目 录

大咖之声

品牌聚焦

业务战果

金道党建

参政议政

走近合伙人

金道论坛

诉之有道

金道评析

金道沙龙

律师推荐

金道动态

推进法律援助服务均等化

□ 中华全国律师协会秘书长　韩秀桃*

2017年1月23日，国务院印发了《“十三五”推进基本公共服务均等化规划》（以下简称《规划》）。作为“十三五”时期推进基本公共服务体系建设的综合性、基础性、指导性文件，《规划》明确了我国基本公共服务制度建设框架，提出了系列政策措施。《规划》首次将法律援助纳入国家基本社会服务范畴，明确提出要降低法律援助门槛、扩大法律援助范围，推进公共法律服务体系建设，并将法律援助列入“十三五”国家基本公共服务重点服务项目清单。学习领会《规划》对法律援助新定位，推进法律援助服务均等化，对于做好当前和今后一个时期法律援助工作，完善中国特色法律援助制度具有十分重要意义。

一、基本公共服务均等化是全面建成小康社会的应有之义

向社会提供公共产品和服务是政府职责，建设服务型政府是经济

* 本文以《进一步推进法律援助服务均等化》为题，原载于《中国司法》2017年第8期，经韩秀桃秘书长授权，现刊发于本刊。

社会发展到一定阶段的必然要求。我国政府一直重视政府职能转变，不断强化公共服务职能。2002年，党的十六大将政府职能概括为四项，即经济调节、市场监管、社会管理和公共服务。2006年，“十一五”规划纲要提出，要加强各级政府的社会管理和公共服务职能，并首次提出了逐步推进基本公共服务均等化。同年10月，党的十六届六中全会通过的《关于构建社会主义和谐社会若干问题的决定》正式写入逐步实现基本公共服务均等化这一任务。2007年，党的十七大从缩小区域发展差距和完善公共财政体系的角度，进一步强调了基本公共服务均等化的重要作用。

党的十八大着眼于全面建成小康社会，充分肯定过去五年基本公共服务水平和均等化程度明显提高，明确将基本公共服务均等化作为全面建成小康社会的重要目标。十八届三中全会提出紧紧围绕更好保障和改善民生，明确提出要推进基本公共服务均等化。十八届五中全会提出创新、协调、绿色、开放、共享五大发展理念，强调要推进区域、城乡基本公共服务均等化，实现基本公共服务均等化水平稳步提高，意味着党和政府将致力于逐步缩小城乡之间、不同区域之间、不同群体之间的基本公共服务差距，促进社会公平正义，让更广大的人民群众沐浴公共财政的阳光，共享改革发展的成果。

从公共服务，到基本公共服务，再到基本公共服务均等化，贯穿始终的是以人为本、执政为民的为政思想，体现了强化公共服务职能、打造服务型政府的执政理念。2012年7月，国务院印发了《国家基本公共服务体系“十二五”规划》，这是我国首部国家基本公共服务体系规划，明确提出基本公共服务的范围、国家基本标准，提出实施26项保障工程，争取到2020年基本实现基本公共服务均等化。“十二五”规划还首次明确了公民有权享受政府提供的基本公共服务项目及其标准，第一次提出提供基本公共服务是政府的职责，标志着我国基本公共服务与户口、户籍地逐步分离，成为群众的基本权益。

《规划》延续“十二五”规划指导思想、基本框架和制度安排,强调享有基本公共服务是公民的基本权利,保障人人享有基本公共服务是政府的重要职责,首次推出国家基本公共服务清单,明确建立国家基本公共服务清单制,确定了八大领域81项基本公共服务项目作为政府履行职责和公民享有相应权利的范畴。《规划》从解决人民群众最关心最直接最现实的利益问题入手,以普惠性、保基本、均等化、可持续为方向,按照“兜住底线、引导预期,统筹资源、促进均等,政府主责、共享发展,完善制度、改革创新”的基本要求,稳步提高均等化水平,力争到2020年在学有所教、劳有所获、病有所医、老有所养、住有所居等方面持续取得新进展,基本公共服务均等化总体实现,人民生活水平总体提高,小康社会全面建成。

二、法律援助是实现“困有所帮”的基本公共法律服务

法律援助是国家以制度化、法律化的形式为社会弱势群体提供法律服务,帮助他们实现法律赋予公民的平等权利。1994年初,司法部提出建立和实施法律援助制度,其大背景是伴随着改革开放、实行社会主义市场经济,出现了不同程度的贫富不均;同时推进律师制度改革,把律师推向市场,逐步暴露出一些经济困难公民请不起律师、没有经济能力依法维护自身权益等问题。探索建立中国特色法律援助制度,其直接契机就是为了解决部分人因经济困难“请不起律师、打不起官司”问题,确保公民法律面前人人平等的宪法权利最终实现。

1996年审议通过的《刑事诉讼法》和《律师法》第一次明确写入法律援助,推动法律援助从部分地方试点向全国全面试行阶段快速发展。

2001年"十五"计划纲要第一次将法律援助制度写入国家的经济和社会总体发展规划之中，明确提出要建立法律援助体系，标志着我国法律援助事业进入一个新的发展阶段。此后，各地逐步将法律援助工作纳入本地的经济社会发展规划和政府为民办实事项目。党的十六大明确提出要积极开展法律援助。2003年《法律援助条例》颁布实施，首次明确了法律援助是政府责任，各级党委政府给予法律援助以前所未有的重视和支持，促进法律援助事业改革发展。从2004年以来，历届党代会报告、经济社会发展规划和政府工作报告都对法律援助工作提出明确要求，强调要做好法律援助工作。截止到2016年底，17个省份将法律援助纳入本地"十三五"经济社会发展规划，22个省份将法律援助纳入民生工程、纳入基本公共服务体系，纳入政府绩效考核体系，28个省份制定出台了法律援助条例或实施办法。

我国法律援助制度具有鲜明特色，不仅关注制度的司法价值，还关注制度的政治价值、社会价值。一方面强调法律援助是维护和保障司法人权的重要作用，另一方面更强调法律援助是党的群众工作的重要组成部分，是政府民生工程、为民办实事项目。按照上述发展思路和制度模式，二十多年来我国法律援助走过了一条学习借鉴、试点探索、快速推进、稳步实施的发展之路，始终呈现出一种跨越式的发展态势。二十年前，什么是法律援助、怎么做法律援助、为什么要建立法律援助制度，种种疑问困扰着许多人。二十年后，法律援助已经摆上各级党委政府的工作案头，纳入各地经济社会发展规划和为民办实事项目，成为许多困难群众和特殊案件当事人的法律低保。

1999年全国法律援助案件量突破10万件，2012年突破了100万件。据统计，2011–2015五年间，全国累计办理法律援助案件499万件，获得援助的当事人558万人。其中，2014年受援人138.8万人次，农民和农民工受援人占68.3%。各地法律援助机构还累计解答法律咨询2900多万人次。此外，五年间中央专项彩票公益金法律援助项目在26个省（区、市）逐步实施，资助办理了涉及老年人、残疾人、妇女、未成年人、农民工法律援助案件29万件，受援人数超过45万人，为困难群众挽回经济损失176亿元，有效维护困难群众的合法权益。实践已经证

明，法律援助是实现和维护困难群众平等享受法律权利，落实“困有所帮”的基本公共法律服务制度，对于维护社会公平正义、服务和保障民生具有独特地位，在全面推进依法治国中发挥了重要作用，已经成为展示我国法治文明进步与司法人权保障的最佳窗口。

三、法律援助均等化是完善法律援助制度的基本要求

探索建立中国特色法律援助制度，健全完善法律援助实施体制和工作机制，这是二十多年来我国法律援助事业改革发展的一条主线。2004年12月，按照中央关于司法体制和工作机制改革的初步意见，着眼于改革和完善诉讼收费制度，提出加大法律援助和司法救助工作力度，明确法律援助和司法救助的对象、范围、形式，完善经济确有困难当事人的证明制度和具体操作程序。按照上述改革意见，经过四年多推进和实施，到2008年底，全国法律援助经济困难标准、法律援助事项补充范围、法律援助办案补贴标准（简称“三项标准”）制定工作基本完成。“三项标准”的建立是继《法律援助条例》颁布实施以后，完善法律援助制度一项重大举措，体现了法律援助制度的价值取向和基本内涵。

从2009年开始，按照中央关于深化司法体制和工作机制改革的意见，推动建立法律援助“三项标准”动态调整机制，一些地方逐步将经济困难标准由最低生活保障保障标准调整为低保标准的1.5–2倍或最低收入标准，大多数地方把劳动关系、婚姻家庭等民生事项纳入法律援助补充事项范围，一些地方适时调整了法律援助办案补贴标准，促进法律援助与经济社会发展协调发展。与此同时，推动法律援助“三个纳入”，即把法律援助纳入地方经济社会发展整体规划、把法律援助纳入党和政府主导的维护群众权益机制、把法律援助经费纳入同级政府财政预算，建立法律援助经费和政策保障体制。截止2012年底，22个省（区、市）将法律援助工作纳入本地区经济社会发展“十二五”规划，全国92%的地方将法律援助业务经费全部纳入地方财政预算，法律援助制度进

一步完善。

十八届四中全会提出完善法律援助制度,扩大援助范围,健全司法救助体系，保证人民群众在遇到法律问题或者权利受到侵害时获得及时有效法律帮助。2015 年中央全面深化改革领导小组第十二次会议审议通过的《关于完善法律援助制度的意见》(中办发[2015]37 号),明确提出了推进法律援助工作改革发展的指导思想、基本原则、主要任务和政策措施,通过扩大法律援助覆盖面、提高法律援助质量、强化法律援助保障、加强法律援助组织领导等途径,进一步加强法律援助工作,完善中国特色社会主义法律援助制度。

法律援助作为基本公共法律服务，其均等化的含义应当是指全体公民都能公平可及地获得大致均等的服务,其核心是促进机会均等,重点是保障人民群众特别是经济困难群体得到基本公共法律服务的机会,而不是简单的平均化。稳步推进和逐步实现均等化,理念是坚持以人为本,积极回应民生诉求,使符合条件的公民都能获得法律援助,平等享受法律保护,努力让人民群众在每一个案件都感受到公平正义。重点是为困难群众提供及时便利、优质高效的法律援助服务,组织开展贫困地区脱贫攻坚,通过法律服务和法律帮助助力精准扶贫和精准脱贫,不断扩大法律援助覆盖面,切实解决经济困难人群“请不起律师、打不起官司”问题。关键是缩小城乡服务差距,提高区域服务均等化水平,推进覆盖城乡的公共法律服务体系建设,实施资源集约高效,推进机会均等共享，把法律服务送到最需要的百姓手中。基础是强化法律援助政策、经费和组织保障,提升基层一线的服务能力和水平,扩大公共法律服务的有效供给，实现法律咨询服务全覆盖,提升法律援助服务的可及性。

四、公共法律服务体系是推进法律援助均等化的重要保障

推进和落实法律援助均等化必须有相应的保障措施。十八届四中全会提出,建设完备的法律服务体系，推进覆盖城乡居民的公共法律服务体系建设，加强

民生领域法律服务。2016年《国民经济和社会发展“十三五”规划纲要》提出，完善法律服务体系，加强律师等法律人才和法律服务队伍建设，推进覆盖城乡居民的公共法律服务体系建设，完善法律援助制度，健全司法救助体系。《规划》首次提出，加强法律援助综合服务平台和便民窗口、法律服务中心（站、工作室）、12348法律服务热线等基础设施建设，改善服务条件。加强基层普法阵地、人民调解组织、司法鉴定机构建设，健全服务网络，这为法律援助均等化提供了重要的体制支撑和制度保障。

一般而言，公共法律服务体系是公共法律服务产品、公共法律服务制度和公共法律服务系统的集成。从服务内容上看，法律援助仅仅是一种公共法律服务产品，是政府免费提供、困难群众自愿申请获得的基本公共服务，属于公共法律服务的基础性产品。从服务制度上看，我国法律援助经过二十多年发展，已经形成了一整套相对完整的组织架构、实施体制、运行机制和政策保障，在公共法律服务体系建设中居于基础性地位。从服务系统上看，法律援助不仅是重要法律制度，还是党的群众工作和政府民生工程，政治属性、社会属性和法律属性有机统一于法律援助具体业务中，属于公共法律服务体系的基础性平台。

一方面，公共法律服务体系建设丰富和拓展了法律援助的制度内涵和服务内容。国际上关于法律援助概念通常十分宽泛，作为受援人的诉讼代理只是其中一项援助事务，大量的法律事务应当发生在诉讼之前和诉讼之外，即法律援助早期介入（Early Intervention或译早期干预）。包括以非专业语言提供法律信息、公共法律教育、通过电话或社区法律中心提供法律咨询、协助争议各方进行交流谈判与调解，以及线上法律信息平台服务等。国外有学者形象地说，与其在悬崖下准备救护车，不如在悬崖边建上栏杆。立足公共法律服务体系建设，法律援助应当更加注重属于早期介入的种种做法，让法律变得更加便捷、可及、实用，使法律援助成为普通民众的法治实践活动，既体现了法律援助基本价值，也有助于实现法律援助效率最大化。

另一方面，公共法律服务体系建设凸显了政府公共财政投入的基本准则。从法律援助资金效益来分析，政府公共财政投入物超所值。据

统计，中国法律援助基金会“十二五”期间中央专项彩票公益金项目投入产出比1:34。其中，仅2015年组织实施项目5.7万多件，投入1亿多元，直接受益人9万多人，为受援人挽回经济损失近35亿元。2016年浙江省投入法律援助经费1.1亿元，受援人10.2万人，为群众挽回或取得经济利益12.64亿元，投入产出比为1:12。宁夏的相关数据是1470万、1.7万人、3亿元，投入产出比为1:20。“十二五”期间北京市海淀区法律援助中心得到政府给予的办案补贴2110万元，共结案1.9万余件，为受援人挽回和避免经济损失2.3亿元，投入产出比为1:11。除了上述直接经济收益，还有及时化解矛盾纠纷带来的社会安全风险效益。按照公共财政理论，政府提供了法律援助这一公共服务产品，其经费投入真正体现了“花小钱办大事”的公共财政理念。

总之，“十三五”时期是全面建成小康社会的决胜时期，也是我国经济社会加速转型发展的关键时期。我国人均GDP水平将实现1万美元目标，进入发达国家底线。随着经济发展水平的提升，社会对包括法律援助在内的公共服务需求的广度和深度都将大大拓展。新形势下，持续推进和不断完善国家基本公共服务体系，推进各项基本公共服务均等化，意义十分重大。我国法律援助制度自建立以来，始终围绕经济社会发展和人民群众实际需要，积极探索和创新相关体制机制，不断完善具有中国特色的法律援助制度。在此大背景下，如何更好地满足人民群众特别是困难群体法律服务需求，稳步推进和逐步实现法律援助均等化，完善覆盖城乡公共法律服务体系，让法律惠及每一个老百姓，既是对落实政府责任的重大考验，也是每一位从事法律援助工作者的职责使命。

本所荣获“浙江著名律师事务所”称号

2018 年 3 月 5 日上午，浙江省律师协会九届理事会第七次会议在杭州之江饭店召开。省司法厅厅长、党委书记马柏伟，省司法厅副厅长朱晓晔，全国律协副会长、省律协名誉会长章靖忠，省律协会长郑金都等出席了本次会议。本所首席合伙人胡祥甫律师作为省律协副会长在前台就座，管理合伙人崔海燕律师作为省律协常务理事参加了本次会议。

会上，本所被授予“浙江著名律师事务所”荣誉称号，王全明主任代表本所接受颁奖。

此次“浙江著名律师事务所”评选，旨在进一步贯彻落实省司法厅《关于在全省律师行业实施“名所名品名律师”培育工程的意见》，推进我省律师事务所规范化、专业化、规模化、品牌化、国际化发展。

本所自 2006 年 1 月成立以来，一直秉承“守信如金，为业载道”的执业理念，努力用专业、优质、规范的法律服务为客户提供法律问题的最佳解决之道，并于 2011 年底获评“全国优秀律师事务所”。发展至今，本所规模已突破 200 人，并在宁波、杭州经济技术开发区开设分所，绍兴分所也已在筹办之中。

此次“浙江著名律师事务所”评选，历时近 3 个月，经过申报、初评、公开投票、评定公示等四个环节，本所终于在全省 1400 余家律所中脱颖而出，获得认定和授牌。这既是对本所工作的肯定，也是推动本所朝着更广平台、更高目标继续努力的重要动力。

本所首席合伙人胡祥甫律师获聘中共浙江省委建设法治浙江专家咨询委员会委员

自2006年率先启动“法治浙江”建设以来，浙江省始终坚持以法治的力量助推社会、经济、民生的稳步发展，努力将法治思维融入民主立法、依法执政、依法行政、公正司法的各个方面，铿锵有力地走在全国法治的前列。

同年成立的金道律师事务所，一直秉持“守信如金，为业载道”的办所理念，在力争为客户寻求法律问题的最佳解决之道的同时，金道律师也十分重视自身的社会责任感与职业担当，积极响应“法治浙江”建设这一重大决策，充分利用律师职业的专业性和特殊性，踊跃参与地方立法，为各级党委和政府提供优质的法律服务。

2018年2月2日，中共浙江省委建设法治浙江工作领导小组第十七次会议暨省委建设法治浙江专家咨询委员会委员聘任大会在杭召开，本所首席合伙人胡祥甫律师获聘建设法治浙江专家咨询委员会委员。省委书记、省委建设法治浙江工作领导小组组长车俊同志亲自为胡祥甫律师颁发了聘书。

胡祥甫律师同时还担任浙江省人大地方立法专家委员、杭州市人大代表、杭州市人大法制委员会委员。金道律师也将以胡祥甫律师为榜样，进一步响应车俊书记“努力使法治成为浙江核心竞争力的重要组成部分”的重要号召，继续扎实做好参政议政的相关工作，为深化法治浙江建设做出应有的贡献。

本所管理合伙人兼刑事法律服务团队负责人王晓辉律师在扫黑除恶暨“刑辩技能大巡讲”中为余杭、建德、拱墅、丽水等地律师授课

为贯彻落实中央、省、市关于开展扫黑除恶专项斗争的工作部署，充分发挥律师在刑事辩护全覆盖进程中的作用，杭州市司法局、杭州市律协组织开展“刑辩技能大巡讲”暨扫黑除恶案件辩护代理工作专项培训。本所管理合伙人兼刑事法律服务团队负责人王晓辉律师作为杭州市律协刑法委主任带领刑法委副主任高振华、郑剑锋、秘书长胡瑞江、副秘书长孙立波为余杭、建德、拱墅、丽水近五百名律师授课。

根据省、市律协专题培训工作安排，讲师团先后于2018年5月23日、26日、30日前往余杭、建德、拱墅巡讲。王晓辉律师演讲的主题是《律师办理刑事案件的基本技能》，其结合自身办案经验，讲解了收案技巧、非法证据排除技巧和质证举证技巧、辩护技巧。5月27日，王晓辉

律师又前往丽水为当地律师讲解《案解刑事辩护形态及辩护观点的提炼》

授课内容主要是通过对自己办理的典型案例剖析，总结现下刑事案件辩护的新形态和新方法，以及在辩护新形态下如何明确辩护思路，提炼辩护观点。授课结束，王晓辉律师与在场参加培训的律师学员进行了互动交流。针对律师学员提出的问题和困难，王晓辉律师都进行了针对性解答。

王晓辉律师的授课，主题明确，内容翔实，理论与实践充分结合，受到当地司法局、律协以及律师学员的高度赞赏，大家纷纷表示受益良多，意犹未尽。

本所 9 项产品在杭州市首届“法律服务产品”大赛中获奖

在 2018 年 3 月 10 日下午召开的杭州市律师协会第八届理事会第七次(扩大)会议上，市律协对在首届“律师法律服务产品”大赛中获奖的团队和个人进行了表彰。

此次法律服务产品大赛，本所精心组织、准备，共提交法律服务产品 13 项，其中有 9 项产品从全市提交的 226 项产品中脱颖而出，在大赛中获奖，获奖率达到 69.23%，获奖数占 15%。

一等奖

本所 PPP 法律服务团队的

《政府方参与 PPP 项目全程操作指引》

三等奖

建设工程与房地产法律服务钱雪慧团队的

《商品房交付专项法律服务产品》

PPP法律服务团队的

《社会资本方PPP战略规划及全程操作指引》

国际经贸法律服务团队的

《外贸出口法律风险防范和应对》

《企业境外投资法律服务指南》

建设工程与房地产法律服务罗弘韬团队的

《商品房销售及交付专项法律服务产品》

优秀奖

投融资法律服务团队的

《不良资产(综合处置)法律服务产品》

刑事法律服务团队的

《贷款业务中的刑事风险防范及刑民交叉问题处理》

建设工程与房地产法律服务罗弘韬团队的

《房地产领域特色尽职调查之长租公寓法律尽职调查》

一直以来,本所都非常注重专业化发展。从2012年开始,本所就组织开展“法律服务产品”评比活动,至今已举办了3届,累计收到来自8个法律服务领域的63项法律服务产品,其中不乏诸多优秀产品。

法律服务产品既是对既有经验的总结,也是对新领域、新业务的研发,对提升律师专业化水平和业务质量都有着非常重要的作用。

本所多名律师荣获省、市律协嘉奖

2018 年 3 月 5 日，省律协九届理事会第七次（扩大）会议，本所荣获“浙江省著名律师事务所”称号。本所管理合伙人王晓辉、史源律师和高级合伙人钱雪慧律师被评选为“浙江省优秀专业律师”。

2018 年 3 月 7 日，经省律协九届理事会第 23 次会长办公会议审议，决定对在纪律惩戒、职业培训、公益活动、文化建设及专业委员会建设等方面作出积极贡献的 89 位律师予以通报表扬。本所崔海燕、王晓辉、茅玮民、赖振华和龚家勇等五位律师受到通报表扬。

2018 年 3 月 10 日，杭州市律师协会第八届理事会第七次（扩大）会议在杭州第一世界休闲酒店举行。会上，市律协副会长刘国健宣读了表彰文件。本所王全明主任、管理合伙人王晓辉律师、权益合伙人陈能达律师和合伙人龚家勇律师获个人嘉奖。

2018 年 4 月 21 日，杭州市律师协会团委成功举办了 2017 年度“两优两新”评审会，本所郑梁律师荣获“业务新秀”荣誉称号。

金道律师事务所
BRIGHTEOUS LAW FIRM

本所成立诉讼研究发展中心

金道诉讼研究发展中心成立

2018年4月19日下午，本所成立诉讼研究发展中心并开展首次研讨活动，首席合伙人胡祥甫律师、主任王全明律师在内的40余位金道律师参加了此次活动。本所诉讼研究发展中心由主任王全明律师提议发起，由首席合伙人胡祥甫律师担任首席顾问。

为什么成立金道诉讼研究发展中心？

此次成立金道诉讼研究发展中心，旨在**整合所内诉讼资源，指导有志于从事诉讼业务的年轻律师提高业务水平，总结和推出金道律师的成功案例，塑造和推广金道所诉讼业务品牌。**

本所在诉讼领域的**优势是什么？**

人才齐聚

各类诉讼业务(刑事、民商事、行政)一直是本所的传统强项，诉讼

人才齐聚，其中20余位律师曾在省内外各级法院、检察院工作，具有丰富的办案经验。

成果丰硕

2010年获得ALB《亚洲法律杂志》“诉讼律师事务所大奖”提名，2011年获“全国优秀律师事务所”称号。近年来陆续由法律出版社出版《法庭风云》、《诉之有道》等案例专著6本。

2011年获“全国优秀律师事务所”
陆续由法律出版社出版案例专著6本

重大案例

截至2017年12月，本所合计办理诉讼和仲裁类案件**12539件**，其中近两年办结的大案、要案（部分）包括：

浙江省高院行政庭近几年来诉讼标的额最大的行政协议纠纷案；

杭州市首届十大影响力案件——浙大网新破产重整案；

某央企浙江公司7亿元诉讼系列案；

浙江省高院标的额最大的建设工程纠纷成功调解案；

“蓝色钱江纵火案”

……

首次活动

金道诉讼研究发展中心的活动每周举办一次，在分享、研讨和总结中提升金道律师在诉讼领域的水平和技能，从而为客户提供更加优质、专业、高效的诉讼法律服务。

在首次活动中，高级合伙人胡浩明律师分享了题为**“民事诉讼抗辩良方——从案例出发谈‘请求权基础分析法’的适用”**的主题交流，以某经办案例为载体介绍了“请求权基础分析法”这一办案方法在具体案件中的运用，体现了律师在代理疑难案件中的作用和价值。

胡祥甫律师指出，要将传统业务专业化、新型业务精品化；诉讼案件要做到证据格式化、法律文书标准化、诉讼过程可视化；并强调中心要多研究、多指导、多宣传。

王全明主任介绍了金道诉讼研究发展中心的具体工作，指出将以案例分享、疑案研讨、模拟法庭、辩论赛等多种形式开展活动，要求相关人员对诉讼业务分阶段进行研究，并对有关工作进行了部署。管理合伙人崔海燕、高级合伙人黄河、李冰冰、刘艳芳等律师也就金道诉讼研究发展中心的建设和活动开展发表了意见和建议。

本所首席合伙人胡祥甫律师团队代理的土地行政协议纠纷案在浙江省高级人民法院的主持下圆满达成调解

新《行政诉讼法》实施以来，行政协议（行政合同）被正式纳入行政诉讼案件的审查范围。诉讼标的额逾三亿元的浙江某房地产开发企业（下称“A企业”）诉东阳市人民政府、东阳市国土资源局土地行政协议纠纷案，便是浙江省高级人民法院行政审判庭近年来审理的十分典型的行政协议案件。本所首席合伙人胡祥甫律师作为上诉人东阳市国土资源局的诉讼代理人，全程参与了案件二审阶段的诉讼活动。

本案一审法院判决解除A企业与东阳市国土资源局签订的土地出让《成交确认书》，判令东阳市国土资源局向A企业返还土地出让金并补偿利息损失，共计三亿五千多万元。根据这一判决结果，不仅双方之间的土地出让合同关系被予解除，且东阳市国土资源局还需承担绝大部分的违约责任。东阳市国土资源局于一审败诉后，向浙江省高级人民

法院提起上诉,并委托胡律师作为该局在二审阶段的诉讼代理人。

在二审开庭以前,胡律师带领团队多次赶赴东阳,与东阳市人民政府、东阳市国土资源局的主要领导和相关人员进行沟通和探讨,调取了相当多一审未曾提供的新证据提交给二审法院,有力地证明了A企业在土地出让过程中存在的违约行为。在庭审过程中,胡律师准确地把握住行政协议的合同属性,提出对于本案行政协议的审理也应当适用《合同法》的有关规定,A企业作为违约方,无权请求解除合同,其所提出解除土地出让合同关系的诉讼请求缺乏请求权基础,在本案不存在其他合同解除事由的情况下,应由双方继续履行土地出让合同关系项下的各项义务。胡律师立足于案件事实和证据,结合法理与事理,就以上观点向合议庭法官作了充分的表达和论述,取得了非常好的庭审效果。正因如此,A企业在庭后转变了态度,表达了调解的意愿。

进入调解环节,胡律师亦数次带领团队前往东阳,参加东阳市人民政府召集的专题协调会议,参与同A企业的谈判,总体上在调解中取得了主动。在由浙江省高级人民法院召集的正式调解会议上,时任行政审判一庭庭长及本案的主审法官在充分听取双方意见之后,明确表态A企业在本案应负主要违约责任。

最终,经过长达一年的努力,本案于近日圆满达成调解,双方继续履行土地出让合同,A企业除需缴清尚欠的二亿多元土地出让金外,还需支付二千万元的违约金。相较于案件一审的判决结果,由胡律师代理的二审诉讼,通过调解取得了非常理想的成效,有效地保障了政府一方的合法利益,也为当地的土地出让市场带来了十分积极的影响。

本所为钱投集团停车债发行提供专项法律服务

2018 年 3 月 29 日，杭州市钱江新城投资集团有限公司（以下简称“钱投集团”）举办了主题为“2018 年钱投集团停车债成功发行答谢会”，本所管理合伙人崔海燕律师及项目主办律师之一朱腾飞律师应邀出席。

钱投集团系杭州市人民政府直属国有独资企业，且为杭州钱江新城北岸城市新中心唯一的开发主体，承担土地开发、重要城市基础设施建设、优质国有资产运营等职能，主要负责钱江新城、城东新城、钱江新城扩容区块及三堡和上城区块的区域开发建设以及基础设施代建开发管理工作、运营管理区域内优质经营性资产等。

钱投集团发行的本次停车场建设专项债券（以下简称“停车场专项债”）规模为 49 亿元，利率为 5.64%，期限为 7 年，**为目前全国单笔发行金额最大的停车场专项债。**该停车场专项债募集资金拟投资建设 32 个停车场项目，选址涵盖杭州市区天城单元、彭埠单元、景芳三堡单元、四堡单元、七堡单元、紫阳南星单元、凯旋规划管理单元、下沙中心区单元等区域，区位优势明显。募投项目涵盖停车场面积 730,187 平方米、配套商业设施面积 3,561 平方米，共建成停车位 18,710 个、充电桩 1,872 个、智能停车系统一套。

本所作为钱投集团发行本次停车场专项债的专项法律顾问参与本项目，根据企业债发行的实质条件，对发行人的主体资格、历史沿革、独立性、业务、关联交易及同业竞争、重大资产变化、债权债务、经营中的合法合规等重点事项进行了核查，并出具了法律意见书。

本次停车场专项债的牵头主承销商为财通证券股份有限公司，联

席主承销商为国开证券股份有限公司，信用评级机构为上海新世纪资信评估投资服务有限公司,审计机构为大华会计师事务所(普通合伙),本所与各家中介机构共同为本次停车场专项债的发行提供了专业的服务。

本所为亚运场馆PPP项目提供专项法律服务

第19届亚洲运动会将于2022年9月10日至25日在中国杭州举行,同时协办城市有绍兴、湖州和宁波。举办亚运会可以极大地提升杭州城市形象和国际知名度,有利于城市基础设施建设和城市功能的进一步完善。

为满足亚运会水上赛事配套设施需要,富阳区政府授权富阳区水利水电局开展实施亚运场馆及北支江综合整治工程PPP项目。项目包括亚运场馆工程、上下游水闸、船闸、北支江清淤工程、隧道工程、景观工程等。

在本所王晓辉律师的联系下,本所史源、张奕、吴天野、金琪琪、高映南(实习律师)等五位律师组成专项法律服务团队,为亚运场馆及北支江综合整治工程PPP项目的中标社会资本提供专业法律咨询服务。

北支江综合整治工程是一项集配水、社会、经济、环境等显著综合效益的基础设施工程。工程的建设将使北支江在枯水期仍能保持较高的景观水位,满足2022年杭州亚运会水上赛艇皮划艇等水上运动条件,同时增加了城市绿地面积,完善了公共基础设施建设,改善了城市生态环境。水上激流回旋及赛艇皮划艇亚运场馆将按照亚运场馆设计理念的要求和亚运会运动竞赛规则,进行科学、系统、全面地规划设计,突出主题公园特征,为亚运会做好准备。

本所提供全程法律服务：路桥城区道路建设改造提升 PPP 项目顺利签约

3 月 16 日上午 9 时，由本所提供全程法律服务的台州市路桥城区道路建设改造提升 PPP 项目签约仪式在台州市路桥区区行政大楼举行。台州市路桥区区人大常委会主任蒋临、区政协主席戴冬林、副区长项小平，上海宝冶总经理陈刚、副总经理袁斯浪等同志出席签约仪式。

本项目建设总投资约 391286.48 万元，道路总长度约 82413 米，总面积约 2937738 平方米。建设内容包括道路工程、交通工程、排水工程、绿化工程等，对改善城市道路网络，加快区域建设，促进路桥城市交通和经济的健康可持续发展有着非常深远的意义。

本所徐杨超、朱腾飞、张阅等律师组成的律师团队为本项目提供项目全程法律服务，协助编制和审核“两评一方案”、采购文件及 PPP 项目合同等重要文件，为本项目的合规落地保驾护航。

本所承办的杭州博大金刚石有限公司、杭州雷泰家具有限公司两起破产清算案第一次债权人会议顺利召开

一、杭州博大金刚石有限公司破产清算案件第一次债权人会议

2018 年 1 月 16 日，由本所主任王全明和权益合伙人茅玮民律师带领的破产管理人团队承办的杭州博大金刚石有限公司破产清算案第一次债权人会议在杭州市余杭区人民法院顺利召开。

会议在杭州市余杭区人民法院的主持下进行，本所王全明主任及茅玮民律师首先对管理人的各项工作及相关方案进行了汇报。随后，会议就债务人财产管理及变价方案、债权人会议书面表决方案、债权人委员会组织方案、债权人委员会成员选举等事项进行了表决，高票通过了各项方案并选举了债权人委员会的成员。

二、杭州雷泰家具有限公司破产清算案第一次债权人会议顺利召开

2018年4月9日，由本所高级合伙人黄耀律师和周蕾律师带领的破产管理人团队承办的杭州雷泰家具有限公司破产清算案第一次债权人会议在杭州市余杭区人民法院顺利召开。

会议在杭州市余杭区人民法院的主持下进行，管理人首先对执行职务的工作、债权申报及审查情况等进行了汇报。随后，会议就债务人财产管理及变价方案、债权人会议邮寄、书面表决方案等进行了表决并以高票通过，同意的债权份额占到债权总额的98.68%。

本所将充分发挥专业优势，在法院的指导和债权人的监督下，继续忠实勤勉地处理破产企业各项事务，依法保障债权人的合法权益！

导语：浙江金道律师事务所自2006年成立以来，坚持“党建与所建并举”的发展思路，经过10多年的发展，初步实现了“党建、发展”双品牌目标，先后被评为全国优秀律师事务所、全国“法律服务和法律援助工作为构建社会主义和谐社会服务”主题实践活动先进集体、浙江省律师行业党建工作模范所等荣誉称号。那么，金道律师事务所在以党建促所建的发展过程中，究竟是如何来做的呢？下面就让我们一起去了解一下。（来源于浙江电视台）

两新党建——立足岗位发挥优势为社会提供优质高效法律服务

在业内，浙江金道律师事务所有着响亮的知名度。但很多人并不知道，这家事务所成立至今的历史只有短短的12年。2006年初，金道律师事务所刚成立时，只有10几人，其中仅有党员5名。如今，事务所的总人数已超过200名，其中，党员94名，占总人数的45.4%。2016年浙江金道律师事务所全所业务创收超过1亿元，位居杭州市律师事务所前列。这其中，仅占全所1/3人数的党员律师承接的业务量占到了全所60%以上。

（浙江金道律师事务所党总支书记 黄耀：党员律师在大项目 大案件当中所起的带头作用非常大，而且所起的效果也非常好。党员律师做得好，对其他律师的带头作用以及榜样的力量在实际工作当中就突显出来。）

在浙江金道律师事务所里，党员律师除了在业务拓展方面发挥着先锋模范作用外，在为行业建设服务以及参加社会公益等方面也都充当着“排头兵”的角色。从 2007 年至今，浙江金道律师事务所律所作为主要承办方，每年都参与承办浙江中小企业法治论坛，为我省中小企业维护自身合法权益、实现持续健康发展提供法律服务保障，而金道律师事务所的党员律师是活动的主力军。

（浙江金道律师事务所党员实习律师 王邦彦：作为金道律师事务所的一名党员律师，能够参加这样一个活动，为中小企业提供法律服务，是我们的义务与责任）

（浙江融熠资产管理有限公司产品总监 邵铮铮：我们这家私募管理公司从法律意见书，到后期产品的推进，得到了律师很大的帮助。今后我们在投资一些股权项目当中会需要金道（律所）给我们更多更大的帮助）

2016 年夏天，金道律师事务所的首席合伙人、浙江省法学会中小企业法学研究会会长胡祥甫律师提出了“浙江中小企业法律服务月”活动

的设想。打算组织一批有知识、有经验、有担当的律师、专家、学者，奔赴全省各地，为我省的中小企业提供专业、实务的法律讲座，并现场解答问题。这个想法得到了省经济和信息化委员会、省司法厅、省法学会领导的肯定与支持。从 2016 年开始，在相关部门的共同策划和努力下，“浙江中小企业法律服务月”活动正式启动，一大批律师、专家、学者前往全省各地为中小企业进行免费法律讲座，为全省超过 1500 名企业家及高级管理人员提供了法律服务。

（浙江金道律师事务所党总支副书记 邱华：各地中小企业对法律服务需求还是非常强烈的，主要是在相关的合同法、劳动法等法律，除此之外，随着近年来电商的发展以及跨境贸易的发展，中小企业的法律需求也在不断提升）

（浙江金道律师事务所首席合伙人 胡祥甫：送法进一些基层，给他们用一些鲜活的案例去解释一些他们在工作生活中可能会遇到的法律方面问题，普及法律知识）

除了为企业提供优质高效的法律服务外，金道律师事务所党总支还积极推动党员律师进社区、律师进乡村等基层送法活动。从2012年开始，金道律师事务所与省内8个居民社区开展了结对活动。

(浙江金道律师事务所党员律师 王楠：我觉得党员律师应该给自己树立一个更高的目标，一个更全方位的目标，不单单是我的专业上，取得了怎样的成绩，我做了多么成功的案子，更要求我有一个更加丰富的人格和精神世界)

在党员律师的带动下，浙江金道律师事务所的法律工作者们立足岗位发挥优势，积极主动为社会提供优质高效法律服务，被省司法厅评为“浙江省律师行业党建工作模范所”，被国家司法部授予“法律服务和法律援助工作为构建社会主义和谐社会服务”主题实践活动先进集体荣誉称号。并且在全国律师代表大会上被评为“全国优秀律师事务所”。通过“党建与所建并举”的发展思路，成为了行业内的佼佼者。

本所钱雪慧律师作为新的社会阶层代表接受杭州市副市长王宏接见和交流

全国新的社会阶层人士统战工作会议和《关于加强新的社会阶层人士统战工作的意见》指出，各级党政领导干部、各有关部门要建立与新的社会阶层代表人士的列名联系制度，进一步加强与新的社会阶层代表人士的联系，引导他们增强“四个意识”，坚定“四个自信”，在参政议政、提供专业化公共服务、了解各方利益诉求、有效化解社会矛盾等方面，当好党委政府的桥梁纽带，在新的社会阶层人士群体中发挥好示范引领作用。

2018年1月22日下午，杭州市政协委员、本所高级合伙人钱雪慧律师作为新的社会阶层代表接受杭州市副市长王宏等领导的接见和亲切交流，参加此次交流工作的还有张文戈副秘书长、市住保房管局许云龙副局长、市司法局徐前副书记和市律协沈海鸥秘书长等各位领导。

钱雪慧律师对青年律师的培养提出了三点建议和呼吁。一是要把青年律师培养纳入杭州市人才培养体系。要加大人才培养和引进的支持和资助力度，切实解决人才培养和引进的制约因素；二是要加强青年律师集中人才住房保障。建议从杭州市层面，统筹安排一批保障性人才住房，集中保障青年律师安居问题；三是要多渠道安排青年律师专业化培养经费。青年律师的培养要靠行业、律所和政府等多方面的支持保障，以此来构筑我市律师人才的高地、营造良好的氛围。另外，钱雪慧律师还结合本职工作对杭州市饭店行业发展中遇到的问题提出了发展建议。

“接受王副市长的接见，很荣幸，也很忐忑。还有一起陪同的司法局和律协领导也在为青年律师的培养和保障呼吁，也让我很感动。律师这个职业赋予的使命和担当是压力，更是我执业的动力。”钱雪慧律师表示。

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。

俞菊明：百尺竿头，精进不懈

她执业二十二年，以专注和执着积淀了深厚的专业基础；她注重团队合作，以远见卓识和人格魅力带领着公司法律团队；她精益求精，用心管理着律所的专业化和培训工作。

走近本期管理合伙人——俞菊明律师。

俞菊明，南京财经大学经济学学士、浙江大学光华法学院民商法研究生。浙江金道律师事务所管理合伙人、公司法律团队负责人之一、事务所内核委员会负责人、杭州市律协家事委员会副主任。擅长公司并购、公司股权及控制权设计、企业债务危机处理、婚姻以及家族财富传承等。

【义无反顾，百炼成钢】

俞律师从大学毕业后顺利进入了一家美资跨国公司担任行政主

管,在上世纪90年代,这是一份令人羡慕并且前景不错的工作。源于内心对律师职业的热爱与追求,俞律师决心辞职转行,于1995年参加了律师资格考试,并以地区第五名的好成绩高分通过,在取得律师执照后俞律师正式开始了她的律师执业生涯。

俞律师清晰记得独立办理的第一个案件是为入室抢劫团伙犯罪的首犯进行辩护,面对青春年华的被告人和其垂垂已老的母亲,俞律师体会到了律师这份职业的责任和担当。随后,为加强专业能力,俞律师于1997年参加了司法部涉外法律人才进修班,在中国政法大学研究生院进行了为期一年的脱产学习,主修美国公司法、合同法。在具备多年律师执业经验后,俞律师于2003–2005年参加了浙江大学光华法学院民商法专业研究生的系统学习。2012年,俞律师作为访问学者远赴美国,在摩根·路易斯律师事务所和休斯顿大学法学院进行了三个月的交流学习。

至今二十余载的专业锤炼,从刑事案件、民事诉讼案件、公司法律顾问等各类法律业务的大量淬炼,逐步过渡成为公司法和家事传承方面的专业律师。俞律师给自己的定位是:以专业能力在法律界树立口碑,坚守律师执业的底线,勤勉、负责,果断而有担当,由此获得客户的忠诚度和信任度,令客户切实体会到法律服务的真正价值。

【同心协力,合作共赢】

作为公司法律服务团队负责人,俞律师以其领导能力和人格魅力

带动整个团队蓬勃发展。俞律师懂得付出和分享，善于组织和搭配。在办理如公司并购、企业债务重组、新三板挂牌等非诉案件时，俞律师均会组织 3–4 位团队骨干律师共同承办，根据每个律师的专长完美配合，为客户提供更为高效、优质的法律服务，同时也促使团队成员从个体律师向团队律师、专业律师转变。在俞律师的带领下，公司法律服务团队获得了金道所“2016 年度优秀团队”的荣誉。

在为一家央企全资子公司改制的专项法律服务中，俞律师作为牵头人，联合团队中的公司并购专家邱华律师、劳动法专家刘艳芳律师，及时、全面了解客户需求，设计改制战略方案和路径，积极参与客户的重大决策，展现了团队丰富的经验和强大的专业能力。该项目进入上海联合产权交易所挂牌交易后，因企业未能同意部分改制员工不合法、不合理的要求，员工们在其律师的指导下开始集体向交易所进行有组织、有目的的投诉，导致交易所一度暂停该项目的进场交易并怀疑项目交易的合法性。俞律师立即组织书面证据材料，有理有据地与交易所进行交涉并提出了明确的法律意见，令交易所打消了疑虑，项目交易成功启动，进展顺利，改制也顺利完成。该项目的圆满成功体现了俞律师的果断和担当，获得了客户的高度好评，客户表示以后所有子公司的改制项目，将优先考虑金道所团队。

【与时俱进，当行本色】

一名优秀的律师，不仅要秉持“千淘万漉虽辛苦，吹尽狂沙始到金”

的精神，亦需要具备准确把握时代潮流的敏锐性，正可谓“识时务者为俊杰”。

执业以来，俞律师始终保持对前沿法律业务的关注，积极参与热点案件的办理、前沿交流会的研讨等。2013 年 4 月俞律师作为杭州市律协公司与证券业务委员会副主任，参加了该会主办的“股东僵局解决路径研讨会”并担任演讲嘉宾，作了“公司章程设计与公司僵局防范”主题演讲。2016 年 10 月，俞律师参加了浙江省中小企业局主办有关企业债务危机及破产重整研讨会，作了《企业债务危机处理》的主题演讲等。

俞律师在执业期间，还撰写了《股东诉讼刍议》、《股东确权纠纷若干实务问题分析》、《论离婚时作为夫妻共同财产的有限公司股权的分割》等论文，积极研究和探索法律实践和理论问题。另外，俞律师还能面向未来趋势，注重交叉和跨界法律业务，如对家族财富传承、家族办公室和 CRS(Common Reporting Standard)的研究，兼收并蓄、博采众长，学习、研究的脚步从未停歇，其最新研究成果为《民事信托困境与出路》，聚焦家族信托在国内实务中面临的问题并提出针对性的改进建议。

专业领域的深厚功底和对专业热点的敏感性成就了俞律师“长风破浪会有时，直挂云帆济沧海”的信念，让我们看到优秀是一种态度，优秀是一种品格。

【砥节奉公,继往开来】

一些传统律师认为只要做好自己的案子,就可以独来独往,两耳不闻身边事。但俞律师认为,当今的法律服务是品牌和团队的竞争,事务所需要每个律师组成一个有机体,而不是单个律师的叠加,律师和律师事务所是相互成就的关系,因此,俞律师积极参与事务所的管理,支持和响应事务所的改革。

俞律师担任事务所管理合伙人,分管专业化和培训工作委员会。因为坚信青年律师的素质决定了事务所的发展和未来, 俞律师积极推动事务所的青年律师培养计划。在李冰冰律师和李泉良律师两位合伙人的协助下,俞律师拟订了《助理强制培训制度草案》、《各团队专业化培训制度草案》,在合伙人会议审议通过后,俞律师又牵头进行了制度的落实,至今已经顺利实施近半年。这两项制度旨在有效提升青年律师、律师助理的专业能力,尤为重要的是强化了青年律师、律师助理与合伙人之间的专业交流,实现事务所层代之间的有机传承,提升青年律师对事务所的归属感。俞律师还负责事务所内核委员会事务,协助管委会把控事务所业务风险,为事务所的稳健发展贡献力量。

成就事务所就是成就自己,俞律师在努力实践自己的理念。

也许您也曾被问及:“一名成功的律师是怎样的? ”对此,俞律师的回答则是:“热爱作为起源。”我们常说兴趣是最好的老师,热爱能让有限的生命释放无限的能量,执着能让有限的旅程承载无限的追求,正如美国哲学家 Thoreau(梭罗)所言:“执着追求并从中得到最大快乐的人,才是成功者。”俞律师对律师职业的热爱和执着让青年律师感受到何为“宝刀锋刃因磨砺、人生精进永不懈”!此种精进不懈的精神激励着青年律师以不满足、不放弃的精神,在充满无限可能的人生路上踵事增华、孜孜不怠。

吴树林:博观约取,春华秋实

他从事法官职业长达二十年之久,曾是手握天平的裁判者;他从头开始转型从事律师,现为律所的高级合伙人;两段人生,两段生涯,洗尽铅华,他依然是热爱法律事业并不断追求、愿意为之奉献一生的人。

走近本期高级合伙人——吴树林律师。

吴树林,法律硕士学历,浙江金道律师事务所高级合伙人,民商事法律服务团队负责人之一,擅长处理各类民商事诉讼案件、企业破产法律事务、刑事法律事务。在法院任职期间,曾荣立人民法院系统个人三等功、荣获某市政法系统人民满意政法干警等荣誉。

【植根法律,耕耘不止】

在与吴树林律师熟识的人中,还有很多朋友习惯称呼其为吴庭长、吴法官,这种习惯称呼,源自于吴树林律师长达近二十年的法官生涯。

自上世纪90年代初进入法院系统工作后，作为法官的吴树林一直忙碌在审判业务的第一线，他先后在行政庭、民庭、刑庭担任审判员、庭长等职务。不同业务领域的转换促使他不断学习、实践，不仅要完成繁重的工作任务，同时也要不断加强业务学习、增强自己的知识储备。在大多的休息时间里，吴树林都在学习最新的法律法规与司法解释，研读法学著作。通过长久不断的努力付出，他的业务能力得到了积淀和提升，这也为他后来从事律师职业夯实了专业根基。

在担任法官期间，吴树林承办了一系列有地区影响力的大案、要案，获得了政府、上级领导与当事人的肯定与好评，荣升为四级高级法官，并获得了最高人民法院颁发的个人三等功荣誉。除了在实务领域扎实耕耘外，吴树林还将实践中遇到的法律问题联系到法学理论，他前后撰写了刑事、民商事领域专业论文二十余篇，分别在人民法院报、人民法院出版社等全国性报刊中发表。

回想起自己作为法官的二十年经历，吴树林律师总结道：**“荣誉并不是一名法官所追求的初衷，它们只是竭力追求每一个案件公平正义所带来的附属品。坚守清廉与公正的职业操守，保持谦逊、勤奋的工作态度，才能端稳手中的天平。”**

2009年，吴树林从法院提前退休，离开了与他朝夕相伴二十余载的法院审判席，那段手执法槌的庄严岁月也被正式装裱进了时光里。

【老树新芽，焕然新生】

退休，在很多人的印象中代表着职业生涯的终点，但是对于吴树林来说，退休只是人生旅程新起点的再次出发。

一名在审判岗位从业了近二十年的法官，需要在自己最为熟悉的业务领域从一个实习生开始从头做起，这样的转变虽然看似只是位置的转换，但事实上是吴树林一次全面的蜕变。回想起这段实习律师经历，吴律师很坦率地说道：**“开始的时候是会有一些不适应，但是现在回想起来还是非常充实的。因为需要从零出发，让我能够有充足的时间，更为从容地从之前的位置中彻底走出来，进而重新给自己找到合适的定位。”**

经过实习期的转换角色,吴树林律师凭借着自己扎实的法律基础、丰富的实践经验和全身心投入的工作热情得到了客户的信任，业务量也在短时间内得到了迅速提升。从实习律师到独立执业,再由普通合伙人晋升为高级合伙人，吴树林律师以一年一个台阶的步伐走到了现在的位置。

从法官队伍的退出到律师行业的新人,吴树林更愿意把这一种转变称为是再就业,因为在他眼里,这两个行业虽然需要在同一套法制体系下运行,但职业差别还是比较明显,因此作为“新人”的他始终保持着谦逊、努力、积极热情的心态。尤其在对待客户的问题上,吴树林律师始终坚持“客户的事无小事”的原则,坚持把服务客户的理念放在第一位,“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义,是习总书记对政法机关提出的努力目标和明确要求;而作为律师,努力让当事人在每一个案件中都感受到金道所的专业与用心就是我们的目标。”

被问及是如何在短期内达到现有业务量时，吴律师谈到了业务的提升与客户的维护之间的关系。他认为业务量不应是律师唯一的考核因素和追求目标,只有真正地帮助客户解决了问题,律师才能称之为做好了业务,而服务质量的提升自然也会带动业务量的增长。

【大树成林,枝繁叶茂】

凭借着自己在法院积累的多年办案经验,吴树林律师在民商事、刑事、行政与非诉讼领域多点开花,屡获佳绩,既有涉及到地方重点企业的拆迁安置诉讼案件的成功调解，也有一审判决无期徒刑的重大刑事案件在某省高院获得改判的成功辩护，还有大型企业破产重整方案获债权人会议高票通过后企业重现往日生机的成功案例。

多元化的业务领域让吴律师的工作显得繁忙而沉重，随着事务所专业化进程的推进,2015 年吴树林律师选择了自己最为擅长的民商事业务领域作为自己的专业化发展方向，并带领组建了自己的法律服务团队。吴律师团队最大的亮点就是团队内所有的律师均有在法院等司法机关工作的背景。对于这一亮点,吴律师有着自己的看法:“我们这些

从司法机关走出来的律师优点和缺点都很明显。优点是我们的思维中还存在着‘法官思维’的影子，有利于跳出自己作为代理律师的角色，从宏观上去把握案件的走向，可以更好地为当事人提出建议。此外，在诉讼案件中我们与法官之间的理解会更进一步，沟通也会更加顺畅。但是，缺点也不容忽视，由于在法院中接触到的案件类型是有限的，处事风格还是会比较传统，缺乏创造力，但我们也在努力克服这些局限，以提升自身的竞争力。”

从个人的独当一面到团队的协作共赢，吴律师说他十分有幸在通往前方的路上有了一群可靠的同行者。

【绿树成荫，滋养未来】

吴树林律师作为法律界的老前辈，其从业的理念与业务发展的历程值得年轻律师借鉴与学习。吴律师认为虽然每个人的经历都是不可复制的，但是处事的思路是可以借鉴的，自己的经验总结起来可以归纳为以下三个方面：

1.平台的选择

律师职业平台的选择决定的是发展的空间，这里的平台既包括城市也包括律师事务所。吴律师从执业之初就选择了全国优秀律师事务所——浙江金道律师事务所，一方面是看重杭州的经济基础和法治环境，另一方面是看到金道所优秀的律师团队背景和专业化服务方向。**“一个积极向上的氛围会产生鞭策力，促使人更努力地进步。”**

2.专业的发展

谈到专业化的发展，吴律师非常感慨，由于在法院的时候人手非常紧缺，不得已才练就了一身“全领域”的技能，而这其中所需要付出的艰辛和所走的弯路也会成倍增加。律师的职业规划还是需要合理选择自己的专业化方向，更为精准地提升知识储备与积累实践经验。

3.不懈的努力

如果说前两者的选择还会含有机遇等外界因素的话，最后一点的决定权完全掌握在每一个人自己的手中。**对于办理的每一个案件都要**

抱有严于律己、精益求精的态度，只有不断提高让自己满意的底线，才会有可能超出当事人的期待上限。

吴树林回顾起自己的经历，深有感触地说："其实每一位律师身上都具有合伙人的潜质，只是挖掘自身潜质的过程需要时间的积累和实践的磨砺。你只有足够努力地向前奔跑，才能追上那个曾经被寄予厚望的自己。"

周蕾：不忘初心，华丽转型

她在人民法院工作多年，成为一名法律的捍卫者是她不变的初心；她投入律海，辛勤耕耘，完成职业生涯的华丽转身；她热心公益，通过服务社会实现人生价值；她清雅恬静，用热心、耐心、真心凝聚起一个年轻的团队。

走近本期高级合伙人——周蕾律师。

周蕾，毕业于中国政法大学，浙江金道律师事务所高级合伙人、建筑与房地产团队负责人之一、金道所第二党支部书记，曾任浙江经济广播电台FM95频道《中小企业之声》特邀法律评论员，曾获杭州市律协优秀党务工作者、金道所2013年度业务新秀、2016年度优秀律师等荣誉。

【转型律师　初心不变】

“人总要不断寻求突破，寻找不同的生命体验。”六年之前，周蕾律师还任职于杭州市某人民法院。而六年之后，周蕾律师已完成职业转

型,成为全国优秀律师事务所——金道律师事务所的高级合伙人。

提及这一转型,周蕾律师笑谈道:“在法院,法官是站在中立的视角来审查案件、听取各方当事人的意见的,而作为律师,他们会站在与法官不同的角度看待问题,我很希望能够突破自己去找寻这样的体验。过去在法院这个体制的保护下,别人会把你当作女同志,但在律师这个竞争激烈的行业里, 你就必须成为一名女汉子, 而我恰恰想做一回女汉子。”

“既然选择了远方的精彩,就不能畏惧道路的艰辛。”离开法院,离开体制,并不是一件简单的事情,这不仅需要改变过去已熟悉的工作环境,开始摸着石头过河,还需要面对思维方式的转变。在法院,或许有着相对较高视角来审查事实与案件,但现在作为律师,则必须“受人之托,忠人之事”,尽心尽力地为当事人提供服务,在法律的范围内为当事人争取更大的利益。

面对律师行业的未知与挑战,周蕾律师不畏艰难,迎难而上,在工作中展现出了很强的专业精神与法律素养。这也与其在法院养成的深耕细作、精益求精的工作习惯分不开。正所谓**“凡有所历,皆成性格”,**正是因为周蕾律师在之前法院工作中形成的对于法律精神的敬畏、对于法律真谛的追求,才造就了现在外表温婉、内心坚韧的“律政佳人”。

【术业专攻　锐意进取】

在初做律师的几年之内,周蕾律师迅速转换角色,将法院十年上千件案件历炼积累的经验灵活运用于律师办案实务中。近两年,她开始思索专业化的执业道路问题,经过总结职业经历及自身情况后,周蕾律师认为自己应当拓宽自己的执业面,提升自己在非诉讼领域的执业技能,将诉讼案件中的形成的敏锐度和执行力, 运用到非诉案件的办理中。2015 年正值房地产企业破产的高发期, 周蕾律师在众多非诉领域中,敏锐地观察到破产案件的广阔前景,并积极参与其中,意在将破产案件作为其执业的突破点。

然而,破产案件有着节奏紧、头绪多、牵涉面广、社会影响力大的特

点，律师事务所作为破产管理人往往承受着来自多方主体的压力，也面临着一定的执业风险。为了办好破产案件，周蕾律师总是冲锋在前、亲力亲为，耐心地聆听债权人的诉求与想法，逐一解答债权人提出的疑难问题，有条不紊地对破产案件工作进行分工。

破产案件中以房地产企业破产案件尤为让破产管理人"头痛"，在房地产企业破产案件中，除了有大量情绪激动的购房户外，还必须处理各种复杂的法律关系、甄别各类债权、权衡各方利益，耗时耗力不说，维稳压力也相当大。在周蕾律师办理的"杭州某房地产开发有限公司破产重整案"中，周蕾律师与其团队成员通过协调各类债权人需求，艰苦磋商，及时沟通汇报，最终促成意向投资人参与破产重整，提出了挽救企业、保障债权人利益的重整计划草案，并最终在获得各债权组表决后通过，既确保了当地社会治安稳定，又实现了债权人利益的最大化，用专心、细心、耐心实现了法律效果与社会效果的有机统一。

除了擅长处理房地产类破产案件，周蕾律师对于化解"执行难"问题也颇有心得。对法律工作稍有了解的人就知道，相较于获得胜诉判决而言，如何将胜诉判决予以执行显得更加困难，不少案件受害人在法院判决后却迟迟得不到应有的救济，执行案件对于许多资深律师来说都是一块难啃的"硬骨头"。

"迟到的正义非正义。"正是抱定这样的信念，周蕾律师一头扎进执行法律服务领域，在周蕾律师办理的某执行案件中，由于案件中的被执行人极为不配合，导致法院判决的数额迟迟不能执行到位。面对这样的情况，周蕾律师多方奔走，身体力行，驱车往来数十趟，凭着一股韧劲将判决的数额执行到位，其敬业的工作精神、扎实的工作态度，赢得了当事人、法院的一致好评。

正是因为周蕾律师一贯严谨的工作作风、扎实的法律素养，赢得了众多客户单位的青睐，在几年间周蕾律师凭着实打实的社会美誉度，带领团队签下多个大型企业的常年法律顾问项目，业务量节节攀升。

对于法律顾问这一块业务，周蕾律师始终在求索法律服务产品同客户企业发展之间的契合点。她曾提到："我心目中的法律服务是'下沉式'的，就是要将律师团队的法律服务经验融入客户的日常经营和企业

发展的整个过程中，打造富有‘个性化’的并且符合客户实际需要的法律产品。”而除了以上几大业务之外，周蕾律师在建设工程的诉讼和非诉讼领域也均有建树。

【热心公益　参与党建】

人生最大的快乐不在于索取，而在于给予。

周蕾律师在律师执业过程中，除了专心于律师事业之外，还对于公益事业抱有极大的热忱，时刻不忘践行社会责任，积极地反哺社会。周蕾律师曾应邀成为浙江经济广播电台FM95频道《中小企业之声》的特邀法律评论员，通过社会媒体对外发声，向公众传播法治理念和法治正能量。周蕾律师积极参与社会公益活动，与格桑梅朵藏区的孩子们进行一对一的结对帮扶，资助多名困难学生完成学业。

同时，作为金道律师事务所第二党支部支部书记，周蕾律师始终不忘一名党员律师所肩负的责任和使命，积极投身律所党务工作，组织开展了许多党团活动，包括慰问为G20作战的公安干警、为杭州儿童福利院的儿童送温暖、为藏区孩子捐赠图书馆等。在这些党团活动中，周蕾律师亲自带领第二党支部的党员们，以自己的实际行动服务于社会，实现了律师的自我价值和社会价值，也获得了广泛的社会认可度。

【团队建设,着眼未来】

作为一名以青年律师为骨干力量的团队负责人，周蕾律师热心于培养青年律师,注重发挥青年律师的优势,同时也十分注重团队管理和梯队建设,使团队里的青年律师与团队一起共同成长。

在团队当中,周蕾律师会给青年律师提供许多平台,供青年律师展现自己的才华,同时,也会对青年律师执业过程中遇到的困难予以热心的帮助、指导,从而促进青年律师执业水平和执业能力的提高。

周蕾律师谈道:“作为一名律师,尤其是作为一名青年律师来说,必须要从身边最小的事情做起,要从最琐碎的事情做起,比如说打印、复印材料、装订案卷等等,不能有畏难情绪,更不能有‘大材小用’的错误想法,因为只有把身边的最小的事情、最琐碎的事情做好了,才能够为将来的律师执业打下基础,才有可能在未来的执业道路上获得成功。

“有思,所以明;必行,所以远。”在访谈的最后,酷爱读书的周蕾律师如是说道。对于青年律师的发展,周蕾律师提到:“希望每一名年轻律师都能够热爱律师这个职业,通过深耕于某一个或某几个具体的领域,实现律师执业的专业化与技术化,青年律师只要能够沉下心来,肯下苦功夫、愿下笨功夫,未来必定会有所作为。”

请求权基础的实务分析*

□胡祥甫*

【摘　要】：以请求权基础为核心的逻辑推理方法是一种重要的法律适用方法。请求权可分为实体法上的请求权和程序法上的请求权，与程序法上的请求权相对应的基础性实体权利，包括实体法上的请求权、形成权和支配权。而“请求权基础”中的“请求权”，从概念外延去界定，指的是程序法上的请求权。各种请求权的构成要件不同，要善于从案件事实中梳理出要素事实，明确法律关系的性质，固定请求权构成要件，查找请求权基础。就请求权及其基础，法院应谨慎行使释明权，当事人也应慎重待之。

【关键词】：法律适用方法；请求权基础；实务分析

---

* 本文原载于《法治研究》2018 年第 1 期。

* 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，浙江省委建设法治浙江专家咨询委员会委员，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。

请求权基础,很多年在我国没有受到足够重视。从1986年《民法通则》、1991年《民事诉讼法》公布,鲜有论著涉猎此课题。进入新世纪,我国学术界开始关注,尤其是在2007年《物权法》、2009年《侵权责任法》颁布后[①],学术界出了不少的专著和论文,但实务界的探索少之又少。除了上海市高级人民法院原副院长邹碧华先生的《要件审判九步法》对请求权及请求权基础作了较详实的研究,罕见实务界讨论此课题。不仅没有讨论,关注的面及程度也远远不够。笔者从事律师实务二十多年,深感请求权基础与司法实践密切相关。对这一课题的探讨,实务界比学术界更为紧迫。近几年,笔者对此课题进行了一些探索,撰写此文,以求教学术界专家和实务界的资深人士。

撰写本文的出发点,不是要从理论上系统地探讨请求权基础(这也不是笔者的专长),而是从实务出发,谈谈民事诉讼实务中常遇到的与请求权基础有关的一些问题。

一、逻辑与经验,都是法律适用方法。也许在判例法国家,判例所体现的审判经验比逻辑方法更为重要,但在成文法国家,逻辑演绎法是更实用的法律适用方法;而以请求权基础为核心的逻辑推理,是大陆法系国家最常见的法律适用方法。逻辑与经验结合在一起,才构成完整的法律生命

法律适用方法是司法实践中办理每个案件都会用到的,可以说,法律适用方法与整个司法活动密不可分。律师也好,法官也罢,诉讼参与人员要从纷繁复杂的客观事实中理出一定要素,把握法律关系及法律行为的特征,并加以准确定性,然后应用适当的法律规范展开辩论或进行裁判,这些都离不开法律适用方法。“从罗马法开始,人类就开始了对法律适用方法的探索。这种探索发展到分析法学时期,已经达到了相当的高度。”[②]

法律界,尤其是司法实务界,经常引用奥利弗·温德尔·霍姆斯的那句名言,“法律的生命不在于逻辑,而在于经验”。其实,霍姆斯并不是要否认逻辑方法在法律适用中的重要性,这就像博登海默先生认为的,“虽然演绎逻辑并不能解决所有的法律秩序中最为棘手的问题,但是这

① 《物权法》与《侵权责任法》虽未给出请求权的概念,但引入了请求权的理念。如《物权法》第三章“物权的保护”规定了物权上的请求权;《侵权责任法》第三条规定:“被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任。”

② 邹碧华:《要件审判九步法》,法律出版社2010年版,第4页。

并不意味着逻辑与经验之间的相互关系是对立或相背的……逻辑与经验在行使司法职能过程中与其说是敌人,毋宁说是盟友”。[3]值得注意的是,霍姆斯是美国联邦法院的大法官,而美国属实行判例法的英美法系国家。以判例所形成的审判经验在英美法国家显得十分重要,但我国是成文法国家,在很多方面传承或借鉴了大陆法系的法律适用方法。

德国法学家们提出的以请求权基础为核心的法律推理方法,迄今仍是大陆法系国家与地区最常用的法律适用方法。“德国民法学教育中,请求权基础方法是贯穿始终的唯一方法。在课堂上,教授结合法条运用请求权基础方法讲授知识……在运用请求权基础方法过程中,解决实例都会使用以下构造:假设谁向谁依据哪条法律规范,享有主张何种权利的请求权。在整个解题过程中,最重要的工作则为寻找法律规范,即一方当事人有权向他方当事人享有请求权所依据的法律规范。这种法律规范称之为请求权基础。”[4]王泽鉴先生认为:“请求权基础的寻找,是处理实例题的核心工作。在某种意义上,甚至可以说,实例解答,就在于寻找请求权基础。”[5]

这种法律推理方法,实际上就是逻辑演绎方法。

举例说明,大前提:驾驶车辆实线变道者,罚款 100 元;

小前提:王某驾驶车辆,实线变道;

[3] [美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 518 页。
[4] 欧阳苏芳、陈世昌:《请求权基础理论体系》,法律出版社 2015 年版,第 1–2 页。
[5] 王泽鉴:《民法思维:请求权基础的理论体系》,北京大学出版社 2009 年版,第 41 页。

结论:对王某处以100元罚款。

请求权基础就是这个大前提，寻找请求权基础就是寻找这个大前提。当然,这是一个简单的例子。实践中,很多司法案例要复杂得多,所以,准确寻找请求权基础,也不是一个容易的过程。

这种法律推理方法，实际上就是将抽象的法律规范进行具体化的过程,或者说将客观事实梳理,演绎到相应的法律规范之下的过程。以普赫塔和早期耶林为代表的概念法学理论认为:“适用法律的全部过程,本质上就是将某个生活事实归入某个法律概念之下(归类)。一个概念是由一些一般的特征组成(被定义)的,适用法律规范就是在‘归类’过程中重新认识这些一般特征。”[⑥]笔者不完全赞成纯粹从概念出发去划分生活事实,但概念法学理论有关推导方法值得借鉴。从对案件事实的分析、整理,找出其中蕴含的法律关系或法律行为之特征,就能找到可以适用的法律规范,这就是一种逻辑演绎方法。这种方法在大陆法系国家更多地被采用。

梁慧星老师认为，分析具体案件有两种方法,“一是法律关系分析方法……二是王泽鉴先生所提倡的请求权基础与抗辩的分析方法”。[⑦]其实在司法实践中，这两种方法通常是可以，有时且必须结合起来使用的。只有准确定位案件双方当事人法律关系的性质，才能找到相对应的请求权基础。

至于谈到逻辑方法与审判经验在实务中的作用,笔者也不是要否定审判经验在司法实践中的作用。现在的趋势,哪怕是大陆法系国家,也越来越重视审判经验的梳理、总结与编纂。在我国也如此,最高法院经常编纂指导性案例。应该说,上级法院与最高法院判例

[⑥] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第96页。
[⑦] 梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2012年版,第289-290页。

所体现出的审判经验及法理，对下级法院具有指导意义。笔者要强调的是，逻辑与经验结合在一起，才构成完整的法律生命。

二、请求权可分为实体法上的请求权与程序法上的请求权。与程序法上请求权相对应的基础性实体权利，不仅有实体法上的请求权，还包括实体法上的形成权和支配权。“请求权基础”这一概念中的“请求权”，涵盖实体法上的请求权，但从逻辑上分析，从概念的外延去定位，指的是程序法上的请求权

众所周知，现代意义上的请求权概念，是由德国法学家伯纳德·温德沙伊德(Bernhard Windscheid)在十九世纪创立的。他在他的巨著《学说汇纂法教科书》中创立了一系列现代民法思想，包括请求权概念。温德沙伊德是在研究罗马法与普通法中的“诉”(actio)概念过程中，创立现代请求权概念的。[⑧]在罗马法中，没有严格区分诉权与实体法上的权利；而且在罗马法中，是“诉确立了请求权”，而不是“请求权产生了诉”。温德沙伊德努力将请求权从诉权中分离出来，成为一种独立的权利。温德沙伊德认为，请求权是针对他人的意思力，即“要求与权利人相对的世人或特定人作为或不作为的权利”。在温德沙伊德的概念中，请求权是具有某种强制性因素，且是一种纯粹的实体权利。[⑨]

在温德沙伊德请求权概念指导下，《德国民法典》在总则部分第194条第1款明文规定了请求权概念。该条款全文如下：“要求他人为或不为一定行为的权利(请求权)，罹于消灭时效。基于亲属关系的请求权，如果是为了产生与该关系相应之未来状态，则不罹于消灭时效。”显然，在德国民法体系中，请求权是一种实体权利。而且，“要求他人为或不为一定行为”这种实体权利如果寻求法律保护，付诸诉讼，那必然是给付之诉。而王泽鉴先生将这种请求权分为：① 契约上给付请求权，② 返还请求权，③ 损害赔偿请求权，④ 补偿及求偿请求权，⑤ 支出费用返还请求权，⑥ 不作为请求权。[⑩]也显然，这六类请求权作为实体法上的请求权，如果发生诉讼，也一定是给付之诉。

---

⑧ 参见[德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第67页。

⑨ 参见金可可：“论温德沙伊德的请求权概念”，载《比较法研究》2005年第3期。

⑩ 王泽鉴：《民法思维：请求权基础的理论体系》，北京大学出版社2009年12月版，第55-57页。

由此,笔者在考虑三个问题:

1.在确认之诉、形成之诉中,当事人寻求法律保护的实体权利,是实体法上的请求权,还是其他的实体权利?

众所周知,诉分为给付之诉、确认之诉与形成之诉。承前文所述,在给付之诉,当事人寻求法律保护的实体权利,是实体法上的请求权,即请求他人为或不为一定行为的权利。那么在确认之诉、形成之诉中,当事人寻求保护的实体权利又是何种权利?

笔者认为,在确认之诉中,当事人寻求保护的实体权利有支配权与形成权,但不含请求权(此处指的是实体法上的请求权)。如要求确认物权(包括所有权、用益物权、担保物权等物权)、各类知识产权等这几类确认之诉,当事人寻求保护的是一种支配权;又如请求确认合同无效、公司决议无效、婚姻关系无效、劳动关系无效、亲子关系等这几类确认之诉中,当事人寻求保护的是形成权。

需要指出的是,温德沙伊德认为,物权也是一种请求权,是针对除物权人以外的其他所有人提出的无限多的请求权。当然,这种权利针对的是消极义务,是要求他人不作为。温德沙伊德还认为,物权请求权也可以转变成一种要求他人积极作为的权利,即物权受到侵害时,要求侵权人停止侵害或排除妨碍、恢复原状的请求权。[11]温德沙伊德提出的物权请求权被《德国民法典》所采用。但多年以后,“支配权”这一概念被提出,并为民法理论广泛接受。人们普遍认为,物权是一种支配权,只有当物权受到侵害寻求保护时,才产生物权请求权。

在形成之诉中,当事人寻求保护的实体权利是形成权,如请求解除合同,请求撤销合同,请求撤销公司股东会决议,请求解除劳动关系,请求解除婚姻关系,请求解散公司、合伙等形成之诉,当事人寻求保护的实体权利均是一种形成权。

归纳起来, 在三种民事诉讼中, 给付之诉是最常见的一种诉讼形式,在这种诉讼中,当事人寻求保护的实体权利是请求权,包括债权上的请求权(含合同上的请求权、不当得利发生的请求权、无因管理发生

[11] 参见金可可:“论温德沙伊德的请求权概念”,载《比较法研究》2005年第3期。

的请求权、缔约过失发生的请求权等)、物权上的请求权、人身权上的请求权、继承法上的请求权;在确认之诉中,当事人寻求保护的实体权利有支配权与形成权;在形成之诉中,当事人寻求保护的实体权利只有一种,即形成权。

2.是否存在程序法上的请求权?倘若存在,程序法上的请求权与实体法上的请求权是什么关系?

如上文所述,温德沙伊德是在研究罗马法过程中形成自己的请求权概念的。罗马法"'actio'中含有到法院诉讼以实现其意思的权能,用主观权利思想来表述,就是'能向他人要求的权能'"。[12]"如在日耳曼法上,'actio'不能脱离作为其基础的权利而被让与,但在温德沙伊德的请求权概念下,请求权是可以被独立让与的,但这原则上只适用于对人之债。"[13]温德沙伊德从"actio"概念中抽取、提炼并发展出请求权概念。但是没有被温德沙伊德抽取而留下来的是一种什么权利呢?因为"温德沙伊德的请求权概念并不以权利之侵害为前提"。[14]显然,这样的权利是不可能含有程序上的权利的。笔者认为,没有被温德沙伊德抽取而留下来的那种权利,就是程序权利。

王泽鉴先生的《民法思维:请求权基础理论体系》未涉及程序法的请求权,他主要是从实体法层面来探讨请求权。进一步讲,王泽鉴先生将请求权界定在实体法的范畴。

其实,在司法实务界,请求权究竟是一种程序上的权利,还是实体上的权利,抑或是既存在程序上的请求权,又存在实体上的请求权,两者之间又是什么关系,在很大范围内存在模糊的认识。所以,就这一问

[12] Windscheid,a.a.O.S.5,转引自王洪亮:《请求权基础的解释与反思》,法律出版社 2015 年版,第 6 页。
[13] Rimmelspracher,a.a.O.S.28 f,转引自王洪亮:《请求权基础的解释与反思》,法律出版社 2015 年版,第 7 页。
[14] Windscheid,a.a.O.S.2,转引自王洪亮:《请求权基础的解释与反思》,法律出版社 2015 年版,第 7 页。

题进行深入的探讨,给出清晰的答案,很有必要。至少,对司法实务界具有较强的指导意义。

其实,在我国学术界对这一问题,也没有一个较统一、清晰的认识。就以杨立新老师领衔的“请求权与民事裁判应用”课题组(以下简称“课题组”)的科研成果为例。课题组首先认为,请求权包括两种不同类型,“第一种意义,是指民事权利的类型。在这个意义上使用请求权的概念,是说相对于支配权、形成权而言,是指一种民事权利的类型即相对权,最主要的是指债权,以及在绝对权中所包括的请求权。第二种意义,是指民法方法的民事权利,这种请求权的存在离不开其基础权利,因为它是基础权利的功能之一。但是,这并不等于请求权始终与其基础权利相伴随,而仅仅是一种权利的功能,是依附于基础权利,为救济基础权利损害的救济性民事权利。但它同样是民事权利,具有请求权的一切法律特征。”[15]显然,此处第一种请求权是实体法意义上的请求权,而第二种请求权是程序法意义上的请求权。接下来,课题组又认为:“请求权是权利体系的枢纽,是各种基础权利的救济权、保护权。由于请求权的枢纽作用,将民事实体权利与诉权联系在一起,当义务人能够正确履行其义务而使权利得到实现的时候, 请求权作为法律上的力处于相对静止状态或者尚未发生;必待权利人不能实现其权利亦即义务人不履行其义务时,此法律上之力乃发动起来,具备了请求权的形式要件或者构成要件,随之权利人有权行使诉权提起诉讼,将请求权引入诉讼之中。因此,请求权是连接实体法与程序法的权利。”[16]此处,课题组又认为“请求权是连接实体法与程序法的权利”,让人可以理解为,请求权既不是实体法上的权利,也不是程序法上的权利,而是连接这两种权利的一种权利。

对比,笔者的观点是很鲜明的,既存在实体法上的请求权,也存在程序法上的请求权。实体法上的请求权,前文已进行阐述。程序法上的请求权, 指的是实体权利受侵害或发生争议时, 请求公权力救济的权利。这种程序法上的请求权所对应的实体法上的权利包括实体法意义上的请求权、支配权、形成权。具体而言,程序法上的请求权,在给付之

[15] 杨立新主编:《请求权与民事裁判应用》,法律出版社 2011 年版,第 46 页。
[16] 杨立新主编:《请求权与民事裁判应用》,法律出版社 2011 年版,第 58 页。

诉中,对应实体法上的请求权;在确认之诉中,对应实体法上的支配权和形成权;在形成之诉中,对应实体法上的形成权。

接下来,实体法上的请求权,是不是一定要通过程序法的请求权来实现呢?在温德沙伊德看来,“在法庭起诉的权利或诉权(Klagerechte),只是请求权的结果,而非原因;请求权在法庭的可诉请性(诉权),是请求权的一个侧面,而非构成请求权的东西。请求权概念不包括可诉请性(诉权)的因素”。[17]但也有法学家不同意温德沙伊德的这一观点,贝克尔就认为请求权“如有疑问,则总是可诉请的请求权”。[18]

笔者认为,不管实体法上的请求权是否包含可诉性,有一点可以明确的,即这一请求权不一定通过或依赖程序法上的请求权来实现,如当事人双方协商一致,相互抵消,自觉履行,又如经公证赋予强制执行力的债权文书等,也可以通过诉讼以外的途径实现,但一旦进入诉讼或仲裁程序,则必须依赖程序法上的请求权来实现。

就形成权、支配权实现途径而言,情形也大致如此。但是相对而言。形成权和支配权不依赖程序上的请求权来实现的途径更多一些。如在实现支配权的领域,要确认用益物权就有几种途径:确认土地承包经营权,只要签订土地承包经营合同并进行一定备案程序,即可;确认建设用地使用权,只须签订土地出让合同,取得土地使用权证,即可;确认抵押权,只须签订抵押合同,领取抵押权证,即可;取得专利权、商标权,只须经过一定的申请、登记程序,即可。在实现形成权领域,解除合同,守约方只须给违约方发个解除通知,即可;解除劳动关系,劳动者只要给用人单位提一辞呈,即可;行使优先购买权,当事人只须给出让股份的股东、出卖房屋的房东发一函件,即可。但这些实体权利一旦发生争议,产生纠纷,进入诉讼,也必须通过行使程序法上的请求权才能解决。

3.“请求权基础”概念中的“请求权”,指的是实体法上的请求权,还是程序法上的请求权,还是二者兼而有之?

王泽鉴先生认为,所谓的请求权,就是“谁向谁,依据何种法律规范,主张何种权利”,而“此种可供支持一方当事人得向他方当事人有所

---

[17] 转引自金可可:“论温德沙伊德的请求权概念”,载《比较法研究》2005年第3期。
[18] 转引自金可可:“论温德沙伊德的请求权概念”,载《比较法研究》2005年第3期。

主张的法律规范，即为请求权规范基础（Anspruchsnormengrundlage），简称请求权基础（Anspruchsgrundlage）”。[19]上文已述，实体法上的请求权，是给付之诉中的诉讼标的，而确认之诉中的诉讼标的是支配权和形成权，形成之诉中的诉讼标的是形成权。如果我们将“请求权基础”概念中的“请求权”局限或定位于实体法上的请求权，那么，确认之诉中的支配权和形成权，形成之诉中的形成权，难道无须赖以支持的法律规范作为其权利主张之基础吗？当然是需要且是必须的。那么，这些权利主张之基础冠以什么名称或概念呢？难道叫“支配权基础”、“形成权基础”？显然没有这样的必要，且大陆法系国家从学术界到实务界也从未使用这样的概念。所以，笔者认为“请求权基础”这一概念中的“请求权”包括实体法上的请求权，也即温德沙伊德、王泽鉴先生学说中所指的“请求权”，但不局限于此。以逻辑学角度，从概念外延上分析，应该指的是程序法上的请求权。这样的定位，更加准确、贴切。

在我国司法实践中，不管是在给付之诉，还是确认之诉、形成之诉中，也不时会遇到法官在开庭时发问：“原告，请你明确你提出诉讼请求的请求权基础”，或者问：“原告，你提出的诉讼请求的请求权基础是什么？”显然，这些提问所涉“请求权基础”中的“请求权”，指的是程序法上的请求权。笔者认为，将“请求权基础”的“请求权”理解为程序法意义上的请求权，这样理解起来会比较顺，更能为广大的法官、律师所接受。

[19] 王泽鉴：《民法思维：请求权基础的理论体系》，北京大学出版社 2009 年 12 月版，第 41 页。

三、各种请求权的构成要件是不同的,作为专业代理人的律师,应用请求权基础分析法,就是要首先梳理案件事实,明晰当事人之间法律关系的性质;然后固定请求权的构成要件,查找请求权基础(有直接规范和间接规范之分);最后提出最恰当的请求权

实际上,应用请求权基础分析法,最难点不在查询、检索请求权基础,而是如何从纷繁复杂的案件事实中,梳理出案件的要素事实,及其体现的法律特征,明确当事人之间法律关系的性质,固定请求权的构成要件。有时,从案件事实中梳理出来的要素事实体现同一法律关系的特征,这样,法律关系就比较容易明确,请求权的构成要件也就较易固定,请求权也就容易提出;但有时,案件事实中梳理出的要素事实所体现出的法律特征不太一致,甚至相互冲突,这样,法律关系的性质就不易明确,请求权构成要件难以固定,请求权也不好提出;而且,请求权基础与请求权也不是一一对应的,有时,同样的请求权可以有不同的请求权基础; 有时, 不同请求权基础可以为属同一个诉讼目的的不同请求权服务,起到互补作用;但有时,它们之间又是相互矛盾甚至冲突的。

(一)案件事实体现两个法律关系的特征,这两个法律关系都可以确立,相应成就了两种请求权的构成要件,可以提出两种请求权,当事人可作出最符合自己利益的选择。

例 1:奥运会成立一百周年时,国家奥委会授权发行了一套纪念奖牌。这套纪念奖牌,由一块金牌、两块银牌和三块铜牌组成,其中金牌的黄金含量为 999。这套奖牌由上海金店铸造,全国各地发行。杭州一批消费者从周鑫鑫珠宝行购买了这套奖牌。过了几年,部分消费者发现金牌上生出了锈斑。交涉无果后,六十多名消费者将周鑫鑫珠宝行、上海金店和国家奥委会告上了法庭, 要求退货、返还货款并赔偿利息等损失。但原告的诉状上未明确请求权基础,究竟是依据合同法还是侵权责任法提起本案之诉。开庭时,笔者作为第二被告上海金店的代理律师向原告发问:“你们原告究竟要求三被告承担的是合同违约责任, 还是侵权责任?” 原告的五名诉讼代表以及两名代理律师经过短暂商议后回答:“要求被告承担合同违约责任。”接下来在法庭辩论阶段,第二被告上海金店、第三被告国家奥委会的代理律师辩论道,与原告发生合同关

系的是周鑫鑫珠宝行，第二、三被告与原告没有合同关系，不应承担合同违约责任。结果，法院驳回了原告对第二、三被告的诉讼请求。期间，根据原告的申请，并由众原告挑选一块生锈的金牌，由法院委托权威机构进行司法鉴定，发现其黄金含量达到999。且故宫博物院的专家说明，黄金生锈是一个世界性的技术难题。法院遂同时驳回了原告对第一被告周鑫鑫珠宝行的诉讼请求。

其实，损害赔偿请求权作为请求权类型的其中一种，其请求权基础可以是多方面的法律规范，如合同、无权代理、无因管理、不当得利、侵权行为、物权关系、身份关系等方面的法律规范。[20]本案中，原告可以以合同法律规范或侵权行为法律规范作为其请求权基础，也即本案涉及请求权竞合，原告有选择权，但不管作出何种选择，都必须明确请求权基础。而在作出选择时要搞明白，合同法律关系与侵权法律关系的主体、客体、权利义务的设置是不同的，合同违约责任与侵权责任的构成要件也是不同的。

（二）案件事实呈现两个不同法律关系的特征，这两个法律关系只有一个可以确立，也即只能成立一个请求权的构成要件，此时，当事人不是选择请求权，而是要明确界定法律关系的性质，对照相应的请求权基础，提出正确的请求权。

例2：A公司（投资公司）与B公司（房屋开发公司）签订合作开发协议，A公司投资5850万元给B公司开发的一房地产项目，占该项目28%的合作份额，约定A公司派二人分别担任B公司副总与财务人员。该项目的设计方案、施工方案与施工图、商品房销售单价要报双方同意，该项目由B公司负责开发经营，B公司须确保该项目在三年内开发完成，利润不低于2个亿（A公司占28%的份额，可分到5600万元，超出部分归B公司享有）。四年半后，项目开发完成，因房价上涨，实际利润超过4个亿，但B公司迟迟未按约将5850万元投资款还给A公司，也没有将5600万元利润分给A公司。A公司以合作开发为案由，起诉状告B公司，要求B公司返还按合作开发合同约定的5850万元合作投资款，并支付5600万元利润。法院经初步审理后认为，因为有利润保

[20] 参见王泽鉴：《民法思维：请求权基础的理论体系》，北京大学出版社2009年12月版，第57页。

底条款，所以这个合同名为合作开发，实为借款，并进行释明，要求原告A公司变更诉讼请求。原告虽然内心确认是合作开发合同关系，但觉得以法院释明可以计息，自以为可按民间借贷年利率24%计息，四年半下来，利息已达5850万元本金的108%左右，所以接受了法院的释明，变更诉讼请求为归还5850万元借款并按年利率24%支付利息，并且调整请求权基础，但一审法院判决支持按银行贷款利率支付利息，不同意按A公司提出的民间借贷利率支付利息。案子到了二审，二审法院又认为双方之间的基础法律关系是合作开发合同关系，裁定将本案发回重审。原告又变回原来的诉讼请求，并取得重审一审和二审的胜诉。

从这个案子中可以看出，双方之间的合同显现出合作开发与名为合作开发、实为借款这两种法律关系的特征。那如何进行判断呢？应当从案件所呈现的要素事实着手，把握法律关系的主要特征，然后判断法律关系的性质，这样才能准确定位请求权及请求权基础。

(三)作为请求权基础的直接规范与间接规范。

前文所述，司法实践中，最难的还不是寻找、检索请求权基础规范，但要找到准确的基础规范，也并非易事。如《土地管理法》禁止集体土地作为建设用地转让，国有划拨土地只有经过批准才能转让，但如果有人(单位)偏偏转让了呢？或者拿土地与他人合作开发(合作开发也是土地使用权转让的一种形式)，我们可不可以引用《土地管理法》的相关规定，直接要求确认转让合同(或者合作开发合同)无效呢？

例3：温州一城中村将一游泳池及健身房用地与开发商合作开发建设一个四星级宾馆，村里出地，开发商出钱。这块地约10亩，有4亩多是集体土地，2亩多是国有划拨土地，3亩多是国有出让土地。房屋建成，宾馆开业，村里觉得自己只有20%的份额，亏了，起诉要求确认该合作开发合同无效。那么，这一请求权的基础是什么？是《土地管理法》或《城市房地产管理法》的相应规范吗？笔者认为，这些法律规范是确认合作开发合同无效的间接规范，作为这一请求权基础的直接规范应当是《合同法》第五十二条。《合同法》第五十二条规定："有下列情形之一的，合同无效：……(五)违反法律、行政法规的强制性规定。"

笔者之所以要将作为请求权基础的法律规范分为直接规范和间接

规范,在笔者看来,直接规范是当事人提出请求权的直接的法律基础规范,它直接呼应当事人提出的请求权。当事人的请求权能否成立,最关键就要看能否找到这样的直接规范。而间接规范,是辅助直接规范的,它必须依附于直接规范才能成为请求权的基础。有些请求权只有直接规范作为请求权基础,有些则要有直接规范与间接规范合在一起,才能构成请求权的完整基础。例3中《土地管理法》和《城市房地产管理法》的相关规定,就是请求权基础中的间接规范。

(四)同一个诉讼请求,不能引用多个虽有关联但相互冲突的请求权基础,但可以引用两个以上互不冲突的请求权基础。

司法实践中,有的当事人因不能准确认识案件要素事实,把握不准法律关系的性质,便引用多个请求权基础,提出一个请求权,而这些请求权基础又是相互矛盾的。在这种情况下,对己方是极为不利的。

例4:1999年某市城中村康华村撤村建居,康华村经济合作社改为康华经济合作社。2000年康华经济合作社(有290名个人股东),将其净资产3560万元全部投入海华集团有限公司,占60%的股份。陈国华占10%,其他7位个人股东占30%。2002年康华经济合作社召开股东代表大会决议,将康华经济合作社在海华集团28%的股份转让给陈国华,但股东代表大会只有13名代表签名(代表总数25名,按该合作社章程,过半数通过即可)。2015年,海华集团净资产达39亿余元。2015年下半年,康华经济合作社26明股东起诉至法院,要求确认2002年该合作社将其持有的海华集团28%股份给陈国华的行为无效,理由是股东代表大会通知时间未提前15天,且股东代表大会决议未达到三分之二以上同意通

过。依据《公司法》第42、44条,这次股东代表大会所作出的决议无效。而在开庭时又转而引用《村民委员会组织法》、《农民专业合作社法》。其实,两方面请求权基础是相互矛盾的。引用《公司法》,说明你认为康华经济合作社是公司;引用《农民专业合作社法》,说你认为康华经济合作社是农民专业合作社,不是公司。请求权基础如此摇摆不定,让法院如何支持?

但倘若同一诉讼请求引用两个或两个以上互不冲突, 又与请求权有关联的请求权基础,则应该是可行的。例如例3中,当时作为原告的村民委员会同时引用了两方面的请求权基础来主张其与开发商签订的合作开发合同无效,一是《土地管理法》禁止集体土地作为建设用地转让,国有划拨土地未经批准不得转让之规定;二是《村民委员会组织法》关于村集体重大事项须经村民(或村民代表)大会审议的规定,而这份合作开发合同未经村民代表大会审议。在这种情形下更有利于支持原告的请求权。

(五)通过对案件要素事实的重新选择,找到新的请求权构成要件,提出新的请求权,同时调整请求权基础。

如果当事人在进行诉讼时并未发现请求权竞合的情况, 诉讼后才发现,那该怎么办? 当事人还有选择权吗? 已经审结的诉讼又该怎么处置?

例5:B企业是一家个体企业,规模较小;A公司是一家生产家具的公司,规模较大。B企业的投资人毛总认识A公司的财务总监顾某某。有一天, 毛总向顾某某提出想通过顾某某的介绍, 向A公司借款250万元。顾某某说:“你要借,就多借一些,索性借1000万元,其中750万

元给我用。”于是,这两人向A公司董事长之妻吕总提出借钱,吕总问借钱干什么用,两人回答:“要向银行贷款,账上必须要有自有资金。借的钱是不会动的,无非给银行看看,贷款放下来后,就把钱还给你们。”吕总不放心,两人又说:“我们在开户银行的留底印鉴卡上加一枚顾某某的印鉴,并将这枚印章交给你保管,这样你们公司打过来的1000万元,在没有你保管的这枚印章盖上去的情况下是不可能动用的。”于是,双方签订了借款合同,约定借款期限一个月。哪知道这1000万元汇入B企业账户后,不到一周就被转走,其中250万元被B企业用来归还其他民间借贷,750万元被顾某某挪到澳门赌场输掉。吕总觉得纳闷,增加的一枚银行留底印鉴章在自己手中,这笔钱是如何被转移走的?但钱被转移走是一个事实,于是A公司将B企业告到区法院,要求归还1000万元借款及偿付利息。一审判决生效后,B企业只归还了250万元,其余借款无力归还。期间,顾某某被公安机关以诈骗罪抓获归案,最后被法院判处徒刑。在顾某某刑事案件一审开庭后,A公司才得知,原来当初毛总请人同时刻了两枚章,紧张之中,将增加银行留底印鉴的那枚章(真章)交给了吕总,自己却留下了一枚假章。当然这两枚章相似。由于银行职员的疏忽,未查验出假章,被毛总、顾某某用几张支票将1000万元资金转移。

此处,银行有过错是确定的事实,但A公司如何追究银行的责任?这里有两个障碍:一是程序上的,这笔1000万元资金损失,A公司已以借款合同名义向法院起诉,要求B企业归还本息,一审判决已生效,且B企业已归还250万元,如果再次起诉,就变成“一案两诉”。二是,上次是以借款合同名义起诉,但银行并非借款合同主体。当时,笔者作为代理人,帮A公司想出了这么一个办法,就区法院已判决生效的借款案件向市中级法院申请再审,理由系因顾某某的刑事案件已判决,我方发现新的事实,要追究银行的损害赔偿责任。又因中院提审相当于二审程序,当事人不能变更案由和诉讼请求,也不能追加被告。所以我方要求中院将案件发回区法院重审。市中院组织开庭,经过慎重考虑,裁定将此案发回区法院重审。此时,我方当事人申请将案由由借款纠纷改为侵权纠纷,追加银行、顾某某为共同被告,并变更了诉讼请求,以《侵权责

任法》相关规范作为我方的请求权基础，并提出这笔资金损失是由B企业、顾某某的故意侵权行为与银行的过失侵权行为形成一个无意思联络的共同侵权所造成的。后来，法院判决三被告承担连带赔偿责任。

从这个案件的办理过程可以看出，围绕请求权基础这一核心，结合案件事实的变化，作为代理人的律师要深谙并充分利用现有的诉讼制度，帮助当事人设计出一套行之有效的诉讼方案，并据理力争，取得最终胜诉。在这里务必注意的是，随着案件事实的变化，或者新的事实出现，律师要有敏锐的观察力和准确的判断力，这会不会引起基础法律关系的变化，从而重新寻找请求权基础。

本案实体审理时，银行代理律师还真的对我方提出的请求权基础进行挑战，他指出，A公司将1000万元资金汇入B企业的账户，这笔资金的所有权就属于B企业，所以银行不可能侵犯A公司的资金所有权，A公司的请求权基础不能成立。当时，我方反驳说，所有权包括占有、使用、收益、处分四项权能，而处分权是最核心的权能。我方保留了B企业银行账户留底印鉴中的其中一枚印章，说明保留了对该笔资金的处分权。银行的过失行为侵犯了我方对这笔资金的处分权，即侵犯了所有权，所以我方的请求权基础成立。

（六）同一客观事实，引用不同的请求权基础，可以实现同样的诉讼目的，有时还有一定的互补性。

一个客观事实的发生，从不同角度审视，可以看到不同的法律关系。准确把握已经发生的案件客观事实，理出法律关系的“头绪”，寻找相应的请求权基础，可以探索出一条简便、有效的途径，实现请求权。

例6：某业主停放在自家小区的汽车被盗，如何获得损害赔偿呢？有三种途径可供选择，一是依据保险合同，引用《保险法》，向保险公司理赔；二是依据场地租赁合同，引用《合同法》，向出租人索赔；三是依据物业管理合同，引用《物业管理条例》，向物业管理公司索赔。这三种途径，引用的请求权基础规范是不同的，分别是《保险法》、《合同法》和《物业管理条例》的相应规范，但可以实现同样的目的，而且还可以互补。如果业主选择向保险公司理赔，但保险公司讲，你是投了车辆被盗险，车内物品未在保险范围内，则业主可以要求物业公司对车内物品进行赔偿。

四、法院的释明权与请求权基础的选择及调整。当事人对自己主张的请求权有选择和重新选择的权利，但当事人的选择明显错误时，法院可行使释明权。这二者关系处理得当，不仅可以更好地保护当事人的实体权利，且有利于提高审判效率；但处理不当，就有可能发生诉讼风险。而这过程中又涉及对请求权基础的检索、确定与调整

选择什么样的请求权以及寻找什么样的请求权基础来支持其请求权，这本应是原告的权利，也是其义务。但是由于不少原告对诉讼标的、请求权基础不甚了解，往往不能准确表达自己的请求权，更不用说寻找请求权基础。必须清楚一个事实，有不少民商事案件当事人是不聘请律师的；即使聘请律师，由于律师的专业素养参差不齐，有些律师也不甚明白请求权基础。于是就产生了一个问题，法官要不要帮助或引导当事人选择请求权并寻找请求权基础。这里涉及采用什么样的诉讼模式，是“当事人主义”，还是“职权主义”？

在改革开放初期，案件数量少，且法官的意识和职责，以及民众对法官的信任度都与今天不同，所以，法官引导甚至替代当事人选择请求权，法官自己检索法律依据常有发生，“职权主义”较为普遍，但是，今天整个社会的法治水平有很大提高，案件的数量、种类和复杂程度也非往昔可比。法官再不能像改革开放初期时那样做“好心人”，很多事情都替当事人做了。一是法官的人数、素养不能完全适应；二是当事人不能完全接受，会出现“好心办坏事”的情况。

那如何解决这个两难问题？2001 年最高人民法院颁布《关于民事诉讼证据的若干规定》引入了法官释明权制度。[21]十多年来，这项制度在司法实践中被广泛接受并采用。但这项制度在实践中也暴露出一些问题。笔者认为有以下几点值得注意：

（一）严格控制释明权适用的范围。

只有当原告对法律关系的性质、民事法律行为之效力的认识发生错误，法官才能行使释明权。因为不同的请求权会产生不同的利益、风险。

[21] 详见《证据规则》第三十五条：“诉讼过程中，当事人主张的法律关系的性质或者民事行为的效力与人民法院根据案件事实作出的认定不一致的，不受本规定第三十四条规定的限制，人民法院应当告知当事人可以变更诉讼请求。”

一般而言,原告在起诉时对选择什么样的请求权是经过慎重考虑的。法官行使释明权会对当事人的利益产生影响。从正面理解,是法官对当事人正确行使请求权的一种引导;从反面理解,也不乏当事人认为这是法官对当事人行使请求权的一种干预。所以,法官应当谨慎行使释明权,对可以做出两种或两种以上请求权选择,而当事人只选择了一种;或者当事人打算分步行使请求权,先行使某个请求权,将来再视情况行使第二步请求权;或者请求权定性没错,只是请求金额上不甚合理,法官一般不宜行使释明权;且释明权只行使一次,不宜一而再、再而三地对当事人进行释明,否则不仅会让原告且会让被告产生不必要的"联想"或者误解。

(二)不宜对抗辩权的行使也进行释明。

按民事诉讼程序制度的设计初衷,原、被告双方的诉讼地位是平等的,诉讼权利、义务也是对等的,这是否意味着对被告抗辩权的行使,法官也要释明?答案显然是否定的。因为,虽说在程序上当事人双方诉讼地位平等,诉讼权利义务对等,但他(它)们的实体权利需要保护的程度往往处于不对等的状态。比如原告起诉归还100万元款项,法院可以对这笔款项的性质及请求权基础向原告进行释明,但不能对被告作其可以用诉讼时效进行抗辩的释明。因为这笔债务是客观存在的,是原告的实体权利受到了侵害。这时,法官如果对被告进行时效抗辩说明,有引导被告以合法手段逃避债务的嫌疑。这在国际上也是如此,如十分强调法官释明权作用的德国、日本,也不贸然对被告抗辩权的行使进行释明。[22]我国最高法院关于民事诉讼时效的司法解释也采用这一立场,除非当事人主动利用时效进行抗辩,法官不能对此进行释明或主动采用。

(三)法官的释明权不能剥夺当事人对请求权的选择权(一个是本位的权利,一个是辅助的权利)

的确,按我国目前的民事诉讼制度,法官可以就涉案法律关系的性质、民事法律行为的效力进行释明,但不能因为法官有这一释明权就剥夺了当事人对请求权的选择权。笔者近期就遇到了这么一起案件。

例7:2010年,A公司与B公司以法院执行抵债方式取得了一块土

[22] 参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第363-364页。

地,当时这块土地已取得建设用地规划许可证,但因尚有部分农居房未拆迁,未取得国有土地使用权证。A公司和B公司共同出资设立开发此项目的房地产公司C公司。2011年,A公司和B公司将持有C公司的全部股权转让给D公司,双方签有股权转让合同。后因D公司未支付第二期股权转让款,A公司和B公司将D公司告上法庭,要求其支付该期股权转让款。D公司则抗辩说因A公司、B公司未按合同的约定完成拆迁,所以拒付第二期股权转让款。一审期间,A公司、B公司作为共同原告申请变更诉讼请求为要求法院确认双方之间的合同名为股权转让,实为土地使用权与项目开发转让,因尚未取得国有土地使用权证,所以合同无效。法院认为对合同性质、效力的认定属于法院的职责范围,如果法院经审理作出了与原告诉状不一致的判断,法院会进行释明。现在法院没有释明, 原告不能主动对合同法律关系性质及效力的认定进行变更,从而变更诉讼请求,法院不接受这样的变更诉讼请求之申请。

笔者认为,请求权及其对请求权的选择从本源上讲,属当事人的权利。的确,法院经审理后若认为当事人选择的请求权有误,可以进行释明。但从两者关系上讲,当事人对请求权的选择是本源的,法院的释明是辅助的。不能因为法院没有释明,当事人就不能对请求权进行重新选择,从而变更诉讼请求。法院应当受理当事人变更诉讼请求的申请,因为这属于当事人的权利。但法院可以向当事人进行释明,变更的诉讼请求对实体法律关系性质及效力的认定有误,有败诉的风险。若当事人仍然坚持变更诉讼请求,法院不能不予受理,但可以判决不支持变更后的

诉讼请求。

(四)法官行使释明权后,当事人因不接受而败诉,尔后,就同一诉讼标的行使不同的请求权重新起诉,则属于一案两诉,法院不应受理。

法院的释明,既然是一项诉讼制度,那么就会有相应的诉讼后果。当事人应慎重考虑法院的释明,作出是否重新选择请求权,调整请求权基础的决定。如果不接受法院释明,一旦败诉,就不能就同一诉讼标的换一个请求权,重新起诉,则属于一案两诉。

例8:潘某与某某银行温州瓯海支行(以下简称“瓯海支行”)签订委托理财合同,理财资金300万元。经瓯海支行职员陈某的指定,潘某将这笔钱直接汇给某进出口公司。后陈某因犯集资诈骗罪被判刑。上述委托理财合同上瓯海支行的业务章也是陈某私刻的。由于不能收回这笔理财资金,潘某将瓯海支行告到法院,其理由是陈某系瓯海支行职员,其行为构成表见代理。法院向潘某释明,陈某的行为已被定性为集资诈骗罪,不构成表见代理,如果你认为银行管理上存在疏忽,可以向银行提起侵权之诉。但潘某坚持原来的诉由及诉讼请求,法院遂裁定驳回其起诉。后潘某又以瓯海支行存在管理上的疏忽,提起侵权之诉,法院又予以受理。

笔者认为,法院此处存在两个错误,一是潘某第一次诉讼时,法院已行使释明权,潘某坚持原来的诉由及诉讼请求,法院就应当用判决驳回其诉讼请求,而不是用裁定驳回其起诉。二是,法院不应受理潘某以侵权为由提起的第二次诉讼。这样,使得法院的释明权流于形式,原告不尊重法院的释明,没有实体法上的后果。

(五)法官行使释明权与二审改判之风险。

对法律关系性质的判断以及对民事法律行为效力的认定是一件非常专业的事,需要进行释明的法官有较高的专业素养,稍有不慎,就会带来诉讼风险:当事人依照法院释明重新选择了请求权,变更了诉讼请求,虽然一审获得胜诉,但二审改判败诉;或当事人未接受法院的释明,仍坚持原选择的请求权,虽然一审败诉,但二审获得改判胜诉。

笔者近两年就遇到了这么两起案件。

第一起案例就是前文所述案例2。从这个案例可以看出,原一审法

院对原、被告双方合同关系所体现的法律特征判断有误,将非主要特征看作是主要特征,而将主要特征看作是非主要特征,从而对合同法律关系的性质的认定发生错误,又据此进行了错误的释明,导致被二审法院裁定发回重审。

第二起案例，即例9：宁波B公司在当地受让了一块商业开发用地,因缺少资金,故需要找合作开发伙伴投入资金。杭州A公司闻讯与其洽谈,并签订《股权转让合同》。B公司的控股股东张某(占90%股份)将其持有的51%股权转让给A公司,转让价为10200万元。签约后,A公司支付了全部转让款。因张某迟迟未能按约取得另一小股东放弃优先购买权之承诺,股权未能变更登记。又因审批手续等原因,项目迟迟未能开发。A公司将张某告到法院,请求解除合同,返还股权转让款并赔偿利息等损失。一审法院经审理认为，双方之间的合同名为股权转让,实为房地产合作开发,并进行释明。A公司坚持己见,不同意更变诉讼请求。一审法院判决驳回原告的诉讼请求。A公司提起上诉,二审法院以程序上的理由裁定驳回A公司的一审起诉,裁定书同时认定双方间的合同法律关系系股权转让关系,A公司可另案起诉。A公司另案起诉,并获得胜诉。

其实,司法实践中所遇到的法律关系常常是较为复杂的,有些特征符合这个法律关系的性质,有些又符合那个法律关系的性质。关键要看其主要特征或基本特征符合哪个法律关系的性质。从以上两个案件的诉讼过程可以看出，一审法院的释明对法院和权利人来讲都是一种诉讼风险。法院应谨慎释明,当事人应谨慎对待法律的释明,对自己认为正确的诉讼主张,则还得坚持。

职业调解人：律师执业的新方向 *

□ 赵青航 *

在民商事诉讼案件急剧增长的当下，作为社会主义法治工作队伍重要组成部分的律师可以充分发挥职业优势、专业优势和实践优势，参与人民调解、行政调解、行业调解、商事调解、诉讼调解等各种多元化纠纷解决机制，这将有助于矛盾纠纷及时化解在基层、萌芽状态，维护社会的和谐稳定。党的十六届六中全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》强调要发挥律师在社会和谐司法保障中的积极作用。十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出加强律师队伍建设、推动律师法律服务业发展的决策部署。为此，中共中央办公厅、国务院办公厅于 2015 年印发的《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》对建立完善律师调解制度，鼓励和规范律师参与重大复杂矛盾纠纷化解提出了明确要求。2016

1 本文原载于《中国律师》2018 年第 5 期。

2 赵青航，本所律师，博士研究生，香港中文大学金融规管与法律研究中心研究员，杭州市作家协会会员。

年，中办和国办又印发了《关于深化律师制度改革的意见》，指出要充分发挥律师在司法中的重要作用，完善律师参与诉前、诉中调解制度，加强律师参与专业调解。上述文件的出台，使我国律师调解制度有了更高层次的依据和更广阔的发展空间，为律师调解制度的发展提供了强有力的支持和保障。

一、不同于“律师参与诉讼调解”的“律师调解”

在目前的司法实践中，律师参与调解共有两条途径，一条是传统的途径，律师以一方代理人的身份参与诉讼调解。这时的调解是整场诉讼中的一个环节，例如诉前调解、诉中调解，此即“律师参与诉讼调解”。律师在个案调解中扮演的是典型的“私益”角色，目的是为已方当事人争取到一个比法院判决更符合其利益的纠纷解决方案，旨在最大程度地维护当事人的合法权益。另一条途径则是近几年由国家确立但在域外部分国家已实施多年的由律师作为中立第三方主持的调解，即“律师调解”。2012 年 4 月最高人民法院《关于扩大诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制改革试点总体方案》首次提出律师调解制度，推动建立律师调解员制度。目前，对律师调解制度规定得最深入的一份文件是 2017 年 10 月最高人民法院和司法部联合颁布的《关于开展律师调解试点工作的意见》(司发通〔2017〕105 号，以下简称为《意见》)，对开展律师调解试点工作作出全面部署。《意见》首次为“律师调解”作出了完整的定义，是指律师、依法成立的律师调解工作室或者律师调解中心作为中立第三方主持调解，协助纠纷各方当事人通过自愿协商达成协议解决争议的活动。

通过分析律师调解的概念，可知“律师参与诉讼调解”与“律师调解”有根本性的区别——律师在两种调解活动中的地位和作用是不同的。诉讼调解的主体是各级人民法院。《民事诉讼法》第九条规定：“人民

法院审理民事案件，应当根据自愿和合法的原则进行调解；调解不成的，应当及时判决。”具体而言，诉讼调解由法官或者合议庭主持，法官在调解过程中处于主导地位，控制着整个诉讼调解活动。律师则作为己方当事人的代理人参与诉讼调解，为当事人提供调解法律服务，通过配合法官，与对方当事人或代理人协商，促成纠纷的有效化解，进而最大化地实现己方当事人的诉讼目标。再看律师调解。律师调解的核心特质是律师居于中立第三方的地位，既要作为调解主持人从总体上把握、控制着调解过程，还要在调解过程中严格保持立场中立，不得有偏向任何一方当事人的言行。这时的律师不担任代理人，不再发挥代理人的作用，而是以中立第三方的身份平衡双方的利益，居中引导当事人在平等协商基础上达成调解协议，以解决纠纷的方式维护法律的正确实施，从而维护社会的公平正义。

二、律师调解的四种模式

我国近几年受到多元化纠纷解决机制发展的影响，越来越认识到律师在纠纷调解机制中的作用，许多地区探索了符合我国国情的律师调解模式，比较具有代表性的模式包括律师参与诉调对接工作，法院诉讼服务中心建立律师调解工作室，律师建立专门提供调解服务的机构，律师加入专业的调解组织，政府购买律师调解服务，等等。为了进一步规范律师调解法律制度，增强制度的可操作性，国家有必要就律师调解模式制定一个结构性的框架，以保障该制度合法、健康地运行。2017 年出台的

《意见》最大的意义之一在于其建立了四种律师调解的模式，这不仅丰富了律师调解的内涵，更为律师从事调解业务提供了多元化的平台。

第一种模式，律师在法院设立的律师调解工作室提供调解服务。诉讼调解是法院司法活动的重要组成部分，关涉司法权的行使，法院委托律师主持调解必须有法律的明确授权。2007 年修订的《律师法》修改了律师参与诉讼调解的法律条文，将之前“接受当事人的委托，参加调解、仲裁活动”的规定调整为“接受委托，参加调解、仲裁活动”(现行《律师法》第二十八条第五项规定)，即删除了“当事人的”这四个字。这意味着，自此，律师参加调解活动的委托人不再限于一方当事人，法院也可以成为律师调解的委托主体。这便为法院委托律师主持调解提供了合法性依据。据此，最高人民法院于 2016 年 6 月制定发布了《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》(法发〔2016〕14 号)，第十九条明确提出要推动律师调解制度建设。《意见》作了进一步的细化，要求试点地区的各级法院要将律师调解与诉讼服务中心建设结合起来，在法院诉讼服务中心、诉调对接中心或具备条件的人民法庭设立律师调解工作室，配备必要的工作设施和工作场所。

在法院委托律师调解案件的法律关系中，作为委托人的法院须对案件有管辖权，登记立案后或者在审理过程中，承办该个案的法官或合议庭经过慎重考虑，认为该案适宜由律师调解的，且征得双方当事人同意，便委托律师进行调解。作为受托人的律师应具有包含执业年限、办案数量、诚信状况等各项调解工作的资质，并在律师调解员名册之内。委托的事项是由律师依法、依情、依理地调解受移送的个案。并且，《意见》规范了律师调解的工作程序。经调解达成协议的，律师应出具调解协议书；期限届满无法达成调解协议，或当事人不同意继续调解的，终止调解。但在之后的诉讼程序中，除涉及国家利益、社会公共利益和他人合法权益的外，当事人无需再对调解过程中已确认的无争议事实举证。《意见》还规定了律师调解协议申请支付令和司法确认两种诉讼与非诉讼的衔接机制。这些举措极大地提高了律师调解的权威性，也提升了而后法院的办案效率。

律师在法院设立的律师调解工作室里主持个案的调解，一来能适

度缓解基层法院“案多人少”的严峻矛盾，切实助力法院办妥一部分案件，减轻法官的工作量。二来通过与法官在个案上的配合，了解法官的办案思维，体会法院日常的工作生态，从而进一步增强律师与法官作为法律职业共同体的成员在工作上的理解和身份上的互信。三来以律师在法院“办案”的方式向社会彰显其维护法律正确实施和维护社会公平正义的社会责任感，以期让人民群众在经由律师调解的每一个案件中都能实实在在地感受到公平正义，使司法满意度和律师职业的口碑皆得以提升。

第二种模式，律师在公共法律服务中心(站)设立的律师调解工作室提供调解服务。公共法律服务中心(站)在我国存在的时间不长，因此公众对其认知度较低。党的十八届四中全会提出要“推进覆盖城乡居民的公共法律服务体系建设”，国务院《“十三五”推进基本公共服务均等化规划》更是对推进公共法律服务体系建设作出了部署。在此背景下，司法部以“更好地满足人民群众日益增长的法律服务需求”为目标，于2014年1月制定了《关于推进公共法律服务体系建设的意见》(司发〔2014〕5号)，对公共法律服务体系的建设作出规划。在此基础上，2017年8月司法部出台的《关于推进公共法律服务平台建设的意见》要求以县(市、区)、乡镇(街道)为重点，分别建立公共法律服务中心和公共法律服务工作站。与《关于推进公共法律服务平台建设的意见》几乎同时颁布的《意见》明确了试点地区的县级公共法律服务中心、乡镇公共法律服务站应当设立专门的律师调解工作室。目前，律师调解工作室在各地纷纷建立的公共法律服务中心(站)内逐渐成立。不久前，四川省在省级公共法律服务中心内成立了律师调解工作室，产生了较大的影响。

律师在公共法律服务中心(站)提供调解服务的模式有三大特性，一是具有显著的基层性。公共法律服务中心(站)多设立于县区乡镇，在

中心(站)内设立律师调解室便于送法律服务"下乡",既便于群众及时获得律师调解服务,也利于律师调解制度的推广宣传。二是这种模式下的调解服务强调的是公益性。由公共法律服务中心(站)提供的律师调解服务是公共法律服务的重要组成部分,而公益性是公共法律服务的主要特征。是故,公共法律服务中心(站)内的律师调解经费由司法行政机关通过政府采购服务的方式解决,当事人有权享受到免费的调解服务。三是相较于人民调解,基层的律师调解服务显然更具专业性。人民调解注重道德伦理,往往适合处理解决日常生活中由"磕磕绊绊"引起的摩擦,而律师调解则主要是运用法律专业知识,促使当事人各自认识理解己方立场在法律上是否有理的"强弱"姿态,再设法帮助双方形成法律框架内利益相互兼容的解决方案。所以,律师调解是法律人专门运用法律知识提供的专业法律服务。以家事类、相邻关系类、小额债务类、消费者权益保护类、交通事故类、劳务纠纷类、物业管理类为代表的民事纠纷多来自基层,这些纠纷本身也适宜以调解的方式解决,将律师调解服务普惠基层群众必能节约司法成本,减轻群众诉累,形成止诉息讼的社会风尚。

第三种模式,律师在律师协会设立的律师调解中心提供调解服务。《意见》指出,律师在律师调解中心作为调解员可接受当事人申请或法院移送,参与矛盾化解和纠纷调解。在此之前就有一些省市走在实践的前列,率先提出由律协作为提供律师调解服务的主体。例如 2015 年 4 月《厦门经济特区多元化纠纷解决机制促进条例》第五十五条便鼓励律协建立律师调解员队伍,提供调解服务。2016 年,杭州市律协成立了全国第一家由律协设立的律师调解中心——杭州律谐调解中心,这也是全国首个以律师为主体的专业性调解组织。2017 年 5 月,司法部副部长熊选国专程来杭州律协调研指导多元化纠纷解决机制改革下杭州律师参与司法调解工作情况,充分肯定了

律师调解的设想与实践。

从试点地区律师调解中心的运营情况来看，由律协设立的调解中心提供调解服务具有以下优势。一是，作为行业协会的律协有条件整合当地的律师资源，把真正具备较强专业素养、有强烈责任心的律师吸收到律师调解中心，并根据律师的专长进行业务领域的分工。由此，绝大多数的律协会长、副会长和其他资深律师自然而然地成为当地调解中心的首批调解员。二是，律协被誉为广大律师的“娘家”，由律协设立的律师调解中心更容易获得律师的认同感和归属感。不少试点地区符合条件的律师踊跃报名参加律师调解中心，这既是他们拓展执业领域的有效方式，也是响应律协号召、配合律协工作的积极表现。三是，律协及其设立的律师调解中心在立场上是中立的，不代表任何一方当事人的利益，也不会与当事人形成利害关系，所以法院可无顾忌地将案件移送律师调解中心，不必过多地担心律师调解中心与当事人勾结或串通。四是，律师调解中心提供的服务具有公益性，为此，律师调解中心受理当事人直接申请调解纠纷的，由律协通过政府采购服务的方式解决经费，当事人可在律师调解中心免费获得律师调解服务。

第四种模式，律师在律师事务所设立的调解工作室提供调解服务。近年来，我国部分城市已在尝试实践律师调解，例如2006年10月德衡律师事务所发起设立了青岛市涉外律师调解中心，其不仅是全国第一家由律所成立的律师调解中心，也是律师界第一家律师调解中心。调查发现，在《意见》出台以前，各地律师调解的主要模式是以律所为主体向社会提供调解服务。此次《意见》规定，律所可以将接受当事人申请调解作为一项律师业务开展，同时可以承接法院、行政机关移送的调解案件。无疑，这是律师调解四种工作模式中最贴近市场的一种，也是国家支持律师调解服务市场培育的重要举

措。

既然律所是面向市场开展律师调解业务，收费与否自然是一个无法绕开的话题。《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》指出“支持商事调解组织、行业调解组织、律师事务所等按照市场化运作，根据当事人的需求提供纠纷解决服务并适当收取费用”。《意见》进一步作出了一条富有前瞻性的规定，“在律师事务所设立的调解工作室受理当事人直接申请调解纠纷的，可以按照有偿和低价的原则向双方当事人收取调解费，一方当事人同意全部负担的除外”。一方面，律师为社会尽量多地提供无偿或低价的调解服务肯定是值得鼓励的，这是律师履行社会责任的一种有形方式，有助于塑造广大律师良好的社会形象，减少部分律师因过于逐利、拜金而使整个行业遭受诟病。但另一方面，国家亦不宜过于提倡律师调解的无偿性，而应树立“谁使用，谁付费”的服务市场化理念。一来，律师调解服务本就是一类新型的法律服务产品，需要公办经费、人力资源等各种成本的投入。与由财政经费保障运行的人民调解、行政调解等公益性调解不同，作为律师调解服务提供者的律所本身是营利性组织，在律所内执业的律师理应凭借其提供的法律服务换取物质性对价。从实践中看，公益性产品的提供标准一般为普遍性标准，即政府或相关职能部门有义务提供与当地社会发展平均水平相一致的服务，这种服务虽不是最低标准，却一般只能是基本保障，无法为当事人提供个性化服务或增值服务。商事纠纷、行业性、专业性纠纷所涉及的法律关系一般较复杂、纠纷案涉标的额较大，当事人需要具有专业实践能力的律师主持纠纷的调解，也具有较高的付费能力和付费意愿。并且，在相关领域鼓励发展收费调解，可以吸引擅长矛盾争议化解的律师人才参与到纠纷解决法律服务业中，避免近年来不断发生因缺乏物质性回报导致律师调解业务后劲不足，最终陷入搁置乃至停滞的境地。二来，免费调解所服务的对象和参与解决的纠纷，

应该既有一定的公益、公共属性，或当事人纠纷内容涉及基本民生。但若纠纷具有一定的私益性或商业利益，则属当事人应自行负担的民事风险或商业风险，纠纷解决成本由公共财政负担既不符法理，也有悖公共产品供给原则。

《意见》自 2017 年 10 月颁布以来，试点地区已全面推进律师调解工作。不少试点地区通过成立律师调解组织和设立律师调解场所，正深入有效地开展上述四种律师调解的模式。山东、北京等地更是制定了适用于当地的律师调解试点工作实施意见，例如 2018 年 4 月，北京市高级人民法院和北京市司法局制定了《关于开展律师调解试点工作的实施意见（试行）》（以下简称为《北京意见》）。《北京意见》对《意见》中的不少规定作出了更加细化且可操作性强的规则，譬如在律师调解组织方面，《北京意见》创造性地规定，具备条件的律师协会（律师工作联席会）可以设立民办非企业单位（以下简称为民非）的律师调解中心；管理规范、专业特色突出的律所可以设立民非的律师调解中心。1998 年《民办非企业单位登记管理暂行条例》创设的民非是在各级民政部门登记注册的一类利用非国有资产举办的，从事社会服务活动的民间组织。《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》明确提出，民非作为一类社会组织，要发挥其“提供服务、反映诉求、规范行为”的作用。从民非特有的非营利性（兼顾公益性）、社会性、经营性等组织属性来看，将民非作为经营律师调解业务的载体再合适不过了。不仅如此，民非具有独立的法人资格，便于成本和收入的税务处理；若民非提供的服务具备公益性，其往往还能享受税收减免政策。这些制度优势若形成合力，将有利于吸引更多的律师开拓调解业务的新空间，最终会有力地促进律师调解业务健康有序地发展，以满足人民群众在专业法律服务方面的需求。

On Home Countries' Regulations under the Framework of Environmental Protection in International Investment Law—A Perspective from Overseas Investment of China

Nanmengdi SUN*

【Abstract】: The current wave of globalization continues to transform the business landscape and impact companies around the world. Increasing economic presence of China on the world stage has undoubtedly played a significant part in this global trend. Especially as "the Belt and Road" provides a development platform with huge inclusiveness, the overseas investment of China is developing rapidly, but the overseas investment of China mainly concentrates on energy, mining and public works. Such a model may lead to serious environmental problems along the way, thus the environmental protection issues have been increasingly called attention to.

* Author: Nanmengdi SUN (孙南梦頔), Paralegal, Zhejiang Brighteous Law Firm, Master of international economic law, from Zhejiang Gongshang University.

One of these issues, for example, is that many scholars and news reports from western countries criticize the production model of China, saying its outputs produce serious environmental pollution. This essay attempts to discuss the responsibilities and obligations for environmental protection of home countries in the existing framework of international investment laws from different perspectives and propose corresponding solutions in terms of domestic environmental protection and international community responsibilities.

【Keywords】: International investment law, China's overseas investment, environmental protection, home countries regulations

INTRODUCTION

"The Belt and Road" (hereinafter referred to as B&R) Initiative, also known as the Silk Road Economic Belt and the 21st Century Maritime Silk Road, aims to build a trade and infrastructure network connecting Asia with Europe and Africa along ancient trade routes. Over 100 countries, regions and international organizations have expressed support for or participated in the Initiative. With the implementation B&R strategy, China´s rapid economic growth has been driven by high investment rates, and the development of economy promotes the booming of China's overseas investment in turn. China´s overseas investment refers to direct investment on capital, equipment, technology, patent rights and trademark etc. from Chinese enterprises, corporations and other organizations to set up overseas joint ventures, cooperative operations, wholly-owned enterprises or other types of enterprises, corporations, subsidiaries and branches. [①] China is quickly becoming one of the world's largest overseas investors, measured by the amount of money it directs overseas.

As the statistics indicated in *World Investment Report 2017*: Chinese Overseas Direct Investment (hereinafter referred to as ODI) is being increasingly aligned with the countries B&R plans, and China will be making investments of USD 150 billion to B&R countries within the next five years. [②]Furthermore, China´s ODI is surging despite weak global growth as Chinese companies continue to internationalize their business. Non-financial ODI increased 53.3 percent year on year to reach 145.96 billion U.S. dollars in the January-October period. According to statistics of Thomson Reuters, in the year of 2016, the domestic investors of China made non-financial ODI to 164 countries and 7961 overseas companies and accumulatively realized an investment of 170.11 billion U.S. dollars with a year-on-year growth of 44.1%. The value of newly signed contracts reached 244.01 U.S. dollars with year-on-year growth of 16.2%. In the first half of 2017, ODI was over 170 billion U.S. dollars. Additionally, State-owned China National Chemical Corporation agreed to buy Swiss crop seeds and pesticides company Syngenta for US$43 billion earlier in the year of 2017. The deal, which is expected to go through by the end of the year, would be China's largest overseas acquisition.[③]

---

① China's Foreign Trade, China's Overseas Investment, Economic and Trade Features, 8(1994).

② *Chinese Overseas Direct Investment Turns Towards OBOR as Beijing Pledges USD2 Trillion in Purchase*, Silk Road Development Weekly, May 17, 2017

③ South China Morning Post, *China Smashes Annual Outbound Investment Record Racking Up US$111b in Overseas Investments in Five Months*, 17 May 2016, http://www.china-invests.net/20160517/40326.aspx (last visited on 27 Oct. 2017)

However, overseas investment to developing countries mainly focuses on energy, nuclear, mining acquisition and other energy resources. It can be observed that Mergers and Acquisitions of China's overseas investment mainly concentrate on energy, mining, manufacturing and public works. Such a model with its particular features may lead to serious environmental problems along the way. Even "the Belt and Road" initiative seems to mainly focus on the infrastructure. This plan is not only about constructing roads and building trade ties, but more importantly, it is about development and sustainability, as was said by professor Chen Xin from Chinese Academy of Social Sciences. [4] Environmental responsibility of a country means legal responsibility for internationally wrongful acts which constitute non-performance to international environmental obligations, or acts not prohibited by international law but lead to damage to the environment (take damage to the environment caused by normal business operations). Not only in international environment law is environmental responsibility placed in an important position, but also in the field of international investment law. Nowadays, with the aggravated global environment, it is necessary to make some changes to the rules of international law on environment responsibility of a country related to international investment. The environmental responsibility mentioned above also includes environmental liability of home countries to ensure overseas investment enterprises are under control.[5]

[4] MU Xuequan, "*One Belt, One Road" Initiative Brings More Than Infrastructure to Central and Eastern Europe*, Xinhua News, 8 Oct. 2017.

[5] LI Zunran, *On Environmental Responsibilities of Home and Host Countries of Foreign Investors*, Journal of Henan Normal University Vol. 36, NO.1, 120 (2009).

I. HOME COUNTRIES' RESPONSIBILITIES IN ENVIRONMENTAL PROTECTION

The transfer of advanced technologies and injections of funds during the process of international investment stimulates the development of environmental protection industry, and it may also promote the deeper and further inter-state environmental cooperation, thus such a type of transfer is of great essence in perspective of global sustainable development. [⑥] Thus we cannot deny the significance of the relationship between international investment and environmental protection. When it comes to China, this question becomes more complicated. In fact, some China's overseas investment projects caused or are causing environmental problems, such as Sudan's water conservancy project, Chile's copper mining project and Argentina's manufacturing project. As a home country, China has to deal with these problems and focus on the regulations of law and relative investment agreements and treaties.

A. Home Countries' Liabilities in the Existing Framework of Trade Agreements

As state responsibility has been declared in international law, all the countries have the rights and should take the responsibilities to protect the activities abroad operated by their nationals and business entities. Such a type of protective mechanism is established by home countries to prevent overseas investors from suffering damage in host countries, hence home countries should be granted the right of subrogation to demand well and timely compensation.

Since the past international investment treaties overemphasized on interest protection of home countries and investors, United Nations Confer-

---

[⑥] GAO Lin, REN Danhong, *Research on Hotspot Issues of International Economic Law*, China Democratic Legal Press (Beijing), at 343 (2007).

ence on Trade and Development (hereinafter referred to as UNCTAD) proposed to increase obligations of home country in new bilateral investment treaties in order to ensure the balance of rights and obligations of home countries, investors and host countries in view of international investment relationship. [7]Accordingly, Canada-Colombia Free Trade Agreement also made direct reference to the obligations for States Parties to encourage enterprises to shoulder social responsibilities in its preamble and substantial provisions. Furthermore, similar contents can be seen in Article 10.15 in Chapter Ten Investment of Canada-Honduras Free Trade Agreement [8]and Chapter Ten (environment) of Canada-Jordan Free Trade Agreement. [9]All these provisions indicate a type of value orientation of making home countries take the responsibility to protect environment. However, these liability terms are merely with soft potency and short of obligations for home countries to regulate overseas investment in view of environment protection.

To sum up, home countries are supposed to ensure that their multinational corporations (hereinafter refers to MNCs) are not going to violate the laws and regulations of host countries. However, liability for business entities from home countries violating laws in foreign countries is uncertain.

B. Necessity for China to Value Environmental Protection in Overseas Investment

Overseas economic and trade co-operation zones have become a major format for Chinese enterprises to "go out", and serve as an important

---

[7] See UNCTAD, World Investment Report 2003-FDI Policies for Development: National and International Perspective, Sales No E. 03. II. D. 8 (7/2003), Part II (Enhancing the Development Dimension of International Investment Agreements), Chapter VI (Eight Key Issues: National Experiences and International Approaches).

[8] http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/honduras/10.aspx?lang=eng, (last visited on 19 June, 2017).

[9] http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/jordan-jordanie/chapter10-chapitre10.aspx?lang=eng, (last visited on 19 June, 2017).

carrier and platform for foreign investment and co-operation. According to the Ministry of Commerce, at present, China is developing 56 co-operation zones in 20 countries along the Belt and Road routes, accounting for 72.7% of the total number of overseas co-operation zones under construction, involving a cumulative investment of US$18.55 billion and drawing in 1,082 operating enterprises with a total output value of US$50.69 billion. These zones have created about 180,000 jobs for the local communities, helping to promote the industrialization of the host countries and the development of their related industries-particularly the development and upgrade of key industries such as light textiles, home appliances, steel, building materials, chemicals, automobiles, machinery, and mineral products. However, the more we gain, the more we think.

Firstly, the domestic environment of home countries is a significant aspect of investment environment, but it may also impact international investment directly or indirectly. [10]On the one hand, natural resources is the major object of international investment, for instance, the investment of mineral exploration or deforestation. On the other hand, environment is also a crucial external condition which decides whether a country is allowed to invest in or not. Therefore, natural resources are regarded as an essential factor in some investment projects. Chinese companies' investment abroad does not generally depend on exploiting existing competitive advantages as the mainstream FDI theory prescribes. Gu[11] points out the most important drive element leading Chinese companies successfully is "go Africa" and is the particular role China's entrepreneurship plays there: "Chinese investors are the risk-taking ventures with strong-minded work ethics." However, China's overseas investment, although considered as a long-term

[10] JIANG Honglian, *International Investment and Environmental Protection Legal Mechanism*, Academics in China, 170-171 (2008).

[11] GU, *China's private enterprises in Africa and the implications for African development. European Journal of Development Research*, *Special Issue on China, India and Africa*, The last golden land? Chinese private companies go to Africa, IDS Working Paper, March, 2011.

strategy, lacks corresponding environmental protection programs.

Secondly, as China continues to expand overseas investments, understanding and managing the environmental and social impact of these investments in host countries can help it build mutually beneficial relationships with host countries. Besides, if home countries can regulate its MNCs successfully, it is able to bring well-deserved reputation to themselves. [12] In the economic aspect, if an investment project causes serious environmental pollution, it is more likely to be obstructed by local residents, environmentalists or NGO, which not only affects the construction process and project operation, but also causes the failure of local investment. Take Chevron Case for instance, during the disputes with Nigeria, Chevron did not fulfill social responsibility because its petroleum production caused serious environmental pollution, which triggered the continuous protests of local residences and made Chevron itself become the target of public criticism. [13] This is a typical lesson for China's overseas investment: if Chinese investors do not put enough emphasis on local ecological environment, eventually they have to suffer great losses and may lose the whole investment.

[12] HAN Xiuli, *Research on Environment Protection of China's Overseas Investment*, Law Press of China (Beijing), at 36 (2013).

[13] Scott Pegg, The Cost of Doing Business: Transnational Corporations and Violence in Nigeria, Security Dialogue, Vol. 30, 473, 477–478 (1999); Information for the Protest of Chevron Corporation for their Involvement with Oil and Gas Projects in Burma (Myanmar), available at http://protestchevron.blogspot.com/, (last visited on 20 July, 2017).

II. REGULATION METHODS MADE BY HOME COUNTRIES

As mentioned before, the home country is one of the important participators. Home countries are supposed to ensure that their MNCs are not going to violate the laws and regulations of host countries. Under the Ministry of Environmental Protection of China, the Department of Policies, Laws and Regulations is in charge of establishing and strengthening basic laws and policies such as environmental laws, administrative policies and economical regulations. It is also responsible for the development of national environmental protection policy and macro strategy. The national government has undertaken a number of measures to curb pollution in China and improve the country´s environmental situation. In April 2014, the government amended its environmental law to better fight against pollution. Among all the policies made by different countries, one thing is undeniable—all the policies emphasize the responsibility for home countries to guarantee the practices of their business entities comply with the laws and regulations of host countries, especially under the circumstance that the laws of host countries are inconsistent with those of home countries.

A. Methods at Legislative Level

Legislation is usually proposed by a member of the legislature (for instance, a member of Congress or Parliament), or by the executive, whereupon it is debated by members of the legislature and is often amended before passage. Legislation is regarded as one of the three main functions of government which are often distinguished under the doctrine of the separation of powers. The legislative methods herein refer to the laws that apply to overseas investment of home countries and their investors, rather than to the acts or omissions of citizens of host countries. Additionally, compared with host countries, home countries are able to further exercise the power of extraterritorial regulation.

Firstly, home countries as the parens patriae, who have the responsibility to supervise the performances of their overseas investors, in other words, home countries take the responsibility to manage the overseas investors effectively. [14] In practice, regime of law regulating overseas investment involves review and approval of foreign investment, levy on the overseas investors and domestic corporation law, anti-trust law etc., they can influence and bind the investment patterns, organizational structure and enterprise scale of overseas investment. [15] Secondly, powers to control the overseas investors and the control capacity have been proved by US practice. In Siberian Pipeline Dispute in the year of 1982, President Regan demanded American overseas enterprise to stop the trade with Soviet Union. In addition, overseas subsidiaries of American-owned companies were regarded by American authorities as "puppet tool". [16] The same advocacy is also embedded in Stockholm Declaration Article 21, wherein the natural resources of the earth, including the air, water, land, flora and fauna and especially representative samples of natural ecosystems, must be safeguarded for the benefit of present and future generations through careful planning or management, as appropriate.

However, the environmental protection system of home countries is not as good as that of host countries. [17] Actually, for the reasons of native private interest, environmental pollution shifting and disputes of interest group etc., most of home countries' international investment laws fail to directly stipulate the environmental protection obligation of domestic investors in other countries. Even though there are some model investment agreements for a few countries, they are only calls which indicate that the domestic in-

---

[14] Shinya Murase, *Perspective from International Economic Law on Transnational Environmental Issues*, Recueil Des Cours, Vol. 253, 287, 390 (1995).

[15] CHEN An, *International Economic Law Monograph*, Higher Education Press, 641 (2007).

[16] A. V. Lowe, *International Law Issues Arising in the Pipeline Dispute*, German Yearbook of International Law, Vol. 27, 54–71 (1984).

[17] TANG Shumei, *Theory and Practice of International Investment Law*, Social Sciences in China Press (Beijing),: at 254–264 (2004).

vestors shall protect environment.

Since China's overseas investment has caused environmental pollution and the existing relative investment agreements lack the provisions regulating the obligations of home countries to protect environment, it is necessary to establish home countries regulations to bind the enterprises so that the home countries themselves could gain stronger competitive edges and a greater amount of economic interests in the long run. The specific methods of regulating the pertinent stipulations for home countries will be introduced in Part III of this essay.

B. Methods at Judicial Level

a. Transnational Litigation on General Tort

In terms of general transnational tort action, there are a lot of theories supporting that parent companies ought to be responsible for the damage to the environment caused by their subsidiaries, such as "piercing or lifting the corporate veil", "joint liability", "direct parent liability", "multinational group liability", "multinational economic networks" etc. [18] More importantly, no matter whether parent companies have the substantive possession of the subsidiary, they have to be bound by "piercing or lifting the corporate veil" if proved controlling effectively over their subsidiaries or groups.

[18] Sarah Joseph, *Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing, 129-142 (2004).

Moreover, it can be observed in Amoco Cadiz Case judgment made by Northern District Illinois Court: As a large-scale multinational corporation, Standard Oil completes oil exploration, production, processing and marketing through its subsidiary, so Standard Oil is supposed to be responsible for the torts caused by Anglo Iranian Oil Company (hereinafter referred to as AIOC). As Standard Oil controls AIOC and its transportation, which makes AIOC work as a tool of Standard Oil. Additionally, Standard Oil participated and controlled design, construction, operation and management of Amoco Cadiz from the beginning, who took Amoco Cadiz as its own vessel. [19] At last, in the petroleum of France coastline accident, the Court drew the conclusion that the parent company shall be responsible for the fault liability on the basis of being the actual controller.

b. Transnational Litigation based on ATCA

U.S. Congress introduced Alien Tort Claims Act (hereinafter referred to as ATCA) in the year of 1789, which also known as Alien Tort Statute (hereinafter referred to as ATS). This Act authorizes original jurisdiction to federal district courts that: "any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States." Accordingly, even at the end of last century, some scholars expressed their belief in ATCA's applicability to environmental problem. Beth Stephens and Michael Ratner optimistically think international environmental law is evolving rapidly, and rights implied in the ATCA standard soon may be more clearly established. Hari M. Osofsky argues that ATCA can provide relief for indigenous people who suffer from severe environmental harms caused by multinational corporations.[20] Therefore, some scholars advocate that "aliens who are infringed by U.S. Corporations on human rights, or whose multinational company's environment is damaged…are al-

[19] The Amoco Cadiz, US District Court, Northern District of Illinois, Easter Division, Judgment of April 18, 1984, 699 F. 2d 909, at 337-338 (1983).

[20] See Osofsky, fn. 6 at 335.

lowed to bring the suit before U.S. Court", [21] as "torts based on trans-boundary environmental damages… which violate international law" may fall with the scope of ATCA.[22]

In fact, the alien tort cases accepted by U.S. Federal Courts usually involve assistance and collusion. The first major cases related to environmental protection against corporations were filed by Ecuadorian and Peruvian plaintiffs against Texaco Inc. pursuant to the ATCA in 1993 and 1994. The latter's oil exploration and extraction activities in Ecuador and Peru had allegedly caused environmental and personal injuries. [23] The district court originally dismissed the lawsuit in 1996 and held that the case should be heard in Ecuador. The district court dismissed the lawsuit again on the ground of *forum non conveniens* under the condition that the Second Circuit Court required a new trial. At last, this ruling gained support of the Second Circuit Court. [24] From then on, it continues to be difficult to apply ATCA to environmental cases. Federal courts have always been wary and rejected claims based on alleged violations of the right to environment.

Thus it is the multinational company who should undertake the liability under the ATCA suit circumstance. Specifically, the leader and the representative of the company are supposed to bear individual responsibility.[25] At least, one thing is without any doubt that we should value the role of ATCA in protecting overseas investment environment in the United States. More importantly, alien tort legislation as a special remedy is able to hold the overseas investors civilly liable for not fulfilling the responsibilities of environmental protection. Although such type of actions are restricted by the principle of *forum non conveniens*, the victims still could get relief

---

[21] Armin Rosencranz, Richard Campbell, *Foreign Environmental and Human Rights Suits against U.S. Corporations in U.S. Courts*, Stanford Environmental Law Journal, Vol. 18, 146 (1999).

[22] See Sarah Joseph, fn. 30 at 28-30.

[23] See Aguinda v. Texaco Inc, 142 F. Supp. 2d 534 (S.D.N.Y. 2001).

[24] Id, 303 F. 3d 470 (2d Cir, 2002).

[25] HAN Xiuli, *Research on Environment Protection of China's Overseas Investment*, Law Press of China (Beijing), at 151 (2013).

through suit or out-of-court settlement.

III. REVELATIONS FOR CHINA'S OVERSEAS INVESTMENT

B&R Initiative proposes a new version of economic globalization unlike the one traditionally led by some developed countries. The traditional model we have witnessed is somewhat unbalanced, uncoordinated and unsustainable, causing a series of conundrums. For example, regional economies integrate while the global economy fragments, and global wealth surges while the gap between rich and poor widens. B&R Initiative maintains the principle of achieving shared growth through discussion and cooperation, strives to connect with each participating economy´s development road map, and commits to be open and practical in its approach.

A. Revelations from Domestic Perspective

In general, national laws, policies and regulations on foreign investment can be classified as either restrictive or encouraging measures, through which a host country can directly require foreign investors to change the means of investment or can alter important economic elements for them so as to induce foreign investment according to its own design.[26] So home countries have to take it into consideration and make corresponding countermeasures. The most common supervisory measures include reviewing overseas investment projects or proposals to ensue the true intent of foreign investors and the consistency of the proposed investments with the general aims and strategies of domestic economic development. Most

[26] WANG Guiguo, *International Investment Law: A Chinese Perspective*, Routledge (London), 6 (2015).

developing countries have such provisions in their laws. In order to promote overseas investment by their domestic enterprises, some home countries have entered into bilateral agreements with host countries, providing political environmental protection guarantees and other guarantees to their domestic investors.[27]

In recent years, some countries with slow economy have enacted laws to strengthen environmental protection. For instance, Nigeria's House of Representatives held the second reading of the new draft of the Petroleum Industry Bill (PIB), opening the way for its debate. The bill is expected to overhaul the country's corrupt oil industry, open the sector for more investment, and give more oil earnings to government.[28] Additionally, in Peru, Mines and Hydrocarbons Law requires foreign investors to consult with the residents of local communities through a public hearing. In May 2015, Peru's Congress enacted Law on the Right to Prior Consultation for Indigenous or Native Peoples. It requires that the company shall introduce and explain the mandatory environmental impacts evaluation it takes, so that local people could raise questions and make protests on the spot, and the company should take all the questions and protests into considerations.[29] Environmental Impact Assessment law of the PRC has gone into effect on 1 September 2003, but it still does not include the overseas investment. Since environmental impact assessment is the most important element of overseas investment environment protection, Overseas Investment Law should regulate that overseas investors shall comply with the environmental impact assessment law of host countries.

A crucial way to regulate the overseas investors is to strengthen su-

---

[27] Ibid, at 14.4

[28] Obafemi Oredein, *Nigeria's Petroleum Industry Bill Could Become Law by Mid-2013*, 21 November, 2012, http://www.epmag.com/Technology-Regulations/Nigerias-Petroleum-Industry-Bill-Become-Law-Mid-2013_109986. (last visited on 20 July, 2017)

[29] Barbara Kotschwar, Theodore H. Moran and Julia Muir, *Chinese Investment in Latin American Resources: The Good, the Bad and the Ugly*, Working Paper, Peterson Institute for International Economics, 11 (2012).

pervision and regulations. The National Development and Reform Commission has reduced the scope of approval and decentralized approval authority in order to perfect the supervision and encourages enterprises to make independent investment so as to exert the potential of social investment. 38 approval authorities have been canceled or delegated. The projects approved by the national level will be further reduced by 40%. The Chinese side holding (including relative holding) encourages projects which are less than 1000 million U.S. dollars to be transferred to local governments for approval. All real estate projects and the restricted projects with less than 100 million U.S. dollars will be transferred to provincial governments for approval. The overseas investments in addition to involve sensitive countries, sensitive regions, and sensitive industries, will all be recorded to manage. The foreign investment department director, Gu Dawei concluded, "except for a few of the projects with special provisions, the approval of overseas investment projects will be canceled."

Therefore, the competent department of environmental protection administration of home countries should undertake the responsibility, meanwhile the domestic enterprise shall develop autonomy self-motivation. On the one hand, the home country is supposed to assess the environmental impact of significant overseas investment projects. On the other hand, if the overseas investors fail to testify that environmental impact and resource consumption of the overseas investment project are qualified, competent department of environmental protection administration shall not approve this project. Besides, not only during the period investors invest abroad, but also in the overseas investment operation period, should the environmental impact be assessed, since such type of investment ought to be systematic and continuous.[30]

States should reform bilateral investment treaties (hereinafter referred

[30] RENG Peng, ZHU Rong, *The Irresponsible Overseas Investment*, Qinghai Science and Technology, 23 (2012).

to as BITs) to remove, or at least limit, encumbrances on a State´s regulatory power to protect human rights. States should review their BITs, and where there is horizontal incoherence, harmonize their human rights policies across government departments and agencies. Additionally, States should add to their BITs broader policy objectives in preamble provisions, substantive language that acknowledges State sovereignty, broader jurisdiction regarding human rights-related matters, and requirements for expertise regarding human rights-related matters in arbitral tribunals. Lastly, States should mandate open dispute resolution to bring greater transparency to the BIT regime and wider publication of BIT decisions to enable greater study of the international investment law environment.

Moreover, BITs could be restructured, not to remove the rights and benefits BITs grant to MNCs, but to create reciprocal obligations for MNCs to act responsibly and not violate human rights. First, States could structure umbrella clauses in BITs to be reciprocal. Second, States could stipulate in their BITs, or subsequent Host-State Agreements with investors, that investment contracts and project information must be published. Third, States could require that investors comply with a "due diligence" standard, a general requirement to uphold human rights, the International Labor Organization (ILO)'s core conventions, existing corporate codes of conduct, and/or anti-corruption obligations. Lastly, States could require that investors complete and publish environmental and social impact assessments. [31]

[31] Leonard V.B. Sutton, *Bilateral Investment Treaties: A Friend or Foe to Human Rights?* Denver Journal of International Law and Policy, 22 (2011).

B. Revelations from International Perspective

International cooperation in environmental matters takes place mainly in framework of complex normative and institutional architectures tackling specific environmental problems: multilateral environmental agreements (hereinafter refers to MEAs).[32]International law and MEAs broadly endorse the concept of sustainable development, generally defined as the "development, which meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs".[33]In practice, nuclear energy and forestry projects, or carbon storage and genetic resources exploitation activities should meet the criteria of being sustainable. [34]For sustainable development to enter the legal discourse, it is necessary to consider it on the national level and plan for it accordingly. Riccardo Pavoni recognizes the importance of paying attention "to the relationship between investment law and the exercise of environmental participatory rights at the national level." [35] National Contact Point (hereinafter refers to NCPs) regime is an effective method of levying, which has been proven by the States Parties of Organization for Economic Cooperation and Development (hereinafter refers to OECD). OECD Guidelines mean to establish the contact points among all States Parties and help to establish the mediation mechanism to deal with misconduct appeal of multinational companies. More importantly, the practice of OECD can be used for reference in the field of overseas investment. The overseas investors will be complained to relative contact points once they damage the environment of host coun-

[32] R. Churchill, G. Ulfstein, *Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: a Little Noticed Phenomenon in International Law*, American Journal of International Law, vol. 94, 623-59 (2000); T. Gehring, *Treaty-Making and Treaty Evolution*, in D. Bodansky, J. Brunnée and E. Hey (eds), The Oxford Handbook of International Environmental Law, OUP (Oxford), at 467-97 (2007).

[33] World Commission on Environment and Development, Our Common Future, (46) 1987.

[34] P. Birnie, A Boyle and C. Redgwell, *Investment Law and the Environmental*, OUP (Oxford), at 125 (2009).

[35] Riccardo Pavoni, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law: A Critical Appraisal in Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 545 (2009).

tries, which is able to regulate the overseas investors in an effective way.[36]

In respect of social responsibility of overseas investment, the home country has to integrate corporate social responsibility (hereinafter referred to as CSR) in investment regulation by the hard law in order to regulate the domestic enterprises to conduct properly. As a general principle of law, good faith "protects certain finalities anchored in the common interest against excessive individualist pretenses".[37] In this light only those investors' expectations that can be qualified as "legitimate" are relevant under the fair and equitable treatment (hereinafter refers to FET) standard of protection of overseas investments. Pursuant to it, investors are entitled to operate "with a reasonable expectation to make profit and to have the benefit of incentives provided by law without suffering the arbitrary exercise of a right which would prevent such enjoyment".[38] To make the corporate comply with the international principles applicable to the fields of environmental protection is one of the functions mainly performed by CSR. As the conduct of the investor plays a role in the application FET and in the characterization of the investment as a bona fide investment, it can be questioned whether the compliance with the CSR standards by investors could condition the qualification of their expectation as legitimate and of their venture as a good faith investment.

Indeed, relations between States no longer dominate the international environment. Rather, autonomous, non-State actors, supranational corporations wield an extraordinary amount of financial and political power, acting "in near-total impunity."[39] Such power should be matched with a corre-

---

[36] See Sovereign Wealth Funds Generally Accepted Principle and Practices "Santiageo Principles", October 2008.

[37] R. Kolb, *Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)*, Netherlands International Law Review, vol. 53, 18 (2006).

[38] Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID, ARB/81/1, 20 November 1984, 1 ICSID Reports, at 490, 493.

[39] Anne-Christine Habbard, *The Integration of Human Rights in Corporate Principles, in Organization for Economic Co-operation and Development*, Guidelines for Multinational Enterprises 99, 99 (2001).

sponding degree of responsibility and accountability. So it is of great importance to establish the effective and feasible contact points among relative countries in the field of overseas investment, for the purpose to promote the cooperation between host countries and home countries, to maintain the investment environment on the level of international cooperation.

Besides, as the Central Asian Area is in a special geography situation on B&R, this area has participated in the project and made earliest achievements.[40] Among them, the Republic of Kazakhstan has the closest economic ties with China. According to the statistics provided by Statistical Commission of National Economic Department of Kazakhstan, the bilateral trade volume between Kazakhstan and China reaches 105.67 U.S. dollars making up 13.9%. [41] Kazakhstan has issued a series of environmental laws: Forest Code of the Republic of Kazakhstan, Water Act of the Republic of Kazakhstan, Land Law of the Republic of Kazakhstan, Transitional Solution of Sustainable Development (2007—2024) and Ecosystem Protection Law of the Republic of Kazakhstan etc.. [42] Some developments in emerging economies are based on national law, while others result from individual corporate initiatives. For example, Vietnam's Law on Environmental Protection requires strategic environmental assessments (SEAs) pertaining to regional and sector planning. In Korea, banks, insurers, securities firms, and the government together formed a green finance council. The Financial Service Commission of Korea is building a database to encourage and capture corporate disclosure of environmental information. As for home countries and foreign capital enterprises, it is necessary to conduct an environmental review if there may be adverse effects in the environment.

---

[40] LI Ziguo, *High Consistent Interest——Central Asia Warmly Embraced* "the Belt and Road", http://www.cssn.cn/zzx/gjzzx_zzx/201506/t20150618_2039193.shtml, (last visited on 28 Oct. 2017).

[41] See Economic and Commercial Counsellor's Office of the Embassy of the People's Republic of China in the United States of the Republic of Kazakhstan, http://kz.mofcom.gov.cn/article/ddfg/tzzhch/200603/20060301728398.shtml, (last visited on 28 Oct. 2017).

[42] ZHANG Jin, *A Study of International Law on Investment Protection in "The Belt and Road" Area*, Social Sciences Academic Press, 54 (2017).

Last but not least, home countries may learn lessons from Clean Development Mechanism (hereinafter referred to as CDM). CDM projects start with the submission of a document describing the project to a Designated National Authority of the state hosting the project. Once approved, the CDM project is implemented by the project proponents and is monitored by an independent domestic or international company, the Designated Operational Entity. With regard to its sustainable development integrity, when examining the feasibility and later the implementation of a CDM project, it is crucial to consider all relevant dimensions of sustainable development, especially the gaps between the international and national legal orders. For CDM is designed as a hybrid model of top-down international lawmaking by treaty bodies combined with bottom-up rules such as sustainable development criteria decided by the host country. While the fact that these criteria are decided at the national level should ensure that each state determines its own sustainable development path, on the other side, this "decentralization" entails risks of inconsistencies among the standards in different countries. These in turn may lead to investors "shopping" for investments in countries with lower environmental standards and consequent losses in terms of environmental integrity. [43] As for home countries, it is suggested to make incentivized policies or regulations for environment-friendly overseas investment project, or even offer the domestic enterprises with green path to encourage them to make investment on clean energy or other green and environmental protection investment destination.

CONCLUSION

Breaking trade barriers, seeking a win-win situation and promoting growth are the major challenges posed for home countries. As for China, the Belt and Road Initiative paves the way for coping with these challenges

[43] Tullio Treves, Francesco Seatzu, Seline Trevisanut, *Foreign Investment International Law and Common Concerns*, Routledge (London), at 173-175 (2014).

through promoting economic cooperation and mutual benefit. Traditional economic globalization has been more of a zero-sum game where developing countries are drained of resources, and it might pose threats to the international environment and sustainable development. B&R, in comparison, is based on the notion of China and participating economies each playing to their different kinds of advantages, and it therefore can shape a more vibrant, open and sustainable global economy. It is necessary for China to establish a scientific investment strategy, and ensure effective implementation, and optimize investment through B&R Initiative projects to promote the new version of economic globalization whilst accelerating China's economic transformation and structural upgrade.

A successful overseas investment should be grounded in domestic strengths creating synergy with the domestic market; be able to uplift domestic technologies and economic growth, enhancing industrial upgrading; benefit the investment destination countries to yield win-win relationships. Investment sectors that are in line with the aforementioned aspects refer to both cutting-edge industries and certain traditional manufacturing sectors. For instance, the mid-western United States has traditional manufacturing industries including automotive and agricultural machinery, as well as emerging industries such as health-care and bio-pharmaceuticals, all of which have big prospects in terms of cooperating with related industries in China. Investment in these areas will benefit China's industrial upgrading and implement the Made in China 2025 initiative, while creating job opportunities for the investment destination countries' local markets. In the meantime, we shall leverage our technological strengths in high-speed rail and nuclear power, among others, encourage Chinese enterprises to go abroad to seek investment opportunities, promote industrial cooperation, and work to move B&R Initiative forward.

The standing of each nation state in the global market depends upon a myriad of factors, among which the stability and predictability of the existing regulatory regime for investments is always important and often decisive. [44] The overseas investors are the micro-economic entity of overseas investment, which are led and guided by local governments, hence governments are supposed to introduce relative laws, regulations, rules and guidance documents. Moreover, most of enterprises investing abroad are state-owned enterprises, over which government's controls on a large scale. [45] As mentioned above, to combine the political, economic and theoretical elements of overseas investment environment protection, it is required and necessary for the government of China to introduce Overseas Investment Law at the national level. Especially for the emerging market countries that possess a lot of "going out" enterprises like China, to regulate and protect their overseas investment is the most essential requirement to realize the smooth development of overseas investment.

A crucial way to regulate the overseas investors is to strengthen approval and regulations. On the one hand, the home country is supposed to assess the environmental impact of significant overseas investment projects. On the other hand, if the overseas investors fail to testify that environmental impact and resource consumption of the overseas investment project are qualified, competent department of environmental protection administration shall not approve this project not only during the period investors invest abroad, but also in the overseas investment operation period, should the environmental impact be assessed. As for foreign capital enterprises, it is necessary to conduct an environmental review if there may be adverse effects in the environment. When it comes to home countries, it is suggested

[44] Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 1 (2009).

[45] See HAN Xiuli, fn.37 at 177.

to build a database to encourage and capture corporate disclosure of environmental information. States should reform BITs to remove encumbrances on a State´s regulatory power to protect human rights. In addition, the government could make incentivized policies or regulations for environment-friendly overseas investment projects, or even offer the domestic enterprises green light to encourage them to make investment on clean energy or other green and environmental protection areas.

In view of geographical distribution and industry distribution of China's overseas investment, the contradiction between the need of worldwide environmental protection and improving the position of emerging market economy as "later" capital exporter has led to more and more related disputes and risks. In addition, the risks China's overseas investors face include not only moral hazards, but also legal risks or even political risks.[46] Therefore, China's overseas investment protection should be strengthened through all the levels and subjects. In the matter of international investment treaty, China is supposed to accept all kinds of terms regarding or involving environmental protection in the treaties. At this stage, environmental provisions are better embodied in soft laws in order to avoid that environmental protection is misused as a measure of barriers to investment. To take environmental protection of China's overseas investment seriously is conducive to sustainable development of China's overseas investment, host countries' fundamental well-being, mutual-benefit development between the host country and China, together with global peace and prosperity.

[46] Ibid, at 115.

编者按:2018 年，本所成立金道诉讼研究发展中心，旨在整合所内诉讼资源，指导有志于从事诉讼业务的年轻律师提高业务水平，总结和推出金道律师的成功案例，塑造和推广金道所诉讼业务品牌。今后，《金道律师》将每期推出开讲律师的讲稿，以飨读者。

民事诉讼抗辩良方

——从案例出发谈“请求权基础分析法”的运用

□ 胡浩明 *

案情简介

笔者代理的某某快递集团(下称“快递集团”)是全国性快递网络公司，山东某某公司(下称“山东公司”)是快递集团山东区域的网络加盟商。因双方合作矛盾，山东公司拖欠快递集团款项，且拒绝进行山东区域

* 胡浩明，本所高级合伙人，同济大学法学硕士，杭州市律师协会民商专业委员会秘书长。

的快递合作。2012年底,快递集团起诉山东公司,要求支付200万元款项及承担违约责任;而山东公司反诉快递集团,要求继续履行加盟协议。

山东省淄博市中级人民法院一审判决认定:“原告快递集团于2012年7月19日11时37分在网络公告山东省恢复运营，属双方合作继续履行，但原告快递集团于同日14时50分网络公告山东省暂不恢复运营,使双方合作中止履行,属原告单方行为,该行为违反了双方合同约定,原告的行为属违约行为。”但鉴于加盟合作合同不属于依法可以强制继续履行的合同,判决合同解除,驳回快递集团的诉讼请求,并提示对于山东公司的损失可另案主张。

快递集团上诉至山东省高级人民法院,经审理法院判决:支持一审判决“2012年7月18日前的山东公司的违约行为已经得到解决”的认定;不予支持快递集团主张山东公司违约。同时改判:按对账的内容由山东公司支付快递集团200万元。

基于上述前案，山东公司于2015年12月12日向山东省高级人民法院提起新的诉讼,诉请如下:

一、判令被告一快递集团赔偿原告3亿元预期利益违约金;

二、判令被告一快递集团赔偿原告6000万元损失赔偿金;

三、判令被告一快递集团返还原告80万元“上市集资款”;

四、判令被告二快递集团关联公司与被告三毛某(系快递集团财务人员)承担连带责任。

原告方为支持诉讼请求举证如下:

1.前案一审、二审判决书,证明生效判决已认定因被告违约导致合同解除。

2.《承诺书》一份,证明双方曾协议约定,任何一方违约赔偿对方6000万元赔偿金。

3.原告单方委托的评估报告书,证明“以此前两年的经营额为基数,结合行业平均利润率”评估得出后续十五年“预期利益损失”为3亿元。

4.公证书一份及上海法院的多份生效判决书,证明被告二、被告三与被告一主体混同。

5. 财务收据一份，证明被告收到80万元“上市集资款”。

以下运用请求权基础分析法,展现案件分析过程。

一、请求权基础分析法的定义

“请求权基础分析法”这一称谓是国内学者对德国法学界广泛适用的一种以请求权基础为要素的案例分析方法的意译，它是指围绕当事人请求主张的考察，查明案件事实，寻找请求权的法律依据、进行推理,从而确定请求权是否能够得到支持的一种案例分析方法。

请求权基础分析法不仅仅包括寻找大前提(法律依据),还包括对请求权基础构成要件的分析，以及在构成要件与案件事实之间的涵摄推理,也包括在请求权基础上对裁判结论的论证,因此,请求权基础分析法乃是一种法律方法体系，其内涵包含但不限于法律发现、法律解释、法律推理以及法律论证等法律方法和手段。

适用“请求权基础分析法”,一般有如下五个步骤:

请求权基础的预选与确定

⇩

请求权基础构成要件的分析

⇩

证据质证和案件事实的认定

⇩

涵摄案件事实，检视请求权基础的要件是否符合

⇩

得出结论

二、请求权基础分析法在本案中的运用

第一步——请求权基础的预选与确定

(1)与诉讼请求对应的法律依据预选结果

	请求一	请求二	请求三	请求四	
诉讼请求	1.3亿元预期利益违约金	6000万元损失赔偿	返还80万元上市集资款	主张被告二快递集团关联公司承担连带责任	主张被告三毛某承担连带责任
法律依据	《合同法》第一百零七条:当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。 《合同法》第一百一十三条:当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,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,但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。	《合同法》第一百零七条:当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。	《合同法》第九十七条:合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。	《公司法》第三条:公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。	无 参照第二十条第三款:公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。
分析					毛某是自然人且非被告一之股东,没有与被告混同应负连带责任的法律依据
初步结论	请求权基础似乎争议	请求权基础明确	请求权基础明确	请求权基础基本明确	请求权基础不明

(2)对有争议请求权基础的进一步确定

诉讼请求	请求一	请求四
	1.3亿元预期利益违约金	主张被告三毛某承担连带责任
原告	坚持认为其法律依据为《合同法》第一百零七条及一百一十三条。	原告始终未能指明请求权基础
被告	首先,《合同法》第九十七条规定:“合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,当事人可根据履行情况请求赔偿损失。”据此,合同解除以后只能就实际履行期间“不当得利”和“实际损失”主张返还和赔偿,再主张“预期利益损失”违反立法精神,缺乏法律依据。 其次,结合《合同法》一百一十九,即便“预期利益损失”制度成立,也不得违反“减损规则”与“可预见规则”。即对其要件应扩充。	请求权基础不明

第二步——请求权基础的要件分析

	要件1	要件2	要件3	要件4
《合同法》第一百零七条	存在有效约定	当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定		
《合同法》第一百一十三条	存在有效约定	一方不履行合同或履行合同义务不符合约定,且系主观恶意违约	预期损失不违反“减损规则”	损失金额不违反“可预见规则”
《公司法》第二十条第三款	公司股东(或关联公司)滥用公司法人独立地位和有限责任	逃避债务、严重损害公司债权人利益		

第三步——证据质证和法律事实的认定

(1)关于合同解除的原因能否归责于被告违约:

前案二审民事判决书未认定被告违约。且当时该案仅审查2012年7月19日前的合同履约情况,未审查后续情况。故后续合同终止的原因,本案仍需审查全部事实证据后判断。

根据本案原告在原诉讼案件中所提交的证据,证实了2012年7月19日山东区域不能恢复快递运营的原因系原告方违约行为所致。

(2)关于原告因合同解除产生的损失认定:

原告单方委托产生的评估报告,基础资料来源和程序合法性均不能确定,且其中往年数据与原告向工商部门年检申报的内容矛盾,明确不真实不能采信。据年检申报资料,原告经营期间一直处于亏损状态,没有经营利润,不存在合同履行的预期利益。本案的合同解除形式是判决解除,并且是快递集团提起解除合同的诉讼请求得到原案法院的支持。故,快递集团的继续履行义务已消灭,原告主张预期利益的逻辑基础也一并归于消灭。

(3)关于"上市集资款"

相应80万元款项被告虽收取,但:该法律关系有别于加盟合同关系,应另案处理;双方对上市时间未作明确约定,原告现阶段主张返还缺乏依据。

第四步——涵摄案件事实,对请求权基础要件情况的检视

	法律依据	法律事实	检视
请求一请求二	《合同法》第一百零七条	在案证据不足以证明合同解除系因被告单方违约所致	要件不符合
	《合同法》第一百一十三条	在案证据不足以证明合同解除系因被告单方违约所致、预期利益违反"减损规则"且缺少科学合理的计算依据	要件不符合
请求四第二项	《公司法》第二十条第三款	被告已全额提供财产担保,即便存在公司人格混同,不致损害原告作为债权人的利益	要件不符合
请求三	《合同法》第九十七条	合同解除属实,收受集资款且未上市属实。	要件符合

第五步——结论

通过以上四个步骤的分析,可以得出结论:原告没有举证证明合同解除系被告单方违约所致,相关诉讼请求缺乏前提;原告主张的损失本身没有有效证据证明,且其经营期间长期亏损,预期利益缺乏合理基础;上市集资款符合返还要求(为充分维护委托人利益,庭审时笔者仍主张与本案不属于同一法律关系,应当另案解决)。

三、案件结果

山东省高级人民法院于2017年6月23日作出一审判决:判令被告返还原告80万元集资款,驳回其他诉讼请求。

一审判决后双方均上诉,最高法院暂未下达二审裁判。

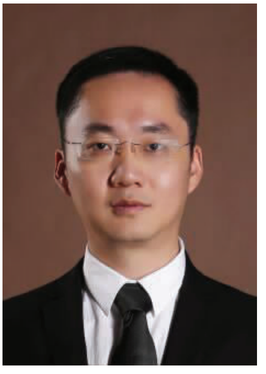
四、结语

本案一审判决与笔者通过请求权基础分析法所得出的结论完全一致。本案标的额巨大,审级甚高,能够取得现有成就当然是多方面的原因。但笔者代理思路清晰、抗辩方法得当也是获得一审认可的重要原因。

笔者认为请求权基础分析方非常适合在复杂的案件中发挥其价值。通过固定诉讼请求的法律依据,再从固定的法律依据出发分析其构成要件,据以提出主张或抗辩。层层递进、抽丝剥茧,通过理性的法律逻辑论证诉讼请求成立与否,避免审判中随意变更法律依据、避免审判者主观臆断,不失为一种办案良方,尤其适合代理被告方时运用。故将以“请求权基础分析法”为脉络的代理思路整理成文,以供读者借鉴。

从“稻花香”案谈商品通用名称的认定

□江 力* 潘 柔*



商标作为企业经营中重要的无形资产，一旦被认定退化为商品通用名称，将会对商标权人及其企业经营产生重大的不利影响，如“解百纳”红酒、“木糖醇”口香糖、“小肥羊”火锅、“双黄莲蓉”月饼、“金骏眉”茶等即为典型案例。因此，我们要加强对商品通用名称的重视。本文以近期较火的“稻花香”商标案为例，在对案件情况进行梳理的基础上，对商品通用名称的认定规则展开分析。

一、案件简介

“稻花香”商标的所有权属于福州米厂，其曾于2014年起诉相关公司侵犯其商标专用权，双方将官司一直打到最高院。2017年12月，最高院认定“稻花香”商标不属于法定通用名称，也无证据证明属于约定

* 江力，本所管理合作人，杭州市版权纠纷人民调解委员会委员，杭州市律师协会知识产权专业委员会委员。
* 潘柔，清华大学法学硕士在读。

俗成的通用名称。期间,上海某米业公司曾向商标局对“稻花香”商标提出撤销,2018年2月商标局做出不予撤销决定。详见下表。

二、通用名称的认定情形

2016年国家工商行政管理总局商标局及商标评审委员会新发布的《商标审查及审理标准》延续了2005年对通用名称的界定:本条中的

<table>
<tr><td colspan="3">第 1298859 号“稻花香”注册商标</td></tr>
<tr><td>商标所有人:
福州米厂</td><td>申请日期 1998 年 3 月 4 日
注册公告日期 1999 年 7 月 28 日
专用权期限 2009 年 7 月 28 日至 2019 年 7 月 27 日</td><td>稻花香
DAOHUAXIANG</td></tr>
<tr><td colspan="3">原告:福州米厂
被告:五常市金福泰农业股份有限公司、福建新华都综合百货有限公司福州金山大景城分店、福建新华都综合百货有限公司</td></tr>
<tr><td>一审:
(2014)榕民初字第 481 号</td><td colspan="2">法院认为,五常公司在其生产、销售的“乔家大院稻花香米”的包装袋上使用了“乔府大院”商标,其使用与涉案商标非常近似的标志系作为装潢使用,五常公司这种未经许可的擅自使用行为,以及大景城分店和新华都公司未经授权的销售行为,容易误导消费者,侵害了涉案商标权。对于五常公司关于“稻花香”既是大米又是种子的通用名称的主张不予支持。</td></tr>
<tr><td>二审:
福建省福州市中级人民法院(2014)闽民终字第 1442 号</td><td colspan="2">法院认为,相关的证据显示,在本案纠纷发生时,“稻花香”的称谓在五常当地已经属于约定俗成的通用名称。而且从使用的具体情况来看,被告已经在产品包装正面的醒目位置标注了自有商标及企业字号和全称。其对“稻花香”文字的使用只是为了说明自己商品的品种来源,并未进行商标性的不当的突出使用,其使用具有客观合理性,不构成商标侵权。遂判决撤销一审判决,驳回原告的诉讼请求。</td></tr>
<tr><td>再审:
最高人民法院(2016)最高法民再 374 号级人民法院</td><td colspan="2">法院认为,现有证据不足以证明“稻花香”为法定的通用名称,二审判决以品种审定办法为依据认定“稻花香”为法定的通用名称,适用法律错误,本院予以纠正。另外,现有证据不足以证明“稻花香”为约定俗成的通用名称。“稻花香”属于五常地域范围内约定俗成的通用名称,未考虑被诉侵权产品已经销往全国,相关市场超出五常地域范围的实际情况,确有错误,本院予以纠正。
最终撤销二审判决,维持一审判决。</td></tr>
<tr><td colspan="3">上海 XX 米业有限公司于 2017 年 3 月 24 日申请撤销福建米厂第 1298859 号"稻花香"注册商标
商标局决定</td></tr>
<tr><td>商标撤通字[2018]第 Y000008 号</td><td colspan="2">商标局经审查认为,第 1298859 号“稻花香”商标在其核定使用的第 30 类“大米”商品上,经长期广泛的宣传和使用,具有一定知名度。申请人提交的证据不足以证明该商标已经演变成为“大米”商品的通用名称,未构成《商标法》第四十九条规定的成为其核定使用的商品的通用名称情形。因此,“稻花香”注册商标不予撤销。</td></tr>
</table>

通用名称、图形、型号,是指国家标准、行业标准规定的或者约定俗成的名称、图形、型号,其中名称包括全称、简称、缩写、俗称。

根据我国商标法的规定,标志中仅有本商品的通用名称,不得作为商标注册。已经注册的,由商标局宣告该注册商标无效,其他单位或者个人亦随时可以提出无效宣告。(摘自《商标法》第十一条第一款、第四十九条第二款。)由此,在通用名称认定中主要有两种情形:一是商标注册申请时,商标局对商标的显著特征进行审查,对具有一定通用性的词汇可否注册为商标进行认定。二是对已经核准注册的商标在市场实际使用中发生了通用化,对这一原本具有商标显著特征的注册商标是否退化为了核定使用商品的通用名称进行认定。这两种情况的商品通用名称的认定存在一定差异,应该引起注意。

三、通用名称的认定规则

(一)通用名称的认定标准

《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》(2017)(以下简称《授权确权规定》)第十条第一款规定:"诉争商标属于法定的商品名称或者约定俗成的商品名称的,人民法院应当认定其属于商标法第十一条第一款第(一)项所指的通用名称。依据法律规定或者国家标准、行业标准属于商品通用名称的,应当认定为通用名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的,应当认定为约定俗成的通用名称。被专业工具书、辞典等列为商品名称的,可以作为认定约定俗成的通用名称的参考。"从条文的理解上,应该先判断该名称是否属于法定的商品名称,如不属于,再判断其是否属于约定的商品名称,

实践中很多法院也是这样操作，本案中，各级法院也是先对“稻花香”是否属于法定名称进行认定。

但是这两个标准之间可能存在一定冲突，如果一个名词是国家标准或者行业标准的通用名称，而相关公众并不普遍认为其能够指代一类商品，那么仍能认定其为通用名称吗？有学者指出，国家、行业规定应该是确定通用名称的初步证据，如果能够以其他证据证明消费者并非把该名称作为通用名称使用，则就可以推翻这一认定。如果国家、行业标准和公众的认识出现不完全一致的情况时，则应以公众是否约定俗成地判断名称已通用为准。(参见杜颖《通用名称的商标权问题研究》，载《法学家》2007 年第 3 期，第 79 页。)也就是说，国家标准和行业标准的证明力较强，它们也只是通用名称认定的证据之一，当事人仍然可以提供证据来反驳其证明力，比如对于这些标准的制定依据和程序的质疑证据，也可以提供相反的证据证明涉案标志不是通用名称。(冯术杰《通用名称的认定问题研究》，载《中华商标》2016 年第 6 期，第 93 页。)

此外，认定通用名称的目的是让商标功能得到有效发挥，形成公平竞争的市场秩序，防止社会公众资源私有化，最终保护消费者的利益。通用名称的形成在客观市场中形成，因此，实际市场中相关公众的判断才是关键。何为相关公众？最高院颁布的《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2012 年)第 8 条规定：《商标法》所称相关公众，是指与商标所标示的某类商品或者服务有关的消费者和前述商品或服务的营销有密切关系的其他经营者。而在法院的审理实践中，判定原则和对比方法中都更多的呈现了消费者的核心地位。由于消费者是商标发挥作用的终端领域，这种判定方向较为公平合理。对于相关公众的认定，且也涉及到对地域性的判断。

(二)认定通用名称的地域标准

《授权确权规定》第十条第二款规定：“约定俗成的通用名称一般以全国范围内相关公众的通常认识为判断标准。对于由于历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场固定的商品，在该相关市场内通用的称谓，人民法院可以认定为通用名称。”由于我国幅员辽阔，各地风俗习惯、物产、语言等存在许多差异，相同物品在不同的地区往往有不同的名

称或叫法。某些商品(特别是土特产)的市场较为固定,其仅为特定区域范围内的相关公众所知晓和使用。而适用不同的评判标准的前提是,当事人应首先举证证明此类商品属于相关市场较为固定的商品。否则,是否构成约定俗成的通用名称,仍应当以全国范围内相关公众的通常认知作为判断依据。而随着互联网和电子商务的发展,全国范围的信息交流和商品流通达到了一个前所未有的程度,这对举证证明“相关市场的固定商品”提出了挑战,增加了区域相关市场的通用名称认定的难度。

本案的二审中,福州中院认为“稻花香”的种植加工虽然仅限于黑龙江省五常市特定的稻米产区, 由于具有较为明确的地理位置的指向性,在当地已经成为一种约定俗成的大米的通用名称。但再审中,最高人民法院则指出由于产品已经销往全国,相关市场超出五常地域范围,故应以全国范围内相关公众的通常认识为标准,而相关证据(多为五常市当地有关部门、稻农或育种人出具的证明材料,媒体报道数量有限)以全国范围内相关公众的通常认识为标准,不足以证明“稻花香”属于约定俗成的通用名称,因此“稻花香”为大米通用名称的主张不能成立。

另外, 由于实践中对于地理标志和通用名称的认定和权利界限并不清楚, 通用名称的认定中如果涉及原产地域产品名称、地理标志产品,关系的复杂性就会加大,要特别注意。如山西沁州檀山皇小米发展有限公司等与山西沁州黄小米(集团)有限公司侵害商标权纠纷案。(最高人民法院(2013)民申字第 1642 号最高人民法院认为,因历史传统、风土人情、地理环境等原因形成的相关市场较为固定的商品,其在该相关市场内的通用称谓可以认定为通用名称; 注册商标权人不能因其在该商品市场推广中的贡献主张对该商品的通用名称享有商标权, 无权禁止他人使用该通用名称来表明商品品种来源。)

(三)认定通用名称的时间标准

在商标申请中和使用中的已核准商标被通用化这两种情形中,对认定通用名称的时间标准存在区别。《授权确权规定》第十条第四款:人民法院审查判断诉争商标是否属于通用名称, 一般以商标申请日时的事实状态为准。核准注册时事实状态发生变化的,以核准注册时的事实状态判断其是否属于通用名称。《商标审查及审理标准》的“撤销注册商

标案件审理标准”中规定:判断注册商标成为其核定使用商品的通用名称的时间点,一般应以提出撤销申请时的事实状态为准,案件审理时的事实状态可以作为参考。

这样的区分是有必要且较为合理的。商标是动态发展的,商标申请和商标核准注册存在一定的时间差(我国的法定审查期限为九个月),申请商标在审查日的状态可能于申请日不同。另外一些注册商标因各种原因被生产经营者和消费者认同而丧失其原有的显著性及区分商品来源的作用,这时如果要以商标被通用化提出撤销,就不能以其申请时的状态进行判断,而应该已提出撤销申请时的状态为准。

四、通用名称的保护

通常来说,导致商标显著性丧失的最常见的原因有两个:一个是商标持有人在使用商标的过程中使用不当,使得相关公众对商标的认知发生了误区,从而把商标当成商品名称。另外,很多商标持有人对商标的使用情况疏于管理,在市场上出现了相同或者近似的商品,同行业生产者、经营者大规模的使用(包括合法使用和未经授权的使用),最终导致相关公众将商标误认为是商品的通用名称。对于商品制作者而言,要有一定的权利意识,在研发出新的产品的时候,及时注册商标;以恰当的方式推广产品;进行积极的市场维护。另外,必须根据自己生产产品的特点来制定适当的商标维护机制,以适应动态变化的市场。

此外,虽然一些商标标识被认定为通用名称,他人在使用该通用名称时也应当注意。构成正当使用商标标识的行为应当要出于善意,且是为了说明或者描述自己的商品,而不能作为自己商品的商标使用。实际中,可以在商品包装的正面显著位置标注其自有商标和企业信息,对通用名称不作突出使用,避免被认定为“傍品牌”、“搭便车”。

离婚后股权纠纷案中的那些"绝技"

□ 郑海丽[*]

暮春三月,花朝佳节,一同事的朋友、现年36岁的晴帆(化名)委托我把她打官司的经历整理成文,只为劝告那些还在"诉讼中的人",人生苦短,早点结束官司,走好未来的路。晴帆与前夫先后打了包括离婚、股权之争在内的四场官司,如果不是我和同事果断阻止,可能还会产生第五场官司。本文所谓的"绝技"是指把法律当作手段、当作技巧,通过司法途径,达到自己的目的。而我和同事主张不能滥用"绝技",适可而止,要选用最适合当事人的方案、方法,达到他们生活和利益能够相对平衡。

一、官司一、官司二:离婚纠纷案

我与晴帆在三年前认识,她是中学老师,至今我仍记得她当年一脸

---

* 郑海丽,本所权益合伙人,浙江省律师协会互联网专业委员会委员,浙江省律师协会知识产权专业委员会委员,杭州市律师协会证券专业委员会委员,杭州市律师协会知识产权专业委员会委员。

清纯的模样，经过这两年多的官司，苍桑的她完全没了清澈的模样。她以夫妻二人性格不和、前夫责任心差为由，找我同事代理与她前夫的离婚纠纷案，官司一是她起诉前夫要求离婚，法院判决不准离婚。之后她前夫起诉要求离婚，离婚过程中晴帆提出要求分割前夫持有A公司的股权，但因涉及A公司股权价值评估需要财务资料，A公司拒不配合提供，法院认为会拖延离婚案的进程，建议在离婚案调解结束后，再由二人另案分割股权，官司二遂以调解方式结案。

二、官司三：离婚后财产纠纷案

A公司由前夫持有28%、股东B持有48%、股东C持有24%的股权，是一家经营了5年的销售、安装门窗、铝合金等业务的内资企业，自成立至今没有引进新的投资人，有10多位员工，据前夫介绍经营状况一般，有较多现金收入，但财务状况较乱。

在晴帆和前夫离婚后不久，我和同事曾陪同晴帆找A公司、前夫协商股权分割事项，A公司断然拒绝提供财务资料，并认为股权没有价值。我同事在暗地里观察A公司两、三天后（我同事绝对是晴帆的中国式好朋友），根据货物进出公司情况，框算了进出货物的大致金额，认为晴帆可以向前夫提出要求一次性补偿65万元，但前夫坚持认为只能支付35万元补偿款。我和同事认为在股东不配合的情况下，无论是评估股权价值，还是确认分得14%股权、成为A公司新股东，对于没有经营经验、和其他股东没有友情基础的晴帆来说，更加不利。

如果要达到晴帆的目的，之后将再面临一到二场诉讼，这将扰乱她现有的生活。离婚三十六计中有一计“李代桃僵”，是指当离婚纠纷案件发展到必然有损失时，舍得局部的损失，以换取全局的利益。我和同事均劝她宁可少拿点补偿款，不要选择再次诉讼，人的精力是有限的，况且二人还有个儿子，前面离婚官司已经家破两散，没必要为了几万元再

次互相补刀,或者我们可以用三十六中的“以逸待劳”或“抛砖引玉”计,等前夫松懈时或把A公司业绩做大时,放长线钓大鱼,之后再去另案诉讼。“釜底抽薪”计告诉我们,以A公司股东的抵触情绪,不宜正面直击,需要先找税务、工商、供应商、销售商等摸底了解情况后,再定出击方案。而晴帆性急等不了,要再出口气,在献计献策无效后,我的同事不再代理她的官司。晴帆另行委托了另外律所的余律师,以前夫为被告,要求分割前夫名下持有的A公司28%的股权,掀起官司三,官司持续了近五个月。

开庭过程中,法庭将委托第三方对A公司财务状况及经营情况作出司法审计,以判断股权实际价值,但前夫及A公司仍然拒绝提供资产负债表、利润表、财务账册等财务资料,无法得知净资产,无法确定股权价值。法庭最后依职权调取了A公司在工商、税务部门等留存的财务报表,但根据财务报表中的数字,A公司处于连年亏损状态。晴帆认为A公司隐匿真实账册,财务数字不真实,要求法庭责令A公司出具真实的报表,以评估股权价值。因为A公司仍拒不提供财务报表,法庭告知双方,要么在给其他股东履行必要通知程序后,将根据股东是否购买股权的结果,来判决是否由一人一半持有A公司股权,要么按上年度末现有的财务数据分割股权价值,但因A公司后来有继续经营,该财务数据已不能全面反映出股权分割时的客观状况,法官觉得难以判决,在向另外二名股东做了询问笔录、查阅了A公司章程后,法官努力调解,最终晴帆和前夫达成调解,由晴帆持有A公司14%的股权。同事也曾替晴帆

想过是否可以通过举报 A 公司税务违法的方式来达到目的？权衡再三后，晴帆委托余律师代理了官司四。

三、官司四：股东知情权之诉

我们认为像 A 公司这样拒不提供财务信息导致股权无法估值的，法院可以根据税务、工商部门存档的财务资料来核定其价值，也可以参照杭州市区同行业中经营规模和收入水平相近的企业的营业收入或者利润来核定其价值，这可能会导致股权评估价值少点，但至少能完成股权分割。官司三让晴帆成为新股东，仍不能解决他们的根本问题，留下后患，晴帆将更加被动。

如果晴帆想要知道公司经营情况的，只能以公司为被告，通过股东知情权之诉才能得到财务资料。很长一段时间，我们和晴帆没有联系，我和同事以为不会再有案件了，没想到余律师再次发起了股东知情权之诉，并根据公司法司法解释四第七条："股东依据公司法第三十三条、第九十七条或者公司章程的规定，起诉请求查阅或者复制公司特定文件材料的，人民法院应当依法予以受理。"重点要求查阅 A 公司财务账册、财务会计报告等特定文件材料。官司四在 A 公司所在地法院审理，A 公司直到开庭前才提供了部分财务会计报告，并认为因为财务工作人员能力有限，无法提供诉讼请求中的材料。法院最终判决由 A 公司在判决生效后十日内提供自公司成立以来的会计账簿（含总账、明细账、日记账、其他辅助性账簿）、会计凭证（含记账凭证、相关原始凭证及作为原始凭证附件入账备查的有关资料），官司四以判决结案。

四、"树上开花"——律师函定乾坤

官司四解束后，我和同事分析晴帆的案件，认为股东知情权之诉虽然已判决，但很难执行，先以发律师函名义告知公司及董事、高管，晴帆将要求董事、高管人员承担民事赔偿责任，法条依据是公司法司法解释四第十二条："公司董事、高级管理人员等未依法履行职责，导致公司未依法制作或者保存公司法第三十三条、第九十七条规定的公司文件材料，给股东造成损失，股东依法请求负有相应责任的公司董事、高级管理人员承担民事赔偿责任的，人民法院应当予以支持。"，该条中的文件材料实际上是指官司四中所判决的财务材料。律师函中指定要求在约定时间、地点协商，如果协商未果的，则向法院强制执行，并将向董事、高管另案提起损害赔偿之诉。后来，在我和同事的牵头下，晴帆、前夫及股东B、C达成和解，由前夫支付40万元补偿款给晴帆，因晴帆只是调解书中确认的股东，前夫无需办理股权变更登记。

离婚案三十六计中的"树上开花"之计，即官司五损害赔偿之诉实际上不可能、也没有精力再去做了，但让A公司董事、高管人员信以为真，达到误以为晴帆将会真诉的目的，最终达到和解的目的。

五、我们的感悟

四场诉讼之后，晴帆在后悔当初没听我们劝告，接连发生了这么多场官司，生活被毁了。大家都知道法律是把双刃剑，我们在为当事人提

供服务时，应尽量考虑当事人的生活和利益的平衡度，不能造成讼累。同在暮春三月，《如沸春风》是的我心境，《唤回东风》是晴帆的写照，以下三首原创小词送晴帆，希望你在未来日子里，能继续启帆远航！

如沸春风

暮春三月，花朝佳节。
桃花掩笑，柳林舞絮。
劲草菲菲，樱嬉如雪。
杏花意闹，如沸春风！

唤回东风

暮春三月，花溅残红。
物是人非，欲语泪流。
云卷俱黑，望断黄昏。
旧年春丧，唤回东风！

你我都知“韶华易逝，红颜消歇”，愿你能再次体会“暮春三月，绿波晴翠。清茶闲叙，怡悠宜然。红颜俏媚，芳姿娉婷。尘埃坦尽，放歌孤山外！”，也不枉我一片苦心为你原创的这三首小词了！

测谎鉴定在民商事诉讼中的应用情况探析

——以浙江法院判例为研究对象

□ 龚家勇* 康 斌*

引言:笔者曾协助师父王全明律师办理过这样一起民间借贷纠纷案件,该案中,原告主张被告向其借款,并支付利息,被告抗辩原告是向其投资,自己支付的是投资收益。该案有银行往来凭证为据,但无书面借条,也无其他证据。罗生门乍现,是谁在说谎?能否通过测谎鉴定来断案?

2008 年 3 月,浙江省桐乡市人民法院对一起民事借贷纠纷案件进行了测谎鉴定(或称测谎测试,心理测试,以下统称测谎鉴定),成为第一个将测谎鉴定引入法庭审判的浙江法院。

2013 年,浙江省高级人民法院民事审判庭第二庭发布《关于在商

* 龚家勇,本所律师,本所团支部书记。
* 康斌,浙江工商大学法律硕士。

事审判中贯彻民事诉讼诚实信用原则若干问题讨论纪要》,第十条第三款规定:“当事人自愿达成进行测谎测试的诉讼契约，人民法院可予准许,测试结论可以作为认定事实的依据。”

近年来,由于测谎鉴定的科学性和准确性,它在民商事诉讼中的应用渐渐多了起来。具体应用情况如何?笔者针对无讼案例中可搜索到的浙江省范围内43个判例进行了粗浅研究,供读者参考。

一、浙江省范围内43个案涉测谎鉴定判例数据分析

(一)法院是否同意测谎鉴定申请。

在43个判例中，有29个判例法院对当事人的测谎鉴定申请不予准许（占比67.44%),12个判例准许了当事人的测谎鉴定申请（占比27.91%),2个判例当事人事先自行测谎后将测谎结论提交法院（占比4.65%)。

(二)法院是否采纳测谎鉴定结论。

测谎鉴定结论,一般是通过一份《心理测试报告》或《测谎被告》体现(以下统称测谎鉴定结论)。

上述12个法院准许申请的判例,及2个当事人事先自行测谎后将测谎结论提交给法院判例中,有10个判例法院在不同程度地肯定了测谎鉴定结论。

10个判例中,6个判例法院将测谎结论作为认定事实的依据(43

个判例中占比 13.95%),4 个判例法院将测谎结论作为认定事实的参考(43 个判例中占比 9.30%)。

二、法院准许测谎鉴定申请的两种情形

(一)大多数情况下,法院征求双方同意后,会准许做测谎鉴定。

例如,在胡某与胡某某民间借贷纠纷一审一案中 [慈溪市人民法院,(2016)浙 0282 民初 7769 号],被告就涉案借款是否已经归还申请测谎鉴定。法院在征得原告同意后,予以准许。

(二)极少数情况下,一方当事人不同意,法院准许单方做测谎鉴定。

例如,在叶某、吴某民间借贷纠纷二审一案中[宁波市中级人民法院,(2016)浙 02 民终 2640 号],叶某就涉案借款是否真实申请测谎鉴定。法院予以准许,在吴某不同意的情况下,委托浙江省宁波市人民检察院司法鉴定中心对叶某进行了心理测试。

所以,从浙江省高级人民法院的相关规定及当前的司法实务来看,除极个别情形外,当事人自愿为测谎鉴定的前提条件。

三、法院不予准许测谎鉴定申请的五种理由

(一)案件事实清楚,测谎无必要。

例如,在徐某、王某民间借贷纠纷二审一案中[杭州市中级人民法院,(2017)浙 01 民终 2705 号],徐某申请对王某进行测谎测试。法院认为,案件债权债务事实清楚,并无对当事人进行测谎测试之必要,故不

予准许。

(二)测谎鉴定无法律依据。

例如,在梁某与吴某民间借贷纠纷二审一案中[绍兴市中级人民法院,(2016)浙06民终2937号],上诉人申请对被上诉人及原审证人操某进行测谎鉴定。法院认为,无相应法律依据,被上诉人在原审及二审均到庭参加诉讼和庭询,原审证人操某在原审也出庭作证并接受上诉人、被上诉人质询,故不予准许。

(三)测谎结论非民事诉讼法法定证据形式。

例如,在熊某与王某民间借贷纠纷二审一案中[绍兴市中级人民法院,(2016)浙06民终1915号],上诉人王某提出就王某和熊某就是否发生了借贷关系等进行测谎。法院认为,测谎非民事诉讼法定证据形式,故不予准许。

(四)一方当事人不同意。

例如,在孟某、陈某民间借贷纠纷二审一案中[绍兴市中级人民法院,(2017)浙06民终626号],孟某申请重新鉴定及测谎鉴定。法院认为,陈某不同意测谎鉴定,且诉讼中陈某某已确认其借款事实,故不予准许。

(五)案件争点无关事实认定。

例如,在黄某与邵某民间借贷纠纷再审一案中[浙江省高级人民法院,(2016)浙民再50号],被申请人邵某请求对黄某、吴某及黄某某进行测谎鉴定,黄某、吴某对测谎鉴定申请不同意。法院认为,案件的争点涉及法律争议,无关事实认定,故不予准许。

所以,分析上述五种理由,法院对测谎鉴定不予准许的原因有两大类,一是案件事实是否清楚,对于案件处理有无必要;二是测谎鉴定无明确法律依据,其结论不属于法定证据。若要提出测谎鉴定申请,应充分考虑案件自身情况和相关法院对测谎鉴定的态度。

四、法院对测谎鉴定结论的二种态度

(一)肯定态度。

1.可作为认定事实的依据。

例如,在赵某与谭某承揽合同纠纷二审一案中[浙江省杭州中级人

民法院,(2013)浙杭商终字第1235号],浙江省公安厅刑事侦查总队出具了心理测试意见书。法院认为心理测试意见书可作为认定事实的依据,根据鉴定结论赵某对"6万元工程款是否结清"的陈述可信度远远低于谭某,故对赵某未收到谭某2万元的上诉理由,不予采信。

2.可作为认定事实的参考。

例如,在丁某与黄某民间借贷纠纷一审一案中[乐清市人民法院,(2016)浙0382民初7065号],原、被告同意委托华东政法大学刑事司法学院心理测试室,对原、被告进行心理测试。法院认为,虽然被告对测试结果不予认可,该测试结果可作为案件处理参考。

(二)否定态度。

1.法院本身不认可测谎鉴定结论。

例如,在周某与周某某不当得利纠纷一审一案中[宁波市海曙区人民法院,(2016)浙0203民初1677号],周某提供甬检技测(2015)17号测谎报告一份。法院认为,测谎报告不属于法定证据,不予认定。

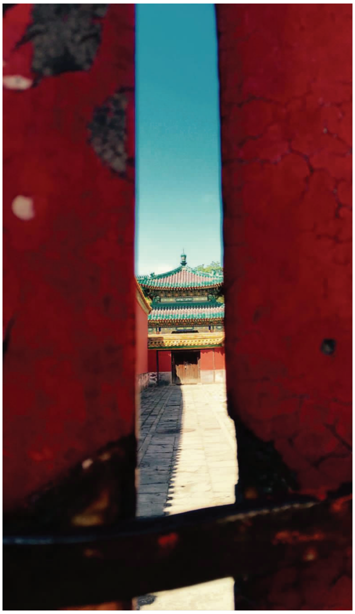
2.当事人对测谎鉴定结论有合理异议。

例如,在杭州L公司与钱某、北京G公司买卖合同纠纷一审一案中[临安市人民法院,(2016)浙0185民初2798号],被告刘某单方提供华政(2016)心测字第25号《心理测试分析意见书》。法院认为,原告对其真实性有异议,且系被告单方委托,对该份证据的证明力不予确认。

五、法院同意测谎鉴定申请,是否意味着认可测谎鉴定结论?

在43个判例中,有12个判例法院准许了当事人的测谎鉴定申请,12个判例中有10个判例,法院不同程度地肯定了测谎鉴定结论。所以,法院准许测谎鉴定申请后,其对测谎鉴定结论一般是认可的,会将测谎结论作为认定事实的依据或参考。

值得一提的是,一起案件的当事



人在同意进行测谎鉴定，并得到法院准许后，又出现了反悔和逃避行为，法院据此判令逃避方承担举证不能的法律后果。祥见盛某与李某民间借贷纠纷一审一案［慈溪市人民法院，(2016)浙0282民初11662号］。

六、其他相关问题

1.哪些机构可以做测谎鉴定？

包括但不限于：浙江省公安厅刑事侦查总队、华东政法大学刑事司法学院测谎实验室、宁波市人民检察院司法鉴定中心、宁波中院司法鉴定处。

2.测谎鉴定的专著有哪些？

华东政法大学夏中锋老师写的《谎言的破绽》(法律出版社，2017年10月第1版)，是笔者读过的非常专业的一本相关著作。夏中锋老师是华东政法大学刑事司法学院测谎实验室的主测人，具有十分丰富的理论和实务经验，其相关观点、实务意见，皆有十分重要的参考价值。

另外，美国保罗.埃克曼写的《说谎——揭穿商业、政治与婚姻中的骗局》(三联书店，2016年再版)也是非常经典的一本相关著作，值得阅读。

七、结语

“测谎鉴定”在民间称为“读心术”，它真能读懂人心么？争论还在继续。对于测谎鉴定，至今也尚无明确的法律规定。但不可否认的是，它在民商事诉讼中已经得到了某种程度的应用。

知己知彼，百战不殆。如何对待测谎鉴定，将这一似乎既能知己又能知彼的利器为我所用，是一个值得思索的问题。

浙江省涉及测谎判例统计表(部分)

(总搜索到43个判例,典型判例25个,分如下三张简表)

表一:肯定测谎判例简表(8个)

序号	判决书名称	案号	法院	鉴定机构	鉴定报告	法院意见
1	王军民、陈搏民间借贷纠纷二审	(2017)浙02民终1101号	宁波市中级人民法院	宁波市人民检察院司法鉴定中心	/	作为事实认定、审查、判断证据的参考依据
2	竺辉与侯志军民间借贷纠纷一案一审	(2016)浙0283民初3092号	奉化市人民法院	宁波市人民检察院	/	原、被告都未提出异议,本院用作认定本案事实的参考依据。
3	张建军、江涛民间借贷纠纷二审	(2016)浙01民终1964号	杭州市中级人民法院	华东政法大学司法鉴定中心	/	测谎结果可以作为认定案件事实的参考
4	丁加钱与黄兴宏民间借贷纠纷一案一审	(2016)浙0382民初7065号	乐清市人民法院	华东政法大学刑事司法学院心理测试室	华政[2016]心测字第36–1号、第36–2号	该测试结果可作为本案处理参考
5	赵云翔与谭灿飞承揽合同纠纷二审	(2013)浙杭商终字第1235号	浙江省杭州市中级人民法院	浙江省公安厅刑事侦查总队	/	双方当事人均无异议，本院予以确认

续上表：

6	傅六昌与罗晓芳、赵加峰民间借贷纠纷二审	(2015)浙杭商终字第2329号	浙江省杭州市中级人民法院	/	/	未有证据表明原审中采纳的鉴定意见有误
7	胡某甲与胡某乙民间借贷纠纷一审	(2016)浙0282民初7769号	慈溪市人民法院	宁波市人民检察院		根据心理测试报告，被告及妻子陆某对涉案借款是否已经归还的设问陈述真实，故本院对被告胡某乙已经归还涉案借款的抗辩意见予以采纳。
8	叶丛利、吴珍珍民间借贷纠纷二审	(2016)浙02民终2640号	宁波市中级人民法院	宁波市人民检察院司法鉴定中心		被测试人叶丛利对设问的陈述真实，法院予以采纳。

表二：否定测谎判例简表(2 个)

序号	判决书名称	案号	法院	鉴定机构	鉴定报告	法院意见
1	周祖英与周祖宏不当得利纠纷一审	(2016)浙0203民初1677号	宁波市中级人民法院	宁波市检察院	甬检技测(2015)17号测谎报告	测谎报告不属于法定证据，本院不予认定。
2	杭州临安科信光缆有限公司与钱景玉、北京国信之光科技发展有限公司买卖合同纠纷一审	(2016)浙0185民初2798号	临安市人民法院	华东政法大学	华政(2016)心测字第25号1份	被告单方委托，因原告对其真实性有异议，故本院对该份证据的证明力不予确认。

表三：法院未同意测谎判例简表(15 个)

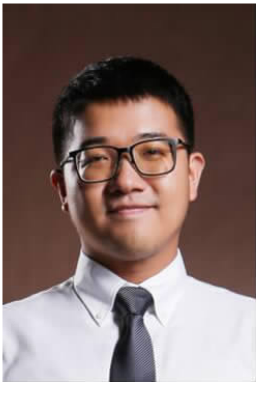
序号	判决书名称	案号	法院	法院意见
1	姚文富、毛乾君民间借贷纠纷再审	(2017)浙民再105号	浙江省高级人民法院	测谎仅系辅助手段，根据本案情况,并无必要,故不予准许。
2	汪岳芳、刘永星提供劳务者受害责任纠纷二审	(2016)浙02民终3801号	宁波市中级人民法院	测谎证据并非法定证据形式
3	徐敏峰、王杰民间借贷纠纷二审	(2017)浙01民终2705号	杭州市中级人民法院	本案债权债务事实清楚，无必要
4	杨美燕与陈兆描、陈小英民间借贷纠纷一审	(2017)浙0327民初2086号	苍南县人民法院	测谎鉴定并不是法定的程序，只是刑事诉讼中的侦查手段之一
5 6	孟勇、赵明龙民间借贷纠纷二审	(2017)浙06民终626号、627号(二案)	绍兴市中级人民法院	不符合重新鉴定的条件,陈德根亦不同意测谎鉴定,且诉讼中陈丽丽已确认其借款事实，故该院对孟勇的该项申请不予准许。

续上表：

7	余惠芬、陈南英民间借贷纠纷二审	(2016)浙02民终1876号	宁波市中级人民法院	无必要
8	范忠法与周玉峰民间借贷纠纷一案二审	(2017)浙02民终597号	宁波市中级人民法院	不符合规定
9	吴光定、郎文雅民间借贷纠纷二审	(2017)浙02民终1849号	宁波市中级人民法院	对方当事人认为无必要
10	杭州萧山飞鹤羽绒制品有限公司、江亮明侵权责任纠纷二审	(2016)浙01民终7686号	杭州市中级人民法院	缺乏充分依据也无正当性
11	董芝良与戴宝昌、沈建彪民间借贷纠纷二审	(2016)浙06民终299号	绍兴市中级人民法院	将测谎结果作为民事案件的定案证据，尚无明确的法律依据
12	徐君波与徐正良、徐正国等继承纠纷二审	(2016)浙02民终1051号	宁波市中级人民法院	检材为复印件且受条件限制
13	梁汉昌与吴佳证民间借贷纠纷二审	(2016)浙06民终2937号	绍兴市中级人民法院	测谎鉴定无相应法律依据，故本院对上诉人的测谎鉴定不予准许。
14	熊伟超与王培利民间借贷纠纷二审	(2016)浙06民终1915号	绍兴市中级人民法院	上诉人提出的测谎申请，因非民事诉讼法定证据形式，本院亦不予准许。
15	黄立鹏与邵幸萌民间借贷纠纷一案	(2016)浙民再50号	浙江省高级人民法院	本案的争点涉及法律争议，无关事实认定，故对邵幸萌提出的鉴定申请不予准许。

保理合同诉讼实务问题整理

□ 陈鉴杰 *



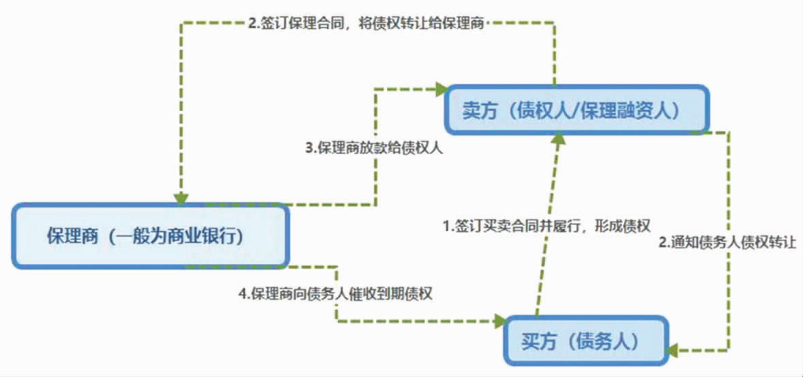
保理是企业通过应收账款的融资方式之一，也是供应链金融的组成部分。在我国，开展保理业务的机构主要是商业银行和商业保理公司,其中商业银行是最常见的保理商,商业保理公司则相对较少(比如浙江省浙商商业保理有限公司)。在不良资产处置实务中,经常会遇到涉及到保理合同的不良资产，下面笔者就保理合同的基本法律关系及保理合同诉讼中几个实务问题(主要从保理商角度)进行简单整理以供参考。

一、保理合同的基本法律关系

根据《商业银行保理业务管理暂行办法》第六条,保理的定义是“保理业务是以债权人转让其应收账款为前提,集应收账款催收、管理、坏

* 陈鉴杰,本所律师,浙江工商大学法学学士。

账担保及融资于一体的综合性金融服务”。简单来说就是债权人(买卖关系中的卖方)将应收账款(买卖关系中产生的债权)转让给保理商,由保理商提供保理融资、应收账款的管理和催收及坏账担保等服务。其中保理融资的一般流程如下图所示:



由上图可见,以基础合同为买卖合同为例,一个简单保理融资中,存在买卖合同和保理合同两个合同关系,卖方、买方、保理商三方当事人。具体到单独一份保理合同而言,同一个合同中既包含债权转让与金融借款的相关约定, 也还会包含应收账款管理服务的相关约定,涉及到的法律关系比较复杂,这也给保理合同纠纷的诉讼实务带来一定问题。

二、保理合同诉讼实务问题

1.诉讼案由及被告的选择

根据现行的《民事案由规定》,并没有“保理合同纠纷“这一案由,而且如上文所述,保理合同中所涉及到的法律关系比较复杂,因此在进行保理合同纠纷诉讼时, 选择何种案由并确定被告是实务中会遇到的第一个问题。

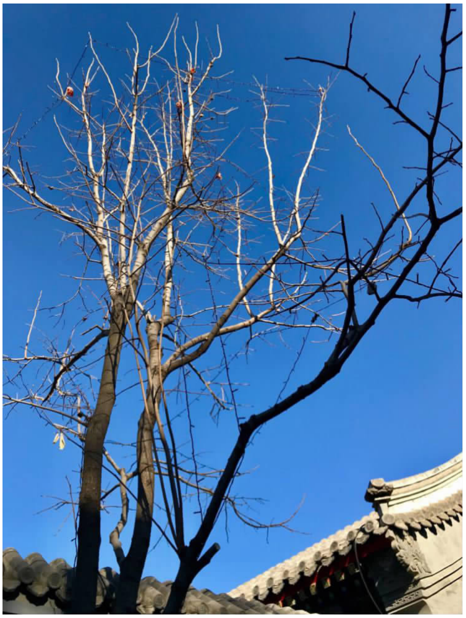
要确定诉讼案由,首先要确定争议的保理合同中是否有“保理商追索权“条款。所谓的”保理商追索权条款“指的是,在保理商无法从债务人处获得清偿的情况下, 可以向债权人主张要求其归还保理融资的约

定，一些保理合同中约定的”应收账款回购“和”保理融资返还“等均属于“保理商追索权”条款，即《中国银行业保理业务规范》中的“回购型保理”。

对于没有“保理商追索权”条款的保理合同纠纷，保理商在起诉时候仅能列债务人为被告，同时根据《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》中“如果债权转让合同生效后因债权转让合同的履行发生争议，则应按债权转让合同纠纷确定案由。如果债权转让合同生效后，因原合同的履行发生纠纷诉至法院，则案件诉讼标的是原合同的权利义务关系，即应按原合同类型确定案由”。因此在没有“保理商追索权”条款的情况下，保理商应当以买卖合同纠纷为案由，以债务人为被告向法院提起诉讼。

对于存在“保理商追索权”条款的保理合同纠纷，保理商在起诉时可以同时列债权人和债务人为被告，同时因为保理合同属于无名合同，案由确定为合同纠纷（浙江省浙商商业保理有限公司与上海红湖排气系统有限公司、上海郎特汽车净化器有限公司等合同纠纷案，杭州市中级人民法院，(2016)浙01民终3695号）。

但在实务中，如果保理商系商业银行，且存在“保理商追索权”条款，一般也可以以“金融借款合同纠纷”为案由向法院提起诉讼（中国工商银行股份有限公司杭州经济技术开发区支行与浙江光大锦豪交通工程有限公司金融借款合同纠纷案，杭州经济技术开发区人民法院，(2014)杭经开商初字第646号）。



2.债务人对于基础债权真实性抗辩的对策

根据合同法第82条的规

定,债务人对原债权人的抗辩可以向受让人主张。在保理商同时起诉债权人和债务人的诉讼中,债务人最常用的抗辩方式是保理合同约定的“买卖合同项下的应收账款“并不存在,若该基础债权并非实际存在,债务人当然的可以免除其应当向保理商承担的付款义务。

实务中,证明“买卖合同项下应收账款“实际存在的举证责任被法院分配给保理商(招商银行股份有限公司武汉水果湖支行与国网湖北招标有限公司合同纠纷案,最高人民法院,(2017)最高法民申366号)。也就是说,需要保理商对于买卖合同的真实性及履行情况进行举证,确定“买卖合同项下的应收账款“实际存在。

在中国长城资产管理公司杭州办事处与上海中燃石油化工有限公司、舟山东泰石油化工有限公司等合同纠纷一案中((2013)浙舟商初字第12号),不良资产的受让方长城资产因为无法提供保理合同中约定的东泰公司(债权人)需向建行定海支行(保理商)提交“货运证明、质检证明或其他证明商务合同确已履行的文件证明,如提货单据副本等“用于证明“买卖合同项下的应收账款“实际存在,法院在判决中驳回了其要求债务人付款的诉讼请求。

为应对债务人的上述抗辩,保理商应当在准备相应的保理合同文本及相应的附件时就做好防范。首先,因保理合同属于无名合同,发生纠纷时,法院一般都严格按合同约定审查双方的履行情况。因此,在保理合同及相应附件文本中,对于保理商审核债权真实性的相关约定应当明确,并在合同实际履行过程中严格存世;其次,虽然债权转让根据法律规定只需通知到债务人,但是在实际履行过程中,可以要求债务人出具确认债权真实存在并且已经知晓由保理商受让的回执,作为保理商放款的必备文件;再次,在债务人出具的书面承诺中,可以进一步要求其明确不再就基础债权不成立、成立有瑕疵、无效或可撤销等可以向债权人提出的抗辩事由向保理商提出抗辩。

3.应收账款转让登记问题

在我国应收账款的登记平台是由中国人民银行征信中心(以下简称征信中心)牵头组织中征应收账款融资服务平台(2018年4月2日起域名为https://www.zhongdengwang.org.cn)。

上述平台目前主要功能是依据物权法228条的规定进行应收账款出质登记,现行的法律并未对应收账款权属登记做出强制性要求。因此在保理合同诉讼实务中,会存在同一笔应收账款多次转让的问题。目前实践中还没有可以完全规避上述法律风险的方式。

但是从保理商角度来说,为最大程度的保护自身的合法利益,笔者仍然建议在进行应收账款转让前进行登记查询，并在转让后完成平台的应收账款登记。特别是转让前的应收账款查询,同时也可以避免应收账款质押在先导致转让无效的法律风险,可谓一举两得。

一文看懂股权激励的税务处理

——以股票期权为例

□张　晓*

前言:随着大众创业、万众创新战略的实施和创业公司、互联网企业的蓬勃发展,股权激励这些年热度不减,其中的涉税问题因为影响重大,政策复杂,成为了股权激励方案设计中必不可少的一门功课。如何计缴行权和处置时的税收,如何适用税收优惠政策,如何避免涉税风险,如何区分适用上市公司和非上市公司不同的税收规定,本文以**股票期权**为例,一一给予了解析。

股权激励是指企业以股权形式对员工开展激励,一般通过低于市场价或无偿授予员工股权,对员工之前的工作业绩予以奖励,并进一步激发其工作热情,与企业共同发展。**股权激励的种类**包括股票期权、股权期权、限制性股票、股票增值权、股权奖励、员工持股计划等。在股权激励中,员工往往低价或者无偿取得企业股权,对于该部分折价,实质

* 张晓,实习律师,浙江大学经济学硕士,注册税务师,浙江省法学会财税法学研究会理事。11年税务部门工作经历,入选上海市税务系统人才库。

上是企业给员工发放的非现金形式的补贴或奖金，所以应在员工取得时计税，这也是国际通行的做法。

本文主要以股票期权为例来阐述股权激励在不同时点的财税处理。其他种类的股权激励方式与股票期权的财税处理规则在内在逻辑上也是一脉相承。**股票期权是指上市公司授予激励对象在未来一定期限内以预先确定的条件购买本公司一定数量股份的权利。**

上市公司股权激励

1.等待期

等待期相当于行权的限制期，是指可行权条件得到满足的期间，一般为授予日至可行权日的时段。根据证监会126号令的规定，股票期权授权日与获授股票期权首次可行权日之间的间隔不得少于12个月。

企业所得税处理：根据国税总局(2012)第18号公告的规定，股权激励计划实行后，需待一定服务年限或者达到规定业绩条件方可行权的，上市公司等待期内会计上计算确认的相关成本费用，**不得在对应年度计算缴纳企业所得税时扣除。**

此时，会计和税务上产生了暂时性差异，需要进行职工薪酬的纳税调整，即进行税务调增。

举　例

北京中关村某上市公司A于2016年1月1日实施一项股票期权

激励计划,激励对象为20名管理人员,要求这些员工从2016年1月1日起在公司连续服务满3年, 即可以10元每股的价格购买1000股公司股票。经测算,该股票在授予日的公允价值为15元。

第一年其中的2名员工辞职,第二年又有1名员工辞职,第三年没有员工离职。

那么在等待期内总计确认的管理费用为:(20–3)*1000*15=255000

借:管理费用　255000

贷:资本公积—其他资本公积　255000

注:实际入账时,在资产负债表日按照每年预估的离职比例分别确认当年的管理费用。在每年的企业所得税申报时,做相应的调增处理。

2.行权日

行权日是指员工根据股权激励计划行使权利购买股票的日期。

企业所得税处理:在股权激励计划可行权后,上市公司方可根据该股票实际行权时的公允价格与当年激励对象实际行权支付价格的差额及数量,计算确定作为当年上市公司的工资薪酬支出,依据税法规定进行企业所得税税前扣除。股票实际行权时的公允价格,以实际行权日该股票的收盘价格确定。也就是说,行权当年可扣除的工资薪金支出=(行权日每股市场价格–行权价格)*股票数量。

个人所得税处理:实际行权日,产生了被授予股票期权的员工个人所得税的纳税义务。根据财税(2005)35号文的规定,员工行权时,其从企业取得股票的实际购买价格(施权价)低于购买日公平市场价格(指该股票当日的收盘价)的差额,是因员工在企业的表现和业绩而对应取得的,属于与任职、受雇有关的所得,**应该按照"工资、薪金所得"计算缴纳个人所得税。**

国税总局(2016)第62号公告对股票的公平市场价格又做了补充,如果取得股票的当日为非交易日,按照上一个交易日的收盘价来确定。该笔所得可区别于所在月份的其他工资薪金所得, 按下列公式来计算应纳税额:

应纳税所得额=(行权股票的每股市场价–员工取得该股票期权支付的每股施权价)*股票数量

应纳税额=(应纳税所得额/规定月份数*适用税率-速算扣除数)*规定月份数

规定月份数是指员工取得的股票期权形式的工资薪金所得的工作期间月份数,长于12个月的,按12个月来计算。

根据财税(2016)101号文的规定,上市公司授予个人的股票期权,经向主管税务机关备案,可自股票期权行权之日起,在不超过12个月的期限内缴纳个人所得税。这一规定延长了上市公司股权激励的纳税期限,由原来的6个月延长至12个月,给纳税人筹措资金预留了较为充裕的时间。

接上例

假设2019年2月1日,员工统一行权,当日股票收盘价为32元。

会计处理如下:

借:银行存款　170000

资本公积—其他资本公积　255000

贷:股本　17000

资本公积—股本溢价　408000

该公司部门经理张某应缴纳的个人所得税计算:

应纳税所得额=

(32-10)*1000=22000

应纳税额=

(22000/12*10% -105)*12=939.9

3.禁售期

禁售期是指股票期权行权后，对员工进行自由交易所做的限制期限。《证券法》和《公司法》对于股票转让的时间和比例都做了相应的限制。

为了鼓励投资者长线投资，财税（2015）101号文对员工持有股票期间分得的股息红利，实行差别化个人所得税政策。即：持股期限超过1年的，暂免征收个人所得税；持股期限在1个月（含）以内的，全额征收个人所得税；持股期限在1个月以上1年（含）以内的，暂减按50%计入应纳税所得额。上述所得统一适用20%税率计征个人所得税。

4.出售日

出售日是指员工将行使期权所获得的股票予以出售的日期。

员工个人将行权后的境内**上市公司**的股票再行转让而取得的所得，**暂不征收个人所得税。**同时，根据财税（2016）36号文的规定，个人从事金融商品转让业务免征增值税。

非上市公司（含新三板）股权激励 101号文解读

在2016年之前，除了被废止的国税函（2007）1030号文，我国关于股权激励的所得税政策几乎全部限于上市公司。《关于完善股权激励和技术入股有关所得税政策的通知》（财税（2016）101号文）和《关于股权激励和技术入股所得税征管问题的公告》（国税总局（2016）第62号公告）的出台，填补了非上市公司的股权激励税收政策的空白，并且对非上市公司的股权激励实施了较上市公司更为优惠的政策，既延后了纳税时点又降低了适用税率，切实减轻了税收负担，体现了国家支持大众创业、万众创新的精神。

101号文规定，**非上市公司授予本公司员工的股票期权，符合规定条件的，经向主管税务机关备案，可实行递延纳税政策，即员工在取得股权激励时可暂不纳税，递延至转让该股权时纳税。**由于员工取得股权激励时并没有产生相应的现金流，这一递延纳税优惠有效缓解了当期

缴税的资金压力。

股权转让时，按照股权转让收入减去股权取得成本以及合理税费后的差额,作为“财产转让所得”,适用20%的税率计算缴纳个人所得税。股权转让时,股票期权取得成本按照行权价确定。这一规定不单有效简化了纳税操作，且对比于原来工资薪金所得最高达45%的税率有了大幅下降。

享受上述优惠政策需要具备一定的**条件**:

●企业性质:属于境内居民企业的股权激励计划。

●激励程序:股权激励计划经公司董事会、股东(大)会审议通过。

●激励标的:激励标的应为境内居民企业的本公司股权。

●激励人数:激励对象应为公司董事会或股东(大)会决定的技术骨干和高级管理人员，激励对象人数累计不得超过本公司最近6个月在职职工平均人数的30%。

●持有时间:股票期权自授予日期应持有满3年,且自行权日起持有满1年。股票期权自授予日至行权日的时间不得超过10年。

●所属行业:实施股权激励的公司及其奖励股权标的公司所属行业均不属于101号文所附《股权奖励税收优惠政策限制性行业目录》范围。

根据101号文的规定，全国中小企业股份转让系统挂牌公司按照本通知第一条规定执行,也就是说,此处的非上市公司股权激励的税收政策包含了新三板企业。

举 例

北京中关村某非上市公司B是境内居民企业,从事非限制性行业,实施了一项针对高级管理人员的股票期权激励计划,激励对象共20人。2017年7月,进行了行权。假设其他条件都符合相关规定,该公司的股权激励计划是否能享受非上市公司股权激励递延纳税政策?该公司2017年1月至6月"工资、薪金所得"个人所得税全额扣缴明细申报的人数分别为100人、90人、90人、95人、90人、105人。

根据62号公告要求,公司最近6个月在职职工平均人数,按照股票期权行权上月起前6个月"工资薪金所得"项目全额扣缴明细申报的平均人数确定。激励对象人数占比=20/(100+90+90+95+90+105)/6=21%<30%。因此,该股权激励计划符合递延纳税的人数比例要求。

实际操作中,公司在开展股权激励时,除了税务筹划,还要考虑股东利益、退出机制、财务报表、未来上市等方方面面的因素。所以,要提前筹划,设计科学的激励计划,搭建合适的持股平台;事中管理,预先沟通税务事宜,配合履行各项手续,最大程度规避税收风险,最大限度取得节税效果。

开展涉婚姻类诈骗案件控告的难点分析及启发

□ 王　韬 *

一、前言

近年来，随着公安机关高科技侦查技术手段的日益普及，治安、交通监控系统的完善乃至天眼系统的逐步列装完成，加之如G20峰会、世界互联网大会等一系列高规格国际性会议连续在浙江召开，我省公安机关接连开展各类如“缉枪治暴”“打黑除恶”等专项行动，传统接触型刑事犯罪空间正被逐渐挤压。

与此同时，伴随着互联网技术及衍生的即时通讯工具的迅猛发展，脱胎于传统犯罪形式的新型犯罪大量产生，其中涉婚姻类诈骗案件因犯意证明难度较大、证据繁杂且形式不易把握、牵扯感情因素等原因，出现了报案者众但得以立案者寥寥的情形。笔者结合个人近期参与处理、并已由公安机关立案侦查的相关案例，谈开展类似案件刑事控告的难点和启发。

* 王韬，本所律师助理，浙江大学民商法学硕士。

二、雾里看花、水中望月——难点

笔者先简单介绍一下何为涉婚姻类诈骗案件。此类案件的犯罪嫌疑人往往以恋爱或婚姻作为犯意的掩护，在恋爱期间或婚姻的期前、期中甚至期后采取各类手段，巧立名目、伪造身份甚至冒充军警以达到骗取受害人钱财的目的。

开展刑事控告不同于刑事辩护。首先，其目的在于使公安机关的办案人员通过审查由报案人或律师代为起草、梳理的控告材料，产生对被控告人涉嫌控告书上所指控的刑事犯罪罪名的确信；其次，律师在协助被害人开展刑事控告业务过程中所持立场与公安机关基本相同，因此除了做好事实还原、线索梳理、证据收集、法律分析工作外，适度的侦查思维也是需要的；最后，刑事控告材料并不需要100%证明嫌疑人已经实施犯罪，实践中，一般情况下较大可能的确信就足以为公安机关所接受并立案侦查。

那么为什么不少报案人并没有得到其想要得到的结果呢？笔者试对控告过程中的难点作如下简要分析。

(一)仓促报案、缺乏头绪

不少被害人发现受骗以后，往往情绪比较激动，并没有第一时间寻求专业人士的指导，而是反过去质问犯罪嫌疑人，将手中的底牌主动“亮”给了对方。这样做的结果有两种，一是得到犯罪嫌疑人“缓兵之计”式的答复，信以为真，或为了避免事态升级，万般无奈下选择继续等待，给了犯罪嫌疑人潜逃的机会；二是在将底牌“亮”给对方后，使其有时间展开心理建设或编造故事，当受害人得到对方否定的答复后再选择报案，则给了犯罪嫌疑人以准备的时间。

当然，也有直接报警的受害人，但鉴于涉婚姻类诈骗案件犯罪嫌疑人之诈骗方式之多样甚至交织叠加，受害人在未做好充分准备、没有厘清思路的情况下，所做的笔录可能不能完全涵盖诈骗犯罪的认定要素，

甚至缺失一些对于诈骗犯罪认定的关键情节，这就使得最为关键的首次笔录不能达到应有效果，给后续案件的推进带来不利影响。

（二）证据缺失、指控不力

“证据为王”这一法律职业认知中颠扑不破的真理对于涉婚姻类诈骗案件也不例外。但是此类型案件又有其特殊性和复杂性，由于受受害人情感、嫌疑人办案手法隐蔽多样等多种因素影响，律师在办案过程中所能接触到的、能够直指诈骗犯罪要素的证据并不会很多，特别是有的犯罪嫌疑人在通过巧立投资明目骗取受害人钱财的过程中，采取了半真半假、薅羊毛式的诈骗手段，导致案件牵扯多方人员或利益，由此产生的双方或多方往来流水交织叠加，加大了律师及办案人员审查梳理的难度；有的受害人在嫌疑人的刺激下删除了可能对案件产生重大影响的录音、聊天记录等直接证据，虽然不排除能够事后通过技术手段予以恢复，但确实会给公安办案带来不小麻烦；除此之外，案件所牵扯的复杂人际关系也多少会对案情保密及关键证人证言的收集产生影响。

（三）牵扯感情、反复无常

笔者体会到，刑事控告既是法律上的，也是心理上的。如前所述，一方面此类案件不可避免地牵扯感情，有的受害人可能仍对犯罪嫌疑人存有情感，所以并非每个受害者都有勇气和决心将控告进行到底，一旦当事人的决心动摇，将会对办案人员的办案信心产生影响，甚至导致控告失败的结果产生；另一方面，要让办案人员产生较大确信的关键前提当然是充分且有力的证据，但除此之外另一个重要因素在于控告人需要把握住与办案人员的每一次交流机会。实际上，有的控告人在与办案人员交流的过程中会有选择性地进行隐瞒，甚至出现推翻前次询问笔录所记载内容的情况。换位思考一下，如果你是办案人员，面对这样的控告人，能不对控告的真实性打一个问号吗？

三、抽丝剥茧、峰回路转——启发

著名作家丁墨在他的名篇《他来了,请闭眼》中写道:“世界上没有完美的犯罪,只有未被发现的线索。”同样道理,我们普通人在面对涉婚姻类诈骗案件时也并非束手无策,实施诈骗的人往往也并不会如小说中所描写的那样,实施所谓“完美”的犯罪。笔者在办理此类案件过程中得到了两点启发。

(一)要忠人之事,做到两个“最大限度”

由于此类案件的犯罪嫌疑人往往心理素质好、思维反应敏捷,且可能在实施诈骗的过程中已经预想到将来面对办案人员的说辞,因此,除了在准备控告证据材料、走访关键证人的过程中注意保密避免打草惊蛇外,如果作为受害人的代理律师介入案件,必须做好犯罪嫌疑人零口供的准备。

鉴于此类案件的复杂性和办案难度,接受委托的律师应当勤勉,做到“两个最大限度”,即最大限度地收集案件证据、尽最大限度还原案情,除了原原本本地从受害人处了解案情外,还应积极辅导受害人回忆细节,避免遗漏,以便在失去最为直接有力的证据的情况下,通过外围证据形成完整证据链。同时,要积极做好与公安机关的办案人员的沟通工作。

(二)要见微知著,找到案件突破口

由于恋爱、婚姻关系的长期性,涉婚姻类诈骗案件的犯罪嫌疑人往往采取放长线钓大鱼的作案手法,也就是会在恋爱、婚姻关系存续期间多次行骗。比较目前我国居民人均收入及我国刑法规定的诈骗犯罪起刑点,笔者认为,诈骗罪的起刑点并不算高。因此,律师在办理此类案件的过程中,应当在认真梳理每笔被诈骗款项的基础上,抽丝剥茧,如发现该笔款项确实难以证明的,应及时调整思路,以便尽快找到案件突破口,一笔定案。此外,笔者在审查案件材料的过程中还发现,有的犯罪嫌

疑人不仅实施了诈骗，还连带存在着非法吸收公众存款、重婚等其他犯罪情况，倘若这部分犯罪事实较为明确，也可以采取与诈骗罪一并进行控告或者先控告立案的策略，以试探犯罪嫌疑人的抗压底线。

MORE

附：关于刑事控告的Q&A

Q：何为刑事控告？

A：《刑事诉讼法》第八十四条规定，“任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。被害人对侵犯其人身、财产权利的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者控告。”

根据法条，当您或者您所在的机关、团体、企事业单位的合法权益被侵害时，可以依法向有关部门提出刑事控告。可以通过系统梳理证据、起草《刑事控告书》的方式，要求有关部门依法予惩处犯罪，保障公民、法人等有关主体的合法权利。

Q：刑事控告与报案的区别？

A：报案是指发现犯罪事实的人或者单位告知有关部门报告其发现犯罪事实的情况，一般来说报案时犯罪嫌疑人尚不明确。报案人或是与案件事实有直接关系（如被害人报案），或是没有直接关系（如目击者）。

刑事控告则特指被害人(包括被害单位)或被害人的近亲属对受害情况向有关部门报告，控告内容较详细，一般都会涉及事实和行为人的情况。也就是说，首先，控告的主体是被害人（包括被害单位）或被害人的近亲属，其次是有明确的指控对象。

Q：哪些人可以提起刑事控告？

A：《刑事诉讼法》第八十四条第二款，“被害人对侵犯其人身、财产权利的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者控告。”

第三款规定,“公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、控告、举报,都应该接受。对于不属于自己管辖的,应当移送主管机关处理,并且通知报案人、控告人、举报人;对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的,应当先采取紧急措施,然后移送主管机关。”

根据上述规定,控告一般由被害人及其近亲属或其诉讼代理人向公安、检察、法院提出。

Q:控告可以采取哪些方式?

A:可以采取书面或口头形式提起控告,但内容应做到客观、真实。

Q:控告可能产生哪些结果?

A:《刑事诉讼法》第八十六条规定,“人民法院、人民检察院或者公安机关对于控告材料,应当按照管辖范围,迅速进行审查,认为有犯罪事实需要追究刑事责任的,应当立案;认为没有犯罪事实,或者犯罪事实显著轻微,不需要追究刑事责任的,不予立案,并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服,可以申请复议。”

Q:刑事控告的受理机关分别有哪些?

A:除法律另有规定外,一般刑事案件由公安机关受理和侦查;检察机关受理和侦查国家机关工作人员贪污、渎职犯罪,以及利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪;人民法院直接受理自诉案件。

金道之传承

□ 钱雪慧*

当我写下这个题目的时候，跃入脑海的是金道所首席合伙人胡祥甫律师经常说的一句话:“扶上马再送一程”。而触动我写这篇文章的是2018年金道年会上目睹我在金道所带的第一个徒弟王冰洁走上主席台接受合伙人聘书时的那个画面,我在宴会厅最后一排远远地看着,画面定格,自顾自欣喜着。

刻在我脑海中的画面又岂止是小冰升级为合伙人的一幕，我还清楚地记得小冰刚刚大学毕业,就一个小丫头片子的模样,一蹦一跳地来金道所面试,一晃,10年了!

律师的职业是一个需要传、帮、带的职业。大学或者研究生院的学习都只是理论知识的储备,而执业方法和能力,都必须在实践中从零开

* 钱雪慧,本所高级合伙人,杭州市律师协会房地产专业委员会副主任,第十一届杭州市政协委员。

始接触和学习。我很幸运，遇到好的师父，愿意手把手教的师父。

有些有趣的故事和大家分享：从前我冬天怕冷，于是在汇源果汁的塑料瓶里装热水，这样既可以暖手又可以喝水，我经常带着我的“暖手瓶”和客户见面，被胡首席提醒和指正，怎么像闲来无事的老年人一样。我一想也真是的，这下子让我深刻明白律师职业形象的重要性。有一次一个重要案件讨论到晚上，和客户一起吃碗面应付，胡首席点了青菜肉丝面，我点了一碗腰花大肠面，结果半夜里我腹泻不止，第二天早上重要的新闻发布会，我大失水准。胡首席有些微愠，但当他得知我昨晚的情况，便不再批评而是郑重地说，下次重要的场合前要注意饮食，动物内脏容易不卫生。于是我记住了。还有一次，我备战出国留学而雅思考试失利遂打算放弃，胡首席了解后说了一句，人啊，有些时候，要有点咬定青山不放松的精神。还有很多这样的故事，点点滴滴，打磨着自己的个性和做事方式。

说到胡首席“扶上马再送一程”这句名言，我的体会最深了。刚刚开始执业时，胡首席带我做了很多案件，通过案件的办理让我学习技术和方法。可是过了两年后，我发现胡首席不再带着我做案件了。我开始有些焦虑，是不是自己技术做得不好，或者为人处世不端。我隐忍着自己的小疑惑，照着以前学习到的方法埋头干自己手中的活。渐渐地发现自己可以慢慢地独挡一面了，从律师到合伙人，再到自己带徒弟。再看看胡首席，他正在带着一批一批更多的新人。我释然了。胡首席还是一如既往，每次我们合伙人会议讨论所里某个助理独立时，胡首席总会对那个助理的师父提示一句要帮扶，要“扶上马再送一程”。

我觉得一个好的集体，不仅仅是有自上而下的帮扶，也应由前后左右的支撑。我得益于此，也深感于此。我是一贯害怕麻烦的人，喜欢事情简单干脆一点，但往往事与愿违，每当内心一纠结的时候，看看王全明主任，我真心是佩服了，律师事务所那么多繁琐的行政事务，他也能耐着性子不急躁一桩一桩去处理；还有崔海燕律师，说实话我是有些害怕

与她的合作,也有些欣喜与她的合作,她对案件对文书的细致程度令人咋舌,一遍一遍地斟酌和修改,不厌其烦,只是每次我耐过这些“折磨”之后,发现了自己的提升。80后的龚家勇律师对诉讼案件文书规范工整的追求已经上升到美学程度,被法官高度评价和认可;而90后律师赵青航更是利用业余时间,细心观察用心体会,出版了《律师应是怎样的人》一书,令人惊叹真是长江后浪推前浪!事实上,有很多很多同事,他们在工作中表现和反应,他们的故事,都让我嚼之有味,而受益良多。

说到小冰,她独立之后一直跟着高级合伙人朱宇亮律师在合作办案。一段时间后,再和她一起讨论案件,她的表现令我侧目。她也一定是在这个集体当中得到了更为广阔的学习和更为丰富的养分,真心为她感到高兴。2018年初为合伙人的小冰32岁,也到了当年我带她的年龄。我翻到了7年前写给正在做我助理时的小冰的一封信——《兰心慧质,写给小冰》,发现自己还真是挺唠叨和稚气的。

金道所从当初的十几人发展到今天二百余人,历经十二年,应该有很多很多故事吧,我的故事讲完了,你的故事呢?我觉得在所有的故事中,传承是一根金丝线,连着你、我、他!不是吗?!

附:

兰心慧质,写给小冰

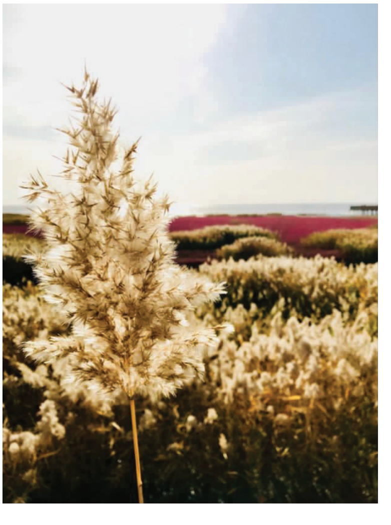
2011-05-14 11:16:19

有听过那英的一首歌唱的:“借我借我一双慧眼吧,把这世界看得清清楚楚、明明白白、真真切切”吗?慧眼,来自于慧心,而慧心来自于内心的修炼和用心的感悟。

就拿昨天晚上S律师请客人吃饭举例吧。吃饭的时候,那个头头听说上的是木瓜炖血蛤,就甚不开心,直言自己的那一份不要。你有想过这是为什么吗?我想以我了解的小冰,是看到,但却不会去想,或者思

考,或者品味。其实,我们吃饭的地方是"至尊鲨鱼",当然是以鱼翅而闻名的,到这个地方,不吃鱼翅,显然请客的不够尊重。再说,他可是老板的朋友,老板今天有事没有来,我们这些晚辈过去更是让他有些架子了。还有,你一上坐,客人看到你都纷纷说:"哟,年纪还挺小的嘛"。你马上就说:"不小了不小了,我年纪不小了。"客人笑答:"呵呵,那跟我们比比是小多了。"没错,客人的年纪都有大到你父母的年龄了,不过,没有办法,刚刚大学毕业出来闯荡社会,就是要和各种年龄层次的人打交道,更何况,我们的职业更是如此。但有想过,每每遇到这种情况,是赶紧地辩白,还是有更好的回答呢?如果说"嗯,是啊,跟各位前辈比起来,我真的是晚辈了,向大家多学习!"既给足了客人倚老卖老的面子,也足够显现自己的心力。对了,当我对你说,大家酒都没怎么喝,我们来推动一下!结果,你就马上和我碰杯喝酒了。呵呵,我晕,会错我意了。连客人都看出来了,不知道你现在是否领悟。

S律师的实习生,工作多年,比你当然大了10多岁,虽然从事这个职业是刚刚入门,但是因为年龄的关系,更懂得用心学习和把握机会。S律师感冒的时候,不失细心地送上一盒维生素C;多次主动地要求和其他老师一起开庭,甚至主动地去写代理词让老师修改。虽然,因为专业的原因,S律师已经表示不会录用,但她却说,工资没有关系,不录用也没有关系,但请延长实习期,以便多学习。正是因为这种用心的准备,原本2个月实习期满就结束的,却在延长的实习期中等待到机会,被另一位老师相中。OK,得到这个JOB OFFER。对于用心准备和努力的人,获取成功只是时间问题,因为机会总是青睐有准备的人。



记得我当年大学毕业的时候,一位长者对我说,大学毕业生,头3年的时间要先把头上的角磨磨,我在想,是嘛?我有角嘛?!现在十多年过去了,品味这位长者的话,所言极是啊。而你现在经

历的,都是我当年曾经走过和经历的路程。简单的生活经历,从大学象牙塔到现实生活,仍需要很长一段时间去适应和学习。我非常推崇和认可,西方国家法官都是从执业多年的优秀律师中选拔的制度。若没有一定的生活历练,是很难看清,体会和把握矛盾的实质的。

和你相处工作的2年多时间,实在是认为你是个漂亮、可爱,率真,实在的女孩,甚是开心和你结缘。只是你的世界好简单和绝对,黑即黑,白即白,有很多事情即便和你说了,想也难以参透和领悟。当听你说你非常渴望成功,却近期总是内心焦虑,失眠恍惚,作为老师,最想说的是,不要急躁,成功是一个循序渐进的过程,需要很多历练。在历练的过程中,慧心慧眼,用心去观察和体味生活,打开自己的心胸,海纳百川,厚积薄发。而成功只是一个时间问题,努力去准备等待瓜熟蒂落的那一天!

想自己也是在前行的途中,与你共勉吧!

在规则之内做一名律师

□ 郭天奇 *

没有规矩不成方圆，对任何职业尤其是律师来说，更是如此。我们身为律师，是研习法律、提供法律服务的人，更应该遵纪守法，在规则之内做一名律师。

前段时间笔者在网上看到某杨姓律师被司法局立案调查的新闻，立案调查的理由是在网络发表大量不当言论，以不正当方式影响案件依法办理，捏造事实，恶意诽谤。在网络上搜索杨姓律师，有各种与其有关的文章、评论，也还能找到他在法院门口为示决心翻跟斗的视频。对这位律师立案调查的结果还未可知，网络上对其也是褒贬不一，有人将他奉为偶像，赞他世间无二，也有人将他视为毒瘤，贬他一文不值。古人有云，见贤思齐焉，见不贤而内自省也，笔者无意在此论人短长，但杨姓

* 郭天奇，本所律师，西南政法大学法学学士。

律师以及一些被冠以“死磕派”名头的律师,他们的一些所作所为足以引发我们的思考,到底律师应该是什么样的?

翻开《律师法》,我们能看到对律师的表述,“本法所称律师,是指依法取得律师执业证书,接受委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员。”律师作为法律共同体中的一部分,比较特殊的一点是,律师是“体制外”的自由职业人,但这并不意味着律师就是脱离管理的自由人,律师必须遵守宪法和法律,还应当恪守职业道德和执业纪律。对于律师这一职业,笔者有以下几点感悟:第一,律师应遵守规则。律师每天与各种法律法规打交道,应当是最了解、熟悉规则的人,如果说当事人因为无知可能在法庭上有一些不适宜的举动,那么律师是绝不应当做出扰乱正常法庭秩序,影响法庭纪律的行为,也不应当有在法庭外“绝食”、“送红薯”这样超出律师正常工作范围的“行为艺术”。第二,律师应注重形象。我国律师人数已经突破30万,许多法学院校的毕业生因向往律师这一职业,在择业时选择进入律师行业,律师人数逐渐增加,已成为促进经济社会发展、建设法治国家的一支重要力量。但是因为行业内小部分律师的行为,导致很多人对律师产生了误解,认为律师就是招摇撞骗、无理取闹的人。律师在执业过程中应爱惜羽毛、注重形象,虽然不良行为是个别律师所为,但产生的社会影响却是波及整个行业的。第三,律师应练好内功。律师要为当事人排忧解难,最根本的是对法律知识的掌握,律师在法庭上的对抗实际上比拼的是法律功底。时代在发展,信息更新速度飞快,我们虽早已离开校园,但依然不能忘记学习,只有练好内功,夯实基础才有能力去维护当事人的合法权益,而不应当本末倒

置，把重心放在如何另辟蹊径。第四，律师应有礼有节。在经济快速发展的今天，律师的法律服务也逐渐商品化，很多人甚至是很多律师开始忽视律师的气节和担当，认为只要能实现当事人的目的就是好律师。其实不然，律师接受当事人的委托，应穷尽一切合法、合理的办法为当事人解决问题，但是这并不意味着可以采取一些匪夷所思的方法，为达目的不择手段。律师是文人，要有文人的“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”的抱负与理想，小部分律师站在公、检、法的对立面，甚至做出一些不尊重公、检、法的行为，这是不可取的，对于构建和谐的法治环境也非常不利。

在规则之内做一名律师，并不意味着要退让、妥协，而是先从自身出发，学习法律，理解法律，尊重法律，敬畏法律，理性维护当事人合法权益，要据理力争但不能无理取闹。律师遵纪守法，推动法律共同体内部的良性互动，有利于促进法律的有效实施，有利于提升社会的法治意识，构建法治社会需要我们每个法律人共同努力。

实习手札：刑辩律师的特质

□ 夏文忠*

缘　起

来到金道所实习整两个月，因为热爱，所以时间过得如白驹过隙，收获却是盆钵满赢。跟随金道所管理合伙人、市律协刑法委主任王晓辉律师（我更愿意尊称其为王老师）实习也是缘分使然——我于2017年参与省法科生职业规划大赛，王老师作为大赛的特邀嘉宾，问了我这样一个问题，"你眼中的刑辩律师应当具有什么特质？"我回答的不好，虽最终有幸拿到了大赛的冠军，但这个问题却一直萦绕我的心头：一心想成为刑辩律师的我，却不知道刑辩律师应当具备怎样的特质。我决心跟随王老师实习，以期在如此优秀的刑事辩护人身上找到我想要的答案。

实习三问

犹记第一天约见王老师时，他非常认真地问了我三个问题：你觉得

* 夏文忠，本所刑事部实习生，浙江工商大学刑事诉讼法学专业硕士研究生。

自己适合从事什么职业？你为什么来实习？你想在实习中学到什么？这些问题本是早已在脑中反复千万遍，直到坐在王老师面前重新面对他的发问时，我才突然怀疑起脑中既定答案的正确性——我想做的事业就一定是适合我的吗？我来实习是我目前最正确的选择吗？我要怎么做才能最大化利用实习的每一分钟？

想的比做的多可能并不是一件好事。与其不断主观臆测，不如在实践中印证真理。与以往的实习经历不同，王老师并没有让我把大部分时间放在行政工作上，诸如整理、装订案卷、报销发票等（私想这些都是实习生应当做的基本工作），而是通过接待当事人、做阅卷笔录、案情分析、起草辩护意见……引导我了解熟悉刑辩律师的事务性工作。我在内心深深感谢王老师对我的指导，暗暗鼓励自己一定要好好学习、努力工作，不辜负王老师的信任与提携。

刑辩律师的第一课

第一天，王老师就给我上了刑事辩护的重要一课——如何接待当事人。一般而言，接待应当是为律师辩护工作的开端。只有通过接待获得委托，律师才能真正开始履行辩护职责。当天来咨询的是当事人的家属，据悉，当事人系因低价转租娱乐场所给他人从事组织卖淫被侦查机关以涉嫌容留、介绍卖淫罪逮捕。对这初次的接待过程，我略谈以下几点心得体会：

第一，律师应当善于引导谈话过程。一般而言，来寻求帮助的当事人或家属对法律的掌握程度远不如律师，其提供的内容往往囿于情感经验。专业的律师不仅是一个好的倾听者，更是一个好的对话者。在与当事人家属的谈话过程中，王老师主导谈话进程，疏导当事人家属的情绪化控诉，引导其提供更多案件相关信息。私以为，专业的律师应当做到主动且自如的掌控接待的节奏，不仅利于在最短的时间内掌握更多有用的信息，节约双方的时间，且能给当事人一种值得信赖的专业性，

而不是简单为一位“陪聊者”。

第二，严守法律底线，不作无谓承诺。司法部与全国律协明文禁止律师对案件结果作出不当的承诺。然而实践中，个别律师为获取当事人的信任、顺利拿下委托，便不计后果地作出无法预知的承诺，是对双方都不负责任的表现。王老师面对激动的当事人家属，认真分析案情，为其提供初步的辩护方案与可能的结果，不拍胸脯打包票同样赢得当事人的信任。深以为，律师能否在接待中获得当事人信任凭借的是自己的专业水平、对案件的认真态度以及业界良好的口碑。对不可控甚至是不可知的因素作出担保，无疑是一场豪赌。然而，对于一生可能就碰上这么一次刑事案件的当事人而言，他赌得起么？

第三，找准自身定位，合理报价。据观察，许多律师因为没有找准自己的市场定位，要么容易错失案源，要么使得自己单位时间产出比变低。律师作为法律服务产品的提供者，应当明确自身定位，合理报价。自身的专业水平、业内口碑、办案经验、工作量等是律师确定自己收费范围的依据，案件的复杂程度与当事人的收入水平是在范围内最终确定报价的标准。

而作为一名年轻律师，腹中若没有王老师这般资深律师能信手拈来的办案底蕴(包括办案思路、办案技巧、办案经验)，那么势必在办案之初就需要做更多的准备工作。一则了解信息，掌握基本情况。一般而言，律师在接待当事人或家属之前会通过电话或其他方式与其进行沟

通。律师在这个期间，应当尽可能收集受案当事人的涉案情况，包括涉案事由、涉案罪名、相关文书等；二则研究相关判例，掌握基本法律信息。律师在接待之前应当尽可能收集案件相关的法律法规与司法判例，对罪名、量刑、法定情节等内容有初步的掌握；三则形成初步的辩护思路，提供最优辩护方案。针对初步了解的案情，律师应当在最短的时间内形成自己的辩护方案，让当事人及家属对案件走向有最

直观的认识。

接待不失为一门学问，能否在短短时间内赢得当事人的信任，光靠嘴皮子功夫不行，还得有真本事。如果说接待时候的法律意见能让你大致摸清一名律师有多少底子，即办案经验的丰厚与否，那么进入到办案程序之时就能完全看出一名律师有没有过人的法律素养、办案技巧与办案能力了。

刑事辩护的经验

实习期间，我有幸相对完整的跟过一起非国家工作人员受贿案。从阅卷之初到撰写辩护意见，我跟着王老师、袁哥与楠姐（两位优秀的刑事律师）深入案件的繁枝细节，从程序与实体上找寻所有对当事人有利与不利的因素，以维护当事人的合法权益。从庭前准备到当庭发问、质证、辩论，我深感律师的功夫远非斯须之作。以这起案件为例，我略谈几点心得体会。

一、阅卷“明察秋毫”

阅卷类似做阅读理解，要懂得归纳，也要牢牢把握有用的细节。阅卷之初，我就不断问自己“当事人是否真的有受贿”。乍一看，行贿人供述的取钱数额与被告人的存钱数额能匹配个七七八八，且同案犯经过多次改变供述后都将矛头指向了我们的当事人，难道事实真的是如此吗？

面对在案的所有对我们当事人不利的证据，我显得无所适从，不知从何突破。王老师适时召集我们对案件做了一次深度分析，指出是否可以从以下几点着手攻破案件焦点：一为被告人供述的合法性及排除问题；二为被告人供述与证人证言的前后、彼此矛盾之处；三为案件的不合常理之处；四为当事人的资金来源及资产状况等。王老师对案情的把握令人醍醐灌顶，随后我便迅速投入涉案数额以及言词证据的比对工作。

阅卷工作因为有了方向，所以做起来较为轻松。然而走马观花式的

阅卷势必会影响到最终辩护效果,现在反省这项工作,自责还是不够仔细,或许某些情节的遗漏可能就是影响法官心证的最后一根稻草。

犹记开庭前的某次准备工作,王老师目光如炬地翻阅材料,短短几个小时,王老师列清了开庭要用的质证意见、发问提纲与辩护意见,且围绕着新的辩护点又罗列出了几项证言,并交托我在尽可能短的时间内找到能够印证这些辩护点的证据材料。我紧张地接过工作,凭借着大脑的印象与快速的浏览,我迅速找出了十来条对我们有利的证言,然而这些内容却是在阅卷之初就被我自作主张排除在外的……

阅卷的功夫我只是管中窥豹,只知大抵要从以下几个阶段着手:一为通读全文。刑事案件的材料往往较为冗长,快速阅读有利于掌控案件的基本事实,明确在案的有利或不利的证据,便于"带着问题找答案";二为仔细梳理。阅卷时细致入微应当是刑辩律师的基本功,程序与事实的研究应当成为这个阶段的重点任务;三为查漏补缺,提出问题。这个阶段应当仔细排查阅卷时候遗漏的问题,对在案的疑点、矛盾点以及焦点进行归纳梳理,提出质疑。

二、申请有理有据

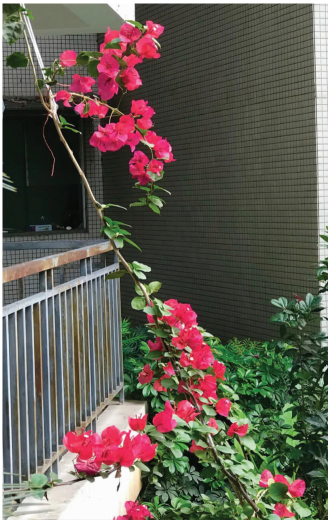
我曾在2017年《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》出台后撰写过一篇文章,仔细梳理了近年非排的相关数据。发现,即使有多项非排规定的支撑,司法实践中启动排除与成功排除非法证据的比例依然寥若晨星。比如,2017年我省某县一审阶段排除非法证据的案件占总申请数的不到10%。我在文章中从侦查机关、公诉机关与

审判机关的角度分析非排率低的原因，但从没考虑过或许有可能是因为律师没有做到“有效申请”。

私以为，“有效申请”必须基于详实的案件事实、法律规定、公序良俗、可能的后果等内容。于理无据的申请无异于隔靴搔痒，也无法引起被申请方的重视。

本案的程序性排查工作是由袁哥与楠姐负责，他们通过查阅提讯证、询问笔录与被告人的自书材料，发现侦查机关共提审被告人104次之多，制作讯问笔录却只有86份，且被告人在侦查期间遭受严重的非法肉刑与威逼利诱。王老师在明确相关证据之后，认为本案存在严重的疲劳审讯和以威胁、引诱方法讯问的问题以及多处程序瑕疵，当即决定向法院提交非法证据排除的申请。因为事实清楚，证据充分，公诉人当庭表示不将被告人的有罪供述作为证据出示。辩护人的工作因此取得重大的突破！

通过本案成功的排非经验，我们可以发现，只要申请工作有理有据，在事实、证据、法理上站得住脚，达到“有效申请”的程度，即可极大的增加排非的成功率。再衍生探讨，申请人详细论述了本案中存在的通宵审讯、全天审讯以及当事人自述的被威胁、引诱供述的情况，但自省形式上或许可以更加直观。比如在侦查机关疲劳审讯被告人情况表中应当列明每一次疲劳审讯的时间、上下两次审讯的间隔时间等内容，这将更有利于法庭查清事情，排除非法证据。



三、发问环环相扣

以审判为中心的庭审模式的提出预示着直接言词原则将贯彻成为证据审查的重要方式。辩护人向被告人、证人、鉴定人、有专门知识的人等的提问是为庭审中落实直接言词原则的重要一环。

一般而言，受贿案的客观证据较少，言词证据是定罪的关键内容。辩护人要扳倒对己方当事人不利的证言，必须要做好交

叉询问的准备：一是庭前申请同案犯、证人、鉴定人等出庭；二是提前准备发问提纲。

我在构思发文提纲之时主要围绕案件基本事实展开，平铺直叙，缺乏中心点，幸有袁哥另起草一份，学习拜读后更是自愧不如。袁哥认为，发问是为了引导被询问人逐步吐露与案件有关的信息，帮助法庭查明事实真相。王老师指出，发问不仅是要还原案件信息，更重要的是在这个过程中驳斥对己方不利的证言，从侧面向法庭印证当事人无罪或罪轻的事实。本案开庭之日，王老师在庭上多角度、多层次向己方当事人发问，力图向法庭证明当事人不可能受贿的事实。譬如通过询问往来证明当事人脾气很差，得罪了不少人；当事人与其他同案犯关系差，不可能帮助他们；当事人在工程施工中严格把关，丝毫没有受贿放行的迹象。王老师的发问以提纲为基础，却让我们看到了开门见山、迂回包抄、双管齐下等不一样的方式技巧。可见，没有真操实弹的发问无异于纸上谈兵，真正有效的发问是要让法庭在最短时间内接收到最多、最直观的、最有利的信息。

总结发问的技巧，再略谈几点心得：一是要根据对象进行设问，针对己方当事人的提问应当围绕关键事实展开，从多方面引导其向法庭证明自己无罪或最轻的事实，而交叉询问应以寻找漏洞、驳斥不利证言为主；二是一个中心，多方论证。应当明确，发问的目的是为展示辩方案件的主要细节、揭露控方证据的瑕疵与谬误，但发问的方式可以开门见山、直奔主题，也可以从品格证据出发，迂回论证案件事实等等；三是发问应针对言词证据中有遗漏、矛盾、模糊不清、明显不合理之处，简洁、清楚、准确、严密的提问；四是发问提纲应当层层环扣，要对问题答案作出预判，同时也要做意外答案的预案。

四、质证正反皆言

查明案件事实是法律适用的前提，辩护律师如何通过有效质证帮助法官查明以及认定案件事实是关键。

我在撰写质证意见之时，因为缺乏清明的思路，质证意见写得颇为粗糙。我单知道质证是为了扳倒公诉机关提出的证明案件事实的证据，却不知道质证的目标其实应是法庭。袁哥认为客观证据应当是质证的

重点对象，也是法庭审查案件是否定罪的重要依据，而我的质证意见缺乏了对客观证据的详细解读与质疑。王老师指出，质证不应当仅仅是为找出在案证据的纰漏、简单的发表反对意见，而是应该从多个角度做到“有效质证”。

然而怎样的质证才算是“有效质证”？针对这个问题，我粗谈以下几点学习心得：

首先，质证目的放在前。控方在提交证据之时一般会论述待征对象，然而许多辩护律师在质证时只顾着洋洋洒洒分析证据的三性问题，却避而不谈该质证要反驳的核心观点。我认为，质证的第一步就是要让法庭明确你对该证据的意见，再论述具体的质证理由。

其次，对己方有利部分予以强调。传统的质证方式是从证据的合法性、真实性与相关性三个维度提出质疑或否定，实践中对于是否应当强调对己方有利的证据有着不同的看法。王老师认为，质证环节的目的是为想法庭证明该证据是否具有证明力、能否成为定案依据。如果该有利证据能从侧面反击对方的证明目的，应当予以发表。庭审中，王老师多次强调对己方有利的证据，但未详细论述，而是从容的留到辩论环节展开，取得了良好的庭审效果。

再次，言词证据选择性质证。同一份被告人供述与辩解或者证人证言，既存在对被告人有利的内容，又存在对被告人不利的内容，对此情况不应对整个笔录内容进行质证。结合上述对己方有利部分予以强调的观点，辩护律师在质证时可以明确提出证人说的哪句话不真实，哪句话恰恰可以证实被告人无罪或者罪轻、可以印证哪一份证据等等。

最后，法庭质证应当善于抓住和利用矛盾。王老师在庭审之中敏锐的抓住公诉人的前后逻辑漏洞，达到了极佳的庭审效果。公诉人为了证明被告人有罪，往往对于模棱两可或者猜测性证据也提交法庭，此时辩护人必须要准确的抓住对方的矛盾之处，以彼之矛攻彼之盾。

五、辩护逻辑清明

开庭前，辩护人一般会提前准备好辩护词或辩护提纲，庭审上结合现场情况发表辩护意见，庭后再形成新的书面意见提交法庭。辩护词的撰写需要对案件从整体与细节都了然于心，王老师与其他两位前辈对辩护意见的全局把握、逻辑梳理、逐字考究让我略感惭愧。我在整理辩护词的时候缺乏逻辑支撑、对辩护内容的详略掌控不足、不能流利使用法言法语，导致整个辩护词读来总觉拗口、不能一气呵成。王老师耐心的为我逐字修改辩护词，我不觉自叹辩护词的撰写实在内有乾坤之道：

首先，辩护词需要逻辑性，也需要详略重点。针对所有的在案证据，我的做法是将辩护点平铺开来，一一在辩护词中陈述。王老师一针见血指出这样的弊病，即没有逻辑，没有重点，无法吸引法庭注意，不能成功说服法庭。王老师认为，本案的辩护词应当分为程序性与实体性两部分，实体性部分另分为主观证据、客观证据、不能排除其他合理怀疑之处展开。在具体行文之中，王老师认为庭审已经同意排除的非法证据辩护点不需要再大篇幅进行论述，而是将重点聚焦在后文的证据之上。详略得当、有理有据、逻辑清明的辩护词俨然是一种论辩艺术。

其次，辩护词行文应当简明扼要，字斟句酌。冗长且毫无头绪的辩护词不仅无法让人保持专注，而且显得不够专业。发表辩护意见核心观点应当亮在最前，事实及法理论文应当有理有据且简明扼要。作为法律共同体，法官对文字语句的把握并不需要辩护人用大篇幅的文字去解

释。准确表达，且能够流畅使用法言法语应当是撰写辩护词的基本要求。

至于法庭辩护的阶段，律师必须要做到吐字清晰，情理相融。在观察王老师作为辩护人参与庭审的状态，我深感一位成功的刑辩律师，应当具有驾驭辩论形势的能力，具体有以下几点：一是吐字清晰，抑扬顿挫。控制语速、发音准确、快慢适度的表达方式能提高庭审的论辩效果，突出案件的重点与严重性，易于法庭吸收辩护信息；二是善于入情入理。辩护律师的情感表达应当是经过理性思维过滤的法律语言情感，是一种与案情相适应的中性语言；三是随机应变，辩驳有理有据。律师在庭审中应当随时记录公诉人、被告人与其他参与人的发言，结合在案证据一一辩驳，以免自乱阵脚。

刑辩：折磨？考验！

某位师兄跟我说，他认为做刑事辩护是一种折磨。确实，刑辩律师好像是要比做其他业务的律师承受更多的精神折磨，这种折磨可能是来自于当事人“罪”与“苦”的挣扎、可能是来自于充足的准备与案件败诉的巨大落差、可能是来自于“生”与“死”的一眼之距。

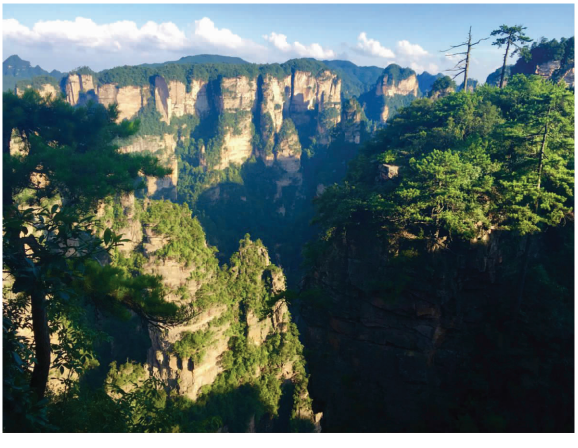
在准备这起非国家工作人员受贿案之时，我们费尽心思找各种无罪的证据，试图推翻公诉方的有罪推定。我们信心满志的开完庭，却在极短的时间内等来了法院的有罪判决：“本案基本事实清楚，基本证据

确实充分”。刑诉法对定案的标准有明确的规定,即“事实清楚,证据确实充分”,“基本”是什么意思呢？是存在有罪和无罪中间的合法的灰色地带吗?还是法院的一种无奈妥协?作为第一次真正意义上接触刑事案件全过程,我不禁对律师职业产生了一点动摇:或许我拼尽全力也可能没办法帮助到当事人。

但好像，如果没有刑辩律师站在这里以一己微薄之力协助法庭查明事实的真相、维护当事人合法的权益、撑起法律的最后一点信仰,那当事人该拿什么去抵抗有罪预设带来的冲击啊?

记得一句名言,合格的医生不再为生老病死而哭泣。那么,刑辩律师同样应当将当事人的喜怒哀乐、司法机关的推定判决当作执业的一场考验,合格的律师只拼尽全力,不因无法预设的结果左右自己对刑辩事业的态度。

通过两个月的学习,我看到也感受到刑辩律师的日常。王老师、袁哥、鲍姐、楠姐等优秀前辈们对我的照拂让我清晰地感受到职场的温度。实习结束的今天,当我回想起王老师的问题:刑辩律师应当具有什么样的特质？我自觉不能完全回答这个问题,但有一点,刑辩律师必须要经得起心理上的考验，经得住不能预知所带来的折磨。至于其他特质，大概在我真正进入这个行业，渐渐从高山仰止身上学到点什么之后,我才能慢慢体悟到吧。



李冰冰 律师
浙江金道律师事务所
高级合伙人

学历：吉林大学民商法学硕士

业务领域：民商事法律业务（股权、房地产、票据、自然资源相关诉讼；股份经济合作社规范化治理相关业务）、投融资法律业务（并购、新三板定增、重组及债券发行审核）

职称：二级律师

社会职务：浙江省律师协会资源与环境保护专业委员会副主任
浙商证券投行业务内核委员、推荐挂牌内核小组成员

获奖情况：

杭州市“优秀法学法律工作者”

“江浙沪律师大撞击”电视辩论赛“优秀辩手”

2006年度浙江省律师协会实务理论研讨会二等奖、最佳演说奖

2006年、2013年两次获得杭州市律师实务理论研讨会一等奖。

典型案例：

非诉讼业务：

参与办理的浙江网新实业有限公司重整案获“杭州律师十大影响力案件(2012–2016)”；

为收购人陈剑刚收购上海创建达一系统集成股份有限公司（股票代码：833774）提供全程法律服务；

为某券商就“湖州某科技股份有限公司私募债”兑付纠纷处理提供非诉讼法律服务；

为新疆某矿业公司过亿元股权转让项目提供全程法律服务。

诉讼业务：

代理温州某村委会与某饭店标的1亿元的合作建房纠纷案件，在省高院和最高人民法院胜诉；

代理某工程公司在最高人民法院审理的专利权属纠纷一案中再审胜诉；

代理投资人在某合作开发合同纠纷最高人民法院再审中调解成功；

代理某证券公司在与客户的票据纠纷中在浙江省高级人民法院再审获得胜诉；

某股份制商业银行与某国有银行等单位因虚假出资证明引发的借款合同纠纷案，经过省高院再审获得胜诉；

代理某房产公司诉某县人民政府土地出让合同纠纷案，在省高院二审胜诉；

代理杭州某著名企业集团、某股份经济合作社被诉侵犯集体经济组织成员权益纠纷两审均获胜诉；

代理某股份经济合作社就其被原负责人针对“职务股”起诉案件，两审均获胜诉。

论文：

《关于驰名商标认定方式的思考》发表于《当代法学》2003年第3期；

《传真件的证明力》发表于《律师与法制》2003年第3期；

《是合同诈骗，还是过河拆桥》发表于《中国律师》2003年第5期，并被《工人日报》转载；

《“百年奥运”纪念金牌生锈引发的诉讼》发表于《中国律师》2003年第12期；

《一亿美元走私大案无罪辩护实录》发表于《中国律师》2004 年第 4 期，该文主要内容载于《人民法院报》；

《浅谈票据权利的善意取得与物的善意取得的区别》收录于《星韵律师实务精选》(2004 年出版）一书；

《为农民办事，我们尽心尽力》一文发表于《中国律师》2006 年第 8 期；

《国有土地惩罚性收回中的抵押权人保护》获 2006 年度杭州市律师实务理论研讨会一等奖，2006 年度浙江省律师实务理论研讨会二等奖；

《有限责任公司隐名股东显名之诉请的成立条件》发表于《现代经济信息》2011 年第 5 期；

《空白背书补记权之我见》发表于《中国律师》2011 年第 5 期；

《民事诉讼法修改后案外人保护的途径》获得 2013 年度杭州市律师实务理论研讨会一等奖；

《票据除权判决后利害关系人的权利救济》发表于《中国律师》2014 年第 8 期；

《对无理由承受他人债务行为行使破产撤销权问题探析》获得首届杭州律师论坛优秀奖；

《浅析股份经济合作社的法律适用》获得第二届杭州律师论坛优秀奖。

联系方式：

电话：0086-571-87007178　　　手机：13588807473

邮箱：lbb@zjblf.com

　　　risktaking@sohu.com

地址：杭州市文二路 391 号西湖国际科技大厦 A 座 12 楼

微信：

李泉良 律师
浙江金道律师事务所
权益合伙人

教育背景：浙江工商大学管理学学士、法学本科；
浙江大学公司与金融法硕士(在读)。

业务专长：互联网金融、私募基金、投融资与并购、股权激励、商事诉讼、企业常年法律顾问等。

经历：2014年加入浙江金道律师事务所执业，此前曾在浙江星韬律师事务所、浙江建经律师事务所有过执业经历,2015年成为浙江金道律师事务所合伙人,2016年获得金道所年度优秀律师称号。

职务：浙江省律协民商业务委员会委员、浙江金道律师事务所“内核委员会”委员。“专业与培训管理委员会”委员。

典型业绩：

为杭州多家知名P2P网贷平台提供常年法律顾问服务以及网贷整改验收备案专项法律服务；

为多家企业完成多轮私募股权融资(总额超15亿RMB)并提供投融资专项法律服务；

为多家私募基金管理人在中国证券投资基金业协会办理登记备案、重大事项变更备案(控股股东、法定代表人、实际控制人变更)提供

法律服务并出具法律意见书；

为杭州知名天使投资人和机构提供私募股权投资专项法律服务，包括尽职调查、投资协议起草、修改等法律服务；

为杭州某某数据技术有限公司、杭州某某电子商务有限公司、杭州某某网络科技有限公司等公司股权重组项目提供专项法律服务；

为杭州某某旅游开发有限公司某旅游地产项目股权出让提供专项法律服务；

为浙江某来三舍酒店投资管理有限公司、浙江某利酒店管理有限公司等收购多个酒店股权项目提供专项法律服务并出具法律意见书；

为多家创业型企业提供股权激励计划专项法律服务；

参与为吉利控股集团及其旗下子公司、英博石梁啤酒公司、广汽吉奥汽车公司、现代联合控股集团及其子公司等多个股权并购项目提供法律服务；

参与多家企业新三板挂牌专项法律项目；

代理多家 P2P 网贷平台不良贷款清收批量诉讼；

代理“脸谱”商标与“FACEBOOK”商标争议案系列诉讼。

联系方式：

电话：0086-571-87006666　　传真：0086-571-87006661

手机：13588291201　　电邮：lql@zjblf.com

地址：杭州市文二路 391 号西湖国际科技大厦 A 座 10 楼

金道动态

※4月28日，浙江电视台7套公共新闻频道《党建播报》栏目播出了本所党建专题片。本所党总支组织本所党员律师在十楼大会议室现场收看了节目。此次本所党建专题片是经省委组织部领导推荐、电视台大力支持下完成，由本所王全明主任联系落实，首席合伙人胡祥甫律师，党支部书记、高级合伙人黄耀律师等本所党员律师配合采访和拍摄，充分展现了本所党建成绩和本所风采。

※4月23日，浙江工商大学法学院领导一行到访本所，双方在十楼大会议室召开座谈会并举行了研究生实习基地签约仪式。浙江工商大学法学院院长陈林林教授，副书记赵恒老师，副院长苏新建、宋杰、叶肖华教授，法硕中心办公室主任杨磊老师及法学院办公室主任朱祯红老师一行到访。本所首席合伙人胡祥甫律师，主任王全明律师，管理合伙人崔海燕、王潭海、俞菊明、江力律师，高级合伙人钱雪慧律师以及合伙人龚家勇律师陪同出席。

※4月21日，本所高级合伙人罗弘韬、周蕾律师团队主办的2018年第一期“地产法律精英思想汇”暨新版《浙江省商品房买卖合同示范文本》(以下简称为“《示范文本》”)解读活动在品成梦想咖啡馆举行。本次活动由罗弘韬律师主持，浙江省住建厅政策法规处副处长吴毅峰、本所陈丽媚律师等四人主讲。活动还邀请了远洋、越秀、旭辉、融创、中梁、合景等数十家杭城房地产行业知名公司的高管、法务及地产行业相关从业人员共同参与。

※4月20日，市司法局、市律师协会共同举办杭州市第四届律师事务所主任论坛暨杭州律师优秀法律服务产品发布会，包括省市相关单位领导在内的600余人参加会议。本所管理合伙人崔海燕律师和金琪琪律师作为团队代表上台接受表彰。本所金琪琪律师从研发团队、研发产品和产品升级计划等三个方面进行了产品研发分享。

※4月8日，马来西亚梁潘黄律师事务所 (Jeff Leong, Poon & Wong)创始合伙人梁柏林(Leong Pak Lim, Jeff)律师、合伙人阮富宝智(Nguyen Phuoc Bao Tri)律师到访本所。本所管理合伙人兼国际经贸法律服务团队负责人崔海燕律师以及合伙人陆婕律师参加会谈，双方就一带一路之东南亚法律服务进行了交流。

※4月8日，杭州市女律师联谊活动在杭州天元大厦举行，来自杭州各大律所的近250位律师参加了此次活动。本所高级合伙人钱雪慧律师担任此次女律师联谊活动的总导演和总策划，本所民商事团队的张译丹则担任了此次联谊活动的主持人，串联起了整场活动。本所金敏、肖冉、徐卉和汪智芳还为参加活动的律师们献上了一场体操舞表演——《咋了爸爸》。动感的音乐演奏着青春的律动，引来阵阵掌声。

※4月1日，应浙江省国际投资服务中心邀请，越南工商会执行秘书长范亭武及越南电视广播和电子信息局副局长黎光自由等一行到杭州参观考察，本所高级合伙人申柱石律师及主办律师潘道锋应邀陪同。浙江无影科技有限公司举办了“越南互联网市场发展与深化中越双方贸易”主题研讨会，申柱石律师在会上就越南的投资环境及中国律师事务所在越南设立分支机构交换了意见；越南工商会执行秘书长范亭武先生在研讨中详细介绍了越南的投资环境，并表示非常欢迎中国企业到越南投资以及依法设立律所分支机构。

※3月31日，PPP项目法律实务研讨会在宁波市司法局一楼会议室举办。本次研讨会由本所宁波分所联合宁波市律协建房委举办，同时也是本所第二期宁波法律讲坛。本所所管理合伙人史源律师介绍了《政

府和社会资本合作(PPP)项目全周期法律服务》、金琪琪律师详实地讲解和分享了《PPP 项目操作流程及合规探讨》、张晓律师分享了《营改增对建筑业的影响及其应对》、陈能达律师分享了《PPP 项目选择社会资本程序中应注意的问题》。

※3 月 28 日,在本所党总支的组织下,秦伟、陆婕、袁方、泮李彤、徐卉等 5 名本所律师及助理赴省女子监狱为服刑人员提供法律咨询服务活动。

※3 月 26 日,iCourt 法律科技分享会在本所举行。iCourt 合伙人石玏先生以“科技驱动法律”为主题,向参会的近 40 位律师展开了一场科技与法律的头脑风暴。本所在推行“一主两辅”的专业化道路上,也将努力借助科技的力量,继续秉承“守信如金、为业载道”的执业理念,去实现更高效、更专业、更优质的发展。

※3 月 20 日,本所权益合伙人李泉良律师受邀参加了由浙江互联网金融联合会、浙江省律师协会金融与保险专业委员会主办的《网络借贷信息中介机构专项审计报告》、《网络借贷信息中介机构整改合规情况法律意见书》的编写研讨会。

※3 月 15 日,本所宁波分所受邀前往鄞州区新城社区,为社区居民们提供公益法律咨询服务,并向到场的近 80 位居民作了 3·15 普法宣传讲座。本所宁波分所竺林律师在社区服务中心为居民作了普法宣传讲座,宁波分所沈海咪律师、艾冉律师助理还为居民提供了公益法律咨询服务,积极帮助到场居民解答法律疑问,获得了社区居民的一致认可。

※3 月 14 日,由浙江省建筑装饰行业协会主办的 3·15“装饰之美、品质消费、美好生活”住宅和家庭装饰公益咨询服务活动在新时代家居生活广场隆重举行。协会组织专家团队近 50 人、品牌企业 20 家为消费者提供免费住宅和家庭装饰政策法规规范标准咨询、免费工程质量技术咨询、免费住宅和家庭装饰设计咨询、免费空气检测咨询等咨询服

务。浙江省建筑装饰行业协会是本所的常年法律顾问单位,本所的吴海珍、周忠伟、蔡金龙、连滨、王文甲、何泽等律师及助理承担了本次公益活动的法律咨询服务工作。

※3 月 11 日,复旦大学杭州校友会主办的“未来已来”新经济高峰论坛暨“2018 年年会”在浙江东方豪生大酒店隆重举行。清华、北大等在浙在杭兄弟校友会、复旦宁波研究院、复旦宁波、温州、绍兴、南昌校友会、东阳网联会、浙友会等嘉宾,以及 300 余名复旦校友参加论坛。论坛特邀复旦大学校友会、复旦大学外联处、复旦资产经营有限公司、市民建、杭州高新区(滨江)行政服务中心、云栖小镇管委会等领导参加。会议特别鸣谢了本所等 21 家赞助单位及赞助个人，本所管理合伙人崔海燕律师作为本所代表,上台领取了鸣谢证书。此外,会议还表彰了过去一年为校友会做出突出贡献的优秀校友。崔海燕律师因积极策划、组织落实复旦大学杭州校友会的相关工作,上台接受了校友贡献奖的颁奖。

※3 月 10 日,市律协对在首届“律师法律服务产品”大赛中获奖的团队和个人进行了表彰。本所 PPP 法律服务团队的《政府方参与 PPP 项目全程操作指引》荣获一等奖。建设工程与房地产法律服务钱雪慧团队的《商品房交付专项法律服务产品》、PPP 法律服务团队的《社会资本方 PPP 战略规划及全程操作指引》、国际经贸法律服务团队的《外贸出口法律风险防范和应对》《企业境外投资法律服务指南》、建设工程与房地产法律服务罗弘韬团队的《商品房销售及交付专项法律服务产品》荣获三等奖。投融资法律服务团队的《不良资产(综合处置)法律服务产品》、刑事法律服务团队的《贷款业务中的刑事风险防范及刑民交叉问题处理》、建设工程与房地产法律服务罗弘韬团队的《房地产领域特色尽职调查之长租公寓法律尽职调查》。

※3 月 10 日,杭州市律师协会第八届理事会第七次(扩大)会议在杭州第一世界休闲酒店举行。市司法局党委副书记、副局长、市律协党委书记徐前出席会议并讲话,市司法局律管处处长丁洁,副处长赵卫、许永超出席会议。会上,市律协副会长刘国健宣读了表彰文件。本所王

全明主任、管理合伙人王晓辉律师、权益合伙人陈能达律师和合伙人龚家勇律师获个人嘉奖。

※3月9日，本所合伙人邱斌律师正式受聘担任杭州市西湖区名苑学前教育集团、莲花港幼儿园、翠苑第一幼儿园、翠苑第二幼儿园、学院路幼儿园、紫荆幼儿园的法律顾问，各方在本所10楼大会议室举行了签约仪式。

※3月7日，浙江省律师协会对全省在纪律惩戒、职业培训、公益活动、文化建设及专业委员会建设等方面作出积极贡献的89位律师进行了通报表扬，本所崔海燕、王晓辉、茅玮民、赖振华和龚家勇等五位律师受到通报表扬。

※3月5日，在召开的省律协九届理事会第七次(扩大)会议中，本所管理合伙人王晓辉、史源律师和高级合伙人钱雪慧律师被评选为“浙江省优秀专业律师”。

※3月5日，浙江省律师协会九届理事会第七次会议在杭州之江饭店召开。省司法厅厅长、党委书记马柏伟，省司法厅副厅长朱晓晔，全国律协副会长、省律协名誉会长章靖忠，省律协会长郑金都等出席了本次会议。本所首席合伙人胡祥甫律师作为省律协副会长在前台就座，管理合伙人崔海燕律师作为省律协常务理事参加了本次会议。会上，本所被授予“浙江著名律师事务所”荣誉称号，本所王全明主任代表事务所接受颁奖。

※3月3日，本所在浙勤西溪宾馆召开了2018年度第一次全体大会暨律师规范化执业学习会。总所及宁波、下沙、绍兴(筹)分所的200余位律师及律师助理参加了此次大会。会议由本所王全明主任主持。大会的前两个环节是新同事自我介绍和年会最受欢迎节目颁奖。随后，在本所管理合伙人王晓辉律师的带领下，事务所全体参会人员进行了律师规范化执业学习。本所管理合伙人崔海燕律师结合品牌与文化专门

委员会的工作,对本所律师对外宣传方面的规则作了解读和提示说明。本所管理合伙人史源律师就客户服务与拓展专门委员会中投诉处理的部分进行发言。本所行政经理陈小芳就律师收案过程中的注意事项作了提示说明。王全明主任作总结发言,再次强调了律师规范化执业对律所及律师个人的重要性。律师规范化执业学习结束后,王全明主任对本所2018年的总体工作进行了部署。最后,本所首席合伙人胡祥甫律师进行了总结和授课。

※2月27日,智合联合腾讯研究院发布第43期"中国律所微信影响力排行版",在本期榜单中,包括本所公众号在内的5个法律公众号进步最为明显。

※2月10日, 本所2017年终总结会暨下沙分所开业庆典在下沙希尔顿逸林酒店隆重举行。本所总所、宁波分所、下沙分所以及绍兴分所(筹)200余人欢聚一堂,回顾2017、展望2018。本所王全明主任首先作事务所2017年工作总结及2018年工作展望。本所管理合伙人王晓辉律师主持了合伙人晋升仪式。年终总结会上还进行了优秀团队、优秀律师、优秀薪金律师、优秀兼职律师、优秀分所律师、业务新秀、宣传之星、优秀助理、优秀党员、优秀团队、优秀员工等11个奖项的颁奖仪式。年终总结会的最后,本所首席合伙人胡祥甫律师、西湖区人大主任施迎利、浙江工商大学法学院书记骆梅英及杭州市司法局党委副书记、副局长徐前分别致辞。

※2月2日, 中共浙江省委建设法治浙江工作领导小组第十七次会议暨省委建设法治浙江专家咨询委员会委员聘任大会在杭召开,本所首席合伙人胡祥甫律师获聘建设法治浙江专家咨询委员会委员。省委书记、省委建设法治浙江工作领导小组组长车俊同志亲自为胡祥甫律师颁发了聘书。

※1月31日, 本所宁波分所正式受聘担任天童禅寺常年法律顾问, 并在古朴庄重的天童禅寺大鉴堂举行了签约仪式。宁波市政协常

委、宁波市佛教协会会长、天童禅寺方丈诚信法师和宁波分所高级合伙人冯皓律师出席了签约仪式。

※1 月 30 日，中国国际经济贸易仲裁委员会浙江分会曲竹君秘书长一行莅临本所交流。本所崔海燕、史源、茅玮民、朱腾飞及大成（杭州）所桑晓伟律师参加座谈会。会上，本所管理合伙人、贸仲仲裁员崔海燕律师首先向曲竹君秘书长一行介绍了本所概况和 2017 年的重点工作。随后，本所管理合伙人、浙江省律师协会 PPP 课题组组长史源律师及课题组成员大成（杭州）所桑晓伟律师就 PPP 项目的争议解决进行了发言和讨论。

※1 月 27 日，杭州市律师行业党的十九大精神宣讲会在中共杭州市委党校举办，国防大学著名教授、博士生导师公方彬及杭州市委党校朱晓明老师等专家学者作十九大精神相关主题辅导报告。本所王全明主任、党总支副书记邱华、组织委员江力、党员秦伟、团支部书记龚家勇等律师参加了宣讲会。

※1 月 26 日，本所 2018 年第一次高级（权益）合伙人会议顺利召开，包括首席合伙人胡祥甫律师、王全明主任在内的近 40 位高级（权益）合伙人参加了会议。合伙人就 2017 年底的各项议程进行了讨论，本所王全明主任对事务所全年工作进行了述职，六位管理合伙人就分管工作及团队工作进行了述职。会议还审议通过了晋升合伙人名单，并评选出 2017 年度优秀团队。

※1 月 24 日，浙江省维护公安民警合法权益律师服务团第二次团长会议在本所召开，浙江省警察协会主席华乃强、省警察协会副主席兼秘书长鲍浩东、省公安厅督察总队副总队长林宝富、省公安厅经侦总队调研员徐盛惠、省公安厅信访办副主任章鹏挺、省警察协会办公室主任黄燕颖、省律师协会办公室主任罗庆一行莅临本所指导工作。省律师协会副会长、本所首席合伙人、律师服务团团长胡祥甫律师，副团长姚建彪、胡红星律师，秘书赖振华律师等参加会议。

※1月18日，本所宁波法律讲坛正式启幕，来自宁波市的近四十位注册会计师和律师参加了此次讲坛。宁波市人民政府办公厅原副主任潘夏良先生出席讲坛并致辞。本所高级合伙人、一级律师黄耀在讲坛上作了题为“破产管理人实务介绍”的主题分享。

※1月17日，埃塞俄比亚贡德尔大学副校长阿斯拉特·安达吉(AsratAtsedeweynAndargie)和法学院院长阿贝贝·阿莱穆(AbebeAssefaAlemu)在浙江工商大学法学院副院长宋杰教授的陪同下到访本所交流。本所王全明主任、管理合伙人王潭海律师、高级合伙人申柱石律师等参与接待。

※1月17日，浙江省司法厅马柏伟厅长就打造最佳营商法律服务环境这一主题莅临本所调研并指导工作。本所首席合伙人胡祥甫律师、主任王全明律师，管理合伙人崔海燕律师、王晓辉律师，高级合伙人钱雪慧律师、黄河律师均从自身业务领域出发，结合自身工作情况做了主题发言及汇报。

※1月3日，本所宁波分所合伙人赴杭向总所汇报了2017年工作情况和2018年工作计划，总所首席合伙人胡祥甫律师、主任王全明律师和管理合伙人崔海燕律师听取了汇报。宁波分所于2016年12月3日正式成立，经过一年的运营，取得了不错的业绩，并举办了知识产权讲座、“英中商业法律论坛”，在宁波企业界和律师界取得了良好的社会反响。