



总第 79 期

79

2019 年 | 第 2 期 |

深圳市律师协会主办

SHENZHEN LAWYERS

深圳律师

—— 非常视线 专业见解 ——

## 深圳市第十届律师代表大会 第四次会议顺利召开

权健公司直销牌照为何不是“免死金牌”？

商事犯罪辩护中刑事诈骗与民事欺诈的本质区别

毒品犯罪中如何运用反证规则



# 深圳市涉外律师领军人才班 及后备人才班顺利开班

2019年3月8日，由深圳市司法局、深圳律协联合举办的深圳市涉外律师领军人才班、后备人才班开班仪式顺利举行。

深圳律协林昌炽会长在仪式上表示，协会将从以下几个方面加强涉外律师人才培养：一是推动市委市政府出台有关扶持律师业发展政策，为涉外律师的发展营造良好的执业环境；二是力促形成“政府、协会、律师”三方合力，秉承“请进来”与“走出去”并举原则，力争2019年组织第一批涉外律师赴境外学习；三是探讨前海律师工作委员会升格为粤港澳大湾区律师工作委员会，积极响应粤港澳大湾区建设的时代要求；四是加快深港联营律师事务所的建设与发展，加大深港律师合作力度，拓宽律师业务范围。林会长并表示希望深圳涉外律师人才班及后备人才班的学员们学有所成、学以致用，共同推动深圳市涉外法律服务水平不断提升，促进涉外法律服务市场蓬勃发展。

深圳市司法局蒋溪林局长分析了当前一段时间深圳外向型经济带来法律需求的基本情况，并就如何进一步促进涉外法律服务业快速发展指出，



一要紧握“走出去”的必然之势，加强供给侧培养，我们的企业到哪里，我们的法律服务就要跟到哪里；二要探索“本土培养”与“适度引进”相结合的方式，充分挖掘内在潜能的同时向在深圳设立办事处的外国律所学习律所管理、业务流程等；三要加大投入力度，市司法局将积极向党委和政府反映当前涉外法律服务培养的迫切需要与现实不足，并不遗余力地争取政策与资金支持，希望行业协会搭好桥梁，涉外律师发奋自强，共同发挥深圳在粤港澳大湾区法治建设中的核心引擎作用。

2018年，深圳律协参考司法部及兄弟律协有关涉外律师人才培养的方案，联合市司法局启动了深圳市涉外律师领军人才、后备人才选拔及培训项目，经过严格面试，最终选拔出83名深圳市涉外律师领军人才、53名深圳市涉外律师后备人才。2018年，已组织完成第一期深圳市涉外律师领军人才、后备人才户外拓展及培训课程。下一阶段，将进一步研究制定培训课程及培养方式，以切实提升涉外律师业务能力，助力粤港澳大湾区及深圳法治城市建设、营造国际化一流法治营商环境。

# 一年之计在于春， 固本谋远正当时

○ 深圳市律师协会

今年是建国70周年，深圳建市40周年，是落实粤港澳大湾区规划纲要的开局之年，又是本届深圳律协理事会、监事会的收官之年，随着2019年我市律师代表大会的召开，这全新一年的蓝图已经绘制好了。在这韶光三月，一年最好景之时，我们展开这幅浓墨重彩的蓝图，激励斗志去奋进去实现。

2019年，我们将重点做好以下工作：

力促律师业扶持政策出台，尤其是加强税务减免、优惠、奖励政策方面的推动，力争党委政府在文件中明确财政支持、人才培养、法律服务采购、权利保障等方面的具体扶持举措，助力深圳律师业更好更快发展。

抓好深圳律师学院、深圳律师行业党校运行，围绕粤港澳大湾区建设、国际化法治化营商环境建设等国家战略，成立相应的研究中心，加强对律师业务研发与人才培养，积极走专业化、国际化、品牌化道路，为行业逐步迈向全球价值链中高端奠定基础。

加强协会自身建设，利用信息技术成果，提高行业信息化水平，探索建立行业综合管理信息应用系统，推行“智慧律师”，争取搭建统一的律师数据服务平台，打造行业大数据体系，提速律师业发展。

加快涉外法律服务业推进，推动党委政府对联营律师事务所的扶持和发展，下决心补涉外人才短板，加强与境外律协和国际性法律组织的合作和交流培训，推动粤港澳大湾区以及“一带一路”沿线国际的交流融合。

加强制度维权工作，通过公检法司律师工作联席会议争取推动《关于进一步保障律师调查取证权利的若干规定》出台，切实改善律师执业环境。

协助党委政府制定深圳市常年法律顾问和专项法律顾问的规范性文件，以推动深圳市普遍建立法律顾问制度，推动党委政府完善法律服务采购机制，建立符合市场规律的法律服务采购标准。

承办好第二届广东省企业法务高端论坛，搭建内外部律师交流的平台，促进企业法务与律师合作共赢。

对标本届理事会三年工作规划中的108项目标任务，逐一查漏补缺，抓好推进落实。

积极推进公共与公益法律体系建设，对接深圳市法治化营商环境打造，编辑《民营企业法务指南》，为民营企业“法治体检”；积极参与“刑事案件律师辩护全覆盖”、一社区一法律顾问等党委政府“民生工程”，组织律师充分发挥职能作用，在推动法治建设中实现律师业务纵深发展。

加强协会建章立制工作，完善以制度管人、管权、管事的规制体系。做好下次律代会换届筹备，推选政治可靠、作风正派、工作扎实、乐于奉献、行业管理能力及专业能力强、有大局意识、有团队精神的人选进入协会工作队伍，带动行业新一轮发展。

No. 79

主办：深圳市律师协会

粤内登字 B11277 号



出版日期 2019 年 4 月

编委会主任 林昌炽  
编委会成员 章成 蔡华 杨道  
尹成刚 曾迈 江定航  
韩俊 汪腾锋  
主编 杨道  
执行主编 李同宝 陈伟  
栏目编辑 周争锋 陈伟 杨新发  
舒笑 陈旭绯 颜宇丹  
责任编辑 伍春红  
编辑 刘峰 王颖 王文超  
美编 蔡永军  
电话 0755-83025789 83025881  
传真 0755-83025177  
地址 深圳市福田区深南大道 4001  
号时代金融中心 20 楼  
邮政编码 518048  
电子信箱 shenzhenlawyers@163.com

# 目录

## CONTENTS

### 卷首语 | FOREWORD ..... P1

01 一年之计在于春，固本谋远正当时

### 说法 | VERSIONS ..... P4-5

04 千亿平台网贷网爆雷，投资人的钱还能拿得回来吗？/ 赵丹阳

05 收缴保证金是民事行为还是行政行为？/ 樊永强

### 特别报道 | SPECIAL REPORTS ..... P6-9

06 深圳市第十届律师代表大会第四次会议顺利召开

### 热点 | HOTSPOT ..... P10-18

10 权健公司直销牌照为何不是“免死金牌”？  
/ 刘敏

12 从长春长生公司行政处罚案看药品、医疗器械企业的合规管理 / 范秀玲





16 浅论孟晚舟事件的国际刑事司法语境下的基础因素 / 林京琨

## 论道 | DISCOVERY ..... P19-29

19 商事犯罪辩护中刑事诈骗与民事欺诈的本质区别 / 刘平凡 唐柏成

23 污染环境罪的由来、特点及辩点 / 邵卫国

27 公司回购股权的效力分析 / 吴波 黎旭

## 实务 | PRACTICE ..... P30-39

30 诽谤案件中的“证有”与“证无”之刍议 / 袁梦龙

33 诉讼好比打仗——由一起地产公司股权转让纠纷说开去 / 何江 张承忠

36 房屋买卖一方提出“纠正违法行为”后的处理 / 钟胜荣

## 拍案 | CASE AND EXAMPLES · P40-43

40 毒品犯罪中如何运用反证规则 / 董玉琴

42 以案探析城市更新土地地方违约困境及对策 / 王劲松

## 生活 | LIFE ..... P44-46

44 不一样的法律意见书 / 丁广洲

46 阿里山的姑娘美如水 / 江知芸

## 律协动态 | INFORMATION ..... P47-48

# 千亿平台团贷网爆雷， 投资人的钱 还能拿得回来吗？

○赵丹阳 广东诚公律师事务所



近日，东莞公安的一则消息引爆 P2P 圈。东莞市公安局已对“团贷网”涉嫌非法吸收公众存款案立案侦查，并依法对“团贷网”实际控制人唐某、张某采取刑事强制措施。案件目前正在依法侦办中。东莞市公安局表示，将依法加大侦办力度，加大追赃挽损，最大限度保护人民群众合法权益。

东莞团贷网互联网科技服务有限公司成立于 2016 年 2 月，注册资本 1.0293 亿人民币，实缴资本 7693.333 万人民币，公司法人、执行董事及实控人均为唐军。大股东为北京派生科技有限公司，股权穿透后派生科技实控人为唐军。

作为 P2P 领域知名平台，“团贷网”运营时间较长，官网数据显示，截至 2019 年 2 月 28 日，团贷网借贷金额 1308 亿元，借贷总余额 145 亿元，当前借款人数 37 万人，当前出借人数 22 万人。此前，团贷网已完成三轮融资共计 6.75 亿元，其中 B 轮 2 亿融资由九鼎投资领投，巨人投资、久奕投资和沈文晨等跟投，C 轮 3.75 亿融资由宏商光影领

投 1 亿。

除却这些官方披露的信息，团贷网算是 P2P 圈的龙头，同时唐军也算是 85 后创业者中的佼佼者，这次的爆雷在 P2P 圈颇为震撼。不久之前，团贷网还如火如荼地在去往美国上市的路上，奈何互金圈真是天上一日人间一年，物是人非。另深圳的 P2P 圈龙头红岭创投日前已经成功清盘，算是 P2P 圈善终者的领先者。

3 月 28 日下午三点以前，团贷网的 APP 依然可以登录操作，三点以后，数据加载中。目前投资人最关心的是，这 1000 多亿到底能不能收回来，我们下面来探讨一下两种可能性。

一是悲观情况，两年后返还本金 30%。目前总盘子 300 亿，平均利息年化率 10%，悲观一点，200 亿的窟窿。很多人说，还有上市公司兜底。唐军确是上市公司派生科技（300176）的实际控制人，早前派生科技也发布停牌公告。但据小道消息，唐军已将其所持的全部上市公司股份质押给了中融信托，而且

整个派生科技目前的估值也只有 200 亿。再对标 E 租宝，E 租宝系列案已结案，可返还资产 120 亿，大概比例是 20%-25%，可是截至目前，款项未返还到账。

二是乐观情况，本金返还 80% 以上。团贷网没有公布财务报表，也不排除坏账在几十亿之间，估计唐军和张林自首的原因是实在没有活动的现金流加上百亿以上的缺口心态就崩了。但翻看团贷网美国上市准备时的几轮融资，投资人都是各位大佬，而且听说唐军和巨人的史玉柱私交甚笃，小弟落难时大哥会不会伸出援手？另外派生科技的另一大股东是声名赫赫的中植系，虽然派生科技已将互联网金融的部分清除干净，可是覆巢之下焉有完卵，为了保住公司，中植系会不会伸出援手？目前资金已无法提现，东莞公安在经侦领域也是出名的给力，现有资金已做冻结处理，待收款项在努力追回，本金返还 80% 以上也不是没有可能。其实团贷网的爆雷，很有一个行业终结的意思。



# 收缴保证金 是民事行为还是行政行为

○樊永强 广东雅尔德律师事务所

2012年5月23日，原芜湖市政府第二招标采购处（下称“第二招标处”）对金融服务区及电缆项目公开招标，招标人需提交投标保证金9万元及诚信保证金36万元。招标文件规定招标人如出现违反约定的情形，则其所提交的诚信保证金归国家所有，由采购代理机构代缴国库。后经审查发现，华中公司提交的营业执照注册资金数额与工商行政管理部门核准的实际情况不符，遂被取消了预中标资格。华中公司随后办理了投标保证金9万元的退付手续，但诚信保证金36万元由第二招标处出具结算票据，将该款项上缴国库。华中公司于2015年2月向镜湖区人民法院以交易中心为被告，提起民事诉讼，要求退回其被扣缴的保证金。

针对收缴保证金的行为一般有两种观点：一是认为属于行政处罚行为，二是认为属于民事行为。如本案中，镜湖法院与鸠江法院，对采购代理机构收缴保证金上缴国库的行为的法律性质认识不同，分别作出了两种完全不同的认定，导致华中公司耗费了五年时间，通过几起诉讼最终仍未

得到一个最终的答案。

笔者认为关于采购代理机构收缴保证金上缴国库的行为，应属于针对民事违约行为的救济措施，而不属于行政处罚行为，理由如下：

首先，采购代理机构收取保证金及保证金的处置等是基于采购文件的约定，而不是相关行政法规的明确规定。采购项目是否收取保证金，具体收取金额以及保证金的具体处理等事项，都是在采购文件中明确约定。参与投标的供应商对采购文件作出响应，并按规定交纳了保证金，采购代理机构接受了其投标，即对上述约定事项达成共识，对双方具有相应的法律约束力。而供应商一旦违反相关约定，采购代理机构则根据采购文件的规定，针对其违约行为，采取收缴保证金措施予以救济。这种行为的性质实质上与民事法律中约定违约金性质是完全一致的。

其次，采购代理机构并非行政机关，也没有获得相应的行政授权，无权做出行政处罚决定。尽管，采购代理机构将收缴的保证金上缴国

库的行为与行政处罚款上缴国库有些类似，但实际上性质有很大的差异，财务科目也完全不同。因此，采购代理机构并非行政处罚的合法主体，其收缴投标供应商的保证金的行为不构成行政处罚。

再次，相关法律法规并没有将收缴保证金列为行政处罚的种类。

《行政处罚法》第八条明确列举了七种行政处罚的种类，并没有将收缴保证金作为其中种类之一。《政府采购法》第七十七条，关于对供应商的行政法律责任中，包括罚款、列入不良行为记录名单、禁止参加政府采购活动、没收违法所得及吊销营业执照。这几种情形，收缴保证金上缴国库，虽然和行政罚款的形式有些相似，但罚款必须有明确的法律规定，法无明确规定不可为。而保证金并非法律规定，其标准也只是采购文件的规定，通常因项目而异，具有不确定性。两者具有明显的差异。同样，收缴保证金不属于没收违法所得，因为保证金很明显并非违法所得。可见，收缴保证金不属于行政处罚的范畴。



# 深圳市第十届律师代表大会 第四次会议顺利召开

2019年3月30日下午，深圳市第十届律师代表大会第四次会议顺利召开。全市400多名律师代表参加了会议。深圳市司法局副局长任继光、政治部主任郑雷以及各级司法行政机关负责人等应邀出席。





会上，经过与会代表现场投票表决，审议通过了《深圳市律师协会第十届理事会 2018 年度工作报告》《深圳市律师协会第六届监事会 2018 年度工作报告》《深圳市律师协会 2018 年度财务决算报告（草案）》《深圳市律师协会 2019 年度财务预算报告（草案）》及《关于设立重点项目专项资金 加快推进

进深圳律师业发展的议案》和《关于减收三类律师会员个人会费的议案》。其中，设立重点项目专项资金及减收三类律师会员个人会费构成此次会议的最大亮点。

专设重点项目专项资金，是探索设立行业发展专项基金的有效路径，该笔资金将主要用于行业人才发展、业务发展、信息化建设、秘

书处建设、律师执业环境优化等实际工作方面，以寻求行业发展及协会建设新的突破、实现新的发展。而减收个人会费的新福利政策，更是备受会员关注。明年起，我将会对符合条件的 30 岁以下的年轻律师、65 岁以上的老年律师及分娩女律师三类群体的律师会员，减半收取个人会费，体现协会对年轻律师



林昌炽会长作《深圳市律师协会第十届理事会 2018 年度工作报告》



魏汉蛟监事长作《深圳市律师协会第六届监事会 2018 年度工作报告》



尹成刚副会长作《深圳市律师协会 2018 年度财务决算报告（草案）》《深圳市律师协会 2019 年度财务预算报告（草案）》及《关于设立重点项目专项资金 加快推进深圳律师业发展的议案》的说明



蔡华副副会长作《关于减收三类律师会员个人会费的议案》的说明

的扶持力度及对老律师和分娩女律师的深切关爱。

2018年，深圳市律师协会顺利创办了深圳律师学院，开启了涉外领军人才培养计划，编印了11份业务操作指引、7本律师实务专著，开展了律所信息化管理系统建设需求调研，举办了协会成立30周年庆典等，在行业发展建设方面迈出了实质性步伐，取得了初步成效。2019年，协会仍将牢记职责使命，继续为行业发展创造良好的条件，为会员的发展提振信心。

## 相关链接

### 2018年深圳律师行业规模及业务拓展取得新发展

《深圳市律师协会第十届理事会2018年度工作报告》表明，截至2018年底，深圳市共有律师13135名，较上年度增长11.55%；律师事务所844家，较上年度增长10.76%。行业高素质律师人才逐年增加，具有海外留学背景的律师472人，博士学历的律师137人，律师队伍的职业化、专业化水平进一步提升。据不完全统计，2018年，深圳市律师担任党委政府机关、企事业单位、公民个人法律顾问2万多家，承办经济案件、民事案件、刑事案件等各类案件逾16万宗，办理调解案件3千多件，提供义务法律咨询6.29万人次，帮助企业及市民挽回经济损失306.2亿元。全年律师业务收费67.46亿元，同比增长20%，律师业务实现多元化发展。

### 三类律师个人会费将减收

《关于减收三类律师会员个人会费的议案》经过深圳市第十届律师代表大会第四次会议审议通过。议案表明，从2020年4月1日起，深圳市律师协会将对三类符合条件的律师减收个人会费。其中，第一类是在律师执业证发证日年龄30周岁以下（含本数）且在深圳实习并在深圳首次执业的年轻律师，首年（适用于当年第二季度首次执业）或者次年（适用于当年非第二季度首次执业）的个人会费为1400元，即，原2000元个人会费减收600元；第二类是当年4月1日年龄65周岁以上（含本数）的老律师，个人会费为1400元，即，原2000元个人会费减收600元；第三类是怀孕并且分娩的女律师，分娩当年的原2000元个人会费减收600元，即个人会费为1400元。





工  
作  
掠  
影



## 权健公司直销牌照

# 为何不是“免死金牌”？

○刘敏 广东丹柱律师事务所



2019 年年初发生的权健公司涉嫌组织、领导传销活动案件，引起轩然大波。在肖某某与权健公司、黄某某、张某某案件中，深圳法院认为黄某某与权健公司存在加盟关系，黄某某获准销售权健公司直销产品和推广“道教循经火疗”疗法，支持了肖某某的部分诉讼请求，判令权健公司赔偿肖某某一定经济损失。然而其他许多受害者在请求损害赔偿时，权健公司拿经销商当“挡箭牌”，法院因受害人不能提供证据证明损害结果与权健公司的产品之间存在因果关系，最终不能支持受害人的诉求，权健公司得以全身而退。那么，权健公司在大部分民事索赔案件中并没有承担民事赔偿责任，为何会承担刑事责任？权健公司直销牌照为何不是“免死金牌”？

### 直销牌照的取得

直销企业及其分支机构的设立需要通过省、自治区、直辖市商务主管部门向国务院商务主管部门提出申请，国务院商务主管部门应当自收到全部申请文件、资料之日起 90 日内，经征求国务院工商行政管理部门的意见，作出批准或者不予批准的决定。予以批准的，由国务院商务主管部门颁发直销经营许可证，即所谓的直销牌照，这是直销企业的市场准入门槛。

2019 年 2 月 14 日，商务部新闻发言人高峰表示，针对直销行业

有关情况和存在的问题，商务部已经暂停办理直销相关的审批、备案等事项，正积极会同相关职能部门开展保健市场整治工作。

### 直销员的招募和培训

直销企业及其分支机构可以招募直销员，且应当与其签订推销合同。未与直销企业或者其分支机构签订推销合同的人员，不得以任何方式从事直销活动。在招募直销员后，直销企业应当对拟招募的直销员进行业务培训和考试，考试合格后取得直销员证，方可从事直销企业的直销活动。

如果购买直销产品，需保留购买的证据，如支付凭证、购买清单，



否则当不利后果发生时，维权无门。在宁夏买卖合同纠纷案 [(2017) 宁 0122 民初 4523 号]，原告雷某某提交的证据不能证明鉴定表中的样品系来源于被告的权健经销店，法院最终驳回了原告的全部诉讼请求。

### 直销企业与经销商的关系

在国家市场监督管理总局下发的《关于 8、9 号文相关问题解答》中，总局的解答认为：直销企业的经销商一般均为独立注册登记的个体工商户或公司，并非直销企业的内部组成部分，是在法律意义上与直销企业分离的独立商事主体。

直销企业经销商没有经过审批，没有获得直销经营许可证，没有从事直销的资格。许多经销商在加盟权健公司，成为权健会员后，仍销售权健产品。当消费者在使用权健产品或享受权健服务的过程中受到损害时消费者难以举证损害结果与权健公司产品质量存在因果关系，很容易导致权健公司全身而退。

### 直销和传销的区别

直销可以简称厂家直接销售，是一种商业模式，不经过代理直接销售产品，是指直销企业招募直销员直接向最终消费者进行销售的一种经营销售方式。直销并不是传销，中山大学管理学院黄英姿副教授表示，目前国内允许的是单层次直销，多层次直销即被界定为传销，是非法的。和直销相比，传销具有三个明显的特点：拉人头、收取入门费、

团队计酬。

2012 年 9 月 10 日，吉林省蛟河市人民法院审查认为，被告人孟某某、徐某某、战某某、戴某某无视国家法律，组织、领导人员以交纳 960 元购买权健产品后成为会员，并直接或间接以发展下线会员组成层级，以下线会员及下下线会员销售业绩作为计酬或返利依据，引诱参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱社会经济秩序，其行为均已构成组织、领导传销活动罪。

权健公司的直销经营许可证 2013 年 8 月 7 日审批通过。在取得直销经营许可证后，权健公司是否还存在组织、领导传销活动罪及其它违法行为呢？

2018 年 5 月 14 日，郎溪县人民检察院向法院提起公诉，指控被告人岑某某犯组织、领导传销活动罪。郎溪县人民检察院指控：2015 年 7 月，被告人岑某某经他人介绍加入权健（天津）自然医学科技发展有限公司会员，成为初级经理、三星代表。后岑某某在郎溪县及江苏省溧阳市等地通过开展推介、组织实地考察、指导、培训等活动，以购买 1100 元、7700 元、9900 元、15400 元、23000 元不等的权健公司产品作为加入该公司会员的条件，并利诱他人继续发展会员，按照层级、发展会员的数量获取相应的推广奖、合作奖、销售奖等，骗取财物。截至 2017 年 3 月，岑某某在郎溪县溧阳市区域直接或间接发展权健公司会员 150 余人，会员层级超过三级，

非法获利 5 万元，其行为已构成组织、领导传销活动罪。法院最终判决被告人岑某某犯组织、领导传销活动罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金 10 万元。

虽取得了直销经营许可证，但是权健公司仍涉传销问题、虚假宣传问题和产品质量问题，目前权健公司被立案侦查中。

### 直销牌照并非“免死金牌”

在人口老龄化的大背景下，医疗和保健行业都成为被关注的重点。自 2015 年“两会”以来，全国人大代表不断建议修改《直销行业管理条例》，通过立法明确企业和政府各方的行为。今年“两会上”，很多人大代表、政协委员都把关注点放在保健市场乱象上，因直销行业关乎国家和公众的利益，亟须完善法律法规，提升监管水平。中国民主同盟中央委员会在《关于调整立法思路，加强直销传销监管的提案》中指出，目前社会存在直销、传销概念不清晰、政府对于直销行业情况掌握不全面、传销方式多元化、打击难度大、大多数直销企业存在违规操作等问题。为此，许多人大代表希望对直销、传销予以立法，加大执法监督力度整治保健品市场，普及保健知识，严格管理涉及老年人的涉嫌欺诈的商业活动。

直销企业设立后，取得直销牌照仅仅是获得了市场“入场券”，并非取得了“免死金牌”，合法经营才是“护身符”。



# 从长春长生公司行政处罚案 看药品、医疗器械企业的 合规管理

○范秀玲 广东广和律师事务所

去年10月，长春长生生物科技有限责任公司（下称“长春长生公司”）生产、销售冻干人用狂犬病疫苗（Vero细胞）因系列违法行为受到行政监管部门行政处罚、罚没款总额超过人民币91亿元（下称“长春长生公司行政处罚案”）。该案将是未来一个时期内我国从严监管药品、医疗器械行业的一个重要的标志性事件，也必将对药品和医疗器械企业的合规管理产生深远的影响。笔者将从“长春长生公司行政处罚案及相关法律问题”“药品、医疗器械企业的合规管理”及“律师在药

品、医疗器械企业合规建设中的业务操作路径”三个方面进行分析论证。

## 一、长春长生公司行政处罚案及相关法律问题

### （一）案情摘要

长春长生公司曾是国内疫苗生产行业龙头企业之一。该公司主要生产包括冻干水痘减毒活疫苗、冻干人用狂犬疫苗（Vero细胞）、冻干甲型肝炎减毒活疫苗、流行性感冒裂解疫苗等疫苗品种。长春长生公司此次被

罚没 91 亿元是因生产、销售冻干人用狂犬疫苗（Vero 细胞）过程中的一系列违法行为而受到行政处罚的。但早在本次狂犬疫苗问题爆发之前，该公司 2017 年即因所生产的吸附无细胞百白破联合疫苗效价不足问题受到吉林省食药监局立案调查和处罚。

据公开资料报道，国家药品监督管理局于 2018 年 7 月初收到实名举报信后，立即组织人员对长春长生公司实施飞行检查，经检查，初步认定该企业存在冻干人用狂犬病疫苗生产记录造假等严重违反《药品生产质量管理规范》的违规行为。国家药监局要求吉林省食药监局收回长春长生公司的《药品 GMP 证书》并责令该企业停止狂犬疫苗的生产。

### （二）行政监管部门依法作出行政处罚决定

2018 年 10 月 16 日，国家药监局作出“（国）药监药罚〔2018〕1 号”行政处罚决定：撤销长春长生公司冻干人用狂犬病疫苗（Vero 细胞）（国药准字 S20120016）药品批准证明文件；撤销长春长生公司自 2014 年 1 月至 2018 年 7 月骗取的涉案产品生物制品批签发合格证，五年内不受理该公司冻干人用狂犬病疫苗（Vero 细胞）（国药准字 S20120016）批签发申请，并处罚款 1203 万元。

吉林省食药监局也同时在其职权范围内作出“吉食药监药行罚〔2018〕17 号”行政处罚决定：吊销长春长生公司生物科技有限责任公司《药品生产许可证》；没收违法生产的冻干人用狂犬病疫苗（Vero 细胞）7794034 支，没收违法所得 1,891,878,172.89 元，处违法生产、销售冻干人用狂犬病疫苗（Vero 细胞）货值金额三倍罚款 7,212,301,996.02 元，罚没款共计 9,104,280,168.91 元；没收专用于生产冻干人用狂犬病疫苗（Vero 细胞）的原辅材料、包装材料等。

此外，吉林省食药监局和深圳证券交易所（下称“深交所”）还对长春长生公司控股并在深交所上市的母公司长生生物科技股份有限公司（下称“长生生物公司”）及高俊芳、张友奎等 14 名直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告、罚款及市场禁入等处罚措施。

### （三）长春长生公司行政处罚案暴露的法律问题

1. 企业法律意识薄弱，违法行为性质恶劣：从行政部门对长春长生公司违法行为调查取证的资料来看，该公司实施的违法行为主要有：一是将不同批次的原液

进行勾兑配制，再对勾兑合批后的原液重新编造生产批号；二是更改部分批次涉案产品的生产批号或实际生产日期；三是使用过期原液生产部分涉案产品；四是未按规定方法对成品制剂进行效价测定；五是生产药品使用的离心机变更未按规定备案；六是销毁原始生产记录，编造虚假的批生产记录；七是通过提交虚假资料骗取生物制品批签发合格证；八是为掩盖违法事实而销毁硬盘等证据。该企业的上述行为严重违反药品生产质量管理规范的要求，并在事发后恶意造假、毁灭相关证据材料。

2. 弄虚作假逃避监管、合规管理形同虚设：长春长生公司的系列违法违规行为是公司管理层及不同岗位人员自上而下、按照不同分工、互相配合实施的，反映了该企业药品生产质量管控缺位、合规管理形同虚设等问题。这种违法违规行为具有明显的主观故意，同时其违法手段具有一定的隐蔽性，以致其长期逃避监管而不易被发现。

3. 行政部门依法从严顶格处理：药品监管部门在本案依法对长春长生公司作出顶格处罚：没收其违法生产的产品，没收违法所得 18.9 亿多元，并处违法生产销售货值金额三倍的罚款共计 72.1 亿元，两项合计 91 亿元；吊销其《药品生产许可证》、撤销其狂犬病疫苗药品批准证明文件；并对涉案的高俊芳等 14 名直接负责的主管人员和其他直接责任人员，作出依法不得从事药品生产经营活动的处罚决定。本案彰显出行政监管部门严厉惩处药品生产企业违法违规行为的態度，给药品、医疗器械行业起到了警示作用。

## 二、药品、医疗器械企业的合规管理

本文所称的药品、医疗器械企业包括药品、医疗器械生产、经营销售的企业。国家对药品、医疗器械企业进行合规管理。

1. 企业合规的外法内规：根据 2018 年 11 月 2 日国务院国有资产监督管理委员会《中央企业合规管理指引（试行）》的规定：合规，是指药品、医疗器械企业及其员工的生产、经营管理行为符合法律法规、监管规定、行业标准、准则和企业章程、规章制度以及国际条约、规则等要求。

本文所称合规风险，是指药品、医疗器械企业及其员工因不合规行为，引发法律责任、受到相关处罚、造

成经济或声誉损失以及其他负面影响的可能性。合规管理，是指以有效防控企业合规风险为目的，以企业和员工经营管理行为为对象，开展包括制度制定、风险识别、合规审查、风险应对、责任追究、考核评价、合规培训等有组织、有计划的管理活动。

2. 药品、医疗器械企业的特殊性决定了本行业合规管理的重要性：药品、医疗器械行业与社会公众健康、生命安全密切相关，因此，企业社会责任重大，一旦合规风险爆发就会造成重大的社会影响，主要体现在四个方面：社会舆论的压力下企业社会声誉受损、行政处罚若被吊证危及企业生存、巨额民事赔偿使得企业难以维系、相关人员被追究刑事责任面临牢狱之苦。此外，由于药品、医疗器械企业属于政府行政部门严格监管的行业，再加上药品、医疗器械终端用户敏感性、行业商业竞争性、企业内部危机等因素，也使得药品、医疗器械企业的合规风险还具有集中爆发性及连锁反应等特点，可谓“牵一发而动全身”，一旦风险爆发则后果极其严重。

3. 建立健全药品、医疗器械企业合规管理体系的基本要求：药品、医疗器械企业合规管理建设任重道远。笔者通过多年为相关企业提供法律服务的经验体会，认为企业的合规管理应遵守以下基本要求：（1）全面覆盖：坚持将合规要求覆盖企业各业务领域、各部门、各级子企业和分支机构、全体员工等，贯穿决策、执行、监督全流程；（2）强化责任：加强合规管理作为企业主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责的重要内容，建立全员合规责任制，明确管理人员和各岗位员工的合规责任并督促落实；（3）协同联动：推动合规管理与法律风险管控、监察、审计、内控等工作相统筹、相衔接，确保合规管理体系有效运行；（4）客观独立：严格依照法律法规等规定对企业和员工行为进行客观评价和指导处理，合规管理牵头部门独立履行职责，不受其他部门和人员的干涉。

### 三、律师在药品、医疗器械企业合规建设中的业务操作路径

#### （一）律师要帮助企业明白合规是“合什么规”

首先，律师应从企业发展战略高度出发，加强对新法规的学习和收集整理，持续跟踪药品、医疗器械监管政策相关法律法规的制定及修订动态，分析法规变动对



企业研发、注册、生产、经营等方面的影响，并据此帮助企业调整发展战略。对此，律师需要协助企业法务部门梳理与药品、医疗器械行业相关的法律法规、行政监管规定及政策资讯；行业生产经营规范标准如药品生产 GMP 认证、药品经营 GSP 认证及药品临床试验 GCP 认证标准等；与药品、医疗器械出口所涉及的国际规则、条约及所在国的法律规范及认证规定等，如美国 FDA 和欧盟 GMP 认证标准等。其次，要熟悉了解本企业的章程、重要合同及与企业合规有关的规章制度。次之，还要收集行政监管部门的官网上定期发布的与药品、医疗器械企业合规相关的行业行政监管规章规定、规范性文件及相关政策指导，如食药监管部门、卫生健康行政部门、市场工商行政部门、医疗保障部门、物价部门、质监部门等。

法律法规是刚性条文，不同的人因不同的背景和身处不同的企业环境对法律法规的理解也会有所不同，中间难免存在脱节，而律师职业的属性恰好可以弥补立法与社会、执法与社会、司法与社会之间的脱节。针对目前企业管理层法律意识淡薄、全员参与程度不高、企业缺乏系统的法律培训机制等问题，律师应参与对药品、医疗器械企业的全员培训，尤其是对管理层的法律培训。律师应根据企业的实际情况，深刻理解法律法规的要求，找出企业与新法新规存在冲突的风险点，并逐一研究制定改进措施，使药品、医疗器械企业逐步从静态管理向动态管理，从部门管理到产品全生命周期的合规管理方向转变。





## （二）律师参与合规建设业务操作路径

律师要参与企业合规架构设计和体系建设，帮助企业建立合规委员会或相关合规风控部门，明确相关部门职能及相关人员职责，承担企业合规管理的组织领导和统筹协调工作，定期召开会议，研究决定企业合规管理重大事项或提出意见建议，指导、监督和评价合规管理工作。条件成熟的企业还可考虑建立企业总法律顾问制度，组织制订企业合规管理战略规划，领导合规管理牵头部门开展工作，向董事会和总经理汇报合规管理重大事项，组织起草合规管理年度报告等。

通过参与企业内部合规审核等方式，明确企业合规的重点领域，如市场准入、产品质量、市场交易、劳动用工、知识产权、财务税收、交易伙伴及广告发布等；重点环节如经营决策、生产运营及风险危机应对处置等；重要岗位如管理人员、财务人员、采购人员、法律人员及海外派驻人员等，从而完善相关制度、业务流程，强化上述重点领域、高风险环节、部门及人员的管理及风控。

帮助企业建立合规管理运行机制，如建立健全合规管理制度、建立合规风险识别预警和报告机制、合规风险应对机制、合规审查机制、违规问责机制及合规评估、培训机制等。

## （三）律师参与合规建设的操作方式

1. 以常年法律顾问的方式为企业提供全方位法律服务：律师事务所与相关企业签订《法律顾问聘用合同》，组建合规法律服务团队，明确项目负责人和律师团队人

员组成、律师工作范围、法律服务期限等，参与企业重大决策、为招投标活动等出具法律意见，帮助企业建立健全各项管理制度，设计合规管理或风控管理流程，参与合同协议合规审查、撰写法律顾问年度工作报告或合规管理调研报告，从而全方位、全业务流程地参与企业合规管理，使得各项制度实施落地。

2. 以专项法律服务方式为企业提供专项非诉法律服务：非诉专项法律服务项目包括但不限于以下项目：药品、医疗器械企业合规规章体系及流程设计；药品、医疗器械企业人员合规培训；药品、医疗器械临床研究注册、生产审批注册业务，进口药品、医疗器械申报注册业务及仿制药审批注册业务等专项法律服务；审查药品、医疗器械企业反垄断协议、反不正当竞争及反商业贿赂协议；为企业的分支机构的设立、股权转让、增资减资、招标投标、合并分立、清算注销、资产重组、改制上市等提供非诉业务提供专项法律服务。

3. 以个案代理的方式为企业提供争议解决方案或案件代理：主要包含但不限于：对企业或员工涉及行政部门的行政处罚等提供法律帮助和指导；代表企业处理药品临床研究过程中发生的不良反应或者其它药品不良事件的处理，提供争议解决方案；对行政机关作出的行政处罚等处理决定不服提起行政复议、行政诉讼；代理企业参与各类合同、劳动人事等争议的诉讼或仲裁等，以维护企业的合法权益。

综上，目前我国国民经济的各主要行业已从粗放型发展模式向产业升级换代、科技驱动、规范经营方向发展，如何重新建构起相对完善的企业合规管理制度和监管体系已成为迫在眉睫的管理问题和法律问题。药品、医疗器械企业作为大健康行业的支柱产业，尤其备受社会关注。2018年发生的长春长生公司行政处罚案，即为企业不遵守内法外规的典型案列，通过该案例将倒逼企业的合规建设和规范化运营。当下，企业合规管理意识的培育、合规管理职能的界定、合规机制的设计、工具与手段的完善等仍都有很多值得探讨的空间，这也为律师为相关企业提供法律服务提供了市场和机会。时移势易，把握机遇，我们律师应紧贴时代的脉搏和企业痛点，不断研发新的法律服务产品，为国家药品、医疗器械企业的健康发展提供法律支持。



# 浅论孟晚舟事件 的国际刑事司法语境下的基础因素

○林京琨 广东王芬律师事务所

2018 年底发生的华为公司 CFO 孟晚舟被捕事件，至今一直备受国人关注。纵观孟晚舟事件，美国为何能够对一个在加拿大的中国人进行扣留并寻求引渡呢？答案就是美国法院的长臂管辖原则 (Long Arm Jurisdiction)。在法言法，本文探讨事件的始作俑者——美国，其司法审查过程的一些基础因素，尤其是对“长

臂管辖”原则作必要的基础性研究。面对长臂管辖案件，期许我们能够有更积极的法律应对方式。

## “长臂管辖”的基本涵义

一般认为，“长臂管辖”是目前美国的一个法律用语。指当被告人不在法院所在地，但只要被告和立案法

院所在地存在“最低限度联系” (Minimum Contacts)，立案法院就对被告具有管辖权，可以对被告发出传票，哪怕被告在州外甚至国外。“最低限度联系”，几乎就是跟美国有任何联系都叫最低限度联系，在美国领土范围内存在活动，直接或者间接存在活动都算“最低限度联系”，比如采购美国商品、采用美国服务、用美国银行转账等在美国境内有商品等利益的，于是也包括孟晚舟过境加拿大。可以说只要能执行或者有可能执行，都能经由“长臂管辖”被美国规制、妨碍。

“长臂管辖”在美国确立之后，美国利用其在政治、经济、意识形态领域强大的实力，逐渐将这一管辖扩展到合同、侵权、商业经营、金融、投资、反腐败、反垄断、网络等不同领域，并呈现进一步扩大使用范围的趋势。

### “长臂管辖”与引渡制度的相互搭载

引渡制度由来已久。从19世纪中期开始，许多国家在国内立法中对引渡问题作了规定。此后，各国开始订立引渡条约或司法协助条约，同时出现了一些同引渡有关的国际公约和国际文件，如《美国和罗马尼亚间引渡条约》《美洲国家间引渡公约》等。

引渡是指一国把在该国境内而被他国追捕、通缉或判刑的人，根据有关国家的请求，移交给请求国审判或处罚。根据国际法，国家有权驱逐外国人，但没有必须引渡的义务，除非该国负有条约的义务或其他安排。美国对于孟晚舟事件是非常规运用引渡制度。据报道，2019年1月28日美国联邦政府宣布控告华为、星通 (Skycom)、华为设备 (美国) 和孟晚舟触犯了23项罪名，而孟晚舟面临被引渡到美国，原因是华为涉嫌违反了美国对伊朗的贸易制裁规定。

一般认为，相同原则 (又称“双重犯罪”原则) 是引渡产生的前提，即请求引渡国和被请求引渡国双方须具相同罪行要素。该原则不是犯罪名称简单相同，而是犯罪构成要素相同、犯罪行为相同。比如说，孟晚舟被

控告诈骗和串谋诈骗罪，美国和加拿大两国都有这种罪名，英国也有，香港特区也有，实行普通法系的国家和地区都有，所涉及的行为有数十种之多。但这种行为是否构成犯罪行为，要看各国法律规定的具体内容，不能仅靠罪名相同为凭。

至于与伊朗的有关贸易问题，目前有国际法和国内法的法律体系。就国际法而言，现在已不存在制裁问题。2015年7月14日，中、美、俄、英、法、德六国与伊朗达成《联合全面行动计划》，7月20日该计划获安理会一致通过，构成安理会2231(2015)号决议的主要内容。因此对安理会2231(2015)号决议前的与伊朗的有关贸易，就不再也不能以国际法追究。就国内法而言，较为复杂，虽然大部分国家和地区因上述行动计划和安理会决议，不再认为与伊朗的有关贸易非法，但美国并不这样认为。美国制裁伊朗由来已久，自1979年伊朗革命开始，美国就构建了对伊朗的制裁体系，如1996年《伊朗制裁法》等，还颁布多次相关制裁的行政命令。2015年安理会做出2231(2015)号决议后，美国停止对伊朗的制裁。但去年5月8日美国特朗普总统宣布退出伊核协议 (行动计划)，美国就不愿再遵守安理会2231(2015)号决议了，这就意味着美国恢复了制裁伊朗的法律。

尽管被评价为不恰当行为，美国还是正式提出孟晚舟的引渡申请。根据1976年生效的《美国与加拿大之间的引渡条约》，加拿大可以根据美国的紧急请求抓捕嫌犯，但美国必须在45天之内提供相关法律上的证据文件，否则加方就必须放人。如果加拿大在这个问题上依法行事，并且走完包括司法审查在内的所有程序，孟晚舟引渡案将是一个漫长而繁琐的过程。最后引渡与否，仍然要由加拿大司法部部长依法综合考虑法律、人权、政治等因素后做出决定，但被引渡人也可以向法院上诉。美方目前的控告尚无确凿的证据公布，但是，在“长臂管辖”的传统思维定势中，引渡原则被非常规运用，令人不安。

### “长臂管辖”与国际刑事司法协助的相互搭载与抑制

刑事司法协助是指一国的法院或者其他的司法机关，根据另一国的法院或者其他司法机关的请求，代为或者协助实行与刑事诉讼有关的司法行为。广义上，国际社会对刑事司法协助还包括引渡等内容。

2018年12月，全国人大常委会一审《中华人民共和国国际刑事司法协助法》草案后提出，建议在草案中增加相关的规定，抵制外国的“长臂管辖”。《中华人民共和国国际刑事司法协助法》第四条采纳这一意见，形成对外国的“长臂管辖”抑制。

### 我国刑法中“长臂管辖”的影子

历史上，汉元帝时期的陈汤所言“犯强汉者，虽远必诛”，全句为“宜悬头槁街蛮夷邸间，以示万里。明犯强汉者，虽远必诛！”，见于《汉书·傅常郑甘陈段传》，可以看作我国历史上早期“长臂管辖”的震慑力宣言。但，真正产生国际法拘束力意义的管辖长臂，一般认为，应当与综合国力相互搭载。所谓综合国力，笔者认为，包括持久稳定的法治传统在内的传承力、传播力、一以贯之力、执行力等所构成的综合力，当然随附军力。“犯强汉者，虽远必诛”或许仅仅强调了武装暴力的终极点，但也不免落入“伤敌一千自损八百”的两败俱伤或零和评价。

刑事管辖权的行使，事关国家主权，各国刑法对此都有明文规定。

我国刑法亦规定了属地原则、属人原则、保护原则、普遍原则，这四个原则各有局限性，但互为补充，互相结合。我国刑法第八条规定：“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”根据这一规定，外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪，我国刑法有权管辖。这条规定可以认为属于我国刑事法律制度里面的“长臂管辖”。比如2014年马航MH370航班事件，在马来西亚的调查报告不足以采信，不足以保

护中华人民共和国国家或者公民，有可能产生“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪”情形时，有舆论认为，《刑法》第八条规定“长臂管辖”希望成行。

鉴于新中国崛起和全面发展时间不长，历经几代人探索和革命，远未促成《刑法》第八条规定“长臂管辖”的常规运用和特殊运用甚至两者相结合运用。

根据经济基础决定上层建筑理论的涵义，国际司法管辖及拘束力的产生，需要一个国家综合国力的强劲支持。就我国国家和公民的海外保护而言，铆足劲头全面建设小康社会，推进中华民族的伟大复兴，一代又一代持续形成持久稳定的综合国力，国家刑事管辖原则于国家利益和公民的保护将实其所以然。


### “长臂管辖”法律风险的防控

就孟晚舟事件，我们对孟晚舟及华为公司所受指控的罪名获撤销，应有足够信心。对于资本的海外行为而言，是时候把防控“长臂管辖”可能引发的法律风险作为一种长久的基础研究，纳入资本眼中成本支付的更大的支持范围了。

华为公司对于孟晚舟事件，或许早已在其基础研发中对防控“长臂管辖”的法律风险作预评估，从目前法律攻防上，对孟晚舟合法权益的维护用尽当地救济，是在持久自信的定力范围内：一是华为孟晚舟的律师团队入禀加拿大法院，状告加拿大政府逮捕孟晚舟时违反该国宪章并侵犯其权利；二是律师团队于不列颠哥伦比亚省最高法院，对加拿大边境事务局（CBSA）、加拿大皇家骑警和联邦政府提出民事诉讼，目前法院已经受理此案；三是就“国防授权法案”一条款起诉美国政府。

在外交加压国家层面，中国外交部多次敦促美国立即撤销对孟晚舟的逮捕令和引渡请求，敦促加拿大立即释放孟晚舟，让她平安回到中国并切实保障其合法权益，避免错上加错。习主席曾指出“太平洋足够大，完全能容纳中美发展”。相信在多渠道努力下，孟晚舟及华为公司所受指控的罪名获撤销，各方多赢。





## 商事犯罪辩护中 刑事诈骗与民事欺诈的 本质区别

○刘平凡 唐柏成 广东际唐律师事务所

刑事诈骗与民事欺诈，因涉及到罪与非罪，故一直是法律界人士热门探讨的话题。那么，刑事诈骗与民事欺诈，其非法的本质是什么？鉴于在现实生活中二者关系的复杂性及司法实务中对二者区分的疑难性，笔者特拟本文，对发生于交易领域的刑事诈骗与民事欺诈的

非法本质予以揭示，并从实质角度出发对二者非法谋财行为的区别进行理论研究。

### 刑事诈骗与民事欺诈的非法本质

我国相关民事法律为市场主体进行市场交易设立了一系列的交易规则，如公平交易、等价有偿、诚

实信用等。如果市场主体在市场交易中违背了这些交易原则而获取他人财物或谋取其它利益的，即为非法。笔者认为，这就是二者非法的本质所在。

### 刑事诈骗与民事欺诈的目的内容

任何有意识行为的实施，必

定有其特定目的，行为人必都希望通过实施一定的行为达到自己所期望的结果。当然，此处的目的，不是指行为故意内容所包含的直接目的，而是指行为人通过实施行为后所期望达到的最终目的，即主观超过要素。类似比喻如“谋财害命”：行为人实施杀人行为，其杀人行为的直接目的是致死被害人，但其最终目的，却是取财。同样，民事欺诈与刑事诈骗也都会有其最终目的，只是，民事欺诈的目的相较于刑事诈骗的目的，更为广泛。

民事欺诈目的内容，笔者认为至少包含两类。

第一类，是行为人希望通过实施欺诈行为以达到设立、变更、终止民事法律关系而进行谋利的目的。比如：行为人通过实施欺诈行为促使他人从众多竞争商家中选择购买自己的产品，从而促成交易谋利；行为人欺诈购房人，自己的房屋曾经发生过灵异事件，迫使购房人放弃购买，解除或终止房屋买卖合同，从而将房屋出卖给出价更高的第三人以谋取更高利益。

第二类，是行为人在民事法律行为的实施过程中实施欺诈行为谋取他人财物或其它非法利益。比如：行为人将自己的产品作虚假夸大宣传，高于市场价出售给他人；行为人在自己的产品中掺杂、掺假；牛肉贩子在出售的牛肉中注水。有人认为，第二类欺诈行为的目的，在

获取他人财物的场合，也是属于非法占有目的，是广义上的非法占有目的。

前述两类民事欺诈行为，除刑法分则条文有明确规定的以外，一般不作为犯罪处理。当然，也有规定入罪进行打击。比如我国刑法规定的骗取贷款罪，就是将第一类民事欺诈行为上升至刑法层面进行打击；又比如生产销售伪劣产品罪，就是将第二类民事欺诈行为上升至刑法层面进行打击。立法者之所以将这些民事欺诈行为上升至刑法层面予以打击，主要是因为这些民事欺诈行为侵害了其它更为重要的法益，而不仅仅是因为侵害了被害人的财产所有权。

至于刑事诈骗目的内容，当然就是指大家所熟知的非法占有他人财物，本文也就不多言。

### 民事欺诈取财与刑事诈骗取财的本质区别

既然第二类民事欺诈行为也可以有非法取财目的，那么该类民事欺诈取财与刑事诈骗取财到底如何区分？在实施欺诈行为获取他人财物的场合，二者有何本质区别？笔者认为：二者的本质区别是行为人获取他人财物时所支付对价的程度不同，包括质与量。由此，也导致二者非法的程度不同。

这里需要解释，“支付对价”，是指在交易中获取他人财物后向对

方支付相对应的代价。对价，即相对应的代价，体现代价支付的相对性、对应性。但对价不等于等价。等价，是法律规范用语，是民事法律设定的交易规则；对价，是学术用语，支付对价，强调的是交易主体在交易场合应为之交易行为。二者切不可混为一谈。

在第二类民事欺诈场合，行为人虽然虚假宣传、夸大宣传、价格虚高、掺杂掺假、瑕疵履行，但行为人在获取他人财物时，毕竟还是支付了一定的对价或代价，只是没能做到等价支付。比如牛肉贩子在八斤牛肉中注水两斤，却收他人十斤牛肉的价款，八斤牛肉对应十斤牛肉的价款，自然不等价，但行为人毕竟还是支付了八斤牛肉的代价。这些欺诈取财行为，显然违背了等价原则、公平原则，当然也非法，只是尚在刑事法律的容忍范围之内。由此，这些欺诈取财行为，仅是违反了民事法律，只要刑法分则条文没有明确规定，还不至于上升至刑法层面予以打击。至于这些欺诈行为的违法后果，相关民事法律有明确规定，即受害人可变更可撤销。

而在刑事诈骗场合，行为人在市场交易中，非但不会等价支付，甚至连最起码的对价都不会支付。交易的相对方往往是支付了财物，却得不到应有的对价。因此，刑事诈骗取财，属于无对价的占有他人

财物，属于赤裸裸地占有他人财物，属于“空手套白狼”。无对价占有，不但是刑事诈骗非法取财的本质特征，也是刑事诈骗非法占有的真正内涵。

以上，就是二者非法取财的本质区别。笔者认为，对二者取财行为进行内在本质区分，是准确区别民事欺诈与刑事诈骗的核心与关键。

需要特别说明的是，刑法意义上的非法占有，有其特定的刑事法律规范评价及刑法层面的特定涵义，是基于行为的整体评价而来。刑事诈骗，其无对价的诈骗取财行为，完全能够实现刑法意义上非法占有的整体评价；而民事欺诈，鉴于其毕竟是有对价的欺诈取财，故无法实现刑法意义上非法占有的整体评价。或者说，其轻微的欺诈取财成分，在刑法层面尚可容忍，故不以刑法进行打击。所以，不管是理论界还是实务界，只有刑事诈骗才言非法占有，民事欺诈则谈不上非法占有。非法占有，是故也成为二者区分的界限之所在。

### 以刑事诈骗无对价取财的本质特征析案

笔者尝试以刑事诈骗无对价取财的本质特征解析一下曹忠合同诈骗案。

2013年1月30日至2月27日期间，被告人曹忠在与南通吉欣汽车运输有限公司汽车租赁部、上海

爱梦汽车租赁有限公司等签订、履行租车合同过程中，以租车自用为名，骗得牌号为苏F8P722丰田凯美瑞、沪J11637别克君越、苏F303BQ广本雅阁、苏FEG433丰田RAV4、沪N91822奥迪A6汽车5辆，并伪造个人身份及车辆行驶证等资料，将上述车辆

质押给倪贵金、杨正辉、苏劲松等人，得款人民币41.9万元，这些钱款被其用于归还个人借款及挥霍性消费。经启东市价格认证中心鉴定，上述5辆汽车合计价值人民币83.3815

万元。法院认为：“被告人曹忠以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取他人财物，数额巨大，其行为构成合同诈骗罪，依法应追究刑事责任。质押汽车骗钱的诈骗行为应当认定是对骗取汽车的合同诈骗的赃物的非法处置和变现行为，刑法不再作重复评价。”

本案中，法院将第一个行为认定为合同诈骗罪，将第二个行为定性为对骗取汽车合同诈骗赃物的非法处置和变现行为。关于本案的“两头骗”行为，第一个行为认定为合同诈骗罪，争议不大。而对第二个行为的定性，则争议较大。有论者

认为，前后两个行为在构成要件上，都成立诈骗罪或合同诈骗罪，但是基于期待可能性，或牵连犯等原因，不追究其中一个诈骗行为的刑事责任。有学者则认为，第二个行为属于民事欺诈。

关于本案第二个行为的定性，



即将骗取的租赁车辆进行质押向他人借款的行为是否构成诈骗类犯罪，是分析的重点。我们首先确定如下基本事实：第一，本案中，行为人在质押借款时，至少实施了两个最基本的行为：一是伪造个人身份及车辆行驶证等资料，二是交付车辆进行质押获取借款。第二，本案质押借款行为中主行为的性质是借贷关系。在借贷关系中，出借人出借财物，期待的是借贷人在借贷期满后返还财物。另需从法理上予以说明的是，在现实生活中，行为人在实施欺诈行为取财时，可能实施的欺诈行为不止一个，而是多个

并存。因此，当多个欺诈行为并存时，我们就有必要区分并找准刑事诈骗意义上的欺诈行为。刑事诈骗中的欺诈行为，必须是导致受害人上当受骗并处分财物的欺诈行为，也就是说，必须要与被害人上当受骗、处分财物具有直接因果关系（俗称直接行为）。如果某个或某些欺诈行为并不是使受害人作出财产处分的行为，则不属于诈骗类犯罪所指的实行行为。只有当某一欺诈行为使受害人因此而作出了财产处分的，才有可能成立刑事诈骗的实行行为。

综合前述基本事实及法理，笔者认为本案第二个质押借款行为的核心考察点包括以下几个问题。其一，出借人是基于何种认识而将借款出借于行为人？笔者认为，本案出借人与行为人既非亲朋好友，更非故知，当然是基于行为人交付质押的车辆是货真价实的车辆，基于保障有力，所以才将借款出借于行为人。其二，如果行为人不还款，行为人有无支付占有借款本金的对价？答案很显然，是有支付，对价是车辆。行为人如果不还款，出借人就可以拿车辆来折抵。其三，行为人在对价上有没有欺诈出借人？可认定为没有欺诈，车辆是货真价实的车辆，而且车辆的价值在现实的质押交易中普遍都会高于借款本金。也就是说，本案行为人不但做到了等价支付，甚至还属于超价支付。其四，出借人有无认识错误？当然是没有的，因为行为人在车辆

的价值上根本就没有欺诈出借人。连欺诈行为都没有，又何来认识错误。至于本案行为人伪造个人身份及车辆行驶证等资料的行为，笔者认为，身份证及车辆行驶证，根本不是借款的对价，出借人也根本不是基于身份证和车辆行驶证而处分借款。行为人所实施的该欺诈行为，正如前文所述，仅是为了促成交易，仅是希望通过实施欺诈行为达到借款目的。因此，行为人即使在这个环节实施了欺诈行为，但该欺诈行为也不属于刑事诈骗意义上的实行行为。

最后，再来整体考察前述质押借款的两个行为，本案行为人在质押车辆借款时，实施了欺诈行为以促成交易，但其在获取出借人的借款时，却提供了车辆进行质押，即使其日后不还款，车辆也足以形成借款本金的对价。因此，该质押借款行为不属于刑事诈骗行为，而属于民事欺诈行为。当然，此处可能会有人提出，行为人对车辆没有处分权。恰恰行为人对车辆无处分权属于民事法律调整的范畴，民事法律对无处分权及相关法律后果有明确规定，包括诈骗罪的司法解释对第三人善意取得赃物也有明确规定。

总的来说，本案的质押借款行为，法院以“属赃物的非法处置和变现行为、刑法不再作重复评价”为由不另定罪，无疑是正确的，因为行为人单纯处分自己所获赃物的变现行为并未侵犯新的法益。但是，于另一角度，本案的质押借款行为，

从本质上来说，因为行为人没有无对价占有出借人借款，也就不属于刑事诈骗行为，也就不构成诈骗类犯罪。因此，本案的第二个行为，在客观上不符合诈骗类犯罪的构成要件，不符合构成要件的该当性，自然也就不需要再以期期待可能、牵连犯之类的理论来予以出罪或择一重罪处断。

当然，如果本案行为人在赃物的处分过程中所实施的手段行为触犯了刑法，则另当别论。比如用刀架在被害人脖子上、用枪顶在被害人脑门上逼迫被害人质押借款等等。或者，我们将本案的质押借款行为换个条件考察，则行为的定性也可能就不一样了。比如，前些年有个某品牌车高仿宝马X5，假如行为人通过第一个行为骗取了该品牌车，然后进行必要改造，将其改造的和宝马X5几乎一模一样。随后伪造了的相关证件，向被害人声称车辆为宝马X5而质押借款，被害人上当受骗后支付了与宝马X5相当的借款。如果条件如此设定的话，那就有必要进一步考察是否构成诈骗类犯罪了。

简单而言，刑事诈骗的行为人，根本无履行交易的诚意和行动，纯粹是企图非法占有相对方的财物；而民事欺诈的行为人，却具有履行交易的诚意和行动，尽管其也实施了一定的欺诈行为，但其目的仅为促成交易谋利或利用交易谋取一些非法利益。当然，本文也纯属笔者的一家之言，鉴于二者之间的关系复杂，尚有待研究与探讨。



# 污染环境罪的由来、特点及辩点

○邵卫国 广东绿建律师事务所

污染环境罪是我国刑法修正案八新增的一个罪名，自从刑法设定了这个罪名后，对打击污染环境犯罪、保护生态环境发挥了重要作用。随着打击污染环境犯罪力度的不断加大，此类犯罪必将呈高发趋势。笔者从2009年开始关注环保，致力做一名专业的环保律师。本文试从刑辩新业务的角度，谈谈污染环境罪的由来、特点和辩点。

## 污染环境罪的由来

污染环境罪从无到有，是随着经济的发展及保护生态环境的客观需要，不继演化而来，其演化过程，大致可以分为三个阶段：

第一阶段（1979年-1997年）：我国1979年刑法中没有把环境犯罪作为一章或一节来规定，一些与环境污染相关的犯罪散见于刑法分则的相关章节中，也没有类似的罪名。对于此类犯罪，国家制定了一些非刑事法律规范来弥补刑法典之不足。因此，如果依照当时的刑法来处理，

显然不利于有效地打击和预防新产生的污染环境的犯罪行为。

第二阶段（1997年-2011年）：1997年刑法进行大修，其中的第六章第六节专门规定了破坏环境资源保护罪，第338条规定：违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处

或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。这一阶段，338条的罪名为重大环境污染事故罪，而并非污染环境罪。

第三阶段（2011年刑法修正案八至今）：刑法修正案八调整重大环境污染事故罪的构成要件、降低入罪门槛，将338条修改为：违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期

徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”也就是说，法条没变，但犯罪构成要件变了，罪名也变了，由原来构成重大环境事故入罪改为严重污染环境入罪，即现在的污染环境罪。

### 污染环境罪的特点

笔者概括污染环境罪的特点，即是新高大、竞难轻、单双缓、刑附民、分不均。

**新高大：**指污染环境罪与其他传统的犯罪相比，是一个新的犯罪类型，且随着我国环境整治力度的不断加码，在当前甚至今后是一个高发的犯罪类型，案件的数量在不断刷新高。通过在裁判文书网上检索发现，2012年全国仅有浙江绍兴一起污染环境罪案件，2013年增加到37起，至2017年1626起。而且，一旦涉嫌污染环境犯罪，公司的法人和主要负责人会被追究刑事责任，公司不但会被处罚金，还有可能会被提起附带的环境民事公益诉讼，承担巨额的环境修复费用，这对一家企业是巨大的影响，甚至是灭顶之灾。

**竞难轻：**“竞”是指该罪有可能会和刑法225条的非法经营罪、339条的非法处置进口的固体废物罪、140条生产、销售伪劣产品罪，114、115条的投放危险物质罪等罪名发生竞合，发生竞合时，从重处断。“难”是指一个专业的环保律

师成长比较难。该罪以违反国家规定为要件，这不但包括国家众多的环境保护方面的法律、法规，还包括1600多项的环保标准。没有对这些法律和标准的持续关注和系统学习，很难胜任污染环境罪的辩护；再者，在污染环境罪刑事案件中，会附带涉及到环境民事侵权赔偿问题，十分复杂。“轻”是指该罪的量刑比较轻，有两个量刑档级，3年以下和3-7年。但需要提到，轻也只是相对而言。其实，如果污染环境罪与投放危险物质罪竞合，按投放危险物质罪定罪量刑的，理论上讲，最高是可以判处死刑。

**单双缓：**“单”指该罪有相当的数量是单位犯罪，主要是那些无证照的经营者，随着国家对“散乱污”企业的关闭力度加大，单位犯罪可能会成为污染环境罪的主要类型。“双”指在量刑时，适用的是双罚制，即不但对单位处以罚金，还要追究单位负责人、主管人员和直接责任人的刑事责任，包括对这些人在处以自由刑的同时，也要处以罚金的财产刑。“缓”是指在该罪中，量刑在3年以下居多，缓刑的适用比例较高，所以，在辩护中为被告人争取缓刑的机率是比较大的。

**刑附民：**“刑”是指刑事附带民事公益诉讼，污染环境罪即便是没有直接的受害人，也污染了环境，损害了社会公共利益。检察机关在提起公诉的时候，会根据案情，

对被告人附带提起环境民事公益诉讼，同时要求法院判令被告人承担环境修复费用。我国首例刑事附带民事公益诉讼的判决出现在安徽省五河县人民法院。两名被告人非法处置有毒物质的行为，构成污染环境罪，分别判处有期徒刑一年零六个月，宣告缓刑二年零六个月，并处罚金3万元；同时判决两被告人赔偿五河县环保局因此遭受的损失47.9万余元。随着国家对污染环境罪打击力度的增加，这种类型的刑附民的案件会越来越多。

**分不均：**指该罪的地域分布严重不均衡和涉及到的污染类型不均。通过在裁判文书网上检索发现，该罪的高发地在沿海经济发达地区，东北海南特别是西部较少。2012年至2018年6月，全国污染环境罪案件有5236起，从这些案件的地域分布看，位居前四的是：浙江（1447起）、河北（849起）、山东（676起）、广东（591起），最少的是西藏，至今没有一起。污染类型不均，是指污染环境罪中，主要集中在废水超标和非法处置危险废物两种类型，据不完全统计，这两种类型的犯罪，占全部污染环境罪的一半以上。

### 污染环境罪的辩点

在刑事辩护中，要想取得好的辩护效果，找准辩点十分重要。下面，结合笔者办理的具体案例，谈一下该罪的主要辩点。

### 涉及单位犯罪中的单位意志

今年4月份,某县环保执法人员在例行执法巡查时发现,某电镀厂的一名工人通过消防软管,把两个废水处理池中未经处理的工业废水直接排放到连接总排放口的明渠中。经取样检测,重金属铬、镍、铜等含重金属废水均超标100倍以上。因涉嫌污染环境罪,该电镀厂的法定代表人、污水处理站的技术员及当晚值班的这名工人三人被刑拘。经了解案情发现,涉案电镀厂从事的是五金、塑胶镀铬、镀镍的表面处理行业,市环保局有环评批复,该电镀厂配套有污水处理设施,有排污许可证。在日常的管理中,废水均是达标排放。当晚偷排废水的工人刚入职不到一个月,业务不熟,据他称,当晚他看到废水收集池中的水快要满了,目测也比较干净,就自作主张接上消防软管,将未经处理的废水直接排到外环境。

笔者当即写了一份法律意见书,提出本案不是单位犯罪,法定代表人不应当被追究刑事责任的辩护意见交给检察院,要求对法定代表人不批准逮捕。法律意见书提交后的第三天,法定代表人被放了出来。

要构成单位犯罪,行为人的行为是否符合单位意志,是决定是否构成单位犯罪的核心要素。本案中,因为工人自作主张偷排废水,不代表涉案单位的单位意志,反而是违反了单位的操作流程,单位是无罪的,不应追究法定代表人的刑事责



任。笔者抓住这一辩点,达到了较好的辩护效果。

当然,如果涉案单位既无环评批复又无排污许可证,也没有配套污染处理设施,将生产中所产生的废水直接排放,或者单位授意、默许工人以逃避监管的方式排放工作废水,就与本案的性质完全不同,无疑构成污染环境罪。因为根据环保法的规定,企业是产污主体,应当承担污染防治的主体责任。

### 在超标排放涉嫌污染环境的案件中对检测报告的审查

检测报告,是该罪中确定某种有毒物质是否达到入罪标准的重要证据。2017年1月1日起实施的《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第(三)(四)项规定,排放、倾倒、处置含铅、汞、镉、铬、砷、铊、锑的污染物,超过国家或者地方污染物排放标准三倍以上;排放、倾倒、处置含镍、铜、锌、银、钒、锰、钴的污染物,超过国家或者地方污染物排放标准十倍以上的,构成污

染环境罪。因此,对该检测报告的质证,显得尤为重要。审查一份检测报告,应当从以下几个方面入手:

1. 采样人资格。按照规定,环境检测机构(包含第三方检测机构)的检测人员和环境监察执法人员在取得采样资格后方可现场取样。也就是说,采样人如果没有取得采样资格,所采集的样品是不能作为合法的检材。

2. 采样前的准备。根据检测不同的污染物不同,要选择不同的专用容器。这些容器在使用前要经过清洗。违反这些规定,就会影响检测结果的准确性。

3. 采样的过程和样品的保存。根据规定,采样过程要有采样记录,不但有文字记录,还要进行拍照、录像,记录采样过程。采样后,样品的保存也要符合规定。例如,水质样品在保存和管理上有明确规定,高锰酸盐指数、总氰化物等需要低温冷藏,否则,就会影响到检测数据的准确性。

4. 样品分析人员资格。根据相

关标准的要求，无论是环保局下属的环境监测站的人员还是社会第三方检测公司的工作人员，都是通过考核持有上岗合格证，方能从事相应的监测工作。从现场采样人员到实验室分析人员，以及监测报告编制人员、审核人员和授权签字人，每一个岗位都须有相应的上岗合格证和内部授权。

5. 检测报告的规范性审核。对环境监测报告的证据能力认定主要围绕报告的制作过程是否规范、报告内容是否真实有效两个方面展开。

总之，对照检测报告，结合相关证据进行仔细研究，抓住每一个疑点不放，必要时请教专业人士，也许会有意外的发现。

#### 涉危险废物的污染环境案件中对危险废物的认定

我国《固体废物污染环境防治法》对危险废物的管理有着严格的规定。两高的司法解释规定，非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上的，构成污染环境罪。近年来，污染环境罪中，因涉及非法处置危险废物的案件，几乎占到全部污染环境犯罪的三分之一以上。对于危险废物的鉴别，可采用三步法：第一步，看鉴别对象是否纳入固废管理，要确定某种物质是不是危险废物，要首先确定其是不是固体废物，不能直接用危险废物名录确定。第二步，看鉴别对象是否具有危险特性。要结合企业的生产和工艺、环评报告、危废名录，必要时须进行

危险废物的定性鉴定。第三步，看鉴别对象是否在危险废物豁免清单之列。危险废物在所列的豁免环节（包括收集、利用、处置、运输、转移），且满足相应的豁免条件时，可以按照豁免内容的规定实行豁免管理，就可以不按危险废物的要求来管理。

#### 非法处置危险废物的罪与非罪

《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第（二）项规定，非法排放、倾倒、处置危险废物三吨以上，应当认定为“严重污染环境”行为，构成污染环境罪。基于危险废物的特性，只要实施了非法排放、倾倒危险废物的行为，就必然会对生态环境造成污染，无须再证明。所谓非法处置，是指未取得危险废物经营许可证而处置危险废物的行为。污染环境罪保护的是环境法益，未取得经营许可证处置危险废物，在处置过程中没有造成环境污染的，不应以污染环境罪论处。

比如，一家企业有危险废物的处置能力，却没有取得危险废物经营许可证，或取得了危险废物经营许可证，但超出了许可证的经营范围而处置了另外的危险废物，且没有对环境造成污染，这种情况，只是违反了我国《固体废物污染环境防治法》的有关规定，是一种行政违法行为，不是刑事犯罪行为，不构成污染环境罪。因此，是否造成环境的污染，是认定非法处置危险废物构成污染环境罪的辩点。

#### 外环境的确定

企业要生产，必然会对外环境造成影响，只有污染物的产生不是环境违法行为，而把这些未经处理污染物直接排放或者虽经处理，但不达标排放到外环境，才是法律意义上的环境违法行为，应当承担相应的法律责任。因此，如何确定外环境，在污染环境罪中，也具有十分重要的意义。

除了通常所理解的以厂区为分界线，厂界之外为外环境外，下列地方在法律上也推定为外环境，具体是：1. 有证据证明企业有排污行为，但没有处理污染的设施，根据生产工艺，可以推定该企业废水收集池（槽、罐、沟）为外环境。2. 发现暗管，虽无当场排污，但在外环境有确认由该单位排放污染物的痕迹，可以推定与暗管相连的废水收集池（槽、罐、沟）也为外环境。3. 排污单位连通外环境的雨水沟（井、渠）中任何一处。4. 对排放含第一类污染物的废水，其产生车间或车间处理设施的排放口。

在涉及到企业以逃避监管的方式排放污染物，涉嫌污染环境犯罪时，可以把采样地点是否为外环境作为一个辩点。

总之，现在的污染环境罪不同于过去的重大环境污染事故罪，它是一个新的犯罪类型，该罪的辩点较多，只有熟悉与生态环境相关的法律和标准，才能做好辩护工作。





## 公司回购股权的效力分析

○吴波 黎旭 广东华商律师事务所

股权回购权，是指投资人在约定条件成就时要求回购义务人按照约定价格回购其所持有股权的权利，股权回购权是一种投资保障措施，常见于私募股权投资领域，目前由此引起的纠纷也较多。可以预见，在经济下行以及资本市场退出通道受限的双重压力下，未来股权回购权纠纷会呈现爆发式的增长。

股权回购纠纷最著名的案例就是苏州工业园区海富投资有限公司与甘肃世恒有色资源再利用有限

公司、香港迪亚有限公司、陆波增资纠纷案件（以下简称“海富投资案”），在最高院作出再审判决之前，投资人普遍要求标的公司和股东共同承担回购义务，但是在海富投资案所确定“公司回购无效，股东回购有效”原则后，投资人基本不再要求标的公司承担回购义务。然而在2018年6月20日，最高院公布了第十八批[法(2018)164号]指导案例，其中第96号“宋文军诉西安市大华餐饮有限公司股东资

格确认纠纷案”（以下简称“宋文军案”），法院对于公司章程中约定的“人走股留”条款的效力给予了肯定，支持了公司回购股东股权的效力。随后就有观点认为该指导案例的出台可能会对之后法院审判投资人与目标公司之间回购条款的效力认定产生影响，将扭转之前最高院在海富投资案所确定的原则。

对此，笔者不同意前述观点，虽然海富投资案与宋文军案均属股权回购纠纷，表面上看两份判决的

结果确实存在冲突，且大有后者否定前者的意思，但仔细分析案件就会发现，这是法院根据股权资合性与人合性的具体情况，根据不同法理作出的不同认定，投资人要求标的公司回购股权依然面临被法院否定效力的风险。

### 两个典型案例引发的讨论

海富投资案中，最高法院认为：“《增资协议书》第七条第（二）项使得海富公司的投资可以取得相对固定的收益，该收益脱离了世恒公司的经营业绩，损害了公司利益和公司债权人利益”。该案件中《增资协议书》的第七条第（二）项实质上是关于投资方要求公司回购股权的约定，最高法院以损害公司利益和债权人利益的角度出发，将其认定为无效条款。海富投资案为各地法院确立了认定该类条款效力性的指引，法院通常认定投资方要求公司回购股权的条款无效，理由包括导致公司资本不当减少，股东的股本被抽回，损害公司股东及债权人的利益，违反《公司法》第二十条<sup>①</sup>的强制性规定。

宋文军案的争议点在于公司章程中关于“人走股留”的规定，是否违反了《公司法》的禁止性规定，该章程是否有效。法院认为：“大华公司章程业经全体股东签署，对

大华公司及宋文军均产生约束力；大华公司章程第十四条‘人走股留’的规定符合有限责任公司封闭性和人合性的特点，亦系公司自治原则的体现，不违反《公司法》的禁止性规定；大华公司章程第十四条关于股权转让的规定，属于对股东转让股权的限制性而非禁止性规定，未侵害宋文军股权转让的权利”。最高法院通过认定大华公司章程有效的方式承认该案中要求公司回购股权的条款有效。该指导案例是否会导致法院对认定公司回购股权条款效力性的态度有所转变？有观点就认为，根据海富投资案，法院确立了要求公司回购股权的条款因违反公司资本三原则而无效的审判思路；但根据宋文军案，该类回购协议的效力可能会逐渐得到法院的认可。

### 宋文军案不会改变法院认定思路

笔者认为，上述的两个案例之所以会产生不同的审判结果，不代表法院的审判思路从认定公司回购股权的条款无效逐步转变到承认有效，而是因为两个案例间资合性与人合性的差别，法院基于不同的法理所产生不同的认定结果。

在海富投资案中，海富公司作为专业的投资机构，增资作为目标公司的股东所体现的是资合性，强

调资本的作用，并不关涉股东与公司的关系，要求公司回购股权的条款可以视作一种投资保障措施。然而，该条款实质将导致目标公司资本不当减少，股东缴纳的股本被抽回，有损目标公司及其债权人合法利益，违反了“资本确定、资本维持、资本不变”的原则。而且在实践中该条款容易演变为投资人保本的投机行为，法院从利益平衡的角度出发，倾向于认定其无效。

而在宋文军案中，宋文军作为投资人同时也是目标公司的职工，改制后作为有限责任公司的股东所体现的更多是人合性，强调股东与公司之间的信赖关系。若将股东要求公司回购其股权的条款视作无效，股东退出没有顺畅的渠道，将不利于公司的存续和发展，员工持股平台、股权激励计划等法律制度设计也难以发挥应有的作用。因此，最高法院并未遵循之前司法实践中形成的惯例，将其视作无效，而是强调其系公司自治原则的体现，不违反《公司法》的禁止性规定，应属有效。

因此总结海富投资案和宋文军案不难发现法院的认定思路，即对专业机构投资者等欲保障投资后顺利退出公司的，法院往往从公司资本三原则的角度出发，重点审查回购条款是否有损股东及债权人的利

<sup>①</sup>《公司法》第二十条 公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。

益，倾向于认定其无效；而对如员工等与公司联系密切的自然人股东要求回购股份的，法院从公司意思自治的角度出发，重点审查是否体现双方真实的意思表示，倾向于认定其有效。

### 关于投资者回购权的进一步思考

海富投资案和宋文军案是法院基于不同情形所作出的不同认定，并不意味着在股权投资领域公司回购股份条款的效力会逐渐得到法院的认可。笔者认为关于投资者的回购权仍然将遵循“公司回购无效，股东回购有效”的效力性认定思路。

因此，投资人在设计回购权条款时，建议将回购权的行使对象设定为目标公司管理层或目标公司股东，尽量避免直接向目标公司主张行使回购权，从而避免法院以回购条款导致公司资本不当减少、损害公司股东及债权人的利益将其认定为无效条款。如果需要将目标公司纳入投资人的回购体系之中，则可考虑在协议中增加约定“公司为原股东的回购义务承担连带责任保证”的条款。不过在司法实践中，关于该连带责任保证条款的效力问题同样存在争议。

在“通联资本管理有限公司、成都新方向科技发展有限公司与公司有关的纠纷”一案〔（2017）最

高法民再 258 号〕中，关于目标公司是否应对股东支付股权回购价款承担连带责任的问题上，最高院认为：“连带担保责任属于连带责任的情形之一，但连带担保责任有主从债务之分，担保责任系从债务。双方当事人将‘连带责任’理解为‘连带担保责任’，并未加重目标公司的责任负担，且从投资人诉请目标公司的责任后果看，是对控股股东承担的股权回购价款本息承担连带责任，仍然属于金钱债务范畴，也与目标公司实际承担的法律后果一致，本院予以确认。”在该案中，最高院认定公司为控股股东回购股权的义务承担连带责任保证的条款有效。

但是，在“北京中厚财富投资中心（有限合伙）与王政昌等股权转让纠纷”一案〔（2016）京 03 民初 24 号〕中，对该条款的效力认定法院持否定意见。北京市三中院认为：“《补充协议》关于立高防水公司对王政昌回购义务承担连带保证责任的约定无效”。基于以下理由：第一，如果公司为其股东在公司资产范围内承担连带清偿责任，虽然并非直接抽逃出资，但实际上造成了公司资本的不当减少，显然将以牺牲公司广大债权人的利益和社会交易安全为代价，违背了公司法资本维持与不变原则。第二，

回购协议签订时设定的目标公司保证责任，本质上是针对目标公司未来股东之间的股权转让提供的担保，担保权人投资人本身就是目标公司的股东，《公司法》第十六条规定具有约束力。

在法院认定该条款是否有效尚不明朗的情况下，结合上述案例，笔者认为欲使该条款生效至少满足以下两个条件：

一是在对外效力方面，法院会遵循与公司回购股权条款类似的认定思路。因此，当投资人要求公司为股东回购股份承担连带保证责任时，应注意该条款实质上不能违反公司资本维持的基本原则，也不能损害公司其他股东及债权人的利益。

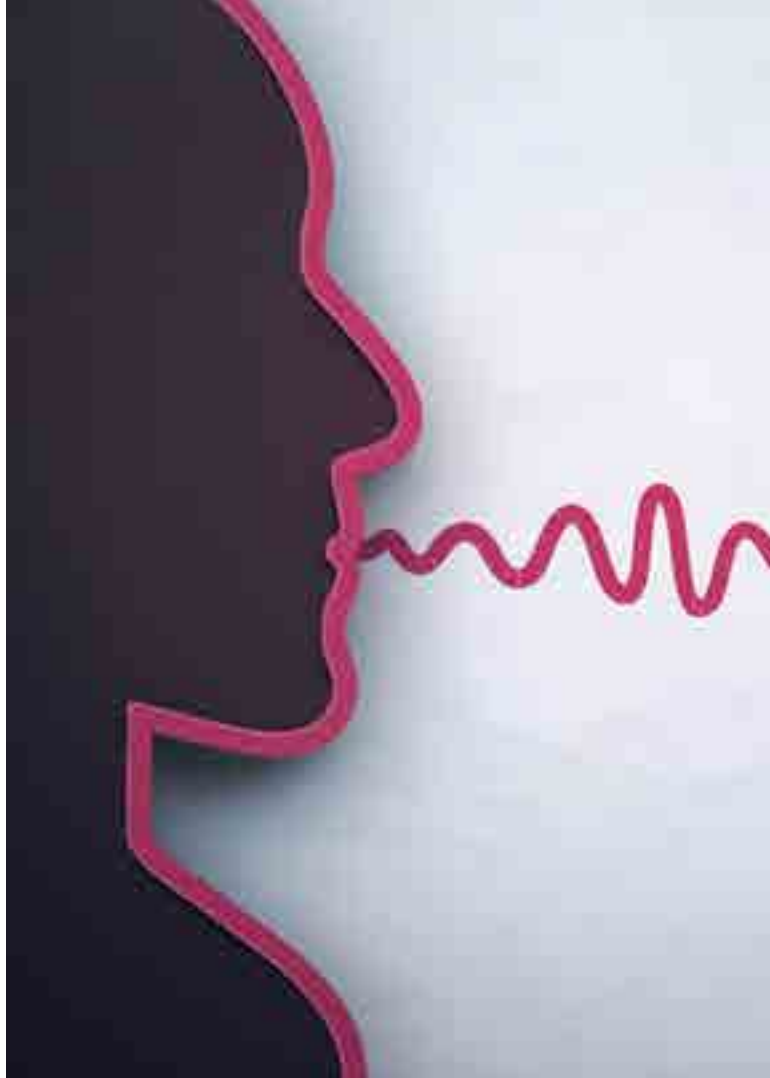
二是在对内效力方面，受《公司法》第十六条的约束，公司需要履行必要的审议程序以作出为股东承担连带保证责任的决定。根据《公司法》第十六条规定，公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。因此，当投资人要求公司为股东回购股份承担连带保证责任时，应履行审慎注意义务，主要体现在公司作为担保方时，要求其出具同意提供担保的股东会决议。



# 诽谤案件中的 “证有”与“证无” 之刍议

以“郭敬明诉李枫诽谤案”为例

○袁梦龙 广东晟典律师事务所



社交网络的发展使得朋友圈、公众号、微博等网络平台成为人们发表言论的重要平台，网络诽谤也成为诽谤罪的重要表现形式。《刑法》第246条第1款对诽谤罪进行了规定，第2款则确定了诽谤罪案件除了严重危害社会秩序和国家利益以外，属于自诉案件。长期以来，理论界与实务界对于诽谤个罪的讨论主要集中于诽谤行为与言论自由之间的界限，鲜有讨论其中具体的举证责任问题。本文试以“郭敬明诉李枫诽谤案”为例，详细分析诽谤罪案件中“证有”与“证无”之间的举证责任问题。

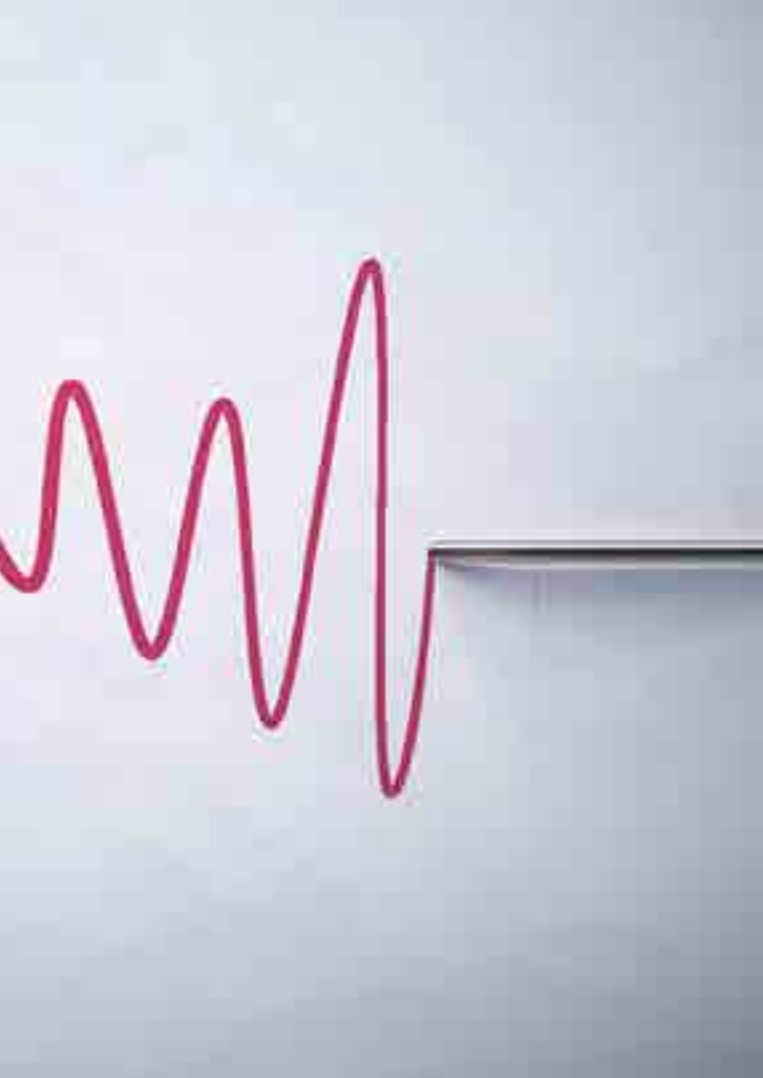
去年9月，北京法院审判信息网公开了《郭敬明与李枫诽谤二审刑事裁定书》，引起了众人的聚焦。郭敬明旗下的签约作家李枫撰文指证郭敬明对其性骚扰，随后郭敬明以李枫涉嫌诽谤将其诉至北京市海淀区人民法院，在海淀区人民法院作出驳回起诉的裁定后，郭敬明又上诉至北京市第一中级人民法院，最终北京市一中院作出“驳回上诉人郭敬明的上诉，维持原裁定”的终审裁定。细究该裁定书内容，我们或许可以从中觉察到被人忽视却可能影响下一个“郭敬明自诉”案件处理结果的重要“彩蛋”——诽谤罪案件中的举证责任。

## “证无”与“证有”的内容及其划分

根据《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第64条有关“应当运用证据证明的案件事实”的规定，具体到诽谤罪中，应当被证明的对象包括：第一，被告人的身份；第二，被告的诽谤行为是否指向明确个人；第三，被告人是否实施了诽谤行为；第四，被告人诽谤的事实是否为虚构；第五，该诽谤行为是否向社会散布；第六，该诽谤行为是否达到情节严重。

在北京市第一中级人民法院刑事裁定书中，法院认为，该诽谤案件的争议焦点在于，“涉案文章内容是否





系被告人故意捏造并散布”。因为该文章的内容为李枫指证郭敬明对自己实施了性骚扰，因此本案中核心证明部分则变成郭敬明是否对李枫实施了性骚扰行为。如果没有，则该文章为捏造，进而李枫构成诽谤罪，反之则不构成。这正是上述诽谤罪中应当被证明的第四点，被告人被指控的行为中散布的事实是否为虚构，即证明该散布的事实“有”或“无”的问题。

### “证有”与“证无”的责任之争

通过上述“有”与“无”的内容，我们发现“证有”即要求被告证明被指控捏造的事实是存在的，“证无”即要求自诉人证明被指控捏造的事实是不存在的。因为“有”“无”内容的不同，直接划分了证明责任分配的不同，即同一事实是否存在到底是应该分配给自诉人去“证无”还是应该分配给被告人去“证有”，证明责任一旦分配，举证不能的一方自然面临着不利的后果。

对于“证有”与“证无”的举证责任分配，存在以下两种观点。

一是捏造的事实是否存在应当由自诉人去“证无”，

即自诉人承担举证责任。这种观点的理由是根据刑事诉讼法的规定，控诉方对其指控的犯罪事实负有证明责任，不得要求被告自证其罪，因此证明被告人有罪的举证责任理由由自诉人承担。

二是捏造的事实是否存在应当由被告人去“证有”，即被告人承担举证责任。这种观点认为被告人要对自己的言论负责，既然被告人发布了该种言论，则应当说明其真实性。显然，北京市第一中级人民法院采用了第一种观点，让自诉人去证明事实没有发生。“本案关于诽谤罪指控的核心内容，即涉案文章内容是否系被告人故意捏造并散布，并无足够证据支持……一审法院以‘缺乏罪证’为由裁定驳回起诉是符合法律规定的。”

### “证有”责任之坚持

根据举证责任的分配原则，“捏造的事实”属于权利妨害要件事实，其真实性应由被告人负举证责任

自诉案件中证明被告人实施了犯罪行为的举证责任由自诉人承担，这是刑事诉讼的一般原理，对于这点理论界与实务界均表示认同，被告人不承担证明自己犯罪的责任，不应自证其罪。诽谤行为和诽谤内容两者的结合组成诽谤罪构成要件的客观方面，但两者并不都应该由自诉人承担举证责任。但是，对于诽谤中所散布事实的真实与否的举证责任，我国法律及司法解释未作规定。

根据罗森贝克的法律要件分类说，构成要件事实包括积极事实与消极事实。存在的事实为积极事实，不存在的事实为消极事实，后来演变成权利成立要件事实和权利对立要件事实的区分。其中，权利对立要件事实又包括权利妨害要件、权利消灭要件和权利受制要件事实。

按照法理上举证责任的分配原则，在法律要件事实存否不明的情形下，如果该法律要件事实属于权利成立法律要件事实，由主张权利存在的人负举证责任。而当该法律要件事实属于权利妨害、权利受制或权利消失的法律事实时，则由主张权利不存在的人负举证责任。

具体到诽谤罪中，自诉人要求追究被告诽谤罪权利形成所需具备的该罪构成要件事实，应当由自诉人负举证责任。而针对诽谤罪中的捏造的“事实”而言，表面上看是积极事实，但其本质上是证明某一事实的虚假性，是消极事实和权利妨害要件事实，被告人主张指控的诽谤罪不成立，把散布内容的真实作为反驳自诉人诽谤罪

指控的抗辩理由,其就应证明所散布的事实是客观真实的。

根据控辩平衡原则,证明的难易程度是举证责任划分的重要因素

证明的难易程度是举证责任划分的重要因素,举证责任会偏向证明易的方向。证明的难易包含两个面向,其一为是否有能力证明,其二为是否更容易证明。是否有能力证明不言而喻,是否更容易证明则要考虑以下三种因素:积极的作为且是不法事实;有足够的收集证据证明事实;有客观的外在表现。

由此我们能够感知,“证无”的难度远超“证有”。举一例以释明,在借贷纠纷中,各方举证能力相当,即证明的难易第一面向相同,那么将考虑第二面向。原告主张“被告存在欠钱事实”(证有)则比被告主张“被告不存在欠钱事实”(证无)更容易证明。

回到刑事诉讼中亦然,控方指控被告做过某不法之事的证明难度显然易于被告主张自己未作出不法之事,同时在公诉案件中,不论是举证能力还是证明的容易度都决定了控方要承担举证责任。

我国现行《刑事诉讼法》明确规定了举证责任由控方承担,表面上举证责任的分配是不存在问题的,但是诽谤罪的特殊性同样需要考虑,即捏造的事实是否存在本身即是“证有”与“证无”的问题。

诽谤案件的犯罪对象具有特定性,涉及的时间、地点、内容等具有不确定性,自诉人很难证明被告人散布事实的内容是虚假的,将诽谤罪的证明责任不加区别的全部归于自诉人是不公平的,这加重了自诉人的证明责任,造成控辩双方力量的失衡,违背了控辩平衡原则。

根据我国刑法“定性+定量”的犯罪概念模式,刑事诉讼的被告人应同民事诉讼一样对自己的言论负责

诽谤行为不仅可能受到刑事处罚,而且可能因民事侵权而受到处罚。根据我国刑法对犯罪概念采取“定罪+定量”的模式,诽谤行为由民事侵权行为上升为刑事处罚的行为,关键在于“情节严重”这一量度发生了变化。

由此我们可以看出,民事侵权中的诽谤与刑事处罚中的诽谤在性质上具有一致性,因为侵权的量发生了变化,侵权行为达到了入罪标准变成犯罪行为。此时,如若进行民事诉讼,就应当由散布事实的人承担举证责任

证明其散布内容为真实,从而证明自己没有诽谤,这种分配方式显然符合谁主张谁举证的原则。因此,无论是刑事亦或民事,散布言论的人总要为自己言论的真实性负责,承担“证有”的责任。

### 他山之石

如上文所述,对于诽谤罪中所散布事实的真实与否的举证责任,我国法律及司法解释未作明确规定。不过“他山之石可以攻玉”,在严格罪刑法定原则的情况下,我们可以参考“他山之石”的立法逻辑。

英国在诽谤罪的问题上,规定原告通常只须证明被告在自由意志的情况下,将涉及原告的诽谤性陈述散布给第三人即可,并且原告受虚伪性推定的保护,不需就陈述不实承担举证责任,而留待被告就真实性进行抗辩。此外,德国刑法规定被告就其陈述真实性负举证责任。

我国台湾地区刑法第310条第3款是关于“证明真实”条款的规定,“对于所诽谤之事,能证明其为真实者,不罚”。从该条款文义角度解读,对诽谤的事实,如果被告能够证明该事实属实,则不会受到刑罚。但是该条款只规定了何种情况下被告一定不会受到刑罚,却没有从正面指出何种情况下被告会受到刑罚,因此关于该条款是否将证明诽谤的事实的真实性的举证责任转移给被告,至今仍存在争论。

不过,相比于中国大陆刑法对此问题完全避而不谈,上述规定已经在“证有”的偏向上前进了很大一步。林钰雄教授认为,立法并未指明证明真实是“被告”的责任,“被告需负举证真实之责任”,应属法律解读之误。刑法设置证明真实条款用意在于限缩罪疑惟轻原则的适用范围<sup>①</sup>。由此我们可以看出,至少在法院尽了查证义务之后,仍然查不清楚捏造的事实是否存在的情况下,如果被告也未能提供证明捏造的事实为真实或存在的证据,则不能依据“疑罪从无”的原则直接判决被告不成立诽谤罪。

北京市第一中级人民法院因郭敬明提交的证据“缺乏罪证”而裁定“驳回上诉人郭敬明的上诉,维持原裁定(驳回诉讼请求)”。笔者对该刑事裁定书及其中的说理内容表示尊重,但同时希望诽谤罪案件中的举证责任“彩蛋”能够被更多的人发现。

<sup>①</sup>林钰雄:《刑法与刑诉之交错适用》,中国人民大学出版社,北京,2009年版,第252页。

# 诉讼好比打仗

由一起地产公司股权转让纠纷说开去

○何江 张承忠 广东广和律师事务所

## 基本案情

原告拥有一家地产公司 100% 的股权，该公司取得了一块待开发土地的使用权。2016 年 10 月前后，被告曾多次找到原告，表示愿意出资收购原告公司的全部股权。在被告向原告支付了 2000 万预付款后，双方于 2017 年 3 月签订《股权转让协议书》。协议约定：被告出资人民币 1.2 亿余元收购原告公司 100% 的股权及相应的全部权益。上述协议还约定，股权转让款分作七笔付清；其中，前六笔为实际支付的款项，第七笔作为原告对开发地产行使部分权益的回购款。《股权转让协议书》签订后，被告向原告支付了部分转让款，原告配合被告办理了股权过户手续并将公司相关证照公章全部移交被告。至此，原告已完全退出该公司，被告取得了该公司的实际控制权。

被告在取得公司的全部股权和实际控制权后，迟迟不依约向原告支付股权转让的后期款项；此时，原告陷入了非常被动的局面，原告希望寻求法律途径来维护自身的合法权益，以至成讼。

## 本案存在的问题

问题一：本案中，原告出让公司全部股权给被告，并配合办理了股权过户及土地证书移交等手续；被告在获得公司股权及土地后，拖延支付股权转让款项，双方就此产生纠纷。从法律关系来说，本案是一个合同违约的问题，由于被告不付款的违约行为导致原告权益受损；因此，本案的法律关系并不是太复杂。通常来讲，原告可以依照约定要求被告继续履行合同，支付股权转让款及相应违约损失。但问题在于，本案中涉及到的股权转让对价并不是一次性付清，而是通过分期进行支付，股权转让款一共分作七期。那么，当分期付款时间未全部成就的情况下，原告该如何向法院提出诉讼请求？是请求被告一次性支付全部余款，还是只请求支付到期应付款的部分？下面从两个方面来分析各请求的利弊：一方面，如果提出要求被告支付全部余款的诉请，虽然在法律上并不是完全没有依据，但该诉请实际上能否得到法院的全部支持，有较大的不确定性；另一方面，如果仅提出要求被告支付到期应付款的诉请，那么后面几期末

到期款项到期后，被告仍不主动履行，此时原告该怎么办？再次起诉？对于原告而言，本来是被告违约，但折腾来折腾去反倒折腾自己，这种局面原告是肯定不希望发生的。

问题二：即便官司打赢了，如何能确保拿到钱？判决执行，这个法律程序上最后一公里的问题，对于当事人而言，恰恰是最核心最实质的问题。法院判得再好，如果权利不能落实，到头来只能是一纸空文，于事无补。如何高效全面地维护当事人的合法权益，这是摆在我们律师面前的问题，需要认真思考并研究。

### 诉讼策略

在了解案件情况并确认当事人想要拿回转让款的诉讼目的后，我们给出的诉讼策略：反其道而行之，采取迂回打法。当事人的目的虽然是想要拿回股权转让款，但我们并不直接请求要被告履行合同支付剩余股权转让款，而是请求法院判令解除合同，要求被告立即返还转让的股权及土地，同时要求被告支付违约金等损失。对被告而言，这无异于是釜底抽薪；对我们而言，可以获得案件的主动权，“以打促谈”，最终达到拿回股权转让款的目的。与此同时，我们会在第一时间对案涉地产公司及土地的现状进行调查了解，及时对公司股权及土地采取财产保全措施。以确保起诉后，当事人的权利能够得到有效保障。

### 办案经过及处理结果

接到当事人的委托后，我们当即着手拟写诉状并组织证据等材料，于委托的第三天，即将本案提交法院立案并申请保全个人股权和公司土地。

在保全公司土地过程中，我们遇到了障碍。我们提出要求法院对该公司名下土地进行查封，而法官认为案涉争议双方均为个人，只同意保全被告个人在公司的股权，并不同意保全非被告的公司名下的土地。此时，案件办理陷入僵局；经过与法官当面沟通，最终我们有理有据地说服了法官，成功地查封了土地。

不出数日，被告在得知准备用于融资的土地被查封后，主动向我们示好，表示想要和解并愿意支付全部欠款。最终，双方经过谈判签订了《和解协议》，原告拿到了拖欠的全部转让款及相应损失，至此，案件圆满办结。

本案从洽谈接案到起诉立案，再到案件结案，前后只用了不到一个月的时间。

### 办案心得

**诉讼好比打仗：战略上要轻视敌人，战术上要重视敌人**

诉讼就好比打仗，打赢一场漂亮仗，需要天时、地利、人和等诸多因素的促成；在这过程中，有些因素是可控的，有些因素是不可控的，我们必须充分发挥人的主观能动性，牢牢抓住案件的可控因素，寻找突破。

首先，我们在拿到疑难案件时，一定要有信心，要充分相信办法总比困难多，从战略上要轻视敌人。在战略上树立了信心后，我们要从战术上高度重视敌人，要认真仔细地分析案件之中的法律关系及相关证据，找到案件的突破点和解决问题的具体办法，在战术上切不可掉以轻心。战略和战术，两者相辅相成，缺一不可。

**打蛇要打七寸：只有知己知彼，才能百战不殆**

打蛇打七寸的前提是，我们必须知道被告真正的七寸在什么位置，这才是解决问题的关键所在。在处理地产公司的股权转让纠纷时，我们不仅需要了解股权转让背后的逻辑，更需要熟悉地产项目运作的法则。

具体到本案：其一，我们要了解，表面上双方进行的是股权转让，但实际上，收购方在意的并不是地产公司的股权本身，而是想通过收购股权取得公司名下的土地进行开发利用。其二，我们更要知悉，地产公司拿到土地后，一般都会利用土地去抵押融资，然后再用土地抵押的资金进行项目开发，地产公司的一系列运作的背后，“资金的高周转”是其核心所在。地产公司往往都是拖不起的，项目的搁置会让他们失去资金高周转，会把他们拖垮。



因此，在处理地产类纠纷案件时，我们要牢牢抓住“土地、资金高周转”这个七寸，只有这样才能知己知彼，百战不殆，一招制敌。

**诉讼策略的选择：针对具体案件，进行具体分析**

在民事案件办理过程中，作为原告的代理人，拟定起诉状是律师的基础工作；而诉讼请求的选择与取舍，又是基础之中的重中之重。俗话说，好的开始即是成功的一半。如果诉讼请求不够完善准确，那么当事人的诉讼目的就很难完全实现。

面对本案的法律争议，可能大多数选择的诉讼策略是采取常规打法，即诉请法院直接要求被告付款，并承担相应的违约责任。从操作层面来说，该种方案并无不可。但问题在于，本案诉请的股权转让对价涉及到分期付款的问题，法院对转让方要求付款的主张不一定会全部支持；同时，如果采取常规打法，会给受让方依据合同约定进行抗辩提供一定的空间，这也使得转让方难以完全把控案件的主动权。

我们在分析案件具体情况后，决定不采取常规打法，而是采取迂回策略，即：向法院主张解除合同，要求被告返还转让的股权及土地，同时要求被告支付违约金等损失。虽然当事人的最终目的是要拿回股权转让款，但如果单刀直入，直接要求被告继续履行合同支付欠款，如前述所言，无论是要求支付全部尾款或是支付到期未付的部分，都很可能出现对原告不利的局面。另外，这一招的好处在于，“进可攻，退可守”，可以牢牢把握案件主动权，既可“以打促谈”逼被告支付欠款，退一步讲，即便法院真判决返还股权和土地，我们利益亦不会受损，反而会因土地增值而获益更多。

**不打无准备之战：本案土地保全的重要性和可行性**

前苏联朱可夫将军曾言：“将军不打无准备之战”。对此，我们深以为然，赤手空拳上阵，没有抓手拿住被告的话，即便是赢了，往往也是只赢了面子输了里子，两败俱伤。

在诉讼同时，我们提起财产保全申请，不仅要求对案涉的公司股权进行冻结，也要求对看似与案件主体无

关的土地进行查封，这里要特别强调对土地查封的重要性。本案虽为个人之间的股权转让纠纷，如果只查封个人股权不查封公司土地的话，被告仍可以拿地去抵押融资，项目照样可以运转，这说明我们没有真正抓住被告的七寸。抓不住被告的七寸，我们就无法赢得充分的主动权和谈判筹码。本案之所以能够速战速决，关键就在查封了被告的土地。被告的土地被查封后，项目难以周转，促使其要尽快解决争议。

本案为个人股权转让纠纷，案件的原、被告均为个人，公司并不是本案的直接被告，而公司名下的土地却恰恰是案件的关键之所在。保全非案件被告的公司的土地，这样的操作是否具有可行性？在保全之前，我们就注意到这个问题，并准备了一些法律依据作为支撑。我国《民事诉讼法》第一百零二条规定：“保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物”，《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》第二十七条规定：“人民法院对诉讼争议标的以外的财产进行保全，案外人对保全裁定或者保全裁定实施过程中的执行行为不服的……”从前述的立法及司法精神中，我们得出：对于诉讼争议标的以外但与案件有关的财产是可以进行保全的。

最终，在我们提供足额担保并对公司土地保全的可行性进行论证后，法官同意了我们保全土地的申请。

“不打无准备之仗”要求我们，在处理问题时要未雨绸缪，做好充分的准备，积极调动一切有利资源为我们解决问题所用。

**本案也启发了我们的一点思考，我们律师如何帮助当事人有效地解决问题，从而实现我们的执业使命和价值？这其中的功夫，往往是在法律之外的。律师虽然从事的是法律工作，但眼光却不能局限于法律这一亩三分地，在练就法律基本功的同时，必须积极向外拓展，了解熟悉各行各业背后的运作逻辑和生存规则。在发挥主观能动性的同时，要做好充分准备去迎接应对过程中产生的不确定因素。**

## 房屋买卖一方提出 “纠正违法行为”后的处理

○钟胜荣 广东中安律师事务所

在房屋（尤其是二手房）买卖交易中，为了少缴税费或申请高额贷款，有的买卖双方会签署补充协议，约定以原价或政府评估价而非真实交易价登记过户，或向银行提交虚增交易价格的合同用以配合买方申请高额贷款，但事后一方又“反悔”并向另一方提出“纠正违法行为”，甚至要求解除合同。前述情形下如何处理及认定责任？本文试作初步探讨。



## 一、关于一方提出以真实交易价登记过户的责任认定

### （一）规避交易税费的表现形式及问题的提出

目前国土部门许可的过户登记价，有的地方规定可以是原价（即卖方不动产证上记载的价格），有的地方（如深圳市）则规定定期更新每套房产的评估价，买卖双方申报的过户登记价若高于评估价则以申报价格为计税价格，若低于评估价则以评估价为计税价格。但实际上无论是原价还是评估价往往都低于市场成交价。所以，基于尽量少缴税费的考虑，绝大多数买卖双方都会选择以原价或评估价作为将来过户登记价，为此在签署买卖合同后会签署一份《补充协议》或《过户登记价确认书》，内容大致如下：“买卖双方确认该房产的实际交易价格为\*\*元；但双方同意此后过户时按照国土部门许可的最低登记价格递件过户；如此后任何一方提出要求按实际交易价格登记过户，导致新产生税费或税费增加的，则由提出要求方承担，该方不愿承担或以税费问题为由拒绝交易的，视为根本违约。”前述文件实质上是恶意串通损害国家利益，依照《合同法》第五十二条第（二）项规定，应认定为无效。

上述文件签订后，随着房价的涨跌、心态变化等因素的出现，一方可能产生不卖或不买的想法，但惧于违约责任条款的惩罚，就会采用“纠正违法行为”的方案。这种情形下该如何处理及认定各方的责任呢？

### （二）处理原则及责任认定

笔者认为，上述情形应结合合同履行的阶段、一方发出通知的内容和另一方的回应等诸多实际情况具体分析：

1. 一方向另一方发出通知称低价登记过户的协议违法无效，直接通知解除买卖合同。《合同法》第八条规定当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同（即合同严守原则）；第六十条第一款规定当事人应当按照约定全面履行自己的义务（即全面履行原则）；第五十六条规定：“合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效”。笔者认为，

双方低价登记过户的协议适用于过户阶段，仅是买卖合同履行的一个环节，因此该协议的效力与此前双方签署的买卖合同的效力是可分的，其无效不影响买卖合同的效力；而且该协议认定为无效后，由此产生的新增税费承担问题仍可解决，并不必然导致合同无法履行完毕。因此，一方以该协议无效为由主张解除买卖合同的行为，严重违反了合同严守原则和全面履行原则，其性质属于恶意违约，应认定为根本违约行为。

2. 一方向另一方发出通知称低价登记过户的协议违法无效，同意继续履行买卖合同，但要求将来过户时按真实交易价登记过户，且因此新增的税费由另一方承担，另一方必须在一定期限内回复是否同意按前述要求，如回复不同意或逾期不回复的，将解除合同。此情形较为常见，又可细分为以下几种情形：

（1）另一方在该方提出的期限内明确回复同意该方要求。在2015年后的房价暴涨潮中，许多卖方受房价上涨的利益驱动，特于买卖合同约定全部税费由买方承担条款的支持，使用了此方式“要挟”买方。部分买方接到卖方的通知后，权衡了新增税费的金额与房价上涨可得利益，认为后者远远高于前者，加之考虑到采用真实交易价作为过户登记价有利于将来自己再行出售房产时可减少下一交易环节的税费，因此明确回复同意卖方的要求。该情形下，双方的争议已经解决，卖方无权再以此为由拒绝履行合同或解除合同，否则即构成根本违约。

（2）另一方在该方提出的期限内并未作任何回复，此后该方即再行通知另一方解除合同。发出通知方能否按自己设定“逾期不回复，将解除合同”的条件行使解除权？笔者认为是不允许的。首先，该方解除合同并不符合“约定解除权”的条件，《合同法》第九十三条规定双方约定解除合同的条件成就时解除权人方可解除合同，但该方通知中所称的“逾期不回复，将解除合同”显然只是该方单方面设定的条件，而非双方此前协商一致约定的条件，故该方无权以此为由通知解除合同。其次，该方解除合同并不符合“法定解除权”的条件，《合



同法》第九十四条规定了一方可单方行使法定解除权的情形，主要包括不可抗力致使不能实现合同目的、另一方在履行期限届满前明确不履行主要债务、另一方迟延履行主要债务且经催告后在合理期限内仍未履行、另一方迟延履行债务或有其他违约行为致使不能实现合同目的等四种情形；但是，以何种价格登记过户及如何缴纳税费的问题仅仅是买卖合同履行的一个局部问题，故不属于合同“主要债务”范畴，同时即使将来双方必须按真实交易价登记过户，由此产生的新增税费承担问题仍可根据裁判规则解决，并不必然导致合同无法履行完毕或不能实现合同目的，因此，该方以此为由解除合同并不符合“法定解除权”的条件。再次，众所周知，买卖合同签署后须依次经过买方交纳定金及首期款、买方申请银行按揭贷款及取得银行贷款承诺函、卖方赎楼、卖方交付不动产证原件等诸多阶段，过户缴税只是合同履行的接近最后一个环节，如果一方在合同还没有到递件过户阶段就以过户缴税问题为由单方通知解除合同，显然违反诚信原则，应认定为根本违约。

（3）另一方在该方提出的期限内明确回复同意按真实交易价登记过户，但不同意承担因此新增的税费并认为新增的税费应由该方承担，此后该方即再行通知另一方解除合同。应当说，发出通知方关于按真实交易价登记过户的要求是合法合理的，那么因此新增的税费由谁承担？由于新增税费有一定金额甚至金额巨大，双方恐怕都不愿承担。因此，在双方存在争议的情况下必须对新增税费的承担主体作出科学合理的界定方能定分止争。对此问题，笔者认为，应直接根据法律规定来确定。广东省高级人民法院于2017年10月印发的《关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》第十八条规定：“当事人在提交登记机关的房屋买卖合同中虚构交易价格，该价格条款无效。一方请求按照真实的交易价格履行合同的，应予支持。当事人在提交登记机关的房屋买卖合同中虚构交易价格，登记机关按照真实价格核算或者追缴税费，导致交易税费增加，对增加部分税费的负担当事人不能协商一致的，一般由当事人按照法律规定负担。”笔者

支持该观点，指引中直接按税法规定确定新增税费的承担主体，其优点在于：首先充分考虑双方订立合同之初的利益考量，尊重了双方的真实意愿；其次严格按税法规定界定承担主体，落实了税法立法目的，维护了税法严肃性；再次，实践中可有效抑制违约方的违约冲动，因为发出通知方往往是基于合同约定本应由自己承担的税费由对方承担，所以才会发出通知“要挟”对方，当法院认定此项税费应按法律规定由其自行承担时，其就不会再发出通知，从而可大大减少纠纷。

（4）另一方在该方提出的期限内明确回复不同意按真实交易价登记过户，坚持仍应按此前双方约定的低价登记过户，此后该方即再行通知另一方解除合同。此情形应结合实际情况分析：第一，如果另一方在回复时该方已经存在根本违约行为，则该方仍无权通知解除合同，该方应承担根本违约责任。第二，如果另一方在回复时双方均不存在根本违约行为，合同尚处于正常履行阶段，则应认定另一方回复的性质属于继续坚持损害国家税收利益的违法行为，此时发出通知方有权通知解除合同，另一方应承担根本违约责任。

## 二、关于一方提出不再配合另一方申请银行高额贷款的处理

### （一）申请高额贷款的表现形式及问题的提出

为落实政府房地产调控政策，目前各地银行实行贷款首付比例限制规定，如中国人民银行深圳中心支行于2013年10月发布了《关于调整深圳市差别化住房信贷政策的通知》，规定贷款购买第二套住房的家庭，首付款比例不得低于70%；贷款购买首套住房的家庭，首付款比例不得低于30%。有的买方为增加贷款金额以达到减轻首付款负担的目的，要求卖方配合申请高额贷款，为此双方会签署《补充协议》，约定买方申请高贷、卖方积极配合（主要手段是向银行提交虚增交易价的假合同）。但中国人民银行《贷款通则》明确规定借款人应当如实提供贷款人要求的资料、不得采取欺诈手段骗取贷款。因此，前述协议实质上是恶意串通损害第三人利





益，依照《合同法》第五十二条第（二）项规定，应认定为无效。上述协议签订后，不愿再交易的卖方可能会采用“纠正违法行为”的方案，比如向买方贷款银行发出通知，披露真实交易价格并要求停止审批贷款或撤销已出具

的贷款承诺函。那么此情形下如何处理及认定各方的责任？

## （二）处理原则及责任认定。

笔者认为，上述情形亦应结合合同履行的阶段、另一方的回应等实际情况具体分析：

1. 银行已出具贷款承诺函，卖方向银行发出通知要求撤销承诺函，但银行一直没有撤销承诺函。此情形下，银行审批贷款与买卖合同是互相独立的法律关系，买方的高贷行为直接损害的是银行的利益，而非卖方的利益，更非国家利益或社会公共利益，银行不撤销承诺函表明其接受了高贷的后果，此时卖方无权根据《合同法》第六十八条规定行使不安抗辩权要求中止履行合同，或解除合同，而应继续履行合同义务，如果已经到了递件过户阶段，则应配合买方办理递件过户手续，否则构成根本违约。

2. 银行已出具贷款承诺函，卖方向银行发出通知后，银行撤销了承诺函。此情形下买方对于除定金及首期款之外的剩余购房款的支付能力已失去银行的承诺保障，在处理时应把握以下几点：第一，此时卖方仍无权通知解除合同，由于银行撤销承诺函是因此前买卖双方共同提交虚假资料即系由双方的共同过错所致，而非买方单方造成的后果，而且不符合约定解除或法定解除合同的条件，故卖方无权单方解除合同，否则构成根本违约。第二，此时买方可采取补救措施，一是通知卖方，买方采取一次性付款方式并要求其配合办理剩余购房款的资

金监管手续，卖方应积极配合，否则构成根本违约，此时如卖方以合同已明确约定买方采取按揭贷款方式，故无权要求一次性付款，此抗辩意见不能成立，因为采取一次性付款方式实际上比按揭贷款方式对

卖方更有保障且有利于卖方更早收齐购房款，即卖方将获得比合同约定更多的实际利益；二是通知卖方严格按照银行贷款政策规定配合重新办理首期款监管手续（重新监管的首期款高于原先监管的金额）及申请贷款手续，卖方应积极配合，否则构成根本违约。

3. 买卖双方已按虚增的交易价格监管首期款并已向银行提交贷款申请资料，但银行尚未出具贷款承诺函，卖方向银行发出通知披露真实交易价格并要求停止审批贷款。此情形下银行一般不会再根据此前买卖双方提交的虚假资料继续审批流程，而会通知买方撤回申请资料，此情形下在处理时应把握的要点同第2点所述。

4. 买卖双方尚未监管首期款并向银行提交贷款申请资料，卖方拒绝配合买方按虚增的交易价格监管首期款。此情形下，如果卖方没有立即提出按真实交易价格监管首期款，而是一味拖延配合，或者提出加价或解除合同，则仍应认定构成根本违约；如果卖方提出按真实交易价格监管首期款，则买方应积极配合，否则构成根本违约。

5. 上述所列情形下如果卖方因违法解除合同或拒绝履行配合义务被认定为根本违约，在具体确定违约责任时，因买方高贷存在一定过错，可根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第三十条规定的“过失相抵”原则适当减轻卖方的违约责任（如适当调低违约金），以实现既维护合同严肃性和交易秩序又适当惩戒违规行为的效果。

# 毒品犯罪中 如何运用反证规则

○董玉琴 北京大成（深圳）律师事务所

## 案件介绍

2017年3月，深圳南山警方从福田某公寓查获美国人A某贩卖大麻2123.8克，同时抓获现场吸食大麻的外籍人员3名，并在搜查房间时查获摇头丸24.3克。2017年7月，该案在福田区人民法院开庭，一审判决A某构成贩卖毒品罪，判处有期徒刑8年、容留他人吸毒罪9个月，数罪并罚执行8年3个月。A某以量刑过重为由提出上诉，二审经过多方努力，以“原审判决事实不清、证据不足”为由发回福田区人民法院重新审理。2018年8月29日，该案在福田区人民法院重新开庭审理。2018年12月24日，改判A某构成贩卖毒品罪判处4年、非法持有毒品罪判处7个月、容留他人吸毒罪判处8个月，数罪并罚执行5年。

## 争议焦点

依据《武汉会议纪要》“贩毒人员被抓获后，对于从其住所、车辆等处查获的毒品，一般均应认定为其贩卖的毒品。确有证据证明查获的毒品并非贩毒人员用于贩卖，其行为另构成非法持有毒品罪、窝藏毒品罪等其他犯罪的，依法定罪处罚。”因此，本案控辩双方的焦点在于从A某家中搜到的24.12克摇头丸（折算海洛因12.15克）是否计入A某贩卖毒品的数量之中，若计入到贩卖毒品的数量之中，其贩卖毒品的数量就在10克以上，法定刑为七年以上。

## 控方观点

将从贩毒人员住所等处查获的毒品一并认定为其贩



卖的毒品，具有合理性，这种认定方法实际上是一种事实推定。事实推定是根据已知的基础事实，依据经验法则和常识，推断未知的事实存在，并允许当事人提出反证加以推翻的证明方法。采用这一认定原则的主要考虑是，毒品犯罪隐蔽性强、取证难度大，犯罪分子往往具有较强的反侦查意识，尤其是有吸毒情节的贩毒人员，对于从其住所等处查获的毒品通常辩称系用于吸食；而从实践情况来看，从贩毒人员住所等处查获的毒品确实多系用于贩卖，如果严格按照普通刑事案件的证明方法及要求，运用在案证据证明从贩毒人员住所等处查获的毒品系用于贩卖，往往会因为无法收集到足够的证据而出现举证困难或举证不能的现象，不利于有效打击毒品犯罪。

## 法律依据

《武汉会议纪要》肯定了上述观点，但对“推定”也留有余地。一方面根据贩毒人员贩卖毒品及从其住所等处查获毒品的基础事实，运用经验法则和常识，推定查获的毒品系其用于贩卖，这是认定查获毒品性质的一般规则。另一方面根据推定原则，贩毒人员可以提出反证推翻推定。这里的反证是指确有证据证明查获的毒品并非贩毒人员用于贩卖，包括其为他人保管用于吸食的毒品，为犯罪分子窝藏毒品，持有祖传、捡拾、用于治病的毒品等。如果贩毒人员能够提出反证证明查获的毒品系其为他人保管的用于吸食的毒品，则不能将该部分毒品一并认定为其贩卖的毒品，查获毒品数量达到较大以上的，应以非法持有毒品罪定罪处罚，贩毒人员的行



为同时构成贩卖毒品罪的，依法数罪并罚。

### 辩方策略

虽然实务中利用反证成功的案例极少，且根据推定制度的原理，推定事实一旦自动成立，就具有了法律意义：公诉机关对该推定事实不再承担证明责任；没有相反的证据和事实，那么，该事实就将转化为裁判事实，并成为法院裁判的根据，此时辩护人要想再发力也回天无力，因此，辩护必须围绕反证规则和标准制定辩护策略。

根据《武汉会议纪要》的规定，“贩毒人员可以提出反证推翻推定”。A某供述摇头丸系向卖家购买大麻时卖家给他的，委托A某代为保管，截至案发时其并没有吸食过，更没有用于贩卖。同案犯供述他们在A某手里只购买过大麻，从未购买过摇头丸，且在庭审中也供述从来不知道A某还有摇头丸。当日在抓获现场的证人也证实他们一直都在A某手里购买大麻用于吸食，并未购买过摇头丸，A某也从未向他们兜售过摇头丸。如果摇头丸用于贩卖，为何同案犯和多名吸毒的证人均不知，显然不符合常理。因此，结合本案的证据和生活经验法则，证明A某从家里搜查的摇头丸系为他人代为保管。

在辩护人提出的反证中，是否需要达到如控方的“事实清楚、证据确实充分”这一标准呢？辩护人认为答案是否定的。著名刑事诉讼法学家陈瑞华教授认为，被告方对推定事实的证伪或者对相反事实的证明，只要达到“高度可能性”就可以了，这是因为辩方取证能力天然弱于控方，对辩方的证明标准提出过高要求是强人所难，

而“法律不强人所难”。

与此同时，在推定事实初步成立的情况下，被告方承担证明相反事实的责任。对于被告方的证据或者辩解理由，控方承担证明其不成立的责任，即控方必须针对被告人的反证的事实不成立进行举证，证明的标准也需要达到“事实清楚、证据确实充分”的程度，也就是证明与推定事实相反的事实达到内心确信无疑的程度。

本案中，证明摇头丸并非用于贩卖的证据，不仅有两位同案犯当庭和之前的所有供述，还有未追究刑事责任的多名买家证人的多份证言、查获的物证及A某开庭前和庭审中多次稳定供述来加以印证，且控方也没有任何证据证明从A某家中查获的摇头丸系用来贩卖，无法排除被告人A某供述所称替他人保管的这一合理怀疑。如果教条地套用《武汉会议纪要》的规定，却未深层理解立法本意和司法精神，违背了“宽严相济”的刑事政策。

### 办案结果

最终合议庭采纳了辩方的观点，判决书称“现有证据无法证实A某对毒品摇头丸具有贩卖的主观故意和客观行为，根据主客观相一致的原则，不宜将该部分毒品数量计入其贩卖数量，辩护人的相关意见，本院予以采纳”，将摇头丸未计入贩卖毒品的数量之内，而是改为非法持有毒品，虽然从两罪名变更为三罪名，但其中贩卖毒品罪由之前的8年改为4年6个月，总的刑期由8年3个月减为5年。

### 案外思考

该案最大的意义不是量刑的减轻，而是在打击力度严苛的毒品犯罪中，用事实推定方法解决毒品犯罪中取证难的情况下，辩护人如何利用反证的规则为当事人进行辩护，维护当事人的合法权益，激活了《武汉会议纪要》中的例外情形，具有典型意义。

辩护人在办案过程中，除了对全案证据材料要了如指掌，还需要对立法逻辑深刻领悟，紧扣法律规定，结合在案证据，大胆提出辩方的观点，并进行充分的论证，让不可能变为可能。



# 以案探析城市更新土地地方违约困境及对策

○王劲松 广东联建律师事务所

在城市更新合作项目中，开发商常常要与拥有土地资源的单位（如村集体股份合作公司）签订合作协议或类似合同。此类协议法律关系复杂，近年来，因土地地方违约而导致的城市更新诉讼、仲裁案件已呈现高发态势。笔者试以深圳金稻田项目为例，浅析城市更新土地地方违约的司法裁判态势并提出对策。

## 案情简介

2007年11月，深圳市龙岗区城中村改造领导小组确定深圳宝源置地有限公司（下称“宝源公司”）为布吉街道金稻田片区改造项目首期约10万平方米改造范围的改造单位，深圳市布吉投资股份有限公司（下称“布吉公司”）为该范围内原东光厂房地产和附属设施的合法权利主体。

2009年7月20日，宝源公司与布吉公司签订《拆迁补偿安置协议书》，约定布吉公司将其位于金稻田片区的5.9万平方米土地交由宝源公司进行改造，移交期限至2012年12月31日；宝源公司同意缴付500万元作为履约保证金；如因宝源公司原因造成补偿房屋交付超过半年的应按月支付违约金，如逾期达2年的，布吉公司有权解除本协议；布吉公司未按期腾空移交房地产的应按月支付违约金，逾期超过三个月的，宝源公司有权解约，布吉公司须赔偿宝源公司投入本项目的全部款项并赔偿一切损失外，另外支付违约金2000万元。

签约后，宝源公司按约支付了保证金，开始推进项目各项工作。此时，布吉公司变更了大股东，如火如荼

的城市更新令布吉公司股东心生悔意。2011年9月25日，布吉公司召开股东大会，决议撤销其与宝源公司的《拆迁补偿安置协议书》。宝源公司提出异议，回函要求继续履行该协议。2011年12月，布吉公司控股股东——深圳市百合股份集团有限公司与项目内另一权利主体布吉一村股份合作公司（下称“布吉一村”）签署拆迁补偿合同，并部分履行。

2012年3月，布吉公司发函称宝源公司超出政府规定期限，其项目改造资格已丧失，且因布吉一村已经与其他单位签约，宝源公司无法通过政府取得项目改造的主体资格，故通知中止履约。之后，布吉公司向龙岗区人民法院起诉宝源公司，诉讼请求为：一、解除双方签订的《拆迁补偿安置协议书》；二、宝源公司赔偿其违约保证金500万元；三、本案诉讼费由宝源公司承担。

龙岗区人民法院经审理认为：双方签署的《拆迁补偿安置协议书》合法有效，宝源公司已按约定履行了合同义务。合同履行期限未到期，合同解除条件未成就。根据《深圳市城市更新办法》及实施细则，涉案项目由城中村改造项目结转为2010年度实施计划的城市更新项目，2011年3月该项目单元规划批准实施，至今未满两年，政府规划批准实施期限未到，宝源公司的项目更新主体资格并未丧失。布吉公司的行为有违诚实信用原则，其要求解除合同不符合约定及法定解除条件，判决驳回布吉公司的全部诉讼请求。

布吉公司不服，向深圳市中级人民法院提起上诉。深圳中院经审理认为，双方签署的协议合法有效，布吉



公司以行使不安抗辩权为由解除合同不符合法律规定，因此其无权单方解除合同也无权要求赔偿违约金。但因同一规划项目范围内的另一权利主体布吉一村已经明确拒绝与宝源公司签订改造协议，宝源公司未能成为涉案城市更新单元的单一权利主体，已不可能获得该项目改造资格，双方合同事实上已经不具备继续履行的条件，因此判决双方签署的《拆迁安置赔偿协议书》终止履行，驳回布吉公司其他诉讼请求。

### 违约的司法裁判态势

城市更新纠纷案件逐年上升，因土地方违约而引发的诉讼在其中占比很高。在司法裁判实践中，如有证据证明一方违反合同约定，且合作协议中明确约定了违约金条款的，守约方索赔违约金相对容易得到法院或仲裁机构的支持；如守约方能举证证明因此产生的实际损失，也较容易得到支持。但如守约方主张土地增值损失或可预期利益，则较难取得裁判机构的认同。

对于一方违约，涉案合同是否应解除，各法院或仲裁机构判法各异。有的认为违约方“违反合同约定且违背诚实信用原则”，故判令合同继续履行（如本案龙岗区法院的一审判决）；有的则判令解除或终止，守约方的损失另寻法律途径解决（如本案深圳中院的二审判决）。

### 应对之策

如遇土地方违约，则开发商前期巨大投入将可能血本无归。那么，应如何防范这种法律风险？笔者认为，开发商应多管齐下，采取以下六大措施来管控风险，保障自身合法权益：

#### 尽职调查

在与土地方合作前，应委托专业人士进行深入细致的城市更新专项尽职调查。除了对原房地产权属的调查外，还应包括原土地权利人是否涉及诉讼或仲裁案件，是否因该地块与他人产生过纠纷，纠纷是何原因，土地方股东内部意见是否一致等等。通过尽职调查可以更深入地了解土地方的信用情况，预判合作风险。

#### 完善合作协议条款

城市更新合作协议是各方合作的基础，对各方都有法律约束力。城市更新过程的复杂性，对合作协议的严

谨性、预见性提出了更为严格的要求。因此，在合同起草阶段就应有专业律师参与，拟定详细的合同条款，防止纠纷的发生。对义务履行的先后应予以明确；尽可能为土地方创设担保条款；对解除合同的条件应予以明确限制，避免合同解除权的滥用；对各自应承担何种违约责任，合同条款应全面、细致，以提高违约成本，遏阻恶意违约。

#### 综合运用物权保护方法

为了避免土地方违约、恶意引进第三方的情况出现，开发商可以提前在同一规划项目范围内收购并实际控制部分处于重要位置的房地产，令潜在对手心生忌惮、望而却步。某开发公司曾在笔者的建议下，对拟更新项目采取“四角加一心”的方法进行物权保护，有效地阻止了第三方争夺该项目的企图。

#### 严格履约，避免己方违约

开发商应特别注意《合同法》第九十四条规定的五种单方解除合同情形和合作协议约定的违约、解约条款，及时、全面地履行合同义务，如因客观原因延迟履行应及时取得相关证据或对方的书面认可，尽可能做到无懈可击，避免被土地方抓住把柄，让其有理由行使合同解除权。

#### 抓紧取得政府审批

对合作项目，开发商应更具“与时间赛跑”的意识，科学统筹安排，抓紧进行街道办备案、申报计划及专项规划、实施主体确认等工作，通过取得政府部门审批来巩固合作地位。

#### 如遇违约应立即采取行动

如土地方明确表示或者以自己的行为表明不履行协议，开发商应第一时间通知专业人士，分析原因、研究对策，按照“立足于打，以打促谈”的原则积极采取行动，在包括法律在内的多个层面向违约方施压，扭转被动的局面。此时最忌讳的是心存幻想、观望等待，错过解决良机。

当前一段时期，城市更新政策变化仍频，不少更新项目尤其是城中村项目将遇到新情况、新困难，开发商的法律风控能力将承受考验。只有对此高度重视，必要时借助专业人士，综合运用多种方法和手段，才能有效避免违约纠纷的发生，保证项目的推进。



## 不一样的法律意见书

○丁广洲 广东国晖律师事务所

---

2018年春节前夕，刘某夫妻涉嫌开设赌场罪被刑事拘留，羁押于深圳某看守所，我作为刘某的辩护人，在检察院的批捕部门，针对本案的特殊性提出了不一样的法律意见书，最终刘某 37 天后释放，回到了三个小孩身边。

---

检察官：

广东国晖律师事务所受刘某及亲属的委托，指派我为刘某提供法律帮助。接受委托后，我会见了刘某，对案情有大致的了解，我认为刘某涉嫌组织开设赌场的行为直接或间接地影响社会风气和涉赌人员的家庭和睦，作为成年人，刘某应当为自己的行为付出代价。

本案的特殊性在于，在这个案件中刘某夫妻双双因涉

嫌开设赌场罪被羁押，夫妻被抓，可苦了他们的三个孩子。大的女儿十八岁，还有两个儿子都在深圳上小学。刘某大女儿通过熟人找到我，希望我能为他爸代理。她女儿说：“请了律师感觉踏实点，会放出来的概率更高一点。”

这个案件的事实是很清楚的，家庭特殊情况案卷也有载明，办案人员也有所掌握。律师能为他们做什么？这个案件辩护人的价值在那里？

这几天我正在看一部大型纪录片《大国重器第二季》，看后感慨颇深。可以说我国重工业正是有何光亮等人的担当与付出，才有今天的成就和自立自强。同样地，我在想，在法律这个领域，我能为国家做什么？依法治国，法律人该怎么做？我想带着对法律的敬畏之心，用心、用智慧去对待每一个案件，就是一个法律人对依法治国最好的付出。

从事这么多年的刑事辩护，我认为一个刑事案件辩护律师区别于检察官、法官的最大价值就在于有条件和嫌疑人交心，有条件取得嫌疑人及家属的绝对信任。律师说法律是公平的，嫌疑人就可能种下法律公平的种子；律师说法律不公平，嫌疑人种下的可能就是仇恨的种子。一个真正的好律师传播的一定是正能量，同时他也有能力让委托人的利益最大化又兼顾法律人的那份维护公平正义的使命。

我要向检察官汇报的是：在本案中，我多次会见了刘某，每次除了对刘某进行法律解答外，也向刘某宣扬法律精神和羁押目的，让其充分认识到自己的过错并勇于直面过错，坦然并接受法律制裁。我相信他日后不会也不敢再走老路。

我在接受这个案件委托后，也去见过刘某还在上小学的两个儿子，他们见到我都不说话，我唯一能猜到的是，他们一定很想爸爸妈妈。

记得小时候我最喜欢躺在妈妈的怀里，饿了，妈妈的乳汁就像山泉里的水取之不尽；委屈时，妈妈的胸怀就像安全的港湾让我得到安慰。小时候我最喜欢骑在爸爸的肩膀上，高高在上的就像个小皇帝，那时，爸爸就像一座山，任凭风吹雨打我都不害怕。

我和这两个小孩说：“孩子，是不是你心中的那座港湾和大山不在你身边而害怕？你们知道吗，你们的父母上有老下有小，没有多少文化的他们，带着你们从江西老家来到这座城市有多不容易，他们虽然可能涉嫌犯罪，但你们也不能自卑，更不要责怪，不能怪爸爸妈妈没用，也不能责怪警察叔叔把你的爸妈带走。你们唯一能做的是勤奋学习，将来做一个有能力的人，报答他们的养育之恩。”

本案涉嫌的罪名是开设赌场罪，据我了解，其赌场是家庭作坊型，参赌人员也相对固定，所得收入也仅够

养家糊口，社会危害性不大，但对于这个案件你会怎么看，我是忐忑的。

三年前，我在浙江办过一起贩卖假烟的案件，夫妻被抓，我在与办案人员的沟通中，办案人员说：“法律尊严不容侵犯”。最终两口子都判了刑，家里只剩下老人和小孩。我认为我们有些法律人对法律“尊严”的理解有所偏颇，对法律精神理解不够透彻，存在“书生办案，机械司法”的现象。具体到个案中，辩护人认为判定一个案件是否存在继续羁押的必要，应当对包括所涉嫌的罪名、社会危害性的大小、犯罪的动机、是否初犯惯犯、家庭情况等作综合判断。本案中的赌博场所显然属家庭作坊型，这种家庭作坊型的起源也和这座城市的生活习俗紧密相关，最早刘某开店的初衷也只是开个麻将馆，收点茶水费养家糊口，所以综合来看本案犯罪事实轻微，社会危害性不大。

有时我常在想法律是什么？我心中的法律“真身”应该是威严与温情的融合体，我理解的法律精神应该是三分来自书本和课堂，七分来源于个人的生活和阅历，法律也是老百姓心中的那杆秤，公道自在人心。

其实，这个案件最让人揪心的是犯罪嫌疑人的两个较小的孩子，小朋友暂时没有父母的庇护是小事，我担心的是两个孩子心灵的伤害。以上虽赘言了那么多，但中心意思就是一封以小朋友的名义向叔叔阿姨的求情信，毕竟你们才是掌握公权利的人。

当然，我也知道作为检察官的你，有时想帮也力不从心。对了，我开了个他们的在校证明，前期我也和办案警官沟通过，警官也支持我以“法与情”向检察官求情，我还让嫌疑人写了悔罪书，不知对帮助犯罪嫌疑人早日回归社会是否有帮助？

在我看来，这个案件还是很具有普遍性和代表性的，愿我们的所为能影响到更多的法律人对法律进行思考和探索。

对于本案，于私来讲，作为刘某的代理人凭良心走完全程就算案件结束。于公来说，作为一名律师，不是仅仅为某个当事人、某个案件办案，而是在通过一个案件与另一名法律人进行对话，就像今天我和你。

辩护人：丁广洲



从小便听说台湾的阿里山，是源自那首耳熟能详的歌曲，对于歌中提到的阿里山的姑娘美如水，一直心存挂念。

今天一整天盘桓于去往阿里山的路上，可惜，始终未能见到这些美丽的姑娘的真容。

然而，从一路青山绿水和云彩飘逸中，我似乎又看到了她们的影子。她们的性格是飘忽不定的，在山下时，阳光明媚，经过九曲十八弯的盘山道时，她时而展露笑颜，时而舞弄白色的衣带，在崇山峻岭中飘游。快到山顶时，她哗啦啦用雨水浇湿我们的车子，一遍一遍地冲刷车窗，主动为我们接风洗尘。我们准备停下来吃饭，走下车进餐厅的那一刻，她的脸上露出了灿烂的光芒，喜眉笑眼地欢迎我们。

午饭后，我们计划在山顶上游走，想看看她们的真容，此时，她们又像孩子般，哗啦哗啦地以雨水拦路，弄得我们不知所措，去留难定。



终于等到雨小了，我们披上雨衣，撑起雨伞，不顾地面已经流水淌淌，疾步穿行在葱绿茂密的树林中时，她们又挥舞起了云裳羽衣，似乎在跟我们捉迷藏，耳畔仿佛还有她们娇甜的声音：“你们找不到我们吧，我们在树后面躲着呢！”当我们执着地一步步向山顶的阿里山神木走去时，她们再次用浓密的雨水阻拦：“就不让你们看到我。”呵呵，好娇羞的姑娘啊！

雨水淋湿了我们的衣衫，灌进了我们的鞋子，纵然这样，我们还是义无反顾地要上前撩开姑娘的面纱，决心一睹芳颜。我们坐上阿里山专有的小火车，在山顶追随着满山迷雾后的姑娘，我们在车厢里唱起了那

首歌，呼唤美丽的姑娘与我们见面：

“高山青，涧水蓝。阿里山的姑娘美如水呀，阿里山的少年壮如山啊。高山长青，涧水长蓝。姑娘和那少年永不分离呀，碧水常围着青山转啊。啊，啊，啊，啊，啊，啊——”

我们下山时，姑娘们的面纱终于被我们撩拨掀开，她们把青青的山影、一泻百米的涧水和一片片翠绿的茶园展示给我们看，后来，居然露出了大大的笑脸，一轮红日合着彩霞演绎出欢歌笑语。

阿里山的姑娘，再见！下次再来，你们一定一定要穿上用芬芳的花朵绣制的衣裙，和英俊的少年一起开心地迎接我们，我们一起畅饮乌龙茶，一起欢歌热舞，让我们一起把美妙的歌声与欢乐的身影留在这青山绿水之间。

阿里山的姑娘确实美如水，闭月羞花，千娇百媚；那巍峨耸立的山就是阿里山的少年，壮硕无比，巍峨挺拔。衷心祝愿绿水和青山常在，姑娘和那少年永不分离。

## 阿里山的姑娘美如水

○江知芸 广东众翔律师事务所





## 市律协监事会召开 2018 年度绩效考核工作会议

2月16日至17日，市律协监事会组织召开2018年度绩效考核工作会议。魏汉蛟监事长就2018年度绩效考核范围、考核内容、程序、方法、等级评定、注意事项等方面作了安排和部署，并对考核工作提出具体要求。会议对市律协27个专门委员会、30个专业委员会、7个区工委及秘书处2018年度的工作分别进行了考核，并根据被考核对象的工作普惠性、经费使用率、成果转化等考核标准，对被考核对象的工作作出评议。会议强调，绩效考核工作旨在促进协会全面健康发展，促进各考核对象进一步把协会各项工作抓紧抓实。



## 市律协组织召开深圳律师学院与培训委、创新委、实习委联席会议

3月1日上午，市律协组织召开了深圳律师学院与培训委、创新委、实习委联席会议。会议主要对深圳律师学院的运行方式、深圳律师学院教务委员会和学术委员会的组建工作，以及培训委、创新委、实习委和律师学院就培训工作的有效对接进行了探讨。会上，林昌炽会长表示，2019年市律协将继续聚焦深圳律师学院工作，以落实政府扶持政策为重点，推动律师学院国际化、市场化、品牌化建设，争取将深圳律师学院的运行费用纳入政府财政预算，建立更高规格的培训体系，进一步促进深圳律师人才发展，为律师行业谋福祉。



## 市律协赴市公安局预审监管支队走访交流

3月14日，市律协维权委主任方壮毅、副主任谢东斌一行赴市公安局预审监管支队走访交流。方壮毅主任表示座谈交流旨在就近期律师集中反映的会见难、粤省事预约会见平台使用等方面的问题向支队有关部门反映，共同探讨解决方案。预审监管支队有关负责人感谢广大律师对监管工作的支持与理解，并表示支队高度重视与律协的沟通与交流。未来，双方将进一步加强律师会见的共商共建机制，建立良好律警关系，共同助力法律职业共同体建设，为律师营造良好的执业环境。



## 2019 年第一期实习人员集中培训顺利开班

3月18日上午，市律协2019年度第一期实习人员集中培训开班仪式在深圳律师学院举行，市律协会长、律师学院院长林昌炽、副会长、律师学院常务副院长尹成刚、监事刘鸿、实习委主任胡宁可等参加了开班仪式。会上，胡宁可主任作动员讲话，林昌炽会长、尹成刚副会长分别发言，寄语学员们，祝愿他们学有所成，早日实现自己心中的律师执业梦。开班仪式结束后召开了班会，通过民主决议投票方式选举出班级班委及党支部成员。



## “粤港澳大湾区女律师法律论坛” 成功举行

3月24日，广州律协、深圳律协、香港律协联合举办“粤港澳大湾区女律师法律论坛”。本次论坛分诉讼法、商事金融法、家事法三个领域进行交流研讨，邀请来自广州、深圳、香港专业律师进行分享演讲。粤港澳大湾区是实现中国梦的伟大实践，也是推动国家“一带一路”建设的重要举措，为律师业发展带来新机遇。论坛为香港、广州、深圳三地女律师搭建起了交流业务和展现女律师风采的新平台，为推动三地律师业发展迈出了新步伐、带来了新机遇。



## 第一期青年律师成长沙龙圆满举办

为引导、加强青年律师交流高效工作的方式方法，倡导利用技术工具办案，满足当下青年律师实现快速成长的迫切需求，3月31日，市律协青工委举办了第一期青年律师成长沙龙之“高效工具”培训活动，共有50余名青年律师参加。此次沙龙以小班模式开展，邀请上海“青苗班”讲师张烜律师及深圳技术派律师、印象笔记ECC镐赞律师主讲。本次活动通过课堂式的小班制模式，并结合小组作业、讨论的方式，鼓励青年律师打开技术派思维、掌握高效工具。接下来，青工委将持续开展高效工具沙龙活动，让工具为律师赋能，提升青年律师的业务拓展能力，提高工作效能。





## “七个工程” 引领律师行业新一轮发展

### 深圳律协首次开展专门委主任述职会议

2019年3月16日，第十届深圳律协专门委员会主任述职会议召开。这是深圳律协首次组织专门委主任述职并将形成常态化工作机制，与副会长述职共同构成协会工作评议机制，旨在提高履职效能，形成工作合力，促进行业发展。

27位专门委主任逐一上台，以PPT展示了履职情况、工作亮点、存在问题、计划构想等内容，各分管副会长进行点评，同时提出新的期望和要求。林昌炽会长评价各委员会工作“工作量大、亮点多”“有责任、有担当、不辱使命”，围绕2019年工作，林会长提出要重点落实十项重点工作任务，服务深圳律师业创新发展。魏汉蛟监事长发表监督意见表示，述职会议形式创新、成果丰富、成效显著，达到了思维碰撞、思考提升的效果，各委员会主任充分履职，做了大量工作。

任继光副局长全程听取工作汇报，

评价本届理事会、监事会有担当、有使命感、有战斗力的优秀团队，工作卓有成效。他同时强调，2019年律师协会要紧跟形势，着力办好几件事：

一是抓牢“首要工程”，坚定听党话、跟党走。坚定政治站位，把握行业发展方向，加强行业党建，时刻与党中央保持一致。

二是抓好“一号工程”，力促扶持政策出台。今年，市政府将出台专门的律师行业扶持政策列入年度重点工作，协会要紧抓机遇，积极争取，为律师行业赢来良好的执业环境。

三是布局“战略工程”，服务大湾区建设。把握粤港澳大湾区战略性机遇，尤其是知识产权保护、涉外法律服务方面，努力补齐涉外人才短板，培养涉外人才，打造深圳品牌。

四是推进“攻坚工程”，服务民营企业。律师为营造良好法治环境，

要多出点子、多做实事。在市局推出的“民营企业法务提升计划”、推动商会成立法工委、推出民营企业法治体检自测系统工作中积极作为。

五是参与“民生工程”，提供公益服务。推动“刑事案件律师辩护全覆盖”的民生实事，全力推动“一社区一法律顾问公益工作”、法律援助、公益诉讼等公益法律服务的发展。

六是落实“强身工程”，加强自身建设。加强“智慧律师”的信息化建设，着力打造律师业大数据体系，提速律师业发展；加强组织与制度建设，将律师行业管理和服务进一步向基层延伸，不断推进律师行业自律管理民主化进程。

七是延续“交棒工程”，做好换届筹备。强调传承使命，积极作为，践行责任担当，打造铁军队伍，体现引领示范作用，促进行业可持续发展。



