

# 金道律师

BRIGHTEOUS LAWYER

第一辑 · 总第三十四辑

2018.



【金道律师】

守信如金 为业载道  
Seeking the Best Solutions for Our Clients



杭州市文二路391号西湖国际科技大厦A座10楼/12楼 310012  
10F&12F , Building A,West Lake Plaza of International Science  
& Technology , No.391 Wen Er Road Hangzhou 310012  
Tel +86 (571) 87006666 81902800  
Fax +86 (571) 87006661

宁波市东部新城安波路168号环合中心一号楼12楼 315040  
12F , Huanhe Center , No.168 Anbo Road,Eastern New City,  
Ningbo 315040  
Tel +86 (574) 87164673  
Fax +86 (574) 87165043



2018. 第一辑 · 总第三十四辑

## >>大咖之声

- 《律师法》修改的原则和进路

## >>品牌聚焦

- 本所设立保加利亚办公室签约仪式在杭举行
- 本所绍兴分所框架协议签订仪式在杭举行
- 胡祥甫律师为全省检察机关公益诉讼业务培训班作讲座
- 崔海燕律师参加国际律师协会悉尼年会
- 王晓辉律师荣获杭州“‘十大律师先锋’之新锐律师”称号
- 陈能达律师荣获第三届“浙江省优秀青年律师”称号

## >>金道论坛

- 民事信托的困境与出路
- 增值税发票开具之民事救济的请求权基础
- 保险人恶意违约制度研究：以美国保险判例为视角

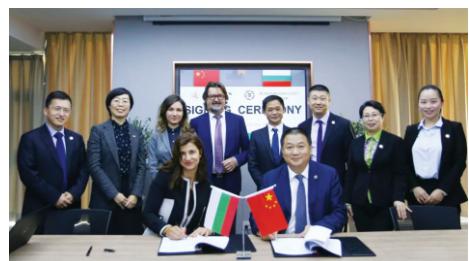
## >>金道评析

- PPP模式中的涉税问题思考

## >>金道党建

- 学习党的十九大精神的“一、二、三、四、五”点感悟

## 本所设立保加利亚办公室签约仪式在杭举行



## 本所绍兴分所框架协议签订仪式在杭举行



## 王晓辉律师 荣获杭州“‘十大律师先锋’之新锐律师”称号



## 陈能达律师 荣获第三届“浙江省优秀青年律师”称号



# 金道律师

BRIGHTEOUS LAWYER

第一辑 · 总第三十四辑

2018.

顾问：胡祥甫 王全明  
编委：崔海燕 王晓辉 黄亮  
执行主编：赵青航

# 目 录

## 大咖之声

《律师法》修改的原则和进路 ..... 王进喜 001

## 品牌聚焦

本所设立保加利亚办公室签约仪式在杭举行 ..... 006

本所绍兴分所框架协议签订仪式在杭举行 ..... 011

胡祥甫律师为全省检察机关公益诉讼业务培训班作讲座 ..... 013

胡祥甫、王晓辉律师在全省法院刑事审监业务

培训班上作专题讲座 ..... 014

崔海燕律师参加国际律师协会悉尼年会 ..... 016

王晓辉律师荣获杭州“‘十大律师先锋’之新锐律师”称号 ..... 019

陈能达律师荣获第三届“浙江省优秀青年律师”称号 ..... 029

## 走近合伙人

申柱石：披荆斩棘，开拓进取 ..... 030

林罗斌:厚积薄发,静心豁达 .....	036
朱宇亮:心之所向,素履以往 .....	043

## 金道论坛

民事信托的困境与出路 .....	俞菊明 孙南梦頤 049
增值税发票开具之民事救济的请求权基础 ...	王潭海 徐日升 074
保险人恶意违约制度研究:	
以美国保险判例为视角 .....	马齐林 089
从收益权质押程序看其在 PPP 中的相关问题	
.....	徐杨超 孙 浩 112

## 金道评析

二手车买卖中不支持“三倍赔偿”的判例研究 · 龚家勇 郑 梁	122
十四个亲办案件告诉你如何找准辩点 .....	郭越鸣 135
PPP 模式中的涉税问题思考 .....	张 晓 148
与您分享:关于财务报表的一点心得 .....	吴方嘉宁 152

## 金道党建

学习党的十九大精神的“一、二、三、四、五”点感悟	
.....	胡祥甫 吴方嘉宁 168

## 金道沙龙

感悟最高法院系列(一) ..... 赵青航 176

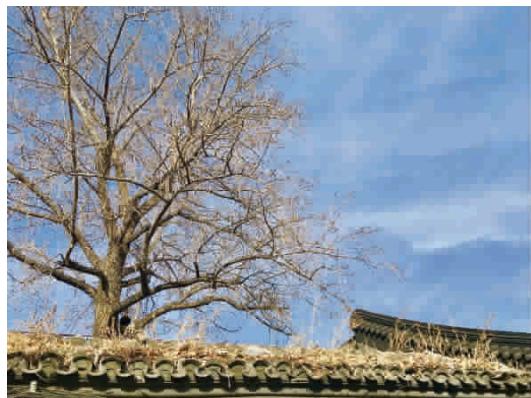
## 律师推荐

陈能达 ..... 186

陆 原 ..... 189

## 金道动态

..... 191







# 《律师法》修改的原则和进路

□ 王进喜 \*

律师制度的改革和完善，是当前司法改革的重要组成篇章之一。伴随着当前部分司法改革任务的完成，《律师法》的修改必然要提到议事日程上。距离 2007 年修改《律师法》已经过去了十年，我国法律职业的构成发生了结构性变化，律师行业成为中国法治建设的重要基础。律师数量畸少的情况已经一去不复返。与此同时，社会对律师行业的认识到了一个新的阶段。特别是十八届四中全会《决定》提出，全面推进依法治国，必须着力建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的社会主义法治工作队伍。而律师队伍则在社会主义法治工作队伍中的法律服务队伍中居于首要地位。这些论断解决了律师在全面依法治国中的作用和地位问题，为律师事业的长远发展提供了思想保障。

尽管我国律师队伍得以迅猛发展，但是一些长期困扰律师行业发展的问题始终没有得到解决。除了广大律师长期关注的律师权益保障问题之外，在律师行业的规范、管理方面，长期存在始终难以有效破解的重管理而乏规范的现象。司法行政部门长期疲于应付具体管理和服务问题，难以进行以监督为主要方式的宏观管理，两结合管理模式长期逡巡不前，律师行业管理需求与管理手段长期不平衡，法

\* 王进喜，中国政法大学教授，国家 2011 司法文明协同创新中心教授，博士生导师，中国法学会律师法学研究副会长。本文原载于《中国司法》2017 年第 11 期，经王进喜教授授权，现刊载于本刊，略有删改。



治建设需求与律师队伍职业道德建设现状之间存在严重不平衡。

从上述宏观背景出发,我们认为《律师法》进行修改的必要。

《律师法》的修改应当注重这样几个原则:

(一)律师行业发展的数量与质量并重。在根据我国政治、经济、社会发展状况,继续发展律师队伍的同时,应当重视律师队伍建设的质量问题,在《律师法》中加强保证律师队伍质量素质的制度设计。

(二)律师行业的规范和保障并重。《律师法》修改不仅要推动建立和落实律师权利救济和保障机制,也要充分重视律师行业规范建设。在推进依法保障律师执业权利的同时,应当积极主动地规范律师的执业行为,二者不可偏废。

(三)律师行业发展的现实性与前瞻性并重。《律师法》修改不仅要落实近些年来司法制度改革、律师制度改革取得的一系列成果,解决好我们所面临的迫切的现实问题,而且要做好未来律师行业发展的谋篇布局工作,充分发挥《律师法》对行业发展的指导作用,放眼世界、放眼神科技未来,增强中国律师服务的国内能力和国际竞争力。

(四)律师行业发展的国际市场与国内市场并重。在法律服务全球化的背景下,应当促进律师执业组织形式的变革,形成中国律师行业走出去的能力;与此同时,应当通过立法形式,促进国内法律服务市场的统一管理。

(五)狭义律师法建设与广义律师法建设并重。《律师法》本身不能有效解决律师行业发展与管理的所有问题。在修改《律师法》的同时,处理好狭义律师法建设与广义律师法建设之间的关系,解决好广义律师法的发展空间问题。





就《律师法》的修改，应当重点关注下列问题：

(一)进一步强化《律师法》的行业组织法地位，完善两结合管理体制。现行《律师法》第4条规定：“司法行政部门依照本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导。”然而该法对于司法行政部门如何对律师协会进行监督和指导并没有作出任何规定。因此，在司法行政部门与律师协会的关系上，该条规定事实上是空法条、无效法条。在实践中，司法行政部门对律师协会的上下监督关系错位为左右分权+上下行政监督模式。因此，《律师法》修改的重点问题之一，就是真正落实司法行政机关与律师协会之间的监督与被监督关系。司法行政机关对律师协会的监督，主要是对其规制职能的监督。司法行政机关在监督的过程中，应当确定监督的目标、监督的程序。在《律师法》就律师协会的规制职能设定了科学、可行目标的情况下，司法行政机关应当监督律师协会对这些目标的落实情况，以及律师协会未履行、未充分履行其职责情况下的处罚措施。司法行政部门应当不再承担具体的投诉调查、惩处等工作任务，从繁琐的具体事务中解脱出来，做好律师行业发展的谋篇布局这篇大文章。

(二)明确律师协会的性质，加强律师协会的组织能力建设。现行《律师法》第43条规定：“律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织”。应当说，这一规定既强调了律师协会对律师行业的代表职能（社会团体法人），也强调了律师协会对律师行业的规制职能（自律性组织）。但是，从立法和实践情况来看，对律师协会的代表职能重视得多，对其规制职能重视得少。例如，现行《律师法》第46条关于律师协会职责的规定，在律师协会的规制职能和代表职能的排列布局上呈现一种意识不清的混乱局面。因此，要真正落实司法行政机关宏观管理，必须强化律师协会的规制职能的建设。要明确《律师法》中的律师协会不是社会团体法人，是代表国家对律师行业进行管理的法定协会，形成以规制职能为重心的律师协会职责体系，



合理配置三级律师协会的职责，加强专门委员会规范化建设。

(三)律师协会规制职能与代表职能的适当区分。现行《律师法》关于律师协会职责的规定，涵盖了律师协会规制职能与代表职能两个方面。但是，这两个职能之间存在结构性冲突。《律师法》的修改，要高度重视规制职能与代表职能的适当区分问题，保证规制职能应有的独立性、统一性。

(四)完善律师准入、续展、恢复执业制度。现行《律师法》的准入和退出机制是当前律师队伍管理中的薄弱环节，应当是《律师法》修改的重点。应当确立以“执业适当性”为中心的执业证书管理制度。这涉及以下几个主要问题：

1. 将“品行良好”的准入条件，修正为“执业适当性”条件。现行《律师法》第5条第1款第(四)项的“品行良好”要求，存在考核项狭窄、考核程序不公开等问题。建议将该要求拓展为“执业适当性”要求，借鉴其他国家和地区的做法，结合我国实际情况进一步细化。

2. 将律师年度考核制度改造为律师执业证书续展制度，纳入立法。换言之，“执业适当性”不再是首次申请取得执业证书时的考察内容，而是持续性的考察内容。在对律师执业证书进行年度续展时，重点关注律师是否保持了“执业适当性”。

3. 建立“执业适当性”的动态管理制度。在持有有效律师执业证书期间，对发生的可能影响律师执业适当性的事件，律师应当在规定的时间内以规定的方式把向颁证机关报告，颁证机关根据情况确定应当采取的行动，例如暂停执业证书或者就持有执业证书设定相应条件。

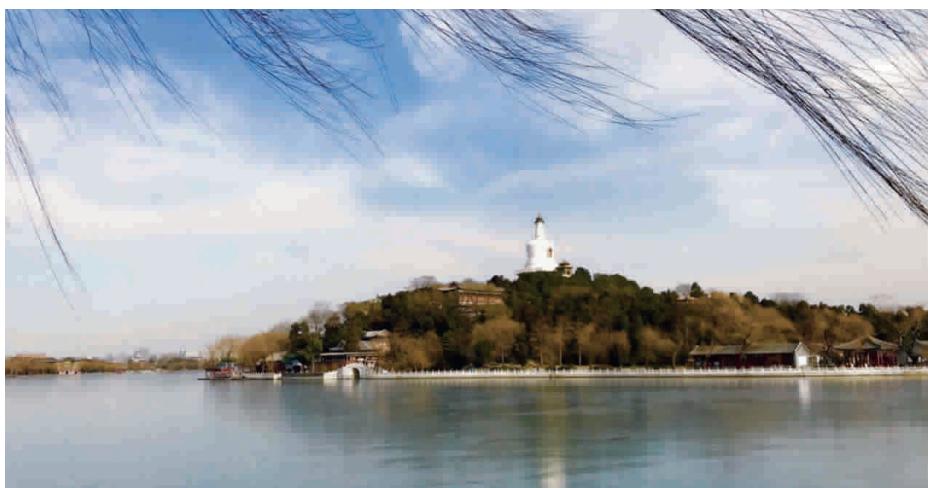
4. 完善恢复执业制度。现行《律师法》规定的对律师行政处罚的方式之一是停止执业。律师被停止执业，应当视为丧失了执业适当性。因此在律师恢复执业的时候，对于情节严重者，应当建立执业适当性的审查制度，改变当前“自动恢复执业”的做法。



(五)完善退出机制。在明确了司法行政机关宏观管理,律师协会代表国家行使对律师行业的规制职能这一前提的情况下,要将现行司法行政机关行政处罚权和律师协会行业处分权进行整合,明确统一的律师职业行为规则作为执法尺度;要建立最终处罚作出前,律师执业证书的暂时停止制度;要明确退出律师队伍后的管理工作,被吊销执业证书者参与律师法律服务应当受到限制或者禁止。

(六)落实现有改革成果。党的十八届四中全会后,我国积极探索并落实了一系列重要律师制度。例如公司律师和公职律师制度、律师权利保障制度、律师专业化认可制度。这些改革的成果应当在《律师法》中得以体现和落实。

(七)探索律师事务所新型组织形式。律师事务所作为律师执业机构的形式之一,是律师行业竞争力的要素之一。从当前各国的律师制度改革情况来看,律师执业机构的组织形式改革是一个重点问题,各国在外国律师在本国的执业问题、MDP、非律师人员股权、律师事务所上市等方面都进行了积极探索。《律师法》修改应当考虑到国外的相关探索给我国律师行业发展带来的挑战,在律师执业机构的组织形式上保留一定的灵活性。

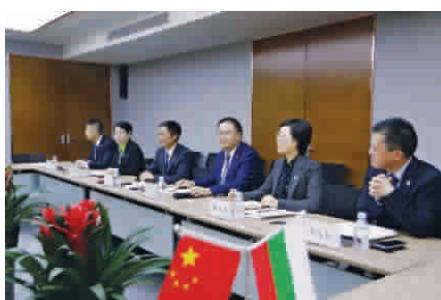




# 本所设立保加利亚办公室签约仪式 在杭举行



为响应国家“一带一路”倡议，为中国与保加利亚公司与个人提供全面而专业的服务，全国优秀律师事务所金道所决定与保加利亚 Petrova & Abadzhiev 律师事务所开展战略合作并设立本所保加利亚办公室。2017 年 10 月 26 日下午，本所与保加利亚 Petrova & Abadzhiev 律师事务所签约仪式在本所十楼会议室举行。





本所主任王全明，高级合伙人崔海燕、罗弘韬、申柱石、俞菊明、史源，以及张妍等律师参加了此次签约仪式。保加利亚 Petrova & Abadzhiev 律师事务所管理合伙人 Mrs. Stefania Petrova，律师 Ms. Bilyana Topalova，保加利亚国际仲裁庭主席 Mr. Ivan Dimov 及其助理 Mrs. Antoanina Blagoeva 等一行到访本所并签订战略合作协议。



会上，王全明主任首先代表本所对保加利亚律所代表团的到访表示热烈欢迎，并期待双方以此次签约为契机，开展深层次、多领域的合作，为促进中国与保加利亚在投资、经贸等领域的合作与发展而不断努力。保加利亚国际仲裁庭主席 Mr. Ivan Dimov 代表保方致辞，他对双方的合作表示了欢迎。



同时，Mr. Ivan Dimov 对其就职的保加利亚国际仲裁庭也做了简单介绍，并代表保加利亚国际仲裁庭向本所崔海燕律师、申柱石律师就担任保加利亚国际仲裁庭仲裁员发出了诚挚邀请。



在双方代表介绍事务所环节，管理合伙人崔海燕律师代表本所向保加利亚来宾介绍了本所的基本情况、优势、涉外法律服务经验以及涉外领域的专业律师团队。



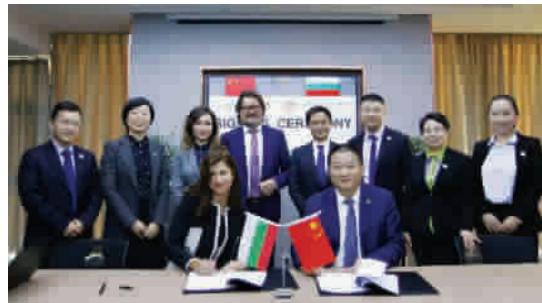
Petrova & Abadzhiev 律师事务所管理合伙人 Mrs. Stefania Petrova 代表保方，向本所介绍了保加利亚律所的基本情况。



在正式签约之前，高级合伙人申柱石律师就本次项目的合作背



景作了介绍，他希望两家优秀事务所的合作能为中国及保加利亚的客户提供优质、高效的专业服务。



最后，王全明主任代表本所与保加利亚 Petrova & Abadzhiev 律师事务所签署了战略合作及设立本所保加利亚办公室协议。双方将在未来展开更深层次的交流与合作。



会后，双方互换礼物。崔海燕、申柱石律师陪同保方来宾参观了本所。



此次本所与保加利亚 Petrova & Abadzhiev 律师事务所建立战略合作关系及在保加利亚设立办公室系响应国家“一带一路”倡议，希望借此契机促进与保加利亚及周边“一带一路”沿线国家在法律领域的交流与合作。本次合作的开展，是本所规模化建设布局向全球推进的探索性实践，对金道品牌的做大做强、推动本所的国际化发展具有重要意义。



## 本所绍兴分所框架协议签订仪式 在杭举行



2017年9月8日,金道律师事务所绍兴分所框架协议签约仪式在事务所10楼大会议室举行。王全明主任代表金道所与绍兴分所筹建合伙人马海、方慧忠、陈益倩律师签署了框架协议,事务所管理委员会成员崔海燕、王晓辉、王潭海、俞菊明、史源等律师参加了签约仪式。



双方就设立浙江金道(绍兴)律师事务所达成的框架协议包括分所的管理和经营制度、总所与分所间的业务合作等,旨在通过发



挥金道所全国优秀律师事务所的影响力，实现双方的优势互补与合作共赢，进一步推进金道的规模化和品牌化建设。

此次设立金道(绍兴)律师事务所的前期筹备工作从2017年6月开始，经事务所发展与协作工作委员会等部门的沟通协调，并经事务所管理委员会成员的考察，在浙江越杰律师事务所马海、方慧忠、陈益倩等合伙人的努力下，金道所管理层决定设立金道绍兴分所，下一步将紧锣密鼓进入设立阶段，设立后金道总分所人员将超过200人。绍兴分所将成为继宁波分所后金道所开设的第二家分所，也是金道所规模化建设布局向全省各地市推进的又一实践，对金道品牌的做大做强、扩大金道所的品牌影响力，以及服务浙江省的经济社会发展具有重要意义。





## 胡祥甫律师为全省检察机关 公益诉讼业务培训班作讲座

2017年8月18日上午，本所首席合伙人胡祥甫律师应浙江省人民检察院的邀请，为2017年全省检察机关公益诉讼业务培训班作“在诉讼实务中如何运用请求权基础分析法”主题授课。

首先，胡律师开门见山地向全省检察系统参与本次培训的民行检察官们阐述了作为请求权基础的两大法律关系，对请求权的类型、支持请求权的基础事实作了详实的说明，将请求权基础与诉讼请求的诸多理论要点逐一进行剖析。在授课过程中，胡律师还力求理论结合实践，以其多年来亲自代理的多宗民商事、刑事案件为基础，进行以案说法，从律师的视角与培训班的检察官们分享办案心得，畅谈办案思路与庭审技巧。

对于胡律师两个多小时的授课，参加培训的民行检察官们给出了高度评价，纷纷赞叹收获颇多，为今后的民行工作提供了新的视角，具有很大的启发与指引作用。课后，胡律师与多位检察官进行了



业务交流，并耐心地向提出问题的检察官进行解答。最后，本次“在诉讼实务中如何运用请求权基础分析法”主题授课，在现场热情的掌声中，落下帷幕。



## 胡祥甫、王晓辉律师在全省法院刑事 审监业务培训班上作专题讲座

2017年11月9日下午,本所首席合伙人胡祥甫律师、管理合伙人王晓辉律师应浙江省高级人民法院的邀请,在全省法院刑事审监业务培训班上为全省法院审监系统的法官作了专题讲座。



胡律师讲座的主题为“从辩护人视角看如何建立以审判为中心的刑事诉讼制度”。在讲座开始之前,胡律师首先与法官们分享了其认真学习党的十九大精神的“一、二、三、四、五”点感悟。进入讲座主题,胡律师从建立“审、控、辩”正向等腰三角形的诉讼构架、庭前会议、证人出庭作证、同步录音录像等六个方面进行展开,并结合六个真实案件,深入浅出地剖析了“以审判为中心”的刑事诉讼制度的建立。





王律师讲座的主题是“以审判为中心诉讼制度下的刑事辩护”。讲座从以审判为中心的诉讼制度与刑事辩护、刑事辩护常态及变化、庭前会议中的刑事辩护、庭审实质化下的刑事辩护、二审及申诉案件中的刑事辩护五个方面展开，着重阐述了辩护人在以审判为中心诉讼制度下的地位和作用、刑事辩护功能的发挥以及如何提供有效辩护的热点问题。



本次讲座是浙江省高级人民法院首次邀请律师为法院系统内部培训作专题讲座，有利于进一步加深法官与律师之间的理解沟通、加强二者之间的良性互动。胡律师、王律师近三个小时的讲座得到了在场人员的高度评价，大家纷纷表示，讲座内容丰富生动，理论和实践结合紧密，二位律师通过讲座为在场法官所展示的“辩护人视角”对于今后的审监工作具有很大的启发和参考价值。



## 崔海燕律师参加国际律师协会 悉尼年会



2017 年 10 月 8 日至 13 日 , 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在澳大利亚悉尼参加国际律师协会年会。崔海燕律师作为中华全国律师协会选拔的中国 5 名被资助对象之一参加了国际律师协会 2017 年的悉尼年会。



10 月 9 日上午 , 崔海燕律师参加了中国对欧洲境外投资的研讨会 , 并在会上与同行们进行了交流 , 从律师角度介绍了中国对境外

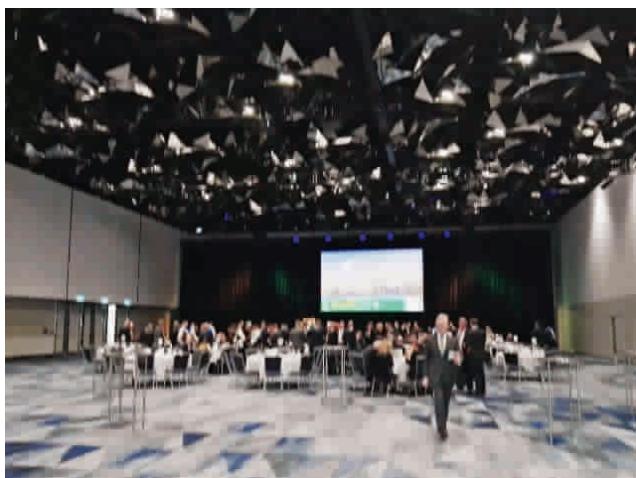


投资的政策导向，并向境外律师介绍了中国企业的思维模式及选择境外律师的标准。下午，崔律师参加了国际仲裁的热点问题研讨会。

10月10日上午，崔海燕律师参加了由中华全国律师协会与澳大利亚国家律师协会举办的“中澳法律服务圆桌会议”，王俊峰会长和 Fiona Mcleod 会长联合主持了圆桌会。中澳律师就中国劳动法修订、知识产权保护、国际仲裁热点话题等进行了主题演讲，并参观了金杜律师事务所的澳大利亚办公室。



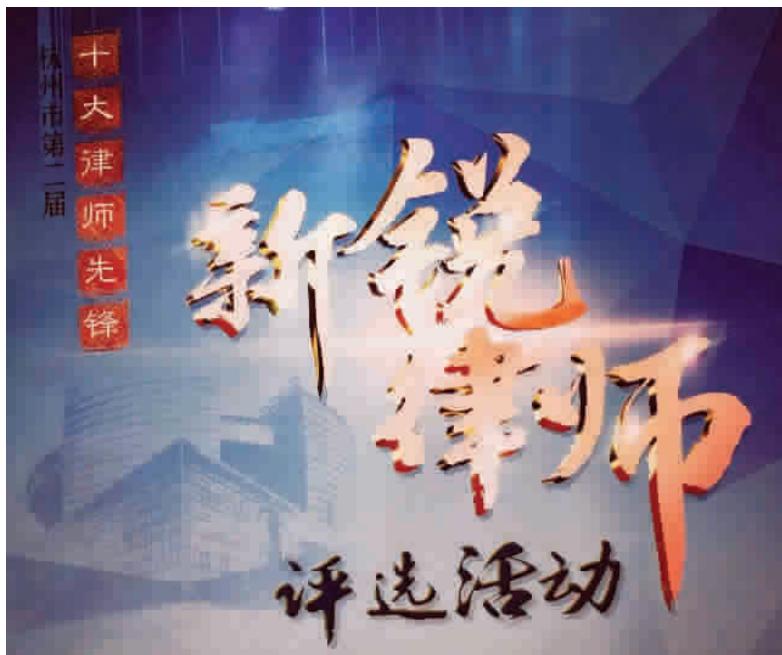
一周内，除了数百场的专业性研讨会，国际律师协会还组织了众多的早餐、午餐、晚餐会，律所访问以及各种社会活动，崔海燕律师参加了北美地区午餐会以及律师事务所管理合伙人午餐会，结识了来自全球各地的律所合伙人。此外，崔律师还参加了由澳洲和意大利知名律师事务所组织的招待酒会以及国际律师协会的闭幕酒会。通过各种形式的活动，崔律师与来自英国、澳大利亚、意大利、瑞典、印度、以色列、保加利亚、新加坡、智利、香港、台湾等全球各地近百名律师进行了多方面的交流。



此外，崔律师还与澳洲的华人律师事务所、会计师事务所以及商会的有关人员进行了会谈，就如何为中国企业和个人在澳洲投资经商提供一站式法律服务进行了深入探讨。



## 王晓辉律师荣获杭州 “‘十大律师先锋’之新锐律师”称号



“12·4”国家宪法日暨杭州市第二届“十大律师先锋”之新锐律师评选揭晓仪式于昨晚圆满结束。来自杭州市律师协会、西湖及萧山分会和各律所的会长、副会长以及律师代表们共同见证了十大新锐律师的诞生。金道所管理合伙人、刑事团队负责人王晓辉律师成为获此殊荣的十位律师之一，这也是继金道所管理合伙人崔海燕律师获得杭州市首届“十大律师先锋”荣誉称号后，金道所在此项评选活动中的再次获奖。



王晓辉律师此次获奖，源自于他多年来在刑事领域的不断钻研与深耕。在“专业做事、用心做人”的理念指引下，执业 12 年来，王晓辉律师怀揣正义和勇气，力求将每一个案件做实做细。正是这份踏实，让他在专业化道路上走得愈加泰然，也愈加坚定。“王晓辉律师是走专业化发展之路的典型。”金道所首席合伙人胡祥甫律师如此评价。



“获此殊荣，既是个人的荣誉，更是金道的荣誉！既是对自己的专业上坚守奋进、行业中积极参与的肯定，也是对金道大家庭的认可与肯定，自己努力很重要，好的平台不可少！”王晓辉律师在获奖后如是说。一直以来，金道所深知专业化发展的紧迫性和重要性。2017 年，金道所实施了引导律师专业化发展的专项制度，希望能由此涌现更多的专业化优秀律师。



本次评选活动由杭州市委政法委、杭州市文明办、杭州市司法局、杭州市普法办、杭州文广集团、杭州日报报业集团主办，杭州市律师协会、杭州电视台、杭州日报、律事通承办，全程运用了电视、报纸、公交地铁、网络、手机新媒体等联动宣传和微信平台投票互动。

活动进一步推进实施了我市律师行业“名所名品名律师”培育工程，培养和激励青年律师成长，进一步提升了律师行业的社会影响力，在青年律师中形成创优争优、学习先进、崇尚先进的良好风气。

**导语：**为响应浙江省司法厅关于“**名所名品名律师**”培育工程的号召，金道特推出“走近合伙人”系列专访，旨在展示品牌律师专业形象，为青年律师树立典范。

他深耕刑事领域十二年，奠定了深厚的行业基础；

他不断提升领导能力，积极参与事务所管理并带领了一支强劲的刑事团队；

他热爱生活追求宁静，将生活过得从容有味。

走近本期专业刑事律师——王晓辉。



## 王晓辉：专业做事，用心做人



王晓辉律师，中南财经政法大学刑法学硕士，执业以来专注于刑事法律业务，办理各类刑事案件近四百起并取得了良好的法律效果和社会效果。

浙江金道律师事务所管理合伙人兼刑事团队负责人，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，浙江省公安厅维护公安民警合法权益律师团成员，杭州市法学会监狱法学会专业研究会理事，杭州湖北商会楚商律师团团长。

曾获杭州市律协“优秀党务工作者”、“中共党员律师示范岗”、“新星奖”，杭州市司法行政系统“青年岗位能手”，杭州市法学会“优秀法律工作者”，杭州市未保委、杭州市综治委“保护明天行动”先进个人，浙江省律协委员会“优秀资深委员”，全国律协第七届中国律师论坛优秀论文获得者，第七届、第十二届华东律师论坛优秀论文获得者，多次获得浙江省、杭州市律师实务理论研讨会一等奖。曾发表专业论文 20 余篇，参与或组织编写了《刑事法律实训教程》、《律师业务风险指引》、《诉之有道—刑事经典疑难案例集》等著作。



## 职业选择：既来之，则安之

对法律的信仰是法律人的立业之本。王晓辉律师对“法律”最初的印象来源于他的父亲。出生并生活在农村的他，大概八九岁的样子，印象中有些村干部做事霸道，行事不守规则。有一次，村里在耕地分配时明显对自己家不公。他记得当时父亲没有直接和他们争吵，而是将村委会的领导请到家里，好酒好菜款待之后，父亲拿出一个红色的小本本，那是关于农村土地政策的文件，父亲将里面的规定一条一条地念给他们听。村领导听完后，一改往日趾高气昂，连连向父亲解释，后来耕地分配的问题就得到了解决。作为旁观者，这件事在王律师幼小的心里埋下了法律的种子，他惊叹于这个红色的小本本竟然有这么大的魔力，可以使破坏规则的行为得到纠正。这就是王律师最初对法律的认知——一个保护弱者的有力武器！于是，在高考时他报考的专业全部是法律。

在谈及为何选择律师行业时，王律师说他毕业之后的首选其实是进入司法机关，当时的他认为公职岗位更能够实现自己的法律抱负。但无奈命运弄人，在王律师以笔试、面试总分第一名的优异成绩进入某司法机关体检环节时，却被告知他因不符合体检标准而不能被录用，但这一标准在报考时并未向考生明示。对于如此不遵守规则的做法，王律师十分不满，他果敢地向负责招考的机关写了投诉信。虽然之后该机关的领导主动道歉，但已经公布的录取结果却未能改变。就这样，王律师毅然选择了律师行业。

既来之，则安之。既然选择了律师这条道路，王律师便义无反顾、全身心地投入其中。他常说，**律师职业最大的好处在于将工作与学习融为一体，自己最大的满足就是将工作与兴趣合二为一**。天道酬勤，经过几年的磨砺与积累，王律师开始在事务所以及律师行业里崭露头角。2011年，王律师入行5年就破格晋升为全国优秀律师事务所——金道所的高级合伙人，并成为金道刑事团队带头人。



### 专业发展：从被动专业化到主动专业化

2005年，王律师取得了中南政法大学的刑法学硕士学位，那时候在杭州律师圈中拥有刑法硕士学位的律师可谓凤毛麟角。在进入金道律师事务所时，王律师也是唯一的刑法学硕士。凭借自己刑事专业的理论功底，王律师撰写的论文多次在杭州律师论坛、华东律师论坛和全国性律师论坛上获奖，并在律协刑事专业委员会的研讨活动上频繁露脸发言。这样的专业能力很快赢得了胡祥甫、胡东迁等资深律师的青睐，但凡有刑事案件，就给予王律师机会，而王律师扎实的专业功底与认真细致的态度也得到了他们的一致认可。就这样，在当时风险大、收费低、普遍不被看好的刑事领域，王律师立稳了脚跟。经过他多年的深耕细作，一个个案件获得了撤案、不起诉甚至被法院宣告无罪的显著效果，而他自己也一步步迈上了专业化之路。

在执业当初，王律师并不清楚专业化的真正内涵，只是因为自己的专业特长，事实上办理的都是刑事业务；而正是因为有了一定的刑事业务基础，加之兴趣爱好，王律师才积极追求刑事专业化之路，并在这条路上越走越远。在胡东迁律师的推荐下，王晓辉律师从杭州律协刑委会委员做起，如今已是杭州市律协刑法专业委员会的主任。

回首自己的发展历程，王律师给出了这样的总结：一个律师，悟性决定发展得快不快，态度决定发展得好不好，性格决定发展得顺不



顺。律师在工作中,要多观察、勤思考、善学习,自己主动去感悟永远比被动地接受要来得快;态度决定一切,对当事人是不是负责,对案件是不是认真,都会关系到律师执业的长远发展;在这个过程中,律师的性格同样重要,为人是不是诚信、坦诚,待人是不是谦和、理性,做事是不是规范、务实,都会影响律师执业之路是否顺当。这不仅是王律师对自己发展历程的最好诠释,也是对年轻律师最中肯的建议。



### 刑事业务:专业做事 用心沟通

**工匠精神,是王律师一直坚守的办案风格。**早在执业初期,王律师就凭借这股钻劲儿,发现案件中隐藏的问题,通过成功的辩护将一个合同诈骗案的当事人刑期从无期徒刑降为有期徒刑十五年,这种刑期降档的辩护效果对一个初出茅庐的年轻律师来说是很大的成就。多年之后,当事人服刑期满出狱后第一件事就是从温州赶到杭州当面向王律师表示感谢,此后每年王律师都会收到这个当事人的问候和祝福,一名律师最大的成就感莫过于自己的努力得到了当事人的认可。如今,慕名而来委托王律师的当事人越来越多,但他仍然坚守着对法律的信仰,坚持着工匠精神,将每一个案件做实做细,不辜负他人的临危之托。

**正义感和勇气,是王律师办案的动力。**连某某涉嫌单位走私一案中,案发时连某某已经从公司的总经理职位离职,在他的前任总经



理和公司现任总经理均未被追究刑事责任、涉案员工均被另案处理的情况下，司法机关认定连某某一人为整个单位的走私行为承担刑事责任。王律师一介入该案即发现了其中的倪端，他不断向办案机关提出案件处理存在重大问题的意见，并在一审庭审时发表了精彩的辩护意见，赢得了法官和旁听群众的认可。但遗憾的是，一审判决并不理想，王律师甚至受到了不明人员的“警告”。然而，为了维护法律的公平正义和当事人的合法权益，王律师不顾自身安危，凭借一腔正气继续代理该案二审程序，除了依程序提出专业的辩护意见，王律师还积极奔走，向有关单位、领导反映该案存在的问题。终于，在他的不懈努力下，本案被二审法院以事实不清、证据不足发回重审。

**时刻关注并理性对待当事人的诉求，是王律师办案的宗旨。**对当事人的诉求，王律师会用自己的专业知识提供精准的判断和明确的思路，但又不一味地迎合当事人的诉求。在实际办案过程中，王律师还特别注重当事人及其家属的感受，及时进行沟通和协商。王律师常讲：“如果案子代理效果好，当事人满意，能在案结时说声‘谢谢’；如果案子代理效果不好，当事人还能说声‘律师已经尽力了，辛苦了’。这就是我最大的心愿。”诚信可靠，是王律师做人做事的第一原则。对当事人超出法律界限的诉求，王律师向来不会有半分妥协，他宁可不接受当事人的委托，也绝不愿意欺骗当事人、不愿意破坏行业规则，不办关系案、人情案是王律师多年来的执业守则。





## 人生态度：遵从内心 求得宁静

谈到人生态度，王律师总是那么淡定，又是那么真实，坦坦荡荡，真真切切。每周进进出出看守所，王律师太清楚，不管是权贵还是富商，一旦有所不轨，要么惶惶不可终日，要么锒铛入狱。人生苦短，没有什么比生命、自由、健康、亲情、友情更重要，相比之下，权和利都是浮云。王律师说，执业十多年，从一个农村娃儿能有今天，他已知足；他希望能做的是，基于对法律的信仰，用自己的所学，为个案的公平处理做出自己的努力，为法治建设做力所能及之事。

提起王晓辉律师，他身边的朋友有很多话要说。

**助理袁昕炜说：**师父工作上一直对我严格要求，我从他身上学到了一丝不苟的工匠精神，高超的办案技巧，我很庆幸能够跟随他，使得我快速地成长；师父生活上又是一个很随和的人，虽然是事务所管理合伙人，又是团队负责人，但一点没有架子可言，经常跟我们一块喝茶、聊天、打球，享受生活。

**同事王楠说：**王晓辉律师于我而言，亦师亦友。当我一年前初进金道所时，面对陌生的环境、陌生的同事，是王律师主动跟我聊天，他就像一位谆谆善诱的老师，将自己十多年前做助理、做实习律师的经历讲给我听，消除了我内心的不安，为我的发展指明了方向。慢慢熟悉以后，我们经常一起聊人生、聊理想，探讨法律法理，争论实务热点。在和他的交往中，我感受到了一个法律人的初心不改，一个成年人的童心未泯。

**某当事人对他的评价：**许多当事人对于一个好律师的评价往往都是看案件的判决结果，但是过程也很重要。我对王律师十分认可，因为他总是能够及时、认真地为我提供咨询和解答，并准确预测可能发生的法律风险和法律后果。在王律师为我提供法律服务的过程中，我被他高超的业务水平、认真的工作态度和丰富的工作经验所



折服。虽然最终案件没有达到最理想的效果,但是我还是很感激王律师为我所做的努力。

**司法人员对他的评价:**作为检察官,我们希望能够棋逢对手,交锋而不交恶,对抗而不对立;作为法官,我们希望听到律师的专业辩护意见,直击要害而不死磕末节,条理清晰而不冗长拖沓。王晓辉就是这样的一名专业的刑事律师,我们能够愉快地沟通,互相尊重,互相认可,共同构筑和谐的法律职业共同体。

既认真工作,又懂得生活,是同事和朋友们对王晓辉律师的一致评价。律师是个忙碌的职业,似乎有着追求不尽的高度和广度,但王律师是一个追求内心宁静淡泊的人,他有理想,但不强为。他常说:过好每一天、办好每一个案件,就不会辜负自己的人生;被同行认可,被当事人点赞,就是对自己辛劳付出的最好回报。遵从内心,求得宁静——这也许就是他虽历经风雨,却能够越走越从容的原因吧!





## 陈能达律师荣获第三届“浙江省优秀青年律师”称号

2017年9月28日，浙江省律师协会公布了第三届浙江省优秀青年律师名单，本所权益合伙人陈能达律师荣获“浙江省优秀青年律师”称号。



浙江省律师协会组织开展此次评选活动，旨在进一步加强浙江省青年律师队伍建设，推动浙江省律师事业进一步发展。2017年4月，浙江省律师协会启动评选活动，按照申报、初审、社会投票、评委会评审、公示等程序，经省律协九届常务理事会第六次会议审议通过，最终授予50位律师获得第三届“浙江省优秀青年律师”荣誉称号。



**导语:**为响应浙江省司法厅关于“名所名品名律师”培育工程的号召,金道特推出“走近合伙人”系列专访,旨在展示品牌律师专业形象,为青年律师树立典范。

## 申柱石:披荆斩棘,开拓进取



申柱石,浙江大学国际经济法本科,复旦大学金融学研究生,浙江金道律师事务所高级合伙人兼电子商务法律服务团队负责人。现任杭州市律师协会国际投资专业委员会主任、杭州仲裁委员会仲裁员、中国国际贸易促进委员会(中国国际商会)杭州调解中心调解员、中国国际商会杭州委员会常务理事中国电子商务协会政策法律委员会委员、中国财产管理与规划委员会委员等职务。专业领域为国际贸易、境内外投融资与国际投资架构设计、海外公司设立与管理、外商投资、金融法律服务、公司法、兼并收购、电子商务、常年法律顾问等。



## 追求梦想,迎难而上

申柱石律师本科毕业于浙江大学国际经济法系,毕业后第一份工作是在当时浙江省最大的专业外贸公司——浙江省丝绸进出口公司担任法务专员,专门处理与国际贸易有关的国内外法律事务,并负责丝绸集团下属四十多家子公司的日常法务管理和法律纠纷处理。这在当时应当算是一份高薪和朝九晚五的稳定工作,但是在众多法律事务处理的过程中,当时的申律师深切感受到,唯有身经百战的律师才能在企业的重大法律事项中发挥关键作用,因此毅然决然地放弃了当时令人艳羡的工作,投身于律师行业。

“跳出自己的舒适圈,去探索未知的领域。”这是申律师在执业道路上一直身体力行在做的事。第一次跳出自己的舒适圈就是离开稳定高薪的法务工作,投身于高强度高风险的律师行业。跳出舒适圈并不是一件容易的事,离开自己已经驾轻就熟的工作、熟悉的同事、稳定的收入,去面对一个不可预测的未来,这需要强大的勇气和魄力。

## 潜心一志,厚积薄发

申律师提及自己刚进入律所时领的第一份工资仅有八百元,日子过得很拮据,但是并不觉得辛苦,因为做的是自己喜欢的事。成为一名优秀的律师必须要经过漫长且艰辛的助理之路,律师助理的成长是一个学习的过程,需要相当的时间来完成,这期间最重要的一条就是对这个职业的热爱,**热情是事业永恒的保证**。当时未婚的申律师基本上每天都是最晚离开办公室的那个人,大量阅读法律书籍和研究案例,努力充实自己。正是因为对律师事业有足够的热情,才能持之以恒,才能为事业的起飞做好准备。

机会总是留给有准备的人。申律师提及自己事业上的一个起



点，那是在他刚刚执业的 2003 年，有一位香港的律师来杭州寻求合作伙伴，开展有关离岸公司的业务。虽然当时国内很少接触到有关离岸公司的业务，但是申律师抓住了这次机会，成为了“第一个吃螃蟹的人”。申律师结合自身专业以及外语优势，潜心学习有关离岸公司的相关规定以及学习国外成熟的运营模式，通过开研讨会、陌生走访等各种方式推广和宣传离岸公司模式，产生了良好的效果。

在 2004 年，也就是执业第二年的时候，申律师的个人业务量就已经达到了 80 万元。申律师在 2004 年至 2007 年期间，先后在浙江万马、浙江天屹律师事务所创设两所的国际法律业务部并担任负责人，带领团队业务量突破 100 万元。



申柱石律师在欧洲议会会场

### 锐意进取，求索不止

2007 年 4 月至 9 月，申柱石律师作为浙江省 WTO 专业律师赴欧 5 个月，在欧盟总部所在国比利时的 Hasselt 大学培训国际税法与经济法，期间在欧盟及各国政府机构、国际知名公司、律师事务所等进行了访问和学习。申律师说“当时正是中国加入 WTO 以后法律问题集中爆发的阶段，为了更好地为中国企业的对外投资与贸易提



供全方位的法律服务,去国外进行学习是非常有必要的,也是自我提升的一种方式。”比利时学成归来以后,申律师加入了金道律师事务所,业务领域主要为国际贸易、境外投融资与国际投资架构设计、海外公司设立与管理、外商投资等。**涉外法律业务不仅要求律师有扎实的法律功底,还需要精通外语、掌握国外相关法律法规政策、甚至要精通金融、贸易、管理等知识。**相较于国内律师而言,涉外律师要具备更高的专业素质和能力。因此,申律师在工作之余,还参加了复旦大学国际金融的研究生课程。

申律师认为律师的作用不仅仅体现在纠纷解决过程中,更体现在事前的风险防范中。申律师曾经处理过一个案件就是因为做好了事前风险防范,掌握了主动权,避免处于被动的局面。浙江某中美合资房地产公司股东之间发生了纠纷,由于申律师前期章程撰写得当和谈判技巧的把握,使中方虽仅持有15%股权,仍掌握了主动权,否决了外方联名提出罢免中方总经理的无理提案,最终赢得中方以原投资成本收购外方全额股份并持续经营的良好效果。

2012年,国内互联网和电子商务方兴未艾,杭州因为有阿里的引领,各种互联网和电子商务公司更是如雨后春笋般蓬勃发展。但是申律师发现电子商务企业的运营模式、股权架构、员工管理都不同于传统行业的企业,他们也需要律师提供完全不同于传统形式的法律服务。于是,申律师与所内几位志同道合的律师一起组建了电子商务法律服务团队并担任负责人,这是申律师第二次跳出自己的舒适圈,从自己已经积累众多经验的领域跳入一个新兴未知的领域。事实也证明了申律师的独到眼光,目前电子商务经济蓬勃发展,但是电子商务法律服务领域的律师却处于稀缺状态。作为先行者,金道所电子商务法律服务团队成功在电子商务法律服务领域形成自己独特的影响力并且可以为企业提供高质量的服务。



与 Hasselt 大学校长合影



与比利时法官合影



申柱石律师在比利时法院

### 天道酬勤，扬帆起航

随着中国“一带一路”倡议在全球获得积极响应，中国企业对外投资与国际贸易都亟需中国律师提供专业服务，作为杭州市律师协会国际投资专业委员会的主任，申律师当前的目光聚焦于“一带一路”沿线国家的投资与贸易合作，在一带一路的交汇处东欧巴尔干半岛进行工作与调研。在协助中国企业在当地投资与贸易的过程中，以及与当地政府、会计事务所、律师事务所、企业的交流中，申律师发现，最近在网上爆红的由外国留学生总结出来的中国“新四大发明”，即包括高铁在内的基础设施建设，以及电子支付、O2O 等互联网应用，远在万里的外国政府与企业同样为之着迷。当然更不用说中国目前独步全球的工业生产能力与对外投资和国际贸易规模了。也就是说，申律师此前多年的积累又能与这个时代契合，发挥他的价值了。申律师谈及自己现阶段的目标，就是整合自己之前的经验和资源，为中国企业在东欧进行投资贸易以及将东欧国家的资源引入中国提供全方位的法律支持，为金道律师事务所走入东欧开疆拓土，为“一带一路”倡议的实践贡献自己的一份力量。

申律师说自己喜欢做的事就是开拓创新，探索未知的领域。人要保持不断学习和接纳新事物的能力，不要拘泥于已经取得的成绩，定时学会将自己清零，这样才能保持谦虚的态度不断前进。申律师谈及自己律师执业道路上的不断创新，认为对经济发展与客户需



求有前瞻性的判断是关键。成为一名优秀的律师，只是精通法律知识是远远不够的，还需要保持对政策和经济的敏感度，提前掌握客户的需求，这样才能走在市场的前沿，提前掌握市场的资源。同时，申律师也提醒青年律师不要盲目创新，要结合自身经验和能力，不要紧盯着市场而忘记了自身能力的提升，不要让你的能力配不上你的野心。

一个法律人，必须是能吃苦并最大限度的坚韧不拔、坚定自信和忠诚的人。优秀的律师都是经历社会环境和市场环境大浪淘沙般的历练才能显现出来的。申律师认为青年律师要勇于创新，在新领域深入挖掘，与客户共同成长，不要轻言放弃。





**导语:**为响应浙江省司法厅关于“名所名品名律师”培育工程的号召,金道特推出“走近合伙人”系列专访,旨在展示品牌律师专业形象,为青年律师树立典范。

从业 24 年,从教师转型律师,他用专业知识与责任心尽力维护每位当事人的权益;走过不惑之年,深谙世事道理,他追求内心的淡然与从容。走近本期高级合伙人——林罗斌律师。

## 林罗斌:厚积薄发,静心豁达



林罗斌,浙江金道律师事务所高级合伙人,公司法律服务团队负责人。执业 24 年,擅长处理民商事、建筑房地产、企业破产、投融资等领域法律事务。曾荣获温州市“优秀律师”(2003 年度)、温州市第四届“十佳律师”(2009 年)等称号。



## 从教师到律师： 转变的是职业，不变的是执着追求

大学毕业后，林罗斌回到温州苍南一所中学任教。1990年一次偶然的机会，他翻阅了一位杭大法律专业毕业的朋友带来的律师资格考试参考书，只翻阅了几页，他就被书中的内容吸引了。之后，他在教书之余，就自学法律知识。他经常思考：同样作为让人尊敬的职业，老师通过传道授业解惑，传播知识、塑造灵魂，是“润物无声”；而律师则是通过一个个案件的办理，匡扶正义、维护公平，是“立竿见影”。于是，他决定参加律师资格考试。通过两年的努力，1992年，他顺利通过了第四届律师资格考试，当年整个苍南县仅7、8人通过了这一考试。此后，林律师开启了24年的律师之旅。

林罗斌深知，当老师，百分之一的不负责任，就意味着误人子弟，因此他兢兢业业、为人师表，是学生眼里的好老师；**当律师，百分之一的疏忽，就意味着对当事人百分之百的损失。**因此，从执业之始，林罗斌就始终保持着对法律的敬畏和对事实的尊重，凭借自己的天赋和努力，赢得了同行的赞誉、当事人的认可，享受着律师工作带来的成就感和满足感。然而，律师之路并非一片坦途。随着实践的深入，他越来越感受到力不从心，由于自己不是法律科班出身，法学理论功底不深，办案只能看法条“照本宣科”，对法律没有明确规定案件，不知从何入手。

“磨刀不误砍柴工”，他又一次作出了一个重大决定，去法律院校深造。1994年，他考取了西南政法大学的法学第二学士学位班。经过两年的学习，在1996年获得了法学学士学位。此后，他的律师事业进入了快速发展的轨道。经过十多年的积累与发展，他成为了温州一家著名律师事务所的副主任，“林罗斌”这个名字在温州也已小有名气，还获得了温州地区“优秀律师”、“十佳律师”的称号。



### 从温州到杭州： 改变的是地域，不变的是责任担当

在温州奋斗了十多年之后，林罗斌认识到，自己的事业发展已经触碰到“天花板”，惟有破茧才能成蝶。为此，他及时调整思路，将眼光放到了更大的区域和更广的平台。2011年，取意“守信如金，为业载道”的全国优秀律师事务所——金道律师事务所进入了他的视野。正值壮年的林罗斌离开了深耕多年的故土，放弃了温州名所副主任的职位，只身来到杭州，加入了金道所，从一个普通的合伙人做起。又是一个两年，他成为了金道所的高级合伙人。地域变了，眼界高了，舞台大了，但是，他对当事人尽心尽责的作风始终没变。

林罗斌认为，任何一个独立执业的律师都需要思考一个问题——当事人为什么委托律师？即，律师区别于其他职业的核心竞争力是什么？经过多年执业经验的积累，他认为当事人委托律师的原因可归纳为三点：**一是律师具备专业的法学知识和熟悉司法程序；二是律师积累了丰富的办案经验；三是律师积淀了广泛的司法部门的人脉能进行有效的沟通。**这三点是律师执业的基础，同时也是具有鲜明特色的职业竞争力。除此之外，比这三条更为重要的是责任心。**多年来，林律师始终尽职尽责地处理每一个案件，尽最大努力维护每一位当事人的合法权益。**

在他印象中，最为深刻的是某混凝土公司与中字头建筑公司的



货款纠纷案，那本是十分简单的货款纠纷：建筑公司拖欠货款，混凝土公司起诉要求还款。二者在诉讼时达成调解协议，然而调解达成后，被告却拒不支付货款，由于对方是省外企业，当地地方保护思想严重，法院执行很有难度，于是该执行案件一拖就是六年。虽然执行困难重重，但是林律师没有气馁，**他坚信成事虽然在天，但是做事在人，无论能否成功，都要想尽一切办法。**因此，几年间他不断地寻找对方的财产线索，最终发现对方在温州承建了某房开公司的一个工程项目，且尚有未领取的工程款。基于这一发现，他便以混凝土公司为原告起诉该房开公司，要求行使债权人代位权。又经过两年的不懈努力，原告收到了本应在八年前就收到的货款。

林罗斌的这份责任心不仅当事人看在眼里，甚至对方当事人——建筑公司也记在心里。此后不久，该建筑公司因追讨另一个案件的工程款未果，要在浙江省内提起诉讼，他们第一时间就想到了林罗斌律师！



**从诉讼为主到非诉为主：  
变化的是服务领域，不变的是工匠精神**

随着阅历的增加和经验的积累，林罗斌认为，律师服务的最高境界不是在法庭上唇枪舌战，而是将关口前移，为当事人提供专业的法律服务，事先防范或消除法律上的隐患，从而构建“无讼”的社



会和谐氛围。为此,他逐渐转变理念,从以诉讼为主转为以非诉讼法律服务为主。但是,不管是哪个领域,他都秉持精益求精的工匠精神,把每个案件做到完美,每个服务做到极致。为此,他深信,做好好律师,仅有渊博的专业法学知识是远远不够的。他说,做好律师更需要具备综合能力,面对不同行业和领域的案件,需要了解行业的基础知识,所涉猎的面比较广泛,不仅需要具有时刻学习的能力,同时也要有沟通、协调能力。**律师在为当事人处理纠纷时,必须了解纠纷背后的故事,洞悉纠纷背后的规则,了解各方当事人的心态与想法,运用自己的综合能力去解决问题。**

有一次,一家水龙头厂商委托其代理一起案件,起因是一消费者在新房装修中安装了该厂商生产的水龙头,然而装修完成后龙头突然爆裂,导致刚装修好的房屋严重积水。起初,各方都认为在这个案件中水龙头爆裂是事实,厂商败诉的几率很大。但是林罗斌却不这么认为,他及时查阅了水龙头生产的国家标准及行业标准,同时积极与质监部门、相关鉴定机构进行深入沟通,向其解释案件所涉及的龙头的硬度系数、爆裂部位等细节,最终促成该案委托上海五金鉴定机构进行鉴定。鉴定机构出具鉴定结果认为:此次水龙头爆裂不是厂商的质量原因,而是施工人员不当安装导致的。在许多情况下,固有的认知会给案件的解决造成一定的阻碍,这个案件的胜诉,更让林罗斌意识到办案时仅有法律知识是不够的,需要结合案件的情况进行及时的研究,才能充分发挥律师的能动性。

近两年,林罗斌作为负责人带领团队接任了两个破产案件的管理人工作。其中一个道道科技(杭州)有限公司破产清算案以拍卖溢价率达27%的结果结案;另一个浙江中意房地产开发有限公司破产清算案,近期在各方努力下,其名下所有位于杭州市余杭区南苑街道“中意·名仕苑”二期项目的国有土地使用权、在建工程等相关资产以溢价107%成功拍卖。这些案件的成功无一不体现了林罗斌律师



精益求精、追求完美的执业理念。



**从单打独斗到团队作战：  
转变的是工作模式,不变的是以诚待人**

在温州工作期间,以及刚到金道之初,林罗斌都是一人独步“法林”。近年,他构建了自己的律师团队。不管是单打独斗还是团队作战,他始终秉持做人的基本原则:诚以待人。他相信,以诚待人,不求他人回应,只求自心安宁。他这么要求自己,同时也以淳厚的人品感染和影响着身边的同事和朋友。

工作之余,林罗斌喜欢品茶,他认为品茶与做律师有共通之处,即苦尽甘来。一盏好茶,初入口时必有一些苦涩,之后,苦涩渐渐消退,再之后则会有甘甜入喉。作为一名律师,每天都需要处理各类的纠纷,面临不同的压力与挑战,偶尔还会遇到一些沟通不畅的当事人,工作的强度和精神的压力必然伴随着烦恼。但这些又是一种磨炼,人活在世,就是需要经过不断的磨炼,才会逐渐懂得生活的意义和道理。

林律师回忆初为律师时,经常会觉得十分烦恼,但随着执业年限和生活经验的增加,这些苦恼便自然地渐渐消退。再之后,过了而立之年、过了不惑之年,便逐渐学会了豁达。现在,临近知天命的他



更向往寻求内心的宁静与对自我的认知，“多读文史哲，是认识世界的好方法”。林律师也常邀请年轻律师一起喝茶交流，分享自己的观点，以自己发展的经历劝告年轻律师：“遇事不要着急、不要慌忙，每一个坎都是锻炼的好机会，凡事宽心，尽力而为，生活一定不会亏待你。”





**导语:**为响应浙江省司法厅关于“名所名品名律师”培育工程的号召,金道特推出“走近合伙人”系列专访,旨在展示品牌律师专业形象,为青年律师树立典范。

弃医从律,他用不断学习的精神成功转型律师;  
律界奋斗六年,他用耐心与坚持获得了客户信任;  
从个人拼搏到组建团队,他带领着一支朝气蓬勃的律师团队。

走近本期高级合伙人——朱宇亮律师。

## 朱宇亮:心之所向,素履以往



朱宇亮律师,浙江金道律师事务所高级合伙人,投融资团队负责人之一,专注于金融与不良资产处置业务,曾代理民生银行、北京银行、资产管理公司等大型金融机构重大疑难复杂案件,总案值超15亿元。



## 十年积累，弃医从律

朱宇亮律师在进入律师行业之前，有过十多年医生职业经历。谈到这段青春记忆，朱律师脸上露出淡淡的笑容，“最早选择从医，其实也是跟年轻时候的理想有关。古人云：‘不为良相，愿为良医。’学习医科知识，期望能减轻别人的痛苦，治病救人。”因此，1998年从浙江医科大学(后并入浙江大学)毕业后，朱宇亮选择进入一家省级医院从事临床工作。不久后，由于职务变动，朱宇亮转到了医院行政科室。

在医院行政科室工作期间，朱宇亮接触并处理了一些医患纠纷。由于在处理这些医患矛盾的时候需要运用大量的法律法规，因此朱宇亮在此期间也学习了很多法律知识。在和患者或者患者家属沟通交流的时候，通过对法理、人情的把握让他在工作中从善如流，解决了许多复杂问题。也正是在这期间，让朱宇亮慢慢地对法律产生了浓厚的兴趣。2008年，在繁重的工作之余他仍决心报考了当年的司法考试，并顺利通过。2010年，时机愈加成熟之后，他便正式辞去了医院的职务，转而进入了律师行业。



## 心之所向，素履以往

谈到弃医从律，朱宇亮律师认为他之所以做出这样的选择，是



在经过了十年的医院行政事务锻炼后，想给自己一个新的选择和挑战。“医生在很多人眼中是高大上的，但是律师在我眼中，更高大上。”他以一贯的幽默说道。

2010年3月8日，已过而立之年的朱律师，辞去医院职务后正式开始了律师助理工作。谈到这段经历，朱律师表示，从医院出来后到律师助理的改变是巨大的，这不仅是职业的改变，还有薪资待遇、工作习惯以及思维方式的转变，比起十年前刚参加工作时更加充满挑战，如何转变工作习惯和思维方式是非常艰难的。例如，律师与医生不同的是，客户不会像患者一样会主动找上门来求医，案源从何而来，是第一个难题。其次，如何建立与当事人、法院之间的良好沟通也是一大问题。再次，如何办理案件，如何加强对法律的理解和适用，都需要不断地学习和钻研。“虽然从头开始是一个挑战，但是乐观地来看，比起一些年轻人，这些经历让我拥有了更多，也收获了更多。”他笑道。

在为期一年多的律师助理期间里，朱宇亮律师一头扎了进去，心无旁骛地学习、工作。他通过学习所内优秀律师的案例，通过一次次专业培训和实务操作，熟悉基本的诉讼流程，熟悉不同的案件事实与法律适用的策略和方法。“看案例和看病历倒是有些相似的，”朱宇亮律师在团队内部的学习会议上如是说道，“比如说，病历看得多了，便可以了解更多的症状，并知道以后相似病例出现时如何操作，但这只是其一。其二，病历看得愈多，有时你要问自己，为什么有时看似相同的症状，要用不同的药物或者治疗方法。不同的症状和药物、方法之间有什么联系？哪个更好？这里就有高下之分。”他认为，实践中的法律适用技巧，必然是以对法条的理解和熟悉程度为基础的，而后者，比的就是积跬步而至千里的功夫。朱宇亮律师在学医和学法之间找到了相似之处，用其勤奋和专业的态度默默耕耘于律师行业。



### 业精于勤,行成于思

2012年,为了谋求更好的职业发展,朱宇亮律师加入了2011年获得“全国优秀律师事务所”称号的浙江金道律师事务所。正是在金道,朱宇亮律师确定了自己的专业化方向,也迎来了职业的腾飞期。

说到事业的发展期,朱律师谦虚地说自己不过是乘了时代的东风。2008年以后,浙江省内商业贷款不良率居高不下,2012年各大银行类金融机构的金融案件开始集中爆发,正需要大量拥有不良资产催收以及处置经验的律师提供法律服务,因此,不良资产处置业务成为了律师业务的热点之一。朱宇亮律师正好抓住了时代的需要,借助金道所的平台以及多方努力,成功进入多家银行杭州分支机构的律师库。同时,他通过日常案件的办理,获得了各银行清收部门的认可和好评,为专业发展打下了客户基础。

“很多律师觉得金融类案件的法律关系简单,很好做。实际上,法律关系虽然简单,但是却不一定那么好做。”在朱宇亮律师的专业化方向执业初期,他几乎每个工作日都来往于法院和银行清收部门之间,他戏称那段时间不在法院,就是在去法院的路上。

在一个案件中,由于抵押物存在处置瑕疵,为了推进处置进度,朱宇亮律师每隔一周奔赴外地法院与执行法官进行沟通,前后花了两年多的时间,抵押物才终于成功拍卖,帮助银行收回了大部分款项;又有一个案件,在只有保证人信用担保的情况下,朱宇亮律师代表某银行与保证人多次谈判磋商,最终达成由保证人代偿全部欠款的还款方案。正是一个个案件的用心与尽责,使得朱律师获得了银行客户的信任与认可。同时,经过这些案件的锻炼,朱律师更加深信当时的职业选择是正确的,医生的作用在于治病救人,而律师的作用在于解决矛盾纠纷,这两者的共通之处都是为了满足并解决当事人的实际需求。



### 山不厌高，海不厌深

朱宇亮律师在自身精于专业化的道路上摸索了多年之后，深感团队协作的重要性，于是在 2015 年与一批志同道合的律师组建了投融资法律服务团队，并致力于发展不良资产处置法律事务。

谈到团队建设和专业化发展，朱宇亮律师认为，“山不厌土，故能成其高；海不厌水，故能成其深。”作为团队负责人，他的主要任务是鼓励律师朝各自愿意钻研的方向发展，重点抓团队培训和学习。朱律师直言，“我们是一个非常年轻的团队，但是每个年轻律师都非常优秀。而正因为年轻，所以可以期待更多的可能。”除日常业务合作外，朱律师会定期组织学习研讨会，让团队成员寻找话题积极分享，对业务及时进行总结和归纳，同时鼓励团队成员进行多领域的开拓，组织线上和线下的专业培训等。这些举措不仅能增加团队凝聚力，更培养了团队律师的业务专业性。

在团队内部学习会议上，朱律师非常乐于分享他的执业心得，更乐于同团队律师交流疑难案件的办案经验。他坦言，或许是因为从医经验的缘故，办理案件时总是有一种代入感，认为每个案件都关系到当事人的重要利益，因此会督促自己更好地争取当事人的合法权益。在接受委托后尽力为当事人多考虑，踏踏实实做事，坚持金道所“守信如金、为业载道”的办所理念。



### 静以修身,细嗅蔷薇

在朱宇亮律师办公室的窗边，围着一个小花圃，里面种满了各种各样的多肉植物，这是朱律师工作之余最喜欢“捣腾”的事。这个多肉小花圃引来了不少同事的围观，被问及为何会种植多肉植物时，朱律师谈到：“就像有人喜欢烹饪，有人喜欢摄影，有人喜欢品茶一样，种植多肉植物是我的爱好。工作累了，在整理小花圃的时候能放空杂念，注意力集中在多肉植物上，这也是一种心灵的治愈吧。照料这些多肉植物就像照料孩子一样，看着它们长大、长高是一种很大的乐趣。”

回想起他执业的这些年，朱宇亮律师认为，律师也是一个充满焦虑的行业，这些焦虑来自于初期的经济压力，也来自于本身的工作性质。律师职业比较特殊，日常面对的诉讼纠纷中的客户群体可以说是“烦恼的集聚体”，客户大多是带着自身不能解决的“麻烦”来找律师的。律师如果不能有效地克服这些焦虑，保持一个稳定的心态，那么对工作、学习及自身的规划，都会有影响。对于年轻律师来说，克服焦虑是一个很重要的学习课题。针对这一点，朱律师也经常勉励团队成员：“人生原本就需要面对很多困境，如逆水行舟，但是以初心所向为目标，以踏实做人做事为桨，以帮助他人解决问题为乐，一定会长风破浪，直济沧海！”





# 民事信托的困境与出路

□ 俞菊明 \* 孙南梦頤 \*



**【摘要】**民事信托作为信托业的重要组成部分，因其受益人所适用的对象更为宽泛，其在财富管理、财富传承以及风险隔离方面扮演重要角色，另有避税、规避遗嘱认证、免却指定监护人义务等功能。目前，国内信托业蓬勃发展，但是民事信托领域发展却较为缓慢，由于我国存在缺乏统一的登记制度、缺乏受托人谨慎义务规范、立法中信托所有权权属不明等问题，导致在实务操作中面临着诸多问题和风险，无法契合信托的现实需要和发展趋势。鉴于此，有必要对我国民事信托制度的现存问题进行研究分析，并提出相应的解决方案，促进我国民事信托制度的变革和完善。

**【关键词】**民事信托；财富传承；风险隔离

\* 俞菊明，本所管理合伙人，浙江省律师协会首届婚姻专业委员会秘书长，杭州市律师协会家事委副主任。

\* 孙南梦頤，本所律师助理，浙江工商大学国际经济法学硕士。



## 一、民事信托概述

### (一) 民事信托的内涵和功能

#### 1. 信托的内涵

信托最早源于罗马法“信托遗赠”制度。罗马法中明确规定：按遗嘱划分财产时，可以把财产直接授予继承人，若继承人无力或无权承受时，可以按信托遗赠制度，把财产委托或转让给第三者处理。此时的“信托遗赠”作为一个比较完整的信托概念，首次以法律的形式加以确定。经过数千年的发展，现代信托的雏形“尤斯制度”在英国逐步开始出现，并逐步完善和发展，在 19 世纪左右传入美国，发展为目前所熟悉的信托。

对于信托的定义，一直没有统一和明确的概念，直到 1985 年，国际私法会议通过的《关于信托的承认和法律适用的国际公约》中对信托进行了明确的定义：“信托是一种委托人在生前设立的法律关系，出于受益人利益或者是其它目的的考虑，使其财产受受托人控制”。这种概念后被大多数国家所接受。<sup>①</sup>

我国信托法在 2001 年的《信托法》第二条中对信托进行了定义：“信托指委托人基于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的，进行管理或者处分的行为”。所以根据其定义可以看出我国信托主要包含以下内容：(1)受托人充分信任信托人。(2)信托以信托财产为核心内容。(3)受托人受托后按照自己的名义以委托人意愿对委托财产进行管理。(4)受托人处理受托事务的前提是充分考虑受益人的利益。<sup>②</sup>

通过以上分析，可以得出的结论是，所有的信托都涉及财产转移和财产管理。

<sup>①</sup> 参见霍晴雯：《我国家族信托之发展：兴起、困境、因应》，西北大学 2015 年硕士学位论文。

<sup>②</sup> 参见陈杰：《商业信托制度研究》，西南政法大学 2014 年博士学位论文。



## 2. 民事信托的功能

密苏里大学法学院 D.M. 教授认为，民事信托主要彰显两方面的功能。第一，规避遗嘱认证程序。美国作为英美法系国家，继承程序复杂，以遗嘱认证最为典型。为省却设立遗嘱和遗嘱认证的繁复流程，在生前构建民事信托的观念应运而生，所以民事信托具有规避遗嘱认证功能。第二，免却指定监护人义务。由于信托受益人所适用对象更为宽泛，除可通过受托人代替监护人为未成年人抑或精神病人等主体安排财产外，还可为残疾抑或身患恶疾的主体管理财产，充当看护人的功能。<sup>③</sup>除此之外，民事信托还有以下功能：

### (1) 财富管理和财富传承

香港大学法学院利孝(Lusina HO)教授认为，民事信托的另一大功能在于财富安排。即信托具有财富管理和财富传承的功能，委托人将自身财富通过信托的方式委托给专业的信托机构，以此获得相对确定且较高的回报，谋求财富的保值增值，已成为信托财富管理功能的重要内容。<sup>④</sup>

在财富传承功能中，其最突出的表现是保护信托。在财富传承的过程中，某些受益人可能因缺乏经营管理能力而导致企业经营不善，甚至可能出现挥霍浪费，导致财产消耗殆尽，此时设立保护信托可以在保障受益人生活的同时，保证财富传承。

随着老龄化社会的出现，许多老年人拥有着包括房产在内的大量财富，而按照民法中的监护制度，现实生活中利用法律的漏洞侵犯老年人财产的“受托人”——往往是子女或其他负有监护责任的人。而在民事信托制度中，让无利益关系的专业第三方作为受托人，既能保证老年人的财富得到必要的保护，也可以实现逐代传承的功能。

<sup>③</sup> 贾希凌、任愿达：《我国发展民事信托与公益信托之若干问题刍议—2013年信托法律实务国际研讨会综述》，载《上海商学院学报》2013年第5期，第40—42页。

<sup>④</sup> 参见黄海洲：《我国遗产信托法律制度构建》，吉林大学2014年博士学位论文。



## (2) 隔离风险

信托法第十六条规定：“信托财产不得归入受托人（信托公司）的固有财产或者成为固有财产的一部分，受托人依法解散、被依法撤销、被宣告破产而终止，信托财产不属于其清算财产”。同时第十八条规定：“受托人管理运用、处分信托财产所产生的债权，不得与其固有财产产生的债务相抵销。受托人管理运用、处分不同委托人的信托财产所产生的债权债务，不得相互抵销”。从规定中可以看出，因信托本身的独立性使得信托财产不受委托人债务的影响。特别是很多委托人的家庭财产与企业财产在实际操作中没有清晰的界定，通过设立信托的方式使得信托财产与企业财产相隔离，即使是企业遭受破产也不会波及信托财产，降低了企业经营风险对委托人及家庭成员的影响。在自由裁量信托中，债权人甚至不能对信托利益进行扣押和拍卖，所以通过信托，可以很好地规避风险。

## (3) 避税功能

信托产生之初，逃避高额的土地继承税是其设立的重要动机之一，目前境外信托可以起到规避遗产税和所得税的作用。信托的特点使得财富可以以信托财产的身份剥离出继承的范围，从而避免成为遗产税的征收对象，因此信托成为一种良好的避税方式。

我国《信托法》第十五条就规定：“委托人死亡后，信托存续，信托财产不作为其遗产或者清算财产”。早在 2010 年，财政部起草了《遗产税暂行条例草案》，其中规定遗产税以 80 万元为起征点。国务院在 2013 年发布的《深化收入分配制度改革若干意见的通知》中明确指出：“研究在适当时期开征遗产税的问题”。虽然我国目前还未开始实行遗产税，但征收遗产税将是一种趋势。所以在不久的未来若进行开征遗产税，信托也必将发挥重要作用。<sup>⑤</sup>

<sup>⑤</sup> 罗志华：《信托在我国金融分业体制下的定位研究》，西南财经大学出版社 2012 年版。



## (二)民事信托的立法进程

我国信托的相关立法始于 21 世纪初期,2001 年全国人大常委会通过了《中华人民共和国信托法》,我国第一部信托法律得以颁布和实施。第二年中国人民银行颁布了《信托投资公司资金信托管理暂行办法》,此后为了对信托法具体内容进一步细化和完善,中国银行业监督管理委员会于 2007、2009 年颁布了《信托公司管理办法》、《信托公司集合资金信托计划管理办法》,<sup>⑥</sup>并于近日发布了《信托登记管理办法》,但信托法律制度仍不够完善,信托业务仍然缺乏法律保障。

从《信托法》出台至今,我国信托业务已经发展到一个新阶段,但是由于法律本身的滞后性和不完善性,加上立法者在认识上的一些不足,导致目前出现不少制度衔接的问题,对《信托法》修改的呼声也日益高涨,我国缺乏类似英美法系丰富完备的信托法律规范,这些规范能够对信托的发展提供全方位的保护。所以,结合域外信托业法律规范,立足于本土信托的发展实践,完善我国的信托法律法规,推动我国信托业务发展已成为当务之急。

## (三)民事信托发展现状

从财富规模看,2016 年中国高净值人群共持有 49 万亿元的可投资资产,2014—2016 年增速达 24%,增速高于 2012—2014 年。《2017 胡润财富报告》显示大中华区拥有 600 万资产及以上的家庭总财富达 125 万亿,是大中华区全年 GDP 的 1.5 倍。从年龄层看,《2015 中国高净值人群寿险市场白皮书》显示高净值人群平均年龄为 43 岁。高净值人群庞大的资产规模和较快的增长速度为信托行业的发展提供了前提条件、奠定了物质基础。

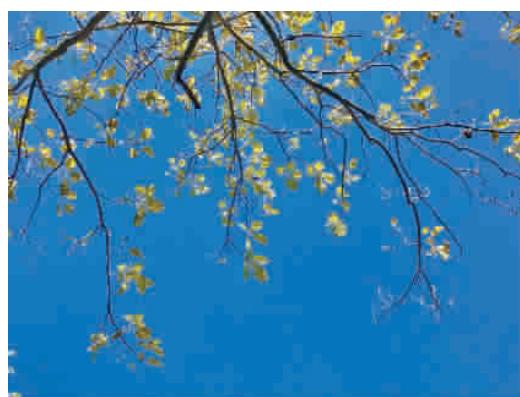
自《信托法》及相关法律、法规、规章颁布之后,信托行业一直处

<sup>⑥</sup> 参见熊俊:《中国信托业发展优化的制度分析》,云南大学 2010 年博士学位论文。



于持续增长阶段。2012 年为 7.47 万亿元，较 2011 年同比增长 55.30%；2013 年为 10.01 万亿元，较 2012 年同比增长 34.00%。信托资产规模在 2010 年首次超过公募基金规模，2012 年又超过保险业资产规模，仅次于银行业资产规模，位居金融业次席，2009 年到 2013 年也成为我国信托行业发展的黄金时期，2013 年之后开始步入缓慢增长阶段。<sup>⑦</sup>

截至 2017 年 6 月底，我国 68 家信托公司受托管理信托资产规模已突破 23 万亿元。目前我国最大的信托公司资产已达 1.097 万亿元，即使最小的信托公司资产也有 29 亿元。<sup>⑧</sup>可见，中国信托业经过高速增长阶段，增长速度明显变为低速阶段且已经具有庞大的市场规模。但这对于起步不久的民事信托来说并非优势。与英美法系相反，中国的信托行业先从商事信托发展起来，之后逐渐过渡到民事信托。尽管国内信托机构迅速崛起，信托行业看似一片光明前景，但是由于信托设立之初我国人民普遍缺乏信托背景知识、且对信托概念理解上的不足导致了信托立法、登记制度、重复征税等问题，为我国民事信托行业的发展造成了一系列障碍。



<sup>⑥</sup> 席月民，《信托业乱象终结者》，载《经济参考报》2014 年 6 月版-10008。

<sup>⑧</sup> 刘欣东：《家族信托的功能实现与法律困境》，载《公民与法（法学版）》2015 年第 5 期，第 6-8 页。



## 二、民事信托面临的困境

### (一) 信托财产所有权权属不明

法律层面上,《信托法》对于信托财产所有权的权属规定模糊。最早的 1996 年的信托法草案中将信托法的所有权规定为受托人,而在 2000 年提交到人大常委会的草案中该观点改为“委托人不必要转移信托财产所有权”,并在 2001 年正式通过的《信托法》第二条中沿用了此种观点。<sup>⑨</sup>立法者倾向性认为信托财产是否转移所有权依赖于委托人对受托人的信赖关系,若对受托人充分信任可以转移所有权,若信任程度不足可以不转移所有权。立法者认为直接规定转移了所有权,会使得很多人因该规定而放弃该制度的使用。所以正是因立法者在所有权归属上的模棱两可的态度间接导致了信托财产所有权权属的不明晰。

我国《信托法》第二条规定“本法所称信托,是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为。”该条规定表明委托人只是将信托财产委托给受托人而非转移信托财产的所有权,信托财产的所有权依然由委托人所有。<sup>⑩</sup>但是《信托法》第十四条第(一)款又规定“受托人因承诺信托而取得的财产是信托财产。”该条款又将信托财产所有权赋予了受托人。

两条法条模棱两可的规定,使得学理上及实务上对信托财产的所有权归属意见不一,争论不休。信托财产所有权的归属不明涉及到的是对外的公示公信问题,公示公信又关涉到第三人与受托人进行交易时,针对置于受托人名下的财产和没有置于其名下的财产可能会有不同的疑虑以及态度,第三人会对交易行为的有效性产生担

<sup>⑨</sup> 参见陈胜、刘欣东:《家族信托的功能实现与法律困境》,中国银行法学研究会信托法专业委员会会员通讯(第二期),中国银行法学研究会信托法专业委员会,2014 年 6 月。

<sup>⑩</sup> 参见周浩:《国内家族信托实践中的法律困境与发展》,华东政法大学 2015 年硕士学位论文。



忧。再者，信托所有权的不明确，使得信托与委托代理法律关系难以做出区别。

## (二) 信托登记制度的缺失

### 1. 民事信托登记制度的立法缺失

我国《信托法》第十条规定“设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。”这里的信托财产应该既包括动产，也包括不动产，股权，知识产权等，该条要求信托生效必须办理信托登记，但并未提及具体的登记机关和登记程序，导致实际中除资金外的其他财产事实上无法设立信托。虽然中国信托业协会在 2006 年已出台《信托产品登记公示与信息披露试行方案》，但此方案仅仅是一种行业自律规则，并没有强制执行力。<sup>⑩</sup>另外，近日中国银行监督管理委员会发布的《信托登记管理办法》虽然对登记机关和登记程序有了进一步规定，但该《管理办法》仅为部门规范性文件而非法律，且此种规定可能导致信托登记程序中产生一些问题，如以何种标准确定信托登记查询对象与查询人的关联性等。

### 2. 民事信托登记模式的不足

《信托法》第十条规定“设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。未依照前款规定办理信托登记的，应当补办登记手续；不补办的，该信托不产生效力。”由此可见我国采取的是“登记要件主义”。按照这一规定，以应登记的财产权利设立信托，必须进行信托登记。否则，无论登记对于该财产的转移是生效要件还是对抗要件，该信托均不生效。这一过分严格的规定在大陆法系国家的信托制度之中较为少见。即使在信托制度较为成熟的日本、韩国均没有采取这种效力模

<sup>⑩</sup> 参见刘继虎：《信托所得课税的法理与制度研究》，中南大学 2011 年博士学位论文。



式，即使是在不动产物权变动上采用登记生效主义的我国台湾地区，也仅仅将信托登记的效力定位在产生对抗第三人的效力上，而登记与否并不影响信托本身的效力。<sup>⑫</sup>

这种严格规定不利于达到信托法律的效率价值，信托作为一项灵活的制度设计，其最大的优点在于使用多种方式的组合运用以及委托财产的多样性，现金、财产以及财产性权利均可成为信托财产，而苛刻的登记生效主义使得信托的设立缺乏必要的灵活，不利于交易的高效性，增加了交易的成本，不利于信托目的的实现。

### 3. 民事信托的重复征税

#### (1) 理念冲突

信托制度起源于英国，因英美法上信托制度采用的是二元所有权结构，该制度被英美法系广泛接受和学习，但是这与大陆法系“一物一权”理念从根本上是冲突的，使得大陆法系在移植信托制度时只关注了信托财产由受托人持有而忽略了对受益人财产权性质的界定。例如：在家族信托中，委托人将财产委托给受托人时需要征收一次税，受托人将财产收益转移给受益人时再次被征税；在房地产信托中，在信托设立阶段由于信托合同的订立以及房产的转让，应缴纳印花税与契税；在信托终止时，房产的转让以及相关合同的签订需缴纳的印花税与房产税。以“一物一权”的观点看，房产从委托人转至受托人名下，又转至受益人处，是两次转让。<sup>⑬</sup>但是，委托人的目的是该房产与相应的房产收益转至受益人处，受托人在此过程中实际上只是对信托财产进行管理，这就相当于对一次房产转移进行了两次征税。

#### (2) 立法缺陷

由于信托法并未明确信托财产所有权限属问题，加上法律移植

<sup>⑫</sup> 参见于朝印：《特定目的信托法律规制研究》，西南政法大学 2012 年博士学位论文。

<sup>⑬</sup> 参见宋学明：《我国信托业功能演进和发展研究》，山东大学 2014 年博士学位论文。



过程中大陆和英美法系在理念上的差异以及法律本身的滞后性，税法对于信托税收的纳税主体没有专门规定，使得纳税主体过于宽泛和模糊，也就间接导致了实务中的各种不规范。以家族信托为例，依据《个人所得税法》第二条规定，有关个人所得税 11 个科目中，家族信托所得课税属于哪个种类，欠缺法律规定，最基本的表现有关家族信托所得的税负主体不清晰，这就导致实务中出现经常性的重复征税。<sup>⑭</sup>

这种重复征税主要表现在：在设立阶段，财产所有权必须转移至受托人，属于“形式转让”，是受托人管理处分信托财产的必要条件，委托人或受托人并未因此次转让而获利，原则上并不符合产生纳税行为的条件。但是依据现行税法的规定，部分财产的这种移转会被税务机关认定为销售行为，需要缴纳税款。在信托存续期间，受托人因就管理处分信托财产所得利益及因管理信托财产所收报酬负纳税义务。根据目前法律法规相关规定，信托财产虽处于受托人管理之下，但是委托人基于信任基础可能未转让信托财产所有权，所以此部分财产受托人可能并非获得财产所有权，所以信托收益在未分配前也归入信托财产而区别于受托人所得收益。故让受托人因信托所得收益负有纳税义务似乎不符合税法精神。<sup>⑮</sup>受益人依据信托协议享有收益时，因所得增加而需要再次缴纳税款。在信托终止阶段，受托人应将信托财产移交给信托协议指定之受益人，此时受益人依然需要就受托人移转行为再次缴纳税款，事实上信托所得收益在获得时已经由受托人缴纳过相关的税款。

除了上述税费之外，加上各个阶段因书面文件所涉及的印花税，导致了对同一税源多次课税的结果。所以在我国税收实务中，税务机关不关注“形式转让”还是“实质转让”，一律统一征税，因此导

<sup>⑭</sup> 参见胡政：《论我国信托税收法律制度的完善》，江西财经大学 2013 年硕士学位论文。

<sup>⑮</sup> 参见康兆弟：《我国信托业功能定位及未来功能演进路径分析》，华东师范大学 2012 年硕士学位论文。



致了重复征税的普遍出现。<sup>⑯</sup>

#### 4. 遗嘱信托面临的困境

虽然我国的遗嘱信托近年来刚刚兴起，但是已经面临诸多难题。我国现行《继承法》与《信托法》在遗嘱信托成立条件上存在矛盾。《信托法》第八条规定：“采取信托合同形式设立信托的，信托合同签订时，信托成立。采取其他书面形式设立信托的，受托人承诺信托时，信托成立。”据此规定，遗嘱信托在受托人承诺时才能成立，除非遗嘱人在死亡前已取得受托人同意。但《信托法》第十三条规定：“设立遗嘱信托，应当遵守继承法关于遗嘱的规定。遗嘱指定的人拒绝或者无能力担任受托人的，由受益人另行选任受托人。”这又表明遗嘱信托的成立不以受托人的承诺为前提，受托人拒绝的，可以另行指定受托人以完成遗嘱信托的设立。而与遗嘱最为密切的《继承法》则采用《民法通则》的相关规定，《继承法》认为遗嘱是立遗嘱人单方意思表示，其生效不需对方当事人的同意，在合法的前提下遗嘱人死亡是遗嘱的生效要件。<sup>⑰</sup>

综合看来，《信托法》允许在遗嘱纳入信托的内容，前提是遵守继承法的规定。从制度设计上来说，继承法是私法，通过遗嘱能够在一定程度上实现意思自治，在继承权平等的前提下照顾经济困难的继承人。<sup>⑱</sup>但是含有信托内容的遗嘱只有在遗嘱人死亡后，遗产转移到信托后才成立，这就很可能导致受托人缺失时，信托成立但无法运行的尴尬局面。对此，我国信托法和继承法既没有明确此种情况下第三方介入的权力，也没有在继承法中对遗嘱信托进行细化，导致遗嘱信托的现实功能并未完全得到发挥。

#### 5. 受托人谨慎义务的缺失

<sup>⑯</sup> 参见郑玉兰：《中国信托企业税收负担实证研究》，西南财经大学 2012 年硕士学位论文。

<sup>⑰</sup> 参见李亚威：《公益信托税收优惠与避税规制研究》，中国政法大学 2010 年硕士学位论文。

<sup>⑱</sup> 参见梁绍淳：《中国信托登记制度研究》，华东政法大学 2010 年硕士学位论文。



目前我国信托行业已经处于平稳发展阶段，但是作为民事信托却发展极为缓慢。这种现状并非是人们由于缺乏理财意识，从而阻碍了信托制度的广泛应用，而是当下社会情势日渐复杂，人们对信托制度在观念上存有疑虑，尤其是对受托人管理运用信托财产缺乏基本的信任，对受托人包括信托公司能否履行忠实与勤勉义务表示质疑，而上述种种质疑是源于立法层面上受托人谨慎义务的缺失。

信托中的受托人职能已经由最初的消极地持有财产转变为财产的积极管理者。尤其是在以受托人为中心的现代信托制度下，受托人的权限得到了不断的扩张。为了防范受托人违反约定从而损害受益人利益或者怠于履行受托义务，各国信托法上都规定了受托人谨慎义务。英、美等国家甚至专门制定了《受托人法》、《统一谨慎投资法》对受托人义务进行规定，并详细规定了受托人的谨慎义务、违约责任等。<sup>⑯</sup>

而对比我国《信托法》上相关规定在第二十五条“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务”。除此之外并无相关的法规、司法解释对受托人的谨慎义务进行具体规定或者补充，可以说信托法的规定极为宽泛和粗疏，缺乏详细的衡量标准，直接导致了在实践中很难去界定受托人是否违反了谨慎义务，委托人或者受益人更难以采取相关救济措施，对受托人违反谨慎义务进而追究其违约责任。现实中“爱建信托案”等因受托人违反谨慎义务损害受益人利益的事件正说明缺乏受托人谨慎义务的巨大弊端。因此这也间接导致众多委托人对受托人缺乏信任，进而影响民事信托业务的发展。

<sup>⑯</sup> 神作裕之、杨林凯：《日本信托法及信托相关法律的最新发展与课题》，载《中国政法大学学报》2012年第5期，第74-81页。



### 三、民事信托制度的域外经验

#### (一) 信托财产的所有权归属

##### 1. 英美法系中英美信托财产所有权

英美信托法体系下的信托财产所有权为二元结构的财产所有权或称之为双重所有权，该法律体系下将存在于信托财产上的所有权分割为法律所有权即普通法所有权与衡平所有权，并在这一分割基础上确认其中法律所有权由受托人享有，衡平所有权则由受益人享有。对于英美法系的信托来说，信托财产所有权最重要的特征就是将设立信托的财产所有权分割为两个不同性质的所有权，在这种制度设计下，管理与处分权集中于信托受托人手中，同时，负有为特定人利益或特定目的处分财产的义务，受益权则集中于信托受益人手中。

##### 2. 大陆法系中日本信托财产所有权

日本《信托法》第一条规定：“本法所称信托者，谓实行财产权转移及其他处分而使他人依一定目的管理或处分财产”。虽然日本信托法并未明确信托财产的归属，但该条中的“财产权”应当包括所有权，因日本学术界神作裕之、中野等学者通常认为由受托人取得信托财产的所有权，所以信托财产权一经转移，受托人即取得信托财



产的完全所有权，成为所有人（当信托财产为债权时，受托人则成为完全的债权人），而受益人仅拥有向受托人请求支付利益的权利。

通过比较和分析英美法系和大陆法系对于信托财产所有权的法律规定及其发展实践，我们发现，两大法系在信托财产所有权的归属方面有趋同的倾向，即向着受托人所有权一元结构方向发展。在英美法系，虽然传统意义上有着普通法所有权和衡平法所有权的分割，但是随着衡平法所有权的权利功能的“形同虚设”，这种权利的分割在普通法系下越来越不受学者的重视。对于大陆法系来说，其多数还是采用由受托人享有信托财产所有权的这一单一结构的立法模式，所以，我们不难看出，分别存在于英美法系和大陆法系的国家或地区的信托中的信托财产所有权，已经出现了趋同的倾向。<sup>⑯</sup>

## （二）信托的登记制度

### 1. 英美法系信托登记制度

在英美法系国家的信托法上并没有独立的信托登记制度。在英国模式的信托制度中并没有任何形式登记的相关条款，不论是土地登记或其他财产登记（如股票登记）。英美法系国家的信托法要求受托人对信托财产做出标记来区分信托财产与其自身财产，同时要求受托人在与第三人进行有关信托财产交易时必须履行说明告知义务，并赋予第三人可以善意取得信托财产的权利。通过这些制度的建构，英美信托法实现了对信托财产独立性的维护以及交易安全的保护。尤其是美国信托法进行了特别规定：受托人不得将信托财产与自有财产混同。因此受托人一般都负有在信托财产之上做出标记以向外界告示其属于信托财产的义务，这是由于“如果信托财产没有做出标记，则受托人可能在事后声称营利的投资是来自其自有财产，而亏损的投资是来自信托财产”。

<sup>⑯</sup> 汤淑梅：“信托登记制度的构建”，载《法学杂志》2008年第6期，第137—139页。



## 2. 大陆法系信托登记制度

日本在引入信托制度后，制定了比较完善和健全的信托财产登记制度。在日本《信托法》及其相关立法中，对信托财产登记机关、信托财产登记对象、原则、流程以及操作细则都有较为明晰的规定。在日本信托登记制度中，信托登记采取的是对抗主义模式，为了平衡当事人在信托制度中意思自治与交易安全的保护。<sup>②1</sup>即信托当事人设立信托之后不必对信托财产进行信托登记也能使信托关系产生法律上的效力，但此种效力仅限于当事人之间，尚不能对抗善意第三人；在经过信托登记之后信托财产之上的法律关系就取得了对抗不特定第三人的效力。

### (三) 信托的税收制度

#### 1. 英国信托税收制度

英国将信托征税按照阶段进行划分，针对不同的阶段进行征收资本利得税、印花税、所得税、增值税等。

对于资本利得税，在信托设立阶段，信托委托人缴纳资本利得税。在信托存续期间，资本利得税的主体主要取决于受益权人，信托委托人享有部分信托受益权的，由委托人缴税，信托受益权由受托人取得的，受托人缴纳资本利得税，而受益人无需缴纳。在信托终止阶段，受益人缴纳税款。

对于印花税，在信托设立阶段，由于信托合同的产生，委托人需缴纳印花税。而在信托存续阶段，只要发生财产的转移，则不论信托财产的价值是否增加，受托人都应缴纳印花税。对于诸如土地之类的必须通过正式文件进行转让的财产，印花税的税率为1%。在其他情况下，比如纯粹授予现金的财产处分，印花税的税率则采用定额的方式，即50便士。<sup>②2</sup>

<sup>②1</sup> 参见王萌：《中国信托登记制度研究》，中国社会科学院研究生院2014年硕士学位论文。

<sup>②2</sup> 参见温雅丽：《从信托制度的历史演进看我国信托制度的完善》，中国人民大学2005年硕士学位论文。



对于所得税和增值税，信托财产所得税的纳税义务人是信托受托人。针对信托财产产生的收益，信托受托人在大部分情况下是纳税义务人，而在其他特殊情形下，受托人是代缴义务人，在信托终止时，此扣缴税额可以抵扣信托受益人的应纳税款。而针对信托受托人因管理信托财产而产生的收益，受托人当然地负有所得税缴纳义务。在信托存续阶段，信托受托人提供应缴纳增值税的商品或劳务并因此获得大于最低限度的收入时，负有缴纳增值税的义务。

## 2. 日本信托税收制度

日本现有信托税制中共包含了四种税，分别是所得税、继承税、登记许可税和有价证券交易税。

对于登记许可税，日本的信托登记许可税类似于我国印花税，共发生在两种情形之下。第一为信托的登记、登录以及涂销时，需缴纳登记许可税。其次，当所有权发生转移时，应当缴纳登记许可税，<sup>㉓</sup>但以下情形不征收登记许可税：一是在委托人将财产权移转至受托人的情形下，由受托人进行财产转移时的登录或登记；二是委托人系信托财产本金的受益人，由受托人转移进行财产转移的登录或登记；三是在信托财产从旧受托人转至新受托人名下所进行的登录或登记。<sup>㉔</sup>

对于所得税，日本的信托财产所得税存在于所得发生与所得分配两种情形下——发生信托财产所得时与分配信托财产所得时，课征所得税。如存在特定受益人，则直接对受益人征税；如受益人不特定或不存在受益人，则将委托人作为信托财产的所有人并对其征收所得税。<sup>㉕</sup>

对于有价证券交易税，日本法律规定，在有价证券发生转移时，

<sup>㉓</sup> 参见王礼平：《中外信托制度问题研究》，东北财经大学2005年博士学位论文。

<sup>㉔</sup> 马爱军：“日本信托税制探析”，载《税务研究》1994年第5期，第62页。

<sup>㉕</sup> 同注<sup>㉔</sup>，第61页。



需要征纳有价证券交易税,但以下两种情形除外:一、有价证券作为信托财产,从委托人处转让至受托人处之时;二、放贷信托受益凭证从受益人处由信托公司购得并转让给第三者时。<sup>㉙</sup>

对于继承税,在委托人死亡的情形下,如若受益人不特定或是有关委托人的信托权利不存在,则对信托财产按照继承人继承财产的形式处理并征收课税,而如若委托人死亡又无继承人,则鉴于不发生继承行为,就不课征继承税。

#### (四)受托人谨慎义务标准

##### 1.日本受托人谨慎义务标准

日本作为大陆法系采取的标准是“善良管理人标准”,善良管理人标准,即受托人在处理信托事物时应当达到一般理智谨慎之人所能达到的谨慎和勤勉义务。目前日本、我国台湾地区就采用这一标准。虽然此标准是一个较为宽泛的标准,但是此标准对于不同的情形下,对善良管理人适用了严格程度和标准不同的谨慎义务,所以相对我国目前《信托法》中的受托人义务,仍具有极大优势。

##### 2.英美受托人谨慎义务标准

因现实中不同类型的受托人、不同类型的信托中受托人谨慎义务的内容和标准是不同的。所以在受托人谨慎义务设立之初,英国希望通过列举方式将谨慎义务内容涵盖,在其2000年《受托人法》修改时,英国通过列举方式将受托人的谨慎义务做以具体的规定,但是最终因无法做到没有缺漏的列举以及列举的方式过于僵硬而被迫放弃。<sup>㉚</sup>

在随后的发展中,英国和美国逐渐采取了“具体情境下的合理标准”,具体情境下的合理标准主要包括以下几点:一是受托人具有的能力。根据受托人具有不同的专业能力适用不同的标准。二是受

<sup>㉙</sup> 参见陈杰:《商业信托制度研究》,西南政法大学2014年博士学位论文。

<sup>㉚</sup> 参见方晨:《中国民事信托发展滞后的原因分析》,中国政法大学2013年硕士学位论文。



托人对外宣称或者承诺具有某种能力。如果受托人对外宣称或者承诺自己具有某方面的专业能力,那么他应适用与该技能相对应的标准。三是委托人对受托人合理期望下具有某方面的能力。该标准是指受托人因各种原因被合理的期望具有某方面的专业能力,该判断标准高于普通的标准。<sup>㉙</sup>

综合看来,相对于大陆法系只规定善良管理人原则性标准,英国是先规定了原则性的标准,后又针对该原则性的标准制定了一些相对具体的判断细则,美国在给出原则性标准的同时也给出了判断原则性标准的方法。



#### 四、完善我国民事信托制度相关建议

##### (一)立法完善

###### 1.民事信托财产所有权权属确定

从法律渊源和法律目的角度来看,信托始于英美法系,基于衡平法和普通法的二元管辖所产生的信托财产双重所有权,这与坚持“物权法定”、“一物一权”观念的大陆法系之间是相互冲突的,所以必须在法律移植的问题上确定所有权的归属问题。大陆法系国家移

<sup>㉙</sup> 参见胡旭鹏:《信托财产独立性与交易安全之平衡机制研究》,华东政法大学2014年博士学位论文。



植信托制度过程中对信托财产所有权的归属分别作出了不同的选择,日本、我国台湾地区、韩国等都选择了“受托人所有权”模式,且绝大部分大陆法系国家也相继选择了受托人所有权模式。<sup>②</sup>

从上述内容可以看出,在信托关系中,信任仅仅是作为信托的基础,而真正目的是为了实现财产托付,委托人最终目的依然是希望将所有权转移给受益人。所以信托只是将管理财产的权利移转于受托人,财产的所有权应属于受益人,当受托人违背忠实义务而为信托财产的行为时,受益人基于所有人的地位来进行救济。所以在立法层面,应从法律的角度明确规定信托财产的所有权属于受益人,而非依赖于委托人对受托人是否信任的情况下转移所有权,这不仅是目前大陆法系通用的做法,也符合一般大众对于财产托付的认识,更符合目前国内的实际情况与需求。

## 2. 民事信托税收

首先对于信托法来说,信托税收问题以信托所有权的权属为基础,若根据上述选择受托人所有权模式,那么税收层面也将发生变化。

对于信托税收的立法修改,若推行全新的信托税收体系必然面临着极大风险,因而在现有信托税制之上进行适当的合理修改才是可行之道。

在立法中应首先明确纳税主体,具体到信托环节,对不同的信托当事人来说,所涉及的税种亦不相同。信托委托人应承担多项税种,信托受托人则仅负担印花税,而信托受益人在这一环节不承担任何税款缴纳义务。对于信托财产的征税税种上,可以选择增值税、印花税、所得税、营业税,限定征税税种的范围,至于各税种的征税过程和适用,将在税收制度设计中进行阐述。

<sup>②</sup> 参见胡旭鹏:《信托财产独立性与交易安全之平衡机制研究》,华东政法大学2014年博士学位论文。



### 3. 遗嘱信托的完善

从立法者角度来看,《信托法》允许在遗嘱纳入信托的内容,且前提需遵守继承法的规定。这表明立法者认为针对遗嘱财产所设立的信托,因本身所涉及的财产属于继承法处理的范畴,所以若出现矛盾首先应遵循《继承法》的相关规定。

从一般法和特别法的角度来看,遗嘱涉及继承法是完全的特别法,而信托法涉及到的遗嘱部分则属于一般法,所以应首先遵循《继承法》相关规定。按照公法和私法的划分角度来看,继承法属于完全意义上的私法,充分遵循了遗嘱人的意思自治,而信托法则更倾向于公法性质,所以从保护法益的角度来看,当公法益和私法益出现冲突,一般法与特别法出现冲突,应当首先遵循特别法和保护私法,即从《继承法》的角度进行分析。

综上所述,从立法者角度和法理角度来看都应从《继承法》的角度分析问题,所以在立法中可能通过司法解释的方式,明确规定在遗嘱成立时遗嘱信托成立,遗嘱设立人死亡时遗嘱信托发生法律效力。这样不仅能够保护委托人的意思自治,同时也可避免实务中在法律适用上产生冲突。

### 4. 受托人谨慎义务

由于受托人谨慎义务规则是开放的,针对不同类型的受托人、不同类型的信托,受托人谨慎义务的标准也是不一样的。所以如果将受托人谨慎义务规则在法律中作太具体的罗列并不现实,但是从偏具体的角度进行规定还是有必要的。根据目前世界各国的实践,具有以下几个标准:自身标准、善良管理人标准、具体情境中的合理标准。现实中“自身标准”由于太过于道德化和模糊,若从立法角度进行细化,则会产生与《信托法》受托人义务相同的困境,所以应从善良管理人标准和具体情境标准,据此在立法上进行设计。

首先可确立“善良管理人标准”,即受托人在处理信托事物时应



当达到一般理智谨慎之人所能达到的谨慎和勤勉，因故意或者重大过失造成的损失，委托人可主张造成的损失。既受托人应做到足够的谨慎义务，若出现轻微过失或者一般过失，委托人并不会因此追究受托人责任。若出现因故意或者重大过失，委托人可进行追责。

其次可以在善良管理人标准的基础上采用“具体情境标准”，进而规定受托人谨慎义务，民事信托立法中可以体现以下几点：受托人具有的能力。受托人因从事不同的专业服务适用不同的标准；受托人对外宣称具有的能力。如果受托人对外宣称自己具有某方面的专业能力或者在合同中承诺具有某种专业能力，那么他就应该适用与该技能相对应的标准；是受托人被合理期待所具有某方面的能力。委托人因各种原因对受托人合理期望具有某方面的专业能力时，该判断标准应会高于普通人的标准。

## (二)制度完善

### 1.统一的信托登记制度

#### (1)明确信托登记机构

我国对于信托登记机构的设立已进行过相关试点，如中国银行业监督管理机构批准设立并在浦东新区、自贸试验区注册的信托登记平台。<sup>⑨</sup>近日出台的《信托登记管理办法》从部门规范性文件的角度规定了信托登记机构，即中国信托登记有限责任公司，在一定程度上填补了信托登记制度的空白。但仍存在一些问题，一方面，如果信托登记机构单独进行信托登记，而不在已有的权属登记机构办理任何手续，将会出现“一物双重权属”现象，要避免出现“一物双重权属”的现象，受托人就不得不进行双重登记；另一方面，仅通过部门规范性文件统一信托登记机构缺少法律保障。因此，从保障交易安全和便利当事人的角度而言，将信托登记依托在现有的登记主管机

<sup>⑨</sup> 参见郑冬梅，《民事信托法律制度研究》，西南财经大学2006年硕士学位论文。



关中,让信托登记部门与权属登记部门合二为一更为适宜,从税收的角度而言,此种方式也更利于国家税收的监管和征收,且需要以法律法规的形式明确信托登记机构。

### (2)建立登记对抗与登记生效相结合的登记模式

目前根据我国《信托法》第十条对信托规定的是登记要件主义,在我国周围的大陆法国家并未出现类似我国单独采取登记要件主义的国家。主要是由于立法者过于强调市场交易的安全性,所以将信托登记设计为登记要件主义,但是却因此丧失了信托本身的灵活性。因此,可以借鉴大陆法系的做法,根据物权的登记效力模式,适当调整信托登记的效力,使两者相适用,既保证市场运行的灵活性又可以保证交易的安全。具体来说,对于有权属登记且物权登记为生效要件的财产,应该采用我国《信托法》第十条规定的登记要件主义。对于无权属登记的信托财产或者有权属登记但物权登记为对抗主义的信托财产,可以采用登记对抗主义,即不登记不得以信托财产为有限责任对抗善意第三人。

## 2. 信托税收制度

### (1) 信托设立阶段

首先是所得税,所得税的纳税人应设立为信托委托人与信托受托人,两者在不同情形下各自承担者不同的企业所得税缴纳义务。从委托人角度看,如果信托财产是增值税应税货物、营业税应税不动产或无形资产,委托人转让信托财产的行为应作视同销售行为处理,由委托人就信托财产的转让收入缴纳企业所得税。在设立资金信托时,资金直接从信托委托人处转移至信托受托人处,并无所得税纳税义务产生。但如若信托委托人通过转让信托合同的方式获得了收益,则此买卖差价应纳入所得税应纳税额。然而另一方面,在信托设立环节,对于信托受托人来讲,信托财产发生的各种移转并非实质意义上的财产转移,而仅仅是信托受托人为财产增值而进行的



经济活动,因此,信托受托人不必为此承担所得税缴纳义务。

对于印花税,委托人和受托人应都为纳税主体。对于增值税和营业税,当信托财产为增值税应税货物时,在信托设立环节,应当视同为销售行为,由信托委托人缴纳增值税;同理,在信托财产为营业税应税资产时,应由信托委托人承担营业税缴纳义务。同时,信托委托人还应依法缴纳城市维护建设税和教育费附加。

### (2) 信托存续阶段

首先是增值税、营业税,信托受托人在信托存续环节因管理信托财产而实施的销售、转让等行为必然会产生增值税或营业税应纳税额,因此应由信托受托人承担增值税或营业税缴纳义务,而应纳税款先从信托收益中扣除。由此可见,增值税与营业税的最终承担人实际为信托受益人。另外,由于信托受托人在管理信托财产的过程中会取得业务报酬,因而也对此负有缴纳营业税及其附加的义务。

对于所得税,因在立法阶段已经设计为信托财产所有权为受托人,因此信托存续期间的所得税纳税人主要为信托受托人,基于受托人在管理信托财产以及产生的各种收益,信托受托人自然地负有所得税缴纳义务。针对信托财产所产生的所得,应先由受托人计算信托受益人的所得额,再由信托受益人缴纳所得税;对于未分配的部分,则先让信托受托人单独计算应缴纳所得税,待到分配后,再由信托受益人缴纳税款。但对于信托受托人已缴纳税款的部分,信托受益人可免于纳税。

除此之外信托受托人还可能承担印花税和房产税以及土地使用税。

### (3) 信托终止阶段

对于所得税和印花税,为了避免重复征税,在信托终止阶段,信托受益人不必缴纳所得税,因信托受托人在之前已缴纳过所得税,



其转移给信托受益人的信托财产是应扣除已缴纳所得税额的。而针对信托终止阶段的印花税问题，信托受托人与信托受益人均无印花税纳税义务，这样一来，印花税只存在于信托设立环节，避免了之前存在的一次实质意义上的财产转让而征收两次印花税的现象，进而也避免了重复征税。

对于契税，契税的产生通常伴随着不动产的出现。针对自益信托与他益信托的不同情形，契税的征收亦不相同：在自益信托下，信托财产在信托委托人与信托受托人间的两次转移实质在于为获取信托受托人取得的信托财产收益，因而不应征纳契税；但在他益信托下，其实质为信托财产从委托人至信托受益人处的转移，应征收以信托受益人为纳税义务人的契税。而不论是在自益信托还是他益信托的情形下，信托受托人在管理信托财产的过程中因购入不动产而产生契税缴纳义务时，必然相应地成为契税的纳税义务人。



## 五、结语

民事信托作为信托的重要组成部分，在经济发展过程中起到了重要的推动作用，但是在目前的形势下，因登记制度缺失、重复征税、缺乏受托人谨慎义务以及遗嘱信托不完善等问题，导致民事信托虽然潜力巨大但是发展缓慢。因此在立法层面确认信托所有权属



性、确立受托人谨慎义务，在制度上完善税收制度和构建全国统一登记平台，不仅可以增强民事信托的灵活性、提升公信力、降低信托成本，同时也能够逐渐改变大众对民事信托的认识，从而吸引更多资金进入民事信托当中。所以上述举措不仅对于民事信托的健康发展具有重要作用，同时对目前实务中出现的一些问题，也具有一定指导意义和理论研究价值。





# 增值税发票开具之民事救济的请求权基础

□ 王潭海 \* 徐日升 \*



**【摘要】：**增值税作为我国第一大的税种，是在销售货物、提供加工、修理修配劳务、销售服务、无形资产及不动产过程中国家所征收的一种流转税。销售方为购买方开具增值税发票是一项法定义务。但在实务中为逃避增值税纳税，销售方常以各种手段拒开增值税发票，以致于购买方无法取得商事凭证甚至无法抵扣增值税进项税额，权利遭到侵害。在权利遭到侵害或有遭侵害之虞时，公权力并不主动介入。权利人寻求救济的常规方式是向人民法院提起诉讼。为此，本文主要探寻在合同未约定销售方开票义务的前提下，购买方可以依据合同法规范寻找要求购买方开具增值税发票的请求权基础，以期支撑购买方的增值税发票开具之诉讼请求。

**【关键词】：**增值税发票合同义务民事救济请求权基础

\* 本文荣获第三届“华税杯”税法论文大赛二等奖。

\* 王潭海，本所管理合伙人，华东政法大学民商法硕士，英国莱斯特大学(University of Leicester)国际商法硕士，浙江省法学会财税法研究会副会长，杭州市律师协会税务专业委员会副主任，杭州仲裁委员会仲裁员。

\* 徐日升，本所律师，浙江大学民商法研究生，浙江省法学会财税法学研究会理事。



## 引言

1979年我国开始引入增值税，增值税作为我国的第一大税种，影响范围非常广泛。我国增值税采用税款抵税制度，利用发票计税，凭票进行抵扣进项税额，即增值税应纳税额为销项税额与进项税额的差值。

增值税是以商品(包括应税劳务、服务)在流转过程中产生的增值额作为计税依据而征收的一种流转税。从计税原理上说，增值税是对商品生产、流通、服务中多个环节的新增价值或商品的附加值征收的一种流转税。实行价外税，也就是由消费者负担，有增值才征税没增值不征税。

在实际当中，商品新增价值或附加值在生产、流通、服务过程中是很难准确计算的。因此中国也采用国际上普遍采用的税款抵扣的办法。即对于一般纳税人的增值税计征采用税款抵税制度，利用发票计税控税，凭票进行抵扣进项税额，即增值税应纳税额为当期销项税额与当期进项税额的差额。本文所称的增值税发票主要指前述一般纳税人据以计税扣税的增值税专用发票，也包括增值税普通发票、增值税电子普通发票和机动车销售统一发票。

在实务中，销售方为逃避缴纳增值税，常常利用各种方法和理由拒绝向购买方开具增值税专用发票，导致购买方难以抵扣进项税。为挽救经济上的损失，购买方常常诉诸法院，要求销售方向其开具增值税发票。但由于缺乏统一的规范，对于开具增值税发票能否作为单独的诉讼请求，实务界争议很大。有观点认为：开具增值税发票属于行政法律关系而非民事法律关系，购买方在诉讼中要求销售方开具增值税发票，法院可行使释明权，提示其变更为要求赔偿因开具增值税发票所致不能抵扣进项税款的损失、开具的增值税发票无效所致被税务机关追缴所抵扣进项税款的损失，如其坚持原诉讼



请求，法院应驳回起诉。亦有观点认为：开具增值税发票属于合同项下销售方义务，购买方在诉讼中有权要求销售方开具增值税发票；各地法院对此类问题的处理亦不尽相同。特别是对合同未明确约定销售方开票义务的情况下，购买方能否单独以增值税发票开具作为诉讼标的的问题上争议颇多。因此，寻找支撑购买方这一诉讼请求的

请求权基础成为关键。

### 一、问题的提出与研究思路

当前审判实践中出现了以开具增值税发票为诉讼标的的新类型案件。举一案例：

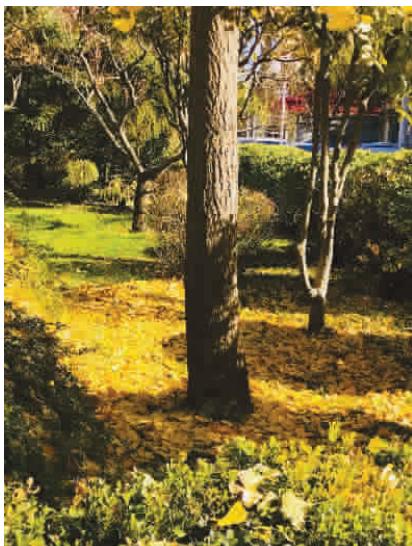
卖方 A 钢材公司与买方 B 建筑公司签订钢材买卖合同，约定 B 建筑公司向 A 钢材公司购买钢材用于其施工工地，合同约定买方于次月 5 日前结算上个月的货款。A 钢材公司向 B 建筑公司交付合计 560 万元的钢材，后因 B 建筑公司未按约付款，A 钢材公司停止供货并将 B 公司起诉至法院要求其按约支付 560 万元钢材及相应的违约金。

诉讼中，B 建筑公司承认收货及货款数额属实，但辩称其未付款是因为 A 钢材公司未向其开具增值税专用发票，并提起反诉，要求 A 公司向其开具增值税专用发票。而 A 钢材公司则认为，合同中并未约定开票义务，法院不应受理 B 建筑公司的反诉。

目前各地法院对此类案件处理方式亦各异，有支持者，但寥寥。更多的是认为 B 建筑公司不能提起诉讼，应当去税务机关举报。最高人民法院民一庭编写的《民事审判实务问答》第 2 问明确指出：“开



具发票不能作为独立的诉讼请求提出”。<sup>①</sup>而《上海市高级人民法院关于当前商事审判若干问题的意见》第 10 条规定：“买受人可以单独诉请出卖人履行给付增值税专用发票的从给付义务，对此法院应当予以受理。”鉴于司法实践中各地法院迥异的观点，笔者认为，在民事诉讼中，原告能提出哪些诉讼请求，取决于原告能否寻找到支撑这些诉讼请求的请求权规范。非如此，原告所提出的诉讼请求将缺乏法律支持，成为无本之木，无法赢得法院的赞同。从法律适用思维顺序角度观之，法官必须先行判断民事诉讼原告所援引的请求权规范能否支撑其所提出的用以救济损害的诉讼请求，方能裁判准许或否认其诉讼请求。因此，开具增值税发票诉讼请求问题的要害之一在于探寻其民事救济的请求权基础。



## 二、增值税发票开具的性质

在销售货物、提供加工、修理修配劳务、销售服务、无形资产及不动产过程中，销售方有义务向购买方开具增值税发票，买受人也

<sup>①</sup> 黄松有：《民事审判实务问答》，法律出版社 2005 年版，第 4 页。



有权向销售方索要增值税发票。销售方开具增值税发票的义务,受到行政法规和民事规范的双重调整,并且当因未开具增值税专用发票逃避纳税达到法定数额违反刑法规定也将受到刑法规范的调整。销售方在公法上的开票义务(即包括开具在内的发票管理等法律法规),不在本文探讨之内。因此,本文笔者首先从民事义务与民事权利两方面对销售方开具增值税发票在民事领域上的义务以及购买方要求开具增值税发票的民事权利进行分析。

### (一)从民事义务分析

#### 1. 合同义务

通常而言,交易可分为三个阶段:第一阶段是谈判阶段,在此阶段,买卖双方负有遵守诚实信用原则进行善意谈判的义务,称之为“先合同义务”。第二阶段是履行阶段,该阶段交易双方承担的是合同义务,违反合同义务承担的是违约责任。第三阶段是后合同阶段,即合同终止后。买卖双方仍负有一定的义务,称之为“后合同义务”。在履行阶段的合同义务又可以分为主合同义务、从合同义务、附随义务三种。

主合同义务,亦称主给付义务。是指合同关系固有的、必备的,并用以决定合同类型的基本义务。在《合同法》中,主合同义务通常规定在某一种有名合同的定义性条款中,例如《合同法》第 130 条规定。从合同义务,亦称从给付义务。从合同义务不决定合同的性质和类型,但具有辅助主合同义务之功能,是确保债权人利益能够获得最大满足、合同能够完整履行所必不可少的义务。附随义务是债务人以诚信原则于契约及法律所规定的內容之外所附有的义务。<sup>②</sup>

#### 2. 增值税发票开具是从合同义务

从合同义务发生的主要原因包括:(1) 基于法律的明文规定;

<sup>②</sup> 王泽鉴:《民法学说与判例研究》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 98 页。



(2)基于当事人的约定和交易习惯。从法律的规定上看,国务院《增值税暂行条例》第 21 条规定:“纳税人销售货物或者应税劳务,应当向索取增值税专用发票的购买方开具增值税专用发票,并在增值税专用发票上分别注明销售额和销项税额”。财政部《发票管理办法》第 19 条规定:“销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人,对外发生经营业务收取款项,收款方应当向付款方开具发票;特殊情况下,由付款方向收款方开具发票。”。财政部国家税务总局《营业税改征增值税试点管理办法》第 53 条规定:“纳税人发生应税行为,应当向索取增值税专用发票的购买方开具增值税专用发票,并在增值税专用发票上分别注明销售额和销项税额。”根据上述规定,开具增值税发票是出卖人的从合同义务。另一方面,基于交易习惯,出卖人亦应当开具增值税发票。

## (二)从民事权利分析

如上文所述,开具增值税发票是销售方的法定义务。一般而言,权利和义务总是相对应的概念。在有义务的情况下,必定有某种权利存在。如果义务是一种法律的束缚或法律上的不自由,那么权利就是一种意见自由。因此,关于销售方开具增值税发票义务性质的讨论有必要切换成购买方要求开具增值税发票的权利的讨论。而从权利角度的讨论,亦为下文的开具增值税发票请求权基础铺垫前提。

### 1. 民事权利

“权利”是法学中重要的一个概念,除了技术性规范外,大部分的法律规范都直接或间接地涉及了当事人的权利。<sup>③</sup>有法学家称:法学是权利之学。人们也经常以权利语言来讨论法律规则,例如父母对孩子的权利,孩子对父母的权利;房东对房客的权利,房客对房东

<sup>③</sup> 王海南、李太正、法治斌、陈连顺、颜厥安:《法学入门》,月旦出版公司 1993 年版,第 26 页。



的权利；买方对卖方的权利，卖方对买方的权利。为了加深对出卖人开具增值税发票性质理解，我们有必要从买受人的权利角度进行分析。

根据权利所依据的规范的种类可以分为公权利与私权利。<sup>④</sup>公法是指基于公法关系所产生的权利，主要有平等权、言论自由、选举权等。私权则是基于私法关系所产生的权利。大致可分为“财产权”和“非财产权”。而财产权又可以区分为债权、物权以及知识产权，非财产权则有人格权、身体权、身份权。就权利的作用区分可以分为支配权、请求权、形成权、抗辩权。根据前后两个权利或义务之间的因果关系可以划分为原有权利和义务与救济性权利和义务。<sup>⑤</sup>原有权利称为“第一性权利”，它与救济性权利(又称为“第二性权利”)存在这样一种因果关系，即后者是在前者受到侵害或受到违反时为了补救前者而产生的权利。

## 2. 增值税发票开具的原有权利

原权，又称为基础权，是民事法律关系中存在的权利。物权、债权、继承权、人身权、知识产权均属原权。其中债权是指权利人享有的请求特定人为一定行为或不为一定行为的权利。从原有权利角度分析，如果销售方没有向购买方开具发票，购买方便不能进行进项税抵扣，其财产权便受到侵害，此时购买方便对销售方产生了债权，该民事权利便是开具增值税发票的原有权利。原有权利受到侵害时即



<sup>④</sup> [日]美浓部达吉：《公法与私法》，黄冯明译，中国政法大学出版社2003年版，第72页。

<sup>⑤</sup> 孙笑侠：《法理学》，浙江大学出版社2011年版，第82页。



可通过民事诉讼来得到救济。下文，我们开始讨论开具增值税发票的救济性权利，即请求权。

### 三、增值税发票开具的请求权基础

#### (一) 民事诉讼与请求权

私法领域，权利遭到侵害或有遭侵害之虞时，公权力并不主动介入。权利人寻求救济的常规方式是向人民法院提起诉讼，在这里，权利人向人民法院起诉的权利就是救济性权利即诉权。诉权是人们启动民事诉讼程序以获得司法裁判，实现实体权利和维护其权益的一项基本权利。<sup>⑥</sup>

##### 1. 权利之私法救济的样式

根据诉讼请求的性质和内容可以将诉分为确认之诉、形成之诉和给付之诉。其中，确认之诉是指原告请求法院确认其主张的法律关系存在或不存在。确认之诉的实体规范基础如《物权法》第33条：“因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。”。形成之诉是指原告要求法院变动或消灭一定法律状态(权利义务关系)的请求，如撤销之诉、离婚之诉等，也称为“权利变更之诉”。确认判决的意义仅仅在于确认法律关系存在与否，并不指令当事人为某种行为，形成判决则一经生效，法律关系即为之改变，因而，两者均无执行的问题。需要执行、同时也是对于权利救济最具普遍意义的，是给付之诉。给付之诉，是指原告向被告主张给付请求权，并要求法院对此作出给付判决的请求。这里所谓的给付，并不仅指被告对原告金钱或实物的交付，还包括被告履行原告所要求的行为(作为或不作为)。<sup>⑦</sup>在权利遭到侵害或有遭侵害之虞时，无论是要求妨害防止、妨害排除、返还原物，还是主张损害赔偿，均以给付请求的形式表现。

<sup>⑥</sup> 张卫平：《民事诉讼法》，高等教育出版社2011年版，第99页。

<sup>⑦</sup> 张卫平：《民事诉讼法》，高等教育出版社2011年版，第105页。



权利人享有给付请求权是给付之诉成立的前提,给付之诉旨在实现实体请求权。<sup>⑧</sup>请求权构成权利救济的核心概念。

## 2. 请求权与请求权基础

请求权是一种指向他人的权利,要求其他人作为或不作为某种行为的权利,特点在于权利的行使总是牵涉到其他人的行为。请求权在很多场合基于债的关系产生,但是也会基于物权而产生,如所有物返还请求权。另外基于身份关系同样会产生身份法上的请求权,如配偶请求履行同居的义务。<sup>⑨</sup>

欲使请求权得到实现,需要有相应的规范支持。该规范被称为“请求权基础”。“无请求权基础即无请求权。”所以,以请求权为思考导向,其主要工作即在于,“探寻得支持一方当事人,向他方当事人有所主张的法律规范。”<sup>⑩</sup>

请求权基础分请求权规范与法律行为两类。请求权规范是确立请求权的法律一般规范,通常被规定于制定法,它由构成要件和法律效果组成。当事人的请求权主张可能体现为给付价金、损害赔偿的要求,也可能体现为要求让与物权或债权、可能体现为一定的不作为请求,而上述主张均体现在规范的法律效果部分,包含这些法律效果的规范即请求权基础规范。法律行为(尤其是契约)则是确立请求权的个别规范,表现为当事人的意思表示。法律行为之为请求权基础,源于私法自治。

在寻找请求权基础之前,首先需要对请求权作一类型化整理。作为“第二性权利”救济权的请求权,乃系于基础权利而发生,因此,一般情况下,有哪些类型的基础权利,就有相应的请求权类型。为此,请求权大体可分为人格权请求权、债权请求权、物权请求权、亲

<sup>⑧</sup> [德]罗森贝克/施瓦布/戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法(下)》,第16版,李大雪译,中国法制出版社2007年版,第646页。

<sup>⑨</sup> 孙笑侠:《法理学》,浙江大学出版社2011年版,第78页。

<sup>⑩</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第41页。



属权请求权(如亲子领回请求权)、继承权请求权等。各项请求权的规范基础,亦大致在相应法域。

### 3. 请求权基础的检视序列及排序规则

请求权的不同类型,表明了案件所适用的不同规范基础。请求权虽由当事人提出,但他并无义务显示其请求权性质。一般情况下,当事人的主张只需要以“请求对方作为某事”或“请求对方不作为某事”等方式提出即可。为其请求权寻找恰当的规范,更多是纠纷裁决者的任务。<sup>⑪</sup>民法有关请求权的规范难以胜数,为了不至于陷入盲目的大海捞针式搜寻,法官一般对请求权的性质有一先在判断,然后根据此先在判断展开法律适用过程。为了节约成本,提高准确度,某种以合目的性考量为标准的检视序列即成为必要。<sup>⑫</sup>

请求权检视排序不是正确与否的问题,而只是基于合目的性考量。基本考虑在于:考察一项请求权规范的适用时,不应该因存在其他规范作为前提问题而陷入循环检视,即,讨论应尽量避免受到前前提问题的束缚。<sup>⑬</sup>具体而言:

第一,基于契约的请求权列于首位。先于无因管理请求权的原因在于,无因管理系“无委任的事务管理”,此即意味着,在考虑适用无因管理请求权之前,必须先确认当中无契约关系(委任关系)存在;<sup>⑭</sup>先于物权返还请求权,因为契约能够提供占有的本权,而排除返还请求权;<sup>⑮</sup>先于因不法行为而产生的请求权,则是因为,如果某种行为通过契约得以正当化,则不存在“不法”的问题。<sup>⑯</sup>

<sup>⑪</sup> 当事人实体法上的请求权与其诉讼请求以及法官审理对象之间的关系,在民事诉讼法学上是“诉讼标的”理论所要解决的问题。在德国学者看来,“诉讼标的涉及的是民事诉讼的中心概念。”详参[德]汉斯-约阿希姆·穆泽拉克:《德国民事诉讼法基础教程》,周翠译,中国政法大学出版社2005年版,第86页以下;[德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第197页以下。

<sup>⑫</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第58页。

<sup>⑬</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第58页。

<sup>⑭</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第59页。

<sup>⑮</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第59页。

<sup>⑯</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第59页。



第二,基于准契约关系的请求权紧随契约请求权之后。道理在于,此类请求权与契约请求权极为接近,绝大多数都产生于未生契约效力的契约订立过程之中。<sup>⑯</sup>梅迪库斯将基于缔约过失的请求权置于无因管理请求权之前,是因为,前者与契约存在依存关系,后者则尚未出现契约。<sup>⑰</sup>

第三,物权请求权应在侵权行为损害赔偿请求权与不当得利返还请求权之前得到检视。原因在于,前者直接与物权变动相关,只有在物权不存在时,才考虑损害赔偿与利益返还问题。<sup>⑲</sup>另外,基于不法行为而产生的损害赔偿请求权以行为人的过错为前提,而物权请求权的权利人则无此项证明要求。因此,在受侵害之物依然存在的情况下,针对物权的法律救济必须首先被考虑。

第四,不当得利返还请求权的排序各有考虑。布洛克斯将其置于末列,系基于不当得利“无法律原因”之特性。申言之,为了确定得利人所获得的利益“无法律原因”,包括契约请求权在内的所有“法律原因”都必须被排除。<sup>⑳</sup>王泽鉴教授的见解则有不同。在他看来,不当得利返还请求权涉及物权变动问题,应紧随物权请求权得到检视,侵权行为损害赔偿请求权置于其后,则是因为它不是任何请求权的前提,得与契约上请求权(尤其是契约损害赔偿请求权)、物权请求权及不当得利返还请求权竞合并存。<sup>㉑</sup>

### (三) 开具增值税发票的请求权基础

#### 1. 单个请求权基础的检视

按上文所述,根据“法律效果”预选请求权规范并确定检视顺序之后,对每个请求权规范基础的进一步探寻就必须考虑规范的构成

<sup>⑯</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第59页。

<sup>⑰</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第60页。

<sup>⑲</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第60页。

<sup>㉑</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第60页。

<sup>㉑</sup> 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第60页。



要件。即将案件事实“涵摄”于特定请求权规范的构成要件之下，并将案件事实与其构成要件不符的请求权规范从经预选的规范中剔除。请求权规范的要件通常由多个构成要件特征组成，为涵摄之前，须分解各个要件，而各构成要件又含蕴着法律概念，每个法律概念须经由定义化予以具体，使其在内容上更接近于案件事实。

## 2.开具增值税发票请求权基础探寻

根据《发票管理办法》第 19 条、第 22 条规定，开具增值税发票的前提是销售方与购买方存在契约关系，否则便构成虚开。所以首先需要检视的是契约请求权，若该请求权成立，则无须再检视其他请求权，于此须检视：销售方与购买方之契约未约定开票义务，购买方是否享有要求销售方开具增值税发票的请求权。

按上文我们知道请求权是义务的相应概念，请求权的实现有赖于义务的履行，如果没有义务作保障，请求权便是虚置。那么从义务人的行为角度分析，义务人能否自由选择为一定之作为或不作为？当然不行，因为义务是设定或隐含在法律规范中、实现于法律关系中的、主体以相对受动的作为或不作为的方式保障权利主体获得利益的一种约束手段。<sup>②</sup>权利人有放弃权利的权利，而义务人没有放弃义务的权利。根据债的定义和特征，债是按照合同的约定或者按照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。<sup>③</sup>因此，义务的产生是源于债，而债源于合同的约定或者法律的规定。《合同法》第 136 条对出卖人的从给付义务作了规定，据此，出卖人出具增值税发票的义务为《合同法》136 条所规定，属法定义务。据此，首先应检视的请求权基础为：

《合同法》第 136 条规定：“出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。”

<sup>②</sup> 孙笑侠：《法理学》，浙江大学出版社 2011 年版，第 83 页。

<sup>③</sup> 陈信勇：《民法》，浙江大学出版社 2011 年版，第 319 页。



以下就《合同法》第 136 条展开分析：

若开具增值税发票请求权成立，则须满足《合同法》第 136 条所规定之要件：其一，双方合同有约定或按交易习惯出卖人要向买受人开具增值税发票；其二，向买受人出具增值税发票=向买受人交付增值税发票；其三，有关单证和资料中包含了增值税发票。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第七条规定：“下列情形，不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”：(一)在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法；(二) 当事人双方经常使用的习惯做法。”

从上述条文来看，“交易习惯”即包含交易双方订立合同时所知道或者应当知道的做法。纳税是公民的义务，销售方应当知道对外发生经营业务，应当开具发票。

国务院《增值税暂行条例》第 21 条规定：“纳税人销售货物或者应税劳务，应当向索取增值税专用发票的购买方开具增值税专用发票，并在增值税专用发票上分别注明销售额和销项税额”财政部《发票管理办法》第 19 条规定：“销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应当向付款方开具发票；特殊情况下，由付款方向收款方开具发票。”财政部国家税务总局《营业税改征增值税试点管理办法》第 53 条规定：“纳税人发生应税行为，应当向索取增值税专用发票的购买方开具增值税专用发票，并在增值税专用发票上分别注明销售额和销项税额。”根据上述条文可知，从税法体系来考量，向购买方开具增值税发票即是向购买方交付增值税发票。

《买卖合同司法解释》第 7 条规定：“合同法第一百三十六条规定的‘提取标的物单证以外的有关单证和资料’，主要应当包括保险



单、保修单、普通发票、增值税专用发票、产品合格证、质量保证书、质量鉴定书、品质检验证书、产品进出口检疫书、原产地证明书、使用说明书、装箱单等。”据此可知，增值税发票包含在“提取标的物单证以外的有关单证和资料”中。

综上，购买方可以根据《合同法》第 136 条向销售方请求开具增值税发票，《合同法》第 136 条即是这一诉讼标的的请求权基础主要规范，《合同法司法解释(二)》、《买卖合同司法解释》即是请求权基础主要规范的辅助规范。



#### 四、结语

税法学作为一门兼容经济学、会计学、法学等知识内涵的复合性学科，在他的发展过程中，曾经被认为是一种特别行政法，也曾经一度被认为是“民法附随法”。实践中，律师、会计师、税务师等不同专业领域人员对税法的理解与适用分歧明显甚至观点迥异的情况会时常出现。因为税法研究主体多来自不同背景的知识群体，对税法的解释无疑都带有各自思想与立场，便容易引发观点的相互碰撞甚至尖锐对峙。

我国《发票管理办法》、《营业税改征增值税试点管理办法》只规定，销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应当向付款方开具发票，并未确立“开具增值税发票民事救济”责任的法律效果。从而，实务中很多税收执法部门、法院以及会计师、税务师专业领域人员均认为销售方



开具发票属于税收法律关系，应当被界定为公法上的法定之债，属于税收执法部门管辖。显然，这一认识是错误的。因为如果完全按照税法的视角进行相对独立的解释将使购买方的民事救济无法实现。这既关系到税法与民法之法律秩序的安定，也关系到税法功能的实现，两者之间的关系存在如何在冲突中协调的问题。对此，德国哲学家伽达默尔在其成名作《真理与方法》中阐明的诠释学思想值得我们借鉴。他认为，文本的阅读与解释过程实际上是一个理解的过程。在理解文本意义的过程中已经融入了解释者自己的思想。就此而言，解释者将自己的视域与作者及其他解释者的视域进行融合，各方的意见与观点均得到充分的展开与表达，从而使文本的内容与意义得到更充分的体现与升华。这种思想无疑对税法研究具有极其重要的借鉴与指导意义。

《发票管理办法》、《营业税改征增值税试点管理办法》本应对销售方就未开具增值税发票承担何种民事责任予以明确规定。但是，令人遗憾的是，上述法律规范所设置的这些条文却语焉不详，将这一法律任务转化成法学任务，付之于法学研究者。因此，税法研究者需要进行学理澄清，从合同法等民商事法律规范中寻找增值税发具之民事救济的请求权基础，帮助民事诉讼原告找到用以支持其所提出的诉讼请求的法律依据，亦为法官勾画出以增值税发票开具为诉讼请求的民事诉讼法律适用路线图，避免因肆意选择适用某一规范而排除其他法律规范所造成的法律适用规范不统一，克服司法实践的混乱。



# 保险人恶意违约制度研究： 以美国保险判例为视角<sup>\*</sup>

□ 马齐林 \*

**【摘要】：**增保险人恶意违约制度是美国法院在司法实践中形成的对保险人恶意违反保险合同约定认定为侵权而判定保险人承担超过保单限额责任的一种具有独创性的判例规则，是侵权法向合同领域扩张的一个例证。该规则突破了合同法传统违约救济制度面临的困境，有效矫正了保险合同中保险人和被保险人的失衡地位。保险人恶意违约制度确定了保险人恶意违约的判断标准、行为性质和责任范围，这些都值得我国保险立法和实践吸纳，以解决我国大量存在的保险“理赔/给付纠纷”。

**【关键词】：**保险；恶意违约；非物质损害；诚信和公平交易；矫正正义

## 引言

资料显示，保险“理赔/给付纠纷”已经成为我国最为显著的一类保险合同纠纷。根据中国保监会发布的从2013年至2016年一季度

\* 本文原载于《政法论坛》2017年第3期，系浙江省高校人文社科重点研究基地浙江工商大学法学基地2016年度立项课题（项目编号：2016B007）的研究成果。

\* 马齐林，本所兼职律师，法学博士，浙江工商大学法学院教授。本文发表于《政法论坛》2017年第三期。



的保险合同纠纷统计数据，在财产保险涉及保险公司合同纠纷类投诉中，理赔/给付纠纷分别占合同纠纷投诉总量的 80.66%、75.11%、76.87% 和 77.80%。<sup>①</sup>中国保监会指出，理赔/给付纠纷主要包括损失核定争议、保险责任认定争议、理赔不及时、拒赔理由不合理等等。由此可见，保险“理赔/给付难”已经成为一个严重制约我国保险业健康发展的非常突出的问题。如何为有效解决保险“理赔/给付纠纷”这一重要难题进行制度供给，是摆在我国学界面前的一个重大课题，也是我国保险行业健康发展亟需解决的难题！

文章认为，产生保险“理赔/给付难”问题的一个根本原因在于我国现行立法对保险人恶意违约制度的缺失和保险司法实践的无助，<sup>②</sup>导致我国保险人恶意违反保险合同约定而拒绝或拖延理赔的成本过低，从而产生恶意违约的激励或冲动。遗憾的是，保险人恶意违约制度至今尚未引起我国立法、司法和学界的关注。美国保险立法和判例规则告诉我们，保险人恶意违约制度可以在很大程度上为加大保险人拒绝或拖延理赔的违约成本提供制度支持，进而降低保险人恶意违反保险合同约定的激励或冲动，有效解决我国保险行业普遍存在的“理赔/给付纠纷”。

### 一、保险人传统违约救济制度的困境：对非财产性损害的无助

我国《保险法》第 2 条规定，保险是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿保险金责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险

<sup>①</sup> 相关数据参见中国保监会从 2013 年至 2016 年一季度连续发布的《保险消费投诉情况的通报》，<http://www.circ.gov.cn/web/site0/tab5168/info4027855.htm> 最后浏览时间：2016 年 8 月 19 日。

<sup>②</sup> 一方面，我国《合同法》和《保险法》均未规定恶意违约制度；另一方面，根据在中国裁判文书网、open law、神州律师网的搜索结果显示，保险人被诉承担责任的形式主要是违约责任（包括支付保险金及相应利息），并没有法院在保险违约诉讼中认定保险人构成恶意违约并承担恶意违约责任的判例。现有法院判决均未涉及保险人因迟延给付、恶意拒赔等行为给被保险人造成精神损害而承担精神损害赔偿责任和惩罚性赔偿责任的内容。



金责任的商业保险行为。由此可见，一份保单实际上就是一种明确规定保险人和投保人或被保险人之间权利和义务关系的合同。一旦保险人违反保单义务，其行为构成违约，法院只能根据合同法确定对被保险人的法律救济措施。基于合同规则，这种法律救济一般限于保单规定的限额——即保单规定的保险金及相应的利息。根据我国《合同法》第 113 条规定，对于被保险人因保险人违约而产生的损失，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益。在确定违约方的损害赔偿责任范围时，我国合同法与传统合同理论一样，采可预见性标准，即损失赔偿额不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。对当事人违约造成受害人人身伤亡和精神损害等非财产性损害，近代各国法基本上采拒绝的态度，从而将非财产性损害排除在违约救济的范围之外。<sup>①</sup>王利明教授也认为，对精神损害提供补救违反了合同法的可预见性规则，实行精神损害赔偿不符合合同的性质和特点，不利于鼓励交易，且会给予法官过大的自由裁量权，因而赞同违约损害赔偿不包括非财产损害的赔偿。<sup>②</sup>

根据传统合同法违约救济理论，在合同案件中，由于非财产性损害的可预见性在大多数的合同案件中是很难证明的，虽然对非财产性损害赔偿存在例外，但因为合同法对非财产性损害赔偿的限制，所以在保险人违反保单约定时被保险人遭受的非财产性损害尤其是精神损害一般不会得到法院的支持。换而言之，被保险人（受害人）因保险人违约而产生的精神损害等非财产性损害不能获得赔偿。<sup>③</sup>

## 二、保险人传统违约救济制度的突破：保险人恶意违约制度

### （一）保险人恶意违约制度的产生背景

<sup>①</sup> RANDALL J. BRAMER, INSURANCE LAW –Emotional Distress Damages in Commercial Contract Action, 60 U. Det. J. Urb. L. 120 (1982–1983).



从历史上看，保险人对其违反保险合同约定而恶意或错误拒绝理赔几乎没有任何损失。根据传统合同法，如果法院认为保险人违反保险合同约定而恶意或错误地拒绝理赔，保险人只承担保险合同或保单项下的保险金额及其利息的赔偿责任。很显然，在很多情况下，简单地拒绝理赔，对保险人来说是值得冒险的，而且希望法院判定被保险人的理赔请求

无效。为了弥补合同法对受害的非违约方(被保险人)的有限救济之不足，保险人恶意违约制度应运而生。美国法院和立法机关已经尽力在防止保险人恶意违约或随意拒绝理赔。<sup>④</sup>

保险人恶意违约制度起源于每一份合同都赋予当事人诚实信用和公平交易的默示法定义务这一合同法原则。<sup>⑤</sup>在解释这一法律原则时，法院将诚实信用描述为<sup>⑥</sup>“合同一方当事人不得从事任何损害对方权益而获得合同利益的行为。”随着汽车销量在 19 世纪的增长，因汽车引起的交通事故及其损害急剧增加，诚信原则成为处理保险人和被保险人之间关系的焦点。不容争辩的是，保险合同仍然具有其特殊性。在保险合同订立时，尽管保险人和被保险人看上去

<sup>④</sup> 已经颁布的成文法通常允许被保险人就保险人错误地拒绝一个有效的保险理赔请求而就惩罚性损害和律师费获得救济。例如 ARK. STAT. ANN. § 66-3238 (1980); IDAHO CODE § 41-1839 (Supp. 1984); ILL. ANN. STAT. ch. 73, § 767 (Smith-Hurd Supp. 1976); LA. REV. STAT. ANN. § 22:658 (West 1978); Mo. ANN. STAT. § 375.420 (Vernon Supp. 1984); NEB. REV. STAT. § 44-359 (1978); TEX. REV. CIV. STAT. art. 3.62 (Vernon 1981).

<sup>⑤</sup> STEPHEN S. ASHLEY, BAD FAITH ACTIONS: LIABILITY AND DAMAGES 1-3, West Group Publishing (St. Paul, Minn.), 1997.

<sup>⑥</sup> STEPHEN S. ASHLEY, BAD FAITH ACTIONS: LIABILITY AND DAMAGES 1-3, West Group Publishing (St. Paul, Minn.), 1997.



似乎处于平等的谈判地位,但当悲剧(即保险事故)发生时,被保险人还是处于劣势,被保险人能否获得保险赔偿不得不取决于保险人的“善举”(make good)。由于合同法将合同当事人的赔偿救济限制为合同本身的价值或价格,所以美国大多数州法院已经认识到对那些因保险人无理拒绝理赔而遭受精神痛苦和经济压力的被保险人给予侵权救济的必要性。1935年,俄克拉何马州最高法院首先认可了保险人的诚信义务,保险人如果违反该诚信义务将承担超过保险合同规定责任限额的潜在责任。<sup>⑦</sup>在Boling案件中,俄克拉荷马州最高法院认为,若证据表明保险人在处理被保险人的保险理赔请求时未能“诚实判断和决定”而拒绝理赔,下级法院对原告(被保险人)关于保险人恶意拒绝理赔的诉求的否决是错误的。<sup>⑧</sup>根据Boling案件和早期案例,俄克拉何马州最高法院在1977年的Christian案件<sup>⑨</sup>中建立了保险人恶意违约的判断标准。在俄克拉何马州过去几十年的几乎所有的判例中,Christian案件总是被作为分析保险人是否构成恶意违约的起点而加以引用。负责审理Acquista案件<sup>⑩</sup>的法院认为,如果原告的精神损害是违约方在签订保险合同时可以预见的结果,那么原告就其精神损害有权获得赔偿。<sup>⑪</sup>法院似乎允许所有精神损害获得赔偿,如果原告能够举证证明其精神损害在签订保险合同时是可以预见的。

## (二)保险人恶意违约制度的潜在理论

针对保险人的恶意违约,美国法院创建了五种潜在的法律理论以试图向被保险人或投保人提供足够的救济:

首先,对合同法作了扩大解释而允许被保险人就因保险人违反

<sup>⑦</sup> Boling v. New Amsterdam Casualty Co., 1935 OK 587, 46 P.2d 916.

<sup>⑧</sup> Boling v. New Amsterdam Casualty Co., 1935 OK 20, 46 P.2d 919.

<sup>⑨</sup> Christian v. American Home Assurance Co. 1977 OK 141,577 P.2d 899.

<sup>⑩</sup> Acquista v. N.Y. Life Ins. Co., 730 N.Y.S.2d 272 (1st Dep't. 2001).

<sup>⑪</sup> Acquista v. N.Y. Life Ins. Co., 730 N.Y.S.2d 272, 277-78 (1st Dep't. 2001).



保单约定而造成的损失(包括间接损失)获得赔偿。

其次,通过认定保险人构成欺诈允许受害人就超出保单限额的损害部分获得赔偿。由于这是根据侵权法而提起的诉讼,所以合同法对受害人损害赔偿救济方面的限制并不适用。

第三,被保险人可因保险人错误拒绝理赔而故意造成的精神损害获得赔偿。<sup>⑫</sup>

第四,被保险人通过主张保险人不当侵害或干扰了其财产权利而对超越其保单限额的损害进行救济。<sup>⑬</sup>

第五种理论也是一种侵权行为理论,为美国许多州采纳。该理论认为保险人已经实施了恶意侵权行为。俄亥俄州最高法院在保险理赔请求案件中采纳了这一侵权理论。

### (三)保险人恶意违约制度的基石:保险人诚信和公平交易的默示条款

当今社会,保险被看作是一种将经济灾难和经济困难等风险转移给那些更有能力负担这些风险的保险人的有效机制。<sup>⑭</sup>保险业在经济社会中具有不可替代的地位,保险人在经济上的行为(包括理赔行为)必须保持合理性或妥当性(sound)。因此,保险人有权利同时也是一种公共义务或责任对被保险人的所有索赔或保险理赔请求进行妥当处理。遗憾的是,由于保险业所拥有的巨大财富和可用资源,被保险人往往认为自己在任由其保险人摆布。在 Hoskins 案件<sup>⑮</sup>中,俄

<sup>⑫</sup> 根据 Fletcher 案件,保险人对受害人的赔偿范围并不限于保单限额。因此,该理论实际上相当于一个侵权理论。参见 Fletcher v. Western Nat'l Life Ins. Co., 10 Cal. App. 3d 376, 89 Cal. Rptr. 78 (1970)。

<sup>⑬</sup> Riley 教授指出,法院虽然还没有明确采用这一理论,但该理论是一种潜在的诉讼理由。因为,保险人在拒绝了被保险人的理赔请求的情况下,导致被保险人财产形式的转换(直接财产损失及因精神损害而产生的间接财产损失),保险人已经不当侵害或干扰被保险人的财产权利。参见 T. RILEY, Proving Punitive Damages: The Complete Handbook 69 (1981).

<sup>⑭</sup> Colleen M. Hunt, INSURANCE LAW: OHIO RECOGNIZES TORT DUTY OF GOODFAITH AND FAIR DEALING BETWEEN AN INSURER AND ITS INSURED—Hoskins v. Aetna Life Insurance Co., 6 Ohio St. 3d 272, 452 N.E.2d 1315 (1983), 10 U. Dayton L. Rev. 159 1984–1985.

<sup>⑮</sup> Hoskins v. Aetna Life Insurance Co., 6 Ohio St. 3d 276, 452 N.E.2d 1319 (1983).



亥俄州最高法院根据加州最高法院的判例规则,对处理被保险人索赔请求的保险人加以诚信和公平交易的默示义务。美国一些法院也认为,每一份保险合同被认为含有诚信和公平交易的默示条款(**IMPLIED COVENANT OF GOOD FAITH AND FAIR DEALING**)。<sup>⑯</sup>诚信和公平交易的默示条款通常意味着合同双方当事人之间必须相互合作,从而产生了默示合作的承诺并不得实施妨碍合同执行的任何行为的义务。该义务不仅要求合同的每一方当事人不得实施阻碍另一方当事人对合同的履行,还包括当事人自己确保其履行合同义务。作为保险合同的一部分,被保险人期望一旦保单保障的任何事件或意外事故发生,其所受损失能在保单限额内及时获得赔偿。诚信和公平交易的默示条款确保合同双方各自的利益,而且任何一方不得实施侵害另一方获得合同利益的权利的任何行为。通过这一默示条款的适用,如果保险人因为其恶意行为已经剥夺或破坏另一方当事人(被保险人)根据合同获得交易的预期收益的机会,即使保险人该恶意行为没有违反合同的明示义务,也可能构成恶意违约。

美国一些法院通过认定保险人的恶意违约行为违反了合同外的默示条款(**extra-contractual implied covenant**)即保险人诚信和公平交易的默示义务而判定为侵权行为,从而产生一个独立的“恶意”侵权诉讼,即使该行为本身也可能构成违约。<sup>⑰</sup>在爱达荷州,侵权法已经渗透到保险合同领域。<sup>⑱</sup>因此,既然保险人的恶意违约行为违反合同外的默示条款(即诚信和公平交易的默示条款)构成侵权,那么保险人对被保险人的损害赔偿范围就不再局限于保单金额的范围,保单或保险合同金额范围之外的损害(**extra-contractual damages**)也

<sup>⑯</sup> Barnes v. Atlantic & Pac. Life Ins. Co. of America. 325 So. 2d143 (Ala. 1975); Ledingham v. Blue Cross Plan for Hosp. Care of Hosp. Serv. Corp., 29 Ill. App. 3d 339, 330 N.E.2d 540 (1975).

<sup>⑰</sup> United States Fidelity & Guar. Co. v. Peterson, 540 P.2d 1070, 1071 (Nev. 1975).

<sup>⑱</sup> White 案件就是侵权法在保险合同中扩张的一个典型案例。参见 White v. Unigard Mut. Ins. Co., 112 Idaho 94, 730 P.2d 1014 (1986)。



应该获得赔偿。与大多数侵权诉讼一样,原告可以就被告(保险人)因为违反诚信和公平交易的默示条款所造成的全部损失获得赔偿,包括所遭受的精神损害。<sup>⑯</sup>在保险人恶意违约诉讼中,受害当事人可以获得合同诉讼无法满足的法律救济(包括精神损害赔偿在内的非物质损害赔偿救济)。

#### (四)原告在保险人恶意违约诉讼中的举证责任

一般而言,原告在保险人恶意违约诉讼中的举证责任与在被告故意或过失造成原告精神损害的诉讼中的举证责任相比,往往要轻。因为,原告在保险人恶意违约诉讼中只需证明被告(保险人)在保险理赔过程中无正当理由拒绝或拖延理赔或未能进行抗辩行为的存在即可,即被告违反诚信和公平交易的默示义务,无须证明被告离谱行为(*outrageous conduct*)或过失行为的存在。例如,在Jarchow案件<sup>⑰</sup>中,保险人(被告)声称其并没有进行抗辩的义务。法院认为,有关事实表明,在诉讼的时候,保险人存在潜在的承担保险责任的可能。因此,保险人(被告)有进行抗辩的义务。法院认定,保险人对其抗辩义务的违反就是违反了默示的诚信和公平交易义务。据此,法院判令保险人向原告承担170美元的土地使用费的损失、7100美元的律师费以及20万美元的精神损失赔偿责任。<sup>⑱</sup>

目前,由于其较轻的举证责任,对于投保人而言,违反诚信和公平交易的默示义务似乎为其寻求因保险人恶意违反保险合同义务或者其抗辩义务所造成的精神损失进行赔偿的最佳途径。另外,加州法院规定,除了精神损失,“实质性损害”(*substantial damage*)也可以获得赔偿。<sup>⑲</sup>

<sup>⑯</sup> Jarchow v. Transamerica Title Ins. Co., 48 Cal. App. 3d 917, 940, 122 Cal. Rptr. 470, 486 (1975).

<sup>⑰</sup> Jarchow v. Transamerica Title Ins. Co., 48 Cal. App. 3d 917, 940, 122 Cal. Rptr. 470, 486 (1975).

<sup>⑱</sup> Jarchow v. Transamerica Title Ins. Co., 48 Cal. App. 3d 917, 923, 122 Cal. Rptr. 470, 476 (Ct. App. 1975).

<sup>⑲</sup> Jarchow v. Transamerica Title Ins. Co., 48 Cal. App. 3d 917, 944, 122 Cal. Rptr. 470, 489 (Ct. App. 1975).



### 三、保险人恶意违约制度的功能

保险人恶意违约制度的功能具有多重性。主要有以下几方面：

#### (一) 矫正正义(Corrective Justice)功能

矫正正义功能是指一方当事人应当对其行为给另一方当事人所造成的侵害性后果根据法的正义价值观承担责任的一个抽象的价值或功能。在保险案件中，当保险人对被保险人实施了不公正行为(恶意违约行为)，而被保险人承受该行为并产生损害时，这是一种不平等或不正义的现象，保险人恶意违约制度可以设法将这种不平等或不正义状态恢复到平等或正义状态。保险人恶意违约制度通过对过错方(保险人)进行制裁可有助于恢复保险人(加害人)和被保险人(受害人)之间的道德平衡。矫正正义的目标是给予每个人应得的权利。保险人恶意违约制度关注的是保险人实施违约行为之前和之后被保险人所拥有的东西(或权益)之间的区别。保险人恶意违约制度旨在分配保险合同当事人之间的利益与负担，即：(1)使损失更易于承受；或者，(2)为了形成鼓励采取经济上划算的预防措施的激励机制。矫正正义可以加深我们对保险人恶意违约制度所承载的价值或功能的理解，以及掌握保险人承担损害赔偿责任的司法标准。也就是



说,保险人恶意违约制度的价值在于“如果受到了伤害或者蒙受了损失的当事人不能承受该侵害,那么就使他恢复到其本应属于的状态。”<sup>②3</sup>

## (二)最佳威慑(Optimal Deterrence)功能

法律威慑理论是通过法律责任为违法行为设置后果,从而为行为人创造在事前放弃违法行为的激励。<sup>[3]</sup>虽然刑法学界通常认为威慑是刑法/刑罚的主要功能之一,但对保险人来讲,保险人恶意违约制度同样是实现威慑的制度工具。因为,保险人恶意违约制度也影响着保险人对被保险人保险理赔请求进行理性选择的行动后果。根据保险人恶意违约制度,保险人承担恶意违约责任不仅可以纠正已经发生的恶意违约行为,保险人恶意违约制度还通过对实施恶意违约行为的保险人施加恶意违约责任或对其给被保险人造成的全部损失(包括无形损失比如因痛苦和疼痛等所产生的非物质损害)进行赔偿的责任,以对保险人包括潜在的不法保险人(或可能实施恶意违约行为的保险人)产生震慑或构成威胁,有助于防止保险人将来恶意违约行为的发生。然而,并非保险人所有的违约行为都是值得遏制或威慑(deterring),否则我们将会消耗无限的代价或成本(at unlimited cost)并需要采取无休止的安全防范措施(endless safety precautions)。相反,保险人恶意违约制度通过对保险人恶意违约行为的界定以及保险人承担恶意违约责任范围的规定以促进最佳威慑功能的实现,即,防止保险人实施过度的冒险行为,以避免给被保险人造成不应有的损失或伤害。

在这里,需要说明的是,保险人恶意违约制度根据最佳威慑原则阻止保险人实施被保险人(或受害人)无法容忍的反社会的或极

<sup>②3</sup> [美]格瑞尔德·J.波斯特马[著],陈敏,云建芳[译],《哲学与侵权行为法》,北京大学出版社2005年版。第203-204页。转引自 Livingstone v. Rawyards Coal Co., 5 A. C. 25, 39(1980, Lord Blackburn).



端的、令人发指的行为(extreme and outrageous conduct),<sup>㉙</sup>以显示出其最佳的威慑或阻止效用,对保险人潜在的或已经发生的反社会行为发出阻吓信号,但又不至于阻止保险人妥当的(sound)理赔行为。

### (三)补偿(compensation)功能

保险人恶意违约制度的矫正正义功能要求保险人承担的责任范围应当严格地根据被保险人现实的和可能的损失来确定,该损失包括物质上的和非物质上的。对于保险人恶意违约制度最佳威慑功能的探讨与保险人恶意违约责任的裁定是吻合的。为了达到最佳威慑作用,保险人恶意违约制度应当致力于使保险人仅对因其恶意违约行为而导致的所有损失(包括物质上的和非物质上的)承担责任,但不超过该范围。保险人恶意违约制度的补偿功能意味着保险人因恶意违反保险合同约定而对因此遭受损害(包括物质损害和非物质损害)的被保险人进行补偿,即,使被保险人或受害人恢复到保险合同本应获得妥当履行时或保险人进行妥当理赔时所处的经济地位和精神状态。因为,当被保险人已经根据保险合同约定交纳了保险费后,被保险人在遭受保险事故带来的不幸(包括财产损失和精神伤害)时无不期望能及时得到保险人的保险金赔付,以此在一定程度上也弥补被保险人精神上的损失;社会也需要保险公司善意或妥善行事。一般情况下,当保险人对遭受不幸的被保险人没有尽到爱心父母或朋友(loving parent or friend)般的救助义务而是故意拒绝或借故拖延对被保险人的保险金赔付时,法律应赋予保单持有人就保险人的相关不良行为即恶意违约行为提起侵权损害赔偿救济。<sup>㉚</sup>

毫无疑问,保险人对其恶意违约行为所承担的责任,在任何时

<sup>㉙</sup> Hubbard 案件指出,判断保险人的行为是否是极端的、令人发指的标准是一个文明社会是否是“完全不能容忍的”(utterly intolerable)。参见 Hubbard v. United Press International, Inc., 330 N.W.2d 428 (Minn. 1983).

<sup>㉚</sup> Douglas R. Richmond, An Overview of Insurance Bad Faith Law and Litigation, 25 SETON HALL L. REV. 74, 112 (1994).



候都是对被保险人经济上的补偿和心理上的安慰。也毫无疑问，在保险人恶意违约制度存在的情况下，保险人对受到伤害(尤其是身体伤害或精神损害，而不是单纯的经济损失)的受害者自然会感到同情并将对受害人进行补偿看作是一件正常的事情。

#### 四、保险人恶意违约的判断标准

##### (一)“恶意”的界定

恶意(bad faith)究竟为何物？对于这一法律怪物(legal monster)保险人至少争执了四分之三个世纪。<sup>⑩</sup>无论是在合同法还是在侵权法领域，“恶意”一直没有成为一个被认可的、独立的归责原则，而且不同的法院也会做出不同的解释。因此，“恶意”这一术语从一开始就引起了定义上的分歧。加州最高法院认为，恶意与善意相对，善意要求保险人在决定是否接受被保险人在保单限额范围内的理赔请求时必须诚实(honesty)、公平交易(fair dealing)和充分的信息披露(full revelation)；恶意则意味着不诚实(dishonesty)、欺诈(fraud)和隐瞒(concealment)。<sup>⑪</sup>爱达荷州最高法院在 Unigard 案件中则确立了一项实用的关于恶意的测试标准。爱达荷州最高法院认为：保险人仅仅没有及时解决后来被证明是一个有效的保险理赔请求本身并不构成“恶意”，被保险人必须举证证明保险人故意并无理拒绝或延迟赔付。当保险人对被保险人提出的一个“非常值得商榷”的保险理赔请求的有效性提出质疑时，或者如果保险人的延迟赔付是由于保险人善意的过错(honest mistakes)，则保险人的行为不构成恶意。<sup>⑫</sup>在



<sup>⑩</sup> 最早记载保险人恶意违约的判例发生在 1930 年。参见 Jeffrey E. Thomas, Crisci v. Security Insurance Co.: The Dawn of the Modern Era of Insurance: Bad Faith and Emotional Distress Damages, 2 NEV. L.J. 415,420 (2002)。

<sup>⑪</sup> Davy v. Public Nat'l Ins. Co., 5 Cal. Rptr. 488, 492-93 (1960)。

<sup>⑫</sup> White v. Unigard Mut. Ins. Co., 112 Idaho 94, 100, 730 P.2d 1014, 1020 (1986)。



确定保险人的责任时，美国许多判例都认为恶意等同于失信、欺诈和隐瞒。<sup>②</sup>在 Boston 案件<sup>③</sup>中，审理该案的法院认为，对保险人恶意的判断标准是，保险人“是否尽到了普通注意和谨慎人所应尽到的与处理自己事务相同的注意和勤勉义务”。<sup>④</sup>即保险人在决定是否接受被保险人的理赔请求时，是否将被保险人的利益纳入考量范围。负责审理 Slater 案件的法院指出，恶意相当于缺乏诚信 (the lack of good faith)，但恶意本身很难定义。法院试图对恶意的概念作出解释，并指出：恶意，虽然很难给出具体的定义，但应该包括糟糕的判断或疏忽。恶意包括不诚实的目的、道德倾向、有意识的不法行为和通过一些别有用心的或带有欺骗性质的行为对一个已知义务的违反；恶意还包括误导或欺骗另一方的实际故意。<sup>⑤</sup>负责审理 Hoskins 案件的法院补充了 Slater 案件对恶意的定义，并认为对保险人恶意的判定应全面考虑，而不能妄下结论或主观臆断。<sup>⑥</sup>

“恶意”规则 (the doctrine of “bad faith”) 是加州法院在保险法领域对一般法律体系的最有趣和最重要的贡献之一，代表了一种经典的判例规则，甚至可以说是有些极端的归责模式。对恶意的判定，加州最高法院基本上遵循了 Comunale 案件<sup>⑦</sup>确立的规则。在 Comunale 案件中，保险人拒绝对被一辆卡车撞击的行人而提起的保险理赔诉讼进行抗辩并拒绝承担保险责任。保险人认为，该事故不属于保单

<sup>②</sup> [美]小詹姆斯·A.亨德森、理查德·N.皮尔森、道格拉斯·A. 凯萨、约翰·A.西里西艾诺 /著，王竹、丁海俊、董春华、周玉辉 /译，《美国侵权法：实体与程序》(第七版)，北京大学出版社 2014 年版，第 620 页。

<sup>③</sup> Boston Old Colony Ins. Co. v. Gutierrez, 386 So. 2d 783, 785 (Fla. 1980), cert. denied, 450 U.S. 922 (1981).

<sup>④</sup> [美]小詹姆斯·A.亨德森、理查德·N.皮尔森、道格拉斯·A. 凯萨、约翰·A.西里西艾诺 /著，王竹、丁海俊、董春华、周玉辉 /译，《美国侵权法：实体与程序》(第七版)，北京大学出版社 2014 年 4 月出版，第 622 页。

<sup>⑤</sup> Slater v. Motorists Mutual Insurance Co., 174 Ohio St. 148, 187 N.E.2d 46 (1962).

<sup>⑥</sup> Hoskins v. Aetna Life Insurance Co., 6 Ohio St. 3d 277, 452 N.E.2d 1320 (1983).

<sup>⑦</sup> Comunale 案件是美国加州最高法院在 1958 年作出的主张保险人对其恶意拒绝被保险人的理赔请求而承担超出其保单限额的赔偿责任的第一个判例。参见 Comunale v. Traders & Gen. Ins. Co., 328 P. 2d 198 (Cal. 1958).



承保的范围,因为该卡车不属于驾驶员所有。在庭审中,原告提出以4,000美元和解,该和解金额远低于10,000美元的保单限额,但保险人以不属于保单承保的范围为由拒绝了原告的和解请求并拒绝进行抗辩。加州最高法院认为任何一份保险单均包含诚信和公平交易的默示条款,根据该默示条款,保险人在决定是否接受被保险人的和解方案时有义务考虑被保险人的利益并进行抗辩。法院认为,保险人无理拒绝抗辩和拒绝接受被保险人在保单限额内的合理和解协议方案的行为本质上构成恶意,具体包括邪恶动机或者至少是不计后果,表现为保险人对自己的行为缺乏任何合理的解释。

犹他州法院认为,有下列情况之一的,可以认定保险人恶意违约:(1)保险人没有认真调查事实真相,以确定被保险人的理赔请求是否有效;(2)保险人没有公平地评估被保险人的理赔请求;或者(3)在处理或拒绝被保险人的理赔请求时保险人没有及时、合理地作出反应。<sup>⑤</sup>《俄克拉何马州统一陪审团指令》第22条第3款要求原告必须通过证据证明保险人的恶意具备以下三个要素:(1)保险人的行为是不合理的;(2)保险人没有公平和真诚地对待被保险人;以及(3)保险人未能善意地解决被保险人的理赔请求并造成被保险人的伤害。<sup>⑥</sup>

## (二)保险人“恶意违约”与“诚信和公平交易的默示义务”

保险合同本身并不包含保险人对被保险人承担明示的诚信和公平交易义务。而是负责审理Hoskins案件的法院对Hart案件<sup>⑦</sup>判决做了扩大解释并根据加州最高法院在Gruenberg案件<sup>⑧</sup>中的判决创建的保险人的诚信和公平交易的默示法定义务。在保险合同中,

<sup>⑤</sup> Beck v. Farmers Ins. Exch., 701 P.2d 795, 801 (Utah 1985)。

<sup>⑥</sup> Oklahoma Uniform Jury Instructions—Civil, Instruction 22.3, in VERNON'S OKLAHOMA FORMS (2d ed. West 2003)。

<sup>⑦</sup> Hart v. Republic Mutual Insurance Co., 52 Ohio St. 185, 87 N.E.2d 347 (1949)。

<sup>⑧</sup> Gruenberg v. Aetna Insurance Co., 9 Cal. 3d 566, 510 P.2d 1032, 108 Cal. Rptr. 480 (1973)。



为了确立保险人的注意义务(a duty of care),法院认为保险人对被保险人应该承担诚信和公平交易的默示义务,这是一种法定义务。因此,如果保险人无理并恶意拒绝被保险人的理赔请求,其行为构成侵权。<sup>⑨</sup>根据该理论,保险人诚信和公平交易的默示义务是绝对的,并且该义务不依赖于当事人的合同义务。当保险人被指控违反诚信和公平交易的默示义务时,法院一直在努力创建一套合适的关于“恶意违约”的归责标准。最后,在Comunale案件中,加州法院不得不选择诚信和公平交易的默示义务作为判断保险人是否“恶意违约”的标准。<sup>⑩</sup>

加州最高法院在Comunale案件中的判决是保险合同中确立保险人诚信和公平交易的默示义务的转折点,该义务是保险人恶意拒绝或拖延被保险人的理赔请求而承担侵权责任的基础,这已成为保险人承担恶意违约责任的主要依据。在Crisci案件<sup>⑪</sup>中,法院认为,根据Comunale一案,Crisci案件的保单包含了一项诚信和公平交易的默示条款。根据该项默示条款,任何一方当事人都不得实施损害对方获得合同利益的权利的行为。在评估被保险人的理赔请求时,保险人有责任对被保险人的利益至少像考虑保险人自己的利益那样给予同等的考虑。该标准是用来判断保险人是否已经履行了其作为一个没有保单限额的谨慎的保险人本应接受被保险人的理赔请求义务。在讨论这个问题的过程中,加州最高法院阐述了恶意的法律标准。该法院指出,“恶意”不需要“不诚实、欺诈和隐瞒”的证据。<sup>⑫</sup>法院认为,被保险人的恶意理赔诉讼一般被视为侵权诉讼,但法院又

<sup>⑨</sup> Gruenberg v. Aetna Insurance Co., 9 Cal. 3d 575, 510 P.2d 1038, 108 Cal. Rptr. 486 (1973).

<sup>⑩</sup> 该案认为,每一个合同中存在的诚信和公平交易的默示义务要求保险人必须妥善解决被保险人的理赔问题,即使保单没有明文规定保险人需要承担这一义务。参见Comunale v. Traders & Gen. Ins. Co., 328 P.2d 198, 200–01 (Cal. 1958).

<sup>⑪</sup> Crisci v. Security Insurance Co. 426 P.2d 173, 176 (Cal. 1967).

<sup>⑫</sup> Crisci v. Security Insurance Co. 426 P.2d 173, 176 (Cal. 1967).



认为，出于成文法上的时效限制，原告在侵权诉讼和合同诉讼之间有选择的自由。<sup>⑬</sup>

加州法院认为，在每一个保险合同中都存在诚信和公平交易的默示条款。<sup>⑭</sup>据此，美国大多数法院将保险人违反诚信和公平交易的默示条款认定为“恶意违约”。根据恶意理论，被告(保险人)对其拒绝或拖延被保险人的保险理赔请求不作任何解释是支撑保险人构成恶意违约的证据

或事实。根据这些事实，法院将保险人拒绝或拖延被保险人的保险理赔请求认定为“故意和恶意”(willful and malicious)侵权。法院认为，无理拒绝抗辩和拒绝或拖延接受被保险人在保单限额内的理赔请求或合理的和解协议方案的保险人违反了善意考虑被保险人利益的诚信和公平交易的默示条款而构成恶意违约。此时，保险人不仅应该承担保险责任，还应该对被保险人的其他损失(如精神损害等非物质损害)承担赔偿责任，即使保险人的赔偿责任范围超出了保单限额。<sup>⑮</sup>

## 五、保险人的恶意违约责任

### (一) 保险人恶意违约的性质

众所周知，投保人购买保险不仅是为了在遭遇索赔或遭受财产损失或人身伤害的情况下获得保险金，而且还为了给被保险人或者

<sup>⑬</sup> Crisci v. Security Insurance. Co., 426 P.2d 173, 203 (Cal. 1967).

<sup>⑭</sup> Crisci v. Security Insurance. Co., 426 P.2d 173, 203 (Cal. 1967).

<sup>⑮</sup> Gruenberg v. Aetna Insurance Co., 510 P.2d 1037 (Cal. 1973).

<sup>⑯</sup> Comunale v. Traders & Gen. Ins. Co., 328 P.2d 198, 202 (Cal. 1958).



其受益人提供精神上的安宁(peace of mind)。<sup>⑯</sup>这一点是根本性的。美国一些学者也承认“安心”(peace of mind)对保险的重要性。<sup>⑰</sup>因此,当恶意的保险人未能履行保单规定的赔付义务时,可以预见的是,被保险人除了失去心理安宁(peace of mind)外,还将遭受精神痛苦(mental distress)。鉴于保险人妥善解决被保险人的理赔请求源于保险合同中的诚信和公平交易的默示条款的要求,即使保险人拒绝理赔出于善意,其违反保险合同约定仍然对被保险人的损害承担全部的赔偿责任。

在 Comunale 案件<sup>⑱</sup>中,加州最高法院指出,在每一个合同中都存在着一项默示的诚信和公平交易条款,任何一方都不得实施侵害另一方有权获得合同利益的任何行为。这一原则适用于保险合同。负责审理 Crisci 案件的法院在其判决意见中指出,被保险人具有保险合同创造的受法律保护的利益。<sup>⑲</sup>如果保险人的行为导致被保险人的合法权益遭受实质性损害或伤害 (substantial invasions or damage),被保险人有权提出索赔。必须指出的是,该索赔请求不是基于被保险人的财产权或人身权受到侵害,而是基于被保险人受保单保障的心灵安宁和财产安全即法律保护的权益受到侵害。因此,保险人未能解决被保险人的保险理赔而侵害被保险人受保单保障的心灵安宁(peace of mind)是对被保险人的合法权益的实质性损害或伤害。

<sup>⑯</sup> Crisci v. Security Ins. Co., 66 Cal. 2d 425, 430, 426 P.2d 173, 177, 58 Cal. Rptr. 13, 17 (1967); Kewin v. Mass. Mut. Life Ins. Co., 295 N.W.2d 50, 69 (Mich. 1980).

<sup>⑰</sup> 比如,Douglas R. Richmond, Trust Me: Insurers Are Not Fiduciaries To Their Insureds, 88 Ky. L.J. 1, 4 (2000); Karon O. Bowdre, "Litigation Insurance": Consequences Of An Insurance Company's Wrongful Refusal To Defend, 44 DRAKE L. REV. 743, 745–46 (1996); Mary Elizabeth Phelan, The First Party Dilemma: Bad Faith or Bad Business? 34 DRAKE L. REV. 1031, 1035–36 (1985–86); David Tartaglio, Note, The Expectation of Peace of Mind: A Basis for Recovery of Damages for Mental Suffering Resulting from the Breach of First Party Insurance Contracts, 56 S. CAL. L. REV. 1345, 1346 (1983).等等

<sup>⑱</sup> Comunale v. Traders & Gen. Ins. Co., 50 Cal. 2d 654, 658, 328 P.2d 198, 200 (1958).

<sup>⑲</sup> Crisci v. Security Ins. Co., 66 Cal. 2d 425, 434, 426 P.2d 173, 179, 58 Cal. Rptr. 13, 19 (1967).



爱达荷州最高法院认为,保险人的恶意违约行为是一个“独立的故意不法行为,该行为来源于保险人对其诚信和公平交易的默示条款的违反”。<sup>⑨</sup>亚利桑那州法院认为,保险人对诚信和公平交易默示条款的违反将导致侵权。<sup>⑩</sup>这是一种新的独立侵权类型:“恶意侵权”(tort of bad faith),即保险人违反诚信和公平交易的默示条款而侵害了被保险人根据保单对保险金的获得权和心理安宁权。基于对诚信和公平交易的默示条款的认定,“恶意”规则确立了保险人恶意违约构成被保险人提起侵权诉讼的正当性,也意味着保险人未能妥善解决被保险人的理赔请求而承担侵权损害赔偿责任的可能性。一些法院和评论家指出,当被保险人证明对保险人存在恶意违约行为时,将保险人的损害赔偿责任仅限于保单规定的限额,可能不足以保护被保险人的期待利益。<sup>⑪</sup>Phyllis 教授撰文指出,一些法院已经尽力保护保单持有人免受保险人的侵害而允许保单持有人就超出保单限额部分获得赔偿,因为传统的法律概念已经不足以给保单持有人提供足够的保护。<sup>⑫</sup>近年来,美国一些法院通过认定该恶意违约行为违反了合同外的默示条款 (extra-contractual implied covenant) 而判定为侵权行为,从而使受害当事人获得在合同诉讼中本不能获得的损害赔偿,包括精神损害赔偿、在合同签订时不可预见的经济损失和惩罚性赔偿。为了给保单持有人提供全面保护,美国许多州高级法院也已经作出回应,将保单持有人针对保险人恶意违反其保险合同提起的诉讼认定为侵权诉讼。还有少数几个州法院虽然拒绝认可该侵权诉讼,但赞成对受害人给予超出合同限额的救济,允许被

<sup>⑨</sup> White v. Unigard Mut. Ins. Co., 112 Idaho 94, 97, 730 P.2d 1014, 1017 (1986).

<sup>⑩</sup> Noble v. National American Life Ins. Co., 128 Ariz. 190, 624 P.2d 868 (1981).

<sup>⑪</sup> Beck v. Farmers Ins. Exch., 701 P.2d 795, 801 (Utah 1985); Alan O. Sykes, "Bad Faith" Breach of Contract by First-Party Insurers, 25(2) J. LEGAL STUDIES 405, 409 (1996).

<sup>⑫</sup> Phyllis Savage, Note, The Availability of Excess Damages for Wrongful Refusal to Honor First Party Insurance Claims-An Emerging Trend, 45 FORDHAM L. REV. 164, 166-68 (1976-1977).



保险人获得超出保单规定限额的间接损害赔偿。<sup>④</sup>

事实上，在保险人恶意违约的案件中将对被保险人的赔偿金额继续限制在保单范围之内的州已经不多。在 Acquista 案件<sup>⑤</sup>中，纽约最高法院认为，对因保险人恶意违约造成损害的被保险人的损害赔偿不应该限制在保单规定的范围之内，而应该包括间接损失，即使该间接损失超出了保单限额，只要该间接损失是可以预见的 (foreseeable)。考虑到这些问题，法院认为，如果原告(投保人或被保险人)已经证明他的保险人一方存在恶意违约行为，那么，原告对其超出保单规定限额的可预见的间接损失(包括精神损害和情绪困扰)可以获得赔偿。

## (二) 保险人恶意违约的责任范围

根据保险人恶意违约制度的功能，确定保险人恶意违约的责任范围应遵循以下两个基本原则：一是使被保险人(受害人)恢复到保险人本已及时并充分履行其保险金支付义务所处的经济地位和精神状态；二是保险人承担的恶意违约责任足以对保险人的恶意违约行为起到惩罚和威慑作用，同时体现社会公平和正义。据此，保险人承担的恶意违约责任具体包含以下内容：

### (1) 合同责任

保单就是合同。如果保险人恶意违反保单约定错误地拒绝或拖延理赔，保险人就应该承担合同责任。保险人的合同责任主要包括：

#### ① 保险金及其延期支付而产生的利息

任何情况下，在被保险人将发生保险事故遭受的损失证明提交给保险人之后，如果保险人未能在法定限期承担责任，保险人除

<sup>④</sup> 例如，Acquista 案列举了特拉华州、缅因州、新罕布什尔州、新泽西州、犹他州和西弗吉尼亚州等六州允许被保险人获得超出保单规定限额的可预见的金钱赔偿。参见 Acquista v. N.Y. Life Ins. Co., 730 N.Y.S.2d 272, 277 (1st Dep't. 2001)。

<sup>⑤</sup> Acquista v. N.Y. Life Ins. Co., 730 N.Y.S.2d 272, 277 (1st Dep't. 2001)。



除了承担支付保险金的责任外，还必须就其未能在法定限期内承担保险责任而产生的利息负赔偿责任。具体利率应由成文法作出规定。

## ②被保险人所遭受的其他合理费用

当保险人拒绝或拖延被保险人的理赔请求而使被保险人不得不聘请律师或寻求法律援助来保护自己的合法权益时，保险人对被保险人因此而支付的律师费、法院诉讼费及其他相关费用(包括原告寻求法律援助所产生的费用)应该承担补偿责任。如果抗辩约定是保险合同的一部分，那么保险公司错误地就被保险人的权利诉求的有效性拒绝抗辩，被保险人有权就权利诉求而产生的合理费用获得补偿。

## (2)侵权责任

如上所述，保险人恶意违约，不仅属于合同法上的违约行为，还是一种独立的侵权行为。爱达荷州最高法院认为，侵权法向保险合同领域扩张的基础在于对遭受损害的被保险人进行完全的补偿。<sup>⑤</sup>因此，在保险人恶意违约时，保险人除了承担合同责任外，还需承担侵权责任。保险人的侵权责任主要包括：

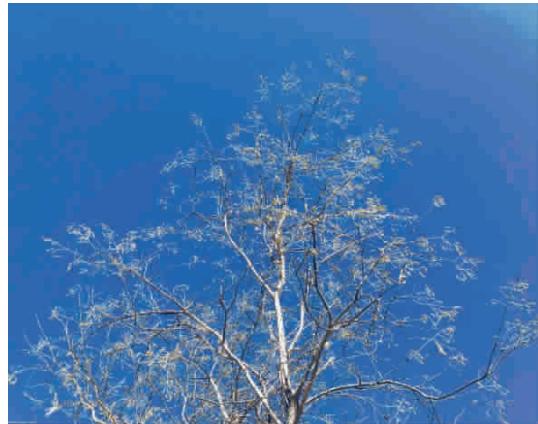
### ①精神损害赔偿责任

作为一种受法律保护的利益，精神或情绪平静已经困扰司法制度七百多年。<sup>⑥</sup>经调查，在这一领域，对精神损害的理解往往都是模棱两可和反复无常的，可以包括惊悸、休克、焦虑、嘲讽、悲伤、恐惧、担忧和尴尬等广泛领域。<sup>⑦</sup>在保险人恶意违约案件中，对精神损害予以赔偿有两个原因：一是法院的判决必须能够激励保险人真诚或善意地解决被保险人的保险理赔请求；二是被保险人的精神损害是保

<sup>⑤</sup> White v. Unigard Mut. Ins. Co., 112 Idaho 94, 98, 730 P.2d 1014, 1018 (1986)。

<sup>⑥</sup> I de S, et ux. v. W de S, Y.B. 22 Edw. III folio 99, placitum 60 (1348)。

<sup>⑦</sup> Jarchow v. Transamerica Title Ins. Co., 48 Cal. App. 3d 930–31, 948, 122 Cal. Rptr. 479–80, 491 (1975)。



险人违反其保单约定可以预见的结果。如果保险人没有承担超过其保单限额责任的可能性，保险人可能就会恶意解决被保险人的保险理赔请求，以获得经济上的利益。<sup>⑤9</sup>

## ②惩罚性赔偿责任

如果有证据证明保险人的违约行为存在恶意，则应给予惩罚性赔偿。<sup>⑥0</sup>

在保险人“恶意违约”案件中，惩罚性赔偿很大程度上是为了对保险人的恶意违约行为进行惩罚和威慑，而不像补偿性损害赔偿仅仅是弥补被保险人的损害。对保险人采取惩罚性赔偿责任的公共政策源于一个事实，即“在一个偶然的诉讼中，补偿性损害赔偿无法阻止不法保险人通过损害数以百计的被保险人的合法权益来寻求其非法收益”。<sup>⑥1</sup>在 Hoskins 案件<sup>⑥2</sup>中，布朗(Brown)法官强调保险人承担

<sup>⑤9</sup> Acquista 案指出，法院判定保险人承担超过保单限额的赔偿责任的主要原因是保险人拒绝向被保险人承担保险责任构成侵权，而该侵权责任可以消除保险人恶意违反保单约定的诱因。如果保险人恶意违反保单约定所付出的法律上的经济代价低于该保险人从该保单所获得的收益，保险人就具有拒绝向被保险人承担保险责任的经济诱因。参见 Acquista v. N.Y. Life Ins. Co., 730 N.Y.S.2d 272, 276 (1st Dep’t. 2001)。

<sup>⑥0</sup> 这是美国侵权法中实施惩罚性赔偿的传统基础。参见 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 908 & cmts. a, b (1979).

<sup>⑥1</sup> Emper's Equitable Life Ins. Co. v. Williams, 282 Ark. 29, 30, 665 S.W.2d 873, 874 (1984).

<sup>⑥2</sup> Hoskins v. Aetna Life Insurance Co., 6 Ohio St. 3d 277, 452 N.E.2d 1320 (1983).



惩罚性赔偿责任是公众政策的需要。布朗法官认为，支持惩罚性赔偿的公共政策包括促进公共安全、具体的威慑力和一般的威慑力。

## 六、结语

早在 1914 年，美国联邦最高法院认为，保险行业“披着公共利益”的外衣（“clothed with a public interest”），因此，为了保护公共利益，保险行业应该受到“公共利益的约束”。<sup>⑧</sup>这说明了保险业在美国不仅受到立法和行政机关的严格规范，而且还受到司法程序广泛的管制。在复杂而又特殊的保险专业领域，随着保险人或其代理人以经验丰富、知识渊博的专业人士在社会公众面前的出现，保险人与被保险人之间的独特关系就已经产生。<sup>⑨</sup>所以，当被保险人发生保险事故时，保险人与被保险人之间产生的这种独特关系就不仅需要保险人承诺支付一定数额的保险金，而且要求保险人必须公平妥善地处理被保险人的保险理赔请求。但是，由于保险合同中保险人和被保险人的信息和地位的不对称，保险人极易违反保险合同约定产生恶意理赔。随着侵权法在保险领域的发展，在保险案件中对保险人

<sup>⑧</sup> German Alliance Ins. Co. v. Lewis, 233 U.S. 389, 414–15 (1914).

<sup>⑨</sup> McAlvain v. General Ins. Co. of America, 97 Idaho 777, 780, 554 P.2d 955, 958 (1976).



恶意违约构成独立侵权的认可说明美国法院对保险业不规范的理赔程序给予了充分的关注。

通过将保险人的恶意违约行为界定为侵权将会使保险人的恶意违约变的不效率，不仅有效阻碍了保险人恶意违约行为的发生，而且还大大促进了合同理论的发展，使合同理论更加吻合投保人购买保险的初衷。保险人恶意违约制度，理论上极大地提高了被保险人对抗保险人的能力，很大程度上矫正了被保险人与保险人之间的权利失衡，体现了保险法对处于弱势地位的保险消费者进行保护的法律精神，实践中也可以有效解决我国保险行业普遍存在的“理赔/给付纠纷”。

### 参考文献：

- [1] 姜战军：“损害赔偿范围确定中的法律政策”，载《法学研究》2009年第6期。
- [2] 王利明：“违约责任和侵权责任的区分标准”，载《法学》2002年第5期。
- [3] 戴昕：“威慑补充与‘赔偿减刑’”，载《中国社会科学》2010年第3期。



# 从收益权质押程序看其在 PPP 中的 相关问题

□ 徐杨超 \* 孙洁 \*



央行最新修订的《应收账款质押登记办法》(中国人民银行令〔2017〕第3号,以下简称《登记办法》)已于2017年12月1日开始正式施行,PPP界叫好声一片。新《登记办法》对一个关键点进行了完善,直接影响PPP领域——即首次明确收益权可质押!

PPP项目融资因为绝大多数项目不涉及资产、土地权属等变更,故土地抵押、资产质押等传统融资模式一般很难在PPP项目融资过程中得到广泛适用。社会资本在进行项目融资过程中一般会将后期的收益权作为融资担保的主要手段,但由于此前法律法规对于特许

---

\* 徐杨超,本所权益合伙人律师,西南政法大学法学学士,浙江省财政厅PPP专家库成员,杭州市律师协会政府法律顾问委员会委员,杭州市律师协会房地产委员会委员。

\* 孙洁,本所律师,浙江工商大学法学学士。



经营收费权、收益权等形成的将来金钱债权(即未来应收账款)质押担保问题的规定并不完善,仅在《国务院西部开发办关于西部大开发若干政策措施实施意见的通知》(国办发[2001]73号)、担保法及其解释中部分存在,故由此导致的融资难度一直存在,且存在概念不清等诸多实务问题。

虽然最高院公布的第53号指导案例(即“福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市市政工程有限公司金融借款合同纠纷案”)中认为“收益权等将来金钱债权依其性质可纳入依法可出质的‘应收账款’的范畴,可以进行出质登记。”这一观点为PPP项目融资提供了一定的法律依据,但毕竟仍有“名不正言不顺”之感,且实务操作也存在一定的障碍。比如,质押登记办理等形式、登记部门等是否能适用《国家开发银行办公厅关于印发〈签订信贷合同的指导意见(六)〉的通知》(开行办[2000]103号)、非收费权如何登记等等。

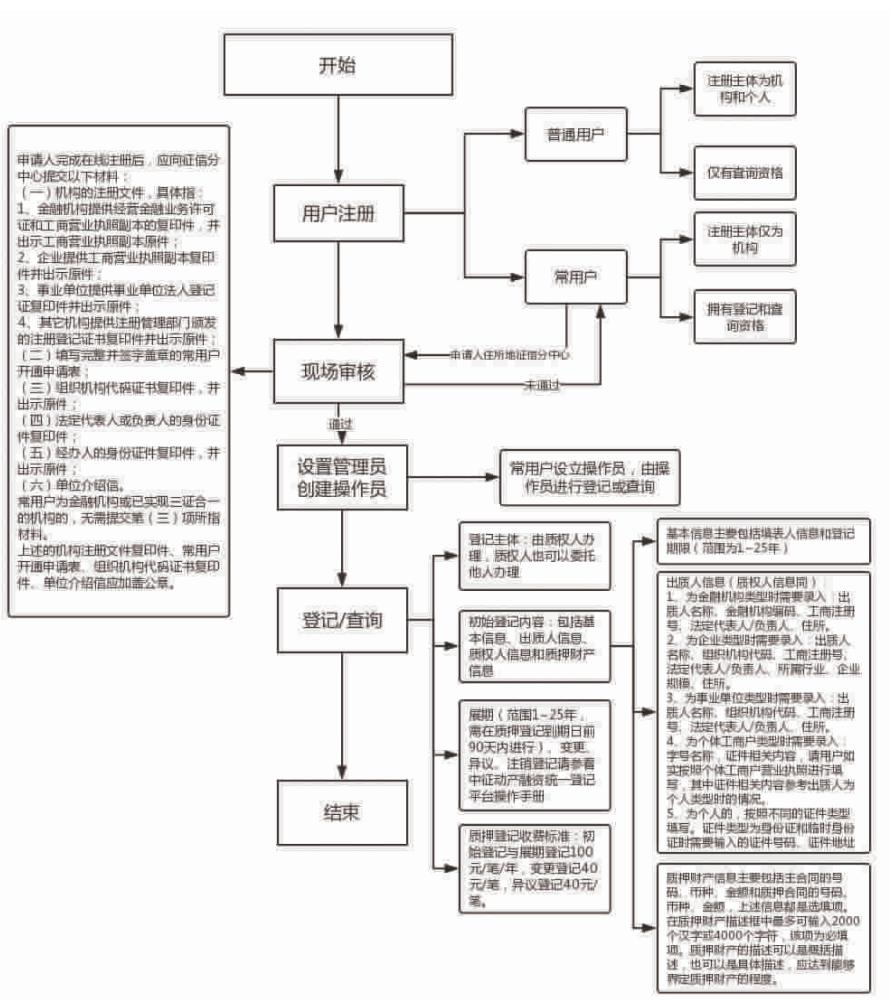
新《登记办法》首次将项目收益权纳入应收账款范畴,明确规定与基础设施和公用事业项目有关的收益权可进行质押登记,妥善解决了法律条款之间衔接对应问题,同时降低了银行对PPP项目公司的融资顾虑,对PPP项目融资来说是重大利好。





本文拟从质押登记的流程着手，对收益权质押登记后可能会遇到的相关法律问题、质权的实现等方面进行分析，为 PPP 项目后续可能出现的纠纷，在相关质押协议及 PPP 项目合同中提前做好准备。

## 一、质押登记流程指引



注：以上指引图根据 2017 年 12 月 20 日中国人民银行征信中心官网操作手册整理制作。



## 二、质押登记涉及的法律风险

虽然收益权已明确被纳入应收账款质押登记范畴，但在实务中质押登记仍存在风险，接下来笔者将具体列明。

### 1. 应收账款不真实、不合法导致质押无效

质权人需对登记的真实性、合法性负责。这不仅仅是央行《登记办法》的要求，同时也关系到质权人的质权是否存在。换句话说，如果出质人与其债务人(即次债务人)之间的债权债务关系并不真实存在，会导致质押无效。对 PPP 项目的收益权而言，由于其属于未来应收账款，由于违约情形、政策变化、项目运营等方面的原因，该未来应收账款是否能真实、合法存在，对债权人来说属于非常重要的法律风险。特别是根据《关于规范政府和社会资本合作(PPP)综合信息平台运行的通知》(财金(2015)166 号)规定，如 PPP 项目未纳入财政部 PPP 中心综合信息平台项目库的，原则上不得通过财政预算安排支出责任，即未入库项目的应收账款将无法获得有效保障。因程序原因导致该应收账款是否真实、合法，将导致融资项目存在一定风险。

### 2. 次债务人清偿应收账款导致质权消灭

根据物权法定原则和债的相对性原则，即便次债务人收到了质押通知，质权人与出质人之间的质押协议约定不能约束次债务人，次债务人有权直接向出质人清偿债务，质权因质物的消灭而消灭。质权人的利益可以基于物上代位性或参考其他权利质权的规定——提前清偿债务或提存<sup>①</sup>来实现，前提是质权人清楚掌握

<sup>①</sup>《物权法》第一百七十四条：担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

《物权法》第二百二十五条：汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。



次债务人的清偿行为。例如在 PPP 项目中,如存在项目合同提前终止之情形,会导致应收账款提前一次性清偿,如质权人未及时获知该次清偿,也将导致质押债权存在风险。

### 3. 次债务人行使抵销权影响质权的实现

应收账款质押法律关系约束的是质权人与出质人。如质权人、出质人与次债务人之间对应收账款的清偿无其他约定的情况下,则次债务人仍然应当按照其与出质人之间的约定来履行。那么如果次债务人对出质人也享有债权,次债务人能否行使抵销权?换句话说,即质权是否优先于次债务人的抵销权?

针对这一问题,实务中有两个完全相反的答案。

一种观点认为,应收账款质权系担保物权,属于《物权法》规定的优先债权,而次债务人对出质人享有的债权仅为普通债权,因此,质押债权应当优先于次债务人的普通债权而优先受偿。在【(2013)徐商初字第 273 号】案例中,江苏徐州中院为该观点。

另一种观点认为,质权人与出质人,出质人与次债务人之间为两个独立的法律关系,而质权能否实现是取决于出质人提供的应收账款是否真实存在。因此,次债务人当然有权行使抵销权。在【(2011)浙商终字第 25 号】案例中,浙江省高院持该观点。

对该问题不同法院的不一致裁判,也为质押权的行使等埋下风险隐患。





### 三、收益权质押的实现方式

新《登记办法》首次将收益权纳入应收账款范畴，允许质押。那么，当质权具备实现条件时，质权人应当以何种方式来实现质权呢？在物权法或担保法中，均未就权利质押的质权实现方式进行特殊规定。因此，权利质押中法律未明确规定，适用动产质押的规定。

然而，目前法律规定动产质押的质权实现方式为将质物进行折价或者拍卖、变卖，质权人对变价后的款项优先受偿。<sup>②</sup>但是，在权利质押中，质押的“物”为权利，权利可能无法直接进行拍卖或变卖。

实务中，法院对质权人请求实现该类权利质权的诉请存在如下几种情形：

#### 1. 仅确认质权人对质押应收账款享有优先受偿权，而未提及具体实现方式【案号：(2015)民二终字第179号】

该案中，出质人万特公司质押的应收账款内容为租金收益。在万特公司无法偿还质权人兴业银行的贷款后，兴业银行向天津市高院起诉确认优先权，经法院判决确认；二审最高院维持原判。与此案例相类似的案例还有(2016)津0113民初5594号。

另需提及的是，在(2016)川民终638号案件中，质权人向四川成都中院诉请要求确认质权优先权。四川成都中院在确认质权优先权时，同时确认付款方为次债务人，但并未直接判令要求次债务人直接支付给质权人；二审四川高院维持原判。

#### 2. 确认质权人有权进行拍卖、变卖价款或折价后优先受偿【案号：(2014)皖民二终字第283号】

该案中，质权人中盈盛达公司诉请要求判令确认优先权，合肥

<sup>②</sup>《物权法》第二百一十九条第二、三款：债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

《担保法》第七十一条第二、三款：债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。

质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。



中院一审判决令质权人对质押的应收账款的拍卖、变卖价款或者折价后优先受偿；二审安徽高院维持判决。

**3. 确认质权人有优先受偿权，同时判令次债务人将款项支付到质权人指定的出质人在质权人处开设的账户【案号：(2014)鄂鄂州中民二初字第 00008 号】**

该案中，质权人工行鄂州分行诉请要求次债务人按承诺将全部应付账款支付至银行指定的账户中，并对未按约定支付的款项承担连带赔偿责任。鄂州中院判决次债务人将其承诺的应付账款支付至出质人在原告质权人处开立的独立账户中，如逾期支付，则承担连带赔偿责任。

**4. 确认质权人有优先受偿权，并判令次债务人直接支付【案号：(2016)苏 02 民终 2861 号】**

该案中，质权人向无锡市滨湖区法院起诉要求确认质权，同时要求判令次债务人在质押担保范围内向质权人支付其已由法院判决确认的债权数额。一审法院判决确认质权优先权，同时判令次债务人直接支付；二审法院支持上述观点。

值得注意的是，前述最高院 53 号指导案例的裁判观点认为：“项目收益权属于将来金钱债权，质权人可请求法院判令其直接向出质人的债务人收取金钱并对该金钱行使优先受偿权，故无需采取折价或拍卖、变卖之方式。况且收益权均附有一定之负担，且其经营主体具有特定性，故依其性质亦不宜拍卖、变卖。因此，对质权人请求将《特许经营权质押担保协议》项下的质物予以拍卖、变卖并行使优先受偿权，不予支持。”

虽然各地法院的判决各不相同，但在有最高院的指导案例后，希望司法实务中对该类问题的裁判思路趋向一致。同时由于中国并不是判例法国家，还是应该以成文法或至少以司法解释形式进行完善，对权利质押的实现方式进行具体规定。



## 四、收益权质押的法律风险救济

### (一)质权人的救济方式

质押登记的相关问题,由于法律规定并不明确,在实务中也未完全达成一致。对质权人而言,如出现前述存在的风险,其质押债权则极可能因实务操作存在争议而无法完全保障。因此,质权人在质押登记及相关协议中,对前述问题应尽量约定明确,以防止风险。笔者建议:

1. 质押前必须进行尽职调查。包括核实应收账款的合同资料、发票等基础资料。查询央行征信系统,明确是否有在先登记的应收账款,避免登记在先的应收账款重复出质。上述合同资料等应在质权人处进行备案,同时在协议中要求出质人对该应收账款的真实性进行承诺。
2. 对应收账款的约定更要明确具体,避免因约定不明而导致质权无法实现。
3. 及时通知次债务人,并要求次债务人确认应收账款;要求次债务人对应收账款的清偿问题作出承诺,如向专用账户清偿债务,并对回款账户进行约定并监管;或将次债务人清偿的回款用于提前清偿或转化为金钱质押担保。如次债务人置之不理,由于质权人与次债务人无直接的合同关系,质权人可通过质押协议约定由出质人



协助、促成或负责向次债务人通知,要求次债务人作出确认或承诺。

4. 对应收账款进行定时的查询、更新。实务中,应收账款是有相应的履行期间的。当次债务人向出质人清偿债务后,应收账款归于消灭,则质权也相应消灭。因此,质权人应定时对应应收账款的现状进行确认,同时协议中应约定对应应收账款定时更新的条款,并办理变更登记或重新进行质押登记。

5. 质押协议必须办理登记。新《登记办法》第八条<sup>③</sup>、第十条<sup>④</sup>对登记协议的内容作出明确规定,如未满足上述规定的,在登记公示系统提交后可能无法审核通过。因此,登记协议中必须包含相关内容。

## (二)次债务人(PPP项目中的政府方)的救济方式

PPP项目履行过程中,质权人享有的质押债权对应的应收账款一般为政府方(即次债务人)依据PPP项目合同向项目公司(即出质人)支付的可用性服务费和运营服务费(非使用者付费项目)。而当项目公司违约时,根据PPP项目合同,政府方享有对项目公司的违约金债权。目前在PPP项目合同中,对于项目公司违约,政府方一般采取三种方式制约:

### 1. 提取履约保函

即当项目公司违约时,政府方通过提取项目公司或社会资本递交的履约保函内金额进行索赔,保函金额可以是全额或损失对应金额。

### 2. 约定违约金

即当项目公司违约时,政府方向项目公司主张违约金,违约金比例事先约定,可以要求项目公司直接支付,或在应付的政府付费(限非第三方付费项目)中扣除。

<sup>③</sup> 新《登记办法》第八条第一款规定:“应收账款质押登记由质权人办理。质权人办理质押登记前,应与出质人签订登记协议。登记协议应载明如下内容:(一)质权人与出质人已签订质押合同;(二)由质权人办理质押登记。”

<sup>④</sup> 新《登记办法》第十条第一款规定:“登记内容包括质权人和出质人的基本信息、应收账款的描述、登记期限。质权人应将本办法第八条规定的协议作为登记附件提交登记公示系统。”



### 3. 连带责任

即在 PPP 项目合同中约定社会资本承担违约后的连带责任。当项目公司违约时,政府方向社会资本主张连带责任。

根据前述笔者对“质权是否优先于次债务人的抵销权”分析,实务操作对质权与抵销权的次序存在不同意见。那么,政府方应该如何保护其违约金债权?笔者认为,可就违约金的设置进行优化,即将项目公司的违约事项设置到绩效考核指标中,通过绩效考核核算应付政府绩效服务费用。同时,完善履约保函体系、增加社会资本连带担保,以及在质权人书面提交的质押确认通知时,应就通知内容所涉及的“收益权完整性”、“直接付款要求”等条款予以充分考虑,并明确反馈相应违约条款设置的抗辩权。

## 五、结语

央行最新《应收账款质押登记办法》将收益权纳入可质押范畴,给 PPP 项目融资、发展带来了新的契机。本文梳理了新《登记办法》中对质押登记流程的相关规定,结合司法实务中质押权的相关法律问题及 PPP 视角下收益权质押相关法律风险的救济进行总结、思考并提出建议,以供参考。





# 二手车买卖中不支持“三倍赔偿”的判例研究

□ 龚家勇 \* 郑 梁 \*



**前 言:**根据《消费者权益保护法》(2013年修正)第五十五条第一款规定:“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍……”,故消费者在市场中购买二手车若遇欺诈情形,可主张“三倍赔偿”。

但是,根据笔者办理的二手车买卖案件,及对无讼案例中可搜索到的浙江省范围内24个判例分析,12个判例判卖家不承担任何责任(50%),10个判例判不足三倍的部分赔偿责任(41.67%),仅2个判例判“三倍赔偿”责任(8.33%)。公开的判例数量并不多,“三倍赔

\* 龚家勇,本所律师,浙江工商大学法律硕士。

\* 郑梁,本所合伙人,华东政法大学法学学士。



偿”获得全额支持的更少。

那么,对经营者和消费者之间的二手车买卖争议,哪些情形法院可能不支持“三倍赔偿”诉求?笔者就此问题对浙江省范围内的判例做粗浅研究,供读者参考。

### 一、不支持“三倍赔偿”的情形

对于私人(法人)间的二手车买卖,若出现欺诈情形,适用的是《合同法》等规定,并不适用《消费者权益保护法》,故本文仅针对经营者和消费者之间的二手车买卖进行研究。根据笔者对 24 个判例(清单详见文末附表)的研究,包括但不限于如下十种情形,法院可能不支持“三倍赔偿”诉求:

#### (一)原告非消费者主体

《消费者权益保护法》第二条规定:“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受本法保护……”。若买家购买二手车非为生活消费需要,而是为经营需要或其他目的,如用于开网约车,则不能适用《消费者权益保护法》,不能适用“三倍赔偿”规定。

二手车买卖相关案件暂未搜索到,不过,读者可参阅李军波与郑举奇网络购物合同纠纷一审一案中 [杭州市余杭区人民法院,(2016)浙 0110 民初 13807 号],法院对李军购买 647 件牛仔服装的行为,不认可其消费者身份,故不适用《消费者权益保护法》。

#### (二)车辆未登记在原告名下

在俞某与 B 公司产品销售者责任纠纷一审一案中[绍兴市越城区人民法院,(2017)浙 0602 民初 4978 号],原告俞某购买的车辆登记在 X 公司名下,俞某主张自己是实际购车人,因车辆存在质量问题诉求“三倍赔偿”。

但是,法院认为车辆销售合同中的买方系 X 公司,非俞某;三笔购车款中有两笔系 X 公司支付,另一笔也非俞某支付;原告俞某未能证明 X 公司出具的《证明》(内容为 X 公司同意原告俞某以公司名义



购买车辆,实际车主为俞某)在 X 公司与被告签订购车合同前已告知被告,即被告并不知晓 X 公司与原告之间的约定。所以,对被告来说,二手车买家系 X 公司,非原告俞某,故法院驳回原告俞某的起诉。

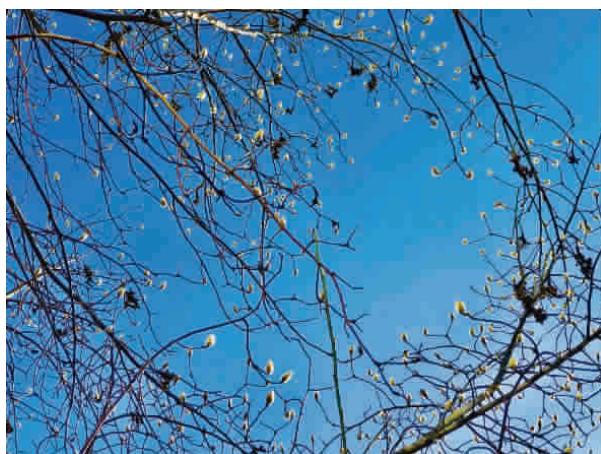
### (三)同行买卖

在刘某与 H 公司买卖合同纠纷一审一案中[杭州市拱墅区人民法院,(2016)浙 0105 民初 2269 号],法院查明原告也是汽车行业的经营者,对合同约定条款的内容应是清楚的,故法院没有认定“欺诈”,具体:

1、关于公里数不符的问题。转让协议约定了“路码表(公里数)以实跑公里数为准,表显数字仅作参考”,故被告已经告知原告公里数可能不符,并没有故意告知原告虚假情况或者故意隐瞒真实情况的问题;

2、关于车辆发生大事故的问题。转让协议约定了“此车无大事故……,如有定金返还,质保一年”,故双方已对车辆有无发生过大事故进行过讨论,并有约定,并不存在导致原告作出错误意思表示的问题。即使案涉车辆存在大事故情形,双方依据合同约定处理即可。

所以,对原告的“三倍赔偿”诉求,法院不予支持。





#### (四)被告系居间中介方,非卖家

在赵某与 Y 公司合同纠纷二审一案中 [宁波市中级人民法院, (2016)浙 02 民终 3894 号]。法院认为原、被告双方当事人及案外人舒某(卖家)签订了涉案《二手车买卖(中介)合同》,被上诉人作为中介促成了交易,收取中介费,有合同依据;

现查明车辆出卖前曾发生过重大事故,赵某有权根据合同约定向案外人舒某主张权利。但是,赵某要求 Y 公司返还中介费、过户费、刷卡手续费等费用,并给予中介费的三倍赔偿,无合同依据,法院不予支持。

#### (五)卖家通过 4S 店查询方式,履行告知义务

在 X 公司与 C 公司、B 公司买卖合同纠纷一审一案中 [玉环县人民法院,案号:(2016)浙 1021 民初 534 号],法院认为:

1. 被告 C 公司作为汽车经销商,其本身无法查询车辆相关信息,但在车辆交付前已通过宝马 4S 店的官方渠道全面查询该车的维修保养记录,已经尽到合理审查和谨慎的注意义务;

2. 由于宝马公司的操作流程及时间节点等客观因素,查询当日涉案车辆参加二手车检测的记录未显示于全国联网系统中。C 公司对此也并不知情,也无法知情,不存在故意隐瞒真实情况或者故意告知虚假情况的情形,故其行为不构成欺诈。

所以,驳回原告加倍赔偿诉求(注:原告自己下调,仅主张了加倍赔偿,未主张三倍赔偿)。

#### (六)卖家通过合同写明方式,履行告知义务。

在柴某与 N 公司买卖合同纠纷二审一案中[宁波市中级人民法院,(2016)浙 02 民终 56 号],法院认为:

《奔驰汽车购销合同》中备注了“此车更换过变速箱,里程为 430 公里”的内容。所以,N 公司已经尽到忠实和告知义务,不存在欺诈的主观过错,不支持柴某加倍赔偿的诉求(注:柴某主动下调,仅主



张了加倍赔偿,未主张三倍赔偿)。

### (七)样品车买卖,发动机被召回更换过,及公里数存在较小差异情形。

在方某与 J 公司产品责任纠纷二审一案中 [杭州市中级人民法院,(2016)浙 01 民终 4906 号], 法院认为:

1. 关于样品车买卖问题。维修记录中反映的维修内容多为车辆检修、油漆处理、升级等,鉴于该车长期用于销售展示,小修小补亦属正常,方某以较优惠的价格购得案涉车辆对此应有所预见,方某以该车存在维修记录,不属于新车为由主张 J 公司存在欺诈法院不予支持;

2. 关于发动机被召回更换过的问题。案涉车辆因生产厂商召回,确存在更换发动机的行为,无证据证明 J 公司将此情形告知方某。但鉴于车辆召回已公示,召回的目的在于修正原出厂车辆的质量缺陷,经召回由生产厂家更换发动机后,无证据证明涉案车辆发动机存在质量瑕疵,J 公司在售车时未将此情形告知方某欠妥,但不足以认定欺诈;

3. 关于公里数存在较小差异问题。十余公里的里程数差额不至于对方某是否购买该车产生实质性影响,且买方主张的卖方存在人为篡改里程表的事实依据不足,法院难予支持。

所以,方某主张销售者欺诈依据不足,不支持“三倍赔偿”的主张。

### (八)车辆在经销商之间有流通,及油漆小修补情形。

在莫某与 S 公司买卖合同纠纷二审一案中 [嘉兴市中级人民法院,(2016)浙 04 民终 544 号], 法院认为:

1. 车辆在经销商之间有流通仍属于新车。涉案车辆仅有过在贸易商之间流通的记录,贸易商之间相互调货实属正常。莫某也未能举证证明该车辆在销售给莫某前曾进入消费领域以及有过行驶记录,且该车辆由莫某第一次交纳车辆购置税,第一次完成注册登记,



并且由莫某办理新车上牌手续，故无法认定该车辆为二手车，S 公司作为新车销售并无不妥；

2. 车辆油漆有过修补也属合理。目前尚无证据证明涉案车辆为事故车，S 对此所作解释也属合理，且该修补对车辆的损害极其轻微，并不影响车辆的外观、安全性能及使用功能。

因此，法院不支持莫某“三倍赔偿”的诉求。

#### (九) 国内经销商对国外登记信息无法得知，未告知消费者情形。

在傅某与 Y 公司产品销售者责任纠纷一审一案中 [义乌市人民法院，(2016)浙 0782 民初 16604 号]，法院认为：

被告 Y 公司作为经销商，应当向原告告知和解释与所售汽车相关的内容，但应是被告 Y 公司基于相关资料明知或应当明知的内容。涉案宝马 X5 汽车系进口车，对于进口前该车辆在美国时所有权曾于 2014 年 5 月 22 日被登记在外国公民 Y 名下的资料并没有随同车辆进入中国境内，该事实原告没有证据证明被告 Y 公司明知或应当明知，被告 Y 公司也没有义务到美国去获知相关事实再告知原告。所以，原告要求三倍赔偿款的请求不予支持。

#### (十) 卖家未明确新款、旧款区别，及给出的新车价格可能有差异情形。

在李某与 F 公司买卖合同纠纷一审一案中 [富阳市人民法院，(2016)浙 0111 民初 2382 号]，李某主张自己要购买的是 2014 款车子，但 F 公司交付的是 2013 款车子，故构成欺诈，因此诉求“三倍赔偿”等。法院认为：

1. 原告主张实际交付的系 2013 款车辆，该意见被司法鉴定意见所否决，交付车辆更符合 2014 款的特征，市场上并没有明确的 2013 款、2014 款的区别。

2. 原告主张被告篡改新车指导价，由于双方买卖的是二手车，非新车，合同中对二手车价格已作明确约定，新车指导价与案件的



实体处理并无关联。

所以，驳回原告李某“三倍赔偿”等诉求。

## 二、不支持“三倍赔偿”的原因概括

### (一) 不支持“三倍赔偿”的原因概括。

分析如上十种情形，法院之所以不支持“三倍赔偿”，原因可概括成三大类，如图：

不支持“三倍赔偿”原因	
第一类：	原告主体不符，原告非消费者；
第二类：	被告主体不符，被告非经营者；
第三类：	经营者出售二手车的过程中无欺诈行为；或虽有不当行为，但不能认定是欺诈行为。

所以，判断“三倍赔偿”获支持与否，要点在于主体身份的认定，及欺诈行为的认定。消费者、经营者的主体身份容易认定，难点在于欺诈行为的认定。

什么样的行为是欺诈行为？根据最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见(修改稿)(1990年)第67条规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。”

参考以上第67条规定，笔者认为认定欺诈行为需具备四个构成要件，如图：

欺诈行为构成要件		
要件	内容	行为主体
要件一：	主观故意：欺诈人有欺诈的故意；	欺诈方
要件二：	客观行为：欺诈人实施了欺诈的行为(告知对方虚假情况，或隐瞒真实情况等)；	欺诈方
要件三：	意思表示：被欺诈一方作出了错误的意思表示；	被欺诈方
要件四：	因果关系：欺诈的行为和错误意思表示之间具有因果关系。	欺诈方、被欺诈方



以上四个构成要件缺一不可(也有学者总结为三要件,大体内容一致),实际是一个行为被认定是欺诈行为,难度是比较大的。

所以,消费者或经营者主体不符,加上欺诈行为难以认定,及惩罚性赔偿的立法较新,我国法院没有大量判处惩罚性赔偿的习惯等原因,造成现阶段司法裁判中“三倍赔偿”获得法院全额支持并不普遍,这也解释了为什么 24 个判例中有 12 个判例(高达 50% 比例)判决卖家不承担任何责任。

## (二)“损害后果”是否作为认定欺诈的构成要件?

“损害后果”是否作为认定欺诈的构成要件?理论和实践中均存在争议:

一种观点认为:惩罚性赔偿应当以损害后果为构成要件,不可能存在一种没有任何损害而需要法律予以救济的事实;

另一种观点认为:惩罚性赔偿无需以损害后果为构成要件,从第五十五条的文义解释来看,并未要求必须造成损害后果,而仅仅是要求经营者提供商品或服务有欺诈行为。

笔者倾向于认为“损害后果”不是欺诈行为的构成要件,北京市第三中级人民法院郑慧媛、夏海曼发表的《消费者权益纠纷中惩罚性赔偿的适用》一文中(《人民法院报》,2017 年 3 月 22 日),提出了相似观点,读者可查阅该文章。

但是,当律师代理二手车买卖相关案件时,若代理的是消费者,应主张“损害后果”不是欺诈行为的构成要件;若代理的是经营者,应提出相反主张。这样提主张并不是律师诡辩,一者理论与实践中并无定论,二者为了维护当事人的利益,选择对自己有利的观点是正当合理的。

## 三、“三倍赔偿”相关知识点

### (一)公司等法人主体,也可以是消费者

在 X 公司与 C 公司、B 公司买卖合同纠纷一审一案中 [玉环县



人民法院,案号:(2016)浙1021民初534号],法院认为公司为出行所需,非用于生产领域的购买二手车行为,也属于生活消费范畴,公司也是《消费者权益保护法》第二条规定的消费者。此点容易被忽视。

## (二)“三倍赔偿”与“退一赔三”

《消费者权益保护法》(2013年修正)第五十五条规定的是三倍赔偿,并没有规定撤销合同、退款、退车。但是,消费者认为经营者存在欺诈行为时,不仅主张“三倍赔偿”,一般还会主张撤销合同、退款、退车,合称“退一赔三”。“退一赔三”的法律依据图示如下:

退一赔三法律依据图

退一赔三法律依据图		
诉讼请求	法律依据	备注
撤销合同	《合同法》第五十四条	合称“退一赔三”
退款、退车	《合同法》第五十八条	
三倍赔偿	《消费者权益保护法》(2013年修正)第五十五条	

## (三)知假买假

根据《最高人民法院办公厅对十二届全国人大五次会议第5990号建议的答复意见》(法办函[2017]181号,2017年5月19日发布),对食品、药品领域外的知假买假行为,不认定买家的消费者身份。

所以,二手车行业的职业打假人,并不具有消费者身份,其维权时不能主张适用《消费者权益保护法》,仅能根据《合同法》等维权。

## (四)浙江省实施《中华人民共和国消费者权益保护法》办法 (2017修订)

该办法第二十八条规定:“家用二手汽车销售经营者应当对二手汽车的来源是否合法、行驶里程、维修记录、交易记录、车辆存在问题等重要信息在出售前进行全面核查、检测,并将核查、检测的准确结果以书面或者其他可以确认的方式告知消费者。二手汽车的行



驶里程、维修等情况无法核查的，应当将无法核查的事实和可能存在的隐患以书面或者其他可以核查的方式告知消费者……

经营者未按本条第一款的规定对二手车进行核查、检测或者隐瞒、谎报核查、检测结果，造成消费者损失的，消费者有权依照《中华人民共和国消费者权益保护法》第五十五条的规定向经营者要求赔偿。”

该条规定非常重要和实用，故笔者全条文摘录。该办法自2017年5月1日起施行，浙江省消费者主张“三倍赔偿”时，依据更加明确，也让法官更容易裁判案件。

但是，该条规定是以“造成消费者损失”为适用条件，即“损害后果”也成为认定欺诈行为的构成要件之一。故消费者若主张适用该办法第二十八条，需证明自己的损失，否则可能不适用。在浙江省内办理二手车买卖案件时，要特别注意此点。

### (五) 网络二手车平台



以优信二手车、瓜子二手车等网络二手车平台为例，其经营模式多是无中间商赚差价，平台赚取的是服务费等费用，故类似平台并不是二手车卖家，消费者在平台购车被卖家欺诈时，平台并不承担“三倍赔偿”等责任。

当然，不排除有网络二手车平台混业经营，既是服务商、又是卖家，当平台自营二手车买卖时，其出售二手车若有欺诈消费者的行为，需承担“三倍赔偿”等责任。



### (六)判决卖家承担部分责任、三倍赔偿责任的其他判例

笔者搜索到的 24 个关联判例中,10 个判例判决卖家承担部分责任,2 个判例判决卖家承担三倍赔偿责任。

判决卖家承担部分责任的原因是出售的二手车存在质量瑕疵或缺陷,但尚不能认定有欺诈行为;或者消费者、经营者的主体有不符情形。判决卖家承担三倍赔偿责任是完全符合欺诈消费者情形。相关内容本文不细述,感兴趣的读者,可参阅文末附表,按图索骥。

## 四、结语

我国的市场经济正逐步走向规范化、法制化,但不容否认,不诚信、损害消费者权益的行为还时有发生,适用“三倍赔偿”等惩罚性赔偿,可以有效地提高产品、服务质量,防止危险产品、质量缺陷产品、不当服务投入市场损害消费者的权益。

但是,“法越严时无辜者伤害也就越大”,“三倍赔偿”等惩罚性赔偿的适用要按照法律的规定,并在一定时间段、一定区域范围内考虑市场经济的整体发展状况,在保障消费者权益的前提下,不能损害善意经营者的权益,衡平把握,维护市场经济的长远健康发展。





附表：

浙江省二手车买卖纠纷涉及“三倍赔偿”24个判例列表				
序号	案件名称	案号	法院	类型
1	俞某与B公司产品销售者责任纠纷一案 【一审】	(2017)浙0602民初4978号	绍兴市越城区人民法院	不支持三倍赔偿
2	刘某与H公司买卖合同纠纷一案 【一审】	(2016)浙0105民初2269号	杭州市拱墅区人民法院	
3	赵某与Y公司合同纠纷一案 【二审】	(2016)浙02民终3894号	宁波市中级人民法院	
4	X公司与C公司、B公司买卖合同纠纷 【一审】	(2016)浙1021民初534号	玉环县人民法院	
5	柴某与N公司买卖合同纠纷 【二审】	(2016)浙02民终56号	宁波市中级人民法院	
6	方某与J公司产品责任纠纷一案 【二审】	(2016)浙01民终4906号	杭州市中级人民法院	
7	莫某与S公司买卖合同纠纷 【二审】	(2016)浙04民终544号	嘉兴市中级人民法院	
8	傅某与Y公司产品销售者责任纠纷一案 【一审】	(2016)浙0782民初16604号	义乌市人民法院	
9	李某与F公司买卖合同纠纷一案 【一审】	(2016)浙0111民初2382号	富阳市人民法院	
10	张某与B公司买卖合同纠纷 【一审】	(2015)嘉南长巡商初字第342号	嘉兴市南湖区人民法院	
11	叶某与B公司买卖合同纠纷 【一审】	(2016)浙0782民初19662号	义乌市人民法院	
12	刘某与W公司侵权责任纠纷一案 【一审】	(2015)甬东民初字第2124号	宁波市江东区人民法院	



浙江省二手车买卖纠纷涉及“三倍赔偿”24个判例列表

序号	案件名称	案号	法院	类型
13	包某与陈某、H公司买卖合同纠纷 【二审】	(2015)浙金商终字第1661号	金华市中级人民法院	部分赔偿
14	刘某与Y公司买卖合同纠纷 【一审】	(2015)甬鄞商初字第87号	宁波市鄞州区人民法院	
15	吴某与田某买卖合同纠纷一案 【一审】	(2015)甬东商初字第1506号	宁波市江东区人民法院	
16	孙某与Y公司买卖合同纠纷 【二审】	(2015)浙杭商终字第598号	杭州市中级人民法院	
17	F公司与刘某买卖合同纠纷一案 【二审】	(2015)浙绍民终字第2298号	绍兴市中级人民法院	
18	徐某与Y公司、张某产品销售者责任纠纷 【二审】	(2016)浙06民终2576号	绍兴市中级人民法院	
19	董某、骆某与童某、S公司等买卖合同纠纷 【二审】	(2016)浙04民终685号	嘉兴市中级人民法院	
20	莫某与X公司、周某等买卖合同纠纷 【一审】	(2016)浙0212民初652号	宁波市鄞州区人民法院	
21	王某与李某买卖合同纠纷一案 【一审】	(2016)浙0304民初4975号	温州市瓯海区人民法院	
22	俞某、B公司买卖合同纠纷 【二审】	(2016)浙06民终4545号	绍兴市中级人民法院	支持三倍赔偿
23	井某与B公司、H公司买卖合同纠纷 【一审】	(2015)杭滨商初字第1598号	杭州市滨江区人民法院	
24	王某与H公司买卖合同纠纷一案 【二审】	(2016)浙01民终7420号	杭州市中级人民法院	支持三倍赔偿



# 十四个亲办案件告诉你如何找准辩点

□ 郭越鸣 \*



有效辩护是辩护理论和实务界的热门话题，可以说，各路人员和各种文章可谓“你未唱罢我登场”；笔者并非喜欢凑热闹的人，更非所谓的“大咖”，本不该来吸引眼球。然则多年刑事控辩工作，难免常有纠结、自得与失落，憋在心中不吐不快。

办案不是请客吃饭，与阅读大有不同。阅读可以强技健术，可以怡情消遣，办案却是有罪无罪或罪轻罪重的立场对抗，甚至是利益争夺。辞职后，我曾先后撰写了阅读心得《刑事法律人如何阅读专业书》、《万字辩护词和刑法论文如何一天写就——再谈用尽“洪荒之力”阅读刑事法律书》，前者在微信号和网页流传甚广并受好评（后者可能因口气甚大而流传受限），也撰写了几篇学术和实务论文，但均不敢轻易涉足辩护方法论的“经验之谈”。从刑事检控转身刑事辩

\* 郭越鸣，本所律师，杭州师范大学钱江学院兼职教师。



护两年多了，虽因实习期和禁业期的限制，但也实质地参与了辩护，可谓切身体验，有得有失。

钱列阳律师认为，刑辩律师与其他法律职业不同，法学教师是做“人和案”的工作，而律师是做“人和人”的工作，是一个“读人”的职业。在我看来，刑事法实务工作者都是做“人和人”的工作，而刑事律师尤甚。公检法办案人员自然要接触当事人，做当事人的工作，但主要是依法行使职权，未必会特意区分案结事了和结案了事。对于刑辩律师而言，由于当事人及其家属往往不懂法律，如何在法律的框架内为之提供服务，往往是律师工作的大部分内容，和公检法沟通履行律师职责当然是重中之重，却未必占据主要精力。可以说，在刑事司法精细化的进程中，从预期结果而言，不少案件的辩护空间并不大，这类案件的服务过程则成了评价律师工作是否勤勉有效的标尺。当然，如果经专业勤勉的辩护工作，取得了良好的辩护效果，毫无疑问属于有效辩护。

司法的本质就是判断，如何进行有效辩护，最重要就是找准辩点。如何找准辩点？则可以借用英国当代诗人西格夫里·萨松的不朽警句——我心里有猛虎在细嗅蔷薇。这句诗是象征诗派的代表作，它具体而又微妙地表现出许多哲学家无法说清楚的话，表现出两种相互对立的本质，更表现出对那两种矛盾的本质的调和。诗歌如此，办案亦此，一千个读者有一千个哈姆雷特，一千名律师或许也有一千种办案体会，但从方法论而言则要总结成一般经验。结合所办案件，我将之归结为事实证据之辩、定性之辩、量刑之辩、程序之辩。

## 一、事实证据之辩

事实证据是刑事诉讼的根本，“基础不牢，地动山摇”，事实证据之辩贯穿刑事诉讼始终。对于辩护人而言，只有在移送审查起诉之后才能查阅案卷，在此之前主要依据当事人的介绍了解案情（虽然刑事诉讼法第36条规定辩护律师在侦查期间可以向侦查机关了解



犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况,但实践中辩护律师这一了解案情的权利基本无法落实)。大部分案件的事实证据远比法律适用复杂,是辩护的重中之重,常见的辩点如下:

### 1.关键证据缺失之辩

有的案件,要求具备特定的证据才可能构成犯罪,比如醉驾型危险驾驶案的酒精含量检测鉴定、交通肇事案的事故责任认定、轻伤型的故意伤害案的伤势鉴定(重伤案件往往依常识可以得出基本判断,即便不构成重伤也不太可能构不成轻伤),等等。在这一类案件中,有的公安机关可能会采取“先上车后补票”即先立案刑拘再出具认定意见、委托鉴定的做法(司法实践往往会在正式的认定、鉴定意见之前出具非正式的初步意见)。因此,对于此类案件,推翻、辩驳控方的证据至关重要。

**【案例1】**某A交通肇事案。公安机关在事故责任认定作出之前就对某A刑拘并报捕,在审查批准逮捕期限快届满前才作出责任认定,笔者先后分别向公安机关和检察机关提交某A不应负主要责任以上事故责任、事故责任认定书不应作为证据采纳、某A不构成交通肇事罪、应当依法做出不批准逮捕决定等辩护意见,最终检察机关作出了不批准逮捕的决定。

### 2.孤证之辩

孤证不能定案,这是我国刑事诉讼的规定,也是证据原则之一。由于我国刑事司法“口供至上”的传统,造成办案人员特别是侦查人员往往只注重收集审查口供,不注重相关证据特别是客观性证据的收集审查,以致有的案件因仅有犯罪嫌疑人/被告人供述而无法定案,在被告人翻供、或虽不翻供但其相关供述本身就存在疑问情况下,别说定案,办案人员连内心确信都难以建立。

**【案例2】**某B醉驾型危险驾驶案。某B在驾离高速公路的普通道路被查获,由于民警没有及时收集随车人员证言(也未登记随车



人员身份)固定某B是否饮酒后在高速公路驾驶,某B庭审时辩解驾离高速公路后才喝酒且辩解不清楚随车人员具体身份更不清楚联系方式。某B的辩解合理性不能排除,因此判决未支持起诉关于“醉酒在高速公路驾驶”的从重情节。

### 3.证据矛盾之辩

根据刑事诉讼的证据规定,证据之间只有形成完整的闭合锁链,得出唯一性结论才能定案。司法实践中,在没有客观性证据情况下,单凭言辞性证据应当谨慎定案,如果言词证据相互冲突存在根本性矛盾,一般不能定案,这在涉众型的伤害、斗殴等暴力案件中较为普遍。

**【案例3】**某C抢劫案、寻衅滋事案。公安机关移诉认定,某C等七人在某面包车上参与抢劫,被害人称被几名陌生男子抢劫且未能指认抢劫人员,随车六人(另一人当时不在该车上)中,三人(先行被另案处理)称有个叫“呆子”(某C绰号)参与抢劫但均未辨认,另二人在逃。某C到案后,承认自己绰号是“呆子”、认识参与抢劫的部分人员,但辩解没有参与抢劫。经补充侦查后,原三人仅有一人辨认出“呆子”系某C,另二人则辨认不出。证据之间存在矛盾,无法认定某C就是参与抢劫的“呆子”,后检察机关依法未认定某C参与抢劫。





## 二、定性之辩

定性之辩可分为无罪之辩和轻罪之辩。可以说，单纯的定性之辩在司法实践并不多见，绝大部分还是依托事实证据辩护的基础上进行的。司法实践中，常见的无罪辩护主要有以下几种情况：

### 1.无罪之辩

#### (1)要件欠缺之辩

应该说，是否符合犯罪构成要件是无罪辩护的首要考虑因素。实践中因对某些犯罪的特定构成要素存在认识分歧，往往是这类犯罪作无罪辩护的首选辩点。比如强奸案的违背妇女意志(即取得妇女同意阻却违法)，行贿案的为谋取不正当利益，挪用型犯罪的归个人使用，等等。

**【案例 3】**某 D 强奸案。某 D 男(24 岁)与某女(16 岁)在某饭店共事一个多月，中秋节单位聚餐时，二人挨着同坐一桌均饮酒，后二人共至某宾馆开房并发生性关系。某女家长和某 D 同事因发现二人单独离去，找到宾馆房间，怒斥某女并扭送某 D 至公安机关。某女陈述某 D 带其开房时其不太清醒，后在房间被某 D 强行压在身上与其发生性关系；某 D 则陈述与某女系恋爱关系，开房和发生性关系均经某女同意。案件移送审查起诉后，在案并无证实某女醉酒或者被采取暴力的客观性证据，而某女已离家出走而无法联系进一步核实其陈述客观性；某 D 关于经某女同意的辩解、某女是否基于父亲怒斥而虚假陈述的可能性均无法排除，经退查仍无法查清，笔者提出了本案欠缺违背妇女意志这一主客观要素的意见，最终检察机关作出了不起诉决定。

#### (2)违法违规行为之辩

该类情形在行政犯罪中广泛存在，主要体现在经济犯罪、职务犯罪和妨害社会管理秩序犯罪中。这类行为都存在首先违反相应的行政法律规章制度，只是部分行为因情节较重而纳入到刑事规制，



而有的行为只有行政规制而没有刑事规制。比如违反财经法规行为与挪用犯罪，赌博违法行为与赌博犯罪等。

**【案例 5】**某 E 赌博案。某 E 和某赌客等多人多次参与赌博，后某赌客因赌输欠下巨额赌债，为不还赌债而至公安机关控告某 E 等多人诈赌。公安机关以赌博罪立案并对某 E 等多人刑拘，而某 E 未组织他人赌博，未参与分取抽头款，也无明知他人抽头而提供帮助行为，更不清楚是否存在诈赌行为，笔者提出某 E 仅存在赌博行政违法行为而无犯罪行为的意见，最终公安机关未提请逮捕而直接对某 E 取保候审，后对其终止侦查。

### (3) 情节显著轻微之辩

应该说，根据刑法、司法解释及规范性文件(包括各省、各地级市)的规定，大部分罪名的定罪情节基本已有具体的量化规定，刑法第 13 条(情节显著轻微不认为是犯罪)的空间相当有限。但可喜的是，近年来司法解释及规范性文件越来越注重宽严相济刑事司法政策的内嵌，关于不按犯罪处理或不以犯罪论处的规定越来越多，比如《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》、两高关于诈骗、盗窃、敲诈勒索的司法解释，等等。

**【案例 6】**某 F 敲诈勒索案。某 F(未成年人)跟随他人一起对某被害人勒索钱财，其他人先对被害人使用轻微暴力，后让某 F 提供了裤腰皮带套拉被害人，并敲诈得一部手机，某 F 期间均没有动手也未分得赃款。尽管从全案情节来看本案构成敲诈勒索罪，但鉴于某 F 系未成年人且在全案地位作用明显偏轻，笔者在审查起诉时提出了情节显著轻微的意见，后公安机关撤回对某 F 的移诉并撤案。

## 2. 轻罪辩护

### (1) 主体之辩

该辩点常见于职务犯罪。刑法对国家公职人员(国家机关工作



人员、司法工作人员)规定了不同于普通职务人员的职务犯罪。司法实践中,由于身份论、职责论的纷争不断,不少案件存在主体身份问题,但由于检察机关案件迫于指标考核压力,以及拥有自侦自捕自诉审前几乎不受监督的权力,有时任性明知定性错误却宁错到底,这类案件在事业单位人员、国家出资企业人员、村居两委人员尤为广见。

**【案例 7】**某医生 G 统方案。某 G 利用医院电脑从医院数据库非法获取统方数据出售给医药代表牟利近百万元,检察机关以受贿罪侦查、起诉。经辩护,法院改判为非法获取计算机信息系统数据罪并判轻刑。

此外,由于刑法和司法解释(立案追诉标准)普遍区分设置了个人——单位不同的两元犯罪定罪量刑标准,有的罪名或者不存在单位犯罪,或者单位犯罪为单独设置轻罪名,或者单位犯罪的定罪量刑标准远低于个人犯罪,故在此情况下,主体之辩具有重要意义。比如,行贿罪和单位行贿罪的定罪量刑标准存在极大差别。

**【案例 8】**某 H 涉嫌行贿 20 余万元案(当时《刑法修正案(九)》尚未通过,自然人行贿 20 万元以上量刑基准为在五年以上十年以下有期徒刑),检察机关以行贿罪移送审查起诉,虽然钱财均系 H 直接送出,但 H 作为某公司的负责人,且行贿事项均系 H 公司相关业务,应认定为单位犯罪,笔者提出的辩护意见得到了采纳,某 H 被处以 10 个月的轻刑。

## (2) 主观要件之辩

故意犯罪比过失犯罪处罚要重。故意犯罪中,非法占有目的、牟利目的的犯罪比相关的持有、使用、毁坏目的或者无牟利目的的犯罪处罚要重。因此,主观要件之辩是这类犯罪的重要辩点。特别是一些经济犯罪,办案机关可能会根据行为人不能归还相关款项来进行客观归罪,将非法吸收公众存款案定性为集资诈骗,将骗取贷款案



定性为贷款诈骗，将挪用公款(资金)案定性为贪污(职务侵占)，等等。

**【案例 9】**某 I 涉嫌职务侵占案，I 系某单位业务经理负责对超市销售，其利用职务便利，利用发货系统漏洞将公司要发往超市的产品截留，通过物流发送给第三人，由第三人销售后二人分取差价，后第三人未足额交回货款而案发。由于主观上不足以认定 I 具有非法占有货物或者货款的目的，仅能认定其挪用货物，公安机关报捕时，检察机关未批准逮捕。

### (3) 客观要件之辩

客观行为和结果，直接反映出行为的社会危害性。刑法对于暴力型犯罪尤其是严重暴力型犯罪，均规定了严厉的刑罚。比如，抢劫罪起刑就是三年以上有期徒刑，实践中常见的多次抢劫、入户抢劫、抢劫致人重伤、抢劫数额巨大则在十年以上有期徒刑。而暴力相对平缓的敲诈勒索罪，寻衅滋事罪、抢夺罪，刑罚也相对轻缓。应当说，由于传统刑法理论“两个当场”、平面化的四个要件犯罪构成理论的固有缺陷，司法实践中，有的敲诈勒索案、寻衅滋事案会被当作抢劫案错误定性。

**【案例 10】**某 J 等多人敲诈勒索案。某 J 等人与被害人赌博，因屡屡赌输而怀疑被害人作弊，商量揪出被害人的作弊行为并让其赔偿，后 J 等人与被害人再次赌博时，因被害人再次赢钱而怀疑其再次作弊而对其轻微殴打，拿回当场所输赌资并拿走被害人随身钱财，并逼迫另行写下欠条。十余天后因被害人报案而案发。公安机关以抢劫罪移诉，笔者认为本案事出有因，行为人劫财目的并不明显，且暴力较为平缓，不属于抢劫罪的“暴力”，提出了敲诈勒索罪的定性意见，得到了采纳。

此外，由于刑法广泛设置了一般法条和特别法条，而特别法条对应的特别罪名定罪量刑标准又往往较为宽缓，主要体现为普通诈



骗罪和特殊诈骗罪，因此，犯罪手段辩护之辩充分体现在此类犯罪中。

**【案例 11】**某 K 等人租车诈骗案。某 K 等人伪造证件与租车公司签订租车协议，支付少量押金和租车费用取得车辆，而后再将车辆出卖他人非法获利。公安机关以诈骗罪移诉，笔者认为，K 等人存在两头骗的行为，但前者属于刑法上的诈骗，后者属于生活意义的欺诈，关键行为在于前者，而前者系利用合同实施诈骗，被害人系提供租车服务的市场交易主体，本案应当认定为合同诈骗罪，该意见得到了采纳。



### 三、量刑之辩

#### 1. 分则个罪特殊情节之辩

刑法分则的量刑情节主要有：行贿罪的被追诉前主动交代，逃税罪的行政处罚前置不追究刑事责任，恶意透支型信用卡诈骗罪在判决宣告前已偿还全部透支款息，虚开增值税专用发票在判决前追回被骗税款的，毒品犯罪的再犯，等等。

#### 2. 总则法定情节之辩

可以说，量刑之辩基本上就是总则情节之辩：自首（坦白）、立功；犯罪中止（预备、未遂）；从犯；正当防卫与紧急避险（两者都不多



见,后者更少);老(年满 75 周岁,实践较少见)幼(这个较为明显)聋哑(这个也没啥争议)精神病人。司法实践中,辩点主要集中在自首、立功和从犯。

自首是争议最大的量刑情节。1997 年新刑法以来,光“两高”单独或者联合出台的专门关于自首的司法解释和解释性文件就有:1998 年《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》、2004 年《最高人民法院关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复》、2009 年《最高人民法院最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》、2010 年《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》等。此外,分则罪名的司法解释、两高内设部门的答复也有不少关于自首的规定。至于各省级行政区域内地方性文件,对自首规定更是五花八门。应当说,2010 年《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》出台后,自首认定总体上更为宽缓,可挖掘的辩点更多。

对于共同犯罪,从犯认定具有举足轻重的作用。可以说,除了毒品案件、高官腐败案案件和涉众案件,司法实践中立功情节并不多见,自首情节的主动投案决定了该辩点可遇难求。而共同犯罪尤其是共同经济犯罪,基本都存在主从犯情节。问题是,主从犯如何区分,特别是在行为人数众多的犯罪团伙中,有着较高层身份的人员能否认定为从犯,争议较大值得探讨。

**【案例 12】**某 L 等人涉嫌“关键词”诈骗案。L 等七人均系股东(其中一名股东在逃),持股从 22.5% 至 5% 不等,L 占股 7.5%(为倒数第 2);七人除 L 系普通业务员外,均担任法人代表等公司负责人或者业务部门经理。全案诈骗所得 1300 余万元,该七人分别分得 99 万元至 350 余万元不等,其中 L 为 102 万元。该六人被起诉到中级法院。此外,公司尚有 10 余名业务员等人参与诈骗被认定为公



安检察机关认定为从犯在基层院审判。问题是 L 能否认定为从犯？笔者从所占股份、在公司的身份地位、直接诈骗行为、获利金额等方面提出应认定 L 为从犯的意见（且绘制了比对的图、表），法院虽未采纳该意见，但在 L 没有任何法定情节且大部分赃款未退的情况下，对其量刑在六人中为罪轻，且为起点刑有期徒刑 10 年。应当说，判决实际上起到了采纳 L 系从犯的效果（认定从犯也未必减轻处罚）。

虽然正当防卫在司法实践并不多见，但对于故意伤害案件，如果行为人在遭受攻击情急之下还击，正当防卫成立的可能性还是比较大的。

**【案例 13】**某 M 故意伤害案。M 在某饭店吃宵夜时，邻座饮酒过多的某男子向其扔酒瓶，二人发生争吵，某男子被其朋友劝离至店外。后某男子从店外入店，使用酒瓶从身后砸打 M 头部致其头皮血肿（有医院检查但未鉴定），M 起身亦随手使用酒瓶砸打该男子头部，致其左额部骨折，经鉴定为重伤。笔者认为，M 在遭受攻击情急之下致人重伤，应认定为故意伤害防卫过当，该意见得到了采纳。

### 3. 酌定情节之辩

基于宽严相济刑事政策，酌定情节特别是被害人过错，期待可能性、行为人认识能力、主观恶性等能为社会大众广为认可、同情的情节，能够成为某些犯罪的重要辩点，实际上也会引发办案人员同情心、同理心。比如轰动一时的许霆盗窃案。由于 ATM 机的出错，经媒体广泛报道后，许霆由原一审无期徒刑到一审再审时的五年有期徒刑；又如前段时间媒体广泛宣传的赵春华非法持有枪支案，在关注下二审改判为缓刑。等等。司法实践中，故意杀人案件，是否存在被害人过错以及是否赔偿并得到被害人家属谅解，对行为人而言可能是具有决定意义的“救命稻草”。



#### 四、程序之辩

重实体，轻程序，是司法的通病。但随着国家对人权保障的重视，以及司法公开透明成都提高，倒逼司法机关开始重视程序。当然，实践中，单纯通过程序辩护取得成效的案例依然稀缺，特别是呼声一直很高的非常证据排除，根据学者调查和有关办案机关的统计，自“两个证据规定”实施以来，成功启动程序并排除的，依然少之又少。笔者认为，除了非法证据排除，司法实践中，以下程序下辩护较为有效。

##### 1. 管辖之辩

可以说，管辖之辩中，属地管辖异议和侦查管辖异议，在实践中被采纳可能性和实际意义并不是很大，但是，自诉公诉案件管辖之辩，则具有决定能够成案的意义。如果是自诉案件，当事人一方未必愿意提起诉讼。司法实践中主要是侵占罪与盗窃罪、诈骗罪的争议。比如，2008年深圳机场清洁工梁丽拾金案就是典型一例，公安机关以盗窃罪移诉，检察机关二次退查后认为梁丽不构成盗窃罪，而符合侵占罪的构成特征，将案件退回公安机关，后公安机关撤案，而被害方并未起诉梁丽。

**【案例 14】某 N 涉嫌诈骗案。某男子通过某 N 购得一辆无牌照、**



无车架号的进口车辆，并使用套牌，有时交 N 替其保养、洗车。某日 N 受托驾车洗车时，将车私自卖掉并更换联系方式，将赃款花销。公安机关以诈骗罪移诉，笔者认为 N 取得车辆并非基于诈骗而系受托，应认定为侵占罪，该意见得到了采纳，后案件退回公安机关撤案。

## 2.重大程序性违法行为之辩

人非圣贤，孰能无过。公检法办案人员在“案多人少”和责任终身制的双重压力下，即便如履薄冰，也难免发生差错，如果发生了重大程序性违法行为，即便对实体影响不大，但如若被辩护人发现，总难免心虚难受。对此，辩护人要适当利用程序性违法行为，转化为辩点。司法实践中，除了非法取证外，公检法办案人员常见的程序性违法行为有：超期羁押，刑拘后未及时将犯罪嫌疑人送看守所羁押，违规处置当事人的涉案物品和非涉案财物，重要天罪或罪轻证据随案移送，不告知犯罪嫌疑单位诉讼权利义务而径行提起诉讼，不对证据材料证据质证而径直写入裁判文书，不引导当事人辩护人就可能的重罪进行质证和辩护而径直将起诉的轻罪名变更为重罪名，等等。





# PPP 模式中的涉税问题思考

□ 张 晓 \*

PPP，是政府和社会资本合作模式(Public-Private-Partnership)的简称，是近年来比较热门的一种项目运营模式，多用于基础设施及公用事业的投资建设。其中，BOT(建设-运营-移交)是最普遍采用的一种方式。PPP项目由于投资大、周期长、环节众多、关系复杂，面临着诸多问题，税收问题就是其间的一大难点。由于我国目前没有专门针对PPP的税收法律法规，且PPP模式本身具有一定的特殊性，使得实践中PPP的涉税问题状况迭出，引发了普遍的关注。

一是项目公司取得的政府付费部分的税率适用问题。项目公司取得的收入主要来源于使用者付费和政府付费。使用者付费是指由最终消费用户直接付费购买公共产品和服务。这块的税收处理是比较明确的，按照一般企业销售货物或提供服务处理即可。政府付费，是指政府直接付费购买公共产品和服务，也就是日常所指的可用性服务费和运维绩效服务费。

可用性服务费是政府为购买项目的可用性(符合验收标准的公共产品)而支付的费用，一般在项目完工后由政府按期支付给项目公司。有一种观点认为PPP项目公司相当于总包单位，取得的可用性服务费应该按照建筑业征收11%的增值税；也有的认为在PPP模

---

\* 张晓，本所实习律师，浙江大学经济学硕士，曾在税务部门工作十余年。



式下,政府购买的是一种服务,所以对项目公司来说,应该按照服务业征收 6% 的增值税;还有的认为可用性服务费覆盖了很多内容,不单有材料采购和建筑安装成本,还包含了建设期利息、设计费、监理费、预备费等相关费用,应该区分不同性质的费用分别适用不同税率,如果项目公司不能准确划分或核算各项收入的,一律从高适用征收率或者税率。个人认为,项目公司本质上提供的还是建筑施工,PPP 模式改变的仅仅是管理方式和融资模式,所以在现阶段按照建筑业 11% 征税是比较妥当的处理方法。

运维绩效服务费是指政府为获得项目资产的管理和维护服务所支付的费用。那么运维服务费中既可能涉及建安服务,也有可能涉及管理服务等其他服务。是否需要区分收入性质分别予以核算,都是目前没有明确的事情。

二是能否取得合规的发票和凭证问题。由于 PPP 基本上涉及的是公共交通、公用设施、社会公共服务等领域的项目,在一定程度上,社会资本代行了政府的社会公共管理职责,这就引发了能否取得进项发票进行抵扣、能否取得合规凭证进行所得税前扣除的问题。比如在存量项目中,项目公司从政府或相关部门处只能取得行政事业单位收据;在征地拆迁中,项目公司从市民个人处只能取得一些“白条”,而此类费用又往往数额较大,对社会资本方来说,这就形成了一大笔额外的、不合理的成本损失。

三是进项税额的抵扣问题。PPP 项目周期可分为项目公司成立、建设、运营、移交四个阶段。在建设期内,项目公司一方面没有任何运营





收入,所以没有销项税额;另一方面,从施工方或其他相关企业处取得了大量的进项税额,长时期内无法进行抵扣。这就产生了两个问题:一是进项税额引起的大量的资金占用问题;二是进项税额在周期结束时仍不能完全抵扣的问题,都增加了企业的实际税负和资金成本,最终降低了项目公司的投资回报率。对于进项税额的抵扣问题,处理方式可以考虑以下两种:一是在项目初期就选择放弃抵扣而将相关进项税额计入成本费用;二是对于项目周期结束时尚无法抵扣的进项进行退税或转移,但在我国目前的税法框架下,对于这个处理方式是没有明确规定,那么就给社会资本方埋下了税收风险的隐患。

四是优惠政策的享受问题。PPP项目主要是为了促进公共基础设施建设和提供公共服务产品,多集中于能源、交通运输、市政工程等公共服务领域。根据企业所得税法相关规定,PPP中的公共基础设施项目能够享受企业所得税三免三减半的优惠。但由于PPP项目生命周期漫长,建设期纯支出无收入,处于年年亏损的状态,而等到建设期结束,能够取得一定收入了,五年的亏损弥补期和三免三减半优惠期同时光临,所谓的减免优惠实际上是享受不了多少的。再到增值税,PPP项目中的节能环保项目可以享受到免征、即征即退等各项优惠政策,以供热企业向居民供热而取得的采暖费收入为例,一方面项目公司在运维期取得的运营收入是免征增值税的,另一方面项目公司在前期支付的大量进项税额还在等待运维期时的抵扣,这些都影响了项目公司实际享受税收优惠,从而违背了政府通过税制安排来促进公共基础设施建设和推进环保节能项目的本意。

五是项目主体变更引起的税收问题。以BOT为例,在该种模式下,根据发改的立项批复,一般由政府作为项目法人,而在项目进入建设运营时,为了控制项目风险或出于其他考虑,常常会将法人变更为项目公司或将政府与项目公司一并作为项目主体,及至项



目移交时又将项目法人变更回政府。从形式上来看,产生了两次的项目资产权属转移,以税收论,自然产生了销售对应的税费,但从实质上看,项目始终归属于政府方,社会资本方只是为政府提供了服务,所以,此处的税费,征还是不征都各有道理,在实践中也是莫衷一是。

六是地方财政补贴中央财政的问题。项目公司取得的政府付费收入,是项目公司经营收入的重要组成部分,需要缴纳增值税,需要进行中央和地方税收分享,那么在政府付费承担增值税的情况下,就相当于地方财政补贴了中央财政,这与开展 PPP 模式解决地方政府债务问题,减轻地方政府债务压力的初衷是有所背离的。

日前,在 2017 第三届中国 PPP 融资论坛上,财政部副部长、PPP 工作领导小组组长史耀斌表示,要配合做好 PPP 条例等制定工作,统一顶层设计。出台 PPP 税收政策,制定金融支持政策。这反映了政府通过税收制度配套来推进 PPP 发展的考量,对于控制 PPP 运行过程中的税收成本和税务风险,从而吸引社会资本方,促进资本流动都大有裨益。





# 与您分享： 关于财务报表的一点心得

□ 吴方嘉宁 \*



加入金道大家庭以前，我在校园里主要学习金融与会计，第一份工作也是在金融行业，后来机缘巧合感受到法律的逻辑之美，怀着极大的热情在 2016 年通过国家司法考试，承蒙恩师胡祥甫律师的知遇和关照，在各位师兄师姐的慷慨帮助下，方才顺利地进入到法律行业。上一份工作与现在的律师工作(现阶段为实习律师)有一个共同点，就是需要大量地与各种不同类型的企业打交道。这其中，有国有企业和民营企业之分，也有上市企业和非上市企业之分，还有传统型企业和创新型企业之分等等的种类差别，但有一点可以肯定，便是他们都会编制一套财务报表。

人们常说，让专业的人做专业的事，这句话很在理，但若是放到

\* 吴方嘉宁，本所实习律师，英国杜伦大学金融硕士。



律师这一行,恐怕又未必能够完全适用——律师不光要做好自己专业的事,有时还需要做到他人专业之事。事实上,法律和会计这两门学科,或者说这两个行业,在很多情形下,是存在着巨大交集的。在实务中,无论是从事非诉讼业务的律师、主攻民商事诉讼的律师,还是处理经济类犯罪案件的刑事辩护律师,都有可能或多或少地接触到企业的财务报表。这个时候,如再去被动地依赖于会计专业人员,一是会影响自身的工作效率,二是容易让客户觉得律师水平不够、跟不上节拍。因此,对于企业财务报表,我们不求做到“谈笑风生”,但至少应当确保自己在必要时能够从容地应对。

如何审查企业财务报表,这是一个很大的课题,哪怕是一本厚厚的大学教材往往都不足以涵盖其全部精湛之处。在这篇小文中,我将针对三大财务报表中的个别项目重点展开探讨,并结合相应的实例,尝试着就如何分析财务报表这一问题与读者做一个分享。

### 第一张报表:资产负债表

资产负债表的英文名称是“Balance Sheet”,从字面意思理解,这张表重点突出“平衡”二字,把蕴藏在这张表中的核心逻辑关系用下图表现出来,就是一个左右平衡的结构——即“资产 = 负债 + 所有者权益”,我们称之为“会计恒等式”,这也是解读资产负债表的基本框架。在这一框架下,我们对资产负债表的三大组成部分逐一进行分析,从而对企业在某一时期的财务状况(到底有多少家底)得出一定的结论。

资产	负债
	所有者权益

#### (一)资产

通俗地说,做企业首先需要投钱(投资、融资),做企业最终又是



为了赚钱(盈利),在这两端之间,是企业花钱置办资产做生意的过程(经营)。资产的种类很繁杂,我们根据各项资产变现的速度由快到慢进行罗列,主要归纳为流动资产和非流动资产。在这两个大项的内部,我们再按照同样的逻辑进行排序,由货币资金起头,到变现速度较快的应收账款等,再到变现速度相对慢一些的存货,一直到变现速度最慢的固定资产等。在这一部分,我们挑选应收账款、其他应收款、存货这三项进行详细解读。

资产	流动资产	货币资金
		应收票据、应收账款、预付账款
		应收利息、其他应收款
		存货
	非流动资产	可供出售金融资产
		长期应收款、长期股权投资
		投资性房地产、固定资产、无形资产
		长期待摊费用、递延所得税资产

### 1. 应收账款

应收账款与存货正好是企业一般经营中变现的两个步骤:企业与购买方签订买卖合同,将存货以赊销的形式卖出,企业先向购买方交付货物,同时允许购买方迟延付款,因此形成了应收账款,这是第一步;购买方在一定的期限内完成应收账款的支付,企业取得相应的货币资金,这是第二步。这个回收应收账款的周期有长有短,我国上市公司平均下来大约一百天左右,也有企业的账期长达一年甚至两年。在如此长的账期内,往往存在无法收回账款的风险,基于会计的审慎原则,就需要对应收账款做一个叫“计提坏账”的操作。对于账期较短的(一年以内),通常计提 5%;对于账期较长的,计提的比例会相应地上调;对于多年都还未收回的(比如五年以上)或是存在明显政治风险而很难收回的应收账款,计提比例则会高达 95%至 100%。



坏账，顾名思义，对于企业来说多半是件坏事，而且这件事有时是与诉讼直接挂钩的。当一家企业有一笔应收账款发生了纠纷，在人民法院作出生效裁判以前有很大的概率无法收回，在这种情况下，会计上就要考虑坏账的可能性。涉诉的应收账款，如要计提坏账，很有可能直接按照 50% 至 70% 以上的比例计提。如此一来，假若该笔应收账款本身的金额很大，则有可能直接导致该企业当年辛苦赚来的利润被这一笔坏账的计提给抹平；若该企业是上市企业，则还不得不面对重大诉讼事项披露，进而影响股价的困扰。现在我们再假设，这家上市企业取得了一审胜诉，但二审尚在审理当中，同时，会计师事务所的审计团队已经进驻企业开始年度审计工作。遇到这样一个局面，如果律师基于案件事实、证据和一审的诉讼情况，能够出具一份比较乐观的法律意见书，除非存在现实的执行问题（即便胜诉也很有可能无法通过执行收回应收账款），那么会计和审计方面一般不会特别计提坏账，或是会相应地调低计提比例。可以说，这类法律意见书在上市企业密集的一、二线城市普遍存在，但如果在工作中也遇到同样情形，出于执业风险的考虑，还是应当慎之又慎，有必要在对案件进行反复推敲之后，尽可能地使用中立性的词汇来组织语言，避免出现带有主观色彩或个人倾向性的描述，切忌直接对案件的裁判结果进行预判。

回过头来，客观地说，计提坏账本身又是一个估计的过程，企业在计提比例方面不需要遵循一定的会计规则，享有很大的自主权，几乎就是按照其主观判断来定夺。同时，我们也不排除应收账款在成为坏账之后又被成功收回的可能性，这本来是一个很正常的情况。结合这两个方面来看，若是有人蓄意对坏账计提和收回加以利用，在技术层面就掌握了操纵利润的手段。如果故意在前一年过度计提坏账，然后在次年将坏账收回，这意味着也要把相应的应收账款加回来，那么去年没算的利润便加到了今年，通过去年利润莫名



其妙的减少，以实现今年利润凭空骤增的假象。换句话说，就是通过操控坏账的计提和收回，有意识地将利润在会计年度之间进行转移，从而达到呈现虚假增长、避免连年亏损等目的。

## 2. 其他应收款

一般来说，其他应收款包括企业应收的财产保险理赔款、应向职工收取的垫付款项等应收款项。在我国，其他应收款中还有很大一部分，是企业在主营业务以外和其他一些企业或自然人之间的借贷款项。比如，在很多私人企业之间，因为老板之间的朋友或利益关系，产生大量与日常经营无关的拆借，对于出借方来说，这些拆借便放在其他应收款里面。再比如，一家信贷资质较好的企业（通常是国有企业或上市企业）从银行获取贷款后，转而出借给其他信贷资质一般的小企业以赚取利息，同样是计入出借方企业的其他应收款。这些拆借计入其他应收款中，其他应收款总额的增减变化又体现在企业经营活动的现金流入或流出当中，而实际上这些拆借根本就不能代表经营活动的现金流，形成表象与实际严重偏离的后果。更有甚者，如将企业间的拆借包装成贸易往来，佐以购销合同、发票、货物交付单据等书面材料，还能使得拆借款项被冠冕堂皇地计入应收账款，成为主营业务项下的一部分。在供应链贸易中，就存在着不少“名为买卖，实为借贷”的纠纷，如果我们结合其背后的会计原理来理解法律关系，似乎就更容易作出比较合理又符合实际的判断。

## 3. 存货

会计上对存货的记账规则，是取成本价或市场价中较低的一个。大多数情况下，存货的成本价是低于或等于市场价的，因此实际上存货一般是按照成本价计入资产负债表。在这里，我们要特别提一下房地产行业的特殊情况：一家房地产企业的存货，其中一个主要组成部分就是已建成的待售商品房，在房地产市场比较火热



的时期，待售商品房的真实市场价值通常会远高于其成本价值，这时，存货这一项实际上是存在被显著低估的可能性的。在一些合资、合作开发房地产合同纠纷案件中，项目公司的实际控制人会拿出几张财务报表，意图说明项目公司不仅没有取得盈利、不具备分红条件，反而还严重的资不抵债、存在巨额亏损，但如果我们把报表中存货的成本价值替换为当下的市场价值来计算，可能就是相反的结果了。

## (二)负债

负债，是资产负债表右边的第一个项目，同样也分为流动负债与非流动负债。在这一部分，我们同样挑选三项展开讨论，分别是：短期借款、预收账款，以及没有体现在资产负债表内的或有负债。

负债	流动负债	短期借款(≤1年)
		应付票据、应付账款、预收账款
		应付职工薪酬、应交税费
		应付利息、其他应付款
	非流动负债	长期借款(>1年)
		长期应付款
		递延收益

### 1. 短期借款

短期借款，是指企业从银行或其他金融机构所获得的期限在一年以下(含一年)的各种借款，比较典型的就是银行向企业发放的短期流动资金贷款。按照一般逻辑，短期借款当然应该用流动性相当的货币资金或其他现金等价物来偿还，但我国还存在一个特殊的情况，我们留到后文“短期偿债能力”部分再详细阐述。

### 2. 预收账款

说到预收账款，我们有必要再次提一提房地产企业的特殊性。预收账款，是指企业向购买方或接受服务方在尚未交付商品或提供



服务时即先预收的款项，但论其本质，其实并不真正具有负债性质。为何？其实，企业收到预收账款后，在交付产品风险不大的情况下，该笔收款距离其被确认为收入，其实只隔了履行交付这一动作。可以说，预收账款虽然被记载为负债的一种，但其本身并没有给企业带来真正意义上的偿债压力，而一般的负债，在未来意味着现金的支出。对于房地产企业，主要的预收账款就是商品房预售款项，基于上述原理，房地产企业在计算偿债能力（比如资产负债率、速动比率等）时，习惯将这笔款项剔除在负债以外，来减轻自己的账面偿债负担。

### 3. 或有负债

除了资产负债表所列明的一系列负债，还有一些负债是企业在将来才可能需要承担的，比如企业为其他单位的债务提供担保，又或是企业还有一些未决诉讼、仲裁，我们称之为或有负债。因为这部分负债在我国会计准则范畴内不符合负债的确认条件，所以并没有在资产负债表内列示。尽管如此，在对企业的负债情况进行评估时，仍应当将或有负债纳入考虑。通常，我们可以在财务报表的附注中找到相关的披露信息，也可以想办法通过人民银行的征信系统予以核实。

## （三）所有者权益

所有者权益反映的是股东作为投资者投入企业的钱，是资产负债表与《公司法》直接接轨的部分。其中，资本公积是投资者投入企业超过注册资本部分的资金。盈余公积，是《公司法》第一百六十六条所规定的法定应当留存的净利润。也就是说，当企业产生盈利，就必须将其中的 10% 计入盈余公积，不得将这一部分进行分配，而剩下的 90%，则可由企业自主选择分配或不分配，如企业选择后者，则该部分盈利进入未分配利润这一栏。当然，盈余公积也不是无尽地提取，当盈余公积的金额达到企业注册资本的 50%，即可不再提取。



所有者权益	实收资本
	资本公积
	盈余公积
	未分配利润

#### (四)企业偿债能力

对一家企业的财务报表进行分析，我们主要关注两个方面：企业的持续经营能力和盈利能力。其中，持续经营能力又可以细分为营运能力和偿债能力。通过解读资产负债表，我们首先可以对企业的偿债能力做一个基本的判断。

##### 1. 短期偿债能力

衡量企业的短期偿债能力，主要采用流动比率和速动比率这两个指标。

流动比率 = 流动资产 / 流动负债

速动比率 = (流动资产 - 存货) / 流动负债

流动比率的逻辑是，假设所有的流动资产都能够立刻变现，在这一前提下，看是否足以偿还所有的流动负债。速动比率的逻辑略有不同，认为并非所有的流动资产都具备立即变现的条件，因此在计算时先在流动资产中扣除了变现相对较慢的存货。按照以上逻辑，无论是流动比率，还是速动比率，其数值都应当大于 1，才能确保企业维持正常的生产经营。在我国，有不少企业的这两项比率是非常接近 1 的，这是否说明企业存在偿债危机呢？这就是我们在前面“短期借款”部分提到的特殊情况：在实务中，流动负债并不完全依靠流动资产来偿还，尤其是其中的短期借款，往往通过“借新还旧”的模式实现循环，最典型的，就是从银行获取新的贷款，来覆盖在先的贷款。如果一家企业与银行已长期开展授信业务合作，或是银行信贷政策本身比较宽松，那么这样的模式可以说是相对稳定的。在这一前提下，流动比率和速动比率的分母（流动负债），可以先剔



除短期借款的金额，经过这一调整再计算出来的比率，相较原先的比率是更高的，企业真实的短期偿债能力也显得稍强一些。当然，如果遇到国家对企业所在的行业采取限制政策，或是银行收紧银根，那么短期借款就不太可能实现新旧循环。这种情形下，这家企业反而更容易暴露在短期偿债危机当中。

之前我们还分析过，房地产企业资产负债表中的存货和预收账款非常特殊，因此，房地产行业的速动比率也有特殊的算法：

$$\text{房地产速动比率} = (\text{流动资产} - \text{存货}) / (\text{流动负债} - \text{预收账款})$$

这一指标越高，说明该房地产企业的短期偿债能力就越强；相反，如果这一指标很低，则说明项目楼盘也许在商品房销售方面遇到了困难，在偿还流动负债方面的压力非常大，同时可能还存在不断地借新还旧、饮鸩止渴的潜在麻烦。

## 2. 长期偿债能力

资产负债表中，还可以提取出一个非常宏观的指标，用来评估一家企业整体的长期偿债能力——资产负债率。资产负债率也叫作财务杠杆，是总负债除以总资产所得的结果，之所以称之为“杠杆”，是因为负债（尤其是融资性负债）可以撑大企业的钱包，以更多地资金撬动更大的生意。同时，手握优质资产的企业，还能够以之作为抵押，来获取更多的抵押贷款。从这个角度看，资产负债率是资产与负债两端的博弈，反映了企业举债经营的风险把控能力。





## 第二张报表：利润表

利润表也叫损益表，描述的是企业在一段时间内持续经营的盈利情况，体现的是一个时段的概念。利润表编制的样式有很多，我们以下图为例，可以看出，利润表是一张“主要做减法，偶尔做加法”的表：以收入作为起点，通过扣除成本以及各项税费，最终算得净利润，从而了解这家企业的效益究竟如何。关于这张表，我们主要讨论毛利润、净利润、成本、费用之间的关系。

一、营业收入	减：营业成本(得出毛利润)
	减：税金及附加
	减：三项费用(销售、管理、财务)
二、营业利润	加：营业外收入
	减：营业外支出
三、利润总额	减：所得税
四、净利润	

### (一)毛利润

无论企业来自哪个行业，在计算毛利润的时候，都是遵循同样的概念，即毛利润等于营业收入与营业成本之差，这是利润表的第一个计算步骤。

### (二)成本与费用

成本与费用，都意味着企业现金的支出，那么二者应如何进行区分呢？成本项下的支出可以直接归属于生产产品、提供服务本身，例如采购原材料的成本、运输和存储原材料的费用、在销售以前必须支付的人工成本等。费用的范围很广，大体可以分为销售费用、管理费用、财务费用三类，我们在本段重点关注一下管理费用。管理费



用包括企业管理人员的薪酬工资、办公场所的租金和水电费用、员工的差旅和培训费用，还包括研发费用。研发费用的归属问题就存在着一定的复杂性，打个比方，对于零售企业来说，研发或许仅占到一小部分的费用支出，基本都属于管理费用；而对于以软件技术、高新电子产品为主的企业，因为这类企业的主推产品就是研发成果本身，因此研发便不再局限于管理费用的范畴，而是更多地与产品相关，这就导致研发费用中有一部分要划入成本。不仅如此，即便两家企业都属于后者，他们在研发费用的划分问题上，仍可能存在明显的差异。

### (三)毛利润与净利润

承接上文研发费用的记账问题，由于营业收入扣减营业成本在先(直接算出毛利润)，扣除管理费用在后，如果科技企业 A 选择将研发费用主要计入管理费用，而科技企业 B 决定将研发费用明确地记在成本当中，那么两家同行业、同类型、规模近似的企业，很可能会在毛利润与净利润这两项呈现出明显的差别。因为 A 企业的大部分研发费用被留到费用环节再行扣减，所以 A 企业在最初计算到毛利润的阶段可能会表现得比较出色。B 企业则相反，因为该企业的不少研发费用包含在成本里头，所以 B 企业的毛利润或许会比较低，但由于计入管理费用部分的研发费用比较少，B 企业最终算出的净利润也许反倒还不错。

### (四)营运能力

以资产负债表为基础，再结合利润表，我们可以对企业持续经营能力的另一块内容，也就是营运能力进行考查。我们引入资产周转率和周转天数的概念来评价企业运用各项资产赚钱的效率。资产周转率的一般算法是用营业收入除以某项资产，在算得资产周转率之后，再以其作为分母，以 360 日作为分子，可以算出该项资产的周



转天数，也就是该项资产变现平均耗费的天数。比如说我们测算应收账款的周转率，就以营业收入除以应收账款的年平均值，可以看出应收账款的流转速度，再算出应收账款的周转天数，便可知晓企业收回应收账款所需要时间的长短。资产周转率的算法，还有一个例外——存货周转率。这是因为每当存货被售出，它便转化为利润表中的营业成本，所以会计上在计算存货周转率时，习惯以营业成本作为分子来除以存货的平均值。

### (五)盈利能力

#### 1. 效益

“盈利”二字，与之最直接对应的就是效益。计算企业效益的方法非常简单，就是以毛利润和净利润分别除以营业收入，算出毛利率和净利润率。我们前面总结过，利润表是一张“主要做减法”的报表，如果一家企业的毛利率较高，说明其营业收入在经过营业成本这一轮损耗之后，还保留了不少的比例；如果一家企业的净利润率较高，则说明其营业收入在经过利润表完整的一系列减法之后，还能剩下不少的钱，效益还不赖。

#### 2. 效益 & 效率

判断企业的盈利能力，不仅要立足于效益，还需要兼顾效率方面的考虑。如将净利润率(代表效益)乘以总资产周转率(代表效率)，可以得出总资产报酬率，用来综合反映企业投入总资产后的获利能力。我们再回忆最开始介绍的会计恒等式“总资产 = 总负债 + 所有者权益”，其中总负债代表企业的债权人，所有者权益代表企业的股东，从这个视角看，总资产报酬率实际上也反映了企业股东和债权人共同的投资回报。

$$\begin{aligned}\text{总资产报酬率} &= \text{净利润率} * \text{总资产周转率} \\ &= (\text{净利润} / \text{营业收入}) * (\text{营业收入} / \text{总资产平均值}) \\ &= \text{净利润} / \text{总资产平均值}\end{aligned}$$



### 第三张报表：现金流量表

在会计领域，有一个非常经典的比喻，就是把现金比作一家企业的血液。一个人如果失血过多会丧命，一家企业如果现金流发生断裂，也就无法继续经营下去。所以，我们说现金流量表主要是一张描述风险的报表，它告诉我们的企业是否存在持续经营的风险。

#### (一) 现金流的状态分析

企业通常会从事以下三种活动：经营活动、投资活动和融资活动。这三种活动各自项下的现金流入与流出相抵，分别可能形成现金净流入(正)或现金净流出(负)，对于不同的结果，我们再进行排列组合，一共存在八种组合情形，每一种组合都能在一定程度上反映出企业所处的状态。举个例子，一家初创企业，首先需要大量的启动资金，那么企业的融资活动就会形成现金净流入。企业获取融资款项后，又需要马不停蹄地购置一些固定资产(包括房屋、机器设备等)为经营做准备，这就意味着投资活动中的现金基本上以流出为



主。同时,为了开展销售、做大规模、扩大影响,企业又需要在经营过程中投入大量的资金(比如营业和营销),因此经营活动同样也会形成现金净流出。所以,在创业初期,企业往往呈现出经营活动与投资活动均为现金净流出、融资活动为现金净流入(正、正、负)的组合特征。

经营活动 产生的现金净流量
投资活动 产生的现金净流量
融资活动 产生的现金净流量

## (二)净利润与现金流的差异

对于企业老板来说,漂亮的净利润数据和现金流净额都是他愿意看到的,但这两个美好的结果并不总是同时出现。当净利润和现金流之间存在比较明显的差异,这其中可能就隐含了财务报表给我们的警示信息。

有的企业,从现金流的角度看,状况很不错,但实际上并不赚钱。一方面,企业手头的现金,或许只有小部分能够通过日常经营积累而来,而大部分则是依靠融资取得;另一方面,企业的主营业务甚至还是“亏本买卖”。以某共享单车平台公司为例,由于该公司的战略重点在于通过向用户提供补贴来抢占市场份额,业务收入受此影响,在较长一段时间内处于比较低的水平,而共享单车本身的账面成本就很高,再加上高损坏率所带来大量的管理维修费用,这一系列因素就共同导致企业的主营业务持续地“烧钱”,而不是赚钱。

也有的企业,利润表所表现出来的利润水平非常乐观,却偏偏遭遇了资金危机,这里我们以乐视网为例。在乐视网 2016 年年度报告的第七十五页,审计人员出具的审计意见不再是前一年度的“标准无保留审计意见”,而是“带强调事项段的无保留意见”,同时



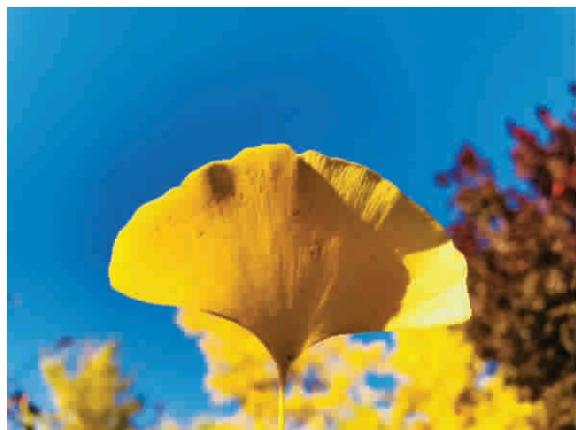
还耐人寻味地提醒报表使用者关注乐视网财务报表附注十二、7.(1)的内容，即“关联方及关联交易”。关联交易，本为中性词，并无不可，一定程度上还有利于提高商业资源的利用效率，但倘若被当作财务工具，用以粉饰或转移上市公司利润，则就变味了。乐视网在2016年将超级电视的销售模式转为通过乐视智能终端公司等关联公司进行对外销售，该年度销售额前五的交易对手，均为其关联公司，这五家关联公司贡献了乐视网超过四成的销售收入，将近98亿元。乐视网通过关联交易完成赊销，在利润表中确认相应的销售收入，进而带来巨大的利润，但同时也导致其资产负债表中的关联方应收账款余额剧增至38亿元，而这一数字，比乐视网在2015年的全部应收账款还要高出将近5亿元，如此一来，净利润与现金流的差异问题就凸显出来了。简单地说，就是乐视网卖东西给关联公司，但有大量的钱没有收回来，自己的利润做得很好看，但缺乏现金流入的支撑，长此以往，出现资金链断裂也就不是十分意外的事件了。

乐视网利润虚涨的问题，还存在于另一个模式当中。在前文“计提坏账”的部分，我们知道利润可以在时间维度上转移，同样，利润在空间的维度上，也可以通过财务操作进行转移。乐视在打造乐视生态模式的过程中，在销售端采用了捆绑销售的策略，在财务方面动用了不合理的转移定价，使产品价格在上市和非上市体系之间分摊。“买会员，送电视”，消费者看了感觉很好，乐视在做账时感觉也很好。消费者花钱购买了乐视会员，销售收入以及带来的利润装进乐视网(上市公司)；乐视向消费者送了电视，相应的亏损放在无需向公众披露财务报表的关联公司(非上市公司)里。可以说，乐视生态构建的成本实际上几乎都被非上市部分的关联公司承担了，而作为上市部分的乐视网则享受到比较可观的利润，但从整体来说，乐视赚取的利润是否有转化为真金白银，是存在问号的。



## 结语

在我看来,法律与会计,学时深感枯燥,到用时又觉得精妙,这二者之间,隔行而不隔山。律师工作的常态,更多时候,是忙与非常忙的区别,但我还是常常见到律师朋友在工作之余,捧着厚厚的注会教材挑灯夜战。回到实务中,法条、会计准则为我们提供了现成的指引,要想把业务做到出色,在审慎严谨、坚持原则性的基础上,或许还有必要增加一些灵活性与创造性,借用古话说,就是“运用之妙,存乎一心”。





# 学习党的十九大精神的 “一、二、三、四、五”点感悟

□ 胡祥甫 \* 吴方嘉宁 \*



二〇一七年十月十八日，中国共产党第十九次全国代表大会在京隆重召开。党的十九大，是在全面建成小康社会决胜阶段、中国特色社会主义进入新时代关键时期的时代背景下召开的一次举世瞩目的盛会，具有重大的历史意义和深远的政治意蕴。作为党的一份子，在当下和今后的一个重要工作，就是认真学习、全面贯彻党的十九大精神，认真学习、深刻领会习近平新时代中国特色社会主义思

---

\* 胡祥甫，浙江金道律师事务所首席合伙人，一级律师，全国优秀律师，浙江省律师协会副会长，浙江省人大地方立法专家委员，杭州市法学会副会长，浙江省法学会中小企业法学研究会会长，浙江省法学会诉讼法学研究会副会长，杭州市人大代表，浙江大学光华法学院实务导师，曾任第六届、第七届杭州市律师协会会长，第六届浙江省律师协会副会长，中华全国律师协会民事业务委员会副主任等职务。

\* 吴方嘉宁，本所实习律师，英国杜伦大学金融硕士。



想,不忘初心、牢记使命、高举旗帜、团结奋进,以崭新的面貌、全新的气象踏上决胜全面建成小康社会、进而全面建设社会主义现代化强国、实现中华民族伟大复兴中国梦的新征程,迈进中国特色社会主义的新时代。

### 一、一个核心

党的十八大以来,我们党在中国特色社会主义伟大事业的实践中,确立了习近平同志在党中央和全党的核心地位,形成了治国理政的新理念、新思想、新战略,作出经济发展进入新常态的重大战略判断,加强了党对经济工作的领导,为改革开放和现代化建设指明了方向。在以习近平同志为核心的党中央的坚强领导下,全党全国各族人民团结奋斗,实现了国民经济持续、稳定的中高速增长。2013年至2016年,我国国内生产总值年均增长保持在7.2%的高水平,远高于同期世界2.5%和发展中经济体4%的平均水平,综合国力不断增强;同期,我国对世界经济增长的年均贡献率超过三成,高于美国、欧元区和日本贡献率的总量,稳居世界首位,国际影响力显著提升。同时,在党中央、国务院的指挥下,各地区、各部门牢牢秉持经济健康发展的理念,积极促进就业、统筹调控物价,以创业带动社会就业,以创新驱动经济发展,不断增强全国人民和中华民族的自豪感和凝聚力,进一步巩固了人民拥护爱戴、党风正气、政风廉洁的良好社会氛围。

当前,我国发展站到了新的历史起点上,拥有前所未有的时代机遇,同时也面临空前艰巨的挑战。关山重重的新长征,离不开登高望远的领路人,我们坚信,以习近平总书记作为全党的核心、军队的统帅、人民的领袖,是实现经济社会持续稳定发展最根本的政治保证。在以习近平同志为核心的党中央的坚强领导下,只要不忘初心,砥砺前行,就一定能够将中国特色社会主义事业推向新的伟大胜利。



## 二、两个百年梦

实现中华民族伟大复兴是中华民族近代以来最伟大的梦想。在中国共产党成立一百年时全面建成小康社会，这是中国梦的第一个宏伟目标；在中华人民共和国成立一百年时建成富强、民主、文明、和谐的社会主义现代化国家，这是中国梦的第二个宏伟目标。党的十九大报告提出，既要全面建成小康社会，实现第一个百年奋斗目标，又要乘势而上开启全面建设社会主义现代化国家的新征程，向第二个百年奋斗目标进军。“两个百年梦”清晰地勾勒出中华民族伟大复兴的路线图，充分地展现了建设社会主义现代化强国的战略步骤、目标任务。

国之运在民之心，党之根亦在民心。正如十九大代表王金花的由衷感叹：“没有哪个国家、哪个政党像中国共产党一样，将人民与国家紧密连在一起，敢于提出跨越百年的目标，将几代人的福祉列入自己的行动纲领。”“两个百年梦”充分彰显出以习近平同志为核心的党中央“以人民至上”的真挚情怀。这样的梦想和目标是极富感召力的，每一个人民群众都能从中感受到自己的梦想，都能从中汲取砥砺前进的力量。伟大的事业都是干出来的，“两个百年梦”将党和国家事业的“大目标”与人民群众生活工作的“小目标”紧密相连，将国家和民族的命运与个人的未来紧密连结，汇聚起实现伟大复兴中国梦的磅礴力量。

## 三、新时代 新思想 新征程

### (一)新时代

在全面总结党的十八大以来中国经济取得的巨大成就和社会发生的历史性变革的基础上，习近平总书记鲜明地指出：中国特色社会主义进入了新时代。这个“新时代”具有丰富内涵：一是，这“是承前启后、继往开来、在新的历史条件下继续夺取中国特色社会主义伟大胜利的时代”；二是，这“是决胜全面建成小康社会、进而全面



建设社会主义现代化强国的时代”；三是，这“是全国各族人民团结奋斗、不断创造美好生活、逐步实现全体人民共同富裕的时代”；四是，这“是全体中华儿女戮力同心、奋力实现中华民族伟大复兴中国梦的时代”；五是，这“是我国日益走近世界舞台中央、不断为人类作出更大贡献的时代”。

中国特色社会主义进入新时代，我国社会的主要矛盾已由“人民日益增长的物质文化需要同落后的社会生产之间的矛盾”转化为“人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”。党的十九大报告对我国社会主要矛盾变化作出的这一重大论断，格外引人注意。“美好生活需要”的范围，较之前的“物质文化需求”更为广泛，强调了中国人民在拥有较好物质、文化生活基础后，对环境、尊严、社会保障、公平分配等等的向往，与当前“不平衡不充分”现状的矛盾。这让我们想起，习近平总书记五年来多次强调的“人民对美好生活的向往，就是我们的奋斗目标”，正在一步步地实现。

中国特色社会主义进入新时代，意味着近代以来久经磨难的中华民族实现了从站起来、富起来到强起来的伟大飞跃，迎来了实现中华民族伟大复兴的光明前景。在这个新时代里，我们见证了中国的经济与国力在过去五年中取得巨大的提升；我们见证了社会更加平衡与健康发展；我们见证了党中央大刀阔斧整治腐败的决心；我们见证了互联网科技创新的突飞猛进；我们见证了G20杭州峰会自信昂扬的崭新形象；我们见证了“一带一路”倡议从提出、到实施、到开花结果。“雄关漫道真如铁，而今迈步从头越。”“新时代”鲜明地标注了我国发展新的历史方位，承前启后、继往开来，走进中国特色社会主义新时代，历史的接力棒传到了我们手中，我们一定不忘初心、牢记使命，在未来书写更辉煌的成就。

## （二）新思想

时代是思想之母，实践是理论之源。马克思主义与中国实践相



结合,可分为三个阶段:在第一个阶段,新中国产生了毛泽东思想,指引中华民族真正地“站起来”;在第二个阶段,中国产生了包括邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观在内的中国特色社会主义理论体系,引领中华民族实现“富起来”的转变;在第三个阶段,则是党的十九大最重要的理论成果——确立了习近平新时代中国特色社会主义思想,并将这一重要思想作为党的指导思想写入党章,率领中华民族真正变得“强起来”。

习近平新时代中国特色社会主义思想,是对马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观的继承和发展,是马克思主义中国化最新成果,是党和人民实践经验和集体智慧的结晶,是中国特色社会主义理论体系的重要组成部分,是全党全国人民为实现中华民族伟大复兴而奋斗的行动指南,为实现两个百年的奋斗目标提供了强大的思想武器。

### (三)新征程

习近平总书记在党的十九大报告中向全党全国人民描绘了决胜全面建成小康社会,开启全面建设社会主义现代化国家新征程的美好愿景。从现在到2020年,是全面建成小康社会的决胜期。从2020年到本世纪中叶,则是“两步走”的宏伟蓝图:第一个阶段,是从2020年到2035年,在全面建成小康社会的基础上,再奋斗十五年,基本实现社会主义现代化;第二个阶段,是从2035年到本世纪中叶,在基本实现现代化的基础上,再奋斗十五年,把我国建成富强、民主、文明、和谐、美丽的社会主义现代化强国。这是一个高瞻远瞩的战略安排,对物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明设定了更高的目标,对国家治理体系和治理能力提出了更高的要求,详细地勾画出人民美好生活的愿景,使中华民族伟大复兴的中国梦变得更加可触可摸。现在,在以习近平同志为核心的党中央的坚强领导下,我们光荣的站到了新的历史起点上,比以往任何时期



都更接近、更有信心、更有能力实现中华民族伟大复兴的中国梦。

#### 四、四个意识 四个自信 四个全面

##### (一)“四个意识”

党的十九大再一次强调了加强政治意识、大局意识、核心意识、看齐意识的重要性，这“四个意识”，是体现党员和党内领导干部政治忠诚度的标杆，对于全面从严治党、全面加强党的领导和党的建设，具有丰富而深远的政治指南意义。我们必须主动、及时地以习近平新时代中国特色社会主义思想武装头脑，自觉地在思想上、政治上与以习近平同志为核心的党中央保持高度一致，坚决维护党中央权威，坚决服从党中央集中统一领导，严守政治纪律，更加紧密得团结在以习近平同志为核心的党中央周围。

##### (二)“四个自信”

党的十九大同样强调要牢牢坚持道路自信、理论自信、制度自信、文化自信。这“四个自信”，源于长期以来党和人民建设中国特色社会主义的伟大实践，是党员和党内领导干部所要坚持的政治定律。“四个自信”告诉我们，应该举什么旗、走什么路，应以什么样的精神状态去担负起时代赋予我们的历史使命。“四个自信”是一个有机整体，统一于中国特色社会主义的伟大实践，只有坚持道路自信，才能确保中国特色社会主义道路的科学实现；只有坚持理论自信，才能确保中国特色社会主义指导思想的正确实践；只有坚持制度自信，才能确保中国特色社会主义制度体系的完善；只有坚持文化自信，才能确保中国特色社会主义精神文明的进步；坚持“四个自信”，方能真正实现中华民族伟大复兴的中国梦。

##### (三)“四个全面”

以习近平同志为核心的党中央始终毫不动摇地坚持和发展中国特色社会主义，勇于实践、善于创新，形成了一系列治国理政的思想理念。从党的十八大接过“全面建成小康社会”的重大使命，到党



的十八届三中全会作出“全面深化改革”的重要部署，到党的十八届四中全会正式提出“全面依法治国”的要求，再到习近平总书记在党的群众路线教育实践活动总结大会上宣告“全面从严治党”，这“四个全面”正是习近平总书记治国理政战略布局的集中体现，通过协调推进“四个全面”，取得了举世瞩目的效果，我们党解决了许多长期想解决而没有解决的问题，办成了许多过去想办而没有办成的大事。党的十九大提出成立中央全面依法治国领导小组，加强对法治中国建设的统一领导，正是推进“全面依法治国”的有力举措，有利于进一步促进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。

## 五、“五位一体”建设与五大发展理念

### (一)“五位一体”建设

党的十九大对我国社会主义现代化建设作出新的战略部署，以“五位一体”的总体布局，从经济、政治、文化、社会、生态文明五个方面统筹推进新时代中国特色社会主义事业。新时代的“五位一体”总体布局，是一个有机整体，经济建设是根本，政治建设是保障，文化建设是灵魂，社会建设是条件，生态文明建设是基础，五个方面的建设统一于把我国建设成富强、民主、文明、和谐、美丽的社会主义现代化强国的新目标。坚定不移地按照党的十九大精神的指引，统筹推进“五位一体”总体布局，党和人民一定能够继续夺取中国特色社会主义的伟大胜利，不断开辟中国特色社会主义事业的新局面、新篇章。

### (二)五大发展理念

党的十九大明确“创新、协调、绿色、开放、共享”的五大发展理念，是新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略之一，以创新发展作为引领全面发展的第一动力，以协调发展解决区域失衡，以绿色发展和谐人与自然，以开放发展提升内外联动，以共享发展作为各项发展的出发点和落脚点。当前，中国特色社会主义已进入新时代，



社会主要矛盾也已聚焦到“不平衡不充分的发展”问题上，社会经济正处于从高速增长转向高质量发展的阶段，必须坚定不移地贯彻五大发展理念，方能有效应对社会主要矛盾转化这一时代难题。

中国共产党人的初心和使命，在于为人民谋福祉，在于为中华民族谋复兴。站在新的历史方位，中国特色社会主义事业前程伟大、前途光明，同时也任重道远，这要求我们全党全国人民更加紧密地团结在以习近平同志为核心的党中央周围，高举中国特色社会主义伟大旗帜，以实现党的十九大所承托的两个百年梦想为奋斗目标，在新时代坚持新思想的指导，坚定踏上党的十九大所开启的新征程，深刻理解四个意识、四个自信、四个全面的重要内涵，秉持五大发展理念，统筹推进新时代“五位一体”建设，为实现中华民族伟大复兴的中国梦、实现人民对美好生活的向往而继续奋斗！





# 感悟最高法院系列(一)

□ 赵青航 \*

## 目 次

- 影响邹碧华终身的一段庭审经历
- 律师“不给力”？
- 律师对法官的理解与尊重
- 一个重要却易被忽视的话题



## 影响邹碧华终身的一段庭审经历<sup>①</sup>

今天是邹碧华法官(1967年1月18日-2014年12月10日)去世三周年的日子。法律人不会忘记他。今年9月,最高法院喜迎党的十九大文艺展演中,法官们精心准备了情景剧《邹碧华》,向十九大献礼。10月,最高法院组织全体干警在本部中区的五号大法庭观看了电影《邹碧华》。

这次观影前,又在脑海里回顾了“庭前独角兽”(邹碧华的别称)的法官生涯中诸多值得法律人铭记的事迹——要件审判九步法、办

\* 赵青航,本所律师,香港中文大学金融规管与经济发展研究中心研究员。

<sup>①</sup> 本文原载于《人民法院报》2017年12月15日,第6版。



案运用心理学、改善律师的执业环境、法院的可视化管理、推进上海法院系统的司法改革……我有种很强烈的预感，电影《邹碧华》一定会讲到 2000 年他在美国联邦司法中心担任研究员期间经历的一次庭审。

果然，电影的第一幕就是这段影响他终身的庭审经历。

那天，邹碧华跟随一位地区法院法官去开庭。开庭前，法官询问双方当事人的律师：“我有一位中国的法官朋友来美国观察我们的庭审，我邀请他坐在我边上，你们有没有意见？”

两位律师毕恭毕敬地站起来回答：“没有意见，法官大人。”

庭审进行到一半，律师之间的火药味儿开始变浓。法官用手一招，将律师叫到审判台前，小声提醒律师：“你们注意点形象好不好？”

庭审结束后，那位法官告诉邹碧华：“法官不能在当事人的面前指责律师，律师在法庭上是法官的助手，依靠他们的努力，法官能够更快地弄清案件中的事实问题和法律问题，从某种意义上说，律师是法官延伸的眼睛和手足。”

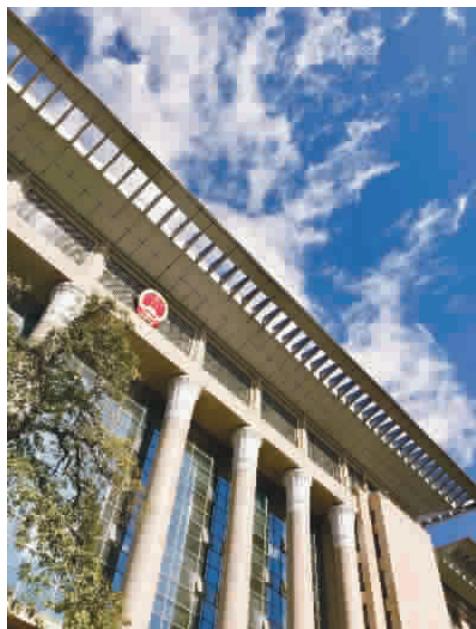
邹碧华被震撼了，回想在国内看见法官随意打断律师发言、法官对律师提出的要求或请求不置可否的情形（他在国内一次演讲中曾说过，“我们有一些年纪很轻的法官，气比较盛的时候，指着律师席上六七十岁白发苍苍的老律师说‘你这么多年怎么混的？’我听到这样的事，心里特别难受”），他第一次感受到了“法官与律师之间互相不尊重，会破坏法治的根基——信任”这句话的意义。

2010 年，邹碧华所在的上海市长宁区人民法院推出了一个令很多法律人刮目相看的“动作”——推行《长宁区人民法院法官尊重律师十条意见》。一个基层法院，能在全国法院系统率先为保障律师权利出台正式文件，在律师界乃至法律界都引起了震动。

邹碧华生前说过：“法官与律师的相互尊重是良性互动关系的



一个起点，律师对法官的尊重程度代表着法治的发达程度，法官对律师的尊重程度，则代表着社会的公正程度。”我想，法官与律师互敬互重，才是理想的、和谐的法治环境。这种“和谐”不是彼此间的“妥协”，而是互相理解，互相尊重，为的是彼此工作的顺利开展，保障法律的正确实施，以及进一步提高中国司法的公信力。



### 律师“不给力”?<sup>②</sup>

早几年，我就观察到，世人往往愿将牧师、教师和律师这三种工作名称中含有“师”的职业放在一起比较，因为三者具有不少相似点，尤其是三种职业对学识的要求都比较高。但很明显，牧师和教师拥有更好的口碑。仔细想来，牧师和教师的工作性质和内容是纯粹的，直接体现了人性中善的一面。牧师传播上帝的福音，净化人的心

<sup>②</sup> 本文原载于《中国律师》2017年第8期。



灵,利于社会和谐;教师传道,授业,解惑,是人类灵魂的工程师,在人才资源决定一个国家和民族生存空间的今天,教师几乎是美誉度最高的职业。剩下的律师(尤其是诉讼律师)则颇受微词,常不被自己的客户理解。

随着最高法院六个巡回法庭的高效运转,在最高法院本部开庭审理的案件数量已大幅下降,律师的身影也不多见。但偶尔上下班进出院门口时我还是能见到几位律师的,有时我也会去中区的法庭旁听案件的庭审。在这两个场合,当事人多在场。我注意到,有时一些当事人在庭审结束后会面露怒色,走出最高法院大门便开始大声呵责律师,呵斥的主要内容是嫌律师不给力。

其实,在一些情况下,律师的“不给力”是有客观原因的。

诉讼好比一场战争,除非双方握手言和,否则必有输赢。由此,一方胜诉必然导致另一方败诉。而律师在一起案件中只能接受一方的委托,以己方当事人的利益作为代理工作的根本出发点就会不可避免地“得罪”另一方。这便是律师工作极强的对抗性。虽然业内有“不以胜败论英雄”的说法,可一旦己方败诉,律师往往会沦落至“两头不讨好”的境地,若不幸遇到蛮不讲理的当事人,律师也许还会遭受无端的指责甚至谩骂。所以,律师不被理解,并非一定是律师的人品有多败坏,道德修养有多不堪,而是因职业特有的对抗性以及案件结果的客观影响因素(案件的胜败须以事实依据、法律为准绳),致使律师有极大的招致不满的可能性。

并且,律师往往是同时处理多个案件,当事人则只需要面对这一个官司,不少当事人可能一辈子也只遇到了这么一件。为此,律师和当事人之间就有两个客观存在且难以克服的矛盾。第一个是时间与精力投入上的矛盾。面对同时办理的多起案件,律师会根据案件的进展以及轻重缓急来安排工作。有些时候,可能不同的案件发生了时间上的冲突(最糟心的莫过于开庭时间有冲突,但法官不通融,



无法调整开庭时间),这时律师必须要做出选择。但对当事人来说,这段时间里,这个官司就是他的全部,他当然希望律师为之付出与他一样多的时间与精力。第二个是利益上的矛盾。相较于律师的理性严谨,当事人多是感性冲动的。为了自己案子上的利益,当事人会竭尽全力,有时甚至能够不惜一切代价。但绝大部分律师不可能(也不应该)为了某一个案子葬送自己的职业前途,因为通过合法执业获得事业上的成功才应当是律师最为长远的利益。分析了上述两个矛盾,我们就能够明白,为何再专业、再敬业、再有名望乃至口碑再好的律师,也会遭遇当事人的投诉,被当事人无情地抹黑。



### 律师对法官的理解与尊重

—

不久前,杭州保姆纵火案辩护律师擅自离庭事件引发社会广泛关注。在该案中,辩护律师擅自退庭的行为不仅损害了他作为一名



律师的形象，更表现出他对法官和法庭的不尊重。

在此无意于就这位辩护律师的不当行为作太多的评析，但通过该事件，深感，尊重法官，既是律师执业的基本要求，也是律师应当具备的基本素质。同时，尊重是相互的，单向的尊重必定无法维持长久。人生而平等，职业也是平等的，如果律师（潜意识里）不尊重法官，怎能要求法官单方面地尊重律师？

## 二

理解是尊重的前提，律师首先要理解法官。

法官和律师在接受法学教育的过程中接受的法律知识是一致，认识也基本一致，所以二者是法律职业共同体的重要成员。这是律师能够理解法官的重要基础。但二者的职业毕竟有区别，各自的立场肯定不同；而立场不同，看待问题的角度必然不同。这时，律师岂能简单得因法官所做的裁判不利于己方就一味地迁怒于法官？觉得是法官在你通往大律师的道路上使了绊子？

必须看到，近些年，一些律师的不当做法甚至违法行为导致法院和法官的形象常被抹黑。例如，一些律师只要一输官司，第一反应就是在当事人面前将败诉的责任一股脑儿全部推给法官，把自己的责任撇得干干净净。这样做不仅会破坏法官在人们心中本应公正不偏私的形象——“法官除了法律就没有别的上司”，也无助于给律师本人挣分添彩；若舆论中的司法丧失了公信力，最终的结果则是法律职业共同体的“皆输”。

还要关注另一个现象。在我国当下的诉讼中，许多案件的审理结果往往是胜败皆怨——胜诉的一方有时也会有怨。为何？胜者由于未必是百分之百胜诉，即使百分之百胜诉，也未必能够获得百分之百的执行而对法院的审判和执行不满。这时，律师在已经取得一定诉讼效果的基础上所要做的应是悉心帮助当事人排遣内心的不满，进行合情、合理、合法的疏导，为其剖析部分诉讼请求未获支持



的原因，或尽力找寻被执行人的财产线索以配合法院的执行，绝不能给本就心有怨气的当事人火上浇油。这样才能渐渐引导当事人正确、客观地看待法官的工作。

### 三

不仅如此，律师还要理解，法官不易当，基层法院的法官尤为艰辛。

解决社会矛盾，化解社会纠纷，是法院的基本职能。为了将争端最大限度地化解在萌芽阶段，基层法院和人民法庭化解矛盾纠纷的作用必须得进一步发挥。也因此，基层法院的法官们免不了常被争执、抱怨、愤恨、无赖甚至人身威胁所裹挟，不少基层法官为此付出了的生命，例如马彩云法官、周龙法官和已退休的傅明生法官。

尽管大部分的案件最终可达到案结事了的效果，可剩下的疑难杂症才是真正耗费法官们精力与光阴的症结所在。平心而论，在这剩下的无数缠扰纠结中，当事人闹访、缠访的背后有没有律师在推波助澜？有没有无理取闹或只为演给当事人看的“死磕派”律师在法庭上兴风作浪的原因？若无理的当事人与无良的律师终日结伙，沆瀣一气，则法律职业共同体的口碑和社会安定祥和的现状便会时刻受到威胁。法律人在这时应展现出正义、沉稳、无邪的基本素质。面对难缠的案件，不仅法官要悉心查明事实，准确适用法律，时而动之以情，晓之以理；律师也要通情达理，只有尽心支持法院依法、依情、依理地定纷止争，才能最大限度地维护己方当事人的合法权益，助力矛盾纠纷的高效化解。在这个互动的过程中，公众对法律职业共同体的整体评价也会逐渐提高。

还要看到，基层法院的法官办案数量多，责任大，压力重，晋升空间有限，薪资待遇的水平依然有待进一步提高。因此，在一股股挡不住的离职浪潮中，许多即使真心热爱审判岗位的法官也不得不为了适当改善生活而被迫下海，也有部分法院工作人员感到进入员额遥遥无期便失去了信心或排队等待的耐心。法官的辛苦和无奈，作



为法律职业共同体一员的律师应当看在眼里，给予必要的理解，对他们辛勤的工作付出表示尊重。

#### 四

事实上，在成熟的法治社会里，掌握判断权和裁判权的法官应当（也必须）享有至高的地位，因为法官地位的高低尊卑直接关系到人们对法治的信仰程度。

律师更应在理解法官的基础上尊重法官，正如邹碧华法官生前所述的——“法官与律师的相互尊重是良性互动关系的一个起点，律师对法官的尊重程度代表着法治的发达程度，法官对律师的尊重程度，则代表着社会的公正程度。”



#### 一个重要却易被忽视的话题<sup>③</sup>

最近利用业余时间参观了北京多个著名法学院，向那里的老师讨教，发现，国内法学教育对于法律职业伦理的重视程度普遍不够，

<sup>③</sup> 本文原载于《浙江法制报》2017年9月21日，第14版。



这是极不科学且不合理的现象。

一方面，国内的法学研究及教学不够重视“法律人”本身。有学者曾指出，“由于法学一直被定义为一门以法律为研究对象的学问，法学家的眼中就只有法律，而很少想到创制和操作法律的人。这种只见法律不见人的客观主义倾向在部门法学表现得尤为明显……法学研究必须克服这种纯粹的客观主义倾向，切实重视作为法律的主体的人的作用，特别是职业法律家的作用。”

事实上，包括法官、检察官、律师在内的法律人是法治中国的“细胞”，虽不似法律制度、原理、理念等“骨骼”那般宏观与宏大，却实则承担了挖掘、夯实法治地基的作用。法官、检察官和律师更以其直接操作法律的职业特性，成为影响中国法治文明进程的“多数关键们”。为此，法律事业首先是、主要是职业法律家的事业。法治的内在基础在于职业法律家阶层，中国的法治之路要靠中国的职业法律家阶层开创。

另一方面，在法学教学和法律人日后的工作过程中，必须重视法律职业伦理，这一问题再怎么强调都不为过。早在民国时期，著名的法学教育家孙晓楼先生就著有《法学教育》一书，他在书中指出研习法律职业伦理的重要性：“法律伦理学一课，是教我们于研究法律之外，注意到运用法律时在社会上所应有的态度。尤其是于执行律务时，使他知识、技能、品性方面都有相当的准备，明了自身对于法院的责任，如何接受案件。在刑事案件上所负的责任是怎样，在民事案件上所负的责任是怎样。如何应付当事人，如何尽力保障人权，如何接受酬劳。诸如此类，都是指示和训练律师在社会服务的时候，于自身对国家、社会及当事人所不可不备的道德。”美国的史蒂芬·吉勒斯教授在《律师规范》一书的序言中曾写道：“本书和本课程所包含的理念将贯穿你的整个职业生涯。在这里你将学到你所赖以谋生的规则以及忽视这些规则的后果。其他课程所教授的都与你的委托



人的问题有关，这门课程则是为了你自己。除非你的专业领域是律师不当执业、律师惩戒等，否则所学到的这些知识的直接受益者将是你，而不是你的委托人。”

其实，法律人的专业技术与职业伦理，换个角度看，也就是“才”与“德”的关系，二者对法律人都是不可或缺的。一名法律人，即使他再有才，若没了德，便是有才无德之人，无法承担维护法治的重任。无疑，法治中国呼唤的是德才兼备之法律人。

2017年7月，我随浙大法学院代表团赴香港参加以“职业道德与专业操守”为主题的交流活动。我观察到，在香港，不止三所法学院非常重视法律职业伦理课程，各个司法机关及社会中介机构亦格外注重职业道德与专业素质。离港的前一晚，主办方为我们举行了欢送晚宴，席间，香港中联办法律部部长王振民教授（曾担任清华大学法学院院长）的一番话给了我很大的启发：“我在担任清华大学法学院院长期间，非常重视法律职业伦理，这是清华法学院每位本科生的必修课；外校生考入清华法学院读硕士、博士，也必须要修读法律职业伦理。”这便是法律职业伦理课程在法学教育应有的位置。





## 陈能达 律师 权益合伙人

**教育背景:**浙江大学城市学院法学学士,浙江大学金融学硕士在读

**业务专长:**政府与社会资本合作(PPP)法律服务、政府采购法律服务、公司治理及投融资等法律服务

**专业资格:**证券从业资格、证券投资基金从业资格(含私募股权基金)、上市公司独立董事资格等

### 主要荣誉:

浙江省优秀青年律师

浙江省律师行业“模范党员律师”;

杭州市西湖区优秀律师;

杭州市西湖区“优秀共产党员”;

杭州市西湖区律师行业“优秀党务工作者”;

杭州市西湖区西溪街道“社会治安综合治理先进个人”;

杭州市西湖区律师行业党员积极分子;

杭州市律师协会金融专业委员会“优秀委员”等。

### 社会职务:

浙江大学城市学院实务导师;

杭州市律协建设工程专业委员会委员;



杭州市律协金融专业委员会委员；  
杭州市西湖区人民法院特邀调解员；  
同时还担任浙江省中小企业局浙江省中小企业公平服务平台“96871”和杭州市中小企业公共服务平台、颐高集团“颐高创业园”、杭州市江干区东方电子商务园等多家机构和平台的法律服务律师。

### 重大项目服务案例(部分)：

- 1.为杭州市第二工业固体废物处置中心 PPP 项目、安吉高铁大道(商合杭高铁安吉站至申嘉湖高速孝源互通)工程和商合杭高铁安吉站配套工程 PPP 项目、台州市黄岩区余姚至温岭公路黄岩北城至温岭泽国段院桥支线工程 PPP 项目、山东临沂临沂城区公共自行车系统一期 PPP 项目等 20 多个 PPP 项目提供法律服务，服务金额超过 200 亿。
- 2.为杭州金通公共自行车科技股份有限公司、杭州明和电子股份有限公司、浙江警安科技有限公司等提供新三板挂牌和定向发行股票专项法律服务；
- 3.杭州宇诺电子有限公司新工业园区建设项目提供专项全程法律服务；
- 4.为杭州公交集团有限公司并购项目提供专项法律服务等。

### 论文著作：

- 1.《新规下持股平台如何参与新三板定增路径解析》(第二届杭州律师论坛金融专业分会三等奖)
- 2.《苍穹之上 冰山之下——经济新常态下 PPP 项目风险防范简析》(合著,发表于《浙江经济》2016 总第 588 期)
- 3.《新常态下 PPP 模式项目合同重点条款设计——以社会资本视角》；



#### 4.《PPP项目选择社会资本程序中的几个问题》(2017年10月)

联系方式：

电话：0571-87007107

传真：0571-87006661

手机：13777573799

电子邮箱：cnd@zjblf.com



## 陆 原 律师 权益合伙人

硕士研究生学历,法学学士,MBA

浙江省律师协会金融与保险委员会  
委员

浙江省律师协会证券与资本市场委  
员会委员

杭州市律师协会金融委员会委员 银行课题组长

杭州市律师协会企业法律顾问委员会委员 金融课题组长

杭州天丰电源股份有限公司独立董事 证券代码 832283

### 简介:

陆原律师具有律师及上海证券交易所独立董事资格、董秘资格,通过证券从业资格考试及基金从业资格考试,获得 CAM 企业法治项目经理等专业资格。主要专业领域为金融、证券、资本市场的非诉讼业务及争议解决业务,擅长复杂民商事案件。曾长期为某股份制商业银行提供专项法律服务,为该行所有非标准业务文本提供法律审查服务,协助银行开发互联网金融相关业务。此外还长期为互联网供应链金融企业提供商业模式、交易结构等体系构建以及相应全法律文本起草服务。

### 主要业绩:

- 1.传统银行信贷业务(不良资产清收及转让);
- 2.金融同业业务(同业拆借、买入返售及卖出回购业务等);
- 3.票据业务(票据资产交易与服务业务);



4. 信托、券商、基金子公司资产管理业务(定向资产管理与集合资产管理业务);
5. 资金托管与监管业务;
6. 资金资本市场业务(黄金租赁、人民币远期结售汇、掉期交易等业务);
7. 投资银行业务(并购业务、固定资产投资业务、银团贷款业务等);
8. 结构化融资业务(包括银、证、信、保结构化融资项目及资产证券化、金融衍生品业务);
9. 供应链金融业务;
10. 保理业务;
11. 银行互联网金融创新业务(征信业务、P2P业务、P2P平台资金结清算及监管业务、通道业务等);
12. 银行间市场债务融资工具业务(短期融资券、中期票据、中小企业集合债业务);
13. 公司债券业务(发行与信息披露);
14. 中小企业私募债券(发行与信息披露);
15. 公/私募股权基金业务;
16. 股权投资业务。

他的工作语言为中文和英文。

#### 联系方式：

电话 :0086-571-8710 3526

传真 :0086-571-8700 6661

手机 :135 8819 6376

邮箱 :luyuan@zjblf.com



## 金道动态

※12月19日-29日，乌兹别克斯坦司法部在中国-上海合作组织国际司法交流合作培训基地举办法律管理人员培训班。27日上午，与浙江省律师代表座谈交流。浙江省律师协会副会长、本所首席合伙人胡祥甫律师向乌兹别克斯坦访问团介绍了浙江省律师行业发展的基本情况。浙江省律师协会常务理事、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介绍了我省律师服务“一带一路”建设的有关情况。

※12月21日，浙江省委组织部电教中心主任江美塘一行莅临本所，就“学习贯彻十九大精神”进行专题调研。同行的还有省委组织部电教中心副调研员干昂、干部林军辉、浙江电视台教育科技频道党建节目部副主任赵霞和记者姜诚。本所王全明主任，党总支书记黄耀以及事务所俞菊明、江力、邱华、秦伟、李政等律师共同参会。

※12月18日，中国国际贸易促进委员会杭州市委员会第六届代表大会暨杭州市国际商会第三届代表大会召开。本所作为常务理事会单位参会，高级合伙人申柱石律师当选杭州市国际商会第三届常务理事。

※12月，本所管理合伙人史源律师、权益合伙人徐杨超律师、张奕律师成为浙江省财政厅PPP专家库入库成员。这也是继去年黄耀



律师入库浙江省财政厅 PPP 专家库后，金道所入库的第二批律师。

※12月16日，第二届“全国商事犯罪预防与管控年度论坛”在杭州市之江饭店“浙江省新闻发布厅”隆重召开。本所高级合伙人兼刑事团队负责人、杭州市律协刑法委主任王晓辉律师受邀参加本次论坛并担任相关议题的发言嘉宾。

※12月9日至10日，本所管理合伙人、刑事团队负责人、杭州市律协刑事专业委员会主任王晓辉律师率本所合伙人姚杰、赖振华及刑事团队律师陈云丰、郭越鸣等一行九人参加了东海刑辩论坛。王晓辉律师发表《实践及反思：认罪认罚制度背景下刑辩律师作用的发挥》的演讲。

※12月7日，由英中商业法律论坛、浙江省律师协会涉外与海事海商专业委员会主办，浙江金道（宁波）律师事务所承办的“2017英中商业法律论坛”在宁波香格里拉大酒店召开。

※12月2日，由浙江省法学会财税法学研究会主办，本所和浙江财经大学法学院承办的浙江省法学会财税法学研究会2017年年会暨“律师涉税执业与财税法治建设”理论研讨会在本所召开，来自浙江省法学会、省财税机关、省高校、律师事务所、会计师事务所、税务师事务所、企事业单位的80余位专家学者参加了本次年会。

※12月5日，本所胡祥甫、王全明等14位高级合伙人受聘担任浙江工商大学法学院及法硕中心兼职教授、实务导师。

※12月5日，本所刑事团队与杭城八家综合律所刑事团队共同



发起成立“综合律所刑事发展论坛”。来自杭州地区的九家综合律师事务所刑事团队齐聚泽大律师事务所，召开论坛的第一次筹备大会。“综合律所刑事发展论坛”创始成员包括本所、泽大、京衡、奇沁、杭天信、南方中辰、大成(杭州)、盈科(杭州)、浩信(杭州)九家律师事务所。

※12月，本所管理合伙人王晓辉律师荣获杭州“‘十大律师先锋’之新锐律师”称号。

※12月1日，澳洲太平绅士余佩中先生莅临金道所，为到场的企业嘉宾及律师作“中国客户赴澳洲投资移民”的专题讲座。讲座由本所管理合伙人崔海燕律师主持。

※11月27日，本所合伙人赵箭律师作为九三学社杭州市委法律顾问团副团长，受杭州市普法办邀请，在杭州之江饭店为500多名全市社区工作者作了《民法总则解读》的普法讲座。

※11月，本所主任王全明律师、高级合伙人唐小平律师应杭州市萧山区法律培训中心邀请，为萧山区经济和信息化局主办的《全区小微工业企业实务创新管理》培训班作专题讲座。

※11月22日，浙江省副省长朱从玖、省政府副秘书长陆建强一行赴省工商行政管理局调研中小微企业服务工作。浙商银行、浙江股权交易中心、省注册会计师协会、省律师协会、浙江期货行业协会等单位参加了调研。省律师协会副会长、本所首席合伙人胡祥甫律师代表省律师协会参加了调研，并从律师服务中小微企业工作方面发表了意见。



※11月24日，本所邀请了中共浙江省委党校权力监督研究中心主任、教授、法学博士董瑛，为本所党员们上了一堂主题为“学懂弄懂做实十九大精神”的党课。本次党课作为本所党总支学习十九大报告的专题活动，由党总支书记黄耀律师主持。

※11月12日至13日，省律协迎来了老朋友——日本静冈县原会长斋藤安彦一行。斋藤会长率领的静冈县律师代表团一行11人此访是应浙江省政府的邀请，参加“浙江省静冈县友好关系35周年纪念仪式”系列活动。本所首席合伙人胡祥甫律师作为浙江省律协会副会长同本所权益合伙人茅玮民律师参与接待。

※11月16日，由浙江省经济和信息化委员会、浙江省司法厅、浙江省法学会指导，浙江省中小企业法学研究会、浙江省中小企业发展促进中心主办，由本所、浙江智仁律师事务所承办的2017年浙江中小企业法治论坛在杭州之江饭店召开，200余位来自浙江各市区的政府部门代表、法学专家、律师和中小企业代表参加了此次论坛。这也是本所承办的第九届浙江中小企业法治论坛。

※11月9日，本所首席合伙人胡祥甫律师、管理合伙人王晓辉律师应浙江省高级人民法院的邀请，在全省法院刑事审监业务培训班上为全省法院系统的法官作了专题讲座。

※11月5日，本所管理合伙人王晓辉律师应杭州市律师协会邀请，为杭州市各区、县(市)律师作了主题为“刑事辩护新发展刑事业务新趋势”的讲座。

※11月，本所提供支持的“浙江省第五届青年律师论坛”圆满落



幕，陈能达律师荣获“浙江省优秀青年律师”称号。

※10月30日，本所首席合伙人胡祥甫律师应杭州市人大常委会办公厅的邀请，为杭州市人大常委会组成人员作了主题为“民法总则与民法精神”的讲座。

※10月27日，新疆阿克苏地区律师协会代表赴杭州市律师协会进行交流学习，本所PPP团队负责人史源律师受邀作了PPP专题讲座。

※为响应国家“一带一路”倡议，为中国与保加利亚公司与个人提供全面而专业的服务，本所决定与保加利亚 Petrova&Abadzhiev 律师事务所开展战略合作并设立金道保加利亚办公室。2017年10月26日下午，本所与保加利亚 Petrova&Abadzhiev 律师事务所签约仪式举行。

※10月，本所王潭海、徐日升律师荣获第三届“华税杯”税法论文大赛暨《中国税务律师评论》有奖征文二等奖。

※10月22日，本所徐杨超律师应杭州市律师协会西湖分会私募基金与资本市场研究中心的邀请，为40多位西湖私募基金与资本市场研究中心成员作了主题为“PPP项目操作实例分析”的讲座。

※10月8日至13日，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在澳大利亚悉尼参加国际律师协会年会。崔海燕律师作为中华全国律师协会选拔的中国5名被资助对象之一参加了国际律师协会2017年的悉尼年会。



※10月13日，天津市律师协会韩士队副会长一行十余人到访本所交流。本所对天津律协代表团一行的到来表示热烈欢迎，杭州市律师协会常务理事、本所主任王全明律师主持会议，管理合伙人史源律师、权益合伙人杨帅杰律师、林行杭律师参加交流会议。

※10月12日，韩国世宗律师事务所(SHIN & KIM)中国代表处首席代表崔容远律师来访金道所。本所高级合伙人申柱石、江力律师和权益合伙人茅玮民律师参与接待，并进行了座谈交流。

※为了响应“一带一路”的建设，加深本所和浙江工商大学的院所合作，本所高级合伙人申柱石、王潭海律师全程参与，为浙江工商大学尼泊尔中心的设立牵线搭桥。

※9月22至23日，全国律协青年律师领军人才训练营年会上海站活动在上海青松城大酒店隆重举行，来自全国各省、直辖市、自治区共180余名青年律界精英齐聚申城，参加包括圆桌会议、实地走访、分组讨论等多个环节的活动。本所管理合伙人崔海燕律师作为青训营首期学员参加年会并在“一带一路”战略下的律师业务创新与实务分论坛上作主题发言。

※9月18日，由中国国际经济贸易仲裁委员会浙江分会、浙江省律师协会、中国国际贸易促进委员会舟山市委员会主办，浙江海洋大学、舟山市商务局、舟山市律师协会协办的“自贸试验区商事仲裁纠纷解决与法律风险防范研讨会”在舟山隆重举行，法律界、企业界共150余人参加了会议。会议邀请本所管理合伙人、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员、浙江省律师协会涉外与海事海商专业委员会主任崔海燕律师担任本次论坛主题发言环节的主持人。



※9月8日,本所绍兴分所框架协议签约仪式举行。王全明主任代表金道所与绍兴分所筹建合伙人马海、方慧忠、陈益倩律师签署了框架协议,事务所管理委员会成员崔海燕、王晓辉、王潭海、俞菊明、史源等律师参加了签约仪式。

※8月30日,2017年“法律服务月”活动总结座谈会圆满举行,浙江省商务厅、省司法厅、外贸中心、各地市商务部门代表以及服务月律师代表参加了座谈会,对今年的法律服务月活动进行了充分总结。省商务厅韩杰副厅长莅临会议,对活动给予了高度评价,并就创新活动形式和内容提出了意见建议。本次“法律服务月”活动分成11站,走过了全省11个地市。每组均由全省知名涉外律师、知识产权律师与技术专家组成,为各地的外贸出口企业解疑答惑。

※8月23日,“一带一路”法律服务合作联盟在乌鲁木齐召开专题会议,以“中国律师拓展中亚法律服务市场”为题,聚焦中国律师开展“一带一路”法律服务的前沿问题,共同探讨中国律师开拓中亚法律服务市场、拓展法律服务领域、提升法律服务能力的途径和方法。本所权益合伙人茅玮民律师作为浙江省律师协会涉外和海事海商专业委员会秘书长参加此次会议和培训。

