法治立国的两个步骤 *

□郑　戈 *

【摘　要】 中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议提出了全面推进依法治国的路线图，并着重强调了党的领导与社会主义法治的一致性。这种一致性的形成可以从历史和法理的角度阐述。法治只有在特定的社会——经济条件下才能得到奉行，这些条件是国家主权独立和领土完整、国内秩序基本稳定、人民大体上免于衣食之忧、传统的等级秩序已被打破而新的阶层区分并非牢不可破等等。中国共产党很长一段时间都是在领导人民创造这些条件。而在这些条件已然具备的今天，领导建设法治社会当然便成了党在新的历史时期的重要工作。

【关键词】 法治　经济发展　社会改造　形式合法性　公共福祉

引　言

说起法治事业，中国也是有一本陈年旧帐的。吊诡的是，关于人

* 本土已发表于《国家检察官学院学报》2015 年第 1 期。经郑戈教授授权，现发表于本刊。

* 郑戈，法学博士，上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师，上海市高校特聘教授(东方学者)。

治、法治之优劣的前两场大辩论，都发生在列国竞逐、战乱频任的失序时期。第一场是在春秋战国时代，[①]法家之崇法治（含义是以法律来治理百姓），目的在于富国强兵，实现统一天下的霸业。第二场是在清末民初，立宪派诸君鼓吹法治，意在救亡图存，助华夏重生于弱肉强食的社会达尔文主义之林。显然，在这两次思想交锋中，支持法治者都赋予了法律以它不可能完成的任务。

“法律是使人类行为服从于规则之治的事业”[②]，它适宜于在一个外患消弭、内乱止息的和平环境中实现权力与权利之间的良性互动以及符合正义原则的社会秩序之养成。古典共和主义的近代奠基者马基雅维利一方面在《君主论》中讲授阴险狡诈的帝王术，试图帮助佛罗伦萨摆脱罗马教廷和法国的侵扰；另一方面又在《论提图斯·李维的前十书》中演绎共和国中公民自治的技艺。这种论说结构可说是极具深意的。这种深意被他本人在《兵法》一书中一语道破了：“国之大事，在法与戎。”法律与国家能力（包括军事实力）是相辅相成的。只有在一个有能力保护自己疆土和国民的国家，实现法治之下的国内公正秩序才是可能的。

在我国，传统社会中君权的正当性来自于“天命”，而“天命所归”的证据则是实际掌握政权——无论是“继承大统”，还是“革故鼎新”。虽然有“汤武革命，顺乎天而应乎人”[③]、“天视自我民视，天听自我民听”[④]这样的民本思想之萌芽，但这种民本主义是一种未被制度

[①] 法治主义在我国起自春秋战国时期一说，源自梁任公。他在《法治主义之发生》一文中写道：“当我国法治主义之兴，萌芽于春秋之初，而大盛于战国之末。其实与之对峙者有四：曰放任主义，曰人治主义，曰礼治主义，曰势治主义。而四者皆不足以救时弊，于是法治主义应运而兴焉。”载于《梁启超全集》，第五卷，《开明专制论》，北京出版社 1999 年版，第 1269 页。当代学者李贵连教授也持这种观点，请参阅他所著的《法治是什么？从贵族法治到民主法治》，广西师范大学出版社 2013 年版。

[②] [美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 124–125 页。

[③] 《周易》，郭彧译注，重印版，中华书局 2006 年版，第 258 页。

[④] [汉]《孔安国传》，[唐]孔颖达疏：《尚书正义》，北京大学出版社 1999 年版，第 277 页。值得注意的是，以上两句引文都是用来正当化西岐周族取代殷商的政权更替。由于儒家创始人孔子十分推崇周礼周制，所以围绕周因何灭商而代之一主题而展开的论述，主导着中国自汉代“罢黜百家，独尊儒术”以来的政治哲学。

化的民本观念。在日常政治中，官民、军民之间缺乏有效的沟通和互动渠道，直到民怨积累日厚，乃至揭竿而起之时，观民心、知天意的“宪法时刻”方才来临。而这时旧王朝往往大势已去，新建立的王朝又重复前朝的治理方式，如此循环往复，以致陷入所谓“历史的周期率”。

1945 年 7 月抗战胜利前夕，国民参政会参政员黄炎培应邀赴延安考察。其间他与毛泽东进行了十数小时的长谈，这场史称“窑洞对”的谈话因以下这段关于“历史周期率”的对答而载入史册：

黄炎培：“我生六十多年，耳闻的不说，所亲眼见到的，真所谓‘其兴也浡焉，其亡也忽焉’，一人，一家，一团体，一地方，乃至一国，不少单位都没能跳出这周期率的支配力。大凡初时聚精会神，没有一事不用心，没有一人不卖力，也许那时艰难困苦，只有从万死中觅取一生。继而环境渐渐好转了，精神也就渐渐放下了。有的因为历时长久，自然地惰性发作，由少数演为多数，到风气养成，虽有大力，无法扭转，并且无法补救。也有因为区域一步步扩大了，它的扩大，有的出于自然发展，有的为功业欲所驱使，强求发展，到干部人才渐见竭蹶、艰于应付的时候，环境到越发复杂起来了，控制力不免趋于薄弱了。一部历史，‘政怠宦成’的也有，‘人亡政息’的也有，‘求荣取辱’的也有。总之，没有能跳出这周期率。中共诸君从过去到现在，我略略了解的，就是希望找出一条新路，来跳出这周期率的支配。”

毛泽东答：“我们已经找到新路，我们能跳出这周期率。这条新路，就是民主。只有让人民来监督政府，政府才不敢松懈。只有人人起来负责，才不会人亡政息。”⑤

毛泽东确实认真对待了他所理解的民主。他一生一直致力于推进群众路线，反对官僚主义。文革是一场浩劫，不过它的确是人类史上最彻底的反官僚主义运动。遗憾的是，毛泽东所理解的民主是没有法治的民主，也是不尊重科学和专业知识的民主。这种民主一方

⑤ 黄炎培：《延安归来》，上海书店 1945 年版，第 64–65 页。

面不利于经济、社会和文化的发展，另一方面也导致公正和稳定的政治秩序无法形成。然而，毛泽东及其他中国共产党第一代领导人带领中国人民所实现的建国伟业，却为今日实现法治中国奠定了一个坚实的基础。法治立国的两个步骤，其实就是：先以强有力的先进政党整合社会力量，实现国家的独立和统一，改造中国社会，完成现代化转型；再用法治给这种强力套上缰绳，使它不至于异化为与人民为敌的力量，并使“国家的一切权力属于人民”这一庄严的宪法承诺真正落到实处，且走上法治化的稳健道路。

一、法治立国的第一个步骤：立国

我国的立宪先贤们也早就认识到了国权稳固与法治昌明之间的次第关系。康有为和梁启超在光绪年间鼓吹法治，呼吁引进西方的议会民主制度。比如梁启超在1904年出版的《中国法理学发达史论》中写道：“法治主义，为今日救时唯一之主义；立法事业，为今日存国最急之事业。稍有识者，皆能知之。”[6]但在经历了立宪失败、革命兴起、走向共和、军阀割据等历史变故之后，都转而强调稳固国家主权的首要性。在1913年的《拟中华民国宪法草案》中，康子开篇即哀叹：“中国危迫甚矣！非空文之宪法所能救也。”[7]他开出的药方是逆“主权在民”这一“国际标准”而行的“主权在国”。当然，这个国不再是“家天下”的专制之国，而是“天下为公”的共和国。为此康子写道：“宪法何为而立也？为敌人主专制其国而立也，为去人主私有其国而立也，为安国家而官明其职、人得其所而立也。”[8]但“天下为公”并不意味着人人可以瓜分（清帝逊位之后，中国出现的正是这种群雄逐鹿、瓜分天下的局面），而是主权统于国家，人民经由法律途径参政议政。[9]

[6]《梁启超全集》，第五卷，北京出版社1999年版，第1255页。

[7]《康有为全集》，第十卷，姜义华、张荣华编校，中国人民大学出版社2006年版，第38页。

[8] 同前注[7]。

[9] 关于清末民初的“主权在国论”，章永乐博士有很精彩的总结和论述，参见他所著的《旧邦新造：1911–1917》，北京大学出版社2011年版，尤其是其中的第三章。

先于时代的思想总是无处安放自身的。康子心目中可以再造秩序、传承文明的统一国家，久久未能建立。虽则民国时代的第一部宪法《中华民国临时约法》，已然确立了主权在民、民主选举、权利保障、司法独立等原则，但这些原则空具表象，无处落实。孙中山本人哀叹："是故当满清之世，予之主张革命也，犹能日起有功，进行不已；惟自民国成立之日，予之主张建设，反致半筹莫展，一败涂地。"[10]究其原因，乃是因为先要有现代社会，才能有现代法治。一个尚未完成社会改造的传统小农经济社会，是不可能有现代政治制度生存的土壤的。但要完成社会改造，又需要有一个能够外御强敌、内安秩序的政权。孙中山本人逐渐意识到了这一点，他的解决方案是以一个能够带领中国社会完成社会改造、实现社会进步的先进分子组成的政党（也就是他领导的1924年按列宁主义原则改组之后的国民党）来夺取国家政权，并建立"党国"。[11]经过"军政"和"训政"两个阶段后，最终再还政于民，实现"宪政"。在他起草的《国民政府建国大纲》中，他写道：

五、建设之程序分为三期：一曰军政时期，二曰训政时期，三曰宪政时期。

六、在军政时期，一切制度系隶于军政之下。政府一面用兵力以扫除国内之障碍，一面宣传主义开化全国之人心，而促进国家之统一。

二十五、宪法颁布之日，即为宪政告成之时，而全国国民则依宪法行全国大选举。国民政府则于选举完毕之后三个月解职，而授政于民选之政府，是为建国之大功告成。[12]

可以看出，孙中山的建国思路到这时已变得十分清晰，其要有

[10] 孙中山：《建国方略》，第2–3页。

[11] 关于国民党"党国"观念及相应组织形态的发生史，请参阅王奇生：《党员、党权与党争：1924–1949年中国国民党的组织形态》，上海书店出版社2003年版，第150–199页。

[12] 孙中山：《国民政府建国大纲》，载《孙中山全集》，第九卷，中华书局1986年版，第126–129页。

三:(1)中国不能采用西方式的自由主义宪政,而要强调用“主义”来启蒙和开化民心民智;(2)社会改造和政权统一不能用法律来实现,而必须借助超法律的军事行动;(3)建国是实现宪政的前提,而党国(“国民政府”)是建国并为实现法治-宪政创造条件的政治力量。中国共产党虽与国民党在许多方面有根本不同,但两者都“以俄为师”,一个完成了改造,一个实现了建党。列宁主义政党的最大特点就是党领导建国,创立党政军高度统一、党权高于一切的“党化国家”。然而,经过东征、北伐并于1927年在南京成立名义上的中国唯一合法政府之后,国民党始终未能在事实上实现中国的统一。国民党所统治的范围与其说是全国,不如说是“国统区”。到了1948年,梁漱溟先生在《中国政治问题研究》中仍沉痛地说:“老秩序早被推翻,但新秩序却建造不成。现在情形落于一种‘秩序饥荒’时代,至今所以还要谈建国,正为此。”[13]

新中国的建立为“建国问题”给出了答案,为此梁先生在1950-1951年间写作了《中国建国之路》(未完稿),充分肯定了中国共产党实现“全国统一,国权树立”的功劳。尤其是,他看到了建国后人与人之间关系以及人的精神风貌的变化:“人与人之间关系的空前变更,每人自己精神上心理上空前的变更。抬起头来,站起身来,并且会组织起来办事情。”[14]

建国是实现法治的必要条件,但却不是充分条件。法律有赖一个强有力的政权来加以确立和施行,但一个强有力的政权却未必选择确立和实施法律之治。在经历数千年未有之大变局的中国,向现代法治国家的转型更是必然经历许多迂回曲折、辗转反侧。实际上,纸面上的现代法律自清末修法以降就逐步建立起来了,到1940年代已形成一套以“六法全书”为核心比较完备的体系。但新中国的建

[13] 梁漱溟:《中国政治问题研究》,载《梁漱溟全集》,第六卷,山东人民出版社2005年版,第769页。
[14] 梁漱溟:《参加土改时一次发言草稿》,同上引书,第852页。

立恰恰是以破除这个“旧法统”为先声的。

从现实政治的角度来看,这很好理解。当法律被一个已经在战场上被打败的政权作为谈判筹码,试图用它来束缚胜利者手脚的时候,斗志昂扬地准备破旧立新的新政权领导人当然会不屑一顾。1949年元旦,已经输掉辽沈战役、在淮海战役和平津战役中败局已定的蒋介石发表《新年文告》,以“不中断法统”、“不违反宪法”等五项条件作为国共和谈的前提。毛泽东针锋相对地连续发表《论战犯求和》和《关于时局的声明》,指出蒋介石的目的是要“确保中国反动阶级的反动政府的统治地位,确保这个阶级和政府的‘法统’不致中断”,并将“废除伪宪法”和“废除伪法统”作为国共和谈八项条件中的第二、三条。随着人民解放军的节节胜利,谈判议题当然很快烟消云散。1949年2月,中共中央发布《关于废除国民党六法全书与确定解放区司法原则的指示》,揭开了废除“旧法统”的序幕。为新中国奠定宪法基础的《共同纲领》,更在第十七条明确规定:“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度,制定保护人民的法律、法令,建立人民司法制度”。

应当看到的是,新中国的开国元勋中很少有人看重法律的价值。毕竟国基初立,百废待举。尤其是向农民承诺的土改,恰恰是需要通过打破旧法统确立的财产权关系才能够实现的。何况法律教育和法律职业从来是需要投入大量时间和金钱才能够进入的,非工农所能染指。因此“旧法人员”显然不属于“工农联盟”的成员,是需要被改造而不是倚重的对象。

法治的发生和发展在很大程度上有赖于现代司法机构和司法制度的建立与健全。在“秩序饥荒”的时代,以审慎、理性为品格的健全司法制度当然无法确立起来。在“敢教日月换新天”的大规模社会改造时代,也无法站稳脚跟。另一方面,借枪杆子取得政权的强人,在缺乏法律传统和“法律贵族”阶层的环境中,当然无法意识到法律

对于确立和巩固权威所具有的神奇功用。这一点与法律的权威早在封建时代就逐渐确立,“法律贵族”们参与了近代民族国家兴起过程的欧美有很大区别。

随着国权的稳固和国力的提升,中国目前亟须走上法治立国的常规政治轨道,以实现国家的长治久安和人民的安居乐业。这种以能力强大的威权政府来推进的法治化,从历史经验看比较容易取得成功,前提是执政者认识到法治的价值并全力推进法治事业,哪怕最后会限制到自身的权力。比如英国建立普通法体系的过程,正是强势君主亨利二世强化王权的过程。Common Law 的更准确译名应该是共同法,而不是普通法,因为它是指整个英格兰共同适用的法律,与领主庄园适用的封建习惯法针锋相对。通过在伦敦设立若干王室法院并安排王室法院法官在全国巡回审案,一套遵循先例的统一法律体系得以发展起来。从这个意义上讲,英国是以司法促进国家法制统一并巩固中央集权的典范,也是法治先于民主且引领民主稳健发展的例子。

法律和司法的角色取决于一个社会的政治文化和权威结构。如果一个社会有尊重法律和法律人的传统,则司法可以成为首要的正当性赋予机构,在强化权威的同时为它披上正义和理性的外衣。反之,如果一个社会不具备这样的传统,它便丧失了一项十分重要的正当性资源。权威如果需要不时借助于赤裸裸的暴力,必然导致正当性流失。明智的做法是乘权威尚未出现严重的正当性亏空的时候,全力培育司法的公信力和社会认同度。虽然这样会在一定程度上限制政治权威的专断权力,但却可以使这种权力理性化和常规化,因而更加稳固。换句话说,以理性化的法律作为主要治理手段的社会是最稳定的社会,而这种社会一定是以相对独立和公正的司法机构来确保法律的有效实施的。

二、法治立国的中间阶段:经济发展与社会改造

尽管本文开篇处采梁任公之说,提及我国自春秋始便有“法治主

义”,但此种法治非现代社会一体通行、既规范人民之行为又约束政府权力之法治,而是帮助君主管理臣民的法治。这种法治实为法制,是一种自上而下的权力投射,而不能体现人人平等的现代政治价值。

这样的法制在中国可谓源远流长。比如,史书记载,宋仁宗庆历三年(公元 1043 年),枢密副使富弼奏言:“臣历观自古帝王理天下,未有不以法制为首务。法制立,然后万事有经,而治道可必。”[15]如果光看这段话,就会认为中国自古便有法制,而此种法制与今日之法制并无二致。但我们如果把它放在当时的社会经济条件(以家庭为生产单位和基础社会治理单位的小农经济)和政治结构(皇帝专断于上,群臣辅弼左右,百姓仰赖皇恩)中看理解,就会明白这里的法制不过是成系统的典章律令。比如在另一个场合,范仲淹和富弼奏兴邦十策,一曰明黜陟(即今日之绩效考评制度),二曰抑侥幸(即避免官职世袭,为真正的人才创造上升空间),三曰精贡举(即完善人才推荐、选拔机制)、四曰择官长(即完善地方行政长官的组织考核和选任机制)、五曰均公田(即在一定程度上平均地权,使人民能够安居乐业)、六曰厚农桑(即国家采取政策激励农业和家庭手工业的发展)、七曰修武备(即发展军事、巩固国防)、八曰减徭役(即减轻人民负担)、九曰覃恩信(即朝廷通过存恤孤寡、赈灾救急等措施赢得民心)、十曰重命令(即“慎乃出令,令出惟行”,一方面发布法令要小心谨慎,另一方面法令一旦颁布就要严格执行)。实际上,“法制”只是十策中的最后一策,属于“重命令”的范畴。[16]

这种古典善治理念直到今天在我国仍很盛行。不仅许多人民群众不明白现代“法治”意味着什么,就连许多学者和官员也认同这样一种观点:“让呆子们去争论法治和法制吧,管理得好的政府就是良好的政府”。比如,著名政治学家王绍光教授近年来一直致力于阐发

[15] [宋]李焘:《续资治通鉴长编》,第 11 册,卷 139–153,第 143 卷,中华书局 1985 年版,第 3455 页。
[16] 同前注[15],第 3431–3444 页。

中国传统社会的“政道”论,认为这是比西方“政体”论更高明的政治理论。他认为中国政道论的主要特点也是优点在于重实质、轻形式。在王道/霸道二分的政道论中,王道政治因为能够为老百姓带来实际的福祉而得到拥护。[17]换句话说,中国所需要的不是民主制,而是明主制;不是法治,而是治法。这种观点很有代表性,也是我国在迈向法治的道路上始终踟蹰不前的社会心理原因。

小农经济是中国数千年的主要经济形态。在这种经济形态中,家庭—家族不仅是自然的生育和教养单位,也是生产单位、基础社会组织和基层政治组织。族长和家长是基层的统治者,甚至掌握着刑责之权。国家是掌握了政权的“天子”的家,其统治方式是父权的扩大与延伸,正如师服所言:“吾闻国家之立也,本大而末小,是以能固。固天子建国,诸侯立家,卿置侧室,大夫有贰宗,士有隶子弟,庶人、工、商,各有分亲,皆有等衰。是以民服事其上,而下无觊觎。”[18]中国自身始终未能走出这种父权主义的治理模式,未能自生自发地变成一个适合用法治来约束政治权威、确立政治义务的个人本位的社会。直到清末以来被迫打开国门,在外力胁迫下才走上了近代化/现代化这条不归路。在哲学家李猛看来:

传统社会的政治生活,首先意味着一种生活方式借助世代之间的权威关系构成了一种具有传统性格的世代共同体。正是在这种世代和传统意义上的政治中,家庭关系才不仅仅是政治生活的教育环节,而且是政治关系真正得以构成的关键环节。在这样一个以世代关系为基础的政治共同体中,是通过家庭关系将政治共同体的世代链条自然地联系了起来,任何政治权威与政治义务,都不只是个体作为孤立的存在自由建立的形式关系,而是基于自然、习俗或者法律的拟制等方式形成的,具有伦理情感色彩的人身纽带。[19]

[17] 王绍光:《政体重要,还是政道重要》,《民主与科学》2011 年第 4 期。
[18] 引自杨伯峻:《春秋左传注》(第一册),中华书局 1981 年版,第 94 页。
[19] 李猛:《自然状态与家庭》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2013 年第 5 期。

这种在前现代社会普遍存在的政治权威和政治义务产生方式，在西方随着工业革命和城市化的进程早已烟消云散。而在我国，却是通过建国后的大规模土地改革、社会运动和有计划推进的产业革命，才导致如今崇尚个人自由的时代的到来。人心已变，制度也必须相应调整，才不至于导致正当性流失。

梁漱溟先生早就看到了经济社会发展与政治、法律发展之间的关系。在1953年9月11日的政协扩大会议上，他讲到：

各位亦许知[道]我作乡村建设运动，此即不单[是]政治改造，而认[为]经济政治分不开。改造社会我有这样一想法：中国政治改造一定随经济改造而完成；经济进一步，政治进一步，循环推进。[20]

这种观点与当代影响很大的“经修正的现代化理论”不谋而合。因格哈特和魏尔泽尔根据对六大洲的81个社会（占全球人口85%）所做的长达20年（1981–2001）的“价值调查”（Value Survey）得出结论说：对于现代化和经济发展与文化变迁之间的关系，马克思和韦伯所提出的理论都没错，但需要放到一个动态的时间序列中加以整合。在前工业社会，由于生产力水平较低，人们忙于为生存而劳碌，对文化价值的自我选择能力和自我选择空间都很小，所以根深蒂固的传统价值会主导人们的生活，这些传统价值包括父权家长主义、等级森严的社会结构以及君权神授观念；在工业化社会，由于社会分工、大规模生产和复杂化社会组织的需要，理性化—世俗化价值逐渐取代了传统价值，而理性化—世俗化价值与专制或威权政府类型是兼容的，因为工业化要求集体规训和整齐划一的生活方式，比如福特式流水线作业及其在官僚体制中的对应物；到了后工业社会，由于生存安全已经不再成为人们所操心的事情，自我表达价值逐渐取代理性—世俗价值，人们开始追求多样化的生活方式，民主、

[20] 梁漱溟：《1953年9月11日政协扩大会议上的发言草稿》，载《梁漱溟全集》，第七卷，山东人民出版社2009年版，第3页。

价值多元和自由会成为主流的政治诉求，在这个阶段，以人为本的发展（human development）会取代单纯的经济发展成为主流的发展模式。在这一宏观叙事框架中，对文化的理解可以分两个维度，一个维度是以传统价值和世俗—理性价值为两极，另一个维度是以生存价值（survival values）和自我表达价值（self-expression values）为两极，从这两个维度来看，发展与法治之间的关系有规律可循：

尽管一个社会的文化遗产会发生持续的作用，社会经济发展会以可预见的方式改变一个社会在这两个价值维度上的位置：随着劳动力从农业向工业的转移，人们的世界观倾向于从看重传统价值朝看重世俗-理性价值的方向转移。此后，随着劳动力从工业向服务业的转移，第二轮价值转换发生了，对生存价值的强调被对自我表达价值的侧重所代替。[21]

这种理论为我们分析法治在中国的未来提供了一个很好的框架。体制问题和人口素质问题这些在公共讨论中不断被提到但从未被逻辑地关联起来的因素，在这里可以找到因果相关性。前现代社会的经济—社会条件塑造了前现代的自我意识被淹没的人，这种人与父权主义的专制相互适应。现代化过程中的社会强调理性化的生产组织方式和社会安排方式，个人虽然从大家族的纽带中挣脱了出来，却被卷入了按科学、理性的原则组织起来的工作单位和社会组织，这个时期的相应治理方式是法制，其中的核心环节是依法行政。只有当现代化过程基本完成、一个社会已经变成现代社会的时候，另一种强调个性化生活方式、强调自由和权利的政治文化才会兴起，而这种政治文化是适合法治生长的土壤。

新中国的第一部正式宪法即1954年宪法，描述了这种渐进地通过经济社会发展来实现实质的社会平等、福利保障和权利实现的过

[21] Ronald Inglehart and ChristianWelze, *Modernization, Cultural Change and Democracy: The Human Development Sequence*, Cambridge University Press, 2006, p.6.

程。例如,“五四宪法”第九十一至第九十四条分别规定:国家家通过有计划的发展,逐步扩大劳动就业,改善劳动条件和工资待遇,以保证公民享受这种劳动权; 国家规定工人和职员的工作时间和休假制度,逐步扩充劳动者休息和修养的物质条件,以保证劳动者享受休息权;国家举办社会保险、社会救济和群众性卫生事业,并且逐步扩大这些设施,以保证劳动者享受物质帮助权;国家设立并且逐步扩大各种学校和其他文化教育机关,以保证公民享受受教育的权利。[22]

如今,人们普遍认为,这种规划和表述发展过程的语言不宜在宪法和法律中出现。法律是用来固定已经取得的发展成果并确认人们在已有的社会资源中享有何种份额的,因此权利不应被法律表述为一种期权。1982 年制定的现行宪法反映了这种观念,抽象地规定了劳动的权利和义务、休息的权利、得到国家和社会物质帮助的权利以及受教育权等等,仿佛这些权利可以一步到位。从帮助我们理解中国社会发展和法治进程的角度来说,五四宪法更能帮助我们澄清思路,明确方向。

三、法治立国的第二个步骤:法治

建国后的头三十年,大规模的社会改造运动使得法治议题未能被排上议事日程。最终导致的悲剧性教训,在十一届六中全会通过的《关于建国以来党的若干重大历史问题的决议》中已经得到总结:“种种历史原因又使我们没有能把党内民主和国家政治社会生活的民主加以制度化、法律化,或者虽然制定了法律,却没有应有的权威。”

如今,中国共产党试图实现自身的转型,将自己的角色从革命党转换为执政党。而法治作为在现代社会实现长治久安的不二选择,自然成了政治改革(实际上是宪制改革)的主旋律。其实,依法治国的主导方向自改革开放初期确立后就没有改变过,只是中间颇多

[22] “五四宪法”的文本请参见王培英:《中国宪法文献通编》,中国民主法制出版社 2004 年版。

曲折。1999年的《宪法修正案》在第五条中增加了法治条款，明确规定："中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家"。

不过，当深受反右、文革之害的那一代领导人和知识精英逐渐退出历史舞台之后，那个"无法无天"的年代竟被一些别有用心者加以浪漫化，借以鼓动群众，捞取政治资本。因此，在十八届四中全会即将承前启后，确认法治立国的方略之际，澄清某些思想误区、在一些最基本的问题上形成共识是极有必要的。

法治本身是一个政治概念，而不是一个法律概念，它涉及的是一个政权如何看待及应用法律的问题。在奥地利法哲学家凯尔森的"纯粹法"体系中，从宪法到判决中的最具体规则，都与道德和政治严格区分，但作为整个法律体系之基石的"基础规范"却是一种"预设"，也是一个社会的政治共识或主导性政治态度。[23]

在没有经过政治力量主导的、暴力推进的移风易俗和社会改造的国家，表面上看来历史上的大规模暴力事件较少，更符合人权和法治的要求。但在这些国家中，法律面前人人平等的法治首要原则往往流于空文，在现实中很难落实。比如，印度社会根深蒂固的种姓制度在现代化过程没有受到国家权力的有意识破坏，以至于法律上的形式平等在这个严重等级化的社会中显得漂浮和虚无。正如一些学者在研究印度刑法时所指出的那样，"非法是由法律决定的。非法行为以及对其后果的法律救济都由法律来界定和供给。基于社会—经济发展的方向与类型，以及由此促动的社会变迁，一个国家的统治者—立法者决定着法律会宣布何种类型的行为是非法的"，[24]缺乏政治参与的权利和机会的人群有可能会被"法治"放逐到"持久非法(perpetual illegality)"的境地。[25]

---

[23] Se. Hans Kelsen, Pure Theory of Law, University of California Press, 1981.

[24] SeemaMisra, "WhoseLifeIsItAnyway? Adivasi Communities and Entitlements to Life," in p. 165.

[25] Ram, Mohan. 1986. 'Civil Rights Situation in India', in A. R. Desai (ed.), Violation of Democratic Rights in India, p. 93. Bombay: Popular Prakashan.

在经历了建国后头三十年翻天覆地的社会改造和后三十多年的高速经济发展之后，如今，中国已经具备了实现法治的社会经济条件。法治在当下是唯一可行的治国之策，其原因很多，这里择要谈三点。

(一)法治使我们获得免于恐惧的自由

在罗伯特·博尔特的的著名剧作《不朽之人》(A Man for All Seasons)中，针对家人和朋友放弃法律形式、直接诉诸"实体正义"来惩罚坏人的主张，托马斯·莫尔说道：我们只有在法律之林所拱卫的环境中才能安全地生活，哪怕这个森林有时会给恶魔提供藏身之所，因为，如果你为了消灭恶魔而砍倒了这片树林，"这时恶魔转身扑向你，你朝哪儿躲"？[26]这种由非法状态造成的恐惧，不仅许多老百姓深有体会，就连新中国的第一位国家主席刘少奇和改革开放的总设计师邓小平，都曾经历过这样的时期。

(二)法治可以巩固经济社会发展的成果，确保平等，纠正偏差

法律上的形式平等与人民生活状况的实质不平等之间的矛盾，即使在成熟的法治社会也难以避免。法律能够发挥的最大作用在于确保机会平等，使人们有可能通过教育、努力工作或正当的市场投机，来改善自己的状况。另一方面，法律也可以确保经济不平等不会直接转化为政治和法律上的不平等，比如通过选举制度使穷人也能有自己的政治代言人，通过法律援助制度使司法程序显得大致公平，通过一视同仁的执法标准使得富人不敢为所欲为。通过这些制度性安排，钱与权之间有了一道人为设置的鸿沟，富裕阶层或权力阶层不至于全方位占先，将穷人和弱势群体逼向绝路。

(三)法治是实现社会和谐与政治稳定的可靠保障，是走出越维稳越不稳怪圈的唯一方法

在"稳定压倒一切"的时代，群众表达自己利益诉求的集体行为

[26] Robert Bolt, *A Man for All Seasons*, London: Bloomsbury, 1960, p. 42.

往往被简单地理解为破坏社会稳定。越是法治健全的社会，有组织的示威、游行、请愿活动就越是常见，并且不会演变为“打、砸、抢、烧”等毁坏公私财物、破坏社会秩序的恶性事件。反之，在一个民怨没有正常渠道可以宣泄和疏导的社会，群体性事件很容易失控。从心理学的角度看，一个长年处在各种压力之下并且习惯于忍气吞声的人，一旦发作起来就会很激烈很暴力。推之于群体，又何尝不是这样？

其次，不应当把钱视为解决所有社会问题的惟一手段，认为只要经济搞好了，社会矛盾就缓解了。经济增长不可能自行解决分配不公的问题，而且往往会加重分配不公。如果政府以实现社会公平的名义来“劫富济贫”，又会给官员增加腐败的机会。用法治保障的市场经济和廉洁政府，是实现共同富裕的前提。正如吴邦国所言，我国的社会主义法律体系已经形成，各个领域基本上都已经有法可依。而公正司法和严格执法则成了目前需要解决的紧迫问题。在这个方面，学者们比较强调的是一定程度上的司法独立和执法中立。但司法渠道的敞开和畅通其实是一个更紧要的前提。如今广泛存在的立案难和强制调解使许多当事人对司法机关失去信心，转而诉诸法外手段，这是造成社会不稳定的重要因素之一。

最后，政府不应当把什么问题都往自己身上扛。揽的事儿越多，越会成为矛盾的焦点。政府的主要功能不外乎制定法律和政策并确保其贯彻实施。一个稳定的社会，一定需要有发达的社会中介机构、完善的社会服务体系以及健全的公民社会组织。公民社会的发育，也有赖于健全的法治环境。

结　语

一些有影响的学者通过摊薄民主和法制的内涵而人为将两者建构为相互冲突的制度安排。他们一方面用精英主义的法治（读作法律人之治）来讽刺平民主义的民主（读作暴民做主），另一方面又

用唱红打黑式的“民主”来嘲讽“重形式、轻实质”的法治。实际上,如果我们把法治理解为使政府和人民的行为都服从于规则之治的事业,则民主也早已被纳入到这一事业的版图之中。当代成熟民主社会的民主实践不再是鼓励人民“超越法律”,而是引导人民依循法律创制政府、参与政治并监督政府。一些法治怀疑者理解的民主,大体还是七五宪法中的“大鸣、大放、大字报和大辩论”之类“人民群众创造的社会主义革命的新形式”,而不是“法治国家”语境中依循规则而展开的选举、咨询、公共参与、批评建议、监督、检举等民主活动。

其次,一些知识精英将法治理解为一套“治理技术”,而没有考虑到法治对“治理者”本身的驯化和约束。这种工具主义的法律观符合传统法家的治理理念,却与现代法理型社会的观念类型格格不入。实际上,法治不仅关系到如何去“治理”社会,更关系到治理社会的权力如何获得正当性,并形成稳固的权威。古希腊史学家希罗多德曾这样描述人类社会的政治现实:“强者为所能为,弱者受所必受”。此后的政治哲学传统一直围绕着如何使权力向善这一核心问题而展开。经过无数次试错之后,现代文明世界普遍接受法律对权力的约束和引导。当“治人”者与“治于人”者之间发生纠纷的时候,一个中立的裁断者,一套事先确立的规则,一种对双方而言都体现公平的程序,都是法治的题中应有之义。

有趣的是,当法治在中国尚出于鸿蒙初开状态的时候,一些学者就照搬了西方后工业化、后现代社会的问题意识和批判话语。他们虚构出在我国政法实践中未曾出现过的“律法中心主义”和“法院中心主义”图景,并将社会团结瓦解、道德滑坡、“核心价值观”缺失等问题归咎于这一虚构图景。实际上,律法中心主义(或“法条主义”)和“法院中心主义”是西方社会(尤其是美国)一批具有批判精神的法律学者对其本国法秩序状态所做的概括。我把这些社会称为“后法治社会”。在这些社会,法制之网早已铸就,司法权日益扩张,

法律职业人士主导着国家的公共话语。众所周知的事实是,我国所面临的问题截然不同。即使是“能动司法”这种貌似中西通用的概念,在我国所指的也是司法机构作为一盘棋中的一枚棋子,与其他党政部门通力合作,共同参与到“摆平、搞定”的事业之中。由此可见,将这些概念套用到中国,基本上错置了问题意识。需要承认的是,法治不是包治百病的万能药,只是比其它的替代方案更稳妥、更经得起考验而已。

我国在政治现代化的道路上已走过了一个多世纪。辛亥革命推翻了旧王朝,打开了走向共和的大门;新文化运动瓦解了“旧礼教”,赋予人民自由;毛时代的土地改革和移风易俗冲破了旧等级秩序,实现了人人平等;改革开放激发了人民的创造力,导致了中国的经济腾飞。这些代价惨痛的成果,如果没有法治作为保障,都会轻易流失。如今,我们又站在了一个紧要的历史关头。国本已固,法治当行。

《为业载道——金道十年纪念文集》出版

彰显律师职业精神 推动社会法治进步

我与浙江金道律师事务所的结缘，首先源于其创始人胡祥甫律师多年来的友谊。一来，胡律师在全国律协担任了多年的理事以及全国律协民事业务委员会副主任，他兢兢业业，尽心履职；同时，胡律师担任了两届杭州市律师协会的会长，他在任内组织、举办了诸如“律师进社区”等在全国都非常有影响的活动，大大提高了律师的社会影响力，他本人于2016年被评为“浙江十大法治人物”。二来，胡律师在律师界非常资深，不仅律师业务精湛，在浙江省、甚至全国都办过不少有影响力的案件。2005年他被评为“全国优秀律师”，是全国拥有很高诉讼水准的专家型律师。三来，胡律师也是一名学者型律师。他曾在《中国法学》、《复旦学报》上发表了一系列具有前瞻性的论文，并在法律出版社出版了民事、金融和刑事三本案例集，深受好评。金道所成立五年后即被评为“全国

优秀律师事务所”，这与其创始人及管理团队的拼搏进取是密不可分的。

我曾经读过胡祥甫律师发表在《中国律师》上的一篇文章《律师的人格、品格与风格》,他在文中写道:“律师,总是要有点精神的;律师业,也总是要有点精神的。虽然律师提供的服务是有偿服务,但对法律的信仰决定了商业性从来不曾是也永远不会是律师业的本质属性。”[①]我完全赞同。正如我在译著《法律职业的精神》的后记中写下的话:“律师职业精神的本质就是崇尚法律,以专业奉献和牺牲去追求公平正义。一个充满这种精神的法律人决不会迷失在自己或客户的私利之中,一个具有这种法律职业精神的群体也一定能在社会发展的伟大时刻凸显自己的独特价值和意义。”[②]

孟建柱书记指出,律师事业是中国特色社会主义事业的重要组成部分,他希望广大律师做当事人合法权益维护者、社会公平正义保障者、国家治理现代化推动者、经济社会发展服务者、全方位对外开放促进者。我欣喜地看到金道律师中不仅有人大代表、政协委员、民主党派人士积极参政议政,履行职责,而且,金道律师还十年如一日地坚持以普法讲座、巡回演讲、法治论坛、校园普法和律师进社区等方式进行普法宣传,以实际行动推动社会法治进步,为建设社会主义法治国家服务,实属不易。

中国经济总量已位居全球第二,中国已进入资本、技术、产品输出的全球经济时代。浙江是全国的经济强省、大省,电子商务、互联网、海洋经济、自贸区、一带一路、金融改革、企业转型升级、供给侧改革、企业“走出去”……,浙江律师任重道远,大有可为。崇尚有人格、有品格、有风格的金道律师将怎样更好地服务浙江、甚至全

① 胡祥甫:《律师的人格、品格与风格》,在《中国律师》2010 年第 7 期。

② [美]罗伯特·N·威尔金:《法律职业的精神》,王俊峰译,北京大学出版社 2013 年版,后记第 158 页。

国的经济社会发展？如何深耕律所核心竞争力，使之更上台阶、在行业内发挥更大作用、为社会法治进步履行更多责任？让我们共同期待。

中华全国律师协会会长 王俊峰

2016 年 10 月 10 日于北京

出庭与跨界是律师业的两翼

复旦法学院的校友以各自的事业成就为母校增光添彩，以各种有形无形的力量帮助和支持法学院的发展。校友胡祥甫律师是其中的一员，他嘱我为《为业载道——金道十年纪念文集》作序，实在没有理由推辞。

时光飞逝，数十载的职业生涯，使我们都成了年过半百的法律人。法律是大人的学问，经验成就法律人。胡律师就是这样，经过数十载勤奋的职业生涯，他已经成为资深法律人。早年在复旦大学就读研究生期间，便打下扎实的法学理论功底，曾在《中国法学》、《复旦学报》上发表多篇论文。毕业后投身律师业，深耕于诉讼实务，成功办理了不少轰动国内的重大案件，经典案例集结出书，有《法庭风云录·金融卷》、《法庭风云录·民事卷》和《法庭风云·刑事辩护证据运用和法庭策略》，成果丰硕，声名斐然。难能可贵的是其情怀可嘉，多年坚持“律师是文人”的理念，热心推动社会法治进步，热心律师行业建设，积极参与地方人大立法，不愧为不久前浙江省内唯一一

名获得“浙江十大法治人物”称号的大律师。

十年前,胡律师和几位志同道合的律师一起创办了浙江金道律师事务所,一切从新开始。所里十余位律师在学院路开始了金道的创业史。十年间,金道所从无到有,凭借专业和敬业,跻身浙江省前列,在全国也有一定影响。这十年里,金道所不断发展壮大,发挥多年积累的诉讼优势,不断开拓非诉业务,在2011年底斩获“全国优秀律师事务所“的殊荣,成长为业内的楚翘,熟悉金道的人都会赞叹她的迅速崛起!

而今,经十年的辛勤劳作已经散发出果实的幽香,翻看即将付梓的《为业载道——金道十年纪念文集》,我更理解金道所为何能够成其大、成其强了。同时,我也看到了我所关注和鼓吹的两个概念——诉讼型律师与复合型律师是中国律师业的两个发展方向。

金道人的职业理念和诉讼追求令人感动。律师是法律共同体中的重要一员,我们当初投身法律时多少都是带着理想主义的色彩,而金道人的文字中,我更是深刻感受到了他们对于法律的信仰,对于法治的追求,以及通过出庭诉讼活动来推动社会进步的宏大愿景。尤其是当下,以出庭闻名、诉讼见长的事务所并不多见,出庭律师在律师中所占比重不高。诉讼律师在英国法律职业传统中是堪称精英中之精英的力量,“巴律师”职业伦理素养最高、自治性最高,唯有“巴律师”可以出庭,高标准严要求造就了大律师及其高贵的社会声誉,这样的制度设计绝非偶然。金道所是诉讼强所,大大小小的诉讼案件或关乎社会正义或关乎法律公平,金道人立足诉讼又不仅仅止步诉讼,他们发挥专业素养,努力实现个案正义,在个案基础之上也有不少法理的思考,形成了丰富的理论成果,这种以个案累积宣传法律、推动法治进步的实践,实在是律师对法律信仰的最好体现!特别是胡律师所撰《律师,骨子里是文人》一文,抒发了律师对推动法治进步的执着情怀。

金道人专业功底和复合水平令人称赞。律师的专业化除了法律专业之外，还越来越需要多元行业复合化，即把法律与其他行业知识结合起来，我近年提出的“行业法务”正是这样的一个概念。诸如财会与法律、金融与法律、计算机与法律等复合起来成为不可替代性的法律人才……。在今天这个时代，我们只有跨界与创新才能促进律师业的发展进步。该所还有不少是海外留学归来或接受过国际大所的培训，具有国际化的视野。金道人紧跟时代发展，敏锐地捕捉市场与法务中的新讯息，在互联网、电子商务、知识产权、新三板、私募基金、政府法律服务、PPP 项目等方面都有不少成果，尤其是在诉讼积累的基础上，金道所不停留于诉讼，而是将诉讼的优势和非诉讼的法律服务结合起来，形成了从诉讼经验中发展出的以风险管理和控制为目标的颇具特色的非诉讼法律服务，在非诉讼领域厚积薄发。

对成功的出庭律师，我尊敬他们的职业操守；对成功的事务律师，我敬佩他们的跨界能力。

十年，不长不短，时光如白驹过隙，于无声中匆匆而过。《为业载道——金道十年纪念文集》是对时光的回望，也是对未来的期望。金道人的回顾也好，感悟也好，展望也好，都在书中凝固成永恒，点点滴滴闪现着金道人在律师业中的坚守、愿景、智慧和勇气；十年的时间浓缩在薄薄的书中，记载着金道所的发展和金道人的成长，是中国律师业发展的缩影，也是我国法治发展十年的缩影。从这个角度讲，《为业载道——金道十年纪念文集》实在是对金道人十年时光最好的诠释和回馈。

复旦大学法学院院长　孙笑侠

2016 年 10 月 12 日于上海

法律人的气质与什么有关?

十年意味着什么?对历史的长河来说,好像只是短短的一瞬间。但是,对一个人来说,则意味着从婴儿成长为少年,恰如八九点钟的太阳,蒸蒸日上;同样,对一项事业来说,意味着从起步发展到初具规模,如同努力跨越南北的鸿雁,翩翩飞翔。

那么,对一家律所来说,又是如何呢?我在《中国律师》杂志社任职总编时,曾经总结过一个"35810现象":三年看稳定、五年看发展、八年看提升、十年看创新。所以,十年,对一家律所来说,可谓说长不长,说短不短。据我对律师业多年来的观察,经过十年,有的律所从创立到兴盛,到合并壮大;也有的律所从兴盛到衰败,到分崩离析。令人欣慰的是,浙江金道律师事务所的十年,是破茧而出、硕果累累的十年,是务实积累、稳健发展的十年,是挑战自我、提升自我的十年,是不辍磨砺、不断进步的十年。

回眸十年前,以胡祥甫律师为首的一群有理想有气魄的法律人组建成立了浙江金道律师事务所。经过十年的发展开拓,律所规模

从成立之初的十几人到当前的一百五十多人；业务范围诉讼为主到诉讼、非诉讼两翼齐飞；品牌建设从无到有，再到摘取“全国优秀律师事务所”的桂冠。伴随着我国法治建设的步步推进，金道所收获了举足轻重的十年成长，也见证了律师行业一步步走向枝繁叶茂的时代。

从金道所得十年发展历程可以看出，人合性是律师事务所的首要特征，领头人及合伙人的办所思路直接决定了律所的发展方向。

金道所的领头人胡祥甫律师于2005年获得“全国优秀律师”称号，他先后担任过浙江省律协副会长、两任杭州市律协会长，掌握律师行业的发展大局，具有高瞻远瞩的视角和格局；他专注于以案例丰富法学理论研究，担任杭州市法学会副会长、浙江省法学会诉讼法学研究会副会长，具有理论和实务相结合的高超造诣；他勇于担当社会责任，担任浙江省人大地方立法专家委员、浙江省法学会中小企业法学研究会会长，致力于推进法治浙江工作；他默默耕耘律师本职，办案无数，仅案例集就已出版民事、金融和刑事三册。

我至今还清楚地记得2004年为胡祥甫律师的金融类案例作品集《法庭风云录》写序时的情景，为此他给我留下的第一印象就是敢于实践，勤于笔耕，善于思考。在律师如何践行职业使命、担当社会责任的命题上，胡祥甫律师和他后来所打造的金道律师团队用他们兢兢业业的勤勉工作和坚持不懈的职业追求，为中国律师贡献出了最好的诠释与答案。

在浙江金道律师事务所成立十周年之际，捧起这本饱含金道人丰硕成果与满满期许的纪念文集，可以说是欣喜又欣慰。所以，欣慰之余，我要深深地为金道所表示热忱而衷心的祝福。

在这部不同一般的纪念文集中，我不仅读到了金道人十年创业

的成果,更看到了金道人所表现出的法律人的气质。

最值得称道的是金道人的人文气质。翻开纪念文集第一篇,迎面扑来的是胡祥甫律师与赵青航律师合作的《律师,骨子里是文人》,不禁让我想起了多年前旅美学者冯象先生关于律师能不能同时也是好人的叩问。我当时写了一篇文章《君子律师行天下》,这与律师是文人的论断似有几分不谋而合吧!律师该如何做人?做一个怎样的人?是值得每一位律师认真思考的问题。古人云,做事先做人。其实,做律师也是先做人。好律师与法律无关,却与做人有关;君子律师与能力无关,却与态度、高度乃至风度有关。

在"感悟篇"中我看到了已经有所建树的合伙人律师的高瞻远瞩,也体会到了刚刚踏入律师门槛的实习律师的细细思量,听到了从高校毕业就投身律师行业的资深律师的万千感慨,也叹服于辞去公职转行律师的前法官、检察官的无限勇气。由此看来,金道所聚集的不仅仅是人才,更是对法律精神执着追求的初心与情怀。

我还看到,金道所自 2007 年开始一年四季都各有一期《金道律师》杂志付梓出版,这对于一个业务繁忙的律所来说实属不易。金道所以所刊记录发展足迹,鼓励律师多研究多思考,既营造了律所良好的学术氛围,又促进了律所文化品牌的建设,可谓引领现代律所发展的新风尚。如此探索与坚持,既值得肯定,也值得鼓励,更值得提倡。

最难能可贵的是金道人的学术气质。律师是奔走于一线的法律践行者,他们掌握最鲜活的法律素材,了解最真切的法治需求,这正是学者著述立说的基础。但律师不是学者,一年到头有忙不完的业务,因此,能够将其所见所闻、所思所想乃至所经历的案例上升到理论高度深入研究的律师是难能可贵的。我翻阅"理论篇"中的论文,

都是立足于律师实务、聚焦于律师业务的心得之作。看得出，少了高深论调的晦涩难懂，却多了法律实践的生动贴切，更体现了金道律师实务和理论相结合的深厚功底。在我看来，学术气质既应该是律师拳打脚踢的基本功，也必须是律师吹拉弹唱的独门功。说它是基本功，源于没有理论基础的律师解决法律问题的方法浮于表面而难有深度；说它是独门功，源于能辩肯干的律师若还有深厚的法学修养，那他就走遍天下都不怕了。

最令人钦佩的是金道人的匠人气质。何谓匠人气质？匠人气质源于工匠精神，最早是指手艺人对自己的作品精雕细琢，精益求精，执着追求的理念，用在今日是指从事某一行业的人对其工作认真、细致、务实、求精的态度。李克强总理在今年的政府工作报告中提出，要“培育精益求精的工匠精神”，这是“工匠精神”首次被写入政府工作报告。由此可见，“工匠精神”既要文化传承，更要与时俱进。从金道人编写的一个个案例中，不难发现律师们办案中所经历与见证的举步维艰、攻坚克难、峰回路转、柳暗花明的案件实录。这其中饱含了律师付出的苦心、耐心和恒心，更重要的是，展现了律师们对法律服务的精心、专心与细心。可以说，如果没有对法律规定的烂熟于心，没有对司法判例的穷尽查询，没有对事实证据的精细梳理，没有对法律文书的字斟句酌，就不会取得这一个个令法官认可、令对手信服、令当事人满意的成功范例。尤其值得一提的是，李克强总理强调的“工匠精神”已经在中国律师中成为职业风范。金道人身上的匠人气质是一笔宝贵的财富，希望金道人能将这种工匠精神代代传承，发扬光大。

网络上曾有一句影响深远的流行语，那就是“主要看气质”。法律人的气质究竟是什么呢？从金道人的十年成就，我们看到了人文气质、学术气质、匠人气质正是我们法律人所应该具备的职业气质。那么，法律人的气质到底与什么有关呢？读完本书，相信您就会得出

一个完美的结论。

古诗云,千淘万漉虽辛苦,吹尽狂沙始到金;《道德经》曰:道可道,非常道。那么,我就以此寄语金道所——守信如金,为业载道,乘风破浪,再创辉煌!

是以为序,并致祝福。

中国法学会《民主与法制》总编辑　刘桂明

2016 年 10 月 10 日于北京皂君庙

十年磨一剑

——写在《为业载道——金道十年纪念文集》出版后*

□崔海燕* 赵青航*

一

今年是金道所成立十周年，春节过后，我们觉得应该出版一本纪念书，将十年来金道所的战果和金道人的收获以文字的形式记录下来——因为文字的力量是永恒的。

我们将这一想法向首席合伙人胡祥甫律师汇报后，立刻得到他的赞同。经过我们三人多次的讨论，决定将这本为金道所庆贺十周岁生日的纪念书命名为《为业载道——金道十年纪念文集》，因为

* 本文发表于《中国律师》2016年第10期。

* 崔海燕，本所管理合伙人兼国际经贸法律服务团队负责人，复旦大学法学学士，浙江大学经济法学硕士，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，西班牙商事仲裁院仲裁员，浙江省律师协会常务理事，浙江省律师协会涉外与海事海商专业委员会主任。

* 赵青航，本所律师，香港中文大学法学硕士。

“守信如金,为业载道”是金道所的宗旨,时刻激励我们以诚信、专业为本,为客户寻求法律问题的最佳解决之道。

在与多位同事探讨并经事务所品牌与文化委员会开会讨论后,我们将书的内容分为四个部分,第一部分是“感悟篇”,内含十多位金道律师倾情诉说的成长感悟,他们中有共同参与创办金道所的创始合伙人,有金道所培养出的从助理一步步晋升为高级合伙人的资深律师,有因志同道合而从其他律所加盟金道所的优秀律师,有从优秀的资深检察官转型而成的金道律师等。第二部分是“理论篇”,这部分收录了金道人在《中国律师》、“无讼阅读”等各类专业性期刊、媒体上发表的论文,同时收录两篇分别荣获2015首届杭州律师论坛和2016第二届杭州律师论坛一等奖的论文,其都是立足于律师实务、聚焦于律师业务的心得之作。第三部分“业务篇”,分为诉讼案例和非诉讼项目两大块,因为“诉讼业务与非诉业务两翼齐飞”一直是金道所的发展思路。为此,我们从金道律师的积极投稿中精挑了若干件诉讼案例,以办案纪实的写作体例写就。其中包括在最高人民法院胜诉的知识产权诉讼案件、依法判决无罪的刑事诉讼案件、成功和解的美国某环保行政处罚涉外案件、经再审终获胜诉的民事诉讼案件等,它们充分彰显了金道律师精湛的诉讼水平;同时我们甄选了企业破产重整、股权转让、私募基金登记、立法后评估等非诉讼业务领域的法律文书,金道律师有志于在非诉讼业务上进一步深耕细作。第四部分是“金道大事记”,这里记录了金道所自2006年创办,到2011年荣获“全国优秀律师事务所”,再到如今发展成为一家拥有160余人规模,并在宁波设立分所的大型综合性律所的快速成长历程。

二

确定了书的大纲,再由金道人一齐充实内容,并确定了在法律出版社出版后,接下来最为关键的请业界资深的前辈为《为业载

道——金道十年纪念文集》作序。最终，我们很荣幸地邀请到了中华全国律师协会会长王俊峰律师、复旦大学法学院院长孙笑侠教授和中国法学会《民主与法制》总编辑刘桂明老师为书写序。

三位前辈都与金道所有着不浅的缘分。

2006年金道所成立之初，时任主任的胡祥甫律师携创始合伙人团队即赴京至金杜所考察学习，王俊峰会长亲自接待了胡主任一行。十年后，金道所组建了新的管理团队，首席合伙人胡祥甫律师带领新一届管理团队再赴金杜所取经交流。两次交流，相隔十年，金道律师孜孜不倦、锐意进取的闯劲与拼劲给王会长留下了深刻的印象。于是，他在序言中充分表达了对金道律师所寄予的厚望："崇尚有人格、有品格、有风格的金道律师将怎样更好地服务浙江、甚至全国的经济社会发展？如何深耕律所核心竞争力，使之更上台阶、在行业内发挥更大作用、为社会法治进步履行更多责任？让我们共同期待。"

孙笑侠教授在浙江大学光华法学院和复旦大学法学院均任教多年，不少金道律师是他在浙大任教时的学生，也有不少金道律师是复旦校友。不仅如此，孙教授也是浙江省法学会中小企业法学院研究会的首任会长，在他赴复旦大学任教后，会长一职由胡祥甫律师担任。研究会最重要的活动之一是每年召开"浙江中小企业法治论坛"，金道所自2007年承办"首届浙江中小企业法治论坛"至今，已承办了7届，在为浙江的中小企业普及法律知识和宣传法治理念方面作出了贡献。此次，孙教授在序言中不仅给金道所送上了生日的祝福，更提出了一个重要的命题——出庭与跨界是律师业的两翼，即诉讼型律师与复合型律师是中国律师业的两个发展方向。他说："金道所是诉讼强所，大大小小的诉讼案件或关乎社会正义或关乎法律公平，金道人立足诉讼又不仅仅止步诉讼，他们发挥专业素养，努力实现个案正义，在个案基础之上也有不少法理的思考，形成了丰富的理论成果，这种以个案累积宣传法律、推动法治进步的实

践,实在是律师对法律信仰的最好体现……金道人紧跟时代发展,敏锐地捕捉市场与法务中的新讯息,在互联网、电子商务、知识产权、新三板、私募基金、政府法律服务、PPP 项目等方面都有不少成果,尤其是在诉讼积累的基础上,金道所不停留于诉讼,而是将诉讼的优势和非诉讼的法律服务结合起来,形成了从诉讼经验中发展出的以风险管理和控制为目标的颇具特色的非诉讼法律服务,在非诉讼领域厚积薄发。”

刘桂明老师则不仅是金道所的老朋友,更是中国律师界的老朋友。他在《中国律师》任职总编辑时,曾经总结过一个“35810 现象”:三年看稳定、五年看发展、八年看提升、十年看创新。对此,刘老师总结金道所的十年,“是硕果累累的十年,是务实积累、稳健发展的十年,是不断挑战自我、提升自我的十年,是不辍磨砺、剑指更高目标的十年。”

三

网络上曾有一句影响深远的流行语,那就是“主要看气质”。那么,金道律师究竟有何气质?

无疑,文人气质是金道律师身上最明显的特质。胡祥甫律师曾于 2010 年在《中国律师》上发表了名为《律师的人格、品格与风格》的文章。他讲道:“律师,总是要有点精神的;律师业,也总是要有点精神的。虽然律师提供的服务是有偿服务,但对法律的信仰决定了商业性从来不曾是也永远不会是律师业的本质属性。”[①]今年,我们再次撰写《律师,骨子里是文人》一文,提出“当事人可以以支付报酬来获取律师的优质服务,但买不走律师作为法律人的良知”的真知灼见。的确,君子爱财,取之有道。律师执业的本质属性,是通过维护当事人的合法权利,体现法律的公平正义。所以,律师要正确处理律

① 胡祥甫:《律师的人格、品格与风格》,载《中国律师》2010 年第 7 期。

师服务的法律属性、道德属性与商业属性的关系。律师也会与当事人商谈收费事宜，涉及经济利益，但律师不以牺牲法律的基本原则，跨越道德的底线去获取自己的利益。每位律师都不应以“法律的良知”作为交换的代价去换得经济利益；每位律师都应记得我们维护的是当事人的合法利益；每位律师还应记得我们是靠提供法律专业知识、技能来生存和发展的，而法律的终极目的是公平与正义。

同时，金道律师在不断地打磨自己身上的匠人气质。刘桂明老师在序言中提及，匠人气质源于工匠精神，最早是指手艺人对自己的作品精雕细琢，精益求精，执着追求的理念，用在今日是指从事某一行业的人对其工作认真、细致、务实、求精的态度。李克强总理在今年的政府工作报告中也提出要“培育精益求精的工匠精神”。十年来，金道律师在精心提供每一项法律服务的背后，有太多的举步维艰、攻坚克难、峰回路转、柳暗花明，饱含了我们付出的苦心、耐心和恒心，更重要的是，展现了我们对法律服务的精心、专心与细心。可以说，如果没有对法律规定的烂熟于心，没有对司法判例的穷尽查询，没有对事实证据的精细梳理，没有对法律文书的字斟句酌，就不会取得这一个个令法官认可、令对手信服、令当事人满意的成功范例，自然也就不会有本书的出品。

也正是金道律师身上的文人气质和匠人气质，将金道所打造成了一家富有人文、匠人精神的律所，在业内得以独树一帜。金杯、银杯，不如口碑，我们将不断提升文人气质，诠释律师职业使命，用心雕琢每一项法律服务产品，彰显工匠精神，带着饱满的热情与专业的能力，与您共赴下一个精彩的十年。

金道所举办十周年庆典暨宁波分所开业典礼

首席合伙人胡祥甫律师致欢迎辞

各位领导、各位嘉宾，下午好！

21 世纪初，面对新形势的挑战，时任浙江省省委书记习近平同志敏锐得意识到，必须从更宽的视野、以更大的力度、在更深的层次上，深化和发展依法治省工作，推进社会主义法治建设。2006 年 4 月，省委十一届十次全会审议通过了《中共浙江省委关于建设法治浙江的决定》，对建设法治浙江进行了全面部署。乘着开启法治浙江建设的东风，浙江金道律师事务所应运而生，应势而立。本着建立一家现代合伙制律师事务所的理念，开始了我们创业奋斗的历程。

取名金道，寓意“守信如金，为业载道”，以诚信、专业为立所之本，为客户提供法律问题的最佳解决之道。“专业化分工与团队化运作相结合”是金道所的经营模式，“诉讼业务和非诉业务两翼齐飞”是金道所的发展理念，“人才培养与文化建设相互促进，共同提高”

是金道所的内在追求。十年来，在党和政府的关怀下，金道律师事务所从无到有，由小而大，稳步前进，慢慢地成长起来。事务所的规模从最初的五个业务团队近二十个人发展到今天的八大业务领域十六个业务团队一百六十多人。其中研究生以上学历占50%以上，有20多名律师在国外留学或工作经历。为了适应法律服务市场越来越细分的趋势，金道所的专业化程度也不断加深。仅公司法律业务领域，我们就成立了三个团队，分别从事公司并购、公司诉讼、股权投资业务，还成立了专门从事PPP、新三板业务的团队；刑事业务团队内部又进一步细分，有的为主办理市场经济犯罪案件，有的侧重办理职务犯罪案件，有的主要办理刑事诉讼风险防范；在建筑房地产法律业务领域，我们又分成了两个业务团队，一个专门从事建设工程法律业务，另一个则从事房地产开发、经营的法律业务，比如为远洋房地产集团公司从拿地到开发销售，直至售后服务的一条龙法律服务；在知识产权与电子商务领域，我们也分成了两个业务团队，一个侧重于做知识产权，一个侧重做电子商务，包括为淘宝网提供法律服务；在涉外法律业务领域，金道律师正在为中国企业走出去提供服务，其中还有三位在日本、法国留学学习法律五年以上的律师。金道所一直注重文化建设。从创所之初就创刊的《金道律师》刊物，每季度出一期，成为金道文化建设的一个窗口。

2011年，金道所被评为全国优秀律师事务所，2016年10月金道宁波分所成立。

2016年，金道所建立蔬菜基地，每周两次定期为金道人供应蔬菜。

金道所现在的客户有浙江省商务厅、杭州市国资委、上城区、西湖区人民政府等30多家政府及政府部门；有浙江日报、浙江电视台等10多家媒体单位；有工商银行、农业银行、渣打银行、民生银行等10多家金融机构；有省物产国贸、省土畜产进出口集团、省电信公

司、联通公司、杭钢集团、杭州城投公司、海外海集团、省二轻、金鱼集团、日立电梯等300多家企业。

多年来,金道律师办理了一系列有重大影响的案件,民商事案件有浙江省政府首例在民事诉讼中担任被告案,小熊维尼诉某网络平台知识产权纠纷案件,广厦集团诉义乌市政府土地出让合同纠纷案(标的达39亿元)。刑事案件有东方通信涉嫌走私近亿美元货物被福州法院宣告无罪案,美国通用公司华东办事处总经理涉嫌行贿30万美元,法院开庭后检察院撤诉案,拱墅区谢村几位村干部涉嫌挪用公款2000多万元,终被法院宣告无罪案。近年来又办理了二十余个在浙江省股权交易中心和新三板的挂牌项目、企业债项目、私募基金法律服务项目。

我们不会忘记,在金道所开业庆典的时候,时任杭州市政协主席的虞荣仁同志、时任浙江省司法厅副厅长的吴强军同志、时任杭州市司法局的方绍清同志亲临会场,对金道所的未来发展,谆谆教导,寄予厚望。

我们不会忘记,浙江省司法厅历任厅长、副厅长沈雷、胡虎林、赵光君、吴强军、俞世裕,杭州市司法局历任局长、副局长洪慧萍、吴声华、施国强、魏民、徐前多次来金道所指导工作。

我们不会忘记,2013年8月时任浙江省委副书记王辉忠同志、2011年3月时任杭州市市委副书记叶明同志视察金道所,还有市人大、市政协的领导徐祖萼、张鸿建以及西湖区委、区政府的领导来金道所考察工作。对金道所已取得的业绩充分肯定,并提出殷切期望,希望金道律师为浙江省、杭州市的法治建设作出更多的贡献。

我们不会忘记全国、省、市三级律师协会给予金道所的关心,中华全国律师协会会长王俊峰为《为业载道:金道十年纪念文集》一书作序,中华全国律师协会副会长章靖忠、省律师协会会长郑金都今天亲临会场表示祝贺。

我们更不会忘记我们的广大客户多年来给予金道所一直以来的支持，正是你们的支持，成就了金道所的今天，金道所愿意与你们共同成长。

各位领导、各位嘉宾，党的十八届四中全会通过了《中共中央全面推进依法治国若干重大问题的决议》，开启了全面深化法治建设新的宏伟历程，而明天又是法治宣传日，全体金道人要将金道事业这条小河溶入到社会主义法治事业的大海之中，为我国的社会主义法治建设尽一份绵薄之力。愿社会主义法治事业前程似锦，灿烂辉煌！

感谢所有曾经和正在关心、支持金道事业的领导、客户、媒体记者和各位朋友，感谢一直有梦想、一直在努力、一直在前进的金道全体人！

最后，我想以最近写的两首诗与大家共享。

金道十年

（耕耘篇）

布谷声声劝农耕，
老牛殷勤为丰年。
荷犁十载初筑垄，
犊子要开百年渠。

（展望篇）

金锣敲响春天雷，
道道霞光徐徐开。
把锄十载初开渠，
挥毫又绘百年图。

主任王全明律师致感谢辞

尊敬的各位领导,各位来宾,各位同仁:

大家下午好!

中国人有一个传统,五年一小庆,十年一大庆。今年是浙江金道律师事务所成立十周年;今天,我们欢聚一堂,在日月辉映的钱塘江畔,共同见证和庆祝金道事务所成立十周年,以及宁波分所的开业。

首先,我要代表金道所表达最衷心的感谢(这也是我上台来最主要的目的),感谢各位领导和嘉宾在周末能拨冗出席我们的庆典活动!感谢各级党委政府人大政协、司法行政部门、律师协会长期以来对我们金道所的关心和指导;感谢公、检、法等司法机关对金道律师的工作支持;感谢我们每一位客户的信赖和肯定;感谢每一位帮助和关注金道的律师同行;感谢曾经和现在为金道建设添砖添瓦的每一位金道人,以及每位金道人家人的默默支持,同时也感谢新加盟金道的宁波分所的所有同仁对金道的认同!谢谢大家!是社会各

界的信任和认可，金道所才有了今天！我们金道人要用感恩的心、用实际行动尽职履责、回报社会！

其次，我要向大家汇报下金道所今后的发展思路。刚才，金道所首席合伙人、创始主任胡祥甫律师已经向各位概括介绍了金道所成立以来十年的发展情况。我作为事务所的第二任主任，代表我们新一届管理团队，将如何带领金道律师事务所走好今后的发展之路？这是我们在去年新产生的事务所管理班子思考最多的问题。

一、总结成果、聚合力量，在诉讼仲裁等争议解决、危机处理领域，进一步形成行业相对领先优势。金道事务所拥有能出版三本成功案例专著的胡祥甫律师、拥有担任省市律协10多个专业委员会主任副主任职务的专业标杆律师、拥有20多位有公检法工作经历的复合型律师，事务所100多名执业律师，大部分拥有丰富的诉讼工作经验，事务所已经正式出版本两本案例专著《诉之有道》，曾被亚洲法律杂志提名诉讼事务所大奖。今后，我们准备在诉讼仲裁争议解决领域创造更多优秀案例，树立浙江诉讼强所的品牌，为实现公平正义有所担当。

二、发挥规模优势，整合资源，在常年法律顾问服务和非诉服务领域取得新突破，占领新高地。陪伴客户的发展，金道所会紧跟浙商的脚步，在资本市场、投融资、PPP基础设施建设、破产重整、国际经贸、公司并购以及公司治理等非诉讼领域将不断突破，利用规模优势、人才资源优势，进一步提升专业服务能力，为客户提供优质的前端法律服务。

三、深耕律所核心竞争力，管好律所，提升律师。以律师专业化程度、人力资源、企业文化、客户与社会资源、客户服务意识等几个建设为重点方面，将事务所的法律服务能力再提升一个台阶，把树根扎得的更深。并完成于此相适应的制度优化和内部改革。

四、以“合作、分享、创新”的互联网思维为指引，学习利用互联

网工具,创新法律服务方式。比如开展与浙江工商大学等院校的律师实务合作;继宁波分所后,择机在其他地区开设第二家、第三家等更多分所,已经在考虑在境外设立办公室;开展与法律新媒体等互联网机构的试点性合作;开展互联网+法律服务的产品研发;通过互联网开展跨地域的律所建设合作与交流。在互联网法律的探索中争当开拓者。

此外,我们还将继续做好党建工作,积极参政议政、提供立法建议,建好蔬菜基地等金道事务所已经开展的各项工作。总之,金道的明天会更专业、更绿色、更律师。我们幸运的赶上了这个好的时代,我们要倍感珍惜,勇于担当,努力为“依法治国“、“法治浙江”建设、为社会,贡献自己的力量。

嘉宾贺音

贺金道

□浙江省司法厅原厅长　胡虎林

金道逾十载，

初衷未曾改。

铁肩担道义，

阔步向前迈。

光大金道

□浙江大学城市学院法学院兼职教授　陈建华

离开法院、不再是一名高高在上的法官已经整整一十二年了,虽然也不见得自己多么优秀,但也不得不承认在法院这个环境里经过十八年的职业训练,已经在身上深深地烙下了法官的印记,心里已经埋藏了浓厚的法官情结,甚至于做梦也会回到自己曾经工作过的地方敲槌开庭审案和伏案制作判决书。所以,即便于现在的工作,无论自己的思维方式还是行为模式,总会不经意地流露出那些痕迹,例如在处理一些行政事务时,我依然习惯性地倾听各方不同的意见,我也依然会以规则作为依据,而的确也常常事半功倍。而在此期间,遇到那些法官,总会自觉不自觉地流露出亲近感,特别是遇到那些坚守工作岗位的当年的同事,常常唏嘘感慨,对他们的职业,也会表现出最大的理解与同情。同样,对于在法院工作期间所熟悉的律师,也会自然而然地产生关怀的情愫。也许,这可能就是所谓的法

律职业共同体的共鸣吧，也许就是对那句“你若想别人怎么待你，你就怎样待人”的最好诠释。

尽管在我们这个以财富多寡或者官位高低来衡量一个人的成功与否的现实世界里，对于律师的评价也莫衷一是。对于普通人而言，他们更多的是从影视作品里感受到律师的风光与睿智，财富与潇洒。我们当然不能否定律师界内存在一些令人不齿的事，如同不能否定法官群体中存在败类一样。然而，我一直以为，律师职业具有与其他职业不同的特殊性，单就需要通过全国的统一的司法考试，其难度就足以让人望而却步，而一个律师成长需要不断学习和不断实践的过程，这种无论是被逼无奈的磨练还是自我成长的锤炼，需要极大的勇气和艰辛的付出。这个职业就更像外科医生，取得医师资格后肯定不能独立上手术台，而必须经过数年临床实践才能独立完成操作。同时，律师职业外部环境，其生存、发展、提升，都存在各种常人难以想象的艰辛与困苦，他们的基本生活来源，他们的职业素养提升，他们紧张的工作节奏，都是常人难以体会到的。不去说年轻刚入业的律师，没有衣食无忧的基本收入保障，一切生活来源都必须以其提供的优质的法律服务来获取，其业务的拓展又必须依赖其业务素养、能力提升以及其人格魅力，即使是那些经历了大浪淘沙成就了辉煌事业的律师，也依然面临如何使其领军的团队保持生生不息、如何坚守社会共同价值的难题。尤其在世俗化、功利化价值观犹如潮水般浸透了我们每一个人的生活中，作为社会的一分子，律师自然也会受到冲击。正因为如此，对于那些由于缺乏长远的职业规划和人生目标，一旦遇到挫折，转而退出这个行业的也不在少数。一句话，那就是律师不易，能够成为不忘初愿初心、承载人文情怀、坚守社会正义的律师则是难上加难。

但是，我们依然可以看到这样的律师，也可能不经意间遇到这样的律师，如胡律师祥甫先生。

说实在的,与胡律师祥甫先生的交往并不多。但与其认识的时间不算短了,那是在上个世纪九十年代,依稀记得他代理了证券商默许股民透支融资炒股亏损案件而名声鹊起,给我的感觉是一位通晓法律,有着雄辩的口才,有着敏捷的思辨能力,有着强烈洞察力、高超的处事艺术以及高度社会责任感的律师,是一名谦虚、稳重的"老"律师。之后,可能是我工作的变动调离法院之故,与其鲜有接触,而再次遇到他时,他已经是全国优秀律师、杭州市律师协会的会长。这期间,可以想象祥甫先生一路走来是怎样的付出,一如他所发起创立的"金道"律师事务所。以此推论,在这么一位为业载道、有着深厚人文情怀的专业领军人物的引领,金道不会不出彩,不会不辉煌。

在我看来,金道之名,取意自"金光大道"——当法治成为国家追求、社会共识的时候,作为法律人的集合平台——律师事务所首当其冲,就目前而言,为机关、为民众、为社会输出公平正义之法律服务的公共产品的空间已然拓展,以此而言,律师事务所确实走上了"金光大道"。一个从初创时仅十几名律师经过十年的磨砺已经发展到一百多名律师,在业界起步于杭州知名于浙江乃至全国,印证了也见证了"金道"的实至名归。

我寻思着虽然经历和职业的不同,性格各异,但这并不会妨碍也不应该妨碍法律职业的共同价值认同和追求,所以我希望国家倡导、社会共识的法治,能够成为我们的生活方式,更加希望诸如金道这样的律师事务所能为此作出更大更优的业绩。因此我也深信有着胡律师祥甫先生的引领,有王律师全明先生等团队的努力,金道人定能行进在"金光大道"之上,也一定能够"光大金道"。

是以祝贺浙江金道律师事务所成立十周年!

满庭芳·金道十年

□杭州仲裁委副秘书长　赵　亮

大道金光，栉风十载，沐雨终奏华章。秉持公义，循法筑辉煌。祥甫全明海燕，携百侣、渐次芬芳。佳绝配，杭城翘楚，众志拓洪荒！

威昂！当此际，登东望泰，再驭钱塘。幸薪火相传，淑玉嘉郎。漫道雄关宛在，群英萃，何惧苍茫！从头越，河山重整，更荡气回肠！

本所首席合伙人胡祥甫律师荣膺“浙江省十大法治人物”荣誉称号

今年是习近平同志提出法治浙江建设十周年。十年来，浙江省民主法治事业取得了显著成就。为更好弘扬法治精神、传承法治文化、引领法治风尚，经浙江省委同意，浙江省法学会、浙江日报社、浙江广电集团和《今日浙江》杂志社联合举办了浙江省十大法治事件和十大法治人物评选活动。

通过层层评选，本所首席合伙人胡祥甫律师荣膺“浙江省十大法治人物”。

另九位“浙江省十大法治人物”是：台州市检察院公诉一处副处长王盛，杭州市西湖区人民法院党组成员、副院长陈辽敏，湖州市公安局经济技术开发区分局杨家埠派出所民警马长林，东阳市公安局看守所民警孙炎明，杭州市余杭区人民检察院党组副书记、常务副检察长沈亚平，临安市板桥镇人大主席朱忠华，安吉县杭垓镇人民政府退休干部张建民，义乌市司法局国际商贸城司法所所长陈津颜，诸暨市枫桥镇杨光照调解团队。

本所成功承办第八届“浙江中小企业法治论坛”

2016 年 12 月 16 日，第八届“浙江中小企业法治论坛”在杭州华美达酒店举行。浙江省中小企业法学研究会会长、本所首席合伙人胡祥甫主持开幕式，浙江省经济和信息化委员会副主任杜华红、浙江省法学会副会长牛太升、浙江省企业权益保护协会特聘专家许子敏、杭州市人大常委会副主任徐祖萼，以及来自法律、证券、财税等不同领域的专家。本所主任王全明、国信证券投资银行事业部业务总监严凯、浙江韦宁会计师事务所有限公司董事长于友达，及近 200 家中小企业的代表应邀出席。

本届论坛在浙江省经济和信息化委员会(省中小企业局)、浙江省司法厅、浙江省法学会的指导下，由浙江省中小企业法学研究会、浙江省中小企业服务中心主办，本所和浙江智仁律师事务所承办，浙江省中小企业服务联合会、浙江省企业权益保护协会协办。

开幕式上,省经信委杜华红副主任肯定了本届浙江中小企业法治论坛的专业性、指导性和公益性,并强调法律是中小企业健康发展的保障,要深入推进中小企业法律服务,而中小企业自身更要重视法律的作用。省法学会牛太升副会长充分肯定了浙江中小企业法学研究会在一年以来的工作成绩,并预祝本届论坛取得圆满成功。

在民营经营充分发展的浙江省,中小企业面临的债务危机问题尤为突出,本届论坛以“企业债务危机防范与化解”为主题,旨在通过法律专家、学者的专题讲座及与中小企业的探讨,为我省中小企业应对企业债务危机提供有效的预防措施和解决方法,促进我省中小企业的健康发展。论坛首先由浙江大学光华法学院法律系主任吴勇敏教授作《企业法律风险防范》的专题讲座,吴教授从企业组织运营风险、合同法律风险两个方面,深入分析风险点并详细介绍了防范及处理风险的方法。本所高级合伙人俞菊明、浙江智仁律师事务所高级合伙人李斌围绕主题也从不同角度对中小企业债务问题作了专业分析。

本届论坛在浙江智仁律师事务所刘恩主任的主持下,专家之间、专家与参会代表之间展开了精彩纷呈的沙龙活动。论坛还举行了主题论文征文活动并对 15 篇优秀论文的作者给予了嘉奖,其中一等奖 1 名,二等奖 3 名,三等奖 5 名,优秀奖 6 名。

本所成功举办 2016 年企业法律培训班

2016 年 8 月 12 日至 13 日，本所在海盐海利开元名都大酒店举办了 2016 年企业法律培训班。本所常年顾问单位的 183 位嘉宾报名参加了本次会议。

8 月 12 日下午，会议由本所管理合伙人罗弘韬律师主持。罗律师首先对各参会代表莅临表示欢迎，并感谢各常年客户对本所的信赖和支持。本所主任王全明律师为培训会致欢迎词，并着重介绍了事务所 2016 年各方面的发展情况。

之后，浙江省工业和信息化研究院院长、浙江大学管理学博士

兰建平做题为《当前宏观经济形势及企业转型升级的对策思考》的讲座。本所首席合伙人、一级律师胡祥甫做题为《刑民交叉的法律风险防范》的讲座。

8月13日,本所为参会代表组织了五场分论坛讲座,分别是林罗斌律师团队所作的“公司治理中的法律风险及对策”,王晓辉律师团队所作的“企业融资过程中的刑事法律风险防控”,金道涉外团队所作的“国际贸易与投资之法律风险防范”,钱雪慧律师团队所作的“房屋买卖租赁相关法律风险防范和纠纷解决”,史源律师团队和王晓辉律师团队所作的“建设工程领域风险分析及企业内控制度”。

此次培训会议围绕新常态下企业如何加强风险控制为主题,结合当前热点话题和客户需求,为客户精心安排了既有深度又有广度的分论坛讲座,获得了客户的高度好评。通过全所人员的通力合作,本所圆满完成了此次培训会的各项接待任务,全面展现了本所的专业能力和综合素质,进一步提升了本所的品牌形象。

本所律师积极参与“2016浙江省涉外法律服务月”活动

7月28日上午,2016年“涉外法律服务月”活动工作总结座谈会在浙江国际大酒店圆满举行,浙江省商务厅、浙江省司法厅、各地市商务部门代表、服务月律师代表近30人参加了座谈会,充分总结了今年6月底开始、7月初结束的法律服务活动,并提出了创新活动形式和内容的建议,省商务厅韩杰副厅长莅临会议并作重要讲话。本次活动分成6个服务组,走过了全省12个地市。每组均由全省知名涉外律师、知识产权律师与技术专家组成,为各地的外贸出口企业解疑答惑。

由省商务厅牵头开展的“涉外法律服务月”活动到今年已连续举办了七年,对每一年的活动,本所都积极响应,派出涉外精英律师,为外贸出口企业提供国际贸易、知识产权、境外投资等方面的法律问题解答,并且在第一年结束后国际经贸团队即制作了《国际经贸法律服务手册》,并经过一次改版,将企业咨询的共性问题进行了归纳总结。这本手册每年都在活动现场被外贸企业一“抢”而空。

2016年,本所派出的律师团队由管理合伙人兼国际经贸团队负责人崔海燕律师带队,队员包括权益合伙人江力律师、合伙人于振芳律师,以及留法律师陆婕、留美律师张妍,全程参与了本次法律服务月活动全部6站的活动。

6站活动精彩回顾

第一站：嘉兴、湖州

法律服务月活动第一站来到了嘉兴与湖州，本所派出了合伙人于振芳律师。

参与活动的企业涵盖了木业、光伏、通讯器材、经编等行业，与服务组专家就交易信息安全、境外买家逾期提货、货物滞港、货款催收、海上运输安全与保险等问题进行了咨询与交流。

第二站：温州、丽水

法律服务月活动第二站在温州与丽水举办，本所派出了涉外专业律师陆婕。

陆婕律师为瑞安汽摩配件、乐清电气行业、瓯海眼镜企业，以及来自丽水市的木业、玩具、钢铁等企业提供了法律咨询服务。企业关心的法律问题包括国内外商品质量标准不一与国外质量标准的不断变化为中国企业带来的困惑，商标侵权、股东同类经营、境外客户临时取消订单、境外客户单方面以产品质量不符合标准为由扣付货款、产品被美国FDA通报等问题，服务组专家均给予了专业解答和风险提示。

第三站：绍兴、宁波、舟山

第三站分别在绍兴、宁波与舟山举办，本所派出了涉外专业律师张妍。

绍兴、宁波与舟山企业提出的问题包括签署外贸合同、VMI合同的法律风险防范，商标与知识产权侵权、参加境外展会被控侵权、承兑行恶意拒付的法律应对，以及对外贸易中法律诉讼的方案等。服务组律师就这些问题为在座企业代表提供了具体且实用的法律建议，参会企业纷纷表示受益颇多。

第四站：杭州

第四站在杭州举办，由本所国际经贸团队负责人崔海燕律师带团，张妍律师亦参会解答企业问题。

参会的企业来自卫浴、化工、制笔等行业。服务组律师就赊账的法律风险与规避、样品的知识产权保护、无单放货的法律应对、出口

阴阳合同与偷税漏税的法律风险、零部件供应商供应侵权产品的防范、外贸中不可抗力的影响、电子数据的证据效力、产品在境外被控倾销的法律应对等向参会企业代表提供了专业和细致的法律咨询服务。

第五站：义乌、金华、衢州

法律服务第五站在义乌、金华与衢州举办，本所合伙人于振芳律师作为组长参加了第五站的活动。

参会企业代表提出的问题涉及面广，包括国外买家破产的应对、如何防范境外销售点的销售人员侵占货物、境外买家拒不付款的应对、贸易术语与风险承担的问题、商业发票与出口报关单显示货物数量不一致的法律风险、贴牌加工企业的侵权风险、商标国际注册的手续等。服务组律师一一提供了专业解答。

第六站:台州

2016年涉外法律服务月活动的最后一站来到了临海,本所权益合伙人、资深知识产权律师江力作为组长参加了活动。

江力律师就OEM商标侵权问题作了专题讲座,服务组成员就参会企业关心的知识产权侵权问题、海外专利布局、产品遭境外消费者协会通报等问题给予了详细解答。

对于今年的涉外法律服务月活动,参会企业纷纷表示特别贴近基层企业,来的律师专业素养强,并能结合各地的产业特点,对各地企业关心的热点问题给予解答,给企业在涉外知识产权保护和国际经贸合同纠纷方面的建议具体、实用,令参会企业受益颇多。

本所珍惜每一次与企业面对面交流的机会,力争为企业带去专业、实用、富有针对性的专业意见和建议。希望通过每一次的咨询和培训,增强企业的法律意识,为浙江外贸企业的健康长远发展提供有力的法律支持,做出法律人的贡献。

本所律师积极参与“2016浙江中小企业法律服务月”活动

2016年9月9日下午,“2016浙江中小企业法律服务月”活动最后一场专场活动在温州顺利举行，为2016年的全省巡讲画下了圆满的句号,本次“2016浙江中小企业法律服务月”活动在全省13个地市进行巡讲，接受法律咨询和法律培训的企业家超过1500人次,活动受到了各地政府、企业家的欢迎及支持,浙江日报、民主与法制时报、浙江在线、中国中小企业信息网、中国律政网、浙江中小企业网、中国台州网等多家媒体均对本次活动进行了高度关注与广泛报道。

本所作为本次活动的主要承办单位,派出包括首席合伙人胡祥甫、管理合伙人崔海燕、高级合伙人黄耀等在内的9名专业律师前往全省各地9个地市,为各地中小企业提供了一场精彩纷呈的“法律盛宴”。

【活动背景】

“2016浙江中小企业法律服务月”活动由省经济和信息化委员会、省司法厅、省法学会指导，省中小企业法学研究会、省律师协会、省中小企业服务中心、各市经济和信息化委员会主办，各市中小企业服务中心，有关县(市、区)经济和信息化局，本所及其他两家律师事务所承办，省中小企业公共服务平台，有关产业集群(县、市、区)窗口服务平台协办。

本所作为省中小企业法学研究会的重要支持机构，自2008年始，本所围绕公司治理、劳动用工、投融资、国际化、互联网等主题，已经承办了六届省中小企业法学研究会主办的“浙江省中小企业法治论坛”，深受中小企业欢迎。

在当前经济进入新常态的形势下，如何针对企业的新需求，进行法律服务创新，为中小企业提供更为及时、有效的法律服务，省中小企业法学研究会的现任会长、本所首席合伙人胡祥甫律师提出了“浙江中小企业法律服务月”活动的设想。他指出，可以组织一批有知识、有经验、有担当的律师、专家、学者，奔赴全省各地，为我省的中小企业提供专业、实务的法律讲座，并现场解答问题。

今年是省中小企业法学研究会“浙江中小企业法律服务月”活动举办的第一年，本所基于长期为中小企业服务的经验及关怀，派出了阵容强大的法律讲师团前往省内各地为中小企业提供法律讲

座、法律咨询服务。

【9个专场活动】

本所为本次中小企业法律服务月活动投入了大量精力，前期21名律师申报了22个课题，后各地市根据当地中小企业的实际需求选择了10个课题。本派出的讲师团成员包括：首席合伙人、一级律师胡祥甫律师，管理合伙人崔海燕律师，高级合伙人、一级律师黄耀律师，权益合伙人茅玮民律师，权益合伙人马利峰律师，合伙人凌栋律师，资深律师邵鑫、陆婕。

各地中小企业法律服务月专场活动精彩回顾：

1、杭州专场

“2016浙江中小企业法律服务月”的首场活动及启动仪式–杭州专场，本所派出了首席合伙人、一级律师胡祥甫律师。胡律师以《刑民交叉的法律风险防范》为题，以多个典型案例，深入浅出地揭示了中小企业在发展壮大过程中可能遇到刑事法律风险并提供了预防措施及解决方案。

2、舟山专场

本所派出了高级合伙人、一级律师黄耀律师，黄律师以《不同主体视角下公司融资风险的解读》为题，介绍了中小企业融资过程中的法律风险及预防措施。活动结束后，黄律师还就企业家现场提出的法律问题做了免费法律咨询，另有公司高管在专场会议结束后专程赶来，咨询法律问题。

3、湖州专场

本所派出了资深律师邵鑫律师，邵律师以《企业劳动用工法律风险及防范的》为题，通过多个典型案例，揭示中小微企业在劳动用工时可能遇到的法律风险，并提供了预防措施及解决方案。

4、安吉专场

本所派出了合伙人凌栋律师，凌律师作了以《互联网金融合规转型》为题的专题法律讲座。凌律师针对4月14日央行出台的《互联网金融风险专项整治工作实施方案》，以互联网金融领域专业律

师的视角，分析互联网金融领域的政策理解及互联网金融企业合规转型路径。凌律师授课形式风趣幽默、通俗易懂、务实受用，受到各企业的一致好评。参加培训的企业代表纷纷表示，听了凌律师的案例解析和财务风险防范策略，胜读十年书。

5、金华专场

本所派出了权益合伙人茅玮民律师，茅律师以《用工危机时代的劳动法思维》为题，从企业家的角度分析了企业用工中常见的法律问题，并提供了专业的法律意见。

6、宁波专场

本所派出了权益合伙人马利峰律师，马律师以《企业知识产权战略规划与商业秘密的保护》为题，通过多年服务中小企业的经验，从知识产权律师的角度，详细讲解了企业知识产权战略及商业秘密保护。

7、嘉兴专场

本所派出了高级合伙人、一级律师黄耀律师及资深律师邵鑫律师，黄律师以《不同主体视角下公司融资风险的解读》为题，介绍了中小企业融资过程中的法律风险及预防措施。邵鑫律师从劳动法的角度，介绍了企业高管、技术人员的用工管理法律风险防范的技巧和难点。

8、丽水专场

本所派出了管理合伙人兼国际经贸团队负责人崔海燕律师，崔律师以《外贸出口的法律风险与防范》为主题，结合众多案例，为与会的80余家企业代表详细讲解了外贸出口中的目的地法律政策风险与防范、签约风险与防范、解约风险与防范、质量索赔风险与防范、收汇风险与防范、知识产权侵权风险与防范等内容，提醒企业家在“走出去”的过程中，务必提高法律防范意识，依靠合法合规经营，提高企业外贸出口经营的规范性，避免纠纷的发生。

9、温州专场

本所派出了资深律师陆婕律师，陆律师以《公司如何对接外部资本——公司增资的法律实务》为题，介绍了公司对接外部投资过程中的种种细节问题，仔细梳理了企业在股权融资过程中可能遇到的法律问题。

【结语】

本所就本次中小企业法律服务月还形成了专门针对中小企业的《中小企业对外贸易常见法律问题解答》、《企业人力资源管理法律健康体检表》、《PPP项目风险解析》、《外贸中小企业法律体检调查问卷》等多个专业法律产品，将为我省中小企业提供持续性的、专业化的法律服务。今年是“浙江中小企业法律服务月”活动开展的第一年，本所珍惜每一次为中小企业提供法律服务的机会，希望通过每一次的咨询和培训，增强企业的法律意识，为浙江中小企业的健康长远发展提供有力的法律支持，做出本所的贡献。

“一带一路”宏观及国别法律风险分析*

□崔海燕* 于振芳*

前 言

2013年9月7日，国家主席习近平在哈萨克斯坦纳扎尔巴耶夫大学发表演讲，倡议用创新的合作模式，共同建设“丝绸之路经济带”。①

2013年10月3日，国家主席习近平在印度尼西亚国会发表演讲，提出中国愿同东盟国家加强海上合作，使用好中国政府设立的

---

* 本文发表于：《涉外律师在行动：“一带一路”法律实务特辑》，法律出版社2016年版。

* 崔海燕，本所管理合伙人兼国际经贸法律服务团队负责人，复旦大学法学学士，浙江大学经济法学硕士，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，西班牙商事仲裁院仲裁员，浙江省律师协会常务理事，浙江省律师协会涉外与海事海商专业委员会主任。

* 于振芳，本所合伙人。

① 习近平发表重要演讲，呼吁共建“丝绸之路经济带”News.xinhuanet.com/world/2013-09/07/c_117272280.htm

中国–东盟海上合作基金，发展好海洋合作伙伴关系，共同建设21世纪“海上丝绸之路”。[②]

2015年，中国与一带一路相关国家双边贸易总额达9955亿美元，占全国贸易总额的25.1%；我国企业对相关国家直接投资148.2亿美元，相关国家对华投资84.6亿美元，分别同比增长41.1%和5.2%。[③]

一、“一带一路”沿线国家[④]

“丝绸之路经济带”和“海上丝绸之路经济带”涉及66个国家和地区，包括：

东亚：蒙古

东南亚11国：新加坡、马来西亚、印度尼西亚、缅甸、泰国、老挝、柬埔寨、越南、文莱、东帝汶和菲律宾

西亚北非16国：伊朗、伊拉克、土耳其、叙利亚、约旦、黎巴嫩、以色列、巴勒斯坦、沙特阿拉伯、也门、阿曼、阿联酋、卡塔尔、科威特、巴林和埃及

南亚8国：印度、巴基斯坦、孟加拉、阿富汗、斯里兰卡、马尔代夫、尼泊尔和不丹

中亚5国：哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、土库曼斯坦、塔吉克斯坦和吉尔吉斯斯坦

独联体7国：俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯、格鲁吉亚、阿塞拜疆、亚美尼亚和摩尔多瓦

中东欧18国：波兰、立陶宛、爱沙尼亚、拉脱维亚、捷克、斯洛伐克、匈牙利、斯洛文尼亚、克罗地亚、波黑、黑山、塞尔维亚、阿尔巴尼亚、罗马尼亚、保加利亚、希腊、塞浦路斯和马其顿

[②] 习近平：中国愿同东盟国家共建21世纪“海上丝绸之路”News.xinhuanet.com/world/2013-10/03/c_125482056.htm

[③] 商务部召开例行新闻发布会 http://bgt.mofcom.gov.cn/article/c/f/201604/20160401291303.shtml

[④] 源自中国信保：国家风险分析报告–“一带一路沿线国家”，时事出版社2015年8月1日出版。

二、“一带一路”沿线国家贸易与投资风险分析

(一)“一带一路”沿线未加入相关国际公约及未与我国签订相关双边条约的国家

中国企业在从事国际投资和贸易活动中,需要特别关注国际公约以及双边条约。针对主要的国际公约以及双边条约,笔者就“一带一路”沿线国家是否已加入国际公约以及与中国是否存在双边条约作了梳理,并列表如下:

国际公约名称	“一带一路”沿线非公约成员国或未签订双边条约国家
国际货物销售合同公约[5]	新加坡、马来西亚、印度尼西亚、缅甸、泰国、老挝、柬埔寨、文莱、东帝汶、菲律宾、伊朗、约旦、巴勒斯坦、沙特阿拉伯、也门、阿曼、阿联酋、卡塔尔、科威特、印度、巴基斯坦、孟加拉、阿富汗、斯里兰卡、马尔代夫、尼泊尔、不丹、哈萨克斯坦、土库曼斯坦、塔吉克斯坦、阿塞拜疆
自由贸易协定[6]	蒙古、东帝汶、西亚北非 16 国(与阿联酋、阿曼、巴林、卡塔尔、科威特、沙特等海合会 6 国正在谈判)、南亚 8 国(巴基斯坦除外,与斯里兰卡、马尔代夫正在谈判)、中亚 5 国(与格鲁吉亚正在谈判)、独联体 7 国、中东欧 18 国
华盛顿公约[7]	缅甸、泰国、老挝、越南、伊朗、印度、孟加拉、马尔代夫、塔吉克斯坦、吉尔吉斯斯坦、俄罗斯、波兰
双边投资保护协定[8]	文莱、东帝汶、伊拉克、约旦、巴勒斯坦、马尔代夫、尼泊尔、不丹、黑山
避免双重征税协定[9]	缅甸、柬埔寨、东帝汶、伊拉克、约旦、黎巴嫩、也门、阿富汗、马尔代夫、阿尔巴尼亚

[5] www.uncitral.org/uncitral/zh/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html
[6] http://fta.mofcom.gov.cn/
[7] https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.bak.aspx.
[8] http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml.
[9] http://www.chinatax.gov.cn/n810341/n810770/index.html.

国际公约名称	“一带一路”沿线非公约成员国或未签订双边条约国家
海牙送达公约[10]	新加坡、马来西亚、印度尼西亚、缅甸、泰国、老挝、柬埔寨、文莱、东帝汶、菲律宾、伊朗、伊拉克、叙利亚、约旦、黎巴嫩、巴勒斯坦、沙特阿拉伯、也门、阿曼、阿联酋、卡塔尔、科威特、巴林、巴基斯坦、孟加拉、阿富汗、马尔代夫、尼泊尔、不丹、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、土库曼斯坦、塔吉克斯坦、吉尔吉斯斯坦、格鲁吉亚、阿塞拜疆
国外取证公约[11]	马来西亚、印度尼西亚、缅甸、泰国、老挝、柬埔寨、越南、文莱、东帝汶、菲律宾、伊朗、伊拉克、叙利亚、约旦、黎巴嫩、巴勒斯坦、沙特阿拉伯、也门、阿曼、阿联酋、卡塔尔、科威特、巴林、埃及、巴基斯坦、孟加拉、阿富汗、马尔代夫、尼泊尔、不丹、哈萨克斯坦、乌兹别克斯坦、土库曼斯坦、塔吉克斯坦、吉尔吉斯斯坦、格鲁吉亚、阿塞拜疆、摩尔多瓦
纽约公约[12]	东帝汶、伊拉克、也门、马尔代夫、土库曼斯坦、爱沙尼亚、马其顿
民商事司法协助协定[13]	东南亚 11 国(新加坡、泰国、越南除外)、西亚北非 16 国(阿联酋、科威特除外)、南亚 8 国、土库曼斯坦、俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯、波兰、立陶宛、匈牙利、波黑、罗马尼亚、保加利亚

《国际货物销售合同公约》第 4 条规定,公约适用于销售合同的订立和买卖双方因此种合同产生的权利和义务关系。我们认为,如果公约适用于国际货物销售合同的,则买卖双方对于合同的订立及相互之间权利和义务会有比较明确的预期,有利于促进合同的履行。

在我国与“一带一路”相关国家签订的自由贸易协定中,主要涉及关税减让、原产地规则、贸易救济、卫生与植物卫生、技术性贸易壁垒、投资、争端解决等,自由贸易协定有利于贸易多样性和扩大,便利货物跨境流动,提供公平的竞争条件。

[10] https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17.
[11] https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82.
[12] www.uncitral.org/uncitral/zh/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.
[13] http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/wgdwdjdsfhzty_674917/t1215630.shtml.

《华盛顿公约》(《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》)建立了解决投资争端国际中心,中心的管辖适用于缔约国(或缔约国向中心指定的该国的任何组成部分或机构)和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端。当双方表示同意后,任何一方不得单方面撤销其同意。

我国与"一带一路"沿线国家签订的双边投资保护协定,通常会就投资、投资者、收益作出定义,就促进和保护投资、非歧视待遇(国民待遇、最惠国待遇)、征收与补偿、损害与损失赔偿、资本和收益的汇回、缔约一方投资者与缔约另一方投资争议等作出规定。

我国与"一带一路"沿线国家签订的避免双重征税协定,通常会就不动产所得、营业利润、股息、利息、特许权使用费、财产收益、独立个人劳务、非独立个人劳务、董事费、艺术家和运动员收入、退休金、政府服务、教师和研究人员所得、学生和实习人员所得及消除双重征税的方法等作出规定。

《海牙送达公约》适用于在民商事案件中,通过中央机关向国外递送或送达司法文书(在受送达人地址不明的情况下,公约不适用)。

《国外取证公约》(《关于从国外调取民事或商事证据的公约》)适用于在民事或商事案件中,每一缔约国的司法机关可以根据该国的法律规定,通过请求书的方式,请求另一缔约国主管机关调取证据或履行某些其他司法行为。请求书不得用来调取不打算用于已经开始或即将开始的司法程序的证据。"其他司法行为"一词不包括司法文书的送达或颁发执行判决或裁定的任何决定,或采取临时措施或保全措施的命令。

《纽约公约》适用于外国仲裁裁决的承认和执行。公约同时规定了拒绝承认和执行的若干情形。

我国与"一带一路"沿线国家签订的民(商)事司法协助协定,通常适用于司法文书送达、调查取证、承认和执行法院裁决和调解书

(部分不包括)、承认和执行仲裁裁决。

通过对国际公约和双边条约、协定的整理,我们认为,中国贸易商和投资者在与“一带一路”国家进行贸易和投资之前,非常有必要事先了解未加入国际公约的国家名单或者未与我国签订双边条约、协定的国家,从而审慎确定贸易和投资决策,慎重选择相关合同的准据法、争议解决等条款。

(二)宏观法律风险分析

1. 实体法适用的风险分析

根据《联合国国际货物销售合同公约》第 1 条第(1)款之规定,营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同:(a) 如果这些国家是缔约国;或(b)如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律,则适用公约。

我国当事人与“一带一路”沿线未加入公约的国家当事人之间订立的国际货物买卖合同,在实体法适用上,存在不确定性,需要根据各自国际私法(法律适用法)来指引或确定适用的实体法。如果在我国法院起诉或在我国境内仲裁,根据《涉外民事关系法律适用法》第四十一条之规定,当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。但如果在外国法院诉讼或在外国仲裁,则需要根据法院地或仲裁地的法律适用法来确定合同的实体法。

2. 司法协助风险分析

司法协助,一般包括送达司法文书、调查取证、承认和执行法院裁决和仲裁裁决。司法协助的主要基础,其一是国家之间就司法协助签订双边条约,其二是共同参加有关司法协助的国际条约,其三是基于互惠关系。

根据《民事诉讼法》第二百六十七条之规定,人民法院对在中华

人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用双边或多边条约规定的方式送达、外交途径送达、委托我国驻受送达人所在国使领馆送达（受送达人为中国籍）、向诉讼代理人送达、向受送达人在我国设立的代表机构或有权接受送达的分支机构、业务代办人送达、邮寄送达（受送达人所在国法律允许情况下）、传真/电子邮件送达、公告送达等送达方式。在“一带一路”沿线国家中，如当事人所在国与我国未就民商事司法协助签订双边条约，也未加入《海牙送达公约》和《国外取证公约》，则我国法院受理的国内当事人与这些国家当事人之间的贸易、投资争议，通过外交途径送达将会使得诉讼程序漫长。

根据《民事诉讼法》第二百七十六条第一款、第二百七十七条第一款、第二百八十条之规定，中国法院可以根据双边或多边条约规定，或者按照互惠原则，或者通过外交途径，请求外国法院提供司法协助（送达、调查取证、生效判决的承认和执行）。中国法院作出的生效判决、裁定，也可由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行；中国涉外仲裁机构作出的仲裁裁决，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。如当事人所在国与我国未签订民（商）事司法协助条约，也不是《纽约公约》成员，则即使我国当事人在仲裁案件中胜诉，也不能直接根据《纽约公约》向对方所在地法院申请承认和执行。

3. 投资保护法律风险分析

如前所述，我国与“一带一路”沿线国家已经签订的双边投资保护协定中对投资及保护作了明确规定，而就未与我国签订双边投资保护协定的国家而言，我国投资者的投资能否得到充分保护，尚取决于投资目的国的国内法规定。对我国投资者而言，在这些国家投资的保护风险，较难预期。

4. 双重征税法律风险

目前,我国与“一带一路”沿线绝大部分国家签订了避免双重征税协定,其目的是避免和消除就同一所得,在国内和国外向同一纳税人重复征税。

根据国家税务总局《企业境外所得税收抵免操作指南》第一条之规定,居民企业(包括按境外法律设立但实际管理机构在中国,被判定为中国税收居民的企业)可以就其取得的境外所得直接缴纳和间接负担的境外企业所得税性质的税额进行抵免。根据该指南第七条之规定,居民企业从与我国政府订立税收协定(或安排)的国家(地区)取得的所得,按照该国(地区)税收法律享受了免税或减税待遇,且该免税或减税的数额按照税收协定规定应视同已缴税额在中国的应纳税额中抵免的,该免税或减税数额可作为企业实际缴纳的境外所得税额用于办理税收抵免。我们认为,从国家税务总局前述规定进行分析,如相关协定中无税收抵免规定,则实际上会产生双重征税的结果,使得投资者在缔约一方获得的税收减免(视同缴税)在缔约另一方仍然要纳税。

笔者对我国与“一带一路”沿线国家签订的避免双重征税协定中是否存在税收优惠抵免进行了比较,具体如下:

中国与“一带一路”沿线国避免双重征税协定

存在税收优惠抵免的协定	不存在税收优惠抵免的协定
马来西亚、泰国、越南、保加利亚、巴基斯坦、科威特、塞浦路斯、阿联酋、印度、塞尔维亚、黑山、阿曼、斯里兰卡、文莱、沙特	蒙古、新加坡、印尼、老挝、菲律宾、斯洛伐克、波兰、罗马尼亚、匈牙利、马耳他、俄罗斯、克罗地亚、白俄罗斯、斯洛文尼亚、以色列、土耳其、乌克兰、亚美尼亚、立陶宛、拉脱维亚、乌兹别克、孟加拉、马其顿、埃及、爱沙尼亚、摩尔多瓦、卡塔尔、哈萨克、伊朗、巴林、希腊、吉尔吉斯、阿尔巴尼亚、阿塞拜疆、格鲁吉亚、塔吉克、土库曼、捷克、叙利亚
注:税收优惠抵免条款可能存在适用期限的限制。	

笔者认为，在对“一带一路”沿线国家进行投资之前，应对双重征税的法律风险予以特别注意，不能仅仅因为某国税收特别优惠就盲目作出投资决定。例如，马来西亚和柬埔寨都存在税收优惠政策，但同一中国企业分别在两国投资，在马来西亚享受的税收优惠可在中国视同缴税抵免；但在柬埔寨投资取得的税收优惠，则在中国不能视同缴税抵免。

三、“一带一路”国别贸易投资风险分析

“一带一路”国别贸易投资风险[14]

国家	营商环境	开业成本	建筑许可	电力成本	财产登记	银行信贷	股东保护	税收体系	执法成本	国际贸易	退出成本	信保评级
蒙古	56	36	25	134	44	59	8	91	80	74	89	6级
新加坡	1	10	1	6	17	19	1	5	1	41	27	1级
马来西亚	18	14	15	13	38	28	4	31	44	49	45	4级
印尼	109	173	107	46	131	70	88	148	170	105	77	5级
缅甸	167	160	74	148	145	174	184	84	187	140	162	7级
泰国	49	96	39	11	57	97	36	70	57	56	49	5级
老挝	134	153	42	158	66	70	178	127	92	108	189	6级
柬埔寨	127	180	181	145	121	15	111	95	174	98	82	7级
越南	90	119	12	108	58	28	122	168	74	99	123	6级
东帝汶	173	104	154	95	189	162	81	57	189	92	189	8级
菲律宾	103	165	99	19	112	109	155	126	140	95	53	6级
伊朗	118	87	69	88	91	97	150	123	62	167	140	7级
伊拉克	161	154	147	106	117	181	115	59	122	178	189	7级
土耳其	55	94	98	36	52	79	20	61	36	62	124	5级
叙利亚	175	127	189	120	136	167	88	119	157	173	157	9级
约旦	113	88	103	56	98	185	163	52	126	50	146	5级
黎巴嫩	123	114	130	116	103	109	134	45	135	147	134	7级
以色列	53	56	96	91	127	42	8	103	77	58	29	4级
巴勒斯坦	129	170	162	75	95	109	144	56	90	84	189	无

[14] http://chinese.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2016.

国家	营商环境	开业成本	建筑许可	电力成本	财产登记	银行信贷	股东保护	税收体系	执法成本	国际贸易	退出成本	信保评级
沙特	82	130	17	24	31	79	99	3	86	150	189	4 级
也门	170	152	89	150	83	185	122	135	129	189	151	8 级
阿曼	70	149	46	60	33	126	134	10	70	69	105	4 级
阿联酋	31	60	2	4	10	97	49	1	18	101	91	3 级
卡塔尔	57	51	135	57	164	7	88	134	100	93	7	3 级
科威特	101	148	133	128	68	109	66	11	58	149	122	4 级
埃及	131	73	113	144	111	79	122	151	155	157	119	7 级
印度	130	155	183	70	138	42	8	157	178	133	136	5 级
巴基斯坦	138	122	61	157	137	133	25	171	151	169	94	6 级
阿富汗	177	34	185	156	184	97	189	89	172	174	160	9 级
斯里兰卡	107	98	77	81	153	97	49	158	161	90	78	5 级
马尔代夫	128	48	41	141	171	126	134	128	95	137	135	6 级
尼泊尔	99	105	78	131	72	133	57	124	152	60	86	7 级
哈萨克	41	21	92	71	19	70	25	18	9	122	47	5 级
乌兹别克	87	42	151	112	87	42	88	115	32	159	75	6 级
塔吉克	132	57	152	177	102	109	29	172	54	132	147	7 级
吉尔吉斯	67	35	20	160	6	28	36	138	137	83	126	8 级
俄罗斯	51	41	119	29	8	42	66	47	5	170	51	5 级
乌克兰	83	30	140	137	61	19	88	107	98	109	141	8 级
格鲁吉亚	24	6	11	62	3	7	20	40	13	78	101	6 级
摩尔多瓦	52	26	170	104	21	28	36	78	67	33	60	7 级
波兰	25	85	52	49	41	19	49	58	55	1	32	5 级
立陶宛	20	8	18	54	2	28	47	49	3	19	70	4 级
拉脱维亚	22	27	30	65	23	19	49	27	25	22	43	5 级
捷克	36	93	127	42	37	28	57	122	72	1	22	4 级
斯洛伐克	29	18	71	35	36	126	7	35	117	1	12	4 级
匈牙利	42	55	88	117	29	19	81	95	23	1	65	5 级
斯洛文尼亚	29	18	71	35	36	126	7	35	117	1	12	4 级

国家	营商环境	开业成本	建筑许可	电力成本	财产登记	银行信贷	股东保护	税收体系	执法成本	国际贸易	退出成本	信保评级
克罗地亚	40	83	129	66	60	70	29	38	10	1	59	5级
黑山	46	59	91	163	79	7	36	64	43	42	36	5级
塞尔维亚	59	65	139	63	73	59	81	143	73	23	50	5级
阿尔巴尼亚	97	58	189	162	107	42	8	142	96	37	42	6级
罗马尼亚	37	45	105	133	64	7	57	55	34	1	46	5级
希腊	60	54	60	47	144	79	47	66	132	27	54	6级
塞浦路斯	47	64	145	67	92	42	25	44	143	43	17	6级
马其顿	12	2	10	45	50	42	14	7	26	26	37	5级

说明:
1. 表格中数据源自世界银行2016年度营商环境指数报告，表中数字为该国在189个国家的排名；
2. 部分一带一路沿线国家未列入世界银行报告；
3. 开业成本考量行政程序的个数、花费时间、成本及实缴资本下限；建筑许可考量程序个数、时间、成本及建筑质量控制指数；电力成本考量程序个数、时间、成本及供应可靠性及关税指数透明度；财产登记考量程序个人、时间、成本及土地管理质量指数；银行信贷考量法律权利指数、信用信息指数、信贷机构覆盖面、信用登记范围；股东保护(小投资者保护)考量利益冲突管制、股东治理及小投资者保护指数；税收体系考量税款总额、税率；执法成本考量时间、成本、司法程序质量指数；国际贸易考量出口时间、出口成本、进口时间、进口成本；退出成本考量退出时间、成本、回收率及破产框架指数；
4. 中国信保评级按照风险等级从低到高，为1–9级。

结合上表，笔者对“一带一路”沿线国别贸易投资风险简要评述并制表如下：

国家	贸易投资法律风险评述							
	法律制度	基础设施	行政效率	执法成本	税收成本	退出成本	贸易投资风险	备注
蒙古	不完善	落后，交通落后，电力成本高	高	较低		较高	较高	
新加坡	完善	完善			低	低	低	人力成本高
马来西亚	较为完善	完善	高	低	低	低	低	

国家	贸易投资法律风险评述							
	法律制度	基础设施	行政效率	执法成本	税收成本	退出成本	贸易投资风险	备注
印尼	较完善	比较落后	低	高	较高	较低	贸易风险较低，投资风险高	建议密切关注南海争端和贸易保护主义动向
缅甸	不完善	比较落后	低	高	较低	高	高	
泰国	较完善	较为完善	较高	较低	低	低	低	双边外交关系友好，合作水平较高
老挝	尚待完善	尚待完善	较低	较低	较高	高	高	
柬埔寨	尚不完善	尚待完善	低	高	较低	较低	贸易风险高，投资风险较低	
东帝汶	不完善	落后	较低	高	低	高	高	
菲律宾	基本完善	不完善	低	高	较高	较低	高	
伊朗	基本完善	较为完善	较高	较低	较低	低	贸易风险高，投资风险较低	联合国安理会对伊朗核问题制裁已解除，有利于贸易和投资恢复；双边政治、经贸关系较为密切；非常有发展潜力的贸易投资目的国
伊拉克	不完善	落后	低	较高	不确定性高	高	高	安全隐患高；贸易成本高；融资难度高
土耳其	较为完善	较为完善	不高	低	较低	较高	较低	

国家	贸易投资法律风险评述							
	法律制度	基础设施	行政效率	执法成本	税收成本	退出成本	贸易投资风险	备注
叙利亚	稳定	因内战受损严重	低	高	高	高	高	
约旦	较为完善	较为完善	较高	较高	较低	较高	较高	
黎巴嫩	尚待完善		较高	较高	较低	较高	较高	
以色列	完善	完善	高	较低	较高	低	较低	双边外交、经贸关系良好
巴勒斯坦	尚待完善	落后	较低	较低	较低	高	高	
沙特	尚待完善	完善	较低	较低	低	高	较低	
也门	完善	落后	低	较高	较高	高	高	
阿曼	尚不完善	完善	低	较低	低	较高	较低	
阿联酋	完善	完善	较高	低	低	较低	低	
卡塔尔	完善	完善	较高	较高	较高	低	较低	
科威特	较为完善	较为完善	较低	较低	低	较高	贸易风险较低，投资风险较高	
埃及	不稳定	不完善	较低	高	高	较高	贸易风险高，投资风险较高	
印度	稳定	尚待改善	较低	高	高	较高	贸易风险较低，投资风险高	
巴基斯坦	相对完善	不完善	较低	较高	较高	较低	贸易风险较高，投资风险较低	双边外交和经贸关系良好

国家	贸易投资法律风险评述							
	法律制度	基础设施	行政效率	执法成本	税收成本	退出成本	贸易投资风险	备注
阿富汗	尚不完善	不完善	高	高	较低	高	高	
斯里兰卡	尚待完善	尚待完善	较高	高	高	较低	贸易风险较高，投资风险高	
马尔代夫	相对完善	一般	高	较低	较高	较高	较高	
尼泊尔	尚不完善	不完善	较低	高	较高	较低	高	
哈萨克	尚待完善	较为完善	高	低	低	低	较低	
乌兹别克	基本完善	有待完善	高	低	较高	较低	贸易风险较高，投资风险较低	
塔吉克	相对完善	不完善	较高	较低	高	较高	较高	
吉尔吉斯	尚待完善	不完善	高	较高	较高	较高	高	
俄罗斯	较为完善，但不确定性高	相对完善	高	低	低	较低	较低	双边政治、经贸关系良好
乌克兰	不稳定	较为完善	高	较低	较高	较高	高	
格鲁吉亚	较为完善	较为完善	高	低	低	较高	贸易风险较高，投资风险较低	
摩尔多瓦	较为完善	较为完善	高	较低	较低	较低	贸易风险较高，投资风险较低	

国家	贸易投资法律风险评述							
	法律制度	基础设施	行政效率	执法成本	税收成本	退出成本	贸易投资风险	备注
波兰	相对完善	尚待完善	较高	较低	较低	低	较低	
立陶宛	相对完善	较为完善	高	低	低	较低	较低	
拉脱维亚	较为完善	较为完善	高	低	低	低	较低	
捷克	较为完善	完善	较高	较低	较高	低	较低	
斯洛伐克	较为完善	较为完善	高	较高	低	低	较低	
匈牙利	较为完善	较为完善	较高	低	较低	较低	较低	
斯洛文尼亚	较为完善	较为完善	高	较高	低	低	较低	
克罗地亚	较为完善	较为完善	较高	低	低	较低	较低	
黑山	尚待完善	不完善	较高	低	较低	低	较低	
塞尔维亚	较为完善	尚待完善	较高	较低	较高	低	较低	
阿尔巴尼亚	较为完善	不完善	较高	较低	较高	低	贸易风险较高，投资风险较低	
罗马尼亚	较为完善	尚待完善	高	低	较低	低	较低	
希腊	不完善	尚待完善	较高	较高	较低	较低	较高	
塞浦路斯	较为完善	较为完善	较高	较高	低	低	贸易风险较高,投资风险较低	
马其顿	较为完善	待完善	高	低	低	低	低	

对“一带一路”沿线国家的贸易投资风险,笔者归纳如下:

1. 总体而言，营商环境排名越靠前，贸易投资环境就相对越安全，相应的贸易成本较低，但投资成本会较高。比如新加坡、阿联酋、立陶宛、捷克等国。

2. 贸易投资风险越高的国家，相对来说商业机会也越多，贸易商和投资者需要在贸易、投资机会和风险之间综合考虑。比如缅甸、伊朗、埃及、塔吉克斯坦等国。

3. 尚处于战争或内乱状态的国家，贸易投资风险高，在目的国政治、经济、法律局势稳定前，不建议与该国进行贸易或对该国进行投资。比如阿富汗、伊拉克、叙利亚等国。

4. 与我国存在较为激烈领土争端、处于大国外交激烈博弈的国家、有排华倾向或历史上排华较为严重的国家以及与我国之间外交关系不太友好的国家，建议审慎进行贸易与投资。

5. 与我国政治、经济、军事交往密切、对华传统友好、战略地位重要的国家，建议在贸易和投资方面，考虑积极布局。比如巴基斯坦、柬埔寨、斯里兰卡、伊朗等国。

6. 对外贸易投资尚需要综合考虑目的国内政治稳定性与社会安全、国内原材料可获得性、进口管制程度、国内消费市场、劳动力的充裕程度、工资水平及工会力量、环境保护要求、货币可兑换程度及外汇管制等多种因素。

7. 我国当事人与“一带一路”沿线国家签订的贸易、投资合同中，建议明确各方的法定代表人/联系人、联系地址、传真号码、电子信箱等联系方式，以便在发生争议时，如我国法院有管辖权，可以尽快完成送达。

8. 建议我国当事人就与“一带一路”沿线国家贸易、投资，与中国出口信用保险进行事前充分沟通，必要时及时投保。

四、中国涉外律师在防范“一带一路”法律风险中的作用

(一)自由贸易区(FTA)法律服务

中国目前已与“一带一路”沿线国家中的新加坡、东盟十国【中国–东盟及中国–东盟(“10+1”升级)】、巴基斯坦签订自贸协定;与巴基斯坦就 FTA 进行第二阶段谈判,与海合会(包括阿联酋、阿曼、巴林、卡塔尔、科威特、沙特六国)、斯里兰卡、马尔代夫、格鲁吉亚就 FTA 进行谈判;正在研究中国与印度、摩尔多瓦、尼泊尔的 FTA。[15]律师可就企业充分利用 FTA 项下的各种便利提供法律服务。

(二)投资及大额贸易前尽职调查法律服务

律师可就目的国投资、贸易、税收、环保、劳工、外汇等投资贸易环境,与境外律师、会计师、税务师配合,为企业提供投资及大额贸易前尽职调查法律服务。

(三)项目全程法律服务

律师可与境外律师合作,就投资项目提供全程法律服务,包括但不限于参与投资架构设计、尽职调查、起草/审查合同(包括投资协议、章程等),参与谈判,出具专项法律意见等。

(四)避免双重征税法律服务

中国现已与 53 个国家签署了税收协定,并对其中 7 个早年签署的协定进行了全面或部分修订。律师可以就此为企业提供法律服务,避免不必要的税收负担。

(五)投资者与东道国投资争议法律服务

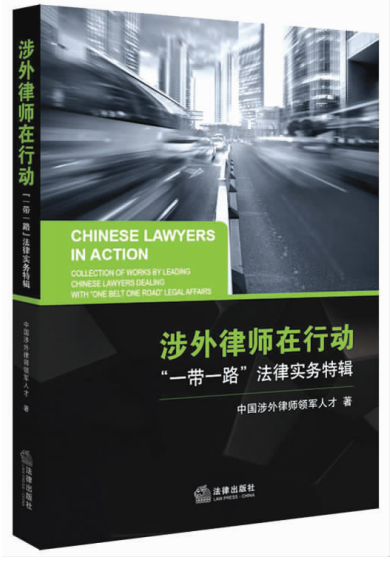
律师可就浙资者与“一带一路”沿线国家之间的投资争议,根据《华盛顿公约》规定,提供相关法律服务。

(六)商事仲裁与涉外诉讼法律服务

律师可根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》(1958 年纽约公约)及中国与“一带一路”沿线国家部分国家签订的民商事司法协助条约,为企业与“一带一路”沿线的贸易主体之间的商事纠纷,提供仲裁、诉讼法律服务。

[15] http://fta.mofcom.gov.cn/.

综上，随着“一带一路”战略的深入实施，中国企业赴沿线国家投资和贸易的进程会不断加快，企业需要事先加强对宏观和国别环境的了解，更需要重视中国涉外律师的作用。中国涉外律师也要深入研究和总结沿线国家总体和国别法律风险，并通过与境外律师、会计师、税务师等的合作，为企业的境外投资和对外贸易提供专业高效的法律服务，从而最大限度地避免和化解法律风险。



保险人恶意侵权规则研究*

□马齐林*

【摘　要】20世纪60年代，美国法院将恶意侵权规则引入保险法判例，通过判定保险人因恶意侵权而承担精神损害赔偿和惩罚性赔偿责任以平衡保险人和投保人(或被保险人)之间地位的失衡，进而有效保护被保险人的合法权益。保险人恶意侵权规则体现了保险法对弱者(被保险人)优先保护的立法精神。文章结合美国保险判例和侵权理论，通过对保险人恶意侵权规则的研究，在保险合同框架内，探讨保险人恶意侵权规则的制度支撑、理论基础、认定标准以及责任范围，以期对完善我国保险立法和理论作出努力，并促进我国保险行业的健康发展。

【关键词】保险；恶意侵权；精神损害；判定标准；心灵安宁

---

* 本文发表于《政法论坛》2015年第5期。

* 马齐林，本所兼职律师，浙江工商大学法学院教授，美国法学博士(SJD)。

引　言

保险人的恶意侵权责任，在我国保险立法中一直处于空白，在我国学术界至今也还是一片未曾有人涉足的“处女地”。在保险合同中，保险人恶意拒绝承担保险责任（或恶意违约），受传统合同理论的限制，受到损害（包括精神损害）的被保险人只能选择要求保险人承担保险合同的违约责任（即按照保险合同约定要求保险人支付保单限额内的保险金），或者选择要求保险人承担侵权责任。因我国《合同法》第122条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”由此可见，在保险合同中，如果保险人因某种理由违反保险合同约定，恶意拒绝履行支付保险金的义务，根据我国《合同法》第122条规定，受害方（被保险人）只能选择其中一种救济方式：或者提起违约之诉，追究对方的违约责任，或者提起侵权之诉，追究对方的侵权责任，而不能同时行使两个请求权。如果允许受害当事人不受限制地行使两种请求权，就会导致违约当事人承担双重责任，这显然是不公平的。[1](p.299)然而，实践证明，一旦保险人因某种理由违反保险合同（特别是人身保险合同）约定，恶意拒绝向被保险人支付保险金，被保险人不仅无法及时获得保险合同约定的保险金利益，而且还可能严重危及被保险人的身体和精神健康，甚至造成严重的精神痛苦或精神损害。如果按照《合同法》第122条规定，被保险人只能选择要求保险人承担违约责任或者依照其他法律要求保险人承担侵权责任，那么在被保险人既失去保险合同利益（保险金）又遭受包括精神痛苦在内的人身损害的情况下，我国现行立法（包括《保险法》和《合同法》等）根本无法为受害而又处于弱势地位的被保险人提供全面的补偿和救济，这对受害人（被保险人）显然是不公平的！

文章通过梳理美国保险判例和有关侵权理论，对保险人恶意侵

权规则进行研究,在保险人因某种理由违反保险合同(特别是人身保险合同)约定,恶意拒绝向被保险人支付保险金时,能够对在保险关系中处于弱势地位的受害方当事人(被保险人)提供完善的法律保护机制,使受害人能得到及时、全面的法律救济,同时为有效解决我国许多保险消费者普遍感到的“投保容易理赔难”和“高保低赔”[2]等问题提供法律制度供给和理论支撑。

一、保险人恶意侵权规则的制度支撑

随着我们当今社会对司法制度依赖程度的不断增加,就个人而言,无论在经济还是在个人生活领域,保险已成为经济必需品。保险,作为一种制度,是人类在发生紧急或危机时保险人所给予的补偿或经济援助。然而,当被保险人因保险事故遭受巨大的经济或精神损失乃至官司或诉讼困扰时,如果保险人拒绝或拖延理赔,被保险人因此会被置于一个非常脆弱或不利的地位。这一事实意味着,此时被保险人的权利和尊严特别容易受到不法侵害。在整个保险行业,被保险人明显缺乏议价能力来改变因保险格式合同带来的不利地位。[3]保险人的任何不履行保险合同的行为都可能严重危及被保险人的身体和精神健康。

美国法院和学术界引入保险人恶意侵权规则来处理保险人恶意违反合同而拒绝或拖延理赔案件。近年来,保险人恶意违反合同造成的“侵权”已经受到法院的关注和严格审查。许多法院和学者已经开始认可由保险人恶意或不诚实行为而承担侵权责任的可行性。在保险案件中,法院对恶意侵权责任的认可,通常被认为是法院将保险人违反保险合同看作是一种侵权行为的一个信号,而依据侵权损害赔偿规则处理。

(一)保险人恶意侵权:一种“独立侵权制度”的法律界定

在二十世纪之前,美国法院没有注意到保险人与被保险人在保险合同中的不平等地位。随着汽车和汽车事故在美国的增加,尽管

法律发生了重大改变,但是被保险人还是不得不完全依赖于契约理论就保险人恶意解决他们的保险索赔请求而从保险公司获得赔偿。简单的合同责任理论无法真正和充分地为受到损害的被保险人提供帮助,这并不符合保险的目的。因为,保险的目的是保护保单持有人免受某种灾难之苦。在保险合同中,投保人希望保险公司迅速采取行动(即马上支付保险金)以保护他免于向第三人承担责任或弥补他个人的损失。如果保险人拒绝或拖延理赔,无疑会将被保险人置于危难境地,特别是被保险人需要帮助的时候。针对保险人的违约行为(拒绝或拖延理赔),如果被保险人的损失赔偿根据保险合同规定来决定。那么,被保险人的精神焦虑或间接经济损失是无法根据传统的合同规则获得补偿。[4]为了更大程度地保护弱势一方(被保险人)的合理期待,美国司法实践创造了一种新的侵权——恶意侵权(the new tort of bad faith)。该种新的侵权就是那些被认为极端并且令人愤怒的行为("extreme and outrageous conduct")。[5]一般来说,就是那些会引起社会一般成员对他人不满、而且觉得是恶意或不诚信的行为。美国《侵权法重述》认为,在当今社会中,行为人对其那些引起他人情绪困扰和精神痛苦的行为应该承担经济赔偿责任,而且,法律因此只有对行为人所造成的即使一个正常人都不可能忍受的如此严重的精神痛苦进行干预。[6]

保险人恶意侵权已经成为一种独立的独特侵权制度,该制度是被保险人寻求侵权损害赔偿(包括精神损害赔偿)的基础。[7]保险合同本身为保险合同的缔约双方之间的关系设定了基础,即每一份保险合同的每一方当事人对另一方当事人承担默示的诚实信用的法定义务。保险人对该法定义务的违反将导致恶意侵权行为。法院指出,根据恶意侵权规则,保险人要想不承担责任,必须至少像考虑自己的利益那样对被保险人的利益给予尽可能多的考虑,保险人不能通过牺牲被保险人利益来保护自己的利益。

(二)保险人恶意侵权规则:合同责任理论的扩张

保险的目的是保护保单持有人免受某种灾难之苦。然而,为了获得所需的保险,被保险人必须屈从于保险人单方提供格式合同的优势。在保险合同中,投保人希望保险人迅速采取行动(即马上支付保险金)以保护他免于向第三人承担责任或弥补他个人的损失。当保险人恶意拒绝或拖延履行其保险合同或保单项下的保险责任时(如医疗事故保险的保险人拒绝承担保险责任),被保险人可能因此被置于危难境地,特别是被保险人急需救助的时候。根据合同责任理论,如果被保险人基于保险人的违约行为(拒绝或拖延理赔)进行救济,被保险人的损失赔偿根据保险合同规定来决定,被保险人的精神焦虑或间接经济损失就无法获得补偿。[8]

在20世纪60至70年代,侵权法发展过程中的"责任扩张"导致美国法院在保险法判例中广泛接受恶意侵权规则。法院在促进恶意侵权规则发展的同时,还致力于精神损害赔偿规则在保险领域的广泛适用。保险人的任何不遵守保险合同的行为都可能会严重危及被保险人的身体和精神健康。简单的合同损失无法真正和充分地赔偿受到损害的被保险人。保险人恶意侵权规则明显提高了被保险人要求保险人支付其保单项下的保险责任的能力。在保险人和投保人就保单保障的保险责任发生争议时,保险人所承担的责任范围的扩张有效地平衡了保险人和投保人之间谈判地位的失衡。保险人一旦被发现实施恶意侵权行为,保险人承担的责任就可能远远超过保险合同规定的保险责任。[9]

美国法院认为,作为一个法律问题,每一个合同当事人都应该遵守法律上的诚实信用和公平交易的默示义务的规定,该规定要求任何一方都不得损害对方权利来获得利益。通过该规定的适用,当允诺人实施的不诚信的行为已经危及或破坏了受诺人根据合同可以获得的预期利益时,违约行为便已发生,即使该行为没有违反合

同的明示条款的规定。近年来,美国法院在若干案件中通过认定该违约行为构成侵权已将该法律上的诚实信用和公平交易的默示义务解释为合同外义务,允许受到损害的合同当事人就诉讼中不能根据合同约定和合同理论获得救济的损害寻求赔偿,包括精神痛苦或精神损害赔偿、在合同订立和执行时无法预见到的经济损失以及惩罚性赔偿。这种救济可以并且应该由被保险人通过对他的保险人提起恶意侵权诉讼得到实现。

二、保险人恶意侵权规则的理论诠释

(一)政府对保险业的严格监管

在美国,迄今为止,恶意侵权的概念只延伸到保险合同。这种特殊保护的理由是保险业与国家之间特殊关系(因为保险业需要政府的严格监管)的存在,以及保险人和投保人之间地位的失衡关系。通过对保险业发展的研究表明,因为公共利益要求保险行业要公平对待每一个公民,所以政府在保险业发展的早期就对这一行业采取了管制措施。早在 1914 年,美国最高法院指出,由于保险业“披着公共利益的外衣”,[10]理所当然地应该受到政府的严格管制。[11]有学者认为:“本质上保险业通常被认为带有准公共性质 (quasi-public in nature),与公众利益密不可分,在维护有关各方利益需要方面,为保护一般社会公众的利益,对其进行管理、监督和控制是必须的。”[12]保险人对被保险人的义务不限于正常的保险合同所产生的内容;在投保人的大笔资金被存放在保险人处,一旦被保险人发生保险合同约定的事故而遭受损害,被保险人就有权要求保险人提供补偿,这是一种信托关系。[13]Christian 案件判决引言强调,保险行业关系特殊,在很大程度上保险行业受政府管制并受公共利益的影响,提供准公共性质的服务。“在某种程度上,这一特殊关系导致保险人与被保险人的经济状况和议价能力相差悬殊而使得保险人对被保险人应承担特殊的义务。”[14]被保险人有权就国家保护的权利得到公正处理。

一位评论员指出,保险法是用来保护保险公共利益以及规制保险行业的成文法。[15]在 Christian 案件中,保险合同保护的被保险人的利益是由赋予保险人承担立即向被保险人提供理赔义务的国家成文法所规定的。众所周知,被保险人购买保险的实质性权利就是及时收到保单利益。法院认为,保险人无故拖延保险金的支付会使通过购买保险试图免受损害的被保险人陷入经济困境。在 Fletcher 案件中,法院认定保险人应该对其拒绝向被保险人支付残疾人保单项下的保险金承担侵权责任。[16]虽然该诉讼是被保险人根据保险人故意造成他人精神损害的侵权理论提起的,但法院解释说,保险人的行为也可能被视为是保险人对被保险人的受法律保护的"精神安宁的个人权益"(personal interest in emotional tranquility)的侵犯。同样,负责审理 Crisci 案件的法院认为,如果保险人的行为干扰了被保险人受法律保护的利益,保险人就应该承担侵权责任。[17]被保险人通过购买保险获得财产权益就是为了追求心灵安宁和财产安全(the peace of mind and security of property)。[18]Fletcher 案件判决也持同样观点:"保险人都很清楚,投保人购买保险的考虑因素就是保险将保障被保险人的心灵安宁和人身财产安全,一旦发生保险事故,被保险人面临人身或财产伤害时。[19]

保险行业受政府管制的准公共性质构成了保险人恶意侵权规则理论基础的第一要义。作为保险合同的一方,是国家赋予保险人承担诚实信用和公平交易的义务。诚实信用和公平交易义务要比由保险人提供的保险合同的条款本身重要得多。[20]

(二)"还受害人以整体"(Making the victim whole)理论

侵权损害赔偿的一般原则是受害人可以就因侵权人的行为导致的损害获得全部赔偿,而不论该损害是否能够预见。[21]根据这一原则,美国法院认为,因侵权人的行为造成受害人精神痛苦导致损害进一步扩大的,保险人应承担赔偿责任,其中精神痛苦包括紧张、悲

伤、焦虑、担心、惊恐、屈辱和侮辱以及身体上的痛苦等。[22](p.203)对精神损害和其他损害给予赔偿的最常见的例子是,由于被告的过失或故意不当行为使原告在遭受人身损害的同时又遭受了精神痛苦,此时的赔偿应包括人身损害赔偿和精神损害赔偿;如果被告的侵权行为在侵犯原告财产权的同时造成被告精神损害而没有造成人身伤害,那么,被告也要对该精神损害进行赔偿。

"还受害人以整体"理论在美国侵权损害赔偿规则中具有重要意义。大约在19世纪之交,美国法学界对侵权损害赔偿的讨论主要集中于侵权案件中对受害人进行损害赔偿的目的到底是什么,随后一致认为对受害人进行损害赔偿的目的是指补偿(compensation)。到20世纪中叶,讨论的焦点集中于研究补偿的意义。此后,法院通常将侵权赔偿解释为企图"还受害人以整体"(Making the victim whole)。[23](p.46–54)现在美国法院在侵权案件中已经完全采用"还受害人以整体"理论。一些法院认为,"还受害人以整体"就是指将受害人恢复到事故发生前的状态,也就是尽可能将受害人恢复到事故本来没有发生时的状况。①

(三)保险人和被保险人信托关系理论

保险人恶意侵权规则认为,投保人购买保险无非就是基于对保险人信誉的依赖,即被保险人一旦发生经济损失、人身伤害、疾病或死亡时能及时获得安全保障和心灵上的安宁(security and the peace of mind)。[24]因此,当被保险人面临上述麻烦时,一个理性的保险人应该充分认识到被保险人或其家人深受其害,而且容易遭受精神痛苦。在某些情况下,保险合同这种非同一般的影响可能会在保险合同双方之间产生一种信托关系。②

① 在Freeport案中,法院认为,损害赔偿的目的是将受害人极尽所能地恢复到如果该侵权行为没有发生时受害人所处的境地。参见Freeport Sulphur Co. v. SIS Hermosa, 526 F.2d 300, 304 (5th Cir. 1976).

② 在保险关系中保险公司居强势地位,因此肩负重大责任。参见German Alliance Ins. Co. v. Lewis, 233 U.S. 389, 414 (1914).

保险人恶意拒绝理赔不是传统的侵权损害赔偿，而是将保险人的恶意拒绝理赔视为侵权——保险人凭借优势地位违反了类似受托人的受托责任(a fiduciary-like duty)[25]而单方控制了保险纠纷的谈判，或者，在处理保险理赔上存在恶意行为。加州法院在一些案件中试图提供必要的理由来发展保险人恶意拒绝理赔的侵权判例规则。在 Gruenberg 案件中，加州最高法院认为，违反合同中的诚信义务和违反公平交易是相同的。在后来的案例中，加州上诉法院通过判例进一步完善了该规则的内容，即保险人恶意拒绝理赔不仅违反了类似受托人的受托责任，而且开始要求保险人对其被保险人利益的保护给予更多的考虑。③该规则将保险人支付保险金认为是一种受托义务，而不是一种合同义务。如果保险人拒绝理赔导致被保险人进一步的间接损失，如果这些间接损失是当事人在缔约时的合理预见范围之内，那么，这些额外的间接经济损失是可以获得赔偿的。其他州一些法院已经认定保险人对被保险人额外的间接损失应该承担赔偿责任，即使是在保险人恶意拒绝理赔的保险合同纠纷当中。④

③ 在 Crisci.案件中，法院指出，如果对超出保单限额部分的责任赔偿存在巨大风险，那么处理被保险人索赔请求的最合理的方式是在保单限额范围内进行解决，但需要保险人在解决被保险人索赔请求时要真诚考虑被保险人的权益。法院进一步指出，本案的关键在于被告(保险人)对其被保险人的经济利益并没有像考虑保险人自己的利益那样给予尽可能多的考虑。参见 Crisci v. Security Ins. Co., 426 P. 2d 173, 178 (Cal. 1967). Egan 案件则认为保险人恶意拒绝理赔违反了类似受托人的受托责任是因为保险人剥夺了被保险人的合理期待。参见 Egan v. Mutual of Omaha Ins. Co., 133 Cal. Rptr. 899, 909 (Ct. App. 1976)

④ 比如，在 Cook 案件中，根据科罗拉多州法律，在保险合同违约诉讼中，保险人应该对被保险人额外的间接损失承担赔偿责任，如果原告(被保险人)有证据证明保险人在订立保险合同时能够合理预见该种损失。参见 Cook v. Jackson Nat'l Life Ins. Co., 885 F. Supp. 221, 224 (D. Colo. 1995); 在 Indiana 案件中，法院认为，在保险人恶意拒绝理赔的保险合同违约诉讼中，保险人承担的额外的间接损失赔偿责任将超过保单规定的责任限额。参见 Indiana Ins. Co. v. Plummer Power Mower & Tool Rental, Inc., 590 N.E.2d 1085, 1090 (Ind. Ct. App. 1992)；在 Adams 案件中，法院认为，保险人恶意拒绝理赔的诉讼中，被保险人所获得的赔偿是那些因保险人的恶意拒绝理赔行为所造成的自然的、具有因果关系的、可能的或直接损失(natural, proximate, probable, or direct consequences)，而且该损失可能超过保单规定的责任限额。参见 Adams v. Fidelity & Cas. Co., 591 So. 2d 929, 930 (Fla. 1992); 在 Pickett 案件中，法院认为，保险人恶意拒绝理赔向被保险人可能承担的保险合同违约责任包括保险人应该合理预见范围之内的间接经济损失。参见 Pickett v. Lloyd's, 621 A.2d 445, 458 (N.J. 1993)

三、保险人恶意侵权的判定标准

判断保险人恶意侵权这种新型的侵权行为的构成不是一件容易的事。因为,何谓恶意(Bad Faith)?没有一个统一的认定标准。最简单的解释就是,恶意就是不诚信或缺乏诚信(lack of good faith)。从 Communale 案件到 Gruenberg 案件,加州法院多次认为,在每一份合同中都存在默示的诚信(good faith)和公平交易(fair trading)义务,保险合同也不例外,任何一方当事人都不得实施损害对方获得合同利益的权利的任何行为。[26]这一义务还适用于保险人对涉及支付、争议的解决或抗辩等进行决策的各个方面。显然,保险人在对上述问题作出决定时不可避免的面临着自我利益和被保险人利益的冲突。因为保险人处于会给被保险人的利益造成不利影响的强势地位,所以必须承担"正确行使其权力(proper exercise of that power)(保险理赔权)"的法律责任。"恶意"就是保险人在考虑被保险人的利益时未能善意行事,即使保险合同没有明文规定保险人善意行事的诚实信用义务。最值得注意的是,加利福尼亚州法院在某些案例中,已经默示地将善意行事的诚实信用义务作为保险人的一项法定义务,将保险人违反该善意行事的诚实信用义务的行为认定为"恶意"侵权(The tort of bad faith),[⑤]而且判定保险人对其行为承担超过违约责任范围的赔偿责任,包括精神损害赔偿责任。

在判断保险人是否存在恶意侵权或是否遵守诚实信用义务时,加州法院在司法实践中分别采用了客观标准、主观标准和主客观双重标准等不同的判断标准。

主观标准,是指保险人在知道被保险人的保险索赔完全有效的情况下没有进行抗辩,主观上仍然故意拒绝支付保单项下的保险金

[⑤] 恶意侵权的构成要件一般有:(1)无耻的行为,(2)故意造成他人伤害,以及(3)具有直接的因果关系。一些法院认为还需具备另一个条件,即必须具有人身伤害的具体结果。参见 Hirsch, Carpenter & Carpenter, Strict Liability: A Response to the Gruenberg-Silberg Conflict Regarding Insurance Litigation Awards, 7 SW. L. REV. 310, 321-22 (1975).

并强行举行仲裁听证会,保险人因此被判定存在恶意侵权或未能遵守诚实信用义务而对被保险人的损失(包括经济利益的损失和精神损失)承担赔偿责任。[27]

客观标准,是指当保险人在诉讼中对被保险人提起的诉讼进行抗辩时,法院对保险人应适用专业标准,即作为一个唯一负责保险事故调查、纠纷解决而且具有专业技术的法律诉讼辩护人,保险人在考虑被保险人的利益时是否运用其专业技能和判断力?如果没有,法院则可认定保险人的行为违反了其对被保险人承担的诚实信用和公平交易义务。在加州,恶意侵权被定义为不诚实、欺诈、隐瞒或无理拒绝被保险人的索赔请求。在判定保险人是否已经充分考虑到被保险人的利益时,Crisci 案件所采用的检验标准是一个没有保单限额的谨慎的保险人是否会接受被保险人的和解方案。在适用该"谨慎的保险人"(prudent insurer)的检验标准时,法院通过一个客观标准检验保险人是否构成恶意。加州法院认为,该客观标准是基于这样一种理念,即由于保险公司是准公共性质的服务机构,它就应该具备社会公众可以合理期待的服务标准。[28]

在评估保险人是否恶意拒绝承担保险责任时,保险人对诚实信用和公平交易义务的违反可以作为保险人对被保险人承担责任的决定性因素,尽管保险人所承担的责任超过了保单规定的限额。

双重标准(a dual standard),包含两层意思:首先,法院采用客观标准来判断一个理性的保险人是否会实施恶意行为。其次,法院适用主观标准判断保险人是否知道或理应知道其行为可能会导致被保险人经济利益和精神损害。在 Gruenberg 案件中加州最高法院即采用了这一双重标准。在该案中,保险人针对被保险人的行为被认定为是恶意和没有正当理由的 (malicious and without probable cause)。[29]法院认为保险人承担侵权责任的的原因是保险人无理和恶意拒绝支付保险金。

保险人承担保险责任的不同理论和判定保险人恶意侵权的各种标准，或许反映了美国法院在关于保险人违反诚实信用和公平交易义务而承担恶意侵权责任方面采取严格责任之归责原则的趋势。

四、保险人恶意侵权责任的赔偿范围

根据恶意侵权规则，被保险人因保险人的恶意侵权所产生的间接或衍生性损害(如精神损害)应获得赔偿，并在适当的情况下，给予保险人以惩罚性赔偿。这种救济可以并且应该由被保险人通过对他的保险人提起恶意侵权诉讼得到实现。从本质上讲，保险人恶意侵权规则是保障保险人履行诚实信用义务的有力武器。

当保险人恶意拒绝履行其保险合同或保单项下的保险责任时，目前，美国的多数法院认为保险人的此类行为不仅是一种单纯的违约行为。⑥相反，该行为被认为是一种保险人违反公平交易和诚实信用的行为，[30]被保险人不仅有权提起合同诉讼，而且还可以提起侵权诉讼。⑦当该行为被认为是一种侵权行为时，美国许多法院允许投保人或被保险人不仅获得保单项下的保险金，而且还可以主张间接经济损失（consequential economic losses）、精神损失（damages for emotional distress）⑧和一定情况下的惩罚性赔偿(punitive damages)。⑨法院对保险人恶意拒绝承担保险责任作为扩大了的侵权责任并不奇怪，因为在保险合同中，保险人的保险责任是严格责任，不需要考

⑥ 例如，负责审理 Reynolds 案件的法院指出，仅仅一个单纯的违约行为将不构成一个侵权诉讼的理由，但合同中的一方当事人对其单独义务的违反则足以构成侵权。参见 Reynolds v. American Hardware Mut. Ins. Co., 766 P.2d 1243, 1246 (Idaho 1988); 审理 Transportation 案件的法院则指出，如果保险人恶意拒绝承担保险责任，被保险人可能遭受损害，而这种损害将远远超过一个通常的违约行为所产生的损害。参见 Transportation Ins. Co. v. Moriel, 879 S.W.2d 10, 24 (Tex. 1994)。

⑦ 负责审理 Crisci 案件的法院允许被保险人向保险公司主张金钱上的损失和精神损害赔偿。参见 Crisci v.Security Ins. Co., 426 P.2d 173, 178–79 (Cal. 1967)。

⑧ 例如，在 Crisci 案件中，法院判决保险人承担 $25,000 的精神损失。参见 Crisci v. Security Ins. Co., 66 Cal. 2d 425, 426 P.2d 173, 58 Cal. Rptr. 13 (1967)。

⑨ Gulf 案件认为，因为保险人违反公平交易和诚实信用义务，本质上是一种侵权责任，在适当的情况下，保险人对被保险人应进行惩罚性赔偿以及补偿性的损害赔偿。参加 Gulf Atlantic Life Ins. Co. v. Barnes, 405 So. 2d 916, 925 (Ala. 1981)。例如，在 Richardson 案件中，法院判决保险人承担$175,000 的补偿性和惩罚性赔偿责任。参见 Richardson v. Employers Liab. Assurance Corp., 25 Cal. App. 3d 232, 102 Cal. Rptr. 547 (1972)

虑保险人拒绝支付保险金的所谓“合理依据”。如果保险人违反合同拒绝支付保险金的所谓“合理依据”被证明是错误的,保险人就应对其违反保险合同而造成的精神损害给予赔偿。因为保险人大力宣传并声称购买保险就是购买“安心”(peace of mind),在订立保险合同时,保险人能够预见到一旦他们不当地拒绝被保险人的索赔请求将会使被保险人的精神和心灵失去安宁。[31]美国法院将精神损害视为保险人违反保险合同所产生的预期后果,保险人应该就此承担赔偿责任。

总之,如果保险人恶意拒绝履行其保险合同或保单项下的保险责任,美国法院往往判定保险人对被保险人承担补偿性损害赔偿、间接损失以及惩罚性损失赔偿责任。其中,补偿性损害赔偿是补偿受害方(被保险人)的所遭受的实际损失或损害;间接损失是指那些不是直接和立即由保险人的不法行为造成的、而是产生于该行为的间接后果或结果(精神上的痛苦就属于这一类);惩罚性或惩戒性的损害赔偿不是补偿性的,他们的目的是双重的:首先,惩罚性或惩戒性的损害赔偿是为了惩罚那些已经实施了应受谴责行为的行为人。其次,惩罚性或惩戒性的损害赔偿还对那些将来可能实施类似行为的侵权人或其他人起到威慑作用。[32]

五、结语

时至今日,恶意侵权正逐渐成为美国法院强化保险人责任的常见方式。通过对保险人苛以侵权赔偿责任,针对保险人违反公平交易和诚实信用义务的行为进行惩戒,以防止类似行为的再次发生。在保险人恶意侵权案件中,让恶意违反保险合同的保险人承担侵权损害赔偿责任符合美国恶意侵权判例规则的范畴,因为这些判例规则大多数建立在独立侵权行为(即保险人恶意侵权)和合同项下的义务相结合的基础之上,而且这些判例规则大多产生于合同关系。

与美国相比,我国的保险业尚处于发展初期,在保险合同的订

立和履行过程中，由于投保人和被保险人缺乏专业知识与缔约经验，常常处于劣势地位，其合法权益屡屡遭受保险人的侵犯。在保险实务中，一旦保险事故发生，保险人如果寻找各种借口拒赔或减少保险金的赔付数额，被保险人的经济状况不仅进一步恶化，如收入上的损失、业务丧失、诉讼费用或医疗费用以及精神痛苦，而且被保险人往往因保险人的行为还遭受巨大的精神痛苦或因经济状况的进一步恶化而饱受精神折磨。从某种意义上说，在我国保险立法中规定保险人的恶意侵权责任，对处于严重失衡状态的保险人与被保险人之间的关系可以起到一个再平衡的作用，并防止保险人滥用其制度优势地位随意欺压被保险人。在这种情况下，我国保险立法中确立保险人恶意侵权规则，可以有效惩戒和抑制保险人从“恶”(即进行恶意侵权)，迫使保险人从“善”(善意履行自己的保险合同义务)，体现保险法优先保护被保险人的立法精神，促进我国保险业的长期、健康发展。

参考文献：

[1] 谢怀栻等:《合同法原理》，法律出版社 2000 年版。

[2] 纪崴、张晓莹:“提升保险理赔服务质量”，载于《中国金融》2012 年第 11 期。

[3] Eckenrode v. Life of Am. Ins. Co., 470 F.2d 1, 5 (7th Cir. 1972).

[4] Helton v. Reserve Life Ins. Co., 399 F. Supp. 1322, 1323 (D. Mont. 1975).

[5] RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS§46 (1965).

[6] RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 436A (1965).

[7] Volz, The New Tort of Outrage, 36 ALA. LAW. 568 (1975).

[8] Helton v. Reserve Life Ins. Co., 399 F. Supp. 1322, 1323(D. Mont. 1975).

[9] Crookston v. Fire Ins. Exch., 817 P.2d 789, 793−95 (Utah 1991).

[10] German Alliance Ins. Co. v. Lewis, 233 U.S. 389，415 (1914).

[11]同[10].

[12] 19 J. APPLEMAN, INSURANCE LAW AND PRACTICES, §10321 at 2 (1946):

[13] German Alliance Ins. Co. v. Lewis, 233 U.S. 389, 405 (1914).

[14] Christian v. American Home Assurance, 48 OKLA. B.A.J. 1714, 1715 (July 12, 1977)

[15]同[14]

[16] Fletcher v. Western Nat'l Life Ins. Co., 10 Cal.App. 3d 376, –, 89 Cal. Rptr. 78, 95 (1970).

[17] Crisci v. Security Ins. Co., 66 Cal.2d 152, 426 P.2d 179, 58 (Cal. 1967).

[18] Crisci v. Security Ins. Co., 66 Cal. 2d 425, –, 426 P.2d 173,179, 58 Cal. Rptr. 13, 19 (1967).

[19] Fletcher v. Western Nat'l Life Ins. Co.,10 Cal. App. 3d 376, –, 89 Cal. Rptr. 78, 95(1970).

[20] Gruenberg v. Aetna Ins. Co.,9 Cal.3d 566, –, 510 P.2d 1032, 1040, 108 Cal. Rptr. 480, 488(1973).

[21] Hunt Bros. Co. V. San Lorenzo etc. Co., 150 Cal, 51, 56, 87 P. 1093, 7 L.R.,N.S..

[22] Leo P. Martinez & John W. Whelan, Cases and Materials on Insurance Law, West Group Publishing Co., 2006.

[23] THEODORE SEDOWICK, A TREATISE ON THE MEASURE OF DAMAGES 46–54(New York, John S. Voorhies 1947).

[24] Fletcher v. Western Nat'l Life Ins. Co., 10 Cal. App. 3d 376, –, 89 Cal. Rptr. 78, 95 (1970).

[25] Crisci v. Security Ins. Co., 426 P.2d 173, 176 (Cal. 1967); Comunale v. Traders & Gen. Ins. Co., 328 P.2d 198, 201 (Cal. 1958).

[26] Comunale v. Traders & Gen. Ins. Co., 50 Cal.2d 654, –, 328 P.2d 198, 200 (1958); Gruenberg v. Aetna Ins. Co., 9 Cal.3d 566, –,510 P.2d 1032, 1034,

108 Cal. Rptr. 480, 483 (1973).

[27] Richardson v. Employers Liab. Ass. Corp., 25 Cal. App. 3d 232, 102 Cal. Rptr. 547 (1972).

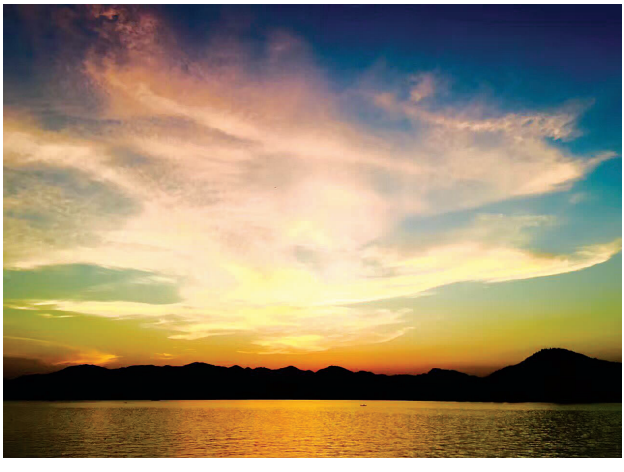
[28] Barrera v. State Farm Auto. Ins. Co., 71 Cal. 2d 659, 456 P.2d 674, 79 Cal. Rptr. 106 (1969).

[29] Gruenberg v. Aetna Ins. Co., 9 Cal. 3d 100, 510 P.2d 1038, 108 Cal. Rptr. at 486 (1973)

[30] John H. Bauman, EMOTIONAL DISTRESS DAMAGES AND THE TORT OF INSURANCE BAD FAITH, 46 Drake L. Rev. 717, 718 (1997–1998).

[31] Kewin v. Massachusetts Mut. Life Ins. Co., 295 N.W.2d 57 (Mich. 1980).

[32] C. MCCORMICK, DAMAGES §§ 88, 89(a), 137, 145 (3d ed. 1935).



违法所得司法适用困境及出路

□郭越鸣 *

【摘　要】 刑法分则的违法所得，主要作为定罪量刑标准、罚金基准。要通过厘清违法所得与销售金额、经营数额、获利数额的关系，区分取得利益型犯罪和经营利益型犯罪，正确界定违法所得。由于司法实践对违法所得的认识分歧及难以查清，造成定性争议、量刑档次争议、罚金争议等适用困境。需要从法益保护出发，适时修改刑法，取消违法所得作为唯一定罪量刑标准的规定，修改其作为罚金基准的规定。

【关键词】 违法所得；定罪量刑；销售金额；经营数额；获利数额

违法所得，顾名思义，是指因违法而得到的利益。我国刑法第64条规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退

* 郭越鸣，本所律师，华东政法大学法律硕士，杭州师范大学钱江学院兼职教师。

赔。但是,由于刑法并没有对违法所得进行界定,司法实践尤其是经济犯罪查处中,对于什么是违法所得以及如何认定,存在争议和困境,特别是在违法所得是唯一的定罪量刑标准情况下,更为棘手。笔者拟从刑法及刑事司法解释的现状入手,厘清违法所得与相关概念的关系,梳理违法所得在司法适用中的困境,并提出针对性的解决思路,以期对刑事立法和司法有所裨益。

一、违法所得的刑法立法和刑事司法解释现状

(一)违法所得的刑事立法现状

违法所得在现行刑法条文一共出现了8处(见下表:"违法所得"在刑法条文的情况一览表),概括起来可分为四类:一是作为非刑罚处罚措施,规定在刑法第64条,即犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔。该条含义是,公安司法机关在适用刑法办理案件中,对于存在被害人的案件,犯罪分子因非法侵害被害人财产权而获得财物,应当予以退赔;对于不存在被害人的案件,犯罪分子因犯罪而获得财物,应当予以追缴并没收上交国库。二是作为定罪量刑标准,规定在刑法第175条(高利转贷罪)、第217条(侵犯著作权罪)、第218条(销售侵权复制品罪)、第318条(组织他人偷越国(边)境罪),并且还是第175条和第218条规定罪名的唯一定罪量刑标准。三是作为罚金基准,规定第180条(内幕交易罪、泄露内幕信息罪)、第225条(非法经营罪),即按照违法所得的一定倍数判处罚金。四是作为注意规定,规定在第393条(单位行贿罪),即提醒司法人员在适用该条规定时,遇到以单位名义行贿、因行贿取得的违法所得归个人所有的,应当适用刑法第389条和第390条,即按照行贿罪处理,在于提示该种情形不符合单位犯罪的条件和实质。

“违法所得”在刑法条文的情况一览表

序	条文内容	违法所得条文地位
1	第 64 条：犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔。	非刑罚处罚措施
2	第 175 条：以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。	唯一定罪量刑标准
3	第 180 条：证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，或者明示、暗示他人从事上述交易活动，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。	罚金基准
4	第 217 条：以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。	定罪量刑标准
5	第 218 条：以营利为目的，销售明知是本法第二百一十七条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。	定罪量刑标准
6	第 225 条：违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。	罚金基准
7	第 318 条：组织他人偷越国（边）境的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：……（六）违法所得数额巨大的。	加重量刑规则之一
8	第 393 条：单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，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，处五年以下有期徒刑或者拘役。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚。	注意规定

此外,刑法第395条还出现了“非法所得”。该条规定,国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入,差额巨大的,可以责令该国家工作人员说明来源,不能说明来源的,差额部分以非法所得论,处五年以下有期徒刑或者拘役。此处的“非法所得”,从含义上相当于“违法所得”,是犯罪的构成要件,可以归纳为定罪量刑标准。

(二)违法所得的刑法司法解释现状

违法所得作为定罪量刑标准,是我国刑法对犯罪定义既要求定性又要求定量的表现,即我国刑法规定的犯罪行为,从性质上而言是违反刑法规定的具有社会危害性,从程度上而言是达到了严重程度单纯依靠承担民事责任、行政责任不足以制裁而需要刑罚惩罚。因此,我国刑法对罪状的描述一般都使用了“数额较大(巨大、特别巨大)”、“情节严重(特别严重)”、“情节恶劣”、“严重(特别严重)情节”、“后果严重(特别严重)”、“严重(特别严重)后果”之类的表述,违法所得就是情节犯的表现之一。

违法所得作为定罪量刑标准,除了刑法第175条(高利转贷罪)、第217条(侵犯著作权罪)、第218条(销售侵权复制品罪)、第318条(组织他人偷越国(边)境罪)直接规定外,刑事司法解释也有将其作为定罪量刑标准的具体规定,主要体现在经济犯罪中。概括起来可以分为二类:一是对罪状违法所得“数额较大”、“数额巨大”予以明确,比如关于第218条(销售侵权复制品罪)的“违法所得数额巨大”,最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)》(以下简称《立案追诉标准(一)》)规定:违法所得数额十万元以上或者违法所得数额虽未达到上述数额标准,但尚未销售的侵权复制品货值金额达到三十万元以上,应当予以立案追诉,实际上就是对违法所得“数额巨大”的具体解释,以及犯罪未遂时的立案追诉要求。二是作为罪状“情节严重”等情节的具体要求,比如说刑法第225条的“情节严重”,最高人民检察院、公安

部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(以下简称《立案追诉标准(二)》)相应规定,对于个人犯罪,“违法所得数额在一万元以上”、“违法所得数额在二万元以上”应当立案追诉,就是将违法所得数额1万元或2万元明确为“情节严重”情形之一。三是罪状虽然没有明文要求“情节”,但司法解释依然作了限定。比如刑法第312条的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,基准刑档次并无有关情节的描述,“情节严重”属于升格刑,“两高”《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第7条规定,明知是非法获取计算机信息系统数据犯罪所获取的数据、非法控制计算机信息系统犯罪所获取的计算机信息系统控制权,而予以转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒,违法所得五千元以上的,应当依照刑法第312条第1款的规定,以掩饰、隐瞒犯罪所得罪定罪处罚。也就是说,对于涉及上游计算机信息系统数据犯罪的数据,予以转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的,只有“违法所得五千元以上”,才能立案追诉,否则,只能行政处罚或者通过民事途径解决。

二、关于违法所得的理论争议及界定

何谓违法所得?刑法条文并没有明确,司法解释虽有提及,但均是对个罪中的具体界定,并没有统一规定。理论界对于违法所得则一直存在争议,归纳起来主要有二种观点,一是毛利说,也称销售数额说、经营数额说,二是纯利说,也称获利说,分述如下:

(一)毛利说

该观点认为,刑法中的“违法所得”,一般是指犯罪分子因实施违法犯罪活动而取得的全部财物,包括金钱和物品,是包含经营成本在内的所有违法所得数额。该观点实际上认为违法所得就是全部销售的收入,还包括尚未销售可能销售的金额,有的甚至进一步扩大为“货值金额”、“经营数额”。最高人民检察院《关于假冒注册

商标犯罪立案标准的规定》[①](高检发研字〔1993〕12号)规定:“假冒他人注册商标,违法所得(即销售收入,下同)数额达到下列标准的,应予立案”。也就是说,最高人民检察院曾经认为,对于假冒他人注册商标并销售的全部收入,即为违法所得。“两高”《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2001〕10号,以下简称《伪劣产品刑案解释》)第2条规定,刑法第140条、第149条规定的“销售金额”,是指生产者、销售者出售伪劣产品后所得和应得的全部违法收入。

(二)纯利说

该观点认为,违法所得就是获利数额,即因违法犯罪所获得的全部收入扣除行为人直接用于经营活动的适当的合理支出。该观点是理论学说和司法实践的主要观点,最高司法机关先后就个罪中的“违法所得”制定的司法解释或者做出批复和研究意见,均持此意见。最高人民法院《关于审理生产、销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得数额”的批复》[②](法复〔1995〕3号)规定,“违法所得数额”是指生产、销售伪劣产品获利的数额;最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔1998〕30号)第17条规定,本解释所称“违法所得数额”是指获利数额;“两高”《关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2012〕6号)第10条规定,刑法第180条第1款规定的“违法所得”,是指通过内幕交易行为所获利益或者避免的损失。《最高人民法院研究室关于非法经营罪中“违法所得”认定问题

① 该规定后被《最高人民检察院关于废止部分司法解释和规范性文件的决定》废止,废止理由为假冒商标犯罪案件已不属检察机关管辖,相关案件的立案标准在2001年4月18日最高人民检察院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》中已有规定。

② 该规定后被《最高人民法院关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件(第九批)的决定》废止,废止理由为《全国人民代表大会常务委员会关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》已被废止,批复不再适用。

的研究意见》[③]认为，非法经营罪中的“违法所得”，应是指获利数额，即以行为人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入(即非法经营数额)，扣除其直接用于经营活动的合理支出部分后剩余的数额。

(三)笔者观点

显然，根据刑法和刑事司法解释条文的表述，销售金额、非法经营数额、违法所得数额是三个既相互联系又相互区别的不同概念。作为定罪量刑标准，三者常并列使用，比如《立案追诉标准(二)》关于非法经营罪的规定，就将非法经营数额和违法所得数额并列；作为罚金基准，销售金额也时常出现在刑法条文中，比如刑法第140条的生产、销售伪劣产品罪，并处的罚金为销售金额百分之五十以上二倍以下。违法所得数额如何界定，首先要厘清销售金额、非法经营数额的概念，才能进一步界定违法所得数额，进而对三者进行区分和联系。

关于销售金额。销售金额在刑法第140条、第142条、第145条、第146条、第147条、第148条、第149条、第214条共8处出现，主要是作为定罪量刑标准出现，兼具作为罚金基准。所谓销售金额，顾名思义，就是因销售而实际获得的收入。应当说，销售金额的前提在于已销售，对于尚未销售则无法确定。由于刑法条文规定和罪名的设置对于生产型的犯罪往往也使用销售金额作为唯一定罪量刑标准，比如第140条的生产、销售伪劣产品罪，为了避免不合理的现象，司法实践中对于正在进行或者最终要进入销售环节的应得收入，也确认为销售金额。《伪劣产品刑案解释》第2条规定，刑法第140条、第149条规定的“销售金额”，是指生产者、销售者出售伪劣产品后所得和应得的全部违法收入。“两高”《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2012〕6号，以下

[③] 载《司法研究与指导》2013年第1辑，人民法院出版社2013年版，第155页。

简称《知识产权刑案解释》)第9条规定,刑法第214条规定的“销售金额”,是指销售假冒注册商标的商品后所得和应得的全部违法收入。两个文件都采取了扩大解释的方法。当然,为了进一步解决生产环节的犯罪认定,“两高”相关司法解释还引入了刑法条文所未出现的“货值金额”。《伪劣产品刑案解释》第2条同时规定,货值金额以违法生产、销售的伪劣产品的标价计算;没有标价的,按照同类合格产品的市场中间价格计算。货值金额难以确定的,按照国家计划委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部1997年4月22日联合发布的《扣押、追缴、没收物品估价管理办法》的规定,委托指定的估价机构确定。

关于非法经营数额。非法经营,除在刑法第225条直接出现外,并未直接在其余条文出现过。而经营一词,则在刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪和其他分则条文多次出现过。所谓经营,按照《现代汉语词典》的解释,泛指筹划并管理(企业等),或者计划或组织。[④]按此理解,非法经营数额,一般是指在非法进行生产、购销、流通等营业过程中涉及到产品的价值。因此,非法经营数额的外延要大于销售金额,一般而言,如果产品已销售的,非法经营数额就是实际销售金额;如果尚未销售的,非法经营数额就是货值金额。在此意义上,《知识产权刑案解释》第12条规定,本解释所称“非法经营数额”,是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中,制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值,按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值,按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。该界定后来被《立案追诉标准(一)》直接沿用。

关于违法所得。笔者认为,违法所得,顾名思义,是“违法所得的一切财物”的简称,指行为人从事违法活动获取的财物以及其他以

④《现代汉语词典》,商务印书馆1983年版,第595页。

违法所得论处的非法财物。与销售金额、非法经营数额类似，违法所得实际上并非刑法专属概念，可以分为刑法上的违法所得、行政法上的违法所得和民法上的违法所得。本文在此仅探讨刑法上的违法所得亦即犯罪所得。产生违法所得的犯罪主要是财产型犯罪和经济型犯罪，具体可以分为两大类，一类是取得利益型（以非法占有为目的）犯罪，如“两抢一盗”、贪污罪、受贿罪等；二是经营利益型（通常表现为非法动机和目的但未必以此为要件）犯罪，如生产、销售伪劣产品罪、侵犯著作权罪、非法经营罪等。由于这两类犯罪中的违法所得产生的方式不同，因而在计算数额时也应有所区别。对于前者，其所取得的非法财产本身就是违法所得，或者说违法所得就是赃款、赃物或者销售赃物的收入。取得利益型的犯罪数额和违法所得数额，一般具有一致性，如果违法所得产生孳息或者收益，应当一并记入违法所得，但不作为犯罪数额，此时违法所得数额要高于犯罪数额。对于后者，一般则以进行相应的扣除为宜，违法所得实际上就是“获利数额”。因此，上述第二种观点应当限定为经营利益型的犯罪。实际上，不仅在刑事法上，在行政法上，对于经营利益型的违法，违法所得认定的原则也是相通的。国家工商行政管理总局 2009 年 1 月 1 日施行《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》第 2 条明确规定，工商行政管理机关认定违法所得的基本原则是：以当事人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的适当的合理支出，为违法所得。

由此看来，对于经营利益型犯罪，非法经营数额外延最广，涵盖了购买价格、销售金额、货值金额，而违法所得数额最为狭义。如果尚未销售，则一般不存在销售金额，更无从体现违法所得了；如果已经销售，一般销售金额也就是非法经营数额，往往也会存在违法所得（但不排除特殊情况下销售收入小于购买支出，无实际获利）。

三、违法所得认定的现实困境

经营利益型犯罪基本上属于结果犯或者行为犯，以生产、销售伪劣产品罪为例，作为行为犯，销售金额作为评判定罪量刑的标准，对于尚未销售则不存在销售金额，严格按照罪刑法定原则不宜追究刑事责任，势必造成生产伪劣产品无从打击的不合理现象。为了解决这一困境，司法解释将销售收入扩大解释至尚未销售但应得的收入，还进一步引入了“货值金额”概念，并对同一罪名的既遂和未遂采用不同的立案追诉标准，不仅表面有违罪刑法定原则，实际上也有可能造成处罚并不公平。[⑤]同样，依附于销售的“违法所得”，同样面临如此困境，而司法解释仅就个罪引入“货值金额”，并未提出普遍适用的处理意见，在违法所得作为唯一定罪量刑标准的罪名，由于对违法所得的理解难、认定难，这一困境在司法实践中更为凸显。

(一)违法所得界定难造成罚金适用争议

如上所述，由于理论界和实务界对违法所得的争议，司法实践中存在将非法所得数额与销售金额、非法经营数额混淆，进而适用法律错误的现象。比如，《最高人民法院公报》2012 年第 2 期刊载的董杰、陈珠非法经营案。

一审、二审法院认定的事实基本一致：2006 年 9 月至 2007 年春节，董杰、陈珠雇用人员通过使用向他人购得的名为“小金鱼”的外挂，帮助热血传奇游戏玩家升级并牟利。2007 年 3 月，董杰、陈珠又通过互联网向他人购得名为“冰点传奇”的外挂程序，以“土人部落工作室”的名义，雇用员工在热血传奇游戏中以每周 80 元、每月 300 元的价格帮助玩家使用“冰点管家”外挂程序代练升级，先后替一万多个热血传奇游戏账户代练升级。董杰、陈珠收取玩家“代练款”150 万元，支付给上家“拉哥”点卡费用 130 余万元，从中获利额近 20 万元。一审法院判处二人犯非法经营罪，判处董杰有期徒刑六年，罚金

[⑤] 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2016 年第 5 版，第 737 页。

150 万元;判处陈珠有期徒刑三年,缓刑四年,罚金 140 万元。二人上诉后,二审法院维持了一审法院的事实认定、定罪和主刑判决,对二人的附加刑分别改判为罚金 30 万元和 20 万元。

显然,该案一审、二审对事实、定性没有分歧,分歧在于对罚金适用的基准"违法所得"理解不同。一审法院将非法经营数额(在本案与销售金额一致)当作"违法所得",进而在判处附加刑"并处违法所得一倍以上五倍以下罚金"时适用法律错误,判处了相当于"非法经营数额"一倍的罚金,二审法院正确理解了"违法所得",进而作出了正确判决。

(二)违法所得认定难造成量刑档次争议

上述案例是对违法所得的认识存在分歧,但毕竟可以查清。而司法实践中,对于经营利益型犯罪,违法所得依附于销售,往往难以查清,特别是混同在有合法所得的情况下,情况复杂,难以区分。比如今年法庭大戏深圳市快播科技有限公司、王欣、吴铭、张克东、牛文举传播淫秽物品牟利案就是如此[⑥]。

公诉机关指控,深圳市快播科技有限公司、王欣、吴铭、张克东、牛文举擅自从事互联网视听节目服务、提供的视听节目含有色情等内容的情况下,未履行监管职责,放任淫秽视频在快播公司控制和管理的缓存服务器内存储并被下载,导致大量淫秽视频在网上传播。期间,快播公司盈利主要依靠广告费、游戏分成、会员费和电子硬件等来源,快播事业部是快播公司盈利的主要部门。根据账目显示,快播事业部的主要收入来源于网络营销服务,其中资讯快播和第三方软件捆绑是最为主要的盈利方式。快播公司营业收入逐年增长,至 2013 年仅快播事业部即实现营业收入人民币 1.4 亿余元。公诉机关认为本案属于情节特别严重。法院查明的涉案营业收入事实

⑥ 案情系笔者根据北京市海淀区人民法院官方微信公众号"北京海淀法院"2016 年 9 月 13 日的相关报道整理而成。

和公诉机关指控的事实基本一致，法院认为快播公司的行为不属于传播淫秽物品牟利罪“情节特别严重”的情形，有五点理由，其中第四点就是关于“直接获利数额”。法院认为，快播公司放任淫秽视频传播的直接获利数额难以认定。快播公司获利方式的间接性决定了这种合法经营和非法经营的混同存在，所反映出的主观恶性和行为的社会危害性，比纯粹以淫秽物品传播为专营业务的淫秽网站要小。

根据刑法第363条和“两高”《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2004〕11号）的规定，利用淫秽电子信息收取广告费、会员注册费或者其他费用，违法所得1万元以上的要定罪处罚；达到标准5倍以上的，应当认定为刑法第363条第1款规定的“情节严重”；达到规定标准25倍以上的，应当认定为“情节特别严重”。显然，单就营业收入而言，快播公司的主要盈利部门快播事业部2013年就实现营业收入1.4亿余元，远在“情节特别严重”标准25万元之上，但是，由于快播事业部本身存在合法经营，故法院认为本案的直接获利数额即非法所得数额难以认定，虽然法院认为“造成淫秽视频大量传播，非法牟利数额巨大”属于“情节严重”，但是，法院并没有认定“数额巨大”具体是多少，最终也没有判处“没收违法所得”。应该说，法院的判决存在自相矛盾之处，一方面认定快播公司在传播淫秽物品时进行通过“资讯快播和第三方软件捆绑”非法牟利，而“资讯快播和第三方软件捆绑是最为主要的盈利方式”，该两项营业收入上亿元，一方面又认为因快播公司合法经营和非法经营的混同存在故无法认定非法所得数额进而没有相应判处没收，最终折中认定为“数额巨大”，凸显了违法所得数额难以查清时的适法困境。

（三）违法所得数额要求过严造成定性争议，乃至突破罪刑法定原则

如上所述，大部分罪名除了“违法所得数额”这一定罪量刑标准，尚有非法经营数额等其他量刑标准，对于少数“违法所得数额”作为唯一定罪量刑标准的罪名，如果因为违法所得标准不合理或者实践难以查清，则存在更大困境——司法机关倾向于搁置该罪名而适用其他罪名，突破罪刑法定原则。销售盗版音像光碟就是典型类案。

刑法第218条(销售侵权复制品罪)规定，以营利为目的，销售明知是本法第二百一十七条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。《非法出版物刑案解释》第4条规定，个人违法所得数额十万元以上属于刑法第218条的“违法所得数额巨大”。《立案追诉标准(一)》进一步扩张解释规定为，对于个人，违法所得数额十万元以上或者违法所得数额虽未达到上述数额标准，但尚未销售的侵权复制品货值金额达到三十万元以上，应当予以立案追诉。然而，由于市面上盗版音像光碟售价一般也就是从一两元到几元不等，进货价更是从几毛钱至几元钱不等，加之销售行为基本靠查现行，过往销售情况难以查清，实践查处的销售盗版音像光碟的行为，大部分都难以达到“违法所得数额十万元以上”。

为了解决这一困境，《非法出版物刑案解释》)第3条规定，刑法第217条第1项中规定的“复制发行”，是指行为人以营利为目的，未经著作权人许可而实施的复制、发行或者既复制又发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，实质上将单独的“发行”行为纳入了刑法第217条的范畴。该规定得到了“两高”《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第2条的确认。此外，《非法出版物刑案解释》第11条还规定，违反国家规定，出版、印刷、复制、发行本解释第一条至第十条规定以外的其他严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版

物，情节严重的，依照刑法第225条第3项的规定，以非法经营罪定罪处罚。[7]导致司法实践中，销售盗版音像光碟的行为几乎都被认定为侵犯著作权罪和非法经营罪。[8]

为了扭转将销售盗版光碟错误定性为非法经营罪的趋势，最高人民法院、最高人民检察院、公安部于2011年发布了《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》（法发〔2011〕3号），以下简称《知识产权刑案意见》）。第12条直接规定，刑法第217条的“发行”，包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动。非法出版、复制、发行他人作品，侵犯著作权构成犯罪的，按照侵犯著作权罪定罪处罚，不认定为非法经营罪等其他犯罪。可以说，该意见以罕见形式明确规定某种行为不适用某些罪名，虽然扭转了司法实践误区，但同时也直接违背罪刑法定原则，造成了刑法第218条已名存实亡。应当说，无论是根据文义解释、体系解释、历史解释还是目的解释，刑法第217条“复制发行”的“发行”，都不应当包括为零售行为。《知识产权刑案意见》已僭越立法规定，突破了罪刑法定原则，受到知识产权法学者和刑法学者的一致批判。[9]遵照刑法条文还是司法解释条文，实践中导致的争议依然没有消解。姜某、金某销售盗版光碟再审案就是典型案例。[10]

2010年2月至12月，姜某、金某夫妻在湖南省邵东县某门面租房无证经营音像制品，期间姜某甲多次从广州以每张0.92元的价格购进光碟，以每张0.95元的价格分别销售至本县、贵州省共计

[7] 刑法第225条后被修正，当时的第（三）项后被改为第（四）项，内容为“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。

[8] 《最高人民法院公报》2005年第9期刊载的上海市人民检察院第二分院诉顾然地等人非法经营案就是典型例子，对顾然地等人销售盗版音像光碟的行为，公诉机关以非法经营罪起诉，法院以销售侵权复制品罪判决，但该案例并没有起到真正的“指导”或者参照作用，当时实践中此类行为大部分以非法经营罪定性。

[9] 王迁：《知识产权法》，中国人民大学出版社第5版，第138页；张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年第4版，第824-825页。

[10] 见湖南省邵东县人民法院（2015）邵东刑再初字第1号刑事判决书。

36900张，金某协助经营管理。同年12月29日，邵东县新闻出版局在二人的租房内，查获其用于贩卖的光碟124种，共计105432张。经鉴定，上述光碟均系非法音像制品。

公诉机关指控二人侵犯著作权罪，法院支持指控，分别判处二人有期徒刑五年和三年。判决生效后，二人申诉，邵东县人民法院再审认为：二人以营利为目的，采取低价购进后再加价售出的方式，销售明知是侵权复制品，系销售侵权复制品的行为，由于销售侵权复制品罪的客观方面的构成要件是“违法所得数额巨大”本案没有证据证明二人的违法所得已达数额巨大即10万元。故二人的行为情节显著轻微，危害不大，属一般违法行为，不应认定为犯罪。再审撤销原审判决，宣告二人无罪。

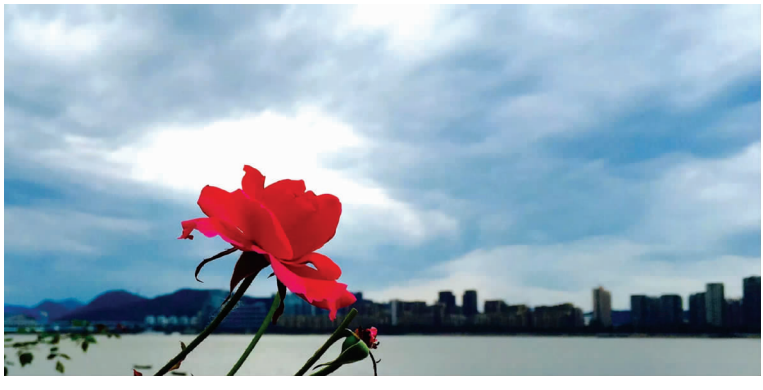
应当说，再审判决依照刑法规定，严格贯彻了罪刑法定原则，是正确的。但问题是，面对“违法所得数额”要求10万元以上如此之高的定罪标准，实践中销售盗版光碟的大部分行为，几乎不可能被定罪量刑，无疑不利于知识产权保护。故司法实践突破罪刑法定原则、搁置刑法第218条也就不难理解了。据学者不完全统计，截至2011年9月12日在法意网的搜索所得的有关于适用刑法第225条第4项的243份判决文书，其中涉及到“经营非法出版物”的判决文书竟然高达191份，占比高达78.6%。[11]虽然《知识产权刑案意见》解决了非法经营罪定性错误，但依然无法解决该类行为要么难以定罪要么被错误认定侵犯著作权罪的两难困境。

四、解决违法所得认定困境的出路

法律有漏洞，可以通过解释来弥补，但如果通过解释，“解释隐含漏洞”转变为“法律真正漏洞”[12]，则只能通过刑事立法的完善来弥补。笔者赞同张明楷教授的观点，“犯罪的本质是侵犯合法权益，而

[11] 欧阳本祺：《对非法经营罪兜底性规定的实证分析》，载《法学》2012年第7期，第119至122页。
[12] [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版。

不是犯罪人获得利益。”[13]根据上述分析，改变违法所得数额作为定罪量刑的唯一标准和罚金基准，极为必要，或者另行添加非法经营数额作为并列要素，或者直接使用“情节严重”、“非法经营数额较大(巨大)”、进行作为定罪标准代替。同时，直接概括规定“并处罚金”，不再将违法所得数额作为定罪量刑标准。事实上，刑事立法的变迁充分说明该做法既必要又可行。1997 年《刑法》关于生产、销售伪劣产品罪“销售金额”的规定，实际上就是对《全国人民代表大会常务委员会关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》同罪名“违法所得数额”的抛弃。《刑法修正案(六)》第 10 条对《刑法》第 182 条(原为操纵证券、期货价格罪，后改为操纵证券、期货市场罪)原条文“并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金”改为“并处或者单处罚金”，实际上也是为解决无违法所得或者难以查处的困境。[14]既然立法机关已意识到“违法所得”作为定罪量刑标准和罚金基准的诸多困境，适时对现行《刑法》分则条文相关“违法所得”进行修改完善，实为良策。



[13] 张明楷：《刑法第 140 条“销售金额”的展开》，载《清华法律评论》1999 年第 2 期。

[14] 黄太云：《刑事立法的理解与适用--刑事立法背景、立法原意深度解读》，中国人民公安大学出版社 2014 年版，第 90-91 页。

裁量视阈下的浙江行政程序立法

——评《浙江省行政程序办法》第四十三条

□ 来晓明* 郭天奇*

2016年10月1日，浙江省人民政府颁布了《浙江省行政程序办法》(下称《办法》)，其中对行政执法中的裁量问题作出专门规定，是本次规章制定中的一大亮点。

根据《办法》第四十三条的规定，“行政机关应当建立健全行政执法裁量基准制度，细化、量化裁量范围、种类和幅度。行政执法裁量基准应当向社会公布。行政机关实施行政执法行为应当遵循行政执法裁量基准，但适用裁量基准将导致某一行政执法行为明显不当的，行政机关可以在不与法律、法规和规章相抵触的情况下，变通适用裁量基准，但必须经行政机关负责人集体讨论决定，并充分说明理由”。该条款提及的“裁量基准”并不是崭新的行政法概念，也并非

* 来晓明，本所高级合伙人兼政府行政法律服务团队负责人，西南政法大学诉讼法学专业硕士生，杭州市律师协会行政法专业委员会副主任。
* 郭天奇，本所实习律师，西南政法大学法学学士。

首次出现在地方行政程序立法中，早在2008年湖南省人民政府颁布的《湖南省行政程序规定》中就对裁量基准的定义及制定作了较为详尽的说明。而《办法》第四十三条的特殊性在于，它不仅关注行政执法裁量基准的制定，同时更对裁量基准的适用标准进行具体的约束。

一、“行政裁量基准”的界定及价值

行政裁量基准一直是理论界和实务界老生常谈的话题，它由行政裁量权的概念引申而来，是为了防止行政裁量权的滥用而催生的制度。

从行政法治理念的角度看，对行政裁量权的限制通常有以下三种方式：其一是从根源上的限制，即立法机关在立法层面对行政裁量权加以约束。但根据各国的立法实践看，来自立法机关的约束通常是原则性的，对于行政执法中可能遇到的各种问题，立法机关一来难以预料，二来也不能将之一一体现在法律文本之中，于是便有了“法尽裁量生”的现象。其二是来自审判机关对行政裁量权的约束，人民法院通过行政诉讼对行政机关的大多数行政行为实施监督，就我国现行《行政诉讼法》的相关规定而言，只有少数明确列举的事项不纳入行政诉讼的受案范围，其余行政争议都将接受司法审查的监督。但司法审查往往不采用全面审查的方式，行政行为的合法性通常是司法审查的重点，其合理性问题则极少会成为法庭审理的焦点，而行政裁量权事实上是对合理性的探讨。此外，司法审查通常只具备个案效力，难以对广泛复杂的行政执法问题产生权威、确定的指导性意义。基于上述两种方式都难以对日益扩张的行政裁量权进行具体有效的控制，一种源自行政机关内部的自我规制机制应运而生，即行政裁量基准制度。

“基准”一词在现代汉语中的通常意义是指“机械制造中，用来确定零件或部件上某一几何元素的位置所依赖的另外一个作为标

注起点的几何元素”,而在行政裁量基准语境下,则表示“准则”、“规则”或“标准”的意思,旨在对行政裁量权的限制[①]。“裁量基准”首次出现在国内的规范性文件中是2004年浙江省金华市公安局制定的《关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见》,并在全国范围内产生广泛影响。若要严格地对“行政裁量基准”下定义,是指行政执法者在行政法律规范没有提供要件——效果规定,或者虽然提供了要件——效果规定但据此不足以获得处理具体行政案件所需之完整的判断标准时,按照立法者意图、在行政法律规范所预定的范围内、以要件——效果规定的形式设定的判断标准[②]。简言之,行政裁量基准就是要将行政法规范中的裁量规则予以具体化,以判断选择的标准化为个案中的裁量决定提供更为明确具体的指引。

因而,行政裁量基准在对行政裁量权的限制方面发挥着特有的功能与价值。第一,行政裁量基准有助于控制行政裁量的运作;裁量基准的制定与适用使行政执法人员的恣意受到很大程度的抑制,减少其向政治诱惑或者压力妥协的可能性,限制其考虑不相关的因素而滥用权力。第二,行政裁量基准有助于减少裁量过程中的不确定性;行政法规范的实施需要行政裁量的补充,而广泛存在的不确定法律概念和众多可供选择的法律效果必然导致裁量空间的不确定性,这使行政相对人对行政执法的后果也缺乏准确的预见。而裁量基准的存在使得这种可预见性得到大幅的提升,明确了行政裁量应遵守的规则,限制了行政裁量的范围,减少了裁量的不确定性。第三,裁量基准的制定与适用有助于司法机关对裁量决定的审查;行政裁量权本身是一个合法性前提下的概念,只有置身于上位法之下才会产生裁量的问题,所以“裁量”实质上是对合理性的探讨。而司法机关在审理行政行为合理性方面存在着天然的障碍,裁量基准的

[①] 周佑勇,钱卿:裁量基准在中国的本土实践——浙江金华行政处罚裁量基准调查研究,《东南大学学报》(哲学社会科学版),2010年,第12卷,第4期。

[②] 王贵松:行政裁量基准的设定与适用,《华东政法大学学报》,2016年,第3期。

设定与运用事实上成为了二者之间的桥梁。

二、《办法》第四十三条的亮点之处

(一)扩大行政裁量基准制定及适用的范围

《办法》第九十七条规定,“本办法所称行政执法,是指行政机关实施法律、法规和规章,针对特定公民、法人和其他组织作出的影响其权益的行政行为,包括行政许可、行政处罚、行政强制、行政确认、行政给付、行政裁决、行政征收、行政检查等行政行为”。因而,我们可以认为《办法》第四十三条规定的“行政执法裁量基准制度”应当在前述至少八种行政行为中加以制定和适用。这一规定在行政裁量领域确实颇具新颖性。

我们知道,行政裁量基准通常是在行政处罚等负担性行政行为中被制定并适用,而在行政许可、行政给付等授益性行政行为中较少谈及这个问题。此次《办法》所作的规定,无论是从行政法原理还是从行政权发展和运行的现实状态分析,都具有相当的前瞻性。行政裁量基准,顾名思义,是为了控制行政裁量权而催生的行政机关自制制度,由行政机关在法律授予的裁量权限内对法规范进行细化而形成的一种行政规定。立法机关在制定法律时通常尽可能地规范行政权的密度,但不可能收尽行政裁量的空间,无论是何种形式的行政权力,总会有立法余留的裁量空间供行政机关选择,所以建立全方位的行政裁量基准制度在理论上很有必要。现实中,随着国家职能的扩张和服务行政理念的兴起,以行政给付为主要形式的授益性行政行为日益得到行政机关的充分重视和广泛采用,与此同时也带来了裁量权滥用的问题,例如,给多给少标准不一。因而,将对行政裁量权的控制理念从传统的负担性行政行为发散至授益性行政行为,是此次《办法》的亮点之一。

(二)设定行政裁量基准适用的合理性判断标准

《办法》第四十三条第二款规定,“行政机关实施行政执法行为

应当遵循行政执法裁量基准,但适用裁量基准将导致某一行政执法行为明显不当的,行政机关可以在不与法律、法规和规章相抵触的情况下,变通适用裁量基准",这是对裁量基准的适用所作的最低约束标准。行政裁量,通常指的是法定裁量,是行政机关在法律授权的范围内实施裁量权,因而不产生合法性的问题,也就无法运用合法性标准对行政裁量行为进行约束。故,《办法》采用了合理性标准对行政裁量基准的适用加以约束,赋予行政机关以"明显不当"为由变通适用裁量基准的权力。

(三)与《行政诉讼法》规定的司法审查标准相衔接

现行《行政诉讼法》总则部分的第六条规定,"人民法院审理行政案件,对行政行为是否合法进行审查";第七十条规定,行政行为有明显不当情形的,人民法院判决撤销或部分撤销,并可以判决重新作出行政行为。由此确立了以合法性审查为原则,合理性审查为例外的司法审查标准。

从法律位阶考虑,《行政诉讼法》是上位法,《办法》是下位法,下位法的规定不能与上位法相抵触,否则当然无效。显然,《办法》的制定者在设定第四十三条第二款的裁量基准适用标准时,充分考虑到了人民法院对行政行为的审查标准。《行政诉讼法》赋予了人民法院对行政行为合理性问题部分的审查权,也就是当行政行为存在"明显不当"的情形时,法院才可予以撤销。而这恰恰也是《办法》赋予行政机关变通适用裁量基准的界限。

三、《办法》第四十三条的不足之处

行政裁量基准作为行政自制规范同时兼具规则主义和行政自制的双重品格,这导致了它在司法审查过程中也呈现出作为"审查依据"和"审查对象"的双重现象[③]。从规则主义层面出发,人民法院虽然在司法审判中不受裁量基准的拘束,但由于专业性的缺失,导

[③] 周佑勇:裁量基准司法审查研究,《中国法学》,2012 年,第 6 期。

致人民法院不得不在司法实践中参考裁量基准，这时法院便需要考量裁量基准作为审查依据是否能够成立，检讨裁量基准的效力等级以及效力范围；而从行政自制角度看，裁量基准作为行政自制的外在表现形式，本身就是司法审查的对象。因此如何在这对矛盾的关系中厘清司法权与行政裁量权的定位，应是行政裁量基准设定及相关规范性文件制定时着重考虑的问题，显然《办法》第四十三条的起草者并没有对此深入思考。

《办法》第四十三条第二款只从规则主义的角度对行政裁量基准的变通适用作出规定，以“明显不当”作为变通适用裁量基准的法律效果前提，以“机关负责人集体讨论并充分说明理由”作为变通适用的程序要件。而这种单纯停留在法律适用视角的规定，显然忽略了行政裁量基准作为行政自制的重要属性，其本身也应当是司法审查的对象，司法权对于在适用过程中可能导致“明显不当”后果的行政裁量基准应该如何实施监督，如何避免不当的裁量基准反复被行政机关适用，这也理应是该条规定中需要探讨的问题。

中国台湾地区法院认可及执行大陆法院民商事裁判的法律要点梳理

□ 龚家勇* 葛林飞*

笔者接触到一份于2016年11月14日裁判的《台湾桃园地方法院民事裁定》(附后),记载的是中国台湾地区居民杨某,于2013年9月在浙江省桐乡市驾驶机动车发生事故,致大陆居民周某人身伤害。此后,杨某不积极赔偿,周某于2014年至浙江省桐乡市人民法院对杨某提起诉讼,案件于2014年11月判决生效后,杨某逃逸回台湾,躲避执行。

周某在律师的代理下,于2016年向台湾桃园地方法院申请司法认可,并得到支持。以此为研究点,笔者将中国台湾地区法院认可及执行大陆法院民商事裁判的法律要点作部分梳理,抛砖引玉,供

* 龚家勇,本所律师、团支部书记,浙江工商大学法律硕士。
* 葛林飞,本所实习律师,中国政法大学法律硕士。

法律人探讨。

一、区域司法协助

学界一般将国与国之间的司法协助称为“国际司法协助”,在一国之内不同法域之间的司法协助称为“区际司法协助”[参见:《海峡两岸民事司法协助探析》,载《台湾研究·法律》2010年第2期第42页,作者:严峻]。海峡两岸在坚持“一个中国”的前提下,相互间的司法协助自然为“区际司法协助”。

同理,这种统一也反映在两案法律规范用词上的规范,针对外国裁判结果的司法确认,两地的民事诉讼法皆用“承认”一词,而在大陆与台湾地区间所订立的司法协助文件均使用“认可”一词。

1999年10月15日,台湾地区板桥地方法院民事二庭裁定认可海口市中级人民法院(1995)海中法经字第54号民事判决,启动了台湾地区法院认可大陆裁判并强制执行的程序[参见:《我国大陆与台湾地区民商事判决相互承认与执行之现状、问题及思考》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》(第62卷)2009年11月第6期第736页,作者:刘仁山]。

二、申请台湾地区法院裁判认可的依据

台湾地区法院认可大陆地区法院所作裁判的依据,主要是《台湾地区与大陆地区人民关系条例》(以下简称《两岸人民关系条例》)及其对应的《实施细则》,具体:

(一)指导性条文

《两岸人民关系条例》第74条规定:“在大陆地区作成之民事确定裁判、民事仲裁判断,不违背台湾地区公共秩序或善良风俗者,得声请法院裁定认可。前项经法院裁定认可之裁判或判断,以给付为内容者,得为执行名义。”

《实施细则》第68条规定:“依本条例第七十四条规定声请法院

裁定认可之民事确定裁判、民事仲裁判断，应经行政院设立或指定之机构或委托之民间团体验证。”

上两条构成了台湾地区法院认可大陆法院裁判的指导性条文。

(二)相关条文

另外，《两岸人民关系条例》第7条规定：“在大陆地区制作之文书，经行政院设立或指定之机构或委托之民间团体验证者，推定为真正。”

《实施细则》第8条规定：“本条例第四条第一项所定机构或第二项所定受委托之民间团体，于验证大陆地区制作之文书时，应比对正、副本或其制作名义人签字及钤印之真正，或为查证。”第9条规定：“依本条例第七条规定推定为真正之文书，其实质上证据力，由法院或有关主管机关认定。文书内容与待证事实有关，且属可信者，有实质上证据力。推定为真正之文书，有反证事实证明其为不实者，不适用推定。”

以上三条为相关条文，实践中经常引用。

(三)其他依据

《海峡两岸共同打击犯罪及司法协助协议》、《南京协议》等一些文件对认可双方的裁判略有提及，但均未超出上述文件所涵盖的内容与范围。

三、台湾地区认可的大陆法院民商事裁判的范围

(一)判决书一般予以认可

《两岸人民关系条例》第74条的用语比较宽泛，并未对“民商事裁判”的范围作出限定，因此当两岸法院对某一裁判形式存在不同定义时，便会出现分歧。但对于判决，无论是给付判决、确认判决亦或是形成判决，两岸均予以受理认可申请。

(二)调解书一般不予认可

对于大陆法院民事调解书的形式与效力，两地法院未达成一致

意见。依照台湾地区法院的“民事诉讼法”规定:调解(和解)因当事人的合意而成立,判决为法院对于诉讼事件所为之公法的意思表示,而调解(和解)为当事人就诉讼上之争执互相让步而成立之合意,其本质并非相同[参见:《论大陆法院调解书在台湾地区的认可》,载《台湾研究集刊》2014 年第 1 期(总第 131 期)第 41 页,作者:张自合],台湾地区“司法院”亦认为 74 条所指的民事确定裁判,不包括民事调解书在内。

某些申请失败的案例中,台湾地区法院便引用以上论断不予认可,例如台东地方法院 2002 年家声字第 1 号民事裁定就认为:《两岸人民关系条例》第 74 条所谓“在大陆地区作成之民事确定判决、民事仲裁判断“系指大陆地区之裁定、判决而言,并不包括民事调解书在内,大陆地区作成之调解书,不得申请裁定认可[参见:《大陆法院民商事裁判在台湾地区的认可及执行——台湾地区“最高法院”2008 年台上字第 2376 号案述评》,载《东南司法评论》(2010 年卷)第 409 页,作者:陈延忠]。

(三)少数情形对调解书予以认可

实务中也有一些大陆法院调解书获得了台湾地区法院的认可,据学者统计,在 2000 年到 2012 年间,共有 86 份民事调解书在台湾地区申请认可,其中 20 件获得了认可,约为 23%。

获得认可的民事调解书中,19 件为离婚调解书,1 件为商事调解书[参见:《论大陆法院调解书在台湾地区的认可》,载《台湾研究集刊》2014 年第 1 期(总第 131 期)第 41 页,作者:张自合],认定的调解书范围集中于离婚领域,不及于民商事,可见双方的分歧仍然存在。

四、认可的要件及程序

(一)认可的公共秩序要件

根据《两岸人民条例》第 74 条所规定的内容,认可的要件是满

足“不违背台湾地区公共秩序或善良风俗者”。这一条款也是国际上常见的“公共秩序保留”条款。台湾地区“司法院”曾就台湾地区法院认可内地判决的准则作过几点解释,其中涉及公共秩序的内容包括以下几点:

1、以台湾地区有关规定,内地法院之判决违反专属管辖者,因与公益有关,不予认可;

2、认可内地法院之判决仅审查其判决内容有无违背台湾地区公共秩序或善良风俗;

3、公共秩序或善良风俗原系不确定之法律概念,是否违背该规定应就个别具体案件来探讨,并应注意下列事项:(1)依台湾地区“宪法”保障人民基本权利。(2)应注意保障台湾地区人民福祉之原则。(3)内地法院之判决违反台湾地区强制禁止规定者,得视个别具体情形认定是否违反公共秩序或善良风俗 [参见:《我国大陆与台湾地区民商事判决相互承认与执行之现状、问题及思考》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》(第62卷)2009年11月第6期第737页,作者:刘仁山]。

(二)认可的程序

申请台湾地区法院认可大陆裁判的流程大概分为以下几步(参考“财团法人海峡交流基金会”网站内容,网址:http://www.sef.org.tw/gb/mp100.html):

1、持已生效且合法有效的大陆裁判正本,到当地涉台公证处办理涉台公证书,并注明“在台湾使用”。(注:可通过拨打当地司法局电话询问涉台公证处地址,或者登陆“中国公证网”首页的“全国公证机构查询”功能,询问当地公证处是否能办理涉台公证书)。

2、申请人持公证书正本,将其邮寄至“海基会”(10465台北市中山区北安路53号,电话:02-2533-5995),同时由办理涉台公证书的

公证处通过该省(自治区、直辖市)公证协会将公证书副本寄送至“海基会”。

3、“海基会”在接到公证书正副本后,进行验证。若两者相符,内容无矛盾,无违反法律强制、禁止规定或公序良俗的,并且没有待查证的疑点的,则核发证明,申请人可选择挂号信邮寄或亲领。

4、申请人在收到证明后,将“海基会”核发的证明文书,连同《申请书》、裁判文书等一并寄给有管辖权的法院。

五、执行程序

根据《两岸人民关系条例》第74条第2项的规定:“前项经法院裁定认可之裁判或判断,以给付为内容者,得为执行名义。”

即以给付内容为主的裁判文书,只要通过了台湾地区法院的认可,即可直接向法院申请强制执行,无须另行裁判程序来申请强制执行。

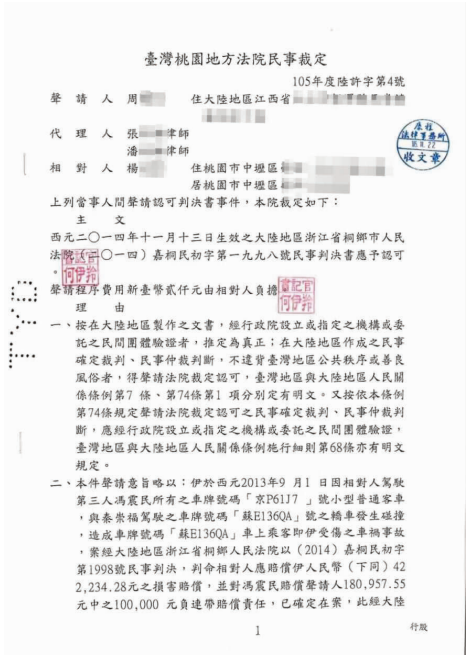
六、管辖法院

应向哪个法院申请认可及强制执行?在《两岸人民关系条例》中并未有明确的规定,但因为这一裁定属于台湾地区的“非讼事件程序”的范围内,因此依据台湾地区的“非讼事件法”第1条之规定:法院管辖之非讼事件,除法律另有规定外,适用本法之规定。

依据该法第2条至第8条的规定,原则上应由当事人住所地法院管辖;在台湾地区没有住所或者住所不明的,在台湾地区的居所视为住所;没有居所或者居所不明的,在台湾的最后住所为住所。如果连最后住所都没有的,则以财产所在地或“司法院”所在地的法院为管辖法院[参见:《大陆法院民商事裁判在台湾地区的认可及执行——台湾地区“最高法院”2008年台上字第2376号案述评》,载《东南司法评论》(2010年卷)第412页,作者:陈延忠]。

综上,两岸在认可对方法院民商事裁判的思路上,很多内容取得一致,当然也存在一些分歧,但在经济全球化的背景下,两岸

相互认可及执行民商事裁判将越来越频繁、顺畅，需要法律人研究和实践的内容也会越来越多，更深入、多元的司法协助是大势所趋。



臺灣桃園地方法院民事裁定

105年度陸許字第4號

聲請人 周[redacted] 住大陸地區江西省[redacted]

代理人 張[redacted]律師
潘[redacted]律師

相對人 楊[redacted] 住桃園市中壢區[redacted]
居桃園市中壢區[redacted]

上列當事人間聲請認可判決書事件，本院裁定如下：

主文

西元二〇一四年十一月十三日生效之大陸地區浙江省桐鄉市人民法院（二〇一四）嘉桐民初字第一九九八號民事判決書應予認可。

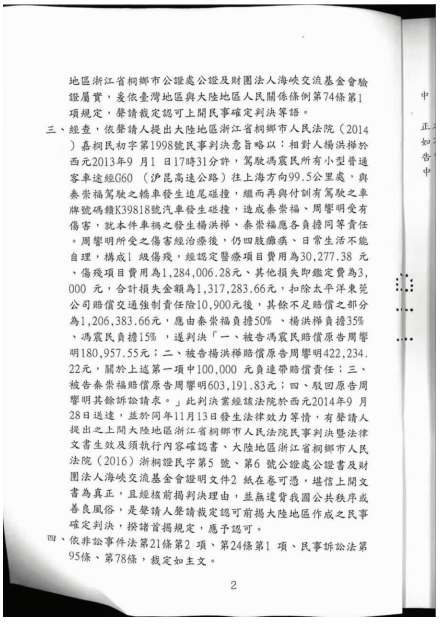
聲請程序費用新臺幣貳仟元由相對人負擔。

理由

一、按在大陸地區製作之文書，經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證者，推定為真正；在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第7 條、第74條第1 項分別定有明文。又按依本條例第74條規定聲請法院裁定認可之民事確定裁判、民事仲裁判斷，應經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證，臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則第68條亦有明文規定。

二、本件聲請意旨略以：伊於西元2013年9 月1 日因相對人駕駛第三人馮震民所有之車牌號碼「京P61J7 」號小型普通客車，與泰崇福駕駛之車牌號碼「蘇E136QA」號之轎車發生碰撞，造成車牌號碼「蘇E136QA」車上乘客即伊受傷之車禍事故，業經大陸地區浙江省桐鄉人民法院以（2014）嘉桐民初字第1998號民事判決，判命相對人應賠償伊人民幣（下同）422,234.28元之損害賠償，並對馮震民賠償聲請人180,957.55元中之100,000 元負連帶賠償責任，已確定在案，此經大陸

1

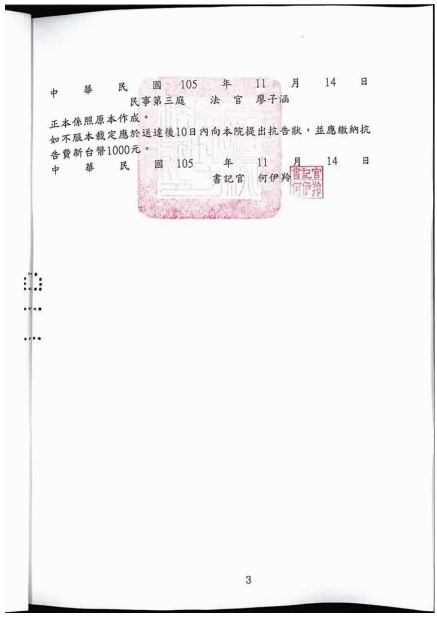


地區浙江省桐鄉市公證處公證及財團法人海峽交流基金會驗證屬實，爰依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第74條第1 項規定，聲請裁定認可上開民事確定判決等語。

三、經查，依聲請人提出大陸地區浙江省桐鄉市人民法院（2014）嘉桐民初字第1998號民事判決意旨略以：相對人楊洪梯於西元2013年9 月1 日17時31分許，駕駛馮震民所有小型普通客車途經G60 （滬昆高速公路）往上海方向99.5公里處，與泰崇福駕駛之轎車發生追尾碰撞，繼而再與付訓有駕駛之車牌號碼蘇K39818號汽車發生碰撞，造成泰崇福、周擘明受有傷害，就本件車禍之發生楊洪梯、泰崇福應各負擔同等責任。周擘明所受之傷害經治療後，仍四肢癱瘓、日常生活不能自理，構成1 級傷殘，經認定醫療項目費用為30,277.38 元、傷殘項目費用為1,284,006.28元、其他損失即繼定費為3,000 元，合計損失金額為1,317,283.66元，扣除太平洋東京公司賠償交通強制責任險10,900元後，其餘不足賠償之部分為1,206,383.66元，應由泰崇福負擔50% 、楊洪梯負擔35% 、馮震民負擔15% ，遂判決「一、被告馮震民賠償原告周擘明180,957.55元；二、被告楊洪梯賠償原告周擘明422,234.22元，關於上述第一項中100,000 元負連帶賠償責任；三、被告泰崇福賠償原告周擘明603,191.83元；四、駁回原告周擘明其餘訴訟請求。」此判決業經該法院於西元2014年9 月28日送達，並於同年11月13日發生法律效力等情，有聲請人提出之上開大陸地區浙江省桐鄉市人民法院民事判決暨法律文書生效及須執行內容確認書、大陸地區浙江省桐鄉市人民法院（2016）浙桐證民字第5 號、第6 號公證處公證書及財團法人海峽交流基金會證明文件2 紙在卷可憑，堪信上開文書為真正，且經核前揭判決理由，並無違背我國公共秩序或善良風俗，是聲請人聲請裁定認可前揭大陸地區作成之民事確定判決，揆諸首揭規定，應予認可。

四、依非訟事件法第21條第2 項、第24條第1 項、民事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文。

2



中華民國 105 年 11 月 14 日
民事第三庭 法官 廖子涵

正本係照原本作成。
如不服本裁定應於送達後10日內向本院提出抗告狀，並應繳納抗告費新台幣1000元。
中華民國 105 年 11 月 14 日
書記官 何伊羚

3

从“民办非企业单位”到“社会服务机构”

——写于《民办非企业单位登记管理暂行条例(修订草案征求意见稿)》发布后

□赵青航*

一

2012年,笔者有幸在《杭州(我们)》上发表了一篇题为《社会组织追求在法治社会中的和谐发展——对民办非企业单位立法的若干建议》,文章的开篇写道:

“我们这代人是那么幸运,身处这样一个伟大的时代——一个善于改革的时代!

新中国成立初期,政府被赋予‘全能’之权,包办社会一切的大小事务,人们的社会生活与政府的职能有着最为密切的联系,而且

* 赵青航,本所律师,香港中文大学法学硕士。

这些联系是无法切断的。即由政府提供人们必需的服务,和人们得接受它,是一个‘刚性’的双向过程。等到这样的服务供给模式被发现存在缺陷后,中国迎来了改革开放的时代。在改革的春天,被长期压缩的市场部门终被赋予合法性,在它自身最大的限度内满足人们渴望的社会服务需求。待市场的角色被明确及其功能被充分认知、认可后,人们觉得,在‘政府—市场’二元体系中,似乎还缺了些什么:政府的公益性服务和市场的营利性服务并非是人们所需之服务的全集——社会公共服务究竟由谁来提供?且由谁提供是最合适的?这时,社会部门作为一个迟到者出现在人们的视线里。社会部门的姗姗来迟,是我国传统的政治、经济体制所共同造成的,但一个善于改革的时代,它包容的气魄是那么震撼和鼓舞人心。在近二十年的时光里,社会部门逐渐摆脱了从夹缝中诞生、生存、发展的境遇,得以成长为一支独立的力量,使服务的供给模式转向‘政府—市场—社会’型。不少人认为社会承担着拾遗补缺的责任,提供着政府和市场不愿做、不常做又做不好的公共服务。无论何种定性,我们应当承认,相对而言,‘政府—市场—社会’三足鼎立的模式,是最稳定的。”①

“推进社会组织参与的最终目的在于通过公共服务的社会化、市场化途径,有效处理好公共服务供给与需求的关系,增强公众在公共服务中的知情权和选择权,满足人民群众日益增长的公共服务需求。”②党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出:“适合由社会组织提供的公共服务和解决的事项,交由社会组织承担。”今年8月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》着重指出促进社会组织健康有序的发展“有利于厘清

① 赵青航:《社会组织追求在法治社会中的和谐发展——对民办非企业单位立法的若干建议》,载《杭州(我们)》第222期(2012年7月)

② 齐海丽:《我国城市公共服务供给中的政社合作研究》,上海交通大学出版社2015年版,第2页。

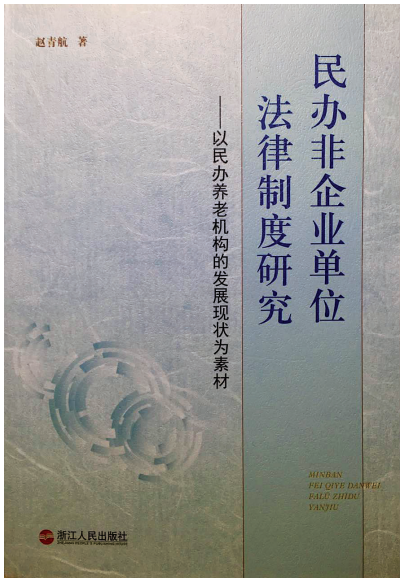
政府、市场、社会关系，完善社会主义市场经济体制”以及“有利于改进公共服务供给方式，加强和创新社会治理”；并将“支持社会组织提供公共服务”作为完善扶持社会组织发展政策措施的第一项，要求“结合政府职能转变和行政审批改革，将政府部门不宜行使、适合市场和社会提供的事务性管理工作及公共服务，通过竞争性方式交由社会组织承担。逐步扩大政府向社会组织购买服务的范围和规模，对民生保障、社会治理、行业管理等公共服务项目，同等条件下优先向社会组织购买”。这即是民办非企业单位的核心价值——它们提供公共服务，配置社会资源，是社会服务体制改革的探路者和先行者。

同时，民办非企业单位的发展迅猛，数量持续增多，截至今年第二季度末，全国依法登记的社会组织达 67 万个，其中民办非企业单位的数量最多，约有 33.6 万个（社会团体 32.9 万个，基金会 5038 个）。所以，无论从组织能力还是数量考察，民办非企业单位都是一股不可小觑的社会力量。

二

笔者对民办非企业单位相关法律制度的持续关注已逾 6 年，期间，出版了专著《民办非企业单位法律制度研究——以民办养老机构的发展现状为素材》（浙江人民出版社 2011 年版），并陆续发表了系列文章，内容涉及民办非企业单位的法律主体归属、非营利性、财产关系、税法规则、管理体制等。在专著和论文里，笔者均提出了对民办非企业单位相关制度的立法修改建议。

然而，关于民办非企业单位的立法却迟迟没有结果。这些年，有两个细节给笔者留下了深刻的印象。一是在写作《民办非企业单位法律制度研究》这本书时（尤其到了 2011 年年中），业内就盛传社会组织的三大条例即将要修订了。笔者最终选择在 2011 年的年底出版这本书（按原计划可能还会再推迟一至两年），也是希望在国务院



修订《民办非企业单位登记管理暂行条例》之际自己能以这本小书的力量贡献一个法律人的些许智识。二是到了2012年年初，国家民间组织管理局发布了2012年工作计划，将“推动社会组织法制建设”置于第一项工作，计划“要求积极协调、推动《社会团体登记管理条例》、《民办非企业单位登记管理暂行条例》、《基金会管理条例》三个行政法规的修订出台工作，并做好宣传、贯彻、落实条例的准备工作”。之后几年，国家民间组织管理局确实一直将三大条例的修订作为一项重要工作，但至今依然没有成果的产出。③

必须承认，相较于我国的民商法、行政法、刑法、经济法等部门法在立法上取得的斐然成就，社会组织法的立法进程是极其缓慢的。民办非企业单位作为一类重要的社会组织，在近20年的时间里，其最高法源仅是国务院于1998年颁布的《民办非企业单位登记管理暂行条例》。顾名思义，这是一部极具行政管理色彩的行政法规，无法成为民办非企业单位的基本法。经收集、整理，关于民办非企业单位的各类法律规范性文件，详见下图：④

③ 但不可否认，近年来中央还是比较重视民办非企业单位的发展的。“十二五”规划纲要将“标本兼治加强和创新社会管理”作为一篇，以“加强社会组织建设”为专章，其中在第一节“促进社会组织发展”中提出要重点培育、优先发展民办非企业单位。“十三五”规划纲要也将“发挥社会组织作用”作为一节。

④ 该表的制作，参考龙宁丽：《民办非企业单位：“组织变形”背后的制度危机——一个寻求合法性支持的法定概念》，载王名主编：《中国非营利评论》2016年第1期（第17卷），社会科学文献出版社2016年版，第79-80页。笔者进行了若干处的修正与补充。

两类法律规范性文件	名称	发布时间	发布机关	效力位阶	主要内容
针对民办非企业单位制定的一般性法律规范性文件	《民办非企业单位登记管理暂行条例》	1998	国务院	行政法规	登记管理
	《民办非企业单位登记暂行办法》	1999	民政部		
	关于印发《关于开展民办非企业单位复查登记工作意见》的通知	1999	民政部		
	《科技类民办非企业单位登记审查与管理暂行办法》	2000	科技部、民政部		
	《体育类民办非企业单位登记审查与管理暂行办法》	2000	国家体育总局、民政部		
	《文化类民办非企业单位登记审查与管理暂行办法》	2000	文化部、民政部		
	《关于城镇非营利性医疗机构进行民办非企业单位登记有关问题的通知》	2000	民政部、卫生部		
	《职业培训类民办非企业单位登记办法(试行)》	2001	民政部、劳动部		
	《教育类民办非企业单位登记办法(试行)》	2001	民政部、教育部		
	《关于民办非企业单位开立银行账户有关问题的通知》	1999	民政部、中国人民银行		开立账户
	《民办非企业单位名称管理暂行规定》	1999	民政部		名称管理
	《民办非企业单位印章管理规定》	2000	民政部、公安部		印章管理
	《关于民办非企业单位使用票据等问题的通知》	2002	财政部		票据管理
	《事业单位、社会团体、民办非企业单位企业所得税征收管理办法》	1999	国税总局		征税管理
	《关于科技类民办非企业单位适用科学研究和教学用品进口税收政策的通知》	2012	财政部、科技部、民政部、海关总署、国家税务总局		税收优惠
	《科技类民办非企业单位进口科学研究和教学用品免税资格审核认定管理办法》	2013	科技部、民政部、财政部、海关总署、国家税务总局		

两类法律规范性文件	名称	发布时间	发布机关	效力位阶	主要内容
针对特定类型的民办非企业单位制定的法律规范性文件	《中华人民共和国民办教育促进法》	2002	全国人大常委会	法律	促进民办教育
	《中华人民共和国民办教育促进法实施条例》	2004	国务院		

该表最起码可以清楚地反映出民办非企业单位立法存在的三大问题，第一，上述法律规范性文件的效力位阶过低，除了全国人大常委会针对民办学校这一特定类型的民办非企业单位制定了《民办教育促进法》[5]，其余有关民办非企业单位的制度规定则散见于国家各职能部门颁布的若干规范性文件。第二，上述法律规范性文件的制定时间偏早，主要集中于1999年至2002年这几年，之后也再无修订，显然，很多制度已不合时宜。第三，绝大部分法律规范性文件的内容定位于管制，例如登记管理、名称管理、征税管理，鲜见奖励、激励类规范，仅有以法律、行政法规的形式鼓励民办学校的举办。但须知，民办非企业单位并非只有民办学校这一种表现形式，社会上广泛存在的民办养老机构、民办博物馆、民办医院等，其性质均是民办非企业单位。民办学校确实需要鼓励发展，但民办养老机构和民办博物馆同样需要。何况，即使单看这些管理性规定，其所含的内容亦不足以全面规范民办非企业单位的日常运营，民办非企业单位的财务制度、非营利性、退出机制等均需明确。

是故，为了更大地激发人们举办民办非企业单位的热情，并促

[5] 第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议于2016年11月7日通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改<中华人民共和国民办教育促进法>的决定》，其自2017年9月1日起施行。

其合法、有序地经营,民办非企业单位渴望良法的关怀。

三

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出:“法律是治国之重器,良法是善治之前提。”良法先行是社会组织和谐善治的前提,须发挥社会组织立法的引领和推动作用。在这一尚法的时代背景下,全国人大常委会于今年3月颁布了《慈善法》,第二章的章名是“慈善组织”,其中第八条第二款规定:“慈善组织可以采取基金会、社会团体、社会服务机构等组织形式。”由此,民办非企业单位正式更名为“社会服务机构”。

其实民办非企业单位一诞生,这一名称便广受诟病(当时更多人倾向于更名为“民办事业单位”)。一方面,“民办非企业单位”是一个否定式的命名,外延不清,从字面理解,容易涵盖其他组织,例如基金会、社会团体等社会组织也都是民办的,也都是“非企业”;另一方面,该名称内涵不清,不能准确反映其以提供社会服务为组织使命的特征。同时,过于强调“民办”,与民办公助、公办民营以及推进有条件的事业单位转为社会组织等新的发展趋势不相适应。[⑥]

如今“社会服务机构”的称谓是比较准确的。一来,“社会”二字表明其是来自社会部门的组织,界定了设立组织时的资产来源,即不同于自然人、法人或者其他组织利用国有资产设立的国家部门的组织;二来,“社会”二字反映了这类组织的非营利性属性,不同于公司、合伙企业等市场部门的营利性组织。三来,“服务”更清楚地彰显了组织的使命——提供社会服务。

因而,此次《慈善法》的出台为修改《民办非企业单位登记管理暂行条例》提供了契机。

[⑥] 程楠:《“民非”为何变身“社会服务机构”——访民政部民间组织管理局副局长黄茹》,载《中国社会组织》2016年第9期。

四

今年5月，应国家民政部民间组织管理局的邀请，笔者赴京参加“《民办非企业单位登记管理暂行条例》修订研讨会”，会议由民政部党组成员、民间组织管理局局长詹成付先生主持。来自民政部政策法规司、民间组织管理局、中国国际民间组织合作促进会、中央编译局、国务院发展研究中心、北京大学、清华大学、北京师范大学、上海交通大学等实务界、理论界的十余位专家[⑦]济济一堂，围绕民政部草拟的《民办非企业单位登记管理暂行条例》修订草案（初稿）展开了热烈的讨论。会后，民政部便向社会公开征求《民办非企业单位登记管理暂行条例（修订草案征求意见稿）》（以下简称“《条例征求意见稿》”）。

笔者欣喜地看到，自己在《社会组织追求在法治社会中的和谐发展——对民办非企业单位立法的若干建议》一文中提出的四个立

⑦ 与会者包括：民政部党组成员、民间组织管理局局长詹成付、民政部政策法规司副司长李健、民政部民间组织管理局副局长黄茹、中国国际民间组织合作促进会黄浩明、中央编译局处长周红云、国务院发展研究中心副研究员喻东、北京大学副教授金锦萍、清华大学教授邓国胜、清华大学副教授贾西津、北京师范大学教授陶传进、北京师范大学教授刘培峰、上海交通大学教授徐家良、华北电力大学教授朱晓红和笔者。

法修改意见,大多已在《条例征求意见稿》中得到了充分的体现。

第一,“社会服务机构”已取代“民办非企业单位”成为新的法律概念,社会服务机构的非营利性在《条例征求意见稿》中得以落实。一来,《条例征求意见稿》第二条规定“本条例所称社会服务机构,是指自然人、法人或者其他组织为了提供社会服务,主要利用非国有资产设立的非营利性法人”,可以看出,“非营利性”不再如《民办非企业单位登记管理暂行条例》中那般修饰“社会服务活动”,而是对组织的定性,强调的是社会服务机构是非营利性的组织,而不是说它从事的必须是非营利性的活动。二来,《民办非企业单位登记管理暂行条例》第 4 条规定的“民办非企业单位不得从事营利性经营活动”已在《条例征求意见稿》中被删去;三来,《条例征求意见稿》第二十四条第三款对社会服务机构清偿债务后的剩余财产的去向作出了妥善的安排。

第二,《条例征求意见稿》第二条将社会服务机构界定为“非营利性法人”,自此,个体、合伙型的民办非企业单位将不复增加。对存量的个体型、合伙型民办非企业单位,可以通过 2 年过渡期实现主体资格的变更(详见《条例征求意见稿》第六十五条)。

第三,社会组织的登记改革成果在《条例征求意见稿》得到了巩固与落实。长期以来,笔者一直坚定地认为社会组织(当然包括社会服务机构)的登记管理体制是其发展的核心问题。近年来,中央也一直密切关注这一问题。2013 年十二届全国人大一次会议审议通过的《国务院机构改革和职能转变方案》就提出:“重点培育、优先发展行业协会商会类、科技类、公益慈善类、城乡社区服务类社会组织。成立这些社会组织,直接向民政部门依法申请登记,不再需要业务主管单位审查同意。”《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确:“重点培育和优先发展行业协会商会类、科技类、公益慈善类、城乡社区服务类社会组织,成立时直接依法申请登记。”8 月,《关

于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》再次要求“稳妥推进直接登记”。为此,《条例征求意见稿》对双重管理体制进行了调整完善,规定对科技类、公益慈善类、城乡社区服务类社会服务机构实行直接登记,设立其他社会服务机构,应当先经其业务主管单位审查同意(详见《条例征求意见稿》第十条)。[⑧]同时,为了加强对社会服务机构的行业管理,《条例征求意见稿》第三十四条规定,社会服务机构开展服务需要取得行业许可的,应当按照法律、行政法规的规定,向有关行业审批机关申请行业许可证或者批准文件。

第四,《条例征求意见稿》第二十、二十一条规定社会服务机构不能清偿到期债务,且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的,参照适用《企业破产法》的相关程序。在经营风险极高的市场经济里,将破产作为社会服务机构的退出途径之一,赋予其破产能力,是完全有必要的。

当然,《条例征求意见稿》的亮点远不止上述四点,还包括社会服务机构的内部治理规则、活动准则、信息公开、监督管理等,这些有待笔者进一步研究,同时也让我们一起期待《社会服务机构登记管理条例》早日颁布。

[⑧]《条例征求意见稿》此处的修改,与笔者的观点不同。详见赵青航:《社会组织追求在法治社会中的和谐发展——对民办非企业单位立法的若干建议》,载《杭州(我们)》第222期(2012年7月);赵青航:《民办非企业单位的困境与发展——从民办养老机构的现状谈起》,载《社团管理研究》2012年第11期。

【编者的话】

多年来，本所权益合伙人张延来律师深耕于电子商务与网络的法律服务领域，并坚持以著书立说的方式为客户提供优质的法律服务，为律师同行解疑答惑，同时也成功地塑造了专业化的个人品牌。今年7月，张律师在法律出版社出版了专著《法眼电商》。为此，《金道律师》已开辟专栏，将定期刊载书中的文章，敬请关注。

证据的未来：从时间戳说开去

□张延来*

进入到信息社会，传统的纸质媒介已逐步被电子媒介（邮件、网站、即时通讯、社交媒体、数据交换系统等）所取代，信息的呈现方式也开始表现为以电子媒介为载体的数据电文（又称“电子数据”）。人们在享受电子数据所带来的高效和便捷的同时，也不可避免地面临

* 张延来，本所权益合伙人，浙江大学法律硕士，专利代理人。

电子数据内容及产生时间容易被篡改的问题，尤其是当这些数据出现在某些关键场合之下的时候（商务、司法），电子数据本身的真实可靠程度就显得尤为关键。

就电子数据本身而言，无论在任何场合，法律关注的只有三点：1、何时产生；2、内容完整（未经改动）；3、生成者与接受者身份。这三个问题的存在，根本原因在于电子数据的交换双方都有能力借助IT技术对这三项指标（时间、内容、身份）进行改动，因此，解决问题的有效方案便是引入中立第三方。

人们很快会想到公证处、版权登记中心这样的第三方机构，但是这些传统机构需要的流程、时间和费用基本上难以满足当下的电子证据固化要求。阿来律师2011年因为工作上的原因偶然发现了时间戳这个第三方工具，此后随着自己在互联网法律领域实现专业化，愈发开始跟这些新型的第三方电子签名和认证工具结缘互动，几经研究和司法实践，终于可以跟大家聊聊我的认识，同时开启一些更宏观命题的思考：未来的证据将是什么样？法律从业者如何与时俱进。

一、时间戳的技术原理

从技术的角度分析时间戳原理，要从两条线索展开，一是时间，二是算法。我们都知道，计算机本地所记载的时间是可以人为的向前或向后调整的，因此无法保证其真实性，所以法院历来对一方当事人系统中的电子证据产生时间持怀疑态度。时间戳在这个问题上采用我国唯一法定时间源——国家授时中心的时间，由授时中心负责时间戳的授时和守时（即标准时间的产生和保持），在具体操作上，当权利人将电子数据文件通过时间戳系统进行登记时，系统调用授时中心的时间，从而保证了数据产生（登记）时间的客观性。

接下来是算法，目前时间戳所采用的算法是，一种常用的摘要算法，又称HASH函数算法，就是计算机按照HASH函数运算规则，根据需要签名认证的电子数据内容生成一串固定长度的字符串（摘

要),这一字符串(摘要)跟该特定的电子数据内容存在唯一且一一对应的关系,因此它可以被看作该电子数据内容的“数字指纹”,一旦数据电文内容发生了任何微小的改动,回到时间戳验证系统中验证,都无法再按照 HASH 函数生成同样的 HASH 值(摘要值),从而保证数据内容的完整性。

时间戳将上述两个原理综合起来,用摘要算法保证电子数据内容完整性,用国家授时中心的时间来保证时间戳加盖时间(即电子数据登记时间)的客观性。

二、优点与不足

时间戳很好地解决了前文所述的数据电文的产生时间和内容这两个关键性问题。但是,第三个“生成者与接受者身份”的问题目前看来还不是时间戳的最强项,当然,时间戳也能实现数据电文和生成者身份之间的连接,主要是通过时间戳操作帐户的管理者对帐户的实际控制来实现,更强的连接还需要和法定的电子认证服务机构合作完成。

从实践角度看,与传统的公证、律师见证、著作权登记等同类性质的服务相比较,时间戳具有快捷、低成本以及更加适应网络环境的优势,权利人可以免去以往复杂的手续和漫长的等待时间,自行通过网络完成电子数据的固定工作并且实时得到固定结果,这一点对有着大量电子数据或即时证据固定需求的权利人是非常有帮助的,例如需要大量精美展示图片的电商公司、需要实时对电子借款合同进行签名固定的 P2P 平台、医院的电子病历、电子档案馆等。

三、时间戳法律效力分析

国内法律层面对数据电文做出最详细规定的当属《电子签名法》,该部法律主要围绕着电子签名和电子认证进行相应的规定,无论是签名还是认证其中都涉及到主体身份信息,前文已述时间戳更关注数据本身,因此最为相关的法条当属该法第五条,符合下列条

件的数据电文，视为满足法律、法规规定的原件形式要求：

（一）能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；

（二）能够可靠地保证自最终形成时起，内容保持完整、未被更改。

从该条规定出发，第一款所要求的“能够有效的表现所载内容并可供随时调取查用”，这一点权利人可以自行做到（无论通过磁盘、硬盘还是光盘等都可以），没有任何技术上的障碍；第二款“保证自最终形成时起，内容保持完整、未被更改”，这一点通过前文对时间戳的原理介绍可知，是可以达到法定要求的时间和内容双方面的效果的。

由此得出的结论是，时间戳能够使得电子数据满足法定的对于原件形式的数据电文的要求，也就是说，规范使用时间戳认证后的电子数据可以直接作为证据原件提交司法机关、行政机关使用，这也正是时间戳最大的价值所在。

四、司法实践中的典型应用

1、知识产权先在性证明

根据我国现有法律规定，一项智力成果欲获得法律认可成为法定的一项知识产权，多需要向行政机关申请注册（商标、专利），即便无注册要求的版权（著作权法规定著作权从作品完成之日起产生），也会由于权利人难以自证其产生时间而需要提出著作权登记。在这个过程中，从智力成果产生的出来到提出注册申请或登记之间存在一个时间延迟，另外还要考虑到基于成本、商业价值等多方面考虑，权利人不一定会将所有智力成果提交注册（登记），但这并是由于客观条件限制而非权利人的本意。

时间戳打破了前述两个障碍，延迟和成本。时间上，权利凭证的生成是即时的，成本跟传统的登记方式相比，几近于无。2012 年，经阿来律师引荐，淘宝网开始接受时间戳作为知识产权投诉的凭证，

具体操作指引可到淘宝官方论坛搜索“详解盗图行为的辨别与举证”一文。

2、电子合同与电子信息固化

我们可以回想一下，日常生活中有多少场景是通过点击同意的方式跟网络服务商缔结了合约；在平台上经营的商家，每天要面对多少平台发布的新规则；用户使用某一项网络服务沉淀的行为数据等都存在于服务器上，怎样向外界证明这些数据没经过篡改，在日后出现纠纷的时候，可以拿出来定份止争？像这类情形，引入时间戳一类的电子签名工具恐怕是唯一的选择。2014 年，阿来律师与时间戳负责人张昌利先生一同见证了时间戳与杭州市西湖区法院的正式合作，西湖法院引入时间戳作为证据交换的固定工具。

3、侵权违法行为取证

北京市为了治理违章停车，曾允许市民手机拍照举报，并给予奖励。后来发现有人出报复、骗取奖励等目的伪造(PS)照片后举报，后来引入时间戳可以实时的把 GPS 地理位置、违章照片一并签名固化，很好地解决了问题。

阿来律师办理过大量的网络侵权诉讼案件，其中一个重要的痛点就是公证取证，尤其是网络侵权的场景下，一个侵权产品的购买，需要至少去两次公证处(下单购买时一次，收货和确认时一次)，这种成本和时间让不少想要维权的权利人望而却步。在时间戳已经频繁的被法院判决承认(例如北京市昌平区人民法院在判例中确认了华盖公司用时间戳作为摄影作品权利凭证的法律效力)其作为版权凭证(静态证据)的情况下，阿来律师和同事徐旭升律师终于忍耐不住，进一步在诉讼案件中使用时间戳对侵权产品购买行为进行固定(动态证据)，以此试探法院的态度，我俩代理七匹狼品牌对网络侵权商家提起诉讼，全程仅用时间戳(没有公证)作为侵权产品购买的证据固化工具，最终拿到了法院的胜诉判决(我的同事徐旭升律师

为此在多个案件中反复尝试，终于拿到浙江省高院的判例，这种执拗的精神和情怀连阿来律师也自愧不如）。

五、证据的未来

“以事实为依据，以法律为准绳”，这是法律从业者最耳熟能详的话，事实是要靠证据来支持的，那么未来的证据究竟呈现出何种样貌呢？事实上，无论人们是否意识到，我们已经同时身处现实和网络两个世界当中，“双十一”的剁手一族在网络世界中发现和购买心仪的商品，接着由快递公司敲响你现实世界的门，这样的生活将成为常态，并且人们网络世界的行为比重会越来越高（推荐阅读《第二次机器革命》一书），所以未来的证据将呈现三大特点：

1、数字化

这个很好理解，从数码相机取代胶片的那一刻开始，人们的行为就开始由数字媒介纪录，罗辑思维曾有一期节目中谈到，既然人类的信息都存储在网络服务器上，那么如果把网络毁掉，现代人类文明也将跟着一并消失，因为载体没有了。刘慈欣的科幻小说《球状闪电》中就描述了这样的景象，利用球状闪电的选择攻击特性，可以制作成一种仅摧毁电子芯片的核武器，一旦引爆，人类将回到农耕时代。现实中也确实如此，想想你写的文档忘记保存、误删除通讯录、不小心格式化磁盘、连不上网络时候的心情吧。

2、碎片化

计算机和网络解放了人的大脑，人与人可以在任何场景下实时性的发生信息互通，甚至在行为过程中不知不觉得被网络采集了各种零散的信息，例如你某一天的运动、睡眠、购物、聊天等等信息，这些零散的信息会被不同的网络服务提供者收集、整理、存储、再加工甚至拿出去交易，同时在以上过程中，信息又有可能根据需要再次被打散处理，这些碎片化的信息如幽灵般游走在网络中，当把它们汇集到一起的时候，就是你这个人的活生生的数字画像。法院常常

会考察证据之间的关联(证据链),但未来的证据链条一定由更多的零部件组成,其相互之间的关联方式也必然不像从前那般直观。

3、动态化

网络时代,唯一不变的就只剩下变化,人们“反复无常”的行为映射到证据上就形成动态化效果。一个电商平台设立之初所使用的用户协议和规则版本,一年之后将无数次的发生变动,如果跟某个用户发生纠纷,以哪一个版本为准呢?最初签署版、纠纷发生时版本还是最新使用的版本?如何向法院证明每一个版本的沿革过程?

再比如,一个本地化信息服务网站(如大众点评),典型的靠数据吃饭的公司,它的本地化信息大部分是用户动态的上传上去的,今天增加几个店铺,明天多了一些评价,一旦有竞争对手抄袭这些数据,如何证明在抄袭的时间节点上的数据样貌,以及当时的数据率先产生在己方平台之上?这些都是电子证据动态特性带来的新问题。

结语

从以上三个特点出发,能够适应未来要求的证据固定工具必须是也依靠电子信息技术实施的,并且既取即用,甚至是无需人工,设定好程序后自动完成对证据的固化,最后还必须在一个时间纬度上持续工作,不能仅仅实现一个点上的记录。

作为法律工作者,我们恰好处在一个时代的转折点上,证据从形式到内容都将完成彻底的进化,我们是证据的专业使用者,毫无疑问要大胆尝试并且推动这一进化过程,同时完成自我进化,成为被时代选中而非淘汰的那一个。

编者按：多年来，本所首席合伙人胡祥甫律师受各地政府、高校、行业协会等邀请，举办讲座、授课近百次。胡律师力求理论结合实践，既有理论层面的旁征博引，又有实务操作层面的生动阐述。在讲座与授课的过程中，胡律师尤其重视对案例的剖析。为此，我们精选了胡律师执业以来办理的十个经典案例，将在《金道律师》陆续推出【系列栏目】胡祥甫律师以案说法。在本期中，我们将推出第九个经典案例。

胡祥甫律师以案说法五*

最高法院判决　六千农民胜诉

——“联建合同效力争议案”评介

2006年春节前，浙江省某市利一村(6000多名村民)终于获得了在自己土地上建设的东亚商厦的全部产权，并与长期使用东亚商厦的开发商正式签订了租赁合同，并收取了近千万元的年租金。这

* 该案例由赵青航律师整理。

个看似平常的春节，利一村的村民却是在特别的喜悦和幸福中度过的。也许对于其他人来讲，收到自己房屋的租金是理所当然的，但是人们不了解，利一村村民为获得本应属于自己的权益，付出了多少努力，经过了多少波折。

案件要从1995年讲起。利一村当时投资建设了一幢名为“东亚商厦”的10层大楼。大楼落成后，租用给某酒店经营使用，该酒店对整个大楼进行了装修并办了一个四星级宾馆东亚饭店。2003年，村委会部分领导因违纪被查处时，村民才发现，村委领导竟瞒着村民与开发商签订了《合股经营协议书》，约定合股开发经营东亚商厦，由村委会负责提供土地和原有的地上建筑物，开发商负责所有地面建筑物的土建和项目装修，以及整个建设过程中的一切税、费。开发商占东亚商厦总股份80%，村委会占总股份20%。得知该情况后，村民们震惊了，原来村里只占东亚商厦20%的股权，而大部分的股权要归开发商！

因此，为了保护集体资产，维护村民的利益，利一村村委会向律师求助，希望通过法律途径确认《合股经营协议书》无效。由于案涉标的较大（协议所涉房产价值逾三亿元），又牵扯6000多村民的集体利益，他们几经选择，最终决定由本所首席合伙人胡祥甫律师代理此案。

经过认真的调查和分析，胡律师提出了下述三大观点：

第一，《合股经营协议书》应被定性为联建合同，而非对方所称的“合资合作建房”。从《合股经营协议书》约定的内容看，双方的权利义务是围绕合作建房这一行为而设定的：一方出地一方出资，合作建设房屋。可见，《合股经营协议书》实质上就是房屋联建协议。

《划拨土地使用权管理暂行办法》第40条规定：“以土地使用权作为条件，与他人进行联建房屋、举办联营企业的，视为土地使用权转让行为，按照本办法办理。”因《合股经营协议书》约定东亚商厦的

具体经营管理由开发商负责，不论盈与亏，开发商将保证村委会的年底保底收入150万元，村委会不承担经营风险等内容。所以本案可适用《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第24条规定："合作开发房地产合同约定提供土地使用权的当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地使用权转让合同。"

所以，开发商本无土地使用权，但通过联建，变相获得了土地使用权，这实质上就是土地使用权的转让行为。

第二，《合股经营协议书》是以联建方式转让集体土地和国有划拨土地。根据《土地管理法》第63条规定："农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设；……"[①]《城市房地产管理法》第39条规定："以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。"[②]

《合股经营协议书》名下的联建土地由三部分组成，除少部分为国有出让土地，另外两部分是集体土地和国家划拨土地。因此《合股经营协议书》以联建方式转让集体土地和国有划拨土地，违反了法律禁止性规定，应认为为无效。

第三，《合股经营协议书》是利一村原部分领导瞒着村民与开发商签订的，未经村民会议讨论决定，违反了《村民委员会组织法》第19条"涉及村民利益的下列事项，村民委员会必须提请村民会议讨论决定，方可办理：.....(五)村集体经济项目的立项、承包方案及村公益事业的建设承包方案"的规定，应认定无效。[③]

[①] 2004年修正的《土地管理法》第63条作出了同样的规定。

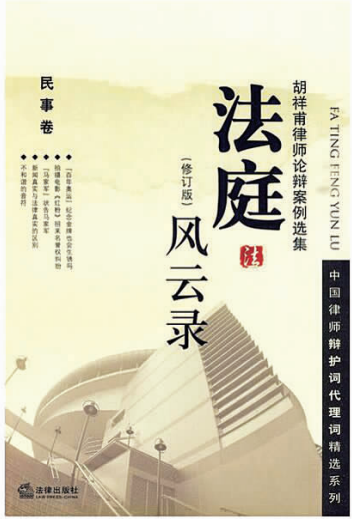
[②] 2007年《城市房地产管理法》修改后，第40条规定了上述内容。

[③] 2010年《村民委员会组织法》修改后，第24条规定了上述内容，即"涉及村民利益的下列事项，经村民会议讨论决定方可办理：……(五)村集体经济项目的立项、承包方案；"

最后，一审法院浙江省高院和二审法院最高人民法院都认可了胡律师的观点，确认本案的《合股经营协议书》无效。

这场官司的发生，与村委会领导不重视村务公开，擅自对关系集体利益的重大事项做出决策有着不可分割的关系。一方面，我们深深钦佩于广大村民懂得拿起法律武器保护自己的合法权益，另一方面也深切地感受到村务公开对于农村的稳定和发展具有重要的意义。

（本案中的村名、公司名称，均为化名）



约定不明埋隐患 历经再审终胜诉

——一起合同纠纷案件办案纪实

□傅灿军 *

2016年2月，浙江金道律师事务所首席合伙人胡祥甫律师及赵青航律师接受晋贤的委托，就其与齐晨、梅武国合同纠纷案向浙江省高级人民法院申请再审。2016年8月16日，该案的民事再审判决书下达，法院支持了再审申请人晋贤的全部诉讼请求。至此，该案的代理工作画上了圆满的句号。

协议履行起纠纷　诉至法院判是非

2014年1月10日，王顺、晋贤、洪童与齐晨、陈铭签订了《股权

* 傅灿军，本所实习律师，曾在杭州市中级人民法院工作十余年。

转让协议》,王顺、晋贤、洪童将其在沈阳市鸿达房地产开发有限公司和上海鸿达房地产开发有限公司的全部股权转让给齐晨和陈铭,梅武国和明利作为协议履行担保人。

2014 年 1 月 13 日,齐晨、晋贤、梅武国(履约担保人)三方签订了案涉的《协议书》。《协议书》载明:甲(晋贤)、乙(齐晨)、丙(梅武国)三方已经签署关于沈阳市鸿达房地产开发有限公司及上海鸿达房地产开发公司之《股权转让协议》,现三方签署本协议内容如下:

1.鉴于乙方同意以 20000 元/每平方米的价格向甲方出售沈阳市鸿达房地产开发有限公司开发的“鸿达 AI 尚街”的 500 平方米商铺;如乙方愿意向甲方补偿人民币 400 万元,甲方同意立即放弃以 20000 元/每平方米的价格购买 “鸿达 AI 尚街”500 平方米的商铺。

2.经三方确认,乙方同意于《股权转让协议》签署之日起 90 日内向甲方支付人民币 200 万元,甲方应同时向乙方出具相应金额的收据;《股权转让协议》签署之日起 90 日内,乙方依据甲方提供的发票金额向甲方支付完毕剩余人民币 200 万元。

3.本协议书一式三份,三方各执一份。

协议签订后,齐晨和梅武国支付了部分补偿款,未再继续履行协议,晋贤多次催促无果,无奈只能向上海市长宁区人民法院提出诉讼。因案件的管辖问题,后移送至浙江省杭州市上城区人民法院审理。

一审二审均败诉　申请再审获转机

在本案一审中,原告晋贤提供《协议书》、《股权转让协议》、银行收款凭证、公证书来证明其主张,要求齐晨和梅武国支付剩余 360 万元补偿款。齐晨和梅武国则答辩称各方当事人就是否支付 400 万

的补偿款并未达成一致意见，也未履行过该协议书。一审法院最后是认为“齐晨最终并未选择向晋贤支付补偿款400万元，故晋贤的诉讼请求法院不予支持”。

一审败诉后，晋贤即刻提出上诉，并委托胡祥甫律师代理该案的二审诉讼活动。胡律师指出案件的焦点是如何理解涉案《协议书》的内容，在其内容存在歧义的情况下，应该先充分论证《协议书》，还原当初签订协议时各方当事人的真实意思，再通过证据来辅证协议已在实际履行。

胡律师仔细审阅了一、二审的书面材料，向晋贤了解整个案件的来龙去脉，整合现有的材料，进一步挖掘新证据，最后向二审中提供如下证据：

1. 晋贤于2013年12月11日通过自己的QQ邮箱发邮件给齐晨126邮箱的公证书；

2.齐晨通过126邮箱发给晋贤QQ邮箱相关邮件的公证书；

3.齐晨的名片；

4.沈阳市鸿达房地产开发有限公司工商材料；

5.沈阳市鸿达房地产开发有限公司的银行汇款材料；

6.梅武国付款给晋贤11万元的银行汇款凭证；

7.证人证言(王顺、洪童)的公证书。以上的证据可以证明股权转让后当事人达成涉案协议，梅武国为了履行涉案协议已经支付11万元的事实。

关于证据6，鉴于能充分证明梅武国实际履行协议，胡律师说服了晋贤变更上诉请求，扣除了该11万元，仅主张349万元本金和利息。该主张在案件最后处理中(再审程序)起到的重要作用，也是印证了胡祥甫律师的预判力。

二审法院在2015年11月17日开庭审理此案。除了提供以上的证据，我方申请陈增勇出庭作证，证明晋贤曾就涉案款项向梅武

国讨要过。

胡律师在庭审中明确指出一审法官对于涉案协议书理解是错误的。从股权转让签订的背景出发，论证涉案协议书中第1条和第2条应当为递进关系，而第2条明确齐晨应当支付400万元的补偿款，另外协议也已经在实际履行，齐晨通过沈阳鸿达公司已经支付40万元，梅武国也已经支付11万元。

二审中齐晨和梅武国仍坚持自己一审的抗辩意见。

2016年1月22日二审判决书下达，令人遗憾，二审法院仍驳回了晋贤的上诉。

二审宣判后，晋贤拿着判决书显出百般无奈，在他看来，既然已经书面约定赔偿400万元，法院却驳回了他的诉讼请求。此时，胡律师及时地向晋贤指出，虽然案件二审维持原判，但是综合整个案件来说，我们的证据以及就案件事实的论证达到了一个高度的盖然性，一、二审法院没有支持我们的诉讼请求，只是承办法官在理解涉案协议的时候出现了偏差。在和晋贤沟通后，晋贤决定继续委托胡律师和赵青航律师为其代理本案的再审诉讼活动。

功夫不负有心人，几经努力，申请再审终于有了成果。2016年4月1日浙江省高级人民法院决定提审本案，7月27日，法院公开开庭审理了本案。

再审庭审三交锋　焦点不变论战酣

在再审程序的庭审中，胡祥甫律师以二审的辩论观点为基础，结合当事人签订案涉《协议书》存在股权转让的特殊背景，再次论证《股权转让协议书》和涉案《协议书》之间具有的关联性。另，重点阐述了《协议书》的效力和协议条款的理解。再从民事案件的证明标准和证据优势原则角度出发综合认定案件客观事实。

一、案涉《协议书》签订有特殊的背景

2014年1月10日的《股权转让协议》签订后，鉴于股权按照1:1的比例出让，确定的价款较低，王顺、晋贤、洪童和齐晨、陈铭协商进行补偿，齐晨和陈铭愿意将沈阳鸿达公司开发的“鸿达AI尚街”商铺，以每人按照优惠价格20000元/平方米购买500平方米。王顺、洪童因投资其他项目资金紧张放弃了该补偿方案。而晋贤进一步和齐晨、陈铭协商，齐晨、陈铭提出愿意补偿400万元，晋贤则放弃以优惠价格购买商铺的权利。在该基础上才签订了涉案的《协议书》。

二、案涉《协议书》已经生效，各方当事人应当按照协议履行自己的义务。齐晨应当补偿晋贤400万元，梅武国亦应承担连带保证责任

（一）案涉协议的效力问题。在庭审中，对方代理人提出案涉协议未生效，同时又提出案涉协议是无效的，胡律师马上提出该论断的错误。首先，“协议未生效”和“协议无效”，是两个根本不同的法律概念，对方的观点自相矛盾。其次，案涉协议没有附生效的条件，只要各方签字就生效。最后，协议也没有出现我国《合同法》第52条规定合同无效的情形，因此协议已经成立并生效。

（二）协议签订后，其他各股东即陈铭、明利，从未向晋贤提出过齐晨、梅武国不能代表他俩。2015年2月13日沈阳鸿达公司股权第二次变更后，股东仅有齐晨、明利和梅武国夫妻，陈铭已经不是股东了。涉案协议上签字的齐晨和梅武国完全可以代表沈阳鸿达公司。更何况，在晋贤放弃以优惠价购买商铺权利的情形下，齐晨自愿补偿晋贤400万元，梅武国愿意担保，也与另两位股东无关，不涉及处分另两位股东之权利。

（三）齐晨和梅武国未曾对涉案协议的效力提出异议。

1、虽然诉讼后齐晨对于案涉协议的效力提出异议，但是根据我们一审提供的短信证据（证据4公证书），自三方签订案涉协议后，

齐晨、梅武国在和晋贤的短信往来中，均未对协议的效力提出过异议。

2、齐晨和梅武国也从未向人民法院或者仲裁机构提出要求撤销该协议。

（四）至于齐晨一方提出来，案涉协议系赠与合同，那更是罔顾事实之说。是因为晋贤放弃以优惠价购买商铺，齐晨一方才愿意作出一定补偿，这是一个双务合同。

三、案涉协议第一条和第二条应当是递进的关系

（一）该协议书是齐晨起草的，在二审中提供的证据2（公证书）证明这一点。

（二）《协议书》第1条交代了补偿方案的两种方式。

《协议书》第1条约定“鉴于乙方（齐晨）同意以20000元/每平方米的价格向甲方（晋贤）出售沈阳市鸿达房地产开发有限公司开发的“鸿达AI尚街”的500平方米商铺；如乙方愿意向甲方补偿人民币400万元，甲方同意立即放弃以20000元/每平方米的价格购买“鸿达AI尚街”500平方米的商铺。”可以看出齐晨在起草《协议书》的时候，是提供以20000元/平米的优惠价购买500平方米商铺作为补偿，还是直接补偿晋贤400万元，在考虑之中。在正式签约时，尽管已作出选择，但没有对此条款加以修改，因为当时双方合作愉快，相互之间信任，觉得不会产生争议。

（三）《协议书》第2条则明确表明齐晨已经做出了支付补偿款400万元的选择。

《协议书》第2条则约定：“经三方确认，乙方（齐晨）同意于《股权转让协议》签署之日起90日内向甲方支付人民币200万元，甲方（晋贤）应同时向乙方出具相应金额的收据；《股权转让协议》签署之日起90日内，乙方依据甲方提供的发票金额向甲方支付完毕剩余人民币200万元。”该条中，首先是有“三方确认”，再次是确定了“付

款的时间”。所以说，协议第2条是明确齐晨已经做出了支付补偿款400万元的选择，同时约定款项支付的时间和方式，获得了晋贤与梅武国的同意。从第一条递进到第二条的理解，也是符合上下文的行文逻辑。

四、退一步讲，即使说双方对于案涉协议的内容在理解上有分歧，根据民事案件的证明标准和证据优势原则，法院也应当做出有利于晋贤的事实认定

（一）齐晨、梅武国均已经在履行该协议，且支付了部分款项。

1、齐晨在2015年1月28日和2月13日通过沈阳鸿达公司的账户汇款给晋贤40万元补偿款。虽然齐晨对此提出异议，认为款项的性质是沈阳鸿达公司和晋贤之间发生的借款关系，但是从一审到再审，齐晨和沈阳鸿达公司均未提供证据来证明这一点。

2、梅武国在2015年4月30日、5月21日、5月28日分三次向晋贤支付了3万元、3万元和5万元，即总共支付11万元的补偿款。梅武国提出该11万元是她和晋贤其他的经济往来，并不是履行案涉的补偿款。我们认为鉴于梅武国的担保人身份，在我们已经举证证明梅武国有该履行付款的义务或者是承担担保责任的前提下，梅武国否认11万元系补偿款，应当举证来证明，否则就应承担举证不能的后果。

（二）一审中，我们已经将晋贤和齐晨、梅武国的短信往来，以公证书的形式提供给法院作为证据，短信往来可以说明晋贤曾多次向齐晨和梅武国催讨补偿款，齐晨和梅武国也是多次表示会尽快安排予以支付。

（三）证人陈增勇已经出庭作证，可以证明晋贤曾经向梅武国主张过案涉的补偿款。

（四）股权转让的其中两个当事人王顺和洪童，用公证书的形式提供了情况说明，也是进一步明确了涉案协议书和股权转让的关系

以及涉案协议的出具过程,进一步说明了齐晨最后是选择了补偿晋贤400万元的方案。

(五)案涉协议签订后,齐晨或者梅武国均未通知晋贤用20000元/平方米的优惠价来购买商铺,即表示齐晨已经选择支付400万元的方式补偿晋贤。而关于涉案协议书记载的商铺,当时的市场行情是3.5万元/平方米,这一点,对方当事人在一审和再审庭审中也都是认可的。

拨开阴霾阳光照　再审请求获支持

2016年9月9日,两位律师收到了来自浙江省高级人民法院的再审判决书。该判决书采纳了胡律师的代理意见,认为"涉案协议系三方当事人的真实意思表示,已经成立并生效"。对于案件的关键问题即协议条款的解释,再审法院认为"无论从该协议前后条款的逻辑分析,还是根据条款的字面文意理解,均应当认为三方当事人已就齐晨同意补偿晋贤400万元、梅武国对此提供担保达成合意"。而关于我们二审提供的证据7即梅武国支付11万元的银行凭证,再审法院认为"从该款项支付主体及款项的记载来看,可以认定系梅武国支付给晋贤的款项,梅武国主张系其他往来款,但是并未提供有效的证据予以证明,故该11万元应认定为梅武国为履行三方协议所支付的款项"。最后浙江省高级人民法院撤销一、二审判决,支持了晋贤的全部再审诉讼请求。案件取得完胜的结果。

后记:

当事人在订立合同或者协议之初,往往有着良好的合作关系,又或者急于缔结合约,获得交易机会,忽视了对有关条款的细致推敲,给之后的履约和纠纷的解决埋下隐患。虽然该案最后得到胜诉,当事人却也已经付出大量的精力,也支出一定的费用。该案提醒人

们，在签订包括合同或者协议等任何书面材料的时候，当事人应当将条款细化，意思表达准确无误。

另外，如果晋贤当初签订协议之初就请专业人士对于涉案协议进行审查，也就可以避免今天的诉累。也即事前的法律审查往往比事后的法律补救更加有效的维护权益，避免损失。

（文中的公司名、人名均为化名）

知“难”而定进退

——记一次拒出律师函的体味

□ 徐杨超 *

“葫芦娃，葫芦娃，一棵藤上七朵花，风吹雨打都不怕……”手机铃声惊醒沉醉于案卷的我，明天是一个PPP项目采购文件定稿会，经过多稿修订的文件已铺满了整个桌面，但为了能让文件一次性定稿，我还想再多看几遍，不要有瑕疵，时间紧迫，不容浪费。

但电话还得接，这是我当律师后养成的一个“坏”习惯，怕错过一个客户的咨询，怕失去任何可能的机会。

“徐律师，您好，我是金童教育的沈平，有个事情想咨询您一下……”听完简单的介绍，我很快判断这是一起两家教育培训机构之间的不正当竞争纠纷。功成培训在其公众微信号上发表了一篇《金

* 徐杨超，本所律师，西南政法大学法学学士，杭州市律师协会政法法律顾问委员会委员，杭州市律师协会房地产委员会委员。

童，我们来比一比》的文章，直接针对金童，通过高考选考科目最高分、平均分、单科等成绩以及各科80分以上通过率等数据进行对比，以此来抬高自己贬低金童。因两家单位都是从事高考补习类培训机构，属于同业竞争者，在定性上应属于比较广告。所以，文章内容的真实性就成为关键，如果其内容是虚假的，或者是不全面的，功成都会涉嫌违反《广告法》、《反不正当竞争法》的规定，构成对金童的侵权。但仅听当事人的一面之词并不可靠，我便让他把那篇微信文章转发给我，我看后回复。

看完证据，我整理了一下思路，就给沈平回了电话。他在电话的声音显得非常的气恼，我对案件的法律分析似乎都没有进他的耳朵，只是一再的强调“他们太过分了，我要搞他”、“徐律师，你今天就给我发一份律师函，吓死他”……

很明显，客户是希望能够我今天就发送一份律师函，但此时已是近14点，扣除当事人对律师函的确认及律所内部的审核，留给我的拟写时间最多只有3个小时。为此，我需要当事人能够提供较为详实的资料，减少另行调查核实的时间。

“你有该单位的全称吗？因为我查了这个公众号的登记单位是一家名为功成的学校，而工商登记的是另一家功成教育咨询的公司，你是否能确定两者之间的关系？”

“全称我没有，而且我也不知道两者之间是否有关，两个都发就可以了吧？”

“文章中所提及的你们的通过率、考试成绩等数据是否真实？”

“这些是真实的。”

“文章中他们的考试成绩、通过率等数据是否真实？”

“这个不知道。”

“你们这些数据情况有没有一个具有公信力的平台可以查询？”

“这个没有。”……

当连续问完几个问题后，我知道，自己需要花费大量的时间来核实内容的真实性，归纳出草拟律师函时要重点阐明的焦点问题，而3个小时的时间过于紧迫，难以保证最终出具律师函中的内容有相应的证据支撑，那就如同“无米之炊”而发“无名之师”。

“对不起，今天下午出不了，我还需要核实一些基本的信息。因为这篇文章中所提及的一些数据是否真实是认定功成是否构成侵权的关键。作为比较广告，并非全部都构成侵权，只有其内容缺乏真实性，采用了虚假宣传的手段，其目的缺少正当性，是以商业诋毁为目的，最终导致了“引人误解”的法律后果，才能构成《反不正当竞争法》及《广告法》所规定的实施商业诋毁的不正当竞争行为。我们出具的律师函需要对上述各项要点进行阐释，并且以相应的证据材料为支持，而非简单的人云亦云。没有证据和法律依据的律师函，其内容是空洞且缺乏说服力的，既然您希望我们以律师函的方式来与对方沟通，那也是觉得律师函跟普通的往来函件有所区别，说明您也知道律师函不是一封简单的书信。虽然律师函是受当事人委托出具，但因为它还代表了一家律师事务所、一位律师的专业程度和职业操守，因此不能有任何的瑕疵，更不能没有相应的证据基础。”

“那给我一个初稿，我先放到我们公众号上吓唬一下他们。你们也不用查什么东西，他们文章写的内容就当都是假的好了，我想他们也不会是真的，你们就写几条法条吓唬一下就可以了。”

“对不起，可能您的理解有误，律师函是用来化解纠纷、主张权利的，而不是拿来吓唬人的。我们一旦出具律师函给客户，都是经过严格的审查，不存在随意出份稿件的情形，这是对我们律师职业的负责，更是对您委托的负责。”

“徐律师，钱不是问题，而且通过这次搞倒他们，以后我们还可以聘请您当我们的法律顾问。”

“谢谢您的信任,但也请您谅解,这不是钱的问题。我们不会因为您急着要就抬高价格,更不会因为你的高价就随意出具律师函。如果我们出具的律师函的内容有所偏颇,不但不能帮您解决纠纷,反而会引发后续更大的纠纷,而您也会因此承担法律责任,遭受不必要的损失。我们的严谨是对您的负责。您看这样可以吗,我可以晚上加班,调查核实相关信息,如果没有意外情况,争取明天帮您出具律师函,今天下午在没有核查的情况下出具律师函,我们真的不能做。而且,我觉得除了律师函还可以考虑其他方式来处理这个事情。”

“这样啊,那我想想……”

傍晚时分,也就是离电话结束后的3个小时不到,我在沈平的朋友圈看到了金童教育公众号上发表了一篇文章,文章分两个部分,上半部分是一封由其他律师事务所的律师出具的律师函,律师函针对的收函主体是功成学校和功成教育咨询公司两家单位,两位律师认为《金童,我们来比一比》的内容涉嫌伪造信息,恶意贬低金童,给金童造成名誉损害;下半部分是对于功成的指责和谩骂。

当晚,功成的公众号上发表了《这样也算律师函?》一文,指出金童聘请的律师出具的律师函存在多处严重错误,并提供证据证明其并未伪造信息,认为律师函出具缺乏有效证据,构成侵权。我看了这些材料,很充分,如果材料是真实的,则初步判断功成提供的信息是属实的。然而,功成在文章下半段又开始了另一番的讽刺和辱骂。

次日凌晨,金童的公众号上推出文章《关于某机构恶意炒作的三点期待》……

之后,……

在此后的几天,每当打开微信,我都会留意这两个微信公众号,

结果是两家机构的纠纷非但没有解决,反而更加恶化。如果他们的本意是炒作,那我承认,他们做到了。但从留言的信息可以看出,关注者都是一些明年要上高考战场的学生以及为了子女呕心沥血的父母,想必他们看了后会更加心累。当初以法律手段保护自己而发送律师函的初衷已荡然无存,你来我往的相互诋毁犹如文艺圈的花边新闻一般,占据了两家公众号的头版头条,恐怕两家已没有精力放在教育与教研上,也不再考虑相互 PK 教育质量,彼此掐架,大打口水仗,教书育人已不知置于何处!

我庆幸当初的知"难"而退,没有卷入这场"争斗",没有成为"网红";但我又后悔当初自己的不够坚持,没有劝说当事人采用更好的方式(例如将信息查实、证据坐实后再发律师后再行发函或向有关部门投诉)来解决问题。或许是我过分夸大了这个律师函的"难度",但每个人内心都有一杆天枰,以自己的原则为筹码,来衡量这份"难"的重量。我们年轻律师在面对高额律师费的诱惑时,需要充分认识这个事情的难度到底如何,是否属于自己可以克服、承受的范围,是否存在执业风险,是否有相应的救济方式,否则不仅自己,也会给律所甚至是整个行业带来不良的后果。有很多律师因为在执业过程中没能把握好这个度,导致行业处罚,以至于所在律所一并受累,也连带影响到律所其他同事,前车之鉴,须引以自律。

"葫芦娃,葫芦娃,一棵藤上七朵花,风吹雨打都不怕……"手机铃声再次响起,这是根据我家宝贝小名找的歌曲,也是我对孩子的希望,对自己的希望!

电话那头传来的是采购文件无异议通过并已发布的消息,我笑了,这个 PPP 项目倾注了我无数的汗水,蕴含了我太多的故事(可以写一篇中篇小说)。曾经不止一个人告诉我,这块"硬骨头"不是你年轻律师能啃的,放弃吧!甚至在已经介入的过程中还有人告诉我,事

难风险大钱也不多，别干了！我知道难，但又如何，此难非彼难，风水雨打都不怕……

君子取舍之道，知“难”而定进退！此亦律师之道！

（文中的人名、公司名均为化名）

渡

——电影《摆渡人》观后感

□王　楠*

昨晚和朋友小聚，心血来潮去看了场电影——《摆渡人》。这是一部典型的快餐式电影，情节经不起推敲，也没有细腻温柔的情感，唯有电影里一些蔡琴、黄耀明的歌曲配乐在我这个八零后的心底激起了一点涟漪。电影讲述了一个叫陈末的人开了一家“摆渡人”酒吧，陈末除了品酒拼酒以外，还会为那些失恋、失业、失心疯的人提供心理按摩，带他们走出阴影，渡他们重达人生彼岸。陈末帮助那些人的过程我已经记不大清楚，因为出于法律人的惯性思维，在一部电影没有俘获我心的时候，我总是很容易发现他的情节纰漏和逻辑错乱。但神奇的是，今天清早，我一觉醒来，陈末所讲的摆渡人三大行为准则清晰地浮现在我的脑海里，挥之不去。陈末说，做摆渡人，第一，要对被摆渡人的经历感同身受；第二，要对自己狠一点；第三，

* 王楠，本所实习律师，中国政法大学法学硕士。

要做到极致。我细细思量,作为律师,何尝不是一个摆渡人呢?运用专业知识和职业精神将客户渡到目标的彼岸。而要做好这个摆渡人,与陈末所遵循三项准则别无二致。

对被摆渡人的经历感同身受

很多人说律师需要理性思维,冷静超脱,这样才能在纷繁复杂的事实中理出明晰的法律关系。但我始终认为,为律师之前,你首先是一个有温度的人,这是任何职业的基础,如果没有感性,没有温度,只有理性,你所做的工作与计算机的计算结果又有何区别呢?在互联网时代,大家都担忧律师的工作会被计算机所替代,在围棋人机大战中,人工智能"阿尔法围棋"以总比分4比1战胜人类代表李世石,提示人类的高级思维也并非不能替代和超越。但我想,人的温度与温情却是计算机所不能替代的!当我们面临一个上门求助的客户时,不是简单地检索和运算,而是能够感同身受,将他们的遭遇当成我们的遭遇,将他们的困难当成我们的困难,只有这样,我们在考虑问题和解决问题时才能激发出自身最大的潜能,才能寻觅到最佳的解决路径。我经常想,律师的职业和医生很类似,找上门的都是有这样那样的问题,希望律师能帮他一揽子解决。所谓医者仁心,律者,也应有一颗仁心。律师与客户之间首要的是信任,客户如何确定眼前的陌生人能够帮他把问题顺利地解决,或者这个人是否在全力地帮助他?除了我们的专业技能,更重要的是从内心深处将自己和对方放在一条救生艇上去思考,所谓设身处地、感同身受。只要做到了这一点,哪怕结果不尽如人意,你收获的也会是理解,而非埋怨。我的一个刑事律师朋友曾跟我说,他做过的案件,没有一个客户对他有怨言,有的还因此成为了朋友,我听了以后半信半疑,因为我知道刑事案件的改判率是极低的,难不成他运气那么好,案子都改判了?不可能。所以我就问他,没有效果的案件当事人也能满意吗?他

说是的，至少没有怨言，有的还会反过来安慰他：律师，你已经尽力了，案子到这个结果可能真是命中注定有这一劫了。我又追问他怎么做到的呢？他说，我就是凡事都尽心尽力，比如一个刑事案件，我的会见频率能够达到半个月一次，凡是逢年过节我都会去看一看嫌疑人，哪怕不聊案子，仅仅是替他的家人去看他一眼，传递一下家人的温情与关爱……在他的讲述中，我明白了，他不仅仅是用专业与技能在工作，更是用心，这应该是律师办案的最高境界了吧！记得我的小学老师曾跟我讲过一句话：世上万事，只怕用心二字。你用心了，你与事就合一了，结果便不言而喻了。

对自己狠一点

近几年，爱上了跑步，但始终没有达到自己想要的那种跑步的频率与状态，总是有各种各样的主客观原因，阻止我按计划执行。我有个奇葩跑友，他每个月能跑四五十公里，上班跑，下班跑，赴约路上跑。我曾嘲笑他，为了运动软件里的那个公里数还真拼，但心里还是很佩服他，不管为了什么，他坚持下来了。他说，身体经常会不听指挥，刚跑起来的时候，会这疼那疼，企图阻止你跑下去，但你要告诉它，不能停，继续！这样身体就会乖乖地听话，不再疼了；有时候跑个长的，身体会说不行了，跑不动了，赶紧停下来歇一歇！但只要你咬牙坚持过那一段，就会发现身体的潜能很大，它是会欺骗你的。这套理论确实屡试不爽，我把它总结为“对自己狠一点”。有时候，我们会不自觉地为自己设定一些障碍，悄悄告诉自己：这个事情很难，做不好也是没办法。但事实上，真的没办法吗？当我们再坚持一段，也许就柳暗花明了。我想，律师中做出成果的人与没有成果的人区别大抵就在于此吧！很多时候，我们都忽略了那些成功律师背后艰辛付出的一面，只艳羡他们的声名远扬、荣誉等身，但他们深夜加班看案卷、牺牲周末钻法条、出差劳顿忙会见、将一份辩护词写成一篇论

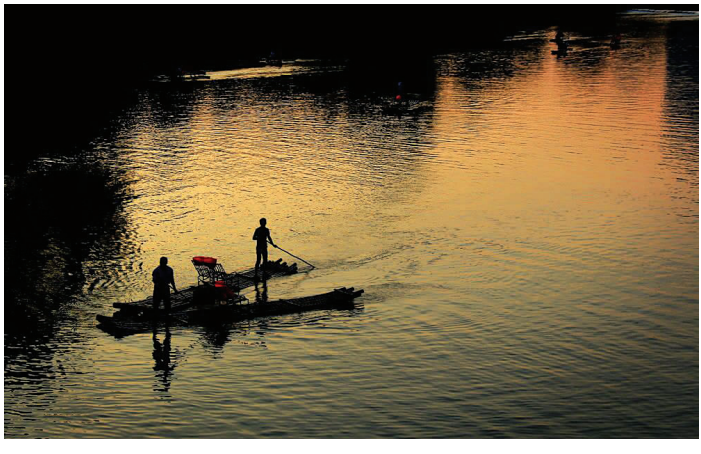
文的功夫，你我下到了吗？如果没有，就不要妒忌。我又想起一个小学老师说过的话：一份耕耘，一份收获。真的是放之四海而皆准的真理！突然发现，很多真理在我上小学的时候就已经接触到了，但为什么随着年龄的增长，却把它们淡忘了呢？

做到极致

《摆渡人》电影里，小玉为了自己的偶像在和情敌拼酒时说过这样一句话：我不是在和她拼酒，我是在拼命！结果自然是拼命的赢了。你为一个人拼过命吗？我和朋友面面相觑，都表示还真没有。也许生活中也很难遇到需要拼命的时候吧！我理解，拼命并非是拿生命去做赌注，它应该是一种拼命三郎的精神和劲头，一种追求极致、不达目标不罢休的态度。记得某个法治节目报道过这样一件事，一个女人的老公被公安机关认定为杀人嫌犯，这个女人认为老公不可能会杀人，就开始寻找线索，试图为老公洗脱罪名，在初步调查的过程中，她更加坚定了自己的判断——真凶另有其人。于是，她一查就是三年，跑遍了大半个中国，目标只有一个——抓住真凶。截止记者报道时，她几次与真凶擦肩而过，但还没能如愿以偿。当然，这样报道以后，估计真凶是能够到案了，但不是这个女人所为，而是公安机关。看过这个报道，大家都会被女人的精神所打动，因为她做到了极致！我想，为什么我们在工作中总那么容易浅尝辄止、半途而废？因为我们在做事情之前给自己设定的目标太低或者根本没有设定目标，所谓“求其上，仅得其中；求其中，仅得其下；求其下，则不得矣。”当我们面对一个案件的时候，我们是否穷尽了所有的调查手段和方法？是否考虑到了所有的可能性、排除了所有怀疑？大多数时候是没有的。我们的生活，从物质到精神，都充斥了太多的短平快消费品，不追求永久，只在乎当下，这样的环境无形中影响着我们的行为方式，渐渐消磨了我们追求卓越、坚持到底的宝贵品质，造成了人心浮

躁、惶惶终日的不良世风。或许，我们真的需要空出一段时间，放下手机、关掉电脑，与这个纷繁世界隔绝，或是读一本书，或是跑一段步，让自己的心静下来，更接近纯粹、简单的状态。

《摆渡人》电影的末尾，陈末说："我做摆渡人，不是命运使然，而是我的生命需要。"其实，在渡别人的时候，我们又何尝不是在渡自己？当我们感同身受、尽心竭力、做到极致时，我们的生命也因此得到丰富与升华，心灵得到洗礼与净化，收获的是一种感动、一份情谊、一缕温暖。



张 阅 律师

业务专长：

公司治理、合同纠纷处理、继承纠纷处理

学历：

上海政法学院经济法专业学士学位

浙江大学法学院民商法研究生(在读)

经历：

2009年通过国家司法考试。

2010年7月毕业于上海政法学院，同年8月进入浙江金道律师事务所工作。

典型业绩：

曾经或正在服务的顾问单位有：

1. 浙江省旅游局
2. 杭州肯德基有限公司
3. 杭州微校互联科技有限公司

参与的法律项目有：

1. 杭州某合资公司解算清算项目
2. 杭州某国有公司收购杭州某工艺品有限公司资产项目
3. 杭州某重工机械有限公司收购浙江某彩钢有限公司资产项目

4. 杨某某、江某某退出浙江某合资公司与杭州某公司项目

5. 杭州某世界五百强企业房地产投资项目

6. 杭州某知名投资企业三亿元房地产融资项目

代理的诉讼案件有：

1. 杭州某合资公司股东知情权纠纷案，杭州市中级人民法院一审程序，浙江省高级人民法院二审程序。

2. 杭州某公司千万借款合同纠纷案，杭州市中级人民法院二审程序，浙江省高级人民法院再审程序。

3. 沈某千万遗产继承纠纷案，丽水市莲都区人民法院一审程序，丽水市中级人民法院二审程序。

联系方式：

地址：杭州市文二路391号西湖国际科技大厦A座12楼

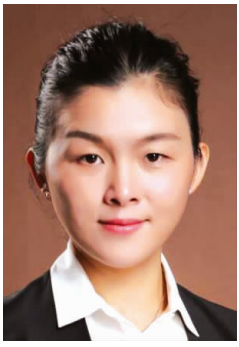
邮编：310012

电话：0086-571-87007116

传真：0086-571-87006661

手机：13757187655

电邮：zy@zjblf.com



徐杨超 律师

业务专长：

PPP专项法律服务、建筑房地产法律服务、企业和政府法律顾问。

学历：

西南政法大学法学学士

浙江大学法学院民商法研究生

经历：

2006年–2012年期间，在浙江滨江建设有限公司担任法务总监，期间负责处理了项目并购、境外融资、在建工程抵押等重大事项。

2012年进入浙江金道律师事务所工作。主要从事建筑房地产和企业、政府法律顾问服务工作，结合自身专业特点，为政府和社会资本合作(PPP)项目提供全程法律服务。

理论文章

2016年7月，个人撰写的《PPP项目前期政府方常涉问题统计及分析——以某城市有机更新征收改造PPP项目为例》一文，获2016年度浙江省律师论坛二等奖，第二届杭州律师论坛一等奖。

单型业绩：

服务的顾问单位有：

1. 杭州市上城区人民政府

2. 台州市路桥区人民政府

3. 杭州市市区公共停车场(库)建设发展中心

4. 杭州城投投资有限公司

5. 杭州观澜建筑装饰有限公司

6. 杭州驭宝网络技术有限公司

7. 宁波爱尔光明眼科医院有限公司

8. 杭州全拓科技有限公司

9. 杭州尚嘉嘉服饰有限公司

10. 浙江飘步网络科技有限公司

11. 杭州利佰联投资管理有限公司

12. 绣轩纺织科技(苏州)有限公司

参与的法律项目有:

PPP 项目

1. 为政府方就浙江某市城市有机更新征收安置 PPP 项目提供专项法律服务;

2. 为政府方就浙江某县慢城旅游项目提供全程 PPP 服务;

3. 为政府方就浙江某县亮灯工程提供全程 PPP 服务;

4. 为政府方就浙江某县白改黑工程提供全程 PPP 服务;

5. 代理杭州市四自收费参与建委与华南公司(BOT 项目)行政诉讼。

其他非诉讼项目

1. 为杭州市某房产公司提供了房屋交付全程法律服务;

2. 受杭州市城乡建委委托,就《杭州市机动车停车场(库)建设管理办法》进行了立法后评估;

3. 受杭州市上城区人们政府委托,编制了《行政机关合同重点

分析》,并以此为基础对政府部门进行专项培训;

4. 受杭州市城乡建委委托,就《杭州市机动车停车场(库)建设管理办法》进行了立法后评估。

代理的诉讼案件有

1. 代理区人民政府处理了20多起行政诉讼案件,包括行政不作为案件. 行政赔偿等多种类型;

2. 代理杭州某房产公司处理了30多起商品房买卖合同纠纷案件,包括合同解除. 质量纠纷等多种类型;

3. 代理杭州金马饭店处理了10多起旅店服务合同纠纷案件;

4. 代理住友酒店处理了10多起特许经营合同纠纷. 3起房屋租赁合同纠纷,包括采取诉讼. 仲裁等多种方式;

5. 代理杭州欧维实业有限公司处理了10多起房屋租赁合同纠纷;

6. 代理蒋某. 谢某共2起房屋拆迁安置补偿协议纠纷浙江省高院二审诉讼。

联系方式:

地址:杭州市文二路391号西湖国际科技大厦A座12层(邮编:310012)

电话:0571-87007182

手机:13758214403

电子邮箱:xyc@zjblf.com

金道大事记

【2006 年度】

1. 金道所取得浙江省司法厅颁发的执业许可证
2. 金道所在杭州西湖国宾馆举行开业庆典
3. 金道所党支部成立
4. 金道所团支部成立
5. 金道所网站建成

【2007 年度】

1.《金道律师》创刊
2. 胡祥甫律师当选为第六届杭州市律师协会会长
3. 胡祥甫律师荣获“全国优秀法律文书评选”二等奖
4. 胡祥甫、崔海燕律师荣获“浙江省律师事业突出贡献奖”称号
5. 金道所承办“首届浙江中小企业法治论坛”

【2008 年度】

1. 金道所律师参编的《中小企业创业经营法律风险与防范策略》由法律出版社出版
2.《金道律师》荣获“浙江省律师行业优秀所刊”三等奖
3. 胡祥甫律师被聘为浙江省地方立法专家委员会专家委员
4. 王全明律师参与编写的《婚姻与家庭案件律师实务策略》由法律出版社出版

5. 金道所承办“2008 浙江中小企业法治论坛”

【2009 年度】

1. 金道所荣获司法部授予的“法律服务和法律援助工作为构建社会主义和谐社会服务主题实践活动先进集体”称号

2. 金道所荣获 ALB 中国法律大奖“浙江律师事务所大奖”提名

3. 金道所荣获“杭州市司法行政系统先进党支部”称号

4. 金道所荣获“杭州市优秀律师事务所”称号

5. 金道所乔迁西湖国际科技大厦新址

6. 胡祥甫律师荣获“杭州律师行业建设杰出贡献奖”称号

7. 王全明律师荣获“杭州市十大公益律师”称号

8. 崔海燕律师荣获“杭州市首届优秀女律师”称号

9. 崔海燕律师荣获“浙江省优秀青年律师”称号

10. 王晓辉律师荣获杭州市法学会授予的“2007—2008 年度杭州市优秀法律工作者”称号

【2010 年度】

1. 金道所荣获“长三角地区工程法律服务突出贡献律师团队”称号

2. 金道所荣获“2009 年度杭州市中介服务业示范企业(机构)”称号

3. 金道所荣获“全省律师行业党建工作模范所”称号

4. 金道所荣获共青团杭州市委授予的“2009 年度市级青年文明号”称号

5. 金道所被浙江产权交易所正式确定为浙江省未上市公司股份转让试点推荐人

6. 金道所取得国家工商行政管理总局商标局颁发的“金道”商

标注册证书

7. 胡祥甫律师当选为第七届杭州市律师协会会长

8. 胡祥甫律师被聘为“法治杭州”专家咨询委员会委员

9. 钱雪慧律师荣获“2009年度杭州市中介服务业行业标兵”称号

10. 崔海燕律师连任第七届杭州市律师协会国际贸易与涉外投资业务委员会主任,王全明律师当选为第七届杭州市律师协会理事和民事业务委员会副主任,钱雪慧律师当选为第七届杭州市律师协会房地产与建筑业务委员会副主任,俞菊明律师当选为第七届杭州市律师协会公司与证券业务委员会副主任,刘艳芳律师当选为第七届杭州市律师协会劳动与社会保障业务委员会副主任

【2011年度】

1. 金道所荣获“全国优秀律师事务所”称号

2. 金道所荣获2010年度ALB“诉讼律师事务所大奖”提名

3. 金道所第一届工会成立

4. 胡祥甫律师当选为浙江省中小企业法学研究会第二届理事会会长

5. 胡祥甫律师当选为杭州市法学会第三届理事会副会长

6. 胡祥甫律师当选为第八届中华全国律师协会理事会理事

7. 胡祥甫律师荣获中共杭州市委授予的“杭州市优秀共产党员”称号

8. 罗弘韬律师团队入围“最值得推荐的30家中国工程法律律师事务所(团队)”

9. 崔海燕律师当选为浙江省律师协会涉外与海事海商专业委员会副主任,黄耀律师当选为浙江省律师协会金融与保险专业委员会副主任,童松青律师当选为浙江省律师协会知识产权专业委员会

副主任

10. 金道所承办“2011 浙江中小企业法治论坛”

【2012 年度】

1. 金道所荣获浙江省司法厅授予的“全省律师行业创先争优活动示范点”称号

2. 金道所在杭州经济技术开发区金沙学校设立“金道奖学金”

3. 金道所荣获杭州市律师事务所优秀网站一等奖

4. 金道所荣获杭州市人民政府授予的“2011 年度现代服务业先进单位”称号

5. 金道所入选第二批《浙江省人民法院破产案件社会中介机构管理人名册》

6. 胡祥甫律师当选为杭州市十二届人大代表

7. 胡祥甫律师荣获司法部律师行业创先争优活动指导小组授予的“律师行业创先争优活动党员律师标兵”称号

8. 王全明律师荣获司法部授予的“全国律师创先争优活动先进个人”称号

9. 王晓辉律师荣获“2011 年度杭州律师新星奖”称号

10. 金道所承办“2012 浙江中小企业法治论坛”

【2013 年度】

1. 金道所荣获司法部授予的“全国化解社会矛盾维护和谐稳定成绩突出律师事务所”称号

2. 金道所所著《诉之有道——民商事经典疑难案例集》和《诉之有道——刑事经典疑难案例集》两本案例集由法律出版社出版

3. 金道所入选《2013 钱伯斯亚太指南》浙江律所名录

4. 胡祥甫律师荣获浙江省法学会授予的“2012 年度浙江省法学

会优秀学会工作者”称号

5. 崔海燕律师荣获首届“浙江省优秀女律师”称号

6. 罗弘韬律师荣获“2013ENR/建筑师时报最值得推荐的60位中国工程法律专业律师”称号

7. 黄耀律师被评为“一级律师”

8. 钱雪慧律师荣获“杭州市第二届优秀女律师”称号

9. 方圆律师荣获“2013年度杭州律师新星奖”称号

10. 金道所承办“2013浙江中小企业法治论坛”

【2014年度】

1. 金道所设立“浙江省法律援助中心民革工作总站金道援助工作站”

2. 金道所入选杭州市第一批法律援助志愿律师事务所

3. 胡祥甫律师主编的《律师业务风险指引》出版

4. 胡祥甫律师受聘担任杭州市人民政府法律顾问

5. 胡祥甫律师被聘为杭州市青年企业家协会第七届理事会顾问

6. 崔海燕律师参加2014年第二届中国涉外律师“领军人才”培训项目

7. 崔海燕律师被聘任为中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员

8. 钱雪慧律师荣获“杭州市三八红旗手”称号

9. 黄河律师当选为杭州市象山商会第一任执行会长

10. 金道所承办“2014浙江中小企业法治论坛”

【2015年度】

1. 金道所管理架构调整，胡祥甫律师担任事务所首席合伙人，王全明、崔海燕、罗弘韬、申柱石和王晓辉律师组成新一届事务所的

管理委员会,王全明律师担任事务所主任

2. 金道所党总支成立,下设三个党支部

3. 胡祥甫律师作为浙江省4名律师代表之一,参加全国律师工作会议,该会议由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合召开,中共中央政治局委员、中央政法委书记孟建柱出席并讲话

4. 胡祥甫律师担任杭州市第十二届人民代表大会法制委员会委员

5. 王全明律师被浙江省人民政府聘为“浙江省政府立法咨询专家”

6. 崔海燕律师被聘为西班牙商事仲裁院第三位中国籍的仲裁员

7. 崔海燕律师荣获杭州市首届“十大律师先锋”称号

8. 黄河律师荣获“2015年度杭州律师新星奖”称号

9. 王全明律师担任杭州市律师协会民商专业委员会主任和企业法律顾问(公司法务)专业委员会副主任,王晓辉律师担任杭州市律师协会刑法委会主任,申柱石律师担任杭州市律师协会国际投资专业委员会主任,钱雪慧律师担任杭州市律师协会建筑房地产专业委员会副主任,来晓明律师担任杭州市律师协会行政专业委员会副主任,黄河律师担任杭州市律师协会证券专业委员副主任,俞菊明律师担任杭州律师市协会家事专业委员会副主任

10. 金道所承办“2015浙江中小企业法治论坛”

【2016年度】

1. 金道律师参编的“法律服务浙江经济转型升级组合拳系列丛书”由浙江人民出版社出版,该书由中共浙江省委书记夏宝龙作序

2. 胡祥甫、崔海燕律师参加全省律师工作会议,中共浙江省委书记夏宝龙看望与会代表并作重要讲话

3. 胡祥甫律师担任浙江省律师协会常务理事,崔海燕律师担任

浙江省律师协会常务理事和涉外与海事海商专业委员会主任，王全明律师担任浙江省律师协会公司专业委员会副主任，罗弘韬律师担任浙江省律师协会房地产专业委员会副主任

4. 金道所 9 名律师参加“2016 浙江中小企业法律服务月”在浙江 9 个地市所设的专场活动

5. 胡祥甫律师荣获浙江省“浙江省十大法治人物”称号

6. 王全明律师担任浙江省法学会中小企业法学研究会副会长

7. 崔海燕律师参加第九次全国律师代表大会

8. 张延来律师的专著《法眼电商》由法律出版社出版

9. 金道所新置西湖国际科技大厦一层办公楼，总办公面积 3000 余方

10. 金道所宁波分所成立