实提供良好的基础;其次需要否定借款合同(主合同)的效力,要求刑事犯罪主体退赔债权人的财产;担保人亦须在其担保合同自身没有瑕疵但因主合同无效而无效的情况下,根据其过错程度承担债务人不能清偿债务部分 1/3 以内的责任;高额的不法利息应当一律冲抵本金,担保人收取的利息应当作为债务人返还给债权人的损失计算,如此债务的清偿才会合理且可能。非法集资整个案件的处理必须坚持程序正义,只有将司法权牢牢控制在法治轨道内运行,案件才能尽可能的达到实质上的公平。当前形势下的司法过于能动,不利于合理解决纠纷,应当予以摒弃;相反司法的固有秉性——坚持中立和保守的立场——应该得到大力提倡。为权利而斗争是每个公民的义务,但其斗争的场所毫无疑问也应当在法的王国之内,而非其外。唯有如此,各方之间的利益僵局才能被打破,各自的利益才能得到合理的维护;司法作为守护社会公平正义的最后一道防线,才能维护其自身应有的尊严与权威。

参考文献:

(一)著作类:

- 1.亚里士多德:《政治学》,商务印书馆 1965 年版。
- 2.[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,商务印书馆 2000 年版。



3. 孙笑侠、夏立安主编:《法理学导论》,高等教育出版社 2004 年版。
4. 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,高等教育出版社 2007 年版。
5. 最高人民法院编:《中国刑事审判指导案例》,法律出版社 2009 年版。
6. [美]曼昆:《经济学原理》,夏业良改编,高等教育出版社 2005 年版。
7. 刘宪权:《金融犯罪刑法理论与实践》,北京大学出版社 2008 年版。
8. [美]戈尔丁:《法律哲学》,三联书店 1987 年版。
9. [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社 1997 年版。
10. 苏立:《送法下乡》,中国政法大学出版社 2002 年版。
11. 孙笑侠:《法的现象与理念》,山东人民出版社 2001 年版。
12. 张明楷:《刑法学》,法律出版社 2007 年版。
13. 高圣平:《担保法论》,法律出版社 2009 年版。
14. [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆 1982 年版。
15. [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版。

(二) 论文类:

1. 孙海龙、赵客:《在先民事判决和在后刑事判决认定事实冲突时的处理》,《人民司法》,2012 年第 8 期。
2. 沈芳君:《构成非法吸收公众存款罪的民间借贷及其担保合同效力》,《人民司法》,2010 年第 22 期。
3. 高憬宏:《审理金融犯罪案件的若干问题——全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会综述》,《法律适用》,2000 年第 11 期。
4. 郑成良:《论程序公正的价值优先性》,《人民法院报》,2012 年 11 月 15 日。
5. 《民间借贷案不宜一概先刑后民》,《东方早报》2012 年 11 月 29 日。
6. 梁上上:《利益衡量的界碑》,中国政法大学学报,2005 年第 5 期。

(三) 其他:

1. 楼炯燕、潘佳:《徘徊在合法与非法之间》,http://ncqfy.chinacourt.org/article/detail/2012/10/id/604929.shtml,最后一次访问,2013 年 4 月 7 日。
2. 浙江省高级人民法院民事审判第二庭编:《商事审判动态》,2013 年第 3 期。
3. 《嫌犯在 116 县区非法集资 9.73 亿被判死刑》,http://news.sina.com.cn/s/2010-06-17/141820491767.shtml 最后一次访问,2013 年 4 月 7 日。

股东资格确认案件的若干实务探析*

——以有限责任公司实际出资人要求确认股东资格为角度

□ 俞菊明* 郑梁*

摘要: 2011年2月16日起施行的《公司法司法解释(三)》细化并规范了股东资格确认之诉的制度,但经过两年的司法实践,股东资格之诉出现了若干律师实务问题,诸如原告诉讼请求应如何陈述,诉讼主体应如何列明,法院在审判中采用何种证据标准,律师在代理中如何调查取证、如何对证据进行筛选等等?本文以笔者代理的一个案件为例,结合《公司法》、《公司法》司法解释、各地省市高级人民法院关于股东资格确认案件的指导等,来阐述和探讨股东资格确认之诉在程序和实体上的律师实务问题,总结办案思路,以期对今后的律师实务有所裨益。

关键词: 股东资格确认;公司法司法解释三;实际出资人

案情简介: 1988年,实际出资人个人出资,成立一家集体挂靠企业,1998年,因乡镇集体企业改制的要求,挂靠集体企业改制成有限责任公司。因当初《公司法》规定,有限公司设立登记至少具备两名股东,实际出资人将他人设为公司两个登记股东之一。2009年,实际出资人将公司资产变现分红后将公司无偿转让他人,后在一次出差中因车祸去世。实际出资人去世后,名义股东即向法院提起诉讼,要

* 本文获杭州市律师协会2013年度律师实务理论研讨会优秀奖。

* 俞菊明:本所合伙人,杭州市律师协会公司与证券业务委员会副主任,浙江省律师协会婚姻与家庭业务委员会秘书长,创始会员。

* 郑梁:本所公司法律部律师助理,华东政法大学法学学士。



求按照其在工商登记的股权比例分割实际出资人已经从公司提取的分红款,要求实际出资人的继承人返还该款项。

笔者代理实际出资人的继承人,建议其作为原告,向法院提起股东资格确认之诉,要求确认该名义股东不具备公司原股东资格。

在该股权确认诉讼过程中,我们在案件的程序和实体方面均存在实务困扰,法律规定、司法解释等也不尽明确,经过深入思考,结合现有法律、法规和法理学说,总结梳理该案件如下实务问题,以供同仁探讨:

一、实际出资人与名义股东间事实关系分类

通过总结实践中实际出资人与名义股东纠纷的事实特征,为厘清不同的法律关系,我们将出资人与名义股东之间的事实关系主要分为以下两大类:

(一)委托持股关系

事实特征是:实际出资人委托他人持有股份,实际出资人不面对公司,即他人为工商登记的股东,他人为公司其他股东知晓并认可的股东,股东权利义务也由受托持股方出面行使;

(二)借名持股

事实特征是:实际出资人借用他人名义持有股份,实际出资人直接面对公司,即他人仅为工商登记的股东,实际出资人为其他股东知晓并认可的股东,实际出资人直接向公司履行股东义务,实际出资人直接从公司享受股东权利包括分红等财产权利。

针对第一类情况,实际出资人与名义股东之间是委托持股关系,两者产生纠纷如提起股东确权之诉,即实际出资人提请法院确认其股东资格,此时如没有其他股东过半数同意,法院不予支持。但实际出资人可以凭借委托持股的合同关系,通过合同纠纷进行主张合同权利。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法解释(三)》)第25条第1款、第



2款明确规定:有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同,约定由实际出资人出资并享有投资权益,以名义出资人为名义的股东的,该合同效力如无《合同法》五十二条规定的情形,人民法院应当认定该合同有效。实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予以支持。

因此,争对该类纠纷,实际出资人可以通过诉请法院,要求名义股东返还给自己从公司分配的分红或者返还其他经济利益,这种仅对其享有的财产权益发生争议的,因无碍公司和其他股东的利益,属于合同法调整范围,无需提起股东资格确认之诉。

针对第二类情况,实际出资人与名义股东之间是借名持股关系,法院确认实际出资人具有股东资格,并不妨碍公司正常营运,也不违背有限责任公司的人合性。相反,实际出资人在与名义股东发生纠纷后,实际出资人诉请法院正式确认其股东资格,是保护实际出资人的合法权益恰当方式,同时,确认实际出资人具有股东资格,由其继续参与公司管理、决策,也有利于公司运营稳定;实际出资人继续履行股东义务,直接参与股东权利分配,也有利于维持公司股东关系,保持有限责任公司的人合性。

二、股东资格确认之诉的主体问题

《公司法解释(三)》第22条规定:当事人向人民法院起诉请求确认其股东资格的,应当以公司为被告,与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼。

(一)原告主体资格问题

本案被告以上述第22条抗辩说:原告是实际出资人的继承人,并非实际出资人,因此原告起诉要求确认股东资格,不具备原告主体资格,请求法院驳回起诉。

我们认为,《公司法解释(三)》中的当事人是实际出资人,当实



际出资人去世,其继承人继承实际出资人的投资权益,因此,有权作为原告提起股东资格确认诉讼。

(二)被告主体资格问题

在股东资格确认之诉中,应当将公司列为被告。

在《公司法解释(三)》出台之前,股东资格确认之诉的诉讼主体比较混乱的,有些案件将名义股东列为被告,而将公司列为第三人。

《公司法解释(三)》规定:在股东资格确认诉讼中,应将公司被列为被告,将与案件争议股权有利害关系的人列为第三人,这更有利于理顺公司各参与主体之间的法律关系。

实际出资人与名义股东的委托持股止于两者之间的合同关系范围内,而股东资格是对公司股东的一种身份和资格的确认,涉及公司管理秩序和公司人合性。股东资格由公司通过签发出资证明书,记载于股东名册、记载入章程、办理工商登记机关登记等方式予以形式确认,所以当实际出资人欲确认股东资格时,便是向公司主张权利,涉及公司为主体的行为。同时,确认实际出资人具有股东资格,还涉及股东之间的人合性,需要处理实际出资人与公司、公司其他股东的法律关系,因此,需要在诉讼中将公司列为被告。

(三)第三人参与诉讼问题

《公司法解释三》第22条规定,与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼。该第三人是无独立请求权的第三人,如股东资格确认得到法院支持,公司股东变更的诉讼结果应由第三人来承担,所以第三人应当参与诉讼,便于事实的查明与生效判决的履行。在诉讼中,如果有明确的名义股东,将该名义股东列为第三人。如没有明确的名义股东,根据资本不变原则,实际出资人的股东资格被确认后,公司所有股东的股权都会有相应调整,都应当是有利害关系的人,所以应将公司所有股东列为第三人。



三、诉讼请求表述的争议

股东确认资格有积极的确认与消极的确认两种类型。在实际出资人要求显名时,经常提起积极的股东资格确认之诉。而当名义股东根据股东名册或工商登记要求享有或实际已经占有股权财产权益,从而侵犯实际出资人利益时,实际出资人往往提起消极确认之诉,要求法院确认名义股东不具有股东资格。实际出资人诉请名义股东不具有股东资格(消极确认之诉),意图在中止名义股东提起的侵权之诉或要求分红、解散公司的诉请。如消极确认之诉中,成功确认名义股东不具有公司股东资格,将直接导致名义股东先前提起的诉请因主体不适格而被驳回起诉。

但能否单独诉请名义股东不具备股东资格,而不确认自己股东资格?实务届也存在争议。有观点认为提起消极确认之诉,理由是:法律及司法解释并没有明文限制实际出资人提取消极确认之诉,按照法律原则,可以单独提起消极确认之诉。同时,我省法院司法实践,也有受理消极确认之诉并裁决后合理解决矛盾的案例,如庞言良诉裘宗林股东资格确认案,庞言良请求法院确认被告裘宗林不具有恒达公司股东资格,台州中院作出(2010)浙台商终字第46号二审判决,维持一审判决,支持了庞言亮的诉请,确认了被告裘宗林不具备恒大公司的股东资格。

但笔者认为,消极确认之诉并不完全恰当,理由有如下:

- 1.根据《公司法解释(三)》第22条规定,根据其文义解释,当事人向人民法院起诉请求确认股东资格的,应当是确认当事人自己的股东资格,包括实际出资人确认其股东资格,或名义股东确认其股东资格。

- 2.此前之所以有单独诉请股东不具备股东资格案例的,是因为当时《公司法解释(三)》还未出台,并没有明确的规范性文件来规范股东资格确认案件的诉讼程序,以致此类案例在司法实务中的出



现。现《公司法解释(三)》已对股东资格确认案件诉讼程序有了规定,就应当按照该解释提起诉讼。

3.单独提起名义股东不具备股东资格诉讼,一旦该诉请得到法院支持,可能会造成该股权成为无主股权或暂时成为无主股权,这不符合公司资本法定、资本不变原则。

笔者之所以在案件中最终诉请名义股东不具备股东资格,是因为本案中,原告诉请原名义股东不具有原股东资格,即使法院支持原告诉请,对该公司现在的股权结构没有任何影响,不存在前述股权悬空问题。法院在受理案件时,经研究合议,也同意了原告诉请。

四、法院确认股东资格所采用的证据标准

实际出资人与名义股东,谁具有股东资格?在学界存在着三种观点。

“实质说”,即认为出资为取得股东资格的实质要件,实际出资是有设立公司或加入公司的重要意思表示,出资作为获得股东资格最主要、最为核心的方式。

“形式说”,即根据外观主义、公示主义,记载于公司对外公示材料中,如章程、股东名册、工商登记材料等的股东即为公司股东。

“折衷说”,即应当区别对待不同法律关系中的股东资格确认。当实际出资人与名义股东,或实际出资人、名义股东、公司出现股东资格纠纷时,应当采用实质说,以实际出资者为公司股东,名义股东不具有公司股东。而在涉及债权人等第三人与公司、股东等法律关系时,应当采用“形式说”,名义股东应当对外承担股东义务,而后向实际出资人行使追偿权。

从《公司法解释(三)》第23条之规定、第27条之规定^①,我们不

^①《公司法解释(三)》第二十七条之规定:公司债权人以登记于公司登记机关的股东未履行出资义务为由,请求其对公司债务不能清偿的部分在未出资本息范围内承担补充赔偿责任,股东以其仅为名义股东而非实际出资人为由进行抗辩的,人民法院不予支持。



难发现, 最高院支持的是折衷说, 在对待公司内部法律关系时, 采用的是“实质说”。该解释的第 23 条之规定, 当事人之间对股权归属发生争议, 一方请求人民法院确认其享有股权的, 应当证明以下事实之一: (一) 已经依法向公司出资或者认缴出资, 且不违反法律法规强制性规定; (二) 已经受让或者以其他形式继受公司股权, 且不违反法律法规强制性规定。该条要求法官在审理股东资格确认之诉时, 更多的去判断案件中当事人是否已履行出资义务等确认股东资格的实质性要件。

浙江省高院也在《浙江省高级人民法院民事审判第二庭关于商事审判若干疑难问题解答》对问题二做如下解答: 在涉及有限责任公司股东资格认定问题上, 对于不同的团体法律关系, 使用不同的认定原则: 在涉及公司内部法律关系时, 应该遵从意思注意原则, 以当事人的意思表示和实际履约行为作为确认股东资格的依据。确认股东资格应坚持实质要件优于形式要件, 登记材料仅具有一般证据的效力。另外, 北京市高院也有类似规定。^②

所以在实际出资人要求确认股东资格的诉讼中, 争议焦点一般是: 实际出资人有无成为股东的意思表示? 是否实际出资? 是否享有股东权利并承担义务?。

(一) 是否有成为公司股东的意思表示

意思表示是民事法律行为的重要构成要件, 民事法律行为以意思表示为核心要素。意思表示是行为能力适格者将意欲实现的私法效果发表的行为。若无意思表示或意思表示有瑕疵, 民事法律行为便缺乏构成要件, 将要影响到民事法律行为的效力。无论是通过认

^②《北京市高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的指导意见》(试行)[京高法发(2004)50号]第 11 个问题, 如何确认有限责任公司股东资格? 股东资格是投资人取得和行使股东权利并承担股东义务的基础。依据《公司法》的相关规定, 有限责任公司股东资格的确认, 涉及实际出资额、股权转让合同、公司章程、股东名册、出资证明书、工商登记等。确认股东资格应当综合考虑多种因素, 在具体案件中对事实证据的审查认定, 应当根据当事人具体实施民事行为的真实意思表示, 选择确认股东资格的标准。



缴出资、认缴增资等原始取得公司股权还是受让或其他形式的继受取得公司股权都是股东作出的民事法律行为,而实际出资人希望成为该公司股东的意思表示是必不可少的。

如实际出资人与名义股东之间有约定,则该约定是双方当事人意思表示的重要体现。如双方约定,系名义股东向实际出资人的借款、要求实际出资人垫付款的,则实际出资人与名义股东形成债权债务关系,实际出资人难以取得股东身份。如双方之间约定的为委托关系或者信托关系,就应当结合具体情况后确认该实际出资人的股东资格。

如实际出资人与名义股东之间没有约定的,实际出资人可以从如下几方面来证明自己有成为股东的真实意思表示:

1. 实际出资人与公司其他发起股东的关系。实际出资人在公司设立时已熟识,大家共同协商了公司的设立、发展、利润分配等事宜。

2. 实际出资人向公司有认缴公司增资的意思表示。

3. 实际出资资金的获得方式,例如该资金为实际出资人从他人处借入并由其自行偿还,如果只是为了借给名义股东或替名义股东垫资,除非在亲近人之间,其他人之间属情理之外。

广东省高院审理的一起股东资格确认案中,因原告(一家公司法人)在其自己的年度审计报告中没有将诉称中的 2000 万股权投资列为长期股权投资,而将其反映在公司往来款中,从而认为原告并没有出资成为股东资格的意思表示,并结合其他证据,驳回了原告要求确认为股东的诉请。^③

笔者代理的案件中,实际出资人是因其配合国家经济体制改革,将其一直经营的集体挂靠企业改制成有限责任公司而成为改制

^③本案案号为:(2006)粤高法民二终字第 173 号。



后有限公司股东,该意思表示合理真实。而名义股东,仅仅因为旧《公司法》规定有限责任公司必须两名以上股东才能成立而被实际出资人设立为名义股东。据经办企业改制、有限公司设立的村负责人出庭作证,在公司改制及设立期间,其未见过该名义股东出席任何公司会议,甚至在设立文件中增添该名名义股东名字前,根本没听说过该名股东。笔者在查看改制文件时,发现名义股东的名字系使用增添符号方式加入文件,且该名义股东未在改制文件中有任何签名。结合证人证言,恰恰证明了实际出资人在发现就其一人成为股东无法注册设立有限责任公司后,让经办人员添加名义股东名字成为股东的事实。名义股东没有任何成为公司股东的意思表示。

(二) 实际出资人是否有实际出资

有限责任公司虽然是人合性社团,但其以资合来设立,存续,经营。履行出资是股东最重要的义务之一,也是其对公司承担责任的主要方式。自有公司制度以来,以出资作为获得股东资格的方式,从来就是最为主要、最为核心的法律方式。

《公司法解释(三)》第 23 条之规定,当事人之间对股权归属发生争议,一方请求人民法院确认其享有股权的,应当证明出资的事实。证明出资是股东资格确认之诉中最基础也是最重要的任务。实际出资人可以通过证明该出资的来源,该出资的形式,该出资的性质来证明自己已履行出资。

笔者在此想着重强调的是,第 23 条规定中的“出资事实”应当包括两个构成要件。一,实际出资者向目标公司交付一定财产的事实;二,前文所述的实际出资人的成为公司股东的意思表示。只有满足并证明这两个事实的当事人才是《公司法解释(三)》中所指实际出资人。

笔者在代理该案中,通过理清企业改制等重要变更时间节点,整理出实际出资人个人出资创办集体挂靠企业的事实和在改制过



程中政府确认其个人出资的事实。通过分析改制前后企业的注册资本和资产负债等财务资料,进一步确认该企业的注册资金、资产与改制后有限责任公司注册资金、企业资产承继并完全同一,从而来排除名义股东在公司设立时期出资的可能性。

(三)是否行使和承担股东权利义务

股东资格的取得不仅需实际出资人成为股东的意思表示,还需参考公司其他股东的意见^④,实际出资并不必然取得股东资格。在股东资格确认之诉中,不能仅以出资财产的所有权归属作为认定股东资格的标准,实际出资只能作为认定股东资格的依据之一^⑤,实际出资人证明自己有实际出资也不必定被认定为股东。

归根结底来说,股东资格的最重要的实质要件是当事人事实上是否行使股东权利,承担股东义务。众所周知,获得股东资格之后,当然享有股东权利,也应承担股东义务。行使股东权利、承担股东义务是股东资格最重要的外在表现,包括股东因被公司或公司其他股东限制行使股东权利时的救济也属于股东权利行使。本文所述前两个实质要件在一定程度上也是行使股东权利,承担股东义务的一种形式,例如行使股东权利是有成为公司股东的意思表示的保持,实际出资又是股东承担义务的最重要方式。此外,股东权利的实际行使代表公司与公司其他股东对实际出资人股东资格的认可,该认可可是实际出资人成为人合性有限责任公司股东的基础。

在审判实践中,法院也非常重视审查实际出资人是否实际行使股东权利,承担股东义务。此在最高院及省级高院制定的规范性文件中有所体现。

《最高院 2003 年意见稿关于审理公司纠纷案件若干问题的规

^④《公司法解释(三)》第二十五条第三款:实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。

^⑤潘晓璇:实际出资人股东资格的认定,法律适用,2007年第四期,第18页。



定(一)》(征求意见稿)第 19 条之规定,出资人与他人约定以该他人名义出资的,其约定不得对抗公司。但有限责任公司半数以上的其他股东明知实际出资人的出资,且公司已经认可以其以股东身份行使权利的,如无违反法律强制性规定的情节,人民法院可以认定实际出资人对公司享有股权。

《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见(一)》中规定,当事人之间约定以一方名义出资(显名投资)、另一方实际出资(隐名投资)的,此约定对公司并不产生效力;实际出资方不得向公司主张行使股东权利,只能首先提起确权诉讼。有限责任公司半数以上其他股东明知实际出资人出资,并且公司一直认可其以实际股东的身份行使权利的,如无其他违背法律法规规定的情形,人民法院可以确认实际出资人对公司享有股权。

反之,最高院征求意见稿 19 条第 3 款之规定,一方出资,另一方以股东名义参加公司,双方未约定出资人为股东或者出资人承担投资风险,且出资人亦未以股东身份参与公司管理或者以股东名义向公司主张过权利的,出资人仅对以股东名义参加公司者享有债权;其起诉主张享有股权或者享有股东利益的,人民法院不予支持。同样《上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见(二)》第 2 条第 2 款第 2 项也有相关规定,一方实际出资,另一方以股东名义参加公司,但双方未约定实际出资人为股东或者承担投资风险,且实际出资人亦未以股东身份参与公司管理或者未实际享受股东权利的,双方之间不应认定为隐名投资关系,可按债权债务关系处理。

实际出资人通常可以通过对以下几种情况的举证,来证明自己行使股东权利:

1. 以公司实际控制人身份经营公司。
2. 签署公司章程,股东会决议等公司重要文件。



3. 分配取得公司分红或其他经营回报。

在诉讼中,笔者向法庭提交了从公司设立到起诉前为止的所有章程、股东会决议、工商登记及其他股东应当签署的公司重要文件,证明名义股东从未在公司重要文件上签字行使股东权利,履行股东义务。此外,笔者向法庭陈述被告从未参加过公司会议,也未在实际出资人去世前向公司及实际出资人要求获得分红。相反,实际出资人在公司重要文件中不仅签署自己的名字,还经常替名义股东签字,并享有公司全部的分红。

在实务中,我们应当将行使股东权利、承担股东义务与经理等履行管理职责区分,股东权利应当是获得资产收益、参与重大决策和选择管理者,而处理日常行政事务、财务事务并非真正的股东权利行使,两者的体现在某些场合容易混淆。

五、股东资格确认之诉的证据收集

股东资格确认之诉是推翻公司章程记载和工商公示登记而重新要求确权的诉讼。根据谁主张谁举证的原则,主张股东资格的一方要承担以实质要件推翻形式要件的举证责任。面对名义股东以公司股东名册,工商登记为证据等抗辩时,律师要以合适方式提醒法庭,在处理公司内部法律关系的股东资格确认纠纷时,登记材料仅具有一般证据的效力。证据的证明对象应当更多围绕股东资格认定事实要件的认定,登记材料应当允许被获得该股权的基础性、渊源性证据来推翻,从而将某些举证责任分配给名义股东。

实际出资人可以从工商登记机关、公司、审计机构、验资机构调取有关能证明出资事实的资料。在股东资格确认之诉中,实际出资人因隐名原因通常缺少有较强证明力的书证。此时,可申请公司其他股东或当时经办公司设立出资、增资认缴、工商登记手续等的人员出庭作证。该些证人通常熟悉名义股东设立原因及出资、验资具体经过,能替法庭还原一个较为清晰的事实,也能很好的证明谁具



有成为股东的意思表示,出资时实际出资人与名义股东之间口头约定,谁在公司中实质地行使和承担股东权利义务等实质性要件。

庭审中,笔者积极联系原挂靠单位并让其出具企业改制及名义股东为何出现于改制文件中的情况说明,并向法庭申请该企业改制手续的经办人出庭作证,两份证据都在诉讼中有较好的证据效果,极大弥补了我方证据薄弱的状况。

六、结语

综上所述,《公司法解释(三)》关于有限责任公司隐名出资的相关规定,对于在司法实践中统一股东资格确认纠纷判决标准具有积极的现实意义。对涉及公司内部法律关系的股东资格确认诉讼,应更多围绕股东资格的实质构成要件展开,基于当事人的意思自治来解决。如果法院最终要做出支持股东资格确认的裁判,不仅要考虑资合性实质要件,还要判断是否符合人合性实质要件。如无法得到公司其他股东不能过半数同意,实际出资人将无法获得股东资格,而只能以该判决认定的某些事实来固定自己与名义股东之间的法律关系。

参考书目:

- [1] 范健、王建文:《公司法》,法律出版社2006年版。
- [2] 古锡麟、李洪堂:《股权转让若干审判实务问题》,《司法调研》,2007年第3。
- [3] 李晓霖:《股东资格认定标准的法理学分析—从实质要件与形式要件的博弈展开》,《社会科学报刊》,2012年第5期。



日本劳动法的“虚假外包”法理

□ 茅玮民*

我国于2012年12月28日修订并于2013年7月1日施行了新的《劳动合同法》，其中对劳务派遣制度的大幅修改堪称最大亮点。可以预见的是，劳务派遣制度的适用范围在日后将受越来越多的限制，这使得滥用劳务派遣工的单位不得不放弃维持或扩大派遣用工的策略。但遗憾的是，这些用工单位并没有按照立法者所期望的将劳务派遣用工转化为直接用工，而是千方百计采取各种规避法律的手段加以“消化”。其中，最常见的做法是将原来由劳务派遣工承担的工作发包给其他单位。然而与正常的发包或承揽合同不同的是，业务在发包后仍然由承揽人的员工在发包人的工厂内完成，并且接受发包人员工的直接指挥安排。

无独有偶，作为制造业强国的日本，在劳动用工制度的发展历史上，已经领先我国，积累了许多值得我们参考的经验。在日本劳动法上，“虚假外包”（日文原文：「偽装請負」）是一个并不陌生的概念^①。围绕这一概念，日本劳动法学已经发展出一系列法理和指导性案例。下文中，笔者试图通过对日本的若干劳动法案例的介绍，探讨虚假外包法理的基本概念。

* 茅玮民：本所律师，合伙人，日本北海道大学大学院法学研究科法学硕士。

①与邻国相比，我国对于虚假外包的专门术语仍未固定。笔者通过 google 搜索发现，“虚假外包”或者“假外包（真派遣）”的概念都已经出现。但在立法层面或者司法层面尚没有明确外延和内涵的确切用词。



一、“虚假外包”的定义

“虚假外包”是日本劳动法理论中的新课题,也是近年日本劳动诉讼中一类常见的案件类型。从形式上来看,承揽合同或者委托合同属于民法中规定的典型合同类型,但合同当事人的真实目的在于利用虚假的合同外表,掩盖真正的雇佣关系,因此法学理论界将之冠以“虚假”二字。除了虚假外包,还存在故意包装成委托合同的“虚假委托”。

1986年日本制定《劳动者派遣法》^②之后,虚假外包问题虽然存在,但尚未成为劳动法学者的研究课题。2003年起,一些财经类杂志开始报道虚假外包问题,但真正引起社会关注的还是2006年7月《朝日新闻》的系列报道。朝日新闻以专题报道的方式,重点揭露了日本大企业中普遍存在的虚假外包。自此,社会公众开始关注这一问题,劳资双方也纷纷采取了对策。媒体将此次报道风潮称为“七·三一危机”。

在传统意义的业务承揽和业务委托中,受托一方从客户处接到业务的订单,并在己方场所内组织员工生产,工作中的指挥命令都由受托方的管理者完成。但在虚假外包的情况下,缺乏承揽所需的技术条件或硬件环境的受托方仅仅将劳动力派至客户处,并没有对业务进行监督或质量控制,而改由客户的管理者对自己的员工进行指挥。

企业采用虚假外包的根本动机在于减少直接用工的固定成本以及社会保险、休假等福利待遇,降低经营成本。日本法律对于正规的劳务派遣公司,规定了社会保险、带薪休假、福利待遇等各种强制性义务,但采用业务外包形式后,双方都不受上述义务的约束,因此

^②该部法律的全称为《关于确保劳动者派遣事业的正当运营及保护派遣劳动者的法律》(日文原文:『労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律』),简称为《劳动者派遣法》。



可以降低企业的劳动力成本和劳动者个人的税负。

二、日本劳动法关于虚假外包的相关规定：

(一)《职业安定法》第四十四条(禁止劳动力供应业务)

除下条规定的情形^③外，任何人不得从事劳动力供应业务，亦不得将从事劳动力供应业务者提供的劳动者置于自身指挥命令下使之从事劳动。

(二)《职业安定法施行规则》第四条

向他人提供劳动力并使其服从他人指挥命令的企业，如果不能同时满足以下所有条件，那么即使其合同形式上为承揽合同，仍然应当被视为向他人提供劳动力，即从事了劳务派遣业务。

对于业务的完成负有财务及法律上的全面责任

亲自指挥监督从事业务的劳动者

对于从事业务的劳动者，负担法律规定的雇主的全部义务

以自备的机器设备、器材或必需的资材，或者专业的技术经验完成业务

该条第2项又规定，即使符合第1项的全部要件，但如果合同当事人的目的在于规避对本法第44条(对劳动力供给事业的禁止)而故意伪装成某种合同形式的话，那么仍应当认定其从事了劳动力供给业务。

(三)《劳动者派遣法》第二条(用语的含义)之第一号

劳动者派遣(是指)“将自己雇佣的劳动者置于该雇佣关系下，且使其接受第三方的指挥命令并为该第三方的利益而从事劳动的行为，但不包括向该第三方承诺使该劳动者受该第三方雇用的行为。”

《职业安定法》和《劳动者派遣法》的上述内容有针对性地禁止了名为外包实为派遣的违法用工形式，因此虚假外包就被定性为非法的劳动力供给。

^③ 《职业安定法》第四十五条规定了免费提供劳动力的情形，主要指工会组织提供劳动者。



三、两个知名判例

由于虚假外包旨在规避《劳动基准法》、《职业安定法》以及《劳动者派遣法》等诸多维护就业稳定和保护劳动者权益的劳动法规的限制,因此日本法律明确禁止虚假外包这种违法的用工形式。但是在司法实践中,在认定虚假外包和正常外包的区分界线,以及在否定虚假外包的合同外表后如何界定劳动者与用工单位之间的关系等问题上,尚没有形成相对稳定的理论基础。这里笔者介绍两起日本知名大企业遭遇的“虚假外包”诉讼案件,从中可以窥探日本虚假外包法理之一二。

(一)NTT 案件^④

1.事实经过:

原告 X 获悉 A 公司招聘外语翻译人员的广告,主动联系应聘。实际上,A 公司招聘的目的在于通过 B 公司、C 公司的层层转包,最终从 NTT 公司处承接翻译业务。在面试 X 的过程中,B 公司社长 a 首先与 X 面谈,此后 NTT 公司研发部门的科长 d 参加了第二轮面试和笔试,最终确认 X 符合录用条件。但 a 和 d 都没有与 X 进行薪资、福利待遇等方面的说明或讨论。此后,原告 X 与 A 公司订立了劳动合同^⑤,A 公司与 B 公司、B 公司与 C 公司、C 公司与 NTT 公司(本案被告)之间分别签订了业务外包合同。X 根据 A 公司的指令,在 NTT 公司的办公场所内接受 NTT 的指挥命令,从事外语翻译的业务。

此后,NTT 公司由于上级母公司被披露虚假外包的法律问题,因此意识到本身可能存在类似问题,于是解除了与 C 公司之间的业务外包合同。于是,B 和 C、A 和 B 之间的业务外包合同也依次被解除。X 也随之向 A 公司提出离职,解除双方之间的劳动合同。

^④平成 22 年 3 月 23 日京都地方法院第六民事部一审判决。

^⑤本文中,“劳动合同”与“雇佣合同”的含义基本相同。



之后,X作为原告,对NTT公司提起诉讼,要求法院确认自己与NTT公司之间存在事实上的劳动关系,并要求NTT公司继续履行雇佣义务和劳动报酬支付义务等。

2. 判决结果:

京都地方法院认为,尽管X在工作中接受了NTT公司的指挥命令,但仍然不能认定NTT公司与X之间存在直接雇佣关系,因此驳回了X的诉讼请求。其理由如下:

为了要认定发包方与处于承揽方管辖下的劳动者之间成立了口头劳动合同(原文为“明示的劳动合同”),不仅需要证明双方之间存在事实上的雇佣从属关系,而且必须要有充足的事实来证明劳动者将发包方视为雇主,且具有向其提供劳务的意思,同时发包方也将劳动者视为其员工,具有向其支付劳动报酬的意思。

本案中,X在被A录用的过程中,接受了NTT公司研发部门人员的面试,其能否被录用在很大程度上确实受到了NTT公司的影响。但是一系列事实均不能证明X将NTT视为其雇主或者NTT将X视为其直接雇佣的员工。例如,X看到的招聘启事上明确写明招聘者为A公司,工作内容也注明为外包业务。X作为曾有过劳务派遣工作经验的劳动者,其应当将A公司视作雇主,而并非直接受雇于NTT公司。在NTT公司工作之初,X也将NTT的管理人员称为“客户”,也自称其来自A公司。这些事实都证明了X的内心真实意思。

此外,尽管NTT公司的d科长对X进行了面试,但其并非NTT公司的招聘负责人,甚至不知道X的薪酬水平和工作条件等,也没有决定是否录用员工的权限。因此不能认为NTT公司有向X支付劳动报酬的真实意思。

其次,为了要认定发包方与X之间存在事实劳动关系(原文为“默示的劳动合同”),必须要证明雇佣从属关系中最本质的要素(例



如雇主未经劳动者同意不得转让其权利,劳动者未经雇主同意,也不得让第三方代替自己提供劳动等),还需要证明用工单位规定了具体的上下班时间以约束劳动者,甚至可以拒绝劳动者的请假申请而要求其继续出勤等等反映控制从属关系的特征。

另外,在工作期间 X 的结婚仪式上,NTT 公司的两位科长受邀出席,却没有 A、B、C 公司的任何人员参加。在介绍来宾的时候,X 称自己就职于 NTT 公司研发部门,且介绍说两位科长正是其直接上司。X 据此主张 NTT 公司与其之间默认为雇佣关系,但法院认为在结婚仪式这种场合上,言语表示并不一定严谨,且受邀出席的嘉宾必须顾及 X 的感受,刻意回避了外包关系等复杂的表述,因此不能仅凭这一事实来推定双方之间建立了默示的劳动关系。

NTT 案件中揭示了判断究竟是虚假外包抑或是直接雇佣的标准,其中包含了面试、工作指令、考勤时间等,但最值得参考的一点在于,直接雇佣关系的成立仍取决于双方之间有无互相视为雇主和雇员的真实意思表示。

(二)松下 PDP 案件^⑥

1. 事实经过:

被告 Y 公司是日本家电巨头松下电器集团旗下的子公司,主要生产等离子显示屏(PDP 显示屏)。A 公司是一家以承揽家用电器产品的制造外包为主业的公司。从 2002 年 4 月 1 日起,Y 与 A 订立业务承揽基本合同,将 PDP 的制造业务委托给 A 公司生产。本案原告 X 于 2004 年 1 月 20 日与 A 公司订立雇佣合同,被派至 Y 公司的茨木工厂,从事 PDP 生产线中的封接环节工作。工作中,X 并未从 A

^⑥平成 21 年 12 月 18 日最高法院第二小法庭判决。

野田进 「松下プラズマディスプレイ(パスコ)事件」法政研究 75(2),2008 年 10 月

滨口桂一郎 「いわゆる伪装请负と黙示の雇用契約」<http://homepage3.nifty.com/hamachan/nblhyoushaku.html>



的员工处接受指令，而是直接服从 Y 公司员工的指挥从事生产。X 的雇佣合同每两个月更新一次，并由 A 公司支付其工资。

2005 年 4 月 27 日，X 以上述合同模式违反《劳动者派遣法》为由，向 Y 递交书面申请，要求直接与其建立雇佣关系。在未得到 Y 的肯定答复之后，X 于 5 月 26 日向大阪劳动局提起申诉，指责 Y 与 A 之间以虚假的外包合同形式掩盖了劳动派遣的实质，违反了职业安定法第 44 条和劳动者派遣法等。随后，大阪劳动局通过调查，认定 Y 与 A 之间存在虚假外包的嫌疑，要求 Y 解除与 A 的业务承揽基本合同，改用劳动派遣合同。于是 Y 不再与 A 合作，而改由另一家劳务派遣公司向其提供派遣员工，继续从事 PDP 屏的生产加工。同时，A 公司在撤离 Y 工厂后，曾要求 X 转到其他部门工作，但遭到了 X 的拒绝。7 月 20 日，X 与 A 公司解除雇佣合同。

此后，X 通过工会组织要求 Y 直接录用，Y 公司在研究后决定与 X 签订为期 6 个月的雇佣合同。虽然 X 坚持要求签订无固定期限合同和继续从事 PDP 流水线中的封接工艺，但 Y 未予同意。X 最终只能接受 Y 提供的劳动期限和工作岗位等条件，订立了为期 6 个月（2005 年 8 月 1 日至次年 1 月 31 日）的劳动合同，工作内容为 PDP 屏制造、修理工作。X 成为 Y 的员工后，Y 命令 X 独自一人在与其他员工隔离的密闭空间内从事 PDP 屏的修理，并在 12 月 28 日告知 X，其雇用合同将在 2006 年 1 月 31 日终止。虽然 X 对此提出强烈反对，但 Y 仍然在合同届满后终止了与 X 的雇佣关系。

为此，X 以 Y 为被告，诉至大阪地方法院。其诉讼请求包括：①确认原被告之间存在默认的雇佣合同关系；②X 没有从事 PDP 屏修复工作的义务；③确认 Y 的解雇行为违法并支付补偿金等。

2. 判决结果：

本案经过大阪地方法院、大阪高等法院和最高法院三级审理^⑦，判决结果差异颇大。二审判决认定 Y 与 A 之间的业务承揽合同为



“虚假外包”，并支持 X 的诉讼请求，确认 X 与 Y 之间成立了默认的雇佣合同。但一审判决和终审判决在承认“虚假外包”的同时，却否定了 X 与 Y 之间的直接雇佣关系，而认定 X、Y 和 A 之间存在事实上的劳务派遣关系^⑧。

最高法院的判决理由简要转述如下：

在承揽合同中，承揽人对发包人负有完成委托工作的义务，而对隶属于承揽人的劳动者的具体指挥命令权也应当由承揽人自己行使。因此，当承揽人失去对劳动者的指挥控制，却让劳动者在发包人的生产车间内直接听从发包人的指挥从事生产的时候，承揽人与发包人之间的承揽合同就只有形式上的意义，其不能被视为真实的承揽合同。上述情况下，如果发包人与劳动者之间没有订立雇佣合同，那么应当将三者（承揽人、发包人和劳动者）之间的关系定性为劳动者派遣法第 2 条第 1 号定义的劳动者派遣。既然上述关系为劳动者派遣，就不应当被视为职业安定法第 4 条第 6 项所定义的劳动者供应。

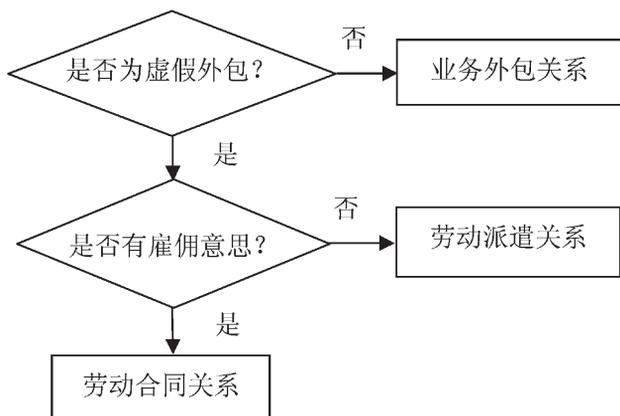
根据庭审认定的事实，X 在 2005 年 7 月 20 日之前，与 A 订立了雇佣合同，并依此合同被派至 Y 工厂工作。结合 X 接受 Y 员工的具体指挥命令这一点来看，可以认为 X 是从 A 派遣至 Y 处的派遣劳动者。由于 Y 无法证明上述劳动派遣的合法性，因此应当认定违反了劳动者派遣法的有关规定。但是，基于劳动者派遣法的宗旨及性质，和保护派遣劳动者的必要性，一般情况下不得仅凭存在违法就认定派遣劳动者与派遣方之间的雇佣合同无效。因此，当不存在足以证明劳动者 X 与 A 公司之间的雇佣关系无效的材料时，就应当认为两者之间的雇佣合同是有效存续的。

^⑦日本的民事诉讼和刑事诉讼都实行三审制，其中二审和终审分别称为“控诉审”和“上告审”。大多数诉讼案件的一审由地方法院审理，因此理论上都能申请最高法院进行终审。

^⑧本案中的另一个重要争论点在于 Y 命令 X 在封闭环境中从事修复工作是否属于打击报复劳动者。但限于本文篇幅有限，不在此展开。



其次,再分析 X 与 Y 之间的法律关系。根据庭审认定的事实,一方面既没有事实证明在 A 录用 X 的过程中 Y 发挥了作用,另一方面也无法证明 Y 实际上决定了 X 获取的劳动报酬金额。相反,A 在解除与 Y 之间的业务承揽合同后,也曾征询过 X 是否愿意调动至其他部门,因此可以认定 A 对于 X 的工作岗位及工作条件有一定的决定权。综合上述事由,法庭无法判断 2005 年 7 月 20 日之前 X 与 Y 之间建立了默认的雇佣合同关系。



综合上述两起案件的裁判思路,可以简要地归纳为上图。当劳动者与企业之间发生有关“虚假外包”和“劳动合同”的争议时,首先应当根据“实际指挥命令”规则来判断是否构成“虚假外包”。如果判定构成“虚假外包”,那么下一步将判断劳动者和企业主之间是否有互为雇主雇员的意思。如果答案仍然是肯定的,那么双方之间构成直接雇佣的劳动合同关系,否则将被认定为事实上的劳动派遣关系。

反观中国劳动法的理论和实务界,对于虚假外包问题尚未引起足够的关注,笔者认为应当尽快吸收诸国有关的立法经验和司法判例,加强劳动派遣法理的研究。

论技术侦查手段的法律规制

□ 李 丹*

摘 要：随着科学技术的发展，技术侦查被认为是目前打击犯罪和维护国家稳定的最有效措施之一，也是侦查实践中广泛使用的新型手段。然而作为一种特定技术手段，技术侦查具有较强的隐蔽性、强制性和侵犯性。为此，不论是英美法系国家还是大陆法系国家大多通过立法对技术侦查手段的种类、适用范围、适用原则、审批程序以及侵权救济进行了明确地规定。在我国，技术侦查手段的法律规范却与侦查实践的需要极不相称，技术侦查的适用范围和条件，技术侦查的审批主体和程序，技术侦查行为的侵权救济等方面来加以规范。在法治化的领域内，具有侵犯性特征的技术侦查不仅应当体现程序正当的价值理念，还要实现技术侦查手段有效性与合法性的平衡。因此，有必要研究并借鉴国外技术侦查手段立法的成功经验，以新《刑事诉讼法》的出台为契机，通过进一步立法对技术侦查手段的相关问题加以明确规定。

关键词：侦查手段；侦查程序；法律规制；立法完善

一、技术侦查手段的概述

技术侦查手段的概念解决的是技术侦查的本质问题，只有弄清楚本质问题，我们才能够解释纷繁复杂的现象。在我国，尽管技术侦查手段在刑事侦查实践中广泛运用，但对于何谓“技术侦查”，至今仍未形成一个完整准确的统一的概念。

* 李丹：本所侵权部实习律师，浙江工商大学法学学士。



(一) 技术侦查手段的概念

技术侦查手段是以技术为支撑的侦查手段,强调的是以特定技术所进行的侦查,它不等于侦查技术,技术侦查是一种特殊的秘密的侦查手段,具体包括电子监听、秘密录像、秘密拍照、秘密获取某些物证等专门技术手段。

《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百五十五条规定,技术侦查措施是指由设区的市一级以上公安机关负责技术侦查的部门实施的记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等措施。

(二) 技术侦查手段的基本特征

1. 秘密性

技术侦查的秘密性主要体现在两方面,一是技术侦查手段本身的秘密性。即

技术侦查手段的具体内容、操作过程、使用工具等属于国家秘密,不得公开。二是技术侦查手段实施的秘密性。即技术侦查工作是在不为人所知的情况下秘密实施的。

2. 技术性

技术侦查的技术性体现在对“物”和对“人”两方面,一是实施技术侦查行为需要依靠科技含量高的设备或仪器进行,二是开展技术侦查工作的民警本身需要熟练掌握各项技术侦查工作技术。

3. 复杂性

技术侦查行为由于所针对的对象并未处于己方的控制之下,因此需要侦查人员根据调查对象和环境的变化适时做出快速的调整和反应,这决定了技术侦查手段具有难以预料的复杂性。

4. 严格性

正因为技术侦查具有上述特点,所以对技术侦查需要更为严格的规定来加以约束和规范。对于实施技术侦查的适用对象、审批制度、实施期限、法律责任等方面的内容都比其他部门的相关规定更



为严格和详细。

5. 不道德性

技术侦查是在被侦查对象不知情的情况下对其开展的一系列调查工作,其在形式上不符合公开调查的原则,从某种程度上说,技术侦查手段是一种“卑劣的方法”、具有不道德性。然而,技术侦查的不道德性也不能否认其存在的合理性,技术侦查在当前是一种“必要的恶”。

(三)技术侦查手段的基本原则

1. 适用范围特定原则

适用范围特定原则是指技术侦查手段只能针对特定犯罪类型而采用。

2. 必要性原则

必要性原则是指只有在采用一般侦查措施收效甚微甚至是毫无收效时,才可以采取技术侦查措施。也就是说,技术侦查措施具有补充性,应在最后考虑,因此,必要性原则也可称之为“最后选择原则”。

3. 相关性原则

相关性原则包括人的相关性原则和物的相关性原则。人的相关性原则是指一般情况下,技术侦查措施只能针对被指控人及相关人员。物的相关性原则是指技术侦查的范围应尽量限制在与侦查目的有关的内容上。

4. 审批原则

审批原则是指侦查机关采用技术侦查措施必须向有侦查控制权的其他权力机关报批。

二、我国现行立法对技术侦查手段的法律规定及其存在的问题

技术侦查措施以往并非无法可依,只是依据不足。新《刑事诉讼法》将技术侦查措施的授权从普通法律提升到国家基本程序法的高



度,符合强制侦查法定原则,兼顾了打击犯罪和保障人权的价值需求。随着新《刑事诉讼法》的出台,最高人民法院、最高人民检察院、公安部先后出台了有关的司法解释和规定,进一步明确了技术侦查手段的具体内容。但是,在具体时间过程中,运用技术侦查手段侦破案件仍然存在一系列的问题。

(一)技术侦查手段法律规定在我国的发展

1. 我国于2000年12月签署了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2003年8月全国人大常委会批准)、2003年12月签署了《联合国反腐败公约》(2005年10月全国人大常委会批准)。《打击跨国有组织犯罪公约》第20条和《反腐败公约》第50条规定了控制下交付、电子或其他形式的监视和特工行动等“特殊侦查手段”的运用,我国法律需要对这些措施的适用条件以及所获证据的使用问题作出相应的规定。

2. 《国家安全法》和《人民警察法》中简单的授权性规定:《国家安全法》第10条规定:“国家安全机关因侦查危害国家安全行为的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。”《人民警察法》第16条规定:“公安机关因侦查犯罪的需要,根据国家有关规定,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。”

3. 2008年11月,中央政法委员会在《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》中,提出了优化司法职权配置、落实宽严相济刑事政策、加强政法队伍建设、加强政法经费保障等四个方面改革任务。其中在优化司法职权配置方面,谈到了“技术侦查措施、秘密侦查措施的法定化”问题。

4. 2012年,全国人大常委会通过了新《刑事诉讼法》,新《刑事诉讼法》用一节的篇幅初步地规定了技术侦查措施的适用范围、适用期限、审批程序、证据效力等问题。2012年10月,最高人民检察院第



十一届检察委员会第十八次会议通过了《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》;2012年11月,最高人民法院审判委员会第1559次会议通过了《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》;2012年12月公安部部长办公室会议通过了修订后的《公安机关办理刑事案件程序规定》,进一步完善规定了新《刑事诉讼法》有关技术侦查手段的有关问题。

(二)新《刑事诉讼法》对于技术侦查手段的有关规定

新《刑事诉讼法》在第二编“立案、侦查和提起公诉”第二章“侦查”对技术侦查措施作了规定。“技术侦查措施”有5条条文,自成一节,为第八节,规定了技术侦查的适用范围、主体、批准程序、使用期限、执行、秘密侦查、证据使用等方面。这些规定的实际效果尚待司法实践的检验,但从总体来看,这些规定有着积极的进步意义,完善了我国的侦查制度,有利于保障人权。

1. 确立了重罪原则,明确了适用范围

技术侦查适用的法律条件之一就是案件性质的严重性,即技术侦查只能适用于那些性质严重的刑事案件的侦查活动。“重罪原则”是国家权力谦抑的具体表现,是基于比例原则的考虑。追究犯罪的手段必须与犯罪所具有的社会危害性相适应,对轻微犯罪的追究不能采取具有超级杀伤力的技术侦查手段。新《刑事诉讼法》第一百四十八条规定,公安机关在立案后,对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。人民检察院在立案后,对于重大的贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施,按照规定交有关机关执行。追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人,经过批准,可以采取追捕所必需的技术侦



查措施。根据该条文的规定,就将技术侦查手段的适用范围限定为特定的几类犯罪,目的是防止技术侦查手段被侦查机关滥用,侵犯公民的合法权益。然而,“其他严重危害社会的案件”这几个字眼将技术侦查的适用范围无端扩大。一百四十八条的规定使得技术侦查的适用范围较为笼统,不够细致,并没有具体规定“其他严重危害社会的犯罪案件”的操作标准,赋予了侦查机关较大的自由裁量权,侦查人员只能凭借内心的确信进行操作,极有可能造成技术侦查手段的滥用,使得公民的隐私权处于潜在的威胁和侵犯之中。

2. 扩大了适用主体,顺应打击职务犯罪的客观需要

新《刑事诉讼法》第 148 条赋予了检察机关采取技术侦查措施的权力,检察机关成为技术侦查适用的合法主体。新《刑事诉讼法》规定了检察机关在自侦案件中只享有技术侦查的提出权,不能拥有一套技术侦查的设备,不能由自己执行,而必须“按照规定交有关机关执行”。

3. 明确技术侦查审查批准程序、适用期限

新《刑事诉讼法》第 148 条规定了技术侦查的批准程序和适用期限。公安机关“根据侦查犯罪的需要,确定采取技术侦查措施的种类和适用对象”,规定了技术侦查的审查和批准的机关属于公安机关和检察机关,属于内部审查监督的模式。这里的公安机关属于广义上的概念,包括国家安全机关。

《刑事诉讼法》第一百四十九条规定,批准决定应当根据侦查犯罪的需要,确定采取技术侦查措施的种类和适用对象。批准决定自签发之日起三个月以内有效。对于不需要继续采取技术侦查措施的,应当及时解除;对于复杂、疑难案件,期限届满仍有必要继续采取技术侦查措施的,经过批准,有效期可以延长,每次不得超过三个月。该条虽然规定了适用技术侦查手段的期限不得超过三个月,并可以申请延长,延长不受次数限制,每次不超过三个月。该条规定了



执行程序和技术侦查所获得证据资料的保存与销毁。技术侦查得到批准后,执行机关严格按照批准的措施种类、对象和期限执行,并对技术侦查获得证据资料的保存和销毁依法处理。这一规定旨在降低技术侦查对公民通讯秘密、通讯自由、隐私权等基本权利过于侵害而丧失其正当性。但是,该条文对于确定适用技术侦查手段期限的具体因素以及批准是否可以延长的判断依据均为进行规定。这将有可能导致适用期限的规定名存实亡,适用技术侦查手段的有关机关不断的延长适用期限,从而带来极大的不确定性和不稳定性。

4. 规定技术侦查手段的执行程序和技术侦查资料的保存与销毁

《刑事诉讼法》第一百五十条规定,采取技术侦查措施,必须严格按照批准的措施种类、适用对象和期限执行。侦查人员对采取技术侦查措施过程中知悉的国家秘密、商业秘密和个人意思你,应当保密;对采取技术侦查措施获取的与案件无关的材料,必须及时销毁。采取技术侦查措施获取的材料,只能用于对犯罪的侦查、起诉和审判,不得用于其他用途。公安机关依法采取技术侦查措施,有关单位和个人应当配合,并对有关情况予以保密。但是,该条文的规定过于笼统,必将会导致执行过程中产生一系列的问题:

第一,《刑事诉讼法》并没有明确规定技术侦查措施的具体种类,对于适用何种技术侦查措施的确定依据更是无所涉及,这就很有可能导致具体的技术侦查措施被乱用,本该适用甲种技术侦查措施的案件却适用了乙种技术侦查措施。

第二,《刑事诉讼法》规定侦查人员对采取技术侦查措施过程中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私,应当保密,但是对于国家秘密、商业秘密和个人隐私的判断依据以及泄露前述信息的后果以及救济措施均未规定;《刑事诉讼法》还规定,对于采取技术侦查措施获取的与案件无关的材料,必须及时销毁,同样地,什么是与案件无关的材料,如何判断该关联性以及销毁的主体、程序、内容等均未规定。



第三,《刑事诉讼法》规定,公安机关依法采取技术侦查措施,有关单位和个人应当配合,并对有关情况予以保密。但是,如果公安机关采取技术侦查措施损害了有关单位和个人的合法利益的,有关单位和个人仍应当予以配合么?如果答案是肯定的,那么由于公安机关的侦查措施所造成的有关单位和个人呢的损失,应当由谁承担呢?

第四,缺乏对违法技术侦查的处理规定。法律的制裁性是其得以实施的重要因素。因为只有通过强有力的法律制裁,使得违反法律者不仅不能通过违反法律获利,甚至不得不付出惨痛的代价,才能有效遏制违法现象的出现。正如汉密尔顿断言,“如果不守法而不受惩罚,貌似法律的决议或命令事实上只不过是劝告或建议而已。而我国《刑事诉讼法》第一百五十一条并没有规定侦查人员如果违法进行技术侦查如何处理的规定,这也是立法的一大漏洞。

5.关于隐匿身份侦查和控制下交付

《刑事诉讼法》第一百五十一条规定,为了查明案件,在必要的时候,经公安机关负责人决定,可以由有关人员隐匿其身份实施侦查。但是,不得诱使他人犯罪,不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法。对涉及给付毒品等违禁品或者财物的犯罪活动,公安机关根据侦查犯罪的需要,可以依照规定实施控制下交付。该条文首次明确了隐匿身份侦查和控制下交付的合法性和必要性。但是,该法条缺乏对侦查人员的人身安全的保护性规定。

6.明确采取技术侦查措施收集的材料的证据效力,兼顾人身安全

《刑事诉讼法》第一百五十二条规定,依照本节规定采取侦查措施收集的材料在刑事诉讼中作为证据使用。如果使用该证据可能危及有关人员的人身安全,或者可能产生其他严重后果的,应当采取不暴露有关人员身份、技术方法等保护措施,必要的时候,可以由审



判人员在庭外对证据进行核实。该条规定了技术侦查手段获取证据材料的证据能力的问题,“依照本节规定采取侦查措施所收集的材料在刑事诉讼中可以作为证据使用”的表述体现出两层含义:

其一,证据资料具有证据能力的前提和基础是技术侦查行为的法制化,法律应对技术侦查权的配置、适用对象、适用案件的范围、实质要件、权限、程序以及技术侦查结果的使用、相对人的合法权益保障等问题制定明确具体的规定。对公权力而言,无明确法律授权下的取证行为本身应被禁止,被禁止的侦查手段获得的证据材料就打上了非法证据的烙印。

其二,通过法定技术侦查行为所获得证据材料当然具有证据能力,确立了程序公正的采信原则。而非法取得的证据材料并不绝对无证据能力,可通过非法证据排除规则的适用进行过滤、排除。

该条的第二部分是对证据资料使用的规定,对技术侦查证据资料的证据能力确立了可对抗原则的意思,并规定了例外情形,以保护特定人群的安全。可对抗性原则指在打击犯罪的同时应注重保障人权,在对技术侦查证据的采信上,主要通过赋予相对人证据的获悉权、异议权和使用权,以加强相对人的诉讼地位和权利,制衡技术侦查权力的运用。

技术侦查手段具有的秘密性、技术性特征决定了采取技术侦查措施收集的材料在质证过程中不能同于一般的证据材料,应由法律规定特殊的主体、程序对收集的材料进行质证。由于对采取技术侦查措施收集的材料在质证过程中可能导致有关人员的人身安全、有关技术方法产生严重的后果,因此在对该材料进行核实中,应当遵循更为严格的程序,注意保密措施。

(三) 公检法机关的有关解释和规定对于技术侦查手段的进一步规定

2012年颁布的新《刑事诉讼法》立法过于笼统,使得《刑事诉讼



法》在实践中具有种种的问题,最高人民法院、最高人民检察院、公安部先后颁布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》、《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》和《公安机关办理刑事案件程序规定》,进一步完善了新《刑事诉讼法》的有关规定。

1. 进一步完善了技术侦查手段的适用范围

《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第二百六十三条规定,人民检察院在立案后,对于涉案数额在十万元以上、采取其他方法难以收集证据的重大贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施,交有关机关执行。本条规定的贪污、贿赂犯罪包括刑法分则第八章规定的贪污罪、受贿罪、单位受贿罪、行贿罪、对单位行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪、利用影响力受贿罪。本条规定的利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件包括有重大社会影响的、造成严重后果的或者情节特别严重的非法拘禁、非法搜查、刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人、报复陷害等案件。第二百六十四条进一步规定,人民检察院办理直接受理立案侦查的案件,需要追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人的,经过批准,可以采取追捕所必需的技术侦查措施,不受本规则第二百六十三条规定的案件范围的限制。

《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百五十四条规定,公安机关在立案后,根据侦查犯罪的需要,可以对下列严重危害社会的犯罪案件采取技术侦查措施:(一)危害国家安全罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪案件;(二)故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质等严重暴力犯罪案件;(三)集团性、系列性、跨区域性重大犯罪案件;(四)利用电信、计算机网络、寄递渠道等实施的重大犯罪案件,以及针对计算机网络实施的重大犯罪案件;(五)其他严重危害社会



的犯罪案件,依法可能判处七年以上有期徒刑的。公安机关追捕通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人,可以采取追捕所必需的技术侦查措施。

2. 明确了技术侦查措施的定义及适用对象

《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百五十五条规定,技术侦查措施是指由设区的市一级以上公安机关负责技术侦查的部门实施的记录监控、行踪监控、通信监控、场所监控等措施。技术侦查措施的适用对象是犯罪嫌疑人、被告人以及与犯罪活动直接关联的人员。

3. 进一步规范了实施技术侦查手段的程序

《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》人民检察院采取技术侦查措施应当根据侦查犯罪的需要,确定采取技术侦查措施的种类和适用对象,按照有关规定报请批准。批准决定自签发之日起三个月以内有效。对于不需要继续采取技术侦查措施的,应当及时解除;对于复杂、疑难案件,期限届满仍有必要继续采取技术侦查措施,应当在期限届满前十日以内制作呈请延长技术侦查措施期限报告书,写明延长的期限及理由,经过原批准机关批准,有效期可以延长,每次不得超过三个月。采取技术侦查措施收集的材料作为证据使用的,批准采取技术侦查措施的法律决定文书应当附卷,辩护律师可以依法查阅、摘抄、复制。

《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百五十六条规定,需要采取技术侦查措施的,应该制作呈请采取技术侦查措施报告书,报设区的市一级以上公安机关负责人批准,制作采取技术侦查决定书。人民检察院等部门决定采取技术侦查措施,交公安机关执行的,由设区的市一级以上公安机关按照规定办理相关手续后,交负责技术侦查的部门执行,并将执行情况通知人民检察院等部门。第二百五十七条规定,批准采取技术侦查措施的决定自签发之日起三个月



以内有效。在有效期限内,对不需要继续采取技术侦查措施的,办案部门应当立即书面通知负责技术侦查的部门解除技术侦查措施;负责技术侦查的部门认为需要解除技术侦查措施的,报批准机关负责人批准,制作解除技术侦查措施决定书,并及时通知办案部门。对复杂、疑难案件,采取技术侦查措施的有效期限届满仍需要继续采取技术侦查措施的,经负责技术侦查的部门审核后,报批准机关负责人批准,制作延长技术侦查措施期限决定书。批准延长期限,每次不得超过三个月。有效期限届满,负责技术侦查的部门应当立即解除技术侦查措施。第二百五十八条进一步规定,采取技术侦查措施,必须严格按照批准的措施种类、适用对象和期限执行。在有效期内,需要变更技术侦查措施种类或者适用对象的,应当按照本规定第二百五十六条规定重新办理批准手续。

4. 进一步明确了运用技术侦查手段收集的材料的证据效力

《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第二百六十六条规定,采取技术侦查措施收集的物证、书证及其他证据材料,侦查人员应当制作相应的说明材料,写明获取证据的时间、地点、数量、特征以及采取技术侦查措施的批准机关、种类等,并签名和盖章。对于适用技术侦查措施获取的证据材料,如果可能危及特定人员的人身安全、涉及国家秘密或者公开后可能暴露侦查秘密或者严重损害商业秘密、个人隐私的,应当采取不暴露有关人员身份、技术方法等保护措施。在必要的时候,可以建议部长法庭上质证,由审判人员在庭外对证据进行核实。

《公安机关办理刑事案件程序规定》第二百五十九条规定,采取技术侦查措施收集的材料在刑事诉讼中可以作为证据使用。使用技术侦查措施收集的材料作为证据是,可能危及有关人员的人身安全,或者可能产生其他严重后果的,应当采取不暴露有关人员身份和适用的技术设备、侦查方法等保护措施。采取技术侦查措施收集



的材料作为证据使用的,采取技术侦查措施决定书应当附卷。

(四)司法实践中运用技术侦查手段侦破案件存在的问题

1. 现有技术侦查规范的内部结构不完整

从技术侦查的内部法律关系来看,我国现有的技术侦查立法及其制度也存在重大的结构性缺陷,这是技术侦查在实践运作中弊端丛生的根源所在。主要表现在:

(1)技术侦查的法律授权不完整,检察机关对于贪污贿赂等职务犯罪享有独立的侦查权,但法律却未授权检察机关相应的技术侦察的权力;

(2)立法过于原则,缺乏具体的依从标准,导致侦查机关对技术侦查的认识和把握不统一,公、检、法机关对于实际运用和操作各有一套规定,这可能使得司法公信力、程序正当性、合法性受到公众的强烈质疑;

(3)技术侦查主体的范围超越现行法框架,法律虽仅规定公安机关享有技术侦察权,但在实践工作中,公检法机关肆意分割技术侦查权的情况相当突出;

(4)权利保障机制缺乏,由于技术侦查具有易侵权的天然缺陷,因此世界各国在通过立法授予国家侦查机关行使技术侦查权的同时,也规定了诸多权利保护条款,以防止技术侦查的不当运用而侵犯相对人的合法权益;司法审查机制尚未建立,技术侦查权作为一种国家公权力,法律虽然对其适用等具体问题作出了规定,但没有对于如何监督这一权利的行使作出有效的制约机制。

2. 缺乏有效的制约监督机制,随意性强,容易侵犯人权。

由于立法过于原则,侦查机关对于技术侦查的适用范围、适用条件和批准程序,对具体的侦查活动缺乏具体的依存标准,对通过技术侦查手段获得的证据材料的保管、使用、销毁等也缺乏有效的监控机制。侦查机关甚至有意将技术侦查神秘化,有关技术侦查的



一切活动都实行模糊操作或暗箱操作, 监督机制缺损, 司法的透明度、公信度不高。正是如此, 又进一步导致技术侦查手段的不当扩张甚至滥用, 从而侵犯人权。由于技术侦查行为的隐秘性和技术手段的特殊性, 极易触及并影响他人的隐私权, 或者为达到个人某种目的而非法使用技术侦查。

三、国外技术侦查手段的比较法研究

20世纪二、三十年代, 由于社会矛盾的增多和科学技术的发展, 一些国家的犯罪出现了组织化、技术化、隐蔽化的特点, 这既给侦查工作造成了极大困难, 又迫使侦查机关努力寻求侦查方式的变更和突破。新的社会形势提出了对这些新型犯罪最适合法律与司法工具问题, 于是技术侦查措施产生并日益成为打击犯罪的一种重要的侦查手段。

(一) 外国技术侦查手段的法律规定的比较

受国内犯罪和国际恐怖活动影响, 越来越多的国家注重运用立法手段对技术侦查手段进行法律规制。比较各国的法律规定可以看出, 外国对于技术侦查手段的法律规定呈现出以下几个特征:

1. 通过立法规范技术侦查权, 并且通过立法敦促相关部门配合有关部门的技术侦查工作。

一方面, 为了解决技术侦查的立法根据, 为寻求新的技术侦查手段和拓展技术侦查领域提供有力的法律保障。另一方面, 一些国家明确规定相关部门有配合技术侦查工作的法定义务。

2. 运用专门法律、综合法律和诉讼法律三种模式, 从不同角度进行规制

专门法律模式, 即通过专门立法对技术侦查方法的使用进行规定。诉讼法律模式即在刑事诉讼法等诉讼法律中对技术侦查作出规定。所谓综合法律模式即在以防范、打击和控制犯罪为基本内容的综合性法律中对技术侦查进行规定。世界各国对技术侦查无论



是采取专门法律还是综合法律模式,技术侦查均在程序上受制于诉讼法律,都通过诉讼法律来化解技术侦查与程序法定原则、令状特定性以及令状的救济制度的冲突。国外技术侦查立法基本上都贯穿了现代刑事诉讼基本思想及原则,体现出现代技术侦查立法着力强调技术侦查程序的正义性、严格监督性以及强化保证人权的特点。

3. 法律充分体现技术侦查手段的特殊性

各国在严格程序要求下减少某些限制或者增加某些保障性条款。如美国捍卫与加强本土安全采取防范与打击恐怖主义举措法授权执法机构截听无线电、言谈和电子通讯中有关恐怖犯罪、计算机诈骗与滥用的信息,同时指出,采取上述措施时,可免受无线电、言论和电子通讯的截听与披露规定的限制。美国自 911 后,基于对包括监听在内技术侦查手段重要性的认识,不断调整和扩大监听范围。可以预料,今后美国在强化侦查机关能力及法律保障方面将会继续加大力度采取新的举措。

(二) 国外有关技术侦查手段的法律规定对我国立法的启示与借鉴意义

民主、科学、公正的诉讼要求最大限度地透明其程序,并有严格的制约和限制措施,这是世界刑事诉讼发展潮流的要求。运用以技术侦查措施为代表的侦查权直接涉及到对公民人权的侵犯,因此,一些国家对技术侦查措施在实践中的运用和操作均作了严格的限制和制约。这对于我国关于技术侦查手段的法律规制具有重要的启示和借鉴意义。

1. 令状要求和审批程序。

一般情况下,侦查主体采取技术侦查措施,需要获得相应的司法令状。由司法令状明确技术侦查行为对象、地点、时间、执行人员等具体内容。超越许可期间的技术侦查行为同没有获得司法令状的



技术侦查行为一样都是违法的。如果因为情况紧急没有时间申请司法令状的,也需要在规定的期间内补充申请相应司法令状。如美国1968年《综合犯罪控制和街道安全条例》规定了三种紧急状况的存在:一是会给某人带来立即的死亡或严重伤害的危险;二是威胁国家安全利益的阴谋活动;三是预谋进行有组织犯罪。同时也规定,在技术侦查措施采取后48小时内必须提出司法令状的申请。并规定“在实行监控时要尽量减少对与侦察无关的通讯的监听”^①。

各国立法对采取技术侦查的司法令状的审批规定了严格的程序,即侦查机关采用技术侦查措施必须向法官或有侦查控制权的其他权力机关报批,主要体现在审批的权限有非侦查机关控制和司法令状的许可具有一定的期限。《德国刑事诉讼法典》第100c规定,对电讯往来是监视、录制,只允许由法官决定。在延误就有危险时也可以由检察院决定。检察院的命令如果在三日内未得到法官确认的,失去效力。《意大利刑事诉讼法典》第267条规定:“公诉人要求负责初期侦察的法官决定进行第266条规定的活动。当存在重大犯罪嫌疑并且为进行侦查工作必需实行窃听时,采用附理由命令的形式给予批准。”美国1968年《综合犯罪控制和街道安全条例》规定:(技术监控)许可的延长只能基于新的正当原因,一旦“授权的目标”实现,技术监控停止。《法国刑事诉讼法典》第一百条规定:“此项决定规定的截留期限最长为四个月。继续截留必须按同样的条件方式和期限重新作出决定。”

2. 案件性质要求。

技术侦查作为一种易于侵犯公民基本权利的侦查手段,必须要与犯罪所造成的社会危害性相适应,不能为了追究轻微的犯罪而采取严厉的刑事侦查手段,这是侦查比例原则在技术侦查行为中的体

^①[美]杰罗德·H·以兹瑞(JEROLD H. ISRAEL),威恩·R·拉(WAYNER.LAFAVE):《刑事程序法(Criminal Procedure)》(第五版),WEST GROUP1993年版,法律出版社1999年版影印本,第157页。



现。采用技术侦查行为的案件指向特定的案件范围,主要是对社会具有较大危害性的案件,而不能适用于对社会只有轻微危害的犯罪。所以,各国在技术侦查立法中大多遵循重罪原则的要求。如美国《综合犯罪控制和街道安全条例》规定,技术侦查行为可能提供的是法律中列举的特定犯罪的证据,如谋杀、绑架、赌博、抢劫、贿赂、抢夺、从事麻醉品、大麻或其他危险药品交易,或者其他危及生命、肢体、财产的犯罪,可能被处一年以上监禁刑罚的。^②《法国刑事诉讼法典》第100条规定:在重罪或轻罪案件中,如果可能判处的刑罚为二年或二年以上监禁,预审法官为了侦查的必需,可以决定截留、登记、抄录邮电通讯。^③《德国刑事诉讼法典》第100a规定,一定的事实使得有理由怀疑某人作为主犯、共犯犯有下述之一罪行,或者在未遂也可罚的情况中实施未遂,或者以犯罪行为预备实施这些罪行时,在以其他方式不能或者难以查明案情、侦查被指控人居所的条件下,允许命令监视、录制电讯往来。这些罪行包括叛逆罪、反和平罪、危害民主宪政罪或者叛国罪、危害外部安全罪、危害国防罪、危害公共秩序罪以及涉及武器、麻醉品、外国人的犯罪,等等。^④本《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》第3条中也规定监听实施的场合之一为:“在有充分理由,足以怀疑相当于死刑、无期惩役或无期监禁以及最高刑期为2年以上的惩役或监禁之罪系为实行附表所列治罪进行准备而实施,且继续实施该附表所列之罪的场合,存在足以怀疑该犯罪系由数人共谋而实施的情况时。”^⑤该法附表列举了具体的犯罪。

②[美]杰罗德·H·以兹瑞(JEROLD H. ISRAEL),威恩·R·拉(WAYNERLAFAVE):《刑事程序法(Criminal Procedure)》(第五版),WEST GROUP 1993年版,法律出版社1999年版影印本,第154页。

③《法国刑事诉讼法典》,余叔通、谢朝华译,中国政法大学出版社1997年版,第51页。

④《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政府大学出版社1995年版,第31-33页。本文涉及《德国刑事诉讼法典》的引文除特别说明外皆出自本版本。

⑤《日本刑事诉讼法典》,宋英辉译,中国政法大学出版社2000年版,第211-213、225-226页。本文涉及《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》的引文皆出自本版本。



3. 技术对象相关性要求。

技术对象相关性要求是指技术侦查行为的技术手段所针对的是与案件有特定关系的人和物。

(1) 人的相关性要求, 即指一般情况下, 技术侦查措施只能针对被指控人及其相关人员。如《德国刑事诉讼法典》第 100 条 a 项规定: “命令监视、录制电讯往来时, 只允许针对被指控人, 或者针对基于一定事实可以推断他们在为被指控人代收或者转送他所发出信息的人员, 或者针对被指控人在使用他们的电话线的人员作出命令。”同法第 100 条 c 第二款规定: “对前款措施只允许用来针对被指控人。”

(2) 物的相关性要求, 体现在技术侦查的范围应尽量限制在与侦查目的有关的内容上。《德国刑事诉讼法典》第 98 条 a 第三款规定: “如果应予传送的数据只能以不相称的耗费才能与其他的数据分别开来的, 依命令也要将其他数据一并传送。对这些其他数据不准许使用。”同法第 98 条 b 第一款规定: 法官决定排查、传送数据, 必须写明负有数据传送义务的部门, 必须限制在具体案件所需的数据与审查要件之内。这就明确规定了侦查机关用机器设备排查、传送个人情况数据的只能使用与侦查有关的数据, 对其他数据不得使用。日本《关于侦查中监听通讯的法律》规定监听的通讯是“与犯罪关联的通讯”。美国司法实务中称之为最低限度要求, 1968 年《综合犯罪控制和街道安全条例》明确规定: 在实行监控时要尽量减少对与侦察无关的通讯的监听。

4. 采取技术侦查措施的必要性。

即只有在采用一般侦查措施收效甚微或无收效时, 才可使用技术侦查措施。可以说, 采取技术侦查措施是不得已而为之。美国 1968 年《综合犯罪控制和街道安全条例》规定: 法官在批准电子监控命令之前必须认定的事实有: 有合理的原因使人相信一个人正在



实施、已经完成或将要实施法律所列举的犯罪之一；有合理的原因使人相信关于该犯罪的部分通讯将通过监听获得；一般的侦查方法都已经试过，并且是不成功的，或者一旦执行起来一般地说有很大的危险性。日本《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》第 1 条明确了监听通讯法律的设置是“鉴于有组织犯罪严重危害安定、正常的社会生活，且对数人共谋实施的有组织的杀人、非法买卖药品及枪支等重大犯罪，如果不予监听犯人之间的联络电话或其他电讯，查明案件真相即显著困难的情形在增多，为适当应对此种状况，就刑事诉讼法（昭和二十三年法律第 131 号）规定的必要的监听通讯的强制处分，确定其要件、程序及其他必要的事项，以期在避免不当侵犯通讯秘密的同时，准确查明案件真相。”《德国刑事诉讼法典》第 98 条 a 针对用机器设备排查、传送个人情况数据措施规定：“对此项措施，只能在以其他方式调查案情、侦查行为人居所是十分困难、难以奏效的情况下，才允许采取。”同法第 100 条 a 针对监视电讯措施规定：“在以其他方式不能或者难以查明案情、侦查被指控人居所的条件下，允许命令监视，录制电讯往来。”同法第 100 条 c 规定：在采用其他方式进行侦查将成果甚微或者难以取得成果的情形中，可以采用不经当事人知晓的措施。

5. 技术侦查行为对象的救济保障。

“无救济则无权利”，技术侦查措施是以侵害公民隐私权为必要成本或曰代价的，为减少这种成本或曰代价，各国在对技术侦查措施进行程序设计的同时还规定了一系列救济措施。主要做法有：一是事后告知当事人。即在采用技术侦查措施进行侦查后，应当将采取措施的有关情况通知当事人，使其知道其应该知道的信息资料，包括其权利被国家侵害的消息。同时，若采用技侦措施所获之资料将用作证据在法庭上指控当事人，让当事人（包括其辩护人）知晓有关情况也有利于其充分行使辩护职能。如美国 1968 年《综合犯罪控



制和街道安全条例》规定：在监听结束后的至少 90 天内，在诉讼申请上被指名的人必须被告之有关诉讼申请的情况，以及通讯是否受到窃听。另外在法庭使用通过窃听获得的证据之前的 10 天，有关案件的各方都必须得到有关授权监听的信息。《德国刑事诉讼法典》第 101 条第一款规定：一旦对侦查目的、公共安全、他人人身或者生命以及派遣的侦察员的继续使用不会构成危险的时候，应当将采取的措施通知当事人。二是保密和封存监控所获资料。美国 1968 年《综合犯罪控制和街道安全条例》规定：即便窃听的通讯内容是有事实根据的也不能随便泄露，除非是根据法院专门的授权，但那也仅是在某种程度上泄露监听的内容。同时，对有关记录材料还应进行封存。《法国刑事诉讼法典》也规定，对电讯截留和登记行动作出记录的登记册应该封存。这些措施都旨在防止当事人的隐私泄露和扩散。三是销毁不再需要的材料。如《德国刑事诉讼法典》第 100 条 b 第六款规定，追诉不再需要以措施得来的材料时，应当在检察院监督下不迟延地将它销毁。《意大利刑事诉讼法典》第 269 条第 2 款规定：当诉讼不需要有关材料时，关系人可以为维护其隐私权要求曾经批准或者认可窃听工作的法官将其销毁。”《法国刑事诉讼法典》第一百条规定，登记册根据共和国检察官或检察长的要求，在公诉时效期间届满时销毁。

四、我国实践中技术侦查手段存在的风险性及完善措施

技术侦查手段作为一种“必要的恶”，具有一定的风险性。现代法治原则要求国家机关只能行使法律明文授予的权利，法律没有授予的权利，国家机关一律不得行使。根据技术侦查法治化的要求，需要通过立法来规范技术侦查活动，并建立技术侦查的司法审查制度，建立完善技术侦查的救济制度等，既对技术侦查权授权，同时给予必要的限权。



(一) 技术侦查手段存在的风险

1. 特定人员的人身安全问题

2012年的新《刑事诉讼法》首次以立法的形式确立了隐匿身份侦查的必要性和合法性问题。隐匿身份侦查人员就是我们俗称的“卧底”，卧底侦查人员的工作环境特殊，工作方式也与普通侦查活动完全不同，一旦接受卧底任务，即意味着他将隐姓埋名独自打入黑恶势力之中，要长期在黑暗危险的环境中寻求生存、开展工作。因此，卧底侦查人员的工作难度高于普通的侦查活动，工作压力和精神负担也远远大于其他的侦查人员。从保护人权的角度出发，如何在使用卧底侦查方法的同时最大限度地维护卧底人员的权利，将是一个十分重要的问题。

首先，保障卧底侦查人员的人身安全。卧底人员的派出部门要做好保密工作，确保卧底人员的真实姓名和身份不被外界特别是犯罪组织得知；侦查部门应当保证卧底人员在卧底侦查期间不是孤立无援的，应当派出适当人数的侦查人员做好卧底侦查的外应工作，要随时注意犯罪组织的动向，密切观察卧底人员及其周围人员的情况，在可能的情况下还应与卧底人员保持联系和交流；当卧底侦查人员由于身份暴露或者其他原因致使人身安全受到威胁时，侦查部门应当及时终止卧底任务、营救卧底人员，最大限度地保证卧底人员的人身安全。卧底任务结束之后，如果卧底人员的真实身份在一定范围内得到公开，极有可能会招致犯罪分子的打击报复，侦查部门应当及时会同相关部门为其消除安全隐患，对其人身安全是否存在潜在威胁进行评估，如果认为该卧底人员不适合继续留在原地区或者原部门工作，要会同有关部门及时安排调离。

其次，保证卧底侦查人员的心理健康。侦查部门在派出卧底人员之前，应当安排专门的心理医师对该侦查人员的身心状况进行全面检查，安排其参加充分的心理承受力及抗压力培训，在保证其具



备良好的心理和精神状态的前提下,赋予其卧底侦查的任务。在卧底人员进行卧底侦查活动期间,侦查部门要时刻关注其心理状态,在条件具备的情况下做好心理疏导工作,一旦发现其不适合继续担任卧底工作应当及时终止。在卧底任务完成之后,侦查部门应当及时安排专门医师对其进行心理健康检查,并采取相应的措施使其尽快回归社会,保证该人员尽早投入到健康有序的工作和生活中去。

再次,保证卧底侦查人员应有的工作待遇。侦查部门应当保证卧底人员的基本工资和福利,并且在同等条件下,卧底人员的福利待遇应当高于一般的侦查人员。在绩效评级方面,卧底人员的条件应当较宽于一一般的侦查人员。卧底任务结束之后,侦查部门在作出关于该卧底人员的人身安全评估之后,认为不宜在原地区或者原部门继续工作的,应当在征求本人意见的基础上将其调离到其他地区或者其他部门,但是变更的工作岗位及待遇不应当低于原工作岗位。

最后,保证卧底人员亲属的安全及基本生活。卧底人员需要长期隐姓埋名生活在犯罪组织内部,承受着与家人分离不得见的痛苦,而且无法履行赡养以及抚养义务。侦查部门应当确保卧底人员亲属的人身安全,向其发放抚恤金,经常登门拜访,对于卧底人员家有老人、儿童或者无劳动能力的人且无其他承担赡养、抚养义务的人的,应当会同有关部门对其提供物质帮助,安排专人对其衣食起居进行照料,保证其能够正常地生活、学习。对于卧底人员在卧底任务结束后需要调离工作的,侦查部门还应当会同有关部门解决同该卧底人员共同居住的亲属的工作问题。

2. 公检法机关的权力滥用问题

侦查权是国家的公权力,而且是可以直接限制甚至剥夺公民的财产权、自由权的公权力。侦查是指公安机关、人民检察院在办理案



件过程中,依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施。因此,侦查本身具有主动性、职权性、强制性的特点。侦查通常是从举报线索开始,不断搜索、发现证据,不断从一个证据中发现另一个证据,从一个事实中挖掘出另一个事实,最终证明犯罪嫌疑人确实有罪的过程。其实质是从无到有、从供到证的有罪推定过程,因而天然具有主动性和扩张性。在为了保护正义和国家安全的职能的庇护下,受“志善而违于法者免”的法律传统的影响,社会公众对侦查人员本身和侦查权力的扩张持一种较为宽容的态度,对侦查人员刑讯逼供、徇私枉法等行为若非情节特别严重、手段特别恶劣,实践中一般不会被追究责任。因此,有学者尖锐地指出,中国的刑事程序,侦查毫无疑问地是整个程序的中心,在一定意义上说,真正决定中国犯罪嫌疑人和被告人命运的程序不是审判,而是侦查。因此,对侦查权进行监督制约是侦查本身的特性决定的。

3. 公民的人身权、隐私权等人权的保护问题

技术侦查措施因其高度的隐密性与公民个人的隐私权相冲突。技术侦查措施中的电子监听、秘密录像、秘密拍照等可能会侵犯公民私生活的安宁,而用机器设备排查、传送个人情况数据等可能会侵犯公民控制有关自己私人资料的权利。这样,代表社会公益的技术侦查手段与代表个人私益的公民隐私权之间便存在着“善与善的价值冲突”,而必须进行价值选择。为了维护法律和秩序,国家侦查机关要在一定条件下限制公民隐私权,依照法定程序进行技术侦查是正当的,在这种情况下,对公民隐私权的限制应被视为一种必要的成本或代价。我国在诉讼价值观上倾向于“犯罪控制”而忽视“正当程序”,刑事侦查中侵犯公民权利现象时有发生。技术侦查犹如一把双刃剑,在控制犯罪的同时也对公民权利尤其是隐私权造成了不同程度的侵犯。如何在控制犯罪与保护公民隐私权之间寻找一个平衡点,将是我国在将来的技术侦查立法中追求的价值目标。



(二) 技术侦查手段的立法完善

法治进程历来都不是一蹴而就的,技术侦查法制化注定也是持续性和层进式的,在我国革新技术侦查手段和移植国外先进的规则、制度时,一方面要建立在本国法律文化和制度相对接的基础上,另一方面要认识蕴含在制度中的法律理念,顺应刑事法律现代化发展的趋势,并针对性地培育该制度良好运行需要的内部环境与配套措施。唯如此,一项新的制度的确定才能带动社会观念的革新,进而促使相关制度朝着法治化的方向发展。具体而言,我国技术侦查法律规制可以在以下方面有所突破。

1. 细化技术侦查种类

技术侦查措施种类的细化规定属于立法技术问题,更属于立法观念问题。目前可以在制度设计范围内操作,通过法律解释来明确,将来再将其纳入新一轮的刑事诉讼法的修正中。就法律解释而言,有三个方面值得注意:

一是法律解释的主体要求。法律解释具有将立法与法的实施相联系的重大功能,包括立法解释、司法解释和行政解释。对于技术侦查具体手段的解释主体应限定为全国人大常委会、最高人民法院、最高人民检察院和公安部。

二是具体技术侦查措施种类的范围可以采取列举法加概述法的规定方法。

三是明确每一种具体技术侦查措施的适用范围、对象、条件、程序及责任等。另外,司法解释和行政解释还需要接受立法监督。

2. 引入审查监督机制

侦查监督包括内部监督与外部监督。从西方国家侦查的规范来看,对强制性的侦查行为进行外部监督是刑事诉讼制度发展的总体趋势。对技术侦查的法律监督模式主要有法院监督模式、检察院监督模式和行政机关监督模式三种类型。我国目前我国不适合对技术



侦查实行司法审查制度。对于技术侦查的法律审查与监督,可以分三步走。

第一步,提高技术侦查内部审查的级别。通过司法解释、公安机关办理刑事案件程序规定修改,提高内部审查的级别:对于一般的技术侦查、乔装侦查、控制下交付由地市级公安机关以上审查,对于针对公民居住地实施的技术侦查需由省级公安机关审查。

第二步,检察机关审查监督模式。检察机关审查监督模式的瓶颈是自侦权的监督问题。这主要有两种解决方案,一种是对检察机关自侦案件通过提高审查级别的监督模式,另一种是将检察机关职能的重新调整,即将检察机关享有的对经济犯罪、职务犯罪等部分刑事案件的侦查职能剥离,划归公安机关管辖,检察院主要从事法律监督,同时优化检察权,推动检察改革,完善立法监督、侦查监督、审判监督,实现权力监督制约的目的。

第三步,司法审查监督模式。在实现司法审查的过程中,有两个重要的改革应作为制度构造的前提:一是检警一体化,确立检察官在侦查阶段的主导核心地位,增强检察机关对侦查机关的侦查取证行为行使领导、指挥、监督权;二是司法独立与司法队伍的深度建设,法官以第三者的身分介入侦查程序,监督、制约整个侦查过程,并就侦查行为及有关的强制性措施的正当性、合法性问题作出最终的裁决。这种制度构造的前提是法院存在着行使该项职能的法官序列,更为重要的是司法权的独立,并彰显出裁判中心主义。

3. 规制非法技术侦查行为

对非法技术侦查行为应从两个方面规制:

其一,将技术侦查行为纳入非法证据排除规则的适用范围,减缓直至消除侦查人员非法技术取证的可能性。将非法技侦查获取的言辞证据和实物证据区别对待:由非法技术侦查行为所获得的言辞证据,一律予以排除,采取法定裁判主义;对于非法实物证据分情况



对待,对于通过侵害相对人的秘密通讯自由权、住宅不受侵犯权、言论自由权等宪法性基本权利的技术侦查方式,应视为严重违法法律规定、严重影响公正审判的非法行为,通过此手段获得的实物证据应予以排除;对于其他违法技术侦查行为,如侦查机关超越法定期限监听、监听记录不完备、监听完毕后未履行告知义务等,由法官通过权衡原则予以决定,可以行使自由裁量权进行裁决。在裁决时,应主要考虑违法程度的大小,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,应当对该证据予以排除。

其二,建立个人责任为主、集体责任或国家责任为辅的惩戒机制,有效约束技术侦查人员的侦查行为。将违法责任落在违法者本人,从而能够有效地震慑程序性违法行为。具体而言,对实施非法技术侦查行为的侦查人员,根据其行为的性质和违法后果来承担相应的法律责任,包括民事责任、行政责任、刑事责任。侦查机构对被侵害人承担国家赔偿责任。

4.保障相对人诉讼权利

与常规侦查手段相比,技术侦查手段更具有隐秘性、非直接接触性、易侵权性等特点。在诉讼中,相对人应获得和加强以下方面的权利:

一是知悉权。技术侦查行为及其所获得的证据资料,在技术侦查结束后的特定时间内,由侦查机构或其他令状签发的机关告知相对人。技术侦查结果的告知义务旨在提高相对人的抗辩能力,在开庭审理前,侦控方或法官在必要的范围内,应该让相对人知悉技术侦查所获得的证据。

二是异议权。技术侦查通常是在没有第三者见证的情形下实施的,为防止侦查机构对所获取的证据资料进行剪裁、修改或断章取义,必须赋予相对人及其辩护人查阅相关资料,对由技术侦查手段



获取的证据材料的真实性进行审查和提出异议的权利。相对人对准予采取技术侦查行为的决定存有异议时,可以向批准技术侦查行为的侦查机构及其上一级机关申请复议,也可以向法院直接提起诉讼请求救济,以维护其利益,当然,这种诉讼结构设计的前提是侦查行为的可诉性,即法院对侦查权实行司法审查制度。

三是使用权。技术侦查所获得的证据资料,有些是证实有犯罪,而有些是证无犯罪,相对人有权使用这些信息材料,为自己做无罪或罪轻的辩护。对于追诉机关而言,承担着证据开示和合理保存、使用、销毁的义务。对此,新《刑事诉讼法》对技术侦查的证据资料的处置有了明确的规定,但是在相对人查阅、复印技术侦查资料上尚需要法律的授权规定。

四是损害赔偿请求权。在技术侦查相对人被做无罪处理,侦查机构存在过错,相对人有权向侦查机构和批准机关申请赔偿的权利,从而使技术侦查权在法律规定的范围内运行,保障公民的人权。

参考文献:

- [1]郑海:《技术侦查的法律规制》,《河北法学》,2007年。
- [2]黄燕:《试论卧底侦查制度在我国的构建》,《山西警官高等专科学校学报》,2011年。
- [3]张伟方:《我国技术侦查的立法缺陷和完善》,《法制与社会》,2012年。
- [4]王江华:《检察机关职务犯罪案件侦查权及监督制约机制》,《云南大学学报(法学版)》,2006年。
- [5]王瑞山:《我国技术侦查的法律困境与出路选择》,《犯罪法学》,2011年。
- [6]高一飞:《打击犯罪与保护人权的艰难平衡——评刑法修正案中侦查程序部分中的争议问题》,《河北法学》,2012年。
- [7]田益友:《论我国技术侦查的制度构建》,《法制与社会》,2008年。
- [8]许志:《技术侦查措施的法律规制》,《社会科学家》,2007年。
- [9]郭永亮:《论我国技术侦查的法律规制》,《湖北社会科学》,2010年。



[10] 李建梅:《关于侦查程序若干问题的探析——兼谈〈刑事诉讼法〉修正案》,《北京电力高等专科学校学报(社会科学版)》,2012年。

[11] 韩成军:《应赋予检察机关完整的职务犯罪技术性侦查权》,《河南社会科学》,2012年。

[12] 李芹:《技术侦查措施中的人权保护问题研究——以犯罪嫌疑人的隐私权保护为中心》[D].苏州:苏州大学,2012年。

[13] 李建国:《技术侦查在查办职务犯罪中的适用和立法完善》[D].上海:上海交通大学,2007年。

[14] 朱德良:《论职务犯罪秘密侦查法制化》[D].山东:山东大学,2009年。

[15] 韩德明:《侦查原理论》[M].北京:中国人民公安大学出版社,2005年版。

网络盗用图片的法律应对

□ 张延来*

摘要：网络商品交易是无法看到实物的，因此图片便成为交易的关键，精美的图片在带动交易量上涨的同时也伴随着其他竞争对手的抄袭，毕竟网络环境下抄袭图片在技术上几无成本可言。从根本上来说，线上盗图的产生跟电子商务后端供应链的不足存在极大关联，设计成本推高了盗图的频率。那么，盗图的法律边界在哪里？被盗图之后又应该如何维权呢？本文试着做一解读。

关键词：盗图；法律；应对；电子商务

一、卖产品即卖图片

电子商务使得大量的实体店产品来到线上展示和销售，于是产品（宝贝或店铺）展示图片就变得尤为重要，线上的买家看不到产品本身，图片顺理成章成为产品的替代，因此拍摄精美的产品图片才能抓住消费者的眼球。

于是，越来越多的卖家开始在图片上下足功夫，聘请专业的摄影师、模特，有的甚至跑到外地或国外取景，卖家服务市场也出现了专门的图片美化、店铺装修供应商，代运营公司也将图片作为一项主业。笔者跟部分淘宝大卖家沟通了解到，服装类的大卖家每年拍

* 张延来：本所律师，专利代理人，中国电子商务协会政策法律委员会委员，中国电子商务研究中心特约研究员。



摄上千张图片是非常正常的,也正是这些美图保证了他们的产品能够打动买家的芳心。

二、盗图凶猛

网络是一把双刃剑,她所带来的可不仅仅是商业上的便利,卖家们很快发现,网络技术使得别人盗用自己的图片也只需要复制和粘贴两个动作而已。下面是三位被盗图卖家的心声,相信不少原创卖家都有同感:

卖家 A:这几天心里极度郁闷,不看不知道一看吓一跳!淘宝盗图的卖家从几心到几皇冠的大有人在。虽然半年多才做了三颗钻,但一路辛苦走来,尤其是给商品拍照制作可以说是最麻烦的一件事了,一个商品拍个十几张下来还要选片,最后经过制作编辑,好的照片可以说是所剩无几,上一次新就需要好几天的时间。可是盗图者用鼠标轻轻截一个图,别人几天的劳动就这么轻而易举的被人家放到自己店铺去了,这样不仅是偷盗的行为,还是欺骗消费者,因为他们的图片根本就不是用自己的实物拍的,谁知道到手的东西有多大的差距?

卖家 B:淘宝店刚开不久,我想应该不会被盗图!没想到,那天上网一搜我物品的关键字,居然让我发现很多家在盗我的图!当时就傻眼了,怎么会有这么多家!我们的照片是找认识的摄影师拍的,确实拍的很好!就是因为拍的好,所以被盗!大家也知道武汉有多热,我们这么热的天拍的外景,就这样被他们轻易窃取!盗图被我发现,好歹也说句对不起什么的,结果居然全部是很嚣张的卖家啊,说话很不客气!而且不乏一些四钻卖家!

卖家 C:我们过几天要上聚划算的,结果倒好,一个竞争对手在集市开了一家店,把我们的店铺设计和宝贝图片完全复制过去,价格标的非常低,买家去买,他故意说没货了,明显是为了让买家不买我们的货,我们还怎么做啊!



笔者所在的事务所作为唯一一家入驻淘宝法律服务市场的律师机构,经常收到卖家发来的法律咨询,其中有一半左右都是跟盗图相关的,而笔者跟淘宝小二和多个大卖家沟通下来,也知道盗图其实已成为目前淘宝平台上最头疼的问题之一。

三、盗图的法律责任

“盗图”这个词之所以形象,就是因为把别人辛苦创作的成果直接拿去自己使用,这种行为跟偷盗没有区别。但是严格来说,盗图并非法律概念,盗图对应到法律应该叫做“侵犯著作权”,简言之,就是图片的原创作者对其享有著作权,未经权利人许可使用的行为,就构成了著作权侵权。

侵犯他人著作权在法律上主要面临以下几种法律责任:

民事责任,也就是通常所说的赔偿,一般而言被盗图的卖家作为原告是难以证明对方盗图给自己造成的损失或者对方因盗图获得了多少盈利的,在这种情况下,法院会根据图片的拍摄成本、对方使用范围和时间、对方是否明知等因素综合确定一个赔偿数额,也就是所谓的法定赔偿,目前上限是 50 万元,但《著作权法》最新修订很有可能提高到 100 万元;

行政责任,是指政府著作权管理机构根据权利人的举报,查实后直接对侵权人给予警告、罚款、没收工具等处罚,行政责任的承担不影响其继续承担民事责任。

刑事责任,侵犯著作权行为严重到一定程度,就可能涉嫌违反刑法,构成犯罪。我国现行《刑法》规定了“侵犯著作权罪”,具体规定:“以营利为目的,有下列侵犯著作权情形之一,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金:(一)未经著作权人许可,复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作



品的；(二)出版他人享有专有出版权的图书的；(三)未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；(四)制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

平台违约责任，卖家跟平台(例如淘宝网、拍拍等)之间签订了协议，协议中约定了卖家侵权的相关责任，以及平台可以采取的处罚手段，一旦卖家盗图则构成对平台的违约，平台可以根据协议或平台规则处罚卖家。需要注意的是，平台违约责任往往与卖家的切身利益更为密切，因为平台的处罚会直接影响卖家经营，所以建议卖家多多关注协议的相关内容和平台规则。

四、如何治理盗图

盗图来势汹汹，一味的放任和忍耐不是办法。那么怎样治理盗图呢？这需要权利人弄清楚以下几个问题：

1. 如何证明图片是我的

所有的维权行为，前提都是要拿出权利凭证，证明你才是图片的著作权人。目前我国法律规定最有证明力的当属各地方(省级)版权局颁发的版权证书，但对于卖家而言，一张证书几百元的费用以及个把月的办理时间恐怕难以承受。

第二个可选项是底稿，淘宝平台目前接受原图作为投诉证明，法院也接受，但审核的更严格，一般要 raw 格式才可以(原始图片格式，不像 jpg 等可修改)。

第三个选项是电子版权登记，例如时间戳、实拍保护等，不清楚的读者可以搜索一下，电子登记都有速度快、价格低的特点，非常适合淘宝卖家。二者的不同在于，时间戳除了可用于向淘宝平台投诉，还可以用于诉讼，而实拍保护在淘宝平台的运用非常有效，至于司法实践中的证明力尚无定论。

另外需要指出的是，不少卖家会有一些所谓的经典款、经典设计，这些图片可以选择著作权登记或者直接申请外观专利保护，虽



然时间长成本高,但将来作为证据的效果好。其他一般的图片可以选择更有性价比的方式保护。很多人不知道什么情况下选择外观专利保护,一般而言用于产品本身的具有美感的新设计就可以拿去做外观设计专利申请了,如果是模特穿了一件衣服摆造型拍出来的图片,因为并非用于产品本身,则不能申请外观专利。

2. 维权手段的选择

发现盗图后,向淘宝平台发起投诉,要求删除被盗图片是最常用的手段,投诉渠道现在统一是 qinquan.taobao.com 平台,注册帐号后按照要求投诉即可。

但实践中,很多卖家发现,今天投诉删除了,明天新的盗图又发上来,这个时候就需要考虑针对多次或者严重侵权的卖家提起诉讼维权了,诉讼虽然流程较长,但在震慑盗图者和显示维权决心这方面更有效果。

3. 如何固定侵权证据

淘宝投诉盗图时,需要提交盗图页面链接的,如果诉讼,则必须到公证处做网页公证,以免诉讼后,对方主动删除页面,原告方就无法证明对方的侵权行为了。

4. 投诉理由如何选择

投诉理由如果没选对有可能投诉失败,例如你用著作权为理由投诉对方卖假货(侵犯商标权),或者拿一个外观设计专利来投诉对方侵犯著作权,这都是不正确的。

5. 正品经销商可以用品牌商的图片吗

很多卖家销售的是正品,例如某品牌的油漆,他认为自己有正规的进货渠道,所以在店铺里使用这个品牌的图片(例如广告图片、代言人形象图片)是没问题的。这是一个误解,销售正品可以在店铺中适当标注该品牌的商标,但该品牌自己拍摄的图片一样不能擅自使用。实践中,不少的品牌权利人正是以盗图为由,投诉其经销商,



从而达到价格管控和清理渠道的目的。

6. 以盗图为幌子的不正当竞争

淘宝的竞争日益激励，不少卖家开始用淘宝规则打击竞争对手，甚至有卖家先盗用对方的图片，然后投诉对方盗图，利用规则漏洞实现将对手产品下架的目的。在这里，还是要提醒卖家，这样的行为是不可取的。一方面会影响到自己在平台的信誉，不利于日后的正常投诉，另一方面，如果恶意投诉给其他卖家带来较大损失（如关店、爆款被删除）等，受损一方很有可能提起诉讼，有关的案例笔者也办理过，法院是倾向于支持受损一方获得赔偿的。

7. 专业的第三方机构很重要

系统并且有效的治理盗图，需要熟知法律、平台规则并且有丰富的操作经验，卖家自己去掌握上述信息是非常困难的，往往在操作过程中遇到各种困难，进而灰心丧气。实际上，社会已经处于高度分工的阶段，卖家不需要在在自己不擅长的领域亲历亲为，可以考虑选择专业的第三方机构托管你的图片，把备案、投诉、维权等一系列工作外包出去，卖家只要关心结果就可以了。



订单换股权

企业获重生

——某竹木公司危机重组纪实

□ 朱智慧 * 刘大佳 *

江、浙、沪两省一市交汇处的 A 县城，自古以来物产丰饶、民风淳朴，是驰名中外的渔米之乡，以特有的水乡、古镇和田园风光闻名遐迩。改革开放以来，这座有着六千年农耕文化的古城，随着滚滚的历史车轮开启了工业化和现代化进程，经济发展取得了巨大成就，吸引了很多港台商在此投资设厂。

2011 年 9 月，境外某上市公司的下属企业与当地富商王某在 A 县城共同投资成立竹木公司，总投资额近亿元，经营竹木地板的生产和销售业务。因上市公司是全亚洲的行业龙头企业，对竹木地板产品有很大的需求，预计每年都可以给竹木公司提供高达十几亿元的订单量。同时，当地政府也将竹木公司列为重点扶持企业，给予各类优惠政策。这些得天独厚的优势都预示着竹木公司将拥有广阔的发展前景。

但就是这样一家企业，却在成立不到一年时间里，就陷入了资金链断裂、停产停工、债权人聚集逼债和濒临破产等一系列危机。是什么原因让它陷入危机？它又是如何实现重生的？

* 朱智慧：本所高级合伙人，公司法律部主任，杭州市西湖区人大代表，浙江省中小企业法学研究会副会长。

* 刘大佳：本所公司法律部律师，浙江工商大学法律硕士。



危机浮现 临危受命

2012年7月20日,上市公司的李经理来到浙江金道律师事务所,与金道所的胡东迁、朱智慧、申柱石及张峰律师会面寻求法律支持。李经理介绍,他们在之前的内部审计中就发现竹木公司存在财务管理混乱、资金流动异常等问题,但当时并没有给予足够的重视。不料没过多久,竹木公司就突然停产,大批债权人开始聚集逼债,竹木公司目前完全处于瘫痪状态。但由于上市公司并未直接参与竹木公司的经营管理,对许多情况并不太清楚,希望全权委托金道所来处理竹木公司的本次危机。由于案情重大,经过认真讨论后,律师建议先对竹木公司开展初步的外部审计和尽职调查,待了解情况后,再寻求解决方案。

2012年7月至8月期间,律师根据李经理提供的一些线索,先后数次赴A县城,对竹木公司进行初步的尽职调查工作,了解竹木公司的工商登记情况、银行贷款、土地及厂房的抵押情况,以及涉诉情况等;与此同时,外部会计师对竹木公司的部分财务账册也进行了清查。律师调查和会计清查的结果显示,竹木公司与王某个人及其控制的其他企业之间存在巨额往来款项,并为王某控制的其他企业提供了大量的银行贷款担保。律师在调查中还意外地发现,王某还以竹木公司为担保人,向社会人员借了大量的高利贷,数额难以估计,而且部分放贷人已经将王某和竹木公司起诉到法院要求归还到期借款。

根据掌握的情况,律师认为竹木公司的情况极为复杂,存在大量债务和潜在债务,竹木公司很可能已经资不抵债。如果爆发债权人集体起诉竹木公司的情况,公司必然走向破产。届时,上市公司的投资将血本无归。律师建议,当务之急是要全面接管竹木公司的管



理权,并稳住债权人,以免危机爆发后局面失控。

全面接管 扭转局势

为尽快全面接管竹木公司,经办律师首先要攻克的难题就是说服王某暂时交出竹木公司的管理权。虽然竹木公司当时已经危机四伏,王某个人也债务缠身、举步维艰,但王某似乎并没有认清局势,仍然固执的相信竹木公司不会破产,其个人的债务危机也可以顺利“摆平”。为此,律师与王某进行了长达几个小时的沟通,为王某全面分析竹木公司面临的复杂问题,并向王某释明,如果竹木公司的危机爆发,破产将在所难免,届时不仅竹木公司的股东和债权人(这些债权人很多都是王某的长期合作伙伴)损失惨重,他个人也可能承担不利的法律后果。在打消了王某的种种顾虑后,王某终于认识到竹木公司的混乱局面已经远远超出了他自己能够控制的范围,选择由专业的律师团队接管公司,无疑是挽救竹木公司和他自己的唯一机会。

次日,竹木公司召开紧急会议,王某通过董事会决议宣布了律师工作小组全面接管竹木公司的决定。之后,金道所迅速抽调专业律师,组建了由胡东迁、朱智慧、申柱师、张峰、吴红亮、刘大佳、姚杰及来晶晶律师8人共同成立的律师工作小组进驻竹木公司。为稳住局势,并打消竹木公司管理人员对律师工作小组的抵触心理,律师们在入驻后主动与公司的管理人员进行了十分诚恳的沟通交流,争取他们对律师工作小组的信任和支持。

律师工作小组全面接管竹木公司的消息传出后,银行、供货商以及其他债权人一时间纷纷聚集到竹木公司,来打听竹木公司下一步的走向。此外,他们还通过各种方式向律师工作小组施压,个别债权人甚至扬言:“如果再不还钱,就强行将竹木公司的存货、办公用品全部拉走”。



为了稳住局面,驻地律师们每天都要不停地接待这些愤怒的债权人,倾听他们的控诉、抱怨和责备。这无疑打乱了律师对竹木公司进行彻底清查的工作计划与进度。但驻地律师敏锐地发现,几乎所有的债权人都希望竹木公司能够尽快恢复生产,并通过今后的经营逐步清偿债务。无独有偶,王某也曾向律师们表达了希望公司尽快恢复生产的强烈愿望。

经过充分的论证和商讨,律师认为完全可以利用王某和债权人希望竹木公司恢复生产的心理预期,来扭转公司的混乱局面。之后,律师工作小组通过各种渠道对外释放积极信号,一是律师工作小组接管公司的目标是让公司能够尽快恢复生产,摆脱困境;二是恢复生产的前提是彻底清查竹木公司的现有资产和债权债务状况;三是希望债权人能够配合律师工作,耐心等候清查结果,如果继续聚集逼债或闹事,竹木公司将主动申请破产。这三个信号释放出去之后,很快就收到了成效,大部分债权人都表示愿意等待和配合律师工作小组对竹木公司进行彻底清查,部分债权人为了缓解竹木公司的资金压力,还主动撤销了已经起诉到法院的案件。

至此,竹木公司终于送走了满腔怒火、纠缠已久的债权人,成功扭转了混乱局势。正是律师们的机智,为彻底清查竹木公司赢得了极为宝贵的喘息时间,也为竹木公司后来成功实现重组创造了有利条件。

内查外调 保护资产

虽然在接管之前,律师已经对竹木公司的情况有所了解,但对竹木公司的现有资产、债权债务以及对外担保的确切情况,并未完全掌握。律师们知道只有准确完整地掌握这些数据,才有可能帮助竹木公司实现重组、摆脱困境。因此,在竹木公司的局势得到扭转后,律师们迅速拟定了详尽的工作计划,启动了对竹木公司全面清



查的工作。

一是清点公司的现有资产。由于竹木公司的财务管理混乱,帐上资产与实际资产出入较大,为律师清点公司资产制造了不小的麻烦。无奈之下,负责这项工作的律师只能通过逐一核对这种最原始的方法,清查竹木公司的资产。最终编制出了竹木公司的生产设备清单、存货清单、办公设备清单等一系列资产清单。

二是核对公司应收应付款。为了方便供货商申报债权,律师工作小组专门设置了债权申报热线,并与五十多名供货商逐一核对采购合同、入库单以及发票等债权材料,对于有异议的货款,律师认真核实、详细记录相关情况。

而与采购商核对应收款的工作则相对困难一些,由于采购商的抵触情绪,律师只能亲自登门拜访,并千方百计的劝说他们配合核对账款,用诚意换取采购商的信任,最终编制完成了应收货款清单。

三是清查竹木公司的银行贷款去向。为了查清竹木公司银行贷款的去向,律师们审查了竹木公司的全部银行贷款材料。在审查中发现,由于银行自身的操作失误,银行在实现竹木公司土地房产抵押权上存在一定的法律障碍,律师们及时抓住这一有利条件与银行进行了沟通,最终说服银行转向支持竹木公司的复工和重组计划。

四是管理竹木公司的日常工作。为了防止竹木公司的资产被哄抢,驻地律师建议竹木公司加强安保措施,安排人员修复了公司部分破损的围墙和门窗;处理了竹木公司闲置的部分边料,帮助公司补充日常开支;律师们还为竹木公司制定了内部组织机构简化方案,帮助竹木公司精简内部管理机构,并妥善处理和安置了部分离职员工。

经过律师们连续一个多月马不停蹄的工作,竹木公司的情况终于拨云见日水落石出了。经核实,竹木公司的固定资产及权益总额约 1.9 亿,供货商约有 50 多名,应付货款约 3 千万,银行贷款约 1.1



亿,债务总额约 1.4 亿;但由于竹木公司有大约 7 千万的对外担保和大约 2 千万无法收回的对外债权,竹木公司实际上已经资不抵债。如果找不到“解套”的方案,竹木公司破产几乎已成定局。届时,上市公司的投资将全部“打水漂”,银行和供货商也将遭受重大损失。

巧设方案 破困重组

竹木公司的清查工作完成后,律师们开始将注意力集中在解决方案的设计上,目标是在保障上市公司投资权益不受损的基础上,协助其成功退出竹木公司,同时帮助竹木公司盘活现金流,以满足王某和债权人恢复生产的诉求。但由于竹木公司债权债务结构极为复杂,资金链条几乎是环环相扣,动弹不得,只有寻找到愿意收购上市公司股权的新投资人,才有可能实现这一目标。但在经历了几轮融资谈判后,有意向的投资者都因害怕被深度套牢先后选择了放弃。

律师们预感到如果仍然找不到新的投资人,债权人对竹木公司恢复生产的预期很快就会下降。届时,债权人又会聚集逼债,竹木公司又将陷入混乱。律师们决定必须另辟蹊径,从竹木公司的内部入手寻求解决之道。经过深入分析后,律师们认为制约竹木公司恢复生产的关键要素是资金,而上市公司要想成功退股,就必须先解决好竹木公司的资金问题。其次,虽然上市公司已不可能继续为竹木公司注资,但却有条件继续为竹木公司提供订单。经过多次论证和测算后,律师们最终提出了以“订单换股权”的解决方案:一、由上市公司及其关联企业下订单收购竹木公司及王某关联企业的剩余存货,补充竹木公司恢复生产所需的资金;二、作为交换订单的条件,由王某或其关联企业按原价受让上市公司在竹木公司的股权,并说服债权人给予竹木公司三年的偿债宽展期;三、竹木公司恢复生产后,上市公司继续向竹木公司下订单,从货款中逐步扣回王某应付



给上市公司的股权转让款。这一方案可谓“一石三鸟”，既实现了上市公司按原价退股的目标，也为竹木公司复工和后续经营提供了资金来源，同时，也将竹木公司的控制权顺利交还给了王某。重组方案提交各方后，很快地得到了上市公司、王某、银行及其他债权人的一致认可，在谈妥具体的细节问题后，律师工作组为各方起草了重组所需的全部法律文件，并协助各方完成了方案的执行。

梅开二度 企业重生

2012年11月底，竹木公司鞭炮齐鸣，人声鼎沸，生产车间又响起了“轰隆隆”的机器轰鸣声，竹木公司终于走出阴霾恢复了正常的生产，公司的董事长王某脸上露出了久违的笑容。竹木公司即将以崭新的面貌、蓬勃的生机迈入新的一年——2013年。

2013年初，李经理再次来到杭州，特地宴请工作小组的全体律师，金道律师们出色的工作成果，赢得了上市公司领导的高度赞许。

金道律师在竹木公司危机重组中提供的法律服务，充分展现了金道律师勤勉的工作态度、专业的法律素养、丰富的实战经验和团队合作精神。他们的工作成果，不仅维护了客户的投资利益，成功帮助竹木公司走出了困境，还有效保障了五十多名债权人的合法权益，取得十分良好的社会效果，也体现了律师作为法律人的社会责任感。



爱心接力——

走进杭州市儿童福利院

10月27日上午,本所党支部、团支部第八次践行"走进儿童福利院、献爱心捐助活动",在邱华律师的带领下,七名律师(包括实习律师)再次前往杭州市儿童福利院,代表本所捐赠了现金5000元及价值5000元的儿童食品、生活用品等慰问品。

杭州市儿童福利院的负责人对金道所一行的到来表示欢迎,并感谢金道所年复一年的爱心捐赠。在其带领和介绍下,各位律师认真听取了儿童福利院的发展状况、孩子们的生活和学习情况,参观了学习康复教室,并在操场上和孩子们进行了简单的交流活动。

活动结束后,针对儿童福利院老师工资待遇低、人员流动性强等核心问题,各位律师积极献策,发表自己的意见和看法,最后邱华律师代表本所向负责人表示,希望通过本所渠道广泛发动社会力量来共同解决当前儿童福利院面临的实际困难。

本所组织员工

赴韩国济洲岛旅游

8月16日-19日，本所组织员工及家属共计86人赴韩国浪漫之岛-济州岛旅游，游览了世界自然文化遗产--汉拿山、城山日出峰、龙头岩、柱状节理带、涉地岬等景区，既感受了当地的民族风情，又品尝了各类韩国小吃。通过此次旅游，不仅缓解了大家平时的工作压力，也增强了团队的凝聚力和向心力。



咏梅

□ 胡祥甫*

虽是岁末破蕊迟，
幽情才发一两枝。
冰浸雪润著就身，
风骨不与百卉同。



* 胡祥甫：本所主任，一级律师，西南政法大学法学学士，复旦大学法学硕士，杭州市律师协会会长，全国律协理事，杭州市人大代表，浙江省人大地方立法专家委员。

青 灯

□ 王 雪*

少女青灯自小对猫情有独钟,但由于母亲反对,始终未能如愿收养一只。婚后丈夫萧琰对她呵护备置,临盆之际,丈夫为安抚青灯情绪,抱来一只小猫,通体雪白,只耳边有点点猩红,初看去竟似耳朵在点点渗血。儿子萧城和猫儿便在同一天成了青灯收到的最称心的礼物。奈何儿子似乎和外婆一样,对猫儿天生排斥,只要猫儿接近,前一秒还在梦里熟睡的小萧城便马上醒来哇哇大哭,这让青灯很是头痛,只能将猫儿独自放置在偏院里的小房子里,平日自己尽量多过来照拂。

某日,原定七日的出差由于目的地连日满城雾霾而临时取消,原本就放不下家里的青灯如释重负,归心似箭赶回家给萧琰一个惊喜。正想打开房门,便听到萧琰和别人嘘寒问暖的电话对话。待一通电话打完,青灯推门而入,正待质问,萧琰一脸惊喜将其拥入怀中,耳边呢喃:“电话里还说几天后回来呢,原来是要给我惊喜啊”。青灯错愕,“难道你刚刚是在跟我打电话?”翻开通话记录,赫然是自己的名字和号码,而自己的手机却毫无信号,仅可拨打紧急号码。而刚刚的声音分明与青灯无二,夫妻大惊,连忙寻求在移动工作的同学帮忙,而查询结果更是让人不寒而栗。萧琰走到偏院小房子里并不着痕迹的扫视一眼,果然发现猫儿雪白的身体下隐隐透着幽幽的蓝

* 王雪:本所公司法律部律师助理,中国人民大学法律硕士。



光,应该正是之前青灯不翼而飞的手机。

一个诡异的念头在萧琰心中升腾起来,早听说猫非介于阴阳界,关于猫的灵异事件也数不胜数,莫非真有此事?如若真是猫儿假扮青灯,那是何居心呢?带着种种疑问,萧琰嘱咐青灯尽量远离猫儿,上网搜索各种关于信息后,从来不信鬼神的萧琰带着猫儿的照片第一次拜访了盛名于老家的一位大师。大师闻罢前因后果,始终眉头紧蹙,待看见猫儿的照片后,神色大慌,照片中原本低头吃饭的猫儿竟抬起头,似乎对着大师诡异一笑。笑这个字用在猫身上原本就很荒唐,大师长唉一声后,道出一段话,便关门送客了,任凭萧琰再三请求,也不再待客。而那一席话犹如一记重锤击在萧琰心中,在这个向来云淡风轻泰山崩于前而色不改的男人脸上第一次出现了惨白的脸色,“此物乃猫鬼污血所化,猫非属阴阳,九命皆亡之后,魂魄若不愿自行散去,便散落于世间污秽之地,久而久之,便自行吸收世上所有猫血,幻化成本该是通体血色的猫型。终生体态不变,道行每加深一分,颜色便淡一分,现如今看来,只待耳旁猩红消散,便可找个寄主幻化为人了,只怕这个寄主目标就是尊夫人吧。万事万物,相生相克,尊夫人需尽快离开此物,至于能不能度过此劫,就看天意和她的造化了……”

看到妻子的身影日渐单薄,猫儿耳旁的猩红也一点点逐渐消失,萧琰始终无计可施,日日难以入眠。终于,一日萧琰突然想起大师最后提到万事万物相生相克,而该市素有捕杀病猫的传统,一旦有猫生病,该市都会组织将病猫圈养治疗,并在每年的固定时日将始终不能痊愈的病猫捕杀,避免病毒进一步变异传染。而自己第一次见到猫儿的时候正是该日,菜场东侧满地血迹,猫儿也正在中间瑟瑟发抖,似在默默告别自己的同类。而自己初将猫儿抱至青灯处,因青灯身体有血迹,猫儿也不愿靠近,莫非这猫鬼的相克之物竟是血?萧琰便不小心将鸡血洒落于偏院门槛处,果然看到猫儿总是绕



道而行。如此一来，萧琰便计上心头。

几日后，小萧城一岁的生日到来，萧琰便先将青灯和小萧城送去外婆家，自己则带猫儿前去菜场。临别之际，猫儿似乎有所察觉，任凭如何阻拦也要跟随青灯，惹得青灯怀里的小萧城也似乎受感染哇哇大哭，直至青灯的车渐行渐远，萧琰手臂上也留下几行鲜血直流的抓痕，猫儿才终于安静下来。萧琰依计将猫儿带至斩猫台，并将其困于血迹中央，计划实施的异乎寻常的顺利，明火足足烧了五个小时，直到把原地的血迹先结痂再灰飞烟灭。只是，一切似乎过于顺利，猫儿也过于安静，从头到尾不再反抗，似乎看尽了人间的沧桑，只隔着红莲业火用难以割舍的凄楚眼神遥遥凝望着萧琰，似乎想就这样用尽此生的最后一点时间，而后转身，将最后的眼神投向身后，对面人群中站立的抱着哇哇大哭的小萧城的青灯。“这猫竟然会流眼泪?!”人群中爆发一阵惊呼，于是满城风声。

危机终于解除，总算有惊无险，只是小萧城经此一惊吓，竟直至五岁不能言语，更是排斥与人接触，甚至见到父母都大哭大闹，小小年纪竟然只愿独处。待六岁生日之际，小萧城缓缓吹熄蜡烛，闭上眼睛，而后微启双唇，竟似想要亲口许愿。满座亲朋无不屏息凝神，只见小萧城睁开双眼，说出的第一句话久久回荡于寂静无声的大厅——“母亲，今天是您五周年的忌日，我不会忘记”!



李俊凤 律师

专长:民商事、公司法、国际贸易

学历:吉林大学 民商法学硕士

从业资格:

1998 年取得律师资格证书

2005 年 12 月取得律师执照

经历:

1999 年 7 月于吉林大学法学院经济法系获得法学学士学位,进入某大专院校任法学讲师,教授法学专业课程。2002 年考入吉林大学研究生院,2005 年 7 月获得吉林大学民商法学硕士学位。2005 年 6 月起从事专职律师工作。

典型业绩 诉讼业务:

自从业以来,代理数百起诉讼案件,涉及民事、商事、知识产权、国际贸易等领域,积累了丰富的诉讼经验。相关案例有:

1. 日本某株式会社诉杭州某公司股权转让合同纠纷案。
2. 德国某自然人与浙江某上市公司子公司服务合同国际仲裁案。
3. 某国际服务机构香港公司诉香港某集团著作权案。
4. 日本某株式会社诉义乌某拉链公司、温州某拉链公司商标侵权案。
5. 浙江某国有企业与江苏两重整企业的委托代理合同再审案。
6. 杭州某科技公司诉股东侵害公司权益案。
7. 杭州某贸易有限公司诉香港某船运公司及江苏某货代公司海事纠纷案。



8.为浙江某国企公司股权及债权上市交易提供法律意见书。

研究成果：

1.《由合同法实务引发的理论思考》发表于吉林省《审判纵横》2004年11月期。

2.《配偶权相关热点问题浅析》发表于《中国社会科学理论探讨与展望》2003年版。

3.《效率违约理论若干问题探讨》发表于《中国政治与文明建设》2003年版

4.《基因专利引发的利益失衡与调整》获2006年浙江省省直律师协会法律理论与实务研讨会论文评选一等奖,发表于《律师实务研究》第一卷(浙江大学出版社出版,唐国华主编)

联系方式：

电话:0086-571-87007122

传真:0086-571-87006661

手机:13666611626

电子邮箱:ljf@zjblf.com



苏发德 律师

专长：节能、生物质、光伏发电项目法律服务、私募股权融资、公司法律服务以及房地产项目法律服务。

学历：

河北工程大学 工学学士

吉林大学 法律硕士

履历：

1995年3月-2004年9月 某法院二级法官。历任经济庭(民二庭)书记员、助审员、民一庭审判员、审监庭庭长、院审判委员会委员。

2004年9月-2007年7月 吉林大学法学院法律硕士专业学习。

2006年7月-2009年6月 北京市金杜律师事务所杭州分所专职律师。

2009年8月至今 浙江金道律师事务所专职律师。

典型业绩：

1. 法院任职期间, 审理、执结各类民商事刑事案件执行案件 500 余件。

2. 作为浙江某集团公司并购项目公司方律师参与资产重组, 出具法律意见。

3. 作为多家能源管理公司法律顾问多次参加合同能源管理、生物质发电、光伏发电等项目非诉法律服务。



联系方式:

电话:0086-571-87007132

传真:0086-571-87006661

手机:15958103686

邮箱:sufade@yeah.net



金道动态

※12月7日,2013浙江省中小企业法律服务论坛在省人民大会堂举行。本次由浙江省经济和信息化委员会(省中小企业局)、浙江省法学会作为指导单位,浙江省中小企业法学研究会主办、浙江金道律师事务所、浙江省中小企业服务中心承办,浙江智仁律师事务所、浙江省对外服务公司协办。省人大法制委员会主任委员、省人大法工委主任丁祖年、省经信委副主任高剑明,省司法厅副厅长俞世裕、省法学会常务副会长陆剑锋等领导出席并致辞。省中小企业法学研究会会长、本所主任胡祥甫主持开幕式,本所副主任崔海燕主持当天下午嘉宾演讲并主讲了《企业境外投资的机遇和挑战》。

※近日,本所高级合伙人罗弘韬律师以工程法律专业贡献突出、服务质量高、热心中国建筑房地产行业法制进步,经主办单位——美国《工程新闻纪录》(ENR)、建筑时报社历时半年多的调查、预选,并经主办单位邀请的中国建筑业协会及多家地方建筑业协会、中国房地产业协会、最高人民法院及相关地方法院、建筑时报社及大型施工企业等方面的工程法律专家组成的“2013ENR/建筑师时报最值得推荐的60位中国工程法律专业律师专家推荐委员会”推荐,被评为“2013ENR/建筑师时报最值得推荐的60位中国工程法律专业律师”之一。

※11月28日至30日,首届华东律师体育友谊赛在上海深源体



育中心举行。本所高级合伙人钱雪慧律师凭借出色的羽毛球功底，代表浙江省律师协会参加羽毛球比赛。

※11月27日，本所高级合伙人钱雪慧律师受杭州市妇联、新登镇妇联邀请前往富阳新登镇政府为全镇妇女同胞开展“远离家暴，让爱守护家”为主题的讲座。钱雪慧律师寓教于乐、深入浅出的讲解获得了妇女同胞和与会人员的一致好评。

※11月26日，赵箭律师作为九三学社杭州市委法律服务顾问团副团长参加第十二届专家与中小企业家握手活动。赵箭律师与杭州亿速度科技有限公司结对，双方签署了法律咨询服务协议，依据协议，赵箭律师将为该公司提供一年的免费法律咨询服务，以专业的知识助力企业的成长。

※11月21日、22日，本所副主任、国际经贸法律部负责人崔海燕律师应德国石荷州杭州代表处及英中贸易协会杭州代表处的邀请，分别参加了浙江石荷州合作洽谈会暨德国石荷州投资推介会以及英格兰西南地区商业贸易及投资推介会。

※11月13日至22日，胡祥甫主任以市律师协会会长身份随杭州市司法局局长吴声华一行考察新西兰、澳大利亚、韩国。考察团异性走访了新西兰奥克兰高等法院、澳大利亚 MARQUE 律师事务所、韩国首尔地方律师协会，深入了解了新西兰司法制度、澳大利亚和首尔的律师制度。

※11月20日，本所高级合伙人钱雪慧律师作为无党派人士前往浙江省政府大楼，参加中央统战部召开的全国无党派人士学习实



践十八大三中全会精神电视电话会议。

※11月19日下午,受杭州市法律援助中心的邀请,本所郭力、钱文中、周忠伟、吴萃律师分别对刑事和民事法律援助办案质量进行专家评审工作。本所律师的认真负责态度与专业技能获得了组织方的认可。通过积极参与此活动,为规范法律援助办案流程、提升办案质量、宏扬无偿公益精神,金道人贡献应尽的一份绵薄之力!

※11月18日,本所高级合伙人夏家品律师受顾问单位浙江省嘉维交通科技发展有限公司之邀请,作题为《交通工程承建的法律风险及防范》讲座。夏家品律师分别从工程承接、签约及结算三个环节作为切入点,结合案例讲解了其中各环节的法律风险及建议规避措施,受到了参会员工的好评。

※11月14日,本所高级合伙人夏家品律师荣获2013年度杭州市“最美青工”称号,并在共青团杭州市第十八次代表大会闭幕式上颁奖表彰。杭州市委副书记、市人大常委会党组书记王金财,团省委副书记苗伟伦等领导出席并给获奖者颁发证书。

※11月12日-14日,本所高级合伙人夏家品律师作为团代表参加了共青团杭州市第十八次代表大会。

※11月9日—10日,浙江律师协会刑事业务委员会在缙云县同心大酒店召开了“2013省律刑委会年会暨省律协刑事业务操作指引研讨会”,来自全省各地共100多位刑委会委员、联络员参加了会议。本所副主任、高级合伙人胡东迁律师、高级合伙人魏勇强律师出席了会议。胡东迁律师作为杭州市律协刑委会主任,在会议上就杭



州刑委会 2013 年工作情况作了介绍交流。并作为省律协刑委会副主任主持了 11 月 9 日的“刑辩操作指引”研讨会。

※11 月 8 日,应俄罗斯驻上海商务代表处的邀请,本所副主任、国际经贸法律部负责人崔海燕律师前往俄罗斯联邦驻上海总领事馆,参加由俄罗斯驻上海商务代表处举办的俄罗斯投资环境推介会。俄罗斯驻上海商务代表处主任致欢迎辞,俄罗斯顶级商事律师事务所律师们向参会者介绍了外资企业投资俄罗斯的法律问题、俄罗斯的税收以及海关法律问题。崔律师会后与该律师事务所的高级合伙人进行了交流,双方表达了合作意愿。

※本所胡祥甫、顾炳鑫律师承办的挪用公款案二审改判缓刑。被告人王某某是国家一级注册建筑师、高级工程师,原系杭州某规划设计院常务副院长,因涉嫌挪用公款罪被杭州市下城区人民检察院提起公诉。起诉书指控王某某挪用公款 10 万元,归个人使用,进行行贿的非法活动,欲追究其五年以上有期徒刑的刑事责任。胡祥甫、顾炳鑫律师介入案件后,提出王某某遭遇索贿且没有获得不正当利益的辩护意见,从而使下城区法院没有认定其“进行非法活动”,一审判处其有期徒刑二年。上诉后,胡祥甫、顾炳鑫律师一方面多次与杭州市中级人民法院沟通,另一方面频繁去看守所会见王某某,最终成功为其争取到缓刑。2013 年 11 月 15 日,顾炳鑫律师到杭州市下城区看守所接出王某某,其重获自由。

※11 月 5 日下午,浙江省贸促会、浙江省国际商会第五届代表大会在杭州人民大会堂召开。省委书记、省人大常委会主任夏宝龙出席会议并讲话。省领导冯明、梁黎明、吴晶,省贸促会、省国际商会特邀顾问叶荣宝、盛昌黎等出席。中国贸促会秘书长杨平安致辞。本



所副主任、国际经贸法律部负责人崔海燕律师当选为新一届理事，任期5年，是本届理事会中唯一一名律师。

※11月2日上午，应萧山区法律服务产业发展中心（萧山法律培训中心）的邀请，本所高级合伙人、浙江省中小企业法学研究会副会长朱智慧律师为上市公司浙江亚太机电股份有限公司（亚太股份，股票代码：002284）的采购及国际贸易负责人员共计五十余人作了《采购合同的法律风险防范》专题讲座。本次讲座是亚太股份上市公司企业法律风险防范专题培训活动的一部分。

※截止10月31日，投融资法律部在事务所副主任兼部门主任、高级合伙人王全明律师和高级合伙人来晓明律师的带领下，在全部门律师、律师助理的共同努力下，已实现业务创收1015万余元，成为今年第一个实现业绩超千万元的业务部门。

※10月29日，由省经信委、浙江省海外联谊会、浙江省工商业联合会、省金融办、人行杭州中心支行和浙江银监局联合主办的“2013浙江成长型企业投融资大会”（简称“浙融会”）在省人民大会堂开幕。本所吴红亮律师受邀出席了此次大会，并于当日下午，与实习律师李丹一同参加了在杭州 JW 万豪酒店召开的现场融资咨询对接会。

※10月27日上午，本所党支部、团支部第八次践行“走进儿童福利院、献爱心捐助活动”，在邱华律师的带领下，七名律师（包括实习律师）再次前往杭州市儿童福利院，代表本所捐赠了现金5000元及价值5000元的儿童食品、生活用品等慰问品。



※10月26日,本所胡祥甫主任在湖州国际大酒店参加省律协八届常务理事会第十次会议。

※9月27日,杭州市律师协会国际贸易与涉外投资业务委员会邀请杭州市对外经济贸易合作局外资企业处傅丽瑛老师就“在杭外商投资企业现状及设立、变更实务”进行了专题研讨会,本所副主任、国际经贸法律部负责人崔海燕律师作为委员会主任主持了本次会议。

※9月16日,本所高级合伙人钱雪慧律师受邀出席杭州九钻机械有限公司位于塘栖的厂房奠基仪式。钱雪慧律师作为顾问律师为该公司的选址、拿地、建设等提供了系统而全面的法律服务,在一定程度上保障了新项目的顺利实施。

※9月13-14日,杭州市律师协会面向执业一年以内的新晋律师,在西溪海外海宾馆特地开设了“2013年新执业律师执业技能培训班”。本所刑事法律部副主任、高级合伙人、浙江省律师协会刑事业务委员会委员、杭州市律师协会刑事业务委员会秘书长王晓辉律师受邀为青年律师主讲“刑事辩护实务与技巧”。

※9月13日,胡祥甫主任对市人大《杭州市燃气管理条例》立法修正案提出修改意见、建议。

※9月12、13日,本所国际经贸法律部受浙江省商务厅的邀请,参加了由浙江省商务厅主办的“2013中国浙江商务服务交易博览会”。本次浙交会的主题为“创新改变未来”,邀请了境内外230多家中高端商务服务企业 and 机构前来参展,同时举办了对接会、现场研



讨会等一系列活动，为我省企业寻求解决方案和合作伙伴提供服务。

※9月10日，本所高级合伙人钱雪慧律师应浙江广播电视集团的邀请，为杭州梅迪亚宾馆的管理层领导授课。

※9月9日，本所高级合伙人朱智慧、申柱石、夏家品律师及晶晶实习律师一同接待到访本所的法国巴黎财富管理银行香港分行董事李佳倩女士，双方特就“财富传承与海外信托”等专业问题进行了深入的观点交流与合作洽谈，这为进一步提升“客户财富传承发展”法律服务质量创造了有利条件。

※9月6日，本所高级合伙人夏家品律师受邀出席杭州市农村创业菁英论坛暨“电商？流通？销售？权益”电子商务专题活动。本所麻策律师及陈鉴杰、李丹助理等在会场提供法律咨询服务。

※9月6日，本所与杭州市农村兴业带头人协会签订为期三年的《法律服务合作协议》，高级合伙人夏家品律师代表出席会议并签订合作协议。合作期内，夏家品、张延来、麻策等律师组成的法律服务团队，将为协会下属的近200家杭州市优秀农村青年企业（负责人）提供优质法律服务，为农村企业家创业发展保驾护航。

※9月4日，应杭州市信访局邀请，本所高级合伙人、建筑与房地产部负责人罗弘韬律师陪同市信访局杨副局长赶赴余杭区，就余杭区塘栖镇对外招商引资委托纠纷进行接访工作。罗律师现场对于焦点法律问题作出了阐述分析意见，获得各方认可及一致好评。



※近日,本所合伙人俞菊明律师成功办结了“新昌胶囊”事件的行政诉讼和刑事案件。本所俞菊明、唐小平律师接受新昌某某胶丸有限公司委托后,通过正当的法律手段,为委托人争取了巨大的财产权利。在刑事案件中,俞菊明律师为该公司股东王某某的在侦查阶段为王某某争取到了取保候审,并最终对其适用缓刑,获得了很好的辩护效果。

※本所高级合伙人朱智慧律师、合伙人吴红亮律师于2012年8月29日与杭州数字娱乐产业园签订导师聘任协议,正式受聘担任杭州数字娱乐产业园创业导师,为该园区入驻企业提供创业指导。

※8月29日,由朱智慧、吴红亮律师等组成的金道律师团队与杭州数字娱乐产业园签订战略合作协议,确定本所为律师事务所合作机构。

※8月29日,杭州市嘉绿苑小学三十名小学生来到本所,参加“红领巾相约中国梦”法制进小学活动。本所高级合伙人钱雪慧律师主持并宣布活动开始。第一个环节是别开生面的模拟法庭,本所合伙人胡浩明律师担任法官角色,徐杨超律师担任原告代理人,张驰程律师助理担任被告代理人,小朋友们在这别具一格的教育形式中感到了法制的力量。接下来,徐杨超律师和张驰程律师助理分别进行了普法教育和知识问答,小朋友聪慧机智的回答和广泛的知识面让在座的家长颇感欣慰。

※8月27日下午,应德信集团的邀请,本所建筑房地产部负责人罗弘律师率陈丽媚律师、任怡律师为知名房产公司德信集团作商品房销售的法律培训。



※8月26日下午,浙江省委副书记、政法委书记王辉忠一行莅临本所调研律师工作。省委副秘书长张才方、省司法厅厅长赵光君、副厅长俞世裕等领导陪同调研。市司法局副局长徐前,本所主任胡祥甫律师、副主任王全明、崔海燕律师热情接待王辉忠书记一行并汇报工作。

调研会上,王书记先后听取了杭州律师行业发展情况及本所执业发展情况的报告,并就律师申请执业、重大案件办理、规范法律职业共同体关系等问题听取汇报。

※8月24日晚,2013·杭州市律协首届“律师好声音”飙歌赛(决赛)在浙江省社会主义学院举行。李丹助理作为本所推荐选手凭借扎实的唱功和极具亲和力的台风,以一首合作曲目《我想更懂你》脱颖而出,分别荣获“十佳歌手”和“最佳人气奖”,她也是当晚唯一的同时荣获两个奖项的选手。

※8月24日下午,本所高级合伙人夏家品律师参加2013·首届杭州青年律师“梦想训练营”之“梦想三部曲(惑、解、道)”沙龙活动并作主题发言,与现场80余名与会青年律师代表交流了看法与感悟。

※8月24日上午,本所胡祥甫主任、夏家品高级合伙人、方圆合伙人及黄亮律师参加了在浙江省社会主义学院举行的“2013·首届杭州市青年律师‘梦想训练营’”活动。此次活动由市律协青工会、杭州市律协团委联合举办。会上,胡祥甫以律协会会长身份作讲话,夏家品以律协团委书记身份主持开幕式。

※8月24日,本所张延来律师受上海交大邀请,为上海市徐汇



区工商局的领导同志进行为期一天的法律讲座,讲座主题为《网络经济环境下的工商监管》。

※为了丰富员工的业余文化生活,让大家在忙碌的工作之余享受大自然美丽的怡人风光,8月16日-19日,本所组织员工及家属赴韩国浪漫之岛—济州岛旅游。此次旅游员工及家属共86人参加。

※近日,本所高级合伙人胡东迁律师成功办结了一起行贿案件。浙江某某建设有限公司法定代表人袁某某因涉嫌行贿罪,被萧山区人民检察院立案侦查。胡东迁律师介入后,及时与办案单位沟通联系,在侦查阶段为袁某某争取到了取保候审。在随后的审查起诉及审判阶段,胡东迁律师又围绕本案的事实、证据及相关法律适用问题,开展了大量辩护工作。最终,萧山区人民法院采纳辩护人的辩护观点,认定了袁某某具有立功情节,并综合其它量刑情节,对袁某某减轻处罚,判处三年有期徒刑,并适用缓刑。

※8月13日上午,应武义县国际商会的邀请,本所副主任、国际经贸法律部负责人崔海燕律师为武义重点外贸企业作涉外知识产权讲座。崔律师从案例入手,围绕定牌交易的知识产权风险、美国337调查及专利侵权诉讼的应对、商标遭遇境外抢注、技术壁垒、展会知识产权等外贸企业热点知识产权问题,为企业深入浅出地讲解,获得企业的好评。

※8月6日上午,由浙江省经济和信息化委员会指导,杭州市经济和信息化委员会主办,浙江省中小企业公共服务平台、杭州市中小企业服务中心承办的“杭州市中小企业服务商(机构)交流展览暨服务产品推荐会”在杭州市新侨饭店举行,出席会议的有省经信委



副主任岳阳、市经信委副主任徐土松、省经信委董晓培处长、市经信委沈勇强处长、杭州市中小企业服务中心陈国光主任、省博联何园园部长等省市领导及专家,共有 250 多名杭州市中小企业代表及中介机构代表参加了本次会议。

本所合伙人、杭州市中小企业技术创新促进会会员、九三学社杭州市委社会法制工作委员会委员赵箭律师受邀参加了“助力中小企业成长专家对话”活动环节,与省经信委副主任岳阳、市经信委副主任徐土松等领导及专家一起上台与参会的中小企业代表互动对话。赵箭律师还代表本所领取了杭州市中小企业公共服务平台示范机构认定证书,本所是唯一一家被杭州市中小企业公共服务平台重点推荐的律师事务所。

※8月6日,本所荣获“2013年度浙江省杭州市中小企业公共服务平台重点推荐机构”的荣誉称号。

※8月5日,胡祥甫主任在市律协会议室主持召开“律师进社区”工作协调指导小组办公室主任会议。

※8月3日(周六)下午 2:30,在浙江百瑞国际大酒店三楼宴会厅召开了“浙江金道律师事务所 2013 年半年度全体大会”。本次会议由高级合伙人、副主任王全明律师主持,大会还穿插了金口才演讲比赛决赛。最后本所主任胡祥甫律师提出“律师梦?金道梦”以展望金道所美好明天为结语。

※7月27日下午,杭州市永嘉商会第五届三次理事大会在之江饭店召开,会议期间专门组织了“百嘉创业讲坛”之法律专家讲堂。本所高级合伙人、浙江省中小法学研究会副会长、杭州市温州商会



律师顾问团副团长朱智慧律师应邀为参会的全体理事作了《公司股权并购中的法律风险防范》讲座。

※7月26-27日，在温州喜来登酒店举办的第三届浙江律师论坛。受浙江省律师协会的邀请，本所主任胡祥甫，高级合伙人崔海燕律师、童松青律师，参加了本届论坛。本次论坛共在全省范围内征集了138篇论文，其中胡东迁与陈士松合著的论文《论非法集资案件中担保合同的效力及权益保护》获得了二等奖，陈士松在大会分论坛和主论坛分别就该论文的主要内容及其对司法实践的借鉴意义作了发言。

※7月25日上午9点30，本所接待了古荡湾社区工作人员及参加夏令营的小朋友、家长一行共计三十余人。本次活动由行政部客服主管黄诗尧主持。首先律师代表李俊凤介绍了自己成长为律师的学习、工作过程，引发了大家对律师职业的共勉。随后由张雯律师针对暑期安全问题及法制问题进行了生动、简易地介绍，帮助小朋友们完善法律知识的漏洞。最后高级合伙人钱雪慧律师与小朋友进行了友好的互动环节，在法律知识抢答活动中，小朋友们积极举手，聪敏与活泼让我们留下很深的印象。

※7月17日，本所高级合伙人夏家品受杭州市下城区政协法律服务团邀请，为武林街道的30余名青少年开展暑期安全问题法制教育讲座。夏律师从独自在家、平时上网和出行安全三个方面，形象逼真、深入浅出地为同学们讲述了暑假期间应如何进行自我保护和安全防范。一个多小时的讲座，让同学们受益匪浅。

※今年6月28、29日两天，在杭州市之江饭店举办的2013年



杭州市律师协会 2013 年度律师实务理论研讨会，本所多位律师参加，其中李冰冰律师撰写的论文《民事诉讼法修改后案外人保护的途径》获得一等奖、胡东迁律师和陈士松合著的论文《论非法集资案件中担保合同的效力及权益保护》获得二等奖、俞菊明律师和郑梁合著的论文《股东资格确认案件的若干实务探析——以有限责任公司实际出资人要求确认股东资格为角度》获得三等奖。各位律师在大会上就论文的主要内容及其对司法实践的意义，做了精彩的演讲，获得了资深评委的点评与嘉奖。希望今后，各位律师再接再厉，在律师论坛上，展现各自的风采。