目 录

大咖之声

坚守律师职业道德,培育法律职业精神 …… 王俊峰 001

品牌聚焦

2018 年度本所常年客户法律培训会圆满结束 …… 006
本所参与举办 2018 年浙江省中小微企业法律服务月活动 …… 010
本所律师亮相 2018 ALB 上海企业法律顾问峰会 …… 013
本所律师在第四届杭州律师论坛上获得多个奖项 …… 016
本所首席合伙人胡祥甫律师的新作
《法庭风云:民商事案件代理策略与庭辩技巧》出版 …… 017
本所首席合伙人胡祥甫律师为全省法院系统新进法官授课 … 031
本所管理合伙人崔海燕律师当选浙江省妇联
第十四届执行委员会委员 …… 033

业务战果

本所企业法律顾问服务支持中心成立
暨首次工作研讨会议顺利召开 …… 034

本所为浙江公司与欧洲某上市公司上亿元经销合同争议解决提供专项法律服务 …… 036
本所代理的两起案件入选2017年杭州法院知识产权司法保护十大案例 …… 037

本期聚焦

金道青训营 DAY 1:我们出发啦! …… 038
金道青训营 DAY 2:我们在一起! …… 045
金道青训营 DAY 3:我们在路上 …… 051

金道党建

金道所党总支被命名为第二批“全市司法行政系统党建示范点” …… 056
党建引领所建　服务力促发展 …… 057

参政议政

本所首席合伙人胡祥甫律师获聘为浙江省人大常委会立法专家咨询委员会委员 …… 062

走近合伙人

陈建刚:潇洒转身,踏歌而行 …… 063

唐小平:勤勉钻研,厚积薄发 …… 067

金道论坛

论网络司法拍卖中法院的说明义务 …… 王全明　王　杰 070
财产辩护的提出及展开 …… 王晓辉　王　楠 087
片区开发 PPP 项目五大实务问题之法律分析
…… 张　阅　徐杨超　汪义山 098
论民事诉讼中律师持令取证模式的法定化 …… 赵青航 112
共益债务认定的实务研究 …… 邓蔚霞 131

诉之有道

我的出发点是脱保——记一起房产抵押脱保案
…… 杨帅杰　康　斌 140

金道评析

配偶“被负债”之维权之路 …… 申柱石 147
普吉岛翻船事件引发的法律问题思考
——单位组织旅游发生事故是否认定工伤
…… 刘艳芳　崔宝丹 150
财政部重磅要求:加快专项债发行
———记财库〔2018〕68 号、72 号两文发布 …… 徐杨超 156

理财产品“爆雷”维权指南——律师教你如何有效维权
…… 陆　原 163
白玉堂外传:婚前按揭房加名记——《婚姻法司法解释(三)》
第六条的运用 …… 龚家勇　康　斌 173
山东高院疫苗产品责任再审改判案评析 …… 张　云 179
杭州 7·30 奔驰车女司机该当何罪? …… 王　楠 184
从案例看混合担保情况下担保人之间的追偿权问题
…… 连　滨　陈鉴杰 187
小崔的复仇:一堂生动的税法课 …… 张　晓 192
“西虹市首富”的财富传承之策 …… 应　盼 201

律师推荐

金志海 …… 207
姚　杰 …… 210

金道动态

…… 212

坚守律师职业道德 培育法律职业精神

□ 中华全国律师协会会长　王俊峰 *

律师职业道德是与律师的职业活动紧密相连、符合律师职业特点所要求的道德准则、道德情操与道德品质的总和，它既是对律师在从事律师业务、为社会提供法律服务时的行为标准和要求，同时又是律师职业本身对社会所负的道德责任与义务。律师是一个崇高的职业，执业者必须维持高水准的职业道德操守，并以服务社会为理想。律师的个人品质很大程度上决定了律师工作的品质。律师能否恪守职业道德，影响着律师队伍的形象和法律的尊严。在法治社会，人们对法律职业的职业道德和职业伦理要求特别高，从事法律职业工作的人员本身对自己的道德约束意识非常强，社会监督也很严格。

* 本文原载于《中国律师》2017 年第 2 期，经王俊峰会长授权，现刊发于本刊。

律师职业道德建设在推动律师事业发展中占有特殊地位、发挥重要作用。党的十八大以来，律师职业道德建设受到高度重视，并全面加强。党的十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出，加强职业道德建设，发挥律师在依法维护公民和法人合法权益方面的重要作用。党的十八届四中全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》强调，全面推进依法治国，必须大力提高法治工作队伍思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准，着力建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的社会主义法治工作队伍，为加快建设社会主义法治国家提供强有力的组织和人才保障。中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于深化律师制度改革的意见》提出，要加强职业道德建设，完善律师职业道德规范，健全职业道德教育培训机制。《司法部关于进一步加强律师职业道德建设的意见》指出，职业道德建设是律师队伍建设的重大问题，关系到律师工作的质量和生命。只有进一步加强职业道德建设，下大力气解决职业道德方面存在的突出问题，才能提高律师队伍的整体素质和执业水平，为建设一支高素质的律师队伍奠定基础。为贯彻落实中央要求和司法部工作部署，全国律协还制定下发了《律师职业道德基本准则》。

当前，律师职业道德建设面临着新的形势和任务，只有将其放在中央关于律师工作确定的奋斗目标的大背景下来思考、放在发展和完善中国特色社会主义律师制度中来审视、放在深化律师制度改革的新要求下来探索，才能准确把握律师职业道德建设面临的新目标、新挑战、新要求，才能更好地承担起历史使命与责任。

守住道德底线

底线是不可逾越的警戒线、是事物质变的临界点。律师身上应当流淌着道德的血液，心存底线敬畏，树立底线意识，强化底线自觉，珍惜职业声誉，维护行业尊荣，依法

依规开展执业活动。要进一步完善律师执业准入与退出制度、健全完善律师违法违规执业惩戒制度,筑牢制度堤坝,明确不能触碰、不能逾越执业底线。决不能利用律师身份和以律师事务所为平台炒作个案,攻击司法制度、社会主义制度,从事危害国家安全活动;决不能利用律师身份策划、煽动、组织有关利益群体,干扰、破坏正常社会秩序、破坏社会稳定;决不能利用律师身份教唆、指使当事人串供、伪造证据,扰乱法庭秩序,干扰正常司法活动。逾越这三条底线,就会给律师职业形象造成难以修复的破坏,就会给律师事业带来不可挽回的损失,这方面的教训是极为深刻的。全国律协常务理事会已经审议通过《律师执业行为规范修正案》和《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》,进一步明确了律师的行为规范,完善了律师协会的处罚种类,强化了律师协会的工作职责,下一步重要的是抓好贯彻落实。

恪守法律法规

法律是成文的道德,道德是内心的法律。律师是专业性、法律性很强的职业,是司法活动的重要参与者,肩负着维护当事人合法权益、帮助法庭发现事实、维护法律正确实施的责任。律师要做尊法的模范,始终恪守法治的原则,始终怀有对法治的敬畏之心;律师要做学法的模范,学习国家路线、方针、政策,学习所从事业务领域的法律法规,学习律师管理法律法规和律师执业行为规范;律师要做守法的模范,牢固树立法律红线不能触碰、法律底线不能逾越的观念,严格按照实体法、程

序法和律师有关法律、法规和规章以及行业规范履行职责；律师要做用法的模范，端正执业思想，严格工作标准，遵守执业纪律，维护法律准确实施，维护当事人合法权益，维护社会公平正义，彰显律师应有的法律操守和职业道德。

提高职业操守

良好的职业操守是律师安身立命之本，得以不断增进律师行业的声誉。世界各国都要求律师陶冶个人情操，提高职业道德修养，遵纪守法，匡扶正义，做社会表率。要把拥护中国共产党领导、拥护社会主义法治作为律师从业的基本要求，增强走中国特色社会主义法治道路的自觉性和坚定性。加强以忠诚、为民、法治、正义、诚信、敬业为主要内容的职业道德修养，树立正确的职业观、价值观，努力建设一支政治素质好、品德高尚、业务精良、维护人民群众合法权益、促进司法公正的高素质律师队伍。律师要与司法人员建立良性互动关系，不以不当、错误的方式干扰案件依法办理，不纵容、支持当事人以非法手段扰乱司法执法秩序，不与司法人员进行不正当交往或者向其输送利益，促进司法公正。加强全国和各地律师行风监督委员会建设，积极发挥行风监督员作用，定期开展活动，带动行风向着好的、向上的方向发展。大力选树和表彰律师队伍中自觉践行职业道德的先进集体和个人，形成全行业讲职业操守、尊职业操守、守职业操守的良好氛围。

培育职业精神

每个时代都有每个时代的精神，新时代的律师要树立强烈的法律职业精

神。法律职业精神是包括律师在内的法律职业群体在长期的专业服务实践中逐渐形成的价值理念、行为方式、职业操守、精神风貌、制度规范以及相关物质表现的总称,是法律职业群体共同具备的人文素养和专业水平的集中反映。法律职业精神具有精神引领功能,法律职业精神作为一种理性和自觉的文化,蕴含着法律职业普遍认同的价值观念,使法律职业具有认同感、归属感、使命感,能够增强法律职业的凝聚力、向心力和感召力。法律职业精神具有理念导向功能,引导法律职业群体行为举止,让专业服务更具高尚目的,使法律职业向外释放出文化张力。法律职业精神具有行为约束功能,引导法律职业行为在法治的轨道内进行。法律职业精神具有行为评价功能,法律职业精神作为关于法律职业信念、倾向、主张和态度的价值取向,起着评价标准、评价原则和尺度的作用。法律职业精神还具有形象塑造功能,先进的法律职业精神可以培养起法律职业群体崇高的职业道德,展现出法律职业良好的精神面貌,有效提升公信力,扩大影响力。律师行业能否培育并坚守法律职业精神,进而奠定共同的思想基础、价值追求和职业素养,决定了律师职业的核心价值能否实现和律师工作能否在社会中发挥应有的功能作用。

2018年度本所常年客户法律培训会圆满结束

2018年7月27日至28日，本所一年一度的常年客户法律培训会在海宁雷迪森钱江君廷酒店举办，来自310多家常年客户的350余位代表，50余位顾问律师及助理，共计400余人参加了此次培训。作为本所服务客户的传统项目，常年客户培训会已经伴随本所客户走过了10余年，此次培训会是本所建所以来规模最大的一次。

DAY 1

2018.7.27

13:30–13:40

培训会在本所高级合伙人刘艳芳律师的主持下拉开帷幕。

随后，本所王全明主任致开幕辞，简要介绍了事务所上半年的发展情况，并表达了全体金道人对所有客户代表的热烈欢迎和感激之情。

13:40–15:10

本所王全明主任

主讲《公司法热点问题》

15:30–16:30

浙江省法学会财税法学研究会会长

浙江财经大学法学院教授

吴伟达博士

主讲《国地税合并对企业的影响》

16:30–17:30

本所管理合伙人 王潭海律师

主讲《合同审查及管理五大绝招—招招制敌》

DAY 2

2018.7.28

第二天的会议由本所管理合伙人崔海燕律师主持。

9:00 –10:00

浙江省劳动人事争议仲裁院院长 吴正

主讲《浙江省劳动争议形势研判与政策解读》

10:00 –11:00

本所管理合伙人 俞菊明律师

主讲《企业家风险和财富传承规划》

11:00 –12:00

本所管理合伙人 王晓辉律师

主讲《企业运营中的刑事风险及其防控》

2018 年度本所常年客户法律培训会至此圆满落幕。本所现有 600 余家常年客户，再次感谢各位客户的支持，本所律师将不断积累和总结经验，继续秉承“守信如金，为业载道”的执业理念，为客户提供更多专业的法律服务。

本所参与举办2018年浙江省中小微企业法律服务月活动

6月27日上午，由浙江经济和信息化委员会、浙江省司法厅、浙江省法学会主办，浙江省中小企业发展促进中心、浙江省中小企业法学研究会和各市经信委承办，本所省中小企业公共服务平台协办的2018年浙江省中小微企业法律服务月活动启动仪式在杭州宝盛宾馆举行。300余位来自全省各市县的政府部门代表、部分法律机构代表、“创业之星”企业负责人参加。这也是本所参与举办的第三届“中小微企业法律服务月”活动。

出席启动仪式的各位领导和嘉宾依次发言，对本次活动的成功启动表示了高度地肯定及热烈地祝贺。2017年4月联合国第74次全体会议决定每年6月27日为“中小微企业日”，今年又是新修订的《中小企业促进法》开始正式实施的第一个年头，因此本次活动对于加强对中

小微企业法律宣传、保障中小微企业合法权益、推动中小微企业树立法治思维和提高学法用法能力具有重要意义。

启动仪式结束后，首场法律专题辅导讲座由浙江省律师协会涉外与海事海商专业委员会主任、本所管理合伙人崔海燕律师主讲，讲座以“企业国际化经营法律风险及防范”为主题，结合国际经济形势，紧密联系中小微企业实际，内容丰富、针对性强，受到参会人员一致好评。

法律服务讲师团计划于7–8月份组织在全省范围内开展为期一个多月的专项法律服务活动，重点围绕中小微企业密切相关的劳动合同、股改上市、投资融资、国际贸易、对外合作、财税实务、知识产权以及互联网金融等领域，向中小微企业提供免费法律服务讲座。

“中小企业法律服务月”活动举办三年来，得到了中小微企业的普遍欢迎，已经成为每年一度中小微企业的“法律盛宴”，切实解答了中小微企业发展过程中碰到的法律困难和问题，促进了中小微企业自身合法权益的维护，从而有力地推动我省中小微企业整体法律素质的提高，为我省“法治浙江”建设和经济高质量发展起到了积极作用。

本所律师亮相 2018 ALB 上海企业法律顾问峰会

2018 年 6 月 21 日,2018 ALB 上海企业法律顾问峰会在上海静安香格里拉大酒店成功举办。

来自全国各大律所的合伙人、企业法律顾问、商界精英向与会者分享了有关反垄断执法、跨境并购、金融监管、特殊资产投资、TMT 行业并购、企业风险管理与调查等一系列法律话题和商业热点。演讲嘉宾包括中伦、君合、安杰、天达共和、上海瀛泰、万商天勤、美国 GT 及金道所律师,以及 TMF Group 的中国区总裁、雅培公司大中华区法律总顾问、中化国际(控股)股份有限公司法务与风险管理部总经理等。

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作为演讲嘉宾,做了题为“中国企业应对跨境诉讼的战略考量”的演讲,通过讲解其参与办理的 6 个浙江企业在国际贸易或跨境投资中的实际案例,分享了中国律师如何帮助中国企业选择合适的境外律师、中国律师和境外律师在跨境诉讼中的工作分工以及企业应对跨境诉讼的战略选

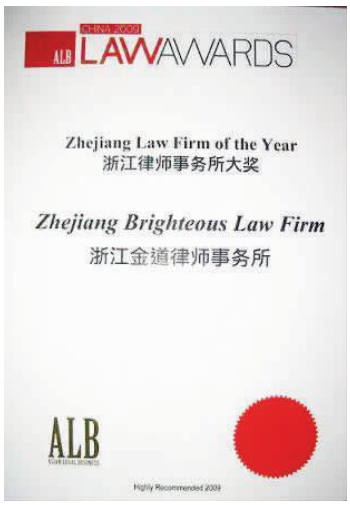
择及应对策略。

本所劳动法领域的高级合伙人刘艳芳律师、刑事法律服务团队的前资深检察官王楠律师、国际经贸法律服务团队的吴秋叶律师，本所杭州经济技术开发区分所日本业务团队成员冯媛园以及本所品牌专员叶茜茜共同参会。

亚洲法律杂志(Asian Legal Business)是一家专注于追踪亚洲法律服务市场前沿信息和动态的独立杂志，发行范围包括中国、澳大利亚、新加坡、香港，及日本、韩国、台湾的部分地区，ALB 以其及时性、前沿性、权威性获得亚洲律师、公司法务及商业经理的高度认可。ALB 每年会在全球各地举办数场峰会，为各地法律及商界精英共同探讨热点法

律问题提供专业平台。

本所曾于2009年和2011分别荣获ALB“浙江律师事务所大奖”和“诉讼律师事务所”提名大奖。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曾于2010年接受ALB专访。



本所由全国优秀律师胡祥甫与其他志同道合的精英律师于2006年1月在杭州发起成立，目前在宁波、杭州经济技术开发区设有分所，绍兴分所筹办在即。本首席合伙人胡祥甫律师现担任中共浙江省委建设法治浙江专家咨询委员会委员及浙江省人大常委会立法专家咨询委员会委员。

本所现为一家200余人规模的综合性事务所，20余名律师有在境外留学或培训经历。本所立足浙江，放眼全球，以中、英、日、法、韩五种语言为境内外客户提供各类诉讼和非诉讼法律服务，涵盖民商事诉讼、刑事辩护、政府行政、公司、投融资、建设工程与房地产、PPP、国际经贸、知识产权与电子商务等业务领域。

本所律师在第四届杭州律师论坛上获得多个奖项

2018 年 8 月 11 日，由杭州市律师协会主办的第四届杭州律师论坛成功举办。本所律师撰写的论文在本届论坛上喜获二等奖、优秀奖。

在此次论坛上，本所组织有力，荣获“第四届杭州律师论坛优秀组织奖”。

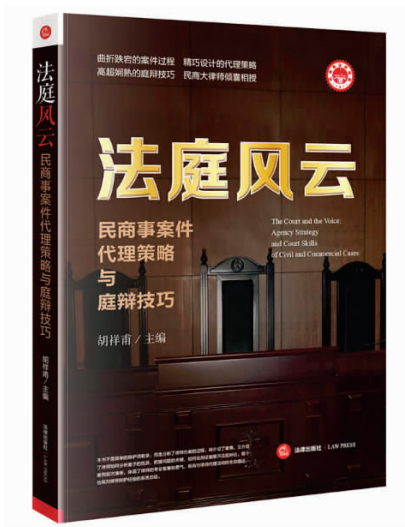
另外，本所管理合伙人王晓辉律师任职主任的杭州市律师协会刑法专业委员会亦荣获此奖。

以下为本所律师撰写的论文获奖名单

王全明、王杰：	《论网络司法拍卖中法院的说明义务》荣获二等奖
王晓辉、王楠：	《财产辩护的提出及展开》荣获优秀奖
王晓辉、袁昕炜：	《“购买型”侵犯公民个人信息罪司法认定的争议问题及解决》荣获优秀奖
张阅、徐杨超、汪义山：	《片区开发 PPP 项目五大实务问题之法律分析》荣获优秀奖
张晓、徐杨超：	《PPP 模式下的增值税和所得税问题思考及风险探讨》荣获优秀奖
郭越鸣：	《经济犯罪案件控告代理的实务展开——思维、技能和步骤》荣获优秀奖

本所首席合伙人胡祥甫律师的新作《法庭风云:民商事案件代理策略与庭辩技巧》出版

近日,本所首席合伙人胡祥甫律师的新作《法庭风云:民商事案件代理策略与庭辩技巧》于法律出版社出版。《法制日报》(2018年6月3日)作了专题报道。



《法制日报》介绍,《法庭风云:民商事案件代理策略与庭辩技巧》不是简单的辩护词收录,而是分析了律师办案的过程,既介绍了案情,又介绍了律师如何分析案子的性质,把握问题的关键,如何运用证据展开法庭辩论。每个案例层次清晰,体现了律师的专业智慧和勇气,既有对律师代理活动的生动描述,也有对律师辩护经验的系统总结。

12 法制日报 2018年6月3日 星期日 阅读 责编/张红梅 徐伟伦 美编/高岳

新书赏

由形成它的案件过程，精巧设计的代理策略，高超娴熟的庭辩技巧，民商大律师倾囊相授。

法庭风云

民商事案件代理策略与庭辩技巧

胡祥甫，一级律师，浙江金道律师事务所首席合伙人，浙江省律师协会副会长，中共浙江省委法律顾问，浙江省人大地方立法专家委员，浙江大学光华法学院资务导师。

法庭风云

民商事案件代理策略与庭辩技巧

《法庭风云：民商事案件代理策略与庭辩技巧》收录了近年来胡祥甫律师承办的34起民商事案例，涉及金融保险、合同违约、建筑与房地产、知识产权、环境保护、名誉权、股份转让与企业改制和消费者权益保护等多个领域，这些案子反映的多是年国转型和发展过程中的突出问题，通过法律来处理这些矛盾与冲突不仅仅是为了保证社会的公平，更重要的是为了建立和维护一种有利于社会发展的秩序。

该书不是简单的辩护词收录，而是分析了律师办案的过程，既介绍了案情，又介绍了律师如何分析案子的性质，把握问题的关键，如何运用证据展开法庭辩论，每个案例层次清晰，体现了律师的专业智慧和勇气，既有对律师代理活动的生动描述，也有对律师辩护经验的系统总结，书中语言精练，读起来不嫌冗长，津津有味，这是律师办案集的又一种风格。

作者曾成功办理中国股市第一案，全国首例因低价倾销，著名科学家谈家桢名誉权案，"马家军"名誉权案，淘宝网与小熊维尼知识产权纠纷案等众多重大疑难案件，通过对这些案例的分析，既能读到作者隐案掩卷后的深深思考，也能看到作者办理业务中的探索技巧，还能听到作者跳出案外为当事人的失误，为法律的漏洞而发出的长长的叹息，更能感到作者惜如文字形成案例的良苦用心和长远梦想。

资深律师的法庭风云

□ 赵青航

书评

恩师胡祥甫律师的新书《法庭风云：民商事案件代理策略与庭辩技巧》已于近日出版，我有幸全程参与了这本书的制作，并提出了一些参考意见，例如，我建议胡律师将最近发表的论文《请求权基础的实务分析》收录到这本办案集中，并作为全书的导言。

为何要将一篇学术论文作为全书的导言？因为这篇文章对书中的34个民商事案例具有方法论上的指导意义，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，是办理民商事案件的有效理论工具，在近三十年的办案历程中，胡律师逐渐探索到，请求权不仅包括实体法上的请求权，还包含了程序法上的请求权，这一理论指导了他多年的办案实践。

这让我体会到，法学研究与律师的司法实践，实际上是理论与实践的关系，一方面，法学理论研究相对于司法实践来说，总是相对滞后的，只有参与一线司法实践工作，才能为理论研究提供最新的素材和课题；另一方面，法学理论对于司法实践可以发挥指导作用，以最新的法学研究成果指导实践可以起到事半功倍的效果，这样就能够形成一个良性互动，既能防止机械重复的低水平司法实践，又可以避免空洞的研究。这也是为何胡律师能把一个个案件办得如此精彩，还能利用点滴碎片的光阴写就一篇篇观点独到的学术论文。

一晃，跟胡律师学艺已四年有余，透过本书，我得以再次回顾这些年跟他一起办案的若干珍贵心得。

书中的每一个案例都体现了胡律师的办案风格，惯于跟当事人与办案人员沟通，乐于庭审，教师出身的他把会客室和法庭当成传播法律的平台，把当事人作为法律知识的传输对象，不仅如此，三人行，必有我师，当事人对于其所在行业的认知，办案人员的实践经验，是胡律师办案中吸收学习重要内容，如此，乐于分享，善于学习的律师就可以利用办案的机会，不断地分享旧知，吸收新知，让自己成为一个饭中有干货的律师。

在办理书中记载的中国股市第一案，著名科学家谈家桢名誉权案，东阳市国土局与某房地产企业在浙江省高院二审的诉讼标的额超五亿元的行政协议纠纷案等众多重大疑难案件的过程中，胡律师坚信，律师应该有一种精神，将自己办理的每一起案件或者提供的每一件法律服务产品，不当作商品，而是当作艺术品来对待，虽然艺术品也是有商业价值的，但是艺术家创造艺术品首先追求的不是商业价值，而是艺术价值本身；虽然创造艺术品也有可能失败，然而艺术家创造艺术品的过程是一劳不可，精益求精的；且艺术家很享受这一过程，虽然其中也付出了巨大的艰辛。

（作者单位：浙江金道律师事务所）

本所多名律师(助理)也鉴读了胡律师的新作，现刊登一下书评：

来自于一名诉讼新兵的致敬

浙江金道律师事务所权益合伙人　郑　梁

2013年，我还是一名实习律师，有幸参加以胡祥甫律师牵头办理的股东资格确认纠纷一案团队，第一次目睹胡首席的开庭风采，思维沉稳而又敏捷。而在去年，更是有幸辅助胡首席共同出庭代理一起家事纠纷，近距离的感受胡首席在庭上、庭间的魅力，代理观点攻防兼备，密不透风。如此同时，我发现在两次庭审中法官以及对方律师也对胡首席充满敬意，这份来自于律所外法律共同体的肯定与尊敬是难能可贵的，也

必有缘由。

轻轻合拢已看完的《法庭风云》一书，那种敬意又涌上心头，我自认为缘由有二。

一、坚持学习，尤其是法学基础理论的学习

招式再花，也需要内功做支持，否则掌法无力。法学学习并没有《法庭风云》书名那般惊心动魄、引人入胜，而是需要不断体系化的研读法学理论、法律规范。书中胡律师提到的请求权基础，请求权基础方法基本功能是建构法律关系、处理法律争议，是民法（私法）的构造性概念，整个民法就是请求权基础构成的，当事人对于事件讲究的可能是公平正义，而律师在维护当事人合法利益时依靠的是法律规范中具体的请求权基础。向对方请求精神损害赔偿，须依具体法律或司法解释的哪一条，否则，法院判决无法支持你的诉请。从事实寻找规范，从规范认定事实，要去找寻一个请求权基础，作为自己手中的利剑。同时，注重请求权基础，也让律师在庭审中更加法言法语，有理有据，不管是原告方的主张还是被告方的抗辩，有理有据是获得尊重的基础。

二、乐于分享

常听同行夸赞胡律师有一只停不下来的笔杆子，执业至今《法庭风云录》各卷陆续出版，未成编的文章更是数不胜数，现又出版《法庭风云》之民商事案件代理策略与庭辩技巧。之所以，胡律师能获得广大同行的认可，其中重要原因之一便是胡律师善于总结、勤于总结，并将总结经验与大家分享。无穷无尽的庭审，只有经复盘才能知得失，散落于各案件中的经验，只有经整理才能辨优缺，而只有将经验“立言”才能传承，把办案经历中发生的思想、经验、矛盾记载其要，传之与世，供人欣赏、借鉴，给人以启

迪和鞭策,这是一件有意义的工作。

就如同胡首席在《法庭风云》卷首中所说,律师,做到一定的份上,应该有一种境界,将自己所办理的每一起案件或者所提供的每一个法律服务产品,不再当作商品,而是当做艺术品来对待。作为一名诉讼新兵,我也希望自己能做到那个份上,不断总结经验,以艺术品的心态来对待、办理案件。

也谈享受辩论

浙江金道律师事务所初级合伙人　龚家勇

《庄子·秋水》里有文——《庄子与惠子》,庄子曰:“儵鱼出游从容,是鱼之乐也。”惠子曰:“子非鱼,安知鱼之乐?”庄子曰:“子非我,安知我不知鱼之乐?”这是中国古代一个很有趣的辩论,流传至今。

胡祥甫律师主编的《法庭风云——民商事案件代理策略与庭辩技巧》一书于2018年2月出版(法律出版社),该书收录了胡祥甫律师主办的34个民商事成功案例。笔者对书中辩论相关内容情有独钟,作为诉讼律师,有幸将辩论作为自己的职业,在工作中享受辩论带来的乐趣,实乃一大快事。

结合书中案例,粗浅地谈几点感悟,与君分享。

一、形式之辩——“红头苍蝇”出庭作证

1999年10月,一群客人在西湖边某酒店吃饭时,突然发现基围虾里有一只“煮熟的红头大苍蝇”(客人原话),叫来酒店经理质问,酒店经理一看,认为不是苍蝇,而是锅炭,争执中酒店经理将此物吞了下去。客人不干了,状告酒店,酒店委托胡祥甫律师代理诉讼。

庭审中辩论激烈,双方各执一词,原告认为是苍蝇,被告认为是锅炭。突然,胡律师问原告:你们看到的是什么?原告说:“是红头大苍蝇”。胡律师说“拿红头大苍蝇来,煮煮看到底是啥模样?”

电影般精彩的一幕呈现,法庭上,在一干人等敛声屏气地注视着,

胡律师气定神闲地拿上来一酒精炉，投入5只事先准备好的活生生的红头大苍蝇，一煮，全变成黑乎乎的，哪还见红头。胡律师就此质问："你们怎么看得出是红头大苍蝇！"

煮熟的苍蝇是"红头"还是"黑头"？是一种形式上的区别，此种辩论技巧笔者认为是形式之辩。形式上的显著区别，关乎争议焦点，进而对案件实质产生影响。

美国前总统林肯当律师时，也代理过一起"请月光作证"的著名案例。证人一口咬定10月18日晚上10点，在月光下看到青年开枪击毙被害人。林肯律师反驳：10月18日那天是上弦月，哪里还有月光？证人哑口无言。林肯律师以此推翻了证人证词，青年无罪释放。

"红头苍蝇"出庭作证与"请月光作证"相似，都是一种形式之辩，法域虽不同，但有异曲同工之妙。

现在回想，在庄严的法庭上，在众人的注视下，一碟新鲜出炉的苍蝇在法庭上慢慢出炉，红头变黑头，几家欢喜几家忧，场面也是有趣。

二、内容之辩——《承诺函》引发的上市公司市值管理案

某集团是深交所中小板上市的某公司的控股股东，2012年12月，张某拿出一张某集团盖章的《承诺函》，要求某集团支付数千万元补偿款，该《承诺函》记载：

承　诺　函

为了稳定和维护某公司的股价，请你（张某）或通过第三人在2011年6月15日至2011年12月15日期间买入该公司股票，总数不超过1000万股。我司承诺到2012年4月15日前，如该公司股价低于每股11.1元，我司将补偿卖出价与11.1元之间的差价。期间如有其他损失，由我司负责补偿。

某集团（盖章）

年　月　日

某集团经核对,该《承诺函》上的印章为真,但该集团并没有出具过该函,不知道印章是怎么盖出去的(疑被人偷盖),面对数千万元的索赔,深感忧虑。

2014 年 6 月,某集团委托胡祥甫、王全明两位律师,主动对张某提起诉讼,请求法院确认该《承诺函》无效。两位律师从《承诺函》的内容无效角度发表相关辩论意见:

1.《承诺函》的内容非某集团的真实意思表示,张某取得这份讼争函件的方式不合法。

2.《承诺函》内容违反《证券法》、《中国证券监督管理委员会证券市场操纵行为认定指引(试行)》等规定,违反国家强制性法律规范,应属无效。

法院经仔细审查,认可代理律师的观点,判决该《承诺函》无效。

《承诺函》一案充分体现了胡祥甫律师团队,紧紧围绕《承诺函》的内容,及该内容是否违反法律规定的角度,展开相关辩论,充分论述该《承诺函》于法无效。

莎士比亚有部经典戏剧——《威尼斯商人》, 威尼斯富商安东尼奥为了成全好友巴萨尼奥的婚事,向犹太人高利贷者夏洛克借债。由于安东尼奥贷款给人从不要利息,并帮夏洛克的女儿私奔,怀恨在心的夏洛克乘机报复,佯装也不要利息,但《合同》约定若逾期不还,要从安东尼奥身上割下一磅肉。后来,不巧的是安东尼奥的商船失事的消息,资金周转不灵,贷款无力偿还。

夏洛克拿着《合同》去法庭起诉,要安东尼奥履行诺言,割一磅肉。为救安东尼奥的性命,巴萨尼奥的未婚妻鲍西娅假扮律师出庭,她答允夏洛克的要求,但要求所割的一磅肉必须正好是一磅肉,不能多也不能少,更不准流血。聪明的法官认可了律师的说法,以此作判,最终夏洛克因无法执行而败诉。

“鲍西娅律师”也是从《合同》的内容上展开辩论,用的是“限缩解释”法,《合同》中约定了割一磅肉,但仅仅是一磅肉,不能多不能少,更不能流血,这样“限缩”的解释和要求,是没有人可以完成的,故正义一方赢得案件。

当然,“鲍西娅律师”是一种诡辩,莎士比亚在《威尼斯商人》书中用的是戏剧的写法。但是,阳光底下无鲜事,现实生活中各种奇怪的案件都有发生,“内容之辩”是经常用到的辩论方法,灵活运用,诉之有道。

巴萨尼奥的未婚妻鲍西娅假扮律师出庭这一细节也很有趣,不知当年律师上庭书记员是否也要核对律师证?

三、思想之辩——某大四学生盗窃案

胡祥甫律师在该书的后记《享受辩论》一文中,记录了这样一个案子:

某青年是大四学生,原本有大好前程,无奈一时失足,盗窃他人财物。一审法院判决其构成盗窃罪,判处有期徒刑五年。该判决无论是对即将踏入社会的他,还是对其家人(祖母、母亲均长期卧病在床)来说,都如晴天霹雳。该学生的父亲在二审中委托了胡祥甫律师团队代理辩护。

笔者查阅了该案相关资料,可能理解上有不到之处,粗浅理解认为胡祥甫律师团队是从刑法谦抑性思想的角度,开展的相关辩护工作。所谓刑法谦抑性思想,是用最少量的刑罚取得最大的刑罚效果。

在司法环节,司法机关在充分遵循罪刑法定原则、罪责刑相适应原则和人人平等原则的前提下,适度克减不必要的犯罪认定,或抑制不必要的重刑主义倾向。即可罪可不为罪时,则不作犯罪处理;可刑罚可不予刑罚时,则以非刑罚方法处遇之;可重刑可轻刑时,毋宁施以轻刑。

在二审庭审中,代理律师为该学生作如下辩护:

1.被告人父亲已向被害人真诚道歉,取得其谅解,并拿到书面《谅解书》。

2.该学生所在学院出具《某大学公共管理学院关于某某盗窃案致杭州市中级人民法院函》,学院也请求法院能本着教育为主,治病救人的原则,对其从轻改判,给其以自新机会。

3.被告人的祖母、母亲均患有严重的疾病,常年卧床不起,因本案受打击严重,请法院从轻处罚。

4.该学生一时糊涂,临时产生犯意,主观恶性小。案发后有自首情节,也积极主动完全退赃,深刻检讨道歉,悔罪深切。

5.全国范围内盗窃金额巨大被判缓刑的有相关案例，本案可予以参考。

最终，二审改判缓刑，该学生走出监所，与家人重聚，一家人痛哭流涕，对代理律师表示万分感谢。

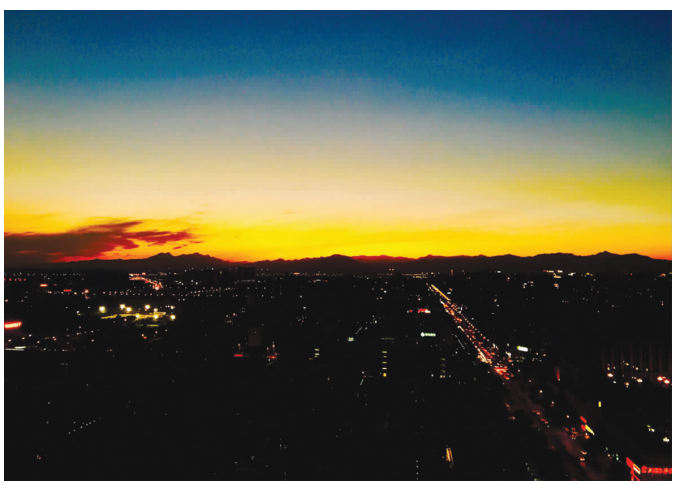
四、结语

《道德经》第四十五章记“大巧若拙，大辨若衲”。

虽然法庭上的胡祥甫律师像一位演讲者，侃侃而谈，妙语连珠，用独到的诉讼策略和辩论技巧，打赢了一场又一场官司。但是，在法庭之外，他更像一位长者、一位老师、一位匠人，他更多的是在安静地思考，在看书，在写文。

胡祥甫律师教导我们：律师，做到一定的份上，应该有一种境界，将自己所办理的每一起案件或者所提供的每一个法律服务产品，不再当作商品，而是当作艺术品来对待。……艺术家创造艺术品的过程是一丝不苟、精益求精的；且艺术家很享受这一过程，虽然其中也付出了巨大的艰辛。

路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。



孜孜不倦　文如其人

——写在胡祥甫律师新书《法庭风云:民商事案件代理策略与庭辩技巧》出版之际

浙江金道律师事务所律师　王　楠

近日,胡祥甫律师的新书《法庭风云:民商事案件代理策略与庭辩技巧》出版了,作为他的徒弟,我有幸参与了该书的出版工作,更为幸运的是,书中的一些经典案例我也有见证。从2016年5月我从检察院辞职的那天起,就开启了跟胡祥甫律师学习律师业务的新里程。在两年时间里,胡律师对待案件的一丝不苟、对待业务的精益求精、对待当事人的循循善诱、对待徒弟的宽厚包容,都给我留下了深刻的印象。今天翻开这本新书,闻着淡淡的墨香,读着精彩的案例,我想到了一句话:孜孜不倦,文如其人。这句话用在胡律师和他的新书上真是再贴切不过了。

胡律师经常跟我们讲,做事先做人。他曾写过一篇文章《律师,骨子里面是文人》,里面提到虽然律师提供的服务是有偿服务,但对法律的信仰决定了商业性从来不曾是、也永远不会是律师业的本质属性。每一天每一刻,胡律师都用他的言行宣示着一名优秀律师应有的人格、品格与风格。在这本新书中,有一篇再审成功案例,名为《一场柳暗花明的“马拉松”诉讼》,这是在我做胡律师助理期间胡律师承办的案件。该案件从双方当事人涉诉到最终解决,历时四年多,究竟是银行一方委托贷款合同违约,还是申诉人一方高利放贷后果自负?似乎各有各的理由。在这个案件中,胡律师将请求权基础、证据的逻辑关系、过错责任的承担等民法基础理论运用地淋漓尽致,最终取得理想的效果,给我上了一堂生动的民法实践课。

成果在书里，功夫却在书外。胡律师对待案件就如同农民伺候秧苗一般，松土浇灌，日日照料，细致入微，记得他曾写过一首诗："一锄一犁细耕作，一株一苗勤播种。经年汗水撒热土，始望来年好收成。"

今年，胡律师在一起执行案件中代理申请执行人，由于被申请执行人是个"老赖"，在抵押物评估、拍卖等多个环节提出无理异议，导致拍卖程序被一拖再拖。案件好容易到了即将网上挂拍的节点，申请执行人却再次就一些细枝末节无关紧要的问题向法院提出所谓的"异议"。为协助法院处理好挂拍前事宜，确保当日将拍卖公告上网，胡律师在一天时间内三进三出法院，在法院工作时间超过八小时。终于，在晚上八时许，抵押物的拍卖公告按时出现在网页上，胡律师这才拖着疲惫的身体走出法院。那一刻，他虽然累，却倍感欣慰，当事人托付给他的又一重任尘埃落定，这就是一名律师最平凡却又最伟大的精神——不负所托！

在跟随胡律师学习的两年里，我一直称他为"胡老师"，在他的言传身教下，我感觉人到中年的我又有了一次新的成长。对胡老师，我内心充满了感激，也希望在今后的执业生涯中以胡老师为榜样，勤于学习，提升自我。最后，我想以一首诗作为这篇短文的结尾："尘劳迥脱事非常，紧把绳头做一场。不经一番寒彻骨，怎得梅花扑鼻香。"

资深律师的法庭风云

浙江金道律师事务所律师　赵青航

恩师胡祥甫律师的新作《法庭风云:民商事案件代理策略与庭辩技巧》已于近日出版,我有幸全程参与了这本书的制作,并提出了一些参考意见。例如,我建议胡律师将最近发表的论文《请求权基础的实务分析》收录到这本办案集中,并作为全书的导言。

为何要将一篇学术论文作为全书的导言?因为这篇文章对书中的34个民商事案例具有方法论上的指导意义。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,是办理民商事案件的有效理论工具。在近三十年的办案历程中,胡律师逐渐探索到,请求权不仅包括实体法上的请求权,还包含了程序法上的请求权。这一理论发现指导了他多年的办案实践。

这让我体会到,法学研究与律师的司法实践,实际上是理论与实践的关系。一方面,法学理论研究相对于司法实践来说,总是相对滞后的,只有参与一线司法实践工作,才能为理论研究提供最新的素材和课题;另一方面,法学理论对于司法实践可以发挥指导作用,以最新的法学研究成果指导实践可以起到事半功倍的效果。这样就能够形成一个良性互动,既能防止机械重复的低水平司法实践,又可以避免空洞的研究。这也是为何胡律师能把一个个案件办得如此精彩,还能利用点滴碎片的光阴写就一篇篇观点独到的学术论文。

一晃,跟胡律师学艺已四年有余,透过本书,我得以再次回顾这些年跟他一起办案的若干珍贵心得。

书中的每一个案例都体现了胡律师惯于跟当事人与办案人员频沟通,乐于庭审。原因在于,教师出身的他会把会客室和法庭当成传播法

律的平台,把当事人与办案人员作为法律知识的传输对象。不仅如此,三人行,必有我师。当事人对于其所在行业的认知,办案人员的实践经验,应是包括胡律师在内所有律师需要学习的重要内容。如此,乐于分享、善于学习的律师就可以利用办案的机会,不断地分享旧知,吸收新知,让自己成为一个腹中有干货的律师。

在办理书中记载的中国股市第一案,著名科学家谈家桢名誉权案,东阳市国土局与某房地产企业在浙江省高院二审的诉讼标的额超五亿元的行政协议纠纷案等众多重大疑难案件的过程中,胡律师坚信,律师,当到一定的境界,应该有一种精神,将自己办理的每一起案件或者提供的每一件法律服务产品,不再当作商品,而是当作艺术品来对待。虽然艺术品也是有商业价值的,但是艺术家创造艺术品首先追求的不是商业价值,而是艺术价值本身;虽然创造艺术品也有可能失败,然而艺术家创造艺术品的过程是一丝不苟、精益求精的;且艺术家很享受这一过程,虽然其中也付出了巨大的艰辛。

法律人的技艺和修养

浙江金道律师事务所律师助理　黄举维

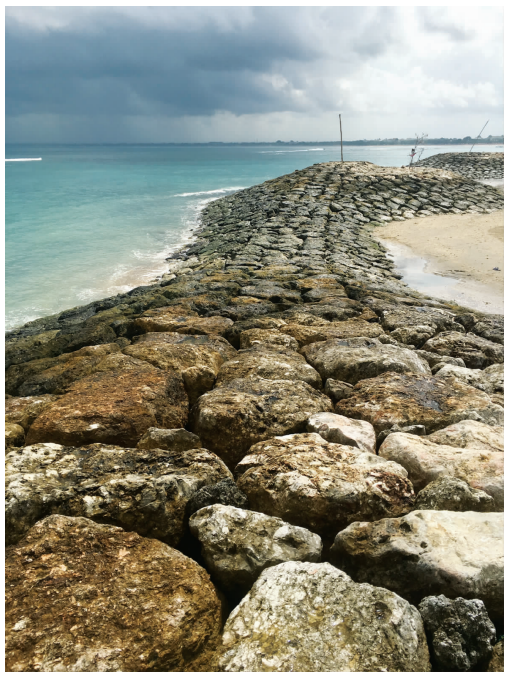
管理学泰斗彼得·德鲁克的父亲曾带他去见经济学大家熊彼特。德鲁克的父亲问熊彼特现在是否还想别人记住他？熊彼特说，他希望后来人记得他是一位很会教学生的老师；但是，仅仅被人记住理论著作是远远不够的，除非其他人的生活因你的行动而有所不同，这才是有所作为。这个故事使我想到恩师胡祥甫律师，他便是如熊彼特一样的尊厚师者，他不仅用等身著作传授青年律师以精湛的技艺，更以博大的胸襟默默地助他人有所成就！

胡律师传递给青年律者什么技艺？在其新作《法庭风云：民商事案件代理策略与庭辩技巧》中，他用34个生动的案例告诉青年律师，如何从“大处着眼”，运用请权基础分析方法来宏观上把握案件的脉络；又如何从“小处入手”，敏锐地发现新证据或新思路而使疑难案件绝处求得转机；进而又如何综合运用深刻的洞察力、机敏的处事之道、善讲故事的能力及扎实的辩论功底取得一次又一次庭审的胜利。

胡律师践行着什么样的法律人修养？大家看得到的是他的新著中一个又一个有趣而曲折跌宕的故事，看得到的是他的履历中一个又一个耀眼的头衔（浙江省委建设法治浙江专家咨询委员会委员、浙江省人大常委会立法专家咨询委员会委员、浙江省律师协会副会长等）。但大家看不到的是，有多少人在他的默默帮助下成长为律界的栋梁，又有多少人发自内心地感恩他曾经的教导和帮助，他的人生早已是孟子所言的“达则兼善天下”。当然，大家更看不到的是什么造就了这样一颗强大的心？是三十年如一日的坚韧不拔、诚实、正直和勇气。是的，乐于帮助和成就他人、坚韧不拔、诚实、正直和勇气就是堪当“法治中国”重任的

青年一代应有的素养！

文如其人，人如其文，送上胡律师作的一首诗，借以勉励我辈青年律师：不觉又一春来到，回首方知路途遥；几分耕耘几多泪，始得满园芳菲开。



本所首席合伙人胡祥甫律师为全省法院系统新进法官授课

2018年7月11日和8月2日，本所首席合伙人胡祥甫律师先后两次应邀到浙江省高级人民法院给全省法院系统新进法官授课。授课主题为《以审判(庭审)为中心的诉讼架构下,法官与律师的角色定位与互补》,胡律师围绕该主题从刑事诉讼和民事诉讼两个领域,就律师和法官作为法律职业共同体的两个成员，如何处理好相互之间的关系进行阐述。

刑事诉讼方面

胡律师指出，以平衡控辩双方地位，充分发挥控辩双方作用为抓手,建立“以审判为中心”的刑事诉讼制度。具体而言:刑事诉讼程序要从“以侦查为中心”到“以审判为中心”;建立“审、控、辩”正向等腰三角形的刑事诉讼架构,准确定位这三方在庭审及诉讼中的地位;证人出庭作证、非法证据排除,是实现庭审实质化和建立“以审判为中心”的诉讼

制度的关键之举;审判长要善于总结归纳争议焦点,引导控辩双方围绕焦点展开辩论等。

民事诉讼方面

胡律师指出,以协同诉讼方式,建立“庭审中心主义”的民事诉讼制度。具体而言:在民事领域区分“庭审中心主义”和“以审判为中心”;梳理从“职权主义”、“当事人主义”到“协同主义”的审判模式,认识协同诉讼模式的产生的原因及基本特征;解读浙江省高级人民法院最近出台的诉讼和执行中律师调查令制度,肯定了该制度对于律师和法官的重要意义;法官如何把握请求权及请求权基础等。

胡律师的授课在法官学员中引起了强烈反响。省高级人民法院培训中心主任赵永伟总结到:“胡律师法理基础深厚,实践经验丰富,讲课非常精彩,大家从课程中收获很多。”

本所管理合伙人崔海燕律师当选浙江省妇联第十四届执行委员会委员

日前，浙江省第十四次妇女代表大会在杭召开。省委书记车俊出席开幕式并讲话，全国妇联副主席、书记处书记张晓兰到会讲话。省直有关部门负责人、各市委分管领导、省妇联历届负责人、会议正式代表、特邀嘉宾等800多人参加会议。省妇联主席、党组书记王文娟代表省妇联第十三届执行委员会作工作报告。

会议期间，来自全省各行各业和港澳台地区的665名妇女代表认真听取并热议了领导讲话和报告，肩负全省2700多万妇女的信任与托付，共绘未来五年浙江妇女事业发展蓝图。会议还选举产生省妇联第十四届执委会委员共87名，任期五年，王文娟当选省妇联主席，林丹军、童丽君、陆英当选副主席。

省律协常务理事、省女律师联谊会副会长、本所管理合伙人崔海燕作为正式代表出席会议，并当选省妇联第十四届执委。

本所企业法律顾问服务支持中心成立暨首次工作研讨会议顺利召开

2018年6月5日，继上半年成立金道诉讼研究与发展中心后，本所企业法律顾问服务支持中心成立暨首次工作研讨会在本所大会议室召开，事务所三十余名律师及律师助理参加了本次会议。王全明主任主持本次会议。

本所现有600多家常年客户，包括政府机构、国有企业、民营企业、外资企业、商协会等，每年为常年客户提供一次规模在200人左右的免费培训课程。王主任首先对事务所此前在法律顾问工作上取得的成绩予以肯定，着重强调了法律顾问业务的重要性及该项业务对律师专业化、团队化提出的更高要求，鼓励参会律师对法律顾问中心的发展献言献策。

法律顾问中心的前期筹备由唐小平律师和苏小为律师负责。会上，唐律师提出了法律顾问中心的基本运营模式构想；苏小为律师分享了自己所在的建设工程与房地产团队做法律顾问工作的相关经验，并认为法律顾问中心的成立及发展将会带来良好的促进作用。

在自由发言环节，参会的各位律师对于法律顾问中心的成立和发展也发表了各自的建议和意见。律师们对法律顾问中心能提供给律师的服务支持充满了期待。在希望法律顾问中心能承担顾问单位的简单需求的同时，既希望中心能够提供专业上的支持，也希望中心能够作为开拓业务时的坚实后盾。

最后，王主任对会议讨论内容进行了总结，事务所将先设立核心机构秘书处探索业务的发展模式，开发产品、开拓客户，进行专业化培训和提升，希望法律顾问中心的设立不断满足律师对专业和团队运作的

需求并帮助其开拓业务。

本次会议的成功举行，标志着本所企业法律顾问服务支持中心的正式成立，也预示着企业法律顾问服务即将迈入一个新的发展阶段。

在新征程上，本所律师将不断总结过往经验，不断创新模式，为常年客户提供更加专业、高效的法律服务。

本所为浙江公司与欧洲某上市公司上亿元经销合同争议解决提供专项法律服务

浙江某公司在与欧洲某上市公司合作近二十年后，发生重大经销合同纠纷，争议金额上亿元。本所管理合伙人崔海燕、初级合伙人陆婕律师接受浙江某公司委托，为此项争议解决提供专项法律服务。

历经九个月努力，近日浙江公司与该上市公司达成和解协议，为双方之间争议划上句号。

本所崔海燕、陆婕律师在接受客户委托后，梳理了数百页事实资料，详尽分析了各项法律争议点和相关证据材料情况，出具了全方位的法律评估报告，明确了我方客户实现权利可能的多条路径及整体策略。而后，本所律师通过提起名誉权侵权诉讼并同步提起 CIETAC 仲裁要求确认对方违约行为，要求对方承担赔偿责任，向该上市公司施加压力。期间本所律师积极应对该上市公司提出的管辖权异议和送达异议，通过法理论证提出详实反驳意见。

在整个案件过程中，本所律师坚持以客户利益最大化实现为导向和工作目标，全程参与了协议起草、和解谈判和十余次协议修改，积极促使双方达成了争议解决方案，从而避免双方遭受更大损失，尽最大努力维护了客户权益。

本所代理的两起案件入选2017年杭州法院知识产权司法保护十大案例

2018年4月26日,杭州市中级人民法院公布了2017年杭州法院知识产权司法保护十大案例。本所管理合伙人江力、律师沈丹承办的侵害商标权纠纷案(十大案例之六),本所权益合伙人马利峰、初级合伙人张奕律师承办的侵害商标权、企业名称权及不正当竞争纠纷案(十大案例之四)两起案件入选。

江力、沈丹律师承办的侵害商标权纠纷案具有重要的判例意义。该案判决明确了商标分类第九类项下"计算机程序(可下载软件)"商品,其功能和目的是处理、存储和管理信息数据等,若企业开发软件商品的目的仅是作为其提供服务的工具,消费者下载软件是为了享受相应服务而不是购买软件本身,则企业在前述软件商品上对相应商标的使用,仅仅是在提供的服务上使用该商标而非在"计算机程序(可下载软件)"商品上使用。

马利峰、张奕律师作为第二被告快乐购物股份有限公司的代理人,对案情进行全面分析,针对原告提出的快乐购物公司对第一被告销售的国际名品阿玛尼手表需承担连带责任的问题进行了深入研究,特别是对电视购物平台的审核义务要点和合理注意义务的程度向法庭作了充分的阐述,最后全部得到合议庭支持,从而让快乐购物公司免于承担赔偿责任,取得了很好的社会效果。

近年来,本所知识产权团队坚持走专业化道路,在知识产权商业化与许可、知识产权(商标权、专利权和著作权)权属与侵权争议解决、反不正当竞争、企业商业秘密保护和企业知识产权常年法律顾问方面积累了丰富的经验。

面向未来,本所知识产权团队将继续秉持"守信如金,为业载道"的执业理念,为客户提供更为优质的知识产权法律服务。

金道青训营 DAY 1:我们出发啦!

2018 年 6 月 29 日,金道律师事务所 2018 年首期青年律师训练营如杭城盛夏的烈日一样,如期而至。

首期金道青训营的开营仪式在金道律师事务所 10 楼大会议室隆重举行。开营仪式由金道律师事务所管理合伙人史源律师主持,金道律师事务所首席合伙人胡祥甫律师、杭州市律师协会沈海鸥秘书长、广州诺臣律师事务所合伙人李艺(律师)以及山东舜翔(聊城)律师事务所管理合伙人孙丽茹律师等出席。

胡祥甫律师首先在开营仪式上致辞,为我们在座的青年律师提出了四点希望。

青训感悟——赵青航

首先,要做一个有志向、勤奋的年轻律师。威廉·配第说:“劳动是财

富之父,土地是财富之母。”马克思在《资本论》中引用这一名言,强调劳动对创造价值的重要性。胡首席认为任何一个成功的人都有勤奋的品质,并且鼓励我们要养成一种奋发向上的职业精神。

其次,要做一个有思想的年轻律师。在商业氛围过浓的时代,社会浮躁,年轻人往往缺乏独立的人格。因此,胡首席提醒我们,要时常反问自己两个问题,一是毕业不久执业之初,问问自己,我还是我自己吗?二是执业后取得了一定的成就时,问问自己,我是不是太自我?人非圣贤,孰能无过,吾日三省吾身。

再次,要做一个有品质的年轻律师。律师是专业性非常强的职业。素质决定品质,品质决定品牌,品牌决定市场。所以,年轻律师应当多阅读名著、专业文章和最高法院民事、商事、行政和刑事审判案例与参考,以培养我们的人格情操、理论涵养和实务经验。同时,律师业务做得越

多,执业经验就会越丰富,胡首席鼓励我们走这样一条良性循环的职业之路。

最后,要做一个懂得感恩的年轻律师。胡首席教导我们要做懂得感恩的年轻人。切忌有事有人,无事无人;切忌临时抱佛脚。得道多助,乐于助人的年轻人往往会得到更多人的真心帮助。

接着,胡祥甫律师为参加本次青训营的金道青年律师颁发了青训营徽章。

随后,由杭州市律师协会沈海鸥秘书长致辞。

青训感悟——应盼

沈秘书长在致辞中对本期青训营活动给予了高度的肯定并表示了极大的关注与期望,指出青年律师的培养应当做到形式多样、范围适当、策划好、推广好,努力促进律师个人综合能力的提升。

沈海鸥秘书长指出,律师是一个需要激情的行业,而作为律师行业的中坚力量,青年律师的培养相当重要。首先,要注重业务能力提高,加强青年律师的学术与理论水平,夯实专业基础;其次,应当鼓励青年律师"走出去",积极参加行业协会及其他社会活动,增进同行业以及行业之间的交流与合作,提升律师展业能力;再次,青年律师的培养应当注重个人综合素质的全面提升,恪守律师执业道德和执业规范,守住底线,做到谋业者,先谋其道。

金道青年在本次青训营学习委员潘丽萍的带领下,重温了律师执

业宣誓词，同时也再次感受到了自己最初投入到律师这个行业时的那份初心。

青训感悟——郭天奇

律师是一个神圣的职业，在我还是个法学院学生的时候，一直对这个职业充满着向往。而今天当我穿上了律师袍，举起右手宣誓的时候，一种无法言喻的幸福感油然而生，我通过自己的努力，成为了一名律师。

律师是一个充满挑战的职业，成为律师仅仅只是打开了一扇门，门外是一条漫长的路。我们宣誓要尊重法律，维护当事人的合法权益，但要实现这个誓言，并不是一件容易的事，需要我们为之付出一生的努力。

宣誓仪式不仅仅只是简单地重复誓词，而是让我们再去思考当初为什么要选择这个职业，在真正成为律师之后应该怎样去做。热爱祖国，热爱岗位，对自己负责，对客户负责，理解誓词的真正含义，不忘初心，牢记使命，我们将在这条道路上努力奋斗！

金道首期青训营开营仪式在欢快的营歌《蓝精灵之歌》的歌声中落下帷幕。就此，金道的青年们承载着前辈同仁们的期许，怀着感恩的心，踏上了青训营的征程。

中午时分，金道青年们顶着烈日来到了本次青训营驻地——杭州陆羽山庄度假酒店。14:00 整，大家还没有来得及休息，就开始了今天下午的学习课程。青训营开班首日，径山景区风烟俱净，天山共色，我们有幸邀请到本所的三位管理合伙人崔海燕律师、王潭海律师、史源律师，以及来自智合法律新媒体的聂佳彤女士，为学员们讲授关于青年律师发展之道的经验与心得。

青训感悟——吴方嘉宁

第一堂课，是崔海燕律师讲授的“青年律师的执业之道”。开课之初，崔律师与学员们分享了金道所创所之初取名“金道”的寓意——守信如金，为业载道。

由此出发,崔律师结合其执业多年以来的宝贵经验,为学员们解答了诸如青年律师应成为什么样的律师、应具备何种基本素养、应养成怎样的工作习惯、如何选择工作类型和专业、如何开发客户群体、如何与法律职业共同体打交道等问题。最后,崔律师再次强调,金道律师一直秉持的理念,在于为客户寻求法律问题的最佳解决之道,金道所的青年律师,应当坚持追求卓越,show your expertise,方能赢得客户的尊重与认可。

第二堂课,是王潭海律师讲述的“青年律师的礼仪与谈判之道”。王律师同时也是浙江工商大学法学院的教师,他将幽默风趣的课堂风格带到了本次课程,分为两部分为学员们进行授课。第一部分,主要围绕青年律师的基本礼仪展开,王律师结合身边实例,生动形象地介绍了青年律师在迎送、会见、电话、服饰、宴会等多个方面应当注意的礼仪细节。在第二部分,王律师系统地为学员们介绍了人际沟通与谈判的实用

技巧和策略,并特别指出倾听对于实现有效沟通的重要性,点明了在沟通过程中应当避免的误区和问题。

第三堂课,是聂佳彤女士带来的“新媒体时代下如何塑造律所品牌”。首先,聂女士系统地解读了当前杭州地区律师行业的发展情况。在此基础上,聂女士讲解了律所品牌塑造的原则与价值,从律所和律师两大维度进一步解析了律所品牌塑造的具体思路。接着,聂女士分析了律所在品牌塑造过程中实际遇到的困境,也与学员们探讨了外观视觉形象、图文信息传递等层面的解决方案,分享了国内一流大所的优秀案例。

首日收官课程,是本次青训营的发起人史源律师讲解的“律师展业及规范”。史律师自2006年平安夜加入金道所,从一名律师助理逐渐成长为管理合伙人。一开场,史律师按照时间线与学员们分享了他十余年职业发展的点点滴滴,回顾了他作为一名青年律师横跨多个业务领域的展业历程(包括公益诉讼、社区法律顾问、拆迁案件、劳动案件、建设工程案件、PPP专项法律服务等)。回归到细节,史律师通过现场互动,结合其过往经验,深入浅出地说明了与客户进行面谈时应当留意的要点。同时,史律师也讲解了青年律师应如何建立一张属于自己的工作表,如何实现有尊严的业务拓展,如何有的放矢地提供法律专业服务。最后,史律师寄语大家:“心怀梦想,努力前行,做一个有担当的法律人!”

之后，营长史源律师和班长王楠律师带领大家对全天的活动进行了精彩复盘。

第一天充实而丰富多样的学习活动结束了，但是金道青年们仍然感到意犹未尽。每一位授课嘉宾的分享，都是他们最宝贵的财富，也都是他们对金道青年们的期许。金道青年们在金道这个平台上登高远望，承载着金道前辈同仁们的期许，感恩前行！

金道青训营 DAY 2：我们在一起！

6 月 30 日，金道律师事务所的首期青训营在陆羽山庄如火如荼地开展着。

清晨 6 时，青训营的晨练准时开始！

青训感悟——卢璐

在 6 点晨间阵阵清风中，金道青训营的小伙伴们已经开始了丰富的晨间活动。绕着山庄的独栋别墅和茶园，慢跑作为热身运动，把小伙伴们迅速地从朦胧的睡意中唤醒。稍作修整后，根据之前的分队 A 组青扬队和 B 组 BRAVO，双方进行了友好但激烈的对抗赛。

比赛由万里长城、雷区取水和撕名牌三个游戏环节组成。在万里长城环节，充分体现了前期团队策略讨论和任务分配的重要性。B 组在观察 A 组首轮表现之后，内部进行了深入地讨论，通过制定了详细的站队位置，并将每个人的任务分配到位，首战告捷。

雷区取水环节,A 组在吸取上一轮战术制定不充分的经验后,迅速地制定了高效的团队作战计划,拿下第二局。

最后撕名牌环节,双方在激烈的肉体搏斗过程中,以 B 组胜利结局。A 组虽然落败,但是 A 组男生主动地承担了女生的惩罚,让 A 组小伙伴感受到了团队的满满温情。

在结束了两个小时的晨间身体风暴之后,青训营营员们迎来了新一天的头脑风暴——来自不同地区曾经参加过全国青训营的五位资深律师前辈,他们分别是广东诺臣律师事务所的合伙人李艺律师,山东舜翔(聊城)律师事务所的管理合伙人孙丽茹律师,内蒙古古泽铭律师事务所的高级合伙人乌玲律师,陕西伟天律师事务所管理合伙人薛慧芳律师和浙江天册律师事务所的独立责任律师张巍竞律师。五位资深律师分别结合自己的执业经历与营员们进行了精彩的分享。

青训感悟——王楠

第一位李艺律师分享了她执业的五点感想。第一,多坚持,从小案件做起,把每个案件做好做精,以口碑拓展案源;第二,多学习,利用零散的时间去读书,充实知识储备;

第三,开阔眼界,抓住每一个展示自己、锻炼自己的机会,积极参与行业协会的各项事务;第四,大局意识,把自己放在主办律师的位置上去考虑问题,培养自己的的责任感;第五,和自己比,在已有的基础上,多想一分,多做一步。

第二位孙丽茹律师分享了她的成长经历，她在做实习律师的第一年就办了三十七个委托案件和十七个法援案件，当年的业务收入甚至超过了执业律师，而她之所以能做到这样，源于她的乐于助人、勤于历练。她把自己放得足够低，收获了与更多资深律师接触和更多庭审历练的机会，正所谓在成全了别人的同时成全了自己。

第三位乌玲律师从她在全国青训营的自我介绍开始了她的分享——我是“乌玲”，不是“鸟玲”。这一自我介绍之后是一串笑声和给人留下的深刻记忆。乌玲律师给大家分享了“一字之差酿事故”的案例，在一个民间借贷的公告案件中，因为助理把被告的名字写错了一个字，导致法官要求她撤诉的严重后果，虽然后来她努力挽回了局面，但这一案例给人留下了深刻的教训：如果没有认真细致、全心投入的态度，你的事业就如同建在沙滩上的高楼大厦，有一日恐怕会功亏一篑。

青训感悟——葛林飞

第四位张巍竞律师从自身对律师行业的思考出发，向我们青年律师提出了四点建议：

第一，用心、认真。张律师通过分享其执业之初的一份答辩状，让我们明白了只有真正用心、认真地去对待每一起案件，才能在平凡的案件中铸就不平凡。第二，胸怀、格局要大。胸怀决定了你与他人的交际深度，格局决定了你的交际广度，没有宽广的胸怀与格局，就永远只能束缚在自身的一亩三分地上。第三，积极投身行业建设。青年律师应当积

极参与行业组织的活动，主动投身行业的建设，行业也会在适当的时候反哺于你，两者的良性互动，才能培养出行业内优秀的青年律师。第四，责任感。张律师认为，没有大案子与小案子的区分，只有大律师与小律师的区分，一旦踏入律师行业，就要担负起一个律师的责任，任何时候，都应当坚持律师的执业操守，认真对待每一个案件，做到问心无愧。

第五位薛慧芳律师，以其在陕西执业过程中遇到的困惑与感悟，向我们做了四点分享：首先，要有职业规划。执业之初，青年律师既要学会做一名万金油律师，将每个案件做精做专，也要为未来的执业进行规划，选择一到两个专业化方向。其次，案源的开拓，非专业知识与专业知识同样重要。青年律师应当积极报名并参加律师及团委等组织的活动，接触精英，开拓眼界，大胆犯错，积累你的人生阅历。再次，青年律师应当融入到律所的建设中去，为律所平台的搭建添砖加瓦。最后，薛律师从更高的视野和角度，提出青年律师应当有所创新，尤其是对律所组织架构和合作模式，一旦有好的想法要敢于提出。

午饭过后，披着明媚的阳光，青训营的大部队浩浩荡荡开进到了青山秀水的双溪漂流。经历了两天密集课程的营员们在大自然的怀抱中尽情地呼吸微甜的空气。清澈冰凉的溪水让营员们在这个热气逐渐升腾的初夏时节感受到了一份贯穿全身的舒爽。

营员们根据自己的喜好分为了两组：一组为竹筏漂流，顺溪而下，看青山绿水相映成趣；一组为皮筏漂流，挥斥船桨，斗激流险滩浪花翻

飞。在这一片苍翠的林间,我们尽情洋溢青春的激情。欢声笑语顺着这溪水潺潺的流向远方。

青训感悟——吴昌佶

作为律师的我们,多数时候是与法条为伴、与案卷为伍,很容易远离大自然,疏远身边的同事。

这次漂流的经历,让我们拥抱了绿水青山,更重要的是让我们在激流勇进之时紧紧拉住了同伴的双手。团结协作就是承载着我们的皮筏,哪怕遇到再大的落差或者再湍急的水流,只要齐心合力,我们必能和伙伴一起穿过险滩,去向更为宽广的天地。

青训感悟——俞永乐

下午的团建活动,我选择了皮划艇项目。两位律师共同驾驶一艘皮划艇,沿着湍急的河流而下。

沿江途中风景优美,青山绿水在蓝天白云的衬托下,显得格外灵秀。我们完全沉浸在双溪竹海漂流景区优美的风景中。原本因紧张青训活动而略显疲惫的身心,也得到了极大的放松。

皮划艇项目需要相互协作。首先需要共同把握皮划艇的行驶方向,使皮划艇在湍流的河流中保持稳定的前进方向。而在湍流过急之下,又需要共同控制好速度。这些操作光凭一己之力难以完成。联系到律师职业,随着法律服务市场的发展,客户对律师要求越高,不仅要求法律服

务的专业性,还要求法律服务的高效率。即法律服务要又好又快。这要求律师有合作意识,与其他律师相互协作,充分发挥各自的专业优势,实现“1+1>2”的效果。

晚上7时,本期青训营第二天的最后一课《2018青训营美学茶学培训》在李一楠老师精心准备的玫瑰红茶的清香中拉开了序幕。

青训感悟——胡微

本次青训营为什么会设置这门课程?

因为我们青年律师执业初体会与品茶是相同的——苦,继而我们需要在苦中提炼到它的甘冽。

因为我们青年律师处事心境与品茶的心境是相同的——先放下,其实我们本来就没有什么,又怕什么暂时失去呢?

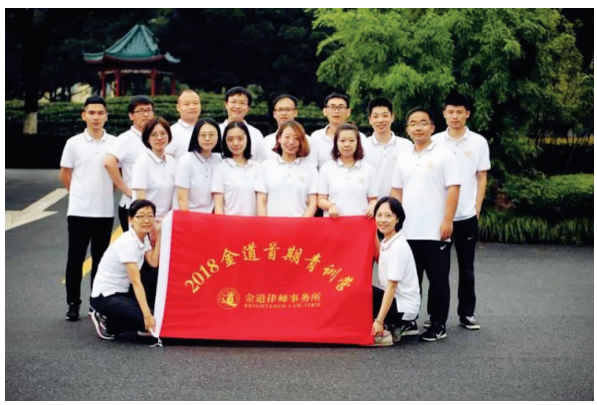
因为我们青年律师面临选择与品茶是相同的——需要更强的辨识能力,也许我们涉世未深,幼稚片面,但我们会在挫折中迅速成长。

因为我们需要更丰富的爱好,因为我们需要陶冶情操,因为我们也是平凡的普通人。

清晨的茶园旁留下的是营员们矫健奔跑的身姿;会议室里荡漾的是大家热火朝天的激烈讨论;双溪奔流不息的河水上漂流而过的是伙伴们青春洋溢的笑声;茶室里袅袅升起的是青年律师美学修行的茶香。我们在这里,用坚实的步伐铸造体格;我们在这里,用向前的皮筏展现团结;我们在这里,用敞开的心扉交换感悟;我们在这里,用清冽的香茶体味人生!

金道青训营 DAY 3：我们在路上

7月1日清晨，雨始歇，天初亮，当人们还沉浸在径山梅雨的那一缕睡意朦胧时，金道青年律师们已经开始了他们本期青训营的第三日拓展训练。



青训感悟——应盼

由于培训科目被安排得非常紧凑，尤其是为了迎接今天的压轴大戏演讲比赛，大家更是通宵准备，争分夺秒，甚至熬红了双眼。

然而，训练场上，我们却看不见彼此的一丝疲意，看到的只有完美的团队、精彩的竞技，以及只有从年轻人身上才能散发出的那种朝气蓬勃与源源不竭的激情与亢烈。

“你累吗”、“累，但是不困”、“没事儿，我能行”、“让我试试”……这是几天来青年律师们的日常对话。面对高强度的训练，虽然我们体力不支，虽然我们睡眠不足，但是我们依然神采奕奕。

因为，我们相信，我们赖以支撑的并不是什么伟大的信念，而是青

年们对自己的期许,对彼此的信任、理解与支持,以及不断升华却又朴实无华的深厚情谊。

接下来,青训营的成员迎来了最富有竞技色彩的演讲比赛,围绕着主题《青年律师的修德与精业》,演讲者们皆胸有成竹,妙语连珠。

青训感悟——葛林飞

来自三个小组的6位组员,围绕“青年律师的修德与精业”这一主题,分别从各自的角度向其他学员进行演讲。

虽然每个人只有5分钟,但演讲的精彩程度却丝毫未有减弱,例如金龙律师,他以周星驰在《喜剧之王》中尹天仇这一角色为切入点,随后以儒家学说对修德与精业进行了阐述,古瓶装新酒,别有一番风味。

尤其是王斯律师助理与王耀军律师, 两人所在一组别出心裁地以组合的形式,将主题中的“修德”与“精业”拆分进行演讲,通过生动的举例及简短有力的演讲方式,获得了裁判及听众的广泛好评。

不可否认,此次演讲的准备时间非常短暂,从组员开始准备演讲到演讲比赛开始,不到10个小时。但是,这一艰巨的任务,却丝毫不能影响到青训营学员的激情,所有学员迸发出了巨大的能量,以前所未有的热情,备战此次演讲比赛,为首次青训营的完美收官,划上了圆满的句号。

青训感悟——王耀军

虽然在此次演讲比赛上我取得了第二名的成绩,但我依然需要反思。

经历这回比赛,我再次发现了自己身上所存在的诸多不足之处,知识储备不够,表达能力欠缺,临场随机应变的能力较弱。不过,我不会气馁,既然知道自身存在的问题,那就加油去改变,一步一个脚印。

相信下一次我可以很好地展现自己,以自己的行动去诠释青年律师的精业!

赛后,本所管理合伙人王潭海律师对各位演讲者的表现给予了充分的认可与赞扬,指出一个优秀的律师必须同时具备卓越的文字功底和善于演讲的能力,同时他还给予了演讲者几个建议。

青训感悟——王斯

首先,演讲需要注重形式。演讲者着装必须正式且合身,姿态端正,同时演讲用语也需要恰如其分,配合使用恰当的手势,尽可能展现个人的自信并给予观众包容之感。

其次,演讲中需要注重内容。一开始即要直切主题、开门见山,让观众清楚明白本次演讲的重点,同时演讲的逻辑性不可忽视,但是演讲时的语句不必复杂,简单的排比句,既清楚又富有感染力,有效地调动了观众的热情。此外,通过适当的举例来佐证自己演讲主题是一种较为有效吸引观众注意力的方式。

最后,演讲中需要注重交流。演讲不是个人的稿件背诵,演讲是演讲者通过自己的语言将自己的观点传递给观众,因此双方之间的交流是必不可少的,眼神交汇就是其中一种有效交流方式,适量适度的眼神交流可以让自己的观点传递得更加直接有效。

最终,王斯律师助理荣获本次比赛的第一名,王耀军律师荣获第二名,葛林飞律师荣获第三名。

7月2日中午,金道所王全明主任为参加首期青训营的全体金道律师及助理颁发证书。

青训感悟——金琪琪

“青训有期,情义无涯。”三天的培训很快进入了尾声,王主任对本次青训营进行了总结,并对各位学员提出了更高的要求与期望。

1. 享受年轻。在本次活动中金道青年们充分展示了年轻人的的朝气、活力与激情。王主任表示青春是令人怀念的,能在这样的时光中参与到金道所提供的培训中更是令人羡慕的，希望年轻人们能从中得到自己的感悟与体会,珍惜青春,在今后的工作中更多地展示出年轻人积极向上和敢想敢做的精神。

2. 懂得感恩。青年律师没有太多的机会参与到全国或省级的律师培训营,因此事务所举办了本次青训营,为的是让更多的金道年轻人能有机会参与到此类培训中。律师是一个充满挑战的行业,作为大家庭,金道所希望能为更多年轻人提供家人的支持，也希望金道年轻人们能理解事务所的付出,懂得感恩,在金道获得更好的成长。

3.努力拼搏。“金道是你们的,也是我们的,但是归根结底是你们的。”作为金道青年律师的代表,希望参与此次培训的青年律师们肩负起把金道建设地更好的责任,通过自己的努力和拼搏,为金道的发展添砖加瓦。

在径山景区陆羽山庄举办的金道首期青训活动虽然已经结束了,但是,我们在执业道路上的“青训”才刚刚开始。青训有期,情义无涯!让我们一起期待复盘,一路携手共进!

营长有感——史源

1. 做个有担当的管理者。为什么要做金道青训营,这是我近两个月

来我身边的人问我最多的一句话。从想做到青训营顺利开班刚好两个月,大量的琐碎准备工作占用了生活和工作时间。

但是看到一群优秀的金道青年律师在青训营中收获知识和友谊、团结协作、激情燃烧,我觉得所有的付出都是值得的。作为金道所的一名管理合伙人,我有责任让金道的青年律师在成长过程传承金道的理念,同时我也特别希望看到金道的青年律师有着积极向上,团结互助的精神风貌,这就是我想做金道青训营的初衷。

2. 要有一颗感恩的心。我是金道所成立以来第一批本所培养的律师,从律师助理成长到现在管理合伙人,我在金道这个大家庭工作了12年。这次青训营我和青年律师分享了我的成长历程,其实有的时候不是特别愿意回忆自己的成长历程,因为有太多的辛酸不愿去触碰。从执业之初什么案子都做,到现在带领团队以政府和社会资本合作项目(PPP)为主要专业领域,每一次成长和进步都得益于金道。作为一个金道的资深员工,我和金道有着一份难以割舍的感情,希望金道明天比今天更好,希望更多的金道青年律师能成为金道明天的中坚力量,这就是我为什么要做金道青训营的答案。

3. 要将尝试变成常态。金道首期青训营为期三天,我相信每个人在三天的培训中都有不同的收获。青训营这种课程设置及培训方案对我们管理层来说是一种全新的尝试。作为青训营发起人,首期青训营完全达到预期效果,但是我希望能将青训营这种培训机制作为常态模式,让更多的青年律师能从中受益。

金道所党总支被命名为第二批“全市司法行政系统党建示范点”

2018 年 7 月 2 日，杭州市司法局组织召开全市司法行政系统“七一”表彰暨党建推进会。浙江金道律师事务所所党总支被命名为第二批“全市司法行政系统党建示范点”

会上，金道所党总支书记黄耀律师作为先进集体的代表进行了《党建引领所建 服务力促发展》的主题发言。黄耀律师还荣获了“优秀党务工作者”的称号。

金道所成立于 2006 年，同年设立金道党支部，2015 年 12 月升格为总支部委员会，现有党员 94 人，占事务所总人数的 47%。近年来，金道所坚持党建与所建并举，以“两学一做”学习教育为契机，立足岗位，扎实做好各项创新创优工作，先后获得司法部“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”“全国优秀律师事务所”“浙江省律师行业党建工作模范所”“浙江省服务中小企业十佳机构”“浙江省著名律师事务所”等荣誉，实现了党建强发展强。

党建引领所建　服务力促发展

浙江金道律师事务所成立于2006年，同年设立金道党支部，2015年12月升格为总支部委员会，现有党员94人，占事务所总人数的47%。近年来，金道所坚持党建与所建并举，以“两学一做”学习教育为契机，立足岗位，扎实做好各项创新创优工作，先后获得司法部“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”“全国优秀律师事务所”“浙江省律师行业党建工作模范所”“浙江省服务中小企业十佳机构”“浙江省著名律师事务所”等荣誉，实现了党建强发展强。

一、党建带所建，打造金道律所品牌

金道所党总支在市律师行业党委的领导下，始终站在时代前沿，把党建工作摆在各项工作首位，坚持政治建所，抓好主题教育，加强党员培训，严肃组织生活，通过专题学习会、讨论会、座谈会等形式，把党建要求与律师业务紧密结合起来，融入到律师业务中，确保发挥党组织政治核心和战斗堡垒作用。坚持制度治所，党总支一班人抓党建促业务，建立完善了基层组织、教育管理、诚信服务反馈等党建机制，开展了“我是党员我承诺”活动，推出《金道律师创先争优“一句话”承诺》，增加组织吸引力和向心力。坚持先锋强所，发挥名党员律师的引领作用，培树胡祥甫、王全明等为代表的一批党员名律师，在业务中率先垂范，树立了“金道律师”品牌形象。以金道所担任浙江浙大网新实业发展有限公司破产重整案件的管理人为例，党员律师王全明带领近20多人律师团队，历时两年重整成功，该案件获得“2012–2016年度杭州市十大影响力案例”。2017年，金道所全所业务创收超1亿，其中党员律师占60%以上。

二、党建带业务，服务中心担当作为

2017 年 11 月党员律师参与 2017 浙江中小企业法治论坛活动

中小微企业在我国社会和经济发展中发挥重要作用，但近年来面临严峻的发展困境。在金道党总支的组织领导下，律师事务所从 2007 年起，连续承办 9 届“浙江中小企业法治论坛”，每届法治论坛都根据中小企业发展的热点和焦点问题确定论坛主题，并从 2016 年起连续承办两届“浙江省中小微企业法律服务月”活动，黄耀、崔海燕、邱华、江力等党员律师积极参与该活动，累计提供法律专题讲座 30 余场，为全省 4000 余名企业管理人员提供法律服务，受到广大中小微企业好评。

2017 年 7 月党员律师参与 2017 年中小微企业法律服务月活动

近年来，我所党员律师围绕党委政府中心工作，主动发挥法律工作者的专业优势，积极服务 PPP 项目、破产重整、跨国贸易等经济活动和

民生工程，提出的意见建议得到中央和省市有关部门重视。同时，积极参加地方立法活动，推动地方法制建设，党员律师胡祥甫被聘为浙江省地方立法专家库成员，担任杭州市政府立法专家咨询委员会委员；党员律师王全明被浙江省人民政府聘为“浙江省政府立法咨询专家”，发挥了党员律师专业专长和服务功能。

2017 年 11 月党员律师参与 2017 浙江中小企业法治论坛活动

三、党建带群团，提升律所发展活力

习近平总书记指出，青年是国家的希望、民族的未来。对律师事务所来说，青年律师就是律师事务所的未来，律所发展的活力源泉。金道所党总支针对青年律师思想活跃、爱好广泛、价值多元的特点，坚持把“党建带群团”体现在重点工作中，组织青年律师参与党总支和事务所交办的各项重点任务，为青年律师施展才华提供舞台，引导青年律师开拓进取、拼搏成长，多名优秀青年成为党员发展对象。坚持把“党建带群团”体现在业务传承中，开展以老带新“传帮带”活动，实行一对一培养机制。以党支部牵头，成立“青年律师成长与发展委员会”，定期开展专业培训和业务交流活动，同时，我所推出《金道开讲》活动，由党员律师带头讲、青年律师主动讲，新老律师互动交流、传道授业，提升了律所凝聚力。坚持把“党建带群团”体现在文化活动中，相继成立律所足球队、篮球队、羽毛球队，定期开展体育训练和专项拓展活动，积极参加由省、市律协相关活动，以浓厚的律所文化培育金道精神。

三、心存感恩回报社会，党员争做模范表率

2007 年 6 月党员律师去杭州市儿童福利院慰问活动

金道所长期关注未成年人成长和法学教育，与杭州市儿童福利院建立长期帮扶关系，党总支多次组织党员律师前往开展帮扶活动，并与金沙学校达成合作，出资在该校设立“金道奖学金”，以激励、表彰品学兼优的学生。

党员律师去杭州市金沙学校参加金道奖学金发放仪式

2017 年，金道所与浙江工商大学正式签约，捐赠人民币 100 万元用于法学院一流学科建设及设立奖学金。

2017年金道所与浙江工商大学共建活动

金道所还十分关注社会弱势群体和法律帮扶，当雅安发生地震时，党总支第一时间号召党员律师捐款捐物，得到积极响应；当市局推出律师进社区活动时，主动结对8个社区和4个乡村，组织党员律师定期为当地居民（村民）进行免费法律咨询，并参与矛盾调解，协助社区工作；当出现有集体上访需要法律服务时，金道所始终挺在前面，由党组织书记带领律师协助化解。

2017年7月党员律师为乔司监狱服刑人员提供法律咨询

近年来，金道所还先后开展与有关监狱共建帮教活动，在高墙为服刑人员提供法律咨询。

本所首席合伙人胡祥甫律师获聘为浙江省人大常委会立法专家咨询委员会委员

2018年5月30日，浙江省人大常委会办公厅发布的《关于成立浙江省人大常委会立法专家咨询委员会的通知》指出，经过省第十三届人大常委会第六次主任会议研究决定，成立浙江省人大常委会立法专家咨询委员会。本所首席合伙人胡祥甫律师等十四位专家获聘为省人大常委会立法专家咨询委员会委员。

成立省人大常委会立法专家咨询委员会，是为了深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想和党的十九大精神，认真落实省第十四次党代会决策部署，深入推进科学立法、民主立法、依法立法，更好地发挥专家在地方立法中的积极作用，提升地方立法质量，引领和保障“四个强省”“六个浙江”和“两个高水平”建设。

省人大常委会立法专家咨询委员会主要就我省地方立法的方向、重点，编制立法调研项目库、年度立法计划，以及法规起草审议中遇到的重大疑难问题等提供咨询意见。

导语：为响应浙江省司法厅关于“名所名品民律师”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。

陈建刚：潇洒转身，踏歌而行

从法官到律师，他主动转型，在律师的道路上践行自己的理想；重新扬帆起航，他执着坚定，赢得了客户的信任与尊重；专业化的道路上，他勇于取舍，努力为客户提供更专业的法律服务；工作与生活之间，他忘怀得失，追寻内心的幸福与平静。

走近本期高级合伙人——陈建刚律师。

陈建刚律师，法律硕士，浙江金道律师事务所高级合伙人，投融资法律服务团队负责人之一，专注于民商事诉讼、公司治理与并购重组等领域的法律事务。在法院任职期间，曾获个人二等功、三等功和劳动模范等荣誉。

回忆往昔，峥嵘岁月

陈律师的第一份工作是基层法院的法官。大学毕业后，陈建刚选择扎根基层法院。基层向来是社会矛盾最集中的地方，不仅办案数量多，案件性质也非常复杂，但陈建刚兢兢业业，加班加点自不在话下，还经

常实地调查,现场办案。

不积跬步,无以至千里,一点一滴中,陈建刚通过不断的钻研、学习,慢慢摸索出各种民商事案件的办案技巧。忙碌的工作生涯,也像一块磨刀石,磨练出了陈建刚扎实的法学理论知识,坚韧的工作意志,这些对陈建刚之后的工作和人生都产生了重要的影响。

几年后,通过法院选调,陈建刚成为少数几名从基层法院选调进入中级法院工作的法官,并担任立案庭副庭长一职,负责处理立案、申诉等过程中遇到的疑难复杂问题。

在中院工作期间,陈建刚勇挑重担,一手抓办案,一手抓当事人的心理疏导和调解工作,尽量化解纠纷,减少矛盾,**如《论语 颜渊》载:听讼,吾犹人也,必也,使无讼乎。**通过努力,陈建刚顺利解决了大量疑难复杂的申诉案件,其优异的工作表现,获得了领导及同事的高度认可,也获得了司法系统的多项荣誉表彰。

对于那段法院工作时光,陈律师认为用"幸运"、"光荣"两个词可以概括,他解释道:**"幸运,是因为与我竞争的人都很优秀,我能够脱颖而出是我的幸运;光荣,是因为作为法官,能够为社会的公平正义与和谐稳定贡献了自己的一份力量,倍感光荣。"**

对于曾经共事过的同事,陈律师这样说道:"在这十来年时间里,我结识了许多良师益友。工作上,我们互相探讨、辩论,一起克服工作中遇到的难题与困惑;生活上,我们相互照顾、扶持,一起走过了生活中遇到的挫折和坎坷。这一切的人和事,对我人生的影响都是巨大的。"

忆往昔,峥嵘岁月稠,对法院工作的时光,陈律师视其为自己人生最大的财富,倍感珍惜。

潇洒转身,踏歌而行

2014年,在做了十多年法官工作后,陈建刚毅然辞职,选择成为了一名律师。很多人觉得他从法院辞职,放弃一份体面、稳定的中院法官的工作,选择一份不稳定、充满不确定性的律师工作,不仅是扔掉了"铁饭碗",也意味着从零开始,得不偿失。

但此次职业生涯的转型,是陈律师主动选择的。陈律师说,**律师职**

业也是法律人的职业选择之一，殊途同归，作为一名律师，和法官职业有不同的挑战，也有不同的成就，但二者都是从不同角度来维护和促进社会主义法治事业，都有各自的光荣和荣耀。

对于做律师工作，陈律师知道加盟的律所对律师工作打基础及将来的发展都极为重要，经过一番了解，陈律师选择加入全国优秀律师事务所——浙江金道律师事务所。加入金道所后，陈律师用二年时间，静下心来钻研、学习，用心做好两件事情：

一、转变固有观念。法官作为居中裁判者，应秉持绝对中立的立场，力求做出公正的裁判。但律师却是一方当事人的利益维护者，在合法合理的框架下，争取的是己方当事人的利益最大化，力求得到对己方当事人利益最大的裁判或处理方案。

二、熟悉律师的工作内容与执业纪律。律师的工作内容以其专业方向的不同而有异，如诉讼与非诉讼，不同专业方向需要掌握不同的工作技巧，还包括一些基础工作，如签合同、出具公函、出具律师函等，这些都需要从头开始学习。

职业身份上的转变并没有禁锢陈律师的脚步，经过一二年时间的沉淀，陈律师很好地实现了身份与理念上的转变，成为了一名合格的律师。

弱水三千，只取一瓢

独立执业后，鉴于在法院多年的民商事审判经验，对民商事诉讼所涉及的实体及程序尤为了解，且民商事诉讼领域案件较多，陈律师选择了民商事诉讼作为自己的专业方向，尤其以建筑房地产、公司、投融资等领域的纠纷处理作为自己的主攻方向。

不鸣则已，一鸣惊人，凭借其精湛的办案能力，陈律师的客户及业务量迅速增长，独立执业后不到两年，便从一名普通的执业律师破格晋升为律所的高级合伙人，也是金道所晋升最快的高级合伙人之一。

2017 年，律所内部逐步推行专业化的道路，合伙人需确定自己的主要专业方向。陈律师敏锐地意识到民商事诉讼虽然案源充足，但实际上是个大杂烩，公司、商事、劳动、合同、婚姻纠纷等混杂在一起，内容庞杂，如果杂而不精，则会与专业化的道路南辕北辙。经过多方面思考，他

选择了“投融资服务”领域中的公司治理与并购重组法律事务为主专业。做出这一选择有着多方面的因素：

其一，民商事诉讼种类繁多，什么都做，杂而不精。

其二，陈律师是多家企业的法律顾问，日常的法律顾问业务已趋于饱和，而在公司治理与并购重组法律事务方面，有过多次成功的案例，获得客户好评。

其三，陈律师组建了自己的团队，已能很好地完成诉讼业务，现在他有时间也有能力，去钻研公司治理与并购重组法律事务。

其四，鱼与熊掌不可兼得，专业化是一个律师的核心竞争力，能够让律师在法律市场中脱颖而出，并树立自己的口碑与品牌。

法律服务市场犹如三千弱水，多则多矣，但贪多不厌，无法专精，不如取其一瓢，专研至深，达至大成。

不忘初衷，稳步从容

做律师工作有烦恼吗？当然有。陈律师说，工作多，经常加班，密集的工作安排，沉甸甸的工作压力，让本应当是自由的生活变得不那么轻松自由了。

有时，陈律师会因为客户突然打来的电话，而不得不放弃休息时间，不厌其烦地为客户解决法律问题；有时，陈律师需要陪着客户跨省出差，实地办案。记得某次陈律师陪客户去广东出差，被对方纠集的社会人员纠缠威胁，甚至被禁锢在对方单位一个星期才得以脱身，现在回想起来也是心有余悸。

工作的辛苦和挑战没有动摇陈律师的意志，他以坚韧的意志和认真负责的工作态度，将法律事务处理得井井有条，不仅赢得了客户的信任与尊重，也获得了同事、同行的高度认可。

陈律师说：**“自执业以来，相对于业绩的增长，我更愿意看到客户对我的能力、人品和人格的认可，这是我做律师的目的。**除了工作之外，也要关注个人的幸福。而幸福感的形成，往往受到工作、家庭、收入等多方面因素的影响，**只有各方面均衡发展，才能让自己的人生更稳步从容。**”

“守信如金，为业载道”，恰如“金道”二字的含义和要求，陈律师不忘初心，砥砺前行，作为金道律师的一员，力争为客户寻求法律问题的最佳解决之道。

唐小平：勤勉钻研，厚积薄发

他曾是一位意气风发的中学老师，教书育人，桃李争妍；十三年前，他高分通过司法考试，转行进入律师行业；暮然回首，他已然在律师行业历经十余个春秋。

走近本期高级合伙人——唐小平律师。

唐小平，金道所高级合伙人，事务所内核委员会成员，浙商证券新三板项目内核委员，擅长于投融资、公司并购重组、股权架构、企业破产重整与清算、建筑房地产及疑难民商事诉讼等业务领域。

改途易辙

唐小平律师在做律师之前已任职了数年中学教师。教师这一岗位有着天然的浓郁学习气氛，在工作之余，除了钻研任教的课程之外，唐律师也喜欢自学法律知识。通过自学，唐律师以高分通过了当年的司法考试，也就是十三年前，唐律师选择辞去了教师职务，转行进入律师行业。

多年任教经验的积累使唐律师擅于发言与沟通，在成为律师之后，

唐律师在省市级控辩大赛中屡获佳绩。也是由于教师工作时沉淀下来的工作风格,唐律师喜欢钻研,在办理各类民商事案件时,他总是能多途径地寻找法律依据,不错过每一个案件细节,兢兢业业工作,不辜负当事人的重托。

厚积薄发

唐律师至今已从事律师职业十余年,他承办了为数众多的重大、疑难民商事诉讼案件及投融资、新三板挂牌上市、企业债务危机处理、企业破产重整等各类民商事非诉讼业务。深厚的法律功底与对生活透彻的理解让唐小平律师面对疑难复杂问题时,总是能够游刃有余。以下是唐律师颇有心得的数个经典案例:

案例一:多年以前,预约买卖合同相关司法解释尚未出台,唐小平律师就创造性地以类似合同构架,避开了土地转让中已投资比例不得低于25%的限制,并通过一系列的安排充分保障了未开发土地提前转让的交易安全。

案例二:在企业融资难的背景下,深陷互保危机之中的企业最终能存活下来的几率少之又少。某制造企业即陷入了此种困境,由于其互保单位相继倒闭,导致十余家银行纷纷要求其承担担保责任。唐小平律师与该企业实际控制人通过深度剖析后制定了引入战略投资者、整体打折收购所有债权后以“债转股”形式投资的危机应对方案。唐律师依据该企业的整体资产评估报告等资料,撰写了模拟破产受偿分析报告,该案前后历经了三年,通过与战略投资者、债权人等无数次谈判,最终该企业未挪用其自身任何流动资金即成功处置了近两个亿的担保债务,创造了互保企业倒闭危机潮中的奇迹。

案例三:某建筑企业除大量银行贷款、货款债务外,还存在大量民间借贷债务。安抚好为数众多的民间借贷债权人是该企业主能否避免身陷囹圄的关键。基于该企业剩余资产中,疑似还有多个项目的质保金可收取(未决算),唐律师随即为其制定了如下安抚方案:“由民间集资债权人共同设立合伙企业,设立的合伙企业先受让该建筑企业的上述应收款债权,如此后质保金能够顺利收回的,则合伙人(债权人)将通过

分配回收款受偿;如三年后仍无法通过上述方式受偿的,则由与该企业主关系密切的第三人通过受让合伙人(债权人)所持合伙份额的方式令其受偿”。该方案最终有效化解了非法集资刑事责任风险。

案例四:办理了预告抵押登记的银行按揭贷款,在浙江省内历来享有优先受偿权。某银行诉某房地产开发企业破产债权确认纠纷案件中,唐小平律师作为房企代理人,力主银行无优先权。唐律师通过对不动产预告登记制度的深度剖析,厘清物权在开发商、购房人、银行之间的流转关系,充分揭示了银行将来可取得的抵押权系基于购房人将来可取得所有权这一基础逻辑后,成功说服法庭,自此打破了银行按揭贷款优先受偿的不破金身。

在唐律师十余年的律师生涯中,通过其专业知识和能力化解的疑难案件还有许多,这些都离不开唐律师善于钻研、认真思考,对客户事务认真负责的执业态度和专业精神。

任重道远

随着互联网时代的不断发展,经济行为模式不断推陈出新,唐律师认为,律师若无持之以恒的学习和研究,将难以长期满足时代的需求。自转型律师以来,唐律师认为正是因为律师每天需要面对不同案件与当事人、需要学习持续更新的法律法规,才使得律师这一职业充满着挑战与吸引力。

律师是一个要求知识面非常广博的职业。任何复杂的法律问题背后,都隐藏着最基本的生活逻辑。能够透视事物的本质,不为表象所迷惑是对律师最基础的要求。**要将自己变成一块海绵,善于向当事人学习,多向从事金融、商贸、建筑、机械、医疗等各个行业的人士学习他们的专门知识,总结各门类知识的共性,从而做到融会贯通。**人若不能每天前进,其生活将缺少了一定的意义与价值。

律师在执业过程中更应恪守律师职业道德,不懈怠、不越位。作为曾经的师者,唐律师将自己的经历总结为一句话,与年轻律师们共勉——**唯有锲而不舍,方可厚积薄发、游刃有余。**

论网络司法拍卖中法院的说明义务

□ 王全明* 王 杰*

【摘 要】 相关司法解释规定法院有查明并披露拍卖财产现状、权利负担等内容的职责,即对拍卖标的的现状和瑕疵进行说明的义务。从司法裁判视角看,在房地拍卖时法院的说明义务主要包括土地状况、房屋状况、价值评估三个方面,“房产规划调整”在特定情况下也应当是说明义务的范畴。披露程序严重违法,导致竞买目的无法实现时,应当认定法院未尽说明义务,进而可以通过撤销来认定拍卖无效,退还保证金,甚至主张国家赔偿。司法拍卖为公法性质,撤销拍卖体现了司法纠错功能。

【关键词】 网络司法拍卖;说明义务;撤销;司法纠错

* 王全明,本所主任,浙江省人民政府立法咨询专家,浙江省中小企业法学研究会副会长。
* 王杰,本所实习律师,西南政法大学法学硕士。

引言

自 2012 年浙江宁波的法院首次通过淘宝网的途径拍卖涉诉资产以来，网络司法拍卖的推行使得交易成本降低，成交率和溢价率提升，并有效解决了传统拍卖的信息不对称问题，遏制了潜在的黑箱操作和利益输送，取得了法院和社会的普遍认可。近年来，各地法院不断探索网络拍卖的新模式，最高法也出台了相应司法解释以提供法律支持。就浙江地区而言，司法拍卖曾经是执行行为失范“重灾区”，在实行网络拍卖后，浙江高院实现了拍卖环节腐败违纪的“零投诉”。[①]随着网络司法拍卖的进一步规范化和规模化[②]，网络司法拍卖的一些问题也逐渐凸显，部分网络司法拍卖由于不符合法律和司法解释的规范要求，特别是拍卖法院未尽到瑕疵说明义务就草率挂拍，导致拍卖当事人和利害关系人向法院提出异议请求撤销网络司法拍卖。[③]如何在网络司法拍卖中维护司法公信力和竞买人合法权益，已然成为亟需回应的难题。

一、从请求退还保证金的典型案例说起

(一)案情简介

2018 年 2 月浙江省台州市中级人民法院通过淘宝网司法网络拍卖平台发布网络拍卖文件，拟对被执行人 A 公司位于临海市主城区的工业房地产(下称拍卖标的物)进行网络司法拍卖，起拍价逾 7000 多万

① 任重远：《法院自主，网络拍卖 网络司法拍卖的浙江模式》，《南方周末》，http://www.infzm.com/content/118722，最后更新时间：2016 年 8 月 5 日，最后访问时间：2018 年 6 月 23 日。

② 从淘宝网司法网络拍卖平台“阿里拍卖·司法”(https://sf.taobao.com/)的统计数据看，截止 2018 年 6 月 23 日，浙江省范围内拍卖标的物价值在 1000 万元以上的拍卖案例已经高达 16308 件，其中房产有 12002 件，土地 2667 件，资产 737 件，股权 246 件。

③ 从无讼网的统计结果看，援引《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(下文简称《执行规定》)第 21 条的案例有 390 篇，援引《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》(下文简称《网拍规定》)第 31 条的案例有 75 篇，且绝大多数案例都发生在近两年时间内。

元，保证金高达700万。法院在拍卖公告中载明拍卖标的物的名称为“工业房地产”，土地用途为“工业用地”，以及竞买人条件：“竞买人条件：竞买人应符合当地的工业产业规划要求、准入条件及其他要求，竞买人在竞拍前应到相关主管部门咨询，确定了解后再决定是否竞买，否则因此造成不能过户的责任自负。”

竞拍人孙某在仔细阅读拍卖公告并实地看样后，认为拍卖标的物符合异议人经营需求，于是通过淘宝账户交纳700万元保证金参拍。2018年3月，孙某经过多轮竞价，终于超过一亿的价格竞得该拍卖标的物。但当孙某前往国土不动产窗口申请办理过户手续时，被工作人员告知目前已停止办理拍卖标的物所在街道范围内工业用地转让手续业务。后经了解，早在2011年政府就已形成《临海市人民政府专题会议纪要》并明确拍卖标的物所在土地的转让限制：拍卖标的物所在区域内，企业用地土地使用权因法院裁定变更的，受让者需附加“今后因城区发展需要无条件接受政府土地收储”的承诺书，并经相关部门及市政府同意后，方可办理变更。另有证据表明，尽管土地性质仍为工业用地，但其上的“工业房地产”④已不符合政府规划要求。

本案的拍卖标的物属于前述区域内，这就意味着孙某即使通过司法拍卖取得了土地使用权，也必须附加“无条件接受收储”的承诺书并经政府同意后方可转让。如此一来，即使孙某能够将拍卖标的物过户，但由于政府已改变该区块功能布局，能否继续工业房地产的开发建设已经存疑。另一方面，由于过户需附加“无条件接受收储”的承诺书，必然会影响拍卖标的物的投资价值。因此，孙某在规定期限内未缴纳拍卖余款，同时向法院申请退回保证金。但法院并未答复，而是在期满后直接进行了第二次拍卖。嗣后，孙某作为竞买人，以利害关系人的身份向法院提交了异议申请书，请求撤销拍卖并退还保证金。

---

④ 根据《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第12条，土地用途有工业用地、居住用地等之分，并分别对应了不同的使用年限。但在政府的相关政策文件中，“工业用地”的概念有别于“工业地产”。例如台州市人民政府2016年出台的《关于加快工业地产开发建设的实施意见》第3条规定：工业地产是规划为工业用地，按照国家通用标准及行业要求进行统一规划、统一设计、统一建设、统一管理，集投资、开发、经营管理和服务等为一体的工业物业总称。建成后出售、出租给企业从事工业生产、生产性服务等经营活动，包括工业制造厂房、工业仓储物流、工业研发楼宇等。因此，此处的“工业房地产”应指“工业地产”，是包括了工业用地与其上厂房、楼宇等建筑物在内的工业物业总称。

(二)争议的问题

本案的核心争议在于，政府对拍卖标的物的这一限制是否属于法院应当查明和公告的范畴？政府的会议纪要及相关文件已对拍卖标的物所在的土地及其上工业房地产的开发、建设和处分作了限制，导致即使拍卖标的物可以过户，相关不动产权能也严重受限，并不能按常规工业用地及工业房地产进行建设与使用，特别是再次转让。因此，竞买人无法取得案涉工业房地产包括占有、使用、处分和收益在内的完整权能。问题在于，一方面，作出拍卖的法院执行局完全有理由认为其已经对此作了免责声明，拍卖标的物是否存在控规政策是竞买人的审查义务而非法院的审查义务；另一方面，法院执行局认为拍卖标的物在拍卖可以进行过户，但过户过程中以及过户之后将会受到哪些政策限制，不属于法院应当查明和公告的范畴。

回归到条文，《网拍规定》第 13 条第 1 款规定：由于拍卖财产的文字说明、视频或者照片展示以及瑕疵说明严重失实，致使买受人产生重大误解，购买目的无法实现的，当事人、利害关系人提出异议请求撤销网络司法拍卖，人民法院应当支持。笔者认为《网拍规定》第 13 条第 1 款规定了法院在网络司法拍卖中的说明义务。结合《网拍规定》第 6 条第 2 款和第 12 条第 2 款[⑤]之规定，法院说明义务的内容似乎应指“拍卖财产现状和权利负担”。但由于没有对具体的内容和事项进行细化，容

⑤ 《网拍规定》第 6 条第 2 款：实施网络司法拍卖的，人民法院应当履行下列职责：……，(二)查明拍卖财产现状、权利负担等内容，并予以说明；第 12 条第 2 款：拍卖公告应当包括拍卖财产、价格、保证金、竞买人条件、拍卖财产已知瑕疵、相关权利义务、法律责任、拍卖时间、网络平台和拍卖法院等信息。

易引起适用中的争议，例如本案中法院执行局就认为只要土地能顺利变更登记，其上工业地产的规划变更和后续的转让限制不在法院说明义务的范畴内。加之越来越多的法院选择在公告文件中附加“自行咨询了解”、“责任自负”等内容，这些免责条款固然能起到维护拍卖稳定性、提高拍卖效率等作用，但也为法院逃避其所应当承担的审查义务提供了说辞。如何认定网络司法拍卖中法院是否尽到了说明义务，以及如何通过异议撤销拍卖来实现司法救济，保护竞买人的合法权益，这是本文试图要回应的核心问题。

二、网络司法拍卖说明义务的界定

(一)说明义务的概念与内涵

1.说明义务的概念明晰

在拍卖活动中，向竞买人履行拍卖标的的说明义务向来都是属于委托人和拍卖人的法定义务，《中华人民共和国拍卖法》(下称《拍卖法》)就早已对此有所表述。例如《拍卖法》第18条规定：拍卖人有权要求委托人说明拍卖标的的来源和瑕疵。拍卖人应当向竞买人说明拍卖标的的瑕疵；第27条规定：委托人应当向拍卖人说明拍卖标的的来源和瑕疵。随着网络司法拍卖的推广，法院作为拍卖人直接参与到司法拍卖中，是说明义务的应然主体。因为竞买人往往是不知情的第三人，由于要参加竞买标的一时难以发现其是否存在瑕疵，只能以拍卖行提供的拍品信息为主要依据，因此拍卖人法定瑕疵说明的义务正是体现《拍卖法》中规定的基本原则。[⑥]但司法拍卖中说明义务有别于一般的瑕疵担保义务，买受人的撤销拍定申请权不同于强制拍卖私法说中的要求与债务人解除合同的瑕疵担保请求权。[⑦]因此，司法拍卖中的“瑕疵”不同于合同法中的“瑕疵”。

结合《网拍规定》的相关条文，笔者认为，在网络司法拍卖的大环境下，法院说明义务的概念应作如下界定：法院应当对可能存在影响拍卖标的正常使用和转让，或导致价值显著减少的财产现状、权利负担等内

---

⑥ 王为民：《履行瑕疵说明义务 建立防范风险意识》，《中国拍卖》，2005年第6期。

⑦ 陈丽、肖敏：《网拍中拍品瑕疵说明问题的成因及对策》，《人民法院报》，2017年8月9日，第008版。关于司法拍卖的公法性质，后文将进一步论述。

容进行必要的查明和公告；法院已经对此做了充分的瑕疵说明并提供免责声明的，或因拍卖时的技术水平不能发现的，可以免除责任。

2.说明义务的内在属性

那么，司法拍卖中说明义务的内在属性或者说义务来源究竟是什么呢？在我国，行政权、司法权应该在党的领导和人民公权的监督下高效运行。[8]同时，国家治理的各权力主体要承担起“元治理”的角色，否则就会产生“相当的政策非理性、制度间的斗争、管辖权的重叠，以及竞争性政策网络的扩散”。[9]这就要求在国家治理中，行政、法院和检察院三者相互联系，又保持界限，形成规范化的法治体系。具体到司法拍卖中，司法权本质又是“判断权”[10]，是通过生效裁判的形式明确权利归属和是非对错，存在固有的权力边界。而司法拍卖是司法权行使(形成生效裁判文书)的特定结果。因此，拍卖中的说明义务本质上是判断权在执行阶段的延伸和具体化，其目的是明确司法权的边界，防止与其他权力，特别是行政权出现重叠和冲突。例如法院通过判决确定抵押权归属，在通过拍卖案涉土地实现抵押权的过程中必然要土地的范围、权利负担、规划调整等具体情况进行说明，以保证竞买人最终获得的是没有权利负担、与政府部门不产生矛盾的完整权能。换言之，司法拍卖的结果应完整地落在司法权的界限内。

因此，司法拍卖中法院的说明义务是明确司法权边界的必然体现，其内涵有三个层面：第一，法院通过履行说明义务，以避免损害其他人的合法权益，否则无法实现“救济各类主体的合法权益，化解社会矛盾，维护社会秩序”[11]的功能。第二，说明义务有助于法院与政府两个职权部门的沟通协调。在判决和执行中，由于关涉司法权能否直接代为行政权职能的问题，为避免司法权僭越行政权的嫌疑，法院恪守着自己的界限。[12]第三，说明义务是我国司法独立的客观要求，正如学者所言：司法权与其他各种权力之间无法解决“你中有我，我中有你”的状况，司法

[8] 李宗才：《论人民民主专政体制下行政权与司法权的制衡》，《法制与社会》，2011 年第 10 期。
[9] 沈德咏、曹士兵、施新州：《国家治理视野下的中国司法权构建》，《中国社会科学》，2015 年第 3 期。
[10] 孙笑侠：《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》，《法学》，1998 年第 8 期。
[11] 沈德咏、曹士兵、施新州：《国家治理视野下的中国司法权构建》，《中国社会科学》，2015 年第 3 期。
[12] 黄先雄：《德国行政诉讼中司法权的边界及其成因》，《比较法研究》，2013 年第 2 期。

权依法独立行使就是一句空话。[13]

(二)说明义务的类型化梳理

无论是传统的法院委托拍卖还是网络拍卖,“拍卖人有向竞买人说明拍卖标的现状和瑕疵的义务”是不言而喻的。但《拍卖法》和《网拍规定》都没有进一步明确说明义务的具体内容,单单“财产现状、权利负担”的表述无法为司法实践提供有效指导。但反过来,通过案例的汇总分析,我们能对《网拍规定》关于说明义务的适用情形形成直观的认知和判断。因不动产的拍卖价值远大于动产,也是引发竞买人异议的主要来源,因此笔者通过统计与房地产相关的20余件撤销司法拍卖的典型案例,从裁判理由的视角对说明义务作了类型化梳理,具体如下:

1.关于土地状况的说明义务

土地状况是指拍卖时土地上的权利负担是否完全消除,其中又可细分为土地使用权不完整、土地范围不匹配、地上留有附着物等情况。“土地使用权不完整”是指拍卖标的的土地使用权可能为全部或部分他人所有,不对此进行充分说明披露将导致无法办理过户等后果;[14]“土地范围不匹配”则是指拍卖标的为房产时,房产的范围大于土地的范围或者部分为公共用地,以致竞买人产生误解;[15]“土地上留有附着物”是指土地未清理干净,可能会产生后续的清理成本。[16]

2.关于房产状况的说明义务

[13] 傅郁林:《司法权的外部边界与内部配置》,《法制与社会发展》,2016年第2期。

[14] 详见海口海事法院(2015)琼海法执异字第124号执行裁定书、三门县人民法院(2016)浙1022执异12号执行裁定书等。

[15] 详见丽水市中级人民法院(2016)浙11执复1号执行裁定书、缙云县人民法院(2016)浙1122执异1号执行裁定书等。

[16] 详见咸宁市咸安区人民法院(2017)鄂1202执异61号执行裁定书、北京市第一中级人民法院(2018)京01执复2号执行裁定书等。

在土地性质、权属等没有争议时，法院在拍卖过程中仍有可能因土地上得到房产状况产生纠纷，具体可包括租赁权留存、房产性质无法与土地性质对应、房产规划调整等。“租赁权留存”只是由于拍卖标的上仍留有租赁权，法院没有在拍卖公告中对该租赁权的利负担情况作明确公示，可能成为支持撤销司法拍卖的理由。[17]“房产性质无法与土地性质对应”是指在明确的土地性质和用途规划下，拍卖房产的说明却是其他用途，一般是将公寓房、度假用房等价值较低的房产描述为价值较高的商品房。[18]“房产规划调整”是指在案涉房产在拍卖前已经有政府规划的政策，导致竞买人无法按公告内容取得完整权能的拍卖标的，具体原因可以是房屋容积率变更、区域内建设规划变更等。因“房产规划调整”涉及法院和政府两个不同的职能部门，因此实务中争议最大。[19]

3.关于价值评估的说明义务

拍卖标的的评估一般都是通过专业评估机构进行，但若评估报告出现虚假陈述或者错误的时候，实务中法院也有裁定撤销司法拍卖的情况。[20]例如对房屋建成时间的错误判断而影响评估价值。再如土地在评估时，未如实陈述抵押物的实际状态，影响了该地块的使用价值，导致竞买人对该地块的购买目的无法实现。

三、未尽说明义务的成因及认定

(一)未尽说明义务的成因

为尽快实现拍卖财产的变现，法院在拍卖过程中不可避免地会将带有瑕疵和负担的财产进行拍卖。法律并不禁止带租拍

[17] 详见泰安市中级人民法院(2017)鲁09执复86号执行裁定书、淮安市中级人民法院(2017)苏08执异153号执行裁定书等。

[18] 详见乐山市中级人民法院(2017)川11执异15号执行裁定书、徐州市铜山区人民法院(2017)苏0312法赔3号赔偿决定书、最高人民法院(2016)最高法执复58号执行裁定书等。

[19] 除本文前引案例外，还可详见杭州市中级人民法院(2018)浙01执复6号执行裁定书、湖北省高级人民法院(2017)鄂执异14号执行裁定书等。

[20] 详见惠安县人民法院(2017)闽0521执异34号执行裁定书、咸宁市咸安区人民法院(2017)鄂1202执异61号执行裁定书等。

卖或瑕疵现状拍卖,只要在拍卖前进行充分说明和披露即可。而一般情况下,通过必要的调查和尽到必要的注意义务,查明拍卖财产现状、权利负担并非难事。但实践中确实存在大量未尽到说明义务的拍卖。原因主要有两方面:

其一是执行财产本身确实可能存在难以被发现的瑕疵和权利负担,但由于执行资源的有限性等多方原因,法院可能怠于调查,进而导致披露不到位。例如"土地使用权不完整"和"房产性质无法与土地性质对应"等问题完全可以通过登记部门查询土地权属状况和土地性质来避免,"租赁权留存"的问题也可以通过实地调查来避免。

其二是涉及不动产拍卖时,司法权与行政权的潜在冲突有可能导致法院怠于履行说明义务,在"房产规划调整"问题上表现得尤为明显。就前引案例而言,法院在拍卖时似乎就默认了只要土地使用权的权属变更不存在问题,其上的房产问题无需法院另外查明和公告;而政府相关部门则认为即使土地权属能变更,其上的房产也要受到政策规划的调整和控制。一旦双方未能沟通协调好,就容易产生纠纷。

(二)未尽说明义务的认定

1.从法院的视角看:披露程序严重违法

法院在网络司法拍卖中对拍卖标的进行准备完备的披露和说明,不仅是相关法律附加的要求,而且是保障竞买人在信息对称条件下理性出价、公平交易的前提。"司法拍卖程序应当法定且严格,确保执行标的物通过公正程序实现价值的最大化。因而,判断司法拍卖效力的基本标准为拍卖程序是否严重违法,包括拍卖程序违反基本要求,如未正确公告。"[21]结合前引案例论述,在《网拍规定》要求法院就"财产状况和权利负担"进行查明和公告时,法院不能擅自认为拍卖标的物的房产受到政府规划政策的调整限制不属于"财产状况和权利负担"范畴。因为倘若真有控规政策和"无条件接受收储"承诺书的存在,拍卖标的物的价值将大大折扣。法院未说明披露这一情况,导致拍卖的"理性出价、公平交易"的前提不复存在。当然,并非所有的不披露行为都能被认定严重

[21] 毋爱斌:《司法拍卖无效认定程序体系论——从最高人民法院指导案例35号谈起》,《法学》,2017年第1期。

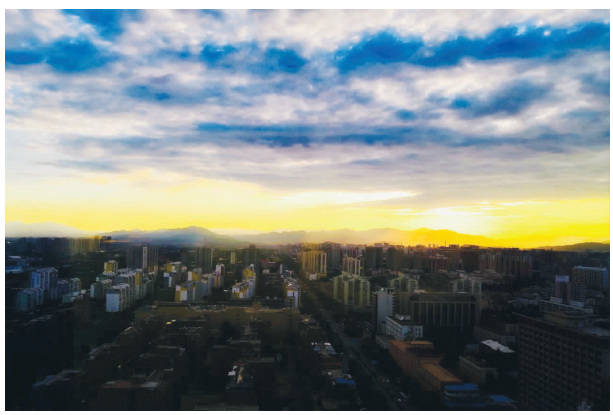
违法，司法拍卖的公法性质必然要求只有在标的物价值严重受损或者对竞买人严重不公，亦即披露程序严重违法时，才可认定法院未尽说明义务。

2.从竞买人视角看：竞买目的无法实现

对竞买人而言，其参与竞拍的目的就是取得拍卖标的的所有权并进行后续的利用和收益。若法院未对拍卖标的进行披露和公告，可能导致竞买人产生重大误解，购买目的无法实现的，也应当认定法院未尽说明义务。值得注意的是，《网拍规定》的“重大误解”和“购买目的无法实现”不能作合同法关于合同可撤销和合同解除的同等解释。司法拍卖的内在属性应为公法性，而“公法行为与私法行为在行为主体、构成要件、效力内容、法律救济方式等方面都存在着诸多差异，必须分而治之，不能混同。”[22]具体构成要件的区别，限于本文篇幅不再展开论述，但笔者认为，可以从竞买人的视角出发，若拍卖标的无法正常使用或竞买人承担了远高于拍卖标的实际价值的出价，导致拍卖结果与竞买人预期有较大出入或导致竞买人承担高额损失时，则可以认定“重大误解，购买目的无法实现的”，进而认定法院未尽说明义务。

3.免责条款的效力分析

当拍卖标的存有瑕疵，但法院又因各方原因想急迫进行高价拍卖，很有可能寄希望于免责条款来逃避拍卖标的瑕疵说明义务。笔者认为，网络司法拍卖由于空间、时间、效率的多方因素限制，要求拍卖人必须进行实地调查不仅不现实，也不符合法院查明、说明拍卖财产现状、权利负担的职责要求，因此免责条款自



[22] 江必新：《法律行为效力制度的重构》，《法学》，2013 年第 4 期。

有其合理性和必要性。但免责条款不能脱离拍卖说明义务而单独存在，换言之，法院必须在充分披露公告某一具体瑕疵的前提下，才可以对该瑕疵进行免责说明，进而允许竞买人在信息对称的前提下自由出价。否则，即使交易可以达成，但本质上是不公平的交易，不能认定法院尽到了说明义务。因此，网络司法拍卖并不因瑕疵声明而一律免责。

四、未尽说明义务的司法纠正

当法院未尽到说明义务，未对拍卖财产现状、权利负担进行必要查明和充分说明，结果上导致拍卖结果与竞买人预期有较大出入或导致竞买人承担不当损失时，竞买人可以向法院提出异议请求撤销司法拍卖，以实现司法纠正。司法拍卖撤销权是一项具体的、特殊的执行救济权，它是指在司法拍卖过程中以及拍卖成交后，法院依职权或依拍卖活动的参与人、案外第三人等申请，经依法审查后对违法拍卖行为和拍卖结果予以撤销的权利(权力)。[23]

(一)撤销网络司法拍卖的法理基础

1.司法拍卖的公法性质

关于司法拍卖“公、私”性质之争议由来已久，尤其是在网络司法拍卖推广之前，法院委托第三方拍卖为常态，更是模糊了司法拍卖公法与司法的界限。持私法说者认为拍卖之公告，为要约之引诱，应买之表示为要约，拍定之表示为承诺，二者合致而成立买卖契约。[24]持公法说的学者通过分析民事强制执行权的性质、强制执行拍卖不以被执行人的意志为转移的特征(非合意性)、拍卖法律关系中权利义务的不对等性、维护法院公信力和维护交易安全之必须等多方面因素考量，认为我国民事强制执行拍卖的性质应界定为公法性。[25]而主张折中说的学者则认为“司法拍卖类似于行政领域的行政合同行为，是法院为了更好地保障和实现申请人的胜诉债权，在司法领域与买受人发生的合同关系，司法网拍兼具公法性和私法性双重属性。”[26]

[23] 于宝良：《论司法拍卖救济权的配置与完善——以司法拍卖撤销权为视角》，《山东审判》，2013年第2期。

[24] 杨与龄：《强制执行法论》，中国政法大学出版社，2002年版。

[25] 宋汉林：《论民事强制执行拍卖之性质》，《特区经济》，2011年第5期；范向阳、范欣珂：《试论强制拍卖无效》，《人民司法》，2009年第7期。

[26] 饶群：《司法网拍中买受人的权利保护问题探析》，《人民司法》，2017年第22期。

笔者认为，网络司法拍卖应为公法性。随着网络司法拍卖愈发普及，法院直接参与拍卖行为，制定拍卖规则，执行处罚措施。若允许竞买人就执行阶段的司法拍卖提起合同纠纷之诉，不仅难以维护司法拍卖的权威和公信力，也难免会造成司法资源的不必要浪费。面对网络司法拍卖可能出现的问题，立法者应当通过规范拍卖程序、出台实施细则、保障异议人的诉权等形式来逐步纠正。对此，最高人民法院就认为："法院的司法拍卖是公法上的拍卖，与平等主体之间的任意拍卖有显著差别，合同法关于合同效力的规定并不适用于司法拍卖。除非拍卖程序具有严重瑕疵，受让人经过司法拍卖程序依法取得执行标的财产权益应当得到保护。"[27]

2.撤销拍卖体现司法纠错功能

《执行规定》与《网拍规定》允许参与竞拍的当事人、利害关系人提出异议请求撤销网络司法拍卖是基于司法拍卖的纠错功能。在司法拍卖公法说下，法院通过撤销司法拍卖来认定其无效，不能等同于民法意义上的民事行为之"撤销"，而是诉讼程序监督意义上的"撤销"。[28]因此，认定拍卖无效的程序只能是原执行法院或者上级法院通过执行监督程序或者执行异议程序认定。[29]人民法院对作为执行措施的拍卖行为以及拍卖前的评估活动，有着很强的监督和纠错功能，以保证拍卖活动公开、公正进行。[30]

最高人民法院在第 35 号指导案例中依职权认定拍卖无效也正是体现了及时纠错的立法精神。在该案中，由于法院委托第三方进行的拍卖存在恶意串通，未能公开竞价而损害其他竞买人合法利益的情形，广东省高级人民法院最终主动撤销了该拍卖。可以理解为，即使未经当事人或利害关系人提出异议，法院基于执行监督和纠错功能亦能主动撤销拍卖，该做法符合《执行规定》和《网拍规定》的立法精神。正如最高人

[27] 《最高人民法院通报<关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定>的有关情况》，http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14404.html，发布时间：2015 年 5 月 5 日，最后访问时间：2018 年 6 月 23 日。

[28] 毋爱斌：《司法拍卖无效认定程序体系论——从最高人民法院指导案例 35 号谈起》，《法学》，2017 年第 1 期。

[29] 范向阳、范欣珂：《试论强制拍卖无效》，《人民司法》，2009 年第 7 期。

[30] 刘仁海：《民事执行程序中拍卖行为的可诉性》，《人民司法》，2010 年第 11 期。

民法院指出:“确有一些司法拍卖严重违反法定程序，损害了当事人和其他竞买人的合法权益,应当予以撤销。”[31]

3.情势变更原则的适用可能

在司法拍卖的撤销中,情势变更原则能否成为撤销理由之一呢?质言之,前述网络司法拍卖说明义务中“房产规划调整”的相关政策若发生在拍卖公告发出之后，法院能否以情势变更为由免除竞买人的悔拍责任呢？在(2014)鄂武汉中执复字第00060号武汉坤泰置业有限公司与新世界置业(武汉)有限公司民事执行一案中,武汉市人大常委会通过一项决定将涉案地块纳入武汉市生态控制线范围内，其准入制度可能限制涉案地块的商业开发利用。武汉中院认为该决定在拍卖公告发出之后才通过,以“政府政策调整这一情势变更,致使本次拍卖目的难以实现”为由免除了竞买人未按期支付拍卖成交款的责任。但是,在随后的执行监督裁定书,武汉中院却改变了立场,认为以情势变更为由未审查认定竞买人悔拍事实的做法欠妥。

笔者认为,若政府政策变化在拍卖公告后,案涉土地的相关政策则不属于拍卖人应予公布的土地瑕疵,对此法院没有说明义务。竞买人竞得拍卖标的物后因政策的调整导致利益受损不影响悔拍的认定，应追求其悔拍责任，而具体的损失可按征收、收储等法律程序另行主张权利。因此,网络司法拍卖即为公法行为,不宜适用情势变更原则,否则将冲击司法拍卖的程序安定性。

(二)撤销网络司法拍卖的法律后果

1.拍卖被认定为无效

因司法拍卖的公法性质,司法拍卖不宜存在可撤销、可变更、效力待定等效力情形,而只应存在“有效”和“无效”之分。[32]网络司法拍卖可能因法院未尽到说明义务而被撤销,但该“撤销”仅是审判监督意义上的撤销。在未尽到说明义务的认定上,从法院的视角看,要求披露程序

[31] 《最高人民法院通报<关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定>的有关情况》,http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14404.html,发布时间:2015年5月5日,最后访问时间:2018年6月23日。

[32] 毋爱斌:《司法拍卖无效认定程序体系论——从最高人民法院指导案例35号谈起》,《法学》,2017年第1期。

严重违法;从竞买人视角看,要求重大误解导致竞买目的无法实现。可见,只有情形比较严重时才能认定法院未尽到说明义务。因此,司法拍卖被撤销的法律后果以无效加以概括最为合适,即司法拍卖无效认定由撤销程序完成。[33]

2.退还保证金

网络司法拍卖被依法撤销后,法院将保证金退还竞买人是司法拍卖无效的应然后果。由于法院未尽说明义务造成的竞买人未按期支付拍卖成交款,不能构成悔拍,罚没保证金就没有事实前提。从形式上看,"拍卖被撤销导致退还保证金"与"法律文书被撤销导致执行回转"相似,但一般情况下,竞买人提出异议请求撤销拍卖时都会将请求退还保证金的诉求一并写入申请书,法院在撤销裁定中一并处理,无需另外裁定。

3.国家赔偿

除了在异议申请书中写入退还保证金请求之外,依据《网拍规定》第32条"网络司法拍卖被人民法院撤销,当事人、利害关系人、案外人认为人民法院的拍卖行为违法致使其合法权益遭受损害的,可以依法申请国家赔偿"之规定,在交纳保证金或全部价款后拍卖被撤销的,当事人和利害关系人还可以直接请求国家赔偿。司法实务中也不乏这样的裁判。例如在(2017)苏0312法赔3号王海军申请错误执行赔偿决定书中,徐州市铜山区法院就依据《国家赔偿法》和《网拍规定》决定"返还房款,及赔偿利息损失"。可见,法律允许当事人和利害关系人通过国家赔偿来维护自身的合法权益,也不排除通过"将退还拍卖款、保证金的诉求一并

[33] 毋爱斌:《司法拍卖无效认定程序体系论——从最高人民法院指导案例35号谈起》,《法学》,2017年第1期。

写入异议申请书”的形式来主张权益。

五、结论与建议

(一)结论

为维护司法拍卖的公信力,避免拍卖中法院出现严重的程序瑕疵,损害竞买人的合法权益,人民法院在网络司法拍卖中必须依法履行自己的职责,尽到法律规定的说明义务,否则需要通过撤销司法拍卖来实现司法纠错。因此,就前引案例而言,政府在法院拍卖前就已经形成相关政策文件对拍卖标的物进行规划调整和限制,对拍卖标的物的正常使用和拍卖价值产生了实质性影响,应当属于法院的说明义务范畴内。从结果上看,法院未对案涉土地的相关政策这一瑕疵进行查明和公告,已经造成竞买人的重大误解,竞买目的无法实现。因此,竞买人有权提起异议请求撤销该拍卖,并主张退还保证金或国家赔偿。

(二)建议

尽管在网络司法拍卖的快速推广中,相关司法解释一定程度上起到了法理支撑和规范调整的作用,但面对司法实践中纷繁复杂的案情和纠纷,现有的法律规范尚不能够作充分回应。因此,只有在不断完善相关法律规定并不断总结经验的基础上,我国的司法拍卖活动才能够朝着透明、公开、公正的方向不断发展。[34]综前所述,笔者在分析司法拍卖中法院说明义务的基础上,对我国目前的网络司法拍卖提出以下几点建议,权当抛砖引玉之用:

1.加大拍卖标的的审查力度

绝大多数司法拍卖撤销案件,只要对拍卖标的施加必要的调查核实,法院本都可以避免。但是可能由于司法资源的局限性,也可能由于负责拍卖的执行局工作人员的能力相对不够,导致目前网络司法拍卖的拍卖公告等文件在内容表述上高度一致化,免责条款泛滥,法院拍卖人员的懈怠心理逐渐凸显。因此,为加大审查力度,避免法院怠于履行说明义务,有必要出台司法解释对网络司法拍卖的评估、调查、审核等程序进行规范和把控,逐渐形成制度化、规范化的操作模式。

---

[34] 刘萍:《网络司法拍卖法律问题探讨——以浙江法院在淘宝网进行司法拍卖为例》,《湖北警官学院学报》,2013年第2期。

2.加强相关部门的合作沟通

在某些情形下，网络司法拍卖容易引发法院和政府部门的职权冲突，双方各执己见，互不退让，最终损害的仍是当事人和利益相关人的利益。事实上，各种不同的权力只有在各自的管辖权范围内才具有至高的地位，这是权力冲突时的处理规则，需要正确识别不同的权力行使对象以及权力行使所指向的对象的不同的法律关系，使不同的权力在行使的时候各得其所。[35]这就决定了司法拍卖中若出现司法权与行政权的权力冲突，需要两部门通过合作沟通，相互协商的形式解决。例如浙江金华市的各级法院就要求，在拍卖房屋和土地时必须先向当地国土局调查核实土地状况和权利负担。税务局也会就土地的税费问题参与调查并提供协助。因此，在涉及房屋和土地等重大不动产的网络司法拍卖时，法院应更加谨慎注意，拍卖前与政府部门的沟通核实程序应当常态化和制度化。

3.及时纠错，谨慎再拍

一方面，网络司法拍卖一旦出现可能被撤销的情形，法院应当保障当事人的诉权，及时纠正错误。另一方面，根据《网拍规定》第 28 条之规定，网络司法拍卖有依法应当暂缓、中止执行等情形的，人民法院应当决定暂缓或者裁定中止拍卖。但究竟哪些情形属于“依法应当暂缓、中止执行”——例如拍卖公告发出后，拍卖程序结束前，政府出台了相关

[35] 彭涛：《司法权与行政权的冲突处理规则》，《法律科学(西北政法大学学报)》，2016 年第 6 期。

规划调整的政策,这一情形是否属于“依法应当暂缓、中止执行”——相关法律规定并未明确。但该条款本质上要求法院对确有错误的司法拍卖进行主动及时地纠正,这与“异议撤销司法拍卖”的立法精神是一脉相承的。因此,当竞买人提出异议请求撤销拍卖时,法院应谨慎审查,不可径行二次挂拍。

参考文献:

[1] 王为民:《履行瑕疵说明义务 建立防范风险意识》,《中国拍卖》,2005 年第 6 期。

[2] 陈丽、肖敏:《网拍中拍品瑕疵说明问题的成因及对策》,《人民法院报》,2017 年 8 月 9 日,第 008 版。

[3] 李宗才:《论人民民主专政体制下行政权与司法权的制衡》,《法制与社会》,2011 年第 10 期。

[4] 沈德咏、曹士兵、施新州:《国家治理视野下的中国司法权构建》,《中国社会科学》,2015 年第 3 期。

[5] 孙笑侠:《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》,《法学》,1998 年第 8 期。

[6] 黄先雄:《德国行政诉讼中司法权的边界及其成因》,《比较法研究》,2013 年第 2 期。

[7] 傅郁林:《司法权的外部边界与内部配置》,《法制与社会发展》,2016 年第 2 期。

[8] 毋爱斌:《司法拍卖无效认定程序体系论——从最高人民法院指导案例 35 号谈起》,《法学》,2017 年第 1 期。

[9] 江必新:《法律行为效力制度的重构》,《法学》,2013 年第 4 期。

[10] 于宝良:《论司法拍卖救济权的配置与完善——以司法拍卖撤销权为视角》,《山东审判》,2013 年第 2 期。

[11] 杨与龄:《强制执行法论》,中国政法大学出版社,2002 年版。

[12] 宋汉林:《论民事强制执行拍卖之性质》,《特区经济》,2011 年第 5 期。

[13] 饶群:《司法网拍中买受人的权利保护问题探析》,《人民司法》,2017 年第 22 期。

[14] 范向阳、范欣珂:《试论强制拍卖无效》,《人民司法》,2009 年第 7 期。

[15] 刘仁海:《民事执行程序中拍卖行为的可诉性》,《人民司法》,2010 年第 11 期。

[16] 刘萍:《网络司法拍卖法律问题探讨——以浙江法院在淘宝网进行司法拍卖为例》,《湖北警官学院学报》,2013 年第 2 期。

[17] 彭涛:《司法权与行政权的冲突处理规则》,《法律科学(西北政法大学学报)》,2016 年第 6 期。

财产辩护的提出及展开

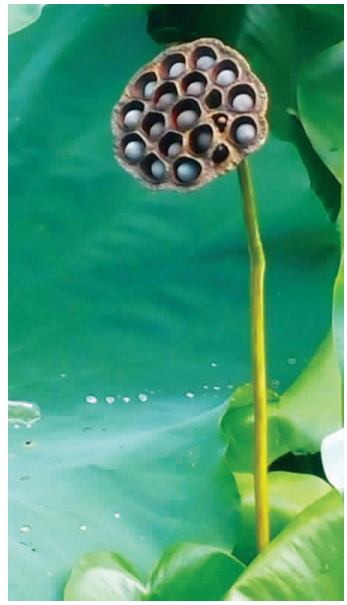
□ 王晓辉* 王 楠*

【摘 要】 刑事追诉不仅关系犯罪嫌疑人、被告人的自由、生命，而且关乎当事人及其家属、利害关系人的财产权益。实践中，由于法律规定的不完善和司法行为的不规范，滥用财产强制措施和随意判处财产刑的现象大量存在，引起极大的争议。随着我国对公民产权和企业财权保护力度的提升和重视，律师在刑事追诉中除了为犯罪嫌疑人、被告人的定罪量刑问题展开辩护以外，还可以就财产强制措施的适用、财产刑的判处提出辩护意见，以达到维护当事人合法财产权益的效果。

【关键词】 财产辩护；财产强制措施；财产刑

* 王晓辉，本所高级合伙人，管理委员会委员兼刑事部负责人，现任杭州市律师协会刑法专业委员会主任。
* 王楠，本所律师，中国政法大学法学硕士。

一、财产辩护的提出



生命权和财产权是人的两项基本权利。在西方,私有财产神圣不可侵犯是一项基本的宪法原则。在我国,《宪法》《民法总则》《物权法》共同构建了对私有财产的保护体系。《宪法》第13条第1款规定:“公民的合法私有财产不受侵犯。”《民法总则》第113条规定:“民事主体的财产权利受法律平等保护。”《物权法》第4条规定:“国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护,任何单位和个人不得侵犯。”

(一)辩护形态之财产辩护

传统的刑事诉讼理论认为,刑事辩护存在着五种典型的形态:无罪辩护、罪轻辩护、量刑辩护、程序性辩护和证据辩护。归根结底,这些辩护形态都是以推翻或者削弱公诉机关指控的罪名为基础,说服法院免除或者减轻被告人刑事责任的辩护活动。[1]

其实,刑事追诉活动不仅关涉犯罪嫌疑人、被告人的人身自由乃至生命,同时也会涉及他们以及利害关系人的财产权。刑事诉讼中的查封、扣押、冻结等财产强制措施和没收违法所得特别程序以及赃款赃物追缴、罚金、没收财产、没收涉案财物等刑罚的适用都与犯罪嫌疑人、被告人及案外利害关系人的财产权息息相关。因此,在上述五种辩护形态之外,就潜藏着一种为了维护犯罪嫌疑人、被告人、利害关系人财产权的辩护,即财产辩护。

本文所述的财产辩护即律师通过会见、阅卷、调查、申请重新鉴定等辩护活动,最大限度地减少司法机关查封、扣押、冻结的财产范围和法院最终判处罚金、没收财产、追缴赃款赃物的数量,从而维护被告人的财产权益的辩护形态。[2]

(二)财产辩护的必要性

1.法律保护体例厚此薄彼

在素有“小宪法”之称的《刑事诉讼法》中，将涉及人身自由的侦查措施规定在“强制措施”一章中，并列明了详细的审批、实施、期限以及事后监督程序，但对涉及财产权的侦查措施却规定在“侦查”一章中，且仅涉及五个条文的概括性规定，既没有事前的审批程序，也没有事中的实施细则，更缺乏完善的救济程序。如此将人身强制措施与财产强制措施相割裂的立法体例，体现了我国刑事诉讼法对人身权和财产权厚此薄彼的保护现状。

2.司法实践中辩护缺失

如果说财产强制措施只是对当事人财产权的临时性限制，那么最终法院判决的财产判项就是对当事人财产权的剥夺，但刑事辩护中无论是被告人还是家属、辩护律师都把注意力集中在罪与非罪、罪重罪轻和刑期轻重上，可以说，法院在作出财产判项时完全是基于自由裁量权的行使，公诉机关不会对财产判项提出建议，辩护一方也少有涉及。只有到判决的执行阶段，当事人和家属才会发现刑事判决不但剥夺了被告人的人身自由，也对其本人及家庭成员的财产权益产生了深刻的影响，而此时无论财产判项是否合理合法，都已经错过了辩护时机。与此同时，2012 年，我国《刑事诉讼法》第二次修订后，新增了“犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”，在该程序中不对嫌疑人、被告人是否构成犯罪以及罪行轻重的问题展开审查，而是单纯地就其违法所得的种类、数量予以明确并没收。在这一程序中，财产辩护被凸显出来，成为律师可以发挥辩护作用的唯一路径。但实践中对财产辩护的研究并不充分，律师也鲜有涉及真正的财产辩护，可以说，财产辩护在刑事追诉中是缺失的。

(三)财产辩护的现实需要

随着我国社会主义市场经济的不断发展，企业和个人都积累了大量财富，如何更好地保护公民、企业所拥有的产权被提上了日程。2016 年 11 月 4 日，中共中央、国务院出台了《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》，文件指出产权制度是社会主义市场经济的基石，保护产权是坚持社会主义基本经济制度的必然要求，必须加快完善产权保护制度，依法有效保护各种所有制经济组织和公民财产权。紧接着，最

高人民法院出台了《关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意见》,强调依法慎用强制措施和查封、扣押、冻结措施,最大限度降低对企业正常生产经营活动的不利影响,不得查封、扣押、冻结与案件无关的财产。最高人民检察院发布了《关于充分履行检察职能加强产权司法保护的意见》,要求全国各级检察机关要深刻认识加强产权司法保护的重要意义,增强加强产权司法保护的责任感、紧迫感,坚持依法、平等和全面原则,切实加强对产权的司法保护。在党和国家对产权保护前所未有的高度重视之下,律师在刑事追诉中进行财产辩护就成为了现实需要,同时,这些文件也为律师的财产辩护提供了依据。

二、财产强制措施及财产刑的适用

(一)财产强制措施的适用

在刑事追诉的各个阶段,司法机关为了保障诉讼活动顺利进行,都有权对涉案财产进行查封、扣押和冻结。如涉案财产为不动产的,用查封措施,司法机关应张贴制式封条,并办理查封登记手续。如涉案财产为动产的,司法机关使用扣押措施,将被扣押物品统一保管,在有见证人在场的情况下清点扣押物品的数量并出具《扣押清单》,清单一式两份,由扣押物品的所有人或保管人、见证人以及侦查人员签字后,一份交给扣押物品的所有人或保管人,一份由司法机关入卷保存。如涉案财产为存款、汇款、证券、股权、基金份额等特殊动产的,采用冻结措施,司法机关开具《协助冻结财产通知书》,通知相应的机构协助办理冻结事项。

(二)财产刑的适用

根据刑法规定,审判机关在对被告人判处自由刑之外,还可以判处罚金、没收财产。其中罚金主要针对一些财产性犯罪,在刑法条文中有专门性规定,就是否并处罚金以及罚金的幅度予以明确。没收财产分为没收部分财产和没收全部财产,根据罪责自负原则,这里的财产应当是被告人的个人财产,不能波及其家人或者其他利害关系人的合法财产,但没收的数额由人民法院把握。

三、刑事追诉中对财产强制措施的滥用

基于财产刑的适用存在于法院独立审理案件的审判程序中,虽然法院作出财产刑判项是行使自由裁量权的结果,但律师的财产辩护还可以在审判中立、控辩对抗的法庭上有序展开。而对于财产强制措施而言,其启动过程是完全封闭的,这种"自己决定、自己执行"的模式必然导致财产强制措施的滥用,从而侵犯到犯罪嫌疑人、被告人以及案外利害关系人的合法财产权利。[3]实践中,财产强制措施的滥用主要表现在以下三个方面:

(一)不设范围全辐射

我国《刑事诉讼法》等法律法规均规定公安机关采取查封、扣押冻结的对象是"涉案财物",但对某一项财产是否系"涉案财物"、对其查封、扣押和冻结是否为侦查犯罪所需要,主观性比较强,不同的人站在不同的立场上会有不同的解读。实践中,公安机关往往不加判断,只要是当事人名下的财产一律查封、扣押、冻结,似乎由于财产强制措施仅是对财产权利的临时性限制,不涉及处分,所以公安机关的适用便可以完全以侦查便利为中心,不考虑财物所有人、使用人的利益。对此,中国人民大学法学院教授陈卫东直言:"办案机关在进行查封、扣押、冻结等程序时,由于相关法律法规存在模糊性等原因,决定哪些属于涉案财物、采取相应措施的时间等受制约性程度较低,容易导致权力滥用等问题,尤其是公安机关插手民事纠纷案件更为明显。"

(二)不设期限全过程

在刑事追诉中,对限制人身自由的强制措施法律规定了羁押必要性审查程序,即在司法机关作出了限制人身自由的强制措施以后,犯罪

嫌疑人、被告人及其辩护人还可以就强制措施是否应当继续适用提出意见,争取变更强制措施。但对于财产强制措施而言,一旦适用,则将全程不变。《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结有关措施的规定》第51条规定当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人对于公安机关侦查人员的不当查封、扣押、冻结,有权向该机关申诉或者控告,其中包含应当解除查封、冻结不解除的。该条还规定受理申诉、控告的公安机关应在收到申诉、控告之日起三十日内作出处理决定并书面回复,当事人对处理决定不服的,可以向上级公安机关或者同级人民检察院申诉,而对于上级公安机关或者同级检察院对申诉的处理时限,该文件未作规定。由此可见,对财产强制措施的后续必要性审查适用自查优先原则,这一审查模式决定了当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人提出的绝大部分审查申请都难有回音,财产强制措施一旦适用就会"一扣到底",贯穿刑事追诉的全过程。

(三)不作区分全覆盖

由于刑事诉讼相关程序法律法规对财产强制措施的适用标准界定并不明确,"与案件有关"或"办案需要"等表述均具有极强的主观色彩,由此导致财产强制措施的适用范围容易被办案机关扩大化,单位和个人不分、个人和家属不分、嫌疑人和案外人(合法债权)不分、合法和非法不分等问题普遍存在,极大地损害了当事人的合法权益。这一问题在涉众型经济犯罪案件和涉黑案件中表现尤为突出,这两类案件往往有相关政策做保障,以维护社会稳定为第一要务,为了提高效率,侦查机关普遍实行"一揽子扣押冻结"[4],对权利主体不加区分,这一做法固然有利于最大限度地保障被害人的财产权利,但在缺乏法律授权的情况下随意地扩大查封、扣押、冻结的范围,是对程序正义的极大危害,也是对犯罪嫌疑人、被告人及利害关系人财产权利的践踏。

四、财产辩护的展开

正是由于财产强制措施被滥用的现象层出不穷，因此在刑事追诉中律师的财产辩护才显得十分必要。财产强制措施的适用贯穿于刑事追诉的全过程，因此，律师的财产辩护也要贯穿于整个刑事诉讼。虽然财产强制措施适用中的一些问题很大程度上是立法不完善造成的，对此律师难有作为，但在刑事诉讼的各个阶段律师仍可以确定不同的侧重点，针对财产强制措施的实施、财产判项的作出、执行提出意见，最大限度地保护当事人的财产权益。

(一)财产辩护的法律依据

我国《刑事诉讼法》第115条规定，当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人对公安机关及其侦查人员的违法查封、扣押、冻结行为，有权向该机关申诉或者控告，对处理结果不服的可以向同级人民检察院申诉。

《公安机关办理刑事案件程序规定》第191条对当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人的申诉控告权与《刑事诉讼法》的规定相同，并在此基础上增加了上级公安机关发现下级公安机关存在本规定第191条第1款规定的违法行为或者对申诉、控告事项不按照规定处理的，应当责令下级公安机关限期纠正，下级公安机关应当立即执行。必要时，上级公安机关可以就申诉、控告事项直接作出处理决定。

《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施有关规定》第51条对当事人及辩护人、诉讼代理人、利害关系人的申诉控告权的规定也与《刑事诉讼法》一致，在此基础上增加了当事人及其辩护律师、诉讼代理人、利害关系人对处理决定不服的，可以向上级公安机关或者同级人民检察申诉。

最高人民检察院、公安部《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》第六章专门就涉案财物的控制和处置作出详细规定，其中第46条明确："查封、扣押、冻结以及处置涉案财物，应当依照法律规定的条件和程序进行。"该文件总体体现了财产强制措施适用的比例原则和适当原则。特别强调了"三区分四不超"：第一，严格区分违法所得、涉案财产与合法财产；第二，严格区分企业法人财产与股东个人财产；第三，严

格区分犯罪嫌疑人个人财产与家庭成员财产;第四,不得超权限、超范围、超数额、超时限查封、扣押、冻结,并注意保护利害关系人的合法权益。

以上法律和规范性文件构成了律师开展财产辩护的法律依据。

(二)侦查阶段的财产辩护

根据《刑事诉讼法》的规定,犯罪嫌疑人从第一次被讯问或采取强制措施之日起有权聘请律师为其辩护。这里的辩护也当然包含财产辩护。在公安机关立案之初,其侦查工作会从两方面入手:第一是锁定和控制犯罪嫌疑人,第二是控制涉案财物。针对后者,公安机关会全面查询当事人名下的各类财产,大量地使用查封、扣押、冻结的财产强制措施。由于该阶段侦查机关的取证情况辩护律师并不完全掌握,因此对于相关物品是否属于涉案财物无法提出准确的辩护意见,但对于财物究竟是属于犯罪嫌疑人还是其家属,是犯罪嫌疑人的合法收入还是非法所得,律师应注意甄别并收集相关证据,及时提交给公安机关,协助公安机关准确的划定查封、扣押、冻结的范围,将错误消灭在萌芽状态。对于易变质、不宜保存、价格波动较大的财产,律师应当及时与当事人及公安机关沟通协商,尽快处理变现,以最大限度地维护当事人的合法权益。同时,对于确有错误的和明显超范围的查封、扣押、冻结,律师要依法向办案机关提出申诉和控告,对公安机关作出的书面处理决定不服的,可以向上一级公安机关或检察院申诉。

(三)审查起诉阶段的财产辩护

案件进入审查起诉阶段后,辩护律师可以查阅、复制案卷,对案件事实有一个全面的掌握,此时财产辩护可以着重围绕涉案财产的范围展开。根据相关法律规定,涉案财物可以分为四类:第一,违法犯罪所得及其孳息;第二,用于实施违法犯罪行为的工具;第三,其他可以证明违法犯罪行为发生及情节轻重的物品、文件;第四,非法持有的违禁品及其他与案件有关的财物及其孳息。从侦查角度讲,审查是否为涉案财物的标准主要看是否与案件有关以及侦查的需要。这一标准是极为主观的。但对辩护律师来说,要设法将主观标准客观化,运用在案证据充分论证相关财物的来源及涉案属性,将与案件无关或者没有必要查扣的

财物排除在财产强制措施之外，以保证当事人以及利害关系人的正常生活和生产经营。在此阶段，辩护律师仍可以向检察机关提出申诉控告，与侦查机关相比较，检察机关作为法律监督机关，对财产强制措施的合法性审查会更加中立和超脱，律师的财产辩护也更易起到效果。

（四）审判阶段的财产辩护

审判阶段的财产辩护一方面应继续针对涉案财物的范围、查扣的必要性以及权利主体的区分展开，另一方面应着重围绕法院对公安机关追缴赃款赃物的种类数量以及财产判项展开。在审判阶段，前期采取的财产强制措施都将转化为判决中赃款赃物追缴情况认定以及财产刑的适用，因此这一阶段是律师开展财产辩护的关键和决胜阶段，财产辩护的效果直接关系到当事人财产权利被剥夺的范围和金额，将转化为当事人实实在在的财产权益。此阶段辩护律师应当对已经被采取财产强制措施的财物作出准确的区分梳理，重点关注当事人合法取得的财产范围。对该部分财产又可分为两种情况：一种是该财产在案发前刚刚转移到当事人的名下，其合法来源路径非常清晰。如案发前当事人进行了一笔合法的货物买卖交易，交易对方刚刚将货款打入当事人的账户即被公安机关冻结，这种情况下，辩护律师应当非常坚决地提出财产系当事人合法收入的意见，要求法院解除冻结，保障当事人的合法权益。另一种情况是当事人在案发前通过合法渠道取得了财产，但该财产又被当事人的其他合法或者非法的活动覆盖了，实践中更多的是这种情况。如当事人案发前收取了交易对方合法支付的货款后，又用这笔款项进行了经营、消费活动，由于金钱的种类物特征，一旦该款项进行了流转，就很难说明其去向究竟是合法还是非法。这种情况下，律师的财产辩护难度就大大增加，尤其在涉及维稳的刑事案件中，法院不会轻易对已经查扣冻结的财产解除强制性措施，律师的财产辩护工作需要更多的耐心和更充分的依据。

此外，对被告人应当判处的财产刑律师也有较大的辩护空间，因为我国刑法对财产刑均采取幅度化的规定，即只有最高限额和最低限额，中间空间巨大，对被告人判处何等金额的罚金或者没收财产，取决于法官的自由裁量权。在定罪量刑争议不大、辩护空间极为有限的情况下，

律师可以将更多的精力投入到财产刑辩护方面，最大限度地维护被告人及其家属的财产权益。

(五)执行阶段的财产辩护

刑事案件的执行中,自由刑的执行程序有着严密的规范,而财产刑的执行仍然涉及罪犯与家属及案外人财产的区分问题。根据罪责自负原则,法院只能就罪犯个人名下的财产进行执行,对夫妻共同财产要先行分割，对有扶养、抚养关系的家庭成员要保留必要的生活费用和物品。尤其在罪犯的个人财产不足以足额执行法院判处的财产刑时,还存在执行终结和恢复的问题,因此律师的财产辩护仍然有其意义。

五、案外人对涉诉财产的权利主张及救济

刑事追诉中不仅会涉及到犯罪嫌疑人、被告人及其家属的财产权利,也会涉及有利害关系的案外人的财产权。我国《刑事诉讼法》及相关文件规定也对利害关系人的申诉控告权作出了相应规定，因此利害关系人也可以据此委托专业律师主张自己的财产权,在侦查、审查起诉和审判阶段对财产强制措施的适用提出申诉控告，在执行阶段通过适当方式维护和实现自身的财产权益。2015 年 1 月 24 日，中共中央办公厅、国务院办公厅下发了《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》,其中第十二条的内容为“明确利害关系人诉讼权利”。该条要求公安机关、国家安全机关、人民检察院应当告知善意第三人等案外利害关系人相关诉讼权利,人民法院应当通知其参加诉讼并听取其意见。利害关系人对判决中涉案财物处理决定不服的,虽然不能提出上诉,但可以请求人民检察院针对财产处理部分抗诉。比起其他法律和文件的规定,该意见对利害关系人的程序性权利作了进一步细化,并对司法机关提出了强制性的权利保障要求,律师应当利用这些权利,充分发表与涉案财物处理

有关的意见,切实维护利害关系人的合法权益。例如,在一起合同诈骗案件中,案外人因与被告人有民间借贷法律关系,因此被告人的房产在首次抵押给银行后,还向案外债权人做了二次抵押。由于被告人涉嫌刑事犯罪,该房产被公安机关查封。对案外人来说,首先是证明其债权的合法性和正当性,最佳途径是通过向法院申请实现抵押权程序,由法院作出裁定并进入执行程序。与此同时,案外人的代理律师应及时关注诉讼进程及该查封房产的处置情况,在民事裁定作出法院和刑事案件审理法院之间建立联系,要求刑事案件审理法院在判决中将案外债权人对房产拥有的份额剔除在追缴赃款赃物之外。一旦刑事判决对该查封房产作出了错误的不利于案外债权人的决定,则代理律师应就此申请检察机关抗诉。在刑事案件进入执行程序后,代理律师可向执行法院要求在银行之后实现案外债权人的抵押权,取得自己应得的财产份额,从而避免个人财产被作为罪犯的赃款赃物予以追缴没收。

刑事追诉中的财产辩护是刑事辩护的一个新领域,在定罪量刑辩护之外,律师应积极开展财产辩护,维护和保全当事人的财产权利,也是体现自身价值的一个路径。笔者相信,随着我国对公民私有财产及产权保护体系的完善以及司法活动的不断规范,财产强制措施的适用将日渐规范,实现审查、救济程序的司法化,届时律师开展财产辩护的空间将会进一步扩大。

参考文献:

[1]参见陈瑞华《刑事辩护的第六空间——刑事辩护衍生出来的新型代理业务》,载于《中国律师》2018 年第 2 期。

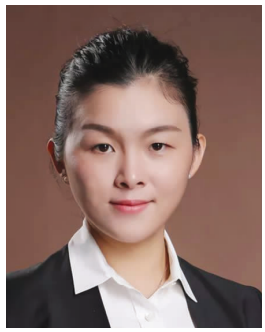
[2]同上。

[3]参见左勇《我国财产强制措施运行机制的思考》,载《法制与社会》2012 年第 11 期下。

[4]参见向燕:《论刑事没收及其保全的对象范围》,载《中国刑事法杂志》2013 年第 3 期。

片区开发PPP项目五大实务问题之法律分析

□ 张　阅* 徐杨超* 汪义山*



【摘　要】 在我国实施新型城镇化战略的背景下,PPP模式与片区开发①项目的结合得到倡导②与广泛应用③,包括新城开发、旧城改造、特色小镇建设等一大批片区开发项目成为全国及省级示范。但与此同

* 张阅,本所律师。
* 徐杨超,本所高级合伙人,浙江省财政厅PPP专家库成员,杭州市律协政府法律顾问专业委员会委员,杭州市律协房地产专业委员会委员。
* 汪义山,本所实习律师,浙江财经大学法学硕士。

① 片区开发并非法律专业术语,业界中对此有连片开发、城镇综合开发、园区开发等同类概念。除非引用法律法规及政策文件或文献,本文采用"片区开发"的表述。

② 2016年7月18日《中共中央国务院关于深化投融资体制改革的意见》(九)鼓励政府和社会资本合作。各地区各部门可以根据需要和财力状况,通过特许经营、政府购买服务等方式,在交通、环保、医疗、养老等领域采取单个项目、组合项目、连片开发等多种形式,扩大公共产品和服务供给。要合理把握价格、土地、金融等方面的政策支持力度,稳定项目预期收益。要发挥工程咨询、金融、财务、法律等方面专业机构作用,提高项目决策的科学性、项目管理的专业性和项目实施的有效性。

③ 根据全国PPP综合信息平台项目管理库的统计,截止2018年5月31日,入库项目共计7609个,其中城镇综合开发项目供477个,数量排名第四,仅此于市政项目2939个、交通运输项目1125个、生态建设和环境保护641个。http://www.cpppc.org:8086/pppcentral/map/toPPPMap.do4。

时，因片区开发 PPP 项目客观上存在投资大、周期长、领域广、内容多元、结构复杂等特性，导致项目在落地过程中面临诸多特性问题。本文参照国家示范项目操作规范并结合实际运作某生态区 PPP 项目的实务经验，运用实证分析法对片区开发 PPP 项目实践中与现行法律法规的“冲突”进行剖析，以期为律师参与片区开发 PPP 项目法律服务提供参考。

【关键词】 片区开发 PPP 模式项目范围项目用地付费

何为片区开发？1990 年《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》第二条曾对“成片开发”作出过定义④，但该《办法》已失效，且适用范围不同，故业界目前尚无对片区开发进行明确的法律定义，比较有共识的观点是指“在符合国家以及当地规划的前提下，对拟开发建设的区域进行一体化的改造、建设、经营和维护”。

相较单体 PPP 项目而言，片区开发 PPP 项目最为显著的特性就是项目内容多元化。也正是因为该特征，导致片区开发开发 PPP 项目在实践中的法律法规适用问题存在较大的特殊性。故本文就结合作者在实务中的遇到的问题，针对项目范围、土地问题、付费等五大热点问题进行初步分析。

一、“不适宜采用 PPP 模式”的单体项目是否可以纳入片区开发项目

片区开发项目是特定地理区域内单体项目的集合。那么，该区域内

④《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》第二条在取得国有土地使用权后，依照规划对土地进行综合性的开发建设，平整场地、建设供排水、供电、供热、道路交通、通信等公用设施，形成工业用地和其他建设用地条件，然后进行转让土地使用权、经营公用事业；或者进而建设通用工业厂房以及相配套的生产和生活服务设施等地面建筑物，并对这些地面建筑物从事转让或出租的经营活动。”

的项目，特别是原作为单体项目是“不适宜采用 PPP 模式”的项目，能否被纳入片区开发项目作为子项目之一，是实施方案制定过程中首要需要考虑的问题。

根据国家财政部《政府和社会资本合作模式操作指南》（财金〔2014〕113 号），PPP 模式适用于投资规模较大、需求长期稳定、价格调整机制灵活、市场化程度较高的基础设施及公共服务类项目，各级相关部门应优先选择收费定价机制透明、有稳定现金流的项目。根据国家发展改革委《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（发改投资 [2014]2724 号），PPP 模式主要适用于政府负有提供责任又适宜市场化运作的公共服务、基础设施类项目。根据上述两份文件，可以采用 PPP 模式的项目必须满足以下两个核心要素：一是项目类型上为公共服务、基础设施类项目；二是财务要求上要能产生稳定的未来可预期的现金流（即存在运营内容）。

2017 年，财政部下发了被媒体冠以“PPP 项目最严新规”的《关于规范政府和社会资本合作（PPP）综合信息平台项目库管理的通知》（财办金〔2017〕92 号），再次重申了“不属于公共服务领域，政府不负有提供义务的，如商业地产开发、招商引资项目等；因涉及国家安全或重大公共利益等，不适宜由社会资本承担的；仅涉及工程建设，无运营内容的”不适宜采用 PPP 模式。

但其实作者发现，不仅是作者所在团队提供法律服务的两个片区开发 PPP 项目，即便是全国示范项目也存在将“招商引资项目”、“仅涉及工程建设，无运营内容的”等从字面理解涉嫌不适宜采用 PPP 模式的项目纳入片区开发 PPP 项目范围内，如某生态区 PPP 项目未对安置房项目安排运营，如浙江省湖州市南浔区产业新城 PPP 项目（第四批

国家示范项目)涉及“招商引资”[5]。可见,按现行法律法规规定不适宜采用 PPP 模式的单体项目,在某种程度上可以在片区开发项目中获得“重生”。那么如何理解这样的“矛盾”呢?

(一)仅涉及工程建设,无运营内容的单体项目是否适宜纳入片区开发 PPP 项目

作者认为,回答这个问题需要回归采用 PPP 模式的目标。“PPP 项目目的无疑是要发挥项目相应作用,提供相应的公共服务(或产品)。从任何一个建设项目全生命周期观察,投资建设仅是获得或形成项目及其服务(或生产)能力的必要措施或必经阶段,而实现项目功能、发挥项目社会经济效益才是项目所追求的最终目标,以提供公共服务为目标的 PPP 项目更不能例外。项目是否可按期保证实现服务目标,……尚需通过后续运营环节予以实现。”[6]而连片开发方式亦旨在通过“统筹规划、分期施工”全面提升区域功能。以某生态区 PPP 项目为例,虽然安置房项目并未安排运营内容,但是提供安置房作为安置拆迁居民的重要方式,其项目启动的根本目的就是配合区域功能的综合提高(包括生态旅游、现代人居等),以实现采取 PPP 模式的目标。

因此,作者认为,特定区域内虽无运营内容的单体项目但客观上服务于片区开发总体项目功能实现,有利于发挥项目社会经济效益的,作为子项目纳入片区开发项目范围内并无不妥。

(二)不属于公共服务领域,政府不负有提供义务的,如商业地产开发、招商引资项目等的项目是否适宜纳入片区开发 PPP 项目

“实务操作中,就准经营性及非经营性 PPP 项目而言,由于项目自身收益有限或者没有收益,而地方政府财政承受能力有限,为提高项目对于社会资本的吸引力,由政府方将项目周边特定地块的开发权以‘缺口补助’的方式提供给 PPP 项目公司或者 PPP 项目社会资本,这正式

[5] 《浙江省湖州市南浔区产业新城 PPP 项目合同》第二条约定委托事项中包含“从获取投资项目信息、招商引资到企业开工建设及投产运营管理等其他工作”,第六条约定“项目开发、招商引资等乙方应按照甲方相关条件、标准和国家政策执行。对重大招商项目的特殊优惠政策,双方共同协商确定”。http://www.cpppc.org:8083/efmisweb/ppp/projManage/perview.do?fileName =PPP% E9% A1% B9% E7% 9B% AE% E5% 90% 88% E5% 90% 8C.pdf&ftpFileName =2017/08/08/1c8932f5925446d1b5b559969b31a5dd.pdf&content=efmisweb&xsg=:8083/,2018 年 6 月 26 日访问.

[6] 陈宏能,肖靓.PPP 项目中的“运营”是什么[J].中国投资.2018(1):108-109.

业内关注的‘土地开发权与PPP项目捆绑模式’”[7]。因此，商业地产开发、招商引资项目有可能通过“土地开发权补偿模式”[8]进入PPP项目领域。目前有相对明确依据可适用“土地开发权补偿模式”的项目领域仅有轨道交通、收费公路等，详见表1。

表1 “土地开发权补偿模式”政策依据

文件号	文件名	政策
国办发[2014]37号	**国务院办公厅关于支持铁路建设实施土地综合开发的意见**	新建铁路项目未确定投资主体的，可在项目招标时，将土地综合开发权一并招标，新建铁路项目中标人同时取得土地综合开发权，相应用地可按开发分期约定一次或分期提供，供地价格按出让时的市场价确定。新建铁路项目已确定投资主体但未确定土地综合开发权的，综合开发用地采用招标拍卖挂牌方式供应，并将统一联建的铁路站场、线路工程及相关规划条件、铁路建设要求作为取得土地的前提条件。
国发[2014]60号	**国务院关于创新重点领域投融资机制鼓励社会投资的指导意见**	（十五）加快推进铁路投融资体制改革。用好铁路发展基金平台，吸引社会资本参与，扩大基金规模。充分利用铁路土地综合开发政策，以开发收益支持铁路发展。按照市场化方向，不断完善铁路运价形成机制。向地方政府和社会资本放开城际铁路、市域（郊）铁路、资源开发性铁路和支线铁路的所有权、经营权。按照构建现代企业制度的要求，保障投资者权益，推进蒙西至华中、长春至西巴彦花铁路等引进民间资本的示范项目实施。鼓励按照“多式衔接、立体开发、功能融合、节约集约”的原则，对城市轨道交通站点周边、车辆段上盖进行土地综合开发，吸引社会资本参与城市轨道交通建设。

[7] 周兰萍.土地开发领域应用PPP存在的问题及应对建议[J].中国律师，2016(12)：63-65.

[8] 《关于联合公布第三批政府和社会资本合作示范项目加快推动示范项目建设的通知（财金[2016]91号）》规定“不得直接以PPP项目为单位打包或成片供应土地”。媒体称之为“20部委严禁项目与土地捆绑”。该表述容易引起并不符合（财金[2016]91号）文的真实意思，故为了避免“土地捆绑”的表述产生歧义，故以“土地开发权补偿”进行替代。

续上表：

发改基础[2015]49号	**国家发展改革委关于加强城市轨道交通规划建设管理的通知**	(二)科学组织项目实施。各城市要建立透明规范的政府资本金投入长效机制,均衡年度财政债务负担,确保资金到位。创新投融资体制,实施轨道交通导向型土地综合开发,吸引社会资本通过特许经营等多种形式参与建设和运营。对城市轨道交通运营企业实施电价优惠。支持企业发行债券。优化工程方案,合理安排工期,有效控制造价,保证质量安全,做好社会稳定风险防范、运营筹备等工作。严禁擅自开工建设规划外项目、随意压缩工期和试运行时间等行为。
财建[2015]111号	**关于在收费公路领域推广运用政府和社会资本合作模式的实施意见**	(十)资金政策支持。 收费不足以满足社会资本或项目公司成本回收和合理回报的,在依法给予融资支持,项目沿线一定范围土地开发使用等支持措施仍不能完全覆盖成本的,可考虑给予合理的财政补贴。对符合《车辆购置税收入补助地方资金管理暂行办法》要求的项目,可按照交通运输重点项目资金申请和审核规定,申请投资补助。

虽然片区开发PPP项目能否采用“土地开发权补偿模式”尚无明确的政策依据,但作者认为,若“土地开发权补偿模式”有利于调动社会资本的积极性,有利于片区开发总体项目功能实现并发挥项目社会经济效益即可以适用。但是在适用过程中,为防止中标社会资本在项目实施过程中“挑肥拣瘦”,应当在供地、开发顺序、付费、违约责任、合同解除等环节设置牵制条款,以保证片区开发的整体到位。

但目前,即便是轨道交通项目,关于“土地开发权补偿模式”落地的具体要求与细则尚未出台,故实践中仍存在不确定性与障碍。

(三)涉及国家安全或重大公共利益的项目是否适宜纳入片区开发PPP项目

所谓涉及国家安全或重大公共利益的项目,在财办金〔2017〕92号文中并未采取列举式的方式予以说明,但业界一般理解为如监狱、军工等项目。该类项目被排除在PPP模式之外,

其根本目的是为了排除社会资本或者说是民营社会资本的介入，确保国家政权与社会稳定，故该类项目即不适宜单独采用 PPP 模式，也不适宜纳入片区开发项目中。实践中，也未发现有关成功案例。

至于其他不适宜采取 PPP 模式的项目是否可以纳入片区开发 PPP 项目需要具体问题具体分析，本文不再讨论。

二、“土地一级开发”是否适宜纳入片区开发 PPP 项目

常规的单体 PPP 项目，在社会资本确定时大多数已经解决了项目用地的问题。但是，片区开发 PPP 项目内容广，子项目多，涉及多宗项目用地，且《关于联合公布第三批政府和社会资本合作示范项目加快推动示范项目建设的通知(财金[2016]91 号)》规定“不得直接以 PPP 项目为单位打包或成片供应土地”，故客观上几乎不具备在采购阶段已经完成全部供地的可能。那么，在涉及巨大工作量与资金量的拆迁安置、土地整理等工作，能否纳入片区式开发项目采用 PPP 模式进行运作？

所谓“土地一级开发”，在我国法律上并无确切的概念，参照《北京市土地储备和一级开发暂行办法》对于土地储备和一级开发的定义，是指政府依法通过收购、收回、征收等方式储备国有建设用地，并组织实施拆迁和市政基础设施建设，达到土地供应条件的行为。

2018 年 1 月 3 日《土地储备管理办法》修订，相较修订前，“新老办法”在关于土地储备工作的内容、实施单位以及前期开发的内容上无实质性变化。即土地储备工作包含了土地的取得、前期开发与土地存储；其中，前期开发的工作包括完成地块内的道路、供水、供电、供气、排水、通讯、围挡等基础设施建设，并进行土地平整，满足必要的“通平”要求。

2016 年 2 月 2 日，财政部、国土资源部、中国人民银行、中国银行业监督管理委员会《关于规范土地储备和资金管理等相关问题的通知》(财综[2016]4 号)规定，地方国土资源主管部门应当积极探索政府购买土地征收、收购、收回涉及的拆迁安置补偿服务。土地储备机构应当积极探索通过政府采购实施储备土地的前期开发，包括与储备宗地相关的道路、供水、供电、供气、排水、通讯、照明、绿化、土地平整等基础设施建设。

根据上述两份文件可得，社会资本可依法参与土地储备工作中的

拆迁安置补偿以及与储备宗地相关的道路、供水、供电、供气、排水、通讯、照明、绿化、土地平整等基础设施建设(即“土地一级开发”,实践中也称“土地整理”、“土地前期开发”)具体见表2。

表2 社会资本参与土地储备工作的内容和方式

	工作内容	社会资本可参与的内容	社会资本参与方式
土地储备工作	土地的取得	拆迁安置补偿	政府购买服务
	前期开发	与储备宗地相关的道路、供水、供电、供气、排水、通讯、照明、绿化、土地平整等基础设施建设	政府采购
	土地收储	——	——

但2016年10月11日各部位联合发布《关于联合公布第三批政府和社会资本合作示范项目加快推动示范项目建设的通知》(财金[2016]91号),该通知规定,PPP项目主体或其他社会资本,不得作为项目主体参与土地收储和前期开发等工作。

那么,是不是土地一级开发不得纳入PPP项目范围了呢?

作者从政府和社会资本合作中心(www.cpppc.org)网站搜索了城镇综合开发开发第三、四批次的国家示范项目,查看后发现,财金[2016]91号所发布的第三批次国家示范项目,与财金[2016]91号之后发布的第四批次国家示范项目中,均将土地一级开发纳入了PPP项目中,详见表3。

那么,该如何理解财金[2016]91号文中关于“PPP项目主体或其他社会资本,不得作为项目主体参与土地收储和前期开发等工作”的规定呢?

结合财综[2016]4号文、实践经验以及第三、四批国家示范项目的信号,作者认为土地一级开发可以纳入PPP项目范围内,同时应当对财金[2016]91号相关规定进行限缩解释,即:

(1)土地一级开发完成后即交由土地收储部门入库收储,因此单独

表 3 国家示范项目信息整理

项目	南京市溧水产业新城PPP项目(第三批次国家示范项目)	河北省廊坊市固安县固安高新区综合开发PPP项目(第三批次国家示范项目)	浙江省湖州市南浔区产业新城PPP项目(第四批次国家示范项目)
土地整理服务内容	(1)土地整理拆迁(包括但不限于土地征收、房屋拆迁等,下同)费用投资; (2)与土地整理拆迁相关的各项补偿费用投资; (3)村民拆迁安置区的购置费用投资; (4)安置标准厂房的建设费用投资; (5)其他与土地整理有关的税费投资。[9]	(1)土地整理拆迁(包括但不限于土地征收、房屋拆迁等,下同); (2)村民拆迁安置区的购置; (3)安置标准厂房的建设。[10]	(1)土地整理拆迁及费用投资; (2)农用地复垦及费用投资; (3)土地平整; (4)与土地整理拆迁相关的各项补偿费用投资; (5)村民拆迁安置区的购置费用投资; (6)安置标准厂房的建设费用投资; (7)其他与土地整理有关的税费投资。[11]

的土地一级开发不存在后续运营服务,故不得单独包装为PPP项目。

(2)实施方案中未将土地一级开发列入PPP项目范围内的,PPP项目主体未经合法程序采购的,不得参与土地一级开发工作。

三、项目资金来源能否与土地出让收入挂钩

财金[2016]91号文规定“PPP项目的资金来源与未来收益及清偿责任,不得与土地出让收入挂钩”。然而,在前文提及的三个国家示范项目中,均出现了涉嫌或明确与土地出让收入挂钩的安排,详见表4。

[9] 《南京市溧水区新城产业新城PPP项目合同》第3.2.3条
http://www.cpppc.org:8083/efmisweb/ppp/projManage/perview.do?fileName=%E5%8D%97%E4%BA%AC%E5%B8%82%E6%BA%A7%E6%B0%B4%E5%8C%BA%E4%BA%A7%E4%B8%9A%E6%96%B0%E5%9F%8EPPP%E9%A1%B9%E7%9B%AE%E5%90%88%E5%90%8C.pdf&ftpFileName=2018/03/30/20180330103442345.pdf&content=efmisweb&xsg=:8083/

[10] 《河北省廊坊市固安县固安高新区综合开发PPP项目合同》第3.2.3条
http://www.cpppc.org:8083/efmisweb/ppp/projManage/perview.do?fileName=21%E5%9B%BA%E5%AE%89%E9%AB%98%E6%96%B0%E5%8C%BA%E5%90%88%E5%90%8C.pdf&ftpFileName=20170331023452539.pdf&content=efmisweb&xsg=:8083/

[11] 《浙江省湖州市南浔区产业新城PPP项目合同》第1条、第3条
http://www.cpppc.org:8083/efmisweb/ppp/projManage/perview.do?fileName=PPP%E9%A1%B9%E7%9B%AE%E5%90%88%E5%90%8C.pdf&ftpFileName=2017/08/08/499b983cd6a842ec82913546d405b561.pdf&content=efmisweb&xsg=:8083/

表 4　国家示范项目信息整理

项目	南京市溧水产业新城PPP项目(第三批次国家示范项目)	河北省廊坊市固安县固安高新区综合开发PPP项目(第三批次国家示范项目)	浙江省湖州市南浔区产业新城PPP项目(第四批次国家示范项目)
付费来源	结算费用来源仅限于委托区域内所产生的收入，即指委托期限内委托区域内企业与单位经营活动新产生的各类收入（委托期限内委托区域内，原有企业原址所新产生的各类收入不计入，但新增建设部分除外），主要包括税收，**土地使用权出让收入，**非税收入，专项收入，专项基金。[12]	其中，土地整理、基础设施和公共设施建设费用**优先使用固安高新区的土地使用权转让费用支付，**如有不足，再由一般公共预算支出支付。[13]	甲方承诺将委托区域内所产生的收入的地方留成部分按国家规定缴纳至地方财政后，甲方按约定比例留存，生于部分全部支付乙方作为偿还乙方的投资成本及投资回报的资金来源。委托区域内所新产生的收入是指委托期限内委托区域内单位与个人经营活动新产生的各类收入，主要包括税收收入(原有企业与单位原址产生的除外)，**土地使用权出让收入、**非税收入，专项收入，专项基金。[14] 在本项目中，设立**资金周转利用机制，**社会资本配合土地储备机构的土地整理工作而进行投资行为，以便高效推动片区开发建设工作，**待土地出让形成土地出让收入后返还该部分投资成本及获取投资收益。**[15]

[12] 《南京市溧水区新城产业新城PPP项目专项结算协议》第二条
http://www.cpppc.org:8083/efmisweb/ppp/projManage/perview.do?fileName=3.%20%E9%99%84%E4%BB%B6%E5%85%AD%20%E5%8D%97%E4%BA%AC%E5%B8%82%E6%BA%A7%E6%B0%B4%E5%8C%BA%E4%BA%A7%E4%B8%9A%E6%96%B0%E5%9F%8EPPP%E9%A1%B9%E7%9B%AE%E4%B8%93%E9%A1%B9%E7%BB%93%E7%AE%97%E5%8D%8F%E8%AE%AE%20%EF%BC%88final%EF%BC%89.pdf&ftpFileName=20160713043503685.pdf&content=efmisweb&xsg=:8083/

[13] 《河北省廊坊市固安县固安高新区综合开发PPP项目实施方案》第31页
http://www.cpppc.org:8083/efmisweb/ppp/projManage/perview.do?fileName=%E6%B2%B3%E5%8C%97%E7%9C%81%E5%BB%8A%E5%9D%8A%E5%B8%82%E5%9B%BA%E5%AE%89%E5%8E%BF%E5%9B%BA%E5%AE%89%E9%AB%98%E6%96%B0%E5%8C%BA%E7%BB%BC%E5%90%88%E5%BC%80%E5%8F%91PPP%E9%A1%B9%E7%9B%AE%E5%AE%9E%E6%96%BD%E6%96%B9%E6%A1%88.pdf&ftpFileName=20160722073400251.pdf&content=efmisweb&xsg=:8083/

[14] 《湖州市南浔区产业新城PPP项目合同》第四条
http://www.cpppc.org:8083/efmisweb/ppp/projManage/perview.do?fileName=PPP%E9%A1%B9%E7%9B%AE%E5%90%88%E5%90%8C.pdf&ftpFileName=2017/08/08/499b983cd6a842ec82913546d405b561.pdf&content=efmisweb&xsg=:8083/

[15] 《湖州市南浔区产业新城PPP项目财政承受能力论证报告》第20页
http://www.cpppc.org:8083/efmisweb/ppp/projManage/perview.do?fileName=%E6%B9%96%E5%B7%9E%E5%B8%82%E5%8D%97%E6%B5%94%E5%8C%BA%E4%BA%A7%E4%B8%9A%E6%96%B0%E5%9F%8EPPP%E9%A1%B9%E7%9B%AE%E8%B4%A2%E6%94%BF%E6%89%BF%E5%8F%97%E8%83%BD%E5%8A%9B%E8%AE%BA%E8%AF%81%E6%8A%A5%E5%91%8A.pdf&ftpFileName=2017/08/08/51f6d518f2524193a226fb920c7a394d.pdf&content=efmisweb&xsg=:8083/

那么，如何理解财金[2016]91号文与国家示范项目实践之间的矛盾呢？

先看南京市溧水产业新城PPP项目。该项目的《专项结算协议》关于结算费用的来源表述(详见表4)采取一揽子的模糊处理，有专家在分析南京市溧水产业新城PPP项目时提出“PPP项目目的是提高公共产品或者服务的质量和供给的效率。……PPP项目的后续运营产生的稳定收入作为未来收益和清偿责任来源，而不能是土地出让收入作为资本来源或者偿债来源。土地前期开发工作采取政府采购方式，土地产生的土地出让收入中安排用于征收、收购、优先购买或收回土地后进行必要的前期土地开发费用。……而PPP项目中的规划、涉及、公共建筑的建设、运营和维护以及区域内的产业导入和招商等采取PPP项目方式，这部分费用的来源不应直接与土地收入相挂钩。……严格按照《通知》规定，应该将土地前期开发的费用与PPP项目费用予以区分，土地收入只能作为土地前期开发的费用予以偿还，而不能够主要作为PPP产生新城项目规划、设计、公共建筑的建设、运营和维护以及区域内的产业导入和招商等偿还的来源……”[16]概括而言，该观点虽然认为南京市溧水产业新城PPP项目的表述不妥，但同时也认为土地出让收入可以与土地前期开发费用来源挂钩。

对此，作者认为：

首先，仍应当对[2016]91号文进行限缩理解。根据《预算法》、国务院办公厅《关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》(国办发〔2006〕100号)与财政部《关于在公共服务领域深入推进政府和社会资本合作工作的通知》(财金[2016]90号)相关规定，土地出让金收支属于政府性

[16] 闫拥均.PPP项目用地的法律问题[J].投资北京，2017(2)：38—41.

基金预算管理范畴[17]，且政府性基金可以依法统筹用于PPP项目[18]。因此，土地出让收入可以作为PPP项目的付费来源，但该“作为”应当是“间接作为”，即必须是土地出让收入依法转为政府性基金，再通过预算统筹安排用于PPP项目，而不能将土地出让收入直接进行支出。故[2016]91号文限制的是“不合法、不合规适用土地出让收入的做法”[19]。

其次，需要强调，虽然政府性基金预算的基本原则之一是专款专用，原则上不调剂，故在设置该项责任支出时，需要对应政府性基金预算支出功能分类科目中相应科目，责任测算应当细化到“项”级科目和落实具体执行项目。但政府性基金支出对象为本级财政范围内所有项目，并不对个体项目“一一对应性”，“定向拨付”。

最后，国家示范项目中类似“优先使用土地使用权转让费用支付”或“待土地出让形成土地出让收入后返还该部分投资成本即获取投资收益”的表述及安排，作者持保留态度，建议严格根据法律法规将土地出让收入纳入预算后再行列支。

四、片区开发PPP项目的子项目的落地安排与财政承受能力有何关联？

正如前文反复提及，片区开发项目是多个单体项目的集合。若项目的回报机制采用“可行性缺口补助”（即政府付费+使用者付费），那么“使用者付费”子项目的实际落地数量，会直接“政府付费”子项目的财政承受能力。

例如作者所在团队所服务的某小镇PPP项目，

[17] 国务院办公厅《关于规范国有土地使用权出让收支管理的通知》（国办发〔2006〕100号）第二条：将土地出让收支全额纳入预算，实行“收支两条线”管理从2007年1月1日起，土地出让收支全额纳入地方基金预算管理。收入全部缴入地方国库，支出一律通过地方基金预算从土地出让收入中予以安排，实行彻底的“收支两条线”。在地方国库中设立专账，专门核算土地出让收入和支出情况。

[18] 财政部《关于在公共服务领域深入推进政府和社会资本合作工作的通知》（财金[2016]90号）第八条：……对于政府性基金预算，可在符合政策方向和相关规定的前提下，统筹用于支持PPP项目。

[19] 周兰萍.土地开发领域应用PPP存在的问题及应对建议[J].中国律师，2016(12)：63-65.

其中的景区开发项目采用使用者付费。根据该项目的实施方案及财政承受能力报告,该项目可用性付费金额共计47.07亿元(基础设施开发可用性服务费30.89亿元,景区开发及配套项目可用性服务费16.18亿元),项目付费来源(含可用性服务费及运维维护费)包括一般公共预算2.68亿、政府性基金预算17.30亿以及使用者付费29.77亿。如假设景区开发全部不予实施,项目付费来源仅剩19.98亿元(一般公共预算2.68亿、政府性基金预算17.30亿),无法承受基础设施开发项目的付费(仅可用性服务费便高达30.89亿元)。故片区开发项目应当时刻注意财政承受能力,结合项目用地的问题,谨慎协调使用者付费项目与政府付费项目的实施。

五、片区开发PPP项目付费安排如何考虑?

(一)要注意特殊项目的付费惯例。例如公路项目的可用性付费的付费节点,在实务均认可"交工验收且通车后"的合理期限内进行付费。但在区开发PPP项目中因子项目种类多、体量大,若类似于公路项目这样的特殊项目数量较少,该问题就容易被忽略。如某生态区PPP项目,在实施方案中确定可用性服务费的付费节点统一为"工程竣工验收通过后一年",在合同磋商过程中各方并未就此进行调整。但在公路项目落地时才惊觉当时忽视了公路项目"交工后试运行两年"才可以竣工的法律规定。若根据项目合同约定"工程竣工验收通过后一年"再开始支付可用性服务费,则不仅会导致中标社会资本承担资金压力,政府方可能也要为此支付建设期利息数千万。因此在实施方案及合同谈判过程中,应当注意特殊项目的付费惯例并作出特别约定。

(二)根据项目实际情况考虑付费牵制方案。以某生态区PPP项目为例,该项目包含文旅项目,采用使用者付费机制,投资额要求不得低于20亿。该文旅项目的开发是提升该区域人文环境及经济发展的关键,但是文旅项目的运营客观存在的商业风险。为了防

止中标社会资本为降低自身风险不予实施文旅项目，政府方在实施方案中进行了特殊安排，一是将政府付费项目的付费进度与文旅项目的投资进度进行挂钩，二是以文旅项目为前提设置了全部子项目的终止条款，最大程度确保文旅项目的投资额到位。

六、小结

除前文讨论的五大问题外，片区开发 PPP 项目在实施机构的选择、融资架构的搭建、履约保障体系的设置、循环付费的核算等诸多方面均具有较大的特殊性。每个问题，均可以单独撰文，但因篇幅所限，本文不再展开。而与此同时，PPP 领域的政策法规尚未形成完整体系，许多问题有待明确。在政策收紧的形势下，律师要站在 PPP 项目提供公共服务的目的以及片区开发“统筹规划、分期施工”全面提升区域价值的角度，结合立法目的、实操经验和项目具体情况，对政策的实施进行合理的解读，谨慎审查项目方案架构，以期在合规性的前提下实现更大的效益，真正为片区开发 PPP 项目的落地保驾护航。

参考文献：

[1] 周兰萍.土地开发领域应用 PPP 存在的问题及应对建议[J].中国律师，2016(12)：63-65.

[2] 陈宏能，肖靓.PPP 项目中的“运营”是什么[J].中国投资.2018(1)：108-109.

[3] 刘兴元.浅议如何降低采购成本[J]辽宁经济，2016(3).:94-96.

[4]闫拥均.PPP 项目用地的法律问题[J].投资北京，2017(2)：38—41.

[5] 周兰萍.片区综合开发 PPP 项目的风险管理[J].建筑技术开发，2017(6).

[6] 柯永建、王守清.特许经营项目融资(PPP)——风险分担管理[M].清华大学出版社，2011(8):30-34.

[7] [英] Darrin Grimsey [澳]MervynK.Lewis 济邦咨询公司译.PPP 革命——公共服务中的政府和社会资本合作[M].中国人民大学出版社，2016(4).

论民事诉讼中律师持令取证模式的法定化

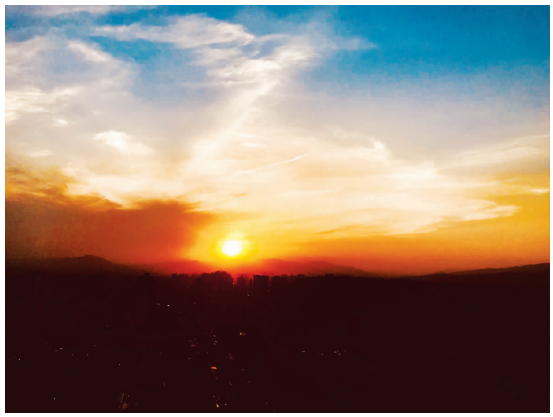
□ 赵青航 *

【摘　要】 本文首次提出民事诉讼中律师调查取证的三种模式。其中，自行取证模式和申请取证模式是对现行《民事诉讼法》中律师证据收集制度的提炼。在评价了这两种调查取证模式各自的利弊后，本文通过梳理、总结地方运行了二十年的调查令制度，提出了律师调查取证的第三种模式，即持令取证模式。作为法院对律师调查取证的支持与协助，持令取证模式能有效地弥补自行取证模式和申请取证模式的不足，因而在司法实践中的使用效果颇佳。持令取证模式的法定化是以调查令制度的合法化为标志，但目前《民事诉讼法》《律师法》还未将其吸收，由此本文建议应由法律正式确立调查令制度，以细化的司法解释为配套，再由部门规范性文件作出相应调整，并及时清理广泛存在的地方调查令规则，以此构建一套系统的调查令法律制度。从而适度拓宽律师在

* 赵青航，本所律师，博士研究生。

民事诉讼中的取证渠道,以此助力法院更加准确全面地查清案件事实,作出准确的裁判,最终使当事人的合法权益得到司法的有效保障,满足人民群众在新时代对公平正义的新期待。

【关键词】 调查取证自行取证模式申请取证模式持令取证模式调查令制度



一、引言

民事纠纷发端于当事人之间的争议,虽然全面地看,这种争议既包括关于事实的争议,也包括关于法律问题的争议,但民事诉讼的实践表明,多数甚至大多数民事案件(尤其是一审民事案件)源于事实问题的争议。[①]法院审理和裁判案件应当以事实为根据,所谓以事实为根据集中体现为以证据为根据对案件事实作出认定。由此也决定了民事诉讼中双方当事人之间的攻击防御主要围绕着事实问题展开。而决定攻防成败的主要因素无疑是当事人能否在证明责任分配范围内提供充分而有效的证据。有学者言,“对于直接生活的世界以外事务的了解和判断,人们实际上,而且也不得不、愈来愈依赖各种权威、专家和学者”。[②]的确,伴随我国民事诉讼由职权主义转向当事人主义以及诉讼活动的专业化趋势,越来越多的当事人会选择聘请律师作为代理人代为参加包括收集证据在内的诉讼活动。因此,律师的取证效果将直接影响到当事

① 李浩:《回归民事诉讼法——法院依职权调查取证的再改革》,《法学家》2011 年第 3 期。
② 苏力:《法治及其本土资源》(第三版),北京大学出版社,2015 年,第 141 页。

人的诉讼效果。也从这个意义上讲,当事人收集证据的问题基本上体现为律师的收集证据问题。

几十年来,“调查取证难”是律师界沉疴已久的“老三难”问题之一,但人们对该难题的探讨更多地指向刑辩诉讼,其实在民事诉讼中这一问题同样不容忽视。按照现行民事诉讼法,律师取证只能采取自行取证为主,申请法院取证为辅的取证模式。受该模式的制度羁绊,再加上不少地区工商、公安、海关、金融和不动产登记等部门常有不配合的表现,律师自行取证经常“无功而返”。申请法院取证则因民事诉讼法设有严格的条件限制,并不能切实有效地解决律师自行取证受阻带来的问题。

律师调查取证难,从一个侧面折射出律师执业保障不足的现象。“律师执业权利保障水平,关系到当事人权利能否得到有效维护,关系到法律能否得到准确实施。”[③]在这样的背景下,2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出要完善律师执业保障机制。2016年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于深化律师制度改革的意见》将完善律师执业保障机制作为深化律师制度改革的首要任务,尤其提出要完善律师收集证据制度。上述文件为解决民事诉讼中律师取证难问题提供了政策依据。基于此,探讨如何在法律制度上解决这一问题,可谓正当其时。本文将在反思既有的两种律师取证模式之基础上,对实践中尝试已达二十年的律师调查令[④](以下简称为调查令)做

③ 中华人民共和国国务院新闻办公室:《中国人权法治化保障的新进展》,人民出版社,2017年,第17页。

④ 需要说明的是,学者的著述和地方调查令规则里出现了“律师调查令”、“调查令”、“民事诉讼调查令”、“委托调查令”、“协助调查函”等不同名称。在国家立法未统一调查令的名称前,鉴于2017年最高人民法院颁布的《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》和司法部的相关行文里使用的是“律师调查令”,故而笔者倾向于使用“律师调查令”这一称谓。

法进行回顾和总结。在此基础上,提出律师取证的第三种模式——持令取证模式,并就该模式的法定化实现路径提出具体的建议。

二、民事诉讼中律师取证的两种模式

《民事诉讼法》第六十四条第一款和第二款确立了我国民事诉讼中律师的两种取证模式,即自行取证模式和申请取证模式。前者是律师取证的主要方式,后者是补充方式,彼此结合成为现行的律师取证法定模式。笔者将在下文分别阐释这两种取证模式,在肯定二者制度价值的前提下揭示其部分运行弊端,从而为引入律师的持令取证模式作出铺垫。

(一)自行取证模式

《民事诉讼法》第六十一条规定,代理诉讼的律师有权调查收集证据,可以查阅本案有关材料。据此,作为法律专家的律师在接受当事人委托的条件下有权调查、收集、查阅并向法院提供与案件有关的证据。笔者将律师的上述取证方式命名为律师自行取证模式(以下简称为自行取证模式),即律师凭借个人力量调取相关证据并提供给法庭,其实质是当事人收集证据手段的延长。

奠定民商事诉讼案件基本走向的基础性工作是证据的收集。相较于不具备法律专业素养的当事人,律师取证最大的优势在于其专业和经验方面的优势,这正是普通当事人所不具备的。通常情况下,律师在了解了基本案情后能够准确提炼出案件的几个关键事实,从而初步确定用于证明这些重要案件事实的证据范围。同时,证据收集还需要恰当的方法和技术。执业多年的律师更是具有较深的社会阅历,往往拥有丰富的证据收集经验与渠道,取证的方法和手段也会比较丰富,从而最大程度地确保证据的真实性、合法性和关联性。另外,收集的证据也并非多多益善,应当根据证明责任的分配以及证据证明力的大小有的放矢、合理取舍。缘于此,不少当事人愿以支付报酬为对价聘请律师代为参加诉讼。实践证明,在民事诉讼中,律师可凭借其经验、技巧和智慧从相关单位或个人处调取相关证据,也更能说服证人和鉴定人出庭作证。

不仅如此,律师还拥有普通当事人所不具备的取证“身份”优势。律师的这种“身份”优势虽没有得到法律的明确背书,但在实践中确实存在。首先,律师作为法律专业人士,且本身不属于个案中的利害关系人,

较当事人更容易得到有关单位或者个人的信任,因此取证相对较顺。其次,我国的许多行政机关只向律师打开了调查取证的通道,未向当事人本人开放。例如杭州市市场监督管理局于2015年6月下发的《关于进一步做好律师查询市场主体档案资料服务工作的通知》(杭市管〔2015〕5号)以便利律师调查取证为原则,对律师在杭州地区的市场监督管理部门查询市场主体档案资料作出了详尽的规定。再例如《贵州省国土资源厅办公室关于进一步加强政府信息公开和配合调查取证工作的通知》(黔国土资办发〔2015〕5号)在第六部分"规范国家机关和律师调查取证"中仅对国家机关和律师的调查取证分别作出了规范。上述两部门虽没有明文禁止当事人前来调查取证,但拒绝向当事人打开调查取证通道乃是文件的应有之义。

不过,律师相比于当事人的那点"身份"优势,远不足以为其取证提供充分的保障。虽然法律赋予了作为"为当事人提供法律服务的执业人员"[⑤]的律师以调查取证权的"权利",但这种权利的性质具有完全的民间性,没有国家强制力的保障,取证效果完全取决于被调查单位或个人的配合与支持,在这一点上律师自行取证与当事人自行取证其实没有区别。倘若被调查者积极支持律师的取证活动,那么律师就可能成功地获取证据。现实是,律师取证横遭拒绝而无可奈何的现象比比皆是,但法律没有规定有关单位拒绝配合后的救济手段,因此律师根本没有法律手段来维护其取证权利。这便是律师自行取证的最大难题。实践中,律师在公安、财政、建设、规划等国家机关自行调查取证时易被受拒,向银行、证券交易所、电信、医院等单位取证时也常遇困难。[⑥]可以说,在缺乏制度支持的环境下,律师在前述部门调查取证能否成功主要还是靠"运气"。

---

⑤ 2007年、2012年和现行《律师法》第二条将律师界定为"为当事人提供法律服务的执业人员",1996年和2001年《律师法》将律师界定为"为社会提供法律服务的执业人员"。两种表述均表明律师是一种民间法律工作者,不再是1982年《律师暂行条例》所定性的"国家的法律工作者"。

⑥ 在有制度支持的环境下,律师调查取证的权利更容易得到实现,例如2015年7月,山东省司法厅联合省法院、省检察院、省公安厅、省人力资源和社会保障厅等十三部门制定了,《关于进一步保障律师执业权利的若干规定》,第二十四条规定:受委托的律师为办理诉讼、仲裁、行政复议等诉讼或非诉讼业务,可以向工商、公安、国土、建设、海关、人力资源社会保障、卫生、技术监督以及房产、车辆登记等单位调查与所承办业务有关的情况,查阅、摘抄、复制与所承办业务有关的材料。相关国家机关、有关单位和经办人员应当按照有关规定给予配合和协助。

(二)申请取证模式

《民事诉讼法》第六十四条第二款规定,当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据,人民法院应当调查收集。当律师在自行取证受阻的情况下求助于法院帮助其实现调查取证的权利,此即律师取证中的律师申请法院取证模式(以下简称为申请取证模式)。与律师自行取证的民间性相比,申请取证的本质是"申请法院以强制手段调取证据"或者"申请法院以强制手段传召证人出庭作证",[7]其最大的特点是一旦律师成功申请法院调查取证,这种取证便具有了国家强制力,被调查的单位和个人一般都会提交证据,出具书面证明或出庭作证。

法院作为国家司法机关,具有律师不可能具有的权威地位和公信力,这种权威和公信力当然有利于促使有关单位或者个人配合法院对证据的调查收集。另外,法院的调查取证权是一种能够强制实现的"权力",它是以制裁为后盾的,对不合作者,设置障碍者,可以采取罚款、拘留等民事诉讼强制措施。[8]所以,当事人及其诉讼代理人因客观原因不能提供的证据,由法院基于申请而调查收集,对于当事人获得证据确有显著的作用。

但是,律师申请取证模式也有固有的弊端,其不能从根本上解决律师收集证据难的问题。最明显的是两处,一是,律师申请取证的最大难题是法院以各种借口拒绝律师调查取证的申请后,律师无法获得有效的司法救济。虽然《民事证据规定》赋予当事人及其代理人一次复议的机会,[9]但鲜闻复议成功的案例。二是,众所皆知,当前我国法院(尤其是基层法院)的民事审判面临案多人少、司法资源紧张的严峻形势。在这样的背景下,法院对申请取证的范围往往从严把控。也就是说,法院会倾向于对当事人及其诉讼代理人不能自行提供证据的"客观原因"作限缩性解释,从而缩小了律师可以申请法院调查收集的证据范围——何况,所谓的"客观原因"本身就存在较大的解释和裁量空间。由此,若当

---

[7] 陈瑞华:《刑事辩护的理念》,北京大学出版社,2017 年,第 331 页。

[8] 李浩:《论民事诉讼当事人的申请调查取证权》,《法学家》2010 年第 3 期。

[9] 《民事证据规定》第十九条第二款规定,人民法院对当事人及其诉讼代理人的申请不予准许的,应当向当事人或其诉讼代理人送达通知书。当事人及其诉讼代理人可以在收到通知书的次日起三日内向受理申请的人民法院书面申请复议一次。人民法院应当在收到复议申请之日起五日内作出答复。

事人和代理律师寄希望于法官频频挤出时间去亲自调查取证，显然不具可操作性。

综上可见，要想在现有的律师取证模式下解决律师取证难的问题，没有空间，除非突破现有模式，通过制度创新才有可能进一步解决问题。

三、持令取证：民事诉讼中律师取证的第三种模式

律师自行取证模式与申请取证模式在多数法治发达国家皆有立法例，但二者都有自身难以克服的弊端，因此短期内寄希望于国家通过修法以完善并不具有现实性或可行性。唯有另辟蹊径，通过探索挖掘民事诉讼中律师的第三种调查取证模式，即持令取证模式，方能突破僵局，为律师调查取证开辟一条新途径。

(一)持令取证模式的提出

律师取证难的问题很早就引起了司法实务部门的重视。不少地方法院为解决这一难题推出了不少改革举措，其中最常见和最具效用的举措就是由律师向法院申请调查令。上世纪 90 年代末，上海市长宁区人民法院创造性地开始试点推行律师向法院申请调查令的做法。[10]本世纪初，上海市高级人民法院颁布《上海法院调查令实施规则(施行)》，在全市范围内推行调查令制度。上海法院系统成为我国调查令实践的发源地。之后，山东、北京、浙江、四川等地相继出台适用于当地的调查令

[10] 李福清、李腾：《法院调查令制度若干问题的探讨》，《东南司法评论》2016 年卷。

规则。根据笔者的统计,截至2018年7月底,全国已有逾二十个省、直辖市、市、县区在探索试点调查令制度,实践基础不可谓不深厚。在不少地区,调查令于推行伊始就获得了高使用率,例如重庆市高级人民法院自2016年7月试运行调查令制度半年内,辖区内各级法院应律师申请共发出909份调查令。[11]结合学界的观点及各地的调查令规则,对调查令所下的定义大多为,调查令是指民事诉讼当事人或代理律师因客观原因无法取得诉讼所需要的证据,经代理律师申请并获法院批准,由法院签发给代理律师向接受调查人收集所需证据的法律文书。[12]笔者将律师持法院签发的调查令向接受调查人调查取证的模式命名为律师持令取证模式(以下简称为持令取证模式)。这种取证方式的运用,突破了法定的律师取证模式。其中,调查令制度是持令取证模式最重要的制度载体。

遗憾的是,经过近二十年的实践,学界对律师持调查令调查取证的性质依旧没有达成一致意见,作何定性恰是目前学界争议最大的话题。其中,最有影响的一种观点认为律师持令取证的性质是法院对律师的委托,有学者指出,"'调查令'制度的实质,是律师向法院提出调查取证的申请后,法院通过发布授权调查的令状,委托律师向有关单位和个人调取证据"。[13]笔者不敢苟同。主要原因有二,第一,司法权的委托必须有明确的法律依据。司法委托虽然不会使司法权能发生转移,但会导致司法行为权能的转移,而后者依然属于国家公权力的范畴。在一个民主国家里,国家公权力的设立、变更与消灭必须有法律的明文依据。[14]迄今为止,司法领域有不少关于司法委托的立法例,例如根据《最高人民法院关于委托执行若干问题的规定》《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》,法院可以委托异地同级法院执行,或委托社会鉴定机构、鉴定人进行司法鉴定。当事人的调查取证是一项私权利,当纠纷中的一方当事人将自己的调查取证权赋予律师时,该权利依然是私权利。而法院的调查取证权是司法权的一部分,由《宪法》《民事诉讼法》等法律赋予,原则上法院应该亲自行使这一职权,在无法律依据的情况下,法院本身也没有

[11] 吴学安:《律师调查令助力司法公正》,《中国审计报》2017年4月19日,第7版。
[12] 学界针对调查令的定义争议不大,仅有一处分歧会在下文谈到。
[13] 陈瑞华:《刑事辩护的理念》,北京大学出版社,2017年,第336-337页。
[14] 胡建淼:《行政法学》(第四版),法律出版社,2015年,第555页。

委托律师代其行使依职权调查的权力。第二,调查取证的效果最终归属于当事人,与法院无关。依据委托法律制度的基本原理,在司法委托关系中,被委托人(即代理律师)必须以委托人(即法院)的名义从事所委托的行为,在委托权限范围内的行为后果由委托人承受。据此,代理律师持调查令调查收集证据时必须以法院的名义进行,最终取证成功与否的后果由法院承受。这明显不符合民事诉讼法理。虽然现实中的调查令和协助调查函都是以法院的名义出具给接受调查人的,而且不少地方的调查令规则里写到"律师持调查令进行调查时,视同人民法院执行人员的调查",[15]然而律师持令调查的后果显然不是由法院来承受的,甚至也不是由律师承受,依据自我归责原则当事人应当证明自己的诉讼请求成立所必要的事实。故而,在律师持令取证时,法院和代理律师之间不是委托关系。由此,有学者将律师持令取证的证据收集模式命名为法院委托律师取证模式(即委托取证模式),是不准确的。

(二)持令取证模式的比较优势:破解"律师取证难"问题

持令取证模式是代理律师在民事诉讼中的第三种调查取证模式。与自行取证模式不同的是,持令取证模式是代理律师向法院提出申请后,法院继而签发协助律师调查取证的调查令,律师持此调查令便代表法院向有关单位和个人进行调查取证。持令取证的实质是代理律师获得法院的协助所进行的调查取证,不再属于单纯的民间取证,与法院亲自取证具有相似的法律效果,带有一定的强制力,从而最大程度地保障律师调查取证行为的顺利进行。这种强制力主要表现在两个方面,一是不少保障律师执业权利的地方文件写明"律师依法调查取证的权利受法律保护,有关单位和经办人员应当按照有关规定给予配合和协助,不得非法干涉与阻挠"。[16]由此,当律师持令向接受调查人取证时,接受调查人应当配合,不得无理由阻碍或刁难。二是接受调查人就其不配合持令律师调查取证的行为将承受不利的法律后果。调查令制度的核心是"令",让调查令推广下去的关键在于制裁措施。[17]绝大多数地方调查令

[15] 参见《江苏省高级人民法院关于执行案件使用调查令的实施意见(试行)》第十五条。
[16] 参见《天津市关于依法保障律师调查权的若干规定(试行)》第五条。
[17] 吴学安:《律师调查令助力司法公正》,《中国审计报》2017年4月19日,第7版。

规则都规定“接受调查人无正当理由拒不协助调查的,人民法院可以按照民事诉讼法规定采取妨害民事诉讼的强制措施”,[18]有地方尤其明确“对有协助调查义务的单位拒不协助的,人民法院可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议”。[19]调查令正是有司法强制力作为保障,因此在多数试行地区取得了较好的效果。例如从2016年12月15日成都市双流区人民法院签发第一份调查令起至2017年4月1日,双流区法院共计发出调查令31份,其中,凭借调查令成功调取到相关证据的15份,被拒绝未调取到证据的11份,发出调查令未得到反馈的5份,成功率近五成。[20]调查令制度给律师取证活动提供了必要的辅助,有效减少了取证过程中的种种阻力;[21]相比之下,律师自行取证因无此种强制力,取证效果则大打折扣。

持令取证模式区别于申请取证模式的是,持令取证模式并不是法院亲自实施的调查取证活动,而是由代理律师在法院签发调查令后进行调查取证,它从形式上看依然属于律师自行实施的取证活动,只是律师的这种调查取证获得了法院的肯定、支持与授权。[22]当前和今后很长一段时期内,我国法院(尤其是基层法院)案多人少、司法资源有限的矛盾是非常突出的,当事人和律师很多申请取证的请求必然无法得到充分满足。比如在试行调查令制度的北京市朝阳区人民法院,2017年立案13余万件,民庭法官人均结案件超过300件。[23]在这样的情况下,若每起案件都由法官亲自去取证,显然不符合我国当下诉讼案件爆炸式增长的现实。然而,发现真实对实现民事诉讼制度的目的却异常关键。民事纠纷的性质虽为法律上的权利义务之争,但诉讼实践中的“争执很少涉及到对所确认的事实情况的法律判断”,“更多时候当事人是对已经发生的事,即对事实情况,发生争执”。[24]因此对于法院来说,尤其是对

---

[18] 参见《陕西省高级人民法院关于民事诉讼调查令实施办法(试行)》第十一条。

[19] 参见《南京市关于执行实施案件使用调查令的若干规定(试行)》第十一条。

[20] 杨傲多:《半数律师调查令取证成功》,《法制日报》2017年4月17日,第3版。

[21] 郝洪、张文:《律师调查令,如何有令必行》,《人民日报》2017年2月15日,第19版。

[22] 陈瑞华:《刑事辩护的理念》,北京大学出版社,2017年,第336-337页。

[23] 《北京朝阳法院2017年立案13万余件》,载搜狐网:http://www.sohu.com/a/224229790_161623(2018年3月26日访问)。

[24] [德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》(第27版),周翠译,法律出版社,2003年,第113页。

于一审法院来说,发现真实的重要性无论怎样强调都不为过,[25]正如学者所下的结论,“司法正义是零售业务,不是批发业务。因此,在每一个特定案件中,初审法院的事实认定工作赫然显现为现代司法机关最重要的工作之一”。[26]基于司法实践的客观需要,持令取证模式的建立和调查令制度的确立势在必行。与申请取证模式相比,持令取证模式最大的优势在于更充分地发挥律师作为专业法律代理人在事实调查和证据收集中的作用,借助获取的证据向法官全面阐释案件事实,确保当事人合法权益得到及时实现。同时也能够让法官更加专注于司法裁判,提升审判效率,实现司法资源的优化配置。这些益处都将为法院公正审判案件创造更好的条件,可谓一举多得。

(三)持令取证的边际效应:落实协同主义司法理念

当今世界的两大法系都强调加强法官与当事人(和律师)之间的协力与合作,促进法官在事实发现上的能动性,逐步采行协同主义民事诉讼模式,进而高效公正地解决纠纷。[27]持令取证的广泛运用正是协同主义在民事诉讼中的一大体现,可以此为契机,加强法官与律师的良性互动关系为着力点,积极引入协同主义司法理念。协同主义要求法院在诉讼资料收集层面对当事人的协助,从而为当事人提供实质性程序保障。[28]持令取证的性质正是法院以签发调查令的方式对律师调查取证的支持与协助,这时同为法律职业共同体成员的法官和律师形成了一种协助关系,主要表现在以下三个方面。

首先,协助关系得以建立的根本原因在于法官与律师在诉讼中的终极使命具有一致性。律师虽不似法官般居于诉讼的中立地位,但“忠于真理应该优先于忠于他的当事人”。“发现真实”作为诉讼所努力实现的价值之一,具有超越法体系或法文化的普遍意义。[29]律师从维护当事人利益的角度出发查清事实真相,最大限度地调查取证,这么做的最终

---

[25] 李浩:《论民事诉讼当事人的申请调查取证权》,《法学家》2010 年第 3 期。

[26] [美]杰罗姆?弗兰克:《初审法院——美国司法中的神话与现实》,赵承寿译,中国政法大学出版社 2007 年版,第 108 页。

[27] 奚玮:《协同主义民事诉讼模式的建立与和谐司法的实现——以证据收集为中心》,载《河北法学》2008 年第 3 期。

[28] 熊跃敏、张伟:《民事诉讼中的协同主义:理念及其制度构建》,载《法治研究》2012 年第 1 期。

[29] 江必新:《加强法官律师良性互动 探索构建协同诉讼模式》,《中国律师》2018 年第 3 期。

目的是为法院的正确裁判提供事实依据。故而建议在具体的个案中由代理律师主导证据的调查与收集，法院则发挥一定的积极作用给予律师必要的协助，为实现纠纷的实质性化解奠定坚实的事实基础，共同维护法律的正确实施，实现社会公平与正义。

其次，法院对律师持令取证的协助具体表现在律师申请调查令的各个环节，涉及调查令的适用阶段和适用对象，调查令调查证据的种类，调查令申请、签发程序，调查令的调查事项等多项制度。但在各地的调查令规则里上述制度的规定不尽相同，理论界也存在大量的观点分歧，并留有不少研究的空白之处，仍有待于作进一步的探索。另外，法院对律师申请调查令取证也是有条件限制的。原则上代理律师应当穷尽自己一切方法和手段去取证，只有在确实因客观原因无法取得证据时才可以启动调查令程序，以免律师“偷懒”。

最后，若律师在使用调查令的过程中出现违法行为，辜负了法院的信任，破坏了二者间的协助关系，将受到惩处。法院对律师的调查取证行为予以协助，是以自己的信誉作为保障的，所以律师在获得调查令时立即生成了对法院负责的义务。[30]国家“既要保证律师充分行使执业权利，在司法过程中发挥其应有的作用，又要对那些知法犯法、破坏规则的行为进行制裁”。[31]现实中存在不少律师滥用调查令，妨碍诉讼的行为，例如凭调查令获取证据后未在规定期限内将证据提交受诉人民法院的，不当使用、泄露持令获得的证据或者信息的，伪造、变造调查令或者伪造、变造、隐匿、毁灭持令获得的证据的，等等，各地调查令规则都明确了签发调查令的法院拥有制裁律师这些违法行为的权力。

有鉴于此，作为持令取证模式最重要的制度载体，调查令自“诞生”至今的十多年来，法律界对在全国范围内统一施行调查令制度的呼声一直很高。不过，真正给法律界吃下定心丸的是中共中央办公厅、国务院办公厅于2016年6月印发了《关于深化律师制度改革的意见》，提出要“完善律师收集证据制度，律师办理诉讼和非诉讼法律业务可以依法向工商、公安、海关、金融和不动产登记等部门调查核实有关情况”。据

[30] 汤啸天、张进德、江晨、梁玉超：《调查令制度的法律属性与完善建议》，《法律适用》2008年第7期。

[31] 郑戈：《保护律师权利，促进人权事业发展》，《人民日报》2017年7月7日，第9版。

此，我们可以清楚地了解中央对于建立调查令法律制度的思路。接下来，留给法学界关于调查令的的重大课题主要有两个，一是调查令制度应以怎样的立法形式在我国确立，本文将在第四部分作出回应；二是对该制度中尚有争议的几个重要法律问题进行深入研析，囿于文章篇幅，笔者将另撰文予以探讨。

四、持令取证模式的法定化

笔者探讨这一话题基于两个原因，一是，持令取证模式在我国能否最终被确立，取决于作为制度载体的调查令制度能否被立法所吸收。换言之，持令取证模式的法定化以调查令制度合法化为标志。具体而言，究竟应先修改法律确立调查令制度，还是先颁布调查令司法解释，或干脆不需要修法仅用司法解释即可，目前法学(律)界还未达成一致观点。二是，调查令在我国自诞生之日起便呈现“国家立法缺失，地方规则先行”的运行之状。在证据收集制度改革已有序推进的当下，明确调查令的法律地位，实现调查令制度的法定化已迫在眉睫。很遗憾，近年来一直有学者在陆陆续续地以“小题大做”的研究方式探究调查令制度的若干具体问题，丝毫没有论及调查令制度本身在整个法律体系中应处于何位置。[32]针对调查令制度的研究路径，笔者建议应先从大处着眼，思考该制度的法律渊源应以怎样的体系展现，这就是在此需要着重探讨的调查令制度的体系化构建。

(一)由法律确立调查令制度

我国的《民事诉讼法》颁布于 1991 年，经过 2007 年和 2012 年两次修正，期间虽也曾将调查令作为《民事诉讼法(草案)》的内容，纳入立法

[32] 参见陈维君：《民事证据调查令制度的运行检视与完善路径》，《河北法学》2017 年第 3 期。

者的酌定范畴,但最终没有确立该制度。[33]作为保障律师执业权利基本法的《律师法》从1996年颁行伊始至2001年、2012年和2017年三次修正,亦未涉及调查令制度。因此,在全国人大及其常委会颁布的法律中,至今没有调查令制度的法律渊源。

但是,通过一些文件可探知全国人大常委会有关调查令制度的立法态度。最典型的是2005年8月《全国人大常委会执法检查组关于检查<中华人民共和国律师法>实施情况的报告》提出要进一步改善律师执业条件,保障律师执业权利,指出"一些地方正在试行刑事案件证据展示、民事案件双方当事人交换证据、人民法院根据代理民事案件律师的取证申请签发调查令等制度,以缓解律师调查取证的困难",并明确建议"可继续试行庭审前证据展示、证据交换、民事案件调查令等做法,认真研究相关问题,逐步加以完善"。然而,全国人大常委会仅表明肯定态度还是远远不够的,必须直面的问题是——接下来国家立法是否需要对调查令制度作出规范?答案是肯定的。除了基于本文第二部分所剖析的调查令制度的内在价值及回应法院现实的审判需要,还有以下两个重要原因。

第一,党的十八届四中全会提出了"做到重大改革于法有据"的要求。《关于深化律师制度改革的意见》将完善律师执业保障机制作为深化律师制度改革的首要任务,提出要完善律师收集证据制度。这表明中央已下决心要完善包括调查令在内的律师证据收集制度。2014年2月,习近平总书记在中央全面深化改革领导小组第二次会议上强调,凡属重大改革都要于法有据,在整个改革过程中,都要高度重视运用法治思维和法治方式,发挥法治的引领和推动作用,加强对相关立法工作的协调,确保在法治轨道上推进改革。[34]2014年10月,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出,"实现立法和改革决策相

[33] 2017年12月,笔者针对国家法律应否确立调查令制度这一问题,访谈了一位曾参与2012年《民事诉讼法》修订的全国人大常委会法制工作委员会的工作人员,他表示:"调查令制度在修改《民事诉讼法》过程中曾反复研究,因涉及的内容争议较大,各方面意见还不一致,最终没有在《民事诉讼法》中作出规定。同时,调查令制度还涉及法院的审查标准和签发条件、持令律师的义务和责任等问题,各方面关系比较复杂,可能出现的问题较多。因此当时建议对调查令制度再作慎重研究,不作规定为宜。"

[34] 《习近平主持召开中央全面深化改革领导小组第二次会议强调:把抓落实作为推进改革工作的重点真抓实干蹄疾步稳务求实效》,《人民日报》2014年3月1日,第1版。

衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要”,“实践证明行之有效的,要及时上升为法律”。为了保证律师制度改革的持续深入,让重大改革于法有据,接下去全国人大常委会应及时修改《民事诉讼法》第六十四条和《律师法》第三十五条,在保留律师自行取证和申请取证的基础上增加委托取证制度。

第二,《立法法》第八条是关于全国人大及其常委会专属立法权的规定,该条规定,诉讼制度只能由法律规定。诉讼制度是国家关于诉讼程序和诉讼方式的统一规定。在我国,公民的政治权利、人身自由权和财产权利等基本的权利和自由由宪法直接规定，而诉讼要解决的就是公民的基本权利和义务,解决的程序和方式应由法律规定。[35]调查令制度属于民事诉讼法中的证据收集制度，规定调查令制度的直接目的是拓展当事人及其代理律师的取证方式,增强其取证能力,从而最大程度地保障法院查明案件事实，最终以国家的名义解决当事人之间的权利和义务。[36]因此,调查令制度必须且只能由国家法律直接规定。

当然,如果全国人大常委会认为现阶段直接修改《民事诉讼法》和《律师法》在全国范围内实施调查令制度的实践条件仍不成熟、需要先行先试的，可按照法定程序授权最高法院在部分地区开展适用调查令制度的试点。一旦获得授权,改革创新就是在宪法和法律的范围内进行的。[37]试点期满后,对实践证明可行的,应当修改完善有关法律;对实践证明不宜调整的,恢复施行有关法律规定。

(二)通过司法解释细化调查令制度

迄今为止,最高法院的司法解释尚未对调查令制度作出规范,但其一直在尝试以司法解释的形式作出统一规定。例如,2001 年最高法院在起草《关于民事诉讼证据的若干规定》时,曾将调查令制度纳入该证据规定的征求意见稿中,但考虑到当时调查令尚属新生事物,需留待审判实践作进一步的探索与总结,最终没有规定。近几年,最高法院已经启动《关于民事诉讼证据的解释》的起草工作,但全国人大常委会法工

[35] 全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著:《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社,2015 年,第 57 页。

[36] 冯玉军主编:《新<立法法>条文精释与适用指引》,法律出版社,2015 年,第 49 页。

[37] 胡健:《习近平“重大改革于法有据“思想探析》,《云南社会科学》2015 年第 3 期。

委以《民事诉讼法》尚未确立调查令制度,司法解释不宜规定为由,不建议在该部司法解释中规定有关调查令的内容。[38]

此外,最高法院在其发布的《关于认真贯彻律师法依法保障律师在诉讼中执业权利的通知》《关于全面加强知识产权审判工作为建设创新型国家提供司法保障的意见》《关于依法制裁规避执行行为的若干意见》《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》等一系列司法规范性文件里清楚地表明了其对于调查令制度的认可态度。这些文件有时成为了地方法院制定调查令规则的直接依据。[39]不仅如此,最高法院也以发布典型案例的方式释放信号,从保护当事人权益的角度鼓励在民事诉讼中使用调查令。[40]

有鉴于此,在《民事诉讼法》和《律师法》作出相应修改后,最高法院应根据有关法律的规定并结合近年来各地法院的相关经验做法,以司法解释的形式对其加以整理、细化、固定。[41]这样的做法也符合《立法法》第一百零四条的立法精神。[42]最高法院还有必要统一调查令申请书和调查令的样式,将其制作的文书样式附于司法解释后。

(三)部门规范性文件作出相应调整

在目前国家法律尚未确立调查令制度前,即使某一地区的法院已出台调查令规则,当地仍有相当数量的机关部门对律师持调查令前来取证是予以拒绝的。例如北京是全国最早推行调查令制度的城市,2004

[38] 2018 年 1 月,笔者针对最高法院司法解释是否应规范调查令制度这一问题,访谈了一位曾参与制定《关于民事诉讼证据的若干规定》并正在起草《关于民事诉讼证据的解释》的法官,他表示:“调查令是地方法院为平衡案的人少的矛盾与保障当事人的诉讼权利之间的冲突,在审判实践中探索形成的一项制度。最高法院一直愿意通过司法解释来规范调查令制度,并已将其写进《关于民事诉讼证据的解释》,但最终能否顺利通过,很大程度上取决于全国人大常委会法工委的态度。”另,2017 年司法部对十二届全国人大五次会议第 8564 号建议的答复中有“最高人民法院正在起草的民事证据的司法解释中拟详细规定律师调查令的制度”的表述(参见司法部官网:http://www.moj.gov.cn/government_public/content/2017-12/28/142_11338.html,2018 年 2 月 1 日访问)

[39] 例如《大庆市民事诉讼律师调查令实施办法(试行)》在第一条中写明《关于全面加强知识产权审判工作为建设创新型国家提供司法保障意见》是其制定依据。

[40] 原告吕某芳诉被告许某坤离婚案系最高法院于 2015 年 12 月 14 日公布的婚姻家庭纠纷典型案例之一,载最高法院官网:http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-16211.html。(2018 年 1 月 21 日访问)

[41] 最高法院可视情况或制定一部专门规范调查令适用的司法解释,或在《关于民事诉讼证据的解释》中“证据的调查收集和保全”部分对调查令制度作出规定。

[42] 《立法法》第一百零四条第一款规定,最高人民法院作出的属于审判工作中具体应用法律的解释,应当主要针对具体的法律条文,并符合立法的目的、原则和原意。

年北京市高级人民法院就颁布了《关于委托调查制度的若干意见(试行)》,2015年北京市第四中级人民法院在此基础上又制定了《关于充分保障律师执业权利,共同维护司法公正的若干规定》。但北京市的税务部门依据《北京市国家税务局纳税人涉税保密信息管理实施办法》是不受理律师持调查令调查取证的。因为该办法第十四条只规定了法院、检察院和公安机关依法查询纳税人涉税保密信息时应当由两名以上工作人员到主管税务机关办理,并未写明律师可持令取证。再例如《最高人民法院、中国人民银行关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》第一条规定,法院查询被执行人在金融机构的存款时,执行人员应当出示本人工作证和执行公务证,并出具法院协助查询存款通知书。实践中,绝大多数银行正是以此为由拒绝接受调查令的,银行认为法院的执行人员查询尚需出具其本人工作证和执行公务证,律师仅凭调查令查询并无依据。

是故,《民事诉讼法》和《律师法》修改后调查令制度虽会上升为国家的法律制度,可若要在实践中运行通畅,国家有关部门应对其之前出台的部门规章、规范性文件中涉及调查取证的部分作出相应的调整。《关于深化律师制度改革的意见》在完善律师收集证据制度部分更是着重指出"律师办理诉讼和非诉讼法律业务可以依法向工商、公安、海关、金融和不动产登记等部门调查核实有关情况",届时上述部门更应及时修改有关规则,从而保障律师的调查取证权。值得一提的是,2018年3月,国土资源部制定的《不动产登记资料查询暂行办法》已认可了律师持法院的调查令申请查询不动产登记资料的取证方式。[43]

还需指出的是,我国长期的法治实践中存在一种多主体联合发文的普遍现象,在目前地方调查令规则的推行适用中就有所体现。比较典型的是天津,2017年10月,天津市法院、检察院、司法局、地税局、国税局、金融工作局、国土资源和房屋管理局等十三家单位联合印发了《关于依法保障律师调查权的若干规定(试行)》,对调查令制度作出了详尽

[43] 《不动产登记资料查询暂行办法》第二十三条第二款规定:律师持人民法院的调查令申请查询不动产登记资料的,除提交本办法第八条规定的材料外,还应当提交律师证、律师事务所出具的证明材料以及人民法院的调查令。

的规定。之后,律师持调查令赴以上十三家单位调查取证不再存在制度性障碍。虽然多主体联合发文制定具有规范性内容的文件确有可商榷之处,[44]但总体而言,这种做法可以确保一份规范性文件在多个行政管理领域内统一适用,不仅可以提升适用的效果,还减少了规范性文件的制定和实施成本。[45]笔者建议日后可由最高司法机关联合国务院的工商、公安、海关、金融和不动产登记等部门共同发文,以一种“宣示性”的方式保障律师在民事诉讼中的调查取证权,为的是在各部门系统内更顺畅地施行调查令制度。条件成熟后,建议由国务院对涉及国家机关,特别是国家行政机关的档案文件等资料的调查取证事宜、程序办法等制定统一的法规,以便于国家机关和律师遵照执行。[46]

(四)清理地方调查令规则

通过梳理地方调查令规则可知,当前我国调查令制度施行的最大特点是各地规则的制定主体不统一,导致规则的效力位阶也不同。

现今,地方调查令规则在性质上共有两种,一种属于地方性法规,由省级人大常委会制定,例如《广东省实施<中华人民共和国律师法>办法》和《河北省律师执业保障和规范条例》,二者是所有地方调查令规则中效力位阶最高的。由此带来的优势也很明显,法律效力高从而在地方的影响力大,因可设定较为严厉的罚则[47]从而保障了调查令制度的顺利施行。不足之处也是客观存在。两份规则属于两省为了保障律师执业权益,或为了实施《律师法》故结合当地的实际情况所制定的地方性法规,显然,调查令制度不可能构成整部规则的主要内容。实际上,两份规则中均只有一条涉及了调查令制度。另一种属于司法规范性文件,这种最为常见,由地方各级法院单独制定或法院联合其他单位(例如与该法院同级的司法行政机关及律师协会)共同制定。若法院制定的调查令规则

[44] 已有学者对这一话题进行了较为深入的探讨,详见邓巍:《关于“两高”与国务院部委联合发文的思考》,《甘肃政法学院学报》2014年第4期。

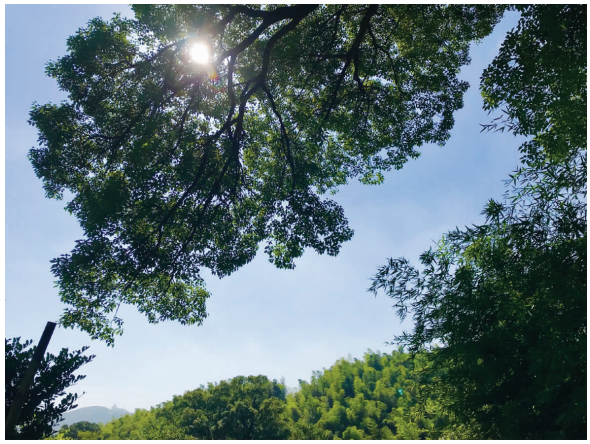
[45] 王春业、任佳佳:《论多主体联合发文现象》,《广西社会科学》2012年第1期。

[46] 姜海涛主编:《深化律师制度改革研究》,法律出版社,2017年,第61页。

[47] 例如《河北省律师执业保障和规范条例》第五十条规定,国家机关、有关单位及其工作人员不配合、不协助或者阻碍律师依法收集证据,应当按照律师申请履行调查职责而没有履行,应当签发调查令而不予签发的,由其主管部门或者监察机关责令改正;情节较重的,对直接负责的主管人员或者其他直接责任人员给予警告、记过、记大过处分;情节严重的,给予降级、撤职、开除处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

能得到当地党委政府的支持,适用效果会更好。[48]

虽然多数地方调查令规则在第一条写明其立法依据是《民事诉讼法》和《律师法》的相关规定,[49]甚至还有规则直接指明是《民事诉讼法》第六十四条、《律师法》第三十五条,[50]实际上这是在"自欺欺人","没有上位法依据"成为这些规范性文件备受诟病的最主要原因。所以,待国家层面有关调查令制度的法律、司法解释、部门规章等法律渊源完备后,地方规则的"混乱"局面就应结束。各制定机关应及时清理,修改与上位法相冲突的规定。若司法解释已作出了明确细致的规定,地方规则中与之类似且无需再细化之处,则尽可废除,确保调查令制度在全国范围内得以统一适用。



[48] 例如2017年11月,辽宁省法库县在全省率先召开由县政府相关部门、县直单位、其他企事业单位等23家单位参加的律师调查令工作协调会,推动律师调查令实施,并以党委、政府会议纪要形式明确各方义务。法库县法院负责人在接受媒体采访时坦言:"我们这个律师调查令,因为是县委推动涵盖多个部门,所以可操作性比较强。"(参见何勇:《辽宁法库"律师调查令"多方受益——让律师有了"尚方宝剑"》,《人民日报》2018年3月28日,第18版)

[49] 例如广州市中级人民法院制定的《关于民事诉讼律师调查令的实施办法(试行)》。

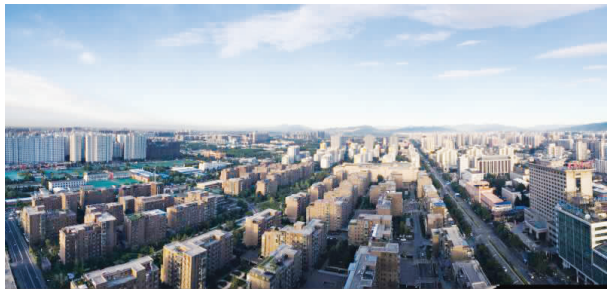
[50] 例如重庆市高级人民法院制定的《关于在民事诉讼中试行律师调查令的意见》。

共益债务认定的实务研究

□ 邓蔚霞 *

2006年破产法第四十二条规定:“人民法院受理破产申请后发生的下列债务,为共益债务:(一)因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务;(二)债务人财产因无因管理所产生的债务;(三)因债务人不当得利所产生的债务;(四)为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务;(五) 管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务;(六)债务人财产致人损害所产生的债务。”这是破产法关于共益债务的规定,是破产法新增的内容。1986年的《企业破产法(试行)》仅有关于破产费用的规定,《企业破产法(试行)》第三十四条规定,破产费用是指包括破产财产的管理、变卖和分配所需要的费用,破产案件的诉讼费用以及为债权人的共同利益而在破产程序中支付的其他费用。

* 邓蔚霞,本所实习律师,西南政法大学法学硕士。



可见,《企业破产法(试行)》并没有区分破产费用和共益债权。2006年破产法将共益债务从破产费用中区分出来,共益债务和破产费用一样享有从全体破产财产中随时优先受偿权,但破产费用主要是成本性、程序性费用,是必须支出的,比如诉讼费、管理人报酬等,一个破产案件,破产费用多少往往法律或者事先有明确规定。而共益债务则具有或然性和不确定性,到底哪些债务被列入共益债务,对于全体债权人的利益有着重大影响。

一、共益债务的起源

破产程序中破产费用和共益债务制度的最早萌芽可以追溯到罗马法后期的财产执行制度。随着文明的进步,罗马法的债务执行制度逐渐由人身执行转变为财产执行。此后,适用于有两个人以上的债权人执行程序是财产零售制度。根据此一制度,债务人财产不足以清偿时,则按下列顺序办理:(1) 首先支付为各债权人的共同利益而产生的费用,如管财人的报酬、拍卖财产的费用等;(2)如债务人在价金分配前死亡的,支付其丧葬费;(3)清偿抵押债权,各债权依其抵押的先后顺序和优先债权性质分配,例如修理房屋、船舶等贷款债权;(4)清偿普通债权,如不足,则对各债权按比例分配;(5)偿还侵权行为所生的债务;(6)如债务人死亡而生前曾为遗嘱的,则将剩余财产分配给受遗赠人。[①]

二、共益债务的特征

(一)共益债务是为了全体债权人的共同利益

共益债务的最大特性是为全体债权人的共同利益,破产财产就像一块蛋糕,而共益债务的目的并不是对原有蛋糕进行公平分配,而是以

① 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第907页。

最小的成本把这块蛋糕做的最大。[2]进入破产程序后的企业不能清偿到期债务,资不抵债,其他企业往往不愿冒着风险与破产企业进行交易,而如果此时法律将合同相对方的债权列为共益债务,可以随时优先受偿,可以打消合同相对方的顾虑,有利于提高交易率,从而为破产企业获得更多的破产财产。

(二)共益债务必须发生在法院受理破产申请之后

共益债务必须发生在法院受理破产申请之后,所有发生在法院受理破产申请之前的费用、债务、职工工资等都不是共益债务,而只能作为破产债权,按照清偿顺序进行清偿。以待履行合同为例,如果合同相对方在法院受理破产申请之前已经履行完毕而债务人未履行的合同,那么合同相对方只能作为普通债权人来主张债权,而不能作为共益债务得到全部清偿。

(三)共益债务可以随时优先受偿

共益债务不同于其他破产债务的区别就在于它的随时支付性,其他破产债务即使是担保债权、职工债权这样具有优先受偿性的破产债务,也必须在经过债权人会议表决通过后,才能获得受偿,而共益债务可以随时以全部破产财产受偿。

正因为共益债务的上述特征,一方面把握利用好共益债务的规定,可以使债务人财产最大化,提高全体债权人的清偿比例,有利于全体债权人的利益,另一方面如果没有控制好共益债务的范围,恣意扩大共益债务的范围,反而会造成破产财产损失,减损可供全体债权人分配的财产。

三、共益债务的分类

我国破产法第四十二条规定了六种类型的共益债务,根据共益债务产生的原因来分,可以将这六种类型的共益债务划分为两大类:第一类是依管理人的意思表示而形成的共益债务[3],这一类共益债务的形成,管理人有着很大的主动权,可以自主决定共益债务的数额多少,进而影响破产财产的多寡。第二类是依法定情形形成的共益债务,这一类共

---

[2] 陈伟:《共益债务的认定——从“绝对程序标准”到“双重标准”》,南京航空航天大学学报(社会科学版),2017.3

[3] 陈伟《共益债务的认定——从“绝对程序标准”到“双重标准”》南京航空航天大学学报(社会科学版)2017.3

益债务主要是因事实行为形成的,比如无因管理、不当得利、侵权行为。

(一)依管理人的意思形成的共益债务

依管理人的意思形成的共益债务主要包括因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务和为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务两种类型的共益债务。

1、双方均未履行完毕的合同

关于双方均未履行完毕的合同,破产法第十八条有专门规定,人民法院受理破产申请后,管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行,并通知对方当事人。

根据这一规定,破产申请受理前成立的债务人和对方当事人均未履行完毕的合同,管理人有权决定是否继续履行,如果管理人决定继续履行,则根据破产法第四十二条关于共益债务的规定,对方当事人所享有的债权可以作为共益债务得到债务人破产财产的随时优先清偿。将这一债权作为共益债务的理由如前所述,一旦债务人破产,合同相对方往往因为不安抗辩权而选择不继续履行合同,这时为了保护破产企业债权人的利益,法律赋予了管理人挑拣履行权,只要管理人认为合同继续履行对于全体债权人是有利的,有利于破产财产的增值,那么管理人可以单方面要求合同相对方继续履行,但破产法第十八条第二款规定,管理人决定继续履行合同的,对方当事人应当履行,但是,对方当事人有权要求管理人提供担保,管理人不提供担保的,视为解除合同。这也是破产法在保护债权人利益的同时对于合同相对方利益保护的一种平衡。

正如前面所述,破产申请受理前成立的合同必须要求双方均未履行完毕

才能由管理人决定是否继续履行或者解除。如果破产申请受理前成立的合同,对方当事人已经履行完毕,而债务人还没履行,这个时候管理人就不能决定继续履行了,一旦管理人决定继续履行,就变成了对于个别债权人的债务清偿行为。按照破产法第十六条的规定,人民法院受理破产申请后,债务人对个别债权人的债务清偿无效。这个时候合同相对方只能将债务人不履行合同产生的债权作为普通债权人来申报债权。

如果破产申请受理前成立的合同,债务人已经履行完毕,但合同相对方还没履行,这种情况下,管理人有权要求合同向对方继续履行,如果合同相对方不愿意继续履行的话,管理人可以要求合同相对方承担违约责任,向合同相对方追讨赔偿金,合同相对方继续履行的财产或者管理人追讨的赔偿金作为破产财产供全体债权人按顺序分配。

如果破产申请受理前成立的合同,债务人和合同相对方均未履行完毕,管理人选择解除合同的话,则合同相对方可以向债务人主张违约责任,违约责任也作为普通债权,由债务人的破产财产中按照清偿顺序予以清偿。破产法第五十三条规定,管理人或者债务人依照本法规定解除合同的,对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。至于管理人对于债务人和合同相对方均未履行完毕的合同选择解除合同还是继续履行,管理人应当以有利于全体债权人的利益和保障破产程序顺利进行为原则。

2、为债务人继续经营而支付的劳动报酬、社会保险费用以及由此产生的其他费用

为债务人继续经营而支付的劳动报酬、社会保险费用列为共益债务的原因和双方均未履行完毕的合同一样,都是为了破产财产的增值,从而使全体债权人得到更多的分配额度。为债务人继续经营支付的劳动报酬、社会保险费用不同于职工债权,职工债权是在破产申请受理之前产生的职工的劳动报酬、社会保险费用等,债务人没有支付,那么一旦破产申请受理,债务人就不能支付了,只能由管理人根据债权人会议通过的财产分配方案按照清偿顺序从破产财产中支付。

职工债权和为债务人继续经营而支付的劳动报酬、社会保险费用

既存在相同之处，又有不同之处，相同之处在于支付的对象都是债务人的职工，支付的内容都是劳动报酬、社会保险费等，不同之处在于产生的时间不同，从而得到清偿的顺序也不同。产生在破产申请受理之前的为职工债权，产生在破产申请受理之后的为共益债务，清偿的顺序则是产生在破产申请受理后的优先于产生在破产申请受理前的得到清偿。这从情理上来说有欠妥之处，但破产法是特殊法律，破产法的宗旨在于通过破产程序的规定，最大程度的保护债权人的利益，减少市场主体的动荡，一旦企业破产，继续经营有利于破产财产的保值增值，债权人也可以得到更多的分配份额。继续经营势必产生招聘职工、支付职工劳动报酬、社会保险费用等问题，只有将职工劳动报酬、社会保险费用作为共益债务随时优先受偿才能保证破产企业能够招得到职工，从而使破产企业得以继续经营。

“由此产生的其他费用”究竟是指什么费用，破产法没有明确规定，一般理解上是指为了继续经营而产生的一切费用，比如水、电、通讯等费用以及为了继续经营而签订合同产生的履行合同的费用等。也就是说，在破产受理申请之后签订的合同是可以依据共益债务的规定得到随时履行的。

(二)依法定情形形成的共益债务

依法定情形形成的共益债务往往不是依管理人的主观意愿而形成的，而是客观行为造成的债务，包括债务人财产受无因管理所产生的债务、因债务人不当得利所产生的债务、管理人或相关人员执行职务致人损害所产生的债务以及债务人财产致人损害所产生的债务。也即是无因管理之债、不当得利之债、侵权行为之债。

1、无因管理之债

在破产申请受理后，无因管理人对债务人财产进行无因管理有利于债务人财产的价值维护，有利于全体债权人的利益，基于此，破产法

将破产申请受理后债务人财产受无因管理所产生的债务列入共益债务。但严格区分破产申请受理前后这一时间节点的意义何在?以同一件债务人财产为例，其在破产申请受理之前就在同一无因管理人的管理之下,这种状况一直持续到破产申请受理后。根据破产法的规定,无因管理人在破产申请受理这一时间节点前产生的无因管理费用只能按照普通债权来申报,而过了破产申请受理这一时间节点后,无因管理人的费用可以作为共益债务来随时清偿。这样可能产生不公平,致使无因管理人在破产申请受理前不认真履行维护债务人财产的义务，在破产申请受理后则为了多拿无因管理费用,故意拖延,不返还债务人财产。反而造成全体债权人的利益的损害。

2、不当得利之债

因债务人不当得利所产生的债务是指破产企业没有法律上的原因获得利益致使他人受到损害时，应当将该利益返还给受损人。但实际中,不当得利并没有造成破产财产的保值增值,并没有利于全体债权人利益的保护。将债务人不当得利产生的债务归于共益债务获得随时优先受偿,仅仅因为不当得利发生在破产申请受理后。

3、管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务

将管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务作为共益债务，主要是考虑到管理人或者相关人员执行职务是为了管理破产财产,也是为了全体债权人的利益。破产法第七十四条规定,管理人负责管理财产和营业事务的，可以聘任债务人的经营管理人员负责营业事务。这里的“相关人员”应该指的就是管理人聘任的债务人的经营管理人员。但管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务可以作为共益债务的前提应该是管理人或者相关人员没有故意或者重大过失的情况下致人损害。破产法第一百三十条规定,管理人未依照本法规定勤勉尽责,忠实执行职务的,人民法院可以依法处以罚款;给债权人、债务人或者第三人造成损失的,依法承担赔偿责任。 可见,如果管理人或者相关人员故意或者重大过失致人损害的话，应该直接追究管理人或者相关人员的损害赔偿责任。

4、债务人财产致人损害所产生的债务

破产申请受理后,债务人的财产处于管理人的支配下,如果债务人所有的建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成了他人损害的,受损害人所享有的损害赔偿请求权作为共益债务清偿。但债务人财产致人损害并没有使破产财产保值增值,也没有利于全体债权人利益的保护,甚至造成了破产财产的损耗,使得债权人可供分配财产的减少。将这种债务归于共益债务,和不当得利之债一样,仅仅因为其发生在破产申请受理之后。

四、共益债务的比较法研究

其实各国、各地区破产法都规定了与我国破产法中的共益债务制度类似的制度,尽管在名称定义上不尽相同,但不论是英美法系中英国法、美国法上的管理费用制度;还是大陆法系中德国法上的财团债权,财团债务,在范围的界定上都有与共益债务类似的规定。

根据2004年新修订的《日本破产法》来看,第五章从第一百四十八条到一百五十二条均是财团债权的内容。日本财团债权主要有以下内容:裁定上的费用;管理、变价、分配破产财团的费用;因税法而生租税债权;因破产财团的实施行为产生的请求权;破产财团有关的不当得利及无因管理;双务契约解约而生请求权;附负担遗赠的负担履行请求权。可以看出,日本的财团债权中既有我国破产法破产费用中的诉讼费用,管理费用等,又有共益债务的法定之债,合同之债等。④

在台湾地区破产法中,有财团费用与财团债务的区别,相当于我国破产法中的破产费用与共益债务。《台湾破产法》第九十五条和第九十六条分别规定,财团费用包括管理、变价、分配破产财团之费用;审判费用;管理人报酬;个人及家属的生活必要费用及丧葬费;财团债务包括围绕破产财团而为的债务;请求履行双务契约所生债务;无因管理、不当得利所生债务。

美国的管理费用相当于我国的共益债务。《美国破产法》第503条规定,管理费用包括维持破产财产实际必需的成本和费用,包括破产案件启动后为破产程序顺利进行而提供的酬金、薪金。⑤

---

④ 罗培新《破产法》格致出版社 2009年版 第34页

⑤ 大卫·爱泼斯坦等《美国破产法》韩长印等译 中国政法大学出版社 2004年版 第466页

五、结语

我国《破产法》规定的六项共益债务基本涵盖了破产受理申请后在债务人财产上可能发生的全部债务。为什么要把破产申请受理后新发生的债务列为共益债务不作为一般破产债权呢。谢先生曾说,如果将破产申请受理后新生的债权作为破产债权,确认该破产债权人参加破产程序,那么,债权人的范围就永远不能确定,破产程序也就无休止的进行下去,显然,这是说不通的。[⑥]的确,如果破产程序开始后产生的债权债务为破产债权,随着破产程序的进行,会不断涌现破产债权人,债权人范围无法确定,另外破产债权需要进行债权申报,申报时间有严格规定,不断涌现的债权人会影响债权申报,不利于管理人工作的开展。

在现实经济生活中,各民事主体主要是通过订立合同来明确相互间的权利、义务关系,即设立债权债务。破产企业无论是基于重整需要继续经营还是基于清算需要处理库存,肯定少不了与非破产方进行合同的签订或者是完成先前签订而未履行完毕的合同。如果不赋予破产程序开始后双方均未履行完毕的合同和破产后为继续经营而新订立的合同相对于其他债务的优先地位,那合同相对方是不会愿意同处于破产的债务人发生经济上的往来,这将不利于债务人的持续经营或者经济复苏,也就损害了债权人的利益。而为什么共益债务中有多项法定之债呢,将法定之债作为共益债务优先清偿,又有哪些考量呢?法定之债设定的理由在于,在法律有特别规定的事由出现时,基于维护市民社会的平和稳定,保护弱者,实现社会的公平和正义的目的,直接确认在当事人之间发生这种债的关系,以平衡当事人之间的利益关系。[⑦]在破产程序中,法定之债的特性仍在,所以法律必须优先保护这类债务的债权人。

---

⑥ 谢邦宇《破产法通论》湖南大学出版社 1987 年版 第 80 页

⑦ 杨立新《债权总论》法律出版社 2011 版 第 50 页

我的出发点是脱保

——记一起房产抵押脱保案

□ 杨帅杰* 康 斌*

引 言

一方面商业银行出于风险考虑，一方面普惠金融制度有待进一步完善，中小企业融资难、融资贵成为普遍现象。在这样一种融资背景下，许多民间隐性融资变得大行其道。企业间往往通过类似循环交易的方式，将借款披上交易的外壳，以达到融资的目的，而为了融资安全起见，整个过程又往往牵涉一系列的抵押担保，本案正是如此。

案情简介

2009 年 1 月 6 日，H 公司与 J 公司签订 09-042 号《钢材经销协

* 杨帅杰，本所权益合伙人，杭州市律师协会行政法专业委员会委员，杭州市律师协会公司法专业委员会委员。
* 康斌，浙江工商大学法学硕士。

议》,约定:根据用户对螺纹钢的要求,H公司向供应商采购经J公司指定确认的产品;H公司在产品进价上加1.5%的差价销售给J公司,并由J公司销售至用户;在H公司向供应商付款后30天内,由J公司向H公司支付货款,如逾期付款,对逾期部分承担每月2%的违约金;J公司向H公司提供价值1400万元的房产进行抵押担保;协议有效期自2009年1月6日至2014年12月31日等。

2009年10月22日,H公司与陈某某签订《房屋抵押担保协议》,约定:陈某某以其名下的房屋为09-042号《钢材经销协议》的履行提供一般抵押担保,双方协商抵押物价值为150万元,担保金额150万元,担保范围为本金,债权履行期限自2009年10月22日至2014年12月31日。同日,双方办理了抵押登记手续。

2010年1月12日,H公司与J公司签订10-09号《钢材经销协议》,约定:H公司在产品进价上加不低于1.25%的差价销售给J公司;针对H公司最高额度为2200万元的应收款,J公司向H公司提供价值1400万元的房产进行抵押担保;H公司向J公司提供办公、仓储场地及有关设备条件,月租赁费5万元;协议有效期自2010年1月12日至2014年12月31日等。

2012年4月,H公司分五次向J公司供应螺纹钢,货款金额共计25020155.40元。H公司于2012年4月24日向J公司出具《2012年4月螺纹钢销售明细》,记载了双方之间订单号、产品规格、发票号、数量、金额及应收款日等。其中,H公司对J公司最后一笔应收款日记载为2012年6月27日。J公司在该销售明细落款处加盖了公章,但并未支付货款。

2012年8月21日,H公司向上海市普陀区人民法院起诉,要求J公司支付货款25020155.40元及违约金等,并要求对陈某某的抵押房产享有优先受偿权。杨帅杰律师接受被告陈某某委托参加诉讼。

寻找脱保突破口

单从表面看,H公司与J公司的交易似乎已经实际发生,陈某某也为此提供抵押担保。现J公司违约未支付货款,H公司有正当理由行使

抵押权，陈某某应承担抵押担保责任。

杨帅杰律师在了解案情之后，以脱保为诉讼出发点，运用头脑风暴和逆向思维的方法，通过将法律规定的脱保事由一一列举，再比照本案实际情况仔细核对后，提出陈某某无需承担抵押担保责任的四点答辩理由。

一审答辩理由

1、主合同无效，主债务不存在。

H公司与J公司签订的《钢材经销协议》名为买卖，实为借贷，双方以合法形式掩盖非法目的，存在欺诈和骗保，根据合同法相关规定，应认定《钢材经销协议》为无效合同。与此同时，杨帅杰律师通过调查发现，H公司是某国有企业设立的独资子公司，为一人空壳公司，并不实际从事钢材贸易，其设立的目的是为通过提供融资，获取高额利率，根据09-042号《钢材经销协议》年利率可达18%，根据10-09号《钢材经销协议》年利率不低于15%，皆远高于同期银行利率。

本案诉讼时，J公司未到庭，其法定代表人傅某因涉嫌合同诈骗罪、贷款诈骗罪，已被刑事羁押在杭州。一审法官前往看守所送达法律文书并进行笔录，傅某对H公司起诉的事实均予认可。尽管如此，仅凭H公司提供的证据和这份笔录，尚不足以证明双方有真实的钢材交易。而在法庭调查阶段，杨帅杰律师更是通过有技巧地发问，证明H公司虽然有完整的交易记录，但对交易地点、交易时间、运输方式、囤货仓库等一概不知，交易实际并未发生，主债务不存在。

2、主从合同不对应。

陈某某与H公司签订的《房屋抵押担保协议》，担保的主合同是

2009 年 1 月 6 日签订的 09–042 号《钢材经销协议》,而本案 H 公司起诉依据的是 2010 年 1 月 12 日签订的 10–09 号《钢材经销协议》,主从合同明显不对应。同时,2010 年 1 月 12 日,H 公司与 J 公司签订 10–09 号《钢材经销协议》,但未将协议的签订及其内容告知过抵押人陈某某,亦未征得其同意,故陈某某对该合同不承担担保责任。

需要特别指出的是,H 公司表示 10–09 号《钢材经销协议》仅仅是对 09–042 号《钢材经销协议》中担保债务的最高额度等内容作出的补充约定,关于付款期限、逾期付款处理及双方责任等约定均与 09–042 号《钢材经销协议》内容一致。杨帅杰律师则认为,10–09 号《钢材经销协议》无论从文本形式,还是实际内容来看,都是一份独立的新合同。

事实上,10–09 号《钢材经销协议》到底是一份独立于 09–042 号《钢材经销协议》的新合同,还是它的补充约定,存在争议。在二审中,杨帅杰律师通过核算《2012 年 4 月螺纹钢销售明细》指出,前三批钢材的进货价与销售价之间的差价比例为 3%,后两批的差价比例为 1.5%。09–042 号《钢材经销协议》约定的差价比例为固定值 1.5%,而 10–09 号《钢材经销协议》约定的差价比例是不低于 1.25%。两相对照,可以说明 H 公司与 J 公司之间,实际履行的是 10–09 号《钢材经销协议》。后该观点得到二审法院采纳。

3、抵押登记办理错误。

退一步讲,即使 2009 年 10 月 22 日,H 公司和陈某某是为 10–09 号《钢材经销协议》办理抵押登记,H 公司也不能成为抵押权人。因为,双方办理的是一般抵押登记,不是最高额抵押登记。一般抵押登记不能为未来发生的债权提供担保,若主债权不存在,一般抵押登记无效。实际主债权是在 2012 年 4 月 24 日,也就是办理一般抵押登记后 30 个月才产生的,故该抵押担保应属无效,H 公司对抵押房产不享有优先受偿权。

4、主债务履行期限未届满。

H 公司与陈某某签订的《房屋抵押担保协议》第三条的约定:“债权履行期限自 2009 年 10 月 22 日起至 2014 年 12 月 31 日止。”至 2012 年 8 月 21 日 H 公司起诉时,主债权的履行期限未到,即便期限届满后

H公司对陈某某的抵押房产享有优先受偿权，法院现也应驳回H公司的诉讼请求。

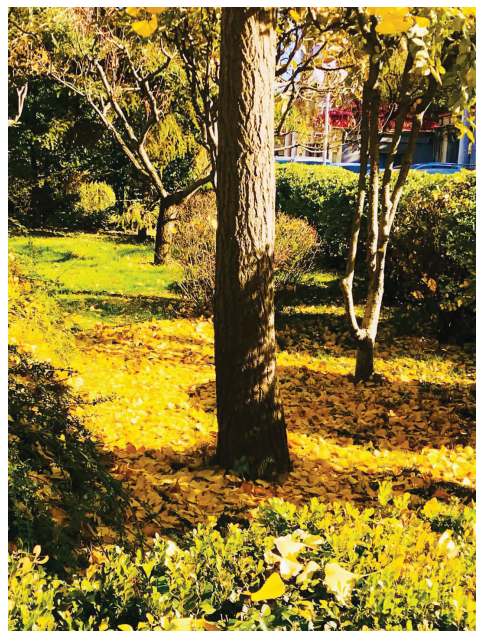
尽管答辩理由充分，一审法院还是没有采纳杨帅杰律师的答辩意见。

一审法院认为

1、买卖合同依法成立，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。H公司提供的《钢材经销协议》、物资调拨单、订货确认单以及上海增值税专用发票等证据已经形成完整的证据链，足以证明H公司与J公司之间存在买卖合同关系。陈某某辩称双方之间没有真实的钢材交易关系，实际发生的款项系J公司向H公司的借款，并骗取其他人员以房屋进行抵押，但其未提供相关证据予以证明，故对该抗辩理由不予采信。

2、现H公司已按约向J公司交付货物，J公司未支付货款显属违约，故对于H公司要求J公司履行付款义务并按合同约定承担逾期付款违约责任的诉讼请求，应予以支持。

3、陈某某用名下的房产向H公司提供了抵押担保，H公司作为抵押权人，在J公司不能履行债务时，有权按照我国《担保法》的有关规定以该房产折价或者以拍卖、变卖该房产所得的价款在担保金额范围内优先受偿。



积极上诉提起二审

一审判决后，杨帅杰律师与当事人陈某某经过协商，决定向上海市第二中级人民法院提起上诉。上诉理由与一审答辩理由基本相同，但有所侧重，如上文所述，主要是通过核对

《2012 年 4 月螺纹钢销售明细》指出，五批钢材交易中的前三批进货价与销售价之间的差价比例为 3%，后两批为 1.5%，该差价比例与 09–042 号《钢材经销协议》约定的固定差价比例 1.5%不符，与 10–09 号《钢材经销协议》约定的不低于 1.25%的差价比例相符，并据此得出 H 公司与 J 公司之间，实际履行的是 10–09 号《钢材经销协议》。二审法院采纳了该观点，并发挥了扭转乾坤的效用。

二审法院认为

1、买卖合同成立，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。H 公司提供的《钢材经销协议》、物资调拨单、订货确认单以及上海增值税专用发票等证据，可以证明 H 公司与 J 公司之间存在买卖合同关系，J 公司的法定代表人傅某对此亦予以确认。陈某某辩称双方之间没有真实的钢材交易关系，实际发生的款项系 J 公司向 H 公司的借款，并骗取其他人员以房屋进行抵押，但其未提供相关证据予以证明，故对其抗辩理由不予采信。

2、2010 年 1 月 12 日，H 公司与 J 公司签订了 10–09《钢材经销协议》，但对该协议的签订及其内容未告知过抵押人陈某某，亦未征得其同意，故陈某某对该合同不承担担保责任。

3、2012 年 4 月，H 公司与 J 公司之间发生业务货款 2502015540 元及逾期付款违约金，根据《2012 年 4 月螺纹钢销售明细》中记载的进货价与销售价之间的差价比例，该差价比例与 10–09《钢材经销协议》中 H 公司在产品进价上加不低于 1.25%的差价销售给 J 公司的约定相符，故可以认定 H 公司实际系履行 10–09《钢材经销协议》而发生系争的货款。

4、由于抵押人陈某某为担保 09–042 号《钢材经销协议》的履行而签订《房屋抵押担保协议》，并办理抵押登记。从抵押权的性质上看，抵押权既具有特定性又具有从属性，抵押权只能担保特定的债权，其成立、消灭和处理必须以一定债权关系的存在为前提且从属于该主债权。故 H 公司基于履行 10–09《钢材经销协议》形成的主债权主张行使抵押权，要求对陈某某提供抵押的房屋具有优先受偿权，并无事实及法律依

据，其主张应不予支持。原审法院对此所作出的认定处理不当，本院予以纠正。

结　语

至此，本案尘埃落定，被告陈某某由一审败诉，逆转为二审胜诉，“替罪羊”成功脱保、脱罪。但该案的许多细节仍值得细细玩味，如主合同无效是否一定导致担保合同无效？抵押人的赔偿责任是否就此止步？如 10–09 号《钢材经销协议》是对 09–042 号《钢材经销协议》的补充约定，还是一份真正意义上独立的新合同？又如企业一般办理的是最高额抵押，而 H 公司就陈某某的房产办理的却是一般抵押，这种情况并不常见，是否因为在办理抵押的过程中出了差错？这些都是值得进一步思索的问题。

配偶“被负债”之维权之路

□ 申柱石 *

数日前，笔者偶然看到一篇报道：

一位当事人在与前夫离婚后，不断收到法院传票，前夫在婚姻存续期间莫名借了300多万元的债务，经债权人起诉后全部被法院判为夫妻共同债务。后经长时间的艰难维权，在杭州市检察院提请浙江省检察院抗诉下，浙江省高院终于将上述债务改判为其前夫的个人债务。

这样的结局，固然让人拍手叫绝。然而就笔者所知，此前十多年来类似“被负债”的配偶比比皆是，而最终通过检察院抗诉获得改判的仅仅是凤毛麟角。

2004年4月1日开始施行的《最高人民法院关于适用《中华人民共和国婚姻法》若干问题的解释(二)》中第二十四条规定：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫

* 申柱石，本所高级合伙人，杭州市律师协会国际投资专业委员会主任。

妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务,或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。

这著名的“第二十四条”自颁布以来就饱受诟病,大量当事人直到被起诉时才发现,配偶曾经在外“打借条”,自己“被负债”,而自身纵然毫不知情也毫未受益,也要承担还款的义务。笔者的执业生涯中也亲手承办过此类案件,且至今笔者都熟记其中一位当事人当时无奈与绝望的表情。

这位生活中的“全职太太、贤妻良母”带着女儿过着清贫的生活,离婚后却突然成为众多民间借贷案件的被告,原来一年都回不了几次家的前夫在离婚前居然对外欠下了一千余万元的巨额债务,而且庭审也不来参加。此案虽经一审二审努力,但在“第二十四条”的背景下,上述债务全部被判为夫妻共同债务。

这个案件估计是笔者从业以来主动与法官沟通得最多的一个案子,一二审法院的法官都表示虽然他们内心都认可这些债务所涉款项未用于夫妻共同生活,而是被当事人前夫个人挥霍,但是在当时的法律环境下,也不得不做出这样的判决。

自饱受诟病的第二十四条出台后,十几年间最高院虽然曾多次就夫妻债务的认定及处理做出过各类的意见,但都无法从根本上解决这一问题。所幸的是,经过大量“被负债”配偶和他们的支持者多年不懈的努力,2018 年 1 月 16 日最高院终于颁布了《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》(以下简称“新司法解释”)并于 2018 年 1 月 18 日正式实施。作为新年开年最令人瞩目的司法文件,这部史上最为简短(之一)的司法解释,可谓牵动了社会各界人士的心。

其中第三条规定:“夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义

超出家庭日常生活需要所负的债务,债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的,人民法院不予支持,但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”新司法解释的出台,终于对第二十四条做了颠覆式的修正。

紧接着,作为对该解释的响应,最高人民法院于2018年2月7日发布了《关于办理涉夫妻债务纠纷案件有关工作的通知》,正式宣布新司法解释可以作为对确实存在错误的已经终审判决进行纠正的依据;而浙江省高级人民法院也于2018年5月23日发布《浙江省高级人民法院关于妥善审理涉夫妻债务纠纷案件的通知》(以下简称“通知”),该通知不仅详细规定了法院区分夫妻共同债务与个人债务的标准和举证责任分配,而且明确了在浙江省范围内已经终审的案件,可以根据案件目前所处的阶段,按照不同的程序申请纠正。简单来说,就是:

目前处于再审阶段的案件,按照新司法解释和通知的规定对明显错误的案件进行改判纠正;已被驳回再审的案件,可按照民事诉讼法第二百零九条的规定,向检察机关申请抗诉或检察建议;而对于目前存量最多的,即已经超过再审申请期限的案件,可以通过信访等渠道要求纠错,如经审查发现确有错误的,法院将根据民事诉讼法第一百九十八条的规定,依职权提起再审。

上述新司法解释与省高院通知颁布的时间还不长,但目前已有多位此前“被负债”的当事人向我们咨询维权与纠正错判的途径,我们也在为此进行积极的准备工作。不过遗憾的是,笔者与前面提到的那位当事人已经失去了联系,估计是她经受不住这样巨额的债务压力,停用了此前所有的电话号码,否则,笔者一定会通知这位当事人立即依据新司法解释和省高院通知,通过信访等渠道申请法院提审与改判。

普吉岛翻船事件引发的法律问题思考

——单位组织旅游发生事故是否认定工伤

□ 刘艳芳* 崔宝丹*

近日，泰国普吉岛发生的翻船事故，让很多国人为之揪心。本次事故中，有37人来自浙江海宁一家具公司，其中已有19人获救，但仍有18人失踪。

祈祷与希冀之外，除对翻船事故原因的刨根问底，还想谈一谈职工参加单位组织旅游时受伤甚至意外身亡能否认定为工伤的问题。2018年浙江省新出台的《浙江省工伤保险条例》对此如何认定呢？

其实，问题的焦点在于：单位组织旅游期间职工受到伤害算不算“因工作原因”受到伤害。

* 刘艳芳，本所高级合伙人，杭州市律协劳动和社会保障专业委员会副主任。
* 崔宝丹，本所实习生。

一、工伤认定标准

根据《工伤保险条例》规定，以下情况可以被认定工伤：

1. 在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；

2. 因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；

3. 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的；

另根据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第四条社会保险行政部门认定下列情形为工伤的，人民法院应予支持：

（二）职工参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动受到伤害的；

第五条社会保险行政部门认定下列情形为“因工外出期间”的，人民法院应予支持：

（一）职工受用人单位指派或者因工作需要在工作场所以外从事与工作职责有关的活动期间；

（二）职工受用人单位指派外出学习或者开会期间；

（三）职工因工作需要的其他外出活动期间。

职工因工外出期间从事与工作或者受用人单位指派外出学习、开会无关的个人活动受到伤害，社会保险行政部门不认定为工伤的，人民法院应予支持。

2018年浙江省新出台的《浙江省工伤保险条例》细化了“工伤认定”，对国家《工伤保险条例》明确的认定范围进行了补充规定，有下列情形之一的，视为《工伤保险条例》规定的因工作原因所受的伤害：

1. 在工作时间和驾驶公共交通工具等特殊工作岗位，突发疾病后

因岗位特殊导致救治延误病情加重，经抢救无效死亡或者抢救后完全丧失劳动能力的；

2. 在连续工作过程中和工作场所内，因就餐、工间休息、如厕等必要的生活、生理活动时所受的伤害；

3. 因参加用人单位统一组织或者安排的学习教育、培训、文体活动所受的伤害；

4. 因参加各级工会或者县级以上组织人事部门按照规定统一组织的疗休养所受的伤害，但单位承担费用由职工自行安排的疗休养除外。

由此可见，浙江海宁公司普吉岛之行符合上述统一组织的疗休养的规定的话，此次的翻船事件应认定为工伤，但浙江省对职工参加单位组织旅游时受伤甚至意外身亡能否认定工伤未明确表示，对此，还应具体问题具体分析。

二、单位旅游认定工伤的综合考虑因素

(一)单位组织旅游的目的性

单位组织旅游的目的是否与企业利益相关是考量的一个因素。随着现代管理理念的转变，用人单位组织旅游更多的是出于团队建设的目的。通过集体活动增强团队凝聚力、调动员工工作积极性。此类活动具有明显的集体属性，应当视作是工作原因的延伸。当然，员工在单位组织的旅游活动中脱离团队，私自活动期间受伤则不属于工伤。

如时蓬蓬案((2014)珠中法行终字第79号判决)中，一审法院判决

理由中写道“时蓬蓬参加的旅游活动是由永臣公司组织并承担经费的企业文化活动,永臣公司将职工参加旅游活动视为正常出勤,并计算工资,这说明永臣公司组织旅游与工作有本质联系,其目的是放松职工身心,增强和改善单位团队沟通与协作,更好地促进公司绩效,实现公司利益,是职工工作的延续。时蓬蓬在公司积极鼓励下参加上述活动应属于工作范畴”。二审维持原判的理由是“用人单位要求或鼓励参加的集体活动,可以被认为是工作的一个组成部分,应属于工作原因”。

(二)从单位组织旅游的过程考量

单位组织旅游是否是公司组织或强制安排(区别于自愿报名参加);外出旅游期间是否安排了学习开会任务。如果公司组织员工自愿报名参加的纯旅游活动性质,没有学习和开会任务,虽带有福利性质,且公司承担了费用或者正常支付员工旅游期间的工资(即包含部分“因公”因素),员工受到意外事故被认定工伤的概率较低。

如张艳华案((2015)济行终字第96号判决)中,一审法院判决的理由是:“张艳华在行政程序中认可单位组织的此次旅游时对职工是否愿意参加并未作强制要求,仅通知到职工个人,是否参加由职工个人决定。对此,其在庭审时亦未予以否认。即张艳华参加的此次单位组织的旅游活动,不属于单位强制要求或鼓励职工参加的情形。因此,此次旅游活动,与履行工作职责无关,该活动不应视为其工作的一个组成部分,张艳华在此期间受到伤害的,不属于工作原因。”二审法院也认为:“从各方当事人陈述看,康佳集团济宁营业部组织其职工参加的旅游活动带有福利性质,由企业出资,职工是否参加出于自愿,不带有强制性,其内容也与工作原因及履行工作职责无关,更不属于康佳集团济宁营业部指派张艳华参加的活动。”

(三)员工是从事私人活动(包括个人疾病)受伤还是在集体活动过程中受伤

如果员工在单位组织的旅游中脱离集体,因个人的原因受伤甚至死亡的,与单位的联系因素不大,“因公”的属性不大,不应当认定为工伤。

(四)单位组织的旅游是否利用工作日

有时,单位组织旅游是否利用工作日也会成为考量的因素。在赵静

案((2015)常行终字第112号判决)和吴某案((2013)穗中法行终字第833号行政判决)中,法院在认定单位旅游是否为工伤时,均考虑到在单位支付旅游费用的前提下,旅游在工作日进行而认定为单位行为,应属于工作内容的组成部分。

三、对浙江海宁某公司在此次翻船事件中工伤问题的法律分析

根据相关的新闻报道,对海宁公司此次旅游的情况有部分了解,由于信息有限,故只根据所知情况进行分析:

1. 澎湃新闻6日从海宁市政府获悉,海宁海派家具公司前往普吉岛自由行旅游的员工及家属37人,于7月3日晚从杭州萧山机场乘坐CA717航班赴泰国普吉机场,并且都是自己通过网上旅游公司订购去皇帝岛出海的,员工可以携带家属参加旅游活动。由此可以推断,此次所谓的单位旅游应该并不是单位强制,而是员工的自愿参加性质的旅游活动。

2. 从海宁海派家具有限公司一名工作人员处获悉,该公司员工多为外地人,每半年放一次假,今年的假期从7月1日开始,至7月9日止,“全公司放假,只有值班人员在公司。由此可见,此次旅游虽然占用的工作日,但是公司明确规定为此期间为假期时间,故通过占用工作日旅游而认定为工伤的可能性很小。但是,公司每半年的一次放假,并组织员工旅游的行为目的性来看,此行为是可以认定为出于团队建设的

目的，并有利于增强团队凝聚力、调动员工工作积极性。如果相关理由充分，如公司对此次的旅游活动介绍有表明为了团队建设组织、鼓励员工旅游等相关内容，则可以认定此类活动具有明显的集体属性，应当视作是工作原因的延伸。

总之，面对单位组织旅游是否应认定为工伤问题在实践中工伤法律制度和实务操作的不确定性较大，应具体问题具体分析，不应由于法律没有明确的规定而一概否认为工伤。随着社会的不断发展，法律的日趋健全，相应的法律法规也必将不断细化完善，2018 年浙江省新出台的《浙江省工伤保险条例》便是法律法规完善进步的体现，首次将疗休养符合一定条件的情况下认定为工伤，这既是充分保护劳动者权益的表现，也是法律法规适应社会不断发展的结果。

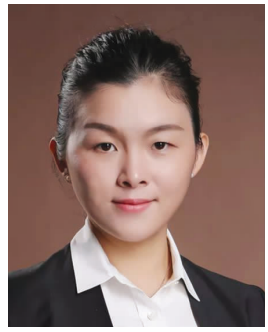
无论是认定工伤还是不认定工伤，一旦旅游期间发生重大事故，无论是对公司还是对个人及亲属都有很大的风险，如果是工伤，企业则将面临沉重的负担（对员工长期治疗的过程，包括停工留薪期工资、5–6 级伤残津贴、就业补助金等）。如果不认定工伤，员工遭受痛苦不说，其家属也会因此沉浸在悲痛之中。对此，不得不提醒大家，无论是个人、企业还是旅行社、中介平台机构，都应有足够的安全意识，尽量避免在旅游中发生的不幸。

最后，沉痛哀悼在泰国普吉岛翻船中遇难的同胞们——愿逝者安息，愿生者坚强！

财政部重磅要求：加快专项债发行

——记财库〔2018〕68号、72号两文发布

□ 徐杨超 *



2018年7月30日、8月14日，财政部先后发布《关于印发〈地方政府债券公开承销发行业务规程〉的通知》（财库〔2018〕68号）、《关于做好地方政府专项债券发行工作的意见》（财库〔2018〕72号）两文，明确地方政府债券发行规程，要求加快地方政府专项债券发行和使用。

一、两文主要意见

（一）《关于印发〈地方政府债券公开承销发行业务规程〉的通知》

1、适用范围：公开发行规模较小的地方政府债券，包括一般债券、专项债券（含项目收益专项债券）。

2、发行系统三个——财政部政府债券发行系统、财政部上交所政府债券发行系统、财政部深交所政府债券发行系统。

* 徐杨超，本所高级合伙人，浙江省财政厅PPP专家库成员，杭州市律协政府法律顾问专业委员会委员，杭州市律协房地产专业委员会委员。

3、可组建承销团，成员原则上不少于4家。

4、申购利率区间下限：不得低于申购前1至5个工作日（含第1和第5个工作日）中国债券信息网公布的中债国债收益率曲线中相同待偿期国债收益率算术平均值。

申购价格区间上限：不得高于申购前1至5个工作日（含第1和第5个工作日）中国债券信息网公布的中债国债收益率曲线中相同待偿期国债收益率算术平均值计算的、原地方政府债券在缴款日的含息价格。

（二）《关于做好地方政府专项债券发行工作的意见》

1、9月底前完成新增比例不低于80%。

2、发行利率不得对承销机构人为压价。

3、按“先商先得”原则确认发行场所，防止扎堆发行，但不溯及本文印发前。

4、不再限制债券期限比例结构，各地自行确定。

5、省财政负责发行信息披露，不再向财政部备案。

6、专项债券资金可对预算已安排项目周转，待债券发行后回补。

7、今年每月底前报送下月新增发行计划，不迟于发行前6个工作日。

二、政策沿袭

2014年9月21日，《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》（国发〔2014〕43号）

地方政府举债采取政府债券方式。没有收益的公益性事业发展确需政府举借一般债务的，由地方政府发行一般债券融资，主要以一般公共预算收入偿还。有一定收益的公益性事业发展确需政府举借专项债务的，由地方政府通过发行专项债券融资，以对应的政府性基金或专项收入偿还。

2015年3月18日，关于印发《2015年地方政府专项债券预算管理办法》的通知（财库〔2015〕32号）

省、自治区、直辖市政府为专项债券的发行主体，具体发行工作由省级财政部门负责。市县级政府确需发行专项债券的，应纳入本省、自

治区、直辖市专项债券规模内管理，由省级财政部门代办发行，并统一办理还本付息。经省级政府批准，计划单列市政府可以自办发行专项债券。

专项债券按市场化原则在银行间债券市场、证券交易所市场等发行。鼓励符合条件的机构投资者和个人购买专项债券。

2015 年 4 月 2 日，关于印发《地方政府专项债券发行管理暂行办法》的通知（财库〔2015〕83 号）

地方政府专项债券(以下简称专项债券)是指省、自治区、直辖市政府(含经省级政府批准自办债券发行的计划单列市政府)为有一定收益的公益性项目发行的、约定一定期限内以公益性项目对应的政府性基金或专项收入还本付息的政府债券。

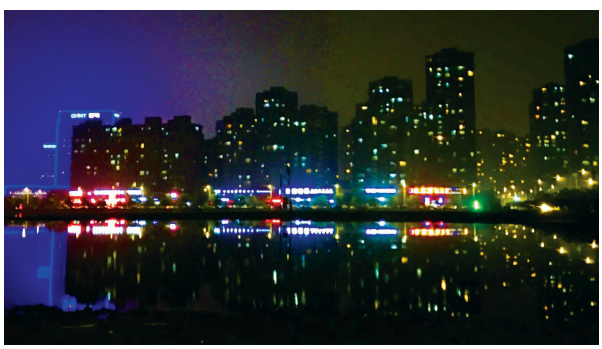
专项债券期限为 1 年、2 年、3 年、5 年、7 年和 10 年，由各地综合考虑项目建设、运营、回收周期和债券市场状况等合理确定，但 7 年和 10 年期债券的合计发行规模不得超过专项债券全年发行规模的 50%。

专项债券发行利率采用承销、招标等方式确定。

专项债券应当在中央国债登记结算有限责任公司办理总登记托管，在国家规定的证券登记结算机构办理分登记托管。专项债券发行结束后，符合条件的应按有关规定及时在全国银行间债券市场、证券交易所债券市场等上市交易。

企业和个人取得的专项债券利息收入，按照《财政部国家税务总局关于地方政府债券利息免征所得税问题的通知》(财税〔2013〕5 号)规定，免征企业所得税和个人所得税。

2016 年 11 月 9 日，关于印发《地方政府专项债务预算管理办法》的通知（财预[2016]155 号）



省、自治区、直辖市应当在专项债务限额内举借专项债务，

专项债务余额不得超过本地区专项债务限额。

省级财政部门发行专项债券募集的资金,应当缴入省级国库,并根据预算安排和还本计划拨付资金。

省级财政部门应当在发行专项债券后3个工作日内,将专项债券发行情况报财政部备案,并抄送财政部驻当地财政监察专员办事处(以下简称专员办)。

2017年5月16日,关于印发《地方政府土地储备专项债券管理办法(试行)》的通知(财预[2017]62号)

本办法所称土地储备,是指地方政府为调控土地市场、促进土地资源合理利用,依法取得土地,进行前期开发、储存以备供应土地的行为。

本办法所称地方政府土地储备专项债券是地方政府专项债券的一个品种,是指地方政府为土地储备发行,以项目对应并纳入政府性基金预算管理的国有土地使用权出让收入或国有土地收益基金收入(以下统称土地出让收入)偿还的地方政府专项债券。

土地储备专项债券期限应当与土地储备项目期限相适应,原则上不超过5年,具体由市县级财政部门会同本级国土资源部门、土地储备机构根据项目周期、债务管理要求等因素提出建议,报省级财政部门确定。

2017年6月2日,《关于试点发展项目收益与融资自求平衡的地方政府专项债券品种的通知》(财预[2017]89号)

地方各级财政部门应当会同行业主管部门、项目单位等加强专项债券项目对应资产管理,严禁将专项债券对应的资产用于为融资平台公司等企业融资提供任何形式的担保。

2017年6月26日,关于印发《地方政府收费公路专项债券管理办法(试行)》的通知(财预[2017]97号)

本办法所称的政府收费公路,是指根据相关法律法规,采取政府收取车辆通行费等方式偿还债务而建设的收费公路,主要包括国家高速公路、地方高速公路及收费一级公路等。

本办法所称地方政府收费公路专项债券是地方政府专项债券的一个品种,是指地方政府为发展政府收费公路举借,以项目对应并纳入政

府性基金预算管理的车辆通行费收入、专项收入偿还的地方政府专项债券。

前款所称专项收入包括政府收费公路项目对应的广告收入、服务设施收入、收费公路权益转让收入等。

收费公路专项债券期限应当与政府收费公路收费期限相适应，原则上单次发行不超过15年，具体由省级财政部门会同省级交通运输部门根据项目建设、运营、回收周期和债券市场状况等因素综合确定。

2018年2月24日，《关于做好2018年地方政府债务管理工作的通知》（财预[2018]34号）

合理扩大专项债券使用范围，鼓励地方按照《财政部关于试点发展项目收益与融资自求平衡的地方政府专项债券品种的通知》（财预〔2017〕89号）要求，创新和丰富债券品种，按照中央经济工作会议确定的重点工作，优先在重大区域发展以及乡村振兴、生态环保、保障性住房、公立医院、公立高校、交通、水利、市政基础设施等领域选择符合条件的项目，积极探索试点发行项目收益专项债券。

2018年3月1日，关于印发《试点发行地方政府棚户区改造专项债券管理办法》的通知（财预[2018]28号）

本办法所称棚户区改造，是指纳入国家棚户区改造计划，依法实施棚户区征收拆迁、居民补偿安置以及相应的腾空土地开发利用等的系统性工程，包括城镇棚户区（含城中村、城市危房）、国有工矿（含煤矿）棚户区、国有林区（场）棚户区和危旧房、国有垦区危房改造项目等。

本办法所称地方政府棚户区改造专项债券是地方政府专项债券的一个品种，是指遵循自愿原则、纳入试点的地方政府为推进棚户区改造

发行，以项目对应并纳入政府性基金预算管理的国有土地使用权出让收入、专项收入偿还的地方政府专项债券。

前款所称专项收入包括属于政府的棚改项目配套商业设施销售、租赁收入以及其他收入。

棚改专项债券期限应当与棚户区改造项目的征迁和土地收储、出让期限相适应，原则上不超过15年，可根据项目实际适当延长，避免期限错配风险。具体由市县级财政部门会同本级棚改主管部门根据项目实施周期、债务管理要求等因素提出建议，报省级财政部门确定。

2018年5月8日，《关于做好2018年地方政府债券发行工作的意见》（财库〔2018〕61号）

公开发行的普通专项债券，增加15年、20年期限。各地应当按照相关规定，合理设置地方政府债券期限结构，并按年度、项目实际统筹安排债券期限，适当减少每次发行的期限品种。公开发行的7年期以上（含7年期）普通专项债券发行总规模不得超过全年公开发行普通专项债券总规模的60%；公开发行的10年期以上（不含10年期）普通专项债券发行总规模，不得超过全年公开发行2年期以下（含2年期）普通专项债券规模。

2018年7月30日，《关于印发〈地方政府债券公开承销发行业务规程〉的通知》（财库〔2018〕68号）

2018年8月14日，《关于做好地方政府专项债券发行工作的意见》（财库[2018]72号）

三、专项债券发行核心问题

1、可以发行债券的项目——公益性事业发展需要

没有收益——一般债券——以一般公共预算收入偿还

有一定收益——专项债券——以对应的政府性基金或专项收入偿还

除土地储备、收费公路、棚户区改造外，可优先在重大区域发展以及乡村振兴、生态环保、保障性住房、公立医院、公立高校、交通、水利、市政基础设施等领域选择。

2、发行主体——省、自治区、直辖市政府，由省级财政部门负责具

体工作

市县级政府确需发行,由省级财政部门代办发行,签订代发和转贷协议,统一还本付息

3、专项债券期限

1年、2年、3年、5年、7年、10年、15年、20年

公开发行的7年期以上(含7年期)普通专项债券发行总规模不得超过全年公开发行普通专项债券总规模的60%;公开发行的10年期以上(不含10年期)普通专项债券发行总规模,不得超过全年公开发行2年期以下(含2年期)普通专项债券规模。

4、收入税费——免征企业所得税和个人所得税、增值税

对企业和个人取得的2012年及以后年度发行的地方政府债券利息收入,免征企业所得税和个人所得税。

地方政府债利息收入免征增值税。

5、发行方式——定向承销、公开发行

专项债券应当在中央国债登记结算有限责任公司办理总登记托管,在国家规定的证券登记结算机构办理分登记托管。专项债券发行结束后,符合条件的应按有关规定及时在全国银行间债券市场、证券交易所债券市场等上市交易。

理财产品“爆雷”维权指南

——律师教你如何有效维权

□ 陆　原 *

前　言

想写这篇文章很久了，修修改改一直未发表，有部分原因在于正在处理类似理财产品纠纷，怕把握不好尺度；另外就是特别的不好写，理财产品爆雷，牵扯面很广，可以分析和分享的角度也很多，并且律师在代理民事纠纷或是刑事纠纷时，角色和定位很大程度上是有利益冲突的。但是作为律师每天都会面对私募基金或 P2P 投资人的咨询，很多投资人可能已经倾家荡产，高昂的维权成本让他们进退维谷、举步维艰。也听说了朋友带头维权被行政拘留的尴尬，很需要律师为他们提供及时的法律帮助。笔者所在的城市两天内就有 10 多家 P2P 平台出现了

* 陆原，本所权益合伙人，浙江省律师协会金融与保险专业委员会委员，浙江省律师协会证券与资本市场专业委员会委员。

风险，据说受害人以百万计，受害金额千亿级。特别是昨天某银行被私募基金的投资人团团围住，网络谣言四起；银行业协会法律顾问写文发生又一次引爆律师界和学界关于理财产品圈责任分担的大讨论。

因为笔者既办理过投资人的维权案件，又担任过类似平台被告人的辩护人，深感无论学界还是司法实务界，无论产品的发行、管理、托管主体还是产品的投资人，对理财产品纠纷的认知和处理方式天差地别。有鉴于此，想把自己的经验分享给大家，供深陷于雷暴区中心的投资人参考；供参与办案的公检法同仁批评；供同行、学者探讨。

进入正文前，先说一下本文的思路与角度：限于篇幅，本文仅站在投资人角度，就如何正确维权进行展开。管理人、托管人、债务人或犯罪嫌疑人等角度暂不论述，但是可能会有所涉及，今后另文专题论述。

再说一下本文结构，本文的结构分两部分，第一部分是基本概念整理，大家说的话要在同一个频道里，这样才不会出现鸡同鸭讲的尴尬，有了明确的概念，对理财产品爆雷中的各方责任才会有一个比较清晰的把握，有利于遵循冤有头债有主的逻辑去维权，减少无效维权的成本。另外，在基本概念部分，笔者加入了对相应产品风险的解读，有助于投资人在今后选择投资理财产品时参考。第二部分是制订维权方案。方案分两个部分，第一部分是基础事实的调查，无论民事诉讼还是刑事控告，掌握的基础事实越多越有利。第二部分是基于调查所做的进一步维权方案。

最后，本文暂不讨论诸如银行、信托、保险等传统持牌金融机构的理财产品，也不讨论公募基金产品。仅针对当下的风险特征，讨论私募基金的理财产品及 P2P 平台上发布的产品，在本文中统称为理财产品，并以此展开。

一、概念

1. 私募投资基金

简称私募基金，是指在中华人民共和国境内，以非公开方式向合格投资者募集资金设立的投资基金。包括资产由基金管理人或者普通合伙人管理的以投资活动为目的设立的公司或者合伙企业。

私募基金通俗说就是基金销售人员通过一对一接触的方式向合格投资者销售，并在募集完成后由私募基金管理人统一运用资金投向特定或不特定投资目标，以取得投资回报并最终分配给投资者的一种代客理财方式。这里面有两个要点关系到责任分担，一个是募集机构募集行为的合规募集问题，销售时是否合规，是否严格按照《私募投资基金募集行为管理办法》的要求进行销售，这关系到出现风险后是否因此而对风险承担负有责任，进而是否要承担相应的赔偿责任问题。二是投资人是否为合格投资人的问题，这关系到出现风险后投资人自身是否因此而对风险承担负有相应责任，进而是否要承担相应的亏损责任问题。

2. 四类私募基金

第一类是**私募证券基金**，投资方向是证券及衍生品，证券及衍生品的定义比较复杂，请记住是经过一整套合规流程发行的标准化产品，这类投资产品到期变现（换成现金）比较容易，且资金的走向托管人能够掌控，基本上属于闭环资金，便于查清资金情况，缺点是证券市场波动较大，从期权、期货、股票等风险依次递减，万一碰到类似长生生物这样的黑天鹅事件就只能通过其他渠道主张权利了（详见昨天的本公号内容）。

第二类是**私募股权基金**，投资方向是非公开交易（A 股、新三板等一般认为是公开交易）的公司股权，公司股权是否是好的投资标的见仁见智，现在出现风险的私募基金产品很大一部分就是投资于公司股权的。从资金投向的法律属性角度看，资金一旦进入被投资的目标公司，

投资人所投的基金就完成了对股权的投资，投资人只享有基金持有目标公司股权对应的权益(如分红),但是目标公司如何运用资金往往投资人就鞭长莫及了,并且托管人的资金监管职责也往往只能到此为止,只能被动等待目标公司在资金到期后的回款来还本付息,目前看来,最主要的风险是来自于目标公司的股权不值钱，也较难找到一个靠谱的方式来确保股权物有所值,只能寄希望于担保措施。往往投资人和基金销售人员都会比较关注于出风险后的担保措施而忽视了第一还款来源的真实性、有效性。

第三类是**创业投资基金**,主要投资初创企业股权,风险极大,收益也很高。这类理财产品一般投资人不太参与,因为初创公司的投资退出方式主要靠经营后的估值提升带来新的投资者或者通过上市、并购等方式来实现。不太会提供诸如房产或有实力公司的保证担保,故属于比较小众的产品。

第四类是**其他类别私募基金**，简单理解是除上述三类投资范围之外的其他投向。比如红酒基金,艺术品基金等,这类基金普通投资人建议远离,本身所投行业具有信息不透明不公开的特征,即使能赚钱,也不是普通投资人能够赚到的钱。

3. 除投资人外的私募基金业务参与主体

3.1 私募基金管理人:负责募集、投资、管理、清算私募基金的人,一般是以有限公司法人或合伙企业法人形式出现。私募基金管理人必须经过中国证券业投资基金协会登记并成为基金业协会会员。管理人是私募基金的核心，可以说选择靠谱的私募基金其实就是在选择靠谱的私募基金管理人。

近日爆发的“上海阜兴集团案”被称为私募第一案的原因就在于一个全国范围内的大型私募基金管理人在没有征兆的情况下实际控制人失联、机构瘫痪,募集资金套路多(分四个基金管理人募集)、合格投资人众多(100 万元起步的投资人可能超过 5000 人)、投资金额特别巨大(据估算金额超过 270 亿)、投资项目众多、待清理的资产众多,投资人采取的维权方式愈演愈烈，中国证券投资基金业协会与中国银行业协会对托管人职责认定存在分歧等，对整个私募基金行业都具有深远影

响。

3.2 托管人：根据托管业务资格认定部门不同以及从事托管业务的机构性质不同来区分，托管人目前可以分为三大类，一类是商业银行作为托管人(最广泛的托管人)，一类是保险资产托管人(一般也是商业银行做托管人)，还有一类是非银行金融机构作为托管人，选择这类托管人在进行基金托管业务时还需要另行聘请银行担任资金的保管人。

根据中国银行业协会《商业银行托管业务指引》定义，“托管”是为解决委托—代理关系导致的时间和空间上的信息不对称问题，完善市场治理结构的制度安排。本指引所称“商业银行托管业务”(以下简称“托管业务”)，是指托管银行基于法律规定和合同约定，**履行资产保管职责**，办理**资金清算**及其它约定的服务，并收取相关费用的行为。根据法律法规和合同约定，托管银行提供的服务还可包括**会计核算与估值、投资监督、绩效评估、投资管理综合金融服务以及其他资产服务类业务。**

3.3 基金业务外包服务机构：包括基金销售机构、为私募基金募集机构提供支付结算服务、私募基金募集结算资金监督、份额登记等与私募基金募集业务相关服务的机构

这里需要注意的是因为法律认可私募基金管理人可以自行募集，所以基金销售机构也同时可能是私募基金管理人。

4.私募基金备案

所谓私募基金备案是指私募基金管理人在私募基金募集完毕后20个工作日内，通过私募基金登记备案系统进行备案，并根据私募基金的主要投资方向注明基金类别，如实填报基金名称、资本规模、投资者、基金合同(基金公司章程或者合伙协议，以下统称基金合同)等基本信息。

很多投资人会认为私募基金备案意味着该基金的真实性、合法性得到了官方的认证。但是一定要请大家注意，备案不能等同于发牌照，中国证券投资基金业协会的备案只要材料外观齐备就可以进行公示，但中国证券投资基金业协会对私募基金登记备案信息不做实质性事前审查。公示信息不构成对私募基金管理人投资管理能力、持续合规情况

的认可,不作为基金资产安全的保证。

5. 私募基金产品的具体表现形式

一般而言私募基金产品有三大类表现形式(三个样子):一是公司型私募基金、二是合伙型私募基金、三是契约型私募基金。

5.1 公司型私募基金,以公司形式出现的私募基金,投资人作为公司股东进行登记,一般这类公司会聘请管理团队进行自主管理。

5.2 合伙型私募基金,以合伙企业形式出现的私募基金,投资人作为合伙企业的合伙人进行登记。合伙型基金分两类,一类是普通合伙企业,投资人以普通合伙人身份进行登记;另一类是有限合伙企业,投资人以有限合伙人身份进行登记(LP),基金管理人一般以有限公司形式担任普通合伙人(GP)进行管理。

5.3 契约型私募基金,这是现在市面上最常见的的私募基金形式,参考的原理是信托法上的资产管理计划,投资人只通过基金合同与基金发生关系,对外并不会具有登记为某个公司的股东或合伙企业的合伙人。这类私募基金投资人因无需办理工商登记,非常灵活,是基金管理人比较喜欢的募集方式。

6. P2P 产品

P2P 学名网贷信息中介机构,投资人投资的本质是民间借贷。按照监管规定,如果 P2P 平台能够合规经营,严格按照人(P)对(2)人(P)的标准提供借贷需求的匹配,是不太可能出现全平台的风险的。通过分析出现风险的 P2P 平台,笔者发现所有平台的风险都有共性,就是 P2P 平台将投资人资金先归集到资金池中,打破了点对点的风控要求,最终因投资人挤兑造成平台爆仓,无法及时兑付。因此 P2P 平台一旦爆发风险,是很容易被公安机关认定为集资诈骗类犯罪的(集资诈骗罪或非

法吸收公众存款罪)。

二、方案

在理财产品爆雷后,投资者会开始进入维权阶段,本段落将指导投资者科学维权。方便投资人准确表述自己遭遇的困难,方便投资人向律师、法院、公安机关、管理人、托管人、甚至政府主管部门求助。

1. 整理资料

1.1 整理已有资料

投资人在自己购买的理财产品出现风险后,第一件事情应该是将自己购买理财产品所产生的**投资合同、汇款凭证**以及**身份证复印件**准备好。

这三样材料是投资人证明自己是投资人的基本材料,无论是咨询律师还是选择投诉、报案都是必备材料。

1.2 搜索缺失资料

搜索缺失资料就是律师经常说的尽职调查。缺失资料大致可分为三种,一种是已知存在而没有获得的资料,比如理财产品的资金走向资料、底层资产情况资料等;一种是未知的资料,可以理解为新证据,比如与整个交易结构相关联的,可能会对理财产品兑付造成影响的人与物的新出现的资料等;最后一种是核实资料,是对整个理财产品的资料进行印证、复核的资料,比如有关部门的回复、回函资料、工商登记、基金备案资料等。

这个尽职调查的过程是比较复杂的,建议投资人聘请专业的律师团队来进行操作。

2. 确定维权方向

在有了基本资料后,投资人会对事件有一个初步的判断,究竟是正常亏损还是恶意侵占财产。这关系到投资人采取公力救济手段还是私力救济手段。

一般而言,维权无外乎两种情况,**公力救济**和**私力救济**。

所谓**公力救济**就是指投资人通过去公安机关报案、主管部门投诉、政府部门信访等方式寻求政府公权力帮助的方式。这样的方案好处是一旦国家出面,则调查有力、全面,且投资人除了时间成本外,无需支付

额外的金钱成本。公力救济的问题是国家公权力介入是有严格的程序和实体要求的,普通的民事纠纷国家司法机关是不会主动介入的。一般只有具有明显的犯罪行为的情况下国家机关才会介入。以上海阜兴集团私募案为例,因为所有产品都进行了私募基金产品的备案,在形式和外观上是合规的,要证明私募基金涉及刑事犯罪需要提供进一步的证明,即底层资产虚构、资金挪用等实锤材料后才可能推进。

所谓**私力救济**是指投资人自行或聘请律师进行维权,方式包括但不限于自行让私募基金重新运作、与债务人谈判、民事诉讼追讨等。私力救济是在公权力不介入的情况下的自助行为。优点是随时启动,不需要等待。缺点是需要大量的时间甚至金钱成本,同时投资人个人的力量毕竟有限,很多隐藏的线索和证据查证难度极大。故投资人往往会在理财产品出现风险后抱团维权,以求分担成本。也会在经过一段私力救济发现犯罪线索后重新寻求公力救济。

但是上述分析仅仅是理论分析,实际维权过程中,投资人面临的情况更为复杂,以前文提及的"上海阜兴集团私募案"为例,因为涉及人员多、涉案金额大、涉案范围广、知情人失联等原因,实际上投资人的维权行动陷入到了一个困境之中。公安机关目前处在只登记不立案的阶段,而民事诉讼途径则面临不同法院对案件受理态度不一致的情况。在此情形下,投资人会出现围堵托管人单位等情形。

笔者建议首先采取民事诉讼的方式进行救济,优点有二,缺点有一。

首先民事诉讼的原则是先到先得。人民法院在审理民事案件时的原则是不告不理。通俗讲就是某一个私募基金行动的时候,法院不会审查整个集团旗下其他基金的情况。特别是在本基金底层资产清晰的情况下,通过民事诉讼能够保全到相应资产,会在处置中占有主动地位。

第二个优点是民事诉讼可以主动发起,时间上无需等待其他人的决策。

民事诉讼也有一个缺点,这个缺点是导致投资人举棋不定的关键因素,即一旦整个案件被认定为刑事犯罪的时候,单独提起的民事诉讼可能会被中止,导致投资人的维权成本打了水漂。根据笔者对上海阜兴

集团案的观察和对私募基金行业前途的理解，有比较大的可能是有司法关会区分情况进行处理，即对于合规备案，正常投向，正常运作的私募基金，不纳入犯罪行为中，待刑事犯罪案件解决后，重新启动民事诉讼程序。理由有两点，第一私募基金备案虽然不代表对私募基金真实性、合法性的认证，但毕竟是形式合规的一种投资方式。如果全盘否定，对整个行业是巨大伤害。第二如果将类似案件全盘作为刑事案件进行裁判，将财产全盘纳入分配，对刑事部分的投资人固然是有好处的，但是对正常民事部分的投资人来说是二次伤害。估计会在对底层资产进行初步统计后，根据民事/刑事涉案金额的比例来决定最终方案。

在此，笔者也建议公检法机关可以考虑聘请律师为案件的处理提供法律服务，因为办案资源有限，案件也具有金融专业特性，聘请金融专业律师服务办案对提高效率、公正司法、沟通投资人具有良性作用。

结　语

结语部分是一些想说的话，算是干货吧。

1. 关于利益冲突

一个案件中会出现很多利益冲突，显而易见的，有部门之间的利益冲突(各自系统内成员责任的分担等)；有投资人之间的利益冲突(有些产品有保障，有些产品无保障，行动同时也是一种竞争)；有投资人与律师之间的利益冲突(投资人希望越少支付费用越好，律师希望能够对劳

动成果有一个实实在在的保障);投资人与管理人、托管人之间的冲突(这已经是主要矛盾和冲突了,资金去了哪里。如果项目是真的,何时兑付?如果项目是假的,管理人和托管人要承担怎样的责任?)

利益冲突在所难免,在维权阶段,需要抓主要矛盾,放次要矛盾。凡是有利于解决兑付问题的方案优先考虑,凡是与此有冲突的事项,可以让步。

2. 维权的尺度

如何表达自己的诉求是一门艺术。虽然投资人是受害者,但是不理性不恰当的维权方式只能起到反作用。维权进程的推动并不是因为不恰当的诉求而推进的,一般而言是因为有合理性的诉求并使用适当的方法才能起到决定性的作用。

一般而言,律师能够在咨询阶段进行的解答本文基本上都解答了。希望能够对广大投资人有所帮助。

白玉堂外传：婚前按揭房加名记

——《婚姻法司法解释(三)》第六条的运用

□ 龚家勇* 康 斌*

第一幕白玉堂欲将婚前房产赠与妻子一半却遇难题

公元二〇一八年，锦毛鼠白玉堂来杭州创业，做“互联网+”的项目，并用银行按揭贷款在西湖区买了一套60平方米的二手房。

经展昭介绍，白玉堂与知书达礼的樊素相识，二人情投意合，很快喜结连理。樊素为支持白玉堂创业，付出大量心血，还辞掉工作，加入创业团队。

白玉堂对妻子甚为感激，想把婚前的《不动产权证书》(以下简称房产证)上加上妻子名字，赠与妻子一半房产份额。虽然妻子说加不加名字没关系，但白玉堂还是想尽快加名。但几经周折，此事没有办妥。

* 龚家勇，本所初级合伙人。
* 康斌，本所实习生。

一日，白玉堂在西湖边苦恼踱步，巧遇展昭、公孙策两人。

白玉堂：展兄、公孙先生，小弟有一事苦恼，正想请教两位。

展昭：何事？

白玉堂：我和素素结婚已有月余，婚前我承诺把她名字加到房产证上，到现在一直加不上。

公孙策：这是为何？

白玉堂：我问了，贷款没还清，想在房产证上加名字，须得到贷款银行同意。银行要我先凑一笔钱，提前还清贷款，注销抵押登记，然后再办理加名手续。加名后，素素和我作为共同债务人（抵押人），再次将房产进行抵押按揭贷款。

我现在创业初始，经济有限，无力提前还清贷款，此路不通，不能履行对妻子的诺言，不知如何是好。

展昭：公孙先生精通律例，应该有好办法。

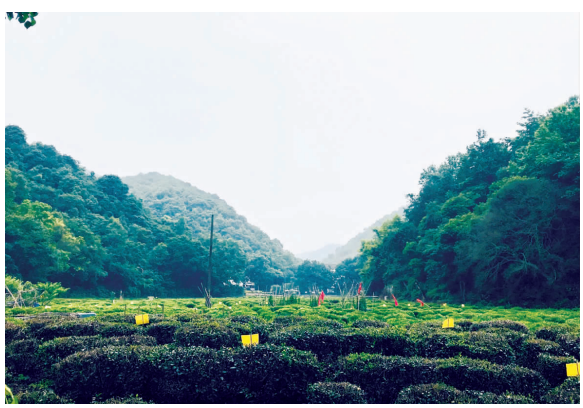
白玉堂：公孙先生，您博学多才，麻烦您了，我的问题有两个：

1.是否抵押银行不同意，房产证上就加不了他人名字？

2.如果加不了名字，有无其他解决办法？

公孙策：好，我回去研究一下，尽快给白兄解答。

白玉堂：玉堂先行谢过，回头请两位喝酒。



第二幕夫妻财产约定书，全靠公证来坚固

第二天一早，白玉堂收到公孙策派人送来的信函和一本书，先展信

一看：

白兄如晤：

就昨日在西湖边讨论的问题，我连夜仔细研究了相关律例，发现如下情况：

一、是否抵押银行不同意，就加不了名字？

根据建设部《房屋登记办法》第三十二条第（二）款规定："发生下列情形之一的，当事人应当在……事实发生后申请房屋所有权转移登记：（二）赠与；"

第三十三条规定："申请房屋所有权转移登记，应当提交下列材料：……（四）证明房屋所有权发生转移的材料；……。前款第（四）项材料，可以是……赠与合同……。"

第三十四条规定："抵押期间，抵押人……申请房屋所有权转移登记的，除提供本办法第三十三条规定材料外，**还应当提交抵押权人的身份证明、抵押权人同意抵押房屋转让的书面文件、他项权利证书。**"

虽然自2015年3月1日起施行《不动产登记暂行条例》（国务院），2016年1月1日起施行《不动产登记暂行条例实施细则》（国土资源部），但均没有规定赠与房产加名字，是否需要抵押权人同意的内容。故建设部《房屋登记办法》相关规定仍然适用。

而且，从法理上分析，白兄和银行之间是借款合同+房产抵押担保的关系，债权人（抵押权人）是银行，债务人（抵押人）是白兄一人。若要在《不动产权证书》上加上尊夫人的名字，就涉及到抵押人变更为白兄、尊夫人两人，合同相关内容也要发生变化，合同的变更确实需要合同相对方（银行）的同意。

所以，不管是从法律规定还是从法理上分析，若银行不同意，不提供银行身份证明、同意抵押房屋转让的书面文件、他项权利证书等资料，确实无法在《不动产权证书》上加上他人名字。

二、婚前房产约定共有的协议(赠与合同)合法有效

1.《婚姻法司法解释(三)》(2011年8月13日起施行)第六条规定:“婚前或者婚姻关系存续期间,当事人约定将一方所有的房产赠与另一方,赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与,另一方请求判令继续履行的,人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”

2.《合同法》第一百八十六条规定:“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。……经过公证的赠与合同,不适用前款规定。”

3.《物权法》第九条的规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生效力;未经登记,不发生效力,但法律另有规定的除外。”。

4.《物权法》第十五条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”。

根据上述四条法律规定,再结合白兄的情况,用一句话总结:

房产加名是民法上的赠与行为,一方名字未加到房产证上之前,不发生物权效力。但是,夫妻二人共有该房产的协议(赠与合同)合法有效,只是未经公证,赠与方在加名之前可以单方撤销。

另,据我查阅相关书籍,《民事审判指导与参考》[2016年卷,2016年第1辑(总第65辑),人民法院出版社]一书第187页,有“夫妻在婚前或婚姻关系存续期间约定将一方个人所有的房产与另一方共有,但没有办理房产加名登记,赠与一方请求法院撤销应如何处理”的问题。

研究组也认为:“夫妻一方将个人房产约定为共同共有或按份共有,赠与人在产权变更登记之前可以行使任意撤销权(原书附后)。”

所以，婚前房产约定共有的协议（赠与合同）合法有效，且经过公证后，不可撤销。

三、签订《夫妻财产约定书》并公证，不失为一个好办法

公孙浅见，解决白兄苦恼的关键点即为《婚姻法司法解释（三）》第六条的运用。既然加名有困难，白兄何不与尊夫人一起去公证处，签订《夫妻财产约定书》，将婚前按揭房产公证为婚后夫妻共同共有或按份共有房产。

这样的协议合法有效，白兄也不能单方撤销，也算履行了承诺。日后条件允许，再加名字，未尝不可。

另据我了解，公证时夫妻双方须携带身份证原件、户口簿原件、结婚证原件、房产证原件。《夫妻财产约定书》公证处有模板，按要求填写。公证费 1000 元左右，三个工作日后即可取公证书。

以上内容供白兄参考，具体事宜可电话或现场咨询杭州市任一公证处。希望白兄能尽快解决问题，消除烦恼。

顺颂暑安。

公孙策

2018 年 5 月 30 日

第三幕美好的结局，未完待续

白玉堂读完公孙策的信，立即拿起《民事审判指导与参考》一书翻到第187页查看。看完一拍大腿，“哈哈，原来如此”。

当天下午，白玉堂就拉着樊素去公证处做了《夫妻财产约定书》公证，约定赠与妻子一半房产份额，将婚前按揭房约定为婚后夫妻按份共有房产。

此后，白玉堂、樊素夫妻同心，其利断金，终于创业成功。两人提起还清了贷款，正式在房产证上加了樊素名字。

白玉堂也履行了对展昭、公孙策的诺言，请两位恩公在西湖边喝了酒，几人临湖赏月，把酒言欢，甚是欢乐。

山东高院疫苗产品责任再审改判案评析

□ 张　云*

引　言

最近的一周，公众媒体被“问题疫苗”刷屏。这次的“问题疫苗”引起了全国人民的焦虑，无数家长彻夜查翻孩子的接种记录本，对照是否使用过问题疫苗。习近平总书记、李克强总理为此做出了重要批示。处于风暴眼中的长春长生生物科技有限责任公司更是受到广泛关注，其作为被告并被再审改判的一起产品责任案件进入人们的视野，巧合的是，这一案件的标的物正是狂犬病疫苗。而让笔者浮想联翩的是，如果这次产品责任案件长春长生生物科技有限责任公司没有被山东高院再审改判，如果其承担民事责任后，其他受到“问题疫苗”侵害的当事人受到该

* 张云，本所兼职律师，中国计量大学法学院教授，浙江省科技法学会常务理事。

胜诉判决激励而起诉并都得到了法定的赔偿，长春长生生物科技有限责任公司是否会更加积极地履行自己对缺陷产品的安全保障义务？是否也不至于发展到今天这样不可收拾的局面？为什么会有如此的联想，主要是基于该案再审改判的理由存在诸多值得商榷之处。因此，本文以山东高院疫苗产品责任再审改判案的判决为标靶，研究其判决的纰漏。

一、案件始末

2005年5月30日，润光公司卫生所花费165元从青州市疾控中心处购买长春长生生物科技有限责任公司狂犬疫苗3份；2005年6月22日，案外人夏富兴因被自家饲养的小狗咬伤而到润光公司卫生所注射狂犬疫苗，共注射3针；2005年7月11日，夏富兴家人发现其视力下降，于7月30日到潍坊市益都中心医院就诊，检查结果为：右眼无光感，右眼视力为0.1。其后，夏富兴先后到多家医院就诊治疗，××、××、多发性硬化、××等，鉴定结论为：二级残疾。

2006年10月27日，夏富兴以润光公司为被告向法院提起诉讼，经2009年1月8日，昌乐县人民法院作出(2008)乐民一初字第112号民事判决，山东省潍坊市中级人民法院作出(2009)潍民终字第493号民事判决，潍坊市潍城区人民法院作出(2010)潍城民初字第938号民事判决，润光公司共计赔偿夏富兴损失765390.55元。

润光公司向山东省青州市人民法院起诉请求：长春长生生物科技有限责任公司、青州市疾控中心赔偿润光公司经济损失765455.55元，并承担诉讼费用。山东省青州市人民法院(2013)青法民初字第683号民事判决：长春长生生物科技有限责任公司支付润光公司经济损失

765390.55 元的 80%即 612312.44 元;长春长生生物科技有限责任公司不服上诉,山东省潍坊市中级人民法院(2013)潍民一终字第 265 号民事判决,驳回上诉,维持原判。

长春长生生物科技有限责任公司向山东高院申请再审,山东高院于 2016 年 9 月 12 日作出(2015)鲁民提字第 614 号民事判决,撤销山东省潍坊市中级人民法院(2013)潍民一终字第 265 号民事判决及山东省青州市人民法院(2013)青法民初字第 683 号民事判决,长春长生生物科技有限责任公司不承担任何责任。最终,这起发生在 2005 年的疫苗事故,在十多年后的 2016 年,以著名疫苗公司长春长生生物科技有限责任公司不承担任何法律责任的胜诉告终。

二、案涉狂犬疫苗是否为缺陷产品

山东高院再审改判的判决中归纳出的当事人再审争议两个焦点问题:

第一是本案为夏富兴注射的狂犬疫苗是否为长春长生生物科技有限责任公司生产?对于这一问题,山东高院认为原审认定润光公司为夏富兴注射的疫苗为长生公司生产,认定正确,予以确认,所以,对这一问题我们不再赘述。

第二是该狂犬疫苗是否为合格产品?这一焦点问题的归结上,法院就犯了一个产品责任案件审理不应出现的错误,对于生产者是否应承担产品责任,首先需要判定的是产品是否存在缺陷而非产品是否合格,疫苗是否合格与疫苗是否有缺陷并非同一命题。而山东高院为什么会将产品缺陷的认定与产品是否合格的认定混同起来,是和我国《产品质量法》第 46 条的缺陷定义直接相关的,“本法所称缺陷,是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险;产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、

行业标准的，是指不符合该标准。”由于这一定义的双重标准，导致司法实践中常常将缺陷等同于不符合标准即不合格。事实上，对于缺陷的认定，不合理危险才是核心要素。产品不符合保障人身财产安全的标准构成缺陷，但符合标准即合格的产品却不一定没有不合理危险，因此，山东高院判决以涉案狂犬疫苗为合格医疗产品而认定润光公司主张长春长生生物科技有限责任公司承担医疗产品质量责任理由不成立，值得商榷。那么，案涉夏富兴注射疫苗是否为缺陷产品呢？本案夏富兴注射疫苗后受到健康损害，这一事实本身证明了产品存在缺陷。事实自证的方法已为产品责任案件确认缺陷时所普遍采用，而山东高院却出现了重大疏漏。

其次，法院认定疫苗合格的理由并不成立。法院以食药总局2005年《关于人用疫苗实施批签发管理的通知》要求的内容推定2005年8月1日之前国家对销售疫苗无提供合格证的要求，从而认定涉案狂犬疫苗为合格医疗产品，混淆了产品检验合格要求和批签发要求，明显漏洞百出。《产品质量法》第二十七条规定，产品必须有产品质量检验合格证明。这是产品安全保障义务中对标识的基本要求。批签发管理是在每批产品上市销售前指定药品检验机构进行资料审核、现场核实、样品检验的监督管理行为，批签发管理强化了对于药品的检验要求，却被法院推定通知之前没有对产品提供检验合格证明的要求。这一推理既违反了法律的明确规定，又犯了严重的逻辑错误。

因此，根据山东高院的判决理由，既不能判定涉案疫苗为合格产品，也不能判定涉案疫苗没有缺陷。根据我们的推理，涉案疫苗不仅因未提供检验合格证明而不合格，而且存在不合理的危险即缺陷。

三、本案当事人所受损害是否与缺陷疫苗存在因果关系？

在产品责任案件中，被侵权人只要证明了自己人身受到损害的事实，而这一损害又是该产品通常所造成的损害类型，这一盖然性的因果关系即可推定该产品缺陷与损害之间存在因果关系，并不需要证明缺陷和损害之间存在必然的因果关系。本案司法鉴定中心提供的鉴定结论明确了疫苗缺陷和夏复兴人身损害的因果关系，“被鉴定人脑部病变与其注射狂犬疫苗存在关联性，××症的罕见不良反应特点该现象属于医疗意外情形”。根据鉴定结论，涉案疫苗与受害人损害存在因果关系。《侵权责任法》实施后，最高人民法院关于适用《中华人民共和国侵权责任法》若干问题的通知第三项，“人民法院适用侵权责任法审理民事纠纷案件，根据当事人的申请或者依职权决定进行医疗损害鉴定的，按照《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》、《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》及国家有关部门的规定组织鉴定。”肯定了医疗损害纠纷中司法鉴定的证据效力。而山东高院却根据2008年发布的《预防接种异常反应鉴定办法》的相关条文中要求医学会进行鉴定的规定，认为鉴定中心非法定的进行预防接种异常反应的鉴定机构，这是违背最新的法律精神的。

从以上缺陷认定和因果关系两个产品责任构成的核心要件来分析，山东高院的再审判决存在诸多纰漏，改判缺乏事实和法律依据。

杭州7·30奔驰车女司机该当何罪？

□ 王　楠*

2018年7月30日晚间，在杭州市文二路竞舟路口发生了一起严重的交通事故，一位五十岁左右的女子驾驶奔驰轿车在该路口失控连续撞击行人及车辆，截止目前，已造成了四人死亡的惨剧。文二路竞舟路口——这一熟悉的地点再加上“车祸”这一关键词，就让人想起了2009年杭州5·7飙车案，几乎就在同一地点，车辆驾驶人胡斌在道路上飙车竞速，撞飞了一名青年男子，致其身亡，引起舆论的一片哗然。最终胡斌被法院以交通肇事罪判处有期徒刑三年，胡斌的家属自愿对被害人家属作出赔偿。就在今天下午，公安机关对7·30车辆驾驶人以交通肇事罪刑事立案并采取了强制措施，那么该案是否也会像当年5·7飙车案一样，最终以交通肇事罪尘埃落定呢？

* 王楠，本所律师，中国政法大学法学硕士。

一般来说，在交通运输中发生撞击行人、车辆的交通事故，如果达到刑事追诉标准的，会考虑三个罪名：**危险驾驶罪、交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪。**本案中，公安机关于昨晚即发布信息，否定了驾驶人系酒驾或毒驾的情形，且本案中造成了人员伤亡的严重后果，故可以排除危险驾驶罪的适用。另两个罪名交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪都规定在刑法第二章危害公共安全犯罪中，侵犯的客体均是公共安全，客观方面均表现为行为人实施了一定的危害公共安全的行为，对不特定多数人的生命财产安全造成威胁和实际损失，可以说两个罪名在犯罪客体和客观方面存在相同之处，但两者的区别也是比较明显的。具体来讲，以危险方法危害公共安全罪是故意犯罪，行为人主观心态是故意，希望或者放任危害公共安全结果的发生；而交通肇事罪的主观方面是过失，包括过于自信的过失和疏忽大意的过失，即应当预见自己的行为可能发生危害社会公共安全的结果，因为疏忽大意而没有预见或已经预见而轻信能够避免。

行为人的主观心态是一个抽象概念，对主观心态的认定不仅要看其供述与辩解，更要结合行为人是否具有驾驶能力、是否正常行驶、行驶速度快慢、所驾驶车辆的车况如何、路况和能见度如何、案发地点车辆及行人多少、肇事后的表现等情况综合分析认定。实践中，行为人往往不希望也不积极追求伤亡结果发生，其罪过形式系放任的间接故意还是过于自信的过失较难把握，而这两种主观心态的最大区别是看行为人对结果的态度：放任的间接故意对结果既不肯定也不否定，任由其发生，而过于自信的过失对结果是持排斥和否定态度的。

此外，从立法目的角度考虑也有助于正确理解以危险方法危害公

共安全罪和交通肇事罪的区别，前者是对刑法第115条“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病原体等物质”行为的兜底，而不是对刑法第二章所有危害公共安全条款的兜底。因此，只有那些与“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病原体等物质”具有同等严重破坏性的危害公共安全的行为才能够认定为以危险方法危害公共安全罪，而不能将所有危害公共安全的行为都纳入这一罪名。

也正是基于上述区别，以危险方法危害公共安全罪与交通肇事罪的量刑有着天壤之别。从昨晚事故的结果来看，至少已经造成四人死亡，那么如果认定**以危险方法危害公共安全罪，量刑在十年以上有期徒刑、无期徒刑，直至死刑；如果认定交通肇事罪，量刑在三年以上七年以下有期徒刑。**

另外，有人还会想到本案行为人是否可能构成过失以危险方法危害公共安全罪呢？答案是否定的。过失以危险方法危害公共安全罪与交通肇事罪是法条竞合的关系，两罪在主观方面、客观方面以及侵犯客体上都是一致的，前罪适用于与“失火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病原体等物质”具有相当性的过失危害公共安全的行为，后者仅适用于交通运输过程中行为人违反交通运输管理法规，过失造成重大事故，发生法定危害结果的情形。因此，如果能够认定本案行为人的主观心态是过失，那么就应以特定罪名——交通肇事罪定罪处罚。

综上，对昨晚奔驰车女司机究竟应当适用何种罪名，还需要公安机关近一步取证和侦查。但这次事故再一次为机动车驾驶人敲响了警钟：当你合理地使用一辆汽车时，它可以为你带来便利和体面，一旦使用不当，它就会变成杀人毁物之器，不仅给社会造成难以弥补的创伤，也给你的人生留下无尽悔恨！

从案例看混合担保情况下担保人之间的追偿权问题

□ 连　滨*　陈鉴杰*

一、问题的提出

笔者在近期办理的一件不良资产的追偿权案件中，就在混合担保模式下(第三人物的担保和保证人并存),物的担保人能否追偿保证人(物追人),保证人能否追偿物的担保人(人追人),物的担保人之间是否能相互追偿(物追物)问题与审判人员发生了法律规范适用上的分歧。

笔者根据担保法司法解释第三十八条规定:“同一债权既有保证又有第三人提供物的担保的，债权人可以请求保证人或者物的担保人承担担保责任。当事人对保证担保的范围或者物的担保的范围没有约定或者约定不明的,承担了担保责任的担保人,可以向债务人追偿,也可

* 连滨,本所律师,中南财经政法大学法律硕士。
* 陈鉴杰,本所律师,浙江工商大学法学学士。

以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。”代理第三人物的担保人一方提出诉请,要求被告(保证人)清偿其应当分担的份额。为便于叙述,下文中物的担保人特指的是第三人提供担保的担保人。

审判人员在与笔者的沟通中提出,物权法第一百七十六条规定:“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形,债权人应当按照约定实现债权;没有约定或者约定不明确,债务人自己提供物的担保的,债权人应当先就该物的担保实现债权;第三人提供物的担保的,债权人可以就物的担保实现债权,也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后,有权向债务人追偿。”该条规定没有赋予物的担保人可以追偿保证人的权利。另外,物的担保人以特定物提供了担保,存在一定的限额,而保证人以其信用提供担保,不存在限额。在没有约定的情况下,物的担保人承担担保责任后,还赋予其向保证人追偿的权利,有失公允。

就上述担保司法解释第三十八和物权法第一百七十六条在适用时是否存在冲突的问题,笔者以已有案例作为切入点,初步整理了相关观点和理论,希望以此解决所代理案件中的困扰。

二、混合担保情况下不支持相互追偿的理由及案例

部分学者、法院不支持混合担保模式下物保和保证人相互追偿的

主要理由是：

1. 物权法一百七十六条与担保法司法解释三十八条冲突应当以物权法规定为准，各担保人之间没有约定的情况下，担保人之间不能相互追偿；

2. 主债务人是债权的最终责任人，担保人之间相互追偿增加诉累，浪费司法资源；

3. 混合担保模式下，担保人之间的份额难以确定，判决实操性较低。

从已有案例来看，**江苏省高院相关的案例（2015）苏执复字第00116号**中表述为“但本案中如前所述，和润公司、华钢公司系各自为债务人国强公司提供独立担保，各自的保证担保范围或物的担保范围以及担保责任均有明确约定，不存在适用该条款的前提。且此后2007年10月1日起实施的《中华人民共和国物权法》第176条中并没有规定保证人与物的担保人共同分担责任问题以及担保人相互之间追偿权问题，华钢公司认为其承担抵押担保责任后无法再向和润公司行使追偿权的复议理由无事实和法律依据”。

三、混合担保情况下支持相互追偿的案例

笔者考虑到办理案件所在地区的实际情况，就浙江省杭州市的相关案例进行了检索，现将部分案例列举如下：

杭州市西湖区人民法院(2009)杭西商初字第2685号张福娟、吕敏湘与杭州国源机电化建有限公司、虞某等担保追偿权纠纷一案

在本案中，借款人为被告国源机电公司，原告张、吕系抵押担保人，被告虞某系保证人。虞某在庭审中辩称借款的保证人和抵押担保人之

间不存在互相承担连带清偿责任的法律关系。最后西湖法院直接适用了担保法司法解释三十八条的规定判决虞某承担其应当承担的份额，且判决确定物的担保人及保证人之间按照平均分担的原则承担担保责任。

杭州市中级人民法院(2016)浙01民终4161号浙江森禾种业股份有限公司与建德市横山气体有限责任公司、杭州阳光集团有限公司等追偿权纠纷一案

在本案中，借款人为横山公司，森禾公司为保证人，阳光集团公司为抵押担保人。杭州市下城区人民法院(2015)杭下商初字第4697号民事判决确认森禾公司享有对阳光集团公司的追偿权，横山公司不服该判决并提起上诉。二审维持原判。

上述两个判例分别是杭州地区法院支持物保追人保，人保追物保的案例，不过上述两案均没有对于物权法一百七十六条及担保法司法解释三十八条之间存在的问题作出说理。在这一方面，**湖北省高级人民法院的(2014)鄂民二终字第00078号**中对于上述问题从法律特征、法律功能、公平原则及恶意危险防范四个方面对于该问题进行了比较全面的说理，有兴趣的读者可以找来研究学习。

四、混合担保情况下支持相互追偿的理由

结合已有的案例，笔者在发表代理意见时通过以下几点说明应当支持相互追偿的理由：

1. 法律规范之间是否存在“不一致”，应当是明示的，即对同一个问题，不同的法律规范存在不同的规定。从笔者代理的本案法律适用来看，物权法一百七十六条做出的是A规定（可以向债务人追偿），而担保法司法解释三十八条做出的是A+B规定(可以向债务人追偿+可以向其他担保人追偿)，

两者并不是“对同一问题的不同规定”,因此物权法一百七十六条和担保法司法解释三十八条之间不存在冲突，担保法司法解释三十八条仍然属于现行有效的法律法规。

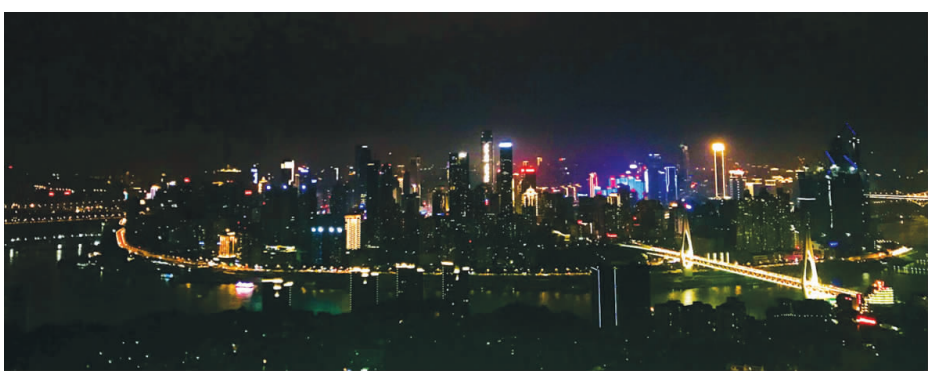
2. 物权法一百七十六条并未明确规定混合担保下物的担保人不能追偿保证人。法律规范应当是明示的,而非默示、推导。在物权法一百七十六条没有禁止物的担保人向保证人追偿的情况下，物的担保人有权依据担保法司法解释三十八条的规定向被告追偿。

3. 第三人物的担保与人的担保在本质上是一致的，均是以自身财产为债权提供担保。区别仅在于人保是概括性地以自己名下全部财产为担保,物保则是以自己名下确定的某项财产提供担保,故共同保证与混合共同保证也无实质不同。因此，在支持共同保证互相追偿的前提下,同样应当支持混合共同保证时各担保人之间的追偿权。

4. 据公平、诚信原则,应当支持各担保人相互追偿。承认担保人的内部追偿,可以平衡保证人与物上保证人之间的关系,也符合民法的公平及诚信原则的要求。

5. 若不支持担保人的互相追偿，极易出现债权人与个别担保人恶意串通损害其他担保人的道德风险。

事实上,在物权法颁布施行后,混合担保情况下担保人之间的追偿权问题一直是学术界和司法实践存在争议且尚无定论的问题。笔者仅能从自己办案实践出发，结合特定范围的案例进行归纳总结进行抛砖引玉式的分析,以供大家讨论和进一步研究。



小崔的复仇：一堂生动的税法课

□ 张　晓 *

由于15年前电影《手机》接下的梁子，近日，针对电影《手机2》的开拍，崔永元在个人微博上怒撕主创人员，一不小心曝光了电影主演范冰冰的天价片酬和“阴阳合同”，撕开了娱乐影视行业潜规则的冰山一角，怼出了娱乐影视行业的税收问题。在互联网和围观群众的催化下，小崔持续加料，事情愈演愈烈，从八卦版撕到了法制版，惊动了国税总局，总局责成江苏等地税务机关调查核实有关影视从业人员“阴阳合同”涉税问题。江苏地税局表态，“按照国家税务总局要求，对网上反映的有关影视从业人员签订“阴阳合同”中的涉税问题，已组织主管税务机关等依法开展调查核实。如发现违反税收法律法规的行为，将严格依法处理。”随后，央视、人民日报、检查日报等主流官媒轮番开炮，华谊兄弟和唐德影视股票大跌，过气小崔一跃成为头号流量，搅得影视圈飞沙

* 张晓，本所实习律师，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。

走石,风云变色。

先来看看事件核心的“大小合同”是怎么回事。演员与剧组签订大小合同,也就是税务机关所说的“阴阳合同“,是指合同双方对于同一标的,签订两份金额不一的合同,金额较小的阳合同公开示人,用于避税;金额较大的阴合同则是双方真实的意思表示,体现了实际的交易价格。

关于冰冰的大小合同如何认定,是否存在偷逃税款的行为暂且不论,还需要有关部门就相关证据开展进一步的调查核实,但这一事件由于崔范二人的高知名度和吃瓜民众的高关注度,经过连续几天的发酵,已然演绎成了一场全民普法,尤其是普及税法的纳税人课堂。

一、演员如何缴纳个人所得税

演员在缴纳个税上,和其他纳税人一样,都是按照收入的性质适用相应的税率计缴。由于演员收入渠道的多元化,造成了纳税问题相对复杂和困难。根据演员的工作内容,其取得的收入来源主要包括五块:

一是从签约的影视公司、经纪公司等取得的与任职受雇相关的工资薪金或股权激励,按照“工资、薪金所得“适用七级超额累进税率,税率为3%—45%,按月缴纳个人所得税。

二是从非任职单位取得的片酬、演出费用、广告收入等劳务报酬,按照“劳务报酬所得”,适用三级累进税率,税率为20%—40%,按次缴

纳个人所得税。

三是成立个体工商户性质的工作室或个人独资企业取得的收入，按照“个体工商户的生产、经营所得”，适用5%—35%的五级超额累进税率。比如杨幂作为法人的“上海杨幂文化传媒中心“和“上海杨幂影视文化工作室”都属于个人独资企业，应按照个体工商户生产经营所得缴纳个人所得税。

四是开设公司制企业，取得的股息分红按照“利息、股息、红利所得“，适用20%的税率。比如范冰冰作为法人和大股东的“无锡爱美神影视文化有限公司”属于有限责任公司，范冰冰由该公司取得的分红应按照股息红利所得缴纳个人所得税。

五是利用肖像权获取的收入，按照“特许权使用费所得”，适用20%的税率。

在娱乐圈，明星成立艺人工作室成为了行业潮流，范冰冰算的上是第一批吃螃蟹的人，在与华谊约满后，自组团队成立了范冰冰工作室，投资制作了《胭脂雪》、《武媚娘传奇》等一批卖座的作品，很快就迈入了“我不嫁豪门，我自己就是豪门”的行列。根据目前崔永元爆料的内容，尚无法核实合同签订的主体是范冰冰个人抑或是工作室，其适用的个人所得税计算方法也无法确定。

相关法条：

《个人所得税法》

第三条 个人所得税的税率：

一、工资、薪金所得，适用超额累进税率，税率为百分之三至百分之四十五。

二、个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得，适用百分之五至百分之三十五的超额累进税率。

三、稿酬所得，适用比例税率，税率为百分之二十，并按应纳税额减征百分之三十。

四、劳务报酬所得，适用比例税率，税率为百分之二十。对劳务报酬所得一次收入畸高的，可以实行加成征收，具体办法由国务院规定。

五、特许权使用费所得，利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产

转让所得,偶然所得和其他所得,适用比例税率,税率为百分之二十。

《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》

第四条 个人独资企业和合伙企业(以下简称企业)每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后的余额,作为投资者个人的生产经营所得,比照个人所得税法的“个体工商户的生产经营所得”应税项目,适用5%~35%的五级超额累进税率,计算征收个人所得税。

二、出品方/制片方的代扣代缴问题

演员或艺人个人在商业活动中取得的劳务报酬,一般由支付报酬的出品方或制片方进行源泉扣缴,也就是由其代扣代缴个人所得税。所以除了艺人的纳税义务,也涉及到了出品方/制片方等报酬支付方的代扣代缴义务。如果制片方未依法代扣代缴需要被追究相关责任,同时,也不能豁免对纳税义务人的责任追究。

大部分时候,演员或者明星会在合同中明确约定所谓的包税条款,即明星到手的是税后价款,也就是个人所得税不单由支付报酬方代扣代缴且由其代为承担。当然,这取决于双方在商业谈判中的地位,一线当红明星或者流量明星是稀缺资源,不光片酬费用畸高,且在签订合同中属于强势一方,往往会约定由出品方、制片方代为承担税款。此次事件的曝光合同中也频繁出现“税后”。

对于影视从业人员等高收入人群，国税总局在2010年和2011年曾连续发文，要求各地税务机关与有关部门密切配合，及时获取劳务报酬信息，重点做好相关人员通过设立艺人工作室、劳务公司及其他形式的企业或组织取得演出收入的所得税征管工作，并且督促扣缴义务人依法履行扣缴义务。

相关法条：

《税收征管法》

第四条 法律、行政法规规定负有纳税义务的单位和个人为纳税人。

法律、行政法规规定负有代扣代缴、代收代缴税款义务的单位和个人为扣缴义务人。

纳税人、扣缴义务人必须依照法律、行政法规的规定缴纳税款、代扣代缴、代收代缴税款。

第六条 国家有计划地用现代信息技术装备各级税务机关，加强税收征收管理信息系统的现代化建设，建立、健全税务机关与政府其他管理机关的信息共享制度。

纳税人、扣缴义务人和其他有关单位应当按照国家有关规定如实向税务机关提供与纳税和代扣代缴、代收代缴税款有关的信息。

第三十四条 税务机关征收税款时,必须给纳税人开具完税凭证。扣缴义务人代扣、代收税款时,纳税人要求扣缴义务人开具代扣、代收税款凭证的,扣缴义务人应当开具。

三、演员如何缴纳增值税

对于该事件,民众的聚焦点主要在个人所得税层面,事实上,除了个人所得税,提供服务还涉及到增值税。具体到范冰冰的合同事件中,需要就实际交易金额缴纳6%的增值税销项税款,并开具增值税发票给对方。曝光的合同中约定,支付乙方酬金为"现金税后款",该"税后"是指不含增值税的价款或是代扣代缴个人所得税后的价款有待明确,产生了歧义。同时,合同中约定"乙方将在收到甲方另行支付的税金后开具增值税专用发票给甲方",违反了发票管理办法的规定,属于无效条款。

相关法条:

《发票管理办法》

第十九条 销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人,对外发生经营业务收取款项,收款方应当向付款方开具发票;特殊情况下,由付款方向收款方开具发票。

第二十六条 填开发票的单位和个人必须在发生经营业务确认营业收入时开具发票。未发生经营业务一律不准开具发票。

四、偷逃税款的行政责任和刑事责任

影视从业人员是高收入人群,不乏偷逃税款的先例,毛阿敏和刘晓庆都曾经因为涉案而被处以行政处罚甚至刑事处罚,从而影响自身的公众形象和演艺事业的发展。偷逃税款需要承担的行政责任主要包括:补缴税款、缴纳滞纳金和罚款。滞纳金从滞纳税款之日起算,按日加收少缴税款的万分之五的金额,并处罚款,罚款金额最高可达不缴或少缴金额的五倍。粗略计算曝光的5000万金额的合同,涉嫌逃税2000多万个人所得税,罚款金额最高可达1亿多元。

在刑事责任上,自刑法修正案七通过以来,对于偷逃税款的处理有了较大调整,"偷税罪"改为了"逃税罪",对于补缴了税款、滞纳金和罚款,且为初犯的,不予追究刑事责任。如果五年内因逃避缴纳税款受过

刑事处罚或者被行政机关给予两次以上行政处罚的，则需要追究刑事责任，刑期最高可达七年。如果在偷逃税款的过程中，涉及到虚开发票，特别是虚开增值税专用发票，那么情节就更严重，会涉嫌虚开普通发票罪/虚开增值税专用发票罪。

相关法条：

《税收征收管理法》

第三十二条 纳税人未按照规定期限缴纳税款的，扣缴义务人未按照规定期限解缴税款的，税务机关除责令限期缴纳外，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金。

第六十三条 纳税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，或者在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，或者经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，是偷税。对纳税人偷税的，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六十四条 纳税人、扣缴义务人编造虚假计税依据的，由税务机关责令限期改正，并处五万元以下的罚款。

纳税人不进行纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金，并处不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的罚款。

《刑法》

第二百零一条 纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额10%%以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额30%以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数

额较大的,依照前款的规定处罚。

对多次实施前两款行为,未经处理的,按照累计数额计算。

有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。

五、影视公司在霍尔果斯

对于影视明星来说,以设立工作室或公司的形式来进行演艺活动是相对节税的方式,还有的通过分期付款、分散支付等方式来避免加成征收和超额累进,至于签署"阴阳合同"则是下策,违法逃税,风险很大。此外,选择合适的注册地点,设立信托等,都是综合税收筹划的考量因素,更高级的还可以通过股权置换来进行资本运作,完成自我价值的最大化。

这几年,明星为了避税,将大量的影视文化公司设立在"税收洼地",范冰冰的爱美神影视公司就是注册在能享受税收优惠的无锡数字电影产业园。此外,新疆的霍尔果斯更是"星光熠熠",如唐嫣作为大股东的"霍尔果斯丰璟盛糖影视有限公司",无锡爱美神影视文化有限公司(法人范冰冰)设立的全资子公司"霍尔果斯爱美神影视文化有限公司",基本上国内的一线明星都在这个新疆边陲置办了公司。最主要的原因就在于霍尔果斯有众多的优惠政策加持,如新注册公司五年内免征企业所得税,地方留存部分税收返还等等,从而成为了明星们的避税天堂。很多企业利用其特殊的税收优惠政策进行利润转移、关联交易,导

致其他地方政府税收利益受损，造成了一些违规现象，或将面临政策收紧、规范清理的命运。

最后，引用人民日报的一句话，“与明星之间的个人恩怨相比，国家税款是否流失才是更重要的”，依法纳税是每个公民应尽的义务，希望小崔的复仇不仅仅是一堂生动的税法课、一场声势浩大的税法宣传，更能够成为一次遏制偷漏税乱象和推动税收征管完善的契机。

“西虹市首富”的财富传承之策

□ 应　盼 *

随着影片《西虹市首富》的热映，当大部分观众在为主人公王多鱼凭借继承巨额遗产而一夜之间逆袭暴富的剧情咋舌称羡之时，却往往忽视了令人唏嘘的故事结局——原本打算慷慨裸捐的王多鱼夫妇二人，在签字前突然想起应该为即将出生的孩子进行一下财富规划。

伴随着社会资本的不断增值和个人财富日益积累，家族财富的增值与传承问题已经越来越受到像王多鱼这样的高净值人群的关注与青睐，与此同时，律师家事业务领域业已派生出一个全新的业务板块——家族财富传承。帮助王多鱼解决家族财富的合理筹划与安全传承的问题，是一个复杂的法律系统工程，需要多个法律部门及非诉讼业务的综合运用，同时配置以优化合理的法律或金融工具，其中以下几种工具的使用比较具有代表性。

* 应盼，本所律师，浙江大学法学硕士。

一、保险

家族财富与个人债务相对隔离的“防火墙”

近年来，诸如某地某家保险公司开出亿元保单的新闻屡见报端，着实吸引公众的眼球。那么，在家族财富传承的过程中，保险作为一种金融工具，是否真如媒体宣传的那样，可以在个人(或企业)财产和债务之间筑起一道安全的防火墙呢？值得肯定的是，根据保险法的规定及保险本身的属性，投保人根据个人意志购买人寿保险，一方面可以在保险事故发生后由指定受益人获得保险金，如此既可以隔离个人生前债务，又减少了遗产纷争；另一方面，由于受益人获得保险金免交个人所得税，实现了传承财富的保值增值，同时在操作上更加简便、快捷，在一定程度上也更能实现财富传承的保密性。然而近年来，随着执行力度的不断加大，各地法院为切实解决“执行难”问题，在突破保险屏障方面也是连放大招。

浙江省高院《关于加强和规范对被执行人拥有的人身保险产品利益执行的通知》

1.投保人购买传统型、分红型、投资连接型、万能型人身保险产品、依保单约定可获得的生存保险金、或以现金方式支付的保单红利、或退保后保单的现金价值，均属于投保人、被保险人或受益人的财产权。当投保人、被保险人或受益人作为被执行人时，该财产权属于责任财产，人民法院可以执行。

2.各级法院应加强对被执行人拥有人身保险产品的查控，保险机构负有协助法院查询、冻结、处置被执行人拥有的人身保险产品财产利益的义务。

江苏省高院《关于加强和规范被执行人所有的人身保险产品财产性权益执行的通知》

1.保险合同存续期间，人身保险产品财产性权益依照法律、法规规

定,或依照保险合同约定归属于被执行人的,人民法院可以执行。人身保险产品财产性权益包括依保险合同约定可领取的生存保险金、现金红利、退保可获得的现金价值(账户价值、未到期保费),依保险合同可确认但尚未完成支付的保险金,及其他权属明确的财产性权益。

……

2.人民法院要求保险公司协助查询、冻结、处置被执行人所有的人身保险产品及其财产性权益时,执行人员应当出具本人工作证和执行公务证,并出具执行裁定书、协助执行通知书等法律文书。

……

由此可见,从保险法的角度,通过保险隔离债务虽然具有一定的可行性,但现实中仍然存在可能被穿透的法律风险。剧中王多鱼为了完成在一个月内花光10亿元的考验,虽然破天荒地推出了烧钱的“脂肪险”,也算与保险有过一面之缘,但如想利用保险工具做好家族财富的筹划与传承,仍应做好周全的方案。

二、基金会

家族财富运作与提升社会声望的“双枪将”

随着私人财富的不断积累,越来越多的富裕人群和企业开始投身公益事业并设立运作基金会,比如由李连杰创办的“壹基金”,已经成为慈善界的一棵常青树,常年活跃在各种公益场合。基金会作为依法设立的慈善机构,一方面能够有力吸收民间资本,推进慈善事业的发展,为国家社会保障体系提供补充;另一方面,从制度层面出发,设立慈善基金会有助于提升企业和企业家的社会声望,有效减少企业税负,通过对基金会进行商业运作,完成对财富的保值与增值。根据我国法律,基金会的设立与运作应当符合以下规

定。

《基金会管理条例》

第二条本条例所称基金会,是指利用自然人、法人或者其他组织捐赠的财产,以从事公益事业为目的,按照本条例的规定成立的非营利性法人。

第八条设立基金会,应当具备下列条件:

(一)为特定的公益目的而设立;

(二)全国性公募基金会的原始基金不低于800万元人民币,地方性公募基金会的原始基金不低于400万元人民币,非公募基金会的原始基金不低于200万元人民币;原始基金必须为到账货币资金;

(三)有规范的名称、章程、组织机构以及与其开展活动相适应的专职工作人员;

(四)有固定的住所;

(五)能够独立承担民事责任。

第二十条基金会设理事会,理事为5人至25人,理事任期由章程规定,但每届任期不得超过5年。理事任期届满,连选可以连任。

用私人财产设立的非公募基金会,相互间有近亲属关系的基金会理事,总数不得超过理事总人数的1/3;其他基金会,具有近亲属关系的不得同时在理事会任职。

在基金会领取报酬的理事不得超过理事总人数的1/3。

理事会设理事长、副理事长和秘书长,从理事中选举产生,理事长是基金会的法定代表人。

需要指出的是,所谓的“非营利性法人”并不意味着基金会不能营利,而是指基金会在经营过程中所产生利润和剩余财产的不可以进行分配。剧中,王多鱼以裸捐的方式支持慈善事业的想法固然值得肯定,但从家族财富筹划与传承的长远目标出发,其可以考虑采用设立非公募基金会的形式,由其本人、家族成员或专门机构进行运营,以此不但可以提高对慈善款项的管理和使用效率,而且能有效降低因向其他慈善机构捐赠所产生的监督成本和法律风险。此外,王多鱼及其家族成员可通过担任基金会理事定期领取报酬,如此便可避免家族财富在传承

过程中陷入“富不过三代”的怪圈,实现财富的永续传承。

三、家族信托

家族财富保值与财富安全传承的“避风港”

家族信托以信托机构接受家族的委托,代为管理、处置家庭财产的财产管理方式,从而实现对家族财富的筹划及传承。我国信托法虽于2001年颁布实施以来,但由于受经济环境和传统观念的影响,目前国内信托业务以企业资产信托为主流,家族信托业务仍处于起步阶段。

《信托法》

第二条本法所称信托,是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为。

第十五条信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别。设立信托后,委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时,委托人是唯一受益人的,信托终止,信托财产作为其遗产或者清算财产;委托人不是唯一受益人的,信托存续,信托财产不作为其遗产或者清算财产;但作为共同受益人的委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时,其信托受益权作为其遗产或者清算财产。

第十六条信托财产与属于受托人所有的财产(以下简称固有财产)相区别,不得归入受托人的固有财产或者成为固有财产的一部分。

受托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产而终止,信托财产不属于其遗产或者清算财产。

第十七条除因下列情形之一外，对信托财产不得强制执行：

（一）设立信托前债权人已对该信托财产享有优先受偿的权利，并依法行使该权利的；

（二）受托人处理信托事务所产生债务，债权人要求清偿该债务的；

（三）信托财产本身应担负的税款；

（四）法律规定的其他情形。

对于违反前款规定而强制执行信托财产，委托人、受托人或者受益人有权向人民法院提出异议。

基于信托制度的特殊性，委托人依信托文件将其合法拥有且确定的信托财产所有权转移给受托人后，对信托财产的占有、使用、处分权能也随即自动转移给了受托人，信托财产的所有权能即脱离并独立于委托人之外，同时，信托制度中的“闭锁效应”、“破产隔离效应”及“强制执行的排除效应”，可以有效在债务和信托财产之间实现有效的隔离，最大限度地保障家族财富的安全传承。因此，王多鱼可以选择将自己的部分财产设立信托，交由信托公司进行运作管理，如仍有投身慈善事业的愿望，也可以依法设立公益信托。

诚然，家族财富传承是一项非常复杂的系统工程，除了上述介绍的保险、基金会和家族信托等三种专业工具之外，还有协议、遗嘱等多种工具可供选择。虽然“西虹市首富”的剧情纯属虚构，但现实中每一个“王多鱼”都有各自不同的故事和经历，专业律师在个案操作中会根据每位客户的背景进行全面、专业的尽职调查和分析论证，并参照量身定制的项目方案，选取、配置最优化的法律或金融工具，以实现家族财富合理筹划与安全传承。

金志海 律师
本所权益合伙人

业务专长：

民商事诉讼，不良资产处理，公司法律顾问

教育背景：

浙江大学 法律硕士

工作经历：

2010年–2011年 浙江五联律师事务所律师

2011年至今 浙江金道律师事务所律师

2016年获得金道所年度业务新秀称号并晋升为金道律师事务所权益合伙人

任职：

中国民生银行股份有限公司律师库成员

中国华融资产管理公司律师库成员

中国信达资产管理公司律师库成员

中国人寿保险股份有限公司律师库成员

中国邮政银行股份有限公司律师库成员

杭州嘉兴商会律师团成员

律师进社区服务团成员

经典业绩：

民商事诉讼：

● 为中国民生银行股份有限公司、中国邮政银行股份有限公司等多家金融机构一定区域范围内的金融借款合同纠纷案件提供法律服务，期间涉及到财产保全、企业破产重组、债权申报等相关事项。

● 代理中国华融资产管理公司与公司、自然人之间的金融借款合同纠纷案件。

● 代理多起中国信达资产管理股份有限公司与自然人、公司之间的金融借款合同纠纷案件。

● 多次负责中国人寿保险股份有限公司资产处置尽职调查项目，为当事人提供法律意见书等专项法律服务，有效降低资产处置法律风险。

● 代理广东奥飞动漫文化有限公司浙江部分地区外观设计专利、商标专用权纠纷系列案件。

● 代理厦门全圣实业有限公司浙江部分地区商标专用权、不正当竞争纠纷系列案件。

● 代理美即化妆品公司浙江部分地区外观设计专利纠纷系列案件。

● 代理百威英博哈尔滨啤酒有限公司诉上海某公司擅自使用知名商品特有名称包装装潢纠纷案件。

● 代理某建设集团有限公司诉某贸易公司买卖合同纠纷案件

● 代理杨某某与于某某关于质押合同纠纷再审一案，获得胜诉。

● 代理某房地产开发企业与临安某茶厂商品房买卖合同纠纷一案，获得胜诉。

● 代理北京某国际拍卖公司诉邹某某拍卖合同纠纷一案，获得胜诉。

● 代理浙江某丝绸公司与某皮革公司、李某某、陈某某追偿权纠纷，获得胜诉。

法律顾问：

● 担任某政府部门常年法律顾问

- 担任多家金融企业单位法律顾问
- 担任多家建筑房地产企业、生产型企业、物业管理企业、创新科技企业、文化拍卖企业法律顾问
- 曾共同为顾问单位浙江省监狱管理局、青年时报等政府机关及媒体提供优质法律服务

联系方式：

电话：0086-571-87007196　　传真：0086-571-87006661
手机：13588100878，13819310963
邮箱：jzh@zjblf.com
微信：

姚 杰 律师

本所权益合伙人

教育背景：浙江大学　法学学士

浙江大学　刑法学硕士(在读)

业务专长：刑事辩护

经历：2011 年加入浙江金道律师事务所执业，2017 年成为浙江金道律师事务所权益合伙人。

职务：杭州市律协刑法委员会委员

典型业绩：

- 温州某国有集团公司董事长应某某贪污、挪用公款、私分国有资产、受贿(涉案金额逾 4 亿元)案；
- 淳安县委常委、宣传部长汪某某受贿案；
- 江山市副市长、衢州市技术质量监督局局长朱某某受贿案；
- 玉环县副县长杜某某受贿上诉案；
- 浙江浙北高速公路管理有限公司董事长李某某贪污、受贿案；
- 浙江大学医学院附属第二医院(浙二医院)副院长徐某某受贿案；
- 温州纪委纪检监察室副主任程某某故意伤害(致死)案；

● 杭州市公安局某区分局经侦副大队长余某受贿、滥用职权案；

● 杭州某娱乐城董事长邵某某故意杀人上诉案，经辩护，邵某某由死刑改判为死刑(缓期二年执行)；

● 陈某某故意伤害致死上诉案，经辩护，陈某某由死刑(缓期二年执行)改判为无期徒刑。

● 浙江某房产开发有限公司、王某某单位行贿案，涉案金额200余万元。经辩护，检察机关作出不起诉决定；

● 陈某某职务侵占案，涉案金额100余万元。经辩护，检察机关作出不起诉决定；

● 骆某某诈骗一案，涉案金额120余万元。经辩护，检察机关将涉嫌诈骗的罪名变更为掩饰、隐瞒犯罪所得罪，并作出不起诉的决定；

● 李某销售假冒注册商标的商品罪，经辩护，最后检察机关退回公安，由公安作撤案处理；

● 张某某介绍卖淫一案，经辩护，公安机关作撤案处理。

联系方式：

电话：0086-571-87007170　　传真：0086-571-87006661
手机：13732286080　　邮箱：yj@zjblf.com

金道动态

※8月9日,“2018年浙江省中小微企业法律服务月”温州专场活动在温州职业技术学院顺利举行。省经信委企业规划处张莉副调研员、温州市经信委黄寿君总工程师、温州市职业技术学院成教学院李小娟院长等领导出席本次活动。本所权益合伙人吴红亮律师做了《企业股改及上市操作实务》为主题的讲座。

※8月7日,在杭州市拱墅区和睦社区周呈书记的热情邀请下,本所高级合伙人申柱石律师携团队徐旭升律师、马煜琴律师、华曼琳律师来到和睦街道和睦社区进行为期半天的婚姻家事普法宣讲活动。

※8月4日,本所管理合伙人王潭海律师应邀为浙江省律师协会第八期青年律师训练营全体学员作“全球资产配置过程中的税务筹划”专题讲座。

※8月1日,本所诉讼研究发展中心第12期案例分享交流讲座如期举行。陆婕律师分享了买卖合同争议CIETAC商事仲裁案的办案经验。

※7月28日,浙江省律师协会副会长、本所首席合伙人胡祥甫律师应宁波市律师协会邀请,作《民商事案件中请求权基础的思维方法与实务技巧》的讲座。

※7月25日,“2018年浙江省中小微企业法律服务月”建德专场活

动在建德半岛凯豪大酒店如期举行，本所权益合伙人邱华律师受邀作专题讲座。

※7月20日，“2018年浙江省中小微企业法律服务月”湖州专场活动在湖州市经济和信息化委员会2楼会议室如期举行。浙江省经信委中小企业规划处徐伟军副处长、江灵科长，湖州市经信委潘峰峰科长，以及湖州市下辖三县两区经信委等部门领导共同出席。本所权益合伙人周忠伟律师作了题为《企业法律风险痛点与防范》的专题讲座。

※7月17日，本所举办了“法律服务产品研发交流会”，邀请有关律师分享在杭州市首届“法律服务产品”大赛中获奖的产品课件。10位内蒙古律师到访本所，并与本所律师进行了法律服务产品研发方面的交流探讨。本所管理合伙人崔海燕律师，高级合伙人钱雪慧律师，初级合伙人张奕律师以及程君律师、孙洁律师、袁昕炜律师、金琪琪律师代表各自研发团队对其法律服务产品的研发过程及研发经验和感悟进行了分享。

※7月16日，“2018年浙江省中小微企业法律服务月”衢州专场活动在龙游国际饭店顺利举行。浙江省经信委中小企业规划处张莉处长、江灵科长，衢州市经信委吴克群处长、毛丽莹处长，以及龙游县中小企业促进局钱焱艳局长、吴林发科长等出席本次活动。本所高级合伙人俞菊明律师做了题为《民营企业家财富传承》的专题讲座。

※7月15日，本所工会、团支部在世界杯之夜举办了狂欢派对。随着世界杯完美落幕，本所狂欢派对圆满结束，体育精神带来的正能量会继续在本所前行道路上发光发热。

※7月12日，遂昌县经济商务局和人力社保局组织的《中小企业促进法》宣贯专题培训班在遂昌县中国竹炭博物馆会议中心召开。浙江

工商大学教授、本所兼职律师马齐林应邀赴遂昌做了《中小企业促进法》宣贯专题讲座。

※7月4日,本所诉讼研究发展中心举行第十次会议。李阳律师结合其代理的多起行政案例就行政诉讼代理经验进行了经验分享。

※7月1日,时值中国共产党成立97周年。为纪念党的生日,并为了增强党员凝聚力,本所党总支面向全所同事和家属,举办了湘湖毅行活动。

※7月,西北政法大学考察团一行到访本所学习交流。浙江省高院民二庭庭长沈晓鸣,本所首席胡祥甫、主任王全明、管理合伙人王潭海、初级合伙人王冰洁、律师赵青航,以及垦丁律师事务所主任张延来等参加了此次交流。

※6月29日,本所高级合伙人申柱石律师及其团队按照团队计划,在本所成功举办了一场婚姻家事法律服务研讨会,分享了团队在这个领域的研究成果和办案经验,并将婚姻家事法律服务正式列入团队的主办业务领域之一。

※6月26日,新疆律师协会副会长张博带领各专业委员会主任、副主任一行11人到访本所参观交流。本所王全明主任,管理合伙人王潭海律师、俞菊明律师、史源律师,国际经贸法律服务团队卢璐律师及行政经理陈小芳参与交流。

※6月13日,第三期金道/宁波法律讲坛成功举办,来自宁波市的四十余位企业家、高净值人士和律师聆听了此次讲坛。本期讲坛主讲人是本所高级合伙人俞菊明律师,主题为家族财富传承。

※6月13日,本所诉讼研究发展中心举行了诉讼经验分享讲座。本所高级合伙人刘艳芳律师进行了劳动法案例&诉讼(劳动仲裁)经

验分享。

※6月12日,在浙江省市场监督管理局召开了浙江省消保委智库会议。本所高级合伙人钱雪慧律师成为浙江省消费者权益保护委员会法律专业委员会成员。浙江省市场监督管理局副局长,省消保委主任张雪林为成员颁发了聘书。

※6月7日,本所宁波分所徐元琼律师荣获“2016–2017年度宁波市律师行业优秀党员”称号。

※6月6日,杭州市司法局副局长陈凯率律师管理处处长丁洁、法规处处长叶建丰、律师管理处主任科员詹昀刚等一行莅临本所调研。本所王全明主任、管理合伙人崔海燕、高级合伙人来晓明和李冰冰,李阳律师以及行政经理陈小芳参加会议。陈凯副局长就政府法律顾问和法律援助工作开展情况与在场律师进行了交流座谈,充分肯定了本所在品牌化、专业化方面取得的成绩以及在围绕中心工作上所提供的法律支持。

※6月6日,本所诉讼研究发展中心如期举行第7期案例分享交流活动。廖志松律师先进行了两个反诉案例的诉讼经验交流分享。

※6月2日,由浙江省法学会财税法学研究会主办,本所和浙江财经大学法学院承办的“杭州律师涉税法律服务市场模式定位及路径选择”专题研讨会在本所召开。省法学会财税法学研究会副会长、本所律师、浙江工商大学法学院王惠教授,作了主题发言。省法学会财税法学研究会副会长、本所管理合伙人王潭海律师作了发言。

※5月31日,省商务厅联合中国纺织品进出口商会举办了以“中美经贸摩擦下的全球贸易风险防范与法律应对”为主题的2018年法律服务活动的首场培训班。本所卢璐律师结合中美贸易战热点和知识产

权相关问题，分享了主题为“涉外知识产权纠纷应对和布局”的讲座。

※5月30日，本所诉讼研究发展中心如期举行第6期案例分享交流活动。本所权益合伙人黄亮律师进行了反诉案件诉讼经验分享&“物业服务合同纠纷”疑难案例研讨。

※5月29日，浙江工商大学法学院党委副书记赵恒老师与法学院留学生管理办公室田凤莉老师带领浙工商留学生到访本所学习交流。本所主任王全明、管理合伙人崔海燕、江力、高级合伙人申柱石、权益合伙人茅玮民以及律师卢璐等人参加了此次学习交流。

※5月29日，本所初级合伙人张奕律师为来自省内发改系统和重点办的各位领导和经办人员进行了主题为《重大工程项目风险防控和PPP实务及风险防范》的讲座，共计350余名人员参会。

※5月27日，由浙江省建筑装饰行业协会主办的《浙江省家庭居室装修装饰施工合同(示范文本)》及合同格式条款备案宣贯会在浙江建设科技研发中心七楼报告厅隆重举行。本所权益合伙人蔡金龙律师应邀参加并从法律视角对《浙江省家庭居室装修装饰施工合同(示范文本)》进行普法宣讲与解读。

※5月24日，本所权益合伙人周忠伟律师、何泽实习律师受丽水市青田县经信局邀请，赴青田县为全县现代企业管理能力提升培训班的民营企业家作《企业法律风险的防范与治理》的讲座。

※5月15日，浙江省法学会研究会工作会议在杭州新侨饭店召开，省中小企业法学研究会会长、本所首席合伙人胡祥甫律师，省中小企业法学研究会副秘书长、本所权益合伙人邱华律师参加会议。

※5月15日，本所管理合伙人史源律师应邀为浦江县PPP项目培

训班授课。浦江县政府办公室、金融办、法制办等多部门分管领导及工作人员参加培训班。

※5 月 11 日，由浙江省律师协会涉外与海事海商专业委员会承办的“中国企业在美投资法律实务及争议解决概述”专题讲座于杭州之江饭店举办。省律协涉外与海事海商专业委员会主任、本所管理合伙人崔海燕律师担任主持人，省律协涉外与海事海商专业委员会秘书长、本所权益合伙人茅玮民律师全程协助会务工作。

※5 月 9 日，杭州市西湖区司法局副局长、西湖区律师行业党委书记蒋敏，西湖区司法局律管科科长徐至淮一行莅临本所指导交流。本所王全明主任、管理合伙人王晓辉、王潭海律师参加会谈。

※5 月 4 日，杭州市司法局团委在市民中心 G 座 7 号会议室举办了“不忘初心、牢记使命，司法青年在传承主题汇报会”暨杭州市司法局 2017 年度五四表彰活动。在五四表彰环节，本所团支部书记、初级合伙人龚家勇律师被授予杭州市司法局 2017 年度“青年岗位能手”称号。