



SHENZHEN LAWYERS

# 深圳律师

—— 非常视线 专业见解 ——

总第 77 期

# 77

2018 年 | 第 5 期 |

深圳市律师协会主办

粤港澳大湾区  
城际合作的法律制度探析

论疫苗损害之法律救济途径

非共债共签情形下认定夫妻共同债务的实务探析

律师“逆行”转法官 回归初心终穿法袍

内部资料 免费交流

忘忧

摄影 / 范海燕



## 深圳市第十届律师代表大会第三次会议 高票通过新修订《章程》

2018年9月15日，深圳市第十届律师代表大会第三次会议在深圳市委党校隆重召开，肩负着全市1.2万多名律师重托的近500名律师代表参加了这次会议。会议传达司法部傅政华部长讲话精神和全国律师行业党的建设工作会议精神，审议通过了新修订的《深圳市律师协会章程》。

会议紧紧围绕新时代全面加强党的建设新的伟大工程总体部署，坚持党对律师工作的全面领导，紧扣新时代律师行业和律师队伍发展新态势、新特点，认真贯彻落实全国、省、市司法行政机关和律师行业党委的决策部署，将“坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导”“坚定维护以习近平同志为核心的党中央权威和集中统一领导”和加强党的建设等工作内容写入章程。这是继2013年深圳律协在全国首次将党组织在律师行业的政治核心地位以制度化确立写入章程后，再次对党对律师工作的全面领导和加强律师行业党建工作进行深化，明确市律师行业党委对市律协的领导关系，强化了党对律师工作的领导；对于加强我市律师行业党建工作，确保我市律师队伍始终坚持正确的政治方向，始终拥护中国共产党的领导、拥护中国特色社会主义法治有着重要的作用。

自1979年中国律师制度恢复重建以来，在深圳市委市政府的关心支持下，深圳律师业从1987年的全市7家律师事务所发展到如今（截至2018年8月）的818家律师事务所，律师人数从43名到2016年突破1万名大关。全面推进党的组织和党的工作两个全覆盖，党员律师人数4131名，建立律师行业党建工作省级示范点1个、市级示范点4个，律师党建工作格局基本形成，是全市乃至全省“两新”组织党建工作的一面旗帜。

今年是改革开放40周年，也是深圳市律师协会成立30周年，市律协将以章程修改为契机，把新章程的精神和要求贯穿到律师行业改革发展的全过程，把党建工作和行业发展有机结合起来，推动律所规范化专业化和律师工作改革发展，为社会经济发展和人民生活提供服务和保障，为深圳实现在“四个走在全国前列”中走在最前列、勇当尖兵，当好“两个重要窗口”发挥律师职能作用。

## 投身粤港澳大湾区法治建设， 发挥深圳律师作为

○贾红卫 广东省律师协会港澳台和外事工作委员会主任

七月底，我随省律协代表团到新加坡参加东盟法律协会(ALA)第十三届大会，会议的主题为The Power of One, Unlocking the Opportunities in Asean Trough Law。当时看着来自东盟各国的法律人齐聚一堂，热情洋溢地就区域经济和法治的一体化积极建言献策，感触良多。东盟十国为了其经济发展正在谋求其内部法律的协调化发展，而我们现在所倡导的粤港澳大湾区法治建设是不是能够从中得到些借鉴呢？

众所周知，粤港澳大湾区建设最初起源于区域经济集团化发展的构想，其目的是发挥区域经济协调发展的优势，更好地促进市场资源的合理配置，实现区域经济的特色化发展。随着近年来国家正式提出粤港澳大湾区的发展战略，粤港澳大湾区的法治建设也逐渐成了一个让中国法律人广为热议的话题。

粤港澳大湾区法治建设意义深远。其对内是在国家推进总体依法治国方略背景下，适应和促进大湾区经济建设对法治发展的需求而提出来的现实需要。因此，其能否顺利进行，不但关系到大湾区本身的法治化协调发展，也关系到国家依法治国方略的总体推进。

粤港澳大湾区法治建设责任重大。其对外是在国家提出“一带一路”倡议和新时期全面对外开放的背景下展开的。其核心内容是结合粤港澳三地不同的法域和习惯这一特点，从为经济建设发展服务的角度探索有效的法律解决方案。因此，其能否顺利进行，关系到中国推进“一带一路”建设及对外投资和交往中的法治保障问题。

粤港澳大湾区法治建设使命光荣，是推进国家依法治国方略的落实和为“一带一路”建设提供中国法治解决方案的一次伟大实践！

回顾上世纪九十年代，我们深圳律师的前辈们以“敢为天下先”的精神，用实际行动推动了中国律师业的自我革新和发展，并在中国律师的发展史上书写了浓重的一笔！

站在二十一世纪的新时代，展望未来，粤港澳大湾区的法治建设为我们广大的新一代深圳律师提供了更加广阔的舞台和改革创新的空间！

新一代的深圳律师们，让我们积极地投身到粤港澳大湾区法治建设这一伟大实践中，谱写出深圳律师再创辉煌的新乐章吧！



粤内登字 B11277 号



出版日期 2018 年 9 月

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

# 目录 CONTENTS

## 卷首语 | FOREWORD ..... P1

01 投身粤港澳大湾区法治建设，发挥深圳律师  
作为 / 贾红卫

## 说法 | VERSIONS ..... P4-5

04 网约车车主私借账号的法律责任探析 / 张玲

## 特别报道 | SPECIAL REPORTS ..... P6-15

06 粤港澳大湾区城际合作的法律制度探析 / 陈方  
10 关于设立粤港澳大湾区行政法院的思考 / 张斌  
刘训东  
13 律师在生态环保法治建设中的作用 / 李军强

## 热点 | HOTSPOT ..... P16-22

16 与裁判者不谋而合 —— 毒品案件的定罪量刑  
分解 / 何远彬  
20 论疫苗损害之法律救济途径 / 范秀玲 赵乐



## 论道 | DISCOVERY ..... P23-29

23 非法经营出版物的犯罪构成要件与辩护要点  
/ 刘晓兵  
26 PPP 项目资本金和注册资本的对比性研究及  
操作对策 / 马浩然

## 实务 | PRACTICE ..... P30-34

30 《合同法》中“通知”常见方式的分析  
/ 金振朝 谢艺萍  
32 非共债共签情形下认定夫妻共同债务的实务  
探析 / 贺丰胜 李同明

## 拍案 | CASE AND EXAMPLES ..... P35-37

35 股权众筹的红线 —— 擅自发行股票、公司、  
企业债券罪探析 / 杨银笛

## 生活 | LIFE ..... P38-41

38 法律也有“温度”，谈取保候审的意义与困  
境 / 莫丽冰  
40 匆匆里的鼓浪屿 / 常跃全  
41 赴约 / 康源弘

## 人物 | PEOPLE ..... P42-44

42 律师“逆行”转法官 回归初心终穿法袍  
/ 董柳

## 律协动态 | INFORMATION ..... P45-48

# 网约车车主私借账号的法律 责任探析

○张玲（记者） 深圳新闻网

顺风车再出命案，滴滴宣布8月27日全国下线顺风车业务。有人说，安全问题，决定了网约车平台未来还能走多远。需要警惕的，还有网约车司机中出现的私借账号行为。近日，滴滴公司在北京、天津两地人民法院批量提起诉讼。起诉书中表明，三名出借账号的车主在滴滴出行科技有限公司运营的网约车平台注册车主账号，注册时点击并同意在线协议《服务合作协议》，提交相关证件经过验真审核，并通过平台的身份背景筛查后开通网约车车主账号，账号具有人身属性。此后，三名车主分别将自己具有人身属性的车主账号交由熟人使用，使用人在搭载乘客的过程中，发生事故导致车上乘客受伤。乘客受伤后，滴滴平台先行垫付乘客医疗费等相关费用。对此，滴滴公司向注册车主及肇事者同时主张经济赔偿。目前，三起诉讼均已被法院立案受理。

本期“说法”栏目邀请陈伟律师，解读网约车平台在配合警方办案时的法律义务，以及网约车车主出借账号可能带来的后果。

本期嘉宾 陈伟

北京市炜衡（深圳）律师事务所律师 / 高级合伙人

## 关于网约车平台配合破案提供司机信息的法律义务

记者：在浙江乐清的这起顺风车案件中，网约车平台在配合警方调取嫌疑人钟某信息时反应速度严重滞后，影响了案件的及时处置。

从法律层面看，网约车平台有可能负的法律责任是什么？

陈伟：本案中，我认为平台存在监管不力的责任。虽然平台监管不力的行为与命案发生没有直接因果关系，但由于监管不力，给网约

车司机提供了可乘之机，平台是存在过错的。本案中，网约平台在提供服务时，没有保障服务符合保障人身、财产安全的要求，在已有他人投诉的情况下，没有对可能危及人身、财产安全的服务进行明确警

示，亦没有采取停止该网约车司机接单的必要措施，而是放任其继续接单，并最终导致消费者赵某被侵害，其行为有违法律规定，理应承担赔偿责任，根据《消费者权益保护法》的规定，网约车平台作为经营者，应当承担相应的民事赔偿责任。

## 关于车主出借账号后出现交通事故的性质

记者：在滴滴批量起诉车主案件中，网约车车主出借账号给他人，出现交通事故，和一般的交通事故性质是否相同？

陈伟：这在性质上是有区别的。区别在于，网约车车主一般经过网约车平台进行相应的资质认证，相当于有一个基本的准入门槛，乘客追索时也容易认定车主。一旦网约车车主出借账号给他人之后，实际驾驶人员的身份信息、相应的资质包括驾龄等都难以查询，使乘客追索时存在一定的障碍，增加了乘客追索时的举证负担。

## 关于交通事故四方的法律关系

记者：网约车车主、实际驾驶车辆的司机，以及受伤乘客、网约车平台之间的法律关系是什么？如果没有交通事故发生，这类出借账号的行为是否也存在法律风险？

陈伟：网约车车主与实际驾驶车辆的司机之间是违法出借驾驶网

约车资质的一种法律关系，受伤乘客、网约车平台之间是消费者与经营者之间的服务合同关系。即使没有交通事故发生，这类出借账号的行为仍然存在诸多法律风险：首先，网约车车主的准入是有一定的门槛和条件的，而出借账号之后，实际驾驶车辆的司机是否具备网约车平台所要求的相应资质，是否存在禁止驾驶网约车的情形等，均无从查证；其次，乘客作为消费者，选择的是网约车平台及网约车司机的服务，而实际驾驶车辆的司机并非网约车司机，经营者在提供服务时，存在欺诈行为；第三，从监管角度来讲，交通事故只是一部分风险，从近日发生的网约车车主杀害乘客恶性事件来看，正规网约车司机尚存在风险，出借账号之后的非网约车司机驾驶车辆的风险就更大了。

## 关于出借账号的车主的责任

记者：出借账号给他人的车主在交通事故中是否负主要责任？如果法院支持滴滴的诉讼请求，那么乘客医疗费赔偿上，车主能否要求实际驾驶者（肇事者）支付？这是否是车主与驾驶者之间的民事纠纷？

陈伟：出借账号给他人的网约车车主违反其与网约车平台的合同约定，如发生交通事故，应当由网约车车主与实际驾驶车辆的司机，在民

事侵权方面承担连带责任。如果法院支持滴滴的诉讼请求，在乘客的医疗费用赔偿上，车主可以在承担赔偿责任之后，再根据其与借用账号的肇事司机之间的约定，向肇事司机进行追偿，但这属于车主与肇事司机之间的纠纷，在滴滴提起诉讼的案件中，法院不会作出处理。

## 关于给各方的法律建议

记者：能否给车主、借车者以及乘客一些法律建议？

陈伟：网约车车主应当要树立法律意识，尊重契约精神，严格按照其与网约车平台的约定，正确使用网约车账号，诚信经营，不要将网约车账号擅自出借给他人使用，以避免自己承担更多的法律风险和法律责任；

对于借车者而言，如有驾驶网约车的意愿，建议自行向网约车平台申请注册相关的账号，依法依规经营，否则一旦发生事故，将会害人害己；

对于乘客而言，建议在乘坐网约车时，提高安全意识和自我保护意识，仔细核对网约车平台上显示的司机是否与实际驾驶人员一致，如存在不一致的情形，应当拒绝乘坐，并第一时间向网约车平台投诉，以履行社会监督责任，同时也让出借网约车账号的司机承担更大的违约风险和被查处风险，让出借账号行为没有生存空间。

# 粤港澳大湾区 城际合作的 法律制度探析

○陈方 广东省律师协会副会长

粤港澳大湾区是继美国纽约湾区、旧金山湾区以及日本东京湾区之后的世界第四大湾区。2017年7月1日，国家发展和改革委员会与粤港澳三地政府签署了《深化粤港澳合作推进大湾区建设框架协议》。据该协议，粤港澳三地将在中央的支持下，完善创新合作机制，促进互利共赢合作关系，将粤港澳大湾区建设成为内地与港澳深度合作的示范区，打造国际一流的湾区和世界级城市群。粤港澳大湾区是新的国家战略，未来势必成为中国经济发展的新动力，也是粤港澳三地城际合作、经济腾飞的时代机遇。

法治是市场经济发展的基础，谋求粤港澳大湾区的快速稳定发展，必须法治先行，构建城际合作的法律制度是粤港澳大湾区成功治理的必然要求；为粤港澳大湾区营造法治化、国际化和市场化的营商环境，以法治推进粤港澳大湾区发展，是湾区城际合作协同发展、创新发展的现实、必然选择。

## 一、城际合作中的法治难题与解决路径

一个国家、两种制度、三个关税区、四个核心城市，粤港澳大湾区的“一二三四”格局是它最大的

特点和优势，也是大湾区城际合作、法治融合的难度所在。李克强总理在《政府工作报告》中多次强调：支援香港、澳门融入国家发展大局、深化内地与港澳地区交流合作。近几年来内地与港澳之间的经济合作发展良好并逐年升温，但法律合作仍未取得理想效果，城际合作的法律制度建设也没有足够的研究成果，法律冲突与适用问题仍是大湾区城际合作建设过程中面临的最大的挑战。

香港属于英美法系，澳门属于大陆法系，内地是中国特色的社会主义法系，无论是实体法还是程序法都有很大的不同，在三种不同的

法律制度下开展区域、经贸合作，不仅是具体的民商事等方面的法律制度的冲突，也是三地在立法权、司法权、执法权设立和行使上的冲突。因此，要实现大湾区城际良好合作局面，必须法律先行，构建粤港澳大湾区城际合作的法律框架和机制，促进粤港澳大湾区法律服务业实现流通，即政策沟通、人员流通、信息互（联）通、业务融通、专业共通、民心相通。具体有以下几点分析与建议：

### 1. 构建粤港澳大湾区特色法制体系

粤港澳三个行政区域虽毗邻相依，但在社会治理、法治建设等方面各具特色。因此法律合作治理是湾区城际合作的有益思路。构建粤港澳大湾区特色法治体系，一方面，应将法治建设纳入整个大湾区发展战略纲要，调动社会、市场多元化主体的力量，以市场化促进法治化，法治化贯穿市场化。另一方面，粤港澳三地政府应尽快磋商，共同制定粤港澳大湾区城市之间的经贸合作条例，包括完善的法律法规体系、廉洁透明的法治政府、公正的司法系统、有效的市场监管机制、自由公平的市场竞争环境、健全的商事纠纷解决途径等。

### 2. 法治创新，接轨港澳地区的先进法律体系

借鉴港澳地区立法、司法、执法先进经验，探索在社会管理、公共服务等方面接轨港澳先进法律体系。例如：涉港澳商事案件适用港澳法律进行司法裁判；引入香港陪审员参与庭审过程，完善以庭审为中心的诉讼制度；构建多元化国际化的纠



粤港澳大湾区城市群

纷仲裁和调解机制，引入香港国际仲裁中心及全球仲裁机构，吸引香港仲裁员、调解员、专家等以代理人身份参与大湾区商事争议的解决。同时，积极探索政府间合作、公私合作及私人合作的法律治理模式，以府际合作、公私合作及私人合作促城际合作，深化涉外涉港澳台案件审判机制改革，健全港澳台和外国法律查明与适用机制，推动内地与港澳之间的司法互信，破解不同区域民商事裁判执行难题。

## 二、合作共建粤港澳法律服务行业

要促进粤港澳大湾区各城市之间的和谐发展，法治水平应协调、统一发展。横向来看，大湾区 11 个城市的法治水平参差不齐；纵向来看，城市内部的法治发展水平在立法、执法、司法及文化等方面也存在着高低差异。这种差异在一定程度上阻碍了湾区城市群法治协同发展，限制了湾区城际合作的法律制度建设。对此应采取有力措施，

促进法律服务业市场全方位开放、高质量发展。具体探析如下：

1. 大力发展涉外法律服务业，做好粤港澳青年法律人才培养工作  
首先要完善大湾区涉外法律服务业的扶持政策，各级政府将发展涉外法律服务业纳入发展战略规划，将“培养一批通晓国际规则、具有国际视野的高素质涉外法律服务领军人才，打造一批规模大、实力强、服务水平高的涉外法律服务机构”作为目标；第二，确保资金、财政、税收等政策的扶持力度；第三，应建立涉外法律服务人才选拔培训机制。

在处理粤港澳大湾区问题时要站在国家的高度去思考，在“一国两制”的基础上更强调“一国”，从内地治理角度考虑，实质上港澳律师就是我们中国律师一部分。香港律师通晓英美法系，澳门律师通晓葡语法域的大陆法系，港澳律师就是我们非常宝贵的而且数量众多的高端涉外法律人才，具有丰富涉外法律经验的港澳律师的大力参与极大助推了国家在“一带一路”建

设和全方位对外开放领域的高速发展。因此，要充分发挥港澳律师的作用，应当大胆地把港澳律师纳入中国律师的一部分，将港澳律师作为国家涉外法律服务业一个重要的依赖力量，积极和大湾区律师整体合作，纳入我们涉外法律服务业人才进行发展。同时，建议在大湾区建立对港澳律师政策扶持的指引下，应更加关注重视加强对港澳青年法律人融入国家发展大局，积极投身粤港澳大湾区建设的引导和培养，加强爱国爱港爱澳的教育，建立粤港澳大湾区港澳青年律师创业园，将青年法律人纳入大湾区法律人才库的培养，为粤港澳大湾区发展储备强大充足的人才力量。

### 2. 构建粤港澳大湾区营商法治指数评价体系

粤港澳大湾区城市群的法治水平分为三个层次：港澳为深度法治城市，深广为中度法治城市，其余七城为浅度法治城市。因此要建立科学的法治建设指标体系和考核标准。前海在 2017 年率先制定并发布了全国自贸区首个法治指数，法治指数已成为一个国家或一个地区法治水平和营商环境的风向标和温度计，因此，促进粤港澳城际紧密合作，离不开对法治化营商环境的考量。作为商业法治的核心内容，法治化营商环境建设是增强大湾区营商竞争力的关键点，也是推进大湾区发展的创新路径。鉴于此，应开发并定期发布粤港澳大湾区的营商法治指数，法治创新案例及成果，为粤港澳大湾区各个城市的经贸合作提供风向标。

### 3. 建立邦联式法律职业共同体

粤港澳大湾区城际合作的法律制度发展应由政府牵头，律所承接，进而推动三地行业协会签署发展法律服务的合作备忘录，共同制定统一的行业规则、指引，推动法律从业资格证在三地的颁发和通行。促进涉外法律服务人才的互通，拓宽港澳律师和联营律所的执业范围，吸引港澳律师“走进来”，将港澳律师全部纳入大湾区，实行一体化管理。港澳与内地律师事务所通过联合经营提供法律服务，在深圳前海与珠海横琴已取得一定经验。下一步，应逐步放开试点城市，从广州、深圳、珠海三地扩大至粤港澳大湾区其他城市。简化派驻律师执业手续，拓宽联营事务所执业范围，使联营所优势在粤港澳大湾区内得以充分发挥。

发挥港澳律师的优秀模范作用，以竞争、合作并存的方式带动内地律师整体水平的提高；发挥粤港澳大湾区律师联盟的作用，积极推动深港两地律师的合作发展，深化粤港澳联营律师事务所试点，从而达到律师、律所都向大湾区聚集，以邦联的形式推动整个大湾区的法律服务业向前发展。

### 4. 构建多元化的争议解决机制，共建粤港澳调解专业队伍

建设规范的诉讼和非诉讼对接平台，深化诉调对接机制。积极推动港澳和国际仲裁机构在内地设立分支机构，推动粤港澳地区建立商事调解、仲裁机制，推动粤港澳三地调解员、仲裁员的联合培训和资格互认。共建粤港澳商事调解专业队伍，吸引以律师为主，包括金融从业人员、工程师等各界英才加入粤

港澳商事调解专业队伍，借鉴港澳先进调解经验，推动粤港澳大湾区调解员认证制度；逐步构建大湾区国际商事调解中心、大湾区国际仲裁机构，扩大湾区法律服务的辐射范围和影响力。

### 5. 拓宽粤港澳大湾区法律从业人士交流渠道，建立湾区法律论坛

对法律的不熟悉，是阻碍内地与港澳地区达成城际合作共识的重要原因之一。建立湾区法律论坛，促进港澳律师与内地律师的学术交流、实务切磋，增强港澳律师对大陆法律的认同感，提高内地律师对港澳法律的熟悉程度；鼓励粤港澳大湾区内高校法学院搭建交流平台，吸引港澳法律人士到粤港澳大湾区内大学法学院学习内地法。

习近平主席在庆祝香港回归祖国 20 周年大会上强调，中央政府将一如既往地支持行政长官和特别行政区政府依法施政；支持香港在推进“一带一路”建设、粤港澳大湾区建设、人民币国际化等重大发展战略中发挥优势和作用。粤港澳大湾区不仅仅是一个经济发展战略，更是中国全面走向法治现代化的改革试验区。做好大湾区城际合作的法律制度建设对促进中国法治建设和维护港澳繁荣稳定有着十分重要的意义，同时，也为国家推行“一带一路”倡议提供了重要的经验和有力的支撑。粤港澳要秉持“法治中国”的价值观，加强融合，不断探索，逐步设立更高效便捷的城际合作法律协调机制，推动“一带一路”和“一国两制”在大湾区建设中的贯彻、传承与创新。

# 关于设立粤港澳大湾区行政法院的思考

○张斌 刘训东 广东卓建律师事务所

党的十八届三中全会提出要探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度，十八届四中全会提出要完善行政诉讼体制机制，合理调整行政诉讼案件管辖制度，切实解决行政诉讼立案难、审理难、执行难等突出问题，并提出要探索设立跨行政区划的人民法院和人民检察院，办理跨地区案件。新《行政诉讼法》第18条第2款规定可以跨行政区域管辖行政案件<sup>①</sup>。最高人民法院基于以上各类改革要求制定《关于人民法院跨行政区域管辖行政案件的指导意见》和《关于开展行政案件相对集中管辖试点工作的通知》。同时，全国各区域法院行政诉讼开展了深度的管辖制度改革。在广东省内，以江门市法院为先例进行了行政诉讼案件管辖改革，之后的改革陆续在深圳市、珠

海市、广州市等17个地级市法院全面启动。广州市实施的是涵盖两级行政区划、两个司法审级的铁路法院集中管辖广州地区全部行政案件模式。其他城市均为某一个区级法院集中管辖全市一审行政案件、行政赔偿案件和行政非诉案件。如深圳市为盐田区法院集中管辖，珠海市为金湾区法院集中管辖、佛山市为顺德区法院集中管辖等。大致说来，广东省的行政诉讼案件的管辖改革分为普通法院实施的相对集中管辖与铁路运输法院的跨区划集中管辖两种模式。相比于全国，广东省内的法院的行政诉讼改革虽起步较早、成效显著，但仍缺乏设立跨行政区划法院的改革模式。本文意图在目前广东省法院行政诉讼管辖改革的基础上，探讨在粤港澳大湾区设立行政法院的必要性、可

行性与建议。

## 一、粤港澳大湾区行政法院可以充分保障法院独立性与权威性

《行政诉讼法》自1989年公布实施以来，在具体实施过程中遇到了巨大的挑战。立法者普遍期待的行政诉讼逐步开展、案件逐步增长的趋势并没有出现，反而出现了行政诉讼立案难、判决难、终了难的困境。法院受到极大外部阻力干扰，审理案件的法官并没有掌握着判案的核心权力，办案法官倾向于促成原告撤诉，不愿收案件材料，不愿出法律文书，导致行政诉讼上诉率高、申诉率高、实体裁判率低、被告败诉率低、发回重审和改判率低、原告服判息诉率低的“两高四低”现象<sup>②</sup>。因而，《行政诉讼法》在2014年进行了修改，全国各地

也同步开展行政诉讼管辖法院改革，首要目的就是解决法院缺乏独立性和权威性的问题。行政审判较之民事与刑事案件，自身就极易遭受行政的干预，法院面对行政机关，既缺乏政治权威，又缺乏必要的法律权威，相当一部分党政部门的权威都远高于法院，人、财、物的不独立使地方党委、部门极易干扰案件正常程序。即使行政部门并无实际干涉行动，缺乏足够司法权力的法院也可能“自断双臂”，完全无法做到公正客观审判<sup>③</sup>。已有的改革已经在积极面对并解决法院缺乏独立性的问题，如深圳市选择盐田区法院集中管辖行政诉讼案件的理由是盐田区法院受理行政案件在各区人民法院中数量最少，仅占全市基层法院行政案件总数的1%左右，由盐田区法院集中管辖行政案件可以使绝大多数行政案件实现跨区域管辖，最大程度实现行政案件管辖异地化，从而实现保证公正司法，提高司法公信力的改革初衷<sup>④</sup>。无论是铁路法院管辖还是选择某一区级法院的集中管辖，都是在原有行政诉讼框架下的微调，可在一定程度上缓解法院独立性缺失的问题，但人、财、物仍然没有完全独立，没有跳出有行政机关的框架，政治权威与法律权威的缺失仍然根本存在。

面对独立性缺失的问题，釜底抽薪式的解决方案就是从根本上改革行政审判体制，设立超越市级行政机关的地区性专门行政法院。诸多司法改革的实践证明，仅跨区级

的行政庭已无法充分保障法院的独立性，建立一所超越市级行政机关、跨区域的法院势在必行。粤港澳大湾区作为世界级城市群，有必要先行先试，首先在全国建立一所跨区域范围最大的综合行政法院，以更加保障公正司法、提高司法公信力。

## 二、粤港澳大湾区行政法院可以提升法院的专业性

现代科学技术的发展，使得行政的疆域变得越来越广泛，西方各发达国家在20世纪80年代后纷纷进入“行政国时代”<sup>⑤</sup>。在全球化进程中，中国也不例外，面临着行政技术化、专业化日益明显的难题。作为经济发展全国领先的粤港澳大湾区，各城市法院行政庭面对的行政诉讼案件日益专业化，一些极其复杂的行政诉讼案件，区级法院行政庭的法官甚至基本无法从被告充满专业术语的答辩状中明确其观点。多数城市行政诉讼管辖的改革措施为选择经济欠发达、非城市核心区的某一区级法院集中管辖全市行政案件。若是没有相关配套制度及时跟进，这样的改革措施反而会加剧法院无法面对的专业性难题。在法国、德国、日本等国，行政法院存续并稳步发展的重要理由即现代社会行政不断专业化的趋势，在粤港澳大湾区，相对独立的各市、区级法院已远不能够满足经济、社会、文化、科技高速发展产生的行政纠纷。因此，笔者认为很有必要在这一区域设立一所管辖九个城市

的行政法院，基于这一较大动作的改革措施，对行政法官知识构成、专业技能培训等做出细致要求，从而提升粤港澳大湾区全区行政案件审判水平。

## 三、粤港澳大湾区经济社会发展水平完全可以保障行政法院的设立与运行

全国各地法院针对行政诉讼的改革模式中，选择最多的是某一区级法院集中管辖模式，鲜有选择跨行政区划法院的改革。究其根本，在于各省市畏惧改革步子迈得太大，一方面担心跨区的法院可能不便于当事人诉讼，另一方面担心可能出现许多不必要的问题，其实这种担忧和疑虑是没有必要的。第一，粤港澳大湾区作为世界级城市群，已形成空前的集聚效应，深中通道、虎门二桥、港珠澳大桥等基础设施，机场群，港口群等已经极大减轻了当事人在不同城市间的时间和路途成本。第二，粤港澳大湾区中若干法院已经结合本地科技优势，联合开发电子平台，探索诉讼服务从立案大厅走向互联网的法院诉讼服务平台，使当事人在不同行政区域均能得到便捷、同质、高效的立案、诉讼等服务。跨区域的行政法院可以吸取经验，形成综合性的制度化、规模化的电子法院、智慧法院。第三，粤港澳大湾区各城市法治发展水平较高，历史上已经出现较多典型、特殊、重大的行政诉讼案件，对于事关当事人切身利益的案件，

①《行政诉讼法》第18条，经最高人民法院批准，高级人民法院可以根据审判工作的实际情况，确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件。

②沈德咏：《积极回应人民群众司法需求着力解决行政审判突出问题——在全国法院行政审判工作视频会议上的讲话》，载《行政执法与行政审判》（2012年第4集），中国法制出版社2012年版，第7页。

③何海波：《行政审判体制改革刍议》，载《中国法律评论》2014年第1期。

④深圳市中级人民法院官网：广东省深圳市中级人民法院实施行政案件集中管辖问答。

⑤理查德·B·斯图尔特（美）：《美国行政法重构》，商务印书馆2011年版，第5-20页。

最需要的是一个更加公平公正的结果。因此，跨区域的粤港澳大湾区行政法院可以充分的独立性和专业性便于当事人诉讼，也便于人民法院依法独立公正高效行使审判权，达到“两便原则”的统一。

#### 四、粤港澳大湾区行政法院的根本定位

“行政法院”在我国是个较为陌生的概念，与我国普通法院内的行政庭相比，行政法院的制度与运行模式也有很大的不同。除两特别行政区外，粤港澳大湾区范围内含广东省的九个地级市，在这样大范围内设立行政法院，在国内也尚未有先例。改革需要借鉴，域外与我国司法体制较为相似的典型就是法国模式和德国模式。

法国强调行政审判的专业性，将行政法院建立在行政系统内，行政法院内分有司法组和行政组，分别行使行政审判和行政咨询的职能，其中多数法官都可直接接触到行政事务。在招聘行政法院的成员时已充分考虑行政专业性，成员大多数来自国立行政学院，还有一部分是从承担“实际行政”的人员中招聘<sup>⑥</sup>。

德国行政法院注重保障审判的独立性。在组织上，行政法院既独立于立法和行政机构，也独立于其他法院。另外，法官高度独立，一

经任命，在其任职期间只能由符合法定理由和形式的法官裁判，才能在违背该法官意愿的情况下改变或解除其职务<sup>⑦</sup>。

笔者认为，我国自上世纪90年代以来将行政庭设至县级，造成了至今为止审判独立性缺失的问题，因而行政法院的设立应更多参考德国模式，在保障独立性的基础上兼采专业性的保障。因此，粤港澳大湾区行政法院经费最好由中央财政拨款（或退一步，由广东省财政拨款）。同时，人事、财政、资产等应当直接报送最高人民法院，由其向全国人大及其常委会提出。此种改革措施虽然较为激进，但是却可使行政法院完全独立于地方党委和政府，实现行政法院设立的最根本目的。

#### 五、粤港澳大湾区行政法院人员的保障设想

设立一所创新性的行政法院，人员是根本的基石，人员的选任程序及其自身素质决定了行政法院是否有足够的独立性与专业性。在人员选任程序上，最佳方案是由全国人大及其常委会任命产生，对其负责，受其监督。在法官任职资格上，需借鉴法国的经验，严格控制行政法院法官来源，确保行政法官队伍的高素质。担任行政法官除具备法学专业素质、通过国家统一司法考

试等条件外，还应当对行政经验和社 会经验设立相关要求，可考虑吸收部分具有高级职称的法学教学科研人员、经验丰富的公务员与杰出律师等进入法官队伍。在职务保障上应规定法官较长的任期，一经任用即可长期履职，非因法定事由和程序，不得调任、转任，或降职、免职；在待遇上应给予其较丰厚的工资、福利待遇及退休金保障。在以上各项体制基础上制定若干标准，进一步形成独立审判机制、专业考核机制、责任追究机制等，以人员的保障支撑行政法院的运行。

在党的十八届四中全会决定的说明中，习近平总书记对设立跨行政区划法院进行了较大篇幅论述<sup>⑧</sup>。消除诉讼“主客场”现象，保障法院依法独立公正行使审判权，构建新的诉讼格局，形成新的审判体制，是新一轮行政审判体制改革的重点。粤港澳大湾区作为十九大报告和政府工作报告重点强调的国家战略发展区域，是全省乃至全国经济最活跃的地区，在这一经济发达区域试点设立行政法院，成熟后推广全省或更大区域，有充分的必要性与可行性。笔者希望，通过本文的大胆思考，能够促进粤港澳大湾区行政法院的设立，也能够促进粤港澳大湾区各市、区地方政府进一步的法治化。

## 律师在生态环保法治建设中的作用

○李军强 广东绿建律师事务所



### 一、生态文明建设新时代要求更宏观更系统更科学

生态文明建设是关系中华民族永续发展的根本大计。这是指导中国今后很长一段时期发展的科学论断，是一个从人类永续发展的角度做出的判断。为实现新目标，以习近平为核心的党中央高瞻远瞩，总体谋划，为我们绘就了一幅系统的

生态文明建设蓝图，形成了包括“五大体系”“六大原则”在内的习近平生态文明思想体系。

为落实总体目标，进行国务院机构改革，组建了生态环境部、自然资源部等，实现管理的协调和高效；制定了生态文明体制改革总体方案及六个配套文件，形成科学的顶层设计，修改和制定了环境保护

法等十多部环保法律，为生态文明建设提供法律保障；开展了中央环保督察、环保追责、监测制度改革、生态文明考核等工作，有效地推动了全国生态环保工作的开展。新时代生态文明建设的蓝图已经基本形成。为保证新蓝图的实现，中央也提出了明确的要求。

制度严格，依法行政。习近平

⑥ 布 朗·贝 尔（英）著，高泰伟、王锴译：《法国行政法》（第五版），中国人民大学出版社2006年版，第73-80页。

⑦ 《德意志联邦共和国基本法》第97条。

⑧ 习近平关于十八届四中全会《决定》的说明：……随着社会主义市场经济深入发展和行政诉讼出现，跨行政区划乃至跨境案件越来越多，涉案金额越来越大，导致法院所在地有关部门和领导越来越关注案件处理，甚至利用职权和关系插手案件处理，造成相关诉讼出现“主客场”现象，不利于平等保护外地当事人合法权益、保障法院独立审判、监督政府依法行政、维护法律公正实施。探索设立跨行政区划人民法院，有利于排除对审判工作的干扰、保障法院依法独立公正行使审判权，有利于构建普通案件在行政区划法院审理、特殊案件在跨行政区划法院审理的诉讼格局。

平生态文明思想体系中，强调“用最严格制度最严密法治保护生态环境，加快制度创新，强化制度执行。”党的十八届四中全会做出《关于全面推进依法治国的决定》，强调科学立法、规范执法、公正司法、全民守法，强调要提升立法质量，强调依法行政。

分工科学，全员参与。《环境保护法》和中央的政策中，都强调建立科学合理的环保治理体系，形成政府为主导、企业为主体、公民共同参与的体系。

源头保护，协调系统。《环境保护法》规定保护优先、预防为主、综合治理、公众参与、损害担责的环境保护基本原则，强调源头保护和协调系统。

## 二、全方位重实效更专业地创新服务，助力新要求的实现

适应新时代，服务新要求是每个中国人目前都应该做的。作为环保律师，我们同样义不容辞。我们应该立足专业，把握全局，找准关键，重视服务效果，创新服务方式，全面提供符合新时代要求的优质服务，护航生态环保法治的健康发展。

按照上述标准，经过多年来的探索和实践，我们在参与环保立法、规范环保执法、助力科学决策和服务企业环保合规几个方面积累了一些经验，也形成了一些思考。

**（一）全面参与生态环保立法，提出建设性意见和建议**

参与立法是发挥作用的最好方

式。立法是构建生态环保法治的基础，其包括立法计划的制定、立法调研及准备、法律草案的起草、审议、发布和实施评估等环节，是一个系统的过程。立法质量的高低直接影响生态环保建设的质量。立法过程的每一个环节，律师都能够参与并发挥专业作用。在过去的五年里，我们几乎参与了环保领域所有的立法工作，通过召开研讨会、提交书面的立法建议、进行立法后评估、起草法律草案等方式，不同程度地参与了全国、省、市环保领域的立法工作。

我们在《〈深圳经济特区环境保护条例〉立法后评估报告》中，创新地提出构建新型环境监管系统的建议，赢得委托单位市人大的高度肯定。在评估工作中，我们认为，虽然有大量的环境法律法规却仍然没有做好环境保护工作的关键所在，是监管无效或效率低下的根本所在。我们之前环保监管制度普遍存在着管理过多、过细、过死的情况，政府既管理过程也管结果，存在着保姆式监管，这一方面导致政府管不好，另一方面导致企业因为没有自主的空间而无法主动地发挥其主体作用。针对此问题，我们大胆提出构建新型高效环境监管体制的建议，希望建立一套既能够调动企业积极性，又能提升政府监管效率，还能大幅提升环境保护效果的监管体制。新型环保监管体制包括四大体系，即明确的目标体系、严厉的责任体系、有效的监督体系、

随机的执法体系。明确的目标体系解决执行标准难题，让政府监管、企业守法、公众监督有依据，并动态调整，保证科学可行；严厉的责任体系以让违法者不能从违法中得到任何好处为标准构建，让违法者得不偿失，真正起到遏制违法的作用；有效的监管体系强调加大环保宣传教育力度，培养监管意识强、识别能力高的全方位、全时段监管天网，让违法者无处遁形；随机的执法体系解决执法的公平公正性难题。四大体系配合，将会使管理更高效，守法更普及。

在《广东省固体废物污染环境防治条例》立法后评估中，我们针对目前固体废物污染防治中存在的法规规定分散、无法形成制度合力和发挥制度作用的问题，提出了“由省人大或省政府牵头，将固体废物污染环境防治、城乡生活垃圾处理、循环经济促进、清洁生产促进等方面条例进行整合，形成一部统一协调、有机统一的法规体系，增强制度合力，提升制度效果”的建议。

**（二）进行流程梳理和法治审查，助力环保执法规范高效**

助力环保执法规范高效是我们发挥作用的另一个主战场。近五年，我们通过梳理环保执法的流程、开展主要环境违法行为的分类规范研究、提出案件审查意见、提供专业培训等工作，为环保执法规范提供了很好的帮助。

梳理执法流程主要解决环保执法责任不清、程序不太规范和执法

尺度把握不准等问题。我们通过对环保执法所涉及的八大环节、42个节点的梳理，明确每个节点的目的、任务、重点、注意事项、责任单位（人）、时限、走向、涉及的文本、法律依据等，让执法者可以根据案件的情况及所处的阶段，从中查找对应的要求，进而明晰责任、规范执法。我们还配套制定了40多份示范文本，制作了流程图，设计了案件事实审查表等配套文件，方便执法材料的流转和审查，全面助力执法质量和水平的提升。

主要环境违法行为分类研究主要是对未批先建、未验先投、超标排污、无证排污、不正常运行污染防治设施、危废处置违法、在线监测违法七类违法行为进行梳理，并制作操作指引、流程图和示范文本，同时通过技术手段将三者建立链接，形成一个完整的执法闭环，减轻执法难度，提升执法质量。

执法审查主要是通过对案件或疑难问题的研究，提出法律意见的工作。近年来，我们已经撰写了上百份法律意见书，审查和处理了几百件案件，提供了大量的法律咨询，有效地解决了执法中遇到的难题。同时，我们针对执法人员情况，确定了环保执法人员最需要证据收集、程序规范和法律适用等培训课件，先后为深圳、东莞、珠海、佛山、韶关等地环保执法人员进行了几十场培训。

**（三）研发“决策生态环保合规评估”新业务，助力政府科学决策**

生态环保是系统工程，既要消除存量环境问题，更要控制和防止增量环境问题。

控制增量的最好办法是源头控制。政府决策是保护环境的最源头，所以，在政府决策时全面考虑生态环保要求是控制增量的最好方法。也就要求政府加大决策生态合规审查的力度，让所有的决策者在决策之初就考虑生态环保问题，保证其决策符合生态环保的要求，保证其所从事的工作与生态环保之间的平衡。这是落实科学决策要求、防范决策风险的最有效办法。

现实中，大部分非生态环保政府部门却在决策时没有考虑生态环保要求，因此而被追责的决策者数量不断增加。这既可能是他们对此认识不足，了解不全，也可能是他们没有时间和精力解决。

针对这种现实，我们研发了“决策生态环保合规评估”业务，试图通过我们专业的评估，针对具体的决策项目，识别涉及的生态环保因素、分析对应的生态环保要求，提出全面、系统、切实可行的解决方法和建议，供决策者在决策时参考，从而助力其科学决策。这是目前情况下解决此类迫切问题的最好办法。

**（四）首创“绿建五法”，提供企业环保合规服务，助力企业履行主体责任**

企业是环保中的主体力量，是污染防治的源头和关键。在新的环保监管体系中，企业的责任进一步

加大，环保执法对企业的影响持续增强，企业环境守法已经成为了现实的迫切的需要。培养、引导、帮助企业做好环境保护工作，已经成为律师的重要工作之一。

我们在长期的企业环保合规服务的研究和服务过程中，逐渐形成了“绿建五法”，分别是检查对标法、系统控制法、阶段控制法、针锋相对法、借力专业法。

检查对标法，是通过对企业进行全面的生态环保尽职调查，找准问题，对标有关规定，最终提出系统全面的防范方案并组织实施的方法。其对服务者的要求比较高，过程比较长，只有长期积累者才能胜任。

系统控制法，是通过建立健全企业管理制度和体系，构筑日常防护网，从而防范风险的方法，具体包括完整的制度、合理的机构、相应的人员、明确的流程、严格的考核等内容。

针锋相对法，是一组防范方法的组合，具体包括规范运行法、风险转移法、切断联系法、寻找漏洞法、寻找依据法、表明态度法等，通过针对不同的风险，寻找其最有针对性的点去化解风险的方法。这组方法大多是解决暂时性的问题，无法解决长期的问题，需要结合其他方法使用以达到更好的效果。

借力专业法，强调利用社会分工形成的优势，善于借力，从而取得经济和社会双赢结果的方法，借助的力量包括技术、法律、管理等。

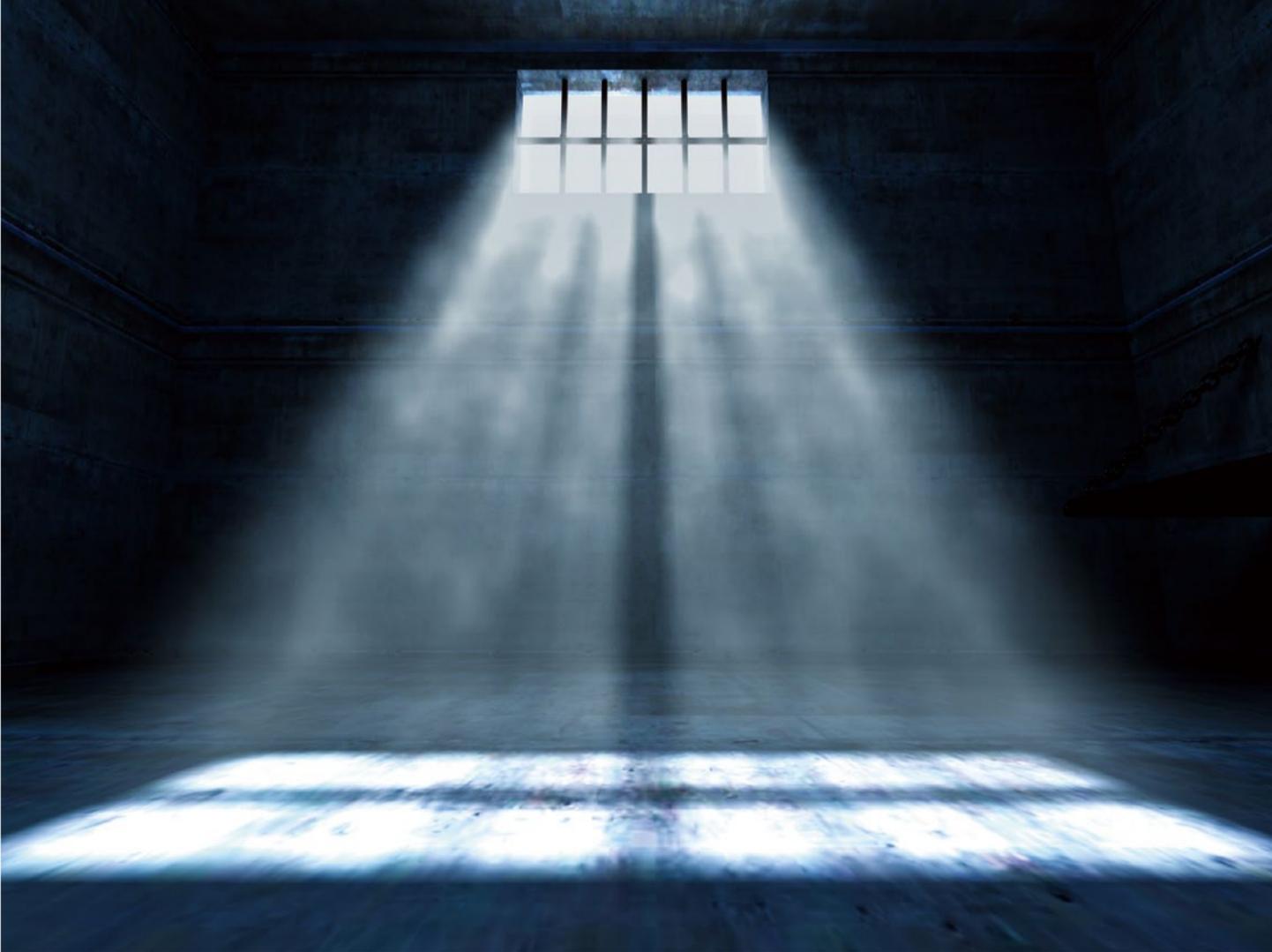
# 与裁判者 不谋而合

## 毒品案件的定罪量刑分解\*

○何远彬 深圳市中级人民法院

何远彬，深圳市中级人民法院刑事审判第一庭审判员、国家一级法官。自2011年到深圳中院从事刑事审判工作以来，多次被法院评为年度先进个人，曾荣立个人三等功两次，2016年当选第六届深圳市十大优秀法官，2017年获评广东省“雷霆扫毒”专项行动先进个人，2018年1月被中共深圳市委评为2017年度全市“十佳榜样”，5月获得深圳市五一劳动奖章，并被评为深圳市精神文明建设先进工作者。

\* 本文系何远彬法官于2018年3月24日深圳律协举办的“毒品犯罪辩护研讨会”上的讲话内容节选。



司法改革的点睛之笔——“让审理者裁判，由裁判者负责”，司法共识，弥足珍贵。作为一名刑事审判的老兵，每每在法庭上听到高质量的辩护意见，精彩的控辩对抗，如沐春风，获益良多。出庭律师辩护词里满满的干货，在庭上所讲的，与裁判者所想的不谋而合，这不仅是当事人的佳音，也是法官的幸事。本文谈毒品案件的裁判要点和尺度，梳理见真知。

### 一、制造毒品罪

制造毒品不要求行为人具有营利的目的，出于猎奇、炫耀本领、赠送等动机而制造毒品的，也构成制造毒品罪。对于以为能够制造出毒品，事实上未能制造出毒品的行为，要区分情况处理：对于所使用的材料不可能制造出毒品的，不宜认定为犯罪；对于制造方法或者使用配料不当，尚不足以制造出毒品的，但由于存在制造出

毒品的危险，可以按照犯罪未遂处理。

#### （一）对于毒品混合是否构成制造毒品罪的认定

关键看混合后是否改变毒品的成分和效用。如果混合后产生了单一成分所不具有的更强效用的，应认定制造毒品罪；如果混合后对部分吸食者能产生单一成分所不具有的更强功效的，也应认定为制造毒品罪；如果混合的目的在于减少其中主要成分（如海洛因、甲基苯丙胺）的含量，且混合后并不产生超越该主要成分效果的，不宜认定为制造毒品。

#### （二）对于分装毒品是否构成制造毒品罪的认定

依据分装毒品的行为发生在毒品犯罪中的不同环节而定性不同：发生在制造毒品过程中，分装行为只是制造毒品的一个环节，整体评价为制造毒品罪；购得毒品后为便于贩卖而分装的，鉴于分装行为不会改变毒品的成分和效用，也不会使毒品从无到有地产生，或增加毒

品数量，认定为贩卖的一部分，不另定罪；对于没有证据证明证实分装毒品是为了贩卖的，在符合非法持有毒品罪的定罪条件时，可认定为非法持有毒品罪。

#### （三）对于毒品掺杂行为是否构成制造毒品罪的认定

掺杂行为发生在制造毒品过程中，属于制造毒品的一部分；为增加可贩卖的毒品数量而在毒品中加入杂质的，一般认定为贩卖毒品罪，但是将不能直接吸食的高纯度毒品通过掺杂方法达到可吸食效果，不仅仅增加了可销售的毒品数量，可认定为制造、贩卖毒品罪；如果掺入过多杂质导致毒品失去其本来效用，且不能再提纯为毒品的，可认定为制造毒品罪未遂。

#### （四）对于提纯、稀释毒品行为是否构成制造毒品罪的认定

对于提纯毒品的行为：通过物理方法把液态毒品提纯为固体毒品的，应认定制造毒品罪；对粗制毒品进行提纯，鉴于此行为改变了毒品的效用，纯度更高的毒品无论是抽象效用性，还是对吸食者的具体效用性，都比纯度低的毒品更高，应认定为制造毒品行为。

对于稀释毒品的行为：吸毒者为了吸食而稀释的，不构成犯罪；在制造毒品过程中将固体毒品稀释成低纯度配剂的，属制造毒品；在贩卖、运输过程中，为便于贩卖、运输而稀释毒品的，认定为贩卖、运输毒品罪，如果把纯度极高的毒品稀释后才达到可直接吸食的效果，或者显著增加了可供贩卖的毒品数量的，可认定为贩卖、制造毒品罪；对于受雇从事稀释毒品的，如不明知雇主的目的在于贩卖，可以认定为制造毒品罪，对雇主认定为贩卖、制造毒品罪。

## 二、贩卖毒品罪

贩卖毒品是最常见的毒品犯罪形态，也是打击的重点。只要明知是毒品，而实施了非法销售、以贩卖为目的的买入行为或自行制造后销售及参与买卖的行为，无论其是否盈利，也无论其是以何种方式进行交易，均属于贩卖毒品的行为。贩卖毒品中的几个难点或者痛点问题：

#### （一）关于从贩毒人员住所等处查获毒品的性质认定

这是辩护人在庭审时经常提及的问题。《毒品犯罪

武汉会议纪要》对此明确，“贩毒人员被抓获后，对于从其住所、车辆等处查获的毒品，一般均应认定为其贩卖的毒品。”主要包含三种情形：一是因贩卖毒品被人赃俱获，随后又从其住所等处查获毒品的；二是有其他证据证明其实施了贩卖毒品，但没有查获毒品实物，后从其住所等处查获毒品的；三是因吸毒或其他违法犯罪行为被抓获后，查明其有贩毒行为，并从其住所等处查获毒品的。根据推定原则，应当允许当事人提出反证。反证是指确有证据证明查获的毒品并非用于贩卖，包括为他人保管用于吸食、为犯罪分子窝藏的毒品，持有祖传、捡拾、用于治病的毒品等，其行为另构成非法持有毒品罪、窝藏毒品罪等其他犯罪的，数罪并罚。

#### （二）关于吸毒者购买、运输、存储毒品行为的定性

在没有证据证明吸毒者是为了实施贩卖毒品等其他犯罪的情况下，对其购买、运输、存储毒品的行为，直接以数量作为区分罪与非罪的标准。吸毒者在购买、运输、存储毒品过程中被查获，没有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪，毒品数量未达到较大标准的，不作为犯罪处理；毒品数量达到较大以上的，根据其具体的行为状态定罪，处于购买、存储状态的认定为非法持有毒品罪，处于运输状态的认定为运输毒品罪。

#### （三）关于变相加价贩卖毒品的认定

为他人代购仅用于吸食的毒品，在交通、食宿等必要开销之外收取“介绍费”“劳务费”，或者以贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳的，应视为从中牟利，属于变相加价贩卖毒品，以贩卖毒品罪定罪处罚。

#### （四）为吸毒者居间介绍购买毒品行为的定性

居间介绍人不以牟利为目的为吸毒者联系介绍毒品卖家，帮助吸毒者购买毒品的行为，一般情况下，不以犯罪论处。如果吸毒者购买毒品数量较大，则构成非法持有毒品罪，在这种情况下，为其联系介绍购买毒品或帮其代买毒品的居间介绍人也构成此罪。但是，知道吸毒者是在“以贩养吸”，仍为其联系介绍购买毒品且数量明显超过吸食需求的，则共同构成贩卖毒品罪。居间介绍人以牟利为目的，为吸毒者联系介绍毒品卖家或帮助代买毒品的，则构成贩卖毒品罪。居间介绍人的行为实质上属于“转手倒卖”行为。

### 三、运输毒品罪

毒品的流转离不开运输。明知是毒品自身或者利用他人携带，或者利用交通工具、邮政运输及其他方法将毒品从甲地携带、运送、转移或托运、邮寄至乙地的行为，即是运输毒品。行为人实施运输行为的动机和目的不影响本罪的成立。只要明知其运输的是毒品或者可能是毒品，即使是出于帮忙，无偿进行运输，同样构成运输毒品罪。

#### （一）关于接收物流寄递毒品行为的定性

1. 购毒者接收物流寄递毒品行为的定性。购毒者接收贩毒者通过物流寄递方式交付的毒品，没有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪，毒品数量达到较大以上的，一般以非法持有毒品罪定罪处罚。

在当面交付的贩卖毒品犯罪中，购毒者通常不对贩毒者为送货而实施的运输毒品行为承担刑事责任；同理，在贩毒者通过物流寄递方式交付毒品的情况下，一般也不应将购毒者、贩毒者认定为运输毒品罪的共犯，否则所有接收毒品的购毒者（包括因吸食而少量购买毒品者）都将构成运输毒品罪。

2. 代收者接收物流寄递毒品行为的定性。代收者明知是毒品而代购毒者接收，毒品数量达到较大以上的，应当认定为非法持有毒品罪。需要说明的是，购毒者通过代收者的代收行为实现了对毒品的间接持有，故购毒者与代收者构成非法持有毒品罪的共同犯罪；如果购毒者有贩卖毒品等其他犯罪行为的，则应依法定罪处罚，不再对其认定为非法持有毒品罪。

#### （二）从贩毒人员身上搜出的毒品属于运输毒品还是非法持有毒品的问题

只有当运输毒品成为走私、贩卖、制造毒品一个必不可少的中间环节时，运输毒品才具有与走私、贩卖、制造毒品相当的危害性。而出于其他目的运输毒品时，比如出于吸食、窝藏目的而移动毒品，其行为的社会危害性显然要低于走私、贩卖、制造毒品的危害性，不宜认定运输毒品罪，勿将动态持有毒品等同于运输毒品。

### 四、毒品数量认定问题

#### （一）关于一案涉及两种以上毒品的数量认定

毒品犯罪中一案涉及两种以上毒品的情况较为普遍，如何准确认定涉案毒品总量，并在此基础上准确定罪量刑，是司法实践中比较突出的一个问题。走私、贩卖、运输、制造、非法持有两种以上毒品的，可以将不同种类的毒品分别折算为海洛因的数量，以折算后累加的毒品总量作为量刑的根据。

#### （二）关于有吸毒情节的贩毒人员的贩毒数量认定

对于有吸毒情节的贩毒人员，一般应当将其购买的毒品数量全部认定为其贩卖的毒品数量，只在量刑时酌情考虑其吸食毒品的情节。有两种例外情形：一是购买的毒品数量缺乏足够证据证明的，按照能够证明的贩卖数量及查获的毒品数量认定其贩卖数量。二是确有证据证明购买的部分毒品并非用于贩卖的，包括已被其本人吸食、不以牟利为目的为吸食者代购或者被其赠予他人等情形，不计入其贩卖毒品的数量。

### 五、毒品犯罪的明知问题

“明知”是指行为人知道或者应当知道所实施的行为是走私、贩卖、运输、非法持有毒品等。关于主观明知的程度，既包括明确的、详尽的认识，也包括模糊的、概括的认识。对于明知的程度，只需明知犯罪对象是毒品，而无需完全清楚毒品的数量、质量、品种、含量、成分等物理、化学特征。对于明知是毒品但不问具体数量而故意进行运输的，其实际运输毒品的数量即应认定为犯罪的数量，因为行为人运输毒品的行为是在主观故意的支配下进行的。

判断行为人主观是否明知，应当综合考虑案件中的各种客观实际情况，依据实施毒品犯罪行为的过程、行为方式、毒品被查获时的情形和环境等证据，结合行为人的年龄、阅历、智力等情况，进行综合分析判断。用作推定的前提的基础事实必须有已经确凿的证据证明。依照上述规定认定的明知，允许行为人提出反证加以推翻。如果能作出合理解释，有证据证明确实受蒙骗，其辩解有事实依据或者合乎情理，就不能认定其明知。

### 六、毒品犯罪既遂与未遂的问题

这是毒品犯罪中的一个难点，也是控辩双方的主要

争议焦点之一。

1. 走私毒品罪。由于走私毒品的途径和方式多种多样，需要根据具体途径和方式来判断犯罪既遂与未遂的标准。不论经陆路、海路还是空路，如果是直接经过海关运输或携带毒品的，以通过海关（或者进入海关监管区域）为既遂，邮寄出境的交付给国际货运物流公司或者其代理人即视为既遂。如果是绕过海关走私毒品的，则陆路以跨越国（边）境线为既遂，海路以船只靠岸或者离岸为既遂，空路以航空器、空投的毒品或者携带毒品之人着陆或者航空器起飞为既遂。

2. 贩卖毒品罪。审判实务中采取进入交易环节的主张，即贩卖毒品的既遂与否，以毒品是否进入交易环节为准，而不论行为人是否已将毒品卖出获利或是否已经实际转移毒品。如果因行为人意志以外的原因而未进行实质性的毒品交易行为，则属未遂。根据司法实践，贩卖毒品罪既遂有几种典型的行为：（1）以贩卖毒品为目的，实施了购买毒品行为的（包括正在进行毒品交易人赃俱在或已经购进了毒品），认定为既遂。（2）对于并非以购买方式（如祖传、他人馈赠等）获得毒品而予以贩卖的，只要将毒品带至与买方约定的地点开始交易的或者实际成交的，以既遂论处。（3）对于因贩卖毒品被抓获后在其住所地查获的毒品，因其贩卖故意确定并购进了大量毒品，应全数作贩卖毒品罪的既遂认定，不宜将查获的尚未出售的毒品作贩毒罪未遂或者非法持有毒品罪处理。尚未出售的毒品数量可作为从轻处罚情节酌情予以考虑。

3. 运输毒品罪。在司法实践中，运输毒品的案件大多数是在刚开始起运时或运输途中被查获的，到达目的地后被抓获的情况较少，为严厉打击毒品犯罪，通行的做法是采用起运说，即运输毒品以毒品起运为既遂，如果在起运前被查获而未开始运输状态的，以未遂论。

4. 制造毒品罪。制造毒品的，已经制造出粗制毒品或者半成品的，以既遂论处；购进制造毒品的设备和原材料，开始着手制造毒品，但尚未制造出粗制毒品或者半成品的，属未遂。认定制造毒品罪的既遂与未遂，应以客观上是否制造出毒品为标准。至于制造出来的毒品数量多少、纯度高低等，都不影响既遂的成立。



## 论疫苗损害之法律救济途径

○范秀玲 赵乐 广东广和律师事务所

近年来,疫苗损害事件频发,疫苗预防接种损害责任的承担与受害者救济问题受到社会广泛关注。由于疫苗预防接种是预防传染病的重要措施,既有维护个人健康的一面,还有维护整体国民健康的一面;不同的疫苗预防接种所涉及的法律关系性质不同,其法律责任也各不相同,由此带来疫苗损害责任案由选择、适用法律及救济途径亦不同。本文通过深入分析我国疫苗预防接种损害责任的法律关系类型,厘清疫苗接种过程中的不同性质的法律关系,以促进系统化的疫苗损害责任承担和受害者救济体系的完善。

近几年来,国内疫苗损害事件频发,如2005年安徽省泗县的6.17疫苗事件,2010年江苏延申公司及河北福尔公司劣质狂犬疫苗事件,2013年康泰公司乙肝

疫苗事件,2016年山东非法疫苗事件等。日前,长春长生问题疫苗案,再次引发了全国人民对疫苗损害事件的广泛关注,尤其是引发年轻父母对自己小孩是否需要

继续注射疫苗的恐慌和担忧,也引发广大网友对药品监管部门监管不力的问责。

### 一、疫苗损害的定义

顾名思义,“疫苗损害”是指受种人在预防接种后受到的人身损害,包括生命、健康及身体受到侵害。“预防接种”是指根据某些传染病的发生规律,将有关疫苗,按科学的免疫程序,有计划地给人群接种,使人体获得对这些传染病的免疫力,最终达到控制、消灭传染源的目的。目前,在我国预防接种是最有效、最经济的预防和控制传染病的发生、流行的手段。

“疫苗”是指为了预防、控制传染病的发生、流行,用于人体预防接种的疫苗类预防性生物制品。疫苗一般分为两类:第一类强制接种疫苗,是指政府免费向适龄人群提供接种,适龄人群应当依照政府的规定受种的疫苗;第二类是自愿接种疫苗,是指由公民自费并且自愿受种的其他疫苗。接种第一类疫苗的费用由政府承担;接种第二类疫苗由受种者或者其监护人承担相关的费用。

### 二、区分疫苗损害所涉及的法律关系和法律责任

#### (一) 区分疫苗损害涉及的法律关系

在了解上述疫苗、预防接种等基本知识后,我们应当先区分疫苗损害涉及到的法律关系,在此基础上再明确相应的法律责任。

按照疫苗的分类方法,我们可以将疫苗损害可能涉及的法律关系分为两大类:第一类强制接种疫苗,如上所称是指政府免费向公民提供,公民应当依照政府的规定受种的疫苗,包括国家免疫规划确定的疫苗和省、自治区、直辖市人民政府在执行国家免疫规划时增加的疫苗,以及县级以上人民政府或者其卫生主管部门组织的应急接种或者群体性预防接种所使用的疫苗。此时,受种人接种第一类疫苗,是在履行国家《传染病防治法》等规定的强制性义务,接种单位属于国家法律法规“授权组织”。因此,受种人与接种单位之间的法律关系应该定性为“行政强制法律关系”。第二类自愿接种疫苗,是指由公民自费并且自愿受种的其他疫苗。此时,受种

人就相当于一般意义上的“患者”,接种单位即“医疗机构”,受种人和接种单位之间形成了医疗服务合同中的“医患法律关系”。

#### (二) 区分疫苗损害所涉及的法律责任

上文区分了疫苗损害所涉及到的法律关系,接下来我们再分析相关的法律责任承担问题。

若因接种第一类强制接种疫苗,造成受种人损害的,承担赔偿责任的主体是国家,具体的补偿(或赔偿)义务人可能是疾病控制单位、药品监督管理部门或县级以上人民政府卫生主管部门等。

第二类自愿接种疫苗损害法律责任比较复杂,体现了违约责任与侵权责任的竞合,兼具一般医疗技术损害责任和医疗产品责任的双重性质,由此导致其损害责任的构成要件、案由选择、法律适用及救济途径也各不相同。第二类疫苗预防接种技术损害责任一般采用过错归责原则;而疫苗的产品损害责任则适用无过错归责原则。

深入分析两类疫苗损害责任的性质,有助于厘清损害责任的承担,促进疫苗损害救济体系的完善。

### 三、疫苗损害的法律救济途径

鉴于疫苗损害所涉及到的法律关系不同,受到损害的受种人或其近亲属也可以依据不同的法律法规,要求相应的主体承担赔偿责任或履行补偿义务。

#### (一) 接种疫苗质量不合格的法律救济途径

根据国务院《疫苗流通和预防接种管理条例》第四十七条规定:“因疫苗质量不合格给受种者造成损害的,依照药品管理法的有关规定处理”。笔者理解疫苗质量不合格的法律救济途径主要是指药品生产企业、经营销售企业的相关法律责任。

作为受种人,因疫苗质量不合格导致人身损害的,可以根据《产品质量法》第四十一条规定“因产品存在缺陷造成人身损害的,生产者应当承担赔偿责任”要求生产疫苗的厂家赔偿;也可以按照《侵权责任法》四十三条的规定“因产品存在缺陷造成损害的,被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿,也可以向产品的销售者请求赔偿。”因此,受害人既可以要求疫苗的生产企

业或批发销售企业承担民事赔偿责任，也可以要求相关单位共同承担连带赔偿责任。

（二）因接种单位过错导致的疫苗损害的法律救济途径

此种情况指的是受种人的损害是因为接种单位（医疗机构）的过错导致的，且医疗机构过错与受种人的损害后果之间存在着因果关系。一般情况下，接种单位的过错主要体现在接种单位工作人员的过错。笔者认为，此时无论受种人接种的是第一类疫苗还是第二类疫苗，均不影响对接种单位的过错责任的认定，也不影响接种单位需要承担的法律赔偿责任。此时，医疗机构工作人员的行为应认定为“职务行为”，因此受种人及其近亲属可以依据《医疗事故处理条例》或《侵权责任法》的相关规定，向法院提起侵权诉讼，要求接种单位承担民事赔偿责任。

（三）行政部门监管不力导致疫苗损害的法律救济途径

根据国务院《疫苗流通和预防接种管理条例》第七条规定“县级以上人民政府卫生主管部门负责对预防接种进行监督管理；省、自治区、直辖市人民药品监督管理部门负责本行政区域内疫苗的质量和流通的监督管理工作”，因行政部门监管不力造成不合格疫苗流入社会、导致受种人损害的，受种人及其家属既可以要求生产或经营疫苗的企业赔偿，还可以根据《国家赔偿法》第二条规定“国家机关和国家机关工作人员行使职权，有本法规定的侵犯公民、法人和其他组织合法权益的情形，造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利”，申请国家赔偿。2016年山东非法销售疫苗案件，暴露出相关药品监管部门在疫苗流通环节存在一定的监管过失：庞某卫母女并不具备疫苗批发企业的资格，且在运输、储存等过程中未采用冷链措施，非法销售疫苗却长达5年之久，涉案金额达5.7亿。因此，该案既涉及疫苗产品的民事赔偿责任，也涉及行政部门监管不力的国家赔偿责任。

（四）预防接种异常反应造成疫苗损害的法律救济途径

预防接种异常反应，是指合格的疫苗在实施规范

接种过程中或者实施规范接种后造成受种者机体组织器官、功能损害，相关各方均无过错的药品不良反应。

根据国务院《疫苗流通和预防接种管理条例》的相关规定，由于相关各方均无过错，因此受种人及其家属只能请求相应的补偿，而非赔偿。接种第一类疫苗的，由于是国家强制接种的，此时出现异常反应的，应当由国家来对受种人进行一次性补偿；如果是受种人自愿接种第二类疫苗的，此时应当由生产该疫苗的企业来进行补偿。

有学者提出接种第一类疫苗出现的异常反应，国家不应该是补偿，而应该是赔偿。法律依据是《国家赔偿法》第三条规定：行政机关及其工作人员在行使行政职权时造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为的，受害人有取得赔偿的权利。笔者表示赞同，首先受种人是无过错的，也可以说是非常无辜的；其次，是某一受种人用自身的损害，换来国家对该类疫苗问题进行深入调查，从而发现该类疫苗存在的问题，避免更多的受种人遭受损害，在此过程中，相当于该受种人在为社会公共利益“买单”；第三，遭受损害的受种人相对国家而言，处于弱势地位，此时象征性地补偿不仅无法弥补受种人的损失，也无法体现出国家计划免疫项目的社会公共服务职能及属性。

另外，笔者还注意到若国家不同意对受害人补偿，受种人及其家属是提起民事诉讼还是行政诉讼的问题。笔者认为若该损害是因为接种第一类疫苗所引起，这是一种行政强制行为，因此受种人及其家属向人民法院提起行政诉讼，同时还可以提出国家赔偿请求。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》的相关规定，受到疫苗损害的受种人可以要求赔偿的项目主要包括医疗费、护理费、住院伙食补助费、误工费、交通费、残疾或死亡赔偿金、残疾辅助用具费及精神损害抚慰金等。

综上，疫苗损害责任根据受种人接种的疫苗类型不同、疫苗损害类型不同及相关单位的过错责任性质不同，从而导致其法律关系和法律救济途径也不同。受害人应根据自身的实际情况，选择对己有利的方式进行救济。



## 非法经营出版物的 犯罪构成要件与辩护要点

○刘晓兵 中国政法大学法学院副教授

**我国对出版物的经营实行严格的行政许可制度。近年来，这一领域的非法经营刑事案件呈现不断上升的态势。如何辨别罪与非罪的界限并在此基础上为当事人展开辩护，是一个很有现实意义的问题。**

### 一、何谓非法经营出版物？

非法经营出版物，顾名思义，是以出版物为对象的非法经营行为。

根据《出版管理条例》的规定，出版是用印刷或其他复制方法，将著作、图画、声频、视频、符号等制成各种形式的出版物。而所谓非法经营，根据我国刑法的规定，是指违反国家规定的经营行为。经营

行为有两个构成要素：一是行为的内容是提供商品或者服务；二是行为的目的是为了营利。这两个要件是缺一不可的。行为人虽然提供了商品或者服务，但不是以营利为目的的，构不成经营行为。我们必须指出，非法经营并不必然构成犯罪。如果一个行为没有违反国家规定，而只是违反了比国家规定位阶低的

地方性法规、部门规章等，并不构成非法经营罪；如果一个行为虽然违反了国家规定，但该国家规定未将该行为作“构成犯罪的……追究刑事责任”的规定，并且刑事司法解释也未将该行为解释为非法经营罪的行为方式的，也当然不构成非法经营罪——比如无照经营行为、在公司内部向员工发行内部出版物。综上，非

法经营出版物是违反国家法律、法规和司法解释的规定，以报纸、图书、刊物、音像制品、计算机软件和电子出版物为对象的经营行为。

## 二、非法经营出版物的犯罪构成要件

根据我国《刑法》和《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》(以下简称《解释》)的规定，非法经营出版物行为需要同时满足以下四个方面的要件才能构成犯罪并对其追究刑事责任：

### (一) 主体要件

本罪的主体，依本条原意是指经营者，但在市场经济条件下，“无人不商”，如果将本罪的主体限定为特殊主体，将会使许多没有任何经营许可证（非经营者）的买卖物品及没有进出口许可证和进出口原产地证的行为得不到惩处，因此，本罪的主体为一般主体，即一切达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力的自然人。单位亦能构成本罪主体。根据《解释》第十一、十二、十三条的规定，单位犯罪和自然人犯罪在量刑上是存在差异的，转为追究自然人刑责应当以单位犯罪数额为标准。以非法出版报刊为例，单位非法经营的追责起点是15000份；自然人则是5000份，转对个人追责应当按照单位的15000份定罪量刑。

### (二) 主观要件

主观方面由故意构成，并且具有谋取非法利润的目的。如果行为人没有以谋取非法利润为目的，而是由于不懂法律、法规而从事非法经营活

动的，不应当以本罪论处，应当由主管部门对其追究行政责任。

### (三) 客体要件

非法经营出版物犯罪侵犯的客体应该是出版物流通领域的市场秩序。市场经济其基本特征，一是分工生产，二是平等交换和公平竞争。平等交换和公平竞争在市场运行中的实现，必然形成一系列的特定规则和规范，表现为市场秩序。非法经营出版物行为破坏市场秩序的一个前提就是经营者进入市场并向市场非法销售出版物或销售非法出版物。严格来说，既然市场具有开放性和竞争性的特征，如果经营者只是向特定对象销售合法出版物或者将自己的知识成果印刷、复制成册并销售给特定对象，则不能认定其进入市场或对市场秩序造成破坏。

### (四) 客观要件

《解释》第十一条规定：“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，依照刑法第二百二十五条第（三）项的规定，以非法经营罪定罪处罚。”根据《解释》第十二条的规定，个人实施该解释第十一条规定的行为，具有下列情形之一的，属于非法经营行为“情节严重”：（一）经营数额在五万元至十万元以上的；（二）违法所得数额在二万元至三万元以上的；（三）经营报纸五千份或者期刊五千本或者图书二千册或者音像制品、电子出版物五百张（盒）以上的。具有

下列情形之一的，属于非法经营行为“情节特别严重”：（一）经营数额在十五万元至三十万元以上的；（二）违法所得数额在五万元至十万元以上的；（三）经营报纸一万五千份或者期刊一万五千本或者图书五千册或者音像制品、电子出版物一千五百张（盒）以上的。

根据《解释》第十三条的规定，单位实施本解释第十一条规定的行为，具有下列情形之一的，属于非法经营行为“情节严重”：（一）经营数额在十五万元至三十万元以上的；（二）违法所得数额在五万元至十万元以上的；（三）经营报纸一万五千份或者期刊一万五千本或者图书五千册或者音像制品、电子出版物一千五百张（盒）以上的。具有下列情形之一的，属于非法经营行为“情节特别严重”：（一）经营数额在五十万元至一百万元以上的；（二）违法所得数额在十五万元至三十万元以上的；（三）经营报纸五万份或者期刊五万本或者图书一万五千册或者音像制品、电子出版物五千张（盒）以上的。

《解释》的第十四、十五、十六、十七条也是关于非法经营出版物犯罪的客观要件内容。

## 三、非法经营出版物犯罪的辩护要点

（一）是否向社会不特定人员销售

市场是买卖双方进行商品交换的场所。判断市场形成的一个基本标准就是交易对象是否特定，只有

交易对象具有不特定性才能谓之市场。如果个人或单位印制相关资料但并未拿到市场上公开出售，而是把它们赠送或出售给特定人员或内部人员，则不存在扰乱市场秩序的问题。如果个人或单位向特定人员销售非法出版物，也不能根据《解释》第十一条的规定对其追究非法经营的刑事责任，而只能根据其他相关法律追究其行政责任。

### (二) 出版物是否非法

对此主要实行形式标准进行判断。如果出版物没有获得出版许可，通常可以认定为非法出版物。相反，如果出版物获得出版许可，哪怕它包含非法内容，也可以认定为合法出版物。如果要追究内容违法的刑事责任，应该根据《解释》第一、七、八条的规定，进行相应的处理。

这里有一种特殊情况，即单位印制相关资料并以成本价出售给内部员工或学校印制相关资料并以成本价出售给学生的行为，只要内容合法，即便没有获得出版许可，也不应该构成犯罪。事实上，我国刑法也没有把销售给特定对象资料的行为纳入刑法处罚的范围。许多文化传播公司或文化交流公司，它们经常举办各种活动，向受众销售各种资料，包括制作很漂亮的印刷资料或多媒体资料，大多带有宣传或广告的性质，也都没有书号或音像出版发行的许可，只要对象是特定的，就不应视为市场行为。

（三）是否欠缺销售出版物的合法资质

当前，随着出版物的经营权有所放开，文化类传播公司、教育咨询

公司也可以从事出版物的经营。根据《出版物市场管理规定》第七条的规定，单位从事出版物批发业务，应当具备下列条件：（一）已完成工商注册登记，具有法人资格；（二）工商登记经营范围含出版物批发业务；（三）有与出版物批发业务相适应的设备和固定的经营场所，经营场所面积合计不少于50平方米；（四）具备健全的管理制度并具有符合行业标准的信息管理系统。第九条和第十条规定，单位、个人申请从事出版物零售业务，须报所在地县级人民政府出版行政主管部门审批。

（四）销售行为是否以营利为目的

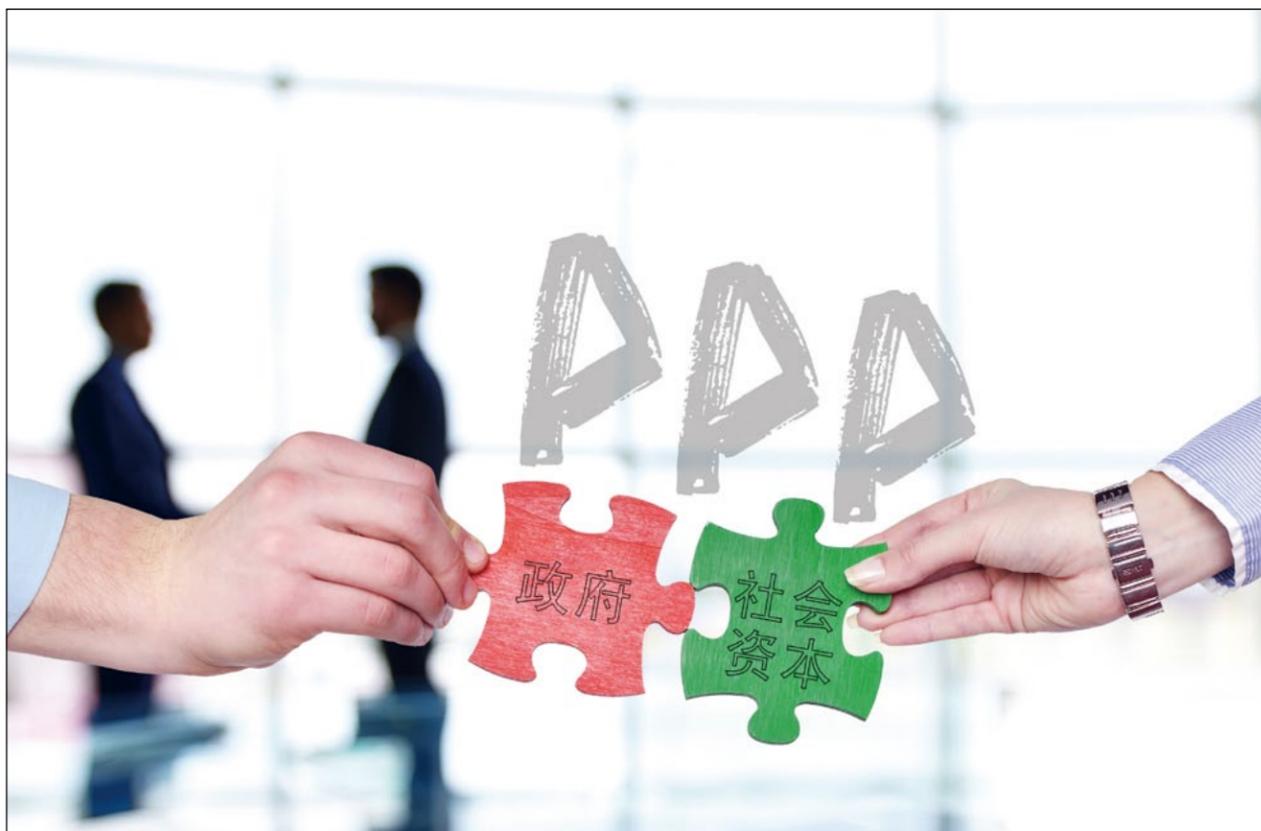
是否以营利为目的可以根据形式标准和实质标准予以判断。形式标准以法律规定为准。例如，《社会力量办学条例》第37条第2款规定：“教育机构的积累只能用于增加教育投入和改善办学条件，不得用于分配，不得用于校外投资”，第43条又规定“教育机构解散……清算后的剩余财产，返还或者折价返还举办者的投入后，其余部分由审批机关统筹安排，用于发展社会力量办学事业”。这些规定约束了举办者的行为，使其在客观上得不到盈余，从而实现了“不以营利为目的”的立法原则。

但是，在犯罪构成之外，还应考虑经营者的主观状况，此即实质标准。如果经营者在主观上并不是为了挣钱而经营出版物，而是为了社会公益目的而经营出版物，也不能认定其主观上以营利为目的。

（五）是否有明确的定罪依据

我国实行罪刑法定原则，法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。

根据《最高人民法院关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》，各级人民法院审理非法经营犯罪案件，要依法把握刑法第二百二十五条第（四）项的适用范围，对被告人的行为是否属于该项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，有关司法解释未做明确规定的，应当作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示。《解释》第十一条规定：“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，依照刑法第二百二十五条第（三）项〔现行刑法第二百二十五条第（四）项〕的规定，以非法经营罪定罪处罚。”如果一个案件不属于《解释》第一至十条规定的情形，可根据本解释第十一条对其进行处理，追究其非法经营的刑事责任，但需要注意的是，该第十一条是一个兜底条款，属于“有关司法解释未作明确规定”的情形，不是一个“明确规定”。在这种情况下，若要追究非法经营行为的刑事责任，应当依法逐级向最高人民法院请示。这里还需要特别指出的是，最高人民法院为什么要发布《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》？其本意就是对非法经营犯罪案件的定罪量刑要慎重。



## PPP 项目资本金和注册资本的对比性研究及操作对策

○马浩然 广东盛唐律师事务所

在 PPP 实践中，大量存在将项目资本金与注册资本混淆的情形，且在目前面临“去杠杆”、防范系统性金融风险的背景下，关于项目资本金制度的存废去留、改进之声不绝于耳。本文着眼于厘清二者概念、功能及关系，并对其适用进行针对性分析，以期尽可能解决实务中的困惑，推动 PPP 项目合法合规实施。

### 一、实践中对于项目资本金及注册资本适用的困惑

项目资本金与注册资本作为 PPP 项目重要的资金来源，是每个 PPP 项目都不可回避的关键问题。实践中之

所以会引发项目资本金及注册资本的适用困惑，究其根本在于：

其一，2005 年《公司法》要求有限责任公司全体股东首次出资额不得低于于注册资本的 20%，并应履行验

资程序出具验资证明，长久实践使社会资本形成投资设立公司应先按比例实缴资金的概念。对于新建类型的 PPP 项目，按照相关规定，由项目审批单位在审批可行性研究报告时核定项目资本金具体比例，其中作为计算项目资本金基数的总投资是指经批准的（初步设计）动态概算，在项目启动前，无论是政府还是贷款方皆可能要求社会资本先以自有资金投入。可见，两者有异曲同工之处。

其二，从会计处理角度来说，投资人出资的项目资本金和注册资本都计入公司实收资本，因此两者会形成重叠关系，也即一笔资金，可能同时具备项目资本金和注册资本的性质，可以理解为股东的同一笔出资满足了项目和公司两个层面的要求。

其三，财政部《政府和社会资本合作项目财政承受能力论证指引》第 15 条规定：“股权投资支出应当依据项目资本金要求以及项目公司股权结构合理确定。股权投资支出责任中的土地等实物投入或无形资产投入，应依法进行评估，合理确定价值。计算公式为：股权投资支出 = 项目资本金 × 政府占项目公司股权比例。”该条款实际上将项目资本金等同于注册资本，其落脚点在于认为两者均为社会资本所认缴出资额，都是社会资本自有资金，为非债务性资金，社会资本按该比例享有所有者权益。

上述种种原因引发了政府、社会资本、咨询机构、采购代理机构等多方主体对项目资本金和注册资本适用的困惑。为以解惑，笔者认为应回

溯本源，探索制度本身的涵义、渊源、两者关系及其目前所适用空间。

### 二、项目资本金制度和注册资本制度的内涵

项目资本金，根据国务院《关于固定资产投资项目试行资本金制度的通知》（国发〔1996〕35 号，下称“35 号文”）的规定，是指在投资项目总投资中由投资者认缴的出资额，对投资项目而言是非债务性资金，项目法人不承担这部分资金的任何利息和债务；投资者可按其出资的比例依法享有所有者权益。

注册资本，根据我国《公司法》《公司登记管理条例》等规定，有限责任公司的注册资本为在登记机关登记的全体股东认缴的出资额。注册资本制度使公司财产独立于股东财产，从而在法律关系上切断了股东对公司财产的支配地位，股东因为出资而向公司交付的任何财产，自公司设立时起就转变为公司独立财产。

### 三、项目资本金与注册资本的渊源及制度差异

（一）项目资本金与注册资本的渊源

为建立投资风险约束机制，防范银行投资信贷风险，35 号文正式将项目资本金制度应用于政府固定资产投资，项目资本金制度也是我国独创的重要投资调控工具。此后，国务院分别于 2009 年发布《关于调整固定资产投资项目资本金比例的通知》、2015 年发布《关于调整和完

善固定资产投资项目资本金制度的通知》，进一步完善项目资本金制度，调整各行业项目资本金比例。项目资本金制度确定了投资项目最低资本金比例，是项目启动前提，也是获得银行贷款的先决条件。项目资本金的投入可增强投资者的责任心和风险意识，调动公司治理的积极性，有利于避免投资企业杠杆比率过高、债务负担过重、对银行资金过度依赖而面临的经营风险，也有利于控制经营风险向金融体系的传导和扩散。

我国《公司法》2013 年修订版，修改了 12 款条文，并在三个方面完善公司注册资本制度：一是将注册资本实缴登记制改为认缴登记制；二是取消注册资本最低限额制度及出资形式的法定限制；三是简化公司登记事项和登记文件，有限责任公司股东认缴的出资额、公司实收资本不再作为公司登记事项，也无需提交验资报告。公司资本制度具有有效落实公司业务开展所需的基础资本功能，同时也为股东以其出资额为限对公司承担有限责任提供制度保障。原则上，注册资本问题应属股东自治的领地，不宜将之交由国家公权管制。

项目资本金制度系国家对于投资规模及投资风险予以控制的一种宏观经济调控手段，其适用极具政策引导性。2017 年末到 2018 年初，各监管部门深入贯彻落实全国金融工作会议精神，为有效防范政府隐性债务增加等风险，财政部于 2017 年 11 月 10 日印发《关于规范政府和社会资

本合作（PPP）综合信息平台项目库管理的通知》，重申 35 号文关于项目资本金不得是项目公司债务性资金的规定。国资委于 2017 年 11 月 21 日印发《关于加强中央企业 PPP 业务风险管控的通知》，进一步要求央企在 PPP 项目中应多措并举加大项目资本金投入，不得通过“名股实债”的方式参与 PPP 项目。2018 年 2 月 8 日，发改委办公厅、财政部办公厅联合发文《关于进一步增强企业债券服务实体经济能力严格防范地方债务风险的通知》，明确要求利用债券资金支持的募投项目，应严格执行项目资本金制度。在行政监管“多管齐下”作用下，坚持项目资本金制度在一定程度上能遏制地方政府的非理性投资，避免将 PPP 异化为融资加杠杆的工具。

反观注册资本制度，作为公司法明文规定的法定资本制度，是我国公司设立基本原则，其目的是用立法保障公司设立目的的实现，从而维护整个社会交易、团体自治的安全。作为公司法的基本制度，注册资本制度与项目资本金的行政性监管手段属性存在根本差异。

项目资本金制度既是风险约束机制，也是国家基于宏观调控需要而施加的投资调控手段，而注册资本则回归到公司法理论及股东自治本身，为公司取得独立法律人格并拥有独立财产之必要条件，两者的存在基础和价值理论截然不同。

（二）项目资本金与注册资本的区别

1. 适用范围不同：项目资本金

适用于经营性固定资产投资项目；对于注册资本，凡需组建 SPV，无论何种类型 PPP 项目均需确定 SPV 注册资本数额。

2. 出资义务形态不同：项目资本金是社会资本方对经营性固定资产投资项目（建设）的出资义务，旨在建立投资风险约束机制。注册资本则是 SPV 的政府方股东、社会资本方股东依据股东协议、公司章程对公司履行出资义务。

3. 出资形式不同：项目资本金，可以用货币出资，也可以实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资，其来源包括各级人民政府的财政预算内资金、国家批准的各种专项建设基金、经营性基本建设基金回收的本息等国家规定的可以用作投资项目资本金的资金。而注册资本，可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资。

4. 出资比例要求不同：项目资本金，其具体比例由项目审批单位在审批可行性研究报告时核定，根据前述国务院相关文件规定，不同行业领域有不同要求，如港口、沿海及内河航运、机场项目的比例为 25%，铁路、公路项目和城市轨道交通项目的比例为 20%。注册资本，现行公司法取消了最低出资数额及比例的限制，除法律、行政法规规定设立公司必须报经批准的外，SPV 股东可自行约定出资比例和持股比例。

5. 出资数额确定方式不同：项

目资本金，应在项目前期的可行性研究报告中对其筹措情况作出详细说明，包括出资方、出资方式、资本金来源及数额、资本金认缴进度等有关内容。注册资本，由股东自行认缴，PPP 项目中一般在股东协议和公司章程中约定出资期限、出资数额等。

6. 审查机构不同：对于项目资本金而言，银行有其监管要求。根据《中国人民银行贷款通则》《项目融资业务指引》等规定，金融机构在发放贷款前，首先应审查项目资本金是否符合国家规定，并按要求缴纳到位。对于注册资本而言，公司股东认缴的出资额、公司实收资本不再作为公司登记事项，也无需提交验资报告。

7. 出资不到位的风险不同：若项目资本金缴纳不到位，SPV 债务融资可能无法完成，贷款可能遭遇金融机构阻碍；若在注册资本项下，SPV 股东未按约定及公司章程约定全面履行出资义务的，需向其他股东承担违约责任，向公司债权人承担补充赔偿责任。

#### 四、项目资本金和注册资本的设置

法律层面上，项目资本金并不等同于注册资本，也未有强制性规定要求两者数额必须等同。但从 PPP 项目实操层面出发，不同主体基于不同立场存在天然的矛盾。以政府方角度，基于会计处理、项目核算、财政审核的方便，简化项目公司设立和融资程序及对项目投资安全性的要求等方面考虑，一般会倾向于在采购文件中要



求注册资本数额等同于项目资本金数额。但对于社会资本方而言，一般情况下倾向于设定注册资本少于项目资本金。原因在于，项目资本金比例通常需达到项目总投资的 20% - 30%，若两者等同，则社会资本应至少在建设期内将该笔资金注入 SPV，由于 PPP 项目前期准备时间较长，且受项目资本金 / 注册资金不得抽逃、挪用的限制，将会大幅提高资金使用成本并且不利于资产保值增值，又因其他如有的股权转让成本、税收成本、退出风险等因素，也让社会资本对于将项目资本金数额等同于注册资本数额的 PPP 项目望而却步。项目资本金与注册资本的设置，是政府和社会资本博弈的结果，不同情形皆可能出现，在注册资本少于项目资本金的情况下，根据会计实务的处理模式，可将项目资本金中超出注册资本的部分，进入“资本公积”科目进行核算。

#### 五、对于未来立法回应实践迷茫的展望

有观点认为，项目资本金制度应当废止，因为除我国外其他世界各国很少有这种制度，照样可以进行宏观调控。也有观点认为，应下调 PPP 项目资本金比例，将项目资本金比

例决定权更多地交给市场主体自主决定。笔者认为，上述观点虽存在一定合理性，但制度的存废或适用原则变更与否，应根植于我国现实土壤和实践情况。

我国固定资产投资领域形成的、以项目资本金制度为切入点的关于经济运行的宏观调控政策，在短时期内不会改变。尤其是在党的十九大、中央经济工作会议和全国金融工作会议屡次强调的“坚决打好防范化解重大风险攻坚战，严格防范地方债务风险”的国家金融环境和监管环境下，就项目资本金制度与银行风险管控能力的关联程度，以及目前所面临爆发系统性金融风险的现实而言，该制度仍有存续之必要。对作为 PPP 项目主要放贷机构的银行而言，其风险管控能力尚不够完善，贷款并非完全不受非市场因素及战略性政策任务的影响。一方面，项目资本金制度的存在，一定程度可有效控制地方政府和社会资本“投资饥渴”和过度使用融资金，产生过高杠杆或过分的小股大债；另一方面，为放贷银行提供投资项目的信息显示机制，便于银行识别和管理 PPP 项目贷款风险，联动监管机构形成监管合力。若有可能，再辅之以更为科学化、精细化、合理化的标准完

善相关行政监管手段和要求，将更好地发挥项目资本金制度之效用。鉴于此，笔者认为，国家立法层面应正面回应此问题，以响应金融监管体系和 PPP 业务监管体系的整治要求，解决实务迷惑。

2017 年，《基础设施和公共服务领域政府和社会资本合作条例》（征求意见稿）引发热议，但由于所涉部门法、利益群体、权利义务关系错综复杂，条例迟迟无法出台。根据《公司法》第 26 条“法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定”，国务院可以作出相关决定，直接对从事 PPP 业务的 SPV 注册资本比例进行规制，并可明确资金缴纳时间要求、资金使用用途等。从这个角度，可以达到在固定资产投资 PPP 项目中的宏观经济调控，且可以化解实践争议。

项目资本金需依照相关规定进行比例设定，并由项目审批单位在审批可行性研究报告时进行核定，政府方也需在采购文件中具体阐明项目资本金数额比例，当然也可一并设定相同数额和比例的注册资本。若为了增加项目对潜在社会资本的投资吸引力，降低社会资本或项目公司后期成本，并为磋商谈判阶段预留调整空间，可考虑在采购文件中对注册资本设定可调控区间或适当降低注册资本比例，以期真正达到政府与社会资本合作“风险共担、利益共享”的愿景。

# 《合同法》中 “通知”常见方式的 分析

○金振朝 谢艺萍

广东卓建律师事务所

《合同法》中总则部分和分则部分皆有涉及到“通知”的条文。总则部分主要规定在合同的订立、合同履行的中止、债权转让、合同法定解除、债务抵销、标的物提存等条文中。例如：《合同法》第80条第1款规定，债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。总则部分的“通知”具有使法律关系产生、变更或者终止的效力。分则部分的“通知”则主要具有“告知”的性质，是相关当事人的法定义务。

但《合同法》对如何通知没有明确规定，也没有排除当事人在合同中约定通知的方式进行约定。实践中的做法主要有：口头通知、电子通知、协议通知、书面通知、公证通知、公告通知等。下面以债权转让通知为例，对债权人通知的方式进行分析。

## 一、口头通知

这种方式很难证明债务人确有收到通知，很容易遭到债务人的抗辩，不推荐选用。但是，倘若口头通知能通过录音、录像等视听资料或者证人证言等方式佐证的，也并非不可采信。

## 二、电子通知

《民事诉讼法》已将电子数据列为证据种类之一。“电子证据”(Digital Evidence)定义为：“基于电子技术生成、以数字化形式存在于磁盘、光盘、存储卡、手机等各种电子设备载体，其内容可与载体分离，并可多次复制到其他载体的文件。”根据2015年2月4日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十六条规定：“电子数据是

指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。”根据该条规定，当事人可以通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、微信等方式通知合同相对人。

## 三、协议通知

协议通知即债权人、债务人、债权受让人三方达成债权转让协议，债务人在三方协议上签字视为债务人收到债权人的债权转让通知。

## 四、书面通知

书面通知比较常见，可以当面签收通知或者快递通知。选用快递书面通知，需要符合以下几点：1. 通知主体为债权人，落款须为有效签名（盖章）；2. 通知书内容完备；3. 尽量以邮政EMS特快专递形式寄送；4. 邮政专递单上“内件品名”栏写明“\*\*\*项下债权转让通知书（债权受让人：\*\*\*）共\*\*页原件”并加盖当天邮戳；5. 及时查询并保存签收回单。

除了自行通知，还可以委托第三方如律师事务所通过出具律师函等方式代为通知。通过专业人士处理，更易于形成和固定证据。

## 五、公证通知

在书面邮政专递通知的同时，可以请公证员当面见证快递文件相关内容并制作公证书，以防备债务人抗辩。

## 六、公告通知

公告通知即在全国或者省级有影响的报纸上发布债权转让公告或通知。

这一方式主要依据是《最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良贷款形成的资产的案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2001〕12号）第6条第1款：金融资产管理公司受让国有银行债权后，原债权银行在全国或者省级有影响的报纸上发布债权转让公告或通知的，人民法院可以认定债权人履行了《中华人民共和国合同法》第八十条第一款规定的通知义务。

该款承认了公告通知的效力，但是该司法解释仅适用于根据《金融资产管理公司条例》成立的四大金融资产管理公司。对于其他主体的债权转让行为是否可以参照适用该条款，司法实践中的做法不一致。

例如，最高人民法院在何某兰诉海某公司等清偿债务

纠纷二审案〔（2003）民一终字第46号〕中认为，在公开报纸上登报通知债务人及担保人，不违反法律法规的强制性规定，并没有致使债务人错误履行债务、双重履行债务或加重债务人履行债务的负担，也没有损害债务人的利益，应认定债权人已将债权转让的事实告知债务人及担保人。

再如，深圳市福田区人民法院在张某与深圳市某某融资担保有限公司债权转让合同纠纷一案〔（2015）深福法民二初字第7863号〕中认为，被告在将载明上述债权转让给原告的《债权转让通知书》邮寄债务人的住所地被退回的情况下，在《人民法院报》刊登《债权转让通知书》的内容，该债权转让依法对债务人发生法律效力，原告依法享有上述债权。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让。

但云南省昆明市中级人民法院在杨某华、孙某洪债权转让合同纠纷一案〔（2017）云01民终4455号〕中认为，虽然上诉人提交了两份公证书以及云南法制报以期证实其与张某某已先后通过邮寄及登报的方式通知了债务人孙某洪债权转让的事实，但相应通知的邮件未能由被上诉人实际签收，而本案当事人均为自然人，在无法联系到被上诉人的情况下上诉人与张某某采用在云南省内发行的报纸上登报进行通知的方式并无相应法律依据，不能必然证实该债权转让事宜已实际通知到被上诉人，故上诉人主张已通知被上诉人债权转让事宜的主张因证据不足，该院不予采纳。鉴于二审中上诉人的当庭陈述，即被上诉人于涉案债权转让通知书记立之时便已下落不明且该状态一直持续至今，故涉案债权转让的通知义务在客观上一直处于无法履行的状态，涉案债权转让对作为债务人的被上诉人至今未发生法律效力，一审法院对于上诉人直接要求被上诉人归还欠款的诉请不予支持的处理并无不当，该院予以维持。

可见，同样是在公开报纸上发布债权转让公告通知债务人，最高人民法院公报案例及部分法院从《合同法》立法本意出发，认为债权人完成了债权转让的通知义务，保障了债权受让人的权益。而有些法院则认为债务人没有实际签收、登报通知的方式没有相应法律依据而不予认可债权人完成了书面通知的义务。

综上，《合同法》上“通知”的方式有多种，为确保通知有效送达，建议尽量选择书面形式，也可采取多种方式组合，并注意留存相关证据。

## 非共债共签情形下 认定夫妻共同债务的 实务探析

○贺丰胜 李天明 广东华商律师事务所

### 新《解释》关于夫妻共同债务的认定

2018年1月17日，最高人民法院发布了《关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》（以下简称新《解释》）。新《解释》第一条开宗明义强调夫妻共同债务形成时的“共债共签”原则，明确和强调了夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认以及其他共同意思表示形式所负的债务，属于夫妻共同债务。第

二条规定了家庭日常生活需要所负债务属于夫妻共同债务。第三条规定，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。《新解释》还规定“本解释施行后，最高人民法院此前作出的相关

司法解释与本解释相抵触的，以本解释为准。”

由此，新《解释》事实上取代了此前的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第二十四条（以下简称“第二十四条”）第一款：“债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。”即新《解释》下举证责任的分配同旧的“第二十四条”规定相比，将夫妻关系存续期间以个人名义举债为夫妻共同债务的举证责任分配到了债权人，由债权人举证该债务为家庭日常生活所需、用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示。最高院对于认定夫妻共同债务态度的这一逆转体现到个案中，对于债权人一方提出了更高的要求，需要更高的证明力度达到诉讼目的。

### 案情简述

被告刘某（台湾）与裘某系夫妻，二人于2013年12月23日在香港登记结婚。在二人婚姻关系存续期间（2013年12月至2014年8月），裘某向原告孔某多次借款，其中多笔款项直接转款到刘某账户，裘某亦委托刘某还孔某多笔款项。2014年9月，孔某向深圳市南山区人民法院起诉，要求裘某、刘某偿还借款本金。2015年11月4日，南山法院作出民事调解书，确认孔某与裘某达成的协议：裘某欠孔某本息共计260万元，应于2015年11月10日前支付给孔某，如裘某未按该期限偿还借款本金，则从2015年11月11日起以本金160万元为基数计算，按中国人民银行同期贷款利率的四倍计算，计算至实际清偿之日止。

此后裘某未按期偿还借款，孔某向南山法院申请强制执行，但未能执行到裘某财产。2016年7月25日，孔某向南山法院起诉请求判决刘某对上述债务承担连带清偿责任，2017年8月25日，南山法院以刘某为台湾地区居民为由，将该案移送至前海法院。

### 法律分析

关于法律适用问题，因该案的实质为债务发生在裘

某与被告刘某的婚姻关系存续期间，原告以本案债务为夫妻共同债务为由要求被告承担连带清偿责任，故应以夫妻财产关系确定该案所适用的准据法。法院根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十四条适用当事人共同居住地的中国法律为准据法。

实体上可能对本案产生重大影响的法律问题是“第二十四条”和新《解释》的使用问题。该案的立案时间早在2016年7月25日，因移送前海法院等事由，开庭时间是2018年3月26日，在此期间新《解释》业已施行，举证责任的天平改向债权人一方倾斜。该案中，关于该债务为夫妻一方在婚姻关系存续期间所负的事实没有争议，争议焦点在于：其一，被告夫妻有无夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示；其二，该笔债务是否为家庭日常生活需要所负的债务；其三，债权人是否能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示。该案作为债权人孔某一方，要达到令刘某承担夫妻共同债务的诉讼目的，必须满足证明上述三个争议焦点中的至少一个。

### 事实依据

1. 原告提供了银行的转账凭证和付款委托书，以证明被告刘某与裘某婚姻存续期间，被告与原告存在多次资金往来，被告参与了原告与裘某借款的多次收款、还款行为，且被告在付款委托书上夫妻共同签名，证明被告是知晓原告与裘某的借款，被告以实际偿付原告债权的行为对该债务属于夫妻共同债务进行了进一步追认，此借款还款是夫妻双方共同的借款行为及共同的意思表示。

根据新《解释》第一条，夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，应当认定为夫妻共同债务。该案被告对于该借款事先知情，事中参与收款和部分还款，借款后还签有“付款委托书”进行事后确认，故该案借款应认定为夫妻共同债务，被告理应承担连带责任。

2. 原告提供了另一份银行流水，以证明被告在与裘某婚姻存续期间，原被告双方有多次转款、收款，且被告与裘某共同经营的公司也多次收款，被告与裘某向原告的共同借款用于夫妻共同生产经营和共同生活。

3. 原告提供被告与裘某深圳、上海两地的房地产权



证、被告与裘某在深圳、上海两地注册的多家公司基本信息，证明借款用于被告与裘某在 2013 年底、2014 年初在上海、深圳购置多处豪宅，从而共同向原告借款，进行房产投资，其夫妻形成共同财产。公司基本信息证明被告与裘某在上海、深圳共同经营多家公司，案涉借款也用于被告与裘某共同创办的公司的生产经营，由夫妻双方共同控制。购置房产、经营公司，属于夫妻共同经营、共同生活，同时用于形成夫妻共同财产。

根据新《解释》第三条，夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的，人民法院不予支持，但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。

最高人民法院民一庭负责人程新文就新《解释》回答记者“如何理解家庭日常生活需要之外的夫妻共同债务”问题时指出：“很多夫妻的共同生活支出不再局限于以前传统的家庭日常生活消费开支，还包括大量超出家庭日常生活范围的支出，这些支出系夫妻双方共同消费支配，或者用于形成夫妻共同财产，或者基于夫妻共同利益管理共同财产产生的支出，性质上属于夫妻共同生活的范围。新《解释》第三条中所称债权人需要举证证明‘用于夫妻共同生活’的债务，就是指上述超出家庭日常生活范围的夫妻共同生活所负债务。”

夫妻共同生产经营的情形更为复杂，主要是指由夫妻双方共同决定生产经营事项，或者虽由一方决定但另一方进行了授权的情形。判断生产经营活动是否属于夫妻共同生产经营，要根据经营活动的性质以及夫妻双方在其中的地位作用等综合认定。夫妻从事商业活动，视情适用公司法、合同法、合伙企业法等法律及司法解释的规定。夫妻共同生产经营所负的债务一般包括双方共同从事工商业、共同投资以及购买生产资料等所负的债务。”

因此，该案借款用于被告购置房产、投资、设立公司，属于夫妻共同生活、共同生产经营，同时用于形成了夫妻共同财产，被告理应对此承担连带责任。

#### 归纳总结

最终，前海法院以原告多次向被告支付借款、被告多次向原告还款为由认定了被告对于借款是明知的，裘某向原告的借款是裘某与刘某夫妻的共同意思表示，故应属夫妻共同债务，支持了原告要求被告刘某对借款承担连带责任的请求。

该案的特殊性在于诉讼时间跨度较大，开庭时间在新《解释》适用之后，所以同立案时相比，对法律原告方（债权人方）的举证责任提出了更高的要求。新《解释》背景下，法院对没有共债共签情形下的夫妻承担共同债务作出的判决慎之又慎。从结果上来说，虽然法院支持债权人方的理由仅仅是认定被告对借款明知、被告夫妻对借款有共同的意思表示，但从实际判决部分引用的法条——新《解释》第三条来说，债权人方可以从该法条列明的三个方向进行举证的努力：一是债务用于夫妻共同生活（包括家庭日常生活范围内的夫妻共同生活和超出家庭日常生活范围内的共同生活），购置房产这种大笔开销因其形成了夫妻共同财产，笔者认为也应属于这里的“用于夫妻共同生活”，上文中的程新文庭长答记者问中也有所提及；二是共同生产经营，夫妻双方有无共同开设公司，共同担任股东、董事、监事、高管或实际控制人的情况，债务是否为双方共同从事工商业、共同投资以及购买生产资料等所负的债务；三是双方的共同意思表示，如该案中以未签名方账户接受借款或还款、书面委托的另一方偿还债务，或者夫妻一方为借款方做担保等等，都可能被法院认定为夫妻双方基于共同意思表示的证据。



随着创业时代的来临，股权投融资的现象非常多，关于股权投融资的话题热火朝天。当中，有真实的上市公司，通过主板市场、创业板、中小板、全国股份转让系统有限公司，在证监会的监管下，以股权、股票合法融资的。也有未经批准，以拟上市公司股权为诱饵，公开招募股东，吸引投资入股，不仅承诺上市后高额利润回报，如公司未上市，则还本付息进行保障，投资人看到上市的蓝图，并为高额的回报神话心动，纷纷投资入股，结果，有公司融资后关门人去楼空的，有公司成立后没有实质的经营获利行为的，涉案人数众多、金额大、案发后不能回购股票，不能退还钱款，造成投资者损失，破坏金融管理秩序。

那么，股权众筹的红线究竟在哪里？如果超越红线，则触犯了什么法律？

#### 从一宗擅自发行公司股票的案例谈起

深圳某矿业投资股份有限公司于 2013 年 5 月注册成立，主要经营矿业项目投资、矿业开发等项目，股东

为被告人张某洲、池某艳、关某语等 17 个自然人及深圳市某投资基金管理有限公司。该公司自成立以来，未经证监部门批准，以公司计划在加拿大多伦多证券交易所创业板上市，购买公司原始股上市后可以获得高额回报为名，由公司工作人员或公司股东通过电话联系投资者、“口口相传”等公开、变相公开方式向社会不特定对象出售公司股票，股价为 3.8 元每股（后变更为 1 元每股）。投资者有意向购买公司股票后，公司组织投资者召开上市业务说明会或邀请投资者到公司听取公司情况及增发股票业务介绍。投资者通过银行转账、POS 机刷卡、缴纳现金等方式支付购股款项后，与该公司签订《股份认购协议书》《股权确认书》，作为投资者认购、持有公司股票的证明。该公司收取投资者的股份认购款后主要用于支付公司员工工资、介绍他人购买股票提成、租用办公场地等开支。经统计，截至 2014 年 6 月 12 日，该公司向 50 余名投资者收取股本金人民币 462.3 万元。

被告人张某洲作为该公司的法定代表人、董事长、总经理，负责公司运作成立、总体经营管理、增发股票

及借款业务的提议及决策等；被告人池某艳作为公司的股东、监事、副总经理，负责协助张某洲经营管理、制作公司增发股票业务有关宣传资料、参与组织面向投资者的上市说明会、向投资者介绍洽谈增发股票业务等；被告人关某语作为公司的股东、行政前台、行政经理，负责公司行政事务等；被告人黄某来作为公司的行政前台，负责联系客户购买公司股票、参与向投资者介绍增发股票业务、公司员工内部培训等。案发时，该公司已停止营业，人去楼空。

从以上案例<sup>①</sup>，笔者结合法律法规及实践，来区分罪与非罪，加强对擅自发行股票、公司、企业债券罪的认识。

### 关于股权投融资行为的法律规定

按照《公司法》规定，有限责任公司规定股东在50人以内，股份有限公司股东在200人以内。笔者以为，在上述法律允许的范围内，在亲友之间等特定的私下范围内招募股权应当被认可。为了鼓励创业行为，应当鼓励自然人在特定的小圈子合伙、合法入股的行为。

对股份公开上市募资的，应当严格按照《证券法》的规定，进行上市流程。《证券法》第十条规定：“公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准；未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券。有下列情形之一的，为公开发行：向不特定对象发行证券的；向特定对象发行证券累计超过二百人的；法律、行政法规规定的其他发行行为。非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。”

### 股权众筹与擅自发行股票、公司、企业债券罪的界限

公开发行股份、股权、债券，如果未经审批，且超越范围，则超越了法律界限。根据《刑法》第一百七十九条规定，擅自发行股票、公司、企业债券罪，是指未经国家有关主管部门批准，擅自发行股票或者公司、企业

债券的行为。犯本罪，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金额百分之一以上百分之五以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。

为了区别罪与非罪，笔者主要从本罪的客观方面结合前述案例进行剖析，从行为主体、行为特征、行为后果，并结合法律、法规、司法解释，厘清股权众筹和本罪的界限。

#### 行为主体

本文案例中，被告人张某洲、池某艳、关某语、黄某来，作为公司的法定代表人、股东、行政前台等直接责任人员均获刑。本罪的行为主体既包含自然人，也包含单位，即持有股权的自然人、法人、其他组织。这类公司是指非上市公司，如果中介机构的个人或者单位代理买卖非上市公司股票，同时与非上市公司共谋擅自发行股票的，则以擅自发行股票罪的共犯论处。

#### 行为特征

笔者认为，本罪必须同时构成以下三个客观违法行为要件：

一是未经国家有关主管部门批准，违反法律、行政监管法规。例如前文引述的《证券法》第十条。再如，国务院办公厅《关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》规定，“明确政策界限，依法进行监管：（一）严禁擅自公开发行股票。向不特定对象发行股票或向特定对象发行股票后股东累计超过200人的，为公开发行，应依法报经证监会核准。未经核准擅自发行的，属于非法发行股票。（二）严禁变相公开发行股票。向特定对象发行股票后股东累计不超过200人的，为非公开发行。非公开发行股票及其股权转让，不得采用广告、公告、广播、电话、传真、信函、推介会、说明会、网络、短信、公开劝诱等公开方式或变相公开方式向社会公众发行。严禁任何公司股东自行或委

托他人以公开方式向社会公众转让股票。向特定对象转让股票，未依法报经证监会核准的，转让后，公司股东累计不得超过200人。”

二是公开发行，或变相公开发行。为充分认识本罪，笔者从公开发行的几个行为特征来做出区别。其一，采用广告、公告、广播、电话、传真、信函、推介会、说明会、网络、短信、公开劝诱等公开方式发行股票、进行股权转让为公开发行。其二，向不特定对象发行股票或向特定对象发行股票后股东累计超过200人的，为公开发行，应依法报经证监会核准。未经核准擅自发行的，属于非法发行股票。其三，变相公开发行股票。非公开发行股票及其股权转让，不得采用变相公开方式向社会公众发行。严禁任何公司股东自行或委托他人以公开方式向社会公众转让股票。

笔者认为，所谓“特定对象”，应该有一定的范围，有共同的特征、纽带，例如血缘关系、姻亲关系、同班同学等，登记在册的具体的某个商会成员、同一个村民小组等。这种特征一般是很具体的，有据可查的。如果超越了这个特定范围，例如泛泛的老乡关系，同县、同省都是老乡，很难说是特定对象，或者特定对象超过了200人的数量，也会涉嫌本罪。

笔者认为，通过朋友圈、同学圈、老乡圈等募资，朋友、同学、老乡再引荐朋友、同学、老乡前来募资，为变相向不特定人群募资。例如本文案例中，涉案公司由公司工作人员或公司股东通过电话联系投资者、以“口口相传”等方式向社会不特定对象出售公司股票，系向不特定对象发行股票，系变相公开发行股票的行为。

三是通过公司法规定的股东会表决、股权备案登记、股权认购书等程序对本罪的影响。通过公司法规定的股东会表决、股权备案登记等程序虽然表面上符合公司法的规定，由于是向不特定对象发行股份，即使托管、备案也不影响公开发行的本质，危害了金融监管秩序。如果未经过公司法规定的程序，虚假项目、虚假的股权，或者超过持有股权发行股权等则构成另一罪名——非法

吸收公众存款罪。

#### 行为后果

行为后果一般是出现非法集资者、集资公司停止经营、人去楼空，经营不善停业，案发后不能回购股票，不能退还钱款，投资者报警追讨。实践中本罪一般涉案人数众多，金额较大，例如本文案例。

笔者按照最高人民检察院、公安部印发的《最高人民法院、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）》，擅自发行股票的，针对特定对象、不特定对象分别公开发行的情形，对立案追诉标准简单列表归结如下，具有以下情形之一的，构成本罪。

情形	数额标准
特定对象	超过200人或者转让后股东合计超过200人
不特定对象	50万以上
	投资对象30人以上
	不能及时清偿或者清退的 其他后果严重或者有其他严重情节的情形

擅自发行股票、公司、企业债券罪案例中，单纯擅自发行债券，投资者很难相信，相关案例几乎收集不到，因此，笔者认为擅自发行股票与擅自发行公司、企业债券罪名在实践中不可分割。

股权投资是高风险的事情，不是所有的股权都会变成股权神话，投资者寄希望于高额回报，殊不知，有的高额回报已经超过了该行业本身的利润率。投资者是不理性的。创业者以法律允许的方式，互相认识，互相信赖形成投资合作关系，自担风险，这是法律允许的。但是未经审核监管，对外公开发行的股权、股份、股票，未经市场考验，公司经营不成熟，而且一般涉及人员众多，金额大，一旦发生风险，即是群体性事件，危害百姓财产安全，危害金融监管秩序，影响社会稳定。

<sup>①</sup>案例引用：深圳市中级人民法院（2015）深中法刑二初字第84号《民事判决书》，通过北大法宝检索案例，张某洲、池某艳、关某语、黄某来擅自发行股票、公司、企业债券罪案。

## 法律也有“温度” 谈取保候审的意义与困境

○莫丽冰 北京市盈科(深圳)律师事务所

每当看到当事人释放出来回归到平常的家庭生活，我都会为他们感到满满的幸福。

### 烘焙幸福，让日子散发香气

前些日子我的一个取保候审的当事人，想带孩子去泰国旅游，我说，现在取保候审还没结束，不要出国，还是要遵守取保候审的纪律。于是他便改变了行程。他现在平平常常地生活，正常地上下班，陪在妻儿身边，在朋友圈里分享简简单单的吃喝玩乐，日子是那么平淡而温馨。

“希望法官能判我缓刑，让我有机会给老婆和孩子做早餐。”这句话是我的这位当事人开庭时对法官说的，他也履行了他的承诺。他每天早上都会去市场选购新鲜的食材，为家人准备一日三餐，还亲手做吐司、蛋糕、曲奇和果酱，特别有爱。后来我也有幸品尝到他亲手制作的美味的蛋糕。

烘焙一个蛋糕，从选择优质的面粉、奶油，到精确的称量，到完美的配方比例，再到掌握好火候、时间，要想香气四溢，每一道工序都需要用心。会烘焙的人，内心肯定是温柔而有爱的，因为他们总想把最好的食材加工成最美味的食品，分享给身边最爱的家人和朋友。这充满对生活的热爱，让人心生感动。

### 守望归来，一眼情深

“被告人的孩子一岁多，自出生以来都没有见过爸爸，直到法院开庭的那一天，在大马路上，隔着车窗，才第一次见到爸爸。恳请法官考虑被告人在案件中是从犯、初犯的情节，结合家庭因素，让被告人早日回归家庭。”这是我在法庭上发表的一段辩护词。

我的另一个当事人张先生因为公司走私的事情，已经羁押将近两年了。在这两年间，我看着他的妻子从挺着孕肚到看守所，到孩子出生，再到如今孩子已经学会了蹒跚走路，学会了喊“爸爸”，可每喊一句“爸爸”，都牵动着家人们的神经……这对90后的小夫妻，隔墙

相望，幸福对他们来说触不可及。

为了父子俩的第一次见面，张太太和家人从哈尔滨到深圳，足足开了十天的车。因为张先生身份证过期的原因，孩子办不了出生证，办不了身份证，不能乘坐飞机。孩子不适应坐高铁，只能开车，走走停停，一路南下。为了看亲人一眼，千里迢迢，长途跋涉。

在法院开庭的四天里，张先生一家老小七八人，带着孩子，顶着烈日在马路边上蹲守，囚车一天四次进出，连着四天，一刻不离地守着。小孩子天真无邪的笑脸，与严肃威严的押囚车，形成了巨大的反差。

一家团圆坐在一起吃饭，也许有些人会觉得微不足道，不懂珍惜，但是有些人却望眼欲穿。

### 严厉的刑法，也有进步的地方

刑法，作为惩治犯罪的法律，如果没有了严厉性，也难以达到震慑犯罪的效果。综合考虑我国地大物博，部分地区警力不足的国情，我国取保候审的通过率确实很低。但是法官、检察官和警察，在作出取保候审决定之前，除了案情，一定会结合考虑犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性。

我们来看以下两部关键的规定：第一，2016年出台的《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定》，体现了对犯罪嫌疑人、被告人权利的保障，我有几个当事人都是通过启动了羁押必要性审查程序成功取保候审的。第二，2018年出台的《刑事诉讼法修正案(草案)》中，明确提出“对于不致发生社会危险性的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候审或者监视居住”，该条款是取保候审的保障条款，这是法律的进步之处，可谓是喜闻乐见的条款。

### 诚信的缺失，取保的难题

法律在不断地进步，不断地保障实现取保候审的条件，让符合取保候审条件的人可以得到应有的权利。但是实践

操作又是如何呢？对于一些定罪没问题的，即便符合取保候审条件的案件，公检法部门还是不愿意取保候审。

之前在刑诉法修改的研讨会上，检察院代表提到一个问题，“取保候审缺乏一个有效的制度约束或惩罚脱离监管的人。”一旦取保候审的人不再归案，不再配合刑事诉讼程序的发展，也不再出庭应诉，检察官这个取保候审决定就会遭到质疑，而且也会给结案带来了很大的麻烦，另外还增加了公安机关抓捕犯罪嫌疑人归案的工作量和难度，案件也要中止审理。

针对上述取保候审后人员监管难的问题，我曾在人大研讨会上发表过以下意见：建议参考强制执行制度，将违反取保候审规定的犯罪嫌疑人或被告人，纳入失信名单，限制高消费。纳入失信名单且限制高消费的人，不能坐飞机、高铁等，对其严格限制信用贷款，这种影响还要是持续性的。这样一来，躲得了初一，躲不过十五，还不如回去乖乖地接受审判，接受应有的刑事处罚呢。

现在的科技已经相当先进，人脸识别技术、高清摄像头、警务验证通、后台数据库等，定位和抓获通缉犯已经容易很多了。试问一个取保候审的人，逃脱监管后要被通缉，抓获以后还要被严惩，本来取保后都可能判缓刑的，最后可能要被收押监狱。逃脱成本如此之高，何必呢？况且我认为取保候审后逃脱监管的，只是一小部分而已。

### 有家人守候的被告人，就有改过自新的可能

前面我说到的当事人，虽然是犯了错、犯了罪，但是他们的家人愿意用满满的爱去感化他们。如果一个犯

罪嫌疑人或被告人没有家人的守候，身陷囹圄，他更是对生活无所期待了。我处理过不少恶性杀人的案件，都是这种情况，他的家人连开庭都不来，连问候都没有，更没有给他请律师。

一个被告人的家人对他视若珍宝、牵肠挂肚，证明这个被告人品性也是善良的，是一个值得给他机会改过自新的人。



我在一份辩护词写过这样一段话：“从罪责刑相一致的角度，从惩罚制裁为主、教育感化为辅的刑事政策来看，被告人的家庭是否健全，家人们是否团结，被告人的亲属对被告人是否重视的态度，也会约束被告人在社会上的言行举止，对于被告人回归社会后的继续教育改造起到关键作用。”站在减少犯罪率的角度上，建议司法者多考虑一下被告人的家庭背景，尤其是未成年人的家庭背景，若能让社工在某些案件上起到一定的帮助感化作用，不妨后续予以安排跟进。另一方面，在对犯罪嫌疑人或被告人能否取保候审的决定上，能不能稍微迟缓一下，多思索一下，看看他的家庭，看看他的家人，看看究竟有无社会危险性，看看是否符合取保候审的条件，再作出合法合理合情的决定？

律师的脚步总是匆匆。在代理案件的出差过程中，能够顺便“枉顾”一下附近的名胜，将说走就走的出差当作“旅程”，不失为工作与生活调剂的良方。

某次到福建省出差，主要公务告一段落后，偷得浮生半日闲，便到闻名遐迩的鼓浪屿匆匆一游。到达三丘田码头，已近凌晨，在日光岩附近的一家别墅改造的旅馆入住，窗明几净。

次日，清晨起床，去小吃街吃早餐。与前晚初至的寂静不同，早晨的小吃街明显热闹起来了。厦门紧邻台湾，自然台湾小吃众多，我也不甚了了，附近转悠一圈，来到福建路57号的沈家闽南肠粉店。排队等吃的队伍歪歪扭扭的很长，料应无差；排队之势，让人想起磁器口的陈昌银麻花。排队二十分钟后终于轮到我，九元钱一份，分量不多，聊以解馋：鸡蛋肠粉佐以炒辣椒、葱花、香菜，口感极佳。在肠粉店斜对面，又吃了一份海鲜蛋满灌，鸡蛋里塞满了海鲜等食材，像个特制的蛋饺子，馅料丰富，颇有想象力。

早餐毕，开始游览。首先是日光岩，从“惊醒世间名利客，唤回苦海梦中人”的地藏殿过去，红色大字“鼓浪洞天，鹭江第一”赫然刻于巨石之上。拾级盘旋而上，经龙头山寨遗址（郑成功曾屯兵于此），便可至日光岩

最高峰。不登日光岩，枉为厦门行，自然要登高眺望一番。俯瞰鼓浪屿，小岛弹丸之地，像是不规则扁圆形的鹅卵石，又像合起来的一把手掌。脚下沙滩上可见菽庄花园，轻涛拍案，不远处薄雾蒙蒙，帆影点点。一级一级沿石阶而下，极目海景，海风拂面，经过古城台，远处绿色通道幽，漫步而下，向日光岩下第一景之菽庄花园走去。

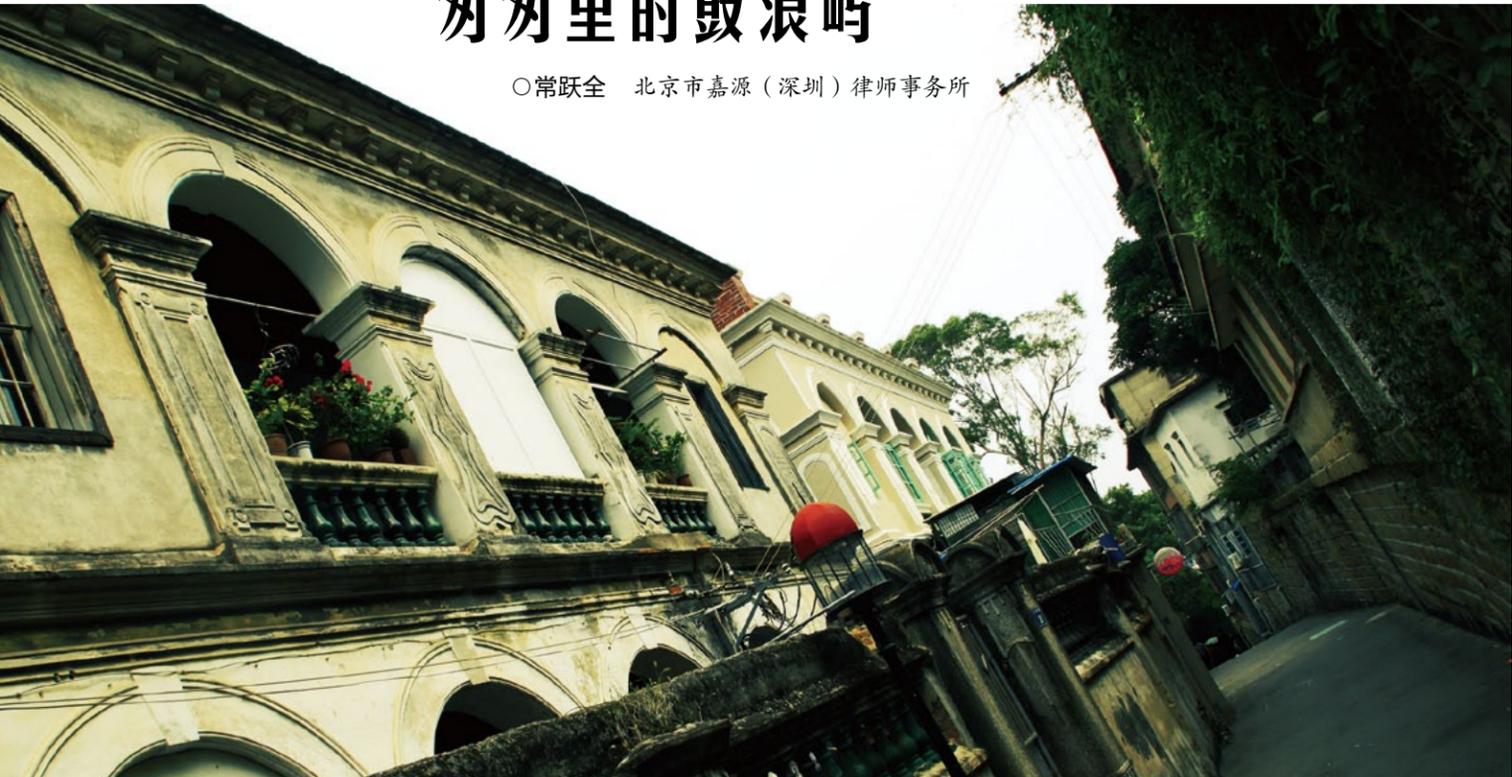
海阔天空，曲折回环的桥，临在海滩之上。此桥名曰四十四桥，据说园主林尔嘉是四十四岁时修此私家园林，故名之。传闻明月夜来此最佳，明月当空，静影沉璧，聆听月下涛声，自是胜景可料。惜乎四十四桥明月夜，却无玉人共听涛。

不期已至中午，于漳州路的音乐学校隔壁，吃了些小吃，铁板鱿鱼豆腐、五香条……算是轻松解决午餐。前行至皓月园，观瞻郑成功临海雕像，抚今追昔，颇有思古之幽情。想起小诸葛的两联“孤臣秉孤忠，五马奔江，留取汗青垂宇宙；正人扶正义，七鯤拓土，莫将成败论英雄”，即是凭吊。

自三丘田码头折返，经龙头路小吃街——此时游人如织，摩肩擦踵。忍不住又来了两份没记住名字的小吃，便回去歇歇脚。大致估摸着，逛了小岛的三分之一不到。绕岛细看，我看还是期之下次吧。

## 匆匆里的鼓浪屿

○常跃全 北京市嘉源（深圳）律师事务所



## 赴约

说梅子熟了，我便来

○康源弘  
广东卓建律师事务所

庭台敞亮，余绕花香，不沾一丝寂寞。兴许宾客盈门，独我两手空空。久未逢面，岁月扶墙过，海棠胜延年。

梅子早熟，陈茶依旧，蚕豆的盐溶了，浮油。只有梅子酒是新出。白瓷鸽蛋杯，倒酒的声音是酒的笑，香气早已随信寄出了千里。清澈得，只怕映见心中话语。

你备了些北上的故事，我带了些南下的故事，拌在一起，冷热交加。扛不住，哭了。我是可恶了些，你奈何把酒酿成这样，不加糖，酸抽了。

信里说梅子熟了，我就来。撑着一舟雨，一伞云烟。背包里，翻出一只发潮的日记本。读你，唇语滴落在卷，叮咚开花。园子里金铃朵朵。





## 律师“逆行”转法官 回归初心终穿法袍

○董柳（记者）羊城晚报

当了15年律师后，广东省律师协会副监事长马学平经过公开选拔，成为深圳市中级人民法院一名普通法官。

从学生时代梦想当一名法官，到毕业后的10年警察生涯、15年律师经历，再到实现心中夙愿当上法官，马学平“曲线”回归“原点”，成为“法官辞职当律师”这股水流中的少有“逆行”者，也是新时代“不忘初心”在个体层面的鲜活实践样本。

前些天，一位大学同班同学给刚就任法官的他发来一句苏轼的诗词：竹杖芒鞋轻胜马，谁怕？一蓑烟雨任平生。“这句诗词合了我姓

名中的两个字，也正契合我目前的心态。”马学平说。

### 职业转身

两宗一审刑事案件、七宗二审刑事案件的案卷，已经摆在了马学平位于深圳市中级人民法院的办公桌上。自深圳市人大常委会6月27日表决通过马学平为深圳市中级人民法院审判员后，他很快进入角色。

今年47岁的马学平是湖南津市人，辞职当法官前是广东鼎方律师事务所律师。转行之前，马学平是一名执业15年的“知名律师”。他的律师业务以刑事辩护和政府法

律顾问为主，长期担任十多家党政机关及一些企业单位的法律顾问，收入稳定，此外也会选择性地承接一些重大疑难复杂案件。“近年来，多名由我担任辩护人的刑事案件被告人，被法院一审、二审宣告无罪。”

他曾被评为2006年度深圳市律师参与法律进社区工作先进个人、2008年深圳市司法行政系统法律服务工作先进个人、2011年深圳市法制宣传教育先进工作者、2012年深圳市优秀公益律师、2013年宝安区建区二十周年50名优秀人才、2012-2016年度广东省优秀律师。

另外，马学平还是“有身份”

的律师——辞职前的他是广东省律师协会副监事长，还曾是深圳市律师协会第九届维权委主任。

从律师到法官的“转身”，马学平的同事和朋友们表现出了迥然的态度，有的发出了支持和鼓励的声音，不过，更多的则是不理解，甚至还有善意的劝退。

支持和鼓励马学平的人，理解他作为法律人的理想和情怀；不理解的人，多是说：“你好不容易从体制内出来了，为何还要回去？”“最近又有好多人从法院辞职了，你为什么还要进去？”善意劝退的，则是觉得他现在律师做得很好，工作轻松自由，收入也很稳定，没有必要进法院吃苦受累。

“说实话，说的人多了，我也曾犹豫、迷茫，但最后还是坚持了初心。”马学平说。

### 初心未改

这是马学平的第二次职业转换。而两次改变马学平人生轨迹的，正是两次重要改革。

1989年，马学平进入中南政法学院（现中南财经政法大学）法律系学习，最初想法是毕业后当一名法官。1993年毕业前，他确已做好了考研或分配回湖南某家法院工作的准备。

改革的大潮第一次拍打到马学平身上。毕业前夕，正值邓小平1992年发表南方谈话后不久，春天的故事刚刚唱响，深圳这片改革热土吸引了许多像马学平这样的年轻学子。1993年上半年，学校安排学生们到广东实习，马学平被安排到深圳市公安局。实习两个月后，经过笔试、

面试，他顺利拿到毕业分配派遣证，被分配到宝安区公安分局工作。

“在公安机关工作的十年里，我在基层派出所呆过较长时间，后来被调到分局法制科工作，从案件审批到复议诉讼，时时刻刻都要学习、运用法律。那时，以分局为被告的行政诉讼案件比较多，我作为诉讼代理人到庭应诉，经常进出法院，也与一些法官有了工作上的接触，这样又让我重新燃起了法官梦。”

2002年，马学平报名参加全国首次司法考试并顺利通过。“本着先做一段时间律师，再转行做法官的设想，我在得知司法考试成绩后的第二天，就向公安局递交了辞职报告，获批准后才开始了律师实习和执业生涯。”

当律师15年后，马学平又被另一场改革——司法体制改革所改变。

党的十八届四中全会提出，要建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者、法官、检察官的制度。这场改革之风随后刮到南粤大地。

马学平至今记忆犹新：2016年12月30日上午，时任广东省委常委、政法委书记林少春同志在广东省第十一次律师代表大会开幕式上讲话，透露广东即将启动从律师队伍中选拔法官，“我听心中一动”。也是在这次大会上，马学平被选为广东省律师协会副监事长。

改革很快落地。2017年1月，广东省高级人民法院发布公告，首次面向社会公开选拔法官。“我查阅后发现自己符合条件，于是报了名。后来，经过广东省高级人民法院组织的资格审查、笔试、面试、

专业能力评审、差额考察、党组讨论、体检和公示，以及广东省法官检察官遴选委员会遴选，最后被确定为深圳市中级人民法院刑事审判法官人选。”在这样的时代背景下，马学平在参加广东首次面向社会公开选拔法官的律师中成为脱颖而出者。

### 逆“流”前行

在司法改革的大潮中，法官转行当律师的现象司空见惯，常见诸报端，甚至一些地方形成了法官“离职潮”，而从律师转行当法官的人凤毛麟角。马学平是这股水流中少有的“逆行”者。

**马学平的成功经历是对党的十八届四中全会精神的呼应。律师通过公开选拔走上法官岗位，对于促进优秀法律人才跨行业流动、优化法官队伍结构有着积极意义。**

这一方面是受制度约束使然。

广东省法官检察官遴选委员会主任董曦告诉记者，在党的十八届四中全会前，法官的选拔只能通过公务员考试进行，渠道单一，而十八届四中全会打开了法官选拔的“另一扇门”——可以从符合条件的律师、法学专家中招录。

另一方面跟法官与律师的职业特性不同有关。据董曦分析，我国法官入门的“门槛”高、收入相对律师要低很多、各种纪律约束比较多、职业道德要求高，同时司法责任制改革还要求法官对办案质量终身负责，再加上法官应有的社会地位目前还未完全达到，“因而，经验丰富的律师一般不愿去当普通法官”他以广东首次面向社会公开选拔法官为例说，“本次报名的律师不多、



对话马学平

## 不忘初心 争做优秀法官

符合报名条件的律师更是少。”

而在英美等很多国家以及我国香港地区,从律师中选拔法官是常态。

最高人民法院中国应用法学研究所所长蒋惠岭表示,先当律师后当法官具有潜在优势。“优秀律师经过十多年甚至更长时间的社会历练,对各种社会现象、社情民意、基层生态以及各种法律关系的人文因素都有切身经历,其分析问题、作出判断的视角与从法院按公务员模式培养的法官会有所不同。”另外,从律师到法官,廉政成本更低。“究其原因,一方面是在社会上执业十多年甚至二十多年的律师通过大浪淘沙式的磨练,已经建立了自己的声誉和地位,其司法能力、道德品质都堪称楷模。另一方面,这些优秀律师通常在经济收入方面有了一定的积累,从而增强了对腐败的抵抗力。”

“就我个人来说,十多年的律师经历对于当好法官应该会有些积极影响。”马学平娓娓道来。律师执业期间他办理了大量各类案件,法律业务面较宽、法律经验较为丰富;执业期间他在不同场合接触形形色色的当事人,能准确了解各类当事人的真实诉求,社会经验丰富;律师代理案件,常面临角色转换,思考问题的角度也经常不同,思维方式比较活跃。

记者:从知名律师到普通法官,心态上能接受吗?

马学平:其实,从我踏入法律行业开始,我的目标就是做法官。这次全省公开选拔,在公告中就已明确了具体的法官岗位,接受才会自愿报名。我报名参加选拔的是刑事审判岗位法官,公告中明确的等级是四级高级法官或一级法官。深圳市中级人民法院经研究,确定我为四级高级法官,安排在刑事审判第一庭工作,这符合公告要求,也符合我的预期。

记者:曾经的律师经历,会不会对今后的工作带来影响?

马学平:自己曾是律师,深知律师的艰辛,肯定会理解尊重律师,依法维护律师合法权益。而各类律师微信群,我只留在了深圳律协九届维权委群和省律协十届监事群内,这两个群都已不是工作群,而是换届后保留的交流群,我会将之作为听取律师意见的一个渠道。我会注意现在的法官身份,不与律师私下、违规接触,但也愿意与律师保持正当的交流,共同促进法律职业共同体建设。

记者:今后打算怎样做好一名法官?

马学平:首先是做一名法官。既然是转行,就要彻底地脱离律师身份。我报名参加选拔后,就有意识地减少接案。考察及选拔公示后,我就不接任何新的律师业务,此前已接的业务,民商事案件转交其它律师办理,刑事案件则解除委托及退还部分律师费给当事人,担任法律顾问到期的不再续约。入职前,我与律师事务所结清了人事、业务、财务关系,注销了律师执业证,辞去了律协职务。深圳市人大常委会表决通过任命后,我已彻彻底底地不是一名律师,而是一名法官。

其次就是要做一名合格的法官。转行后要学的东西很多。入职前,有较长一段空闲时间,我认真学习了一些法律和刑事审判专业知识。入职后,我认真学习了法院的办案规则、工作指引、操作流程以及工作纪律、廉政制度等,旁听了多位同事的庭审,向同事请教,与同事交流,基本熟悉了刑事审判业务。法院审管办现在已经开始给我分案,下一步,就是要严格依法、认真地把这些案件办好,努力做一名优秀法官,不忘初心,砥砺前行!

## 市公安局预审监管支队与市司法局、市律协商谈解决律师会见难

8月21日上午,市公安局预审监管支队支队长朱建伟率监管支队有关负责人赴市司法局,与市司法局、市律协商谈解决律师会见难问题。与会人员就近期市律协提出关于建议监管支队通过实行看守所周末及节假日会见制度等措施解决律师会见难的诉求进行探讨,并达成如下共识:一是监管支队将全面评估、详细测算试点开放周末及节假日会见所需的警务调整及警力配备的可行性;二是我市看守所因硬件设施老旧,暂时无法全面满足律师需求,监管支队将就会见矛盾较突出的看守所会见室进行分离改造;三是监管支队将以建设“智慧警务”为契机,在第二看守所试点实行视频会见制度,提高律师会见效率;四是继续实行分时段预约会见制度,力促律师会见的效率与公平。



## 深港律师共话粤港澳大湾区律师业发展

8月14日上午,香港律师会会长彭韵僊、副会长陈泽铭等一行19人到访我会,就粤港澳大湾区背景下两地律师业的发展机遇和挑战与我座谈。2014年深圳市律师协会与香港律师会双方进一步建立法律查明机制、联席理事会会议等工作机制达成协议;在粤港澳大湾区法治建设的大背景下,此次座谈将助力双方在构建统一的粤港澳大湾区合作法律框架、整合两地优势法律资源、交流两地联营律师事务所发展经验等方面开展深入交流,共同为粤港澳大湾区律师业发展贡献力量。



## 市司法局律公处、市律协召开首次工作会商会议

为进一步加强市律协与市司法局的工作联系,深化“两结合”管理体制,市司法局律公处、市律协联合建立了常态化会商机制。8月7日上午,市司法局律公处和市律协召开了第一次会商会议。会议通报了2017年全市律师工作联席会议决议的落实情况,就《律师参与化解和代理涉法涉诉信访案件办法(实行)》和《深圳市关于进一步依法保障律师执业权利的实施办法》的起草情况进行了介绍,并就本年度律师工作联席会议的议题以及相关筹备工作进行了研究部署。本次会议就会商机制进行明确并确立了日常联系人。会商机制的建立为双方加强重大事项沟通合作搭建了平台,为律师管理与服务工作中出现的问题提供了共同解决的沟通方式,是推进律师工作再上新台阶的有力措施。



## 稳中求进稳中求变稳中求成果 打造“政通人和”的秘书处

7月24日，在第十届十次理事会上，市律协会长林昌炽向李同宝颁发了秘书长聘任书。7月25日上午，秘书处召开全体会议。林昌炽会长再次强调市律协下半年重点工作，同时对近期协会秘书处的工作给予了肯定和鼓励，并对新任秘书长李同宝及秘书处今后工作提出了殷切期望和具体要求，期望秘书处以“政通人和”作为一以贯之的工作追求。魏汉蛟监事长表示，希望新任秘书长带领秘书处，稳中求进，稳中求变、稳中求成果，助力律师事业更快更好发展。李同宝秘书长表示，将严格要求自己，尽快进入角色，认真履职，带好团队，使秘书处成为风清气正、团结友爱的团队，与团队通力合作做好各项工作，争取早出成效，不辱使命，不负重托。



## 深圳律协就进一步开展制度维权工作赴广州考察交流

7月18日，深圳律协会长林昌炽、副会长曾迈、会员与律师代表工作委员会主任潘翔、律师权益保障委员会主任方壮毅等一行8人赴广州市律师协会、广州市第三看守所考察交流。此次拜访旨在考察广州律协在开展制度维权工作和秘书处建设方面的做法，希望借鉴兄弟律协的成功经验，为保障深圳律师执业权益作出贡献。据了解，随着刑事辩护全覆盖、扫黑除恶专项斗争工作的开展，广州市公安局预审监管支队实行全市看守所实现365天全年提供律师会见服务的做法。广州市预审监管支队开放的工作理念和服务举措为我会推动深圳看守所试点实行周末、节假日会见提供了有力依据。



## 深圳律协就律师立案有关问题赴市中院走访交流

7月16日，深圳律协副会长章成、理事黄远兵及律师权益保障委员会、各区律师工作委员会有关负责人赴深圳市中级人民法院，就律师立案有关问题进行交流。此次会谈旨在积极反映律师代表就立案工作的有关意见和建议，提出了“网上立案与现场立案相结合，为律师和当事人提供多元化诉讼服务”“提升‘律师之家’服务工作，增加‘律师之家’硬件配备”“深圳中院协调各区法院为律师开具调查令，或由中院协调公安系统对接人口信息平台，解决律师查询人口信息难的情况”等建议，深圳中院立案庭有关负责人就律师代表提出的意见进行回应，并表示将就有关问题形成专项调研报告，推动有关部门协调解决。



## 深圳律协与深圳新闻网达成战略合作

7月11日，深圳律协与深圳新闻网签署战略合作协议，双方就共同开展法治宣传，推进法治文明建设达成共识，将合作开展《张玲说法》及《我的律师朋友》两个栏目。此次签约将双方从此前的弱联系推向了强联系，双方将继续互相关心与支持，开展具有深度和广度的合作，建立媒体律师智囊库，并在搭建律师与深圳新闻网网友交流服务平台建设方面进行有益探索，共同为维护社会公平正义做出积极贡献。



## 深圳律协龙华区律师调解中心揭牌成立

7月18日下午，深圳律协龙华区律师调解中心及调解中心驻龙华法院调解室揭牌仪式在龙华法院成功举行。龙华法院院长蔡志满、龙华区局局长陈小彪与深圳律协副会长尹成刚三方会签《深圳市龙华区人民法院、深圳市龙华区司法局、深圳市律师协会关于加强合作推进辖区法治建设的备忘录》，并为“深圳市律师协会龙华区律师工作委员会律师调解中心驻龙华区人民法院调解室”及“深圳市律师协会龙华区律师工作委员会律师调解中心”揭牌。



## 市律协金融委组织研讨金融诉讼案件疑难热点

2017、2018年金融违约事件频发不穷，金融诉讼成为律界蓝海。8月1日，市律协金融委举办“金融诉讼执行案件中热点与难点法律问题”研讨会，邀请北京德和衡律师事务所主任蒋琪作为主讲嘉宾。蒋琪律师从方案选择、保全与担保、财产查询及执行措施运用、首封处置权与有限受偿权、诉讼与执行中的和解以及执行异议与复议等六个方面，结合十余个精彩的案例分析、讲解，将当前金融行业中涉及的法律热点和疑难要点进行了深入浅出的分析，并针对不同案件诉讼方案的选择进行了精彩论述。金融委希望从非诉与诉讼两个不同的业务方向，引领深圳律师在金融法律服务领域持续提升业务水平与服务质量。



## 律师办理涉黑涉恶案件辩护专项业务培训顺利举行

为提高律师执业能力，充分发挥律师在“扫黑除恶”专项斗争中的专业作用，8月11日下午，深圳市宝安区司法局联合深圳市律师协会宝安区工作委员会召开律师办理涉黑涉恶案件辩护专项业务培训会。会议首先传达学习了市司法局局长蒋溪林在扫黑除恶专项斗争部署推进会上的讲话精神和中华全国律师协会《关于律师办理黑恶势力犯罪案件辩护代理工作若干意见》文件精神。《意见》指出，律师事务所对本所律师办理黑恶势力犯罪案件辩护代理工作负有直接监督指导职责，要建立报告备案制度、集体研究制度、检查督导制度。同时，要组织安排人员编撰刑事法律法规选编、刑事办案指引、参考案例和办理涉黑恶势力类案件等指引。随后，宝安区律师工作委员会主任郑马作专题授课。



## 深圳律协赴重庆学习考察

8月27-28日，深圳律协会长林昌焯、副会长尹成刚、秘书长李同宝、理事李军强、监事张文波、副秘书长刘峰及业务创新与发展委员会主任团队一行12人前往重庆律协学习考察，并与重庆律协会长韩德云等进行座谈交流，听取了重庆律师行业及重庆律协基本情况介绍，深入了解了重庆律协在会费管理、律师代表产生、秘书处建设、30周年庆典筹备、业务创新研发、律师学院办学模式等方面的经验做法。考察团队在渝期间还走访了重庆百君律师事务所、重庆索通律师事务所、重庆矩沃律师事务所、北京德恒（重庆）律师事务所，就律师事务所管理、人才培养、专业化建设的创新做法进行了交流。



## 市律协举办第一期“一直在路上”——深圳律协维权工作沙龙

9月12日下午，市律协维权委举办第一期“一直在路上”——深圳律协维权工作沙龙（罗湖专场）。本场沙龙，维权委主任方壮毅首先对近年来我会维权工作作简要介绍，就近两年办理的4起涉嫌侵犯律师人身权利的异地维权案件及办案技巧进行分享，并提示律师在执业过程中如何规避执业风险。参会的维权委委员、志愿团成员、律师、实习人员积极发言，表达对维权工作的看法，就如何进一步做好维权工作建言献策，并就看守所会见、查询流动人口信息等热点问题展开深入的讨论。这次沙龙让参会人员进一步了解了市律协维权工作及维权委的组织架构、工作职能。



## 深圳市律师协会 举办2018年首次新闻发布会

1983年，中国第一家律师事务所——深圳蛇口律师事务所的诞生，开启了中国律师业发展新纪元。1988年12月6日，深圳市律师协会应运而生。2018年8月17日，深圳市律师协会举行新闻发布会，宣布将在接下来的半年里举行30余项活动庆祝律协成立30周年。

### 启动成立30周年主题系列活动

发布会上，深圳律协副会长、新闻发言人杨道发布了协会成立30周年系列活动以“卅载前行，再筑辉煌”为主题，分为追寻·传承·感恩·担当·筑梦五大系列，组织和邀请全市律师工作的老领导、老律师、青年律师以及社会各界相关人士一起，开展追忆深圳律师业发展足迹历史展、开展优秀律所和优秀律师评选、发布深圳律师社会责任报告、制发深圳法律服务产品手册、举办律师在粤港澳大湾区法治建设中的作用论坛等30余项活动，旨在以庆促建，凝聚行业力量和发展共识，继续发扬深圳市律师行业敢

想敢干敢闯的精神，弘扬深圳律师服务发展、奉献社会的优良传统，更好地贯彻落实十九大精神，为法治政府和深圳法治中国示范城市建设贡献力量。

### 下半年推进九大工作任务

深圳律协副会长林昌焯介绍了协会下半年将推进的九大工作任务，除协会成立30周年庆祝活动以外，还涵盖了：一是争取市区两级党委政府加大对律师行业的政策扶持，如将政府购买法律服务纳入年度财政预算，对符合条件的律所和律师给予奖励等；二是推动信息化建设，建设完备的律师和律所电子数据库，让信息多跑路，律师少跑腿；三是加快深圳律师学院和深圳律师党校建设；四是加强涉外人才培养，建立深圳涉外律师人才库；五是加强律师权益保障，推进看守所365天会见和破解律师调查难两项工作；六是加强中小律所平台建设；七是落实《深圳市律师协会章程》修改，更加注重律师行业、律师协会和律

所党建工作；八是推动秘书处改革，让秘书处更好地为全市律师会员服务。

### 呼吁全市看守所实行公休日律师会见

深圳律协副会长曾迈在发布会上介绍道，今年以来，随着刑事辩护全覆盖、金融平台专项整顿、扫黑除恶专项斗争等工作的展开，律师参与刑事辩护自然活跃度增加，而被羁押人员激增、看守所软硬件设施的更新与当前时势发展不匹配，加剧了律师“会见难”的矛盾。为改善和缓解当前看守所律师“会见难”突出的问题，近日，省厅监管总队向各地监管部门下发通知，要求从五个方面加强和保障看守所律师会见工作，有条件地区可实行公休日律师会见业务办理工作是其中措施之一。因此，深圳律协呼吁，深圳市公安局、深圳市公安局预审监管支队，尽快实行公休日会见制度，提供足够可有效使用的会见室，以更好地服务刑事辩护律师，维护在押人员合法权益。