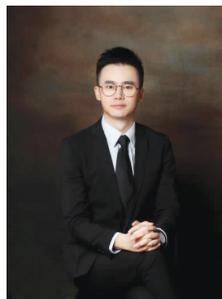




意义的唤醒*

□ 熊浩*



了解我的人会知道,我的工作是一名普通的大学老师,在大学之中主要的工作就是教学与科研,但是当有闲暇的时候,我有一个小习惯,就是在我自己的微博上回答网友们各种各样的问题,加以时光之积累,渐渐地已经回答了各种各样名目繁多五花八门的问题。坐下来,回头一看,自己感觉到有一些错愕,我会感到奇怪,为什么今天的年轻生命会有那么多困惑呢?不要把我的意思理解错了,我不是说年轻人不应该有困惑,年轻人当然会有困惑,别说年轻人,在我们生命成长的任何一个阶段,都会有自己一时没有办法排解的困扰。我的问题是,为什么会有那么多,那么细碎,那么微小,就好像一层一层的雾,把人紧紧包裹起来的,因为一点点生命的动荡,就会让整个生命失控的困惑呢?

如果各位针对这个问题去请教孔夫子,我想他的答案会很简单,他会拍拍这些年轻人的肩膀说:“孩子,困惑那么多,主要是肩膀上少了力量和担当。”我们援引《论语》当中所说的话:“士不可以不弘毅,任重而道远。仁以为己任,不亦重乎?死而后已,不亦远乎?”夫子是在教导我们,任何一个人在天地之间若不想蝇营狗苟,想成为一个顶天立地之人,想承担一点不一样的力量与使命,你肩膀上得有分量,有肩膀上的分量,那才会有眼中的目光,目光照向远方,你自然可以消解这些无意义的困扰。懂得这个概念,你才会明白为什么儒家非常

* 本文系根据熊浩教授的演讲《意义的唤醒》整理而成。中国人民大学法学院硕士研究生徐晓阳整理,本所初级合伙人赵青航律师校对。

* 熊浩,法学博士,复旦大学法学院副教授,《我是演说家》全国总冠军。



喜欢“山”的引语。我们到山的高处去可以把人整体托举，它能把人整体托举到高处，是因为山在承受分量，明白这一点，你才能够理解在西游记当中那个最坚毅，最果决，最不容易动荡的力量，其实来自于师父唐僧，因为他的目光一直在远方，所以不管遭遇到什么波折与困扰，他都会拍拍你的肩膀说：“起来，赶路要紧。”

我刚才说了一系列非常大的词：远方，愿景，担当，使命。年轻的生命会有些压力，会说我们在这种及时行乐的时光里头，不是活的挺愉快的吗，为什么要用这些大字来捆绑自己呢？这突然让我想起了哲学大师熊十力先生的一句话：“终日放荡形骸，久之，觉其烦恼。”反过来让我们一起想一想，什么时候你的生命能够感到一种澎湃的动力和意义的那种饱满。比方说春节，和所有家人真正快乐的相遇，当你和自己、整体、家族甚至和伟大历史发生共鸣的时候，你会感觉到某种意义的充盈。当国旗升起的时候，你会为国家的某种灿烂力量而动容，你会感到那种意义，隽永而饱满。一位极为成功的商人，最后他的梦想居然是回到故里衣锦还乡，因为他对幸福与意义的承诺，在于和土地发生再一次的关联。这样，才能够理解当中国这个国家已经到了一定高度的时候，他的梦想，不是一路绝尘，他的梦想，依然是照顾伙伴们，让每一个掉队的人不掉队，从而实现真正的共同富裕。

意义来自于和
他人的关联，意义来
来自于大历史的使命。
意义不是来自于自我
的成全，而是来自于
和这个时代的共鸣，
然后与时代一起成
全。说到时代，让



我们回顾一下这七十年的光阴，在我一个年轻人的眼光中，这七十年可以被粗略的分成三个阶段：

第一个阶段，创业阶段。共和国的无产阶级革命家们，用他们的生命和鲜血奋斗，当他们站到天安门城楼，向世界庄严宣告这个民族要重新站立的时候，这是这个国家的第一阶段。用我的话说，就叫为生存之尊严而做出的呐喊。第二个阶段，春天的故事响起。那股在社会中不断孕育，在市场中不断勃兴的伟大力量，从大国渐渐降临到每个人的小家，你会发现，你生活的质量，会以目力可及的方式，不断进步，我们为生活的质量变革而奋斗。而今天，行山到一



半,更应看远方,我们已经有了力量,有了积累,有了那种磅礴气象在胸中激荡,于是我们往最远处眺望的时候,会觉得我们对这个民族的使命是让他复兴。这是第三个阶段,让这个民族的意义,澎湃绽放。

从生存,到生活,到生命;从活下去,到活的好,到获得一种生命的澎湃使命。所以,我们在一个国家追寻意义,获得意义的大时代里头,你要去应和这种意义,你要去共鸣这种意义。只有和时代发生真正的、真诚的交织,你才会发现,你的生命会有一些分量,而这种分量,才会让你不那么摇动、慌张,因为说到底,迷茫是因为渺茫,而渺茫是因为一个人的生命没有重量。

我讲的这些,不希望只是在这里慷慨陈词。年轻人喜欢听歌,我与各位分享一首,这首歌叫《消愁》:

一杯敬朝阳 一杯敬月光
唤醒我的向往 温柔了寒窗
于是可以不回头地逆风飞翔
不怕心头有雨 眼底有霜

一杯敬故乡 一杯敬远方
守着我的善良 催着我成长
所以南北的路从此不再漫长
灵魂不再无处安放

这首歌词不就是我刚才讲过的道理吗?因为有太阳,因为有月亮,你把天地放心中,你才会获得某种淡定的宽广,那里有眼中的泪痕和心底的忧伤。如果有故土,如果有远方,你才可以获得真正的善良与成长,灵魂又何须去担心它的意义无处安放呢?我们在一个意义的时代里,而我们自身的意义,要和这个大时代的意义发生共鸣与交织。当你背起一些东西,承担一些使命时,用你自己的光亮去擦亮共和国的光亮,并让共和国的光亮成为对你自己大大成全的时候,你就会发现迷茫这件事情,会被彻底的扫荡。

亲爱的各位,不用慌,背起使命看远方。



本所胡祥甫和崔海燕分别担任省律协 第十届理事会顾问和副会长

2019年6月15日-16日,浙江省第十次律师代表大会在杭隆重召开。本次大会是在深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想,全面深化改革、全面推进依法治国和省委“八八战略”的时代背景下召开的一次十分重要的会议,对于推进我省律师事业高质量发展意义深远。



本所首席合伙人胡祥甫律师,管理合伙人崔海燕、黄河律师以及高级合伙人钱雪慧律师作为正式代表,高级合伙人徐杨超律师作为特邀代表参加了本次大会。

2019年6月15日,省委常委、政法委书记王昌荣,司法部副部长、全国律师行业党委书记熊选国及全国律师行业党委副书记、中华全国律师协会会长王俊峰出席大会开幕式并讲话。省人大常委会副主任赵光君,省政府副省长王双全,省政协党组副书记、副主席孙景森,省人民检察院检察长贾宇等领导出席大会开幕式。大会开幕式主持人为省司法厅党委书记、厅长马柏伟,省律协



第九届理事会会长郑金都致开幕词并代表第九届理事会作工作报告。

会议强调，全省律师行业和广大律师要坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，旗帜鲜明讲政治、主动作为重担当、对标对表提素质，不断提升律师队伍正规化、专业化、职业化水平，全面开创新时代我省律师工作新局面，为服务保障我省“两个高水平”建设作出新的更大贡献。

6月16日下午，为期两天的浙江省第十次律师代表大会完成了会议的各项议程胜利闭幕，省司法厅党委书记、厅长马柏伟出席闭幕式并讲话，省司法厅党委委员、副厅长级干部，省律师行业党委书记朱晓晔主持大会闭幕式。

大会审议通过了《浙江省律师协会第九届理事会工作报告》《浙江省律师协会第九届理事会财务工作报告》《浙江省律师协会章程(修订案)》等。通过投票，大会选举产生了由90名律师组成的省律协第十届理事会，49名律师组成的省律协第十届常务理事会，17名律师组成的省律协道德与纪律委员会以及由13名律师组成的第一届监事会。省司法厅党委委员、政治部主任王争出席大会闭幕式并宣读当选名单。

本所首席合伙人胡祥甫律师担任浙江省律师协会第十届理事会顾问，管理合伙人崔海燕律师当选浙江省律师协会第十届理事会副会长。



金道总分所现为一家270余人规模的综合性事务所，目前在宁波、杭州经济技术开发区、绍兴设有分所，2011年荣获“全国优秀律师事务所”称号，2018年荣获“浙江著名律师事务所”称号。本所秉承“守信如金，为业载道”的理念，以诚信、专业为本，为客户寻求法律问题的最佳解决之道。

全体金道律师将认真学习领会本次大会精神，奋发有为，开拓进取，为浙江省律师事业的高质量发展作出自己的贡献。



本所 14 名律师担任杭州市律协 第九届各专业委员会主任、副主任

近日，杭州市律协下发第九届专业委员会初始名单及第九届各专业委员会主任、副主任名单。本次杭州市律协共评选 25 个专业委员会的主任、副主任，本所共 14 名律师担任 14 个专业委员会主任、副主任，共 59 名律师入选杭州市律协专业委员会初始委员。

根据《杭州市律师协会专业委员会工作规则》，经公开竞选，业务指导与发展委员会评议，九届六次会长办公会议研究同意，九届四次常务理事会议审议通过，最终确定了各专业委员会主任、副主任名单。

本所本次入选市律协专业委员会初始委员的 59 位律师覆盖全部换届的 25 个专业委员会，另外医药健康专业委员会、文体产业服务专业委员会、刑民交叉专业委员会三个专业委员会不进行换届。

本所律师以多年来沉淀的专业知识与素养，彰显着本所在法律服务各领域精湛而独到的实力。各委员将会结合律师行业发展趋势及历史使命，发挥本所的专业优势，切实履行职责，配合市律协专业委员会的各项活动，为推进专业委员会在律师专业领域中的理论研究与业务交流以及杭州律师队伍的建设与发展而贡献力量。

杭州市律师协会第九届专业委员会初始委员 本所名单如下

专委会名称	初始委员姓名	专委会名称	初始委员姓名
民事专业委员会	胡浩明(主任)	国际投资专业委员会	申柱石(副主任)
	赵青航	房地产专业委员会	钱雪慧(副主任)
商事专业委员会	李冰冰(副主任)		苏小为
	金志海	建设工程专业委员会	罗弘韬(副主任)
	郑梁		陈丽媚



刑法专业委员会	王晓辉(主任)	行政专业委员会	来晓明(副主任)
	王楠		方圆
	张雯		李阳
刑诉法专业委员会	陈云丰	劳动与社会保障 专业委员会	刘艳芳(副主任)
	姚杰		张婷
	郭越鸣	金融专业委员会	陆原
刑事责任风险防范 (非诉讼)专业委员会	袁昕炜	家事专业委员会	俞菊明
	赖振华	破产专业委员会	王全明(副主任)
公司专业委员会	黄河(副主任)		茅玮民
	赵箭		林罗斌
	黄亮	周忠伟	
证券与资本市场 专业委员会	吴红亮	侵权法专业委员会	林丹
	马超		陶翔
	宋志强	税务专业委员会	王潭海(副主任)
知识产权专业委员会	马利峰		徐日升
	邱林峰	政府法律顾问 专业委员会	陈能达
	裘红萍		任怡
互联网信息专业委员 会	李泉良(副主任)		
	乙笑牛	企业法律顾问(公司 法务)专业委员会	杨帅杰
	王冰洁		蔡金龙
国际贸易专业委员会	于振芳	自然资源与环境保护 专业委员会	吴天野(副主任)
	张妍		黄建国
	陆婕	政府与社会资本合 作(PPP)专业委员会	史源(主任)
邱华	张奕		
并购与投资专业委员 会	郑海丽		



西湖区司法局局长陈建华一行 莅临本所调研

2019年6月18日下午,西湖区司法局局长陈建华一行莅临本所调研。本所王全明主任,管理合伙人王潭海、黄河律师以及行政经理陈小芳等参加会谈。



会上,陈局长充分肯定了本所在专业化、规模化、规范化等方面取得的成绩,希望进一步加强西湖区司法局与市直所之间的交流。





王全明主任代表本所热烈欢迎西湖区司法局局长陈建华一行的到来并详细介绍了事务所的基本情况以及在党建工作、品牌、专业、文化、参政议政、社会公益等核心竞争力方面的工作。

双方针对律所发展及管理、党建工作等进行了充分的沟通与交流。本所将一如既往地支持并积极参与西湖区司法局组织的各项活动，提升专业服务水平，为律师行业的发展建言献策并贡献力量。

附陈建华局长一文《寄语西湖律师》。

寄语西湖律师

陈建华

当年作为法官时，接触过的律师也与我一样步入中年老年。作为基层司法行政的负责人而言，突然发现律师并不容易。本来，似乎在官员与律师之间隔着一道并不存在的屏障——职业差异感。但有了律协西湖分会，我个人觉得，就是这个虚幻的屏障也是可以忽略不计的。作为西湖区，律所聚集，自然有市场选择的原因，也有司法行政机关竭诚服务的因素。我当然希望杭州的律所、律师在西湖成长、发展，并为西湖区乃至为杭州市提供最直接最有效的法治保障。因为，一个地区律师业的兴衰代表着一个地区法治建设的好坏，优良的律师执业环境就是最佳的营商环境。习总书记已经直白的宣告：法治就是最好的营商环境。在中央大力推进法治中国建设，打造最佳营商环境的形势下，作为担负律师工作指导和监督职责的司法行政机关，必须将促进本地区律师业的发展作为重要的研究课题，并加以认真落实。

时至今日，不断完善法治环境，日趋改善的执业环境为律师行业发展带来新的机遇。把握机遇，在服务法治社会中体现职业价值，履行社会责任，是律师行业的时代使命。作为一名法律人，仅仅在心中有“公平、正义”之类的价值是远远不够的，必须要有沟通事实要素与价值要素的手段或者方法，要会运用逻辑要素，发现问题和解决问题。从事了三十年法律工作，我总结出一名合格的法律人应具备的六个基本素质分享给诸位：品格，善良，谦逊，平和，敬畏，勤勉。

一是品格。法律毕竟是国家的产物，是指统治阶级为了实现统治并管理国家的目的，经过一定立法程序所制定的规范，是全体国民意志的体现，国家的



统治工具。在建设新时代中国特色社会主义的如今,坚持党的全面领导,是对全体法律人的政治品格要求,当然也包括律师。

二是善良。善良是对生命的敬意,是善待自己、善待他人的修养,更是律师品行的应有之义。无论是对待案件当事人还是对待同行律师,无论是在生活中还是在工作中,我们不仅应当有善念,更要有善举。在力所能及的范围内施以援手,生活会还以另一种馈赠。常怀感恩之情,必得善良之恩泽。

三是谦逊。律师,作为一份活到老学到老的职业,对每一位从业者的学习能力和学习态度提出了超乎其他行业的高要求。因此,以谦逊的姿态对待知识、对待前辈成为了律师必须具备的品行。苏格拉底说,“我唯一知道的就是我自己的无知”。因而,面对法学的日益发展和案件的日益复杂,以谦逊之心面对新生事物方能做好自己这一方天地的“师”。

四是平和。这不仅是对律师的要求,更是每个人面对世界、面对未知的良策。不卑不亢,平和处世,方是长久。平和要求我们撇开个人的情感去思考和行动,以理性为你的当事人谋求合法权益的最大化。不以物喜,不以己悲。平和,是一个人成熟的标志,是一个律师成功的前提。

五是敬畏。凡善怕者,必身有所正,言有所归,行有所止,偶有逾矩,亦不出大格。心怀敬畏,方能谦逊。对天命之畏,对大人之畏,对圣人之言之畏,心存敬畏者有所止。因而,律师日常行事之准则必有敬畏二字,否则难成大器。

最后是勤勉。勤勉二字常被人提及,不是律师独有的要求,是世人成功的必备要素。但仍旧要赘述几句。如果你有天赋,勤勉能帮你飞得更高,如果禀赋一般,勤勉能使你快人一步。律师作为一个专业性极强的行业,随着社会的进步和发展,无时无刻不在淘汰落后选手,唯有勤勉,才能使你勇立潮头。

律,意为标准、规则、规范、模式,表示约束防范;师,意为掌握某种专门知识、技术的人。因此,律师作为对规则、规范熟练于心的人,带给这个社会的影响必然是巨大的。鉴于此,对我们西湖律师乃至全体律师提出了“品格、善良、谦逊、平和、敬畏、勤勉”的十二字要求。虽然这十二个字看似普通,然则大有深意。希望每位律师遇到疑难案件难以处理,或者对本身职业道德犹有困惑,或者对我国法律发展有建言时谨记善良、谦逊、平和、敬畏、勤勉的初心。



本所破产清算与重整法律事务中心成立

2019年6月24日下午，本所破产清算与重整法律事务中心（以下简称“清算中心”）成立大会在本所10楼大会议室举行。



本所主任王全明律师致辞并为全体人员进行了第一次业务培训，此次会议由本所权益合伙人茅玮民律师主持。

一、专业之路——金道破产清算与重整法律事务中心成立

“专业化分工与团队化运作相结合”一直以来是本所的经营发展模式。本所设立九个业务领域，十八个专业方向，每位合伙人律师都实行一主两辅的专业化方向，走专业化之路。本所在提升专业化品质的道路上锐意进取，不断改革创新。

为进一步提升办理破产案件的专业化水平，经管委会决议，本所设立金道破产清算与重整法律事务中心。成立清算中心既是本所专业化发展与规范化



管理的要求,也是浙江省与杭州市两级破产管理人协会成立后的新发展趋势,旨在结合本所办理破产业务的实际情况,进一步提升本所破产管理人办案的专业能力。

二、同力协契——清算中心人员安排和工作模式

清算中心主任由本所主任王全明律师担任。清算中心设秘书处,秘书长由茅玮民律师担任,副秘书长由何成科律师担任,秘书由金龙、马菁和魏宇航担任。

目前清算中心共有成员 30 余位,由主任、专职工作人员、项目办案人员以及专业顾问组成。清算中心除全职专业人员外,其他办案人员由具有破产专业业务能力,并有志于破产业务办理和研究的律师及辅助人员跨团队报名录用组成。

清算中心作为本所统一负责破产业务的开展和研究的平台,今后事务所的破产业务均由中心承接。清算中心负责统一调配安排破产案件办理人员及分工,并定期开展破产业务学习,参与业务论文撰写、疑难问题研究,完成相关专业学习与研究任务。

三、为业载道——清算中心第一次业务培训暨“金道开讲”第 79 期

本次成立大会也是“金道开讲”第 79 期活动,因此本次业务培训的主题包含了管理人执业规范化培训以及房地产案件办理中的难点问题与思考。

王全明主任首先介绍了清算中心的成立情况和工作制度。王主任着重介绍了律师办理破产案件中的规范性要求,从利益冲突、工作制度、工作方法、工作底稿等不同角度,结合杭州市破产管理人协会《破产管理人业务风险控制指引》进行了完整的阐述。之后,王主任分享了办理房地产破产案件中的难点与思考,从企业接管、财产管理、复工续建、资产处置、债权确认、沟通维稳、企业重整、权利冲突等不同角度结合实务经验和法律法规,与大家进行了交流和沟通。

四、继往开来——金道破产清算与重整法律事务中心未来展望

本所先后共承接了二十余件破产管理人案件,并担任多家会计事务所管理人的法律顾问。王全明主任负责办理的网新实业重整案件被评为杭州两级法院十年以来的十大典型案件和杭州律师十大影响力案件。



2018年以来,本所继担任杭州市破产管理人协会理事单位后,又担任了浙江省破产管理人协会理事单位;王全明主任担任省市两级管理人协会理事,并且担任杭州市律师协会破产专业委员会副主任。

清算中心的成立是建立在总结本所5年来办理破产案件经验得失的基础上,是本所在破产案件办理中又一个重要的里程碑,不仅有利于提升破产管理人业务的专业化水平,也有利于打造一支专业化的金道破产管理人团队,树立本所办理破产案件的优质品牌。

今后,本所将持续加大在企业破产与重整业务领域的重视与投入,以金道破产清算与重整法律事务中心为依托,更扎实地开展理论研究,更勤勉地履行管理人职责,以期取得更大进步。



附:本所承接的部分破产管理人案件

1. 浙江浙大网新实业发展有限公司破产重整案
2. 浙江清水湾置业有限公司破产重整案
3. 杭州美凯西姆置业有限公司破产清算案
4. 浙江中意房地产开发有限公司破产清算案
5. 杭州金孚洋房地产开发有限公司破产重整案
6. 道道科技(杭州)有限公司破产清算案



7. 杭州一潮弛贸易有限公司破产清算案
8. 杭州雷泰家具有限公司破产清算案
9. 杭州百盛精密铸造有限公司破产清算案
10. 杭州博大金刚石有限公司破产清算案
11. 浙江省医药保健品进出口有限责任公司破产重整案
12. 明业建设集团有限公司破产清算案
13. 浙江方汇建筑工程有限公司破产清算案
14. 杭州鼎家房地产经纪有限公司、杭州鼎家网络科技有限公司合并破产清算案
15. 杭州富阳新兴纸业有限公司、杭州新兴纸业有限公司、杭州新沃无纺布有限公司破产清算案
16. 杭州临安鸿盛房地产开发有限公司破产清算案
17. 杭州临安绿岛能源有限公司破产清算案
18. 浙江创力纺织品有限公司破产清算案
19. 杭州金奥国际旅行社有限公司破产清算案
20. 杭州富新反光材料有限公司破产清算案



本所与浙江工商大学举行 “金道奖学金”颁奖仪式



2019年5月23日,本所与浙江工商大学“金道奖学金”颁奖仪式在浙江工商大学下沙校区法学院第一会议室隆重举行。本所主任、党总支书记王全明律师,管理合伙人王潭海、黄河律师以及权益合伙人、党总支委员郑梁律师等参加颁奖仪式。

浙江工商大学法学院院长陈林林,党委副书记赵恒,副院长苏新建、宋杰,院长助理裴蓓,办公室主任朱祯红,学生工作办公室主任牛翔以及“金道奖学金”获奖学生参加颁奖仪式。

首先,赵恒副书记代表浙江工商大学法学院对本所王全明主任一行的到来表示热烈欢迎并向关心、支持学院发展的本所领导及同仁表示衷心的感谢。赵恒副书记介绍了浙江工商大学法学院2018年取得的骄人成绩,特别是浙江工商法学院成功获批了一级学科博士点,高考录取分数线以及法考通过率创了新高。赵副书记表示希望能与本所进一步深度合作,实现优势互补、互利共赢。

王全明主任代表本所对获得“金道奖学金”的二十余名优秀学子表示热烈



祝贺并对浙江工商大学给事务所提供设立“金道奖学金”的机会表示衷心的感谢。同时,王主任向大家诠释了本所“守信如金,为业载道”的理念以及金道人务实专业、锐意进取的金道精神。王主任介绍了本所设立“金道奖学金”的意义并期待获得“金道奖学金”的优秀学子们能体悟金道理念以及金道精神,在今后的学习和工作中取得更好的成绩,为公平正义的法治事业贡献一份力量。本所也将继续与浙江工商大学法学院进行深入的合作,鼓励和支持浙江工商大学的法学教育和法学研究。

法学院学生工作办公室主任牛翔宣读获奖学生名单并由获奖学生代表发表获奖感言。

最后,本所与法学院领导为获奖学生颁奖。



本所管理合伙人崔海燕律师荣获 “浙江省三八红旗手”称号

2017年以来,全省广大妇女坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引,秉持浙江精神,干在实处,走在前列,勇立潮头,在改革发展稳定第一线建功立业,在社会生活和家庭生活中发挥独特作用,展现出新时代女性的卓越风采,涌现出了一大批优秀女性和先进集体。

经过推荐评选、初审、投票、评审、公示等环节,浙江省妇女联合会近期发布《关于表彰2018年度浙江省三八红旗手(集体)的决定》,100名杰出女性被授予“浙江省三八红旗手”称号。

其中杭州市共入选13位,本所管理合伙人崔海燕律师作为唯一一名律师入选。

崔海燕律师连续10年参加由浙江省商务厅、省司法厅、浙江省律师协会联合举办的“外贸预警点法律服务月”活动,带领团队制作并数次更新了《国际经贸法律服务手册》,累计向数千家企业开展讲课、发放资料,为全省外贸企业的风险防范做出努力。崔律师作为省律协涉外委主任组织起草了《浙江民营外贸企业出口法律风险规范及应对建议》,其助力浙江外贸预警事迹在央视播出。



崔海燕律师始终关注涉外企业相关的热点,不断为提升浙江涉外企业的法律意识贡献才智并作出努力。

2015年,崔海燕律师及其团队律师撰写《“一带一路”宏观及国别法律风险分析》。

2017年,“中兴事件”爆发,崔海燕律师及其团队律师撰写了《中国企业海外经营合规风险及防范建议》。



2018年,美国对中国开展301调查,崔海燕律师组织团队成员撰写了《美国301程序规则及中国企业的应对方法》。

崔海燕律师致力为中国企业全球化进程保驾护航,其积极研究“一带一路”法律问题,撰写《浙江企业境外投资现状》、《走出国门 合规先行》、《中国企业海外经营合规风险及防范建议》等文。

崔海燕律师将不忘初心、牢记使命,珍惜荣誉,再接再厉,努力创造崭新业绩。金道女律师将以崔律师为榜样,进一步弘扬自尊、自信、自立、自强的时代精神,为浙江“两个高水平”建设作出新的更大贡献。



本所荣获 2018 年度中国全过程 工程咨询专业律师事务所 10 强等荣誉

2019年5月20日,第13届全国招投标领域年度聚焦颁奖典礼暨中国全过程咨询高峰论坛在北京西国贸大酒店召开,本所管理合伙人史源律师受邀出席会议并参加颁奖典礼。

中国采购与招标网作为国家发改委四号令授权中国政府唯一指定发布招标公告的网站,举办了“2019年第13届全国招投标领域年度聚焦活动暨全过程工程咨询机构评价推介”活动,经过宣传推广、企业报名、资料提交、资格初审、网上公示、评论投票、数据核对、综合评审等阶段,本所在此次评选中获得了优异的成绩,最终被评选为:

2018年度中国全过程工程咨询专业律师事务所10强

2018年度中国市政项目全过程咨询专业律师事务所首选品牌

2018年度中国交通运输项目全过程咨询专业律师事务所首选品牌

与此同时,本所管理合伙人史源律师凭借着丰富的项目经验被评为“2018年度中国德才双馨工程律师”。



本所宣传通讯工作获 杭州市律师协会表彰

2019年6月22日下午,2019年全市律师事务所通讯员培训班暨2018年度“优秀通讯员”表彰大会在华辰银座酒店举行。市律协副会长、宣传与公共关系委员会主任沈向明,宣传委副主任钱森、宋桂明,委员王惠林、李丹丹、朱鑫元,秘书倪洛伟以及全市各律师事务所通讯员200余人参加。会议特别邀请浙江法制报新媒体运营中心副主任陈岚授课,宣传委副主任宋桂明主持。



宣传委副主任钱森宣读了《关于表彰2018年度杭州市律师协会“优秀通讯员”的通知》,会议对20名获奖者进行表彰。本所行政经理陈小芳荣获2018年度“优秀通讯员”称号。

会议围绕微信公众号运营技巧、新闻写作以及事务所开展宣传工作的意见建议等话题展开讨论,4名优秀通讯员作为通讯员代表上台分享了工作经验。本所行政团队叶茜茜作为“优秀通讯员”代表上台发言交流,从如何有稿



源,如何吸粉、提升文章的阅读量以及如何突破瓶颈三个方面与大家分享了本所微信公众号运营的工作经验及技巧。

浙江法制报新媒体运营中心副主任陈岚作《新闻写作及新媒体运营技巧》讲座,讲座内容既有新闻工作的高度,又富有操作性,得到与会人员的一致好评。同时陈岚副主任现场解答了各律所通讯员在日常工作中碰到的困惑。

最后,宣传委主任沈向明作总结发言,他对获奖通讯员表示热烈祝贺,对所有通讯员的工作表示诚挚感谢,同时对广大通讯员提出三点希望:一是提高政治站位;二是严守宣传底线;三是勤练写作技能。

本所将立足行业,尽职尽责,并一如既往地积极向杭州律师网、《杭州律师》杂志、“杭州律协”微信公众号投稿,提供更多优秀新闻作品。本所通讯员将时刻关注政府重点工作与社会热点、律所动态与行业资讯,不断提高新闻写作水平,为杭州市律师行业宣传工作做出新的更大贡献。



本所宁波分所荣获集体 及个人多个奖项

2019年4月12日，为总结2018年律师管理工作，部署2019年工作任务，鄞州区司法局召开全区律所主任工作会议，同时公布了2018年鄞州区律师行业先进名单。

本所宁波分所在区内众多律所中脱颖而出，荣获鄞州区“优秀律师事务所”称号；

本所宁波分所主任贺乃洵律师在党支部建设工作的领导作用得到肯定，荣获鄞州区“优秀党支部书记”称号；

本所宁波分所高级合伙人冯皓律师获得鄞州区“十佳律师”与“优秀信息员”称号。





本所党总支荣获“全国律师行业 先进党组织”称号

6月30日,全国律师行业党建工作先进典型表彰暨经验交流会在青岛召开,要求以更大力度、更实措施,不断推动律师行业党建工作取得更大成绩。司法部部长傅政华出席会议并讲话。司法部副部长、全国律师行业党委书记熊选国主持会议。



会议指出,司法部重新组建以来,提出律师行业党建工作全覆盖、全规范、全统领三年工作目标,政治引领作用全面加强,党的组织实现全覆盖,党组织战斗堡垒作用明显,律师行业党建工作取得了重要进展。会议强调,要理直气壮,旗帜鲜明,毫不动摇坚持党对律师工作全面领导,引领广大律师坚决拥护中国共产党的领导,拥护社会主义法治,确保律师行业始终沿着正确方向健康发展。要立足实际,加强创新,充分发挥先进典型的示范作用,全面提升律师行业党建工作水平,全力实现党建工作全规范。要不忘初心,牢记使命,忠实践行



人民律师理念，更好满足人民群众新时代法律服务需求。要不断加强组织领导，配备工作力量，持续用力，久久为功，切实把新时代律师行业党建工作各项任务落到实处。



会议对全国律师行业 97 个先进党组织、201 名优秀党员律师和 50 名优秀党务工作者进行了表彰。



本所党总支荣获“全国律师行业先进党组织”称号

本所作为 97 个先进党组织之一，坚持党建与所建并举，立足岗位，扎实做好各项创新创优活动，本所党总支书记、主任王全明作为浙江先进党组织代表上台领奖。



本所成立于2006年，同年设立本所党支部，2015年12月升格为总支部委员会，现有党员97人，占事务所总人数的45%。本所先后获评“杭州市先进基层党组织”、“浙江省律师行业创先争优示范点”、“全市司法行政系统党建示范点”、“浙江省律师行业党建工作模范所”等相关荣誉称号。

党建和所建密不可分，本所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。

本所从2007年起，连续承办10届“浙江中小企业法治论坛”，并从2016年起连续承办3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40余场，为全省6000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。

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，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。

本所坚持把“党建带群团”体现在重点工作中，提升律所发展活力。本所通过在金沙学校设立“金道奖学金”、与浙江工商大学正式签约，捐赠人民币100万元、开展与有关监狱共建帮教活动等回报社会，争做模范表率。



本所党总支将不忘初心,牢记使命,忠实践行人民律师理念,毫不动摇坚持党对律师工作全面领导,拥护社会主义法治,立足实际,加强创新,切实把新时代律师行业党建工作各项任务落到实处。本所党员律师将同其他律师们一起立足本职,践行使命,为法治社会的建设贡献专业力量。



本所党总支及各支部举行 2019 年换届选举大会

本所自 2006 年成立以来,始终重视党建工作,坚持党建与所建并举。本所先后获评“杭州市先进基层党组织”、“浙江省律师行业创先争优示范点”、“全市司法行政系统党建示范点”、“浙江省律师行业党建工作模范所”等相关荣誉称号。

2019 年 3 月,本所党员人数已发展至 96 名,自 2015 年底换届后至今已满 3 年,根据《中国共产党章程》、《中国共产党基层组织选举工作暂行条例》的有关规定,和杭州市律师行业党委的批复意见,本所于 3 月 28 日召开了全体党员大会,进行了新一届党总支及各支部委员会的选举工作。

会议由黄耀书记主持,并由黄耀书记代表上一届党总支委员会向全体党员作过去 3 年的工作报告,回顾总结了过去 3 年开展的工作,并对党总支下一步的工作提出了意见和期望。全体党员对党总支委员会的工作给予了高度肯定。

在充分酝酿新一届党总支委员会候选人的前提下,金道党总支严格按照公平、公正、公开的原则,经党员大会无记名、差额投票,选举结果及委员分工情况报上级党委批复同意如下:

本所党总支

书记:王全明

副书记:邱华

宣传委员:赵青航

纪检委员:陈能达

组织委员:郑梁

新一届党总支书记王全明律师作了发言,他表示十分感谢全所党员律师的信任,未来将带领本所党员,认真贯彻落实党的十九大精神,扎实开展“三严三实”、“两学一做”等教育实践活动,将推进党建与所建比翼齐飞。

本所三个党支部也相继召开了会议,选举产生了各党支部书记及委员,并确定了内部分工,选举结果及分工情况经本所党总支批复同意如下:

本所第一党支部

书记:赵青航

宣传委员:王楠

组织委员:潘道锋

青年文体委员:王耀军

本所第二党支部

书记:陈能达

宣传委员:李政

组织委员:李阳

青年文体委员:金琪琪

本所第三党支部

书记:郑梁

宣传委员:应盼

组织委员:林丹

青年文体委员:黄亮

党建和所建密不可分,本所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。本所出色的党建工作在金道历年快速发展中发挥了重要作用,在新一届党总支及各支部的带领下,本所将紧紧围绕党建发展开展工作,积极探索有效的切入点;做好完善党支部工作制度、创新支部活动方式等方面的工作;同时发挥党员的先锋模范作用,促进本所的持续健康发展。





本所律师参观“五四宪法历史资料陈列馆”

为积极响应杭州市律师行业党委下发的关于深入贯彻习近平总书记关于加强宪法学习宣传教育的重要指示精神,根据市委组织部《关于组织机关公务员、基层党员参观“五四宪法馆”的通知》部署,并结合本所党总支2019年党员主题活动日的安排,本所党总支于近日组织部分党员律师参观“五四宪法历史资料陈列馆”。



2019年4月26日下午,本所党总支安排三十余名党员律师至“五四宪法历史资料陈列馆”的其中一个馆区——北山街馆区参观。北山街馆区位于杭州市北山街84号,其中30号楼是毛泽东主席当年在杭州起草新中国第一部宪法时的办公地。新中国成立后,在毛泽东主席亲自主导下,起草了新中国第一部宪法草案,草案由于在西湖边起草,又被称为“西湖稿”。后经修改于1954年9月20日经第一届全国人民代表大会第一次会议全票通过。因其在1954年颁布,故称其为“五四宪法”。

陈列馆分为序厅、复原陈列、主题陈列三大展区,其中,复原陈列馆完整地还原了毛泽东当年起草宪法时的办公场景;主题陈列馆分为6个单元,以时间顺序理清了宪法制定与实施的脉络。本所党员依序进入展厅,驻足于陈列馆中珍贵的历史资料前,带着敬畏之心,认真学习历次宪法修订与内容。

通过本次参观,本所党员律师感受到了“五四宪法”的诞生历程和深远影响。作为法律人,再一次深化了对宪法精神的认识,增强了法治思维和法治理念。抚今追昔,大家将牢记使命、继续前行,努力为普及宪法知识、增强宪法意识、弘扬宪法精神、推动宪法实施作出贡献。



本所党员律师赴嘉兴南湖重温党史

为迎接中国共产党成立 98 周年的到来,6 月 29 日,本所党总支组织多名党员律师前往嘉兴南湖,重温党史,学习“红船精神”,进一步加强律所党员律师队伍建设。



首站到达的是南湖革命纪念馆,本所党员在讲解员的带领下从庄重恢宏的纪念馆走入,序厅里头顶上那枚巨型党徽照亮了整个展厅,荣耀感和使命感油然而生。

博物馆展厅共设 3 层,其中一、二楼为《开天辟地》单元,以“探索救亡图存的道路”、“中国共产党成立”和“十三位代表生平事迹介绍”三个部分,介绍了自 1840 年鸦片战争以来,中国人民为寻求救国存亡的道路而不断探索、抗争以及马克思主义在中国的传播、共产主义小组的建立直至中国共产党的成立这一段开天辟地的历史史实。

第二站我们来到烟雨楼下万福桥旁,瞻仰“南湖红船”。1921 年,中国共产党第一次全国代表大会在浙江嘉兴南湖的一条游船上胜利闭幕,庄严宣告中



国共产党的诞生。

“红船精神”是开天辟地、敢为人先的首创精神，坚定理想信念、百折不挠的奋斗精神，立党为公、忠诚为民的奉献精神。“红船精神”一直激励和鼓舞着我们党站在历史的高度，走在时代的前列，带领全国人民不断取得革命、建设和改革的一个又一个胜利。本所党员们将时刻牢记“红船精神”，作为党员律师，将发挥自己专业优势，为社会、为国家贡献更大力量。



【重温党史 传承党魂】

党员律师孙南梦颇有感：

在中国共产党成立 98 周年之际，我随本所党总支参观中共一大会址嘉兴南湖革命纪念馆。一幅幅画面记载着中国共产党的先驱们开天辟地的历史，我不禁想到 96 岁的祖父。我出生在军人家庭，祖父、祖母、父亲均系军人出身，祖父曾参加抗日战争、解放战争和抗美援朝。新四军研究会还记载了 1942 年祖父在新四军一师（师长粟裕）一旅参谋部执行任务时的一次感人故事。通过此次“一日行红色之旅”，我们将党史镌刻进历史的记忆。我虽年轻，十八岁入党已有九年党龄，我将以更坚定的信仰传承党的精神。

党员律师王耀军有感：

神往嘉兴南湖已久，六月二十九日终于如愿以偿。



南湖的景色优美,好似一幅写意泼墨山水画。正值江南梅雨季,寻访烟雨楼台正合适。嘉兴南湖作为红色旅游的源头,此行让我再次深刻感受到中国共产党成立、发展的艰辛历程。

不忘初心,砥砺前行。中国共产党的伟大思想指引着我们的一言一行,我们应该用行动为党、为人民做出我们应有的努力。

党员律师盛震超有感:

此次参观南湖革命纪念馆让我感受颇深,深深地认识到我们现在所拥有的无忧无虑、安居乐业的生活,都是无数革命先烈们用鲜血和生命换来的。作为新一代的党员,我们要把前辈遗留下来的心愿、精神牢记心头,时刻准备着,努力向善、脚踏实地、服务群众、乐于奉献,全心全意投入到党的事业和工作之中。

党员律师王艺静有感:

为了迎接党的生日,本所党总支举办了以“嘉兴南湖红色之旅”为主题的党员活动,我作为一名老党员的身份参加了此次活动,深感荣幸。我们怀着一颗敬仰的心参观了嘉兴南湖革命纪念馆,随后在南湖边上目睹了停靠在烟雨楼前的红船,深深被党的光荣历史所打动。“开天辟地、敢为人先,坚定理想、百折不挠,立党为公、忠诚为民”,我们应时刻响应习近平总书记的号召,争做时代的好党员!



本所绍兴分所开展建党 98周年专题学习活动



为深入开展建党 98 周年系列纪念活动,2019 年 6 月 29 日上午,本所绍兴分所在本所会议室举行专题学习活动。本所绍兴分所党建联络员、灵芝镇司法所所长宋伟良受邀出席并讲话,此次活动由本所绍兴分所主任、党支部书记马海律师主持,本所绍兴分所全体党员律师参加活动。

首先,马海律师向宋伟良所长汇报了本所绍兴分所为纪念建党 98 周年的系列活动安排以及近期本所在党建工作中的进展。

而后,在宋伟良所长的领誓下,本所绍兴分所全体党员律师重温了入党誓词。

宋伟良所长在会议中就党风廉政建设、党员律师先锋模范作用等方面对在座的党员律师提出了新的要求和目标,并对本所绍兴分所向灵芝镇人民政府提供更好的法律服务提出了自己的建议。

本所绍兴分所党员律师将不忘初心、牢记使命,切实发挥共产党员的先锋模范作用,带领本所全体律师以更饱满的热情投身工作,为社会主义法治建设贡献力量。

本所党总支副书记邱华、党员律师 李阳赴武义参加省乡村振兴远教 专家服务团活动

为发挥党员律师的模范带头作用，支持国家乡村振兴战略，7月2日，本所党总支副书记邱华同志、党员律师李阳同志前往武义参加省乡村振兴远教专家服务团武义行活动。



上午，邱华、李阳两位同志会同武义县当地 10 余名司法行政干警和法律服务工作者，在启动仪式现场为老百姓提供细致周到的法律咨询服务。

服务现场共发放宣传资料、普法纪念品 600 余份，并陆续接待了现场群众关于房屋买卖、民间借贷、公司合同等各方面法律咨询近 30 人次。

下午，武义县经济开发区 240 多家规上企业负责人、高级管理人员齐聚一堂，参加邱华同志宣讲的“企业法律风险防范讲座”。讲座中，邱华同志基于多年积累的丰富法律实务及法务培训经验，从合同的效力、条款、违约责任、争



议解决、及履行管理等方面,以多个经典案例为基点,剖析企业在合同方面常见的法律风险,以达到提升企业法律意识、增强企业自我保护意识的目的。

讲座后,邱华同志通过现场交流讨论的方式,耐心细致地对参会人员提出的合同签订、法人责任、外贸企业法律风险等问题进行解答,并提供了诸多可行的法律建议,即使邱华同志离席,仍有许多企业负责人和管理人员向其询问。整场讲座历时2个小时,在一片热烈的掌声中圆满结束,赢得了在场人员的一致好评与赞誉。



李阳同志则赶赴履坦镇坛头村,在古色古香的宾德堂里,为村民开展了一堂实用有趣的农村土地承包法知识讲座,针对土地承包法修订后的变化、土地承包后能做与不能做的事,土地纠纷的化解途径等知识,用生动的案例进行讲解。履坦镇各村调解主任,和坛头村村干部、村党员、村民代表和群众共80余人现场聆听了普法讲座。

“房产征迁的时候,作为家里已经出嫁的女儿,有没有份来分征迁得到的房产或者补偿款?”“老人突然去世,没有立遗嘱,家里就继承产生纠纷,有没有什么解决办法?”“土地、房产所属突然出现历史争议问题怎么办?”土地承包法讲座结束后,李阳律师与武义县司法局副局长杨芳、履坦司法所所长赖相国一起,与现场参加听讲的村民开展了法律问题解疑互动,生活中的法律难事大家



讨论、专家解答,现场气氛非常活跃。



“有守法习惯,有用法意识,生活工作都会有份保障和安宁。”金道所党员律师将继续发挥模范带头作用,努力为社会提供优质的法律服务,为建设法治浙江贡献自己的力量。



本所团支部组织收看纪念五四运动 100 周年大会电视直播



2019年4月30日上午10时30分，纪念五四运动100周年大会在人民大会堂举行。中共中央总书记、国家主席、中央军委主席习近平出席大会并发表重要讲话。本所团支部召开学习会，组织共青团员收看CCTV电视直播，学习习近平总书记讲话精神。

学习会上，多位团员表示，青春理想、青春活力、青春奋斗，是中国精神和中国力量的生命力所在。我们回望五四运动100周年，缅怀“五四”先驱，学习五四精神。我们要把律师工作、法律理想、个人梦想，更加深入地融入民族复兴伟大理想中，为实现中华民族伟大复兴的中国梦而不断奋斗。

2019 金道青训营 | 坚守初心 守望未来

七月盛夏,热情似火。2019年7月4日,二十余位青年才俊汇聚一堂,相聚本所。经过为期两个多月的精心准备,“2019年浙江金道律师事务所青训营”正式开班了。



开班仪式在本所10楼大会议室隆重举行,本所王全明主任首先上台致辞,为在座的青年律师深刻诠释了“守信如金,为业载道”的律所理念,并为青训营倾情寄语。

接下来,王全明主任为大家带来“党建培训”的党建课程。

王全明主任指出,青年律师一定要坚守“不忘初心,牢记使命”的理想信念,要牢记全心全意为人民服务的根本宗旨,始终不忘老百姓的根本利益;要



牢记党的历史,从党的历史中汲取智慧与力量,勇于担当,敢于作为。加强事务所的党建工作既是实现个人业务和事务所发展的前提,也是律师发挥自身专长,积极参与社会活动,履行社会责任的保障。



下午,本所管理合伙人崔海燕律师为大家带来



“仰望星空,脚踏实地”的主题分享。崔海燕律师希望金道青年律师应做有抱负、有担当、有情怀的律师;做仰望星空、脚踏实地的律师;做追求卓越、拥抱科技的律师;做感恩、大气、合作、开放的律师;做勇立潮头、敢为人先的律师。

接下来,本所管理合伙人史源律师为大家带来“面朝大海,春暖花开”的主题分享。史源律师结合自身的执业历程,为青年律师提出了宝贵建议,号召青年律师应当积极参与社会活动,积极把握市场方向,在不断学习、不断奔跑中成长。最后,史源律师为全体学员倾情寄语:“时间能改变很多,不变的是梦想。”



本所高级合伙人徐杨超律师为大家带来“不忘初心,牢记使命”的主题分享。徐杨超律师结合了她在全国律协训练营领军十八期的切身经验,为我们生动还原了全国律协训练营的激情与感动。徐杨超律师建议,金道青训营的学员应把握“主动、执着与情谊”三个要素,全身心地投入,发自肺腑地去热爱,在青训营的活动中收获友谊,收获成长。



本所初级合伙人赵青航律师为大家带来“青年律师的成长与发展”的主题分享。赵青航律师从“律师的人脉与资源、律师的专业与品牌、律师的沟通与妥协”三个层面,以生动的案例和深入的剖析为大家分享青年律师的成长与发展之道。同时,赵青航律师以他的博学及远见为大家分享了十余个专业律师意见,让青训营的学员们受益匪浅。



晚上,本所管理合伙人王潭海律师为大家带来“法律谈判模拟实训”的课程。首先由青训营学员们分别扮演各个角色,亲身参与到模拟谈判中,切实感受法律谈判的魅力。

模拟训练后,王潭海律师和史源律师分别作了专业点评。随后,针对模拟谈判中存在的问题和知识点,王潭海律师一一作了讲解和分析,学员们深受启发。

第一天的活动及课程在掌声和笑声中缓缓落下帷幕,但授课老师的谆谆教诲仍萦绕在学员们的脑海中,学员们认真而忙碌的身影也为青训营抹上了一道亮丽的色彩!西子湖畔,灯火阑珊,“2019年金道青年律师训练营”,让我们期待第二天的精彩!



【青训感悟】

盛震超

王全明主任在“党建培训”课程上向青年律师们讲述了中国共产党光荣伟大的革命历史,让在座的年轻人学习重温了党史,深刻体会到中国共产党博大精深的思想,认识到中国共产党不畏艰难的发展历程。中国走上由中国共产党领导的社会主义道路,是历史的必然选择,也是人民的必然选择。

王全明主任的这一堂生动、豪迈的党史课,像一团熊熊燃烧的火焰燃起了青年律师们的热血,激励在场所有青年律师始终坚守中国共产党领导的中国特色社会主义道路,坚守“守信如金,为业载道”的金道精神。

马超

崔律师从事律师职业 20 多年来,始终在涉外法律服务领域不断追求完美、攀登高峰,今天的授课内容让我深受感动。崔律师以自身经历的三个阶段,



即“成为行业领军”到“以专业回馈社会”，再到“致力于为中国企业全球化进程保驾护航”，全面呈现出一名涉外律师的崇高理想和敬业精神。

做律师不易，集脑力和体力劳动于一身；做涉外律师，需要精通法律和英语，挑战性更高。通过本次培训，我学习了大家的先进经验，受益匪浅。正如崔律师课上所说的“唯有热爱，才会执着”，每一名金道律师，都将以饱满的热情踏上新的征程，不忘初心，以全新的状态投入到律师事业当中。

何 泽

史源律师以自身职业发展为切入点，向大家讲述了一名初入职场的律师助理如何通过自身努力，在13年后成长为律所管理合伙人的心路历程。通过史源律师的分享，让我们深刻认识到：专业能力是律师的核心竞争力。律师的专业化发展与成长，需要不断地与社会发展环境相结合，以市场需求为导向，来驱动律师专业化发展。随着社会分工越来越深入，法律服务市场也在不断地精细化。因此，律师专业化发展不仅是通向专业的捷径，更是律师业务高质、高效发展的必由之路。

如果将人生比作一场征途，则律师需要在这场征途中不断奔跑。时间能够改变很多，在我们保持激情不断奔跑的同时，更需要我们坚守最初的律师职业梦想。不忘初心，方得始终。

孙 洁

选择一个职业不难，但坚守下来的，一定出于热爱。你们的职业初心是什么？在青训营的分享中，徐律师动情地问道。有人心怀天下：“喜欢法律，想用法律去帮人解决问题，最终推动中国法治的进步，和为百姓的幸福作贡献。”有人说：“我想试试看，以自己的力量，去减少世上的不公平。”也有人心系公益，他写到：“让无力者有力，让悲观者前行。”

回想起与徐杨超律师的初次交流，我也曾冒昧地请教过同一个问题。“因为热爱。”她不假思索地如是答复。彼时，她的眼睛像星星一样，闪着微光。热爱、行动力是她能够坚守这份职业的秘籍。之前风靡朋友圈的“抱娃”图，只是她日常生活的一瞥，但大概也是她对“热爱”的最好注解。

如果要对热爱进行更进一步的解释，我想用四个词来形容，“尽心、尽性、尽意、尽力”——就是用全部的心志、全部的性情、全部的意念、全部的力量去做一件事。选择一份职业不难，但是在遇到犹豫和彷徨，遭受质疑和挫败时仍继续坚守，很难，它离不开众多前辈们反复提及的初心。坚守这份初心和热爱，就



是坚守律师这份职业。

沈碧潇

青年律师作为法律职业共同体未来的中坚力量,执业前方有一条“坚守”之路。

青年律师执业初期的积累沉淀,要坚守“专业”二字。不断积累专业知识,磨炼专业技能,让自己成为一个在专业领域能让客户放心的律师。

青年律师必须要有社会责任感,要坚守“责任”二字,勇于帮助他人,勇于奉献自己,始终坚守当事人的委托无小事这一理念,不论大案还是小案都要尽职尽责地去完成。在不断得帮助他人解决问题的过程中努力提升自己。

青年律师在执业道路上的成长,要坚守“谦抑”二字。青年律师需要多多向前辈律师、大律师、名律师学习,通过优秀律师的经验使自己获得更好的成长。需要迈出脚步,敢于和业界大咖合作,通过互相合作不断积累经验和人脉。

青年律师必须时刻牢记使命,要坚守“初心”二字。为了心中的公平与正义,不畏权威,不畏常识,不断挑战,不断奋斗,不断前行。

季建婷

本期青训营 21 位青年律师在王潭海律师的组织下,进行了一场精彩纷呈的法律谈判模拟实训。饰演者们张弛有度,收放自如,一位位被律师行业耽误了的演员们让今晚的会议室好不热闹。谈判是模拟的,是轻松愉悦的,但知识点却是实在的,发人深省的。

如何在与潜在客户谈判中既能以专业及技巧征服客户,又能稳稳坚守律师的职业操守与风控底线;如何在代理客户与相对方进行有理有据的谈判时,主动掌握谈判节奏与方向,极大程度地坚守客户的合法利益;如何坚守金道人的守信如金,为业载道,保持应有的气度与风范……我们从实训中体验并总结,在王潭海律师的指导中加深认识,供日后慢慢参透并运用到执业实践中去。

今晚,我也突破自我,饰演了公司方的董事长一角儿。深夜,与伙伴们激烈探讨;临场,与伙伴们默契配合。金道同事笑评说“我有董事长的霸气气场”。我想,是青训营的氛围给我的勇气,大胆地去尝试那些正确而不敢做的事。去闯,去合作,去不断精进!我愈发相信:一个人可以走的很快,但一群人可以走的很远。青年律师唯有“守”住初心、“守”住底线、“守”住专业、“守”住团队,“守”住名声,方能“守”望未来!



2019 金道青训营 | 求真务实 知行合一

7月5日,第二天的金道青训营继续在金道所大会议室如火如荼地开展着。上午,首先由金道所高级合伙人王晓辉律师结合当前扫黑除恶专项斗争活动,为大家讲授恶势力犯罪(集团)的界定与辩护相关知识。



王律师从恶势力的定位与法律规范、恶势力的基本特征、恶势力与恶势力集团及黑社会性质组织犯罪的比较、恶势力对定罪量刑的影响及评价、恶势力犯罪(集团)的辩护等五个方面进行讲解,为青训营的同学们奉献了一堂干货满满的刑辩课程。同时,王律师还通过几个实例,就青年律师的执业规范及执业风险问题对在座的青年律师进行了叮嘱。





接着是诗歌朗诵比赛。学员们准备充分,精神饱满,朗诵或感人肺腑、或引人深思、或幽默风趣,展示了青年法律人的风采。

此次比赛由金道所管理合伙人江力、史源、黄河以及初级合伙人龚家勇作为评委,比赛结束后由评委进行分数统计,并进行了点评以及颁奖仪式。



下午首先举行了金道律师事务所出版的《法律链金术——区块链法律实践剖析》的新书首发仪式。之所以选择在金道青训营的平台上进行发布,是因为这本书正是金道第一期青训营学员在毕业后的一个智慧结晶和集体成果。

去年金道青训营结束后,由金道所管理合伙人史源律师组织部分青训营学员,对此前进行的区块链领域的法律服务研究进行了系统梳理,并在一年内编著成书,展示了金道人善于钻研新领域法律服务的精神,以及助力新兴行业合规发展的勇气与担当。同时,本届青训营结束后也将继续保持上届青训营的传统,争取就新领域的法律服务主题进行研究与梳理并形成成果。所以,金道青训营不仅仅是4天的学习与拓展活动,青训营的结束也不是结束,而是青训营学员新的开始。

新书发布会结束后,开始了法律技能比赛。此次比赛的题目以及评分标准均未提前公开,学员需在2小时内闭卷起草房屋租赁合同、借款合同和法律服务委托代理合同。

比赛评委由金道所高级合伙人侯志会、权益合伙人陆原以及律师应盼组成,学员在规定时间内交卷后,评委对试卷评分,而后进行了点评。

通过一天的理论学习与实战演练,学员们收获颇丰。至此,青训营学员们已完成了两天的理论学习与实战演练。金道所主任王全明律师发表了结业致辞,并向青训营学员颁发了精美的结业证书。



青训营是为了助力青年律师的成长与发展,而青年律师处于职业初期,首要任务应是不断打磨自己的专业技能,以求务实的态度,对待每一个法律问题;以守信如金的理念,代理好每一个案件。青年律师要脚踏实地,知行合一,同时要志存高远,不断奋进。



接下来两天是野外拓展训练,青训营学员们即将踏上野外探险之旅,学员们会经受怎样的考验,又会碰撞出怎样的火花,让我们共同期待!



【青训感悟】

华曼琳

王晓辉律师的分享让我对青年律师执业的“一基一本”深有感触。

专业是律师的执业之基

随着时代的发展,社会对律师的执业水平提出了更高的要求,需要律师提供更优质、更高效、更精准的专业服务,这就要求青年律师在执业的时候,应该不断地提高、优化自己的专业技能。面对时刻更新的法律法规、不断细分的专业领域以及风云变化的市场形势,青年律师始终需要枕戈待旦,分秒不忘磨枪待阵才能不断夯实专业知识,逐步提升实务水平,维护委托人的切身利益。

规范执业是律师的立足之本

律师的职业性质决定了律师应为法律的模范守护者,依法依规执业即为体现。规范执业是律师的立足之本,只有规范执业才能赢取委托人的充分信任。信任是律师行业的基本特点,尤其是刑辩领域,委托人在得不到任何承诺的情况下愿意支付大额律师费的原因就是建立在对律师充分信任的前提之下。如果律师因为不规范执业受过行业处分或者行政处罚,就会丧失委托人的信任,青年律师一旦有过执业污点就会丧失在行业继续发展的机会甚至不得不退出这个行业。因此,青年律师一定要爱惜自己的羽毛,切勿急功近利。只有规范执业,才能获得委托人、行业、共同体的认可,才有长久发展的基础,才能稳步的成长。

马菁

21位青训营学员自行搭档组成11个小组,为我们带来了精彩的朗诵比赛。一个小时的时间里,朗诵者全情投入,演讲或激烈、或深沉、或温情、或欢快,有正义利剑般《法律的力量》,有青春飞扬的《青春万岁》,有让人忍不住向往的《我的南方和北方》,有不忘历史展望未来的《红色的七月》,还有风趣幽默中英文搭配的《穿过大半个中国去睡你》(作者:余秀华)。聆听者享受了一场视听盛宴。

朗诵结束后,评委对大家的朗诵进行了点评。江力律师感慨青春真好,史源律师表示学员的演讲均超出预期,龚家勇律师从诗词出发展现了律师的文学底蕴。让我印象深刻的是黄河律师的点评,他从青年律师要勇于表现自我出发,告诉大家要学会抓住机会,将自己更好的一面展现出来。他让我们深刻地了解到:怎样真实展现自己的才华和魅力,为公众所承认,对社会有作为,这是



实现人生自我价值和把握人生机遇的关键,同时要坚守初心,不断求知,体现律师的职业价值和社会价值。

律师兴,则法治兴;法治兴,则国家兴。律师要有高度责任心,全心全意为当事人服务;律师要有社会良心,为弱势群体、为权利被践踏的人伸张正义;律师要有历史使命感,为中国的法治进程作出应有的贡献。

金涛

此次法律实务技能大赛以闭卷的形式考察青训营学员的法律合同起草能力,需结合不同合同的特点,注意落实该类合同中的常用条款和法律要点。同时,一个多小时的手写作答,对经常依赖电脑工作,已经久未手写长篇文字的律师们来说,在体力上也是一种考验。

本次法律实务技能大赛,不仅提升了所有青训营小伙伴的业务技能,也让我们通过书写的形式了解到自己的不足之处。比赛体现了金道对青年法律人才建设工作的重视,达到了“以赛促训、以训促学”的目的,进一步提升了青年律师的素质。学员们也赛出了精气神、赛出了新风尚。

2019 金道青训营 | 勇往直前 探索不止

经过两日丰富紧张的“沉浸式”室内理论实务培训,学员们终于迎来了期待已久的“荒岛求生”野外拉练。7月6日早上6点30分,二十余位营员准时在金道律师事务所集合,虽然起床赶早,但各个精神抖擞,年轻的脸庞上无不显露着对前方未知的兴奋和渴望。核定完人数,整理好着装,浩浩荡荡的队伍便向着远方那片海出发了。



经过将近4个小时的车程,学员们到达了宁海码头。舟车劳顿丝毫没有影响大家的兴致,高映南带领的“独立纵队”和盛震超带领的“地表最强战队”通过团队形象展示和对口号的形式迅速将大家拉入了团队竞争的氛围。

之后,便是紧张的物资采购环节,每人一天8元的生存金,让每个团队都使出了浑身解数,想要购买到更多的物资,在后面生存考验中更具优势。



采购的时光因为大家的全情投入显得格外短暂,采购之后,大家便踏上了登岛的渔船,向着目的地——荒岛进发了。

岛上的地势和环境情况远超学员们的想象,但恶劣的天气和严峻的状况并没有吓倒大家,反而激发了全体营员的凝聚力。大家通过人工接力的方式,完成了所有物资的传送和安置,并且没有片刻休息,立马进入了寻找生存工具,搭建庇护所的行动中。



经过各个团队的相互协作,终于在暴雨来临之前完成了帐篷和庇护所的搭建工作。

紧接着就是紧张的对垒“吹爆气球”游戏,经过团队的分工配合和共同努力,最终“独立纵队”收获了胜利,赢得了额外的生存食物奖励。



比赛的喜悦洋溢在每个营员的脸上，但接下来等待大家的是更严峻的考验——准备晚饭。钻木取火、过滤取水、埋锅造饭，所有的营员都倾情参与，大家分工明确、各司其职，最终丰美的晚餐再次证明了我们团队强大的执行力和凝聚力。



不知不觉间，夜幕降临了，虽然天飘小雨，但丝毫没有影响大家在沙滩上狂欢的热情，篝火晚会、T台秀，大家都尽情释放着一天的疲惫，也享受着在这座荒岛上，属于我们独有的快乐。

荒岛未知的“恶劣”环境，激发了这群年轻力量探索的欲望。两日的挑战虽然已经落幕，但正如夜晚沙滩上闪烁的荧光棒，是那么的热烈、鲜活、跳跃，相信他们已经准备好了，正迫不及待地期待更多未知的明天！



**【青训感悟】****王邦彦**

在到达码头之后，我们就遇到了荒岛探索之旅的第一个难题——在每人十六元限额前提下，采购两天一夜衣食住行所需的所有物资。

特别让我感动的是，在短暂的“唏嘘”之后，我们的队员没有一个垂头丧气，大家转而就开始积极商量对策，解决问题：明确分工、通过跟商店老板聊家常、表演各种节目、视频宣传商家等等方式，用极低甚至免费的价格采购到了各种食材、用餐工具、食用水等相关物资，完成了这项看起来不可能完成的任务。

通过这项任务，让我再次体会到“视界的尽头不应局限于眼前，征途中的不确定性，是探索的意义所在”的意义，也让我再次学习到“敢于探索挑战的人，才是这个时代真正的勇士。”

陈点

在烈日炎炎的小岛上，钻木取火、捕捞小海鲜、搭帐篷……完成任务的第一步，是把物资从船上搬到小岛。面对大量物资，队员们拧成一股绳，自行排成一条“人形传输带”，将物资一人接着一人地传递到岛上；在搭庇护所时，全员出动，捡木头、撕布条、搭支架，有人被晒伤，有人也因此中暑，但没人放弃，仍然坚持着继续进行任务……这些充满挑战性的生存体验对大部分队员来说都是第一次，但大家携手合作，在夏日高温中忍受着被蚊虫叮咬的难受，尽己所能地为集体创造更为舒适的生活环境。“一个人可能走得更快，但是一群人会走得更远”，这句古谚在荒岛求生中体现得淋漓尽致。这次荒岛求生，我深切地感受到金道所以对青年律师成长的关心，金道人对同事的关心、对集体的热爱，领队的个人魅力及学员们的团队精神在活动中体现得淋漓尽致！

在小岛的清晨，朝阳缓缓升起，金黄的光线洒在海面上，与我们的橘黄色帐篷相得益彰。作为本次青训营中身份特殊的学员——一位来自浙江工商大学的本科生，这种暖黄色就是我对金道团队的最初印象：温暖善意地对待他人、积极朝气地完成任务。祝所有青训营成员在此次青训中收获友谊，历练成长；也祝金道如初升旭日，永远发光发热，蓬勃发展！

张璐

荒岛求生是本次青训营的压轴大戏，也是一种极限挑战。在溽热的夏天，



我们要去体会“鸡声茅店月”的晨起出发，去尝试“荒岛猎食，钻木取火，埋锅做饭”的原始生存，更要去体验“以天为盖地为庐”的荒岛宿营。

但意志总是强于困难，年轻的金道律师始终以乐观、大无畏的精神在迎接一次次考验。在海上一舟上，我们展现的是斗志满满；在荒岛猎食时，我们呈现出竞争与探索；在钻木取火中，我们表现出坚持不懈；在篝火晚会的火焰中，映出的是我们自信的脸庞。

当然，金道青年律师更是发扬勤思巧干的作风，充分运用智慧和协作去解决一个个困难。每次的尝试与探索，我们收获的既有成长，更有默契。

其实，在我看来，我们在荒岛求生中收获最大的是精神锤炼。我们克服了炎炎夏日，我们战胜了畏难怕苦，我们度过了无水无食的困境，我们完成了觅食生火的挑战。经过了这样的极端体验，我们的精神面貌更加自信和饱满。我相信在未来的日子里，我们青年律师在面对艰难险阻时会更加自信，在处理突发情况时会更加沉着，在乱绪纷繁时会快速冷静，在身处涸辙时会相濡以沫。

我们坚信通过这次青训营的锤炼，青年律师定会永怀一颗九死不悔的赤子之心，以坚守信念为锚、勇往直前为帆、坚持不懈为舵，在自由与正义的大海中乘风破浪，不断探索，勇敢前行！



青训精神

——致金道青训营小伙伴的一封信

各位青训营的小伙伴们：

大家好！

很高兴以青训营独立观察员的身份与大家一道参与了为期两天的“荒岛求生”，在真实的荒岛上进行体验式求生主题培训。

到达海岛前，我们一行二十余位青年律师都对即将开展的活动满心期待。谁知，当大家第一眼瞥到这座荒岛时，还是难掩内心的失落与焦虑。因为这座荒岛真是“荒”啊！岛上树林密布，杂草丛生，岸边礁石岩块嶙峋，这般恶劣的地势和环境远远超乎我们的预想。

仔细寻找，才发现只有几座危房颤颤巍巍地躲在一处山坳间，附近羊屎遍布。原来，这几座砖房曾作为羊圈使用。除此之外，岛上无可宿之地。大家不得不选择在羊圈门口搭十二座帐篷，以供夜宿。

岛上的天气变化无常。大家顶着烈日的暴晒，先是通过人工接力的方式完成所有物资的传送与安置，然后不经片刻休息，立马动身找寻生存物资；在平整场地、清理杂草和碎石后，着手搭建帐篷和庇护所。经过一下午的艰苦劳作，大家终于将所有帐篷搭建完毕，但因实在缺乏有效物资，避雨的庇护所始终无法搭建，乌云也如期而至。

突然，一阵电闪雷鸣，霎时天空像是被撕裂了一道口子，倾盆的暴雨猛烈地泼洒下来。为避免淋雨导致感冒，大家用塑料桌布将帐篷裹得严严实实，造成帐篷内无法透气，异常闷热。一些午后就中暑的同伴病情反而加重，出现剧烈头痛、恶心呕吐的症状。更糟糕的是，雨越下越猛，帐篷的内壁开始渗水，窄小的空间变得湿漉漉，闷热和潮湿让帐篷变得如蒸笼一般。实在无法忍受，大家只好逃出帐篷，一齐挤到羊圈狭小的屋檐下。因地面空间有限，身体不适之人坐着，有人只得站着。

偏逢屋漏连夜雨，雨脚如麻未断绝。不少同伴浑身湿透，在手电筒的微亮中，甚至可以看到一些男生头冒热气。漫漫雨夜，不知何时雨止，大家又困又



累,却被蚊虫不住地叮咬,扰得大伙儿不得片刻安宁。大家也没法玩手机打发时间,因为屏幕的光亮会招来更多的蚊虫。

就在这时,小汪的病情愈发严重,中暑症状还未消退的他头疼欲裂,浑身乏力,动弹不得。小叶也因肠胃炎发作而腹痛不止,直不起腰。我们发现还有一位女生因身体不适,一直蜷缩在湿哒哒的帐篷里。年纪稍长的我实在放心不下,便向随行的教练提出立即派船将病人送回岸上的要求,教练无奈地答复:“夜已深,这个点儿已经没船了,而且夜行有风险。”话音刚落,小汪和小叶表示可以坚持,请大伙儿不用担心。

依旧是电闪雷鸣,暴雨不歇。大家已全然没了精气神儿,大部分人瘫坐在屋檐下的地面上,现场惨不忍睹。我坚定地对教练说:“大家累成这样,估计整宿都没法休息。天亮后请派最早的一班船将大家带离荒岛。”教练说:“这得由营长决定。”

我将目光投向营长——老友史源律师。他坚决地发布命令:“看天气!如果天亮后天气转好,活动继续进行;如果天气依然恶劣,就回岸!”

我了解他,作为年轻的律所管理者,那一刻的史源肯定无比心疼、揪心与纠结。我明白他的责任有多大,能体会他的压力有多重。

经过一番思量,史源起身问:“接下去无论天气好坏,哪些小伙伴觉得已无多大意义,想天亮后离开的举手?”包括生病的伙伴在内,竟没有人举手!

随后,我扶起小汪,搀着他慢慢挪回帐篷。几位同伴也陆续回到帐篷内休息。帐外屋檐下,偶有激动的尖叫声传来:“看!天上有流星划过!”也有人豪情地说道:“星空为被,大地为床,今晚我就在这儿坐一宿,人就像是根弹簧,该探探自己的极限了。”还有人回忆起父辈们年轻时创业时的筚路蓝缕,以此自勉。

这夜,格外漫长。

小岛的清晨,旭日缓缓升起,金黄的光线播撒在澄澈宁静的海面,与我们橘色的帐篷相映生辉。有人过滤取水、埋锅造饭,有人杀鸡猎食、下海捕鱼,还有人在为之后的扎筏溯洄准备工具。大家忘却了昨晚的疲惫和辛酸,热情饱满,活力四射。

这时,有几位小伙伴捡起被泥水覆盖的啤酒,痛快地干杯——一杯敬熠熠生辉的朝阳,一杯敬戮力同心的远方。

此生也许大家再不会经历荒岛过夜这种极端体验了,但昨晚的遭遇其实某种程度上会伴随着律师执业生涯的始终。在漫长的律途中,总有那么一刻,我们会抱怨条件的艰苦,难以施展拳脚;总有那么一刻,我们会难掩过程的孤独,动摇前行的决心;总有那么一刻,我们会感到身心已达极限,想要放弃未卜



的前路。但不抛弃不放弃的团队精神激发着我们的凝聚力与执行力,让大家不落后不掉队,让大家的体力才智发挥到极致;更为关键的,一起经历的“苦难”让大家彼此信任、互相鼓励,成为彼此前行路上深埋心底的最强力量。

这即是青训营的精神,也是我想与大家分享的。

愿:青训有期,情谊无涯!

金道所第二期青训营独立观察员
金道所品牌与文化专门工作委员会委员

赵青航

2019年7月8日凌晨于金道所



《法律链金术——区块链法律实践剖析》新书发布会在本所召开

2019年7月5日下午,由本所编著、浙江大学出版社出版的《法律链金术——区块链法律实践剖析》在本所举行了首发仪式。本书主编本所管理合伙人史源,副主本所律师卢璐和金琪琪,编辑人员北京中济伟天知识产权代理有限公司上海分公司合伙人沈汶波等以及2019金道青训营全体学员参加了首发仪式。



随着“互联网+”时代的来临,区块链已成为金融科技等领域广泛探讨的热门话题之一,对区块链技术的研究呈现爆发式增长,区块链技术应用也在我国多个地区、多个行业开始涌现,《法律链金术——区块链法律实践剖析》这本书正是在这一背景下诞生的。本书在撰写过程中进行了大量的文献搜索和国内外调研,并结合了律师以往的相关法律服务经验,以期为从事区块链业务的企业、区块链领域投资者以及法律服务人员提供有益参考。



首发仪式由卢璐律师主持,编辑人员沈汶波、应盼律师、高映南律师和冯媛园律师根据参与编写内容,分别就区块链知识产权、区块链项目投资者风险防范、区块链企业经营中的民事法律风险以及日本区块链技术运用及监管作了主题分享。主编史源律师作最后致辞,并对2019金道青训营学员的后续法律产品研发工作提出了希冀。



《法律链金术——区块链法律实践剖析》主要有以下七部分内容:

01

第一章为概述,介绍了区块链的基本定义、研究现状和前景展望;

02

第二章为区块链知识产权的布局和应用,讨论了区块链技术在知识产权领域的应用以及知识产权领域对区块链技术的保护,并从专利、商标、著作权、商业秘密等多个方面介绍了国内外区块链知识产权保护现状,对区块链知识产权的布局、申请、挖掘和保护进行了要点提示;

03

第三章和第四章为区块链企业经营中的民事和刑事法律风险,主要通过案例分析方式,分别对区块链企业经营过程中可能遇到的民事和刑事法律风险进行探讨;

04

第五章为投资者参与区块链项目的法律风险防范,从项目投资协议、项目白皮书、项目风险评估指引等方面介绍了投资者投资区块链项目的风险以及



相应的防范建议；

05

第六章为技术运用及监管的国际经验,研究了日本、新加坡、美国区块链技术运用及监管情况；

06

第七章为政策规定,主要介绍了与区块链行业相关的规定和国家政策要点。

本所将争做区块链法律服务的领跑者,同时继续保持勇于担当的精神,不断钻研新领域的法律服务,助力新兴行业的合规发展。



本所与国家高新技术企业杭州禾迈 电力电子有限公司签约合作



杭州禾迈电力电子有限公司是由杭开集团联合浙江大学电力电子国家重点实验室团队于2012年成立的一家从事新能源发电和智能电网设备的高新技术企业。自成立至今,禾迈公司逐渐发展壮大,获评为国家高新技术企业、中国创新创业大赛优秀企业、浙江省高新技术企业研究开发中心、浙江省重点研究计划项目承担单位、杭州市“雏鹰计划”企业、杭州市专利试点企业、杭州市高新技术企业研究开发中心、杭州市工厂物联网和工业互联网试点项目企业、拱墅区小巨人企业、拱墅区“旭日计划 2.0”企业等;成为杭州市准独角兽企业(估值达一亿美金以上企业)和杭州重点拟上市企业。目前,“homyiles 禾迈”已经成为全球领先的光伏逆变器品牌。

公司创始人、总经理杨波,于2010年9月获浙江大学电气工程专业博士学位,于2016年获国家自然科学奖二等奖,是我国电力电子技术学科的第一个国家自然科学奖(国家自然科学奖是国务院主办的国家科学技术奖下设5个奖项类别之一,是国家在自然科学领域中规格最高的奖项);于2017年获浙



江省首批万人计划青年拔尖人才；并参与了2013-2015国家自然科学基金青年科学基金项目，参与了国家高技术研究发展计划(863计划)项目，参与了国家重点基础研究发展计划(“973”计划)，“985”工程项目。

2019年5月，禾迈公司为了进一步提升企业法治建设，完善现代公司治理的要求，与本所签约，建立常年顾问合作关系，并聘请本所主任王全明律师及其团队担任公司法律顾问，提供法律服务保障。

本所现为600余家政府机关、企事业单位提供常年法律顾问服务，2018年成立法律顾问服务支持中心，力争为常年法律顾问客户提供更优质的法律服务。



由本所担任管理人的浙江省医药保健品进出口有限责任公司破产重整案 第二次债权人会议顺利召开

2019年3月18日下午,由本所、浙江中兴会计师事务所有限公司担任管理人的浙江省医药保健品进出口有限责任公司破产重整案第二次债权人会议在浙江省杭州市中心的梅地亚宾馆顺利召开。

浙江省医药保健品进出口有限责任公司重整案系杭州市首例国企破产重整案,涉及投资方、多家银行金融机构的债务纠纷及198名职工的切身利益,杭州市中级人民法院、省国资委高度重视。为此,管理人团队乘着最大限度维护债权人等各方利益的宗旨,在制定《重整计划草案》期间,与债委会成员、主要债权人、重整投资人开展充分沟通协商,巧妙设计债权清偿方案,促使各方积极支持重整计划。这些工作为本次会议的召开奠定了良好的基础。





本次会议上,首先由管理人对履职情况和待表决事项作汇报,随后由债权人、出资人对《浙江省医药保健品进出口有限责任公司重整计划草案》进行了分组表决,表决事项在大额债权人组、小额债权人组和出资人组均获高票通过。

具体表决结果如下:

大额债权组赞成票人数达到出席会议有表决权人数的 88.89%,赞成票表决权金额占表决权金额总数的 96.30%。小额债权组赞成票人数达到出席会议有表决权人数的 100%,赞成票表决权金额占表决权金额总数的 99.80%。普通债权组投票结果达到破产法第八十四条规定的标准,表决通过重整计划草案。

出资人组同意股权调整方案的表决权金额达到该组表决权总额的 91.15%,超过该组表决权总额的三分之二,表决通过重整计划草案。

至此,浙江省医药保健品进出口有限责任公司破产重整案第二次债权人会议圆满结束。

会议结束后,管理人将继续做好对部分应收款的催收及尚未审结和未执行完毕的诉讼案件继续推进,如《重整计划草案》获得批准,管理人将在杭州市中级人民法院的指导下监督《重整计划》的执行,并根据《重整计划》规定对债权进行清偿,尽可能地减少广大债权人的损失,维护债权人等各方的合法权益。



本所初级合伙人裘红萍律师代理的 案件入选 2018 浙江省十大知识产权 案件及全国 50 件典型案例

2019年4月18日,浙江省高级人民法院发布了2018年度十大知识产权案件,目前担任本所初级合伙人的裘红萍律师曾经办理的杭州老板电器股份有限公司、杭州老板实业集团有限公司诉老板电器香港国际(中国)股份有限公司、厦门市乐保德电器科技有限公司、嵊州市乐保德电器有限公司、嵊州市三都电器有限公司、庄河乐保德厨电销售中心侵害商标权及不正当竞争纠纷一案上榜,该案同时也入选了最高人民法院发布的2018年度50件典型知识产权案例。

【案例详情】

案情简介

杭州老板电器股份有限公司(以下简称老板电器公司)系“老板”、“ROBAM”系列商标的权利人,“老板”商标原在老板电器公司的母公司杭州老板实业集团有限公司(以下简称老板实业集团)名下,后转让给老板电器公司,“老板”商标曾在2007年时被认定为驰名商标,“ROBAM”商标多次被评为浙江省著名商标,老板实业集团的企业字号则多次被评为浙江省知名商号。

2016年4月27日,老板电器公司的委托代理人向庄河市乐保德厨电销售中心(以下简称庄河乐保德销售中心)购买了两件被诉侵权产品:

2014年4月28日,老板电器公司向商评委申请撤销香港老板电器的第7308844号“ROBAND”商标。2015年5月9日,商评委做出《关于第7308844号“ROBAND”商标无效宣告请求裁定书》,宣告该商标无效。香港老板电器不服,向北京知识产权法院提起行政诉讼,2017年1月20日北京知识产权法院做出(2015)京知行初字第6530号行政判决书,维持了商评委的无效裁定,驳回香港老板电器的诉讼请求。



老板电器公司、老板实业集团以商标侵权及不正当竞争为由提起诉讼,请求判令:香港老板电器、厦门乐保德公司、嵊州乐保德公司、嵊州三都公司、庄河乐保德销售中心停止侵权;刊登致歉声明以消除影响;连带赔偿其经济损失人民币 1000 万元及合理费用 48523 元。

裁判索引

一审:绍兴市中级人民法院(2016)浙 06 民初 758 号

二审:浙江省高级人民法院(2018)浙民终 20 号

裁判要旨

在认定知识产权侵权损害赔偿数额时,应在充分审查在案各项证据材料的基础上,尽可能适用权利人损失、侵权人获利等方式计算相对准确的赔偿数额。侵权人在另案中提交的出库单等侵权产品销量证据,即使权利人在另案中出于自身诉讼利益考量对其真实性未予认可,在不违背诉讼诚信原则的前提下,也仍可以作为本案中认定侵权产品销量的依据。此外,侵权网站上的标价和注册商标商品的单位利润可以作为认定侵权产品售价和利润的依据。

典型意义

损害赔偿计算难一直是制约知识产权司法保护发展的瓶颈问题。司法实践中,90%以上的知识产权侵权案件系以法定赔偿方式确定损害赔偿数额,这既有受制于权利人提交的证据材料不足的原因,也存在法院对证据“三性”和证明标准把握过严,倾向于以法定赔偿方式简单酌定赔偿数额的情况。本案二审法院充分审查了在案各项证据,在查明或推定侵权产品销量、售价及利润率的基础上,以侵权获利的计算方式全额支持了权利人 1000 余万元的诉讼请求,充分弥补了权利人因被侵权受到的损害,实现了知识产权损害赔偿与市场价值的契合。



票交所时代票据业务的新变化

□ 李冰冰*



2016年12月上海票据交易所挂牌成立以来，票据市场呈现了显著的变化。目前的票交所的参与者主要是银行，但非银大规模参与票交所业务势必在不久的将来成为现实。在这样的背景下，票据业务呈现出明显的变化：

一、电票的发展使得公示催告案件大幅减少

根据中国人民银行《关于规范和促进电子商业汇票业务发展的通知》(银发[2016]224号)(以下简称224号文),自2018年1月1日起,原则上单张出票金额在100万元以上的商业汇票应全部通过电票办理。纸票存在被盗、遗失、灭失的问题,故公示催告程序给出现上述问题的票据权利人提供了救济途径;而电票的出票、背书转让和贴现是通过ECDS系统(该系统亦于2017年由票交所接管)进行的,几乎不存在遗失问题。随着电票的推广,公示催告案件将大幅减少。我们通过查询Alpha系统,检索出的2018年的公示催告案件数量只有2017年的65%,不到2015年的50%。可以预见的是,由于安全性的问题

* 李冰冰,本所管理合伙人,浙江省律师协会资源与环境保护专业委员会副主任;杭州市律师协会商事专业委员会副主任;浙商证券投行业务内核委员、推荐挂牌内核小组成员。



和监管的态度，纸票的萎缩是必然的事件，未来的公示催告案件将呈下降趋势。

二、电票贴现业务对贸易背景审查的监管要求放宽，但如何与《票据法》衔接尚存疑虑

224号文规定：“企业申请电票贴现的，无需向金融机构提供合同、发票等资料。”此举的背景是，在票据承兑环节，已审查了贸易背景的真实性，在对真实贸易背景的审查上强化对承兑的要求，弱化对贴现的要求，鼓励商业银行积极开展电票贴现业务，促进电票业务的发展。

但是，224号文效力层级有限，贴现环节不审查贸易背景存在法律风险：《票据法》第十条规定：“票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系。”在《票据法》的规定并未修改的情况下，未审查贸易背景而办理贴现业务，存在票据权利无法行使的法律风险。

三、票交所参与者通过《票据交易主协议》放弃部分追索权，直贴行为票据增信

为促进票据流通，控制票据风险，《票据交易主协议》约定持票人放弃对部分背书人的追索权。《票据交易主协议》第三条约定，持票人“放弃对前手背书人行使追索权，但保留对票据出票人、承兑人、承兑人的保证人、贴现人、贴现人的保证人及贴现人前手背书人的追索权”。由于相关主体参与票交所交易



以签订《票据交易主协议》为前提，所以在票交所的交易中，通过交易主体的合同安排，转贴行将不被追索，直贴行承担风险，这不仅解决了风险资产计提的问题，更简化了追索的程序，提高了追索的效率。票交所对票据交易、提示付款、追索等涉及资金的业务均采用了“一点接入、一点清算”DVP(票款对付)清算模式，大部分银行类金融机构通过法人备付金账户接入，而这个账户不能足额支付，是极小概率的事件。有了直贴行的增信，商票的接受程度显著提高。



四、受资管新规影响,票据资管合规性仍待讨论

《票据交易管理办法》明确了资产管理计划的票据市场参与者地位,其可以通过票交所参与票据交易,包括转贴现、质押式回购和买断式回购等。

2018年票交所“纸电融合”二期完成后,根据《关于明确非法人产品申请接入中国票据交易系统材料报送要求的通知》(票交所发【2018】77号),符合相关法律法规和监管规定的非法人产品可通过中国票据交易系统开展电票交易。

以上规定意味着票据资管产品可以作为交易主体参与票交所交易。然而,《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(银发【2018】106号,以下简称资管新规)的规定却给这一结论打了一个问号。资管新规明确,金融机构不得将资产管理产品资金直接投资于商业银行信贷资产。商业银行信贷资产受(收)益权的投资限制由金融管理部门另行制定。由于票据是否被认定为信贷资产、票据受(收)益权的投资限制并没有配套规定,而根据《贷款通则》,票据贴现业务被认定为贷款,故资管产品是否能够投资票据存在疑问。

这个疑问在2018年11月26日似乎迎来了转机,一行两会和外管局联合发布了《关于印发<金融机构资产管理产品统计制度>和<金融机构资产管理产品统计模板>的通知》(银发【2018】299号),首次将票据定义为债务证券而不是贷款,这一规定被解读为打开了资管产品投资票据资产的通道,但对一个业务统计意义上的通知做这样的解读是否谨慎,尚有待探讨。

笔者认为,随着票交所交易主体的进一步扩容,票据资管将不再仅仅是监管绕道的途径,未来必然走向主动管理,成为金融市场的重要力量。短期内,票据资管何去何从,还有赖于监管的进一步明确和实践的进一步丰富。

金道律师持续关注着票据市场的发展,我们的目标是为客户提供票据业务的最佳解决之道。



海外家族信托绕不开的 VIE 架构

——从“瑞幸咖啡”上市股权家族信托谈起

□ 郑海丽



我和在投资界工作的先生谈起“瑞幸咖啡”在三大资本奇才的加持下,从 2017 年 10 月正式注册瑞幸咖啡(北京)有限公司,到 2019 年 5 月 17 日瑞幸咖啡有限公司(系在开曼注册)作为上市主体,并以光速在纳斯达克挂牌上市,瑞幸咖啡创造了国内企业从创立到上市的最快记录,仅用了 18 个月!令我和先生颤抖的是招股说明书中披露的那串财务数据,2 年已开出 2370 家门店,近 10 亿美元融资,2018 年净亏损 16.19 亿元,同期收入为 8.41 亿元,直观的说相当于卖一杯亏两杯,而 2019 年第一季度,亏损已达 5.52 亿元!这样的上市模式,在其上市前后引起各界的吐槽,“是否为投资人攒的资本局?是否为资本市场的击鼓传花游戏?”,“上市 4 天股价破发!一夜之

间市值蒸发 6 亿美元!”,“会否是下一个 OFO,一地鸡毛?”各种质疑声萦绕着瑞幸咖啡。

* 郑海丽,本所权益合伙人,浙江省知识产权专业委员会委员;杭州市律师协会并购与投资专业委员会委员;杭州市律师协会家事委员会委员;阅财富研究院创始人。

一、瑞幸咖啡的股权家族信托架构

瑞幸咖啡蓝白相间“鹿头哥”回眸形象干净利落,无论其是资本圈的“闲云孤鹤”还是“流水浮灯”,让我们来拆解下这个 IPO 剧本的股权顶层架构是否有可“彩云追月”之处。



(图片 1 来自瑞幸咖啡微信官网)

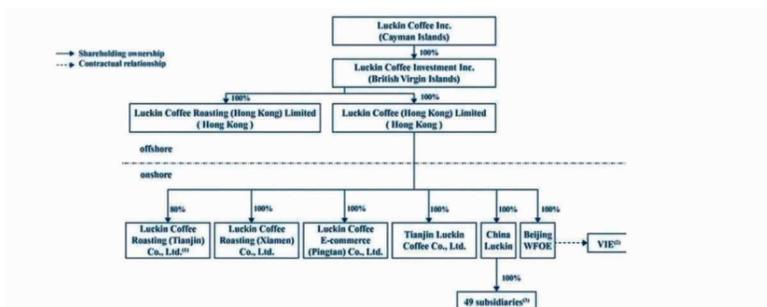
瑞幸咖啡的主要股东持股情况及股权结构图如下所示:

瑞幸咖啡主要股东持股情况

股东情况	持有股份	持股比例	股东情况表
陆正耀家族信托	969703	30.53%	董事长,也是神州优车的 CEO
钱治亚家族信托	625000	19.68%	CEO
Sunying wong 控制的 (Mayer Investments Funds)	393750	12.34%	陆正耀的姐姐
大钲资本	377877	11.9%	是神州优车的投资人
愉悦资本	214471	6.75%	是神州优车的投资人

(图表 2 数据整理自瑞幸咖啡招股说明书)

瑞幸咖啡股权结构图



(图表 3 粘贴自瑞幸咖啡招股说明书)



由于瑞幸咖啡成立尚不足3年,不能在香港上市,更不能在国内上市,其遂转征美国上市。设立离岸家族信托→开曼群岛注册公司→BVI注册公司→架设VIE→美国上市(大致流程),已成为在美上市前的标配动作。两只股权家族信托的设计,意味着陆正耀和钱治亚已分别把股权装进了家族信托里。信托主体情况如下:

信托名称	委托人	受托人	受益人	监察人/保护人
陆正耀家族信托(陆氏信托)	陆正耀配偶郭女士	TMF(开曼)有限公司	郭女士及其家人	由委托人自行设定,对受托人有监管权
钱治亚家族信托(钱氏信托)	钱治亚	TMF(开曼)有限公司	钱治亚及家人	

(图表4 家族信托主体身份)

离岸家族信托的设计目的是为了有效起到资产经营和资产保管隔离(资产保护);在解决委托人财产继承问题时能保护隐私(传承规划、继承规划);让不同受益人受益是为了达到家族成员之间利益共享,如在免税地注册公司和设立信托,能起到合理节税的作用(税务规划);而用信托持有股权,可以防止出现婚姻、人身风险导致的股价波动或股权强行被分割带来的风险(避免股权分割的风险)。如龙湖地产董事长吴亚军和丈夫早年各自在海外设立了股权家族信托,即使后来夫妻离婚也没有导致市值764亿港元的公司的股权被各半分割,该案例已成为财富管理界教科书式的经典传承案例。所以架设离岸股权家族信托,已成为高净值人士财富传承的选择。

二、瑞幸咖啡的海外家族信托与VIE架构

但即使瑞幸咖啡股东顶层架设了股权家族信托,其底层仍绕不开VIE架构。以瑞幸咖啡VIE(可变利益实体,在国内称为“协议控制”)模式为例,拟上市的瑞幸咖啡为了实现在海外上市的目的,在开曼设立瑞幸咖啡有限公司,并以此作为今后上市融资主体。根据开曼于2019年1月1日正式生效的《2018年国际税务合作(经济实质)法》,在2019年1月1日起在开曼新成立的包括有限公司、合伙企业、外国公司等,一般来说,除了投资基金以及非开曼辖区税务居民的实体以外,不能再是壳公司或纯持股实体,否则有可能会被罚款、注销公司,或者将税务信息交换给中国,或者给予主要责任人5年的监禁,出台



法律的目的是为了**避免两头都不缴税的情况**。

瑞幸咖啡有限公司设立后,再由其全资设立 BVI 控股公司,后由其全资设立瑞幸咖啡香港有限公司,后香港公司全资设立外商投资企业如瑞幸咖啡(北京)有限公司(WFOE)、瑞幸咖啡(中国)有限公司、瑞幸咖啡电子商务(平潭)有限公司等等企业,瑞幸咖啡(中国)有限公司下设 49 家子公司,最后由 WFOE 协议控制 VIE 的方式来实现上市(香港公司、VIE 公司、上市主体等签订一系列 VIE 协议),把自己大部分利润以协议方式安排给上市公司。所以即使境内运营主体、WFOE 与境外上市主体不存在股权控制关系,但通过协议安排也能将境内运营实体产生的利润转移到境外公司中去。根据美国通用会计准则,上市主体能直接合并境内运营实体、WFOE、VIE 公司及香港公司的财务报表,最终境内运营实体在外汇部门的监管下,将利益分配到陆氏、钱氏家族信托中去。由于信托在开曼设立、存续,存续期间信托财产增值及分配利益时的税收问题,将根据信托委托人、受益人的税务居民身份不同而确定。另外,根据 CRS 的要求,信托受托人(TMF 开曼有限公司)将根据委托人的税务居民身份信息(目前委托人属中国籍),将信托资产的信息提交给开曼税务局,该局根据 CRS 规定的时间表交换信息给中国的税务部门。

瑞幸咖啡的股权离岸家族信托+VIE 架构,与雷军设立的家族信托+VIE 结构相似,目前这种架构已得到业内普遍认可。



行政诉讼中涉及确认亲子关系时 应如何适用证据推定规则

□ 赵青航*



一、基本案情

原告郑某与原告尹某某于1997年9月22日登记结婚,1998年6月29日生育一女。2011年5月18日,两原告登记离婚。同年7月12日,原告郑某与案外人王某某登记结婚,并提出再生育的申请。同月21日,被告台州市某区人口和计划生育局批准同意郑某、王某某再生育,并于同月26日,发给郑某、王某某《再生育申请审批决定通知书》。2012年1月10日,郑某诞下一子,取名郑某某。2012年4月16日,被告对两原告不符合法定条件生育立案查处。同年7月25日、29日,被告分别向两原告送达《预处理告知书》,告知两原告郑某某系二人婚内所生,限在接到告知书后7日内到台州市某区计划生育指导站抽取DNA亲子鉴定样本。两原告拒绝做亲子鉴定。同年8月14日、17日,被告分别告知两原告涉嫌不符合法定条件生育,依据《浙江省计划生育条例》拟向二人分别征收社会抚养费,并告知其享有陈述与申辩的权利。同年8

* 赵青航,本所初级合伙人,博士研究生,杭州市律师协会民事专业委员会秘书长。



月22日、23日,被告分别向两原告送达《征收社会抚养费决定书》。两原告不服,分别提起行政诉讼。

二、观点分歧

本案的核心问题有两个,一是被告能否适用证据推定规则,以两案原告离婚前怀孕且拒绝做亲子鉴定为由推定亲子关系存在并作出征收社会抚养费的行政行为;二是若能适用证据推定规则,则应如何选择法律依据。对此,笔者总结出以下三种不同的观点。

第一种观点认为,本案不应适用证据的推定规则。根据《行政诉讼法》第32条的规定,被告对其所作的具体行政行为的合法性承担举证责任。本案中,被告没有直接证据证明两案原告在婚姻关系存续期间怀孕生子的事实;原告郑某与案外人王某某在婚姻关系存续期间所生之子,根据法律推定,其应属于郑某与王某某的婚生子,被告没有直接证据推翻这一事实,故被告应承担败诉的不利后果。

第二种观点认为,本案应适用证据的推定规则。第一,行政案件适用清楚而有说服力标准。被告提供的证据可以证明原告郑某离婚且与王某某结婚不合常理。两案原告办理离婚手续时,两处房产归女方所有,按揭贷款、共同债权债务归男方,女儿由男方抚养,明显存在假离婚的情况。此外,郑某与王某某结婚,未举办婚礼,结婚的情况男方父母均不知;郑某既不知道王某某的具体工作,也未与其父母见面,明显不合常理。由此认定被告在作出具体行政行为时可参照《婚姻法解释(三)》关于亲子鉴定的相关证据推定规则。

第三种观点亦认为本案应适用证据的推定规则,基本理由同第二种观点。但在法律规范的适用方面,首先应根据《行政诉讼法解释》第97条:“人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法和本解释外,可以参照民事诉讼的有关规定。”其次根据《民事诉讼证据规定》

第75条:“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立。”以此作为本案证据推定规则的法律依据。





三、评析

笔者赞同第三种意见。

推定作为司法证明的一般方法,系指根据推断进行判定,并非是对事实的直接认定,而是以推测性判断为桥梁的间接认定。在大量的行政诉讼案件中,作为具有行政管理优势地位的被告,可以利用其行政管理职权广泛、深入地收集证据,而处于被管理者弱势地位的原告,在多数情况下因缺乏权力支持,难以收集证据。^①由此,为了平衡原告和被告在行政诉讼中的平等地位,一方面,行政诉讼法规定被告对其所作的具体行政行为的合法性承担举证责任;另一方面,《行政诉讼证据规定》第69条作为直接确立行政诉讼证据推定规则的依据,规定:“原告确有证据证明被告持有的证据对原告有利,被告无正当理由拒不提供,可以推定原告的主张成立。”因为主体不适格,故该条规定显然无法适用于本案。但通过该条规定,可以看出作为《行政诉讼证据规定》颁布主体的最高人民法院对于行政诉讼案件适用证据推定规则所持的肯定态度。笔者认为,证据推定规则能否适用本案,应是本案审理时的焦点。

首先,作为证明亲子关系证据的亲子鉴定具有显著的特殊性。一方面,在行政实践中,亲子鉴定具有独特的证明功能,即其可以鉴别当事人之间(特别是父子间)是否具有真实的血缘关系,可以帮助行政机关完成对当事人身份的辨认。^②另一方面,在与亲子关系所涉的行政诉讼中,因为直接证据的缺乏和亲子关系证明



责任的高标准,使得亲子鉴定成为认定或否认亲子关系的关键性证据。但是,在行政实践中,因为在无法律直接约束力的情况下,公民对行政机关要求其抽取DNA亲子鉴定样本的《预处理告知书》,多采取不理睬、不配合的抵抗态度。所以,细观本案可察觉,本案与一般行政诉讼案件的区别是,被告的证据收集能力未较原告强,甚至明显弱于原告。在原告不配合的情况下,由被告提供作为认定亲子关系的证据(即DNA鉴定),不具可行性。

^① 蔡小雪:《行政诉讼司法认知和推定的理论及适用》载《法律适用》2003年第4期。

^② 杜万华、程新文、吴晓芳:《〈关于适用婚姻法若干问题的解释(三)〉的理解与适用》,载《人民司法(应用)》2011年第17期。



其次,本案中,原告基于各种原因拒绝作亲子鉴定,这不仅给行政机关收集作出具体行政行为时的证据带来了巨大的困难,亦给法院查明案件事实设置了难以逾越的障碍。更须指出,导致案件事实处于真伪不明状态的原因,不是负有证明责任的被告没有证据可提供,而是不负有证明责任的原告通过实施证据妨碍行为,使得负有证明责任的被告陷于证据缺失的境地,致使作为被告的计生部门身临“举证难”的窘境。因此,若由本案中的计生部门对其所作的征收郑某、尹某某社会抚养费的行政行为的合法性承担举证责任,不具合理性。在此情形下,若法院通过适用行政诉讼法确立的证明责任规范作出使负有证明责任的政府败诉的判决,其非正义性更是显而易见的。这必将给社会传递一种不良信号,导致更多人效仿两案原告的行为,亦会造成十分恶劣的社会影响(当地群众认为郑某系“计生部门干部带头违法超生”),进而破坏公民遵守我国计划生育政策及相关法律法规的秩序。同时,计划生育是我国的基本国策,关涉亲子关系的行政纠纷案件具有显著的公益性特征。由此,笔者认为法官在审理涉及确认亲子关系的行政诉讼案件中,可以依据《行政诉讼法解释》第97条的援引规定,采用《民事诉讼证据规定》第75条确立的证据推定规则,以此排除原告的证据妨碍行为。

再次,《行政诉讼证据规定》第68条明确将“根据日常生活经验法则推定的事实”确定在推定的范围之列。可见,其属于一类事实推定,是指法官根据日常生活经验法则,推论与之关联的行政诉讼中需要证明的另一事实是否存在的一种证明规则。本案中被告提供的证据可以证明原告郑某与尹某某离婚以及与王某某结婚如前所述之不符合日常生活经验和常理:郑某与尹某某离婚时,两处房产归女方,按揭贷款、共同债权债务归男方,女儿由男方抚养;郑某既不知道王某某的工作情况,也未与其父母见过面;并且郑某与王某某结婚,非但未举办婚礼,甚至连结婚的情况男方父母都不知道;后更查明,郑某于2012年1月10日在台州某医院生产时,是由尹某某陪护。所以,计生部门以一般常人所认同的日常生活经验推定郑某与尹某某的行为属于假离婚,以此推定郑某之子郑某某系郑某与尹某某之子。当然,法官对此是否采信,则有赖于其自由裁量。同时,《行政诉讼证据规定》第68条第二款规定,针对“根据日常生活经验





法则推定的事实”一项,若当事人有相反证据足以推翻的,法庭将不能认定上述推定的事实。所以,司法推定是可错的,是可以通过举证反驳的。^③若两案原告郑某、尹某某能够配合法庭,提供郑某某非尹某某之子的亲子鉴定结论,则行政机关无疑将败诉。

最后,前述第二种观点认为本案可适用《婚姻法解释(三)》关于亲子鉴定的相关证据推定规则,笔者不以为然。一方面,该解释属于我国民事法律规范,因此其不应适用于行政诉讼案件;另一方面,因为该解释中,提起婚生子女确认之诉的当事人只能是夫或妻,而本案的当事人双方是公民与行政机关,主体显然不资格。但是,本案适用《民事诉讼证据规定》,则兼具合法性与合理性。一来,我国行政诉讼法的规定,大多脱胎于民事诉讼法,适用《民事诉讼证据规定》规定的证据推定规则,有《行政诉讼法解释》第97条作为援引依据;二来,程序被喻为“看得见的正义”,司法正义在很大程度上依赖司法程序上的正义。实现行政审判程序正义,一方面要看到绝大部分的行政案件中,作为被告的行政机关的优势地位主要体现在其收集证据方面;另一方面须切忌以“一刀切”的思路与眼光审视所有的行政案件,正如本案,行政机关在收集亲子鉴定之类的涉及人身关系的证据时,其弱势地位已充分显现,此时法院为了维护公共利益,并使原被告双方处于实质上的平等地位,应适用《民事诉讼证据规定》第75条的规定,以此促进实质正义的实现,达到法律效果与社会效果双统一。



在行政诉讼活动中适用证据推定规则,既是诉讼当事人的权利,也是法官的权力。^④针对本案,可以得出结论,台州市某区人口和计划生育局已有证据证明郑某、尹某某持有证据无正当理由拒不提供,如果该局主张该证据的内容不利于郑某、尹某某,法官可以据此推定该主张成立,即郑某某系郑某、尹某某之子。

^③ 何家弘、张卫平主编:《简明证据法学》。中国人民大学出版社2011年版,第106页。

^④ 何家弘:《论推定规则的适用》,载《人民司法(应用)》2008年第15期。



孔雀东南飞不飞

——事业单位在编人员的辞职困境

□ 季建婷*

【摘要】近年来,人事争议案件数量急剧攀升。究其根本,事业单位公益维护与事业单位在编人员私权保护之间的矛盾是内在原因。司法实践中对法律解读与适用的不同,是事业单位在编人员在人事争议维权时举步维艰的主要原因。为达到留住人才、保护公共利益的目的,事业单位惯常以在聘用合同中约定高额违约金、扣留人事档案、不实政审等手段阻碍在编人员行使辞职权。然而,辞职权作为一项基本人权与宪法权利始终应处在基础地位,不应被任何手段变相阻挠。正确解读并正确适用法律法规,是破解辞职难问题并实现公益与私权平衡保护的关键所在。

【关键词】事业单位;辞职权;违约金;人事档案;平衡保护

一、私权与公益:事业单位在编人员的特殊性

(一)工作性质方面的特殊性

事业单位,是指国家为了社会公益目的,由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的,从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织^[1]。不同于政府机关与一般企业。政府机关是领导与被领导、管理与被管理的纵向关系。企业是平等谈判,平等协商的横向关系。而事业单位则横向与纵向兼而有之。

社会公益目的是人事聘用合同与一般劳动合同的主要区别,也是我国长久以来实行两种合同“双轨制”的主要原因。与普通社会服务企业相比,科教文

* 季建婷,本所宁波分所律师。

[1] 参见《事业单位登记管理暂行条例》第二条。

卫等事业单位对服务的持续性、稳定性、技术性要求更高,工作人员的可替代周期更长。如医生不能逃离突发的疫情,老师不应中断教学任务抛弃学生等^[2]。

(二)法律适用方面的特殊性

事业单位工作人员大致分两类:事业编制人员与普通劳动者。

普通劳动者与事业单位签订《劳动合同》,受《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》等与劳动关系相关的法律法规的约束与保护。

事业编制人员则与事业单位签订的是《聘用合同》,主要受《事业单位人事管理条例》(以下简称《条例》)、《国务院办公厅转发人事部关于在事业单位试行人员聘用制度意见的通知》(国办发[2002]35号)(以下简称《国办发文件》)等与人事关系相关的法律法规的约束与保护。发生人事争议案件时,程序上运用《中华人民共和国劳动法》的相关规定;实体处理上应当适用人事方面的法律规定,但涉及事业单位在编人员劳动权利的内容在人事法律中没有规定的,适用《中华人民共和国劳动法》的有关规定^[3]。

二、沉重的脚镣:高额的违约金与被扣留的人事档案

《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第59条明确指出:“打破体制壁垒,扫除身份障碍,让人人都有成长成才、脱颖而出的通道,让各类人才都有施展才华的广阔天地。完善党政机关、企事业单位、社会各方面人才顺畅流动的制度体系。”^[4]



[2] 陈震:《讲座实录:国家人社部梁江处长来校解读〈事业单位人事管理条例〉》,http://www.hqu.edu.cn/info/1212/71302.htm,最后访问时间2019年5月20日。

[3] 参见《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》(法释[2003]13号)。

[4] 参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》第59条。



但实践中,人才流动却并不顺畅,尤其是事业单位的在编人员更是屡屡遭遇辞职难的困境。大批事业单位为了留住人才不择手段,主要表现为:在聘用合同中约定高额的违约金、以扣留全部或部分档案、拖延办理离职手续、有关管理者利用权力进行权力寻租或打击报复。在编人员能否顺利流动全凭管理者的个人好恶或所谓“关系”而定,这显然是人治而非法治的不良现象。

(一)漫漫辞职路,上下求索

笔者近期承办了一起典型的反映在编人员辞职难问题的人事争议案:

2014年8月7日,张某与镇海某校签订了《事业单位聘用合同》,无服务期约定亦未提供培训,但约定了违反合同约定辞职需承担违约金贰万元。2018年8月27日,张某通过公开招聘考试,被宁波某校录取。故需向镇海某校申请辞职,并于2018年9月2日、2018年10月10日两次向镇海某校递交辞职申请均被无理由地拒绝。无奈之下张某自行申请了仲裁,但被仲裁委的调解员告知根据相关法律规定需六个月后再提辞职,经调解员劝说,张某撤案。

2019年3月1日(即自张某第一次申请辞职起算满6个月),张某第三次向镇海某校递交辞职申请,仍被拒绝。2019年3月11日,镇海某校向张某提出,只要张某支付贰万元违约金就为张某办理离职手续。张某无奈向其支付了上述款项,但镇海某校仍迟迟不出具解除聘用合同的通知、办理相关离职手续。

2019年3月25日,张某再次向仲裁委提交了仲裁申请,要求镇海某校返还违约金并办理人事档案等的转移手续。开庭日前,镇海某校便出具了解除聘用合同的证明并转移了张某的人事档案。庭后镇海某校自愿向张某返还壹万元违约金,张某也自愿放弃了第二项关于人事档案转移的仲裁请求,仲裁委出具了仲裁调解书。

看似案结事了,但事实却远不及人所料。2019年5月14日,宁波某校在审核张某的档案时发现其人事档案中缺少2018年9月至2019年2月的考核表。宁波某校称无法就不完整的档案进行政审,需要镇海某校提供该时段的考核表或出具该时段的工作鉴定亦或者接受宁波某校前去政审,但镇海某校均拒绝配合。以至于张某至今还未能到新单位入职。

(二)事业单位可否与在编人员约定违约金

1.未对在编人员进行专项培训且无竞业限制的情况下

司法实践中,此类违约金的认定争议最多。北京地区裁判中适用《北京市事业单位聘用合同制试行办法》作为人事争议案件的处理依据。该办法第四十三条指出劳动者在聘用合同未到期的情况下单方解除聘用合同的,应当承担



违约责任,违约金数额由双方当事人在聘用合同中自行约定^[5]。

笔者认为:地方的规范性文件,不属于法律、行政法规或者国务院另有规定的范围,不能作为裁判的依据。根据《中华人民共和国劳动合同法》第九十六条的规定,人事关系中,法律、行政法规或者国务院另有规定的,依照其规定;未作规定的,依照本法有关规定执行^[6]。《条例》、《国办发文件》等相关法律、行政法规或者国务院等并无明确规定聘用合同中受聘人提前解除聘用合同需支付违约金,因此应当适用《中华人民共和国劳动合同法》的规定。除专项培训及竞业限制外,用人单位不得与在编人员约定违约金。

有学者认为《条例》第十七条的规定:“事业单位在编人员提前30日书面通知事业单位,可以解除聘用合同。但是,双方对解除聘用合同另有约定的除外。”但书部分表述双方另有约定除外是指聘用双方可自行约定辞职的时间、程序及违约金,即无论是否接受培训,只要在编人员提前辞职就应支付违约金。

笔者认为:《条例》第十七条的立法目的是为了保障在编人员的辞职权,而不是事业单位用以限制辞职权的工具。该条款前半部分规定的是辞职的时间及程序问题,是对《国办发文件》“6个月”的修改,但书的部分是对“提前30日书面通知”进行的补充。所以双方“另有约定”指的是对辞职程序及时间的约定,而不应扩大解释为对违约金或其他事项的约定。事业单位在未提供相应培训的前提下要求在编人员支付高额违约金,实质上是通过经济手段变相限制了在编人员的辞职权。如果依法预告通知辞职仍需支付违约金,在编人员也就无需按照《条例》第十七条的规定提前30日书面通知事业单位了。

《浙江省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)浙法民一(2009)3号》第三十八条规定:“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位,可以依法解除劳动合同。用人单位在劳动合同中设定违约金条款以限制劳动者上述解除权的,该违约金条款无效……”^[7]

故,即便事业单位在未对在编人员进行专项培训且无竞业限制的情况下与在编人员在约定了违约金,该违约金条款也是无效的。

2. 提供培训的情形下违约金的限制

根据相关法律规定,事业单位为劳动者提供培训的情况下,是允许约定违约金的。劳动者在享受用人单位为其提供的特别资源应尽相应义务,但实践中

[5] 参见北京市第二中级人民法院作出的(2016)京02民终5370号民事判决书。

[6] 参见《中华人民共和国劳动合同法》第九十六条。

[7] 参见《浙江省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)浙法民一(2009)3号》第三十八条。



事业单位往往会利用自身的强势地位在聘用合同中作出利于自身的约定或约定过高的违约金。

(1) 超出培训费用的违约金效力

现实中,事业单位往往会在聘用合同中约定为在编人员提供专项培训,如在编人员在服务期内辞职需要支付超出培训费用的违约金,此时违约金就从补偿性质变成了惩罚性质。

笔者认为,超出培训费用的违约金约定是无效的。在大陆法系中,违约金兼具赔偿性和惩罚性的双重属性,但英美法系不承认违约金的惩罚性^[8]。通说认为,我国合同法第 114 条规定的违约金为赔偿性违约金,目的只在于补偿实际损失^[9]。《条例》明确指出本条例应保护事业单位工作人员的合法权益。在高额违约金操控下的辞职权只是一把未开刃的钝器而不是利剑,在编人员的权利将无从施展。故笔者认为,超出培训费用的违约金不应予以支持。

(2) 工资是否属于培训费用

培训期间所得工资是否属于培训费用,目前法律没有明确规定。司法实践中,持肯定的判例占多数,认为聘用合同及培训合同是双方平等自愿签订的,如约定了提前辞职培训期间的工资、津贴需要返还的违约责任,则劳动者应当根据合同约定返还。但也有法院坚决地认为工资、福利不属于专项培训费用。

笔者认为进修培训某种意义上也是事业单位对在编人员的一种要求,亦成为在编人员的一项义务。而工资、福利是基于劳动合同约定产生的,劳动报酬权是一项宪法权利。根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十六条规定:“劳动合同法第二十二条第二款规定的培训费用,包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。”^[10]对该条的理解应当为不包括工资。

(二) 人事档案转移中的弊病

因人事档案不允许交在编人员自行转移,故事业单位对人事档案享有绝对掌控权。在编人员离职后到新的事业单位入职,新单位必须依据完整的档案对新入职人员进行政审,或者前往前事业单位当面政审。而为减缓人才流动,事业单位扣留人事档案、在政审时做不良评价等做法已是司空见惯。如上文所述的张某辞职受制一案,便是一个典型的例子。

[8] 王利明:《违约责任论》,中国人民法学出版社,2003。

[9] 王利明:《合同法研究》,中国社会科学出版社,2007。

[10] 参见《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第十六条。



虽然《人事部关于印发〈事业单位试行人员聘用制度有关问题的解释〉的通知》第19条规定：“聘用合同解除后，单位和个人应当在3个月内办理人事档案转移手续。单位不得以任何理由扣留无聘用关系职工的人事档案；个人不得无故不办理档案转移手续。”^[11]但人事档案中应当包括哪些材料、应当如何描述等均无明文规定，这就给了事业单位极大的活动空间，3个月的档案转移期限使得大多事业单位办理手续能晚则晚、能拖就拖，最终成功阻碍了离职人员的重新求职。

三、离开的自由：预告辞职权之“活跃的第十七条”

辞职权是一项不受忠诚义务制约的基础权利，是我国宪法保障劳动者自由劳动权利的重要保障，追求人事关系的稳定性不能以牺牲辞职权为代价。事业单位通过设定高额违约金等手段来限制人才的流通，这样不仅影响在编人员的工作积极性，而且长期来看对事业单位的发展也十分不利。

（一）关于事业单位在编人员辞职预告期的不同规定

《国办发文件》规定：“有下列情形之一的，受聘人员可以随时单方面解除聘用合同：（一）在试用期内的；（二）考入普通高等院校的；（三）被录用或者选调到国家机关工作的；（四）依法服兵役的。除上述情形外，受聘人员提出解除聘用合同未能与聘用单位协商一致的，受聘人员应当坚持正常工作，继续履行聘用合同；6个月后再次提出解除聘用合同仍未能与聘用单位协商一致的，即可单方面解除聘用合同。”^[12]

《条例》第十七条规定：“事业单位工作人员提前30日书面通知事业单位，可以解除聘用合同。但是，双方对解除聘用合同另有约定的除外。”

仔细比对《国办发文件》和《条例》的上述两条规定可以发现：《国办发文件》关于6个月后的辞职规定与《条例》规定的提前30日预告解除制度存在矛盾。法律位阶上，《国办发文件》是部门规章，《条例》是行政法规；发布时间上，《国办发文件》2002年07月06日生效，《条例》2014年07月1日生效。所以，无论是从上位法优于下位法还是新法优于旧法的法



[11] 参见《人事部关于印发〈事业单位试行人员聘用制度有关问题的解释〉的通知》第19条。

[12] 参见《国务院办公厅转发人事部关于在事业单位试行人员聘用制度意见的通知》（国办发〔2002〕35号）。



律适用基本原则来看,在处理人事争议时,均应当首先适用《条例》的相关规定。

实践中,有人将《条例》第十七条的但书部分理解为可任意约定条款以制约辞职权。但根据立法目的解释,该但书部分的另有约定应当仅指对预告期的约定,而不是为事业单位限制工作人员行使辞职权而撕开的缺口。

故笔者认为,在聘用合同无特殊约定的情况下,在编人员辞职仅需提前30日预告解除聘用合同即可,而无需等待6个月。

(二)事业单位限制在编人员行使辞职权的法律后果

《条例》第四十二条规定:“对事业单位工作人员的人事处理违反本条例规定给当事人造成名誉损害的,应当赔礼道歉、恢复名誉、消除影响;造成经济损失的,依法给予赔偿。”^[13]

天价违约金、不实政审陈述、扣留人事档案、舆论道德谴责……无论事业单位通过何种手段企图限制工作人员辞职。一旦触及对在编人员的名誉造成损害或使其财产遭受损失的,事业单位工作人员均有权申请仲裁、起诉至法院、上诉至二审直至追究事业单位承担相应的法律责任。

笔者不倡诉,在可协商的范围内建议要尽可能的协商。诉讼或仲裁,通常是各打五十大板的事。对辞职人员而言,维权耗时、耗财、伤声誉,有时会迫于压力而选择接受不公平的调解方案;对事业单位而言,同样耗时、耗财、伤声誉。但更重要的是,事业单位往往使用的是同一个聘用合同模板,同一种管理模式。一个不利于事业单位的判决或裁决可能会引发群诉,对后续管理是极为不利的。

四、孔雀东南飞:积极探索平衡保护事业单位公私权益之路

随着事业单位人事制度的改革,以聘用制度、岗位管理制度为主要内容的人事管理制度逐渐形成。事业单位用人上的“终身制”被破除,逐步建立起能进能出、能上能下的用人机制。事业单位在编人员的私权得以进一步的保护,平权思想日益壮大。但与此同时,高校、医院、科研单位等也频繁出现人才流动快、人才流失严重等问题,事业单位的公益保护受到冲击。

虽因在人事关系涉及公共利益,使得公益保护具有优先性。但并不意味着公益可以无视私权甚至无底线地压制私权。维护公益是必要的,但不应以牺牲私权为代价。

[13] 参见《事业单位人事管理条例》第四十二条。



(一) 事业单位规范处理人事关系

事业单位应当顺应人事制度改革的发展方向,在平等自愿、协商一致的基础上,依法订立内容规范的聘用合同,不偏不倚地明确双方权利义务。通过建立合理的薪酬分配激励制度,完善考核评价制度,培育和打造良好的单位文化和工作氛围,激发工作人员的主人翁精神和职业归属感,从而达到吸引人才、留住人才的目的。

(二) 完善聘用合同备案审查制

人事关系的不对等时常在聘用合同中体现的淋漓尽致。主要集中在以下三款中:违约金条款、服务期长短、合同解除程序特别约定条款。完善对事业单位的聘用合同的审查能够使天价违约金无生存空间;能够使服务期的长度与培训目的构成关联;能够使《条例》第十七条的但书中“特别约定”的预告解除期更为合理。

(三) 整治维权环境,改革诉讼制度

目前,在编人员的维权环境仍是恶劣的。有辞职需求的在编人员往往是有亟待解决的问题,但却要经过预告解除、仲裁、一审、二审甚至再审程序这样一个漫长而煎熬的期间才能达到维权目的,实在劳民伤财。每个阶段,司法机关为了公益的保护,往往会一遍又一遍的组织调解,消磨你的意志力。在“青海民族大学与马旭东人事争议纠纷案”^[14]中,从仲裁到再审,每个阶段走了一遍,仅在法律规定的程序内就耗费二年之久,更不用计维权支出了。漫长的维权程序足以打消在编人员的流动念头从而选择隐忍目前的状况,或是接受不公平的高额违约金以求尽早脱身。

事业单位情感上的愤怒、人事关系中的强势地位、占据了制高点的道德优

势均不应在法治环境中生长成毒瘤。如能改革诉讼制度,缩短各阶段程序上的期限要求并规范调解制度,禁止人事争议案件久调不决,禁止过度保护公益。这将对破解在编人员的辞职难问题起到雪中送炭的作用,强力助推实现私权保护与公益维护的平衡。



[14] 参见青海省高级人民法院(2014)青民提字第32号民事判决书。



民营企业经济纠纷中 刑事认定的谦抑化

——以合法民间融资与非法吸收公众存款罪之分界为视角

□ 张 伟* 史焯凯*



摘要:习总书记在《民营企业座谈会上的讲话》中强调,“民营企业和民营企业是我们自己人”。然而,当前民营企业家却正遭受着畸高经济犯罪风险的不公正待遇,其中非法吸收公众存款罪甚至已成为民营企业家的“专属”罪名。亟待反思的是,在民间融资领域,非法吸收公众存款罪的认定存在不当扩张的弊病,这不仅有违刑法的谦抑性原则,更是掣肘了民营经济的蓬勃发展。是故,司法机关应当严格限定“存款”的解释范围,倘若民营企业家吸收“投资款”时,未承诺还本付息的,就不应牵强附会地认定为存款。此外,应当将非法吸收公众存款罪界定为目的犯,若是民营企业家将吸收的存款用于生产经营而非货币经营的,也不应认定构成该罪。

关键词:民营企业家;民间融资;经济纠纷;非法吸收公众存款罪;谦抑性原则

* 张伟,本所杭州经济技术开发区分所兼职律师,浙江工商大学法学院讲师,法学博士。

* 史焯凯,浙江工商大学法学院2016级法学专业本科生。

一、问题的提出

2018年11月,习总书记在《民营企业座谈会上的讲话》中强调,“民营企业 and 民营企业家是我们自己人”。习总书记之所以会如此重视地让民营企业家吃下定心丸,不仅是因为民营企业家为我国经济发展做出了卓越贡献,更重要的是当前民营企业正面临着转型关键期的严峻考验。“尽管经济基础对上层建筑有着决定性作用,但其自身的发展也依赖于上层建筑(包括法律体系),并受其制约。”^[1]需要审视的是,我国现有法律体系给予民营企业家的保护仍不充分,民营企业家所遭受的过高刑事风险,正在阻碍着民营经济的健康发展。据统计,我国民营企业家所面临的刑事法律风险,尤其是在经济领域的刑事法律风险,远高于国有企业家。^[2]民营企业家正遭受着畸高经济犯罪风险的不公正待遇。^[3]其中,《刑法》第一百七十六条^[4]所规定的非法吸收公众存款罪,作为民营企业家最易触雷的第一大罪名,在近乎没有国有企业家触犯该罪的情况下,其已然成为民营企业家的“专属”罪名。

改革开放已逾40载,我国经济之所以能创造中国奇迹,民营经济所取得的辉煌成就当属功不可没。然而,民营企业家与民营企业之间紧密的共生关系,在有利于快速带领民营企业走向成功的同时,也导致了民营企业运行时的脆弱性,两者的命运常常被牢牢地捆绑在一起。一旦民营企业家因触犯刑法被采取羁押性刑事强制措施,其所创办的民营企业也将随即陷入风雨飘摇,并极可能最终轰然倒塌。因此,为了民营企业家能够安心谋发展,为了保持和增强我国民营经济发展的良好势头,司法机关应当积极践行刑法的谦抑性原则,对民



[1] [英]休·柯林斯:《马克思主义与法律》,邱昭继译,法律出版社2012年版,第78页。

[2] “2015年至2017年,民营企业家的犯罪人数分别为751人、1591人和1984人,分别占当年度企业家犯罪总数的81.5%、87.1%和86.6%,所占比例远高于国有企业家。”数据来源于北京师范大学中国企业家犯罪预防研究中心所发布的2015年—2017年《中国企业家犯罪分析报告》,《企业家刑事风险防控网》,http://cecpc.bnu.edu.cn/news-22-1.html,最后访问日期2019年5月4日。

[3] 参见赵秉志、左坚卫:《刑法平等保护民营经济面临的三大问题》,《净月学刊》2017年第4期,第5-8页

[4] 《刑法》第一百七十六条:“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,扰乱金融秩序的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。”



营企业家可能的犯罪行为,尤其是对“合法民间融资”与“非法吸收公众存款罪”进行民刑分界,通过严格审查是否符合犯罪构成,来避免刑法的过分扩张化,从而在有效保障民营企业家合法权益的同时,为民营经济的进一步发展保驾护航。

二、民营企业家面临畸高经济犯罪风险的统计分析

民营企业家犯罪包括民营企业家暴力犯罪、财产犯罪和经济犯罪等诸多类型。根据统计数据,在其它犯罪类型中,民营企业家的企业家身份与犯罪的成立与否可并无正相关性;然而在经济犯罪中,民营企业家的企业家身份与犯罪的成立与否却密切相关,即民营企业家的身份显著提高了其构罪风险。因此,本文将研究范围定位于民营企业家的经济犯罪,尤其是极为典型的非法吸收公众存款罪。

依托北师大企业家犯罪预防研究中心所发布的官方报告,本文将2015年至2017年民营企业家经济犯罪触犯的罪名与频次整理如下:

2015年至2017年民营企业家经济犯罪触犯罪名分布与频次表

章	节	具体罪名	2015年		2016年		2017年	
			频次	百分比	频次	百分比	频次	百分比
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	第一节 生产、销售伪劣商品罪	生产、销售伪劣产品罪	2	0.5%	15	1.5%	4	0.3%
		生产、销售假药罪	2	0.5%	5	0.5%	10	0.8%
		生产、销售不符合安全标准的食品罪	8	2.0%	2	0.2%	1	0.1%
		生产、销售有毒、有害食品罪	1	0.3%	2	0.2%	2	0.2%
	第二节 走私罪	走私珍贵动物、珍贵动物制品罪	1	0.3%	0	0	0	0
		走私普通货物、物品罪	2	0.5%	81	8.0%	41	3.1%
		走私国家禁止进出口的货物、物品罪	0	0	2	0.2%	8	0.6%
		走私废物罪	2	0.5%	1	0.1%	2	0.2%
	第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪	违规披露重要信息罪	0	0	0	0	2	0.2%
		虚报注册资本罪	5	1.2%	4	0.4%	1	0.1%
		虚假出资、抽逃出资罪	5	1.2%	2	0.2%	3	0.2%
		隐匿、故意销毁会计凭证、账簿、报告罪	1	0.3%	2	0.2%	2	0.2%
		非国家工作人员受贿罪	37	9.2%	45	4.5%	66	5.0%
		对非国家工作人员行贿罪	2	0.5%	11	1.1%	10	0.8%
	非法经营同类营业罪	1	0.3%	0	0	0	0	



第四节 破坏金融管理秩序罪	非法吸收公众存款罪	104	25.8%	232	23.0%	414	31.6%
	骗取贷款、票据承兑、金融票证罪	19	4.7%	61	6.1%	69	5.2%
	擅自设立金融机构罪	1	0.3%	0	0	0	0
	擅自发行股票、债券罪	3	0.7%	0	0	0	0
	高利转贷罪	0	0	1	0.1%	2	0.2%
	利用未公开信息交易罪	0	0	1	0.1%	0	0
	违法发放贷款罪	0	0	1	0.1%	2	0.2%
	伪造、变造国家有价证券罪	0	0	1	0.1%	0	0
	伪造、变造金融票证罪	0	0	1	0.1%	1	0.1%
	吸收客户资金不入账罪	0	0	1	0.1%	0	0
	洗钱罪	0	0	1	0.1%	0	0
	伪造货币罪	0	0	0	0	1	0.1%
	购买假币罪	0	0	0	0	1	0.1%
内幕交易罪	0	0	0	0	1	0.1%	
第五节 金融诈骗罪	融资诈骗罪	12	3.0%	45	4.5%	68	5.1%
	信用卡诈骗罪	2	0.5%	8	0.8%	3	0.2%
	票据诈骗罪	4	1.0%	5	0.5%	7	0.6%
	贷款诈骗罪	0	0	3	0.3%	6	0.5%
	保险诈骗罪	0	0	0	0	1	0.1%
第六节 危害税收征管罪	虚开增值税专用发票罪	95	23.6%	279	27.7%	334	25.4%
	虚开发票罪	6	1.5%	13	1.3%	2	0.2%
	逃税罪	2	0.5%	12	1.2%	8	0.6%
	非法出售发票罪	2	0.5%	0	0	0	0
	骗取出口退税罪	1	0.3%	3	0.3%	5	0.2%
	逃避追缴欠税罪	0	0	1	0.1%	0	0
	持有伪造的发票罪	0	0	1	0.1%	5	0.4%
	购买伪造增值税专用发票罪	0	0	0	0	3	0.2%
第七节 侵犯知识产权罪	假冒注册商标罪	11	2.7%	14	1.4%	21	1.6%
	销售假冒注册商标的商品罪	3	0.7%	12	1.2%	7	0.5%
	非法制造注册商标标识罪	1	0.3%	3	0.3%	9	0.7%
	侵犯著作权罪	0	0	0	0	2	0.2%
	侵犯商业秘密罪	0	0	0	0	2	0.2%



第八节 扰乱市场秩序罪	串通投标罪	6	1.5%	4	0.4%	14	1.1%
	合同诈骗罪	52	12.9%	107	10.6%	133	10.1%
	组织、领导传销活动罪	1	0.3%	4	0.4%	5	0.3%
	非法经营罪	9	2.2%	20	2.0%	30	2.3%
	强迫交易罪	0	0	1	0.1%	0	0
	非法转让、倒卖土地使用权罪	0	0	0	0	2	0.2%
	损害商业信誉罪	0	0	0	0	1	0.1%
总计	403	100%	1007	100%	1311	100%	

依据上表可知,2015年至2017年,民营企业经济犯罪频次分别为403次、1007次和1331次,所涉罪名依次为32个、39个和43个,处于持续增长态势。其中,非法吸收公众存款罪、虚开增值税专用发票罪和合同诈骗罪的犯罪频次,连续三年高居民营企业经济犯罪的前三位。更值得注意的是,根据北师大企业家犯罪预防研究中心所发布的数据显示,2017年国有企业家犯罪频次为375次,其中经济犯罪频次为30次,占比仅为8%;而2017年民营企业犯罪频次为2106次,其中经济犯罪频次为1311次,占比高达62.3%。从民营企业家和国有企业家之间经济犯罪占比的鲜明对比可知,民营企业家的经济犯罪风险要远高于国有企业家。即相较于国有企业家,民营企业家因身份上的相对弱势,事实上正在遭受着畸高经济犯罪风险的不公正待遇。^[5]其中,非法吸收公众存款罪就鲜有国有企业家获罪,几乎被民营企业家所独占,成为民营企业家的“专属”犯罪。在民营企业融资难、融资贵问题尚未完全破解的情况下,民营企业家的融资行为又潜藏着高度的经济犯罪风险,这无疑将严重制约乃至打击民营企业家的积极性,进而阻碍民营经济的进一步发展。



三、民营企业家经济纠纷中民刑分界的必要性

(一)民营经济在社会主义市场经济中的重要作用

1.《宪法》对民营经济地位的不断提升

[5] 参见周振杰:《民营经济刑法平等保护的体系化思考》,《政法论丛》2019年第1期,第129-130页。



伴随着“解放思想,实事求是,团结一致向前看”这一著名论断的提出,以及十一届三中全会的成功召开,党中央清晰地认识到当前我国仍处于社会主义初级阶段,生产力仍不发达,想要直接达致理想社会主义的想法并不现实。是故,我党破除了所有制问题上的传统观念束缚,为非公有制经济的发展打开了大门。

在这种历史背景下,1982年出台的《宪法》和1988年公布的首次《宪法修正案》分别赋予了个体经济和私营经济以合宪地位,并将民营经济定义为“公有制经济的补充”,国家对其进行“引导、监督和管理”。不得不说,1982年《宪法》以及1988年的首次《宪法修正案》对于民营经济地位的肯定,极大促进了民营经济的发展,使民营经济迎来了建国后的第一次发展高潮。^[6]1993年,随着改革开放的不断深化,市场这只无形的手对于经济的影响越来越大。为进一步解放和发展生产力,我国在第二次《宪法修正案》中以“社会主义市场经济”替代了原有的“计划经济”,并随后在1999年的第三次《宪法修正案》中首次将非公经济的地位明确为了“社会主义市场经济的重要组成部分”。2004年,为了全面贯彻党的十六大关于“毫不动摇地鼓励、支持和引导非公有制经济发展”的精神,我国在第四次《宪法修正案》中再次提升了民营经济的宪法地位,将国家对民营经济的“引导、监督和管理”修改为了“鼓励、支持和引导”。至此,民营经济在我国社会主义市场经济制度中的重要地位得以最终确立。^[7]

2. 民营经济对经济发展的杰出贡献

2018年11月,习总书记在《民营企业座谈会上的讲话》中对民营经济的贡献予以了充分的肯定:“民营经济具有‘五六七八九’的特征,贡献了50%以上的税收,60%以上的国内生产总值,70%以上的技术创新成果,80%以上的城镇劳动就业,90%以上的企业数量。民营经济在稳定增长、促进创新、增加就业、改善民生等方面发挥了重要作用,成为推动经济社会发展的重要力量。”^[8]根据国家统计局的最新数据,截至2018年底,民营企业数量已超过2700万家,其所创造的财富和价值为改革开放后中国经济的迅速发展做出了杰出贡献。^[9]颇值强调的是,上述非凡成就的取得仅是现阶段民营经济所展现出的累累硕果。随着民营经济的进一步发展,其在我国社会主义市场经济中的作用仍

[6] “截止到1988年,我国共计私营企业9万家,从业人员184万,注册资本84亿元;个体工商户1453万户,从业人员2305万人。”柯浪:《第三次浪潮:民营经济强力启动》,《法人》2005年第8期,第42页。

[7] 参见张军:《非公有制经济法律地位的变迁及其启示》,《中国法学》2007年第4期,第161页。

[8] 习近平:《在民营企业座谈会上的讲话》,《人民日报》2018年11月2号,第002版。

[9] 数据来源于《国家统计年鉴(2018)》,《国家统计局官网》,http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsjs/2018/indexch.htm,最后访问日期2019年5月4日。



将不断地加深加强。在中国特色社会主义进入新时代后,民营经济不仅将在互联网、物联网等诸多新兴领域持续发挥重要作用,还将进军移动通信、汽车制造、石油石化等传统国企领域,参与传统国企的混合所有制改革,为国企的发展注入崭新的动力。^[10]

(二) 民营企业经济犯罪扩张化的弊病

民营企业家经济犯罪扩张化是指,在民营企业家经济纠纷中,公权力机关倾向于将经济纠纷导向有罪化的不合理现象。根据前述“2015年至2017年民营企业家经济犯罪触犯罪名分布与频次表”,近几年民营企业家经济犯罪的频次大幅增加,增幅甚至超过100%。这固然是由多重因素叠加所致,但不可避免的是,司法机关在犯罪认定上的扩张化乃是其中的重要因由。^[11]而这种恣意的做法,将会造成下列不利影响。

1. 阻碍民营经济的健康发展

我国在民事赔偿领域奉行的是损害填补原则,这也就决定了民事责任承担数额的可预见性。是故,当民营企业家违反民事领域的相关规范时,民事责任这一不利后果的承担,一般很少会对民营企业造成即时的致命性打击,而民营企业家甚至还能从中汲取经验教训,进行自我完善与提升。^[12]但是,倘若民营企业家因触犯刑法而遭受牢狱之灾,则其辛苦创立的民营企业也将很可能就此一蹶不振。这一推断并非杞人忧天。自改革开放以来,已有数以千计的民营企业家不是倒在商业竞争的路上,而是因为民营企业家经济犯罪扩张化而锒铛入狱,其所掌控的民营企业也往往因此江河日下乃至土崩瓦解。^[13]此外,民营企业家经济犯罪的扩张化,还会将民营企业家置于高度刑事风险的压抑情绪之中,^[14]挫伤民营企业家特有的敢为人先的创新意识,使其在进行经济活动时束手束脚,进而导致他们难以一心一意地投身于民营企业的发展。因此,如果不明确刑法的边界,当刑法可以轻易介入并且肆意调整民营企业家经济纠纷时,民营企业家势必会因缺乏安全感而停滞不前,更枉论开拓新市场以壮大企业规模。而这,最终影响的,将是我国市场经济的活力,并会阻碍全面深化

[10] 参见郑志刚:《国企混改:只有“混”才能“改”》,《经济参考报》2019年4月15号,第006版。

[11] 参见陈兴良:《犯罪范围的扩张与刑罚结构的调整》,《法律科学》2016年第4期,第179页。

[12] 例如,万达2003年在沈阳开发的一个项目存在设计失误,最终业主不愿入住,导致发生相关纠纷。后来万达拆除了这个建筑,并花费了极大代价进行重建。正是万达承担了相应责任,并在这个事件中吸取经验教训,后期在建筑质量中花费了大量功夫,树立了商业信誉,才建立起万达这个庞大的商业帝国。参见王健林:《付代价做诚信换取企业发展和品牌建设》,《赢商网》,news.winshang.com/html/009/3754.html,最后访问日期2019年5月4日。

[13] 在相关典型案例中,影响力巨大的有孙大午案,顾雏军案,张文中案等。

[14] 参见郭小艳、王振宏:《积极情绪的概念、功能与意义》,《心理科学进展》2007年第5期,第810页。



经济体制改革的推进。

2. 背离刑法的谦抑性原则

区别于民法调整手段的相对温和,刑法的处罚措施以剥夺自由为主,其严厉性远甚于民法、行政法等其他部门法。正因为如此,刑法才又被称为“法之后的法”。顾名思义,由于刑法的威能过甚,为了限制其适用,只有在其他法律不能调整或者调整无效时,才会考虑适用刑法。是故,刑法不能过分扩张,其适用当以谦抑性为原则。一旦刑法过分扩张化,突破谦抑性原则,将极易造成社会治理的“过度刑法化”。^[15]这不仅会背离刑法的性质,造成刑法的强势与其他部门法的弱势;还会背离刑法的机能,过分强调法益保护而忽视人权保障;更会背离刑法的功能,造成刑法庸俗化,使刑法成为一个可以随时使用的工具。^[16]因此,民法学者王利明教授就深刻指出,就我国当前的法治现状而言,“民法要扩张,刑法要谦抑”。^[17]

关于“对待金融犯罪应当要不惧刑法的扩张,以行为犯或者危险犯的犯罪构成模式,来降低金融犯罪入罪门槛”的观点,^[18]我们需要以审慎的态度予以对待。理由在于,行为犯与危险犯具有特殊性,其是为了保护法益免受高度危险行为的侵害,而金融犯罪显然不属于高度危险行为的范畴,且将之作为行为犯或危险犯处理还会剥夺犯罪嫌疑人中止犯罪的权利。再者,行为犯与危险犯的设立需要刑法明文加以规定,而司法实践中将金融犯罪解释为行为犯或危险犯的做法,势必将与刑法的谦抑性原则



背道而驰。此外,需要警惕的是,现阶段公权力机关的某些恣意做法,已经存在着矫枉过正的问题。例如,部分司法机关就将原本完全可以由民法加以调整的经济纠纷,强行以刑事制裁的方式进行干预。有甚者,更是倡导将纯粹的民间高息借贷这一普通民事行为归为刑事犯罪进行惩处。^[19]显然,这种肆意扩张刑法打击范围的行为,无视乃至践踏了刑法的谦抑性原则。

[15] 参见何荣功:《社会治理“过度刑法化”的法哲学批判》,《中外法学》2015年第2期,第523页。

[16] 王强军:《社会治理过度刑法化的隐忧》,《当代法学》2019年第2期,第3页。

[17] 王利明:《民法要扩张刑法要谦抑》,《民主与法制》2016年第44期,第9页。

[18] 肖中华、徐藩:《非法吸收公众存款罪的三个问题》,《中国检察官》2012年第3期,第36页。

[19] 参见邱兴隆:《民间高利贷的泛刑法分析》,《现代法学》2012年第1期,第112页。



再者,经济犯罪所涉及的罪名通常属于行政犯而非自然犯,即经济犯罪一般不具备反道德性,并未侵害社会传统道德观念,只是由于法律法规将其定性为犯罪,才会对此类行为予以刑事规制。^[20]也正是由于经济犯罪为行政犯的特殊性,其是否构罪的边界本身就具有相当的模糊性。换言之,基于辨识上的困难性,民营企业对于经济犯罪的认知会容易产生偏差,而司法机关对经济犯罪的认定也存在着较大的弹性空间。^[21]是故,一旦公权力机关存在扩张认定经济犯罪的冲动,则经济犯罪这把悬在民营企业头顶的“达摩克利斯之剑”,势必将严重掣肘民营企业锐意进取的决心。

四、非法吸收公众存款罪构罪标准的适度缩限

在肯定了民营企业经济纠纷中民刑分界的必要性之后,如何避免肆意将民营企业经济纠纷向经济犯罪转化就成为了当务之急。而非法吸收公众存款罪是近年来民营企业经济犯罪频率最高的罪名,占比一度接近三分之一,影响力堪称第一。其中,2017年民营企业共计犯有非法吸收公众存款罪415次,占民营企业经济犯罪总量的30.9%。因此,以非法吸收公共存款罪作为切入点进行研究的价值是不言而喻的。

(一)民营企业民间融资的迫于无奈

资金是企业的血液。究其本质,民营企业民间融资乃是由于民营企业内源融资资源有限,才会被迫通过成本更高的外部融资方式筹集生产经营所需的必要资金。^[22]银行融资、债券融资和证券融资等方式对于民营企业的高门槛,导致其资金供给常常难以为继,从而直接迫使民营企业寻求民间资本的供血。

1. 民营企业银行融资的步履维艰

对于民营企业而言,目前可供选择的银行贷款方式主要有三种,为抵押贷款、信用贷款和保证担保贷款。抵押贷款需要民营企业提供足额的抵押物,但是民营企业囿于固定资产的有限和生产经营规模的中小化,一般无法提供大量固定资产用于抵押贷款。是故,当前寄希望于民营企业通过银行抵押贷款来获得充足的资金支持,以维持正常的生产经营乃至扩大经营并不现实。

信用贷款虽然不需要抵押物,看似仅凭企业信用即可获得银行贷款,但是

[20] 参见张明楷:《自然犯与法定犯一体化立法体例下的实质解释》,《法商研究》2013年第4期,第46页。

[21] [德]恩施特·贝林:《构成要件理论》,王安异译,中国人民公安大学出版社2006年版,第103页。

[22] 参见赵红梅:《透析民营企业非法融资的制度根源》,《学习与探索》2009年第6期,第13-15页。



银行信贷政策普遍趋于保守和严格。民营企业在经营规模上的偏小偏弱,以及其对于资信建设有意无意的忽视,使其在信用审查时往往处于劣势。而部分民营企业为了获得银行的信用贷款,对财务报表的不惜粉饰乃至造假,也加重了银行对民营企业的偏见。再者,银行为了保证信贷资产的安全性,所建立的“信贷责任终身制”,也导致银行信贷人员为了避免自身承担过重的风险,主观上也会收紧向民营企业的放贷意愿,进而致使民营企业一般难以获得大额的信用贷款。

保证担保贷款乃是当前民营企业获得银行贷款的最主要方式。即一家民营企业为另一家民营企业提供保证担保,以通过增加责任财产的方式来达到担保的目的,从而获得银行贷款。但是,保证担保贷款的副作用也异常的明显。尤其在经济处于下行周期时,往往因一家民营企业资金链断裂不能如期偿还贷款,就会导致一连串的民营企业因为互保互贷而纷纷爆雷,引发严重的连锁反应,乃至大面积“错杀”原本经营状况良好的民营企业,对区域经济造成严峻的危害。^[23]

2、民营企业上市融资的难乎其难

民营企业的常规融资途径主要有两种:第一种是间接融资,即通过银行、信托等金融机构获得贷款;第二种是直接融资,即通过公司上市获得投资者的投资。公司上市也分为两种,包括债券上市和股票上市,但这两种上市方式的要求都相当高,非一般民营企业所能企及。根据我国公司上市的相关法律规定,仅关于公司资产的要求,就已经将绝大部分民营企业拦在了上市大门之外。^[24]例如,依照《证券法》第十六条^[25]的规定,倘若申请债券上市的,则要求股份有限公司的净资产不得低于3000万人民币,有限责任公司的净资产不得低于6000万人民币;依照《首次公开发行股票并上市管理办法》第二十六条的规定,^[26]如果申请在主板股票上市的,那么要求公司发行股票前股本总额不低于

[23] 例如,因山东天信集团在2017年宣告破产,导致最终至少有9家相互担保的企业也因此进入破产重整程序,其中甚至有两家企业是“中国民营企业500强”,该事件的发生对当地经济造成了严重的破坏。参见蓝熏:《相互担保,火烧连营,山东又一家百亿民企倒下》,《搜狐网》,www.sohu.com/a/297376194_465557,最后访问日期2019年5月4日。

[24] 作者通过统计证监会官网数据,截止到2019年1月,我国A股市场上市公司总数为3592家,其中民营企业仅有两千余家,上市民营企业在我国两千多万民营企业中所占据的比例不足万分之一。参见证监会:《辖区上市公司名录》,《中国证券监督管理委员会官网》,http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/pcjsgsgsm1/bjzxxg/,最后访问日期2019年5月4日。

[25] 《证券法》第十六条:“公开发行公司债券,应当符合下列条件:(一)股份有限公司的净资产不低于人民币三千万元,有限责任公司的净资产不低于人民币六千万元。”

[26] 《首次公开发行股票并上市管理办法》二十六条:“发行人应当符合下列条件:(三)发行前股本总额不少于人民币3000万元。”



3000 万人民币；依照《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第十条的规定，^[27] 假设申请在创业板股票上市的，则要求公司发行股票前净资产不低于 2000 万人民币。此外，无论是债券上市还是股票上市，对于公司净利润、营业收入等方面也均有着苛刻的要求。大部分民营企业受自身规模所限，难以达到上述公司上市标准，是故也就无法通过公司上市获得融资。



综上所述，正是由于民营企业通过常规融资途径获得足额资金的困难性，才导致了民营企业企业家为了维持民营企业资金的正常周转，被迫向高利率的民间资本寻求替代性帮助。而一旦民营企业企业家与不特定主体建立了民间借贷法律关系，现阶段就极易触犯非法吸收公众存款罪。也正是民营企业企业家民间融资与非法吸收公众存款罪之间的“暧昧纠缠”，致使民营企业企业家民间融资陷入了二律悖反的困境。一方面，民营企业企业家欲寻求资金无路；另一方面，社会闲散资金欲投资无门。^[28] 因此，基于对民营企业企业家合法权益的切实维护，厘清民间融资与非法吸收公众存款罪之间的关系已然刻不容缓。

（二）非法吸收公众存款罪的过低构罪标准

就构成要件而言，非法吸收公众存款罪兜底罪名的特性近乎决定了其构罪标准的偏低化。该罪的行为主体要素是不设限的一般主体，包括了自然人和单位；该罪的危害行为要素是只需有向社会公众吸收资金的行为即可；至于该罪的行为对象要素，则要求须是社会上的不特定对象；而该罪的危害结果要素，则仅要求自然人犯罪的吸收金额在 20 万以上，或吸收对象在 30 人以上，或造成直接经济损失在 10 万以上，单位犯罪的构罪标准是自然人犯罪的 5 倍。关于该罪所保护的法益，则为宽泛意义上的金融秩序的稳定。^[29]

就立法技术而言，非法吸收公众存款罪属于简单罪状，《刑法》第一百七十六条仅规定“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处……”。然而，也正是由于其内容的过于简单，给予了司法机关在认定某些非

[27] 《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第十条：“发行人申请首次公开发行股票应当符合下列条件：（三）最近一期末净资产不少于两千万，且不存在未弥补亏损。”

[28] 卢君等：《关于非法吸收公众存款罪的几点思考》，《人民司法》2013 年第 23 期，第 31 页。

[29] 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 685-688 页。



典型行为是否构成该罪时,以较大的自由裁量空间。^[30]而这,也实质上造成了实践中司法机关在认定是否构成该罪时,往往将那些处于模糊地带的非典型行为纳入了非法吸收公众存款罪的范围,从而不当扩大了刑法的打击面。为了弥补非法吸收公众存款罪所存在的问题,最高人民法院曾于2010年12月13日颁布了《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称“《非法集资解释》”),其第一条^[31]的规定就细化了认定非法吸收公众存款的条件。然而,效果却不尽如人意,《非法集资解释》的出台并未有效遏制司法实践中该罪扩大适用的趋势。通过检索近几年的相关判决可知,即便“被告人未承诺还本付息”的,司法机关一般仍会判决犯罪嫌疑人触犯非法吸收公众存款罪。

是故,对于资金链相对紧张,常常急需向民间资本寻求资金支持的民营企业企业家而言,非法吸收公众存款罪的上述特性所导致的构罪标准偏低无疑是致命的。因为只要民营企业企业家实施了向不特定对象吸收资金的行为,便有可能轻易构成该罪。因此,在当前党中央大力倡导保障民营企业企业家合法权益的大背景下,^[32]确有必要从谦抑化的角度来解读和适用《刑法》中的非法吸收公众存款罪。

(三)民间融资刑事认定谦抑化的实现路径

当下,非法吸收公众存款罪的最大问题,并不是如某些学者所言,因其对于调控民间融资行为已然没有价值而应当被废除。^[33]基于非法吸收公众存款罪的威慑力,其对于净化民间融资行为、维护金融秩序稳定的意义不应被轻易抹杀。但是,非法吸收公众存款罪认定范围过分扩张化的问题,确实也亟待正视与解决。应当通过确定该罪的民刑分界线,明确哪些行为不应当由刑法调控,来避免刑事打击的过分扩大,^[34]进而实现对民营企业企业家合法权益的切实保

[30] 参见陈明、赵宁:《简单罪状的司法认定和解释规则研究——以盗窃罪的司法认定为例》,《政治与法律》2013年第4期,第52页。

[31] 《非法集资解释》第一条:“违反国家金融管理法律规定,向社会公众(包括单位和个人)吸收资金的行为,同时具备下列四个条件的,除刑法另有规定的以外,应当认定为刑法第一百七十六条规定的‘非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款’: (一)未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金; (二)通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传; (三)承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报; (四)向社会公众即社会不特定对象吸收资金。未向社会公开宣传,在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的,不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。”

[32] 林维:《罪刑法定是企业家权益、企业权利的重要保障》,《人民法院报》2019年4月17号,第002版。

[33] 参见刘新民:《“非法吸收公众存款罪”去罪论》,《江苏社会科学》2012年第3期,第130-135页;赵星、张晓:《论废除非法吸收公众存款罪》,《河北学刊》2014年第5期,第168-172页。

[34] 参见[日]佐伯仁志、道坦内弘人:《刑法与民法的对话》,于改之、张小宁译,北京大学出版社2012年版,第2页。



护。在判断是否构成非法吸收公众存款罪时,应当准确把握以下几点。

1. 严格限定“存款”的解释范围

认定非法吸收公众存款罪的核心之一在于对“存款”的界定,如果不能证明民营企业家吸收的资金属于存款,则不能判定构成该罪。目前,根据学术界的主流观点,判定存款最主要的两个标准为是否承诺还本付息和是否面向不特定对象。^[35]实践中,是否面向不特定对象在认定上基本无争议,而关于是否承诺还本付息的认定则存在较大的商榷空间。

由于直接承诺还本付息的违法性特征极为明显,恶意触犯非法吸收公众存款罪的犯罪嫌疑人一般不会采用直接吸收存款的方式来融资,往往会进行一定的包装,通过巧立名目的方式来逃避法律管制。不过,正如最高院在《非法集资解释》第二条中所规定的,无论借助何种名义,只要具备“保证还本付息”的特征即有可能构成非法吸收公众存款罪。因此,对于“变相吸收存款”的行为,虽然其不以“存款”的名义吸收资金,但对其辨别的核心依旧是吸收资金时是否承诺还本付息。^[36]



当吸收资金时未承诺还本付息的,那么所吸收的资金应当定性为投资款而非存款。需要区分的是,相对于存款的储蓄者,资金的投资者对本金可能出现的亏损后果无疑会有更加明确的预期,以及更强的风险承受能力。在这种情况下,如果投资者仍然将资金投向民营企业,则表明他此时已经接受了可能存在的风险。

然而,当前司法机关却囿于各方压力,常常将“存款”范围进行扩大解释,把未作出还本付息承诺下吸收的公众投资款也解释为了“存款”。这种恣意的做法,导致大量的民间融资行为被不当纳入非法吸收公众存款罪的调整范围,造成该罪适用上的极大扩张。此种违反罪刑法定原则的矫枉过正,应当坚决予以否定。随着我国法治化进程的不断推进,对于吸收资金时未承诺到期还本付息的,应当遵循“法无明文规定不为罪”的基本原则,不再继续认定为非法吸收

[35] 参见谢望原、张开骏:《非法吸收公众存款罪疑难问题研究》,《法学评论》2011年第6期,第139页。

[36] 参见丁慧敏:《论“变相吸收公众存款”》,《政治与法律》2011年第4期,第49页。



公众存款罪,仅将之作为一般民事纠纷交由民法来妥善解决。有学者就限缩性地提出,“只应把以欺诈或超过企业利润率,且不具有非法占有目的之大量吸纳资金的行为定性为非法吸收公众存款罪。”^[37]

2. 吸收资金用于“生产经营”的不应构罪

民营企业家吸收社会公众资金后,使用途径可以分为货币经营和生产经营。货币经营是指民营企业家将吸收到的资金用于放贷、投资等对货币资本的经营,生产经营是指民营企业家将吸收到的资金用于生产自身主要经营的产品。前者属于资本的间接融资,后者属于资本的直接融资。应当明确,这两者之间具有本质的区别,即该吸收资金的民营企业家是否起到银行、信托等金融机构的中介作用。刘宪权教授就认为,“从非法吸收公众存款罪的立法初衷看,刑法惩治的是间接融资行为而非直接融资行为。”^[38]试想,倘若民营企业家将吸收到的资金用于放贷、投资等货币经营,相当于变相充当了金融机构的角色,甚至可能会逐渐演变成脱离监管体系的非法金融机构。^[39]这无疑将严重破坏我国金融秩序的稳定,将其认定为非法吸收公众存款罪自然无可非议。不过,如果民营企业家仅将资金用于生产经营,虽然也存在着经营亏损的风险,但此种风险不仅尚属可控范畴,且一般不会影响金融秩序的稳定。因此,是否构罪就颇值斟酌。例如,在河北孙大午案中,^[40]由于孙大午一直接时偿付资金,且并未破坏当地金融秩序的稳定,其行为几无危害性。也正是基于此,与法院有罪判决形成强烈反差的是,无论是孙大午本人,还是当地群众,乃至社会各界舆论,均不认为孙大午构成非法吸收公众存款罪。对此,张明楷教授就旗帜鲜明地指出,尽管刑法条文未明确规定非法吸收公众存款罪须以具备特殊目的为要件,但是应当将非法吸收公众存款罪界定为目的犯,即融资人必须有将吸收到的资金用于信贷的目的,方可构成该罪。^[41]

然而,当前司法机关在认定非法吸收公众存款罪时,并未区分民营企业家吸收资金后是用于货币经营还是生产经营,采取了“一刀切”的模式,一律认定

[37] 姜涛:《非法吸收公众存款罪的限缩适用新路径:以欺诈和高风险为标准》,《政治与法律》2013年第8期,第52页。

[38] 刘宪权:《刑法严惩非法融资行为之反思》,《法商研究》2012年第4期,第120页。

[39] 参见袁翔、周强龙:《影子银行与货币政策传导》,《经济研究》2015年第5期,第91页。

[40] 孙大午是河北大午农牧集团董事长。2000年1月至2003年5月,大午公司未经中国人民银行批准,经孙大午决策,以高于银行同期存款利率等方式,出具名为“借款凭证”实为存单的制式凭证,向社会公众变相吸收存款1308万余元,涉及611人。被法院认定为非法吸收公众存款罪。参见钟朋荣:《评析亿万富翁孙大午被捕事件:非法集资与合法圈钱》,《人民网》,www.people.com.cn/GB/jingji/1039/2026922.html,最后访问日期2019年5月4日。

[41] 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第687页。



为非法吸收公众存款罪。此种粗糙的认定方式，忽视了非法吸收公众存款罪的立法目的，混淆了直接融资与间接融资的本质区别，实不可取。^[42]并且，这种武断的认定，实则也基本彻底阻塞了民营企业进行合法民间融资的通道。考虑到目前民营企业的融资困境，为了响应国家进一步培育和保护民营经济的方针政策，理应适当放宽对民营企业的融资监管。由于民营企业家吸收社会闲散资金用于生产经营，并不具有明显的社会危害性，因此宜将相关纠纷作为民间借贷纠纷来解决，而不应以非法吸收公众存款罪进行刑事惩处。^[43]最高检于2018年11月15日发布的《办理涉民营企业案件的11条执法司法标准》，其在某种程度上就赞同了上述观点，“对于民营企业非法吸收公众存款，主要用于正常的生产经营活动，能够及时清退所吸收资金的，可以不起诉或者免于刑事处罚。”尽管最高检的态度仍相对保守，依旧将用于生产经营的吸收公众存款行为认定为了犯罪，但是“可以不起诉或者免于刑事处罚”的规定，相比于以往僵化的一刀切显然已具有了明显的进步。



五、结语

民营经济是我国社会主义市场经济的重要组成部分，民营企业家作为民营企业的掌舵人，为我国改革开放后的经济腾飞做出了重大贡献。^[44]融资难一直是困扰民营企业发展的重大难题，这也迫使民营企业家不得不向民间资本寻求帮助。司法机关对于未作出还本付息承诺下吸收公众投资款的民营企业，以及对于吸收公众存款后用于生产经营的民营企业，均不应过分苛责，上述行为宜作无罪化认定。当然，强调民营企业家经济犯罪的民刑分界，并不意味着赋予了民营企业家以免死金牌，也不意味着民营企业家可以拥有令刑法网开一面的特权。强调民营企业家经济犯罪民刑分界的意义在于，通过限制刑法调整范围的过分扩大化，来维护和保障民营企业家的合法权益，从而为民营经济的蓬勃发展保驾护航，为我国社会主义法治建设添砖加瓦。

[42] 参见彭冰：《非法融资活动规制研究》，《中国法学》2008年第4期，第43-45页。

[43] 颇值一提的是，江苏省高院在“张勇案”中就明确认为，“被告人借款的目的是用于承包窑厂的生产经营，因而没有吸收存款扰乱金融秩序的主观故意……因此不构成非法吸收公众存款罪。”详见“张勇、周贤山非法吸收公众存款案”，江苏省高级人民法院（2016）苏刑再10号再审刑事判决书。

[44] 参见王伟光：《马克思主义中国化的当代理论成果——学习习近平总书记系列讲话重要讲话精神》，《中国社会科学》2015年第10期，第14-15页。

贴牌生产是否适用合法来源抗辩

□ 马利锋* 王玲洁*



在专利侵权案件中,对于贴牌生产是否适用《专利法》第七十条,即合法来源抗辩,历来有较大争议,本文通过对贴牌生产具体行为的解析,结合《专利法》及《侵权责任法》进行梳理,以得出结论。

一、导读:在专利侵权案件中,如果销售的被控侵权产品上印制有销售者的商标,即贴牌产生,是否构成专利法意义上的制造者;如不构成,是否适用合法来源抗辩。本文通过实践中办理的案例进行分析,从而确定如果贴牌行为属于 ODM 模式,应可以适用合法来源抗辩。

二、案件来源:(2011)浙知终字第 172 号;(2018)浙 01 民初 4160-4162 号

三、案情简介:杭州某贸易公司(以下简称 A 公司)诉某母婴用品公司(以下简称 B 公司)销售的床护栏产品侵犯了其现阶段依法享有的稳定有效的实用新型专利权,并对 B 公司在网络销售平台商的销售行为进行了相关的网页、购买产品的证据保全公证,其购买的床护栏产品包装上明确印有 B 公司

* 马利锋,本所权益合伙人,擅长专利无效复审和行政确权诉讼、专利侵权诉讼、商标侵权诉讼、反不正当竞争。

* 王玲洁,本所实习律师,中国政法大学法学学士,德国弗赖堡大学法学硕士。



商标。A 公司主张 B 公司实施了制造、销售、许诺销售侵权产品的行为，B 公司辩称其仅为销售商，侵权产品是由第三人（以下简称 C 公司）设计生产，并提供了 B 公司与 C 公司之间的采购合同、汇款凭证及发票。经过当庭技术比对，基本认定被诉侵权产品落入涉案专利权保护范围的前提下，本案的争议焦点为：B 公司的合法来源抗辩是否成立。



四、法律分析

（一）涉案产品上贴商标，不能简单断定被告为制造者

商标是识别商品来源的重要标志之一，这种价值主要通过消费者选择标示有相应商标的商品来实现。换句话说，商标的标示作用主要体现在市场阶段，而非制造阶段。也就是说，商标的标示作用主要体现了商标的使用人试图向消费者标示的产品来源，而不能证明产品的制造阶段的实际来源。故本案中原告仅凭商标的标示作用认为商标所有人为被诉侵权产品的制造者的主张没有依据。

在判例广东雅洁五金有限公司与温州蓝天知识产权代理有限公司一案【(2011)津高民三终字第 57 号】[(2012)民申字第 211 号]中，专利权人认为应推定商标所有人与被诉侵权产品的实际制造者是共同行为人，从而直接承担赔偿责任或承担连带责任。原审法院也认为，“首先，商标权人对其注册的商标使用、管理具有较高的谨慎注意义务，负有保证商标使用合法的职责。其次，商标权人将自有商标标注于被控侵权产品之上，具有向社会公众表明商品来源、提供品质保证的效用。第三，商标本身识别商品来源的功能决定商标是开拓市场参与市场竞争的重要工具，借助商标吸引消费者选择该商品，逐步树立商品



声誉,从而获得利益,因此商标权人对于被控侵权产品的销售后果享有利益。综上,商标标识一旦用于被控侵权产品,应认定具商标权人有被控侵权产品制造者的身份。”

然而,以上的观点被天津高院和最高院否定。最高院在再审裁定书中明确表示:“《最高人民法院关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标所有人为被告提起民事诉讼的批复》指出,任何将自己的姓名、名称、商标或者可资识别的其他标识体现在产品上,表示其为产品制造者的企业或个人,均属于《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百二十二条规定的“产品制造者”和《中华人民共和国产品质量法》规定的“生产者”。但是,该批复主要针对在诸如商标的所有人许可他人使用其标识的情况下,出现因产品质量不合格造成人身损害时,规定该标识的所有人应当与实际“产品制造者”和“生产者”一样承担损害赔偿责任。”该批复不适用于《专利法》中制造者的认定。

上述观点在判例广州市强生信达贸易有限公司与上海出亚实业有限公司侵害外观设计专利权纠纷一案【(2013)沪高民三(知)终字第10号】中,被上海市高院采纳。其在判决书中明确,“根据最高人民法院的该批复,在确立相关案件诉讼主体时,任何将自己的姓名、名称、商标或者可资识别的其他标识体现在产品上,表示其为产品制造者的企业或个人,均可被列为相应案件的当事人。产品上标示了姓名、名称、商标等标识即可初步认为相应的企业或者个人是相关产品的制造者,在案件起诉时就可以将相应的企业或者个人列为当事人。但在案件作出实体判决时,不能仅依据产品上标示的姓名、名称、商标等标识确认产品的制造者,而要根据各方当事人提供的全案证据进行认定。”

本案中,仅凭被控侵权产品上的B公司商标,可以得出被控侵权产品是B公司制造的初步结论,但该初步结论被B公司提供的其与C公司的采购合同、增值税发票、汇款凭证等证据推翻了,根据B公司提供的该些证据应当认定B公司是被控侵权产品的销售者而非制造者。

(二)ODM贴牌生产中,商标权人的身份确定

贴牌生产,指加工承揽人根据约定,为定作人加工生产使用特定商标的产品并将该产品交付给定作人,根据约定收取费用的贸易方式。目前贴牌生产主要有两种模式:OEM(Original Equipment Manufacturers)模式和ODM(Original Design Manufacturer)模式。OEM,是指定作方利用其自身技术负责设计和开发新产品,通过合同订购的方式委托生产厂商使用自己品牌或商标生产产品,并根据约定支付加工费或将所订产品买断的生产模式。ODM,是指生产厂商受定作方委托,运用其自身生产技术或产品设计,使用定作方的商标生产产品的



生产模式。两者的区别在于,OEM使用的是定作方的技术,而ODM使用的是生产厂商的技术。

虽然本案中B公司与C公司之间没有明确的贴牌生产合同,但从实际操作看,通过采购行为,完成了C公司作为加工方为定作方B公司加工使用特定商标的商品的ODM生产模式,也符合贴牌生产作为一种加工承揽行为的法律属性。

根据判例飞利浦(中国)投资有限公司、深圳市和宏实业有限公司、敖谦平、宁波新亚文照明电器有限公司、宁波亚明照明电器有限公司知识产权纠纷一案【(2011)浙知终字第172号】中,浙江省高院的观点:“在加工承揽合同下,定作方和加工方的行为是各自独立的,并不能将加工方的法律责任直接归属于定作方,尤其加工承揽中的对外侵权责任。”在本案ODM生产模式下,被控侵权产品的技术由C公司提供,制造亦由C公司负责完成。B公司作为定作方并不存在故意诱导、怂恿、教唆加工方侵犯他人的专利权的情形,因此其所实施的行为未侵犯专利权。

以上观点被最高院予以肯定,在敖谦平与飞利浦(中国)投资有限公司、深圳市和宏实业有限公司等侵害发明专利权纠纷再审审查民事裁定书【(2012)民申字第197号】中,最高院指出,“根据专利法第十一条规定,未经专利权人许可而为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口专利产品的,属于侵犯专利权行为。这里的‘制造专利产品’,对于发明或者实用新型来说,是指作出或者形成覆盖专利权利要求所记载的全部技术特征的产品。上述理解综合考虑了‘制造’一词本身的含义和专利法第十一条的立法目的。在委托加工专



利产品的情况下,如果委托方要求加工方根据其提供的技术方案制造专利产品,或者专利产品的形成中体现了委托方提出的技术要求,则可以认定是双方共同实施了制造专利产品的行为。”简而言之,OEM模式中委托方与加工方成立双方共同制造侵权,ODM模式中,加工方独立承担制造侵权责任。本案中,根据被告提供的采购合同可以看出,采购合同被诉侵权产品是C公司设计生产,被诉侵权产品的技术方案完全来源于C公司,B公司没有向其就被诉侵权产品的生产提供技术方案或者提出技术要求,B公司不是专利法意义上的制造者,其行为并不构成侵害涉案专利权。

(三)对于ODM,确定了其是销售者的身份,是否可以适用合法来源抗辩?

合法来源抗辩中的法律解释

《专利法》中第七十条规定,为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品,能够证明该产品合法来源的,不承担赔偿责任。

在实践中各地法院出台了相应的规定,如江苏省高级人民法院在其编写的《侵犯专利权纠纷案件审查指南》第5.10条规定,为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品,能证明该产品合法来源的,只承担停止侵权,不承担赔偿责任。合法来源,应当是指符合合同法要件的来源,即使用、许诺销售或者销售人对于被控侵权产品存在符合《合同法》规定的合同关系,而不是指被控侵权产品是经过专利权人许可制造的。

北京市高级人民法院在其编撰的《专利侵权判定指南》第133条第3款中规定,合法来源是指使用者或者销售者从合法的额进货渠道,以合理的价格直接购买了被诉侵权产品,并提供相关票据。

从上述规定来看,北京市高级人民法院对合法来源显然缩小了适用范围,仅局限于买卖合同关系,有违反《专利法》之嫌。既然法律和司法解释没有对合法来源作出解释,只能从立法本意着手进行解读。





根据 1984 年和 1992 年专利法的规定，销售者只有在明知或者应当知道侵权的情况下售出专利产品的，才构成侵权，反之不视为侵权。然而，在上述法律的施行过程中，由于销售行为较制造产品的行为更容易发现，侵权产品的制造者为了躲避承担侵犯专利权的民事责任，往往利用该款规定，以隐蔽方式制造侵权产品，然后再由他人销售，造成了能够承担侵权责任的制造者难以找到，能够找到的销售者却又不承担侵权责任。因此，2000 年和现行的《专利法》考虑到了上述情况，严格了合法来源抗辩的适用条件，销售者仅仅以“不知道”为理由尚不免除赔偿责任，还必须证明其销售或者使用的产品有合法来源。如果销售者提供的证据有利于专利权人找到制造侵权产品的源头，则免除其赔偿责任。由此可见，根据立法史可知，合法来源抗辩的目的在于查明侵权产品的制造者。

从以上的分析可以看出，贴牌生产可以做进一步细分，其中 OEM 涉及到委托人提供了技术，认定是生产者法律上没有障碍，但 ODM 由于没有参与专利法上的生产制造，因此不应认定为生产者。而且从专利法的立法史可知，合法来源的设立目的是查明侵权产品的制造者，在 ODM 下，如被告提供了上游生产商，法院还是要判决其承担责任，今后就没有这类销售者提供侵权产品来源，这显然与专利法背道而驰。故 ODM 下，委托人不应承担赔偿责任。

五、结语

销售者合法来源抗辩及其赔偿责任的承担，是司法实践中一个极为疑难复杂的问题。本文仅对销售者是贴牌生产中 ODM 的情形展开了论述，对 OEM 不在讨论之列。司法实践中，法院对此目前也没有统一的裁判尺度，希望该领域的法律工作者，特别是裁判者能进一步总结研究，出台指导意见。

“多付”的房款

——记一起商品房买卖合同纠纷案

□ 张亦晨*



引言:被告作为房地产开发商,由于操作失误,在未实际收款的情况下,为原告开具了10万元的现金收据。原告抓住这一关键证据,企图向被告追讨这“多付”的房款。但原告并未得逞,被告律师通过严丝合缝的证据链,抓住原告庭审中的漏洞,推翻了原告主张,使案件顺风翻盘。那么,在证据上存有弱势的情况下,应如何充分利用全案证据,形成完美的证据链,来一个漂亮的反击?

一、案情简介

2008年6月3日,原告张某委托其母向被告公司订购商品房两套,被告出具收据两份,金额共10万元,收款方式为现金。原告委托案外人某公司分别于2008年6月4日、2008年7月4日、2009年8月31日、2009年9月3日、2011年5月16日各支付10万元、40万元、60万元、10万元、100万元。原告之母又于2012年3月31日、2014年8月1日分别支付被告10万元、

* 张亦晨,本所实习生,华东政法大学硕士研究生。



557463.65 元。

2009年9月2日,原告之夫代原告与被告签订《认购意向书》2份,认购被告2套房屋。2014年8月1日,原告与被告签订《浙江省商品房买卖合同》一份,将2套认购的房屋变更为1套,总价款为2847414元。同日,原告之母代原告与被告《钱塘航空大厦结算单》签字。该结算单载明:总价为2847414元,已付房款2300000元,业主累计补金额为551463.15元。该结算单另载明:“本人对以上款项确认无误,双方按累计补(退)金额结清款项后,双方再无争议。”双方就房屋进行实物交付,但未办理权属登记手续。2015年2月2日,原告诉至法院,请求被告返还“多付”房款10万元并进行相应赔偿。



二、争议焦点

双方当事人对2014年6月4日当天及其后所支付的款项无争议,本案的争议焦点在于,2008年6月3日原告是否向被告支付了现金10万元?

三、代理思路

本案中,原告掌握一组有力证据,即被告于2008年6月3日出具的现金收据两张,该证据显示被告收取原告10万元,此组证据对被告极为不利。但钱律师结合全案所有证据,从举证责任分配、证据证明标准角度出发,充分准备并熟练运用诉讼策略,最终使案件得以回转。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉解释》第108条:“对负有举证证明责任的当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,确信待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在。对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,认为待证事实真伪不明的,应当认定该事实不存在。”本案中,《收据》作为原告证明存在10万元支付的主要证据,其作为本证应达到“高度盖然性”的标准,才可被视为完成证明责任。而《结算单》是双方均提交的证据,亦系原告反驳被告的主要证据,故《结算单》只需使本证即《收据》的待证事实陷入真伪不明的状态,即可达到目的。故本案的代理思路为:通

过一系列证据,形成证据链,推翻《收据》的待证事实,或使其真伪不明。

(一)《收据》无法达到“高度盖然性”的证明标准。

《收据》是一审法院支持原告主张的关键证据,故《收据》是被告律师主要的攻击对象,使《收据》无法达到高度盖然性的证明标准,从而否定《收据》所要证明的“多付 10 万元”的事实。具体如下:

首先,有“现”的收据实际中并不一定是现金收取。被告同一时期开具给其他客户的 21 张收据,亦写着“现”,但事实上是通过银行转账支付,可以证明本案不同于一般收据用于现收现付的情况,原告先取得收据后付款并非特例。

其次,“先开收据,后付款”在实际操作中非常常见,并不是偶发事件,仅凭收据就认定原告已付款的事实,证明力不足。

最后,同期定金均为每套 5 万,并无每套 10 万的标准。若案涉 10 万元确系原告现金支付,原告比同购房团队的人多交了一倍的订购房款,但却未提出异议,明显不合常理。对于购房这一重大事项,常人是不愿自愿提早付的,尤其是在同行的他人少付的情况下。因此,原告已付 10 万元房款的真实性存在极大疑问。



(二)《结算单》可进一步降低本证的“高度盖然性”。

《结算单》是对被告有利的证据,但一审法院未予认可,故接下来是通过《结算单》进一步否定“多付 10 万元房款”的待证事实。具体如下:

首先,《结算单》均系双方作为证据提交的文件,说明双方均认可《结算单》中内容。双方均承认《结算单》的真实合法有效,且该《结算单》亦不存在任何无效或可撤销情形。原告一方面将其作为自身证据提交,另一方面又否定其效力,自相矛盾,缺乏说服力。

其次,《结算单》中载明“本人对以上款项确认无误,双方按累计补(退)金额结清款项后,双方再无争议”。可见,《结算单》明确显示双方款项结算的终局性,而且原告在签署后也实际支付了尾款 557463.65 元,说明原告对所有房款支付并不存在异议,否则也不会一次次向被告支付约定数额的房款。

最后,原告系完全民事行为能力人,在其自认双方并不存在房款争议的情况下,应对其所作出的书面确认承担法律后果。因此,原告在《结算单》中已经认可对房款不存在争议,进一步否定了“多付”房款的事实。



（三）其他围证均能证明不存在“多付10万元房款”的事实。

上述证据已经可以基本否认原告的主张，但为使被告的主张更有说服力，从而让法官更为信服，尚需其它证据进行补强：

首先，原告在长达六年的房屋买卖事项协商过程中，从未就所争议的10万元房款进行过主张，而原告也并非如此大度豪爽之人。由此，不得不让人怀疑“多付”房款的真实性。

其次，在庭审过程中，原告方就10万元现金支取的陈述与银行流水存在明显矛盾。在庭审中，原告方曾表示“在2008年6月3日的前一天在稠州银行取款十万”，但提供的证据却证明6月2日并无取款。对此，原告方无法给出合理解释，这又是一大疑点。

再次，原告2009年9月2日签订《认购意向书》并收取100万元收据时，对于此前多付10万元收据只字不提，而在2009年9月3日为履行《认购意向书》时又多支付10万元。原告在已“多付”房款的情况下，对此争议只字不提，甚至在后续付款中，仍按合同金额支付足额房款，显然不合常理。这只能说明，“多付”的事实并不存在。

最后，双方曾有4次涉及房款金额的协议或收据往来，均是款款书证对应，若没有对上一次款项支付金额的确认无争议，就不会出现原告后一次的支付行为。由此，也可以证明双方对款项支付一直是清楚而无争议的。

综合上述三点，原告多付10万元的事实基本没有存在的可能，退一步讲，被告所做的反证也已达到“待证事实真伪不明”的程度。故根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干问题规定》第73条，“双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认……”，本案应当依法认定“多付10万元”的事实不存在。

四、处理结果

本案一审法院支持了原告诉讼请求，被告败诉。二审过程中，钱律师充分利用已有证据，形成完美的证据链，获得精彩的胜诉。法院最终撤销原判，驳回原告全部诉请。

五、法律思考

很明显，本案原告是借被告实际操作疏忽，觉得有利可图，企图通过恶意



诉讼获得 10 万元的不正当利益。但由于原告掌握“强有力”的证据——被告出具的《收据》，被告的胜诉几率并不大。而本案被告最终能大获全胜，最为关键的是，正确理解证明标准以及巧妙运用证据。

“以事实为根据，以法律为准绳”一直是司法工作的基本原则，但由于法官受到时空的限制，只能凭借当事人提供的证据做出判断。很多时候，胜诉的关键就是证据，一个关键证据的推翻可能彻底影响案件的走向。在证据对待事实的证明无法达到确实充分的情况下，当事人要证明该事实已发生，其提交的证据必须要达到“高度盖然性”的标准。但“高度盖然性”实际上是一个概率判断，在错综复杂的证据面前，最终还是有赖于法官的主观判断。本案二审中，钱律师先证明本证《收据》已无法达到“高度盖然性”的标准，再以《结算单》进一步降低其“高度盖然性”，最后辅以围证证明待证事实难以成立，环环相扣，可谓严丝合缝，最终赢得了法官的认可。被告能逆风翻盘，大获全胜，离不开律师的缜密布局，全盘规划。

而对当事人来说，被告这次是吃了“操作不规范”的亏。现实中，不少企业都存在收据与实际支付不符等不规范情形，这极易让对方有机可乘钻，本案就是一个警醒。若不是律师的大力扭转，被告就要吃这个哑巴亏。因此，也要提醒各企业加强业务管理，规范会务操作，避免类似事件的再次发生。



编者按：

本文取材于金道所高级合伙人唐小平律师办理的真实案件。在第38期助理内训上，陈钢对此进行分享，而后成文，以飨读者。

浅析房屋租金差价损失赔偿问题*

□ 陈 钢 *



一、问题的提出

定期房屋租赁合同履行过程中，出租方根本性违约导致合同解除后，当承租方另租他人房屋而价格高于原合同价格时就会产生租金差价。

站在承租方的立场上看，自己未来几年需要增加的支出是出租方违约所造成的，故根据全面赔偿原则理应全部由出租方赔偿。而损失额仅需根据前后两份合同的价格差乘以原合同尚未履行的期间即可计算得出。

然而，站在出租方的立场上看，即便对方的前后两份合同确实存在价格差，也未见得就单纯是由于出租方的违约行为所造成。任何一处房屋均属特定物，不同地段、面积、朝向的房屋租金差异较大，两者之间不具有可比性。即便客观上承租方存在租金差价损失，此种损失也未见得就是出租方缔约时所能预见的范围。故根据可预见规则，出租方对承租方所主张的损失额应不予赔偿

* 本文系陈钢在唐小平律师的指导下完成。

* 陈钢，本所实习律师，浙江大学法律硕士。



或只进行有限赔偿。

在具体的租金差价损失索赔案件中，需要考察的核心问题又往往集中在几个方面：与出租方违约行为具有因果关系的承租方损失额到底该如何确定？承租方所主张的租金差价利益是否具有确定性？出租方缔结合同时能够预见到的，因己方将来的违约行为而可能给对方造成的损失范围该如何界定？基于利益平衡角度考虑，承租方所主张的期待利益损失是否应足额赔偿？

二、司法实践中的观点

对于承租方所主张的租金差价损失，其本质只不过是在未来若干年内因其无法再继续享受原合同所约定的相较于未来的市场价格可能更便宜的价格，属于可得利益损失的范畴。

对于前述可得利益的保护，目前法院在实践中并不统一。对于承租方主张的可得利益损失常见的有如下三种处理方式：

（一）不予支持，认为租金差价不属于可预见的可得利益

在浙江米兰洲际酒店有限公司与杭州三坝股份经济合作社房屋租赁合同纠纷一案^①中，法院认为“在长达 20 年的租赁期内，房屋租赁市场会受到经济形势、市场供求、区域规划、周边环境等诸多因素的影响，具有很强的不确定性，难以按照某一时间的租金价格或租金评估价推算出 20 年租赁期间的转租获利金额。”即在一个相对较长的租期内，出租方实际不能预见到之后租赁市场的价格变动，因此而产生的租金差额不属于违约时承租方的可得利益损失。

在马苏力么乃与周玲燕房屋租赁合同纠纷一案^②中，承租方马苏力么乃将房屋转租给了次承租方，并因此向出租方索要因其违约导致的转租收益无法取得的可得利益损失。二审法院和再审法院均认为：可得利益必须是将来实际会得到的切实利益，承租方主张的剩余租期的可得利益是建立在与出租方的租赁合同能够正常持续履行且次承租方在合同期限内亦能够正常持续经营的前提下获得的收益；而经营活动本身存在风险，即使合同正常履行，也不必然产生预期收益，且双方均同意解除合同，故不予支持其主张。

（二）部分支持

在陈永宁与郑睿房屋租赁合同纠纷一案^③中，二审法院认为出租方单方违约的情况在事实上享有了承租方“装修改造所带来的经济利益”，给承租方

^① 杭州市西湖区人民法院(2013)杭西民初字第 774 号民事判决书

^② 青海省高级人民法院(2016)青民申 377 号民事裁定书

^③ 北京市第一中级人民法院(2018)京 01 民终 3982 号民事判决书



造成了“预期租金的损失”。但对于赔偿的损失数额法院认为不能直接采纳承租方的主张,而是要考虑未来租金收益的不确定性、承租方可以获得替代收益的时间、出租方对违约行为的主观认识、租赁物在承租方收取租金收益中所起到的作用、承租方投入的资本大小、出租房屋的难易程度等显示因素,相对于承租方所提出的数额进行了大幅度的减少。

在杭州圣河科技有限公司与浙江友诚控股集团有限公司房屋租赁合同纠纷一案^④中,法院同样认为承租方转租获得的收益属于出租方可以预见的范围,出租方应当对租金差价损失进行赔偿。但对于损失的金额,法院认为“不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”,且承租方在履行合同过程也有其他的不稳定因素和风险,故最终对赔偿金额的判决在承租方主张的基础上进行了较大程度的缩减。

(三)全部支持

在重庆大川集团房地产开发有限公司与龚向奎房屋租赁合同纠纷一案^⑤中,再审法院认为承租方租赁房屋是为了经营超市使用,“房屋租金系其经营成本支出,无论其超市经营是盈是亏,房屋租金上涨会导致经营成本支出增大,盈则会压缩其利润空间,亏则增大亏损额度”,故承租方有权通过司法鉴定程序确定合同期限内未来的租金差价并以此作为其可得利益损失的依据请求出租方赔偿。法院最终判决出租方按司法鉴定的结果全额赔偿了承租方的租金差价损失。



在新疆银兔工贸有限责任公司与中国银行股份有限公司新疆维吾尔自治区分行房屋租赁合同纠纷一案^⑥中,再审法院认为说明涉案双方在签订涉案租赁合同时,完全能够预料到其违约弃租行为,因房屋租赁市场价格波动给承租方造成租赁费价差损失,而使得承租方可得利益不能足额实现。最终判决出租方赔偿承租方“双方在庭审中确认的可得利益损失金额”。

④ 杭州市滨江区人民法院(2017)浙0108民初2604号民事判决书

⑤ 重庆市高级人民法院(2015)渝高法民提字第00206号民事判决书

⑥ 新疆维吾尔自治区高级人民法院(2017)新民申376号民事裁定书



通过对上述案例的分析可以发现，不同判决分歧的焦点在于以下几个问题：租金差价这种只有在未来才有实现可能的期待性利益到底在多大程度上属于法律所保护的可得利益，承租方所主张的这种可得利益的损失在多大程度上属于违约方可以预见的范围。

三、租金差价成因分析及界定

一般情况下，承租人所主张的租金差价通常是其新租房屋的实际租金和原合同约定租金之间的差额。但从法律的视角看，具有探讨价值的租金差价却只能是原租赁合同租金价格和同一房屋未来公允市场租金价格之间的差额。

因此就需要甄别出承租人所主张的租金差价中哪些部分是由于前后租赁物之间因地段、位置、面积等不具可比性的差异所导致的，哪些是具有法律意义的差价形成因素所导致的。

具有探讨意义的差价形成因素主要包括如下两类：

1、因市场行情上涨导致合同签订后市场价格逐渐偏离原合同约定的价格；

2、原合同价一开始就低于当时的公允市场价，在缔约当时就产生了差价。

甄别承租人所主张的差价中，哪些属于前后租赁物不具可比性的个性化差异所导致，哪些属于前述两种具有探讨意义的差价形成因素所导致，笔者认为如下思路颇值得借鉴。

这种思路是比照“违约方的获益即等于守约方的损失”之思路，通过评估租赁物本身在原合同签订之时以及解除之时两个时点的公允市场租金价格，考察两个评估值有没有明显差异，以及评估值与原租赁合同所约定租金价格之间有没有明显差异来间接衡量。

若两个评估基准日的评估值并没有发生大的差异，仅评估值与原合同约定的租金存在较大差异的，则可得出合同价在签订之时即偏离了当时正常市场价的结论；若两个评估值之间存在着明显差异的，则可说明差价的形成包含了租金市场价格上涨因素，评估值之间的差值即公允市场价上涨的幅度。

若通过上述评估已经得出了“原合同价一开始就低于当时的公允市场价，在缔约当时就产生了差价”的结论后，则可进一步分析造成这种现象的深层次原因。

一般而言，若合同双方签订的合同价一开始就低于公允市场价，产生原因无非是如下两种可能：一是出租方虽明知其租赁物的真实市场价格，但基于双方其他业务上的合作或其他利益上的交换，自愿在本次租赁中通过降低租赁



价格的形式向承租方让渡一部分利益。二是出租方因错误认识其租赁物的市场价格,而与承租方签订了明显远低于公允租赁价格的合同。

差价的形成也可能以上所述的原因同时存在,那么通过评估两个时间点的价格,就可以进行一定程度上的界定和区分,以便于最终对承租人可得利益损失进行确定。

四、可得利益保护的限制

(一) 等价有偿原则

在可得利益损失的限制规则中,通常只会想到可预见规则、减轻损害规则、过失相抵规则、损益相抵规则,而不会想到等价有偿原则。

等价有偿原则是民法中最重要、最基本的原则之一,贯彻于所有民事活动之中,也是合同订立须遵循的基本原则。等价有偿原则在英美法系中则称之为对价原则,两者虽然不完全相同但具有很多相似性。也正是因为其过于基础,往往在具体的实践中会被“忽略”。

等价有偿原则实际上是公平原则在合同等具体事项中的体现,反映的是权利和义务的相对性,一方可以取得的财产和其履行的义务应有相应的对等关系,而不能出现权利和义务极端不对等的情况。

在可得利益损失的界定中,违约方对于守约方的赔偿自然也要考虑守约方所履行的义务、承担的风险和付出的对价。若将守约方仅部分履行了合同义务的情形下其应当获得的利益与假定其已提前履行完所有合同义务情形下其应当获得的利益等而视之,其实质是令守约方不必再支付后续对价并承担后续履约风险,即可提前摘得“全部果实”——这显然有违等价有偿原则,也有违公平原则,是权利和义务的不对等。





可得利益作为一种合同利益，守约方同样须以付出相应的对价作为取得条件。若仅凭一纸合同就可以获得巨额利益，在守约方尚未付出相应对价时就可以轻易取得与其已经支付的对价和所承受的风险完全不匹配的预期利益，其结果只会导致投机签约之风盛行。

（二）可预见规则

可预见规则最早是由法国 18 世纪著名法学家波蒂埃(Pothier)于 1761 年所提出。他认为，违约损害赔偿责任的范围应该在订立合同时可预见的范围内，即违约方应赔偿的损失仅限于其已预见或应预见的因违约可能会造成的损失。^[1]这一原则也被 1804 年法国民法典所吸纳，后被各国立法所借鉴和吸收。不仅在大陆法系，英美法系亦早早便确立了可预见规则。

我国《合同法》第一百一十三条的规定也吸纳了可预见规则：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”该条规定虽然限制了可得利益损失的赔偿范围，但对可预见规则的具体适用未作出明确规定。这一未明确的规定带来了理解上的许多困惑，也导致了司法机关在审判中自由裁量空间过大，产生了许多矛盾的裁判结果。

从可预见规则的确立过程及规定的内容来看，其目的在于将违约损害赔偿的责任限制在适当的范围内，避免违约方因守约方的无限追索而承担缔约当初无法预见的损失，同时也维护缔约双方当事人的利益均衡。

有观点认为可预见规则的目的是“保护诚实、善意的违约方，如果违约方的行为反于诚信，或者适用该规则会导致明显不公，那么即使未预见到因自己的违约行为所带来的损害后果，法律也责令其对该损害承担赔偿责任。”^[2]这一观点明显是不正确的——因为从《合同法》的规定来看，法律从未将道德评价结果设立为可预见规则的适用前提。

更为重要的是，可预见规则的设立目的恰恰是为了能够让当事人在订立合同时，就对自己如果出现“恶意”违约在内的各种情形下可能承担的不利后果都有一个大概的认识，从而能够判断出这种不利后果是否仍在可以接受的范围内。“如果未来的风险过大，则当事人就难以从事交易活动。所以，可预见性规则将违约当事人的责任限制在可预见的范围之内，这对于促进交易活动开展，保障交易活动正常进行，具有重要意义。”^[3]

此外，考虑到实践中违约方到底是“善意”还是“恶意”本身即难以认定，若将可预见规则的适用仅限于“善意”违约情形，不仅将导致裁判难度大增，更



会导致市场主体更加谨小慎微不敢开展交易活动。

可预见规则在可得利益损失赔偿界定须准确把握预见主体、预见时间、预见对象、预见标准四个方面。

首先,我国合同法已经做出了明确规定,应当是违约方作为预见的主体。即设身处地的占在违约方的视角来看待问题。

第二,是预见的时间,通说的观点和我国合同法的规定均为缔结合同之时。“合同的缔结是以当事人当时了解的情况对日后风险所作的一种分配,而且是在这种分配的基础上讨价还价形成了合同的对价关系,如果以日后的情况加之于违约方,且又未使之有机会通过提升价格或者作其他适当安排防范风险,对他来说则是不公平”。^[4]因此,只能根据订立合同之时,违约方可以预见的内容来确定可得利益损失的赔偿。

第三,预见的对象,即包括损失的类型、范围以及程度。从可预见规则的目的来看,是为了防止违约方的赔偿责任无限扩大,故而若仅仅只需要确定预见的类型,就要承担该种类型损失的全部责任,实际上是违背了可预见规则的设立初衷。因此在损害的类型、范围、程度等各方面都应当适用可预见规则,即违约方预见到的损失不仅应涵盖损失类型,也同时包括损失的范围和损害结果的程度。

第四,预见的标准,是指如何判断当事人能否预见。目前主流的观点是两个标准,一是合理人标准,或者说一般社会人标准,即如果一个一般的社会人在订立合同时就可以预见的,就应当视为违约方可以预见;另一个是违约方的特殊标准,即根据违约方在订立合同时所能获知的信息来确定其可预见的范围。但即便运用了这两个标准,实际上对于可预见的内容还是具有非常大主观性,违约方一定倾向于“我什么都预见不到”,守约方一定倾向于认为“你当然能够预见到”。因此对于可得利益损失的确定,还应当考虑其他的因素。

除了等价有偿原则和可预见规则之外还存在其他限制赔偿规则——减轻损害规则、过失相抵规则、损益相抵规则,因其适用相对比较明确,本文不再展开论述。

简言之,笔者认为,在界定可得利益损失的赔偿范围时,应当考虑合同的履行情况,守约方已经支付的对价和未支付的对价,合同双方当事人履行合同应承担的风险等因素,并充分考虑违约方在缔结合同时就能够预见到的因己方的违约而可能给对方造成的损害类型、损害范围、损害程度,方可得出一个较为公平的损失赔偿数额。



五、承租人对差价利益的期待性与预期利益的确定性

可得利益属于一种期待利益，须以当事人对某种利益具有主观上的期待性为前提，若当事人从未对某种利益报以期待，则当然不存在对该种预期利益的保护问题。

由于房屋租赁市场总体而言是一个相对平稳的市场。除了专做“二房东”以转租牟利为目的的承租方外，大多数承租方的承租目的均不是为了获得租赁行情上涨带来的差价利益，而是为满足自己的实际使用需求而已。对于大多数承租方而言，获取未来租赁行情上涨而产生的差价利益从来就不是其主要缔约目的，其对于该种利益的期待性至少在缔约当时并不强烈。

在合同履行过程中，若承租方已经支付了部分租期内的租金，则由于其已经实际付出了相应租期所对应的“真金白银”般的对价，故对该租期内其将会享有的权益，会产生极其强烈的期待性；相反，承租方对于其尚未支付的租金所对应的后续租期内可能蕴含的利益，由于其实际尚未付出任何“真金白银”，故其期待性明显较弱。

从期待利益的确定性上看，承租方是否已经支付了相应租金，对于租金差价期待利益实现的可能性，亦具有极为重要的影响。

承租方主张的租金差价利益要想自然实现，取决于如下两个必要条件完全得到满足：一是合同价和市场价之差价持续存在；二是承租方在未来履行合同过程中不出现违反合同约定的情形。

若租赁合同解除时承租方尚未支付后续全部租金的，暂且不论市场行情是否会持续朝向有利于承租方差价利益的方向发展，单从承租方未来是否就一定不会出现违约情形这一点来看，合同能否顺利履行完毕本身即存在极大的不确定性。

譬如承租方出现因经济状况恶化等原因而无力继续支付后续租金，又或承租方因业务变化等原因而不再需要承租房屋。就上述情形，若双方的合同本身又没有约定可以转租或者解除的，势必导致承租方只能通过违约终止合同的履行。在该等情形下，承租方不仅不能实现后续期待利益，反而还须承担违约责任，赔偿出租方的损失。

相较于承租方尚未支付后续租金的情形，若承租方已经履行完毕合同项下的所有租金支付义务，则至少单从租金支付层面上看其期待的差价利益才有了较大可能实现性——即该期待利益才有较大的确定性。

基于上述原因，承租方租金支付情况是判断其预期差价可得利益是否具



有确定性以及确定性强弱程度的重要依据。

六、租金差价损失的可预见性及预见程度

笔者认为，对出租方就承租方将来可能发生的租金差价利益损失之预见性及预见程度的判断，需要基于合同所约定的租金支付方式、是否允许转租、违约金约定情况、承租方承租房屋的用途、本地区过往租赁市场行情变化情况与未来周边环境变化、出租方签订合同时是否明知真实的市场价格但却自愿让渡其利益等多个角度综合衡量。

若要出租方能够预见自己的违约可能给承租方造成租金差价利益损失，其必须先预见到承租方将来会获得差价利益。反之，若出租方根本无法想到将来承租方会取得合同价格和 market 价格的差价利益，他也就更无法预见到承租方会产生该种预期利益的损失或租金差价的损失。

（一）通过租金支付方式探究出租方对承租方租金差价损失的预见性

租赁合同关于租金支付方式的约定通常为分期支付、逐年递增，极少数合同会约定一次性提前付清。

若合同约定的租金支付方式本身是分期支付、逐年递增，即已在一定程度上折射出了双方均暗含有某种“随行就市”的意图——合同上关于未来几年租金的价格，只不过是基于缔约当时双方对未来行情价格走势的预判结果而已。在分期付款的租赁合同中，很难说出租方内心能够 100% 的确信承租方未来就一定按期足额支付租金，故更不可能在还没有收到对方的租金前就为承租方预设租金差价利益。

一次性支付与分期支付的差别不仅体现在现金价值的差异上，更重要的是令承租方所承担的履约风险被增大。基于风险与利益相一致原则，一次性收取全部租金的出租方理应知道承租方对合同能顺利履行完毕的期待性远远大于分期支付租金的承租方；理应知道承租方甘冒一次性付款的风险，实际是以提前支付相应对价的形式来试图锁定未来的期待利益。

基于上述原因，分期付款的租赁合同在出租方实际收到相应租金前，对承租方可能产生的租金差价收益、损失均难以产生很高的预见性。而一次性付款的租赁合同因出租方已提前收取了所有价款，故对承租方未来产生的租金差价收益、损失都理应由较高的预见性。

（二）通过是否允许转租探究出租方对承租方租金差价损失的预见性

依照《合同法》的规定，若合同没有明确约定的视为不允许转租。若双方一开始所建立的本身就是不得转租的租赁合同关系，那么不难得出承租方所期



待的并不是租金差价利益，而仅仅只是满足自身使用的需要而已。按人之常情，若仅为自用之需，当事人通常不会强烈期望市场行情上涨，因为租期到了还是必须要签订新的租赁合同，租金上涨必然会导致成本增加。若就连市场行情上涨的期望都不太有，又如何产生因行情上涨所带来的租金差价期待利益？

与上述情形形成鲜明对比的是明确约定可以转租的租赁关系。一旦承租方拥有了转租权，其即有可能仅凭转租便从中渔利，甚至专门从事转租业务，获取转租差价收益。为获取转租利益，承租方势必自然而然的怀有希望行情上涨的期望，而出租方也理应知道承租方有此期望。

基于上述原因，不允许转租或严格限制转租的租赁合同下，出租方对承租方的预期租金差价利益损失难以产生预见性；明确允许转租的租赁合同，对承租方的预期租金差价利益损失，理应具有一定的预见性。

(三)通过约定违约金的情况探究出租方的预见性及预见程度

尽管法律规定违约金相较于实际损失过高或过低时，法院均可以根据当事人的请求进行调整。但不能因此就否认违约金的数额实际在一定程度上反映了当事人对损失的预见性和预见程度。

如果对于出租人违约解除合同的行为约定了较高的违约金或者违约责任，则说明双方对于违约可能造成的承租方损失具有较高的预见性；而如果约定的违约金较少或者根本没有约定具体的违约金，则说明当事人对于未来产生的租金差价损失并不具有较高的预见性。

与之类似的还有押金，通常在房屋租赁合同中，押金即是作为违约金的基础。双方若约定了高额的押金，则说明对于履行合同的可得利益损失具有较高的预见性，反之如果约定的押金很少，则说明出租方和承租方对于合同的按约履行本身就不具有较高的期待性。

(四)通过承租方承租房屋的用途探究出租方的预见性

若承租方承租房屋仅用于一般的物品堆放且未对租赁物进行大范围改造，即可以看出该租赁物对于承租方来说本身就具有极强的可替代性。此种情形下承租方自己恐怕也未见得就一定要将自身绑死在该租赁物上。故承租方对后续会否产生租金差价利益的都很少有期待性，出租方又如何能轻易预见其期待利益损失。

与前述情形不同的是，若承租方承租房屋本身是用于商场、酒店等经营活动，且须对租赁物进行大范围改造投入的，则不难推断出承租方对租赁物的持续租赁具有“生死攸关”的利益和强烈的期待性。在此情形下，出租方对将来给承租方造成租金差价利益损失应当有一定的预见性。



(五)通过本地区过往租赁市场行情变化与未来周边环境变化探究出租方的预见性及预见程度

市场行情发展虽无法精确预见,但当事人却依然可以根据本地区过往租赁市场的行情变化,形成其内心对未来价格的一个大致区间估计。若历史数据反映当地租金变动极为剧烈,则出租方就理应对承租方未来可能产生巨大的租金差价利益而有所预判;反之若租赁市场行情一直比较平稳,出租方就很难预见到将来承租方可能产生巨大的差价利益损失。

举例说明,若当地历史数据反映租金行情持续平稳,每年增幅通常不超过5%时,在周边环境未来未发生大的变化的情况下,当事人就很难预见到在其签订合同后可能出现年价格超过20%甚至更高以上的行情。如果真出现了上述情形,以致达到了绝大多数业内人士都普遍都认为的异常状态时,该种远远超出正常人合理预期的价格变动就不再属于商业风险的范畴,而是属于“情势变更”。

对于远超正常范围的价格变动所产生的价差利益,本身就不属于出租方可以预见的范围。

值得注意的是,对于大型商业物业的租赁,由于承租人开始经营后有可能带来巨大的人流从而在未来改变周边的商业环境,在此情形下出租人理应预见该区域未来有可能发生租赁行情的大幅递增。

(六)通过出租方签订合同时是否存在明知真实的市场价格但却自愿让渡其利益来探究出租方的预见性及预见程度

若出租方系缔约之时即明知其租赁物的真实市场价格,但基于其他利益上的交换,自愿在本次租赁中通过便宜租赁价格的形式向承租方让渡一部分利益的,则由于其在签订合同的当时就已经明知自己嗣后若违反合同约定单方终止租赁合同,将导致对方无法取得自己基于先前的利益交换而让渡给对方的利益。故此种情形下出租方对于承租方租金差价利益的损失即是完全可以预见的范围。

若出租方缔约之时系错误认识其租赁物的市场价格而与承租方签订了明显远低于公允租赁价格的合同的,则由于承租方所获得的租金差价利益本身即是违反等价有偿原则的不公允利益,甚至可能存在重大误解。出租方嗣后若单方终止租赁合同,虽程序上不一定妥当,但其根本目的和客观效果均不过是对原本失衡的利益进行了公平合理的矫正而已。此种情形下,与其说是承租方的期待利益遭受了损失还不如说是出租方的合法权益得到了维护,故无所谓是否具有可预见性。若一定要从预见性上探讨,其结论也是其缔约时必定未予



预见——这是因为,若出租方在缔约时即能预见一旦自己根本性违约,即便将来行情不上涨对方也可能产生差价损失。这岂不是已经说明其当时就已意识到自己所签的合同价可能明显低于市场价了么?这样的出租人还会签这样的租赁合同么?

值得特别注意的是,若承租方主张“出租方系明知租赁物的公允价值而自愿让渡其利益”的,因该种主张明显不同于生活常态,故应当承担举证责任对此予以证明。而在后一类情形中,若承租方签订的租赁合同价格若仅仅略低于公允市场价格的,亦不能因此就认为其所取得的差价利益属于不正当利益。

七、租金差价损失索赔裁判尺度问题

本文认为,对租金差价损失索赔的支持尺度,应充分考虑守约方期待利益的确定性及违约方对守约方可得利益的预见性,进行差别化的处理。

(一)绝大部分情形下,对租金差价损失只应部分支持

诚如丹东亿龙房地产开发有限公司与大连华臣影业集团有限公司房屋租赁合同纠纷案件中,最高院的裁判观点“计算和认定涉案合同未履行部分可得利益损失时,应当充分考虑可预见原则、过失相抵原则、未来市场风险以及鉴定评估报告的依据是否全面、客观等因素作出综合评判,不宜简单采信鉴定结论。”^⑦

对于大多数租金支付方式为分期支付、未明确约定可转租、承租房屋对于承租方来说具有较强的可替代性、本地区过往租赁市场行情变化不大、出租方签订合同时并非出于故意让渡利益的租赁情形,即便在履行过程中确因出租方违约而导致承租方客观上需要多付租金另租房屋,对其差价损失也只应部分支持。

对于支持尺度,首先应根据市场租金通常可预见的上涨幅度,计算合同剩余年限内可能发生的差价总额,将其限定在一个相对合理的范围内。然后再进一步根据承租方实际已经支付的租金占合同约定总租金的比例,对之前得出的限定差价总额按同比例予以部分支持。

若通过上述方式仍难以计算和把握的,则可参考《北京市高级人民法院关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第24条中关于承租方擅自退租时对出租方的参考性赔偿标准,就出租方违约时给承租方所造成的差价损失同样给予“合同约定的三至六个月的租金”标准进行赔偿。

^⑦ 最高人民法院(2017)最高法民申1240号民事裁定书



(二)可以考虑完全不予支持或全面支持的个别情形

若租赁市场行情本身并没有发生显著变化,而双方又约定有违约金的,在支持了违约金后,就承租方所提出的差价损失一般应不予支持。违约金本身即是对预期可得利益损失在合同订立时约定的补偿金额,在违约方支付了违约金后不应再因同一事项再次支付赔偿金。

若承租方已经提前支付完合同项下所有租金,且承租方主张的后续几年将会发生的租金差价总额也并未明显超过租赁市场上通常的租金上涨幅度的,则就承租方所提出的前述差价损失可全面支持。在此种情况下,承租方在订约时就已经承担较大的风险,对于合同的正常履行具有非常高的期待性,出租方应当能完全预见到承租人的可得利益损失,故应当承担较重的违约责任。

八、结论

房屋租赁纠纷产生的租金差价可得利益赔偿问题是一个综合性问题,面对该问题时不能片面、机械适用法律条文。而应根据承租方已经支付的对价情况,参考等价有偿原则,并从租金差价形成原因、合同约定的租金支付方式、违约金、房屋租赁用途等多方面综合分析出租方在合同订立时对违约结果的预见性,并据此确定一个公平合理的损失赔偿额度,使裁判结果相对公允。

参考文献

[1] 王利明:违约责任论[M],北京:法律出版社,2003:764

[2] 陈婕:租赁合同因违约解除房屋租金增值部分应予以赔偿,长沙市雨花区人民法院网[DB/OL],<http://csyhfy.chinacourt.org/article/detail/2014/06/id/1321625.shtml>,2014.6.20

[3] 王利明、杨立新、王轶、程啸:民法学[M],北京:法律出版社,第五版

[4] 王利明:违约责任论[M],北京:法律出版社,2003:543



编者按：

股权转让与担保纠纷是近年来司法实践中争议较多的法律纠纷之一。其中关于流质条款约定的效力评价问题仍然只停留在形式审查阶段，归于当然无效。在金道所权益合伙人吴红亮律师的指导下，刘敏律师结合司法实践中流质型股权转让与担保的裁判情况，在第42期助理内训上对其合理性及风险防范机制进行分析，与大家进行分享交流。

流质型股权转让与担保的 效力分析与研究*

□ 刘 敏*



摘要：随着社会经济的发展，股权转让与担保虽然在主流观点中被认定为有效，但其中关于流质条款约定的效力评价问题仍然只停留在形式审查阶段，认为流质条款会产生显失公平的效果，当然无效。笔者结合司法实践中流质型股权转让与担保的裁判分析，认为其存在三大合理性，包括交易便捷的融资优势，不存在违法因素时当事人约定意思自治、与物权法中折价的法律效果基本一致。因此，关于流质型股权转让与担保的效力问题不应当仅从物权法领域进行评价，应当结合合同法等具体分析股权转让与担保中的流质条款对债务人、债权

* 本文系刘敏律师在本所权益合伙人吴红亮律师的指导下完成。

* 刘敏，本所律师。



人及其他第三方的影响,在不损害债权人、债务人及第三方利益的前提下,减少对正常商事秩序的干预,带有估值清算义务的流质条款,因属于当事人意思自治达成的一致约定,应当肯定其效力。

关键词: 股权让与担保 流质条款 效力评价 意思自治 利益平衡

引言

在现代经济发展过程中,随着社会民众创业热情的高涨,股权的融资功能被激活,股权让与担保作为一种非典型担保方式在我国经济活动和担保实务中多有运用。2015年9月1日开始施行的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十四条,在司法解释层面第一次对我国的让与担保进行了规范。但在让与担保制度中,以股权作为标的物的让与担保在实践操作中经常面临股权让与担保合同的效力评价、是否违反物权法定原则、是否回避流质契约条款等诸多难题。

在合同的效力评价方面,虽然司法实践中具体裁判观点仍有细微差异,但肯定股权让与担保合同效力的司法取向日趋明朗。在我现阶段理论和实务界中,当事人、金融机构、法院以及多数学者均倾向于不否认股权让与担保合同的效力。但在流质条款的效力认定层面,普遍认为违反了物权法的规定,应当归于无效。这种制度设计固然简便易行,但在个别案件中可能会因过于刚性而有失偏颇^①。笔者认为,在肯定股权让与担保效力的基础上,关于流质型股权让与担保的效力评价问题,应当结合流质型股权让与担保的具体内容分析判断,当前实务界对于流质型股权让与担保当然无效的观点值得商榷。

一、流质型股权让与担保的概念界定

(一)基本要素:让与+担保+流质条款

股权让与担保本质是为债权的实现提供担保,是一种非典型担保模式。流质型股权让与担保,是指在债务履行期届满前,债务人或第三人为担保债务的履行,将享有的股权转移给债权人,并约定当债务人在债务履行期届满后不履行或不完全履行债务时,债权人可以取得股权的所有权。流质型股权让与担保可以简单理解为以股抵债,作为一种权利移转型担保,在法律结构方面,最明显的三大特征表现为:

^① 许德风. 公司融资语境下股与债的区分. 法学研究, 2019年第2期。



1、股权转让。即股权转让,通过签订书面转让协议并采取工商变更登记的形式将股权的所有权转移至债权人名下,但这种让与的意思表示,仅仅表现为手段,而非最终目的。主要目的在于担保债务的履行,当债务人按时履行还款义务时,债权人需将股权返还给债务人。

2、债的担保。股权转让担保并非独立存在的一种法律行为,属于从合同,目的在于为主债务提供担保,受让人通常并不为此支付对价,同时对于受让的股权,未届债务清偿期前“受让人”不得行使和处分。

3、流质条款。“流质”体现为当债务人不能履行债务时,股权所有权转移至债权人。但在债权人取得股权所有权的过程中,又分化出两种不同的取得路径。一种为债权人直接取得股权的所有权,双方互不找补,与流质契约禁止的理由相同,为了防止双方当事人利益失衡,此种路径在司法实践中因违法物权法的规定,被列入当然禁止之列。另一种路径为债权人可以通过公正估价等方式对股权进行估值,继而与债权金额进行抵消,多退少补。此种估值清算的路径在司法实践中争议较大,也是本文主要讨论的情形。

(二)模式差异:股权转让与担保与质押担保的区别

既然股权质押担保是一种常规的典型担保模式,为何商业主体会冒着法律否定性评价的风险,在商事活动中选择股权转让与担保这种非典型的担保模式,两种模式的显著差异体现在:

1、法律适用差异。股权质押担保属于法律明文规定的典型担保模式,具体表现为《物权法》第二百二十六条之规定,而股权转让与担保是大陆法系德日等国经由判例、学说所形成的一种非典型的担保方式,我国尚不存在明确的法律规定,仅在民间借贷司法解释中对让与担保有所提及,有鉴于此,股权转让与担保在司法实践中饱受争议。

2、债权人对于股权的控制程度不同。股权质押担保作为一种他物权或限制物权,仍从属于让与担保设定人对担保物的所有权。股权转让与担保作为一种权利转移型担保,经过工商变更登记,债权人对外已成为公司股东,对股权享有的不再是附属于所有权的他物权,而往往是效力远优于他物权的自物权即所有权,对股权的实际控制能力较强^②。

3、债权清偿实行方式不同。质押担保中,当债务人到期无法履行债务时,债权人需要经过折价、拍卖、变卖股权等程序对所得价款实行优先受偿,实现

^② 法务之家,“股权转让与担保”与“股权质押担保”有啥区别?链接:http://www.sohu.com/a/231728580_164794



债权的成本较高,时间周期较长。但股权转让与担保在债权清偿方式上径直转让的行为更为灵活,交易更为便捷,一方面体现了股权转让与担保的优越性,但也暗含着法律风险,司法实践关于流质条款效力的认定并未形成统一的裁判标准^③。

二、流质型股权转让与担保的司法裁判分析

笔者通过对中国裁判文书网等权威数据网站进行检索,界定关键词“让与担保”、“股权”、“民事”、“流质”,初级检索筛选出裁判文书共计 104 件,经过分析整理,排除重复案例,与本文研究内容明显不相关案例,最终筛选得出有效案例为 37 件,具体情况分析如下:

(一)案件数量:总体上升趋势

笔者通过检索发现,自 2013 年以来,股权转让与担保案件中涉及对流质条款进行评价的案件比率呈现总体上升趋势,针对股权转让与担保中流质条款的纠纷数量虽在 2014 年和 2017 年出现不多,但 7 年来基本处在增加状态。从下图 1 可看出,在 2013 年之前,法院公开的股权转让与担保案件中涉及流质条款的案件基本不存在,但在 2015 年至 2018 年三年间呈现出案件数量显著增加的趋势。其中原因可能基于《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》于 2013 年底通过,并自 2014 年初施行。因此,即便 2013 年之前存在相关案例,可能也未全部上网。

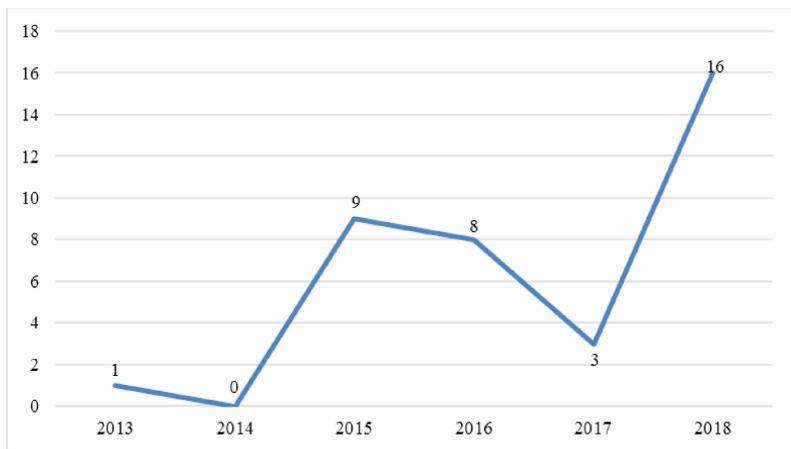


图 1 流质型股权转让与担保案件数量统计

^③ 蔡立东. 股权转让与担保纠纷裁判逻辑的实证研究. 中国法学, 2018 年第 6 期。



（二）司法观点：总体否定性评价

笔者通过整理归纳，发现在 37 起涉及流质条款的股权让与担保纠纷中，认定流质条款无效的案件为 35 起，无效比例高达 94.6%，其中仅有 2 起案件认为流质条款有效（见下表 1）。以上数据说明，当前我国司法裁判整体上对股权让与担保案件中的流质条款作否定性评价，但由于担保形式的特殊性，缺乏明确的法律指引，法院尚未形成统一的裁判标准：多数法院认为应当参照关于股权质押禁止流质的规定，流质条款违反物权法定原则应当归于无效，但有小部分法院认为需对流质条款的具体内容进行分析才能进一步判断。

	案例总数	流质条款有效	流质条款无效	有效比例
案例数量	37	2	35	5.4%

表 1 流质型股权让与担保案件数量统计

（三）面临难点：如何评价以实现当事人利益平衡

“禁止流质”旨在防止债权人获得暴利，防止出现违背民法中的自愿、意思自治原则的情形，保护债务人免受暴利盘剥或陷入不公平的交易。在“融金汇达（北京）投资管理有限公司与钱卫东确认合同效力纠纷”一案中，法院认为《股权回购协议》约定的“甲方未按约定支付股权回购款项的，视为放弃回购，乙方有权自行处置股权”为流质条款，直接认定违反了相关法律规定，应属无效，缺乏对流质条款是否能够直接参照适用物权法关于抵押、质押禁止流质规定的解释说明。但在“陈天兵与王有斌股权转让纠纷案”中，法院对股权让与担保中流质条款的具体规定进行了详尽细致的分析。二审法院南京市中级人民法院认为，虽然双方当事人协议中约定陈天兵（债务人）不履行债务时，案涉股权的所有权就直接归属王友斌（债权人），但在债务清偿期届满后，当事人签订了股权估值的补充协议，应视为双方对让与担保中标的物清算估价方式达成的一致意见，故法院肯定了将股权转让给债权人的法律效力。

上述不同裁判结果尤其是后一案件的裁判主文，反映出部分法院在实际裁判中仍然非常注重考量流质条款约定实质上是否会造成不公平交易的局面，从而进一步判断流质条款的效力，并未简单地参照适用物权法的相关规定。因此，如何对当事人约定的债权清偿实行方式进行评价，以实现当事人利益的平衡，成为法院直面的法律问题^④。

^④ 蔡立东. 股权让与担保纠纷裁判逻辑的实证研究. 中国法学, 2018 年第 6 期。



三、流质型股权让与担保的合理性分析

(一)功能优势:交易便捷,有利于融资

作为主体在商事活动中的创新,股权让与担保主要功能在于授受信用,融通资金^⑤。促使流质型股权让与担保产生的一个重要因素,是股权的变现耗时费力且难以充分变价,从而使担保人无法在股权价值高于债权额时,以变现所得清偿担保债务后保留股权价值的剩余部分^⑥。流质型股权让与担保与物权法中规定的折价、拍卖、变卖的救济方式相比,尤其在债务人借款周转阶段,对于债权人的吸引力更强,有利于债务人进行融资,解决企业资金周转困难的问题。在债务人不能偿还借款阶段,公平且对价合理的股权所有权转移能够免去众多繁琐的交易程序,帮助债权人和债务人以较低成本、较短时间解决债务纠纷。

(二)法律原则:符合意思自治,物权法定具有滞后性

法院判断股权让与担保中流质条款的效力问题时,由于没有法律明文规定,一般参照物权法第186条和担保法第40条的规定,认为当事人在债权尚未到期时约定,抵押物或质押物所有权在债务不履行时直接移转于债权人,该约定无效。事实上,股权让与担保是双方当事人对借款如何保证实现的合意约定,其不仅仅受到物权法的调整,还接受合同法等其他部门法的评价。从合同法的角度来说,股权让与担保中的流质条款完全可以理解为一种因迟延履行而承担违约责任的约定,流质条款所体现的正是当事人对债权清偿方式的约定,在以所有权为媒介的融资或借款交易中,在无违法因素时,原则上法院应尊重当事人的意思自治,不应一概否定其效力,这是当事人在融资或借款过程中根据双方的实际情况自愿设计的交易安排。



例如在“赵利杰与倪安林、林宣快等合同纠纷案”中,法院认为,关于股权转让的协议约定是在《借款担保协议书》约定的借款期限届满后签订的,此时,债权的数额已得以确定,在此基础上达成的抵债协议,不会存在显失公平的问题。

^⑤ 蔡立东. 股权让与担保纠纷裁判逻辑的实证研究. 中国法学, 2018年第6期。

^⑥ 许德凤. 公司融资语境下股与债的区分. 法学研究, 2019年第2期。



题。在抵债行为不存在违反法律、行政法规禁止性规定的情形下,应当尊重当事人的意思自治。又如在“修水县巨通投资控股有限公司、福建省稀有稀土(集团)有限公司合同纠纷”案中,法院对实践中认为让与担保双方通谋而为虚假的转移权利的意思表示的观点进行了纠正,认为尽管其中存在法律手段超越经济目的的问题,但债务人为担保其债务将担保物的权利转移给债权人,使债权人在不超过担保目的的范围内取得担保物的权利,是出于真正的效果意思而做出的意思表示,不应因此而无效。

除此之外,物权法定的含义是应当将禁止流质规定的适用范围限制于典型的抵押与质押担保,而不宜再扩大适用到让与担保形式的交易之中。物权的权利划分具有不周延性,除了典型的所有权和金钱债权外,对于其他权利的性质,不能将其简单的归类于物权或债权,而是需要进行进一步区分,分析其更具有物权性质还是债权性质。物权法定具有滞后性,现有的完全物权法定不能适应新的物权种类的增加,与物权制度的灵活运用不相匹配。

(三)法律效果:平衡债权人、债务人及其他债权人的利益

少数法院承认流质型股权让与担保的效力,裁判思路就在于担心过于普遍地适用形式化的刚性的流质流押禁止制度会干扰交易秩序,破坏当事人的预期商业目的^⑦。例如在“赵利杰与倪安林、林宣快等合同纠纷案”中,法院认为,禁止流质的目的,主要是基于平衡双方当事人利益的考虑,防止居于优势地位的债权人牟取不当暴利,损害债务人特别是其他债权人的利益。本案中,双方并未约定在债务人林宣快不履行到期债务时,债权人赵利杰直接取得5%股权的所有权,而是对借款余额和折价款金额进行了抵消,多退少补,并且给予债权人一定的宽限期,宽限期内股权可由第三方受让,此约定亦确保了标的物评价额的正当性。

因此,如果关于股权转让的约定不影响标的公司的经营,也没有损害社会公共利益,应当通过综合评价认定其效力,而不能进行一刀切式的否定性评价。物权法中规定的折价是指,债权人与债务人共同委托估价机构对标的物的实际价值进行双方均认可的评估,或者按照市场价格,将标的物的所有权由一方当事人转让给另一方当事人,从而了结双方间的债权债务关系。这种处理模式与流质型股权让与担保在法律效果上基本保持一致,即正确把握平衡债权人、债务人及其他债权人的利益下的流质型股权让与担保,与折价解决债务关系的法律效果无异。

^⑦ 许德风. 公司融资语境下股与债的区分. 法学研究, 2019年第2期。



四、构建流质型股权让与担保的风险防范机制

在上述背景下,在股权让与担保中,缓和禁止流质制度或在实践应用层面对其进行一定限制应是必要的。法院应在通常情况下采实质判断,控制形式检验规则的适用,重点放在考察流质条款是否会造成债权人和债务人之间利益失衡。如果债务人借款并非出于经营困境,甚至掌握着主动权,则法院应将此类案件排除在禁止流质的适用范围之外,尊重当事人的意思自治。在实践中,具体到债权人、债务人以及律师代理类似业务时,应当从事前流质型股权让与担保应把握的原则及具体条款设计层面进行处理。

(一)原则把握:不得损害其他债权人的利益及社会公共利益

在判断股权让与担保中流质条款的效力时,应对每个流质契约进行具体分析,在其有可能成为暴力行为时认定其无效^⑧。

1、在债权人和债务人设定的股权让与担保中的流质条款约定有清算条款或者未显失公平,并且不危害第三人利益的情况下,即不存在立法者所担心的流质条款弊端的前提下,肯定流质条款的效力,允许当事人按照流质条款的约定履行相关义务。

2、对于显失公平的流质条款,法院可以参照物权法关于禁止流质的规定,认定当事人的相关约定无效,也可以在判决书中结合双方当事人的实际情况以及标的公司的实际情况,增加要求当事人进行清算的条款,以实现公平。

3、当股权让与担保中的流质条款约定损害到第三方债权人利益或者社会公共利益时,当然否认当事人之间流质条款约定的效力,保护其他债权人的利益,按照物权法对抵押物及质押物的处置方式进行处理。

事实上,当事人通过设置流质条款损害其他债权人利益或者社会公共利益的情形在实践中较为罕见。通过上述三种不同情形的区分,能够为司法裁判的统一及商事实践活动提供充分的指引。此外,笔者认为在处理此类案件时,不应仅考虑《物权法》关于流质条款的规定,而应从《合同法》的角度出发,判断当事人约定的效力,在尊重当事人意思自治的基础上,根据公平原则进行判决。只要将股权让与担保中流质条款的内涵和外延把握好,就能保证股权让与担保在符合法律规定精神原则的前提下有序进行。

(二)股权让与担保中流质条款的合法性设计

笔者通过对涉及流质条款的股权让与担保的梳理发现,被法院认定为有

^⑧ [日]我妻荣. 新订担保物权法. 中政武、封涛、郑芙蓉译,中国法制出版社2008年版,第135页。



效的股權讓與擔保關於股權所有權轉移約定的大致內容如下表所示。

案件名稱	協議條款約定內容
趙利杰與倪安林、林宣快等合同糾紛案	為擔保債務人林宣快所欠原告趙利杰的債務，將林宣快享有的委託曹曉豐代持、而曹曉豐又委託倪安林代持的江蘇富仕達置業有限公司 5% 的股權轉讓趙利杰，於債務清償後，將股權返還於林宣快，債務不履行時，趙利杰得就該股權受償。 如林宣快未能按約履行債務，趙利杰和林宣快同意以抵債方式處理股權，即將 5% 股權以 300 萬元的價格抵償給趙利杰。
修水縣巨通投資控股有限公司、福建省稀有稀土(集團)有限公司合同糾紛	若修水巨通未依約清償債務、解除條件未滿足的，稀土公司有权選擇實際受讓全部或部分目標股權，並指定具備相應資質的資產評估機構對目標股權價值進行評估，從而確定股權轉讓價款，在比較股權轉讓價款和稀土公司代償債務金額的基礎上，雙方本著多退少補的原則支付差額。

从上表可以看出，一般而言，如果流質條款中有關於“債務人到期不履行債務時，讓與擔保權人將標的物予以公正估價，標的物估價如果超過擔保債權數額的，超過部分的價款應交還給擔保人，標的物所有權由讓與擔保權人取得”等類似估值清算內容的規定，因其可以迴避流質條款可能發生的不利後果，司法實踐中一般將其認定為有效。因此，建議雙方當事人如確需在股權讓與擔保中設置流質條款，應當注意在符合民法公平原則的基礎上，規定債權債務雙方對於股權的清算義務。即通過在條款中將股權估算的合理價格，或者委託第三方進行評估的股權價值約定在內，同時約定當債務履行期滿債務人不能履行債務時，將股權轉讓價款和債務金額本著多退少補的原則支付差額，對於股權價值超過擔保債權部分，應返還債務人；股權價值不足以清償擔保債權的，債務人對剩餘部分仍負有清償義務。這種情況下可以大大降低流質條款被歸為無效約定的風險。對債權債務雙方的權益都形成了有效保障，對於擔保物增值或貶值的情形都能夠予以補充。

五、結語

在經濟高度市場化的今天，法院認定流質條款的有效，並不必然導致當事人之間的利益失衡。因此，應從股權讓與擔保制度所欲達至的經濟、社會目的出發，對流質條款的效力進行客觀的評判。相較於普通民事活動，商事活動中的當事人對自己的利益有更為準確的判斷，對行為的風險有更為理性的控制，也更應為自己的選擇負責。因此，從商事活動主體的角度出發，在採取股權讓



与担保这种非典型担保模式时,注意相关合同条款的设计,把握不损害第三方债权人利益和社会公共利益的原则,为法院作出肯定性评价留下一定的操作空间。从司法机关的角度出发,法院在“禁止流质”原则的解释上,可以针对具体案件的不同情形,至少在当前法律未进行明文规定的情况下,进行实质性判断。如果当事人之间的约定并没有造成债权人和债务人之间利益失衡,债务人具有选择权或调整股权估值的机制,处于主动地位,根据“禁止流质”原则的立法目的,应将该类案件排除在“禁止流质”原则的适用范围之外,这将为股权转让与担保融资功能留下充足的作用空间,确保其融资担保的比较优势。

参考文献

[1]刘贵祥.《物权法》关于担保物权的创新及审判实务面临的问题(下).法律适用,2007年第9期。

[2]蔡立东.股权转让与担保纠纷裁判逻辑的实证研究.中国法学,2018年第6期。

[3]许德风.公司融资语境下股与债的区分.法学研究,2019年第2期。

[4]高圣平,曹明哲.股权转让与担保效力的解释论——基于裁判的分析与展开.人民司法,2018年第28期。

[5]刘晓纯,孙文琪.基于生效判决视角的股权转让与担保核心问题研究.天津大学学报(社会科学版),2017年第4期。

[6][日]我妻荣.新订担保物权法.申政武、封涛、郑芙蓉译,中国法制出版社2008年版,第135页。

[7]法务之家.“股权转让与担保”与“股权质押担保”有啥区别?链接:http://www.sohu.com/a/231728580_164794



编者按：近日，本所首席合伙人胡祥甫律师应《中国律师》之邀，以“1979-2019 律师制度恢复重建 40 周年”为主题，撰写了《我们这一代律师的“顺”》一文。本公众号在此刊发，以飨读者。

我们这一代律师的“顺”

□ 胡祥甫 *



身边的人常说我很顺。的确，在我投身法律事业、从事律师行业的三十多年里，还算比较顺利。但评论我“顺”的话多了，也不免有些感慨。如人饮水，冷暖自知。这几十年间的酸甜苦辣，百般滋味，又有谁人知。

我出生于上个世纪六十年代初，在当时的社会环境下，由于阶级成分不好，我基本没机会上高中。本以为与文化知识无缘的我，却因为 1977 年小平同志恢复主持工作这一历史性的转变得以继续接受教育，有机会念高中。这是我人生的第一个“顺”。现在想来，其实我人生中的每一个“顺”都和国家改革的步伐紧密关联。从那时起，我个人的命运就与中国改革开放的进程联系在了一起。

高中毕业时，我以 391 分的总分成为我们中学唯一一个上重点大学分数

* 胡祥甫，本所首席合伙人，浙江省律师协会顾问，中共浙江省委法律顾问，中共浙江省委建设法治浙江专家咨询委员会委员，杭州市人民政府法律顾问，全国优秀律师。



线的学生。受当时政治环境的影响,我想要报考中国人民大学的国民经济管理专业。年轻人嘛,总有一颗想在政治上奋斗进取的心。但我们中学的校长亲自劝说我,人大不容易考上,而不久前国家刚颁布刑法和刑事诉讼法,司法体系恢复重建,法律行业很有前景。于是在1980年,我听从了师长的建议,最终报考了西南政法学院(后更名为西南政法大学)。但说实话,当时的西政,地理上与我老家有千山万水之隔,亦与我的心中本意差距甚远。

就这样,我第一次走出了自己成长的农村,跨越山山水水,来到了几千公里外的城市。这趟远征开拓了我的眼界,加深了我对自己的认识。举例来说,我发现逻辑思维能力是自己的强项——在形式逻辑课的考试上,甲大班200多人,只有我一人得了满分。现在看来,这为我今后从事律师工作奠定了良好的知识、能力储备。



1984年,我从西南政法学院毕业了。本想去机关工作的我,在赴浙江省司法厅报到时,被意外安排到浙江政法专科学校教书,主要讲授经济法、合同法和专利法。尔后,我开始兼以法律工作者的身份办理案件。我至今仍清楚记得当年我代理的第一个案件,那是一个欠款纠纷的买卖合同案件(欠款标的额达28万,在当时是很大的一笔款项)。起初我尝试协调双方矛盾但未成功,我马上到绍兴中院起诉,从起诉到法院开庭,一切顺利,最后双方调解结案。从起诉到案结案了共计35天时间,我收获了当事人送我的第一面锦旗。

其实,当时去学校教书并不是我心里的第一职业选择。可以说,这在当时对我来说是“不顺”的。但现在回想起来,这三年的静心时光对我的帮助很大。一方面,我进一步夯实了法律理论基础,得到了难得的潜心研习法律的机会,每年都能在各种期刊杂志上发表五至六篇文章。另一方面,这段经历让我对未来从事律师职业增添了不少信心。更重要的是,我还结识了一大批有志于从事法律行业的莘莘学子。所以,其实所谓的“顺”与“不顺”,要辩证地看待。只要自己沉得下心,脚踏实地地做好每一件事,那么最后所有的“不顺”都有可能变成“顺”,并结出丰硕的果实。

八十年代中期,国家的经济社会环境发生较大改变。经济形态出现了双轨制,计划经济与市场经济并存,研究经济转型时期具有中国特色的经济法律关系成为热点。在此背景下,1987年,本着想要进一步提升法律素养的想法,我萌发了赴复旦大学攻读经济法硕士学位的念头。当时,读研究生不是一项热门



的选择,但我的母亲很支持我。成长的道路上,她一直是我坚强的后盾。为了减轻家里的负担,我在读研期间,除了领取国家发放的助学金之外,还去多所高校讲课赚钱,足够支付日常开支外,还能补贴家用。这段经历给我留下的最大财富是我有幸在《中国法学》《复旦学报》等中国法学



界顶级刊物上发表了多篇高质量的论文,这不仅极大地锻炼了我的文字组织、钻研思考的能力,更进一步坚定了我的法律理想。

到了1990年我研究生毕业,面临职业选择时,我果断地选择了在当时并不被很多人“看好”的律师行业,进入了杭州市第二律师事务所(后更名为浙江星韵律师事务所)。当时我就看好了这个“非主流”的职业,这和那些年的历史背景是分不开的。九十年代,国家改革的步子加速,小平同志指出“两手都要抓,两手都要硬”的同时,还指出中国搞现代化建设要有3个30万,即30万注册会计师、30万税务师、30万律师。随着国家已经走上了改革开放的康庄大道,依法治国乃大势所趋,律师行业必然乘风而上。于是,在时任事务所主任曹星律师的引导下,我成为了一名专职律师,是当时杭州市第二位具有法学硕士学位的律师。

1990年到1995年,是我从事律师行业的第一个五年,我一直把那几年的工作经历当成我律师生涯的起点。幸运的是,我得到了周围很多人的照顾和支持,在这五年间成功办理了不少在当时颇有影响力的案件,包括全国首例弃婴状告父母遗弃案、“马家军”名誉权案、中国股市第一案等。随着阅历的不断丰富,我在1993年进入了律所管理层,并于1995年成为星韵所主任。按我当时的年龄和资历,担任这家在华东地区颇有影响力的律所的主任,我的确感到有些意外,但同时也是对我的一个正面激励,促使我快速成长,摆脱稚气和毛躁。

需要提到的是,这段时期是国家和社会的一个飞速发展期,我个人的进步和整个时代的发展紧密相连。1992年,南巡讲话吹响了进一步改革开放的号角,市场经济正式确立,各行各业都呈现出欣欣向荣的局面。法律服务的需求激增,各个部门法相继出台,中国律师拥有了更大的舞台,有了更多的用武之地。1995年到2005年这十年间,星韵所进一步发展壮大。搬迁到我竭力主张购买的新办公场所后,星韵所于1998年被司法部授予首批“部级文明律师事务所”称号,是当年浙江省唯一的一家。2002年,时任中共浙江省委书记张德江同志莅临星韵所视察,对律所发展提出了很宝贵的意见。我个人也在这十年



间先后担任了杭州市和浙江省两级律师协会的副会长，并当选杭州市政协委员，开启了我参与行业管理和参政议政的岁月。

这十年间的经历，在旁人眼里肯定是“顺得不能再顺”了，包括我于2003年开始担任全国律协民事专业委员会副主任，在2005年荣获全国优秀律师的称号（时任最高人民法院院长肖扬同志亲自为我授奖）。但那些年的个中滋味，只有我自己才能体会。

由于我和同事在星韵所发展理念和经营模式上产生了较为严重的分歧，2003年9月后，事务所不再安排我担任主任职务。这是我律师职业生涯里一次刻骨铭心的“不顺”。在新世纪的最初几年，整个中国法律服务市场都在发生变化。2000年，国务院清理整顿经济鉴证类社会中介机构领导小组下发《关于经济鉴证类社会中介机构与政府部门实行脱钩改制意见的通知》，国资律师事务所以逐渐脱钩改制为自收自支的律师事务所，律师定位也从“国家的法律工作者”转变为“为社会提供法律服务的执业人员”。之后，杭州的合伙制律所如雨后春笋般出现，创收几千万的律所也已不鲜见，它们天生对市场经济活动分外敏感，加上灵活的管理体制、分配机制，法律服务的积极性、创造性被大大调动起来。但星韵所仍是合作制。我看到了律所经营模式向合伙制发展是必然趋势，提出了改制的意见，无奈与所内主流意见不合。经过再三权衡，我于2006年离开了工作、奉献十五年的星韵所，和其他几位志同道合的合伙人一起创办了合伙制的浙江金道律师事务所。

创所之初，我和其他几名合伙人确立了一个高目标——“以诉讼为基础，培养优质的法律服务产品，成为省内一流、全国有影响力的律师事务所。”彼时的我想证明自己的能力——不仅是一名成功的律师，同时也是一名成功的律



所管理者，能够站在更高的维度，引领律所的发展。功夫不负有心人，创所第一年，金道所就完成了1100多万的创收，进入杭州律所创收排行榜前十，无疑成为杭州律师界的一匹黑马。第五年，金道所就被评为全国优秀律师事务所，这对作为新兵的金道所来说真是莫

大的殊荣。

2015年，我把律所管理的重担交给了新一届的管理班子。新的管理团队进行了律所管理架构的调整和薪酬体系的改革，进一步深化了律师的专业化分工和团队协作，优化了品牌建设，加大了人才建设力度，适度稳健地开设分



支机构,金道所进一步发展壮大。2016年,金道创收突破1亿;到了2018年,已经达到了2个亿。另一方面,我本人的业务也在新时代中有了新的发展。随着党的十八届四中全会提出全面推进依法治国的总目标,为了贯彻习近平总书记全面依法治国新理念新思想新战略,各级党委、政府都相继建立了法律顾问制度。在这样的背景下,我相继受聘为浙江省委、杭州市委以及杭州市政府的法律顾问,有幸为法治浙江和法治杭州的建设贡献一点专业的力量。同时我更相信,进入新时代,律师必将在深化全面依法治国的实践中发挥更重要的作用,成为大国重器,助力伟大复兴“中国梦”的实现。

光阴荏苒,我投身法律工作已逾三十载。回首往事,我觉得不论是在经济状况欠佳的日子里,又或是身处一个不被看好的行业环境内,自己的心情总是踏实的、安定的,心态与今日并无什么不同。说到底,人活着,就是活个心态,心态好了,做很多事都会是比较顺的。



更为关键的是,个人的“顺”和大环境的改善是息息相关的。作为在中国改革开放事业下成长、发展起来的一名法律人,我感恩这个“顺”的时代。就像当初我们上大学时的一首歌《年轻的朋友来相会》里唱的:“美好的春光属于谁?属于我,属于你,属于我们八十年代的新一辈!创造这奇迹要靠谁?要靠我,要靠你,要靠我们八十年代的新一辈!”

(本文发表于《中国律师》2019年第5期)

【写作花絮】

背起使命,看远方

赵青航

周日深夜,《中国律师》杂志的编辑曹婧与我联系,想以“律师制度恢复四十周年与律师制度改革、律师行业发展”为主题,向胡祥甫律师约稿。当我听到“四十周年”时,心里一惊,确实啊,从1979年至2019年,中国律师制度已恢复



重建了四十周年,与改革开放的事业步伐一致,律师是波澜壮阔四十年改革开放事业的见证者、参与者、建设者!

《中国律师》开设这一专栏的意义不言而喻。我第一时间“代表”胡律师接受了曹婧的约稿,除了本身我们交往已久,工作配合默契,更关键的是我认为胡律师是最适合这一专栏的作者,有两个重要的理由:

一是,胡律师于1980年入读西南政法学院(后更名为西南政法大学),是著名的“西政老三届”。至今,胡律师跨进法学的殿堂已近四十年,从事专职律师工作也已近三十年,成为那一代律师中的杰出代表。因此,他有资格以回忆自己几十年律师从业经历的方式述说中国律师行业的发展脉络,更有义务为中国律师界留下一篇以“职业回忆录”为题材的文献,记录中国律师的成长,让广大青年律师了解我们前辈们一路走来迈出的每一个坚定的步伐,延续前辈们可贵的执业精神,汲取前辈们宝贵的职业经验,不断激励后学之人在新时代开拓律师事业的发展空间。

二是,根据我对胡律师的了解,我提炼出一个“顺”字来概括他的执业历程,遂建议他将文章的题目定为《我们这一代律师的“顺”》。相信很多人听到“顺”这个形容词都会觉得其显得太高调甚至太不谦虚了。的确,一向谨慎的胡律师开始时也不太理解,但我作为“旁观者”向“当局者”的他稍作解释后,他便会心一笑,欣然接受。是的,白手起家,艰苦创业,以胡律师为代表的那一代律师都曾有过一段难忘的奋斗史,不过他们的律师事业确实是比较顺利的,根本原因在于他们跟上了我国改革开放的步伐,他们个人的“小”事业有幸与改革开放的“大”事业一道成长。如果没有这四十年“顺”的经济社会发展,那一代律师哪有改革的东风可乘?更遑论获得较“顺”的个人事业了。所以,没有这个伟大的时代,就不会有那一代律师的事业发展空间。胡律师个人事业发展的“顺”从根源上讲得益于改革开放以及党和国家对律师工作的不断重视。

接受约稿后,我与他一起探讨这篇文章的构思与写作,给他出谋划策。期间,我以“采访者”的身份不断询问他一路成长起来的细节。他的眼神,时而朝气蓬勃,时而深邃悠远。我愈发体会到,这一代法律人的命运其实已与我们这个国家由弱到强的走向紧紧地关联在了一起。我无力解读中国律师制度恢复四十年这一宏大的主题,但我愿意沉下心,细细体味胡律师在律师道路上走过的每一步——有步伐轻盈,但偶有的步履沉重也不可避免。

目前,中国的社会主义法治事业正面临前所未有的机遇和挑战。我们前方的路仍然是荆棘丛生。但正如鲁迅先生所言:路是无所谓有,也无所谓无的。只是走的人多了,也就成了路。中国的法治之路,我们的前辈已经走过了40年。



有位大法官曾深情地写道：“应当看到，我们终究会老去。必然会有一天，我们可能会走不动了，但我们会勉励后辈，并将手中的拐杖交给他们，希望他们继续走下去，将中国法治之路踩得更踏实、更宽。”

在一个意义的时代里，我们自身的意义是要和这个大时代的意义发生共鸣与交织；也只有和时代发生真正的、真诚的交织，才会发现，我们的生命会有一些分量，而这种分量，才会让自己不那么摇动或慌张。不会忘记，胡律师曾唱过《年轻的朋友来相会》。“美好的春光属于谁？属于我，属于你，属于我们八十年代的新一辈！创造这奇迹要靠谁？要靠我，要靠你，要靠我们八十年代的新一辈！”在自信嘹亮的歌声中，我能清晰地看到，那一代律师们不畏栉风沐雨，不惧筚路蓝缕，仍激情昂扬地踏在中国律师事业的康庄大路上，他们还将带领我们年轻的一辈在新时代下闯出一片更“顺”的天地。

（本文发表于《法制日报》6月8日，第8版）



辩论新手入门手札

□ 夏文忠 *



接到参加“江干区律师行业技能比武大赛”之辩论赛的通知时,我内心是无比忐忑的。一方面,我与辩论最近的距离是我爱看“奇葩说”节目;另一方面,我自觉无论是应变能力,还是逻辑思维都不如各位参赛辩手,纯粹是抱着学习的心态去参赛。因此,恐怕只有端正态度、比别人多努力一分才能有所成绩、不负所托。得幸的是,与我组队的是前武大辩论队优秀辩手、前西政某强院辩论队优秀辩手以及与我同是新辩手却异常努力且观点新奇的同事。

一、初生牛犊不怕虎

初赛抽到的辩题类型是以案释法,题目内容为“某服装厂后勤部门员工小张在超市为公司进行指定文具的采购时,先从财务部领取了现金,后使用自己的支付宝进行支付,意外中得支付宝的4888元余额宝大奖”,我方认为奖金属于小张,反方认为不属于小张。

在选择辩位时,我讨巧选择了“活最少”的一辩位置。然而根据赛制规定,一辩在发表完立论陈词之后必须要接受对方三遍的盘问,且一辩也有极大可

* 夏文忠,本所实习律师,浙江工商大学刑事诉讼法学硕士研究生



能成为对方二三辩的攻辩对象。因此,即使是一辩,也必须要将辩题烂熟于心,面对质询沉着冷静、见招拆招、不能自乱阵脚。

立论陈词系本方观点的第一次亮相,只有“精”、“准”、“狠”的立论稿才能在最短的时间内抓住在场评委及观众的眼球。

剖析这个辩题,我们发现有几个关键信息:1.小张系服装厂后勤部门的员工;2.小张从财务处领取的是现金;3.小张使用自己的支付宝进行支付;4.小张中得的是支付宝的余额宝大奖。经过讨论,我们认为替公司采购并非小张中得大奖的直接原因,小张使用支付宝进行付款的行为才是。

立论稿并非将我方所有观点通盘托出,而是将核心观点予以明确,再通过“你来我往”层层递进。对于对方可能提出的问题,我们进行了初步设想,例如“你是否承认小张的购买行为是职务行为”“没有替公司采购的行为是不是就不能中这个奖”“钱是种类物,为什么在本案中就被特定化了”等等问题。

对此,我们从以下几个方面定下立论基调:第一,小张使用的是自己支付宝里的钱所中的余额宝大奖;第二,小张使用支付宝是出于个人意志,与公司无关;第三,支付宝奖励的是小张使用支付宝付款的行为,而不是那笔钱;第四,余额宝大奖和普通的现金红包有极大的差异,其不能流通、转增,专属于小张。



正式比赛之时,对方紧紧抓住职务行为这一表征作文章。我方不甘示弱,将战场不断拉高、拉深,坚决不被对方困在职务行为这一城中。最后,我方凭借默契的配合与扎实的论据挺进决赛。虽然比赛中我仍有许多不足之处,比如语气过凶、应变能力不足、配合不积极,但此次获胜还是给了我弥足的自信心去应对狼烟四起的决赛。

二、醉中走马探花回

决赛题目为“P2P 是否应当被取缔”,我方再次抽到了表面有利实为不利的持方,即 P2P 不应当被取缔。拿到辩题的那一刻,我便想到了“存在即合理”这一论断,但存在就真的合理吗?不见得。只要对方能从更为新奇的角度辩证 P2P 应当被取缔,那我们的观点就不会得到评委的认可。

在前期的备战中,我们过多的关注 P2P 的现状,将银行年度贷款余额、小



微企业的融资需求数据、央行文件作为支撑我方论点的主要论据。在所内举办的模拟赛中,我们的“侃侃而谈”被与会的前辈直截点出论点缺乏深度与高度,辩论一度陷入僵局。

要赢得这场比赛,必须深挖背后的法律关系,还应当考虑到经济现状、社会背景、形势政策等等因素。

因此我方的立论稿重新作了调整,开篇明确 P2P 的定义,这一点也在赛中与对方达成了共识;第二,我们认为 P2P 是社会发展、金融发展、网络发展规律下的必然产物;第三,因为犯罪频发所以取缔 P2P 这一论点混淆了行业与犯罪主体的关系;第四,政府没有穷尽监管手段就要一声令下全面取缔可谓“不教而诛”;第五,我方认真梳理了美国经验与本土实践,认为 P2P 正越来越合规透明;最后,我们提出“让 P2P 的去留交给时间检验、交给市场决定”这一论点。

我们的对手是杭城某著名刑辩专业所派出的队伍,面对如此强大的对手,我们事前也作了充足的准备。假设对方抛出暴雷数据,我们则以缺乏监管应对;假设对方表示无法解决 P2P 的信用问题,则反驳应当将市场的问题交给市场决断;假设对方以监管时间例证不可行性,我们则同样以时间反证监管的不到位。

辩论场上唇枪舌战,我方最终以总分第三的位次夺得探花。虽然没有获得更高的名词,但我自觉这场比赛已经发挥出了我们的最佳水平,不论是表达流畅度、逻辑思辨能力,还是内容论据的深度与高度,都获得了在场评委与观众的一致认可。



三、稻花香里说丰年

通过这两场比赛,我应当是收获最多的一位选手。从磕磕绊绊念出立论稿,到丝毫不惧对方针锋相对攻辩气势,我从一名小萌新逐渐迈入了辩论的大门。这之中必然有许多从懵懂到觉悟的时刻,以期能够在本文与诸君分享个中门道。

(一) 树立批判性思维

布鲁克·摩尔和理查德·帕克在《批判性思维》一书中说:“观摩辩论的时候



要记住,语言妙趣横生的人、博取最多笑声的人,只是看起来赢得了辩论,但具有批判思维能力的人应该有能力看出论证和娱乐之间的分别。”辩论事实上就是思辨能力的PK,入门辩论,便是要先入门批判性思维能力。拿到一个辩题,定义该怎么明确、对方观点是否论证清楚、如何在短时间内挑出逻辑谬误都是对选手批判性思维的考验。

(二)辩论的裁判者是评委,而非对方辩友

无论是自己准备比赛,还是观察别人在场上的表现,我们发现辩论场上最容易犯的一个大忌就是试图说服对方辩友。

应当注意,辩论赛的裁判者是评委,对方的立场决定了他们无论如何都不会赞成我方观点。如同法庭审理,辩护人或代理律师无论是陈述我方观点,还是驳斥对方论据,都应当将法官作为唯一的说服对象。

因此,辩论场上应当将视角转向评委席,努力驳斥对方的观点,试图以我方论据说服评委。

(三)每一位辩手在场上都要有主角意识

辩论队是一个整体,每位辩手的表现都能为整个团队加分或者减分。常常有辩手在没有轮到自己发言的时候走神、窃窃私语、做小动作,实际上这非常影响选手在评委心中的印象。辩手在没有轮到自己发言的时候也应当时刻绷紧自己的精神状态,以备“随时出击”、“一击毙命”。尤其是在对方开篇立论及接受盘问、质询之时,要特别注意发现对方字里行间的漏洞。

(四)盘问、攻辩、自由辩应当简洁明了、具有攻击性

盘问、攻辩、自由辩的目的是让评委明晰我方论点并试图让对方陷入逻辑悖论。有辩手在设问之时,往往给对方一个半开放性的问题,等对方亮出不利观点之后再行反驳,费时又费力,也不能达到有利效果。

因此,在预先准备问题之时应当尽可能设计封闭性的问题,让对方答“是”或者“否”。假设是对方给了一个封闭性的问题,我方叶无需就事实问题进行狡辩,大大方方承认说不定会带来更好的效果。

而在自由辩中,接到对方问题之后,不要过于冗长的回答,简洁明了、甚至是有点耍俏皮的回答不仅不容易陷入对方提前设好的全套,也能节约我方的陈词时间。我方在回答完之后及时抛出一个犀利的问题,对方如果多次避开回答,则应当向评委释明并阐述我方观点。

(五)观点要有深度与高度,不能浮于表面

无法打动评委的观点,即使辩手声泪俱下,也只能引起同情而非共鸣。就决赛的辩题而言,如果仅围绕着P2P的现状你来我往是无法将辩题越辩越明



的。我所撰写的第一份立论稿便是照本宣科,从历史发展、境外现状以及我国实践情况等方面展开。如果在赛场上真的就这些观点进行阐述,无疑会让场下观众昏昏欲睡。因此,从“是什么”到“为什么”,学会用思辨能力探究辩题的深层次内涵,无疑是破题的至关重要要件。

辩论的魅力在于让我们了解到许多和常识相悖的观点,通过探究每个观点背后的逻辑与标准,我们了解到世界的多元性与可能性。这个世界有很多值得推敲的共识与规则,辩手便是在不同的角度不断冲破这些所谓的“刻板印象”。





郑海丽 律师
权益合伙人

业务专长：

家族财富传承、高端民商事诉讼、投融资、知识产权等方面的法律服务

社会职务：

浙江省律师协会知识产权专业委员会委员
杭州市律师协会并购与投资专业委员会委员
杭州市律师协会家事专业委员会委员
阅财富研究院 创始人

执业经历：

- 1.自 2002 年起执业,先后办理大大小小各类案件 400 多个,尤其擅长高端民事诉讼。
- 2.先后为多家企业出具 20 多份涉及企业并购、投融资、发行企业债、私募基金管理人登记等的法律意见书。
- 3.近年在家族财富传承领域有较多研究和实践。

联系方式：

电话:0571-87007192 传真:0571-87006661
手机:13067723411 邮箱:zhli@zjblf.com



秦伟 律师
权益合伙人

专 业:民商事争议解决、公司治理与并购重组、刑事辩护(代理)

学 历:吉林大学法学硕士

职 务:浙江省律师协会民商专业委员会 委员

杭州市律师协会证券专业委员会 委员

浙江省政策法规性别平等咨询评估机制专家组成员

工作经历:

2012年前在浙江省直机关从事法律服务工作,多次被评为优秀公务员、优秀共产党员。2013年加入浙江金道律师事务所,作为一名专职律师。2017年晋升为浙江金道律师事务所权益合伙人。

荣誉:2009年因维护国防利益和军人家属合法权益法律保障工作中因成绩突出被浙江省委、省政府、省军区评为先进个人。

顾问单位:

浙江省乔司监狱

浙江中大普惠物业有限公司

浙江省重庆商会

浙江省辽宁商会

诉讼案例:

- 1.某物业服务公司与某房地产项目公司的物业服务合同纠纷案;
- 2.某股民与某北京股份有限公司的证券虚假陈述责任纠纷案;
- 3.某股东与某有限公司的股东知情权纠纷案。

联系方式:0571-81902811 传真:0571-87006661

手机:135 8802 6348



金道动态

※6月26日下午,本所主任王全明律师应邀为“浙江大学——安徽省能源集团中高层干部管理能力提升研修班”学员作主题为“企业依法治企与法律风险防范”的讲座。

※6月26日,本所高级合伙人钱雪慧、律师王耀军应邀为杭州金鱼电器集团有限公司作“企业关联交易风险防范”、“商业贿赂犯罪”专题讲座。

※6月19日,绍大法学青年讲坛第四期在绍兴文理学院商学院报告厅举行。本所绍兴分所主任马海律师作为主讲人,应邀为文理学院法学专业的学生作主题为“漫谈法律人的职业规划”的讲座。

※6月17日上午,本所初级合伙人邱斌律师在嘉绿苑小学为同学们开展了一场《未成年人违法犯罪预防教育》的普法讲座。

※6月13日,杭州市妇女联合会权益部部长陶陶莅临本所慰问妇女权益保护志愿者。本所高级合伙人钱雪慧律师,初级合伙人王冰洁律师以及郭天奇、王耀军、徐卉、高映南律师等一同参加交流。

※6月12日下午,第一期杭州市律师协会行政业务委员会辩论友谊赛在本所大会议室成功举办。比赛围绕“柴某诉上海大学博士学位授予一案”展开,吸引了30余位委员、非委员律师到场观摩。

※6月4日下午,浙江省企业法律顾问协会副会长兼秘书长李振华、副会长魏安江、副秘书长兼办公室主任倪美凤、常务理事林睿以及杭州仲裁委赵春苗莅临本所交流。本所管理合伙人崔海燕律师,高级合伙人唐小平、刘艳芳律师等参加会议。



※5月30日下午,浙江大学光华法学院“实务导师进校园”活动系列座谈会之宪法与行政法学点在之江校区3号楼204教室举行。本所高级合伙人来晓明律师作为实务导师应邀参加座谈会。浙江大学光华法学院宪法与行政法研究所所长胡敏洁教授、光华法学院章剑生教授、金伟峰教授、余军教授、郑磊副教授也参加了此次座谈会。

※5月30日,由浙江省境外投资企业协会、本所主办,新加坡立杰律师事务所协办的“中国企业赴东盟投资研讨会”在杭州成功举办。此次研讨会在本所举行,由本所管理合伙人崔海燕律师主持。

※5月28日到6月2日,本所下沙分所兼职律师杨福学随浙江师范大学代表团一行五人到坦桑尼亚调研考察,与当地华商举行座谈,访问了达累斯萨拉姆大学,见证了中非法律研究中心的成立,并在“一带一路”与中非法律合作研讨会上作主题演讲。

※5月25日,本所首席合伙人胡祥甫律师应邀在“吴兴论坛”上为湖州市吴兴区四套班子领导、下属各有关部门、各街道负责人作了题为“树立法治思维,践行依法治国”的讲座。

※5月27日,由浙江大学法律硕士协会主办的国际法实务导师进校园座谈会在浙江大学召开。本所管理合伙人崔海燕律师获聘浙江大学光华法学院实务导师。

※5月24日下午,绍兴金柯桥科技城企业服务月启动仪式成功举行。柯桥区有关部门、高层次人才代表、各民营园区运营负责人及第一批入驻服务机构代表共200余人参加了本次活动。本所绍兴分所所作为第一批入驻服务机构,律师魏力以及实习律师陈洁作为代表参加本次启动仪式。

※5月22日,本所权益合伙人赖振华律师应邀至绍兴永利大酒店为300余名全省企业内审人员作《企业常见刑事法律风险概述及其防范》的专题演讲。

※5月17日下午,第十期金道宁波法律讲坛成功举办。此次讲坛特邀本所总所管理合伙人王潭海律师作《法律职业礼仪、人际沟通与法律谈判》专题演讲。



※5月17日,本所高级合伙人申柱石、律师华曼琳应邀为杭州某科技公司的员工工作商业秘密保护、合同签订技巧及风险防范专题讲座。

※5月16日下午,由浙江省律师协会主办、涉外与海事海商专业委员会承办的“国际仲裁实务专题讲座”在本所成功举办。此次专题讲座由本所管理合伙人、浙江省律协涉外与海事海商专业委员会主任崔海燕律师主持,省律协曹悦副秘书长出席会议并讲话。

※5月5日-6日,浙江省青年联合会十一届二次常委(扩大)会议在绍兴召开。团省委书记、党组书记朱林森出席会议并讲话,中共绍兴市委常委、统战部部长叶卫红出席会议并致辞。陈能达律师作为新增补委员参加本次会议。

※5月7日,贵州省律师协会副会长朱浩兴一行莅临本所交流。杭州市律师协会副会长黄伟源、副秘书长余素珍、道德纪律委员会副主任周庆艺、道德纪律委员会委员赵毅陪同参会。浙江省律师协会副会长、本所首席合伙人胡祥甫律师,本所规范与人事专门工作委员会主任、管理合伙人王潭海律师,杭州市律师协会道德纪律委员会委员、本所高级合伙人王晓辉律师,本所规范与人事专门工作委员会副主任、高级合伙人李泉良律师等出席会议。

※5月8日,杭州市律师协会第二期律师办理黑恶势力犯罪案件专题培训班在杭州天元大厦五楼钱潮厅顺利举行。本所高级合伙人王晓辉受邀为专题培训班作《恶势力犯罪(集团)的界定与辩护》为主题的分享。来自杭州市各律所的近300名律师参加了培训。

※5月6日,为了弘扬“五四精神”,宣传和开展系列五四主题活动,本所继4月30日组织收看纪念五四运动100周年大会电视直播后,本所品牌与文化专门工作委员会、团支部共同主办一期五四青年节主题讲座活动。本所初级合伙人王楠律师分享《律师助理成长之道》,本次讲座由本所权益合伙人郑梁律师主持。

※4月27日,优化营商环境与企业法治合规研讨会在上海对外经贸大学举行。本所管理合伙人崔海燕律师及高级合伙人王晓辉、刘艳芳律师参会并作专题演讲。来自上海、浙江、江苏、安徽等省市的政府相关部门负责人、企业法



律顾问、高校学者、律师等近 200 人参与，围绕主题进行了为期一天的研讨。

※4月26日下午，本所召开兼职律师专题会议。本所首席合伙人胡祥甫律师、主任王全明律师、规范与人事工作委员会委员、全体兼职律师、行政经理等参会。专题会议由本所管理合伙人、规范与人事工作委员会主任王潭海律师主持。

※4月26日，本所管理合伙人崔海燕律师在律所大会议室作了题为“从若干境内外案件的办理谈诉讼代理的战略考量”的专题分享，并邀请了企业法务经理、人员以及杭城律师参会。此次活动是本所专业与培训委员会组织的第76期“金道开讲”活动。

※4月24日下午，本所邀请浙江省杭州市国立公证处公证员宋益敏、屠颖婕作《公证业务操作精要分享》交流会，本所管理合伙人黄河律师担任本次交流会的主持人。二位公证员从公证相关的法律规定入手，结合杭州市国立公证处的公证业务及实践经验，对与律师密切相关的公证业务进行了全面介绍。

※4月22日下午，绍兴市越城区人民检察院副检察长汤隽、案管部主任尹锋、公诉部员额检察官徐倩、民事行政检察部检察官助理劳逸秦、政治部干警陈媛莅临本所绍兴分所调研。本所绍兴分所主任马海，高级合伙人方慧忠，律师侯新人、李丹丹、郑森求、诸秦刚、魏力，实习律师钱国玲参加本次会议。

※4月19日下午，本所总所建设工程与房地产法律服务团队的专业律师至本所宁波分所做房地产专场讲座。本所总所权益合伙人苏小为主讲《房地产开发全流程及法律风险防范》，律师胡敏楠主讲《房地产营销法律风险防范》。此次讲座是第九期金道宁波法律讲坛，由本所宁波分所主任贺乃洵律师主持。

※4月20日，本所工会组织本所员工及家属共28人参加了位于仓前的蔬菜基地的亲子田野体验及BBQ活动。本次活动以亲身体会菜地以及DIY烧烤的形式，让本所的家长们通过与同事、孩子的协力合作，提升同事间的团结与合作的精神、释放工作压力、培养亲子感情。

※4月17日，本所初级合伙人章正航律师在余杭法院与被告一同配合法院完成了一次从简、从快、从宽的认罪认罚刑事案件处理。审判后，章正航律师



接受了杭州电视台《新闻 60 分》采访,就“认罪认罚从宽制度”提出自己的理解。

※4月15日,本所管理合伙人史源、律师金琪琪应邀为银川经济技术开发区管委会部门负责人及工作人员作“PPP项目运作实务与法律分析”主题讲座。

※4月12日,上海财经大学法学院副院长葛伟军教授在本所作“公司纠纷的热点疑难问题”的专题分享。葛教授结合自身的实践经验和研究成果,理论联系实际,分别从揭开公司面纱理论、公司章程的性质和效力、股东优先购买权纠纷、股东知情权诉讼、司法解散诉讼这五个方面做详细解读。

※4月10日上午,本所兼职律师、浙江工商大学法学院马齐林教授应浙江省中小企业科技教育培训中心邀请在杭州金地大厦为舟山市经济和信息化局组织的《中小企业促进法》宣贯暨“专精特新”中小企业高管培训班开班授课。在本次专题培训班上,舟山市经济和信息化局和浙江省中小企业科技教育培训中心等领导出席活动并讲话。

※4月10日,本所权益合伙人吴红亮律师作为杭州市新昌商会副会长组织了杭州市新昌商会2019年度第一次《法务知识讲座》交流会,为杭州市新昌商会作了《合同条款及风险防范》的专题讲座,并邀请浙江厚启律师事务所党支部书记、副主任、合伙人暨杭州市新昌商会会员魏巍律师作了《民营企业必须了解的十大刑事风险来源》的专题讲座。来自商会的20余位企业家参加了此次交流。

※4月3日,本所诉讼研究发展中心举办第21期交流分享活动,本所高级合伙人唐小平律师作法庭盘询与法条解读的技巧分享。

※3月29日下午,浙江省律师协会副会长、本所首席合伙人胡祥甫律师应浙江省律协邀请,为2019年浙江省第二期申请律师执业人员集中培训班作“请求权基础与诉讼请求”主题授课。

※3月28日,本所高级合伙人罗弘韬律师率团队苏小为律师、胡敏楠律师走访三江控股集团旗下各康养项目,其中包括杭州三江阳光康复医院、杭州乐天派英智康复医院等。



※3月21日,本所兼职律师、浙江工商大学法学院马齐林教授应浙江大学继续教育学院邀请赴浙江大学华家池校区为厦门中级人民法院法官司法能力提升(民商事审判、执行)专题研讨班做了《商事制度改革》的专题讲座。厦门中级人民法院和各辖区法院民商事法官共70余人参加了此次培训。

※3月25日,本所高级合伙人刘艳芳律师为浙大求是精英班进行“社保税征下企业用工方式筹划及成本管控”专题分享。通过本次分享会,刘艳芳律师进行了2018年社保税征对企业未来发展影响的深入分析,同时针对企业用工方式及成本管控方面为浙大求是精英班企业家们提供了启发性指导及建议。

※3月19日下午,本所刑事团队联合本所宁波分所在宁波科技大市场会议室举办第八期本所宁波法律讲坛。本次讲坛邀请本所总所权益合伙人赖振华律师主讲“金融犯罪的难点问题及成功案例分享”,特邀靖霖宁波所、大成宁波所和京衡宁波所多位刑辩律师共同参与,本所绍兴分所主任马海律师携团队一并参加。

※3月14日,汤森路透集团ALB亚洲法律杂志主办的日本公司法务峰会论坛(In-House Legal Summit 2019 Japan)在日本东京新宿京王 Plaza 大酒店成功举行。本所律师事务所权益合伙人茅玮民律师、本所杭州经济技术开发区分所日本业务团队成员冯媛园参加了此次峰会,并设立了专门的展台,与到会嘉宾展开了友好交流。

※3月13日,浙江电视台教育科技频道《小强热线》栏目播出了“宠物医疗乱象”专题报道,并就宠物医疗损害责任案件的法律适用及纠纷解决问题对本所应盼律师进行了采访。

※3月6日上午,杭州经济技术开发区举行“庆祝祖国70华诞 争当新时代新女性”暨“三八”国际妇女节109周年纪念大会。本所杭经开分所作为团长单位,将作为开发区“巾帼律师服务团”基地之一。